



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

Ο ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΥΣ  
ΤΟΥ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ

ΤΜΗΜΑ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ  
ΤΗΛ. 2106411526  
ΦΑΞ 2106411523

Αθήνα 15-3-2010

Αριθ. Πρωτ...4680/09

Αριθμ. Γνωμ. 3/10

**Π ρ ο ς**

**Το Υπουργείο Εσωτερικών, Αποκέντρωσης  
και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης**

Ο Δήμος Κηφισιάς με την από 20-11-2009 αίτηση που υπογράφεται από τον πληρεξούσιο δικηγόρο του, ζήτησε την γνώμη μας σχετικά με το υφιστάμενο καθεστώς των αυθαιρέτων κατασκευών, το υποχρεωτικό ή μη της κατεδάφισής τους από τα όργανα και τις τεχνικές υπηρεσίες του Δήμου και το είδος των ευθυνών που μπορούν ενδεχομένως να αναζητηθούν από τα όργανα αυτά (αιρετά και μη), σε περίπτωση μη κατεδάφισής τους. Επί των ζητημάτων αυτών, τα οποία κρίνουμε ότι είναι γενικότερου ενδιαφέροντος, η γνώμη μας είναι η εξής:

Η έννοια του αυθαίρετου καθορίζεται με την διάταξη του άρθρου 22 παρ. 3 του Ν 1577/1985, σύμφωνα με την οποία αυθαίρετη κατασκευή που υπάγεται στις διατάξεις του Ν 1337/1983, όπως αυτές ισχύουν κάθε φορά, είναι κάθε κατασκευή που εκτελείται : α) χωρίς την άδεια της παρ. 1 του ως άνω άρθρου, ή

β) καθ' υπέρβαση της άδειας , ή γ) με βάση άδεια που ανακλήθηκε, ή δ) κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων. Εξάλλου οι σχετικές με τα αυθαίρετα διατάξεις του Ν 1337/1983 περί « επέκτασης των πολεοδομικών σχεδίων , οικιστικής ανάπτυξης κ.λ.π», έχουν ως εξής:

Άρθρο 15§1. Αναστέλλεται η κατεδάφιση των αυθαιρέτων κτισμάτων που έχουν ανεγερθεί μέχρι 31-1-1983 και βρίσκονται σε περιοχές εντός ή εκτός σχεδίου πόλης ή εντός οικισμών που υπάρχουν πριν από το έτος 1923, αν οι ιδιοκτήτες τους υποβάλλουν εμπρόθεσμα τις δηλώσεις που προβλέπονται από τις παραγράφους 4 και 5 του άρθρου αυτού.

2. Δεν υπάγονται στις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου και κατεδαφίζονται κατά τις ισχύουσες διατάξεις τα κτίσματα που βρίσκονται : α) σε κοινόχρηστους χώρους της πόλης(οδούς ,πλατείες κ.λ.π.). β) μέσα στη ζώνη ασφαλείας των διεθνών , εθνικών , επαρχιακών, και δημοτικών ή κοινοτικών οδών. γ) μέσα στον αιγιαλό και την ζώνη παραλίας κατά το Ν.Δ 394/1974, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει . γ) σε δημόσια κτήματα .ε) σε δασικές ή αναδασωτές εκτάσεις στ) σε αρχαιολογικούς χώρους και ζ) σε ρέματα.

3. Με απόφαση του Υ.Χ.Ο.Π είναι δυνατό να εξαιρεθούν από την εφαρμογή της παρ. 1 του άρθρου αυτού , περιοχές ή κτίσματα για λόγους ασφαλείας ή που αποβαίνουν σε βάρος του πολιτιστικού ή φυσικού περιβάλλοντος ή , προκειμένου περί περιοχών σχεδίων πόλεων ή οικισμών προ του έτους 1923 , που αποβαίνουν υπέρμετρα σε βάρος της πόλης ή του οικισμού που έχει ιδιαίτερη σημασία.

Άρθρο 17 § 1. Τα αυθαίρετα κτίσματα ή κατασκευές εν γένει που ανεγείρονται μετά την 31-1-1983 εντός ή εκτός εγκεκριμένων σχεδίων πόλεων ή οικισμών που υπάρχουν πριν από το έτος 1923, καθώς και όσα δεν εξαιρούνται σύμφωνα με το άρθρο 15 του νόμου αυτού, κατεδαφίζονται υποχρεωτικά από τους κυρίους ή συγκυρίους τους, έστω και αν έχει αποπερατωθεί η κατασκευή ή αν το κτίσμα κατοικείται ή χρησιμοποιείται με οποιοδήποτε τρόπο.

2. Εκτός από την κατεδάφιση, επιβάλλεται : α) πρόστιμο ανέγερσης αυθαίρετου, β) πρόστιμο διατήρησης αυθαίρετου.

5. Η αρμόδια πολεοδομική αρχή, μπορεί και αυτεπάγγελα να προβαίνει στην κατεδάφιση του αυθαίρετου. Στην περίπτωση αυτή τα έξοδα κατεδάφισης, που μπορεί να προσδιορίζονται και κατ' αποκοπή με απόφαση του ΥΧΟΠ, καταλογίζονται σε βάρος των κατά την προηγούμενη παράγραφο υποχρέων.

7. Με Π.Δ που εκδίδεται με πρόταση του ΥΧΟΠ, καθορίζονται οι όροι, οι προϋποθέσεις, η διαδικασία διαπίστωσης και ο χαρακτηρισμός του αυθαίρετου, ο τρόπος κατεδάφισης, η διαδικασία εκκένωσης του αυθαίρετου, η τύχη των υλικών, των παραρτημάτων, των κινητών πραγμάτων που υπάρχουν μέσα στο αυθαίρετο, για τα οποία δεν υπάρχει καμία ευθύνη του Δημοσίου, των οργάνων ή των οπωσδήποτε προστηθέντων προσώπων, καθώς και κάθε άλλη λεπτομέρεια για την εφαρμογή του άρθρου αυτού.

Εκτελεστικό διάταγμα της παρ. 7 του άρθρου 17 του Ν 1337/1983, είναι το Π.Δ 267/1998 με το οποίο καθορίζονται λεπτομερώς οι διαδικασίες διαπίστωσης και χαρακτηρισμού μιας κατασκευής ως αυθαίρετης, καθώς και οι διαδικασίες κατεδάφισής της. Με το άρθρο 5 του Διατάγματος αυτού ορίζεται ότι

τα αυθαίρετα που εντοπίζονται κατά την ώρα που κατασκευάζονται, κατεδαφίζονται αμέσως από συνεργεία που προβλέπονται από την διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1. Με την διάταξη αυτή (άρθρο 6 παρ. 1) ορίζεται ότι η κατεδάφιση αυθαιρέτων ενεργείται από συνεργείο της αρμόδιας πολεοδομικής υπηρεσίας, που αποτελείται από κατάλληλο προσωπικό με τον αναγκαίο εξοπλισμό. Τέλος με την διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 ορίζεται ότι όπου η αρμοδιότητα των αυθαιρέτων κτισμάτων ή κατασκευών, ασκείται από Δήμο ή Κοινότητα, η διαδικασία του παρόντος διατάγματος, τηρείται από την αρμόδια πολεοδομική υπηρεσία του Δήμου ή της Κοινότητας. Το Προεδρικό αυτό Διάταγμα, εκδοθέν μετά από νομοθετική εξουσιοδότηση, είναι αυτονόητο ότι δεν μπορεί να υπερβεί τα όριά της (εξουσιοδότησης), επιβάλλοντας στους εφαρμοστές του περισσότερες υποχρεώσεις, από εκείνες που προβλέπει ο εξουσιοδοτών νόμος.

Από τις διατάξεις αυτές, προκύπτει ότι στις περιπτώσεις των αυθαιρέτων που ανεγείρονται μετά την 21-1-1983, καθώς και εκείνων που δεν εξαιρέθηκαν (από την κατεδάφιση) σύμφωνα με το άρθρο 15 του Ν 1337/1983, εκτός από την υποχρεωτική κατεδάφιση από τους κυρίους ή συγκυρίους τους, επιβάλλεται από την αρμόδια πολεοδομική υπηρεσία πρόστιμο ανέγερσης, καθώς και πρόστιμο διατήρησης (ενόσω το αυθαίρετο υφίσταται και δεν κατεδαφίζεται). Εκτός όμως από την προβλεπόμενη από το νόμο υποχρεωτική κατεδάφιση των αυθαιρέτων αυτών από τους κυρίους ή συγκυρίους τους, προβλέπεται και η αυτεπάγγελτη κατεδάφισή τους από συνεργεία της αρμόδιας πολεοδομικής υπηρεσίας. Η χρήση στην παρ. 5 του

άρθρου 17 του Ν 1337/1983 της έκφρασης «η αρμόδια πολεοδομική αρχή μπορεί και αυτεπάγγελα να προβαίνει στην κατεδάφιση αυθαιρέτου....» , σαφώς και υποδηλώνει διακριτική ευχέρεια και όχι δέσμια υποχρέωση . Η διαπίστωση όμως αυτή , δεν μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι η υπέρβαση των ορίων της ευχέρειας αυτής , δεν υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο , ότι δηλαδή a priori δεν μπορεί να συγκροτήσει κατά τα αντικειμενικά του στοιχεία το έγκλημα της παράβασης καθήκοντος (άρθρο 259 του Π.Κ). Διότι, υφισταμένου πεδίου διακριτικής ευχέρειας του υπαλλήλου, παράβαση καθήκοντος μπορεί να συντελεσθεί και με την κακή χρήση της ευχέρειας αυτής, η οποία οριοθετείται από τις αρχές της υπεροχής του δημοσίου συμφέροντος , της χρηστής και αμερόληπτης διοίκησης, της ισότητας των πολιτών και της εξυπηρέτησης του σκοπού του νόμου . Υπό την αντίθετη εκδοχή , θα υπερακοντιζόταν το πνεύμα και ο σκοπός του νόμου, ο οποίος δεν επιτρέπει την ανέγερση αυθαιρέτων που υποβαθμίζουν σοβαρά το οικιστικό περιβάλλον, με την απειλή σοβαρών ποινικών και διοικητικών κυρώσεων κατά των υπαιτίων (άρθρο 17 παρ. 8 Ν 1337/1983), επιπροσθέτως δε δεν ανέχεται και την διατήρησή τους , προβλέποντας όχι μόνο την επιβολή προστίμων ( ανέγερσης και διατήρησης), αλλά και την κατεδάφισή τους.

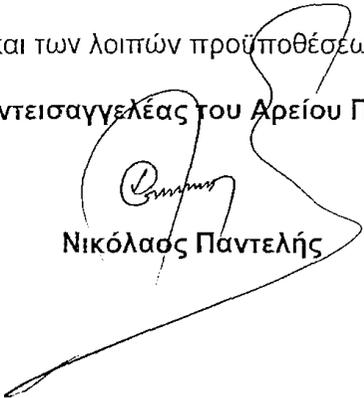
Τα αντίθετα, δεν προκύπτουν από την σύγκριση και αντιπαραβολή των διατάξεων των άρθρων 15 παρ. 2 και 17 παρ. 1 του Ν 1337/1983 , με την σκέψη ότι υποχρεωτική για τη διοίκηση είναι η κατεδάφιση μόνο των αυθαιρέτων που ανεγείρονται εντός κοινοχρήστων χώρων , της ζώνης του αιγιαλού , δημοσίων εκτάσεων , κ.λ.π, των χώρων δηλαδή που αναφέρονται στην

