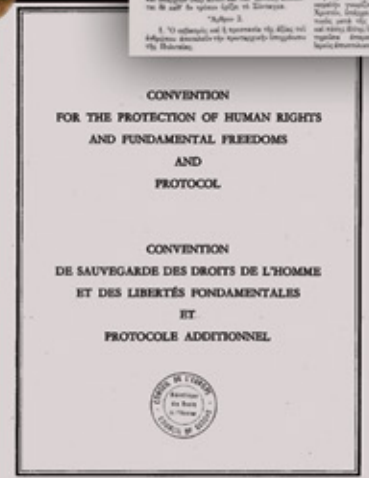
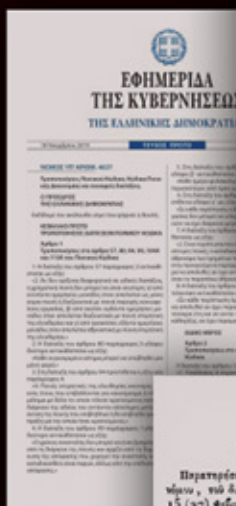




EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

ISSN: 2585-2558 ΤΕΥΧΟΣ 4 (2020)



elsa

The European Law Students' Association
THESSALONIKI



EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

ISSN: 2585-2558

Συντακτική Επιτροπή Expressis Verbis Law Journal

Αρχισυντάκτης

Μυλωνάς Κωνσταντίνος

Ακαδημαϊκός Συνεργάτης

Μπιτζιλέκης Νίκος

Βοηθοί Αρχισυντάκτη

Σακελλαρίδου Εύα

Τσακαλέρη Νικολέτα

Χρανιώτη Κωνσταντίνα

Συντάκτες (κατά αλφαβητική σειρά)

Ζαφειρόπουλος Δημήτρης

Καραποστόλης Γιώργος

Κουκαρούδης Χρήστος

Κουτσουμπίνης Γιάννης

Μεσημέρης Θοδωρής

Μπερέτσος Θανάσης

Παπαγιαννοπούλου Λυδία

Τοτοκώτση Άννα-Μαρία

Επιμέλεια Έκδοσης - Εκτύπωση



Εκδόσεις Ροτόντα

Καμβουνίων 8, 54621 Θεσσαλονίκη

Τηλ: 2310212212

Διοικητικό Συμβούλιο ELSA Thessaloniki

Πρόεδρος

Σαχπατζίδης Γιώργος

Γενικός Γραμματέας

Ούτσιος Περικλής

Ταμίας

Αναγνώστου Μαρία

Αντιπρόεδρος Marketing

Λαδά Αλεξάνδρα

Αντιπρόεδρος Ακαδημαϊκών

Δραστηριοτήτων

Κουνιατσιώτης Αλέξανδρος

Αντιπρόεδρος Σεμιναρίων και Συνεδρίων

Κωνσταντινίδου Βικτωρία

Αντιπρόεδρος STEP

Αγγελοπούλου Μαρία

Επικοινωνήστε με το **Expressis Verbis Law Journal**
στην ηλεκτρονική διεύθυνση: expressis.verbis@gr.elsa.org
Το παρόν περιοδικό εκδίδεται από την Ευρωπαϊκή Ένωση Νέων Νομικών Ελλάδας,
Παράρτημα Θεσσαλονίκης.

elsa

The European Law Students' Association

THESSALONIKI

Προλογικό Σημείωμα

"{...} Ki αν η εξουσία, που τη συμφέρει να έχει παθητικούς και πολιτικά αδιάφορους υπηκόους σας πει, ότι έτσι κάνοντας, δεν είστε φρόνιμοι και νομοταγείς πολίτες, αποδείξτε της ότι καλός πολίτης είναι μόνον ο ελεύθερος πολίτης, ο συνειδητός, ενεργός και υπεύθυνος πολίτης."

Μ' αυτά τα λόγια του σπουδαίου καθηγητή Συνταγματικού Δικαίου Αριστόβουλου Μάνεση, ως Συντακτική Επιτροπή, θα θέλαμε να πούμε στους αναγνώστες μας, πως αυτό το περιοδικό το δημιουργήσαμε, γνωρίζοντας ότι η ανάγκη και η επιταγή του δικαίου για ενεργούς και κριτικά σκεπτόμενους πολίτες δεν υπάρχει μόνο σε δύσκολες πολιτικές και κοινωνικές περιόδους, αλλά πρωτίστως αυτή η αξίωση αναδεικνύεται σε ομαλές και ειρηνικές συνθήκες. Το συγκεκριμένο λοιπόν νομικό πόνημα, ευελπιστεί να αντικατοπτρίσει με ακρίβεια τα σύγχρονα νομοθετικά ζητήματα, τις θεωρητικές κατασκευές των δικαστηρίων της χώρας μας και βασικές κοινωνικές θεματικές που αναπτύσσονται αξιώνοντας θεσμική υπόσταση, στο πλαίσιο διαμόρφωσης μιας δικαιότερης νομικής πραγματικότητας.

**Κωστής, Εύα, Νικολέτα, Κωνσταντίνα,
Δημήτρης, Γιώργος, Χρήστος, Γιάννης,
Θοδωρής, Θανάσης, Λυδία, Άννα-Μαρία**

EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

Τεύχος 4 (2020) ISSN: 2585-2558

Περιεχόμενα

Αστικό Δίκαιο	9	Αποζημίωση από απώλεια ευκαιρίας ή πιθανότητας Ντίτσιου Μαρία & Παπαχρήστου Κωνσταντίνος
	15	Το ζήτημα της νομικής μεταχείρισης των ζώων από την αρχαιότητα έως και σήμερα Μπομποτά Μαρία
	21	Εκτελεστός τίτλος κατά το ν.δ. 17/7/ 13.8.1923 περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών Βαϊσίδης Αλέξανδρος
	26	Blockchain in the energy sector Τσιλιπάκου Μαριλένα
	31	Screenshots: από τις οθόνες μας στις αίθουσες των πολιτικών δικαστηρίων Αδαμίδου Κατερίνα
Εργατικό Δίκαιο	35	Το νόμιμο ή μη της παρακολούθησης των εργαζομένων με κρυφές κάμερες Αμανατιάδου Παρθένα
	41	Η καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος της απεργίας και η αρχή της Ultima Ratio Μπουρδουκούτα Εργίνα & Νικηφοράκη Στέλλα
	46	Η ποινική ευθύνη του εργοδότη σε περίπτωση μη εμπρόθεσμης καταβολής αποδοχών Χαμάλης Βασίλης
	50	Το νέο καθεστώς του βάσιμου λόγου απόλυσης Καραμπατσώλη Μαρίλεια
	55	Τα κυριότερα ζητήματα συνταγματικότητας του νόμου 4387/2016 Δανιήλ Νίκος
	59	Η πρακτική της εκμετάλλευσης: μια επιπρόσθετη σανίδα σωτηρίας του εργαζομένου Σαλπιστής Νίκος

Δημόσιο Δίκαιο	64	Η λειτουργία των καταστημάτων κατά τις Κυριακές σύμφωνα με την υπ' αριθμόν 18/2019 απόφαση του ΣΤΕ Αμπατζίδου Ελευθερία & Κακάτσου Βασιλίνα
	67	Αντικαπνιστικός νόμος, ενόψει της τροποποίησής του με βάση τις διατάξεις του ν.4633/2019 Μπαβέλη Αλεξάνδρα & Ναλμπανίδου Διονυσία
	73	Η πρόσβαση στην τριτοβάθμια εκπαίδευση υπό το πρίσμα των αρχών της ισότητας και της αξιοκρατίας και το προνομιακό καθεστώς εισαγωγής των αθλητών Βλάχου Αναστασία & Κανάτα Ανθή
	78	Δημόσια και Ιδιωτική εκπαίδευση στο πλαίσιο του Συντάγματος: διλήμματα και προκλήσεις αναφορικά με τα μη κρατικά ΑΕΙ Καψάλη Αθηνά-Μαρία
	83	Το νομικό καθεστώς του Αγίου Όρους Κραλίδης Φώτης
Εμπορικό Δίκαιο	89	Δικαίωμα συνάθροισης και αστυνομική βία Λουκά Ιωάννα
	94	Άρση της εταιρικής αυτοτέλειας(Piercing the Corporate Veil) Καράμπελας Ταξιάρχης & Μπαλτσικίδου Βασιλική
	100	Το εμπίστευμα (trust) και η φορολογική αντιμετώπισή του στην Ελλάδα Γεωργιάδης Αναστάσιος
	106	Οι αλλαγές που επέφερε ο ν.4512/2018 για την προστασία του καταναλωτή Μυγδαλάς Κρίτων
Διεθνές Δίκαιο	112	Δίκαιο του Πολέμου: Η εισβολή της Τουρκίας στη Συρία Δημοπούλου Πολυξένη
	118	Πρόσφυγες ή παράτυποι μετανάστες; Κουτάνη Γεωργία
Ευρωπαϊκό Δίκαιο	123	Ιστορικός Αναθεωρητισμός και ελευθερία έκφρασης: η στάση του ΕΔΔΑ με αφορμή την υπόθεση Pastors v. Germany Οικονόμου Βασιλική
	129	Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης εντός της Ε.Ε, ιδίως στο πλαίσιο των προσφυγών κατά της Πολωνίας Μπότζα Ειρήνη & Πανοπούλου Δήμητρα

	135	Η εξέλιξη της κοινής αγροτικής πολιτικής της Ε.Ε. Κοντού Μαλβίνα & Μαυρίδης Ιωάννης
	140	BREXIT: Το χρονικό της αποχώρησης του Ηνωμένου Βασιλείου από την Ε.Ε. Η συμφωνία αποχώρησης και η μεταβατική περίοδος Λάππα Μυρτώ & Σπαρτιώτης Φώτης
	146	Η (μη) εφαρμογή της ισότητας των φύλων στον εργασιακό και κοινωνικοασφαλιστικό τομέα στο πλαίσιο της Ε.Ε. Τσιρώνης Νίκος
	150	Ο δρόμος προς την πρόσβαση των ομοφυλόφιλων στην υιοθεσία Αντωνακάκης Μανώλης
	155	Ενωσιακό Ασφαλιστικό Μέτρο: Ευρωπαϊκή διαταγή δέσμευσης λογαριασμού(Ε.Ε. 655/2014) Νώρα Κούρτη
Ποινικό Δίκαιο	159	Ο θεσμός της έκτρωσης στην Ελλάδα Κρητικάκη Κατερίνα & Μεζίνη Νατάσα
	165	Ορίζοντας το βιασμό με βάση τη συναίνεση: η νέα παρ.4 του άρθρου 336 του Π.Κ. Κυπράκης Νίκος, Μένος Ιωάννης & Παλάσκας Γιώργος
	172	Ο θεσμός της ποινικής διαπραγμάτευσης Κυριακοπούλου Ραφαέλα & Χατζηγεωργίου Παναγιώτης
	178	Παράσταση προς υποστήριξη της κατηγορίας: αξιολόγηση νομοθετικών τροποποιήσεων Ανδρουλάκη Μαρίνα
	183	Βασανιστήρια στο πλαίσιο της οικογένειας Μπαστουνάς Γεώργιος
	189	Η ακριβής έννοια της «ευνοϊκότερης διάταξης νόμου» στο πλαίσιο του νέου άρθρου 2 του Π.Κ. Γκλαβέρης Θάνος
	194	Η διεθνής απαγωγή παιδιού υπό τον κανονισμό 2201/2003 Σαλονικίδης Παύλος
	200	Έχει θέση η ποινικοποίηση του μισαλόδοξου λόγου σε μια δημοκρατία; Καραντουμάνη Μαρία & Κονιδάρη Νεφέλη

	207	Νομική προσέγγιση του φαινομένου της διαφθοράς και των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος (whistleblowers) Δαβζάκη Ματίνα & Ζαχαριάδης Γιώργος
	213	Τα social media ως «εκσυγχρονισμένοι μάρτυρες». Προσωπικά δεδομένα και απαγορεύσεις αξιοποίησης στην ποινική δικαιοδοσία Μαρουλάκη Κατερίνα
Δίκαιο της Πληροφορικής	219	HTTPS Cookies: η λύση στο πρόβλημα ή το πρόβλημα στη λύση; Δογούλη Αθανασία & Μπεχλιβανίδου Λαμπρινή
Ιατρικό Δίκαιο	225	Η αιτιώδης συνάφεια στα εγκλήματα ιατρικής αμέλειας και η συγκλίνουσα αμέλεια περισσότερων ιατρών Μαυροματάκης Ιωάννης
	231	Η αστική ευθύνη του ιατρού για ιατρικό σφάλμα και η ασφάλιση της επαγγελματικής του ευθύνης Κονταξή Κλεονίκη
Συνεντεύξεις	238	Συνέντευξη από τον Σισιλιάνο Λίνο-Αλέξανδρο, Πρόεδρο του ΕΔΔΑ και Καθηγητή Δημοσίου Διεθνούς Δικαίου στο τμήμα της Νομικής του ΕΚΠΑ Στους Κουτσουμπίνα Γιάννη & Μπερέτσο Θανάση
	243	Συνέντευξη από τον Χρυσόγονο Κώστα, Καθηγητή Συνταγματικού Δικαίου στο τμήμα Νομικής του ΑΠΘ και πρώην Ευρωβουλευτή την περίοδο 2014-2019 Στους Μυλωνά Κωστή, Παπαγιαννοπούλου Λυδία, Σακελλαρίδου Εύα, & Χρανιώτη Κωνσταντίνα
	246	Συνέντευξη από τον Μαργαρίτη Λάμπρο, Καθηγητή Ποινικού Δικαίου και Ποινικής Δικονομίας στο τμήμα της Νομικής Σχολής του ΑΠΘ, Δικηγόρο παρ'Αρείω Πάγω και Πρόεδρο της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής Σύνταξης του Νέου Ποινικού Κώδικα Στους Ζαφειρόπουλο Δημήτρη, Καραποστόλη Γιώργο & Τσακαλέρη Νικολέτα
	250	Συνέντευξη από τον Κουτσοχήνα Στάθη, Πρόεδρο του Δικηγορικού Συλλόγου Θεσσαλονίκης και Δικηγόρο παρ'Αρείω Πάγω Στους Μεσημέρη Θωδωρή, Κουκαρούδη Χρήστο & Τοτοκώση Άννα-Μαρία

Αποζημίωση από απώλεια ευκαιρίας ή πιθανότητας

Παπαχρήστου Κωνσταντίνος & Ντίτσιου Μαρία
Μεταπτυχιακός Φοιτητής & 4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Προδιάθεση

Η ελληνική απόδοση «απώλεια ευκαιρίας» απαντά σε πολλές έννομες τάξεις, όπως για παράδειγμα στη γαλλική, όπου γίνεται λόγος για «*perte d'une chance*»¹, στη γερμανική για «*Verlust einer Chance*»² και στο αγγλοσαξονικό δίκαιο για «*loss of chance*»³.

¹ Μάνθος, Η απώλεια ευκαιρίας στο δίκαιο της αποζημίωσης (2014) σ. 23 επ.: στη γαλλική έννομη τα προβλήματα αβέβαιης αιτιότητας επιλύονται μέσω της κατασκευής της απώλειας ευκαιρίας, σύμφωνα με την οποία ως ζημία αντιμετωπίζεται η χαμένη ευκαιρία αυτή καθ' αυτή και υπολογίζεται αναλογικώς προς την τελική πραγματική ζημία (*perte d'une chance*).

² Μάνθος, προηγ. σημ., σ. 35 επ. Η θεωρία αυτή δεν έχει τύχει ανάλογης προσοχής με την αντίστοιχη της γαλλικής έννομης τάξης. Η πλειοψηφία της γερμανικής, αλλά και της αυστριακής νομολογίας και θεωρίας απορρίπτουν τη θεωρία της απώλειας ευκαιρίας, καθώς σύμφωνα με το εφαρμοζόμενο δίκαιο τους, αποκαθίστανται μόνο οι πραγματικές ζημιές και όχι οι υποθετικές. Εξάλλου, στην περίπτωση της βλάβης του σώματος ή της ζωής θα έπρεπε η θεωρία να καθιερώνει αποζημίωση μόνον για τη διακινδύνευση, ανεξάρτητα από την τελική ζημία, εάν ήθελε να έχει συνέπεια στις θέσεις της, ενώ κρίνεται ως μηχανισμός αυθαίρετος, για να παρακάμπτεται ο αναγκαίος αιτιώδης σύνδεσμος ανάμεσα στην επιλήψιμη συμπεριφορά και την τελική ζημία. Οι ενστάσεις λοιπόν οφείλονται στο ότι δεν αποδεικνύεται επαρκής αιτιώδης σύνδεσμος με την τελική ζημία, ενώ συγχρόνως παραβιάζεται η αρχή της αποζημίωσης του «όλα ή τίποτα».

³ Βλ. χαρακτηριστικά *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N.E.2d 819 (Mass. 2008), διαθέσιμη στην ιστοσελίδα: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMelbLRS/2010/14.html>, «*That probability of survival is part of the patient's condition. When*

Ευνοϊκή δε μεταχείριση τυγχάνει η θεωρία αυτή στο ιταλικό, όπως επίσης και στο ισπανικό δίκαιο⁴.

Η απώλεια της ευκαιρίας εντάσσεται στη γενικότερη προβληματική του δικαίου της αποζημίωσης, ενώ δεν ρυθμίζεται νομοθετικά στον Αστικό Κώδικα. Η εφαρμογή ή μη του «θεσμού» της αποζημίωσης από απώλεια ευκαιρίας συνδέεται με ζητήματα που αφορούν, τόσο την αιτιώδη συνάφεια, όσο και τον καθορισμό της ζημίας. Γενικότερα, απαραίτητο όρο, *conditio sine qua non*, για την θεμελίωση της αστικής ευθύνης, αποτελεί ο αιτιώδης σύνδεσμος της πράξης ή της παράλειψης με την ζημία.

Πιο συγκεκριμένα, για την έννοια της αιτιότητας έχουν διατυπωθεί ποικίλες θεωρίες⁵. Κρατούσα πλέον στην ελληνική νομολογία⁶, κρίνεται η θεω-

a physician's negligence diminishes or destroys a patient's chance of survival, the patient has suffered real injury. The patient has lost something of great value: a chance to survive, to be cured, or otherwise to achieve a more favorable medical outcome».

⁴ Μάνθος, ό.π. σημ. 1, σ. 31-35.

⁵ Πρβλ. *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, γενικό μέρος⁵ (2007) σ. 129 επ.: *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό δίκαιο, γενικό μέρος² (2015) σ. 148 επ.: *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο⁵ (2018), σ. 574 επ. Αρχικά, η θεωρία του ισοδυνάμου των όρων (*conditio sine qua non*), στηριζόμενη σε αρχές της λογικής αιτιότητας, δέχεται πως κάθε όρος χωρίς τη συνδρομή του οποίου, δεν θα επερχόταν το ζημιογόνο αποτέλεσμα, αποτελεί αιτία του αποτελέσματος αυτού, διευρύνοντας υπερβολικά το πεδίο ευθύνης. Επίσης, υποστηρίζεται η θεωρία του σκοπού του κανόνα δικαίου, σύμφωνα με την οποία από το σκοπό («προστατευτικός σκοπός», *Schutzzweck*) του εφαρμοζόμενου κανόνα δικαίου προκύπτει αν στην προκείμενη περίπτωση υπάρχει ή όχι αιτιώδης συνάφεια.

⁶ ΟΛΑΠ 18/2004· ΑΠ 1512/2014· ΑΠ 1510/2014·

ρία της πρόσφορης αιτίας, σύμφωνα με την οποία, αποκαθίσταται μόνο η ζημία που ήταν ικανή, κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων και τα διδάγματα της κοινής πείρας, να οδηγήσει στο ζημιολογικό αποτέλεσμα.

Αρχικά λοιπόν γεννάται ο προβληματισμός εάν η απώλεια *ευκαιρίας* ή *πιθανότητας* με τη μορφή στέρησης της πιθανότητας επίτευξης ενός ευνοϊκού αποτελέσματος, δύναται να αναχθεί σε αυτοτελώς προστατευόμενο έννομο αγαθό, με οικονομική αξία⁷. Κατόπιν, η ανάγκη καταφυγής στη θεωρία της απώλειας ευκαιρίας, παρουσιάζεται ιδίως όταν καθίσταται δυσχερής η θεμελίωση ευθύνης, διότι εμφανίζεται προβληματική η διαπίστωση της αιτιώδους συνάφειας, μεταξύ ενός νόμιμου λόγου ευθύνης και της τελικής ζημίας. Και αυτό διότι, για την θεμελίωση της αστικής ευθύνης θα πρέπει ο δικαστής να σχηματίσει πλήρη δικανική πεποίθηση, ειδάλλως δεν είναι δυνατή η επιδίκαση αποζημίωσης. Έπειτα, και μόνον εφόσον η αιτιώδης συνάφεια διαπιστωθεί, τότε το δικαστήριο θα προβεί στην εκτίμηση του ύψους της ζημίας.

Η ευκαιρία απόκτησης κέρδους ή αποφυγής ζημίας αποτελεί μέγεθος σχετικό και άυλο⁸, διαθέτει όμως ανεξάρτητη οικονομική αξία και έχει τη δική της αποτίμηση στις συναλλαγές, οπότε δύναται να θεμελιωθεί περιουσιακή ζημία⁹. Σε αυτές λοιπόν τις περιπτώσεις, θεωρείται ότι ο ζημιώσας, ενώ υπήρχαν τέτοιες πιθανότητες για τον ζημιωθέντα, εκμη-

δένισε την ενδεχόμενη ευνοϊκή εξέλιξη των πραγμάτων. Παρατηρείται ωστόσο η απουσία ρητής νομοθετικής βάσης, υπό το ισχύον ελληνικό δίκαιο, η οποία θα χορηγούσε τη δυνατότητα επιδίκασης αποζημίωσης, μειωμένης, στο ύψος του ποσοστού αυτών των πιθανοτήτων¹⁰.

Η αναγόρευση της απώλειας αυτής (ευκαιρίας) σε αυτοτελή ζημία, αντιμετωπίζει την απολεσθείσα ευκαιρία ως *sui generis* αγαθό, οικονομικώς αποτιμητό.

Εννοιολογικό περιεχόμενο της απώλειας ευκαιρίας στο δίκαιο της αποζημίωσης

Θεμελιωτικά στοιχεία της απώλειας ευκαιρίας

Προϋποθέσεις της απώλειας ευκαιρίας είναι¹¹:

α) το διακύβευμα, ήτοι ένας στόχος του οποίου η έκβαση είναι αβέβαιη. Ακριβώς λοιπόν η ευκαιρία περικλείει τις εύλογες προσδοκίες του δικαιούχου, ότι αν διεκδικήσει το διακύβευμα, ενδεχομένως θα το πετύχει¹², β) μια τελική ζημία, αφού μέσω της αναγωγής σε αυτήν θα υπολογισθεί η ενδιάμεση ζημία που συνίσταται στην απολεσθείσα ευκαιρία. Εξάλλου, η ζημία από την απώλεια ευκαιρίας χαρακτηρίζεται ως απώλεια πραγματική¹³, αυτοτελής και υπό αίρεση¹⁴, γ) μία ευκαιρία πραγματική¹⁵, βέβαιη και σοβαρή, δηλαδή ερειδόμενη σε μεγάλες πιθανότητες.

ΑΠ 1084/2013· ΑΠ 719/2012· ΠΠρΑΘ 1930/2018· ΠΠρΛαρ 36/2017, όλες στην ΤΝΠ Νόμος.

⁷ Αφουξενίδου, Αι πιθανότητες του άρθρου 298 ΑΚ και αι πιθανότητες πραγματώσεως επικερδούς γεγονότος, ΝοΒ 1959.880, εδώ και δεκαετίες έχει γεννηθεί ο αντίστοιχος προβληματισμός, περί της συμπερίληψης στην περιουσία, και των πιθανοτήτων που διαθέτει κάποιος, λόγω των εκάστοτε ιδιαίτερων συνθηκών να κατορθώσει ένα ευνοϊκό αποτέλεσμα και να απολαύσει τους καρπούς αυτού, όπως αντίστοιχα προστατεύονται και τα υπόλοιπα άυλα αγαθά. Βέβαια, η πιθανότητα ως έννοια, δεν είναι άγνωστη στον Αστικό μας Κώδικα (βλ. ΑΚ 298 εδ. β' και 931 ΑΚ, οι οποίες σχετίζονται αμιγώς, με ζητήματα αποζημίωσης).

⁸ Κανελλοπούλου-Μπότη, Η προσβολή της πιθανότητας ως περιουσιακή ζημία ή ως ηθική βλάβη, ΚριτΕ 2003.253 (302).

⁹ Σταθόπουλος, ό.π. σημ. 5, σ. 545 (σημ. 118), 552/553· Κανελλοπούλου-Μπότη, προηγ. σημ., σ. 266, 302.

¹⁰ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. σημ. 5, σ. 552/553.

¹¹ Μάνθος, ό.π. σημ. 1, σ. 28.

Βλ. Trigo Represas, Reparacion de Danos (2006) p.241, χαρακτηριστικά δε αναφέρεται επιπλέον πως «η απώλεια ευκαιρίας καταλαμβάνει μία γκρίζα ζώνη ή μία ζώνη που οριοθετείται ανάμεσα σε αυτό που είναι βέβαιο και σε αυτό που είναι αβέβαιο, σε αυτό που είναι υποθετικό και σε αυτό που είναι σίγουρο [...] ένα συγκεκριμένο υποκείμενο διέθετε πιθανότητες τόσο υπέρ όσο και κατά να αποκτήσει ή όχι ένα συγκεκριμένο όφελος, ωστόσο λόγω της συμπεριφοράς τρίτου στερήθηκε την ευκαιρία να συμμετάσχει στον καθορισμό των παραπάνω πιθανοτήτων». Πρβλ και Μάνθο ό.π. σημ. 1, σ. 70 επ.

¹³ Βλ. ΔΕΕ C 384/2006, σκ. 54, «[ό]σον αφορά την προϋπόθεση σχετικά με τη ζημία, πρέπει να υπομνησθεί ότι η βλάβη της οποίας ζητείται αποκατάσταση πρέπει να είναι πραγματική και βέβαιη»

¹⁴ Μάνθος, ό.π. σημ. 1, σ. 229 επ.

¹⁵ Κορνηλάκης, Η αθέτηση της αμφοτεροβαρούς σύμβασης (2009) σ. 83.

Περιπτώσιολογική εφαρμογή της αξίωσης αποζημίωσης από απώλεια ευκαιρίας

Καταρχήν, η έννοια της απώλειας ευκαιρίας εμφανίζεται είτε με την μορφή της απώλειας ευκαιρίας απόκτησης κέρδους, είτε με την μορφή της απώλειας ευκαιρίας αποφυγής ζημίας.

Απώλεια ευκαιρίας απόκτησης κέρδους

Αρχικά, η απώλεια ευκαιρίας απόκτησης κέρδους, έχει την έννοια ότι απόλλυται η ευκαιρία να αυξηθεί η περιουσία με έναν συγκεκριμένο τρόπο. Για παράδειγμα, εδώ εμπίπτουν οι περιπτώσεις όπου ο δικηγόρος χάνει το φάκελο της υπόθεσης, προτού η σχετική αγωγή κατατεθεί στο δικαστήριο¹⁶. ο παράνομος αποκλεισμός της μισ Ελλάς από τα καλλιστεία¹⁷. όταν λόγω σφάλματος απόλλυται μία σοβαρή πιθανότητα επιτυχίας σε εξετάσεις (λ.χ. η με ευθύνη τρίτου μη έγκαιρη προσκόμιση των δικαιολογητικών), σε διαγωνισμό δημόσιας υπηρεσίας ή για τη σύναψη ορισμένης δημόσιας σύμβασης ή για την είσπραξη ορισμένου χρηματικού ποσού¹⁸.

¹⁶ Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. σημ. 8, σ. 260/261, η οποία κάνει λόγο για υποθέσεις «δίκης μέσα σε δίκη» («trial within a trial»), όπου ο δικαστής πρέπει να αποφανθεί, εάν ο ενάγων είχε πιθανότητες να κερδίσει τη δίκη που δεν έγινε ποτέ, λόγω αμέλειας του δικηγόρου του. Βλ. χαρακτηριστικά την υπόθεση από τη νομολογία των δικαστηρίων των ΗΠΑ, *Daugert v. Pappas*, 104 Wn.2d 254, 704 P2d 600, August 08, 1985, διαθέσιμη στο <https://h2o.law.harvard.edu/cases/395>, όπου στην αγωγή η ευθύνη του δικηγόρου θεμελιώθηκε στην απώλεια ευκαιρίας «*This case involves a legal malpractice claim against an attorney for failure to file timely a petition for review with this court of a Court of Appeals decision. The issues presented concern the proper standard for determining proximate cause in a legal malpractice action. The trial court concluded that proximate cause was a question for the jury and instructed the jury to decide whether the attorney's negligence was a substantial factor in causing the client's loss and whether the client lost a chance to recover. We hold this was error and reverse.*».

¹⁷ Βλ. Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. σημ. 8, σ. 260/261, με τις εκεί παραπομπές σε ξένη νομολογία.

¹⁸ Μαθιουδάκης, Η απώλεια ευκαιρίας στο δίκαιο της κρατικής ευθύνης, ΕφημΔΔ 2009.700.

Απώλεια ευκαιρίας αποφυγής της ζημίας

Η απώλεια ευκαιρίας νοείται ως οριστική ματαίωση κάθε προσδοκίας για αποφυγή της ζημίας που τελικά επήλθε στην περιουσιακή ή προσωπική κατάσταση του θύματος. Σειρά αντίστοιχων χαρακτηριστικών παραδειγμάτων προσφέρει ο χώρος της ιατρικής ευθύνης, ιδίως ως προς την απώλεια ευκαιρίας θεραπείας¹⁹. Για παράδειγμα, όταν ο ια-

¹⁹ Η θεωρία της απώλειας ευκαιρίας επιβίωσης ή θεραπείας πρωτοεμφανίστηκε στη γαλλική έννομη τάξη, με δύο αποφάσεις του γαλλικού Ακυρωτικού δικαστηρίου τα έτη 1965 και 1966, οι οποίες μνημονεύονται έως σήμερα. Cass. civ. 14.12.1965 και Cass. civ. 10.3.1966, JCP 1966.II.Jur. 14753 (note Savatier). Βλ. αναλυτικά Φουντεδάκη, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔνη 1994.1226(1234). η πρώτη αντιμετώπισε την περίπτωση ενός σφάλματος διάγνωσης και της ακολουθούμενης εσφαλμένης φαρμακευτικής αγωγής, καθώς ο ιατρός είχε πλημμελώς διαγνώσει κάταγμα του βραχιόνιου οστού, ενώ επρόκειτο για εξάρθρωση αγκώνα. Η πραγματογνωμοσύνη παρότι επιβεβαίωσε το ιατρικό ιστορικό, δεν έδωσε απάντηση στο ερώτημα αν η αναπηρία που επήλθε, προκλήθηκε ως συνέπεια της ακατάλληλης αγωγής που ακολουθήθηκε, λόγω της εσφαλμένης διάγνωσης, ή ήταν αναπόφευκτη. Η δεύτερη ασχολήθηκε με την περίπτωση παράλειψης εκτέλεσης καθήκοντος, όταν ο μαιευτήρας ιατρός δύο ώρες μετά τον τοκετό και παρά την αιμορραγία, που παρουσίασε η ασθενής του, έφυγε από το νοσοκομείο, χωρίς να παρέχει τις δέουσες οδηγίες προς τη νοσοκόμα. Λόγω της ακατάπαυστης αιμορραγίας της ασθενούς, επιλήφθηκαν τελικά, δύο άλλοι ιατροί, οι οποίοι και διέγνωσαν ότι, επρόκειτο για λύση ιστών, φαινόμενο σπάνιο, το οποίο και στάθηκε αδύνατο να αντιμετωπιστεί, με αποτέλεσμα το θάνατο της ασθενούς. Αν και η πραγματογνωμοσύνη κατέληξε στο συμπέρασμα ότι, ο θάνατος ήταν συνέπεια της απρόβλεπτης και εξαιρετικής αυτής επιπλοκής και συνεπώς όχι της αμέλειας του ιατρού ή του νοσοκομείου, το δικαστήριο δεν υιοθέτησε το συμπέρασμα αυτό με την αιτιολογία ότι, το ποσοστό θανάτου στις περιπτώσεις αυτές δεν ξεπερνάει το 20%. Το δικαστήριο δε, σε αμφοτέρωτες τις περιπτώσεις, καταδίκασε τους εναγομένους στην αποκατάσταση μέρους της ζημίας, επειδή με τη συμπεριφορά τους, στέρησαν από τον ασθενή, την ευκαιρία να θεραπευθεί ή να επιβιώσει. Πρβλ. επίσης την ίδια, σημ. 68, η οποία παραθέτει πλούσια

τρός δεν διενήργησε εγχείρηση σε ασθενή, με αποτέλεσμα ο τελευταίος να απολέσει 10% πιθανότητες αποκατάστασης της αναπηρίας, από την οποία έπασχε²⁰.

Οριοθέτηση από το διαφυγόν κέρδος του άρθρου 298 εδ. β' ΑΚ

Κεντρική σημασία και στις δύο έννοιες παρουσιάζει η έννοια της πιθανότητας. Σύμφωνα με το άρθρο 298 εδ. β' ΑΚ, αποκαθίσταται η αποθετική ζημία του ζημιωθέντος, η οποία υπολογίζεται σύμφωνα με τη «συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων». Η ουσιαστική διαφορά της έννοιας του διαφυγόντος κέρδους από την απώλεια ευκαιρίας συνίσταται στο ότι στο πρώτο υπολογίζεται μία μελλοντική ζημία από την υποθετική εξέλιξη των πραγμάτων²¹.

νομολογία των γαλλικών δικαστηρίων.

²⁰ Μαθιουδάκης, ό.π. σημ. 18. Χαρακτηριστική για την ελληνική νομολογία, θεωρείται η απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης υπ' αριθ. 1228/2008, η οποία αποδέχθηκε την απώλεια ευκαιρίας, ως αυτοτελές έννομο αγαθό που προσβάλλεται από ιατρικό σφάλμα και ως εκ τούτου γεννά την υποχρέωση αποζημίωσης του ασθενή, που απώλεσε την πιθανότητα ευνοϊκής εξέλιξης της υγείας του. Πιο συγκεκριμένα, κρίθηκε ότι «... υποχρέωση προς αποζημίωση γεννάται και στην περίπτωση, όπου η πράξη ή η παράλειψη των οργάνων του νοσοκομείου, να μην δεν επέφερε τη βλάβη της υγείας του ασθενούς, εκμηδένισε όμως τις πιθανότητες ευνοϊκής εξέλιξης της υγείας του, που υπήρχαν σύμφωνα με τα δεδομένα της ιατρικής επιστήμης». Το δικαστήριο αναγνώρισε εν προκειμένω την προσβολή της πιθανότητας ευνοϊκής εξέλιξης της υγείας, ως αυτοτελή ζημία, η οποία υφίσταται μετά βεβαιότητας, ενώ διαπίστωσε και την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της ζημίας αυτής.

²¹ Κουσουλής, Προβλήματα του μέτρου απόδοξης στην πολιτική δίκη, στον Τιμ. τ. II Μητσόπουλου (1993) σ. 685.επ. (716)=Δ.1986.577(600)· βλ. επίσης Σταθόπουλο ό.π. σημ. 5, σ. 556, ο οποίος υποστηρίζει πως η πιθανολόγηση είναι πράγματι το κρίσιμο κριτήριο για το διαφυγόν κέρδος, αφού προσδιορίζεται υποθετικά και οι υποθέσεις δεν χαρακτηρίζονται από αποδείξιμη βεβαιότητα. Μάνθος, ό.π. σημ. 1, σ. 112 (115), σύμφωνα με τον οποίο, αποκαθίσταται στην περίπτωση του διαφυγόντος κέρδους, και μάλιστα πλήρως, η οικονομική αξία που έχει το

Με άλλα λόγια αποκαθίσταται πλήρως η οικονομική αξία ενός υποθετικού αποτελέσματος. Αντίθετα, στη δεύτερη (απώλεια ευκαιρίας) δεν πρόκειται για μελλοντική ζημία, αλλά για απώλεια πιθανοτήτων επίτευξης κέρδους, που αντιμετωπίζεται ως αυτοτελής ζημία, που έχει ήδη επέλθει. Σε αυτή δε την περίπτωση, αυτή η απώλεια πιθανοτήτων να επιτευχθεί το επιθυμητό αποτέλεσμα, αποκαθίσταται κλασματικώς-αναλογικώς προς την ήδη επελθούσα τελική ζημία.

Κριτική της εφαρμογής της αποζημίωσης από απώλειας ευκαιρίας-αξιολόγηση του θεσμού

Γενικότερα, η κατασκευή αυτή προσφέρει λύσεις που μπορούν να θεωρηθούν τεχνολογικά ορθότερες από την απλή απόρριψη της αγωγής, εξαιτίας της αποδεικτικής αδυναμίας του ενάγοντος. Η αδυναμία εξεύρεσης της πραγματικής αιτίας που προκάλεσε το αποτέλεσμα και ιδιαίτερα «η ενιαία αντιμετώπιση της αιτιώδους συνάφειας στο δίκαιο της αποζημίωσης» οδηγούν σε μη ορθές δικαιολογικές λύσεις, αφού καταλήγουν σε απόρριψη ευθύνης ακόμα και σε περιπτώσεις που η ζημία μπορεί με μεγάλη πιθανότητα να αναχθεί αιτιακά στην πράξη ή την παράλειψη. Σε αυτό το αποτέλεσμα οδηγεί και η καθολική εφαρμογή στο ελληνικό νομικό σύστημα της αποζημιωτικής αρχής του «όλα ή τίποτε»²². Βέβαια, η παραβίαση της αρχής αυτής

υποθετικό αποτέλεσμα που δεν επετεύχθη.

²² Σταθόπουλος, ό.π. σημ. 5, σ. 627 επ., σύμφωνα με τον οποίο, στο ελληνικό δίκαιο, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αποζημίωσης, καλύπτεται κατ' αρχήν (ανελαστικά) όλη η ζημία. Η ανελαστικότητα μπορεί πάντως να καμφθεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, με προσφυγή του δικαστή στην ΑΚ 288, η οποία, κατά τον ίδιο λόγο που δικαιολογεί μείωση της αρχικής (συμβατικής) παροχής, δικαιολογεί και τη μείωση της δευτερογενούς παροχής προς αποζημίωση. Καταλήγει δε πως *de lege ferenda* θα ήταν σκόπιμο να προβλεφθεί ρητά κατ' αρχήν μεν η πλήρης αποζημίωση, αλλά και η δυνατότητα του δικαστή να τη μειώνει, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης· πρβλ. Φουντεδάκη, Ιατρική αστική ευθύνη (2002) σ. 136, 153· Μαθιουδάκης, ό.π. σημ. 18, οι καταβολές της αρχής αυτής ανευρίσκονται στον χώρο του γερμανικού ενοχικού δικαίου και στη θεωρία του *"Alles oder Nichts"*.

δεν υφίσταται στην περίπτωση της αποζημίωσης από απώλεια ευκαιρίας, μιας και η αναγωγή της σε αυτοτελή ζημία, οδηγεί σε πλήρη αποζημίωση αυτής, και όχι σε μερικότερη της τελικής ζημίας.

Στο σύνολό της, η κατασκευή της απώλειας ευκαιρίας εμφανίζεται ως λύση επιείκειας από πρακτικής άποψης²³. Βέβαια η εφεύρεση μιας ενδιάμεσης ζημίας και η αναγωγή της σε αυτοτελή ζημία, δεν σημαίνει πως παύει αυτόματα και η απαίτηση για απόδειξη του αιτιώδους συνδέσμου. Συνεπώς, θεωρητικά ακόμα και σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει να ξεπεράσουμε το σκόπελο της απόδειξής του. Ωστόσο, ίσως τελικά αυτή η ζημία, από απώλεια των πιθανοτήτων, να στηρίζεται σε διδάγματα της ζωής που φέρουν απλώς υψηλή αληθοφάνεια ώστε και η θεμελίωση αιτιώδους συνδέσμου να κρίνεται ευχερέστερη. Άλλες λύσεις θα ήταν η «χαλάρωση» του μέτρου απόδειξης, ώστε να απαιτείται απλώς η πιθανολόγηση και όχι ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης, είτε δια της νομοθετικής τροποποίησης (ενόψει της ΚΠολΔ 347) είτε δια της αναλογικής εφαρμογής της ΑΚ 298, με τα ισχύοντα επί του διαφυγόντος κέρδους. Ωστόσο, εγείρονται επιφυλάξεις ως προς την εφαρμογή τους.

Κατόπιν ζητήματα εφαρμογής της θεωρίας της απώλειας ευκαιρίας προκύπτουν και ως προς τον τρόπο προσδιορισμού του βαθμού της πιθανότητας και της αποκαταστατέας ζημίας²⁴. Και αυτό διότι αυτή μπορεί να υπολογισθεί είτε με βάση στατιστικά δεδομένα εφόσον αυτά υπάρχουν, είτε με βάση την ΑΚ 914 σε συνδυασμό με τη γενική αρχή της καλής πίστης (ΑΚ 288). Δηλαδή θα αξιολογηθεί η ίδια η ευκαιρία με βάση τις πιθανότητες. Για παράδειγμα, αν η τελική ζημία ανέρχεται στο ποσό των 30.000 ευρώ και απωλέσθηκε η ευκαιρία λόγω πταίσματος του δράστη, ενώ είχε 30% πιθανότητες να υλοποιηθεί, τότε θα επιδικασθεί αποζημίωση

$30.000 \times 30/100 = 9.000$ Ευρώ (που ισούται με το γινόμενο της πιθανότητας που χάθηκε επί τη συνολική ζημία)²⁵.

²⁵ Βλ. χαρακτηριστικώς ως προς τις προϋποθέσεις της απώλειας ευκαιρίας, όπως ερμηνεύονται από το ΔΕΕ, τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στην Υπόθεση C-611/12 Jean-François Giordano κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, διαθέσιμες στο <http://curia.europa.eu/>, και πιο συγκεκριμένα, σκ. 43 «Σε γενικές γραμμές, η απώλεια ευκαιρίας διαφοροποιείται από άλλα στοιχεία της υποχρέωσης αποζημίωσης λόγω του ότι αναφέρεται σε ένα μελλοντικό, αλλά πιθανό μόνον κέρδος[...]. Όπως είναι λογικό, τέτοιες ευκαιρίες κέρδους δεν μπορούν να είναι καθαρά υποθετικές, αλλά πρέπει να αποτελούν πραγματικές ευκαιρίες που έχουν σοβαρές πιθανότητες να μεταβληθούν σε οικονομικό κέρδος. Ως εκ τούτου, αυτό που χαρακτηρίζει την απώλεια ευκαιρίας και τη διακρίνει κυρίως από το διαφυγόν κέρδος είναι ο πιθανολογικός παράγοντας, ο οποίος, όμως, δεν αναφέρεται σε μια οποιασδήποτε πιθανότητα, αλλά σε σοβαρή πιθανότητα εκπληρώσεως μιας προσδοκίας» βλ. επίσης σκ. 45 «Στην πραγματικότητα, μια σοβαρή και δεκτική ποσοτικοποίησεως πιθανότητα μελλοντικού κέρδους πρέπει να μπορεί να μεταφραστεί σε συστατικό στοιχείο της ζημίας για την οποία δημιουργείται υποχρέωση αποζημίωσης. Στον βαθμό που αυτή η πιθανότητα κέρδους μπορεί να αποδειχθεί και να αποδοθεί σε ποσοστιαίες μονάδες με ικανοποιητικά ακριβή μέθοδο, η εν λόγω ευκαιρία κέρδους μπορεί να συνυπολογιστεί στην περιουσία αυτού που την έχει» τέλος σκ.68 «Εν περιλήψει, δεν βρίσκω λόγους να αποκλείσω κατ' αρχήν ότι η απώλεια ευκαιρίας αποτελεί συστατικό στοιχείο της ζημίας που δημιουργεί υποχρέωση προς αποζημίωση βάσει του άρθρου 340, δεύτερο εδάφιο, ΣΛΕΕ. Η εξέλιξη του συγκριτικού δικαίου και της νομολογίας του Δικαστηρίου, καθώς και των αποδεικτικών μέσων που έχουν σήμερα στη διάθεσή τους οι διάδικοι επιτρέπουν στο Δικαστήριο να κρίνει ότι, σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης περί ευθύνης από αδικοπραξία, χωρεί αποζημίωση στις περιπτώσεις απώλειας σοβαρής ευκαιρίας εξαιτίας παράνομης πράξεως θεσμικού οργάνου της Ένωσης» βλ. επίσης την απόφαση του δικαστηρίου δημόσιας διοίκησης της ΕΕ, της 19ης Μαΐου 2015, Markus Brune κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, όπου αναφέρεται χαρακτηριστικά πως «[ό]ταν η προβαλλόμενη ζημία αφορά απώλεια ευκαιρίας του υποψηφίου να περιληφθεί στους πίνακες επιτυχόντων διαγωνισμού και, επομένως, να διοριστεί μόνιμος υπάλληλος της

²³ Φουντεδάκη, ό.π. σημ. 19, σ. 1236.

²⁴ Βλ. όμως Κανελλοπούλου-Μπότη, ό.π. σημ. 8, σ. 306, η οποία θεωρεί ότι η αποζημίωση αυτή μπορεί να υπολογισθεί είτε με βάση στατιστικά δεδομένα, εφόσον αυτά υπάρχουν, είτε με βάση την ΑΚ 914 σε συνδυασμό με την αρχή της καλής πίστης (ΑΚ 288)· πρβλ. και Μαθιουδάκη, ό.π. σημ. 18, σ. 701, 714, κατά τον οποίο τα διδασκόμενα στο αστικό δίκαιο για το ζήτημα της απώλειας ευκαιρίας τυγχάνουν κατ' αρχήν ανάλογης εφαρμογής και στο διοικητικό δίκαιο, όπως και η ΑΚ 298 εδ. β', προκριτέα δε λύση καθίσταται η ποσοστιαία μέθοδος υπολογισμού της ζημίας ως απώλειας ευκαιρίας.

Ωστόσο ο υπολογισμός αυτών των πιθανοτήτων είναι εξαιρετικά δυσχερής, ιδίως στην ελληνική διακαιοταξία, η οποία δεν χαρακτηρίζεται από τις κατάλληλες υποδομές και την κατάρτιση, όπως αντίστοιχα αλλοδαπές δικαιοταξίες, ώστε να υποστηρίξει την εφαρμογή της (θεωρίας). Περαιτέρω, αντικείμενο κριτικής αποτέλεσε το γεγονός ότι η ευκαιρία εξαρτάται από αστάθμητους και αβέβαιους παράγοντες, οι οποίοι δυσχερώς μπορούν να εκτιμηθούν²⁶.

Ένωσης με βάση αυτόν τον διαγωνισμό, η απολεσθείσα ευκαιρία πρέπει να είναι βέβαιη και ανεπανόρθωτη».

²⁶ Πρβλ. *Jougleux*, Στοιχεία Κυπριακού Ενοχικού Δικαίου (2011) σ. 161/162, όπου ο συγγραφέας στην ίδια προβληματική, παραθέτει μια υπόθεση τροχαίου ατυχήματος, όπου ο οδηγός ενός αυτοκινήτου κτύπησε και τραυμάτισε έναν πεζό που διέσχισε μια κεντρική λεωφόρο στην Λευκωσία, έχοντας ήδη διανύσει απόσταση 3.10 μ. εντός της λεωφόρου επισημαίνοντας ότι το Ανώτατο Δικαστήριο αποφάσισε ότι: «η αποζημίωση στη βάση απώλειας ευκαιρίας είναι ένα είδος αποζημίωσης που δεν μπορεί να υπολογισθεί με απόλυτη ακρίβεια γιατί ακριβώς υπάρχουν αστάθμητοι παράγοντες που εμποδίζουν τον ακριβή υπολογισμό της. Σε κάθε υπόθεση, στον υπολογισμό της ζημίας το Δικαστήριο θα πρέπει να λάβει υπόψη μια σειρά παράγοντες, τους οποίους στο τέλος θα σταθμίσει για να φθάσει στο λογικό υπό τις περιστάσεις ποσό αποζημίωσης». Συγκεκριμένα, στην υπόθεση, το πρωτοδικείο έπρεπε να υπολογίσει ότι ο εφεσίβλητος ήταν άνθρωπος προχωρημένης ηλικίας, ότι στο παρελθόν

Επίμετρο

Συνολικά κρινόμενος ο θεσμός της αποζημίωσης από απώλεια ευκαιρίας ή πιθανότητας διακρίνεται σε όλο το φάσμα του από ένα σπέρμα πιθανότητας, μία αβεβαιότητα ενάντια στο βέβαιο που θέλει η δικαιοσύνη να υπηρετήσει και γι' αυτό φαντάζει κάτι ανοίκειο από το δίκαιο. Το αβέβαιο ωστόσο και το πιθανό δεν θεωρείται κατά τεκμήριο αναληθές, ενώ και η απόλυτη αλήθεια συνήθως δεν είναι βέβαιη. Ενόψει μάλιστα του συζητητικού συστήματος που ισχύει στην πολιτική δικονομία, η εξακρίβωση της αλήθειας δεν θεωρείται το ζητούμενο. Χαρακτηριστικά δε λέγεται πως «η εξακρίβωση της αλήθειας δεν είναι ο σκοπός της πολιτικής δίκης, ούτε και δύναται να είναι. Αυτή είναι επιθυμητόν, αλλ' ουχί και ηγγυημένον αποτέλεσμα»²⁷. Συνεπώς θα λέγαμε πως η εφαρμογή της απώλειας ευκαιρίας οδηγεί σε δίκαια ή τουλάχιστον δικαιότερα αποτελέσματα, ωστόσο στην πράξη ο εφαρμοστής της συναντά πρακτικές δυσχέρειες και δογματικές ανακολουθίες.

εγκατέλειψε την εργασία του λόγω οικογενειακών προβλημάτων, και τέλος, ότι η ανικανότητα του εφεσίβλητου σύμφωνα με την μαρτυρία ανέρχονταν σε έξι μήνες και δεν θα μπορούσε να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο ο εφεσίβλητος μετά από έξι μήνες να μπορούσε να εργοδοτηθεί στους ίδιους ή σε άλλους εργοδότες.

²⁷ Μιχελάκης, Περί του αντικειμένου της δικονομικής αποδείξεως (1940) σ. 14/15, με περαιτέρω παραπομπή στον καθηγητή της Πολιτικής Δικονομίας Adolf Wach.

Το ζήτημα της νομικής μεταχείρισης των ζώων από την αρχαιότητα έως και σήμερα

Μπομπότα Μαρία
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Η συμβίωση του ανθρώπου με τα ζώα είναι στενά συνυφασμένη με την φύση και την ύπαρξή του. Η μορφή και η ποιότητα των σχέσεων που ανέπτυξε μαζί τους επηρέασαν σημαντικά τη νομική και κοινωνική τους αντιμετώπιση μέσα στο χρόνο. Σήμερα, όλο και περισσότερα κράτη στον κόσμο ευαισθητοποιούνται γύρω από το ζήτημα της νομικής προστασίας των ζωικών πληθυσμών, ωστόσο σε καμία έννομη τάξη δεν έχει επιτευχθεί η απόλυτη αναγνώρισή αυτών ως αυτοτελών υποκειμένων δικαίου. Στο παρόν άρθρο επιχειρείται μία παρουσίαση του νομικού καθεστώτος των ζώων ανά ιστορική περίοδο, ως συνάρτηση των εκάστοτε κοινωνικών περιστάσεων, στα πλαίσια της εξέλιξης του ζωοφιλικού κινήματος.

Αρχαιότητα

Τα ζώα διαδραμάτιζαν εξαιρετικά σημαντικό οικονομικό ρόλο ως "εργαλεία" στις αγροτικές κοινωνίες της αρχαιότητας, γεγονός που οδήγησε στη νομική κατοχύρωσή τους ως "πράγματα". Οι σχετικές αστικές διατάξεις προέβλεπαν τη χρηματική αποζημίωση του ιδιοκτήτη τους σε περίπτωση βλάβης τους από τρίτο και εμφανίζονταν σε πολλά δικαϊκά συστήματα της εποχής, όπως στις Μεσοποταμίας, στις Βαβυλώνας, στου Ισραήλ, στις Ρώμης και αλλού¹. Ωστόσο, η ratio legis των εν λόγω διατάξεων σχετιζόταν αμιγώς με οικονομικά ζητήματα.

Η θρησκευτική αξία των ζώων επηρέαζε εξίσου τα νομικά και κοινωνικά πρότυπα της εποχής. Στην αρχαία Αίγυπτο ο ταύρος και η γάτα θεωρούνταν

ιερά ζώα και η θανάτωση της τελευταίας, ακόμη και κατά λάθος, συνεπαγόταν την εκτέλεση του δράστη βάσει νόμου². Στην Ινδία ο βουδιστής αυτοκράτορας Ασόκα, με σχετικά διατάγματα, ελαχιστοποίησε τις λατρευτικές θυσίες ζώων, καθιέρωσε μέτρα προστασίας για τα κατοικίδια, απαγόρευσε το κυνήγι και προώθησε την χορτοφαγία³. Παρόμοια ήταν τα δεδομένα και στην Κίνα, ως αποτέλεσμα της εξάπλωσης του Βουδισμού - που απέρριπτε κάθε μορφή βίας σε βάρος οποιουδήποτε όντος - στην περιοχή. Στην Αραβία, πάλι, επικράτησε ο ισλαμισμός, επιβάλλοντας το θρησκευτικό έναντι του κοσμικού νόμου. Το Κοράνι δίδασκε τον σεβασμό σε όλα τα πλάσματα της φύσης, ωστόσο δεν απέκλειε το δικαίωμα του ανθρώπου να σκοτώνει ή να μεταχειρίζεται τα ζώα προς όφελός του. Και, παρόλο που απαγόρευε στους Μουσουλμάνους να τρώνε μοσχαρίσιο κρέας, τους επέτρεπε να θυσιάζουν ζώα στο όνομα του Αλλάχ και να τα καταναλώνουν σε θρησκευτικές γιορτές και τελετές⁴.

² *The history of human-animal interaction - Ancient cultures and religions* Διαθέσιμο στο: The History of Human-Animal Interaction - Ancient Cultures And Religions

³ Thomas G. Kelch, *A short history of (mostly) western animal law (Part 1)*, Animal Law Review, 2012, σ.36-40

⁴ *The history of human-animal interaction - Ancient cultures and religions* Διαθέσιμο στο: The History of Human-Animal Interaction - Ancient Cultures And Reli-

¹ Thomas G. Kelch, *A short history of (mostly) western animal law (Part 1)*, Animal Law Review, 2012, σ.29-36

Μεσαίωνας

Κατά τους σκοτεινούς μεσαιωνικούς χρόνους, οι κοινωνίες και τα δικαϊκά τους συστήματα αναδιαμορφώθηκαν με κέντρο την θρησκεία, γεγονός που επηρέασε σημαντικά τη νομοθετική διαδικασία, χωρίς, ωστόσο, να εξαλείψει πλήρως τον οικονομικό παράγοντα. Ο Σαλικός Νόμος των Φράγκων τοποθετούσε τα ζώα στην ίδια θέση με τους σκλάβους, ως μέρη της περιουσίας του ιδιοκτήτη τους⁵.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει το φαινόμενο διεξαγωγής δικών σε βάρος των ζώων, τα οποία μπορούσαν να δικαστούν και να τιμωρηθούν ακριβώς όπως ένα άνθρωπος. Αρμόδια δικαστήρια ήταν το κοσμικό - για τα οικόσιτα ζώα γενικά αλλά και για όλες τις σωματικές βλάβες ή ανθρωποκτονίες που προκαλούνταν από ζώο - και το εκκλησιαστικό - για όλα τα άγρια ζώα και για κάθε διατάραξη της δημόσιας τάξης ή πρόκληση δημοσίου κινδύνου από ζώο⁶. Είναι χαρακτηριστικό πως όλες οι διαδικασίες της ποινικής δίωξης εφαρμόζονταν κανονικά και σε βάρος των ζώων, όπως η προφυλάκιση, η ανάκριση, ο βασανισμός κλπ, ενώ τυχόν γρυλίσματά τους λαμβάνονταν υπόψη ως ομολογία της ενοχής τους⁷. Επίσης, το κράτος τούς παρείχε δικηγόρο που αναλάμβανε την υπεράσπισή τους ενώπιον του δικαστηρίου και συχνά τα έντυνε με ρούχα για την τήρηση των τύπων κατά την διεξαγωγή της δίκης. Τα ζώα μπορούσαν, τέλος, να παρασταθούν στο δικαστήριο και ως μάρτυρες⁸.

Είναι φανερό πως η εν λόγω δικανική τακτική εξίσωνε ανθρώπους και ζώα απέναντι στον ποινικό νόμο - μόνον ως προς το πρόσωπο του παραβάτη - και αναγνώριζε στα τελευταία την ικανότητα τέλεσης άδικης πράξης, καθώς και καταλογισμού της

ενοχής αυτής. Κατ' επέκταση, δεχόταν την ύπαρξη συνείδησης σε αυτά, χωρίς, όμως, να τους παραχωρεί αντίστοιχα δικαιώματα σε όλο το νομικό φάσμα. Ερευνητές όπως ο Finkelstein υποστηρίζουν πως η απουσία αντίστοιχων δικανικών φαινομένων στους περισσότερους πολιτισμούς της ανατολής υποδηλώνει ότι η θεώρηση μιας αυστηρής ιεραρχίας μεταξύ ανθρώπων και ζώων, αλλά και η έντονα χειριστική ανθρωπίνη διάθεση σε βάρος των τελευταίων είναι κατεξοχήν προϊόντα του δυτικού πολιτισμού⁹.

Νεότερη Εποχή

Τα ζοφερά κατάλοιπα του μεσαίωνα έκαναν εμφανή την παρουσία τους και στο πρώτο διάστημα της Ευρωπαϊκής Αναγέννησης, όπως οι - βρετανικής, κυρίως, προέλευσης - ψυχαγωγικές δραστηριότητες που συνδέονταν με βασανιστικές πρακτικές σε βάρος αιχμάλωτων ζώων και απευθύνονταν συνήθως στις κατώτερες κοινωνικές τάξεις¹⁰. Γρήγορα, όμως, απαγορεύτηκαν με μία σειρά από νομοθετικές πράξεις (1546, 1625 κ.ά.), τα κίνητρα των οποίων συνδέονταν περισσότερο με την ταξική πάλη και τον κοινωνικο-ηθικό έλεγχο της ανθρωπίνης συμπεριφοράς και λιγότερο με τη φιλοζωία.¹¹

Μία από τις πρώτες γραπτές συνταγματικές κατοχυρώσεις της προστασίας των ζώων συνιστά το άρθρο 92 του Body of Liberties της Αποικίας της Μασαχουσέχτης (1641)¹², όπου αναφέρεται ρητά ότι: "Κανένας άνθρωπος δεν επιτρέπεται να ασκεί τυραννία ή σκληρότητα ενάντια σε κανένα μη ανθρώπινο πλάσμα, το οποίο συνηθίζεται να χρησιμοποιείται από τον άνθρωπο"¹³. Σπουδαίες μορφές φιλόζωνων, όπως ο Λεονάρντο Ντα Βίντσι, ο Τόμας Μορ και ο Μισέλ Ντα Μονταίν άρχισαν να διασείουν το νομικό και κοινωνικό κατεστημένο, με αποτέλεσμα το 1635 η Ιρλανδική Βουλή να θεσπί-

gions

⁵ Thomas G. Kelch, *A short history of (mostly) western animal law (Part 1)*, Animal Law Review, 2012, σ.40-42

⁶ Βλ.την παραπάνω σημείωση, σ.45-54

⁷ "Τα δικαστήρια ζώων στον Μεσαίωνα", Διαθέσιμο στο: <https://www.mixanitouxronou.gr/ta-dikastiria-zoon-ston-meseona-dikazante-ektelousan-gourounia-skilia-ke-troktika-ta-grilismata-itan-apodixi-enochis-ke-osa-troktika-den-emfanizontan-sto-dikastirio-dikazontan-erimin/>

⁸ Thomas G. Kelch, *A short history of (mostly) western animal law (Part 1)*, Animal Law Review, 2012, σ.45-54

⁹ Βλ.την παραπάνω σημείωση

¹⁰ Βλ.την παραπάνω σημείωση, σ.54-59

¹¹ Βλ.την παραπάνω σημείωση

¹² 1641: *Massachusetts Body of Liberties*, Online Library of Liberty, διαθέσιμο στο <https://oll.libertyfund.org>, βασισμένο στο *Colonial Origins of the American Constitution: A documentary history*, Donald S. Lutz, Liberty Fund Inc., 1998

¹³ *Bibliographical sketch of the laws of the Massachusetts colony from 1630 to 1686*, William H. Whitmore, σ. 26, Rockwell and Churchill City Printers, 1890 Διαθέσιμο και στο: <https://www.mass.gov>

σει έναν από τους πρώτους νόμους του σύγχρονου κόσμου ενάντια στη βία κατά των ζώων¹⁴, ποινικοποιώντας τη χρήση επώδυνων για αυτά μέσων κατά την παραγωγική διαδικασία¹⁵.

Η αντικατάσταση των αγροτικών κοινωνιών του παρελθόντος με τα νέα αστικά κοινωνικά μοντέλα του 18ου αιώνα επηρέασε σημαντικά το νομοθέτη, αφού τότε χρειάστηκε για πρώτη φορά να διευθετήσει ζητήματα σχετικά με τη διαχείρισή των ζώων εντός του αστικού περιβάλλοντος (πχ. οι βρετανικοί νόμοι Metropolis Act-1774- και Metropolis Act-1781- που ποινικοποιούσαν τη βίαιη μεταχείριση των βορειδών κατά την μεταφορά τους προς τα σφαγεία εντός του Λονδίνου), ενόψει και των αυξημένων παραγωγικών αναγκών που επέφερε η Βιομηχανική Επανάσταση. Όλα αυτά σε συνδυασμό με τις πρωτοποριακές ζωοφιλικές ιδέες πλήθους διαφωτιστών (Τζον Λοκ, Βολταίρος, Ζαν-Ζακ Ρουσσώ, κ.ά.), άρχισαν να δημιουργούν τόσο στον ίδιο το νομοθέτη, όσο και στο κοινωνικό σύνολο ένα αίσθημα γνήσιας συμπάθειας και ενδιαφέροντος για τη θέση και την μεταχείριση των ζώων¹⁶.

Σύντομα δε, άρχισε να εμφανίζεται και να εξαπλώνεται ένα ισχυρό κίνημα κατά της χρησιμοποίησης ζωντανών ζώων σε επιστημονικά πειράματα και διαλέξεις ανατομίας (anti-vivisection movement). Έτσι, μετά από παρέμβαση της ίδιας της Βασίλισσας Βικτώριας, θεσπίστηκε ο νόμος κατά της ζωτομίας (Anti-Vivisection Act 1876), όπου για πρώτη φορά στην ιστορία απαγορεύτηκαν τα επώδυνα πειράματα πάνω σε ζώα - εκτός από τις αναγκαίες περιπτώσεις για τη διάσωση ή παράταση της ανθρώπινης ζωής, έπειτα από ειδική κρατική άδεια. Επίσης, ορίστηκαν χρηματικές ποινές για τους παραβάτες και παραχωρήθηκε ειδική μεταχείριση σε κάποιες κατηγορίες πειραματόζωων, όπως ο σκύλος και το άλογο¹⁷.

20ος αιώνας

Η σύγχρονη αστυφιλία αποτέλεσε ουσιαστικό παράγοντα για την καλλιέργεια φιλοζωικών αισθημάτων στο κοινωνικό σύνολο. Τα ζώα άρχισαν να μετατρέπονται από αγροτικά “εργαλεία” σε “συντρόφους” της πόλης και η εξασθένιση της αμιγώς χρησιμοθηρικής τους αντιμετώπισης είχε αντίκτυπο και στο δικαϊκό σύστημα της εποχής. Σύντομα, η μέριμνα του ανθρώπου για την προστασία τους επεκτάθηκε και στην άγρια ζωή¹⁸.

Το 1926 γεννήθηκε η επιστήμη της “Βιοηθικής”¹⁹, ενώ το 1965 ο Βρετανός καθηγητής Brambell διαμόρφωσε την αρχή των Πέντε Ελευθεριών (Five Freedoms)²⁰, τις οποίες θα πρέπει να διαθέτει κάθε ζώο, ώστε οι συνθήκες διαβίωσής του να χαρακτηρίζονται τουλάχιστον νόμιμες. Με τον τρόπο αυτό, εγκαινίασε την έννοια της “ευζωίας” (welfare) των ζώων και έθεσε τις βάσεις για τη συγκρότηση της σύγχρονης νομικής προστασίας τους. Το 1970, ο Βρετανός φυσιολόγος και ακτιβιστής Richard Ryder ανέπτυξε τη θεωρία του “ειδισμού” (speciesism), σύμφωνα με την οποία, ένα είδος - που αυτοανα-

¹⁸ Βλ. Wild Animals in Captivity Protection Act (Βρετανία, 1900), Lacey Game and Wild Birds Preservation and Disposition Act (Αμερική, 1900) κ.ά.

¹⁹ Χριστίνα Παπανδρέου, σε διπλωματική εργασία “Το Νομικό Καθεστώς των Ζώων: Ελληνικό Δίκαιο, Δικαιοσυγκριτική Θεώρηση, Νομολογία, Προτάσεις”, ακαδημαϊκό έτος 2016-2017, σ.7 Διαθέσιμο στο: pergamos.lib.uoa.gr

²⁰ Αντανακλούν τις πέντε βασικότερες ανάγκες των ζώων: **1. Ελευθερία από την πείνα και τη δίψα**, με άμεση πρόσβαση σε πόσιμο νερό και υγιεινή διατροφή **2. Ελευθερία από τη δυσαρέσκεια**, με παροχή κατάλληλου περιβάλλοντος, συμπεριλαμβανομένου ενός καταφυγίου και ενός άνετου χώρου για ξεκούραση **3. Ελευθερία από πόνο, τραυματισμό ή ασθένεια**, με πρόληψη ή γρήγορη διάγνωση και θεραπεία **4. Ελευθερία έκφρασης φυσιολογικής συμπεριφοράς**, με παροχή επαρκούς χώρου, κατάλληλων εγκαταστάσεων και συντροφιάς του ίδιου είδους **5. Ελευθερία από φόβο και αγωνία**, με εξασφάλιση κατάλληλων συνθηκών ζωής και μεταχείρισης, ώστε να αποφεύγεται η ψυχική ταλαιπωρία. (*Humane Slaughter*, National Anti-Vivisection Society Διαθέσιμο στο: <https://www.navs.org/what-we-do/keep-you-informed/legal-arena/agriculture/humane-slaughter/#.XfFIEOgzaM9>)

¹⁴ Βλ. Act against Plowing by the Tail and pulling the Wooll off of living Sheep

¹⁵ Thomas G. Kelch, *A short history of (mostly) western animal law (Part 1)*, Animal Law Review, 2012, σ.60-61

¹⁶ Βλ. Act to Prevent the Cruel and Improper Treatment of Cattle (Πίτσαρντ Μάρτιν, Βρετανία, 1822)

¹⁷ Thomas G. Kelch, *A short history of (mostly) western animal law (Part 11)*, Animal Law Review, 2012, σ.359

κηρύσσεται ανώτερο από τα άλλα - αντιμετωπίζει με προκατάληψη και ρατσιστική διάθεση όσους δεν ανήκουν σε αυτό²¹. Οι επικριτές του ειδικού ζητούν την ίση μεταχείριση όλων των ειδών με την παραχώρηση σε αυτά ανάλογων δικαιωμάτων και ελευθεριών, ικανών να εξυπηρετήσουν τα διαφορετικά συμφέροντα του καθενός από αυτά. Έτσι, σχηματίζεται η θεωρία της εγγενούς αξίας των ειδών που διακηρύσσει την αυτοτέλεια και πληρότητα της ηθικής οντότητας των ζώων, κατατάσσοντάς την στην ίδια αξιολογική θέση με αυτή του ανθρώπου, και συνιστά τον πυρήνα των αιτημάτων του σύγχρονου φιλοζωικού κινήματος²².

Σημαντική υπήρξε η δραστηριοποίηση της νεοσύστατης ακόμη τότε Ευρωπαϊκής Ένωσης που από το 1973 και έπειτα εξέδωσε έναν μεγάλο αριθμό οδηγιών για την προστασία των ζώων²³. Αποκορύφωμα, όμως, αποτέλεσε η Οικουμενική Διακήρυξη των Δικαιωμάτων των Ζώων από την Unesco στις 17 Οκτωβρίου του 1978, η οποία, μεταξύ άλλων, καταδικάζει τη βία σε βάρος τους, αξιώνει το σεβασμό του ανθρώπου απέναντί τους και, τέλος, στο άρθρο 9 απαιτεί την αναγνώριση και νομική κατοχύρωση των δικαιωμάτων τους²⁴.

Στο μεταξύ, πολλές δικαστικές υποθέσεις²⁵ με περιεχόμενο τον βασανισμό ή την παράνομη θανάτωση ζώων συντάραξαν την κοινή γνώμη και προκάλεσαν θύελλες φιλοζωικών αντιδράσεων, οι οποίες εντάθηκαν μετά τη δεκαετία του 80 και συνέβαλαν στην ισχυροποίηση της έννομης προστασίας των ζώων (Protection Of Animals Act-1911, American Animal Welfare Act-1966 κ.ά.). Κοντά

στην αυγή του μιλένιου το φιλοζωικό κίνημα καθιερώθηκε ως ένας σημαντικός παράγοντας διαμόρφωσης κοινωνικο-ηθικών ιδεολογιών, αλλά και δράσης πολιτικών και νομοθετικών οργάνων. Ως εκ τούτου, την δεκαετία του ενενήντα πολλά κράτη μετέβαλαν τον αστικό τους κώδικα προς το συμφέρον των ζώων, αναγνωρίζοντάς τα ως ευαίσθητα όντα και διαχωρίζοντάς τα από τα πράγματα. Στην Ελλάδα την ίδια περίοδο θεσπίστηκε ο ν.2017/1992 με τον οποίο κυρώθηκε η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την προστασία των Ζώων Συντροφιάς, ενώ το 1993 η Ευρωπαϊκή Ένωση, με την οδηγία 76/768/EEC- που εφαρμόστηκε ολοκληρωτικά το 2013-, απαγόρευσε τη χρησιμοποίηση ζώων στη διεξαγωγή πειραμάτων για καλλυντικά προϊόντα, καθώς και την πώληση καλλυντικών, τα οποία έχουν δοκιμαστεί σε ζώα, στα κράτη εντός αυτής²⁶. Άλλη μία σπουδαία κίνησή της είναι η επίσημη αναγνώριση των ζώων ως ευαίσθητα όντα (sentient beings) στο αρ.13 της ΣΛΕΕ²⁷. Τέλος, πλήθος Οδηγιών και Κανονισμών του Κοινοτικού Δικαίου²⁸ σχετίζεται με την προστασία και την ευζωία (welfare) των ζώων.

Σήμερα

Στις μέρες μας, η νομική μεταχείριση των ζώων αποτελεί ένα διεθνές ζήτημα που προκαλεί πληθώρα προβληματισμών, με βασικότερο το αν θα πρέπει αυτά να αποκτήσουν ένα φάσμα δικαιωμάτων ανάλογο με την ιδιαιτερότητα της φύσης τους. Ήδη, πολλά κράτη του κόσμου (Ηνωμένο Βασίλειο,

²¹ Oscar Horta, *What is speciesism*, δημοσιευμένο στο *The Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 23, 2010, σ.243-266, διαθέσιμο στο: <http://www.springerlink.com/content/g0l0j4615j676t60/> και στο: https://www.researchgate.net/publication/225191816_What_Is_Speciesism

²² Χριστίνα Παπανδρέου, σε διπλωματική εργασία *“Το Νομικό Καθεστώς των Ζώων:Ελληνικό Δίκαιο, Δικαιοσυγκριτική Θεώρηση, Νομολογία, Προτάσεις”*, ακαδημαϊκό έτος 2016-2017, σ.5-6 Διαθέσιμο στο: pergamos.lib.uoa.gr

²³ Βλ. 74/577 για την αναισθησία των ζώων πριν τη σφαγή τους και 79/409 για την διατήρηση των άγριων πτηνών.

²⁴ Βλ. Unesco - Universal Declaration of Animal Rights 17/10/1978

²⁵ Βλ. “The Brown Dog Affair” (1903), “The Pepper Case” (1966), κ.ά

²⁶ Ban on animal testing, European Commission (https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/animal-testing_en) Η Κοινοτική Οδηγία 76/768/EEC αντικαταστάθηκε από τον Κανονισμό 1223/2009 με το ίδιο περιεχόμενο. Understanding Animal Research (<http://www.understandinganimalresearch.org.uk/openness/cosmetics/>)

²⁷ Ενοποιημένη απόδοση της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση και της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης 2012/C 326/01 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>)

²⁸ Βλ. Οδηγία 98/58/EC για την προστασία των ζώων στα εκτροφεία, Οδηγία 92/43 NATURA 2000 για τη διατήρηση των φυσικών οικοτόπων και της άγριας χλωρίδας και πανίδας, Κανονισμός 1099/2009 για την προστασία των ζώων κατά τη θανάτωσή τους κ.ά.

Αυστρία, Γερμανία, Ιταλία, Πορτογαλία, Ολλανδία, Τσεχία κ.ά.) τα διαχωρίζουν από τα πράγματα κατατάσσοντάς τα σε μια ιδιαίτερη νομική κατηγορία (αλλά όχι ως υποκείμενα δικαίου), ενώ τουλάχιστον 107 είναι τα κράτη που διαθέτουν έστω τους ελάχιστους νόμους για την προστασία τους. Αυτό όμως δεν εγγυάται και την εφαρμογή όλων των παραπάνω στην πράξη²⁹. Ακόμη, περισσότερα από 40 κράτη παγκοσμίως έχουν απαγορεύσει δια νόμου τη χρήση πειραματόζωων για τη δοκιμή καλλυντικών προϊόντων (Νέα Ζηλανδία, Ινδία, Τουρκία κ.ά.), ενώ πάνω από 7 συζητούν την πιθανότητα αντίστοιχης νομικής απαγόρευσης στο εθνικό τους δίκαιο (όπως η Ουκρανία, η Ρωσία, ο Καναδάς, οι ΗΠΑ κ.ά.). Ωστόσο, σύμφωνα με στοιχεία της ιστοσελίδας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, περίπου το 80% των κρατών παγκοσμίως εξακολουθεί να επιτρέπει νόμιμα την εν λόγω ερευνητική πρακτική³⁰, γεγονός που προκαλεί διεθνείς αντιδράσεις. Ενόψει των προαναφερθέντων, μελέτη του Special Eurobarometer αποδεικνύει πως³¹, ήδη από το 2016 το 90% των πολιτών της Ευρωπαϊκής Ένωσης συμφωνεί ότι είναι ανάγκη να τεθούν ακόμη πιο υψηλά και αυστηρά πρότυπα για την ευζωία των ζώων και να υιοθετηθούν σε παγκόσμιο επίπεδο³².

Στην Ελλάδα, τα ζώα αναγνωρίζονται μεν ως ευαίσθητα όντα, αφού η χώρα μας δεσμεύεται από το αρ.13 της ΣΛΕΕ, εξακολουθούν, όμως, να αντιμετωπίζονται από το δίκαιο κυρίως ως πράγματα³³.

²⁹ Sabine Brels, *The Evolution of the Legal Status of Animals: From Things to Sentient Beings*, The Conscientious Lawyer, 2016 Διαθέσιμο στο: <https://www.theconscientiouslawyer.co.uk/the-evolution-of-the-legal-status-of-animals-from-things-to-sentient-beings/>

³⁰ *Testing cosmetics on animals: MEPs call for worldwide ban*, European Parliament News, Διαθέσιμο στο: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180426IPR02613/testing-cosmetics-on-animals-meps-call-for-worldwide-ban>

³¹ Βλ. Special Eurobarometer, Survey No. 442 σ.63

³² Βλ. την παραπάνω σημείωση

³³ Τα ζώα προστατεύονται βάσει των αστικών διατάξεων για την αφαίρεση ή βλάβη πράγματος. Ωστόσο, υπάρχει, επίσης, δυνατότητα επίκλησης των άρθρων 57 και 59 ΑΚ για την προσβολή της προσωπικότητας, εφόσον τα ζώα συνιστούν μέρος του περιβάλλοντος, η ελεύθερη απόλαυση του

Η αντιφατικότητα αυτή αποδεικνύει πως ο Έλληνας νομοθέτης υποπίπτει σε μία σφοδρή σύγχυση ιδεών και αξιών, οικοδομώντας ολόκληρο το έννομο καθεστώς της προστασίας των ζώων σε ένα νομικό παραλογισμό και καταδικάζοντας το δικαϊκό μας σύστημα σε μία στείρα και παρωχημένη ανθρωποκεντρική αντίληψη.

Πάντως, το ελληνικό σύνταγμα κατοχυρώνει την προστασία του περιβάλλοντος - συμπεριλαμβανομένων και των ζώων - στο άρθρο 24. Μάλιστα, ένας από τους σημαντικότερους νόμους που ισχύει για όλα τα σπονδυλωτά στη χώρα μας είναι ο ν.4039/2012 (ΦΕΚ 15Α/02-02-2012) "Για τα δεσποζόμενα και αδέσποτα ζώα συντροφιάς και την προστασία των ζώων από την εκμετάλλευση ή τη χρησιμοποίηση με κερδοσκοπικό σκοπό" - ο οποίος τροποποιήθηκε με τους ν.4235/14 και ν.4509/2017 - που ασχολείται με όλα τα βασικά ζητήματα μεταχείρισης των ζώων συντροφιάς, όπως τα καθήκοντα των ιδιοκτητών ζώων για τη διατήρηση και φροντίδα των τελευταίων (duty of care), τις προϋποθέσεις εθνικής και διεθνούς μετακίνησής τους, τους όρους άσκησης σχετικής με τα ζώα εμπορικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας, τις πράξεις βίας και κακοποίησης κατά αυτών, καθώς και τις κυρώσεις τους³⁴.

Επίλογος

Συμπερασματικά, εύκολα γίνεται αντιληπτό ότι η κοινωνική και επιστημονική εξέλιξη έχει αρχίσει πλέον να επιβάλλει την εκδήλωση νομικού ενδιαφέροντος σε πλήθος μη ανθρωποκεντρικών ζητημάτων που αφορούν τη διεθνή κοινότητα. Όλο και περισσότερες δίκες υπέρ της προστασίας των ζώων πραγματοποιούνται ανά τον κόσμο, επηρεάζοντας την κοινή γνώμη, ενώ σημαντικό μέρος της

οποίου αποτελεί εκδήλωση του παραπάνω δικαιώματος. Τέλος, η 924 ΑΚ θεσπίζει την αντικειμενική (παρ. α') και νόθο αντικειμενική ευθύνη (παρ. β') του κατόχου ζώου, σε περίπτωση πρόκλησης βλάβης από αυτό σε τρίτο. (Χριστίνα Παπανδρέου, σε διπλωματική εργασία *"Το Νομικό Καθεστώς των Ζώων: Ελληνικό Δίκαιο, Δικαιοσυγκριτική Θεώρηση, Νομολογία, Προτάσεις"*, ακαδημαϊκό έτος 2016-2017, σ.13-14 Διαθέσιμο στο: pergamos.lib.uoa.gr.)

³⁴ Χριστίνα Παπανδρέου, σε διπλωματική εργασία *"Το Νομικό Καθεστώς των Ζώων: Ελληνικό Δίκαιο, Δικαιοσυγκριτική Θεώρηση, Νομολογία, Προτάσεις"*, ακαδημαϊκό έτος 2016-2017, σ.16-24 Διαθέσιμο στο: pergamos.lib.uoa.gr

επιστήμης τάσσεται κατά της νομικής υπεροχής του ανθρώπου, παραθέτοντας πρωτοπόρες βιολογικές και ιατρικές έρευνες ως επιχειρήματα³⁵. Είναι φανερό πως ήρθε ο καιρός τόσο για το ελληνικό, όσο και για πολλά εξίσου απαρχαιωμένα στο συγκεκριμένο ζήτημα αλλοδαπά δίκαια - ακόμη και προηγμένων επιστημονικά και τεχνολογικά κρατών - να αναθεωρήσουν τις αναχρονιστικές αντιλήψεις τους σχετικά με τη θέση και την ηθική μεταχείριση των ζώων, να απαγκιστρωθούν από τα στερεότυπα και τους σχετικισμούς του παρελθόντος και να εναρμονιστούν με τα τρέχοντα νομικά πρότυπα

της Ε.Ε. που, επίσης, απαιτούν βελτιστοποίηση και αυστηρότερη εφαρμογή. Άλλωστε, αποτελεί χρέος κάθε σύγχρονης και πολιτισμένης κοινωνίας να σέβεται και να μεριμνά για την ευημερία της βιοποικιλότητας, οικοδομώντας την ύπαρξή της σε στέρεες δικαιοπολιτικές βάσεις που προάγουν τις αξίες της αειφορίας, του περιβαλλοντισμού και της οικολογίας.

Όπως τόνισε και ο ίδιος ο Μαχάτμα Γκάντι, "το μεγαλείο και η ηθική πρόοδος ενός έθνους μπορούν να κριθούν από τον τρόπο που αυτό φέρεται στα ζώα".

³⁵ Βλ. Διακήρυξη του Πανεπιστημίου του Κέιμπριτζ για τη Συνείδηση (*The Cambridge Declaration on Consciousness*, 2012 (Διαθέσιμο και στο: <http://www.animal-ethics.org/the-cambridge-declaration-on-consciousness/>))

Εκτελεστός τίτλος κατά το ν.δ. 17.7/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών»

Βαϊσίδης Αλέξανδρος
Μεταπτυχιακός Φοιτητής Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγικές παρατηρήσεις επί του ν.δ. 17.7/13.8/1923

Το ν.δ. αποτελεί ένα δίκαιο ειδικό¹, το οποίο συμπληρώνεται από το γενικό δίκαιο, δηλαδή από τους ορισμούς του γενικώς ισχύοντος εκτελεστικού δικαίου, όπως αυτό καθιερώνεται στον ΚΠολΔ, εκτός εάν η συμπλήρωση αντίκειται στο πνεύμα και στον σκοπό του νομοθετήματος. Με το ειδικό αυτό νομοθέτημα σκοπείται η διευκόλυνση ικανοποίησης των απαιτήσεων Τραπεζών και Ανωνύμων εταιριών που ασφαρίζονται με ενέχυρο ή υποθήκη². Ένα από τα σημαντικότερα προβλήματα που ανακύπτουν κατά την εφαρμογή του διατάγματος είναι εκείνο του προσδιορισμού του εκτελεστού τίτλου με τον οποίο θα προχωρήσει αναγκαστική εκτέλεση επί ακινήτου του οφειλέτη.

Μορφή εκτελεστού τίτλου

Στη θεωρία και τη νομολογία αναφύεται μεγάλη σύγχυση και αμφισβήτηση αναφορικά με την εφαρμογή των ειδικών περί την εκτέλεση διατάξεων του ν.δ. και σε αυτό συνέδραμε και η ίδια η διατύπωση των διατάξεων αυτού ιδίως επί του ζητήματος της αναγκαιότητας ύπαρξης εκτελεστού τίτλου για την έναρξη της εκτέλεσης. Έχει υποστηριχθεί άλλοτε ότι δεν είναι απαραίτητη η ύπαρξη

τίτλου, άλλοτε ότι εκτελεστό τίτλο αποτελεί η ίδια η επιταγή προς πληρωμή, άλλοτε ότι τίτλο αποτελεί το ιδιωτικό περί ενέχυρου έγγραφο ή η ίδια η κατοχή του πράγματος από τον ενεχυρούχο, ενώ επί αλληλόχρεου λογαριασμού υποστηρίχθηκε ότι ο τίτλος αποτελείται από το έγγραφο της σύμβασης πιστώσεως από κοινού με το «κλείσιμο» του λογαριασμού.³

Πρώτη προϋπόθεση κατά τις γενικές διατάξεις της εκτέλεσης του ΚΠολΔ είναι η ύπαρξη εκτελεστού τίτλου⁴, τα είδη του οποίου καθορίζονται

³ Μάζης Π., Εμπράγματη Εξασφάλιση Τραπεζών και Α.Ε., Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, 1993, σελ.186

⁴ Εκτελεστός τίτλος είναι το δημόσιο έγγραφο εκ του οποίου προκύπτει ότι μία αξίωση δύναται να πραγματοποιηθεί μέσω αναγκαστικής εκτέλεσης. Με αυτό οριοθετείται το περιεχόμενο και το αντικείμενο της εκτέλεσης, τα πρόσωπα που νομιμοποιούνται ενεργητικά και παθητικά και η έκταση της κρατικής επέμβασης. Νίκας Ν., Εγχειρίδιο Δικαίου Αναγκαστικής Εκτελέσεως (2018) §9, σελ.116. Εκτελεστός τίτλος είναι το έγγραφο, το οποίο ενσαρκώνει αξίωση που μπορεί να ικανοποιηθεί με αναγκαστική εκτέλεση. Συνεπώς, από τον άνωθεν ορισμό προκύπτουν τα εξής για τον εκτελεστό τίτλο: α) πρέπει πάντοτε να περιβάλλεται από τον τύπο του εγγράφου, β) πρέπει να ενσαρκώνει αξίωση για την ικανοποίηση της οποίας ο δικαιούχος επιτρέπεται να εκκινήσει τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης για την παροχή έννομης προστασίας γ) να συνάγεται αμέσως από την ύπαρξη του η δυνατότητα προσφυγής στην κρατική επιβολή για την ικανοποίηση της αξίωσης. Αρκεί η ύπαρξη του για την έναρξη της αναγκαστικής εκτέλεσης και δεν αποτελεί προϋπόθεση της τελευταίας η πραγματική ύπαρξη της απαίτησης. Το υπαρκτό της αξίωσης

¹ Δυοβουνιώτης Γ., Το εταιρειακόν εκτελεστικόν δίκαιον, ΕΕΝ 1936, σελ.209.

² ΑΠ 699/1984 ΝοΒ 1985.759, ΕφΑθ 2671/1972, ΝοΒ 21 σελ.66, ΜονΠρΡοδ 41/1996 Αρμ 1997.55. Ομοίως, Μπέης Κ./Μπέης Ε./Μπαλογιάννη Ε., Ακυρότητα αναγκαστικής κατάσχεσης που επισπεύδεται κατά το διάταγμα του 1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών», Δ30.921, Μάζης Π., Εμπράγματη εξασφάλιση Τραπεζών και Α.Ε., Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, 1993, σελ.38

περιοριστικά στο αρ.904 ΚΠολΔ. Ωστόσο εκ των διατάξεων του Κεφαλαίου ΣΤ' περί ενεχύρου δεν προκύπτει από πουθενά ότι είναι απαραίτητο για την ασφαλιζόμενη απαίτηση να έχει καταρτισθεί η τελευταία με συμβολαιογραφικό έγγραφο ή να έχει εκδοθεί τελεσίδικη ή προσωρινά εκτελεστή απόφαση ή να έχει προηγουμένως εκδοθεί δικαστική άδεια για τον πλειστηριασμό. Αρκείται το ν.δ. στο αρ.36⁵ στην έγγραφη σύσταση της ενεχυριακής σύμβασης και το αρ.40⁶ επιτρέπει την έναρξη της εκτέλεσης με μόνο αυτό το έγγραφο⁷.

ελέγχεται αποκλειστικά από το δικαστήριο κατόπιν ασκήσεων ένδικου μέσου ή ανακοπής του Αρ.933. Αποτελεί το θεμέλιο λίθο της αναγκαστικής εκτέλεσης, καθώς από αυτόν προκύπτουν τόσο η ενεργητική και η παθητική νομιμοποίηση των προσώπων που μετέχουν στη συγκεκριμένη εκτελεστική διαδικασία όσο και το είδος, το περιεχόμενο και το ύψος της εκτελούμενης αξίωσης. *Φαλτσή Γέσιου Π.*, Εγχειρίδιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως (2019) §14,σελ.82. Ως εκτελεστός τίτλος κατά το ενωσιακό δίκαιο για τις ανάγκες της Οδηγίας 2000/35 ορίζεται στο Άρθρο 2 αρ.5 «κάθε απόφαση ή διαταγή πληρωμής που εκδίδεται από δικαστήριο ή άλλη αρμόδια αρχή, είτε προς άμεση καταβολή είτε κατά δόσεις, η οποία παρέχει τη δυνατότητα στο δανειστή να απαιτήσει την είσπραξη του χρέους με αναγκαστική εκτέλεση έναντι του οφειλέτη.»

⁵ Αρ.36 ν.δ.17.7/13.8.1923 «1. Προς σύστασιν του ενεχύρου απαιτείται σύμβασις ενεχυριάσεως και παράδοσις του ενεχυριζομένου πράγματος.2. Η σύμβασις ενεχυριάσεως καταρτίζεται είτε διά συμβολαιογραφικού, είτε δι' ιδιωτικού εις απλούν εγγράφου.»

⁶ Αρ. 40 ν.δ.17.7/13.8.1923 «1. Εάν το δάνειον κατέστη απαιτητόν οπωσδήποτε, δικαιούται η πιστώτρια να προβή εις αναγκαστικήν εκτέλεσιν αρχομένην δι' επιδόσεως επιταγής προς πληρωμήν.»

⁷ ΑΠ 19/1972, ΝοΒ 50, σελ. 503, ΑΠ 480/2006, ΑΠ 1991/2007, ΑΠ 1028/2018 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ · Παπαδημητρώπουλος σε ΣΕΑΚ, Αρ.1237 ΑΚ σελ.458 Το άρθρο 1237 ΑΚ, το οποίο όπως γίνεται δεκτό, αποτελεί δικονομικού δικαίου διάταξη (βλ. Μπρίνι-ας ΑνΕκ §418 σημ.51, *Φαλτσή Γέσιου Π.*, Εγχειρίδιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, 2019 §54,σελ.458-459) επιτρέπει κατά τρόπο διαφορετικό από τους εκτελεστούς τίτλους του αρ.904 ΚΠολΔ την ικανοποίηση της αξίωσης του ενεχυρούχου δανειστή ο οποίος κατά το σύνηθες στην πρακτική δεν θα διαθέτει ενέχυρο το οποίο έχει συσταθεί με συμβο-

Από τα παραπάνω ωστόσο δεν συνάγεται ότι δεν απαιτείται καν η ύπαρξη τίτλου για την εκτέλεση με το αρ.40 ν.δ. Το εν λόγω άρθρο απαιτεί όλα τα προαπαιτούμενα για την έγκυρη εκτέλεση (τίτλος - βέβαιο και εκκαθαρισμένο της απαίτησης) με την διαφορά ότι επιβάλλει ειδική ρύθμιση κατά παρέκκλιση από το γενικό δίκαιο.⁸ Ο εκτελεστός τίτλος του ν.δ. «περί Τραπεζών και Ανωνύμων Εταιριών» αποτελεί έναν ιδιότυπο εκτελεστό τίτλο⁹, ο οποίος συνάγεται από τον συνδυασμό των άρθρων 36 §2 και 40 §1 ν.δ.

Με βάση το αρ.40 και τα στοιχεία που πρέπει να διαθέτει ο εκτελεστός τίτλος δηλαδή την περιγραφή της απαίτησης, τον δικαιούχο και τον υπόχρεο αυτής και δεδομένου ότι ο νόμος δεν υποχρεώνει τους συμβαλλομένους σε κατάρτιση της απαίτησης με συμβολαιογραφικό έγγραφο γίνεται φανερό ότι τίτλο μπορεί να αποτελέσει και το ιδιωτικό έγγρα-

λαιογραφικό τύπο. Ο δανειστής μετά το ληξιπρόθεσμο της απαίτησης η οποία καθίσταται απαιτητή (το απαιτητό της απαίτησης δεν συναρτάται με την υπερημερία του οφειλέτη και άρα η ρευστοποίηση του ενεχύρου είναι δυνατή και επί ανυπαίτιας καθυστέρησης του οφειλέτη) δύναται να απευθυνθεί στο αρμόδιο δικαστήριο και να αιτηθεί άδειας πώλησης του πράγματος με πλειστηριασμό (εκούσια διαδικασία αρ.792 ΚΠολΔ). Η έλλειψη εκτελεστού τίτλου αναπληρώνεται με την δικαστική άδεια (έτσι η κρατούσα γνώμη *Γεωργιάδης Απόστολος*, Εμπράγματο Δίκαιο §89 αρ.81,σελ.1128 και *Παπαστερίου Δ.* Εμπράγματο Δίκαιο §85 σελ.312) όπου το δικαστήριο παρεμπιπτόντως ελέγχει εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του βέβαιου και του εκκαθαρισμένου της απαίτησης. Συνεπώς, παρατηρούμε ότι το ν.δ. προχωρεί σε μια περαιτέρω ευμένεια υπέρ της πιστώτριας του υποκειμενικού πεδίου του παρέχοντας της την δυνατότητα να προχωρεί σε εκτέλεση χωρίς καν να χρειάζεται την σχετική άδεια επί των ενεχυριασμένων αρκούμενο απλώς στην έγγραφη σύσταση της ενεχυριακής σύμβασης, ομοίως βλ. *Μάζης Π.*, Εμπράγματα Εξασφάλιση Τραπεζών και Α.Ε., Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, 1993. σελ.188 υποσημ. 20

⁸ Άλλωστε και άλλα νομοθετήματα πχ ΚΕΔΕ, ν.δ. 3077/1954, ν.4332/1929στα αρ.11 και 13, καθορίζουν ως εκτελεστούς τίτλους άλλα έγγραφα όπως ιδιωτικά και το ίδιο θα πρέπει να ισχύσει και εδώ παρά την μη ρητή αναφορά του νομοθέτη.

⁹ Έτσι και *Νίκας Ν.*, ΑνΕκ ο.π. σελ.217

φο¹⁰. Όμως δεν είναι δυνατόν να στηρίξει τούτο από μόνο του εκτέλεση του διατάγματος, καθώς προϋπόθεση αποτελεί και η σύσταση εμπράγματης ασφάλειας του αρ.36 ν.δ. Κατά συνέπεια απαιτείται συνδυασμός και των δύο εγγράφων για την εκτέλεση.

Αξίζει να σημειωθεί περαιτέρω ότι με βάση τον κανόνα της ειδικότητας της εμπράγματης ασφάλειας του αρ.1211 εδ.β' ΑΚ για το έγκυρο της σύμβασης ενεχυράσεως πρέπει να περιληφθεί σε αυτή και η ασφαλιζόμενη απαίτηση. Άρα και μόνο το έγγραφο της ενεχυριακής σύμβασης αρκεί για την εκτέλεση κατά τις διατάξεις του διατάγματος. Συνεπώς επί του πρακτέου δυνατός είναι είτε ο συνδυασμός των δύο εγγράφων είτε η ύπαρξη μόνο του τελευταίου με την παράλειψη του πρώτου και την ενσωμάτωση αυτού στην παρεπόμενη σύμβαση του ενεχύρου^{11, 12}

¹⁰ Μάζης Π., Εμπράγματη Εξασφάλιση Τραπεζών και Α.Ε., Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, 1993., σελ.190

¹¹ Σύνηθες στην πράξη Νίκας Ν, ΑνΕκ ο.π., σελ.217.

¹² Ιδιαίτερες περιπτώσεις εκτελεστού τίτλου πέραν της απλής μορφής που αυτός λαμβάνει με τον συνδυασμό των εγγράφων της ασφαλιζόμενης απαίτησης και της ενεχυριακής συμβάσεως, που αξίζει να αναφερθούν, αφορούν ζητήματα ενεχύρου επί εμπορευμάτων σε φορτωτική, ανώνυμους τίτλους και ονομαστικές μετοχές: α) Σε περίπτωση οπισθογραφημένης φορτωτικής σε διαταγή λόγω ενεχύρου και εφόσον η ασφαλιζόμενη απαίτηση ανήκει στο αντικειμενικό πεδίο του ν.δ. (αρ.35 ν.δ.), εκτελεστό τίτλο αποτελεί είτε από κοινού η ενεχυριακή σύμβαση και η φορτωτική είτε και μόνο η τελευταία εφόσον περιγράφεται σε αυτή η ασφαλιζόμενη απαίτηση. β) Επί μεταβιβασθείσας ονομαστικής φορτωτικής σε πιστώτρια του υποκειμενικού πεδίου του διατάγματος θα πρέπει να έχει καταρτισθεί ενεχυριακή σύμβαση η οποία δύναται να ενσωματωθεί στο σώμα της φορτωτικής, ώστε να μπορεί η πιστώτρια να κάνει χρήση της εκτελεστικής διαδικασίας του διατάγματος. Εκτελεστός τίτλος σε αυτή την περίπτωση είναι και πάλι είτε ο συνδυασμός ενεχυριακής σύμβασης και φορτωτικής είτε και μόνο η τελευταία εφόσον περιλαμβάνεται επ αυτής η «σύμβαση εκχώρησης λόγω ενεχύρου». γ) Επί ενεχύρασης ανώνυμων τίτλων προς εξασφάλιση απαίτησης του αντικειμενικού πεδίου του διατάγματος εξακολουθούν να ισχύουν αναφορικά με τον εκτελεστό τίτλο όσα αναφέρθηκαν παραπάνω και για το ενέχυρο κινητών δ) Επί ενεχύ-

Επιπλέον, σύμφωνα με το αρ.325 ΚΠολΔ και το κατά παραπομπή αρ.919 §2 ΚΠολΔ ο εκτελεστός τίτλος εξακολουθεί να ισχύει και να μπορεί να εκκινήσει εκτέλεση κατά ν.δ., στην περίπτωση που ο ενεχυράσας οφειλέτης μεταβιβάσει το βεβαρυσμένο ακίνητο και κατά του αποκτώντος, πλην της περιπτώσεως απόσβεσης του δικαιώματος της πιστώτριας σύμφωνα με το 1040 ΑΚ.¹³ Ενώ ακόμη ενέχυρο κατά το διάταγμα μπορεί να συστήσει και τρίτος, άρα τα παραπάνω αναφορικά με τον εκτελεστό τίτλο εξακολουθούν να ισχύουν και έναντι αυτού, καθώς δεν προκύπτει από κάποια διάταξη ότι ο τρίτος κύριος δεν μπορεί να παραχωρήσει ενέχυρο προς εξασφάλιση απαίτησης άλλου και ούτε πρέπει να συναχθεί από την ερμηνεία της ατελούς και απρόσεκτης διατύπωσης του αρ.40 §2 και 45 §2¹⁴ ότι ο νομοθέτης περιόρισε την εμβέλεια του διατάγματος μόνο για ενέχυρο που παραχωρείται από τον ίδιο τον οφειλέτη, ενώ στην περίπτωση που αυτό παραχωρείται από τρίτο θα πρέπει να ισχύουν οι γενικές διατάξεις της εκτέλεσης.^{15 16}

Περιορισμός εκτελεστηρίου τύπου δεν επιβάλλεται σε εκτέλεση για πράγματα ενεχυριασμένα με το ν.δ. 17.7/13.8.1923 όπως γίνεται φανερό από τα άρθρα 40 και 57 του διατάγματος, γεγονός αδύνατο ιδιαίτερα επί καταρτίσεως ενεχυριακής σύμβασης με ιδιωτικό και όχι συμβολαιογραφικό έγγραφο.¹⁷

ρασης ονομαστικών μετοχών ανώνυμης εταιρίας εκτελεστός τίτλος για την έναρξη της ειδικής του διατάγματος εκτελεστικής διαδικασίας είναι από κοινού η πιστωτικής σύμβαση και η σύμβαση ενεχυράσεως (Πρβλ αρ.3 α.ν. 1818/1951)

¹³ Μπρίνιας Ι. ΑνΕκ §89 II, §92 IV και §96, Φαλτσή Γέσιου Π., Εγχειρίδιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως (2019) §27, σελ.153-155, §28 σελ.164-180. Μάζης Π. Εμπράγματη εξασφάλιση ο.π., σελ.168 «Το ενέχυρο που συστήθηκε με βάση τις διατάξεις του ν.δ. εξακολουθεί να διέπεται από το ειδικό αυτό νομοθέτημα, ανεξάρτητα αν ο ενεχυριάσας δεν παρέμεινε κύριος του πράγματος αλλά το μεταβίβασε στη συνέχεια σε τρίτο πρόσωπο»

¹⁴ Αμφότερες οι διατάξεις μιλούν για επίδοση της επιταγής και απόδοση του απομένοντος υπολοίπου «τω οφειλέτη».

¹⁵ Μάζης Π., Εμπράγματη εξασφάλιση ο.π. σελ.191.

¹⁶ ΟΛΑΠ 38/1988, ΕΕΔ Μ 558, ΑΠ 1125/1987, ΕΕΔ ΜΑ 222, ΑΠ 1564/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΑΘ 996/1997 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹⁷ Μάζης Π., Εμπράγματη εξασφάλιση ο.π.

Προβληματική αντιστοιχίας εκτελεστού τίτλου και αξίωσης η οποία πρόκειται να ικανοποιηθεί

Η παραπάνω ανάλυση των εγγράφων που συναπαρτίζουν τον ιδιότυπο εκτελεστό τίτλο της εκτελεστικής διαδικασίας δεν έχει ιδιαίτερη αξία, εάν δεν συσχετιστεί με την πρακτική νομική πραγματικότητα. Συγκεκριμένα, την περίπτωση κατά την οποία μαζί με την δανειακή σύμβαση παραχωρείται υποθήκη για μέρος της συνολικής αξίωσης (συνήθως αρκετά μικρότερο), ενώ ως προς το υπόλοιπο παραχωρείται προσημείωση υποθήκης.¹⁸ Η προβληματική συμπυκνώνεται στο ερώτημα εάν δύναται η πιστώτρια να προβεί σε εκτέλεση ολόκληρης της αξίωσης με βάση το ν.δ. ή εάν ο ιδιότυπος εκτελεστός τίτλος θα δύναται να αποτελέσει λύδια λίθο της διαδικασίας μόνο για το με την υποθήκη ασφαλιζόμενο ποσό και όχι για το σύνολο της απαίτησης.

Η ΑΠ 699/1984 τάχθηκε υπέρ της τελευταίας άποψης, ότι δηλαδή «η δια του εν λόγω διατάγματος καθιερωμένη, κατ' απόκλινιν των κοινών οικονομικών διατάξεων, διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης επί ακινήτων, αρχομένη κατά το άρθρον 57 §1 δια της επιδόσεως επιταγής προς πληρωμήν, εφαρμόζεται μόνον επί απαιτήσεων ασφαλιζομένων δι' υποθήκης, αποκλεισμένης της επεκτάσεως της τοιαύτης εφαρμογής επί απαιτήσεων, περιλαμβανομένων μεν εις τας εν άρθρω 48¹⁹ του Διατάγματος τούτου αναφερομένας, πλην όμως στερουμένων της ως άνω εμπραγμάτου ασφαλίσεως, ήτις μόνον καθ' ο μέτρον καλύπτει την υπό της ανωνύμου εταιρίας προβαλλομένην απαίτησιν, επιτρέπει την δια της υπό του ως είρηται διατάγματος προβλεπομένης αναγκαστικής εκτελέσεως ικανοποίησιν της. Τουτ' αυτό ισχύει και όταν απαιτήσις προέρχεται εκ πιστώσεως επ' ανοικτώ (αλληλοχρέω) λογαριασμό, αφορώσα το κατάλοιπον αυτού, δια το οποίον επιβάλλεται ωσαύτος η, κατά τα εκτεθέ-

ντα, εμπράγματος εξασφάλις...»

Αντίθετη υπήρξε η ΑΠ 1418/1985 απόφαση του Γ' Τμήματος υπέρ της οποίας τέθηκε και η Ολομέλεια του ΑΠ με την ΟΛΑΠ 564/1986²⁰, η οποία δέχθηκε ότι «δεν είναι ανάγκη δια το έγκυρον αυτής, ήτοι της επιταγής, όπως ολόκληρον το ποσόν της εν λόγω απαιτήσεως να καλύπτεται δια της υποθήκης, ήτις αρκεί να καλύπτει και μέρος μόνον... Διότι λόγω του αδιαιρέτου της υποθήκης (1281,1317 ΑΚ) εξακολουθεί να υφίσταται αυτή παρά την τυχόν καταβολήν ολόκληρου του ποσού δι' ο ενεγράφη, εφ' όσον παραμένει ανεξόφλητον μέρος της αξίωσης...»

