

## ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

## Νομικά ζητήματα αναφυόμενα στο πλαίσιο της διαδικασίας άρσης της απαγόρευσης για τη μεταβίβαση ιδιωτικής νήσου: το πρόβλημα της επιβολής «πρόσθετων όρων» στους διοικουμένους

ΛΑΜΠΡΟΥ Ι. ΚΙΤΣΑΡΑ  
Λέκτορα Νομικής Δ.Π.Θ.

**Α. ΙΣΤΟΡΙΚΟ-ΕΡΩΤΗΜΑΤΑ:** Τέθηκε υπόψη μου το παρακάτω ιστορικό:

Ι. Η εταιρεία με την επωνυμία «Κ.Π.Γ. Α.Ε.» (εφεξής: η «πωλήτρια») έχει στην πλήρη και αποκλειστική κυριότητα, νομή και κατοχή της τη νήσο «Χ». Η κυριότητα της εν λόγω νήσου ουδέποτε ανήκε στο Ελληνικό Δημόσιο, η δε πωλήτρια κατέστη κυρία εξ αγοράς, στηριζόμενη στην αδιάκοπη σειρά τίτλων ιδιοκτησίας των δικαιοπαρόχων της. Η πωλήτρια και οι δικαιοπάροχοί της είχαν ανέκαθεν τη νομή και κατοχή της νήσου.

ΙΙ. Η εταιρεία «Κ.Π.Γ. Α.Ε.» αποφάσισε να πωλήσει και μεταβιβάσει τμήμα 100 μη δασικών στρεμμάτων της νήσου. Η εταιρεία με την επωνυμία «V.T.C.» (εφεξής: η «αγοράστρια»), η οποία ενδιαφέρεται να αποκτήσει την έκταση αυτή, υπέβαλε αίτηση προς τον Υπουργό Γεωργίας, με την οποία ζητούσε να της χορηγηθεί η προβλεπόμενη στο άρθρο 28 του ν. 1892/1990 άδεια. Το Υπουργείο Γεωργίας αποτάθηκε μέσω της αρμόδιας υπηρεσίας του στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας προκειμένου το τελευταίο να διατυπώσει, όπως προβλέπεται στο άρθρο 28 του ν. 1892/1990, τη γνώμη του. Επιλαμβανόμενο της υποθέσεως το Γ.Ε.Ν., απέστειλε προς το Υπουργείο Γεωργίας έγγραφο, στο οποίο διατυπώνει τη σύμφωνη γνώμη του ως εξής:

«...το Γ.Ε.Ν. στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων του δεν έχει αντίρρηση που να υπαγορευτεί από λόγους εθνικής ασφάλειας για την αγορά 100 στρεμμ. στη νήσο «Χ» από την Εταιρεία με την επωνυμία «V.T.C.». Η ανωτέρω σύμφωνη γνώμη παρέχεται με τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α. Καθορισθούν προηγουμένως οι οριογραμμές αιγιαλού-παράλιας στην παραπάνω περιοχή με μέριμνα των ενδιαφερομένων.

β. Κατά την πράξη της μεταβίβασης να εξαιρεθούν εφόσον συμπεριλαμβάνονται οι κοινόχρηστοι χώροι του αιγιαλού-παράλιας, καθόσον πρόκειται για χώρους του δημοσίου σύμφωνα με το σχετικό (β).

γ. Σε περίπτωση χρησιμοποίησης της έκτασης για τουριστικούς σκοπούς θα πρέπει να εκφραστούν απόψεις του Υπ. Τουρισμού.

δ. Συμφωνήσει για την δικαιοπραξία θέματος η Εφορία Ενάλιων Αρχαιοτήτων, προς την οποία θα πρέπει να αποσταλεί αίτηση των ενδιαφερομένων.

ε. Σε περίπτωση εκτελέσεως οιοδήποτε τεχνικού έργου εντός των κοινοχρήστων περιοχών (αιγιαλού-παράλιας) ή εντός της θάλασσας να αιτηθεί η σύμφωνη γνωμοδότηση Γ.Ε.Ν./ΥΥ σύμφωνα με τα σχετικά (β) και (γ).

στ. Θα διευκολύνεται με κάθε τρόπο από τους ιδιοκτήτες της νήσου ο έλεγχος αυτής από τις Κρατικές Αρχές για την εφαρμογή της ισχύουσας νομοθεσίας...».

Ενόψει της ως άνω σύμφωνης γνώμης του Γ.Ε.Ν. ο Υπουργός Γεωργίας εξέδωσε τελικά την προβλεπόμενη στο άρθρο 28 ν. 1892/1990 άδεια, στην οποία αναφέρεται ότι:

«...Χορηγούμε την προβλεπόμενη από το άρθρο 28 του Ν. 1892/1990 άδεια για την αγορά από την εταιρεία με την επωνυμία «V.T.C.» 100 στρεμμάτων στη νήσο «Χ», ιδιοκτησίας της

εταιρείας «Κ.Π.Γ. Α.Ε.», με τους κάτωθι όρους:...» (επαναλαμβάνονται οι όροι α' -στ' που περιέχονται στη σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν.).

ΙΙΙ. Από τις «προϋποθέσεις» που έθεσε το Γ.Ε.Ν. στη σύμφωνη γνώμη του και τους όμοιους «όρους» που περιέλαβε εν συνεχεία ο Υπουργός Γεωργίας στην απόφαση-άδειά του οι υπό στοιχεία (γ), (ε) και (στ) δεν αφορούν στην ίδια την καταρτισθείσα δικαιοπραξία αλλά στη χρήση του ακινήτου για συγκεκριμένους σκοπούς και στη δυνατότητα των κρατικών Αρχών να διαπιστώνουν την τήρηση της νομοθεσίας, ενώ οι υπό στοιχεία (α), (β) και (δ) συνδέονται με την ίδια τη μεταβιβαστική δικαιοπραξία.

ΙV. Με βάση το ως άνω ιστορικό μου τέθηκαν τα εξής ερωτήματα: α) Είναι νόμιμη η διατύπωση των υπό στοιχεία (α), (β) και (δ) «όρων» για τη μεταβίβαση της επίμαχης έκτασης της νήσου «Χ» στο πλαίσιο της σύμφωνης γνώμης του Γ.Ε.Ν. και της απόφασης-άδειας του Υπουργού Γεωργίας; β) Σε περίπτωση αρνητικής απάντησης, μπορεί να καταρτισθεί το μεταβιβαστικό συμβόλαιο και πριν από την τήρηση των «όρων» αυτών;

**Β. ΑΠΑΝΤΗΣΗ:** Επί των υποβληθέντων ερωτημάτων και υπό την προϋπόθεση ότι το ιστορικό της υποθέσεως έχει όπως ακριβώς μου εκτέθηκε, η γνώμη μου έχει ως ακολούθως:

### Ι. Επί του πρώτου ερωτήματος

1. Για τις νήσους και τις νησίδες<sup>1</sup> ισχύουν, πέρα και κατ' απόκλιση από τις γενικές διατάξεις του εμπράγματος δικαίου, ειδικοί κανόνες που επιβάλλουν καθεστώς κρατικού ελέγχου στη διαδικασία μεταβίβασής τους και εν γένει άσκησης των απορρεουσών από την κυριότητα εξουσιών<sup>2</sup> (π.χ. με την παραχώρηση της χρήσης τους). Από συστηματι-

1. Ως νήσος ή νησίδα νοείται εν προκειμένω η θαλάσσια. Επομένως δεν ενδιαφέρει η περίπτωση της ποτάμιας νήσου (βλ. ΑΚ 1071 και άρθρο 1 ν. 116/1975), που δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 28 του ν. 1892/1990.

2. Δεν πρόκειται δηλαδή για κανόνες με δικαιο-απονεμητική λειτουργία (Zuordnungsfunktion), δηλαδή για κανόνες που καθιερώνουν ειδικό τίτλο κτήσης για τις νήσους και τις νησίδες (όπως αντίθετα συμβαίνει με τις διατάξεις των άρθρων 967-968 ΑΚ και 1 ν. 116/1975, που ρυθμίζουν το εμπράγματο καθεστώς των ποτάμων νήσων -όχι όμως των λιμναίων: *Ευ. Δωρής*, Τα δημόσια κτήματα Α', 1980, σ. 378· ομοίως Ν.Σ.Κ. 1059/1971· βλ. και άρθρο 31 ν. 2971/2001, το οποίο, καιφίτο προβλέπει κατ' αρχήν ότι οι διατάξεις του ν. 2971 για τον καθορισμό, τη διαχείριση κλπ. του αιγιαλού εφαρμόζονται και για τις όχθες κλπ. των μεγάλων λιμνών και των πλεύσιμων ποταμών, δεν περιλαμβάνει μεταξύ αυτών το άρθρο 16, το οποίο ρυθμίζει το ζήτημα της παραχώρησης θαλάσσιων νησίδων του Δημοσίου-) αλλά για διατάξεις που υποβάλλουν τη (διεπόμενη κατά τα λοιπά από το κοινό, γενικό και ειδικό, εμπράγματο δίκαιο) «ιδιωτική» κυριότητα σε περιορισμό ως προς την εξουσία διάθεσης και παραχώρησης της

κή άποψη οι κρίσιμες διατάξεις περιλαμβάνονταν ανέκαθεν, λόγω της δικαιοπολιτικής συγγένειάς τους και της εν πολλοίς κοινής ratio, που συνίσταται στην προστασία της εθνικής ασφάλειας και της άμυνας της χώρας, στο ίδιο νομοθέτημα, με το οποίο επιβάλλονταν περιορισμοί στην άσκηση του δικαιώματος της κυριότητας σε παραμεθόριες περιοχές. Στο ισχύον δίκαιο τέτοιο νομοθέτημα είναι ο ν. 1892/1990 και ειδικότερα τα άρθρα 24-32 αυτού.

Οι θεσπιζόμενοι με τις ειδικές αυτές διατάξεις περιορισμοί στην ελεύθερη άσκηση της κυριότητας σε νήσους και νησίδες εδράζονται επί της διακρίσεως μεταξύ «ιδιωτικών» νήσων και νησίδων. Σύμφωνα με την § 1 του άρθρου 28 του ν. 1892/1990: «Για την απόκτηση με δικαιοπραξία εν ζωή εμπράγματων ή ενοχικών δικαιωμάτων, από φυσικά ή νομικά πρόσωπα σε ιδιωτικές νήσους ή νησίδες της Ελλάδος, καθώς και σε ακίνητα ιδιωτικών νήσων ή νησίδων, οπουδήποτε και εάν βρίσκονται αυτές, απαιτείται άδεια του Υπουργού Γεωργίας, που παρέχεται ύστερα από σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας υπηρεσίας του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας -ΓΕΣ, ΓΕΝ, ΓΕΑ- ανάλογα με την περιοχή». Εξάλλου, σύμφωνα με την § 2 του ίδιου άρθρου: «Η αίτηση για τη χορήγηση της άδειας υποβάλλεται από αυτόν που ενδιαφέρεται να αποκτήσει το δικαίωμα στον Υπουργό Γεωργίας και πρέπει να συνοδεύεται από υπεύθυνη δήλωση, στην οποία θα αναφέρονται τα πλήρη στοιχεία της ταυτότητάς του, ο τόπος κατοικίας ή διαμονής, καθώς και ο σκοπός για τον οποίο θα χρησιμοποιηθεί το ακίνητο». Ενόψει του ότι η ρύθμιση καταλαμβάνει τις δικαιοπραξίες, με τις οποίες αποκτάται εμπράγματο ή ενοχικό δικαίωμα σε «ιδιωτική νήσο» ή «νησίδα», πρόδηλη είναι η ανάγκη αποσαφήνισης του περιεχομένου της έννοιας αυτής και της διάκρισής της από την έννοια της νήσου ή νησίδας «του Δημοσίου».

2. Ο ν. 1892/1990 δεν περιέχει τον ορισμό της ιδιωτικής νήσου/νησίδας. Τέτοιος ορισμός, άμεσος ή έμμεσος, απουσιάζει και από τη λοιπή ισχύουσα εμπράγματο νομοθεσία, γενική και ειδική, όπως λ.χ. τη νομοθεσία για τα δημόσια κτήματα ή τη νομοθεσία για τον αιγιαλό και την παραλία. Αντίθετα, στο προϊούσαν (σε σχέση προς τους νόμους 1892/1990 και 2971/2001) δίκαιο τον ορισμό της ιδιωτικής νήσου ή νησίδας έδωσε αυθεντικός ο νομοθέτης. Συγκεκριμένα, το άρθρο 7 του α.ν. 1366/1938 όριζε αρχικά ότι: «Επί νήσων ή νησίδων της Ελλάδος, αίτινες δεν ανήκουν κατά κυριότητα εις το Δημόσιον, απαγορεύεται επί ποινή απολύτου ακυρότητας πάσα δικαιοπραξία εν ζωή, δι' ης συνιστάται οιονδήποτε δικαίωμα ή συνάπτεται μίσθωσις ή άλλη ενοχική σχέση εφ' ολοκλήρου της νήσου ή νησίδος ή επί κτημάτων εν αυτή υπέρ φυσικού ή νομικού προσώπου άνευ προηγουμένης εγγράφου αδειάς του Υπουργού Γεωργίας χορηγούμενης μετά πρότασιν της κατά το εδ. 2 του άρθρου 2 επιτροπής»<sup>3</sup>. Στη συνέχεια δε με

χρήσης. Πάντως, η ειδική νομοθεσία που διέπει το καθεστώς μεταβίβασης και παραχώρησης της χρήσης στις «ιδιωτικές» νήσους εισάγει στην πραγματικότητα μια νέα κατηγορία ακινήτων (όπως αντίστοιχα συμβαίνει στην περίπτωση των ακινήτων που κείνται σε παραμεθόριο περιοχή), επί των οποίων και μόνο εφαρμόζεται η εν λόγω νομοθεσία.

3. Περιορισμό στην ελεύθερη μεταβίβαση (παραχώρηση της χρήσης κλπ.) ακινήτων που βρίσκονταν σε νήσους και νησίδες (επομένως η διάταξη δεν αφορούσε τη μεταβίβαση ολόκληρης της νήσου/νησίδας) θέσπιζε και το άρθρο 1 του α.ν. 1366/1938. Η διάταξη αυτή υπέβαλε τη μεταβίβαση κλπ. των ακινήτων αυτών, οπουδήποτε και αν βρίσκονταν οι νήσοι και νησίδες, στο ίδιο καθεστώς ελέγχου με τις παραμεθόριες περιοχές. Στο ίδιο καθεστώς υπάγονταν και οι μεταβιβάσεις ακινήτων στις παράκτιες περιοχές της ηπειρωτικής χώρας.

Ο ν. 1892/1990 απομακρύνθηκε από τη νομοθετική αυτή εξομοίωση των απαγορεύσεων που ισχύουν για τα ακίνητα των παραμεθόριων περιοχών (άρθρα 25 επ.) με τις αντίστοιχες για

το άρθρο 4 του α.ν. 1629/1939 θεσπίστηκε ερμηνευτική διάταξη, σύμφωνα με την οποία: «Η αληθής έννοια του άρθρου 7 του υπ' αριθμ. 1366/1938 α.ν. νόμου είναι ότι αι προβλεπόμε-

τις ιδιωτικές νήσους/νησίδες (άλλη βεβαίως η περίπτωση κατά την οποία μια νήσος/νησίδα βρίσκεται σε παραμεθόριο περιοχή, οπότε θα εφαρμοσθεί εξ αυτού του λόγου η διαδικασία των άρθρων 25 επ. για τη μεταβίβασή της). Στο πλαίσιο του ν. 1892/1990 οι περιορισμοί που αναφέρονται στα ακίνητα των παραμεθόριων περιοχών (άρθρα 25 επ.) είναι εντονότεροι σε σχέση με τους περιορισμούς που αφορούν στη μεταβίβαση ιδιωτικών νήσων/νησίδων (άρθρο 28). Το άρθρο 25 θεσπίζει ευθέως απαγόρευση σύστασης με δικαιοπραξία εν ζωή εμπράγματος ή ενοχικού δικαιώματος σε ακίνητο που βρίσκεται σε παραμεθόριο περιοχή υπέρ φυσικού ή νομικού προσώπου, καθώς επίσης απαγόρευση μεταβίβασης (μη εισηγμένων στο χρηματιστήριο) μετοχών/εταιρικών μεριδίων ή μεταβολής του προσώπου εταιρών εταιρειών οποιασδήποτε μορφής που έχουν στην κυριότητά τους τέτοιο ακίνητο. Η απαγόρευση αυτή αίρεται με απόφαση της επιτροπής που προβλέπεται στο άρθρο 26. Λιγότερο περιοριστικό του δικαιώματος της κυριότητας το άρθρο 28 δεν απαγορεύει ευθέως τη σύσταση εμπράγματος ή ενοχικού δικαιώματος σε νήσο ή νησίδα, αλλά ορίζει ότι για την απόκτηση με δικαιοπραξία εν ζωή εμπράγματων ή ενοχικών δικαιωμάτων σε ιδιωτικές νήσους ή νησίδες καθώς και σε ακίνητα ιδιωτικών νήσων ή νησίδων, οπουδήποτε και αν βρίσκονται αυτές, απαιτείται άδεια του Υπουργού Γεωργίας, η οποία παρέχεται μετά από σύμφωνη γνώμη του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας. Εξάλλου, σε αντίθεση προς το άρθρο 25, το άρθρο 28, το οποίο εφαρμόζεται ανεξαρτήτως σε ποιο γεωγραφικό σημείο βρίσκεται η ιδιωτική νήσος/νησίδα, δεν εισάγει κανενός είδους περιορισμό στη δυνατότητα ελεύθερης διάθεσης μετοχών α.ε. ή μεριδίων ε.π.ε. ούτε υποβάλλει σε έλεγχο τη διαδικασία μεταβολής των μελών προσωπικής εταιρείας, όταν οι εν λόγω εταιρείες έχουν στην κυριότητά τους νήσους ή νησίδες. Στην τελευταία περίπτωση δεν απαιτείται άδεια του Υπουργού Γεωργίας. Ας σημειωθεί ότι η αναλογική εφαρμογή του άρθρου 25 § 1 εδ. α' περ. 1, έτσι ώστε να επεκταθεί και στην περίπτωση του άρθρου 28 η σχετική απαγόρευση, αποκλείεται (έτσι και ο Κουτσουράδης, Δικαιοπραξίες επί ακινήτων κειμένων σε παραμεθόριες περιοχές της χώρας, ΕΛΛΔΗ 1994, 979 σημ. 168). Η διάταξη του άρθρου 25 είναι εξαιρετική, καθώς θεσπίζει περιορισμό στην άσκηση του δικαιώματος της κυριότητας αλλά και περιορισμό της ιδιωτικής αυτονομίας. Πρόκειται επομένως για εξαίρεση από θεμελιώδεις αρχές του δικαίου μας συστήματος, γεγονός που σημαίνει ότι όπου αυτή δεν ισχύει, δεν υπάρχει κενό στον νόμο αλλά εφαρμόζεται ο γενικός κανόνας της ελεύθερης άσκησης του δικαιώματος. Αντίθετα, ορισμένες από τις προβλεπόμενες στις §§ 1 εδ. β' και 2 του άρθρου 25 εξαιρέσεις από τις απαγορεύσεις που θεσπίζει η § 1 εδ. α' του ίδιου άρθρου, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι ισχύουν και στην περίπτωση του άρθρου 28. Ο λόγος είναι ότι οι εξαιρέσεις αυτές, οι οποίες θεσπίζονται στις περιπτώσεις που ο νομοθέτης κρίνει ότι δεν συντρέχει η ratio της απαγορευτικής διάταξης, σηματοδοτούν επαναφορά στον κανόνα της ελεύθερης άσκησης του δικαιώματος της κυριότητας. Για τον λόγο αυτό είναι τελολογικά σκόπιμη η αναλογική τους εφαρμογή και στην περίπτωση του άρθρου 28 ν. 1892/1990. Επί παραδείγματι, η μη εφαρμογή της απαγόρευσης του άρθρου 25 στις συμβάσεις αυτούσιας διανομής κοινού θα πρέπει να θεωρηθεί ότι ισχύει και στην περίπτωση του άρθρου 28, ενόψει του ότι, και εν προκειμένω, ουδείς ουσιαστικός λόγος συντρέχει για την υποβολή σε διοικητικό έλεγχο της δυνατότητας αυτούσιας διανομής του ακινήτου μεταξύ των συγκυρίων (άρα χωρίς μεταβολή των προσώπων) ιδιωτικής νήσου/νησίδας.

Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι, αντίθετα προς τις δικαιοπραξίες που αφορούν στα ακίνητα των παραμεθόριων περιοχών, το νομικό καθεστώς των οποίων παραλλάσσει αναλόγως με το αν ο αποκτών είναι υπήκοος κράτους-μέλους της Ε.Ε. ή τρίτης χώρας (βλ. άρθρ. 26 ν. 1892/1990), η ρύθμιση του άρθρου 28 ν. 1892/1990 δεν διακρίνει ανάλογα με την εθνικότητα του αποκτώντος αλλά εισάγει γενική και ενιαία ρύθμιση.

ναι υπ' αυτού απαγορεύσεις, αφορώσι αποκλειστικώς τας ιδιωτικές νήσους ή νησίδας της Ελλάδος, ήτοι τας ανηκούσας εξ ολοκλήρου κατά κυριότητα εις εν ή πλείονα φυσικά ή νομικά πρόσωπα εκτός του Δημοσίου».

Τον α.ν. 1366/1938 (επομένως και το προαναφερθέν άρθρο 7, όπως ερμηνεύθηκε με το άρθρο 4 α.ν. 1629/1939) κατήργησε ο ν. 1892/1990 (άρθρο 31). Το ουσιαστικό περιεχόμενο του καταργηθέντος άρθρου 7 α.ν. 1366/1938 αποτελεί πλέον αντικείμενο ρύθμισης του άρθρου 28 ν. 1892/1990, το οποίο, όπως εκτέθηκε, δεν περιέχει ανάλογο νομοθετικό ορισμό της ιδιωτικής νήσου/νησίδας. Παρά ταύτα ουδεμία αμφιβολία υπάρχει περί του ότι η έννοια της ιδιωτικής νήσου/νησίδας είναι και υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς ακριβώς αυτή που είχε κατά νουν ο νομοθέτης του α.ν. 1629/1939, δεδομένου ότι η αντικατάσταση της ρύθμισης του άρθρου 7 του α.ν. 1366/1938 από το άρθρο 28 ν. 1892/1990 δεν αποσκοπούσε στον εννοιολογικό αναπροσδιορισμό της ιδιωτικής νήσου ή νησίδας. Σκοπός της νομοθετικής μεταβολής υπήρξε (μόνο) η προσαρμογή της νομοθεσίας για τα ακίνητα των παραμεθόριων περιοχών, συναφώς δε της νομοθεσίας για τις ιδιωτικές νήσους και νησίδες, στο κοινοτικό δίκαιο και τις διεθνείς υποχρεώσεις της Ελλάδας. Τούτο πράγματι επετεύχθη με την κατάργηση των ουσιαστικών ρυθμίσεων του α.ν. 1366/1938 και τη θέση σε ισχύ των διατάξεων των άρθρων 24-32 του ν. 1892/1990. Όσον αφορά όμως στο περιεχόμενο της έννοιας της ιδιωτικής νήσου/νησίδας, που είναι κρίσιμο για την εφαρμογή του άρθρου 28 του ν. 1892/1990, ουδεμία ένδειξη υπάρχει ότι ο νομοθέτης του νόμου αυτού θέλησε να αποστεί από το προϊσχύσαν δίκαιο, αντιλαμβανόμενος κατά τρόπο διαφορετικό τον σχετικό όρο. Κατά συνέπεια θα πρέπει να δεχθούμε ότι και υπό το κράτος του ν. 1892/1990 η έννοια της ιδιωτικής νήσου/νησίδας<sup>4</sup> είναι αυτή που δίδεται κατά τρόπον ερμηνευτικό στο άρθρο 4 του α.ν. 1629/1939. Βεβαίως, και με την αναγωγή στον ορισμό του άρθρου 4 του α.ν. 1629/1939 δεν επιλύεται κάθε ερμηνευτική δυσχέρεια. Με τον ως άνω νομοθετικό ορισμό δεν διευκρινίζεται για παράδειγμα αν για τον χαρακτηρισμό μιας νήσου/νησίδας ως ιδιωτικής θα πρέπει να διαπιστώνεται ότι αυτή ήταν ανέκαθεν, δηλαδή από συστάσεως (ή επεκτάσεως των συνόρων) του Ελληνικού Κράτους, ιδιωτική, ή αν αρκεί η συνδρομή της προϋποθέσεως αυτής κατά τη στιγμή που επιχειρείται η κατάρτιση της κρίσιμης δικαιοπραξίας. Επίσης αναπάντητο μένει το ερώτημα αν η προϋπόθεση της απουσίας δικαιώματος κυριότητας του Δημοσίου αφορά και στα κοινόχρηστα (ιδίως στα εκτός συναλλαγής) πράγματα (π.χ. τον αιγιαλό), καθώς και το αν αποβάλλεται εκ των υστέρων η ιδιότητα της νήσου ως ιδιωτικής, σε περίπτωση που τμήμα της περιέλθει με κάποιον νόμιμο τρόπο (αγορά, δωρεά, απαλλοτρίωση κλπ.) στο Δημόσιο. Στο σημείο αυτό χρειάζεται επομένως περαιτέρω έρευνα.

3. Ως προς το πρώτο ερώτημα, δηλαδή το κατά πόσον πρόκειται περί ιδιωτικής νήσου/νησίδας στην περίπτωση που αυτή ανήκε στο παρελθόν στην κυριότητα του Δημοσίου, περιήλθε όμως αργότερα και πάντως πριν από τον χρόνο κατάρτισης της κρίσιμης δικαιοπραξίας στην κυριότητα ιδιώτη/ιδιωτών με παράγωγο τρόπο<sup>5</sup>, έμμεση απάντηση δόθηκε από τον (μεταγενέστερο σε σχέση προς τον α.ν. 1366/1938 και ήδη καταργηθέντα με τον ν. 2971/2001) α.ν. 2344/1940

4. Παρότι η διάταξη του άρθρου 4 του α.ν. 1629/1939 αναφέρεται μόνο στις νησίδες, δεν φαίνεται ότι υπάρχει ουσιαδής λόγος να μην ισχύσει ο ορισμός αυτός και για τις νήσους. Ως προς τον ιδιωτικό ή μη χαρακτήρα τους καμιά διαφοροποίηση μεταξύ νήσου και νησίδας δεν δικαιολογείται.

5. Η περίπτωση της πρωτότυπης κτήσης κυριότητας ολόκληρης

«περί αιγιαλού και παραλίας». Η διάταξη του άρθρου 11 § 1 του εν λόγω νόμου έδιδε στο Δημόσιο τη δυνατότητα να «παραχωρεί» κατά κυριότητα (και) σε ιδιώτες «ακατοίκητες νησίδες του Δημοσίου». Υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 11 του α.ν. 2344/1940 ήταν επομένως δυνατή η κατά κυριότητα κτήση ολόκληρης ακατοίκητης νησίδας του Δημοσίου εκ μέρους ιδιώτη. Τούτο είχε δε περαιτέρω ως συνέπεια να καθίσταται η νησίδα αυτή «ιδιωτική»<sup>6</sup> και να εμπίπτει πλέον και αυτή, εκτός από τις ανέκαθεν ιδιωτικές νήσους/νησίδες, στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 7 του α.ν. 1366/1938.

Το γεγονός ότι στην έννοια της ιδιωτικής νήσου/νησίδας, όπως την αντιλαμβάνεται ο νομοθέτης του ν. 1892/1990, εμπίπτουν τόσο οι ανέκαθεν ιδιωτικές όσο και οι κατά παραχώρηση ιδιωτικές νησοί/νησίδες, αποτελεί προδήλως την αιτία για τη σύγχυση που υπήρξε στα αρμόδια όργανα της Διοίκησης κατά την έκδοση της επίμαχης απόφασης-άδειας για τη μεταβίβαση της νήσου «Χ». Συγκεκριμένα, ενώ το μόνο κοινό στοιχείο μεταξύ των δύο κατηγοριών ιδιωτικών νήσων/νησίδων είναι η υπαγωγή στους περιορισμούς (παλαιότερα του άρθρου 7 α.ν. 1366/1938 και ήδη) του άρθρου 28 ν. 1892/1990, στην περίπτωση της ανέκαθεν ιδιωτικής νήσου «Χ» η Διοίκηση υπέλαβε εσφαλμένως ότι εφαρμόζονται και οι διατάξεις που αφορούν (αποκλειστικά και μόνο) στις κατά παραχώρηση ιδιωτικές νησοί/νησίδες<sup>7</sup>. Στην περίπτωση των τελευταίων σημαντικότερους περιορισμούς θέσπιζαν οι παράγραφοι 2 και 3 του άρθρου 11 α.ν. 2344/1940. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 25 § 2 του α.ν. 2344/1940, στις κατά παραχώρηση ιδιωτικές νησίδες εφαρμόζονταν τόσο οι περιορισμοί αυτοί (του άρθρου 11 §§ 2 και 3 α.ν. 2344/1940) όσο και ο γενικός περιορισμός του άρθρου 7 α.ν. 1366/1938 (και αργότερα του άρθρου 28 ν. 1892/1990). Ειδικότερα:

Σύμφωνα με την § 2 του άρθρου 11 α.ν. 2344/1940 η μεταβίβαση της νησίδας από το Δημόσιο προς τον ιδιώτη γινόταν υποχρεωτικώς με δημοπρασία, πριν από την οποία απαιτείτο να έχει ζητηθεί η «σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν., καθορίζοντος άπαντας τους όρους, υπ' ους γενήσεται η παραχώρησης». Επιπλέον η § 3 του ίδιου άρθρου προέβλεπε ότι: «Ο προς ον η παραχώρησης δεν δύναται να μεταβιβαστεί εν όλω ή εν μέρει το δικαίωμα αυτού εις άλλον ή να συνάψη ενανδρότε εμπράγματον ή ενοχικήν σχέσιν αφορώσαν το παραχωρηθέν αυτώ κτήμα άνευ εγκρίσεως των Υπουργών Οικονομικών και Ναυτικών παρεχομένης μετά σύμφωνον γνώμην του Γ.Ε.Ν. και του κατά το άρθρον 26 Συμβουλίου... Η παράβασις του όρου τούτου... συνεπάγεται αυτοδικαίως την ακύρωσιν της παραχωρήσεως...»<sup>8</sup>. Κατά τον χρόνο έκδοσης της επίμαχης απόφασης-άδειας είχε βέβαια καταργηθεί ο α.ν. 1366/1938, στον οποίο παρέπεμπε το άρθρο 25 § 2 του α.ν. 2344/1940. Εντούτοις η συστηματική και τελολογική ερμηνεία τόσο του

νήσου/νησίδας του Δημοσίου ή τμήματος αυτής (υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς, πριν από την καθιέρωση του απαραγράπτου των δικαιωμάτων του Δημοσίου) θα πρέπει να εξομοιωθεί, όσον αφορά στο εδώ ερευνώμενο ζήτημα, με την περίπτωση της ανέκαθεν ιδιωτικής νήσου/νησίδας.

6. Βλ. άρθρο 25 § 2 του α.ν. 2344/1940: «Προκειμένου περί νησίδων καθισταμένων ιδιωτικών εκ παραχωρήσεως κατά το άρθρον 11 του παρόντος...».

7. Τούτο συνάγεται και εκ του ότι η σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν., στην οποία στηρίχθηκε και η έκδοση της επίμαχης άδειας από τον Υπουργό Γεωργίας, μνημονεύει στο προοίμιό της τον α.ν. 2344/1940, ο οποίος όμως περιέχει διατάξεις μόνο για τις κατά παραχώρηση ιδιωτικές νησοί/νησίδες.

8. Κατά την άποψη του Ν.Σ.Κ. ο δημοσίας τάξεως χαρακτήρας της διατάξεως αυτής επέβαλε την εφαρμογή της και στις περιπτώσεις νησίδων που είχαν μεν παραχωρηθεί σε ιδιώτες πριν από τη θέση σε ισχύ του α.ν. 2344/1940, η περαιτέρω μεταβίβασή τους από τον παραχωρησιούχο σε τρίτο επιχειρείτο όμως μετά τη θέση σε ισχύ του νόμου αυτού, με συνέπεια αυτή (όχι όμως

άρθρου 28 ν. 1892/1990 όσο και των άρθρων 11 και 25 § 2 α.ν. 2344/1940 δεν αφήνει περιθώριο αμφιβολίας περί του ότι και μετά τη θέση σε ισχύ του ν. 1892/1990 εφαρμόζονταν σωρευτικώς στις κατά παραχώρηση ιδιωτικές νήσους οι περιορισμοί του άρθρου 28 ν. 1892/1990 και 11 α.ν. 2344/1940. Σήμερα έχει πλέον καταργηθεί και ο α.ν. 2344/1940 με τον ν. 2971/2001<sup>9</sup>. Στον τελευταίο αυτό νόμο δεν προβλέπεται πλέον η δυνατότητα της κατά κυριότητα παραχώρησης νησίδων του Δημοσίου σε ιδιώτες, περιοριζομένης της σχετικής δυνατότητας μόνο στην παραχώρηση της χρήσης τους (άρθρο 16 § 1 και 3)<sup>10</sup>. Προκειμένου δε περί παραχώρησης του άρθρου 16 ισχύουν ανάλογοι περιορισμοί με εκείνους του καταργηθέντος άρθρου 11 § 2 α.ν. 2344/1940. Ειδικότερα, η απόφαση για την παραχώρηση προϋποθέτει, εκτός των άλλων, προηγούμενη σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν. και του Υπουργείου Πολιτισμού, στην οποία οι φορείς αυτοί «καθορίζουν και τους όρους της παραχώρησης». Επιπλέον, της παραχώρησης αυτής (στο μέτρο που θα αφορά είτε ολόκληρη τη νησίδα είτε συγκεκριμένα ακίνητα επ' αυτής) τα οποία όμως απέχουν μέχρι 100 μέτρα από την ακτογραμμή) πρέπει υποχρεωτικώς, με ποινή ακυρότητας των σχετικών πράξεων, να προηγηθεί η χάραξη του αιγιαλού και της παραλίας (άρθρο 8 ν. 2971/2001)<sup>11</sup>. Τέλος, απαγορεύεται χωρίς την παροχή σχετικής άδειας οποιαδήποτε περαιτέρω μεταβίβαση του δικαιώματος από τον παραχωρησιούχο προς τρίτον (άρθρο 16 § 6 σε συνδ. με άρθρο 14 § 5 ν. 2971/2001).

και η αρχική παραχώρηση) να είναι άκυρη, εφόσον δεν τηρήθηκαν οι όροι της § 3 του άρθρου 11 (Ν.Σ.Κ. 355/1966). Η ακυρότητα αυτή μάλιστα δεν μπορούσε να αρθεί κατά την άποψη του Ν.Σ.Κ. ούτε με την εκ των υστέρων έγκριση της δικαιοπραξίας από τους αρμόδιους υπουργούς (Ν.Σ.Κ. 22/1968). Με αφετηρία την τελευταία αυτή άποψη μπορεί να υποστηριχθεί ότι η κατηγορία των κατά παραχώρηση ιδιωτικών νήσων/νησίδων (η οποία ενδιαφέρει εν αναφορά προς την εφαρμογή του άρθρου 11 του α.ν. 2344/1940) καταλαμβάνει και όλες τις περιπτώσεις παράγωγης κτήσεως νήσου/νησίδας από το Ελληνικό Δημόσιο επί τη βάση άλλης, προγενέστερης του α.ν. 2344/1940 διατάξεως.

9. Όταν εκδόθηκε η επίμαχη απόφαση-άδεια του Υπουργού Γεωργίας ισχύει ο α.ν. 2344/1940.

10. Άλλο βεβαίως αν μπορεί να μεταβιβασθεί νησίδα του Δημοσίου κατ' εφαρμογή της γενικής νομοθεσίας για τα δημόσια κτήματα (άρθρα 65 επ. του από 11/12.11.1929 δ/τος «περί διοικήσεως δημοσίων κτημάτων»· σημειωτέον ότι το άρθρο 60 του ίδιου νομοθετήματος καταργήθηκε με το άρθρο 34 § 3 ν. 2971/2001). Υπό το καθεστώς ισχύος του άρθρου 11 του α.ν. 2344/1940 είχε κριθεί (Ν.Σ.Κ. 866/1967, 1390/1967· πρβλ. και *Eu. Δωρή*, Τα δημόσια κτήματα Β', Αιγιαλός και παραλία, 1995, σ. 99) ότι η νομοθεσία αυτή αποκλείεται από την ειδικότερη διάταξη του άρθρου 11 α.ν. 2344/1940, ενόψει των ειδικότερων διατυπώσεων που η τελευταία επέβαλε για την παραχώρηση νησίδας. Το κατά πόσον και υπό το καθεστώς του ν. 2971/2001 μπορεί να μεταφερθεί η θέση αυτή, έτσι ώστε να θεωρηθεί ότι στις νησίδες του Δημοσίου μόνο η παραχώρηση της χρήσης κατά το άρθρο 16 του νόμου αυτού είναι δυνατή, αποκλεισμένης της μεταβίβασης κατ' εφαρμογή της γενικής για τα δημόσια κτήματα νομοθεσίας, μένει να διευκρινισθεί από τη νομολογία.

11. Η διάταξη αυτή αποτελεί νέο δίκαιο, αφού στον α.ν. 2344/1940 δεν ανευρίσκεται αντίστοιχη ρύθμιση. Ο λόγος για τον οποίο επιβάλλεται με τη νεοθεσπισθείσα αυτή διάταξη η υποχρεωτική χάραξη του αιγιαλού στις περιπτώσεις εκποίησης ή παραχώρησης δημόσιου κτήματος, που απέχει μέχρι 100 μέτρα από την ακτογραμμή, είναι η ανάγκη της σαφούς διακρίσεως του εκποιούμενου/παραχωρούμενου ιδιωτικού κτήματος του Δημοσίου από τον αιγιαλό, έτσι ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία ως προς το αν έχει ή δεν έχει παραχωρηθεί (κατά χρήση) και ο αιγιαλός, για τον οποίο ο ν. 2971/2001 προβλέπει ειδική διαδικασία παραχώρησης (άρθρα 14-15), σε αντίθεση με τον α.ν. 2344/1940, ο οποίος στο άρθρο 11 προέβλεπε τη δυνατότητα της παραχώρησης νησίδας με τον αιγιαλό της.

4. Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι τόσο υπό το καθεστώς ισχύος του α.ν. 2344/1940 όσο και υπό το καθεστώς ισχύος του ν. 2971/2001 μόνο στην περίπτωση της παραχώρησης νησίδων του Δημοσίου απαιτείται προηγούμενη σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν., στο πλαίσιο της οποίας η εν λόγω υπηρεσία εξουσιοδοτείται από τον νομοθέτη να καθορίσει και τους ειδικότερους όρους της παραχώρησης. Ενόψει του γεγονότος ότι κατά τον χρόνο διατύπωσης της γνώμης του Γ.Ε.Ν. η νησίδα ανήκει κατά κυριότητα στο Δημόσιο, το οποίο απλή ευχέρεια έχει να προβεί στην παραχώρηση<sup>12</sup>, εύλογο είναι να θέτει το Γ.Ε.Ν., ως το αρμόδιο για την ασφάλεια της χώρας γνωμοδοτικό όργανο του Δημοσίου, και τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες αυτή επιτρέπεται<sup>13</sup>. Με άλλα λόγια, αφού το Δημόσιο αποφασίζει για το αν θα παραχωρήσει στον ιδιώτη την ανήκουσα σ' αυτό νησίδα, αυτονόητη παρίσταται και η δυνατότητά του να προβαίνει στην παραχώρηση υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, οι οποίες δεν προδιαγράφονται ρητά στον νόμο κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο, αλλά καθορίζονται από το ίδιο (το Δημόσιο) με αφορμή κάθε συγκεκριμένη παραχώρηση<sup>14</sup>. Η δυνατότητα επιβολής όρων για την παραχώρηση αποτελεί με άλλα λόγια άσκηση του δικαιώματος της κυριότητας (θα μπορούσε δε να λεχθεί και της συμβατικής ελευθερίας<sup>15</sup>) εκ μέρους του Δημοσίου. Τούτο φαίνεται με πολύ χαρακτηριστικό τρόπο στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 11 α.ν. 2344/1940. Συγκεκριμένα, ενώ για την αρχική παραχώρηση της νησίδας προς τον ιδιώτη το Γ.Ε.Ν., όπως ήδη εκτέθηκε, όχι μόνο διατύπωνε τη σύμφωνη γνώμη του, αλλά όριζε και τους όρους, υπό τους οποίους θα γινόταν η μεταβίβαση (άρθρο 11 § 2), προκειμένου για τις περαιτέρω μεταβιβάσεις της κατά παραχώρηση (ιδιωτικής πλέον) νησίδας το Γ.Ε.Ν. παρείχε μεν για λόγους εθνικής ασφάλειας τη σύμφωνη γνώμη του, δεν νομιμοποιείτο όμως πλέον να διατυπώνει όρους (άρθρο 11 §§ 3)<sup>16</sup>. Αφ' ης στιγμής, δηλαδή, μια νησίδα αποκτούσε την ιδιότητα της ιδιωτικής (έστω και κατά παραχώρηση), το Γ.Ε.Ν. μπορούσε απλώς να επιτρέψει ή να απαγορεύσει τη μεταβίβαση, παρέχοντας ή αρνούμενο να παράσχει τη σύμφωνη γνώμη του· δεν μπορούσε όμως να θέσει όρους για τη μεταβίβαση, θεσιζοντας στην πραγματικότητα ατομικό κανόνα δικαίου περιοριστικό του δικαιώματος της ιδιοκτησίας<sup>17</sup>. Εξάλλου, μόνο στην περίπτωση της παραχώρησης νησίδας του Δημοσίου και μάλιστα μόνο υπό το καθεστώς του πρόσφατου ν. 2971/2001 (όχι υπό το κράτος του α.ν. 2344/1940, που ισχύει κατά τον χρόνο έκδοσης της επίμαχης απόφασης-άδειας) υφίσταται εκ του νόμου υποχρέωση για προηγούμε-

12. Σημειώνεται ότι η παραχώρηση δημόσιου κτήματος αποτελεί μονομερή διοικητική πράξη, εκδιδόμενη κατ' ειδική διαδικασία: ΣτΕ 59/1962, 2108/1965, 2046/1970.

13. Ν.Σ.Κ. 464/1972· *Eu. Δωρή*, Αιγιαλός και παραλία, σ. 98.

14. Στην περίπτωση αυτή η διοικητική πράξη της παραχώρησης ανήκει στις λεγόμενες διαπλαστικές των ιδιωτικών δικαιωμάτων διοικητικές πράξεις (*privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte*)· βλ. παρακάτω υπό II 1 σημ. 47.

15. Υπό την έννοια ότι το Δημόσιο αποφασίζει όχι μόνο για το αν θα συμβληθεί αλλά και για το περιεχόμενο της συμβατικής δέσμευσης που αναλαμβάνει, στο μέτρο βεβαίως που η παραχώρηση του δημόσιου κτήματος γίνεται συμβατικώς.

16. Υπό το καθεστώς ισχύος του ν. 2971/2001 μάλιστα η διάκριση αυτή είναι ακόμη σαφέστερη, καθώς η σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν. απαιτείται μόνο για την αρχική παραχώρηση της νησίδας (άρθρο 16 § 1), ενώ η τυχόν περαιτέρω μεταβίβασή της δεν εξαρτάται από τη σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν. (άρθρο 16 § 6 σε συνδ. προς το άρθρο 15 § 5).

17. Βλ. έτσι εμμέσως ΓνμδΝΣΚ 193/1963, η οποία αφορούσε σε περίπτωση παραχώρησης δημόσιου κτήματος υπό τον όρο του αμεταβίβαστου, χωρίς ο σχετικός με την παραχώρηση αυτή ν. ΓΦΞΔ/1910 να προνοεί για τη διατύπωση τέτοιων όρων.

νο (σε σχέση με την παραχώρηση) καθορισμό του αιγιαλού και της παραλίας. Είναι επομένως πέραν πάσης αμφιβολίας ότι: α) Επί μεταβίβασης ανέκαθεν ιδιωτικής νήσου, όπως είναι η νήσος «Χ», το Γ.Ε.Ν., εάν δεν διαπιστώσει ύπαρξη κινδύνου για την ασφάλεια της χώρας, παρέχει τη σύμφωνη γνώμη του χωρίς να δικαιούται να θέσει περαιτέρω όρους, υπό τους οποίους θα εξαρτάται η μεταβίβαση<sup>18</sup> και περαιτέρω β) τόσο στην περίπτωση της ανέκαθεν ιδιωτικής όσο και στην περίπτωση της κατά παραχώρηση ιδιωτικής νήσου/νησίδας ουδεμία υποχρέωση υπάρχει εκ του νόμου για προηγούμενο (σε σχέση προς τη μεταβίβαση) καθορισμό του αιγιαλού, έστω και αν υποτεθεί ότι υφίσταται αιγιαλός<sup>19</sup> στις ανέκαθεν ιδιωτικές νήσους, όπως είναι η νήσος «Χ».

5. Όσον αφορά εξάλλου στο δεύτερο παραπάνω τεθέν ερώτημα και συγκεκριμένα αν αποκλείεται ο χαρακτηρισμός νήσου/νησίδας ως «ιδιωτικής» με συνέπεια να μην εφαρμόζεται σ' αυτή η διάταξη (του άρθρου 7 α.ν. 1366/1938 και ήδη του άρθρου 28 ν. 1892/1990 εκ του λόγου ότι το Δημόσιο<sup>20</sup> διατηρεί επ' αυτής την κυριότητα στα κοινόχρηστα και εκτός συναλλαγής ακίνητα (π.χ. αιγιαλό), είναι προφανές, ενόψει ιδίως του σκοπού που υπηρετεί η διάταξη αυτή, ότι προσήκει αρνητική απάντηση. Κρίσιμο σε κάθε περίπτωση είναι το κατά πόσον το δυνάμενο να αποτελέσει αντικείμενο συναλλαγής και άρα «ιδιωτικής» κυριότητας υπόλοιπο τμήμα της νήσου/νησίδας ανήκει πράγματι σε ιδιώτη ή όχι. Επομένως, το ότι ο αιγιαλός (ή τυχόν άλλο εκτός συναλλαγής ακίνητο) μιας νήσου/νησίδας ανήκει ως εκ της φύσεώς του στο Δημόσιο ουδεμία επιρροή θα μπορούσε να ασκήσει στον χαρακτηρισμό της νήσου αυτής ως ιδιωτικής και συνεπώς στην εφαρμογή του άρθρου 28 ν. 1892/1990<sup>21</sup>. Κατ' ακολουθία, ανεξαρτήτως του καθεστώτος του αιγιαλού, στην περίπτωση της νήσου «Χ» οπωσδήποτε πρόκειται για «ιδιωτική νήσο» υπό την έννοια του άρθρου 28 ν. 1892/1990. Στο πλαίσιο της παρούσας γνωμοδότησης και ενόψει των υπό στοιχεία (α) και (β) «όρων» που έθεσε στην επίμαχη απόφαση-άδειά του ο

18. Βλ. παρακάτω υπό II 2.

19. Βλ. παρακ. υπό I 7.

20. Δυσχέρεις εμφανίζει εξάλλου και ο εννοιολογικός προσδιορισμός του όρου «Δημόσιο». Γεννάται ιδίως το ερώτημα αν ο όρος αυτός θα εκληφθεί με τη στενή του έννοια ή αν θα πρέπει να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει και τα Ν.Π.Δ.Δ. ή ακόμη και Ν.Π.Ι.Δ. που ανήκουν στον ευρύτερο δημόσιο τομέα. Κατά την άποψη του Ν.Σ.Κ. (Γνωδ. υπ' αριθμ. 536/1972) το συναφές άρθρο 11 του α.ν. 2344/1940, το οποίο επιτρέπει την παραχώρηση προς ιδιώτες ακατοίκητων νησίδων του «Δημοσίου», δεν εφαρμόζεται προκειμένου για παραχωρήσεις νησίδων στις οποίες προβαίνει ο Ε.Ο.Τ. σύμφωνα με τη νομοθεσία που τον διέπει (αντίθετος όμως ο Ευ. Δωρής, Αιγιαλός και παραλία, σ. 103).

21. Δυσκολότερη εμφανίζεται η απάντηση στο ερώτημα αν η νήσος/νησίδα αποβάλλει την ιδιότητά της ως ιδιωτικής σε περίπτωση κατά την οποία περιέλθουν στην ιδιωτική περιουσία του Δημοσίου ορισμένο ή ορισμένα ακίνητα επ' αυτής. Εάν λ.χ. υποτεθεί ότι το Δημόσιο απαλλοτριώνει για κάποιον σκοπό τμήμα ιδιωτικής νήσου, γεννάται το ερώτημα εάν διατηρείται η ιδιότητά της ως ιδιωτικής υπό την έννοια του άρθρου 28 ν. 1892/1990. Πρόδηλο είναι ότι καθαρως ποσοτικά κριτήρια (ποιο ποσοστό του εδάφους κατέχεται από το Δημόσιο και ποιο τους ιδιώτες) δεν μπορούν να παράσχουν ικανοποιητική λύση, όχι μόνο διότι δεν υπακούουν στην τελολογία του νόμου, αλλά και επειδή θα αποτελούσε προϊόν τελείως αυθαίρετης απόφασης η λήψη υπόψη οποιουδήποτε συγκεκριμένου ποσοστού ιδιωτικής κυριότητας ως καθοριστικό για την εφαρμογή ή μη του νόμου. Η απάντηση στο ερώτημα δεν είναι ευχερής, καθώς ο σκοπός του νόμου, ο οποίος έγκειται στην εξυπηρέτηση της άμυνας της χώρας και της εθνικής ασφάλειας, φαίνεται κατ' αρχήν να συνηγορεί υπέρ της εφαρμογής του και μετά την τυχόν απόκτηση μέρους της νήσου/νησίδας από το Δημόσιο. Εντούτοις, τυχόν αποδοχή

Υπουργός Γεωργίας<sup>22</sup>, ενδιαφέρει ιδίως το ερώτημα, αν, εκτός από την ειδική νομοθεσία για τις νήσους/νησίδες, υπάρχει εξ άλλου νομικού λόγου<sup>23</sup> υποχρέωση χάραξης των ορίων του αιγιαλού και καθορισμού ζώνης παραλίας, πριν από τη σύνταξη του μεταβιβαστικού συμβολαίου.

6. Αιγιαλός είναι η ζώνη της ξηράς που βρέχεται από τη θάλασσα από τις μεγαλύτερες και συνήθεις αναβάσεις των κυμάτων της (άρθρο 1 α.ν. 2344/1940 και άρθρο 1 ν. 2971/2001). Ο αιγιαλός ανέκαθεν<sup>24</sup> θεωρείται ότι αποτελεί πράγμα κοινόχρηστο που ανήκει στη φυσική<sup>25</sup> δημόσια κτήση, δηλαδή στην εκτός συναλλαγής περιουσία του Δημοσίου. Κύριος σκοπός της υπέρθεσής του είναι η διασφάλιση της δυνατότητας ελεύθερης και ακώλυτης πρόσβασης από την ξηρά προς τη θάλασσα και αντιστροφή (άρθρο 7 α.ν. 2344/1940, άρθρο 2 § 3 ν. 2971/2001).

Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 5 του α.ν. 2344/1940, όπως αυτό είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 23 του ν. 1337/1983, προτού καταργηθεί με τον ν. 2971/2001: «1. Όπου ο αιγιαλός δεν μπορεί, λόγω της φύσεως της συνεχόμενης ξηράς, να εξυπηρετήσει τον σκοπό που αναφέρεται στο άρθρο 7 του νόμου αυτού, επιτρέπεται η διαπλάτυνσή του με την πρόσθεση λωρίδας γης που δεν επιτρέπεται να οικοδομηθεί από την παρακείμενη ξηρά μέχρι πλάτους 50 μέτρων, που αρχίζει από το προς ξηράν όριο του αιγιαλού. 2. Η κατά την προηγούμενη παράγραφο προσουζάνουσα τον αιγιαλό λωρίδα γης, καλείται εν τω παρόντι νόμο «παραλία»<sup>26</sup>.

Από την παραπάνω διάταξη συνάγεται ότι και η παραλία ανήκει στην κατηγορία των κοινόχρηστων πραγμάτων (βλ.

της συλλογιστικής αυτής οδηγεί τελικά στην εφαρμογή της σχετικής νομοθεσίας σε κάθε ελληνικό νησί, επί ακινήτων του οποίου τόσο το Δημόσιο όσο και ιδιώτες έχουν κυριότητα, με συνέπεια να αναιρείται η ειδικότητα και να διευρύνεται ανεπίτρεπτα το πεδίο εφαρμογής ενός περιοριστικού για το δικαίωμα της κυριότητας νομοθετήματος. Γι' αυτό ορθότερο είναι να θεωρηθεί ότι, όπως ακριβώς όριζε στο προϊσχύσαν δίκαιο το άρθρο 4 του α.ν. 1629/1929, έτσι και υπό το ισχύον νομικό καθεστώς ιδιωτική νήσος/νησίδα είναι εκείνη στην οποία ιδιώτες έχουν στην κυριότητά τους το σύνολο της (δυναμμένης να αποτελέσει αντικείμενο ιδιωτικής κτήσης) εκτάσεώς της, δηλαδή εκείνες στις οποίες το Δημόσιο δεν διαθέτει ιδιωτική περιουσία. Εν πάση περιπτώσει στην εδώ κρινόμενη περίπτωση τέτοιο ζήτημα δεν τίθεται.

22. Η υπό στοιχείο (α) προϋπόθεση αφορά στην προηγούμενη χάραξη αιγιαλού και παραλίας, η υπό στοιχείο (β) στην εξαίρεση αυτών από το μεταβιβαστικό συμβόλαιο.

23. Δεδομένου ότι, όπως ήδη εκτέθηκε, δεν υφίσταται υποχρέωση εκ του νόμου για τον καθορισμό του αιγιαλού όταν μεταβιβάζονται ιδιωτικές νήσοι/νησίδες ή ιδιωτικά παράκτια ακίνητα.

24. Βλ. ιδίως άρθρ. 15 του από 21 Ιουνίου 1837 νόμου «περί διακρίσεως των κτημάτων», άρθρο 1 α.ν. 2344/1940 «περί αιγιαλού και παραλίας», άρθρα 967-968 ΑΚ, άρθρο 2 § 1 ν. 2971/2001 «αιγιαλός, παραλία και άλλες διατάξεις».

25. Υπό την έννοια ότι ο καθορισμός της οριογραμμής του αιγιαλού δεν δημιουργεί το πρώτον τον αιγιαλό, ο οποίος είναι δημιουργήμα της ίδιας της φύσης και όχι προϊόν διαπλαστικής διοικητικής πράξης. Άλλο βεβαίως το ζήτημα ότι υπό το καθεστώς ισχύος του α.ν. 2344/1940, ο οποίος απέκλινε στο σημείο αυτό από το προϊσχύσαν δίκαιο, ο διοικητικός καθορισμός της οριογραμμής του αιγιαλού είχε, κατά την ορθότερη τουλάχιστον γνώμη, εμπράγματη ενέργεια (βλ. για τη γνώμη αυτή Ι. Σχινά, Έννοια και καθορισμός των ορίων του αιγιαλού, ΕΔΔΔ 16, 41 επ.: ΕφΑθ 4116/1977 ΝοΒ 25, 1373: έμμεσα ΑΠ 546/1978 ΝοΒ 27, 389), ζήτημα που έχει κυρίως σημασία ως προς τη δυνατότητα επανακαθορισμού του αιγιαλού. Ήδη όμως στο σημείο αυτό ο νέος ν. 2971/2001 επαναφέρει την προ του α.ν. 2344/1940 ρύθμιση, επιτρέποντας τον επανακαθορισμό του αιγιαλού και μάλιστα και για τις περιπτώσεις που η χάραξη των ορίων του έχει γίνει υπό το καθεστώς ισχύος του α.ν. 2344/1940 (άρθρο 5 §§ 9-10).

26. Πρβλ. ήδη άρθρα 1 § 2 και 7 ν. 2971/2001.

ήδη άρθρο 2 § 1 ν. 2971/2001). Σε αντίθεση όμως προς τον αιγιαλό, η παραλία είναι προϊόν πολιτειακής (διοικητικής) πράξης και όχι δημιουργία της φύσης. Ενόψει δε του σκοπού που εξυπηρετεί η δημιουργία της ζώνης παραλίας, ο οποίος συνίσταται στη διευκόλυνση της επικοινωνίας της ξηράς με τη θάλασσα διά της κατ' ουσίαν διαπλατύσεως του αιγιαλού, πάγια είναι η γνώμη του Ν.Σ.Κ. ότι δεν συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις για τη δημιουργία παραλίας στις ιδιωτικές νήσους και νησίδες, δεδομένου ότι εν προκειμένω αφενός μεν οι κύριοι δύνανται να ρυθμίζουν κατά το δοκούν, δυνάμει του δικαιωμάτων τους, τις από και προς τη θάλασσα μετακινήσεις τους, αφετέρου δε απουσιάζει οποιοσδήποτε λόγος προστασίας τρίτων προσώπων<sup>27</sup>.

Όσον αφορά εξάλλου στον «παλιό αιγιαλό», δηλαδή στην εδαφική λωρίδα που αποτελούσε κατά το παρελθόν αιγιαλό, έπαψε όμως λόγω φυσικών φαινομένων ή ανθρώπινων ενεργειών να ανήκει πλέον σ' αυτόν και απέβαλε τον κοινόχρηστο χαρακτήρα της, με αποτέλεσμα να περιέλθει στην ιδιωτική περιουσία του Δημοσίου (βλ. άρθρ. 2 § 3 α.ν. 2344/1940 και ήδη άρθρο 1 § 3 σε συνδ. με άρθρο 2 § 5 ν. 2971/2001), ορθό είναι να ισχύσει στην περίπτωση των ιδιωτικών νήσων/νησίδων ό,τι ισχύει και για την παραλία. Από τη φύση του παλαιού αιγιαλού, ως πράγματος ανήκοντος στην ιδιωτική περιουσία του Δημοσίου, συνάγεται ότι η ύπαρξή του δεν είναι συμβατή με το ιδιόμορφο νομικό καθεστώς των ιδιωτικών νήσων/νησίδων, στο μέτρο (και υπό την προϋπόθεση) ότι αυτές πράγματι είναι τέτοιες, πράγματι δηλαδή αποτελούν ακίνητα στα οποία το Δημόσιο δεν έχει ιδιωτική περιουσία<sup>28</sup>.

