

Γιώργος Σ.-Π. Κατρούγκαλος
Καθηγητής Δημοσίου
Δικαίου

Δικηγόρος στον Άρειο Πάγο
Π. Ιωακείμ 30-32, Αθήνα 10675
Τηλ/Φαξ 210 6993486, 2107248551
E-Mail: gkatr@otenet.gr

ΓΝΩΜΟΔΟΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ

Περιεχόμενα

A- Το ερώτημα.....	1
B- Το υπό κρίση σχέδιο νόμου	2
Γ- Διατύπωση Γνώμης	6
Γ-1 Αντισυνταγματικότητα των ποινικών διατάξεων λόγω αντίθεσης με το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος	6
Γ-2 Αντισυνταγματικότητα των διατάξεων περί αστικής ευθύνης και διοικητικών προστίμων λόγω αντίθεσης με το άρθρο 98 παρ.1 Συντάγματος	7
Γ-3 Αντίθεση με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 της ΕΣΔΑ της πρόβλεψης για προηγούμενη καταβολή υπέρογκου παραβόλου	9
Γ- 4 Αντισυνταγματικότητα των πειθαρχικών διατάξεων του σχεδίου νόμου	10
Γ-5 Εντελώς αναγκαίες νομοτεχνικές αλλαγές	14
Δ- Απάντηση στο ερώτημα.....	15

A- Το ερώτημα

Από τις δευτεροβάθμιες συνδικαλιστικές οργανώσεις ΠΟΣΕ-ΙΚΑ και ΠΟΠΟΚΠ τέθηκε υπόψη μου σχέδιο νομοθετικές διάταξης για την «Αυστηροποίηση της Πειθαρχικής Αντιμετώπισης Παραβατικών Συμπεριφορών κατά των Ασφαλιστικών Οργανισμών, του ΕΟΠΥΥ και των νομικών προσώπων εποπτείας του Υπουργείου Εργασίας» με το ερώτημα της συμφωνίας του προς το Σύνταγμα. Επίσης μου ζητήθηκε η υποβολή, ει δυνατόν, βελτιωτικών προτάσεων επί του σχετικού κειμένου.

Η γνώμη μου επί των ερωτημάτων αυτών έχει ως εξής:

B- Το υπό κρίση σχέδιο νόμου

Οι σχετικές ρυθμίσεις έχουν ως εξής:

Κεφάλαιο 2

Αυστηροποίηση της Πειθαρχικής Αντιμετώπισης Παραβατικών Συμπεριφορών κατά των Ασφαλιστικών Οργανισμών, του ΕΟΠΥΥ και των νομικών προσώπων εποπτείας του Υπουργείου Εργασίας

Άρθρο 9 Ποινική και αστική ευθύνη υπαλλήλων

1. Υπάλληλος, που παραβαίνει τις διατάξεις των άρθρων 1, 2, 4, 10 και 19 του νόμου αυτού ή υπάλληλος, που προβαίνει σε παράνομη πράξη ή παράλειψη από την οποία δύναται να προκληθεί βλάβη στο ασφαλιστικό σύστημα και τα συμφέροντα των ασφαλισμένων τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους εφόσον η πράξη του δεν τιμωρείται βαρύτερα από άλλη ποινική διάταξη. Στην περίπτωση που η ανωτέρω πράξη τελείται από αμέλεια επιβάλλεται φυλάκιση μέχρι τρεις μήνες.

2. Το Ελληνικό Δημόσιο, ο Φορέας Κοινωνικής Ασφάλισης, ο ΟΑΕΔ και κάθε άλλο θιγόμενο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου έχουν αξίωση αποζημιώσεως κατά του αρμόδιου υπαλλήλου και του τυχόν άμεσα ωφελούμενου, οι οποίοι ευθύνονται εις ολόκληρον για την αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε λόγω της μη συμμόρφωσης του υπαλλήλου με τις διατάξεις του νόμου αυτού.

Άρθρο 10 Διοικητικές κυρώσεις για_παραβατικές και ζημιογόνες για το ασφαλιστικό σύστημα συμπεριφορές υπαλλήλων

1. Υπάλληλος, κατά την έννοια του άρθρου 13 ΠΚ, που με οποιαδήποτε σχέση υπάγεται στο στενό ή στον ευρύτερο δημόσιο τομέα και με πράξη ή παράλειψη συνετέλεσε στην παράνομη χορήγηση επιδόματος, σύνταξης ή οποιασδήποτε άλλης οικονομικής παροχής με αποτέλεσμα την πρόκληση ζημίας σε βάρος του ασφαλιστικού φορέα

τιμωρείται με διοικητική ποινή προσωρινής παύσης ή προσωρινού αποκλεισμού από την παροχή υπηρεσιών του από 6 μέχρι 12 μήνες ανάλογα με τη σοβαρότητα της παράβασης, ή το μέγεθος της απειλούμενης βλάβης.

