

26 Ιανουαρίου 2011
Αριθμ. Πρωτ.: 129552/16594/1/21.6.2010
Πληροφορίες: Τριαντάφυλλου Καλλιόπη - Αικατερίνη

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΥΠΟΥΡΓΟΥ
Αριστοτέλους 17
Αθήνα 101 87

Θέμα: Η υπ' αρ. πο. XXXXXXXX αναφορά του κου XXXXXXXXXX

Ο Συνήγορος του Πολίτη παρέλαβε την αναφορά του κου XXXXXXXX στις 21 Ιουνίου 2010, στην οποία δόθηκε αριθμός πρωτοκόλλου XXXX, και διεξάγει έρευνα στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του το ν.3094/2003.

Ειδικότερα, η κα XXXXXXXX, φαρμακοποιός, διατηρεί φαρμακείο στο Δήμο Αθηναίων XXXX από το έτος 1973. Ήδη με την από 11.5.2010 αίτηση της προς την αρμόδια Διεύθυνση της Νομαρχίας Αθηνών έχει ζητήσει τη μεταφορά του καταστήματος της εντός του ίδιου Δήμου και συγκεκριμένα επί της οδού XXXXXXXX. Το νέο φαρμακείο πρόκειται να λειτουργήσει στο ισόγειο Μεγάρου και έχει πρόσοψη επί της ως άνω κεντρικής λεωφόρου.

Το πλησιέστερο φαρμακείο βρίσκεται εντός Στοάς που έχει εισόδους από τις οδούς XXXXXXXX, XXXXXXXX και XXXXXXXX και το διατηρεί από το έτος 2001 ο φαρμακοποιός XXXXXXXX.

Η Διεύθυνση της Νομαρχίας Αθηνών διαβίβασε την ανωτέρω αίτηση της κας XXXXXXXX στο Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης και στη συνέχεια διατυπώθηκε ερώτημα προς το Νομικό Σύμβουλο του Υπουργείου (αρ. πρ. ΥΓ3(β)/Γ.Π.οικ. 123064/27.9.2010 έγγραφο της Δ/σης Φαρμάκων και Φαρμακείων) σχετικά με τον τρόπο μέτρησης της απόστασης μεταξύ του υπό μεταφορά φαρμακείου της κας XXXXXXXX και του ήδη υπάρχοντος φαρμακείου του κου XXXXXXXX κατ' εφαρμογή του άρθρου 13 του Ν. 3457/2006.

Για το λόγο αυτό, συντάχθηκε η υπ' αρ. 366/2010 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (Τμήμα Β', Συνεδρίαση της 8.11.2010), με την οποία γίνεται δεκτή η γνώμη της πλειοψηφίας όπως εκτενώς διατυπώνεται σε αυτή.

Στο σημείο αυτό θα θέλαμε να επισημάνουμε τα ακόλουθα.

A) Ως προς το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο για την τήρηση των αποστάσεων μεταξύ λειτουργούντων φαρμακείων

Ήδη με την παράγραφο 2 του άρθρου 13 του Ν. 3457/2006 αντικαταστάθηκαν οι παράγραφοι 1 και 2 του Ν. 328/1976 ως εξής:

«1.Α. Τα ιδρυόμενα στο εξής φαρμακεία πρέπει να απέχουν μεταξύ τους και από τα ήδη λειτουργούντα, συστεγασμένα ή μη, σε δήμους και δημοτική ή κοινοτικά διαμερίσματα που αναφέρονται αποκλειστικά στις διατάξεις του άρθρου 1 του Ν. 2539/1997:

α. Εκατό μέτρα τουλάχιστον σε δήμους και δημοτικά ή κοινοτικά διαμερίσματα με πληθυσμό μέχρι πέντε χιλιάδες κατοίκους

β. Η ως άνω απόσταση μετράται από τα πλησιέστερα άκρα των κυρίων προσόψεων των φαρμακείων, οι οποίες πρέπει να ευρίσκονται επί εγκεκριμένης οδού, κατευθείαν νοητή επί χάρτου ή τοπογραφικού σχεδιαγράμματος θεωρημένου από την αρμόδια πολεοδομική υπηρεσία.»

Ωστόσο, τόσο για το φαρμακείο της κας ΧΧΧΧΧ όσο και για του κου ΧΧΧΧΧΧΧ είχαν εκδοθεί άδειες ίδρυσης προ της εκδόσεως του ανωτέρου νόμου. Όπως σαφώς προκύπτει από τη γραμματική ερμηνεία της εν λόγω διάταξης αλλά και όπως έχει γίνει δεκτό από το Συμβούλιο της Επικρατείας, ο κανόνας που εισάγει η διάταξη του Ν. 3457/2006, ότι δηλαδή οι κύριες προσόψεις των φαρμακείων πρέπει να βρίσκονται επί εγκεκριμένης οδού, αφορά αποκλειστικά τη θέσπιση υποχρεωτικής προϋπόθεσης για την ίδρυση φαρμακείου. Εξάλλου, όπως γίνεται δεκτό στο σκεπτικό της υπ' αρ. 3323/2009 Απόφασης ΣτΕ, «στη νέα αυτή διάταξη ρητώς αναφέρεται ότι οι ρυθμίσεις της αφορούν στα εφεξής ιδρυόμενα φαρμακεία (ήτοι στα ιδρυόμενα μετά την 8.5.2006, ημερομηνία δημοσίευσής του Ν. 3457/2006 στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως)» και συνεπώς δεν καταλαμβάνουν την περίπτωση φαρμακείων, οι άδειες ίδρύσεως των οποίων είχαν εκδοθεί πριν από την ανωτέρω ημερομηνία.

Β. Ως προς τις κύριες προσόψεις του ήδη λειτουργούντος φαρμακείου του κου ΧΧΧΧΧΧΧΧΧ εντός της εσωτερικής στοάς και του υπό μεταφορά φαρμακείου της κας ΧΧΧΧΧΧΧΧΧ επί της οδού ΧΧΧΧΧΧΧ

Ήδη με το υπ' αρ. πρ. 141331/9.7.2010 έγγραφο της Διεύθυνσης Πολεοδομίας του Δήμου Αθηναίων (Τμήμα Έκδοσης Οικοδομικών Αδειών):

«Η εσωτερική στοά που φαίνεται στην οικοδομική άδεια με αριθμό 13380/1962 για το ακίνητο επί της οδού ΧΧΧΧΧΧΧ θεωρείται σύμφωνα με τον ορισμό του ΓΟΚ' 55 (άρθρο 11 παρ. 8) ως «οικοθελώς αφιέμενος σε κοινή χρήση χώρος διαβάσεως του κοινού». Σύμφωνα δε με την παρ. 2 του άρθρου 2 του Γ.Ο.Κ.'85 «Κοινόχρηστοι χώροι είναι... και γενικά οι προοριζόμενοι για κοινή χρήση ελεύθεροι χώροι, που καθορίζονται από το εγκεκριμένο ρυμοτομικό σχέδιο του οικισμού ή έχουν τεθεί σε κοινή χρήση με οποιονδήποτε νόμιμο τρόπο»

Όσον αφορά τα καταστήματα που βρίσκονται επί της εσωτερικής στοάς, έχουν όψη σε αυτή σύμφωνα με το άρθρο 19 του Κτιριοδομικού Κανονισμού (ΦΕΚ 95Δ/1989) και σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 36 του Γ.Ο.Κ. '85 «κύρια όψη είναι κάθε όψη που βλέπει σε κοινόχρηστο χώρο.»

Όπως έχει ήδη αναλυθεί ανωτέρω υπό Α, η διάταξη του Ν. 3457/2006 εισάγει την πρόσθετη προϋπόθεση για τη μέτρηση των αποστάσεων των υπό ίδρυση φαρμακείων να έχουν τις κύριες προσόψεις τους επί εγκεκριμένης οδού. Ωστόσο, πριν την δημοσίευση του νόμου αυτού, η οποία δεν έχει εφαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση, σε καμία διάταξη της φαρμακευτικής νομοθεσίας δεν προβλεπόταν επί ποιας οδού ή χώρου έπρεπε να έχει το φαρμακείο την όψη ή την πρόσοψη του. Κατά συνέπεια, ως προς τον προσδιορισμό της όψης ή πρόσοψης του φαρμακείου εφαρμοστέες είναι οι ισχύουσες διατάξεις της πολεοδομικής νομοθεσίας σε συνδυασμό με την ειδικότερη ρύθμιση του άρθρου 7 του Ν. 328/1976, όπως ίσχυε

προ της τροποποίησης της από τη διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 13 του Ν. 3457/2006 με την οποία οριζόταν ότι: «Τα ιδρυόμενα στο εξής φαρμακεία πρέπει να απέχουν μεταξύ τους και από τα ήδη λειτουργούντα τουλάχιστον εκατό μέτρα, η δε απόσταση μετράται από τα πλησιέστερα άκρα των κυρίων προσόψεων των φαρμακείων, κατ' ευθείαν νοητή γραμμή επί χάρτου ή τοπογραφικού σχεδιαγράμματος από την αρμόδια πολεοδομική υπηρεσία.»

Οι δε διατάξεις των παρ. 35 και 36 του άρθρου 2 του Γ.Ο.Κ. (1577/1985) ορίζουν ότι: «Όψεις του κτιρίου είναι οι επιφάνειες του κτιρίου που βλέπουν σε κοινόχρηστο χώρο ή στους ακάλυπτους χώρους του οικοπέδου. Κύρια όψη ή πρόσοψη είναι κάθε όψη του κτιρίου που βλέπει σε κοινόχρηστο χώρο.»

Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει σαφώς ότι ο Γενικός Οικοδομικός Κανονισμός αναφέρεται σε όψεις, κύριες όψεις ή προσόψεις κτηρίων ανεξάρτητα από τα σημεία στα οποία βρίσκονται οι επιμέρους είσοδοι των κτηρίων αυτών. Κατά συνέπεια, σύμφωνα και με το σκεπτικό της υπ' αρ. 3323/2009 Απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας, ως «κύρια πρόσοψη φαρμακείου» νοείται όπως και επί οποιουδήποτε καταστήματος, η όψη εκείνη επί της οποίας, δυνάμει της οικείας οικοδομικής άδειας, βρίσκεται η είσοδος αυτού, ανεξάρτητα αν αυτή βλέπει ή όχι σε κοινόχρηστο χώρο.

Σε κάθε περίπτωση, το φαρμακείο του κυρίου XXXXXX έχει την κύρια πρόσοψη του εντός της Στοάς που έχει εισόδους από τις οδούς XXXXXX, XXXXXX και XXXXX, η οποία, βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας όπως αναφέρεται στο ως άνω έγγραφο του Τμήματος Έκδοσης Οικοδομικών Αδειών, συνιστά «κοινόχρηστο χώρο».

Γ) Ως προς το σκεπτικό της υπ' αρ. 366/2010 Γνωμοδότησης του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους

Με την υπ1 αρ. 366/2010 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους με την οποία υποστηρίζεται ότι:

«Κατ' ακολουθία τούτων, κατά τη γνώμη της πλειοψηφίας, σύμφωνα με την αληθή έννοια της διάταξης του άρθρου 7 παρ. 1 και 2 του Ν. 328/1976, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 13 παρ. 2 του Ν. 3457/2006, η μέτρηση της απόστασης μεταξύ λειτουργούντος εντός στοάς φαρμακείου και φαρμακείου που ιδρύεται ή μεταφέρεται επί εγκεκριμένης οδού, επί της οποίας έχει πρόσοψη το κτίριο, στο οποίο αυτή ευρίσκεται, πραγματοποιείται από το πλησιέστερο άκρο της εισόδου της στοάς επί της εγκεκριμένης αυτής οδού προς την επί της ίδιας οδού κύρια πρόσοψη του νεοϊδρυόμενου ή μεταφερόμενου φαρμακείου.»

Προς επίρρωση του ανωτέρω σκεπτικού, η πλειοψηφούσα γνώμη παραθέτει σειρά επιχειρημάτων, τα οποία ωστόσο δεν δύνανται να γίνουν δεκτά για τους κάτωθι λόγους.

1. Αναφορικά με τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης της παρ.1Β. του άρθρου 13 του ν.3457/2006, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι επιβάλλεται η υποχρέωση στα νεοϊδρυθέντα φαρμακεία να τοποθετούν την κύρια πρόσοψη επί εγκεκριμένων οδών, καθώς σε κάθε περίπτωση διαφορετική ερμηνεία θα έδιδε στον ν.3457/2006, παρά την σαφή του διατύπωση ως προς την έναρξη ισχύος, αναδρομική ισχύ.

2. Ως προς την τελεολογική ερμηνεία της ως άνω διάταξης θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αφού σκοπός του νομοθέτη είναι η κατανομή των φαρμακείων με βάση την προσπέλαση σε αυτά του κοινού και την πραγματική τους θέση, δεν θα εξυπηρετούσε το σκοπό της διάταξης η άποψη που υποστηρίζει ότι για τα προ του ν.3457/2006 φαρμακεία, η απόσταση θα πρέπει να μετρηθεί από την κύρια πρόσοψη τους σε εγκεκριμένη οδό, αφού νομίμως δεν έχουν τέτοια πρόσοψη (ή ούτε καν όψη). Η αντίθετη εκδοχή οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ο νομοθέτης θα επέβαλε έτσι να γίνει μέτρηση από ένα σημείο που νομίμως δεν υπάρχει.

3. Το επιχείρημα που διατυπώνεται στην εν λόγω γνωμοδότηση ότι «θεσπίζεται με σαφήνεια ο τεχνικός τρόπος μέτρησης των αποστάσεων που πρέπει να τηρούνται, τόσο για τα ιδρυόμενα από την έναρξη ισχύος του Ν. 3457/2006 φαρμακεία, όσο και για τα ήδη λειτουργούντα, αδιαφόρως του χρόνου ίδρυσης τους» κρίνεται ως αλυσιτελής καθώς, στη συγκεκριμένη περίπτωση, οδηγεί στο οξύμωρο συμπέρασμα ότι «κρίσιμο σημείο για τη μέτρηση της απόστασης αυτού από το νεοϊδρυόμενο ή μεταφερόμενο φαρμακείο επί της εγκεκριμένης οδού, προς την οποία καταλήγει η στοά είναι, ενόψει και του επιδιωκόμενου με της νέες αυτές ρυθμίσεις ως άνω σκοπού, το πλησιέστερο μεταξύ των δύο (φαρμακείων άκρο σε σχέση με την είσοδο της στοάς επί της εγκεκριμένης οδού, στην οποία έχει πρόσοψη το κτίριο, στο οποίο ανήκει η στοά και το εντός αυτής φαρμακείο. Τούτο δε διότι η είσοδος αυτή, για τις ανάγκες των νέων αυτών ρυθμίσεων του ως άνω Ν. 3457/2006 συνιστά κατά προέκταση την κύρια πρόσοψη του εντός της στοάς φαρμακείου επί της εγκεκριμένης οδού, στην οποία καταλήγει.» (σ.δ.)

Η ανωτέρω ερμηνεία της διάταξης του Ν. 3457/2006 σε καμία περίπτωση δεν δύναται να γίνει δεκτή για τους εξής λόγους:

Α) Καταρχήν με την θεωρία της προβολής καταστρατηγείται ο νόμος 3457/2006 που αξιώνει όπως τα ιδρυόμενα μετά το 2006 φαρμακεία να έχουν πρόσοψη σε εγκεκριμένη οδό, δεδομένου ότι θα μπορούσε να ιδρυθεί φαρμακείο σήμερα και εντός στοάς αφού πλασματικά θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι έχει πρόσοψη στην είσοδο της στοάς που βρίσκεται σε εγκεκριμένη οδό.

Β) Η ανωτέρω άποψη δεν λαμβάνει υπόψη την πολεοδομική νομοθεσία, στην οποία ορίζεται σαφώς ότι η στοά αποτελεί πρόσοψη του μεγάρου, και επομένως τα καταστήματα εντός αυτής έχουν κύρια πρόσοψη επί αυτής (βλ. υπό Β το υπ' αρ. πρ. 141331/9.7.2010 έγγραφο της Διεύθυνσης Πολεοδομίας του Δήμου Αθηναίων, Τμήμα Έκδοσης Οικοδομικών Αδειών).

Γ) Αν ήθελε γίνει δεκτή η ανωτέρω ερμηνεία θα οδηγούσε στο παράδοξο αποτέλεσμα να «προβάλλεται» η πρόσοψη του φαρμακείου εντός της στοάς σε όλες τις εισόδους αυτής σε ολόκληρο το οικοδομικό τετράγωνο, δηλαδή επί των οδών ΧΧΧΧΧΧΧΧ, ΧΧΧΧΧΧ και ΧΧΧΧΧΧ. Στο σημείο αυτό, θα πρέπει να αναφερθεί ότι το φαρμακείο εντός της στοάς στην προκείμενη περίπτωση δηλώνει ως διεύθυνση και την οδό ΧΧΧΧΧΧ. Κατά συνέπεια, δεν θα είναι δυνατή η μεταφορά ή ίδρυση νέου φαρμακείου σε κανένα χώρο που βρίσκεται επί του οικοδομικού τετραγώνου Ο.Τ. ΧΧΧΧ και περικλείεται από τις οδούς ΧΧΧΧΧΧ, ΧΧΧΧΧ, ΧΧΧΧΧ και ΧΧΧΧΧΧ.

Δ) Επιπροσθέτως, η αποδοχή της ερμηνείας ότι με τη διάταξη του Ν. 3457/2006 θεσπίζεται τεχνικός τρόπος μέτρησης των αποστάσεων, ανεξαρτήτως ημερομηνίας ίδρυσης των υπό μεταφορά ή υπό ίδρυση φαρμακείων, εισάγει, σε υπέρβαση των ερμηνευτικών ορίων του νόμου, έναν πρόσθετο περιορισμό στην κινητικότητα των φαρμακοποιών εντός του Δήμου Αθηναίων. Συνεπώς, κάτι τέτοιο θα ήταν εντελώς ανακόλουθο με την τρέχουσα επεξεργασία νομοσχεδίου για την αναδιάρθρωση των ρυθμίσεων που διέπουν τη λειτουργία των φαρμακείων καθώς και για την τροποποίηση των διατάξεων του Ν. 3457/2006.

Ε) Τέλος, αναφορικά με την λειτουργική και οικονομική βιωσιμότητα του φαρμακείου που βρίσκεται εντός της στοάς καθώς και την ισόρροπη χωροταξική κατανομή των φαρμακείων στην περιοχή αυτή, θα θέλαμε να σας γνωρίσουμε ότι σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην αναφορά του κου ΧΧΧΧΧΧΧΧ, το εν λόγω φαρμακείο έχει το μονοπώλιο σε 5 κεντρικά οικοδομικά τετράγωνα, καθώς είναι το μοναδικό φαρμακείο σε ακτίνα 150μ από το δημόσιο νοσοκομείο οφθαλμιατρικών παθήσεων.

ΑΙΤΗΜΑ ΤΟΥ ΣΥΝΗΓΟΡΟΥ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΗ

Υπό το πρίσμα των ανωτέρω εκτεθέντων, ο Συνήγορος του Πολίτη ζητά να μη γίνει αποδεκτή η υπ' αρ. 366/2010 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους από τον Υπουργό Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, στη διακριτική ευχέρεια του οποίου βρίσκεται η αποδοχή ή μη αυτής σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 7 του Ν. 3086/2002.

Σε περίπτωση που αυτή έχει γίνει ήδη αποδεκτή, θα πρέπει να ενεργοποιηθεί η δυνατότητα ανάκλησης της εν λόγω αποδοχής από τον Υπουργό, οποίος είναι ο μόνος προς τούτο αρμόδιος.

Τα ανωτέρω καθίστανται ιδιαίτερος σημαντικά δεδομένου ότι σύμφωνα την διάταξη της παραγράφου 4 του άρθρου 7 του ως άνω νόμου: *«Οι γνωμοδοτήσεις (του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους) δεν δημιουργούν δικαίωμα υπέρ οποιουδήποτε τρίτου, πριν την αποδοχή τους με επισημειωματική πράξη... από τον αρμόδιο Υπουργό. Μετά την αποδοχή τους οι γνωμοδοτήσεις αποτελούν πράξεις που είναι υποχρεωτικές για την Διοίκηση.»*

Σας ευχαριστούμε για τη συνεργασία και είμαστε στη διάθεση σας για κάθε περαιτέρω πληροφορία ή διευκρίνιση.

Με εκτίμηση,

Γιάννης Σακέλλης
Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη

Κοινοποίηση:

1. XXXXXXXX