

11 Νοεμβρίου 2010
Αριθμ. Πρωτ.: 132327/48504/2010
Πληροφορίες: *****
(τηλ.:2107289***)

1. Περιφέρεια Αττικής
Γενική Διεύθυνση Περιφέρειας
Διεύθυνση Αλλοδαπών & Μετανάστευσης
Δυτ. Αττικής & Πειραιά
Αγ. Διονυσίου 5
18545, Πειραιάς

2. Πρεσβεία της Ελλάδας στην Αλβανία
Προξενικό Γραφείο Τιράνων
(Greek Consulate in Tirana)
Rruga Frederik Shiroka, No 3, Tirana
Albania

Θέμα: *«Χορήγηση ειδικής θεώρησης εισόδου για οικογενειακή επανένωση και άδεια διαμονής μέλους οικογένειας αλλοδαπού τρίτης χώρας»*

Στον Συνήγορο του Πολίτη υποβλήθηκε η με Α.Π. 132327 αναφορά του κ. *****, προκειμένου η Αρχή μας να διερευνήσει στο πλαίσιο της νόμιμης αρμοδιότητάς της την απόρριψη του αιτήματος χορήγησης άδειας διαμονής για οικογενειακή επανένωση στην σύζυγο του αναφερομένου.

I. Ιστορικό

Σύμφωνα με το περιεχόμενο της ανωτέρω αναφοράς ο κ. *****, υπήκοος Αλβανίας, διαμένει νόμιμα στην Ελλάδα με τα δύο τέκνα του, τα οποία έχουν γεννηθεί στην χώρα, και είχε υποβάλει στην αρμόδια υπηρεσία της Περιφέρειας Αττικής αίτηση έγκρισης χορήγησης θεώρησης εισόδου για οικογενειακή επανένωση στη σύζυγό του, κα ***** (αρ. πρωτ. *****/02.07.2007 αίτηση μέσω του Δήμου Κερατσινίου), η οποία απερρίφθη από τη Δ/νση Αλλοδαπών & Μετανάστευσης Δυτικής Αττικής και Πειραιά (Περιφέρεια Αττικής).

Συγκεκριμένα με το αρ. πρωτ. 12102 (αρ.φακ.46217) έγγραφό της η ανωτέρω υπηρεσία ενημερώνει τον αναφερόμενο ότι με «*Το Α.Π.Φ. 274.2B/17/ΑΣ1209 – 26/1/09 έγγραφο της Πρεσβείας της Ελλάδας στα Τίρανα από το οποίο προκύπτει ότι η σύζυγος του ανωτέρω αναφερομένου ***** στις 23/6/06 γέννησε τέκνο στην Ελλάδα και ως εκ τούτου το Προξενείο δεν δύναται να χορηγήσει θεώρηση εισόδου εφόσον φαίνεται ότι ο σύζυγος μέσω της διαδικασίας της αίτησης για χορήγηση εισόδου αποσκοπεί να νομιμοποιήσει την παράνομη παραμονή της ***** στην Ελλάδα*».

Π. Εφαρμοστέο δίκαιο κατά την διαδικασία χορήγησης θεώρησης εισόδου για οικογενειακή επανένωση

Σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία (βλ. άρθρο 53 επ. του Ν. 3386/2005 σε συνδυασμό με το Π.Δ. 131/2006, όπως έχει συμπληρωθεί με το Π.Δ. 167/2008, με τα οποία ενσωματώνεται η οδηγία 2003/86/EK για την οικογενειακή επανένωση αλλοδαπών τρίτων χωρών) προβλέπεται ότι ο Γενικός Γραμματέας της κατά τόπον αρμόδιας Περιφέρειας είναι το αποκλειστικά αρμόδιο όργανο για την εξέταση του αιτήματος για έγκριση χορήγησης θεώρησης εισόδου αλλοδαπού λόγω οικογενειακής επανένωσης και την έκδοση της σχετικής απόφασης.

