

ΔΙΑΛΟΓΟΣ ΜΕ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Α'. Νομολογία Πολιτικών Δικαστηρίων

ν. 2251/94 άρθρα 2.6, 10.9

Καταχρηστικοί όροι στεγαστικών δανείων - Χρηματική ικανοποίηση ως αστική κύρωση

Είναι άκυροι, ως καταχρηστικοί, οι όροι στεγαστικών τραπεζικών δανείων που υπολογίζουν τον τόκο με βάση έτος 360 ημερών (αντί 365) ή προβλέπουν επιβάρυνση του δανειολήπτη (2,5% επί του ποσού του δανείου) σε περίπτωση πρόωρης εξοφλήσεως, εφόσον δεν προκύπτει η αιτία της επιβαρύνσεως και τα κριτήρια προσδιορισμού της. Αντιθέτως, δεν είναι καταχρηστικοί οι όροι που παρέχουν στην τράπεζα δικαίωμα καταγγελίας της συμβάσεως και αναζητήσεως όλου του ανεξόφλητου ποσού του δανείου σε περίπτωση παραβάσεως όρου της συμβάσεως ή που προβλέπουν μετακύλιση στον δανειολήπτη της εισφοράς του ν. 128/95 ή που αναγνωρίζουν αποδεικτική δύναμη στο «απόσπασμα» των εμπορικών βιβλίων της τράπεζας, εφόσον δεν απαγορεύεται η ανταπόδειξη.

Η χρηματική ικανοποίηση στο πλαίσιο της συλλογικής αγωγής (ν. 2251/94 άρθρο 10.9) έχει το χαρακτήρα αστικής κυρώσεως. Για τον καθορισμό του ύψους της λαμβάνονται υπ' όψη η οικονομική κατάσταση του εναγομένου, η ένταση προσβολής της έννομης τάξεως και οι ανάγκες ειδικής και γενικής προλήψεως.

ΑΠ 430/2005

(Σύνθεση: Σ. Πατεράκης, Α. Πλατής - εισηγητής, Γ. Βούλγαρης, Δ. Κυριτσάκης, Α. Νταφούλης)

Κατά το άρθρο 2 παρ. 6 του ν. 2251/1994 «περί προστασίας των καταναλωτών», όπως ο νόμος αυτός ισχύει, οι γενικοί όροι συναλλαγών (ΓΟΣ), δηλαδή οι όροι που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για απροσδιόριστο αριθμό μελλοντικών συμβάσεων, απαγορεύονται και είναι άκυροι αν έχουν ως αποτέλεσμα τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών εις βάρος του καταναλωτή. Ο καταχρηστικός χαρακτήρας τέτοιου γενικού όρου κρίνεται αφού ληφθούν υπόψη η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία εξαρτάται. Κατά δε την παρ. 7 του ίδιου πιο πάνω άρθρου, καταχρηστικοί, ενδεικτικά, είναι οι ΓΟΣ, που, μεταξύ άλλων, ε) επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς λύσης ή τροποποίησης της σύμβασης χωρίς ορισμένο ειδικό και σπουδαίο λόγο, ια) χωρίς σπουδαίο λόγο αφήνουν το τίμημα αόριστο και δεν

επιτρέπουν τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή, ιγ) αποκλείουν ή περιορίζουν υπέρμετρα την ευθύνη του προμηθευτή..., κστ) επιτρέπουν στον προμηθευτή να απαιτήσει από τον καταναλωτή υπέρμετρες εγγυήσεις..., κζ) αναστρέφουν το βάρος απόδειξης σε βάρος του καταναλωτή ή περιορίζουν υπέρμετρα τα αποδεικτικά του μέσα..., λ) επιβάλλουν στον καταναλωτή, σε περίπτωση μη εκπλήρωσης της παροχής του, υπέρμετρη οικονομική επιβάρυνση. Οι πιο πάνω αναφερόμενες ενδεικτικά περιπτώσεις γενικών όρων θεωρούνται, άνευ ετέρου, από το νόμο, ως καταχρηστικοί, χωρίς να χρειάζεται ως προς αυτούς και η συνδρομή των προϋποθέσεων της γενικής ρήτρας της παρ. 6 του άρθρου 2 του ν. 2251/94. Κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, οι οποίες ως προς τον έλεγχο των ΓΟΣ αποτελούν εξειδίκευση του γενικού κανόνα του άρθρου 281 του ΑΚ με τα αναφερόμενα σ' αυτές κριτήρια, για την κρίση της ακυρότητας ή μη ως καταχρηστικών των όρων αυτών λαμβάνεται υπόψη κατά κύριο λόγο το συμφέρον του καταναλωτή με συνεκτίμηση όμως της φύσης των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σχετική σύμβαση καθώς και του σκοπού της, πάντοτε δε στα πλαίσια επίτευξης σχετικής ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλόμενων μερών. Ως μέτρο ελέγχου της διατάραξης της ισορροπίας αυτής χρησιμεύει κάθε φορά το ενδοτικό δίκαιο που ισχύει για τη συγκεκριμένη σύμβαση. Τα συμφέροντα, η διατάραξη της ισορροπίας των οποίων εις βάρος του καταναλωτή μπορεί να χαρακτηρίσει έναν γενικό όρο άκυρο ως καταχρηστικό, πρέπει να είναι ουσιώδη, η διατάραξη δε αυτή πρέπει να είναι ιδιαίτερα σημαντική σύμφωνα με τις αρχές της καλής πίστης. Προς τούτο λαμβάνονται υπόψη τα συμφέροντα των συμβαλλόμενων στη συγκεκριμένη σύμβαση μερών και εξετάζεται ποιο είναι το συμφέρον του προμηθευτή για διατήρηση του όρου που ελέγχεται και ποιο είναι εκείνο του καταναλωτή για κατάργησή του. Δηλαδή ερευνάται ποιες συνέπειες θα έχει η διατήρηση ή κατάργηση του όρου για κάθε πλευρά, πως θα μπορούσε κάθε μέρος να εμποδίσει την επέλευση του κινδύνου που θέλει να αποτρέψει ο συγκεκριμένος γενικός όρος και πως μπορεί κάθε μέρος να προστατευθεί από τις συνέπειες της επέλευσης του κινδύνου με δικές του ενέργειες. Οι ΓΟΣ, τέλος, πρέπει, σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας, να παρουσιάζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών κατά τρόπο ορισμένο, ορθό και σαφή. Εξάλλου από τη διάταξη του άρθρου 10 παρ. 9 του ν. 2251/1994 προκύπτει, ότι οι νομιμοποιούμενες κατά νόμο ενώσεις καταναλωτών δικαιούνται να ασκήσουν αγωγή κατά του προμηθευτή και να αξιώσουν παράλειψη της παράνομης συμπεριφοράς του και χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης. Για τον καθορισμό της χρηματικής ικανοποίησης, σύμφωνα με την περ. β' της παρ. 9 του άρθρου 10 του ν. 2251/94 το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ιδίως την ένταση της προσβολής της έννομης τάξης, που συνιστά η παράνομη συμπεριφορά, το μέγεθος

της εναγόμενης επιχείρησης του προμηθευτή και ιδίως τον ετήσιο κύκλο εργασιών της, καθώς και τις ανάγκες της γενικής και της ειδικής πρόληψης. Η λειτουργία της χρηματικής ικανοποίησης, λόγω ηθικής βλάβης, στα πλαίσια της συλλογικής αγωγής, έχει το χαρακτήρα αστικής κύρωσης. Τούτο προκύπτει από πλείστες όσες ρυθμίσεις του νόμου και ιδίως από τα κριτήρια που χρησιμοποιεί για τον καθορισμό του ύψους της, από τη ρύθμιση του νόμου ότι η χρηματική αυτή ικανοποίηση απαγγέλλεται μία μόνο φορά ως και τον προορισμό των εισπραττομένων χρηματικών ποσών για κοινωφελείς σκοπούς σχετικώς με την προστασία των καταναλωτών.

Α. Επί της από 26.11.2003 αίτησης αναίρεσης του Σωματείου με την επωνυμία «Ένωση Καταναλωτών - Η Ποιότητα της Ζωής»

Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, το εφετείο που δίκασε, αναφορικά με τους προβαλλόμενους με την ένδικη αίτηση αναίρεσης, λόγους, δέχθηκε τα ακόλουθα:

1) «Ο ΓΟΣ στο άρθρο 7 εδ. α' της δανειακής σύμβασης, ο οποίος προβλέπει, ότι το επιτόκιο ορίζεται σε ποσοστό 5,5% και ότι οι τόκοι υπολογίζονται με βάση έτος 360 ημερών δεν είναι καταχρηστικός, δεν είναι αδιαφανής και δεν δημιουργεί πρόσθετη επιβάρυνση εις βάρος του καταναλωτή επειδή δεν υπολογίζεται το έτος με βάση 365 ημέρες, όπως αβάντισμα ισχυρίζεται το αναιρεσείον. Η αναιρεσίβλητη με τον εν λόγω ΓΟΣ κάνει ρητή μνεία του ύψους του επιτοκίου, καθώς και ότι αυτό καθορίζεται ετησίως και καμιά σύγχυση δεν προκαλείται στον καταναλωτή σχετικά. Ούτε αποδείχθηκε ότι υπάρχει πρόσθετη επιβάρυνση του καταναλωτή από τον υπολογισμό των τόκων με βάση έτος 360 και όχι 365 ημερών. Το αναιρεσείον, άλλωστε, δεν προσδιορίζει αυτή την επιβάρυνση και το αντίστοιχο όφελος της αναιρεσίβλητης. Και, σε κάθε περίπτωση, ο όρος δεν επιφέρει ουσιώδη απόκλιση από τις συναλλακτικά δικαιολογημένες προσδοκίες του καταναλωτή, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί καταχρηστικός».

Όμως, με αυτά που κατ' επικύρωση της πρωτόδικης απόφασης, δέχθηκε το εφετείο, υπέπεσε στην πλημμέλεια του άρθρου 559 αρ. 1 ΚΠολΔ, γιατί παραβίασε την ουσιαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 2 παρ. 6 του ν. 2251/1995, την οποία λαθεμένα ερμήνευσε και εφάρμοσε. Τούτο γιατί ο παραπάνω ΓΟΣ που προβλέπει ότι οι τόκοι υπολογίζονται με βάση έτος 360 ημερών, προσκρούει στην αρχή της διαφάνειας, που επιτάσσει οι όροι να είναι διατυπωμένοι κατά τρόπο ορισμένο, ορθό και σαφή, ώστε ο απρόσεκτος μεν ως προς την ενημέρωσή του, αλλά διαθέτοντας τη μέση αντίληψη κατά το σχηματισμό της δικαιοπρακτικής του απόφασης, καταναλωτής να γνωρίζει τις συμβατικές δεσμεύσεις, που αναλαμβάνει, ιδίως, όσον αφορά τη σχέση παροχής και αντιπαροχής. Με το να υπολογίζεται το επιτόκιο σε έτος 360 ημερών, ο καταναλωτής δεν πληροφορείται το (πραγματικό)

ετήσιο επιτόκιο, όπως αυτό θα έπρεπε να προσδιορίζεται σύμφωνα και με τη διάταξη του άρθρου 243 παρ. 3 ΑΚ. Η αναιρεσίβλητη διασπά με τον εν λόγω όρο, εντελώς τεχνητά και κατ' απόκλιση των δικαιολογημένων προσδοκιών του καταναλωτή, το χρονικό διάστημα (το έτος), στο οποίο όφειλε να αναφέρεται το επιτόκιο, δημιουργώντας έτσι μία πρόσθετη επιβάρυνση του καταναλωτή δανειολήπτη, ο οποίος πλέον – όταν το επιτόκιο μιας ημέρας προσδιορίζεται με βάση έτος 360 ημερών – για κάθε ημέρα επιβαρύνεται με, κατά 1,3889% περισσότερο, τόκους, καθώς το επιτόκιο υποδιαιρείται για τον προσδιορισμό του τόκου προς 360 ημέρες, χωρίς αυτή, η επιπλέον επιβάρυνση να μπορεί να δικαιολογηθεί με την επίκληση κάποιου σύνθετου χαρακτήρα της παρεχόμενης υπηρεσίας ή από κάποιους εύλογους για τον καταναλωτή λόγους ή από κάποιο δικαιολογημένο ενδιαφέρον της αναιρεσίβλητης Τράπεζας. Τούτο ιδίως σε μία εποχή, όπου τα ηλεκτρονικά μέσα προσφέρουν, χωρίς καμία πρόσθετη δυσχέρεια, τον επακριβή υπολογισμό των τόκων με έτος 365 ημερών. Άλλωστε το έτος των 365 ημερών Ισχύει και εφαρμόζεται σήμερα, κατ' επιταγή της κοινοτικής οδηγίας 98/7/ΕΚ που ενσωματώθηκε στο εθνικό μας δίκαιο, με την ΚΥΑ 21-178/13.2.2001 (ΦΕΚ Β' 255/8.3.2001) στην καταναλωτική πίστη, με τη στενή έννοια, ρύθμιση που δείχνει τη σημασία που απονέμει και ο κοινοτικός νομοθέτης για τον, κατ' αυτόν τον τρόπο, ακριβή προσδιορισμό του επιτοκίου. Επομένως, κρίνεται βάσιμος ο, από το άρθρο 559 αρ. 1 ΚΠολΔ, δεύτερος λόγος αναίρεσης, κατά το σχετικό μέρος του.

2) «Ο ΓΟΣ στο άρθρο 13 της δανειακής σύμβασης, σύμφωνα με τον οποίο η αναιρεσίβλητη δικαιούται να καταγγείλει τη σύμβαση και να αναζητήσει το σύνολο του ανεξόφλητου ποσού του δανείου σε περίπτωση παράβασης οποιουδήποτε όρου της σύμβασης, οι οποίοι λογίζονται όλοι ως ουσιώδεις, δεν είναι καταχρηστικός. Ο εν λόγω ΓΟΣ με το να θεωρεί όλους τους όρους της σύμβασης ουσιώδεις για την καταγγελία της σύμβασης, δεν αντίκειται στο άρθρο 2 παρ. 7 εδ. ε' που απαγορεύει στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο ειδικό και σπουδαίο λόγο, ούτε διαταράσσει την ισορροπία των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών εις βάρος του καταναλωτή, όπως υποστηρίζει το αναιρεσείον. Ο όρος αυτός δεν επιφυλάσσει στην Τράπεζα το δικαίωμα μονομερούς λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο και σπουδαίο λόγο, δεδομένου ότι ρητά αναφέρει ως λόγο λύσης της σύμβασης την παράβαση εκ μέρους του οφειλέτη των όρων που συνομολογήθηκαν. Υπάρχει, έτσι, ειδικός και ορισμένος λόγος. Περαιτέρω, όλοι οι όροι της σύμβασης, εφόσον δεν είναι παράνομοι και καταχρηστικοί, είναι και ουσιώδεις, αφού με αυτούς ο καταναλωτής αναλαμβάνει κάποιες συμβατικές υποχρεώσεις απέναντι στην Τράπεζα, οι οποίες είναι αναγκαίες για τη λειτουργία της σύμβασης και την προσήκουσα εξέλιξη της συμβατικής σχέσης των μερών. Προβλέπεται, έτσι, και ο σπουδαίος λόγος, για την παράβαση

του οποίου επιφυλάσσεται στην Τράπεζα το δικαίωμα για μονομερή λύση της σύμβασης. Η τήρηση του όρου, εξάλλου, δεν επιφυλάσσει δυσμενείς συνέπειες στον καταναλωτή χωρίς εύλογο λόγο και παρά τις αντίθετες προβλέψεις και προσδοκίες του και συνεπώς δεν έχει ως αποτέλεσμα τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών εις βάρος του καταναλωτή».

Έτσι που έκρινε το εφετείο και απέρριψε την έφεση του αναιρεσείοντος κατά της πρωτόδικης απόφασης, που είχε κρίνει ομοίως, δεν παραβίασε τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 εδ. ε' ν. 2251/1994 και ο 3ος λόγος της ανίρρησης από το άρθρο 559 αρ. 1 ΚΠολΔ, που υποστηρίζει το αντίθετο, ανεξάρτητα από την αοριστία του, αφού δεν προβάλλεται ότι κάποιος από τους ΓΟΣ της συγκεκριμένης σύμβασης στεγαστικού δανείου της αναιρεσίβλητης Τράπεζας, δεν είναι ουσιώδεις ούτε και ότι η Τράπεζα δεν δικαιούται να καθορίσει η ίδια ποιοι είναι ουσιώδεις από τους εν λόγω ΓΟΣ – είναι απορριπτέος, ως αβάσιμος, αφού ο εν λόγω ΓΟΣ δεν προσκρούει στη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 7 εδ. ε' του ως άνω νόμου εφόσον δεν επιφυλάσσει στην προμηθεύτρια Τράπεζα το δικαίωμα της μονομερούς λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο, ούτε προσκρούει στη γενική διάταξη της παρ. 6 του ως άνω άρθρου 2, εφόσον η τήρησή του, σε καμιά περίπτωση, δεν επιφυλάσσει δυσμενείς συνέπειες στους καταναλωτές, χωρίς εύλογο λόγο και παρά τις αντίθετες προβλέψεις και προσδοκίες τους και συνεπώς δεν έχει ως αποτέλεσμα τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών σε βάρος των καταναλωτών.

3) «Απορριπτέο επίσης ως αβάσιμο είναι και το παράπονο του εκκαλούντος - αναιρεσείοντος, ότι το ποσό των 15.000 ευρώ, που καθόρισε ως χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης η εκκαλούμενη είναι μικρό, γιατί και το δικαστήριο αυτό (το εφετείο) ενόψει της έντασης της προσβολής της έννομης τάξης που συνιστά η παράνομη και καταχρηστική συμπεριφορά της αναιρεσίβλητης (η οποία εκδηλώθηκε με τη χρήση των κριθέντων ως καταχρηστικών ΓΟΣ) του μεγέθους της επιχείρησής της και των αναγκών της γενικής και ειδικής πρόληψης, κρίνει, ότι στο ίδιο ποσό πρέπει να καθοριστεί η χρηματική ικανοποίηση του αναιρεσείοντος».

Το δικαστήριο της ουσίας, στα πλαίσια της διακριτικής εξουσίας, που έχει από το άρθρο 10 παρ. 9 του ν. 2251/1994, καθορίζει το ύψος της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης της δικαιούχου Ένωσης καταναλωτών, με βάση τους οικείους προσδιοριστικούς παράγοντες, όπως είναι ιδίως η ένταση της προσβολής, της έννομης τάξης, που συνιστά η παράνομη συμπεριφορά του προμηθευτή, το μέγεθος της εναγομένης επιχείρησης τούτου και ιδίως ο ετήσιος κύκλος των εργασιών της καθώς και οι ανάγκες της γενικής και της ειδικής πρόληψης. Ο προσδιορισμός από το δικαστήριο της ουσίας του ύψους της

χρηματικής αυτής ικανοποίησης, δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου, γιατί ανάγεται στην εκτίμηση πραγμάτων. Στην προκείμενη περίπτωση, το δικαστήριο που δίκασε, προκειμένου κατ' επικύρωση της πρωτόδικης απόφασης, που είχε κρίνει ομοίως, να καθορίσει το ποσό των 15.000 ευρώ, ως επιδικαστέα χρηματική ικανοποίηση της αναιρεσεύουσας Ένωσης έλαβε υπόψη, όπως από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφασή του προκύπτει, «την ένταση της προσβολής της έννομης τάξης που συνιστά η παράνομη και καταχρηστική συμπεριφορά της αναιρεσίβλητης Τράπεζας, το μέγεθος της επιχείρησής της και τις ανάγκες της γενικής και ειδικής πρόληψης». Έτσι όμως που έκρινε το εφετείο περιέλαβε στην απόφασή του, ασαφείς και ανεπαρκείς αιτιολογίες διότι από το περιεχόμενο της απόφασης αυτής, δεν προκύπτει σαφώς, αν στα πλαίσια του προσδιορισμού του ύψους της χρηματικής ικανοποίησης της αναιρεσεύουσας Ένωσης, έλαβε υπόψη, ως προσδιοριστικό παράγοντα αυτής, και τον ετήσιο κύκλο των εργασιών της αναιρεσίβλητης Τράπεζας, τα πραγματικά περιστατικά του οποίου (ετήσιου κύκλου) όπως, χορηγήσεις αυτής προς την πελατεία της, το ποσοστό της στεγαστικής πίστης στις χορηγήσεις αυτές, τα καθαρά κέρδη προ φόρων αυτής, τις καταθέσεις και τα ίδια κεφάλαιά της, και τον αριθμό των υποκαταστημάτων της στην Ελλάδα και των υπαλλήλων, που αυτή απασχολεί, επικαλέσθηκε το αναιρεσεύον Σωματείο. Επομένως, κρίνεται βάσιμος ο τέταρτος λόγος αναιρέσεως, κατά το, από το άρθρο 559 αρ. 19 ΚΠολΔ, σχετικό μέρος του.