Βασικό επιχείρημα της τελευταίας αυτής άποψης η οποία υποστηρίχθηκε και θεωρητικά²¹ αποτελεί η διαστολή ανάμεσα στο ζήτημα του εκτελεστού τίτλου και της ύπαρξης προνομίου. Αναλυτικότερα δηλαδή, σημειούται ότι με την άποψη της Ολομέλειας η πιστώτρια διαθέτει μόνο τίτλο, για να προχωρήσει σε αναγκαστική εκτέλεση, αλλά το προνόμιο εκτείνεται μόνο ως το ύψος της εμπράγματης ασφάλειας, ήτοι κατά το στάδιο της κατατάξεως αυτή θα καταταγεί οριστικά μόνο μέχρι το ποσό της εγγραφής υποθήκης και τυχαία για το υπόλοιπο (για το οποίο τυχόν υφίσταται προσημείωση υποθήκης)²². Άλλωστε κατά την αρχή του αδιαιρέτου η υποθήκη ασφαρίζει προνομιακά το χρέος μόνο μέχρι το ύψος εγγραφής της, όμως ασφαρίζει και κάθε ποσό του χρέους που παραμένει μέχρι την ολοσχερή εξόφληση της ασφαλισμένης απαίτησεως.

Ωστόσο, θεωρούμε ορθότερη την άποψη, η οποία ήδη υποστηρίχθηκε με την ΑΠ 699/1984²³. Η αρχή του αδιαιρέτου θα πρέπει να καμφθεί ιδίως στην περίπτωση που η αξία του ακινήτου υπερκαλύπτει το ποσό της δανειακής σύμβασης και

²⁰ Με μειοψηφία 10 μελών βέβαια.

²¹ Μάζης Π., σχόλιο στην 699/84, ΝοΒ 33 σελ.761επ., Νικολόπουλος Γ., Η έννοια του εκτελεστού τίτλου κατά το ν.δ. 17.7/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών», ΕλλΔνη 28 σελ.796επ. (ιδίως σελ.798)

²² Σταματόπουλος Β., Η άσκηση της εμπράγματης υποθηκικής αγωγής από ανώνυμη εταιρία του νομοθετικού διατάγματος της 17 Ιουλίου/ 13 Αυγούστου 1923 Lex Specialis και Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, Αρμ 2013, σελ.885επ. (ιδίως σελ.895,896).

²³ Ομοίως βλ. Μπέης Κ.-Μπέης Ευ.-Μπαλογιάννη Ευ. Ακυρότητα αναγκαστικής κατάσχεσης ο.π. σελ.923.

σελ.195, Φαλτσή Γέσιου Π. Εγχειρίδιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως (2019) §4 σελ. 20- 21.

¹⁸ Βλ. ΑΠ 699/1984, ΑΠ 1418/1985 και κυρίως ΟΛΑΠ 564/1986 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹⁹ Αρ.48 ν.δ. : «Αι διατάξεις του παρόντος κεφαλαίου εφαρμόζονται προκειμένου περί υποθήκης παραχωρουμένης υπέρ Εταιρείας α') λόγω δανείου απλού, χρεωλυτικού ή επ' ανοικτώ λογαριασμό, παρεχομένου υπ' αυτής, β') λόγω εξασφαλίσεως προγενεστεράς απαιτήσεως αυτής.»

για την αποφυγή των υψηλών εξόδων εγγράφεται προσημείωση για όλο το ποσό και υποθήκη για μέρος αυτού, συνήθως σημαντικά μικρότερου. Η διπλή εξασφάλιση που παρέχουν εν τέλει οι δύο εμπράγματα ασφάλειες δεν έχει λόγο ύπαρξης και γι' αυτό θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ατονεί η αρχή του αδιαιρέτου. Συνεπώς, εφόσον δεν υφίσταται η αρχή αυτή ως τροχοπέδη στην απόσβεση της υποθήκης θα ήταν ορθότερο με την καταβολή του ποσού για το οποίο ενεγράφη η υποθήκη, η τελευταία να αποσβήνεται.

Περαιτέρω, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι με την καταβολή του ποσού της υποθήκης και την απόσβεση της υποθήκης κατά το ισόποσο της οφειλής σύμφωνα με την άποψη που προτείνεται στην παρούσα μελέτη, θα πρέπει κατά συνέπεια να εκλείπει και η δυνατότητα συνέχισης της εκτελεστικής διαδικασίας με την ειδική αναγκαστική εκτέλεση του ν.δ., καθώς πλέον δεν υφίσταται εκτελεστός τίτλος που να φέρει τα απαραίτητα στοιχεία, δηλαδή τα αναγκαία ως ανωτέρω έγγραφα - δανειακή σύμβαση και υποθήκη - αλλά για το υπόλοιπο ληξιπρόθεσμο οφειλόμενο ποσό θα πρέπει να ακολουθηθεί η εκτελεστική διαδικασία του κοινού δικαίου του ΚΠολΔ. Η παροχή για το αυτό ακίνητο τόσο υποθήκης όσο και προσημείωσης δεν αλλάζει το γεγονός ότι η μερική καταβολή οδηγεί σε απόσβεση της υποθήκης κατά το ισόποσο της οφειλής. Με

την μερική αυτή καταβολή τυγχάνει εφαρμογής το 422 ΑΚ και κατά συνέπεια η καταβολή να καταλογιστεί στην απαίτηση με την μικρότερη ασφάλεια, δηλαδή στην προσημείωση υποθήκης²⁴.

Κατά συνέπεια, γίνεται φανερό ότι τα στοιχεία του εκτελεστού τίτλου, ήτοι η δανειακή σύμβαση σε συνδυασμό με το έγγραφο παροχής της υποθήκης, ανεξαρτήτως του αν θα βρίσκονται σε κοινό ή σε ξεχωριστά έγγραφα, θα πρέπει να τηρηθούν προκειμένου να προχωρήσει η εκτέλεση κατά το ειδικό ν.δ. 17.7/13.8.1923, άλλως καταστρατηγείται το γράμμα του νόμου. Σε αντίθεση, λοιπόν, με την Ολομέλεια 564/1986 η σχετική δυνατότητα δεν θα πρέπει να παρέχεται στην πιστώτρια για το μέρος του ποσού, το οποίο έχει ασφαλιστεί με προσημείωση, καθώς αυτό δεν δικαιολογείται ούτε από την γραμματική ερμηνεία το νόμου, αλλά ούτε και δικαιολογείται θα μπορούσε να θεωρηθεί ορθή η παροχή ενός τόσο διευρυμένου προνομίου.

²⁴ ΜονΠρΚερκ 95/2002 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ δέχθηκε ότι δεν μπορεί να εφαρμοστεί το 422 ΑΚ (ούτε το 423 ΑΚ) διότι στην υπό εξέταση περίπτωση πρόκειται για ένα χρέος το οποίο ασφαλίζεται με περισσότερες εμπράγματα ασφάλειες, δηλαδή με περισσότερα βάρη τα οποία ασφαλίζουν αδιαίρετα το ίδιο χρέος. Αντίθετα, το άρθρο 422 ΑΚ προϋποθέτει την ύπαρξη περισσότερων χρεών.

Blockchain in the Energy Sector

Μαριλένα Τσιλιπάκου

Δικηγόρος και Μεταπτυχιακή φοιτήτρια Νομικής ΔΠΘ στο ΠΜΣ «Διεθνές και Ευρωπαϊκό Δίκαιο της Ενέργειας»

Introduction

The main challenges that the energy industry is facing nowadays are decarbonisation, decentralisation and digitalisation (known as the 3D's). Decarbonisation of society is achieved by the independence of fossil fuels and the fostering of RES. RES are eco-friendly but also variable, which means that they rely on weather conditions. Hence, new challenges arise in management and operation of electricity systems, as more flexibility measures are required to ensure safe operation and stability.¹

At the same time, by decentralisation we mean that the generation of energy is distributed as consumers have been integrated to 'prosumers' by being able to produce their own energy. The European Commission proposed in 2016 to *'empower consumers and enable them to be more in control of their choices when it comes to energy'*.² The problem that arises is that the power system was never designed with the concept of decentralisation in mind. The electricity market is based on one-way large-scale wholesale transactions which are closed to consumers.³

Digitalisation is the process of converting in-

formation into a digital (i.e. computer-readable) format. Digital data can more easily be shared and accessed and allow information of all kinds in all formats to be carried with the bigger efficiency. Smart technology is one aspect of this transformation in the energy system while the use of digital platforms like blockchain is the other.

Based on the above, in this fast-changing reality, it is crucial for all the areas of science that are each time related, to adapt to these developments. Blockchain is an example of how scientists from different areas (IT, economics, engineering and law) are jointly working on a new digital platform that is of great usefulness to transactions. Especially in energy, blockchain could bridge the gap between the energy system as we know it today and an eco-friendly, liberalised market. Combined with smart technology, it could also contribute to the balancing between demand and supply. However, the application of blockchain has caused serious legal concerns, mainly in the field of smart contracts and personal data protection, which will be analysed below.

What is Blockchain and how it works

Blockchains are a much-discussed technological innovation that, according to some, promises to inaugurate a new era of data storage and code-execution, which could in turn stimulate new business models and markets. We could define blockchain as a tamper-resistant decentralised and distributed ledger where new information can be entered permanently and verifiably. This ledger can be understood as shared and synchronised digital database that is stored on multiple nodes (i.e. the computers that store a copy of the database), rather than on a central one. This network of nodes is called *peer-to-peer (P2P) network*.

Blockchain is actually, as the word's etymology

¹ Merlinda Andonia, Valentin Robu, David Flynn, Simone Abramb, Dale Geach, David Jenkins, Peter McCallum, Andrew Peacock, Blockchain technology in the energy sector: A systematic review of challenges and opportunities, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2019, p. 143.

² COM(2016)860 final. Available at https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/com_860_final.pdf

³ J. Roberto Paredes, Digital innovation for a 100% renewable energy world, *Blockchain meets energy*, 2019, p. 14. Available at https://fsr.eui.eu/wp-content/uploads/Blockchain_meets_Energy_-_ENG.pdf

reveals, a chain of blocks. Each block contains information (about a transaction, an agreement etc) and is then added to the existent chain of blocks through a hashing process. A *hash function* (or '*hash*') is a one-way cryptographic function that provides a unique fingerprint that represents information as a string of characters and numbers.⁴ Each block also contains the hash of the previous block to which is connected, and this is how the chain is built in a chronological order.

Adding new blocks to the chain requires each node needs to be informed about the new information and then verify its validity. Since the majority of the nodes approves the new data, a new block is added to the chain. It is also obvious that deleting a block is almost impossible as it would change the recorded history and break the flux. This is what makes blockchain a tamper-evident system.

Blockchains are divided in 'public and permissionless' and 'private and permissioned'. In the first ones, anyone can participate and have a copy of the ledger as there are no identity restrictions for participation. Transparency is an important feature of this type of blockchain while on the other hand its privacy is minimised. In private and permissioned blockchains, an administrator needs to grant permission to actors wanting to maintain a node. These blockchains are usually designed for a specific purpose for example for a company's internal data. While public and permissionless blockchains are pseudonymous networks, in permissioned systems parties' identity is often known.

We could describe the way blockchain works in a simple example;⁵ A wants to send money to B. The transaction is represented online as a block. The block is broadcasted to every party in the network. The majority of those approves the transaction as valid. The block then can be added to the chain, which provides an indelible and transparent record of transactions. The money moves from A to B.

⁴ Study on Blockchains - Legal, governance and interoperability aspects (SMART 2018/0038)-Publications office of the European Union, 2020, p. 27.

⁵ Example taken from; Michael Crosby, Nachiappan, Pradan Pattanayak, Sanjeev Verma, Vignesh Kalyanaraman, Blockchain Technology: Beyond Bitcoin, *Applied Innovation Review*, 2016, p. 10.

Blockchain applications in the energy sector

The main positive outcomes of the application of blockchain in energy could be; a) the integration of prosumers in the energy market, b) the flexibility of the power grid and c) the promotion of RES.

Integrating prosumers in the energy market

Today, electricity which is not self-consumed is remunerated according to different national support schemes or compensation mechanisms according to EU law⁶. However, none of these schemes enables direct transactions while prosumers are still dependent on their electricity supplier. Blockchain could turn prosumers into active and independent market participants as they could sell and feed to the grid their excess amounts of electricity directly. An energy blockchain may be considered as a distributed ledger dedicated to the management of energy transactions between generation and load nodes across power systems.⁷ One of the most crucial uses of blockchain technology in the energy industry is the P2P trading of energy among parties.

One of the most significant projects of this kind of blockchain application is the 'Brooklyn Microgrid' project. The network connects people in Brooklyn who own solar arrays ("prosumers") with people who want to purchase local solar ("consumers"). Through a smart metering system and a mobile application, participants access the local energy marketplace - a data platform developed through blockchain technology - On this platform, prosumers - generating energy through their own renewable resource - can transact energy autonomously in near-real time with consumers on the platform in their local marketplace. Furthermore, they can store the energy and sell it at the peak of demand

⁶ EU Commission, Study on Residential Prosumers in the European Energy Union, 2017. Available at https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/study-residential-prosumers-energy-union_en.pdf

⁷ Zizzo, G. Sanseverino, E.R. Ippolito, M.G. Silvestre, M.L.D. Gallo, Technical Approach to P2P Energy Transactions in Microgrids, *IEEE Transactions on Industrial Informatics*, 2018. Available at https://www.researchgate.net/publication/323208157_A_Technical_Approach_to_P2P_Energy_Transactions_in_Microgrids

to maximise their profit from the solar power they generate.

Blockchain also enables smart contracts which have been defined as 'automated software agents hosted on blockchains that are capable of autonomously executing transactions on the triggering of certain conditions'.⁸ Together with other technologies, like smart meters, smart contracts could automatically check prices and execute buy and sell orders. For a local producer of renewable energy, this could mean that they can trade energy with others in their communities more quickly and effectively.

Achieving flexibility of the power system and fostering of RES

Moreover, it is proved that blockchain technology can contribute to the flexibility and stability of the grid. TenneT - a transmission system operator (TSO) in Europe - together with sonnen Group - a leading manufacturer of intelligent power storage solutions - have completed a pilot project, which was launched in 2017. The project is about how decentralised home storage batteries that are networked via a blockchain and integrated in the energy supply system can stabilise the power grid. *'In practical terms, sonnen continually communicated to TenneT how much capacity the home storage systems can provide together for redispatch at specific times. If TenneT accepted one of these automatically generated offers, the sonnen batteries were charged with surplus energy in a region where, for instance, there was too much wind energy. To main equilibrium, other sonnen batteries simultaneously discharged the same amount of energy in a region where it was actually required. This process was documented in a blockchain in real time.'*⁹

From the aforementioned examples, it is obvious that the use of blockchain in the energy sector could have a positive effect by enabling prosumers to trade energy directly while for consumers by lowering their costs in bills. In that sense, blockchain bears the option for the participating peers to become the market instead of being integrated

in existing market settings.¹⁰ Furthermore, it is also clear that this technology can contribute to the flexibility of the power system for which the TSO's are responsible. Due to the variability of RES it is not yet possible to have an 100% renewable energy mix as many energy inefficiencies could be caused. However, existent technology on energy storage could contribute to achieving a bigger share of RES without energy insecurity. Besides, these outcomes promote the realisation of EU's goals about a secure, competitive and sustainable energy market. These objectives are also established in the Article 194 of the TFEU, which constitutes the legal basis of the energy policy in Europe.¹¹

Legal challenges concerning Blockchain and its applications

Smart contracts

Smart contracts are computer-coded if-then relations which have been used in various contexts already, such as in vending machines. When combined with blockchain technology, smart contracts can also be used in distributed ledgers and, thus, cover a wider range of transactions. They are based on a system of conditions and time limits that determine the existence of a payment obligation by a contracting party, the exact amount that must be paid or the possible penalties. From a legal perspective, the main promise of smart contracts contrary to traditional ones is to automate the execution of agreements and, in case of blockchain, this can be done without the need for a central authority or an

¹⁰ Diestelmeier, L., Changing power: Shifting the role of electricity consumers with blockchain technology - Policy implications for EU electricity law. *Energy Policy*, 2019, p. 189-196. Available at <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.12.065>

¹¹ Article 194 of the Treaty on the Functioning of the European Union; *'In the context of the establishment and functioning of the internal market and with regard for the need to preserve and improve the environment, Union policy on energy shall aim, in a spirit of solidarity between Member States, to: a) ensure the functioning of the energy market, b) ensure security of energy supply in the Union, c) promote energy efficiency and energy saving and the development of new and renewable forms of energy and d) promote the interconnection of energy networks.'*

⁸ Jake Goldenfein and Andrea Leiter, 'Legal Engineering on the Blockchain: "Smart Contracts" as Legal Conduct', *Law and Critique*, 2018, p.2

⁹ Available at <https://www.tennet.eu/news/detail/blockchain-pilot-reveals-potential-of-decentralised-home-storage-systems-for-tomorrows-energy-infra/>

external enforcement mechanism.¹² As mentioned above, smart contracts could be used in energy transactions, let alone its possible application in stricto sensu areas of Civil Law, as for example in Succession Law; the deceased could make their will on a blockchain platform and creating, thereafter, individual smart contracts. These contracts are executed when the condition of death of the deceased is met, crediting the bank accounts of the heirs with the inheritance amount.¹³

One legal issue that arises is whether a smart contract qualifies as legal contract or not. In scholarship, smart contracts are divided into two distinct categories: those whose enforcement is automated while the conclusion of the contract is done in a traditional way, and those concluded and enforced in a smart way. At the moment, the majority of smart contracts would fall within the first category, but it is expected that the proportions will change with the further development of the smart contract technology. Therefore, 'smart contracts' do not always constitute legal contracts, but just a software responsible for the execution of the terms of the original agreement to which the parties came initially in a traditional way.¹⁴ It has been recently stressed that *'a smart contract is a legal contract where it meets the legal requirements for contract formation (which somewhat diverge between jurisdictions, particular between common law and civil law countries) and this irrespective of whether it takes the form of a written, oral or blockchain-based smart contract written in computer code'*.¹⁵ Based on the above, we could conclude that the decision whether a contract is legally binding or not is a matter of national contract law. However, this could also lead to further risks because in each jurisdiction different requirements are provided and thus smart contracts are not recognisable and enforceable in all countries.

Also, due to the cross-border nature of transac-

tions on a blockchain platform, in some cases it will be difficult to identify the characteristics that are set by the rules of private international law, such as the place of residence of the parties, the place of the conclusion of the contract, the place of performance and so on to determine the applicable law in case this is not agreed by the contracting parties. There is a risk that transactions performed by an organization could fall under every jurisdiction in which a node in the blockchain network is situated, resulting in an overwhelming number of laws and regulations that might apply to transactions in a blockchain based system. The co-existence of a multitude of different national legal regimes in the EU may make it difficult to determine questions of jurisdiction and applicable law, which in turn could be seen as a risk of fragmentation in the Digital Single Market. However, EU law already has specific legal frameworks designed to deal with related consequences such as the Rome I and Brussels I regimes. It is not apparent that smart contracts generate any novel problems in this respect that would require a bespoke regulatory response.¹⁶

Another legal issue that arises from the application of blockchain in smart contracts has to do with blockchain's immutable character; as mentioned above, each block is originally connected to the previous one through hashing links and the chain is built in a sequent order. For this reason, changes in the history of the stored data is impossible to be made. In case that a transaction -as for example the sale of electricity between two parties- is formed in a smart contract via a blockchain platform, a problem occurs when this transaction needs to be overturned on grounds of a specific reason such as unconscionability or in the event of withdrawal.¹⁷ Given that the recorded data is distributed, it is almost impossible for every node connected to the network to adapt to the new situation that is created after the modification or erasure of a block. In fact, smart contracts seem to be less flexible than classic legal contracts as they do not allow the parties to renegotiate and change the terms of the agreement. The fact that a legal transaction cannot be overturned through *actus contrarius* could be

¹² Study on Blockchains - Legal, governance and interoperability aspects (SMART 2018/0038)-Publications office of the European Union, 2020, p. 58

¹³ N. Theodorakis, G. Kalogerakis, Blockchain: εφαρμογές, προοπτικές και προκλήσεις για το ελληνικό νομικό σύστημα-Ιδίως, οι εφαρμογές του στις έννομες σχέσεις ιδιωτικού δικαίου, Δίκαιο Μέσων Μαζικής Επικοινωνίας, 1/2019, p. 13.

¹⁴ N. Theodorakis, G. Kalogerakis, op.cit., p. 13.

¹⁵ Study on Blockchains - op.cit. p. 62.

¹⁶ Study on Blockchains - op.cit. p. 76.

¹⁷ Fulmer, Nathan, Exploring the Legal Issues of Blockchain Applications, *Akron Law Review*: Vol. 52: Iss. 1, 2019, p. 172. Available at: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol52/iss1/5>

against fundamental provisions of most national laws as it hampers excessively one's freedom. The Greek Civil Code considers this rule as a special case of a legal transaction contra bonos mores (Art. 179). The only solution to the aforementioned problem could be a reverse transaction.¹⁸ The same contracting parties are coming to a new agreement and adding it to the block after its typical verification of the network. Yet also in this case we have to take into account that third parties who had access to the public ledger have trusted the recorded data in good faith and, thus, it is necessary to be protected.

Data protection

What is more, there has been a lot of debate about smart meters and data protection. The monitoring of the energy consumed can help to increase the efficiency and safety of electricity distribution, but also allows those who have access to the data to draw conclusions about the behaviour of energy consumers which may have an impact on personal data and privacy. For this reason, the EU has taken a series of measures to uphold data protection rules. One example is the impact assessment template¹⁹ updated by the Smart grids task force in September 2018, and which serves as guidance on data protection and privacy for data controllers and investors in smart grids. Besides, the EU's 2019 amended electricity Directive²⁰ specifically requires smart meters to comply with the EU's data protection rules.

There has also been much discussion regarding the tension between blockchain and the EU's General Data Protection Regulation (GDPR). According to a recent study of the European Parliament²¹

many of the points of tension between blockchain and the GDPR are due to two overarching factors; *'First, the GDPR is based on an underlying assumption that in relation to each personal data point there is at least one natural or legal person - the data controller - whom data subjects can address to enforce their rights under EU data protection law. These data controllers must comply with the GDPR's obligations. Blockchains, however, are distributed databases that often seek to achieve decentralisation by replacing a unitary actor with many different players. The lack of consensus as to how (joint-) controllership ought to be defined hampers the allocation of responsibility and accountability. Second, the GDPR is based on the assumption that data can be modified or erased where necessary to comply with legal requirements, such as Articles 16 and 17 GDPR. Blockchains, however, render the unilateral modification of data purposefully onerous in order to ensure data integrity and to increase trust in the network.'*

The study has made three main conclusions; firstly, private and permissioned blockchains are easier to comply with GDPR than the permissionless blockchains. Secondly, it is impossible to state that blockchains are, as a whole, either completely compliant or non-compliant with the GDPR. Rather, only concrete use case needs to be examined on the basis of a detailed case-by-case analysis. Thirdly, there is still legal uncertainty pertaining to numerous concepts of the GDPR which makes it hard to determine how the latter should apply to blockchain.

As far as EU law is concerned, the field of personal data is still under development and strong developments are expected - especially in the context of Blockchain technology. The ultimate protection of personal data can hamper the development of blockchain technology while the GDPR was not drafted with the concept of decentralised systems in mind. This is what makes further legislative intervention of vital importance.

¹⁸ Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1436.

¹⁹ Available at https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/dpia_for_publication_2018.pdf

²⁰ Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU. Available at <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/944/oj>

²¹ European Parliamentary Research Service (July 2019). Blockchain and the General Data Protection Regulation. Available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf)

Screenshots: από τα κινητά μας στις αίθουσες των πολιτικών δικαστηρίων

Αδαμίδου Κατερίνα
Τελειόφοιτος Νομικής ΑΠΘ

Μέσα στην δεκαετία του 1990, η Ψηφιακή Επανάσταση τοποθετείται ως μια νέα ψηφίδα στο μωσαϊκό των επαναστάσεων που οικοδόμησαν τη λεωφόρο της ιστορίας του ανθρώπου. Αυτή τη φορά, στο ρόλο των στασιαστών πρωταγωνιστούν μηχανικοί, οι οποίοι κατορθώνουν να εγκαταστήσουν την αυθεντία των Μεγάλων Δεδομένων και των αλγορίθμων. Η επανάσταση αυτή, διαφορετικής φύσεως από τις υπόλοιπες, δεν διενεργείται με κύριο μέσο τα εργαλεία που κατασκεύασε ο άνθρωπος, ούτε εξελίσσεται μέσω των κινημάτων και των διαδηλώσεων στα οποία αυτός συμμετέχει. Η εξέγερση χρησιμοποιεί την Google, την Amazon, το Facebook για την επιτυχή έκβασή της, γεννώντας παράλληλα μία από τις μεγαλύτερες προκλήσεις που έχει αντιμετωπίσει ποτέ ο -διαδικτυακός- κόσμος. Έκτοτε, διανύουμε την εποχή της Πληροφορίας. Μια εποχή, που στην επικαιροποιημένη έκδοσή της, κατακλύζεται από πληροφορίες που μόνο ένας υπολογιστής θα είχε την «υπολογιστική δύναμη» να μετρήσει, μια εποχή στην οποία τα «ψηφιακά-προσωπικά δεδομένα μας αποτελούν μικροσκοπικά κυκλώματα μέσα σε ένα γιγάντιο σύστημα επεξεργασίας δεδομένων που κανείς δεν το κατανοεί πραγματικά»¹.

Πράγματι, όντας, οι περισσότεροι, χρήστες του Facebook, του Twitter και του Instagram και, ταυτοχρόνως, θύματα της παγκόσμιας επιδημίας που κάνει το ενδιαφέρον μας να εστιάσει περισσότερο στο τι συμβαίνει στον κυβερνοχώρο, παρά στο χώρο όπου έχουμε πρόσβαση χωρίς σύνδεση στο Internet, σπεύδουμε να αποτυπώσουμε στην κάμερα του κινητού μας και, στη συνέχεια, να δημοσιεύουμε το απρόσμενο ή υποθετικά ανταποκρινόμενο

στα γούστα των φίλων μας ή στις τάσεις των social media. Με τον τρόπο αυτό, αφήνουμε τα ψηφιακά μας ίχνη, τα οποία αποθηκεύονται και επεξεργάζονται δίχως να το αντιλαμβανόμαστε. Φυσικά, η επιλογή αυτή απορρέει ευθέως από το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας (άρθρο 5.1 Σ).

Η ταχεία και απλουστευμένη έκδοχή ανταλλαγής μηνυμάτων, καθώς και η νέα δυνατότητα να δείχνουμε τα άλμπουμ με τις φωτογραφίες μας και στους επισκέπτες του προφίλ μας στα social media, και όχι μόνο σε αυτούς που επισκέπτονται το σπίτι μας, συνιστούν ορισμένες από τις ιδιαιτερότητες της κοινωνίας της πληροφορίας. Ποιο είναι, ωστόσο, το κόστος αυτής της αδιάλειπτης δημιουργίας συνομιλιών στο messenger και της κοινοποίησης φωτογραφικών αποτυπωμάτων online, το οποίο είναι ικανό να γύρει τη ζυγαριά προς τη μεριά του αντιδίκου μας; Άραγε, ο νομοθέτης έχει καταφέρει να προβλέψει ρυθμίσεις, βρίσκοντας απάντηση στον γρίφο για το αν και σε τι βαθμό μπορεί να υπάρξει πραγματική και αποτελεσματική προστασία της ιδιοκτησίας των δεδομένων; Ή μήπως, αφού οι μηχανικοί του Facebook δεν περιφρούρησαν την ιδιοκτησία αυτή, έχοντας δημιουργήσει ένα δίκτυο από όπου ο αντίδικός μας, στα πλαίσια μιας δίκης και υπό το φως της αρχής της διαθέσεως (άρθρο 106 ΚΠολΔ), μπορεί να αποσπάσει εύκολα τις ψηφιακές πληροφορίες μας για να τις χρησιμοποιήσει υπέρ του, το υφιστάμενο δίκαιο απαντά οπλισμένο με τα εφόδια ενός πλήρως προστατευτικού -προσαρμοσμένου και ερμηνευμένου κατάλληλα- ρυθμιστικού νομοθετικού πλαισίου; Ακολουθώντας, λοιπόν, θα εξεταστεί κατά πόσο είναι δυνατόν τα δεδομένα που αναφέρθηκαν να αποτελέσουν αποδεικτικό μέσο των αγωγίμων ισχυρισμών των διαδίκων κατά τη διεξαγωγή δικών, αφορουσών

¹ Yuval Noah Harari, «21 μαθήματα για τον 21^ο αιώνα», σ.72.

υποθέσεις και διαφορές που εμπíπτουν στην δικαιοδοσία των πολιτικών Δικαστηρίων.

Σύμφωνα με τα άρθρα 432επ. ΚΠολΔ, αποδεικτικό μέσο ενώπιον των πολιτικών Δικαστηρίων αποτελούν τα ιδιωτικά έγγραφα. Ως ορισμός για τον προσδιορισμό της έννοιας αυτών επιλέγεται στη θεωρία εκείνος υπό την αφαιρετική μορφή του ότι «ιδιωτικό έγγραφο ορίζεται ως αυτό που δεν είναι δημόσιο»². Με το ν. 3994/2011 προστέθηκε στο άρθρο 444 ΚΠολΔ η παρ. 2 που αναγράφει την έννοια της μηχανικής απεικόνισης, ή αλλιώς του ηλεκτρονικού εγγράφου, εξομοιώνοντάς την με τα -παραδοσιακά δικονομικά- ιδιωτικά έγγραφα. Επακόλουθα, όσον αφορά στα ανακλύπτοντα ζητήματα γνησιότητας, αποδεικτικής τους δύναμης κλπ. τυγχάνουν ίδιου ρυθμιστικού πλαισίου. Συνάγεται, έτσι, ως συμπέρασμα ότι αν και απεγχαρτωμένης μορφής, κάθε φωτογραφία ή διαδικτυακή συνομιλία μας δύναται να συνιστά μέσο σχηματισμού δικανικής κρίσης του πολιτικού Δικαστή υπό τον μανδύα των ιδιωτικών εγγράφων.

Παρά ταύτα, η κατάφασή τους ως ιδιωτικά έγγραφα δεν συνεπάγεται δίχως άλλο τη δυνατότητα δικονομικής χρήσης και προσκόμισής τους στο Δικαστήριο κατά το δίκαιο της αποδείξεως. Αυτά θα συμπεριληφθούν στο αποδεικτικό και υπαγωγικό σκέλος της απόφασης, και, περαιτέρω, θα ασκήσουν επιρροή στη νομική κρίση του Δικαστή μόνο εάν δεν διαγνωσθούν ως παρανόμως κτηθέντα αποδεικτικά μέσα. Κριθέντα ως αντιτιθέμενα «στο άρθρο 19.3 Σ, τις άλλες συνταγματικές διατάξεις και τις διατάξεις των διεθνών συνθηκών (άρθρο 8 ΕΣΔΑ), καθώς και την ίδια την πολιτική δικονομία που οριοθετεί την «απρόσιτη δικονομική σφαίρα», απορρίπτονται ως απαράδεκτα από το Δικαστήριο»³.

Πιο συγκεκριμένα, το Σύνταγμα, με το άρθρο 19.1 Σ, προστατεύει το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλον τρόπο, το οποίο αναγάγει σε απολύτως απαραβίαστο. Στην παρ. 3 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι «απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση αυτού του άρθρου και των άρθρων 9 και 9Α του Συντάγματος». Τα δύο τελευταία προστατεύουν το

άσυλο της κατοικίας, το απαραβίαστο της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του ατόμου, και τα προσωπικά δεδομένα αντίστοιχα. Επιπροσθέτως, θεμελιώδες είναι και το άρθρο 2.1 Σ, καθώς ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου συνδέονται άρρηκτα με την ακώλυτη απόλαυση των δικαιωμάτων 9, 9Α και 19 Σ. Εξαίρεση στο απαραβίαστο αυτών θεσπίζεται από νόμο που ορίζει εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων (άρθρο 19.1 εδ. β' Σ). Επιπλέον, όσον αφορά στη συλλογή, επεξεργασία και χρήση προσωπικών δεδομένων, αυτή ρυθμίζεται από τον Γενικό Κανονισμό για την Προστασία Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΣ (ΕΕ) 2016/679), πεδίο εφαρμογής του οποίου αποτελεί κάθε πληροφορία που αφορά ταυτοποιημένο ή ταυτοποιήσιμο φυσικό πρόσωπο (υποκείμενο δεδομένων). Τέλος, σημειωτέον ότι τα προαναφερθέντα θεμελιώδη δικαιώματα τριτενεργούν μεταξύ των ιδιωτών (άρθρο 25.1 εδ. γ' Σ), οπότε και αφενός μεν διευρύνεται -υποκειμενικά- το πεδίο εφαρμογής τους, με χαρακτηριστικό παράδειγμα τις περιπτώσεις υποκλοπών και ψηφιακών διεισδύσεων στην ιδιωτική ζωή⁴, αφετέρου δε δεν εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του Δικαστή το κατά πόσο θα αποτελούν συγχρόνως τόσο δικαιώματα του ατόμου όσο και γενεσιουργό λόγο της υποχρέωσης μη παραβίασής τους ως δικαιώματα των υπολοίπων φορέων.

Ορόσημο στη δικαστηριακή πρακτική αναφορικά με την παράνομη κτήση των ηλεκτρονικών εγγράφων, αποτέλεσε η ΟΛΑΠ 1/2001⁵, η οποία έχοντας ως έργο να αξιολογήσει τον παράνομο ή νόμιμο χαρακτήρα της προσκόμισης μαγνητοταινίας που αποτύπωνε ιδιωτική συνομιλία, κατά την κούρσα ανεύρεσης των αρμοζουσών άρθρων, επικαλέστηκε και ερμήνευσε συνδυαστικά τα άρθρα 2.1, 9 και 19 Σ, συνάγοντας ότι «η αξία του ανθρώπου πραγματώνεται και μέσω των ιδιωτικών συνομιλιών, ενώ η μαγνητοφώνηση αυτών, χωρίς τη συγκατάθεση ενός εκ των συνομιλούντων αποτελεί παγίδευση και παράνομη προσβολή του ιδιωτικού βίου». Εντοπίζοντας η Ολομέλεια τη σύγκρουση μεταξύ του δικαιώματος στην ιδιωτικότητα και της αναγκαιότητας διάγνωσης της ουσιαστικής

² Νικόλαος Νίκας, «ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ», 2016, σ. 561.

³ Αθανάσιος Καΐσης σε «ΣΥΓΧΡΟΝΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΣΤΗΝ ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΗ», 18/1 Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος.

⁴ Αθανάσιος Καΐσης σε «ΣΥΓΧΡΟΝΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΣΤΗΝ ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΗ», 18/1 Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος.

⁵ Διαθέσιμη σε ΤΝΠ, ΝΟΜΟΣ.

αλήθειας (ή αλλιώς του δικαιώματος αποδείξεως), προέβη στην στάθμισή τους. Καταλήγοντας, «εφόσον το αποδεικτικό μέσο αποτελεί δέσμευση και περιορισμό στην ελεύθερη άσκηση της επικοινωνίας, είναι συνταγματικά απαγορευμένο αποδεικτικό μέσο και δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί σε πολιτική δίκη. Η απονομή της δικαιοσύνης δεν πρέπει να γίνεται έναντι οποιουδήποτε τιμήματος. Διαφορετικά, η ελευθερία της επικοινωνίας θα περιοριζόταν, διότι τότε ο καθένας θα ζούσε με το καταθλιπτικό συναίσθημα ότι κάθε αστόχαστη ή υπερβολική, έστω, έκφρασή του, στο πλαίσιο μια ιδιωτικής συζήτησης, θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί στη συνέχεια υπό άλλες περιστάσεις ως αποδεικτικό μέσο εναντίον του, πολύ περισσότερο, μάλιστα, όταν τα σύγχρονα τεχνικά μέσα περιέχουν ευρείες δυνατότητες αλλοίωσης του περιεχομένου των αποτυπώσεων, οι οποίες είναι πολύ δύσκολο ή και αδύνατον να διαγνωσθούν».

Παρατηρείται, ωστόσο, ειδοποιός διαφορά της ανωτέρω περίπτωσης με τα διαδικτυακά μηνύματα, ικανή να καταστήσει παραδεκτή την προσκόμισή τους στα πλαίσια της πολιτικής δικαιοδοσίας.

Καθίσταται σαφές ότι τα μηνύματα που ανταλλάσσονται στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης είναι υπηρεσία και της κινητής τηλεφωνίας (οπότε ως προς τη νομική τους αντιμετώπιση δεν μπορούν να διαφέρουν από τα SMS) με την οποία ο χρήστης έχει τη δυνατότητα να αποστείλει ή να παραλάβει σύντομο γραπτό μήνυμα από άλλους χρήστες, στην οθόνη του κινητού του ή του υπολογιστή του. Στην αξιοποίηση αυτής της δυνατότητας από τον εκάστοτε συντάκτη των συγκεκριμένων ηλεκτρονικών εγγράφων, νομολογιακά γίνεται αποδεκτό⁶ ότι αυτός «αποδέχεται και επιδιώκει να καταγραφούν αυτά με σταθερό τρόπο σε κάποια από τις «μακροπρόθεσμες» μνήμες του κινητού τηλεφώνου του παραλήπτη, ώστε ο τελευταίος, όχι μόνο να προβεί στην άπαξ προβολή αυτών και να λάβει έτσι γνώση του περιεχομένου τους, αλλά επιπροσθέτως, να δύναται στο μέλλον και σε κάθε στιγμή να τα ανασύρει, ώστε να τα αναγνώσει ξανά, καθιστάμενος διαρκής κάτοχος του ηλεκτρονικού εγγράφου. Η δυνατότητα δε αυτή που παρέχεται στον παραλήπτη του μηνύματος τελεί σε γνώση του αποστολέα, αφού και ο τελευταίος με τον ίδιο τρόπο πράττει. Πρέπει να γίνει δεκτό, συνεπώς, ότι υπάρχει τεκμαιρόμενη συναίνεση του αποστολέα να καταστήσει

τον παραλήπτη κοινωνό και, άρα, νόμιμο κάτοχο του μηνύματος». Συνάγεται, επομένως, ότι, καταρχήν, δεν θα πρέπει να θεωρούνται παράνομα αποδεικτικά μέσα, ούτε ότι προσβάλλουν τα δικαιώματα της ιδιωτικότητας, της ελεύθερης επικοινωνίας και του απορρήτου, τη στιγμή που προσκομίζονται από τους ίδιους τους αντιδίκους και συνάμα συνομιλούντες. Αντιθέτως, εφόσον προσκομίζεται συνομιλία του ενός διαδίκου με τρίτο -σε σχέση με τη δίκη- άτομο δεν μπορεί να δοθεί η ίδια απάντηση⁷.

Κλείνοντας, τώρα το παράθυρο της συνομιλίας του Facebook, και μεταβαίνοντας στο προφίλ ενός χρήστη του εν λόγω διαδικτυακού κολοσσού, αν αναρωτηθούμε το εξής: Είναι άραγε νόμιμο, μια σύζυγος που διεκδικεί την κηδεμονία του παιδιού της, να αποδείξει τους αγώγιμους ισχυρισμούς της προσκομίζοντας δημοσιευμένη φωτογραφία του εναγόμενου πρώην συζύγου της, η οποία αποσπάστηκε από το προφίλ του και αποκαλύπτει, λόγω της απεικόνισής της, τον εθισμό του στην ινδική κάνναβη; Ντετερμινιστική εμφανίζεται στην απάντηση του ερωτήματος, η επιλογή του χρήστη αυτού να έχει οριοθετήσει ή όχι την ιδιωτική ψηφιακή σφαίρα του ή, αλλιώς, το «προφίλ» του.

Συγκεκριμένα, η ΕιρΑθ 555/2019 υπογραμμίζει ότι δεν μπορούν να προσκομιστούν, ως αποδεικτικά μέσα, αναρτήσεις των χρηστών στο Διαδίκτυο, οι οποίες, κατόπιν επιλογής είναι ορατές μόνο σε «φίλους», από χρήστη που δεν συμπεριλαμβάνεται στη λίστα των «φίλων» αυτών. Στην παράνομη κτήση των αναρτήσεων ως αποδεικτικών μέσων δεν «συμμετέχει», σαφώς, το συγκεκριμένο επιλεγόμενο κοινό, αφού κατά τη δημιουργία λογαριασμού στο Facebook (ή σε κάποιο άλλο ομοιάζον μέσο κοινωνικής δικτύωσης), ο επικείμενος εγγεγραμμένος χρήστης αποδέχεται προδιατυπωμένους όρους, λαμβάνοντας γνώση ότι κάθε χρήστης έχει τη δυνατότητα πρόσβασης σε περιεχόμενο που έχει κοινοποιηθεί σε σελίδα του μέσου αυτού και μπορεί να το συλλέξει, να το αποθηκεύσει, να το αναδιανείμει και να το χρησιμοποιήσει. Καθιερώνεται, λοιπόν, η αρχή ότι οι χρήστες επιθυμούν να μοιράζονται τέτοιου είδους πληροφορίες, χωρίς να προσβάλλεται το δικαίωμα στην πληροφοριακή αυτοδιάθεση και την ιδιωτική ζωή, καθώς και ότι οικειοθελώς επιτρέπουν, ή έστω ανέχονται τα παραπάνω -όπως και, κατ'επέκταση, την οικονομική αξιοποίησή τους στο Δικαστήριο- από τους υπό-

⁶ Βλ. ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019, διαθέσιμη σε <https://www.ddikastes.gr/node/4711>.

⁷ Βλ. ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019, διαθέσιμη σε <https://www.ddikastes.gr/node/4711>.

λοιπούς χρήστες. Συνακόλουθα, δεν μπορεί παρά να τυγχάνει εφαρμογής η ρύθμιση του ΓΚΠΔ, αφού τα δεδομένα, με την συγκατάθεση του υποκειμένου τους (άρθρο 6.1 περ.α.), παύουν ουσιαστικά να είναι προσωπικά, δηλαδή δεν εντάσσονται εφεξής στην ιδιωτική του σφαίρα, ενώ το ίδιο απεκδύεται του δικαιώματός του να επικαλεστεί το άρθρο 9Α Σ.

Καταλήγει, συνεπώς, κανείς στο συμπέρασμα ότι αρχική παράμετρο για την κρίση των φωτογραφιών ως παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων συνιστά η πρωτοβουλία του εκάστοτε χρήστη να έχει προβεί ή όχι στη «ρύθμιση» του κύκλου των προσώπων που έχουν προσβασιμότητα στις φωτογραφίες του. Εφόσον συμβαίνει το πρώτο, ως κρίσιμη, στη συνέχεια, έπεται η αρνητική απάντηση στο ερώτημα εάν ο αντίδικος, ο οποίος τις προσκομίζει, συμπεριλαμβάνεται στη λίστα του απορρήτου.

Για την πληρότητα, επίσης, της εξέτασης του ζητήματος αξίζει να αναφερθεί ότι η ΕφΛαρ 346/2015⁸ έκανε δεκτό ότι οι αναρτήσεις στα social media αποτελούν απαράδεκτο αποδεικτικό μέσο, με την αιτιολογία ότι σε κάθε περίπτωση (και στις δημόσιες αναρτήσεις), απαιτείται συγκατάθεση για την περαιτέρω χρήση και αξιοποίησή τους από τους τρίτους. Η συγκατάθεση περιλαμβάνει άμεση ή έμμεση δήλωση ότι το υποκείμενο συναινεί στην επεξεργασία των δεδομένων του, αφού προηγουμένως έχει ενημερωθεί ακριβώς για το ποιος είναι αυτός που θέλει να τα χρησιμοποιήσει, ποια στοιχεία επιδιώκει να αποκτήσει και σε ποιους θα τα διαβιβάσει. Όπως δικαιολογούμενως, όμως, τα περισσότερα δικαστήρια δεν προχωρούν ούτε και αποδέχονται αυτό το πόρισμα, εμμένοντας στη διάκριση που περιγράφηκε.

Τέλος, άρση της προστασίας που παρέχει ο ΓΚΠΔ λαμβάνει χώρα και όταν δικαιολογείται η επεξεργασία των δεδομένων, εξαιτίας του ότι αυτή είναι απαραίτητη για τους σκοπούς των εννόμων συμφερόντων που επιδιώκει ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή τρίτος, εκτός εάν έναντι των συμφερόντων αυτών υπερισχύει το συμφέρον ή τα θεμελιώδη δικαιώματα και οι ελευθερίες του υποκειμένου που επιβάλλουν την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (άρθρο 6.1.περ.στ.)⁹. Αυτό δεν μπορεί να σημαίνει τίποτα άλλο παρά την πιθανή

αποδοχή των προσωπικών δεδομένων, υφισταμένων των όρων αυτών, ως παραδεκτών αποδεικτικών μέσων.

Πιθανότατα, το σκάνδαλο της Cambridge Analytica να προκάλεσε παροδικούς κλυδωνισμούς στην σχέση εμπιστοσύνης και αφοσίωσης που έχουμε αναπτύξει με το Facebook. Ίσως, από την άλλη, η εν γένει συνέπειά του να ήταν απλώς μια υπενθύμιση της συμμετοχής, και τόσο δεδομένης αποδοχής, καθενός μας στο διαδικτυακό οργουελικό καθεστώς επιτήρησης. Μέσα στο κλίμα αυτό, τα click που εμείς πατάμε αποτελούν την *conditio sine qua non* της τελικής δικονομικής απόφασης για το αν οι λέξεις και τα δεδομένα που ανταλλάσσουμε ή μοιραζόμαστε στο Διαδίκτυο θα μας ευεργετήσουν ή, αντιθέτως, θα μας καταδικάσουν σε καταβολή των δικαστικών εξόδων. Προς την κατεύθυνση αυτή, ο εφαρμοστής του δικαίου εμφανίζεται ως αποφασίζων για το ποια πλευρά θα υποχωρήσει στη διεγκυστίνδα μεταξύ του απορρήτου και της ελευθερίας της επικοινωνίας, αλλά και της ιδιωτικότητας από τη μία, και του δικαιώματος πρόσβασης στη δικαιοσύνη (άρθρο 20.1 Σ) και αποδείξεως από την άλλη. Εναρμονισμένες με την σύγχρονη πραγματικότητα, οι δικαστικές αποφάσεις είτε ερμηνεύοντας με επικαιροποιημένο τρόπο το υπάρχον δίκαιο είτε ακολουθώντας πιστά τις νέες νομοθετικές διατάξεις, υλοποιούν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο, τη διαφύλαξη της αξίας του ανθρώπου κάθε φορά που το «θέατρο» του Mark Zuckerberg δημιουργεί την ανάγκη αυτή.

⁸ Διαθέσιμη σε ΤΝΠ, ΝΟΜΟΣ.

⁹ *Ιωάννης Ιγγλεζάκης*, «ΓΚΠΔ: Οι νέοι κανόνες για την προστασία των δεδομένων και της ιδιωτικής ζωής στο διαδίκτυο», www.lawspot.gr.

Το νόμιμο ή μη της παρακολούθησης των εργαζομένων με κρυφές κάμερες

Αμανατιάδου Νένα
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Το σύγχρονο τεχνολογικό οικοδόμημα έχει επηρεάσει άμεσα την διαμόρφωση των εργασιακών σχέσεων με άμεση απόρροια ο βαθμός επεξεργασίας των προσωπικών δεδομένων των εργαζομένων να έχει αυξηθεί αρκετά σε σχέση με το παρελθόν. Έτσι παρουσιάζεται πιο επιτακτικό από κάθε άλλη εποχή το αίτημα ύπαρξης ασφαλιστικών δικλείδων στην διαδικασία συλλογής και επεξεργασίας των δεδομένων ώστε να διατηρείται σε ελεγχόμενα επίπεδα το διεισδυτικό βάθος στην προσωπικότητα του εργαζομένου. Ειδικότερα μία από τις βασικές εκδηλώσεις μίας τέτοιας επέμβασης αποτελεί η παρακολούθηση του προσωπικού μέσω κλειστού κυκλώματος παρακολούθησης εν ώρα εργασίας, η οποία μπορεί να εξυπηρετεί ποικίλους σκοπούς για τον εργοδότη. Απαραίτητο είναι λοιπόν ο ενωσιακός και εθνικός νομοθέτης τόσο στην προκειμένη περίπτωση όσο και σε κάθε περίπτωση της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων να σταθμίσει τα αντικρουόμενα συμφέροντα και να κατορθώσει να ορίσει τις προϋποθέσεις που μία τέτοια συλλογή και επεξεργασία μπορεί να κριθεί επιτρεπτή και να μην συνιστά παραβίαση κατοχυρωμένων δικαιωμάτων του εργαζομένου.

Η προστασία των προσωπικών δεδομένων (GDPR)

Γενικό νομοθετικό πλαίσιο

Μία από τις σημαντικότερες υποχρεώσεις που εμπίπτουν στην σφαίρα προστασίας της προσωπικότητας των εργαζομένων είναι η ασφαλής διαχείριση των προσωπικών τους δεδομένων, η προστασία δηλαδή από τη συλλογή, επεξεργασία και χρήση, με ηλεκτρονικά ή άλλα μέσα, στοιχείων που αφορούν το πρόσωπο τους. Η προστασία

των προσωπικών δεδομένων αποτελεί εκδήλωση του δικαιώματος της πληροφοριακής αυτοδιάθεσης ή αλλιώς του πληροφοριακού αυτοπροσδιορισμού το οποίο επιτρέπει σε κάθε πρόσωπο να αποφασίζει το ίδιο για την αποκάλυψη, διάθεση και χρησιμοποίηση προσωπικών του στοιχείων και σαν δικαίωμα αποτελεί ειδικότερη εκδήλωση τόσο του δικαιώματος της προσωπικότητας που κατοχυρώνεται στο 5 παρ.1 Σ και του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή (9 Συντ.) ενώ σήμερα υπάρχει ρητή συνταγματική διάταξη κατοχύρωσης του(9 Α)¹ γεγονός που υποδηλώνει την βαρυσήμαντη θέση που κατέχει το δικαίωμα αυτό μέσα σε μία εποχή έντονης τεχνολογικής ανάπτυξης. Η αναγκαιότητα ύπαρξης ενός τέτοιου δικαιώματος παρουσιάζεται επιτακτική στις μέρες μας καθώς οι νέες τεχνολογίες προσφέρουν ποικίλες μεθόδους διείσδυσης στην ιδιωτική σφαίρα του ατόμου. Βέβαια πρέπει να γίνει μία σημαντική επισήμανση. Η προστασία των προσωπικών δεδομένων δεν εξισώνεται με απόλυτη απαγόρευση επεξεργασίας καθώς υπάρχουν ποικίλες περιπτώσεις που προσμετράται τόσο η ανάγκη διασφάλισης του δημόσιου συμφέροντος όσο και του συμφέροντος του εκάστοτε υποκειμένου συλλογής των δεδομένων. Επομένως το αντικείμενο των ρυθμίσεων για την προστασία των προσωπικών δεδομένων έχει ως στόχο μία δίκαιη και ισόρροπη στάθμιση των συγκρουόμενων συμφερόντων.

Στο σύγχρονο ενωσιακό περιβάλλον λοιπόν η προστασία των προσωπικών δεδομένων διασφαλίζεται μέσω του Γενικού Κανονισμού 2016/679² που

¹ Ιωάννης Ιγγλεζάκης, Δίκαιο Πληροφορικής, Γ έκδοση(εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2018),σελ 278

² Ιωάννης Ιγγλεζάκης, Δίκαιο Πληροφορικής, Γ

τέθηκε σε ισχύ στις 25.5.2018 ο οποίος αντικατέστησε την προγενέστερη Οδηγία 95/46 η οποία μεταφέρθηκε στο ελληνικό νομοθετικό πεδίο μέσω του νόμου 2472/1997. Ο νέος Κανονισμός διατηρεί σε πολύ μεγάλο βαθμό τις ρυθμίσεις της Οδηγίας δημιουργώντας όμως παράλληλα ένα πληρέστερο και ακριβέστερο σύστημα προστασίας των προσωπικών δεδομένων.

Οι ειδικότερες ρυθμίσεις στο πεδίο των εργασιακών σχέσεων

Ειδικότερα στο πεδίο των εργασιακών σχέσεων ο αριθμός των πηγών κινδύνων και των παραβιάσεων ατομικών δικαιωμάτων μέσω της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων που έχουν καταγραφεί είναι ιδιαίτερα αυξημένος, και μεγαλύτερος από κάθε άλλο πεδίο επαγγελματικής και κοινωνικής δραστηριότητας³. Μία παραβίαση μάλιστα μπορεί να είναι πολυδιάστατη και να λαμβάνει διαφορετικές μορφές όπως έλεγχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών του εργαζομένου, έλεγχος τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και παρακολούθηση μέσω κλειστού κυκλώματος παρακολούθησης η οποία και θα αποτελέσει το προϊόν διεξοδικής ανάλυσης στο παρόν άρθρο.

Εξειδικευμένες ρυθμίσεις για την προστασία των εργασιακών προσωπικών δεδομένων δεν περιέχει ο προαναφερόμενος Κανονισμός 2016/679, εξέχουσα ωστόσο σημασία κατέχει το άρθρο 88 το οποίο παρέχει στα κράτη μέλη ένα ευέλικτο πεδίο διαμόρφωσης εθνικής νομοθεσίας για την προστασία των προσωπικών δεδομένων στις εργασιακές σχέσεις. Πιο συγκεκριμένα στην πρώτη παράγραφο προβλέπει τους σκοπούς που μία επεξεργασία προσωπικών δεδομένων καθίσταται επιτρεπτή ενώ στην δεύτερη παράγραφο καθορίζονται οι προϋποθέσεις που πρέπει να τηρούνται από τις εθνικές αρχές κατά την διαδικασία νομοθέτησης⁴. Η επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων μπορεί να λάβει χώρα ανάλογα με τις εκάστοτε περιστάσεις στο προσυμβατικό στάδιο, κατά την διάρκεια ισχύος της, κατά την λύση της αλλά ακόμη και μετά την λήξη της στο μετασυμβατικό στάδιο.

έκδοση(εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2018),σελ 275

³ Δούκα, Η προστασία των προσωπικών δεδομένων στην σχέση εργασίας σελ.81

⁴ Δ. Ζερδελής, Εγχειρίδιο εργατικού δικαίου - Στ' έκδοση (Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2019),σελ.572

Σημαντική διάκριση που επιδρά στην διαδικασία επεξεργασίας είναι αυτή μεταξύ <<απλών>> προσωπικών δεδομένων και δεδομένων <<ειδικών κατηγοριών>> των οποίων η επεξεργασία είναι απαγορευμένη με βάση το άρθρο 9 του Κανονισμού ενώ εξαιρέσεις ρυθμίζονται στην παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου. Μερικά από τα δεδομένα <<ειδικών κατηγοριών>> είναι η φυλετική ή εθνοτική καταγωγή, ο σεξουαλικός προσανατολισμός, τα πολιτικά φρονήματα και η υγεία και ορισμένα ακόμη τα οποία απαριθμούνται αναλυτικά στο άρθρο 9 του Κανονισμού.

Για το νόμιμο της επεξεργασίας πρέπει να υφίσταται ένας από τους λόγους που απαριθμούνται στο 6 παρ.1 του Γενικού Κανονισμού όπως προβλεπόταν και στην προγενέστερη οδηγία 95/46. Καίριο ρόλο μεταξύ των προϋποθέσεων παρατηρείται ότι διαδραματίζει η συγκατάθεση του υποκειμένου που υπόκειται σε επεξεργασία, προϋπόθεση για την οποία έχει αναπτυχθεί ιδιαίτερη προβληματική για το πότε συντρέχει πραγματικά και αποτελεί πράγματι προϊόν ελεύθερης βούλησης του εργαζομένου.

Σημαντικό είναι να γίνει αναφορά και στον ρόλο της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα που έχει ως κύριο έργο τον έλεγχο τήρησης της συναφούς νομοθεσίας για την προστασία των προσωπικών δεδομένων έχοντας σε αυτό το πλαίσιο δυνατότητα έκδοσης οδηγιών εξέτασης καταγγελιών που υποβάλλονται από τα υποκείμενα της επεξεργασίας ή από φορέα ή οργάνωση ή ένωση αλλά και διενέργειας ελέγχων για την ενιαία εφαρμογή της νομοθεσίας. Μάλιστα η σύσταση και λειτουργία της προβλέπονται ρητά στο Σύνταγμα (άρθρο 9 Α') σε μία προσπάθεια περιφρούρησης των δικαιωμάτων που προβλέπει παρέχοντας μία σημαντική θεσμική εγγύηση. Η ΑΠΔΠΧ από την αρχή κιόλας της λειτουργίας της ασχολήθηκε σε μεγάλο βαθμό με θέματα προστασίας προσωπικών δεδομένων στο εργασιακό πεδίο με τις παραβιάσεις σε θέματα κρυφής παρακολούθησης εργαζομένων να κατέχουν περίοπτη θέση μεταξύ αυτών και να παρουσιάζουν μεγάλη συχνότητα εμφάνισης.

Ο έλεγχος των εργαζομένων μέσω κλειστών κυκλωμάτων τηλεόρασης

Στον πυρήνα τώρα του εξεταζόμενου θέματος προβληματισμός ανακύπτει ως προς το θέμα της προστασίας των προσωπικών δεδομένων στην πε-

ρίπτωση της παρακολούθησης των εργαζομένων με κάμερες με αποτέλεσμα να απαιτείται η στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων. Μεγάλο μέρος μάλιστα της θεωρίας υποστηρίζει πως η παρακολούθηση των εργαζομένων με κρυφές κάμερες προσκρούει στην παρεπόμενη υποχρέωση του εργοδότη για προστασία των εννόμων αγαθών των εργαζομένων του με αποτέλεσμα να προστίθεται ένα ακόμη δεδομένο που επιτάσσει τον λεπτό χειρισμό των σύγχρονων συστημάτων παρακολούθησης με την προσθήκη αυξημένων ασφαλιστικών δικλείδων και συγκεκριμενοποιημένου νομοθετικού πλαισίου. Ωστόσο δεν μπορεί απόλυτα και εκ των προτέρων να απαγορευθεί η παρακολούθηση με κρυφές κάμερες καθώς όπως θα αναλυθεί και στην συνέχεια υπάρχουν περιπτώσεις που οι κάμερες αποτελούν ιδιαίτερα χρήσιμο τεχνολογικό εργαλείο για μία επιχείρηση και ένας τέτοιος αποκλεισμός θα κατέληγε στον παραγκωνισμό των συμφερόντων του εργοδότη.

Προχωρώντας λοιπόν σε μία πρώτη εξέταση των λόγων τοποθέτησης καμερών παρακολούθησης γίνεται αντιληπτό πως είναι ποικίλοι και εξυπηρετούν πολλούς επιμέρους σκοπούς. Αρχικά λοιπόν η τοποθέτηση καμερών λειτουργεί συχνά ως εργαλείο προφύλαξης σε προληπτικό στάδιο αλλά και κατασταλτικά. Πιο συγκεκριμένα ορισμένοι χώροι χρήζουν ιδιαίτερης προστασίας (όπως οι τράπεζες) και η χρήση κλειστών κυκλωμάτων παρακολούθησης μπορεί να λειτουργήσει ως αποτρεπτικό μέσο διάπραξης ποινικών αδικημάτων⁵ ή διαλεύκανσης τους. Ακόμη πρακτική χρησιμότητα παρουσιάζουν για τον έλεγχο εισόδου μη εξουσιοδοτημένων προσώπων στην επιχείρηση, όπως και για τον έλεγχο της πορείας της παραγωγικής διαδικασίας. Ωστόσο παρόλο που στις προαναφερθείσες περιπτώσεις η τοποθέτηση συστήματος παρακολούθησης θεμελιώνεται σε στέρεα δικαιολογητική βάση δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις που η παρακολούθηση έχει σκοπό την επιτήρηση της απόδοσης και της συμπεριφοράς των εργαζομένων. Μία τέτοια επέμβαση στην σφαίρα ιδιωτικότητας των εργαζομένων παρουσιάζεται ιδιαίτερα εκτεταμένη και αθέμιτη. Είναι λοιπόν σημαντικό να προβλεφθούν τα όρια και οι προϋποθέσεις που κάνουν ανεκτή μία τέτοια ενέργεια⁶.

Όπως λοιπόν έχει διευκρινισθεί η παρακολούθηση με κρυφές κάμερες εμπίπτει στην προβληματική της προστασίας των προσωπικών δεδομένων καθώς πραγματοποιείται συλλογή δεδομένων ήχου και εικόνας τα οποία υπόκεινται σε επεξεργασία. Επομένως προκειμένου να κριθεί στην εκάστοτε περίπτωση το νόμιμο ή μη της διενεργούμενης επεξεργασίας γίνεται άμεση προσφυγή στον Γενικό Κανονισμό και στον ν.4624/19. Έτσι προκύπτουν ορισμένες προϋποθέσεις μέσα από την εφαρμογή των αρχών του σκοπού της επεξεργασίας και της αναλογικότητας⁷. Αρχικά λοιπόν σημαντικό στοιχείο αποτελεί ο σκοπός της επεξεργασίας. Έτσι λοιπόν όπως ρητά προαναφέρθηκε δεν μπορεί να αποτελέσει δικαιολογητικό λόγο επεξεργασίας ο έλεγχος συμπεριφοράς ή απόδοσης ενώ διαφορετικά θα κριθεί η περίπτωση χρήσης προς αποτροπή διάπραξης αδικημάτων⁸. Ένα δεύτερο στοιχείο που παρουσιάζει μεγάλη βαρύτητα στην αξιολόγηση της νομιμότητας αποτελεί το κριτήριο του χώρου. Γίνεται μία διάκριση μεταξύ των προσβάσιμων στο συναλλακτικό κοινό χώρων και αυτών που πρόσβαση διαθέτουν μόνο οι εργαζόμενοι και στους οποίους κυριαρχεί εύλογα η πεποίθηση ότι η προστασία της ιδιωτικής τους σφαίρας εντείνεται. Αυτόνομο μπορεί να θεωρηθεί βέβαια το ανεπίτρεπτο παρακολούθησης τουαλετών ή χώρων ενδυμασίας των εργαζομένων⁹. Το στοιχείο ωστόσο που απασχολεί ιδιαίτερα θεωρία και νομολογία και το οποίο αποτελεί το κέντρο της επιστημονικής έρευνας στο παρόν άρθρο είναι αυτό της γνώσης ή άγνοιας παρακολούθησης. Είναι αναγκαίο να διευκρινισθεί ότι απαρέγκλιτη αρχή που οφείλει να τηρείται σε κάθε περίπτωση επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων είναι η προγενέστερη ενημέρωση του υποκειμένου επεξεργασίας¹⁰. Έτσι το υποκείμενο λαμβάνει μία πλήρη ενημέρωση για το σύνολο των λεπτομερειών που αφορούν την επεξεργασία¹¹. Η ενημέρωση των εργαζομένων για την ύπαρξη ή την μελλοντική τοποθέτηση κλειστού κυκλώματος

137/29.08.2019)

⁷ Δ. Ζερδελής, Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, ΣΤ έκδοση (εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2019), σελ. 584

⁸ Άρθρο 27 παρ. 7 του ν. 4624/2019

⁹ Με βάση την απόφαση 13/2014 της ΑΠΔΠΧ

¹⁰ Άρθρο 54 παρ. 1 του νόμου 4624/2019 προς μεταφορά του α. 13 της Οδηγίας 2016/680

¹¹ Άρθρο 55 παρ. 1 του νόμου 4624/2019 προς μεταφορά του α. 14, 15 της Οδηγίας 2016/680

⁵ Δ. Ζερδελής, Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, ΣΤ έκδοση (εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2019), σελ. 58

⁶ Άρθρο 27 του ν. 4624/2019 (Τεύχος Α'

παρακολούθησης στους χώρους εργασίας αποτελεί ίσως το βασικότερο προαπαιτούμενο στην διαδικασία κρίσης της νομιμότητας της τοποθέτησης. Μάλιστα αυτή η πληροφόρηση οφείλει να γίνεται εγγράφως, γραπτώς ή ηλεκτρονικώς¹². Ωστόσο η παραπάνω απόλυτη θέση αμβλύνεται ως ένα βαθμό αν αναλογισθεί κανείς πως ορισμένες φορές οι κάμερες αποτελούν το μοναδικό τρόπο απόδειξης σοβαρών ποινικών αδικημάτων των εργαζομένων εφόσον για την διάπραξη τους υπάρχουν βάσιμες υποψίες και η παρακολούθηση μέσω κυκλώματος αποτελεί το έσχατο μέσο για την διαλεύκανση της υπόθεσης. Η παραπάνω όμως θέση αποτελεί δημιούργημα της γερμανικής νομολογίας και τίθεται εύλογα η απορία αν υπάρχει βάση στήριξης της και στον Γενικό Κανονισμό που δηλώνει ρητά την ανάγκη διαφάνειας¹³ στην διαδικασία επεξεργασίας η οποία βρίσκει και άμεσο έρεισμα στην υποχρέωση πληροφόρησης του άρθρου 12 του Κανονισμού ανεξάρτητα μάλιστα από το πρόσωπο που εκτελεί την επεξεργασία (ο ίδιος ο εργοδότης ή τρίτος για λογαριασμό του). Συνάγεται επομένως από τις παραπάνω ρυθμίσεις μία τάση απόλυτης απαγόρευσης της κρυφής παρακολούθησης η οποία όμως λειτουργεί μόνο προς όφελος των εργαζομένων και δεν λειτουργεί εξισορροπητικά μεταξύ των δύο πλευρών όπως επιτάσσει το γενικότερο πνεύμα του Κανονισμού. Έτσι λοιπόν εξαίρεση από τον παραπάνω απόλυτο κανόνα θα μπορούσε να θεμελιωθεί στο 6.1 του Κανονισμού που προβλέπει ότι η επεξεργασία είναι σύννομη όταν <<είναι απαραίτητη για τους σκοπούς των εννόμων συμφερόντων που επιδιώκει ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή τρίτος, εκτός αν έναντι των συμφερόντων αυτών υπερσχύει το συμφέρον ή τα θεμελιώδη δικαιώματα και ελευθερίες του υποκειμένου των δεδομένων που επιβάλλουν την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα>>. Άρα συνάγεται πως εξαίρεση μπορεί να αποτελέσουν οι περιπτώσεις που τα συμφέροντα του εργοδότη υπερέχουν όπως συμβαίνει στις προαναφερόμενες περιπτώσεις δι-άπραξης ποινικών αδικημάτων.¹⁴ Ακόμη όμως και σε αυτή την περίπτωση η επέμβαση στην προσωπικότητα των εργαζομένων θα πρέπει να γίνεται

περιοριστικά και να μην καταλήγει σε αυθαιρεσία. Θα πρέπει λοιπόν να είναι χρονικά και τοπικά περιορισμένη ενώ το αριθμητικό εύρος των ατόμων που παρακολουθούνται πρέπει να είναι επίσης ορισμένο.

Οι θέσεις της ΑΠΔΠΧ και οι νομολογιακές τάσεις

Το εν λόγω ζήτημα έχει απασχολήσει έντονα εκτός από την θεωρία και την νομολογία και τις αποφάσεις της ΑΠΔΠΧ. Πιο συγκεκριμένα με δεδομένο ότι το θέμα της καταγραφής εικόνας ή/και ήχου εργαζομένων στους χώρους εργασίας δεν έχει ακόμη αντιμετωπιστεί από τα Ελληνικά Δικαστήρια, για τα φαινόμενα που έχουν προκύψει ως τώρα σχετικά με το ζήτημα μπορεί να γίνει έρευνα αφενός στις αποφάσεις της Αρχής (ΑΠΔΠΧ) και στα αντίστοιχα πρόστιμα που αυτή έχει επιβάλλει ως τώρα, αφετέρου στις αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) σχετικά με το εν λόγω θέμα. Αρχικά λοιπόν μέσα από τις αποφάσεις της Αρχής οι οποίες βασίζονται στην εκδοθείσα από την ίδια οδηγία 1/— 2011 καθοριστικό κριτήριο ελέγχου της νομιμότητας αποτελεί η αρχή της αναλογικότητας σύμφωνα με την οποία το σύστημα βιντεοεπιτήρησης πρέπει να είναι απαραίτητο μέσο για τον επιδιωκόμενο σκοπό ο οποίος βέβαια δεν θα πρέπει να μπορεί να εκπληρωθεί με ηπιότερα μέσα¹⁵ (απόφαση 26/2019). Η πλήρωση των παραπάνω στοιχείων κρίνεται με βάση τον βαθμό της απειλής που ο εργοδότης προσπαθεί να αντιμετωπίσει με άμεσο αποτέλεσμα να θεωρούνται παράνομες οι περιπτώσεις που ο κίνδυνος είναι αμελητέος ή η συλλογή των δεδομένων υπερβαίνει τα αναγκαία όρια(4/2009). Ακόμη με βάση τις αποφάσεις της Αρχής απογορεύονται σε κάθε περίπτωση οι κάμερες σε χώρους με αυξημένες προσδοκίες ιδιωτικότητας όπως χώρους ή προθαλάμους τουαλετών ή αποδυτήρια χωρίς να ενδιαφέρει το είδος της επιχείρησης (απόφαση 59/2007). Άλλη μία περίπτωση που ίσως η επιτήρηση με κάμερες συνιστά επιτρεπτό ως ένα βαθμό μέτρο είναι όταν οι κάμερες αποτελούν αναγκαίο μέσο για την προστασία της υγείας και της ασφάλειας των ιδίων των εργαζομένων (στρατιωτικά εργοστάσια, τράπεζες και εγκαταστάσεις υψηλού κινδύνου). Επίσης η ΑΠΔΠΧ τονίζει την σημασία της περιορισμένης

¹² Άρθρο 27 παρ.7 του νόμου 4624/2019

¹³ Δ.Ζερδελής, Έγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, ΣΤ έκδοση (εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2019),σελ.585

¹⁴ Άρθρο 54 παρ.2γ του νόμου 4624/2019 προς μεταφορά του α.13 της Οδηγίας 2016/680

¹⁵ Γνωμοδότηση 1/2020 της ΑΠΔΠΧ, άρθρο 27, 24/1/2020

διάρκειας παρακολούθησης εκτός από την παραπάνω περίπτωση που η συνεχής επιτήρηση είναι δικαιολογημένη ενώ απαρέγκλιτη θέση της αποτελεί ο ισχυρισμός ότι τα συλλεγόμενα δεδομένα δεν μπορούν να χρησιμοποιούνται για αξιολόγηση συμπεριφοράς και αποδοτικότητας των εργαζομένων (απόφαση 4/2009). Αξιοσημείωτο είναι όμως το γεγονός πως η Αρχή θεωρεί παράνομη την κρυφή τοποθέτηση κλειστού κυκλώματος βιντεοεπιτήρησης ακόμη και στην περίπτωση βάσιμης υποψίας διάπραξης ποινικών αδικημάτων καθώς θεωρείται ότι δεν υπάρχει η απαραίτητη νομιμοποίηση από τον εκάστοτε εργοδότη για αντικατάσταση των διωκτικών αρχών προκειμένου να συλλέξουν τα απαιτούμενα αποδεικτικά τεκμήρια. Ως προς τις αποφάσεις της Αρχής, ιδιαίτερο ενδιαφέρον έχουν κυρίως οι αποφάσεις 20/2017 και 41/2018.¹⁶ Και στις δύο περιπτώσεις, η Αρχή, μετά από καταγγελία εργαζομένων επέβαλλε πρόστιμα αξίας 10.000€ και 50.000€ σε μια εταιρεία μελετών και μια δικηγορική εταιρεία αντίστοιχα. Κοινό χαρακτηριστικό και στις δύο περιπτώσεις ήταν ότι αμφότερες οι εταιρείες είχαν α) εγκαταστήσει κάμερες εντός των χώρων που βρίσκονταν τα γραφεία των εργαζομένων και β) ότι χρησιμοποίησαν το υλικό αυτό για να καταγράφουν (μεταξύ άλλων) και το πόσο αποδοτικοί ήταν οι εργαζόμενοι. Μάλιστα, και οι δύο εταιρείες προέβαλαν ως επιχείρημα ότι αναγκάστηκαν να τοποθετήσουν το σύστημα παρακολούθησης επειδή είχαν στους χώρους εργασίας τους αντικείμενα μεγάλης αξίας, χωρίς ωστόσο να αλλάξουν τη γνώμη της Αρχής, η οποία αντέτεινε ότι η ασφάλεια και η φύλαξή τους θα μπορούσε να επιτευχθεί κάλλιστα με λιγότερο επαχθή για τους εργαζόμενους μέτρα όπως με τοποθέτηση καμερών μόνο στην είσοδο/έξοδο του κτιρίου, χωρίς να είναι απαραίτητη η συνεχής παρακολούθηση των τελευταίων, η οποία και αποτελεί φυσικά ανεπίτρεπτη παραβίαση.

Αυτό που έχει όμως ακόμα μεγαλύτερο ενδιαφέρον είναι οι αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου (ΕΔΔΑ) γύρω από αυτό το θέμα και συγκεκριμένα οι αποφάσεις: *Korke v. Germany*¹⁷ και *Lopez Ribalda* και λοιποί εναντίον Ισπανίας¹⁸. Στην

δεύτερη απόφαση η Ολομέλεια του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) έκρινε ότι η καταγραφή με κρυφές κάμερες ασφαλείας (απολυμένων) υπαλλήλων ισπανικής αλυσίδας σουπερμάρκετ, οι οποίοι εντοπίστηκαν να τελούν κλοπές από τον εργοδότη τους, δεν οδήγησε σε παραβίαση του δικαιώματος σεβασμού στην ιδιωτική ζωή¹⁹. Η απόφαση αποτελεί μεταστροφή της νομολογίας του Δικαστηρίου, καθώς ένα χρόνο πριν το ΕΔΔΑ (σε Τμήμα)²⁰ είχε κρίνει ότι εν προκειμένω υπάρχει παραβίαση του δικαιώματος των υπαλλήλων²¹. Με τη νέα της απόφαση στην υπόθεση *López Ribalda and others v Spain*, η Ολομέλεια του Δικαστηρίου έκρινε - με μειοψηφία - ότι δεν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής) και - ομόφωνα - ότι δεν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 6 § 1 της Σύμβασης (δικαίωμα δίκαιης δίικης). Το Δικαστήριο διαπίστωσε, ειδικότερα, ότι τα ισπανικά δικαστήρια εξισορρόπησαν προσεκτικά τα δικαιώματα των υπαλλήλων - ύποπτων για κλοπή - και εκείνων του εργοδότη, διεξάγοντας εμπειριστατωμένη εξέταση της αιτιολόγησης της βιντεοεπιτήρησης²². Βασικό επιχείρημα των υπαλλήλων ήταν ότι δεν είχαν ενημερωθεί προηγουμένως σχετικά με την βιντεοεπιτήρηση, παρά τη σχετική απαίτηση εκ του νόμου²³. Το Δικαστήριο, ωστόσο, διαπίστωσε ότι υπήρξε σαφής αιτιολόγηση ενός τέτοιου μέτρου, λόγω εύλογης υποψίας για σοβαρά παραπτώματα, λαμβάνοντας υπόψη την έκταση και τις συνέπειες του μέτρου. Παρόμοια απόφαση ελήφθη και στην υπόθεση *Korke v. Germany* καθώς έκρινε ότι η παρακολούθηση ήταν χρονικά και τοπικά περιορισμένη και ο κύκλος των επιτηρούμενων προσώπων ήταν περιοριστικά προσδιορισμένος με αποτέλεσμα να τηρείται επαρκώς η αρχή της αναλογικότητας.

Γίνεται επομένως αντιληπτό πως το ΕΔΔΑ και η ΑΠΔΠΧ εμμένουν στην τήρηση ενός σκληρού πυ-

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-197098>

¹⁹ Δ. Ζερδελής, *Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου*, ΣΤ έκδοση (εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2019), σελ. 586

²⁰ (αριθμός κατάθεσης: 1874/13 και 8567/13, ημερομηνία απόφασης 9/1/2018) διαθέσιμη σε <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179881>

²¹ Ό.π (παράγραφοι: 90-91)

²² Βλέπε σχόλιο 18, (παρ. 149-161)

²³ Βλέπε σχόλιο 18, (παράγραφοι: 143-146)

¹⁶ <https://www.homodigitalis.gr/posts/3871>, Μιχάλης Δρακουλάκης, 7/06/2019

¹⁷ (αριθμός κατάθεσης: 420/07, ημερομηνία απόφασης: 5/10/2010) διαθέσιμη σε <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-782>

¹⁸ (αριθμός κατάθεσης: 1874/13 και 8567/13, ημερομηνία απόφασης 17/10/2019). Διαθέσιμη σε

ρήνα αρχών που διασφαλίζουν μία περιορισμένη επέμβαση στην σφαίρα της προσωπικότητας των εργαζομένων επιδιώκοντας ταυτόχρονα να δραματίσουν έναν εξισορροπητικό ρόλο μεταξύ των αντικρουόμενων συμφερόντων εργαζόμενου και εργοδότη ο οποίος επίσης σε πολλές περιπτώσεις χρειάζεται να τίθεται σε προτεραιότητα ως προς την προστασία που πρέπει να του παρέχεται.

Συμπερασματικές Παρατηρήσεις

Σύμφωνα λοιπόν με την παραπάνω διεξοδική μελέτη της επίδρασης των ρυθμίσεων για τα προσωπικά δεδομένα στον εργασιακό χώρο και συγκεκριμένα στο αμφιλεγόμενο ζήτημα για την νομιμότητα ή μη της παρακολούθησης των εργαζομένων με κρυφές κάμερες γίνεται κατανοητό ότι η γραμμή που χωρίζει την παρανομία από την νομιμότητα είναι λεπτή. Η ίδια γνώμη σχηματίζεται και από την διχασμένη νομολογιακή πορεία των δικαστηρίων (κυρίως του ΕΔΔΑ). Προκειμένου λοιπόν να καταλήγουν τα δικαστήρια σε δίκαιη κρίση είναι σημαντικό να τηρείται ως βασικός γνώμονας η στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων εργοδότη και εργαζόμενου καθώς δεν πρέπει στον αγώνα για αποτελεσματική κατοχύρωση της προστασίας

της ιδιωτικότητας και των λοιπών δικαιωμάτων των εργαζομένων να λησμονηθεί η ύπαρξη εννόμων αγαθών και από την πλευρά του εργοδότη μεγάλης μάλιστα βαρύτητας που χρήζουν ανάλογης προστασίας. Θεμιτή είναι επομένως μία διεξοδική εξέταση των προβλεπόμενων κριτηρίων που πρέπει να εξετασθούν στην εκάστοτε υπόθεση, λειτουργώντας με αυτόν τον τρόπο εξισορροπητικά, καταφέροντας παράλληλα να εξαλείψουν κάθε αίσθημα ανασφάλειας και καχυποψίας απέναντι στον εργοδότη. Κρατώντας ωστόσο αποστάσεις από την εφαρμογή απόλυτων κριτηρίων που μόνο αποτέλεσμα έχουν να δημιουργείται ένας άτρωτος πυρήνας προστασίας των εργασιακών δικαιωμάτων με άμεσο αποτέλεσμα ανακριβείς σταθμίσεις. Μία τέτοια στάθμιση θα βοηθήσει να αντιλαμβάνονται οι εργαζόμενοι τον εργασιακό τους χώρο ως πεδίο ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητάς τους αυξάνοντας με αυτό τον τρόπο και την απόδοσή τους. Η τήρηση του παραπάνω νομοθετικού προσανατολισμού λοιπόν θα συμβάλει αποφασιστικά στην ορθή χρήση των νέων τεχνολογιών και των ευκαιριών που αυτά προσφέρουν ως μέσα διευκόλυνσης και προόδου στον τομέα της εργασίας και όχι ως εφελτήριο παραβιάσεων και αυθαιρεσιών από την πλευρά του εργοδότη.

Η Καταχρηστική Άσκηση του Δικαιώματος της Απεργίας και η Αρχή της Ultima Ratio

Μουρδουκούτα Εργίνα & Νικηφοράκη Στέλλα

3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ & 3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Απεργία είναι η προσωρινή συλλογική αποχή των εργαζομένων από την εργασία για να ασκήσουν πίεση στον εργοδότη με σκοπό την διαφύλαξη και προαγωγή των εργασιακών συμφερόντων τους. Κατά την διάρκεια της απεργίας αναστέλλεται η υποχρέωση των εργαζομένων να παρέχουν εργασία αλλά και η υποχρέωση του εργοδότη για καταβολή του μισθού¹. Ανήκει στα «συναφή» δικαιώματα του άρθρου 23 παράγραφος 1 του Συντάγματος που κατοχυρώνονται με την συνδικαλιστική ελευθερία, αλλά λόγω της ιδιαίτερης σημασίας της, η απεργία κατοχυρώνεται και αυτοτελώς στο 23 παρ.2 Σ².

Καταχρηστική άσκηση του Δικαιώματος της Απεργίας

Όταν η απεργία πραγματοποιείται με τέτοιο τρόπο ώστε, παρά την τήρηση όλων των τυπικών διατυπώσεων του νόμου, η άσκηση του δικαιώματος της απεργίας να υπερβαίνει την καλόπιστη συμπεριφορά ή τον σκοπό της, τότε είναι καταχρηστική και συνεπώς παράνομη. Προέχει λοιπόν ο έλεγχος τήρησης των νόμιμων προϋποθέσεων και μόνο σε περίπτωση κατάφασης ακολουθεί δικαστικός έλεγχος καταχρηστικότητας, διαφορετικά παρέλκει.³ Η απεργία πρόκειται για ένα συνταγματικά

κατοχυρωμένο δικαίωμα και συνεπώς υπόκειται στον περιορισμό της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος βάσει του 25 παρ.3 Σ, δηλαδή άσκησης για σκοπούς ξένους προς αυτούς για τους οποίους αναγνωρίστηκε (23 παρ.2 Σ.). Παράλληλα πρόκειται για ένα ιδιωτικού δικαίου διαπλαστικό δικαίωμα που προκαλεί μονομερώς προσωρινή μεταβολή στις υποχρεώσεις των μερών και την λειτουργία της εργασιακής σχέσης. Η ιδιωτικού δικαίου αυτή διάσταση οδήγησε την κρατούσα νομολογία⁴ και θεωρία⁵ να υποστηρίζει ότι είναι δυνατός ο έλεγχος του με άμεση εφαρμογή του 281 Α.Κ, κατά το οποίο δεν επιτρέπεται η άσκηση του δικαιώματος εάν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη, τα χρηστά ήθη ή το κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του δικαιώματος. Ορθότερο είναι τα κριτήρια του 281 Α.Κ να εξειδικεύονται στην απεργία με γενική κατευθυντήρια οδηγία το 25 παρ.3 Σ, λόγω της συνταγματικής κατοχύρωσης της απεργίας⁶. Η νομολογία, εφαρ-

¹ Ζερδελής Δ. Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο εκδ Σάκκουλα, 2019 σ277

² Ζερδελή Δ. Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο εκδ Σάκκουλα, 2019 σ 280

³ Ζερδελής Δ., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Σάκκουλα, 2019 σ. 335, Καζάκος Α. Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Σάκκουλα 2011, σ. 201, ΜπρΑθ 1495/1998 ΔΕΕ1998, 627=ΔΕΝ1998, 684 διαθέσιμη σε ΕΕΕργΔ 1998, 1088, Ληξουριώτης Ι., Εφαρμογές Εργατικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017 σ. 810

⁴ ΑΠ 857/2015 διαθέσιμη σε ΕΕΕργΔ 2016, 436 = ΔΕΝ 2017, 808, ΑΠ 543/2013 ΔΕΕ 2013, 1084 διαθέσιμη σε ΧρΙΔ 2013, 623 - ΠειρΝ 2013, 251, ΑΠ 75/1998 διαθέσιμη σε ΕλλΔνη 1998, 1362 = ΔΕΕ1999, 208=ΔΕΝ 2000, 697, ΕφΑθ 5466/2013 διαθέσιμη σε ΕλλΔνη 2014, 13, ΕφΘεσ 2675/2013 διαθέσιμη σε ΠειρΝ 2014, 37

⁵ Ζερδελής Δ., Αναλογικότητα και Απεργία 2012, Κουκιάδης Ι., Συλλογικές Εργασιακές Σχέσεις 1981 σ. 450 επ., Λεβέντης Γ., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο εκδ Σάκκουλα, 2007 σελ 766, Καρακατσάνης Α., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο 1988, σ. 260, Καζάκος Α., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Σάκκουλα, 2011 σ. 361.

⁶ Παπασταύρου Δ, Απεργία, Σάκκουλα 2002 σ. 433, ΕφΑθ 10599/1987 διαθέσιμη στο ΝοΒ1990, 76,

μόζοντας και την αρχή της αναλογικότητας (καταλληλότητα, αναγκαιότητα, αναλογικότητα υπό στενή έννοια) καθορίζει τα κρίσιμα στοιχεία για την διαπίστωση της υπέρβασης των ορίων του 281 Α.Κ ως «η στάθμιση των αντιτιθέμενων συμφερόντων των απεργών και του εργοδότη, το μέγεθος των ζημιωγώνων συνεπειών στον εργοδότη και το κοινωνικό σύνολο σε συνδυασμό με την μορφή και την διάρκεια της, η έκταση της προσβολής των ατομικών δικαιωμάτων τρίτων και η προφανής δυσαναλογία μεταξύ της ζημίας της επιχείρησης και της αναμενόμενης ωφέλειας των απεργών».⁷

Η Αρχή της Ultima Ratio

Ως ειδικότερη εκδήλωση της αρχής της αναλογικότητας και της αρχής της αναγκαιότητας θεωρείται και η αρχή της ultima ratio (ultimum refugium) που σημαίνει ότι η απεργία πρέπει να είναι το έσχατο μέσο για την ικανοποίηση των εργατικών διεκδικήσεων. Η αναγκαιότητα δεν αφορά ωστόσο, τόσο την αποτελεσματικότητα της απεργίας αλλά έχει περισσότερο χρονική διάσταση και περιορίζεται ως προς τον χρόνο έναρξής της μόνο στο διάστημα που ακολουθεί μετά την αποτυχία των διαπραγματεύσεων⁸.

Η αρχή της ultima ratio αποτέλεσε μία από τις βασικές αρχές του δικαίου της απεργίας τόσο στην Ελλάδα όσο και στην Γερμανία, όπου κυρίως διαμορφώθηκε. Πιο αναλυτικά, σημαντική μερίδα της θεωρίας⁹ όπως και η κρατούσα άποψη στην νομολογία¹⁰ δέχεται ότι η απεργία πρέπει να αποφεύγεται όταν η ικανοποίηση των αιτημάτων των συνδικαλιστικών οργανώσεων μπορεί να γίνει με ηπιότερα μέσα, ενώ η προσφυγή σ' αυτή να είναι το

έσχατο μέσο (ultima ratio) για την προαγωγή οικονομικών και εργασιακών συμφερόντων των εργαζομένων, δηλαδή μόνο όταν έχει εξαντληθεί κάθε δυνατότητα συνεννόησης και επίλυσης της συλλογικής διαφοράς με διαπραγμάτευση. Σύμφωνα με την Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, για την κρίση περί καταχρηστικότητας της απεργίας, βαρύνουσα σημασία έχει εάν η απόφαση για κήρυξη απεργίας έχει «ληφθεί λελογισμένα και μετά από εξάντληση των ηπιότερων μέσων»¹¹. Αυτό σημαίνει ότι στο πλαίσιο της γενικότερης αρχής της αναλογικότητας προέχουν οι ειρηνικές συλλογικές διαπραγματεύσεις ως ηπιότερο μέσο της απεργίας και συνεπώς η απεργία που ασκείται ενόσω αυτές δεν έχουν εξαντληθεί είναι ευθέως παράνομη, σύμφωνα με ορισμένους, είτε καταχρηστική και γι' αυτό παράνομη, σύμφωνα με άλλη άποψη¹². Αρκετές δικαστικές αποφάσεις καταλήγουν σε αυτή τη θέση κατόπιν συνδυαστικής ερμηνείας των άρθρων 23 παρ. 2 του Συντάγματος που κατοχυρώνει το δικαίωμα της απεργίας ως μέσο διεκδικήσεων των εργαζομένων και 25 παρ.3 του Συντάγματος που απαγορεύει την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος.¹³

Ειδικότερα, η άποψη αυτή υποστηρίζει ότι πρέπει να διαχωρίζονται ευκρινώς τα δύο στάδια διεκδικήσεων στα πλαίσια μιας συλλογικής διαφοράς. Πρόκειται για το διαπραγματευτικό και για το αγωνιστικό πεδίο. Η αγωνιστική φάση πρέπει πάντοτε να έπεται των διαπραγματεύσεων και να κηρύσσεται μόνο σε περίπτωση αποτυχίας των τελευταίων. Ουσιαστικά, διαπραγμάτευση και απεργία αλληλοαποκλείονται. Σκοπός της διάκρισης αυτής σε δύο στάδια είναι να υπάρχει ένα χρονικό διάστημα όπου οι διαπραγματεύσεις των μερών θα είναι ελεύθερες, χωρίς καμία πίεση και κανένα επιθετικό όπλο που θα μπορούσε να εμποδίσει την κατάληξη σε συμφωνία. Πρόκειται για έναν περιορισμό στην άσκηση του δικαιώματος της απεργίας που αποσκοπεί στην προστασία από ζημίες, περιουσιακές

Λεβέντης Γ. Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Δελτίου Εργατικής Νομοθεσίας 2007 σ. 767

⁷ ΕφΑθ 814/2011 διαθέσιμη σε ΤΝΠ/ΔΣΑ, Εφ-Πειρ258/2008, ΜεφΑθ 1706/2012, ΕφΑθ5799/2001

⁸ Ζερδελής Δ., Αρχή Αναλογικότητας και Απεργία, Σάκκουλα 2012 σ. 89, Daoubler, Arbeitskatmpfrecht 2011 σ. 267, Καρακατσάνης Α., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Σάκκουλα, 1992, σ. 250

⁹ Παπασταύρου Δ., Απεργία, Σάκκουλα, 2002 σ. 125, Ληξουριώτης Ι., Εφαρμογές Εργατικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ. 814, Λεβέντης Γ., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Δελτίου Εργατικής Νομοθεσίας, 2007, σ. 747

¹⁰ ΕφΑθ 814/2011 διαθέσιμη σε ΤΝΠ/ΔΣΑ, Εφ-Πειρ258/2008, ΜεφΑθ 1706/2012, ΕφΑθ5799/2001

¹¹ ΟΛΑΠ 527/1967, διαθέσιμη σε ΕεργΔ1967, 1438

¹² Ληξουριώτης Ι., Εφαρμογές Εργατικού Δικαίου 2017 σελ. 814, Κουκιάδης Ι., Εργατικό Δικαίο - Συλλογικές Εργασιακές Σχέσεις, Σάκκουλα, 2017 σ. 429, Καρακατσάνης Α., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Σάκκουλα, 1992 σ. 250

¹³ ΜονΠΧαλκ 132/1983 διαθέσιμη σε ΕεργΔ 1983, 457. ΜονΠΑθ 1861/1990 διαθέσιμη σε ΕεργΔ 1990, 836. ΜονΠΘεσ 19594/1999 διαθέσιμη σε ΕεργΔ 1999, 942

και όχι μόνο, που θα είχε μία μη αναγκαία απεργία που χρησιμοποιείται από τους απεργούς μόνο ως μέσο έντονης πίεσης στον εργοδότη για να υποχωρήσει και να ικανοποιήσει τα αιτήματα τους με συλλογική σύμβαση εργασίας, προσπαθώντας ο ίδιος να αποφύγει αυτές τις οικονομικές συνέπειες. Οι εργατικοί αγώνες όπως επισημαίνει η πρώτη θεμελιώδης για το δικαίωμα της απεργίας απόφαση της Ολομέλειας του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού¹⁴ «είναι γενικά ανεπιθύμητοι, γιατί προκαλούν ζημιές στην οικονομία και παραβιάζουν την κοινωνική ειρήνη που εξυπηρετεί τα συμφέροντα της ολότητας» επομένως, μόνο ως έσχατο μέσο μπορούν να γίνουν αποδεκτοί¹⁵. Και πράγματι, μια τέτοια απεργία είτε θα έχει αποτέλεσμα να πληγεί ο εργοδότης, οι τρίτοι - (π.χ οι μη απεργοί εργαζόμενοι) - ή το κοινωνικό σύνολο, είτε υπό την πίεση αυτής της βλάβης να εξαναγκαστεί ο εργοδότης σε κάμψη της βούλησής του με τέτοιο τρόπο που η απεργία θα επενέβαινε τελικά στην επίσης συνταγματικά προστατευόμενη έννομη σφαίρα του εργοδότη (άρ. 5 παράγραφος 1 Συντάγματος). Η επέμβαση αυτή όμως είναι επιτρεπτή και δικαιολογημένη μόνο όταν οι διαπραγματεύσεις έχουν φτάσει σε τέλμα δηλαδή όταν δεν μπορούν τα μέρη να καταλήξουν σε κάποια συμφωνία ή όταν ο εργοδότης αρνείται να διαπραγματευτεί.

Μετά την θέσπιση του νόμου 1876/1990 η αρχή αυτή αμφισβητήθηκε έντονα καθώς ο νομοθέτης όρισε ρητά στο άρθρο 4 παρ. 6 ότι «κατά την διάρκεια των διαπραγματεύσεων και τις διαδικασίες της μεσολάβησης και της διαιτησίας οι συνδικαλιστικές οργανώσεις των εργαζομένων διατηρούν το δικαίωμα απεργίας εκτός αν αυτό αποκλειστεί από προηγούμενη ΣΣΕ». Η άποψη που υποστηρίζει την αρχή της ultima ratio επιμένει ότι και μετά την θέσπιση αυτού του νόμου δεν παύει να υφίσταται η υποχρέωση τήρησης της αρχής αυτής στην απεργία¹⁶, καθώς στο άρθρο 4 παράγραφος 3 του Ν.1876/1990 θεσπίζεται η υποχρέωση καλόπιστης διαπραγμάτευσης που αναμφισβήτητα έχει ως περιεχόμενο την μέγιστη δυνατή προσπάθεια καλόπιστης συζήτησης με σκοπό την κατάληξη σε συμφωνία και να προσφεύγουν μόνο τότε στην απεργία, όταν δεν υπάρχει πλέον άλλη εναλλακτι-

κή. Κατά μία άποψη¹⁷ μάλιστα η αρχή της ultima ratio απορρέει απευθείας από το Σύνταγμα, επομένως δεν μπορεί να καταργηθεί από τον κοινό νομοθέτη και συνεπώς το άρθρο 4 παρ.6 προσκρούει στο Σύνταγμα, ενώ είναι προϊόν άκριτης μεταφοράς στοιχείων του Γερμανικού Δικαίου. Κατά συνέπεια μια προειδοποιητική απεργία στο στάδιο των διαπραγματεύσεων ή και πριν, που αποβλέπει στην επίδειξη δύναμης με στόχο την κάμψη του εργοδότη κατά τις διαπραγματεύσεις είναι παράνομη ως αντίθετη στην αρχή του εσχάτου μέσου.

Άλλη άποψη, όμως, δέχεται ότι όταν η εργοδοτική πλευρά αρνείται την διαπραγμάτευση ή προσέρχεται χωρίς σοβαρή πρόθεση διαλόγου ή κακόπιστα ή προσέρχεται μόνο και μόνο υπό την πίεση της απεργίας είναι επιτρεπτή μια προειδοποιητική απεργία¹⁸. Τότε, μπορεί μεν χρονικά να εμπίπτει η απεργία στο στάδιο των διαπραγματεύσεων όμως ουσιαστικά, δεν παραβιάζεται η αρχή του εσχάτου μέσου γιατί ο εργοδότης θα είναι εκείνος που οδήγησε με την συμπεριφορά του τις διαπραγματεύσεις σε αδιέξοδο ώστε δεν υπάρχει πλέον ηπιότερη λύση από την απεργία. Αλλά το άρθρο 4 παράγραφος 6 δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να ερμηνευτεί ώστε να επιτρέπεται η απεργία οποτεδήποτε στο στάδιο των διαπραγματεύσεων παραβιάζοντας την αρχή της ultima ratio.

Αρχή της ultima ratio: τροχοπέδη στις συλλογικές διαπραγματεύσεις;

Η θεωρία της ultima ratio εφαρμόστηκε, για αρκετά χρόνια, κατά τρόπο πάγιο από την ελληνική νομολογία και εξακολουθεί να υποστηρίζεται από μεγάλο μέρος της θεωρίας. Νέες νομοθετικές εξελίξεις ωστόσο, θέτουν υπό αμφισβήτηση, την ορθότητα της εφαρμογής της κατά τον έλεγχο καταχρηστικότητας της απεργίας. Υπό το φως των νέων δεδομένων, γίνεται φανερό ότι η παραπάνω θέση, έρχεται σε ευθεία αντίθεση με την επιλογή του κοινού νομοθέτη, ο οποίος σε επίπεδο θετικού δικαίου στον ν. 1876/1990 (άρθρο 4 παρ.6) τάσσεται υπέρ της δυνατότητας διεξαγωγής απεργίας «κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων και της διαδικασίας μεσολάβησης και διαιτησίας, εκτός αν

¹⁴ BAG 28/01/1995

¹⁵ Kissel, Arbeitskampfrecht σ. 341

¹⁶ Λεβέντης Γ. Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Δελτίου Εργατικής Νομοθεσίας, 2007, σ.748, Παπασταύρου Δ., Απεργία, Σάκκουλα 2002 σελ 125

¹⁷ Παπασταύρου Δ., Απεργία, Σάκκουλα, 2002, σ. 129

¹⁸ Ζερδελής Δ., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Σάκκουλα, 2019 σ 314, και Λεβέντης Γ., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Σάκκουλα 2007, σ.747

αυτό έχει αποκλειστεί με προηγούμενη συλλογική σύμβαση εργασίας». Η νομοθετική επιλογή εκφράζεται με σαφήνεια και στην εισηγητική έκθεση του ν 1876/1990, στην οποία τονίζεται ότι «το δικαίωμα απεργίας απεγκλωβίζεται από τις διαδικασίες διαπραγματεύσεως και διαιτησίας και ασκείται ελεύθερα». Ορθά λοιπόν επισημαίνεται¹⁹ ότι η υιοθέτηση της ultima ratio στο δίκαιο της απεργίας συνιστά αν μη τι άλλο μια contra legem ερμηνεία του νόμου, απαγορευμένη στην ελληνική έννομη τάξη. Οιαδήποτε αμφισβήτηση αναφορικά με την ερμηνεία της παρατιθέμενης διάταξης αποβαίνει υπέρ του εργαζομένου με την αξιοποίηση του κανόνα in dubio pro libertate, ενώ τυχόν διαφορετικές ερμηνευτικές εκδοχές πρέπει να βρίσκονται σε συμφωνία με το Σύνταγμα (εναρμονισμένη με το Σύνταγμα ερμηνεία)²⁰.

Περαιτέρω, η θέσπιση της υποχρέωσης καλόπιστης διαπραγματευτικής συμπεριφοράς από τα μέρη (άρθρο 4 παρ. 3) δεν αποκλείει την παράλληλη με τις διαπραγματεύσεις διεξαγωγή απεργίας. Η αξιοποίηση του μόνου νόμιμου μέσου που διαθέτει ο εργαζόμενος για την εξασφάλιση της θέσης του στην διαπραγματευτική διαδικασία δεν συνιστά κακόπιστη διαπραγματευτική συμπεριφορά²¹, ούτε πλήττει τις ελεύθερες συλλογικές διαπραγματεύσεις. Αξίζει να επισημανθεί ότι ως «ελεύθερες» νοούνται οι απαλλαγμένες από την επέμβαση της κρατικής εξουσίας διαπραγματεύσεις και όχι εκείνες που διεξάγονται χωρίς την άσκηση πίεσης στην εργοδοτική πλευρά²², με την παράλληλη διενέργεια απεργιακών κινητοποιήσεων. Οι τελευταίες δεν καθιστούν τις διαπραγματεύσεις «ανελεύθερες», εντούτοις τις διασφαλίζουν και λειτουργούν ως αντιστάθμισμα στη σχέση διαπραγματευτικής ανισότητας με τον εργοδότη. Από τον συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 4 παρ. 3 και 6 προκύπτει η φυσιολογική σχέση²³ των

δύο αυτών διαδικασιών, οι οποίες αποτελούν μια ενότητα και σε καμία περίπτωση δεν αλληλοαποκλείονται. Η απεργία λειτουργεί ως συμπλήρωμα και μέσο ευόδωσης των διαπραγματεύσεων και όχι μόνον ως μέσο πίεσης του εργοδότη κατόπιν διαπίστωσης αποτυχίας τους.

Επιπλέον, η κρίση για τη προσφυγή στην απεργία ανήκει στην συνδικαλιστική οργάνωση και είναι δικαστικά ανέλεγκτη ως προς την ορθότητα της²⁴. Δεν θα ήταν δυνατός ο προσδιορισμός, από τον δικαστή, ενός αντικειμενικού χρονικού σημείου εξάντλησης των ειρηνικών μέσων επίλυσης της διαφοράς κατά τον οποίο κρίνεται επιτρεπτή η προσφυγή των εργαζομένων στην απεργία, διότι τότε θα γινόταν δεκτός ένας ανεπίτρεπτος έλεγχος σκοπιμότητας της απεργίας από τον δικαστή, καθώς και μία επέμβαση της δικαστικής εξουσίας στην ελεύθερη συνδικαλιστική δράση του εργαζομένου.

Σημαντικό είναι να τονιστεί ότι η αρχή της ultima ratio, διαμορφώθηκε νομολογιακά στη Γερμανία, όπου δεν υφίσταται νομοθετική πρόβλεψη για το δικαίωμα της απεργίας ή ξεχωριστή συνταγματική διάταξη που το κατοχυρώνει, ούτε λεπτομερή ρύθμιση των προϋποθέσεων άσκησης της, με αποτέλεσμα ο δικαστής να προβαίνει κάθε φορά σε μια στάθμιση των συμφερόντων των μερών προκειμένου να διαπιστώσει το νόμιμο της απεργίας²⁵. Στην ελληνική έννομη τάξη αντίθετα, ο ίδιος ο νομοθέτης, κατά τη ρύθμιση του δικαίου της απεργίας και της θέσης περιορισμών σε αυτό, διενεργεί εκ των προτέρων μία στάθμιση των συγκρουόμενων αγαθών με κριτήριο την αρχή της αναλογικότητας, ειδικότερη έκφανση της οποίας αποτελεί η αρχή της ultima ratio. Λαμβάνοντας υπόψη την ουσιώδη διαφοροποίηση των δύο νομικών συστημάτων στη διαμόρφωση του απεργιακού δικαίου γίνεται πλέον δεκτό και σε πρόσφατη νομολογία²⁶ ότι η αρχή της ultima ratio είναι μια έννοια ξένη προς την ελληνική έννομη τάξη.

¹⁹ Τραυλός-Τζανετάτος, Τιμητικός τόμος κ.Μπεη 4104, Π.Δαβερώνας «Το δικαίωμα της Απεργίας σε κρίσιμη καμπή» εκδ. Σάκκουλα 2009 σ. 212

²⁰ Καζάκος Α., Η Διαιτησία Συλλογικών διαφορών Συμφερόντων κατά τον Ν. 1876/90 εκδ. Σάκκουλα, 1998, σ 203

²¹ Καζάκος Α., Η Διαιτησία Συλλογικών διαφορών Συμφερόντων κατά τον Ν. 1876/90 εκδ. Σάκκουλα, 1998, σ 199

²² Ζερδελής Δ. Αναλογικότητα και Απεργία εκδ. Σάκκουλα 2012 σελ 90-93

²³ Κουκιάδης Ι. Συλλογικές Εργασιακές Σχέσεις

εκδ. Σάκκουλα 2017 σ.199-200

²⁴ Ζερδελής Δ., Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο εκδ. Σάκκουλα 2019 σ 315

²⁵ Ζερδελής Δ.Αναλογικότητα και Απεργία εκδ. σακκουλα 2012 σ88-89, Τραυλός-Τζανετάτος, Τιμητικός τόμος κ.Μπεη 4111-4113, Δαβερώνας Π. Το δικαίωμα της Απεργίας σε κρίσιμη καμπή εκδ.Σάκκουλα 2009 σ214

²⁶ ΜΠρΘεος 13134/2015, διαθέσιμη σε Αρμενόπουλο 2015 11, ΜονΠΑΘ 2435/1990, διαθέσιμη σε ΕΕργΔ 1990, 840

Επιπλέον, όσο αφορά τη θέση που υποστηρίζει ότι η αρχή της ultima ratio κατοχυρώνεται συνταγματικά ως στοιχείο της απεργίας, καθίσταται φανερό ότι δεν βρίσκει έρεισμα στο Σύνταγμα. Το δικαίωμα της απεργίας εντάσσεται σε ένα διευρυμένο πλαίσιο συνταγματικής προστασίας και οι μόνοι περιορισμοί πέραν από αυτούς που ρητώς έχει προβλέψει ο νομοθέτης, τίθενται από το ίδιο το σύνταγμα άρθρο 23 παράγραφος 2. Η αρχή της αναλογικότητας, η οποία συνδέεται άρρηκτα με την ultima ratio, αποτελεί συνταγματικά κατοχυρωμένη έκφανση της δημοκρατικής αρχής και λειτουργεί ως περιορισμός των περιορισμών, που αποτρέπει τις αυθαίρετες επεμβάσεις της κρατικής εξουσίας στα ατομικά δικαιώματα²⁷. Η εφαρμογή της λοιπόν, με σκοπό τον περιορισμό του ίδιου του ατομικού δικαιώματος και αντικειμένου προστασίας της αποτελεί μία ανεπίτρεπτη στρέβλωση της αρχής αυτής και προσκρούει στους ισχύοντες, στην ελληνική έννομη τάξη, κανόνες.

Τέλος, ακόμα και οι υπέρμαχοι της ultima ratio δέχονται τη δυνατότητα άσκησης «προειδοποιητικής» απεργίας κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων στην περίπτωση συνδρομής ιδιαίτερων περιστάσεων. Κατά την ορθότερη άποψη²⁸, επειδή ακριβώς η διάκριση «προειδοποιητικής απεργίας» από την «κανονική» καθίσταται δυσχερής στη πράξη, καθώς μοναδικό κριτήριο διάκρισης αποτελεί η σύντομη χρονική διάρκεια της πρώτης -και όχι τα αιτήματα αφού και στις δύο περιπτώσεις εξυπηρετούν συμφέροντα των εργαζομένων-, δεν θεωρείται δικαιολογημένη η διαφορετική νομική μεταχείρισή τους²⁹. Δεδομένου αυτού, η άποψη που

απορρίπτει τη δυνατότητα άσκησης «κανονικής» απεργίας κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων συναντά μια εσωτερική αντίφαση.

Επίλογος

Ανακεφαλαιώνοντας, η άσκηση του δικαιώματος της απεργίας δεν κρίνεται ως καταχρηστική για μόνο το λόγο ότι παραβιάζει την αρχή της ultima ratio. Η εφαρμογή της συγκεκριμένης αρχής στο δικαίωμα της απεργίας κρίνεται ασυμβίβαστη με τις επιταγές του νομοθέτη, του Συντάγματος και του νομικού συστήματος που υιοθετεί η ελληνική έννομη τάξη. Η αποτυχία των διαπραγματεύσεων δεν συνιστά τυπική προϋπόθεση άσκησης του δικαιώματος απεργίας, όπως άλλωστε προκύπτει από τις αξιολογήσεις του νομοθέτη. Αυτό φυσικά δεν αποκλείει την κατάφαση του καταχρηστικού χαρακτήρα της απεργίας που διεξάγεται κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων για διαφορετικούς λόγους.

Από τα παραπάνω γίνεται σαφές ότι η ultima ratio είναι ασυμβίβαστη και με την ίδια τη φύση της απεργίας. Η απεργία δεν αποτελεί έσχατο μέσο και τελευταία διαφυγή του εργαζόμενου, η προσφυγή στην οποία ελέγχεται δικαστικά. Αντίθετα συνιστά ένα συνταγματικά κατοχυρωμένο μέσο συνδικαλιστικής δράσης, τον τρόπο συμμετοχής του εργαζομένου στην διεκδίκηση και τη διαμόρφωση των όρων εργασίας, μα πρωτίστως αποτελεί τον εξισορροπητικό παράγοντα στη σχέση ανισότητας με την εργοδοτική πλευρά. Σε μια δημοκρατική έννομη τάξη, η απεργία δεν μπορεί να αντιμετωπίζεται νομικά ως παραχώρηση χρήζουσα δικαστικού περιορισμού αλλά ως συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα και ως μέσο επίτευξης των αξιώσεων της εργατικής πλευράς. Συνεπώς ο χαρακτηρισμός της ως «έσχατο μέσο» όχι μόνο υπονομεύει το συνταγματικό σκοπό που υπηρετεί και αποτελεί τροχοπέδη στη συνδικαλιστική δράση του εργαζομένου, αλλά παράλληλα εκφράζει αντιλήψεις παρωχημένες-οι οποίες έχουν αποκρουστεί ήδη από τον ίδιο το νομοθέτη-και ασυμβίβαστες με το πνεύμα μιας δημοκρατικής κοινωνίας.

²⁷ Τραυλός-Τζανετάτος Τιμητικός Τόμος Κ.Μπεη 4112,Π. Δαβερώνας Το δικαίωμα της απεργίας σε κρίσιμη καμπή εκδ. Σάκκουλα 2009 σ 214

²⁸ ΖερδελήςΔ. «Αναλογικότητα και Απεργία» εκδ. Σάκκουλα 2012 σελ 94 υποσημ. 194

²⁹ Ζερδελής Δ. Αναλογικότητα και Απεργία εκδ. Σάκκουλα 2012 σ94-95 υποσημ. 194 με περαιτέρω παραπομπές στη γερμανική θεωρία ErfK/Dieterich Art 9 GG Nr 163, Kissel,Arbeitskampfrecht, σελ574

Ποινική ευθύνη του εργοδότη για μη εμπρόθεσμη καταβολή αποδοχών

Βασίλειος Χαμάλης
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Η προστασία των εργατικών αποδοχών, μέσω της ποινικοποίησης της μη εκπλήρωσης ή μη έγκαιρης εκπλήρωσης της συμβατικής υποχρέωσης του εργοδότη για καταβολή τους, κατοχυρώνεται στο μόνο άρθρο του ποινικού νόμου ΑΝ 690/1945 «Περί συμπληρώσεως και τροποποιήσεως του ΑΝ 28/1944» καθώς και στο άρθρο 28 παρ. 1 του Ν 3996/2011. Ο μισθός του εργαζομένου καθίσταται αντικείμενο αυξημένης προστασίας, καθότι πέραν της δεδομένης οικονομικής ανταλλακτικής του αξίας από την παροχή της εργασίας του στα πλαίσια της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, αποτελεί το μοναδικό βιοποριστικό μέσο του εργαζομένου και της οικογένειάς του. Ο μισθός λοιπόν, χρήζει επιβεβλημένης ποινικής προστασίας για την διαφύλαξη των συμφερόντων του εργαζομένου, ως αδύναμου μέρους της εργασιακής σύμβασης, από την οποία απουσιάζει διαπραγματευτική ισοδυναμία¹. Η κοινωνική απαξία που επιφέρει η απειλούμενη ποινή φυλάκισης, καθώς και ο κίνδυνος της οικονομικής ζημίας μέσω της εξίσου απειλούμενης χρηματικής ποινής, από την ενδεχόμενη καταδίκη του εργοδότη για τέλεση του παρόντος ποινικού αδικήματος, λειτουργεί εξαναγκαστικά για αυτόν, ώστε να εξασφαλίζεται η εμπρόθεσμη, προς τον μισθωτό, καταβολή του συμφωνημένου μισθού.

Το έγκλημα της καθυστερημένης καταβολής του μισθού από τον εργοδότη συνιστά γνήσιο έγκλημα παράλειψης, καθώς πρώτον, δίχως αυτήν δεν θα επερχόταν η προσβολή της περιουσίας του εργαζομένου² και δεύτερον, η παράλειψη τυποποιείται στο κείμενο του νόμου ως τρόπος τέλεσης

του αδικήματος. Συγκεκριμένα, η τυποποίηση της παράλειψης στο νόμο είναι κύριος λόγος που το εξεταζόμενο έγκλημα εντάσσεται στην κατηγορία των εγκλημάτων γνήσιας παράλειψης. Η περιγραφόμενη στο μόνο άρθρο του ΑΝ 690/1945 πράξη αποτελεί έγκλημα ιδιώνυμο καθώς είναι έγκλημα αυτοτελές. Μπορεί μάλιστα να προσιδιάζει με το έγκλημα της υπεξαίρεσης, ωστόσο δεν θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως εγκληματική παραλλαγή του αδικήματος αυτού διότι εκλείπει το στοιχείο της παράνομης ιδιοποίησης ξένου πράγματος μιας και οι δεδουλευμένες αποδοχές και πάσης φύσεως χορηγίες του μισθωτού δεν έχουν περιέλθει στην περιουσία του³. Ακόμη, αποτελεί γνήσιο ιδιαίτερο έγκλημα, δηλαδή μπορεί να τελεστεί μόνο από συγκεκριμένο πρόσωπο, που κατέχει ορισμένες ιδιότητες. Έτσι λοιπόν και το μόνο άρθρο του ΑΝ 690/1945 ορίζει πως το υποκείμενο τέλεσης του πρέπει να έχει τις συγκεκριμένες ιδιότητες του εργοδότη ή διευθυντή ή επιτετραμμένου ή με οποιονδήποτε τίτλο εκπροσώπου οποιασδήποτε επιχείρησης, εκμετάλλευσης ή εργασίας. Τέλος, κατά την πάγια θέση της νομολογίας πρόκειται για έγκλημα στιγμιαίο και όχι διαρκές. Στη θεωρία ωστόσο, υποστηρίζεται η άποψη πως πρόκειται για έγκλημα στιγμιαίο με διαρκή αποτελέσματα. Η άποψη αυτή επιλύει ευχερέστερα ζητήματα σχετικά με την παραγραφή και την εφαρμογή της αυτόφωρης διαδικασίας⁴.

Το έννομο αγαθό που το μόνο άρθρο του ΑΝ 690/1945 προστατεύει είναι κατά την κρατούσα άποψη η περιουσία του εργαζομένου. Βεβαίως υπάρχει και αντίθετη άποψη κατά την οποία, προ-

1 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ.19

2 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 43-46

3 Τσάκος. Σ. Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ.129-140

4 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 44-45

στατευόμενο έννομο αγαθό είναι η κοινωνική λειτουργία που ο μισθός υπηρετεί, δηλαδή ο βιοπορισμός του εργαζομένου.

Το μόνο άρθρο του ΑΝ 690/1945 σε αντίθεση με το άρθρο 28 παρ. 1 του Ν 3996/2011, αναφέρεται με ιδιαίτερη ευρύτητα τόσο στο υποκείμενο τέλεσης του αδικήματος, όσο και στα πλαίσια αυτού, ώστε να παρέχεται η μέγιστη δυνατή προστασία στον μισθωτό από τυγχάνουσες προσπάθειες αποφυγής της ποινικής ευθύνης του εργοδότη. Συγκεκριμένα, ο νόμος κάνει λόγο για εργοδότη, διευθυντή, επιτετραμμένο, εκπρόσωπο σε οποιαδήποτε επιχείρηση, εκμετάλλευση ή εργασία. Ο νόμος προβαίνει σε εξαντλητική αναφορά των υποκειμένων τέλεσης του εγκλήματος, ώστε να συμπεριλάβει πρόσωπα τα οποία ασκούν εργοδοτικά καθήκοντα, τα οποία διαφορετικά θα απέφευγαν οποιαδήποτε ποινική ευθύνη, λόγω της απαγόρευσης διασταλτικής ερμηνείας στον χώρο του ποινικού δικαίου. Επίσης, κατά την νομολογία δύναται να θεμελιωθεί ποινική ευθύνη σε πρόσωπο της επιχείρησης που είναι επιφορτισμένο με την αρμοδιότητα πληρωμής των μισθών, δίχως να διαθέτει αναγκαίως οποιαδήποτε εργοδοτική ιδιότητα και μάλιστα χωρίς να του έχει παρασχεθεί η αρμοδιότητα αυτή με τυπική εξουσιοδότηση. Βάσει αυτής της νομολογιακής κατεύθυνσης δεν αποκλείεται, να ευθύνονται ποινικά για μη εμπρόθεσμη καταβολή αποδοχών ακόμη και διευθυντικά στελέχη, που τους έχει ανατεθεί η υποχρέωση πληρωμής των εργαζομένων, παρόλο που και οι ίδιοι θεωρούνται εργαζόμενοι⁵.

Το παρόν αδίκημα μπορεί ακόμη να τελεστεί κατά συναυτουργία (ΠΚ 45), υπό την προϋπόθεση ότι καθένα από τα περισσότερα πρόσωπα φέρει ατομική ευθύνη για την καταβολή των μισθών, όπως στη περίπτωση της μεταβίβασης επιχείρησης όπου ποινικά ευθύνονται τόσο ο πρώην όσο και ο νέος εργοδότης, όπου και αστικά ο καθένας ευθύνεται εις ολόκληρον, αλλά και στην περίπτωση του 702 ΑΚ κατά το οποίο οι απασχολούμενοι στον εργολάβο εργάτες, έχουν ευθεία αγωγή για τους μισθούς τους, κατά του εργοδότη, έως το ποσό που αυτός οφείλει στον εργολάβο, μολονότι ο εργάτης και εργοδότης δεν συνδέονται με κανέναν νομικό δεσμό⁶.

Απαραίτητη προϋπόθεση δίχως την οποία δεν στοιχειοθετείται το έγκλημα της μη εμπρόθεσμης καταβολής αποδοχών, είναι οι μη καταβληθείσες αποδοχές να οφείλονται από σύμβαση εξαρτημένης εργασίας είτε αορίστου είτε ορισμένου χρόνου ή τουλάχιστον σχέσης εργασίας. Ο μισθωτός λοιπόν, πρέπει να προσφέρει την εργασία του, η χρονική διάρκεια της οποίας είναι αδιάφορη, υπό το καθεστώς της εξάρτησης. Για τον λόγο αυτό ποινική ευθύνη δεν νοείται σε μορφές εργασίας από τις οποίες απουσιάζει η έννοια της εξάρτησης, όπως στη σύμβαση έργου, μεσιτείας, ανεξάρτητων υπηρεσιών, έμμισθης εντολής ή στην παροχή εργασίας λόγω συγγένειας ή φιλίας. Επιπλέον γίνεται δεκτό από τον ΑΠ ότι εργοδότης που παραλείπει να καταβάλλει εμπρόθεσμα τους οφειλόμενους μισθούς στους εργαζομένους του, δεν απαλλάσσεται από την ποινική του ευθύνη, σε περίπτωση ενδεχόμενης μη έγκυρης σύμβασης εργασίας, με αποτέλεσμα να επαρκεί και απλή σχέση εργασίας όπως άλλωστε σαφέστατα ορίζει το γράμμα του νόμου. Απλώς στη περίπτωση αυτή οι μισθολογικές αξιώσεις του εργαζομένου απορρέουν από τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού (904 ΑΚ), καθώς ο εργοδότης καθίσταται το πλουσιότερος δίχως νόμιμη αιτία ελλείψει εγκυρότητας της σύμβασης εργασίας.

Οι υπαγόμενες στο προστατευτικό πεδίο εφαρμογής του ΑΝ 690/1945 αποδοχές πρέπει κατά την νομολογία να έχουν χαρακτήρα μισθολογικό. Προστατεύεται λοιπόν, υπό την απειλή της ποινικής κύρωσης κάθε είδους εργατική αποδοχή με μισθολογικό χαρακτήρα, μη καταβάλλουσα εμπρόθεσμα, τόσο δηλαδή ο βασικός μισθός προβλεπόμενος από ατομική ή συλλογική σύμβαση εργασίας ή διαιτητική απόφαση όσο και τακτικές ή έκτακτες αποδοχές. Συγκεκριμένα εντάσσονται στην έννοια των αποδοχών, τα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα, τα επιδόματα αδείας, επιδόματα ανθυγιεινής εργασίας, οι νόμιμες υπερωρίες, η προσαύξησης αμοιβής για τις Κυριακές και τις εξαιρέσιμες ημέρες, τυχόν προβλεπόμενα επιδόματα στην ΣΣΕ, καθώς και οικειοθελείς παροχές του εργοδότη χορηγούμενες σταθερά και αδιάλειπτα από ελευθεριότητα ικανές να αποκτήσουν μισθολογικό χαρακτήρα, παροχές δηλαδή που χορηγεί ο εργοδότης, δίχως να συντρέχει οποιαδήποτε δέσμευση από το νόμο ή την σύμβαση εργασίας⁷. Αντίθετα, η νομολογία

5 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 86

6 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ.93

7 Δ. Ζερδελής. Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, σελ. 108

στηριζόμενη στη θέση της ποινικής προστασίας αποδοχών λόγω πραγματικής απασχόλησης του εργαζομένου αποκλείει, αποδοχές που φέρουν αποζημιωτικό χαρακτήρα, όπως οι αποδοχές από παράνομες υπερωρίες, αποζημίωση λόγω εργατικού ατυχήματος, κάλυψη επαγγελματικών εξόδων, το επίδομα εκτός έδρας όταν η παραμονή σε άλλη έδρα είναι προσωρινή. Ακόμη, η θέση της νομολογίας που ερμηνεύει στενά τη διάταξη της ποινικής ευθύνης του εργοδότη, τείνει στο να αφήνει ποινικά απροστάτευτους τους μισθούς υπερημερίας κατά το άρθρο 656 ΑΚ. Ωστόσο, η μη καταβολή της νόμιμης αποζημίωσης απόλυσης, παρότι έχει χαρακτήρα αποζημιωτικό προστατεύεται ποινικά μέσω του άρθρου 28 του Ν 3996/2011. Εξαιρούνται επίσης παροχές σε είδος προς τον εργαζόμενο αποτιμώμενες σε χρήμα μισθολογικού ή μη χαρακτήρα, εφόσον χορηγούνται για την κάλυψη λειτουργικών αναγκών της επιχείρησης όπως η παροχή στέγης ή ειδικής στολής⁸.

Για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης του αδικήματος, είναι απαραίτητο το μη εμπρόθεσμο της καταβολής των δεδουλευμένων αποδοχών από τον εργοδότη. Το πότε αυτές δεν καταβάλλονται εμπρόθεσμα, σχετίζεται με το ληξιπρόθεσμο τους. Το άρθρο 655 ΑΚ ορίζει την αρχή πως ελλείψει αντίθετης συμφωνίας, ο μισθός καταβάλλεται μετά την παροχή εργασίας και, αν υπολογίζεται κατά ορισμένα διαστήματα κατά τη διάρκεια της σύμβασης, καταβάλλεται στο τέλος καθενός απ' αυτά. Αν όμως για οποιονδήποτε λόγο η σύμβαση εργασίας λήξει, ο μισθός καθίσταται απαιτητός με τη λήξη αυτής. Η ημερομηνία λοιπόν καταβολής του μισθού αποτελεί δήλη μέρα κατά το 341 παρ. 1, και με την παρέλευση αυτής ο εργοδότης καθίσταται άνευ άλλου και χωρίς όχληση υπερήμερος οφειλέτης. Επομένως, η μη καταβολή αποδοχών μετά το πέρας της δήλης ημέρας στοιχειοθετεί την τέλεση του εγκλήματος από τον εργοδότη. Δεν αίρεται λοιπόν, η υπερημερία του εργοδότη με την μεταγενέστερη καταβολή αποδοχών, αφού η εκπρόθεσμη πληρωμή του εργαζομένου συνιστά στοιχείο του εγκλήματος⁹. Βεβαίως, ιδιαίτερα μικρή καθυστέρηση πληρωμής δεν θα ήταν δέον να χαρακτηριστεί αξιόποινη.

Το έγκλημα της καθυστέρησης καταβολής μι-

σθών, συνιστά πλημμέλημα (φυλάκιση μέχρι 6 μηνών), και συνεπώς οι ενέργειες του εργοδότη πρέπει να καλύπτονται από δόλο (26 ΠΚ). Ο δόλος συγκεκριμένα αφορά τη γνώση και θέληση υφιστάμενης εξαρτημένης εργασιακής σχέσης ή έστω αποδοχή αυτής, καθώς και την υποχρέωση καταβολής συμφωνημένων αποδοχών. Εργοδότης λοιπόν, που από αμέλεια αγνοεί κάτι από τα παραπάνω δεν φέρει ποινική ευθύνη. Σε περίπτωση που συντρέχει πραγματική πλάνη στο πρόσωπο του εργοδότη περί της υποχρέωσης καταβολής μισθού διότι ο εργαζόμενος δεν προσέρχεται στην εργασία του, τότε ο αίρεται ο καταλογισμός του. Επίσης, καθίσταται ποινικά υπεύθυνος εργοδότης που δολίως δεν προχωρά σε αυξήσεις μισθών των εργαζομένων, που προκύπτουν από την συνομολόγηση ΣΣΕ ή έκδοση διαιτητικής απόφασης. Κατά την θέση της νομολογίας, η πτώχευση του εργοδότη, αποκλείει τον δόλο του και συνακόλουθα την ποινική του ευθύνη, υπό την προϋπόθεση ότι οι οφειλόμενοι μισθοί δεν καταβλήθηκαν εντός της ύποπτης περιόδου, δηλαδή μεταξύ της ημερομηνίας παύσης πληρωμών και ημερομηνίας κήρυξης της πτώχευσης με απόφαση του πτωχευτικού δικαστηρίου. Συνεπώς, για δεδουλευμένες αποδοχές η καταβολή των οποίων κατέστη ληξιπρόθεσμη, πριν από την ημερομηνία της παύσης πληρωμών ή επίσης και κατά το στάδιο της εκκαθάρισης της επιχείρησης, ο εργοδότης εξακολουθεί να ευθύνεται ποινικά¹⁰.

Η τέλεση του αδικήματος της μη εμπρόθεσμης καταβολής αποδοχών συνεπάγεται κατά τον νόμο ορισμένες ποινικές κυρώσεις. Συγκεκριμένα, κατά το μόνο άρθρο του ΑΝ 690/1945, στον υπαίτιο επιβάλλεται ποινή φυλάκισης μέχρι 6 μηνών καθώς και χρηματική ποινή το ύψος της οποίας ορίζεται μεταξύ 25% και 50% του συνόλου των μη καταβεβλημένων αποδοχών. Περαιτέρω το άρθρο 28 του νόμου 3996/2011 που εξίσου προστατεύει ποινικά τον μισθό του εργαζομένου, επισύρει ποινή φυλάκισης τουλάχιστον 6 μηνών και χρηματική ποινή τουλάχιστον 900 ευρώ. Από άποψη λοιπόν στερητικής της ελευθερίας ποινής, αυστηρότερο είναι το άρθρο 28 του 3996/2011, ενώ άποψη χρηματικής ποινής στις περισσότερες περιπτώσεις ο ΑΝ 690/1945. Το δικαστήριο, δύναται βέβαια να μειώσει τις συνέπειες της πράξης του εργοδότη, εφόσον αυτός κατέβαλε το σύνολο ή μέρος των οφειλόμε-

8 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ.60-69

9 Τσάκος. Σ. Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ.129-140

10 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018

νων αποδοχών μέχρι την εκδίκαση του αδικήματος κατά το 84 παρ1. δ) ΠΚ, επιδεικνύοντας ειλικρινή μετάνοια. Επίσης επί πλειόνων παραβάσεων του αν 690/1945 εις βάρος περισσότερων προσώπων, το έγκλημα μπορεί να χαρακτηριστεί ως κατ' εξακολούθηση τελούμενο και να επιβληθεί ενιαία ποινή, κατά το 98 ΠΚ, οπότε η ενιαία επιβαλλόμενη ποινή κυμαίνεται στο πλαίσιο της απειλούμενης στο οικείο έγκλημα ποινής¹¹.

Η ποινική δίωξη για το αδίκημα κινείται κατά το άρθρο του ΑΝ 690/1945, έπειτα από υποβολή μηνύσεως του ενδιαφερομένου εργαζομένου, των οργάνων του Υπουργείου Εργασίας ή της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης ή της οικείας Αστυνομικής Αρχής ή της οικείας συνδικαλιστικής οργάνωσης των εργαζομένων. Το έγκλημα της καθυστέρησης καταβολής αποδοχών, διώκεται λοιπόν και αυτεπαγγέλτως έπειτα από καταγγελία οποιουδήποτε. Σύμφωνα ακόμη με το τελευταίο εδάφιο του πρώτου άρθρου του ΑΝ 690/1945, η εκδίκαση των υπο-

θέσεων μη εμπρόθεσμης καταβολής αποδοχών γίνεται σύμφωνα με τη διαδικασία του αυτοφώρου, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 417 επ. ΚΠΔ. Ζήτημα προκύπτει στη παρούσα περίπτωση σχετικά με την εφαρμογή της διαδικασίας του αυτοφώρου μετά την παρέλευση της επόμενης της δήλης ημέρας καταβολής του μισθού. Ο χαρακτηρισμός του εγκλήματος, ως στιγμιαίου ή διαρκούς επιλύει τον άνω προβληματισμό. Η νομολογία χαρακτηρίζει το αδίκημα ως στιγμιαίο, με αποτέλεσμα να μην δέχεται την εφαρμογή της αυτόφωρης διαδικασίας του 242 ΚΠΔ μετά την παρέλευση της επόμενης ημέρας από την οποία έπρεπε να καταβληθούν οι αποδοχές¹².

Το έγκλημα, παραγράφεται κατά το 111 παρ 3 ΠΚ, 5 έτη μετά από την τέλεση του. Η ημερομηνία κατά την οποία ο εργοδότης καθίσταται υπερέμμερος οφειλέτης ως προς την καταβολή των μισθών, συνιστά την χρονική στιγμή της έναρξης της παραγραφής του αδικήματος.

11 Τσάκος, Σ. Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ.129-140

12 Σιδέρης Δ. Ποινική Προστασία του Μισθού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018

Το νέο καθεστώς του βάσιμου λόγου απόλυσης

Μαρίλια Καραμπατσώλη
Τελεióφοιτη Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Η καταγγελία της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας αποτελεί, αδιαμφισβήτητα, ένα από τα πιο σημαντικά κεφάλαια του εργατικού δικαίου, καθώς οδηγεί στη λύση της σύμβασης και διαμορφώνει μονομερώς μία νέα κατάσταση με συνέπειες προβλεπόμενες *ex lege*. Όπως κάθε σύγχρονη έννομη τάξη, έτσι και η ελληνική, θέτει περιορισμούς στο δικαίωμα αυτό του εργοδότη να λύνει μονομερώς τη σύμβαση εργασίας. Η δημιουργία ενός πυρήνα προστατευτικών διατάξεων υπέρ του εργαζομένου μπορεί να οδηγεί μεν στον περιορισμό της εργοδοτικής συμβατικής ελευθερίας, δικαιολογημένα δε, καθώς η εργασία αποτελεί αναμφίβολα τη βάση της κοινωνικής και οικονομικής υπόστασης του εργαζομένου.

Το ζήτημα το οποίο απασχόλησε πρόσφατα νομικούς και πολιτικούς κύκλους και το οποίο επέλεξα να παρουσιάσω στο πλαίσιο αυτού του άρθρου, επικεντρώνεται στις διαδοχικές τροποποιήσεις που επέφεραν οι ν.4611/2019 και ν.4632/2019 στο καθεστώς της καταγγελίας της σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου. Τίθεται, συγκεκριμένα, το ερώτημα αν η ύπαρξη βάσιμου λόγου πρέπει να αποτελέσει προϋπόθεση εγκυρότητας της καταγγελίας αυτής. Για να μπορέσουμε, ωστόσο να κατανοήσουμε τις παραπάνω νομοθετικές αλλαγές, πρέπει πρώτα να προσεγγίσουμε το καθεστώς που ίσχυε έως σήμερα.

Προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς

Το καθεστώς καταγγελίας της σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου ρυθμίζεται από τους ν. 2112/1920, ν. 3198/1955 και ν.3863/2010. Για την εγκυρότητα της απαιτείται: α) καταβολή αποζημίωσης, β) έγγραφος τύπος, γ) καταχώρηση στα μισθολόγια του ΕΦΚΑ ή ασφάλιση του απολυόμενου (ν.2556/1997). Ορισμένες παρατηρήσεις σχετικά με

τις προϋποθέσεις αυτές: α) το έγγραφο αποτελεί συστατικό τύπο της καταγγελίας που πρέπει να επιδοθεί στον εργαζόμενο, χωρίς, όμως, να απαιτείται η αναφορά του λόγου απόλυσης¹, β) η καταβολή της αποζημίωσης δεν εξαρτάται από την ύπαρξη ή μη βάσιμου λόγου, γ) η τρίτη προϋπόθεση θεσπίστηκε με σκοπό την καταπολέμηση της «μαύρης εργασίας».²

Η καταγγελία αποτελεί μία μονομερή ανατιώδη δικαιοπραξία, δηλαδή η εγκυρότητά της δεν εξαρτάται από την ύπαρξη ή μη βάσιμου λόγου. Αυτό, όμως, δε στερεί το δικαίωμα καταγγελίας από την εφαρμογή ουσιαστικών περιορισμών. Συγκεκριμένα, απαγορεύεται η καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος, δηλαδή η άσκηση με τρόπο αντίθετο στην καλή πίστη, στα επιβαλλόμενα χρηστά ήθη και στον κοινωνικό ή οικονομικό σκοπό του, διαφορετικά η καταγγελία κρίνεται καταχρηστική και κατ' επέκταση άκυρη κατ' εφαρμογή των άρθρων 174 και 180 του Αστικού Κώδικα, μη δυνάμενη να οδηγήσει στη λύση της σύμβασης εργασίας. Λόγω, όμως, της ανατιώδους φύσης της, ο εργαζόμενος -και όχι ο εργοδότης- πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει τα πραγματικά περιστατικά που μαρτυρούν την υπέρβαση των προαναφερθέντων ορίων. Άρα, η καταγγελία φαίνεται να φέρει ένα τεκμήριο νομιμότητας, το οποίο πρέπει να καταρρίψει ο εργαζόμενος. Σύμφωνα με την απόφαση 1259/1987 του Αρείου Πάγου: «η καταγγελία είναι ανατιωδής δικαιοπραξία που έχει υπέρ αυτής το τεκμήριο νομιμότητας, το οποίο ανατρέπεται όταν ο ενδιαφερόμενος διάδικος ισχυρισθεί και αποδείξει ότι η καταγγελία είναι άκυρη για οποιονδήποτε λόγο, προβλεπόμενο από τον νόμο».³

¹ 284/1996, Αρείου Πάγου, ΔΕΝ 1996, 527

² Δ. Ζερδελής, Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Ε' Έκδοση, σελ.640

³ 1259/1987, Αρείου Πάγου, ΕΕργΔ 1988, 1139

Η νομολογία έχει διαμορφώσει ένα πλέγμα περιορισμών με βάση το άρθρο 281 του Αστικού Κώδικα, ένα άρθρο θεμελιώδες για την ελληνική έννομη τάξη⁴. Αν ο εργοδότης προβαίνει σε απόλυση του εργαζομένου από ταπεινά ελατήρια, για παράδειγμα, εκδίκηση/αντεκδίκηση, εμπάθεια/μίσος, αντίδραση σε προηγούμενη ενάσκηση από τον εργαζόμενο νομίμου δικαιώματος του, διεκδίκηση νόμιμων εργασιακών δικαιωμάτων⁵, τότε η άσκηση του δικαιώματος κρίνεται καταχρηστική. Η καταγγελία δεν πρέπει να χρησιμοποιείται ως μέσο τιμωρίας⁶. Η αρνητική λίστα των λόγων καταγγελίας διευρύνθηκε και με ειδικές νομοθετικές απαγορεύσεις της καταγγελίας για συγκεκριμένους λόγους, όπως είναι η νόμιμη συνδικαλιστική δράση, η άρνηση του εργαζομένου να αποδεχθεί τη μεταβολή της εργασιακής σχέσης από πλήρους σε μερικής απασχόλησης κ.α..

Σημαντικό, όμως, σημείο του δίκαιου της καταγγελίας στο οποίο και πρέπει να σταθούμε είναι ο χαρακτηρισμός της καταγγελίας ως *ultima ratio*, δηλαδή ως έσχατη λύση. Πρόκειται για μια προσπάθεια ενίσχυσης της παρεχόμενης από το ΑΚ281 προστασίας, η οποία, προκρίνοντας την αρχή της αναλογικότητας⁷, ορίζει ότι εφόσον υπάρχουν ηπιότερα μέσα, τα τελευταία θα πρέπει να προτιμηθούν έναντι της απόλυσης. Έτσι, έχει καθιερωθεί νομολογιακά ότι η μετάθεση προηγείται της απόλυσης.

Με βάση τις παραπάνω κατευθύνσεις, έχει δημιουργηθεί ένα πλούσιο νομολογιακό υλικό και πολλές φορές αντικρουόμενο. Αξίζει, συγκεκριμένα, να αναφερθούμε στην ΑΠ 50/2011, η οποία έκρινε ότι καταχρηστική είναι μόνο η κακόβουλη καταγγελία και όχι η αντικειμενικά αδικαιολόγητη -αποδοκιμάζοντας την αντίθετη θέση δικαστηρίων της ουσίας. Σε διαφορετική περίπτωση, το δικαστήριο κατέληξε ότι ο αναιτιώδης χαρακτήρας της καταγγελίας μετατρέπεται σε αιτιώδης, καθώς το κύρος της εξαρτάται από την ύπαρξη βάσιμου λόγου. Ωστόσο, η θέση αυτή δε συμβαδίζει απόλυτα με την εφαρμογή της αρχής της *ultima ratio*, η οποία και προϋποθέτει μία σχέση σκοπού-μέσου, καθώς δεν προσδιορίζεται για ποιο σκοπό η καταγγελία απο-

τελεί το έσχατο ή μη μέσο⁸. Ακόμη κι αν δεχθούμε ότι δεν απαιτείται η επίκληση αντικειμενικού λόγου απόλυσης, τότε ο εργοδότης που δε δικαιολογεί την απόλυση του εργαζομένου του βρίσκεται σε ευμενέστερη θέση από ό,τι αν προέβαινε στη δικαιολόγηση της, καθώς στην τελευταία περίπτωση ελλοχεύει ο κίνδυνος να κριθεί καταχρηστική η απόλυση κατ'εφαρμογή της *ultima ratio*.

Η κύρωση του Αναθεωρημένου Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Χάρτη

Η ελληνική έννομη τάξη κύρωσε με τον ν. 4359/2016 τον Αναθεωρημένο Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, στο άρθρο 24 του οποίου αναφέρονται τα εξής:

«Με σκοπό τη διασφάλιση της αποτελεσματικής άσκησης του δικαιώματος προστασίας των εργαζομένων σε περιπτώσεις λύσης της σχέσης εργασίας, τα μέρη αναλαμβάνουν να αναγνωρίζουν: α. το δικαίωμα όλων των εργαζομένων να μη λύεται η εργασιακή τους σχέση χωρίς βάσιμο λόγο που να συνδέεται με την ικανότητα ή τη συμπεριφορά τους ή να βασίζεται στις λειτουργικές απαιτήσεις της επιχείρησης, της εγκατάστασης ή της υπηρεσίας, β. το δικαίωμα των εργαζομένων, των οποίων η εργασιακή σχέση λύεται χωρίς βάσιμο λόγο, σε επαρκή αποζημίωση ή άλλη κατάλληλη επανόρθωση. Για αυτόν το σκοπό τα μέρη αναλαμβάνουν να διασφαλίζουν ότι ο εργαζόμενος, που θεωρεί ότι η σχέση εργασίας του έχει λυθεί χωρίς βάσιμο λόγο, έχει το δικαίωμα προσφυγής σε αμερόληπτο όργανο».

Η κύρωση αυτή έθεσε το ζήτημα της αλλαγής του καθεστώτος της αναιτιώδους καταγγελίας, έτσι ώστε να προσαρμοστεί με τις επιταγές του Χάρτη. Πάνω σε αυτό το θέμα διατυπώθηκαν, όπως ήταν αναμενόμενο, αντικρουόμενες προτάσεις και απόψεις.

Ιδιαίτερο νομικό ενδιαφέρον παρουσιάζει η ΑΠ 1512/2018, η οποία δέχθηκε ότι παρά την ανωτέρω κύρωση, το αναιτιολόγητο του δικαιώματος καταγγελίας παραμένει σε ισχύ. Συγκεκριμένα, η ανωτέρω απόφαση δέχθηκε τα εξής: «Πράγματι, είναι αληθές ότι με το άρθρο 24 στοιχείο α' του Αναθεωρημένου Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Χάρτη αναγνωρίζεται «το δικαίωμα όλων των εργαζομένων να μη λύεται η εργασιακή τους σχέση χωρίς βάσιμο λόγο που να συνδέεται με την ικανότητα ή τη συμπεριφορά τους ή να βασίζεται στις λειτουργικές

⁴ Απ. Γεωργιάδης, Γενικές αρχές Αστικού Δικαίου, 4^η έκδοση, σελ. 310επ.

⁵ 125/1990, Αρείου Πάγου, ΔΕΝ 1991, 277

⁶ 1407/2009, Αρείου Πάγου, ΕΕργΔ 2010, 1461

⁷ Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 3^η Έκδοση, σελ.90επ.

⁸ Δ. Ζερδελής, Εργατικό δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Έκδοση Στ, 2019, σελ.726-727

απαιτήσεις της επιχείρησης, της εγκατάστασης ή της υπηρεσίας». Περαιτέρω, όμως, με το άρθρο 24 στοιχείο β' του ΑναθΕΚΧ, ως συνέπεια της παραβίασης του ως άνω δικαιώματος προβλέπεται μόνο «το δικαίωμα των εργαζομένων, των οποίων η εργασιακή σχέση λύεται χωρίς βάσιμο λόγο, σε επαρκή αποζημίωση ή άλλη κατάλληλη επανόρθωση». Από τις διατάξεις αυτές συνάγεται ότι ακόμη κι αν δεν υπάρχει βάσιμος λόγος για την καταγγελία της συμβάσεως ή σχέσεως εργασίας αορίστου χρόνου εκ μέρους του εργοδότη, το κύρος της καταγγελίας δεν θίγεται. Η δε υποχρέωση του εργοδότη να αποζημιώσει τον εργαζόμενο αναγνωρίζεται από παλιά στο εσωτερικό δίκαιο (ν. 2112/1920, ν. 3198/1955, β.δ. 16/18-7-1920, σε συνδυασμό με ν. 3899/2010 και ν. 4093/2012) για κάθε περίπτωση καταγγελίας (με εξαίρεση εκείνη που γίνεται λόγω υποβολής μηνύσεως) και δεν αίρεται ακόμη και όταν ο εργοδότης θα μπορούσε να αποδείξει βάσιμο λόγο για τη λύση του ενοχικού δεσμού. Ως εκ τούτου, η θετική ή αποφαιτική αναφορά σε βάσιμο λόγο καταγγελίας αποβαίνει αλυσιτελής. Γι' αυτό και το κύρος της ήδη γενομένης καταγγελίας εξακολουθεί να ελέγχεται εξατομικευμένα μόνο με την εφαρμογή της ΑΚ 281, όπως και προηγουμένως, ύστερα από αγωγή του εργαζόμενου στο αρμόδιο δικαστήριο.»

Συμπερασματικά, κρίθηκε ότι το προϊσχύον καθεστώς ήταν απολύτως επαρκές σε σχέση με τις κατευθύνσεις του Αναθεωρημένου Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Χάρτη⁹ και άρα, η προστασία του εργαζόμενου περιορίζεται στην παρεχόμενη βάσει της ΑΚ281 προστασία.

N. 4611/2019: Εισαγωγή του βάσιμου λόγου απόλυσης

Το προηγούμενο έτος, το νομικό καθεστώς του δικαίου της καταγγελίας μεταβάλλεται με την εισαγωγή του άρθρου 48 του ν. 4611/2019, το οποίο προσθέτει ως τέταρτη θετική προϋπόθεση της εγκυρότητας της απόλυσης την ύπαρξη βάσιμου λόγου. Συγκεκριμένα, προβλέφθηκε ότι το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 3 του άρθρου 5 του ν. 3198/1955 (Α' 98) αντικαθίσταται ως εξής: «3. Η καταγγελία της εργασιακής σχέσης θεωρείται έγκυρη, μόνο αν οφείλεται σε βάσιμο λόγο, κατά την έννοια

του άρθρου 24 του Αναθεωρημένου Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Χάρτη, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 4359/2016 (Α' 5), έχει γίνει εγγράφως, έχει καταβληθεί η οφειλόμενη αποζημίωση και έχει καταχωρηθεί η απασχόληση του απολυόμενου στα τηρούμενα για τον ΕΦΚΑ (τ. ΙΚΑ) μισθολόγια ή έχει ασφαλιστεί ο απολυόμενος. Σε περίπτωση αμφισβήτησης, το βάρος επίκλησης και απόδειξης της συνδρομής των προϋποθέσεων έγκυρης καταγγελίας φέρει ο εργοδότης.»

Απαραίτητη διευκρίνιση σε αυτό το σημείο είναι ότι η διάταξη αυτή δεν υποχρεώνει τον εργοδότη να αναφέρει, όταν προβαίνει σε καταγγελία, τον λόγο που τον ώθησε στην απόφαση να λύσει τη σύμβαση εργασίας. Μόνο σε περίπτωση αμφισβήτησης, δηλαδή, αν καταφύγει ο εργαζόμενος ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου, αμφισβητώντας το κύρος της καταγγελίας, τότε ο εργοδότης επωμίζεται το βάρος επίκλησης και απόδειξης του βάσιμου λόγου¹⁰, ενώ με βάση το προϊσχύον καθεστώς η υποχρέωση απόδειξης των περιστατικών που καθιστούν την καταγγελία καταχρηστική βάρυνε τον εργαζόμενο. Η απόδειξη της καταχρηστικότητας χαρακτηρίζεται πάντοτε από αποδεικτικές δυσχέρειες, ειδικά όταν τα κρίσιμα περιστατικά βρίσκονται στη σφαίρα επιρροής του εργοδότη, όπου η πρόσβαση του εργαζόμενου είναι δύσκολη, αν όχι αδύνατη¹¹. Όταν αυξάνεται η προστασία που παρέχει το ουσιαστικό δίκαιο, τότε αντίστοιχα οφείλει να αυξάνεται και η δικονομική προστασία, αλλιώς η πρώτη μένει χωρίς πρακτική εφαρμογή.

Υπέρ της μη ριζικής μεταβολής του καθεστώτος, συνηγορεί και η σκέψη ότι ο απολυμένος εργαζόμενος δεν θα καταφύγει ενώπιον των δικαστηρίων, δημοσιοποιώντας τον λόγο απόλυσής του, αν πιστεύει ότι όντως υφίσταται βάσιμος λόγος. Θα επιδιώξει τη δικαστική προστασία του μόνο αν κρίνει ότι η απόλυσή του είναι καταχρηστική. Αυτό το σκεπτικό έρχεται σε αντίθεση με τους επικριτές της παραπάνω διάταξης, που προβάλλουν το στιγματισμό του απολυόμενου, καθώς χαρακτηρισμοί, όπως οκνηρός, αργοπορημένος, μη αποτελεσματικός, μη συνεργάσιμος, ενδέχεται να δυσκολέψουν

⁹ Σ. Κουμεντάκης, Η Καταγγελία Της Σύμβασης Εξαρτημένης Εργασίας Αορίστου Χρόνου: Η Κατάργηση Του «Βάσιμου Λόγου», Διαθέσιμο στο: <https://koumentakislaw.gr/arthra/h-katarghsh-toy-basimoy-logoy/>

¹⁰ Άρις Καζάκος, Εργασιακές σχέσεις και δημοκρατία, Εφημερίδα των Συντακτών, 18.08.2019, Διαθέσιμο στο: https://www.efsyn.gr/stiles/apopseis/207607_ergasiakes-sheseis-kai-dimokratia

¹¹ Δ. Ζερδελής, Εργατικό δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Έκδοση Στ, 2019, σελ. 729

την προσπάθειά του για εύρεση νέας εργασίας.

Η κατάργηση του βάσιμου λόγου ν. 4623/2019

Ωστόσο, η παραπάνω διάταξη καταργήθηκε αναδρομικά με το άρθρο 117 παρ.2 (α) του ν.4632/2019. Οι λόγοι που οδήγησαν σε αυτή την νομοθετική επιλογή ήταν η αποφυγή στιγματισμού του εργαζομένου, καθώς η αναφορά στο ΕΡΓΑΝΗ του βάσιμου λόγου απόλυσης είναι πιθανόν να αποτελέσει τροχοπέδη στην εύρεση νέας εργασίας. Ακόμη, προτείνουν ότι η νομοθετική αλλαγή που επέφερε ο ν.4611/2019 δεν ενίσχυσε στην πραγματικότητα την προστασία των εργαζομένων, καθώς ο δικαστικός έλεγχος βάσει του ΑΚ281 ήταν επαρκής, ώστε να αποφεύγονται οι καταχρηστικές και αναίτιες απολύσεις και το καταργηθέν άρθρο 48 δεν προσέφερε κάτι διαφορετικό. Παραβλέπεται, ωστόσο, ότι ο έλεγχος με βάση το ΑΚ281 δεν εμποδίζει ούτε καθιστά περιττή τη νομοθετική κατοχύρωση του ελέγχου της καταχρηστικότητας, ειδικά αν αναλογιστούμε τις αντιφάσεις και παλινδρομήσεις της νομολογίας στο ζήτημα της καταχρηστικής απόλυσης και το ζήτημα το βάρους απόδειξης, το οποίο το άρθρο 48 του ν. 4611/2019 επέρριπτε στον εργοδότη. Τέλος, κρίθηκε ότι η σχετική διάταξη θα μπορούσε να καταστήσει δυσχερέστερη και την ανανέωση του εργατικού δυναμικού, επιφέροντας αρνητικές συνέπειες στη λειτουργία των επιχειρήσεων και περιορίζοντας τη συμβατική εργοδοτική ελευθερία.

Συνταγματικό θεμέλιο

Ζήτημα αποτελεί η ύπαρξη συνταγματικής βάσης της νομολογιακής προστασίας της θέσης εργασίας.¹² Το Σύνταγμα προστατεύει όχι μόνο την επαγγελματική ελευθερία του εργοδότη, αλλά και του εργαζομένου. Η τελευταία περιλαμβάνει, αφενός την υποχρέωση του κράτους να μην προσβάλει την επαγγελματική ελευθερία του εργαζομένου και αφετέρου, να λαμβάνει θετικά μέτρα για την προστασία της θέσης εργασίας έναντι τρίτων και κυρίως έναντι του εργοδότη¹³.

Η έλλειψη νομοθετικού ερείσματος γύρω από την προστασία της εργασιακής θέσης θα οδηγούσε σε έναν ανεξέλεγκτο ανταγωνισμό μεταξύ των

εργαζομένων, όπου ο κάθε υποψήφιος θα προσπαθούσε να κλέψει την θέση ενός ήδη προσληφθέντος υπαλλήλου. Το ίδιο το Σύνταγμα δεν εγγυάται μία απόλυτη προστασία από την απόλυση αλλά θέτει μόνο τα άκρα όρια, δηλαδή να μην περιορίζεται υπέρμετρα η επαγγελματική ελευθερία του εργοδότη αλλά και να μην κινδυνεύει ο εργαζόμενος από αδικαιολόγητες και καταχρηστικές απολύσεις.

Κριτική

Το άρθρο 48, που τόλμησε να επιφέρει αλλαγή σε μια αμετάβλητη από το 1920 νομοθεσία και παγιωμένη νομολογιακή πρακτική, ήταν αναμενόμενο να προκαλέσει αντικρουόμενες τοποθετήσεις. Αδύνατον να παραβλέψει, άλλωστε, κανείς το πολιτικά και κομματικά χρωματισμένο πρόσημο που έλαβαν οι σχετικές νομοθετικές ρυθμίσεις, αναδεικνύοντας μια διαφορετική προσέγγιση της εργασιακής πολιτικής εκ μέρους της κυβέρνησης και της αντιπολίτευσης. Αφήνοντας, όμως, τις πολιτικές αποχρώσεις στην άκρη, κρίσιμο είναι να αναφερθούμε στο κατά πόσο το πολυσυζητημένο άρθρο 48 αποτελεί όντως μία αξιόλογη προσπάθεια εναρμόνισης με τον Αναθεωρημένο Χάρτη Κοινωνικών Δικαιωμάτων ή αν δεν προσφέρει οποιαδήποτε ενίσχυση στην προστασία των απολυόμενων.

Αρχικά, ο Αναθεωρημένος Χάρτης Κοινωνικών Δικαιωμάτων αποτελεί τη λεγόμενη επιτομή των κοινωνικών δικαιωμάτων των εργαζομένων στις ευρωπαϊκές κοινωνίες¹⁴. Με την κύρωση του στην ελληνική έννομη τάξη, κρίθηκε ότι ήδη το ισχύον δίκαιο της καταγγελίας βρίσκεται σε εναρμόνιση με τις επιταγές του άρθρου 24, καθώς ο δικαστικός έλεγχος βάσει του ΑΚ281 αποτελούσε ήδη εμπόδιο στην καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος. Ακόμη, σημείο αναφοράς αποτελεί η αποζημίωση. Στην ελληνική έννομη τάξη προβλέπεται ότι για την εγκυρότητα της καταγγελίας απαιτείται η χορήγηση αποζημίωσης σε κάθε περίπτωση -χωρίς

¹² Δ. Ζερδελής, Εργατικό δίκαιο, σελ. 1221, 2019

¹³ Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο, 2019, σελ. 1224 σημ. 61

¹⁴ Καταργούνται οι διατάξεις για το βάσιμο λόγο απόλυσης, την αναστολή προθεσμιών κατά την συμφιλιωτική διαδικασία και την ευθύνη εργολάβου και υπεργολάβου έναντι εργαζομένων, 09/08/2019, Tax Heaven, Διαθέσιμο στο: <https://www.taxheaven.gr/news/45453/katargoyntai-oi-diataxeis-gia-to-basimo-logo-apolyshs-thn-anastolh-prooesmiwn-kata-thn-symfiliwtikh-diadikasia-kai-thn-eyoynh-ergolaboy-kai-ypergolaboy-enanti-ergazomenwn>

δηλαδή να υπάρχει εξάρτηση από την ύπαρξη ή μη βάσιμου λόγου¹⁵. Κρίθηκε, με αυτό τον τρόπο, ότι το ελληνικό δίκαιο της καταγγελίας παρέχει ήδη μια αυξημένη προστασία σε σχέση με τον Χάρτη ο οποίος επιβάλλει την καταβολή αποζημίωσης μόνο αν δε συντρέχει βάσιμος λόγος απόλυσης, ορίζοντας ότι: «το δικαίωμα των εργαζομένων, των οποίων η εργασιακή σχέση λύεται χωρίς βάσιμο λόγο, σε επαρκή αποζημίωση ή άλλη κατάλληλη επανόρθωση». Επομένως, οι ασφαλιστικές δικλείδες της αποζημίωσης και του δικαστικού ελέγχου αντίθεσης στην καλή πίστη βρίσκονται σε ευθυγράμμιση με το περιεχόμενο του Χάρτη και η διάταξη του άρθρου 48 του Ν.4611/2019 φαίνεται περιττή και ορθώς καταργηθείσα.

Ωστόσο, εκφράστηκαν αντίθετες απόψεις πάνω σε αυτό το ζήτημα, στηριζόμενες στη φύση της αποζημίωσης. Η αποζημίωση στο ελληνικό δίκαιο της καταγγελίας αποτελεί αντιστάθμισμα της απώλειας της θέσης εργασίας¹⁶ ή διαφορετικά αντιστάθμισμα για τη διάψευση της προσδοκίας για συνέχιση της σχέσης εξαρτημένης εργασίας. Η νομοθετική κατοχύρωσή της χαρακτηρίζεται, μάλιστα, ως η πρώτη σοβαρή προσπάθεια αναγνώρισης της θέσης εργασίας ως ένα έννομο αγαθό άξιο νομικής προστασίας¹⁷. Η προβλεπόμενη, όμως, από τον Χάρτη αποζημίωση οφείλεται σε περίπτωση που υπάρχει αντικειμενικά αδικαιολόγητη απόλυση. Καθώς στο ελληνικό δίκαιο δεν τίθεται ως προϋπόθεση η ύπαρξη βάσιμου λόγου, δεν υφίσταται και η αντίστοιχη αποζημίωση σε περίπτωση απουσίας του. Πρόκειται για δύο αυτοτελείς μεταξύ τους αποζημιώσεις που επιτελούν διαφορετικούς σκοπούς. Αν υιοθετήσουμε την παραπάνω ερμηνεία, τότε η ήδη παρεχόμενη από το ισχύον δίκαιο προστασία δεν ανταποκρίνεται πλήρως με τις επιταγές του Χάρτη.

Το άρθρο 48 κινείται στη σωστή κατεύθυνση ενισχύοντας την προστασία των εργαζομένων έναντι της απόλυσης. Ωστόσο, μια τόσο μεγάλη αλλαγή στο δίκαιο της καταγγελίας θα πρέπει να συνοδεύεται και από άλλες επιμέρους συνοδευτικές ρυθμίσεις, ώστε να είναι δυνατή η εφαρμογή της στην πράξη, για παράδειγμα ο νομοθέτης οφείλει να ρυθμίσει το χρονικό σημείο, από το οποίο ξεκι-

νά η προστασία.

Παρά την κατάργηση του βάσιμου λόγου απόλυσης, ο τελευταίος θα εξακολουθήσει να έχει σημαντικό ρόλο στον έλεγχο καταχρηστικότητας του ΑΚ281. Τα δικαστήρια της ουσίας στηρίζονται στο λεγόμενο «τεκμήριο κατάχρησης»¹⁸, το οποίο και συνάγεται αν αποδειχθεί η αναλήθεια του λόγου απόλυσης που πρόβαλε ο εργοδότης. Δηλαδή, αν ο εργοδότης δεν προβάλλει έναν βάσιμο και αληθή λόγο για να αντικρούσει τον ισχυρισμό του εργαζομένου περί καταχρηστικότητας, τότε τα δικαστήρια οδηγούνται στο συμπέρασμα ότι πρόκειται για μία καταχρηστική απόλυση. Επομένως, παρά την κατάργηση του άρθρου 48, δε θα πρέπει να οδηγηθούμε σε οπισθοδρόμηση της νομολογίας σε ό,τι αφορά τον έλεγχο της ύπαρξης του βάσιμου λόγου.

Επίλογος

Συμπερασματικά, το εργατικό δίκαιο αποτελεί ένα νομολογιακό κατά βάση δίκαιο, περιπτωσιολογικό, που απαιτεί ερμηνεία και εναρμόνιση με τις ευρωπαϊκές κατευθύνσεις. Σε κάθε περίπτωση, το κέντρο βάρους πρέπει να βρίσκεται στην προστασία του εργαζομένου λόγω της δομικού χαρακτήρα ανισότητας μεταξύ αυτού και του εργοδότη. Πρόνοια της κάθε κυβέρνησης θα πρέπει να είναι η εργασιακή ειρήνη, η αποφυγή εργοδοτικών αυθαιρεσιών και η λειτουργία της οικονομίας. Αυτοί οι στόχοι κάποιες φορές μπορεί να συγκρούονται μεταξύ τους και να αποβαίνουν εις βάρος του αδύναμου μέρους της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, δηλαδή του εργαζομένου. Μέλλει να αναμένουμε την εις βάθος χρόνου νομοθετική και νομολογιακή μεταβολή του εργατικού δικαίου με γνώμονα τον εκσυγχρονισμό του, την εναρμόνιση του με ευρωπαϊκές επιταγές και κυρίως την προστασία των εργαζομένων.

¹⁵ 1512/2018, Αρείου Πάγου, ΕΕργΔ 2019, 409

¹⁶ Δ. Ζερδελής, Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Έκδοση, σελ.648

¹⁷ Ι. Κουκιάδης, Εργατικό Δίκαιο, 8^η έκδοση, σελ.818

¹⁸ Δ. Ζερδελής, Εργατικό δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Έκδοση Στ, 2019, σελ. 731

Τα κυριότερα ζητήματα συνταγματικότητας του νόμου 4387/2016

Δανιήλ Νίκος
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Σε τι διαφέρει ο ν. 4387/2016 από προηγούμενες ασφαλιστικές μεταρρυθμίσεις

Ενόψει της οξυτάτης δημοσιονομικής κρίσης, η οποία κατατρώχει τη χώρα την τελευταία δεκαετία, το νομικό πλαίσιο της κοινωνικής ασφάλισης έχει υποστεί αλλεπάλληλες τροποποιήσεις με στόχο την εξασφάλιση της βιωσιμότητάς του. Η πιο συστηματική προσέγγιση του προβλήματος έγινε με τον ν. 4387/2016. Εκείνο που τον διαφοροποιεί από προηγούμενες ασφαλιστικές μεταρρυθμίσεις της μνημονιακής περιόδου είναι ότι συγχώνευσε όλους τους έως τότε υπάρχοντες φορείς κοινωνικής ασφάλισης (κύριας και επικουρικής) και έθεσε νέους ενιαίους κανόνες για όλους τους ασφαλισμένους, ανεξαρτήτως επαγγέλματος ή έτους υπαγωγής στην κοινωνική ασφάλιση, σε αντίθεση με την αποσπασματική προσέγγιση των οριζόντιων περικοπών με μόνο κριτήριο το ύψος της σύνταξης, η οποία κυριάρχησε σε προγενέστερα νομοθετήματα. Εύλογο είναι μιας τέτοιας έκτασης μεταρρύθμιση να εγείρει μια σειρά από νομικούς προβληματισμούς κυρίως ως προς την συνταγματικότητα των ρυθμίσεων. Επ' αυτών απάντησε το ΣτΕ με τις αποφάσεις: 1880, 1882, 1889-91/2019. Στο παρόν θα εξεταστούν επιμέρους θεματικές που δίχασαν την ολομέλεια.

Κρατούσα γνώμη στο ΣτΕ περί εισφορών ελευθέρων επαγγελματιών

Το δικαστήριο έκρινε αντισυνταγματικό το ύψος της εισφοράς για την υπαγωγή στην ασφάλιση του ΕΦΚΑ, ύψους 20% με το εξής σκεπτικό: Ενόψει της αρχής της ισότητας (Σ. αρ. 4 παρ. 1) επιβεβλημένη είναι η όμοια αντιμετώπιση όμοιων καταστάσεων και η ανόμοια των καταστάσεων που διαφέρουν. Οι μη-μισθωτοί (αυτοαπασχολούμενοι, ελεύθεροι

επαγγελματίες και αγρότες) τελούν υπό διαφορετικές συνθήκες απασχόλησης σε σχέση με τους μισθωτούς, δεδομένου ότι οι τελευταίοι δεν βαρύνονται με την πληρωμή ολόκληρου του ποσού που αντιστοιχεί στις ασφαλιστικές εισφορές που τους αναλογούν, αλλά επωμίζονται το 1/3 της δαπάνης, ήτοι 6,67% επί των αποδοχών τους από την εργασία, με τα άλλα 2/3, ήτοι 13,33% να βαρύνουν τον εργοδότη. Επομένως, οι μη-μισθωτοί καταβάλλουν το ίδιο ύψος εισφοράς ως ποσοστό επί του εισοδήματος τους (όμοια αντιμετώπιση) επωμίζονται όμως τριπλάσιο οικονομικό βάρος, μη έχοντας εργοδότη που να καταβάλει τμήμα της εισφοράς (ανόμοιες καταστάσεις). Δια ταύτα η ρύθμιση κατά την κρίση του δικαστηρίου προσέκρουε στην αρχή της ισότητας, παρά την αντίθετη εξαγγελθείσα πρόθεση του νομοθέτη. Άλλωστε, ισότητα υπό του πρίσμα του συνταγματικού μας πολιτισμού δεν είναι η όμοια, και ενίοτε εξισωτική αντιμετώπιση, όλων με τους ίδιους κανόνες, αλλά η διαφοροποίησή τους (των κανόνων) στο μέτρο που διαφέρουν οι αποδέκτες τους: ισότητα αποτελέσματος και όχι ευκαιριών. Παρόλα αυτά το ΣτΕ, αναλογιζόμενο το δημοσιονομικό κόστος που θα είχε η αναδρομική συμμόρφωση με την κρίση του, αποφάσισε την *ex nunc* εφαρμογή της.

Γνώμη μειοψηφίας στο ΣτΕ περί εισφορών ελευθέρων επαγγελματιών

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η άποψη της μειοψηφίας η οποία αντλεί επιχείρημα από παλαιότερη κρίση του ΑΕΔ¹, σύμφωνα με την οποία οι ασφαλιστικές εισφορές του εργοδότη αποτελούν τμήμα του μισθού, καθώς καταβάλλονται επ' αφορμής της εργασιακής σχέσης και υπολογίζονται επί των

¹ ΑΕΔ 3-5/2007

ασφαλιστέων αποδοχών των εργαζομένων. Συνεπώς, υπόχρεος για την καταβολή των εργοδοτικών εισφορών είναι μεν ο εργοδότης, βαρυνόμενος δε είναι επί της ουσίας ο ίδιος ο μισθωτός. Επομένως, δεν υφίστανται δυσμενής διάκριση οι μη-μισθωτοί.

Θεμελίωση γνώμης μειοψηφίας - θέση γράφοντος

Ορθότερη, φαίνεται η άποψη της μειοψηφίας. Υποθεθίσθω ότι ενόψει της αρχής της «ισότητας» οι μη-μισθωτοί καταβάλλουν ως ασφαλιστικές εισφορές το ποσοστό που αντιστοιχεί στις εισφορές του μισθωτού, ήτοι 6,67%, τότε η σύνταξη τους θα υπολογιστεί με τους ίδιους κανόνες που ισχύουν για τους μισθωτούς, έχοντας όμως καταβάλει μόλις το 1/3 των εισφορών που θα κατέβαλλε ο μισθωτός για την ίδια παροχή! Μια τέτοια κατάσταση αντίκειται όχι μόνο στην αρχή της ισότητας, αλλά και στην αρχή της ανταποδοτικότητας, η οποία οφείλει να διέπει το κοινωνικοασφαλιστικό σύστημα. Το επιχείρημα αυτό ενισχύει και η ειδικότερη γνώμη που εκφράστηκε στο δικαστήριο από 3 συμβούλους και 1 πάρεδρο,² ότι οι μη-μισθωτοί συνεισφέρουν στο ασφαλιστικό σύστημα όχι περισσότερο από 30% του συνόλου των εσόδων του ΕΦΚΑ, το κράτος όμως εγγυάται τις παροχές προς αυτούς από το σύνολο του ασφαλιστικού κεφαλαίου στο οποίο συνεισφέρουν και οι μισθωτοί και κατ'επέκταση οι εργοδότες τους.

Με ποιο μηχανισμό έγιναν οι περικοπές στις επικουρικές συντάξεις;

Ένα άλλο ζήτημα που παρουσιάζει νομικό ενδιαφέρον είναι οι περικοπές στις επικουρικές συντάξεις που επιβλήθηκαν με τον ν. 4378/2019. Είναι απαραίτητο να εκτεθεί πρώτα ο μηχανισμός των περικοπών πριν προβούμε στη νομική τους αξιολόγηση. Με τον ν. 4387/2016 συγχωνεύθηκαν όλα τα ταμεία επικουρικής ασφάλισης σε ένα, το ΕΤΕ-ΑΕΠ, και ενοποιήθηκαν οι κανόνες υπολογισμού των επικουρικών συντάξεων. Αυτό κατ'αρχήν αφορά τους νέους συνταξιούχους: όσοι κατέθεσαν αίτηση συνταξιοδότησης μετά την ψήφιση του ν. 4387/2016. Για τους ήδη συνταξιούχους προβλέφθηκε ο ίδιος μηχανισμός με εκείνον που εφαρμόστηκε στις κύριες συντάξεις: επανυπολογισμός τους με τους νέους κανόνες και διατήρηση του επιπλέον ποσού ως «προσωπική διαφορά». Η επι-

κουρική σύνταξη, δηλαδή, (όπως, άλλωστε, και η κύρια) τέμνεται σε δυο λογιστικά μεγέθη: αφενός την επανυπολογισθείσα σύνταξη και αφετέρου την επονομαζόμενη «προσωπική διαφορά», η οποία προκύπτει από την αφαίρεση της αρχικής σύνταξης και της επανυπολογισθείσας. Επί του πρακτέου, κατ'αρχήν καμία περικοπή δεν εφαρμόζεται και ο συνταξιούχος λαμβάνει το ίδιο ποσό σύνταξης που ελάμβανε και πριν την ασφαλιστική μεταρρύθμιση. Για την εξασφάλιση της βιωσιμότητας του νέου φορέα κοινωνικής ασφάλισης (ΕΤΕΑΕΠ) και προς εκπλήρωση των υποχρεώσεων της χώρα για περιστολή της δημόσιας δαπάνης για συντάξεις κατά 1% του ΑΕΠ³, ο νομοθέτης έκρινε ότι δεν μπορεί να εξακολουθήσει να καταβάλλεται η προσωπική διαφορά. Προκειμένου όμως να προστατέψει τους οικονομικά ασθενέστερους και να προαγάγει την αρχή της κοινωνικής αλληλεγγύης ενόψει του αναδιανεμητικού συστήματος κοινωνικής ασφάλισης που εφαρμόζεται στη χώρα μας, όπως επικαλείται στην αιτιολογική έκθεση του νόμου 4387/2016, εξαίρεσε από την περικοπή τους συνταξιούχους των οποίων το άθροισμα κύριας και επικουρικής υπολείπεται των 1300€. Όσων το υπερβαίνει, θα στερηθούν την προσωπική διαφορά, της οποίας, όμως, η περικοπή θα περιοριστεί κατά το μέτρο που αυτή περιορίζει το άθροισμα κύριας και επικουρικής κάτω από 1300€ ώστε ποτέ κανείς που λαμβάνει οριακά πάνω από 1300€ να μην λάβει (με την περικοπή της προσωπικής διαφοράς) ποσά μικρότερα των 1300€.

Γιατί το ΣτΕ έκρινε αντισυνταγματικές τις περικοπές στις επικουρικές συντάξεις;

Είναι εύλογο μια τέτοια ρύθμιση να εγείρει ζητήματα συνταγματικότητας. Κατά το δικαστήριο, δεδομένου ότι οι ασφαλιστικές εισφορές δεν συνιστούν φόρους, και σε αυτές ισχύει, σε αντίθεση με τους φόρους, η αρχή του ειδικού προορισμού, οι ασφαλιστικές εισφορές που καταβλήθηκαν από τους ασφαλισμένους κατά τη διάρκεια του εργασιακού τους βίου για την επικουρική ασφάλιση μπορούν περιοριστικώς να χρηματοδοτούν την επικουρική σύνταξη την οποία ο ασφαλισμένος έχει αξίωση από τον φορέα κοινωνικής ασφάλισης

² ΣτΕ 1880/2019

³ Memorandum of understanding, 19 August 2015 διαθέσιμο στο <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/financial-assistance-eurozone-members/greece-programme/>

να του καταβάλει. Στο δίκαιο της κοινωνικής ασφάλισης ισχύει η αρχή της ανταποδοτικότητας, ως έκφανση της αρχής της αναλογικότητας, η οποία επιβάλλει τουλάχιστον συνταξιούχοι με όμοιο ασφαλιστικό status να λαμβάνουν όμοιες παροχές, και αντίστοιχα, συνταξιούχοι με διαφορετικό ασφαλιστικό status να λαμβάνουν διαφορετικές παροχές με μέτρο διαφοροποίησης τους το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών που κατέβαλαν κατά τον ασφαλιστικό τους βίο, ήτοι, ενώπιον της αρχής της ανταποδοτικότητας δεν είναι ανεκτό συνταξιούχος που κατέβαλε περισσότερες εισφορές να λαμβάνει μικρότερη σύνταξη από έτερο που κατέβαλε λιγότερες. Τέλος η πλειοψηφούσα γνώμη έκρινε ως αυθαίρετο το όριο των 1300€, καθώς καμία αναλογιστική μελέτη στο φάκελο δεν συνηγορούσε υπέρ της θέσπισης του συγκεκριμένου ορίου.

Οι εύλογες αντιρρήσεις της μειοψηφίας στο ΣτΕ - θέση γράφοντος

Ο αντίλογος αναπτύσσει τον εξής συλλογισμό: η επικουρική ασφάλιση στην Ελλάδα, διαχρονικά, παρέχεται από το κράτος και είναι καθολική και υποχρεωτική, παρουσιάζει, δηλαδή, χαρακτηριστικά όμοια με αυτά της κύριας ασφάλισης, στην οποία βέβαια λειτουργεί συμπληρωματικά, και κατ'επέκταση εντάσσεται στον πρώτο πυλώνα συνταξιοδοτικής προστασίας. Ο ασφαλισμένος, ισχυρίζεται η μειοψηφία στο δικαστήριο, έχει ενιαία αξίωση έναντι στην πολιτεία να του καταβάλει συνολικά μια παροχή (ή παροχές), η οποία δεν θα αφίσταται σημαντικά από τις απολαβές του κατά τη διάρκεια του εργασιακού του βίου, και συνεπώς η τήρηση της συνταγματικής αξίωσης έναντι της πολιτείας πρέπει να κριθεί για το σύνολο των παροχών που καταβάλλονται στον συνταξιούχο, και όχι για κάθε επιμέρους παροχή, ανεξάρτητα αν για αυτή έχουν καταβληθεί ξεχωριστές εισφορές. Τέλος, ο καθορισμός του ορίου από το οποίο θα επιβληθούν οι μειώσεις ανήκει στην νομοθετική εξουσία, η οποία έχει τη διακριτική ευχέρεια, τηρουμένων πάντα των ορίων που θέτει η αρχή της αναλογικότητας, να ορίζει με τα δικά της κριτήρια το όριο από το οποίο αυτές θα επιβληθούν. Σε αυτό συνηγορεί και η γενικότερη παραδοχή ότι το ελληνικό ασφαλιστικό σύστημα, δεδομένου του διανεμητικού του χαρακτήρα, δεν διέπεται από την αρχή της ευθείας ανταποδοτικότητας⁴. Εξάλλου, όπως εκτέθηκε πα-

ραπάνω, θεσπίσθηκε δικλείδα ασφαλείας με την οποία αποτρέπεται οι συντάξεις που υπερβαίνουν το οριζόμενο στα 1300€ όριο να υπολείπονται αυτού (του ορίου) μετά την περικοπή. Έτσι κλονίζεται η ισχύς του επιχειρήματος της γνώμης της πλειοψηφίας του δικαστηρίου για πρόδηλη παραβίαση της αρχής της ανταποδοτικότητας.

Συμμορφώνεται η απόφαση του ΣτΕ σχετικά με τα ποσοστά αναπλήρωσης με την παλαιότερη ελληνική νομολογία;

Το δικαστήριο, όπως και τη γερμανική νομολογία⁵, τέλος, απασχόλησε η εύρεση της βέλτιστης νομικής ισορροπίας μεταξύ των αρχών δικαίου που χρήζουν εφαρμογής κατά τη θέσπιση από το νομοθέτη των ποσοστών αναπλήρωσης. Ως ποσοστό αναπλήρωσης εννοείται ο λόγος της σύνταξης προς τον μέσον όρο των αποδοχών ενός εργαζομένου κατά τη διάρκεια του εργασιακού του βίου. Το ΣτΕ έκρινε αντισυνταγματικά τα ποσοστά αναπλήρωσης που θέσπισε ο 4387/2016 αντλώντας επιχειρήματα από την αρχή της ισότητας και αναλογικότητας. Δοθέντος ότι σκοπός του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης είναι όχι μόνο η κοινωνική αναδιανομή και η διαγενεακή δικαιοσύνη, αλλά και η εξασφάλιση στο συνταξιούχο ενός ικανοποιητικού επιπέδου διαβίωσης εγγύς εκείνου που απέλαυε κατά τον εργασιακό του βίο, είναι ανεπίτρεπτη η θέση σε ισχύ μέτρων που θα καταστήσουν το βιοτικό του επίπεδο να αφίσταται ουσιαστικά και προδήλως από εκείνο που η κοινωνική του θέση κατά τον εργασιακό του βίο του είχε παράσχει. Έτσι το δικαστήριο απομακρυνόμενο από την πάγια έως τώρα νομολογία του, η οποία απέφευγε οποιαδήποτε νύξη για τη δέσμευση του νομοθέτη στην αρχή της ανταποδοτικότητας, αλλά αντιθέτως, τόνιζε ότι η ύπαρξη αναλογίας μεταξύ ασφαλιστικών εισφορών και παροχών δεν αποτελεί συνταγματικώς κατοχυρωμένο κανόνα⁶, καινοτομεί και επικαλούμενο την αρχή της (αναλογικής) ισότητας καλεί το νομοθέτη να αυξήσει τα ποσοστά αναπλήρωσης για τους συνταξιούχους που έχουν καταβάλει τα μέγιστα στους φορείς κοινωνικής ασφάλισης.

Πως διαμορφώνεται η νέα νομολογία του ΣτΕ;

Θα μπορούσαμε να συνοψίσουμε την καινο-

⁴ ΣτΕ 2287-8/2015

⁵ -1 BvL 1/09-, -1 BvL 3/09-, -1 BvL 4/09-
⁶ ΣτΕ 58/1999, ΣτΕ 158/2009

τόμα αυτή νομολογία στο εξής: υποχρέωση του νομοθέτη κατά τον καθορισμό των ποσοστών αναπλήρωσης δεν είναι απλώς η αξιοπρεπής διαβίωσης των συνταξιούχων (η οποία άλλωστε είναι αυτονόητη, ισχυούσης της θεμελιωδέστερης αρχής της ανθρώπινης αξιοπρέπειας), ούτε απλώς η μεταξύ των συνταξιούχων αναλογικότητα των παροχών επί τη βάση των καταβληθεισών εισφορών, αλλά και η διασφάλιση ενός οικονομικού status συναφούς (να μην αποκλίνει υπέρμετρα) με αυτό που απέλευαν οι ασφαλισμένοι κατά τα χρόνια της εργασίας του, με όριο πάντα αφενός τις αντοχές του ασφαλιστικού συστήματος, ώστε να διασφαλιστεί η βιωσιμότητα του και να επιτευχθεί η ορθή δημοσιονομική διαχείριση αφετέρου την διαγενεακή αλληλεγγύη. Ενόψει δε της τελευταίας, ο νομοθέτης είναι ελεύθερος να αναδιαμορφώνει και της υφιστάμενες παροχές (δηλαδή αυτές των ήδη συνταξιούχων), και όχι μόνο τις μελλοντικές (δηλαδή όσων θα συνταξιοδοτηθούν μετά την θέση σε ισχύ των αλλαγών), η δε αναδιαμόρφωση των παροχών μπορεί να λάβει και τη μορφή νέου ασφαλιστικού

συστήματος, αρκεί η κατάθεση του προς ψήφιση να συνοδεύεται από αναλογιστική μελέτη.

Μπορεί ο δικαστικός έλεγχος των νόμων να είναι τόσο ενδελεχής και περιοριστικός για το νομοθέτη;

Οι αιτιάσεις στην απόφαση αυτή ερείδονται στην αρχή της διάκρισης των λειτουργιών (Σ. άρθρο 26), αλλά, και στη δημοκρατική αρχή (Σ. άρθρο 1). Όπως, εύστοχα, επισημαίνει ο Σύμβουλος Κ.Κουσουλής, ο νομοθέτης έχει ευρύτατα περιθώρια να καθορίσει τα ποσοστά αναπλήρωσης και πως το δικαστήριο είναι αρμόδιο να ακυρώσει μόνο τις προδήλως ακατάλληλες παραμέτρους, ειδικά, θα παρακωλύετο ασφυκτικά η νομοθετική εξουσία κατά την άσκηση του έργου της. Άλλωστε η απαίτηση από το νομοθέτη να τηρεί μια σχολαστική τεκμηρίωση των επιλογών θα τον οδηγούσε να προβαίνει συνεχώς σε πολιτικές με εξαρχής μετρήσιμα αποτελέσματα, πράγμα αδύνατο κάτω από τις ταχέως και αενάως μεταβαλλόμενες κοινωνικοοικονομικές συνθήκες.

Η πρακτική της εκμετάλλευσης, μια επιπρόσθετη σανίδα προστασίας του εργαζομένου

Νίκος Σαλπιστής
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Οι εργασιακές σχέσεις αποτελούν μια ιδιαίτερη κατηγορία για τη νομική επιστήμη για ποικίλους λόγους. Είναι γεγονός ότι παρουσιάζουν σημαντικές διαφορές σε σύγκριση με άλλες ενοχικές σχέσεις, καθώς οι όροι εργασίας διαμορφώνονται από ένα μεγάλο εύρος ρυθμιστικών παραγόντων. Εκτός λοιπόν από τους κλασσικούς καταλύτες διαμόρφωσης των εργασιακών όρων όπως η ατομική σύμβαση εργασίας, η συλλογική σύμβαση, ο κανονισμός εργασίας κτλ, εξίσου σημαντικό ρόλο στη διαμόρφωση των όρων αυτών διαδραματίζει η «πρακτική της εκμετάλλευσης» ή επιχειρησιακή συνήθεια όπως αλλιώς αποκαλείται και στην πράξη. Η πρακτική της εκμετάλλευσης εμφανίστηκε στο χώρο του εργατικού δικαίου εξαιτίας των ανεπιφύλακτων οικειοθελών παροχών που χορηγούντο από τους εργοδότες για ένα μεγάλο σχετικά χρονικό διάστημα, παροχών δηλαδή που προσέφεραν εξ' απλής ελευθεριότητας, δίχως καμία συμβατική ή νομοθετική υποχρέωση (π.χ. «πριμ παραγωγικότητας» επιπρόσθετα με τις συμβατικά οφειλόμενες μισθολογικές παροχές). Από τη στιγμή λοιπόν που θα γεννηθεί η επιχειρησιακή συνήθεια, παρόλο που στην αρχή αποτελούσε μια οικειοθελής παροχή του «γενναιόδωρου εργοδότη που θέλησε να προσφέρει κίνητρα ή να ανταμείψει τους εργαζομένους του, μετά την πάροδο ενός χρονικού διαστήματος, θα αποτελέσει άλλη μια υποχρέωση του, η οποία και δημιουργείται λόγω της καλόπιστης προσαρμογής των εργαζομένων του. Επομένως ο εργοδότης δεν έχει το δικαίωμα ανατροπής της κατάστασης που ο ίδιος δημιούργησε με την πρακτική της εκμετάλλευσης. Σε περίπτωση που φερθεί κακόπιστα απέναντι στο εργατικό του δυναμικό θα φέρει και τις ανάλογες συνέπειες που θα αναλυθούν εκτενώς παρακάτω. Παράλληλα κακόπιστη συμπεριφορά

του εργοδότη στο πλαίσιο της πρακτικής της εκμετάλλευσης συνιστά και η αδικαιολόγητη εξαίρεση ενός εργαζομένου από τη χορήγηση της παροχής, ο οποίος τη δικαιούται και ανήκει στην ίδια κατηγορία με άλλους συναδέλφους του που δέχονται την παροχή. Σε μια τέτοια περίπτωση, είμαστε αντιμέτωποι με μια κατάφωρη παραβίαση της «αρχής της ίσης μεταχείρισης» (141 ΕΚΧ, 288 ΑΚ) βάσει της οποίας ο αδικώς αποκλεισθείς εργαζόμενος δύναται να αξιώσει και την παροχή.

Προϋποθέσεις

Θα ήταν βέβαια μια υπέρμετρη δέσμευση και συγχρόνως παράλογο να θεωρήσουμε πως κάθε οικειοθελής παροχή που χορηγεί ο εργοδότης, δημιουργεί επιχειρησιακή συνήθεια. Η συμπεριφορά λοιπόν του εργοδότη ως πυρήνας της πρακτικής οφείλει - προκειμένου να θεμελιωθεί η πρακτική της εκμετάλλευσης- να επαναλαμβάνεται σταθερά και ομοιόμορφα για ένα ικανό χρονικό διάστημα στο χώρο της εκμετάλλευσης.

Μακροχρόνια: Όπως αναφέρθηκε και παραπάνω η συμπεριφορά του εργοδότη πρέπει να έχει τηρηθεί για ένα ικανό χρονικό διάστημα. Το ερώτημα που προκύπτει είναι το ποιο είναι το χρονικό διάστημα που πρέπει να συμπληρωθεί και πως καθορίζεται αυτό. Κατατοπιστική στην προσπάθεια καθορισμού του χρονικού διαστήματος αποτέλεσε η θέση της Γερμανικής Νομολογίας¹. Κατά τη Γερμανική Νομολογία λοιπόν, για τις οικειοθελείς παροχές που χορηγούνται μια φορά ανά έτος αρκεί η επί τρία συνεχή έτη χορήγηση αυτών, προκειμένου να θεμελιώσουν μια δεσμευτική για τον εργοδότη πρακτική. Η βοηθητική αυτή θέση της νομολογίας

¹ 18.3.2009 BAG, 281/08 10 AZR

βέβαια δεν μπορεί να αποτελέσει ένα απόλυτο κριτήριο και να εφαρμοστεί σε κάθε περίπτωση εξέτασης του χρονικού διαστήματος της πρακτικής. Επιβάλλεται μια “in concreto” κρίση κάθε φορά η οποία και θα οδηγεί σε διαφορετικό συμπέρασμα ανάλογα με τη φύση της παροχής που καταβάλλεται, τη συχνότητα της και κυρίως ανάλογα με το αν δημιούργησε ο εργοδότης και μια εύλογη πεποίθηση επανάληψης της, στο εγγύς μέλλον.

Γενική και απρόσωπη: Πρέπει η συμπεριφορά του εργοδότη να είναι γενική και απρόσωπη. Η παροχή δηλαδή να χορηγείται ενιαία και ομοιόμορφα για όλους τους εργαζομένους και όχι να επιλαμβάνεται μιας εξατομικευμένης περίπτωσης.

Σταθερή και ομοιόμορφη: Η σταθερότητα της συμπεριφοράς του εργοδότη έγκειται στην εύλογη πεποίθηση που δημιουργεί στους εργαζομένους του, ότι θα συνεχίσει να τους προσφέρει οικειοθελώς την παροχή.

Ανεπιφύλακτη: Τέλος, ακόμη και αν οι παραπάνω προϋποθέσεις συντρέχουν, ο εργοδότης δε δεσμεύεται απέναντι στους εργαζομένους του και ως εκ τούτου δε δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια, αν έχει προβεί σε επιφύλαξη, ρητή ή και σιωπηρή. Κρίσιμο είναι η επιφύλαξη να είναι και σαφής, να αποκλείει δηλαδή ο εργοδότης στο περιεχόμενο της, τη βούληση του να δεσμευθεί στο μέλλον και να γίνει κατά τη χορήγηση της παροχής ή και μεταγενέστερα εφόσον δεν έχει δημιουργηθεί ακόμη πρακτική. Βέβαια σε κάθε νέα χορήγηση της παροχής του ο εργοδότης οφείλει να προβαίνει σε μια νέα επιφύλαξη, επομένως δεν υπάρχει μια απόλυτη επιφύλαξη που λειτουργεί de facto σε κάθε νέα χορήγηση παροχής. Αξίζει να σημειωθεί η απόκλιση που προέβλεψε η Νομολογία του Αρείου Πάγου² (και όχι μόνο), κατά την οποία δεν υποχρεώνει τον εργοδότη σε επιφύλαξη με τη χορήγηση κάθε νέας παροχής, εφόσον αυτή έχει ενσωματωθεί στον κανονισμό εργασίας ή στο έγγραφο της ατομικής σύμβασης που υπέγραψε ο εργαζόμενος.

Νομοθετικό Καθεστώς

Έχοντας εξετάσει ενδελεχώς ποιές προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν, πρέπει να δούμε και ποιός είναι ο νομικός λόγος που καθιστά την πρα-

κτική δεσμευτική. Η αλήθεια είναι ότι προκειμένου να θεμελιωθεί νομοθετικά η πρακτική της εκμετάλλευσης εκφράστηκαν διάφορες απόψεις, με την κάθε άποψη να παρουσιάζει μια διαφορετική πτυχή για τη νομική φύση της επιχειρησιακής συνήθειας. Εν τέλει επικράτησε η συμβατική θεωρία που παρουσιάζει την πρακτική ως αποτέλεσμα μιας σιωπηρής συμφωνίας, πρόσφορο θα ήταν όμως να παραθέσουμε και τις υπόλοιπες θεωρίες, τις οποίες, αφού αποκλείσουμε λογικά και αβίαστα θα οδηγήσουμε στην επικρατούσα.

Κανονιστική θεωρία³: Η θεωρία αυτή αντιμετωπίζει την πρακτική ως εθιμικό δίκαιο, δηλαδή ως ένα έθιμο που δημιουργήθηκε στην επιχείρηση. Είναι αλήθεια εξάλλου ότι οι προαναφερθείσες συνθήκες δημιουργίας της πρακτικής (μακροχρόνια και ομοιόμορφη άσκηση) αποτελούν -εκ πρώτης όψεως- επαρκή στοιχεία για να αποδεχούμε τη θεωρία του εθίμου της εκμετάλλευσης. Μια τέτοια αποδοχή βέβαια, θα συνιστούσε μια εσφαλμένη και βιαστική εκτίμηση των δεδομένων, κάτι που δεν αρμόζει σε καμία περίπτωση στη νομική επιστήμη και την ερμηνεία της. Για τη δημιουργία εθίμου απαιτείται ως γνωστόν, η ύπαρξη πεποίθησης δικαίου (opinio juris) η πεποίθηση δηλαδή των μερών ότι εφαρμόζουν κανόνα δικαίου κάτι που στην πρακτική της εκμετάλλευσης αναντίλεκτα δε βρίσκει εφαρμογή. Επιπλέον πρέπει να παρέλθει ένα μεγάλο χρονικό διάστημα, σημαντικά μεγαλύτερο από αυτό στην επιχειρησιακή συνήθεια. Τέλος το έθιμο πρέπει να αφορά ένα ευρύ κύκλο προσώπων κάτι που σίγουρα δε δύναται να καλύψει ούτε η μεγαλύτερη εν Ελλάδι επιχείρηση. Το δίκαιο μας ως επί το πλείστον θετό, έχει θεσπίσει σκοπίμως αυστηρές προϋποθέσεις για την ύπαρξη εθίμου, επομένως απαιτείται μια ορθολογική και αυστηρή ερμηνεία πριν χαρακτηρίσεις κάτι ως τέτοιο. Θα ήταν ασύμβατο επομένως τόσο με το Ελληνικό Εθιμικό δίκαιο όσο και με το Ελληνικό δίκαιο γενικότερα, να αποδεχόμασταν την εθιμική προέλευση της πρακτικής της εκμετάλλευσης.

Θεωρία της Εμπιστοσύνης⁴: Η θεωρία της εμπιστοσύνης με τη γνωστή στη λατινική ρήση “venire contra factum proprium” αμφισβητεί τη συμβατική

³ Ζερδελής Δ. Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, Σάκκουλα 2017, σ.112

⁴ Ζερδελής Δ. Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, Σάκκουλα 2017, σ.115

² 1170/1975 ΑΠ, Εφ Αθ. 493/2004

θεωρία και μάλιστα είναι αλήθεια ότι τα τελευταία χρόνια αυξάνονται όλο και περισσότερο οι υποστηρικτές της. Η θεωρία αυτή θεμελιώνει την πρακτική της εκμετάλλευσης στο νόμο (συγκεκριμένα στο 281,288 ΑΚ) και όχι σε μια «υποτιθέμενη (κατά τους υποστηρικτές της) συμφωνία. Οφείλουμε να παραδεχτούμε ότι η μακροχρόνια, ανεπιφύλακτη και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη, γεννά μια εύλογη εμπιστοσύνη από την πλευρά των εργαζομένων του. Σε αυτήν ακριβώς την εμπιστοσύνη στηρίζονται οι υποστηρικτές της θεωρίας αυτής. Θεωρούν ότι ο λόγος δεσμευτικότητας της πρακτικής της εκμετάλλευσης έγκειται στο να προστατευτεί με σθένος η εύλογη εμπιστοσύνη που έχει δημιουργήσει ο εργοδότης. Μια αντίθετη συμπεριφορά από πλευράς του θα διέψευδε την εμπιστοσύνη των εργαζομένων με αποτέλεσμα να προσκρούει ευθέως στην καλή πίστη (281 ΑΚ). Επρόκειτο για μια θεωρία γενικότερα βάσιμη η οποία μάλιστα ομοιάζει ιδιαίτερα και με μια άλλη κατασκευή του ιδιωτικού δικαίου: την αποδυνάμωση δικαιώματος.

Συμβατική θεωρία⁵: Τέλος, η επικρατούσα συμβατική θεωρία που υιοθετούν ξεκάθαρα τα Ελληνικά Δικαστήρια, βασίζεται σε μια τελείως διαφορετική βάση. Όπως εύκολα συμπεραίνει κανείς και από το όνομα της εν λόγω θεωρίας, έχει δικαιιοπρακτικό έρεισμα. Πιο συγκεκριμένα η με τη συμβατική θεωρία κατασκευάζεται μια δικαιιοπραξία μεταξύ εργοδότη-εργαζομένων η οποία και αποτελεί το νομικό λόγο της δέσμευσης. Καθώς όμως ο εργοδότης δεν εκφράζει ρητά τη βούληση του για τη σύναψη της δικαιιοπραξίας, οι οπαδοί και υπέρμαχοι της βασίζουν το συμβατικό χαρακτήρα της πρακτικής της εκμετάλλευσης, σε μια σιωπηρή δήλωση βούλησης του εργοδότη και σε μια -σαφώς- σιωπηρή αποδοχή από πλευράς των εργαζομένων. Επομένως ενσωματώνεται η πρακτική στο περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης καθιστώντας την αξίωση από πλευράς των εργαζομένων, συμβατική. Το ενδιαφέρον και ωφέλιμο βέβαια για τον εργαζόμενο είναι ότι κατά τη θεωρία αυτή μπορεί να αξιώσει μια παροχή που επί της ουσίας ίσως και να μην έχει λάβει ποτέ, μια αξίωση που μπορεί να υπάρξει εφόσον βεβαιώς ο εργαζόμενος πληροί τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Έτσι ο εργαζόμενος σε περίπτωση παράβασης του εργοδότη να καταβάλλει την

παροχή που προκύπτει από την επιχειρησιακή συνήθεια, προσφεύγει κανονικά στο 648 ΑΚ ότι ισχύει δηλαδή για κάθε συμβατικό όρο, προβλεπόμενο στο περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης.

Κριτική θεωριών

Έχοντας εξετάσει ενδελεχώς τις τρεις θεωρίες, δέον είναι να κάνουμε μια κριτική που θα καταδείξει κυρίως τον λόγο που επικρατούσα θεωρία είναι η συμβατική. Αρχικά η κανονιστική θεωρία, αν και με αυστηρότητα, θα προβύ στον παράτολμο χαρακτηρισμό της ως «άστοχη», για τους λόγους που αναλύσαμε ενδελεχώς παραπάνω. Επομένως απομένουν η θεωρία της εμπιστοσύνης και η συμβατική, δυο θεωρίες εξίσου ορθές, σχετικά όμοιες μεταξύ τους που παράγουν κατά βάση τα ίδια αποτελέσματα. Η κριτική μας όμως έγκειται στη λανθασμένη κρίση των οπαδών της θεωρίας της εμπιστοσύνης, περί μη αποδοχής του δικαιιοπρακτικού χαρακτήρα της συμβατικής θεωρίας. Λανθασμένη είναι για έναν πολύ απλό λόγο. Δε μας απασχολεί αν ο εργοδότης ήθελε να δεσμευτεί δικαιιοπρακτικά κατά τη χορήγηση της παροχής. Μπορεί ο ίδιος μάλιστα να χορηγούσε την παροχή καλόβουλα χωρίς όμως πρόθεση νομικής δέσμευσης. Στην προκειμένη περίπτωση θα δεσμευτεί και θα «πληρώσει» ουσιαστικά την αμέλεια που επέδειξε. Διότι ο εργοδότης οφείλει να έχει μια αυτεπίγνωση των πράξεων του και της εύλογης εμπιστοσύνης που γεννάται από την πλευρά των εργαζομένων του. Αν είχε καταβάλλει την απαιτούμενη επιμέλεια θα γνώριζε ότι οι πρακτικές του οδηγούν σε έναν μονόδρομο δέσμευσης και θα μπορούσε να τις αποφύγει. Επομένως η συμβατική θεωρία προκειμένου να κατασκευάσει τη δικαιιοπραξία βασίζεται στην εμπιστοσύνη που γεννιέται στους εργαζομένους, αδιαφορώντας πλήρως για τη βούληση του εργοδότη σχετικά με τη σιωπηρή του δήλωση. Μέσα από αυτό το σκεπτικό διαφαίνεται και η ουσία της πρόνοιας για μια δεσμευτική πρακτική της εκμετάλλευσης, με σκοπό, πάντοτε, προστασία των εργαζομένων και η διαφύλαξη της εμπιστοσύνης τους.

Επιδέχεται μεταβολής ή κατάργησης⁶;

Προτού προσπαθήσουμε να δώσουμε μια απάντηση στην εν λόγω ερώτηση δέον είναι να

⁵ Ζερδελής Δ. Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, Σάκκουλα 2017, σ.113

⁶ Ζερδελής Δ. Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου, Σάκκουλα 2017, σ.119

υπενθυμίσουμε και να τονίσουμε την υπέρτατη νομική αρχή “Pacta sunt servanda”, Ελληνιστί «τα συμφωνημένα πρέπει να τηρούνται». Ο λόγος που τονίζουμε την αρχή αυτή συναντάται στη συμβατική φύση της πρακτικής της εκμετάλλευσης και στο συμφωνημένο σιωπηρά όρο. Επομένως σε περίπτωση που ο εργοδότης προβεί σε μια μονομερή μεταβολή ή κατάργηση δίνονται στον εργαζόμενο διαζευκτικά οι εξής δυνατότητες : α) Να αποδεχθεί τη μεταβολή και να συνεχιστεί η εργασιακή του σχέση διαμορφωμένη β) Να εμμένει στην τήρηση του σιωπηρού αυτού συμβατικού όρου προσφέροντας κανονικά τις υπηρεσίες του όπως πριν μεταβληθεί ο όρος, καθιστώντας τον εργοδότη υπερήμερο δανειστή (656 ΑΚ) γ) Σε σύμβαση *αορίστου χρόνου* να ερμηνεύσει τη μονομερή βλαπτική μεταβολή ως καταγγελία και να αποχωρήσει αξιώνοντας την αποζημίωση απόλυσης και δ) Σε σύμβαση *ορισμένου χρόνου* να θεωρήσει τη μεταβολή ως σπουδαίο λόγο για λύση της σύμβασης και να την καταγγείλει κατά το 673 ΑΚ ο ίδιος. Βέβαια, είναι γεγονός ότι ο εργοδότης μπορεί να πετύχει κατάργηση της πρακτικής, αλλά κάτι τέτοιο θα χρειαστεί να γίνει σταδιακά. Πιο συγκεκριμένα ο εργοδότης μπορεί να ξεκινήσει να δηλώνει στους νεοεισελθόντες στην επιχείρηση εργαζομένους ότι θα πάψει να εφαρμόζει την πρακτική αυτή. Επιπρόσθετα, η συμβατική ελευθερία του ιδιωτικού δικαίου παρέχει και αυτή τη δυνατότητα κατάργησης ή τροποποίησης με σύναψη αντίθετων συμφωνιών. Ενδιαφέρον όμως παρουσιάζει η σιωπηρή συμφωνία για αυτό και σκόπιμο θεωρώ να αναλυθεί λίγο παραπάνω. Η σιωπηρή συμφωνία μπορεί να είναι αποτέλεσμα μιας αντίθετης πρακτικής του εργοδότη. Για την ακρίβεια για τη δημιουργία της περιγραφόμενης « αρνητικής πρακτικής» απαιτείται να πληρούνται οι αντίστοιχες της πρακτικής της εκμετάλλευσης προϋποθέσεις και επιπλέον οι εργαζόμενοι να αποδέχονται τη νέα πρακτική «χωρίς αντίρρηση». Στην επιπρόσθετη αυτή προϋπόθεση κρύβονται και οι μεγαλύτερες ενστάσεις μου. Ο εργοδότης κατέχει μια *de facto* ισχυρότερη θέση από τους εργαζομένους του κάτι που τους καθιστά το αδύναμο μέρος στις μεταξύ τους σχέσεις. Επομένως εύλογα κατανοούμε ότι ο εργαζόμενος σε εποχές σαν και αυτές που ευδοκιμεί η εργασιακή αβεβαιότητα, φοβούμενος πάντοτε για το μέλλον του και για μια ενδεχόμενη απόλυση του, δύσκολα μπορεί να φέρει αντιρρήσεις στον εργοδότη του γενικότερα αλλά και στην περίπτωση μιας αρ-

νητικής πρακτικής. Εξαιτίας αυτού πρέπει η κρίση να γίνεται πάντοτε *in concreto* και βάσει της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, ώστε να συνάγεται δικαιολογημένα ότι ο εργαζόμενος θα συναινούσε στη μεταβολή αυτή.

Πρακτική της εκμετάλλευσης και ίση μεταχείριση

Μια τελευταία ενότητα που επέλεξα να εξετάσουμε σχετικά με την πρακτική της εκμετάλλευσης προκειμένου να αποδοθεί μια πλήρης εικόνα, είναι η σχέση της με την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Ξεκινώντας, έγινε μια συνοπτική αναφορά η οποία τώρα θα αναπτυχθεί περαιτέρω. Η πρακτική της εκμετάλλευσης συναντάται στις οικειοθελείς παροχές όπως επανειλημμένα τονίστηκε. Όταν λοιπόν χορηγεί ο εργοδότης κάποιες μη προβλεπόμενες από το νόμο ή τη σύμβαση παροχές με τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις να συντρέχουν γεννάται η επιχειρησιακή συνήθεια. Στις οικειοθελείς αυτές παροχές όμως χωρεί και η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Το αποτέλεσμα λοιπόν είναι η διπλή δέσμευση του εργοδότη τόσο από την επιχειρησιακή συνήθεια όσο και από την ίση μεταχείριση. Ο εργοδότης όχι μόνο οφείλει να χορηγεί τις παροχές αλλά οφείλει να τις παρέχει και σε όλους τους εργαζομένους του που βρίσκονται σε ουσιαστικά όμοια κατάσταση. Εξαιρέση εργαζομένου από την παροχή δε δικαιολογείται εκτός αν συντρέχει κάποιος ειδικός και σοβαρός αντικειμενικός λόγος διαφοροποίησης. Η ταυτόχρονη εφαρμογή των δύο αποτελεί αναμφίβολα μια σοβαρή ενίσχυση της εκ των πραγμάτων ασθενέστερης θέσης του εργαζομένου, του παρέχει μια ευρύτερη προστασία και προασπίζει τα συμφέροντα του. Νομοθετικό έρεισμα της αρχής αποτελεί το 22, παρ.1 εδ'β Συντάγματος, το 288 ΑΚ καθώς και το 4,1 Συντάγματος στο οποίο καθιερώνεται εξάλλου η γενική αρχή της ισότητας.

Επίλογος

Η επιχειρησιακή συνήθεια δεν προβλέπεται από το νόμο. Η επιχειρησιακή συνήθεια αποτέλεσε μια μεταγενέστερη κατασκευή με αποκλειστικό στόχο την προστασία του εργαζομένου. Οι οικειοθελείς παροχές αποτελούν ένα πολύ κρίσιμο κεφάλαιο για το εργατικό δίκαιο. Επρόκειτο για παροχές ανταμοιβής του εργαζομένου και συγχρόνως κινητοποίησης του για μια ακόμη μεγαλύτερη προσπάθεια στο μέλλον. Για το λόγο αυτόν, ο εργαζόμενος

δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να πέσει θύμα εκμετάλλευσης και αποπλάνησης από τον εργοδότη του. Θα ήταν οξύμωρο και ασύδοτο να χορηγεί ο εργοδότης οικειοθελείς παροχές προκειμένου να δώσει κίνητρα για να πετύχει μεγαλύτερες αποδόσεις και μόλις κάτι τέτοιο συμβεί απότομα και «βίαια» να τις σταματά. Κάτι τέτοιο θα ήταν αντίθετο με κάθε καλή πίστη αλλά και με το εργατικό δίκαιο γενικότερα. Ο εργαζόμενος θα έχανε κάθε πίστη απέναντι στον εργοδότη αλλά και στο ίδιο το δίκαιο. Κάτι τέτοιο θα ήταν καταστροφικό αναμ-

φίβολα, γιατί ακόμη και να υποστεί τις χειρότερες αδικίες από τον ισχυρό εργοδότη ο εργαζόμενος πρέπει να έχει το νομοθέτη και το δίκαιο γενικότερα υποστηρικτή του, προστατεύοντας τον και αποκαθιστώντας την διασαλευμένη συμπεριφορά του εργοδότη. Αυτό προσπαθεί να πετύχει η πρακτική της εκμετάλλευσης και για αυτό η σημασία της είναι θεμελιώδης, γιατί στο τέλος ο τι και να συμβεί ο εργαζόμενος πρέπει να προστατεύεται και να μη χάνει ποτέ του, την πίστη του απέναντι στο δίκαιο...



Λειτουργία καταστημάτων κατά τις Κυριακές σύμφωνα με την υπ' αριθμόν 18/2019 απόφαση του ΣτΕ¹

Αμπατζίδου Ελευθερία & Κακάτσου Βασιλίνα
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Πρόλογος

Ο ν.4177/2013, ο οποίος περιέχει κανόνες ρύθμισης της αγοράς προϊόντων και της παροχής υπηρεσιών, αναφέρεται στο αρθ.16 στην λειτουργία των καταστημάτων κατά τις Κυριακές. Συγκεκριμένα, στην παρ. 1Α του αρθ.16, όπως αυτή προστέθηκε με το αρθ.49 παρ.1 του ν.4472/2017, προβλέπεται η προαιρετική λειτουργία σε συγκεκριμένες περιοχές εμπορικών καταστημάτων κατά τις Κυριακές από τον Μάιο έως τον Οκτώβριο, με εξαίρεση την δεύτερη Κυριακή του Αυγούστου, καθώς επίσης και η χορήγηση εξουσιοδότησης στον Υπουργό Οικονομίας και Ανάπτυξης να ορίσει με απόφασή του τα όρια των προβλεπόμενων περιοχών. Βάσει της εξουσιοδοτικής αυτής διάταξης εκδόθηκε τον Ιούλιο του 2017 η υπ' αριθμόν 75812/2017 υπουργική απόφαση που καθόριζε τα όρια των σχετικών περιοχών.

Κατά της ανωτέρω υπουργικής απόφασης στράφηκαν διάφορα σωματεία, εταιρίες και κάτοικοι των περιοχών αυτών (συγκεκριμένα 29 σε αριθμό) ασκώντας στις 19 Ιουλίου 2017, αίτηση ακύρωσης επί του ΣτΕ με αίτημα την ακύρωση αυτής και κάθε άλλης σχετικής πράξης ή παράλειψης της Διοίκησης. Οι λόγοι ακύρωσης που προέβαλαν αφορούσαν κατ' αρχήν την υπουργική απόφαση, αλλά περαιτέρω αμφισβητούσαν και το κύρος της εξουσιοδοτικής διάταξης.

Το Δ' Τμήμα του ΣτΕ συνεδρίασε δημόσια στις 27 Φεβρουαρίου 2018 για να εξετάσει την αίτηση ακύρωσης κατά της κανονιστικής πράξης, υπέρ του κύρους της οποίας (της κανονιστικής πράξης) παρενέβησαν η Επιτροπή Ανταγωνισμού και τρία σωματεία. Το δικαστήριο αρχικά εξέτασε το παραδεκτό της αίτησης, όπου κατήγγησε την δίκη για δύο από τους αιτούντες λόγω παραίτησής τους και έκρινε απαράδεκτη την αίτηση για ορισμένους άλ-

λους λόγω έλλειψης νομιμοποίησης, ενώ στην συνέχεια προχώρησε στην εξέταση του βασίμου της.

Εξέταση από το δικαστήριο των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης

Καταρχάς, το δικαστήριο προέβη σε έλεγχο συνταγματικότητας της παρ. 1Α του αρθ.16 του ν.4177/2013, που αποτέλεσε το νομοθετικό έρεισμα της υπουργικής απόφασης. Ειδικότερα, γίνεται αναφορά σε ορισμένα άρθρα του Συντάγματος εκ των οποίων άλλα θεσπίζουν γενικές αρχές, όπως τα άρθρα 2 και 4 Σ σχετικά με την προστασία της αξίας του ανθρώπου και της ισότητας, και άλλα κατοχυρώνουν ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, όπως τα άρθρα 5, 21 και 22 Σ που θεμελιώνουν το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, στην οικογένεια και στην εργασία, αντίστοιχα. Περαιτέρω αναφέρεται και το αρθ. 106 Σ που προβλέπει ότι για την επίτευξη της κοινωνικής ειρήνης και την προστασία του κοινωνικού συμφέροντος το κράτος λαμβάνει μέτρα για την εξασφάλιση της οικονομικής ανάπτυξης όλων των τομέων της εθνικής οικονομίας. Βάσει συνδυαστικής ερμηνείας των παραπάνω συνταγματικών διατάξεων και βάσει της υπ' αριθμόν 100/2017 απόφασης της Ολομέλειας του ΣτΕ, αναγνωρίζεται σαφώς το δικαίωμα του ελεύθερου χρόνου για όλους τους εργαζομένους και απασχολούμενους (εξαρτημένους ή μη), δικαίωμα που προάγει την ομαλή ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους, συμβάλλει στην σωματική και ψυχική τους υγεία και παράλληλα τους δίνει τη δυνατότητα να οργανώνουν την οικογενειακή και κοινωνική τους ζωή. Για την πραγμάτωση, λοιπόν, του δικαιώματος αυτού καθιερώθηκε με τον νόμο ΓΥΝΕ (3455/1909) η γενική αργία της Κυριακής, ημέρα που επιπροσθέτως συνδέεται και με την χριστιανική θρησκεία.

