

## ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΗ

Επιμέλεια: Μ. Τσαπόγας, ΔρΝ

Ειδικός Επιστήμονας στο Συνήγορο του Πολίτη

**ΕΣΔΑ άρθρο 8, Διεθνής Σύμφ. Καθεστ. Προσφ. (ν.δ. 3989/59) άρθρο 25.1, Διεθνές Σύμφ. Οικ. Κοιν. Μορφ. Δικαιωμ. (ν. 1532/85) άρθρο 10, Διεθνής Σύμφ. Δικαιωμ. Παιδιού (ν. 2101/92) άρθρο 8.1, Σ. 9.1 & 21.1, ΑΚ 4, 33 & 1354-1372, ΠΚ 356, ν. 2452/96 άρθρο 25.5, ν. 3386/2005 άρθρα 2.1γ' & 84.1, π.δ. 391/82 άρθρο 1.3δ', π.δ. 61/99 άρθρο 2.7**

Απόδειξη της έλλειψης κωλυμάτων γάμου σε περίπτωση αδυναμίας προσκόμισης πιστοποιητικού από τη χώρα της ιθαγένειας του αιτούντος

Η νομιμότητα της παραμονής αλλοδαπού στη χώρα δεν αποτελεί προϋπόθεση της σύναψης γάμου. Άλλωστε, οι αιτούντες άσυλο παραμένουν νόμιμα στη χώρα μέχρι τη διεκπεραίωση της αίτησής τους.

Όταν είναι αδύνατη η προσκόμιση του λεγομένου «πιστοποιητικού αγαμίας» από τη χώρα της ιθαγένειας του αιτούντος, η απόδειξη της έλλειψης κωλύματος γάμου μπορεί ν' αντικατασταθεί από υπεύθυνη δήλωση.

**Πόρισμα με αρ. πρωτ. 3875.04.0.2/25.7.2007**

(Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη: Ανδρέας Τάκης, Χειριστής: Έλενα Μάρκου)

Ο Συνήγορος του Πολίτη έχει δεχθεί αναφορές σχετικά με νομικά κωλύματα, στα οποία προσκρούουν αναγνωρισμένοι πολιτικοί πρόσφυγες ή αιτούντες άσυλο, προτιθέμενοι να συνάψουν γάμο με έλληνες ή αλλοδαπούς. Από τις αναφορές αυτές προκύπτει ότι ορισμένοι δήμοι, αρμόδιοι για την έκδοση αδειών γάμου κατ' άρθρο 1368 ΑΚ και την τέλεση αυτού κατ' άρθρο 1367 ΑΚ, άλλοτε αντιμετωπίζουν τους αιτούντες άσυλο ως στερούμενους νόμιμης παραμονής και συνεπώς αρνούνται να χορηγήσουν τη σχετική άδεια, στηριζόμενοι στην πάγια άποψη του Υπουργείου Εσωτερικών περί νομιμότητας της παραμονής ως προϋπόθεσης της σύναψης γάμου, άλλοτε εξομοιώνουν μεν τους αιτούντες άσυλο προς τους αναγνωρισμένους πολιτικούς πρόσφυγες, πλην όμως αρνούνται σε αμφοτέρους τη σχετική άδεια λόγω έλλειψης του λεγομένου «πιστοποιητικού αγαμίας».

Ως προς το αν η νομιμότητα της παραμονής αποτελεί καν προϋπόθεση της σύναψης γάμου, οι απόψεις του Συνηγόρου του Πολίτη είναι ήδη γνωστές στο Υπουργείο Εσωτερικών από παλαιότερη αλληλογραφία: ο γάμος αποτελεί σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, ήτοι καλύπτεται από τη γενική ρήτρα του άρθρου 4 ΑΚ, σύμφωνα με την οποίαν «ο αλλοδαπός απολαμβάνει τα αστικά δικαιώματα του

ημεδαπού» χωρίς πρόσθετες προϋποθέσεις αφορώσες τη νομιμότητα της παραμονής του στη χώρα (ακριβώς όπως η ισχύς μίας ενοχικής σύμβασης δεν εξαρτάται από τη νομιμότητα της παραμονής ενός εκ των συμβαλλομένων). Δύο πρόσωπα που πληρούν τις ουσιαστικές προϋποθέσεις εγκύρου γάμου κατά τον Αστικό Κώδικα (και μόνον αυτές), αποκτούν αυτόχρημα «αστικό δικαίωμα» (με την έννοια του άρθρου 4 ΑΚ) για σύναψη γάμου, αφού οι προϋποθέσεις και τα κωλύματα γάμου ρυθμίζονται περιοριστικώς και δεν είναι δυνατό να πολλαπλασιάζονται με αναγωγή σε διατάξεις που αφορούν συναλλαγές με τη διοίκηση. Η σύμπραξη της πολιτείας, κατά την έκδοση της άδειας γάμου (πράξη αμιγώς διαπιστωτική κατ' άρθρο 1370 ΑΚ) και την τέλεση αυτού, δεν καθιστά την όλη διαδικασία «παροχή υπηρεσίας» με την έννοια του άρθρου 84 παρ. 1 ν. 3386/2005, πολλώ μάλλον όταν η υπαγωγή στην απαγόρευση συναλλαγής πλήττει συνταγματικώς (άρθρα 9 παρ. 1 & 21 παρ. 1) κατοχυρωμένα δικαιώματα ελλήνων πολιτών, ήτοι αφ' ενός εκείνου που επιδιώκει να νυμφευθεί αλλοδαπό, αφ' ετέρου του τέκνου αυτών, το οποίο υποχρεώνεται να παραμένει επ' αόριστον «εκτός γάμου». Άλλωστε, εν αντιθέσει προς σειρά άλλων περιπτώσεων συναλλαγής με τη διοίκηση, ο θεσμός του γάμου απολαύει ειδικής προστασίας από το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ, που υποχρεώνει τα συμβαλλόμενα κράτη στη λήψη θετικών μέτρων για την ομαλή ανάπτυξη των οικογενειακών σχέσεων (απόφαση Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου *Marckx κατά Βελγίου*, 13.6.79). Επίσης, ο γάμος προστατεύεται από το άρθρο 10 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Οικονομικά, Κοινωνικά & Μορφωτικά Δικαιώματα (ν. 1532/85), ενώ τυχόν παρουσία τέκνου υπάγει τη σύναψη γάμου μεταξύ των γονέων αυτού στην ειδική προστασία του άρθρου 8 παρ. 1 της Διεθνούς Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Παιδιού (ν. 2101/92). Η υπαγωγή στις ρυθμίσεις αυτές δεν προϋποθέτει νομιμότητα παραμονής στη χώρα, πολλώ μάλλον υπό το πρίσμα της ελληνικής νομολογίας που έχει ρητώς αναγνωρίσει ότι το άρθρο 21 παρ. 1 του Συντάγματος παρέχει ειδική προστασία σε αλλοδαπό γονέα τέκνου του οποίου ο έτερος γονέας είναι έλληνας (απόφαση 157/99 Συμβουλίου Επικρατείας). Ωστόσο, εν όψει της επιμονής του Υπουργείου Εσωτερικών (λ.χ. εγκύκλιοι υπ' αρ. Φ.28700/6956/8.4.93, Φ.48601/10475/9/11.7.96, Φ.68200/22535/16.9.99 κ.ο.κ., έγγραφο υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/29.11.2005), ο Συνήγορος του Πολίτη έχει από μακρού εκτιμήσει ότι εξαντλήθηκαν τα περιθώρια διαμεσολάβησής του επί του θέματος αυτού, του οποίου η επίλυση είναι, άλλωστε, δυνατό να τεθεί υπό την κρίση της δικαιοσύνης (άρθρο 1368 ΑΚ: «σε περίπτωση που ο αρμόδιος για την έκδοση της άδειας αρνείται να τη χορηγήσει, αποφασίζει το μονομελές πρωτοδικείο ... σύμφωνα με τις διατάξεις της εκούσιας δικαιοδοσίας»).