B. Επί της από 28.11.2003, αίτησης αναίρεσης της Τράπεζας

Στην κρινόμενη υπόθεση, το εφετείο που δίκασε, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφασή του, αναφορικά με τους προβαλλόμενους από την αναιρεσεύουσα Τράπεζα λόγους αναιρέσεως, δέχθηκε τα ακόλουθα:

1) «Περαιτέρω στο άρθρο 7 εδ. α' των δανειακών συμβάσεων προβλέπεται η μετακύλιση της εισφοράς του ν. 128/1995 στον καταναλωτή, ΓΟΣ που είναι παράνομος. Γιατί αντίκειται στο άρθρο 1 παρ. 3 του εν λόγω νόμου, το οποίο ορίζοντας ότι: "επιβάλλεται εισφορά βαρύνουσα τα πάσης φύσεως εν Ελλάδι λειτουργούντα πιστωτικά ιδρύματα, περιλαμβανομένης και της Τραπεζής της Ελλάδος, υπέρ του εν τη παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου λογαριασμού ανερχόμενη εις ποσοστό..." καθορίζει με σαφήνεια, ότι υπόχρεοι για την καταβολή αυτής της εισφοράς είναι τα πιστωτικά ιδρύματα και όχι οι καταναλωτές».

Δικαιοπραξία που αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη του νόμου (άρθρο 174 ΑΚ) είναι αυτή που συνάπτεται κατά παράβαση απαγορευτικού κανόνα δικαίου όταν δηλαδή ο ίδιος ο κανόνας δικαίου θεσπίζει ως έννομη συνέπεια την ακυρότητα ή όταν θεσπίζεται απαγόρευση με ταυτόχρονη αποδοκιμασία του περιεχομένου της δικαιοπραξίας, κατά το σκοπό του νόμου, ο οποίος (σκοπός) πληρούται με την ακυρότητα ως έννομη συνέπεια της απαγόρευσης. Εν προκειμένω, από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης της παρ. 3 του άρθρου 1

ν. 128/1975, δεν προκύπτει η θέσπιση απαγορευτικού με την παραπάνω έννοια, κανόνα δικαίου. Με την παραπάνω διατύπωση ο νόμος ορίζει την επιβολή της εισφοράς και το υπόχρεο να την καταβάλει, πρόσωπο, χωρίς όμως να ορίζει ούτε την υποχρεωτική μετακύλιση του ούτε όμως και την απαγόρευση μετακύλισης του. Ο χαρακτήρας άλλωστε της εισφοράς του ν. 178/1975, ως είδος δημοσιονομικής επιβάρυνσης, αρχικά για συγκεκριμένο σκοπό (επιδότηση δανείων προς εξαγωγικές επιχειρήσεις) και μετά την τροποποίηση που επέφερε ο ν. 2065/199 ως, από οικονομική άποψη γενικό έσοδο του Δημοσίου, δικαιολογεί την αναζήτηση της σημασίας της λέξης «βαρύνουσα» στη φορολογική νομοθεσία, όπως αυτή (η σημασία) προκύπτει από τη χρήση της εν λόγω λέξης σε νόμους που θεσπίζουν φόρους ή εισφορές. Αλλά ούτε και αντικειμενικά από το ρυθμιστικό σκοπό του νόμου, προκύπτει βάση αποδοκιμασίας της συμβατικής μετακύλισης της εν λόγω εισφοράς, αφού σκοπός του νόμου παραμένει η έμμεση ενίσχυση μέσω της εισφοράς αυτής, της επιδότησης των επιτοκίων συγκεκριμένων δανείων επ' ωφελεία της εθνικής οικονομίας, χωρίς να προκύπτει ότι το πρόσωπο που πρέπει να επιβαρυνθεί τελικά είναι τα πιστωτικά ιδρύματα. Σε καθεστώς ελευθέρου προσδιορισμού των επιτοκίων άλλωστε, η θέσπιση αυτού του είδους της απαγόρευσης μετακύλισης δεν είναι εφικτή και από τη φύση του πράγματος. Και τούτο γιατί, στο μέτρο που οι Τράπεζες μπορούν ελεύθερα να καθορίζουν τα επιτόκια των δανείων (εν προκειμένω στεγαστικών), θα μπορούν και να υπολογίσουν το ποσοστό της εισφοράς του ν. 128/1975 στο ύψος του επιτοκίου που προσφέρουν, χωρίς ειδική αναφορά της εισφοράς αυτής στη δανειακή σύμβαση. Τότε όμως η απαγόρευση, αν γινόταν δεκτό, ότι έχει απαγορευτικό χαρακτήρα η εν λόγω διάταξη θα εξαρτιόταν από το αν θα αναφερόταν στη σύμβαση ο τρόπος υπολογισμού του επιτοκίου και συνεπώς η εν λόγω εισφορά ή όχι. Αλλά και αν η μετακύλιση της εισφοράς του ν. 128/1975 ενόψει και της διάταξης του άρθρου 293 ΑΚ είχε ως συνέπεια την αύξηση του συμβατικά καθοριζόμενου επιτοκίου, πέραν του προβλεπόμενου ανώτατου ορίου, κατά το ποσοστό της εισφοράς και τότε όμως η απαγόρευση δεν θα προέκυπτε από το ν. 128/1975 αλλά από τη διάταξη που θα όριζε ανώτατο όριο επιτοκίου.

Συμπερασματικά από τα παραπάνω προκύπτει, ότι από το ν. 128/1975 ούτε προβλέπεται ρητά ως συμβατικά δυνατή αλλ' ούτε και απαγορεύεται η συμβατική μετακύλιση της εισφοράς που θεσπίζεται με το νόμο αυτό. Η ρυθμιστική ισχύς του ως άνω νόμου εξαντλείται στον καθορισμό του υποχρέου έναντι του Δημοσίου, προσώπου στα πλαίσια της έννομης σχέσης που ιδρύεται με τη σχετική διάταξη και αφορά επομένως αποκλειστικά την (κάθετη) σχέση μεταξύ Κράτους και πιστωτικών ιδρυμάτων και όχι την (οριζόντια) σχέση μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων και δανειοληπτών. Η μετακύλιση της εισφοράς στους τελευταίους αυτούς επιτρέπεται με βάση την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας και εφόσον δεν απαγορεύεται από άλλη διάταξη, ως τέτοιας νοούμενης της θέσπισης ανώτατου

ορίου επιτοκίου το οποίο θα υπερέβαινε η εισφορά αυτή και μόνο αν δεν υπήρχε αντίθετη ρύθμιση. Επομένως ο υπολογισμός του ποσοστού της εισφοράς του ν. 128/75, για τον καθορισμό του επιτοκίου στεγαστικών δανείων, κατά τον προβλεπόμενο στο άρθρο 7 εδ. α' των ΓΟΣ στεγαστικών δανείων της αναιρεσείουσας Τράπεζας, με έμμεσο αποτέλεσμα τη μετακύλιση της εισφοράς αυτής στον δανειοδοτούμενο, είναι νόμιμος, γιατί δεν αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 3 του ν. 128/1975, η οποία δεν καθιερώνει απαγορευτικό κανόνα δικαίου κατ' άρθρο 174 ΑΚ ούτε σε άλλον απαγορευτικό κανόνα δικαίου εντάσσεται δε στο πλαίσιο του ελεύθερου καθορισμού των επιτοκίων στα στεγαστικά δάνεια. Άλλωστε, η επίρριψη της σχετικής επιβάρυνσης στο δανειολήπτη αποτέλεσε από την ισχύ του ν. 128/1975, συναλλακτική πρακτική των τραπεζών στην παγίωση της οποίας συντέλεσαν: α) Το ότι τα μεταγενέστερα νομοθετήματα, που τροποποίησαν τον ως άνω νόμο, ανέφεραν γενικά, ότι η εισφορά βαρύνει τη συναλλαγή (δάνεια - πιστώσεις). Με τη διάταξη δε του άρθρου 22 του ν. 2515/1997 καθορίστηκε ρητά, ότι για τα δάνεια από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα του εξωτερικού, υπόχρεος για την απόδοση της εισφοράς είναι ο δανειολήπτης, εξαλείφοντας έτσι το συγκριτικό μειονέκτημα που είχε διαμορφωθεί σε βάρος του δανεισμού από το εσωτερικό, τερματίζοντας την απώλεια εσόδων υπέρ του κοινού λογαριασμού και αποκαθιστώντας ίσους όρους ανταγωνισμού μεταξύ δανεισμού από το εσωτερικό και το εξωτερικό. β) Το ότι το ύψος του συντελεστή καθόλο το χρονικό διάστημα από την καθιέρωση της εν λόγω εισφοράς κλιμακώθηκε ποσοστιαία, κατά τρόπο που αποσκοπεί στην ελάφρυνση ή και απαλλαγή ορισμένων κατηγοριών δανειοληπτών, όπως με το άρθρο 8 ν. 2459/1997 απαλλάσσονται της εισφοράς οι δανειοδοτήσεις προς φυσικά και νομικά πρόσωπα, κοινοπραξίες και κοινωνίες αστικού δικαίου που κατοικούν ή έχουν έδρα σε νησιά με πληθυσμό κάτω από 3100 κατοίκους και το άρθρο 19 παρ. 4β' του ν. 3152/2003 κατά το οποίο απαλλάσσονται της εισφοράς οι δανειοδοτήσεις, προς τις Ι. Μονές του Αγίου Όρους και οι δανειοδοτήσεις από την Τράπεζα Εμπορίου και Αναπτύξεως Εύξεινου Πόντου και από την Τράπεζα Ανάπτυξης του Συμβουλίου της Ευρώπης. Αν η εν λόγω εισφορά εβάρυνε τα πιστωτικά ιδρύματα δεν θα θεσπιζόταν οι παραπάνω εξαιρέσεις και γ) Η Τράπεζα της Ελλάδος, ήδη από την έναρξη εφαρμογής του ν. 128/1975, ουδέποτε θεώρησε, ότι η εν λόγω εισφορά επιβαρύνει τα πιστωτικά ιδρύματα, ώστε να έχει ληφθεί υπόψη κατά το χρονικό διάστημα που ίσχυε ο διοικητικός καθορισμός από μέρους της, του περιθωρίου μεταξύ των επιτοκίων καταθέσεων - χορηγήσεων δηλαδή μέχρι το 1993. Εξάλλου ο υπό το καθεστώς ελεύθερης διαμόρφωσης των επιτοκίων, η Τράπεζα της Ελλάδος επέβαλε την υποχρέωση για ξεχωριστή αναφορά της σχετικής επιβάρυνσης με αποφάσεις της (ΠΔ/ΤΕ 1969/ 1991 και 2501/2002). Η ΠΔ/ΤΕ 2501/2002, στο άρθρο 32 αυτής επεκτείνει την υποχρέωση ενημέρωσης του πελάτη από την Τράπεζα και στην επιβολή «ειδικών εισφορών» και η εισφορά του ν. 128/1975

είναι για τέτοια ειδική εισφορά. Η επιβολή της εισφοράς αυτής στο δανειολήπτη μπορεί να ελεγχθεί μόνο από άποψη διαφάνειας ιδίως όταν επιβάλλεται χωρίς προηγούμενη επαρκή ενημέρωση ή κατά τρόπο κεκαλυμμένο. Εφόσον όμως, εν προκειμένω, στο σχετικό ΓΟΣ γίνεται ειδική αναφορά για τη χρέωση του δανειολήπτη και με την εισφορά του ν. 128/1975 προσδιοριζόμενη σε ποσοστό επί τοις εκατό, οι απαιτήσεις διαφάνειας και ενημέρωσης έχουν ικανοποιηθεί, χωρίς να συντρέχει άλλος λόγος για την απαγόρευση της σχετικής ρήτηρας. Η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση που δέχθηκε το αντίθετο, επικυρώνοντας κατά τούτο την εκκληθείσα πρωτόδικη απόφαση, παραβίασε τον ουσιαστικό κανόνα του άρθρου 1 παρ. 3 του ν. 128/1975 σε συνδυασμό με αυτόν του άρθρου 174 ΑΚ και είναι βάσιμος ο, υπό το άρθρο 559 αρ 1 ΚΠολΔ, 1ος λόγος της αίτησης αναιρέσης, κατά το σχετικό μέρος του. Εξάλλου η προβλεπόμενη από το άρθρο 10 παρ. 9 εδ. α' του ν. 2251/1994 δυνατότητα των ενώσεων καταναλωτών να εγείρουν συλλογική αγωγή δεν περιορίζεται μόνο στην περίπτωση καταχρηστικών γενικών όρων ή αντίθεσης σε συγκεκριμένους κανόνες δικαίου, που έχουν τεθεί προς προστασία των καταναλωτών, αλλά επεκτείνεται σε κάθε παράνομη συμπεριφορά του προμηθευτή ακόμη και πριν αυτή εκδηλωθεί. Κατά συνέπεια ο 1ος λόγος αναιρέσης κατά το μέρος του από το άρθρο 559 αρ. 14 ΚΠολΔ, με τον οποίο υποστηρίζεται ότι η συλλογική αγωγή του αναιρεσίβλητου, με αίτημα την απαγόρευση στην εναγόμενη - αναιρεσείουσα να διατυπώνει και να χρησιμοποιεί στις συμβάσεις στεγαστικών δανείων τον παράνομο, κατ' αυτό, ΓΟΣ που εμπεριέχεται στο άρθρο 7 εδ. α' της δανειακής σύμβασης και προβλέπει επιβάρυνση του επιτοκίου με την εισφορά του ν. 128/1975, ο οποίος όμως δεν έχει ως σκοπό την προστασία των καταναλωτών, έπρεπε να απορριφθεί ως απαράδεκτη, λόγω μη πλήρωσης των προϋποθέσεων του άρθρου 10 παρ. 9 εδ. α' του ν. 2251/1994, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

2) «Στο άρθρο 20 της δανειακής σύμβασης ορίζεται, ότι για το δάνειο, η Τράπεζα θα τηρεί λογαριασμό στα βιβλία της, στον οποίο θα καταχωρούνται στη στήλη χρέωσης οι αναλήψεις του δανείου, οι συμβατικοί και οι τόκοι υπερημερίας, οι προμήθειες, ο ειδικός φόρος τραπεζικών εργασιών και τα έξοδα της Τράπεζας και στη στήλη της πίστωσης οι καταβολές του οφειλέτη και ότι απόσπασμα που θα έχει εξαχθεί από τα βιβλία της Τράπεζας από την ίδια και θα εμφανίζει τον παραπάνω λογιστικό λογαριασμό και το υπόλοιπο που θα οφείλεται θα αποτελεί πλήρη απόδειξη της απαίτησης της Τράπεζας κατά του οφειλέτη». Δέχθηκε δε περαιτέρω το εφετείο ότι, ως άνω «ο άνω 20 ΓΟΣ των στεγαστικών δανείων της αναιρεσείουσας Τράπεζας κατά το μέρος που προβλέπει ότι το απόσπασμα από τα βιβλία της αναιρεσείουσας θα αποτελεί πλήρη απόδειξη κατά του οφειλέτη για το υπόλοιπο που θα οφείλεται είναι καταχρηστικός γιατί προσκρούει στις παρ. 6 και 7 εδ. κζ' του άρθρου 2 του ν. 2251/94, οι οποίες θεωρούν καταχρηστικούς τους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα την υπέρμετρη διατάραξη της ισορροπίας των

δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή και αναστρέφουν το βάρος απόδειξης σε βάρος του καταναλωτή ή περιορίζουν υπέρμετρα τα αποδεικτικά του μέσα. Δεδομένου ότι ο όρος αυτός έχει τεθεί αποκλειστικά και μόνο για τη διευκόλυνση της αναιρεσείουσας, καθώς αυτή δεν χρειάζεται να αποδείξει με παραστατικά τις εκάστοτε χρεοπιστώσεις του λογαριασμού, αλλ' αρκείται να προσκομίσει μόνο το απόσπασμα από τα βιβλία της, το οποίο αποτελεί πλήρη απόδειξη και δεν επιδέχεται αμφισβήτηση. Έτσι όμως, δίνεται η δυνατότητα στην αναιρεσείουσα να καταχωρεί στο λογαριασμό του δανειολήπτη, εκτός άλλων, και έξοδά της που γίνονται εξαιτίας του δανείου (δικαστικά και άλλα), χωρίς να χρειάζεται να αποδεικνύει την αναγκαιότητά τους και το ακριβές ύψος τους. Ο καταναλωτής δε είναι εκείνος που θα οφείλει κάθε φορά να αποδεικνύει ότι τα έξοδα αυτά δεν δικαιολογούνται ως προς το ύψος ή την αιτία τους με βάση τη δανειακή σύμβαση, αν και τα εν λόγω έξοδα βρίσκονται στο πεδίο δράσης της Τράπεζας. Με τον τρόπο αυτό διαταράσσεται η ισορροπία των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων εις βάρος του καταναλωτή, αναστρέφεται το βάρος απόδειξης εις βάρος του τελευταίου και περιορίζονται υπέρμετρα τα αποδεικτικά του μέσα».

Γίνεται πάγια δεκτό, ότι η συμφωνία μεταξύ Τράπεζας και δανειολήπτη, με την οποία συμφωνείται, ότι το ύψος της οφειλής του τελευταίου προς την πρώτη θα αποδεικνύεται από το «απόσπασμα» των εμπορικών βιβλίων της Τράπεζας είναι έγκυρη και δεν στερεί τον πιστούχο - οφειλέτη του δικαιώματος ανταπόδειξης και τούτο, για το λόγο, ότι η συμφωνία αποκλεισμού του δικαιώματος αμφισβήτησης από μέρος του οφειλέτη, πρέπει να περιέχεται ρητά στο σχετικό συμβατικό όρο και όχι να συνάγεται σιωπηρά ή εξ αντιδιαστολής από τα συμφραζόμενα. Ο ερευνώμενος ΓΟΣ δεν συγκαταλέγεται στις αυτοδίκαια καταχρηστικές ρήτρες του άρθρου 2 παρ. 7 του ν. 2251/94 και ιδίως στην περίπτωση κζ' αυτού δεδομένου ότι: α) δεν αντιστρέφεται το βάρος απόδειξης, αφού η απόδειξη της οφειλής συντελείται από την Τράπεζα, η οποία εκπληρώνει το σχετικό δικονομικό βάρος (πρβλ. άρθρα 338 παρ. 1 ΚΠολΔ) με τη χρήση και προσκομιδή ως αποδεικτικού μέσου του αποσπάσματος από τα εμπορικά βιβλία της, το οποίο (απόσπασμα) αντλεί την αποδεικτική του δύναμη από τον ως άνω ΓΟΣ και β) δεν αποκλείεται ρητά το δικαίωμα ανταπόδειξης από μέρος του δανειολήπτη, οπότε θα εισάγονταν πράγματι ανεπίτρεπτος περιορισμός των αποδεικτικών μέσων του. Η δυνατότητα δε αυτή ανταπόδειξης, από μέρος του δανειολήπτη ενισχύεται σημαντικά ενόψει και της διάταξης του άρθρου 47 παρ. 3 του ν. 2873/2000, σύμφωνα με την οποία: «Οι τράπεζες και τα λοιπά πιστωτικά ιδρύματα, υποχρεούνται εντός προθεσμίας τριών (3) μηνών, από την υποβολή της σχετικής αιτήσεως, να χορηγούν στον αιτούντα δανειολήπτη αντίγραφο του φακέλου του δανείου του και λεπτομερή κατάσταση, περιέχουσα όλες τις επί μέρους χρεωπιστωτικές πράξεις και σημειώσεις και την εν γένει εξέλιξη του χρέους του». Η επιβάρυνση της θέσης του δανειολήπτη για το

λόγο, ότι με τη δικονομική ως άνω συμφωνία διευκολύνεται η Τράπεζα στην απόδειξη και της ύπαρξης της απαίτησης, αφού ως προς το ύψος αυτής και μόνο για ένα έτος από της εγγραφής η αποδεικτική δύναμη του αποσπάσματος των εμπορικών βιβλίων της προέρχεται κατ' ευθείαν από το νόμο (άρθρα 441 παρ. 1, 448 παρ. 1 εδ. β' και 453 παρ. 2 ΚΠολΔ), είναι ανεπαίσθητη και συνεπώς η οποία τυχόν «διατάραξη της ισορροπίας», των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων, από τον εν λόγω ΓΟΣ δεν εμπίπτει στην έννοια του άρθρου 2 παρ. 6 εδ. α' του ν. 2251/1994. Το αναιρεσίβλητο Σωματείο στηρίζει τον ισχυρισμό του για καταχρηστικότητα του συγκεκριμένου ΓΟΣ όχι στο περιεχόμενο του λογιστικού λογαριασμού που περιέχεται στο απόσπασμα των βιβλίων της αναιρεσείουσας Τράπεζας, όπως το περιεχόμενο του λογαριασμού περιγράφεται στον ένδικο ΓΟΣ, το οποίο (περιεχόμενο) δεν αμφισβητεί, αλλά στο ότι η Τράπεζα, κάνοντας χρήση του εν λόγω ΓΟΣ, μπορεί να ενσωματώνει στο λογαριασμό του δανείου έξοδα, στα οποία αυτή υποβάλλεται εξαιτίας της δανειακής σύμβασης, χωρίς η Τράπεζα να χρειάζεται να αποδεικνύει την αναγκαιότητα και το ύψος των εξόδων αυτών, πράγμα που καλείται πλέον να πράξει ο δανειολήπτης, με συνέπεια τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών, αφού τα έξοδα αυτά ενδεχομένως να αφορούν τη δανειακή σύμβαση είναι όμως αποτέλεσμα των ενεργειών της Τράπεζας, που ο δανειολήπτης δεν θα μπορεί να ανταποδείξει, καθώς οι ενέργειες αυτές βρίσκονται στο πεδίο δράσης αυτής. Ο ισχυρισμός αυτός είναι αβάσιμος γιατί ο δανειολήπτης μπορεί να ανταποδείξει, αφού δεν στερείται, όπως ειπώθηκε του δικαιώματος ανταπόδειξης, ότι κάποια ενέργεια της Τράπεζας δεν δικαιολογείται από τη δανειακή σύμβαση και επομένως, ότι και το συγκεκριμένο έξοδο δεν δικαιολογείται να περιληφθεί στο λογαριασμό που τηρεί η Τράπεζα και να βαρύνει το δανειολήπτη (πρβλ. και άρθρο 338 παρ. 1 ΚΠολΔ). Με τα δεδομένα αυτά, κρίνοντας η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, ότι ο ως άνω 20 ΓΟΣ των στεγαστικών δανείων είναι καταχρηστικός κατ' άρθρο 2 παρ. 6 και 7 εδ. η', ζ' του ν. 2251/1994 εσφαλμένα εφάρμοσε τις διατάξεις αυτές του εν λόγω νόμου και είναι βάσιμος ο, από το άρθρο 559 αρ. 1 ΚΠολΔ, 2ος λόγος της αναίρεσης, κατά το σχετικό μέρος του.