Ωστόσο, ο ίδιος αυτός νόμος αλλά και μεταγενέστεροι προέβλεψαν εξαιρέσεις με τις οποίες επιτρέπεται η λειτουργία των καταστημάτων κατά τις Κυριακές, εξαιρέσεις οι οποίες όμως, πρέπει να μην ανατρέπουν τον κανόνα και να υπηρετούν το δημόσιο συμφέρον με την έννοια της εξυπηρέτησης των βασικών αναγκών των πολιτών. Συγκεκριμένα, ως προς τον τουρισμό, οι εξαιρέσεις για την λειτουργία κατά τις Κυριακές πρέπει να αφορούν σαφώς προσδιορισμένες περιοχές άμεσα συνδεδεμένες με τον τουριστικό κλάδο, να προσδιορίζονται με χρονική ακρίβεια και η επιτρεπόμενη εργασία να είναι πράγματι πρόσφορη για την εξυπηρέτηση της τουριστικής ανάπτυξης.

Επιπλέον, η αιτιολογική έκθεση του αρθ.49 του ν.4472/2017, με το οποίο προστέθηκε η παρ. 1Α στο αρ.16 του ν. 4177/2013, αναφέρει ότι η προαιρετική λειτουργία των καταστημάτων των καθορισμένων περιοχών τις Κυριακές κατά την περίοδο από τον Μάιο έως τον Οκτώβριο είναι απόρροια της αυξημένης εμπορικής και τουριστικής τους δραστηριότητας, στοχεύει στην ενίσχυση του ανταγωνισμού και συμβάλλει στην μεγέθυνση της τουριστικής δαπάνης, ενώ πιθανολογείται ότι θα έχει θετικές επιδράσεις στις τιμές των αγαθών και στην απασχόληση. Αυτή την προϋπόθεση της υψηλής τουριστικής κίνησης και κατανάλωσης την λαμβάνει υπόψη η εκδοθείσα βάσει της εξουσιοδοτικής αυτής διάταξης υπουργική απόφαση, όπως γίνεται φανερό και από την παράθεση στο προοίμιο της συγκεκριμένων αποδεικτικών στοιχείων, που αφορούν τον αυξημένο αριθμό αφίξεων τουριστών στις περιοχές που επιλέχθηκαν και την συμβολή αυτών στην αύξηση του Ακαθάριστου Εγχώριου Προϊόντος.

Συνεπώς, βάσει όλων των παραπάνω, το δικαστήριο κατέληξε ότι η ρύθμιση της παρ. 1Α του αρθ.16 του ν.4177/2013, όπως συγκεκριμενοποιείται και στην προσβαλλόμενη υπουργική απόφαση, δεν αντίκειται σε καμία διάταξη του Συντάγματος, όπως προέβλεπαν οι αιτούντες, καθώς η ρύθμιση συμβάλλει στην αύξηση της τουριστικής κίνησης και κατ'επέκταση στην τόνωση της εθνικής οικονομίας, που αποτελούν εμφανείς σκοπούς δημοσίου συμφέροντος.

Επιπλέον, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αντίκειται στο αρθ. 43 παρ.2 Σ η εξουσιοδότηση που δίνεται στον Υπουργό Οικονομίας και Ανάπτυξης για τον περαιτέρω προσδιορισμό των περιοχών βάσει της παρ. 1Α του αρθ.16 του ν. 4177/2013. Και αυτό, διότι η εξουσιοδότηση είναι ειδική και ορισμένη,

αφού αφορά την ρύθμιση ειδικότερων θεμάτων όπως είναι οι περιοχές που ορίζει ο νόμος και άρα νομίμως ανατίθεται σε άλλο όργανο και όχι στον Πρόεδρο της Δημοκρατίας. Συνάμα, το δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό των αιτούντων ότι για την κρίση περί συνταγματικότητας της διάταξης πρέπει να ληφθεί υπ' όψιν το ενδεχόμενο χρήσης από τους Αντιπεριφερειάρχες της εξουσιοδότησης της παρ. 2 του αρθ. 16 του ίδιου νόμου και έτσι να επεκταθεί η προαιρετική λειτουργία των καταστημάτων τις Κυριακές και το διάστημα από τον Νοέμβριο έως τον Απρίλιο. Η αιτιολογία του ήταν ότι ο ισχυρισμός αυτός αποτελεί αντικείμενο άλλης δίκης, καθώς αν ελεγχόταν σε αυτή τη δίκη θα καθιστούσε αφηρημένο τον έλεγχο συνταγματικότητας.

Εν συνεχεία, κρίθηκε ότι δεν τίθεται ζήτημα μετατροπής της εξαιρετικής ρύθμισης της παρ. 1Α του αρθ.16 σε κανόνα, διότι δεν είναι καθολική αλλά εφαρμόζεται σε συγκεκριμένα τοπικά και χρονικά όρια. Παράλληλα, διαπιστώθηκε ότι η εν λόγω ρύθμιση δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, καθώς εισάγει ένα αναγκαίο και ικανό μέτρο, αφού τέθηκε σε ισχύ, όπως προαναφέρθηκε, για περιοχές που παρουσιάζουν αυξημένη τουριστική κίνηση. Μάλιστα, η αναγκαιότητα του μέτρου δεν αίρεται, όπως προέβλεπαν οι αιτούντες, λόγω του γεγονότος ότι το ωράριο λειτουργίας των καταστημάτων έχει απελευθερωθεί από το 2005 και για τις έξι εργάσιμες μέρες και έχει δοθεί η δυνατότητα να λειτουργούν από τις 5π.μ έως τις 9μ.μ.

Τέλος, η χρήση διαφορετικών όρων ως κριτηρίων προσδιορισμού των περιοχών στο προοίμιο την υπουργικής απόφασης σε σχέση με τους όρους που χρησιμοποιεί η εξουσιοδοτική διάταξη ('υψηλότερη τουριστική κίνηση' και 'τουριστική κατανάλωση' αντί 'εμπορικής δραστηριότητας') δεν την καθιστά μη νόμιμη. Η δε μεθοδολογία που ακολουθήθηκε στην απόφαση κρίθηκε επίσης νόμιμη.

Ύστερα από την εξέταση των προβαλλόμενων από τους αιτούντες λόγων ακύρωσης και με την προαναφερθείσα επιχειρηματολογία, το δικαστήριο τελικώς απέρριψε την αίτηση ακύρωσης.

Η γνώμη της μειοψηφίας

Ωστόσο, η ανωτέρω απόφαση δεν λήφθηκε ομόφωνα, αλλά υπήρξε και μειοψηφούσα γνώμη δύο Συμβούλων προς την οποία συντάχθηκε και ένας εκ των Παρέδρων. Συγκεκριμένα, οι παραπάνω υποστήριξαν ότι οι δικαιολογητικοί λόγοι (η επαύξηση του κέρδους των επιχειρήσεων και η

προώθηση του ανταγωνισμού αυτών στις καθορισμένες περιοχές) της εξαιρετικής ρύθμισης της παρ. 1Α του αρθ.16 του ν.4177/2013 δεν συνιστούν θεμιτούς σκοπούς, καθώς δεν επιβάλλονται από λόγο δημοσίου συμφέροντος, αλλά απλώς δικαιολογούνται από αυτόν. Ένα ακόμη επιχείρημα που προέβλεπε ήταν ότι η διάταξη αυτή συνδυασμένη με την παρ.1 του αρθ.16 του ίδιου νόμου μετατρέπει την εξαίρεση της λειτουργίας των καταστημάτων κατά τις Κυριακές σε κανόνα, αφού κατά την εφαρμογή και των δύο διατάξεων το σύνολο των Κυριακών που τα καταστήματα θα παραμένουν ανοιχτά ανά έτος είναι μεγαλύτερο από τον αριθμό των Κυριακών που θα είναι κλειστά. Τελευταίο επιχείρημά τους αποτελεί η άποψη ότι η ρύθμιση αυτή από τη στιγμή που είναι εξαιρετική, πρέπει να φέρει τη δέουσα τεκμηρίωση ως προς την αναγκαιότητα του περιεχομένου της, γεγονός που κατά την κρίση της μειοψηφίας δεν συντρέχει στη προκειμένη περίπτωση. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα την παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και έτσι η μειοψηφία θεώρησε ότι η αίτηση ακύρωσης έπρεπε να γίνει δεκτή.

Η κοινωνική πραγματικότητα πάνω στο ζήτημα

Η διεύρυνση λοιπόν, του ωραρίου λειτουργίας των εμπορικών καταστημάτων που προέβλεπε η υπ' αριθμόν 75812/2017 υπουργική απόφαση και την οποία έκρινε συνταγματική το ΣτΕ, είναι απότοκο των πιέσεων του Διεθνούς Νομισματικού Ταμείου κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεών του με την ελληνική κυβέρνηση. Αυτή την ελευθέρωση της λειτουργίας των καταστημάτων κατά τις Κυριακές δέχτηκαν με ικανοποίηση ορισμένοι κύκλοι της αγοράς, εκφράζοντας ταυτόχρονα και την επιθυμία για έναν μελλοντικό, πιο ορθολογικό επανακαθορισμό των περιοχών που εντάσσονται σε αυτή την ρύθμιση.¹

Μερικούς μήνες μετά τη δημοσίευση της υπ' αριθμόν 18/2019 απόφασης του ΣτΕ και συγκεκριμένα τον Αύγουστο του 2019, ο Υπουργός Ανάπτυξης και Επενδύσεων, με δηλώσεις του, βεβαίωσε

ότι η ελευθέρωση του ωραρίου των καταστημάτων κατά τις Κυριακές είχε ρυθμιστεί ήδη επαρκώς και ότι η περαιτέρω διεύρυνσή του δεν υπήρχε στο προσκήνιο.² Ωστόσο, λίγο πριν από τα Χριστούγεννα του 2019, δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ της 13.12.2019 (στο φύλλο 4555) νέα απόφασή του για το συγκεκριμένο ζήτημα. Ειδικότερα, η απόφαση αυτή επιτρέπει στα εμπορικά καταστήματα των εμπορικών εκπαιδευτικών χωριών McArthur Glen και του Smart Park, που δεν συμπεριλαμβάνονταν στην αρχική ρύθμιση, να λειτουργούν και αυτά κατά τις Κυριακές της περιόδου Μαΐου- Οκτωβρίου. Η απόφασή του αυτή ξεσήκωσε νέα θύελλα αντιδράσεων από μικρομεσαίους επιχειρηματίες, καθώς θεώρησαν ότι με αυτόν τον τρόπο γίνεται ένα ακόμη βήμα προς την πλήρη απελευθέρωση της λειτουργίας των καταστημάτων κατά τις Κυριακές. Μάλιστα, κατά αυτής της απόφασης είχαν πρόθεση να κινηθούν διάφορες εμπορικές συννομοσπονδίες με σκοπό την ανατροπή της, την οποία πίστευαν ότι θα επιτύχουν λόγω προηγούμενης απόφασης του ΣτΕ, με την οποία απέρριπτε την προσφυγή της εταιρίας McArthur Glen για την ένταξή της στη ρύθμιση σχετικά με τη λειτουργία των καταστημάτων τις Κυριακές.³

Επίλογος

Συμπερασματικά, η λειτουργία των καταστημάτων κατά τις Κυριακές είναι ένα επίμαχο ζήτημα το οποίο διαφαίνεται ότι θα μας απασχολήσει εξίσου και στο μέλλον. Βέβαια, σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να τηρούνται οι συνταγματικές επιταγές και το μέτρο που επιτάσσει η αρχή της αναλογικότητας, έτσι ώστε η εκάστοτε ισχύουσα ρύθμισή του να ικανοποιεί τόσο τα εργατικά συμφέροντα όσο και τις ανάγκες του κοινωνικού συνόλου.

¹ Ιωάννα Μάνδρου, Δήμητρα Μανιφάβα, τίτλος άρθρου: «Ναι» από ΣτΕ στη λειτουργία καταστημάτων τις Κυριακές Διαθέσιμο στο: <https://www.kathimerini.gr/1003732/article/oikonomia/ellhnikh-oikonomia/nai-apo-ste-sth-leitoyrgia-katasthmatwn-tis-kyriakes>

² Τίτλος άρθρου: Γεωργιάδης: Δεν υπάρχει συζήτηση για ανοιχτά καταστήματα όλες τις Κυριακές Διαθέσιμο στο: <https://www.protothema.gr/economy/article/919225/georgiadis-den-uparhei-suzitisi-gia-anoihta-katastimata-oles-tis-kyriakes/>

³ Τίτλος άρθρου: Πόλεμος για τις Κυριακές- Αναταραχή για τα ανοιχτά καταστήματα Διαθέσιμο στο: <https://www.tanea.gr/2020/01/24/economy/economy-greece/polemos-gia-tis-kyriakes-anataraxi-gia-ta-anoihta-katastimata/>

Αντικαπνιστικός Νόμος, ενόψει της τροποποίησης του με βάση τις διατάξεις του ν. 4633/2019

Μπαβέλη Αλεξάνδρα & Ναλμπανίδου Διονυσία
5^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Γενικό πλαίσιο

Παρά το γεγονός ότι το κάπνισμα αποτελεί ένα ζήτημα που βρίσκεται εδώ και πολύ καιρό στην αιχμή της επικαιρότητας, μόλις τα τελευταία χρόνια έχουν εδραιωθεί οι αντιλήψεις της παγκόσμιας επιστημονικής κοινότητας, σύμφωνα με τις οποίες η κατανάλωση καπνού, καθώς και η έκθεση σε αυτόν, μόνο βλαβερές συνέπειες μπορούν να προκαλέσουν τόσο στους ενεργητικούς όσο και στους παθητικούς καπνιστές. Συγκεκριμένα, όπως επισημαίνεται και σε διεθνή κείμενα¹, το κάπνισμα είναι συχνά υπαίτιο για πληθώρα θανάτων, αναπηριών και ασθενειών, ενώ αντίστοιχα και οι ουσίες που περιέχει ο καπνός είναι με τέτοιο τρόπο επεξεργασμένες, ώστε να δημιουργούν εξάρτηση, η οποία μάλιστα έχει χαρακτηριστεί ως διαταραχή, καταλαμβάνοντας μία θέση στις διεθνείς ταξινομήσεις νόσων. Το γεγονός αυτό οδήγησε τη διεθνή κοινότητα ως σύνολο, καθώς και τις επιμέρους χώρες να λάβουν μέτρα κατά του καπνίσματος τόσο με τη μορφή νομοθεσίας όσο και με τη μορφή ενημερωτικών εκστρατειών.

Η πολιτική του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας

Η παραπάνω διαπίστωση των καταστροφικών συνεπειών του καπνίσματος τόσο στο άτομο όσο και στο περιβάλλον οδήγησε, το 1998, στην υλοποίηση της δράσης «Πρωτοβουλία Χωρίς Καπνό»². Η δράση αυτή ώθησε τη διεθνή κοινότητα στην επικύρωση της «Σύμβασης - Πλαισίου για τον έλεγχο

του καπνού»³. Στη Συνθήκη αυτή, η οποία θεσπίστηκε υπό την αιγίδα του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας (Π.Ο.Υ.) και τέθηκε σε ισχύ το 2005, συμμετέχουν σήμερα 181 κράτη-μέλη⁴, ενώ για την υλοποίηση της Συνθήκης και την εφαρμογή της από τα κράτη-μέλη, εισήχθη μία σειρά μέτρων, γνωστών ως «MPOWER»⁵.

Η πολιτική της Ελλάδας

Ιστορικά

Η πρώτη προσπάθεια απαγόρευσης του καπνίσματος σημειώθηκε το 1856 με σχετικό βασιλικό διάταγμα. Το διάταγμα αυτό, το οποίο εκδόθηκε από τη βασίλισσα Αμαλία εξ ονόματος του βασιλιά Όθωνα, προέβλεπε την απαγόρευση του καπνίσματος σε όλες τις δημόσιες υπηρεσίες. Αξίζει, βέβαια, να διευκρινιστεί πως στόχος της διάταξης αυτής δεν ήταν η προστασία της δημόσιας υγείας, αλλά η

³ «Framework Convention on Tobacco Control» (FCTC)

⁴ Αραμπατζή Σοφία, σε διπλωματική εργασία «Η εφαρμογή του αντικαπνιστικού νόμου στο χώρο του νοσοκομείου και η στάση των επαγγελματιών υγείας απέναντι στο κάπνισμα», ακαδημαϊκό έτος 2018-2019, σ. 39-40, διαθέσιμο στο <https://apothesis.eap.gr/handle/repo/43009>

⁵ Συγκεκριμένα, το «MPOWER» αναλύεται ως εξής: «Monitor»: παρακολούθηση της χρήσης καπνού και παρεμβάσεις πρόληψης, «Protect»: προστασία των πολιτών από το παθητικό κάπνισμα, «Offer»: προσφορά βοήθειας για διακοπή του καπνίσματος, «Warn»: προειδοποίηση όλων για τους κινδύνους του καπνού, «Enforce»: επιβολή απαγορεύσεων στη διαφήμιση και προώθηση του καπνού και «Raise»: αύξηση των φόρων και των τιμών στα προϊόντα καπνού.

¹ Προοίμιο Σύμβασης Πλαισίου για τον έλεγχο του καπνού, που υιοθετήθηκε από την 56^η Παγκόσμια Συνέλευση Υγείας του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας στις 21 Μαΐου 2003

² «Tobacco Free Initiative» (TFI)

προστασία από τον κίνδυνο πυρκαγιών⁶. Η πρώτη ρύθμιση σχετικά με τα προϊόντα καπνού, η οποία αποσκοπούσε αποκλειστικά στην προστασία της δημόσιας υγείας, θεσπίστηκε με το ν.3420/2005, με τον οποίο κυρώθηκε η προαναφερθείσα Σύμβαση Πλαίσιο για τον έλεγχο του καπνού. Σε εκτέλεση της κυρωθείσας διεθνούς συμβάσεως και συγκεκριμένα με βάση το αρ. 2 του ν. 3420/2005⁷, εκδόθηκε ο ν. 3730/2008.

N.3730/2008: «Μερική» απαγόρευση

Ο νόμος 3730/2008 εισήγαγε με τη διάταξη του άρθρου 3 μία σημαντική καινοτομία για τα ελληνικά νομικά δεδομένα, καθώς περιλάμβανε συγκεκριμένες ρυθμίσεις σχετικά με την απαγόρευση του καπνίσματος. Καθιέρωνε, καταρχάς, την απαγόρευση του καπνίσματος σε όλους τους κλειστούς ή στεγασμένους δημόσιους ή ιδιωτικούς χώρους (περ. α', παρ.1). Το κάπνισμα, με βάση τη διάταξη αυτή, επιτρεπόταν μόνο σε χώρους που θα προβλέπονταν ειδικά για καπνιστές, καθώς και σε χώρους όπου λάμβανε χώρα η παρασκευή προϊόντων καπνού.

Βαρύνουσας, επίσης, σημασίας ήταν η απαγόρευση του καπνίσματος στα καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος⁸, στα μικτά καταστήματα και τα κέντρα διασκέδασης, εξαιρουμένων των εξωτερικών τους χώρων (περ. β', παρ.1). Πρόκειται για μία διάταξη που έμεινε σχεδόν ανεφάρμοστη λόγω των δύο εξαιρέσεων που προβλέπονταν στις δύο επόμενες παραγράφους του άρθρου 3. Η πρώτη εξαίρεση αφορούσε την δυνατότητα των καταστηματαρχών για δημιουργία χώρων καπνίζοντων που διαχωρίζονται από τον υπόλοιπο χώρο (παρ.2). Η δεύτερη εξαίρεση αφορούσε αποκλειστικά καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος συγκεκριμένου εμβαδού (έως 70 τ.μ.) και στοιχειθετείτο

στην ευχέρεια του ιδιοκτήτη τους να τα προσδιορίσει ως καταστήματα αποκλειστικά για καπνίζοντες ή μη καπνίζοντες (παρ. 3).

Πέρα από αυτές τις δύο καίριες περιπτώσεις, το κάπνισμα απαγορεύθηκε σε όλους τους κλειστούς χώρους αναμονής, στα αεροδρόμια, στους σταθμούς μεταφορικών μέσων, στα κυλικεία και σε όλα τα μέσα μαζικής μεταφοράς συμπεριλαμβανομένων και των ταξί(περ. γ'-ζ' παρ. 1). Επίσης, με το άρθρο 2, απαγόρευση καπνίσματος θεσπίστηκε σε κλειστούς χώρους διεξαγωγής αθλοπαιδιών, ομαδικών αθλημάτων και αθλητικών εκδηλώσεων (περ. στ' παρ. 1).

Πλήρης / Απόλυτη απαγόρευση

Μετά την έναρξη ισχύος του παραπάνω νόμου, ενόψει σχετικής σύστασης της Ευρωπαϊκής Ένωσης και στατιστικών δεδομένων, τα οποία αναδείκνυαν τη χώρα μας ως πρώτη χώρα στην κατάναλωση προϊόντων καπνού, κρίθηκε αναγκαία η λήψη δραστικότερων μέτρων για την προστασία της Δημόσιας Υγείας⁹. Ο Έλληνας νομοθέτης προέβη στην κατάργηση των εξαιρέσεων που προβλέπονταν στις προαναφερθείσες παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 3 του ν. 3730/2008 (δυνατότητα δημιουργίας χώρων καπνίζοντων, ειδική πρόβλεψη για καταστήματα εμβαδού έως 70 τ.μ.)¹⁰. Η κατάργηση αυτή θεσπίστηκε με τον ν. 3868/2010¹¹ και κατοχύρωσε την πλήρη/απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος. Με τον νόμο αυτό δόθηκε, ακόμη, ο ορισμός του εσωτερικού χώρου, εντός του οποίου απαγορεύεται το κάπνισμα. Πέρα από τον εν στενή έννοια εσωτερικό χώρο, ως εσωτερικός χώρος θεωρείται και το αίθριο, ο χώρος με συρόμενη ή αποσπώμενη οροφή, όπως και κάθε χώρος με σκέπαστρο και ταυτόχρονα κλεισμένος με οποιοδήποτε τρόπο περιμετρικά.

Εξαιρέσεις του ν. 3986/2011

Την ως άνω απόλυτη απαγόρευση γρήγορα ήρθε να άρει ο ν. 3986/2011, ο οποίος ενόψει της οι-

⁶ Αραμπατζή Σοφία, ό.π. σ.43

⁷ Άρθρο 2 ν. 3420/2005: «Για την καλύτερη προστασία της ανθρώπινης υγείας τα Συμβαλλόμενα Μέρη ενθαρρύνονται να εφαρμόσουν μέτρα πέραν αυτών που απαιτούνται με την παρούσα Σύμβαση και τα Πρωτόκολλα της, και καμία διάταξη των κειμένων αυτών δεν εμποδίζει τα Συμβαλλόμενα Μέρη να επιβάλλουν αυστηρότερες απαιτήσεις, οι οποίες είναι συμβατές με τις διατάξεις τους και σύμφωνες με το διεθνές δίκαιο.»

⁸ «...ιδίως σε καταστήματα παρασκευής και προσφοράς φαγητών, ποτών, γλυκισμάτων, κάθε είδους παρασκευασμάτων γάλακτος»

⁹ Αιτιολογική Έκθεση ν. 3868/2010

¹⁰ Αξίζει να αναφερθεί πως με την παρ. 6 του άρθρου 17 του ν. 3868/2010 καταργήθηκε και η εξαίρεση της περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 3730/2008, με την οποία παρέχονταν δυνατότητα δημιουργίας χώρων ειδικά για καπνιστές σε κλειστούς και στεγασμένους χώρους, ιδιωτικούς και δημόσιους.

Άρθρο32 παρ. 6 ν. 3868/2010

κονομικής κρίσης περιείχε ένα σύνολο επειγόντων και επιτακτικών μέτρων για την εφαρμογή πλαισίου δημοσιονομικής στρατηγικής. Με τον νόμο αυτό, συγκεκριμένα με τη διάταξη του άρθρου 45, με την οποία προστέθηκε νέα παράγραφος στο άρθρο 3 του ν. 3730/2008, θεσπίστηκε εξαίρεση από την απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος σε συγκεκριμένους κλειστούς και στεγασμένους χώρους υγειονομικού χαρακτήρα. Ειδικότερα, ο νόμος παρείχε στα καζίνο και στα κέντρα διασκέδασης με εμβαδόν άνω των 300 τ.μ. με ζωντανή μουσική τη δυνατότητα διαμόρφωσης, εντός των κλειστών και στεγασμένων χώρων τους, χώρους καπνιζόντων έως το 1/2 του συνολικού εμβαδού του καταστήματος. Προϋπόθεση για την ενεργοποίηση της συγκεκριμένης δυνατότητας, που προέβλεπε η διάταξη, αποτελούσε η καταβολή οικονομικού ανταλλάγματος (τέλους)¹². Ο νόμος περιείχε ειδικότερη εξουσιοδότηση στους Υπουργούς Οικονομικών και Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης να ρυθμίζουν τα επιμέρους μέτρα για την εφαρμογή της παραπάνω διάταξης.

Νομολογία ΣτΕ

Πρόσφατα, το ΣτΕ, με την απόφαση 551/2019, έκρινε ανίσχυρη τη διάταξη του άρθρου 45 του ν.3986/2011, η οποία τροποποίησε το άρθρο 3 του ν. 3730/2008, ως αντιβαίνουσα στην κυρωθείσα με το ν. 3420/2005 διεθνή σύμβαση για τον έλεγχο του καπνού. Ειδικότερα, με την αίτηση ακύρωσης, στην εν λόγω υπόθεση, προσβαλλόταν η Κοινή Υπουργική Απόφαση (ΚΥΑ)¹³ περί καθορισμού όρων και προϋποθέσεων για τη λειτουργία χώρων καπνιζόντων εντός των καζίνο και των κέντρων διασκέδασης με μουσική άνω των 300 τ.μ. Το ΣτΕ έκανε δεκτή την αίτηση ακύρωσης, επικαλούμενο τη Σύμβαση Πλαίσιο, η οποία κυρώθηκε, με βάση την προβλεπόμενη στο άρθρο 28 παρ. 1 Συντ. διαδικασία, με το ν.3420/2005, με αποτέλεσμα να αποκτήσει αυξημένη τυπική ισχύ έναντι αντίθετων διατάξεων εσωτερικού δικαίου. Σύμφωνα με τις διατάξεις της

Σύμβασης¹⁴, ο κοινός νομοθέτης δύναται να λάβει τα αναγκαία μέτρα για την προαγωγή του σκοπού της διεθνούς συμβάσεως, χωρίς όμως να δεσμεύεται στην επιλογή των μέτρων. Έγκειται στη διακριτική του ευχέρεια να επιλέξει μεταξύ περισσότερων πρόσφορων μέτρων, στα οποία περιλαμβάνονται τόσο η απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος όσο και άλλα ηπιότερα μέτρα, λιγότερο περιοριστικά της ελευθερίας των καπνιστών. Προϋπόθεση είναι, βέβαια, τα ηπιότερα αυτά μέτρα να είναι συμβατά με τη Σύμβαση Πλαίσιο και να εξυπηρετούν το σκοπό της¹⁵. Με το άρθρο 45 του ν. 3986/2011 και την προβλεπόμενη σε αυτό εξαίρεση, ο νομοθέτης εισήγαγε ένα ηπιότερο μέτρο σε σχέση με την προϊσχύουσα απόλυτη απαγόρευση. Ωστόσο, επρόκειτο για μέτρο αναποτελεσματικό, καθώς δεν εξυπηρετούσε το σκοπό της διεθνούς συμβάσεως. Και αυτό γιατί όσο μεγαλύτερο εμβαδόν των καζίνο και των κέντρων διασκέδασης καταλαμβάνεται από τους χώρους καπνιζόντων, τόσο περισσότερο επωφελείται ο κρατικός προϋπολογισμός λόγω της προβλεπόμενης καταβολής ετήσιου τέλους, αλλά τόσο λιγότερο προάγεται ο σκοπός μείωσης κατανάλωσης καπνού και έκθεσης σε αυτόν¹⁶. Για τους λόγους αυτούς, κρίθηκε ανίσχυρη η εξαίρεση αυτή από την απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος, καθώς δεν θεσπίστηκε επί τη βάση κριτηρίων της διεθνούς συμβάσεως, αλλά για δημοσιονομικούς λόγους και ως εκ τούτου έγινε δεκτή η αίτηση ακύρωσης κατά της ΚΥΑ.

Νέες αντικαπνιστικές ρυθμίσεις

Πρόσφατα δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ο ν. 4633/2019, ο οποίος μεταξύ άλλων περιέχει και νέες ρυθμίσεις σχετικά με την αντικαπνιστική νομοθεσία. Συγκεκριμένα, σε συμμόρφωση προς την παραπάνω κρίση του ΣτΕ, το οποίο έκρινε ανίσχυρη τη διάταξη του άρθρου 45 του ν. 3986/2011, καταργήθηκε η παράγραφος 2 του άρθρου 3 του ν. 3730/2008, η οποία προστέθηκε με το ως άνω άρθρο 45 και προέβλεπε εξαίρεση από την απόλυτη απαγόρευση του (περιπτώ-

¹² ΣτΕ 551/2019, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

¹³ Υπ' αριθ. Υ1/Γ.Π/οικ.93828/18-8-2011 κοινή υπουργική απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, όπως ισχύει μετά την τροποποίηση της με την υπ' αριθ. Υ1/Γ.Π.οικ.134274/23-11-2011

¹⁴ Άρθρο 2 ν. 3420/2005, με τον οποίο κυρώθηκε η Σύμβαση-Πλαίσιο

¹⁵ Σκέψη 8^η, ΣτΕ 551/2019, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

¹⁶ Σκέψη 10^η, ΣτΕ 551/2019, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

σεις των καζίνο και των κέντρων διασκέδασης με εμβადόν άνω των 300 τ.μ. με ζωντανή μουσική). Η παραπάνω κατάργηση επήλθε με το άρθρο 16 του ν.4633/2019.

Ο ν. 4633/2019 επέφερε δύο ακόμα αξιοσημείωτες αλλαγές. Η πρώτη αφορά την απαγόρευση του καπνίσματος εντός των αυτοκινήτων ιδιωτικής και δημόσιας χρήσης σε περιπτώσεις που επιβαίνουν ανήλικοι κάτω των 12 ετών. Το άρθρο 16 εισήγαγε, κατά αυτόν τον τρόπο, μία ακόμα περίπτωση (περ. η΄) στις υποπεριπτώσεις της παραγράφου 1 του άρθρου 3 του ν. 3730/2008. Η δεύτερη αλλαγή αφορά την επέκταση της απαγόρευσης του καπνίσματος στο σύνολο των υπαίθριων χώρων¹⁷, στους οποίους κατά κύριο λόγο δραστηριοποιούνται και συγκεντρώνονται ανήλικοι. Συγκεκριμένα, με σκοπό την προστασία των ανηλίκων από το κάπνισμα και από την έκθεση σε αυτόν, το άρθρο 17 του ν. 4633/2019 τροποποίησε την περίπτωση στ΄ της παραγράφου 1 του ν. 3730/2008 ως εξής: «Από τη δημοσίευση του παρόντος απαγορεύεται... στ) Η κατανάλωση προϊόντων καπνού σε κλειστούς και υπαίθριους χώρους διεξαγωγής αθλοπαιδιών, ψυχαγωγίας και συγκέντρωσης ανηλίκων...».

Συνταγματική θεμελίωση απόλυτης απαγόρευσης του καπνίσματος

Οι αντικαπνιστικές ρυθμίσεις, από τα πρώτα χρόνια έναρξης της ισχύος τους, και πολύ περισσότερο ο πρόσφατος ν. 4633/2019, που επανέφερε την απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος, έχουν πληθώρα υποστηρικτών, αλλά και επικριτών. Παρά την διάδοση των επιβλαβών για την υγεία συνεπειών του καπνίσματος, ένα υψηλό ποσοστό των αποδεκτών του νόμου εναντιώνεται στις εν λόγω ρυθμίσεις, αμφισβητώντας την συνταγματικότητα τους και επικαλούμενο την παραβίαση ατομικών του δικαιωμάτων (δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, επαγγελματική ελευθερία). Αξίζει, λοιπόν, να ερευνηθεί αν όντως υφίσταται με την αντικαπνιστική νομοθεσία περιορισμός συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων και σε περίπτωση που πράγματι στοιχειοθετείται τέτοιος περιορισμός, αν θα μπορούσε να θεωρηθεί θεμι-

τός εξυπηρετώντας αποχρώντες λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως η προστασία της δημόσιας υγείας και του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης (άρθρο 21 παρ.3 και άρθρο 22 παρ. 5 Συντ. αντίστοιχα).

Δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη προσωπικότητας

Μεγάλη μερίδα όσων αντίκεινται στην αντικαπνιστική νομοθεσία -κατά κύριο λόγο καπνιστές- θεωρεί πως η απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος περιορίζει το συνταγματικά κατοχυρωμένο ατομικό δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας του άρθρου 5 παρ. 1 Συντ. Σύμφωνα, με το τελευταίο, ο άνθρωπος είναι ελεύθερος να επιλέξει τον τρόπο, με τον οποίο θα διάγει τη ζωή του, και είναι υπεύθυνος για τις επιλογές του, γεγονός που σίγουρα εν μέρει αναχαιτίζεται με την επιβολή της απαγόρευσης του καπνίσματος. Όπως υποστηρίζεται¹⁸, τα άρθρα 2 παρ. 1 και 5 παρ. 1 Συντ. «επιβάλλουν στην Πολιτεία να αναγνωρίζει ότι ο άνθρωπος, ο οποίος δεν στερείται της δυνατότητας χρήσεως του λογικού λόγω ανηλικότητας ή νοητικής ανεπάρκειας, δικαιούται να ζει υπό ίδιαν ευθύνη», φέροντας ο ίδιος τον κίνδυνο της επέλευσης των αρνητικών συνεπειών του καπνίσματος. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η πολιτεία επιβάλλοντας απαγορεύσεις με σκοπό την προστασία της υγείας των ίδιων των καπνιστών ή των μη καπνιστών που συνειδητά επιλέγουν να συναναστρέφονται καπνιστές αποδεχόμενοι τις αρνητικές επιπτώσεις του παθητικού καπνίσματος στην υγεία τους, περιορίζει, πράγματι, την προσωπική τους ελευθερία και αναιρεί το δικαίωμα αυτών των ανθρώπων να ζουν υπό ίδιαν ευθύνη. Μήπως, ωστόσο, είναι θεμιτός αυτός ο περιορισμός;

Επαγγελματική ελευθερία

Ένας δεύτερος περιορισμός δικαιώματος που συντελείται με την αντικαπνιστική νομοθεσία είναι ο περιορισμός του δικαιώματος της συμμετοχής στην οικονομική ζωή της Χώρας (οικονομική ελευθερία) των ιδιοκτητών καταστημάτων, το οποίο επίσης κατοχυρώνεται στο άρθρο 5 παρ. 1 του Συντ. Ειδικότερη εκδήλωση της οικονομικής ελευθερίας, συνιστά η ελευθερία ασκήσεως επιχειρηματικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας, μέσω της οποίας

¹⁷ «Νόμος του Κράτους οι νέες αντικαπνιστικές ρυθμίσεις (Νόμος 4633/2019)», διαθέσιμο στο <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/nomos-toy-kratoys-oi-nees-antikapnistikes-rythmiseis-nomos-4633-2019>

¹⁸ Μειοψηφία ΣτΕ στην απόφαση 4172/2012, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

διασφαλίζεται η ελεύθερη λειτουργία της επιχείρησης, ώστε να μπορεί αυτή να εργάζεται με σκοπό το κέρδος προσαρμοζόμενη στις συνθήκες της ανταγωνιστικής αγοράς¹⁹. Η επιβληθείσα με το ν. 4633/2019 απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος στα καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος αποτελεί για τους ιδιοκτήτες τους σημαντικό περιορισμό στην ελευθερία άσκησης του επαγγέλματος τους, διότι υποχρεώνονται να απαγορεύουν το κάπνισμα σε πελάτες που επιθυμούν να καπνίσουν, με αποτέλεσμα να χάνουν ένα αρκετά υψηλό ποσοστό της πελατείας τους. Με τον τρόπο αυτό, οι επιχειρήσεις υφίστανται πλήγμα, καθότι η απώλεια πελατείας συνεπάγεται απώλεια κερδών με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η επιβίωση τους.

Θεμιτό περιορισμών

Προκειμένου ο περιορισμός ενός δικαιώματος να είναι συνταγματικά επιτρεπτός, πρέπει να έχει αντικειμενικό και απρόσωπο χαρακτήρα και ιδίως να μην εισάγει διακρίσεις, οι οποίες να αντίκεινται στην θεμελιώδη αρχή της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Συντ.)²⁰. Επιπλέον, πρέπει να δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, ενώ απαραίτητη είναι και η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, η οποία θεσμοθετείται στο αρ. 25 παρ. 1 Συντ. Με βάση την αρχή αυτή, ο περιορισμός ενός δικαιώματος πρέπει να είναι πρόσφορος, κατάλληλος δηλαδή για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, αναγκαίος, να μην υπάρχει δηλαδή κάποιο ηπιότερο μέτρο για την επίτευξη του σκοπού και εν σθενή εννοία αναλογικός, δηλαδή να μην είναι δυσανάλογος σε σχέση με την αναμενόμενη ωφέλεια²¹.

Στην προκειμένη περίπτωση, ο περιορισμός που θεσμοθετείται με την απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος, τόσο στην ατομική ελευθερία των ατόμων που επιλέγουν να καπνίζουν, όσο και στην επαγγελματική ελευθερία των καταστηματάρχων έχει αντικειμενικό και απρόσωπο χαρακτήρα, παρά τους όποιους ισχυρισμούς των τελευταίων, ότι η απαγόρευση αυτή αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1 Συντ. Πράγματι, όπως υποστηρίζουν, η διάταξη εισάγει διακρίσεις, καθώς με αυτήν

ευνοούνται μόνο οι επιχειρηματίες που είναι σε θέση χωροταξικά να τοποθετούν τραπεζοκαθίσματα στους εξωτερικούς χώρους των καταστημάτων τους. Πρόκειται όμως για δυνατότητα, η οποία δεν αναιρεί τον απρόσωπο χαρακτήρα της ρύθμισης, καθώς αποτελεί τυχαίο γεγονός, το οποίο σχετίζεται με την εφαρμογή της απαγορευτικής διάταξης και όχι με τις προϋποθέσεις θέσπισής της²².

Επιπρόσθετα, η απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος εξυπηρετεί και αποχρώντες λόγους δημοσίου συμφέροντος. Ο σκοπός του δημοσίου συμφέροντος στην περίπτωση αυτή, έγκειται στην προστασία όλων των πολιτών, τόσο των καπνίζόντων όσο και όσων εκτίθενται στον καπνό σε κλειστούς χώρους, από τους κινδύνους που εγκυμονεί το κάπνισμα για την υγεία τους²³. Εξάλλου, η προστασία της δημόσιας υγείας, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 21 παρ. 3 του Συντ., στοιχειοθετεί κοινωνικό δικαίωμα, το οποίο εκ φύσεως αποτελεί νομικό έρεισμα για τον περιορισμό ατομικών δικαιωμάτων²⁴ και επιβάλλει στο νομοθέτη τη λήψη θετικών μέτρων για την κατοχύρωσή του. Επιπλέον, η απόλυτη απαγόρευση δικαιολογείται και από τον σκοπό αποτροπής της επιβάρυνσης του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης (άρθρο 22 παρ. 5 Συντ.) με δαπάνες για την αντιμετώπιση ασθενειών, που προκαλούνται από το κάπνισμα.

Τέλος, ο περιορισμός του άρθρου 5 παρ. 1 δεν πλήττει ούτε την αρχή της αναλογικότητας. Σε κάθε περίπτωση, αποτελεί πρόσφορο/κατάλληλο μέσο για την εξυπηρέτηση του ως άνω δημοσίου σκοπού, μιας και για να κριθεί ένα μέτρο ως ακατάλληλο, πρέπει να είναι προδήλως ατελέσφορο. Ακόμη, θεωρείται αναγκαίο, καθώς τα ηπιότερα μέτρα που κατά καιρούς είχαν ληφθεί (δημιουργία χώρου ειδικού για καπνίζοντες κ.ο.κ.) δεν μπόρεσαν να εξασφαλίσουν τα επιθυμητά αποτελέσματα. Πράγματι, σε όσες περιπτώσεις προβλέπονταν εξαιρέσεις από την απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος, η εμπειρία έδειξε πως οι καπνίζοντες και οι καταστηματάρχες προέβαιναν σε καταχρήσεις των εξαιρέσεων αυτών, με αποτέλεσμα να αίρεται η εφαρμογή του νόμου.

¹⁹ Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σ. 230-231

²⁰ Χρυσόγονος, ό.π. σ.120

²¹ Χρυσόγονος, ό.π. σ.126-129 και ομοίως σκέψη 6^η, ΣτΕ 4172/2012, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

²² Σκέψη 11^η, ΣτΕ 4172/2012, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

²³ Σκέψη 11^η, ΣτΕ 4172/2012, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

²⁴ Χρυσόγονος, ό.π. σ. 80

Στον αντίποδα, αξίζει να αναφερθεί και η αντίθετη άποψη, την οποία στηρίζει και συγκεκριμένο μέρος της νομολογίας²⁵. Σύμφωνα με αυτή, ο περιορισμός των ως άνω αναφερθέντων δικαιωμάτων δεν είναι θεμιτός. Συγκεκριμένα, επισημαίνεται πως η προστασία του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης μέσω της μείωσης των δαπανών για την αντιμετώπιση ασθενειών που σχετίζονται με το κάπνισμα, δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογεί τον περιορισμό των ατομικών δικαιωμάτων της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και της επαγγελματικής ελευθερίας, καθώς «το σύστημα αυτό υπάρχει για να περιθάλπει ακόμα και τους αυτοκαταστροφικούς». Ακόμα, ο περιορισμός πλήττει και την αρχή της αναλογικότητας, καθώς θεωρείται δυσανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Πράγματι, τονίζεται πως ο σκοπός αυτός, δηλαδή η προστασία της δημόσιας υγείας, μπορεί να επιτευχθεί και με ηπιότερα μέτρα, όπως η πληροφόρηση του κοινού για τα πορίσματα της επιστήμης και σχετικές απαγορεύσεις για την προστασία μόνο των παθητικών καπνι-

στών. Αντίθετα, δεν είναι θεμιτές οι απαγορεύσεις σε όσους με ελεύθερη βούληση προσφεύγουν στην κατανάλωση προϊόντων καπνού, καθώς έτσι αίρεται το δικαίωμα τους να ζουν υπό ίδιαν ευθύνη αναλαμβάνοντας και τις αντίστοιχες συνέπειες των πράξεων τους.

Επίλογος

Καταλήγοντας, αξίζει να επισημανθεί ότι τα πρώτα δείγματα συμμόρφωσης των πολιτών, τόσο των καπνιστών όσο και των καταστηματαρχών, στις διατάξεις του ν.4633/2019, από την έναρξη της ισχύος του, είναι ιδιαίτερος ενθαρρυντικά. Όπως προκύπτει από τους ελέγχους που έχουν διενεργήσει μέχρι στιγμής τα αρμόδια όργανα (Εθνική Αρχή Διαφάνειας) σε διάφορες πόλεις ανά την Ελλάδα (Θεσσαλονίκη, Πάτρα, Ηράκλειο κ.α.), το ποσοστό συμμόρφωσης αγγίζει το 82,2%²⁶. Φαίνεται, λοιπόν, πως η αντικαπνιστική νομοθεσία, έπειτα από δώδεκα χρόνια τροποποιήσεων και αναποτελεσματικής εφαρμογής, αρχίζει να αποτελεί κομμάτι της ελληνικής νομικής και κοινωνικής πραγματικότητας.

²⁵ Άποψη μειοψηφίας, σκέψη 9^η, ΣτΕ 4172/2012, διαθέσιμη στο https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia_rs_sub.php

²⁶ Αποτίμηση ελέγχων καπνού 2-8 Ιανουαρίου 2020, διαθέσιμη στο <http://www.aead.gr/>

Πρόσβαση στην τριτοβάθμια εκπαίδευση υπό το πρίσμα των αρχών της ισότητας και της αξιοκρατίας και το προνομιακό καθεστώς εισαγωγής των αθλητών

Βλάχου Αναστασία & Κανάτα Ανθή
Ασκούμενη Δικηγόρος

«...με την ως άνω απόφασή της, η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας ενέγραψε έναν υποψήφιο στο Πανεπιστήμιο καθ' υπέρβαση του προκαθορισμένου από το νόμο γενικού αριθμού εισακτέων, με αποτέλεσμα να γεννάται το ερώτημα αν πρόκειται για έλεγχο συνταγματικότητας του νόμου ή αν ο δικαστής εν προκειμένω υπεισέρχεται στη θέση του νομοθέτη, παραβιάζοντας την κατοχυρωμένη από το Σύνταγμα στο άρθρο 26 αρχή της διάκρισης των λειτουργιών.»

Εισαγωγή

Οι διατάξεις του άρθρου 16 του Συντάγματος ανάγουν την παιδεία σε «υποχρέωση» και μάλιστα «βασική» αποστολή του Κράτους, κατοχυρώνοντας τόσο τη θεσμική εγγύηση της παροχής ανώτατης εκπαίδευσης από πλήρως αυτοδιοικούμενα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα στην §5, όσο και το δικαίωμα στην παιδεία που περιλαμβάνει και το δικαίωμα πρόσβασης στην τριτοβάθμια εκπαίδευση των αποφοίτων της δευτεροβάθμιας, εφόσον αυτοί συγκεντρώνουν τις νόμιμες προϋποθέσεις¹. Με την εφαρμογή του άρθρου 16 του Συντάγματος σε συνδυασμό με τις αρχές της ισότητας (άρθρο 4§1) και της αξιοκρατίας (άρθρο 5§1) ο κοινός νομοθέτης δεσμεύεται να θεσπίσει ένα σύστημα αξιολόγησης για την πρόσβαση στην τριτοβάθμια εκπαίδευ-

ση, το οποίο θα ερείδεται σε αμιγώς ακαδημαϊκά κριτήρια². Αποκλίσεις είναι θεμιτές συνταγματικά μόνο στο μέτρο που δικαιολογούνται από λόγους δημοσίου συμφέροντος ή για λόγους ισότητας μεταξύ των υποψηφίων. Το Συμβούλιο της Επικρατείας έχοντας ήδη χαράξει γραμμή κατά των ειδικών ρυθμίσεων στις πανελλήνιες εξετάσεις με τις υπ' αριθμ. **986-988/2014** αποφάσεις του, όπου και έκρινε αντισυνταγματική τη νομοθετική ρύθμιση περί προνομιακής μεταχείρισης μελών πολύτεκνων οικογενειών όσον αφορά την εισαγωγή σε σχολή ή τμήμα Α.Ε.Ι³, κρίνει τελικά αντισυνταγματικές και τις διατάξεις που προστέθηκαν με Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου για την ειδικότερη ρύθμιση του νόμου ν. 2725/1999 κατά το ακαδημαϊκό έτος 2015 - 2016 ως προς την ευνοϊκή νομοθεσία για την εισαγωγή των υποψηφίων αθλητών, με την υπ' αριθμ. **686/2018** απόφαση της Ολομέλειας⁴. Προς συμμόρφωση στην απόφαση ο νομοθέτης τροποποίησε τις διατάξεις του νόμου αυτού, κατά το μέρος που θεσπίζουν ευεργέτημα υπέρ των υποψηφίων αθλητών προς εισαγωγή σε σχολές και τμήματα

¹ Πρεβεδούρου Ευγενία Β. (09/04/2015), Ακύρωση των αποφάσεων του Υπουργού Παιδείας, διαβίου Μάθησης και Θρησκευμάτων περί μετεγγραφών λόγω αντισυνταγματικότητας των εξουσιοδοτικών νομοθετικών διατάξεων (ΣτΕ Ολ. 1251/2015), διαθέσιμο σε: <https://www.prevedourou.gr/%CE%B1%CE%BA%CF%8D%CF%81%CF%89%CF%83%CE%B7-%CF%84%CF%89%CE%BD-%CE%B1%CF%80%CE%BF%CF%86%CE%AC%CF%83%CE%B5%CF%89%CE%BD-%CF%84%CE%BF%CF%85-%CF%85-%CF%80%CE%BF%CF%85%CF%81%CE%B3%CE%BF%CF%8D-%CF%80%CE%B1/>

² Χρυσόγονος Χ.Κ., Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 172

³ Α' Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, ΘΠΔΔ, 2014, 258

⁴ Α' Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, Αρμενόπουλος, 2018, 1179

ανώτατων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων, πλην των ΤΕ-ΦΑΑ, δεδομένου πως αυτές προσκρούουν στις συνταγματικές αρχές της ισότητας (4§1), της αξιοκρατίας καθώς και της σταδιοδρομίας εκάστου κατά το λόγο της προσωπικής του αξίας (5§1) αλλά και στο άρθρο 16 του Συντάγματος.

Αρχή της αξιοκρατίας

Η αρχή της αξιοκρατίας συνιστά εξειδίκευση των επιμέρους αρχών της αναλογικής ισότητας και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας που κατοχυρώνονται στα άρθρα 4§1 και 5§1 του Συντάγματος αντίστοιχα. Την συνταγματική της κατοχύρωση αναγνωρίζει και η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας καθώς σε άλλες αποφάσεις το Δικαστήριο κάνει αυτούσια αναφορά σε αυτή «Η αρχή της αξιοκρατίας υπαγορεύει όπως η πρόσβαση σε δημόσιες θέσεις και αξιώματα γίνεται με κριτήρια που συνάπτονται με την προσωπική αξία και ικανότητα των ενδιαφερομένων»⁵, ενώ σε άλλες κάνει λόγο για «την απορρέουσα από την αρχή της ισότητας δημοκρατική αρχή της σταδιοδρομίας εκάστου κατά το λόγο της προσωπικής του αξίας»⁶. Η αρχή της αξιοκρατίας συνδέεται άρρηκτα και με το δικαίωμα πρόσβασης στην τριτοβάθμια εκπαίδευση. Στη βάση αυτής ο νομοθέτης έχει την υποχρέωση να διαμορφώσει ένα σύστημα εισαγωγής στην τριτοβάθμια εκπαίδευση με κριτήρια γενικά και αντικειμενικά, που συνάπτονται αποκλειστικά με την προσωπική αξία του καθενός, δηλαδή τις ικανότητες, τα προσόντα και την προσωπικότητά του. Η αξιοποίηση άλλων κριτηρίων δεν επιτρέπεται παρά μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις. Όταν λοιπόν, αναφύονται αποκλίσεις από τις αρχές της ισότητας και της αξιοκρατίας αυτές θα πρέπει να δικαιολογούνται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, να είναι σύμφωνες με την αρχή της αναλογικότητας και να αποτελούν απότοκα τυπικού νόμου ή κανονιστικής κατ' εξουσιοδότηση πράξης. Ένα χαρακτηριστικό τέτοιο παράδειγμα είναι ο προφορικός τρόπος εξέτασης στις πανελλήνιες εξετάσεις των υποψηφίων με μαθησιακές δυσκολίες, οι οποίοι όμως διεκδικούν και κατατάσσονται στις ίδιες θέσεις με τους γραπτώς διαγωνισθέντες. «Ο τρόπος αυτός εξέτασής τους είναι προσαρμοσμένος στις ανάγκες τους έτσι ώστε να καθίσταται αντικειμενικός

δυνατή η επίδοσή τους στις εξετάσεις με ίσους όρους προς τους λοιπούς υποψηφίους και να τους παρέχεται έτσι ισότιμη δυνατότητα πρόσβασης στα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα»⁷. Πρόκειται με άλλα λόγια για μια περίπτωση ιδιαίτερης μεταχείρισης, όπου κάμπτονται οι συνταγματικές αρχές της ισότητας και της αξιοκρατίας που επιβάλλουν να είναι, κατ' αρχήν, όμοια και κοινή η διαδικασία των εξετάσεων για την εισαγωγή στην τριτοβάθμια εκπαίδευση για όσους συμμετέχουν στις εξετάσεις αυτές και συνιστούν ενιαία κατηγορία υποψηφίων προς κατάληψη συγκεκριμένων θέσεων. Η κάμψη αυτή αποσκοπεί στην παροχή της δυνατότητας στους υποψηφίους που αδυνατούν να δοκιμασθούν γραπτώς λόγω της αναπηρίας τους να εξωτερικεύσουν τις γνώσεις τους. Διαγωνίζονται στα ίδια θέματα με τους υποψηφίους γενικής κατηγορίας και σε καμία περίπτωση δεν μπορούμε να κάνουμε λόγο για εξετάσεις μειωμένης δυσκολίας. Στον αντίποδα, η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας έκρινε πως το ευνοϊκό καθεστώς υπό την προστασία του οποίου βρίσκονταν μέχρι πρότινος οι αθλητές, και μάλιστα δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, χάριν προστασίας του αθλητισμού, ωστόσο αντίκειται στις συνταγματικές αρχές της ισότητας και της αξιοκρατίας, στο μέτρο που τα ποσοστά 4,5% καθ' υπέρβαση του γενικού αριθμού εισακτέων σε κάθε τμήμα, και επιτυχίας του 90% των μορίων του τελευταίου υποψηφίου πλήττουν υπέρμετρα το σύστημα αξιολόγησης με αμιγώς ακαδημαϊκά κριτήρια.

Αρχή της ισότητας

Η γενική αρχή της ισότητας όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος λαμβάνεται υπόψη με την ουσιαστική ή αναλογική έννοια, προβλέπει δηλαδή «όμοια μεταχείριση των ομοίων και ανόμοια των ανομοίων»⁸. Η τυπική έννοια της ισότητας, η υποχρέωση δηλαδή του νομοθέτη να ρυθμίζει καθ' όμοιο τρόπο καταστάσεις ανόμοιες μεταξύ τους συναντάται στην περίπτωση της πολιτικής ισότητας και συνεπώς ερείδεται στο άρθρο 1 του Συντάγματος και όχι στο άρθρο 5 αυτού. Ο νομοθέτης υποχρεούται να λαμβάνει μέτρα και θετικές δράσεις προκειμένου να αντιμετωπίζο-

⁷ ΣτΕ Ολ686/2018, ΘΠΔΔ 6/2018, σκ.12,533

⁵ ΣτΕ 1236/2003, ΤοΣ 2/2003, 339
⁶ ΣτΕ 2096/2000 ΤμΓ', ΤοΣ 2000,1288 και ΣτΕ 1446/2003,1252/2003, ΕΔΔΔ 2003,787

⁸ Μάνεσης Α., Η συνταγματική αρχή της ισότητας και η εφαρμογή της υπό των δικαστηρίων, ΘΠΔΔ, 1980,320

νται ανισότητες που έχουν παγιωθεί στο πέρασμα των χρόνων ή ανισότητες που υπάρχουν εν γένει λόγω βιολογικών και κοινωνικών διαφοροποιήσεων. Λαμβάνοντας κανείς υπόψη την ουσιαστική ή αναλογική έννοια της ισότητας καταλήγει στο συμπέρασμα ότι καταρχήν επιτρέπονται περιορισμοί και αποκλίσεις από την γενική αυτή αρχή, όταν επιβάλλονται από λόγους γενικότερου δημοσίου συμφέροντος ή για λόγους ισότητας μεταξύ των εμπλεκόμενων προσώπων⁹. Χαρακτηριστική είναι η υπό εξέταση περίπτωση της εισαγωγής στην τριτοβάθμια εκπαίδευση των αθλητών βάσει ειδικού καθεστώτος, η οποία και επιλύθηκε από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας με την υπ' αριθμ. 686/2018 απόφαση που εκδόθηκε κατόπιν της ΣτΕ Γ' Τμήματος 1442/2017 παραπεμπτικής αποφάσεως.

Νομοθετικό καθεστώς για τους αθλητές

Στο άρθρο 16 παρ. 9 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Ο αθλητισμός τελεί υπό την προστασία του Κράτους [...]». Πρόκειται συνεπώς για έναν δημόσιο σκοπό, ένα γενικό δημόσιο συμφέρον που η προστασία και προαγωγή του κρίνεται ως πρωταρχικό μέλημα του Κράτους. Καλείται λοιπόν, ο νομοθέτης να λάβει μέτρα για την προαγωγή του αθλητισμού, κυρίως μέσω της παροχής κινήτρων στους νέους για την ενασχόλησή τους με αυτόν. Για τον λόγο αυτό, μεταξύ των ευεργετημάτων που θεσπίζονται με το άρθρο 34 του ν. 2725/1999 «Ερασιτεχνικός και επαγγελματικός αθλητισμός και άλλες διατάξεις» ορίζεται ότι «αθλητές που καταλαμβάνουν αξιόλογες θέσεις σε παγκόσμια, ευρωπαϊκά, μεσογειακά και πανελλήνια πρωταθλήματα να εισάγονται είτε απευθείας είτε με προσαύξηση της βαθμολογίας τους στα ΤΕΦΑΑ ή σε άλλα τμήματα ΑΕΙ και ΤΕΙ καθ' υπέρβαση του αριθμού εισακτέων που ορίζεται σύμφωνα με τις ισχύουσες κάθε φορά διατάξεις». Προβλέπει δηλαδή ο νόμος, την καθιέρωση συστήματος προσαύξησης βαθμολογίας ανάλογα με την επιτευχθείσα αγωνιστική διάκριση και εισαγωγή σε ειδικές θέσεις οριζόμενες καθ' υπέρβαση των θέσεων της γενικής κατηγορίας υποψηφίων. Αρχικά, το ποσοστό εισαγωγής τους στα ΤΕΦΑΑ ορίστηκε σε 30% καθ' υπέρβαση του αριθμού των εισακτέων, και σε ποσοστό 1% για τα υπόλοιπα τμήματα της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης. Με το νόμο 4115/2013 το

ποσοστό αυτό της τάξεως του 1% προσαυξήθηκε και ανήλθε σε 3% καθ' υπέρβαση των εισαχθέντων στα ΑΕΙ και ΤΕΙ της χώρας και επιπλέον διευρύνθηκαν οι κατηγορίες των «διακεκριμένων» αθλητών, με αποτέλεσμα μέχρι και κάποιος που κατακτά την 8^η θέση σε αγώνες ήσσονος σημασίας να απολαμβάνει το προνομιακό καθεστώς εισαγωγής των αθλητών στα εκπαιδευτικά ιδρύματα της χώρας. Για το ακαδημαϊκό έτος 2015 - 2016 ορίστηκε με Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου το ποσοστό εισαγωγής αθλητών στα ΤΕΦΑΑ σε 20% και στις υπόλοιπες σχολές σε ένα αρκετά αυξημένο ποσοστό του 4,5% καθ' υπέρβαση των εισαχθέντων! Πέραν του αυξημένου ποσοστού εισαγωγής, οι αθλητές λάμβαναν και προσαύξηση στη βαθμολογία τους με αποτέλεσμα να δημιουργείται το ερώτημα αν αυτή η προνομιακή μεταχείριση αντίκειται στις αρχές της ισότητας και της αξιοκρατίας ή αν είναι ένας θεμιτός περιορισμός που δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος και εναρμονίζεται πλήρως με την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι το άρθρο 25 του Συντάγματος.

ΣτΕ 1442/2017

Με την παρούσα απόφαση κρίθηκε η αίτηση ακύρωσης που άσκησε ο αιτών κατά της απόφασης του Υπουργού Παιδείας, Έρευνας και Θρησκευμάτων για την κύρωση πινάκων εισαγομένων στα Τμήματα και Σχολές της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης, για το ακαδημαϊκό έτος 2016-2017, των υποψηφίων οι οποίοι συμμετείχαν στις πανελλαδικές εξετάσεις των Γενικών Λυκείων 2016, κατά το μέρος που ο ίδιος δεν συμπεριλήφθηκε στους πίνακες επιτυχόντων-εισαγομένων στις ιατρικές σχολές της χώρας. Ειδικότερα, ο αιτών άσκησε αίτηση ακύρωσης στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών κατά της παράλειψής του από τους πίνακες αποτελεσμάτων των πανελλαδικών εξετάσεων των Γενικών Λυκείων έτους 2016, και συγκεκριμένα κατά της παράλειψης εισαγωγής του σε κάποια ιατρική σχολή, κρίνοντας πως έχει πρόδηλο έννομο συμφέρον καθώς ο ίδιος υπερτερούσε σε βαθμολογία στα μαθήματα σε σχέση με άλλους εισαχθέντες του έτους του οι οποίοι επωφελήθηκαν από το ευνοϊκότερο καθεστώς των αθλητών. Μάλιστα, ο εν θέματι αιτήθηκε να εισαχθεί η υπόθεση προς εκδίκαση στο Συμβούλιο της Επικρατείας με τον θεσμό της πιλοτικής δίκης, κατ' εφαρμογή δηλαδή του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3900/2010, λόγω του γενικότερου ενδιαφέροντος που παρουσιάζουν

⁹ Χρυσόγονος Χ.Κ.Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, ό.π, 158

τα υπό κρίση ζητήματα, αίτημα το οποίο και έγινε δεκτό¹⁰. Ενόψει της σπουδαιότητας των ζητημάτων που αφορούν τη συνταγματικότητα των νομοθετικών διατάξεων κατά το μέρος που προβλέπουν ως προνόμιο υπέρ των αθλητών που έχουν διακριθεί την κατά παρέκκλιση εισαγωγή τους στην τριτοβάθμια εκπαίδευση και σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ. 5 του Συντάγματος, η υπόθεση παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια (**ΣτΕ 1442/2017 παραπεμπτική απόφαση**) με αποτέλεσμα να εκδοθεί η υπ' αριθμ. **686/2018 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας** που εξέτασε τη συνταγματικότητα των ως άνω ρυθμίσεων και έκανε δεκτή εν μέρει την αίτηση ακύρωσης του εν θέματι¹¹.

ΣτΕ ΟΛ. 686/2018

Ειδικότερα, κρίθηκε ότι το Σύνταγμα (άρθρα 4 παρ. 1, 5 παρ. 1 και 16) επιτρέπει τη θέσπιση ενός συστήματος πριμοδότησης βαθμολογίας για την εισαγωγή στην Ανώτατη Εκπαίδευση, αθλητών που έχουν επιτύχει εξαιρετικές αγωνιστικές διακρίσεις σε σημαντικές αθλητικές διοργανώσεις. Η πριμοδότηση της βαθμολογίας ισχύει όχι μόνο για την εισαγωγή αθλητών σε συναφείς προς τον αθλητισμό σχολές (π.χ. ΤΕΦΑΑ), αλλά και σε άλλες σχολές ΑΕΙ και ΤΕΙ της χώρας, προκειμένου οι υποψήφιοι αυτοί, λόγω της απαιτούμενης για την επίτευξη των ως άνω διακρίσεων έντονης ενασχόλησής τους με τον αθλητισμό, να μην βρεθούν σε ήσσονα μοίρα έναντι των λοιπών υποψηφίων σχετικά με την επιλογή των σπουδών τους που θα καθορίσουν περαιτέρω και την επαγγελματική τους σταδιοδρομία. Συνεπώς, δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος και είναι κατ' αρχήν συνταγματική η διάταξη του άρθρου 34 του ν. 2725/1999, η οποία προβλέπει ως προνόμιο υπέρ των διακριθέντων αθλητών την κατά παρέκκλιση εισαγωγή τους στην Ανώτατη Εκπαίδευση. Η διάταξη όμως αυτή αντίκειται στις συνταγματικές αρχές της ισότητας και της αξιοκρατίας σε συνδυασμό με τη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας μέτρου/σκοπού κατά το μέρος που προβλέπει, ειδικώς: i) την πριμοδότηση αθλητών ακόμα και για επιτυχίες σε αθλητικούς αγώνες ήσσοнос σημασίας, ii) τον καθορισμό των επιπλέον θέσεων των αθλητών σε ποσοστό 4,5%

επί των θέσεων της γενικής κατηγορίας υποψηφίων και iii) την προσαύξηση της βαθμολογίας τους σε ποσοστό 90% του αριθμού των μορίων του τελευταίου εισαχθέντος στη συγκεκριμένη σχολή. Και τούτο διότι, ειδικώς οι ανωτέρω ρυθμίσεις, κρίθηκε ότι υπερβαίνουν το σκοπό δημοσίου συμφέροντος τον οποίο κλήθηκαν αρχικά να υπηρετήσουν (προαγωγή του αθλητισμού) λόγω, αφ' ενός, του σημαντικού περιορισμού πρόσβασης στην τριτοβάθμια εκπαίδευση των λοιπών υποψηφίων της γενικής κατηγορίας και, αφ' ετέρου, της σημαντικής υποχώρησης των ακαδημαϊκών κριτηρίων πρόσβασης που συνεπάγονται. Συνεπώς, το Δικαστήριο έκανε δεκτή εν μέρει την αίτηση ακύρωσης του εν θέματι διατάσσοντας την εγγραφή του στην Ιατρική Σχολή της Αλεξανδρούπολης καθ' υπέρβαση του γενικού αριθμού των εισακτέων.

Νόμος 4589/2019 για τους αθλητές

Ο νέος αυτός νόμος με το άρθρο 75 επέφερε τρεις σημαντικές αλλαγές ως προς το καθεστώς της πρόσβασης των διακριθέντων αθλητών στην τριτοβάθμια εκπαίδευση. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με αυτό η πριμοδότηση θα χορηγείται μόνο για σημαντικές αθλητικές διακρίσεις. Επιπλέον, οι διακριθέντες αθλητές να μην θα διεκδικούν αριθμό θέσεων καθ' υπέρβαση του γενικού αριθμού εισακτέων σε κάθε τμήμα, ωστόσο ο αριθμός των θέσεων για εκείνους θα είναι το 3% του γενικού αριθμού και όχι το 4,5% που ίσχυε με το προηγούμενο σύστημα. Τελευταία εξίσου σημαντική τροποποίηση είναι πως θα πρέπει να έχουν συγκεντρώσει το 100% του αριθμού των μορίων του τελευταίου εισακτέου της σχολής, σε σύγκριση με το 90% του προηγούμενου συστήματος. Η ισχύς του νόμου αυτού ήδη εφαρμόζεται από τις διεξαχθείσες πανελλαδικές εξετάσεις κατά το σχολικό έτος 2018-2019.

Επίλογος

Πράγματι, πριν τη θέσπιση του νόμου 4589/2019 το ευνοϊκό καθεστώς πρόσβασης των αθλητών στην τριτοβάθμια εκπαίδευση έτεινε να εξοβελίζει τα κριτήρια ακαδημαϊκής φύσεως, καθώς υποψήφιοι με υψηλές βαθμολογικές επιδόσεις στις εξετάσεις αποκλείονταν από τις Σχολές προτίμησής τους, ενώ συνυποψήφιοί τους αθλητές, με πολύ χαμηλότερες επιδόσεις εισέρχονταν σε αυτές προνομιακά. Επιπροσθέτως, αφενός ο αθλητισμός αποτελεί σκοπό δημοσίου συμφέροντος που

¹⁰ Σπηλιωτόπουλος Ε., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος II, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, 80

¹¹ ΣτΕ 1442/2007, Αρμενόπουλος 6/2017, 1026 επ.

χρήζει προστασίας, δεδομένου πως μέσω αυτού μπορεί να αναγνωρισθεί η Ελλάδα στο παγκόσμιο βεληνεκές, αφετέρου δεν είναι ο μοναδικός συνταγματικά κατοχυρωμένος δημόσιος σκοπός. Για παράδειγμα το Σύνταγμα στο άρθρο 16 επιτάσσει την ανάπτυξη και την προαγωγή της τέχνης, χωρίς να υπάρχει κάποια ειδική νομοθετική πρόβλεψη για την ευνοϊκή μεταχείριση όσων ασχολούνται ενεργά με αυτή. Πώς κρίνεται ως ποιοτικά ανώτερος ο χρόνος ενασχόλησης με τον αθλητισμό από εκείνον που αφιερώνεται σε μία τέχνη; Αξιοσημείωτο είναι μάλιστα και το γεγονός πως ενώ οι δημόσιες πολιτικές, όπως η νομοθεσία για την εισαγωγή στην τριτοβάθμια εκπαίδευση υπόκεινται μόνο σε οριακό έλεγχο (έλεγχο του απρόσφορου για την εξυπηρέτηση του νομοθετικού σκοπού μέτρου), το Δικαστήριο καταλήγοντας σε κρίση αντισυνταγματικότητας αξιοποιεί τα εργαλεία του εντατικού

ελέγχου (έλεγχο αναλογικότητας και προσφορότητας)¹². Εν κατακλείδι, με την ως άνω απόφασή της, η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας ενέγραψε έναν υποψήφιο στο Πανεπιστήμιο καθ' υπέρβαση του προκαθορισμένου από τον νόμο γενικού αριθμού εισακτέων, με αποτέλεσμα να γεννάται το ερώτημα αν πρόκειται για έλεγχο συνταγματικότητας του νόμου¹³ ή αν ο δικαστής εν προκειμένω υπεισέρχεται στη θέση του νομοθέτη, παραβιάζοντας την κατοχυρωμένη από το Σύνταγμα στο άρθρο 26 αρχή της διάκρισης των λειτουργιών.

¹² Καϊδατζής Α., Πανελλαδικές εξετάσεις και οριακός έλεγχος συνταγματικότητας - Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 1442/2017, Αρμενόπουλος 6/2017, 1038-1039

¹³ Χρυσόγονος Χ.Κ, Συνταγματικό Δίκαιο, Σάκκουλας, 2014, 143



Δημόσια και Ιδιωτική Εκπαίδευση στο Πλαίσιο του Συντάγματος: διλήμματα και προκλήσεις αναφορικά με τα μη κρατικά ΑΕΙ

Καψάλη Αθηνά-Μαρία

Τελεióφοιτη Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Αποτελεί κοινή παραδοχή το γεγονός ότι η διαμόρφωση ενός εκπαιδευτικού συστήματος υψηλής ποιότητας συνιστά επένδυση θεμελιώδους σημασίας για κάθε πολιτεία. Οι συνέπειες αυτής της παραδοχής είναι ακόμη πιο εμφανείς στο πεδίο της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης, η οποία εκτός από την παροχή της αναγκαίας επαγγελματικής κατάρτισης, λειτουργεί παράλληλα, ως μοχλός οικονομικής ανάπτυξης. Ομολογουμένως, η οργανωτική μορφή των φορέων ακαδημαϊκής εκπαίδευσης αποτελεί ένα δίλημμα της εμπειρικής και κοινωνικής πραγματικότητας που ταλανίζει την ελληνική έννομη τάξη, δεδομένου ότι μέχρι στιγμής τα υφιστάμενα ιδρύματα είναι κρατικά, ενώ δε λείπουν και κολλέγια, παραρτήματα πανεπιστημίων του εξωτερικού, τα οποία διεκδικούν επίσης μία ενεργότερη θέση στην τριτοβάθμια εκπαίδευση. Μάλιστα, η εκτεταμένη κοινωνικοοικονομική κρίση και οι ενδογενείς ανεπάρκειες του υφιστάμενου δημόσιου εκπαιδευτικού συστήματος σε συνδυασμό με τη διαρκώς αυξανόμενη τάση διεθνοποίησης των πανεπιστημιακών ιδρυμάτων, αναζωπύρωσαν το δημόσιο διάλογο αναφορικά με την αναγκαιότητα, αλλά και τη δυνατότητα -ενόψει μάλιστα και των συνταγματικών περιορισμών- δημιουργίας μη κρατικών πανεπιστημίων, καθιστώντας το ζήτημα πιο επίκαιρο από ποτέ. Αναλυτικότερα, φραγμός σε μια ριζική δομική μεταρρύθμιση του εκπαιδευτικού τοπίου που θα προωθήσει την ιδιωτική πρωτοβουλία αποτελούν οι ρυθμίσεις του άρθρου 16 του Συντάγματος, οι οποίες δεν καταλείπουν περιθώρια για αμφισβητήσεις γύρω από το οργανωτικό πρότυπο των πανεπιστημίων. Κατά τη ρητή επιταγή του συντακτικού νομοθέτη τα ΑΕΙ οργανώνονται και

λειτουργούν υπό το ένδυμα νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου¹, ενώ αποκλείεται η δραστηριοποίηση ιδιωτικών φορέων. Έτσι λοιπόν, η Ελλάδα γίνεται η μοναδική ευρωπαϊκή χώρα στην οποία η τριτοβάθμια εκπαίδευση παρέχεται αποκλειστικά από δημόσιους φορείς. Αναμφίβολα, πρόκειται για ένα θεμελιώδες και συνάμα δυσχερές δίλημμα και η επιλογή οποιασδήποτε κατεύθυνσης οφείλει να στηρίζεται στη λογική της εξισορρόπησης των αντιτιθέμενων απόψεων, έχοντας πάντα ως σημείο αναφοράς το Σύνταγμα. Το βασικό ερώτημα που εύλογα ανακύπτει είναι το εξής: ποια είναι η θέση του Συντάγματος απέναντι στα νέα δεδομένα και περαιτέρω, υποχρεούνται να προσαρμόζονται στις συνθήκες που διαμορφώνουν οι εξελίξεις;

Το δικαίωμα στην εκπαίδευση

Το Σύνταγμα

Ο συντακτικός νομοθέτης, αναλογιζόμενος προφανώς την πολύπλευρη σημασία της εκπαίδευσης, αφιερώνει μια ιδιαίτερα μακροσκελή -για τα δεδομένα του Καταστατικού μας Χάρτη- διάταξη, αυτή του άρθρου 16, η οποία θέτει με σαφήνεια τα θεμέλια του ελληνικού εκπαιδευτικού συστήματος. Ενδεικτικό της σπουδαιότητας της παιδείας είναι το γεγονός πως κάθε Σύνταγμα περιέχει σχετική πρόβλεψη, διότι κυριαρχεί η πεποίθηση ότι η πρόσβαση στη γνώση υπηρετεί και υποβοηθά την ισότητα ευκαιριών². Συγκεκριμένα, το άρθρο 16 κατοχυρώνει αφενός την ελευθερία της επιστήμης,

¹ Δαγτόγλου Π., Ατομικά Δικαιώματα, Σάκκουλας, 2012, σ.538

² Αλιβιζάτος Ν., Πέρα από το 16 τα πριν και τα μετά, Μεταίχμιο 2007, σ.31

της έρευνας και της διδασκαλίας και αφετέρου την ακαδημαϊκή ελευθερία (η οποία συνιστά ειδικότερη έκφανση της πρώτης, όταν ασκείται στον πανεπιστημιακό χώρο) τόσο ως ατομικό δικαίωμα όσο και ως θεσμικό στοιχείο, δεδομένου ότι η συνταγματική της καθιέρωση αποσκοπεί στην προαγωγή και ανάπτυξη της επιστήμης³. Επίσης, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου η παιδεία “αποτελεί βασική αποστολή του κράτους”. Η ιδιαιτερότητα της εν λόγω ρύθμισης έγκειται στο ότι αποτελεί τη μοναδική διάταξη ολόκληρου του Συντάγματος που θεσπίζει μία βασική αποστολή της Πολιτείας. Παράλληλα, από την παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου, η οποία ορίζει ότι “Όλοι οι Έλληνες έχουν δικαίωμα δωρεάν παιδείας, σε όλες τις βαθμίδες της, στα κρατικά εκπαιδευτήρια”, απορρέει το αρχαιότερο κοινωνικό δικαίωμα, ήτοι το δικαίωμα στη δωρεάν παιδεία και θεσπίζεται συνταγματική επιταγή για κρατική μέριμνα⁴. Στο πλαίσιο αυτό κατανοούμε ότι η παιδεία αποτελώντας αντικείμενο κρατικής μέριμνας και συνάμα βασική αποστολή του κράτους, εντάσσεται στη σφαίρα της δημόσιας εξουσίας και το κράτος επωμίζεται τη σχετική υποχρέωση παροχής της, χωρίς να δύναται να την απεκδυθεί για οποιονδήποτε λόγο⁵.

Όμως το κυριότερο σημείο του άρθρου εντοπίζεται στην παρ. 5 εδ. α' και β' Συντ., η οποία ορίζει με σαφήνεια ότι “η ανώτατη εκπαίδευση παρέχεται αποκλειστικά από ιδρύματα που αποτελούν νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, με πλήρη αυτοδιοίκηση. Τα ιδρύματα αυτά τελούν υπό την εποπτεία του Κράτους”. Μάλιστα, ο συντακτικός νομοθέτης επιθυμώντας να εξασφαλίσει το κρατικό μονοπώλιο στην ανώτατη εκπαίδευση συμπλήρωσε την εν λόγω ρύθμιση με μία ρητή και κατηγορηματική απαγόρευση, η οποία αποτελεί καινοτομία του Συντάγματος. Ειδικότερα, σύμφωνα με την παρ.8 εδ. β' του άρθρου 16 Συντ. “Η σύσταση ανώτατων σχολών από ιδιώτες απαγορεύεται”, αίροντας οριστικά την προβληματική γύρω από τη νομική υπόσταση των ιδιωτικών πανεπιστημίων, ενώ ζητήματα γύρω από τα ιδιωτικά κολλέγια ακόμα να διαλευκανθούν. Επομένως, από το συνδυασμό των δύο αυτών διατάξεων προκύπτει αβίαστα το συμπέρασμα ότι

φορείς της ακαδημαϊκής εκπαίδευσης μπορούν να είναι μόνο οργανισμοί (πανεπιστήμια ή σχολές) που το ίδιο το κράτος ιδρύει για το σκοπό αυτό⁶, ενώ αποκλείεται οποιαδήποτε ιδιωτική δραστηριοποίηση. Η αποκλειστική παροχή την ανώτατης εκπαίδευσης από κρατικά ιδρύματα σηματοδοτεί την προαγωγή της σε δημόσια υπηρεσία. Αντίθετα, επιτρέπεται η ιδιωτική πρωτοβουλία στο πεδίο που δεν καταλαμβάνεται από την απαγόρευση, δηλαδή στη μέση εκπαίδευση.

Ιδιωτικά Πανεπιστήμια που λειτουργούν ως Εργαστήρια Ελεύθερων Σπουδών (ΕΕΣ)

Τα τελευταία χρόνια ολοένα και περισσότερα παραρτήματα πανεπιστημίων του εξωτερικού δραστηριοποιούνται στη χώρας μας δυνάμει συμφωνιών δικαιόχρησης, με αποτέλεσμα να ανακύπτουν πληθώρα νομικών ζητημάτων που σχετίζονται άμεσα με τις συνταγματικές επιταγές του άρθρου 16, αλλά και το κοινοτικό δίκαιο. Το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση “Παναγιωτοπούλου Κατά Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου” έκρινε ότι η απαγόρευση ίδρυσης ιδιωτικών πανεπιστημίων, η οποία θεσπίζεται στο 16 παρ. 8 εδ. β' του Συντάγματος, εφόσον ισχύει και για τους Έλληνες και για τους κοινοτικούς υπηκόους αδιακρίτως, δεν αντιβαίνει στην αρχή της ελεύθερης εγκατάστασης. Ωστόσο, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο στη μεταγενέστερη υπόθεση Valentina Neri αποφάνθηκε ότι η αυτόματη απόρριψη (χωρίς δηλαδή την προηγούμενη in concreto αξιολόγηση) από την Ιταλία βρετανικού πτυχίου υπηκόου της, επειδή είχε υλοποιήσει τις σπουδές του σε μη αναγνωρισμένο παράρτημα βρετανικού πανεπιστημίου που δραστηριοποιούνταν στη Γένοβα δυνάμει σύμβασης δικαιόχρησης με ιταλική εταιρία, έρχεται σε ευθεία αντίθεση προς το ενωσιακό δίκαιο⁷. Παρατηρείται, λοιπόν, μια νομολογιακή μετατόπιση, άμεση απόρριψη της οποίας είναι η υιοθέτηση της Οδηγίας 2005/36. Έτσι, οι κρατικές αρχές στο πλαίσιο συμμόρφωσης στην Οδηγία αφενός δεν έχουν την εξουσία να παρεμποδίζουν τη λειτουργία τέτοιων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων (εργαστηρίων

³ Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική βιβλιοθήκη, 2006, σ.340

⁴ Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική βιβλιοθήκη, 2006, σ.39 και 337

⁵ Αλαμάνης Θ., Η ιδιωτικοποίηση της Ανώτατης Εκπαίδευσης στην Ελλάδα, Σάκκουλας, 1989, σ.76

⁶ Παπαδημητρίου Γ., Συνταγματικές μελέτες, Τόμος 1, Σάκκουλας, 2007, σ.327

⁷ Σαρμάς Ι., Η Ελευθερία Ίδρυσης Ιδιωτικών Πανεπιστημίων ως Θεμελιώδες Ενωσιακό Δικαίωμα, 2018, Περιοδικό Τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, σελ.22

ελευθέρων σπουδών) και αφετέρου είναι αναγκαία η αναγνώριση των απονεμόμενων τίτλων στους σπουδαστές των συγκεκριμένων παραρτημάτων⁸. Συνεπώς, καθίσταται σαφές πως η συμμόρφωση προς τις επιταγές της οδηγίας ουσιαστικά επισημοποιεί την εισχώρηση των ιδιωτών στον τομέα της μεταλυκειακής εκπαίδευσης. Έχοντας ως δεδομένο ότι τα ιδιωτικά πανεπιστήμια αποτελούν πραγματικότητα, κρίνεται απαραίτητη η νομοθετική επέμβαση προκειμένου να διαμορφωθεί το πλαίσιο δράσης των εν λόγω φορέων και να περιορισθεί η ανεξέλεγκτη λειτουργία τους.

Ειδική μνεία πρέπει να γίνει στο άρθρο 14 παρ.3⁹ του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο οποίο κατοχυρώνεται -υπό διπλή επιφύλαξη- η ελευθερία ίδρυσης εκπαιδευτικών ιδρυμάτων από ιδιώτες και η οποία αποτελεί ειδικότερη μορφή της επιχειρηματικής ελευθερίας. Ως εκ τούτου, όποιο κράτος παρεμποδίζει τη δραστηριοποίηση ιδιωτών στο συγκεκριμένο τομέα, παρακωλύει ουσιαστικά την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου (άρθρο 51 ΧΘΔΕΕ) και ο θιγόμενος δύναται να επικαλεσθεί την παραβίαση της ελευθερίας του άρθρου 14 παρ.3 ΧΘΔΕΕ¹⁰. Επιπλέον, το Κράτος δύναται να επικαλεστεί ως δικαιολογητικό των επιβαλλόμενων περιορισμών λόγο το γεγονός ότι η εκπαίδευση αποτελεί «δημόσιο αγαθό». Ωστόσο, η ανάγκη διαφύλαξης της ποιότητας των παρεχόμενων εκπαιδευτικών υπηρεσιών, δε μπορεί να οδηγήσει ως την απόλυτη απαγόρευση της ίδρυσης ιδιωτικών πανεπιστημίων, καθότι μια τέτοια νομοθετική επιλογή αντιβαίνει στο γράμμα της διάταξης του άρθρου 14 παρ.3 του Χάρτη και στην αρχή της αναλογικότητας σύμφωνα και με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης¹¹. Παρά τη θέσπιση του συγκεκριμένου δικαιώματος το κράτος δεν υποχρεούται να χρηματοδοτεί τους ιδιωτικούς φορείς, θέση την οποία ενστερνίζεται και το ΕΔΔΑ¹².

⁸ 778/2007, ΣτΕ

⁹ Τζέμος Β., Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ- Ερμηνεία κατ' άρθρο, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ.180

¹⁰ Σαρμάς Ι., Η Ελευθερία Ίδρυσης Ιδιωτικών Πανεπιστημίων ως Θεμελιώδες Ενωσιακό Δικαίωμα, 2018, Περιοδικό Τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, σελ.29

¹¹ ΔΕΕ, Valentina Neri, C-153/02, 13.11.2003

¹² ΕΔΔΑ, 6 Μαρτίου 1984, Family H. Κατά Ηνωμένου Βασιλείου.

Από την Οδηγία 2005/36 στο νόμο 4653/2020

Σε μία χώρα η οποία παραδοσιακά προωθεί και στηρίζει ανεπιφύλακτα τη δημόσια και δωρεάν παιδεία, χωρίς να επηρεάζεται από την ολοένα αυξανόμενη τάση ενίσχυσης της ιδιωτικής πρωτοβουλίας που παρατηρείται σε διεθνές επίπεδο, είναι αναμενόμενο ότι μια δομική μεταρρύθμιση θα συναντήσει σφοδρές αντιδράσεις. Με τις πρόσφατες νομοθετικές εξελίξεις στο πεδίο της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης -οι οποίες επικρίθηκαν έντονα- στο πλαίσιο της προσπάθειας εναρμόνισης με τα διεθνή πρότυπα και συγκεκριμένα με τη ρύθμιση του άρθρου 50 του Ν 4653/2020, θεσπίζεται για πρώτη φορά η επαγγελματική ισοδυναμία των τίτλων που απονέμουν στους σπουδαστές τους τα κολλέγια με τους αντίστοιχους των δημόσιων πανεπιστημιακών ιδρυμάτων. Με αφετηρία τη ρύθμιση αυτή, η οποία φιλοδοξεί να μεταμορφώσει ριζικά τις δομικές όψεις του υπάρχοντος εκπαιδευτικού συστήματος, καθίσταται αναγκαίο να γίνουν ορισμένες επισημάνσεις. Καταρχήν, υφίσταται σαφής διαφοροποίηση μεταξύ της υποχρέωσης αναγνώρισης επαγγελματικών δικαιωμάτων στους αποφοίτους των ιδιωτικών εργαστηρίων και της πλήρους εξομείωσης των τίτλων αυτών με των αντίστοιχων πανεπιστημιακών φορέων. Συνεπώς, δικαιολογητική βάση της εν λόγω ρύθμισης δε δύναται να αποτελέσει η υποχρέωση συμμόρφωσης προς την Οδηγία 2005/36. Επίσης, με τη ρύθμιση αυτή εμμέσως προωθείται η εδραίωση των ιδιωτικών πανεπιστημίων στο ακαδημαϊκό σκηνικό και η εν μέρει ιδιωτικοποίηση της ανώτατης εκπαίδευσης που αυτή συνεπάγεται, χωρίς να έχει λάβει χώρα η απαιτούμενη συνταγματική αναθεώρηση του άρθρου 16 παρ. 8 εδ. β' του Συντάγματος. Αξίζει να σημειωθεί ότι παρά τις τελευταίες νομοθετικές μεταβολές, η ανώτατη εκπαίδευση εξακολουθεί να αποτελεί κατά το συντακτικό νομοθέτη δημόσια υπηρεσία, η άσκηση της οποίας δε μπορεί να ανατεθεί σε ιδιωτικούς φορείς. Σε αντίθετη περίπτωση, βρισκόμαστε αντιμέτωποι με μία κατάφωρη παραβίαση του Καταστατικού μας Χάρτη. Δυστυχώς όμως οι ενστάσεις κατά της επίμαχης διάταξης δεν περιορίζονται εδώ. Αναπτύσσοντας το συλλογισμό μας, διαπιστώνουμε ότι ανακύπτουν ζητήματα παραβίασης της αρχής της ισότητας που θεσμοθετείται στο άρθρο 4 παρ.1 του Συντάγματος, καθώς η νομοθετική επιλογή όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 50 συνεπάγεται την όμοια μεταχείριση πρόδηλα ανόμοιων

καταστάσεων. Η αιτιολόγηση της παραπάνω τοποθέτησης είναι απλή: τα δημόσια πανεπιστημιακά ιδρύματα υπόκεινται σε διαφορετικό πλαίσιο ελέγχου, ενώ η εισαγωγή των υποψηφίων σε αυτά επιτυγχάνεται δια μέσου αυστηρών εξετάσεων με τις οποίες αξιολογείται το γνωστικό τους υπόβαθρο¹³, καθώς και η ικανότητα τους να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις των ακαδημαϊκών σπουδών¹⁴. Παράλληλα, η κατάρτιση των προγραμμάτων σπουδών έχει ως γνώμονα την προαγωγή της γνώσης χωρίς να επηρεάζεται από τον παράγοντα της ζήτησης. Επιπλέον, το ίδιο το Σύνταγμα χαρακτηρίζει τους καθηγητές των ΑΕΙ ως δημόσιους λειτουργούς, οι οποίοι φυσικά δε δεσμεύονται κατά την υλοποίηση του έργου τους από υπηρεσιακές εντολές και αναγνωρίζονται ως φορείς της ακαδημαϊκής ελευθερίας. Υπό αυτό το πρίσμα, συνάγεται το εύλογο συμπέρασμα ότι τα ακαδημαϊκά κρατικά ιδρύματα διέπονται από ένα πλέγμα διατάξεων που λειτουργούν ως ασφαλιστικές δικλίδες για την προστασία των συνταγματικώς κατοχυρωμένων δικαιωμάτων και ελευθεριών, στοιχείο που τα διαφοροποιεί αισθητά από τα εργαστήρια ελευθέρων σπουδών και καθιστά συνταγματικά ανεπίτρεπτη την εξομίωση των παρεχόμενων τίτλων σπουδών. Συνεπώς, κρίνεται επιτακτική η άμεση επανεξέταση της εξομίωσης.

Επίλογος

Το υφιστάμενο συνταγματικό πλαίσιο καθιερώνει το κρατικό μονοπώλιο στην ανώτατη εκπαίδευση, αποκλείοντας ρητά και κατηγορηματικά την ιδιωτική πρωτοβουλία. Ωστόσο, η αυξανόμενη με ταχύτατους ρυθμούς απώλεια ακαδημαϊκών ταλέντων, η υποχρηματοδότηση, η αδυναμία των δημόσιων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων να ανταποκριθούν αποτελεσματικά στις διαρκώς μεταλλασσόμενες ανάγκες της αγοράς εργασίας σε συνδυασμό με τη μειωμένη επαγγελματική αποκατάσταση των αποφοίτων, αναθέρμαναν τη συζήτηση γύρω από το ενδεχόμενο μίας δομικής μεταρρύθμισης του εκπαιδευτικού συστήματος. Τίθεται επί τάπητος το ερώτημα του κατά πόσο η αποστροφή προς το ιδιωτικό πανεπιστήμιο εναρμονίζεται με το πνεύμα των καιρών και συγχρόνως κατά πόσο εξυπηρετεί τη βελτίωση της παρεχόμενης τριτο-

βάθμιας εκπαίδευσης, η οποία (πρέπει να) είναι το ζητούμενο. Πρόκειται για ένα δυσχερές νομικό ζήτημα, η επίλυση του οποίου οφείλει να στηρίζεται στη στάθμιση αντικρουόμενων δικαιωμάτων, προκειμένου να αποφευχθεί η σφοδρή αντίδραση του κοινωνικού συνόλου. Σε κάθε περίπτωση αφητηρία για τον επιδιωκόμενο επαναπροσδιορισμό της ανώτατης εκπαίδευσης θα πρέπει να αποτελέσει η αναθεώρηση του άρθρου 16 παρ.5 εδ.α' και 8 εδ. β' του Συντάγματος, το οποίο δεν εντάσσεται στο σκληρό πυρήνα των μη αναθεωρήσιμων διατάξεων σύμφωνα με το 110 Συντ., ώστε να ανοίξει ο δρόμος για την ίδρυση ιδιωτικών πανεπιστημίων. Ουσιαστικά, ο συνταγματικός- και μετέπειτα ο κοινός - νομοθέτης καλείται να αντιμετωπίσει μία ήδη υπάρχουσα κατάσταση και να αναζητήσει λύση σε υφιστάμενα προβλήματα. Ούτως ή άλλως, οι ρυθμίσεις των παραγράφων 2 και 4 του άρθρου 16 Συντ. θέτουν όρια σε μία εκτεταμένη ιδιωτικοποίηση της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης, οπότε τα ιδιωτικά πανεπιστήμια θα συμπληρώσουν και δε θα υποκαταστήσουν τα αντίστοιχα δημόσια. Εν ολίγοις, το κράτος σε κάθε περίπτωση οφείλει να εξακολουθήσει τη λειτουργία ικανοποιητικού βαθμού δημόσιων πανεπιστημιακών ιδρυμάτων, προκειμένου να υλοποιεί την υποχρέωση που θεσπίζουν οι προαναφερθείσες διατάξεις¹⁵. Συνεπώς, αυτό που προτείνεται είναι η αναβάθμιση της παρεχόμενων εκπαιδευτικών υπηρεσιών μέσω της ίδρυσης ιδιωτικών πανεπιστημίων που θα ανταποκρίνονται στα διεθνή πρότυπα και τα οποία θα συνυπάρχουν με τα δημόσια ιδρύματα. Φυσικά, η λειτουργία των ιδιωτικών πανεπιστημίων θα είναι θεμιτή μόνο εφόσον ο νομοθέτης φροντίσει να θεσπίσει ένα αυστηρό νομικό πλαίσιο που θα διέπει την ίδρυση τους, θα οριοθετεί τη λειτουργία τους, θα αποτρέπει την εμπορευματοποίηση του αγαθού της εκπαίδευσης και θα μεριμνά για τη διασφάλιση των θεμελιωδών ελευθεριών που κατοχυρώνονται στο Σύνταγμα και σε άλλα διεθνή κείμενα. Η ύπαρξη, ακριβώς, ενός αυστηρού νομικού πλαισίου αποτελεί την αδιαπραγμάτευτη εγγύηση για την ομαλή ένταξη της ιδιωτικής πρωτοβουλίας στο χώρο της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης, διότι πρωταρχικό στόχο συνιστά η τήρηση της συνταγματικής έννομης τάξης, θεμελιώδες στοιχείο της οποίας είναι και η αρχή της ισότητας. Δεδομένου ότι ο δημόσιος χαρακτήρας της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης απο-

¹³ Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική βιβλιοθήκη, 2006, σ.340επ.

¹⁴ 668/2018,ΣτΕ

¹⁵ Αλιβιζάτος Ν., Πέρα από το 16 τα πριν και τα μετά, Μεταίχμιο 2007,σ.91

τελούσε και εξακολουθεί να αποτελεί παράγοντα κοινωνικής ανέλιξης, ιδίως για τα κατώτερα κοινωνικά στρώματα με την παροχή ίσων ευκαιριών για μόρφωση σε όλους, δε χωρεί αμφιβολία ότι υπηρετεί και εξασφαλίζει την ισότητα των πολιτών. Έτσι, το δημόσιο πανεπιστήμιο ανάγεται σε «φύλακα» της αρχής της ισότητας. Αναμφίβολα, υπό αυτή την οπτική γωνία, η επιδιωκόμενη αναμόρφωση του εκπαιδευτικού συστήματος θα έχει θετικά αποτε-

λέσματα, καθώς θα ενισχύσει την εξωστρέφεια των ελληνικών πανεπιστημίων και θα συμβάλει στην ενσωμάτωση της Ελλάδας στο διεθνή ακαδημαϊκό χάρτη, αντισταθμίζοντας συνάμα το υπάρχον έλλειμμα πλουραλισμού. Εν κατακλείδι, η συνύπαρξη και η αλληλεπίδραση μεταξύ των δημόσιων και ιδιωτικών ακαδημαϊκών φορέων κρίνεται εφικτή και πολλά υποσχόμενη.

Το νομικό καθεστώς του Αγίου Όρους

Κραλίδης Φώτης
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Σκοπός του παρόντος άρθρου είναι μια περιληπτική και συνάμα όσο το δυνατόν πληρέστερη παρουσίαση ενός αθέατου, εν πολλοίς, πραγματικού και νομικού κόσμου, του ιδιαίτερου νομικού καθεστώτος της περιοχής του Αγίου Όρους. Η παρουσίαση αυτή θα λάβει χώρα υπό το πρίσμα της συνταγματικής τυποποίησης και κατοχύρωσης του Αγιορείτικου καθεστώτος στο άρθρο 105 του Συντάγματος, ενώ θα επιχειρηθεί μια σκιαγράφηση των βασικών αρχών που χαρακτηρίζουν αυτή την ιδιόζουσα δικαιοταξία, με αναγκαίες -πλην όμως περιορισμένες- αναφορές στην ιστορική προέλευση και την μακρά και πλούσια παράδοση αυτού του καθεστώτος, και με μια σαφώς πιο λεπτομερειακή παρουσίαση των βασικών σύγχρονων νομικών αρχών, οργάνων και κανόνων που συναποτελούν το νομικό καθεστώς του Αγίου Όρους.

Ιστορική εξέλιξη και διαχρονία

Η πρώτη εποχή εμφανίσεως του μοναχισμού στη χερσόνησο του Άθω περί τον 8^ο αι. μ.Χ., κατά την οποία νομικές διατάξεις δεν υπήρχαν, καθώς οι τότε μοναχοί, αφοσιωμένοι στην λατρεία και στην αναζήτηση της αρετής και της Χριστιανικής αγάπης, στέκονταν υπεράνω κάθε έννοιας θετού κανόνα δικαίου, υπηρετώντας και εφαρμόζοντας στις μεταξύ τους σχέσεις αποκλειστικά και μόνο τον άγραφο κανόνα της Μοναχικής Υπακοής, λήγει το 883 μ.Χ. με την έκδοση του σιγιλίου¹ του βυζαντινού αυτοκράτορα Βασίλειου του Α΄ του Μακεδόνα (867-

886). Το έγγραφο αυτό θεωρείται ιστορικά το απώτατο νομικό θεμέλιο του δικαίου του Αγίου Όρους, με το οποίο παραχωρήθηκε για πρώτη φορά στους μοναχούς του Όρους διοικητική ανεξαρτησία από κάθε περιφερειακή ή κεντρική αρχή της τότε κρατικής εξουσίας, ενώ παράλληλα κατακυρώθηκε η κυριαρχία των μοναχών στην εδαφική επικράτεια της αθωνικής χερσονήσου, καθιερώνοντας ουσιαστικά ένα προνομιακό καθεστώς, το οποίο επρόκειτο να ανανεωθεί με πολλαπλά ανάλογα κείμενα αυτοκρατόρων του Βυζαντίου των επόμενων αιώνων. Έτσι, καθιερώνεται διαχρονικά μια συνολική αντιμετώπιση της Αθωνικής Μοναστικής Πολιτείας ως μιας αυτοτελούς οργανικής ενότητας, με εσωτερική αυτοδιοίκηση και ελεύθερη ανάδειξη των προσώπων των και των οργάνων εκείνων που την εκπροσωπούν στις εξωτερικές της σχέσεις².

Η αλήθεια είναι ότι το καθεστώς αυτό δοκιμάστηκε σημαντικά ανά τους αιώνες. Από την εποχή των ρηξικέλευθων μεταρρυθμίσεων εξωστρέφειας που επέφερε στον Αγιορείτικο μοναχισμό και στο καθεστώς του Αγίου Όρους ένας φωτισμένος μοναχός, ο Αθανάσιος ο Τραπεζούντιος, οι οποίες και επικρίθηκαν έντονα στο εσωτερικό της Πολιτείας, μέχρι τα κανονιστικά κείμενα του Ιωάννη Τσιμισκή, γνωστά ως «Τυπικά³», που παρεμβαίνουν στα εσωτερικά της κοινότητας και διαμορφώνουν τις γενικές και ειδικές αρχές οργάνωσης και διοίκησής της, τυποποιώντας κυρίως άγραφες αρχές του αθωνικού μοναχισμού, και από εκεί στις αλλαγές των οργάνων αυτοδιοίκησης της κοινότητας που έλαβαν χώρα τον 16^ο αι., μέχρι και την δύσκολη, από κάθε άποψη, περίοδο της Οθωμανικής Κατοχής, που διατηρεί ονομαστικά την αυτοδιοίκηση, αλλά την

¹ Τα σιγίλλια (σιγίλια, σιγγίλια) ήταν προνομιακού χαρακτήρα αυτοκρατορικά έγγραφα, εφοδιασμένα με sigillum, δηλαδή εξαρτημένη σφραγίδα. Περισσότερα βλ. σε *Ι.Καραγιαννόπουλος*, Βυζαντινή Διπλωματική, τόμος Α΄: Αυτοκρατορικά Έγγραφα, Κέντρο Βυζαντινών Ερευνών, 1972, σ.227-228, 246-249

² *Κ. Παπαγεωργίου*, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, Ostrakon, ²2017, σ. 467-468

³ *Σ. Τρωιάνος*, Οι Πηγές του Βυζαντινού Δικαίου, ΑΝΤ. Ν.ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 1999, σ.364-371, 414-416

υπονομεύει ουσιαστικά με μια πλειάδα άμεσων ή έμμεσων υπέρμετρων φόρων και άλλων εκβιαστικών οικονομικών επιβαρύνσεων που αναγκάζουν σε μαρασμό και παρακμή τον αθωνικό μοναχισμό⁴, αλλά και τέλος τις παλινωδίες των μεγάλων Διεθνών Συνθηκών Ειρήνης του 19^{ου} και των αρχών του 20^{ου} όπου η νομική παράδοση, και όχι μόνο, του Αγίου Όρους δοκιμάστηκε από τις επεκτατικές βλέψεις του Πανσλαβισμού των Ρώσων και των Εθνικισμών των βαλκανικών λαών (Ρουμάνων, Σέρβων και Βουλγάρων), η Αγιορείτικη παράδοση της αυτοδιοίκησης, παρά όλες αυτές τις ταλαντώσεις, επιβιώνει για πάνω από χίλια χρόνια. Αυτήν την υπερχιλιετή παράδοση κληρονομεί μαζί με την εδαφική επικυριαρχία στην περιοχή της Χερσονήσου το σύγχρονο ελληνικό κράτος και επίσημα με την Συνθήκη των Σεβρών (10.8.1920) αρχικά και της Λωζάνης (24.7.1923) τελικά.

Μόλις 10 μήνες μετά τη Συνθήκη της Λωζάνης, και μέσα σε 10 ημέρες, τον Μάιο του 1924 η Έκτακτη Διπλή Ιερά Σύναξη του Αγίου Όρους καταρτίζει και ψηφίζει το σχέδιο του Καταστατικού Χάρτη (στο εξής ΚΧΑΟ) του Αγίου Όρους και το θέτει στη διάθεση της Ελληνικής πολιτείας για επικύρωση. Η βιαστική σύνταξη και ψήφιση του σχεδίου, χωρίς τη συμμετοχή εκπροσώπου της Πολιτείας αλλά ούτε και του Οικουμενικού Πατριαρχείου, δημιουργεί σημαντικές ατέλειες και ελλείψεις, τις οποίες θεραπεύει και συμπληρώνει τελικώς το προς κύρωση του Κ.Χ. εκδοθέν Ν.Δ. της 10/16 Σεπτεμβρίου του 1926 (στο εξής ΝΔΑΟ) που συνέταξε η Ελληνική πολιτεία, με το οποίο συμφώνησε και το Οικουμενικό Πατριαρχείο. Τα δύο αυτά νομοθετήματα ρύθμιζαν στο εξής το Αγιορείτικο καθεστώς. Ωστόσο, στην πραγματικότητα δεν αποτελούσαν νέο δίκαιο, αλλά απλώς διατύπωναν και συγκέντρωναν το ισχύον εδώ και αιώνες προνομιακό καθεστώς του αυτοδιοίκητου του Αγίου Όρους⁵. Βρισκόμενα σε πλήρη αρμονία με το Σύνταγμα και εν γένει με την ελληνική έννομη τάξη⁶, τα δύο αυτά νομοθετήματα περιελήφθησαν στα άρθρα 106-109 του προσωρινού Συντάγματος των ετών 1925/1926, ενώ όμοιες διατάξεις επαναλήφθηκαν στα άρθρα 109-112Σ. του 1927, 103Σ. του 1952, 122Σ. του

1968 και αρθ.105 του ισχύοντος Συντάγματος του 1975(1986/2001/2008/2019).

Συνταγματική Κατοχύρωση (άρθρο 105 του Συντάγματος)

Στο ισχύον Σύνταγμα το προνομιακό καθεστώς του Αγίου Όρους, με την ιστορική προέλευση και την μακρά παράδοση που περιγράψαμε, κατοχυρώνεται στο άρθρο 105Σ., το οποίο αποτελεί αυτοτελές κεφάλαιο του Γ' Μέρους του Συντάγματος («Οργάνωση και Λειτουργία της Πολιτείας», Τμήμα ΣΤ': «Διοίκηση»).

