



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑΣ
ΤΟΥ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ

Αθήνα 7-12-2016

Αρ. Πρωτ. 9461

Αριθ. Γνωμ. 4

Τηλ.: 210-6411526

Fax : 210-6411523

Προς

τους Εισαγγελείς Εφετών της Χώρας

και δι' αυτών στους Εισαγγελείς Πρωτοδικών της περιφέρειάς τους

Θέμα: περί της ισχύος της υπ' αριθμ. 2/2013 Γνωμοδοτήσεως του Εισαγγελέως του Αρείου Πάγου μετά την Απόφαση 1/2014 της Ολομέλειας Α.Π.

Ύστερα από ερώτημα, σχετικό με το θέμα της επικεφαλίδας, που μας τέθηκε στο πλαίσιο της εποπτείας και του συντονισμού του έργου των Εισαγγελέων Οικονομικού Εγκλήματος, διατυπώνουμε συνοπτικά τη γνώμη μας (σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ. 2 ΚΟΔΚΔΛ) ως εξής:

Με την υπ' αριθμ. 2/2013 (αριθμ. πρωτ. 762/12-2-2013) Γνωμοδότηση του Εισαγγελέως του Αρείου Πάγου (Ποιν. Χρ. 2013, 155, Ποιν. Δικ. 2013, 137) αντιμετωπίστηκε το γενικότερου ενδιαφέροντος ζήτημα «εάν η διάταξη του άρθρου 21 παρ. 2 εδ. α περ. αα του Ν. 2523/1997, όπως αυτή ισχύει μετά την τροποποίησή της με το άρθρο 3 παρ. 2 εδ. θ. του Ν. 3943/2011 έχει ή όχι αναδρομική ισχύ και επί περιπτώσεων κακουργηματικής φοροδιαφυγής

(στη φορολογία εισοδήματος) τελεσθεισών πριν από την ισχύ του Ν. 3943/2011». Η εκεί διατυπωθείσα γνώμη συνοψίζεται στο ότι η προαναφερόμενη διάταξη, σχετιζόμενη άμεσα με τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες ασκείται εγκύρως ποινική δίωξη σε διάφορες περιπτώσεις φοροδιαφυγής (οριστικοποίηση ή μη της φορολογικής εγγραφής), είναι μεν δικονομική, αλλά περιέχει ρύθμιση που καθιστά ευχερέστερη την άσκηση ποινικής δίωξης στις περιπτώσεις φοροδιαφυγής που περιλαμβάνονται στο ρυθμιστικό της πεδίο, αφού ως προϋπόθεση για την υποβολή της μηνυτήριας αναφοράς, συνακόλουθα δε και για την άσκηση της ποινικής δίωξης, δεν θέτει πλέον την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής, είτε με την έκδοση τελεσίδικης απόφασης του διοικητικού δικαστηρίου είτε με την πάροδο άπρακτης της προθεσμίας για την άσκηση προσφυγής, πρόκειται, δηλαδή, για δυσμενέστερη (σε σχέση με την προϊσχύουσα) δικονομική διάταξη, ως τέτοια δε, αφού θίγει ουσιώδη συμφέροντα του κατηγορουμένου (άλλως: αποβαίνει σε βάρος θεμελιωδών δικαιωμάτων του), δεν επιτρέπεται να εφαρμοσθεί «αναδρομικά», δηλαδή για τις πράξεις που τελέστηκαν πριν από την 31-3-2011, ημερομηνία δημοσίευσης του Ν. 3943/2011 (τα εισαγωγικά οφείλονται στο ότι δεν πρόκειται κατά κυριολεξία για μη αναδρομικότητα του νέου νόμου, αλλά για συνέχιση εφαρμογής καταργημένου πια νόμου). Σημειωτέον ότι και η σήμερα ισχύουσα αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 68 παρ. 3 εδ. α Ν. 4174/2013 (όπως ισχύει μετά το Ν. 4337/2015) προβλέπει ότι «η άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής και προσφυγής ενώπιον των Διοικητικών Δικαστηρίων δεν επηρεάζει την ποινική διαδικασία». Επειδή, όμως, στη συνέχεια, εκδόθηκε το υπ' αριθμ. 3441/2013 βούλευμα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών Αθηνών με παραδοχές μη συμβατές προς την

προαναφερόμενη εισαγγελική γνωμοδότηση, χάριν της ενότητας της νομολογίας και της ασφάλειας δικαίου ασκήθηκε αίτηση αναιρέσεως κατ' αυτού από τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, η οποία κρίθηκε ενώπιον της Ολομέλειας του Ακυρωτικού. Με την Απόφαση 1/2014 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου [σε Συμβούλιο] (Ποιν. Χρ. 2014, 216, Ποιν. Δικ. 2014, 99) έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «...*(η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 ΠΚ) αναφέρεται στους ουσιαστικούς ποινικούς κανόνες και όχι στους δικονομικούς, καθόσον οι δικονομικοί νόμοι, οι οποίοι αποβλέπουν στην ορθή απονομή της δικαιοσύνης, έχουν αναδρομική δύναμη και ρυθμίζουν τις εκκρεμείς δίκες κατά το ατέλεστο, κατά το χρόνο εκδόσεως αυτών, μέρος αυτών, εκτός αν άλλως ορίζουν. Το γεγονός ότι οι δυσμενέστερες ουσιαστικές ποινικές διατάξεις του νεότερου νόμου δεν μπορούν να εφαρμόζονται στις πράξεις που είχαν τελεστεί προ της ισχύος αυτού, δεν επηρεάζει την επί των αυτών εγκλημάτων εφαρμογή των δικονομικών διατάξεων εφόσον η εφαρμογή των τελευταίων ρητά επιβάλλεται από το νόμο (ΟΛΑΠ 390/1992). Δεν μπορεί δε να συνιστά κριτήριο της αναδρομικής εφαρμογής ή όχι μιας δικονομικού περιεχομένου διατάξεως το αν αυτή έχει ή όχι, κατά το μέρος της δίκης που δεν έχει, ακόμη, περατωθεί, δυσμενέστερες συνέπειες για τον κατηγορούμενο από αυτές που είχαν οι διατάξεις που ίσχυαν κατά το χρόνο τελέσεως της πράξεως, γιατί, έτσι, θα αναιρείτο ο χαρακτήρας της διατάξεως αυτής ως δικονομικής, με αποτέλεσμα να μη υπάρχει ασφάλεια δικαίου... Με την επελθούσα δηλαδή με το ν. 3943/2011 τροποποίηση της παραγράφου 2 του άρθρου 21 του ν.2523/1997 διευκολύνθηκε, για τα εγκλήματα της φοροδιαφυγής του άρθρου 17 παρ. 2 περ. β του ν. 2523/1997, η κίνηση της ποινικής διώξεως, αφού αποσυνδέθηκε αυτή από την περάτωση της διοικητικής φορολογικής διαδικασίας η οποία πριν*

από την ισχύ του ν.3943/2011 αποτελούσε απαραίτητη διαδικαστική προϋπόθεση για την υποβολή της σχετικής μηνυτήριας αναφοράς και την συνακόλουθη άσκηση ποινικής διώξεως για τα ως άνω εγκλήματα της φοροδιαφυγής. Οι φερόμενοι, λοιπόν, ως δράστες των εν λόγω εγκλημάτων, τα οποία τελέσθηκαν πριν από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού, αλλά η κατ' αυτών ποινική δίωξη ασκήθηκε μεταγενεστέρως, είναι σε δυσμενέστερη θέση αναφορικά με τον τρόπο ασκήσεως εναντίον τους της ποινικής διώξεως από εκείνους, η κατά των οποίων ποινική δίωξη είχε ασκηθεί υπό το κράτος του προγενέστερου ν. 2523/1997. Όμως, η διαδικασία ασκήσεως ποινικής διώξεως για κάποια αξιόποινη πράξη αναμφιβόλως φέρει δικονομικό χαρακτήρα και δεν εντάσσεται στο πεδίο του ουσιαστικού ποινικού δικαίου. Οπότε, έχει άμεση εφαρμογή, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, και σε πράξεις, οι οποίες φέρονται ότι τελέστηκαν πριν από την έναρξη ισχύος του ν. 3943/2011, για τις οποίες δεν είχε ασκηθεί ακόμη ποινική δίωξη, έστω και αν είναι δυσμενέστερη για τον υπαίτιο. Η ρύθμιση αυτή δεν προσκρούει στην από το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος καθιερωμένη αρχή της μη αναδρομικότητας του ποινικού νόμου, γιατί και αυτή αφορά στις ουσιαστικές και όχι στις δικονομικές ποινικές διατάξεις...». Είναι γεγονός ότι από πλευράς ποινικής θεωρίας ασκήθηκε κριτική για τις παραπάνω νομολογιακές παραδοχές και συνάμα επικροτήθηκε η θέση του αναιρεσείοντος Εισαγγελέως του Αρείου Πάγου επί του κριθέντος ζητήματος (Παρατηρήσεις Γ. Δημήτρη, Ποιν. Δικ. 2014, σελ. 105-112). Ωστόσο, η ανάγκη διασφάλισης της ενότητας της νομολογίας και της συνακόλουθης επίτευξης της ασφάλειας δικαίου (χάριν της οποίας, άλλωστε, ασκήθηκε η εισαγγελική αίτηση αναίρεσης και το ζήτημα τέθηκε υπό την κρίση της Ολομέλειας του Ακυρωτικού) επιβάλλει, κατά την

εισαγγελική/δικαστική καθημερινότητα, την εναρμόνιση της δράσης όλων μας με τη διαμορφωθείσα πλέον, στο ανώτατο δυνατό επίπεδο, νομολογία ύστερα από την απόφαση 1/2014 Ολ.ΑΠ (Συμβ.), χωρίς τούτο να σημαίνει αποδυνάμωση του δικαιώματος καθενός μας να διατηρεί τυχόν παρεκκλίνουσα ή αντίθετη επιστημονική άποψη επί του θέματος. Υπό το πρίσμα των προεκτεθέντων, είναι αυτονόητο ότι καθίσταται πλέον αδρανής η υπ' αριθμ. 2/2013 Γνωμ. Εισ. ΑΠ, αφού το αντιμετωπιζόμενο με αυτήν ζήτημα επιλύθηκε στη συνέχεια νομολογιακά από την Ολομέλεια του Αρείου Πάγου.

Εξάλλου, αναφορικά με το συναφές ζήτημα περί της ισχύος ή μη της διάταξης του άρθρου 24 παρ. 2 Ν. 2523/1997 μετά την από 1-1-2014 θέση σε ισχύ του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (Ν. 4174/2013), πρέπει να σημειωθεί επιγραμματικά ότι η διάταξη του άρθρου 24 παρ. 2 εδ. α Ν. 2523/1997, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 12 παρ. 4 Ν. 2753/1997 («στις περιπτώσεις του συνολικού για κάθε φορολογία διοικητικού συμβιβασμού ή της με άλλο τρόπο ολικής διοικητικής περαίωσης της διαφοράς δεν εφαρμόζονται οι ποινικές διατάξεις του παρόντος») καταργήθηκε σιωπηρά με τον ΚΦΔ, που δεν προβλέπει οποιαδήποτε διαδικασία διοικητικού ή δικαστικού συμβιβασμού, αλλά επειδή ανάγεται στο χώρο των ουσιαστικών ποινικών διατάξεων, αφού προβλέπει ένα ιδιόμορφο αντικειμενικό λόγο εξάλειψης του αξιοποίνου (Θ. Παπακυριάκου, Φορολογικό Ποινικό Δίκαιο, 2005, πλαγιαρ. 347) ή, κατά δεύτερη άποψη, ένα ιδιόρρυθμο μηχανισμό ad hoc αποκλεισμό του αρχικού άδικου χαρακτήρα της πράξης (Γ. Δημήτραϊνα, Εγκλήματα Φοροδιαφυγής, 2011, πλαγιαρ. 321) και, πάντως, οδηγεί στο «ανέγκλητο» της πράξης (ΑΠ 1356/2001, ΠΛογ 2001, 2230), κατ' εφαρμογήν του Κανόνα του άρθρου 2 παρ. 1 ΠΚ, διατηρεί την ισχύ της για τα

φορολογικά αδικήματα που έχουν χρόνο τέλεσης μέχρι 31-12-2013 (Γνωμ. Εισ. ΑΠ [Ν. Παντελή] 4/2015, Ποιν. Χρ. 2015, 740, Ποιν. Δικ. 2015, 782).

Ο Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου



Δημήτριος Παπαγεωργίου

Κοινοποίηση:

- 1) Υπουργείο Οικονομικών – Γενικό Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων
- 2) Εισαγγελέα Οικονομικού Εγκλήματος

Μ.Π.