3) «Σε προσάρτημα των δανειακών συμβάσεων εμπεριέχεται όρος σύμφωνα με τον οποίο, ο οφειλέτης θα μπορεί να προπληρώσει μερικώς ή ολικώς το κεφάλαιο δανείου, εφόσον δεν υπάρχει καθυστέρηση οφειλής, με την προϋπόθεση, ότι θα καταβάλει στην Τράπεζα αποζημίωση ίση με το 2,5% του κεφαλαίου που καταβάλλεται πρόωρα, εάν η προεξόφληση γίνεται μετά τον πρώτο χρόνο και εφόσον ο οφειλέτης έχει επιλέξει κυμαινόμενο επιτόκιο». Έκρινε δε περαιτέρω το Εφετείο, ότι «ο πιο πάνω ΓΟΣ που προβλέπει για την περίπτωση πρόωρης αποπληρωμής του δανείου την καταβολή αποζημίωσης στην αναιρεσείουσα είναι καταχρηστικός ως αόριστος γιατί προσκρούει στη διάταξη της παρ. 7 εδ. ια' του ν. 2251/94. Πράγματι, ο όρος αυτός επιτρέπει στην Τράπεζα να εισπράττει

αποζημίωση στην περίπτωση προεξόφλησης του δανείου, χωρίς, ωστόσο, να γίνει επίκληση της ύπαρξης ζημίας από την εν λόγω προεξόφληση. Δεν εξειδικεύεται σε τι ακριβώς συνίσταται και πώς προκύπτει το ποσοστό 2,5% επί του ποσού του δανείου που ορίζεται ως αποζημίωση. Με τον τρόπο όμως αυτό το τίμημα του δανείου καθίσταται χωρίς σπουδαίο λόγο αόριστο, μια και δεν επιτρέπεται ο καθορισμός του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή».

Οι συμβάσεις στεγαστικών δανείων είναι διαρκείς συμβάσεις με συγκεκριμένη ημερομηνία λήξης. Σ' αυτές συμφωνείται, συνήθως, εκ των προτέρων, μεταξύ της Τράπεζας και του δανειολήπτη, πως αν θελήσει ο δανειολήπτης πρόωρα να εξοφλήσει την οφειλή του και να επιστρέψει το κεφάλαιο στην Τράπεζα, θα κληθεί να καταβάλει μία πρόσθετη επιβάρυνση σ' αυτήν. Στην κρινόμενη περίπτωση, η επιβάρυνση αυτή είναι της τάξης του 2,5% επί του ποσού, που επιστρέφεται πρόωρα. Η πρόωρη εξόφληση είναι δικαίωμα του δανειολήπτη το οποίο αυτός ασκεί, προκειμένου να αποδεσμευθεί από τη διαρκή του σχέση. Προϋπόθεση είναι να γίνει αυτό αξιμίως για την τράπεζα. Η τράπεζα ζημιώνεται από την πρόωρη εξόφληση και δικαίως αξιώνει αποκατάσταση της ζημίας της, από τον δανειολήπτη. Ωστόσο δεν λαμβάνει κάποιο αντίτιμο - αντιπαροχή από τον δανειολήπτη, αφού η πρόωρη εξόφληση δεν αποτελεί παροχή της τράπεζας. Αποτελεί η πρόωρη εξόφληση άσκηση δικαιώματος του δανειολήπτη, ο οποίος υποχρεούται να εξισορροπήσει την προκαλούμενη ζημία. Η ζημία που θα αποκατασταθεί υπολογίζεται βάσει του κόστους χρήματος της τράπεζας, του περιθώριου κέρδους της, του κέρδους από την επανατοποθέτηση του ποσού αλλά και κάθε κέρδους, που έχει η τράπεζα από την πρόωρη εξόφληση. Το κυμαινόμενο επιτόκιο προκαλεί διακυμάνσεις στην επιτοκιακή απόδοση του χορηγηθέντος ποσού του δανείου, που η πρόωρη εξόφληση δεν αλλοιώνει. Το χορηγηθέν ποσό, με το κυμαινόμενο επιτόκιο έχει την ίδια απόδοση είτε, αν το διατηρήσει ο δανειολήπτης και δεν το προεξοφλήσει πρόωρα, είτε το αναλάβει άλλος δανειολήπτης. Περαιτέρω το δίκαιο των ΓΟΣ καταναλωτή διαπνέεται από την αρχή της διαφάνειας, η οποία αποτελεί θεμελιώδη αρχή της προστασίας του καταναλωτή και έχει ενσωματωθεί στο ελληνικό νομικό σύστημα μέσω του άρθρου 2 παρ. 1 έως 2 και άρθρο 5 του ν. 2251/1994 αλλά και του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 περ. ε', ζ', η', ι' και ια' του ίδιου νόμου. Έχει δύο εκφάνσεις. Τη σαφήνεια και το κατανοητό των όρων. Η σαφήνεια αφορά τις νομικές συνέπειες μιας ρήτρας στα δικαιώματα δηλαδή και στις υποχρεώσεις του καταναλωτή. Για το λόγο αυτό ασαφείς ή πολυσήμαντες ρήτρες δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιούνται από τον προμηθευτή για να ενισχύσει τη θέση του έναντι του καταναλωτή. Ιδιαίτερα οι δυσμενείς οικονομικές συνέπειες και επιβαρύνσεις θα πρέπει να είναι ευκρινείς. Αδιαφανείς ρήτρες, που αποκρύπτουν την πραγματική, νομική και οικονομική κατάσταση δημιουργούν τον κίνδυνο ο καταναλωτής είτε να απόσχει από ορισμένες ενέργειες (άσκηση δικαιωμάτων του)

είτε να υποκύψει σε δικαιώματα ή αξιώσεις, που κατά το φαινόμενο έχει ο προμηθευτής. Με το πρίσμα αυτό αδιαφανείς ρήτρες οδηγούν, ακριβώς λόγω της αδιαφάνειάς τους, στη διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας, κατά το άρθρο 2 παρ. 6 του ν. 2251/1994. Στην κρινόμενη περίπτωση, με το συγκεκριμένο ΓΟΣ η τράπεζα συμφωνεί με το δανειολήπτη την καταβολή της επιβάρυνσης και είτε αυτή θεωρηθεί αποζημίωση είτε θεωρηθεί ανεξάρτητη παροχή, πρέπει να είναι σαφής, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 7 εδ. ια' του ν. 2251/ 1994, κατά την οποία το τίμημα πρέπει να είναι για τον καταναλωτή σαφώς περιγεγραμμένο και προσδιορισμένο. Στο τίμημα ανήκει κάθε είδος παροχής, που θα καταβάλει ο καταναλωτής, ως αντίτιμο, για τις υπηρεσίες, που του παρέχονται. Συνεπώς πρέπει ο καταναλωτής να αντιληφθεί με πλήρη σαφήνεια την υποχρέωση που αναλαμβάνει ως προς την επιβάρυνση της πρόωρης εξόφλησης. Η διαφάνεια και σαφήνεια πρέπει να υπάρχει τόσο ως προς την αιτία της παροχής, όσο και ως προς το περιεχόμενό της. Η διαφάνεια αφορά στη σαφή και κατανοητή διατύπωση, στην αρχή του ορισμένου ή οριστού περιεχομένου και στην αρχή της προβλεψιμότητας της ύπαρξης των όρων. Με αυτή την έννοια πρέπει να προκύπτει από τον ΓΟΣ ο λόγος της υποχρέωσης του δανειολήπτη, το τελικό ύψος της επιβάρυνσής του αλλά και τα κριτήρια από τα οποία προκύπτει και υπολογίζεται η επιβάρυνση αυτή. Στην αιτία της επιβάρυνσης ανήκει κατά κύριο λόγο και η αποσαφήνιση αν το ποσό αφορά αποκατάσταση ζημίας ή αν αφορά αντίτιμο - ανταμοιβή για παροχή της τράπεζας. Στον κρινόμενο ΓΟΣ η αιτία της επιβάρυνσης και ο λόγος αυτής δεν είναι διαφανείς για το δανειολήπτη. Ειδικά, στο κυμαινόμενο επιτόκιο όπως εν προκειμένω, η επιβάρυνση δεν δικαιολογείται ή δικαιολογείται μόνο αν επικαλεστεί η τράπεζα αδυναμία της να επανατοποθετήσει το επιστρεφόμενο κεφάλαιο στην αγορά. Συνεπώς ο δανειολήπτης αιφνιδιάζεται, όταν αντιμετωπίζει την αξίωση της τράπεζας για ζημία, η οποία για το κυμαινόμενο επιτόκιο και τους αστάθμητους συντελεστές που το καθορίζουν, δεν δικαιολογείται. Ακόμη αιφνιδιάζεται, όταν, κατά την κατάρτιση της σύμβασης, η τράπεζα κάνει λόγο για αποκατάσταση της ζημίας της, ενώ στην άσκηση του δικαιώματος του δανειολήπτη για πρόωρη εξόφληση, η τράπεζα κάνει λόγο για αντιπαροχή, αντίτιμο στην «παροχή» της έναντι του δανειολήπτη. Επιπλέον δεν υπάρχει σαφήνεια ούτε ως προς το περιεχόμενο της επιβάρυνσης, αφού στην περίπτωση της πρόωρης εξόφλησης με την πρόσθετη επιβάρυνση ο δανειολήπτης δεν γνωρίζει επί ποίου ποσού θα υπολογίζει το επιτόκιο της πρόσθετης επιβάρυνσης (2,5% επί άγνωστου, πρόωρα εξοφλούμενου ποσού, που κατά τη σύναψη της σύμβασης δεν γνωρίζει ούτε αν αλλά ούτε και σε ποιο ύψος θα προκύψει). Πράγματι γνωρίζει, πως η επιβάρυνση είναι 2,5% και είναι σαφές το ύψος αυτό, αλλά ο απλός αριθμητικός υπολογισμός δεν είναι δυνατός, παρά μόνο όταν προκύψει η πρόωρη εξόφληση και το συγκεκριμένο πρόωρα επιστρεφόμενο ποσό. Εξάλλου η διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας, που αναφέρεται στο άρθρο 2 παρ. 6 του ν. 2251/1994,

κρίνεται με βάση και τις προσδοκίες του καταναλωτή, ο οποίος ως δανειολήπτης έχει βάσιμα τις εξής προσδοκίες: α) ότι η πρόωρη εξόφληση δημιουργεί ζημιά στην τράπεζα και αυτός πρέπει δικαίως να την αποκαταστήσει. Η προσδοκία αυτή δικαιολογείται από το γεγονός, πως, από τις διαπραγματεύσεις, η τράπεζα αναφέρει στο δανειολήπτη την περίπτωση «αποζημίωσης» σε περίπτωση «πρόωρης» εξόφλησης, β) ότι η τράπεζα παρέχει δυνατότητα και ευχέρεια στο δανειολήπτη, κάτι που, δεν συμβαδίζει όμως με το ευκαιριακό κέρδος της, από την πρόωρη εξόφληση, γ) ότι στο στεγαστικό δάνειο κυμαινόμενο επιτοκίου η υποχρέωση του καταναλωτή θα εξαρτάται από τις διακυμάνσεις των χρηματαγορών, σύμφωνα και με την κυμαινόμενη φύση της υποχρέωσής του και πως δεν θα μετατραπεί μονομερώς από την τράπεζα η υποχρέωσή του σε κάποιο είδος σταθερού, επιτοκίου. Οι παραπάνω όμως προσδοκίες του δανειολήπτη διαψεύδονται γιατί η τράπεζα αποζητά ευκαιριακό κέρδος από την προεξόφληση και γιατί ζητά από το δανειολήπτη σταθερού ύψους παροχή (2,5%), όποιες κι αν είναι οι οικονομικές συγκυρίες και η κατάσταση των αστάθμητων συντελεστών της χρηματαγοράς. Ο δανειολήπτης σωστά πιστεύει, πως προϊόντος του χρόνου ο τόκος του, στο στεγαστικό δάνειο, θα κυμαίνεται αυξητικά ή πτωτικά βάσει των συνθηκών της αγοράς, το ίδιο δε αναμένει και για την πρόωρη εξόφληση, που αντικαθιστά την παροχή του στην αρχική συμφωνία δανείου. Όμως το ενιαίο και σταθερό του επιτοκίου της επιβάρυνσης στην πρόωρη εξόφληση διαψεύδει την προσδοκία του αυτή. Τέλος διαψεύδεται η προσδοκία του δανειολήπτη και για ένα πρόσθετο λόγο. Αν καταβάλλει σταθερά υπολογιζόμενο ποσό (2,5% επί του κεφαλαίου) και όχι κυμαινόμενο εκάστοτε επιτόκιο, ενδέχεται να καταβάλλει περισσότερα από ό,τι θα κατέβαλε αν έληγε κανονικά η σύμβαση δανείου. Έτσι όμως διαψεύδεται η προσδοκία του, πως ως φερέγγυος οφειλέτης που καταβάλλει πρόωρα την οφειλή του, θα αντιμετωπιστεί καλύτερα από την τράπεζα. Αντίθετα η σταθερή επιβάρυνση με 2,5% ενδέχεται να τον φέρει σε χειρότερη θέση από κάποιο δανειολήπτη που θα αναγκάσει την τράπεζα σε όλο το λειτουργικό κόστος παρακολούθησης του δανείου μέχρι την ολική εξόφλησή του. Και ναι μεν υπόκειται στην ελευθερία της οικονομίας και των μερών να διαμορφώνουν την παροχή του δανειολήπτη πλην όμως αυτό δεν αναιρείται και από την επιταγή της διαφάνειας και την ανάγκη η τράπεζα να καταστήσει σαφές στο δανειολήπτη τι ζητά και για ποιο λόγο είναι υποχρεωμένος ο δανειολήπτης να το καταβάλλει. Συμπερασματικά ο κρινόμενος ΓΟΣ με τη συγκεκριμένη διατύπωση προσβάλλει την αρχή της διαφάνειας που διαπνέει το δίκαιο προστασίας του καταναλωτή και διαταράσσει ουσιωδώς την ισορροπία μεταξύ των συμβαλλομένων. Δεν διευκρινίζει στον καταναλωτή για ποιο λόγο καταβάλλει τη συγκεκριμένη και σ' αυτό το ύψος παροχή στην τράπεζα, τροποποιεί την παροχή του δανειολήπτη από κυμαινόμενο επιτόκιο σε σταθερό και ανατρέπει την προσδοκία του πως θα εξισορροπήσει τις ζημίες της τράπεζας, χωρίς να έχει την υποχρέωση απόδοσης σ'

αυτήν ευκαιριακού κέρδους. Με τα δεδομένα αυτά, το εφετείο που κατ' επικύρωση της πρωτόδικης απόφασης, έκρινε, ότι ο ΓΟΣ που προβλέπει για την περίπτωση πρόωρης αποπληρωμής του δανείου την καταβολή στην δανείστρια Τράπεζα, ποσού ίσου με το 2,5% του κεφαλαίου που καταβάλλεται πρόωρα, είναι καταχρηστικός, γιατί προσκρούει στη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 7 εδ. ια', του ν. 2251/1994 δεν παραβίασε τη διάταξη αυτή, την οποία σωστά ερμήνευσε και εφάρμοσε και είναι αβάσιμος ο, από το άρθρο 559 αρ. 1 ΚΠολΔ, 3ος λόγος της αίτησης αναίρεσης.

Μετά από αυτά πρέπει να γίνουν δεκτές οι συνεκδικαζόμενες αιτήσεις αναίρεσης και να αναιρεθεί εν μέρει η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση και ειδικότερα κατά παραδοχή μεν, της, από 26.11.2003, αίτησης του αναιρεσειόντος Σωματείου, κατά το μέρος της, με το οποίο έκρινε, ότι ο ΓΟΣ στο άρθρο 7α της δανειακής σύμβασης, ο οποίος προβλέπει, ότι οι τόκοι υπολογίζονται με βάση έτος 360 ημερών, δεν είναι καταχρηστικός και κατά το μέρος της με το οποίο καθόρισε τη χρηματική ικανοποίηση του αναιρεσειόντος, κατά παραδοχή δε, της, από 28.11.2003, αίτησης αναίρεσης, της αναιρεσειούσας Τράπεζας κατά τα μέρη της, με τα οποία έκρινε, ότι ο ΓΟΣ με τον οποίο προβλέπεται η μετακύλιση της εισφοράς του ν. 128/1995 στον καταναλωτή είναι παράνομος και ότι ο με αριθμ. 20 ΓΟΣ της δανειακής σύμβασης, κατά το μέρος που προβλέπει, ότι το απόσπασμα από τα βιβλία της Τράπεζας θα αποτελεί πλήρη απόδειξη κατά του οφειλέτη για το υπόλοιπο που θα οφείλεται είναι καταχρηστικός και να παραπεμφθεί... υπόθεση για παραπέρα εκδίκαση στο ίδιο δικαστήριο, συντιθέμενο από δικαστές άλλους από εκείνους που εξέδωσαν την αναιρούμενη απόφαση (άρθρο 580 παρ. 3 ΚΠολΔ).

Σημείωση

Για τον έλεγχο των Γενικών Όρων Τραπεζικών Συναλλαγών βλ. ΑΠ 1219/2001, (Κρητικός), ΝοΒ, 50, σελ. 354 επ., (= ΔΕΕ, 7, σελ. 1128 επ. με ενημερωτικό σημείωμα *Κ. Σκουλαρίκη*, = Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου, 2001, σελ. 529 επ. με παρατηρήσεις *Χ. Χρυσάνθη*, = Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου, 2001, σελ. 663 επ.). Βλ. και *Κ. Παμπούκη - Κ. Μήτκα*, στον ίδιο τόμο, σελ. 625 επ. με αφορμή αυτή την απόφαση «Η ερμηνεία των γενικών όρων συναλλαγής στη δίκη επί της συλλογικής αγωγής», καθώς και *Α. Πελεντζή*, «Ο έλεγχος του περιεχομένου των Γενικών Όρων Συναλλαγών (Άρθρο 2 §§ 6 και 7 ν. 2251/1994) κατά την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου», ΝοΒ, 50, σελ. 274 επ. *Γ. Παπαϊωάννου*, «Κοινοτικές εξελίξεις σχετικά με την προστασία του καταναλωτή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών κατά το έτος 2003», Digesta, 2003, σελ. 445 επ. Βλ. επίσης τις ΑΠ 1030/01, (Κρητικός), ΝοΒ, 50, σελ. 349 επ. (= ΔΕΕ, 2001, σελ. 1125 επ.), ΑΠ 296/01, (Κρητικός), ΝοΒ, 50, σελ. 274 επ. (= ΔΕΕ, 2001, σελ. 1112 επ.), ΕΑ 5253/03 (Κολοκοτσάς), Επιθ. Εμπορ. Δικαίου, 2003, σελ. 643 επ., ΕιρΑθ 726/2004, (Σταυρόπουλου), Digesta, 2004, σελ. 503 επ., ΕιρΑθ 2676/2004, (Γεωργούλας), Digesta, 2004, σελ. 507 επ.

με σημ. Γ. Παπαϊωάννου. Για τον ίδιο το ν. 2251/94 βλ. Ι. Σχινά, «Ιδέες και κατευθύνσεις του ν. 2251/04», Digesta, 1, 1998-1999, σελ. 1 επ.

Για τον «τιμωρητικό» χαρακτήρα της χρηματικής ικανοποίησης στο ν. 2251/94 και σε ορισμένους άλλους ειδικούς νόμους, ως αστικής κυρώσεως, και τη συμβατότητα αυτού του χαρακτηρισμού με την παραδοσιακή «αποκαταστατική» λειτουργία τόσο της αποζημίωσης, όσο και της αποκαταστάσεως μη χρηματικής (ηθικής) βλάβης στον Αστικό Κώδικα, βλ. ενδεικτικά Κ. Παναγόπουλο, «Punitive Damages («ποινική» αποζημίωση) και ελληνική δημόσια τάξη ή προς μια επανεξέταση των σκοπών της αστικής ευθύνης», ΚριτΕ 2000 σελ. 195 επ. και ιδίως 208-209, 224 επ. (Πρβλ. και την άποψη, ότι η λειτουργία της χρηματικής ικανοποίησης και με το ν. 2251/94 είναι μόνο αποκαταστατική, Ι. Καράκωστας/Π. Παπαρσενίου, ΔΕΕ 1996 σελ. 479-480. Βλ. όμως Ι. Καράκωστας, Κοινοτικοί κανόνες και εθνικό δίκαιο, 1997, σελ. 74).