Η περίπτωση των αιτούντων άσυλο είναι, φυσικά, διαφορετική: το «Ειδικό Δελτίο Αλλοδαπού που ζήτησε να αναγνωρισθεί ως Πρόσφυγας» (άρθρο 2 παρ. 7 π.δ. 61/99) αποτελεί τίτλο νόμιμης παραμονής στη χώρα. Το γεγονός ότι το εν λόγω

καθεστώς νομιμότητας χαρακτηρίζεται «προσωρινό» (άρθρο 25 παρ. 5 ν. 2452/96), δηλαδή περιορισμένο χρονικά κατά τη διάρκεια ισχύος του εν λόγω δελτίου και πάντως μέχρι την τελική απόφαση των αρμοδίων αρχών επί του αιτήματος ασύλου, δεν συνιστά κανέναν απολύτως περιορισμό ως προς το περιεχόμενό του, δηλαδή ως προς το εύρος των απολαμβανομένων δικαιωμάτων: χρονικά περιορισμένο, άλλωστε, είναι και το εξ οιασδήποτε αιτίας απορρέον καθεστώς νομιμότητας αλλοδαπού, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι κατά τον επίμαχο χρόνο ορισμένα δικαιώματα αργούν ή τίθενται υπό αίρεσιν. Άλλωστε, κατά ρητή διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 περ. γ' ν. 3386/2005, «οι διατάξεις του νόμου αυτού δεν έχουν εφαρμογή ... στους πρόσφυγες και στα πρόσωπα που έχουν υποβάλει αίτηση για την αναγνώριση του καθεστώτος του πρόσφυγα», οπότε επ' αυτών δεν τυγχάνει εφαρμογής ούτε η διάταξη του άρθρου 84 παρ. 1 του ίδιου νόμου περί απαγόρευσης «παροχής υπηρεσιών». Επομένως, ενώ ορθώς το Αρχηγείο Ελληνικής Αστυνομίας (έγγραφο υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/ 15.9.2005) έχει ζητήσει από τους δήμους να ρωτούν επί τούτου τις οικείες αστυνομικές αρχές για την ισχύ κάθε τέτοιου ειδικού δελτίου πριν χορηγήσουν άδεια γάμου σε κάτοχο αυτού, δεν έχουν καμμία νομική βάση ενδεχόμενοι δισταγμοί των δήμων ως προς το αν ένα εν ισχύ δελτίο καθιστά καν εφικτή την έκδοση άδειας γάμου. Οι δισταγμοί αυτοί αντιμετωπίζονται κατά περίπτωση με την παροχή οδηγιών από το Υπουργείο Εσωτερικών ή με την παρέμβαση του Συνηγόρου του Πολίτη, πλην όμως θα διευκόλυνε τους δήμους μιά ρητή γενική διευκρίνιση υπό τη μορφή εγκυκλίου.

Κατά πολύ δυσχερέστερο, όμως, είναι το ζήτημα του λεγομένου «πιστοποιητικού αγαμίας», το οποίο ενσωματώνει τη διαπίστωση ισχύος μιάς θεμελιώδους, κατά την ελληνική έννομη τάξη (άρθρα 1354 & 1372 ΑΚ), προϋπόθεσης εγκύρου γάμου. Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 3 περ. δ' π.δ. 391/1982, προϋπόθεση της τέλεσης γάμου από αλλοδαπούς είναι η προσκόμιση βεβαίωσης «από την οικεία προξενική ή άλλη αρμόδια Αρχή περί του ότι δεν υπάρχει κώλυμα για να τελέσει γάμο ο ενδιαφερόμενος αλλοδαπός». Η ανελαστική επιμονή των αρμοδίων δημοτικών υπηρεσιών στην πάση θυσία προσκόμιση της βεβαίωσης αυτής, φαίνεται κατ' αρχήν εύλογη, δεδομένου του γεγονότος ότι η ανάγκη διαπίστωσης της ανυπαρξίας ισχυρού γάμου αποσκοπεί όχι μόνο στη διασφάλιση του ιδιωτικού συμφέροντος του συζύγου απέναντι στο ενδεχόμενο εξαπάτησης, αλλ' επί πλέον, υπό την τρέχουσα κοινωνική ηθική, στην εξυπηρέτηση έντονου και αδιαμφισβήτητου δημοσίου συμφέροντος προς αποτροπή φαινομένων διγαμίας: δεν είναι, άλλωστε, τυχαίο ότι η αποτροπή της πολυγαμίας, ακόμη και απέναντι σε εφαρμοστέο αλλοδαπό δίκαιο που την επιτρέπει, αποτελεί μίαν από τις πλέον χαρακτηριστικές περιπτώσεις όπου υπερισχύει απολύτως η «επιφύλαξη δημόσιας τάξης» κατ' άρθρο 33 ΑΚ. Στις περιπτώσεις πολιτικών προσφύγων (και των προς αυτούς εξομοιούμενων αιτούντων άσυλο), των οποίων οι σχέσεις με το κράτος της

ιθαγενείας τους έχουν κατά τεκμήριο διαρραγεί σε βαθμό που καθιστά αδύνατη την έκδοση του επίμαχου ή και παντός άλλου πιστοποιητικού, το δίλημμα για τον νομοθέτη και τη διοίκηση της φιλοξενούσης χώρας έχει ως εξής: είτε θα υπερισχύσει η υποχρέωση προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων των προσφύγων, οπότε το λεγόμενο «πιστοποιητικό αγαμίας» θα μπορεί κατ' εξαίρεση ν' αντικαθίσταται από απλή υπεύθυνη δήλωση με τον συνακόλουθο κίνδυνο αποδοχής ψευδών δηλώσεων και συνεπώς περιστατικών πολυγαμίας, είτε θα υπερισχύσει η ασφάλεια του ελληνικού οικογενειακού δικαίου, οπότε η έλλειψη του πιστοποιητικού θα καθιστά αδύνατη την τέλεση γάμου με αποτέλεσμα την ολοσχερή αποστέρηση των πολιτικών προσφύγων από θεμελιώδες ατομικό τους δικαίωμα.

Το Υπουργείο Εσωτερικών, ήδη πολύ πριν το φαινόμενο των αιτήσεων ασύλου λάβει τις σημερινές ποσοτικές του διαστάσεις, είχε αντιμετωπίσει το ζήτημα με τόλμη, ευελιξία και αποφασιστικότητα, κυρίως (αλλ' όχι μόνο) χάριν των ομογενών που είχαν διωχθεί ή διαφύγει από τις χώρες της ιθαγενείας τους: με τις υπ' αρ. 4127/13.7.81, 4953/6.10.81 & 137/15.11.82 «Γενικές Διαταγές» προς τους δήμους, είχε οριστεί ότι, όταν ο αλλοδαπός «βρίσκεται σε αντικειμενική αδυναμία να προσκομίσει βεβαίωση της αρμόδιας Αρχής της χώρας του ... θα υποβάλει αντ' αυτής υπεύθυνη δήλωση ... για την έκδοση αδείας γάμου» (έγγραφο Διεύθυνσης Ιθαγενείας υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/15.11.82). Η ιστορική συγκυρία της συγκεκριμένης επιλογής δεν αποτελεί επιχείρημα υπέρ του περιορισμού της κατ' αποκλειστικότητα στον κύκλο των ομογενών, δεδομένου ότι στην κατ' άρθρο 8 της ΕΣΔΑ υποχρέωση λήψης θετικών μέτρων για την ομαλή ανάπτυξη των οικογενειακών σχέσεων δεν χωρούν περιορισμοί με κριτήριο την ιθαγένεια ή την εθνικότητα. Προβαίνοντας στην ανωτέρω στάθμιση, η πολιτεία έθεσε, άπαξ και διά παντός, όρια στην επιδίωξη της ασφάλειας του οικογενειακού δικαίου, εκτιμώντας ότι αυτή δεν είναι πάντως δυνατό να καταλήγει στην παρακώλυση του γάμου όσων ανυπαίτως αδυνατούν να ικανοποιήσουν συγκεκριμένη, υπό κανονικές συνθήκες εύλογη, αξίωση του νόμου. Άλλωστε, απέναντι στη διακινδύνευση πολυγαμίας, η έννομη τάξη δεν διαθέτει μόνο το προληπτικό εχέγγυο της μη έκδοσης άδειας γάμου κατ' άρθρο 1354 ΑΚ, αλλ' επί πλέον διαθέτει και τα κατασταλτικά μέτρα της ακύρωσης του δεύτερου ή πολλαπλού ταυτόχρονου γάμου κατ' άρθρο 1372 ΑΚ καθώς και της ποινικής κύρωσης κατ' άρθρο 356 ΠΚ. Τούτο γενικώς μεν σημαίνει ότι ο νομοθέτης έλαβε υπ' όψη του τον κίνδυνο καταστρατηγήσεων της απαγόρευσης διγαμίας (εξ ου και μερίμνησε για την ακόμη και εκ των υστέρων καταστολή αυτής), ειδικώς δε στην περίπτωση της αιτιολογημένης αδυναμίας προσκόμισης «πιστοποιητικού αγαμίας» σημαίνει ότι ο νομοθέτης αναδέχθηκε τον εν λόγω κίνδυνο καταστρατηγήσεων, χωρίς, φυσικά, να μειώνει την αστική ή ποινική απαξία αυτών. Αιτία της επιλογής αυτής στην οποία προέβη η ελληνική

έννομη τάξη (εκπροσωπούμενη, εν προκειμένω, από τη διοίκηση ως εφαρμοστή του νόμου), δεν είναι κάποια συγκεκριμένη ιδιότητα που συντρέχει στα ευνοηθέντα πρόσωπα (ομογενείς, πρόσφυγες κ.ο.κ.), αλλ' ακριβώς ο συνδυασμός δύο θεμελιωδών αρχών: προστασία της οικογένειας και χρηστή διοίκηση. Λοιπές παράμετροι, όπως λ.χ. το ειδικό νομικό καθεστώς των προσφύγων ή η πολιτική προστασίας των ομογενών μας, απλώς επιτείνουν την ανωτέρω τετελεσμένη επιλογή αλλ' ουδόλως περιορίζουν το πεδίο εφαρμογής της, εξ ου και αυτή εφαρμόζεται και σε άλλες κατηγορίες των οποίων τα χαρακτηριστικά ενεργοποιούν τις ανωτέρω θεμελιώδεις αρχές (λ.χ. κάτοχοι άδειας παραμονής για ανθρωπιστικούς λόγους, αλλοδαποί υπό καθεστώς ανέφικτης απέλασης κ.ο.κ.).

