

Γ Ν Ω Μ Ο Δ Ο Τ Η Σ Η

Πρόσφατα μου τέθηκε το ερώτημα, εάν είναι πράγματι δυνατό, σύμφωνα με το σκεπτικό της με αριθμό 5266/06/εγκ. 1/2007 Εγκυκλίου του κ. Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, σε περιπτώσεις διενέργειας τυχηρών παιγνίων **με ηλεκτρονικούς υπολογιστές**, να τύχει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 του ΒΔ 29/71 για τον ποινικό κολασμό τους.

Στο παραπάνω ερώτημα απαντώ ως εξής:

1. Η εν λόγω εγκύκλιος εκδόθηκε, όπως είναι προφανές από το περιεχόμενό της, για την ενημέρωση των Εισαγγελικών Αρχών της χώρας για την έκδοση της από 26-10-2006 αποφάσεως του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) στην υπόθεση C-65/2005, δηλ. επί της Προσφυγής της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά της Ελληνικής Δημοκρατίας αναφορικά με τις διατάξεις των άρθρων 2, 3, 4 και 5 του Ν. 3037/2002.

Από την αναφορά στην εγκύκλιο κατά λέξη του διατακτικού της εν λόγω αποφάσεως του ΔΕΚ γίνεται εμμέσως -πλην σαφώς- κατανοητό ότι η Εισαγγελία του Αρείου Πάγου αποδέχεται ως ορθή τη σχετική δικαστική κρίση και εκτιμά ότι οι διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του Ν. 3037/2002 , που επισύρουν τις ποινικές και διοικητικές κυρώσεις των άρθρων 4 και 5 του ίδιου νόμου **δεν μπορούν πλέον να τύχουν εφαρμογής**. Η δε φράση που ακολουθεί: *«... Όμως, κατά την άποψή μας, εξακολουθεί να είναι παράνομη και ποινικώς κολάσιμη η διενέργεια δια μέσου ηλεκτρονικών υπολογιστών τυχηρών παιγνίων, αφού η διενέργεια τέτοιων παιγνίων είναι αξιόποινη, σύμφωνα και με τη διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 ΒΔ 29/71»*, επιβεβαιώνει απόλυτα την παραδοχή αυτή, αφού **εξ' αντιδιαστολής** σημαίνει ότι η διενέργεια παιγνίων με βάση τις διατάξεις των άρθρων 2, 3 και 4 του Ν. 3037/2002 ΔΕΝ μπορεί να θεωρείται πλέον παράνομη.

[Πρέπει εδώ να σημειωθεί ότι: η παραπάνω απόφαση του ΔΕΚ είναι δεσμευτική και αμετάκλητη από της δημοσίευσής της (πρβλ. σε άρθρο 65ΚΔΔΕΚ και σε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο, Π. Δαγτόγλου, έκδοση Σάκκουλα, Αθήνα 1985, σελ. 379 και 380).

Η Ελληνική Δημοκρατία έχει κατά το παλαιό άρθρο 171 ΣυνθΕΟΚ, ήδη **άρθρο 228 ΣυνθΕΚ**, υποχρέωση συμμορφώσεως: «Αν το Δικαστήριο διαπιστώσει ότι κράτος μέλος έχει παραβεί υποχρέωσή του εκ της παρούσης συνθήκης, το κράτος αυτό οφείλει να λάβει τα μέτρα που συνεπάγεται η εκτέλεση της αποφάσεως του Δικαστηρίου». Η υποχρέωση αυτή αφορά όλα τα κρατικά όργανα: νομοθετικά, διοικητικά και δικαστικά. («Τα δικαστήρια του κράτους αυτού έχουν την υποχρέωση να διασφαλίσουν την τήρηση της αποφάσεως κατά την άσκηση των καθηκόντων τους» – αποφ. ΔΕΚ 314-316/81 και 83/82, Waterkeyn, Συλλ. 1982, 4337 [σκεπτικό αρ. 14 και 15] – πρβλ. σε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο, Π. Δαγτόγλου, έκδοση Σάκκουλα, Αθήνα 1985, σελ. 397 - 399).