Α.Π. Πανταζόπουλος

Β'. Νομολογία Διοικητικών Δικαστηρίων

Σ 43.2, ν. 2664/98 άρθρο 25.12

Έννοια «ειδικότερων θεμάτων» του άρθρου 43 παρ. 2 του Συντάγματος

Εναρμόνιση της παρ. 12 του άρθρ. 25 ν. 2664/1998, με την οποία προσδιορίζονται οι νομικές εργασίες που παρέχονται από δικηγόρους κατά την εκπόνηση των προγραμμάτων μελετών κτηματογραφήσεων για τη δημιουργία του Εθνικού Κτηματολογίου, με τη διάταξη του άρθρ. 43 παρ. 2 του Συντάγματος.

ΟλομστΕ 2815/2004

(Σύνθεση: Χ. Γεραράς, Ι. Μαρή, Γ. Παναγιωτόπουλος, Σ. Καραλής, Ε. Γαλανού, Σ. Ρίζος, Γ. Παπαμεντζελόπουλος - εισηγητής, Ν. Σκλίας, Α. Θεοφιλοπούλου, Ν. Σακελλαρίου, Δ. Πετρούλιας, Ν. Ρόζος, Α. Ράντος, Δ. Μπριόλας, Ε. Σαρπ, Χ. Ράμμος, Ν. Μαρκουλάκης, Δ. Μαρινάκης, Π. Κοτσώνης, Μ. Καραμανώφ, Ι. Μαντζουράνης, Α. Σακελλαροπούλου, Α. Χριστοφορίδου, Κ. Βιολάρης, Μ.Ε. Κωνσταντινίδου, Α. Καραμυχαλέλης, Α.Γ. Βώρος, Σύμβουλοι: Β. Αραβαντινός, Β. Ραφτοπούλου, πάρεδροι)

Επειδή, με την αίτηση αυτή, όπως συμπληρώθηκε με το από 3.3.2004 δικόγραφο προσθέτων λόγων, ζητείται από το σωματείο «Πανελλήνιος Σύλλογος Διπλωματούχων Αγρονόμων και Τοπογράφων Μηχανικών» αφενός και από εξήντα οκτώ (68) γραφεία μελετών με εταιρική μορφή (Ο.Ε., Ε.Ε., Α.Ε., Ε.Π.Ε.), τα οποία φέρονται ως ανάδοχοι ή συνανάδοχοι μελετών κτηματογραφήσεων του Εθνικού Κτηματολογίου αφετέρου, η ακύρωση της υπ' αριθμ. 19699/4677/31.7.2001 κοινής αποφάσεως των Υπουργών Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων και Δικαιοσύνης (ΦΕΚ Β' 1042/7.8.2001), με την οποία καθορίζονται οι νομικές εργασίες που παρέχονται από δικηγόρους κατά την εκπόνηση των προγραμμάτων μελετών κτηματογραφήσεων για τη δημιουργία του Εθνικού Κτηματολογίου και προσδιορίζεται το πλαίσιο των αμοιβών των εργασιών αυτών.

Επειδή, στη δίκη παρεμβαίνουν με κοινό δικόγραφο προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης αποφάσεως ο Δικηγορικός Σύλλογος Αθηνών και εξήντα δύο (62) άλλοι Δικηγορικοί Σύλλογοι της χώρας. Εξ αυτών όμως ο Δικηγορικός Σύλλογος Ηλείας (υπ' αριθμ. 17) δεν νομιμοποίησε τον υπογράφοντα το δικόγραφο της παρέμβασης δικηγόρο κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 27 του π.δ. 18/1989 (Α' 8) και επομένως ως προς αυτόν η παρέμβαση είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη. Κατά τα λοιπά η παρέμβαση ασκείται με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκώς.

Επειδή, η 32η των αιτούντων («Σήμα» Ανώνυμη Τεχνική Εταιρία Μελετών και Επιβλέψεων) με έγγραφη δήλωσή της που κατέθεσε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 9.1.2004 παραιτήθηκε από το δικόγραφο της κρινομένης

αιτήσεως και άρα ως προς αυτήν η δίκη πρέπει να κηρυχθεί κατηρημένη (άρθρο 30 παρ. 1 π.δ. 18/1989). Περαιτέρω, οι υπ' αριθμ. 5, 54 και 66 των αιτούντων δεν νομιμοποίησαν τον υπογράφοντα το δικόγραφο της κρινομένης αιτήσεως δικηγόρο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 27 του π.δ. 18/1989 και επομένως ως προς αυτούς η αίτηση είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη.

Επειδή, με το ν. 2308/1995 (ΦΕΚ Α' 114/15.6.1995) ρυθμίσθηκε το ζήτημα της διαδικασίας της κτηματογράφησης της χώρας για τη δημιουργία του Εθνικού Κτηματολογίου. Σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου αυτού, η σχετική διαδικασία αρχίζει με την έκδοση και δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως απόφασης του Υπουργού Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων η οποία κηρύσσει ορισμένη περιοχή υπό κτηματογράφηση (άρθρο 1). Ακολουθεί η υποβολή δηλώσεων από όσους έχουν εμπράγματα ή άλλα εγγραπτα στα κτηματολογικά βιβλία δικαιώματα επί ακινήτων της περιοχής αυτής (άρθρο 2), η με βάση τις δηλώσεις αυτές και τους συνυποβαλλόμενους τίτλους και λοιπά στοιχεία καθώς και τα τοπογραφικά υπόβαθρα που διαθέτει ο Οργανισμός Κτηματολογίου και Χαρτογραφίσεων Ελλάδος (Ο.Κ.Χ.Ε.) σύνταξη και ανάρτηση των προσωρινών κτηματολογικών διαγραμμάτων και πινάκων (άρθρα 3 και 4), η υποβολή κατ' αυτών ενστάσεων από όσους έχουν έννομο συμφέρον (άρθρο 6) και η εξέτασή τους από Πρωτοβάθμια Επιτροπή (άρθρο 7), η μετά την εξέταση αυτή αναμόρφωση των προσωρινών κτηματολογικών διαγραμμάτων και πινάκων (άρθρο 8) και η νέα ανάρτησή τους (άρθρο 9), η υποβολή προσφυγών σε Δευτεροβάθμια Επιτροπή από τυχόν θιγομένους και η εκδίκασή τους από αυτήν (άρθρο 10), μετά την οποία γίνεται νέα αναμόρφωση των κτηματολογικών διαγραμμάτων και πινάκων, οπότε και εκδίδεται από τον Ο.Κ.Χ.Ε. διαπιστωτική πράξη περαίωσης της όλης διαδικασίας της κτηματογράφησης (άρθρο 11). Στη συνέχεια, το αρμόδιο Γραφείο Κτηματολογίου προβαίνει στις πρώτες εγγραφές στα κτηματολογικά βιβλία για όλα τα ακίνητα της περιοχής που κτηματογραφήθηκε (άρθρο 12). Επακολούθησε ο ν. 2664/1998 (ΦΕΚ Α' 275/3.12.1998), με τον οποίο ρυθμίσθηκαν θέματα σχετικά με την τήρηση του Εθνικού Κτηματολογίου τη λειτουργία των Κτηματολογικών Γραφείων και τη μετάβαση από το σύστημα μεταγραφών και υποθηκών στο σύστημα του κτηματολογίου. Ειδικότερα, με το άρθρο 25 του νόμου αυτού τροποποιήθηκαν και συμπληρώθηκαν ορισμένες διατάξεις του ν. 2308/1995, με την παρ. 12 δε του άρθρου αυτού ορίσθηκε ότι: «Με κοινή απόφαση των Υπουργών Δικαιοσύνης και Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων, ύστερα από εισήγηση της ανώνυμης εταιρίας "Κτηματολόγιο Ανώνυμη Εταιρία", προσδιορίζονται οι νομικές εργασίες που παρέχονται από δικηγόρους κατά την εκπόνηση των προγραμμάτων μελετών κτηματογραφήσεων για τη δημιουργία του Εθνικού Κτηματολογίου, καθώς επίσης το πλαίσιο των αμοιβών τους και ρυθμίζεται κάθε άλλο συναφές ζήτημα τεχνικού ή λεπτομερειακού χαρακτήρα».

Με βάση την εξουσιοδοτική αυτή διάταξη και ύστερα από εισήγηση της αρμόδιας κατά το άρθρο 14 παρ. 1 του ν. 2308/1995 για τη μελέτη, σύνταξη και λειτουργία του Εθνικού Κτηματολογίου ανώνυμης εταιρίας «Κτηματολόγιο Α.Ε.», (πρακτικό 88/2001 του Διοικητικού της Συμβουλίου) εκδόθηκε η ήδη προσβαλλόμενη κοινή απόφαση των Υπουργών Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων και Δικαιοσύνης, με την οποία ορίστηκε ότι: «1. Οι νομικές εργασίες κτηματογράφησης έως τις πρώτες εγγραφές για τη δημιουργία του Εθνικού Κτηματολογίου που εκτελούνται από δικηγόρους είναι οι παρακάτω: α) ο προκαταρκτικός εντοπισμός των νομικών ζητημάτων στην υπό κτηματογράφηση περιοχή κατά το στάδιο εκπόνησης της προκαταρκτικής μελέτης κτηματογράφησης και η σύνταξη σχετικής έκθεσης, β) η παρουσία δικηγόρων των μελετών κτηματογράφησης όσο χρόνο διαρκεί η προθεσμία υποβολής των κατά τα άρθρα 2, 6 και 10 του νόμου 2308/1995 δηλώσεων, ενστάσεων και προσφυγών στον τόπο συλλογής τους, ώστε να είναι δυνατή η άμεση αντιμετώπιση των κάθε φύσεως νομικών ζητημάτων που μπορεί να ανακύψουν, καθώς επίσης η εκτός της προαναφερόμενης προθεσμίας παρουσία τους σε τακτά χρονικά διαστήματα στα γραφεία κτηματογράφησης για την αντιμετώπιση τρεχόντων νομικής φύσεως ζητημάτων, γ) η νομική επεξεργασία των κατά το άρθρο 2 του νόμου 2308/1995 δηλώσεων εγγραπτέων δικαιωμάτων και των συνυποβαλλόμενων εγγράφων, σε συσχετισμό και με κάθε άλλη αναγκαία, νομικής φύσεως πληροφορία για τη σύνταξη και την ανάρτηση των κτηματολογικών διαγραμμάτων και πινάκων, δ) η νομική επεξεργασία των κατά τα άρθρα 6 και 10 του νόμου 2308/1995 ενστάσεων και προσφυγών και η σύνταξη σχετικού υπομνήματος, το οποίο αποτελεί μέρος του φακέλου των ενστάσεων και προσφυγών που υποβάλλεται στον Οργανισμό Κτηματολογίου και Χαρτογραφήσεων Ελλάδος, καθώς επίσης η παροχή εκ μέρους των εν λόγω δικηγόρων οποιασδήποτε πρόσθετης νομικής φύσεως πληροφορίας ή διευκρίνισης που τους ζητείται από τις επιτροπές των άρθρων 6 και 10 του νόμου 2308/1995 και η παρουσία τους ενώπιον των επιτροπών, εφόσον τους ζητείται και ε) κάθε άλλη νομική εργασία αναγκαία για τη διασφάλιση της αριότητας εκπόνησης των μελετών κτηματογράφησης. 2. Οι, κατά την προηγούμενη παράγραφο, προβλεπόμενες εκθέσεις που συντάσσουν και υπογράφουν οι δικηγόροι των μελετών κτηματογράφησης αποτελούν αναπόσπαστο μέρος των υποβαλλομένων μελετών κτηματογράφησης. 3. Η αμοιβή των νομικών εργασιών της παρ. 1 ορίζεται από 15% έως 25% επί της αμοιβής των αντίστοιχων σταδίων εκπόνησης των μελετών κτηματογράφησης».

Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 43 παρ. 2 του Συντάγματος: «Ύστερα από πρόταση του αρμόδιου Υπουργού επιτρέπεται η έκδοση κανονιστικών διαταγμάτων, με ειδική εξουσιοδότηση νόμου και μέσα στα όριά της. Εξουσιοδότηση για έκδοση κανονιστικών πράξεων από άλλα όργανα της διοίκησης

επιτρέπεται προκειμένου να ρυθμιστούν ειδικότερα θέματα ή θέματα με τοπικό ενδιαφέρον ή με χαρακτήρα τεχνικό ή λεπτομερειακό». Κατά την έννοια της διατάξεως αυτής, όπως γίνεται παγίως δεκτό, ως «ειδικότερα θέματα», για τη ρύθμιση των οποίων επιτρέπεται η παροχή εξουσιοδότησης σε άλλα πλην του Προέδρου της Δημοκρατίας όργανα, νοούνται εκείνα τα οποία αποτελούν, κατά το περιεχόμενό τους και σε σχέση με την ουσιαστική ρύθμιση που περιέχεται στο νομοθετικό κείμενο, μερικότερη περίπτωση ορισμένου θέματος που αποτελεί το αντικείμενο της νομοθετικής ρύθμισης. Απαιτείται, δηλαδή, στην περίπτωση αυτή να περιέχει το νομοθετικό κείμενο όχι απλώς τον καθ' ύλη προσδιορισμό του αντικείμενου της εξουσιοδότησης, αλλά επί πλέον και την ουσιαστική του ρύθμιση, έστω και σε γενικό, ορισμένο όμως πλαίσιο, σύμφωνα προς το οποίο θα ενεργήσει η διοίκηση προκειμένου να ρυθμίσει τα μερικότερα θέματα (Ολ. ΣτΕ 2075/1978, 400/1986, 4027/1998, 1101/2002 κ.α.).

Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα εκτεθέντα πιο πάνω στην τέταρτη σκέψη, ο ν. 2308/1995 περιέχει πλήρη και αναλυτική ρύθμιση του θέματος της διοικητικής διαδικασίας της κτηματογράφησης για τη δημιουργία του Εθνικού Κτηματολογίου. Στα πλαίσια της διαδικασίας αυτής, κατά την πρόδηλη έννοια των διατάξεων του νόμου αυτού, πέραν των καθαρά τεχνικής φύσεως εργασιών, περιλαμβάνεται και η παροχή νομικών υπηρεσιών που απαιτούνται για την αντιμετώπιση των πάσης φύσεως νομικών ζητημάτων τα οποία ανακύπτουν κατά τα επιμέρους στάδια της εν λόγω διαδικασίας. Οι νομικές υπηρεσίες παρέχονται από τους δικηγόρους των αναδόχων των μελετών κτηματογράφησης, όπως προβλέπεται και ρητώς από την ίδια την εξουσιοδοτική διάταξη, η οποία συμπληρώνει κατά τούτο τη ρύθμιση του ν. 2308/1995. Με τα δεδομένα αυτά, η εξουσιοδότηση που παρέχεται με την παρατεθείσα διάταξη της παρ. 12 του άρθρου 25 του ν. 2664/1998 στους Υπουργούς Π.Ε.Χ.Ω.Δ.Ε. και Δικαιοσύνης για τον προσδιορισμό, με κοινή απόφασή τους, των συγκεκριμένων νομικών εργασιών που παρέχονται από τους δικηγόρους κατά την εκπόνηση των προγραμματιών μελετών, κτηματογραφήσεων καθώς και του πλαισίου των αμοιβών των εργασιών αυτών, αφορά στη ρύθμιση «ειδικότερων θεμάτων» κατά την έννοια του άρθρου 43 παρ. 2 εδ. β' του Συντάγματος. Συνεπώς, θεμιτώς η εν λόγω εξουσιοδότηση παρεσχέθη στους πιο πάνω Υπουργούς και όχι στον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, και, ως εκ τούτου, είναι αβάσιμος και απορριπτέος ο λόγος ακυρώσεως με τον οποίο προβάλλονται τα αντίθετα. Μειοψήφησαν οι Σύμβουλοι Σπ. Καραλής, Ε. Γαλανού, Σωτ. Ρίζος, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Χρ. Ράμμος, Π. Κοτσώνης και Αικ. Σακελλαροπούλου, οι οποίοι διατύπωσαν τη γνώμη ότι ούτε ο ν. 2308/1995 ούτε η προαναφερθείσα εξουσιοδοτική διάταξη περιέχει, έστω και σε γενικές γραμμές, ουσιαστική ρύθμιση για το κρίσιμο αντικείμενο της συμμετοχής δικηγόρων των αναδόχων των μελετών κτηματογράφησης στα διάφορα στάδια της

σχετικής διαδικασίας και της αμοιβής τους και ότι, άρα, τα θέματα στα οποία αναφέρεται η εξουσιοδοτική διάταξη δεν δύνανται να θεωρηθούν ως «ειδικότερα» κατά την έννοια της πιο πάνω συνταγματικής διατάξεως. Κατά συνέπεια, ρύθμιση των θεμάτων αυτών μόνο με κανονιστικό προεδρικό διάταγμα, μετά από επεξεργασία αυτού από το Συμβούλιο της Επικρατείας σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ. 1 περ. δ' του Συντάγματος, θα ήταν επιτρεπτή. Επομένως, κατά τη γνώμη αυτή, ο λόγος ακυρώσεως με τον οποίο προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα ως εκδοθείσα βάσει ανισχύρου από της ανωτέρω απόψεως νομοθετικής εξουσιοδότησης, θα έπρεπε να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

Επειδή, τα θέματα που αναφέρονται στην εξουσιοδοτική διάταξη του άρθρου 25 παρ. 12 του ν. 2664/1998 (νομικές εργασίες που παρέχονται από δικηγόρους κατά την εκπόνηση των μελετών προγραμμάτων κτηματογραφήσεων και πλαίσιο αμοιβών των εργασιών αυτών) δεν αφορούν στους όρους και τις προϋποθέσεις άσκησης του ελευθερίου επαγγέλματος του δικηγόρου εν γένει, ώστε η ρύθμισή τους να πρέπει να γίνει μόνο με κανονιστικό προεδρικό διάταγμα, αλλά σε ειδικότερες δραστηριότητες κατά την άσκηση του επαγγέλματος. Συνεπώς, ο λόγος ακυρώσεως με τον οποίο υποστηρίζονται τα αντίθετα είναι απορριπτέος, προεχόντως ως επί εσφαλμένης προϋποθέσεως ερειδόμενος.

Επειδή, η ρύθμιση του ζητήματος της σχέσης αναδόχων των μελετών κτηματογράφησης και των δικηγόρων αυτών δεν αποτελούσε αντικείμενο της παρασχεθείσας με το άρθρο 25 παρ. 12 του ν. 2664/1998 εξουσιοδότησης. Αβασίμως, συνεπώς, προβάλλεται ότι μη νομίμως δεν περιέχεται στην προσβαλλόμενη απόφαση μια θεμελιώδης κατάστρωση της σχέσης αυτής, πράγμα το οποίο είναι δυνατόν, κατά τους αιτούντες, να οδηγήσει σε προστριβές και διενέξεις μεταξύ αναδόχων μελετητών και δικηγόρων. Κατά τα λοιπά, η προσβαλλόμενη απόφαση, που βρίσκεται εντός των πλαισίων της εξουσιοδότησης, είναι σαφής κατά το περιεχόμενό της, τα τυχόν δε προκαλούμενα ερμηνευτικά προβλήματα κατά την εφαρμογή της δεν είναι τέτοιας φύσεως ώστε να την καθιστούν παντελώς δυσνόητη και ανεφάρμοστη, όπως αβασίμως επίσης προβάλλεται.

Επειδή, τέλος, ναι μεν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 36 παρ. 1 της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου «Για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών» (άρθρο 30 παρ. 1 του π.δ. 346/1998, Α' 230, με το οποίο η Οδηγία αυτή μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη), οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν ως κριτήρια για την ανάθεση των σχετικών συμβάσεων είτε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά είτε απλώς τη χαμηλότερη τιμή, όταν όμως, όπως εν προκειμένω, υπάρχουν εθνικές διατάξεις που προβλέπουν για την άσκηση ορισμένου

επαγγέλματος ή την παροχή ορισμένων υπηρεσιών συγκεκριμένα όρια αμοιβών, η πιο πάνω κοινοτική διάταξη επιφυλάσσει την παράλληλη εφαρμογή των διατάξεων αυτών. Ενόψει αυτού, ο λόγος ακυρώσεως κατά τον οποίον η προσβαλλόμενη απόφαση, μη ρυθμίζοντας τις σχέσεις αναδόχων μελετητών και δικηγόρων και προσδιορίζοντας την αμοιβή των τελευταίων σε ποσοστό κυμαινόμενο από 15% έως 25% επί της αμοιβής του αντίστοιχου σταδίου της μελέτης κτηματογράφησης, αντίκειται στην προαναφερθείσα διάταξη, είναι, όπως προβάλλεται, απορριπτέος ως αβάσιμος.

Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη αίτηση και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

Σημείωση

Το θέμα της παροχής εξουσιοδότησης σε άλλα διοικητικά όργανα (άρθρο 43 παρ. 2 εδ. β' του Συντάγματος) παρουσιάζει ιδιαίτερες ερμηνευτικές δυσχέρειες και δικαιολογημένα θεωρείται από τα πλέον ακανθώδη, ιδίως για τον ακυρωτικό δικαστή.

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ως «ειδικότερα θέματα» (άρθρ. 43 παρ. 2 του Συντάγματος) εκλαμβάνονται εκείνα τα οποία αποτελούν κατά το περιεχόμενό τους και σε σχέση με την ουσιαστική ρύθμιση που περιέχεται στη συγκεκριμένη νομοθετική ρύθμιση, ειδικότερη περίπτωση ορισμένου θέματος που αποτελεί το αντικείμενο της νομοθετικής ρύθμισης. Απαιτείται, δηλ., το κανονιστικό περιεχόμενο της συγκεκριμένης νομοθετικής διάταξης να περιέχει έστω και κατά τρόπο γενικό το καθορισμένο πλαίσιο εντός το οποίου θα ενεργήσει η διοίκηση προκειμένου να ρυθμίσει τα επιμέρους θέματα.