Κωδικοποιώντας τις επιμέρους ρυθμίσεις του άρθρου 105 θα λέγαμε πως η παράγραφος 1 καθορίζει τα γεωγραφικά όρια του Αγίου Όρους («από την Μεγάλη Βίγλα και πέρα»), αναγνωρίζει το «αρχαίο προνομιακό καθεστώς» και αναφέρει ρητά πως, υπό το κράτος του εν ισχύ Συντάγματος, η περιοχή του Αγίου Όρους αποτελεί αυτοδιοίκητο τμήμα του Ελληνικού Κράτους, του οποίου η κυριαρχία παραμένει ακέραια και άθικτη. Επίσης, διασφαλίζει την πνευματική εποπτεία του Οικουμενικού Πατριαρχείου της Κωνσταντινούπολης στην Αθωνική μοναστική πολιτεία και με αυτόν τον τρόπο η Ελληνική Δημοκρατία συμπράττει νομικά με το Οικουμενικό Πατριαρχείο στο ανώτατο νομικό της κείμενο, αναγνωρίζοντας το Φανάρι ως υποκείμενο Διεθνούς Δικαίου. Επιπλέον, η πρώτη παράγραφος του άρθρου 105Σ. καθιερώνει την απόκτηση, χωρίς άλλη διατύπωση, της ελληνικής ιθαγένειας από όλους όσους προσλαμβάνονται ως δόκιμοι ή μοναχοί σε μονή του Αγίου Όρους ή σε εξάρτημά της (σκήτες, κελιά, ησυχαστήρια και λοιπά ιδρύματα).

Στην παράγραφο 2 του 105Σ. θεμελιώνεται η αυτοδιοίκηση του Αγίου Όρους από τις είκοσι μονές του και την Ιερά Κοινότητα (βλ. παρακάτω στα Όργανα Αυτοδιοίκησης). Ορίζεται επίσης σαφώς το έδαφος του Αγίου Όρους ως «αναπαλλοτρίωτο» και κατανεμημένο μεταξύ των είκοσι μονών του. Τέλος, εισάγεται με την παράγραφο αυτή η απαγόρευση οποιασδήποτε μεταβολής του διοικητικού συστήματος του Αγίου Όρους, του αριθμού των μονών, της ιεραρχικής του τάξης και της υποτελούς θέσης των αγιορείτικων εξαρτημάτων, καθώς και η απαγόρευση της εγκατάστασης στην μοναστική πολιτεία «ετερόδοξων» ή «σχισματικών»⁷.

⁴ Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, Ostrakon, ²2017, σ. 472-473

⁵ Σ. Παπαδάτος, Η πολιτειακή θέσις του Αγίου Όρους, 1965, σ.94-95

⁶ Ν. Σαρίπολος, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο, ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 1993, σ.233επ.

⁷ ΣτΕ 736/2005, 470-473, όπου αναφέρεται ότι η απαγόρευση διαμονής στο Άγιο Όρος ετερόδοξων

Στην παράγραφο 3 καθορίζεται η διαδικασία σύνταξης και ψήφισης του Καταστατικού Χάρτη του Αγίου Όρους, που ρυθμίζει λεπτομερειακά τους εσωτερικούς κανόνες του Αγιορείτικου Καθεστώτος, ως προϊόν σύμπραξης των είκοσι μονών με τον αντιπρόσωπο του Κράτους, καθώς και η διαδικασία επικύρωσης του Χάρτη από το Οικουμενικό Πατριαρχείο και το Ελληνικό Κοινοβούλιο.

Στην παράγραφο 4 επαναλαμβάνεται ότι η πιστή τήρηση του εσωτερικού δικαίου του Αγίου Όρους ως προς το πνευματικό μέρος τελεί υπό την εποπτεία του Οικουμενικού Θρόνου, ενώ ως προς το διοικητικό υπό την εποπτεία του Ελληνικού Κράτους, η οποία περιλαμβάνει και τη διαφύλαξη της δημόσιας τάξης και ασφάλειας.

Τέλος, στην παράγραφο 5 υπάρχει επιφύλαξη υπέρ του νόμου για τον καθορισμό των αρμοδιοτήτων του Διοικητή του Αγίου Όρους (βλ. παρακάτω), ο οποίος είναι ο αντιπρόσωπος του Κράτους και είναι επιφορτισμένος με την άσκηση της διοικητικής εξουσίας και εποπτείας στην Αθωνική πολιτεία. Επιφύλαξη υπέρ του νόμου υφίσταται επίσης και για την απονομή της δικαιοσύνης εντός της κοινότητας, καθώς και για τα φορολογικά και τελωνειακά προνόμια του Αγίου Όρους.

Η ελληνική έννομη τάξη κατοχυρώνοντας το Αγιορείτικο Καθεστώς στο Σύνταγμα προσέδωσε στους κανόνες του χαρακτήρα αυξημένης τυπικής ισχύος, με αποτέλεσμα την κατίσχυσή τους σε περίπτωση συγκρούσεώς τους με κοινό τυπικό ή ουσιαστικό νόμο και την τροποποίησή τους μονάχα μέσω της διαδικασίας της συνταγματικής αναθεώρησης (άρθρο 110Σ.). Είναι χαρακτηριστικό ότι η ισχύς των κανόνων αυτών δεν αναστέλλεται ούτε σε περίοδο πολιορκίας (άρθρο 48Σ.)^{8 9}

Το νομικό καθεστώς του Αγίου Όρους και η Ευρωπαϊκή Ένωση

Το ιδιότυπο προνομιακό καθεστώς του Αγίου Όρους διασφαλίστηκε και με την υπ' αριθ. 4 Κοινή Δήλωση των συμβαλλομένων κατά την Πράξη Προσχωρήσεως της Ελλάδος στις τότε Ευρωπαϊκές Κοινότητες, η οποία αναγνώρισε το ειδικό καθε-

στώς, το δικαιολόγησε για πνευματικούς και θρησκευτικούς λόγους και υπογράμμισε την υποχρέωση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας να μεριμνήσει, ώστε η ιδιαιτερότητα της περιοχής αυτής να εκτιμηθεί κατά την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου, «ιδίως όσον αφορά τις τελωνειακές και φορολογικές απαλλαγές, καθώς και το δικαίωμα εγκαταστάσεως». Η δήλωση αυτή συμβάδιζε απόλυτα με την πάγια βούληση του κοινοτικού νομοθέτη, η οποία είχε ήδη εκφραστεί πανηγυρικά στις ιδρυτικές συνθήκες της Ένωσης, για πλήρη σεβασμό της πολιτιστικής πολυμορφίας και διαφορετικότητας των κρατών μελών της, αναγνωρίζοντάς την ως αδιάσπαστο κομμάτι της κοινής ευρωπαϊκής πολιτιστικής κληρονομιάς.¹⁰

Χωρίς να υποτιμούμε την αξία της Κοινής Δήλωσης, με την οποία η Ένωση αναγνώρισε ότι η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου θα πρέπει να προσαρμοστεί στον τοπικό μοναστικό πολιτισμό και την θρησκευτική φύση της πολιτείας του Αγίου Όρους, πρέπει να μην ξεχνάμε ότι οι κοινές δηλώσεις, ως φύσει πολιτικά κείμενα, δεν παράγουν νομική δεσμευτικότητα και άρα όλες οι προνομιακές εκφάνσεις και εκδηλώσεις του Αγιορείτικου καθεστώτος δεν τυγχάνουν πλήρους νομικής κατοχύρωσης από το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης.¹¹ Θα λέγαμε καλύτερα πως η Κοινή Δήλωση 4 αποτελεί το θεμέλιο μιας συνεχούς διαπραγματεύσεως στα πλαίσια της Ε.Ε, η οποία κινείται κατόπιν αποκλειστικής πρωτοβουλίας της Ελληνικής Πολιτείας και η οποία αποσκοπεί στην προσαρμογή του εκάστοτε θεσπιζόμενου κοινοτικού κανόνα στις ιδιαιτερότητες του Αγιορείτικου καθεστώτος.¹²

Διοικητική εποπτεία, αυτοδιοίκηση και «αυτονομία»

Το κράτος ασκεί σύμφωνα με το άρθρο 105 παρ.4Σ. διοικητική εποπτεία στη μοναστική πολιτεία, μέσω του Πολιτικού Διοικητή του Αγίου Όρους, ενός ανθρώπου που επιλέγεται από τον Υπουργό Εξωτερικών, με κριτήρια το επιστημονικό κύρος, τη διοικητική εμπειρία και τη γνώση των ζητημάτων του Αγίου Όρους. Διορίζεται με προεδρι-

ή σχισματικών δεν παραβιάζει τις διατάξεις των άρθρων 5 παρ.4 και 13παρ.1Σ. καθώς και το άρθρο 9 της ΕΣΔΑ

⁸ Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις κράτους και εκκλησίας, Παρατηρητής, 2000, σ. 72 επ., 100

⁹ Δ. Τσάτσος, Συνταγματικό Δίκαιο, ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, ²1993, 616-620

¹⁰ Ε. Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, Σάκκουλας, ¹2011, σ.216-220

¹¹ Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, Ostrakon, ²2017, σ. 480-481

¹² Ν.Σκανδάμης, Το Άγιο Όρος και οι Ευρωπαϊκές Κοινότητες, 1983, σ.280

κό διάταγμα, δεν είναι μόνιμος και έχει βαθμό και αποδοχές Γενικού Γραμματέα Περιφέρειας. Η Πολιτική Διοίκηση αποτελεί μονοπρόσωπη και αυτοτελή δημόσια αρχή, με έδρα τις Καρυές, της οποίας η οργάνωση και η λειτουργία ρυθμίζονται από το ΠΔ 227/1998 «περί του Οργανισμού της Διοικήσεως του Αγίου Όρους», ενώ οι αρμοδιότητές της απαριθμούνται σε ένα πλέγμα διατάξεων (άρθρα 3-5 και 34 του ΝΔΑΟ, άρθρο 21 του Ν2594/1998 και στο ΠΔ227/1998). Κοινός παρονομαστής των ανωτέρω ρυθμίσεων είναι η παραδοχή ότι ο Διοικητής του Αγίου Όρους ασκεί στη μοναστική πολιτεία περιορισμένη διοικητική εξουσία, χωρίς να αποτελεί όργανο της αγιορείτικης αυτοδιοίκησης.

Το ελληνικό κράτος, μέσω του Διοικητή, ασκεί εποπτεία είτε προληπτικά κατά την λήψη αποφάσεων από το όργανο της Ιεράς Κοινότητας του Αγίου Όρους, εφόσον κληθεί στις εργασίες της, είτε κατασταλτικά ασκώντας έλεγχο νομιμότητας επί των αποφάσεων της Ιεράς Κοινότητας και όλων των μοναστηριακών αρχών της αγιορείτικης αυτοδιοίκησης.¹³ Στα πλαίσια του ανωτέρου ελέγχου ο Διοικητής επισημαίνει και τυχόν παραλείψεις των αυτοδιοικητικών αρχών να ενεργήσουν σύμφωνα με επιταγές του ΚΧΑΟ και του ΝΔΑΟ. Οι εκτελεστές διοικητικές πράξεις του Διοικητή υπάγονται στον ακυρωτικό έλεγχο του Συμβουλίου της Επικρατείας (στο εξής ΣτΕ), το οποίο στην νομολογία του έχει προσδιορίσει το εύρος της διοικητικής εποπτείας σε βαθμό που να μην θίγονται πράξεις με τις οποίες εκδηλώνεται η πνευματική δραστηριότητα των Μονών, σύμφωνα με τους ιερούς κανόνες και την ορθόδοξη παράδοση.¹⁴

Το σύγχρονο καθεστώς της αυτοδιοίκησης, όπως κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα (105Σ.) και στον ΚΧΑΟ(αρ.9), εκδηλώνεται κυρίως με την αναγνώριση νομοθετικής εξουσίας στην Έκτακτη Εικοσαμελή Σύναξη που δικαιούται να ψηφίζει κανονιστικές διατάξεις στα πλαίσια του ΚΧΑΟ, τις οποίες επικυρώνει ασκώντας έλεγχο νομιμότητας ο Υπουργός Εξωτερικών, ακόμη με την άσκηση δικαστικής εξουσίας από διάφορα αγιορείτικα όργανα για την επίλυση υποθέσεων ιδιωτικής ή και ποινικής φύσεως (αρ.41-83 ΚΧΑΟ), και με την δυνατότητα κατάρτισης δημόσιων εγγράφων από την Ιερά Κοινότητα ή τις Μοναστηριακές αρχές, επικυρωμένων από την Ιερά Επιστολή.

Παρατηρούμε λοιπόν πως για λόγους θρησκευ-

τικής, ιστορικής και πολιτιστικής ιδιαιτερότητας των τοπικών νομοκανονικών θεσμών του Αγίου Όρους έχει παραχωρηθεί στη μοναστική πολιτεία ένα σύστημα αυτοδιοίκησης, που ασκείται από το σύνολο των διοικητικών οργάνων του Αγίου Όρους (Μοναστηριακές Αρχές, Ιερά Επιστολή, Ιερά Κοινότητα, Έκτακτη Εικοσαμελής Σύναξη). Η παραχώρηση αυτή δεν επιφέρει όμως σε καμία περίπτωση μείωση της κυριαρχίας του ελληνικού κράτους στην περιοχή του Άθωνα, ούτε δημιουργεί καθεστώς αυτονομίας, παρά το γεγονός ότι συχνά ο όρος αυτός χρησιμοποιείται μάλλον αδόκιμα και συναισθηματικά.

Όργανα της αγιορείτικης αυτοδιοίκησης

Παρά την αναγόμενη σε ιστορικούς λόγους και με τιμητικό περιεχόμενο, ιεραρχική τάξη, σήμερα στο Άγιο Όρος λειτουργούν είκοσι μονές (105παρ1Σ.), νομικά και διοικητικά ίσες μεταξύ τους. Δεδομένου ότι η καταστατική νομοθεσία δεν ρυθμίζει τη νομική προσωπικότητα των είκοσι μονών, και παρά τις αντίθετες απόψεις μερίδας της θεωρίας¹⁵, της διοίκησης¹⁶, του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (στο εξής ΝΣΚ)¹⁷, και του Αρείου Πάγου (στο εξής ΑΠ)¹⁸, που χαρακτηρίζουν τις μονές ως Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (στο εξής ΝΠΔΔ), η ΟΛΣΤΕ 2629/1988 απεφάνθη ότι οι αγιορείτικες μονές δεν αποτελούν ΝΠΔΔ, ούτε αυτοτελείς διοικητικές αρχές.

Οι μονές αυτοδιοικούνται μέσω των εσωτερικών τους κανονισμών, τους οποίους συντάσσουν και ψηφίζουν οι ίδιοι οι μοναχοί της μονής, και οι οποίοι τίθενται υπό την έγκριση και τον διαρκή έλεγχο της Ιεράς Κοινότητας. Κάθε μοναστηριακός κανονισμός καθορίζει τα ειδικότερα οργανωτικά, διοικητικά και λειτουργικά ζητήματα της μονής. Εσωτερικά διοικητικά όργανα της μονής αποτελούν ο Ηγούμενος, η Γεροντική Σύναξη (αποφασιστικό όργανο) και η Επιτροπή (εκτελεστικό όργανο). Οι ανάλογοι εσωτερικοί κανονισμοί των εξαρτημάτων κάθε μονής εγκρίνονται από την κυρίαρχη μονή.

Κάθε μονή εκλέγει σύμφωνα με τον εσωτερικό της κανονισμό έναν αντιπρόσωπό, που θα την εκπροσωπεί με ετήσια θητεία, χωρίς δυνατότητα

¹³ ΑΠ 1290/1989, ΟΛΝΣΚ 621/1979

¹⁴ ΟΛΣΤΕ 339/1976, 472-474

¹⁵ Σπ. Τρωιάνος, Η φύση της νομικής προσωπικότητας των Ι.Μονών του Αγίου Όρους, 1984, 110-116

¹⁶ Εγκύκλιος Υπουργείου Οικονομικών 1059318/Β0012/24-6-2003

¹⁷ ΝΣΚ 133/1997

¹⁸ ΑΠ 783/2000

επανεκλογής στην Ιερά Κοινότητα, το κεντρικό, συλλογικό και διαρκές όργανο της Αγιορείτικης αυτοδιοίκησης¹⁹, το οποίο διαθέτει αρμοδιότητες δικαστικής και διοικητικής φύσης. Οι αποφάσεις της Ιεράς Κοινότητας εκτελούνται από το τετραμελές όργανο της Ιεράς Επιστασίας (28-40 ΚΧΑΟ), της οποίας τα μέλη καθορίζονται σε πέντε τετράδες που προκύπτουν με βάση την τιμητική ιεραρχική τάξη έτσι, ώστε επικεφαλής κάθε τετράδας να τίθεται μια από τις πέντε πρώτες τη τάξει μονές. Οι τετράδες ασκούν ετήσια θητεία και εναλλάσσονται κατά τέτοιο τρόπο, ώστε κάθε τετράδα να ασκεί την επιστασία μια φορά στα πέντε χρόνια.

Τέλος, την Έκτακτη Εικοσαμελή Σύναξη, το ανώτερο νομοθετικό και δικαστικό όργανο της Αθωνικής Πολιτείας (αρ.43 ΚΧΑΟ), συγκροτούν σε σώμα οι Ηγούμενοι των είκοσι μονών, το οποίο συνεδριάζει αυτοδίκαια δύο φορές τον χρόνο, την 15η μέρα μετά το Πάσχα και την 20η Αυγούστου, κατόπιν τυπικής πρόσκλησης της Ιεράς Κοινότητας. Οι κανονιστικές αποφάσεις της επικυρώνονται από τον ΥΠ.ΕΞ. Σε έκτακτες περιπτώσεις, όταν προκύψουν ζητήματα μείζονος σημασίας για το Άγιο Όρος, συγκροτείται η Έκτακτη Διπλή Ιερά ή η Έκτακτη Τριπλή Ιερά Σύναξη, με διπλασιασμό ή τριπλασιασμό των μελών της Σύναξης αντίστοιχα, με σκοπό να προσδοθεί αυξημένο κύρος και βαρύτητα στις αποφάσεις του οργάνου. Χαρακτηριστικά αναφέρουμε ότι ο Καταστατικός Χάρτης του Αγίου Όρους (ΚΧΑΟ) ψηφίστηκε το 1924 από Έκτακτη Διπλή Ιερά Σύναξη.

Ενδεικτικές εκδηλώσεις του ιδιαίτερου νομικού καθεστώτος

Ευρέως γνωστός είναι ο θεσμός του αβάτου, της απαγόρευσης δηλαδή εισόδου των γυναικών στο Άγιο Όρος (αρ.186 ΚΧΑΟ). Ένας θεσμός που έχει επικριθεί πολλάκις, συν τοις άλλοις, ως αντισημιτικός με βάση την αρχή της ισότητας (άρθρο 4παρ.1 και 2Σ.) και την ελευθερία κίνησης και κυκλοφορίας (άρθρο 5 παρ.3Σ.). Βάσιμα, ωστόσο, κατά την γνώμη μου, έχει υιοθετηθεί από την Ελληνική Δικαιοσύνη η γνώμη ότι ο θεσμός του αβάτου αποτελεί εκδήλωση της θρησκευτικής ελευθερίας των αγιορειτών μοναχών αφ' ενός, και αφ' ετέρου προστατεύεται και από το άρθρο 17 του Συντάγματος βάσει του γεγονότος ότι η πλήρης και απο-

κλειστική κυριότητα επί του αναπαλλοτρίωτου εδάφους του Αγίου Όρους ανήκει στις είκοσι μονές του, οι οποίες κατά συνέπεια έχουν και το δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν την είσοδο οποιουδήποτε σε αυτό²⁰. Έτσι, και η νόμιμη είσοδος οποιουδήποτε μη αγιορείτη μοναχού στο Άγιο Όρος, προϋποθέτει την έκδοση διαμονητηρίου από την Ιερά Επιστασία, ενός ειδικού εγγράφου, στο οποίο αναφέρεται μεταξύ άλλων και η διαρκεία επίσκεψης του κάθε φιλοξενούμενου.

Ακόμη, έναν ιδιαίτερο θέσμο αποτελεί και η αυτοδίκαιη κτήση, βάσει και Συντάγματος (άρθρο 105 παρ.1), της ελληνικής ιθαγένειας οποιουδήποτε μοναχού μόλις προσληφθεί ως δόκιμος ή ως μοναχός, δηλαδή με την εγγραφή του στο δοκιμολόγιο ή μοναχολόγιο, που διατηρεί κάθε μονή και τα εξαρτήματά της. Μια εξαιρετικά στοχευμένη νομική κατάσταση, που σκοπό έχει να αποτρέψει ύποπτες παρεμβάσεις άλλων κρατών, επικαλούμενων την προστάσια των υπηκόων τους, στην νευραλγική γεωπολιτική περιοχή του Άθωνα, καθώς και να προστατέψει τους αλλογενείς αγιορείτες μοναχούς από την υπαγωγή τους στην νομοθεσία περί αλλοδαπών.

Τέλος, παρά τα όσα ακούστηκαν ειδικά τη δεκαετία του 2000 και που μονοπώλησαν τον δημόσιο διάλογο, η διαχείριση και διοίκηση της περιουσίας των είκοσι μονών διενεργείται με μια λεπτομερειακή, εξαντλητική και διαφανή διαδικασία, που περιγράφεται αναλυτικά στα άρθρα 86-90 του ΚΧΑΟ, για την οποία θα μπορούσε να γίνει ξεχωριστή δημοσίευση και πιθανόν να αποτελέσει και υποδείγμα χρηστής διαχείρισης για την πολύπαθη ελληνική δημόσια διοίκηση.

Ο αναχωρητισμός άλλωστε, που διαπνέει σε επίπεδο οργάνωσης το σύνολο της αθωνικής μοναστικής πολιτείας, και η εμμονή σε μεθόδους και ρυθμούς επιβίωσης που θυμίζουν άλλες εποχές, έχουν αφήσει την "αθωνική οικονομία" να φαίνεται στα μάτια ενός εξωτερικού παρατηρητή, με μια σύγχρονη οπτική, ότι έχει μείνει σε επίπεδα προβιομηχανικής αγροτικής εποχής.

Επίλογος

Ανεξάρτητα από τις προσωπικές θρησκευτικές πεποιθήσεις του καθενός, αλλά και τις εν γένει αντιλήψεις του και την κοσμοθεωρία του, είναι άδικο

¹⁹ Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, Ostrakon, ²2017, σ. 493-495.

²⁰ Εγκύκλιος Εισαγγελέα ΑΠ Κρουσταλλάκη 1/2003

να μην αναγνωρίσει κανείς ότι η Μοναστική Πολιτεία του Αγίου Όρους δεν αποτελεί απλώς μια ενδιαφέρουσα πολιτιστική ιδιαιτερότητα και έναν πραγματικό θησαυρό για την Ορθοδοξία και τον Ελληνικό Πολιτισμό, αλλά συνιστά και έναν εξαιρετικά σύνθετο, αυτοδύναμο και πολυεπίπεδο ζωντανό εκκλησιαστικό νομικό οργανισμό, ο οποίος έχει κατορθώσει να εμφανίζει για χίλια και πλέον

έτη μια συνεχή και ολοκληρώμενη οργάνωση και λειτουργία σε όλα σχεδόν τα θεσμικά επίπεδα. Η Μοναστική Πολιτεία του Αγίου Όρους έχει διαμορφώσει, πέρα από όλα τα άλλα, και έναν αθέατο νομικό κόσμο, τον οποίο επιχείρησα να σκιαγραφήσω, επιφανειακά, ως εξωτερικός παρατηρητής, με το παρόν άρθρο.

Δικαίωμα συνάθροισης και αστυνομική βία

Λουκά Ιωάννα
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Η δημοκρατία είναι ένα διαρκές στοίχημα. Υπάρχει για το λαό και υφίσταται μέσω αυτού. Δε νοείται δημοκρατία χωρίς πολίτες, αλλά και οι πολίτες δε νοούνται χωρίς λόγο, χωρίς άποψη, χωρίς ενεργητική συμμετοχή. Πιο απτή μορφή ενεργητικής συμμετοχής είναι η συνάθροισή τους, η συγκέντρωσή τους, η ένωση πολλών σε μία φωνή για τη διεκδίκηση θεμιτών στόχων έναντι στις αυθαιρέσεις της εξουσίας.

Χαρακτήρας δικαιώματος συνάθροισης

Η συνάθροιση είναι συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα και μάλιστα το αρχαιότερο δικαίωμα συλλογικής, ομαδικής δράσης στην Ελληνική συνταγματική ιστορία (Σύνταγμα 1864 άρθρο 10)¹. Η ελευθερία του συνέρχεσθαι κατοχυρώνεται στο άρθρο 11 του Συντάγματος του 1975 το οποίο ορίζει «1. Οι Έλληνες έχουν το δικαίωμα να συνέρχονται ήσυχα και χωρίς όπλα. 2. Μόνο στις δημόσιες και υπαίθριες συναντήσεις μπορεί να παρίσταται η αστυνομία. Οι υπαίθριες συναθροίσεις μπορούν να απαγορευτούν με αιτιολογημένη απόφαση της αστυνομικής αρχής, γενικά, αν εξαιτίας τους επίκειται σοβαρός κίνδυνος για τη δημόσια ασφάλεια, σε ορισμένη δε περιοχή, αν απειλείται σοβαρή διατάραξη της κοινωνικοοικονομικής ζωής, όπως νόμος ορίζει.»

Το δικαίωμα του συνέρχεσθαι είναι εξ ορισμού συλλογικό, αφού προϋποθέτει τη σύμπραξη περισσότερων ατόμων για να ασκηθεί. Αυτή η σύμπραξη είναι που προσφέρει ιδιαίτερη δυναμική κάνοντας πιο αποτελεσματική την επιδίωξη των εκάστοτε στόχων. Λόγω αυτού του ενεργητικού χαρακτήρα, ο οποίος καταφαίνεται στο ότι η άσκησή του πραγματώνεται μόνο μέσα από συλλογικές

μορφές δραστηριοποίησης και συμμετοχή στις διαδικασίες σχηματισμού της πολιτικής βούλησης της εξουσίας, υπάγεται στο status activus. Μέσω αυτής της συμμετοχής ακούγεται η φωνή και των πιο μικρών και αδύναμων ομάδων του πληθυσμού που βρίσκουν διέξοδο να εκφράσουν την άποψή τους, ασκώντας, έτσι, και το δικαίωμα της ελεύθερης έκφρασης (άρθρο 14 Σ), με το οποίο βρίσκεται το παρόν δικαίωμα σε σχέση αλληλεξάρτησης και αλληλοσυμπλήρωσης.

Το δικαίωμα συνάθροισης είναι επίσης αμυντικό², υπαγόμενο στο status negativus, αφού περιέχει αξίωση αποχής της κρατικής εξουσίας από κάθε παρεμπόδιση άσκησης της συλλογικής δράσης των φορέων του. Η βούληση του συντακτικού νομοθέτη, όπως φαίνεται στο γράμμα της διάταξης είναι σαφής και σκοπεί στην εξασφάλιση του ατόμου -πολίτη ενός χώρου ελευθερίας, ενός πεδίου προστασίας στο οποίο μπορεί να κινείται ελεύθερα απαλλαγμένο από κάθε είδους ελέγχους, παρεμβάσεις και παρεισφρήσεις της κρατικής εξουσίας.

Αυτή η διττή νομική φύση του δικαιώματος σε συνδυασμό, βέβαια, με την αυτονόητη κοινωνική του φύση, αφού απευθύνεται σε πολίτες, σε ανθρώπους ενταγμένους μέσα στις κοινωνικές ομάδες που ζουν και υπάρχουν στην κοινωνική πραγματικότητα, σηματοδοτεί τη σύνθετη νομική φύση του (status mixtus)³. Η σύνθετη κοινωνική πραγματικότητα, σύμφωνα με το πρότυπο του Jellinek, καταλύει τα στενά όρια των επιμέρους status και

² Γιάννης Α. Μπακόπουλος, Το δικαίωμα του συνέρχεσθαι στο Ελληνικό, Γαλλικό και Αγγλικό -δημόσιο δίκαιο, έκδοση Αντ. Ν Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1995, σελ. 27-29

³ Γιάννης Α. Μπακόπουλος, Το δικαίωμα του συνέρχεσθαι στο Ελληνικό, Γαλλικό και Αγγλικό -δημόσιο δίκαιο, έκδοση Αντ. Ν Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1995, σελ. 31-33

¹ Κ. Χρυσόγονος, Σπ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 509

αξιώνει πολύπλευρη προστασία του δικαιώματος καταδεικνύοντας, έτσι, και τη σπουδαιότητά του.

Έννοια της προστατευόμενης από το άρθρο 11 συνάθροισης

Η συνάθροιση της οποίας την ελευθερία κατοχυρώνει το Σ 11 είναι η συγκέντρωση ιδιωτών με κοινό σκοπό να εκφράσουν ή να ανταλλάξουν γνώμες ή πληροφορίες είτε να εκδηλώσουν ή να προβάλουν αιτήματα και φρονήματα (άρθρο 1 παρ.2 Ν794/1971)⁴.

Όπως, προκύπτει από τον ορισμό, χαρακτηριστικό της προστατευόμενης συνάθροισης είναι ο κοινός σκοπός. Οι συμμετέχοντες πρέπει να συμμερίζονται ένα κοινό στόχο, τον οποίο, μέσω αυτής τους της ενέργειας, προσπαθούν να υλοποιήσουν. Ένας τυχαίος, λοιπόν, και απλός συνωστισμός δε συνιστά συνάθροιση· βέβαια, μπορεί να εξελιχθεί σε συνάθροιση, αν υπάρχει θέληση από τα συγκεντρωμένα πρόσωπα. Χαρακτηριστικό, επίσης, της συνάθροισης του άρθρου 11 είναι ο δημόσιος χαρακτήρας, να λαμβάνει, δηλαδή, χώρα σε δημόσιο χώρο και να μην αφορά ιδιωτικά θέματα, γιατί τότε προστατεύεται από άλλες διατάξεις (άρθρο 9Σ).

Οι πολίτες μπορούν, λοιπόν, να συγκεντρώνονται δημόσια για την επιδίωξη κοινών στόχων δρώντας ήσυχα και χωρίς όπλα, όπως αναφέρει το οικείο άρθρο του Συντάγματος. Αυτοί οι δύο όροι προσδιορίζουν εναργέστερα το δικαίωμα της συνάθροισης, αποτελώντας και προϋπόθεση της συνταγματικά επιτρεπόμενης άσκησής του.

Ήσυχη συνάθροιση δε σημαίνει συνάθροιση που γίνεται χωρίς θόρυβο. Ο όρος ησυχία δεν έχει στην προκειμένη περίπτωση τη συνήθη κοινή σημασία, αλλά νοείται ως η συνάθροιση που διεξάγεται χωρίς προσπάθεια βίαιης επιβολής φρονημάτων και ιδεών. Εξάλλου, είναι σύνηθες στις μέρες μας να γίνονται και συναθροίσεις “σιωπηλές”, μόνο με χρήση πανό, στολών και άλλων διακριτικών σημάτων, τα οποία εντάσσονται και αυτά στην προστατευτική διάταξη του άρθρου εφόσον δεν αποτελούν διεγερτικά βίας. Αντικείμενο προστασίας, όμως, δεν αποτελούν σε καμία περίπτωση οι αντισυναθροίσεις που σκοπούν στη βίαιη διάλυση των νόμιμων διεξαγομένων συναθροίσεων, αλλά και οι

συναθροίσεις που παρακωλύουν σοβαρά τη συγκοινωνία σε κεντρικές αρτηρίες πόλεων, αλλά και αυτές που ματαιώνουν ή εμποδίζουν την εύρυθμη λειτουργία κρατικών οργάνων και υπηρεσιών.

Συναφής με την ησυχία αλλά και προϋπόθεσή της είναι η απαίτηση από το Σύνταγμα να διεξάγεται η συνάθροιση χωρίς όπλα. Ως όπλα νοούνται, σύμφωνα με το άρθρο 11 ΝΔ 974/1971, τα πυροβόλα όπλα και «οποιαδήποτε άλλα αντικείμενα μπορούν να προκαλέσουν σωματική βλάβη ή φθορά πραγμάτων».

Φορείς και αποδέκτες

Φορείς του δικαιώματος συνάθροισης είναι κατ' αρχάς όλοι οι Έλληνες πολίτες. Ωστόσο, με την κύρωση της ΕΣΔΑ, που στο άρθρο 11 προβλέπει ότι το δικαίωμα συνάθροισης είναι αναφαίρετο δικαίωμα όλων των πολιτών χωρίς διακρίσεις, οδήγησε στη διεύρυνση των φορέων καταλαμβάνοντας στο προστατευτικό πεδίο, με τους περιορισμούς, βέβαια, του άρθρου 16 της ΕΣΔΑ, και τους ιθαγενείς και τους αλλοδαπούς.

Το δικαίωμα του συνέρχεσθαι μπορούν να ασκήσουν επίσης και ιδιαίτερες κατηγορίες προσώπων⁵, όπως φοιτητές, ενώ φυλακισμένοι και δημόσιοι υπάλληλοι κατά κανόνα όχι, αφού για τους μεν πρώτους είναι αδύνατο λόγω του περιορισμού της ελευθερίας τους (*stricto sensu*), εκτός αν είναι σε άδεια, ενώ για τους δεύτερους είναι ανεπίτρεπτη η άσκηση του εν ώρα υπηρεσίας.

Ως προς τους μαθητές, συγκεκριμένα, που φαίνεται μέρα με τη μέρα να αποκτούν ενεργητική θέση και στάση στην πολιτική ζωή και να συμμετέχουν με θέρμη και ζήλο στους πολιτικούς αγώνες, δεν υπάρχει καμία απαγόρευση. Οι ανήλικοι μαθητές αφ'ής στιγμής αποκτούν πνευματική ωριμότητα για να αντιληφθούν τη σημασία άσκησης του δικαιώματος μπορούν να το ασκούν ανεξαρτήτως της έλλειψης δικαιοπρακτικής ικανότητας. Οι γονείς, ως φορείς της γονικής μέριμνας, μπορούν να επεμβαίνουν σύμφωνα με τις διατάξεις του οικογενειακού δικαίου (1510 ΑΚ), και να απαγορεύουν τη συμμετοχή του τέκνου τους, μόνο όταν επίκειται κίνδυνος για τη ζωή ή σωματική ακεραιότητα του, και όχι, γιατί μπορούν να διαφωνούν πολιτικά.

⁴ Π.Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα Β', δεύτερη αναθεωρημένη έκδοση, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή, 2005, σελ. 826 -834

⁵ Κ. Χρυσόγονος, Σπ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 513, 514

Αποδέκτης ⁶ της ισχύος του δικαιώματος της συνάθροισης, όπως και οποιουδήποτε άλλου ατομικού δικαιώματος, είναι η κρατική εξουσία και κάθε άλλος φορέας δημόσιας εξουσίας, που έχει τη δυνατότητα να εμποδίσει την άσκησή του χρησιμοποιώντας κατασταλτικούς μηχανισμούς.

Ο ρόλος της αστυνομίας στο δικαίωμα συνάθροισης

Η Ελληνική αστυνομία, ως το κατεξοχήν αρμόδιο διοικητικό όργανο για την τήρηση και την επιβολή της τάξης, έχει ως αποστολή να προασπίζεται την ειρήνη και τη δημόσια ασφάλεια. Και ειδικότερα, όταν παρίσταται στις δημόσιες συναθροίσεις - τα συνταγματικά επιτρεπτά πλαίσια του άρθρου Σ11,παρ.2-, να προστατεύει τις ατομικές ελευθερίες του πολίτη από οποιαδήποτε προσβολή, επιτρέποντας, έτσι, την ανεμπόδιστη άσκηση του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος.

Η Ελληνική Αστυνομία επιτρέπεται συνταγματικά να παρίσταται στις δημόσιες συναθροίσεις με διακριτικό τρόπο και με αριθμό όχι εμφανώς μεγαλύτερο από τους συμμετέχοντες.⁷ Ωστόσο, η διακριτική αυτή παρουσία μπορεί να λάβει δυναμικό χαρακτήρα, όταν η συνάθροιση αποβάλει το ειρηνικό της προφίλ και δείχνει να εκτρέπεται και να αποκτά βίαιη διάσταση.

Διάλυση συνάθροισης

Όταν η συνάθροιση αποκτά βίαιο χαρακτήρα, η αστυνομία νομιμοποιείται να παρέμβει και να προβεί σε διάλυσή της, σεβόμενη το δικαίωμα της ζωής και την αρχή της αναλογικότητας. Το Β.Δ 269/1972 ορίζει συγκεκριμένα την απαιτούμενη διαδικασία διάλυσης, σύμφωνα με την οποία ο εκπρόσωπος της αστυνομικής αρχής οφείλει να καλέσει 3 φορές, με παρουσία εκπροσώπων δικαστικής αρχής, τους συγκεντρωμένους να διαλυθούν (άρθρο 8).⁸

Χρήση μέσων καταστολής -προσαγωγές

Αν η κλήση προς εκούσια διάλυση καταστεί άκαρπη, τα αστυνομικά όργανα μπορούν να προβούν σε βίαιη διάλυση μετερχόμενοι μέσων όπως *δακρυγόνα ή άλλα χημικά* ως ύστατα μέτρα καταστολής του πλήθους. Η χρήση τέτοιων μέσων από τα αστυνομικά όργανα κατά τη διάρκεια διαδηλώσεων και πορειών, προκειμένου να αποτραπούν εγκλήματα κατά της ζωής, της υγείας και της περιουσίας τρίτων και να διαφυλαχθεί η δημόσια τάξη και η κοινωνικοοικονομική ζωή, δεν είναι κατ' αρχήν παράνομη. Και αυτό, γιατί τα αστυνομικά όργανα έχουν καθήκον και υποχρέωση από το Σύνταγμα και από το Ν 2800/2000, να λαμβάνουν τα απαραίτητα κατασταλτικά μέτρα, για να επιτρέψουν την ανεμπόδιστη άσκηση του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος του συνέρχεσθαι, σεβόμενοι, όμως, πάντα την αρχή της αναλογικότητας (Σ25). Τυχόν υπέρβαση των ορίων της θεμελιώνει ευθύνη του Δημοσίου προς αποζημίωση σύμφωνα με τον 105ΕισΝΑΚ.

Συνήθης πρακτική της αστυνομίας κατά τη διάρκεια των διαδηλώσεων είναι και οι *προσαγωγές*⁹ μέσω των οποίων τα αστυνομικά όργανα πασχίζουν να διαφυλάξουν τη δημόσια τάξη και τα δικαιώματα των πολιτών.

Η προσαγωγή σε πρώτη ανάγνωση είναι στέρξη προσωπικής ελευθερίας, ωστόσο αποτελεί μία νόμιμη πρακτική, όταν τηρούνται οι ουσιαστικές και διαδικαστικές προϋποθέσεις που θέτει ο νόμος αλλιώς, συνιστά παράνομη κατακράτηση (σύμφωνα με τα άρθρα 325). Το άρθρο 74παρ.15 περίπτωση θ',εδάφιο α', π.δ. 141/91 ορίζει την επιτρεπτή δράση της αστυνομίας όσον αφορά τη διαδικασία προσαγωγής και συγκεκριμένα ότι το αρμόδιο όργανο «*οδηγεί στο αστυνομικό κατάστημα για εξέταση άτομα τα οποία στερούνται στοιχείων αποδεικτικών της ταυτότητάς τους ή τα οποία, εξαιτίας του τόπου, του χρόνου, των περιστάσεων και της συμπεριφοράς τους δημιουργούν υπόνοιες διάπραξης εγκληματικής ενέργειας.*»

Από τη διάταξη του νόμου συνάγεται πως η επίδειξη αστυνομικής ταυτότητας αρκεί για να αποφευχθεί μία προσαγωγή στο τμήμα. Ωστόσο, αν αυτή λείπει και γενικά η όλη στάση και συμπεριφορά τους δημιουργεί υπόνοιες για τέλεση εγκλη-

⁶ Π.Δ Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα Β', δεύτερη αναθεωρημένη έκδοση, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα -Κομοτηνή, 2005, σελ. 839

⁷ Κ. Χρυσόγονος, Σπ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ.517

⁸ Κ. Χρυσόγονος, Σπ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ.521

⁹ Συνήγορος του πολίτη: Γ.Καμίνης, Νόμιμες προϋποθέσεις προσαγωγών και αστυνομικών ερευνών, <https://www.synigoros.gr/?i=human-rights.el.sullipsi-astunomia.106571>

ματικών πράξεων, το αστυνομικό όργανο μπορεί να αναγκάσει αυτά τα άτομα για εξέταση και εξακρίβωση στοιχείων στο αστυνομικό τμήμα. Η παρμονή¹⁰ τους εκεί, όμως, δεν πρέπει να ξεπερνάει τον απαιτούμενο για αυτή τη διαδικασία χρόνο, όπως ορίζει και το άρθρο 74 παρ. 15 περίπτωση θ' π. δ141/91. Περαιτέρω, η δέσμευση των προσαγόμενων με χειροπέδες πρέπει να γίνεται μόνο όταν από την προηγούμενη διαγωγή ή συμπεριφορά του ατόμου δημιουργείται υπόνοια φυγής (άρ. 119 περ. δ' Π.Δ. 141/1991). Υπενθυμίζεται ότι η αστυνομική δράση (και η διοικητική δράση γενικότερα) πρέπει να διέπεται από τις αρχές της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας, δηλαδή το μέτρο της δέσμευσης πρέπει να εφαρμόζεται μόνον εφόσον κρίνεται πράγματι αναγκαίο και δεν μπορεί να αντιμετωπιστεί με άλλο ηπιότερο μέσο η πιθανότητα της απόδρασης (π.χ. αυξημένη επιτήρηση). Τυχόν «αρνητική» συμπεριφορά των ελεγχόμενων, δεν δύναται να συνιστά άνευ ετέρου λόγο δέσμευσης.

Σε κάθε περίπτωση, όμως, οι αστυνομικοί έλεγχοι πρέπει να διενεργούνται με σεβασμό στην ανθρώπινη αξία, όπως επιβάλλεται από τη θεμελιώδη αρχή της έννομης τάξης μας (άρθρο 2 παρ. 1 Συντάγματος) και από τον Κώδικα δεοντολογίας του αστυνομικού (Π.Δ. 254/2004). Περιστατικά που έχουν επισημανθεί από το Συνήγορο του Πολίτη, καθώς και αυτά που έρχονται κατά καιρούς στη δημοσιότητα από άλλους φορείς και τα Μ.Μ.Ε.¹¹ και αφορούν αντικανονικούς ελέγχους και προσαγωγές, εκθέτουν δημόσια την Ελληνική Αστυνομία και πρέπει να εκλείψουν.

Χρήση όπλων

Αν τα αστυνομικά όργανα έχουν χρησιμοποιήσει όλα τα ηπιότερα μέσα αλλά η βίαιη διαδήλωση συνεχίζεται με μεγαλύτερη ορμή, μπορούν να χρησιμοποιήσουν ως ύστατο μέσο το όπλο¹². Αυτή

η κρατική βία πρέπει να διέπεται από τις διατάξεις του Ν3169/2003 και να είναι απολύτως αναγκαία για την εκπλήρωση του αστυνομικού έργου. Σημαντικό κριτήριο είναι η ύπαρξη αναλογίας ανάμεσα στην απειλούμενη βλάβη και στην επικινδυνότητα της απειλής που υφίσταται ο αστυνομικός και τον εξαναγκάζει να προβεί στη χρήση όπλου. Και σε αυτήν την περίπτωση, όμως, η χρήση του όπλου πρέπει να είναι κλιμακωτή βαθμιδόν από την ηπιότερη στην επαχθέστερη, έτσι ώστε να βλαφθεί ή να κινδυνεύει να βλαφθεί όσο το δυνατό μικρότερης σημασίας έννομο αγαθό.

Από αυθεντική ερμηνεία του νόμου 1639/2003 προκύπτουν 4 είδη πυροβολισμών¹³: ο εκφοβιστικός πυροβολισμός, ο πυροβολισμός κατά πραγμάτων, ο πυροβολισμός ακινητοποίησης και ο πυροβολισμός εξουδετέρωσης, ο οποίος είναι και ο πιο επαχθής.

Ο εκφοβιστικός πυροβολισμός, ο οποίος είναι και ο πιο συνήθης έχει στόχο, όχι να πληξεί τον άνθρωπο ή πράγμα, αλλά πυροβολώντας στο έδαφος ή στον αέρα να προειδοποιήσει τον τρίτο να συμμορφωθεί στην επιταγή του οργάνου. Από την άλλη, ο πυροβολισμός κατά πραγμάτων στοχεύει σε πράγματα με σκοπό να ακινητοποιήσει το δράστη.

Στόχο ακινητοποίησης, αλλά με απευθείας βολή σε μη ζωτικά σημεία του ανθρώπου που εκδηλώνει εγκληματική συμπεριφορά έχει και ο πυροβολισμός ακινητοποίησης. Σε αυτήν τη μορφή πυροβολισμού μπορεί να προβεί η αστυνομία προκειμένου να αποκρούσει μία παρούσα ένοπλη επίθεση ή την επικείμενη τέλεση ενός κοινώς επικίνδυνου εγκλήματος, που τελείται με χρήση βίας ή προκειμένου να συλλάβει τον καταδιωκόμενο που αντιδρά βίαια. Σε αυτήν την περίπτωση, όμως, πρέπει να αποκλείεται αντικειμενικά η πιθανότητα να επέλθει θάνατος του «προσώπου -στόχου». Ωστόσο, αν υπάρχει κίνδυνος να πληγεί τρίτος ή ο πυροβολισμός γίνεται έναντι πλήθους στο οποίο μετέχουν και ένοπλοι και άοπλοι (και υπάρχει κίνδυνος να πληγούν οι άοπλοι) ή αν στρέφεται κατά ανηλίκου -με την προϋπόθεση, βέβαια, αυτός να μην επιχειρεί ανθρωποκτονία ή βαριά σωματική βλάβη -, τότε απαγορεύεται ρητά, και τυχόν εκτέλεση του συνιστά παράνομη πράξη που επιφέρει κυρώσεις

astinomikous-pote-epitrepete/

¹³ Γιάννης Μπέκας, Οπλοφορία και χρήση πυροβόλων όπλων από τους αστυνομικούς, ερμηνεία του ν3169/2003, Δίκαιο και Οικονομία, Π.Ν Σάκκου-λας, Αθήνα 2003, σελ. 94-95

¹⁰ Ε.Α.Υ.Ν.Η, ΤΙ ΠΡΟΒΛΕΠΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΙΣ ΠΡΟΣΑΓΩΓΕΣ, <http://eaynh.gr/index.php/component/k2/item/245-ti-provlepetai-gia-tis-prosagoges>

¹¹ ΤοΒΗΜΑ Team, Αντιδράσεις για την φωτογραφία με τη βίαιη προσαγωγής διαδήλωσή στα Εξάρχεια, διαθέσιμο στο <https://www.tovima.gr/2019/12/07/society/antidraseis-gia-tin-fotografia-me-ti-viaii-prosagogis-diadiloti-sta-eksarxeia/>

¹² Νικόλαος Κουμουλέντζος, Δικηγόρος, Μ.Δ.Ε. Ποινικού Δικαίου, Η χρήση πυροβόλων όπλων από αστυνομικούς. Πότε επιτρέπεται; διαθέσιμο στο <https://analusetto.gr/i-chrisi-pirovolon-oplon-apo->

στο αστυνομικό όργανο.

Έσχατο μέσο εκπλήρωσης του αστυνομικού καθήκοντος αποτελεί ο πυροβολισμός εξουδετέρωσης, ο οποίος προσβάλλει το υπέρτατο έννομο αγαθό, αυτό της ζωής. Η προσφυγή σε αυτήν την έσχατη λύση δικαιολογείται μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις όπως αποτροπή κινδύνου ή βαριά σωματική βλάβη, μέσα στα όρια βέβαια που θέτει το άρθρο 2 παρ. 2 της ΕΣΔΑ.¹⁴

Επίλογος

Η μικρή αντίσταση κατά του κράτους είναι θεμιτή και πρέπει να γίνεται κατά περιόδους. Αυτή συνιστά και την πεμπουσία της δημοκρατίας, τη δυνατότητα του πολίτη να εκφράζει τη γνώμη του ελεύθερα και να αντιδρά, σεβόμενος, όμως, τις στοιχειώδεις δημοκρατικές αρχές. Εδώ, αναδεικνύεται και η υπεροχή του δημοκρατικού πολιτεύ-

ματος έναντι των άλλων, ενός πολιτεύματος που σέβεται τη γνώμη των αντιφρονούντων χωρίς να επιβάλλει κυρώσεις. Η δημοκρατία επιζητεί την αντίδραση, τη διαφωνία, γιατί, έτσι, μόνο εξελίσσεται. Όπως ακριβώς επισημαίνει και ο καθηγητής ποινικού δικαίου Διονύσης Σπινέλλης, προτιμάται «ο θόρυβος της μικρής αντίστασης από τη νεκρική σιγή του εφησυχασμού». Γιατί, ο θόρυβος συνεπάγεται αγωνία, ειλικρινές ενδιαφέρον για τα κοινά, για το μέλλον, διάθεση για εξέλιξη, ενώ η σιγή προσιδιάζει στην αδιαφορία, στην παραίτηση και τη μεμψιμοιρία. Η συνάθροιση, λοιπόν, όχι μόνο επιτρέπεται σε ένα δημοκρατικό καθεστώς αλλά επιβάλλεται κιόλας για την ομαλή λειτουργία του, αρκεί, βέβαια, να διεξάγεται μέσα στα όρια που θέτουν το Σύνταγμα και οι νόμοι· τυχόν υπέρβαση τους επιφέρει ουσιαστικό περιορισμό του δικαιώματος, καθώς νομιμοποιείται η παρέμβαση της αστυνομικής αρχής ως οργάνου καταστολής της παράνομης συνάθροισης. Συνταγματικά, λοιπόν, έχουμε δικαίωμα να συνερχόμαστε και όχι να συνοπλιζόμαστε· δικαίωμα στην ειρήνη και όχι στη βία.

¹⁴ Ε.Συμεωνίδου -Καστανίδου, Αστυνομική βία και ανθρώπινα δικαιώματα, ΠοινΔικ 12/2003(Έτος 6°),σελ. 1358-1362

Άρσης της εταιρικής αυτοτέλειας (Piercing the Corporate Veil)

Μπαλτσικίδου Βασιλική & Καράμπελας Ταξιάρχης
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Προλογικό σημείωμα

Καθώς το επιχειρείν δεν είναι πάντοτε συνυφασμένο με το επιτυχάνειν, και λαμβάνοντας υπόψη το μέγεθος της οικονομικής καταστροφής που μπορεί να επιφέρει η αποτυχία τολμηρών και κοστοβόρων επιχειρηματικών «ανοιγμάτων», δημιουργήθηκε η ανάγκη αναθεώρησης των παραδοσιακών εμπορικών σχέσεων - φυσικών προσώπων φερόντων την εμπορική ιδιότητα και προσωπικών εταιριών -. Η σκέψη αυτή οδήγησε στη δημιουργία των κεφαλαιουχικών εταιριών, βασικό χαρακτηριστικό των οποίων αποτελεί ο περιορισμός της περιουσιακής ζημίας των μετόχων, το μέγεθος της ευθύνης των οποίων συστέλλεται ακριβώς, στην αγορά των μετοχών τους (στο ποσό δηλαδή εισφοράς τους στο εταιρικό κεφάλαιο).¹

Η εθνική μας νομοθεσία συμπορεύεται με τα διεθνή κείμενα στην αντιμετώπιση των εταιρικών αυτών μορφωμάτων με την απονομή σε αυτά νομικής προσωπικότητας. Αυτό το «νομικό τέχνασμα» καθιστά την ένωση προσώπων που την αποκτά (αρ.61ΑΚ) ως έναν αυτοτελή συναλλασσόμενο με ικανότητα δικαίου και δική του περιουσία, που ενέχεται μεμονωμένα για τις δικές του υποθέσεις, τις οποίες και αναλαμβάνει με ίδια βούληση - εκπεφρασμένη φυσικά από τα πρόσωπα που ασκούν τη διαχείρισή του - για την εκπλήρωση του εταιρικού σκοπού.

Στις προσωπικές εταιρίες φαίνεται η μοίρα του νομικού προσώπου να «συμπλέει» με αυτή των μελών του (τα οποία με μόνη τη συμμετοχή τους σε αυτό αποκτούν την εμπορική ιδιότητα), καθώς από τις δικαιοπραξίες του πρώτου προκύπτει απεριόριστη ευθύνη και οφειλή εις ολόκληρον (αρ.481ΑΚ)

των δεύτερων, με έσχατη πάντοτε κατάληξη την συμπτώχευση εταιρείας και ομόρρυθμων μελών της. Σε πλήρη αντίθεση κείται το μοντέλο των κεφαλαιουχικών εταιριών, όπου ουδεμίας εξίσωσης των μελών και της νομικής προσωπικότητας της εταιρίας επιδέχεται το δίκαιο. Εδώ πια μπορούμε να μιλήσουμε για μια ουσιαστική οικονομική αυτοτέλεια, μια «αυθύπαρκτη υπόσταση».

Το τελευταίο όμως αποτελεί πρόσφορο έδαφος για τη δημιουργία πλειάδας ακανθωδών ζητημάτων, διότι η ασφάλεια της περιορισμένης ευθύνης - πεπερασμένου κεφαλαίου είναι ελκυστική, και με μια γρήγορη ενατένηση της πραγματικότητας είναι εύκολο να παρατηρήσει κανείς πως το νομικό πρόσωπο μπορεί να τραπεί σε δούρειο ίππο κατά τις συναλλαγές του. Με πιο απλά λόγια θα λέγαμε πως περιπτώσεις κακής διαχείρισης, εσκεμμένης αφεργγυότητας και αθέμιτης κερδοσκοπίας μέσα από την καταδολιευτική δράση των μελών μιας εταιρίας, είναι πιο πιθανό να ανθίσουν υπό το κεφαλαιουχικό εταιρικό σχήμα.

Σε ένα σενάριο λοιπόν είτε ανάπτυξης παράνομων δράσεων, είτε άσκησης αθέμιτων πρακτικών, βρίσκουμε το νομικό πρόσωπο υπόλογο για ίδια βούληση που όμως άλλοι δολίως εξέφρασαν. Δέουσα κρίνεται έτσι η προστασία των τρίτων που καλόπιστα συμβλήθηκαν και η εξασφάλιση των απαιτήσεων τους, ακόμη και με την περιουσία των μη προσωπικώς ενεχόντων εταίρων. Υπό την συνθήκη αυτή, είναι το δίκαιο σε θέση να αποκολληθεί από δογματικούς ορισμούς; Και συνακόλουθα κρίνονται οι ερμηνευτές του ικανοί να διαπλάσουν την νομολογία τους με τέτοιο τρόπο ώστε σαν «βέλος» να διαπεράσει το πέπλο της νομικής προσωπικότητας των νομικών προσώπων; Και βεβαίως είναι εφικτά όλα τα παραπάνω χωρίς όμως να αφήσουν αμυχές στην συστηματική ακεραιότητα του δικαίου,

¹ Σπυρίδων Δ. Ψυχομάνης, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, εκδ. Σάκκουλα, 2018, σελ.203επ.

που τελικώς θα οδηγήσουν σε «αιμορραγία» περιπτώσεων καταχρηστικής ενεργοποίησης της αυτής άρσης της νομικής προσωπικότητας;

Ορισμός

Στην προσπάθεια τους να λύσουν το μείζον πρόβλημα της χρήσης της νομικής προσωπικότητας κεφαλαιουχικών εταιριών, από δόλιους οφειλέτες, ως ασπίδα της δικής του περιουσίας, τα δικαστήρια ανά τον κόσμο προέβησαν στη κατασκευή του σχήματος της άρσης της εταιρικής αυτοτέλει (το οποίο συναντάται με πολλαπλές ονομασίες όπως «piercing the veil of the corporate entity, disregard of legal entity, lifting the corporate veil κ.α.», αλλά όμως πάντοτε με το ίδιο νόημα). Στην ουσία πρόκειται για μεταφορά της ευθύνης από μόνη την εταιρία (ευθυνόμενη με την περιουσία της), στην εις ολόκληρον ευθύνη των εμπλεκόμενων μετόχων και διαχειριστών. Το πλάσμα όμως αυτό θα πρέπει να εξετάζεται με ιδιαίτερη προσοχή και να προστεθούν πολλοί αστερίσκοι στην εισαγωγική αυτή και ίσως απλουστευμένη πρόταση που βρίσκεται σχεδόν σε όλες τις δικαστικές αποφάσεις περί “piercing the corporate veil” (από εδώ και στο εξής “PCV”).

Καταρχήν πρέπει να ξεκαθαριστεί ότι μόνη η επιλογή μίας κεφαλαιουχικής εταιρικής ταυτότητας για πράξεις εμπορίας, ακόμα και μικρού βεληνεκούς, για περιορισμό ακριβώς του οικονομικού κινδύνου που ενέχουν οι συναλλαγές δεν καθιστά σε καμία περίπτωση αναγκαία την ενεργοποίηση του PCV.² Άλλωστε κάτι τέτοιο θα ανέτρεπε το λόγο ύπαρξης τέτοιων εταιριών καθώς και το θεμέλιο πάνω στο οποίο ο νομοθέτης τις προέβλεψε. Το σημείο ακριβώς του διαχωρισμού αυτών των περιπτώσεων (όπως θα αναλυθεί εκτενέστερα και παρακάτω), συνίσταται στην *contra legem* χρησιμοποίηση των ευεργετημάτων αυτών με δημιουργία δηλαδή συγχύσεως προσωπικής και εταιρικής περιουσίας, ιδίων υποθέσεων και πράξεων διαχείρισης, οικονομικής εξόντωσης του νομικού προσώπου για αύξηση του προσωπικού ενεργητικού.

Πηγαίνοντας τη σκέψη αυτή ένα βήμα παραπέ-

ρα αξίζει να αναφερθούμε και στα μορφώματα της μονοπρόσωπης ΑΕ και ΕΠΕ, όπου πράγματι ο εταιρικός τύπος επιλέγεται προδήλως χάριν ασφάλειας της προσωπικής περιουσίας των εμπλεκόμενων· και μάλιστα η ταύτιση των συμφερόντων τους με αυτά της εταιρείας, τις πλείστες των περιπτώσεων, αποτελεί επακόλουθο, καθώς τα μέλη τους ασκούν καθοριστική επιρροή στο μέλλον της εταιρείας. Και σε αυτές ακόμη τις περιπτώσεις όμως, η προσφυγή στο PCV δεν αποτελεί αναγκαίο συνεχόμενο, εκτός φυσικά αν το νομικό πρόσωπο δεν αποτελεί παρά μια βιτρίνα της δράσης των μελών του. Αντίστοιχη προσήκει να είναι η αντιμετώπιση και στους «βασικούς μετόχους»⁴ των ΑΕ, οι οποίοι λόγω της επιρροής που ασκούν χρήζουν ξεχωριστής μνείας (από τους συνηθείς μετόχους) και σίγουρα ιδιαίτερης προσοχής. Τέλος στην ενδεικτική αυτή απαρίθμηση των πιο πολυσύνθετων περιπτώσεων εξέτασης της εφαρμογής του PCV οφείλουμε να συμπεριλάβουμε και τους μετόχους εκείνους που παραχωρούν προσωπικές εγγυήσεις προς όφελος της εταιρείας. Η τελευταία αυτή περίπτωση ανευρίσκει δικαιολογητικό λόγο στην παραδοχή, πως η ενίσχυση της φερεγγυότητας του νομικού προσώπου στις συναλλαγές με επιδιωκόμενο στόχο το κέρδος αυτού είναι καθόλα θεμιτή και συνυφασμένη με την συνεπή επιχειρηματική δράση. Και παρότι πράγματι η διαχωριστική γραμμή ανάμεσα στην γνήσια εταιρική δράση και στην νοθευμένη μετοχική πρακτική είναι δυσδιάκριτη θεωρούμε, πως η *in concreto* εξέταση της εκάστοτε περίπτωσης σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου (όπως θα αναλύσουμε λεπτομερειακά παρακάτω) επαρκεί ώστε να αποφευχθεί η μη αποδεκτή περιπτώσιολογική διαστολή της άρσης της νομικής προσωπικότητας.

Ακόμη, προς αποφυγή συγχύσεως, προσήκει στο σημείο αυτό να αποσαφηνίσουμε τον χαρακτηριστήρα που λαμβάνει κάθε φορά η άρση της εταιρικής αυτοτέλει. Η παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία (αρ.1§1 ν.4548/2018, αρ.5§7 ν.959/79, αρ.1§1 ν.3190/55) δεν επενεργεί στην ολότητα των προσώπων της εταιρείας, αλλά ούτε και καταλήγει να διέπει το σύνολο των δράσεων ενός νομικού προσώπου. Η άρση είναι προσωρινή, περιορισμένη κατά συναλλαγή - δεν νοείται έτσι καθολική και άνευ άλλου αποκαθήλωση της ύπαρξης της εταιρείας - και συνίσταται στην δημιουργία από κοινού

² Λιακόπουλος Αθανάσιος Θ., Η άρση της αυτοτέλει του νομικού προσώπου στη νομολογία, εκδ. Σάκκουλα, 1988, σελ. 12

³ Κωνσταντίνος Α. Αλεπάκος, Η κάμψη (άρση) της νομικής προσωπικότητας της ΑΕ (με αφορμή την απόφαση ΟλομΑΠ 2/2013), Άρθρο στον Σύνδεσμο Ελλήνων Εμπορικών, διαθέσιμο στο <http://www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1395824537>

⁴ Νόμος 3310/2005 Άρθρο 2: Ο μέτοχος, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, ο οποίος με οποιονδήποτε τρόπο μπορεί να επηρεάζει τη λήψη αποφάσεων που λαμβάνουν τα αρμόδια όργανα ή στελέχη της επιχείρησης σχετικά με τον τρόπο διοίκησης και την εν γένει λειτουργία της[...]

εις ολόκληρον ευθύνης αυτής και των ζημιωσάντων και μόνον εταίρων απέναντι σε έναν συγκεκριμένο δανειστή. Ο εξασφαλιστικός σκοπός του συγκεκριμένου θεσμού δεν δικαιολογεί καμία άλλη νομική συνέπεια στους νέους αυτούς συνοφειλέτες (αρ.926ΑΚ).

Έχοντας λοιπόν ολοκληρώσει την απόπειρά μας να πλαισιώσουμε εννοιολογικά την θεωρία της διάτρησης της νομικής προσωπικότητας των νομικών προσώπων κρίνουμε εύλογη την ανάλυση της κατηγοριοποίησης των μορφών που μπορεί αυτή να λάβει, εξετάζοντας πάντοτε υπό το πρίσμα ενός συγκεκριμένου κριτηρίου.

Περιπτωσιολογική ανάπτυξη

Εν πρώτοις λαμβάνοντας υπ' όψιν υπέρ ποιου λειτουργεί η άρση, θα διακρίναμε την εχθρική ή εξωτερική άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου από την φιλική ή εσωτερική.⁵ Στην μεν πρώτη εμπεριέχονται όλες εκείνες οι περιπτώσεις αφερεγγυότητας, συμβατικών και μη, ενοχών, οι οποίες υπαγορεύουν τον παραμερισμό της αρχής του χωρισμού της εταιρίας από τα μέλη της. Εν όψει σιωπής του δικαίου θα διακρίνουμε στην συνέχεια τις προϋποθέσεις διεύρυνσης της ευθύνης των δολίως ενεργούντων μετόχων - εταίρων αλλά και θα αναγάγουμε τον μηχανισμό αυτό στο πολύπλοκο επιχειρησιακό πλαίσιο ομίλων. Στη δε δεύτερη ανευρίσκουμε έδαφος υποχώρησης της άνω αρχής, προς όφελος όμως του νομικού προσώπου ή των μελών του, η οποία επιφέρει ως αποτέλεσμα την επέλευση ευμενών ή την αποτροπή δυσμενών, για τα μέλη ή το νομικό πρόσωπο αντίστοιχα, συνεπειών.

Έχοντας θέσει λοιπόν αυτές τις βάσεις και συλλέγοντας στοιχεία νομολογιακών αποφάσεων ανά τον κόσμο, θα εγχειρηθεί μια συστηματική απαρίθμηση των περιπτώσεων εχθρικής άρσης της αυτοτέλειας, ώστε να οδηγηθούμε στην εξαγωγή ενός ενιαίου «κανόνα» για το πότε έχουμε πράγματι περίπτωση PCV και πότε απλώς μια θεμιτή χρήση των άκρων ορίων του νόμου.

Στον τομέα των συναλλαγών η διαφάνεια αποτελεί ακρογωνιαίο λίθο για την ύπαρξη εμπιστοσύνης μεταξύ των συναλλασσομένων. Η τήρηση τύπων δημοσιότητας αποσκοπεί ακριβώς σε αυτό. Έτσι η παράκαμψη τήρησης βιβλίων από το ΔΣ, με σκοπό την παρουσίαση μιας πλασματικής οικονομικής κατάστασης, όπως και η λήψη κρίσιμων αποφάσεων, ελλείψει πρακτικών (πράγμα που φαικιδεύει την αξιοπιστία τους) ή ακόμα και δια συνε-

χόμενης παράλειψης ενημέρωση μετόχων - κάτι που εξορισμού είναι και παράνομο (αρ.121-130 ν.4528/2018) - συχνά μπορούν να υποδηλώσουν εταιρίες που αποτελούν ουσιαστικά το "alter ego" μια κλειστή ομάδας μετόχων της. Αυτές οι πρακτικές παρουσιάζονται σε ξένες νομολογίες περί PCV υπό τον τίτλο "lack of formalities".

Στο κομμάτι τώρα της διαχείρισης και εκπροσώπησης στις συναλλαγές, λόγω της οικονομικής σημασίας και του τρόπου διάρθρωσης των κεφαλαιουχικών εταιριών, αυτός που κάθε φορά φέρει τις άνω εξουσίες, και μόνο αυτός, έχει υποχρέωση να δεσμεύει την εταιρία με τις πράξεις του. Τυχόν παρέκκλιση λοιπόν από τα οριζόμενα στο άρθρο 1§1 ν.4528/2018, περί της απόδοσης της εμπορικής ιδιότητας στην ίδια και μόνο την εταιρία, αποτελεί δόλια πράξη. Εδώ πρέπει να γίνει η διάκριση μεταξύ της «χείρας» της εταιρίας και αυτής του μετόχου της, ως φυσικό πρόσωπο. Γιατί βέβαια ένα νομικό πρόσωπο - ως υποκείμενο δικαίου - υπογράφει μέσω των εκπροσώπων του, παρ' όλα αυτά αυτοί κανένα δικαίωμα δεν έχουν να προκαλούν σύγχυση με την εναλλάξ χρήση του ονόματός τους και του ονόματος της εταιρίας. Οι συναλλαγές θα πρέπει να είναι διαφανείς, ώστε να δημιουργείται εύλογη πεποίθηση στον αντισυμβαλλόμενο για το πρόσωπο του οφειλέτη του, για να μπορεί και να αξιολογήσει την φερεγγυότητα και την ταμιακή του ενημερότητα, ώστε να αποφασίσει αν θα προσχωρήσει ή όχι στην εκάστοτε συνεργασία. Η ενεργοποίηση του PCV δικαιολογείται από τη σύγχυση που προκαλεί στους συναλλασσόμενους ένας μέτοχος, αλλά και τα ζητήματα χρηματικής ικανοποίησης - ευθύνης που μπορεί να αναφυόσουν από τυχόν πλημμελή εκπλήρωση.⁶

Σημείο αναφοράς στην συναλλακτική πρακτική αποτελούν οι περιπτώσεις αφενός της υποκεφαλαιοδότησης και αφετέρου του μη χωρισμού της εταιρικής και προσωπικής περιουσίας, οι οποίες λόγω του σύνθετου χαρακτήρα και της συχνότητας εμφάνισής τους χρήζουν έκαστες ιδιαίτερης ανάλυσης.⁷

Αρχικά, η ανεπαρκής κεφαλαιοδότηση δια-

⁵ Κωνσταντίνος Ηρ. Ρήγας, Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σελ. 9 επ.

⁶ Charles B. Jimerson και Brittany N. Snell, The Five Most Common Ways to Pierce the Corporate Veil and Impose Personal Liability for Corporate Debts, διαθέσιμο στο <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4ff8ebf0-4bca-426e-8273-758140f6d0eb&fbclid=IwAR1fUqYKfBzITfELCPNDvBE39sbNrGA9mHdwD7pmcu4vcsL9RRKhzoFLTo>

⁷ Piercing The Corporate Veil, άρθρο από Ketenci & Ketenci διαθέσιμο στο <http://www.ketencilaw.com/piercing-the-corporate-veil.html>

κρίνεται σε ονομαστική και πραγματική. Η πρώτη συνίσταται στις περιπτώσεις που η ανάγκη κάλυψης των απαραίτητων κεφαλαίων περατώνεται πλασματικά μέσω δανεισμού από εταίρους, δάνεια τρίτων που καλύπτονται από προσωπική ασφάλεια των εταίρων, και πολλώ δε μάλλον με την παραχώρηση χρήσης περιουσιακών στοιχείων τους στην εταιρία. Η πραγματική από την άλλη συντελείται όταν πράγματι - λαμβάνοντας υπόψη τις συναλλακτικές πρακτικές και την κοινή πείρα - απουσιάζει κάθε μορφής κατάλληλης κεφαλαιοποίησης. Και το «κατάλληλο» οφείλει σαφώς να κριθεί *ad hoc*, αναλόγως με το είδος της εργασίας, το μέγεθος των εταιρικών ανοιγμάτων, τον κύκλο εργασιών και τους λοιπούς οικονομικοτεχνικούς δείκτες. Η υποκεφαλαιοδότηση αξιολογείται φυσικά σε βάθος χρόνου, αφού μια μεμονωμένη στιγμή έλλειψης οικονομικής ευρωστίας δε μπορεί να αναχθεί σε επιλήψιμη συμπεριφορά. Η συνεχής όμως επίδοση σε ριψοκίνδυνες επιχειρηματικές πράξεις, ελλείψει αποθέματος κεφαλαίων, οφείλει τουλάχιστον να κρούσει τον κώδωνα του κινδύνου και να άγει στην πιθανή εφαρμογή του PCV.

Έπειτα, προχωράμε στην περίπτωση παράλειψης χωρισμού εταιρικής και προσωπικής περιουσίας (*commingled finances*), η οποία, εφόσον συντρέχει, συνιστά εφιαλτήριο για την εξέταση υπαγωγής ή μη στον νομολογιακό κανόνα της άρσης της εταιρικής αυτοτέλειας. Η απουσία λοιπόν ξεχωριστών τραπεζικών λογαριασμών και η αναπόφευκτη συναλλακτική αμμηχανία που επέρχεται, επιτάσσουν αμφότερες τον έλεγχο της οικονομικής διαχείρισης της επιχείρησης. Η καχυποψία προκύπτει από τον ελλοχεύοντα κίνδυνο κατάχρησης των εταιρικών πόρων και αξιοποίησης αυτών προς κάλυψη προσωπικών υποθέσεων. Η εκδήλωση τέτοιου τύπου συμπεριφοράς φαίνεται να υποκρύπτει την περίπτωση χρήσης της εταιρίας ως «βιτρίνας» του φυσικού προσώπου χάριν της προσωπικής του ασφάλειας, λόγω δηλαδή της έλλειψης ατομικής ευθύνης για τα χρέη που δημιουργεί ή της κατάχρησης τον προνομίων που ο νόμος παραχωρεί στις εταιρικές αγοραπωλησίες. Στον ίδιο κύκλο περιπτώσιολογίας μπορούμε να εντάξουμε και περιουσιακές μεταβιβάσεις εταιρικών περιουσιακών στοιχείων στην περιουσία των μετόχων ή σε τρίτους με την ιδιότητα του «αχυράνθρωπου» (αυτό φυσικά έχει νόημα σε περίπτωση πτώχευσης για μεταβιβάσεις όμως που υπεκφεύγουν σαφώς της ύποπτης περιόδου, αλλά εξακολουθούν να πληρούν τα κριτήρια μια δόλιας δικαιοπραξίας).⁸

⁸ No. 17-1422, Court of Appeal Iowa, Woodruff Construction, LLC v. Clark, διαθέσιμο στο <https://www.iowacourts.gov/iowa-courts/court-of->

Κινούμενοι στο ίδιο μήκος κύματος με τις προαναφερθείσες μορφές άρσης, προσήκει στο σημείο αυτό να κλείσουμε τον κύκλο ανάπτυξης της περιπτώσιολογίας του φαινομένου αυτού προβαίνοντας σε μια σύντομη αναφορά της απατηλής και δόλιας δράσης σε βάρος των δανειστών μέσω της ίδρυσης νέας εταιρίας. Το νέο αυτό νομικό πρόσωπο αποτελεί κατ' ουσία τον αντικαταστάτη του παλαιού που βρίσκεται όμως υπερχρεωμένο και άγει προς την οικονομική κατάρρευση. Πρόκειται δηλαδή, για την μεταφορά του συνόλου της επιχειρηματικής δράσης (εργατικό δυναμικό, μηχανικές εγκαταστάσεις, διαχείριση) υπό την νέα στέγη μίας «καθαρής» εταιρίας με την ίδια όμως βδελυρή διοίκηση.⁹

Καταληκτικά ας εξετάσουμε την κατάσταση που δημιουργείται, όταν η άρση του νομικού προσώπου εμφανίζεται στους κόλπους ομίλων (κατά το ελληνικό δίκαιο συνδεδεμένων επιχειρήσεων) και συνίσταται στην γέννηση εις ολόκληρον ευθύνης σε βάρος της μητρικής για δικαιοπραξίες που ως συμβαλλόμενο μέρος εμφανίζεται η θυγατρική.

Για την πληρέστερη κατανόηση του δημιουργούμενου σχήματος οφείλουμε να ορίσουμε την έννοια των συνδεδεμένων επιχειρήσεων. Σύμφωνα με τον νόμο 4170/13 (κατ' ενσωμάτωση της οδηγίας 2011/16/ΕΕ)¹⁰ οι εταιρίες που αναπτύσσουν μια

[appeals/court-of-appeals-court-opinions/case/17-1422](https://www.court-of-appeals-iowa.com/court-opinions/case/17-1422)

⁹ Liability of Corporate Shareholders: Piercing the Corporate Veil, άρθρο διαθέσιμο στο <https://lawshelf.com/shortvideoscontentview/shareholder-liability-piercing-the-corporate-veil>

¹⁰ Ν 4170/13 Άρθρο 64 § 3α: α) Συνδέονται λόγω της συμμετοχής της μίας στην άλλη επιχείρηση, κατέχοντας άμεσα ή έμμεσα μετοχές, μερίδια, ή συμμετοχή στο κεφάλαιο τουλάχιστον τριάντα τρία τοις εκατό (33%), βάσει αξίας ή αριθμού, ή δικαιώματα σε κέρδη ή δικαιώματα ψήφου. β) Συνδέονται με κάθε άλλη επιχείρηση που κατέχει άμεσα ή έμμεσα μετοχές, μερίδια δικαιώματα ψήφου ή συμμετοχής στο κεφάλαιο τουλάχιστον τριάντα τρία τοις εκατό (33%), βάσει αξίας ή αριθμού, ή δικαιώματα σε κέρδη ή δικαιώματα ψήφου σε μία από τις «συνδεδεμένες» επιχειρήσεις. γ) Συνδέονται με κάθε άλλο πρόσωπο με το οποίο υπάρχει σχέση άμεσης ή έμμεσης ουσιώδους διοικητικής εξάρτησης ή ελέγχου ή το πρόσωπο αυτό ασκεί καθοριστική επιρροή ή έχει τη δυνατότητα καθοριστικής επιρροής στη λήψη των αποφάσεων της επιχείρησης ή σε περίπτωση που και τα δύο πρόσωπα-επιχειρήσεις έχουν σχέση άμεσης ή έμμεσης ουσιώδους

σχέση άμεσης ή έμμεσης ουσιώδους διοικητικής ή οικονομικής εξάρτησης ή ελέγχου, ιδίως λόγω συμμετοχής της μίας στο κεφάλαιο ή τη διοίκηση της άλλης ή λόγω συμμετοχής των ιδίων προσώπων στο κεφάλαιο ή στη διοίκηση και των δύο επιχειρήσεων (τουλάχιστον κατά 33%), καθώς και οι επιχειρήσεις οι οποίες διαθέτουν σε μία από τις συνδεδεμένες τα ανωτέρω δικαιώματα ή δυνατότητες επιρροής, θεωρείται πως εντάσσονται στην κατηγορία των συνδεδεμένων επιχειρήσεων.

Έχοντας λοιπόν διασαφηνίσει την παραπάνω κρίσιμη έννοια πρέπει να θέσουμε ως πυρήνα της σκέψης μας πως η ανάλυση που ακολουθεί αποτελεί απλώς την απαρίθμηση περιπτώσιολογικών εξαιρέσεων, καθώς, κατ' αρχήν, λόγω της αυτοτέλειας μεταξύ των νομικών προσώπων, θεωρούμε πως η μητρική δεν ενέχεται για τις χρηματικές υποχρεώσεις της θυγατρικής της. Υπάρχουν όμως ορισμένα μοτίβα συμπεριφοράς τα οποία εκφεύγουν της συνήθους συναλλακτικής πρακτικής και βαδίζουν προς την «γκρίζα ζώνη» της άρσης της αυτοτέλειας. Στο ελληνικό δίκαιο έχουν εκφραστεί διάφοροι τρόποι νομικής θεμελίωσης επικρατέστεροι των οποίων είναι η αναγνώριση ευθύνης μέσα από την παραδοχή ύπαρξης του «de facto» οργάνου (αρ.71ΑΚ), την εμφάνιση δηλαδή της θυγατρικής ως οργάνου της μητρικής, το οποίο συμβάλλεται με τρίτους και δεσμεύει την τελευταία (προσομοιάζει και με την περίπτωση της σιωπηρής ή φαινόμενης πληρεξουσιότητας) και την προσφυγή στο άρθρο 281ΑΚ σχετικά με την κατάχρηση ελευθερίας οργάνωσης.¹¹ Στοιχεία που ενισχύουν την ύπαρξη περίπτωσης εφαρμογής του PCV είναι η απουσία κεφαλαιοδότησης της θυγατρικής - ώστε να καταλήξει να αναλαμβάνει κινδυνώδεις συναλλαγές αντί της μητρικής -, η παράλειψη διαχωρισμού των περιουσιακών στοιχείων και η συνακόλουθη κατάληξη των κερδών στην ενίσχυση της μητρικής. Τα παραπάνω δεν αποτελούν περιοριστική απαρίθμηση και συμπληρώνονται από κάθε παραβίαση της γενικής αρχής της καλής πίστης και της συναλλακτικής ηθικής, όπως αυτές ορίζονται στον ΑΚ και απορρέουν από τα διεθνή κείμενα.¹²

διοικητικής εξάρτησης ή ελέγχου ή δυνατότητα καθοριστικής επιρροής από τρίτο πρόσωπο.

¹¹ Λιακόπουλος Αθανάσιος Θ., Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία, εκδ. Σάκκουλα, 1988, σελ 134 επ.

¹² Κωνσταντίνος Ηρ. Ρήγας, Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σελ. 84 επ.

Επιλογικά συμπεράσματα

Έχοντας λοιπόν σφαιρικότερη πλέον εποπτεία αυτής της πράγματι άκρως περιπτώσιολογικής και πολυσχιδούς κατασκευής, μπορούμε μετά βεβαιότητας να καταδείξουμε την ανάγκη παρέμβασης του νομοθέτη. Πράγματι η ανακατανομή του ρίσκου και ο περιορισμός της ευθύνης είναι βαθιά πλέον ριζωμένες έννοιες στις συναλλαγές, και μάλιστα ορθά αφού έτσι ανοίγεται ο δρόμος στη καινοτομία και δίδεται η δυνατότητα να διευρυνθεί ο άλλοτε στενός κύκλος των τολμηρών επιχειρηματικών εγχειρημάτων. Η άρση τους λοιπόν θα πρέπει να παραμείνει *ultimum refugium* προστασίας των δανειστών.

Βεβαίως το μοντέλο της άρσης της νομικής αυτοτέλειας αποτελεί ένα ισχυρό βέλος στη φαρέτρα του νομικού για την καταπολέμηση φαινομένων δόλιας κατάχρησης των ορίων του νόμου, δε παύει όμως να εντάσσεται στα κατασταλτικά μέτρα. Σωφρονέστερη φαίνεται μια πιο προληπτική προσέγγιση του προβλήματος μέσω ενός αποτελεσματικότερου συστήματος ελέγχων εισροής και εκροής των εταιρικών πόρων (ιδίως σε περιπτώσεις ηλεκτρονικών - τραπεζικών συναλλαγών). Αυτό σε συνδυασμό μια ταχύτερη και λεπτομερέστερη εξέταση των εταιρικών βιβλίων και καταστάσεων θα συνέβαλαν σε μια πιο εύρωστη κρατική εποπτεία, ώριμη και σε θέση να «ξεσκεπάζει» κάθε φορά τις εταιρίες που λειτουργούν απλώς σαν κελύφη περιορισμένης ευθύνης για τα μέλη τους. Φυσικά το οικονομικό έγκλημα και τα «παραθυράκια» στον νόμο δε μπορούν να παταχθούν εν μία νυκτί, η αποθάρρυνση όμως των ιθυνόντων των παραπάνω πράξεων αποτελεί ένα βήμα προς τη σωστή κατεύθυνση.

Βιβλιογραφία

1. Σπυρίδων Δ. Ψυχομάνης, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, εκδ. Σάκκουλα, 2018
2. Κωνσταντίνος Ηρ. Ρήγας, Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008
3. Κωνσταντίνος Α. Αλεπάκος, Η κάμψη (άρση) της νομικής προσωπικότητας της ΑΕ (με αφορμή την απόφαση ΟλομΑΠ 2/2013), Άρθρο στον Σύνδεσμο Ελλήνων Εμπορικόλογων, διαθέσιμο στο <http://www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1395824537>
4. Piercing The Corporate Veil, άρθρο από Ketenci & Ketenci διαθέσιμο στο <http://www.keten->

- cilaw.com/piercing-the-corporate-veil.html
5. Λιακόπουλος Αθανάσιος Θ., Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία, εκδ. Σάκκουλα, 1988
 6. Charles B. Jimerson και Brittany N. Snell, The Five Most Common Ways to Pierce the Corporate Veil and Impose Personal Liability for Corporate Debts, διαθέσιμο στο [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4ff8ebf0-4bca-426e-8273-758140f6d0eb&fbclid=IwAR1fUqYKfBzITfELCNPdVBE39sbN-rGA9mH-](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4ff8ebf0-4bca-426e-8273-758140f6d0eb&fbclid=IwAR1fUqYKfBzITfELCNPdVBE39sbN-rGA9mH-dwD7pmcu4vcsL9RRKhzoFLTo)
 7. Liability of Corporate Shareholders: Piercing the Corporate Veil, άρθρο διαθέσιμο στο <https://lawshelf.com/shortvideoscontentview/shareholder-liability-piercing-the-corporate-veil>
 8. No. 17-1422, Court of Appeal Iowa, Woodruff Construction, LLC v. Clark, διαθέσιμο στο <https://www.iowacourts.gov/iowa-courts/court-of-appeals/court-of-appeals-court-opinions/case/17-1422>

Το εμπίστευμα (Trust) και η φορολογική αντιμετώπισή του στην Ελλάδα

Γεωργιάδης Αναστάσιος
Ασκούμενος δικηγόρος

Εισαγωγή

Το εμπίστευμα αποτελεί θεσμό, που αντλεί την καταγωγή του από το αγγλοσαξωνικό δίκαιο. Ωστόσο, μέσα από την παγκοσμιοποίηση της οικονομίας έκανε την εμφάνισή του και στον ελληνικό δικαιο χώρο. Πρώτη η νομολογία μας, έστω και σιωπηρά, αναγνωρίζει το εμπίστευμα τόσο στο πεδίο του αστικού, όσο και σε αυτό του φορολογικού δικαίου, ως θεσμό που δεν αντίκειται στην ελληνική δημόσια τάξη. Επιπρόσθετα, η Ελλάδα υπέγραψε τη Σύμβαση της Χάγης του 1985, σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στα εμπιστεύματα και την αναγνώρισή τους, δίχως όμως να την κυρώσει. Στη νομοθεσία μας κάνει την εμφάνισή του στο άρθρο 2 του Κ.Φ.Ε. Σε μία προσπάθεια του νομοθέτη να συλλάβει φορολογητέα ύλη πατάσσοντας τη φοροαποφυγή, εισήχθη η έννοια της νομικής οντότητας, στην οποία εντάχθηκε και το εμπίστευμα. Τέλος, αξίζει να σημειώσουμε, ότι το trust καμία σχέση δεν έχει με εταιρεία (αν και ο νομοθέτης λανθασμένα το αντιμετωπίζει ως τέτοια), γιατί δεν διαθέτει νομική προσωπικότητα, παρά μόνο ικανότητα δικαστικής παραστάσεως. Αποτελεί λοιπόν σύνολο περιουσίας, που έχει ταχθεί στην εξυπηρέτηση ενός προκαθορισμένου σκοπού από τον ιδρυτή του¹.

Δομή του εμπιστεύματος

Το εμπίστευμα αποτελεί μία έννομη σχέση με εμπιστευτικό χαρακτήρα, η οποία δημιουργείται, όταν ένα πρόσωπο καλούμενο ιδρυτής (settlor), μεταβιβάζει περιουσιακά του στοιχεία σε ένα άλλο

πρόσωπο, καλούμενο εμπιστευματούχο (trustee). Ο τελευταίος αναλαμβάνει την υποχρέωση, να διαχειρίζεται τα εν λόγω περιουσιακά στοιχεία προς όφελος ενός τρίτου προσώπου, καλούμενο ωφελούμενο (beneficiary)². Ακόμη, το εμπίστευμα μπορεί να είναι «inter vivos», δηλαδή αναπτύσσει δράση και αποτελέσματα για όσο ζει ο ιδρυτής ή μπορεί να είναι «mortis causae», δηλαδή αναπτύσσει δράση και αποτελέσματα μετά το θάνατο του ιδρυτή. Σε αυτήν την περίπτωση, θέση συστατικής πράξεως του εμπιστεύματος έχει η διαθήκη του ιδρυτή ή κάποιες διατάξεις αυτής, στις οποίες προβλέπεται η δημιουργία trust. Γίνεται αντιληπτό, ότι δημιουργείται μία τριγωνική σχέση ανάμεσα στα εμπλεκόμενα πρόσωπα και για την πληρέστερη κατανόηση, θα εξετάσουμε το ρόλο του καθενός ξεχωριστά.

Settlor

Αυτός αποτελεί το πρόσωπο, με τη θέληση του οποίου δημιουργείται το εμπίστευμα. Η μεταβίβαση της περιουσίας στον trustee γίνεται μονομερώς, με δήλωση δικαιοπρακτικής βούλησης (μπορεί να γίνει και με δικαστική απόφαση, όταν τη δημιουργία του εμπιστεύματος διατάζει το δικαστήριο), ενώ βασικό στοιχείο για την έγκυρη σύσταση ενός εμπιστεύματος αποτελεί η ικανότητα του ιδρυτή να διαθέτει την περιουσία του. Συνήθης τρόπο μεταβίβασης αποτελεί η δωρεά ή η διαθήκη. Όπως είναι λογικό, ο ιδρυτής διορίζει τον εμπιστευματούχο, ενώ, αν δεν το πράξει, διορίζεται από το δικαστήριο. Επιπρόσθετα, ο ιδρυτής έχει τη δυνατότητα να διορίζει τον εαυτό του ως εμπιστευματούχο

¹ Παμπούκης Χ., Το δίκαιο που διέπει εμπίστευμα (Trust) που συστάθηκε στην αλλοδαπή και η έκταση εφαρμογής του, Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου ΙΔ/2014, σ.391, 392-393

² Γιαννόπουλος Α., Εμπίστευμα (Trust) και Civil Law: Η εμπειρία της Λουιζιάνα, Ελλάδα 6 1996, σ. 991-992| 7346/2001, Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών, διαθέσιμη σε Ελλάδα 1/2003

ή ως ωφελούμενο³. Κατ' εξαίρεση μπορεί να λάβει και τις δύο ιδιότητες, αν παρότι απολαμβάνει τα κέρδη από την περιουσία του εμπιστεύματος, μετά το θάνατό του έχει ορίσει άλλα πρόσωπα ως ωφελούμενους⁴.

Trustee

Αποτελεί το πρόσωπο, στο οποίο μεταβιβάζεται η περιουσία του ιδρυτή. Αποκτά νομική κυριότητα (legal ownership) επί της περιουσίας του ιδρυτή και έχει τα δικαιώματα, που του απονέμουν τα δικαστήρια του common law. Αξίζει να σημειωθεί, ότι ο trustee οφείλει να διαχωρίζει την περιουσία του από την περιουσία του εμπιστεύματος (trust property), ώστε να μην επέλθει σύγχυση⁵, ενώ ισχύει και η αρχή της υποκατάστασης, δηλαδή ότι αποκτά ο trustee από τη διαχείριση του trust ανήκει στην περιουσία του trust. Ο διορισμός του πραγματοποιείται μέσω της συστατικής πράξης του εμπιστεύματος (trust deed), ενώ είναι πιθανό να υπάρχουν περισσότεροι του ενός trustees. Πρέπει να επισημανθεί, ότι μεταβολές στις διατάξεις του trust deed μπορεί να γίνουν είτε επειδή δίνει τη δυνατότητα ο νόμος είτε επειδή το θέλουν οι ωφελούμενοι είτε με άδεια του δικαστηρίου. Αν και ο ρόλος του είναι καίριος για τη λειτουργία του εμπιστεύματος, σε περίπτωση που δεν έχει οριστεί trustee ή είναι ανίκανος για δικαιοπραξία ή δεν αποδέχεται το διορισμό του, το εμπίστευμα δεν είναι άκυρο και ο trustee θα οριστεί από το δικαστήριο. Αρμοδιότητα του είναι, όπως επιβεβαιώνεται με αριθμό C-646/2015 απόφαση του ΔΕΕ, να διαχειριστεί ορθά και με σύνεση την περιουσία του ιδρυτή, προκειμένου να αποδώσει κέρδη στον ωφελούμενο. Τα όρια της διαχειριστικής του εξουσίας καθορίζονται στη συστατική πράξη του εμπιστεύματος. Στην εξουσία του trustee περιέχεται και η διάθεση της υπό εμπίστευση περιουσίας. Ωστόσο, αν κάτι δεν προβλέπεται στη συστατική πράξη, ρυθμίζεται από τους νόμους, που αφορούν

τα εμπιστεύματα ή από το δικαστήριο. Άλλο ένα σημαντικό στοιχείο είναι, ότι ο trustee έχει υποχρέωση λογοδοσίας για τα πεπραγμένα του απέναντι στον ωφελούμενο. Όσον αφορά την αμοιβή του, ιδίως στην Αγγλία, κυριαρχεί η άποψη, ότι ο trustee δεν πρέπει να αμείβεται για τις υπηρεσίες του, ανεξάρτητα από τον κόπο που καταβάλλει. Στην πράξη όμως η ιδρυτική πράξη του εμπιστεύματος προβλέπει αμοιβή και αν δεν υπάρχει τέτοια πρόβλεψη, τα δικαστήρια εγκρίνουν την αμοιβή του⁶. Αν για παράδειγμα σε ένα οικογενειακό εμπίστευμα έχει οριστεί ως trustee ο μεγαλύτερος αδελφός, ώστε να διαχειριστεί την οικογενειακή περιουσία προς όφελος των υπολοίπων, το πιο πιθανό είναι να μη λαμβάνει αμοιβή, διότι αποτελεί ύψιστη τιμή για τον ίδιο το γεγονός ότι έλαβε τη θέση του trustee. Ωστόσο, συχνά ως trustees διορίζονται τράπεζες ή εξειδικευμένες εταιρείες πάνω στη διαχείριση περιουσίας, οπότε όπως είναι λογικό λαμβάνουν αμοιβή. Τέλος, αν ο trustee διαπιστώσει, ότι αυτή του η θέση έρχεται σε σύγκρουση με τα προσωπικά του συμφέροντα, οφείλει να παραιτηθεί⁷.

Beneficiary

Αποτελεί το πρόσωπο, προς όφελος του οποίου ιδρύεται το εμπίστευμα και έχει επάνω στην περιουσία του εμπιστεύματος δικαίωμα εξ επιεικειας (equitable ownership). Ως ωφελούμενοι μπορεί να ορίζονται φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες και απολαμβάνουν τους καρπούς από τη διαχείριση του trust είτε με τμηματικές καταβολές είτε με ένα εφάπαξ ποσό με τη λύση του εμπιστεύματος. Οι εξουσίες του ωφελούμενου μοιάζουν περισσότερο να έχουν εμπράγματα ενέργεια παρά ενοχική. Αυτή η εμπραγματοποίηση των δικαιωμάτων του ωφελούμενου είναι που οδήγησε στη δημιουργία της equitable ownership παράλληλα με τη δημιουργία της legal ownership του trustee⁸. Μερικά από τα δικαιώματά του είναι αυτό της παρακολούθησης αντικειμένων της περιουσίας του εμπιστεύματος (right to follow the trust property). Αυτό συνίσταται στο ότι, αν ο trustee μεταβιβάζει σε τρίτο στοιχεία της περιουσίας του εμπιστεύματος κατά παράβαση της συστατικής πράξης, ο ωφελούμενος μπορεί να στραφεί κατά του τρίτου

³ *Ματθαίου Ε.*, Ο θεσμός του trust του αγγλοσαξωνικού δικαίου και συγκριτική θεώρηση με ανάλογους θεσμούς των ηπειρωτικών δικαίων, *Επιστημονική Επετηρίδα Δ.Σ.Θ.* 17 1996, σ. 75

⁴ *Γιαννόπουλος Α.*, ό.π., σ. 993

⁵ *Μάλλιου Α.*, 'Ηρθε ο καιρός να αποδαιμονοποιήσουμε τα trusts (εμπιστεύματα);', Διαθέσιμο στο <https://www.mikrometoxos.gr/a-malliou-irthe-o-kairos-na-apodaimonopoiisoyme-ta-trusts-empisteymata/>

⁶ *Γιαννόπουλος Α.*, ό.π., σ. 994

⁷ *Ματθαίου Ε.*, ό.π., σ. 75

⁸ *Κορνηλάκης Π.*, Η γέννηση και η ανέλιξη του θεσμού του trust στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο, *Αρμενόπουλος* 1977, 4, σ. 245

και να ζητήσει την απόδοση του πράγματος, εκτός αν ο τρίτος απέκτησε καλόπιστα και κατέβαλε κανονικά το τίμημα. Τέλος, ο ωφελούμενος μπορεί να ζητήσει την αντικατάσταση του trustee.

Λειτουργίες του εμπιστεύματος⁹

Τα εμπιστεύματα μπορούν να εξυπηρετούν πλειάδα λειτουργιών, από τη διαχείριση της οικογενειακής περιουσίας έως τη δημιουργία οικονομικών αυτοκρατοριών. Στη συνέχεια παρουσιάζουμε μερικές από αυτές.

Charitable trusts

Σε αυτά αφιερώνεται μία περιουσία προς εξυπηρέτηση ενός φιλανθρωπικού σκοπού. Καθήκον του εμπιστευματούχου είναι να διαχειρίζεται ορθώς την εν λόγω περιουσία για την προαγωγή αυτού του σκοπού. Αν διαπιστωθούν παρατυπίες, ο εισαγγελέας μπορεί να προσφύγει στα δικαστήρια αυτεπαγγέλτως, ενώ έχει και την αγωγή παρακολούθησης των περιουσιακών στοιχείων, που ξέφυγαν από το εμπίστευμα. Ένα τέτοιο trust μπορεί να διαρκεί για αόριστο χρονικό διάστημα. Θεσμό ανάλογο στο ηπειρωτικό δίκαιο αποτελεί το ίδρυμα.

Pension trusts

Σε ένα τέτοιο εμπίστευμα μεταβιβάζονται οι κρατήσεις των εργαζομένων και οι εισφορές των εργοδοτών. Ο trustee οφείλει να διαχειριστεί με συνέπεια αυτήν την περιουσία, ώστε οι εργαζόμενοι να πάρουν σύνταξη από αυτό. Θα λέγαμε, ότι ομοιάζει με τα ιδιωτικά ασφαλιστικά προγράμματα, που προωθούν οι ασφαλιστικές εταιρείες.

Family trusts

Στις χώρες του αγγλοσαξωνικού δικαίου συνηθίζεται τα περιουσιακά ζητήματα να τακτοποιούνται με τη δημιουργία οικογενειακών εμπιστευμάτων. Το όφελος που προσφέρουν είναι, ότι εμποδίζεται η κατασπατάληση της περιουσίας από τους σπάταλους απογόνους. Ως υποκατηγορία του οικογενειακού εμπιστεύματος θα μπορούσαμε να ορίσουμε το protective trust, το οποίο συστήνεται για να προστατευθεί η περιουσία των ανηλίκων ή ατόμων με διανοητικά προβλήματα, που εκ των πραγμάτων δεν μπορούν να διαχειριστούν την περιουσία τους.

Business trusts

Τα εν λόγω εμπιστεύματα θα λέγαμε, ότι μοιάζουν με εταιρείες, χωρίς βέβαια να είναι. Οι «εταίροι» των business trusts μεταβιβάζουν στον trustee περιουσία και αυτός τη διαχειρίζεται. Σ' αυτούς δίνεται κάποιος τίτλος, τον οποίο θα μπορούσαμε να παρομοιάσουμε με τις μετοχές, ο οποίος εγχαρτώνει τα δικαιώματά τους και είναι ελευθέρως μεταβιβάσιμος. Κατηγορία των business trusts είναι τα investment trusts. Αποστολή των investment trusts είναι να εισάγουν τις αποταμιεύσεις των πολιτών, που θέλουν να επενδύσουν, αλλά δεν έχουν την τεχνογνωσία, στην αγορά. Ουσιαστικά μικροεπενδυτές μεταβιβάζουν τα χρήματά τους σε ένα trustee, ο οποίος θα τα επενδύσει κατάλληλα, για παράδειγμα στην αγορά μετοχών εταιρειών, ώστε να τους αποδώσει κέρδη. Στο ελληνικό δίκαιο παρόμοια λειτουργία εξυπηρετούν οι Α.Ε.Ε.Χ. και οι Α.Ε.Δ.Α.Κ.

Φορολόγηση των trusts στην Ελλάδα

Υπάρχουν τρία μοντέλα φορολογικής αντιμετώπισης των εμπιστευμάτων. Το πρώτο είναι αυτό της φορολογικής αδιαφάνειας, βάσει του οποίου, το ίδιο το εμπίστευμα αποτελεί υποκείμενο φορολόγησης. Συνεπώς, trust και ιδρυτής-ωφελούμενος θα φορολογηθούν για τα κέρδη του εμπιστεύματος. Το άλλο μοντέλο είναι αυτό της φορολογικής διαφάνειας, όπου η φορολόγηση γίνεται κατευθείαν σε επίπεδο δικαιούχων. Τέλος, υπάρχει και το υβριδικό μοντέλο, που αποτελεί μια μέση λύση. Υιοθετεί τη φορολογική διαφάνεια σε ορισμένες περιπτώσεις, ενώ σε άλλες την αδιαφάνεια¹⁰.

Υπό το πρίσμα του Κ.Φ.Ε.

Το εμπίστευμα εισάγεται στην ελληνική νομοθεσία με το άρθρο 2 του Κ.Φ.Ε., όπου αναγνωρίζεται ως φορολογικό υποκείμενο, ανεξάρτητα από το ότι δεν διαθέτει νομική προσωπικότητα¹¹. Στη συνέχεια, με την περίοδο ζ του άρθρου 45 ορίζεται, ότι οι νομικές οντότητες, συνεπώς και τα εμπιστεύματα, υπόκεινται σε φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων και νομικών οντοτήτων. Επιβεβαιώνε-

⁹ Κορνηλάκης Π., ό.π., σ. 246 | Ματθαίου Ε., ό.π., σ. 74-75

¹⁰ Πανέτσος Λ., Η φορολόγηση των αλλοδαπών εμπιστευμάτων και ιδρυμάτων κατά το ελληνικό δίκαιο, Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιρειών 4/2018, σ. 467

¹¹ Παμπούκης Χ., ο.π, σ.391 | C-646/2015, ΔΕΚ, δι-αθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

ται λοιπόν, ότι ο Κ.Φ.Ε. τα αντιμετωπίζει ως αδιαφανείς οντότητες, σε αντίθεση με το Ν.2238/1994, με τον οποίο αντιμετωπίζονταν ως διαφανείς. Επιπλέον, από το συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 3 παρ. 2 και άρθρου 5 του Κ.Φ.Ε. προκύπτει, ότι ο φορολογούμενος, που δεν έχει τη φορολογική του κατοικία στην ημεδαπή, φορολογείται στη χώρα μας για το εισόδημα που αποκτά σ' αυτήν. Επιπρόσθετα, οι παράγραφοι 3 και 4 του άρθρου 4 καθορίζουν πότε το νομικό πρόσωπο ή η νομική οντότητα έχει τη φορολογική του κατοικία στην Ελλάδα.

Βάσει των ανωτέρω συνάγεται ότι, για το αλλοδαπό εμπίστευμα, το οποίο αποκτά εισοδήματα στην Ελλάδα, χωρίς μόνιμη εγκατάσταση στη χώρα μας, από μερίσματα, τόκους και δικαιώματα (royalties), η φορολογική του υποχρέωση εξαντλείται (άρθρο 64 παράγραφος 3 Κ.Φ.Ε.) με την παρακράτηση του φόρου, δηλαδή 5%, 15% και 20% αντίστοιχα¹². Εάν τώρα, το εμπίστευμα παρουσιάζει εισοδήματα από εκμετάλλευση ακίνητης περιουσίας, αυτά φορολογούνται, σύμφωνα με την ΠΟΛ. 1042/2015, ως εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα. Για εισοδήματα που αποκτά το εμπίστευμα από τη μεταβίβαση τίτλων, δηλαδή την υπεραξία που προκύπτει, δεν διενεργείται παρακράτηση φόρου¹³. Τέλος, θα ήταν παράλειψη, αν δεν αναφέρουμε, ότι τα παραπάνω ισχύουν υπό την επιφύλαξη των Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας (στο εξής Σ.Α.Δ.Φ.), διότι, αν ένα εμπίστευμα έχει τη φορολογική του κατοικία σε χώρα με την οποία η Ελλάδα έχει υπογράψει Σ.Α.Δ.Φ., θα ισχύσει ό,τι προβλέπει η εν λόγω σύμβαση. Αξίζει να σημειωθεί, ότι, αν το trust δραστηριοποιείται έντονα στην ημεδαπή ή από τον τρόπο διοίκησης και εκπροσώπησής του προκύπτει, ότι αυτή λαμβάνει χώρα στην Ελλάδα, τότε είναι πολύ πιθανό να πληρωθούν οι προϋποθέσεις, που θέτουν οι παράγραφοι 3 και 4 του άρθρου 4 του Κ.Φ.Ε. και να θεωρηθεί, ότι έχει μόνιμη εγκατάσταση στην Ελλάδα. Συνέπεια θα είναι να φορολογηθεί στη χώρα μας, όχι μόνο για τα εισοδήματά του στην ημεδαπή, αλλά για το παγκόσμιο εισόδημά του¹⁴.

