

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑΣ
ΤΟΥ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ
Τηλ. : 210-6411526
Fax:210-6411523

Αθήνα 14-10-2014
Αριθ. Πρωτ.3244
Αριθμ. Γνωμ. 6

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

Προς

το Υπουργείο Οικονομικών -Γενική Γραμματεία Δημοσίων Εσόδων

Σχετ. το υπ'αριθμ. πρωτ. ΔΕΛΑ 110513 ΕΞ 2014 ΕΜΠ έγγραφό σας.

Θέμα : Περί της συμβατότητας ή μη με το άρθρο 9 του Συντάγματος, των προβλέψεων των άρθρων 25§3 και 40§3 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (Ν 4174/2013).

Με την υπ' αριθμ. 256/2014 γνωμοδότησή της η Α Τακτική Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, αποφάνθηκε κατά πλειοψηφία ότι κείνται εντός των πλαισίων του ισχύοντος Συντάγματος οι διατάξεις των άρθρων 25 παρ.3 και 40 παρ. 3 του Ν 4174/2013 που προβλέπουν την είσοδο οργάνων την φορολογικής διοίκησης στην κατοικία φορολογουμένων, με απλή εντολή του Εισαγγελέα και χωρίς την παρουσία δικαστικού λειτουργού, προκειμένου να διενεργούν φορολογικούς ελέγχους και να προβαίνουν σε έρευνες που αποσκοπούν στην είσπραξη φόρων και λοιπών εσόδων. Το σκεπτικό της πλειοψηφίας στην γνωμοδότηση αυτή, έχει κατά τα ενδιαφέροντα, εν προκειμένω , σημεία του, ως εξής: « Παρά την απόλυτη και αδιάστικη διατύπωση της διατάξεως του άρθρου 9§1 εδάφιο α του Συντάγματος, γίνεται δεκτό ότι η προβλεπόμενη σε αυτήν προστασία του ασύλου, αφορά μόνο στην κατ' οίκον έρευνα, που αποσκοπεί στη συλλογή αποδεικτικών στοιχείων για την διαπίστωση εγκλημάτων, στην ανακάλυψη ή σύλληψη του δράστη και, εν γένει, στην πρόληψη ή καταστολή ενεργειών που συνιστούν ποινικά αδικήματα (βλ και άρθρο 253 Κ.ΠΔ). Αντιθέτως, κατά την κρατούσα και ορθότερα άποψη, γίνεται δεκτό ότι λιγότερο επαχθείς περιορισμοί, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για τον έλεγχο της τηρήσεως των νόμων, δεν εμπίπτουν στην υποχρέωση παρουσίας εκπροσώπου της δικαστικής εξουσίας για την διενέργεια κατ' οίκον έρευνας . Πρόκειται για τους ελέγχους και τις επιθεωρήσεις που διενεργούνται με σκοπό την άσκηση εποπτείας και ελέγχου στα πλαίσια της υγειονομικής, εργατικής, οικονομικής - επαγγελματικής και φορολογικής νομοθεσίας.....Υπό τα ως άνω γενόμενα δεκτά, η διενέργεια φορολογικών ελέγχων και ερευνών στην κατοικία του φορολογούμενου, κατά τις διατάξεις των άρθρων 25 και 40 του Κ.Φ.Δ, με μόνη την εντολή του εισαγγελέα και χωρίς την παρουσία εκπροσώπου της δικαστικής εξουσίας, δεν έρχεται αντιμέτωπη με το άρθρο 9 του Συντάγματος...». Η γνωμοδότηση αυτή μας διαβιβάστηκε εν αντιγράφω με το υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΛΑ 110513 ΕΞ 2014 ΕΜΠ έγγραφό σας για ενημέρωση, ενώ ταυτόχρονα μας ζητείτε να εκφέρουμε τις απόψεις μας επί του ιδίου θέματος. Κατόπιν αυτών, η γνώμη μας επί του ζητήματος αυτού είναι η εξής:

Με το άρθρο 9 του ισχύοντος Συντάγματος ορίζεται ότι : « 1. Η κατοικία του καθενός είναι άσυλο. Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου είναι απαραβίαστη. Καμία έρευνα δεν γίνεται σε κατοικία, παρά μόνο όταν και όπως ορίζει ο νόμος **και πάντοτε** με την παρουσία εκπροσώπων της δικαστικής εξουσίας. 2. Οι παραβάτες της προηγούμενης διάταξης τιμωρούνται για παράβαση του οικιακού ασύλου και για κατάχρηση εξουσίας και υποχρεούνται σε πλήρη αποζημίωση του παθόντος, όπως νόμος ορίζει».