2. Σε περίπτωση αναφερόμενων στην παράγραφο κατ' εξακολούθηση τέλεσης των πράξεων, σε περίπτωση υποτροπής καθώς και σε περίπτωση πρόκλησης οικονομικής βλάβης άνω των 150.000 Ευρώ, επιβάλλεται η ποινή της οριστικής παύσης, άλλως αποκλεισμού από την παροχή των υπηρεσιών τους ή καταγγελίας της σύμβασης τους με τον φορέα στον οποίο ανήκουν.

3. Αν από την πράξη των παραγράφων 1 και 2 προκλήθηκε οικονομική ζημία στους ανωτέρω φορείς επιβάλλεται ισόποσο πρόστιμο στον υπάλληλο που την προκάλεσε εφαρμοζομένων των διατάξεων του Κώδικα Είσπραξης Διοικητικών Εσόδων. Το πρόστιμο του προηγούμενου εδαφίου επιβάλλεται με απόφαση του αρμοδίου οργάνου του οικείου φορέα.

4. Το αρμόδιο ιεραρχικά προϊστάμενο του παραβάτη υπαλλήλου όργανο διατάσσει ένορκη διοικητική εξέταση εντός δυο ημερών από την με οποιοδήποτε τρόπο γνώση της παράνομης πράξης ή παράλειψης των παραγράφων 1 και 2, η οποία ολοκληρώνεται υποχρεωτικά σε 15 ημέρες. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις είναι δυνατή με απόφαση του ιδίου η παράταση της προθεσμίας μέχρι 15 ημέρες.

5. Οι διοικητικές ποινές των παραγράφων 1 και 2 επιβάλλονται κατά παρέκκλιση, από κάθε άλλη διάταξη με απόφαση του αρμοδίου οργάνου στο οποίο υπάγεται πειθαρχικά ο υπαίτιος υπάλληλος. Η απόφαση του προηγούμενου εδαφίου εκδίδεται υποχρεωτικά εντός 7 εργασίμων ημερών από τη διαβίβαση στο αρμόδιο όργανο είτε πορίσματος ενεργηθείσας ένορκης διοικητικής εξέτασης της παραγράφου 4 με το οποίο καταλογίζονται ευθύνες σε συγκεκριμένο υπάλληλο είτε καταδικαστικής απόφασης ποινικού δικαστηρίου ακόμα και πρώτου βαθμού. Το πόρισμα της ένορκης διοικητικής εξέτασης καθώς και η τυχόν καταδικαστική απόφαση ποινικού δικαστηρίου ακόμα και πρώτου βαθμού κοινοποιούνται αμελλητί από το αρμόδιο όργανο στον Υπουργό

Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας και στον Υπουργό, που τυχόν εποπτεύει τον φορέα στον οποίο υπάγεται ο υπαίτιος υπάλληλος. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία των 7 εργασίμων ημερών οι διοικητικές ποινές των παραγράφων 1 και 2 δύνανται να επιβληθούν με απόφαση του Υπουργού Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας και του τυχόν εποπτεύοντος την υπηρεσία του υπαλλήλου Υπουργού.

6. Για την επιβολή των διοικητικών ποινών των παραγράφων 1 και 2 θα πρέπει από την ένορκη διοικητική εξέταση της παραγράφου 4 να προκύπτουν επαρκείς ενδείξεις ενοχής.

7. Αν οι διοικητικές ποινές των παραγράφων 1 και 2 επιβάλλονται σε ιατρούς, ο αρμόδιος Πρόεδρος ή Διοικητής του φορέα διαβιβάζει αντίγραφο της σχετικής απόφασης στον ιατρικό σύλλογο στον οποίου υπάγεται ο ιατρός και καταχωρίζεται στο μητρώο του.

8. Από τη δημοσίευση του νόμου αυτού για την πρόσληψη ιατρού ή την κατάρτιση οποιασδήποτε μορφής σύμβασης με ιατρό, οι περιγραφόμενοι στην παράγραφο 1 φορείς πρέπει να ζητούν από τον ενδιαφερόμενο να προσκομίσει σχετική βεβαίωση από τον ιατρικό σύλλογο στον οποίο υπάγεται, σχετικά με το ότι δεν εκκρεμεί σε βάρος του καταδίκη ή διοικητική ποινή από τις αναφερόμενες στις παραγράφους 1 και 2.