¹² ΠΟΛ. 1114/2017

¹³ Πάσσιου Δ., Η φορολογική μεταχείριση των εμπιστευμάτων (trusts) και των αλλοδαπών ιδρυμάτων (foundations), Επιχείρηση 4/2018, σ. 340

¹⁴ Μάλλιου Α., Πώς φορολογούνται στην Ελλάδα τα trusts (εμπιστεύματα);, Διαθέσιμο στο <https://www.mikrometoxos.gr/pos-forologoyntai-stin-ellada-ta-trusts-empisteymata/>

Στη συνέχεια θα εξετάσουμε τη φορολογική αντιμετώπιση του ιδρυτή ενός τέτοιου εμπιστεύματος, ο οποίος έχει και την ιδιότητα του ωφελούμενου και είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδας. Με την ΠΟΛ. 1042/2015 διευκρινίστηκε, ότι οι διανομές κερδών από εμπιστεύματα προς τους ανωτέρω, αποτελούν φορολογητέο εισόδημα από μερίσματα και φορολογούνται με συντελεστή 5%, το οποίο υπόκειται και σε εισφορά αλληλεγγύης¹⁵. Η διανομή του κεφαλαίου του εμπιστεύματος προς τον ιδρυτή του, θεωρείται επιστροφή κεφαλαίου, συνεπώς όχι εισόδημα και σύμφωνα με την ΠΟΛ. 1003/2017 δεν φορολογείται. Όσον αφορά τη διανομή του προϊόντος της εκκαθάρισης προς τον ιδρυτή-ωφελούμενο, αυτή θεωρείται διανομή κέρδους και φορολογείται ως μέρισμα, για το ποσό που υπερβαίνει το αρχικώς καταβεβλημένο κεφάλαιο¹⁶. Άλλο ένα στοιχείο που αξίζει να επισημανθεί είναι, ότι από τη στιγμή που ο Κ.Φ.Ε. αντιμετωπίζει τα κέρδη από το εμπίστευμα ως μερίσματα, θα τύχουν εφαρμογής και οι διατάξεις περί ελεγχόμενων αλλοδαπών εταιρειών (CFC), υπό τον όρο, ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις, που θέτει το άρθρο 66 του Κ.Φ.Ε. Βάσει αυτού, στο φορολογητέο εισόδημα του ιδρυτή-ωφελούμενου, θα συμπεριληφθεί και το μη διανεμηθέν εισόδημα του εμπιστεύματος (ως μέρισμα). Ουσιαστικά με αυτόν τον τρόπο ο νομοθέτης δείχνει την τιμωρητική του διάθεση απέναντι στο φορολογούμενο, που μέσω ενός εμπιστεύματος προσπαθεί να απομονώσει τα εισοδήματά του σε μία χώρα με ευνοϊκούς φορολογικούς συντελεστές. Τέλος, αξίζει να αναφέρουμε, ότι η εισφορά περιουσίας σε εμπίστευμα δεν αποτελεί τεκμήριο απόκτησης περιουσιακών στοιχείων. Αυτό, από νομικής απόψεως είναι ορθό, δεδομένου ότι δεν υπάρχει τέτοια πρόβλεψη στον Κ.Φ.Ε., ωστόσο δίνει ένα σοβαρό φορολογικό πλεονέκτημα στο εμπίστευμα, ως θεσμό, αλλά και στον ιδρυτή του.

Όσον αφορά τον trustee, η ΠΟΛ. 1114/2017 διευκρινίζει, ότι αυτός θα φορολογηθεί για τα εισοδήματά του από την υπηρεσία, που παρέχει ως διαχειριστής του trust. Και αυτό βέβαια ισχύει υπό την επιφύλαξη των Σ.Α.Δ.Φ. Σχετικά με τον ωφελού-

¹⁵ Πάνου Τ., Πώς φορολογούνται αλλοδαπά trusts και ιδρύματα, Διαθέσιμο στο <https://www.kathimerini.gr/1043789/article/oikonomia/ellhnikh-oikonomia/pws-forologoyntai-allodapa-trusts-kai-idrymata>

¹⁶ Πάνου Τ., ό.π. | ΠΟΛ. 1059/2015

μενο, που είναι τρίτο πρόσωπο, θα γίνει εκτενής αναφορά στη συνέχεια.

Ένας φορολογικός κίνδυνος που αντιμετωπίζουν τα εμπιστεύματα, τα οποία δραστηριοποιούνται στην κατοχή και εκμετάλλευση ακίνητης περιουσίας στην Ελλάδα, είναι αυτός της υποχρέωσης καταβολής του Ειδικού Φόρου Ακινήτων. Ο εν λόγω φόρος θεσπίσθηκε, για να παταχθεί η φοροαποφυγή στον τομέα της κατοχής ακινήτων από εξωχώριες εταιρείες. Κατά συνέπεια, τα νομικά πρόσωπα και οι νομικές οντότητες που κατέχουν εμπράγματα δικαιώματα σε ακίνητα της ημεδαπής (πλήρης ή ψιλή κυριότητα ή επικαρπία), θα κληθούν να καταβάλλουν τον εν λόγω φόρο, εκτός εάν εμπίπτουν σε κάποια από τις εξαιρέσεις των άρθρων 2,3 και 4 του Ν. 3091/2002. Να σημειωθεί, ότι ο συντελεστής φορολόγησης ανέρχεται σε ποσοστό 15% επί της αντικειμενικής αξίας του εμπράγματος δικαιώματος επί του ακινήτου¹⁷.

Υπό το πρίσμα του Ν.2961/2001

Πέρα από τον Κ.Φ.Ε., στα εισοδήματα από εμπιστεύματα εφαρμογής τυγχάνει και ο Κώδικας Φορολογίας Κληρονομιών, Δωρεών και Γονικών Παροχών (Ν.2961/2001). Αυτό, όταν το εμπίστευμα χρησιμοποιείται ως ένα μέσο μεταφοράς περιουσίας από τον ιδρυτή στον ωφελούμενο τρίτο, από χαρακτηριστική αιτία. Ξεκινώντας, κρίνεται σκόπιμο να αναφέρουμε ορισμένες γενικές αρχές. Αρχικά, οι διατάξεις του θα εφαρμοσθούν, όταν ως ωφελούμενοι ορίζονται τρίτα πρόσωπα και όχι ο ιδρυτής. Για να βρούμε με βάση ποιους φορολογικούς συντελεστές θα φορολογηθούν τα εισοδήματα του ωφελούμενου από το trust, είναι κρίσιμο να διαπιστώσουμε, αν το trust συνεστήθη με διάταξη τελευταίας βούλησης ή με πράξη εν ζωή. Διότι, αν ισχύει το πρώτο, θα εφαρμοσθούν οι διατάξεις για τη φορολογία κληρονομιών, ενώ, αν το δεύτερο, οι διατάξεις για τη φορολογία δωρεών ή γονικών παροχών, ανάλογα με την περίπτωση. Άλλο ένα κρίσιμο στοιχείο είναι ο βαθμός συγγένειας ανάμεσα στον ιδρυτή και στον ωφελούμενο. Ο Ν.2961/2001 αντιμετωπίζει τα εμπιστεύματα ως διαφανείς οντότητες και συνεπώς υποκείμενο φορολόγησης είναι

ο ωφελούμενος και όχι το εμπίστευμα. Η φορολόγηση της περιουσίας θα γίνει, όταν φτάσει στον ωφελούμενο και όχι για όσο διάστημα μένει στο εμπίστευμα. Προς επίρρωση της αρχής της διαφάνειας που εφαρμόζει ο Ν. 2961/2001, δεν υπάρχουν σ' αυτόν διατάξεις για ελεγχόμενες αλλοδαπές εταιρείες. Συνεπώς, εδώ ο νομοθέτης δεν επιθυμεί να τιμωρήσει την απομόνωση των εισοδημάτων σε κράτη με χαμηλούς φορολογικούς συντελεστές και σε συνδυασμό με το γεγονός ότι οι διανομές περιουσίας φορολογούνται, όταν φτάσουν στους ωφελούμενους, γίνεται αντιληπτό, ότι υπάρχει χώρος για φορολογικό σχεδιασμό.

Τώρα μπορούμε να εξετάσουμε μία ενδιαφέρουσα περιπτωσιολογία βάσει της ΠΟΛ. 1114/2017. Ο ωφελούμενος θα φορολογηθεί σύμφωνα με το Ν. 2961/2001 για ποσά, που εισπράττει από κινητά περιουσιακά στοιχεία της αλλοδαπής, που έχουν τεθεί σε εμπίστευση με διάταξη τελευταίας βούλησης, εφόσον ο ιδρυτής του trust ήταν Έλληνας υπήκοος ή φορολογικός κάτοικος Ελλάδας. Στο παράδειγμά μας, ο ωφελούμενος δεν θα φορολογηθεί, αν ο ιδρυτής ήταν εγκατεστημένος στην αλλοδαπή για περισσότερα από 10 συναπτά έτη (άρθρο 3 παράγραφος 1 στοιχείο β και άρθρο 25 παράγραφος 2 στοιχείο ε, Ν 2961/2001). Σε trust που έχει συσταθεί με πράξη εν ζωή του ιδρυτή στην αλλοδαπή, με αντικείμενο κινητή περιουσία της αλλοδαπής και με τον όρο η διανομή να γίνει στους ωφελούμενους, ενόσω ζει ο ιδρυτής είτε εφάπαξ είτε σταδιακά, ο ωφελούμενος θα υπαχθεί στις διατάξεις περί φορολογίας δωρεών, εφόσον ο τελευταίος είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδας. Ως δωρητής λογίζεται ο ιδρυτής και ως δωρεοδόχος ο ωφελούμενος (Άρθρο 34, Ν.2961/2001). Σε αντίστοιχο trust με τον όρο, ότι οι διανομές θα πραγματοποιηθούν μετά θάνατον του ιδρυτή, ως προς τον ωφελούμενο, εφαρμογής τυγχάνουν οι διατάξεις περί δωρεάς αιτία θανάτου (Άρθρα 39 παράγραφος 2 και 40 παράγραφος 1 στοιχείο α, Ν. 2961/2001). Ωστόσο, ο ωφελούμενος δεν θα υπαχθεί στο Ν. 2961/2001, αν η περιουσία, που έχει τεθεί σε εμπίστευση, είναι ακίνητη και βρίσκεται στην αλλοδαπή. Αυτό ισχύει για τη μεταβίβαση αυτή καθαυτή και ανεξάρτητα από το αν το εμπίστευμα συνεστήθη με πράξη εν ζωή ή με διάταξη τελευταίας βούλησης¹⁸. Εντούτοις, τυχόν καρποί, που περιέρχονται στον ωφελούμενο από την εκμετάλλευση της ως άνω αναφερόμενης ακίνητης περιουσίας, θα πρέπει να φορολο-

¹⁷ Πανέτσος Λ., ό.π., σ. 475-576 | Πάνου Τ. & Σαμοθράκης Γ., Σε ποιους και πότε επιβάλλεται ο ειδικός φόρος ακινήτων, Διαθέσιμο στο <https://www.kathimerini.gr/976222/article/oikonomia/ellhnikh-oikonomia/se-poioys-kai-pote-epivalletai-o-eidikos-foros-akinhtwn>

¹⁸ ΠΟΛ. 1114/2017

γηθούν¹⁹. Τέλος, αν έχει συσταθεί εμπίστευμα με διαθήκη ή με πράξη εν ζωή και αφορά περιουσία (κινητή ή ακίνητη) στην ημεδαπή, ο ωφελούμενος φορολογείται όχι με βάση το άρθρο 17 παράγραφος 4, Ν. 2961/2001, αλλά βάσει των εσωτερικών διατάξεων. Κρίσιμο είναι να διαπιστώσουμε από τα πραγματικά περιστατικά κάθε περίπτωσης, ποιος

ήταν ο πραγματικός σκοπός, που εξυπηρετούσε το εμπίστευμα, ποια ήταν η αληθινή βούληση του ιδρυτή. Για παράδειγμα, ήθελε μέσω του trust να μεταβιβάσει την περιουσία είτε ενόσω ζούσε είτε με τον όρο αυτό να γίνει αφότου πεθάνει ή ήθελε απλά να εγκαταστήσει κληρονόμο; Ανάλογα με την κάθε περίπτωση θα ανατρέξουμε στις κατάλληλες φορολογικές διατάξεις.

¹⁹ Πανέτσος Λ., ό.π., σ. 473

Οι αλλαγές που επέφερε ο νόμος 4512/2018 στη νομοθεσία για την προστασία του καταναλωτή

Κρίτων Μυγδαλάς
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Το δίκαιο της προστασίας του καταναλωτή έλαβε νομοθετική κατοχύρωση στη χώρα μας με το νόμο 2251/1994. Ο νόμος αυτός έθεσε τα βασικά δικαιώματα των καταναλωτών και θέσπισε τις υποχρεώσεις των προμηθευτών και πωλητών, με δεδομένο ότι ο αγοραστής-καταναλωτής είναι στις περισσότερες περιπτώσεις το αδύναμο μέρος της σύμβασης. Όμως, το ανωτέρω νομοθέτημα έχει τροποποιηθεί έκτοτε πολλές φορές, ενσωματώνοντας μάλιστα κατά καιρούς τις σχετικές ευρωπαϊκές οδηγίες. Η τελευταία τροποποίηση του έλαβε χώρα με το νόμο 4512/2018. Σκοπός λοιπόν του παρόντος άρθρου είναι να παρουσιάσει συνοπτικά τις σημαντικότερες μεταρρυθμίσεις που επέφερε ο νόμος 4512/2018 στο νόμο για την προστασία του καταναλωτή.

Οι λόγοι που κατέστησαν αναγκαία τη μεταρρύθμιση του νόμου 2251/1994

Αρχικά, αξίζει να επισημάνουμε ότι οι αλλαγές που επήλθαν στο νόμο για την προστασία του καταναλωτή οφείλονται σε μνημονιακές δεσμεύσεις της χώρας μας. Συγκεκριμένα, ο Οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ) σε συνεργασία με την Ελληνική Διοίκηση και την Ευρωπαϊκή Επιτροπή προέβη σε αξιολόγηση συγκεκριμένων τομέων της ελληνικής πολιτικής και νομοθεσίας, με στόχο την ανάκαμψη της οικονομίας¹. Κρίθηκε λοιπόν ότι ο νόμος 2251/1994, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με το νόμο 4512/2018, συνιστά τροχοπέδη στην υγιή ανάπτυξη της οικονομίας μας, καθώς εμπόδιζε ιδίως την ομαλή λειτουργία του ηλεκτρονικού εμπορίου, το οποίο συμβάλλει

σημαντικά στην πρόοδο της οικονομίας. Αυτό συνέβη, διότι ο νόμος 2251/1994 είχε τροποποιηθεί πολλές φορές, χωρίς να κωδικοποιηθεί σε ενιαίο κείμενο, με αποτέλεσμα η νομοθεσία αυτή να μην είναι σαφής και διαφανής, όπως όφειλε. Αυτό, όμως, δυσχέραινε πολύ περισσότερο την λειτουργία του ηλεκτρονικού εμπορίου, όπου οι διαδικασίες είναι κατά βάση αυτοματοποιημένες, με προδιατυπωμένους Γενικούς Όρους Συναλλαγών (ΓΟΣ), καθώς προμηθευτής και καταναλωτής δεν μπορούσαν να αντιληφθούν εύκολα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που αναλάμβαναν. Παράλληλα, ο Έλληνας νομοθέτης κατά την ενσωμάτωση σχετικών ευρωπαϊκών οδηγιών επέβαλλε πολύ συχνά βαριές υποχρεώσεις στον προμηθευτή, γεγονός που νόθευε τον υγιή ανταγωνισμό των ηλεκτρονικών καταστημάτων σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης. Έτσι, ο ΟΟΣΑ προέβη σε ορισμένες συστάσεις προς τη χώρα μας, οι οποίες όμως κατέστησαν δεσμευτικές με ρητές διατάξεις του Μνημονίου Οικονομικής και Χρηματοπιστωτικής Πολιτικής μεταξύ της Ελλάδας και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας (ΕΚΤ) και του Διεθνούς Νομισματικού Ταμείου (ΔΝΤ)². Στόχος ήταν η κωδικοποίηση και η απλοποίηση της νομοθεσίας, ώστε να εξυπηρετούνται οι αυτοματοποιημένες διαδικασίες του ηλεκτρονικού εμπορίου.

Οι επιμέρους αλλαγές που επέφερε ο νόμος 4512/2018

Ας εξετάσουμε λοιπόν τώρα τις κατ' ιδίαν με-

¹ Η έκθεση του ΟΟΣΑ διαθέσιμη στο: <http://www.oecd.org/daf/competition/axiologisi-antagonismou-ellada.htm>

² Φιλippoπούλου Ε., Η νομοθετική μεταρρύθμιση στο δίκαιο καταναλωτή με τον Νόμο 4512/2018 λόγω των νέων αναγκών που δημιουργεί το ηλεκτρονικό εμπόριο, Δίκαιο μέσων ενημέρωσης & επικοινωνίας 2019, σ. 153-160

ταρρυθμίσεις που επήλθαν στο νόμο για την προστασία του καταναλωτή. Τα ζητήματα, τα οποία θα αναλύσουμε, είναι η κωδικοποίηση του νόμου 2251/1994, η νέα έννοια του καταναλωτή και του προμηθευτή, οι ειδικότερες ρυθμίσεις του νόμου για τους ΓΟΣ και οι διατάξεις του νέου νομοθετικού καθεστώτος για τις εμπορικές και νόμιμες εγγυήσεις.

Η κωδικοποίηση του νόμου 2251/1994

Πρώτη λοιπόν νομοθετική αλλαγή συνιστά η κωδικοποίηση του νόμου για την προστασία του καταναλωτή, όπως ρυθμίστηκε με το άρθρο 110 του νόμου 4512/2018, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 14, παράγραφος 3 του νόμου 2251/1994. Προβλέπεται τόσο νομοθετική κωδικοποίηση με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται κατόπιν πρότασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης και αφορά την κωδικοποίηση του συνόλου της νομοθεσίας για την προστασία του καταναλωτή, όσο και διοικητική κωδικοποίηση με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης, η οποία αφορά την κωδικοποίηση μόνο του νόμου 2251/1994. Προς το παρόν μόνο η δεύτερη αυτή κωδικοποίηση έχει λάβει χώρα με την Υπουργική Απόφαση 5338/17.01.2018 (ΦΕΚ Β' 40/17.01.2018) με τον τίτλο «Κωδικοποίηση του Ν 2251/1994 (Α' 191) Προστασία των Καταναλωτών σε ενιαίο κείμενο»³.

Ο νέος ορισμός της έννοιας του καταναλωτή

Δεύτερη σημαντική αλλαγή που επέφερε ο νόμος 4512/2018 ήταν η μεταρρύθμιση της έννοιας του καταναλωτή. Πριν το νόμο αυτό, η έννοια του καταναλωτή στο νόμο 2251/1994 ήταν ευρεία και ποικίλης. Περιελάμβανε είτε κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, για το οποίο προορίζονται προϊόντα ή υπηρεσίες, εφόσον αποτελεί τον τελικό αποδέκτη τους⁴ είτε το φυσικό μόνο πρόσωπο που ενεργεί για λόγους οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα⁵. Αποτέλεσμα της νομοθετικής αυτής επιλογής ήταν η ανασφάλεια

δικαίου των συμβαλλομένων μερών ιδιαίτερα στο ηλεκτρονικό εμπόριο, όπως ήδη εκτέθηκε, αλλά και η συχνή ενασχόληση της νομολογίας με την προσδιορισμό της ανωτέρω έννοιας⁶. Η νομολογία μάλιστα επεξέτεινε σημαντικά το πεδίο εφαρμογής του νόμου 2251/1994, καθώς περιέλαβε στην έννοια του καταναλωτή ακόμη και πλοιοκτήτες⁷, εγγυητές δανείων⁸ αλλά και δημοτικές αρχές⁹. Πλέον οι ορισμοί αυτοί εγκαταλείφθηκαν, καθώς σήμερα καταναλωτής είναι κάθε φυσικό πρόσωπο το οποίο ενεργεί για λόγους, οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα¹⁰. Συνεπώς, τα νομικά πρόσωπα δεν εμπίπτουν πλέον στον ορισμό της έννοιας του καταναλωτή. Μοναδική εξαίρεση προβλέπεται στην παράγραφο 9, του άρθρου 2 του νόμου 2251/1994¹¹, που επεκτείνει την προστασία έναντι των ΓΟΣ και στις πολύ μικρές επιχειρήσεις, όπως ορίζονται στην παράγραφο 2 του άρθρου 2 του νόμου 4308/2014. Επομένως, σήμερα τα νομικά πρόσωπα είναι καταναλωτές μόνο υπό κάποιες αυστηρές προϋποθέσεις, οι οποίες θα αναλυθούν στη συνέχεια¹².

Καταναλωτές είναι μόνο φυσικά πρόσωπα

Μετά από αυτή τη σύντομη παρουσίαση της έννοιας του καταναλωτή, όπως αυτή ισχύει στον ισχύοντα νόμο, σκόπιμο είναι να σταθούμε έτι περισσότερο στη μεταρρύθμιση αυτή και να προβούμε στις ακόλουθες επισημάνσεις, καθώς πρόκειται για μία από τις σημαντικότερες αλλαγές που επέφερε ο νόμος 4512/2018 στο ρυθμιστικό πεδίο του νόμου 2251/1994. Πρώτα-πρώτα αξιολογούμε πως ο περιορισμός της έννοιας του καταναλωτή

⁶ Φιλippoπούλου Ε., ό. π.

⁷ 72/2011, Εφετείου Πειραιά, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

⁸ 52/2011, Εφετείου Πειραιά, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

⁹ 155/2008, Ελεγκτικού Συνεδρίου, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁰ Άρθρο 1α, παράγραφος 1 του Νόμου 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το Άρθρο 100, παράγραφος 5 του Νόμου 4512/2018

¹¹ Όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 2, του Άρθρου 101 του Νόμου 4512/2018

¹² Αλεξανδρίδου Ε., Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή Ελληνικό-Ενωσιακό Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 & άλλων σχετικών νομοθετημάτων, Νομική βιβλιοθήκη, 2018, σ. 62

³ Φιλippoπούλου Ε., ό. π.

⁴ Άρθρο 1, παράγραφος 4 του Νόμου 2251/1994, ως ίσχυε πριν από την τροποποίησή του με το Νόμο 4512/2018

⁵ Άρθρο 3 εδάφιο 1, Άρθρο 4α-η, Άρθρο 4θ παράγραφος 1δ και Άρθρο 9α εδάφιο α του Νόμου 2251/1994, ως ίσχυε πριν από την τροποποίησή του με το Νόμο 4512/2018

στα φυσικά πρόσωπα συμβαδίζει με τη νομολογία του ΔΕΕ¹³, η οποία υιοθετεί τη λεγόμενη στενή ερμηνεία του καταναλωτή. Σύμφωνα λοιπόν με την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η έννοια του καταναλωτή δεν προσιδιάζει στα νομικά πρόσωπα. Αυτό ίσως μπορεί να θεωρηθεί θεμιτό, με δεδομένο ότι μόνο τα φυσικά πρόσωπα κατά τεκμήριο διαθέτουν απειρία στις συναλλαγές και βρίσκονται σε θέση μειονεκτικής διαπραγματευτικής ισχύος¹⁴. Αυτή είναι και η πάγια νομολογία του ΔΕΕ κατά την ερμηνεία της οδηγίας 93/13/ΕΟΚ¹⁵, προς την οποία εναρμονίστηκε το ελληνικό δίκαιο για την προστασία του καταναλωτή με το νόμο 4512/2018.

Η έννοια του καταναλωτή στις τραπεζικές συμβάσεις

Ένα σημαντικό θέμα που απασχόλησε τη νομολογία των δικαστηρίων μας υπό το καθεστώς του προϊσχύοντος νόμου 2251/1994 είναι αν ο λήπτης επαγγελματικού δανείου εντάσσεται στην έννοια του καταναλωτή. Τα δικαστήρια της ουσίας δεν αντιμετώπιζαν ενιαία την προβληματική αυτή. Έτσι, υπήρξαν αποφάσεις που θεώρησαν ότι καταναλωτής είναι μόνο ο δανειολήπτης που συμβάλλεται με την πιστώτρια τράπεζα για την κάλυψη ιδίων προσωπικών του αναγκών, διότι μόνο τότε ο δανειολήπτης δεν διαθέτει τις απαιτούμενες γνώσεις του οικείου κλάδου συναλλαγών και τη σχετική πείρα, ώστε να διαπραγματευθεί ισότιμα με τον αντισυμ-

βαλλόμενο του. Τα στοιχεία αυτά δεν συντρέχουν στην περίπτωση του λήπτη επαγγελματικού δανείου, γι' αυτό και δεν απολαύει της σχετικής προστασίας¹⁶. Από την άλλη μεριά αρκετά ήταν και τα δικαστήρια που έκριναν ότι ο λήπτης επαγγελματικού δανείου θεωρείται καταναλωτής, διότι είναι αδιάφορο για τον προσδιορισμό της έννοιας του καταναλωτή αν το δάνειο προορίζεται για επαγγελματική ή προσωπική χρήση ή αν με αυτό ικανοποιούνται προσωπικές ή επαγγελματικές ανάγκες του λήπτη. Αρκεί μόνο το γεγονός ότι ο λήπτης είναι ο τελικός αποδέκτης του δανείου¹⁷.

Τη λύση στο ζήτημα αυτό ήρθε να δώσει η απόφαση 13/2015 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου, η οποία έκρινε ότι καταναλωτής είναι *το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που αποκτά το προϊόν ή τις υπηρεσίες για ικανοποίηση όχι μόνο των ατομικών αλλά και των επαγγελματικών του αναγκών, αρκούντος απλώς και μόνον του γεγονότος ότι είναι ο τελικός αποδέκτης τούτων*¹⁸. Τελικός δε αποδέκτης είναι αυτός που χρησιμοποιεί ο ίδιος είτε το προϊόν, χωρίς να το μεταβιβάζει σε τρίτους, είτε την υπηρεσία, χωρίς να τη διοχετεύει σε κάποιο τρίτο πρόσωπο. Η ίδια απόφαση τονίζει μάλιστα πως η Οδηγία 93/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 5-4-1993, που οριοθετεί την στενή έννοια του καταναλωτή, είναι ελάχιστης εναρμόνισης, θέτει δηλαδή τα κατώτατα όρια προστασίας. Εναπόκειται, συνεπώς, στον εθνικό νομοθέτη να διευρύνει την προστασία αυτή και σε πρόσωπα που δεν θεωρούνται καταναλωτές κατά την έννοια της οδηγίας. Παρόλα αυτά, η απόφαση 13/2015 του Αρείου Πάγου επισημαίνει ότι οι προστατευτικές διατάξεις του νόμου για την προστασία του καταναλωτή δεν εφαρμόζονται, αν η επίκληση αυτών είναι καταχρηστική. Παραμένει συνεπώς δυνατή η επίκληση της ένστασης 281 ΑΚ από τον προμηθευτή, η οποία θα ευδοκιμήσει, αν ο δανειολήπτης διαθέτει τη σχετική πείρα στις συναλλαγές και έχει την ανάλογη οικονομική επιφάνεια, ώστε να μπορεί να διαπραγματευθεί επί ίσοις όροις με την πιστώτρια τράπεζα.

Βέβαια, ακόμη και μετά την ανωτέρω απόφαση

¹³ Αποφάσεις C-541/99 Idealservice MN RE Sas κατά OMAI και C-542/99 Cape Snc κατά Idealservice Srl, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμες σε <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46869&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6765040>

¹⁴ Αλεξανδρίδου Ε., ό.π., σ. 60

¹⁵ Αποφάσεις C-618/10 Banco Español de Crédito, SA κατά Joaquín Calderón Camino, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123843&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6766094> και C-110/14 Horățiu Ovidiu Costea κατά SC Volksbank România SA, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=166821&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6766353>

¹⁶ 390/2014, Εφετείου Λάρισας, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 5605/2014, Εφετείου Αθηνών, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁷ 511/2014, Εφετείου Πειραιά, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 63/2012, Εφετείου Αθηνών, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁸ 13/2015, Ολομέλειας Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

της Ολομέλειας, η νομολογία συνέχιζε να παρουσιάζει σημαντικές αποκλίσεις. Έτσι, υπήρχαν αποφάσεις που υιοθετούσαν την άποψη της Ολομέλειας¹⁹, ενώ άλλες επέμεναν ότι καταναλωτής είναι μόνο το πρόσωπο που συμβάλλεται για μη επαγγελματικούς σκοπούς²⁰.

Η έριδα έληξε τελικά με τον νέο ορισμό του καταναλωτή στην παράγραφο 1, του άρθρου 1α του νόμου 2251/1994²¹, σύμφωνα με το οποίο, όπως ελέγχθη καταναλωτής είναι κάθε φυσικό πρόσωπο που ενεργεί για μη επαγγελματικούς σκοπούς. Άρα, ο λήπτης επαγγελματικού δανείου μένει εκτός του βεληνεκού του ορισμού αυτού. Όπως μπορούμε να παρατηρήσουμε, ο νέος νόμος είναι σύμφωνος με την ευρωπαϊκή οδηγία 93/13/ΕΟΚ και τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης²², που υιοθετούν τη στενή έννοια του καταναλωτή. Όσον αφορά την προστασία των προσώπων που δεν εμπίπτουν στην νέα έννοια του καταναλωτή, αυτή αντιμετωπίζεται *ad hoc* με βάση τις διατάξεις για του ΓΟΣ²³, θέμα που εξεταστεί αμέσως παρακάτω.

Οι διατάξεις περί ΓΟΣ

Όπως προαναφέρθηκε, στην παράγραφο 9, του άρθρου 2 του νέου νόμου 2251/1994 προβλέπεται ότι οι προστατευτικές διατάξεις που αφορούν τους ΓΟΣ εσωκλείουν και πρόσωπα, που δεν είναι

καταναλωτές κατά την έννοια του άρθρου 1α του ίδιου νόμου. Η ευρύτερη αυτή προστασία μπορεί να δικαιολογηθεί κατά μία άποψη από το γεγονός ότι η οδηγία 93/13/ΕΟΚ δεν περιέχει διατάξεις για τις συναλλαγές μεταξύ επαγγελματιών. Εφόσον λοιπόν το θέμα αυτό παραμένει αρρύθμιστο σε ενωσιακό επίπεδο, εναπόκειται στην αρμοδιότητα του εκάστοτε εθνικού νομοθέτη να επιλύσει το εν λόγω ζήτημα με τον τρόπο που αυτός θεωρεί ως προσφορότερο. Μία λοιπόν από τις επιλογές του είναι να επεκτείνει την εφαρμογή της ευρωπαϊκής οδηγίας, όπως αυτή ενσωματώθηκε στο νέο νόμο 2251/1994, και στην περίπτωση σύναψης συμβάσεων μεταξύ εμπόρων και επαγγελματιών.

Αν ανατρέξει λοιπόν κανείς στις προϋποθέσεις εφαρμογής της παραγράφου 9, του άρθρου 2, θα διαπιστώσει ότι απαιτούνται να συντρέχουν σωρευτικά τα εξής: α) η σύμβαση να περιλαμβάνει όρους, που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης, β) ο αντισυμβαλλόμενος του προμηθευτή να πληροί τα κριτήρια της πολύ μικρής επιχείρησης, όπως αυτή ορίζεται στην παράγραφο 2, του άρθρου 2 του νόμου 4308/2014 και γ) ο αντισυμβαλλόμενος του προμηθευτή να αποτελεί τον τελικό αποδέκτη των προϊόντων ή των υπηρεσιών. Αξίζει να εστιάσουμε ιδιαίτερα στην δεύτερη προϋπόθεση, καθώς σύμφωνα με τη συνδυασμένη ανάγνωση του άρθρου 1 παράγραφος 2 και άρθρου 2 παράγραφος 2 και παραγράφων 7 έως 9 του νόμου 4308/2014 προκύπτει ότι πολύ μικρές επιχειρήσεις είναι «οι ανώνυμες εταιρίες, οι εταιρίες περιορισμένης ευθύνης, οι ιδιωτικές κεφαλαιουχικές εταιρίες, οι ομόρρυθμες και ετερόρρυθμες εταιρίες, οι ατομικές επιχειρήσεις καθώς και οι φορείς του δημοσίου τομέα που πληρούν δύο τουλάχιστον από τα ακόλουθα κριτήρια: i) σύνολο ενεργητικού έως 350.000 ευρώ, ii) καθαρό ύψος κύκλου εργασιών έως 700.000 ευρώ, iii) μέσος όρος απασχολούμενων έως 10 άτομα»²⁴. Αντιθέτως, ο προμηθευτής δεν χρειάζεται να είναι απαραίτητως πολύ μικρή επιχείρηση.

Παρατηρούμε, συνεπώς, ότι τα νομικά πρόσωπα μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, τα σωματεία, όπως αυτά ρυθμίζονται στο άρθρο 78 ΑΚ, και οι ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα

¹⁹ 17/2017, Πολυμελούς Πρωτοδικείου Χίου, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 115/2017, Μονομελούς Πρωτοδικείου Λαμίας, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

²⁰ 16/2018, Μονομελούς Πρωτοδικείου Καρδίτσας, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 2774/2017, Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, διαθέσιμη σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

²¹ Όπως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το Άρθρο 100, παράγραφος 5 του Νόμου 4512/2018

²² Αποφάσεις C-89/91 Shearson Lehmann Hutton Inc. κατά TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97667&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6766698> και C-150/77 Société Bertrand κατά Paul Ott KG, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89700&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6766917>

²³ Αλεξανδρίδου Ε., ό.π., σ. 76

²⁴ όπως ακριβώς Ζαπριάνος Ν., Δικαστικός έλεγχος ΓΟΣ σε συμβάσεις μεταξύ επαγγελματιών μετά τον Ν 4512/2018, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών 2018, διαθέσιμο στο <https://www.nbonline.gr/journals/3/volumes/916/issues/1631/lemmas/4909261>

στερούνται της προστασίας του νόμου 2251/1994. Κι αυτό είναι παράδοξο, διότι ο νομοθέτης επιτρέπει την επίκληση διατάξεων του νόμου 2251/1994 από μια πολύ μικρή ανώνυμη εταιρεία που έλαβε δάνειο από μια τράπεζα, αλλά δεν επιδεικνύει την ίδια ευαισθησία σε μια ομάδα συνιδιοκτητών πολυκατοικίας ή σε ένα αθλητικό σωματείο σε ανάλογη περίπτωση²⁵.

Η νέα έννοια του προμηθευτή

Όπως ακριβώς συνέβη με την έννοια του καταναλωτή, έτσι και με τον προμηθευτή, ο νόμος 2251/1994 διέθετε πληθώρα ορισμών αυτού²⁶. Με το άρθρο 100, παράγραφος 5 του Νόμου 4512/2018 οι ορισμοί αυτοί απαλείφθηκαν και προβλέφθηκε ενιαία οριοθέτηση του²⁷. Ιδιαίτερως σημαντικό είναι ότι πλέον ορίζεται ρητά πως προμηθευτής είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο ενεργεί μέσω άλλου προσώπου που συναλλάσσεται στο όνομά του ή για λογαριασμό του προμηθευτή, εφόσον το ενδιάμεσο αυτό πρόσωπο ενεργεί για σκοπούς που σχετίζονται με τις εμπορικές, επιχειρηματικές, βιοτεχνικές ή επαγγελματικές δραστηριότητες του προμηθευτή. Κατά το προηγούμενο καθεστώς είχε ανακύψει πρόβλημα σε ό,τι αφορά τα ενδιάμεσα αυτά πρόσωπα που δεν ήταν άμεσοι αντιπρόσωποι του προμηθευτή, αλλά ενεργούσαν στο δικό τους όνομα μεν, για λογαριασμό του προμηθευτή δε. Αντισυμβαλλόμενος του καταναλωτή θεωρούταν στην περίπτωση αυτή το ενδιάμεσο πρόσωπο και έτσι δεν ευθυνόταν ο προμηθευτής²⁸. Το πρόβλημα λύθηκε με την ανωτέρω νομοθετική τροποποίηση. Συνεπώς, σήμερα ο προμηθευτής ευθύνεται, ακόμη κι αν το ενδιάμεσο πρόσωπο ενεργεί ως έμμεσος αντιπρόσωπος του²⁹.

Νόμιμη και εμπορική εγγύηση

²⁵ Ζαπριάνος Ν., ό. π.

²⁶ Φιλιπποπούλου Ε., ό. π.

²⁷ Άρθρο 1α του Νόμου 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το Άρθρο 100, παράγραφος 5 του Νόμου 4512/2018

²⁸ Αλεξανδρίδου Ε., Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή Ελληνικό-Ενωσιακό Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 & άλλων σχετικών νομοθετημάτων, Νομική βιβλιοθήκη, 2015, σ. 86

²⁹ Αλεξανδρίδου Ε., Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή Ελληνικό-Ενωσιακό Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 & άλλων σχετικών νομοθετημάτων, Νομική βιβλιοθήκη, 2018, σ. 81-82

Μία ακόμη σημαντική αλλαγή που επέφερε ο νόμος 4512/2018 ήταν να οριστούν για πρώτη φορά στο σώμα του καταναλωτικού νόμου οι νόμιμες³⁰ και εμπορικές εγγυήσεις³¹ και να προσδιοριστούν τα συναφή δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών. Όσον αφορά ειδικά τη νόμιμη εγγύηση, αυτή δεν είναι άλλη από αυτή που προβλέπεται στα άρθρα 534επ. ΑΚ, αλλά η μέχρι πρότινος μη ρητή παραπομπή του νόμου 2251/1994 στις διατάξεις αυτές δημιουργούσε ασάφεια στον μέσο καταναλωτή, ο οποίος δεν μπορούσε εύκολα να διαπιστώσει τα δικαιώματά του, λαμβανομένου υπόψη και των συνεχών τροποποιήσεων του νόμου 2251/1994 και τη μη κωδικοποίηση αυτού. Επίσης, ο Έλληνας νομοθέτης αξιοποιώντας για πρώτη φορά την ευχέρεια που του παρέσχε το Άρθρο 7 της Οδηγίας 1999/44/ΕΚ, προέβλεψε τη δυνατότητα να συμφωνηθεί μεταξύ των μερών σε περίπτωση πώλησης μεταχειρισμένων προϊόντων μικρότερη περίοδος νόμιμης εγγύησης από αυτή που προβλέπει το άρθρο 554 ΑΚ.

Αναφορικά με την εμπορική εγγύηση διευκρινίστηκε ότι αυτή παρέχεται σε κάθε περίπτωση επιπλέον της νόμιμης, ενώ καταργήθηκε η υποχρεωτική παροχή γραπτής εγγύησης σε περίπτωση προμήθειας καινούριων προϊόντων με μακρά διάρκεια ζωής, όπως ρυθμιζόταν στο άρθρο 5, παράγραφος 4 του νόμου 2251/1994. Ωστόσο, ως αντιστάθμισμα προβλέπονται αυξημένες υποχρεώσεις ενημέρωσης των καταναλωτών αναφορικά με τη μη χορήγηση της εμπορικής εγγύησης, ενώ ταυτόχρονα τους γνωστοποιείται ότι εξακολουθούν να μπορούν να ασκήσουν τα δικαιώματά τους που απορρέουν από την νόμιμη εγγύηση.

Αν αναλογιστούμε ότι οι δύο αυτές μεταρρυθμίσεις στη νόμιμη και εμπορική εγγύηση συνιστούν συνηθισμένες πρακτικές στις ηλεκτρονικές πλατφόρμες, τότε μπορούμε να διαπιστώσουμε πως η μεταρρύθμιση του νόμου 2251/1994 σκοπό έχει να επιφέρει την τόνωση της ανταγωνιστικότητας των ελληνικών επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται

³⁰ Άρθρα 1α και 5 του Νόμου 2251/1994, όπως τροποποιήθηκαν με το Άρθρο 100, παράγραφος 5 και το Άρθρο 103, παράγραφος 2 αντίστοιχα του Νόμου 4512/2018

³¹ Άρθρα 1α και 5α του Νόμου 2251/1994, όπως τροποποιήθηκαν με το Άρθρο 100, παράγραφος 5 και το Άρθρο 103, παράγραφος 3 αντίστοιχα του Νόμου 4512/2018

στο παγκοσμιοποιημένο ηλεκτρονικό εμπόριο³².

Επίλογος

Ολοκληρώνοντας τη παρουσίαση των μεταρρυθμίσεων του νόμου 2251/1994, σκόπιμο να απαντηθεί το ακόλουθο ερώτημα: Διευρύνθηκε ή συρρικνώθηκε η προστασία του καταναλωτή; Η απάντηση στο ερώτημα αυτό σίγουρα δεν πρέπει να είναι βεβαιασμένη. Από τη μία, η περιστολή των προσώπων που υπάγονται στο νόμο 2251/1994 δεν συνεπάγεται αυτομάτως και την περιορισμέ-

νη προστασία τους. Η εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ εξακολουθεί να παραμένει ανοιχτή, ενώ οι διατάξεις περί ΓΟΣ τυγχάνουν ευρείας εφαρμογής. Από την άλλη, το χρονικό διάστημα εφαρμογής του νέου καταναλωτικού νόμου είναι αρκετά μικρό, ώστε να μπορεί να διαπιστωθεί με σαφήνεια αν το υπάρχον νομοθετικό πλαίσιο είναι ικανό να παράσχει αποτελεσματική προστασία στο αδύναμο μέρος μιας σύμβασης. Παραμένει λοιπόν ακόμη ανοιχτό το ζήτημα να διαπιστωθεί αν ο νόμος 4512/2018 κατάφερε πράγματι να εξισορροπήσει τα αντικρουόμενα συμφέροντα των συμβαλλομέ-

³² Φιλιπποπούλου Ε., ό. π.



Δίκαιο του Πολέμου: Η Εισβολή της Τουρκίας στη Συρία

Δημοπούλου Πολυξένη

Προπτυχιακή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ, Τελειόφοιτος

Πραγματικά Περιστατικά

Κατά τον Μάρτιο του έτους 2011 ξέσπασε εμφύλιος πόλεμος στη Συρία, στα πλαίσια του οποίου οι Μονάδες Προστασίας του Λαού (YPG), ήτοι η κουρδική πολιτοφυλακή, απέκτησαν τον έλεγχο της επικράτειας στη βορειοανατολική Συρία, εγκαθιδρύοντας ένα ημιαυτόνομο κρατίδιο, συνορεύον με την Τουρκία. Το YPG ανέλαβε αργότερα την ηγεσία των Συριακών Δημοκρατικών Δυνάμεων (SDF), μιας στρατιωτικής συμμαχίας υποστηριζόμενης από τις ΗΠΑ στον αγώνα κατά του αναδυόμενου ισλαμικού εξτρεμισμού. Παρά την επίμονη άρνησή του το YPG φέρεται να διατηρεί στενούς δεσμούς με το Εργατικό Κόμμα του Κουρδιστάν (PKK), οργάνωση που εδρεύει στην Τουρκία και το Ιράκ και από το 1984 έχει εμπλακεί σε ένοπλες συγκρούσεις, με παρόντα στόχο ίσα δικαιώματα και κουρδική αυτονομία στην Τουρκία. Το PKK έχει χαρακτηριστεί ως τρομοκρατική οργάνωση από την Κυβέρνηση της Αγκυρας και από το NATO και την ΕΕ.¹ Αντιδρώντας στις ως άνω εξελίξεις στις 9 Οκτωβρίου 2019 η Τουρκία εξαπέλυσε στρατιωτική δύναμη εναντίον της βορειοανατολικής Συρίας.

Στόχος της επονομαζόμενης 'Operation Peace Spring', ήταν η απώθηση από τα τουρκικά σύνορα, σε βάθος 30 χλμ. σε μια οριζόντια λωρίδα 120 χλμ., των κούρδων μαχητών του YPG, καθώς και η εγκαθίδρυση μιας 'ασφαλούς ζώνης', για τον επαναπατρι-

σμό των Σύριων προσφύγων της Τουρκίας. Η ένταση της ένοπλης σύγκρουσης κλιμακώθηκε, παρά την κατακραυγή της διεθνούς κοινότητας², μέχρι και τις 17 Οκτωβρίου, οπότε κηρύχθηκε παύση πυρών έπειτα από παρέμβαση των ΗΠΑ, η οποία εν συνεχεία παγιώθηκε ύστερα από παρέμβαση της Ρωσίας, η οποία κατά την διάρκεια του εμφυλίου υποστήριζε το καθεστώς Assad, την ανατροπή του οποίου επεδίωκαν οι μέχρι πρότινος σύμμαχοι των ΗΠΑ. Εντούτοις, οι βιαιοπραγίες στην περιοχή εξακολουθούν, με τον Γενικό Γραμματέα της Διεθνούς Αμνηστίας, Kumi Naidoo, να αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: «Οι τουρκικές στρατιωτικές δυνάμεις και οι σύμμαχοί τους έχουν επιδείξει μια εξαιρετικά ανάληψη τη διαφορά για την ζωή των πολιτών, εξαπολύοντας παράνομες θανατηφόρες επιθέσεις σε κατοικημένες περιοχές, οι οποίες έχουν προκαλέσει τον θάνατο και τον τραυματισμό αμάχων».³

Νομικό πλαίσιο αξιολόγησης της εισβολής

Στο παρόν άρθρο θα επιχειρηθεί η νομική αξιολόγηση των ανωτέρω περιστατικών στα πλαίσια του Δικαίου του Πολέμου (Jus in bello), όρου ισοδύναμου με το Διεθνές Ανθρωπιστικό Δίκαιο και το Δίκαιο των Ενόπλων Συρράξεων.⁴ Το Δίκαιο του

¹ Statement by the Secretary General on the PKK attack in Turkey, διαθέσιμο στο: https://www.nato.int/cps/en/SID-71FB7133-7CE5DCFA/natolive/news_45855.htm?selectedLocale=en και COUNCIL DECISION (CFSP) 2019/1341, διαθέσιμη στο: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019D1341&from=en>

² European Parliament, EU measures to counter the Turkish invasion of Syria, διαθέσιμο στο: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-003350_EN.html

³ Amnesty International, Syria: Damning evidence of war crimes and other violations by Turkish forces and their allies, διαθέσιμο στο: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/10/syria-damning-evidence-of-war-crimes-and-other-violations-by-turkish-forces-and-their-allies/>

⁴ Χατζηκωνσταντίνου Κ., Προσεγγίσεις στο Διε-

Πολέμου αποτελεί τμήμα του Δημόσιου Διεθνούς Δικαίου και συνίσταται στο σύνολο των κανόνων, υπεύθυνων για την ρύθμιση και τον περιορισμό του φαινομένου της ένοπλης σύρραξης, μέσω της οριοθέτησης των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των εμπολέμων και των τρίτων κρατών, που δεν μετέχουν των εχθροπραξιών.⁵ Η κωδικοποίησή του πραγματοποιήθηκε σταδιακά, με πρώτο στάδιο τις Διακηρύξεις της Χάγης (1899,1907) περί αναγνώρισης των εμπλεκόμενων στην ένοπλη σύρραξη μερών, προσδιορισμού του περιεχομένου της έννοιας της ουδετερότητας και καταγραφής των νόμων και εθίμων που διέπουν τον πόλεμο σε ξηρά και θάλασσα.⁶ Έπειτα ακολούθησε η υπογραφή των Συνθηκών της Γενεύης (1949) και των Πρόσθετων Πρωτοκόλλων (1977), με στόχο την εξασφάλιση προστασίας όσων δεν μετέχουν ή δεν μετέχουν πλέον στην ένοπλη σύρραξη.

Jus ad bellum

Κρίνεται σκόπιμη η διάκριση του περιεχομένου του jus in bello από την έννοια του jus ad bellum, οι κανόνες των οποίων αποβλέπουν μεν αμφότεροι στον περιορισμό της βίας, σε διαφορετικό δε επίπεδο.⁷ Ειδικότερα, το jus ad bellum συνίσταται στο σύνολο των κανόνων του Διεθνούς Δικαίου, το οποίο ρυθμίζει τις προϋποθέσεις, που πρέπει να συντρέχουν, προκειμένου να στοιχειοθετείται το δικαίωμα χρήσης βίας από ένα κράτος.⁸ Το βασικό του περιεχόμενο εντοπίζεται στην γενική αρχή του Διεθνούς Δικαίου περί απαγόρευσης απειλής χρήσης ή χρήσης βίας, η οποία κωδικοποιείται στο άρθρο 2 παρ. 4⁹ του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών,

καθώς και τις εξαιρέσεις που προβλέπονται στο σώμα του ίδιου κειμένου στο άρθρο 51¹⁰ σχετικά με το δικαίωμα ατομικής ή συλλογικής άμυνας.¹¹ Ο τρόπος που οι ανωτέρω διατάξεις αλληλεπιδρούν καθίσταται εναργέστερος με βάση τις εξής παρατηρήσεις του Διεθνούς Δικαστηρίου της Χάγης : *«Όπως αναφέρεται ρητά στο κείμενο αυτής της διάταξης, ένα κράτος μπορεί να επικαλεστεί άμυνα όταν έχει πέσει θύμα «ένοπλης επίθεσης». Αν πληρούται η προϋπόθεση αυτή, οποιαδήποτε αμυντική χρήση δύναμης υπόκειται στις απαιτήσεις αναγκαιότητας και αναλογικότητας.»*¹²

Πέραν των ορίων του Χάρτη ευρίσκεται το δόγμα της προληπτικής άμυνας στα πλαίσια του «πολέμου κατά της τρομοκρατίας», το οποίο εισήχθη ως έννοια στην διεθνή κοινότητα από τον George W. Bush, ως νομικό θεμέλιο της εισβολής των ΗΠΑ στο Αφγανιστάν και το Ιράκ¹³ και υπόκειται στους περιορισμούς που θέτει το επονομαζόμενο «Caroline test», το οποίο αποτελεί εθιμικό δίκαιο.¹⁴

territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.»

¹⁰ United Nations Charter, Chapter VII, article 51: «Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

¹¹ International Committee of the Red Cross, What is jus ad bellum and what is jus in bello?, διαθέσιμο στο : <https://www.icrc.org/en/document/what-are-jus-ad-bellum-and-jus-bello-0>

¹² The Republic of Nicaragua v. The United States of America, International Court of Justice, par.194, διαθέσιμο στο : <https://www.icj-cij.org/en/case/70/judgments>

¹³ Για πλήρες ιστορικό δείτε Gray C., International Law and the Use of Force (3rd Edition), Foundations of Public International Law, σ. 206-222

¹⁴ Shaw M., Anticipatory Self-Defense, Cambridge University Press, p.1023

θνές Ανθρωπιστικό Δίκαιο, Ι. Σιδέρης, σ. 26

⁵ Robert Kolb and Richard Hyde, An introduction to the International Law of armed Conflicts, Hart Publishing, σ.15

⁶ European Centre for research and training on human rights and humanitarian law; 150 years after Solferino; acquis and prospects, Σάκκουλας, σ. 31

⁷ Bothe M., Neutrality in naval warfare- What is left of traditional International Law?, Essays Kalshoven, σ. 392-393

⁸ Χατζηκωνσταντίνου Κ., Προσεγγίσεις στο Διεθνές Ανθρωπιστικό Δίκαιο, Ι. Σιδέρης, σ.59

⁹ United Nations Charter, Chapter I, article 2 par. 4: «All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the

Ειδικότερα, η απειλή χρήσης βίας από άλλο κράτος πρέπει να είναι άμεση, επικείμενη και συντριπτική, ώστε να μην επιτρέπει περιθώρια διάσκεψης στο αμυνόμενο κράτος.

Κατόπιν τούτων, αδιαμφισβήτητα η εισβολή της Τουρκίας στην βορειοανατολική Συρία συνιστά χρήση βίας, η οποία για να μην παραβιάζει το Διεθνές Δίκαιο πρέπει να γίνεται στα πλαίσια άμυνας έναντι ένοπλης επίθεσης, ύστερα από σχετική εξουσιοδότηση του Συμβουλίου Ασφαλείας, ή έναντι άμεσης, επικείμενης και συντριπτικής απειλής χρήσης βίας. Η Τουρκία, συμμορφούμενη προς την υποχρέωση της βάσει του άρθρου 51 του Χάρτη, ενημέρωσε με επιστολή το Συμβούλιο Ασφαλείας για την επιχείρησή της στη Συρία, παραθέτοντας ως νομικό θεμέλιο της χρήσης βίας το δικαίωμα άμυνας έναντι άμεσης και επικείμενης τρομοκρατικής απειλής της επικράτειάς της από οργανώσεις που έχουν την έδρα τους στη Συρία.¹⁵ Περαιτέρω συγκεκριμενοποίησε την απειλή αυτή ως εξαπόλυση πυρών παρενόχλησης, τα οποία εξ' ορισμού στοχεύουν στον περιορισμό της κινητικότητας και την πτώση του ηθικού των αντίπαλων στρατευμάτων.

Όπως προαναφέρθηκε, το δικαίωμα άμυνας απαιτεί προηγούμενη ένοπλη επίθεση. Βάσει της νομολογίας του Διεθνούς Δικαστηρίου για να αναχθεί η χρήση βίας σε ένοπλη επίθεση πρέπει να διακρίνεται από μια προωθημένη μορφής ένταση και σοβαρότητα.¹⁶ Ως νομικό θεμέλιο εξαίρεσης, δηλαδή, σε μια γενική αρχή του Διεθνούς Δικαίου, η έννοια της ένοπλης επίθεσης ερμηνεύεται στενά. Συνεπώς, καθίσταται αντιληπτό ότι τα πυρά με σκοπό απλώς την παρενόχληση των αντίπαλων στρατευμάτων δεν διαθέτουν την αναγκαία ένταση, ούτε συνεπάγονται αρκετά σοβαρές συνέπειες, προκειμένου να αναγνωρίζεται στο κράτος που τα υφίσταται δικαίωμα χρήσης βίας. Επιπλέον, η έτερη

προσπάθεια εξειδίκευσης της επικείμενης απειλής εναντίον της Τουρκίας, συνίστατο στην παράνομη εισαγωγή όπλων στην χώρα προς ενίσχυση των δράσεων του PKK. Εντούτοις, όσον αφορά αυτή την περίπτωση το Δικαστήριο της Χάγης έχει δεχθεί μόνο το ενδεχόμενο της παράνομης επέμβασης, όχι όμως και της ένοπλης επίθεσης.¹⁷ Τέλος, το δόγμα της προληπτικής άμυνας, συνιστά στην προκειμένη περίπτωση άστοχο παραλληλισμό, καθώς υπόκειται, όπως προερρήθη, σε αυστηρές προϋποθέσεις, οι οποίες δεν πληρούνται εν προκειμένω.

Κατηγοριοποίηση της ένοπλης σύγκρουσης

Βάσει του δικαίου της Γενεύης οι διενέξεις που εξέρχονται των ορίων της εσωτερικής αναταραχής, λόγω αυξημένης έντασης των εχθροπραξιών, ανάγονται σε μη διεθνή ένοπλη σύγκρουση, η οποία διακρίνεται από την διεθνή. Αυτές οι περιπτώσεις ένοπλης σύγκρουσης είναι και το πεδίο εφαρμογής του. Διεθνής ένοπλη σύρραξη υφίσταται όταν όλα

τα αντιμαχόμενα μέρη είναι κράτη ή άλλα υποκείμενα του Διεθνούς Δικαίου, όπως οι Διεθνείς Οργανισμοί. Η μη διεθνή ένοπλη σύγκρουση ρυθμίζεται από το κοινό άρθρο 3 και το 2° ΠΠ των Συμβάσεων της Γενεύης, που δεσμεύουν αμφότερα τα εμπλεκόμενα μέρη, και συντρέχει σε περίπτωση ένοπλης σύρραξης, στην οποία το ένα μέρος αποτελεί μη κρατικό δρώντα, με ικανοποιητική οργάνωση και ιεραρχική δομή, ώστε να είναι σε θέση να επικοινωνεί με άλλες διεθνείς οντότητες.¹⁸

Σε αυτό το σημείο επισημαίνεται ότι τα τελευταία χρόνια στη Συρία διεξάγεται εμφύλιος πόλεμος, με αποτέλεσμα την δημιουργία ενός χαοτικού πολιτικού σκηνικού με πλείονες αντιμαχόμενες δυνάμεις να επιδιώκουν διαφορετικές πολιτικές ατζέντες. Στο πλαίσιο αυτό, το SDF που με την υποστήριξη των ΗΠΑ πρωτοστάτησε στον εκστρατεία εξουδετέρωσης των δυνάμεων της ISIS, αποτελούμενο ως επί το πλείστον από μέλη του YPG, δεν διατηρεί δεσμούς με την νόμιμη κυβέρνηση Assad. Συνεπώς, η εισβολή της Τουρκίας στην Συρία στράφηκε κατά μη κρατικών παραγόντων, και για τον λόγο αυτό δεν μπορεί να χαρακτηριστεί

¹⁵ Security Council, S/2019/804, διαθέσιμο στο: <https://undocs.org/S/2019/804>

¹⁶ The Republic of Nicaragua v. The United States of America, International Court of Justice, par.191: « As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms.» ; ίδιο και σε Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), International Court of Justice, par.5, διαθέσιμο στο : <https://www.icj-cij.org/en/case/90/judgments>

¹⁷ The Republic of Nicaragua v. The United States of America, International Court of Justice, par.195, διαθέσιμο στο : <https://www.icj-cij.org/en/case/70/judgments>

¹⁸ Χατζηκωνσταντίνου Κ., Προσεγγίσεις στο Διεθνές Ανθρωπιστικό Δίκαιο, Ι. Σιδέρης, σ.135-142

ως διεθνής ένοπλη σύρραξη, καθώς το κυρίαρχο κράτος της Συρίας, υπό την έννοια των ασκούντων την κρατική εξουσία, δεν ενεπλάκη.¹⁹ Εντάσσεται, όμως, προφανώς στο κοινό άρθρο 3, βάσει της προηγηθείσας ανάλυσης.

Ωστόσο, μπορεί να υποστηριχθεί και η άποψη περί ύπαρξης διεθνούς ένοπλης σύγκρουσης, αν υιοθετηθούν οι παρατηρήσεις της Διεθνούς Επιτροπής του Ερυθρού Σταυρού για το κοινό άρθρο 2, σύμφωνα με τις οποίες μια διεθνής ένοπλη σύρραξη μπορεί να προκύψει από την «μη στρατιωτική εισβολή ή την εξάπλωση των ένοπλων δυνάμεων ενός κράτους στο έδαφος άλλου κράτους - ακόμη και αν δεν συναντά ένοπλη αντίσταση» ή από τη χρήση ένοπλης βίας «ενάντια στην επικράτεια του εχθρού, τον άμαχο πληθυσμό ή / και τα αντικείμενα των πολιτών, συμπεριλαμβανομένων (αλλά όχι περιοριστικά) των υποδομών».²⁰ Επισημαίνεται ότι οιαδήποτε επέμβαση στο έδαφος κράτους χωρίς πρόσκληση από το ίδιο συνιστά παραβίαση της γενικής αρχής απαγόρευσης επέμβασης. Ειδικότερα, σε περίπτωση εν εξελίξει εμφυλίου λόγω διαμάχης επί κυριαρχίας εδαφών, η ανωτέρω αρχή δεν επιδέχεται καμία εξαίρεση.²¹

Παραβιάσεις του Δικαίου του Πολέμου

Ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού που θα αποδοθεί στην ένοπλη σύγκρουση, βάσει της παραπάνω κατηγοριοποίησης, σε κάθε περίπτωση τυγχάνουν σεβασμού, από άπαντα τα εμπλεκόμενα μέρη, η αρχή της διάκρισης μεταξύ στρατιωτικών και πολιτικών στόχων, της αναλογικότητας και της στρατιωτικής αναγκαιότητας. Οι ανωτέρω αρχές αποτελούν εθιμικό δίκαιο και συνθέτουν με την αλληλεπίδρασή τους ένα βασικό πλαίσιο επιτρεπόμενης και απαγορευμένης στρατιωτικής δράσης, κατά την διάρκεια ένοπλης σύρραξης.²² Ειδικότε-

ρα, οι στρατιωτικές επιχειρήσεις πρέπει να στοχεύουν αποκλειστικά στρατιωτικούς στόχους, όπως οι στρατιωτικές βάσεις και τα εργοστάσια πυρομαχικών, ενώ οι άμαχοι και τα πρόσωπα hors de combat, καθώς και οι περιουσίες και οι δημόσιες υποδομές απαγορεύεται να αποτελέσουν στόχο. Συνεπώς, γίνεται αντιληπτό ότι σε πρώτη φάση απαγορεύεται η διεξαγωγή στρατιωτικής επιχείρησης, εάν από αυτή προκύπτει κίνδυνος για τους πολίτες και τις περιουσίες τους. Παρά ταύτα, αν η συγκεκριμένη επιχείρηση κρίνεται από τους επικεφαλής των επιχειρήσεων αναγκαία για την εξασφάλιση κρίσιμου στρατιωτικού πλεονεκτήματος και έχουν ληφθεί όλα τα απαραίτητα μέτρα, ώστε ο κίνδυνος να περιοριστεί στο ελάχιστο δυνατό, τότε ενδέχεται η πράξη αυτή να μην αντίκειται στο Δίκαιο του Πολέμου.²³ Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα μέτρου περιορισμού των επικείμενων παράπλευρων απωλειών είναι η διεξαγωγή της επιχείρησης δια ξηράς και όχι εναερίως.

Αν και η ακριβής έκταση των παραβιάσεων των κανόνων του Διεθνούς Ανθρωπιστικού Δικαίου από την Τουρκία παραμένει απροσδιόριστη, επίσημες εκθέσεις Διεθνών Οργανισμών αναφέρουν αδιάκριτους βομβαρδισμούς με εναέρια χτυπήματα, τραυματισμούς και θανάτους πολιτών, συνοπτικές εκτελέσεις, χρήση όπλων που έχουν χωρίς διάκριση αποτελέσματα και καταστροφή περιουσιών.²⁴ Στοιχειοθετείται, επομένως, παραβίαση του άρθρου 48 του I Πρόσθετου Πρωτοκόλλου, το οποίο απαιτεί οι επιθέσεις να περιορίζονται σε στρατιωτικούς στόχους και του και άρθρου 52 παράγραφος 2, που απαγορεύει τις επιθέσεις κατά αστικών στόχων. Επιπλέον, υπάρχει παραβίαση του άρθρου 51 παρ. 4-5 του ίδιου Πρωτοκόλλου, που απαγορεύει την χρήση πολεμικών μεθόδων, οι οποίες μπορούν να πλήξουν άνευ διακρίσεως μαχόμενους και αμάχους. Περαιτέρω, στο άρθρο 3 της Σύμβασης της Γενεύης περί προστασίας των πολιτών εν καιρώ πολέμου, στο οποίο κωδικοποιείται ένα minimum πεδίο προστασίας σε περίπτωση μη διεθνούς ένοπλης σύρραξης, θεμελιώνεται

Ενόπλων Συγκρούσεων, I. Σιδέρης, σ. 70

²³ UK Ministry of Defense, The manual of the Law of Armed Conflict, Oxford University Press, σ. 21-26

²⁴ Human Rights Watch, Civilians at risk in Syria's Operation, διαθέσιμο στο : <https://www.hrw.org/news/2019/10/11/turkey/syria-civilians-risk-syria-operation>

¹⁹ Dinstein Y., The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, Cambridge University Press, σ. 14-16

²⁰ International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, διαθέσιμο στο: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518>

²¹ British Yearbook of International Law, Τόμος 57, 1986, σ. 614

²² Γάγγας Δ., Εισαγωγή στο Διεθνές Δίκαιο των

απαγόρευση προσβολών κατά της ζωής και της σωματικής ακεραιότητας των αμάχων, καθώς και οι εκτελέσεις άνευ προηγούμενης διεξαγωγής δίκης. Επίσης σε Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου γίνεται αναφορά σε επιθέσεις κατά ιατρικών εγκαταστάσεων, οι οποίες συνιστούν κατάφωρη παραβίαση του άρθρου 18 της Σύμβασης της Γενεύης περί προστασίας των πολιτών εν καιρώ πολέμου.²⁵

Επιπροσθέτως επισημαίνεται ότι η θανάτωση άμαχου πληθυσμού συνιστά έγκλημα πολέμου και έγκλημα κατά της ανθρωπότητας, με βάση την νομοτυπική τους μορφή, όπως αποτυπώνεται στα άρθρα 8 παρ. 2γ περ. ι και 7 παρ. 1α του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου. Έγκλημα πολέμου συνιστά επίσης η με πρόθεση αποστέρηση αιχμαλώτου πολέμου ή άλλου προστατευόμενου προσώπου από τα δικαιώματα της δίκαιης και κανονικής δίκης. Βάσει δηλώσεων του εκπροσώπου του ΟΗΕ για τα δικαιώματα του Ανθρώπου, Ρούπερτ Κόλβιλ: «Η Τουρκία μπορεί να θεωρηθεί κράτος υπεύθυνο για παραβιάσεις από ομάδες που συνδέονται μ' αυτό, από τη στιγμή που η Τουρκία ασκεί ουσιαστικό έλεγχο αυτών των ομάδων ή των επιχειρήσεων στην εξέλιξη των οποίων συνέβησαν αυτές οι παραβιάσεις».²⁶ Καθίσταται, συνεπώς, αντιληπτό ότι δεδομένης της έλλειψης νομικής βάσεως αιτιολόγησης με βάση τον Καταστατικό Χάρτη του ΟΗΕ, αλλά και της έντασης και του μεγέθους της τουρκικής εισβολής στη Συρία, στοιχειοθετείται το έγκλημα της επίθεσης, το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 5 του Καταστατικού του υπάγεται στην δικαιοδοσία του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, όπως άλλωστε και τα προαναφερθέντα εγκλήματα πολέμου και εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας.

Διεθνές Δίκαιο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων

Ως απότοκο έντονου θεωρητικού προβληματισμού εμφανίζεται η θεωρία της συμπληρωματικότητας μεταξύ του Δικαίου του Πολέμου και του Δικαίου των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, σύμφωνα με την οποία σε περίοδο πολέμου το Δίκαιο των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων δεν εκτοπίζεται, αλλά

ισχύει παραπληρωματικά.²⁷ Την θέση αυτή έχει υιοθετήσει και το Διεθνές Δικαστήριο στην γνωμοδότησή του για το Τείχος του Ισραήλ.²⁸ Συνεπώς, υφίσταται παράλληλη παραβίαση του άρθρου 6 του Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, περί δικαιώματος στη ζωή, λόγω των ανωτέρω πράξεων μαζικής βίας.²⁹ Αντίστοιχο δικαίωμα κατοχυρώνεται και με το άρθρο 2 της ΕΣΔΑ, ενώ στο άρθρο 1 του πρόσθετου Πρωτοκόλλου κατοχυρώνεται το δικαίωμα σεβασμού της ιδιοκτησίας, το οποίο παραβιάστηκε με την αδιάκριτη καταστροφή της περιουσίας πολιτών.

Τέλος, όσον αφορά την δημιουργία «ζώνης ασφαλείας» από την Τουρκία στο έδαφος της Συρίας με στόχο την επανεγκατάσταση Σύριων προσφύγων της Τουρκίας, διαπιστώνεται παραβίαση πλειόνων νομικών διατάξεων. Καταρχάς αναφέρεται η απαγόρευση απέλασης ή επαναπροώθησης προσφύγων στα σύνορα εδαφών, όπου απειλούνται η ζωή και η ελευθερία τους, όπως ακριβώς συμβαίνει στην προκειμένη περίπτωση, καθώς όπως προαναφέρθηκε, το συριακό έδαφος μαστίζεται από πληθώρα εκ παραλλήλου εκτυλισσόμενων ένοπλων συγκρούσεων. Η αρχή αυτή αποτυπώνεται στο άρθρο 33 της Σύμβασης του 1951 σχετικά με το Καθεστώς των Προσφύγων, ενώ παράλληλα έχει status εθιμικού δικαίου.³⁰ Επιπλέον, ενδεχόμενη επαναπροώθηση προσώπων σε περιβάλλον εντόνως ασταθής και επικίνδυνα, αναμφίβολα συνεπάγεται την πρόκληση σε αυτά συναισθημάτων ψυχικού εξευτελισμού, όπως η αγωνία και η κατωτερότητα.³¹ Πρόκειται, κατά συνέπεια, για παραβίαση και του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ περί απαγόρευσης, απάνθρωπης και εξευτελιστικής συμπεριφοράς, όπως επισημαίνεται και στο Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με τις στρα-

²⁷ Χατζηκωνσταντίνου Κ., Προσεγγίσεις στο Διεθνές Ανθρωπιστικό Δίκαιο, Ι. Σιδέρης, σ.108-110

²⁸ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ, παρ. 106, διαθέσιμο στο: <https://www.icj-cij.org/en/case/131/advisory-opinions>

²⁹ Νάσκου-Περράκη Π., Δικαιώματα του Ανθρώπου: Παγκόσμια και περιφερειακή προστασία, Εκδόσεις Σάκκουλα, σ.115

³⁰ Feliciano F., The principle of non-refoulement: a note on international legal protection of refugees and displaced persons, Phillipine L.J., s. 608

³¹ Kudla κατά Πολωνίας, ΕΔΔΑ, παρ. 92, διαθέσιμο στο: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58920>

²⁵ Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, Ψήφισμα 2019/2886, διαθέσιμο στο: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0123_EL.pdf

²⁶ United Nation Human Rights Office of the High Commissioner, Press Briefing Note on Syria, διαθέσιμο στο: <https://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25145&LangID=E>

τιωτικές επιχειρήσεις της Τουρκίας στη βορειοανατολική Συρία και τις επιπτώσεις τους.³²

Επίλογος

Η εισβολή της Τουρκίας στο συριακό έδαφος διεξήχθη στα πλαίσια μιας διαφαινόμενης τάσης «μεταμοντερνισμού», η οποία επικρατεί στο διεθνές πολιτικό σκηνικό. Πιο συγκεκριμένα, τα κράτη απορρίπτουν προοδευτικά τον κλασικό μύθο

των γεωστρατηγικών συμμαχιών, εναλλάσσοντας «στρατόπεδα» εν μία νυκτί ή δρώντας πλήρως ατομικιστικά και εριστικά. Στην διαμόρφωση αυτής της χαώδους κατάστασης έχει συντελέσει καθοριστικά και η διαχρονική αμηχανία της διεθνούς κοινότητας απέναντι σε επιθετικές τάσεις και ενδεχόμενες παραβιάσεις του Διεθνούς Δικαίου εκ μέρους των κρατών, η οποία οφείλεται στον περιορισμένο αριθμό μέσων καταστολής που έχει στην διάθεση της. Συνεπώς, τα ανωτέρω εξεταζόμενα γεγονότα φαίνεται να αποτελούν μια ακόμα ιστορική συγκυρία, κατά την οποία το Δίκαιο του Πολέμου υπερφαλαγγίστηκε από το «Δίκαιο του Ισχυρού».

³² Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, Ψήφισμα 2019/2886, διαθέσιμο στο: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0123_EL.pdf



Πρόσφυγες ή Παράτυποι Μετανάστες;

Γεωργία Κουτάνη
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Η ανθρωπότητα έχει πληγεί κατά την ιστορία της από φτώχεια και πολέμους. Σε αυτές τις συνθήκες αρκετοί άνθρωποι εγκαταλείπουν τα σπίτια τους και προσπαθούν να βρουν καλύτερη ζωή αλλού. Υπάρχει, όμως, και μια ομάδα ατόμων, που αναγκάζονται να εγκαταλείψουν τις χώρες τους εξαιτίας διώξεων, βίας, εμφύλιων πολέμων, ένοπλων συρράξεων και δεν αποτελούν άλλους από τους πρόσφυγες.

Ο ορισμός του πρόσφυγα και το καθεστώς αυτού

Σύμφωνα με το άρθρο 1 Α (2) της Σύμβασης της Γενεύης περί του καθεστώτος των προσφύγων, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο Ι παρ. 2 του Πρωτοκόλλου της 31.01.1967 σχετικά με τη νομική κατάσταση των προσφύγων, πρόσφυγας θεωρείται κάθε πρόσωπο που συγκεντρώνει σωρευτικά τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: (α) έχει δικαιολογημένο φόβο δίωξης, (β) η δίωξη να βασίζεται στη φυλή, θρησκεία, εθνικότητα, κοινωνική τάξη ή πολιτικές πεποιθήσεις, (γ) ο αιτών να βρίσκεται εκτός της χώρας της ιθαγένειάς του ή αν δεν έχει ιθαγένεια, εκτός της χώρας της τελευταίας αυτού διαμονής και (δ) να μην μπορεί ή λόγω του φόβου αυτού να μην επιθυμεί να επιστρέψει στη χώρα του.

Εξαιτίας ακριβώς των πιο πάνω στοιχείων, ο πρόσφυγας θεωρείται πρόσωπο στο οποίο αρμόζει διεθνής προστασία και για τον λόγο αυτό έχουν θεσπιστεί μια σειρά από διατάξεις που αφορούν στο νομικό του καθεστώς και στα δικαιώματά του. Οι συγκεκριμένες διατάξεις περιλαμβάνονται ήδη στη Σύμβαση της Γενεύης, η οποία αναγνωρίζεται, άλλωστε, από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως «ο θεμέλιος λίθος του διεθνούς νομικού πλαισίου για την προστασία των προσφύγων», ενώ στο δίκαιό μας εξειδικεύονται σήμερα κατά βάση στους νόμους 4251/2014 και 4375/2016, καθώς και

στο προεδρικό διάταγμα 141/2013, όπως τροποποιήθηκε από το νόμο 4375/2016.

Οι προϋποθέσεις που αποτελούν τη θετική βάση για την αναγνώριση της ιδιότητας του πρόσφυγα, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του, ονομάζονται ρήτρες υπαγωγής.

Δικαιολογημένος φόβος δίωξης

Δύο στοιχεία περικλείει η προϋπόθεση αυτή: ένα υποκειμενικό, τον «φόβο» και ένα αντικειμενικό, την δικαιολόγηση αυτού του φόβου. Το υποκειμενικό στοιχείο είναι συνδεδεμένο με την προσωπικότητα του πρόσφυγα και ειδικότερα: α) με την προσωπική και οικογενειακή του κατάσταση, β) εάν είναι μέλος σε μια φυλετική, θρησκευτική, εθνική, κοινωνική ή πολιτική ομάδα, γ) τη δική του ερμηνεία για την κατάσταση στην οποία βρίσκεται και δ) τις προσωπικές του εμπειρίες. Ο φόβος θα πρέπει να είναι εύλογος, αν και ο υπερβολικός φόβος λαμβάνεται υπόψη, όταν το συγκεκριμένο άτομο διαθέτει μια έντονη ψυχική κατάσταση¹. Το δεύτερο στοιχείο, ο «δικαιολογημένος» φόβος, αποσκοπεί στο να εξαιρεθούν εκείνα τα άτομα που αδικαιολόγητα ή από υπερβολή και μόνον εγκατέλειψαν τη χώρα τους, χωρίς στην πραγματικότητα να συντρέχει λόγος. Πάντως, και τα δύο στοιχεία θα πρέπει να συντρέχουν για να πληρωθεί η προϋπόθεση αυτή.

Η δίωξη να βασίζεται στη φυλή, θρησκεία, εθνικότητα, κοινωνική τάξη ή πολιτικές πεποιθήσεις

Πρόσφυγας είναι ένα άτομο που αναγκάζεται

¹ Tr. N. Cox, Well-founded fear of persecution: The sources and application of a criterion of Refugee Status, Brooklyn J.I.L., 1984, σελ.352. Βλ. και Εγχειρίδιο για τη διαδικασία και τα κριτήρια καθορισμού των προσφύγων, ό.π., σελ. 16 επ., Διαθέσιμο στο https://www.unhcr.org/gr/yliko_gia_themata_prostasias

να φύγει από τη χώρα του, επειδή έρχεται αντιμέτωπος με τις αρχές αυτής. Ο φόβος «δίωξης» του τον ωθεί να εγκαταλείψει τη χώρα καταγωγής του και να ζητήσει καταφύγιο αλλού. Αυτό σημαίνει ότι οι αρχές της χώρας του ή άλλα άτομα ή ακόμη και οργανώσεις που δρουν εξ ονόματος του κράτους έχουν πάρει μέτρα κατά του συγκεκριμένου ατόμου, το οποίο κινδυνεύει να συλληφθεί ή να βασανισθεί. Ο όρος «δίωξη» περιλαμβάνει μέσα του την έλλειψη προστασίας από τη χώρα καταγωγής, η οποία με τη σειρά της οδηγεί στο δικαιολογημένο φόβο δίωξης. Μια δίωξη, μπορεί να έχει τη μορφή α) απειλής κατά της ζωής, σωματικής ακεραιότητας ή φυσικής ελευθερίας, β) λήψης οικονομικών μέτρων σε βάρος του συγκεκριμένου ατόμου, όπως η δημιουργία εμποδίων στην άσκηση του επαγγέλματός του, με αποτέλεσμα τη μείωση της απόδοσής του με όλες στις συνέπειες που προκύπτουν από αυτή, γ) πολλαπλές συλλήψεις για ανάκριση π.χ. λόγω υποψιών για αντικυβερνητική δράση κ.α..

Κατά πόσον οι περιορισμοί αυτοί οδηγούν στη δίωξη του ατόμου, εξαρτάται κάθε φορά από τη συγκεκριμένη περίπτωση και εξετάζεται από τις αρχές της χώρας σε ένα πλαίσιο όπου θα λαμβάνεται υπόψη «η φύση της ελευθερίας που απειλείται και η φύση του περιορισμού»². Η διάταξη του άρθρου 1 Α (2) ορίζει ότι η απειλή κατά της ζωής ή της ελευθερίας του πρόσφυγα θα πρέπει να βασίζεται σε πέντε αιτίες: α) στη φυλή, β) στη θρησκεία, γ) στην εθνικότητα, δ) στην κοινωνική τάξη και ε) στις πολιτικές πεποιθήσεις. Η απειλή κατά της ζωής ή της ελευθερίας του πρόσφυγα για τους παραπάνω πέντε λόγους στοιχειοθετούν πάντα την έννοια της δίωξης, όπως συνάγεται από το άρθρο 33 της Σύμβασης, χωρίς, βέβαια, αυτό να αποκλείει ότι άλλες σοβαρές παραβιάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων για τους ίδιους λόγους δε συνιστούν και αυτές δίωξη.

Ο αιτών να βρίσκεται εκτός της χώρας της ιθαγένειάς του ή αν δεν έχει ιθαγένεια, εκτός της χώρας της τελευταίας αυτού διαμονής

Το άρθρο 1 Α (2) της Σύμβασης τονίζει ρητά ότι για να αναγνωριστεί κάποιος ως πρόσφυγας, ή θα πρέπει να βρίσκεται έξω από τη χώρα της ιθαγένειάς του, ή, αν στερείται ιθαγένειας, έξω από τη χώρα της τελευταίας του διαμονής. Καθ' όσο διάστημα το άτομο βρίσκεται μέσα στα όρια της

χώρας του, τυγχάνει της προστασίας αυτής, όπως κάθε άλλος πολίτης που φέρει την ιθαγένεια της συγκεκριμένης χώρας. Η Σύμβαση εφαρμόζεται και προστατεύει εκείνα τα άτομα που δεν τυγχάνουν προστασίας από καμία χώρα. Για την απόδοση της ιδιότητας του πρόσφυγα δεν κρίνεται αναγκαίο αυτός να φύγει από τη χώρα καταγωγής ή συνήθους διαμονής του αποκλειστικά λόγω του φόβου δίωξης για τους προαναφερθέντες λόγους. Αυτή τη προστασία απολαμβάνουν και οι λεγόμενοι επί τόπου πρόσφυγες, ήτοι τα πρόσωπα εκείνα που έχουν βρεθεί εκτός της χώρας καταγωγής ή συνήθους διαμονής και κατά τη διάρκεια της απουσίας τους συνέβη κάποιο γεγονός, που θεμελιώνει δικαιολογημένο λόγο δίωξης.

Ο αιτών να μην μπορεί ή λόγω του φόβου αυτού να μην επιθυμεί να επιστρέψει στη χώρα του

Η τελευταία προϋπόθεση του άρθρου 1 Α (2) είναι διττή: ο πρόσφυγας, αφενός, δεν μπορεί να επιστρέψει στη χώρα της ιθαγένειάς του για καθαρά αντικειμενικούς λόγους, π.χ. διότι ο εμφύλιος πόλεμος που είχε ξεσπάσει και εξαιτίας του οποίου βρίσκεται εκτός της χώρας μαίνεται ακόμη και υπάρχει πάντα ο φόβος να συλληφθεί επιστρέφοντας σε αυτή, ή δεν επιθυμεί να επιστρέψει ακριβώς λόγω του ότι εξακολουθεί να φοβάται ότι επιστρέφοντας εκεί, θα διωχθεί. Και στις δύο περιπτώσεις στερείται της προστασίας της χώρας του και επομένως, έχει ανάγκη διεθνούς προστασίας.

Ποινική μεταχείριση των προσφύγων ως προς την παράτυπη είσοδο ή προσπάθεια εισόδου στη χώρα

Το βασικό πρόβλημα των ατόμων που αναγκάζονται να εγκαταλείψουν τη χώρα τους, επειδή φοβούνται τις εναντίον τους διώξεις, προέρχεται από το γεγονός ότι δεν έχουν διαμορφωθεί νόμιμοι οδοί για την μετάβασή τους στην Ευρώπη. Έτσι, οι πρόσφυγες εισέρχονται κατά κανόνα παράνομα, παρακάμπτοντας τον αναγκαίο συνοριακό έλεγχο και χωρίς να διαθέτουν τα απαιτούμενα ταξιδιωτικά έγγραφα.

Το καθεστώς αυτό ισχύει, μάλιστα, παρά το γεγονός ότι το άρθρο 18 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης εγγυάται στα συγκεκριμένα άτομα το δικαίωμα ασύλου³, ενώ και

² Goodwin-Gill G., *The refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1986, σελ. 39

³ Άρθρο 18 του Χάρτη «Δικαίωμα ασύλου»: «Το

ο Οργανισμός Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων της ΕΕ έχει επισημάνει ήδη από το 2015 ότι η κατοχύρωση νόμιμων οδών εισόδου στην ΕΕ δε θα βοηθούσε μόνο στη μείωση της απώλειας ανθρωπίνων ζωών, αλλά και στον περιορισμό της εκμετάλλευσης των προσφύγων από κυκλώματα διακινητών⁴. Θα ενίσχυε, παράλληλα, την ασφάλεια, θα διευκόλυνε την ενσωμάτωση των προσφύγων στις τοπικές κοινωνίες και θα περιόριζε ουσιαστικά την ανάγκη για ψυχολογική υποστήριξη των ίδιων και των παιδιών τους, προκειμένου να αντιμετωπιστούν οι τραυματικές εμπειρίες του ταξιδιού τους.

Ανάλογο δικαίωμα εισόδου δεν αναγνωρίζει ούτε και η Σύμβαση της Γενεύης στο άρθρο 31, επί τη βάση του οποίου οι συμβαλλόμενες χώρες δεσμεύονται απλώς (και μάλιστα υπό προϋποθέσεις) να μην επιβάλλουν ποινικές κυρώσεις στους πρόσφυγες λόγω της παράνομης εισόδου ή διαμονής στο έδαφός τους. Με τον τρόπο αυτό δηλώνεται ότι, παρά την προσφυγική τους ιδιότητα, οι άνθρωποι αυτοί εισέρχονται παράνομα στην επικράτεια των συμβαλλόμενων χωρών.

Ως εκ τούτου, ενώ με βάση τη Σύμβαση της Γενεύης και τον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης οι πρόσφυγες δικαιούνται διεθνούς προστασίας και έχουν δικαίωμα παροχής ασύλου, εντούτοις, προκειμένου να μπορέσουν να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, θα πρέπει να εισέλθουν παράνομα στη χώρα μας, πραγματώνοντας, έτσι, την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος που περιγράφεται στο άρθρο 83 παρ. 1 ν. 3386/2005⁵ και η πράξη τους είναι και τελικά άδικη, αν δε συντρέχει κάποιος λόγος άρσης του αδικού, όπως λ.χ. κατάσταση ανάγκης. Θα μπορούσε να υποθέσει κανείς ότι αυτός ο λόγος άρσης του αδι-

δικαίωμα ασύλου διασφαλίζεται τηρουμένων των κανόνων της Σύμβασης της Γενεύης της 28ης Ιουλίου 1951 και του Πρωτοκόλλου της 31ης Ιανουαρίου 1967 περί του καθεστώτος των προσφύγων και σύμφωνα με τη Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση και τη Συνθήκη για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης».

⁴ Council of Europe, Commissioner of Human Rights, Issue Paper: Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications, 2010, σ. 9., Διαθέσιμο στο <https://www.coe.int/en/web/commissioner/issue-papers>

⁵ Η διάταξη αυτή διατηρήθηκε σε ισχύ με το άρθρο 139 παρ. 2 ν. 4251/2014 (Κώδικας Μετανάστευσης και Κοινωνικής Ένταξης).

κου συντρέχει πάντα για τους πρόσφυγες. Ωστόσο, για να εφαρμοστεί το άρθρο 25 ΠΚ πρέπει να διαπιστώνεται παρών κίνδυνος ο οποίος δεν μπορεί να αποτραπεί με άλλα μέσα, προϋπόθεση που δε συντρέχει, όταν ο αλλοδαπός βρίσκεται σε χώρα η οποία χαρακτηρίζεται ως ασφαλής ή όταν η είσοδός του στην Ελλάδα δεν είναι μονόδρομος.

Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου⁶, μάλιστα, έχει κρίνει ότι κάθε κράτος έχει αδιαμφισβήτητο δικαίωμα ελέγχου των μεταναστευτικών ροών στην επικράτειά του και στο πλαίσιο αυτό, κάθε είσοδος στο έδαφός του είναι «παράνομη», εφόσον το κράτος δεν έχει εγκρίνει την πραγματοποίησή της.

Σύμφωνα με το Εγχειρίδιο Schengen, ο υπήκοος τρίτης χώρας θα πρέπει να θεωρείται ως αιτών διεθνή προστασία από τη στιγμή που με οποιοδήποτε τρόπο εκφράζει φόβο ότι θα υποστεί σημαντική βλάβη, αν επιστραφεί στη χώρα καταγωγής ή συνήθους διαμονής του.

Ήδη, λοιπόν, από τη στιγμή που αφήνεται να διαφανεί φόβος διώξεων, ο αλλοδαπός μπορεί να ενταχθεί στην κατηγορία όσων ζητούν διεθνή προστασία. Από τη στιγμή εκείνη δεν εφαρμόζονται πλέον σε αυτόν οι διατάξεις του Κώδικα Μετανάστευσης, και επομένως, ούτε και η διάταξη του άρθρου 83 ν. 3386/2005, η οποία ανάγει την παράνομη είσοδο στη χώρα σε ποινικό αδίκημα και θεσμοθετεί τη διαδικασία της επαναπροώθησης στην περίπτωση που η άσκηση της ποινικής δίωξης δε θεωρείται σκόπιμη⁷. Για όσο διάστημα διαρκεί η διαδικασία ελέγχου και μέχρι να εκδοθεί η απόφαση της αρμόδιας για την αναγνώριση της ιδιότητας του πρόσφυγα αρχής, ο εισαγγελέας απέχει υποχρεωτικά από την άσκηση της ποινικής δίωξης ή, αν η ποινική δίωξη έχει ασκηθεί, αναβάλλεται υποχρεωτικά η εκδίκαση της υπόθεσης, ενώ, παράλληλα, απαγορεύεται η με οποιοδήποτε τρόπο απομάκρυνση του αλλοδαπού από τη χώρα,

⁶ ΕΔΔΑ, Saadi κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 29.1.2008, παρ. 64, 65. Βλ. σχετικά Λ.-Μ. Μπολάνη, σε: Λ.-Α. Σισιλιάνου, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Ερμηνεία κατ' άρθρο, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, άρθρ. 5 σκέψη 86-87.

⁷ Πρβλ. FRA, Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law, 2016, σ. 13 επ., Διαθέσιμο: <https://fra.europa.eu/en/publication/2016/scope-principle-non-refoulement-contemporary-border-management-evolving-areas-law>

όπως λ.χ. μέσω της επαναπροώθησης ή διοικητικής απέλασης⁸.

Ωστόσο, η παράνομη είσοδος στη χώρα κατά κανόνα τελείται πριν αποκτήσει την ιδιότητα αυτή και επομένως, διατηρεί κατ' αρχήν τον άδικο χαρακτήρα της, έστω κι αν δεν μπορεί να ασκηθεί ποινική δίωξη. Το ερώτημα, λοιπόν, που θα πρέπει τώρα να απαντηθεί είναι με ποιο τρόπο το αποτέλεσμα της προβλεπόμενης διαδικασίας ελέγχου μπορεί να επηρεάσει τον άδικο χαρακτήρα της συγκεκριμένης πράξης.

Η σημασία χορήγησης του καθεστώτος του πρόσφυγα

Αρχικά, θα πρέπει να παρατηρηθεί ότι αν γίνουν αποδεκτοί οι ισχυρισμοί του αλλοδαπού που υποβάλλει αίτηση ασύλου, η απόφαση που χορηγεί το καθεστώς του πρόσφυγα δεν έχει διαπλαστικό, αλλά αναγνωριστικό χαρακτήρα. Αυτό προκύπτει τόσο από τη Σύμβαση της Γενεύης (άρθρο 1 παρ. 1), όσο και από τις σχετικές Ευρωπαϊκές Οδηγίες⁹ και τις διατάξεις του εθνικού δικαίου¹⁰.

Δεδομένου αυτού, ο αλλοδαπός στον οποίο χορηγείται το καθεστώς του πρόσφυγα αναγνωρίζεται ότι είχε τα χαρακτηριστικά του πρόσφυγα ήδη κατά τον χρόνο διέλευσης των συνόρων. Επομένως, δεν μπορεί να εφαρμοστεί σε βάρος του ο ποινικός κανόνας που τιμωρεί την παράνομη είσοδο στη χώρα και κατά συνέπεια, δεν μπορεί να του επιβληθεί οποιαδήποτε ποινική κύρωση ούτε να διαταχθεί η επαναπροώθησή του. Αυτό γίνεται

ομόφωνα αποδεκτό τόσο από τη θεωρία όσο και από τη νομολογία. Για το λόγο ακριβώς αυτό, και ο Άρειος Πάγος έχει δεχτεί ότι η αναγνώριση της ιδιότητας του πρόσφυγα δικαιολογεί επανάληψη της διαδικασίας, σε περίπτωση που έχει μεσολαβήσει ποινική καταδίκη του αλλοδαπού για την παράνομη είσοδό του στη χώρα¹¹.

Διαφωνίες υπάρχουν, ωστόσο, ως προς τον λόγο για τον οποίο δεν μπορεί να επιβληθεί η ποινή. Κατά μία άποψη, που έχει υποστηριχθεί υπό το προγενέστερο δίκαιο, η ιδιότητα του πρόσφυγα αποτελεί λόγο άρσης του αδικού, μια ειδικότερη, δηλαδή, μορφή κατάστασης ανάγκης, όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 25 ΠΚ¹². Κατ' άλλη άποψη, που υποστηρίζεται ισχυρά τα τελευταία χρόνια στη νομολογία μας, πρόκειται για έναν *προσωπικό λόγο απαλλαγής από την ποινή*, που δεν επηρεάζει, όμως, το άδικο¹³.

Εντούτοις, με δεδομένο ότι το άρθρο 2 παρ. 1 περ γ' του Κώδικα Μετανάστευσης ορίζει ρητά ότι οι διατάξεις του νόμου *δεν εφαρμόζονται* στους δικαιούχους διεθνούς προστασίας, είναι προφανές ότι τα άτομα αυτά *εξαιρούνται ex lege* από τον κατάλογο των πιθανών δραστών όλων των αξιόποινων πράξεων που προβλέπει ο νόμος. Επομένως, ο πρόσφυγας που έχει εισέλθει στη χώρα, χωρίς να έχει τα απαιτούμενα έγγραφα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι πραγματώνει καν την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος. Η πράξη του δεν είναι καν αρχικά άδικη¹⁴.

¹¹ Συμβ ΑΠ 1498/99, ΠοινΧρ 2000, σελ. 709

¹² Ε. Φυτράκη, Παρατηρήσεις στην ΤριμΠλημΠατρών 2475/96, Υπεράσπιση 1996, σ. 1337 επ., ο οποίος αναφέρεται επίσης και στην ύπαρξη ενός ειδικού λόγου άρσης του καταλογισμού. Από τη νομολογία βλ. ΤριμΠλημΠατρών 2475/96, Υπεράσπιση 1996, σ. 1337, ΤρΕφΑιγ 47/06, ΠραξΛογΠΔ 2006, σ. 583.

¹³ Δ. Σιδέρη, Η επίκληση της ιδιότητας του πρόσφυγα ενώπιον των ελληνικών ποινικών δικαστικών αρχών, ΠοινΧρ 1993, σ. 1217 επ., του ίδιου, Η νομολογία των πρωτοβάθμιων ποινικών δικαστηρίων ως προς τους πρόσφυγες, ΝοΒ 1995, σ. 773 επ., ΣυμβΑΠ 1498/99, ΠοινΧρ 2000, σ. 709, ΤρΠλημΧίου 233/93, ΝοΒ 1993, σ. 1128, ΤρΠλημΠατρ 2475/96, Υπεράσπιση 1996, σ. 1337, ΣυμβΕφΘρακ 125/03, ΕΔΠΑ 2003, σ. 388, ΤρΠλημΚέρκ 2012/04, ΠοινΔικ 2005, σ. 691.

¹⁴ Έτσι και Ν. Χατζηνικολάου, Η απέλαση αλλοδαπού ως κύρωση του ποινικού δικαίου (άρθρο

⁸ Υπόμνημα της Ύπατης Αρμοστείας των Ηνωμένων Εθνών προς την Εισαγγελία του Αρείου Πάγου, ΠοινΔικ 1998, σ. 1036. Βλ. και εισαγγελική πρόταση Γ. Σκιαδαρέση σε ΣυμβΕφΘεσ 255/11, ΠοινΧρ 2012, σ. 372.

⁹ Βλ. τον τίτλο της Οδηγίας 2011/95/ΕΕ «σχετικά με τις απαιτήσεις για την αναγνώριση των υπηκόων τρίτων χωρών ή των απάτριδων ως δικαιούχων διεθνούς προστασίας», το Προοίμιο της ίδιας Οδηγίας, σκέψεις 1, 5, 13, 21, 24 και 29, καθώς και τα άρθρα 1, 2 (ε) και 11 (ε) της Οδηγίας αυτής. Βλ. επίσης Προοίμιο της Οδηγίας 2013/32/ΕΕ, σκέψεις 11 και 25 καθώς και τα άρθρα 2 περ. ι και 45 παρ. 5 της Οδηγίας.

¹⁰ Άρθρα 7 παρ. 3, 34 (β) (ζ), 61 παρ. 1 και 68 παρ. 1 ν. 4375/2016, άρθρα 2 (β) (στ) π.δ. 141/2013, τίτλο και άρθρο 9 παρ. 1 (β) π.δ. 113/2013, τίτλο και άρθρα 1, 2 (β) (ζ) και 9 παρ. 1 (β) π.δ. 114/2010.

Η σημασία της απόρριψης του αιτήματος χορήγησης του καθεστώτος του πρόσφυγα

Η υποβολή αιτήματος διεθνούς προστασίας δεν έχει αναδρομική ισχύ. Συνεπώς η προηγούμενη παράνομη είσοδος στη χώρα φαίνεται να διατηρεί τον άδικο χαρακτήρα της, εφόσον το πρόσωπο που την τέλεσε δε θεωρείται ότι ήταν πρόσφυγας ενόσω την τελούσε ούτε είχε αποκτήσει ακόμα την ιδιότητα του αιτούντος διεθνή προστασία.

Όπως προκύπτει από τις διατάξεις των π.δ. 114/2010 και 113/2013, καθώς και του ν. 4375/2016, η απόρριψη του αιτήματος διεθνούς προστασίας συνοδεύεται μόνο από απόφαση απέλασης, επιστροφής ή επανεισδοχής του αλλοδαπού. Η επιλογή, ωστόσο, του νομοθέτη να ακολουθείται, εν προκειμένω, υποχρεωτικά μια αμιγώς διοικητική διαδικασία απομάκρυνσης, η οποία ως *δυνατότητα* προβλέπεται και στο άρθρο 83 παρ. 2 ν. 3386/2005 ανεξαρτήτως της υποβολής αιτήματος ασύλου, δεν μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι αλλοιώνεται ο άδικος χαρακτήρας της παράνομης εισόδου στη χώρα.

Η ποινική μεταχείριση ατόμων που διευκολύνουν την είσοδο μεταναστών ή έχουν υποχρέωση προσφοράς της προβλεπόμενης στο νόμο βοήθειας

Τέλος, όσοι μεταφέρουν στην Ελλάδα αλλοδαπούς που δεν έχουν δικαίωμα εισόδου στην ελληνική επικράτεια τελούν ως φυσικοί αυτουργοί το έγκλημα του άρθρου 30 του Κώδικα Μετανάστευσης και τιμωρούνται γι' αυτό ανεξαρτήτως αν έχει αναγνωριστεί στους αλλοδαπούς η προσφυγική ιδιότητα ή όχι. Τα ίδια ισχύουν και για εκείνους που εξουδετερώνουν τον κρατικό μηχανισμό φύλαξης των συνόρων, επιτρέποντας στους αλλοδαπούς να εισέλθουν στο ελληνικό έδαφος, οι οποίοι πραγματώνουν ως φυσικοί αυτουργοί τη νομοτυπική μορφή του εγκλήματος του άρθρου 29 παρ. 5 ν. 4251/2014.

Συμπεράσματα

Από τη στιγμή που ένας αλλοδαπός υποβάλλει με οποιονδήποτε τρόπο (ακόμα και δηλώνοντας μόνο το φόβο επιστροφής στην πατρίδα του) αί-

τημα διεθνούς προστασίας, δεν έχουν πλέον εφαρμογή σε αυτόν οι ποινικές φύσης κανόνες του Κώδικα Μετανάστευσης, ανεξαρτήτως της θετικής ή αρνητικής έκβασης του αιτήματός του. Όσο διαρκεί η διαδικασία εξέτασης του αιτήματος διεθνούς προστασίας, ο αλλοδαπός δεν απομακρύνεται κατά κανόνα από το κράτος.

Η αναγνώριση της προσφυγικής ιδιότητας λειτουργεί αναδρομικά και επομένως θεωρείται ότι το άτομο που εισήλθε παράνομα στη χώρα ήταν πρόσφυγας ήδη κατά τη στιγμή της εισόδου του. Εξαιρείται, επομένως, *ex lege* από τα πιθανά υποκείμενα τέλεσης του εγκλήματος που περιγράφονται στο άρθρο 83 ν. 3386/2005 και η είσοδός του στη χώρα δε συνιστά καν αρχικά άδικη πράξη. Για το λόγο αυτό, δεν πράττουν άδικα ούτε οι ηθικοί αυτουργοί ή απλοί συνεργοί στη συγκεκριμένη πράξη.

Εάν το αίτημα διεθνούς προστασίας απορριφθεί, η παράνομη είσοδος στη χώρα, που πραγματοποιήθηκε πριν από την υποβολή του αιτήματος, διατηρεί τον άδικο χαρακτήρα της και για τον λόγο αυτό, μολονότι σε βάρος του αλλοδαπού δεν μπορεί να ασκηθεί ποινική δίωξη -διότι αυτή δεν προβλέπεται στις νεότερες και ειδικότερες διατάξεις της νομοθεσίας ως πιθανή συνέπεια της απόρριψης του αιτήματός του- μπορούν, εντούτοις, να διωχθούν ποινικά όσοι συμμετείχαν στην παράνομη είσοδό του στη χώρα.

74 ΠΚ), εκδ. Σάκκουλα, 2006, σ. 495 επ., του ίδιου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 95.

Ιστορικός αναθεωρητισμός και ελευθερία έκφρασης: η στάση του ΕΔΔΑ με αφορμή την υπόθεση Pastörs v. Germany

Οικονόμου Βασιλική
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Η ελευθερία της έκφρασης αποτελεί ένα από τα σημαντικότερα θεμέλια μιας δημοκρατικής κοινωνίας, έναν από του βασικότερους όρους για την κοινωνική πρόοδο, αλλά και την αυτό-εκπλήρωση του κάθε ατόμου»¹. Με αυτούς τους όρους επέλεξε το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου να περιγράψει ένα δικαίωμα που το απασχόλησε σε πληθώρα αποφάσεων. Σε μια προσπάθεια αναζήτησης των ορίων της ελευθερίας της έκφρασης το Δικαστήριο μίλησε για την σχέση της με την άρνηση ιστορικών γεγονότων, στο πλαίσιο μιας από τις πιο πρόσφατες αποφάσεις του, την Pastörs κατά Γερμανίας.

Πλαίσιο της διαφοράς και κέντρο προβληματισμού

Το άρθρο 10§1 ΕΣΔΑ κατοχυρώνει την ελεύθερη (απαλλαγμένη από κρατική παρέμβαση) κατοχή, ανταλλαγή και διάδοση στοχασμών και πληροφοριών². Στο πλαίσιο μιας σύγχρονης δημοκρατικής κοινωνίας, που στηρίζεται στον πλουραλισμό και την ανεκτικότητα, νομολογιακά έχει γίνει

δεκτό³ ότι πρέπει να κυκλοφορούν ελεύθερα ακόμα και απόψεις που είναι ικανές να ενοχλήσουν την κρατική εξουσία ή τμήμα του πληθυσμού. Ωστόσο, η ελευθερία της έκφρασης δεν είναι δικαίωμα απόλυτο. Η άσκησή του συνοδεύεται από «καθήκοντα και ευθύνες»⁴. Ταυτόχρονα, για να γίνει δεκτό ότι μια ιδέα ή δήλωση προστατεύεται με βάση το άρθρο 10§1 πρέπει - όπως θα αποδειχθεί και από την παρακάτω ανάλυση - να μην αντίκειται στο γράμμα και το πνεύμα της ΕΣΔΑ και να μην υποκινεί βία ή μίσος. Το κρίσιμο ερώτημα είναι εδώ αν η έμμεση άρνηση ιστορικών γεγονότων, όπως οι θηριωδίες του Ολοκαυτώματος, εμπίπτει στο προστατευτικό πεδίο του άρθρου 10 ΕΣΔΑ ή αν η αμφισβήτηση αυτή πρέπει να τιμωρηθεί, σε μια προσπάθεια εξάλειψης κάθε ιδέας που υποδαυλίζει αξίες όπως ο πλουραλισμός, η ανεκτικότητα και η διαλλακτικότητα, αξίες που χαρακτηρίζουν ένα καθεστώς αληθώς δημοκρατικό⁵.

¹ Υπ' αριθμ. 9815/82, § 41, υπόθεση Lingens κατά Αυστρίας, ΕΔΔΑ, 1986, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22Lingens%20v.%20Austria%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57523%22}}>.

² Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, άρθρο 10, σ. 12, διαθέσιμη στο https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ELL.pdf.

³ υπ' αριθμ. 5493/72, §49, υπόθεση Handyside κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ΕΔΔΑ, 1976, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:%22001-57499%22}}>

⁴ ό.π. Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, άρθρο 10§2

⁵ Σε ένα τέτοιο καθεστώς μπορούν να γίνουν πράξη οι εν λόγω αξίες, όπως φανερώνει το προοίμιο της ΕΣΔΑ : Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, σ.5, διαθέσιμη στο https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ELL.pdf

Η γενική στάση της νομολογίας του ΕΔΔΑ απέναντι στον αναθεωρητικό λόγο και την άρνηση εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας

Ο αναθεωρητισμός, ως έννοια γένους εκφράζει την κάθε είδους απόκλιση από καθιερωμένα δόγματα ή γενικώς αποδεκτές απόψεις⁶. Ο ιστορικός αναθεωρητισμός συνιστά μια προσπάθεια νέας ερμηνείας γνωστών ιστορικών γεγονότων. Υπό αυτήν την έννοια, και εφόσον η νέα αυτή ερμηνεία βασίζεται σε επιστημονική έρευνα, δεν έχει αρνητική χροιά. Από τον ιστορικό αναθεωρητισμό που περιγράφηκε διαφέρει κάθε απόπειρα διαστρέβλωσης της ιστορικής αλήθειας. Εδώ εντάσσεται η περίπτωση των «αρνητών» τεκμηριωμένων ιστορικών γεγονότων, περίπτωση η οποία τείνει να απασχολεί το ΕΔΔΑ κυρίως όταν η άρνηση συγκεκριμένου γεγονότος συνδέεται με εθνική, φυλετική ή θρησκευτική δυσφήμιση, όταν δηλαδή τείνει να προσβάλει την υπόληψη ατόμων που ανήκουν σε συγκεκριμένη ομάδα⁷, προσδιοριζόμενη βάσει της κοινής καταγωγής ή του κοινού θρησκευματος αντίστοιχα. Το ΕΔΔΑ αντιμετωπίζει τον αναθεωρητικό αυτόν λόγο ως εκφεύγοντα πλήρως του προστατευτικού πεδίου του άρθρου 10§1 ΕΣΔΑ καθώς αναγνωρίζει ότι αυτός αντιστρατεύεται το πνεύμα της Συνθήκης, το οποίο στηρίζεται, όπως το Δικαστήριο έχει υπογραμμίσει⁸ στην ανεκτικότητα και τον σεβασμό της *ισότιμης αξίας* όλων των ανθρώπων, ως θεμέλια μιας πλουραλιστικής κοινωνίας. Η αποδοκιμασία του ιστορικού «αρνητισμού» τόσο από πλευράς κρίσης του Δικαστηρίου, όσο και από πλευράς

νομοθεσίας ευρωπαϊκών κρατών⁹ οφείλεται στο γεγονός πως ο αναθεωρητικός αυτός λόγος δεν βρίσκει έρεισμα σε επιστημονική ανάλυση, δεν αποσκοπεί στην προώθηση του επιστημονικού διαλόγου, αλλά στοχεύει στην περιθωριοποίηση και τον κοινωνικό αποκλεισμό. Ενώ το Δικαστήριο θεωρεί ως έμφυτη στις αναθεωρητικές δηλώσεις την αντίθεσή τους με τις θεμελιώδεις αξίες της ΕΣΔΑ, δεν ανιχνεύει σε κάθε τέτοια δήλωση πρόθεση υποκίνησης βίας ή μίσους. Τέτοια πρόθεση τείνει το Δικαστήριο να αποδίδει στην άρνηση *πλήρως* τεκμηριωμένων ιστορικών συμβάντων¹⁰ που συνιστούν παράλληλα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας¹¹. Σε αυτού του είδους τις δηλώσεις το ΕΔΔΑ φαίνεται να προσδίδει αυξημένη απαξία. Εδώ εντάσσονται οι περιπτώσεις άρνησης του Ολοκαυτώματος. Οι περισσότεροι αρνητές του Ολοκαυτώματος που προσέφυγαν στο Δικαστήριο απαιτώντας να τύχουν προστασίας για τις δηλώσεις τους στη βάση του 10§1 ΕΣΔΑ είδαν τις προσφυγές τους να απορρίπτονται ως απαράδεκτες¹², εφόσον το άρθρο 17 ΕΣΔΑ, στο οποίο κατοχυρώνεται η απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος απορρέοντος από την Σύμβαση αξιοποιηθή-

⁶ .Μπαμπινιώτης, Λεξικό της νέας ελληνικής γλώσσας, Κέντρο λεξικολογίας, 1998, σ.155.