Με το άρθρο αυτό θεσπίζεται το άσυλο της κατοικίας και το απαραβίαστο της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, με την απειλή ποινικών κυρώσεων κατά των παραβατών (άρθρα 239 και 251 του Π.Κ) και την υποχρέωσή τους να αποζημιώσουν τον παθόντα. Ως κατοικία κατά το πιο πάνω άρθρο, θεωρείται κάθε χώρος που χρησιμοποιείται για διαβίωση, διαμονή, ακόμη και για εργασία, που δεν είναι προσιτός σε όλους, στην έννοια δε αυτή εμπίπτει τόσο η αμιγής, όσο και η μικτή κατοικία, αυτή δηλαδή που χρησιμοποιείται και ως έδρα της επαγγελματικής δραστηριότητας του ατόμου. Οι εγγυήσεις του ασύλου της κατοικίας κατά το ισχύον Σύνταγμα, είναι δραστικότερες από εκείνες που παρείχαν τα Συντάγματα του 1952 και 1968, τα οποία προέβλεπαν κατ' οίκον έρευνα με μόνη προϋπόθεση την ύπαρξη σχετικού νόμου (τυπικού ή ουσιαστικού), χωρίς να απαιτούν την παρουσία κατ' αυτήν εκπροσώπου της δικαστικής αρχής. Ειδικότερα με το άρθρο 12 του Συντάγματος του 1952 οριζόταν ότι « Η κατοικία εκάστου είναι άσυλον. Ουδεμία κατ' οίκον έρευνα ενεργείται, ειμή ότε και όπως ο νόμος διατάσσει. Οι παραβάται των διατάξεων τούτων τιμωρούνται επί καταχρήσει της εξουσίας της αρχής, υποχρεούνται δε εις πλήρη αποζημίωσιν του παθόντος και προσέτι εις ικανοποίησιν αυτού δια χρηματικού ποσού, ως νόμος ορίζει.». Ταυτόσημη ήταν και η διατύπωση του άρθρου 13 του Συντάγματος του 1968, με το οποίο οριζόταν ότι « Η κατοικία εκάστου είναι άσυλον. Ουδεμία κατ' οίκον έρευνα ενεργείται ειμή όταν και όπως ο νόμος ορίζει. 2. Οι παραβάται της ανωτέρω διατάξεως τιμωρούνται επί παραβίασει του οικιακού ασύλου, υποχρεούνται δε εις πλήρη αποζημίωσιν του παθόντος και εις ικανοποίησιν αυτού δια χρηματικού ποσού, ως νόμος ορίζει». Χρήσιμο είναι να σημειωθεί ότι η πρόβλεψη της παρουσίας εκπροσώπου της δικαστικής αρχής κατά την κατ' οίκον έρευνα, υπήρχε και στο Σύνταγμα του 1925 (άρθρο 12) σύμφωνα με το οποίο αυτή διεξαγόταν «πάντοτε παρούσης της δικαστικής αρχής».

Έρευνα κατ' οίκον είναι, είναι η πράξη που ενεργείται από όργανα της δημόσιας αρχής και αποσκοπεί στην αναζήτηση προσώπων ή αντικειμένων, σε μια κατοικία . Μια τέτοια έρευνα επιτρέπεται μόνο «όταν και όπως ο νόμος ορίζει» και πάντοτε παρουσία εκπροσώπων της δικαστικής αρχής. Διατάξεις νόμων που την προβλέπουν, ευρίσκονται διάσπαρτες στην νομοθεσία. Κυρίως όμως και πρωτίστως περιλαμβάνονται στον Κ.Π.Δ (άρθρα 253, 254, 255 και 256), χωρίς να παραβλέπεται το ότι και ο Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας (άρθρο 929, αλλά και ο Κ.Ε.Δ.Ε(άρθρο 11 του ΝΔ 356/1974), προβλέπουν τέτοιου είδους έρευνες στα πλαίσια της αναγκαστικής ή διοικητικής εκτέλεσης. Έτσι σύμφωνα με το άρθρο 253 του Κ.Π.Δ έρευνα διενεργείται όταν διεξάγεται ανάκριση για κακούργημα ή πλημμέλημα, στην έννοια της οποίας πρέπει να συμπεριληφθεί και η προανάκριση, είτε αυτή γίνεται με παραγγελία του Εισαγγελέα (άρθρο 243 παρ.ΙΚ.ΠΔ), είτε χωρίς αυτήν (άρθρο 243 παρ.2 Κ.Π.Δ), όταν μπορεί βάσιμα να υποτεθεί ότι η βεβαίωση του εγκλήματος ή η αποκάλυψη ή η σύλληψη των δραστών ή τέλος η βεβαίωση ή η αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε, είναι δυνατόν να

πραγματοποιηθεί ή να διευκολυνθεί μόνο με αυτήν, ενώ το άρθρο 254 του Κ.Π.Δ καθορίζει τις προϋποθέσεις κάτω από τις οποίες επιτρέπεται η έρευνα σε κατοικία κατά την διάρκεια της νύκτας. Από την τελευταία αυτή διάταξη και υπό την ισχύ του άρθρο 9 του Συντάγματος, πρέπει να θεωρείται σιωπηρά καταργηθέν το τελευταίο εδάφιο της πρώτης παραγράφου, το οποίο, σε περίπτωση απουσίας δικαστικών λειτουργών, επιτρέπει την κατ' οίκον έρευνα σε αξιωματικό της αστυνομίας ή της ήδη καταργηθείσης χωροφυλακής, χωρίς την παρουσία δικαστικού λειτουργού, ενώ για τους ίδιους λόγους καταργηθέν πρέπει να θεωρείται και το τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 255, το οποίο προβλέπει την διενέργεια έρευνας από αξιωματικό η υπαξιωματικό της χωροφυλακής ή της αστυνομίας πόλεων (βλ. σχετ. την υπ' αριθμ.4007/1975 Γνωμοδ. Εισαγγ. Α.Π Νο.Β .23.823). Η παρουσία δικαστικού λειτουργού στις κατ' οίκον έρευνες, αποτελεί προϋπόθεση εκ των ουκ άνευ σε όλες τις περιπτώσεις, είτε πρόκειται περί ερευνών στα πλαίσια ανάκρισης, είτε περί τοιούτων στα πλαίσια αναγκαστικής ή διοικητικής εκτέλεσης, τούτο δε προκύπτει σαφώς από την αδιάστικτη διατύπωση του άρθρου 9 του Συντάγματος , στο οποίο δεν γίνεται καμία διάκριση. Συνεπώς οι διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και του Κώδικα Εισπράξεως Δημοσίων Εσόδων, νόμων προγενέστερων του ισχύοντος Συντάγματος, που προβλέπουν την διενέργεια τέτοιου είδους ερευνών, πρέπει να ερμηνεύονται υπό το πρίσμα της ως άνω συνταγματικής επιταγής, που απαιτεί αυτές να πραγματοποιούνται με την παρουσία εκπροσώπου της δικαστικής αρχής (βλ. σχετ. Π Δαγτόγλου : Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα: έκδοση 1991 σελίδα 342, Γνωμ. Εισαγγ. Πρωτ. Πατρών 12/1975 Νο.Β. 23.1116,contra Γνωμ. Εισαγγ. Πρωτ. Πατρών 19/1975 Νο.Β 1117).

Στη συνταγματική θεωρία γίνεται δεκτό ότι λιγότερο επαχθείς περιορισμοί του ασύλου της κατοικίας, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για τον έλεγχο της τηρήσεως του νόμου, όπως οι έλεγχοι και επιθεωρήσεις που διενεργούνται από όργανα της διοίκησης, με σκοπό την διαπίστωση της συμμόρφωσης των πολιτών στην κείμενη διοικητική νομοθεσία, στην έννοια της οποίας υπάγεται και η φορολογική τοιαύτη, δεν εμπίπτουν στο άρθρο 9 παρ.1 εδάφιο 3 του Συντάγματος, η έκφραση του οποίου « καμία έρευνα» , πρέπει να ερμηνευθεί συσταλτικά. Διότι διαφορετικά, κατά την άποψη αυτή, καθίσταται σχεδόν αδύνατη η εποπτεία της τήρησης της εργατικής, υγειονομικής, φορολογικής κ.λπ νομοθεσίας (βλ. σχετ. Δαγτόγλου :Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, έκδοση 1991 σελίδα 344 , Χρυσόγονου Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα: έκδοση 2006, σελίδα 249 Σκουρής -Τάχος, Δίκαιο Δημόσιας Τάξης , έκδοση 1990 ,σελίδα 68). Σύμφωνα με την άποψη αυτή, την οποία αποδέχεται και η υπ' αριθμ. 10/1992 γνωμοδότηση της Εισαγγελίας του Α.Π. (βλ αυτήν σε Δικαιοσύνη 33.1532), οι διοικητικές έρευνες συνιστούν εγγενείς περιορισμούς του ατομικού δικαιώματος του ασύλου και διενεργούνται χωρίς την υποχρεωτική παρουσία εκπροσώπου της δικαστικής αρχής, ενώ οι έρευνες του άρθρου 9 του Συντάγματος, αναφέρονται αποκλειστικά στις ανακριτικές τοιαύτες. Η άποψη αυτή , πέραν του ότι έρχεται σε αντίθεση με τους ενδοιασμούς που εκφράζονται από τους ίδιους συγγραφείς σχετικά με την νομιμότητα των κατ' οίκον ερευνών στα πλαίσια της αναγκαστικής ή διοικητικής εκτέλεσης, χωρίς την παρουσία δικαστικών λειτουργών, κάτι το οποίο αποτελεί παγίως εφαρμοζόμενη πρακτική, όπως και οι ίδιοι συνομολογούν (ενθ. ανωτ.), δεν είναι πειστική. Γιατί αφ' ενός μεν δεν στηρίζεται στο γράμμα του άρθρου 9 του Συντάγματος, στο οποίο δεν γίνεται καμία διάκριση μεταξύ ποινικών ή διοικητικών ερευνών, κυρίως όμως και προεχόντως γιατί

δεν εξηγεί πειστικά, γιατί είναι λιγότερο επαχθείς οι περιορισμοί του οικιακού ασύλου που είναι αναγκαίοι για τον έλεγχο της τήρησης της διοικητικής νομοθεσίας, ή γιατί το άσυλο της κατοικίας εκείνου ο οποίος είναι ύποπτος τέλεσης μιας εγκληματικής πράξης, που μπορεί να είναι και ιδιαίζόντως ειδηχθής, ή διώκεται γΓ αυτήν (π.χ ενός δολοφόνου η ενός τρομοκράτη), ή έστω εκείνου κατά του οποίου στρέφεται η αναγκαστική ή διοικητική εκτέλεση (ενός δηλαδή ασυνεπούς οφειλέτη, η οφειλή του οποίου έχει βεβαιωθεί με εκτελεστή δικαστική απόφαση η εκτελεστή διοικητική πράξη), πρέπει να προστατεύεται περισσότερο και πιο αποτελεσματικά από το άσυλο της κατοικίας εκείνου που ελέγχεται απλά και μόνο για την συμμόρφωσή του ή μη στην διοικητική νομοθεσία. Εάν με την αποδοχή της άποψης ότι η παρουσία εκπροσώπων της δικαστικής αρχής είναι υποχρεωτική σε οποιοσδήποτε μορφής έρευνα κατ' οίκον, οδηγούμεθα σε αδυναμία να εποπτεύσουμε την τήρηση της διοικητικής νομοθεσίας , είναι έργο της νομοθετικής εξουσίας και δη μιας Αναθεωρητικής Βουλής, να παρέμβει και να επιλύσει το πρόβλημα και όχι του ερμηνευτή και εφαρμοστή του δικαίου (εν προκειμένω του Εισαγγελέα), ο οποίος κάνοντας συσταλτική ερμηνεία της σχετικής Συνταγματικής Διάταξης και περιορίζοντας το εύρος προστασίας ενός ατομικού δικαιώματος, ευρίσκεται πάντοτε προ της πιθανότητας αναζήτησης από αυτόν ποινικών ευθυνών, ακόμη και ευθυνών αποζημίωσης .

Τέλος τα όρια μεταξύ προληπτικού και κατασταλτικού διοικητικού ελέγχου, ιδιαίτερα στο πεδίο της φορολογικής νομοθεσίας, είναι εντελώς δυσδιάκριτα. Πράγματι η αθρόα ποινικοποίηση της φορολογικής νομοθεσίας, και η καθιέρωση των φορολογικών εγκλημάτων ως διαρκώς αυτόφωρων , έχει δημιουργήσει ένα θολό νομικό τοπίο , εντός του οποίου ο οποιοσδήποτε έλεγχος αυτού του είδους, μπορεί να προσλάβει χαρακτήρα ποινικό, με τον εντοπισμό και κατάσχεση πλαστών ή εικονικών φορολογικών στοιχείων, ανεπίσημων φορολογικών εγγράφων ή και χρημάτων που μπορεί να θεωρηθούν ότι αποτελούν προϊόντα εγκλήματος , όπως μη αποδοθέντος (υπεξαίρεθέντος) Φ.Π.Α. Σε περίπτωση μη επίτευξης διοικητικού συμβιβασμού (άρθρο 24 παρ.2 του Ν 2523/1997), ο εντοπισμός και η κατάσχεση τέτοιου είδους στοιχείων, οδηγεί αναπόφευκτα στην υποβολή μηνυτήριας αναφοράς (άρθρο 21 του Ν 2523/1997) κατά του υπαιτίου, οπότε τα στοιχεία αυτά μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως αποδεικτικά στοιχεία σε μια ποινική διαδικασία. Για την διασφάλιση συνεπώς της εγκυρότητάς τους και της δυνατότητας να χρησιμοποιηθούν ως νόμιμα αποδεικτικά μέσα (άρθρο 19 του Συντάγματος), επιβάλλεται οι κατ' οίκον έρευνες που διενεργούνται στα πλαίσια αυτά, να περιβληθούν με τις ίδιες δικαιοκρατικές εγγυήσεις που περιβάλλονται και οι ανακριτικές έρευνες, αυτές δηλαδή που αποσκοπούν στην διακρίβωση της τέλεσης αξιοποιώνων πράξεων, περί των οποίων δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι διενεργούνται πάντοτε με την παρουσία δικαστικού λειτουργού .

Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, κατά την γνώμη μας, η παράγραφος 3 του άρθρου 25 του Ν 4174/2013, με την οποία ορίζεται ότι «...η Φορολογική Διοίκηση δύναται να διενεργεί επιτόπιο φορολογικό έλεγχο και εκτός του επίσημου ωραρίου εργασίας εφόσον απαιτείται από το είδος των δραστηριοτήτων του φορολογούμενου. Στην περίπτωση αυτή θα πρέπει να γίνεται ειδική μνεία στην εντολή φορολογικού ελέγχου. **Η είσοδος στην κατοικία του φορολογούμενου επιτρέπεται μόνο με εντολή του αρμόδιου Εισαγγελέα.**», καθώς και η παράγραφος 3 του άρθρου 40 του αυτού ως άνω νόμου, με

το οποίο ορίζεται ότι « ο Γενικός Γραμματέας (Δημοσίων Εσόδων) ή τα νομίμως εξουσιοδοτημένα όργανα της Φορολογικής Διοίκησης, έχουν το δικαίωμα να προβαίνουν σε κάθε δικαστική ή οποιαδήποτε άλλη νόμιμη ενέργεια που αποσκοπεί, άμεσα ή έμμεσα, στην είσπραξη φόρων και λοιπών εσόδων, περιλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, της κατάθεσης αίτησης πτώχευσης του οφειλέτη του Δημοσίου της άσκησης αγωγής διάρρηξης. **Κατά την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος άρθρου, ισχύει αναλόγως η διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 25 του Κώδικα.**», με τις οποίες προβλέπεται η διενέργεια κατ' οίκον ερευνών από όργανα της φορολογικής διοίκησης, με απλή εντολή του εισαγγελέα και χωρίς την παρουσία δικαστικού λειτουργού, για οποιονδήποτε λόγο και αν γίνονται αυτές και οποιονδήποτε σκοπό και αν εξυπηρετούν, **κείται εκτός του πλαισίου της συνταγματικής μας τάξης .**

Αθήνα, 14 Οκτωβρίου 2014

Ο Αντιεισαγγελέας του Αρείου Πάγου

Νικόλαος Παντελής

Κοινοποίηση :

- α) κ. Εισαγγελείς Εφετών του Κράτους και δι' αυτών στους κ.Εισαγγελείς Πρωτοδικών.
- β) κ. Εισαγγελέα Οικονομικού Εγκλήματος.