

## ΓΝΩΜΟΛΟΓΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ

### ΕΡΩΤΗΜΑ

Ερωτάται αν αν είναι στα πλαίσια ή όχι του Συντάγματος η εφαρμογή της παραγράφου 2 του άρθρου 139 του Κώδικα Δικαστικών Επιμελητών με την έκδοση της προβλεπόμενης Υπουργικής Απόφασης.

### ΑΠΑΝΤΗΣΗ

Οι σχετικές διατάξεις του Ν.2318/1995 (φεκ Α 126) έχουν ως εξής:

«Άρθρο 139

1. Με αποφάσεις του Υπουργού Δικαιοσύνης, που δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, καθορίζονται:

.....

2. Με κοινή απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης και των συναρμόδιων υπουργών, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, καθορίζονται

ο τρόπος και οι λεπτομέρειες κατανομής, μεταξύ των δικαστικών επιμελητών της ίδιας κατά τόπον αρμοδιότητας, της επαγγελματικής ύλης που προκύπτει από τις προβλεπόμενες στο άρθρο 51 του παρόντος πηγές.

#### Άρθρο 51

Για επιδόσεις και λοιπές πράξεις οι οποίες ενεργούνται υπό δικαστικό επιμελητή κατόπιν παραγγελίας οικονομικών προσώπων του δημόσιου τομέα, όπως αυτός καθορίζεται στην παράγραφο 6 του άρθρου 1 του νόμου 1256/1982, τραπεζών ελληνικών και ξένων και των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης μπορεί μετά από πρόταση του οικείου συλλόγου και απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, να ορίζεται ότι ποσοστό μέχρι 50% τη δικαιούμενη από το δικαστικά επιμελητή αμοιβή παρακρατείται και αποδίδεται στον οικείο σύλλογο δικαστικών επιμελητών για να γίνει διανομή μεταξύ των μελών του. Με την ίδια απόφασή καθορίζεται ο τρόπος εισπράξεως και διανομής των παρακρατουμένων, το ποσοστό που θα λαμβάνει ο σύλλογος για την αντιμετώπιση των σχετικών δαπανών, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια. Η πρόταση του οικείου συλλόγου, για οποιοδήποτε από τα παραπάνω θέματα γίνεται μετά από απόφαση της γενικής συνελεύσεως, που λαμβάνεται με απόλυτη πλειοψηφία του συνόλου των εγγεγραμμένων νέων μελών μη υπολογισμένων αυτών που τελούν σε αργία ή αναστολή. Μερίσματα,

που δεν ζητήθηκαν από τους δικαιούχους μέσα σε έξι μήνες από την έναρξη διανομής παραγράφονται και περιέρχονται στην περιουσία του συλλόγου.

#### Άρθρο 51

Για επιδόσεις και λοιπές πράξεις οι οποίες ενεργούνται υπό δικαστικό επιμελητή κατόπιν παραγγελίας οικονομικών προσώπων του δημόσιου τομέα, όπως αυτός καθορίζεται στην παράγραφο 6 του άρθρου 1 του νόμου 1256/1982, τραπεζών ελληνικών και ξένων και των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης μπορεί μετά από πρόταση του οικείου συλλόγου και απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, να ορίζεται ότι ποσοστό μέχρι 50% τη δικαιούμενη από το δικαστικά επιμελητή αμοιβή παρακρατείται και αποδίδεται στον οικείο σύλλογο δικαστικών επιμελητών για να γίνει διανομή μεταξύ των μελών του. Με την ίδια απόφασή καθορίζεται ο τρόπος εισπράξεως και διανομής των παρακρατουμένων, το ποσοστό που θα λαμβάνει ο σύλλογος για την αντιμετώπιση των σχετικών δαπανών, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια. Η πρόταση του οικείου συλλόγου, για οποιοδήποτε από τα παραπάνω θέματα γίνεται μετά από απόφαση της γενικής συνελεύσεως, που λαμβάνεται με απόλυτη πλειοψηφία του συνόλου των εγγεγραμμένων νέων μελών μη υπολογισμένων αυτών που τελούν σε αργία ή αναστολή. Μερίσματα, που δεν ζητήθηκαν από τους δικαιούχους μέσα σε έξι μήνες από την έναρξη

διανομής παραγράφονται και περιέχονται στην περιουσία του συλλόγου.

Με το άρθρο 139 παρ. 2 δίνεται νομοθετική εξουσιοδότηση για την έκδοση απόφασης με την οποία θα επιβάλλεται κατανομή της ύλης (μοίρασμα) των επιδόσεων και λοιπών πράξεων δικαστικών επιμελητών. Εξετάζεται αν υπάρχει πρόβλημα αντισυνταγματικότητας όσον αφορά τη νομοθετική εξουσιοδότηση αυτή .