⁷ Νομολογιακά χρησιμοποιείται ο όρος «δυσφήμιση» για να περιγράψει την προσβολή της υπόληψης όχι μόνο συγκεκριμένων ατόμων, αλλά και ομάδων (βλ. και υπ' αριθμ. 65831/01, υπόθεση Garaudy κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, 2003, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:%22Garaudy%20v.France%22%22%22itemid%22:%22003-788339-805233%22%22%22>], όπου γίνεται λόγος για «ρατσιστική δυσφήμιση των Εβραίων» («racist defamation of Jews»).

⁸ υπ' αριθμ. 41551/98, §25, υπόθεση Karatepe κατά Τουρκίας, ΕΔΔΑ, 2007, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-82002%22%22>

⁹ Ο ιστορικός «αρνητισμός» αποτελεί σε μεγάλο αριθμό ευρωπαϊκών κρατών ποινικό αδίκημα. Στη χώρα μας, η άρνηση ιστορικών γεγονότων και δη εγκλημάτων πολέμου, όπως το Ολοκαύτωμα τιμωρείται υπό τους όρους του άρθρου 2 του Ν. 4285/2014, διαθέσιμος στο https://www.kodiko.gr/nomologia/document_navigation/98386/nomos-4285-2014

¹⁰ υπ' αριθμ.64915/01, §69, υπόθεση Chauvy και άλλοι κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, 2004, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-61861%22%22>

¹¹ με βάση το α. 7 του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, σ.10, διαθέσιμο στο https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf

¹² ενδεικτικά: υπ' αριθμ. 41448/98, υπόθεση Witzsch κατά Γερμανίας, ΕΔΔΑ, 1999, διαθέσιμη στο <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-72786&filename=001-72786.pdf&TID=ozrxydcxik>, υπ' αριθμ. 25239/13, υπόθεση M'Bala M'Bala κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, 2013, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-160358%22%22>

κε ώστε να αποκλείσει άμεσα την εφαρμογή του 10§1. Το Δικαστήριο ανίχνευσε στην άρνηση του Ολοκαυτώματος μια προσπάθεια επαναφοράς στο προσκήνιο κάποιων «πιστεύω» του ναζιστικού καθεστώτος, αλλά και μια απόπειρα παραχάραξης της ιστορίας. Η απόπειρα αυτή δεν θα μπορούσε παρά να προωθήσει ρατσιστικές αντιλήψεις, αποτελώντας απειλή για την δημόσια τάξη¹³. Ωστόσο σταδιακά η νομολογία του ΕΔΔΑ στράφηκε προς την χρήση του άρθρου 17 ως μέσου ερμηνευτικής αξιολόγησης¹⁴ του περιεχομένου των αναθεωρητικών δηλώσεων. Όπου δεν ήταν σαφές ότι άμεση πρόθεση του προσφεύγοντος ήταν η υποκίνηση βίας ή μίσους το Δικαστήριο προχωρούσε στην εξέταση του βασίμου της προσφυγής, αξιοποιώντας το άρθρο 17 ως όχημα ώστε να καταλήξει για το αν ο περιορισμός που επιβλήθηκε στην έκφραση της επίμαχης γνώμης του προσφεύγοντος ήταν «νόμιμος» και «απαραίτητος σε μια δημοκρατική κοινωνία», κατά το άρθρο 10§2¹⁵. Η εξέταση του βασίμου της προσφυγής μέσω αυτού του μηχανισμού δεν πραγματοποιούνταν βέβαια στις περιπτώσεις άρνησης του Ολοκαυτώματος, στις οποίες, όπως προαναφέρθηκε, η πρόθεση υποκίνησης βίας ή μίσους ήταν εγγενής.

¹³ υπ'αριθμ. 651831/01, υπόθεση Garaudy κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, 2003, διαθέσιμη στο [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-788339-805233%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-788339-805233%22]})

¹⁴ Π. Αλεξίου, σε μεταπτυχιακή εργασία «Η κατάχρηση του δικαιώματος στην ελευθερία της έκφρασης ενώπιον του ΕΔΔΑ», 2019, σ.10, διαθέσιμη στο <http://ejournals.lib.auth.gr/projustitia/article/view/7474/7234>

¹⁵ Ενδεικτικά υποθέσεις στις οποίες το άρθρο 17 αξιοποιήθηκε ως ερμηνευτικό εργαλείο ήταν οι εξής: υπ' αριθμ. 15890/89, υπόθεση Jersild κατά Δανίας, ΕΔΔΑ, 1994, διαθείσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20JERSILD%20v.%20DENMARK%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57891%22%5D%7D>, υπ' αριθμ. 55/1997/839/1045, υπόθεση Lehideux και Isorni κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, 1998, διαθείσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-62802%22%5D%7D>

Η υπόθεση Pastörs v. Germany: Πραγματικά περιστατικά και κρίση των εθνικών δικαστηρίων

Στις 27 Ιανουαρίου 2010, πραγματοποιείται στο γερμανικό Κοινοβούλιο εκδήλωση αφιερωμένη στη μνήμη των θυμάτων του Ολοκαυτώματος. Σε αυτήν επιλέγουν να μην παρευρεθούν τα μέλη του Εθνικού Δημοκρατικού κόμματος (NDP), μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων. Σε εκδήλωση που λαμβάνει χώρα την επόμενη μέρα, και που αφορά στα θύματα του ναυαγίου του MV Wilhelm Gustloff, ο προσφεύγων χαρακτηρίζει την εκδήλωση μνήμης των θυμάτων του Ολοκαυτώματος ως δείγμα μιας ύπουλης προσπάθειας διάδοσης «προπαγανδιστικών ψεμάτων», η οποία είχε ξεκινήσει από το τέλος του Β' Παγκοσμίου Πολέμου σε βάρος του γερμανικού λαού. Στις 16 Αυγούστου 2017, και αφού η βουλευτική ασυλία του ενάγοντος είχε ήδη αρθεί, το Δικαστήριο του Σβερίν τον καταδικάζει σε οκτάμηνη φυλάκιση λόγω παραβίασης του άρθρου 187 του γερμανικού Ποινικού Κώδικα, βάσει του οποίου τιμωρείται όποιος με πρόθεση διαδίδει αναληθές γεγονός, το οποίο είναι ικανό να βλάψει την τιμή τρίτου προσώπου ή να στρέψει την κοινή γνώμη εναντίον του. Ταυτόχρονα, ο προσφεύγων καταδικάζεται και για προσβολή μνήμης νεκρού, βάσει του άρθρου 189. Μετά την απόρριψη της έφεσης που ασκήθηκε κατά της απόφασης του εθνικού δικαστηρίου, ως αβάσιμης, η υπόθεση φτάνει ενώπιον του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ).

Ισχυρισμοί του προσφεύγοντος

Ο προσφεύγων υποστηρίζει ενώπιον του ΕΔΔΑ ότι τα εθνικά δικαστήρια έχουν παρερμηνεύσει τις δηλώσεις του. Συγκεκριμένα, αναφέρει πως έχουν απομονώσει αποσπάσματα των δηλώσεών του και δεν έκριναν την ομιλία του στο σύνολό της. Παράλληλα, τονίζει πως στόχος της ομιλίας του δεν ήταν να αρνηθεί την ύπαρξη του Ολοκαυτώματος, αλλά να ασκήσει κριτική στις εκδηλώσεις μνήμης, καθώς και να στρέψει το ενδιαφέρον του κοινού στα θέματα που θρήνησε ο γερμανικός λαός στο ναυάγιο του MV Wilhelm Gustloff. Τέλος, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι, δεδομένου και του «ανεύθυνου» που τον διέπει για δηλώσεις εντός κοινοβουλίου, οι παρεμβάσεις στην ελευθερία έκφρασής του (εν προκειμένω η καταδίκη του από τα εθνικά δικαστήρια) θα έπρεπε να τύχουν λεπτομερέστατου ελέγχου από το ΕΔΔΑ.

Ισχυρισμοί της γερμανικής κυβέρνησης

Η γερμανική κυβέρνηση υποστηρίζει ότι οι δηλώσεις του προσφεύγοντος λήφθηκαν υπόψη ως σύνολο και ως σύνολο αντιστρατεύονταν τις θεμελιώδεις αξίες της ΕΣΔΑ. Θεωρεί πως οι δηλώσεις του προσφεύγοντος εκπίπτουν πλήρως της προστασίας του 10§1 ΕΣΔΑ, εφόσον συνιστούν καταχρηστική άσκηση της ελευθερίας έκφρασης. Στη βάση της τελευταίας παρατήρησης, η κυβέρνηση ζητά την απόρριψη της αγωγής ως απαράδεκτης *ratione materiae*, κατά το άρθρο 17 της ΕΣΔΑ. Επικουρικά, αναφέρει ότι η καταδίκη του προσφεύγοντος από τα εθνικά δικαστήρια αποτελεί απαραίτητο (για την ορθή λειτουργία μιας δημοκρατικής κοινωνίας) περιορισμό της ελευθερίας έκφρασης στη βάση του άρθρου 10§2. Παράλληλα αναγνωρίζεται ότι η βουλευτική ασυλία την οποία ο προσφεύγων απολάμβανε, όταν έκανε τις επίμαχες δηλώσεις, δεν επηρέασε την ευθύνη του, δεδομένου ότι η βουλευτική ασυλία δεν καλύπτει την δυσφήμιση ή την προσβολή μνήμης νεκρού, εγκλήματα για τα οποία ο προσφεύγων καταδικάστηκε από τα εθνικά δικαστήρια.

Περίληψη της κρίσης του Δικαστηρίου

Αρχικά, το Δικαστήριο υπογράμμισε¹⁶ ότι σε υποθέσεις που αφορούν άρνηση του Ολοκαυτώματος η κρίση για το αν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ, το οποίο εγγυάται την ελευθερία έκφρασης, γίνεται πάντα *in concreto*¹⁷. Στη συνέχεια, τόνισε πως η παρέμβασή του είναι δυνατή, όταν ο προσφεύγων, καταχρώμενος το απορρέον από το 10 της ΕΣΔΑ δικαίωμά του, προβαίνει σε δηλώσεις που έρχονται σε αντίθεση με τις θεμελιώδεις αξίες της Σύμβασης, υποκινώντας παράλληλα πράξεις βίας και μίσους. Αναγνωρίζοντας ότι η κρίση αναφορικά με την απορρέουσα από τον λόγο του προσφεύγοντος περιφρόνηση για τα θύματα του Ολοκαυτώματος εμπίπτει στην καθ' ύλην αρμοδιότητά του, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι η καταδί-

κη του προσφεύγοντος αποτέλεσε προβλεπόμενο από τον νόμο (γερμανικός Ποινικός Κώδικας) περιορισμό της ελευθερίας έκφρασής του. Αφού διέκρινε ότι δεν εμπίπτει στην αρμοδιότητά του να κρίνει αν ορθά εφαρμόστηκε ο εθνικός νόμος στην συγκεκριμένη περίπτωση, το Δικαστήριο προχώρησε στην κρίση του αν ο εν λόγω περιορισμός της ελευθερίας έκφρασης του προσφεύγοντος ήταν αναγκαίος σε μια δημοκρατική κοινωνία, σύμφωνα με τις επιταγές του άρθρου 10§2 της Σύμβασης. Το Δικαστήριο θεώρησε ότι ο λόγος του προσφεύγοντος εμφορούταν συνολικά από αντιδημοκρατική ιδεολογία και, ως τέτοιος, δε συμβάδιζε με το πνεύμα της ΕΣΔΑ. Περαιτέρω αναγνωρίστηκε ότι σε ορισμένες χώρες, όπου διαπράχθηκαν από τους Ναζί θηριωδίες, υπάρχει «ηθική ευθύνη», ώστε δηλώσεις άρνησης γεγονότων, όπως το Ολοκαύτωμα, να τίθενται εκτός της προστασίας που το άρθρο 10§1 προσφέρει. Τελικά η προσφυγή απορρίφθηκε και το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι δεν υπήρξε παραβίαση της ελευθερίας της έκφρασης του προσφεύγοντος.

Παρατηρήσεις επί της μεθοδολογίας του Δικαστηρίου στην υπόθεση

Στην παρούσα υπόθεση το Δικαστήριο θεώρησε ότι οι δηλώσεις του προσφεύγοντος περί «υποτιθέμενου Ολοκαυτώματος»¹⁸ και συνεχούς έκθεσης του γερμανικού λαού σε «προπαγανδιστικά ψέματα» καθώς και η σύνδεση των «απόψεων για το Άουσβιτς» με «θρίαμβο του ψέματος έναντι της αλήθειας» μπορούσαν να θεωρηθούν ως σκόπιμα διαδοθείσες αναλήθειες ειπωμένες για να προσβάλλουν την μνήμη των θυμάτων του Ολοκαυτώματος. Το Δικαστήριο ανίχνευσε στις δηλώσεις του προσφεύγοντος αντίθεση το γράμμα και στο πνεύμα της Συνθήκης ενώ μέσω σχετικής παραπομπής σε προηγούμενη νομολογία¹⁹ επανέλαβε ότι η άρνηση πλήρως τεκμηριωμένων

¹⁶ Στο παρόν κομμάτι εξετάζεται η υπαγωγή του δικαστηρίου βάσει της υπ' αριθμ. 55225/14, §5 39-49, υπόθεση *Pastörs* κατά Γερμανίας, ΕΔΔΑ, 2020, διαθέσιμη στο [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-196148%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-196148%22]}).

¹⁷ υπ' αριθμ. 55225/14, §37, υπόθεση *Pastörs* κατά Γερμανίας, ΕΔΔΑ, 2020, διαθέσιμη στο [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-196148%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-196148%22]}).

¹⁸ υπ' αριθμ. 55225/14, §5, υπόθεση *Pastörs* κατά Γερμανίας, ΕΔΔΑ, 2020, διαθέσιμη στο [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-196148%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-196148%22]}).

¹⁹ υπ' αριθμ. 55225/14, §37, υπόθεση *Pastörs* κατά Γερμανίας, με παραπομπή στην υπ' αριθμ. 27510/08, υπόθεση *Perincek* κατά Ελβετίας, ΕΔΔΑ, 2015, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-158235&filename=>

ιστορικών γεγονότων που συνιστούν και εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας ξεφεύγει από τα όρια ελευθερίας της έκφρασης, γιατί *ενέχει έμφυτη την πρόκληση βίας ή μισαλλοδοξίας*. Η εξέταση των πραγματικών περιστατικών της παρούσας υπόθεσης στην βάση της *in concreto* εκτίμησης μάς οδηγεί στο συμπέρασμα ότι μιλώντας για εξαπάτηση του γερμανικού λαού ο προσφεύγων θα ήταν πιθανό να δημιουργήσει στους αποδέκτες των δηλώσεων του οργή ή και μίσος εναντίον των θυμάτων του Ολοκαυτώματος. Δεδομένου δε και του αυξημένου κύρους που χαρακτηρίζει τις δηλώσεις ενός μέλους του κοινοβουλίου ως αντιπροσώπου του λαού, αλλά και του ότι η ομιλία εκφωνήθηκε σε κράτος το οποίο αποτέλεσε έναν από τους βασικούς τόπους πραγματοποίησης των ναζιστικών εγκληματικών σχεδίων, οι πιθανότητες μισαλλοδοξιών αντιδράσεων του κοινού οπωσδήποτε φαντάζουν σοβαρές. Παρά το γεγονός ότι οι δηλώσεις του προσφεύγοντος έρχονταν σε αντίθεση με αξίες της Συνθήκης, όπως η απαγόρευση του ρατσισμού ή η ανεκτικότητα και ήταν ικανές να προκαλέσουν βίαιες αντιδράσεις, το Δικαστήριο δεν χρησιμοποίησε το άρθρο 17 της ΕΣΔΑ, ώστε να απορρίψει την προσφυγή ως απαράδεκτη, όπως είχε κάνει με τις περισσότερες αποφάσεις που αφορούσαν άρνηση του Ολοκαυτώματος²⁰. Αντίθετα, προχώρησε στην εξέταση του βάσιμου. Ορμώμενο από το γεγονός ότι οι δηλώσεις του προσφεύγοντος έγιναν εντός του Κοινοβουλίου στο πλαίσιο πολιτικού διαλόγου, ο οποίος, ως κινητήριος δύναμη της δημοκρατίας τυγχάνει αυξημένης προστασίας, το Δικαστήριο δεν χρησιμοποίησε εδώ το «*αποτέλεσμα λαίμητρου*»²¹ του άρθρου 17. Περνώντας, κατ' εξαίρεση, για την συγκεκριμένη υπόθεση στο στάδιο του βάσιμου το Δικαστήριο επεδίωξε ίσως να πετύχει τον πληρέστερο έλεγχο στον οποίο το ίδιο είχε τονίσει²³ πως πρέπει να υπόκεινται οι δηλώσεις πολιτικών προσώπων κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, ώστε να μην περιορίζεται υπέρμετρα το δικαίωμά τους σε ελεύθερη έκφραση. Στη συνέχεια, το Δικαστήριο, για να εξετάσει αν η καταδί-

κη του προσφεύγοντος από τα εθνικά δικαστήρια συνιστά περιορισμό της ελευθερίας έκφρασης που πληροί τους όρους του 10§2 ΕΣΔΑ εφάρμοσε το «*τριμερές τεστ*»²⁴:

Σε πρώτη φάση το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι η καταδίκη του προσφεύγοντος από τα εθνικά δικαστήρια επιβαλλόταν, εφόσον πληρούνταν οι όροι εφαρμογής των άρθρων 187 και 189 του γερμανικού Ποινικού Κώδικα²⁵. Είναι σαφές ότι ο ποινικός κώδικας ενός κράτους πληροί τις προϋποθέσεις της δημοσιότητας και της σαφούς διατύπωσης που το Δικαστήριο απαιτεί να συντρέχουν²⁶ ώστε ο περιορισμός της ελευθερίας της έκφρασης να είναι «*προβλεπόμενος σε νόμο*».

Στη συνέχεια το Δικαστήριο κλήθηκε να εξετάσει αν ο περιορισμός που επιβλήθηκε ήταν σε συμφωνία με έναν από τους «*νόμιμους σκοπούς*» του άρθρου 10§2 ΕΣΔΑ²⁷. Στην προκειμένη περίπτωση η έκπτωση από την προστασία του 10§1 έγινε στη βάση της προστασίας της υπόληψης των θυμάτων του Ολοκαυτώματος, με την έννοια της διαφύλαξης της μνήμης των νεκρών. Την τελευταία φέρεται να προσέβαλε ο προσφεύγων αμφισβητώντας το γεγονός της δίωξης Εβραίων και άλλων μειονοτήτων από την Γερμανία, αφού το γεγονός αυτό θεω-

²⁴ Dr. Richard Carver, «Freedom of Expression, Media Law and Defamation», International Press Institut, σ. 14-17, διαθέσιμο στο https://issuu.com/internationalpressinstitut/docs/foe-medialaw-defamation_eng.

²⁵ ό.π., §28, υπόθεση Pastörs κατά Γερμανίας. Στο άρθρο 187 τυποποιείται ως έγκλημα η «*διεθνής δυσφήμιση*» («*international defamation*»), ενώ στο 189 η «*περιύβριση μνήμης νεκρού*» («*violating the memory of the dead*»).

²⁶ υπ' αριθμ. 653874, §49, υπόθεση The Sunday Times κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ΕΔΔΑ, 1979, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-57584%22%5D%7D>.

²⁷ ό.π., Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, άρθρο 10§2. Από το κείμενο του 10§2 προκύπτει ότι νόμιμοι σκοποί περιορισμού της ελευθερίας έκφρασης μπορούν να είναι μόνο οι ακόλουθοι: *προστασία εθνικής ασφάλειας, εδαφικής ακεραιότητας, πρόληψη εγκλήματος ή αναταραχής, προστασία υγείας ή ηθών, προστασία φήμης ή δικαιωμάτων των άλλων, τήρηση απορρήτου εμπιστευτικών πληροφοριών ή διατήρηση αμεροληψίας της δικαστικής εξουσίας*.

²⁰ βλ. υποσημ. 12

²¹ Π.Αλεξίου, ό.π., «*guillotine effect*», σ. 8.

²²

²³ υπ' αριθμ. 42461/13 και 44357/13, , υπόθεση Karácsony και άλλοι κατά Ουγγαρίας, ΕΔΔΑ, 2016, διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-146384%22%5D%7D>

ρήθηκε «εγγενές της αξιοπρέπειάς τους»²⁸.

Τέλος, έπρεπε να κριθεί αν ο βασισμένος στο άρθρο 10§2 ΕΣΔΑ περιορισμός ήταν αναγκαίος σε μια δημοκρατική κοινωνία. Σε αυτό το τελευταίο σημείο αναφαίνεται ότι ο περιορισμός ενός δικαιώματος, όπως η ελευθερία της έκφρασης, πρέπει να είναι ανάλογος του σκοπού για τον οποίο τίθεται. Σε αυτό το στάδιο η μέθοδος του δικαστηρίου στηρίζεται στην εξέταση του εάν ο εν λόγω περιορισμός είναι αναγκαίος και πρόσφορος²⁹ να πετύχει το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Επιβεβαιώνοντας για μια ακόμη φορά την τακτική του για *in concreto* κρίση της αναλογικότητας του περιορισμού, το Δικαστήριο ανέφερε ότι η καταδίκη του προσφεύγοντος ήταν απαραίτητη για την γερμανική κοινωνία, δεδομένου ότι στον συγκεκριμένο τόπο ανακύπτει ηθική αλλά και κοινωνική ανάγκη αποστασιοποίησης από τις ναζιστικές θηριωδίες. Παρόλο που το Δικαστήριο δεν εξήγησε σε τι συνίσταται η κοινωνική αυτή ανάγκη, αλλά αρκέστηκε σε αυτό το σημείο σε μια παραπομπή σε προηγούμενες υπο-

θέσεις, μπορεί να συμπεράνει κανείς ότι η αποστασιοποίηση δεν εξυπηρετεί την αποφυγή δυσαρέσκειας ή ακόμα και οργής εκ μέρους των ληπτών, καθώς αυτή είναι πιθανή απόρροια της ελεύθερης κυκλοφορίας ιδεών στο πλαίσιο μιας κοινωνίας δημοκρατικής. Αυτό που πρέπει να αποτραπεί είναι η τυχόν μετεξέλιξη της ευαισθησίας των αποδεκτών αναθεωρητικών απόψεων σε βίαιες συμπεριφορές που στοιχειοθετούν κίνδυνο για τη δημόσια τάξη.

Επίλογος

Θα μπορούσε κανείς να ισχυριστεί ότι η καταδίκη κάθε αρνητή θεμελιωμένων ιστορικών γεγονότων πλήττει, εκτός από την ελευθερία της έκφρασης, την ελευθερία ιστορικής αναζήτησης και έρευνας, ή ότι οδηγεί σε αναγωγή του Δικαστηρίου σε μοναδικό φορέα της ιστορικής αλήθειας. Ωστόσο, η υπόθεση που εξετάστηκε αφορούσε προσπάθεια άρνησης όχι οποιουδήποτε ιστορικού συμβάντος, αλλά ενός διεθνώς αναγνωρισμένου εγκλήματος κατά της ανθρωπότητας. Μια προσπάθεια που περιέλαβε έμμεσα, υπό τον μανδύα της άσκησης κριτικής στις εκδηλώσεις μνήμης, την σύγκριση: αξιομνημόνευτοι Γερμανοί πολίτες και μέλη μειονοτήτων, ο αφανισμός των οποίων χρησιμοποιήθηκε για εξαπάτηση του λαού. Από τέτοιες συγκρίσεις που τσαλακώνουν την ανθρώπινη αξία το Δικαστήριο καλείται να εγγυάται προστασία.

²⁸ ό.π., §14, υπόθεση *Pastörs* κατά Γερμανίας.

²⁹ *Toby Mentel*, A guide to the interpretation and meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights, Centre for Law and Democracy, σ. 39-40, διαθέσιμο στο <https://rm.coe.int/16806f5bb3>.

Η ανεξαρτησία της Δικαιοσύνης εντός της ΕΕ, ιδίως μέσω των προσφυγών κατά της Πολωνίας

Μπότζα Ειρήνη & Πανοπούλου Δήμητρα
2^ο & 3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Πρόλογος

Την τελευταία τριετία η Ευρωπαϊκή Ένωση έχει έρθει αντιστασιακή με την ακανθώδη θεσμική κατάσταση που επικρατεί στην Πολωνία, όπου παρακολουθούμε το κυβερνών κόμμα να «φλερτάρει» με την κατάλυση της ανεξαρτησίας και της αμεροληψίας του εθνικού δικαιοδοτικού συστήματος, όπως καταδεικνύουν οι τέσσερις - απειλητικές για το κράτος δικαίου - νομοθετικές πράξεις που ενέκρινε το πολωνικό Κοινοβούλιο περί του Ανωτάτου Δικαστηρίου, του Εθνικού Δικαστικού Συμβουλίου, της οργάνωσης των Τακτικών Δικαστηρίων και της Εθνικής Σχολής Δικαστών.¹ Η διερεύνηση του ζητήματος της διαφύλαξης της ανεξαρτησίας της Δικαιοσύνης στα ευρωπαϊκά κράτη ως νομικός προβληματισμός έχει το έρεισμά της στη μελέτη της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής ΔΕΕ). Η νομική βάση αυτού του προβληματισμού συγκροτείται από έναν συνδυασμό διατάξεων του ενωσιακού δικαίου.

Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης ως αξία της Ένωσης

Η ανεξάρτητη Δικαιοσύνη κάθε εθνικής έννομης τάξης, συναφής με την αυτονομία του εθνικού

δικαστή στην άσκηση του δικαιοδοτικού του έργου, βρίσκεται στον πυρήνα της αρχής του κράτους δικαίου, λειτουργεί ως δείκτης της δημοκρατικής στάθμης κάθε ευρωπαϊκής κοινωνίας και εγγυάται τον σεβασμό των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Συνδέεται, δηλαδή, στενά με ό,τι προβλέπει το άρθρο 2 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (στο εξής ΣΕΕ) ως τα αξιακά θεμέλια του ενωσιακού οικοδομήματος. Άλλωστε, η Ένωση αποδίδει μεγάλη σημασία στην ανεξαρτησία της Δικαιοσύνης ήδη από το πρωταρχικό στάδιο της αξιολόγησης της υποψηφιότητας ενός κράτους ως πιθανού μέλους της Ένωσης, διότι, προκειμένου για την ένταξη του κράτους στην ενωσιακή οικογένεια, απαιτείται η εναρμόνιση της συνταγματικής του ταυτότητας με τον κοινό αξιακό κώδικα της Ένωσης, όπως αυτός αποτυπώνεται στο άρθρο 2 της ΣΕΕ² (βλ. 49 ΣΕΕ). Αξίζει να σημειωθεί ότι η κατάκτηση μιας ανεξάρτητης Δικαιοσύνης δεν συνιστά πλήρωση μόνο της ουσιαστικής προϋπόθεσης τήρησης των δημοκρατικών δεσμεύσεων που απορρέουν από τις Συνθήκες, αλλά και της άγραφης προϋπόθεσης της θεσμικής ευστάθειας της εκάστοτε εθνικής έννομης τάξης και της ενσωμάτωσης σ' αυτήν του «κοινοτικού κεκτημένου» (Κριτήρια Κοπεγχάγης)³.

Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης ως προϋπόθεση της πραγματικής δικαστικής προστασίας

Παράλληλα με το άρθρο 2, στο δεύτερο εδάφιο της πρώτης παραγράφου του άρθρου 19 της ΣΕΕ εντοπίζεται η υποχρέωση κάθε κράτους μέλους για

¹ Σακελλαροπούλου Κατερίνα, Η Ευρωπαϊκή Ένωση ως ένωση δικαίου, διαθέσιμο στο: <https://www.constitutionalism.gr/2019-11-sakellarpoulou-kratos-dikaio-ee/?fbclid=IwAR33yJAKC3C5RBv8KuDIml2yo8Eiw6picrf0b4elKqeFqrWz0cGkLAdnlxQ> και «European Commission expresses grave concern about the clear risks for the independence of the judiciary in Poland and urges the Polish Government to put its new laws on hold», διαθέσιμο στο https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_17_2083

² Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, Σάκκουλα, 2013, σ. 158.

³ Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, Σάκκουλα, 2013, σ. 159-160.

παροχή πραγματικής δικαστικής προστασίας στον ευρωπαίο πολίτη. Η συνάφεια αυτής της υποχρέωσης με τη σημασία της διατήρησης της ακεραιότητας της ίδιας της Δικαιοσύνης διαπιστώνεται μέσω της συνδυαστικής ερμηνείας του άρθρου 19 με το άρθρο 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (στο εξής «Χάρτης»). Το συμφέρον κάθε ενδιαφερόμενου σε δίκαιη δίκη και η αποτελεσματικότητα της δικαστικής προστασίας εξαρτώνται από τα εγγύα ανεξαρτησίας του δικαστηρίου που εκδικάζει την υπόθεση. Η απαίτηση προς τα κράτη-μέλη για προστασία της ανεξαρτησίας του εθνικού δικαστή αναλύεται, υπό το πρίσμα του άρθρου 19, σε δύο πτυχές, στην εξωτερική και την εσωτερική ανεξαρτησία⁴, δηλαδή στη μη υπαγωγή του δικαστή σε ιεραρχικές σχέσεις και στη διατήρηση εκ μέρους του ίσων αποστάσεων από τους διαδίκους και τα αντικρουόμενα συμφέροντά τους, αντίστοιχα.⁵ Στην εσωτερική ανεξαρτησία του δικαστή συνοψίζεται η έννοια της αμεροληψίας, η οποία αναλύεται με τη σειρά της σε δυο σκέλη: στη μη εκδήλωση από τον δικαστή προσωπικών προτιμήσεων ή προκαταλήψεων σχετιζόμενων με τα πρόσωπα των διαδίκων, που ισοδυναμεί με την υποκειμενική αμεροληψία, και στην αντικειμενική αμεροληψία που συνίσταται στο αν η συνολική εικόνα του δικαστηρίου αποκλείει κάθε νόμιμη αμφιβολία περί της ουδετερότητας της δικαστικής κρίσης. Για την αξιολόγηση αυτής της εικόνας λαμβάνονται υπόψη, μεταξύ άλλων, ο τρόπος διορισμού των δικαστών και η εξασφάλιση ενός απυρόβλητου από εξωτερικές παρεμβάσεις περιβάλλοντος, εντός του οποίου ο δικαστής μπορεί να ασκεί απρόσκοπτα τα καθήκοντά του⁶. Ένα τέτοιο δίκτυο προστασίας αποτελεί κρίσιμο εγχείρημα για κάθε ευρωπαϊκή κοινωνία μεμονωμένα, αλλά και για το σύνολο της Ένωσης.

Η ανεξαρτησία της Δικαιοσύνης ως ασφαλιστική δικλείδα των ομαλών συνεργασιών εντός Ένωσης

Για την Ένωση, η ζωτικότητα του παραπάνω εγχειρήματος γίνεται αντιληπτή αν επισημανθεί ο ρό-

λος κάθε εθνικού δικαστή ως εφαρμοστή και εγγυητή του δικαίου της Ένωσης στην επιτυχία της ως νομικό εγχείρημα. Ειδικότερα, η στεγανότητα της Δικαιοσύνης και η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου από έναν αδέκαστο εθνικό δικαστή αποτελούν τους όρους για την εμπέδωση νομικής ασφάλειας στη συνείδηση κάθε ευρωπαίου πολίτη και την εδραίωση ενός κλίματος αμοιβαίας εμπιστοσύνης, τόσο μεταξύ των κρατών-μελών της Ένωσης, όσο και μεταξύ κάθε κράτους-μέλους και της ίδιας της Ένωσης, ώστε να ενθαρρύνεται η καλόπιστη συνεργασία μεταξύ των διαφόρων έννομων τάξεων, όπως επιτάσσει το άρθρο 4 παρ 3 ΣΕΕ. Ας σημειωθεί ότι το ΔΕΕ έχει αναγάγει την αμοιβαία εμπιστοσύνη σε αρχή συνταγματικού κύρους.⁷ Εξάλλου, η καλόπιστη συνεργασία των κρατών μελών είναι θετική ένδειξη για την ευρωπαϊκή πορεία κάθε χώρας και ευοίωνο σημάδι για την παραμονή της στην Ένωση. Μάλιστα, ένα παράδειγμα συνεργασίας με χαρακτηριστική θεσμική αξία για την Ένωση είναι αυτή μεταξύ εθνικών δικαστηρίων και ΔΕΕ μέσω του μηχανισμού υποβολής προδικαστικού ερωτήματος, σύμφωνα με το άρθρο 267 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής ΣΛΕΕ).

Πρώτη προσφυγή Επιτροπής κατά Πολωνίας Περιεχόμενο πρώτης αιτίας

Η υπόθεση-σταθμός στην οποία το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί επί εύλογων αμφιβολιών για την ανεξάρτητη λειτουργία της δικαστικής εξουσίας κράτους-μέλους ήταν η περίπτωση της Πολωνίας. Εν προκειμένω, η ψήφιση νόμου περί της μείωσης των ορίων συνταξιοδότησης των δικαστών του Ανώτατου Δικαστηρίου της χώρας και ο εξαναγκασμός σε πρόωρη συνταξιοδότηση των εν ενεργεία δικαστών θεωρήθηκαν από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή ως παραβιάσεις των άρθρων 2 και 19 της ΣΕΕ που επισύρουν την ενεργοποίηση του άρθρου 258 ΣΛΕΕ με την αιτιολογία ότι το προαναφερθέν νομοθετικό μέτρο θίγει την αρχή της ισοβιότητας των εν λόγω δικαστών και άρα την ανεξαρτησία τους⁸.

Ανεξαρτησία εθνικού δικαστή και διάλογος με ΔΕΕ

Το Δικαστήριο παρατήρησε πως μόνο ένα ανε-

⁴ ΔΕΕ, C-196-09, *Miles*, ECLI:EU:C:2011:388, σκ. 37 και C-394/11, *Belov*, ECLI:EU:C:2013:48, σκ. 38.

⁵ ΔΕΕ, C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587, σκ. 51-52.

⁶ ΔΕΕ, C-619/18, *Επιτροπή κατά Πολωνίας*, ECLI:EU:C:2019:531, σκ. 71-73.

⁷ ΔΕΕ, γνωμοδότηση 2/13, 18/12/2014, σκ. 191.

⁸ ΔΕΕ, C-619/18, *Επιτροπή κατά Πολωνίας*, σκ. 26.

ξάρτητο εθνικό δικαστήριο μπορεί να αξιοποιήσει τον δίαυλο επικοινωνίας που διανοίγεται μέσω του άρθρου 267 ΣΛΕΕ με το ΔΕΕ. Είναι εύλογο να διερωτάται κανείς για το ποιος εθνικός δικαστής που βρίσκεται εγκλωβισμένος σε μια σχέση εξάρτησης με την κυβέρνηση της χώρας του θα τολμήσει να υποβάλει προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ, όταν εκ των προτέρων διαισθάνεται ότι θα ακολουθήσει μετωπική μεταξύ τους σύγκρουση. Ειδικότερα, για το ίδιο το ΔΕΕ, η ενεργοποίηση αυτού του μηχανισμού από τα εθνικά δικαστήρια είναι σημαντική, καθώς με τον τρόπο αυτό μπορεί και το ίδιο να κατευθύνει τα κράτη προς την ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Έτσι, αν θιγεί κάποιο από τα εχέγγυα της ανεξαρτησίας του εθνικού δικαστή, μεταξύ των οποίων είναι οι ικανοποιητικές αποδοχές⁹, η διαφάνεια του διορισμού του και η αρχή της ισοβιότητάς του, τότε υποσκάπτεται ακόμη και η ενότητα της ερμηνείας του δικαίου της Ένωσης, στην οποία υποχρεούται κάθε εθνικό δικαστήριο προκειμένου για τη διατήρηση της αυτονομίας του ενωσιακού δικαίου¹⁰.

Η ανεξαρτησία της Δικαιοσύνης ως πεδίο ενωσιακής παρέμβασης

Στην πρώτη αυτή υπόθεση κατά Πολωνίας, το ΔΕΕ απέκρουσε το επιχείρημα της πολωνικής πλευράς ότι η οργάνωση του δικαιοδοτικού συστήματος της χώρας υπόκειται στην αποκλειστική αρμοδιότητα των κρατών-μελών της Ένωσης¹¹, με τον συλλογισμό ότι, αν η άσκηση αυτής της αρμοδιότητας γίνεται με τρόπο που να οδηγεί σε απονεύρωση των αξιών της Ένωσης, δικαιολογείται η παρέμβαση της τελευταίας με σκοπό να προστατεύσει την αυτονομία του δικαίου της. Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγει το ΔΕΕ όταν αντικρούει τον ισχυρισμό της Πολωνίας ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν είναι εφαρμοστέο δίκαιο στη συγκεκριμένη διαφορά¹², υποστηρίζοντας ότι η υποχρέωση που απορρέει από το άρθρο 19 για πραγματική δικαστική προστασία καθιστά εμμέσως τους εθνικούς δικαστές συνυπεύθυνους με του δικαστές της Ένωσης όσον αφορά τον πλήρη έλεγχο της εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου και άρα το θέμα της

ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 19 ΣΕΕ ως «τομείς που διέπονται από το δίκαιο Ένωσης»¹³. Έτσι, βάσιμα το ΔΕΕ έχει δικαιοδοσία επί της συγκεκριμένης διαφοράς. Το σημείο αυτό δημιουργεί πρόσφορο έδαφος για την αναφορά στη σχέση των πεδίων εφαρμογής των άρθρων 19 ΣΕΕ και του 47 ΧΘΔ. Η πρώτη διάταξη εφαρμόζεται «στους τομείς που διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης», ενώ η δεύτερη, σύμφωνα με το άρθρο 51 του Χάρτη, στα εθνικά μέτρα που «εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης». Καθότι το άρθρο 19 εξειδικεύει την έννοια του κράτους δικαίου που αναφέρεται στο άρθρο 2 ΣΕΕ, θεσμοθετώντας ένα νομικό πλαίσιο προστασίας της δικαστικής ανεξαρτησίας ως ειδικότερης πτυχής του κράτους δικαίου, προσλαμβάνει ειδικό θεσμικό βάρος και προσδίδει στο ζήτημα της ανεξαρτησίας των εθνικών δικαστηρίων ενωσιακή διάσταση¹⁴. Έτσι, η ανεξαρτησία ενός εθνικού δικαστηρίου δεν υπόκειται στην απόλυτη δικονομική αυτονομία των κρατών και ο εθνικός δικαστής κατά την εκτέλεση του δικαιοδοτικού του έργου καλείται να ισορροπήσει μεταξύ της δικονομικής αυτονομίας του και της υποχρέωσης για διασφάλιση της ορθής εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, που απορρέει έμμεσα από το άρθρο 4 παρ 3 ΣΕΕ¹⁵.

Αντικείμενο δεύτερης αιτιάσης της C-619/18 και απόφαση του Δικαστηρίου

Αξιοσημείωτο είναι, βέβαια, ότι από μόνη της η τροποποίηση των ορίων ηλικίας συνταξιοδότησης δεν συνιστά την επίμαχη νομοθετική αλλαγή, αλλά από κοινού με την πρόβλεψη ότι ο Πρόεδρος της Πολωνικής Δημοκρατίας έχει απόλυτη διακριτική ευχέρεια να παρατείνει τη θητεία κάποιων εκ των αιτούντων δικαστών, οι οποίοι καταρχήν έχουν συμπληρώσει την ηλικία συνταξιοδότησής τους, μπορούν να δημιουργήσουν βάσιμες υπόνοιες

¹³ Βλ. ό.π., σκ. 52 και 58.

¹⁴ Μ. Βηλαρά, Δικαστική Ανεξαρτησία και Αρχές της Αμοιβαίας Εμπιστοσύνης και Αναγνώρισης στην Πρόσφατη Νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

¹⁵ E. Neframi, Quelques réflexions sur l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE et l'obligation de l'Etat membre d'assurer la protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet, Publications de la Sorbonne, 2013, σ. 807.

⁹ ΔΕΕ, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, σκ. 45.

¹⁰ ΔΕΕ, C-619/18, *Επιτροπή κατά Πολωνίας*, σκ. 45.

¹¹ Βλ. ό.π., σκ. 38.

¹² Βλ. ό.π., σκ. 39.

για την υποκρυπτόμενη βούληση του νομοθέτη, για τις σχέσεις μεταξύ των δικαστών που συγκροτούν τη νέα σύνθεση του Ανώτατου Δικαστηρίου και της εκτελεστικής εξουσίας και, συνεπώς, για την αυτονομία της δικαστικής κρίσης, όπως σημείωσε το Δικαστήριο, καταλήγοντας να κάνει δεκτές και τις δύο αιτιάσεις της Επιτροπής¹⁶. Εν προκειμένω, αν και η Ένωση δεν επιβάλλει ορισμένο πρότυπο συνταγματικής οργάνωσης του πολιτειακού συστήματος κάθε κράτους, ο σεβασμός ή μη της αρχής της διάκρισης των εξουσιών, που αποτελεί συνιστώσα του κράτους δικαίου, βρίσκεται σε άμεση συνάρτηση με την εγγύηση ανεξαρτησίας της Δικαιοσύνης. Έτσι, και πάλι διαπιστώνεται η δικαιολογημένη υπέρβαση από πλευράς Ένωσης σε επίπεδο δικαστικού ελέγχου της αποκλειστικής αρμοδιότητας του κράτους στη διάρθρωση των δικαιοδοτικών του οργάνων.

Η ανεξαρτησία της Δικαιοσύνης σε σχέση με την αυτονομία του δικαίου της Ένωσης

Οι προηγούμενες παρατηρήσεις περί παράλληλης ευθύνης κρατών και Ένωσης για την επίβλεψη της τήρησης του ενωσιακού δικαίου και περί αυτονομίας αυτού επιρρωνύονται από προδικαστική απόφαση του ΔΕΕ επί τριών προδικαστικών αιτήσεων πολωνικού δικαστηρίου, όπου το Δικαστήριο αποφάνθηκε πως, αν εκ των πραγμάτων καθίσταται αδύνατη η σύμφωνη ερμηνεία εθνικής νομοθεσίας με το δίκαιο της Ένωσης και η ενδεχόμενη εφαρμογή των εθνικών διατάξεων έχει ως αποτέλεσμα την ανάθεση μιας κύριας δίκης σε όργανο που δεν πληροί τα κριτήρια της ανεξαρτησίας και της αμεροληψίας, προκρίνεται η μη εφαρμογή του εθνικού δικαίου και η εκδίκαση της υπόθεσης από σώμα δικαστών που είναι ικανό να εμπνεύσει την αναγκαία εμπιστοσύνη στους πολίτες του κράτους¹⁷. Και σε αυτή την περίπτωση το Δικαστήριο αποφάνθηκε υπέρ του απειριορίστου της υπεροχής και της αυτονομίας του ενωσιακού δικαίου, αρχές των οποίων τον θεμελιώδη χαρακτήρα το ΔΕΕ ανέδειξε με αφορμή την υπόθεση Costa¹⁸.

¹⁶ ΔΕΕ, C-619/18, *Επιτροπή κατά Πολωνίας*, σκ. 85 και 118.

¹⁷ ΔΕΕ, C-585/18, C-624/18, C-625/18, *Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême*, ECLI:EU:C:2019:982, σκ. 171.

¹⁸ ΔΕΕ C-6/64, *COSTA κατά ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

Νομικά ζητήματα δεύτερης προσφυγής της Επιτροπής κατά Πολωνίας¹⁹

Με μια δεύτερη απόφαση του επί των εχεγγύων της δικαστικής ανεξαρτησίας, αυτής της 5ης Νοεμβρίου 2019, το ΔΕΕ θέτει επιπρόσθετα ζητήματα, όπως την έννοια της αμοιβής του άρθρου 157ΣΛΕΕ, τη σχέση μεταξύ γενικού συνταξιοδοτικού καθεστώτος και του βαλλόμενου καθεστώτος που εφαρμόζεται στους δικαστές των τακτικών δικαστηρίων, την αρχή της ισοβιότητας και των τακτικών δικαστών, όπως επίσης την έννοια της φράσης «επιτρεπόμενα μέτρα θετικής δράσεως» του άρθρου 157 ΣΛΕΕ.

Πραγματικά περιστατικά

Ο πολωνικός Τροποποιητικός Νόμος της 12^{ης} Ιουλίου του 2017 επέφερε αλλαγές στο όριο ηλικίας συνταξιοδότησεως τόσο για τους άνδρες όσο και για τις γυναίκες που υπηρετούν ως δικαστές στα τακτικά πολωνικά δικαστήρια ή ως εισαγγελικοί λειτουργοί ή ως δικαστές του Ανώτατου Δικαστηρίου της Πολωνίας. Συγκεκριμένα, το όριο των 70 ετών μετεβλήθη στα 60 χρόνια για τις γυναίκες και στα 65 για τους άνδρες. Επιπλέον παραχώρησε ανεξέλεγκτη διακριτική ευχέρεια στον Υπουργό Δικαιοσύνης να εγκρίνει την παράταση του χρονικού διαστήματος ενεργού δικαστικής υπηρεσίας των δικαστών.

Πρώτη αιτίαση Επιτροπής

Με την πρώτη αιτίαση, η Επιτροπή υποστήριξε ότι οι, βάσει του άρθρου 13, σημεία 1 έως 3, του τροποποιητικού νόμου 2017, διαφορές ως προς τη μεταχείριση ανδρών και γυναικών αναφορικά συνιστούν διακρίσεις λόγω φύλου οι οποίες απαγορεύονται ρητώς από το άρθρο 157 ΣΛΕΕ, καθώς και το άρθρο 5, στοιχείο α', και το άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχείο στ', της οδηγίας 2006/54.

Πρώτη δέσμη επιχειρημάτων στην πρώτη αιτίαση

Φλέγον ζήτημα για το οποίο τίθενται εκατέρωθεν επιχειρήματα αποτελεί το ερώτημα αν τα τρία συνταξιοδοτικά καθεστώτα (τακτικοί και ανώτατοι δικαστές, εισαγγελείς) εμπίπτουν στην έννοια της «αμοιβής» του άρθρου 157 ΣΛΕΕ και της οδηγίας 2006/54. Έτσι, η Επιτροπή διατείνεται πως πράγ-

ματι εμπíπτουν, δεδομένου ότι πληρούν τα τρία κριτήρια που διατυπώθηκαν με τη νομολογία του ΔΕΕ²⁰, ακριβέστερα, το να αφορά η σύνταξη που προβλέπουν τα καθεστώτα αυτά συγκεκριμένη μόνον κατηγορία εργαζομένων, να τελεί σε άμεση συνάρτηση με τον χρόνο υπηρεσίας και να υπολογίζεται το ύψος της βάσει του τελευταίου μισθού. Η Πολωνία έχει αντίθετη γνώμη, υποστηρίζοντας ότι τα επίμαχα συνταξιοδοτικά καθεστώτα εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 79/7/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 19ης Δεκεμβρίου 1978, περί της προοδευτικής εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ ανδρών και γυναικών σε θέματα κοινωνικής ασφάλισης, όπου προβλέπεται η δυνατότητα των κρατών μελών να αποκλείουν από το πεδίο εφαρμογής της τελευταίας αυτής οδηγίας το ζήτημα του καθορισμού της ηλικίας συνταξιοδοτήσεως για την χορήγηση συντάξεων. Μάλιστα, υποστηρίζεται ότι τα καθεστώτα αυτά δεν πληρούν το κριτήριο ότι η οικεία σύνταξη πρέπει να τελεί σε άμεση συνάρτηση με τον χρόνο υπηρεσίας²¹. Επί του ζητήματος, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι - κατά πάγια νομολογία - προκειμένου να κριθεί αν μια σύνταξη εμπíπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 157 ΣΛΕΕ, μοναδικό και θεμελιώδες σημασίας κριτήριο συνιστά η διαπίστωση ότι η σύνταξη καταβάλλεται στον εργαζόμενο λόγω της σχέσεως εργασίας μεταξύ αυτού και του πρώην εργοδότη του και επομένως, «δημόσιοι υπάλληλοι που εντάσσονται σε ένα συνταξιοδοτικό σύστημα δεν διαφέρουν από μια ομάδα εργαζομένων επιχειρήσεως, παρά μόνο λόγω των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών που εμφανίζει η σχέση εργασίας με το κράτος». Άρα, απέρριψε το συλλογισμό της Πολωνίας²².

Δεύτερη δέσμη επιχειρημάτων στην πρώτη αιτίαση

Έπεται το θέμα της έννοιας των «επιτρεπόμενων μέτρων θετικής δράσης» του άρθρου 157 ΣΛΕΕ και του άρθρου 3 της οδηγίας 2006/54, όπου η Πολωνία, αντιμέτωπη με την άποψη της Επιτροπής, θεωρεί ότι ο ύψιστης σημασίας κοινωνικός και πολυσχιδής ρόλος των γυναικών και κυρίως αυτός της μητρότητας συντελεί σε πολλαπλάσιες δυσχέ-

ρειες πρωτίστως στην επαγγελματική τους πορεία και ανέλιξη, συγκριτικά πάντα με τους άνδρες, με αποτέλεσμα η δυνατότητα(!) πρόωρης συνταξιοδοτήσεως να αποτελεί επιτακτικό αντίβαρο των δυσκολιών αυτών²³. Το ΔΕΕ, όμως, έκρινε ότι ο καθορισμός διαφορετικής, αναλόγως του φύλου, προϋποθέσεως ως προς την ηλικία συνταξιοδοτήσεως δεν δύναται να αντισταθμίσει τα μειονεκτήματα που αντιμετωπίζουν στη σταδιοδρομία τους οι γυναίκες δημόσιοι υπάλληλοι και συνεπώς, παρόλο που το άρθρο 157, παράγραφος 4, ΣΛΕΕ επιτρέπει στα κράτη μέλη «να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν μέτρα προβλέποντα ειδικά πλεονεκτήματα με σκοπό να προλαμβάνουν ή να αντισταθμίζουν τα μειονεκτήματα στην επαγγελματική σταδιοδρομία, προκειμένου να διασφαλίζεται πλήρης ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών στην εργασία», δεν γίνεται να συναγάγουμε ότι η διάταξη αυτή επιτρέπει τον καθορισμό τέτοιων προϋποθέσεων ως προς την ηλικία²⁴. Συμπερασματικά, η στάση της Πολωνίας οδηγεί στο εξής οξύμωρο σχήμα: Από τη μία πλευρά, προβαίνει στη διαφοροποίηση του ορίου ηλικίας συνταξιοδότησης μεταξύ των δύο φύλων - εν ολίγοις σε διάκριση λόγω φύλου - με το πρόσχημα να απαλλάξει τον γυναικείο δικαστικό πληθυσμό από το βάρος της δυσβάσταχτης επαγγελματικής σταδιοδρομίας, ενώ από την άλλη, τάσσεται, παράλληλα, με το δημόσιο συμφέρον το οποίο επιβάλλει οι απαιτήσεις των γυναικών για προαγωγή να παραμείνουν υψηλές, σταθερές και ομοιόμορφες²⁵.

Απόφαση ΔΕΕ επί της πρώτης αιτιάσεως

Η πρώτη αιτίαση, λοιπόν, της Επιτροπής έγινε δεκτή από το ΔΕΕ.

Δεύτερη αιτίαση

Ακολούθως, με την δεύτερη αιτίασή της, η Επιτροπή, επικαλούμενη πάλι την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, όπως και στην C-619/18, φρονεί ότι οι πολωνικές διατάξεις θίγουν την ισοβιότητα των τακτικών - αυτή τη φορά - δικαστών, τονίζοντας ότι η αιτίασή της δεν αφορά αυτό καθεαυτό το μέτρο της μείωσης του ορίου της ηλικίας συνταξιοδοτήσεως των δικαστών, αλλά το ότι η μείωση αυτή συνοδεύτηκε από την παρο-

²⁰ ΔΕΕ, C-192/18, *Επιτροπή κατά Πολωνίας (In-dépendance des juridictions de droit commun)*, ECLI:EU:C:2019:924, σκ. 48.

²¹ Βλ. ό.π., σκ. 52.

²² Βλ. ό.π., σκ. 59.

²³ Βλ. ό.π., σκ. 57.

²⁴ Βλ. ό.π., σκ. 81-82.

²⁵ Βλ. ό.π., σκ. 57.

χή αμέριστης διακριτικής ευχέρειας στον Υπουργό Δικαιοσύνης. Το επιχείρημα της Πολωνίας όσον αφορά στο ότι οι επίμαχες πολωνικές διατάξεις αποβλέπουν στην εναρμόνιση του ορίου ηλικίας συνταξιοδότησεως των δικαστών των πολωνικών τακτικών δικαστηρίων με το γενικό όριο ηλικίας συνταξιοδότησεως που ισχύει για τους εργαζομένους είναι αβάσιμο, κατά την Επιτροπή, διότι πιθανή καταστρατήγηση της αρχής της ανεξαρτησίας των δικαστών ουδόλως δικαιολογείται και άρα το γενικό συνταξιοδοτικό καθεστώς, σε αντίθεση με το βαλλόμενο καθεστώς των τακτικών δικαστών, είναι ταυτόσημο απλώς με το δικαίωμα, και όχι την υποχρέωση, των εργαζομένων αυτών να παύσουν να ασκούν την επαγγελματική δραστηριότητά τους²⁶. Κατά το δικαστήριο, το συνονθύλευμα των δύο αυτών μέτρων πιθανότατα αποσκοπούσε στο να παράσχει στον Υπουργό Δικαιοσύνης τη διακριτική ευχέρεια να αποκλείσει, μετά τη συμπλήρωση

του νέου κανονικού ορίου ηλικίας συνταξιοδότησεως, ορισμένες ομάδες δικαστών που υπηρετούν στα πολωνικά τακτικά δικαστήρια, διατηρώντας ταυτοχρόνως στην ενεργό υπηρεσία συγκεκριμένο αριθμό από το σύνολο των δικαστών αυτών. Συμπερασματικά, το ΔΕΕ αποδέχτηκε και τη δεύτερη αιτίαση της Επιτροπής²⁷.

Επίλογος

Η νομολογία του ΔΕΕ στο ζήτημα της ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης των κρατών-μελών λειτουργεί ως «κιβωτός των αξιών» της Ευρώπης και αναδεικνύει με τον πιο διαυγή τρόπο την επιταγή της Ένωσης προς τα μέλη της να προστατεύσουν την ανεξαρτησία των εθνικών τους δικαστών, η οποία λειτουργεί ως προϋπόθεση της αποτελεσματικότητας τόσο του συστήματος δικαστικής προστασίας κάθε χώρας όσο και του δικαίου της Ένωσης και της αυτονομίας της ως έννομης τάξης.

²⁶ Βλ. ό.π., σκ. 92.

²⁷ Βλ. ό.π., σκ. 127.

Η εξέλιξη της Κοινής Αγροτικής Πολιτικής της Ε.Ε.

Κοντού Μαλβίνα & Μαυρίδης Γιάννης
Τελεόφοιτη Νομικής ΑΠΘ & Ασκούμενος Δικηγόρος

Ιστορική αναδρομή

Η Κοινή Αγροτική Πολιτική (Κ.Α.Π.) ευθύς εξαρχής, τουτέστιν από την ίδρυση των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, αποτέλεσε ουσιώδες συστατικό στοιχείο του ευρωπαϊκού εγχειρήματος. Η οδύνη του Β' Παγκοσμίου Πολέμου λειτούργησε στη Δυτική Ευρώπη ως βασικό κίνητρο προς τη συστηματικότερη διεθνή συνεργασία, ιδίως μεταξύ των έξι Κρατών, που είχαν ήδη συνομολογήσει τη Συνθήκη των Παρισίων, ήτοι Ιταλία, Δυτική Γερμανία, Λουξεμβούργο, Βέλγιο, Ολλανδία και Γαλλία. Η καταστροφή που είχε συντελεστεί αναφορικά με την υλικοτεχνική υποδομή τους, αποδυνάμωσε ουσιαστικά τις οικονομίες των υπό κρίση Κρατών και κατέστησε έτσι αδήριτη την ανάγκη συνεργασίας για την αύξηση της παραγωγής στον αγροτικό τομέα και κατ' επέκταση την απρόσκοπτη ικανοποίηση των διατροφικών αναγκών του πληθυσμού. Οι εν λόγω παράγοντες οδήγησαν στην υιοθέτηση της Κοινής Αγροτικής Πολιτικής¹. Έτσι, μετά την υπογραφή των Συνθηκών της Ρώμης, το 1957, ακολούθησε η συνδιάσκεψη της Stresa, όπου τέθηκαν κατευθυντήριες γραμμές για τη χάραξη κοινής αγροτικής πολιτικής. Το επόμενο έτος ανακοινώθηκε η έναρξη του σχεδίου «Mansholt», σκοπός του οποίου ήταν η υποβολή συγκεκριμένου σχεδίου, το οποίο και υιοθετήθηκε σε συνδιάσκεψη του 1962, όπου εξεδόθησαν και οι πρώτες νομικές πράξεις στο πεδίο αυτό. Εισήχθη έτσι στην ευρωπαϊκή τάξη σύστημα καθορισμού ενιαίων τιμών για συγκεκριμένες κατηγορίες αγροτικών προϊόντων με σκοπό τη σταθεροποίηση των τιμών και την εξασφάλιση της κάλυψης των αναγκών του πληθυσμού².

Παράγοντες που αποτέλεσαν πηγή πίεσης για την ΚΑΠ και την οδήγησαν σε μεταρρύθμισή της,

ήταν τόσο το καταναλωτικό κοινό, λόγω του κόστους που επιβάλλονταν στις μη αγροτικές οικογένειες της ΕΕ μέσω των υψηλότερων τιμών και των φόρων για τη στήριξή της, όσο και περιβαλλοντικοί παράγοντες, καθώς στον βωμό της αύξησης των αγρών καταστράφηκε μεγάλο μέρος της χλωρίδας του πλανήτη (λόγω της εντατικοποίησης της παραγωγής που απαιτούσε αυξημένη χρήση λιπασμάτων και φυτοφαρμάκων), αποτέλεσμα του οποίου ήταν και η ανάλογη μείωση της πανίδας. Βασικότερος όμως ήταν ο προϋπολογισμός, ο οποίος ήταν πολύ υψηλός και η ΕΟΚ δεν μπόρεσε σε βάθος χρόνου να τον στηρίξει³. Το σύνολο όλων αυτών των ρυθμίσεων αποτέλεσε την Κοινή Αγροτική Πολιτική, που άρχισε να ισχύει από το 1962. Από τότε τροποποιήθηκε, πολλαπλές φορές.

Βάση της κοινής αγροτικής πολιτικής αποτελούν οι γενικές αρχές και τα ειδικά μέτρα, τα οποία αποσκοπούν στο να χαραχτεί μια ομαλή γεωργική πολιτική, όσον αφορά την παραγωγή, το εμπόριο, την αποθήκευση, τους μηχανισμούς σταθεροποίησης των εισαγωγών και των εξαγωγών των γεωργικών προϊόντων, την κτηνοτροφία, την διακίνηση αγροτικών προϊόντων, την ποιότητα αυτών και τη σταθερότητα των τιμών τους, φροντίζοντας παράλληλα και την περιβαλλοντική συμβατότητα της γεωργικής δραστηριότητας. Τώρα πλέον, μετά και τη νέα διεύρυνση της Ε.Ε., κύριος στόχος της είναι ο καθορισμός του ρόλου της γεωργίας στη διαφύλαξη και τη διαχείριση των φυσικών πόρων, στο πλαίσιο της αειφόρου ανάπτυξης.

Ο σκοπός των γενικών αρχών έγκειται στη θέσπιση ενός συστήματος τόσο για την ελεύθερη κυκλοφορία των γεωργικών προϊόντων στο εσωτερικό της χώρας όσο και για την εφαρμογή Κοινού Δασμολογίου στις συναλλαγές με τρίτες χώρες. Από την άλλη πλευρά, τα ειδικά μέτρα λειτουργούν

¹ Frenz W., Handbuch Europarecht, Springer Verlag, 2011, σ. 684.

² Βλ. ό.π. Frenz, σ. 685.

³ <http://www2.aueb.gr/users/milliou/CAP.pdf>

στο να προστατεύουν τα γεωργικά εισοδήματα και τις γεωργικές αγορές από αποσταθεροποιητικούς παράγοντες⁴.

Η Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης περιέχει την νομική βάση της Κοινής Αγροτικής Πολιτικής στα άρθρα 38-44. Στόχοι της Κ.Α.Π. βάσει του άρθρου 39 Σ.Λ.Ε.Ε. αλλά και του άρθρου 33 της Συνθήκης της Ρώμης, είναι η βελτίωση της γεωργικής παραγωγικότητας και αποτελεσματικότητας, η αύξηση των εισοδημάτων των εργαζομένων, η σταθεροποίηση των αγορών, η εγγύηση της διαθεσιμότητας της παραγωγής και η εξασφάλιση λογικών τιμών στην προσφορά αγαθών για τους καταναλωτές.

Ριζική μεταρρύθμιση της Κ.Α.Π.-πέντε καινοτόμα καθεστώτα

Η ριζική μεταρρύθμιση της Κοινής Γεωργικής Πολιτικής παρατηρήθηκε τον Ιούνιο του 2003, όπου οι Υπουργοί Γεωργίας της Ε.Ε. εισήγαγαν πέντε καινοτόμα καθεστώτα. Το νέο καθεστώς περιγράφεται στους Κανονισμούς 1782/2003 και 864/2004.

Το πρώτο από αυτά αφορά την ενιαία ενίσχυση. Οι ενισχύσεις πλέον δε θα είναι ξεχωριστές για κάθε γραμμή παραγωγής, ενώ οι αγρότες θα χαίρουν εισοδηματικής σταθερότητας και θα μπορούν πλέον να προσανατολίζονται στην ενίσχυση της ανταγωνιστικότητας και της αειφορίας της γεωργίας. Η ενίσχυση του παραγωγού θα είναι μία ανά γεωργική εκμετάλλευση και θα καθορίζεται βάσει των στρεμμάτων που εκμεταλλεύτηκε ο παραγωγός την χρονική περίοδο 2000-2002. Κατά αυτόν τον τρόπο ο παραγωγός θα αντλεί ένα ατομικό του δικαίωμα μέσω του αριθμού των στρεμμάτων που καλλιεργούσε το παραπάνω χρονικό διάστημα και που, για να αξιώσει τα δικαιώματά του, θα ήταν υποχρεωμένος να τα διατηρήσει⁵.

Δεύτερο καινοτόμο καθεστώς που εισήγαγε η Κ.Α.Π. είναι η αρχή της πολλαπλής συμμόρφωσης (cross-compliance) σύμφωνα με την οποία οι παραγωγοί είναι υποχρεωμένοι να τηρούν ορισμένους Κανονισμούς και Οδηγίες που σχετίζονται με το περιβάλλον, με την ασφάλεια τροφίμων και την

ορθή μεταχείριση των ζώων. Η παραπάνω αρχή συνδέεται άμεσα και με την χορήγηση ενισχύσεων, καθώς αν οι παραγωγοί δεν συμμορφωθούν με τους κανονισμούς, θα τους επιβληθεί και ανάλογη μείωση των ενισχύσεων. Οι έλεγχοι τήρησης των παραπάνω κανονισμών από τους παραγωγούς υλοποιούνται από το Ολοκληρωμένο Σύστημα Διαχείρισης και Ελέγχου (Ο.Σ.Δ.Ε.)⁶.

Η νέα Κ.Α.Π. εισήγαγε και μια ρύθμιση καλούμενη «διαφοροποίηση». Η νέα αυτή ρύθμιση αποσκοπούσε στη μείωση όσων ενισχύσεων υπερέβαιναν τα 5.000€ ετησίως κατά ένα συγκεκριμένο ποσοστό. Το ποσό αυτό μεταφερόταν στο Ευρωπαϊκό Γεωργικό Ταμείο Αγροτικής Ανάπτυξης προς ενίσχυση της αγροτικής ανάπτυξης. Από τούτη τη ρύθμιση εξαίρεση αποτελούσαν τα νησιά του Αιγαίου καθώς και άλλες απομακρυσμένες περιφέρειες της Ε.Ε.⁷

Η δημοσιονομική πειθαρχία (financial discipline) είναι ένα επιπρόσθετο μέτρο που υιοθέτησε η Κ.Α.Π. προκειμένου κάθε κράτος μέλος να διασφαλίζει την καταβολή των ενισχύσεων και να προλαμβάνει και να διαχειρίζεται τις τυχόν παρατυπίες⁸.

Τέλος, τα κράτη μέλη, προκειμένου να υποστηρίξουν τις γεωργικές εκμεταλλεύσεις και να ανταποκριθούν οι γεωργοί στα σύγχρονα πρότυπα γεωργίας, παρέχουν ένα σύστημα παροχής συμβούλων (farm advisory system)⁹.

Εν έτει 2009, τρεις νέοι κανονισμοί (72/2009, 73/2009, 74/2009) τίθενται σε ισχύ και αφορούν την στήριξη των γεωργών και τον έλεγχο συμμόρφωσης με την αρχή της πολλαπλής συμμόρφωσης και τη δημοσιονομική πειθαρχία. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει η Mariann Fischer Boel¹⁰, «αποσκοπούν στην παροχή των απαραίτητων μέσων

⁶ Βλ. Παπακωνσταντής σελ.173 βλ. επίσης <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=LEGISSUM:ag0003> βλ. επίσης https://www.ekdd.gr/ekdda/files/ergasies_esdd/20/2/1475.pdf σελ.26-27

⁷ Βλ. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=LEGISSUM:ag0003> βλ. επίσης https://www.ekdd.gr/ekdda/files/ergasies_esdd/20/2/1475.pdf σελ. 27-28

⁸ Βλ. Παπακωνσταντής σελ.174

⁹ https://www.ekdd.gr/ekdda/files/ergasies_esdd/20/2/1475.pdf σελ. 29

¹⁰ Επίτροπος αρμόδια σε θέματα Γεωργίας και Αγροτικής Ανάπτυξης, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/IP_08_1749.

⁴ Πέζαρος Π., Η Κοινή Αγροτική Πολιτική: εξέλιξη και προοπτικές, διαθέσιμο στο http://www.minagric.gr/greek/agro_pol/Works/CAP_Evolution&Perspectives_March2011_GR.pdf

⁵ Βλ. Παπακωνσταντής σελ. 71 βλ. επίσης https://www.ekdd.gr/ekdda/files/ergasies_esdd/20/2/1475.pdf σελ.23

στους γεωργούς, ώστε να αντιμετωπίσουν τις νέες προκλήσεις κατά τα επόμενα έτη, όπως η κλιματική αλλαγή, και να ανταποκριθούν στα μηνύματα της αγοράς. Η μεταφορά περισσότερων πόρων στην αγροτική ανάπτυξη μας δίνει την ευκαιρία εξεύρεσης εξειδικευμένων λύσεων σε συγκεκριμένα περιφερειακά προβλήματα. Οι αλλαγές που συμφωνήθηκαν αποτελούν σημαντικό βήμα προόδου για την Κοινή Γεωργική Πολιτική».

Ισχύον Δίκαιο

Οι ρυθμίσεις σχετικά με την Κ.Α.Π. στο ισχύον πλεγμα ενωσιακού δικαίου ανευρίσκονται στα άρθρα 38-44 ΣΛΕΕ. Λόγω των ιδιαιτεροτήτων που εμφανίζει η αγροτική οικονομία οι διατάξεις περιέχουν αποκλίνουσες ρυθμίσεις σε σχέση με τις γενικές διατάξεις περί ενωσιακών ελευθεριών και ελευθέρου ανταγωνισμού. Το άρθρο 38 παρ. 2 προβλέπει άλλωστε ότι οι διατάξεις περί αγροτικής αλιευτικής πολιτικής έρχονται σε σύγκρουση με τις γενικές, υπερισχύουν οι πρώτες. Τέτοια παρέκκλιση υφίσταται στο εύρος εφαρμογής των διατάξεων περί ελευθέρου ανταγωνισμού, καθώς βάσει του άρθρου 42 το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο μπορούν να περιορίσουν την εφαρμογή τους και δυνάμει του άρθρου 44 μπορούν να επιβληθούν περιορισμοί στις εισαγωγές αγροτικών προϊόντων από άλλα κράτη μέλη¹¹.

Ορισμός αγροτικού προϊόντος

Το άρθρο 38 ΣΛΕΕ εμπεριέχει διττό ορισμό της έννοιας του αγροτικού προϊόντος. Ο πρώτος ορισμός θα μπορούσε να χαρακτηριστεί και ως ουσιαστικός, καθώς περιγράφει τα χαρακτηριστικά που αυτό πρέπει να έχει. Συγκεκριμένα ως τέτοιο θεωρείται κάθε προϊόν του εδάφους, της κτηνοτροφίας, της αλιείας, καθώς και οποιοδήποτε άλλον που συνδέεται με την πρώτη τους μεταποίηση. Παράλληλα, στη δεύτερη παράγραφο αναφέρεται πως οι διατάξεις θα ισχύσουν για όλα τα προϊόντα που αναγράφονται στο Παράρτημα 1, ένα καθαρά τυπικό κριτήριο δηλαδή. Ο ουσιαστικός ορισμός πάντοτε, από το ίδιο το ΔΕΕ, ερμηνευόταν ευρέως, ώστε το πλέον καθοριστικό είναι η αναγραφή στο παράρτημα.

Αγροτικές άμεσες ενισχύσεις

Πριν την μεταρρύθμιση του 2010, εμφανίζονταν συχνά φαινόμενα κατάχρησης του θεσμού

των άμεσων ενισχύσεων. Έτσι, πρόσωπα που δεν ήταν αγροτικώς ενεργά μπορούσαν να λαμβάνουν τις εν θέματι ενισχύσεις, όπως αεροδρόμια και σιδηροδρομικοί σταθμοί¹². Πρώτιστος στόχος, επομένως, της αλλαγής του συστήματος αποτελούσε η υποστήριξη προσώπων που ασκούσαν πραγματικά αγροτική δραστηριότητα. Η μεταρρύθμιση του αγροτικού συστήματος της Ε.Ε. υπήρξε χρονοβόρα διαδικασία, η οποία ολοκληρώθηκε με την υιοθέτηση του κανονισμού 1307/2013¹³.

Σύστημα

Οι άμεσες ενισχύσεις συντίθενται από επιμέρους επιδόματα. «Θεμέλιο» και προϋπόθεση για τη λήψη των λοιπών επιδομάτων, είναι η συνδρομή των προϋποθέσεων για την αξίωση του βασικού επιδόματος¹⁴. Η χορήγηση κάθε επιδόματος υπόκειται σε διαφορετικούς όρους. Αξίωση προς καταβολή βασικού επιδόματος αποκτά όποιος, όπως αναφέρεται παρακάτω, ασκεί αγροτική δραστηριότητα και είναι ενεργός αγρότης. Το επίδομα έχει ως μονάδα υπολογισμού το στρέμμα της αγροτικής εκτάσεως¹⁵. Το ποσό αυτού καθορίζεται από τα κράτη μέλη και μπορεί να διαφοροποιείται ανάλογα με την περιοχή. Αφού κατατεθεί η αίτηση για χορήγηση επιδόματος και συντρέχουν οι νομικές προϋποθέσεις, η αξίωση αποκτά αυτοτέλεια και μπορεί και εγκύρως να εκχωρηθεί σε τρίτους¹⁶. Η ακριβής νομική φύση και η έννομη προστασία που συναρτάται με τα επιδόματα, δεν καθορίζεται ειδικώς από τον ενωσιακό νομοθέτη. Έγκειται λοιπόν στη διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών να ορίσουν τα σχετικά ζητήματα.

Επιπλέον, προβλέπονται *οικολογικά επιδόματα* όταν τηρούνται, όπως αναφέρεται παρακάτω, οι τρεις προϋποθέσεις σχετικά με την προστασία του περιβάλλοντος και του κλίματος. Ωστόσο, η τήρηση αυτών των όρων είναι απαραίτητη προϋπόθεση για να χορηγηθεί και το βασικό επίδομα. Επομένως, στην πραγματικότητα πρόκειται για ένα επίδομα¹⁷.

¹² Mittermüller B., Umweltsschutz im Europäischen Agrarrecht, Facultas AG, 2017, σ. 70.

¹³ Διαθέσιμος στο <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?qid=1581870482390&uri=CELEX:32013R1307>.

¹⁴ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 74.

¹⁵ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 76.

¹⁶ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 77.

¹⁷ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 78.

¹¹ Βλ. ό.π. Frenz, σ. 688.

Προϋποθέσεις χορήγησηςi. Αγροτική δραστηριότητα

Για όλες οι αγροτικές ενισχύσεις τίθεται ως απαρέγκλιτη προϋπόθεση η άσκηση αγροτικής δραστηριότητας. Βασικό μειονέκτημα του προηγούμενου συστήματος υπήρξε η παροχή ευρείας διακριτικής ευχερείας στα κράτη μέλη ως προς την εξειδίκευση του ορισμού αυτού, έχοντας ως αποτέλεσμα τη χορήγηση ενισχύσεων σε οντότητες που ασκούσαν μηδαμινώς ή σε εντελώς ασήμαντο βαθμό αγροτική δραστηριότητα. Ο ενωσιακός νομοθέτης κατέστησε, ως εκ τούτου, αυστηρότερους τους όρους χορήγησης: ο ασκών την δραστηριότητα θα έπρεπε να είναι ενεργός και η δραστηριότητα να είναι αγροτική, δηλαδή να υφίσταται παραγωγή αγροτικών προϊόντων ή να υπάρχουν αγροτικές εκτάσεις πρόσφορες για βοσκή ή καλλιέργεια¹⁸. Όταν οι εκτάσεις από τη φύση τους είναι πρόσφορες για τέτοιες δραστηριότητες, χωρίς να απαιτούνται επιπλέον ενέργειες εκ μέρους του ιδιοκτήτη, τότε τα κράτη μέλη οφείλουν να θέσουν κάποια κατώτατα όρια δραστηριότητας, τις οποίες οφείλει να διενεργεί ο αγρότης¹⁹.

ii. Ενεργός αγρότης

Η επιπλέον αυτή προϋπόθεση αποσκοπούσε, ενόψει ιδίως του ευρέος ορισμού της αγροτικής δραστηριότητας, στον αποκλεισμό από τη λήψη της ενίσχυσης προσώπων που δεν ασκούν κατά κύριο επάγγελμα αγροτική δραστηριότητα. Έτσι αρχικά είχε προταθεί να αποκλείονται πρόσωπα των οποίων οι αγροτικές ενισχύσεις αποτελούν λιγότερο από 5% των μη αγροτικών τους εσόδων²⁰. Ωστόσο η πρόταση αυτή της Επιτροπής δεν έγινε δεκτή, λόγω δυσκολιών που είχαν να κάνουν με την προσαρμογή των εσωτερικών διοικητικών δικαίων που θα ήταν απαραίτητη, προκειμένου να καθορίζεται το ακριβές «διενωσιακό» εισόδημα κάθε προσώπου²¹.

Τελικώς το σύστημα που επικράτησε, ήταν η δημιουργία μίας λίστας, όπου αναγράφονται όλοι οι φορείς που αυτόδίκαια, *ex lege*, δεν θεωρούνται «ενεργοί αγρότες». Έτσι στο άρθρο 9 παρ. 2 εδ. α' και β' του Κανονισμού ορίζεται πως πρόσωπα που σχετίζονται με σιδηροδρομικές, κτηματομεσιτικές,

αθλητικές δραστηριότητες κ.α., δεν δικαιούνται να λάβουν αγροτικές ενισχύσεις. Στα κράτη μέλη επίσης επιφυλάσσεται η ευχέρεια να επεκτείνουν την απαγόρευση και σε παρόμοιες δραστηριότητες. Στις επόμενες υποπαραγράφους ωστόσο δίδεται η δυνατότητα στα ως άνω πρόσωπα να ανταποδείξουν με αντικειμενικά στοιχεία ότι πράγματι ασκούν ουσιώδη αγροτική δραστηριότητα και να τύχουν ως εκ τούτου χορήγησης ενίσχυσης. Επί της ουσίας πρόκειται για μία αντιστροφή του βάρους αποδείξεως, με το οποίο βαρύνεται πλέον ο ενδιαφερόμενος να επωφεληθεί από αγροτική ενίσχυση²². Σημειωτέον πως οι διατάξεις περί ενεργών αγροτών δεν ισχύουν βάσει του άρθρου 9 παρ. 4 για πρόσωπα που δεν έλαβαν ενίσχυση άνω του ποσού των 5.000€. Τα κράτη μέλη μπορούν αντικειμενικά να ορίσουν και χαμηλότερο ποσό.

iii. Τήρηση διατάξεων σχετικών με το περιβάλλον και το κλίμα

Ο κανονισμός προβλέπει επιπλέον (άρθρο 43 επ.) ως προϋπόθεση για την καταβολή των ενισχύσεων, την τήρηση κάποιων περιβαλλοντικών όρων (greening). Οι όροι αυτοί προς τήρηση άπτονται τριών πεδίων της αγροτικής δραστηριότητας.

Πρώτον, ο αγρότης οφείλει βάσει του άρθρου 44 να προβαίνει σε διαφοροποίηση των καλλιεργειών. Ανάλογα με την έκταση του γεωργικού κτήματος σε εκτάρια, πρέπει να υπάρχει καλλιέργεια και ανάλογου αριθμού αγροτικών προϊόντων. Αν πάντως η καλλιεργήσιμη έκταση δεν υπερβαίνει τα δέκα στρέμματα, ο αγρότης απαλλάσσεται της υποχρέωσης διαφοροποίησης²³. Σκοπός της ρύθμισης είναι να μην υφίσταται απόλυτη εξάρτηση σε ένα μόνο είδος αγροτικού προϊόντος²⁴.

Δεύτερον, οι αγρότες οφείλουν βάσει του άρθρου 43 παρ. 2 στ. β' και του άρθρου 45 να διατηρούν μόνιμες χορτολιβαδικές εκτάσεις. Πολλοί αγρότες υφίστανται πίεση λόγω των οικονομικών συνθηκών και του ανταγωνισμού να αποψιλώνουν τέτοιες εκτάσεις, προκειμένου να τις χρησιμοποιούν για γεωργική καλλιέργεια²⁵. Κάτι τέτοιο όμως θα είχε επιζήμιες συνέπειες για το περιβάλλον ευρύτερα. Για τον λόγο αυτό πρέπει τα κράτη μέλη να λαμβάνουν πρόσφορα μέτρα, προκειμένου να μην μειώνονται χορτολιβαδικές εκτάσεις στις δη-

¹⁸ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 80.¹⁹ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 80.²⁰ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 82.²¹ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 82.²² Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 83.²³ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 88.²⁴ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 89.²⁵ Βλ. ό.π., Mittermüller, σ. 89.

λωθείσες γεωργικές εκτάσεις άνω του 5%, ενώ σε ευαίσθητες περιοχές δεν πρέπει να συμβαίνει αυτό καθόλου²⁶.

Τρίτον, βάσει του άρθρου 46, αν οι γεωργοί κατέχουν εκτάσεις άνω των δεκαπέντε εκταρίων, οφείλουν να δηλώνουν μία περιοχή που καλύπτει τουλάχιστον το 5% της καλλιεργούμενης έκτασης, ως *οικολογικής εστίασης*. Οι άνω αναφερθείσες χορτολιβαδικές εκτάσεις δεν προσμετρώνται για τον υπολογισμό των ως άνω εκτάσεων²⁷. Έγκειται στην ευχέρεια των κρατών μελών να προσδιορί-

σουν ποιες περιοχές θα θεωρούνται οικολογικά ευαίσθητες. Ωστόσο ο ίδιος ο κανονισμός προβλέπει μεταξύ ποιών κατηγοριών μπορούν να επιλέξουν τα κράτη μέλη στο άρθρο 46 παρ. 2, ήτοι γη υπό αγρανάπαυση, αναδασωμένες περιοχές κ.α.

Συμπερασματικά, οι πέντε νέες ρυθμίσεις που εισήχθησαν τα έτη 2003-2004, συμβαδίζουν με τους στόχους για την επίτευξη της αειφόρου ανάπτυξης και ικανοποιούν σκοπούς περιβαλλοντικούς και οικονομικοκοινωνικούς. Ήδη βρίσκονται στο τραπέζι για συζήτηση νέες νομοθετικές προτάσεις από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή για μια πρόσθετη μεταρρύθμιση της Κ.Α.Π. που θα δεσμεύει τα έτη 2021-2027.

²⁶ Βλ. ό.π., *Mittermüller*, σ. 89.

²⁷ Βλ. ό.π., *Mittermüller*, σ. 90.

BREXIT: Το χρονικό της αποχώρησης του Ηνωμένου Βασιλείου από την Ευρωπαϊκή Ένωση. Εφαρμογή του Άρθρου 50 ΣΕ.Ε., Συμφωνία Αποχώρησης και Μεταβατική Περίοδος

Λάππα Μυρτώ-Αμαρυλλίς & Σπαρτιώτης Φώτιος

Απόφοιτος Νομικής ΑΠΘ & Προπτυχιακός Φοιτητής 4^ο έτος

Στις 23 Ιουνίου 2016, σε δημοψήφισμα που διεξήγαγε το Ηνωμένο Βασίλειο σχετικά με το ενδεχόμενο αποχώρησής του από την Ευρωπαϊκή Ένωση, η πλειοψηφία των Βρετανών τάχθηκε υπέρ της αποχώρησης (51.89 % έναντι 48.11%)¹. Το αποτέλεσμα αυτό κατέστησε αναγκαία την εκκίνηση της τυπικής διαδικασίας των διαπραγματεύσεων για την αποχώρηση του Ηνωμένου Βασιλείου από την Ευρωπαϊκή Ένωση (εφεξής Ε.Ε) και ενεργοποίησε για πρώτη φορά την εφαρμογή του άρθρου 50 ΣΕ.Ε.², το οποίο μέχρι τότε αποτελούσε “αχαρτογράφητα νερά” για την Ένωση.

Τον τελευταίο μήνα του 2016, η βρετανική Βουλή των Κοινοτήτων ψήφισε υπέρ της ενεργοποίησης του άρθρου 50 ΣΕ.Ε.³. Εν συνεχεία, στις αρχές του 2017, το Ανώτατο Δικαστήριο, στο πλαίσιο της

υπόθεσης Miller⁴, έκρινε ότι το Κοινοβούλιο οφείλει να εγκρίνει νομοθεσία προκειμένου να επιτραπεί η έναρξη ισχύος του άρθρου 50 ΣΕ.Ε.. Πράγματι, η Κυβέρνηση εισήγαγε νομοσχέδιο στο Κοινοβούλιο, με σύμφωνη την βασιλική γνώμη, για να εξουσιοδοτήσει την τότε Πρωθυπουργό Theresa May να ξεκινήσει την διαδικασία του Brexit. Έτσι, η πρωθυπουργός στις 29 Μαρτίου 2017 απηύθυνε επιστολή στον Πρόεδρο του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου Donald Tusk επικαλούμενη το άρθρο 50 ΣΕ.Ε., προκειμένου η Μεγάλη Βρετανία να αποχωρήσει από την Ε.Ε. Από νομική σκοπιά, στο στάδιο αυτό έγινε κατανοητό ότι οι εσωτερικές συνταγματικές διαδικασίες είναι θέμα του αποχωρούντος Κράτους-Μέλους στις οποίες δεν αναμιγνύεται η Ε.Ε.

Η Διαδικασία που ακολουθείται κατά το άρθρο 50 ΣΕ.Ε..

Η νομική βάση για την αποχώρηση Κράτους-Μέλους από την Ε.Ε είναι το άρθρο 50 ΣΕ.Ε.. Επιγραμματικά το άρθρο 50 ΣΕ.Ε. για πρώτη φορά θεσπίζεται με τη Συνθήκη της Λισαβόνας (2009) και περιγράφει τη διαδικασία αποχώρησης κράτους μέλους από την Ένωση, προσδιορίζει τη δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος οικειοθελούς αποχώρησης κράτους μέλους από την Ευρωπαϊκή Ένωση και μπορεί να ασκηθεί χωρίς χρονικά όρια

¹ Jesús Carmona, Carmen-Cristina Cîrlig and Gianluca Sgueo, UK withdrawal from the European Union Legal and procedural issues, Διαθέσιμο στο https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/599352/EPRS_IDA%282017%29599352_EN.pdf,

² Paul Craig, The Law & Politics of Brexit: Part 1: 3. The Prospects: The Process: Brexit and the Anatomy of Article 50, Oxford University Press, 2017, 49-51

³ Sparrow, A, MPs vote to demand Brexit plan and say article 50 should be triggered by the end March - as it happened, Διαθέσιμο στο: <https://www.theguardian.com/politics/blog/live/2016/dec/07/brexit-debate-plan-labour-pmqs-call-for-government-to-publish-its-brexit-plan-politics-live>

⁴ UKSC 2016/0196, United Kingdom Supreme Court, διαθέσιμη στο: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>

και για οποιοδήποτε λόγο. Ενδεικτικά, στο άρθρο αυτό προβλέπονται οι διαδικαστικές προϋποθέσεις αποχώρησης (παρ.2) και ο χρόνος ισχύος της Απόφασης (παρ.3). Πιο αναλυτικά, το άρθρο 50 ΣΕ.Ε.. μεταξύ άλλων ορίζει τα ακόλουθα:

1. Κάθε κράτος μέλος μπορεί να αποφασίσει να αποχωρήσει από την Ένωση, σύμφωνα με τους εσωτερικούς συνταγματικούς του κανόνες.
2. Το κράτος μέλος που αποφασίζει να αποχωρήσει γνωστοποιεί την πρόθεσή του στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο. Υπό το πρίσμα των προσανατολισμών του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου, η Ένωση προβαίνει σε διαπραγματεύσεις και συνάπτει με το εν λόγω κράτος συμφωνία που καθορίζει τις λεπτομερείς ρυθμίσεις για την αποχώρησή του, λαμβάνοντας υπόψη το πλαίσιο των μελλοντικών του σχέσεων με την Ένωση. Η διαπραγμάτευση της συμφωνίας αυτής γίνεται σύμφωνα με το άρθρο 218, παράγραφος 3, της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η συμφωνία συνάπτεται εξ ονόματος της Ένωσης από το Συμβούλιο, το οποίο αποφασίζει με ειδική πλειοψηφία, μετά από την έγκριση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου.

Το Χρονικό προς τη Συμφωνία Αποχώρησης

Το Ηνωμένο Βασίλειο γνωστοποίησε επίσημα την πρόθεσή του να αποχωρήσει από την Ευρωπαϊκή Ένωση στις 29 Μαρτίου 2017⁵. Το Συμβούλιο στις 22 Μαΐου 2017, συνερχόμενο σε σύνθεση Ε.Ε.²⁷, εξέδωσε απόφαση με την οποία εξουσιοδοτούσε την έναρξη διαπραγματεύσεων για το Brexit με το Ηνωμένο Βασίλειο και όριζε επίσημα την Επιτροπή ως διαπραγματευτή της Ε.Ε.⁶. Επικεφαλής διαπραγματεύσεων της Ε.Ε. ορίστηκε ο κ. Michel Barnier ενώ στο Ηνωμένο Βασίλειο υπουργός αρμόδιος για την έξοδο του Ηνωμένου Βασιλείου από

την Ευρωπαϊκή Ένωση, ορίστηκε ο κ. David Davis.

Επιπρόσθετα, στις 20 Οκτωβρίου 2017 οι 27 ηγέτες της Ε.Ε. ξεκίνησαν τις εσωτερικές διαδικασίες για την προετοιμασία του πλαισίου σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 50 ΣΕ.Ε., δηλαδή τη μετάβαση και τις μελλοντικές σχέσεις με το Ηνωμένο Βασίλειο. Στις 15 Δεκεμβρίου 2017 το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο ενέκρινε το σχέδιο κατευθυντήριων γραμμών και έδωσε εκ νέου εντολή στην Επιτροπή, ως διαπραγματευτή της Ε.Ε. να αρχίσει συνομιλίες και για τη μεταβατική περίοδο.

Στις 5 Απριλίου 2019, η Πρωθυπουργός Theresa May με επιστολή της στον Donald Tusk, Πρόεδρο του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου, ζήτησε την παράταση της προθεσμίας που προβλέπεται στο άρθρο 50 ΣΕ.Ε.. ως τις 30 Ιουνίου 2019, προκειμένου να ολοκληρωθεί η επικύρωση της συμφωνίας για την αποχώρηση. Σύμφωνα με το άρθρο 50 ΣΕ.Ε., ελλείψει συμφωνίας αποχώρησης το Ηνωμένο Βασίλειο θα έπαιε να είναι κράτος μέλος της Ένωσης στις 30 Μαρτίου 2019, εκτός εάν το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο αποφάσιζε ομόφωνα κατόπιν αιτήματος του Ηνωμένου Βασιλείου την παράταση αυτής της προθεσμίας. Με το σκεπτικό αυτό, οι ηγέτες της Ε.Ε. των 27 συναντήθηκαν στις 21 Μαρτίου 2019 και ενέκριναν την παράταση έως τις 22 Μαΐου 2019 ενόψει της έγκρισης της συμφωνίας αποχώρησης από την Βουλή των Κοινοτήτων έως τις 29 Μαρτίου⁷. Σε περίπτωση αποτυχίας της κύρωσης, η παράταση θα έληγε στις 12 Απριλίου. Ο λόγος που επιλέχθηκε ως εναλλακτική ημερομηνία παράτασης η 12^η Απριλίου, ήταν το γεγονός ότι η βρετανική πλευρά δεν επιθυμούσε τη συμμετοχή στις ευρωεκλογές, υποχρέωση που απορρέει από την ιδιότητα των κρατών ως μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Πιθανή παράταση που θα τοποθετούσε το Brexit μετά τη διεξαγωγή των Ευρωεκλογών θα δημιουργούσε θεσμικά ζητήματα.

Ωστόσο, η συμφωνία δεν εγκρίθηκε από την Βουλή των Κοινοτήτων και μετά την υποβολή νέου αιτήματος του Ηνωμένου Βασιλείου για περαιτέρω παράταση της προθεσμίας κατά το άρθρο 50 παρ.3 ΣΕ.Ε.. προκειμένου να αποφευχθεί ο κίνδυνος μιας ασύντακτης αποχώρησης του Ηνωμένου Βασιλείου

⁵ United Kingdom notification under Article 50 TEU, Διαθέσιμο στο: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20001-2017-INIT/en/pdf>

⁶ Το Συμβούλιο (άρθρο 50) εξουσιοδοτεί την έναρξη συνομιλιών για το Brexit και εγκρίνει οδηγίες διαπραγμάτευσης, Διαθέσιμο στο: <https://www.consilium.europa.eu/el/press/press-releases/2017/05/22/brexit-negotiating-directive/>

⁷ Απόφαση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου σε συμφωνία με το Ηνωμένο Βασίλειο για την παράταση της προθεσμίας δυνάμει του άρθρου 50 παράγραφος 3 της ΣΕΕ, Διαθέσιμο στο: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20006-2019-INIT/el/pdf>

ου, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο στις 10 Απριλίου 2019 παρέτεινε μεν την προθεσμία, όχι όμως ως το τέλος Ιουνίου όπως είχε ζητήσει η Βρετανή Πρωθυπουργός αλλά ως τις 31 Οκτωβρίου 2019⁸. Αν η συμφωνία αποχώρησης επικυρωνόταν νωρίτερα το Ηνωμένο Βασίλειο θα αποχωρούσε την πρώτη ημέρα του επόμενου μήνα της κύρωσης. Στις 24 Ιουλίου, πρωθυπουργός αναδεικνύεται ο Boris Johnson⁹.

Στις 17 Οκτωβρίου 2019, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή συνέστησε στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο (άρθρο 50 ΣΕ.Ε.¹⁰) να επικυρώσει την αναθεωρημένη συμφωνία αποχώρησης, συμπεριλαμβανομένου του αναθεωρημένου πρωτοκόλλου για την Ιρλανδία / Βόρεια Ιρλανδία, και να εγκρίνει αναθεωρημένη Κοινή Πολιτική Διακήρυξη για το πλαίσιο της μελλοντικής σχέσης Ε. Ε.-Ηνωμένου Βασιλείου. Έτσι, την ίδια ημέρα σε έκτακτο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο επικυρώθηκε η αναθεωρημένη Συμφωνία Αποχώρησης και η αναθεωρημένη Πολιτική Διακήρυξη που συμφωνήθηκαν στις 17 Οκτωβρίου 2019 σε επίπεδο διαπραγματευτών Ε. Ε. και Ηνωμένου Βασιλείου¹¹.

Δύο ημέρες αργότερα, πραγματοποιήθηκε ειδική συζήτηση του βρετανικού Κοινοβουλίου για την κύρωση της αναθεωρημένης Συμφωνίας Απο-

χώρησης¹². Ο πρωθυπουργός υποστήριξε την συμφωνία. Οι βουλευτές όμως ψήφισαν υπέρ της τροπολογίας του Sir Oliver Letwin καθυστερώντας με αυτόν τον τρόπο την εξέταση της συμφωνίας έως ότου εγκρινόταν η νομοθεσία για την εφαρμογή της. Η προαναφερθείσα καθυστέρηση οδήγησε τελικά στην εφαρμογή του νόμου Benn¹³. Επρόκειτο για νομοθετική πράξη του Κοινοβουλίου του Ηνωμένου Βασιλείου. Περιείχε μεταξύ άλλων σχέδιο δράσης για την περίπτωση που προτεινόταν μια εναλλακτική ημερομηνία από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο ενώ προέβλεπε και ορισμένες περιπτώσεις στις οποίες ο πρωθυπουργός της χώρας θα υποχρεωνόταν να ζητήσει παράταση της ημερομηνίας του Brexit. Στο πλαίσιο αυτό, ο Boris Johnson απευθύνθηκε στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο αιτούμενος παράταση για την αποχώρηση της Βρετανίας μέχρι τις 31 Ιανουαρίου 2020. Η παράταση δόθηκε με απόφαση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου¹⁴.

Τελικά, στις 24 Ιανουαρίου 2020 η Ευρωπαϊκή Ένωση υπέγραψε τη Συμφωνία Αποχώρησης. Αργότερα την ίδια μέρα, το έγγραφο υπεγράφη και από τον Boris Johnson στο Λονδίνο. Σύμφωνα δε με όσα προβλέπονται στο άρθρο 50 ΣΕ.Ε., «*οταν ολοκληρωθούν οι διαπραγματεύσεις, το Συμβούλιο αποφασίζει με ειδική πλειοψηφία στην οποία δεν συμμετέχει ο εκπρόσωπος του αποχωρούντος κράτους μέλους, μετά από σύμφωνη γνώμη του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου την σύναψη της συμφωνίας που υπογράφει το ίδιο για λογαριασμό της Ένωσης*»¹⁵. Έτσι, μετά από την επικύρωση της συμφωνίας αποχώρησης από το Ηνωμένο Βασίλειο, η Ολομέλεια του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου ενέκρινε τη συμφωνία

⁸ Απόφαση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου σε συμφωνία με το Ηνωμένο Βασίλειο για την παράταση της προθεσμίας δυνάμει του άρθρου 50 παράγραφος 3 της ΣΕΕ, Διαθέσιμο στο: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20013-2019-INIT/el/pdf>

⁹ Kennedy, Merrit, The Time Has Come To Act: Boris Johnson Takes The Helm As U.K. Prime Minister, Διαθέσιμο στο: <https://www.npr.org/2019/07/24/744839100/the-time-has-come-to-act-boris-johnson-takes-the-helm-as-u-k-prime-minister?t=1582206038248>

¹⁰ Β. Αγραπίδη, Δ. Αναγνωστοπούλου, Γ. Αυγερινός, Ν. Γαϊτενίδης, Γ. Γρύλλος, Σ. Κοροβέση, Μ. Κουσκουνά, Μ. Κρητικός, Γ. Κώτσηρας, Χρ. Μαλαματάρης, Α. Μαντά, Α. Μεταξάς, Ν. Μηλιώνης, Γ. Μουρνιανάκης, Ι. Νάτσινας, Ε. Παλιού, Ρ.-Ε. Παπαδοπούλου, Μ. Μενγκ-Παπαντώνη, Μ. Περάκης, Σ. Ρηγάκου, Μ. Ροδόπουλος, Α. Σκουλίκης, Α. Τσιώνα, Ν. Φαραντούρης, Β. Χριστιανός, Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ - Κατ' άρθρο ερμηνεία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, 173-179

¹¹ Συμπεράσματα Ευρωπαϊκού Συμβουλίου άρθρου 50 ΣΕΕ, 17 Οκτωβρίου 2019, Διαθέσιμο στο: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:4301000&from=EL>

¹² Murphy, Simon, Parliament set for Brexit showdown on 19 October, Διαθέσιμο στο: <https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/09/parliament-set-for-brexit-showdown-on-19-october>

¹³ European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019, Διαθέσιμο στο: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/26/contents/enacted>

¹⁴ Απόφαση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου σε συμφωνία με το Ηνωμένο Βασίλειο για την παράταση της προθεσμίας δυνάμει του άρθρου 50 παράγραφος 3 της ΣΕΕ, Διαθέσιμο στο: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20024-2019-REV-2/en/pdf>

¹⁵ Όπως ακριβώς, Γ.-Ε. Καλαβρός-Θ.Γ. Γεωργόπουλος, Το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης Θεσμικό Δίκαιο Τόμος Ι, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 63

αποχώρησης στις 29 Ιανουαρίου 2020 και στις 30 Ιανουαρίου 2020 το Συμβούλιο με γραπτή διαδικασία υιοθέτησε την απόφαση για σύναψη της συμφωνίας.¹⁶ Στις 31 Ιανουαρίου 2020 το Ηνωμένο Βασίλειο αποχώρησε και από την Ευρωπαϊκή Ένωση, όταν και τέθηκε επίσημα σε ισχύ η συμφωνία αποχώρησης.

Συμφωνία Αποχώρησης

Η Συμφωνία Αποχώρησης περιλαμβάνει έξι Κεφάλαια και τρία Πρωτόκολλα. Συγκεκριμένα περιλαμβάνει στο πρώτο Κεφάλαιο κοινές διατάξεις για την ορθή εφαρμογή της συμφωνίας αποχώρησης, στο δεύτερο Κεφάλαιο τη διευθέτηση για τα δικαιώματα πολιτών της Ε.Ε. που ήδη διαβιούν ή/και εργάζονται στο Ηνωμένο Βασίλειο και, αντιστοίχως, των πολιτών του Ηνωμένου Βασιλείου που ζουν ή/και εργάζονται σε κράτος-μέλος της Ε.Ε., καθώς και τα μέλη των οικογενειών τους. Στις διατάξεις του τρίτου Κεφαλαίου, γίνεται αναφορά στον τρόπο επίτευξης ομαλής εξόδου του Ηνωμένου Βασιλείου από την Ε.Ε., ενώ στο τέταρτο Κεφάλαιο υπάρχει πρόβλεψη για μεταβατική περίοδο, μέχρι 31.12.2020, με δυνατότητα επέκτασης της για ένα ή δύο ακόμη έτη. Εν συνεχεία, το Πέμπτο Κεφάλαιο ρυθμίζει τον χρηματοδοτικό διακανονισμό, ο οποίος διασφαλίζει ότι το Ηνωμένο Βασίλειο θα τηρήσει όλες τις χρηματοδοτικές του δεσμεύσεις για τον κοινοτικό προϋπολογισμό 2014-2020. Οι διατάξεις του έκτου Κεφαλαίου εξασφαλίζουν την αποτελεσματική διαχείριση, εφαρμογή και επιβολή της Συμφωνίας Αποχώρησης, μέσω μηχανισμών επίλυσης διαφορών (Μικτή Επιτροπή, ειδικές επιτροπές που θα επιβλέπουν την εφαρμογή των επιμέρους Μερών της Συμφωνίας κλπ). Τέλος, όπως προαναφέρθηκε η Συμφωνία Αποχώρησης περιλαμβάνει τρία Πρωτόκολλα. Αυτά είναι: το Πρωτόκολλο για την Ιρλανδία, το Πρωτόκολλο για την Κύπρο και το Πρωτόκολλο για το Γιβραλτάρ.¹⁷

¹⁶ Η ΕΕ επικυρώνει τη συμφωνία αποχώρησης, Διαθέσιμο στο: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/01/30/brexit-council-adopts-decision-to-conclude-the-withdrawal-agreement/>

¹⁷ Υπουργείο Εξωτερικών: Ελληνική Δημοκρατία, Μέρη της Συμφωνίας Αποχώρησης & Συνοδευτικά Πρωτόκολλα, Διαθέσιμο στο: <https://brexit.gov.gr/withdrawal-agreement/>

Μεταβατική Περίοδος

Η συμφωνία αποχώρησης τέθηκε σε ισχύ την 1η Φεβρουαρίου 2020. Οι ρυθμίσεις της αποχώρησης καθορίζονται στη Συμφωνία. Επιπλέον, προβλέπεται Μεταβατική Περίοδος που θα διαρκέσει μέχρι τις 31.12.2020. Στόχος είναι μέσα σε αυτό το διάστημα να διασφαλιστεί, αφενός, η εφαρμογή της Συμφωνίας Αποχώρησης που αποτέλεσε προϊόν διαπραγματεύσεων και συνήφθη σύμφωνα με το άρθρο 50 ΣΕ.Ε. και, αφετέρου, να δοθεί χρόνος για διαπραγματεύσεις και σύναψη της συμφωνίας για τη μέρα μετά την έξοδο του Ηνωμένου Βασιλείου από την Ε.Ε. Μια μελλοντική σχέση, που θα δημιουργήσει το διάδοχο καθεστώς για τη συνεργασία των δύο πλευρών έτσι ώστε την επόμενη μέρα του “πραγματικού” Brexit, να μην δημιουργηθεί το χάος ενός νομοθετικού κενού. Κι αυτό διότι η πραγματική εικόνα του Brexit θα φανεί την 1.1.2021, με την λήξη της Μεταβατικής Περιόδου, εφόσον δεν υπάρξει παράτασή της.

Η διαπραγματευτική συνεργασία για τη δημιουργία της μελλοντικής σχέσης θα έχει ως βάση τις κατευθυντήριες γραμμές που προκύπτουν από τις αποφάσεις και τα συμπεράσματα του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και θα ξεκινήσει με την προσπάθεια συνομολόγησης μιας σειράς συμφωνιών κατά τη μεταβατική περίοδο. Το γενικό πλαίσιο της μελλοντικής σχέσης έχει ήδη τεθεί στην Κοινή Πολιτική Διακήρυξη της Ε.Ε και Ηνωμένου Βασιλείου, που υιοθετήθηκε τον Οκτώβριο του 2019.

Ήδη, στις 25 Φεβρουαρίου, το Συμβούλιο εξέδωσε απόφαση με την οποία δίνει το πράσινο φως για την έναρξη διαπραγματεύσεων για νέα εταιρική σχέση με το Ηνωμένο Βασίλειο.¹⁸ Το Συμβούλιο όρισε επίσης την Επιτροπή ως διαπραγματευτή της Ε.Ε. και ενέκρινε τις οδηγίες διαπραγμάτευσης. Η εντολή αυτή καλύπτει τομείς όπως το εμπόριο, η αλιεία, η εξωτερική πολιτική, η ασφάλεια και η άμυνα, η επιβολή του νόμου και η δικαστική συνεργασία σε ποινικές υποθέσεις. Από τις 2 Μαρτίου άρχισαν επίσημα οι διαπραγματεύσεις για τη μελλοντική σχέση Ε.Ε.-Ηνωμένου Βασιλείου.¹⁹ Θα

¹⁸ Council Decision authorising the opening negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement, Διαθέσιμο στο: <https://www.consilium.europa.eu/media/42737/st05870-en20.pdf>

¹⁹ Agenda EU-UK Future Relationship 1st Round of Negotiations 2-5 March 2020, Διαθέσιμο στο: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/agenda->

πραγματοποιούνται πλήρεις γύροι διαπραγματεύσεων κάθε δύο-τρεις εβδομάδες. Ο τόπος διεξαγωγής τους θα εναλλάσσεται μεταξύ Βρυξελλών και Λονδίνου. Η κρίση με τη νόσο COVID-19 ωστόσο, οδήγησε στην αναβολή των διαπραγματεύσεων, που είχαν προγραμματιστεί για τις 18-20 Μαρτίου 2020 στο Λονδίνο.

