



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ  
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ υπ' αριθ. 229/2009

ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ  
Ε' ΤΜΗΜΑΤΟΣ

Συνεδρίαση της 15<sup>ης</sup> Ιουνίου 2009

Σύνθεση:

Πρόεδρος:

Νικόλαος Μαυρίκας, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Μέλη:

Ιωάννα Καραγιαννοπούλου, Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος,  
Βασιλική Πανταζή, Νίκη Μαριόλη και Νικόλαος  
Δασκαλαντωνάκης, Νομικοί Σύμβουλοι.

Εισηγητής:

Νικόλαος Μαυρίκας, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Αριθμ. Ερωτήματος:

Υπ' αριθμ. 10995/2063/13-3-2009 έγγραφο Περιφέρειας Στερεάς  
Ελλάδας και υπ' αριθμ. 46225/48057/22-4-2009 εντολή  
Προέδρου Ν.Σ.Κ.

**Περίληψη Ερωτήμ.:**

Εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 29 παρ. 3 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων για αυτοδίκαιη έκπτωση δημοτικού συμβούλου του Δήμου Ελάτειας, ο οποίος υπό την ιδιότητα μέλους ομόρρυθμης εταιρείας, συνήψε εντός του αυτού έτους (2008) διαδοχικές συμβάσεις προμήθειας με τον προειρημένο Δήμο, συνολικού ποσού 6.811 ευρώ, για μία, όμως, εξ αυτών (ποσού 3.495 ευρώ), διαρκούντος του ίδιου έτους, εχώρησε, από κοινού, λύση της και επιστροφή, εκατέρωθεν, των παροχών.

Επί του πρόσθεν ερωτήματος το Τμήμα εγνωμοδότησεν, ομοφώνως, ως ακολούθως :

**Ι.α.** Από την παράγραφο 3 του άρθρου 29 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων (κυρωτ. ν. 3463/2006 – Α, 114) ορίζονται τα εξής :

«3. Δεν μπορούν να εκλεγούν ή να είναι Δήμαρχοι, πρόεδροι Κοινοτήτων, δημοτικοί ή κοινοτικοί σύμβουλοι, σύμβουλοι δημοτικού διαμερίσματος, τοπικοί σύμβουλοι ή πάρεδροι:

α. Όποιοι συνδέονται με το Δήμο ή την Κοινότητα ή τα νομικά τους πρόσωπα, εξαιρουμένων των συνδέσμων, με συμβάσεις προμήθειας, εκτέλεσης δημοτικού ή κοινοτικού έργου, παροχής υπηρεσιών, παραχώρησης δικαιώματος εκμετάλλευσης δημοτικού έργου ή δημοτικής υπηρεσίας, ύψους άνω των πέντε χιλιάδων (5.000) ευρώ συνολικά ετησίως.

β. Μέλη διοικητικών συμβουλίων, διαχειριστές, μέτοχοι και εταίροι κεφαλαιουχικών εταιρειών, που έχουν συμβληθεί με το Δήμο ή την Κοινότητα, εφόσον το ποσοστό συμμετοχής τους στις εταιρείες υπερβαίνει το πέντε τοις εκατό (5%) του συνολικού κεφαλαίου της εταιρίας, εταίροι προσωπικών εταιριών, καθώς και κοινοπρακτούντα πρόσωπα, με τη συνδρομή των προϋποθέσεων της προηγούμενης περίπτωσης.

Αν Δήμος ή Κοινότητα συμμετέχει με οποιονδήποτε τρόπο στην επιχείρηση που συμβάλλεται, δεν υπάρχει ασυμβίβαστο για τους αντιπροσώπους του Δήμου ή της Κοινότητας που μετέχουν στη διοίκηση δημόσιων επιχειρήσεων, καθώς και δημοτικών ή κοινοτικών επιχειρήσεων».

**β.** Περαιτέρω, στην παράγραφο 9 του ίδιου άρθρου αυτό αυτού Κώδικα διαλαμβάνεται, ότι :

«9. Δήμαρχοι, πρόεδροι Κοινοτήτων, δημοτικοί ή κοινοτικοί σύμβουλοι, σύμβουλοι δημοτικών διαμερισμάτων, τοπικοί σύμβουλοι και πάρεδροι που αποδέχονται οποιοδήποτε από τα καθήκοντα ή τα έργα που συνιστούν ασυμβίβαστο ή αποκτούν δημοτικότητα σε άλλο Δήμο ή σε άλλη Κοινότητα εκπίπτουν αυτοδικαίως από το αξίωμά τους. Ο Γενικός Γραμματέας της Περιφέρειας με πράξη του διαπιστώνει την ύπαρξη του ασυμβίβαστου και την έκπτωση από το αξίωμα».

**ΙΙ.αί.** Από την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 29 παρ. 3 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων προκύπτει σαφώς, ότι πέραν του κωλύματος εκλογιμότητας συντρέχει και ασυμβίβαστο, το οποίο συνεπάγεται την αυτοδίκαιη έκπτωση του αιρετού οργάνου, εφόσον, ως εταίρος προσωπικής εταιρείας, συνήψε συμβάσεις εκ των ρητώς

μνημονευομένων (μεταξύ των οποίων και οι προκείμενες συμβάσεις προμήθειας) με αντισυμβαλλόμενο τον οικείο Ο.Τ.Α. στον οποίο έχει εκλεγεί, το οικονομικό αντικείμενο των οποίων υπερβαίνει το ποσόν των πέντε χιλιάδων (5.000) ευρώ ετησίως.

ii. Η RATIO LEGIS της ανωτέρω ρυθμίσεως αποσκοπεί, στη διασφάλιση της ασκήσεως των καθηκόντων των αιρετών οργάνων, με γνώμονα την εξυπηρέτηση των συμφερόντων των Ο.Τ.Α. και των δημοτών, κατά τρόπο, ο οποίος αποκλείει την έγερση υπονοιών μεροληπτικών ενεργειών, που κατατείνουν στην ικανοποίηση προσωπικών συμφερόντων τους (βλ. και γνωμ. Ολ. Ν.Σ.Κ. 621/2004).

iii. Εξαιρέση στο γενικό αυτό κανόνα αποτελούν οι διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της προμνημονευθείσης παραγράφου, σύμφωνα με τις οποίες, αν ο δήμος ή η κοινότητα συμμετέχουν με οποιοδήποτε τρόπο στην επιχείρηση που είναι αντισυμβαλλόμενη, τότε δεν υπάρχει κώλυμα ή ασυμβίβαστο για τους αντιπροσώπους του δήμου ή της κοινότητας σε δημόσιες, δημοτικές ή κοινοτικές ή μικτές επιχειρήσεις.

βi. Η κρίσιμη διάταξη συνιστά μορφή εξαιρετικού δικαίου, η οποία δεν καταλείπει ευχέρεια για ανάλογη εφαρμογή ή διασταλτική ερμηνεία (πρβλ. Κυριακοπούλου Συνταγματικό Δίκαιο σελ. 412, Γνωμ. Ν.Σ.Κ. 290/2002, 269/2002 και 72/2002).

ii. Η, κατά τ' ανωτέρω, αυτοδίκαιη έκπτωση δεν αποτελεί πειθαρχική ποινή, αλλά διοικητικό μέτρο, που θεσπίστηκε για λόγους δημοσίου συμφέροντος (Σ.τ.Ε. 652/1975, 2445/1966 και 860/1960). Εξάλλου, δεν απαιτείται, η τήρηση της διαδικασίας κλήσης προς ακρόαση του αιρετού, κατ' άρθρο 6 παρ. 1 Ν. 2690/1999 (Α, 45), εφόσον η σχετική διαπιστωτική πράξη του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας εκδίδεται βάσει αντικειμενικών προϋποθέσεων, οι οποίες δεν συνδέονται με υποκειμενική συμπεριφορά του θιγόμενου προσώπου (Σ.τ.Ε. 1533/2002, 3222/2000).

γi. Το Συμβούλιο της Επικρατείας με την υπ' αριθμ. 1657/1995 απόφασή του έκρινε, στο πλαίσιο κωλύματος εκλογιμότητας (κατά την αναιρετική διαδικασία κύρους εκλογής), ότι ως οικονομικό αντικείμενο της συμβάσεως θεωρείται η συμφωνηθείσα και περιλαμβανομένη στη σύμβαση χρηματική αντιπαροχή. Ειδικότερα, δέχθηκε, ότι ήταν αδιάφορο το ποσό που τελικώς εισέπραξε ο αντισυμβαλλόμενος εργολάβος, το οποίο, ενώ κατά τη σύμβαση υπερέβαινε το κρίσιμο όριο (σύμφωνα με τον προϋπολογισμό του έργου), εν τέλει του καταβλήθηκε ποσό κατώτερο του χρηματικού ορίου.

Ακόμη, με την υπ' αριθμ. 1533/2002 απόφαση του ίδιου Δικαστηρίου έγινε δεκτό, ότι, για την εκτίμηση υπερβάσεως των ανωτέρω χρηματικών ορίων, σε ετήσια βάση, προκειμένου για διαδοχικές συμβάσεις, λαμβάνεται υπόψη συνολική αξία, που προκύπτει από το οικονομικό αντικείμενο τούτων, όπως έχει καθορισθεί, αρχικώς,

ανεξαρτήτως των, εν τέλει, καταβληθέντων ποσών (πρβλ. και Σ.Τ.Ε. 1842/2006, καθώς και Γνωμ. Ν.Σ.Κ. 71/2004 και 405/2004).

iii. Περαιτέρω, με την υπ' αριθμ. 621/2004 γνωμοδότηση της Ολομέλειας του Ν.Σ.Κ. έχει γίνει δεκτό, ότι ως οικονομικό αντικείμενο της συμβάσεως νοείται το αντάλλαγμα που συμφωνήθηκε κατά την κατάρτισή της και όχι εκείνο το οποίο, τελικώς, εισπράχθηκε από το αντισυμβαλλόμενο του οικείου Ο.Τ.Α., αιρετό όργανο.

γi. Η επικρατούσα, στη θεωρία και νομολογία άποψη δέχεται, ότι η άσκηση υπαναχώρησης, κατ' άρθρο 389 Α.Κ., επιφέρει κατάργηση της όλης ενοχικής σχέσεως αναδρομικώς (EX TUNC), ώστε, αφού, έληξε η αιτία για την οποία οι παροχές καταβλήθηκαν γεννιέται εκ του νόμου υποχρέωση αποδόσεως, κατά τις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού διατάξεις, εφόσον η σύμβαση θεωρείται ως ουδέποτε καταρτισθείσα (Μπαλής, παραγρ. 89, 91, Γαζής Ερμ. Α.Κ. Εικ. 389-391 αρ. 5 επ. και 389 αρ. 8 επ. Ζέπος Ι παραγρ. 27II, Φουρκιώτης παρ. 38, Α.Π. 274/2008, 328/2007, 403/67 κ.α.).

ii. Η άποψη αυτή αμφισβητείται στο πλαίσιο συστηματικής και δογματικής επισκόπησης και από πολλούς θεωρητικούς εκτιμάται, ότι δεν μπορεί ν' ανταποκριθεί στις πρακτικές ανάγκες της νομικής ζωής (στη Γερμανία, επί παραδείγματι, τείνει να εγκαταλειφθεί). Υποστηρίζεται, ειδικότερα, ότι η ασκηθείσα υπαναχώρηση, ενώ δεν στερείται, εντελώς, αναδρομικότητας, η οποία εκδηλώνεται, κυρίως, στην έναρξη ευθύνης του λήπτη, από χρόνο προγενέστερο της άσκησης, ενεργεί κατά βάση για το μέλλον αίροντας μόνον τις υφιστάμενες, ακόμη, πρωτογενείς υποχρεώσεις προς κύρια παροχή και όχι την όλη συμβατική σχέση (βλ. εκτενέστερη αναφορά και παραπομπές : Απ. Γεωργιάδη – Μιχ. Σταθόπουλου, Αστικός Κώδιξ, II Γενικό Ενοχικό, έκδοση 1979 σελ. 377 και 378).

iii. Ανεξαρτήτως των προεκτεθέντων, στην προκείμενη περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου, δεν προκύπτει να συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις συμβατικής υπαναχώρησης (δεν φαίνεται να υφίσταται σχετική πρόβλεψη στην οικεία σύμβαση) ούτε, ακόμη, νόμιμης υπαναχώρησης συνεπεία υπαίτιας αθέτησης υποχρέωσης του οφειλέτη (ιδίως 382, 383, 385 Α.Κ.) ή ανυπαίτιας αθέτησης (ιδίως 401 Α.Κ.) ή, έστω, ελεύθερης υπαναχώρησης, κατ' ειδική πρόβλεψη νόμου.

Εξάλλου, από τα αυτά στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει συνδρομή προϋποθέσεων εφαρμογής των άρθρων 537 (ευθύνη για ελλείψεις) 540 (δικαιώματα αγοραστή επί ευθύνης πωλητή για πραγματικό ελάττωμα) και 547 (ενέργεια υπαναχώρησης λόγω πραγματικών ελαττωμάτων) Α.Κ.

**III.α.** Όπως έχει προεκτεθεί η απόλυτη διατύπωση της διάταξης του άρθρου 29 παραγρ. 3 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων, τόσο σε επίπεδο κωλύματος εκλογιμότητας, όσο και ασυμβιβάστου, υπηρετεί λόγους γενικότερου δημοσίου συμφέροντος, εφόσον αποσκοπεί στην προστασία των συμφερόντων των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Σ.Τ.Ε. 3464/2007), ενώ, παράλληλα επιδιώκει τη διασφάλιση της αμεροληψίας των αιρετών οργάνων διοίκησής τους (Γνωμ. Ολ. Ν.Σ.Κ. 621/2004) και είναι, ως εκ τούτου, στενώς ερμηνευτέα.

**β.** Εξάλλου, ανεξαρτήτως του ότι δεν προκύπτει, όπως προδιαλήφθηκε, η συνδρομή των προϋποθέσεων των άρθρων 389 επ. Α.Κ. για συμβατική ή νόμιμη υπαναχώρηση, η εφαρμογή της κρίσιμης διάταξης του άρθρου 29 παρ. 3 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων δεν μπορεί να αναιρεθεί από ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής ή μεταγενέστερη του χρόνου κατάρτισης ανατροπή των αποτελεσμάτων της σχετικής συμβάσεως, συνεπεία υπαναχώρησης, άνευ συνδρομής νομίμου αιτίας και η οποία εδράζεται, αποκλειστικώς, σε πρωτοβουλία των συμβαλλόμενων μερών, ενόψει, το μεν, του δημόσιου συμφέροντος το οποίο υπηρετεί, το, δε, αποτροπής ενδεχομένων καταστρατηγήσεων.

**IV.** Υπό τις ανωτέρω σκέψεις, το Τμήμα εγνωμοδότησεν, ομοφώνως, ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 29 παρ. 3 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων για την αυτοδίκαιη έκπτωση δημοτικού συμβούλου του Δήμου Ελάτειας, ο οποίος, υπό την ιδιότητα μέλους ομόρρυθμης εταιρείας, συνήψε, εντός του αυτού έτους, διαδοχικές συμβάσεις προμήθειας με τον προειρημένο Δήμο, συνολικού ύψους 6.811 ευρώ, για μία, όμως, εξ αυτών (ποσού 3.495 ευρώ) εχώρησε, από κοινού, λύση και επιστροφή, εκατέρωθεν, των παροχών.

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Αθήνα, 16/6/2009**

**Ο Πρόεδρος του Τμήματος**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Θ. ΜΑΥΡΙΚΑΣ**

**Αντιπρόεδρος**

**Νομικού Συμβουλίου του Κράτους**



**Ο Εισηγητής**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Θ. ΜΑΥΡΙΚΑΣ**

**Αντιπρόεδρος**

**Νομικού Συμβουλίου του Κράτους**