7. Από τα παραπάνω συνάγεται με βεβαιότητα ότι στην περίπτωση των ιδιωτικών νήσων/νησίδων και οπωσδήποτε στην περίπτωση της νήσου «X» δεν γεννάται ζήτημα διοικητικού καθορισμού παλαιού αιγιαλού ή παραλίας. Ως προς την παραλία και τον παλιό αιγιαλό είναι άνευ νομικής σημασίας οι υπό στοιχείο (α) και (β) όροι της κρινόμενης απόφασης-άδειας του Υπουργού Γεωργίας. Τίθεται όμως το ερώτημα αν συντρέχει περίπτωση διοικητικού καθορισμού των ορίων του αιγιαλού. Το ζήτημα αμφισβητείται. Στην προαναφερθείσα υπ' αριθμ. 221/1999 γνωμοδότησή του το Ν.Σ.Κ. δέχεται, χωρίς απόλυτα πειστική θεμελίωση, ότι αιγιαλό, υπό την έννοια της παράκτιας ζώνης που φέρει τα χαρακτηριστικά που περιγράφονται στο άρθρο 1 α.ν. 2344/1940 (ήδη άρθρο 1 § 1 ν. 2971/2001<sup>29</sup>) και ανήκει στη φυσική δημόσια κτήση, διαθέτουν και οι ιδιωτικές νήσοι/νησίδες και συνεπώς είναι και εν προκειμένω δυνάτεις ο διοικητικός καθορισμός των ορίων τους. Το ίδιο έχει δεχθεί παλαιότερα και το Συμβούλιο της Επικρατείας στην υπ' αριθμ. 3708/1977 απόφαση της Ολομελείας του, επίσης χωρίς ιδιαίτερα πειστική επιχειρηματολογία αλλά με απλή παράπομπή στο άρθρο 1 του α.ν. 2344/1940. Σχετικώς θα πρέπει να παρατηρηθούν τα εξής:

Όπως κάθε νήσος ή νησίδα, έτσι και οι «ιδιωτικές» διαθέτουν παράκτια ζώνη που βρέχεται από τις μεγαλύτερες και συνήθεις αναβάσεις των κυμάτων της θάλασσας. Εντούτοις από νομική άποψη είναι λίαν αμφίβολο αν το ιδιοκτησιακό

καθεστώς της εδαφικής αυτής λωρίδας διέπεται από τις κοινές περί αιγιαλού διατάξεις. Το ζήτημα τίθεται ενόψει του ότι ο σκοπός της κοινοχρησίας, τον οποίο εξυπηρετεί η υπαγωγή του αιγιαλού στη δημόσια κτήση, προδήλως δεν συντρέχει εν προκειμένω, ή, εν πάση περιπτώσει, έχει υποστεί αποφασιστική άμβλυνση<sup>30</sup>. Εάν υποθεθεί ότι το Δημόσιο, το οποίο διατηρεί το δικαίωμα της κυριότητας επί του αιγιαλού ιδιωτικής νήσου/νησίδας, δικαιούται να παραχωρεί και ιδιωτικά δικαιώματα επ' αυτού ή να προβαίνει το ίδιο σε πράξεις που αναιρούν τη δυνατότητα του κυρίου να ασκεί ακώλυτα τα επί της νήσου/νησίδας δικαιώματά του, τότε ελλοχεύει πάντοτε ο κίνδυνος της ματαιώσεως της δυνατότητας απολαύσεως του δικαιώματος της κυριότητας σε ιδιωτική νήσο/νησίδα, αφού ακριβώς στη χρήση του αιγιαλού αποβλέπει κατά κανόνα ο αποκτών ιδιωτική νησίδα<sup>31</sup>. Ας σημειωθεί δε ότι ενδεχόμενη αποδοχή της άποψης ότι στις ιδιωτικές νήσους/νησίδες ο αιγιαλός ανήκει κατά κυριότητα στους κύριους της δεν θα αποτελούσε νομικό παράδοξο. Οσάκις σε ειδικές περιπτώσεις συγκεκριμένοι νομικοί λόγοι επιβάλλουν απομάκρυνση από τη γενική αρχή, σύμφωνα με την οποία ο αιγιαλός ανήκει στη φυσική δημόσια κτήση, και συνηγορούν υπέρ της άποψης ότι πρόκειται για ιδιωτικό ακίνητο, δεν υφίσταται κάποιο υπερνομοθετικό νομικό εμπόδιο για την υιοθέτηση της άποψης αυτής, όπως αποδεικνύει και η αρεοπαγίτικη νομολογία που διαπλάσθηκε στην περίπτωση της Ρόδου και της Κω, όπου, υπό το ειδικό νομικό καθεστώς του Κτηματολογικού Κανονισμού Δωδεκανήσου, κρίθηκε<sup>32</sup> ότι, εφόσον στις αρχικές (και καταστείλες αμετάκλητες) εγγραφές στο κτηματολογικό βιβλίο ο αιγιαλός καταγράφηκε ως ιδιωτικό ακίνητο, η εγγραφή αυτή κατοχύρει του άρθρου 1 α.ν. 2344/1940<sup>33</sup>. Εξάλλου, δεν θα πρέπει να συγχέεται το ζήτημα της κυριότητας και του κοινόχρηστου χαρακτήρα του αιγιαλού με το εντελώς διαφορετικό ζήτημα της σημασίας που αυτός έχει για την ασφάλεια της χώρας. Για την ασφάλεια της χώρας στις παράκτιες περιοχές μεριμνά ειδική νομοθεσία και όχι η νομοθεσία για τον αιγιαλό και την παραλία: πρόκειται ιδίως για τον α.ν. 376/1938 «περί μέτρων ασφαλείας οχυρών θέσεων». Η αυτοτέλεια του νομοθετήματος αυτού έναντι των περιορισμών που θέτει το άρθρο 28 ν. 1892/1990 αλλά και έναντι της νομοθεσίας περί αιγιαλού και παραλίας καταδεικνύεται από το γεγονός ότι τόσο ο ν. 1892/1990 (άρθρο 31 § 2 εδ. β') όσο και ο ν. 2971/2001 (άρθρο 34 § 1) ρητώς ορίζουν πως οι διατάξεις του α.ν. 376/1938 εφαρμόζονται παράλληλα προς τις διατάξεις που περιέχονται σ' αυτούς. Το ίδιο ακριβώς προέβλεπε άλλωστε και το προϊσχύσαν άρθρο 25 § 1 α.ν. 2344/1940. Εν πάση περιπτώσει, η αιτία, στην οποία φαίνεται ότι θα πρέπει να αποδοθεί η θέση που λαμβάνει το Ν.Σ.Κ. στις υπ' αριθμ. 539/1965 και 221/1999 γνωμοδοτήσεις του και το ΣτΕ στην προαναφερθείσα απόφασή του, είναι ότι εξετάζονται το ζήτημα της ύπαρξης αιγιαλού σε ιδιωτική νήσο/νησίδα γενικά μεν, έχοντας όμως προ οφθαλμών κυρίως την περίπτωση των κατά παραχώρηση ιδιωτικών νήσων/νησίδων και μεταφέροντας κατά

27. Βλ. έτσι Ν.Σ.Κ. 221/1999, την οποία αποδέχτηκε και ο Υπουργός Οικονομικών με την υπ' αριθμ. 1040077/3831/Β0010/ΠΟΛ.1147/24.6.1999 απόφασή του Ν.Σ.Κ. 254/1972· πρβλ. και *Ευ. Δωρή, Αιγιαλός και παραλία*, σ. 263, αναφορικά με το ερώτημα αν εφαρμόζονται στις ιδιωτικές νήσους και νησίδες οι συναφείς διατάξεις των άρθρων 1 και 2 ν.δ. 439/1970, όπου και αρνητική θέση του συγγραφέα.

28. Ν.Σ.Κ. 221/1999, ό.π.

29. Σημειώνεται ότι σύμφωνα με τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 34 § 2 ν. 2971/2001 οι *εκκρεμείς* κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος του εν λόγω νόμου υποθέσεις, που αφορούν στον καθορισμό αιγιαλού και παραλίας, διέπονται από το προϊσχύσαν δίκαιο (α.ν. 2344/1940)· πρβλ. και Ν.Σ.Κ. 252/2002.

30. Έτσι ήδη το Ν.Σ.Κ. στην υπ' αριθμ. 254/1971 γνωμοδότησή του (για την οποία βλ. αναλυτικά παρακάτω). Βλ. και *Ι. Σχινά, ΕΔΔΔ* 15, 386.

31. Έτσι ο μειοψηφών Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ. στην υπ' αριθμ. 539/1965 Γνωμ., στην οποία το Ν.Σ.Κ. αποφάνθηκε κατά πλειοψηφία ότι επί παραχώρησης ακατοίκητης νησίδας του Δημοσίου κατά το άρθρο 11 α.ν. 2344/1940 δεν μεταβιβάζεται και ο αιγιαλός, εφόσον τούτο δεν αναφέρεται ρητώς στο παραχωρητήριο.

32. ΟΛΑΠ 1270/1985 ΝοΒ 34, 214.

33. Ήδη αυτό προβλέπει πλέον και η § 1 του άρθρου 26 ν. 2971/2001, γεγονός που αποτελεί μια επιπλέον απόδειξη περί του ότι δεν υφίσταται υπερνομοθετικό κώλυμα για την απομάκρυνση από την ως άνω αρχή.

τρόπον αυτόματο (και τελικώς όχι πειστικό) το σχετικό πόρισμα και στις ανέκαθεν ιδιωτικές νήσους/νησιδες. Όπως και επανάλληψη όμως τονίσθηκε παραπάνω, οι δύο περιπτώσεις διέπονται από διαφορετικό νομικό καθεστώς, γεγονός που επιβάλλει να τύχουν και ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα διαφορετικής νομικής μεταχείρισης. Ειδικότερα, επί ανέκαθεν ιδιωτικής νήσου θα πρέπει κάθε φορά να εξετάζεται το αν ο αιγιαλός απώλεσε τον κοινόχρηστο χαρακτήρα του, έτσι ώστε να μη διακρίνεται πλέον νομικώς από την υπόλοιπη έκταση της ιδιωτικής νήσου/νησιδας, συνεπεία του ότι οι δικαιούχοι του σημερινού κυρίου της νήσου/νησιδας απέκτησαν την επί αυτού κυριότητα με έκτακτη χρησικτησία υπό το καθεστώς του προϊσχύσαντος β.ρ. δικαίου<sup>34</sup>. περίπτωση που μάλλον θα αποτελεί τον κανόνα στις ανέκαθεν ιδιωτικές νήσους. Επομένως, το κατά πόσον ο αιγιαλός ανέκαθεν ιδιωτικής νήσου/νησιδας αποτελεί ακίνητο κοινόχρηστο, που ανήκει στη φυσική δημόσια κτήση, ή, αντίθετα, αποτελεί την προς τη θάλασσα προέκταση της νήσου/νησιδας και αποτελεί ενιαίο με αυτή (τη νήσο/νησιδα) εδαφικό τμήμα με κοινό ιδιοκτησιακό καθεστώς, είναι ζήτημα που πρέπει να εξετάζεται ενόψει της κάθε συγκεκριμένη περίπτωσης.

8. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, και υπό την εκδοχή ακόμη ότι ο αιγιαλός στις ανέκαθεν ιδιωτικές νήσους/νησιδες ανήκει στη φυσική δημόσια κτήση, καμιά διάταξη δεν επιτάσσει τον υποχρεωτικό καθορισμό των ορίων του πριν από τη μεταβίβαση ιδιωτικής νήσου/νησιδας<sup>35</sup> και γενικά πριν από τη μεταβίβαση παράκτιου ιδιωτικού ακινήτου, ούτε και συντρέχει ανάγκη θέσπισης τέτοιας διάταξης, αφού η μεταβίβαση του ιδιωτικού δικαιώματος καθ' εαυτήν ουδόλως επηρεάζει το επί του αιγιαλού τυχόν δικαίωμα του Δημοσίου ή το καθεστώς της κοινοχρησίας του. Το άρθρο 8 § 1 του ν. 2971/2001, το οποίο φέρει τον τίτλο «περιπτώσεις υποχρεωτικής χάραξης αιγιαλού-παραλίας», δεν περιλαμβάνει μεταξύ των περιοριστικά αναφερόμενων σ' αυτό περιπτώσεων υποχρεωτικού καθορισμού του αιγιαλού και τη μεταβίβαση ιδιωτικής νήσου/νησιδας, όπως άλλωστε δεν περιλαμβάνει την περίπτωση της μεταβίβασης παράκτιου ιδιωτικού ακινήτου, έστω και αν αυτό απέχει από την ακτογραμμή λιγότερο από 100 μέτρα<sup>36</sup>. Τόσο ο τίτλος όσο και το περιεχόμενο της διατάξεως, ορόμενο υπό το φως του σκοπού της, δεν αφήνουν περιθώριο για την υποστήριξη της άποψης ότι πρόκειται για ενδεικτική απλώς απαρίθμηση των περιπτώσεων υποχρεωτικού καθορισμού του αιγιαλού και ότι, συνεπώς, η διάταξη μπορεί να εφαρμοσθεί και σε άλλες περιπτώσεις, όπως η κρινόμενη. Δεδομένου ότι ο αιγιαλός είναι δημιούργημα της φύσης και όχι προϊόν διαπλαστικής διοικητικής πράξης, ο μη καθορισμός των ορίων του σε καμιά περίπτωση δεν ισοδυναμεί με τη μη ύπαρξή του. Το προς τη θάλασσα όριο κάθε παράκτιου ακινήτου είναι ο αιγιαλός, όπως ο τελευταίος έχει δημιουργηθεί από τη φύση, χωρίς να διαδραματίζει κάποιον νομικά σημαντικό ρόλο ο διοικητικός καθορισμός των ορίων του. Επί μεταβίβασης παράκτιου ακινήτου, ακόμη και αν στο μετα-

βιβατικό συμβόλαιο αναγραφεί ως όριο του ακινήτου η θάλασσα, ο αποκτών δεν καθίσταται κύριος στη ζώνη του αιγιαλού ούτε παραγωγός ούτε πρωτοτύπως (με χρησικτησία) και συνεπώς κίνδυνος απώλειας των ιδιοκτησιακών δικαιωμάτων του Δημοσίου δεν υπάρχει.

Ο μόνος κίνδυνος που δημιουργείται από την αντιποίηση των δικαιωμάτων του Δημοσίου στον αιγιαλό είναι η παράνομη διατάραξη του φυσικού περιβάλλοντος και η παράνομη αλλαγή χρήσης του, ιδίως με την ανέγερση αυθαίρετων κτισμάτων. Γι' αυτό και ο μόνος «περιορισμός» στη μεταβίβαση παράκτιου ακινήτων, που υπάγεται σε ρέμα, σε αιγιαλό, σε ζώνη παραλίας, σε βιότοπο, σε δημόσιο κτήμα και σε αρχαιολογικό χώρο. Εάν από τη δήλωση προκύπτει ότι το μεταβιβαζόμενο ακίνητο βρίσκεται στις ανωτέρω περιοχές, απαγορεύεται η σύνταξη του σχετικού συμβολαίου...». Σκοπός της διάταξης δεν είναι η προστασία της κυριότητας του Δημοσίου αλλά η προστασία του φυσικού και δομημένου περιβάλλοντος προς την κατεύθυνση του αυστηρού ελέγχου των αυθαίρετων κατασκευών που προσβάλλουν τα φυσικά και πολιτιστικά αγαθά του κοινωνικού συνόλου<sup>37</sup>. Όπως συνάγεται από την ανάγνωση της διατάξεως αλλά και από την τεολογική της θεώρηση, αυτή δεν επιβάλλει την υποχρέωση χάραξης του αιγιαλού πριν από τη μεταβίβαση παράκτιου ακινήτου ούτε εξαρτά το κύρος της μεταβίβασης από τον προηγούμενο διοικητικό καθορισμό των ορίων του. Απλώς, όταν το μεταβιβαζόμενο ακίνητο περιέχει κτίσματα, η διάταξη επιτάσσει όπως οι συμβαλλόμενοι δηλώσουν υπεύθυνα ότι τα κτίσματα αυτά<sup>38</sup> (όχι το ίδιο το μεταβιβαζόμενο ακίνητο στο σύνολό του) δεν εμπίπτουν στον αιγιαλό, πράγμα που θα συνάγεται και από το επισυναπτόμενο στην πράξη τοπογραφικό διάγραμμα. Μόνο αν από τη δήλωσή τους προκύπτει ότι επιχειρείται (αλυσιτελώς βεβαίως) μεταβίβαση αιγιαλού, υπάρχει υποχρέωση του συμβολαιογράφου να απόσχει από την πράξη, επαπειλούμενης και της ακυρότητας της πράξης ως αστικής κύρωσης<sup>40</sup>. Αντίθετα, όταν οι συμβαλλόμενοι δηλώνουν υπεύθυνα ότι το μεταβιβαζόμενο ακίνητο δεν καταλαμβάνει τμήμα της ζώνης του αιγιαλού και ότι αυτός αποτελεί το προς τη θάλασσα όριο του μεταβιβαζόμενου ακινήτου, η δικαιοπραξία μπορεί να επιχειρηθεί άνευ άλλου τινός· άλλο βεβαίως το ζήτημα ότι η απουσία διοικητικού καθορισμού των ορίων του αιγιαλού αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο να αμφισβητήσει στο μέλλον το Δημοσίο το εφαρμοσθέν επί του εδάφους, προς τη θάλασσα όριο του ακινήτου<sup>41</sup>. Διότι η αβεβαιότητα ως προς το ακριβές προς τη θάλασσα όριο του μεταβιβασθέντος ακινήτου δεν αποτελεί συνέπεια της μεταβίβασης αλλά προϋπάρχει αυτής και οφείλεται στην απουσία συστήματος κτηματολο-

34. Βλ. έτσι *Ευ. Δωρή*, Αιγιαλός και παραλία, σ. 33-34· ΕφΠειρ 298/1971 ΕΕΝ 40· 180.

35. Και μάλιστα με ποινή ακυρότητας της δικαιοπραξίας.

36. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 8 § 1 εδ. α' ν. 2971/2001: «Με την επιφύλαξη του άρθρου 17, πριν από την έγκριση ή επέκταση του σχεδίου πόλης ή από οποιαδήποτε εκποίηση ή παραχώρηση δημόσιου κτήματος ή από την εκτέλεση λιμενικών, βιομηχανικών, τουριστικών και συγχωροικιακών έργων ή από την έκδοση άδειας για οικοδομικές εργασίες, εφόσον οι πράξεις αυτές αναφέρονται σε ακίνητα, που απέχουν μέχρι εκατό (100) μέτρα από την ακτογραμμή, απαιτείται να γίνει, με ποινή ακυρότητας των πράξεων αυτών, ο καθορισμός του αιγιαλού και της παραλίας στην περιοχή αυτή».

37. Σημειώνεται πάντως ότι, και από πολεοδομική καθαρά άποψη, καμιά διάταξη δεν επιβάλλει να έχει καθορισθεί η οριογραμμή του αιγιαλού προκειμένου να εκδοθεί άδεια οικοδομής παράκτιου ακινήτου: ΣτΕ 377/2002· ΣτΕ 3784/1981.

38. Βλ. εισηγητική έκθεση του νόμου.

39. Βλ. την υπ' αριθμ. 94811/7438/59/1994 Εγκύκλιο του Υ.Π.Ε.ΧΩ.Δ.Ε. Πρβλ. και *Χριστοφιλόπουλο*, Αυθαίρετη δόμηση, 1999, σ. 223.

40. Βλ. και Γνωμ.Εισ/ΠρΚαβ 1/1994· *Χριστοφιλόπουλο*, ό.π.

41. Πρβλ. την ΑΠ 235/1998 (αδμ.), η οποία δέχεται ότι είναι δυνατή η διά πλειστηριασμού πώληση κοινού παράκτιου ακινήτου, καίτοι στην ίδια απόφαση αναφέρεται ρητά ότι δεν έχει καθορισθεί ο αιγιαλός και η παραλία.