Με τις ανωτέρω διατάξεις, όπως ήδη αναφέρθηκε, έχει μεταφερθεί στην ελληνική έννομη τάξη η οδηγία 2003/86/EK του Συμβουλίου σχετικά με το δικαίωμα οικογενειακής επανένωσης, της οποίας νομική βάση αποτελεί η Συνθήκη Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και, ιδίως, το άρθρο 63 παρ. 3 στοιχ. α'. Ειδικότερα η ανωτέρω οδηγία ορίζει τις ειδικές προϋποθέσεις για την άσκηση του δικαιώματος οικογενειακής επανένωσης, του οποίου απολαύουν οι υπήκοοι τρίτων χωρών που κατοικούν νομίμως εντός των κρατών μελών. Συγκεκριμένα στην σχετική αιτιολογική έκθεση αναφέρεται : «*Τα μέτρα που αφορούν την οικογενειακή επανένωση θα πρέπει να θεσπίζονται σύμφωνα με την υποχρέωση προστασίας της οικογένειας και σεβασμού της οικογενειακής ζωής, που αναφέρεται σε πολλές πράξεις διεθνούς δικαίου. Η παρούσα οδηγία σέβεται τα θεμελιώδη δικαιώματα και τηρεί τις αρχές που αναγνωρίζονται, ιδίως, από το άρθρο 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών και από τον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ 2000, C 364, σ. 1)*».

Αναφορικά με την διαδικασία εξέτασης του σχετικού αιτήματος στο άρθρο 55 παρ. 2 του Ν. 3386/2005 ορίζεται ρητώς ότι: «**ο Γενικός Γραμματέας της Περιφέρειας υποχρεούται να ζητήσει προηγουμένως τη γνώμη της οικείας αστυνομικής αρχής για θέματα που αφορούν στη**

δημόσια τάξη και ασφάλεια της Χώρας, καθώς και τη γνώμη της αρμόδιας ελληνικής προξενικής αρχής προς διακρίβωση ύπαρξης της οικογενειακής σχέσης»). Στη συνέχεια η εγκριτική απόφαση, η οποία εκδίδεται από την Περιφέρεια, *«διαβιβάζεται στην οικεία ελληνική προξενική αρχή, η οποία χορηγεί στα μέλη της οικογένειας του υπηκόου τρίτης χώρας τις απαιτούμενες ειδικές θεωρήσεις εισόδου, με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 8 του παρόντος»* (άρθρο 55 παρ. 3 του Ν. 3386/2005).

Σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις ο έλληνας νομοθέτης έχει αναθέσει την αποφασιστική αρμοδιότητα στο πλαίσιο της ανωτέρω διαδικασίας στην κατά τόπον αρμόδια Περιφέρεια, η οποία και εξετάζει τόσο τις τυπικές (π.χ. νόμιμη διαμονή του αιτούντος αλλοδαπού στη χώρα, επάρκεια εισοδήματος κλπ), όσο και τις ουσιαστικές προϋποθέσεις, συμπεριλαμβανομένου και του συμφέροντος των ανηλίκων τέκνων. Επίσης με την υπ' αριθμ. 33/08.09.2006 ερμηνευτική εγκύκλιο του Υπουργείου Εσωτερικών, η οποία έχει αποσταλεί στις αρμόδιες υπηρεσίες των Περιφερειών της χώρας, επισημαίνεται ότι η γνώμη της προξενικής αρχής είναι απλή και δεν είναι δεσμευτική για το κρίνον όργανο.

III. Εκτιμήσεις του Συνηγόρου του Πολίτη στην υπό διερεύνηση υπόθεση

Κατόπιν των ανωτέρω στη συγκεκριμένη περίπτωση διαπιστώνονται τα εξής προβλήματα αναφορικά με την εφαρμογή της ισχύουσας νομοθεσίας:

A. Προβληματική εφαρμογή και ερμηνεία από την προξενική αρχή του ισχύοντος δικαίου

Όπως προκύπτει από τα στοιχεία, τα οποία έχουν υποβληθεί στον Συνήγορο του Πολίτη, η αρμόδια προξενική αρχή, αντί να χορηγήσει την προβλεπόμενη γνώμη περί ύπαρξης ή μη της οικογενειακής σχέσης στο πλαίσιο της ανατεθειμένης σε αυτήν αρμοδιότητας, φέρεται να εισηγείται προς την αρμόδια υπηρεσία την απόρριψη της αίτησης του αναφερομένου εξ αιτίας της προγενέστερης παράνομης παραμονής της συζύγου του αιτούντος. Η ερμηνεία, όμως, στην οποία προβαίνει η αρμόδια προξενική αρχή, φαίνεται αντίθετη με τις ισχύουσες διατάξεις, αφού πουθενά στο νόμο δεν προβλέπεται ότι μόνη η διαπίστωση από τα στοιχεία του φακέλου της προηγούμενης διαμονής του μέλους οικογένειας στη χώρα χωρίς νόμιμη άδεια διαμονής, είναι ικανή να στοιχειοθετήσει λόγο για την απόρριψη του αιτήματος οικογενειακής επανένωσης. Άλλωστε, όπως αναφέρθηκε, η προξενική αρχή γνωμοδοτεί για την ύπαρξη ή μη της οικογενειακής σχέσης.

Αντιθέτως, η ισχύουσα νομοθεσία ρητά προβλέπει τόσο τις κυρώσεις, διοικητικές ή/και ποινικές, σε περίπτωση παράνομης εισόδου και παραμονής αλλοδαπού στην χώρα, όσο και τα αρμόδια όργανα και τις διαδικασίες για την επιβολή αυτών, οι οποίες είναι δυνατόν να στοιχειοθετήσουν λόγο απαγόρευσης εισόδου στη χώρα. Συνεπώς σε περίπτωση, που δεν υφίσταται σε βάρος του μέλους οικογένειας τέτοιου είδους μέτρο, μόνη η προηγούμενη αντικανονική παραμονή του στη χώρα κατά το παρελθόν δεν συνιστά άνευ άλλου τινός λόγο απόρριψης του αιτήματος για οικογενειακή επανένωση. Σε κάθε περίπτωση, όμως, η αρμοδιότητα για τα ανωτέρω ζητήματα και ειδικότερα για την συνδρομή λόγων δημόσιας τάξης και ασφάλειας έχει ανατεθεί από το νομοθέτη όχι στις προξενικές, αλλά στις αστυνομικές αρχές, οι οποίες παρέχουν και την σχετική γνώμη προς την αρμόδια υπηρεσία της Περιφέρειας κατά την εξέταση της αίτησης έγκρισης θεώρησης εισόδου για οικογενειακή επανένωση.

B. Προβλήματα νομιμότητας της απορριπτικής απόφασης της Περιφέρειας

Εκτός, όμως, από τα ζητήματα νομιμότητας αιτιολογίας της παρεχόμενης γνώμης από την προξενική αρχή και την υπέρβαση των ορίων της ανατεθειμένης σε αυτήν αρμοδιότητας, η έκδοση της σχετικής απόφασης κατά την διαδικασία της εξέτασης της αίτησης οικογενειακής επανένωσης, όπως ήδη αναφέρθηκε ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της κατά τόπον αρμόδιας Περιφέρειας. Κατά συνέπεια, για την έκδοση της απόφασης αυτής δεν απαιτείται η προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της οικείας προξενικής αρχής σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις. Σε περίπτωση δε, που οι αρμόδιες προξενικές αρχές εκτός από την παρεχόμενη γνώμη για την διαπίστωση της οικογενειακής σχέσης χορηγήσουν κι άλλες πληροφορίες ή διευκρινίσεις ή/και προβούν σε παρατηρήσεις ή επισημάνσεις αναφορικά με την εφαρμογή και ερμηνεία του νόμου, αυτές δεν δεσμεύουν την Περιφέρεια, η οποία οφείλει, αφού εκτιμήσει όλα τα υποβληθέντα με την αίτηση στοιχεία, να εκδώσει αιτιολογημένη απόφαση επί του αιτήματος.

Κατά την ανωτέρω διαδικασία η προηγούμενη προβληματική γνώμη της προξενικής αρχής δεν θα επηρέαζε κατ'αρχήν το κύρος της απόφασης τη Περιφέρειας, αν η απόρριψη του σχετικού αιτήματος δεν στηριζόταν αποκλειστικά σε αυτήν. Αυτό σημαίνει ότι εκτός από την παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, το γεγονός ότι η απόρριψη του αιτήματος στηρίχθηκε στην εσφαλμένη γνώμη της προξενικής αρχής έχει επιπτώσεις και στην νομιμότητα της αιτιολογίας της απορριπτικής απόφασης. Συνεπώς από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η απορριπτική απόφαση της Περιφέρειας ουσιαστικά στερείται νόμιμης αιτιολογίας, επειδή προκύπτει ότι η απόρριψη στηρίζεται αποκλειστικώς και μόνο στην

τεκμαιρόμενη προηγούμενη αντικανονική παραμονή του μέλους οικογένειας στην χώρα και την διαπίστωση για καταχρηστική άσκηση του σχετικού δικαιώματος εξαιτίας αυτής.

Γ. Το ειδικότερο ζήτημα της προηγούμενης μη νόμιμης παραμονής μέλους οικογένειας ως λόγος αποκλεισμού από το δικαίωμα οικογενειακής επανένωσης

Αναφορικά δε με τον ισχυρισμό των αρμοδίων υπηρεσιών περί καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος για οικογενειακή επανένωση και την καταστρατήγηση των σχετικών διατάξεων της ισχύουσας νομοθεσίας λόγω της προηγούμενης μη νόμιμης διαμονής στην χώρα του μέλους οικογένειας, στο οποίο στηρίζεται και η ανωτέρω απορριπτική απόφαση της Περιφέρειας, θα πρέπει να επισημανθεί ότι για την άσκηση του δικαιώματος για οικογενειακή επανένωση των μελών οικογένειας αλλοδαπού τρίτης χώρας, ο οποίος διαμένει νόμιμα στην χώρα, προβλέπεται μόνο η ανωτέρω διαδικασία των άρθρων 52 επ. του Ν. 3386/2005, όπως ήδη έχει εκτεθεί.

Πρέπει επίσης στο σημείο αυτό να αναφερθεί ότι ο έλληνας νομοθέτης στο πλαίσιο παροχής προστασίας και αναγνώρισης θεμελιωδών δικαιωμάτων σε αλλοδαπούς, οι οποίοι διέμεναν επί μακρόν στην χώρα χωρίς νόμιμο τίτλο διαμονής, έχει ήδη προβεί τρεις φορές κατά το πρόσφατο παρελθόν σε έκτακτες διαδικασίες νομιμοποίησης των παρανόμως ευρισκομένων αλλοδαπών στην χώρα δίνοντας προτεραιότητα στην προστασία του δικαιώματος στην οικογενειακή ζωή και συνεκτιμώντας τη δημιουργία στενών δεσμών με τη χώρα. Συγκεκριμένα τέτοιες ρυθμίσεις προβλέπονταν και στις σχετικές διατάξεις των Ν. 3386/2005, 3536/2007 και 3731/2008, με τις οποίες ελήφθη ειδική μέριμνα για τη νομιμοποίηση μελών οικογένειας, που μέχρι τότε ευρίσκονταν στην Ελλάδα χωρίς νόμιμη άδεια διαμονής.

Αυτό σημαίνει ότι αν δεν υφίσταται ειδικός λόγος δημοσίου συμφέροντος (π.χ. επιβολή του διοικητικού μέτρου απαγόρευσης εισόδου, ποινική καταδίκη, κλπ.), ο οποίος είναι ικανός να θεμελιώσει την απόρριψη του σχετικού αιτήματος για οικογενειακή επανένωση, μόνη η διαπίστωση της αντικανονικής διαμονής του μέλους της οικογένειας στην χώρα κατά το παρελθόν δεν μπορεί να αποτελέσει επαρκή λόγο για την απόρριψη του σχετικού αιτήματος. Ακόμα δε και στις περιπτώσεις, όπου γίνεται επίκληση λόγων δημοσίου συμφέροντος για την απαγόρευση εισόδου, είναι δυνατόν το δικαίωμα οικογενειακής συνένωσης να υπερτερεί έναντι τυχόν απαγορεύσεων, οι οποίες έχουν επιβληθεί βάσει διατάξεων της εθνικής νομοθεσίας, όπως έχει κατ'εξακολούθηση κριθεί τόσο από τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (βλ. π.χ. Sen κατά Ολλανδίας, 1996) όσο και του

Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (βλ. Balise Maheten Metock κ.α κατά Ιρλανδίας, 2008, Deniz Sahin κατά Αυστρίας, 2009, κ.α).

Ειδικότερα για τα ανωτέρω ζητήματα έχει κριθεί και από τη νομολογία των αρμοδίων εθνικών δικαστηρίων ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα, **όταν από την πράξη αυτή δεν προκύπτει ότι η αρμόδια αρχή «έχει αποφανθεί επ' αυτού επί τη βάση των κρίσιμων διατάξεων της εθνικής νομοθεσίας»** (πρβλ. ΣτΕ 22/2009). Συγκεκριμένα για το περιεχόμενο της αιτιολογίας της απορριπτικής απόφασης επί αιτήματος για οικογενειακή επανένωση έχει ομοίως κριθεί ότι **η απόρριψη του αιτήματος για οικογενειακή επανένωση επιτρέπεται μόνο όταν υπάρχει επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος και «τέτοιος, πάντως, επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να συναχθεί εκ μόνου του γεγονότος ότι ο αλλοδαπός είχε ... εισέλθει στην Ελλάδα χωρίς να είναι εφοδιασμένος με νόμιμη θεώρηση εισόδου»** (βλ. ό.π. ΣτΕ 22/2009).

IV. Συμπεράσματα - προτάσεις του Συνηγόρου του Πολίτη

Για τα ανωτέρω ζητήματα ο Συνήγορος του Πολίτη έχει και κατά το παρελθόν τονίσει ότι παρά τις προσπάθειες, οι οποίες καταβάλλονται από το νομοθέτη και την διοίκηση για τη συμμόρφωση της χώρας μας με τις διεθνείς της υποχρεώσεις, αρκετές φορές διαπιστώνεται ότι η προστασία των δικαιωμάτων αυτών καθίσταται ανεπαρκής ή αναποτελεσματική εξαιτίας προβλημάτων, τα οποία σχετίζονται με πράξεις ή παραλείψεις των αρμοδίων οργάνων της διοίκησης. Ειδικότερα δε για τα θέματα, τα οποία αφορούν την οικογενειακή επανένωση των αλλοδαπών τρίτων χωρών ο Συνήγορος του Πολίτη έχει επισημάνει ότι λόγω του γεγονότος ότι πρόκειται για σύνθετη διαδικασία, στην οποία συμμετέχουν αρκετές υπηρεσίες, είτε με την παροχή γνώμης, είτε με την έκδοση απόφασης και την χορήγηση της ειδικής θεώρησης εισόδου, θα πρέπει να παρέχεται στις εμπλεκόμενες υπηρεσίες η κατάλληλη ενημέρωση και οι απαραίτητες ερμηνευτικές οδηγίες προκειμένου να διασφαλίζεται η άσκηση του δικαιώματος οικογενειακής επανένωσης και η προστασία της οικογενειακής ζωής, όπως προβλέπεται τόσο από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου, όσο και στο άρθρο 8 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.

Κατόπιν των όσων έχουν εκτεθεί ανωτέρω προκύπτει ότι στην υπό διερεύνηση υπόθεση οι πράξεις των αρμοδίων υπηρεσιών (προξενικής αρχής και Περιφέρειας) έχουν εκδοθεί κατά παράβαση των διατάξεων της ισχύουσας νομοθεσίας. Για τον λόγο αυτό ο Συνήγορος του Πολίτη στο πλαίσιο της προβλεπόμενης από τις διατάξεις του Ν. 3094/2005 διαμεσολαβητικής του δραστηριότητας **καλεί τις αρμόδιες υπηρεσίες να προβούν στις**

απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να επανεξετασθεί η αίτηση του αναφερομένου, κ. *** , για χορήγηση στην σύζυγο του θεώρησης εισόδου λόγω οικογενειακής επανένωσης.**

Αναμένοντας την εντός ευλόγου χρόνου απάντησή σας, σας ευχαριστούμε εκ των προτέρων για τη συνεργασία.

Με τιμή,

Βασίλης Καρύδης
Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη

Κοινοποίηση:

1. Υπουργείο Εσωτερικών
Διεύθυνση Μεταναστευτικής Πολιτικής
& Κοινωνικής Ένταξης
Τμήμα Νομοθετικού
Συντονισμού & Ελέγχου
Ευαγγελιστρίας 2
105 63 Αθήνα

2. Υπουργείο Εξωτερικών
Γ4 Διεύθυνση Δικαιοσύνης,
Εσωτερικών Υποθέσεων & Schengen
Ακαδημίας 1
106 71 Αθήνα

3. *****