Προκαταρκτικά αναφέρω ότι αν και ο δικαστικός επιμελητής είναι άμισθος δημόσιος λειτουργός κατά το νόμο η απόφαση φυσικού ή νομικού προσώπου να συνεργαστεί με συγκεκριμένο δικαστικό επιμελητή γίνεται μέσα στα πλαίσια της οικονομικής ελευθερίας και κατά τη μέθοδο της επιλογής ελεύθερου επαγγελματία για συνεργασία.

Η διάταξη του άρθρου 139 παρ. 2 Σ. μεριμνά για την εισαγωγή ενός περιορισμού στην ελευθερία των συναλλαγών αφού ναι μεν δεν επιβάλλει άμεσα τη συνεργασία με ορισμένο δικαστικό επιμελητή αλλά προβλέπει ένα τρόπο κατανομής της ύλης που σαφέστατα περιορίζει την ελευθερία των νομικών προσώπων του άρθρου 51 να επιλέγουν με ποιο δικαστικό επιμελητή ή εταιρεία θα συνεργαστούν και για ποιο μέρος της σχετικής ύλης.

Η οικονομική ελευθερία, όπως και κάθε δικαίωμα, κατά πάγια θέση νομολογίας και θεωρίας δεν είναι απόλυτη αλλά μπορεί να υπόκειται σε περιορισμούς για λόγους δημοσίου συμφέροντος με την προϋπόθεση ότι οι τιθέμενοι περιορισμοί είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας και την αρχή της ισότητας και δεν θίγουν τον πυρήνα του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος .

Η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί ειδικότερη εκδήλωση του κοινωνικού κράτους δικαίου (για τη συνταγματική κατοχύρωση της αρχής βλ.. ενδεικτικά Δ. Εφ. Αθ. 219/1996-Δ. Εφ. Αθ. 39/1994. Σε θεωρητικό επίπεδο βλ. Δ. Κοντόγιωργα Θεοχαροπούλου «Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο» Σάκκουλας, 1989 - Β. Σκουρής «Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας» ΕλλΔνη, 1987, σελ. 773 - Π. Δαγτόγλου «Συνταγματικό δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα». Εκδόσεις Α. Σάκκουλα τόμος Β, σελ. 826 και τις εκεί νομολογιακές παραπομπές, Α.Μάνεσης Συνταγματικά Δικαιώματα .

Α Ατομικές Ελευθερίες δ Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα 1982, σελ. 77 επ.). Σύμφωνα με την αρχή αυτή σε συνδυασμό και με το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα της εργασίας, αλλά και το δικαίωμα στην ανάπτυξη της προσωπικότητας, οι περιορισμοί που επιβάλλονται στα δικαιώματα του ιδιώτη πρέπει να είναι οι απολύτως αναγκαίοι για την εξυπηρέτηση του επιδιωκόμενου σκοπού και όχι επαχθέστεροι από ότι είναι απολύτως απαραίτητο ( Α.Π. Ολ. 6/2009- Α.Π. (Ολ.) 43-2005- ΣτΕ 2112/84 – ΣτΕ 4051/90). Η αρχή της αναλογικότητας η οποία όπως προαναφέρθηκε αναγνωρίστηκε πριν την ρητή της καθιέρωση ως συνταγματική αρχή, έχει βρει ήδη τη ρητή κατοχύρωση της στο άρθρο 25 παρ.1 του Αναθεωρημένου Συντάγματος 2001.

Αναφορικά με την αρχή της ισότητας επισημαίνουμε ότι ο νομοθέτης αλλά και η διοίκηση δεσμεύεται να μην εισάγει ούτε όμοια μεταχείριση ανόμοιων καταστάσεων ούτε ανόμοια μεταχείριση ίδιων ως προς τα ουσιώδη στοιχεία τους πραγματικών καταστάσεων ( Σ.Τ.Ε. 2224/2009- Σ.Τ.Ε. 3176/2002- Σ.Τ.Ε. 1318/2003-ΣτΕ 2860/93, ΤοΣ 20, 441 , Σ.Τ.Ε. 1184/2001-Σ.Τ.Ε. 2945/2001-ΑΠ 423/92 ΕΛΔ 35, 1021, ΑΠ (Ολ.) 7/93, ΕΔΚΑ 36,164, Α.Π. 1077/2011- Α.Π. 306/2011- ΑΠ (Ολ.) 1/91, ΔΕΝ 47, 87, ΑΠ (Ολ.) 913/80, ΤοΣ 7,σελ. 708). Συγκεκριμένα δεσμεύεται να μην μεταχειρίζεται κατά ανόμοιο τρόπο ουσιωδώς όμοιες περιπτώσεις, εκτός εάν αυτό επιβάλλουν επαρκείς λόγοι κοινωνικού και δημοσίου συμφέροντος, αποκλειόμενης δηλαδή της αυθαίρετης δημιουργίας προνομιακών καταστάσεων προνομιούχων προσώπων (ΣτΕ 1661, 3027-31/80, 1463-4/78, 3217/77, 3160/76, ΑΠ 1/91, 3/90, ΑΠ (Ολ.) 1336/85, ΑΠ 43/87, 1411/84, 5/82, 775/82, 1470-1/77 κ.λ.π. Εφετείο Αθηνών 13209/88).

Παγίως άλλωστε γίνεται δεκτή η αρχή αυτή και ως τμήμα του πεδίου προστασίας της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (βλ. ενδεικτικά απόφαση Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου της 1-11-2007 Μαμιδάκης κατά Ελλάδος.)

Το ότι το δημόσιο συμφέρον δικαιολογεί περιορισμούς στην οικονομική ελευθερία είναι ιδιαίτερα σαφές στην περίπτωση των δικαστικών επιμελητών οι οποίοι ακριβώς λόγω της σημασίας του λειτουργήματος για την απονομή της δικαιοσύνης παρέχουν τις υπηρεσίες τους με καθεστώς πολλαπλών νομοθετικών περιορισμών της οικονομικής ελευθερίας τόσο για τους ίδιους όσο και για τους

εντολείς τους (συγκεκριμένος αριθμός θέσεων, περιορισμοί ως προς την έδρα, κανονιστικά προκαθορισμένες αμοιβές, κατά τόπον αρμοδιότητα εκτέλεσης πράξεων, σύσταση εταιρειών αποκλειστικά από δικαστικούς επιμελητές κλπ).

Γεννιέται επομένως το ερώτημα αν στη συγκεκριμένη περίπτωση η υποχρέωση των νομικών προσώπων του άρθρου 51 να κατανέμουν την ύλη σε διαφορετικούς δικαστικούς επιμελητές σύμφωνα με σύστημα καθοριζόμενο από υπουργική απόφαση είναι συνταγματικά θεμιτή.

Τα νομικά πρόσωπα του άρθρου 51 είναι μεγάλοι πελάτες που έχουν ολιγοπωλιακή θέση αφού έχουν ιδιαίτερα έντονη ανάγκη για τις υπηρεσίες των δικαστικών επιμελητών και αποτελούν μεγάλο μέρος της ύλης κατέχοντας δεσπόζουσα θέση στην αγορά υπηρεσιών δικαστικών επιμελητών (ιδίως τα τραπεζικά ιδρύματα). Παράλληλα στην περίπτωση των νομικών προσώπων του δημοσίου τομέα υπάρχει έντονη πολιτική επιρροή (ή τουλάχιστον ενδεχόμενο έντονης πολιτικής επιρροής στην επιλογή των διοικήσεών τους.

Λόγω του μεγάλου όγκου εντολών σε συγκεκριμένους δικαστικούς επιμελητές μπορεί να δημιουργηθεί μεταξύ των νομικών αυτών προσώπων και των δικαστικών επιμελητών (φυσικών προσώπων ή εταιρειών) σχέση έμμεσης αλλά πραγματικής εξάρτησης αφού είναι δυνατόν να δημιουργηθούν καταστάσεις όπου δικαστικοί επιμελητές αντλούν σχεδόν το σύνολο του εισοδήματός τους από συνεργασία με κάποια συγκεκριμένα νομικά πρόσωπα του άρθρου 51, ενώ παράλληλα η δεσπόζουσα θέση των νομικών προσώπων ως εντολέων ενέχει κινδύνους καταχρήσεων. Μια τέτοια κατάσταση ενέχει κινδύνους για την ανεξαρτησία που είναι απαραίτητη στο δικαστικό επιμελητή ως δημόσιο λειτουργό και η αποτροπή τέτοιων φαινομένων αποτελεί σαφέστατα σκοπό δημοσίου συμφέροντος που δικαιολογεί την επιβολή περιορισμών όπως είναι ένα σύστημα κατανομής της ύλης.

Επιπλέον η συγκέντρωση της ύλης σε ορισμένους δικαστικούς επιμελητές λόγω της δεσπόζουσας θέσης των παραπάνω νομικών προσώπων είναι δυνατόν να καταστήσει αμφίβολη τη βιωσιμότητα των υπολοίπων δικαστικών επιμελητών ιδίως σε συνθήκες οικονομικής κρίσης όπως η σημερινή. Η δημιουργία συνθηκών βιωσιμότητας των δικαστικών επιμελητών που ασκούν νόμιμα το επάγγελμα, αλλά και η εξασφάλιση συνθηκών ανεξαρτησίας κατά την άσκηση του λειτουργήματος και της αποφυγής

εκμετάλευσης δεσπόζουσας θέσεις είναι θεμιτοί σκοποί δημοσίου συμφέροντος αφού η έλλειψη των παραπάνω προϋποθέσεων άσκησης του λειτουργήματος συνεπάγεται κινδύνους για την ορθή και σύννομη εκτέλεση των καθηκόντων του δικαστικού επιμελητή και άρα και κινδύνους για την ορθή απονομή της δικαιοσύνης.

Από τα πολλά ανάλογα παραδείγματα αναφέρουμε ενδεικτικά ότι με πρόσφατη νομολογία (βλ. ΣΤΕ (Ολομ) 228/2014 - ΣΤΕ 674/2014) κρίθηκαν συνταγματικά ανεκτοί πολύ δεσμευτικότεροι από τον εξεταζόμενο περιορισμοί στην ελευθερία ίδρυσης φαρμακείου (εισαγωγή πληθυσμιακών κριτηρίων και κριτηρίων απόστασης από υφιστάμενα φαρμακεία) με το αιτιολογικό ότι η εξασφάλιση βιωσιμότητας των φαρμακείων είναι σκοπός δημοσίου συμφέροντος αφού η έλλειψη βιωσιμότητας των φαρμακείων συνεπάγεται κινδύνους για τη δημόσια υγεία και τα οικονομικά των ασφαλιστικών ταμείων λόγω της ενδεχόμενης ανάπτυξης αθέμιτων πρακτικών από τους φαρμακοποιούς. Η μέθοδος δε που επιλέγει ο νομοθέτης για να επιτύχει την σύμφωνη με το δημόσιο συμφέρον κατανομή της ύλης των φαρμακοποιών δεν ελέγχονται από το δικαστή παρά μόνο από την άποψη της τήρησης των ακραίων ορίων της προσφορότητας- αναλογικότητας και ισότητας.

Με τα παραπάνω δεδομένα δεν βρίσκουμε αντίθεση της διάταξης στην αρχή της αναλογικότητας. Στην εξουσιοδοτική διάταξη δεν ανιχνεύεται ούτε και έδαφος παραβίασης της αρχής της ισότητας αφού τα συγκεκριμένα νομικά πρόσωπα για τα οποία προβλέπεται νομοθετικά να υπαχθούν σε περιορισμούς της οικονομικής- συναλλακτικής ελευθερίας δεν είναι συγκρίσιμα με άλλα νομικά πρόσωπα αφενός γιατί τα νομικά πρόσωπα του δημοσίου τομέα δεν είναι κατ' αρχήν συγκρίσιμα με τα νομικά πρόσωπα του ιδιωτικού τομέα (για αυτό και υπάρχει σωρεία περιοριστικών της συναλλακτικής τους ελευθερίας διατάξεων που εφαρμόζονται μόνο σε αυτά πχ περιορισμοί στις προσλήψεις), ενώ όσον αφορά τα τραπεζικά ιδρύματα ο νόμος αναφέρεται σε όλα τα τραπεζικά ιδρύματα χωρίς καμία διάκριση, τα ιδρύματα δε αυτά κατέχουν εξέχουσα θέση στην πελατεία των δικαστικών επιμελητών ως εντολείς λόγω του μεγάλου λόγου των εντολών που είναι συνυφασμένος με το είδος της δραστηριότητας τους.

Εξυπακούεται ότι η όποια Υπουργική Απόφαση εκδοθεί θα είναι και αυτή ελέγξιμη κατά το περιεχόμενο της με βάση τα κριτήρια της τήρησης της αρχής της ισότητας και αναλογικότητας.

Ως καταληκτική παρατήρηση αναφέρουμε ότι ναι μεν η κανονιστικά δρώσα διοίκηση έχει κατ' αρχήν ευχέρεια ως προς τη χρήση της εξουσιοδοτικής διάταξης, όμως όταν η έκδοση της αναγκαίας για την εφαρμογή του νόμου κανονιστικής διάταξης δεν ορίζεται στην εξουσιοδοτική διάταξη ως προαιρετική όπως π.χ. στο άρθρο 51 του Κώδικα Δικαστικών Επιμελητών αλλά ως υποχρεωτική (όπως στο άρθρο 139 παρ. 2 του Κώδικα Δικαστικών Επιμελητών) η επί τόσα χρόνια παράλειψη έκδοσης κανονιστικής απόφασης συνεπάγεται τη ματαίωση της βούλησης του νομοθέτη διά παραλείψεως άσκησης της αρμοδιότητας της κανονιστικής δρώσας διοίκησης περί έκδοσης της αναγκαίας Υπουργικής Απόφασης. Η ματαίωση αυτή εμφανίζεται δύσκολα συμβατή με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών.