

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ

ΣΕ ΕΛΑΣΣΟΝΑ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

ΔΕΥΤΕΡΗ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 2 Νοεμβρίου 2016, με την ακόλουθη σύνθεση : Σωτηρία Ντούνη, Προεδρεύουσα Αντιπρόεδρος, Μαρία Βλαχάκη και Κωνσταντίνος Κωστόπουλος, Αντιπρόεδροι, Γεώργιος Βοΐλης, Ασημίνα Σαντοριναίου, Δέσποινα Καββαδία - Κωνσταντάρα, Γεωργία Τζομάκα, Δέσποινα Τζούμα, Ευφροσύνη Παπαθεοδώρου (εισηγήτρια), Κωνσταντίνος Παραθύρας, Αργυρώ Μαυρομάτη και Κωνσταντίνος Κρέπης, Σύμβουλοι. Επίσης μετείχαν οι Σύμβουλοι Δημήτριος Τσακανίκας, Ασημίνα Σακελλαρίου, Ευαγγελία Σεραφή και Ειρήνη Κατσικέρη, ως αναπληρωματικά μέλη. Γραμματέας η Ελένη Αυγουστόγλου.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας : Μιχαήλ Ζυμής.

Για να δικάσει την από 18 Απριλίου 2013 (αριθμ. κατάθ. 140/2013), για αναίρεση της 179/2013 απόφασης του VII Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, αίτηση του του ..., κατοίκου, Α.Φ.Μ., ο οποίος παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου δικηγόρου του (Α.Μ./Δ.Σ.Α. ...),

κατά του Ελληνικού Δημοσίου, το οποίο εκπροσωπεί νόμιμα ο Υπουργός Οικονομικών, που παραστάθηκε δια του Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Νικολάου Καραγιώργη και

κατά του Δήμου ... και ήδη, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ο οποίος παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου δικηγόρου του (Α.Μ./Δ.Σ.Α. ...).

Με την ένδικη αίτηση και για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή, ζητείται η αναίρεση της προαναφερόμενης απόφασης του VII Τμήματος.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο του αναιρεσείοντος, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της αίτησης αναίρεσης.

Τον Πάρεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, για το αναιρεσίβλητο Ελληνικό Δημόσιο, ο οποίος ζήτησε την απόρριψη της αίτησης.

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο του Δήμου ..., ο οποίος ζήτησε, επίσης, την απόρριψη της αίτησης. Και

Τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος ανέπτυξε την από 2.11.2016 έγγραφη γνώμη του και πρότεινε, ομοίως, την απόρριψη αυτής.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη, με παρόντα τα τακτικά μέλη που έλαβαν μέρος στη συζήτηση της υπόθεσης, εκτός από την Αντιπρόεδρο Μαρία Βλαχάκη και τη Σύμβουλο Ασημίνα Σαντοριναίου, που είχαν κώλυμα (άρθρα 11 παρ. 2 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013 και 78 παρ. 2 του π.δ. 1225/1981). Για τη νόμιμη συγκρότηση της Ελάσσονος Ολομέλειας, στη διάσκεψη μετείχαν επίσης οι Σύμβουλοι Δημήτριος Τσακανίκας, Ασημίνα Σακελλαρίου και Ευαγγελία Σεραφή (αναπληρωματικά μέλη).

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα και

Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο

Αποφάσισε τα εξής:

1. Για την άσκηση της ένδικης αίτησης έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. το .../3.11.2016 διπλότυπο είσπραξης, τύπου Α΄, της Δ.Ο.Υ. ...).

2. Με την υπό κρίση αίτηση, όπως οι λόγοι αυτής αναπτύσσονται με το νομίμως κατατεθέν στις 7.11.2016 υπόμνημα, ζητείται παραδεκτώς η αναίρεση της 179/2013 απόφασης του VII Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία απορρίφθηκε η από 7.10.2010 έφεση του ήδη αναιρεσειόντος κατά της .../1.9.2010 απόφασης του Οικονομικού Επιθεωρητή της Διεύθυνσης Οικονομικής Επιθεώρησης ... του Υπουργείου Οικονομικών Με την απόφαση αυτή καταλογίστηκε ο αναιρεσειών, υπό την ιδιότητά του ως Δημάρχου του Δήμου και υπέρ του Δήμου αυτού, με το ποσό των 32.500,00 ευρώ, για έλλειμμα στη διαχείριση του ίδιου Δήμου κατά το οικονομικό έτος 2006, πλέον προσαυξήσεων, ποσού 13.650,00 ευρώ, ήτοι με το συνολικό ποσό των 46.150,00 ευρώ. Ήδη, με την ένδικη αίτηση, κατά την προσήκουσα εκτίμηση του σχετικού δικογράφου, ο αναιρεσειών επιδιώκει την εξαφάνιση της πληττόμενης απόφασης, προβάλλοντας: α) εσφαλμένη ερμηνεία και πλημμελή εφαρμογή από το δικάσαν Τμήμα των διεπουσών την επίδικη υπόθεση ουσιαστικών διατάξεων και β) παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, υπό την ειδικότερη αιτίαση της πλημμελούς αιτιολογίας.

3. Από τις διατάξεις των άρθρων 98 παρ. 1 του Συντάγματος, 15, 17, 22, 25, 27, 33 και 43 του π.δ/τος 774/1980 «Περί κωδικοποίησης εις ενιαίον κείμενον των περί Ελεγκτικού Συνεδρίου ισχυουσών διατάξεων υπό τον τίτλον “Οργανισμός του Ελεγκτικού Συνεδρίου”» (Α΄ 189) [βλ. ήδη άρθρο 44 παρ. 2 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο (ν. 4129/2013, Α΄ 52)], καθώς και 54 και 56 του ν. 2362/1995 «Περί Δημοσίου Λογιστικού, ελέγχου των

δαπανών του Κράτους και άλλες διατάξεις» (Α΄ 247), όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο για την ένδικη υπόθεση χρόνο, συνάγεται ότι δημόσιοι υπόλογοι ή υπόλογοι Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου ή Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης είναι οι εντεταλμένοι την είσπραξη εσόδων ή την πληρωμή εξόδων του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ. ή Ο.Τ.Α., καθώς και όσοι με οποιοδήποτε τρόπο, έστω και χωρίς νόμιμη εξουσιοδότηση, διαχειρίζονται χρήματα, αξίες ή υλικά που ανήκουν στο Κράτος, σε Ν.Π.Δ.Δ. ή Ο.Τ.Α. (εν τοις πράγμασι ή de facto υπόλογοι), επίσης δε και οποιοσδήποτε άλλος, που, εξαιτίας της φύσης των υπηρεσιακών του καθηκόντων, θεωρείται από ειδική διάταξη νόμου ως δημόσιος υπόλογος ή υπόλογος Ν.Π.Δ.Δ. ή Ο.Τ.Α. (Ολομ. Ελ.Συν. 1492/2000, 1306/2001, 357/2006, 736, 1805/2007, 462, 1610/2008, 1716, 2335/2009, 724/2012 κ.ά.). Ως εκ τούτου, για τη θεμελίωση της ιδιότητας του υπολόγου αρκεί το πραγματικό γεγονός της διενέργειας διαχειριστικών πράξεων, το οποίο, ακόμη και όταν λαμβάνει χώρα καθ' υπέρβαση των περιγραφόμενων στον νόμο καθηκόντων του δημόσιου λειτουργού ή υπαλλήλου, τον καθιστά αφενός υπόχρεο σε λογοδοσία, ήτοι απόδοση λογαριασμού για την προσήκουσα και σύμφωνη με τον καθορισθέντα δημόσιο σκοπό διάθεση των χρημάτων, αξιών ή υλικού των ως άνω νομικών προσώπων, αφετέρου υποκείμενο καταλογισμού σε περίπτωση διαπίστωσης ελλείμματος στη διαχείρισή του (Ολομ. Ελ.Συν. 1396, 1492/2000, 1983/2013). Ο υπόλογος ευθύνεται για κάθε πταίσμα, δηλαδή και για ελαφρά αμέλεια, η υπαιτιότητα δε αυτή τεκμαίρεται, ενώ απαλλαγή του υπολόγου χωρεί μόνο εάν ο ίδιος επικαλεστεί και αποδείξει ότι το έλλειμμα δημιουργήθηκε χωρίς να συντρέχει οποιασδήποτε μορφής υπαιτιότητά του (Ολομ. Ελ.Συν. 1187/1998, 1783/2003, 1718/2009, 27/2010, 505/2011,

719/2012, 4689/2013, 2218/2014, 5241/2015 κ.ά.). Εις βάρος του υπολόγου καταλογίζονται από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα και οι προσαυξήσεις, που ορίζονται από τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις, απαλλάσσεται δε αυτών μόνο εάν αποδείξει ότι το διαπιστωθέν έλλειμμα δεν οφείλεται σε δόλο ή βαριά αμέλειά του.

4. Διαχειριστικό έλλειμμα, κατά τη δημοσιολογιστική έννοια, όπως αυτή έχει προσδιοριστεί νομοθετικώς (βλ. άρθρο 56 του ν. 2362/1995) και διαπλαστεί νομολογιακώς, είναι η επί έλαττον αδικαιολόγητη διαφορά μεταξύ της ποσότητας των χρημάτων κ.λπ. που έπρεπε να υπάρχει σε μία δεδομένη χρονική στιγμή στη δημόσια διαχείριση, με βάση τους τηρούμενους λογαριασμούς και σύμφωνα με τα υπάρχοντα νόμιμα διαχειριστικά στοιχεία και εκείνης που πράγματι υπάρχει. Ως έλλειμμα, επομένως, νοείται και κάθε «ανοίκειος» πληρωμή, δηλαδή κάθε πληρωμή που, μεταξύ άλλων, είτε δεν στηρίζεται σε πλήρη και νόμιμα δικαιολογητικά, είτε για την πραγματοποίησή της δεν τηρήθηκαν οι νόμιμες διαδικασίες εκ μέρους του υπολόγου (Ολομ. Ελ.Συν. 534, 790/1991, 1913/1992, 1053/1998, 169/2005, 2342/2009, 1745/2010, 2293/2011, 4318/2013, 1808, 2218/2014, 2926/2015, 1994/2016 κ.ά.).