9. Για την παραδεκτή άσκηση προσφυγής κατά των διοικητικών ποινών των παραγράφων 1 και 2 απαιτείται η προηγούμενη καταβολή δικαστικού παραβόλου ποσού ίσου με το 20% της ζημίας του ασφαλιστικού φορέα, το οποίο δεν μπορεί να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το ποσό των δέκα χιλιάδων ευρώ. Προκειμένου να υπολογιστεί το ποσοστό του προηγούμενου εδαφίου η οικονομική υπηρεσία του θιγόμενου φορέα εκτιμά τη ζημία έστω και κατά προσέγγιση, με τη ρητή όμως επιφύλαξη παντός αλλού δικαιώματος ή αξίωσης. Η σχετική εκτίμηση αναγράφεται υποχρεωτικά στο σώμα της διοικητικής πράξης επιβολής ποινής. Για την παραδεκτή άσκηση ενδίκου μέσου κατά της απορριπτικής απόφασης επί της προσφυγής του πρώτου εδαφίου ο υπάλληλος υποχρεούται να

καταβάλλει στον θιγόμενο ασφαλιστικό φορέα ποσό ίσο με το 50 % της ζημίας αυτού.

10. Η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής εκτέλεσης ή προσφυγής κατά της απόφασης με την οποία επιβλήθηκε η διοικητική ποινή ή η άσκηση οποιουδήποτε άλλου ένδικου μέσου δεν έχει ανασταλτική δύναμη.

11. Για τη χορήγηση δικαστικής αναστολής εκτέλεσης των ποινών του άρθρου αυτού απαιτείται εκτός των προβλεπομένων προϋποθέσεων και ειδικά αιτιολογημένη κρίση ότι αποκλείεται η επανάληψη τέλεσης των περιγραφόμενων στις παραγράφους 1 και 2 πράξεων ή παραλείψεων.

12. Σε περίπτωση χορήγησης δικαστικής αναστολής ο αρμόδιος φορέας δύναται σε κάθε περίπτωση να αφαιρέσει από το πρόσωπο στο οποίο επιβλήθηκε η ανασταλείσα ποινή, συγκεκριμένες αρμοδιότητες, που αναφέρονται σε βεβαιώσεις, πιστοποιήσεις, εγκρίσεις και άλλες πράξεις από τις οποίες προκύπτει ή δύναται να προκύψει δαπάνη.

13. Η διαδικασία επιβολής διοικητικών ποινών του παρόντος άρθρου είναι ανεξάρτητη από κάθε άλλη ποινική ή πειθαρχική διαδικασία, η δε αρξαμένη ποινική ή πειθαρχική διαδικασία δεν αποτελεί προϋπόθεση για την επιβολή και εκτέλεση των ποινών του παρόντος άρθρου ούτε λόγο αναβολής της σχετικής διοικητικής διαδικασίας

14. Σε περίπτωση που εκδοθεί αμετάκλητη αθωωτική απόφαση, ο αρμόδιος φορέας αποκαθιστά πλήρως αυτόν στον οποίο επιβλήθηκε η ποινή των παραγράφων 1 και 2.

Γ- Διατύπωση Γνώμης

Το υπό κρίση σχέδιο νόμου παρουσιάζει πολλά προβλήματα συνταγματικότητας, σε σχέση με σειρά διατάξεων του Συντάγματος, σύμφωνα με όσα ακολουθούν.

Γ-1 Αντισυνταγματικότητα των ποινικών διατάξεων λόγω αντίθεσης με το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος

Με το άρθρο 9 παρ. 1 του σχεδίου νόμου προβλέπονται τα εξής:

« 1. Υπάλληλος, που παραβαίνει τις διατάξεις των άρθρων 1, 2, 4, 10 και 19 του νόμου αυτού ή υπάλληλος, που προβαίνει σε παράνομη πράξη ή παράλειψη από την οποία δύναται να προκληθεί βλάβη στο ασφαλιστικό σύστημα και τα συμφέροντα των ασφαλισμένων τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους εφόσον η πράξη του δεν τιμωρείται βαρύτερα από άλλη ποινική διάταξη.»

Η διάταξη αυτή είναι ιδιαίτερα προβληματική. Αφενός οι ενάριθμες διατάξεις στις οποίες παραπέμπει δεν προσδιορίζουν την αντικειμενική υπόσταση εγκλήματος (μάλιστα τα άρθρα 10 και 19 αναφέρονται σε διοικητικές κυρώσεις, όχι σε ποινικά αδικήματα). Περαιτέρω, η πρόβλεψη που καθιστά αξιόποινη κάθε «παράνομη πράξη ή παράλειψη από την οποία δύναται να προκληθεί βλάβη στο ασφαλιστικό σύστημα και τα συμφέροντα των ασφαλισμένων» παραβιάζει ευθέως το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος, το οποίο ορίζει ότι «Έγκλημα δεν υπάρχει ούτε ποινή επιβάλλεται χωρίς νόμο που να ισχύει πριν από την τέλεση της πράξης και να ορίζει τα στοιχεία της....». Η συνταγματική αυτή διάταξη, ρητά επιβάλλει ότι το ποινικό αδίκημα πρέπει να προσδιορίζεται σαφώς κατά την αντικειμενική του υπόσταση στον ποινικό νόμο, με συνέπεια να απαγορεύονται οι αόριστοι νόμοι που είτε προβλέπουν το πρώτο τιμωρία ή επαυξάνουν το αξιόποινο (*in malam partem*).

Με άλλα λόγια ο νόμος πρέπει να είναι συγκεκριμένος αφού έγκλημα δεν υπάρχει και ποινή δεν επιβάλλεται αν η πράξη δεν προκαθορίζεται ειδικά και συγκεκριμένα στον νόμο. Η αρχή αυτή (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) αποτελεί προαπαιτούμενο του ποινικού κολασμού και επιβάλλει ο νόμος να περιέχει σαφή περιγραφή της

αξιόποινης συμπεριφοράς και όχι γενική και αόριστη περιγραφή, όπως η υπό κρίση διάταξη, που συνιστά αντισυνταγματικό «λευκό» ποινικό νόμο (Blankostrafgesetz, βλ. σχετικά Κ, Χρυσόγονο Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Η συνταγματική τυποποίηση του ποινικού φαινομένου 2002,, σελ. 220 επ, Ι. Μανωλεδάκη, Το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος, σε Γ.Κασιμάτης /Κ.Μαυριάς Ερμηνεία 2η έκδ. 2003, Χ Δέδε., Η έννοια του όρου 'νόμος' εις τας ποινικάς διατάξεις του Συντάγματος, ΤοΣ 1975 σ. 235).

Γ-2 Αντισυνταγματικότητα των διατάξεων περί αστικής ευθύνης και διοικητικών προστίμων λόγω αντίθεσης με το άρθρο 98 παρ.1 Συντάγματος

Η διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 9 που προβλέπει ευθύνη εις ολόκληρο για την αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε λόγω της μη συμμόρφωσης του υπαλλήλου με τις διατάξεις του νόμου αυτού είναι κακότεχνη νομοθετικά, δεδομένου ότι δεν προσδιορίζει σε τι συνίσταται και πώς υπολογίζεται η ζημία που αποτελεί την αιτία της αξίωσης αποζημίωσης. Επίσης δεν φαίνεται δυνατό να προκύπτει αυτοτελής ζημία για το δημόσιο, πέραν του εμπλεκόμενου φορά κοινωνικής ασφάλισης ή του ΟΑΕΔ, ενώ σύγχυση δημιουργεί και η πρόβλεψη ότι και «κάθε άλλο θιγόμενο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου έχει αξίωση αποζημιώσεως». Ποιο μπορεί να είναι το ΝΠΔΔ αυτό;

Προεχόντως όμως οι διατάξεις αυτές είναι αντίθετες στο άρθρο 98 παρ. 1 του Συντάγματος που προσδιορίζει ως αποκλειστική αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου τον έλεγχο της ευθύνης των δημόσιων υπαλλήλων για κάθε ζημία που από δόλο ή αμέλεια προκάλεσαν στο Κράτος ή σε άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου.

Ειδικότερα, κατά το άρθρο 98 παρ. 1 του Συντάγματος, στην αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου ανήκουν ιδίως (...)

ζ. Η εκδίκαση υποθέσεων που αναφέρονται στην ευθύνη των πολιτικών ή στρατιωτικών δημόσιων υπαλλήλων, καθώς και των υπαλλήλων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου για

κάθε ζημία που από δόλο ή αμέλεια προκλήθηκε στο Κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή σε άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου.

Ο τρόπος προσδιορισμού της ευθύνης αυτής των δημοσίων υπαλλήλων εξειδικεύεται στα άρθρα 46 παρ. 10 του π.δ. 774/1980 και 38 παρ. 1 του Κώδικα Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ.. Ο πρόσφατος Κώδικας Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο προβλέπει σχετικά στο Άρθρο 68 αυτού τα ακόλουθα:

1. Κάθε δημόσιος υπάλληλος, ανεξάρτητα από την κατά το άρθρο 44 ευθύνη των δημοσίων υπολόγων, ευθύνεται για κάθε θετική ζημία που επήλθε στο Δημόσιο από δόλο ή αμέλεια, εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά στις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις.

2. Αν περισσότεροι υπάλληλοι προξένησαν από κοινού τη ζημία στο Δημόσιο, ευθύνονται εις ολόκληρον

(...)

4. Για την ευθύνη κατά το παρόν άρθρο το Ελεγκτικό Συνέδριο αποφαινεται ύστερα από αίτηση του Γενικού Επιτρόπου σε αυτό, ο οποίος ενεργεί είτε κατόπιν εγγράφου του οικείου Υπουργού είτε αυτεπαγγέλτως, εφόσον η ευθύνη προκύπτει από τα στοιχεία που υποβάλλονται κατά νόμο στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

5. Το Ελεγκτικό Συνέδριο μόνο σε περίπτωση ευθύνης από αμέλεια και ανάλογα με τις περιστάσεις δύναται να καταλογίσει τον υπάλληλο και για μέρος μόνο της θετικής ζημίας που επήλθε στο Δημόσιο.

Για τους ίδιους λόγους είναι αντίθετη στην ίδια συνταγματική διάταξη και η πρόβλεψη του άρθρου 10 παρ. 3 του σχεδίου νόμου, κατά την οποία εάν από πειθαρχικές παραβάσεις προκύψει οικονομική ζημία στους ανωτέρω φορείς επιβάλλεται ισόποσο πρόστιμο στον υπάλληλο που την προκάλεσε, εφαρμοζομένων των διατάξεων του Κώδικα Είσπραξης Διοικητικών Εσόδων, με απόφαση του αρμοδίου οργάνου του οικείου φορέα.

Η διάταξη αυτή είναι αντισυνταγματική γιατί, κατ'ουσία δεν καθιερώνει πρόστιμο αλλά αποζημιωτική αξίωση κατά του υπαλλήλου, η οποία, κατά τα ανωτέρω, ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα του

Ελεγκτικού Συνεδρίου. Περαιτέρω, στο πλαίσιο της κείμενης νομοθεσίας, το ποσό της φερόμενης ζημίας πρέπει να είναι βέβαιο και εκκαθαρισμένο, στο πλαίσιο της σχετικής αίτησης του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας, πράγμα που, προφανώς, δεν εξασφαλίζεται από τη σχολιαζόμενη διάταξη (Βλ. σχετικά ΕΣ (ΟΛΟΜ) 31/2012) .

Γ-3 Αντίθεση με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 της ΕΣΔΑ της πρόβλεψης για προηγούμενη καταβολή υπέρογκου παραβόλου

Με την παρ. 9 του άρθρου 10 προβλέπεται ότι για την παραδεκτή άσκηση προσφυγής κατά των διοικητικών ποινών των παραγράφων 1 και 2 του ίδιου άρθρου απαιτείται η προηγούμενη καταβολή δικαστικού παραβόλου ποσού ίσου με το 20% της ζημίας του ασφαλιστικού φορέα, το οποίο δεν μπορεί να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το ποσό των δέκα χιλιάδων ευρώ. Προκειμένου να υπολογιστεί το ποσοστό του προηγούμενου εδαφίου η οικονομική υπηρεσία του θιγόμενου φορέα εκτιμά τη ζημία έστω και κατά προσέγγιση, και την προσδιορίζει υποχρεωτικά στο σώμα της διοικητικής πράξης επιβολής ποινής. Για την παραδεκτή άσκηση ενδίκου μέσου κατά της απορριπτικής απόφασης επί της προσφυγής του πρώτου εδαφίου ο υπάλληλος υποχρεούται να καταβάλλει στον θιγόμενο ασφαλιστικό φορέα ποσό ίσο με το 50 % της ζημίας αυτού.

Όπως έχει κριθεί πρόσφατα (ΣτΕ (ΕΑ) 738/2012), επ' ευκαιρία της πρόβλεψης ανάλογου παραβόλου ύψους 1% για την άσκηση ασφαλιστικών μέτρων, παρόμοιοι περιορισμοί, επειδή κατ' αρχήν προσκρούουν στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας όπως κατοχυρώνεται στα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, για να είναι ανεκτοί θα πρέπει αφενός να εξυπηρετούν θεμιτούς σκοπούς δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι, επί του προκειμένου δεν είναι καθόλου σαφείς, αφετέρου δε να κρίνονται πρόσφοροι για την εξυπηρέτησή των τελευταίων (αποτροπή ασκήσεως αιτήσεων προφανώς αβάσιμων) και, ιδίως, να αφορούν

διαδίκους που έχουν την δυνατότητα να καταβάλουν το παράβολο («ανάλογη χρηματοοικονομική επάρκεια» κατά την διατύπωση του Συμβουλίου της Επικρατείας).

Είναι πρόδηλο ότι κανένας από τους όρους αυτούς δεν ισχύει στην προκειμένη περίπτωση, ιδίως δε ο τρίτος: η αντικειμενική δυνατότητα καταβολής τόσο μεγάλου παραβόλου. Πρέπει να είναι προφανές ότι μόνο ο πράγματι παρανομήσας υπάλληλος ο οποίος έχει προσποριστεί παράνομο όφελος θα είναι σε θέση να αμφισβητήσει την διοικητική ποινή και όχι ο αθώος, του οποίου η μισθοδοτική ικανότητα σε καμιά περίπτωση δεν συνιστά «ανάλογη χρηματοοικονομική επάρκεια».