πρώτη των ανωτέρω διατάξεων , επειδή σ' αυτήν χρησιμοποιείται η δηλωτική δέσμιας υποχρέωσης έκφραση «δεν υπάγονται στις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου και κατεδαφίζονται.....» , ενώ αντίθετα στην παρ. 5 του άρθρου 17 χρησιμοποιείται η έκφραση «η αρμόδια πολεοδομική αρχή μπορεί και αυτεπάγγελα να προβεί στην κατεδάφιση» , που υποδηλώνει διακριτική ευχέρεια της διοίκησης , μη δυνάμενη να ελεγχθεί δικαστικώς , όταν ασκείται από εκλεγμένα όργανα της διοίκησης , όπως είναι τα όργανα του Δήμου, ως αναγόμενη σε ζητήματα διαχείρισης πολιτικής εξουσίας , ούσα στην κυριολεξία πράξη « κυβερνητική» , όπως αναφέρεται στη συνημμένη στην αίτηση γνωμοδότηση του υπογράφοντος αυτήν. Διότι διαφορετικό ζήτημα είναι το αν υπόκεινται σε ακυρωτικό έλεγχο πράξεις εκλεγμένων οργάνων της διοίκησης, ως ενέχουσες ή μη υπέρβαση των ορίων της διακριτικής τους ευχέρειας, διαφορετικό δε το ζήτημα αν η υπέρβαση αυτή συγκροτεί ή όχι τα στοιχεία αξιοποιήσιμης πράξεως . Ανεξάρτητα από αυτό , η διάταξη του άρθρου 15 παρ. 2 του Ν 1337/1983, είναι λίαν αμφίβολο εάν έχει διαχρονική ισχύ , αφού είναι ενταγμένη οργανικά στο άρθρο 15 του ως άνω νόμου που αναφέρεται , στην, υπό προϋποθέσεις, εξαίρεση από την κατεδάφιση των αυθαιρέτων που είχαν ανεγερθεί μέχρι την 31-1-1983, ενώ για τα αυθαίρετα που ανεγείρονται μετά την ημερομηνία αυτή , έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 17 του ίδιου νόμου . Αλλά και , υπό την αποκρουόμενη ενταύθα ερμηνευτική εκδοχή, ότι αυτή έχει διαχρονική ισχύ , πάλι δεν συνάγεται το συμπέρασμα ότι μόνο τα αυθαίρετα που απαριθμούνται σ' αυτήν , κατεδαφίζονται υποχρεωτικά από την διοίκηση , ενώ για τα υπόλοιπα δεν υφίσταται υποχρέωση κατεδάφισής τους από τα όργανα

της τελευταίας , αφού το συμπέρασμα αυτό αναιρείται από την διάταξη της παρ. 1 του μεθεπόμενου άρθρου 17 , η οποία , παρά το ελλิปές της διατύπωσής της, είναι προφανές ότι όταν αναφέρεται σε « αυθαίρετα κτίσματα ή κατασκευές που ανεγείρονται μετά την 31-1-1983 ...καθώς και όσα δεν εξαιρούνται σύμφωνα με το άρθρο 15 του νόμου αυτού...» , αναφέρεται προδήλως σε αυθαίρετα του άρθρου 15 που δεν εξαιρούνται της κατεδάφισης , και συνεπώς συμπεριλαμβάνει σ' αυτά και εκείνα της παραγράφου 2 του ίδιου άρθρου, ορίζοντας στη συνέχεια ότι (και) αυτά κατεδαφίζονται υποχρεωτικά από τους ιδιοκτήτες τους.

Ως συμπέρασμα των ανωτέρω αναπτυχθέντων , η γνώμη μας είναι ότι η υποχρέωση επιβολής προστίμων ανέγερσης και διατήρησης αυθαιρέτων από την πλευρά της διοίκησης , υφίσταται και λειτουργεί παράλληλα με την υποχρέωσή της για κατεδάφιση αυτών , η μονόπλευρη δε επιλογή της πρώτης δυνατότητας , δεν σημαίνει , άνευ ετέρου, ότι η δικαστική αρχή δεν έχει την δυνατότητα να ελέγξει, αν αυτή παραβιάζει τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, ως συνιστώσα το έγκλημα της παράβασης καθήκοντος, συντρεχουσών βεβαίως και των λοιπών προϋποθέσεων του νόμου .

**Ο Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου**



**Νικόλαος Παντελής**

Ε.Θ.