

ΠΡΑΚΤΙΚΑ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΚΑΙ ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ
ΕΑΡΙΝΟ ΕΞΑΜΗΝΟ 2021

(Τμήματα Α'-Β'-Γ'/

Καθηγητής Κ. Γώγος-Καθηγήτρια Ε. Πρεβεδούρου-Αναπληρωτής Καθηγητής Ι.
Μαθιουδάκης)

Διδάσκων: Δρ. Βασίλης Τσιγαρίδας

Άσκηση 1: Προβλήματα διακριτικής ευχέρειας και δέσμιας αρμοδιότητας.....	2
Πρόβλημα 1: Πρόστιμα σε φαρμακεία	2
Απάντηση.....	2
Πρόβλημα 2: Ο επιμελής αμελής υποψήφιος του ΑΣΕΠ.....	2
Απάντηση.....	2
Πρόβλημα 3: Παράνομη κυκλοφορία φαρμάκων και πρόστιμα	3
Απάντηση.....	3
Άσκηση 2: Ο ειδικός φρουρός και το tattoo	4
Απάντηση.....	5
Άσκηση 3: Ο επενδυτής της Πάτρας πετυχαίνει εν μέρει τους στόχους του	7
Απάντηση.....	8
Άσκηση 4: Τι συμβαίνει όταν χτίζεις σε άλλο οικόπεδο από αυτό για το οποίο παίρνεις οικοδομική άδεια και έχεις επίμονο γείτονα	10
Απάντηση.....	11
Άσκηση 5: Λουόμενοι εναντίον περιφράξεων στην Χαλκιδική=Λεπτές ισορροπίες σε συλλογικό όργανο.....	11
Απάντηση.....	13
Άσκηση 6: Αναζητώντας τον χαμένο χρόνο: Το οστεοπυκνόμετρο και η διοίκηση.....	16
Απάντηση:.....	17

Άσκηση 1: Προβλήματα διακριτικής ευχέρειας και δέσμιας αρμοδιότητας

Θεματικές: Δέσμια αρμοδιότητα, διακριτική ευχέρεια, αποκλειστικές προθεσμίες

Πρόβλημα 1: Πρόστιμα σε φαρμακεία

Σύμφωνα με το άρθρο 11 παρ. 1 και 4 του ν. 5607/1932, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 35 ν. 1316/1983, «1. Φαρμακείο που βρίσκεται σε λειτουργία δε μπορεί να μείνει κλειστό, χωρίς άδεια της αρμόδιας Αρχής, περισσότερο από τρεις ημέρες. (...) 4. Οι παραβάτες τιμωρούνται με απόφαση του αρμόδιου Νομάρχη με πρόστιμο μέχρι 100.000 δραχμές (...). Σε περίπτωση αργίας του φαρμακείου περισσότερο από 3 μήνες, χωρίς την άδεια της αρμόδιας Αρχής, ο παραβάτης φαρμακοποιός τιμωρείται με ανάκληση της άδειας ίδρυσης του φαρμακείου του.». **(i)** Η «ανάκληση της άδειας ίδρυσης του φαρμακείου» εκδίδεται κατά δέσμια αρμοδιότητα ή κατά διακριτική ευχέρεια; **(ii)** Το ίδιο ερώτημα ως προς το πρόστιμο.

Απάντηση

(i) Η ανάκληση της άδειας του φαρμακείου εκδίδεται κατά δέσμια αρμοδιότητα. **(ii)** Το πρόστιμο επιβάλλεται κατά δέσμια αρμοδιότητα, ωστόσο το ύψος του καθορίζεται κατά διακριτική ευχέρεια.

Πρόβλημα 2: Ο επιμελής αμελής υποψήφιος του ΑΣΕΠ

Σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 7 ν. 2738/1999, που αφορά στις διαδικασίες επιλογής μέσω ΑΣΕΠ, «Πιστοποιητικά και δικαιολογητικά γενικώς τα οποία, σύμφωνα με την προκήρυξη, πρέπει να συνυποβάλλονται με την αίτηση του υποψηφίου, δεν γίνονται δεκτά μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των αιτήσεων, ανεξάρτητα από το λόγο της μη εμπρόθεσμης υποβολής τους. Στην κατά το προηγούμενο εδάφιο απαγόρευση αποδοχής εκπρόθεσμων πιστοποιητικών ή δικαιολογητικών περιλαμβάνονται και αυτά που είναι συμπληρωματικά ή διευκρινιστικά εκείνων που έχουν κατατεθεί εμπροθέσμως.». Ο Α συμμετέχει σε διαδικασία επιλογής μέσω ΑΣΕΠ και διαπιστώνει ότι από τα έγγραφα (που προσκόμισε εμπροθέσμως και σύμφωνα με την οικεία Προκήρυξη), μπορεί να εγερθούν αμφιβολίες ως προς την προϋπηρεσία του. Μετά την πάροδο της σχετικής προθεσμίας, υποβάλλει νέο έγγραφο, στο οποίο επεξηγεί τον τρόπο μέτρησης των μηνών που εργάστηκε στον ιδιωτικό τομέα. Υπάρχει η δυνατότητα να γίνει δεκτό αυτό το έγγραφο βάσει του άρθρου 20 παρ. 7 ν. 2738/1999;

Απάντηση

Βάσει του νόμου, το πρόσθετο έγγραφο που προσκομίζει ο Α μετά την προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών δεν δύναται να γίνει δεκτό αφού είναι «διευκρινιστικό». Οι προθεσμίες που τίθενται στους ενδιαφερόμενους είναι αποκλειστικές ενώ η έννομη συνέπεια της υπέρβασης της εδώ κρίσιμης προθεσμίας προσδιορίζεται ειδικά στο ν. 2738/1999. Η διοίκηση είναι υποχρεωμένη να μην το λάβει υπόψη της.

Πρόβλημα 3: Παράνομη κυκλοφορία φαρμάκων και πρόστιμα

Σύμφωνα με το άρθρο 19 παρ. 2 ν. 96/1973 «Φαρμακοποίος, γιατρός, κτηνίατρος ή άλλος πωλητής, ο οποίος διαθέτει με οποιοδήποτε τρόπο προϊόντα αρμοδιότητας ΕΟΦ, για τα οποία απαιτείται άδεια κυκλοφορίας, χωρίς άδεια ή μετά τη λήξη ή ανάκλησή της ή κατά τη διάρκεια αναστολής της ισχύος της και εφ' όσον έχει τηρηθεί η διαδικασία ενημέρωσής του, τιμωρείται με πρόστιμο μέχρι 1.500.000 δραχμές και κλείσιμο του φαρμακείου, φαρμακαποθήκης ή άλλου καταστήματος μέχρι τρεις μήνες. Σε περίπτωση επανάληψης της παραβάσεως (...) τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον έξι (6) μηνών και χρηματική ποινή από 200.000 μέχρι 1.000.000 δρχ. και αφαίρεση από τρεις (3) μέχρι έξι (6) μήνες της άδειας άσκησης επαγγέλματος.». Ο Α διαθέτει στην αγορά της Θεσσαλονίκης φαρμακευτικό σκεύασμα, το οποίο δεν έχει αδειοδοτηθεί από τον ΕΟΦ, παρότι τούτο απαιτούταν. Τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΕΟΦ τον εντοπίζουν και πρόκειται να του επιβάλλουν πρόστιμο. (i) Ο ένας από τους υπαλλήλους που ασχολείται με την υπόθεση, ο Υ, γνωστός για την επιείκειά του, αναφέρει ότι «Είναι η πρώτη παράβαση του Α· εξάλλου, φαίνεται καλός άνθρωπος και εξαιρετος επιστήμονας. Κρίνω ότι δεν είναι αναγκαία η επιβολή προστίμου.». Είναι σύνηθες η παρατήρηση του Υ; (ii) Αν η απάντηση στο πρώτο ερώτημα είναι αρνητική, ποια θα έπρεπε να είναι η διατύπωση του νόμου ώστε ο Υ να έχει δίκιο; (iii) Αν ο νόμος όριζε ότι ο παραβάτης «τιμωρείται με πρόστιμο από 200.000 μέχρι 1.000.000 δρχ. αναλόγως της βαρύτητας της παράβασης», θα υπήρχε κάποια ευχέρεια ως προς την επιβολή του;

Απάντηση

(i) Ο νόμος δεν καταλείπει διακριτική ευχέρεια στην διοίκηση ως προς την επιβολή του προστίμου, ως προκύπτει από την χρήση της οριστικής έγκλησης και το γεγονός ότι ο νόμος ρυθμίζει το περιεχόμενο της πράξης, καταλείποντας μία έννομη συνέπεια σε περίπτωση εκπλήρωσης του πραγματικού του κανόνα δικαίου. Συνεπώς, η παρατήρηση του Υ δεν είναι σύνηθες.