Μας είναι γνωστό ότι η ανωτέρω παλαιά και ορθή επιλογή του Υπουργείου Εσωτερικών εξακολούθησε εφαρμοζόμενη επί σειράν ετών και για τους πολιτικούς πρόσφυγες, υπέρ των οποίων, άλλωστε, συνέτρεχε και η ρύθμιση του άρθρου 25 παρ. 1 της Διεθνούς Σύμβασης για το Καθεστώς των Προσφύγων (ν.δ. 3989/59), σύμφωνα με την οποία *«οσάκις η υπό πρόσφυγος άσκησης δικαιώματος κανονικώς απαιτεί την συνδρομήν αλλοδαπών αρχών εις ας δεν δύναται ούτος να προσφύγη, αι Συμβαλλόμενοι Χώροι, εις το έδαφος των οποίων διαμένει, θα μεριμνήσουν ίνα η συνδρομή αυτή τω παρασχεθή είτε υπό των αρμοδίων αυτών αρχών είτε υπό διεθνούς τινος αρχής»*. Σύμφωνα με την αναφορά του *Ελληνικού Συμβουλίου για τους Πρόσφυγες*, ορισμένοι δήμοι έχουν ήδη από τα τέλη του 2003 παύσει να εφαρμόζουν την πάγια αυτή πρακτική, ενώ έκτοτε δεν φαίνεται να έχει εκδοθεί από το Υπουργείο καμμιά εγκύκλιος προς επιβεβαίωση της παλαιάς πρακτικής ή έστω προς αιτιολόγηση τυχόν μεταστροφής. Τέλος, ενώ για τους αναγνωρισμένους πολιτικούς πρόσφυγες τα ανωτέρω δεν φαίνονται δεκτικά αμφισβητήσεως, προκειμένου περί των αιτούντων άσυλο θα μπορούσε να προβληθεί η αντίρρηση ότι, στην περίπτωσή τους, η αδυναμία συνδρομής της πατρίδος τους αποτελεί εισέτι απλούν ισχυρισμό και δεν έχει ακόμη περιβληθεί το κύρος μιάς αντικειμενικής πιστοποίησης, όπως αυτή της αναγνώρισης του καθεστώτος του πρόσφυγα. Ωστόσο, το ζητούμενο προς ενεργοποίηση της κατά τα ανωτέρω εναλλακτικής διεξόδου (δηλαδή της υπεύθυνης δήλωσης αντί πιστοποιητικού) δεν είναι η αναγνώριση του καθεστώτος του πρόσφυγα, παρά μόνον η πραγματική αδυναμία προσκόμισης *«πιστοποιητικού αγαμίας»*, κατάσταση η οποία προφανώς αφορά κύκλο προσώπων κατά πολύ ευρύτερο εκείνων που πληρούν όλες τις προϋποθέσεις της προσφυγικής ιδιότητας: την προσφυγική ιδιότητα δεν είχαν ούτε οι διωχθέντες ή φυγάδες ομογενείς, χάριν κυρίως των οποίων είχαν εκδοθεί οι ανωτέρω *«Γενικές Διαταγές»* του Υπουργείου Εσωτερικών. Η υπαιτιότητα για τη μακρά διάρκεια εξέτασης των αιτημάτων ασύλου βαρύνει, άλλωστε, την ίδια την πολιτεία, η οποία, αν τυχόν επιθυμεί (προς αποτροπή καταστρατηγήσεων) να περιορίσει τον κύκλο όσων δικαιούνται την κατά τα ανωτέρω εναλλακτική διέξοδο τέλεσης γάμου, δεν

έχει παρά να επισπεύσει τις διαδικασίες εξέτασης, οπότε οι απορριπτόμενοι θα περιέρχονται αυτομάτως στο κοινό καθεστώς του άρθρου 84 παρ. 1 ν. 3386/2005. Αντίθετα, η «προσωρινότητα» χάνει το νόημά της όταν η μεν διάρκεια εξέτασης εκκρεμών αιτημάτων ασύλου προσεγγίζει ακόμη και τη δεκαετία, οι δε αναμένοντες αποστερούνται επ' άπειρον θεμελιωδών δικαιωμάτων τους.

Εν όψει των ανωτέρω, ο Συνήγορος του Πολίτη επιφυλάσσεται μεν να παρεμβαίνει απ' ευθείας προς όσους δήμους φέρονται ν' αρνούνται τη χορήγηση αδειών γάμου είτε σε αιτούντες άσυλο ως δήθεν στερούμενους νόμιμης παραμονής, είτε σε αναγνωρισμένους πολιτικούς πρόσφυγες και σε αιτούντες άσυλο λόγω έλλειψης «πιστοποιητικού αγαμίας». Παράλληλα, όμως, το Υπουργείο Εσωτερικών οφείλει να εξετάσει το ενδεχόμενο νέας εγκυκλίου, με την οποία θα υπενθυμίζεται στους δήμους η ισχύς των προαναφερθεισών διατάξεων και ιδιαίτερα η στάθμιση των «Γενικών Διαταγών» της Διεύθυνσης Ιθαγενείας, καθ' όσον οποιαδήποτε απόκλιση από την παλαιά εκείνη στάθμιση δεν παρίσταται αιτιολογημένη.

### Σημείωση

Παρά τις αλληπάλληλες αντίθετες οχλήσεις του Συνηγόρου του Πολίτη, το Υπουργείο Εσωτερικών εμμένει εμπράκτως στην άποψη ότι η νομιμότητα της παραμονής αλλοδαπού στη χώρα αποτελεί προϋπόθεση της σύναψης γάμου. Ωστόσο, ειδικά στην περίπτωση των αιτούντων άσυλο, τυχόν αντιρρήσεις των δήμων αντιμετωπίζονται επιτυχώς με το επιχείρημα ότι η παραμονή αυτών στη χώρα είναι νόμιμη. Ανεπίλυτο, τόσο για τους αιτούντες άσυλο όσο και για τους αναγνωρισμένους πολιτικούς πρόσφυγες, απομένει μόνο το πρόβλημα του λεγόμενου «πιστοποιητικού αγαμίας»: ο Συνήγορος του Πολίτη εισηγείται στους εκάστοτε αρμόδιους δήμους να δέχονται αντ' αυτού υπεύθυνη δήλωση, πλην όμως η σχετική πρακτική των δήμων ποικίλλει.

*M.T.*

### **ν. 3094/2003 άρθρο 4.6, ν. 3549/2007 άρθρο 25.1, π.δ. 407/80 άρθρο 5**

*Αιτιολόγηση κρίσης υποψηφιοτήτων για θέσεις συμβασιούχων διδασκόντων σε Πανεπιστήμια*

Η απουσία ρητών διαδικαστικών ρυθμίσεων δεν απαλλάσσει τα ΑΕΙ από την υποχρέωση διαφάνειας και αιτιολόγησης των κρίσεων για θέσεις συμβασιούχων διδασκόντων. Η αιτιολογία πρέπει να στηρίζεται σε στοιχεία και εξατομικευμένα επιχειρήματα από τους φακέλους των υποψηφιοτήτων.

Από τις ισχύουσες διατάξεις δεν προβλέπεται διοικητικός έλεγχος νομιμότητας επί των διαδικασιών πλήρωσης θέσεων συμβασιούχων διδασκόντων.

**Πόρισμα με αρ. πρωτ. 6811.05.2.8/12.7.2007**

(Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη: Ανδρέας Τάκης, Χειριστής: Μιχάλης Τσαπόγας)

Ο Συνήγορος του Πολίτη, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του σύμφωνα με τα άρθρα 3 & 4 ν. 3094/2003, έχει λάβει σειρά αναφορών σχετικά με την αιτιολόγηση επιλογής συμβασιούχων διδασκόντων κατ' άρθρο 5 π.δ. 407/80 σε ΑΕΙ. Το παρόν πόρισμα στηρίζεται σε δύο εξ αυτών των αναφορών, η επί των οποίων πρόσφατη ενιαία απάντηση του Υπουργείου Παιδείας φαίνεται να καθιστά ατελέσφορη κάθε περαιτέρω παρέμβαση του Συνηγόρου του Πολίτη.

Στην πρώτη περίπτωση (αναφορά υπ' αρ. πρωτ. 6811/2005), πρώην συμβασιούχος για τη διδασκαλία της τουρκικής γλώσσας και λογοτεχνίας στο Τμήμα Γλώσσας, Φιλολογίας & Πολιτισμού Παρευξείνιων Χωρών του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου Θράκης ανέφερε ότι παρέμεναν αναπάντητες οι αιτήσεις του για εξέταση της δυνατότητας ανανέωσης της σύμβασής του στο ακαδημαϊκό έτος 2004-2005, για αξιολόγηση της υποψηφιότητάς του στο εαρινό εξάμηνο 2005 και για χορήγηση στοιχείων σχετικά με την τηρηθείσα διαδικασία πλήρωσης των σχετικών θέσεων. Απαντώντας στον Συνήγορο του Πολίτη, ο Πρόεδρος του Τμήματος (έγγραφο υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/31.8.2005) διευκρίνισε ότι η επίμαχη θέση έτυχε δημόσιας ανοικτής προκήρυξης και η επιλογή έγινε από την αρμόδια Προσωρινή Γενική Συνέλευση του Τμήματος, η οποία συνεκτίμησε τις αιτήσεις που είχε υποβάλει ο αναφερόμενος για εξέταση της δυνατότητας ανανέωσης της σύμβασής του και για αξιολόγηση της νέας υποψηφιότητάς του. Επισημαίνοντας ότι ο ανοικτός χαρακτήρας της διαδικασίας και η αδιαμφισβήτητη αρμοδιότητα του οργάνου δεν αίρουν την υποχρέωση αιτιολογίας, η οποία δεν είναι δυνατό να παρακαμφθεί με μόνη την επίκληση ακαδημαϊκής ελευθερίας, ο Συνήγορος του Πολίτη επανήλθε παρακαλώντας για ενημέρωση σχετικά με τα κριτήρια πλήρωσης των συγκεκριμένων θέσεων, όπως αυτά προκύπτουν εκ προοιμίου (προκηρύξεις, αποφάσεις περί προκηρύξεων) ή εκ των υστέρων, καθώς και για κοινοποίηση των πρακτικών των υπ' αρ. \*\*\*/29.10.2004 & \*\*\*/9.2.2005 συνεδριάσεων της Προσωρινής Γενικής Συνέλευσης. Ανταποκρινόμενος εκ νέου, ο Πρόεδρος του Τμήματος (έγγραφο υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/23.2.2006) κοινοποίησε τα επίμαχα αποσπάσματα πρακτικών, βάσει αυτών δε ο Συνήγορος του Πολίτη, αφού σχημάτισε την άποψη ότι η επιλογή δεν συνοδευόταν από επαρκή αιτιολογία, απευθύνθηκε στο Υπουργείο Παιδείας διερευνώντας τις απόψεις του ως προς τα περιθώρια (και τις προθέσεις) άσκησης εποπτείας επί των διαδικασιών πλήρωσης θέσεων συμβασιούχων διδασκόντων κατ' άρθρο 5 π.δ. 407/80. Στη δεύτερη περίπτωση (αναφορά υπ' αρ. πρωτ. 209/2006), υποψήφιος για θέση συμβασιούχου για τη διδασκαλία της ιατρικής φυσικής στο Τμήμα Ιατρικής Πανεπιστημίου Θεσσαλίας κατά το χειμερινό εξάμηνο 2005-2006 ανέφερε ότι η Γενική Συνέλευση

του Τμήματος επέλεξε τελικώς να μη συμπληρώσει τη συγκεκριμένη θέση, χωρίς η επιλογή αυτή να συνοδεύεται, στα πρακτικά του οργάνου ή στο κείμενο σχετικής εισήγησης, από οιαδήποτε αιτιολογία αφορώσα την αξιολόγηση των υποψηφίων ή κάποιο άλλο κριτήριο. Από την απάντηση του Προέδρου του Τμήματος (έγγραφο υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/8.2.2006) προέκυπτε ότι πρακτικά δεν ετηρούντο καν, οπότε δεν κατέστη δυνατή η έστω και εκ των υστέρων εξατομικευμένη αιτιολόγηση της απόρριψης. Στο μεταξύ, όμως, η θέση προκηρύχθηκε εκ νέου και ο ίδιος αναφερόμενος επανήλθε θέτοντας επί πλέον θέμα έλλειψης τυπικού προσόντος (στρατολογικής κατάστασης) στο πρόσωπο του επιλεγέντος για το επόμενο εξάμηνο. Απαντώντας επ' αυτού (έγγραφο υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/28.2.2007), ο Πρόεδρος του Τμήματος επεσήμανε ότι ο συμβασιούχος διδασκων «έχει επιλεγεί βάσει των ουσιαστικών του προσόντων και η στρατολογική του κατάσταση δεν αποτελεί κριτήριο επιλογής». Έτσι, ο Συνήγορος του Πολίτη επανέλαβε το ανωτέρω ερώτημά του προς το Υπουργείο Παιδείας, παρακαλώντας επί πλέον για τις απόψεις του Υπουργείου επί της τελευταίας αυτής νομικής απόφασης του Πανεπιστημίου.

Ο Συνήγορος του Πολίτη ασφαλώς αναγνωρίζει την αδιαμφισβήτητη αρμοδιότητα των οργάνων διοίκησης των Ανωτάτων Εκπαιδευτικών Ιδρυμάτων να προσδιορίζουν αυτοδυνάμως τα κριτήρια επιλογής στελεχών εξειδικεύοντας τους όρους του νόμου, καθώς και να προβαίνουν, κατ' εξάσκηση ακαδημαϊκής ελευθερίας, σε συγκριτική αποτίμηση των υποψηφιοτήτων, επί της οποίας ουδεμία εξωπανεπιστημιακή αρχή θα διεννοείτο καν να εκφέρει άποψη ουσίας. Ωστόσο, και παρά το γεγονός ότι το άρθρο 5 π.δ. 407/80 κατά τη γραμματική του διατύπωση δεν μνημονεύει ρητά την υποχρέωση τήρησης ορισμένης διαδικασίας με εγγυήσεις ανάλογες εκείνων που παρέχουν οι ν. 1268/82 & 2083/92, υπό τους όρους του κράτους δικαίου θα έπρεπε να θεωρείται αυτονόητο ότι η λήψη των σχετικών αποφάσεων οφείλει να διέπεται από διαφάνεια και να καθιστά εφικτό τον ακαδημαϊκό έλεγχο, ου μην αλλά και ενδεχόμενο (διοικητικό ή δικαστικό) έλεγχο νομιμότητας ως προς την ύπαρξη αιτιολογίας και την πληρότητα αυτής. Η παράλειψη του νομοθέτη να πλαισιώσει το άρθρο 5 π.δ. 407/80 με τυποποιημένους μηχανισμούς επιλογής, δεν είναι δυνατό να ερμηνεύεται ως ηθελημένη και επ' άπειρον ισχύουσα ανοχή αρχαϊκών φαινομένων ακαδημαϊκής εξαρτήσεως κατ' απόκλιση από το κράτος δικαίου. Γενικότερα, το νομικό καθεστώς των «εκτός ΔΕΠ» διδασκόντων στα ΑΕΙ δεν είναι δυνατό να χαρακτηρίζεται από ρευστότητα και ανασφάλεια ως προς τις διαδικασίες επιλογής και αξιολόγησης, πολλώ μάλλον προκειμένου περί θέσεων εργασίας οι οποίες αφ' ενός στηρίζουν το μεγαλύτερο μέρος της εκπαιδευτικής διαδικασίας στα περισσότερα Τμήματα των περιφερειακών ΑΕΙ, αφ' ετέρου θεμελιώνουν προϋπηρεσία νομίμως συνεκτιμώμενη σε περίπτωση μελλοντικής συμμετοχής σε εκλογές μελών ΔΕΠ.



Ωστόσο, στην πράξη, οι ακολουθούμενες διαδικασίες χαρακτηρίζονται από αντίληψη πλήρους διακριτικής ευχέρειας ακόμη και όσον αφορά την τήρηση στοιχειωδών διοικητικών παραδοχών. Έτσι, στη δεύτερη από τις ανωτέρω περιπτώσεις, το Πανεπιστήμιο απάντησε ότι «*επί του παρόντος λόγω ελλείψεως προσωπικού δεν τηρούνται αναλυτικά πρακτικά, ιδίως σε θέματα που υπάρχει ομοφωνία*». Η απάντηση αυτή καταδεικνύει, κατ' ουσίαν, (εσφαλμένη) πεποίθηση δικαίου περί μη υποχρέωσης αιτιολογίας, επί πλέον δε καθιστά εκ των πραγμάτων ανέφικτο κάθε έλεγχο πληρότητας της αιτιολογίας, καθ' όσον αυτή δεν ανευρίσκεται καν καταγεγραμμένη. Η επίκληση της ελλείψεως προσωπικού και του ομόφρονου χαρακτήρα της απόφασης τυγχάνει νομικά αλυσιτελής, θα ήταν δε αδιανόητο να προβληθεί αν επρόκειτο για πρακτικά εκλογής μέλους ΔΕΠ ή για οιαδήποτε άλλη διαδικασία υποκείμενη σε έλεγχο νομιμότητας.

