

42796
14.12.15
Γ. Επιφαρχών

ΕΠΩΜΟΛΟΤΗΣΗ

I. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΟ

Ετέθησαν υπ' όψιν μου τα εξής έγγραφα:

- (1) Η από 24-6-1967 ιδιόγραφη διαθήκη του Αθανασίου Ιωάννη Σιστοβάρη.
- (2) Η υπ' αριθμ. 5865/4-12-1979 πράξη αποποίησης ιληροδοσίας της συμβολαιογράφου Αθηνών Σοφίας Κούσουλα Παναγάκη.
- (3) Η υπ' αριθμ. 3475/1984 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (τμήμα Εκουσίας δικαιοδοσίας).
- (4) Το υπ' αριθμ. 2260/28-12-2005 πληρεξούσιο της συμβολαιογράφου Ευαγγελίας Γατοπούλου.
- (5) Η υπ' αριθμ. 351/2007/27-11-2007 απόφαση της Δημαρχιακής Επιτροπής του Δήμου Αγίας Παρασκευής, «προέγκριση ίδρυσης καταστήματος καφετέριας εστιατορίου- αναψυκτηρίου στην ΛΑΜΠΡΟΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ ΣΑΜΟΥΡΕΛΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε.».
- (6) Η υπ' αριθμ. 2555/28-1-2008 άδεια ίδρυσης και λειτουργίας καταστήματος, η υπ' αριθμ. 15581/10-6-2008 άδεια ίδρυσης και λειτουργίας καταστήματος (αντικατάσταση λόγω συμπλήρωσης τμήματος) και η υπ' αριθμ. 36679/31-12-2008 άδεια ίδρυσης και λειτουργίας καταστήματος (αντικατάσταση λόγω μεταβίβασης καταστήματος).
- (7) Η υπ' αριθμ. 1936/2007 απόφαση του Εφετείου Αθηνών περί ερμηνείας της διαθήκης του Αθανασίου Σιστοβάρη
- (8) Η υπ' αριθμ. 1128/2007 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Αικυρωτικός Σχηματισμός Τμήμα Β').
- (9) Η υπ' αριθμ. 4914/2009 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (Τακτική διαδικασία).
- (10) Η υπ' αριθμ. 6060/2013 απόφαση του Εφετείου Αθηνών (Τμήμα 1^ο - Δημόσιο).
- (11) Η υπ' αριθμ. 435/2014 απόφαση του Αρείου Πάγου (Δ' Πολιτικό Τμήμα).
- (12) Η υπ' αριθμ. 5659/2013 απόφαση του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου Αθηνών.
- (13) Οι δύο (2) από 20-1-2009 γνωμοδοτήσεις και η από 10-4-2006 γνωμοδότηση του ομότιμου Καθηγητή του Πανεπιστημίου Αθηνών Μιχαήλ Σταθόπουλου.
- (14) Η από 7-7-2005 γνωμοδότηση του Καθηγητή του Τμήματος Νομικής ΑΠΘ Μαριανού Δ. Καράση.

8 Β Δομέρχν
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ Χ. ΜΠΑΚΑΣ
ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ
ΣΤΟΥΡΝΑΡΑ 53 - ΑΘΗΝΑ
ΤΗΛ: 210 6226413 - 6975 695210
ΑΦΜ: 057172644 - ΖΩΥΙΑ ΑΦΗΝΩΝ

ΤΙΜΟΣ
ΧΗΓΟΡ
ΦΑΣ
13
ΔΟΙ

II. ΕΡΩΤΗΜΑ: Ακολούθως μου ζητήθηκε η συνοπτική ανάλυση των κυριότερων νομικών ζητημάτων που από απόψεως αστικού και διοικητικού δικαίου, αναφύονται σχετικά με το κληροδότημα Σιστοβάρη. Κυρίως: (α) όσον αφορά τα ζητήματα κληρονομικού δικαίου μου ζητήθηκε να αναφερθώ στα ζητήματα που αφορούν τη νομική φύση και την κατοχύρωση και προστασία των δικαιωμάτων του Δήμου Αγίας Παρασκευής ως μετακληροδόχου, (β) όσον αφορά τα ζητήματα διοικητικού δικαίου μου ζητήθηκε να επικεντρωθώ στο ζήτημα της νομιμότητας της άδειας λειτουργίας καταστήματος υγειονομικού ενδιαφέροντος στο κληριδότημα Σιστοβάρη και της τυχόν συνδρομής των προϋποθέσεων ανάκλησης αυτής.

III. ΜΕΘΟΔΟΛΟΓΙΑ: Δεδομένου ότι ο σκοπός της παρούσης γνωμοδότησης έγκειται μεταξύ άλλων στην διαφύτιση του Δημοτικού Συμβουλίου και της Δημοτικής Αρχής, επέλεξα να συντάξω την παρούσα γνωμοδότηση με την μορφή απαντήσεων σε ειδικότερα ερωτήματα, την οποία θεωρώ ως πλέον πρόσφορη για την επίτευξη του ανωτέρω σκοπού, διατηρώντας παράλληλα τον αυστηρά νομικό χαρακτήρα της γνωμοδότησης.

IV. ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ ΕΠΙ ΑΝΑΦΥΟΜΕΝΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΖΗΤΗΜΑΤΩΝ

IV.A. ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΕΠΙ ΖΗΤΗΜΑΤΩΝ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

1. Ερώτημα 1^ο: Το δικαίωμα του Δήμου ως μετακληροδόχου επί του κληροδοτηθέντος ακινήτου είναι εμπράγματης ή ενοχικής φύσεως;

Το ζήτημα ερείδεται στην θεωρία, με την κρατούσα άποψη να τάσσεται υπέρ του εμπραγμάτου χαρακτήρα του δικαιώματος του μετακληροδόχου. Το ζήτημα μέχρι προσφάτως δεν είχε τύχει νομολογιακής αντιμετώπισης. Ωστόσο η λόση δόθηκε τελικά με τις αποφάσεις που εκδόθηκαν στα πλαίσια της παρούσης υποθέσεως.

Ειδικότερα:

(α) Με την υπ' αριθμ. 6060/2013 απόφαση του Εφετείου Αθηνών έγινε ευθέως δεκτό ότι «ο μετακληροδόχος αποκτά από το θάνατο του κληρονομουμένου δικαίωμα

κυριότητας στο αντικείμενο της κληροδοσίας εξαρτημένο, δύναμης από αντίστοιχη αναβλητική αίρεση ή προθεσμία, δηλαδή απλό δικαίωμα προσδοκίας (άρθρα 1998, 201 και 210 περ. α΄ του ΑΚ - βλ. σχετικά ΕΔ 1936/07 προσκ., Μιχ. Σταθόπουλο ό.π. και Σημαντήρα Γεν. Αρχαί, 1976, παρ. 16- ΙΙ.221, σελ. 133). Με την πλήρωση της αναβλητικής αιρέσεως ή την πάροδο της αναβλητικής προθεσμίας ο μετακληροδόχος αποκτά το κληροδοτούμενο αυτοδικαίως κατά πλήρη κυριότητα, δηλαδή αποκτά άμεσα εμπράγματο δικαίωμα, κατά την κρατούσα και ορθότερη κατά την κρίση του Δικαστηρίου γνώμη, (άρθρα 1996 - 1998 ΑΚ - βλ. Κατσάνης ό.π. σελ. 250 επ., 275 επ., 280 επ., Κονιδάρης, «Καταπίστευμα και καταπιστευτική υποκατάστασης, ΕΕΝ 1968, σ. 187 και 195, Μπουραντάς, Καταπίστευμα, 1993, σελ. 266 επ., Μαρ. Καράσης ό.π. και Μιχ. Σταθόπουλος ό.π., πρβλ. δύναμης και Παπανικολάου στον ΑΚ Γεωργιάδη - Σταθόπουλου υπ' άρθρο 2009 αριθμός 18»).

(β) Αντίστοιχα με την υπ' αριθμ. 435/2014 απόφαση του Αρείου Πάγου έγινε δεκτή κατ' αναλογία εφαρμογή των διατάξεων που ισχύουν στην αντίστοιχη περίπτωση του κληρονομικού καταπιστεύματος (1932 ΑΚ) επί ειδικού καταπιστεύματος όπου βεβαρημένος είναι ο κληροδόχος, αφού δεν προβλέπονται ειδικές ρυθμίσεις στην καταπιστευματική υποκατάσταση. Ιδιαίτερα σημαντικό είναι το ζήτημα ότι ο Άρειος Πάγος δέχθηκε την αναλογική εφαρμογή του άρθρου 1937 του ΑΚ, επί του οποίου ερείπεται ο εμπράγματος χαρακτήρας του δικαιώματος του μετακληροδόχου.

Ενόψει των ανωτέρω θεωρώ ότι δεν καταλείπεται πλέον καμία αμφιβολία ότι το δικαίωμα του Δήμου είναι εμπράγματο και όχι ενοχικό.

2. Ερώτημα 2^ο: Τι σημαίνει αυτό από πρακτικής απόψεως;

Από πρακτικής απόψεως ο εμπράγματος χαρακτήρας του δικαιώματος του Δήμου συνεπάγεται ότι ο Δήμος αμέσως με την επαγωγή και την μεταγραφή της δήλωσης αποδοχής καθίσταται αυτοδικαίως ex lege κύριος του αικινήτου και εντεύθεν ασκεί όλες τις εξουσίες που απορρέουν από την ιδιότητά του αυτή, κατ' αναλογία των όσων γίνονται δεκτά σε σχέση με τον καταπιστευματοδόχο και τον άμεσο κληροδόχο. Ταυτόχρονα ο Δήμος αποκτά με την επαγωγή και τη νομή του αικινήτου χωρίς να χρειάζεται να αποκτήσει την επ' αυτού φυσική εξουσία, δικαιούνται δε έκτοτε να ασκεί όλα τα μέσα προστασίας της νομής εναντίον οποιουδήποτε προσβολέα (αντί

πολλάν βλ. Μπουραντάς, *Καταπίστευμα*, 1993, σελ. 61, 268, Π. Κατσάνης «*H. TANTIN*
καταπιστευτική κληροδοσία» σελ. 277επ και ιδίως 285-287, Α. Γεωργιάδης
«*Κληρονομικό Δίκαιο*» εκδ. 2013 σελ. 1146).

3. Ερώτημα 3º: Ο Δήμος έχει δυνατότητα/υποχρέωση αποδοχής της μετακληροδοσίας και μεταγραφής αυτής;

Πριν λάβει χώρα η επαγωγή της μετακληροδοσίας ο μετακληροδόχος δεν δύναται να αποδεχθεί ή να αποποιηθεί αυτήν. Ο τελικός κληροδόχος, όπως και ο καταπιστευματοδόχος σε κληρονομικό καταπίστευμα, μόνο μετά την επαγωγή της τελικής κληροδοσίας δύναται να προβεί σε δήλωση αποδοχής ή αποποίησης αυτής (άρθρα 1851 και 2001 εδαφ. 2 Α.Κ.) (*Κονιδάρης, «Καταπίστευμα και καταπιστευτική υποκατάστασις, EEN 1968, σ. 195*). Η αποδοχή ή αποποίηση της μετακληροδοσίας γίνεται δια μονομερούς δηλώσεως του μετακληροδόχου προς τον δι' αυτής βεβαρημένο προκληροδόχο, η οποία δεν υπόκειται σε ορισμένο τύπο (βλ. *Κατσάνης δ.π. 288 επ*) (*Μπαλής, Κληρονομικόν Δίκαιον, 1965, σελ. 531 επ.*). Ωστόσο ειδικώς εφ' όσον το αντικείμενο της μετακληροδοσίας είναι ακίνητο για την απόκτηση της κυριότητας απαιτείται η μεταγραφή της αποδοχής της μετακληροδοσίας (*Μπουραντάς, Καταπίστευμα, 1993, σελ. 61, 268, βλ. Κατσάνης δ.π. σελ. 290 επ*) (*Μπαλής, Κληρονομικόν Δίκαιον, 1965, σελ. 528, 537.*).

4. Ερώτημα 4º : Στο διάστημα που μεσολαβεί από τον θάνατο του διαθέτη μέχρι τον χρόνο επαγωγής στον κληροδόχο, πώς μπορεί ο τελευταίος να κατοχυρώσει το δικαίωμα του;

Στο μεσοδιάστημα, ο μετακληροδόχος, προκειμένου να αποκτήσει δημοσιότητα το Δικαίωμά του και να διασφαλιστεί καλύτερα η προστασία του, έχει το δικαίωμα να ζητήσει την υπέρ αυτού έκδοση κληρονομητηρίου κατά το άρθρο 820 Α.Κ. Πριν από τη θέση σε ισχύ του ΚΠολΔ αμφισβητείτο εντόνως η ενεργητική νομιμοποίηση του καταπιστευματοδόχου αλλά και του τελικού κληροδόχου προς υποβολή αιτήσεως για έκδοση κληρονομητηρίου, εφόσον δεν είχε χωρήσει επαγωγή του καταπιστεύματος. Η διάταξη του άρθρου 819 ΚΠολΔ αναγνωρίζει πλέον ρητώς, τόσο στον καταπιστευματοδόχο όσο και στον τελικό κληροδόχο, το δικαίωμα να ζητήσει τη χορήγηση κληρονομητηρίου «προς υποστήριξη των συμφερόντων του», χωρίς

μάλιστα να διακρίνει ανάλογα με το αν έχει χωρήσει ή όχι η επαγωγή του καταπιστεύματος. Γίνεται έτσι δεκτό ότι ο καταπιστευματοδόχος νομιμοποιείται ενεργήτικώς να ζητήσει κληρονομητήριο από τότε που η κληρονομία επάγεται στον βεβαρημένο κληρονόμο, αφού από το χρονικό αυτό σημείο έχει προσδοκία κτήσης κληρονομικού δικαιώματος. Στην περίπτωση αυτή το κληρονομητήριο θα πιστοποιεί ακριβώς το δικαίωμα προσδοκίας του καταπιστευματοδόχου (Μπουραντάς, ο.π. αυτό ακριβώς της 267 Καταπίστευμα, 1993, σελ. 61, 268, Γεωργιάδης, Κληρονομικό σελ. 266 και 267 Καταπίστευμα, 1993, σελ. 61, 268, Γεωργιάδης, Κληρονομικό Δίκαιο, 2013, σελ. 837 επ., Παπανικολάου σε Ερμηνεία Αστικού Κώδικα Γεωργιάδη Σταθόπουλου άρθρο 1996 με περαιτέρω παραπομπή σε θεωρία και Τούσης, Κληρονομικόν Δίκαιον, 1969, σελ. 618).

Ο μετακληροδόχος δια της μεταγραφής του κληρονομητηρίου στα βιβλία μεταγραφών, διασφαλίζει περαιτέρω το δικαίωμα προσδοκίας με την αντίστοιχη σημείωση, αφού δια της εν λόγω σημείωσης αφ' ενός αποικείει την καλή πίστη οποιουδήποτε τρίτου προς τον οποίο ήθελε μεταβιβάστει το ακίνητο, αφ' ετέρου δια της εν λόγω σημείωσης εμποδίζεται η έναντι του καταπιστευματοδόχου έναρξη νομής τακτικής χρησικευσίας του τρίτου.

Επιπλέον δια της ανωτέρω μεταγραφής του κληρονομητηρίου και δεδομένης της εκ του νόμου απαγορεύσεως εκποιήσεως κληρονομιαίων αντικειμένων (Α.Κ. 1937 παρ. 2) ο μετακληροδόχος δεν έχει ανάγκη προσφυγής για την προστασία του σε άλλες διατάξεις όπως αυτές των άρθρων 70 και 69 ΚΠολΔ. Υπό τις προϋποθέσεις αυτές οποιεσδήποτε μεταβιβάσεις κι αν λάβουν χώρα στο ενδιάμεσο χρονικό διάστημα μέχρι την επαγωγή της μετακληροδοσίας δεν προσπορίζονται στον αποκτώντα κυριότητα και νομή (Μπουραντάς, Καταπίστευμα, 1993, σελ. 661 και 62).

5. Ερώτημα 5^ο: Οι οικοδομικές εργασίες στις οποίες προέβη ο κ. Σαμουρέλης υπερβαίνοντας τα δρια της τακτικής διαχείρισης;

Στο σαφές διατακτικό της υπ' αριθμ. 1936/2007 απόφασης του Εφετείου Αθηνών, όπως αυτή επικυρώθηκε από τον Άρειο Πάγο, δυνάμει της σχετικής υπ' αριθμ. 435/2014 απόφασής του, αναφέρεται ρητά ότι ο διαθέτης επέτρεψε την τακτική εκμετάλλευσή του (του κληροδοτουμένου αικινήτου), στα πλαίσια της οποίας

εντάσσονται εκτός από εργασίες συντήρησης και μικροπροσθήκες (φύλλο 12/1 της απόφασης).

Εν προκειμένω δεν αμφισβητείται ότι ο επιχειρηματίας Λάμπρος Σαμουρέλης, ως πληρεξούσιος του προκληροδόχου (ή ενδεχομένως, δυνάμει μεταξύ τους σύμβασης), προέβη εκτός των άλλων σε ανέξηση της κάλυψης του κήπου κατά 260,24 τμ και κατ' επέκταση 472,83 τμ. Πρόκειται για οικοδομικές εργασίες που αναντίρρητα εκφεύγουν της εξουσίας τακτικής διαχείρισης και σαφώς παραβιάζουν την βιούληση του διαθέτη.

6. **Ερώτημα 6^ο:** Υπάρχει κίνδυνος για τον Δήμο από ενδεχόμενη μεταβίβαση του ακινήτου σε τρίτο πρόσωπο;

Το δικαίωμα του βεβαρημένου προκληροδόχου είναι κατά τη φύση του δικαίωμα που τελεί υπό τερματικό χρονικό σημείο και ως εκ τούτου είναι χρονικώς περιορισμένο, δεδομένου ότι η ικυριότητα του προκληροδόχου, πληρωθείσης της αναβλητικής αιρέσεως ή προθεσμίας υπό την οποία τελεί η μετακληροδοσία, αναιρείται αυτοδικαίως διότι είναι μετακλητή. Συνακόλουθα, αναιρουμένης αυτής, αναιρούνται και τα παραχωρηθέντα επί του κληροδοτηθέντος δικαιώματα των τρίτων κατά την αρχή *resoluto jure dantis resolvitur jus concessum*.

Εξάλλου, όπως ήδη ανέπτυξα ανωτέρω, δεδομένου του εμπραγμάτου χαρακτήρα του δικαιώματος του μετακληροδόχου, τυγχάνει αναλογικής εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 1937 παρ. 2 Α.Κ. που απαγορεύει τη διάθεση και η οποία ως εκ του νόμου απαγόρευση διάθεσης συνεπάγεται ακυρότητα.

Κατ' αποτέλεσμα των ως άνω, ο προκληροδόχος ως κύριος του προκληροδοτηθέντος έχει μεν δικαίωμα διαθέσεως αυτού, ωστόσο άμα τη επαγωγή της μετακληροδοσίας η διάθεση αυτή καθίσταται άκυρη (αντί πολλών βλ. *Κατσάνη δ.π. σελ. 260 επ., Τούση, Κληρονομικόν Δίκαιον, 1969, σελ. 591* και *Ρούσο σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, Αστικός Κώδιξ άρθρο 1937 A.K.*).

7. **Ερώτημα 7^ο:** Υπάρχει κίνδυνος απώλειας του κληροδοτήματος δια χρησικτησίας;

Η κατ' άρθρο 1937 παρ. 2 καθιερούμενη απαγόρευση διάθεσης δεν αποκλείει τον κίνδυνο διάθεσης του κληροδοτήματος σε τρίτο μέσω χρησικτησίας, δεδομένου ότι, συγχρόνως με την πάγια θέση της νομολογίας, από την απαγόρευση της διάθεσης αντικειμένου δεν εμποδίζεται η απόκτηση από τρίτο της κυριότητας αυτού με έκτακτη χρησικτησία (βλ. ΑΠ 1157/2003 ΧρΙΔ 2004 σελ. 47, ΑΠ 993/1987 ΝοΒ 36.1230, ΑΠ 632/1986 ΝοΒ 35. 541).

Βεβαίως, σύμφωνα με υποστηριζόμενη στη θεωρία άποψη (Μπουραντάς ο.π. σελ. 63 και 64) προ της επαγωγής του καταπιστεύματος (εν προκειμένῳ της μετακληροδοσίας) είναι αδιανόητη η ύπαρξη νομής χρησικτησίας έναντι του καταπιστευματοδόχου (εν προκειμένῳ μετακληροδόχου).

Ωστόσο η ανωτέρω άποψη δεν βρήκε νομολογιακή απήχηση. Αντιθέτως ο Άρειος Πάγος έκρινε ότι η από μέρους τρίτου κτήση της κυριότητας με έκτακτη χρησικτησία είναι ισχυρή και όταν εχώρησε προ της επαγωγής του καταπιστεύματος (εν προκειμένῳ μετακληροδοσίας)-(βλ. ΑΠ 632/1986 ΝοΒ 35 σελ. 1987), άποψη που ακολουθείται ακόμη από την πρόσφατη νομολογία (βλ. ΑΠ 1157/2003 ΧρΙΔ 2004 σελ. 47).

Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι θεωρητικά υφίσταται κίνδυνος για τον Δήμο να απολέσει την κυριότητα του κληροδοτήματος μέσω χρησικτησίας. Ωστόσο, με βάση τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης προκύπτει ότι δεν συντρέχει τέτοιος κίνδυνος, δεδομένου ότι για να συντρέχει τέτοια περίπτωση θα έπρεπε ο επιχειρηματίας να ασκεί διακατοχικές πράξεις επί του ακινήτου διανοία κυρίου, ήτοι επιχειρηματίας να ασκεί διακατοχικές πράξεις επί του ακινήτου διανοία κυρίου, ήτοι θεωρώντας εαυτόν πλήρη κύριο και αμφισβητώντας τα δικαιώματα του προκληροδόχου στο ακίνητο, έχοντας μάλιστα γνωστοποιήσει προς τον τελευταίο την πρόθεσή του να νέμεται το πρόγμα για τον εαυτό του.

Εν τούτοις, μέχρι σήμερα ουδέποτε ο επιχειρηματίας αμφισβήτησε τα δικαιώματα του προκληροδόχου ανεψιού, ενώ αντιθέτως είναι σαφές η από μέρους του κατοχή του ακινήτου λαμβάνει χώρα δυνάμει μεταξύ τους ενοχικής συμφωνίας, η οποία εξ ορισμού αποκλείει τη χρησικτησία. Εξάλλου από τα έγγραφα που έχουν τεθεί υπ' οψιν μου προκύπτει ότι ο επιχειρηματίας έχει αναγνωρίσει και το σχετικό δικαίωμα

του Δήμου ως τελικού ιληροδόχου, το οποίο ουδέποτε αμφισβήτησε στις μέχρι σήμερα διεξαχθείσες δίκες, ενώ επιπλέον το αναγνώρισε διαρρήδην κατά τη χορήγηση προέγκρισης του DA VINCI.

8. **Ερώτημα 8^ο:** Τι θα γίνει αν πεθάνει ο προκληροδόχος Σιστοβάρης;

Σε περίπτωση αποβιώσεως του προκληροδόχου σε χρονικό σήμερο προ του χρόνου επαγωγής του ακινήτου στον Δήμο Αγίας Παρασκευής, το δικαίωμά του καθίσταται αντικείμενο κληρονομικής διαδοχής και μεταβαίνει στους νόμιμους ή εκ διαθήκης κληρονόμους του. Εξυπακούεται ότι οι εν λόγω κληρονόμοι του προκληροδόχου βαρύνονται και αυτοί με το συσταθέν ειδικό καταπίστευμα υπέρ του Δήμου Αγίας Παρασκευής, το οποίο ουδόλως θίγεται. (*Κονιδάρης, «Καταπίστευμα και καταπιστευτική υποκατάστασις, EEN 1968, σ. 195, Μπαλής «Κληρονομικόν Δίκαιον», 1965, σελ. 478*).

9. **Ερώτημα 9^ο:** Τυχόν εκμισθώσεις ή άλλες (ενοχικές) συμβάσεις των Σιστοβάρη/Σαμουρέλη ή Σιστοβάρη με τρίτους δεσμεύονταν τον Δήμο Αγίας Παρασκευής;

Άμα τη επαγωγή της δεύτερης ιληροδοσίας οι υποσχετικές δικαιοπραξίες του βεβαρημένου πρώτου κληροδόχου εξακολουθούν να είναι ισχυρές, ωστόσο ούτε βλάπτουν ούτε ματαιώνουν το δικαίωμα κυριότητας του μετακληροδόχου, αφού δεν συνεπάγονται διάθεση του καταπιστευτικώς καταλειφθέντος, αλλά υποχρέωση του προκληροδόχου προσωπικώς. Π.χ. σύμβαση μίσθωσης του ακινήτου συναφθείσα από τον βεβαρημένο προκληροδόχο είναι ισχυρή και δεσμεύει τους συμβληθέντες. Ωστόσο δεν δεσμεύεται ο μετακληροδόχος Δήμος ο οποίος δεν υποχρεούται να τη συνεχίσει και δεν υπεισέρχεται σε αυτήν και η οποία επίσης δεν μπορεί να του αντιταχθεί. Η λόση αυτή είναι σύμφωνη προς την αρχή ότι δεν παρέχεται στους καταρτίζοντες σύμβαση εξουσία όπως δι' αυτής επιβάλλουν υποχρεώσεις στον μη συμβληθέντα τρίτο (αντί πολλάν βλ. βλ. *Κατσάνης δ.π. 280 επ και ίδια σελ. 288, Α. Γεωργιάδης δ.π. σελ. 1145 σημ. 36, με περαιτέρω παραπομπή σε Μπαλή δ.π. παρ. 289 αριθμ. 4, Σπυριδάκη «κληρονομικό δίκαιο παρ. 221», Ψούνη «κληρονομικό δίκαιο» Τ. Π σελ. 194, Λιτζερόπουλο σε *ΕρμΑΚ* δρόθρο 415).*

Συνεπώς οι τυχόν συμφωνίες μεταξύ προκληροδόχου και Σαμουρέλη (καθώς και περαιτέρω τρίτων προσώπων), μολονότι ισχυρές μεταξύ των συμβαλλομένων, ουδόλως δεσμεύουν τον τελικό κληροδόχο Δήμο ούτε αντιτάσσονται σε αυτόν.

10. **Ερώτημα 10^ο:** Το 2025 επί ενδεχόμενης άρνησης απόδοσης του ακινήτου τι ένδικα μέσα παρέχονται στον Δήμο Αγίας Παρασκευής; Πόσο χρόνο θα διαρκέσει ενδεχόμενη αντιδικία; Υπάρχει δυνατότητα διασφάλισης της ταχύτερης ανάκτησης της κατοχής του ακινήτου ?

Όπως ήδη αναπτύχθηκε άμα τη επαγωγή της δεύτερης κληροδοσίας ο μετακληροδόχος Δήμος καθίσταται αυτοδικαίως νομέας του ακινήτου και (από και δια της μεταγραφής της αποδοχής) κύριος αυτού. Συνεπώς επί άρνησης απόδοσης του ακινήτου προστατεύεται με τις σχετικές εμπράγματες αγωγές, καθώς και τις συναφείς προς αυτές αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων.

Σε γενικές γραμμές οι δίκες που αφορούν την προστασία των ανωτέρω εμπραγμάτων δικαιωμάτων προσδιορίζονται σε δικασμόντων πολύ συντομότερες σε σχέση με τις υπόλοιπες δίκες. Ωστόσο δεν μπορεί να αποκλειστεί μία σχετική καθυστέρηση στη διεξαγωγή τους.

Η ταχύτητα της από μέρους του Δήμου κτήσης της φυσικής εξουσίας επί του ακινήτου μπορεί να διασφαλιστεί με τη σύνταξη σχετικής συμβολαιογραφικής πράξης, με την οποία ο προκληροδόχος και ο κ. Σαμουρέλης να αναλαμβάνουν έναντι του μετακληροδόχου Δήμου Αγίας Παρασκευής την υποχρέωση απόδοσης της κυριότητας του ακινήτου κατά τη δήλη ημέρα της επαγωγής.

IV.B. ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ ΕΠΙ ΖΗΤΗΜΑΤΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

1. **Ερώτημα 1^ο:** Πώς η νομική φύση της ρήτρας που έχει τεθεί στην προέγκριση περί δυνατότητας ανάκλησής της;

Στην υπό κρίση περίπτωση, δυνάμει της υπ' αριθμ. 351/2007 απόφασης της Δημαρχιακής Επιτροπής του Δήμου Αγίας Παρασκευής, διαλαμβάνεται ρητά ότι η Δημαρχιακή Επιτροπή εγκρίνει την προέγκριση άδειας ίδρυσης καταστήματος «...με

τον όρο της ανάκλησης εφόσον η εκδοθησόμενη απόφαση του Δικαστηρίου επί της συζητούμενης την 30-1-2008 αγωγή μας κρίνει ότι οι πράξεις στις οποίες έχει προβεί η αιτούσα δεν είναι σύμφωνες με τις διατάξεις περί τακτικής διαχείρισης και εκμετάλλευσης και υπερβαίνουν αντές, οπότε ο Δήμος θα ενεργήσει σύμφωνα με το διατακτικό της και θα προβεί στην ανάκληση της χορηγηθείσης αδείας η οποία τελει
υπό τον όρο αντό».

ΚΕΦΑΛΗ:
ΣΤΙΧΟΙ: 211
ΑΓΜ: 057

Η σχετική πρόβλεψη έχει διατηρηθεί μέχρι σήμερα σε ισχύ, με δεδομένο ότι τόσο στην αρχική άδεια ίδρυσης και λειτουργίας «ΚΑΦΕΤΕΡΙΑΣ-ΕΣΤΙΑΤΟΡΙΟΥ-ΑΝΑΨΥΚΤΗΡΙΟΥ», δύσκολα και στις συνάφεις άδειες που εκδόθηκαν σε αντικατάσταση αυτής, αναφέρεται ρητά στο σώμα τους ότι για την έκδοσή τους λαμβάνεται υπ' όψιν η ως άνω απόφαση της Δημαρχιακής Επιτροπής.

Προκύπτει συνακόλουθα ότι πρόκειται για ατομική διοικητική πράξη, στην οποία έχει ενσωματωθεί πρόσθετος ορισμός, σε σχέση με τον οποίο πρέπει να διευκρινιστεί η νομική του φύση. Σύμφωνα με την θεωρία και τη νομολογία ως πρόσθετοι ορισμοί στο πεδίο του διοικητικού δικαίου αναγνωρίζονται ο όρος, η αίρεση, η προθεσμία και η επιφύλαξη της διοίκησης, η οποία περιλαμβάνει την επιφύλαξη ανακλήσεως και την επιφύλαξη πρόσθετων όρων ή άλλων βαρών (αντί πολλών βλ. Στασινόπουλον «Δίκαιο των Διοικητικών Πράξεων» σελ. 149).

Περαιτέρω στην υπό κρίση περίπτωση είναι σαφές ότι ο επίμαχος πρόσθετος ορισμός δεν εμπίπτει στις έννοιες του αυτοτελούς όρου, της προθεσμία ή της αίρεσης. Αντιθέτως, ενόψει του ότι συνδέεται με την επέλευση γεγονότος αβέβαιου κατά τον χρόνο έκδοσης της διοικητικής πράξης, είναι σαφές ότι ο ανωτέρω πρόσθετος ορισμός συνιστά ρητή από μέρους της διοίκησης επιφύλαξη ανακλήσεως της επίμαχης διοικητικής πράξης.

Παρέπεται συνεπώς ότι η παύση ισχύος της ανωτέρω διοικητικής πράξης βρίσκεται στα χέρια της διοικήσεως και μάλιστα στη διακριτική της ευχέρεια, από την στιγμή που θα επέλθουν τα γεγονότα που αιτιολογούν τον πρόσθετο αυτό ορισμό.

Ενόψει των ανωτέρω, ο προμνησθείς πρόσθετος ορισμός που έχει τεθεί στην επίμαχη άδεια λειτουργίας καταστήματος, καθιστά αυτήν ατομική διοικητική πράξη εικδοθείσα υπό την επιφύλαξη ανακλήσεώς της από την διοίκηση.

Περαιτέρω, όπως γίνεται παγίως δεκτό, η επιφύλαξη ανακλήσεως έχει ως σκοπό να ματαιώσει ή ακόμη και να εξουδετερώσει την εμβέλεια της αρχής της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, διόπι μετά την προσθήκη του εν κόχῳ παρεπόμενου ορισμού (επιφύλαξης) ο αποδέκτης της πράξεως δεν μπορεί ΝΑ ισχυριστεί ότι η εμπιστοσύνη του στη διατήρηση της πράξεως είναι νομικά δικαιολογημένη. Με την επιφύλαξη ανακλήσεως η διοικητική αρχή δηλώνει ότι θεωρεί πως η υπόθεση δεν έχει λήξει οριστικά και ότι μπορεί να επανεξετάσει την απόφασή της. Πρόκειται για την λεγόμενη «προειδοποιητική» λειτουργία της επιφυλάξεως ανακλήσεως, η οποία συνιστά θεμιτή και νομική πραγματική λειτουργία του πρόσθετου αυτού ορισμού. Λόγω αυτής της προειδοποιητικής λειτουργίας της επιφυλάξεως ανακλήσεως ο διοικούμενος δεν νομιμοποιείται, αν αναίδηθεί τελικά η πράξη, να υποστηρίξει ότι έχει επενδύσει στην πράξη αυτή, διότι πίστευε δικαιολογημένα στη διατήρηση της ισχύος της. Για τον ίδιο λόγο δεν δικαιούται να ζητήσει αποζημίωση για τυχόν επενδύσεις που έχει κάνει (για όλα τα ανωτέρω βλ. από θεωρία Στασινόπουλος «Δίκαιο των Διοικητικών Πράξεων» σελ. 410 επ., Πάνος Λαζαράτος «Ανάκληση Νόμιμων Διοικητικών Πράξεων» Τόμος I παρ. 5 και κυρίως σελ. 137 έως 143, Κοντούπα Ρεγκάκου «πρόσθετοι ή παρεπόμενοι ορισμοί στην διοικητική πράξη» κυρίως σελ. 92,93 και από νομολογία ΣτΕ αντί πολλάν 309/1961, 3458/1975, 2744/1985»).

Με βάση τις ανωτέρω επισημάνσεις προκύπτει με απλά λόγια, ότι, εφόσον εν προκειμένω στην υπό ανάκληση πράξη έχει διατυπωθεί ρητώς επιφύλαξη ανάκλησής της από τον Δήμο Αγίας Παρασκευής, η πάροδος σημαντικού χρονικού διαστήματος (άνω των 7 ετών) δεν προξενεί κώλυμα στην ανάκλησή της.

2. Ερώτημα 2^ο: Ενόψει της μέχρι σήμερα εξέλιξης των Δικών γύρω από το κληροδότημα έχει επέλθει γεγονός που να ενεργοποιεί την επιφύλαξη του Δήμου Αγίας Παρασκευής για ανάκληση ίδρυσης και λειτουργίας της επιχείρησης;

Από τα στοιχεία που ετέθησαν υπ' όψιν μου αναφορικά με το πραγματικό της υποθέσεως, προκύπτει ότι ο Δήμος Αγίας Παρασκευής οδηγήθηκε στο να θέσει την ανωτέρω επιφύλαξη ανάκλησης ενόψει των εξής πραγματικών περιστατικών:

Ο επιχειρηματίας υποστήριζε την άποψη ότι η βιούληση του διαθέτη Αθανασίου Σιστοβάρη δεν αποστερούσε από τον προκληροδόχο Αθανάσιο Σιστοβάρη την εξουσία αξιοποιήσεως του κληροδοτηθέντος και ειδικότερα δεν απέκλειε ούτε την εξουσία διάθεσης (βλ. σελ. 7 της γνωμοδότησης του καθηγητή Μ. Καράση), αλλά ούτε την αξιοποίηση και εκμετάλλευση του κληροδοτηθέντος δια της συνάψεως σύμβασης εργολαβίας με οικοδομική εταιρία με αντικείμενο την οικοδόμηση του κληροδοτηθέντος ακινήτου με το σύστημα της αντιπαροχής (βλ. Μ. Καράση ο.π. σελ. 9), όπως αντίστοιχα (με βάση την εν λόγω άποψη) δεν απαγόρευε ούτε τις συνυφασμένες με την ανωτέρω μορφή εκμετάλλευσης υλικές πράξεις της κατεδάφισης του κληροδοτήματος και της ανέγερσης νέου κτηρίου με εκτέλεση εκτεταμένων οικοδομικών εργασιών.

Ο Δήμος από τη μεριά του υποστήριζε ότι οι εξουσίες του προκληροδόχου περιορίζονται εντός των ορίων της έννοιας της «τακτικής διαχείρισης» και συνεπώς οι επί του κληροδοτήματος γενόμενες οικοδομικές εργασίες παραβιάζουν την βιούληση του διαθέτη ως υπερβαίνουσες τις εξουσίες που περιλαμβάνονται στη νομική έννοια της τακτικής διαχείρισης. Το εν λόγω ζήτημα είχε ιδιαίτερη βαρύτητα από επόψεως δημοσίου δικαίου και χρηστής διοίκησης, ενόψει του γεγονότος ότι εν προκειμένω, λόγω του κοινωφελούς σκοπού της διαθήκης, η βιούληση του διαθέτη απολαμβάνει της συνταγματικής προστασίας του άρθρου 109 του Συντάγματος.

Αυτή ήταν ουσιαστικά η διαφωνία, που οδήγησε στη διατύπωση της σχετικής επιφύλαξης ανάκλησης που τέθηκε στην άδεια ίδρυσης και λειτουργίας, προκειμένου από το περιεχόμενο των εκδοθησομένων δικαστικών αποφάσεων να διαγνωσθεί αυθεντικά η ερμηνεία της βιούλησης του διαθέτη και να οριοθετηθούν οι εξουσίες του προκληροδόχου.

Περαιτέρω, μολονότι η αγωγή του Δήμου Αγίας Παρασκευής απορρίφθηκε για τυπικούς λόγους (ως αδριστή ως προς τη νομική έννοια του εννόμου συμφέροντος), εν τούτοις από όλες τις δικαστικές αποφάσεις που εξεδόθησαν στα πλαίσια της

αντιδικίας κατέστη σαφής η ομόφωνη θέση τόσο των δικαστηρίων της ουσίας, όσο και του Αρείου Πάγου, αφ' ενός ότι σύμφωνα με τη βούληση του διαθέτη το δικαίωμα του προκληροδόχου στη διαχείριση του κτηρίου περιοριζόταν στη διενέργεια πράξεων οίκησης και τακτικής διαχείρισης και αφ' ετέρου ότι στην έννοια την τακτικής διαχείρισης περιλαμβάνονται μόνο οικοδομικές εργασίες συντήρησης και μικροπροσθήκες, που εξ ορισμού δεν περιλαμβάνουν τις εργασίες κατεδάφισης και εκτεταμένης οικοδομικής επέκτασης στις οποίες προέβη ο κληροδόχος και ο πληρεξούσιος αυτού επιχειρηματίας.

Ειδικότερα:

- (α) Στο διατακτικό της υπ' αριθμ. 1936/2007 απόφασης του Εφετείου Αθηνών αναφέρεται ρητά ότι ο διαθέτης επέτρεψε την τακτική εκμετάλλευση του κληροδοτουμένου ακινήτου, στα πλαίσια της οποίας εντάσσονται εκτός από εργασίες συντήρησης και μικροπροσθήκες (φύλλο 12/1 της απόφασης). Ήδη μετά την έκδοση της υπ' αριθμ. 435/2014 απόφασης του Αρείου Πάγου η ανωτέρω απόφαση έχει καταστεί αμετάκλητη και συνακόλουθα οι έννομες συνέπειές της εκδηλώθηκαν από τον χρόνο του αμετακλήτου της (άρθρο 2 VII ν. 2386/1996 - βλ. σχετ. Κεραμεύς Κονδύλης Νίκαιας Ερμηνεία ΚπολΔ άρθρο 826 σελ. 1609).
- (β) Αντίστοιχα στη μείζονα πρόταση της υπ' αριθμ. 6060/2013 απόφασης του Εφετείου Αθηνών αναφέρεται ρητά ότι «οι υλικές πράξεις της κατεδαφίσεως ή ανεγέρσεως και επεκτάσεως κτίσματος επί ακινήτου γίνεται δεκτό ότι εκφεύγουν της τακτικής διαχειρίσεως, (βλ. έτσι Κλ. Ρούσσο ό.π. άρθρο 1937 αριθ. 5 και Μ. Σταθόπουλο δ.π.-βλ. επίσης φύλλο 15/1 του σχεδίου της απόφασης). Σημειώτεον ότι και στην ελάσσονα πρόταση της υπ' αριθμ. 4914/2009 απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (φύλλο 13/1) αναφέρεται ρητά ότι «από τα προαναφερόμενα αποδεικτικά μέσα αποδεικνύεται ότι ο ενάγων (Αθανάσιος Σιστοβάρης) έχει προβεί σε ουσιώδεις και εκτεταμένες αλλοιώσεις στο κληροδοτηθέν ακίνητο, οι πράξεις του δε αυτές εκφεύγουν της τακτικής διαχείρισης αυτού»

Ενόψει των ανωτέρω, είναι για μένα αποδεδειγμένο ότι οι μέχρι σήμερα εκδοθείσες δικαστικές αποφάσεις δικαιώσαν πλήρως τη θέση του Δήμου Αγίας Παρασκευής σε ότι αφορά το περιεχόμενο της έννοιας της τακτικής διαχείρισης και συνακόλουθα την έκταση των εξουσιών του προκληροδόχου Αθανασίου Σιστοβάρη στη διοίκηση και

διαχείριση του κληροδοτηθέντος ακινήτου, υπό την έννοια ότι από το περιεχόμενό τους συνάγεται άνευ ετέρου και με σαφήνεια ότι οι τελεσθείσες επί του ακινήτου οικοδομικές εργασίες υπερβαίνουν τη βούληση του διαθέτη.

Παρέπεται ωσαύτως ότι έχει πραγματωθεί ο σχετικός πρόσθετος ορισμός που είχε τεθεί ως επιφύλαξη κατά την έκδοση της άδειας λειτουργίας, και συνακόλουθα ο Δήμος Αγίας Παρασκευής έχει δυνατότητα να προβεί στην ανάκληση της άδειας λειτουργίας της επιχείρησης υγειονομικού ενδιαφέροντος της «Λ. Σαμουρέλης και Σια ΟΕ».

3. Ερώτημα 3^ο: Ποια η επιρροή της ποινικής καταδίκης Σαμουρέλη στη νομιμότητα της χορήγησης άδειας λειτουργίας καταστήματος υγειονομικού ενδιαφέροντος;

Γίνεται παγίως δεκτό ότι απαραίτητη προϋπόθεση για την ίδρυση και λειτουργία καταστήματος υγειονομικού ενδιαφέροντος είναι η νομιμότητα των εγκαταστάσεων αυτού από πολεοδομική άποψη, απαιτείται, δηλαδή, να έχει ληφθεί νόμιμη άδεια για την ανέγερσή τους και να επιτρέπεται η χρήση των συγκεκριμένων χώρων ως καταστημάτων (*ΣτΕ 1929/2001, 2205/99, 901/1998, 5875/1995, 3588, 3412/92, 2671, 1412/90, 1354/1989*).

Εν προκειμένω σε βάρος του επιχειρηματία Λάμπρου Σαμουρέλη επεβλήθη τελεσίδικη ποινική καταδίκη για οικοδομικές εργασίες στο ακίνητο καθ' υπέρβαση της υφισταμένης και αναθεωρηθείσης οικοδομικής αδείας. Ειδικότερα ο εν θέματι επιχειρηματίας καταδικάστηκε για παράβαση των άρθρων 17 παρ 8 ν. 1337/1983 σε συνδυασμό με το άρθρο 22 ν. 1577/1985 και το άρθρο 3 παρ. 13 ν. 2242/1994, διότι στις 10-12 Σεπτεμβρίου 2—6, ενεργώντας ως ομόρρυθμος εταίρος της «ΣΑΜΟΥΡΕΛΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ» προέβη στην κατεδάφιση του μεγαλύτερου μέρους της παλαιάς διώροφης οικίας καθ' υπέρβαση της υπ' αριθμ. 119/2006 οικοδομικής αδείας και των υπ' αριθμ. 1245/2006 και 257/2007 αναθεωρήσεων αυτής.

Από την ανωτέρω ποινική καταδίκη προικύπτει ότι η χορηγηθείσα άδεια λειτουργίας καταστήματος υγειονομικού ενδιαφέροντος εξαδόθη από τον Δήμο Αγίας Παρασκευής κατά πλάνη περί τα πράγματα, δηλαδή υπό την πεπλανημένη εντύπωση

ότι οι σχετικές εγκαταστάσεις ήταν νόμιμες από πολεοδομική άποψη. Η εν θέματι πλάνη συνιστά ελάττωμα της εκδοθείσης άδειας λειτουργίας από απόψεως εσωτερικής νομιμότητας και στοιχειοθετεί νόμιμο λόγο ανάκλησης αυτής. Σημειώτεον ότι η ανωτέρω παρατήρηση δεν ανατρέπεται από το γεγονός ότι από την έκδοση της διοικητικής πράξης έχουν ήδη παρέλεθει άνω των επτά (7) ετών, δεδομένου ότι η σχετική πράξη της διοίκησης προειλήθη από δόλια συμπεριφορά του διοικουμένου, ο οποίος απέκρυψε από τον Δήμο την παράνομη κατεδάφιση, υποστηρίζοντας σθεναρά (πλην όμως εν τέλει αναληθώς) ότι το κτήριο ήταν νόμιμο από απόψεως Πολεοδομικής νομιθεσίας, ισχυρισμός ο οποίος εν τούτοις κατέπεσε ενώπιον των αρμοδίων ποινικών Δικαστηρίων.

Εν τούτοις, προκειμένου να δύναται η σχετική πολεοδομική παράβαση να θεμελιώσει λόγο ανάκλησης της άδειας ίδρυσης και λειτουργίας, πέραν της ποινικής καταδίκης του επιχειρηματία, πρέπει η παράνομη κατεδάφιση να διαπιστωθεί από τις αρμόδιες υπηρεσίες της Πολεοδομίας, οι οποίες κατόπιν διενέργειας αυτονόμων πρέπει να αποφανθούν εάν το προϋφιστάμενο κτήριο έχει κατεδαφιστεί ολοσχερώς (οικοδομική εργασία για την οποία δεν υφίσταται άδεια) ή εάν εξακολουθεί να υφίσταται μέρος του παλαιού κτηρίου (ενέργεια η οποία έλαβε χώρα καθ' υπέρβαση των υφισταμένων οικοδομικών αδειών, πλην όμως πιθανώς έχει εκ των υστέρων νομιμοποιηθεί).

4. Ερώτημα 4^ο: Υφίσταται δυνατότητα ανάκλησης της άδειας λειτουργίας;

Ενόψει των ανωτέρω, κατά την γνώμη μου, συντρέχουν οι προϋποθέσεις ανάκλησης της άδειας λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος και μάλιστα υφίστανται δύο (2) διακριτοί μεταξύ τους λόγοι ανάκλησης, οι οποίοι υπό τις ανωτέρω προϋποθέσεις δύνανται να χρησιμοποιηθούν ως επάλληλες αιτιολογίες ανάκλησης.

5. Ερώτημα 5^ο: Η ανάκλησης συνιστά δέσμια υποχρέωση του Δήμου ή εμπίπτει στη διακριτική του ευχέρεια;

Κατά πάγια νομολογιακή αρχή η Διοίκηση έχει σχεδόν πάντα διακριτική ευχέρεια να ανακαλέσει τις πράξεις της. Αυτό ισχύει ακόμη και στην περίπτωση των παράνομων πράξεων της (Στ.Ε 3372/1999). Η διακριτική ευχέρεια ασκείται είτε υπεπαγγέλτως είτε κατόπιν αιτήσεως του ενδιαφερομένου διοικουμένου ή τρίτου.

Όσον αφορά την ανάκληση ευμενών για τον διοικούμενο διαιτητικών πράξεων, εξαίρεση από τον κανόνα της διαιτητικής ευχέρειας της διοίκησης και αντίστοιχα υποχρέωση της διοίκησης να τις ανακαλέσει υφίσταται όταν προβλέπεται σχετική υποχρέωση ανάκλησης από ειδική διάταξη νόμου.

Στην υπό κρίση περίπτωση δεν προκύπτει να υφίσταται ειδική διάταξη νόμου που να υποχρεώνει τη διοίκηση να προβεί στην ανάκληση της άδειας λειτουργίας επιχείρησης υγειονομικού ενδιαφέροντος της Λ. Σαμουρέλης ΟΕ και συνακόλουθα η σχετική εξουσία ανάκλησης εντάσσεται στο πεδίο της διαιτητικής ευχέρειας του Δήμου Αγίας Παρασκευής.

6. Ερώτημα 6^ο: Τι συνεπάγεται η διαιτητική ευχέρεια του Δήμου στο ζήτημα της ανάκλησης από απόψεως ποινικού δικαίου;

Η από απόψεως διοικητικού δικαίου διαιτητική ευχέρεια του Δήμου στο ζήτημα της ανάκλησης της άδειας λειτουργίας δεν καθιστά τυχόν απόφαση περί μη ανάκλησης της αδείας απολόντως ανέλεγκτη από απόψεως ποινικού δικαίου. Ειδικότερα, στο πλαίσιο του αδικήματος της παράβασης καθήκοντος γίνεται δεικτό από τη σχετική νομολογία των ποινικών δικαστηρίων ότι εάν κατά την άσκηση των καθηκόντων του υπαλλήλου υπάρχει πεδίο διαιτητικής ευχέρειας αυτού, το σχετικό αδίκημα μπορεί να συντελεσθεί και με την κακή χρήση της διαιτητικής εξουσίας, την υπέρβαση δηλαδή των ακραίων ορίων της διαιτητικής εξουσίας τα οποία επιβάλλουν οι αρχές της υπεροχής του δημοσίου συμφέροντος, της χρηστής διοικήσεως, της καλής πίστης, της αμεροληψίας της διοικήσεως, της ισότητας και της εξυπηρετήσεως του σκοπού του νόμου ή με την κατάχρηση εξουσίας, η οποία υπάρχει στην περίπτωση που, αν και δεν παραβιάζεται κάποια διάταξη νόμου, η πράξη ασκείται για την εξυπηρέτηση σκοπού καταδήλως ξένου προς τον σκοπό, στον οποίο απέβλεψε ο νόμος, όταν, δηλαδή, είναι απόρροια ελατηρίων και κινήτρων που καταδήλως αποβλέπουν στην εξυπηρέτηση σκοπού άλλου από εκείνον του νόμου. Τα ακραία δρια της διαιτητικής εξουσίας του υπαλλήλου δεν προκαθορίζονται γενικώς, αλλά κρίνονται σε κάθε περίπτωση από το δικαστήριο αναλόγως των ειδικών συνθηκών της συγκεκριμένης πράξεως του υπαλλήλου.

Εκτός ανάκλησης της άδειας λειτουργίας πρέπει να διαλαμβάνονται στο σκεπτικό της απόφασης συγκεκριμένοι λόγοι δημοσίου συμφέροντος και άλλοι (πχ προστασία θέσεων εργασίας, το οικονομικά επωφελές των οικοδομικών εργασιών για τον Δήμο, ενδεχόμενα ανταλλάγματα του Δήμου κλπ) που να δικαιολογούν την κατά διακριτική ευχέρεια λήψη απόφασης περί μη ανάκλησης, κατά τρόπο ώστε να μην μπορεί αν ικανηθεί οποιαδήποτε ποινική διαδικασία σε βάρος δεσμών αποφασίσουν τη μη ανάκληση της αδείας.

7. Ερώτημα 7º: Ποια η τηρητέα διαδικασία για την ανάκληση?

Όσον αφορά την τηρητέα διαδικασία ανάκλησης ευμενούς διοικητικής πράξης πρέπει να επισημανθούν τα εξής:

- (α) Αρμόδιο για την ανάκληση ατομικής διοικητικής πράξης, είτε νόμιμης είτε παράνομης, είναι το διοικητικό όργανο που την εξέδωσε. Ωστόσο εφόσον μεταξύ της ειδόσεως της αρχικής και της ανακλητικής πράξεως μεσολαβήσει μεταβολή της αρμοδιότητας, στην περίπτωση αυτή αρμόδιο προς ανάκληση της νόμιμης ή παράνομης διοικητικής πράξεως είναι το όργανο που κατά το χρονικό σημείο της ανακλήσεως είναι αρμόδιο προς έκδοση της ανακαλούμενης πράξεως (ΣτΕ 3595/1987, 4207/1987 και 1579/1988).
- (β) Η ανακλητική πράξη, λόγω της φύσεώς της, χρειάζεται αιτιολογία που να περιέχει κατά τρόπο σαφή και συγκεκριμένο τη συνδρομή των προϋποθέσεων της ανάκλησης (ΣτΕ 3627/1982, 420/1995).
- (γ) Σύμφωνα προς γενική αρχή του δικαίου της ανακλήσεως των διοικητικών πράξεων, επί ανακλήσεως πράξεως ως παρανόμου, ως εν προκειμένω, δεν απαιτείται τήρηση της αυτής διαδικασίας, ως και διά την έκδοση της αρχικής πράξεως (αντί πολλών βλ. ΣτΕ 5523/1996 ΝΟΜΟΣ).
- (δ) Επιβάλλεται και η κλήση του ενδιαφερομένου σε προηγούμενη ακρόαση (ΣτΕ 1850 /1992) ακόμη και εάν η ανάκληση στηρίζεται σε απατηλή ενέργειά του (βλ. Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Τόμος 1 σελ. 190 , παρ.180 , Επαμεινώνδας ΙΙ. Σπηλιωτόπουλος).

Ενδέχεται των ανωτέρω προκύπτει ότι: Στην υπό κρίση περίπτωση αρμόδια για την ανάκληση της άδειας λειτουργίας της εν λόγω επιχείρησης τυγχάνει η Δημαρχιακή

ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΤΑΞΙΔΙΩΝ
ΕΛΛΑΣ ΣΤΟΙΧΕΙΑ
ΦΟΡ. 220 521
ΩΜ. 05721

επιτροπή του Δήμου Αγίας Παρασκευής. Σε περίπτωση που ληφθεί απόφαση περί ανάκλησης της άδειας θα πρέπει να δοθεί ιδιαίτερη προσοχή στην διατύπωση της αιτιολογίας της πράξης. Θα πρέπει πριν την ανάκληση της άδειας να κληθεί ο διοικούμενος να εκθέσει τις απόψεις του και ειδικότερα:

- (1) Να του δοθεί η δυνατότητα να αναπτύξει τις απόψεις του.
- (2) Να του ταχθεί εύλογη προθεσμία συμμόρφωσης προκειμένου να προβεί στις ενέργειες οι οποίες βρίσκονται στη σφαίρα της επιρροής και των δυνατοτήτων του και είναι σε θέση άρουν τους λόγου που θα δικαιολογούσαν την δυσμενή ανακλητική πράξη. Εν προκειμένω τέτοιες ενέργειες άρσης του λόγου ανάκλησης θα μπορούσαν να θεωρηθούν: α) σε ότι αφορά την παράνομη κατεδάφιση του κτηρίου καθ' υπέρβαση της ληφθείσης οικοδομικής αδείας, η εντός ευλόγου χρόνου προσκόμιση έκθεσης Δημόσιας Αρχής με την οποία κατόπιν αυτοψίας να αναφέρεται ρητά εάν υφίσταται μέρος της παλαιάς οικίας και ποιο είναι αυτό και να προσκομίζεται σχετική πράξης της αριμόδιας Πολεοδομικής Αρχής με την οποία να νομιμοποιούνται οι αυθαίρετες οικοδομικές εργασίες κατεδάφισης του κτηρίου και ανέγερσης νέου κτηρίου άνευ οικοδομικής αδείας, και β) όσον αφορά την εκτέλεση οικοδομικών εργασιών καθ' υπέρβαση της βιούλησης του διαθέτη, η λήψη της έγκρισης-συγκατάθεσης του μετακληροδόχου σε σχέση με τις εν λόγω εργασίες.

IV.G. ΑΝΑΚΕΦΑΛΑΙΩΣΗ – ΤΕΛΙΚΑ ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Συνοψίζοντας τα ανωτέρω αναπτυχθέντα θα μπορούσαμε να καταλήξουμε στα εξής δύο βασικά συμπεράσματα:

- (1) Όσον αφορά το δικαίωμα του Δήμου ως τελικού κληροδόχου επί του κληροδοτουμένου ακινήτου αυτό τυγχάνει κατοχυρωμένο χωρίς να υφίσταται κίνδυνος απώλειας. Προς μείζονα διασφάλιση θα μπορούσε ο Δήμος να προβεί στην έκδοση και μεταγραφή κληρονομητηρίου. Οι όποιες προσπάθειες του Δήμου θα πρέπει να επικεντρωθούν στην διασφάλιση της έγκαιρης ανάκτησης της φυσικής εξουσίας επί του ακινήτου όταν έρθει ο χρόνος της επαγωγής της κληροδοσίας στον Δήμο το έτος 2025.
- (2) Όσον αφορά το ζήτημα της άδειας λειτουργίας της επιχείρησης υγειονομικού ενδιαφέροντος που λειτουργεί στο χώρο του κληροδοτήματος, συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις που επιτρέπουν την ανάκληση της εν λόγω αδείας, η δε λήψη της

σχετικής απόφασης εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια του Δήμου με την
στάθμιση των ειδικότερων δεδομένων της περίπτωσης.

Αθήνα, 7 Δεκεμβρίου 2015
Ο γνωμοδοτών δικηγόρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ Κ. ΜΗΑΚΑΣ
ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ
ΣΤΟΥΡΝΑΡΑ 53 - ΑΘΗΝΑ
ΤΗΛ: 210 5226413 - 6978 695210
ΑΦΜ: 0571726A4 - ΔΟΥ: 1A ΑΘΗΝΩΝ