Γ- 4 Αντισυνταγματικότητα των πειθαρχικών διατάξεων του σχεδίου νόμου

Με τις διατάξεις του άρθρου 10 προβλέπεται ειδική πειθαρχική μεταχείριση («αυστηροποίηση» κατά το νεολογισμό του νομοθέτη). Οι εν λόγω ρυθμίσεις είναι αφενός προβληματικές λόγω της αοριστίας τους, αφετέρου σε μεγάλο βαθμό περιττές, στο βαθμό που οι περισσότερες από τις προβλέψεις τους επικαλύπτονται με τις εντελώς πρόσφατες αλλαγές του πειθαρχικού δικαίου των δημοσίων υπαλλήλων, με τους νόμους 4057/2012 και 4093/2012.

Προβληματική, από πλευράς ασφάλειας δικαίου είναι η πρόβλεψη ως διακεκριμένου πειθαρχικού αδικήματος της «πράξης ή παράλειψης (που) συνετέλεσε στην παράνομη χορήγηση επιδόματος, σύνταξης ή οποιασδήποτε άλλης οικονομικής παροχής με αποτέλεσμα την πρόκληση ζημίας σε βάρος του ασφαλιστικού φορέα». Είναι αλήθεια ότι, η προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 Σ, κατά το μέρος που ορίζει ότι το αδίκημα πρέπει να προσδιορίζεται σαφώς κατά την αντικειμενική του υπόσταση στον νόμο, δεν εφαρμόζεται πλήρως στα πειθαρχικά αδικήματα, διότι το πειθαρχικό αδίκημα, συνδεόμενο αμέσως ή εμμέσως, αφενός μεν με το υπαλληλικό καθήκον, δεν είναι δυνατόν να προσδιοριστεί επακριβώς. (Πρβλ. ΣτΕ 116/2004, 1628/1999, 2322/1983,

πρβλ. Σ. Βλαχόπουλο, Η εφαρμογή της αρχής *nullum crimen nulla poena sine lege* στο πειθαρχικό διοικητικό δίκαιο, ΔιΔικ 1999 , σελ.564 επ.)

Όμως στην προκείμενη διάταξη, η πρόβλεψη ότι πειθαρχικό αδίκημα δεν συνιστά η καθεαυτή παραβίαση των κείμενων διατάξεων αλλά οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη μπορεί να συνετέλεσε (άρα και έμμεσα, ενδεχομένως και κατά τύχη ή από ελαφριά αμέλεια) στην πρόκληση ζημιάς στον οικείο φορέα και σύγκρουσης έρχεται σε αντίθεση με τη θεμελιώδη συνταγματική αρχή του κράτους δικαίου.

Ευθέως αντισυνταγματική είναι η πρόβλεψη της παρ. 6, κατά την οποία για την επιβολή των διοικητικών ποινών αρκούν «επαρκείς ενδείξεις ενοχής». Πρόκειται για πλήρη αντιστροφή του τεκμηρίου αθωότητας, το οποίο ισχύει και για την πειθαρχική δίκη. Είναι προφανές ότι οι ενδείξεις ενοχής επαρκούν μόνον για την κίνηση της πειθαρχικής δίωξης, όχι όμως και για την καταδίκη, για την οποία απαιτείται πλήρης απόδειξη.

Κυρίως όμως οι εν λόγω ρυθμίσεις είναι περιττές, δεδομένου ότι η επιδιωκόμενη «αυστηροποίηση» έχει επέλθει και με το παραπάνω με τις πρόσφατες νομοθετικές αλλαγές του πειθαρχικού δικαίου των δημοσίων υπαλλήλων. (Και αυτές είναι προβληματικής συνταγματικότητας, θέμα όμως που δεν εξετάζεται εδώ.) Ειδικότερα, μετά την αντικατάσταση του από το ν. 4057/2012 το άρθρο 107 του Υπαλληλικού Κώδικα (Κώδικα Κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων, ν. 3584/2007), ισχύουν οι εξής ανάλογες ρυθμίσεις:

Άρθρο 107

Απαρίθμηση πειθαρχικών παραπτωμάτων

1. Πειθαρχικά παραπτώματα είναι:

δ) η απόκτηση οικονομικού οφέλους ή ανταλλάγματος προς όφελος του ιδίου του υπαλλήλου ή τρίτου προσώπου, κατά την άσκηση των καθηκόντων του ή εξ αφορμής αυτών,

(...)

ιδ) η χρησιμοποίηση της δημοσιοϋπαλληλικής ιδιότητας ή πληροφοριών που κατέχει ο υπάλληλος λόγω της υπηρεσίας ή της θέσης του, για εξυπηρέτηση ιδιωτικών συμφερόντων του ίδιου ή τρίτων προσώπων,

2. Για την επιβολή οποιασδήποτε πειθαρχικής ποινής σε υπάλληλο συνεκτιμώνται οι ιδιαίτερες συνθήκες τέλεσης του παραπτώματος, η εν γένει προσωπικότητα του υπαλλήλου, καθώς και η υπηρεσιακή του εικόνα όπως προκύπτει από το προσωπικό του μητρώο και τηρείται η αρχή της αναλογικότητας.