Στην πρώτη από τις ανωτέρω περιπτώσεις, το Πανεπιστήμιο εξέλαβε τα ερωτήματα του Συνηγόρου του Πολίτη ως απόπειρα εξομοίωσης του εκπαιδευτικού προσωπικού προς το διοικητικό («*αν ο νομοθέτης επιθυμούσε τη θέσπιση μετρήσιμων, τυπικών κριτηρίων από το 1980 και μέχρι σήμερα είχε την ευχέρεια να καθιερώσει άλλου τύπου διαδικασίες, αντίστοιχες με την πρόσληψη διοικητικού προσωπικού στο δημόσιο κατά το πρότυπο του ΑΣΕΠ*») και απέδωσε στην Αρχή άγνοια νόμου («*δεν υπάρχουν θέσεις ήδη κατειλημμένες από συμβασιούχους ούτε εργασιακή ασφάλεια των ήδη υπηρετούντων όπως αναφέρεται στα έγγραφά σας, διότι οι θέσεις αυτές δεν έχουν καμιά σχέση με τους υπολοίπους συμβασιούχους του δημοσίου, ούτε παρέχουν κάποιας μορφής μόνιμη απασχόληση ... η σύμβαση είναι ορισμένου χρόνου και δεν υπάρχει διαδικασία ανανέωσης, αλλά γίνεται εκ νέου πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος και τα ακαδημαϊκά και λοιπά προσόντα των υποψηφίων αξιολογούνται κάθε φορά αυτοτελώς ... ένα πρόσωπο που έχει ήδη διδάξει δεν θεμελιώνει κάποιο επιπρόσθετο δικαίωμα σε σχέση με άλλους συνυποψηφίους*»). Ωστόσο, ο Συνήγορος του Πολίτη ουδέποτε είχε κάμει λόγο για «*μετρήσιμα τυπικά κριτήρια*» ανάλογα εκείνων που αφορούν το διοικητικό προσωπικό, και μάλιστα είχε αναφέρει τα περί εργασιακής ασφάλειας ακριβώς για να καταδείξει ότι δεν την θεωρεί συνεκτιμήσιμο μέγεθος εφ' όσον πρόκειται για θέσεις ακαδημαϊκού και όχι διοικητικού προσωπικού. Σε πλαίσιο αξιοκρατίας, οι ήδη υπηρετούντες συμβασιούχοι διατηρούν, πάντως, αξίωση για συντεταγμένη αξιολόγηση του έργου τους και για συνεκτίμηση της υποψηφιότητάς τους (εφ' όσον την επιτρέπει ο νόμος) στο πλαίσιο νέας ανοικτής προκήρυξης, προφανώς χωρίς μείζονα δικαιώματα απέναντι στους συνυποψηφίους τους.

Ο Συνήγορος του Πολίτη δεν θα επιθυμούσε να υποκαταστήσει εαυτόν στη θέση των ιδίων των ΑΕΙ ή του εποπτεύοντος Υπουργείου για τη διατύπωση κανόνων και προδιαγραφών σχετικά με το ελάχιστο αναγκαίο περιεχόμενο μιάς πλήρους αιτιολογίας για την επιλογή συμβασιούχων διδασκόντων κατ' άρθρο 5 π.δ.

407/80. Θα ήταν, άλλωστε, εύλογος ο ισχυρισμός ότι για τις θέσεις αυτές, από πάσης απόψεως υποδεέστερες των μελών ΔΕΠ, δεν παρίσταται αναγκαία η πλήρης μεταφορά ολόκληρου του εν πολλοίς ανελαστικού συστήματος εκλογής μελών ΔΕΠ, όπως αυτό έχει διαπλασθεί από την πρακτική ελέγχων νομιμότητας του Υπουργείου Παιδείας και τη συναφή νομολογία. Έτσι, στηριζόμενος σε αρνητικά παραδείγματα όπως αυτά προκύπτουν από τις προκείμενες αναφορές, ο Συνήγορος του Πολίτη αρκείται στην επισήμανση ότι η αιτιολογία των σχετικών πράξεων οφείλει τουλάχιστον ν' αντλεί και ν' αντιπαραβάλλει στοιχεία και εξατομικευμένα επιχειρήματα από τους φακέλους των υποψηφιοτήτων, αποδεικνύοντας ότι εκείνοι ελήφθησαν υπ' όψη και έτυχαν επιστημονικής αποτίμησης. Στην πρώτη από τις ανωτέρω περιπτώσεις, το μοναδικό ίχνος αιτιολογίας στα πρακτικά του αρμοδίου οργάνου (συνεδριάσεις της 29.10.2004 και της 9.2.2005) έχει, κατά πλήρες κείμενο, ως εξής. «*Εκπρόσωπος φοιτητών: Ουσιαστικά προβλήματα δεν υπήρχαν με κάποιους συγκεκριμένους Καθηγητές, εκτός από τον κ. ... που είχαμε πολλά παράπονα από πολλούς φοιτητές. Πρόεδρος: Δεν θα σας τον προτείνουμε, είναι εκτός πρότασης ... η πρότασή μας είναι οι κ.κ.: ... Πρόεδρος: Προτείνω να παραμείνουν οι ίδιοι που ήταν και στο χειμερινό εξάμηνο, αν φυσικά δεν υπήρξε πρόβλημα με κανέναν απ' αυτούς*». Η ανάγνωση αυτών των πρακτικών προξενεί απορία, ακριβώς εν όψει του παραλληλισμού μεταξύ επιλογής συμβασιούχων και εκλογής μελών ΔΕΠ, στον οποίο προβαίνει το ανωτέρω έγγραφο του Πανεπιστημίου («*η διαδικασία επιλογής περιλαμβάνει ... αξιολόγηση της συνάφειας των τίτλων σπουδών ... συνεκτίμηση των λοιπών προσόντων ... αξιολόγηση της παιδαγωγικής επάρκειας ... κατόπιν καταθέσεως των απόψεων και εκτιμήσεων από το σύνολο των μελών και ενδελεχούς εξέτασης όλων των κριτηρίων ... το ίδιο συμβαίνει και κατά τη διαδικασία εκλογής των μελών ΔΕΠ*»): ο Συνήγορος του Πολίτη θα συμφωνούσε απολύτως με την τάση εξομοίωσης της επιλογής συμβασιούχων προς την εκλογή μελών ΔΕΠ επί τη βάση των καίριων κριτηρίων που απαριθμούνται στο έγγραφο εκείνο, πλην όμως το Πανεπιστήμιο όχι μόνο δεν φαίνεται να υλοποιεί την ορθότατη αυτή θεωρητική του θέση, αλλά την επικαλείται ακριβώς προς υπεράσπιση μιάς πρακτικής πλημμελών αιτιολογήσεων. Στη δεύτερη από τις ανωτέρω περιπτώσεις, το Πανεπιστήμιο απάντησε απλώς ότι «*η επιλογή έγινε κατόπιν συζήτησεως και αξιολογήσεως του συνόλου των υποψηφίων ... διαπιστώθηκε ότι όλοι είχαν τα τυπικά προσόντα (πλην ενός), αλλά ουδείς μπορούσε να ανταποκριθεί στις πραγματικές ανάγκες του Εργαστηρίου Ιατρικής Φυσικής για την κάλυψη των οποίων είχε προκηρυχθεί η θέση*». Η εν λόγω θεμελίωση της απόφασης, τουλάχιστον για το επίμαχο εξάμηνο, αποκλίνει από βασικές παραδοχές της διοικητικής διαδικασίας, καθ' όσον δεν φαίνεται να μνημονεύει εξατομικευμένα στοιχεία από τους φακέλους των απορριφθεισών υποψηφιοτήτων. Όπως, μάλιστα, αποδέχεται το Πανεπιστήμιο, μετά την επακολουθήσασα αναδιατύπωση του γνωστικού αντικειμένου (από «*Ιατρική*

Φυσική» σε «*Ιατρική Φυσική – Ακτινοβιολογία*») και επαναπροκήρυξη της θέσης για το επόμενο εξάμηνο, επελέγη τελικώς υποψήφιος ο οποίος, κατά την πρώτη άκαρπη προκήρυξη, εστερείτο τυπικού προσόντος ακαδημαϊκής φύσεως (διδασκτορικό).

Γνωρίζοντας ότι από το γράμμα των οικείων διατάξεων δεν προβλέπεται τυποποιημένος διοικητικός έλεγχος νομιμότητας επί των διαδικασιών πλήρωσης θέσεων συμβασιούχων διδασκόντων κατ' άρθρο 5 π.δ. 407/80, ο Συνήγορος του Πολίτη απευθύνθηκε διερευνητικά στο Υπουργείο Παιδείας, ελπίζοντας ότι ο εντοπισμός προβλημάτων όπως τα προαναφερθέντα θα μπορούσε, τουλάχιστον, να εμπνεύσει πρωτοβουλίες για επίταση και πύκνωση της ασκούμενης εποπτείας. Ατυχώς όμως, και στις δύο περιπτώσεις, οι απαντήσεις του Υπουργείου (έγγραφα υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/28.3.2007 & \*\*\*/26.6.2007) είναι αποθαρρυντικές: «*η πρόσληψη των συμβασιούχων διδασκόντων γίνεται με ευθύνη των Ιδρυμάτων ... δεν υφίστανται περιθώρια άσκησης ελέγχου νομιμότητας*». Επί της ουσίας, το Υπουργείο «*θεωρεί αυτονόητο ότι οι διαδικασίες αυτές πρέπει να διέπονται από διαφάνεια*», πλην όμως η ορθή αυτή δεοντολογική απόφαση δεν φαίνεται να έχει αποτυπωθεί σε κανενός είδους εγκύκλιο ή υπόμνηση με αποδέκτες τα ίδια τα ΑΕΙ. Σε ανάλογο απαντητικό έγγραφο (υπ' αρ. πρωτ. \*\*\*/21.5.2007) προς τη Βουλή των Ελλήνων, το Υπουργείο αναφέρει ως μόνη συναφή αρμοδιότητά του τη μέριμνα «*για τις πιστώσεις που κάθε έτος εγκρίνονται*» προς εφαρμογή του άρθρου 5 π.δ. 407/80, δεν φαίνεται όμως να θέτει την εκταμίευση των πιστώσεων αυτών υπό καμμιάν απολύτως προϋπόθεση διαδικαστικής φύσεως ως προς τον τρόπο πλήρωσης των θέσεων, ούτε καν ως προς τη συνδρομή τυπικών προσόντων όπως εκείνο για το οποίο έγινε λόγος στη δεύτερη από τις ανωτέρω περιπτώσεις. Επί πλέον, η πρόσφατη μεταρρύθμιση του ελέγχου νομιμότητας της εκλογής μελών ΔΕΠ (άρθρο 25 παρ. 1 ν. 3549/2007), δηλαδή η αντικατάσταση του γενικού ελέγχου κάθε εκλογής από ένα σύστημα ενστάσεων ή δυνητικών ελέγχων μετά τον διορισμό, αποστερεί τον Συνήγορο του Πολίτη από το κυριότερο συγκριτικό επιχείρημα, με το οποίο μέχρι πρό τινος θα μπορούσε να ενισχύσει ενδεχόμενη εισήγησή του για άσκηση ελέγχου νομιμότητας στις επιλογές συμβασιούχων διδασκόντων κατά το πρότυπο των μελών ΔΕΠ, αφού ήδη ο νομοθέτης φαίνεται να κινείται προς την κατεύθυνση της σταδιακής συρρίκνωσης της εποπτείας του Υπουργείου Παιδείας επ' αυτών των θεμάτων.

Ενώ οι προοπτικές ελέγχου νομιμότητας των επίμαχων επιλογών φαίνεται, πλέον, πως έχουν επαφθεθεί αποκλειστικά στην αρμοδιότητα της δικαιοσύνης, ο Συνήγορος του Πολίτη διατηρεί την ελπίδα ότι το Υπουργείο Παιδείας θ' ασκήσει βραχυπρόθεσμα μεν τη δυνατότητα έκδοσης διευκρινιστικών εγκυκλίων βάσει των οποίων τα ΑΕΙ θα τεθούν προ των ευθυνών τους για το συγκεκριμένο ζήτημα, μακροπρόθεσμα δε ακόμη και τη νομοθετική του πρωτοβουλία προς εξορθολογισμό του πλαισίου που διέπει τους συμβασιούχους διδάσκοντες, ούτως

ώστε οι διαδικασίες επιλογής τους να προσεγγίσουν, κατά το μέτρο του δυνατού, τις εγγυήσεις διαφάνειας οι οποίες από μακρού ισχύουν για τα μέλη ΔΕΠ. Εκτιμώντας, κατά τα ανωτέρω, ότι έχει εξαντλήσει τα περιθώρια της διαμεσολάβησής του, ο Συνήγορος του Πολίτη επισημαίνει ως προφανή τη σοβαρότητα των δικαιοκρατικών και διαδικαστικών προβλημάτων κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 π.δ. 407/80, εξ ου και ολοκληρώνει την παρέμβασή του γνωστοποιώντας το παρόν πόρισμα στην αρμόδια Υπουργό, δυνάμει του άρθρου 4 παρ. 6 ν. 3094/2003.

Digesta - Freelaw.gr