Στην προκειμένη περίπτωση, η Ολομέλεια του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου έκρινε κατά πλειοψηφία ότι, η εξουσιοδότηση που παρέχεται με την παρ. 12 του άρθρ. 25 ν. 2664/1998 στους Υπουργούς ΠΕ.ΧΩ.ΔΕ. και Δικαιοσύνης, με την οποία προσδιορίζονται οι νομικές εργασίες που παρέχονται από δικηγόρους κατά την εκπόνηση των προγραμμάτων μελετών κτηματογραφήσεων για τη δημιουργία του Εθνικού Κτηματολογίου, αφορά στη ρύθμιση «ειδικότερων θεμάτων», σύμφωνα με την έννοια του άρθρου 43 παρ. 2 εδ. β' του Συντάγματος.

Α.Φ.

Σ 4, 116.2, ν. 2721/99 άρθρα 48-51, ν. 2622/98 άρθρο 1 & 3.1 ν. 2838/2000 άρθρο 2, ν. 2910/2001 άρθρο 78.1

Αρχή της ισότητας και σύστημα προσλήψεων στο Δημόσιο

I.

Διορισμός σε θέση Κλάδου ΔΕ Προσωπικού Φρούρησης Καταστημάτων Κράτησης του Υπουργείου Δικαιοσύνης (άρθρ. 48, 49, 50 και 51 ν. 2721/1999).

Θεμιτός ο τρόπος περιορισμού του αριθμού των γυναικών που διορίζονται στις συσταθείσες θέσεις εν όψει των συγκεκριμένων καθηκόντων.

ΣτΕ 622/2004

(Σύνθεση: Γ. Σταυρόπουλος, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Ν. Μαρκουλάκης, Σύμβουλοι Π. Καρλή, Κ. Πισπιρίγκος - εισηγητής, Πάρεδροι)

Επειδή, με την έφεση αυτή ζητείται η εξαφάνιση της υπ' αριθμ. 1897/2001 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με την εκκαλουμένη απόφαση απορρίφθηκε η αίτηση ακυρώσεως της εκκαλούσας, που είχε υποβάλει υποψηφιότητα για να διορισθεί σε μία από τις συσταθείσες με το ν. 2721/1999 θέσεις Κλάδου ΔΕ Προσωπικού Εξωτερικής Φρούρησης Καταστημάτων Κράτησης του Υπουργείου Δικαιοσύνης, κατά: α) του από 12.6.2000 σχετικού πίνακα επιλογής υποψηφίων, που συντάχθηκε για την πλήρωση των εν λόγω θέσεων χωριστά για άνδρες και γυναίκες και β) της παραλείψεως της Διοικήσεως να συντάξει τον πίνακα αυτό χωρίς διάκριση του φύλου των υποψηφίων, κατά φθίνουσα βαθμολογική σειρά βάσει των μορίων που συγκέντρωσε κάθε υποψήφιος.

Επειδή, στο άρθρο 4 του Συντάγματος ορίζεται ότι «Οι Έλληνες είναι ίσοι ενώπιον του νόμου» (παρ. 1) και ότι «Έλληνες και Ελληνίδες έχουν ίδια δικαιώματα και υποχρεώσεις» (παρ. 2). Περαιτέρω, στο άρθρο 116 παρ. 2 του Συντάγματος, ως είχε προ της αναθεωρήσεώς του με το από 6.4.2001 Ψήφισμα της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής, ορίζεται ότι «Αποκλίσεις από τους ορισμούς της παραγράφου 2 του άρθρου 4 επιτρέπονται μόνο για σοβαρούς λόγους, στις περιπτώσεις που ορίζει ειδικά ο νόμος». Εξ άλλου, η Οδηγία 76/207/ΕΟΚ «Περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας» (Ε.Ε. αριθ. Ν39/40 της 14.2.1976) ορίζει, μεταξύ άλλων, στην παρ. 1 του άρθρου 2 ότι «... η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα ...» και στην παρ. 1 του άρθρου 3 ότι «η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο, όσον αφορά τους όρους, συμπεριλαμβανομένων και των κριτηρίων επιλογής, προσβάσεως σε απασχολήσεις, σε θέσεις εργασίας, ανεξάρτητα από τομέα ή κλάδο δραστηριότητας, και για όλες τις βαθμίδες της επαγγελματικής ιεραρχίας». Τέλος, στις παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 2 της ίδιας οδηγίας ορίζεται ότι η παρούσα Οδηγία δεν θίγει την ευχέρεια που έχουν τα Κράτη - μέλη να αποκλείουν από το πεδίο εφαρμογής της τις επαγγελματικές δραστηριότητες και, ενδεχομένως, την εκπαίδευση που απαιτείται για την πρόσβαση σ' αυτές, εφ' όσον λόγω της φύσεως ή των συνθηκών ασκήσεώς τους το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας» (παρ. 2) και ότι «η παρούσα οδηγία δεν θίγει τις διατάξεις που αφορούν

την προστασία της γυναίκας, ιδίως όσον αφορά την εγκυμοσύνη και την μητρότητα» (παρ. 3).

Επειδή, όπως έχει κριθεί, οι παρατιθέμενες στην προηγούμενη σκέψη διατάξεις, τόσο αυτές του Συντάγματος, όσο και αυτές της Οδηγίας 76/207/ΕΟΚ, που είναι άμεσα εφαρμοστέες και διέπουν και την πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις, θεσπίζουν την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι απαραίτητη για την άσκησή τους. Απόκλιση από την αρχή αυτή, πέρα από εκείνη που συνίσταται στην λήψη θετικών μέτρων υπέρ των γυναικών, τα οποία αποβλέπουν στην επίσπευση της αποκατάστασης μιας πραγματικής ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών, είναι θεμιτή μόνον εφ' όσον προβλέπεται από ειδική διάταξη νόμου και συνάγεται από τον νόμο αυτό ή τις προπαρασκευαστικές εργασίες για την ψήφισή του σε συνδυασμό και με τα διδάγματα της κοινής πείρας ότι θεσπίσθηκε με βάση συγκεκριμένα και πρόσφορα κριτήρια, τα οποία επιτρέπουν στους ενδιαφερόμενους πολίτες και στα δικαστήρια να ελέγχουν, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, αν η απόκλιση δικαιολογείται από αποχρώντες λόγους και είναι αναγκαία και πρόσφορη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Ειδικότερα, η απόκλιση από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων, την οποία θεσπίζει ο κοινός νομοθέτης με τον περιορισμό ή και με τον αποκλεισμό της πρόσβασης των γυναικών σε ορισμένες θέσεις υπηρεσιών του Δημοσίου, δεν αντιβαίνει στις παρατιθέμενες στην προηγούμενη σκέψη διατάξεις, ούτε σε άλλες διατάξεις ή αρχές του συνταγματικού ή του κοινοτικού και γενικότερα του διεθνούς δικαίου, εφ' όσον προκύπτει ότι ο παράγοντας φύλο διαδραματίζει αποφασιστικό ρόλο στην άσκηση των καθηκόντων που συνεπάγεται ο διορισμός στις εν λόγω θέσεις όπως συμβαίνει σε περιπτώσεις άσκησης καθηκόντων δίωξης του κοινού εγκλήματος, αντιμετώπισης πράξεων βίας και τρομοκρατίας, καταστολής βιαιοτήτων σε δημόσιες συγκεντρώσεις, επιτήρησης μεταγομένων κρατουμένων κ.ο.κ. (πρβ. ΣτΕ 1917/1998 Ολομ.).

Επειδή, στις διατάξεις των άρθρων 48, 49, 50 και 51 του ν. 2721/1999 (Α' 112) ορίζονται τα εξής: «Άρθρο 48. 1. Συνιστάται ειδική υπηρεσία στο Υπουργείο Δικαιοσύνης με τίτλο «Υπηρεσία Εσωτερικής Φρούρησης Καταστημάτων Κράτησης». Σκοπός και αποστολή της υπηρεσίας αυτής είναι η εξωτερική φρούρηση των Καταστημάτων Κράτησης, η φρούρηση των νοσηλευομένων σε οποιοδήποτε θεραπευτήριο καταδίκων και υποδίκων και η συνοδεία αυτών προς ανάκριση, εμφάνιση σε δικαστήριο, ιατρική εξέταση, εκτέλεση έκτακτης άδειας ή άλλου έργου. 2. Ως «εξωτερική φρούρηση» νοείται η μέριμνα για την αντιμετώπιση και αποτροπή οποιασδήποτε μεμονωμένης ή ομαδικής απόδρασης ή απόπειρας απόδρασης κρατουμένων από τα ως άνω Καταστήματα ή κατά τη διάρκεια μεταγωγής τους, η καταδίωξη κρατουμένων που έχουν δραπετεύσει μέχρις ότου επιληφθεί η αρμόδια αστυνομική αρχή, ως και η προστασία των καταστημάτων

τούτων από οποιαδήποτε εκτός αυτών προερχόμενη προσβολή με σκοπό τη διευκόλυνση απόδρασης κρατουμένων ή την άσκηση βίας κατά προσώπων ή τη ρήψη απαγορευμένων αντικειμένων εντός του χώρου αυτών. 3. Με προεδρικά διατάγματα, που εκδίδονται με πρόταση του Υπουργού Δικαιοσύνης και των κατά περίπτωση αρμόδιων Υπουργών Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, Οικονομικών και Δημόσιας Τάξης, ρυθμίζονται θέματα σχετικά με τη σύσταση της οικείας Υπηρεσιακής Μονάδας, την οργάνωση και στελέχωσή της, τα καθήκοντα, τις αρμοδιότητές της, τα προσόντα και τα καθήκοντα του Προσωπικού, την εκπαίδευση και επιμόρφωσή του, τη στολή, τον οπλισμό και τον τρόπο παραλαβής, φύλαξης, συντήρησης και χρήσης αυτού, τη σύνθεση των φρουρών των επί μέρους Καταστημάτων, την πραγματοποίηση των μεταγωγών και εκτέλεση των αδειών, τη σχέση των Υπηρεσιών Εξωτερικής Φρούρησης με την Ελληνική Αστυνομία και τη μεταφορά ευθύνης ασκήσεως των έργων της προηγούμενης παραγράφου από την Ελληνική Αστυνομία στο Υπουργείο Δικαιοσύνης. Με τα εν λόγω προεδρικά διατάγματα επιτρέπεται να παρέχεται εξουσιοδότηση στον Υπουργό Δικαιοσύνης και στον κατά περίπτωση αρμόδιο Υπουργό να καθορίζουν με αποφάσεις τους τις ανάγκες για την υλοποίηση των προεδρικών διαταγμάτων λεπτομέρειες. 4. Το Προσωπικό Εξωτερικής Φρούρησης των Καταστημάτων Κράτησης έχει τις ίδιες αρμοδιότητες, εξουσίες, καθήκοντα και υποχρεώσεις με το προσωπικό της Ελληνικής Αστυνομίας στην άσκηση των ανατιθέμενων σε αυτό δια του παρόντος καθηκόντων του. Άρθρο 49. 1. Στους κλάδους του Προσωπικού Καταστημάτων Κράτησης που προβλέπονται στο άρθρο 20 του π.δ. 278/1988 προστίθεται νέος κλάδος ΔΕ Προσωπικού Εξωτερικής Φρούρησης Καταστημάτων Κράτησης. 2. Για τη στελέχωση του κλάδου αυτού συνιστώνται 1.300 θέσεις. Τα θέματα της υπηρεσιακής κατάστασης, της εκπαίδευσης, των αποδοχών και της ασφάλισης του προσωπικού αυτού και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια διέπονται από τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις και ρυθμίσεις που αφορούν το φυλακτικό προσωπικό των Καταστημάτων Κράτησης. 3. Με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης γίνεται η κατανομή κατά Καταστήματα των θέσεων της προηγούμενης παραγράφου. 4. Για την κάλυψη των ανωτέρω θέσεων φυλάκων προσλαμβάνονται, με σύστημα αντικειμενικών κριτηρίων (μόρια), Έλληνες πολίτες, 1.270 άνδρες από τους οποίους σαράντα (40) απόφοιτοι Γυμνασίου και οι υπόλοιποι απόφοιτοι Λυκείου ή ισότιμης σχολής του εσωτερικού ή του εξωτερικού οι οποίοι έχουν εκπληρώσει τις στρατιωτικές τους υποχρεώσεις και δεν έχουν υπερβεί το 30ό έτος, και τριάντα (30) γυναίκες, για την Κλειστή Κεντρική Φυλακή Γυναικών Κορυδαλλού, που δεν έχουν υπερβεί το 28ο έτος της ηλικίας τους. Οι αριθμοί αυτοί, κατά φύλο, είναι δυνατόν να αυξομειώνονται με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης. Κριτήρια πρόσληψης αποτελούν ο βαθμός του απολυτηρίου τίτλου σπουδών και η εκπλήρωση των στρατιωτικών

υποχρεώσεων κατά προτίμηση ως εφεδρων αξιωματικών ή σε ειδικές δυνάμεις των Ενόπλων Δυνάμεων ή ως εθελοντών πενταετούς υπηρεσίας. Ο αριθμός των μορίων κατά κριτήριο, τα λοιπά απαιτούμενα προσόντα και ο τρόπος διαπίστωσης αυτών, η προκήρυξη των θέσεων, η διαδικασία πρόσληψης, τα υποβαλλόμενα δικαιολογητικά, οι αθλητικές δοκιμασίες και οι υγειονομικές εξετάσεις των υποψηφίων και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια καθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης.

5. Για την πρόσληψη των υποψηφίων συγκροτείται, με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης, τριμελής επιτροπή που αποτελείται από έναν Αντεισαγγελέα του Αρείου Πάγου, οριζόμενο από τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, έναν εκπρόσωπο του Α.Σ.Ε.Π. οριζόμενο από τον Πρόεδρο του, και το Γενικό Διευθυντή Σωφρονιστικής Πολιτικής του Υπουργείου Δικαιοσύνης. Οι συνεδριάσεις της επιτροπής γίνονται στο Υπουργείο Δικαιοσύνης και ως Γραμματέας ορίζεται υπάλληλος της Κεντρικής Υπηρεσίας του Υπουργείου Δικαιοσύνης, με βαθμό Α΄.

6. Οι προσλαμβανόμενοι φύλακες υφίστανται κατάλληλη βασική εκπαίδευση για διάστημα τουλάχιστον τριών (3) μηνών. Με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης καθορίζεται ο τόπος, ο χρόνος και το είδος της εκπαίδευσης. Ως εκπαιδευτικό προσωπικό των φυλάκων Εξωτερικής Φρούρησης Καταστημάτων Κράτησης δύναται να χρησιμοποιείται και αστυνομικό προσωπικό, το οποίο διατίθεται για το σκοπό αυτόν κατόπιν αποφάσεως του Υπουργού Δημόσιας Τάξης.

7. Οι φύλακες Εξωτερικής Φρούρησης Καταστημάτων Κράτησης φέρουν κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους στολή (και κατάλληλο οπλισμό) που καθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης. Μετάταξη υπαλλήλων από και προς τις θέσεις αυτές δεν επιτρέπεται. Το προσωπικό αυτό διέπεται για όλα τα λοιπά υπηρεσιακά θέματα που δεν ρυθμίζονται με τις διατάξεις του παρόντος άρθρου και των κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδιδόμενων κανονιστικών πράξεων, από τις διατάξεις που εφαρμόζονται για το μόνιμο προσωπικό εσωτερικής φύλαξης των ως άνω χώρων.

Άρθρο 50. Οπλοφορία και οπλοχρησία.

1. Το Προσωπικό της Εξωτερικής Φρούρησης κατά την άσκηση των καθηκόντων φέρει όπλα και μπορεί να κάνει χρήση αυτών πέραν των περιπτώσεων νομίμου αμύνης κατά τον Ποινικό Κώδικα, στις ακόλουθες περιπτώσεις χωρίς να ευθύνεται για τις συνέπειες: α) Όταν κρατούμενοι αποπειρώνται να αποδράσουν με βία που στρέφεται κατά προσώπων ή πραγμάτων, ή όταν για τον ίδιο σκοπό αναρριχώνται στον εξωτερικό τοίχο του Καταστήματος. β) Όταν κρατούμενοι εξέλθουν του εξωτερικού μανδρότοιχου του Καταστήματος ή βρεθούν στην εξωτερική ζώνη αυτού ή εκτός των ορίων του Καταστήματος και δεν σταθούν στη σχετική πρόσκληση του φρουρού δια των λέξεων «Αлт» ή «Πυροβολώ». γ) Όταν ενεργείται κατά του Προσωπικού επίθεση από τον εσωτερικό ή εξωτερικό χώρο του Καταστήματος, με όπλα ή άλλα αντικείμενα, δυνάμενα να επιφέρουν σε αυτό σοβαρή σωματική βλάβη. δ) Όταν το Προσωπικό Εξωτερικής Φρούρησης δεν

μπορεί να υπερασπίσει άλλως τη θέση που κατέχει ή τα άτομα τα οποία παραδίδονται σε αυτό προς φύλαξη. ε) Όταν τρίτα πρόσωπα επιχειρούν με χρήση βίας να ελευθερώσουν κρατούμενο σε οποιαδήποτε περίπτωση. στ) Όταν επιχειρείται επέμβαση για απελευθέρωση ομήρων μετά την άρνηση των κρατουμένων σε νόμιμη πρόσκληση να απελευθερώσουν αυτούς. ζ) Όταν καλείται νομίμως ένοπλο άτομο να παραδώσει ή εγκαταλείψει το όπλο του. 2. Όπλα θεωρούνται τα αναφερόμενα στη διάταξη του άρθρου 1 του ν. 2168/1993 όπως εκάστοτε ισχύει. 3. Προ πάσης δραστηκής χρήσεως των όπλων, προηγούνται τα ήπια μέσα προς αποτροπή της απόδρασης. Ως ήπια μέσα θεωρούνται ιδίως: α) η παροχή συμβουλών ή παραινέσεων ή εκτόξευση απειλών προς τον ή τους αποπειραμένους να δραστηεύσουν ή να δράσουν κατά τα ανωτέρω, ως «Αλτ» ή «Πυροβολώ», β) η εκτόξευση νερού υπό πίεση, γ) η χρήση χημικών μέσων που παρέχονται από την Υπηρεσία και δ) η ρίψη προειδοποιητικών πυροβολισμών στον αέρα. Άρθρο 51. 1. Οι αρμοδιότητες που αναφέρονται στο άρθρο 48 παρ. 1 του παρόντος εξακολουθούν να ασκούνται από τις αρμόδιες υπηρεσίες της Ελληνικής Αστυνομίας μέχρι 30.6.2000. 2. Μετά από την ημερομηνία αυτή η ευθύνη της φύλαξης περιέρχεται στην Υπηρεσία του Υπουργείου Δικαιοσύνης, η οποία θα υποβοηθείται στο έργο της μέχρι 30.6.2001 από την Υπηρεσία Εξωτερικής Φρούρησης Φυλακών της Ελληνικής Αστυνομίας με το ήμισυ της δύναμης που μέχρι σήμερα διαθέτει».

Επειδή, όπως προκύπτει από την εκκαλουμένη απόφαση και τα στοιχεία του φακέλου, για την πλήρωση όλων των συσταθεισών με τον ν. 2721/1999 θέσεων Κλάδου ΔΕ Προσωπικού Εξωτερικής Φρούρησης Καταστημάτων Κράτησης εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 111804/23.11.1999 προκήρυξη του Υπουργού Δικαιοσύνης (Β' 91). Ακολούθησε η έκδοση του από 12.6.2000 πίνακα επιλογής υποψηφίων, που συντάχθηκε χωριστά για άνδρες και γυναίκες υποψηφίους, προκειμένου να διορισθούν στις εν λόγω θέσεις χίλιοι διακόσιοι εβδομήντα (1270) άνδρες και τριάντα (30) γυναίκες βάσει των διατάξεων του άρθρου 49 παρ. 4 του ως άνω νόμου και, τέλος, οι επιλεγέντες υποψήφιοι διορίστηκαν με τις αποφάσεις του Υπουργού Δικαιοσύνης υπ' αριθμ. 94243/17.7.2000, 97821/18.7.2000, 99329/24.7.2000, 102700/ 31.7.2000, 104600/1.8.2000, 105920/9.8.2000 και 142955/23.10.2000 (ΦΕΚ, αντιστοίχως, υπ' αριθμ. 211, 213, 215, 229, 238 και 301/2000, τεύχος Γ).