(ii) «Φαρμακοποίος, γιατρός, κτηνίατρος ή άλλος πωλητής, ο οποίος διαθέτει με οποιοδήποτε τρόπο προϊόντα αρμοδιότητας ΕΟΦ, για τα οποία απαιτείται άδεια κυκλοφορίας, χωρίς άδεια ή μετά τη λήξη ή ανάκλησή της ή κατά τη διάρκεια αναστολής της ισχύος της και εφ' όσον έχει τηρηθεί η διαδικασία ενημέρωσής του, δύναται να τιμωρηθεί με πρόστιμο μέχρι 1.500.000 δραχμές και κλείσιμο του φαρμακείου, φαρμακαποθήκης ή άλλου καταστήματος μέχρι τρεις μήνες.».

(iii) Στην προκειμένη περίπτωση, η διοίκηση καλείται να ερμηνεύσει και να εφαρμόσει την αόριστη έννοια «βαρύτητα» της παράβασης. Σύμφωνα με διαδεδομένη άποψη (=κρατούσα στη νομολογία), η χρήση αορίστων εννοιών στο νόμο είναι δείγμα διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης. Υποστηρίζεται, όμως, και το αντίθετο, ότι, δηλαδή, η χρήση αορίστων εννοιών αυξάνει την ερμηνευτική δυσκολία χωρίς να συνεπάγεται, αυτόματα, την διακριτική ευχέρεια της διοίκησης.

Άσκηση 2: Ο ειδικός φρουρός και το tattoo

Θεματικές: Κανονιστική αρμοδιότητα της διοίκησης, δέσμια αρμοδιότητα, διακριτική ευχέρεια, εξουσιοδότηση υπογραφής, μεταβίβαση αρμοδιότητας

Σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 6 ν. 2734/1999, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 2 ν. 3181/2003, κριτήρια πρόσληψης των ειδικών φρουρών της Ελληνικής Αστυνομίας αποτελούν, μεταξύ άλλων, «ο γενικός βαθμός απολυτηρίου Λυκείου, η γνώση ξένης γλώσσας, η εκπλήρωση των στρατιωτικών υποχρεώσεων, κατά προτίμηση ως εφέδρων αξιωματικών ή σε ειδικές δυνάμεις των Ενόπλων Δυνάμεων ή ως εθελοντών πενταετούς υποχρέωσης, η κατοχή άδειας ικανότητας οδήγησης μοτοποδηλάτου ή μοτοσικλέτας ή αυτοκινήτου, η κατοχή πτυχίου δημόσιου Ι.Ε.Κ. ειδικότητας "Στέλεχος Υπηρεσιών Ασφαλείας" και η υπαγωγή στις διατάξεις των εδαφίων α' και ε' της παραγράφου 1 του άρθρου 42 του ν. 1481/1984 (...).». Στην ίδια διάταξη ορίζεται ότι «Ο αριθμός των μορίων κατά κριτήριο, τα λοιπά απαιτούμενα προσόντα, ο τρόπος διαπίστωσής τους, η προκήρυξη των θέσεων, η διαδικασία πρόσληψης, οι προϋποθέσεις ανανέωσης της θητείας τους, η διαδικασία απόλυσής τους, τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, οι αθλητικές δοκιμασίες και υγειονομικές εξετάσεις των υποψηφίων και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια καθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Δημόσιας Τάξης». Ο Υπουργός Δημόσιας Τάξης εκδίδει, κατ' επίκληση του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 9 παρ. 6 ν. 2734/1999, την υπ' αριθμ. 7002/12/1-ι'/26.03.2007 απόφασή του, η οποία προβλέπει στο άρθρο 1 παρ. 1 ότι: «1. Ως Ειδικοί Φρουροί προσλαμβάνονται με σύστημα αντικειμενικών κριτηρίων (μόρια) Έλληνες πολίτες (άνδρες και γυναίκες) για κάλυψη κενών οργανικών θέσεων, οι οποίοι συγκεντρώνουν τα ακόλουθα προσόντα και προϋποθέσεις: α. (...) δ. Να έχουν υγεία και άρτια σωματική διάπλαση διαπιστούμενη από την αρμόδια Υγειονομική Επιτροπή Κατάταξης, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις για τη σωματική ικανότητα των υποψηφίων δοκίμων αστυφυλάκων και να μην φέρουν δερματοστιξία "τατουάζ" στο σώμα τους.». Εν συνεχεία, ο Υπουργός Δημόσιας Τάξης εκδίδει προκήρυξη για την πρόσληψη 1500 ειδικών φρουρών, βάσει των διατάξεων του ν. 2734/1999 και της υπ' αριθμ. 7702/12/1-ι'/26.03.2007 απόφασής του. Ο Α υποβάλει την υποψηφιότητά του και τα συνοδευτικά αυτής έγγραφα νομότυπα αλλά όταν έρχεται η ώρα να εξεταστεί από την αρμόδια υγειονομική επιτροπή διαπιστώνεται ότι φέρει «δερματοστιξία κορμού και κοιλιακής χώρας» και αποκλείεται από την διαδικασία. Στη σχετική απόφαση απόρριψης της υποψηφιότητας του Α, αναγράφεται ότι τούτη έλαβε χώρα «κατά δέσμια αρμοδιότητα της διοίκησης».

Ο Α διαμαρτύρεται για τον αποκλεισμό του ισχυριζόμενος ότι: **(α)** Η υπ' αριθμ. 7002/12/1-ι'/26.03.2007 απόφαση παραβιάζει τους κανόνες της νομοθετικής εξουσιοδότησης και ότι **(β)** η διοίκηση είχε διακριτική ευχέρεια και όχι δέσμια αρμοδιότητα για να απορρίψει την υποψηφιότητά του. Συμφωνείτε μαζί του; **(γ)** Ποια θα ήταν η απάντησή σας στους ισχυρισμούς του Α αν η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 περ. δ' της απόφασης του Υπουργού Δημόσιας Τάξης όριζε ότι οι υποψήφιοι οφείλουν «να μην φέρουν δερματοστιξία με απεικονίσεις που είτε υπονομεύουν την ουδετερότητα των υπαλλήλων του Δημοσίου είτε είναι προκλητικές κατά τρόπο που δεν συνάδει προς την ιδιότητα και τα καθήκοντά τους»; **(δ)** Ο Α παρατηρεί ότι η

απόφαση με την οποία απορρίφθηκε η υποψηφιότητά του υπογράφεται από τον Αρχηγό της Αστυνομίας. Ωστόσο, ο τελευταίος, κατά νόμο αρμόδιος για την έκδοση των σχετικών πράξεων, είχε δημοσιεύσει καθόλα νόμιμη απόφαση (και μάλιστα προ της έναρξης της προθεσμίας υποβολής υποψηφιοτήτων), με την οποία εξουσιοδοτούσε τον Διευθυντή της Γενικής Αστυνομικής Διεύθυνσης Αττικής να υπογράψει έγγραφα, πράξεις και αποφάσεις που αφορούν στην επίμαχη διαδικασία επιλογής, *«περιλαμβανομένων των αποφάσεων διαγραφής επιτυχόντων από τον οικείο πίνακα και των αποφάσεων απόρριψης υποψηφίων λόγω μη συνδρομής των τυπικών προσόντων επιλογής»*. Ορθά διαμαρτύρεται ο Α για την υπογραφή του Αρχηγού;

Απάντηση

(α) Η εξουσιοδοτική ρύθμιση του άρθρου 9 παρ. 6 ν. 2734/1999 ρυθμίζει, σε γενικές γραμμές αλλά με ορισμένο τρόπο, το αντικείμενο της εξουσιοδότησης ενώ στην κανονιστικώς δρώσα διοίκηση (=Υπουργός Δημόσιας Τάξης) καταλείπεται η ρύθμιση του επιμέρους και λεπτομερειακού θέματος των *«αναγκαίων λεπτομερειών»* για την διαδικασία πρόσληψης. Ως εκ τούτου, η κανονιστική πράξη δεν έχει εκδοθεί κατά παράβαση των κανόνων της εξουσιοδότησης ως προκύπτουν από το άρθρο 43 παρ. 2 εδ. β' Συντάγματος.

(β) Ως προκύπτει από τη γραμματική ερμηνεία της κανονιστικής πράξης, σε περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος φέρει δερματοστιξία στο σώμα του, η διοίκηση απορρίπτει την υποψηφιότητά του κατά δέσμια αρμοδιότητα. Συνεπώς, ο ισχυρισμός του Α είναι αβάσιμος.

(γ) Σε μία τέτοια περίπτωση, θα ετίθετο το ζήτημα της σχέσης μεταξύ της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης και της χρήσης αορίστων εννοιών στο πραγματικό του κανόνα δικαίου από το νομοθέτη (βλ. παραπάνω, απάντηση στο ερώτημα (iii) της άσκησης 1.γ).

(δ) Η απόφαση του Αρχηγού της Αστυνομίας για την εξουσιοδότηση του Διευθυντή της ΓΑΔΑ εκδόθηκε *«νομότυπα»*, όπως μας πληροφορεί το πρακτικό. Πρόκειται, δε, για απόφαση εξουσιοδότησης υπογραφής. Καλείται, λοιπόν, σε εφαρμογή το άρθρο 9 παρ. 3 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σύμφωνα με το οποίο *«Το αρμόδιο διοικητικό όργανο, αν τούτο προβλέπεται από τις σχετικές διατάξεις, μπορεί επίσης, με κανονιστική πράξη του, να εξουσιοδοτεί ιεραρχικά υφιστάμενό του όργανο να υπογράφει, με εντολή του, πράξεις ή άλλα έγγραφα της αρμοδιότητάς του.»*. Το ερώτημα που τίθεται εν προκειμένω είναι κατά πόσο το εξουσιοδοτόν, και καταρχήν αρμόδιο, όργανο (=Αρχηγός Αστυνομίας) μπορεί να συνεχίσει να υπογράφει τις πράξεις και τα έγγραφα που εκδίδονται ενώ έχει ήδη εξουσιοδοτήσει σχετικώς το υφιστάμενο όργανο (=Διευθυντής ΓΑΔΑ). Η απάντηση είναι καταφατική και προκύπτει από την αντιπαραβολή του θεσμού της εξουσιοδότησης υπογραφής με αυτόν της μεταβίβασης αρμοδιότητας. Στο άρθρο 9 παρ. 2 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, που αφορά στην μεταβίβαση αρμοδιότητας, ορίζει τα ότι *«Στην περίπτωση αυτή, η αρμοδιότητα ασκείται αποκλειστικά από το όργανο στο οποίο μεταβιβάστηκε (...)*». Συνεπώς, η *«αποκλειστικότητα»* της άσκησης της αρμοδιότητας

αποτελεί ίδιον της μεταβίβασης και όχι της εξουσιοδότησης υπογραφής. Άρα, ο ισχυρισμός του Α είναι αβάσιμος.

Άσκηση 3¹: Ο επενδυτής της Πάτρας πετυχαίνει εν μέρει τους στόχους του

Θεματικές: Φύση πράξεων της διοίκησης, οργανικό και λειτουργικό κριτήριο, ατομική πράξη γενικού περιεχομένου, κανονιστική αρμοδιότητα διοίκησης, γνωμοδοτική διαδικασία, προηγούμενη ακρόαση

Με τον Ν. 3986/2011 ορίστηκε ότι η Διυπουργική Επιτροπή Αναδιαρθρώσεων και Αποκρατικοποιήσεων (ΔΕΑΑ) δύναται να μεταβιβάζει στο Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (ΤΑΙΠΕΔ), μεταξύ άλλων, δικαιώματα εκμετάλλευσης κρατικών υποδομών, τα οποία το Ταμείο παραχωρεί, ακολούθως, σε ιδιώτες έναντι ανταλλάγματος, προς όφελος της εθνικής οικονομίας. Με απόφαση της ΔΕΑΑ μεταβιβάστηκαν στο ΤΑΙΠΕΔ δικαιώματα εκμετάλλευσης 16 τουριστικών λιμένων ανά την επικράτεια, ανατέθηκε η χωροθέτηση (καθορισμός χώρων και ορίων εκμετάλλευσης) στους εν λόγω τουριστικούς λιμένες, καθώς και η πρόβλεψη όρων και περιορισμών δόμησης κατ' απόκλιση εκείνων του Ν. 2160/1993. Εξάλλου, στον Ν. 4179/2013 ορίζεται ότι το σχέδιο εκμετάλλευσης για κάθε έναν από τους παραχωρούμενους προς αξιοποίηση τουριστικούς λιμένες εγκρίνεται με την έκδοση προεδρικού διατάγματος, κατόπιν άδειας του Υπουργού Πολιτισμού, εφόσον εγγύς του τουριστικού λιμένα ευρίσκεται αρχαιολογικός χώρος, και γνώμης του Δημοτικού Συμβουλίου, στην εδαφική περιφέρεια του οποίου ευρίσκεται ο τουριστικός λιμένας. Με το διάταγμα αυτό πραγματοποιείται η χωροθέτηση του σχεδίου εκμετάλλευσης και καθορίζονται οι χρήσεις και οι όροι και οι περιορισμοί δόμησης εντός του τουριστικού λιμένα. Ο ιδιώτης επενδυτής (Ε) που ενδιαφέρεται για την ανάπτυξη του τουριστικού λιμένα Αγυιάς Πάτρας, με την ανέγερση εντός της χερσαίας ζώνης του ξενοδοχειακού συγκροτήματος και άλλων υποδομών ψυχαγωγίας που θα εξυπηρετούν τους ιδιοκτήτες των σκαφών που προσδένουν σε αυτόν, καταθέτει, δια του ΤΑΙΠΕΔ, το σχέδιο εκμετάλλευσης και ζητεί την έγκρισή του. Στο σχέδιο αυτό αντιτίθενται τόσο το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Πατρέων, το οποίο εκδίδει σχετικά την 1/2018 απόφασή του, με την αιτιολογία ότι οι προβλεπόμενες χρήσεις του νέου τουριστικού λιμένα Αγυιάς θα επηρεάσουν αρνητικά την τοπική οικονομία, όσο και η Υπουργός Πολιτισμού και Αθλητισμού, η οποία με την 100/2018 απόφασή της αρνείται την έγκριση του σχεδίου με την αιτιολογία ότι ολόκληρος ο όρμος, στον οποίο τοποθετείται ο τουριστικός λιμένας Αγυιάς, είναι κηρυγμένος αρχαιολογικός χώρος. Η απόφαση της Υπουργού ελήφθη παρά την αντίθετη γνώμη του Κεντρικού Αρχαιολογικού Συμβουλίου (ΚΑΣ), του οποίου τη γνώμη ζήτησε μολοντί δεν υπήρχε σχετική πρόβλεψη στον νόμο. Παρά ταύτα, το προεδρικό διάταγμα για την εκμετάλλευση του τουριστικού λιμένα εκδίδεται, τελικώς, και καθορίζονται τόσο τα νέα όρια του τουριστικού λιμένα, τα οποία αποτυπώνονται και σε τοπογραφικό διάγραμμα, όσο και όροι και περιορισμοί δόμησης εντός των ορίων αυτών, οι οποίοι όμως είναι σαφώς δυσμενέστεροι από αυτούς που προβλέπονται στον Ν. 2160/1993. Ο Ε, ο οποίος εμποδίζεται στην υλοποίηση του επιχειρηματικού του σχεδίου, προτίθεται να προσβάλει δικαστικά το εκδοθέν προεδρικό διάταγμα, ισχυριζόμενος τα εξής: α) Οι ρυθμίσεις του προεδρικού διατάγματος που καθορίζουν δυσμενείς

¹ Πρακτικό Εξεταστικής Ιανουαρίου 2018.

όρους και περιορισμούς δόμησης αντίκεινται στις διατάξεις του Ν. 2160/1993 που προβλέπουν ευμενείς όρους και περιορισμούς δόμησης. β) Το προεδρικό διάταγμα εκδόθηκε χωρίς προηγουμένως να έχει την ευκαιρία να ακουστεί και να εκθέσει το επιχειρηματικό του σχέδιο, ειδικά ως προς τις παραμέτρους εκείνες που σχετίζονται με τη δόμηση.

Ερωτάται:

1. Ποια η νομική φύση των αποφάσεων της ΔΕΑΑ, της Υπουργού Πολιτισμού και του Δημοτικού Συμβουλίου;
2. Μπορούσε η Υπουργός Πολιτισμού και Αθλητισμού να αποστεί από τη γνώμη του ΚΑΣ;
3. Ποια η νομική φύση του προεδρικού διατάγματος;
4. Ευσταθούν οι ισχυρισμοί του Ε;

Απάντηση

1. Η απόφαση της ΔΕΑΑ είναι εκτελεστή διοικητική πράξη, δεδομένου ότι εκδίδεται από διοικητικό όργανο, κατ' ενάσκηση δημόσιας εξουσίας και προς επίτευξη σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος συνίσταται στην αξιοποίηση περιουσιακών στοιχείων του Ελληνικού Δημοσίου επ' ωφελεία της εθνικής οικονομίας, προς αντιμετώπιση της οξείας κρίσης δημοσίου χρέους. Δεν συνιστά πράξη διαχείρισης της ιδιωτικής περιουσίας του Δημοσίου, προεχόντως διότι αφορά σε παραχώρηση ιδιαίτερων δικαιωμάτων επί κοινοχρήστων χώρων. Τέλος, πρόκειται για απόφαση, στην οποία σωρεύονται περισσότερες ατομικές διοικητικές πράξεις. Η άδεια του Υπουργού Πολιτισμού είναι εκτελεστή διοικητική πράξη, διότι αποτελεί νόμιμη προϋπόθεση, η μη συνδρομή της οποίας εμποδίζει την έκδοση του π.δ/τος. Η απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου αποτελεί απλή γνωμοδότηση και δεν δεσμεύει ως προς το περιεχόμενο του π.δ/τος. Θα πρέπει, όμως, από τα στοιχεία του φακέλου να προκύπτει ότι η γνώμη αυτή ελήφθη υπόψη.

2. Η γνωμοδότηση του ΚΑΣ αποτελεί απλή γνώμη, η οποία δεν δεσμεύει το αποφασίζον όργανο, το οποίο, ωστόσο, πρέπει να αιτιολογήσει τυχόν διαφοροποίησή του από το περιεχόμενο της γνώμης. Το ίδιο ισχύει είτε η παροχή γνώμης προβλέπεται στον νόμο είτε είναι οικειοθελής, δηλαδή ζητείται με πρωτοβουλία του αποφασίζοντος οργάνου, χωρίς να αποτελεί νόμιμη προϋπόθεση έκδοσης των πράξεων που αυτό εκδίδει. Εν προκειμένω, η γνώμη του ΚΑΣ αποτελεί οικειοθελή τύπο, τούτο όμως δεν σημαίνει ότι η Υπουργός ουδόλως δεσμευόταν από αυτή. Αντιθέτως, όφειλε να αιτιολογήσει την επιλογή της να μην υιοθετήσει την άποψη του ΚΑΣ και να παράσχει, τελικώς, την άδεια για την έκδοση του π.δ/τος.

3. Το προεδρικό διάταγμα αποτελεί μεικτή διοικητική πράξη, δηλαδή εν μέρει γενική ατομική, κατά το μέρος της εκείνο που προβαίνει στη χωροθέτηση, δηλαδή στον καθορισμό των ορίων της εκμετάλλευσης, και εν μέρει κανονιστική, κατά το μέρος της εκείνο που περιέχει όρους και περιορισμούς δόμησης.

4. Ο υπό α) λόγος παρίσταται απορριπτέος ως αβάσιμος, δεδομένου ότι κανονιστική πράξη μπορεί να καταργεί διατάξεις τυπικού νόμου, εφόσον η εξουσιοδοτική διάταξη το επιτρέπει, προϋπόθεση που συντρέχει εν προκειμένω, στο μέτρο που ο Ν. 4179/2013 επιτρέπει τον καθορισμό νέων όρων και περιορισμών δόμησης για τους τουριστικούς λιμένες. Εξάλλου, ο υπό β) λόγος προβάλλεται, καταρχάς, λυσιτελώς, διότι ο Ε παραθέτει τους ισχυρισμούς που θα είχε επικαλεστεί εάν είχε κληθεί να

ασκήσει το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης. Πλην, ο ίδιος λόγος παρίσταται απορριπτός ως αβάσιμος, δεδομένου ότι το π.δ. βα) είναι εν μέρει κανονιστική πράξη και επί κανονιστικών πράξεων δεν νοείται προηγούμενη ακρόαση και ββ) έχει εκδοθεί κατόπιν αίτησης του ίδιου του Ε, υποβληθείσα δια του ΤΑΙΠΕΔ, οπότε και πάλι δεν νοείται προηγούμενη ακρόαση.

Άσκηση 4: Τι συμβαίνει όταν χτίζεις σε άλλο οικόπεδο από αυτό για το οποίο παίρνεις οικοδομική άδεια και έχεις επίμονο γείτονα

Θεματικές: Ανάκληση διοικητικών πράξεων, διαδικασία ανάκλησης διοικητικών πράξεων, προηγούμενη ακρόαση, πρόσβαση στα έγγραφα, παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας

Με αίτησή του προς τη Διεύθυνση Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Δύμης στις 10.5.1996, ο Α ζήτησε τη χορήγηση οικοδομικής άδειας για την ανέγερση αναψυκτηρίου σε αγροτεμάχιο του εντός των ορίων του εν λόγω Δήμου. Με την αίτησή του συνυπέβαλε και το απαιτούμενο από τη σχετική νομοθεσία τοπογραφικό διάγραμμα που απεικόνιζε το ως άνω αγροτεμάχιο, εμβαδού 7.300 τ.μ., καθώς και τους όμορους ιδιοκτήτες. Επειδή το ακίνητο βρίσκεται κοντά σε αρχαιολογικό χώρο, ζητήθηκε η προβλεπόμενη από τον νόμο γνώμη της αρμόδιας για την προστασία αρχαιοτήτων επιτροπής του Δήμου. Η οικοδομική άδεια εκδόθηκε στις 20.6.1996. Στις 30.6.1996, ο ιδιοκτήτης γειτονικής έκτασης Β ζήτησε με γραπτή αίτησή του προς την ως άνω Διεύθυνση να λάβει γνώση της οικοδομικής άδειας του Α. Η Διεύθυνση δεν απάντησε στην αίτηση αυτή. Ύστερα από επιτόπιες μετρήσεις που πραγματοποίησε, κατόπιν καταγγελίας του Β, ο πολιτικός μηχανικός της εν λόγω Διεύθυνσης, διαπιστώθηκε ότι, ενώ η οικοδομική άδεια ζητήθηκε και εκδόθηκε για το υπ' αριθ. 1230 αγροτεμάχιο, το αναψυκτήριο ανηγέρθη από τον Α στο αγροτεμάχιο ιδιοκτησίας του υπ' αριθ. 1210. Ο Α ενημερώθηκε για τις διαπιστώσεις αυτές με έγγραφο της ανωτέρω Διεύθυνσης, με το οποίο του ζητήθηκε να υποβάλει νέο τοπογραφικό διάγραμμα. Κατόπιν της υποβολής από τον Α τοπογραφικού διαγράμματος πανομοιότυπου προς το αρχικό, η εν λόγω Διεύθυνση ανακάλεσε, με απόφαση της 20.7.2003, την οικοδομική άδεια, για τον λόγο ότι το ακίνητο που εμφανιζόταν στα τοπογραφικά διαγράμματα αφορούσε το υπ' αριθ. 1230 αγροτεμάχιο, προς εξαπάτηση της Διοίκησης, και ότι, βάσει της πραγματικής κατάστασης, δεν θα έπρεπε να εκδοθεί οικοδομική άδεια για το αγροτεμάχιο υπ' αριθ. 1210, στο οποίο ο Α ανήγειρε το αναψυκτήριο, εφόσον αυτό στερείται της ελάχιστης κατά τη σχετική πολεοδομική νομοθεσία αρτιότητας των 4.000 τ.μ., οπότε δεν είναι δομήσιμο.

Ο Α ισχυρίζεται ότι η πράξη ανάκλησης είναι παράνομη, διότι:

- α) Δεν εκλήθη να εκφράσει τις απόψεις του.
- β) Από τη χορήγηση της άδειας παρήλθε ο εύλογος χρόνος που προβλέπεται στις διατάξεις περί ανάκλησης.
- γ) Ο υπάλληλος της Διεύθυνσης που εξέδωσε την ανακλητική πράξη είχε διορισθεί παρανόμως στη θέση αυτή, ο δε διορισμός του ακυρώθηκε δικαστικά μετά την έκδοση της ανακλητικής πράξης.
- δ) Δεν ζητήθηκε, πριν από την έκδοση της ανακλητικής πράξης, η γνώμη της αρμόδιας για την προστασία αρχαιοτήτων επιτροπής του Δήμου, η οποία είχε γνωμοδοτήσει για την έκδοση της άδειας.

Ερωτάται:

1. Ευσταθούν οι ισχυρισμοί του Α;
2. Υποχρεούται η Διοίκηση να επιτρέψει στον Β να λάβει γνώση της οικοδομικής άδειας του Α;

Απάντηση

1. α) Ο πρώτος ισχυρισμός δεν ευσταθεί, διότι η Διοίκηση, μετά τις καταγγελίες του Β και τις επιτόπιες έρευνες του πολιτικού μηχανικού της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Δύμης, ζήτησε από τον Α να υποβάλει νέο τοπογραφικό διάγραμμα προς διευκρίνιση της κατάστασης. Κατά συνέπεια, ο Α είχε τη δυνατότητα να διατυπώσει τις απόψεις του επί της υπόθεσης.

β) Στην υπό εξέταση υπόθεση εκδόθηκε νόμιμη οικοδομική άδεια για το υπ' αριθ. 1230 αγροτεμάχιο του Α, η οποία ανακλήθηκε, στη συνέχεια, λόγω παράβασης των όρων της (ανέγερση αναψυκτηρίου σε άλλο αγροτεμάχιο και μάλιστα μη δομήσιμο, αντί στο αγροτεμάχιο για το οποίο ζητήθηκε και χορηγήθηκε η άδεια). Πρόκειται για ανάκληση νόμιμης πράξης λόγω δόλιας μη συμμόρφωσης του αποδέκτη της προς τους όρους της, επομένως η ανάκληση της πράξης είναι δυνατή οποτεδήποτε. Η εξαπάτηση της Διοίκησης εκ μέρους του ωφελούμενου από την πράξη διοικουμένου αποκλείει τη στοιχειοθέτηση δικαιολογημένης εμπιστοσύνης στη διατήρηση της ισχύος της πράξης. Επομένως, ο δεύτερος ισχυρισμός δεν ευσταθεί.

γ) Ο παρανόμως διορισθείς υπάλληλος που εξέδωσε την πράξη είναι de facto όργανο, οι πράξεις δε που εκδίδει κατά τη διάρκεια ισχύος του διορισμού του (δηλαδή μέχρι τη δικαστική ακύρωσή του) είναι νόμιμες, εκτός εάν πάσχουν από άλλη πλημμέλεια (όπως παράβαση ουσιώδους τύπου, έλλειψη αιτιολογίας κ.λπ.). Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός αυτός δεν ευσταθεί.

δ) Σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, για την ανάκληση δεν είναι απαραίτητο να τηρείται η διαδικασία που προβλέπεται για την έκδοση της πράξης, εκτός αν ανακαλείται πράξη νόμιμη ή πράξη παράνομη ύστερα από εκτίμηση πραγματικών περιστατικών. Εν προκειμένω, ανακαλείται, βεβαίως, νόμιμη πράξη, πλην όμως η ανάκληση πραγματοποιείται για λόγο που δεν συνδέεται με το στοιχείο της πράξης για το οποίο ζητήθηκε η γνώμη της αρμόδιας για την προστασία αρχαιοτήτων επιτροπής του Δήμου (δηλαδή την εγγύτητα του αγροτεμαχίου με αρχαιολογικό χώρο). Κατά συνέπεια, δεν ήταν απαραίτητο να ζητηθεί η γνώμη της ως άνω επιτροπής, οπότε ούτε ο ισχυρισμός αυτός ευσταθεί.

2. Κατ' εφαρμογή του άρθρου 5 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ο Β, ιδιοκτήτης γειτονικής έκτασης του ακινήτου του Α, είναι «ενδιαφερόμενος», οπότε έχει το δικαίωμα να λάβει γνώση, ύστερα από γραπτή αίτησή του, της άδειας, η οποία αποτελεί διοικητική πράξη και, οπωσδήποτε, διοικητικό έγγραφο. Επομένως, η Διοίκηση όφειλε να χορηγήσει το έγγραφο εντός 20 ημερών από την υποβολή της αίτησης του Β, η δε σιωπή της συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας.

Άσκηση 5: Λουόμενοι εναντίον περιφράξεων στην Χαλκιδική=Λεπτές ισορροπίες σε συλλογικό όργανο.

Θεματικές: Φύση πράξεων διοίκησης, κανόνες συγκρότησης, σύνθεσης και λειτουργίας συλλογικών οργάνων, ενδικοφανής προσφυγή, προηγούμενη ακρόαση, αρχή της αμεροληψίας

Το άρθρο 23 ν. 1337/1983 προβλέπει την απαγόρευση των περιφράξεων σε ζώνη πλάτους 500 μ. από την ακτή ή την όχθη δημόσιων λιμνών. Οι λεπτομέρειες εφαρμογής τούτης της ρύθμισης προβλέφθηκαν με απόφαση του Υπουργού Χωροταξίας, σύμφωνα με την οποία, αν εμποδίζεται ή δυσχεραίνεται υπέρμετρα η πρόσβαση του κοινού στην παραλία, διατάσσεται η κατεδάφιση τμήματος ή του συνόλου της περίφραξης, που κείται εντός των ως άνω ορίων. Αρμόδιο όργανο για την έκδοση της απόφασης κατεδάφισης ορίστηκε ο Προϊστάμενος της Υπηρεσίας Δόμησης ενώ κατά της σχετικής πράξης μπορούν να υποβληθούν, από κάθε ενδιαφερόμενο, αντιρρήσεις που επάγονται έλεγχο κατά το νόμο και την ουσία. Επί των αντιρρήσεων, τέλος, αποφαινεται πενταμελής Επιτροπή, της οποίας πρόεδρος είναι ο Προϊστάμενος της Υπηρεσίας Δόμησης.

Στις αρχές του καλοκαιριού του 2002, οι Α και Β -ιδιοκτήτες μεγάλων εκτάσεων γης «με μέτωπο» στην θάλασσα στο πρώτο πόδι της Χαλκιδικής- αντιμετώπισαν την οργή των τουριστών και των κατοίκων της περιοχής, καθώς κατά τους χειμερινούς μήνες είχαν φροντίσει να κατασκευάσουν 3 χιλιόμετρα συρμάτινου φράχτη για την προφύλαξη των πολυτελών εξοχικών κατοικιών τους. Κατόπιν αλληπάλληλων καταγγελιών, ο Προϊστάμενος της αρμόδιας Υπηρεσίας εξέδωσε την απόφαση 1/2002, διά της οποίας αποφάσισε την κατεδάφιση επιμέρους τμημάτων της επίμαχης περίφραξης με την αιτιολογία ότι μόνον με αυτόν τον τρόπο είναι προσβάσιμη η ακτή για τους λουόμενους. Οι Α και Β άσκησαν ένσταση ενώπιον της Επιτροπής, η οποία και απορρίφθηκε με την 2/2002 απόφαση παρότι κατά της απόρριψης τάχθηκαν δύο μέλη. Σημειωτέον ότι κατά τη συνεδρίαση της Επιτροπής συμμετείχαν τέσσερα μέλη, περιλαμβανομένου του Προϊσταμένου, διότι το πέμπτο μέλος της είχε, δυστυχώς, πεθάνει έναν μήνα νωρίτερα.

Ερωτάται:

- (1) Ποιες πράξεις εντοπίζετε στο πρακτικό και ποια η νομική τους φύση;
- (2) Πώς είναι δυνατόν να απορρίφθηκε η ένσταση με δύο ψήφους τη στιγμή που η πρόταση περί αποδοχής της έλαβε επίσης δύο ψήφους;
- (3) Οι Α και Β ισχυρίζονται ότι: (α) Η απόφαση κατεδάφισης είναι αναιτιολόγητη. (β) Η συμμετοχή του Προϊσταμένου στη συνεδρίαση της Επιτροπής καθιστά την απόφαση παράνομη λόγω παραβίασης της αρχής της αμεροληψίας μιας και ο ίδιος είχε εκδώσει την προσβαλλόμενη πράξη. (γ) Η Επιτροπή έπαυσε να είναι νομίμως συγκροτημένη μετά τον θάνατο ενός εκ των μελών της. Εξάλλου, δεν νοείται συλλογικό όργανο με άρτιο αριθμό μελών. (δ) Ο γραμματέας της Επιτροπής, που τηρούσε πρακτικά κατά τη συνεδρίαση, είχε διοριστεί παράνομα στο Δημόσιο (πλαστό πτυχίο), όπως αποδείχθηκε λίγες ημέρες μετά, οπότε και αποφασίστηκε η απόλυσή του. Περαιτέρω, είναι αδερφός του Γ, πρωτεργάτη στις αντιδράσεις κατά των περιφράξεων.

Ευσταθούν οι ισχυρισμοί τους;

(4) Ο Γ και ο Δ, θερμοί υποστηρικτές της κατεδάφισης, παρέστησαν στη συνεδρίαση της Επιτροπής ισχυριζόμενοι ότι: (α) Κακώς κλήθηκαν προς υποστήριξη της ένστασής τους οι Α και Β κατά την ημέρα της συνεδρίασης και κακώς παρευρέθηκαν προς υποστήριξη των απόψεών τους. (β) Οι αντιρρήσεις τυγχάνουν απορριπτέες διότι υποβλήθηκαν στην Υπηρεσία Αυθαιρέτων και όχι στην Υπηρεσία Δόμησης. (γ) Κακώς διατάχθηκε η κατεδάφιση τμημάτων και όχι του συνόλου της κατασκευής· ως καταγγέλλοντες, εξάλλου, έπρεπε να είχαν κληθεί σε ακρόαση προ της έκδοσης της πράξης.

Είχαν δίκιο;

Σημείωση: Τα νομικά δεδομένα του Πρακτικού είναι ακριβή μόνον ως προς το περιεχόμενο του ν. 1337/1983. Οι διατάξεις της απόφασης του Υπουργού Χωροταξίας έχουν «τροποποιηθεί» για τις ανάγκες της άσκησης.

Απάντηση

(1) Οι πράξεις, με τη σειρά που αναφέρονται στο πρακτικό, είναι οι ακόλουθες: (α) Η απόφαση ου Υπουργού Χωροταξίας, που είναι κανονιστική πράξη, (β) η απόφαση 1/2002 περί της κατεδάφισης τμημάτων της περιφραξης των Α και Β και (γ) η απόφαση 2/2002 της Επιτροπής, διά της οποίας απορρίφθηκε η ένσταση των Α και Β. Σημειωτέον ότι η ένσταση είναι ενδικοφανής προσφυγή.

(2) Η ένσταση απορρίφθηκε με δύο ψήφους διότι υπέρ της απόρριψής της τάχθηκε ο Πρόεδρος της Επιτροπής, ο οποίος ήταν ο Προϊστάμενος της Υπηρεσίας Δόμησης που εξέδωσε την 1/2002 απόφαση. Εφαρμογή άρθρου 15 παρ. 1 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, βάσει του οποίου η ψήφος του προέδρου υπερισχύει σε περίπτωση ισοψηφίας.

(3) (α) Ο πρώτος ισχυρισμός είναι αβάσιμος αφού, όπως προκύπτει από το πρακτικό, η απόφαση κατεδάφισης είναι αιτιολογημένη, κατ' άρθρο 17 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας μιας και διαπιστώνει τα νομικώς κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, ερμηνεύει το νόμο και τον εφαρμόζει στην υπόθεση.

(β) Οι λόγοι αμεροληψίας δεν αναφέρονται περιοριστικά στο άρθρο 7 παρ. 2 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας· αντλούνται και από την παρ. 1 του ίδιου άρθρου. Έτσι, σε γενικές γραμμές, όταν κάποιος καλείται να αξιολογήσει τη νομιμότητα πράξης που εξέδωσε εγείρεται, καταρχήν, ζήτημα παραβίασης της αρχής της αμεροληψίας διότι η εκτίμησή του είναι γνωστή· παύει, λοιπόν, να θεωρείται ουδέτερος ως προς την υπόθεση.

Ωστόσο: Από τη στιγμή που (i) η αρχική κρίση του οργάνου εκφέρθηκε στο πλαίσιο της άσκησης των καθηκόντων του, (ii) ούτε το άρθρο 7 ούτε το άρθρο 25 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας απαγορεύουν σε υπάλληλο να αξιολογήσει τη νομιμότητα της κρίσης του σε δεύτερο βαθμό (στο πλαίσιο εξέτασης ενδικοφανούς προσφυγής) και (iii) το ειδικό νομοθετικό πλαίσιο της διαφοράς ορίζει ρητά ότι ο Προϊστάμενος της Υπηρεσίας Δόμησης είναι ο Πρόεδρος της Επιτροπής που κρίνει τις ενδικοφανείς προσφυγές κατά των αποφάσεων του ίδιου (για λόγους που ανάγονται στην

οργάνωση της υπηρεσίας) δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της αμεροληψίας. Άρα ο ισχυρισμός είναι αβάσιμος.

(γ) Βάσει του άρθρου 13 παρ. 5 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το συλλογικό όργανο μπορεί να λειτουργήσει για τρεις μήνες ακόμη και αν απωλέσει μέλος του εφόσον τα λοιπά μέλη επαρκούν για το σχηματισμό απαρτίας. Σύμφωνα με το άρθρο 14 παρ. 1 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, τα συλλογικά όργανα συνεδριάζουν νόμιμα όταν στη σύνθεσή τους μετέχουν ως τακτικά ή αναπληρωματικά μέλη, περισσότερα από τα μισά των διορισμένων τακτικών μελών (απαρτία). Εν προκειμένω, μετά την έκλειψη του πέμπτου μέλους της Επιτροπής λόγω θανάτου, τα εναπομείναντα μέλη επαρκούν για το σχηματισμό απαρτίας, οπότε καλείται σε εφαρμογή ο κανόνας του άρθρου 13 παρ. 5 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Αβάσιμος, λοιπόν, και ο τρίτος ισχυρισμός των Α και Β.

Εξάλλου, από καμία διάταξη δεν προκύπτει ότι ένα συλλογικό όργανο απαγορεύεται να έχει άρτιο αριθμό μελών. Προσοχή! Το άρθρο 13 παρ. 2 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας δεν επιβάλλει τα συλλογικά όργανα να έχουν άρτιο αριθμό μελών, απλώς προβλέπει ότι, ελλείψει ειδικότερου κανόνα στο νόμο, συγκροτούνται από τρία τουλάχιστον μέλη.

(δ) Ο τέταρτος ισχυρισμός είναι αλυσιτελής διότι ο γραμματέας δεν είναι μέλος του οργάνου. Συνεπώς, η παραβίαση της αρχής της αμεροληψίας (που αν ήταν μέλος του οργάνου, εδώ θα συνέτρεχε βάσει του άρθρου 7 παρ. 2 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας) δεν αποτελεί κρίσιμη πλημμέλεια της διαδικασίας που ακολουθήθηκε. Εξάλλου, το γεγονός ότι διορίστηκε παράνομα στο Δημόσιο, δεν θα επηρέαζε τη συγκρότηση του οργάνου βάσει του άρθρου 13 παρ. 4 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας.

(4) (α) Οι Α και Β παρευρέθηκαν στη συνεδρίαση επειδή κλήθηκαν από το συλλογικό όργανο. Το τελευταίο μπορεί να καλέσει, προς παροχή πληροφοριών, οποιονδήποτε επιθυμεί κατ' άρθρο 14 παρ. 10 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Μάλιστα, στην προκείμενη περίπτωση, οι Α και Β κλήθηκαν προς υποστήριξη της ένστασής τους. Αβάσιμος ο ισχυρισμός των Γ και Δ.

(β) Η υποβολή των αντιρρήσεων (=ένστασης=ενδικοφανούς προσφυγής) σε άλλη Υπηρεσία από την κατά νόμο αρμόδια δεν επηρεάζει το παραδεκτό της άσκησης της ενδικοφανούς προσφυγής κατ' άρθρο 25 παρ. 3 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Ούτε αυτός ο ισχυρισμός ευσταθεί.

(γ) Σύμφωνα με τον ειδικό νόμο που διέπει την διαφορά, οι Γ και Δ θα μπορούσαν να προβάλουν τις πλημμέλειες της απόφασης 1/2002, ασκώντας αυτοτελή ενδικοφανή προσφυγή.

Υπενθυμίζεται ότι η συγκεκριμένη απόφαση είναι εν μέρει ευμενής και εν μέρει δυσμενής για όλα τα πρόσωπα του δράματος: Έτσι, οι Α και Β επιθυμούσαν την διατήρηση της κατασκευής τους αλώβητης· ωστόσο, τμήμα της πρέπει να κατεδαφιστεί (ευμενής διότι δεν διατάχθηκε η συνολική κατεδάφιση και δυσμενής κατά το μέρος που διατάχθηκε η μερική κατεδάφιση). Οι Γ και Δ επιθυμούσαν την

κατεδάφιση του συνόλου της περίφραξης· ωστόσο, μόνον τμήμα της θα καταστραφεί (ευμενής διότι τμήμα της θα καταστραφεί και δυσμενής κατά το μέρος που η περίφραξη θα διατηρηθεί). Εξάλλου, οι Γ και Δ είναι προφανώς «ενδιαφερόμενοι» και νομιμοποιούνται για την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής. Άρα, ο ισχυρισμός προβάλλεται απαραδέκτως αφού παραλήφθηκε η άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής. Τέλος, η θέση των Α και Β (η ενδικοφανής προσφυγή των οποίων εξετάζεται από την Επιτροπή) δεν μπορεί να χειροτερεύσει.

Ως προς το ζήτημα της προηγούμενης ακρόασης των Γ και Δ, αρκεί να σημειωθεί ότι η διαδικασία κατεδάφισης τμημάτων της περίφραξης ξεκίνησε κατόπιν καταγγελίας τους η οποία υπέχει θέση αίτησης προς την διοίκηση. Συνεπώς, η τελευταία τους άκουσε και δεν χρειαζόταν να τους καλέσει εκ νέου σε ακρόαση.

Άσκηση 6: Αναζητώντας τον χαμένο χρόνο: Το οστεοπυκνόμετρο και η διοίκηση

Θεματικές: Αστική ευθύνη του Δημοσίου, προθεσμίες που απευθύνονται στην διοίκηση, καθυστέρηση στην ανταπόκριση αιτήματος ενδιαφερομένου

Η Α ΕΠΕ, ιατρική Εταιρεία Περιορισμένης Ευθύνης που λειτουργεί ως φορέας Πρωτοβάθμιας Φροντίδας Υγείας (ΠΦΥ), στο πλαίσιο της επέκτασης των δραστηριοτήτων της, αποφασίζει να εγκαταστήσει στο διαγωνιστικό εργαστήριο που διατηρεί οστεοπυκνόμετρο. Σύμφωνα με τις κρίσιμες διατάξεις του π.δ. 84/2001, «Για τη νόμιμη λειτουργία ιδιωτικού διαγνωστικού εργαστηρίου (...) απαιτείται: α) άδεια ίδρυσης και β) άδεια λειτουργίας. Όμοιες άδειες απαιτούνται σε περίπτωση (...) επέκτασης (...) του αντικειμένου των ιδιωτικών φορέων παροχής υπηρεσιών ΠΦΥ των προηγούμενων παραγράφων». Η συγκεκριμένη άδεια χορηγείται από τη Διεύθυνση Υγείας και Δημόσιας Υγιεινής της οικείας Περιφέρειας μέσα σε δύο (2) μήνες από την ημερομηνία κατάθεσης της σχετικής αίτησης. Η Α ΕΠΕ δεν χρονοτριβεί: Συγκεντρώνει τα απαραίτητα δικαιολογητικά και υποβάλλει την αίτησή της την 01.10.2009. Για κακή της τύχη, όμως, το π.δ. 84/2001 καταργείται την αμέσως επόμενη ημέρα με το π.δ. 180/2009 ενώ, περίπου δύο εβδομάδες μετά, την 19.10.2009 δημοσιεύεται νέο π.δ., το 188/2009, που επαναφέρει σε ισχύ τις, εν προκειμένω, κρίσιμες ρυθμίσεις του π.δ. 84/2001. Ορίζει, όμως, ότι «η εξέλιξη των εκκρεμών διοικητικών διαδικασιών που έχουν εκκινήσει βάσει των ως άνω διατάξεων» αναστέλλεται για διάστημα τριών μηνών.

Εν τω μεταξύ, το αρμόδιο, για τον έλεγχο των δικαιολογητικών, όργανο της Περιφέρειας (ο υπάλληλος Υ), θεώρησε ότι η Α ΕΠΕ δεν είχε προσκομίσει πλήρη φάκελο αφού της έλειπε δήλωση με τη συγκατάθεση των ιδιοκτητών της πολυκατοικίας στην οποία είναι εγκατεστημένο το εργαστήριο. Σημειωτέον ότι κατά την αρχική αδειοδότηση της εταιρείας, το 2007, τέτοια δήλωση δεν είχε ζητηθεί ενώ, σε κάθε περίπτωση, ουδείς/ουδεμία των ενοίκων/ιδιοκτητών εκδήλωσε καθ' οιονδήποτε τρόπο την αντίδρασή του/της για τη λειτουργία του εργαστηρίου. Εξάλλου, όλα τα γνωμοδοτικά όργανα που επιλήφθηκαν της υπόθεσης είχαν εισηγηθεί υπέρ της αρχικής αδειοδότησης της εταιρείας. Ο Υ, πεισμένος για την ορθότητα των θέσεών του, απηύθυνε αλληπάλληλα ερωτήματα στο Υπουργείο Υγείας, τα οποία απαντώνται την 01.02.2010 ως εξής: «Ακόμη και αν το συγκεκριμένο έγγραφο απαιτείται από το νόμο, αφού δεν ζητήθηκε ποτέ και από τη στιγμή που ουδέποτε εκδηλώθηκε αντίδραση από τους περιοίκους, για λόγους χρηστής διοίκησης δεν μπορεί να απαιτηθεί τώρα. Η άδεια να χορηγηθεί.». Πάντως, με νέο έγγραφό του, την 01.03.2010, το Υπουργείο διευκρινίζει ότι «για την χορήγηση της άδειας λειτουργίας οστεοπυκνόμετρου δεν απαιτείται συγκατάθεση των ιδιοκτητών/ενοίκων της πολυκατοικίας». Εν τω μεταξύ, από την 20.01.2010 και μετά, η ενδιαφερόμενη καταθέτει αλληπάλληλες αιτήσεις της για την χορήγηση της πολυπόθητης άδειας, η οποία, τελικώς, εκδίδεται, μετά κόπων και βασάνων, την 16.06.2010.

Από την καθυστέρηση χορήγησης της άδειας, η Α ΕΠΕ ισχυρίζεται ότι υπέστη ζημία, η οποία συνίσταται στα έξοδα μίσθωσης του συγκεκριμένου μηχανήματος, στην

απώλεια της πελατείας της για το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα και στην ηθική της βλάβη λόγω της δυσφήμισής της στην αγορά.

Ερωτάται: **1.** Μπορεί η Α ΕΠΕ να διεκδικήσει αποζημίωση και, αν ναι, από ποιον/ποιους; Τι μορφής; Σε ποιο χρονικό διάστημα ανάγεται η ζημία της; **2.** Αν το έγγραφο του Υπουργείου Υγείας περιερχόταν στην Περιφέρεια την 15.06.2010, θα επηρεαζόταν η απάντησή σας; **3.** Αν για την έκδοση της άδειας απαιτούταν η προσκόμιση της περίφημης δήλωσης, θα μπορούσε να γίνει λόγος για διεκδίκηση αποζημίωσης;

Απάντηση:

(1) Η Α ΕΠΕ μπορεί να διεκδικήσει αποζημίωση από την Περιφέρεια (ΝΠΔΔ) κατ' εφαρμογή των άρθρων 106 και 105 ΕισΝΑΚ. Δεν μπορεί να διεκδικήσει αποζημίωση από τον Υ (που είναι υπάλληλος) ενώ δεν φαίνεται να μπορεί να διεκδικήσει αποζημίωση από το Ελληνικό Δημόσιο λόγω των αλληπάλληλων μεταβολών του κείμενου κανονιστικού πλαισίου. Πράγματι, δύσκολα θα θεμελιωνόταν ευθύνη του Δημοσίου λόγω παρανομίας του κανονιστικού νομοθέτη αφού δεν προκύπτει έκδοση κανονιστικών πράξεων κατά παράβαση του άρθρου 43 Συντάγματος ούτε κάποια αντισυνταγματικότητα των επιμέρους κανονιστικών πράξεων. Εκτός πια και αν προσέφευγε κανείς στην αστική ευθύνη λόγω νόμιμων πράξεων βάσει του άρθρου 4 παρ. 5 Συντάγματος, όπου οι προϋποθέσεις θεμελίωσης είναι έτι αυστηρότερες.

Από την άλλη πλευρά, συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις για τη γένεση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου (=του ΝΠΔΔ Περιφέρειας) αφού: (α) Τα προβλήματα της εταιρείας ξεκινούν από τις πράξεις/παραλείψεις/ενέργειες του Υ (=υπαλλήλου Περιφέρειας), (β) στο πλαίσιο της άσκησης των καθηκόντων του τελευταίου (=έλεγχος δικαιολογητικών φακέλου άδειας). (γ) Η Α ΕΠΕ υφίσταται ζημία (κατά τους ισχυρισμούς της που υπολαμβάνονται ως αληθείς) ενώ (δ) μεταξύ της ζημίας της και των πράξεων του ΝΠΔΔ υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος κατά την παγίως ακολουθούμενη θεωρία της πρόσφορης αιτίας.

Εξάλλου (ε) η αδράνεια της διοίκησης να εκδώσει την επιθυμητή άδεια είναι αδικαιολόγητη (=μη εύλογη) και, άρα, παράνομη. Το κρίσιμο ζήτημα είναι ο προσδιορισμός του διαστήματος της παράνομης αργοπορίας για την έκδοση της άδειας. Καταρχήν, σημειώνεται ότι οι προθεσμίες που απευθύνονται στην διοίκηση είναι ενδεικτικές (εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στο νόμο), ωστόσο ενδεικτική προθεσμία δεν σημαίνει νομικά αδιάφορη προθεσμία. Στην υπόθεση που μας απασχολεί, τα εύλογα διαστήματα της καθυστέρησης (για τα οποία δεν μπορεί να αναζητηθεί αποζημίωση) είναι τα εξής: (i) Το διάστημα από την 02.10.2009 έως την 19.10.2009. Την 02.10.2009, το π.δ. 84/2001 (βάσει του οποίου θα αδειοδοτούταν η Α καταργήθηκε) για να επανέλθει σε ισχύ την 19.10.2009. (ii) Το διάστημα από την 20.10.2009 έως την 20.01.2010. Πρόκειται για το διάστημα κατά τη διάρκεια του οποίου υφίσταται τρίμηνη αναστολή όλων των διοικητικών διαδικασιών του π.δ. 84/2001. (iii) Το διάστημα από την 21.01.2010 έως την 21.03.2021. Αφορά στην δίμηνη προθεσμία εντός της οποίας εκδίδεται η άδεια. Μετά την 21.03.2021, το αίτημα της Α ΕΠΕ έπρεπε να ικανοποιηθεί αφού ήταν σύννομο ενώ ο Υ είχε στην

διάθεσή του διαδοχικές απαντήσεις του Υπουργείου (και, μάλιστα, προ της 21.03.2021) που ήταν οποιαδήποτε αμφιβολία για τη νομιμότητα της έκδοσης της άδειας επέκτασης.

Κοντολογίς, (α) ο Υ, (β) κατά την άσκηση των καθηκόντων του, (γ) παρανόμως αργοπώρησε να εκδώσει την αιτηθείσα άδεια (δ) με άμεση συνέπεια (ε) την ζημία της Α ΕΠΕ και, άρα, πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής των άρθρων 106 και 105 ΕισΝΑΚ. Ως εκ τούτου, η εταιρεία μπορεί να αξιώσει την θετική της ζημία (=έξοδα μίσθωσης), την αποθετική ζημία/διαφυγόντα κέρδη (=ασθενείς που μπόρεσε να εξυπηρετήσει=κέρδη που απώλεσε) και την ηθική της βλάβη (=δυσφήμισή της στην αγορά) για το κρίσιμο χρονικό διάστημα.

2. Αν το έγγραφο του Υπουργείου (που ξεκαθάριζε το κρίσιμο νομικό ζήτημα) περιερχόταν στην διοίκηση μία ημέρα πριν την έκδοση της άδειας, τότε θα μπορούσε να γίνει λόγος για εύλογη καθυστέρηση ενόψει του περίπλοκου νομοθετικού πλαισίου της διαφοράς αλλά και της πρόνοιας του Υ να απευθύνει έγκαιρα τα ερωτήματά του. Σε αυτήν την περίπτωση, όμως, θα μπορούσε να τεθεί ζήτημα παράνομης αργοπορίας του Δημοσίου να απαντήσει στα ερωτήματα του Υ, βάσει του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ.

3. Αν η Α ΕΠΕ είχε καταθέσει ελλιπή φάκελο, τότε δεν θα ετίθετο ζήτημα παρανομίας οιαδήποτε οργάνου της διοίκησης αφού οι ενέργειες της τελευταίας θα ήταν νόμιμες.