3. Όταν επιβάλλονται οι πειθαρχικές ποινές των περιπτώσεων γ' έως ζ της παραγράφου 1 και συντρέχουν επιβαρυντικές περιστάσεις, το πειθαρχικό συμβούλιο μπορεί να επιβάλει επιπλέον διοικητική κύρωση από 3.000 έως 30.000 ευρώ. Όταν επιβάλλεται η πειθαρχική ποινή της οριστικής παύσης και πρόκειται για πειθαρχικά παραπτώματα των περιπτώσεων δ' και ε' της παραγράφου 1 του άρθρου 107 του παρόντος που σχετίζονται με οικονομικό αντικείμενο, το πειθαρχικό συμβούλιο μπορεί να επιβάλει επιπλέον διοικητική κύρωση από 10.000 έως 100.000 ευρώ.

Στη συνέχεια, με το Κεφάλαιο Ζ του ν. 4093/2012 το ίδιο άρθρο 107 αντικαταστάθηκε ως εξής:

«1. Τίθεται αυτοδίκαια σε αργία:

δ) ο υπάλληλος στον οποίο επιβλήθηκε η πειθαρχική ποινή της οριστικής ή της προσωρινής παύσης και

ε) ο υπάλληλος ο οποίος έχει παραπεμφθεί στο αρμόδιο πειθαρχικό συμβούλιο για τα παραπτώματα των περιπτώσεων α', β', δ', ε', ιβ', ιστ', ιζ', κα', κβ', κγ', κστ', κζ' του άρθρου 111, ή για τα αντίστοιχα παραπτώματα του προϋσχύοντος Κώδικα Κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων (ν. 1188/1981).

2. Το άρθρο 104 του Υπαλληλικού Κώδικα (ν. 3528/2007), όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 4057/2012, αντικαταστάθηκε εκ νέου ως εξής:

«1. Αν συντρέχουν λόγοι δημόσιου συμφέροντος ή υπηρεσιακοί λόγοι μπορεί να τεθεί σε αργία ο υπάλληλος κατά του οποίου:

α) έχει ασκηθεί πειθαρχική δίωξη για οποιοδήποτε πειθαρχικό παράπτωμα, με την επιφύλαξη των περιπτώσεων της παραγράφου 1 περίπτωση ε' του προηγούμενου άρθρου, για τις οποίες επιβάλλεται αυτοδίκαιη αργία, ή

β) υπάρχουν σοβαρές ενδείξεις για άτακτη διαχείριση, η οποία στηρίζεται σε έκθεση της προϊσταμένης αρχής ή του αρμόδιου επιθεωρητή.

(....)

3. Σε κατεπείγουσες περιπτώσεις και εφόσον διακυβεύεται το συμφέρον της υπηρεσίας, μπορεί να επιβληθεί στον υπάλληλο από τον άμεσο πειθαρχικώς προϊστάμενο του το μέτρο της αναστολής άσκησης των καθηκόντων του, ακόμη και πριν επιληφθεί το πειθαρχικό συμβούλιο κατά την επόμενη παράγραφο. Σε περίπτωση παράλειψης του άμεσου πειθαρχικώς προϊσταμένου του υπαλλήλου, το μέτρο της αναστολής άσκησης των καθηκόντων μπορεί να επιβληθεί από κάθε πειθαρχικώς προϊστάμενο ανώτερο από αυτόν. Η παράλειψη πειθαρχικώς προϊσταμένου να επιβάλει το ως άνω μέτρο ελέγχεται πειθαρχικά από κάθε πειθαρχικώς προϊστάμενο του. Κατά τη διάρκεια της αναστολής άσκησης των καθηκόντων του ο υπάλληλος δεν προσέρχεται στην υπηρεσία. Η αναστολή άσκησης καθηκόντων του υπαλλήλου αίρεται αυτοδικαίως, εάν το πειθαρχικό συμβούλιο δεν επιληφθεί εντός της προθεσμίας που ορίζεται στην επόμενη παράγραφο.

4. Εφόσον συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις της παραγράφου 1, το πειθαρχικό συμβούλιο συνέρχεται αμελλητί και γνωμοδοτεί για τη θέση του υπαλλήλου σε αργία. Σε περίπτωση που έχει διαταχθεί το μέτρο της αναστολής των καθηκόντων του υπαλλήλου, το πειθαρχικό συμβούλιο συνέρχεται και γνωμοδοτεί το αργότερο μέσα σε τριάντα (30) ημέρες από τη λήψη του μέτρου. Το πειθαρχικό συμβούλιο γνωμοδοτεί μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών και σε κάθε περίπτωση που ζητείται η γνώμη του από το όργανο που είναι αρμόδιο για τη θέση του υπαλλήλου σε αργία. Η γνωμοδότηση εκδίδεται σε κάθε περίπτωση μετά από προηγούμενη κλήση του υπαλλήλου σε ακρόαση. Σε περίπτωση που το πειθαρχικό συμβούλιο δεν γνωμοδοτήσει μέσα στις ανωτέρω προθεσμίες, η απόφαση για τη θέση του υπαλλήλου σε αργία εκδίδεται και χωρίς γνωμοδότηση. Στην περίπτωση αυτή ο υπάλληλος καλείται σε ακρόαση από το αρμόδιο όργανο και οφείλει να υποβάλει εγγράφως τις απόψεις του εντός προθεσμίας πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση της κλήσης.