7. Επειδή, όπως συνάγεται από τις παρατιθέμενες στην πέμπτη σκέψη διατάξεις του ν. 2721/1999, το Προσωπικό Εξωτερικής Φρούρησης των Καταστημάτων Κράτησης στελεχώνει ειδική ένοπλη υπηρεσία του Υπουργείου Δικαιοσύνης και δεν εκτελεί άλλα καθήκοντα πλην αυτών που συνίστανται στην μέριμνα για την αποτροπή αποδράσεων κρατουμένων, στην καταδίωξή τους σε περίπτωση αποδράσεων, στη συνοδεία και την επιτήρησή τους κατά τις μεταβάσεις τους σε

δικαστήρια, ανακριτικά γραφεία, θεραπευτήρια κ.ο.κ. Πρόκειται, συνεπώς, περί καθηκόντων για την άσκηση των οποίων ο παράγοντας φύλο διαδραματίζει αποφασιστικό ρόλο, όταν μάλιστα τα καθήκοντα αυτά ασκούνται στα Καταστήματα όπου κρατούνται αποκλειστικώς άνδρες ή άνδρες και γυναίκες σε ιδιαίτερα τμήματα (βλ. άρθρο 13 του Σωφρονιστικού; Κώδικα, που κυρώθηκε με τον ν. 2776/1996, Α' 291). Δηλαδή, πρόκειται περί καθηκόντων, για την άσκηση των οποίων απαιτείται αυξημένο επίπεδο μυϊκής δύναμης, ταχύτητας και αντοχής και, γενικότερα, η συνδρομή σωματικών δυνατοτήτων που, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, διαθέτουν κατά κανόνα σε μεγαλύτερο βαθμό οι άνδρες. Για τον λόγο αυτό, ο νομοθέτης περιόρισε κατά τρόπο διαφανή και θεμιτό τον αριθμό των γυναικών που διορίζονται στις συσταθείσες θέσεις του προσωπικού εξωτερικής φρούρησης των Καταστημάτων Κράτησης σε τριάντα (30), προκειμένου δι' αυτών να καλυφθούν μόνον οι ανάγκες της Κλειστής Φυλακής του Συγκροτήματος Φυλακών Κορυδαλλού, όπου κρατούνται αποκλειστικώς γυναίκες και η άσκηση των καθηκόντων εξωτερικής φρούρησης είναι, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, ευχερέστερη. Συνεπώς, νομίμως συντάχθηκε ο από 12.6.2000 πίνακας επιλογής υποψηφίων χωριστά για άνδρες και γυναίκες, ώστε να διορισθούν βάσει αυτού χίλιοι διακόσιοι εβδομήντα (1270) άνδρες και τριάντα (30) γυναίκες σύμφωνα με το άρθρο 49 παρ. 4 του ν. 2721/1999 και δεν έσφαλε η εκκαλουμένη απόφαση που έκρινε ομοίως, τα δε περί του εναντίου προβαλλόμενα με το δικόγραφο της εφέσεως είναι αβάσιμα.

Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα, η κρινόμενη έφεση πρέπει να απορριφθεί.

II.

Διορισμός σε θέσεις συνοριακών φυλακών (άρθρ. 1 και 3 παρ. 1 ν. 2622/1998, άρθρ. 2 ν. 2838/2000 και 78 παρ. 1 ν. 2910/2001). Υπό την ισχύ των συναφών συνταγματικών διατάξεων 4, 25 και 116 παρ. 2 (ως έχει μετά την αναθεώρηση) δεν επιτρέπονται αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα. Αντισυνταγματικότητα των ως άνω διατάξεων (παραπομπή στην Ολομέλεια του ΣτΕ).

ΣτΕ 2905/2003

(Σύνθεση: Γ. Σταυρόπουλος, Π.Ν. Φλώρος - εισηγητής, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Ν. Σακελλαρίου, Ν. Μαρκουλάκης, Σύμβουλοι: Γ. Τσιμέκας, Μ. Παπαδοπούλου, Πάρεδροι)

Επειδή, με την έφεση ζητείται να εξαφανιστεί η 1386/2002 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με την απόφαση αυτή απορρίφθηκε αίτηση ακυρώσεως της ήδη εκκαλούσας, με την οποία ζητούσε να ακυρωθούν οι υπ'

αριθμ. 6000/2/ 360-νε/18.7.2001 και 6000/2/360-πδ/28.7.2001 πράξεις του Προϊσταμένου του Κλάδου Διοικητικού του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας και η υπ' αριθμ. 6000/ 2/360-πστ/31.7.2001 πράξη του Αναπληρωτή Προϊσταμένου του Κλάδου Διοικητικού του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, με τις οποίες είχαν προσληφθεί άνδρες και γυναίκες σε θέσεις συνοριακών φυλάκων, κατά το μέρος που με τις πράξεις αυτές εκδηλώθηκε παράλειψη της Διοίκησης να θεωρήσει την ήδη εκκαλούσα ως επιτυχούσα στο διαγωνισμό για την πρόσληψη συνοριακών φυλάκων, που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. 6000/2/360-η/30.5.2001 απόφαση του Υπαρχηγού της ΕΛ.ΑΣ. και να την καλέσει για πρόσληψη στην Υπηρεσία Συνοριακής Φύλαξης του Νομού Θεσσαλονίκης.

Επειδή, στο άρθρο 29 του π.δ. 18/1989 (ΕτΚ Α', φ. 8) ορίζεται ότι το ένδικο μέσο είναι απαράδεκτο σε περίπτωση αποδοχής της προσβαλλόμενης πράξης. Κατά την έννοια της τελευταίας αυτής διάταξης, η αποδοχή από τον διοικούμενο διοικητικής πράξης που θίγει έννομο συμφέρον του έχει ως αποτέλεσμα την άρση του έννομου συμφέροντος για την προσβολή της με αίτηση ακυρώσεως, πρέπει όμως η αποδοχή αυτή να προκύπτει σαφώς είτε από ρητή δήλωση του διοικουμένου είτε από συμπεριφορά του που δεν αφήνει αμφιβολία σχετικά με την έννοιά της (βλ. ΣΕ 2903/2001, 2150/1998 κ.ά.).

Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, το γεγονός ότι υποψήφιος, ο οποίος έλαβε μέρος στο διαγωνισμό για την πλήρωση θέσεων συνοριακών φυλάκων με τη διαδικασία που προβλέπει το π.δ. 311/1998, δεν περιέλαβε επιφύλαξη στη δήλωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό σχετικά με τυχόν αντίθεση όρων της προκήρυξης, που αποτελούν ταυτοχρόνως διατάξεις της νομοθεσίας που διέπει το διαγωνισμό, προς το Σύνταγμα, δεν αρκεί για να άρει το έννομο συμφέρον του για την άσκηση αίτησης ακυρώσεως με την οποία να αμφισβητεί τη νομιμότητα των όρων αυτών της προκήρυξης, καθώς και των πράξεων που εκδίδονται στη συνέχεια και στηρίζονται στους όρους αυτούς, με τις οποίες ο εν λόγω υποψήφιος αποκλείστηκε από διορισμό στις προκηρυχθείσες θέσεις. Τούτο, δε, διότι από μόνη τη μη υποβολή της ανωτέρω επιφύλαξης δεν συνάγεται, άνευ άλλου, σαφής και ανεπιφύλακτη αποδοχή των πιο πάνω όρων και, επομένως, τυχόν αποστέρηση του εννόμου συμφέροντος του υποψηφίου για προσβολή των ανωτέρω όρων θα παραβίαζε ευθέως το δικαίωμα του για παροχή έννομης προστασίας, το οποίο κατοχυρώνει το Σύνταγμα (άρθρο 20 παρ. 1) και η Ε.Σ.Δ.Α. (άρθρο 6 παρ. 1), ιδιαίτερα όταν πρόκειται για όρους οι βλαπτικές συνέπειες των οποίων δεν μπορούν σε κάθε περίπτωση να προβλεφθούν με ακρίβεια εκ των προτέρων ή οι οποίες είναι ενδεχόμενο μόνον ότι θα επέλθουν για τον υποψήφιο. Συνεπώς η εκκαλούσα, η οποία συμμετείχε στο διαγωνισμό για την πλήρωση θέσεων συνοριακών φυλάκων στο Νομό Θεσσαλονίκης, που προκηρύχθηκε με την 6000/2/360-η/30.5.2001 απόφαση του Υπαρχηγού της ΕΛ.ΑΣ, με έννομο συμφέρον άσκησε αίτηση

ακυρώσεως κατά της παράλειψης πρόσληψής της, που εκδηλώθηκε με τις πιο πάνω προσβαλλόμενες πράξεις πρόσληψης, προβάλλοντας ότι οι όροι της προκήρυξης, που προβλέπουν ότι οι θέσεις που προκηρύχθηκαν θα καλυφθούν κατά 90% από άνδρες και κατά 10% από γυναίκες και οι διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 1 του ν. 2622/1998 και 1 παρ. 1 και 2 του π.δ. 311/ 1998, που προβλέπουν τις ποσοστώσεις αυτές κατά φύλο, είναι αντίθετες με τα άρθρα 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 του Συντάγματος, ανεξαρτήτως αν στη δήλωση συμμετοχής της στο διαγωνισμό είχε περιλάβει ρητή επιφύλαξη σχετική με τυχόν αντίθεση των παραπάνω όρων και διατάξεων προς τις προαναφερόμενες συνταγματικές διατάξεις.

5. Επειδή, στο άρθρο 4 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «1. Οι Έλληνες είναι ίσοι ενώπιον του νόμου. 2. Οι Έλληνες και οι Ελληνίδες έχουν ίσα δικαιώματα και υποχρεώσεις 3. ...». Εξάλλου στην παρ. 2 του άρθρου 116 του Συντάγματος, όπως η παράγραφος αυτή ισχύει μετά την αναθεώρησή της με το Ψήφισμα της 6.4.2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων, ορίζει τα εξής: «2. Δεν αποτελεί διάκριση λόγω φύλου η λήψη θετικών μέτρων για την προώθηση της ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών. Το Κράτος μεριμνά για την άρση των ανισοτήτων που υφίστανται στην πράξη, ιδίως σε βάρος των γυναικών». Η παράγραφος αυτή, πριν από την αναθεώρησή της, όριζε ότι: «Αποκλίσεις από τους ορισμούς της παραγράφου 2 του άρθρου 4 επιτρέπονται μόνο για σοβαρούς λόγους, στις περιπτώσεις που ορίζει ειδικά ο νόμος». Επίσης η παράγραφος 1 του άρθρου 25 του Συντάγματος, όπως ισχύει μετά την αναθεώρησή της, με το παραπάνω Ψήφισμα, ορίζει τα εξής: «1. Τα δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου και η αρχή του κοινωνικού κράτους δικαίου τελούν υπό την εγγύηση του Κράτους. Όλα τα κρατικά όργανα υποχρεούνται να διασφαλίζουν την ανεμπόδιστη και αποτελεσματική άσκησή τους. Τα δικαιώματα αυτά ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν. Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας». Εξάλλου η Οδηγία 76/207/ΕΟΚ «Περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας» (Ε.Ε. αριθ. Ν 39/40 της 14.2.1976) ορίζει, μεταξύ άλλων, στην παρ. 1 του άρθρου 2 ότι «... η αρχή της ίσης μεταχείρισεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα ...» και στην παρ. 1 του άρθρου 3 ότι «η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο, όσον αφορά τους όρους, συμπεριλαμβανομένων και των κριτηρίων επιλογής, προσβάσεως σε απασχολήσεις, σε θέσεις εργασίας, ανεξάρτητα από τομέα ή κλάδο δραστηριότητας, και για όλες

τις βαθμίδες της επαγγελματικής ιεραρχίας». Τέλος στις παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 2 της ίδιας οδηγίας ορίζεται ότι, «η παρούσα Οδηγία δεν θίγει την ευχέρεια που έχουν τα Κράτη - μέλη να αποκλείουν από το πεδίο εφαρμογής της τις επαγγελματικές δραστηριότητες, και ενδεχομένως, την εκπαίδευση που απαιτείται για την πρόσβαση σ' αυτές, εφ' όσον λόγω της φύσεως ή των συνθηκών ασκήσεώς τους, το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας» (παρ. 2) και ότι «η παρούσα οδηγία δεν θίγει τις διατάξεις που αφορούν την προστασία της γυναίκας, ιδίως όσον αφορά την εγκυμοσύνη και την μητρότητα» (παρ. 3).

6. Επειδή, η διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 4 του Συντάγματος θεσπίζει, μεταξύ άλλων, και την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα καθώς και στην εκπαίδευση που είναι αναγκαία για την άσκηση των επαγγελμάτων αυτών. Για την ανεμπόδιστη και αποτελεσματική εφαρμογή της αρχής αυτής, η διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 116 του Συντάγματος, όπως ισχύει μετά την αναθεώρησή της με το Ψήφισμα της 6.4.2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων, ερμηνευόμενη σε συνδυασμό με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 25 του Συντάγματος, όπως αυτή ισχύει μετά την αναθεώρησή της με το παραπάνω Ψήφισμα, που προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι όλα τα κρατικά όργανα υποχρεούνται να διασφαλίζουν την ανεμπόδιστη και αποτελεσματική άσκηση των ατομικών και των κοινωνικών δικαιωμάτων, υποχρεώνει το νομοθέτη, κοινό ή κανονιστικό, αλλά και τα λοιπά όργανα του Κράτους, όταν διαπιστώνουν ότι σε βάρος των γυναικών έχουν αναμφισβήτητα δημιουργηθεί στην πράξη τέτοιες διακρίσεις ώστε η απαρέγκλιτη εφαρμογή της αρχής της ισότητας κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι αναγκαία για την άσκηση των επαγγελμάτων αυτών να καταλήγει σε μία κατ' επίφαση μόνον ισότητα, ενώ, ουσιαστικά, παγιώνει και διαιωνίζει μια υφιστάμενη άνιση κατάσταση, να θεσπίζουν τα αντίστοιχα θετικά μέτρα υπέρ των γυναικών, όσα είναι πρόσφορα και αναγκαία, για ορισμένο χρονικό διάστημα, ώστε να μειώνονται οι ανισότητες εωσότου εγκαθιδρυθεί μια πραγματική ισότητα των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα καθώς και στην εκπαίδευση που είναι αναγκαία για την άσκηση των επαγγελμάτων αυτών. Εξάλλου από το γράμμα και το πνεύμα της διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 116 του Συντάγματος, όπως ίσχυε πριν από την αναθεώρησή της και όπως ισχύει μετά από αυτήν και το ιστορικό και τις προπαρασκευαστικές εργασίες ψήφισης της αναθεωρημένης διάταξης (βλ. πρόταση αναθεώρησης του άρθρου 116 παρ. 2 του Συντάγματος από 12.2.1998, που υπεβλήθη από 58 βουλευτές διαφόρων κομμάτων και υιοθετήθηκε από την αρμόδια κοινοβουλευτική επιτροπή και την Ολομέλεια της Βουλής – συνεδρίαση της 20.5.1998 –, εισήγηση γενικού εισηγητή της πλειοψηφίας στην έκθεση της Επιτροπής Αναθεώρησης του Συντάγματος σελ. 10, 17 και 31 και Πρακτικά συζητήσεων της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής, συνεδρίασης

ΣΤ/24.1.2001 σελ. 3779, 4068, 4069, 4071) συνάγεται ότι ο συντακτικός νομοθέτης, με τη νέα αυτή συνταγματική διάταξη που αντικατέστησε πλήρως κατά το περιεχόμενό της την προϊσχύουσα, θέλησε αφενός μεν να θεσπίσει ρητώς τα θετικά μέτρα υπέρ των γυναικών για την προώθηση μιας πραγματικής ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών, αφετέρου δε να καταργήσει την προϊσχύουσα διάταξη, κατά το μέρος αυτής που επέτρεπε αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων «για σοβαρούς λόγους στις περιπτώσεις που ορίζει ειδικά ο νόμος». Συνεπώς μετά την κατάργηση της προϊσχύουσας διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 116 του Συντάγματος, που επέτρεπε στο νομοθέτη να εισάγει, υπό προϋποθέσεις, αποκλίσεις από τη συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας, τα άρθρα 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 του Συντάγματος, όπως ήδη ισχύουν, δεν προβλέπουν κανένα περιορισμό στην άσκηση του ατομικού δικαιώματος της ισότητας των δύο φύλων ούτε επιφυλάσσουν στο νομοθέτη την αρμοδιότητα να θέτει τέτοιους περιορισμούς. Ενόψει αυτών οι διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 του Συντάγματος, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 εδ. τελευταίο του Συντάγματος, που προβλέπει ότι οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα «πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού», αφενός μεν προβλέπουν ρητώς τη λήψη θετικών μέτρων υπέρ των γυναικών για την αποκατάσταση μιας πραγματικής ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι αναγκαία για την άσκηση των επαγγελμάτων αυτών αφετέρου, δε, απαγορεύουν κάθε απόκλιση από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα παραπάνω επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι αναγκαία για την άσκησή τους.

7. Επειδή, η παραπάνω διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 3 της Οδηγίας 76/207/ΕΟΚ παρέχει την ευχέρεια στα Κράτη - μέλη να εισάγουν εξαιρέσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι απαραίτητη για την άσκηση των επαγγελμάτων αυτών, αρχή που θεσπίζουν η παρ. 1 του ίδιου άρθρου της παραπάνω οδηγίας και η παρ. 2 του άρθρου 4 του Συντάγματος, εφόσον λόγω της φύσης ή των συνθηκών άσκησης των επαγγελμάτων αυτών το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας. Αυτής, όμως, της ευχέρειας δεν έγινε χρήση από τον έλληνα συντακτικό νομοθέτη, ο οποίος με τις διατάξεις των άρθρων 116 παρ. 2, όπως αναθεωρήθηκε κατά τα ανωτέρω, και 4 παρ. 2 του Συντάγματος, επιθυμώντας να αποκαταστήσει μια πραγματική ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι απαραίτητη για την άσκηση των επαγγελμάτων αυτών, απαγόρευσε, σύμφωνα με όσα αναπτύσσονται στην 6η σκέψη, κάθε απόκλιση από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την

πρόσβαση στα παραπάνω επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι απαραίτητη για την άσκησή τους, ενώ, παραλλήλως, θέσπισε ρητώς και τα θετικά μέτρα υπέρ των γυναικών για την αποτελεσματική προώθηση της αρχής αυτής.

8. Επειδή, στο άρθρο 1 του ν. 2622/1998, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 2 του ν. 2838/2000 (φ. 179 Α΄) και το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 2910/2001 (φ. 91 Α΄), ορίζονται τα εξής: «1. Στο Υπουργείο Δημόσιας Τάξης συνιστώνται, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του παρόντος άρθρου, κεντρική και περιφερειακές αστυνομικές υπηρεσίες συνοριακής φύλαξης και Δίωξης Λαθρομετανάστευσης με αποστολή την αποτροπή παράνομης εισόδου αλλοδαπών στη Χώρα, τον εντοπισμό και τη σύλληψη των παρανόμως εργαζομένων ανά την επικράτεια και την παραπομπή τους στη δικαιοσύνη ή την επαναπροώθηση αλλοδαπών καθώς και τον εντοπισμό και τη σύλληψη προσώπων που διευκολύνουν την παράνομη είσοδο και εργασία αλλοδαπών και την παραπομπή τους στη δικαιοσύνη, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. 2. Υπηρεσίες συνοριακής φύλαξης και δίωξης λαθρομετανάστευσης μπορεί να ιδρύονται κυρίως σε παραμεθόριους και όμορους αυτών νομούς ή σε νησιά που βρίσκονται εγγύς των θαλασσιών συνόρων της χώρας, καθώς και σε οποιονδήποτε άλλο νομό παρατηρείται αυξημένη παράνομη εγκατάσταση και απασχόληση αλλοδαπών. Η ίδρυση, η οργάνωση, η λειτουργία και οι αρμοδιότητες των Υπηρεσιών Συνοριακής Φύλαξης και δίωξης λαθρομετανάστευσης καθορίζονται με προεδρικό διάταγμα, που προτείνεται από τους: Υπουργούς Οικονομικών και Δημόσιας Τάξης». Εξάλλου στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 2 του ίδιου νόμου ορίζονται τα εξής: «1. Οι Υπηρεσίες Συνοριακής Φύλαξης στελεχώνονται η μεν κεντρική από αστυνομικό και πολιτικό προσωπικό του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης, οι δε περιφερειακές από αστυνομικό προσωπικό και συνοριακούς φύλακες, χωρίς αύξηση των οργανικών θέσεων του αστυνομικού και πολιτικού προσωπικού. 2. Οι Συνοριακοί Φύλακες αποτελούν ιδιαίτερη κατηγορία προσωπικού του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης, το οποίο προσλαμβάνεται με σχέση δημοσίου δικαίου επί 5ετή θητεία που μπορεί να ανανεώνεται μέχρι τη συμπλήρωση 35ετούς υπηρεσίας και σε κάθε περίπτωση μέχρι τη συμπλήρωση του 55ου έτους της ηλικίας τους. Το εν λόγω προσωπικό διέπεται από τις διατάξεις του παρόντος νόμου και δεν εφαρμόζονται γι' αυτό οι διατάξεις για τους δημόσιους πολιτικούς υπαλλήλους. Οι διατάξεις των παρ. 2 και 3 του άρθρου 3 του ν. 1481/1984 (Φ. 152 Α΄) εφαρμόζονται και στους Συνοριακούς Φύλακες ως προς την άσκηση των ειδικών καθηκόντων τους». Επίσης, στην παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 2622/1998, όπως το δεύτερο και τρίτο εδάφιο της παραγράφου αυτής αντικαταστάθηκαν από την παρ. 2 του άρθρου 1 του ν. 2838/2000, ορίζονται τα εξής: «Για την εκπλήρωση της κατά το άρθρο 1 αποστολής των παραπάνω υπηρεσιών, η φύση και οι ιδιαιτερότητες της οποίας απαιτούν ιδιαίτερα φυσικά και σωματικά προσόντα, προσλαμβάνονται ως συνοριακοί φύλακες με σύστημα

αντικειμενικών κριτηρίων (μόρια) Έλληνες πολίτες σε ποσοστό 90% άνδρες που έχουν εκπληρώσει τις στρατιωτικές τους υποχρεώσεις και δεν έχουν υπερβεί το 32ο έτος της ηλικίας τους και σε ποσοστό 10% γυναίκες που δεν έχουν υπερβεί το 26ο έτος της ηλικίας τους. Οι συνοριακοί φύλακες προσλαμβάνονται για κάθε νομό ή νησί ξεχωριστά, από υποψηφίους που κατοικούν την τελευταία διετία ή κατοικούσαν από της γεννήσεώς τους και μέχρι τη συμπλήρωση του 18ου έτους της ηλικίας στο συγκεκριμένο νομό ή νησί, όπου λειτουργούν ή πρόκειται να λειτουργήσουν Υπηρεσίες Συνοριακής Φύλαξης και κατά προτίμηση ή αποκλειστικά στις περιοχές αυτών, που περιλαμβάνονται στην τοπική αρμοδιότητα των εν λόγω Υπηρεσιών. Με απόφαση του Υπουργού Δημόσιας Τάξης καθορίζεται κάθε φορά ο αριθμός των προσλαμβανομένων συνοριακών φυλάκων από κάθε νομό ή νησί ή από ορισμένες περιοχές αυτών». Περαιτέρω, η μεν διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 1 του π.δ. 311/1998, (φ. 215 Α'), επαναλαμβάνοντας διατάξεις της παραπάνω παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 2622/1998, όρισε ότι: «Ως συνοριακοί φύλακες προσλαμβάνονται Έλληνες πολίτες σε ποσοστό 90% άνδρες που έχουν εκπληρώσει τις στρατιωτικές τους υποχρεώσεις και δεν έχουν υπερβεί το 32ο έτος της ηλικίας τους και σε ποσοστό 10% γυναίκες που δεν έχουν υπερβεί το 26ο έτος της ηλικίας τους, «η δε διάταξη του άρθρου 2 του ίδιου διατάγματος, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 2 του π.δ. 371/1988 (φ. 253 Α'), όρισε τα εξής: «Ο αριθμός των προσλαμβανομένων εκάστοτε συνοριακών φυλάκων από κάθε νομό, όπου έχουν συσταθεί ή πρόκειται να συσταθούν Υπηρεσίες Συνοριακής Φύλαξης καθορίζεται κατά φύλο και κατηγορία υποψηφίων με απόφαση του Υπουργού Δημόσιας Τάξης (άρθρο 3 του ν. 2622/1998)». Ακόμη με το π.δ/γμα 310/1998 (φ. 215 Α') ιδρύθηκαν τμήματα συνοριακής φύλαξης στην Κεντρική και σε περιφερειακές υπηρεσίες του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης και καθορίστηκαν οι αρμοδιότητες και η οργάνωσή τους. Τέλος στο άρθρο 1 της 7002/2/132/25.5.2001 απόφασης του Υπουργού Δημόσιας Τάξης, με τον τίτλο «Καθορισμός του αριθμού των προσλαμβανομένων συνοριακών φυλάκων από κάθε νομό» (φ. 647 Β'), που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση της παραπάνω διάταξης του άρθρου 3 παρ. 1 του ν. 2622/1998, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 παρ. 2 του ν. 2838/2000, ορίζεται ότι: «Ο αριθμός των Συνοριακών Φυλάκων που θα προσληφθούν από καθένα από τους νομούς Θεσσαλονίκης και Ιωαννίνων για τη στελέχωση των Υπηρεσιών Συνοριακής Φύλαξης που λειτουργούν ή πρόκειται να λειτουργήσουν, καθορίζονται ως εξής: α. Από το νομό Θεσσαλονίκης τετρακόσιοι πενήντα (450), εκ των οποίων τετρακόσιοι πέντε (405) άνδρες και σαράντα πέντε (45) γυναίκες. β. Από το νομό Ιωαννίνων τριάντα πέντε, εκ των οποίων τριάντα ένα (31) άνδρες και τέσσερις (4) γυναίκες».

9. Επειδή, οι πιο πάνω διατάξεις του πρώτου και του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 2622/1998, όπως το τελευταίο εδάφιο της παραγράφου

αυτής αντικαταστάθηκε από την παρ. 2 του άρθρου 1 του ν. 2838/2000 και οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 1 και 2 του π.δ. 311/1998, όπως το τελευταίο άρθρο αντικαταστάθηκε με το άρθρο 2 του π.δ. 371/1998, οι οποίες, κατά το μέρος που προβλέπουν την κατανομή των θέσεων των εκάστοτε προσλαμβανομένων συνοριακών φυλάκων κατά φύλο, επαναλαμβάνουν κατ' ουσία τις παραπάνω ρυθμίσεις της διάταξης του άρθρ. 3 παρ. 1 του ν. 2622/1998, θεσπίζουν κατά παρέκκλιση από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα και στην εκπαίδευση που είναι αναγκαία για την άσκησή τους, περιορισμούς, υπό την μορφή ποσοτώσεων σε βάρος των γυναικών, κατά την πρόσληψη συνοριακών φυλάκων στις Υπηρεσίες Συνοριακής Φύλαξης του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης. Σύμφωνα όμως με όσα αναπτύσσονται στην έκτη (6η) σκέψη, οι διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 του Συντάγματος, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 αυτού δεν επιτρέπουν αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα. Συνεπώς οι παραπάνω διατάξεις που εισάγουν ανεπίτρεπτες αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στο επάγγελμα του συνοριακού φύλακα, υπό την μορφή ποσοτώσεων σε βάρος των γυναικών, είναι αντισυνταγματικές και γι' αυτό ανίσχυρες.

10. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και την εκκαλούμενη απόφαση, η εκκαλούσα έλαβε μέρος στο διαγωνισμό για την πρόσληψη συνοριακών φυλάκων που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. 6000/2/360-η/30.5.2001 απόφαση του Υπαρχηγού της Ελληνικής Αστυνομίας για το Νομό Θεσσαλονίκης, συγκέντρωσε 2100 μόρια και κατατάχθηκε 11η επιλαχούσα στον πίνακα των γυναικών με απολυτήριο λυκείου. Η Διοίκηση είχε καταρτίσει τους πίνακες επιτυχόντων της κατηγορίας με απολυτήριο λυκείου σύμφωνα με τους ορισμούς του ν. 2622/1998 και της προκήρυξης, περιλαμβάνοντας σε αυτούς 324 άνδρες και 36 γυναίκες. Επί τη βάση των πινάκων αυτών εκδόθηκαν οι υπ' αρ. 6000/2/360-νε/18.7.2001 και 6000/2/360-πδ/28.7.2001 πράξεις του Προϊσταμένου του Κλάδου Διοικητικού του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας και η υπ' αριθμ. 6000/2/360-πστ/31.7.2001 πράξη του Αναπληρωτή Προϊσταμένου του Κλάδου Διοικητικού του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, με τις οποίες προσελήφθησαν άνδρες και γυναίκες στις θέσεις συνοριακών φυλάκων που είχαν προκηρυχθεί για το νομό Θεσσαλονίκης. Η ήδη εκκαλούσα άσκησε αίτηση ακυρώσεως κατά των πράξεων αυτών, ζητώντας να ακυρωθεί η παράλειψη πρόσληψής της που εκδηλώθηκε με αυτές και να καταρτιστούν νέοι πίνακες κατά φθίνουσα βαθμολογική σειρά, αδιακρίτως φύλου, γιατί οι παραπάνω διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 1 του ν. 2622/1998 και 2 του π.δ. 311/1998, βάσει των οποίων συντάχθηκαν οι πίνακες και διενεργήθηκαν οι

προσλήψεις, εισάγουν κατά παράβαση των άρθρων 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 του Συντάγματος ανεπίτρεπτες αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων, υπό τη μορφή ποσοτώσεων σε βάρος των γυναικών, κατά την πρόσληψη σε θέσεις συνοριακών φυλάκων. Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, με την εκκαλούμενη 1386/2002 απόφασή του, δέχθηκε ότι ναι μεν οι διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 1 του ν. 2622/1998 και 2 του π.δ. 311/1998 εισάγουν απόκλιση από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσληψη συνοριακών φυλάκων στις Υπηρεσίες Συνοριακής Φύλαξης του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης, έκρινε, όμως, ότι η απόκλιση αυτή είναι θεμιτή και δεν παραβιάζει τα άρθρα 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 του Συντάγματος, διότι, όπως ειδικότερα αναπτύσσεται στην εκκαλουμένη απόφαση, προβλέπεται από ειδική διάταξη νόμου, δικαιολογείται από αποχρώντες λόγους δημόσιου συμφέροντος, οι οποίοι ανάγονται στην επιτακτική ανάγκη αντιμετώπισης της λαθρομετανάστευσης που βρίσκεται σε έξαρση στη Χώρα μας και θεσπίστηκε με βάση συγκεκριμένα και πρόσφορα κριτήρια, όπως είναι το είδος και η φύση των καθηκόντων και των δραστηριοτήτων των συνοριοφυλάκων, για την άσκηση των οποίων απαιτούνται, κατά κοινή πείρα, ιδιαίτερα φυσικά και σωματικά προσόντα, τα οποία, για λόγους βιολογικούς, διαθέτουν σε μεγαλύτερο βαθμό οι άνδρες. Περαιτέρω η εκκαλούμενη απόφαση έκρινε ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις είναι νόμιμες, αφού στηρίζονται στις παραπάνω συνταγματικές διατάξεις και απέρριψε την αίτηση ακυρώσεως. Σύμφωνα όμως, με όσα αναπτύσσονται στις προηγούμενες σκέψεις, οι προσβαλλόμενες αυτές πράξεις είναι μη νόμιμες, γιατί βασίζονται αφενός μεν στις προαναφερόμενες αντισυνταγματικές, και συνεπώς ανίσχυρες, διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 3 του ν. 2622/1998, όπως το τελευταίο εδάφιο της παραγράφου αυτής αντικαταστάθηκε από την παρ. 2 του άρθρου 1 του ν. 2838/2000 και των άρθρων 1 παρ. 1 και 2 του π.δ. 311/1998, αφετέρου δε στις μη νόμιμες διατάξεις της παραπάνω υπ' αρ. 7002/2/132/25.5.2001 απόφασης του Υπουργού Δημόσιας Τάξης, οι οποίες, ενόψει της αντισυνταγματικότητας των παραπάνω διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 2622/1998, βάσει των οποίων εκδόθηκε η απόφαση αυτή, θεσπίστηκαν χωρίς νόμιμο εξουσιοδοτικό έρεισμα. Κατά συνέπεια, οι προσβαλλόμενες πράξεις, με τις οποίες εκδηλώθηκε η παράλειψη της Διοίκησης να θεωρήσει την αιτούσα ως επιτυχούσα υποψήφια για την πλήρωση θέσεων συνοριακών φυλάκων στην Υπηρεσία Συνοριακής Φύλαξης του Νομού Θεσσαλονίκης και να την καλέσει για πρόσληψη στην παραπάνω υπηρεσία είναι κατά το μέρος αυτό, μη νόμιμες και πρέπει να ακυρωθούν κατά παραδοχή του σχετικού βάσιμου λόγου ακυρώσεως. Ενόψει αυτών, κατά τη γνώμη του Τμήματος, εσφαλμένως έκρινε τα αντίθετα το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών και για το λόγο αυτό θα έπρεπε να γίνει δεκτή η κρινόμενη έφεση, να εξαφανιστεί η εκκαλούμενη απόφαση και ακολούθως να εξεταστεί η αίτηση ακυρώσεως, να γίνει δεκτή και να

ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις.

11. Επειδή, στην παρ. 5 του άρθρου 100 του Συντάγματος, η οποία προστέθηκε με το από 6.4.2001 Ψήφισμα της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων, ορίζονται τα εξής: «Όταν τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας ή του Αρείου Πάγου ή του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίνει διάταξη τυπικού νόμου αντισυνταγματική παραπέμπει υποχρεωτικά το ζήτημα στην οικεία ολομέλεια, εκτός αν αυτό έχει κριθεί με προηγούμενη απόφαση της ολομέλειας ή του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου του άρθρου αυτού. Η ολομέλεια συγκροτείται σε δικαστικό σχηματισμό και αποφαινεται οριστικά, όπως νόμος ορίζει. Η ρύθμιση αυτή εφαρμόζεται αναλόγως και κατά την επεξεργασία των κανονιστικών διαταγμάτων από το Συμβούλιο της Επικρατείας». Με τις διατάξεις της παραγράφου αυτής η κρίση του Συμβουλίου της Επικρατείας για την αντισυνταγματικότητα διάταξης τυπικού νόμου ανατίθεται στον δικαστικό σχηματισμό της Ολομελείας του. Εξάλλου, η τελευταία συνταγματική αναθεώρηση, ως προς την αρμοδιότητα της Ολομελείας των τριών ανώτατων δικαστηρίων της Χώρας να αποφαινεται οριστικώς για την αντισυνταγματικότητα τυπικού νόμου, επήλθε αφού τηρήθηκε η διαδικασία του άρθρου 110 του Συντάγματος, εφόσον είχε προταθεί με τη νόμιμη πλειοψηφία, σε δύο ψηφοφορίες, από την προηγούμενη της αναθεωρητικής Βουλή» (βλ. Πρακτικά Ολομελείας Βουλής, Συνεδριάσεις ΠΛΕ της 20 Μαΐου 1998 και ΡΞ της 24 Ιουνίου 1998). Είναι δε χωρίς νομική σημασία για το κύρος της συνταγματικής αναθεώρησης το ζήτημα αν, νομοτεχνικώς, μετά την αναθεώρηση, η νέα διάταξη έπρεπε να προστεθεί στο άρθρο 100 ή στο άρθρο 93 παρ. 4 του Συντάγματος, δεδομένου, άλλωστε, ότι και οι δύο αυτές συνταγματικές διατάξεις δεν συγκαταλέγονται, σύμφωνα με το άρθρο 110 παρ. 1 του Συντάγματος, μεταξύ εκείνων που δεν υπόκεινται σε αναθεώρηση, ενώ η κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ ολομελείας και τμημάτων ανώτατου δικαστηρίου είναι αντικείμενο ακόμη και του κοινού νομοθέτη (βλ. Πρακτικό Επεξεργασίας 621/2002, Ολομέλεια). Συνεπώς νομίμως, κατά συνταγματική επιταγή (άρθρο 100 παρ. 5), ζήτημα αντισυνταγματικότητας τυπικού νόμου που ανέκυψε κατά την εκδίκαση υπόθεσης ενώπιον τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, παραπέμπεται υποχρεωτικώς για επίλυση στην Ολομέλεια του δικαστηρίου αυτού. Ο Σύμβουλος Ν. Σακελλαρίου διατύπωσε την ακόλουθη γνώμη: «Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 93 παρ. 4 τόσο του προϊσχύσαντος όσο και του νυν ισχύοντος Συντάγματος, όλα, αδιακρίτως, τα δικαστήρια της Χώρας και προεχόντως τα ανώτατα δικαστήρια, με τους σχηματισμούς τους – που αποτελούν και αυτοί «δικαστήρια» κατά την έννοιά της – όχι μόνο δικαιούνται αλλά και υποχρεούνται να προβαίνουν στον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων και, αν καταλήξουν στο συμπέρασμα ότι ο εφαρμοστέος κανόνας δικαίου είναι αντισυνταγματικός, οφείλουν να μην τον εφαρμόσουν στην συγκεκριμένη

περίπτωση. Υπό το προεκτεθέν περιεχόμενό της, η διάταξη αυτή, καθιερώνουσα τον διάχυτο έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια και συναπτομένη αμέσως με την οργανική διάκριση των λειτουργιών (άρθρο 26 του Σ), μαζί με την οποία αποτελούν το θεμέλιο του Κράτους Δικαίου, δεν υπόκειται, κατ' άρθρο 100 παρ. 1 του Συντάγματος, σε αναθεώρηση. Ανεξαρτήτως όμως τούτου, η διάταξη αυτή (93 παρ. 4) δεν περιελήφθη, από την πρώτη αναθεωρητική Βουλή (βλ. τις από 20.5.98 και 24.6.98 ψηφοφορίες), μεταξύ των αναθεωρητέων διατάξεων, όπως προβλέπεται από το άρθρο 110 παρ. 2 του Συντάγματος. Συνεπώς, η Ζ' Αναθεωρητική Βουλή, δεν ήταν δυνατόν να τη θίξει, έστω και εμμέσως, με την προσθήκη (βλ. το από 6.4.2001 Ψήφισμα, ΦΕΚ Α' 84) της προαναφερθείσας νέας παραγράφου 5 στο άρθρο 100 του Συντάγματος του 2001, το οποίο αναφέρεται αποκλειστικώς στις αρμοδιότητες του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου και να αποκόψει, δια της μεθόδου αυτής, από τους σχηματισμούς των ανωτάτων δικαστηρίων, την εξουσία που είχαν πριν από την αναθεώρηση του Συντάγματος να μην εφαρμόζουν αντισυνταγματικό νόμο, υποχρεώνοντάς τους, πλέον, οσάκις φέρονται προς αντισυνταγματικότητα της εφαρμοστέας διατάξεως, να παραπέμπουν υποχρεωτικά το ζήτημα στην δικαστική Ολομέλεια. Με τα δεδομένα αυτά, η διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 100 του Συντάγματος είναι ανίσχυρη και μη εφαρμοστέα».

12. Επειδή, σύμφωνα με όσα εκτίθενται στην προηγούμενη σκέψη, το ζήτημα της αντίθεσης των παραπάνω διατάξεων του πρώτου και του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 2622/1998, όπως το τελευταίο αυτό εδάφιο αντικαταστάθηκε από την παρ. 2 του άρθρου 1 του ν. 2838/2000, με τις διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 του Συντάγματος πρέπει να παραπεμφθεί, κατά συνταγματική επιταγή, για επίλυση στην Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας, δεδομένου ότι το ζήτημα αυτό δεν έχει κριθεί με προηγούμενη απόφασή της ούτε με απόφαση του Ανώτατου Ειδικού Δικαστηρίου. Για την ανάπτυξη δε του ζητήματος αυτού ενώπιον της Ολομελείας το Τμήμα ορίζει ως εισηγητή το σύμβουλο Ν. Μαρκουλάκη. Κατά τη γνώμη όμως του συμβούλου Ν. Σακελλαρίου το παραπάνω ζήτημα θα έπρεπε να παραπεμφθεί για επίλυση στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου λόγω μείζονος σπουδαιότητας, κατ' εφαρμογή του άρθρου 14 παρ. 2 περ. β' του π.δ. 18/1989.

Σημείωση

Πρόκειται για δύο αποφάσεις του ιδίου Τμήματος του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου που παρουσιάζουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον, αφού αφορούν στην επίλυση συναφών θεμάτων, (πλήρωση θέσεων στο Δημόσιο για την κάλυψη των οποίων απαιτούνται ορισμένα ειδικά σωματικά προσόντα), με μια, όμως, διαφοροποίηση: η πρώτη εξ αυτών (622/2004) εκδόθηκε υπό την ισχύ της παρ. 2 του άρθρ. 116 του Συντ. (1975-1986), ως είχε, δηλ., πριν την αναθεώρηση του 2001 ενώ η δεύτερη

(2905/2003) υπό το πρίσμα της παρ. 2 του άρθρ. 116 του ισχύοντος Συντάγματος (1975-1986-2001).

Εκτός από τις κοινωνικές προεκτάσεις, οι ως άνω αποφάσεις παρουσιάζουν και ιδιαίτερο θεωρητικό ενδιαφέρον, που εστιάζεται ιδίως στο ότι: η ενσωμάτωση των νέων διατάξεων στη συνταγματική τάξη, (όπως, εν προκειμένω, η παρ. 2 του άρθρ. 116), προϋποθέτει αφ' ενός μεν την ερμηνευτική προσέγγισή τους, αφ' ετέρου δε την αποσαφήνιση της σχέσης αυτών με τους συναφείς συνταγματικούς κανόνες.

Θα πρέπει να σημειωθεί πως η δεύτερη απόφαση (2905/2003), δέχεται ότι, οι διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 2 και 116 παρ. 2 σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρ. 25 παρ. 1 δεν επιτρέπουν αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων κατά την πρόσβαση στα διάφορα επαγγέλματα. Ως εκ τούτου, οι διατάξεις της κοινής νομοθεσίας που εισάγουν ανεπίτρεπτες αποκλίσεις από τη θεμελιώδη αρχή της ισότητας υπό τη μορφή ποσοτώσεων σε βάρος των γυναικών αντιτίθενται στις ως άνω συνταγματικές διατάξεις.

Αναμφίβολα, όμως, τίθεται το ερώτημα της συγκεκριμενοποίησης της αρχής της ισότητας εν όψει του κριτηρίου της «φύσης του πράγματος», στο βαθμό που ο επαρκής δικαιολογητικός λόγος μιας ρυθμίσεως που εισάγει διακρίσεις εντοπίζεται τελικά στα δεδομένα της εκάστοτε περίπτωσης, (βλ. αναλυτ. Θ. Αντωνίου, Η ισότητα ενός και δια του νόμου. Μια συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος του 1975, Αθήνα - Κομοτηνή, 1998).

Συνεπώς, η απόφαση της Ολομελείας του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου στην οποία έχει παραπεμφθεί η υπόθεση αυτή, αναμένεται με έκδηλο ενδιαφέρον.

Α.Φ.

Σ 2.1, 5.3, ΚωδΔιοικΔικ 231-243

Αντισυνταγματικότητα της προσωποκράτησης για χρέη στο Δημόσιο

Το μέτρο της προσωπικής κρατήσεως για χρέη προς το Δημόσιο κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (άρθρα 231-243) αντίκειται στα άρθρα 2.1 & 5.3 του Συντάγματος (παραπομπή του ζητήματος στην Ολομέλεια του ΣτΕ).

ΣτΕ 2611/2004

(Σύνθεση: Θ. Χατζηπαύλου, Ε. Γαλανού, Θ. Παπαεναγγέλου, Στ. Χαραλάμπους, Μ. Καραμανώφ - εισηγήτρια, Σύμβουλοι, Δ. Κυριλλόπουλος, Κ. Φιλοπούλου, Πάρεδροι)

1. Επειδή δια της υπό κρίσιν αιτήσεως, δια την οποίαν κατεβλήθησαν τα νόμιμα τέλη και το παράβολο, ζητείται η αναίρεσις της υπ' αριθμ. 16/1996 αποφάσεως του Προέδρου του Διοικητικού Εφετείου Πατρών δια της οποίας, δεκτής γενομένης της εφέσεως του Ελληνικού Δημοσίου και απορριφθείσης της αντιθέτου εφέσεως του αναιρεσειόντος, μετερρυθμίσθη η υπ' αριθμ. 40/30.5.1995 απόφασις του Προέδρου του Διοικητικού Πρωτοδικείου Πύργου και διετάχθη η

προσωπική κράτησις του αναιρεσειόντος επί ένα έτος δια χρέη του προς το Ελληνικόν Δημόσιον ύψους 233.397.043 δρχ.

2. Επειδή η υπόθεσις παρεπέμφθη ενώπιον της επταμελούς συνθέσεως δια της υπ' αριθμ. 817/2002 αποφάσεως της πενταμελούς συνθέσεως του Τμήματος.

3. Επειδή, η διάταξις του άρθρου 3 παρ. 1 εδ. β' του ν. 1867/1989 υπό τον τίτλον «Προσωποκράτησις κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Κώδικα Εισπράξεως Δημοσίων Εσόδων και άλλες διατάξεις όριζε ότι: «1. α. ... β. Η αίτησις για προσωπική κράτησις δικάζεται, αν ο νόμιμος τίτλος αποδεικνύει απαίτησις δημόσιου χαρακτήρα, από τριμελές διοικητικό πρωτοδικείο ή, αν ο νόμιμος τίτλος αποδεικνύει απαίτησις ιδιωτικού χαρακτήρα, από το μονομελές πολιτικό πρωτοδικείο της περιφέρειας όπου έχει την έδρα της η αρχή η οποία είναι, κατά τις διατάξεις της παρ. 2 του προηγουμένου άρθρου, αρμόδια για να την υποβάλει. 2. Το διοικητικό δικαστήριο δικάζει κατά την διαδικασίαν που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 73 του ΚΕΔΕ και το πολιτικό δικαστήριο κατά την τακτική διαδικασίαν. Περαιτέρω στο άρθρο 9 του ίδιου νόμου ορίζονταν τα εξής: 1. Κάθε διαφορά σχετική με την εκτέλεσις της προσωπικής κράτησεως υπάγεται, αν δεν ορίζεται διαφορετικά, στην αρμοδιότητα του αρμόδιου, κατά τις διατάξεις του άρθρου 3 του παρόντος νόμου, δικαστηρίου, στην περιφέρεια του οποίου εκτελείται η σχετική απόφασις. Ο πρόεδρος του δικαστηρίου αυτού ορίζει σύντομη δικάσιμο και την προθεσμία για να κλητευθεί ο αντίδικος εκείνου που προσφεύγει. 2. Η προθεσμία της ανακοπής ερημοδικίας και της έφεσεως κατά της απόφασεως που εκδίδεται σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο είναι πέντε ημέρες, αλλά ούτε αυτή ούτε και η άσκησις των ένδικων αυτών μέσων αναστέλλουν την εκτέλεσις. 3. ...». Εν συνεχεία, με το άρθρον 46 του ν. 2065/1992 ορίσθησαν τα εξής: «1. Για τα ληξιπρόθεσμα προς το Δημόσιον χρέη, που βεβαιώνονται σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.δ. 356/1974 καθώς και για τα ληξιπρόθεσμα προς το ΙΚΑ χρέη, εκτός των φόρων μεταβίβασεως ακινήτων και κληρονομιών, εφαρμόζονται οι διατάξεις του ν. 1867/1989 με τις ακόλουθες παρεκκλίσεις: α) Η αίτησις του προϊσταμένου της αρμόδιας ΔΟΥ για τα παραπάνω χρέη εκδικάζεται από τον πρόεδρο του οικείου διοικητικού πρωτοδικείου, σύμφωνα με τη διαδικασίαν «περί ασφαλιστικών μέτρων» (άρθρα 868 και επόμενα του ΚΠολΔ). β) Ο καταδικασθείς σε προσωπική κράτησις συλλαμβάνεται από αστυνομικό όργανο, που του επιδίδει την απόφασις του δικαστηρίου και συντάσσει σχετική έκθεσις. γ) Τα άρθρα 2 παράγραφοι 1 και 3, 3 παράγραφοι 3, 4 και 5, 4 παράγραφος 1 περιπτώσεις γ, θ και ι, 5 παράγραφοι 1 και 2 εδάφιο πρώτο, 7 παράγραφος 1 περίπτωση γ, 9 και 12 του ν. 1867/1989 δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω, δ) Τα ως άνω προβλεπόμενα εφαρμόζονται για οφειλές πάνω από εκατό χιλιάδες (100.000) δραχμές. 2. Η διαδικασίαν για την επιβολή του μέτρου της προσωπικής κράτησεως αναστέλλεται ή διακόπτεται στην περίπτωση που ο οφειλέτης έχει και προβάλλει ανταπαίτησις ίση ή ανώτερη του οφειλόμενου ποσού κατά του Δημοσίου, από

οποιαδήποτε νόμιμη αιτία, έστω και αν αυτή δεν είναι βέβαιη και εκκαθαρισμένη και εφόσον αποδείξει με έγγραφα στοιχεία το υπαρκτό της ανταπαίτησης. Στις περιπτώσεις αυτές η υπηρεσία, η οποία είναι αρμόδια την εκκαθάριση της ανταπαίτησης του οφειλέτη, υποχρεούται, ύστερα από σχετικό έγγραφο του προϊσταμένου της αρμόδιας ΔΟΥ, να ενεργήσει εντός δύο (2) μηνών για την εκκαθάριση της ανταπαίτησης αυτής και την έκδοσή του κατά περίπτωση απαιτούμενου νόμιμου τίτλου, αποστέλλουσα τα σχετικά στοιχεία στη ΔΟΥ, στην οποία εκκρεμεί η οφειλή προς το Δημόσιο, για την ενέργεια συμψηφισμού. 3. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου έχουν εφαρμογή και επί όλων των κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου βεβαιωμένων για είσπραξη ληξιπρόθεσμων απαιτήσεων κατά του Δημοσίου και του ΙΚΑ. 4. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου έχουν εφαρμογή από 1ης Οκτωβρίου 1992». Περαιτέρω, με το άρθρον 33 παρ. 3 του ν. 2214/1994, το οποίον καταλαμβάνει και την υπό κρίσιν υπόθεσιν, εφ' όσον ισχύει από 11.5.1994 (άρθρον 66 του νόμου αυτού) ορίσθη ότι: «στην περίπτωση α της παραγράφου 1 του άρθρου 46 του ν. 2065/1992 προστίθεται δεύτερο εδάφιο, που έχει ως εξής: «Η προθεσμία προς άσκηση έφεσης, καθώς και η άσκηση αυτής δεν αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης».

4. Επειδή, εξ άλλου, κατά το άρθρον 1 παρ. 2 περ. ια' του ν. 1406/1983, εις την δικαιοδοσίαν των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων υπάγονται, πλην άλλων, και οι διαφορές οι οποίες αναφύονται κατά την εφαρμογήν της νομοθεσίας η οποία αφορά την είσπραξιν των δημοσίων εσόδων (ν.δ. 356/1974). Κατά το άρθρον 4 του ίδιου νόμου, με την επιφύλαξιν των ειδικότερα οριζομένων εις τα επόμενα άρθρα, μεταξύ των οποίων και το άρθρον 8, εις τις διαφορές του άρθρου 1 του νόμου αυτού εφαρμόζονται αναλόγως οι αναφερόμενες εις το ίδιο άρθρο 4 διατάξεις του Κώδικος Φορολογικής Δικονομίας και του π.δ. 341/1978, σύμφωνα δε με το άρθρο 8 παρ. 1 «στις διαφορές της περίπτωσης ια' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 του νόμου αυτού εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του ν.δ. 356/1974». Κατά την έννοιαν των διατάξεων αυτών, τα ανακύπτοντα κατά την εκδίκασιν των διαφορών των σχετικών με την είσπραξιν των δημοσίων εσόδων δικονομικά ζητήματα, δια τα οποία δεν περιέχεται ιδιαίτερα ρύθμισις εις το ν.δ. 356/1974 και τα οποία δεν ρυθμίζονται ούτε από τις αναφερόμενες εις το άρθρον 4 του ν. 1406/1983 διατάξεις του Κώδικος Φορολογικής Δικονομίας και του π.δ. 341/1978, διέπονται από τις διατάξεις οι οποίες ρυθμίζουν, τα σχετικά ζητήματα, γενικώς δια όλες τις διαφοράς οι οποίες υπάγονται εις την δικαιοδοσίαν των διοικητικών δικαστηρίων και όχι από τις διατάξεις του Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας, οι οποίες ρυθμίζουν τα ζητήματα αυτά εις τα πλαίσια της δικαιοδοσίας, από την οποία απεσπάσθησαν οι ανωτέρω διαφορές, μεταξύ δε των διατάξεων αυτών είναι και η διάταξις του άρθρου 10 του Οργανισμού Φορολογικών Δικαστηρίων (ήδη άρθρο 19 του ν. 1805/1988), το οποίον ορίζει ότι: «Οι εφέσεις κατά των αποφάσεων του μονομελούς διοικητικού πρωτοδικείου εκδικάζονται από το τριμελές διοικητικό πρωτοδικείο».

5. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά και συμφώνως προς τα προαναφερθέντα, η έφεσις κατά αποφάσεως του Προέδρου του Διοικητικού Πρωτοδικείου επί αιτήσεως προσωποκρατήσεως, η οποία υποβάλλεται από τον αρμόδιον Προϊστάμενον ΔΟΥ εκδικάζεται εφ' όσον από την διάταξιν του άρθρου 33 παρ. 3 του ν. 2214/1994 δεν προβλέπεται αρμόδιον δια την εκδίκασιν αυτής δικαστήριον, από το Τριμελές Διοικητικόν Πρωτοδικείον, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 19 του ν. 1805/1988. Το Τριμελές Διοικητικόν Πρωτοδικείον εκδικάζει την έφεσιν αυτήν, κατά την διαδικασίαν των ασφαλιστικών μέτρων όπως ορίζει η μη καταργηθείσα, κατά τούτο, διάταξις του άρθρου 46 παρ. 1 εδ. α' του ν. 2065/1992 (βλ. ΣτΕ Επταμελούς Συνθέσεως: 2042/1997, βλ. επίσης ΣτΕ: 742, 1053, 1054, 4504/1998 κ.α.).

6. Επειδή, μετά την δημοσίευσιν της προσβαλλομένης αποφάσεως ετέθη εν ισχύι ο Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας ο οποίος ώρισεν εις το άρθρον 242 παρ. 4 αυτού ότι αρμόδιος δια την εκδίκασιν εφέσεως, κατά αποφάσεως περί προσωπικής κρατήσεως, εκδιδομένης κατά την διαδικασίαν των άρθρων 231-241 του ιδίου νόμου, είναι ο πρόεδρος εφετών ή ο υπ' αυτού οριζόμενος εφέτης του εφετείου εις την περιφέρειαν του οποίου υπάγεται το δικαστήριον, όπου ανήκει ο κατ' άρθρον 252 δικαστής που εξέδωσε την προσβαλλομένην απόφασιν. Κατά την έννοιαν της διατάξεως ταύτης, ερμηνευομένης υπό το φώς της γενικής αρχής του δικονομικού δικαίου, συμφώνως προς την οποίαν, νεώτεροι διατάξεις ρυθμίζουσαι την αρμοδιότητα και την διαδικασίαν εφαρμόζονται, κατά κανόνα, του νόμου μη ορίζοντος άλλως, και επί εκκρεμών δικών (ΣΕ 5343/87, 4571/88), αρμόδιον δικαστήριον παραπομπής μετά την αναίρεσιν αποφάσεως περί προσωποκρατήσεως, κατέστη, μετά την έναρξιν ισχύος του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας ο Πρόεδρος Εφετών.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσβαλλομένη απόφασις εξεδόθη προ της ενάρξεως ισχύος του ν. 2717/1999 υπό του Προέδρου του Διοικητικού Εφετείου Πατρών. Ούτος, κατά τον χρόνον δημοσιεύσεως της αποφάσεως (23.5.1986) δεν είχε, συμφώνως προς τα προεκτεθέντα, αρμοδιότητα προς εκδίκασιν της εφέσεως του αναρρεσιόντος κατά της διατασσούσης την προσωπικήν κράτησιν αυτού αποφάσεως του Προέδρου του Διοικητικού Πρωτοδικείου Πύργου, δια τον λόγον δε τούτον, αυτεπαγγέλτως ερευνώμενον, η απόφασις αυτή θα έδει να ανααιρεθή. Δεδομένου, όμως, ότι εις την προκειμένην περίπτωσιν η προσβαλλομένη απόφασις εξεδόθη από τον Πρόεδρον του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, ο οποίος έχει ήδη, ήτοι μετά την έναρξιν ισχύος του Κώδικος Διοικητικής Δικονομίας καταστή αρμόδιος προς εκδίκασιν της ως άνω εφέσεως, η αναίρεσις της αποφάσεως παρίσταται αλυσιτελής. *Αν και κατά την γνώμην του Παρέδρου Δ. Κυριλλόπουλου η αναίρεσις της αποφάσεως δεν είναι αλυσιτελής.*

8. Επειδή το αναγκαστικόν μέτρον της προσωπικής κρατήσεως προς είσπραξιν δημοσίων εσόδων εθεσπίσθη το πρώτον για του β.δ. της 7 (19).2.1835 και

διεμορφώθη δια διαδοχικών νομοθετημάτων (ν. ΥΛΣΤ'/1871, ν. 4845/1930 (ΝΕΔΕ), ν.δ. 356/1974 (ΚΕΔΕ), επιβαλλόμενον υπό των αρμοδίων διοικητικών οργάνων κατά των οφειλετών αφ' ενός μεν του Δημοσίου, αφ' ετέρου δε των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (νπδδ) κατά περίπτωσιν. Ο θεσμός ανεμορφώθη ριζικώς δια του ν. 1867/1989, ο οποίος επέτρεψε την επιβολήν του μέτρου μόνον δια δικαστικής αποφάσεως εκδιδομένης κατόπιν αιτήσεως του αρμοδίου προς είσπραξιν οργάνου του Δημοσίου ή νπδδ ερύθμισε δε τας ουσιαστικάς και δικονομικάς προϋποθέσεις επιβολής αυτού κατά τρόπον ευνοϊκότερον δια τον οφειλέτην εν σχέσει με το προηγούμενον νομοθετικόν καθεστώς. Οι προϋποθέσεις αυταί ετροποποιήθησαν τόσον όσον αφορά τα ληξιπρόθεσμα προς το Δημόσιον όσον και προς το ΙΚΑ χρέη δια του άρθρου 46 του ν. 2065/1992, εν συνεχεία δε δια των άρθρων 33 του ν. 2214/ 1994 και 22 του ν. 2523/1997. Επηκολούθησεν η θέσις εν ισχύϊ του Κώδικος Διοικητικής Δικονομίας, ο οποίος εις το Πρώτον Τμήμα του Δευτέρου Μέρους αυτού και υπό τον Δεύτερον Τίτλον «Επιβολή Προσωπικής Κράτησης», (άρθρα 231-243) περιέλαβε νέαν ρύθμισιν του αναγκαστικού μέτρου της προσωπικής κρατήσεως κατά τρόπον εν πολλοίς ανάλογον προς τας ρυθμίσεις του ν. 187/1989, ως είχεν ούτος προ των τροποποιήσεών του, με σημαντικάς δηλαδή αποκλίσεις εκ των ρυθμίσεων των νόμων 2065/92, 2214/94 και 2523/97 (βλ. και εισηγητικήν έκθεσιν του ΚΔΔ επί του άρθρου 231, η οποία αναφέρει ότι «αποδίδεται κατά βάση η έως τώρα ισχύουσα ρύθμιση»).

9. Επειδή το μέτρον της προσωπικής κρατήσεως διαφέρει των γνησίων μέσων εκτελέσεως (κατάσχεσις κ.λπ.), τα οποία συνιστούν άμεσον επέμβασιν του Δημοσίου εις την περιουσίαν του οφειλέτου προς είσπραξιν του προς αυτό χρέους, διότι αποτελεί μέτρον καταναγκασμού όχι επί της περιουσίας αλλά επ' αυτού τούτου του προσώπου του οφειλέτου, προκειμένου να εξαναγκασθή ούτος εις την δια παντός μέσου καταβολήν του οφειλομένου χρέους. Τούτο όμως είναι συνταγματικώς ανεπίτρεπτον, ως αντικείμενον εις τα άρθρα 2 παρ. 1 και 5 παρ. 3 του Συντάγματος. Και τούτο διότι πρωταρχική υποχρέωσις της Πολιτείας είναι, κατά τα ανωτέρω άρθρα, ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου, πυρήνας της οποίας είναι η προσωπική ελευθερία. Και ναι μεν το Σύνταγμα ανέχεται την στέρησιν της προσωπικής ελευθερίας, υπό την προϋπόθεσιν όμως ότι η στέρησις αύτη είναι λογικώς αναγκαία για την προάσπισιν του δημοσίου συμφέροντος, χάριν του οποίου επιβάλλεται. Τέτοιοι λόγοι δημοσίου συμφέροντος, δικαιολογούντες την επιβολήν των στερητικών της ελευθερίας ποινών είναι οι προβλεπόμενοι υπό του ποινικού δικαίου, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται, άλλωστε, το ποινικόν αδίκημα της παραβιάσεως της προθεσμίας καταβολής των βεβαιωμένων και ληξιπροθέσμων χρεών προς το Δημόσιον και το νπδδ (άρθρ. 25 ν. 1882/1990), ως αντικατεστάθη δια του άρθρου 23 παρ. 1 ν. 2523/ 1997. Είναι, όμως, όλως διάφορον το θέμα της στέρησεως της προσωπικής ελευθερίας όχι ως ποινής για αποδοκιμαστέαν κοινωνικήν συμπεριφοράν, αλλ' ως διοικητικού μέτρου αποβλέποντος εις την άσκησιν πιέσεως

προς εξόφλησιν χρέους δια χρημάτων, τα οποία δεν έχει ή δεν δύναται το Δημόσιο να αποδείξει ότι έχει ο οφειλέτης. Υπό το πρίσμα τούτο, δεν υφίσταται και θέμα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας, διότι αυτή προϋποθέτει ότι τόσον ο σκοπός όσον και τα χρησιμοποιούμενα προς επίτευξιν αυτού μέσα είναι κατ' αρχήν θεμιτά, οπότε και ερευνάται περαιτέρω η μεταξύ των σχέσις εις εκάστην συγκεκριμένην περίπτωση. Το μέτρον, όμως, της προσωπικής κρατήσεως απαγορεύεται καθ' εαυτό εις πάσαν περίπτωση, ως αντικείμενον εις το Σύνταγμα (άρθρ. 2 παρ. 1 και 5 παρ. 3), κατά τα προεκτεθέντα.

10. Επειδή, εν όψει των ανωτέρω το Τμήμα κρίνει ότι το αναγκαστικόν μέτρον της προσωποκρατήσεως των οφειλετών του Δημοσίου, το οποίον προβλέπεται υπό των άρθρων 231-243 του Κώδικος Διοικητικής Δικονομίας αντίκειται εις το Σύνταγμα. Λόγω όμως της μείζονος σπουδαιότητας του ζητήματος και εν όψει του άρθρου 108 παρ. 5 του Συντάγματος το Τμήμα κρίνει ότι τούτο πρέπει να παραπεμφθεί στην Ολομέλεια προς επίλυσιν.

Σημείωση

Με τη σχολιαζόμενη απόφαση του ΣΤ' Τμήματος του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου επαναφέρεται το ζήτημα της συνταγματικότητας του μέτρου της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο.

Σύμφωνα με την κρίση του δικαστηρίου το συγκεκριμένο διοικητικό μέτρο αντίκειται στο κανονιστικό περιεχόμενο των άρθρων 2 παρ. 1 και 5 παρ. 3 του Συντάγματος (αρχή της αξίας του προσώπου και προσωπικής ελευθερίας).

Η ως άνω απόφαση συμβάλλει ουσιωδώς στη μεταστροφή της σχετικής νομολογίας που αφορά στη συνταγματικότητα του εν λόγω επαχθούς μέτρου (βλ. αναλυτικά Digesta 2003 σελ. 279 και 282 επ.).

Συνεπώς η απόφαση της Ολομέλειας του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου αναμένεται με εύλογο ενδιαφέρον.

Α.Φ.