γίου στη χώρα μας, το οποίο, σε αντίθεση με το ισχύον καθεστώς εμπράγματης δημοσιότητας μέσω των υποθηκοφυλακείων, προϋποθέτει πλήρη τοπογραφική αποτύπωση της χώρας, εξατομίκευση κάθε ακινήτου και επακριβή οριοθέτησή του σε σχέση προς τα όμορα ακίνητα.

Αλλά και ανεξάρτητα από τις σκέψεις που εκτέθηκαν παραπάνω, θα πρέπει επιπλέον να σημειωθεί ότι ακόμη και η πολεοδομικού χαρακτήρα διάταξη του άρθρου 3 § 15 ν. 2242/1994 είναι λίαν αμφίβολο αν τυγχάνει εφαρμογής στην περίπτωση της μεταβίβασης ιδιωτικών νήσων/νησίδων. Στο συναφές ερώτημα αν εφαρμόζεται στις ιδιωτικές νήσους/νησίδες η εντελώς ανάλογο περιεχομένου πολεοδομική διάταξη του άρθρου 1 ν.δ. 439/1970, η οποία προβλέπει ότι σε παραλιακές εκτάσεις που βρίσκονται α) εκτός περιοχών διεπομένων από ρυμοτομικό σχέδιο ή οικισμό προϋφιστάμενο του έτους 1923 και β) εκτός περιοχών, για τις οποίες ισχύουν ειδικές διατάξεις περί δομήσεως, η οικοδομή τοποθετείται σε απόσταση τουλάχιστον 30 μέτρων από το κατά τις κείμενες διατάξεις καθορισθέν όριο του αιγιαλού, το Ν.Σ.Κ γνωμοδότησε<sup>42</sup> ότι: «Εκ του συνδυασμού των διατάξεων του άρθρου 1 παρ. 1 και 2 του άρθρου 2 και της επ' αυτών εισηγητικής εκθέσεως, συνάγεται ότι διά της επιβληθείσας απαγορεύσεως της εις ήσσαν των 30 μέτρων απόστασιν από του ορίου του αιγιαλού οικοδομήσεως εσκοπήθη η δια της διανοίξεως οδών και αξιοποιήσεως των παραλιακών εκτάσεων εξασφάλισης της ελευθέρως από της ξηράς προσπελάσεως προς τον κοινόχρηστον αιγιαλόν και την θάλασσαν της από ταύτης επικοινωνίας μετά της ενδοχώρας. Εκ τούτου έπεται, ότι ο θεσπισθείς περιορισμός δομήσεως δεν αφορά τας ιδιωτικές νησίδας, εις τον ιδιοκτήτην των οποίων ανήκει το δικαίωμα της αποκλειστικής χρήσεως ολοκλήρου της επιφανείας των μέχρι του περιβάλλοντος αυτών αιγιαλού, αφού εις την περίπτωσιν ταύτην δεν συντρέχει ο εκτεθείς δικαιολογητικός λόγος της ως άνω απαγορεύσεως, ήτοι η δυνατότης της επικοινωνίας τρίτων μετά της θαλάσσης και τ' ανάπαλιν. Ενόψει τούτων... το Ν.Σ.Κ. έχει την γνώμην ότι ο περιορισμός του άρθρου 1 παρ. 1 του ν.δ. 439/70 δεν έχει εφαρμογήν προκειμένης της ανεγέρσεως κτίσματος επί της ειρημένης ιδιωτικής νησίδος». Ενόψει της σαφέστατης δικαιολογητικής συγγένειας που υπάρχει ανάμεσα στις διατάξεις των άρθρων 3 § 15 ν. 2242/1994 και 1 ν.δ. 439/1970, ουδεμία διαφοροποίηση φαίνεται να δικαιολογείται ως προς την εξαίρεση των ιδιωτικών νήσων/νησίδων από το πεδίο εφαρμογής τους. Θα πρέπει με άλλα λόγια να γίνει δεκτό ότι ούτε η διάταξη του άρθρου 3 § 15 ν. 2242/1994 εφαρμόζεται<sup>43</sup> στην περίπτωση της ιδιωτικής νήσου/νησίδας. Επιβεβαιώνεται επομένως και εξ αυτού του επιχειρήματος η ορθότητα της γνώμης, σύμφωνα με την οποία ουδεμία υποχρέωση υπάρχει για προηγούμενο καθορισμό του αιγιαλού προκειμένου για μεταβίβαση ιδιωτικής νήσου/νησίδας και ανεξάρτητα από το αν θα γίνει δεκτή η ύπαρξή του εν προκειμένω.

9. Η ορθότητα των παραπάνω σκέψεων δεν αναιρείται από το ενδεχόμενο να αμφισβητήσει αργότερα το Δημόσιο τα προς τη θάλασσα όρια του μεταβιβασθέντος ιδιωτικού ακινήτου (δηλαδή της υπόλοιπης, πλην του αιγιαλού, εκτάσεως της νήσου/νησίδας), επισπεύδοντας τη διαδικασία καθορισμού του αιγιαλού, με ενδεχόμενη περαιτέρω συνέπεια να διαφοροποιηθεί μερικώς το εφαρμοσμένο επί του εδάφους σύνορο των δύο ακινήτων (αιγιαλού και ιδιωτικής νήσου/νησίδας). Διότι στην περίπτωση αυτή δεν θα πρόκειται για διοικητική διάπλωση νέας εμπράγματης κατάστασης με

μεταβίβαση εδαφικής ζώνης από το ένα ακίνητο προς το άλλο<sup>44</sup> αλλά για απλή (διοικητική) διαπίστωση, δηλαδή αναγνώριση<sup>45</sup>, της προϋπάρχουσας (αλλά εσφαλμένως υλοποιηθείσας στο έδαφος) κατάστασης γειννίας των δύο ακινήτων, όπως ακριβώς συμβαίνει στην περίπτωση του κανονισμού ορίων κατά το άρθρο 1020 ΑΚ<sup>46</sup>. Με άλλα λόγια, η κατά τον χρόνο της μεταβίβασης έλλειψη βεβαιότητας ως προς το ακριβές όριο του αιγιαλού, που αποτελεί το προς τη θάλασσα σύνορο του μεταβιβαζόμενου ιδιωτικού ακινήτου, δεν διαφοροποιεί ποιοτικώς την εν λόγω περίπτωση από οποιαδήποτε άλλη περίπτωση όμορων ακινήτων, των οποίων τα όρια αμφισβητούνται. Πρόκειται για αβεβαιότητα που αίρεται κατά πάντα χρόνο με την προβλεπόμενη στον νόμο διαπιστωτική διαδικασία, χωρίς να δημιουργείται οποιοδήποτε πρόβλημα από την εν τω μεταξύ επελευθέρωσα διαδοχή στο δικαίωμα της κυριότητας των ιδιοκτητών των όμορων ακινήτων. Ενόψει τούτου γίνεται αντιληπτό γιατί επί μεταβίβασης ιδιωτικής νήσου/νησίδας –και υπό την εκδοχή ακόμη ότι ο αιγιαλός της είναι πράγμα κοινόχρηστο που ανήκει στο Δημόσιο– ουδεμία υποχρέωση υπάρχει εκ του νόμου για προηγούμενο διοικητικό καθορισμό των ορίων του.

10. Ότι εκτέθηκε όμως παραπάνω αναφορικά με την απουσία νομικής υποχρέωσης για χάραξη των ορίων του αιγιαλού και της παραλίας πριν από τη μεταβίβαση ανέκαθεν ιδιωτικής νήσου, όπως είναι η νήσος «Χ», ισχύει και εν αναφορά προς τον υπό στοιχείο (δ) «όρο» της επίμαχης απόφασης-άδειας του Υπουργού Γεωργίας, σύμφωνα με τον οποίο θα πρέπει να συμφωνήσει με τη μεταβίβαση η Εφορία Ενόμων Αρχαιοτήτων, προς την οποία θα πρέπει να αποσταλεί αίτημα των ενδιαφερομένων. Από καμιά διάταξη δεν συνάγεται υποχρέωση των συναλλασσομένων να ζητήσουν την άδεια της συγκεκριμένης υπηρεσίας πριν από τη μεταβίβαση ιδιωτικού ακινήτου<sup>47</sup>, ούτε μπορεί η υποχρέωση αυτή να επιβληθεί το πρώτον διοικητικώς και μάλιστα με πρωτοβου-

44. Άλλωστε επιτρέπεται οποτεδήποτε ο επανακαθορισμός των ορίων του αιγιαλού, αν διαπιστωθεί ότι κατά τη διαδικασία χάραξης των ορίων του εμφολωρήσεως σφάλμα: άρθρο 5 §§ 9-10 ν. 2971/2001.

45. Ότι η πράξη καθορισμού του αιγιαλού ανήκει στις διαπιστωτικές διοικητικές πράξεις (ορθότερα: αποτελεί σύνθετη διαπιστωτική διοικητική ενέργεια) βλ. Ι. Σχινά, Διαδικασία καθορισμού και προϋποθέσεις ανακαθορισμού ορίων αιγιαλού και παλαιού αιγιαλού, ΕΕΝ 1982, 104.

46. Ότι η διοικητική πράξη καθορισμού του αιγιαλού ενεργεί κατά τρόπον ευθέως ανάλογο προς εκείνον της απόφασης του άρθρου 1020 ΑΚ βλ. Ι. Σχινά, ΕΕΝ 1982, 105. Για την αναγνωριστική φύση της απόφασης του άρθρου 1020 ΑΚ, όταν ο καθορισμός των ορίων γίνεται με εξακρίβωση της αληθούς νομικής καταστάσεως (όπως εν προκειμένω) και όχι με κατανομή της αμφισβητούμενης λωρίδας γης μεταξύ των όμορων ακινήτων βλ. Μπαλή, Εμπράγματον δίκαιον, 1961, § 43 αρ. 4· Μητσόπουλο, ΕΕΝ 15, 139· Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρ. 1020 αρ. 17· Σπυριδάκη, Εμπράγματον δίκαιον Β/1, 2001, σ. 476· Τούση, Εμπράγματον δίκαιον, 1966, § 82· Γκόφα, Θέμ. ΞΔ, 922· Βαλάσση, Η αγωγή περί όρων ιθυντέων, 1960, σ. 156 (οι τρεις τελευταίοι συγγραφείς μάλιστα δέχονται ότι η απόφαση είναι αναγνωριστική ακόμη και στην περίπτωση που το δικαστήριο κατανέμει την αμφισβητούμενη έκταση μεταξύ των ιδιοκτητών των όμορων ακινήτων): ΕφΑθ 978/1971 ΝοΒ 19, 1276· ΠρΛαρ 319/1952 Θέμ. ΞΗ, 921· ΠρΑθ 18394/1959 ΝοΒ 8, 818· ΠρΣύρ 319/1963 ΝοΒ 13, 507· ΠρΠειρ 1361/1968 ΝοΒ 16, 667).

47. Ποιες είναι οι αρμοδιότητες της Εφορίας Ενόμων Αρχαιοτήτων ορίζει αποκλειστικά, όπως σε κάθε άλλη περίπτωση, ο νόμος. Συγκεκριμένα πρόκειται για το π.δ. υπ' αριθμ. 16 της 29.12.1979/16.1.1980 «Περί μεταβίβασης αρμοδιοτήτων εις τας περιφερειακές υπηρεσίες αρμοδιότητος Γενικής Διευθύνσεως Αρχαιοτήτων και Αναστηλώσεως του Υπουργείου Πολιτισμού και Επιστημών».

42. Ν.Σ.Κ. 254/1971.

43. Εννοείται: όσον αφορά στη δήλωση του ν. 1599/1986 ότι το κτίσμα δεν εμπίπτει στον αιγιαλό (ή στην παραλία). Κατά τα λοιπά η δήλωση αυτή θα πρέπει να επισυνάπτεται στο συμβόλαιο με το υπόλοιπο αναγκαίο περιεχόμενό της.



λία εντελώς αναρμόδιου οργάνου (Υπουργού Γεωργίας), με αφορμή την έκδοση της άδειας που προβλέπεται στο άρθρο 28 ν. 1892/1990.

## II. Επί του δεύτερου ερωτήματος

1. Για την απάντηση στο ερώτημα αυτό θα πρέπει κατ' αρχάς να ερευνηθεί ποία είναι η νομική φύση των τριών κρίσιμων «όρων» που τίθενται από τον Υπουργό Γεωργίας στην επίμαχη απόφαση-άδεια για τη μεταβίβαση της νήσου «Χ» και ποία η σχέση τους προς την ίδια την απόφαση-άδεια.

Η απόφαση του Υπουργού Γεωργίας, με την οποία αυτός παρέσχε την άδεια του για τη μεταβίβαση της νήσου «Χ», αποτελεί ατομική διοικητική πράξη<sup>48</sup>. Η έκδοσή της προβλέπεται, όπως ήδη έχει εκτεθεί, από τη διάταξη του άρθρου 28 ν. 1892/1990, η οποία δεν παρέχει στον Υπουργό τη νομική εξουσία να διατυπώνει κατά την παροχή της εν λόγω άδειας πρόσθετους ορισμούς. Η εν λόγω διάταξη παρέχει στον Υπουργό Γεωργίας την αποφασιστική αρμοδιότητα να δεχθεί ή να απορρίψει την αίτηση για παροχή αδειάς, συμμορφούμενος με την αντίστοιχη σύμφωνη γνώμη ή άρνηση παροχής της τελευταίας από το Γ.Ε.Ν. για λόγους εθνικής ασφάλειας: δεν του παρέχει, αντίθετα, την εξουσιοδότηση να καθορίζει περαιτέρω όρους, υπό τους οποίους θα πρέπει να γίνει η εγκριθείσα μεταβίβαση. Γεννάται έτσι το ερώτημα της νομικής αντιμετώπισης των επίμαχων όρων (α), (β) και (δ).

2. Το πρόβλημα των «πρόσθετων» ή «παρεπόμενων ορισμών» (Nebenbestimmungen), απασχολεί όλο και περισσότερο τα τελευταία χρόνια την επιστήμη του διοικητικού δικαίου<sup>49</sup>, καθώς όλο και συχνότερα οι διοικητικές Αρχές συνο-

48. Πρόκειται ειδικότερα για «εγκριτική» διοικητική πράξη, με την οποία παρέχεται η άδεια για την κατάρτιση ιδιωτικής δικαιοπραξίας, χωρίς η πράξη αυτή να αποτελεί τον συστατικό τίτλο του ιδιωτικού δικαίου, στη δημιουργία του οποίου κατατείνει η δικαιοπραξία (privatrechtsermöglichende Verwaltungsakt). Ο όρος αποδίδεται στον Kroeber, Das Problem der Privatrechtsgestaltenden Staatsakten, 1931, σ. 18 επ., γίνεται όμως δεκτός γενικότερα: βλ. Kieckebusch, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte, VerwArch 1966, 22. Άλλοι συγγραφείς, αναφερόμενοι στις διοικητικές αυτές πράξεις, κάνουν λόγο για πράξεις συν-δημιουργικές ιδιωτικών δικαιωμάτων (privatrechtsmitgestaltende Verwaltungsakte): βλ. έτσι Greiffenhagen, Die Kartellgenehmigung im Recht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1966, σ. 44 επ.· Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hochheitsakt, 1994, σ. 284. Ανεξάρτητα πάντως από την ορολογία που θα υιοθετηθεί, η κατηγορία αυτή των διοικητικών πράξεων πρέπει να διακρίνεται από την κατηγορία των διοικητικών πράξεων που δημιουργούν (αυτές οι ίδιες) ιδιωτικά δικαιώματα (privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte: Brückner, Die privatrechtsgestaltende Staatsakt, 1930), όπως είναι λ.χ. οι πράξεις με τις οποίες το Δημόσιο παραχωρεί δημόσια κτήματα. Για το ζήτημα της παροχής άδειας δημόσιας αρχής για την κατάρτιση δικαιοπραξίας σχετικής με ακίνητα βλ. Hess, Staatsgenehmigungsbedürftige Grundstücksveräußerungsverträge, 1928. Για τις αστικού δικαίου συνέπειες της υποχρέωσης λήψης άδειας από δημόσια αρχή γενικώς βλ. αντί πολλών Otto Lange, Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, AcP 152 (1952/1953), 241 επ.

49. Για τους πρόσθετους ή παρεπόμενους ορισμούς στο διοικητικό δίκαιο βλ. ιδίως, εκτός από τα εγχειρίδια του διοικητικού δικαίου, Κουτούπα-Ρεγκάκου, Πρόσθετοι ή παρεπόμενοι ορισμοί στη διοικητική πράξη, 1993, passim· Κόρσο, Πρόσθετοι ορισμοί εν τη διοικητική πράξη, Τιμ. Τόμ. ΣτΕ, 1979, 103-119· Λαζαράτος, Ανάκληση νόμιμων διοικητικών πράξεων Ι, 1996, σ. 84-136· τον ίδιο, Η οικονομική αντιμετώπιση των διοικητικών πράξεων υπό όρο, Δ 1991, 863 επ. Πρβλ. επίσης ως προς το ζήτημα της μερι-

δεύουν τις πράξεις τους με πρόσθετους ορισμούς. Μέσω αυτών η Διοίκηση επιδιώκει συνήθως να αντιμετωπίσει με έναν πιο ευέλικτο τρόπο τις αιτήσεις των διοικουμένων, χωρίς να παραμένει πάντοτε προσηλωμένη στη διττή δυνατότητα αποδοχής ή απορρίψεως της αίτησης. Τίθεται έτσι το ερώτημα ως προς τη νομιμότητα της διοικητικής αυτής πρακτικής. Και όταν μεν ο νόμος ρητώς παρέχει στη Διοίκηση την εξουσία να διατυπώσει στην υπό έκδοση διοικητική πράξη πρόσθετους ορισμούς ή όταν ρητώς απαγορεύει κάτι τέτοιο, είναι προφανές ότι ζήτημα δεν τίθεται. Το ζήτημα τίθεται όμως με επιτακτικότητα στις περιπτώσεις, όπως η κρινόμενη, που ο νόμος σιωπά. Το ειδικότερο πρόβλημα που επιζητεί λύση είναι το κατά πόσον η διατύπωση πρόσθετων ορισμών στην περίπτωση αυτή συνάδει με τη διατρέχουσα το δίκαιο των διοικητικών πράξεων αρχή της νομιμότητας.

Η επιστήμη του διοικητικού δικαίου προσεγγίζει την προβληματική διακρίνοντας μεταξύ πράξεων δέσμιας αρμοδιότητας και πράξεων διακριτικής ευχέρειας. Στην πρώτη περίπτωση κρατεί η άποψη ότι αποκλείεται η διατύπωση πρόσθετων ορισμών που δεν καλύπτονται από τον εξουσιοδοτικό κανόνα<sup>50</sup>. Στην περίπτωση όμως των πράξεων διακριτικής ευχέρειας γίνεται δεκτό ότι η Διοίκηση, ακόμη και όταν δεν έχει ρητή νομοθετική εξουσιοδότηση, μπορεί να θέτει πρόσθετους ορισμούς στη διοικητική πράξη, *υπό την αυστηρή όμως προϋπόθεση ότι αυτοί συνάδουν προς τον σκοπό του εξουσιοδοτικού νόμου*<sup>51</sup>. Πρόσθετοι ορισμοί που χωρίς νομοθετική εξουσιοδότηση συναρτούν την έκδοση διοικητικής πράξης (ιδίως την παροχή διοικητική άδειας) με την προηγούμενη συμμόρφωση του διοικουμένου προς υποχρέωση που οφείλεται σε τελείως διαφορετική διοικητική αρχή<sup>52</sup> και που, ως εκ τούτου, είναι ξένοι όχι μόνο προς το γράμμα αλλά και προς τη ratio του εξουσιοδοτικού νόμου, είναι παράνομοι, δεδομένου ότι η πρακτική αυτή συνιστά καταφανή παραβίαση της αρχής του σεβασμού της αρμοδιότητας των διοικητικών οργάνων και, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, αποτελεί κατάχρηση διαδικασίας<sup>53</sup>. Άλλο βεβαίως το ζήτημα ότι το αρμόδιο για την έκδοση της διοικητικής πράξης όργανο μπορεί (ή και υποχρεούται) να

κής ακυρώσεως διοικητικής πράξεως με πρόσθετο ορισμό Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, Αι συνέπειες της ακυρώσεως διοικητικής πράξεως έναντι της διοικήσεως κατόπιν ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως, 1980, 103 επ. Από τη γερμανική βιβλιογραφία του διοικητικού δικαίου, που έχει ασχοληθεί ενδελεχώς με το ζήτημα, βλ. ενδεικτικά Elster, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, 1979, passim· Fraßen, Über bedingungsfeindliche Verwaltungsakte, 1969, passim· Hönig, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, 1968, passim· Huber, Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten, 1955, passim· Jung, Nebenbestimmungen von Verwaltungsakten, 1956, passim· Karl, Der Rechtsschutz gegenüber rechtswidrigen Nebenbestimmungen begünstigender Verwaltungsakte, 1973, passim· Schmidt, Unmittelbare Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakte, 1975, passim· Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 1979, passim· Manssen, ό.π., σ. 298 επ.

50. Kieckenbusch, VerwArch 1966, 28· Λαζαράτος, Ανάκληση νόμιμων διοικητικών πράξεων Ι, σ. 91-92· Κουτούπα-Ρεγκάκου, ό.π., σ. 180 επ..

51. Βλ. αντί πολλών Κουτούπα-Ρεγκάκου, ό.π., σ. 205 επ.

52. Είναι προφανές ότι η παρανομία είναι πολύ εντονότερη στις περιπτώσεις, όπως η κρινόμενη, όπου οι επιβαλλόμενες με τους πρόσθετους ορισμούς υποχρεώσεις δεν συνιστούν καν νόμιμες υποχρεώσεις του διοικουμένου έναντι άλλων διοικητικών αρχών, αλλά «επιβάλλονται» το πρώτον μέσω της διοικητικής πράξης υπό μορφή «ανταλλάγματος» για την έκδοση ευμενούς διοικητικής πράξης.

53. Κουτούπα-Ρεγκάκου, ό.π., σ. 208-210 μ.π.π.

«υπενθυμίζει» στον διοικούμενο τυχόν άλλες υποχρεώσεις που αυτός έχει (ιδίως έναντι άλλων διοικητικών Αρχών), χωρίς όμως να αναγορεύει τις τελευταίες σε παρεπόμενους ορισμούς της πράξης που εκδίδει<sup>54</sup>.

Στην κρινόμενη περίπτωση είναι πέραν πάσης αμφιβολίας ότι οι επίμαχοι πρόσθετοι ορισμοί είναι παράνομοι. Κατ' αρχήν, στο μέτρο που θέτουν (χωρίς νομοθετική εξουσιοδότηση) περιορισμούς στο συνταγματικά προστατευόμενο (άρθρο 17 Σ) δικαίωμα της κυριότητας και ειδικότερα στην εξουσία διάθεσης του δικαιούχου, εξαρτώντας την άσκησή της από την τήρηση μη προβλεπόμενων στον νόμο διατυπώσεων, είναι αντισυνταγματικοί<sup>55</sup>. Επιπλέον, οι επίμαχοι όροι είναι παράνομοι επειδή ούτε σε εξουσιοδοτική διάταξη νόμου στηρίζονται ούτε τον σκοπό του άρθρου 28 ν. 1892/1990 εξυπηρετούν. Σκοπός του νόμου είναι η προστασία της εθνικής ασφάλειας και της άμυνας της χώρας. Όπως ρητώς διαλαμβάνεται στην § 2 του άρθρου 28, ο σκοπός αυτός επιτυγχάνεται μέσω της γνωστοποίησης στην αρμόδια Αρχή των στοιχείων του ενδιαφερομένου να αποκτήσει τη νήσο/νήσιδα καθώς επίσης μέσω της ανακοίνωσης του σκοπού, για τον οποίο θα τη χρησιμοποιήσει. Τίποτε πέραν αυτών. Εφόσον ο Υπουργός Γεωργίας (και σε γνωμοδοτικό επίπεδο το Γ.Ε.Ν.) ελέγξει τα στοιχεία αυτά και διαπιστώσει ότι κίνδυνος εθνικής ασφάλειας δεν υπάρχει, δεν νομιμοποιείται πλέον να απορρίψει την αίτηση του υποψήφιου αγοραστή για άλλους λόγους. Για την απόρριψη της αίτησης παροχής της άδειας του άρθρου 28 ν. 1892/1990 θα πρέπει δηλαδή ο Υπουργός να εκδώσει αιτιολογημένη απόφαση, στην οποία να επικαλείται λόγους εθνικής ασφάλειας<sup>56</sup>. Εφόσον στην απόφασή του αποφαίνεται κατά τρόπο θετικό, όπως εν προκειμένω, ότι δεν συντρέχουν τέτοιοι λόγοι (άρα ότι ο σκοπός του ν. 1892/1990 έχει πληρωθεί), ουδεμία δυνατότητα έχει πλέον για τη διατύπωση άλλων, άσχετων όρων, από την τήρηση των οποίων θα εξαρτηθεί η παροχή της άδειας<sup>57</sup>. Μετά τη διαπίστωση εκ μέρους του Υπουργού Γεωργίας ότι δεν συντρέχουν λόγοι εθνικής ασφάλειας, που να συνηγούνται στην απόρριψη της αίτησης, η κατ' αρχήν διακριτική του ευχέρεια μεταβάλλεται σε δέσμια αρμοδιότητα<sup>58</sup>, έτσι ώστε να υποχρεούται πλέον να εκδώσει την άδεια. Αυτή είναι άλλωστε η σύγχρονη νομολογιακή τάση στις περιπτώσεις των διοικητικών αδειών που θίγουν ατομικές ελευθερίες, κλασσικό παράδειγμα των οποίων αποτελεί η οικοδομική άδεια<sup>59</sup>. Συνεπώς, διαπιστώνοντας ο Υπουργός Γεωργίας την απουσία κινδύνου για την εθνική ασφάλεια εξήντησε τη διακριτική του ευχέρεια (που συνίσταται ακριβώς στη διαδικασία αξιολόγησης των προβλεπόμενων στην § 2 του άρθρου 28 ν. 1892/1990 στοιχείων αναφορικά με την ύπαρξη κινδύνου για την εθνική ασφάλεια) και υποχρεούτο

πλέον να εκδώσει την επίμαχη άδεια, χωρίς να έχει οποιαδήποτε δυνατότητα διατύπωσης πρόσθετων όρων (με εξαίρεση, βεβαίως, τους πρόσθετους όρους που συνίστανται στην απλή υπόμνηση νόμιμων υποχρεώσεων), όπως συμβαίνει σε κάθε άλλη περίπτωση δέσμιας αρμοδιότητας.

Οι επίμαχοι πρόσθετοι όροι υπό στοιχεία (α), (β) και (δ) δεν αποσκοπούν στην προστασία της εθνικής ασφάλειας και της άμυνας της χώρας και κατά συνέπεια ουδεμία τελεολογική συγγένεια εμφανίζουν προς την επιτελούμενη μέσω του άρθρου 28 ν. 1892/1990 δικαιοπολιτική λειτουργία. Δεν είναι άλλωστε τυχαίο ότι οι ενέργειες, τις οποίες υπέδειξε ο Υπουργός Γεωργίας με την κρινόμενη απόφασή του ως «όρους» για τη μεταβίβαση (χάραξη αιγιαλού, παροχή εγκρίσεως από την Εφορία Ενάλιων Αρχαιοτήτων) εκφεύγουν της δικής του αρμοδιότητας αλλά και της αρμοδιότητας του Γ.Ε.Ν., ως γνωμοδοτικού οργάνου. Στην πραγματικότητα δηλαδή, μολοντί δεν πρόκειται για γνήσια περίπτωση υπέρβασης της κατά κλάδον αρμοδιότητας –δεδομένου ότι ο Υπουργός Γεωργίας δεν αντιποιήθηκε την αρμοδιότητα των οργάνων αυτών– συντρέχει εντούτοις περίπτωση αναλογικής εφαρμογής των αφορσών στην κατά κλάδον αναρμοδιότητα κυρώσεων, στο μέτρο που ο Υπουργός χωρίς νόμιμη προς τούτο εξουσιοδότηση περιέλαβε σε διοικητική πράξη δικής του αρμοδιότητας όρους, οι οποίοι αφορούν σε ζητήματα που εμπίπτουν στην αρμοδιότητα ξένων προς την υπηρεσία του διοικητικών οργάνων. Ως εκ του λόγου που δημιουργεί την ελαττωματικότητα της πράξης (υπέρβαση της κατά κλάδον αρμοδιότητας, με τις επισημάνσεις που έγιναν πάντως σχετικώς) θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι επίμαχοι πρόσθετοι ορισμοί είναι ανυπόστατοι ή άκυροι, ανάλογα με το αν θα ληφθεί υπόψη η διπλή ή τριπλή, αντίστοιχα, διάκριση των ελαττωματικών πράξεων<sup>60</sup>, με συνέπεια να μην εξοφλίζονται με το τεκμήριο νομιμότητας και να μην παράγουν μετά την πάροδο της προθεσμίας δικαστικής προσβολής τους καμιά βλαβερή για τους διοικουμένους έννομη συνέπεια.

3. Ανεξάρτητα πάντως από τη διαπίστωση ως προς τον παράνομο χαρακτήρα των επίμαχων πρόσθετων ορισμών, θα πρέπει επιπλέον να ερευνηθεί και η νομική τους φύση, ούτως ώστε να είναι σε κάθε περίπτωση σαφής η εμβέλειά τους. Οι πρόσθετοι ορισμοί εμφανίζονται στη διοικητική πρακτική υπό τη μορφή αιρέσεων, προθεσμιών, όρων, επιφυλάξεων ανακλήσεως και, σπανιότερα, επιφυλάξεως επιβολής νέων όρων ή ρητρών αναθεωρήσεως της πράξης. Στην κρινόμενη περίπτωση οι επίμαχοι ορισμοί θα μπορούσαν να αποτελούν είτε αιρέσεις είτε όρους. Υπό την εκδοχή ότι πρόκειται για αιρέσεις, υπό τις οποίες χορηγήθηκε η άδεια για την εκποίηση της νήσου «Χ», είναι προφανές ότι θα πρόκειται για αναβλητικές αιρέσεις, δηλαδή αιρέσεις, από την πλήρωση των οποίων εξαρτάται η έναρξη ισχύος της απόφασης-άδειας<sup>61</sup> ή, κατ' άλλη, ορθότερη άποψη, αιρέσεις, δυνάμει των οποίων αναστέλλεται η επέλευση των ενεργειών της άδειας<sup>62</sup>. Τούτο συνάγεται από το γεγονός ότι ο υπό (α) ορισμός κάνει λόγο για προηγούμενο καθορισμό του αιγιαλού και της παραλίας, ενώ ο υπό (δ) όρος αναφέρεται στη συγκατάθεση της Εφορίας Ενάλιων Αρχαιοτήτων για τη δικαιοπραξία, πράγμα που σημαίνει ότι οπωσδήποτε δεν πρόκειται για διαλυτικές αιρέσεις. Υπό την εκδοχή, εξάλλου, ότι πρόκειται για όρους, είναι για τους ίδιους λόγους προφανές ότι

54. Βλ. σχετικώς RGZ 85, 420 επ. βλ. και Kieckenbusch, VerwArch 1966, 28.

55. Αντίστοιχα έχει κριθεί ότι πρόσθετος όρος σε διοικητική πράξη, που αποστερεί τον διοικούμενο από το δικαίωμα να προσφύγει στη δικαιοσύνη, είναι αντισυνταγματικός: ΣτΕ 2121-2130/1947. Πρβλ. και τον Λαζαράτο, Ανάκληση διοικητικής πράξης Ι, σ. 336-337, ο οποίος υπαινίσσεται ότι το άρθρο 17 Σ μπορεί να αποτελέσει τη νομική βάση για τον αποκλεισμό της δυνατότητας ανακλήσεως νόμιμης διοικητικής πράξης.

56. Βλ. έτσι για την αντίστοιχη άδεια του άρθρου 26 του ν. 1892/1990 ΣτΕ 1701/1997-720/1999.

57. Βλ. έτσι γενικότερα για τις διοικητικές άδειες, με τις οποίες εγκρίνεται η κατάρτιση δικαιοπραξίας, τον Otto Lange, AcP 1952/1953, 247· προς την ίδια κατεύθυνση OGHZ 3, 216.

58. Ομοίως στο γερμανικό δίκαιο ο Otto Lange, AcP 1952/1953, 247.

59. Βλ. ενδεικτικά Σκουρή, Χωροταξικό και πολεοδομικό δίκαιο, 1991, σ. 190.

60. Για τις ελαττωματικές διοικητικές πράξεις, τις διακρίσεις που γίνονται δεκτές στην επιστήμη και τις συνέπειές τους αναφορικά προς το τεκμήριο νομιμότητας βλ. αντί πολλών Σιούτη, Το τεκμήριο της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, 1994, σ. 73 επ. Πρβλ. και Παναγοπούλου, Οι ακυρότητες των διοικητικών πράξεων, 1995, passim (ιδίως σ. 80 επ.).

61. Ehlers, ό.π., σ. 369 επ.

62. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 2000, σ. 549.

θα πρόκειται για «όρους με προτρέχουσα ενέργεια» (vorwirkende Auflage)<sup>63</sup>, δηλαδή για όρους που πρέπει να εκτελεσθούν πριν από τη χρήση της άδειας (εν προκειμένω πριν από την κατάρτιση της μεταβιβαστικής δικαιοπραξίας).

Η νομική συνέπεια του όρου είναι η επιβολή μιας υποχρέωσης ή μιας απαγόρευσης στον διοικούμενο. Ενώ όμως η αναβλητική αίρεση ασκεί καταλυτική επίδραση στη διοικητική πράξη, μην επιτρέποντας την ανάπτυξη της ενέργειάς της πριν από την πλήρωσή της, ο όρος, ανεξάρτητα αν πρόκειται για όρο με προτρέχουσα ή με παρακολουθηματική ενέργεια, δεν ασκεί καμιά επίδραση επί της διοικητικής πράξεως. Η τελευταία συνεχίζει να αναδύει τη νομική της ενέργεια ακόμη και αν ο αποδέκτης της άδειας δεν εκτελέσει τον όρο<sup>64</sup>. Αυτή η ιδιότητα του όρου του προσδίδει το χαρακτηριστικό της αυτοτέλειας έναντι της κύριας διοικητικής πράξης<sup>65</sup>. Εξάλλου, απόρροια της αυτοτέλειας του όρου έναντι της κύριας διοικητικής πράξης αποτελεί και το γεγονός ότι, στην περίπτωση της παραβίασής του, η Διοίκηση μπορεί είτε να τον εκτελέσει αναγκαστικώς, εάν είναι δεκτικός εκτελέσεως, ή να ανακαλέσει την πράξη, εάν συντρέχουν οι νόμιμες προς τούτο προϋποθέσεις<sup>66</sup>.

Η διάκριση μεταξύ αιρέσεων και όρων δεν είναι πάντοτε ευχερής, δεν απορρέει δηλαδή πάντοτε από το ίδιο το γράμμα της διοικητικής πράξης, αλλά προϋποθέτει αναγωγή και στις λοιπές ερμηνευτικές μεθόδους. Στη συγκεκριμένη περίπτωση στην επίμαχη άδεια του Υπουργού Γεωργίας γίνεται λόγος για «όρους» (όχι για αιρέσεις): «Χορηγούμε την προβλεπόμενη από το άρθρο 28 ν. 1892/1990 άδεια... με τους κάτωθι όρους:...». Η χρήση της συγκεκριμένης λέξης από τη διοικητική Αρχή, καίτοι δεν αποτελεί το μόνο ή, έστω, το αποφασιστικό ερμηνευτικό κριτήριο<sup>67</sup>, αποτελεί ωστόσο, όπως εν γένει το γράμμα κάθε ερμηνευόμενης διάταξης, σαφή ένδειξη της μορφής της δεσμεύσεως που το όργανο αυτό θέλησε να επιβάλει στον διοικούμενο<sup>68</sup>. Είναι σημαντικό εξάλλου να ληφθεί υπόψη ότι η σύμφωνη γνωμοδότηση του Γ.Ε.Ν., επί της οποίας στηρίχθηκε η έκδοση της άδειας του Υπουργού Γεωργίας, δεν έθετε «όρους» αλλά «προϋποθέσεις»: «Η ανωτέρω σύμφωνη γνώμη παρέχεται με τις ακόλουθες προϋποθέσεις». Η διαφοροποίηση αυτή στον νομικό χαρακτηρισμό των επίμαχων πρόσθετων ορισμών και η απομάκρυνση της (ιδίας της εκδούσας διοικητικής Αρχής από την ορολογία του γνωμοδοτικού οργάνου οπωσδήποτε δεν είναι τυχαία ούτε άμοιρη νομικής σημασίας. Φανερώνει κατ' αρχήν ότι πρόκειται για συνειδητή χρήση της συγκεκριμένης λέξης (της λέξης «όρος»), αφού κατά τα λοιπά η επίμαχη απόφαση-άδεια ακολουθεί κατά γράμμα το κείμενο της σύμφωνης γνώμης του Γ.Ε.Ν. και μόνο στο σημείο αυτό αποκλίνει. Επομένως, είναι εύλογο να υποτεθεί εάν ήθελε ο Υπουργός να εκδώσει την άδεια υπό αναβλητική αίρεση, θα το προέβλεπε ρητά στην πράξη του χρησιμοποιώντας την αντίστοιχη νομική ορολογία. Εξάλλου, η απομάκρυνση από την λέξη «προϋπόθεση» αποτελεί ένδειξη, και μάλιστα σαφή, ότι σκοπός της Διοίκησης ήταν η επιβολή μιας υποχρέωσης ηπιότερης μορφής σε σχέση με την «προϋπόθεση». Ενόψει του ότι η «προϋπόθεση» βρίσκεται από εννοιολογική άποψη εγγύτερα στην αίρεση, δηλαδή στον πρόσθετο ορισμό που εξαρτά την ενέργεια της πράξης από ένα γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο<sup>69</sup>, η απομάκρυνση απ' αυτή την έν-

νοια και η χρήση της λέξεως «όρος» αποτελεί ένδειξη περί του ότι η χρήση της τελευταίας έγινε με πλήρη συνείδηση του περιεχομένου της από το αρμόδιο διοικητικό όργανο. Αλλά στην αποδοχή της άποψης ότι εν προκειμένω πρόκειται για όρο και όχι για αίρεση συνηγορεί και το γεγονός ότι το κείμενο της επίμαχης απόφασης-άδειας διατύπωσε ένα διοικητικό όργανο (Υπουργός) με άρτια διοικητική και νομική υποστήριξη, για το οποίο δεν είναι εύλογο να υποτεθεί ότι χρησιμοποιεί εσφαλμένως τους διάφορους νομικούς όρους και πάντως δεν υπάρχει καμιά ένδειξη ότι αυτό συνέβη στην παρούσα περίπτωση. Εξάλλου, το γεγονός ακριβώς ότι πρόκειται για κείμενο μονομερώς διατυπωμένο από τη Διοίκηση, το οποίο μάλιστα αφορά στη δυνατότητα του διοικούμενου να ασκήσει το συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμά του στην ιδιοκτησία, περιορίζοντας την ελεύθερη άσκησή του, συνηγορεί επίσης υπέρ της ευνοϊκότερης για τον διοικούμενο ερμηνευτικής εκδοχής, δηλαδή της εκδοχής ότι πρόκειται για όρο (όχι για αίρεση), όπως άλλωστε επιτάσσουν τόσο ο παλιός ερμηνευτικός κανόνας *in dubio contra stipulatorem*<sup>70</sup> όσο και οι αρχές της χρηστής Διοίκησης και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου. Στην περίπτωση πρόσθετου ορισμού που περιλαμβάνεται σε παραχωρητήριο δημόσιου κτήματος, στο οποίο (παραχωρητήριο) ορίζεται ότι η μη τήρηση του ορισμού αυτού συνεπάγεται την «ακύρωση» της διοικητικής πράξης της παραχώρησης, το Ν.Σ.Κ. έχει γνωμοδοτήσει ότι δεν πρόκειται για διαλυτική αίρεση και ότι, συνεπώς, δεν ανατρέπεται αυτοδικαίως η εμπράγματη μεταβολή, αλλά θα πρέπει αφενός η Διοίκηση να προβεί σε ανάκληση της παραχώρησης και αφετέρου τα πολιτικά δικαστήρια να ακυρώσουν το παραχωρητήριο<sup>71</sup>. Εφόσον όμως δεν ενεργεί ως (διαλυτική) αίρεση ο πρόσθετος ορισμός που θέτει η Διοίκηση στη διοικητική πράξη, με την οποία παραχωρεί δικό της ακίνητο, δεν είναι δυνατόν να υποτεθεί ότι αποτελεί (αναβλητική) αίρεση ο πρόσθετος ορισμός που συνοδεύει τη διοικητική πράξη έγκρισης της μεταβίβασης ιδιωτικού ακινήτου κατά το άρθρο 28 ν. 1892/1990. Εξάλλου, βαρύνουσα σημασία έχει και το γεγονός ότι με τους επίμαχους πρόσθετους ορισμούς η Διοίκηση φέρεται να επιβάλλει υποχρεώσεις, από την τήρηση των οποίων εξαρτά τη δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος της κυριότητας, χωρίς να προβλέπονται αυτές (οι υποχρεώσεις) στον ίδιο τον νόμο. Εάν με τους πρόσθετους ορισμούς επαναλαμβανόταν το περιεχόμενο νομικών διατάξεων που επιβάλλουν υποχρεώσεις στον διοικούμενο, θα μπορούσε, ίσως, να υποστηριχθεί ότι με την περιληψή τους στο κείμενο της πράξης η Διοίκηση επιχείρησε να αναγορεύσει την εκπλήρωση των νόμιμων αυτών υποχρεώσεων του διοικούμενου σε όρο του ενεργού της διοικητικής πράξης, προς την οποία κατ' αρχήν δεν συνναρτώνται<sup>72</sup>. Εν προκειμένω όμως δεν πρόκειται περί αυτού.

τις «νόμιμες προϋποθέσεις» για την έκδοση μιας διοικητικής πράξης, δηλαδή τις προϋποθέσεις εκείνες, που, αν δεν συντρέχουν, το διοικητικό όργανο οφείλει να μην εκδώσει την πράξη.

70. Wacke, *Ambiguitas contra stipulatorem*, JA 1981, 666 επ. Η αρχή αυτή μάλιστα έχει αναγορευθεί από τον νομοθέτη του ν. 2251/1994 σε ειδικό ερμηνευτικό κανόνα των Γ.Ο.Σ. (βλ. άρθρο 2 § 5 εδ. β').

71. Ν.Σ.Κ. 550/1972. Σύμφωνος ο *Eu. Δωρής*, Δημόσια κτήματα Α', σ. 241.

72. Βλ. έτσι λ.χ. τη ΣτΕ 181/1950: Η άρση των περιορισμών για την εν ζωή μεταβίβαση κλήρου γίνεται υπό την αίρεση της προσκομίσεως ενώπιον του συμβολαιογράφου κατά την υπογραφή του συμβολαίου βεβαιώσεως της οικείας Δ/σης Γεωργίας περί καταβολής του... ειδικού τέλους μεταβίβασης, μολοντί η ρήτρα αυτή αποτελεί υπόμνηση υφιστάμενης νόμιμης υποχρέωσης. Στο κριτήριο αυτό προσανατολίζονται και οι *Jung*, ό.π., σ. 26 και *Hönig*, ό.π., σ. 134.

63. Βλ. *Κουτούπα-Ρεγκάκου*, ό.π., σ. 59.

64. *Κουτούπα-Ρεγκάκου*, ό.π., σ. 63 επ. μ.π.π.

65. *Κουτούπα-Ρεγκάκου*, ό.π., σ. 74 επ. μ.π.π.

66. Βλ. παρακάτω υπό 5.

67. *Hönig*, ό.π., σ. 142.

68. *Ehlers*, ό.π.

69. Τούτο καταδεικνύεται και εκ του ότι ο όρος αυτός χρησιμοποιείται συνήθως στο πλαίσιο της προβληματικής αναφορικά προς

Η περιληψη των επίμαχων όρων στην απόφαση του Υπουργού Γεωργίας δεν αποτελεί υπόμνηση ή επανάληψη νόμιμων υποχρεώσεων των ιδιοκτητών της νήσου «Χ» ή του υποψήφιου αγοραστή αλλά προϊόν «βουλήσεως» της Διοίκησης και μάλιστα χωρίς την απαραίτητη νομοθετική εξουσιοδότηση. Συνεπώς δεν συντρέχει λόγος να απομακρυνθούμε από το γράμμα της ίδιας της άδειας και να υπολάβουμε ότι με τη λέξη «όρο» νοήθηκε εν προκειμένω η αναβλητική αίρεση. Τέλος, θα πρέπει να συνεκτιμηθεί και το γεγονός ότι, κατά τη μάλλον κρατούσα στην επιστήμη και ορθή άποψη, οι διοικητικές πράξεις που έχουν ως αντικείμενο την έγκριση ιδιωτικών δικαιοπραξιών και την επακόλουθη ίδρυση ιδιωτικών δικαιοματών (ιδίως επί ακινήτων) είναι ανεπίδεκτες πρόσθετων ορισμών και οπωσδήποτε ανεπίδεκτες αιρέσεων<sup>73</sup>. Ο λόγος είναι η επιδίωξη νομικής ασφάλειας. Ενόψει τούτου, θα πρέπει να γίνει δεκτό –και για τον επιπρόσθετο αυτό λόγο– ότι οπωσδήποτε στην περίπτωση των κρινόμενων πρόσθετων ορισμών δεν πρόκειται περί αναβλητικών αιρέσεων, αφού τούτο θα συντελούσε στον μέγιστο βαθμό στη δημιουργία κλίματος νομικής ανασφάλειας<sup>74</sup>. Πρόκειται επομένως για πρόσθετους όρους με προτρέχουσα ενέργεια, οι οποίοι είναι αυτοτελείς έναντι της κύριας διοικητικής πράξης, με συνέπεια να μην επηρεάζονται το κύρος της τελευταίας εκ του ότι οι όροι αυτοί είναι ανυπόστατοι ή άκυροι<sup>75</sup>.

4. Με αφετηρία λοιπόν τη διαπίστωση ότι οι επίμαχοι παρεπόμενοι ορισμοί υπό στοιχεία (α), (β) και (δ) αποτελούν πρόσθετους όρους με προτρέχουσα ενέργεια, οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι με την περιληψη τους στην επίμαχη απόφαση-άδεια ο Υπουργός Γεωργίας επέβαλε μεν ορισμένες νομικές υποχρεώσεις στους διοικουμένους (προηγούμενη χάραξη οριογραμμής αιγιαλού και παραλίας, λήψη σύμφωνης γνώμης της Εφορίας Ενάλιων Αρχαιοτήτων), δεν εξήρτησε όμως την έναρξη της ισχύος της χορηγηθείσας άδειας από την τήρησή τους ούτε αναγόρευσε την τήρηση των εν λόγω όρων σε όρο του ενεργού της. Η τελευταία είναι ισχυρή και ενεργός διοικητική πράξη και πληροί την προϋπόθεση του άρθρου 28 ν. 1892/1990 ήδη με την έκδοσή της, έτσι ώστε να μπορεί με βεβαιότητα να υποστηριχθεί ότι η απαγόρευση της σύναψης της μεταβιβαστικής δικαιοπραξίας για τη νήσο «Χ» ήρθη με μόνη την παροχή της επίμαχης άδειας από τον Υπουργό Γεωργίας και ανεξάρτητα από την τήρηση ή μη τήρηση των πρόσθετων όρων που περιελήφθησαν σ' αυτή. Η ακυρότητα της δικαιοπραξίας, την οποία προβλέπει το άρθρο 30 του ν. 1892/1990 (αλλά και οι λοιπές κυρώσεις της διάταξης αυτής) συναρτάται με την παραβίαση της απαγόρευσης που θεσπίζει το ίδιο το άρθρο 28 ν. 1892/1990 και όχι με την τυχόν «παραβίαση» των πρόσθετων ορισμών που παρανόμως διέλαβε ο Υπουργός Γεωργίας στην πράξη, με την οποία ενέκρινε τη μεταβίβαση. Οι διατάξεις των άρθρων 25-32 ν. 1892/1990, με τις οποίες προσαρμόσθηκε η εσωτερική νομοθεσία προς το κοινοτικό δίκαιο<sup>76</sup>, θεσπίζουν νόμιμους περιορισμούς του συνταγματικής κατοχυρωμένου (Σ 17) δικαιώματος της κυριότητας αναφορικά με ιδιωτικά ακίνητα ορισμένων κατηγοριών. Ειδικότερα, πρόκειται για περιορισμούς στην εξουσία διάθεσης του κυρίου<sup>77</sup> και εν γένει στη δυνατότητα ελεύθερης οικονομικής

αξιοποίησης (π.χ. με παραχώρηση ενοχικού δικαιώματος χρήσης) των ακινήτων, η παραβίαση των οποίων συνεπάγεται την απόλυτη ακυρότητα της σχετικής δικαιοπραξίας. Τέτοιους περιορισμούς μπορεί να θεσπίζει όμως μόνο ο νομοθέτης (ΑΚ 174-175) ή, εφόσον τούτο προβλέπεται στον νόμο, να επιβάλλει ο δικαστής (ΑΚ 176). Η Διοίκηση δεν έχει την εξουσία να περιορίζει με πράξεις της το συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα της κυριότητας, εκτός αν τη σχετική εξουσία της έχει παραχωρήσει ο νομοθέτης.

Αξιοσημειώμενη είναι εν προκειμένω η υπ' αριθμ. 193/1963 Γνωμοδότηση του Ν.Σ.Κ. Στη συγκεκριμένη περίπτωση το Συμβούλιο κλήθηκε να εκφράσει τη γνώμη του επί της εξής υποθέσεως: Σε παραχωρητήριο Δημοσίου κτήματος είχε περιληφθεί όρος με το παρακάτω περιεχόμενο: «Δεν επιτρέπεται επ' ουδενί λόγω η μεταβίβασις των δικαιωμάτων άνευ προηγουμένης συννεοήσεως μετά του Δημοσίου». Ο ν. ΓΦΞΔ' /1910, στον οποίο είχε στηριχθεί η έκδοση του παραχωρητηρίου, δεν προέβλεπε όμως τη δυνατότητα επιβολής όρων κατά τη μεταβίβαση ούτε και μεριμνούσε για τη ρύθμιση των συνεπειών της τυχόν παραβιάσώς τους. Ο παραχωρησιούχος παρέβλεψε τον θεθέντα στο παραχωρητήριο όρο και μεταβίβασε το ακίνητο χωρίς να ζητήσει τη σύμφωνη γνώμη του Δημοσίου. Ετέθη έτσι το ερώτημα αν η παράβιαση του διοικητικώς καθορισθέντος όρου είχε ως συνέπεια την ακυρότητα της μεταβίβασης ή αν αποτελεεί λόγο ανάκλησης του παραχωρητηρίου. Το Ν.Σ.Κ. με απολύτως πειστική επιχειρηματολογία αποφάνθηκε ότι, αφού στον ίδιο τον νόμο ΓΦΞΔ' δεν προβλεπόταν η δυνατότητα επιβολής όρων στη μεταβίβαση, δεν είναι δυνατόν να αντληθεί απ' αυτόν επιχείρημα υπέρ της ακυρότητας της δικαιοπραξίας ή άλλης τυχόν κύρωσης. Προχωρώντας μάλιστα περαιτέρω, αποφάνθηκε ότι το Δημόσιο δεν έχει έννομο συμφέρον για την περιληψη τέτοιου όρου σε παραχωρητήριο και ότι, εν πάση περιπτώσει, ο όρος αυτός (actum de non alienando) τόσο υπό το καθεστώς ισχύος του β.ρ.δ.<sup>78</sup> όσο και υπό το καθεστώς ισχύος του ΑΚ (βλ. ΑΚ 177)<sup>79</sup> μόνο ενοχική ενέργεια θα μπορούσε να αναπτύξει, αφού δεν είναι δυνατόν, εκτός εξαιρετικών περιπτώσεων που προβλέπονται ειδικώς στον νόμο, να περιορισθεί με εμπράγματη ενέργεια η εξουσία διάθεσης απαλλοτριωτού δικαιώματος<sup>80</sup>. Μάλιστα, υπό το καθεστώς ισχύος του Αστικού Κώδικα γίνεται δεκτό ότι ο αποκτών γίνεται κύριος ακόμη και αν είναι κακόπιστος, γνω-

78. Βλ. ενδεικτικά ΟΛΑΠ 247/1902 Θέμ. ΙΔ, 115.

79. Για την ερμηνεία του άρθρου 177 ΑΚ βλ. Κίτσαρά, Ενοχικές δεσμεύσεις της εξουσίας διάθεσης, 1999, passim.

80. Σύμφωνα μάλιστα με την άποψη του Ν.Σ.Κ., εφόσον ο νόμος, στον οποίο στηρίχθηκε η αιτία πώλησεως παραχώρησης δημοσίου κτήματος, δεν προβλέπει και τη δυνατότητα ανάκλησής του παραχωρητηρίου σύμφωνα με ορισμένη διοικητική διαδικασία, στην περίπτωση παραβιάσεως όρου, που είχε περιληφθεί σ' αυτό, η τυχόν ανάκλησή του από την εκδούσα Αρχή στηρίζεται αποκλειστικά στον συμβατικό όρο της πώλησεως και άρα δημιουργεί διοικητική διαφορά ουσίας και όχι ακυρωτική διαφορά υπαγόμενη στο ΣτΕ: Ν.Σ.Κ. 1773/1969· 1087/1934. Εν προκειμένω βέβαια δεν πρόκειται για παραχώρησης δημοσίου κτήματος αιτία πώλησεως αλλά για παροχή άδειας μεταβίβασης ιδιωτικού ακινήτου. Επομένως διοικητική διαφορά ουσίας δεν υφίσταται. Εδώ η αντίστοιχη προβληματική θα μπορούσε λ.χ. να ανακύψει αν μετά τη μεταβίβαση κάποιος από τους συμβαλλομένους ασκούσε αγωγή στο αρμόδιο πολιτικό δικαστήριο, ισχυριζόμενος ότι η μεταβίβαση είναι άκυρη λόγω μη τήρησης της προϋποθέσεως του άρθρου 28 ν. 1892/1990. Εν προκειμένω και σύμφωνα με όσα εκτίθενται στο κείμενο θα έπρεπε να απορριφθεί ως αβάσιμη η αγωγή, δεδομένου ότι η προϋπόθεση που θέτει το άρθρο 28 έχει ικανοποιηθεί με την έγκριση της μεταβίβασης. Η μη τήρηση των πρόσθετων όρων δεν καθιστά εκ των υστέρων την εκδοθείσα άδεια ανύπαρκτη ή άκυρη. Το πολιτικό δικαστήριο άλλωστε, που είναι επιφορτισμένο με την προστα-

73. Staudinger<sup>73</sup>/Kober, § 925 Anm. B II 3 g' Kieckenbusch, VerwArch. 1966, 28 επ.· Κουτούπα-Ρεγκάκου, ό.π., σ. 231.

74. Βλ. έτσι τις σκέψεις των Baur, Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken, 1949, σ. 64· τον ίδιο, JZ 1953, 699· Meyer zum Wischen, Rechtsgeschäft und behördliche Genehmigung, 1955, σ. 95.

75. Αντίθετα, στην περίπτωση της παράνομης αιρέσεως συμπαράσφύρεται κατ' αρχήν σε ακυρότητα ολόκληρη η πράξη.

76. Βλ. αντί πολλών Γεωργιάδη, Εμπράγματο δίκαιο Ι, 1991, § 43 αρ. 39 επ.

77. Staudinger<sup>73</sup>/Kohler, § 135, Rndr. 35· Κουτσουράδης, ό.π., σ. 222.

ρίζει δηλαδή την ύπαρξη του όρου περί αμεταβίβαστου<sup>81</sup>. Η άποψη αυτή είναι παγία, επαναλαμβανόμενη έκτοτε και σε μεταγενέστερες γνωμοδοτήσεις του Ν.Σ.Κ.<sup>82</sup>. Με αφετηρία λοιπόν την ορθή αυτή άποψη θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, εφόσον δεν είναι δυνατόν να δεσμευθεί με πρωτοβουλία της Διοίκησης η εξουσία διάθεσης του κατά παραχώρηση κυρίου χωρίς ειδική νομοθετική εξουσιοδότηση, πρωτίστως δεν μπορεί να δεσμευθεί χωρίς νομοθετική εξουσιοδότηση η εξουσία διάθεσης του κυρίου ανέκαθεν ιδιωτικού ακινήτου (ιδιωτικής νήσου), επ' ευκαιρία της παροχής άδειας για τη μεταβίβασή του κατά το άρθρο 28 ν. 1892/1990<sup>83</sup>. Μόνο ο νόμος και η δικαστική απόφαση μπορούν να δεσμεύουν την εξουσία διάθεσης απαλλοτριωτού δικαιώματος. Μόνο οι νόμιμες και δικαστικές απαγορεύσεις της διάθεσης –με τις οποίες εξομοιώνονται και απλοί περιορισμοί της εξουσίας διάθεσης, οι συνιστάμενοι λ.χ. στην υποχρέωση λήψης άδειας από ορισμένη Αρχή<sup>84</sup>– συνεπάγονται την ακυρότητα των κατά παράβασή τους καταρτιζόμενων δικαιοπραξιών (ΑΚ 175-176)<sup>85</sup>. Και βεβαίως με νόμιμη απαγόρευση της διάθεσης, η παραβίαση της οποίας συνεπάγεται την ακυρότητα της διάθεσης, θα πρέπει ερμηνευτικώς να εξομοιωθεί και η διατυπούμενη σε ατομική διοικητική πράξη, υπό την προϋπόθεση όμως ότι η περιληψή της στην ατομική διοικητική πράξη είχε νόμιμο έρεισμα, στηριζόταν δηλαδή σε σαφή εξουσιοδοτική διάταξη νόμου, αφού τότε θα πρόκειται στην πραγματικότητα για νόμιμη απαγόρευση<sup>86</sup>. Στην κρινόμενη περίπτωση όμως, όπως έχει αναλυτικά εκτεθεί στην παρούσα γνωμοδότηση, το Γ.Ε.Ν., ως γνωμοδοτικό όργανο, και εν συνεχεία ο Υπουργός Γεωργίας, ασκώντας την αποφασιστική του αρμοδιότητα, αφού διαπίστωσαν την απουσία λόγων αναγομένων στην εθνική ασφάλεια που να συνηγορούν στην απόρριψη

σία του ιδιωτικού δικαιώματος της κυριότητας, θα διαπιστώσει παρεμπιπτόντως την παρανομία των πρόσθετων αυτών όρων, οι οποίοι, σύμφωνα με τα παραπάνω εκτεθέντα, είναι ανυπόστατοι ή άκυροι, ανάλογα με το αν θα ληφθεί υπόψη η διπλή ή τριπλή διάκριση των ανίσχυρων διοικητικών πράξεων, και δεν θα τους λάβει υπόψη του (βλ. Βεγλερή, Ο δικαστικός έλεγχος της δικαιοσύνης, ανατ. 1987, σ. 165 και 290· Σιούτη, Το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, 1994, σ. 128-129).

81. Πάγια γνώμη, για την οποία βλ. αντί πολλών Κιτσαρά, ό.π., σ. 95 επ. μ.π.π. και ειδικώς για το εδώ ερευνώμενο ζήτημα Ν.Σ.Κ. 91/1965.

82. Βλ. π.χ. Ν.Σ.Κ. 91/1965, η οποία αφορούσε σε παραχωρητήριο εκδοθέν δυνάμει του άρθρου 95 του ν.δ. 11/12.11.1929.

83. Θα αποτελούσε καταφανή παραβίαση των κανόνων της λογικής και προϊόν ερμηνείας εντελώς ξένης προς τον σκοπό του νόμου εάν γινόταν δεκτό ότι ελλείπει νομοθετικής εξουσιοδότησης η Διοίκηση αδυνατεί μιν να καθορίζει ειδικούς όρους για τη μεταβίβαση δημόσιου κτήματος, δύναται εντούτοις να επιβάλει τέτοιους όρους με αφορμή την παροχή εγκρίσεως για τη μεταβίβαση ιδιωτικού ακινήτου.

84. ΒGH απόφαση της 13.3.1951 DNotZ 1951, 345· OGHZ 2, 303.

85. Ούτε ενοχική ενέργεια αναδύουν οι περιληφθέντες στην κρινόμενη απόφαση-άδεια όροι και δεν είναι δυνατόν να στηρίξουν ενοχικές αξιώσεις της Διοίκησης για αποζημίωση κατά το άρθρο 177 ΑΚ, δεδομένου ότι τέτοια ενέργεια μόνο δικαιοπραξία και κυρίως σύμβαση (όπως στην κριθείσα από το Ν.Σ.Κ. περίπτωση) μπορεί να αναπτύξει, όχι όμως διοικητική πράξη, με την οποία εγκρίνεται η μεταβίβαση ιδιωτικού ακινήτου.

86. Έτσι στο γερμανικό δίκαιο Staudinger<sup>13</sup>/Kohler, § 135 Rdnr. 36, ο οποίος μάλιστα υποστηρίζει ότι αναλογικώς εφαρμοστέα τυγχάνει εν προκειμένω η διάταξη της § 136 γερμΑΚ, η οποία κάνει λόγο για απαγόρευση που έχει θέσει δικαστήριο ή άλλη Αρχή «στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της». Αξίζει δε να σημειωθεί στο σημείο αυτό ότι ο ελληνικός αστικός κώδικας δεν περιέλαβε καν στην αντίστοιχη προς την § 136 γερμΑΚ διάταξη του άρθρου 176 ΑΚ ρύθμιση ανάλογη προς τη γερμανική για τις απαγορεύσεις διάθεσης που τάσσονται από διοικητική Αρχή.

της αίτησης, συνήνεσαν στη μεταβίβαση, θέτοντας όμως παράλληλα με δική τους πρωτοβουλία και ορισμένους πρόσθετους όρους για τη μεταβίβαση αυτή, παρότι δεν είχαν εξουσιοδοτηθεί από τον νομοθέτη για τη διατύπωση τέτοιων όρων, δεσμευτικών της εξουσίας διάθεσης. Κατά συνέπεια, η κατά τον παραπάνω αυτό τρόπο «δέσμευση» της εξουσίας διάθεσης της κυριότητας επί της ιδιωτικής νήσου δεν ενεργεί ακυρωτικώς (εμπραγματώς), δεν εμποδίζει με άλλα λόγια τη μεταβίβαση της νήσου, δεδομένου ότι ούτε ο ν. 1892/1990 εξουσιοδοτεί το Γ.Ε.Ν. ή τον Υπουργό Γεωργίας να θέτουν όρους (οποιοδήποτε περιεχομένου) για τη μεταβίβαση ούτε άλλη διάταξη προβλέπει ως κύρωση της «παραβίασεως» πρόσθετου όρου διοικητικής πράξης, με τον οποίο περιορίζεται η εξουσία διάθεσης απαλλοτριωτού δικαιώματος, την ακυρότητα της μεταβιβαστικής δικαιοπραξίας<sup>87</sup>.

Από τις παραπάνω σκέψεις ακολουθεί ότι, ακόμη και αν οι επίμαχοι πρόσθετοι όροι δεν είναι παράνομοι, πάντως σε κάθε περίπτωση ενδεχόμενη μη συμμόρφωση προς αυτούς δεν συνιστά παράβαση των διατάξεων του ν. 1892/1990 (του άρθρου 28) και δεν συνεπάγεται την ακυρότητα της δικαιοπραξίας κατά το άρθρο 30 του νόμου αυτού ή τα άρθρα 174-175 ΑΚ. Αυτονόητο είναι άλλωστε ότι δεν επιβάλλονται στην περίπτωση αυτή οι προβλεπόμενες στο άρθρο 28 ν. 1892/1990 ποινικές κυρώσεις. Μένει να διευκρινισθεί αν η περιληψή των επίμαχων πρόσθετων όρων στην απόφαση του Υπουργού Γεωργίας δημιουργεί έννομη σχέση διοικητικού δικαίου μεταξύ της εκδούσας διοικητικής Αρχής και του δικαιουμένου-υποψήφιου αγοραστή, η οποία να δικαιολογεί την ανάκληση της άδειας λόγω μη τήρησης των όρων αυτών.

5. Είναι κατ' αρχήν βέβαιο ότι η επίμαχη άδεια για τη μεταβίβαση της νήσου «Χ», η οποία κατά τον χρόνο έκδοσής της ήταν νόμιμη, δεν καθίσταται σε μεταγενέστερο χρόνο παράνομη εάν δεν τηρηθούν οι πρόσθετοι όροι που τη συνοδεύουν. Το κύρος της διοικητικής πράξης δεν θίγεται από τη σύναψη της μεταβιβαστικής δικαιοπραξίας, η οποία άλλωστε, σύμφωνα με τα παραπάνω, θα είναι απολύτως έγκυρη. Όπως η ίδια η μεταβιβαστική δικαιοπραξία δεν είναι άκυρη, έτσι και η διοικητική πράξη, με την οποία χορηγήθηκε η άδεια για τη μεταβίβαση, δεν καθίσταται εκ των υστέρων παράνομη, αφού σε καμιά διάταξη νόμου δεν προβλέπεται η τήρηση των εν λόγω όρων ως νόμιμων προϋποθέσεων για την έκδοσή της<sup>88</sup> και πάντως ο κανόνας είναι ότι η νομιμότητα μιας ατομικής διοικητικής πράξης κρίνεται κατά τον χρόνο της έκδοσής της<sup>89</sup>. Συνεπώς, μόνο με βάση τους κανόνες περί ανακλήσεως των νόμιμων διοικητικών πράξεων θα μπορούσε κατ' αρχήν να επιχειρηθεί τυχόν ανάκληση της πράξης αυτής. Ερευνητέο λοιπόν αν οι κανόνες αυτοί<sup>90</sup> βρί-

87. Ομοίως στο γερμανικό δίκαιο γίνεται δεκτό από την κρατούσα στην επιστήμη άποψη ότι η άρνηση εκ μέρους της Διοίκησης να παράσχει την έγκρισή της για την επιχείρηση δικαιοπραξίας, η οποία όμως (έγκριση) δεν προβλέπεται ως υποχρεωτική στον νόμο, δεν οδηγεί σε ακυρότητα της δικαιοπραξίας που καταρτίζεται χωρίς την έγκρισή αυτή: Soergell/Helfermeil, § 134 Rdnr. 48· Staudinger<sup>13</sup>/Sack, § 134 Rdnr. 176· Bullinger, Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, 761, 762· Greiffenhausen, ό.π., σ. 220· Manssen, ό.π., 289-290· Hartmann/Atzpodien, Zu den Auswirkungen stiftungsrechtlicher Genehmigungserfordernisse bei Rechtsgeschäften, in: Löwisch/Schmidt-Leithoff/Schmiedel (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, FS Rittner, 1991, σ. 147 επ., 155.

88. Οπότε το παράνομο της πράξης θα ήταν απότοκος συνέπεια της παραβίασης των εκ του νόμου επιβαλλόμενων υποχρεώσεων.

89. Λαζαράτος, Ανάκληση νόμιμων διοικητικών πράξεων Ι, σ. 90-92.

90. Η ανάκληση των νόμιμων διοικητικών πράξεων μόνο κατ' εξαίρεση είναι δυνατή και ιδίως: α) για λόγους δημόσιου συμφέροντος, β) λόγω μεταβολής των πραγματικών συνθηκών, γ) λό-

σκουν εφαρμογή στην κρινόμενη περίπτωση, στην οποία οι μη τηρηθέντες πρόσθετοι όροι τυγχάνουν παράνομοι.

Θα πρέπει κατ' αρχήν να σημειωθεί ότι, σύμφωνα με τα γενικώς κρατούμενα στην επιστήμη, στην περίπτωση των νόμιμων διοικητικών πράξεων που εγκρίνουν τη σύναψη ιδιωτικών συμβάσεων είναι εξαιρετικά περιορισμένα τα περιθώρια της Διοίκησης να ανακαλέσει την πράξη, αφού διαφορετικά θα δημιουργείτο σοβαρός κίνδυνος για την ασφάλεια των συναλλαγών. Τούτο δε ανεξάρτητα από τον αν θα αναγνωρισθεί η ύπαρξη ειδικής κατηγορίας διοικητικών πράξεων, μη υποκειμένων οπωσδήποτε στους κοινούς περί ανακλήσεως κανόνες (έτσι η κρατούσα στο παρελθόν άποψη, που και σήμερα βρίσκει υποστηρικτές<sup>91</sup>), ή αν θα θεωρηθεί ότι, παρόλο που και αυτές οι διοικητικές πράξεις υπόκεινται κατ' αρχήν στους κοινούς κανόνες περί ανακλήσεως, η στάθμιση του κινδύνου διασάλευσης των συναλλαγών πρέπει να διαδραματίζει εν προκειμένω ιδιαίτερα βαρύνοντα ρόλο στην απόφαση του διοικητικού οργάνου να ανακαλέσει την πράξη<sup>92</sup>. Έτσι λ.χ. το γερμανικό ακυρωτικό σε μια σειρά αποφάσεων του έχει κρίνει ότι δεν είναι νόμιμη η ανάκληση διοικητικών πράξεων που εγκρίνουν τη σύναψη δικαιοπραξιών σχετικές με ακίνητα, εφόσον η σχετική δικαιοπραξία έχει ήδη καταρτισθεί<sup>93</sup>. Η θέση αυτή, που είναι απολύτως ορθή, προτάσσει ως σημαντικότερες στο πλαίσιο της καθ' όλου έννομης τάξης τις αρχές της ασφάλειας των συναλλαγών και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των δικαιουμένων, που κατά την ορθότερη άποψη στηρίζεται στο ίδιο το Σύνταγμα και αποτελεί απόρροια της αρχής του κράτους δικαίου<sup>94</sup>, σε σχέση με τις αρχές που δικαιολογούν γενικώς την ανάκληση νόμιμων ευμενών πράξεων της διοίκησης και οι οποίες κατατείνουν στην αποκατάσταση της νομιμότητας.

Τα παραπάνω ισχύουν σε όλες τις περιπτώσεις διοικητικών πράξεων με διαπλαστική ενέργεια σε επίπεδο ιδιωτικών δικαιωμάτων. Ειδικά όμως στην περίπτωση των διοικητικών πράξεων που εγκρίνουν ιδιωτικές δικαιοπραξίες και ακόμη ειδικότερα εκείνων που συνοδεύονται από παράνομο πρόσθετο όρο, που δεν τηρεί ο διοικούμενος, είναι επιτακτικότερη η ανάγκη απομάκρυνσης από τον κανόνα του ανακλητού των νόμιμων διοικητικών πράξεων. Εν προκειμένω η σύγκρουση των προαναφερθεισών αρχών εμφανίζεται πολύ πιο έντονα. Εναντίον της δυνατότητας ανακλήσεως συνηγορεί το επιχείρημα που αντλείται από το τεκμήριο νομιμότητας, με το οποίο εξοπλίζεται ο αρχικά παράνομος όρος μετά την παρέλευση της προθεσμίας για τη δικαστική του ακύρωση. Τούτο σημαίνει ότι υπό μια εντελώς αυστηρή θεώρηση

των πραγμάτων, εάν η Διοίκηση ανακαλέσει την πράξη λόγω μη εκπλήρωσης του παράνομου όρου, ο διοικούμενος δεν θα μπορεί να προσβάλλει την ανακλητική αυτή πράξη επικαλούμενος την ακυρότητά της, η οποία είναι απότοκος συνέπεια της παρανομίας του όρου. Στην κρινόμενη περίπτωση βέβαια τέτοιο ζήτημα δεν τίθεται, δεδομένου ότι ο βαθμός παρανομίας των επίμαχων πρόσθετων όρων είναι τέτοιος (ανυπόστατο ή άκυρο) που αποκλείει, σύμφωνα με τα γενικώς διδασκόμενα, τον εξοπλισμό τους με το τεκμήριο νομιμότητας. Ακόμη όμως και αν γινόταν δεκτό ότι οι επίμαχοι πρόσθετοι όροι δεν είναι ανυπόστατοι ή άκυροι αλλά ακυρώσιμοι, έτσι ώστε η μη προσβολή τους εντός της νόμιμης προθεσμίας με αίτηση ακυρώσεως να οδηγεί κατ' αρχήν στην περιβολή τους με τον μανδύα του τεκμηρίου νομιμότητας, και πάλι άλλοι λόγοι, υπέρτεροι του κανόνα υπακοής στο εν λόγω τεκμήριο, θα επέβαλαν την αποδοχή της αντίθετης και ορθής άποψης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη σύγχρονη διδασκαλία στην ελληνική και αλλοδαπή επιστήμη του διοικητικού δικαίου<sup>95</sup> ανάκληση της διοικητικής πράξης δεν είναι εν προκειμένω δυνατή για τους εξής δύο βασικούς λόγους: α) Επειδή η τελολογία του ανακλητικού κανόνα, δηλαδή η αποκατάσταση της διασαλευθείσης νομιμότητας, δεν βρίσκει έδαφος εφαρμογής επί πράξεως υπό παράνομο όρο, δεδομένου ότι εν προκειμένω η ανάκληση δεν εξυπηρετεί την αποκατάσταση της νομιμότητας και επιπλέον β) επειδή η εμπιστοσύνη του ιδιώτη στη διατήρηση της ισχύος μιας πράξης, παράνομο πρόσθετο ορισμό της οποίας δεν εκπλήρωσε, είναι δικαιολογημένη, γεγονός που θα καθιστά παράνομη την ανάκληση λόγω υπεροχής, κατά τη στάθμιση των συγκρουόμενων αγαθών, της αρχής της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, ανεξάρτητα από το αν ο ορισμός αυτός έχει τυπικά εξοπλισθεί με το τεκμήριο νομιμότητας. Με βάση τις παραπάνω σκέψεις γίνεται λοιπόν δεκτό ότι, επί ανακλήσεως νόμιμης πράξεως λόγω μη τηρήσεως από τον διοικούμενο παράνομου πρόσθετου όρου, είναι πάντοτε δυνατός ο παρεμπόδιος έλεγχος του εν λόγω όρου στο πλαίσιο του ελέγχου του κύρους της ανακλητικής πράξεως. Συνεπώς, στην περίπτωση που ενδιαφέρει εν προκειμένω, και αν ακόμη η Διοίκηση ανακαλέσει την άδεια που παραχώρησε για τη μεταβίβαση της νήσου «Χ» επικαλούμενη τη μη τήρηση των επίμαχων πρόσθετων όρων, θα είναι πάντοτε δυνατή η ακύρωση της ανακλητικής πράξης από τους ενδιαφερομένους με επίκληση της ακυρότητας των όρων αυτών και μάλιστα ανεξαρτήτως του βαθμού ελαττωματικότητάς τους, προς τον οποίο συναρτάται κατ' αρχήν ο εξοπλισμός τους με το τεκμήριο νομιμότητας. Με άλλα λόγια, ο παρεμπόδιος έλεγχος των όρων αυτών θα είναι δυνατός ακόμη και αν υποτεθεί ότι πρόκειται για ακυρώσιμους (όχι ανυπόστατους ή άκυρους) πρόσθετους όρους, η προθεσμία δικαστικής ακύρωσης των οποίων έχει παρέλθει.

### Γ. ΣΥΝΟΨΗ ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΩΝ

Συνοψίζοντας επιγραμματικά όσα εκτέθηκαν παραπάνω, η απάντηση στα τεθέντα ερωτήματα έχει ως εξής: 1) Η περίπτωση των κρίσιμων πρόσθετων όρων υπό στοιχεία (α), (β) και (δ) στην απόφαση του Υπουργού Γεωργίας, με την οποία χορηγήθηκε η προβλεπόμενη 100 στρεμμάτων της νήσου «Χ», δεν άδεια για τη μεταβίβαση 100 στρεμμάτων της νήσου «Χ», δεν είναι νόμιμη. 2) Το μεταβιβαστικό συμβόλαιο, για το οποίο χορηγήθηκε η άδεια του Υπουργού Γεωργίας, μπορεί νομίμως να καταρτισθεί χωρίς προηγουμένως να τηρηθούν οι πρόσθετοι αυτοί όροι. Ζήτημα επιβολής των κυρώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 30 του ν. 1892/1990 δεν τίθεται.

γω μεταβολής των νομικών συνθηκών, δ) λόγω μη εκπλήρωσης υποχρεώσεων του διοικουμένου και ε) επί τη βάσει επιφυλάξεως ανακλήσεως: βλ. αντί πολλών Τάχο, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 2000, σ. 589-590. Βλ. και Λαζαράτο, Ανάκληση νόμιμων διοικητικών πράξεων Ι, σ. 11-63.

91. Βλ. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1961, § 13 2 d. Kieckenbusch, VerwArch 1966, 56 επ.: Otto Lange, AcP 1952/1953, 263· Soergel/Leptien, § 182, Rdnr. 14· MünchKommL Schramm, vor § 182, Rdnr. 30. Πρβλ. και OGHZ 2, 251.

92. Έτσι η κρατούσα άποψη στη σύγχρονη θεωρία, την οποία φέρεται να θεμελιώνει πρώτος ο Steiner, Bindungswirkung und Bestandskraft der fingierten Bodenverkehrsgenehmigung, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt, BDVI. 1970, 34 επ., 37, τον οποίον έκτοτε ακολουθεί και η νομολογία: βλ. BVerwG Απόφ. της 12.8.1977, E 54 257 (262)· πρβλ. και Manssen, ό.π., σ. 296 επ. μ.π.π. σε θεωρία και νομολογία. 93. RG 103, 104· 106, 145· 165, 164· BGH DNotZ 1953, 397· BGHZ 84, 70, 71.

94. Η θέση αυτή φαίνεται να διατυπώνεται το πρώτον από την ΑΠ 11/1858: βλ. Ιωαννίδου, Πείρα Στ', 1875, 1326. Από τη νεότερη νομολογία βλ. ενδεικτικά ΣτΕ (πρ) 703/1990 ΤοΣ 1990, 645· ΔΕφΑθ 811/1999 ΝοΒ 2000, 732· ΔΕφΑθ 362/2000 Αρμ 2000, 1151). Την αρχή αυτή εξάλλου δέχεται και το ΔΕΚ: βλ. ΔΕΚ, ICNTA, 74/76/1975, Συλλογή 1975, 549.

95. Βλ. αναλυτικά Λαζαράτο, Ανάκληση νόμιμων διοικητικών πράξεων Ι, σ. 100 επ. με πλούσιες παραπομπές στην αλλοδαπή θεωρία (σημ. 35): έτσι μάλλον και η Κουτούπα-Ρεγκάκου, ό.π., σ. 69.