Γραπτός γενικός κανόνας υπεροχής του κοινοτικού δικαίου δεν περιέχεται στις συνθήκες. Ομόφωνα όμως η θεωρία και νομολογία του ΔΕΚ συνάγουν από τη φύση και το σκοπό των Κοινοτήτων την υπεροχή του Κοινοτικού Δικαίου έναντι των δικαίων των κρατών μελών, ως κεντρική αρχή του κοινοτικού δικαίου - αποφ. ΔΕΚ 6/64, Costa/ENEL, Συλλ. 1964, 1141 (1269-1271). Οποιασδήποτε μορφής διάταξη του εσωτερικού δικαίου δεν μπορεί να υπερισχύσει του δικαίου που δημιούργησε η συνθήκη. **Ο δε εθνικός Δικαστής οφείλει να αφήνει ανεφάρμοστο μεταγενέστερο κανόνα εσωτερικού δικαίου που αντιτίθεται στο κοινοτικό δίκαιο χωρίς να περιμένει την ακύρωσή του από τα αρμόδια κατά το εθνικό σύνταγμα όργανα** – αποφ. ΔΕΚ 106/77, Simmenthal, Συλλ. 1978, 629 (645, 646) – πρβλ. σε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο, Π. Δαγτόγλου, έκδοση Σάκκουλα, Αθήνα 1985, σελ. 185 - 188). **Ποινικές κυρώσεις βάσει εθνικής διατάξεως που διαπιστώθηκε ως αντικείμενη στο κοινοτικό δίκαιο είναι επίσης ασυμβίβαστες με το κοινοτικό δίκαιο** – αποφ. ΔΕΚ 88/77, Schonenberg, Συλλ. 1978, 473, αποφ. 269/80, Tymen, Συλλ. 1981, 3079 (σκεπτικό αρ. 16,17) – πρβλ. σε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο, Π. Δαγτόγλου, έκδοση Σάκκουλα, Αθήνα 1985, σελ. 189. Περαιτέρω, και με το **άρθρο 28** του Σ 1975/1986/2001 ορίζεται ότι: «1. Οι **γενικά παραδεδεγμένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου**, καθώς και οι διεθνείς συμβάσεις, από την επικύρωσή τους με νόμο και τη θέση τους σε ισχύ σύμφωνα με τους όρους της καθεμιάς, **αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του εσωτερικού ελληνικού δικαίου και υπερισχύουν από κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου**». Δεν αμφισβητείται πλέον σήμερα ότι τέτοιος κανόνας είναι η Συνθήκη ΕΚ.

Σύμφωνα με όλα τα παραπάνω δεν δύνανται πλέον, από της δημοσίευσής της αποφάσεως του ΔΕΚ για την υπόθεση C-65/06 την 26^η Οκτωβρίου 2006, να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις των άρθρων 2, 3, 4 και 5 του Ν. 3037/2002.]

2. Ζήτημα λοιπόν τίθεται αν πράγματι είναι δυνατή σήμερα η εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 7 του ΒΔ 29/71. Προκαλεί μάλιστα ιδιαίτερη εντύπωση ότι η παραπάνω θέση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου δεν αιτιολογείται όπως θα έπρεπε, δηλαδή τη φράση «Όμως, **κατά την άποψή μας**, εξακολουθεί να είναι παράνομη...» δεν ακολουθεί μετά ένα «διότι ...» για να την θεμελιώσει με κάποιο συγκροτημένο νομικό σκεπτικό.

Με τη ρητή μεταβατική διάταξη **του άρθρου 10 παρ. 6 του Ν. 3037/2002**, ο τίτλος του άρθρου 7 του Β.Δ. 29/71 από «λοιπαί ποινικάί διατάξεις» αντικαταστάθηκε σε **«ποινικές διατάξεις για τη διενέργεια τυχερών παιγνίων με παιγνιόχαρτα»**. Ως εκ τούτου, από τη γραμματική διατύπωση και από την ενέργεια του νομοθέτη να τροποποιήσει και όχι να καταργήσει την εν λόγω διάταξη, ώστε να περιλάβει και να καταστήσει αξιόποινες συγκεκριμένες συμπεριφορές, προκύπτει ότι η διενέργεια τυχερών παιγνίων με άλλο τρόπο, δηλαδή δια μέσου ηλεκτρονικών υπολογιστών, ΔΕΝ περιλαμβάνεται έκτοτε (29-7-2002) στη νομοτυπική μορφή της συγκεκριμένης διάταξης, ούτε και υπήρχε κανένας λόγος γι' αυτό αφού τυποποιούνταν στις διατάξεις του νόμου 3037/2002. Με την τροποποίηση αυτή καταργήθηκε μάλιστα και η ευθύνη των συμμετεχόντων σε οποιοδήποτε άλλου είδους παίγνιο (άρθρο 7 παρ. 1 περιπτ. δ') και γι' αυτό ουδέποτε ασκήθηκε ποινική δίωξη σε συμμετέχοντα σε τυχερά παίγνια κατά το χρονικό διάστημα που εφαρμόζονται οι διατάξεις του νόμου 3037/2002. Η διάταξη αυτή, όπως και οι υπόλοιπες διατάξεις του Ν. 3037/2002 που δε θίγονται από το διατακτικό της αποφάσεως του ΔΕΚ, εξακολουθούν να ισχύουν, με συνέπεια να μην είναι πλέον αξιόποινη η διενέργεια τυχερών παιγνίων δια μέσου ηλεκτρονικών υπολογιστών.

3. Είναι προφανές λοιπόν ότι η απάντηση στο ερώτημα που τέθηκε είναι αρνητική, βρισκόμαστε σήμερα μπροστά σε ένα **κενό δικαίου**, το οποίο ο έλληνας νομοθέτης πρέπει να σπεύσει να καλύψει και να ευθυγραμμιστεί -κατά την άποψή μου- με τις σύγχρονες ευρωπαϊκές νομοθεσίες.

Θεσσαλονίκη, 15-5-2007.

Ο ΓΝΩΜΟΔΟΤΩΝ

ΣΤΑΥΡΟΣ Λ. ΠΑΠΑΓΕΡΜΑΝΟΣ
ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ ΠΑΡ' ΑΡΕΙΩ ΠΑΓΩ
Α.Μ. Δ.Σ.Θ. 3686