5. Η αργία αρχίζει από την κοινοποίηση της σχετικής πράξης. Ο υπάλληλος επανέρχεται στα καθήκοντα του αυτοδίκαια από την έκδοση πειθαρχικής απόφασης, η οποία τον απαλλάσσει από την πειθαρχική ευθύνη ή του επιβάλλει ποινή διαφορετική από την οριστική ή προσωρινή παύση.

6. Μετά την πάροδο ενός έτους από τη θέση του υπαλλήλου σε αργία και κάθε επόμενο έτος το πειθαρχικό συμβούλιο υποχρεούται να γνωμοδοτεί για τη συνέχιση ή μη της αργίας. Ο υπάλληλος επανέρχεται στα καθήκοντα του από την κοινοποίηση σχετικής απόφασης του οργάνου που τον έθεσε σε αργία, η οποία εκδίδεται εφόσον έχουν εκλείψει οι λόγοι της παραγράφου 1. Η απόφαση αυτή μπορεί να εκδίδεται από το αρμόδιο όργανο οποτεδήποτε, ακόμη και χωρίς προηγούμενη γνώμη του πειθαρχικού συμβουλίου.

Οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται ιδιαίτερα αυστηρά από τα διοικητικά δικαστήρια, τα οποία μάλιστα στη φάση της δικαστικής προστασίας θεωρούν ότι οι επιβαλλόμενες διοικητικές ποινές δεν υπόκεινται σε αναστολή εκτελέσεως, εκτός εάν, εξαιτίας της συνδρομής εξαιρετικών λόγων, η άμεση εκτέλεση των πράξεων αυτών θα μπορούσε να προξενήσει στον υπάλληλο σοβαρή και ανεπανόρθωτη βλάβη, (βλ. Ε.Α. του ΣτΕ 134/2002, 534/2001, 376,112/2000, 162/1999).

Γ-5 Εντελώς αναγκαίες νομοτεχνικές αλλαγές

Βάσει των όσων προαναφέρθηκαν, το υπό κρίση σχέδιο νόμου έχει σοβαρότατα προβλήματα συνταγματικότητας, τα οποία δεν είναι δυνατό να καλυφθούν με απλές νομοτεχνικές επεμβάσεις.

Παρόλα αυτά προτείνονται εδώ ορισμένες νομοτεχνικές αλλαγές, προς εξειδίκευση του περιεχομένου των διατάξεων και κάλυψη των σοβαρότερων σχετικών ατεχνιών.

- Η τελευταία φράση της παρ. 1 του άρθρου 9 να αντικαταστεί ως εξής:

«Στην περίπτωση που η ανωτέρω πράξη τελέσθηκε από ελαφρά αμέλεια δεν τιμωρείται. Σε περίπτωση βαρειάς αμέλειας επιβάλλεται φυλάκιση μέχρι τρεις μήνες.»

Ως γνωστό, βαριά αμέλεια υπάρχει, κατά τη νομολογία, όταν δεν καταβάλλεται όχι μόνο η απαιτούμενη στις συναλλαγές, αντικειμενικά και αφηρημένα, επιμέλεια του μέσου συνετού και ευσυνείδητου ανθρώπου, αλλά ούτε και η στοιχειώδης επιμέλεια, την οποία αξιώνει ο νόμος από όλους τους ανθρώπους μέσα στον κύκλο της επαγγελματικής και

κοινωνικής τους δραστηριότητας (πρβλ. Ολ. Ελ.Συν. 1348/89, V Τμ. Ελ.Συν. 426/2007, 1308/2010, 1270/2011).

- Στην παρ. 1 του άρθρου 10 να προστεθεί πριν από τις λέξεις «πράξη ή παράλειψη» η λέξη «υπαίτια», δεδομένου ότι –προδήλως- για να υπάρχει πειθαρχική ευθύνη απαιτείται και υπαιτιότητα. Αν παραμείνει ως έχει η εν λόγω διατάξη, η εφαρμογή της θα είναι ιδιαίτερα άδικη και ανεπιεικής.

Δ- Απάντηση στο ερώτημα

Το υπό κρίση σχέδιο νόμου παρουσιάζει σοβαρά προβλήματα συνταγματικότητας και νομοτεχνικές αδυναμίες, όπως αναλυτικότερα εκτίθεται στο ιστορικό.

Αθήνα, 8/3/2013

Γιώργος Κατρούγκαλος
Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου