

ΔΙΑΛΟΓΟΣ ΜΕ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Σ 20.2, ΚΔΔιαδ 6, ν.δ. 118/1973

Εφαρμογή του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης στη φορολογική διαδικασία.

Οι διατάξεις του άρθρου 6 του ΚΔΔιαδ αποτελούν νομοθετική ρύθμιση της άσκησης του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου από τις διοικητικές αρχές. Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης (άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος), όπως εξειδικεύθηκε στο άρθρο 6 του ΚΔΔιαδ παρέχεται και στην επικείμενη έκδοση πράξης προσδιορισμού φόρου κληρονομιάς (ν.δ. 118/1973), λαμβανομένου υπόψη ότι: αφενός μεν δεν υφίστανται ειδικές διατάξεις στο εν λόγω ν.δ. και αφετέρου, η διαδικασία διοικητικής επίλυσης της διαφοράς συνιστά εκ των υστέρων ακρόαση που δεν αναπληρώνει την απαιτούμενη εκ των προτέρων ακρόαση του ενδιαφερομένου.

ΔιοικΠρΑθ 10737/2005

(Δικαστής: Π. Κρομπά)

Επειδή, στο άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου ισχύει και για κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του». Περαιτέρω, στο άρθρο 6 του ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις», (Α' 45), οποία βάσει του άρθρου τρίτου του νόμου αυτού ισχύει από της δημοσίευσής του ως άνω νόμου στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (9.3.1999) ορίζονται τα εξής: «1. Οι διοικητικές αρχές, πριν από κάθε ενέργεια ή μέτρο σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων συγκεκριμένου προσώπου, οφείλουν να καλούν τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του, εγγράφως ή προφορικά, ως προς τα σχετικά ζητήματα. 2. Η κλήση προς ακρόαση είναι έγγραφη, αναφέρει τον τύπο, την ημέρα και την ώρα της ακρόασης, προσδιορίζει δε το αντικείμενο του μέτρου ή της ενέργειας. Η κλήση κοινοποιείται στον ενδιαφερόμενο τουλάχιστον πέντε (5) πλήρεις ημέρες πριν από την ημέρα ακρόασης. Ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα να λάβει γνώση των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων και να προβεί σε ανταπόδειξη. Η τήρηση της προαναφερόμενης διαδικασίας, καθώς και η λήψη υπόψη των απόψεων του ενδιαφερομένου, πρέπει να προκύπτουν από την αιτιολογία της διοικητικής πράξης. Το υιοθετούμενο μέτρο πρέπει να λαμβάνεται μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα από την ακρόαση του ενδιαφερομένου. 3. Αν η άμεση λήψη του δυσμενούς μέτρου είναι αναγκαία για την αποτροπή κινδύνου ή λόγω επιτακτικού δημόσιου συμφέροντος, είναι, κατ' εξαίρεση, δυνατή η, χωρίς προηγούμενη κλήση του ενδιαφερομένου, ρύθμιση... 4. Οι διατάξεις των παρ. 1 και

2 εφαρμόζονται και όταν οι σχετικές με τη δυσμενή διοικητική πράξη διατάξεις, προβλέπουν δυνατότητα άσκησης διοικητικής προσφυγής». Τέλος, στο άρθρο 33 παρ. 1 του ίδιου πάντα νόμου ορίζεται ότι: «1. Από την έναρξη της ισχύος του Κώδικα, αν σε αυτόν δεν ορίζεται διαφορετικά, καταργείται κάθε γενική διάταξη η οποία αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από αυτόν». Εξάλλου, στην εισηγητική έκθεση του ως άνω νόμου, όσον αφορά τη διάταξη του ανωτέρω άρθρου 6, αναφέρονται τα εξής: «Ρυθμίζεται η άσκηση του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος ακρόασης από τις διοικητικές αρχές (άρθρο 20 παρ. 2), με κλήση του διοικουμένου να διατυπώσει τις απόψεις του. Ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα, αφενός να λάβει γνώση του συνόλου των στοιχείων του φακέλου και αφετέρου να προβεί σε ανταπόδειξη. Από την αιτιολογία που συνοδεύει την διοικητική πράξη, η οποία εκδίδεται σχετικώς, πρέπει να προκύπτει η τήρηση της διαδικασίας, καθώς και η λήψη υπόψη των ισχυρισμών του διοικουμένου, χωρίς να είναι αναγκαία η διατύπωση κρίσης γι' αυτούς... Στην παράγραφο 4 ορίζεται ότι η άσκηση του δικαιώματος εξακολουθεί να είναι υποχρεωτική για τη Διοίκηση, όταν προβλέπεται διοικητική προσφυγή (ειδική ή ενδικοφανής). Η διάταξη αυτή είναι αντίθετη προς τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οδηγεί όμως σε πληρέστερη εφαρμογή της σχετικής συνταγματικής επιταγής και σε πληρέστερη προστασία του διοικουμένου».

Επειδή, από τις πιο πάνω διατάξεις, σε συνδυασμό με την εισηγητική έκθεση του νόμου τούτου, συνάγεται ότι αυτές αποτελούν νομοθετική πλέον ρύθμιση της άσκησης του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος ακρόασης από τις διοικητικές αρχές (άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος), άγουσες σε πληρέστερη εφαρμογή της σχετικής συνταγματικής επιταγής και σε πληρέστερη προστασία του διοικουμένου. Και τούτο διότι με την ανωτέρω ρητή επιταγή του νόμου (άρθρο 6) ρυθμίζεται κατά τρόπο σαφή και συγκεκριμένο ο ειδικότερος τύπος και τρόπος άσκησης του εν λόγω δικαιώματος και καθορίζεται η έννοια αυτού και το ακριβές περιεχόμενό του. Συγκεκριμένα, ενόψει της νεότερης αυτής νομοθετικής ρυθμίσεως, σε περίπτωση επικείμενης εκδόσεως δυσμενούς, για τον διοικούμενο, ατομικής διοικητικής πράξεως ή ενέργειας ή μέτρου εν γένει, η διοικητική αρχή οφείλει να τον καλεί εγγράφως, και μάλιστα με τον ειδικότερο τρόπο και περιεχόμενο που αναφέρεται στις διατάξεις αυτές, να εκφράσει τις, σχετικές με το εκάστοτε ζήτημα, απόψεις του, καθώς και να λάβει υπόψη της, κατά την έκδοση της πράξεως, τις πιθανώς εκτεθείσες απόψεις. Κατά τη ρητή δε διατύπωση της διατάξεως αυτής, καμμία άλλη διαδικασία ενώπιον της Διοικήσεως δεν δύναται πλέον να ταυτιστεί με την έννοια και το περιεχόμενο του δικαιώματος σε προηγούμενη ακρόαση ούτε και να υποκαταστήσει την άσκηση αυτού, αφού, η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος χωρεί κατά τρόπο απόλυτο και είναι επιβεβλημένη έστω και αν κατά της υπό έκδοση πράξεως προβλέπεται ειδικώς η άσκηση διοικητικής προσφυγής (ειδικής ή ενδικοφανούς). Η κλήση αυτή αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της διοι-

κητικής πράξεως, παράλειψη του οποίου είναι δυνατή μόνο όταν η άμεση λήψη του δυσμενούς μέτρου είναι αναγκαία για την αποτροπή κινδύνου ή λόγω επιτακτικού δημόσιου συμφέροντος, η τήρηση του οποίου πρέπει να προκύπτει από την αιτιολογία της πράξης, η μη τήρηση δε του τύπου αυτού καθώς και η πλημμελής τήρησή του συνεπάγεται την ακυρότητα της σχετικής πράξης (πρβλ. ΣτΕ 346/2003 7μελούς, 127/2003). Έτσι, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το εν λόγω δικαίωμα, με τον τρόπο που ρυθμίζεται στον ανωτέρω Κώδικα, παρέχεται και στην περίπτωση επικείμενης εκδόσεως πράξεως προσδιορισμού φόρου κληρονομίας, λαμβανομένων επιπλέον υπόψη αφενός ότι δεν υφίστανται ειδικώς διατάξεις στο ν.δ. 118/1973 «Περί κώδικος φορολογίας κληρονομιών, δωρεών, προικών και κερδών εκ λαχείων», που να ρυθμίζουν ευθέως ή αναλόγως την άσκηση του δικαιώματος αυτού και αφετέρου ότι η μετά την έκδοση της καταλογιστικής πράξεως διαδικασία διοικητικής επιλύσεως της διαφοράς συνιστά εκ των υστέρων ακρόαση που δεν αναπληρώνει την απαιτούμενη εκ των προτέρων ακρόαση του ενδιαφερομένου, στο στάδιο της οποίας, δικαιούται αφού λάβει γνώση όλων των εις βάρος του στοιχείων, να προβεί σε ανταπόδειξη και να αναπτύξει όλους εκείνους τους ισχυρισμούς που θεωρεί αναγκαίους για την προάσπιση των συμφερόντων του. Άλλωστε, ναι μεν η έκδοση πράξεως προσδιορισμού φόρου κληρονομίας είναι υποχρεωτική για την φορολογική αρχή, υπό την προϋπόθεση όμως της αποδεδειγμένης διαπιστώσεως της ανακρίβειας της δηλώσεως που υποβλήθηκε και της εκτάσεως αυτής (ανακρίβειας), που γίνεται μετά από εκτίμηση όλων των αποδεικτικών στοιχείων και επομένως και αυτών που ενδεχομένως θα προσκομιστούν ανταποδεικτικώς από τον φορολογούμενο κατά το στάδιο του ελέγχου. Κατά συνέπεια και στις περιπτώσεις υποβολής ανακριβούς δηλώσεως φόρου κληρονομίας η άσκηση του δικαιώματος προηγούμενης ακροάσεως του φορολογουμένου δύναται να επιδράσει στην έκδοση ή μη της καταλογιστικής πράξεως ή ακόμα να επηρεάσει την τελική διαμόρφωση του περιεχομένου της. Επομένως, πρέπει να παρέχεται σ' αυτόν από την φορολογική αρχή η δυνατότητα ασκήσεως του εν λόγω δικαιώματος.

Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1999 ΦΕΚ 97 Α'), ορίζεται ότι: «1. Το δικαστήριο ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη κατά το νόμο και την ουσία, μέσα στα όρια της προσφυγής, τα οποία προσδιορίζονται από τους λόγους και το αίτημά της.

Κατ' εξαίρεση, ο κατά το νόμο έλεγχος της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης, κατά περίπτωση, χωρεί και αυτεπαγγέλτως, εκτεινόμενος στο σύνολό της, προκειμένου να διακριβωθεί: α) ... β) αν η πράξη είναι πλημμελής κατά τη νόμιμη βάση της... 2. Αν η προσφυγή στρέφεται κατά ρητής πράξης, το δικαστήριο, κατά την επίλυση της διαφοράς, είτε δέχεται την προσφυγή εν όλω ή εν μέρει και ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την πράξη ή την τροποποιεί, είτε απορρίπτει την προσφυγή. 3. Το Δικαστήριο ακυρώνει την πράξη και αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση-

ση για να ενεργήσει τα νόμιμα: α) ... β) αν συντρέχει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, που έχει ταχθεί για την έκδοση της πράξης, γ) ... 4. ... 5. ...».

Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα ακόλουθα: Σε βάρος του ανήλικου υιού των προσφευγόντων Α.Β. εκδόθηκε η υπ' αριθ. 122/26.6.2001 πράξη προσδιορισμού φόρου κληρονομίας του Προϊσταμένου της ΔΟΥ Αθηνών, με την οποία του επιβλήθηκε κύριος φόρος 1.702.832 δραχμών και πρόσθετος φόρος 1.277.124 δραχμών με την αιτιολογία ότι προέκυψε διαφορά μεταξύ της δηλωθείσας, με την δήλωση του φόρου κληρονομίας που υπέβαλε στην Δ.Ο.Υ., αξίας των κληρονομιαίων ακινήτων, τα οποία περιήλθαν σ' αυτόν ως κληρονόμο του και της προσδιορισθείσας αξίας με την προσβαλλόμενη πράξη. Κατά της πράξεως αυτής οι προσφεύγοντες, ως ασκούντες την γονική μέριμνα του ανήλικου υιού τους, άσκησαν την κρινόμενη προσφυγή με την οποία επιδιώκουν την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξεως ως μη νόμιμης, για τους ειδικότερα αναφερόμενους στο δικόγραφο της προσφυγής λόγους.

Επειδή, το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη ότι: 1) οι προσφεύγοντες δεν κλητεύθηκαν σε ακρόαση από τον Προϊστάμενο της ΔΟΥ Ι' Αθηνών πριν από την έκδοση της προαναφερόμενης δυσμενούς για τους προσφεύγοντες πράξεως, η κλήση δε αυτών αποτελεί, σύμφωνα με τις διατάξεις που προαναφέρθηκαν, ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της πράξεως αυτής, η παράλειψη του οποίου συνεπάγεται την ακυρότητά της και 2) η Διοίκηση δεν επικαλείται ούτε από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει λόγος παραλείψεως του τύπου αυτού (ανάγκη άμεσης εκδόσεως της πράξεως προς αποτροπή κινδύνου ή λόγος επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος), κρίνει ότι η προσβαλλόμενη πράξη του Προϊσταμένου της ΔΟΥ Αθηνών εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της και συγκεκριμένα λόγω μη παροχής δυνατότητας στους προσφεύγοντες να ασκήσουν το δικαίωμα της προηγούμενης ακροάσεως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 6 του Ν. 2690/1999 και πρέπει, για τον λόγο αυτόν, ο οποίος εξετάζεται αυτεπαγγέλτως από το Δικαστήριο, να ακυρωθεί.

Επειδή, κατόπιν αυτών, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αρμόδια διοικητική αρχή προκειμένου να διενεργηθούν τα δέοντα αναφορικά με την τήρηση του ουσιώδους τύπου της προηγούμενης ακροάσεως των προσφευγόντων, κατ' άρθρο 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Τέλος, το Δικαστήριο κρίνει ότι πρέπει να διαταχθεί κατ' άρθρο 277 παρ. 9 του ΚΔΔ η απόδοση στους προσφεύγοντες του καταβληθέντος παραβόλου (άρθρο 277 παρ. 9 του ΚΔΔ).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. .../... πράξη προσδιορισμού φόρου κληρονομίας του Προϊσταμένου της ΔΟΥ Ι' Αθηνών.

Αναπέμπει τον φάκελλο της κρινόμενης υποθέσεως στη ΔΟΥ Ι΄ Αθηνών προκειμένου να διενεργηθούν τα δέοντα αναφορικά με την τήρηση του ουσιώδους τύπου της προηγούμενης ακρόασης των προσφευγόντων, κατ' άρθρο 6 παρ. 1 και 2 του ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας).

Σημείωση

Η ανωτέρω δημοσιευόμενη απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών αναφέρεται στο ιδιαίτερα ενδιαφέρον ερμηνευτικό ζήτημα, σχετικά με το εάν στη φορολογική διαδικασία έχει εφαρμογή το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου, με τον τρόπο που αυτό εξειδικεύεται στις διατάξεις του άρθρου 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ΚΔΔιαδ).

Συγκεκριμένα με την ως άνω απόφαση εκρίθη ότι η κλήση, εκ μέρους του Προϊσταμένου της ΔΟΥ, προς ακρόαση του υποκειμένου σε φόρο κληρονομίας, είναι υποχρεωτική, πριν η φορολογική αρχή προβεί στην έκδοση της πράξης προσδιορισμού φόρου κληρονομίας σε βάρος του. Κατά την κρίση του δικαστηρίου, το συνταγματικώς προστατευόμενο δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου, του άρθρου 20 παρ. 2 του Σ., ρυθμίζεται πλέον νομοθετικά κατά το άρθρο 6 του ΚΔΔιαδ, το οποίο προβλέπει με «τρόπο σαφή και συγκεκριμένο τον ειδικότερο τύπο και τρόπο άσκησης του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης... (και)... καμία άλλη διαδικασία ενώπιον της Διοίκησης δεν δύναται... (του λοιπού)... να ταυτιστεί με το περιεχόμενο του εν λόγω δικαιώματος ούτε και να υποκαταστήσει την άσκησή του».

Έτσι, αφού το δικαστήριο λάβει υπόψη του, ότι δεν υφίστανται ειδικές διατάξεις που να ρυθμίζουν το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης, η διαδικασία που το άρθρο 6 του ΚΔΔιαδ ορίζει, έχει εφαρμογή στην περίπτωση επικείμενης έκδοσης πράξης προσδιορισμού του φόρου κληρονομίας. Όσον αφορά τη δυνατότητα της διοικητικής επίλυσης της διαφοράς, την οποία ο νόμος δίνει στον ενδιαφερόμενο, αυτή συνιστά εκ των υστέρων ακρόαση που δεν μπορεί να αναπληρώσει την απαιτούμενη προηγούμενη ακρόασή του.

Ειδικότερα, η σημασία της ανωτέρω απόφασης έγκειται στο γεγονός ότι, ενόψει των διατάξεων του νέου νόμου 2690/1999 (γνωστός ως ΚΔΔιαδ), η απόφαση αυτή παρεκκλίνει από τη γραμμή που έχει, επί σειρά δεκαετιών, χαράξει η κρατούσα νομολογία του ΣτΕ. Σύμφωνα με την πάγια αυτή νομολογία, το ΣτΕ δέχεται ότι στη φορολογική διαδικασία το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου καλύπτεται από τη δυνατότητα διοικητικής επίλυσης της διαφοράς, δεδομένου επιπλέον ότι οι πράξεις επιβολής φόρου που η φορολογική αρχή εκδίδει είναι πράξεις αυστηρώς δέσμιας αρμοδιότητας, όπου η υποκειμενική συμπεριφορά του ενδιαφερομένου δε λαμβάνεται υπόψη.

Βέβαια, η ως άνω απόφαση δεν είναι η πρώτη απόφαση διοικητικού πρωτοδι-

κείου που έκρινε επί της εφαρμογής του άρθρου 6 του ΚΔΔιαδ στη φορολογική διαδικασία. Η πρώτη απόφαση τακτικού διοικητικού δικαστηρίου που δέχτηκε την εφαρμογή στη φορολογική διαδικασία του άρθρου 6 του ΚΔΔιαδ, ελλείπει ειδικής διάταξης που να ρυθμίζει το θέμα, είναι η απόφαση 134/2002 του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Σύρου. Αλλά, η απόφαση αυτή απεφάνθη επί πράξης επιβολής προστίμου (συγκεκριμένα για παράβαση του Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων) και όχι επί πράξης επιβολής φόρου, όπως η ως άνω υπ' αριθμ. 10737/2005 ΔΠρΑθ απόφαση.

Πάντως, η νέα αυτή νομολογία που αρχίζει να δημιουργείται, δεδομένου ότι και άλλα τακτικά διοικητικά πρωτοδικεία υιοθετούν την προαναφερόμενη θέση, απηχεί τη θεωρητική άποψη που πρεσβεύει, ότι το άρθρο 6 του ΚΔΔιαδ φαίνεται να καλύπτει κάθε περίπτωση έκδοσης καταλογιστικής του φόρου πράξης, αφού αυτή είναι εξ ορισμού δυσμενής για τον ενδιαφερόμενο. Υποστηρίζεται δε από τη θεωρία πως εξασθενίζει το επιχείρημα ότι το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου καλύπτεται με την εκ των υστέρων ακρόαση του, ιδίως βάσει της παραγράφου 4 του άρθρου 6, όπου ορίζεται ότι η εν λόγω διαδικασία πρέπει να εφαρμόζεται, ακόμη και όταν προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης διοικητικής προσφυγής (ειδικής ή ενδικοφανούς), καίτοι αυτή η διάταξη έρχεται σε αντίθεση με τη νομολογία του ΣτΕ, όπως αναφέρεται ρητά στην Εισηγητική Έκθεση του ΚΔΔιαδ (Κ. Φινοκαλιώτη, Φορολογικό Δίκαιο, εκδ. 1999, σ. 295).

Όσον αφορά τη νομολογία του ΣτΕ, παρατηρούνται τα εξής: Έως τώρα φαίνεται πως δέχεται, ότι στη φορολογική διαδικασία η επιταγή του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος ικανοποιείται ή καλύπτεται βάσει, αφενός μεν της φορολογικής δήλωσης του φορολογουμένου, αφετέρου δε της πρόβλεψης της διοικητικής επίλυσης της διαφοράς. Εν τούτοις, η νομολογία του ΣτΕ, δεν έχει κρίνει ακόμη στην περίπτωση που η ένδικη πράξη έχει εκδοθεί σε διάστημα μεταγενέστερο της 9.3.99, οπότε και άρχισε να ισχύει ο ΚΔΔιαδ. Έτσι, στο αιτιολογικό της ΣτΕ 1732/2002 εκρίθη ότι η αναιρεσείουσα «αβασίμως επικαλείται (...) τις σχετικές με την προηγούμενη ακρόαση του ενδιαφερομένου νεότερες γενικές διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 1 και 4 του ΚΔΔιαδ (...), γιατί οι διατάξεις αυτές δεν καταλαμβάνουν την επίδικη περίπτωση, αφού, (...) ισχύουν (...) από 9.3.99, ενώ η ένδικη πράξη για την επιβολή προστίμου εκδόθηκε σε διάστημα προγενέστερο. Συνεπώς, η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δεν έκρινε ακόμη επί του ζητήματος, εάν το άρθρο 6 του ΚΔΔιαδ έχει ή όχι εφαρμογή στη φορολογική διαδικασία. Πάντως, στην ίδια απόφαση διατυπώνεται η μειοψηφήσασα γνώμη (του Παρέδρου κ. Ι. Γράβαρη), σύμφωνα με την οποία, κατά το γράμμα και το σκοπό της συνταγματικής διάταξης του άρθρου 20 παρ. 2, το θεσπιζόμενο με αυτήν δικαίωμα του διοικουμένου συνίσταται ακριβώς στην «προηγούμενη», δηλαδή πριν την έκδοση της εις βάρος του εκτελεστής πράξεως, ακρόασή του από την αρμόδια αρχή. Συνεπώς, το δικαίωμα

του αυτό δεν μπορεί να αναπληρωθεί από τη δυνατότητα που έχει ο επιτηδευματίας, μετά την έκδοση εις βάρος του πράξεως επιβολής προστίμου, να επιδιώξει την εξαφάνιση ή την τροποποίησή της.

Αξίζει δε να επισημανθεί ότι η μειοψηφήσασα αυτή γνώμη μπορεί να διατυπώθηκε πρόσφατα, αλλά εκφράζει άποψη που προϋπάρχει ως μειοψηφία εδώ και δεκαετίες στη νομολογία του ΣτΕ (ενδ. ΣτΕ 3855/83).

Παρά το γεγονός ότι το ΣτΕ δεν έχει αποφανθεί για το υπό κρίση ζήτημα, μετά τη θέση σε ισχύ του ΚΔΔιαδ, είναι δύσκολο να γίνει αποδεκτό ότι η νομολογία του θα μεταστραφεί, εξαιτίας του άρθρου 6 του ΚΔΔιαδ. Τούτο, διότι ενόψει της αυτονομίας του Φορολογικού Δικαίου, το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 του ΚΔΔιαδ αφορά, καταρχήν, τις διοικητικές πράξεις και όχι της φορολογικές πράξεις. Πιο συγκεκριμένα, η ιδιαίτερη ερμηνεία που η νομολογία του ΣτΕ επιφυλάσσει, επί δεκαετίες για το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος, στη φορολογική διαδικασία, υποκρύπτει, νομίζω, τη σύμφωνη προς το δόγμα του Φορολογικού Δικαίου θέση της νομολογίας, επί των ιδιαιτεροτήτων της φορολογικής ενοχής και κατ' επέκταση των πράξεων επιβολής φόρου, ιδιαιτερότητες που τις διαχωρίζουν από τις λοιπές διοικητικές πράξεις.

Πράγματι, εφόσον η φορολογική ενοχή είναι ενοχή εκ του νόμου, κατά τη συνταγματική επιταγή της αρχής της νομιμότητας του φόρου (άρθρο 78 παρ. 1 και 4 του Συντάγματος), συνέπεια τούτου είναι, ότι η πράξη της φορολογικής διοίκησης είναι πράξη αυστηρώς δέσμιας αρμοδιότητας και μάλιστα, έχει το χαρακτήρα της πράξης - προϋπόθεσης («acte-condition»). Δεν έχει δηλαδή διαπλαστικό, αλλά διαγνωστικό χαρακτήρα, υπό την έννοια ότι η δημιουργική πράξη του φόρου είναι ο φορολογικός νόμος και όχι η ατομική πράξη επιβολής του φόρου, η οποία απλώς διαπιστώνει ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του συγκεκριμένου φορολογουμένου τα αντικειμενικά στοιχεία που είναι καθορισμένα από το νόμο.

Λόγω της ιδιαιτερότητας, λοιπόν, της φύσης της φορολογικής ενοχής, αλλά και του ιδιαίτερου νομικού καθεστώτος που εφαρμόζεται στην πράξη επιβολής φόρου (το μη ανακλητό, δηλαδή και το μη άμεσα εκτελεστό των πράξεων αυτών), σε αντίθεση προς τις λοιπές διοικητικές πράξεις, νομίζω ότι δεν είναι δυνατόν το άρθρο 6 του ΚΔΔιαδ να εφαρμόζεται αβασάνιστα στη φορολογική διαδικασία. Προς ενίσχυση δε της άποψης ότι το άρθρο 6 του ΚΔΔιαδ δεν έχει εφαρμογή στις περιπτώσεις επιβολής φόρου (έκδοσης φύλλου ελέγχου και πράξης προσδιορισμού φόρου), θα έπρεπε ίσως να εκλαμβάνεται και το μη άμεσα εκτελεστό των πράξεων προσδιορισμού φόρου, λόγω του ότι αυτό σχετικοποιεί τη δυσμένειά τους, αφού αναστέλλει την ισχύ τους μέχρι την αποτυχία της διοικητικής επίλυσης της διαφοράς και της έκδοσης της οριστικής απόφασης του δικαστηρίου.

Όμως, όσον αφορά τις πράξεις επιβολής προστίμου, λόγω φορολογικών (και τελωνειακών) παραβάσεων, τίθεται πράγματι θέμα για το αν αρκεί το γεγονός της

πρόβλεψης εκ του νόμου της διοικητικής επίλυσης της διαφοράς. Τούτο, διότι οι πράξεις αυτές δεν παρουσιάζουν τις ιδιαιτερότητες της φορολογικής ενοχής και άρα, θα πρέπει να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 του ΚΔΔιαδ, όπως και οι λοιπές δυσμενείς διοικητικές πράξεις.

Τέλος, είναι φανερό, ότι το ζήτημα που απασχόλησε την υπ' αριθμ. 10737/2005 απόφαση ΜΔΠρΑθ., θα λυθεί από το ΣτΕ στο άμεσο μέλλον, χωρίς όμως πολλές ελπίδες, κατά τη γνώμη μου, να αλλάξει η νομολογία του στο σημείο αυτό, λόγω των ιδιαιτεροτήτων της φύσης της φορολογικής ενοχής. (Για τις ιδιαιτερότητες της φύσης της φορολογικής ενοχής, αλλά και γενικά για το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης στη φορολογική διαδικασία, βλ. εκτενή αναφορά στην ανακοίνωση της *Ελ. Θεοχαροπούλου* «Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης στη φορολογική διαδικασία» στο Συνέδριο της Ελληνικής Εταιρίας Φορολογικού Δικαίου και Δημοσιονομικών Μελετών, με θέμα «Ζητήματα διοικητικής και δικονομικής φορολογικής διαδικασίας», 8-9 Δεκεμβρίου 2005, Κομοτηνή).

Ελένη Θεοχαροπούλου

Λέκτορας στη Νομική Σχολή ΔΠΘ

Σ 20 § 1, 6 § 1 ΕΣΔΑ, αρ. 2, 3 Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, αρ. 20 ν. 3301/2004, αρ. 1 ν. 3068/2002

Αντισυνταγματικότητα αρ. 1 ν. 3068/2002, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το αρ. 20 ν. 3301/2004 - Εκτέλεση κατά του Δημοσίου και δικαστικά έξοδα σε βάρος του.

I.

Το νέο αρ. 1 του ν. 3068/2002, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το αρ. 20 ν. 3301/2004, το οποίο ορίζει ότι δεν εκτελούνται οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται στις περιπτώσεις των εδαφίων γ' - ζ' της περ. 2 του άρθρου 904 ΚΠολΔ, είναι αντίθετο στις υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, στο άρθρο 6 § 1 ΕΣΔΑ και στο άρθρο 20 § 1 Σ διότι περιορίζει ανεπίτρεπτα το δικαίωμα για αναγκαστική εκτέλεση το οποίο απορρέει από το δικαίωμα δικαστικής προστασίας.

ΕιρΑθ 3323/2005*

(Δικαστής: Γρ. Ευσταθίου)

Με τον τρίτο λόγο της ανακοπής το ανακόπτων ισχυρίζεται, ότι δεν επιτρέπεται εκτέλεση με την ως άνω διαταγή πληρωμής κατ' αυτόν ως Ν.Π.Δ.Δ. με την ισχύ του άρθρου 20 ν. 3301/04 (ΦΕΚ Α' 263), με το οποίο προστίθεται στο άρθρο 1 του ν. 3068/2002 (ΦΕΚ Α' 274) τελευταίο εδάφιο, σύμφωνα με το οποίο «Δεν είναι δι-

* Βλ. και ΜΠρΑθ 2913/2005 (Μουράτογλου) σε Δ 36, 1266 με παρατηρήσεις Κ. Μπέη.

καστικές αποφάσεις, κατά την έννοια του παρόντος και δεν εκτελούνται οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται στις περιπτώσεις των εδαφίων γ'-ζ' της περ. 2 του άρθρου 904 ΚΠολΔ πλην των κηρυχθεισών εκτελεστών αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων». Ο λόγος αυτός της ανακοπής δεν είναι νόμιμος, γιατί οι ως άνω διατάξεις αντίκεινται στις διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του υπερνομοθετικής ισχύος κατά το άρθρο 28 παρ. 1 Σ, Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα σε συνδυασμό με το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, που κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 και άρθρο 20 παρ. 1 του Σ. Ειδικότερα το Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα που μαζί με το προαιρετικό Πρωτόκολλο που κυρώθηκε με το ν. 2462/1997, επικυρώθηκε και άρχισε να ισχύει για την Ελλάδα από 5.8.1997 (Ανακοίνωση Υπουργείου Εξωτερικών Φ. 0546/62/Α1/292/Μ.2870/7.5.1997, έχει υπερνομοθετική ισχύ κατά το άρθρο 28 παρ. 1 του Σ. στο άρθρο 2 παρ. 3 αυτού ορίζει ότι: «Τα Συμβαλλόμενα Κράτη στο παρόν Σύμφωνο αναλαμβάνουν την υποχρέωση: α) να εγγυώνται ότι κάθε άτομο, του οποίου τα δικαιώματα και οι ελευθερίες, που αναγνωρίζονται στο παρόν Σύμφωνο, παραβιασθούν, θα έχει στη διάθεσή του μία πρόσφορη προσφυγή, ακόμη και αν η παραβίαση θα έχει διαπραχθεί από πρόσωπα που ενεργούν υπό την επίσημη Κρατική Ιδιότητά τους, β) να εγγυώνται ότι η αρμόδια δικαστική, διοικητική, νομοθετική... αρχή... θα αποφαινεται πράγματι σχετικά με τα δικαιώματα του προσφεύγοντος, και να προωθήσουν τη δυνατότητα προσφυγής, γ) να εγγυώνται την εκτέλεση, από τις αρμόδιες αρχές, κάθε απόφασης που θα έχει κάνει δεκτή τη σχετική προσφυγή». Ως «πρόσφορη δικαστική προσφυγή» κατά την έννοια των άνω διατάξεων πρέπει να νοηθεί και η αίτηση για την έκδοση διαταγής πληρωμής, αφού προβλέπεται από το Ελληνικό δικονομικό δίκαιο ως μέσο ικανοποίησης χρηματικής απαίτησης ή απαίτησης παροχής χρεογράφων και με αυτήν επιδιώκεται η ικανοποίηση δικαιώματος οικονομικής φύσεως. Εξάλλου, το άρθρο 14 παρ. 1 εδ. α' του ίδιου Συμφώνου ορίζει ότι: «Κάθε πρόσωπο έχει το δικαίωμα η υπόθεσή του να δικαστεί από δικαστήριο ... το οποίο θα αποφασίσει... και για αμφισβητήσιμες δικαιωμάτων και υποχρεώσεων αστικού χαρακτήρα». Προς τη διάταξη αυτή συμπορεύεται και το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο που καθιερώνεται με το άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α.) η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974, καθώς και το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Οι ως άνω διατάξεις δεν ιδρύουν μόνο διεθνή ευθύνη των συμβαλλομένων κρατών, αλλά έχουν άμεση εφαρμογή και υπερνομοθετική ισχύ, άρα θεμελιώνουν δικαιώματα υπέρ των προσώπων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής τους. Οι διατάξεις αυτές εγγυώνται όχι μόνο την ελεύθερη πρόσβαση σε δικαστήριο, αλλά και την πραγματική ικανοποίηση του δικαιώματος που επιδικάστηκε από το δικαστήριο, δηλαδή το δικαίωμα αναγκαστικής εκτέλεσης, χωρίς την οποία η προσφυγή στο δικαστήριο θα απέβαλε την ουσιαστική αξία και χρησιμότητά της. Από τους ως άνω κανόνες δικαίου που καθιερώνουν την αποτελεσμα-

τική δικαστική προστασία έπεται, ότι δεν εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 1 εδ. τελευτ. ν. 3068/2002, όπως προστ. με το άρθρο 20 ν. 3301/2004, που ορίζει ότι «δεν είναι δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του παρόντος και δεν εκτελούνται οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται, στις περιπτώσεις των εδαφίων γ'-ζ' του άρθρου 904 ΚΠολΔ πλην των κηρυχθεισών εκτελεστών αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων» βλ. ΜΠρΑθ 2913/2005, ΟΛΑΠ 21/2001, ΕλΔ 43, 83, ΜΠρΘεσ 11287/2000, Αρμ, 2000, 1265, *Κ. Μπέης*, η αναγκαστική εκτέλεση κατά του Δημοσίου και οι εκτελεστοί τίτλοι προς τούτο, Δ, 36, 683 επ.).

Συνεπώς, η ανακοπή πρέπει να απορριφθεί και να συμψηφισθεί η μεταξύ των διαδικών δικαστική δαπάνη λόγω εύλογης αμφιβολίας του ανακόπτοντα για την έκβαση της δίκης (άρθρ. 179 ΚΠολΔ).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δικάζει κατ' αντιμωλίαν των διαδικών.

Δέχεται την πρόσθετη παρέμβαση.

Απορρίπτει την ανακοπή.

II.

Δεν επιτρέπεται η έκδοση διαταγής πληρωμής κατά ν.π.δ.δ. για οφειλή του τελευταίου που απορρέει από διοικητική σύμβαση γιατί στερείται δικαιοδοσίας και δημιουργείται δικαιοδοτική δυσλειτουργία. Επίσης, η σχετική αίτηση για έκδοση διαταγής πληρωμής είναι απορριπτέα ελλείψει εννόμου συμφέροντος διότι η διαταγή πληρωμής περιλαμβάνεται στους εκτελεστούς τίτλους που αναφέρει το αρ. 1 ν. 3068/2004, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το αρ. 20 ν. 3301/2004, και δεν εκτελείται κατά του δημόσιου και των ν.π.δ.δ.

Διάταξη ΜΠρΚαλ 30/2005

(Δικαστής: *Χ. Σεβαστιδής*)

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 ν. 1406/1983, που εκδόθηκε σε εφαρμογή του άρθρου 94 παρ. 1 Σ., στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων υπάγονται όλες οι διοικητικές διαφορές ουσίας, στις οποίες περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων, οι διαφορές που αφορούν στην ευθύνη του Δημοσίου, των ΟΤΑ και των ν.π.δ.δ. από διοικητικές συμβάσεις. Εξάλλου, διοικητική σύμβαση είναι η σύμβαση στην οποία ο ένας από τους συμβαλλόμενους είναι το Δημόσιο ή ν.π.δ.δ., αφορά ορισμένες δραστηριότητες των φορέων της δημόσιας διοίκησης, που αποβλέπουν στο δημόσιο συμφέρον και διέπεται από εξαιρετικό νομοθετικό καθεστώς, που δίδει στο δημόσιο φορέα (Δημόσιο ή ν.π.δ.δ.) υπερέχουσα θέση σε σχέση με τον αντισυμβαλλόμενο ιδιώτη και επιτρέπει τη μονομερή επέμβαση στο συμβατικό δεσμό, ιδίως με την άσκηση ελέγχου, επιβολή κυρώσεων με πράξεις δημοσίων οργάνων.

νων και γενικά υπάρχει στη σύμβαση αυξημένη εξουσία κρατικού ελέγχου (ΑΕΔ 19/1995, ΑΕΔ 15/1992, ΟΛΑΠ 7/2001, Δ (32), 696, ΝοΒ (49), 1812, ΑΠ 107/1993, ΝοΒ (42), 178). Περαιτέρω, υποστηρίζεται στη θεωρία και νομολογία ότι είναι επιτρεπτή η έκδοση διαταγής πληρωμής για απαίτηση που πηγάζει από (γνήσια) διοικητική σύμβαση, παρόλο που γεννά διοικητική διαφορά ουσίας, υπαγόμενη στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, με το αιτιολογικό ότι η έκδοση διαταγής πληρωμής δεν υπάγεται στη δικαιοδοσία κανενός δικαστηρίου, έτσι που να μην υπάρχει περιθώριο προβληματισμού αν ανήκει στη δικαιοδοσία των πολιτικών ή των διοικητικών δικαστηρίων. Η άποψη αυτή υποστηρίζει για την ενίσχυση των θέσεων της ότι η διαταγή πληρωμής εκδίδεται όχι από το δικαστήριο, αλλά από το δικαστή ως ατομικώς δικαστικό λειτουργό και όχι με την ιδιότητα της συγκρότησης δικαστηρίου (βλ. έτσι ΕφΠατρ 148/1999, αδημ., ΠολΠρΠατρ 544/1997, Δ (1998), 273, ΜονΠρΕδ 486/1999, αδημ., Κ. Μπέη, διαταγή πληρωμής για χρηματικές απαιτήσεις εναντίον του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, Δ (1997), σελ. 596 επ., τον ίδιο, παρατηρήσεις στην ΠολΠρΠατρ 544/1997, Δ (1998), σελ. 275). Σύμφωνα με την ίδια άποψη, η ανακοπή εναντίον μιας τέτοιας διαταγής πληρωμής θα εκδικαστεί από τα αρμόδια τακτικά διοικητικά δικαστήρια διότι η ανακοπή δημιουργεί εκκρεμοδικία και αυτή θα πρέπει να καθιρρυθεί ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, στη δικαιοδοσία των οποίων υπάγεται η δεσμευτική διάγνωση της χρηματικής αξίωσης, για χάρη της οποίας έχει εκδοθεί η ήδη ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής (βλ. έτσι Κ. Μπέη, διαταγή πληρωμής για χρηματικές απαιτήσεις εναντίον του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, Δ (1997), σελ. 511). Η υιοθέτηση της άποψης αυτής εμφανίζει καταρχήν δικαιοδοτική δυσλειτουργία κατά την πρακτική της εφαρμογή και τούτο διότι α) δεν υπάρχει ειδική διάταξη νόμου που να προβλέπει εκδίκαση ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, β) άλλης δικαιοδοσίας δικαστήριο θα εκδικάζει την ανακοπή και άλλης δικαιοδοσίας την αίτηση αναστολής, διότι κατ' άρθρο 632 παρ. 2 ΚΠολΔ την αναστολή χορηγεί το δικαστήριο, ο δικαστής του οποίου εξέδωσε τη διαταγή πληρωμής και γ) αν παρέλθουν άπρακτες οι προθεσμίες ασκήσεως ανακοπής, η ανακοπή θα αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου, το οποίο ταυτίζεται με την έννοια και λειτουργία του δεδικασμένου δικαστικής απόφασης (βλ. έτσι Δ. Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ, 1983, σελ. 62 επ.), με αποτέλεσμα από μία πράξη δικαστή της πολιτικής δικαιοσύνης να γεννάται δεδικασμένο για έννομη σχέση υπαγόμενη στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, μολοντί και από απόφαση ακόμη πολιτικού δικαστηρίου δεν μπορεί να γεννηθεί δεδικασμένο για τα εξετασθέντα προδικαστικά ζητήματα, όταν αυτά δεν υπάγονται στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων (βλ. σχετικά ΑΠ 226/1978, ΝοΒ (1979), 53, Δ. Κονδύλη, ό.π., σελ. 272, σημ. 35, Κ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, σελ. 1343). Πέρα από τις προαναφερόμενες δυσλειτουργίες που μπορεί

να προκαλέσει η έκδοση διαταγής πληρωμής, βασιζόμενη σε απαίτηση από γνήσια διοικητική σύμβαση, η έκδοσή της συναντά και άλλα δικονομικά εμπόδια. Ειδικότερα, καταρχήν σε μία τέτοια περίπτωση ο δικαστής του μονομελούς πρωτοδικείου στερείται δικαιοδοσίας για έκδοση διαταγής πληρωμής (έτσι και *Ε. Σκαλίδης*, η ειδική διαδικασία εκδόσεως διαταγής πληρωμής, ΕΕμπΔ (1975), σελ. 341). Και μάλιστα η έλλειψη της δικονομικής αυτής προϋπόθεσης είναι ανεξάρτητη από τη φύση της διαταγής πληρωμής ως εκτελεστού τίτλου και όχι δικαστικής απόφασης, αφού και στη διαταγή πληρωμής υφίσταται δικαιοδοτική κρίση. Το γεγονός, εξάλλου, ότι υφίσταται δικαιοδοτική κρίση προκύπτει αφενός από το ότι η ανακοπή κατ' αυτής έχει ως μόνο αντικείμενο τον έλεγχο των προϋποθέσεων κατά το χρόνο έκδοσης της διαταγής πληρωμής (δηλαδή την ορθότητα της σχετικής κρίσης) αφετέρου από το ότι η παρέλευση των προθεσμιών για προσβολή της διαταγής πληρωμής δημιουργεί κατά προαναφερόμενα δεδικασμένο και επί της ουσιαστικής αξίωσης. Περαιτέρω, στην εξεταζόμενη περίπτωση ελλείπει η απαραίτητη προϋπόθεση, που τάσσει το άρθρο 623 ΚΠολΔ, δεδομένου ότι ως χρηματικές απαιτήσεις κατά τη διάταξη αυτή νοούνται μόνο εκείνες, των οποίων μπορεί να εξασφαλιστεί η (κατόπιν ανακοπής του άρθρου 632 ΚΠολΔ) δικαστική διάγνωση από το αρμόδιο πολιτικό δικαστήριο [βλ. έτσι ΜονΠρΒολ 2973/2001, ΕλΔ, (2002), 251, *Ε. Ποδηματά*, εις Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα ερμηνεία ΚΠολΔ, άρθρο 623, αριθ. 6, σελ. 1154, 31/24.3.2004 διάταξη δικαστή ΜονΠρΚαλ, αδημ., *Γ. Αποστολάκη*, Διαταγή πληρωμής για χρηματική απαίτηση από (γνήσια) διοικητική σύμβαση, Αρμ (2001), σελ. 1317 επ. (1323)]. Και τούτο διότι οι τασσόμενες από τα άρθρα 623 και 624 ΚΠολΔ προϋποθέσεις δεν είναι εξαντλητικές, αλλά συμπληρώνονται από τις υπόλοιπες διατάξεις του ΚΠολΔ, μεταξύ των οποίων και το άρθρο 632 ΚΠολΔ, το οποίο προβλέπει τη δυνατότητα προσβολής της διαταγής πληρωμής με ανακοπή ενώπιον του αρμόδιου πολιτικού δικαστηρίου. Εξάλλου, με το άρθρο 20 ν. 3301/2004, με το οποίο προστέθηκε στο άρθρο 1 ν. 3068/2002 τελευταίο εδάφιο, ορίζεται ότι δεν είναι δικαστικές αποφάσεις και δεν εκτελούνται κατά του Δημοσίου και των ν.π.δ.δ. οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται στις περιπτώσεις των εδαφίων γ'-ζ' της παρ. 2 του άρθρου 904 ΚΠολΔ, πλην των κηρυχθεισών εκτελεστών αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων. Κατά συνέπεια, μεταξύ των εκτελεστών τίτλων, που δεν μπορούν να εκτελεστούν κατά του Δημοσίου και των ν.π.δ.δ. είναι και οι προβλεπόμενες στην περ. ε' της παρ. 2 του άρθρου 904 ΚΠολΔ διαταγές πληρωμής. Επομένως, σε περίπτωση απαίτησης κατά του Δημοσίου ή ν.π.δ.δ. (και μάλιστα ανεξάρτητα από το εάν η απαίτηση αυτή δημιουργεί διοικητική διαφορά ουσίας ή ιδιωτική διαφορά) ελλείπει το έννομο συμφέρον του δανειστή να ζητήσει την έκδοση διαταγής πληρωμής, αφού ο τίτλος αυτός δεν μπορεί να εκτελεστεί κατά του οφειλέτη (Δημοσίου ή ν.π.δ.δ.). Το τελευταίο αυτό, μάλιστα, ισχύει ανεξάρτητα από το ότι η διαταγή πληρωμής μπορεί να αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου σχετικά με την απαίτηση του δα-

νειστή - αιτούντος (είτε με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας για προσβολή της με ανακοπή είτε με την τελεσίδικη απόρριψη τυχόν ασκηθείσης ανακοπής), καθώς η αναγνώριση της απαίτησης με ισχύ δεδικασμένου δεν αποτελεί σκοπό της αίτησης για έκδοση της διαταγής πληρωμής, αλλά ένα από τα αναγκαία - παρεπόμενα αποτελέσματα από την έκδοσή της. Κατά συνέπεια, μόνη η αξίωση του δανειστή για τελεσίδικη αναγνώριση της απαίτησής του δεν είναι ικανή να θεμελιώσει έννομο συμφέρον προς έκδοση διαταγής πληρωμής, κάτι που μπορεί να επιτευχθεί μόνο με την άσκηση σχετικής αγωγής κατά του οφειλέτη (Δημοσίου ή ν.π.δ.δ.). Κατά συνέπεια, με βάση τα προαναφερόμενα γίνεται σαφές ότι σε καμία περίπτωση δεν είναι δυνατή η έκδοση διαταγής πληρωμής κατά του Δημοσίου ή ν.π.δ.δ. για οποιαδήποτε απαίτηση είτε αυτή γεννά διοικητική διαφορά ουσίας είτε ιδιωτική διαφορά.

Στην προκειμένη περίπτωση η αιτούσα εταιρία με την υπό κρίση αίτησή της ισχυρίζεται ότι πώλησε στον καθ' ου Δήμο Καλαμάτας τα λεπτομερώς αναφερόμενα προϊόντα, που εμπορεύεται, έναντι του αναγραφόμενου τιμήματος και ότι ο καθ' ου παρά το ότι παρέλαβε τα εμπορεύματα αυτά, αρνείται να εξοφλήσει το τίμημα της σχετικής πώλησης. Ότι η πώληση των εμπορευμάτων αυτών καταρτίστηκε κατόπιν μειοδοτικού διαγωνισμού με απευθείας ανάθεση, που διενεργήθηκε από τον καθ' ου Δήμο Καλαμάτας, και διέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 266, 267 ΔΚΚ (π.δ. 410/1995), 23 ν.α. (Εσωτερικών) 111389/1993, 2 παρ. 12 και 13 ν. 2286/1995. Επομένως, σύμφωνα και με τα λεπτομερώς αναφερόμενα στη μείζονα σκέψη η επίδικη σύμβαση διέπεται από τις ως άνω ειδικές διατάξεις και το έργο προορίζεται να εξυπηρετήσει δημόσιο σκοπό (προμήθεια υλικού του Δήμου Καλαμάτας), με αποτέλεσμα η απαίτηση της αιτούσας εταιρίας να πηγάζει από έννομη σχέση που υπάγεται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση η ένδικη αίτηση αφορά αξίωση ιδιώτη (ανώνυμης εταιρίας) κατά ν.π.δ.δ. (Δήμου Καλαμάτας), με αποτέλεσμα να μην μπορεί κατά τα προαναφερόμενα να εκτελεστεί η αιτούμενη διαταγή πληρωμής κατά του καθ' ου και έτσι η αιτούσα στερείται εννόμου συμφέροντος προς έκδοση της αιτούμενης διαταγής πληρωμής. Πρέπει, επομένως, η υπό κρίση αίτηση να απορριφθεί ελλείψει των νομίμων προϋποθέσεων για έκδοση της αιτούμενης διαταγής πληρωμής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την από 21.3.2005 και με αριθμό κατάθεσης 26/23.3.2005 αίτηση προς έκδοση διαταγής πληρωμής.

III.

Προβληματίζει ως προς την εναρμόνισή της με την διάταξη του άρθρου 20 § 1 Συν/τος, η οποία κατοχυρώνει το δικαίωμα πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η διάταξη του άρθρου 20 ν. 3301/2004, τροποποιητική του άρθρου 1 ν. 3068/2002, εξαιρώντας από τις αποφάσεις προς τις οποίες οφείλει να συμμορ-

φώνεται η Διοίκηση, μεταξύ άλλων αναφερομένων στο άρθρο 904 ΚΠολΔ, όσες προσδιορίζουν δικαστικά έξοδα.

Σύνοψη Διαμεσολάβησης του Συνήγορου του Πολίτη (Ιούλιος 2005)

(Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη: Ανδρέας Τάκης, Ειδικός Επιστήμων: Χάρης Παπαχαλαράμπος)

Ο Συνήγορος του Πολίτη διερεύνησε στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, βάσει των διατάξεων του ν. 3094/2003, αναφορά πολίτη κατά του Δήμου Γλυκών Νερών, σχετική με την άρνηση του εν λόγω Δήμου να ικανοποιήσει την απαίτηση του αναφερομένου για καταβολή των δικαστικών εξόδων, καταλογισθέντων σε βάρος του Δήμου δυνάμει Διαταγής Πληρωμής. Η άρνηση του Δήμου στηριζόταν στην επίκληση της υπ' αριθμ. 2/2174/0026/17.1.05 εγκύκλιο του Υπουργείου Οικονομίας και Οικονομικών. Ο Συνήγορος του Πολίτη έκρινε σκόπιμο να απευθυνθεί προς τον αρμόδιο Υπουργό, για να του θέσει τους προβληματισμούς του σε σχέση με το διαμορφωθέν νομικό πλαίσιο της συγκεκριμένης υπόθεσης. Στο εν λόγω έγγραφο διαλαμβάνονται τα εξής:

«... με την ανωτέρω εγκύκλιο γίνεται παραπομπή στο άρθρο 20 ν. 3301/2004, που τροποποιεί το άρθρο 1 ν. 3068/2002, εξαιρώντας από τις αποφάσεις προς τις οποίες οφείλει να συμμορφώνεται η Διοίκηση, μεταξύ άλλων αναφερομένων στο άρθρο 904 ΚΠολΔ, όσες προσδιορίζουν δικαστικά έξοδα.

Ο Συνήγορος του Πολίτη αποφεύγει κατ' αρχήν τον έλεγχο των επιλογών της νομοθετικής εξουσίας (άρθρο 3 παρ. 2 ν. 3094/2003). Εν προκειμένω ωστόσο, εν όψει της συνταγματικής διάστασης του ζητήματος, είναι αναγκασμένος να επισημάνει ότι οι αιτιάσεις του αναφερομένου περί της εν σχέσει προς τα άρθρα 20, 25 παρ. 1, 26, 95 παρ. 5 Σ. καταφανούς αντισυνταγματικότητας της εν λόγω διάταξης δεν είναι δυνατόν να απορριφθούν αβασάνιστα και πράγματι προβληματίζουν. Από την Εισηγητική Έκθεση μάλιστα του νομοσχεδίου δεν προκύπτει τίποτε το διαφωτιστικό για την ενδεχόμενη δικαιολόγηση της επερχόμενης με τη διάταξη ρωγμής στην υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης. Επειδή όμως ο έλεγχος της αντισυνταγματικότητας των νόμων στη χώρα είναι «διάχυτος», δεν γνωρίζει δηλαδή η ελληνική νομοθεσία τον θεσμό του Συνταγματικού Δικαστηρίου, είναι προφανές, ότι ο εκάστοτε θιγόμενος πρέπει να προκαλέσει νέα δικαστική απόφαση, απευθυνόμενος προς το Συμβούλιο της Επικρατείας.

Ανεξαρτήτως όμως τυχόν ζητήματος αντισυνταγματικότητας, πρέπει εν προκειμένω να επισημανθεί ότι οι υπηρεσίες δεν εξαντλούν όλα τα ερμηνευτικά περιθώρια που η διάταξη αυτή επιτρέπει, ώστε να καταστεί δυνατή η – έστω και με άλλη, πιθανώς δυσχερέστερη για τον ενδιαφερόμενο διαδικασία – ικανοποίηση του αιτήματος του διοικουμένου. Δεν είναι δηλαδή δυνατόν να «εξουδετερώνεται» κατ' ουσίαν η ι-

σχός μιας δικαστικής απόφασης, ακόμη και αν κάτι τέτοιο φαίνεται να ενδεικνύεται από το γράμμα του νόμου.

Πράγματι, το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρώνει το δικαίωμα του καθενός να ζητά και να λαμβάνει πλήρη και αποτελεσματική προστασία από τα δικαστήρια. Η προστασία αυτή, που ενσωματώνεται στις δικαστικές αποφάσεις, δεν καταλαμβάνει μόνον τη ρύθμιση των εννόμων σχέσεων μεταξύ «ισοτίμων», ιδιωτών διαδίκων, αλλ' επίσης τη ρύθμιση των σχέσεων των διοικουμένων προς τους εκάστοτε φορείς δημόσιας εξουσίας. Οι τελευταίοι αυτοί δεν δύνανται να παρακάμψουν την ως άνω συνταγματική πρόβλεψη, που έχει τεθεί υπέρ των διοικουμένων, με τη θέσπιση γενικών ή ειδικών ρυθμίσεων, οι οποίες θα έχουν ως σκοπό ν' αποσείσουν τις υποχρεώσεις που απορρέουν από το περιεχόμενο των δικαστικών αποφάσεων, όπως, εν προκειμένω, το πεδίο που αφορά στην επιδίκαση και απόδοση των οικείων δικαστικών εξόδων. Τούτο θα αντέβαινε τόσο προς την ως άνω αρχή της πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, όσο και προς το περιεχόμενο της προσφάτως αναθεωρηθείσας διάταξης του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος, η οποία ρητώς προβλέπει την υποχρέωση συμμόρφωσης της διοίκησης προς τις δικαστικές αποφάσεις. Συνεπώς, υπό το πρίσμα των ανωτέρω συνταγματικών διατάξεων, η νέα διάταξη, σύμφωνα με την οποία «δεν είναι δικαστικές αποφάσεις και δεν εκτελούνται... πλην των κηρυχθεισών εκτελεστών δικαστικών αποφάσεων», δεν θα μπορούσε παρά να προσλάβει την έννοια ότι ο προσδιορισμός των δικαστικών εξόδων δεν αποτελεί δικαστική απόφαση «κατά την έννοια του παρόντος», τουτέστιν δεν παράγει το εύρος των εννόμων συνεπειών του ν. 3068/2002.

Ουδόλως συνάγεται όμως, ότι η δικαστική απόφαση που καταλογίζει δικαστικά έξοδα κατά του δημοσίου στερείται παντελώς εκτελεστότητας, πράγμα που υπαινίσσεται η άποψη που υιοθετεί την πλήρη αποδέσμευση από την υποχρέωση συμμόρφωσης. Ο διοικούμενος δικαιούται να προβεί σε αναγκαστική εκτέλεση της αποφάσεως κατά τους όρους του Η' Βιβλίου του ΚΠολΔ (άρθρα 904 κ.επ.), όπως άλλωστε ρητά προβλέπει και το άρθρο 4 παρ. 3 ν. 3068/2002, τηρουμένων και των λοιπών συναφών με το θέμα διατάξεων, όπως του π.δ. 238/2003 περί ειδικής αρμοδιότητας του Τμήματος εκκαθάρισης δικαστικών εξόδων του ΝΣΚ να επιμελείται την έκδοση εντολών προς τις αρμόδιες δημόσιες υπηρεσίες πληρωμής τους στους δικαιούχους. Αυτό που η νέα διάταξη αποκλείει πλέον, είναι απλώς η προσφυγή του ενδιαφερομένου στα συμβούλια των άρθρων 2 και 3 ν. 3068/2002 για αποζημίωση και η μη εφαρμογή των προβλεπόμενων στο άρθρο 5 του αυτού νόμου διατάξεων περί ποινικής, πειθαρχικής ή αστικής ευθύνης του αρμοδίου υπαλλήλου για μη συμμόρφωση».

Εκκρεμεί απάντηση εκ μέρους του αρμοδίου Υπουργού σχετικά με τους τρόπους, με τους οποίους προτίθεται να αντιμετωπίσει το προεκτεθέν ζήτημα. Στο μεταξύ ο Δήμος κατέβαλε με δική του πρωτοβουλία τα επιδικασθέντα.

Σημείωση

Η υπ' αριθμ. 3323/2005 απόφαση του Ειρηνοδικείου Αθηνών ασχολείται με το ακανθώδες ζήτημα της συνταγματικότητας ή μη της διάταξης του άρθρου 20 του ν. 3301/2004, η οποία αναφέρει ότι «στο άρθρο 1 του ν. 3068/2002 προστίθεται τελευταίο εδάφιο ως εξής: «Δεν είναι δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του παρόντος και δεν εκτελούνται οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται στις περιπτώσεις των εδαφίων γ'-ζ' της παρ. 2 του άρθρου 904 Κ.Πολ.Δ. πλην των κηρυχθεισών εκτελεστών αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων».

Η παραπάνω απόφαση εκδόθηκε ύστερα από ανακοπή που ασκήθηκε από νοσοκομείο κατά διαταγών πληρωμής εργαζομένων του για οφειλόμενα σε αυτούς χρήματα λόγω διαφόρων εφημεριών.

Το ανακόπτων ν.π.δ.δ., σε έναν από τους λόγους της ασκήθειας ανακοπής του, επικαλείται το άρθρο 20 του ν. 3301/2004. Επί αυτού του λόγου ανακοπής όμως το δικαστήριο απεφάνθη ότι δεν είναι νόμιμος γιατί η παραπάνω διάταξη είναι αντίθετη με τα άρθρα 2,3 του, υπερνομοθετικής ισχύος κατά το άρθρο 28 παρ. 1 Σ., Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, με το άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος απορρίπτοντας την ανακοπή του Νοσοκομείου.

Η απόφαση αυτή αποτελεί ένα πρώτο βήμα της νομολογίας για κατάργηση στην πράξη ενός «ευφυολογήματος» της νομοθετικής εξουσίας που, με την διάταξη του άρθρου 20 του ν. 3301/2004, θέλει να δέσει τα χέρια των ιδιωτών όταν αυτοί στρέφονται κατά του Δημοσίου, σε κάθε του μορφή (Ο.Τ.Α., ν.π.δ.δ. κλπ) για ικανοποίηση χρηματικών τους απαιτήσεων. Ουσιαστικά με την παραπάνω διάταξη το Δημόσιο προσπαθεί να απεμπολήσει από άνω του την υποχρέωση συμμόρφωσης προς τους αναφερόμενους στη παρ. 2 του άρθρου 904 ΚΠολ.Δ εδ. γ' - ζ' εκτελεστούς τίτλους, δηλαδή τα πρακτικά ελληνικών δικαστηρίων που περιέχουν συμβιβασμό ή προσδιορισμό δικαστικών εξόδων, τα συμβολαιογραφικά έγγραφα, τις διαταγές πληρωμής και τους αλλοδαπούς τίτλους που κηρύχθησαν εκτελεστοί, στις περιπτώσεις που αυτοί οι εκτελεστοί τίτλοι στρέφονται εναντίον του.

Η διάταξη του άρθρου 20 του ν. 3301/2004 προστέθηκε στο, άσχετο με το υπόλοιπο περιεχόμενό του, ανωτέρω νόμο με τίτλο «συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, εφαρμογή των διεθνών λογιστικών προτύπων και άλλες διατάξεις», ως τελευταίο εδάφιο του άρθρου 1 του ν. 3068/2002. Στην αρχική του διατύπωση το άρθρο 1 του ν. 3068/2002 όριζε ότι «το Δημόσιο, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης και τα λοιπά νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου έχουν υποχρέωση να συμμορφώνονται χωρίς καθυστέρηση προς τις δικαστικές αποφάσεις και να προβαίνουν σε όλες τις ενέργειες που επιβάλλονται για την εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής και για την εκτέλεση των αποφάσεων. Δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του προηγούμενου εδαφίου είναι όλες οι αποφάσεις των διοικητικών, πολιτικών, ποινι-

κών και ειδικών δικαστηρίων που παράγουν υποχρέωση συμμόρφωσης ή είναι εκτελεστές κατά τις οικείες διονομικές διατάξεις και τους όρους που κάθε απόφαση τάσσει».

Επειδή στην παραπάνω νομοθετική ρύθμιση δεν συμπεριλήφθησαν και τα ν.π.ι.δ. του ευρύτερου δημοσίου τομέα, τα οποία ανήκουν εξ' ολοκλήρου στο Δημόσιο, η νομοθετική εξουσία θέλοντας να αποφευχθεί στο εξής η αδικαιολογήτως διαφορετική αντιμετώπιση αυτών των ν.π.ι.δ., έναντι του Δημοσίου, των Ο.Τ.Α. και των ν.π.δ.δ., ψήφισε και τον νόμο 3388/2005 με τίτλο «Θέματα εξωτερικών φρουρών και άλλες διατάξεις». Στο άρθρο 4Γ παρ. 3 αυτού του νόμου αναφέρεται το εξής: «Στο άρθρο 1 του ν. 3068/2002, μετά το τελευταίο εδάφιο που προστέθηκε με το άρθρο 20 του ν. 3301/2004, προστίθεται νέο εδάφιο το οποίο έχει ως εξής: "Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου ισχύουν και για τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου του ευρύτερου δημοσίου τομέα, τα οποία ανήκουν εξ' ολοκλήρου στο Δημόσιο"».

Είναι φανερό ότι με τις διατάξεις των άρθρων 20 του ν. 3301/2004 και 4Ε παρ. 3 του ν. 3388/2005, το κράτος, ενόψει και των σημερινών δυσχερών οικονομικών συγκυριών που του επιβάλλουν μια σφιχτή οικονομική πολιτική, επιχειρεί να αποποιηθεί τις ευθύνες του και να απεμπλακεί από κάθε υπόθεση με πολίτη ο οποίος στρέφεται εναντίον του για ικανοποίηση χρηματικών του απαιτήσεων. Έτσι, ως άλλος Πόντιος Πιλάτος νίπτει τας χείρας του και κωφεύει, καταλύοντας παράλληλα κάθε αρχή ίσης μεταχείρισης και σεβασμού απέναντι στους πολίτες του. Επίσης με την ανωτέρω διάταξη πέφτει στο κενό η συνταγματική επιταγή του άρθρου 20 παρ. 1 που κάνει λόγο για το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας αφού ο πολίτης βλέπει πως στρεφόμενος εναντίον του κράτους για ικανοποίηση διαφόρων χρηματικών του απαιτήσεων ουσιαστικά δεν θα καταφέρει στο τέλος και μετά από μακροχρόνιους δικαστικούς αγώνες να ικανοποιηθεί.

Το σκεπτικό της σχολιαζόμενης απόφασης 3323/2005 του Ειρηνοδικείου Αθηνών είναι επηρεασμένο από παρόμοιες αποφάσεις που έχουν εκδοθεί στο παρελθόν πάνω στο θέμα της συνταγματικότητας ή μη της αναγκαστικής εκτέλεσης κατά του Δημοσίου. Οι περισσότερες από τις αποφάσεις αυτές (ενδεικτικά ΜΠρΑθ 2913/2005, την ΜΠρΘεσ 11287/2000 σε Αρμ. 2000, σ. 1265, ΟλομΑΠ 21/2001 σε ΕλΔ 2002, σ. 83, ΑΠ 40/1998 σε ΕλΔ 1999, σ. 46) τάσσονται υπέρ της αντισυνταγματικότητας σχετικών διατάξεων νόμων (π.χ. α.8 ν. 2095/52, α.3 ν.δ. 31/68 κ.α.), που απαγόρευαν κατά καιρούς την αναγκαστική εκτέλεση κατά του Δημοσίου για διάφορες απαιτήσεις χρηματικής ικανοποίησης των ιδιωτών.

Εξίσου σημαντική συμβολή πάνω στο θέμα της κρίσης της αντισυνταγματικότητας της διάταξης του άρθρου 20 του ν. 3301/2004 που τροποποιεί το άρθρο 1 του ν. 3068/2002, έχει και η ανωτέρω δημοσιευόμενη Σύνοψη διαμεσολάβησης της ανεξάρτητης διοικητικής αρχής του Συνηγόρου του Πολίτη, ο οποίος σε ένα θέμα που αντιμετώπισε τον Ιούλιο του 2005, σχετικά με την υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης με αποφάσεις προσδιορισμού δικαστικών εξόδων, έκρινε την διάταξη του άρθρου 20 του ν. 3301/2004 ως αντισυνταγματική.

Πιο συγκεκριμένα ο Συνήγορος του Πολίτη διερευνώντας στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, βάσει των διατάξεων του ν. 3094/2003, αναφορά πολίτη κατά του Δήμου Γλυκών Νερών, σχετική με την άρνηση του εν λόγω Δήμου να ικανοποιήσει την απαίτηση του αναφερομένου για καταβολή των δικαστικών εξόδων, καταλογισθέντων σε βάρος του Δήμου δυνάμει Διαταγής Πληρωμής, έκρινε με τη δημοσιευόμενη Σύνοψη, ότι η άρνηση του Δήμου Γλυκών Νερών να καταβάλλει τα δικαστικά έξοδα, στηριζόμενη στην υπ' αρ. 2/2174/0026/17.1.2005 εγκύκλιο του Υπουργείου Οικονομίας και Οικονομικών, η οποία επικαλείται και αυτή με τη σειρά της την διάταξη του άρθρου 20 του ν. 3301/2004, είναι παράνομη και αντισυνταγματική (για περισσότερα βλ. στο site www.synigoros.gr στο link Εκθέσεις - Πορίσματα).

Υπάρχει όμως και μια μερίδα της νομολογίας που δέχεται ότι δεν είναι δυνατή αναγκαστική εκτέλεση κατά του Δημοσίου όταν αυτή επιχειρείται από ιδιώτη ή νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, το οποίο έχει στα χέρια του έναν από τους αναφερόμενους στα εδ. γ' - ζ' του άρθρου 904 παρ. 2 ΚΠολΔ, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 20 του ν. 3301/2004. Συγκεκριμένα, η δεύτερη από τις δημοσιευμένες αποφάσεις (ΜπρΚαλ 30/2005) τάσσεται υπέρ της συνταγματικότητας της παραπάνω διάταξης και κρίνει ότι δεν είναι δυνατή αναγκαστική εκτέλεση κατά του Δημοσίου όταν αυτή επιχειρείται από ιδιώτη.

Ειδικότερα η απόφαση αυτή, στηριζόμενη στη διάταξη του άρθρου 20 του ν. 3301/2004, απορρίπτει αίτηση προς έκδοση διαταγής πληρωμής μιας Ανώνυμης Εταιρίας κατά του Δήμου Καλαμάτας για εξόφληση του τιμήματος από προμήθεια υλικού που έγινε από την αιτούσα Ανώνυμη Εταιρία προς τον καθ' ου Δήμο Καλαμάτας. Ας σημειωθεί σε αυτό το σημείο ότι αυτή η προμήθεια υλικού έγινε κατόπιν μειοδοτικού διαγωνισμού με απευθείας ανάθεση που διενεργήθηκε από τον καθ' ου Δήμο Καλαμάτας προς την αιτούσα Ανώνυμη Εταιρία.

Εν κατακλείδι, μπορούμε να πούμε πως το θέμα που έχει δημιουργηθεί με το ζήτημα της συνταγματικότητας ή όχι της επίμαχης διάταξης του άρθρου 20 του ν. 3301/2004 είναι μεγάλο και ελπίζουμε οι δικαστικές αποφάσεις που θα ακολουθήσουν από εδώ και στο εξής να καταργήσουν στην πράξη αυτό το «ευφυολόγημα» της νομοθετικής εξουσίας, το οποίο καταλύει κάθε αίσθημα δικαίου, κλονίζει την εμπιστοσύνη των πολιτών προς το κράτος και εκθέτει την χώρα μας διεθνώς. Μάλιστα, μην εκπλαγούμε αν στο μέλλον υπάρξει προσφυγή στα Ευρωπαϊκά Δικαστήρια για το θέμα αυτό και καταδίκη της χώρας μας.

Χαράλαμπος Ι. Διπλόρης

*Δικηγόρος, Υποψήφιος Διδάκτωρ Εργατικού Δικαίου
στη Νομική Σχολή Παν/μίου Αθηνών*

Σ 25, ΑΚ 281, ΚΠολΔ 116*Κακόπιστη εξώδικη συμπεριφορά διαδίκων (venire contra factum proprium)*

Η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης με κατάσχεση των ακινήτων για τα οποία είχε συμφωνηθεί εξωδικώς η πώληση προς ικανοποίηση του επισπεύδοντος είναι άκυρη διότι συνιστά καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, με αποτέλεσμα ο εκτελεστός τίτλος να έχει ουσιαστικό ελάττωμα.

ΜΠρΛαμίας 4/2004*(Δικαστής: Μ. Βάρκα)*

Κατά το άρθρο 281 ΑΚ, η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος. Κατά την έννοια της διατάξεως αυτής, το δικαίωμα θεωρείται ότι ασκείται καταχρηστικά όταν η συμπεριφορά του δικαιούχου που προηγήθηκε, η ή πραγματική κατάσταση που διαμορφώθηκε κατά το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε, ή οι περιστάσεις που μεσολάβησαν, χωρίς κατά νόμο να εμποδίζουν την γένεση ή να επάγονται την απόσβεση του δικαιώματος, καθιστούν μη ανεκτή την μεταγενέστερη άσκησή του, κατά τις περι δικαίου και ηθικής αντίληψης του μέσου κοινωνικού ανθρώπου, αφού τείνει στην ανατροπή της καταστάσεως που δημιουργήθηκε υπό ορισμένες ειδικές συνθήκες και διατηρήθηκε για πολύ χρόνο με το επακόλουθο να συνεπάγεται επαχθείς συνέπειες για τον υπόχρεο (ΟΛΑΠ 17/95, ΟΛΑΠ 62/90). Απαιτείται δηλαδή, για να χαρακτηριστεί καταχρηστική η άσκηση του δικαιώματος να έχει δημιουργηθεί στον υπόχρεο, από τη συμπεριφορά του δικαιούχου σε συνάρτηση και με εκείνη του υποχρέου, και μάλιστα ευλόγως, η πεποίθηση ότι ο δικαιούχος δεν πρόκειται να ασκήσει το δικαίωμά του. Απαιτείται ακόμη οι πράξεις του υποχρέου και η υπ' αυτού δημιουργηθείσα κατάσταση, που συνεπάγεται ιδιαιτέρως επαχθείς για τον υπόχρεο επιπτώσεις να τελούν σε αιτιώδη σχέση με την προηγούμενη συμπεριφορά του δικαιούχου, το ζήτημα δε αν οι συνέπειες που συνεπάγεται η άσκηση του δικαιώματος είναι επαχθείς για τον υπόχρεο, πρέπει ν' αντιμετωπίζεται και σε συνάρτηση με τις αντίστοιχες συνέπειες που μπορεί να επέλθουν εις βάρος του δικαιούχου από την παρακώλυση της ικανοποίησεως του δικαιώματός του (ΑΠ 321/2002, ΕλΔ 44, 143). Από τον συνδυασμό εξάλλου, των διατάξεων των άρθρων 116 ΚΠολΔ και 281 ΑΚ προκύπτει, ότι η τελευταία αυτή διάταξη εφαρμόζεται και στην αίτηση κάθε δικαιώματος που απορρέει από διατάξεις του δικονομικού δικαίου, συνακόλουθα δε και στο δικαίωμα του δανειστή όπως επιτύχει με αναγκαστική εκτέλεση την ικανοποίηση της απαιτήσεώς του, όταν η εκτέλεση αυτή επισπεύδεται με τρόπο αντίθετο προς την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη. Τούτο διότι, το γεγονός αυτό αποτελεί ουσιαστικό ελάττωμα του τίτλου, ήτοι ελάττωμα αναγόμενο στις προϋποθέσεις παροχής εννόμου προστασίας υπό τη μορφή αναγκαστικής εκτελέσεως (εντασσόμενο κυρίως

στην ύλη του ουσιαστικού δικαίου), το οποίο μπορεί να προβληθεί με την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ (ΟΛΑΠ 448/1984, ΝοΒ 33, 61, ΑΠ 431/1981, ΝοΒ 30, 413), μέσα στην προθεσμία όμως του άρθρου 934 παρ. 1α ΚΠολΔ, δηλαδή μέσα σε δέκα πέντε ημέρες από την πρώτη μετά την επιταγή πράξη εκτελέσεως, η οποία προκειμένου περί εκτελέσεως προς ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων είναι η ολοκλήρωση της έκθεσης κατασχέσεως (άρθρα 934 παρ. 2 και 955 ΚΠολΔ), ήτοι η σύνταξη και η επίδοσή της στον καθ' ου η εκτέλεση (Εφαθ 2675/93, ΕλΔ 35, 456).

Με τον τρίτο (υπό στοιχείο 2.3) λόγο της ανακοπής της, η ανακόπτουσα ισχυρίζεται κατά τα ειδικότερα εκτιθέμενα, ότι η καθ' ης επισπεύδει την σε βάρος της αναγκαστική εκτέλεση κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 281 ΑΚ, 116 ΚΠολΔ και 25 Σ. Ο λόγος αυτός της ανακοπής, αναγόμενος σε ουσιαστικό ελάττωμα του τίτλου, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην αμέσως προηγηθείσα νομική σκέψη, είναι παραδεκτός (η ανακοπή ασκήθηκε εντός των δέκα πέντε ημερών που τάσσει το άρθρο 934 παρ. 1α' ΚΠολΔ, ήτοι στις 3.12.2003 επιδόθηκε η ανακοπτόμενη 2723/2003 περίληψη κατασχετήριας έκθεσης και 9.12.2003 επιδόθηκε η ασκηθείσα ανακοπή) και νόμιμος (άρθρα 933, 262 παρ. 1, 934 παρ. 1α', 904 παρ. 1, 2ε', 631, 924, 926, 927, 106, 951, 116 ΚΠολΔ, 281 ΑΚ, 25 παρ. 3 Σ) και πρέπει να ερευνηθεί κατ' ουσία.

Από την εκτίμηση των ενόρκων καταθέσεων των μαρτύρων που εξετάστηκαν στο ακροατήριο και των εγγράφων που οι διάδικοι προσκομίζουν, πιθανολογείται η ευδοκίμηση του συγκεκριμένου λόγου της ανακοπής. Ειδικότερα, πιθανολογήθηκε ότι η αιτούσα, η οποία είναι ανώνυμη κατασκευαστική τεχνική εταιρία, με έδρα την Αθήνα συνήψε με την καθ' ης χρηματοδοτικές συμβάσεις και δη τις α) με αριθμό .../21.9.1993, σύμβαση παροχής πίστωσης με ανοιχτό λογαριασμό ποσού 65.000.000 δρχ. και νυν 190.755,68 ευρώ, β) την με αριθμό .../20.5.1994 σύμβαση βραχυπρόθεσμου δανείου, ποσού 100.000.000 δρχ. και νυν 293.470 ευρώ, γ) την με αριθμό .../16.5.1995 σύμβαση βραχυπρόθεσμου δανείου ποσού 150.000.000 δρχ και νυν 440.205,42 ευρώ και δ) την από 17.7.1997 πρόσθετη δανειακή σύμβαση ρύθμισης οφειλών 227.371.000. δρχ ή 667.266,32 ευρώ. Σε εξασφάλιση των εν λόγω απαιτήσεων της καθ' ης ενεγράφησαν σύμφωνα με τον ν. 4332/1929 υποθήκες υπέρ αυτής σε διάφορα περιουσιακά στοιχεία της αιτούσης εταιρίας συνολικής αξίας 1.200.000.000 δρχ. ή 3.521.643 Ευρώ. Στις 14.11.2003, η καθ' ης επέβαλλε αναγκαστική κατάσχεση στα επακριβώς κατά θέση, έκταση και όρια αναφερόμενα ακίνητα της αιτούσης και συγκεκριμένα στο υπόγειο γκαράζ (σταθμό αυτοκινήτων) με τις επιμέρους ιδιοκτησίες που βρίσκονται στους τέταρτο, τρίτο, δεύτερο, πρώτο υπόγειο, ημιυπόγειο, είσοδο και έξοδο, καθώς και στις Υ1, Υ4, Υ5, Υ6 και Υ7 αποθήκες. Στις 17.11.2003 η καθ' ης κοινοποίησε την από 10.11.2003 κατασχετήρια επιταγή της με την οποία την επιτάσσει να καταβάλλει τα αναφερόμενα σ' αυτήν ποσά, ανερχόμενα συνολικά μέχρι την 2.10.2003 στο ποσό των 931.608,46 ευρώ με τους νόμιμους τόκους. Κατά της εν λόγω επιταγής η αιτούσα άσκησε την από 26.11.

2003 ανακοπή της. Στη συνέχεια, στις 3.12.2003, η καθ' ης κοινοποίησε στην αιτούσα την με αριθμό .../27.11.2003 περίληψη κατασχετήριας έκθεσης, με την οποία εκτίθενται σε δημόσιο πλειστηριασμό στις 7.1.2004, τα ανωτέρω αναφερόμενα ακίνητα (βλ. την σχετική επισημείωση κοινοποίησης επ' αυτής του δικ. επιμελητή ...). Όπως προκύπτει από την μεταξύ των διαδίκων αλληλογραφία, από την αρχή των χρηματοδοτικών συμβάσεων (1993 και εφεξής), η αιτούσα υπέβαλε κατά καιρούς διάφορες προτάσεις προς την καθ' ης για ρύθμιση των εκάστοτε ληξιπρόθεσμων οφειλών της, λόγω των δυσκολιών, που αρκετές φορές αντιμετώπιζε στην έγκαιρη εξόφληση τους. Πάντοτε, η καθ' ης έκανε δεκτές τις προτάσεις ρυθμίσεως και τακτοποιήσεως των ληξιπρόθεσμων οφειλών είτε τροποποιώντας τα ποσά των δόσεων, είτε χορηγώντας μεγαλύτερη προθεσμίας κλπ. Η συνεργασία τους συνεχιζόταν με τον τρόπο αυτό από το 1993 μέχρι την 26.3.2003, οπότε η αιτούσα λόγω εκτάκτων και μη προβλέψιμων γι' αυτήν γεγονότων, δεν ήταν σε θέση να τηρήσει τις προθεσμίες και τις ρυθμίσεις που της είχε παραχωρήσει η καθ' ης για την τακτοποίηση του χρεωστικού της υπολοίπου. Ενόψει αυτής της οικονομικής της δυσπραγίας και μη θέλοντας να εμπλακεί σε δικαστικούς αγώνες αλλά και θέλοντας να βρεθεί μια συμφέρουσα λύση και για τις δύο πλευρές (εταιρία και τράπεζα), απέστειλε στην καθ' ης την από 26.3.2003 επιστολή της, στην οποία ρητώς αναγράφει ότι έχοντας την πρόθεση να βρεθεί λύση ώστε να ικανοποιηθούν οι αντίστοιχες υποχρεώσεις και απαιτήσεις μέσα σε πλαίσια της επιχειρηματικής και τραπεζικής πρακτικής και προς αποφυγή νομικών εμπλοκών, που θα χρονίσουν και θα δυσχεράνουν την οριστική επίλυση του προβλήματος, προτείνει την πώληση των υποθηκευμένων από αυτή (καθ' ης) ακινήτων, δεδομένου ότι, όπως η ίδια η αιτούσα είχε διαπιστώσει, υπήρχε αγοραστικό ενδιαφέρον. Για το λόγο αυτό, πρότεινε στην καθ' ης να εξετάσει την μέθοδο της τμηματικής άρσης των υποθηκευμένων περιουσιακών στοιχείων για κάθε ένα χωριστά, η έγκρισή της δε θα ίσχυε με την προϋπόθεση ότι το προϊόν της πώλησης από κάθε ένα περιουσιακό στοιχείο, θα εκχωρείτο κατευθείαν από τον αγοραστή στην καθ' ης τράπεζα βάσει συμφωνίας που θα υπογραφόταν μεταξύ του αγοραστή και της εταιρίας πριν από την έκδοση του σχετικού τιμολογίου, το οποίο θα θεωρείτο εξοφληθέν μόνο με την απόδειξη καταβολής του τιμήματος σε λογαριασμό της τράπεζας. Στην ίδια επιστολή η αιτούσα εταιρία περιέγραφε τα υποθηκευμένα περιουσιακά στοιχεία και εκτιμούσε την αξία τους. Η καθ' ης με την από 6.10.2003 «συστημένο» έγγραφο της προς την αιτούσα, της απήντησε ότι αποδεχόταν την πώληση ορισμένων από τα υποθηκευμένα ακίνητα, στους συγκεκριμένους όμως αγοραστές τους οποίους ανέφερε, των οποίων είχε ήδη δεχθεί τις προσφορές. Καλούσε μάλιστα άμεσα με την λήψη του ανωτέρω εγγράφου την αιτούσα εταιρία να αρχίσει την διαδικασία μεταβίβασης και την κατάθεση του τιμήματος σ' αυτήν (...), για την άρση των υποθηκών, ενώ ταυτοχρόνως την ίδια ημέρα (6.10.2003) επέδωσε στην καθ' ης καταγγελία των προαναφερομένων δανειακών συμβάσεων, κλείνοντας οριστικά τον μεταξύ τους λογαριασμό και κα-

λώντας την αιτούσα να εξοφλήσει το χρεωστικό της υπόλοιπο ανερχόμενο συνολικά σε 930.908,65 (908.968,65 + 21.939,71) Ευρώ (βλ. την από 3.10.2003 καταγγελία και την από 6.10.2003 επισημείωση της επιδόσεως του δικ. επιμελητή Λαμίας ...). Μετά από αυτά η αιτούσα απέστειλε τις από 10.10.2003 και 17.10.2003 επιστολές της, στις οποίες διαμαρτύρετο για την εν αγνοία της διαπραγμάτευση των περιουσιακών της στοιχείων, εφόσον η ίδια δεν είχε εξουσιοδοτήσει την καθ' ης για μια τέτοια ενέργεια, ζητούσε δε να λάβει γνώση των προσφορών και των εν γένει σχετικών θεμάτων με την πώληση των υποθηκευμένων ακινήτων της. Η καθ' ης της απήντησε στις 24.10.2003 ότι τα αιτούμενα έγγραφα δεν μπορούν να ανακοινωθούν, δεδομένου ότι αφορούν εσωτερικά θέματα της τράπεζας, αρνήθηκε δε περαιτέρω ότι προέβη σε οποιαδήποτε διαπραγμάτευση για την πώληση των ακινήτων. Μετά από την άρνηση της καθ' ης, η αιτούσα υπέβαλε την από 4.11.2003 αίτηση για επίδειξη εγγράφων, απευθυνόμενη στο Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών με την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, της οποίας η συζήτηση ορίστηκε για την 7.1.2004. Στις 3.12.2003 όμως η καθ' ης επέδωσε στην αιτούσα εταιρία την (ανακοπτόμενη) με αριθμό 2723/2003 κατασχετήρια περίληψη της συμ/φου Λαμίας ... με την οποία επισπεύδει πλειστηριασμό για την 7.1.2004, ήτοι την ημέρα που έχει προσδιορισθεί η συζήτηση των ασφαλιστικών μέτρων για την επίδειξη εγγράφων. Με βάση τα ανωτέρω εκτεθέντα πραγματικά περιστατικά το Δικαστήριο κρίνει ότι η άσκηση του δικαιώματος της καθ' ης, επισπευδούσης την αναγκαστική εκτέλεση, βάσει της ανακοπτόμενης περίληψης κατασχετήριας έκθεσης, εξέρχεται από τα όρια της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και του οικονομικού και κοινωνικού σκοπού του δικαιώματός της. Τούτο διότι, η καθ' ης δεν είχε προβεί σε καμία όγληση προς την αιτούσα σχετικά με την πρόθεσή της να εισπράξει με αναγκαστική εκτέλεση τις οφειλές της μέχρι την 3.10.2003, οπότε κατήγγειλε την σύμβαση χρηματοδότησεως, αντίθετα είχε αποδεχθεί τον τρόπο που η αιτούσα είχε προτείνει με την από 26.3.2003 επιστολή της, ήτοι με την εξόφληση των οφειλών με πώληση της υποθηκευμένης περιουσίας της, με τον τρόπο όμως που ειδικότερα και επακριβώς αναφερόταν στην ως άνω επιστολή και όχι με δικές της πρωτοβουλίες και μεθοδεύσεις, άγνωστες στην αιτούσα ιδιοκτήτρια των ακινήτων. Η καθ' ης αναφέρει στην από 22.10.2003 απάντηση - διαμαρτυρία δήλωση, που απευθύνει προς την αιτούσα, ότι η τελευταία στην από 2.6.2003 επιστολή της προς αυτήν (καθ' ης) είχε αναφέρει ότι είχε πραγματοποιήσει έρευνα αγοράς και είχε καταλήξει στην προσφορά της ... Η ουσιαστική βασιμότητα αυτού του ισχυρισμού (δεδομένου ότι η συγκεκριμένη, από 2.6.2003, επιστολή δεν προσκομίζεται), δεν νομιμοποιούσε την καθ' ης να προβεί μόνη της στις διαπραγματεύσεις πώλησης εν αγνοία της αιτούσης. Η άσκηση λοιπόν του δικαιώματος της καθ' ης να επισπεύσει αναγκαστική εκτέλεση κατά της οφειλέτιδος - αιτούσης, αμέσως μετά από την διαμαρτυρία της τελευταίας και την άρνησή της να συμπράξει στην πώληση των ακινήτων με τους όρους που η καθ' ης επεδίωκε, πιθανολογείται ότι έγινε καταχρηστικά. Η ασκηθεί-

σα ανακοπή συνεπώς, πιθανολογείται ότι θα ευδοκιμήσει ως προς την νομική και ουσιαστική βασιμότητα του ανωτέρω λόγου της, παρελκούσης της εξετάσεως των λοιπών (άρθρο 218 ΚΠολΔ, ΕΑ 260/2001, 42, 1372). Πιθανολογήθηκε, επίσης, ότι η αιτούσα θα υποστεί ανεπανόρθωτη περιουσιακή βλάβη, αν συνεχιστεί η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης. Επομένως, η αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη κατ' ουσία, όπως ορίζεται στο διατακτικό της παρούσης.

Σημείωση

Η παραπάνω απόφαση θίγει ζητήματα τα οποία έχουν απασχολήσει έντονα τη νομολογία και την θεωρία¹ του αστικού δικονομικού δικαίου. Ως προς τις εφαρμοζόμενες διατάξεις², κατά την κρατούσα άποψη στη νομολογία³, η απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, όπως αυτή θεσπίζεται και με το άρθρο 281 ΑΚ δεν αναπτύσσει ισχύ γενικά στο αστικό δικονομικό δίκαιο. Αντίθετα, στη θεωρία γίνεται ευρέως δεκτή η απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος στην πολιτική δίκη⁴. Διαφοροποίηση όμως υφίσταται ως προς τις εφαρμοστέες διατάξεις. Υποστηρίχθηκε ισχυρά η άποψη ότι εφαρμοστέα αναλογικά, εκτός των άρθρων 116 ΚΠολΔ και 25 § 3 Σ, είναι και η διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ⁵, καθώς και η αντίθετη άποψη⁶. Πειστικά υποστηρίζεται πως ενόψει της αυξημένης τυπικής ισχύος της

1. Βλ. *Ε. Μιχαλάκη*, «Περί της αδικού διαδικαστικής πράξεως», 1944, (ανατύπωση), 1987, σ. 36 επ., 96-99.

2. Ζήτημα τίθεται και ως προς την θεμελίωση της απαγόρευσης καταχρηστικής αναγκαστικής εκτέλεσης στο άρθρο 25 § 3 Σ, όπως γίνεται δεκτό από μέρος της θεωρίας και της νομολογίας (βλ. για τις γνώμες που έχουν υποστηριχθεί σχετικά, καθώς και για τη σχετική νομολογία *Π. Γεσίου - Φαλτσή*, «Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτέλεσης», 1998, σ. 160-162, καθώς και *Γ. Διαμαντόπουλο*, «Η αντιφατική συμπεριφορά των διαδικών στην πολιτική δίκη», 1996, σ. 142 επ.).

3. Ενδεικτικά: ΑΠ 991/1997, (Κωστάκος), Δ, 1999, σ. 278 με παρατηρήσεις *Ε. Μπαλογιάννη* και *Κ. Μπέη*, ΑΠ 37/1989, (Λασκαρίδης), ΕλΔ, 31, σ. 799, ΑΠ 1309/1986, (Κατραλής), ΝοΒ, 35, σ. 919. Για περαιτέρω νομολογιακές εφαρμογές βλ. *Ν. Νίκα*, σε Κεραμεύς/Κονδύλη/Νίκα, Ερμηνεία ΚΠολΔ, τ. Ι, αρ. 116, αρ. 2, σ. 253-254, καθώς και *Ν. Κλαμαρή*, «Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικό δικονομικό δικαίω», 1978, τ. Ι, σ. 186 επ.

4. Και στο γερμανικό δίκαιο η κατάχρηση δικαιώματος απαγορεύεται στην πολιτική δίκη (*Rosenberg - Schwab*, “Zivilprozeßrecht”, 14te Auf., σ. 390-391, *W. Zeiss*, “Zivilprozeßrecht”, 9te Auf., σ. 119-122, *G. Baumgärtel*, “Treu und Glauben im Zivilprozeß”, *ZZP*, 86, σ. 353 επ., *Vollkomer* σε *R. Zöllner*, “Zivilprozessordnung”, 14te Auf., σ. 17).

5. *Ν. Κλαμαρή*, «Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικό δικονομικό δικαίω», 1978, τ. ΙΙ, σ. 287 επ., *Η. Fragistas*, “Der Rechtsmißbrauch nach dem griechischen Zivilgesetzbuch”, Νομικά Μελέται, ΙΙΙ, 1987, σ. 1308-1309, *Ι. Μπρίνιας*, «Αναγκαστική Εκτέλεσις», τ. V, αρ. 1017, σ. 2114. Βλ. και *W. Henckel*, “Prozeßrecht und Materielles Recht”, 1970, σ. 289 επ., καθώς και *Κ. Μπότσαρη*, «Το καθήκον αληθείας κατά το άρθρο 116 ΚΠολΔ», 1988, σ. 75 επ.

6. *Γ. Ράμμος*, «Εγχειρίδιον αστικού Δικονομικού Δικαίου», τ. Ι, 1980, σελ. 624-625, *Κ. Μπέης*, «Πολιτική Δικονομία», Ερμηνεία κατ' άρθρο, αρ. 116, σ. 595, *Σ. Δελγκωστόπουλος - Α. Σινανιώτης*, Ερμηνεία (κατ' άρθρον) Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας, τ. Α', 1968, αρ. 117, σ. 301, *Ε. Μπαλογιάννη*

διάταξης του άρθρου 25 § 3 Σ, καθώς και της διάταξης του άρθρου 116 ΚΠολΔ, οπωσδήποτε η κατάχρηση δικαιώματος απαγορεύεται στην πολιτική δίκη και, κατά συνέπεια, δεν υφίσταται μεθοδολογική ανάγκη προσφυγής στην 281 ΑΚ⁷.

Γίνεται όμως δεκτό από το Ακυρωτικό⁸, καθώς και από την παραπάνω απόφαση, πως η απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος εφαρμόζεται στο πεδίο της αναγκαστικής εκτέλεσης. Όπως δέχθηκε και η παραπάνω απόφαση, κακόπιστη είναι και η συμπεριφορά διαδίκου που έρχεται σε προφανή αντίθεση με προηγούμενη εξώδικη συμπεριφορά του διαδίκου, η οποία δημιούργησε στον αντίδικο του εύλογη εμπιστοσύνη (*venire contra factum proprium*)⁹. Αξίζει να αναφερθεί ότι και στο παρελθόν η νομολογία των δικαστηρίων μας έκρινε ότι δεν είναι καταχρηστική η εκτέλεση εξωστικής απόφασης όταν υπήρχε συμφωνία για μη εκτέλεση απόφασης επί μικρό χρονικό διάστημα και για συγκεκριμένο λόγο και ο επισπεύδων διατυπώνει την βούληση του για συνέχιση της εκτέλεσης μετά την πάροδο του συμφωνηθέντος μεταξύ μισθωτή και εκμισθωτή χρονικού διαστήματος¹⁰ καθώς και στην περίπτωση του επισπεύδοντος, ο οποίος διαβεβαίωσε τον καθ' ού ότι θα συναινέσει στην αναβολή πλειστηριασμού, ώστε να ειδοποιηθούν οι ενδιαφερόμενοι υπερθεματιστές να μην προσέλθουν, τελικώς όμως έπραξε το αντίθετο¹¹. Σε δύο περιπτώσεις δε ο ίδιος ο νομοθέτης θεωρεί απαράδεκτη ορισμένη δικονομική συμπεριφορά, λόγω αντίθεσης αυτής με προγενέστερη (αρ. 160 § 2, 562 § 3 ΚΠολΔ)¹².

Αθανάσιος Π. Πανταζόπουλος

Δικηγόρος Αθηνών - Υποψ. Διδάκτωρ Νομικής ΔΠΘ

νη, ό.π., σ. 281. Βλ. εκτενέστερα για τις υποστηριχθείσες απόψεις στο συγκεκριμένο θέμα βλ. *Ν. Κλαμαρή*, «Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικό δικονομικό δικαίω», 1978, τ. II, σ. 246 επ, τον ίδιο, «Der Rechtsmißbrauch im griechischen Zivilprozeßrecht», σε *Festschrift für Baur*, 1981, σ. 492 επ., καθώς και *Κ. Παναγόπουλο*, *Ενημερωτικό Σημείωμα στην ΕΑ 6743/1985*, Δ, 17, σ. 339 επ.

7. *Γ. Μητσόπουλος*, «Ανάκοπή εκ του προσυμφώνου αγοραστή και κατόχου ακινήτου του πτωχού επί καταχρηστική ασκήσει υπό του συνδίκου της δια πλειστηριασμού επισπευδόμενης εκποιήσεως», *ΕλΔ*, 1984, σ. 873, *Π. Γεσίου - Φαλτσή*, «Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτέλεσης», 1998, σ. 160-164. Βλ. και *Γ. Ορφανίδη*, «Το επιτρεπτό των αποδεικτικών συμβάσεων», 1988, σ. 317.

8. Βλ. από την πιο πρόσφατη νομολογία: ΑΠ 563/2003, (Οικονομίδης), (αδημοσίευτη, πηγή ΤΡΑ-ΠΕΖΑ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΩΝ ΔΣΑ), ΑΠ 889/2003, (Οικονομίδης), ΝοΒ, 52, σελ. 381, ΑΠ 457/1997, (Αρβανίτης), Δ, 29, σελ. 739, με σημείωση *Ε. Μπαλογιάννη*. Βλ. εκτενέστερα για το θέμα *Π. Γεσίου - Φαλτσή*, ό.π., σ. 167-168.

9. Βλ. γι' αυτήν εκτενώς *Γ. Διαμαντόπουλο*, «Η αντιφατική συμπεριφορά των διαδίκων στην πολιτική δίκη», 1996, σ. 150 επ., *Ν. Κλαμαρή*, «Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικό δικονομικό δικαίω», 1978, τ. II, σ. 429, 446-455, *Ε. Μπαλογιάννη*, παρατηρήσεις στην ΑΠ 991/1997, (Κωστάκος), Δ, 1999, σ. 279-280. Βλ. και *Γ. Σόντη*, «Απόκρουσις ενστάσεως δι' αντιφατικήν του ενισταμένου διαγωγήν (*venire contra factum proprium*)», σε *Αναμνηστικό Τόμο Εμμ. Μιχελάκη*, 1973, σ. 147 επ.

10. ΕΑ 144/1990, (Κανελλόπουλος), *ΕπΔικΠολ*, 1993, σ. 295, με σχόλιο *Χ. Παπαδάκη*.

11. ΕΘεσ. 889/1987, (Παρπούλας), *Αρμ*, 1987, σ. 1056 με παρατηρήσεις *Α. Πίγου*.

12. *Ν. Κλαμαρή*, ό.π., σ. 448, *Κ. Μπέης*, «Πολιτική Δικονομία», *Ερμηνεία κατ' άρθρο*, αρ. 116, σ. 603, *ο ίδιος*, «Πολιτική Δικονομία», *Ερμηνεία κατ' άρθρο*, αρ. 562, σ. 2340-2341.