5. Α. Στο άρθρο 6 παρ. 2 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών (Ε.Σ.Δ.Α.), η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 (Α' 256) και έχει, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος, υπέρτερη έναντι των κοινών νόμων τυπική ισχύ, ορίζεται ότι: «Παν πρόσωπον κατηγορούμενον επί αδικήματι τεκμαίρεται αθών μέχρι της νομίμου αποδείξεως της ενοχής του». Το ΕΔΔΑ, ερμηνεύοντας τη διάταξη αυτή, που κατοχυρώνει το τεκμήριο αθωότητας ως διαδικαστική

εγγύηση, που συμβάλλει κυρίως στην τήρηση των δικαιωμάτων υπεράσπισης, αλλά ταυτόχρονα και ως ουσιαστική εγγύηση, ως στοιχείο, δηλαδή, της προσωπικότητας του διωκόμενου προσώπου, που προωθεί τον σεβασμό της τιμής και της αξιοπρέπειάς του (ΕΔΔΑ, Κώνστας κατά Ελλάδος, 24.5.2011, σκ. 32), έχει δεχθεί ότι, μετά την παύση των ποινικών διώξεων, το τεκμήριο αθωότητας επιβάλλει να ληφθεί υπόψη, σε κάθε μεταγενέστερη διαδικασία, οποιασδήποτε φύσης και να είναι, το γεγονός ότι ο ενδιαφερόμενος έχει αθωωθεί (ΕΔΔΑ, Rushiti κατά Αυστρίας, 21.3.2000, Lamana κατά Αυστρίας, 10.7.2001, Teodor κατά Ρουμανίας, Allen κατά Ηνωμένου Βασιλείου -Τμήμα μείζονος σύνθεσης- 4.6.2013). Ειδικότερα, κατά τη νομολογία του ΕΔΔΑ, απόφαση διοικητικού δικαστηρίου που έπεται τελικής αθωωτικής απόφασης ποινικού δικαστηρίου για το ίδιο πρόσωπο δεν πρέπει να την παραβλέπει και να θέτει εν αμφιβόλω την αθώωση, έστω κι αν αυτή εχώρησε λόγω αμφιβολιών (ΕΔΔΑ, Σταυρόπουλος κατά Ελλάδος, 27.9.2007), ως «τελική» δε απόφαση, στο πλαίσιο της προαναφερόμενης νομολογίας, νοείται η αμετάκλητη απόφαση ποινικού δικαστηρίου (Ολομ. Ελ.Συν. 271/2019, πρβλ. ΕΔΔΑ, Zolotukhin κατά Ρωσίας -Τμήμα μείζονος σύνθεσης- 10.2.2009, σκ. 107, ΣτΕ 2951/2013, 1713/2014, 1184/2015, 1992/2016, 3051/2017, 39/2018).

B. Για την ενεργοποίηση του κατ' άρθρο 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ τεκμηρίου αθωότητας πρέπει να υφίσταται σύνδεσμος (συνάφεια) μεταξύ της ολοκληρωθείσας ποινικής δίκης, η οποία έκρινε κατ' ουσίαν την κατηγορία, και της επακολουθήσασας δίκης ενώπιον του διοικητικού δικαστηρίου. Αυτό δύναται να συμβαίνει όταν η παρεπόμενη δίκη προϋποθέτει την εξέταση της προηγηθείσας κρίσης του ποινικού δικαστηρίου και ιδίως στην περίπτωση που

το διοικητικό δικαστήριο υποχρεούται να εκτιμήσει τα αποδεικτικά στοιχεία της ποινικής δικογραφίας, να εξετάσει τη συμμετοχή του προσφεύγοντος στα γεγονότα που οδήγησαν στην ποινική κατηγορία ή να λάβει θέση επί των υφιστάμενων ενδείξεων της πιθανής ενοχής αυτού (ΕΔΔΑ, Allen κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ό.π., σκ. 104, Ολομ. Ελ.Συν. 124/2017, 271/2019). Στην περίπτωση κατά την οποία διαπιστωθεί η εν λόγω συνάφεια, η οποία προϋποθέτει ουσιαστικό έλεγχο των πραγματικών στοιχείων της διαφοράς, το διοικητικό δικαστήριο οφείλει να απόσχει από τη διατύπωση κρίσης ή και αιτιολογίας, η οποία θα έθετε εν αμφιβόλω το αθωωτικό αποτέλεσμα της οικείας ποινικής διαδικασίας. Επομένως, εφόσον ο σύνδεσμος-συνάφεια ανάμεσα στην ολοκληρωθείσα ποινική διαδικασία και στη δημοσιονομική δίκη, ειδικότερα, επιβεβαιωθεί, ενεργοποιείται το τεκμήριο αθωότητας, με συνέπεια τον έλεγχο πλέον της εκφερθείσας στο πλαίσιο της δεύτερης αυτής δίκης κρίσης για πιθανή παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 2 της Ε.Σ.Δ.Α. υπό την ανωτέρω έννοια, ήτοι εάν με την επίδικη κρίση ή και αιτιολογία αμφισβητήθηκε η προηγούμενη αθώωση του ενδιαφερομένου (Ολομ. Ελ.Συν. 124/2017, 271/2019, ΕΔΔΑ, Σταυρόπουλος κατά Ελλάδος, ό.π., Konstas κατά Ελλάδος, 24-5-2011, Rushiti κατά Αυστρίας, ό.π., Lamana κατά Αυστρίας, ό.π., Allen κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ό.π.).

Γ. Κατά πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου (Ολομ. Ελ.Συν. 1034/2011, 542/2013, 1808/2014, 2679/2016), η δημοσιονομική δίκη παρουσιάζει κατ' αρχήν αυτοτέλεια σε σχέση με την ποινική δίκη. Και τούτο, διότι ο υπόλογος φέρει δημοσιονομική ευθύνη για έλλειμμα που διαπιστώθηκε στη διαχείρισή του, η ευθύνη του δε αυτή, ως καθιερωθείσα κατά το σύστημα της νόθου αντικειμενικής ευθύνης (βλ. σκ. 3), θεμελιώνεται σε διαφορετικές

προϋποθέσεις, αυτοτελείς σε σχέση με αυτές της ποινικής ευθύνης, ενόψει και του διαφορετικού σκοπού των ειδικών δημοσιονομικών διατάξεων, στις οποίες αυτή ερείδεται, δοθέντος ότι δεν αποσκοπεί στην καταστολή, αλλά στην αποκατάσταση του δημιουργηθέντος ελλείμματος. Λόγω δε της αυτοτέλειας αυτής, και στο μέτρο που, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω (σκ. 5.A και B), η απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, όπως είναι διατυπωμένη, δεν αποδίδει ποινική ευθύνη στον προσφεύγοντα-υπόλογο, αμφισβητώντας άμεσα ή έμμεσα την ποινική κρίση, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η επιβολή καταλογισμού αυτή καθεαυτή παραγνωρίζει την αρχή του τεκμηρίου της αθωότητας (πρβλ. ΕΔΔΑ, Καπετάνιος και λοιποί κατά Ελλάδα, 30.4.2015, σκ. 87, ΣτΕ 4662/2012, 1923/2018).

Α. Περαιτέρω, όμως, ενόψει της ανωτέρω νομολογίας του ΕΔΔΑ, συντρέχει δέσμευση του Ελεγκτικού Συνεδρίου από την αθωωτική ποινική απόφαση, όταν επιλαμβάνεται εκ των υστέρων κατά την εκδίκαση υπόθεσης της δικαιοδοσίας του, εφόσον τα πραγματικά περιστατικά, αλλά και τα λοιπά στοιχεία που συγκροτούν την ποινική παράβαση, για την οποία έχει εκδοθεί απαλλακτική απόφαση, ταυτίζονται πλήρως με εκείνα στα οποία στηρίζεται ο καταλογισμός. Ήδη δε, σύμφωνα με τη νέα ρύθμιση της παραγράφου 2 του άρθρου 5 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1999, Α' 97), ο οποίος εφαρμόζεται αναλογικά και στην ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου δίκη (άρθρο 123 του π.δ/τος 1225/1981, Α' 304, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 12 παρ. 2 του ν. 3472/2006, Α' 135), όπως αυτή αντικαταστάθηκε με τη διάταξη του άρθρου 17 του ν. 4446/2016 (Α' 240/22.12.2016, έναρξη ισχύος αυτής από τη δημοσίευση του νόμου στην

Εφημερίδα της Κυβέρνησης), η οποία, ανεξαρτήτως εάν καταλαμβάνει ή όχι, από άποψη διαχρονικού δικαίου, την ένδικη υπόθεση (πρβλ. ΣτΕ 1523/2018), θεσπίστηκε με σκοπό τον σεβασμό του τεκμηρίου αθωότητας, σε εναρμόνιση με τη σχετική νομολογία του ΕΔΔΑ (βλ. την οικεία αιτιολογική έκθεση), τα δικαστήρια δεσμεύονται από τις αμετάκλητες αθωωτικές αποφάσεις, εκτός εάν η απαλλαγή στηρίχθηκε στην έλλειψη αντικειμενικών ή υποκειμενικών στοιχείων που δεν αποτελούν προϋπόθεση της διοικητικής παράβασης. Στην περίπτωση, επομένως, που συντρέχει η δέσμευση αυτή, το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν μπορεί να επανεκτιμήσει τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν ενώπιον του ποινικού δικαστηρίου ή να αποφανθεί σχετικά με την τέλεση, από τον προσφεύγοντα ενώπιόν του, της πράξης που αποτέλεσε στοιχείο της ποινικής του δίωξης, η οποία κατέληξε στην αθώωσή του (βλ. Ολομ. Ελ.Συν. 271/2019). Συνακόλουθα, ενόψει και της αρχής του σεβασμού της συνταγματικής διάκρισης των δικαιοδοσιών (πρβλ. ΣτΕ 2067/2011), μόνο εφόσον, κατά την εκδίκαση συγκεκριμένης διαφοράς, επιβεβαιωθεί ότι ανάμεσα στην ολοκληρωθείσα ποινική διαδικασία και τη δημοσιονομική δίκη έχει δημιουργηθεί ένας «εμφανής» σύνδεσμος, που θεμελιώνεται, ειδικότερα, στην ταυτότητα αφενός των επίδικων κρίσιμων πραγματικών περιστατικών και αφετέρου τόσο της αντικειμενικής, όσο και της υποκειμενικής υπόστασης του ποινικού αδικήματος για το οποίο το πρόσωπο αθώωθηκε από τον ποινικό δικαστήριο και της αντίστοιχης δημοσιονομικής παράβασης που του αποδίδεται με την καταλογιστική πράξη, η δημοσιονομική δίκη, στο πλαίσιο της οποίας κρίνεται η ίδια κατ' ουσίαν παράβαση, χάνει την αυτοτέλειά της (πρβλ. ΕΔΔΑ, Καπετάνιος και λοιποί κατά Ελλάδα, ό.π., σκ. 88) και η αποδοθείσα εις βάρος του

καταλογιζόμενου προσώπου συμπεριφορά αποκτά παρακολουθηματικό χαρακτήρα σε σχέση με το αντικείμενο της προηγηθείσας ποινικής δίκης, υπό την έννοια ότι το Ελεγκτικό Συνέδριο, σεβόμενο το τεκμήριο αθωότητας, ως αυτοτελές στοιχείο της προσωπικότητας του προσώπου, οφείλει, όχι απλώς να συνεκτιμήσει, έστω κατά τρόπο ειδικό (πρβλ. ΣτΕ 1741/2015, 1992/2016, 434/2017), την αθωωτική ποινική απόφαση με τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, αλλά να την υιοθετήσει, μη δυνάμενο να αποστεί από την κρίση αυτής (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 124/2017, 271/2019 όπου και μειοψηφία).

Ε. Κατά τη διάταξη του άρθρου 258 του Π.Κ., «υπάλληλος ο οποίος παράνομα ιδιοποιείται χρήματα ή άλλα κινητά πράγματα που τα έλαβε ή τα κατέχει λόγω αυτής της ιδιότητάς του, και αν ακόμα δεν ήταν αρμόδιος γι' αυτό, τιμωρείται: α) με φυλάκιση τουλάχιστον έξι μηνών β) αν το αντικείμενο της πράξης είναι ιδιαίτερα μεγάλης αξίας, με φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών (...)». Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι για τη στοιχειοθέτηση του προβλεπόμενου από αυτήν εγκλήματος της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία, το οποίο περιλαμβάνει την αντικειμενική υπόσταση της κατά το άρθρο 375 παρ. 1 του Π.Κ. υπεξαίρεσης, με επαύξηση της ποινής, απαιτείται, ως προς την αντικειμενική υπόσταση αυτού: α) παράνομη ιδιοποίηση ξένων (ολικά ή εν μέρει) κινητών πραγμάτων ή χρημάτων, τέτοια δε, θεωρούνται εκείνα τα οποία βρίσκονται σε ξένη, σε σχέση με τον δράστη, κυριότητα, με την έννοια κατά την οποία αυτή εκλαμβάνεται στο αστικό δίκαιο, β) ιδιότητα του δράστη ως υπαλλήλου, κατά την έννοια του άρθρου 13 στοιχ. α' του Π.Κ., όπως αυτή διευρύνεται με το άρθρο 263Α του ίδιου Κώδικα και γ) ο υπάλληλος να έλαβε ή να κατέχει τα κινητά πράγματα ή τα χρήματα υπό την υπαλληλική του ιδιότητα, αδιαφόρως αν

ήταν αρμόδιος ή όχι γι' αυτό. Ιδιοποίηση αποτελεί κάθε ενέργεια ή παράλειψη του δράστη, η οποία δηλώνει τη θέλησή του να εξουσιάζει και να διαθέτει το πράγμα σαν να είναι κύριος. Ως προς την υποκειμενική υπόσταση, απαιτείται η ύπαρξη δόλου του δράστη, ο οποίος ενέχει τη γνώση αυτού ότι το πράγμα ή τα χρήματα είναι ξένα (ολικά ή εν μέρει) ως προς αυτόν και ότι τα έλαβε ή τα κατέχει υπό την υπαλληλική του ιδιότητα, καθώς και τη βούληση να τα ιδιοποιηθεί παράνομα, ήτοι χωρίς τη συγκατάθεση του ιδιοκτήτη, Δημοσίου ή άλλου δικαιούχου νομικού προσώπου (ΑΠ 194/2015, 1133/2016, 1033/2017 κ.ά.). Εξάλλου, η δόλια προαίρεση εκδηλώνεται με οποιαδήποτε ενέργεια του δράστη, με την οποία εξωτερικεύει τη βούλησή του να ενσωματώσει το πράγμα στην ατομική του περιουσία, χωρίς νόμιμο δικαιολογητικό λόγο (ΑΠ 945/2016).

ΣΤ. Ενόψει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, η πρόκληση από υπάλληλο ή δημόσιο λειτουργό ελλείμματος στη διαχείριση νομικού προσώπου, ως συνέπεια είσπραξης και εκταμίευσης χρημάτων αυτού χωρίς την τήρηση της ειδικώς προβλεπόμενης προς τούτο διαδικασίας, ήτοι εξωταμειακής διαχείρισης, που υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του δημοσιονομικού δικαίου, συνιστά διαφορετική και όλως διακεκριμένη παράβαση σε σχέση με την προβλεπόμενη από τον Ποινικό Κώδικα υπεξαίρεση στην υπηρεσία. Και τούτο, διότι οι παραβάσεις αυτές διαφέρουν ουσιωδώς ως προς τα στοιχεία που συγκροτούν την αντικειμενική και υποκειμενική τους υπόσταση, αλλά και ως προς τον τρόπο θεμελίωσης της ευθύνης του υπαιτίου. Ειδικότερα, για τη στοιχειοθέτηση της οικείας δημοσιονομικής παράβασης αρκεί, ως προς την αντικειμενική της υπόσταση, η μη τήρηση των διατάξεων του δημοσιολογιστικού δικαίου και δη

αυτών που αφορούν στη διεξαγωγή της ταμειακής υπηρεσίας του νομικού προσώπου, καθώς και η συνεπεία αυτής πρόκληση, τυπικού έστω, ελλείμματος στη διαχείρισή του (βλ. κατωτέρω σκ. 8), χωρίς να απαιτείται ταυτόχρονα παράνομη ιδιοποίηση των χρημάτων που αποτελούν αντικείμενο του καταλογισμού, στοιχείο το οποίο εντάσσεται αναγκαίως στην κατά τα ανωτέρω αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία. Εξάλλου, υφίσταται διαφοροποίηση και από άποψη υποκειμενικής υπόστασης, καθώς και ως προς τον τρόπο θεμελίωσης της ευθύνης του υπαιτίου των ως άνω παραβάσεων και δη, ενώ για τη στοιχειοθέτηση του αδικήματος της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία απαιτείται και πρέπει να αποδειχθεί δόλος του υπαλλήλου, που να καλύπτει όλα τα στοιχεία της αντικειμενικής του υπόστασης, για τη στοιχειοθέτηση της αντίστοιχης δημοσιονομικής παράβασης πρόκλησης ελλείμματος στην οικεία διαχείριση, δεν απαιτείται δόλος, αλλά αρκεί ακόμα και η ελαφρά αμέλεια, η συνδρομή μάλιστα της οποίας, όπως έγινε δεκτό στη σκέψη 3, τεκμαίρεται, εφόσον διαπιστώνεται το αντικειμενικό γεγονός της πρόκλησης ελλείμματος, φέρει δε ο ίδιος το βάρος απόδειξης περί της μη συνδρομής υπαιτιότητάς του, ούτε σε βαθμό ελαφράς αμέλειας. Ενόψει αυτών, μεταξύ του ποινικού αδικήματος της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία και της δημοσιονομικής παράβασης της πρόκλησης ελλείμματος στη διαχείριση του νομικού προσώπου, συνεπεία εξωταμειακής διαχείρισης, δεν υφίσταται ταυτότητα παραβάσεων (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 740 και 741/2018). Συνακόλουθα, τυχόν προηγηθείσα σχετική αθωωτική απόφαση για το εν λόγω ποινικό αδίκημα δεν καθίσταται δεσμευτική, υπό την έννοια της, άνευ ετέρου, απαλλαγής του υπαιτίου για τη δημιουργία του ελλείμματος, στο πλαίσιο της διαδικασίας ενώπιον του

Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο, ως εκ τούτου, υποχρεούται απλώς να τη συνεκτιμήσει με τα λοιπά στοιχεία του φακέλου κατά τη διαμόρφωση της κρίσης του.

6. Α. Με τις διατάξεις του άρθρου 34 του ν. 3801/2009 (Α' 163) προβλέπεται η κατά πλάσμα του νόμου αναδρομική νομιμοποίηση δαπανών που διενεργήθηκαν, μεταξύ άλλων, από δήμους, μετά την 1η.7.2005, εις βάρος των προϋπολογισμών τους, είτε οι δαπάνες αυτές απορρέουν από την άσκηση αρμοδιοτήτων που δεν προβλέπονται ρητά στην κείμενη νομοθεσία, είτε από την άσκηση ρητά προβλεπόμενων από τις σχετικές διατάξεις αρμοδιοτήτων, εφόσον συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) να αφορούν σε έργα, εργασίες, προμήθειες, παροχή υπηρεσιών, μισθώματα ή παρασχεθείσες χρηματοδοτήσεις, β) να έχουν εξοφληθεί, γ) να βεβαιώνεται αρμοδίως η εκτέλεση του αντικειμένου για το οποίο εχώρησε η καταβολή τους και δ) να μην έχουν ακυρωθεί οι σχετικές, γενεσιουργοί αυτών (δαπανών), πράξεις από τον αρμόδιο Γενικό Γραμματέα της Περιφέρειας (Ολομ. Ελ.Συν. 2820/2011, 1929/2018).

Β. Από τις ανωτέρω διατάξεις, ερμηνευόμενες υπό το φως του άρθρου 98 παρ. 1 εδ. γ' του Συντάγματος, με το οποίο κατοχυρώνεται ο κατασταλτικός έλεγχος των υπολόγων των Ο.Τ.Α. από το Ελεγκτικό Συνέδριο, καθώς και του άρθρου 102 παρ. 5 του Συντάγματος, με το οποίο διασφαλίζεται η διαφάνεια κατά τη διαχείριση των πόρων των Ο.Τ.Α., συνάγεται ότι νομιμοποιούνται εκείνες μόνο οι δαπάνες των Ο.Τ.Α., οι πλημμέλειες στη διαδικασία ανάληψης και πραγματοποίησης των οποίων δεν είναι ουσιώδεις και όχι δαπάνες, οι οποίες διενεργήθηκαν επέκεινα των διατάξεων του λογιστικού των Ο.Τ.Α. και χωρίς

την τήρηση των στοιχειωδών κανόνων αυτού (Ολομ. Ελ.Συν. 506/2011, 4933/2013, 2218, 1810/2014, 2293, 1929/2018). Κατά συνέπεια, δαπάνες των Ο.Τ.Α., οι οποίες διενεργήθηκαν στο πλαίσιο εξωταμειακής διαχείρισης, ήτοι χωρίς την τήρηση των διατυπώσεων που προβλέπονται από τις οικείες διατάξεις του λογιστικού των Ο.Τ.Α., ως ουσιώδης διαδικαστικός τύπος, για τη διεξαγωγή της ταμειακής υπηρεσίας αυτών, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των ως άνω νομιμοποιητικών διατάξεων (Ολομ. Ελ.Συν. 2976/2012, 4689, 1989/2013, 1756/2015).

7. Με τις διατάξεις του άρθρου 37 παρ. 1 του ν. 3801/2009 παρέχεται η δυνατότητα στο Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά την εκδίκαση διαφορών από καταλογιστικές πράξεις που έχουν εκδοθεί εις βάρος, μεταξύ άλλων, αιρετών οργάνων των Ο.Τ.Α. α' βαθμού και αναφέρονται στο χρονικό διάστημα μέχρι την 1η.7.2005, να μειώσει το ποσό του καταλογισμού μέχρι το ένα δέκατο (1/10) της οφειλής, καθώς και να απαλλάξει τους καταλογισθέντες από προσαυξήσεις ή τόκους, είτε αυτεπαγγέλτως, είτε κατόπιν αίτησής τους. Η μείωση αυτή ή η απαλλαγή γίνεται κατά συνεκτίμηση του βαθμού υπαιτιότητας του καταλογισθέντος, της βαρύτητας της δημοσιονομικής παράβασης, των συνθηκών υπό τις οποίες τελέσθηκε και του επελθόντος αποτελέσματος, καθώς και της προσωπικής και οικογενειακής οικονομικής του κατάστασης (εφαρμογή της αρχής της χρηστής και εύρυθμης διοίκησης). Παρέχεται, ακόμα, η ευχέρεια στο δικαστήριο να απαλλάξει τον καταλογισθέντα από το συνολικό ποσό του καταλογισμού, εάν κρίνει ότι στο πρόσωπό του συνέτρεχε συγγνωστή πλάνη κατά την πρόκληση του ελλείμματος (Ολομ. Ελ.Συν. 4933, 4689/2013, 2218, 1810/2014, 1756/2015, 1929/2018). Οι ανωτέρω διατάξεις, ωστόσο, ενόψει

αφενός του εξαιρετικού χαρακτήρα τους, αφού με αυτές θεσπίζεται απόκλιση από τον κανόνα της αποκατάστασης των διαπιστωθέντων στη διαχείριση των Ο.Τ.Α. ελλειμμάτων σε όλη τους την έκταση, αφετέρου του αντικειμενικού χαρακτήρα του τιθέμενου με αυτές χρονικού ορίου, δεν μπορούν να τύχουν αναλογικής εφαρμογής, κατ' επίκληση της αρχής της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Συντ.), σε υποθέσεις που αφορούν σε χρονικό διάστημα μετά την 1η.7.2005 (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 2219/2014, 5242/2015, 1776, 1929/2018, ΣτΕ 1523/2018).

8. Από τα γενόμενα δεκτά στη σκέψη 4, συνάγεται ότι το καταλογιστέο έλλειμμα διαχείρισης χρηματικού, άλλοτε μεν, επάγεται ισόποση ζημία του νομικού προσώπου, οπότε ο επιβαλλόμενος εις βάρος του οικείου υπολόγου καταλογισμός έχει χαρακτήρα αμιγώς αποκαταστατικό της ζημίας αυτής, άλλοτε δε, δεν συνεπάγεται αντιστοίχως πραγματική ζημία αυτού, καθόσον οφείλεται σε τυπικές παραλείψεις κατά τη διενέργεια των δημοσίων δαπανών ή σε παραλείψεις σχετικά με την κανονική τήρηση των λογαριασμών. Τέτοιες περιπτώσεις, πλην άλλων, είναι η μη τήρηση των νομίμων διατυπώσεων για την πραγματοποίηση των δαπανών, καθώς και η μη ύπαρξη πλήρων και νομοτύπως συντεταγμένων δικαιολογητικών. Δοθέντος δε ότι οι ισχύουσες δημοσιολογιστικές διατάξεις δεν παρέχουν ούτε στην περίπτωση του «τυπικού ελλείμματος» στα αρμόδια διοικητικά όργανα τη δυνατότητα να εκτιμήσουν τις ευθύνες του υπολόγου και να τον καταλογίσουν με μέρος μόνο του διαπιστωθέντος ελλείμματος, ανάλογο της διαχειριστικής του συμπεριφοράς, της απόκλισής του, δηλαδή, από τη δημοσιολογιστική νομιμότητα, ενδέχεται ο επιβαλλόμενος εις βάρος του υπολόγου καταλογισμός με το σύνολο του διαπιστωθέντος ελλείμματος να μην τελεί σε εύλογη σχέση προς τη

συμπεριφορά που επέδειξε και να αντίκειται, κατά το μέρος που υπερβαίνει την εύλογη αυτή σχέση, στην απορρέουσα από την έννοια του κράτους δικαίου και ρητώς προβλεπόμενη πλέον στο άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος αρχή της αναλογικότητας (Ολομ. Ελ.Συν. 4689, 4314, 4315/2013, 1808, 2219, 2218/2014).

9. Α. Συναφώς, ενόψει της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας, η οποία διατρέχει το σύνολο της έννομης τάξης και λαμβάνεται υπόψη κατά την ερμηνεία και εφαρμογή οποιουδήποτε κανόνα δικαίου, ο καταλογισμός δεν συνδέεται αναγκαίως με το ύψος του διαπιστωθέντος ελλείμματος, υπό την έννοια ότι, στο μέτρο που αφεύκτως πλήττει το δικαίωμα στην περιουσία του καταλογιζομένου, το ύψος του καταλογισμού πρέπει να τελεί σε σχέση εύλογης αναλογίας αφενός με τη βαρύτητα της δημοσιονομικής παράβασης, αφετέρου με το επελθόν δημοσιονομικό αποτέλεσμα. Ως εκ τούτου, πρέπει, κατά την πλειοψηφούσα γνώμη, σε κάθε περίπτωση, να ερευνάται από το Δικαστήριο το είδος του ελλείμματος, ήτοι, κατά τα γενόμενα δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, εάν πρόκειται για έλλειμμα ουσιαστικό, επαγόμενο έλλειψη χρημάτων και ισόποση ζημία στην οικεία δημόσια διαχείριση ή τυπικό, οφειλόμενο, δηλαδή, σε τυπικές παραλείψεις κατά τη διενέργεια των δημοσίων δαπανών ή αναφορικά με την τήρηση των σχετικών λογαριασμών (Ολομ. Ελ.Συν. 1929/2018). Περαιτέρω, το Δικαστήριο πρέπει να συνεκτιμά, το ύψος του καταλογισθέντος ποσού, τον βαθμό απόκλισης της διαχειριστικής συμπεριφοράς του υπαιτίου για τη δημιουργία του ελλείμματος από τη δημοσιονομική νομιμότητα, τον βαθμό της υπαιτιότητάς του, τη βαρύτητα, καθώς και τις συνθήκες τέλεσης της συγκεκριμένης κάθε φορά δημοσιονομικής παράβασης, εφόσον δε, διαπιστώσει

ότι το ύψος του καταλογισθέντος ποσού βρίσκεται σε δυσαρμονία με τα λοιπά ως άνω στοιχεία, οφείλει να το προσαρμόσει στο ανάλογο, κατά την κρίση του, ύψος (Ελ.Συν. Ολομ. 4689, 4314, 4315/2013, 1808, 2219/2014). Κατά τη γνώμη, όμως, της Αντιπροέδρου Σωτηρίας Ντούνη και των Συμβούλων Γεωργίου Βοΐλη, Γεωργίας Τζομάκα, Ασημίνας Σακελλαρίου, Αργυρώς Μαυρομμάτη και Κωνσταντίνου Κρέπη, σε περίπτωση εξωταμειακής διαχείρισης, όπου δεν τηρούνται οι στοιχειώδεις κανόνες χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, η συμπεριφορά του υπολόγου καθίσταται σε τέτοιο βαθμό παρεκκλίνουσα από αυτή του μέσου συνετού ανθρώπου και η απόκλιση από τη νομιμότητα τόσο μεγάλη, ώστε να μην δικαιολογείται περιορισμός του καταλογισθέντος σε βάρος του υπολόγου ποσού, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. Ε.Σ. Ολ. 2218/2014, 4934, 4689/2013, 2293, 506/2011).

B. Στο πλαίσιο, εξάλλου, του ανωτέρω ελέγχου κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, με την οποία συντελείται μία θεμιτή διεύρυνση των ορίων του ελέγχου νομιμότητας προς την κατεύθυνση της ουσιαστικής δικαιοσύνης (Ολομ.Ελ.Συν. 1808/2014), το Δικαστήριο υποχρεούται να λαμβάνει υπόψη και τυχόν ποινικές αποφάσεις, βουλεύματα ή εισαγγελικές διατάξεις, με τις οποίες οι καταλογισθέντες απηλλάγησαν από κάθε συναφή ποινική ευθύνη (πρβλ. άρθρο 27 του ν. 4255/2014, Α' 89, με το οποίο προστέθηκε τρίτο εδάφιο στην ως άνω εκτεθείσα στη σκέψη 7 διάταξη του άρθρου 37 παρ. 1 του ν. 3801/2009). Τούτο δε, άλλωστε, σε εναρμόνιση και με τις επιταγές της αρχής του τεκμηρίου αθωότητας του καταλογισθέντος, εφόσον συντρέχει περίπτωση ενεργοποίησής της (βλ. σκ. 5.A και B), σε σχέση ιδίως με τη διαπίστωση της φύσης του δημιουργηθέντος ελλείμματος, ήτοι εάν αυτό

αντιστοιχεί σε πραγματική ζημία του νομικού προσώπου ή είναι τυπικό, κατά τρόπον ώστε να μην τίθενται εν αμφιβόλω τυχόν σχετικές ουσιαστικές κρίσεις του ποινικού δικαστηρίου, στις οποίες και στηρίχθηκε η απαλλαγή του υπολόγου από τη συναφή ποινική ευθύνη.

10. Α. Στην υπό κρίση υπόθεση, το δικάσαν Τμήμα, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, δέχθηκε, κατά την ανέλεγκτη περί τα πράγματα κρίση του, τα εξής: Κατόπιν σχετικών εντολών της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικής Επιθεώρησης-Διεύθυνσης Επιθεώρησης Δ.Δ. Ν.Π. και Δ.Ε.Κ.Ο., διενεργήθηκε διαχειριστικός-οικονομικός έλεγχος στον Δήμο ... Νομού ... για τα έτη 2003-2006. Μετά το πέρας του ελέγχου, συντάχθηκε η από 28.7.2010 πορισματική έκθεση, σύμφωνα με την οποία, κατά το έτος 2006, ο τότε Δήμαρχος ... και ήδη αναιρεσειών εισέπραξε από την εταιρεία «... .. Ε.Π.Ε.» το ποσό των 32.500,00 ευρώ, έναντι οφειλών της προς τον Δήμο από μισθώματα και τέλη, χωρίς, ωστόσο, να καταθέσει το ποσό αυτό στην ταμειακή υπηρεσία του Δήμου και χωρίς να εκδοθεί το προβλεπόμενο γραμμάτιο είσπραξης. Στα αρχεία του Δήμου βρέθηκε ανεπίσημη απόδειξη είσπραξης του ανωτέρω ποσού, χωρίς ημερομηνία, την οποία υπογράφει ο εκκαλών και ήδη αναιρεσειών και στην οποία αναφέρεται ότι η είσπραξη έγινε βάσει της 46/2006 απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Το κατά τα ανωτέρω εισπραχθέν από τον εκκαλούντα και ήδη αναιρεσειόντα ποσό των 32.500,00 ευρώ διατέθηκε για την κάλυψη διαφόρων εξόδων του Δήμου χωρίς, όμως, να ακολουθηθεί η νόμιμη διαδικασία έκδοσης χρηματικών ενταλμάτων πληρωμής μέσω της αρμόδιας υπηρεσίας του Δήμου. Συγκεκριμένα, από τις προσκομιζόμενες πρόχειρες αποδείξεις πληρωμής, αλλά και τις καταθέσεις του εκκαλούντος και ήδη

αναιρεσειόντος και υπαλλήλων του Δήμου ενώπιον του Οικονομικού Επιθεωρητή, προέκυψε ότι: α) συνολικό ποσό 14.000,00 ευρώ καταβλήθηκε από τον ίδιο τον εκκαλούντα και ήδη αναιρεσειόντα σε συμβασιούχους υπαλλήλους του Δήμου, καθώς και σε προμηθευτή καθαριότητας αυτού, β) ποσό 10.700,00 ευρώ καταβλήθηκε, κατ' εντολή του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος, από τον υπάλληλο του Δήμου σε συμβασιούχους υπαλλήλους, γ) ποσό 7.250,00 ευρώ καταβλήθηκε, κατ' εντολή του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος, από την υπάλληλο του Δήμου σε συμβασιούχους υπαλλήλους και δ) ποσό 2.200,00 ευρώ πληρώθηκε, κατ' εντολή του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος, από την υπάλληλο του Δήμου σε υπαλλήλους του Πολιτιστικού Οργανισμού του Δήμου. Κατόπιν των παραπάνω διαπιστώσεων, ο διενεργήσας τον έλεγχο Οικονομικός Επιθεωρητής καταλόγισε, με την προσβαλλόμενη με την έφεση απόφασή του, σε βάρος του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος, Δημάρχου του Δήμου ... και υπέρ του Δήμου αυτού, το ποσό των 32.500,00 ευρώ, το οποίο αντιστοιχεί σε δημοτικά έσοδα κατά το έτος 2006, τα οποία ουδέποτε εισήχθησαν στην χρηματική διαχείριση του Δήμου. Σε βάρος του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος καταλογίστηκαν επίσης, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, προσαυξήσεις εκπρόθεσμης καταβολής από 1.1.2007 μέχρι και την 30.6.2010 (βλ. αναλυτικά σελ. 23 της πορισματικής έκθεσης), συνολικού ποσού 13.650,00 ευρώ.

B. Με τα δεδομένα αυτά, το Τμήμα έκρινε ότι ο εκκαλών και ήδη αναιρεσειών νομίμως καταλογίστηκε με την προσβαλλόμενη με την έφεση απόφαση, με την αιτιολογία ότι η κατά τον ανωτέρω τρόπο είσπραξη και εκταμίευση των χρημάτων του Δήμου, την οποία άλλωστε ο ίδιος δεν

αμφισβήτησε (βλ. σχετικά υπόμνημά του, σελ. 7 της πορισματικής έκθεσης, καθώς και τα από 24.5.2010 και 31.5.2010 υπομνήματα), συνιστά εξωταμειακή (μη νόμιμη) διαχείριση αυτών και συνεπάγεται τη δημιουργία ελλείμματος, για το οποίο αυτός ευθύνεται, τουλάχιστον σε βαθμό βαρείας αμέλειας, με την ιδιότητά του ως Δημάρχου του Δήμου ... και, συνακόλουθα, ως υπολόγου. Συναφώς, απορρίφθηκαν ο ισχυρισμός του περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του οποιασδήποτε μορφής υπαιτιότητας και, συνακόλουθα, το αίτημα περί απαλλαγής του από τις επιβληθείσες εις βάρος του προσαυξήσεις. Εξάλλου, ο ισχυρισμός του ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, αποδίδοντάς του ταυτόχρονα ευθύνη υπολόγου και διατάκτη, διαλαμβάνει αντιφατικές αιτιολογίες, κρίθηκε, ομοίως, απορριπτέος, με την αιτιολογία ότι από την ίδια απόφαση προκύπτει σαφώς ότι ο καταλογισμός του έλαβε χώρα συνεπεία της εξωταμειακής από μέρους του διαχείρισης χρημάτων του Δήμου, για την οποία ευθύνεται ως υπόλογος. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος ότι δεν διαπιστώθηκε έλλειμμα στη διαχείρισή του από τη μοναδική διαχειριστική πράξη στην οποία προέβη, ήτοι την καταβολή δεδουλευμένων σε εργαζόμενους του Δήμου, η δε πράξη αυτή δεν μπορεί να χαρακτηριστεί «ανοίκειος» πληρωμή, ώστε να καθίσταται υποκείμενο καταλογισμού, απορρίφθηκαν ως αβάσιμοι, με την αιτιολογία ότι στην έννοια του ελλείμματος εμπίπτει και η είσπραξη χρηματικών ποσών, για τα οποία δεν τηρήθηκε εκ μέρους του υπολόγου η νόμιμη διαδικασία για την εισαγωγή τους ως έσοδα στην χρηματική διαχείριση του Δήμου, με δεδομένο δε ότι ο καταλογισμός, ως ενάσκηση δεσμίας αρμοδιότητας, είναι υποχρεωτικός οσάκις διαπιστώνεται έλλειμμα σε δημόσια διαχείριση, στη δημιουργία του οποίου συνετέλεσε

υπαιτίως ο υπόλογος, είναι αδιάφορο εάν τα ως άνω έσοδα διατέθηκαν για την κάλυψη δαπανών του Δήμου ή εάν έγινε ή όχι ιδιοποίηση αυτών από τον υπόλογο. Εξάλλου, απορριπτομένων ως αβασίμων των σχετικών λόγων έφεσης, με την αναιρεσιβαλλομένη κρίθηκε ότι οι δαπάνες των Ο.Τ.Α., οι οποίες διενεργούνται στο πλαίσιο εξωταμειακών διαχειρίσεων, όπως η επίμαχη διαχείριση, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των νομιμοποιητικών διατάξεων των άρθρων 34 του ν. 3801/2009 και 29 παρ. 3 του ν. 3838/2010, όσον αφορά δε στις διατάξεις των άρθρων 26 του ν. 3274/2004 και 29 παρ. 8 του ν. 3448/2006, ότι αυτές, σε κάθε περίπτωση, δεν εφαρμόζονται στην κρινόμενη υπόθεση. Τέλος, απορριπτέος κρίθηκε και ο ισχυρισμός του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος ότι με την .../2011 απόφαση του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου ... αθώθηκε από την κατηγορία της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία αντικειμένου ιδιαίτερα μεγάλης αξίας, με την αιτιολογία ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση καταλογίστηκε λόγω της δημοσιολογιστικής του ευθύνης, που είναι αυτοτελής σε σχέση με την τυχόν συντρέχουσα ποινική του ευθύνη, η αθωωτική δε απόφαση δεν αποτελεί δεδικασμένο και δεν δεσμεύει ως προς τη δημοσιονομική ευθύνη του, αλλά συνεκτιμάται με τα λοιπά στοιχεία της υπόθεσης.

11. Α. Ήδη, με την υπό κρίση αίτηση, ο αιτών προβάλλει εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή από το δικάσαν Τμήμα των διατάξεων των άρθρων 5 παρ. 2 του εφαρμοζόμενου και εν προκειμένω ν. 2717/1999 «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας» (βλ. σκ. 5.Δ), 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ και 14 παρ. 2 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, το οποίο κυρώθηκε με τον ν. 2462/1997 (Α' 25) και δη παραβίαση του τεκμηρίου αθωότητας αυτού, ενόψει της απαλλαγής του, με την 1706/2011 απόφαση του

Τριμελούς Πλημμελειοδικείου ...που κατέστη αμετάκλητη, από την κατηγορία για το αδίκημα της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία αντικειμένου ιδιαίτερα μεγάλης αξίας (άρθρο 258 εδ. β΄ ΠΚ). Και τούτο, διότι, όπως υποστηρίζει, η ποινικώς κολάσιμη πράξη, που φερόταν ότι διέπραξε και για την οποία αθώθηκε από το ποινικό δικαστήριο, είναι ταυτόσημη, ως έχουσα την ίδια αντικειμενική υπόσταση, με αυτή που του αποδόθηκε με την καταλογιστική πράξη, τη νομιμότητα της οποίας δέχθηκε η αναιρεσιβαλλομένη. Ως εκ τούτου, κατά τον αναιρεσιώντα, το δικάσαν Τμήμα όφειλε να μην αποστεί από την αμετάκλητη κρίση του ποινικού δικαστηρίου, από την οποία ήδη απέρρεε δεδικασμένο ως προς το ότι δεν τέλεσε την αποδιδόμενη σε αυτόν πράξη, που συνιστούσε ταυτόχρονα έγκλημα και γενεσιουργό πράξη δημοσιονομικού ελλείμματος.

Β. Σύμφωνα, όμως, με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 5.ΣΤ, δεν υφίσταται ταυτότητα παραβάσεων, όπως ο αναιρεσιών εσφαλμένα υποστηρίζει, μεταξύ της υπαγόμενης στο πεδίο του δημοσιονομικού δικαίου πρόκλησης από υπάλληλο ελλείμματος στη διαχείριση νομικού προσώπου, συνεπεία εξωταμειακής διαχείρισης, αφενός, και του προβλεπόμενου από τον Ποινικό Κώδικα αδικήματος της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία, αφετέρου. Επομένως, ούτε η παρεπόμενη δημοσιονομική δίκη έχασε εν προκειμένω την αυτοτέλειά της (βλ. σκ. 5.Γ), ούτε η αποδοθείσα εις βάρος του αναιρεσιώντος παραβατική συμπεριφορά στο πλαίσιο της δημοσιονομικής δίκης απέκτησε παρακολουθηματικό χαρακτήρα σε σχέση με το αντικείμενο της προηγηθείσας ποινικής δίκης. Και τούτο, διότι, μεταξύ της ποινικής και της δημοσιονομικής δίκης δεν δημιουργήθηκε εν προκειμένω εκείνος ο «εμφανής» σύνδεσμος που απαιτείται κατά τα γενόμενα δεκτά στη σκέψη 5.Δ, προκειμένου να καταστεί

δεσμευτική η σχετική αθωωτική ποινική απόφαση για το Ελεγκτικό Συνέδριο, υπό την έννοια της «αυτόματης» απαλλαγής του αναιρεσείοντος από τη δημοσιονομική ευθύνη του ως υπολόγου για την αναπλήρωση του ελλείμματος, όπως ο ίδιος αβασίμως αιτείται. Άλλωστε, με την αναιρεσιβαλλομένη δεν διατυπώθηκε οποιαδήποτε κρίση ή αιτιολογία που να θέτει εν αμφιβόλω το αθωωτικό αποτέλεσμα της ως άνω ποινικής απόφασης, υπό την έννοια της αμφισβήτησης της κρίσης της τελευταίας αυτής ως προς τη συνδρομή ή μη στο πρόσωπο του αναιρεσείοντος των στοιχείων της αντικειμενικής ή και της υποκειμενικής υπόστασης του αδικήματος για το οποίο αυτός διώχθηκε και αθώωθηκε. Ενόψει των ανωτέρω, η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση ορθώς κατ' αποτέλεσμα, αν και με εν μέρει διαφορετική αιτιολογία, έκρινε ότι η επίμαχη αθωωτική απόφαση δεν δεσμεύει ως προς τη δημοσιονομική ευθύνη του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσείοντος, αλλά συνεκτιμάται με τα λοιπά στοιχεία της υπόθεσης και, ως εκ τούτου, ο ως άνω λόγος αναίρεσης περί παραβίασης από το δικάσαν Τμήμα του τεκμηρίου αθωότητας αυτού, με τον οποίο υποστηρίζονται τα αντίθετα, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Γ. Ενόψει, άλλωστε, της σαφούς διάκρισης των δύο εγγυήσεων ως προς το περιεχόμενό τους και δη σε τέτοιο βαθμό, ώστε η επίκληση της μίας να μην ενέχει και προβολή της άλλης (ΕΔΔΑ, Σισμανίδης και Σιταρίδης κατά Ελλάδα, 9.6.2016, σκ. 30 και 50, ΣτΕ 434/2017), δεν δύναται να εκτιμηθεί ότι με το αναιρετήριο ο αναιρεσείων προβάλλει παραβίαση από το δικάσαν Τμήμα ταυτόχρονα του τεκμηρίου αθωότητας και της απορρέουσας από το άρθρο 4 παρ. 1 του 7ου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ αρχής *ne bis in idem*, η οποία κατοχυρώνει το δικαίωμα όχι μόνο να μην τιμωρείται κάποιος δύο φορές,

αλλά και να μη διώκεται ή να μη δικάζεται για δεύτερη φορά για την ίδια παράβαση. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός του αναιρεσειόντος περί εφαρμογής εν προκειμένω της αρχής *ne bis in idem*, ως αυτοτελής σε σχέση με τον προβληθέντα με το αναιρετήριο ισχυρισμό του περί παραβίασης του τεκμηρίου αθωότητας (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 740, 741/2018, ΣτΕ 1523/2018), αλλά και μη συναρτώμενος άμεσα με τον προταθέντα, στην κατ' έφεση δίκη, λόγο περί έλλειψης υπαιτιότητάς του (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 1340/2010), απαραδέκτως προβάλλεται το πρώτον στην κατ' αναίρεση δίκη και δη με το υπόμνημα. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον, όπως έγινε ήδη δεκτό, η ποινικά κολάσιμη πράξη, για την οποία διώχθηκε και αθώωθηκε ο αναιρεσειών, δεν είναι ταυτόσημη, με την παράνομη πράξη που του αποδόθηκε με την καταλογιστική πράξη, δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω η αρχή *ne bis in idem*, όπως εσφαλμένα ο ίδιος υποστηρίζει. Και τούτο, ανεξαρτήτως της συνδρομής ή μη και των λοιπών απαιτούμενων για την ενεργοποίηση της εν λόγω αρχής προϋποθέσεων (βλ. Ολομ. Ελ.Συν. 740, 741/2018 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία του ΕΔΔΑ).

12. Α. Περαιτέρω, ο αναιρεσειών προβάλλει ότι με την αναιρεσιβαλλομένη εσφαλμένα, και δη κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 114 παρ. 4 του ισχύοντος κατά τον κρίσιμο χρόνο π.δ/τος 410/1995 «Δημοτικός και Κοινοτικός Κώδικας» (Α' 231), σύμφωνα με την οποία «ο δήμαρχος δεν ευθύνεται για τις πράξεις του Δημοτικού Συμβουλίου που εκτελεί», έγινε δεκτό ότι αυτός βαρύνεται με υπαιτιότητα, δοθέντος ότι, κατά τους ισχυρισμούς του, από την απόφαση του Τμήματος προκύπτει ότι η είσπραξη των χρημάτων για την οποία καταλογίστηκε, έγινε βάσει της .../2006 απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου ... και, ως εκ τούτου,

επρόκειτο για εκπλήρωση υποχρέωσης που είχε εκ του νόμου για εκτέλεση αυτής.

Β. Ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος προεχόντως ως απαράδεκτος, καθόσον προβάλλεται το πρώτον με το υπόμνημα και, σε κάθε περίπτωση, ως αβάσιμος. Ειδικότερα, στην υπό κρίση υπόθεση, κατά τα δεκτά γενόμενα από το δικάσαν Τμήμα, ο καταλογισμός του ήδη αναιρεσειόντος έλαβε χώρα συνεπεία της εξωταμειακής από μέρους του διαχείρισης χρημάτων του Δήμου, για την οποία ευθύνεται ως υπόλογος. Επομένως, δοθέντος ότι, ως εκ της ειδικής μορφής της, η δημοσιολογιστική ευθύνη του υπολόγου για το διαπιστούμενο στη διαχείρισή του έλλειμμα, η οποία και συντρέχει εν προκειμένω, κατά τις ως άνω παραδοχές της αναιρεσιβαλλομένης, διέπεται από ιδιαίτερο πλέγμα κανόνων του δημοσιολογιστικού δικαίου, ο ανωτέρω, ο οποίος διενήργησε πρωτογενώς την είσπραξη και εκταμίευση χρημάτων του Δήμου, δεν εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο της ως άνω διάταξης του άρθρου 114 του π.δ/τος 410/1995. Και τούτο, καθόσον οι ρυθμίσεις του εν λόγω άρθρου, ερμηνευόμενες σε συμφωνία αφενός μεν με τη συνταγματική αρχή της ισότητας, υπό την έννοια ότι ο νομοθέτης δεν ηθέλησε την προδήλως προνομιακή μεταχείριση των δημάρχων, στις περιπτώσεις που αυτοί καθίστανται de facto υπόλογοι, σε σχέση με τους λοιπούς υπολόγους, αφετέρου δε με τη διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1 περ. γ' του Συντάγματος, όπου καθορίζεται η κατά το Σύνταγμα έννοια του δημοσίου υπολόγου, δεν τυγχάνουν εφαρμογής σε περιπτώσεις που οι δήμαρχοι, εξερχόμενοι των κατά το νόμο αρμοδιοτήτων τους, διαχειρίζονται ευθέως και «εν τοις πράγμασι» τα χρήματα του οικείου Δήμου, όπως εν προκειμένω (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 1718, 1340/2010, 3237/2011, 1781/2018). Και τούτο,

ανεξαρτήτως του ότι ο ίδιος ισχυρισμός ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθόσον, όπως προκύπτει από την αναιρεσιβαλλομένη, η σχετική παραδοχή του δικάσαντος Τμήματος εν προκειμένω συνίσταται στο ότι στα αρχεία του Δήμου βρέθηκε ανεπίσημη απόδειξη, στην οποία αναγράφεται ότι η είσπραξη των χρημάτων έγινε βάσει της προαναφερόμενης απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου, χωρίς, ωστόσο, να παρατίθεται το ειδικότερο περιεχόμενο της απόφασης αυτής και δη σε σχέση με τη διενέργεια εξωταμειακής διαχείρισης του σχετικού ποσού από τον αναιρεσειόντα.

13. Ο αναιρεσειών προβάλλει, επίσης, ότι ο επίμαχος καταλογισμός εις βάρος του θα καταστήσει τον Δήμο αδικαιολογήτως πλουσιότερο κατά το αντίστοιχο ποσό, ενόψει του ότι αφορά σε αμοιβές συμβασιούχων για εργασίες που πράγματι παρασχέθηκαν και αξιοποιήθηκαν επ' ωφελεία αυτού. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος προεχόντως ως απαράδεκτος, καθόσον προβάλλεται το πρώτον κατ' αναίρεση και δη με το υπόμνημα και, σε κάθε περίπτωση, ως αβάσιμος. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού διατάξεις των άρθρων 904 - 913 του Α.Κ., όποιος καθίσταται πλουσιότερος, χωρίς νόμιμη αιτία, από την περιουσία ή επί ζημία άλλου υποχρεούται να του αποδώσει την ωφέλεια. Για την εφαρμογή, συνεπώς, των ανωτέρω διατάξεων απαιτείται αφενός περιουσιακή μετακίνηση και, ειδικότερα, επαύξηση της περιουσίας ενός προσώπου εις βάρος κάποιου άλλου, αφετέρου η περιουσιακή αυτή μετακίνηση να θεωρείται από την έννομη τάξη αδικαιολόγητη. Ως εκ τούτου, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι εν προκειμένω πρόκειται περί τυπικού ελλείμματος, ήτοι ελλείμματος, το οποίο δεν αντιστοιχεί σε ισόποση πραγματική ζημία του Δήμου, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις

εφαρμογής των περί αδικαιολόγητου πλουτισμού διατάξεων, καθόσον νόμιμη αιτία της επίμαχης περιουσιακής μετακίνησης συνιστούν οι ειδικές και κατισχύουσες δημοσιολογιστικές ρυθμίσεις του άρθρου 56 του ν. 2362/1995, σύμφωνα με τις οποίες κάθε διενεργηθείσα, χωρίς τη νόμιμη διαδικασία, πληρωμή λογίζεται ως έλλειμμα, καταλογιστέο εις βάρος εκείνου που προκάλεσε την επέλευσή του (Ολομ. Ελ.Συν. 1929/2018). Άλλωστε, η ένσταση περί αδικαιολόγητου πλουτισμού του υπέρ ου ο καταλογισμός νομικού προσώπου, στο μέτρο που συνδέεται με την έρευνα της φύσης του ελλείμματος, ήτοι εάν αυτό είναι ουσιαστικό ή τυπικό (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 2339/2009), κατατείνει κατ' ουσία στο ίδιο ακριβώς αποτέλεσμα με την εφαρμογή της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας (βλ. σκ. 9Α), η οποία δύναται, μετά από στάθμιση από το Δικαστήριο και των λοιπών κρίσιμων στοιχείων, να οδηγήσει σε μείωση ή ακόμη και πλήρη εξάλειψη, εφόσον συντρέχει περίπτωση, του καταλογισθέντος εις βάρος του υπολόγου ποσού.

14. Περαιτέρω, προβάλλεται ότι οι επίμαχες δαπάνες, οι οποίες πληρώθηκαν στο σύνολό τους κατά το έτος 2006 προς εξόφληση υφιστάμενων απαιτήσεων εργαζομένων κατά του Δήμου για έργα και εργασίες που πράγματι παρασχέθηκαν σε αυτόν, έχουν νομιμοποιηθεί με βάση τις διατάξεις του άρθρου 34 του ν. 3801/2009, τις οποίες, ωστόσο, ευθέως παραβίασε το δικάσαν Τμήμα, δεχόμενο ότι αυτές δεν είναι εφαρμοστέες εν προκειμένω. Σύμφωνα, όμως, με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 6.Β, η εκ μέρους του αναιρεσειόντος διενέργεια εξωταμειακής διαχείρισης του ως άνω εισπραχθέντος από τον ίδιο ποσού, συνιστά σοβαρότατη παραβίαση των στοιχειωδών κανόνων του λογιστικού των Ο.Τ.Α.. Ως εκ τούτου, δεν καταλείπεται εν προκειμένω περιθώριο εφαρμογής

των ανωτέρω διατάξεων για τη νομιμοποίηση των σχετικών δαπανών, όπως ορθώς δέχθηκε και το δικάσαν Τμήμα, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα είναι αβάσιμα και απορριπτέα.

15. Αβασίμως, ωσαύτως, ο αναιρεσειών προβάλλει ότι εσφαλμένα το δικάσαν Τμήμα δεν εφήρμοσε στην περίπτωση του τις διατάξεις του άρθρου 37 παρ. 1 του ν. 3801/2009, σε συνδυασμό με τη συνταγματική αρχή της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Συντ.), προκειμένου να απαλλαγεί από τον ένδικο καταλογισμό ή επικουρικώς να μειωθεί το ποσό αυτού στο 1/10. Και τούτο, καθόσον, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 7, οι ανωτέρω διατάξεις δεν μπορούν να τύχουν αναλογικής εφαρμογής, κατ' επίκληση της εν λόγω αρχής, σε υποθέσεις που αφορούν σε χρονικό διάστημα μετά την 1η.7.2005.

16. Α. Τέλος, με την ένδικη αίτηση και κατ' εκτίμηση του σχετικού λόγου, όπως ειδικότερα αυτός αναπτύσσεται με το οικείο υπόμνημα, ο αναιρεσειών προβάλλει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, υπό την ειδικότερη αιτίαση της μη λήψης υπόψη από το δικάσαν Τμήμα του ουσιώδους ισχυρισμού του περί παραβίασης της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι η αναιρεσιβαλλομένη με πλημμελή αιτιολογία απέρριψε τον ουσιώδη πραγματικό ισχυρισμό του περί μη ύπαρξης πραγματικής ζημίας του Δήμου από τη μοναδική διαχειριστική του πράξη, η οποία συνίστατο στην καταβολή δεδουλευμένων σε εργαζόμενους του Δήμου, με σκοπό την εξόφληση υφιστάμενων υποχρεώσεών του, όπως, άλλωστε, δέχθηκε, κατά τρόπο δεσμευτικό για το Ελεγκτικό Συνέδριο, και η .../2011 αμετάκλητη απόφαση του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου ... με την οποία κηρύχθηκε αθώος για το αδίκημα της υπεξαίρεσης στην υπηρεσία αντικειμένου ιδιαίτερα μεγάλης αξίας.

Β. Κατά τη γνώμη που κράτησε στο Δικαστήριο, από την παραδεκτή επισκόπηση του δικογράφου της έφεσης και του οικείου υπομνήματος, ως διαδικαστικών εγγράφων της δίκης, προκύπτει ότι πράγματι ο εκκαλών και ήδη αναιρεσείων είχε προβάλλει ενώπιον του Τμήματος ότι θα υποστεί ανεπανόρθωτη βλάβη από τον εν λόγω άδικο, κατά τους ισχυρισμούς του, καταλογισμό, αφού αυτός δεν συνδέεται με πραγματική ζημία του Δήμου, αλλά αφορά σε τυπικές απλώς παραλείψεις, δοθέντος ότι, όπως αναφέρεται και στην οικεία πορισματική έκθεση, το ποσό που εισέπραξε από την ως άνω εταιρεία το διέθεσε για την κάλυψη υποχρεώσεων του Δήμου και δη για την άμεση καταβολή δεδουλευμένων σε απλήρωτους εργαζόμενους αυτού, ενώ, εξάλλου, αθώωθηκε από την ποινική κατηγορία της διάπραξης υπεξαίρεσης στην υπηρεσία αντικειμένου ιδιαίτερα μεγάλης αξίας για τον ίδιο λόγο. Και ναι μεν, πράγματι, από την άποψη της ύπαρξης ελλείμματος, το οποίο και καταλογίζεται υποχρεωτικά, ως ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της διοίκησης, στον υπόλογο, ως μη συναρτώμενο αναγκαίως με την ύπαρξη αντίστοιχης ζημίας (Ολομ. Ελ.Συν. 1039/1995, 1461/2006, 27/2010, 1983/2013, 4689, 1808/2014), είναι «αδιάφορο», όπως ορθώς έγινε δεκτό από το δικάσαν Τμήμα, εάν τα σχετικά έσοδα διατέθηκαν για την κάλυψη δαπανών του Δήμου ή εάν έγινε ή όχι ιδιοποίηση αυτών από τον υπόλογο (βλ. και σκ. 5.ΣΤ). Πλην όμως, τον συγκεκριμένο ισχυρισμό, ο οποίος θα μπορούσε, αληθής υποτιθέμενος, να ασκήσει ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης, η αναιρεσιβαλλομένη εν τέλει τον απέρριψε κατ' ουσίαν ως αλυσιτελή, δίχως να εξετάσει, ως όφειλε, την ουσιαστική βασιμότητα αυτού από την άποψη της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 2335/2009). Και τούτο, παρά το γεγονός ότι ο εκκαλών

και ήδη αναιρεσείων, με τις αιτιάσεις που απέδωσε στην προσβαλλόμενη καταλογιστική πράξη, επικαλούμενος τα ως άνω πραγματικά περιστατικά που συνιστούν τις προϋποθέσεις εφαρμογής της εν λόγω συνταγματικής αρχής, και ανεξαρτήτως εάν δεν αναφέρθηκε ρητά σ' αυτή, προέβαλε κατ' ουσίαν την παραβίασή της (πρβλ. ΕΔΔΑ αποφ. της 14.11.2008, Φακιρίδου και Σχινά κατά Ελλάδας, σκ. 34-36 και της 27.9.2007, Σταυρόπουλος κατά Ελλάδας, σκ. 23-25, Ολομ. Ελ.Συν. 2020/2018). Συνεπώς, το δικάσαν Τμήμα, εκλαμβάνοντας εσφαλμένα ότι τα προβαλλόμενα από τον εκκαλούντα και ήδη αναιρεσειόντα ανάγονται μόνο στην ερμηνεία της έννοιας του «ελλείμματος» που τυγχάνει καταλογιστέο εις βάρος του υπολόγου και, κατ' επέκταση, στην πλημμελή εφαρμογή κατά τούτο των οικείων διατάξεων του δημοσιολογιστικού δικαίου, δεν απάντησε πλήρως, ως όφειλε, στον ως άνω ουσιώδη, υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, ισχυρισμό του περί του τυπικού χαρακτήρα του ελλείμματος και, ως εκ τούτου, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την ένδικη αίτηση, διέλαβε ελλιπή αιτιολογία ως προς την απόρριψη αυτού (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 748, 749, 750/2017).

Γ. Εξάλλου, κατά την πλειοψηφήσασα γνώμη, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στις σκέψεις 9.Α και Β, το δικάσαν Τμήμα όφειλε, ειδικότερα, να εξετάσει, λαμβάνοντας υπόψη και την ως άνω επικαλούμενη από τον εκκαλούντα απαλλακτική ποινική απόφαση, τον ισχυρισμό του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος περί του τυπικού χαρακτήρα του ελλείμματος και, σε περίπτωση κατάφασης αυτού, να προβεί περαιτέρω σε συνεκτίμηση του ύψους του καταλογισμού και των λοιπών κρίσιμων εν προκειμένω στοιχείων, προκειμένου να διαπιστώσει εάν ο επίδικος καταλογισμός τελεί ή όχι σε εύλογη

σχέση με την ως άνω αποκλίνουσα από τη διαχειριστική νομιμότητα συμπεριφορά του ανωτέρω ως υπολόγου, σε περίπτωση δε που ήθελε κριθεί ότι συντρέχει παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, να προσαρμόσει τον καταλογισμό στο ανάλογο, κατά την κρίση του, ύψος.

Δ. Κατά τη γνώμη, όμως, της Αντιπροέδρου Σωτηρίας Ντούνη και των Συμβούλων Γεωργίου Βοΐλη, Γεωργίας Τζομάκα, Ασημίνας Σακελλαρίου, Αργυρώς Μαυρομάτη και Κωνσταντίνου Κρέπη, το δικάσαν Τμήμα με βάση τα εκτεθέντα σε προηγούμενη σκέψη, ορθώς και με νόμιμη αιτιολογία απέρριψε, ως εκ του μη ουσιώδους χαρακτήρα του, τον ισχυρισμό του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος ότι το επίμαχο ποσό το διέθεσε για την κάλυψη υποχρεώσεων του Δήμου, καθόσον, πράγματι, όπως παγίως γίνεται δεκτό από το Δικαστήριο τούτο (Ολ. Ε.Σ. 1039/1995, 1461/2006, 27/2010, 1983/2013, 4689, 1808/2014), ο καταλογισμός του ελλειμματία υπολόγου δεν συναρτάται αναγκαίως με την ύπαρξη ή μη ζημίας. Εξάλλου, κατά τη γνώμη της παρούσας μειοψηφίας, η τήρηση των κανόνων του λογιστικού αναφορικά με τη διεξαγωγή της ταμειακής διαχείρισης των Ο.Τ.Α. α΄ βαθμού αποτελεί ουσιώδη διαδικαστικό τύπο που αποσκοπεί στη διαφάνεια της διακίνησης χρημάτων και την αποφυγή του κινδύνου διασπάθισης και παράνομης ιδιοποίησής τους, η εξωταμειακή δε διαχείριση των εσόδων αυτών αποτελεί μορφή διαχείρισης αποκλίνουσα από την τηρητέα διαδικασία που διαγράφεται στις οικείες δημοσιονομικές διατάξεις, διενεργείται κατά περιγραφή αυτών και είναι, ως εκ τούτου, μη νόμιμη. Με τη μη τήρηση των στοιχειωδών κανόνων χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, η συμπεριφορά του ως άνω υπολόγου καθίσταται σε τέτοιο βαθμό παρεκκλίνουσα από αυτή του μέσου συνετού ανθρώπου και η

απόκλιση από τη νομιμότητα τόσο μεγάλη, ώστε να μην δικαιολογείται περιορισμός του καταλογισθέντος σε βάρος του υπολόγου ποσού, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας. Σε κάθε δε περίπτωση, η εξέταση της παραβίασης της συνταγματικά κατοχυρωμένης στο άρθρο 25 παρ. 1 αρχής της αναλογικότητας προϋποθέτει ρητή επίκλησή της στα ενώπιον του Τμήματος κατατιθέμενα δικόγραφα, στα οποία θα αναφέρεται αφενός σε τί συνίσταται η παραβίαση της εν λόγω αρχής, αφετέρου η διάταξη νόμου, η οποία παραβιάζει την αρχή αυτή, δοθέντος ότι η αρχή της αναλογικότητας, η οποία οριοθετεί τον περιοριστικό του δικαιώματος νόμο, δεν εφαρμόζεται αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο παρά μόνο για τον έλεγχο συνταγματικότητας νόμων που περιορίζουν δικαιώματα του ανθρώπου (Ε.Σ. Ολομ. 4328/2014, ΑΠ 60 και 76/2008), περίπτωση, όμως, που δεν συντρέχει εν προκειμένω, καθόσον αφενός μεν δεν πρόκειται περί παραβίασεως ανθρωπίνων δικαιωμάτων, αφετέρου δε ο αναιρεσείων δεν επικαλέστηκε ρητώς στην έφεσή του, ούτε στην κρινόμενη αίτησή του, κατά τον προεκτεθέντα τρόπο, την παραβίαση της αρχής αυτής.

Ε. Κατά τη γνώμη του Συμβούλου Γεωργίου Βοΐλη, το δικάσαν Τμήμα ορθώς και με νόμιμη αιτιολογία απέρριψε ως μη ουσιώδη τον ισχυρισμό του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσείοντος ότι το επίμαχο ποσό το διέθεσε για την κάλυψη υποχρεώσεων του Δήμου, δίχως να εξετάσει την ουσιαστική βασιμότητα αυτού από την άποψη της αρχής της αναλογικότητας, καθόσον ο ανωτέρω δεν επικαλέστηκε ρητώς στην έφεσή του, ούτε στην κρινόμενη αίτησή του την παραβίαση της αρχής αυτής. Σε κάθε περίπτωση, έχουν συντελεσθεί εν προκειμένω βαρύτατες δημοσιονομικές παραβάσεις, συνδεδεμένες με την εξωταμειακή διαχείριση του ανωτέρω ποσού, μη αρκούντος, ως εκ τούτου, του

γεγονότος, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί αληθές, της πραγματοποίησης των επικαλούμενων δαπανών, για τη μείωση ή, πολλώ μάλλον, την πλήρη εξάλειψη του καταλογισθέντος εις βάρος του ποσού.

17. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, πρέπει, κατά παραδοχή του λόγου αναίρεσης περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, να γίνει δεκτή η ένδικη αίτηση, να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να αναπεμφθεί η υπόθεση στο αρμόδιο VII Τμήμα του Δικαστηρίου για την εκ νέου εξέταση αυτής υπό διαφορετική σύνθεση (άρθρο 116 εδάφ. β' του π.δ/τος 1225/1981), σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 16.Γ της παρούσας. Περαιτέρω, πρέπει να αποδοθεί στον αναιρεσείοντα το κατατεθέν για την άσκηση της αίτησης παράβολο (άρθρα 73 παρ. 4 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013 και 61 παρ. 3 και 117 του π.δ/τος 1225/1981).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την από 18 Απριλίου 2013 αίτηση του του

Αναιρεί την 179/2013 απόφαση του VII Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Αναπέμπει την υπόθεση στο VII Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου για την εκ νέου εξέτασή της με διαφορετική σύνθεση. Και

Διατάσσει την απόδοση του κατατεθέντος παραβόλου αναίρεσης στον αναιρεσείοντα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα, στις 25 Οκτωβρίου 2017.

Η ΠΡΟΕΔΡΕΥΟΥΣΑ ΑΝΤΙΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ

ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

ΕΥΦΡΟΣΥΝΗ ΠΑΠΑΘΕΟΔΩΡΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στις 4 Δεκεμβρίου 2019.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