Η διαπραγματευτική θέση της Ε.Ε. για την μελλοντική σχέση που επιθυμεί με το Ηνωμένο Βασίλειο αποτυπώνεται στην διαπραγματευτική εντολή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, την οποία ενέκρινε το Συμβούλιο Γενικών Υποθέσεων στις 25 Φεβρουαρίου 2020. Αυτή προκρίνει, την συνομολόγηση ενιαίας και συνολικής συμφωνίας, που θα περιλαμβάνει κεφάλαια για όλα τα επιμέρους θέματα κοινού ενδιαφέροντος (εμπόριο, μεταφορές, αλιεία, ανταλλαγή δεδομένων, αστυνομική και δικαστική συνεργασία, άμυνα και ασφάλεια κλπ). Από τη μεριά του το Ηνωμένο Βασίλειο, ως σημείο αναφοράς για το είδος της συμφωνίας που επιθυμεί να πετύχει με την Ένωση φαίνεται να προκρίνει τη Συμφωνία της Ένωσης με τον Καναδά, βασικό χαρακτηριστικό της οποίας αποτελεί η απαλλαγή επιβολής δασμών στα περισσότερα αγαθά που εμπορεύονται οι χώρες μεταξύ τους. Επιθυμεί επίσης οι διαπραγματεύσεις να ολοκληρωθούν εντός του 2020, γεγονός που περιορίζει τις πιθανότητες επίτευξης συμφωνίας.²⁰

Μεταβατική Περίοδος και Θέση του Ηνωμένου Βασιλείου

Κατά το στάδιο της μεταβατικής περιόδου, το Ηνωμένο Βασίλειο θεωρείται χώρα εκτός Ε.Ε.. Δεν έχει δικαίωμα συμμετοχής στα όργανα και στη διαδικασία λήψης αποφάσεων της Ε.Ε.. Ωστόσο, κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου θα συνεχίσει να υπόκειται στο σύνολο του κοινοτικού κεκτημένου (του θεσμικού και κανονιστικού πλαισίου της Ε.Ε.) και να έχει πρόσβαση στην Ενιαία Αγορά και την τελωνειακή ένωση της Ε.Ε.. Οι συναλλαγές του Ηνωμένου Βασιλείου με τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης θα εξακολουθήσουν να διενεργούνται κατά τους όρους του προϊσχύοντος καθεστώτος (σαν η Μεγάλη Βρετανία να ήταν ακόμη μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης) μόνο όμως για το διάστημα της μεταβατικής περιόδου, δηλαδή μέχρι το τέλος του 2020, εκτός αν συμφωνηθεί πα-

ράταση της μεταβατικής περιόδου για ένα ή δύο έτη. Η παράταση αυτή όμως μπορεί να γίνει άπαξ και για να έχει ισχύ πρέπει να συμφωνηθεί μέχρι τον Ιούλιο του 2020. Επιπλέον, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης θα εξακολουθεί να έχει δικαιοδοσία επί του Ηνωμένου Βασιλείου κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου. Αυτό ισχύει επίσης για την ερμηνεία και την εφαρμογή της συμφωνίας αποχώρησης. Ως προς τη δυνατότητα σύναψης διεθνών συμφωνιών με τρίτες χώρες και διεθνείς οργανισμούς, το Ηνωμένο Βασίλειο θα μπορεί να συνάψει διεθνείς συμφωνίες ακόμη και σε τομείς αποκλειστικής αρμοδιότητας της Ε.Ε., υπό την προϋπόθεση ότι οι εν λόγω συμφωνίες δεν θα εφαρμόζονται κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου, εκτός εάν το επιτρέψει η Ευρωπαϊκή Ένωση. Τέλος, η κοινή εξωτερική πολιτική και πολιτική ασφάλειας της Ε.Ε. (Κ.Ε.Π.Π.Α.) θα εφαρμόζεται στο Ηνωμένο Βασίλειο κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου. Το Ηνωμένο Βασίλειο θα εξακολουθήσει να έχει δυνατότητα συμμετοχής σε αποστολές και επιχειρήσεις Κ.Ε.Π.Π.Α.. Τα περιοριστικά μέτρα της Ε.Ε. θα εξακολουθήσουν να εφαρμόζονται ως προς το Ηνωμένο Βασίλειο και εντός αυτού. Σε περίπτωση που υπάρχει ανάγκη συντονισμού, θα ζητείται η γνώμη του Ηνωμένου Βασιλείου, κατά περίπτωση.²¹

Σήμερα, δεν μπορούμε να γνωρίζουμε την τελική έκβαση των διαπραγματεύσεων (Δεκέμβριος του 2020), οπότε και θα λήξει η μεταβατική περίοδος (εκτός αν υπάρξει παράταση), καθώς στο κρίσιμο αυτό διάστημα θα ληφθούν οι αποφάσεις τόσο για τις συναλλακτικές όσο και για τις λοιπές σχέσεις των δύο μερών. Μια πιθανή επίτευξη συμφωνίας κατά τη μεταβατική περίοδο θα θέσει τους όρους διενέργειας του εμπορίου, οι οποίοι θα είναι αμοιβαίως αποδεκτοί και θα οδηγήσουν σε μια ομαλότερη, δεδομένης της αποχώρησης, συνεργασία στον τομέα αυτό. Οπωσδήποτε, σε περίπτωση που δεν καταστεί δυνατή η σύναψη συμφωνίας στο πλαίσιο της μεταβατικής περιόδου, εάν δηλαδή Ηνωμένο Βασίλειο και Ε.Ε. δεν καταφέρουν να καταλήξουν σε συμφωνία αμοιβαίως αποδεκτή, τότε υπάρχει ο κίνδυνος να φτάσουμε πάλι στις

uk-eu-first-round-02-05-march-2020.pdf

²⁰ Υπουργείο Εξωτερικών:Ελληνική Δημοκρατία, Με συμφωνία μελλοντικής Συνεργασίας, Διαθέσιμο στο: <https://brexit.gov.gr/dyo-senaria-eksodou/>

²¹ Επίσημος ιστότοπος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Τι συμβαίνει κατά τη μεταβατική περίοδο; , Διαθέσιμο στο: https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/brexit-brief/transition-period_el

συνέπειες του “No-Brexit” σεναρίου και οι σχέσεις Ηνωμένου Βασιλείου- Ένωσης να ρυθμίζονται με βάση όσα προβλέπονται από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου. Στην περίπτωση αυτή, η Μεγάλη Βρετανία δεν θα απολαμβάνει πλέον ελεύθερες δασμολογικά και χωρίς άλλες οικονομικές επιβαρύνσεις συναλλαγές με την Ευρωπαϊκή Ένωση και τα κράτη μέλη της, αλλά οι συναλλαγές θα υπόκεινται σε δασμούς σύμφωνα με τις προβλέψεις του Π.Ο.Ε.²² Η διαδικασία σύναψης μιας συνολικής συμφωνίας είναι χρονοβόρα και θα μπορούσε να δημιουργήσει επιπλοκές, στο μέτρο που κάποια μέρη της θα περάσουν από εθνικά κοινοβούλια. Ωστόσο τα μέτρα που εμπίπτουν στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης μπορούν να τεθούν σε προσωρινή εφαρμογή. Επιπλέον, για τους τομείς που είναι πιθανό να μην ολοκληρωθεί η διαπραγμάτευση, μια λύση θα ήταν τα μέρη να εκδώσουν μονομερή μέτρα προσωρινού χαρακτήρα που θα ισχύουν από 1/1/2021 και θα καλύπτουν το νομοθετικό κενό από τη μη έγκαιρη σύναψη συμφωνίας, ενόσω οι διαπραγματεύσεις θα συνεχίζονται. Τέλος, το Ηνωμένο Βασίλειο θα πρέπει να είναι

έτοιμο να εφαρμόσει το Πρωτόκολλο για την Ιρλανδία²³ στο τέλος της μεταβατικής περιόδου, το οποίο περιλαμβάνει δέσμευση για σεβασμό των προνομίων της ειρηνευτικής Συμφωνίας της Μεγάλης Παρασκευής του 1998, διατήρηση της ειρήνης και της κανονικότητας στην καθημερινή ζωή των Ιρλανδών και συνέχιση της συνεργασίας βορρά-νότου στο νησί ενώ προβλέπει μία ειδική διευθέτηση για τα σύνορα Δημοκρατίας της Ιρλανδίας (Ε.Ε.) και Βορείου Ιρλανδίας (ΗΒ), που θα τεθεί σε εφαρμογή στο τέλος της μεταβατικής περιόδου και θα εξασφαλίζει ανοικτό σύνορο μεταξύ βορρά και νότου, χωρίς φυσικές υποδομές και τελωνειακούς ή άλλους ελέγχους. Αν μάλιστα, δεν προχωρήσει στην εφαρμογή του, η Επιτροπή θα μπορούσε να ενεργοποιήσει τη διαδικασία παράβασης εις βάρος του Ηνωμένου Βασιλείου.

Επιλογικά, ο χρόνος θα ξεκαθαρίσει την ακριβή πορεία του Brexit και τις συνέπειές του, τόσο για το Ηνωμένο Βασίλειο ξεχωριστά και για τη σχέση Ηνωμένου Βασιλείου και Ε.Ε., όσο και την συνολική επίδρασή του στη μελλοντική πορεία της Ένωσης.

²² *Giorgio Sacerdoti*, *The Law & Politics of Brexit: Part 1: 4. The Prospects: The UK Trade Regime with the EU and the World: Options and Constraints Post-Brexit*, Oxford University Press, 2017, 77-78

²³ Revised Protocol on Ireland and Northern Ireland, Διαθέσιμο στο: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/revised_withdrawal_agreement_including_protocol_on_ireland_and_northern_ireland.pdf

Η (μη) εφαρμογή της ισότητας των φύλων στον εργασιακό και κοινωνικό-ασφαλιστικό τομέα

Τσιρώνης Νικόλας
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Οι αρχές του κοινωνικού κράτους και του κράτους δικαίου, αρχές οι οποίες διέπουν την ελληνική έννομη τάξη, επιτάσσουν αναμφίβολα τον σεβασμό και την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων για όλους τους πολίτες της Ελλάδας σε ποικίλους τομείς της καθημερινής ζωής. Από την αρχή του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας του άρθρου 2§1 Σ μέχρι και την προστασία του περιβάλλοντος του άρθρου 24 Σ, ο Έλληνας νομοθέτης έχει φροντίσει ώστε η προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων να λάβει την αυξημένη τυπική ισχύ που παρέχει το Σύνταγμα και με ρητή πρόβλεψη στο άρθρο 25 Σ. Θεμελιώδης έκφανση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων είναι η γενική αρχή της ισότητας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 4 Σ και ειδικεύεται ανάλογα την περίπτωση. Στο παρόν άρθρο, το ενδιαφέρον επικεντρώνεται στην εφαρμογή της ισότητας στον εργασιακό και κοινωνικό-ασφαλιστικό τομέα με κριτήριο το φύλο, τόσο σε εθνικό όσο και σε Ευρωπαϊκό επίπεδο. Το ζήτημα που ανακύπτει διαρκώς στην νομική επιστήμη είναι το εάν αρκεί μόνον η κατοχύρωση και η θέσπιση ενός νόμου για την σωστή εφαρμογή αυτού. Το ερώτημα, λοιπόν, που τίθεται είναι εάν η συνταγματικής ισχύος κατοχύρωση της αρχής της ισότητας εφαρμόζεται, πράγματι, στον συναλλακτικό βίο των δύο φύλων.

Ισότητα στην εργασία: Αρχή ίσης μεταχείρισης

Από την γενική αρχή της ισότητας προκύπτει και η αρχή της ίσης μεταχείρισης όσον αφορά τον εργασιακό τομέα. Η αρχή αυτή που ερείδεται τόσο στο άρθρο 4§1 Σ όσο και στο 22§1 Σ, εφαρμόζεται με δύο βασικούς τύπους, την γενική επιταγή

και τις ειδικές αρχές για ίση μεταχείριση. Ο πρώτος τύπος της γενικής επιταγής, πηγάζει από την γενική αρχή της ισότητας και την αρχή της ισότητας στις εργασιακές σχέσεις, που διέπει το Εργατικό Δίκαιο, από όπου αντλεί και το περιεχόμενό του. Ο δεύτερος τύπος, αυτός των ειδικών αρχών που διέπουν την ίση μεταχείριση, απαγορεύει ρητά κάθε είδους διακρίσεις εις βάρος των ατόμων με βάση τα προσωπικά τους χαρακτηριστικά.¹ Το δικαίωμα αυτό που παρέχεται στον εργαζόμενο, για να μπορεί να ασκηθεί, πρέπει να τηρεί τις προϋποθέσεις που συνάγονται από την αρχή. Αρχικά, αναγκαία είναι η ύπαρξη ενεργούς σχέσης εργασίας, δηλαδή το δικαίωμα του εργαζόμενου και η αντίστοιχη υποχρέωση του εργοδότη υφίσταται μόνο κατά τη διάρκεια της σύμβασης. Έπειτα, η παροχή εργασίας πρέπει να είναι σαφώς εκούσια και νόμιμη, δηλαδή να συμβληθεί ο εργαζόμενος με την θέληση του και η σύμβαση εργασίας να προβλέπεται στο νόμο. Στη συνέχεια, η αρχή επιβάλλει οι εργαζόμενοι να βρίσκονται σε ουσιαστικά όμοιες καταστάσεις μεταξύ τους, αλλά και να μην υπάρχει έλλειψη ειδικού και σοβαρού λόγου για διαφοροποιήσεις. Διαφοροποιήσεις δύναται να υπάρχουν, βασισμένες σε αντικειμενικά κριτήρια, όπως για παράδειγμα η κατοχή πτυχίο ΑΕΙ.

Τέλος, η αρχή επιβάλλει ως προϋποθέσεις τον μερικό περιορισμό της συμβατικής ελευθερίας του εργαζομένου σε σχέση με την σχέση έντασης και την απασχόληση στον ίδιο εργοδότη και όχι σε πολλαπλούς εργοδότες.²

¹ Ζερδελής Δ. Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου (Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις), Σάκκουλα, 2017, σελ.123.

² Ζερδελής Δ., Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου (Ατομικές Εργασιακές σχέσεις), Σάκκουλα, 2017,

Πέραν της συνταγματικής κατοχύρωσης, ο Έλληνας νομοθέτης εκδίδει πρώτη φορά τυπικό νόμο του κράτους για την ίση μεταχείριση ανδρών και γυναικών στην εργασία, με το ν.1414/1984, ο οποίος ψηφίστηκε στο πλαίσιο της οδηγίας Ε.Ο.Κ 2074/1976. Σκοπός του νόμου ήταν η προώθηση των γυναικών σε όλες τις βαθμίδες επαγγελματικής κατάρτισης, η παροχή ίσων ευκαιριών στην εργασία κλπ³. Ο νόμος αυτός αντικαταστάθηκε από τον ν.3488/2006, που μεταξύ άλλων, όριζε για πρώτη φορά την έννοια της σεξουαλικής παρενόχλησης στο χώρο εργασίας, που αντιμετωπίζεται ως τύπος διάκρισης λόγω φύλου αλλά και την διάκριση μεταξύ άμεσων και έμμεσων διακρίσεων⁴ (θα γίνει λόγος παρακάτω). Συνεπώς, γίνεται αντιληπτό ότι η ορθή επιβολή νόμου επί του θέματος άργησε σημαντικά να συμβεί.

Όπως προαναφέρθηκε, η απαγόρευση διακρίσεων αποτελεί πυλώνα της ισότητας των φύλων όχι μόνο στην εργασία αλλά σε κάθε τομέα που περιλαμβάνει ο ανθρώπινος βίος. Ο ν.4443/2016 χωρίζει τις διακρίσεις σε άμεσες και έμμεσες. Άμεσες είναι οι διακρίσεις που ορίζονται ρητά σε νομοθετική διάταξη ενώ έμμεσες είναι αυτές που μπορούν να προκληθούν όταν μία φαινομενικά ουδέτερη κατάσταση μπορεί να στραφεί κατά του εργαζομένου και να τον υποβάλλει σε μειονεκτική θέση.⁵ Για παράδειγμα μία άμεση διάκριση αποτελεί μία αγγελία για θέση εργασίας απευθυνόμενη σε άτομα, μόνον, ορισμένου φύλου, ενώ παράδειγμα έμμεσης διάκρισης θα μπορούσε να αποτελέσει η σύνδεση ορισμένων ειδών παροχών με κριτήρια όπως η οικογενειακή. Έτσι, διάκριση λόγω φύλου υπάρχει όταν για την παροχή ίσης εργασίας ένας άνδρας αμείβεται παραπάνω από μία γυναίκα ή και το αντίστροφο.

Βέβαια, ο νομοθέτης θα μπορούσε να παραλείψει το γεγονός ότι τα δύο φύλα μεταξύ τους παρουσιάζουν βιολογικές διαφορές που πολλές φορές θέτουν ερωτήματα ως προς την εφαρμογή της ισότητας στον εργασιακό τομέα. Πιο συγκεκριμένα, η μητρότητα πρέπει σε κάθε περίπτωση να λαμβά-

σελ.126-148.

³ Δουλκέρη Τ. Ισότητα των φύλων στις εργασιακές σχέσεις, Παπαζήση, 1994.

⁴ Γεωργιακάκη Ε.Ε., Ισότητα στην εργασία και στην εκπαίδευση, Σάκκουλα, 2007, σελ.14-15.

⁵ Ζερδελής Δ., Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου (Ατομικές Εργασιακές σχέσεις), Σάκκουλα, 2017, σελ.166-169.

νεται υπόψιν, ούτως ώστε να διασφαλίζεται η ορθή εφαρμογή της αρχής της ισότητας. Ο δικαστής έχει βρεθεί πολλές φορές, τόσο σε εθνικό όσο και σε ευρωπαϊκό επίπεδο, με ανάλογες καταστάσεις και έχει κρίνει με τα παραπάνω δεδομένα.⁶ Σε μία προσπάθεια επέκτασης της ισότητας και στους άνδρες, ο Έλληνας όρισε πως οι άνδρες ασφαλισμένοι δικαιούνται σύνταξη γήρατος, με τις ίδιες προϋποθέσεις που τίθενται και για τις γυναίκες⁷.

Σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης η ισότητα των φύλων προστατεύεται τόσο σε επίπεδο πρωτογενούς δικαίου, και πιο συγκεκριμένα στο Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων στο άρθρο 23, στην Συνθήκη για την λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στα άρθρα 153 στ. Θ και 157 αλλά και στην Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση στο άρθρο 9 με την γενική αρχή της ισότητας, όσο και στο δευτερογενές δίκαιο με την προαναφερθείσα οδηγία 207/1976. Η οδηγία αυτή ορίζει στο άρθρο 1 την αρχή της ίσης μεταχείρισης και έχει ως πεδίο εφαρμογής σχεδόν όλους τους τομείς της επαγγελματικής απασχόλησης, από την πρόσληψη μέχρι τους όρους εργασίας κλπ. Όσον αφορά το κομμάτι των διακρίσεων και εκεί επεμβαίνει ο ΧΘΔ με το άρθρο 21 αλλά και με μία σειρά προστατευτικών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στα άρθρα 27επ. γενικότερα για την εργασία. Είναι ελπιδοφόρο το γεγονός ότι ένα νομοθετικό κείμενο υψηλά στην νομοθετική ιεραρχία των πηγών δικαίου της Ένωσης προστατεύει εκτενώς την εργασία. Τέλος, φυσικά και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, αν και εκτός πλαισίου Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν θα παρέλειπε να προστατεύσει την απαγόρευση κάθε μορφής διακρίσεων στο άρθρο 14.

Ισότητα στην εργασία: Ισότητα στην αμοιβή εργασίας

Ειδικότερη αρχή της ισότητας στις εργασιακές σχέσεις αποτελεί και η αρχή της ισότητας στην αμοιβή εργασίας. Η αρχή αυτή απορρέει από την ίδια νομική βάση που αντλεί και την ισχύ της η ισότητα στην εργασία (δηλαδή το άρθρο 22§1 Σ.). Η έννοια της αμοιβής εμφανίζεται αρκετά ευρεία καθώς περιλαμβάνει όχι μόνο τον μισθό αλλά μη χρηματικές παροχές, επιδόματα κλπ.⁸ Συνεπώς οποια-

⁶ Υπόθεση C-218/98, Abdoulaye.

⁷ Άγγελος Στεργίου, Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης Γ έκδοση, Σάκκουλα, 2017, σελ.298-299.

⁸ Χρυσόγονος Κ. Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και

δήποτε μείωση ή αύξηση αμοιβής για παροχή ίσης αξίας με βάση προσωπικά στοιχεία, και εδώ συγκεκριμένα το φύλο, στοιχειοθετεί διάκριση λόγω φύλου και παράβαση της αρχής της ισότητας στην αμοιβή. Το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο θέτει άλλη μία προϋπόθεση, αυτή της ύπαρξης εργασιακής σχέσης ιδιωτικού δικαίου.⁹ Η νομολογία δέχεται ότι υφίστανται και διαφοροποιήσεις στην αρχή αυτή οι οποίες επιτρέπονται «*επί εκουσίω μεν παροχών όταν αυτές είναι δίκαιες και εύλογες, ως δικαιολογούμενες από τη συνδρομή ειδικού και σοβαρού κατ' αντικειμενική κρίση λόγου, επί νομοθετικών δε ρυθμίσεων αν επιβάλλονται από λόγους γενικότερου κοινωνικού ή δημοσίου συμφέροντος*»¹⁰ Στη σχετική απόφαση του δικαστηρίου γίνεται αντιληπτή η ύπαρξη αόριστων αξιολογικών εννοιών όπως «δίκαιη» και «εύλογη» που καλείται ο καθείς να ερμηνεύσει προκαλώντας έτσι μία δυσαναλογία απόψεων.

Ιστορικά στοιχεία και έρευνες δείχνουν ότι στην Ελλάδα η ίση αμοιβή εργασίας δεν έγινε αντιληπτή από τον εργοδότη. το Α' τρίμηνο του 1988 ο μέσος όρος αποδοχών για των άνδρα ήταν 118.796 δρχ. ενώ για την γυναίκα 80.453 δρχ. Πιο συγκεκριμένα ο μέσος όρος του άνδρα χωρίζεται σε 106.416 δρχ. τακτικές αποδοχές, 5.951 δρχ. υπερωρίες και 6.428 δρχ. λοιπές αμοιβές. Σε αντιδιαστολή με την γυναίκα που ο μέσος όρος χωρίζεται σε 77.582 δρχ. τακτικές αποδοχές, 1.673 δρχ. υπερωρίες και 1.119 δρχ. λοιπές αμοιβές. Τα στοιχεία αυτά της ΕΛ.ΣΤΑΤ (πρώην Ε.Σ.Υ.Ε) υποδεικνύουν σημαντικές διαφοροποιήσεις εις βάρος των γυναικών και μάλιστα σε μία εποχή που τα δικαιώματα τους κατοχυρώνονταν.¹¹

Στο ίδιο νομοθετικό πλαίσιο κινείται και σε αυτήν την περίπτωση η Ευρωπαϊκή Ένωση, η οποία ήδη ως Ε.Ο.Κ κατοχυρώνει το δικαίωμα με την ιδρυτική συνθήκη της Ρώμης από το 1958. Σε επίπεδο δευτερογενούς δικαίου η τότε Ε.Ο.Κ εκδίδει την οδηγία 117/1975 για την ίση μεταχείριση ανδρών και γυναικών όσον αφορά τα θέματα αμοιβής τους. Το κατά πόσο όμως ακόμα και σήμερα εφαρμόζονται αυτές οι διατάξεις είναι ένα θεμελιώδες ζήτη-

μα. Έρευνα της EUROSTAT για το 2016 δείχνει ότι το ακαθάριστο μισθολογικό χάσμα μεταξύ των δύο φύλων ανήλθε σε περισσότερο από 16% στις χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με την Εσθονία να καταλαμβάνει την πρώτη θέση με το μεγαλύτερο χάσμα 25,3% και ακολουθεί η Τσεχία 21,8%, η Γερμανία 21,5% και το Ηνωμένο Βασίλειο με 21%. Τις τελευταίες θέσεις έχουν η Ρουμανία 5,2% και η Ιταλία 5.3%.¹² Γίνεται κατανοητό, συνεπώς, ότι παρά την ισχυρή προστασία του δικαιώματος ακόμα και στο ενωσιακό επίπεδο, το πρόβλημα της εφαρμογής ανακύπτει για ακόμη μία φορά.

Ισότητα στην κοινωνική ασφάλιση

Με την εξέλιξη της κοινωνικής προστασίας των πολιτών στο χρόνο, η Ελλάδα κλήθηκε να εφαρμόσει την αρχή της ισότητας σε έναν παρεπόμενο τομέα της εργασίας, αυτόν της κοινωνικής ασφάλισης. Η παροχή κοινωνικής ασφάλισης αποτελεί ύψιστο δικαίωμα για τον εργαζόμενο, όπως αποτυπώνεται στο 22§5 Σ, και πολύ περισσότερο σε μία εποχή που αποφεύγεται η σχετική ενέργεια από τους εργοδότες. Θεμελιώδες ζήτημα από τις αρχές του τομέα αυτού είναι αυτό της συνταξιοδότησης, το οποίο έχει απασχολήσει αρκετά τον Έλληνα αλλά και τον Ενωσιακό νομοθέτη.

Ισότητα στην κοινωνική ασφάλιση: Το ζήτημα της συνταξιοδότησης

Η συνταξιοδότηση είτε απευθύνεται στον ιδιωτικό είτε στον δημόσιο τομέα αποτελεί ένα θεμελιώδες, παρεπόμενο της εργασίας δικαίωμα, αλλά και μια αντίστοιχη υποχρέωση του εργοδότη προς τον εργαζόμενο. Με απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, και συγκεκριμένα της Ολομέλειας, η σύνταξη θεωρήθηκε κοινωνικοασφαλιστικό δικαίωμα το οποίο πηγάζει από τον νόμο.¹³ Οι φορείς του δικαιώματος αυτού δεν είναι άλλοι από τα φυσικά, ημεδαπά πρόσωπα, γεγονός που συνάγεται από το άρθρο 4§2 Σ. Ο προσδιορισμός του ορίου ηλικίας για την συνταξιοδότηση συμβαίνει πρώτη φορά με τον ν.1902/1990, ο οποίος μειώνει σημαντικά τη διαφορά στο όριο ηλικίας για την σύνταξη μεταξύ ανδρών και γυναικών καθώς επίσης και τα χρόνια που απαιτούνται για την συνταξιοδότηση. Βασικό ελάττωμα αποτελεί και το γεγονός ότι καταργείται η δυνατότητα των άγαμων ή διαζευγμένων θυγα-

Κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ.202.

⁹ ΑΕΔ 16/1983..

¹⁰ Χρυσόγονος Κ. Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και Κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ.202-203 από ΑΠ 211/1992.

¹¹ Δουλκέρη Τ. Ισότητα των φύλων στις εργασιακές σχέσεις, Παπαζήση, 1994.

¹² EUROSTAT, 38/2018, 7 Μαρτίου 2018.

¹³ ΕΣ.416/2002.

τέρων ασφαλισμένων δημοσίου και ιδιωτικού τομέα να συνταξιοδοτηθούν. Νέα νομοθετική ρύθμιση έρχεται να αλλάξει το προηγούμενο δυσάρεστο γεγονός με τον ν.2084/92, όπου σταδιακά αυξάνεται το όριο συνταξιοδότησης τόσο για άνδρες όσο και για γυναίκες στα 65 έτη από 60 ενώ, εκτός των άλλων, αυξάνεται και ο συντάξιμος χρόνος που θεωρείται προϋπόθεση για να συνταξιοδοτηθεί κάποιος, προσπαθώντας πάντοτε να δράσει ο ελληνας νομοθέτης εντός του πλαισίου της αρχής της ισότητας.¹⁴

Η εφαρμογή της ισότητας στην κοινωνική ασφάλιση στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο

Το θεσμό της κοινωνικής ασφάλισης δεν παρέλειψε να προστατέψει και το Ενωσιακό Δίκαιο. Σε επίπεδο πρωτογενούς δικαίου της Ένωσης, η κοινωνική προστασία των πολιτών διατάσσεται από τις παραπάνω γενικές αρχές της ισότητας και της απαγόρευσης των διακρίσεων που κατοχυρώνονται στον ΧΘΔ αλλά και στην ΕΣΔΑ. Άξιος προσοχής είναι και αριθμός πράξεων δευτερογενούς δικαίου για την προστασία αυτού του δικαιώματος.

Εκ των σπουδαιότερων πράξεων είναι και η οδηγία 79/7/Ε.Ο.Κ που προσαρμόστηκε στην ελληνική έννομη τάξη σταδιακά με τους ν.1469/84, ν.1902/90, ν.2084/92, ν.1296/82 κλπ. Η οδηγία αναγνώριζε ότι τα κράτη είναι αρμόδια για τον συγκεκριμένο τομέα και ότι η Ευρωπαϊκή Ένωση δεν μπορούσε να επέμβει σε εθνικά ζητήματα. Όμως μέσω της οδηγίας και της υποχρεωτικής ενσωμάτωσής της στις εκάστοτε εθνικές έννομες τάξεις έμμεσα επιβλήθηκε και όρισε ότι τα κράτη υποχρεούνται να δρουν εντός του ορίου της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών. Η οδηγία καλύπτει ένα ευρύ φάσμα αποδεκτών, όπως ελεύθερους επαγγελματίες, εργαζόμενους μετά από ατύχημα κλπ αλλά και ένα πλήθος κανόνων δικαίου που εξασφαλίζουν την

προστασία για αναπηρία, γήρας, εργατικό ατύχημα κλπ.¹⁵ Ακολουθεί μία σειρά περαιτέρω οδηγιών και κανονισμών που σκοπό έχουν να συστηματοποιήσουν την εφαρμογή της ισότητας των φύλων στον τομέα κοινωνικής ασφάλισης όπως 7/1979 Ε.Ο.Κ, 86/378 Ε.Ο.Κ και 96/97 Ε.Κ για τη εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης στα επαγγελματικά συστήματα κοινωνικής ασφάλισης, 2004/113/ Ε.Κ για την εφαρμογή της αρχής στην πρόσβαση σε αγαθά και υπηρεσίες και ο κανονισμός 806/2004 Ε.Κ. για την προαγωγή και της ισότητας στην συνεργασία και την ανάπτυξη.

Επίλογος

Η διαρκής εξέλιξη της κοινωνίας επιτάσσει και την εξέλιξη των ανθρώπων μέσα σε αυτές. Είναι σχεδόν αδιανόητο να υφίσταται ακόμη και σήμερα κενό μεταξύ των αμοιβών των ανδρών και των γυναικών (gender pay gap), ακόμα και όταν η προστασία της ισότητας θεμελιώνεται τόσο σε εθνικά όσο και σε ευρωπαϊκά νομοθετήματα. Το συμπέρασμα οδηγεί στην πρώτη θεώρηση αυτού του άρθρου από τον πρόλογο κιόλας. Το θεμελιώδες πρόβλημα δεν είναι η έκδοση ενός νόμου αλλά η εφαρμογή του στην κοινωνία και η συμμόρφωση των πολιτών με αυτόν. Το κώλυμα, λοιπόν, έγκειται στην μερική εφαρμογή του νόμου για την προστασία της ισότητας και αυτό έχει ως αποτέλεσμα την, ακόμη και σήμερα, μειονεκτική θέση των γυναικών στον εργασιακό και κοινωνικό-ασφαλιστικό τομέα. Είναι, λοιπόν, επιτακτική η ανάγκη της Πολιτείας να ενδυναμώσει την εφαρμογή της ισότητας των φύλων με τρόπο ανάλογο της δημιουργίας δικαϊκού εθίμου, δηλαδή με μακροχρόνια κρατική πρακτική αλλά και από πλευράς του λαού με πεποίθηση δικαίου.

¹⁴ Μποχουρούδη Μ. σε διπλωματική εργασία «Ισότητα στην κοινωνική ασφάλιση» 2009, σελ.19.

¹⁵ Αναγνώστου-Δεδούλη Α. Γαληνού Ε.Ε, Η ισότητα των φύλων στην κοινωνική προστασία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σελ. 9-10.

Ο δρόμος προς την πρόσβαση των ομοφυλόφιλων στην υιοθεσία

Αντωνακάκης Μανώλης
Τελεióφοιτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Τον Μάιο του 2018 υπερψηφίστηκε από τη Βουλή των Ελλήνων νομοσχέδιο που κατοχυρώνει τη δυνατότητα αναδοχής παιδιών από ομόφυλα ζευγάρια που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης¹. Σαφώς, ο θεσμός της αναδοχής διαφέρει σημαντικά από αυτόν της υιοθεσίας, αν και αποτελούν και οι δύο, σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση του παραπάνω νόμου (ν. 4538/2018)², «τους κυριότερους και σημαντικότερους θεσμούς παιδικής προστασίας». Πιο συγκεκριμένα, ο πρώτος σκοπεύει στην ανάληψη της φροντίδας ανήλικου προσώπου που τελεί υπό γονική μέριμνα ή επιτροπεία από τρίτα πρόσωπα³, ενώ ο δεύτερος, όπως θα αναλυθεί και παρακάτω, οδηγεί στην πλήρη «μεταβίβαση» της γονικής μέριμνας του ανήλικου από τους φυσικούς στους θετούς γονείς. Η επέκταση, ωστόσο, της δυνατότητας αναδοχής και σε ομόφυλα ζευγάρια που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης κρίθηκε ως ένα βήμα μπροστά και μία μικρή νίκη του αγώνα διεκδίκησής πλήρων δικαιωμάτων τεκνοθεσίας για όλες τις οικογένειες και εξάλειψης των παγιωμένων στην ελληνική κοινωνία διακρίσεων βάσει σεξουαλικού προσανατολισμού.

Αν και βραδείες σε σχέση με τις υπόλοιπες ευρωπαϊκές έννομες τάξεις, οφείλουμε να αναγνωρί-

σουμε τις εκ μέρους του Έλληνα νομοθέτη προσπάθειες προσαρμογής στις σύγχρονες εξελίξεις και επικαιροποίησης σημαντικών δικαιικών θεσμών, όπως αυτού της οικογένειας, ώστε να ανταποκρίνονται στην «αυθόρμητη» ανάπτυξη και εξέλιξη των κοινωνικών σχέσεων. Στα πιο χαρακτηριστικά και ουσιαστικά σημαντικά παραδείγματα που αφορούν τα δικαιώματα των ΛΟΑΤ+ ατόμων⁴ περιλαμβάνονται ο ν. 4356/2015 για το σύμφωνο συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών και ο ν. 4491/2017 για τη νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου.

Ωστόσο, οι διακρίσεις βάσει σεξουαλικού προσανατολισμού, αλλά και ταυτότητας φύλου, είναι ακόμη παρούσες και κοινωνικά και νομικά. Ας μην ξεχνάμε ότι, όπως ακριβώς το σύμφωνο συμβίωσης δε συνιστά γάμο (με πιο χαρακτηριστική διαφορά υπό το φως του υπό εξέταση ζητήματος το γεγονός ότι μόνο οι έγγαμοι μπορούν να υιοθετήσουν), έτσι και η αναδοχή δε συνιστά υιοθεσία. Η αναδοχή, δηλαδή, ακριβώς επειδή σκοπός της είναι η εν τέλει επανένταξη του ανήλικου στη φυσική του οικογένεια, αδυνατεί να ικανοποιήσει την ανάγκη και δικαίωμα του ομοφυλόφιλου ατόμου στην απόκτηση τέκνων. Στο πλαίσιο της αξιολόγησης της ικανοποίησης του εν λόγω δικαιώματος, το άρθρο αυτό πραγματεύεται την πρόσβαση των ομοφυλόφιλων ατόμων και ζευγαριών στην υιοθεσία στην Ελλάδα.

¹ *Lawspot*, Δημοσιεύθηκε ο Νόμος 4538/2018 για την αναδοχή και την υιοθεσία, Διαθέσιμο στο: <https://bit.ly/37hNGlq>

² *Βουλή των Ελλήνων*, Νομοθετικό Έργο: Κατατεθέντα Σχέδια/Προτάσεις Νόμων, Διαθέσιμο στο: <https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Katatethenta-Nomosxedia?lawid=25e4cfc9-aaa3-4845-81f4-a8c500d35402>

³ Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, *Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σ. 593.

⁴ ΛΟΑΤ+ είναι ένα αρκτικόλεξο που προέρχεται από τις λέξεις Λεσβία, Ομοφυλόφιλος, Αμφιφυλόφιλος και Τρανς. Το σύμβολο της πρόσθεσης στο τέλος του αρκτικόλεξου σκοπεύει στην περαιτέρω συμπερίληψη στον όρο κάθε φάσματος της σεξουαλικότητας και του φύλου.

Ο θεσμός της υιοθεσίας

Κανένα από τα περί υιοθεσίας άρθρα του Ελληνικού Αστικού Κώδικα δεν προσφέρει κάποιον ορισμό του όρου, το ίδιο δε παρατηρείται και στις περισσότερες αλλοδαπές νομοθεσίες. Η απουσία ρητού νομοθετικού ορισμού δικαιολογείται από το γεγονός ότι ο θεσμός της υιοθεσίας είναι γνωστός ήδη από την αρχαιότητα και το περιεχόμενο του θεωρείται αυτονόητο⁵. Κάνουμε λόγο για θεσμό και μάλιστα δικαϊκό, καθώς η υιοθεσία συνιστά μόρφωμα κοινωνικό που έχει εδραιωθεί στο χρόνο, ικανοποιεί σημαντικές κοινωνικές ανάγκες, αφορά όμως και ρυθμίζεται από το Δίκαιο⁶. Η σημαντικότερη από τις κοινωνικές ανάγκες που υπηρετεί η υιοθεσία, ως θεσμός παιδικής προστασίας, είναι αυτή της οικογενειακής αποκατάστασης του ανήλικου παιδιού, το οποίο αξιώνει από το Κράτος ιδιαίτερη φροντίδα και μέριμνα. Υπενθυμίζουμε ότι η παιδική ηλικία καθεαυτή τελεί υπό την προστασία του Κράτους βάσει του άρθρου 21 του Ελληνικού Συντάγματος.

Στα νομικά, λοιπόν, ο όρος «υιοθεσία» εκφράζει αφενός τη νομική πράξη με την οποία διακόπτεται κάθε δεσμός του ανήλικου με τη φυσική του οικογένεια και ο ανήλικος εντάσσεται πλήρως στην οικογένεια του θετού γονέα του, όπως ακριβώς ορίζει το άρθρο 1561 του Αστικού Κώδικα, αφετέρου την έννομη σχέση που δημιουργείται με την πράξη αυτή⁷. Πρόκειται για μία σύνθετη νομική πράξη που αξιώνει τη συναίνεση καταρχήν του προσώπου που υιοθετεί και των φυσικών γονέων του τέκνου αφενός, την έκδοση τελεσίδικης δικαστικής απόφασης αφετέρου. Τα αποτελέσματα της υιοθεσίας ενεργούν για το μέλλον από την έκδοση της προαναφερθείσας απόφασης.

Χρήζει να σημειώσουμε ότι ο όρος «υιοθεσία» θεωρείται, σύμφωνα μάλιστα και με την ανεξάρτητη διοικητική αρχή του Συνηγόρου του Πολίτη, παρωχημένος και αναχρονιστικός, «καθώς δεν ανταποκρίνεται ετυμολογικά στην νομική και κοινωνι-

κή πραγματικότητα»⁸. Προτιμότεροι, πιο σύγχρονοι και ουδέτεροι όροι που θα μπορούσαν να προτιμηθούν είναι αυτοί της «τεκνοθεσίας» ή «παιδοθεσίας», οι οποίοι δεν καθρεφτίζουν την άνιση ή μεροληπτική αντιπροσώπευση των δύο φύλων στη γλώσσα, φαινόμενο που οι γλωσσολόγοι αποκαλούν «γλωσσικό σεξισμό»⁹.

Υιοθεσία από ομοφυλόφιλα άτομα

Προφανώς ζήτημα δεν τίθεται καταρχήν όταν ένα ομοφυλόφιλο άτομο επιθυμεί μεμονωμένα να υιοθετήσει ένα παιδί. Σύμφωνα με το άρθρο 1453 του ΑΚ, στο πρόσωπο του υιοθετούντος πρέπει να συντρέχουν δύο στοιχεία, ένα ηλικιακό, ήτοι αυτός να έχει συμπληρώσει τα τριάντα χρόνια του και να μην έχει υπερβεί τα εξήντα, και ένα νομικό, να είναι αυτός ικανός για δικαιοπραξία (σύμφωνα με τα άρθρα 7επ. του Κώδικα). Επομένως, τόσο ο σεξουαλικός προσανατολισμός όσο και το φύλο του προσώπου είναι νομικά αδιάφορα. Ωστόσο, ο νόμος (άρθρο 1557 του ΑΚ) απαιτεί περεταίρω να διεξάγεται πριν από την τέλεση κάθε υιοθεσίας «επισταμένη κοινωνική έρευνα» από κοινωνική υπηρεσία ή άλλη υπηρεσία ή κοινωνική οργάνωση που ειδικεύεται στις υιοθεσίες, ώστε να συνταχθεί έκθεση που θα απευθύνεται στο δικαστήριο και θα αποφαινεται για το αν η εν λόγω υιοθεσία είναι υπέρ ή όχι του συμφέροντος του υιοθετούμενου. Δεν αποκλείεται, λοιπόν, σε περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος αποκαλύψει την σεξουαλική του κατεύθυνση, να κριθεί ότι η υιοθεσία δεν εξυπηρετεί το συμφέρον του παιδιού, αν και ένας τέτοιου είδους αποκλεισμός παραβιάζει την συνταγματική αρχή της ισότητας¹⁰.

Παντελώς διαφορετική είναι η αντιμετώπιση του ζευγαριού ομοφυλόφιλων που επιθυμεί να υιοθετήσει. Το ζευγάρι αυτό αποκλείεται ρητώς νομοθετικά από τη σχετική διαδικασία. Το άρθρο 1545 του ΑΚ ορίζει ότι δεν επιτρέπεται να υιοθετηθεί το

⁵ Κατερίνα Φουντεδάκη, Υιοθεσία: ο ν. 2447/1996, οι τροποποιήσεις και η εφαρμογή του, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2010, σ. 141

⁶ Ασπασία Ι. Τσαούση, Θεσμοί, Δίκαιο και Κοινωνία: Κρίσιμες Διατομές υπό το Φως μιας Βιωματικής Θεώρησης, Εκδόσεις Παπαζήση, 2018, σ. 64

⁷ Έφη Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο: Επιτομή, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σ. 451

⁸ *εΘέμις*, Οι θέσεις του ΣτΠ επί του νομοσχεδίου «Μέτρα για την Προώθηση των Θεσμών της Αναδοχής και Υιοθεσίας», Διαθέσιμο στο: <https://bit.ly/38przLd>

⁹ Γενική Γραμματεία Ισότητας των Φύλων, Οδηγός Χρήσης Μη Σεξιστικής Γλώσσας στα Διοικητικά Έγγραφα, Εθνικό Τυπογραφείο, 2018, σ. 82

¹⁰ Κηπουρίδου Κ., Μηλαπίδου Μ., Το δικαίωμα των ομοφυλόφιλων προς απόκτηση απογόνων στην Ελλάδα, σ. 42, Διαθέσιμο στο: <https://bit.ly/2ut795r>

ίδιο πρόσωπο ταυτόχρονα από περισσότερους, εκτός αν αυτοί είναι σύζυγοι. Ως γνωστόν, δυο άτομα του ίδιου φύλου δε δύνανται να τελέσουν γάμο στην Ελλάδα. Ως εκ τούτου, είναι νομικά αδύνατη η υιοθεσία ενός παιδιού από ένα ζευγάρι ατόμων του ίδιου φύλου.

Ισχύει, ωστόσο, το ίδιο και σε περίπτωση που το ένα μέλος του ομοφυλόφιλου ζευγαριού επιθυμεί να υιοθετήσει το παιδί που απέκτησε ο ή η σύντροφος του; Η απάντηση δυστυχώς δυνάμει του νόμου είναι καταφατική. Το άρθρο 1562 του ΑΚ ορίζει ότι «*όταν ο ένας σύζυγος υιοθετεί το τέκνο του άλλου, οι δεσμοί του υιοθετουμένου με το φυσικό γονέα του και τους συγγενείς του δεν διακόπτονται*». Όπως αναφέρθηκε στην προηγούμενη παράγραφο, δυο ομόφυλα άτομα δε μπορούν να θεωρηθούν σύζυγοι στην ελληνική έννομη τάξη, καθώς ο γάμος ομοφύλων δεν έχει ακόμη κατοχυρωθεί. Σε περίπτωση, δηλαδή, που η σύντροφος μιας μητέρας ενός παιδιού υιοθετήσει το παιδί αυτό και οι κοινωνικές υπηρεσίες κρίνουν ότι η υιοθεσία αυτή εξυπηρετεί το συμφέρον του τέκνου, κάθε δεσμός του ανηλίκου με τη φυσική του μητέρα θα διακοπεί, σύμφωνα με το παραπάνω άρθρο. Οδηγούμαστε, με λίγα λόγια, σε έναν νομικό παραλογισμό, ο οποίος βρίσκει έρεισμα στην αδυναμία του νομοθέτη να καλύψει νομοθετικά τις επιλογές των ατόμων και των σχέσεων που αναπτύσσονται μεταξύ τους στον κοινωνικό χώρο.

Η θέση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

Σύμφωνα με το άρθρο 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), «*παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του*», ενώ το άρθρο 14 της ίδιας ορίζει ότι «*η χρήση των αναγνωριζομένων εν τη παρούση Συμβάσει δικαιωμάτων και ελευθεριών δέον να εξασφαλισθή ασχέτως διακρίσεως φύλου, φυλής, χρώματος, γλώσσης, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προελεύσεως, συμμετοχής εις εθνικήν μειονότητα, περιουσίας, γεννήσεως ή άλλης καταστάσεως*». Επιβάλλεται να τονιστεί ότι η ΕΣΔΑ ασκεί άμεση επίδραση στην ελληνική έννομη τάξη, καθώς κάθε χώρα μέλος έχει νομική υποχρέωση να υιοθετεί τα αναγκαία μέτρα για τον σεβασμό και τη μη παραβίαση της, ενώ υπάρχει η πιθανότητα καταδίκης και επιβολής προστίμων από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) σε αντίθετη περί-

πτωση¹¹.

Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου έχει επανειλημμένα ασχοληθεί με το ζήτημα της υιοθεσίας από ομόφυλα άτομα και ζευγάρια¹². Στην απόφαση Fretté κατά Γαλλίας της 26^{ης} Φεβρουαρίου του 2002¹³, το Δικαστήριο απεφάνθη επί της προσφυγής ενός ομοφυλόφιλου άντρα, ο οποίος υποστήριξε ενώπιον του ότι η απόφαση που απέρριπτε το αίτημα του να υιοθετήσει ένα παιδί βασίστηκε καταχρηστικώς σε προκαταλήψεις που συνδεόταν με τον σεξουαλικό του προσανατολισμό. Το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 14 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 της Σύμβασης, καθώς οι εθνικές αρχές είχαν περιθώριο να εκτιμήσουν κατά πόσο δύναται να περιοριστεί το δικαίωμα για υιοθεσία, το οποίο επικαλέστηκε ο προσφεύγων, βάσει του συμφέροντος του παιδιού.

Η σκληρή αυτή στάση του Δικαστηρίου αλλάζει έξι χρόνια μετά. Στην υπόθεση E.B. κατά Γαλλίας¹⁴, το ίδιο εξέτασε την άρνηση των Γαλλικών αρχών να επιτρέψουν την υιοθεσία παιδιού σε μία γυναίκα που συζούσε και βρισκόταν σε σταθερή σχέση με μία άλλη γυναίκα. Η αιτούσα υποστήριξε ότι κατά τη διαδικασία εξέτασης της αίτησης της για παροχή άδειας για υιοθεσία υπέστη διακριτική μεταχείριση που βασίστηκε στο σεξουαλικό της προσανατολισμό. Τόσο οι διοικητικές αρχές όσο και τα εθνικά δικαστήρια που εξέτασαν το αίτημα της υποστήριξαν την άρνηση χορήγησης άδειας βασιζόμενοι, inter alia, στην απουσία πατρικού προτύπου. Το δικαστήριο έκρινε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 14 της Σύμβασης σε συνδυασμό με το άρθρο 8, υπογραμμίζοντας ότι η ομοφυλοφιλία της

¹¹ Λίνα Παπαδοπούλου, Η Νομική Έννοια της Οικογένειας και τα Ομόφυλα Ζευγάρια, Μαθήματα από το ΕΔΔΑ, σ. 3, Διαθέσιμο στο: shorturl.at/BSY78.

¹² Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Φύλλο Πληροφοριών - Ζητήματα Σεξουαλικού Προσανατολισμού, Διαθέσιμο (στην αγγλική γλώσσα) στο: shorturl.at/oyAW3.

¹³ Υπόθεση Fretté κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, Προσφυγή υπ' αριθμ. 36515/97, Απόφαση της 26/02/2002, Διαθέσιμη στο: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-60168%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60168%22]}).

¹⁴ Υπόθεση E.B. κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, Προσφυγή υπ' αριθμ. 43546/02, Απόφαση της 22/01/2008, Διαθέσιμη στο: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-84571%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-84571%22]}).

προσφεύγουσας υπήρξε καθοριστικός παράγοντας στην άρνηση των γαλλικών αρχών, γεγονός που γίνεται φανερό από την εκτενή αναφορά στο σεξουαλικό προσανατολισμό της στην αιτιολογία των σχετικών αποφάσεων. Καθώς, λοιπόν, η γαλλική έννομη τάξη επέτρεπε στα ανύπαντρα άτομα την υιοθεσία, η άρνηση του αιτήματος της συνιστά διακριτική μεταχείριση βάσει σεξουαλικού προσανατολισμού.

Την 15^η Μαρτίου του 2012, με την απόφαση του στην υπόθεση *Gas και Dubois*¹⁵ κατά Γαλλίας, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν παραβιάζονται τα άρθρα 14 και 8 της Σύμβασης σε περίπτωση άρνησης της υιοθεσίας παιδιού από τη σύντροφο της μητέρας του. Καθώς η εν λόγω δυνατότητα αφορούσε μόνο τα παντρεμένα ζευγάρια, κρίθηκε ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν τίθεται διακριτική μεταχείριση βάσει σεξουαλικού προσανατολισμού, καθώς η ρύθμιση αποκλείει τα ανύπαντρα ζευγάρια, είτε αυτά είναι ομόφυλα ή ετερόφυλα. Αντιθέτως, το Δικαστήριο απεφάνθη περί διακρίσεως μεταξύ ζευγαριών σε γάμο και ζευγαριών σε συμβίωση. Έκρινε, ωστόσο, τη διάκριση αυτή θεμιτή εξηγώντας ότι το άρθρο 12 της Σύμβασης δεν υποχρεώνει κανένα συμβαλλόμενο κράτος να θεσπίσει δυνατότητα σύναψης γάμου και για τα ομόφυλα ζευγάρια, καθώς μία τέτοια ρύθμιση εναπόκειται στην εκτίμηση του εκάστοτε εθνικού νομοθέτη.

Στο πλαίσιο της ίδιας συζήτησης, ενδιαφέρον εμφανίζει η υπόθεση *X. και λοιποί κατά Αυστρίας*¹⁶. Εν προκειμένω η πρώτη και η τρίτη προσφεύγουσα βρίσκονταν σε σταθερή σχέση, ενώ ο δεύτερος αιτών είναι το παιδί της τρίτης αιτούσας. Η πρώτη αιτούσα επιθυμούσε να υιοθετήσει το παιδί, χωρίς όμως να διαρραγεί η σχέση του με τη βιολογική του μητέρα. Ενώ, λοιπόν, στην αυστριακή έννομη τάξη η υιοθεσία του βιολογικού τέκνου του ενός συντρόφου από τον άλλο σύντροφο επιτρέπεται μόνο στα ετερόφυλα ζευγάρια ανεξάρτητα αν έχουν τελέσει γάμο ή όχι, ανάλογη δυνατότητα δεν παρέχεται στα ομόφυλα ζευγάρια. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η διαφορετική μεταχείριση μεταξύ των

δύο προσφευγουσών και ενός άγαμου ετερόφυλου ζευγαριού στην συγκεκριμένη περίπτωση συνιστά πράγματι διάκριση βάσει σεξουαλικού προσανατολισμού, καθώς η αυστριακή κυβέρνηση δεν κατάφερε να αποδείξει ότι αυτή η διάκριση είναι αναγκαία για την προστασία της οικογένειας και των συμφερόντων του παιδιού.

Η «ευρωπαϊκή εικόνα»

Πρόσβαση στην υιοθεσία και στα ομόφυλα ζευγάρια παρέχεται στα μισά σχεδόν κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης¹⁷. Πλήρη πρόσβαση προσφέρεται σε δεκατέσσερις χώρες και, συγκεκριμένα, στις Ολλανδία, Σουηδία, Ισπανία, Ηνωμένο Βασίλειο, Βέλγιο, Δανία, Γαλλία, Μάλτα, Λουξεμβούργο, Αυστρία, Ιρλανδία, Πορτογαλία, Φινλανδία και Γερμανία.

Παράλληλα, στη Σλοβενία και στην Εσθονία επιτρέπεται ήδη η λεγόμενη «υιοθεσία θετού τέκνου», όταν δηλαδή ο σύντροφος ενός προσώπου υιοθετεί το τέκνο του τελευταίου, ενώ στην Κροατία επιτρέπεται στον έναν σύντροφο να λάβει μονάχα την κηδεμονία του παιδιού του άλλου, είτε υπάρχει γάμος ή όχι. Στην τελευταία χώρα, μάλιστα, προοδευτικό βήμα χαρακτηρίστηκε δεσμευτική απόφαση Διοικητικού Δικαστηρίου που εκδόθηκε τον τελευταίο μήνα του 2019, η οποία για πρώτη φορά επέτρεψε σε ομόφυλους γονείς να γίνουν ανάδοχοι γονείς¹⁸. Η σημασία της απόφασης, πέρα από την ανάδειξη του ρόλου της δικαστικής εξουσίας στην υπό εξέταση πορεία, εντοπίζεται και στην επιμονή στην αιτιολογία της στην ανάγκη προάσπισης του συμφέροντος του παιδιού.

Τέλος, ιδιαίτερη περίπτωση συνιστά και η Ιταλία, στην οποία η απόφαση λαμβάνεται *de facto* για κάθε υπόθεση από τα Δικαστήρια. Η συντηρητική αντιμετώπιση του ζητήματος, σαφώς επηρεασμένη από την παρουσία της Καθολικής Εκκλησίας, είναι εμφανής στη νομολογία των Ιταλικών δικαστηρίων, σε αποφάσεις μάλιστα που προκαλούν εντύπωση. Αξιοσημείωτη είναι η υπόθεση δύο δίδυμων

¹⁵ Υπόθεση *Gas και Dubois* κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ, Προσφυγή υπ' αριθμ. 25951/07, Απόφαση της 15/03/2012, Διαθέσιμη στο: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109572%22%5D%7D>.

¹⁶ Υπόθεση *X. κ.α. κατά Αυστρίας*, ΕΔΔΑ, Προσφυγή υπ' αριθμ. 19010/07, Απόφαση της 19/02/2013, Διαθέσιμη στο: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-116735%22%5D%7D>.

¹⁷ *Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο*, Τα Δικαιώματα των ΛΟΑΤΙ Ατόμων στην Ευρωπαϊκή Ένωση, Διαθέσιμο (στην αγγλική γλώσσα) στο: shorturl.at/bfif1

¹⁸ *Forrest Stilin*, Croatia Court Decision: Gay Couple Allowed to Become Foster Parents, Διαθέσιμο (στην αγγλική γλώσσα) στο: <https://www.total-croatia-news.com/politics/40398-croatia-court-gay-parents>

αγοριών με γονείς δυο ομοφυλόφιλους άντρες, τα οποία γεννήθηκαν από παρένθετη μητέρα στην Καλιφόρνια. Τα Ιταλικά Δικαστήρια κατέληξαν ότι, επειδή χρησιμοποιήθηκε το γεννητικό υλικό και των δύο αντρών για τη γονιμοποίηση έκαστου ωαρίου, ο καθένας από αυτούς μπορεί να αναγνωριστεί ως πατέρας του βιολογικού του τέκνου και μόνο. Ωστόσο, επειδή τα μωρά δε γίνεται να αναγνωριστούν ως παιδιά του ζευγαριού και επειδή η υιοθεσία θετού τέκνου δεν είναι νόμιμη, αυτά, αν και μοιράζονται την ίδια βιολογική μητέρα, δε γίνεται, σύμφωνα με την κρίση του δικαστηρίου, να θεωρηθούν νομικά ως αδέρφια¹⁹.

Είναι σημαντικό να υπάρχει εποπτεία της ως άνω περιγραφόμενης «ευρωπαϊκής εικόνας», καθώς σήμερα η ευρωπαϊκή έννομη τάξη επιδρά στις επιμέρους εσωτερικές πιο πολύ από ποτέ. Αξιοσημείωτη είναι η κρίση επί της ουσίας του ΕΔΔΑ στην υπόθεση Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδας²⁰, στην οποία καταδικάστηκε η χώρα μας ως η

μόνη χώρα που είχε θεσπίσει νομοθεσία που διέπει έναν τύπο συμφώνου συμβίωσης αποκλείοντας τα ομόφυλα ζευγάρια από το πεδίο εφαρμογής της, γεγονός που συνιστά, σύμφωνα με τα λόγια του Δικαστηρίου, απόκλιση «από τον κανόνα που ακολουθούν σχετικά με αυτό το θέμα τα Ευρωπαϊκά κράτη».

Επίλογος

Τα άτομα που έλκονται ερωτικά και σεξουαλικά από άτομα του ίδιου φύλου σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να νοούνται από το νόμο ως ειδική κατηγορία προσώπων για τα οποία θα πρέπει να προβλέπεται ειδική μεταχείριση. Ωστόσο, λόγω ενός στοιχείου της προσωπικότητας τους που ανάγεται εξ ολοκλήρου στον ιδιωτικό βίο, τα άτομα αυτά αδυνατούν να παντρευτούν τον ή την σύντροφο τους, να υιοθετήσουν ένα παιδί από κοινού με αυτόν ή αυτήν, ή και να υιοθετήσουν το παιδί του ή το παιδί της, πέφτουν συχνά θύματα σωματικής ή λεκτικής βίας και αντιμετωπίζονται εν γένει ως πολίτες «δεύτερης κατηγορίας». Ο νομοθέτης δε μπορεί για καιρό να κλείνει τα μάτια του, καθώς τα ζευγάρια αυτά *de facto* υπάρχουν, ούτε μπορεί να συνεχίσει να τους στερεί την απόλαυση θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όσο συμβαίνει (και) αυτό, είναι αμφίβολο αν μπορούμε με σιγουριά να λέμε ότι και στην Ελλάδα όλοι οι άνθρωποι γεννιούνται ίσοι ως προς την αξιοπρέπεια και τα δικαιώματα.

¹⁹ *Anna Momigliano*, These two baby boys are twins, but an Italian court says they aren't brothers, Διαθέσιμο (στην αγγλική γλώσσα) στο: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/01/08/these-two-baby-boys-are-twins-but-an-italian-court-says-they-arent-brothers/>

²⁰ Υπόθεση Βαλλιανάτος κ.α. κατά Ελλάδας, ΕΔΔΑ, Προσφυγές υπ' αριθμ. 29381/09 και 32684/09, Απόφαση της 07/11/2012, Διαθέσιμο στο: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22item](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-128294%22%5D%7D)

[id%22:%5B%22001-128294%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-128294%22%5D%7D)

Ενωσιακό ασφαλιστικό μέτρο: Ευρωπαϊκή Διαταγή Δέσμευσης Λογαριασμού (ΕΕ 655/2014)

Κούρτη Νόρα
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Ο κανονισμός της Ε.Ε 655/2014 του Ευρωπαϊκού κοινοβουλίου και του συμβουλίου της 15^{ης} Μαΐου 2014 προσαρμόστηκε στην ελληνική νομοθεσία με τις διατάξεις του άρθρου 42 του νόμου 4509/2017 και την προσθήκη του άρθρου 738^Α στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας πέμπτο βιβλίο (ασφαλιστικά μέτρα). Ωστόσο, εύλογα προκύπτει το ερώτημα «Περί τίνος πρόκειται;». Πρόκειται, λοιπόν, για ένα ενωσιακό ασφαλιστικό μέτρο που διασφαλίζει τον αιφνιδιασμό και αποτελεί χρήσιμο εργαλείο για τους δανειστές που επιδιώκουν την εξασφάλιση απαιτήσεων από οφειλέτες σε διασυννοριακές υποθέσεις, αστικές και εμπορικές, χωρίς οι ίδιοι να έχουν γνώση για την αίτηση της διαταγής, εωσότου γίνει εφαρμοστή. Ειδικότερα, να διευκρινιστεί ο όρος της «διασυννοριακής υπόθεσης», εννοείται ότι ο τραπεζικός λογαριασμός που πρέπει να δεσμευτεί βάσει της εντολής δέσμευσης, βρίσκεται σε κράτος μέλος διαφορετικό από το κράτος μέλος του δικαστηρίου, στο οποίο υποβλήθηκε η αίτηση ή από το κράτος που βρίσκεται η κατοικία του δανειστή.

Ιστορική αναδρομή

Ιστορικά, θα υποστηρίζαμε ότι η όλη ιδέα ξεκίνησε πριν από είκοσι χρόνια, όταν η Ευρωπαϊκή Επιτροπή τόνισε τις δυσκολίες που υπήρχαν όσον αφορά τις διασυννοριακές ανακτήσεις οφειλών, την βελτίωση του δικαστικού συστήματος εκτέλεσης των αποφάσεων και φυσικά την αναγκαιότητα που προέκυψε για τη θέσπιση ασφαλιστικών μέτρων κατά της περιουσίας του οφειλέτη που βρίσκεται σε διάφορα κράτη μέλη. Κατά συνέπεια, θεσπίστηκε ο κανονισμός και η εφαρμογή του εν λόγω ασφαλιστικού μέτρου έχει ξεκινήσει από τις 18 Ιανουαρίου του 2017. Η Δανία δεν εφαρμόζει την

εν λόγω διαταγή, συνεπώς δεν μπορεί κάποιος να υποβάλλει αίτηση για διαταγή δέσμευσης δανικού λογαριασμού.

Διαδικασία ασφαλιστικού μέτρου και πεδίο εφαρμογής

Το πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού περιλαμβάνει μόνο δανειστές που κατοικούν σε δεσμευόμενο κράτος μέλος από τον Κανονισμό και αφορά αποκλειστικά τη δέσμευση τραπεζικών λογαριασμών οφειλετών που τηρούνται σε τράπεζες κρατών μελών δεσμευομένων του Κανονισμού¹. Νοητή η λήψη του ασφαλιστικού μέτρου σε πρόσωπο που κατοικεί εκτός κοινοτικού χώρου, εφόσον διατηρεί τραπεζικό λογαριασμό σε κοινοτικό έδαφος. Την διαδικασία διαταγής δέσμευσης λογαριασμού μπορεί να επικαλεστεί ο δανειστής έχοντας ήδη μια δικαστική απόφαση, έναν δικαστικό συμβιβασμό ή ένα δημόσιο έγγραφο, με τα οποία επιβάλλεται στον οφειλέτη να ικανοποιήσει την εν λόγω αξίωση, ή ακόμη όταν δεν υπάρχουν σχετικά έγγραφα και ο δανειστής επιθυμεί να εξασφαλίσει την εκτέλεση μεταγενέστερης δικαστικής απόφασης για την κύρια υπόθεση πριν ξεκινήσει η διαδικασία της κύριας υποθέσεως. Στην περίπτωση ανυπαρξίας των σχετικών εγγράφων, η διεθνής δικαιοδοσία για την έκδοση διαταγής δέσμευσης ανήκει στα δικαστήρια κράτους μέλους που έχουν διεθνή δικαιοδοσία για την εκδίκαση της κύριας υπόθεσης.²

Αντίθετα, σε περίπτωση που ο δανειστής πέτυχε σε κράτος μέλος την έκδοση δικαστικής απόφασης, δικαστικό συμβιβασμό ή αποκόμισε δημόσιο έγγραφο με το οποίο αξιώνει από τον οφειλέτη την πλήρωση της απαίτησής του (ληξιπρόθεσμης ή

¹ Προοίμιο του Κανονισμού αιτ. σκ. 48

² Άρθρο 6 παράγραφος 1 του Κανονισμού

μη) και για συγκεκριμένους λόγους πιστεύει πως ο οφειλέτης διατηρεί έναν ή περισσότερους τραπεζικούς λογαριασμούς σε ένα κράτος μέλος, αλλά δεν γνωρίζει την επωνυμία ή την διεύθυνση, το IBAN ή το BIC, δύναται να ζητήσει από το δικαστήριο στο οποίο υποβάλλεται η αίτηση διαταγής³ δέσμευσης λογαριασμού να καλέσει την αρχή πληροφόρησης του κράτους μέλους εκτέλεσης και να διασταυρώσει τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον προσδιορισμό της τράπεζας ή των τραπεζών και του λογαριασμού ή των λογαριασμών του οφειλέτη. Ωστόσο, ο δανειστής μπορεί να υποβάλλει την παραπάνω αίτηση όταν η δικαστική απόφαση ή το εν λόγω έγγραφο δεν είναι ακόμη εκτελεστά και το προς δέσμευση ποσό είναι σημαντικό ενόψει των περιστάσεων. Κρίνεται ζωτικής σημασίας το γεγονός, πως ο δανειστής πρέπει να κατέχει επαρκείς αποδείξεις και να εκθέτει στην αίτησή του όλα τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά που θεμελιώνουν την ύπαρξη της αξίωσής του και συνιστούν την βάση της κύριας αγωγής του κατά του οφειλέτη, ώστε να πεισθεί το δικαστήριο ότι συντρέχει σπουδαίος λόγος, χωρίς τον οποίο ενδέχεται να τεθεί σε κίνδυνο η μελλοντική εκτέλεση της απαίτησής του, με συνέπεια το γεγονός αυτό να προκαλέσει σημαντική επιδείνωση της χρηματοοικονομικής κατάστασης του δανειστή. Ο δανειστής, όπως προαναφέρθηκε, οφείλει να τεκμηριώσει τους λόγους πίστης του για την διατήρηση τραπεζικού λογαριασμού/ών του οφειλέτη και να παρέχει κάθε πληροφορία για τον οφειλέτη και τον λογαριασμό που πρόκειται να δεσμευθεί. Σύμφωνα με το άρθρο 738^Α παράγραφος δεύτερη στο πέμπτο βιβλίο του Κώδικα Πολιτική Δικονομίας «Ο δικαστής απορρίπτει εν όλω ή εν μέρει την αίτηση: α) αν δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του Κανονισμού για την έκδοση της διαταγής, β) αν ο αιτών δεν υποβάλει τα στοιχεία που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 8 του Κανονισμού ή δεν συμπληρώνει ή διορθώνει την αίτηση εντός της προθεσμίας που όρισε ο δικαστής. Η απορριπτική απόφαση περιέχει συνοπτική αιτιολογία και γνωστοποιείται επιμελεία του δικαστηρίου στον αιτούντα»⁴. Ειδικά, σε περίπτωση δεκτού τεκμηριωμένου αιτήματος, εκτός από την απαίτηση παροχής στοιχείων που προβλέπονται στο

άρθρο 8 παράγραφος 2 στοιχείο Δ του εν λόγω κανονισμού και αν, εφόσον συντρέχει περίπτωση, ο δανειστής έχει παράσχει εγγύηση σύμφωνα με το άρθρο 12, το δικαστήριο διαβιβάζει το αίτημα στην αρχή πληροφόρησης του κράτους μέλους της εκτέλεσης. Αξιοσημείωτο είναι ότι οι διαταγές δέσμευσης που εκδίδονται σε κράτος μέλος κατά τον κανονισμό αναγνωρίζονται στα λοιπά κράτη μέλη και εκτελούνται στο άλλο κράτος μέλος χωρίς να απαιτείται κήρυξη εκτελεστότητας.

Όσον αφορά, τώρα, στην εκτελεστική διαδικασία, η τράπεζα στην οποία απευθύνεται η διαταγή δέσμευσης την εκτελεί αμέσως ή αν προβλέπεται στο δίκαιο του κράτους μέλους εκτέλεσης, αφού παραλάβει εντολή εκτέλεσης. Η τράπεζα για να εκτελέσει τη διαταγή δέσμευσης, με την επιφύλαξη του άρθρου 31 του Κανονισμού, δεσμεύει το οριζόμενο στη διαταγή ποσό είτε μεριμνώντας να μην υπάρξει μεταφορά ή ανάληψη του ποσού από τον ή τους λογαριασμούς που αναφέρονται ή ταυτοποιούνται στη διαταγή, είτε εφόσον προβλέπεται από το εθνικό δίκαιο, μεταφορά του εν λόγω ποσού σε ειδικό λογαριασμό που τηρείται για σκοπούς δέσμευσης.

Ένδικα μέσα και ένδικα βοηθήματα

Κατά της απόφασης που απέρριψε την αίτηση ο δανειστής έχει το δικαίωμα της προσβολής της με έφεση εντός 30 ημερών από την γνωστοποίησή της.⁵ Η απορριπτική απόφαση περιέχει συνοπτική αιτιολογία και η έφεση εκδικάζεται από το αρμόδιο κατά τις γενικές διατάξεις δικαστήριο.⁶

Τα ένδικα βοηθήματα που παρέχει ο Κανονισμός στον οφειλέτη και η αστική ευθύνη του δανειστή στο άρθρο 13 αποτελούν αντίβαρα στην υποχρεωτική θέσπιση δυνατότητας έκδοσης εις βάρος του διαταγής χωρίς ακρόασή του. Ο οφειλέτης μπορεί να υποβάλει αίτηση ανάκλησης ή μεταρρύθμισης της διαταγής ενώπιον των δικαστηρίων του κράτους μέλους έκδοσης. Η αίτηση αυτή θεμελιώνεται σε περιοριστικά αναφερόμενους λόγους που ανάγονται ιδίως στην μη πλήρωση των όρων και των προϋποθέσεων για την έκδοση της διαταγής, στην παράβαση των διατάξεων περί επιδόσεων και μεταφράσεων των εγγράφων, στην υπερχρέωση ποσών των λογαριασμών, στην ολοκληρωτική ή μερική ικανοποίηση της ασφαλιζόμενης απαίτησης, στην απόρριψη της αγωγής επί της

³ Κωνσταντίνος Λάιος, Ευρωπαϊκή διαταγή δέσμευσης λογαριασμού, διαθέσιμο στο <https://www.eea.gr/arthra-eea/eyropaiki-diatagi-desmeysis-logariasmy/>

⁴ Άρθρο 738^Α ΚΠολΔ

⁵ Άρθρο 21 παράγραφος 1 του Κανονισμού

⁶ Άρθρο 738^Α παράγραφος 2 ΚΠολΔ

κύριας υπόθεσης ή στην προσβολής της απόφασης επί της κύριας αγωγής με ένδικα μέσα ή τέλος στην ακύρωση του δικαστικού συμβιβασμού ή του δημοσίου εγγράφου⁷. Ο οφειλέτης, επίσης, μπορεί να υποβάλει αίτηση περιορισμού ή παύσης της εκτέλεσης της διαταγής ενώπιον των δικαστηρίων του κράτους μέλους εκτέλεσης της διαταγής⁸. Αυτό μπορεί να συμβεί, όταν κατά το στάδιο της εκτέλεσης παραβιάστηκαν οι περί ακατασχέτων διατάξεις του κράτους μέλους εκτέλεσης, όταν η εκτέλεση του τίτλου, την οποία επεδίωκε να εξασφαλίσει ο δανειστής με την έκδοση της διαταγής, δεν έγινε δεκτή από το κράτος μέλος εκτέλεσης ή η εκτελεστότητα της απόφασης ανεστάλη στο κράτος μέλος προέλευσης καθώς και όταν η εκτέλεση της διαταγής αντιβαίνει προδήλως στη δημόσια τάξη του κράτους μέλους εκτέλεσης.⁹ Τέλος, ο οφειλέτης μπορεί, προσφεύγοντας στα δικαστήρια είτε του κράτους έκδοσης είτε του κράτους εκτέλεσης να ζητήσει την αποδέσμευση των δεσμευμένων ποσών του ή των λογαριασμών του έναντι καταβολής εγγύησης.¹⁰ Ο Κανονισμός παρέχει τόσο στον οφειλέτη όσο και στο δανειστή τη δυνατότητα να ζητήσουν, ανά πάσα στιγμή, την ανάκληση ή μεταρρύθμιση της διαταγής δέσμευσης, λόγω μεταβολής των περιστάσεων βάσει των οποίων εκδόθηκε¹¹. Τα ένδικα βοηθήματα δικάζονται κατ' αντιμωλία, η απόφαση εκδίδεται μέσα σε προθεσμία 21 ημερών και είναι άμεσα εκτελεστή.¹²

Σκοπός θέσπισης Κανονισμού και Πλεονεκτήματα

Τα πλεονεκτήματα της διαταγής δέσμευσης λογαριασμού ανάγονται στο γεγονός ότι, η διαδικασία αυτή διευκολύνει την είσπραξη της οφειλής με ταχείς ρυθμούς και χωρίς να λάβει γνώση ο οφειλέτης, ο οποίος θα μπορούσε να έχει το χρόνο, ώστε να καλύψει τυχόν παραβάσεις, να μεταφέρει ή να ξοδέψει τα χρήματα. Η ΕΔΔΛ (ευρωπαϊκή διαταγή δέσμευσης λογαριασμού) εγκαθιδρύει ένα εκτελεστικό μέτρο πανευρωπαϊκής εμβέλειας, με άμεση

παραγωγή συνεπειών στα κράτη μέλη και αποτελεί μια εναλλακτική λύση, σε σχέση με άλλες νομικές διαδικασίες των ευρωπαϊκών κρατών μελών. Τέλος, αξιοσημείωτο είναι ότι, ο κανονισμός ως νομοθέτημα χαρακτηρίζεται από δεσμευτικότητα και άμεση εφαρμογή αυτού καθ αυτού του μέτρου στο κράτος μέλος της εκτέλεσης, χωρίς να απαιτείται τήρηση ειδικής διαδικασίας αναγνώρισης.

Τύπος

Η διαδικασία για την έκδοση της ΕΔΔΛ είναι κατά κανόνα έγγραφη και τυποποιημένη, διότι βασίζεται σε έγγραφα μεταφρασμένα σε όλες τις γλώσσες των κρατών μελών τα οποία έχουν ενιαίο περιεχόμενο. Το δικαστήριο, όπως προαναφέρθηκε αποφασίζει με βάση την αίτηση του δανειστή και των απαραίτητων έγγραφων αποδείξεων που υπέβαλλε. Η τυποποίηση έγκειται στην ελάφρυνση των εξόδων μετάφρασης και τον εκσυγχρονισμό, εφόσον η αίτηση μπορεί να γίνει ηλεκτρονικά.

Ας δούμε λοιπόν ένα νομολογιακό παράδειγμα.

Σχολιασμός δικαστικής απόφασης

Πρόκειται για την αστική υπόθεση 125/79, απόφαση της 21^{ης} Μαΐου 1980. Αν και είναι αισθητή η ανυπαρξία του εν λόγω κανονισμού η απόφαση είναι πιο πολύ διευκρινιστική και αφορά υπόθεση δέσμευσης λογαριασμού, με αφορμή την υπόθεση μεταξύ Bernard Denilauler και SNC Couchet Frères. Αντικείμενο της υπόθεσης είναι η αίτηση που κατέβαλλε το δικαστήριο Oberlandesgericht Frankfurt am main προς το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο για την ερμηνεία της συμβάσεως της 27^{ης} Σεπτεμβρίου 1968 για τη διεθνή δικαιοδοσία και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις στο πλαίσιο της διαφοράς της προαναφερόμενης υπόθεσης. Με διάταξη της 25^{ης} Ιουλίου που περιήλθε στο δικαστήριο 6 Αυγούστου 1979, το Oberlandesgericht της Φρανκφούρτης υπέβαλλε δυνάμει του πρωτοκόλλου για την ερμηνεία από το Δικαστήριο τέσσερα ερωτήματα ως προς την ερμηνεία των άρθρων 24, 27, περίπτωση 2, 34 εδάφιο β', 36 εδάφιο α', 46 περίπτωση 2 και 47 περίπτωση 1 της εν λόγω συμβάσεως.

Τα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν τους δύο διαδίκους στο δικαστήριο έχουν ως εξής. Το 1978 στο Tribunal de grande instance του Montbrison υποβλήθηκε διαφορά μεταξύ των SNC Couchet Frères (δανειστή) και Denilauler (οφειλέτη), ο οποίος όφειλε 130.000 γαλλικά φρά-

⁷ Άρθρο 33 παράγραφος 1 του Κανονισμού και Προοίμιο

⁸ Άρθρο 34 του Κανονισμού

⁹ Άρθρο 34 παράγραφοι 1β και 2 του Κανονισμού

¹⁰ Άρθρο 38 του Κανονισμού

¹¹ Άρθρο 35 του Κανονισμού

¹² Προοίμιο του Κανονισμού αιτ. σκ. 30 και άρθρο 36 παράγραφοι 4 και 5 του Κανονισμού

γκα. Ο πρόεδρος του δικαστηρίου εξέδωσε στις 7 Φεβρουαρίου 1979 απόφαση επί της αίτησης του δανειστή χωρίς την κλήση του οφειλέτη, διάταξη που κηρύχτηκε προσωρινά εκτελεστή και επέτρεπε κατάσχεση του λογαριασμού σε τράπεζα της Φρανκφούρτης του οφειλέτη, για να εξασφαλιστεί η απαίτηση του. Η κατάσχεση του λογαριασμού επετεύχθη στις 28 Μαρτίου χωρίς να λάβει γνώση ο οφειλέτης. Η διάταξη επιδόθηκε στον οφειλέτη την 3η Μαΐου και ο ίδιος άσκησε προσφυγή στο δικαστήριο της Φρανκφούρτης, το οποίο υπέβαλλε ερωτήματα στον ευρωπαϊκό δικαστή.

Τα προδικαστικά ερωτήματα που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο ανέκυψαν στο πλαίσιο διαδικασίας που κινήθηκε ενώπιον των γερμανικών δικαστηρίων για να περιβληθεί η γαλλική Διάταξη τον εκτελεστήριο τύπο και συγχρόνως να εκδοθεί κατασχετήριο («Pfandungsbeschluss») για την κατάσχεση του χρηματικού ποσού εις χείρας της τραπεζής.

Τα νομικά ερωτήματα στα οποία κλήθηκε το δικαστήριο να απαντήσει αφορούσαν, από τη μία, στα άρθρα 27, περίπτωση 2, και 46, περίπτωση 2, και τις διαδικασίες στο πλαίσιο των οποίων επιτρέπεται η λήψη ασφαλιστικών μέτρων, χωρίς ακρόαση του αντιδίκου, ενώ από την άλλη, στο αν πρέπει στο άρθρο 47, περίπτωση 1, της Συμβάσεως να δοθεί η ερμηνεία ότι ο διάδικος που ζητεί την εκτέλεση οφείλει επίσης να προσκομίσει έγγραφα ικανά να αποδείξουν ότι η απόφαση της οποίας ζητείται

η εκτέλεση έχει επιδοθεί, ενώ η απόφαση αυτή έχει ως αντικείμενο ασφαλιστικό μέτρο.

Και το δικαστήριο κατέληξε σε ένα ενδιαφέρον συμπέρασμα. Το σύστημα της αναγνώρισεως και εκτελέσεως που προβλέπεται στον τίτλο III της Συμβάσεως της 27ης Σεπτεμβρίου 1968, για τη διεθνή δικαιοδοσία και την εκτέλεση αποφάσεως σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, δεν εφαρμόζεται επί των δικαστικών υποθέσεων που επιτρέπουν ασφαλιστικά μέτρα, εκδίδονται χωρίς κλήση του διαδίκου, καθού τα μέτρα αυτά στρέφονται, και μπορούν να εκτελεστούν χωρίς προηγουμένως να επιδοθούν. Το Δικαστήριο δεν αποφάνθηκε για τα άλλα δύο ερωτήματα σχετικά με τις διατάξεις της Συμβάσεως, καθώς θεώρησε ότι έχουν ήδη απαντηθεί.

Συμπέρασμα

Είναι σαφές ότι τα ερωτήματα αυτά απαντώνται πλέον με τον Κανονισμό 655/2014, καθώς έχουν ενσωματωθεί με σκοπό την καταπολέμηση νομοθετικών κενών που αποτελούν τροχοπέδη για την εύρυθμη λειτουργία της ευρωπαϊκής αγοράς και τα συμφέροντα των επιχειρήσεων και των καταναλωτών. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί το γεγονός ότι η θέσπιση του εν λόγω κανονισμού αποτέλεσε καινοτομία για τα ενωσιακά δεδομένα, εισάγοντας ένα αποτελεσματικό ευρωπαϊκό δικονομικό μέτρο και έναν ενιαίο τρόπο εκτέλεσης.

Ο θεσμός της έκτρωσης στην Ελλάδα

Μεζίνη Αναστασία & Κριτικάκη Αικατερίνη
Τελειόφοιτες Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή από άποψη διοικητικής σκοπιάς

Η άμβλωση, η τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης αν και υφίσταται από αρχαιολόγων χρόνων, παραμένει ακόμη και σήμερα ένα κοινωνικό και ηθικό φαινόμενο που πυροδοτεί κοινωνικές αντιδράσεις και προκαλεί διχασμό. Ειδικότερα, υπάρχουν εκείνοι που τάσσονται υπέρ της έκτρωσης με το σκεπτικό ότι πρόκειται για ένα προσωπικό ζήτημα που αφορά την γυναίκα και το δικαίωμα της να είναι κυρία του σώματος της και να το διαθέτει κατά βούληση στο πλαίσιο της αυτοδιάθεσης. Ας μην ξεχνάμε μάλιστα το γεγονός ότι η τεκνοποίηση αποτελεί απόφαση ζωής που συνεπάγεται ηθικές και κοινωνικές ευθύνες που ακολουθούν την μητέρα καθ' όλη την διάρκεια του βίου της. Από την άλλη, αντιτίθενται στην έκτρωση εκείνοι που θεωρούν το έμβρυο ανθρώπινη ζωή, η οποία ανάγεται σε θεμελιώδες ατομικό και κοινωνικό έννομο αγαθό και κανένας δεν επιτρέπεται να την αφαιρεί. Επιπροσθέτως, οι υπέρμαχοι αυτής της άποψης υποστηρίζουν ότι το έμβρυο δεν ευθύνεται για την σύλληψη του και για τον λόγο αυτό είναι απάνθρωπο και άδικο να αφαιρείται μια ανθρώπινη ψυχή λόγω της ελεύθερης σεξουαλικής δραστηριότητας των γονέων του¹. Στην πραγματικότητα, η αλήθεια βρίσκεται κάπου στην μέση μεταξύ των δύο ανωτέρω απόψεων. Στην χώρας μας, η ποινική νομοθεσία έχει προβλέψει τις προϋποθέσεις κάτω από τις οποίες είναι νόμιμη και επιτρεπτή η έκτρωση καθώς και εκείνες που την καθιστούν παράνομη και ποινικά

κολάσιμη πράξη (α. 304 ΠΚ). Αυτό όμως από μόνο του δεν αρκεί. Πρέπει να δοθεί λύση και στην σύγκρουση που προκύπτει μεταξύ των δύο συνταγματικά προστατευόμενων δικαιωμάτων τόσο της γυναίκας που έγκειται στο άρθρο 5 παράγραφος 1 του Συντάγματος όσο και του εμβρύου που βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος που προστατεύει την αγέννητη ζωή².

Το δικαίωμα της μητέρας να προβεί στην άμβλωση

Το Σύνταγμα δεν προβλέπει ρητά σε κάποιο άρθρο του το δικαίωμα στην άμβλωση, αυτό συνάγεται έμμεσα μέσω του αρ. 5 παρ. 1 που ορίζει ότι ο καθένας έχει δικαίωμα να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα ή τα χρηστά ήθη³. Σε αυτό το άρθρο συμπεριλαμβάνεται και η αναπαραγωγική ελευθερία, το δικαίωμα δηλαδή του καθενός να αποκτήσει ή να μην αποκτήσει παιδιά. Το δικαίωμα στην άμβλωση συνδέεται άμεσα με το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας της γυναίκας καθώς και το δικαίωμα της να επιλέγει το πότε θα τεκνοποιήσει σταθμίζοντας προσωπικές, κοινωνικές και οικονομικές καταστάσεις. Είναι σαφές ότι η μητέρα καθ' όλη τη διάρκεια της εγκυμοσύνης υπόκειται σε αγωνίες, που καλείται να υπομείνει μόνη της⁴, για την υγεία της ίδιας αλλά και του εμβρύου καθώς και σε ψυχολογικές και σωματικές πιέσεις που την εμποδίζουν στο να αναπτύξει ελεύθερα την προσωπικότητα

¹ <https://www.agalia.org.gr/%CE%97-%CE%88%CE%BA%CF%84%CF%81%CF%89%CF%83%CE%B7-%CE%BA%CE%B1%CE%B9-%CE%BF%CE%B9-%CE%95%CF%85%CF%81%CF%8D%CF%84%CE%B5%CF%81%CE%B5%CF%82-%CE%95%CF%80%CE%B9%CF%80%CF%84%CF%8E%CF%83%CE%B5%CE%B9%CF%82-%CF%84%CE%B7%CF%82>

² βλ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 6η έκδοση σελ. 115

³ βλ. Χρυσόγονος, 6η έκδοση, σελ. 175

⁴ Πρβλ τις αποφάσεις του αμερικανικού Ανώτατου Δικαστηρίου *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) και *Planned Parenthood v. Casey*

της. Τέλος, αξίζει να σημειωθεί ότι η απόκτηση τέκνου συνεπάγεται οικονομικές επιβαρύνσεις για την μητέρα και είναι πιθανό να μην είναι σε θέση να τις αναλάβει είτε διότι είναι άνεργη είτε διότι το εισόδημα της, της επιτρέπει να καλύπτει μόνο τις ανάγκες της στοιχειώδους διαβίωσης που αφορούν αποκλειστικά την ίδια.

Η συνταγματική προστασία του εμβρύου

Η ανθρώπινη ζωή ανάγεται σε θεμελιώδες έννομο αγαθό και είναι άξιο προστασίας από την πολιτεία. Κάθε φυσικό πρόσωπο έχει αξίωση κατά του Κράτους να λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα που θα διασφαλίζουν τα έννομα αγαθά και κυρίως την ζωή και την υγεία του⁵. Το έμβρυο, ως αντικείμενο δικαιοτικής προστασίας, αποτελεί διαφορετικής φύσεως φυσικό και κοινωνικό μέγεθος από αυτή στην οποία ανήκει ο άνθρωπος. Για το λόγο αυτό, ζήτημα έχει προκύψει σχετικά με τη συνταγματική διάσταση της άμβλωσης και την προστασία του κυοφορούμενου. Το ζήτημα δεν μπορεί να λυθεί με την απλή προβολή του δικαιώματος της εγκύου επί του σώματος της αφού στην πραγματικότητα πρόκειται για τη ζωή τρίτου, του εμβρύου. Υποστηρίζεται ότι η προστασία του κυοφορούμενου βρίσκει έρεισμα στη θεμελιώδη αρχή της προστασίας της αξίας του ανθρώπου που ρητά κατοχυρώνει το Σύνταγμα στο αρ. 2 παρ. 1. και γίνεται δεκτό ότι στο πεδίο εφαρμογής του εντάσσεται και η αγέννητη ζωή γιατί και αυτή έχει εν δυνάμει ανθρώπινη αξία⁶. Κατά άλλη άποψη, το δικαίωμα της ζωής του εμβρύου θεμελιώνεται και στο αρ. 5 παρ. 2 του Συντάγματος που κατοχυρώνει ρητά το δικαίωμα στη ζωή⁷. Ωστόσο, η πρώτη άποψη που θεμελιώνει την προστασία στο αρ. 2 παρ. 1 απορρίπτει την προστασία του εμβρύου που ερείδεται στο αρ. 5 παρ. 2 με το επιχείρημα ότι η διατύπωση του τελευταίου άρθρου αφήνει να εννοηθεί ότι αφορά μόνο τα φυσικά πρόσωπα. Είναι σαφές ότι παρά το γεγονός ότι ο κυοφορούμενος δεν αποτελεί πλήρη και αυτοτελή ανθρώπινη ύπαρξη, το ελληνικό δίκαιο πάντοτε το προστάτευε και θα ήταν άτοπο το επιχείρημα

ότι το δικαίωμα στην ζωή δεν τον αφορά. Η προστασία του εμβρύου μάλιστα καθίσταται επιβεβλημένη αν σκεφτούμε ότι η ζωή του είναι άρρηκτα συνδεδεμένη, μέχρι τον τοκετό, με την ζωή, την υγεία και το σώμα της εγκύου. Αξίζει να σημειωθεί ότι διατάξεις του ΑΚ όπως το α. 36 και το 1711, αναγνωρίζουν δικαιώματα στο κυοφορούμενο με την προϋπόθεση ότι αυτό θα γεννηθεί ζωντανό. Αλλά και έως τη γέννηση στην πραγματικότητα έχουμε την περίπτωση μιας νομικής αιρέσεως. Όσο εκκρεμεί η αίρεση αυτή, έχουμε ένα δικαίωμα προσδοκίας το οποίο εξισώνεται με το ενδεχόμενο δικαίωμα που πρόκειται να γεννηθεί. Ειδικά στην περίπτωση της κύησης πολύ πιθανώς το έμβρυο θα γεννηθεί ζωντανό. Για τον λόγο αυτό το έμβρυο θεωρείται υποκείμενο δικαίου και προστατεύεται ως τέτοιο από από το στάδιο της σύλληψής του.

Η εναρμόνιση των συγκρουόμενων δικαιωμάτων

Η σύγκρουση αυτή των δύο δικαιωμάτων πρέπει να λυθεί με βάση την αρχή της πρακτικής εναρμόνισης τους⁸. Αρχικά, πρέπει να τονίσουμε ότι όλες οι διατάξεις του συντάγματος είναι τυπικά ισοδύναμες μεταξύ τους και αποκλείεται η υπεροχή μιας διάταξης έναντι κάποιας άλλης. Μόνο με *in concreto* στάθμιση μπορεί να επιλυθεί η σύγκρουση δικαιωμάτων που δημιουργείται κάθε φορά και με βάση την αρχή της πρακτικής εναρμόνισης δεν πρέπει να παραμερίζεται μια διάταξη με ιδεολογικά και αξιολογικά κριτήρια αλλά πρέπει να εξετάζεται αν και σε ποιο βαθμό μπορούν να εφαρμοστούν οι συγκρουόμενες διατάξεις. Για το λόγο αυτό αναγνωρίζεται το δικαίωμα της άμβλωσης της εγκύου σε ένα πρώιμο στάδιο της κύησης που δεν μπορεί να είναι κατώτερο από το προβλεπόμενο στο άρθρο 304 ΠΚ. Αξιοσημείωτη και μια άλλη άποψη, η οποία υποστηρίζει ότι η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας (άρθρο 5 του Συντάγματος) αναπτύσσεται εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων. Έτσι οι επικριτές της άμβλωσης θα μπορούσαν να ισχυριστούν ότι η έκτρωση μπορεί να προσβάλει το δικαίωμα που αναγνωρίζεται στο κυοφορούμενο μέσω της ΑΚ 36 κι έτσι να οδηγηθούν στο συμπέρασμα ότι το άρθρο 304 ΠΚ είναι αντισυνταγματικό. Η αποδοχή, όμως, αυτής της άποψης μπορεί να οδηγήσει σε προβληματισμό και κατ' επέκταση σε έλλειψη ασφάλειας δικαίου.

⁵ βλ. Ε. Συμεωνίδου Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, 3η έκδοση

⁶ Πρβλ του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας της 28.5.1993, παρουσίαση Ε. Συμεωνίδου Καστανίδου, Υ 1995, 1239

⁷ Βλ. Δαγτόγλου, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, σελ. 238-239

⁸ βλ. Χρυσόγονος 6η έκδοση σελ 115

Ο ρόλος του πατέρα

Η τεχνητή διακοπή της κύησης αποτελεί ένα αμφιλεγόμενο ηθικό και κοινωνικό φαινόμενο. Προβληματισμός έχει προκύψει και σε ότι αφορά τον ρόλο που διαδραματίζει ο πατέρας ιδιαίτερα όταν οι βουλήσεις των δύο γονέων δεν συγκλίνουν ως προς το αν επιθυμούν να τεκνοποιήσουν ή όχι⁹. Δεν είναι σπάνιο, ο πατέρας να αρνείται να αναλάβει τις ηθικές και οικονομικές ευθύνες που πηγάζουν από την σχέση του με το έμβρυο ή ακόμα και το αντίστροφο, ο πατέρας να επιθυμεί την γέννηση του μωρού ενώ η μητέρα όχι. Τι συμβαίνει λοιπόν σε αυτή την περίπτωση; Στην χώρα μας, αποκλειστικό δικαίωμα να αποφασίζει για την διακοπή της κύησης έχει μόνο η γυναίκα που κυοφορεί ενώ ο πατέρας δεν έχει κανένα λόγο για το ζήτημα. Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι το μόνο δικαίωμα που διαθέτει ο πατέρας είναι το να θεωρήσει την πράξη της μητέρας ως κλονιστικό γεγονός και να ζητήσει διαζύγιο σύμφωνα με το άρθρο 1439 εδ.α' του ΑΚ. Για να εφαρμοστεί η διάταξη απαραίτητη προϋπόθεση είναι η έγγαμη σχέση των δύο προσώπων. Ενδιαφέρον παρουσιάζει και μια άλλη άποψη σύμφωνα με την οποία το αποκλειστικό δικαίωμα της γυναίκας να προβεί σε τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης συνιστά διάκριση λόγω φύλου και παραβίαση της αρχής της ισότητας (αρ 4 παρ. 2 Σ)¹⁰. Και τούτο διότι η γυναίκα μπορεί να αποφασίζει μονομερώς αν θα φέρει στον κόσμο ένα παιδί ή όχι και ουσιαστικά να αποφασίζει για το αν θα στερήσει από τον άνδρα το δικαίωμα να γίνει πατέρας ή θα τον αναγκάσει να γίνει πατέρας χωρίς την θέλησή του. Έτσι, επιχειρηματολογείται ότι πρέπει να υπάρχουν ίσοι όροι μεταξύ ανδρών και γυναικών για το ζήτημα της άμβλωσης αφού στην πραγματικότητα έχουμε να κάνουμε με την αναπαραγωγική ισότητα και αυτονομία και για τα δύο φύλα. Παράλληλα υπάρχει η πολύ γενική διάταξη της ΑΚ1387 που ορίζει ότι για τα κρίσιμα ζητήματα στον έγγαμο βίο πρέπει να συναποφασίζουν και οι δύο σύζυγοι. Έτσι οι υπέρμαχοι του ενισχυμένου ρόλου του πατέρα φέρουν το εν λόγω άρθρο ως επιχείρημα.

Η ποινική σκοπιά

Το προστατευόμενο έννομο αγαθό

Η έκτρωση τυποποιείται ως αυτοτελές έγκλημα επονομαζόμενο 'Διακοπή της Κύησης' στις διατάξεις του ΙΕ' κεφαλαίου του Ειδικού Μέρους του Ποινικού Κώδικα (Νόμος 4619/2019). Ο νομοθέτης εντάσσει την προστασία του εμβρύου σε αυτή την ενότητα υποδεικνύοντας ότι το κοινό προστατευόμενο έννομο αγαθό είναι η ανθρώπινη ζωή. Καθίσταται, λοιπόν, άμεσα σαφής η επιθυμία της Πολιτείας να θωρακίσει κάθε μορφή της ανθρώπινης ύπαρξης, ακόμη και αν αυτή βρίσκεται σε πρόωρο στάδιο, ήτοι την 'εν σπέρματι' ή 'εν γενέσει'¹¹ ανθρώπινη ζωή. Η τελευταία δε εξετάζεται υπό το πρίσμα της εν δυνάμει εξελισσόμενης ανθρώπινης ζωής, η οποία μελλοντικά επρόκειτο να διαμορφώσει έναν ολοκληρωμένο άνθρωπο. Εντούτοις, η εννοιολογική ταύτιση του εμβρύου και του ανθρώπου δε συνάδει με την κοινωνική τους ταυτότητα. Το έννομο αγαθό του εμβρύου ως στοιχείο της εμπειρικής πραγματικότητας οριοθετείται από την στιγμή που ανάγεται σε αξία συγκεκριμένου κοινωνικού σχηματισμού, κατά την οποία συμπυκνώνεται το κύριο δικαιοκ αίτημα της ελληνικής ποινικής προστασίας. Κατηγοριοποιούνται κατά κόρον ως διαφορετικά φυσικά και κοινωνικά μεγέθη, λόγω των διαφορετικών νομικών συνεπειών, ποινών και μέσων καταστολής σε περίπτωση προσβολής τους, αποτυπώνοντας την διαφορετική στάση του κοινωνικού συνόλου έναντι τόσο του εμβρύου κατά το στάδιο του τοκετού όσο και έναντι του ανθρώπου μετά την γέννηση. Διεισδύοντας στην παραπάνω προβληματική, η θεωρία έχει υποστηρίξει σθεναρά την ισότητα των εννόμων αγαθών της ολοκληρωμένης ανθρώπινης ζωής και της ζωής του εμβρύου. Το τελευταίο δικαιούται να απολαμβάνει πλήρη συνταγματική προστασία (*nasciturus*)¹², όπως ο άνθρωπος, αφού διαφορετικά θα δημιουργούνταν η πεποίθηση ότι το κυοφορούμενο είναι ανάξιο ποινικής προστασίας, αντίληψη η οποία αντίκειται πλήρως στα άρθρα 5 παρ. 2 και 2 παρ. 1 του Συντάγματος του 1975. Υπέρ του ποινικού προστατευτικού πλαισίου για το έμβρυο, τάσσεται και η αστική προστασία που παρέχει το άρθρο 36 του Αστικού Κώδικα. Η επίμαχη διάταξη καθιερώνει ένα πλά-

⁹ <https://ikee.lib.auth.gr/record/299211/files/GRI-2018-22310.pdf>

¹⁰ <https://www.vice.com/gr/article/exkb9n/8a-eprepe-oi-andres-na-exoyn-to-dikaiwma-na-arh8oyn-thn-patrothta>

¹¹ Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ.3

¹² Νικολάου Ανδρουλάκη, Ειδικόν Ποινικόν, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ.87

σμα δικαίου δεδομένου ότι απονέμει δικαιώματα σε οντότητες που ο νόμος εξομοιώνει με φυσικά πρόσωπα, μολοντί δεν έχει λάβει χώρα το γεγονός της γέννησης. Δεν αγνοείται, ωστόσο, η καταφανής διαφορά των δυο αυτών εμπειρικών μεγεθών (εμβρύου και ανθρώπινης ζωής) μέσα από το διαφορετικό θεσμικό πλαίσιο ποινικής προστασίας του εμβρύου¹³. Οι μικρότερες απειλούμενες ποινές για δόλιες προσβολές του εμβρύου, η μείωση των ποινικών κυρώσεων με τη σύμφωνη γνώμη της μητέρας, οι προβλεπόμενες ενδείξεις (κοινωνική, ηθική, ευγονική και ιατρική ένδειξη) δικαιολόγησης των προσβολών αυτών αλλά και η έλλειψη στοιχειοθέτησης ποινικών αδικημάτων για προσβολές από αμέλεια δημιουργούν εύλογα ερωτήματα, τα οποία απαντώνται με την εξής συλλογική πορεία: το κυοφορούμενο δεν είναι *pars ventris* της εγκύου. Συνεχίζει, ωστόσο, να αποτελεί το έλασσον, το προστάδιο δημιουργίας του ανθρώπου, οπότε, η 'εν γενέσει ζωή' είναι προς το παρόν κάτι 'λιγότερο' από την αντίστοιχη ολοκληρωμένη¹⁴.

Η αρχή της ανθρώπινης ζωής

Η έννοια του ανθρώπου είναι σύμφυτη με την έννοια της ζωής. Η χάραξη ορίων μεταξύ αρχής και τέλους της ανθρώπινης ζωής παρουσιάζει αδιαμφισβήτητα προβλήματα προσδιορισμού. Ο άνθρωπος ως περιγραφική έννοια αποδίδει ορισμένη εμπειρική πραγματικότητα αντιληπτή από τις αισθήσεις¹⁵. Πιο απλά, ο άνθρωπος ενδιαφέρει το Δίκαιο από τη στιγμή που συγκεκριμενοποιείται η εμφάνιση του στον εξωτερικό κόσμο. Ο ποινικός νομοθέτης παραλείπει να προσδιορίσει τον χρόνο υπό τον οποίο ξεκινά να υπάρχει ο άνθρωπος. Η μοναδική του αναφορά στα στάδια της ανθρώπινης δημιουργίας συντελείται στο άρθρο 303 του Ποινικού Κώδικα, στο οποίο στοιχειοθετείται μειωμένη ποινή για την τέλεση παιδοκτονίας, ειδικής μορφής ανθρωποκτονίας της μητέρας κατά του τέκνου της ('κατά τον τοκετό').

Ο άνθρωπος κατά το Ποινικό Δίκαιο ξεκινά να υπάρχει ήδη πριν ολοκληρωθεί ο τοκετός. Οι απόψεις, ωστόσο, διίστανται ως προς το πότε ακριβώς,

πριν την ολοκλήρωση του τοκετού, ο άνθρωπος ξεκινά να υπάρχει¹⁶. Και φυσικά αυτό το νέο άτομο ορίζεται ως μια αυτοτελής οντότητα, ανεξάρτητη από εκείνη της μητέρας, η ύπαρξη της οποίας εξηγεί και δικαιολογεί την ποιοτική διαφοροποίηση της προστασίας του εμβρύου σε σχέση με τον άνθρωπο. Μία πρώτη άποψη, λοιπόν, υποστηρίζει ότι η ανθρώπινη ύπαρξη ξεκινά με την αναπνοή από τους πνεύμονες, προκαλώντας πληθώρα πρακτικών προβλημάτων, με σημαντικότερο την προστασία του ατόμου έναντι αμελούς συμπεριφοράς γιατρών και μαιών κατά διαστήματα που η αναπνοή του έχει καθυστερήσει ενώ η διαδικασία του τοκετού έχει ολοκληρωθεί¹⁷. Μία, επίσης, δημοφιλής άποψη αναφέρει ότι η ζωή ξεκινά από τους πρώτους χτύπους της καρδιάς του εμβρύου, συγχρόνως με μία άλλη άποψη, η οποία, αν και παλαιότερα η επικρατέστερη στην ελληνική θεωρία, απορρίφθηκε τελικώς από τη νομολογία. Η άλλη άποψη σημειώνει ως αρχή της ανθρώπινης ζωής την στιγμή που ξεκινούν οι ωδίνες του τοκετού ή δε κάθε περίπτωση την στιγμή που τίθεται σε κίνηση η φυσικά αλληλουχία των φάσεων που κατά τα διδάγματα της μαιευτικής οδηγεί αδιαλείπτως στην ολοκλήρωση της γέννησης. Η παραπάνω άποψη δεν στερείται τρωτών σημείων. Αρχικά, δημιουργείται ανασφάλεια ως προς τον ακριβή χρόνο αφετηρίας ύπαρξης του ανθρώπου, γεγονός που για τον καλύτερο προσδιορισμό του αναγόμεσθε στα πορίσματα της ιατρικής επιστήμης. Ο συνήθης τρόπος έναρξης του τοκετού είναι οι πόνοι διαστολής, οι οποίοι είναι δύσκολα διακριτοί από τους αντίστοιχους πόνους κύησης, τους λεγόμενους προπαρασκευαστικούς πόνους, που αποτελούν απλή προετοιμασία κατά τις τελευταίες εβδομάδες ή ημέρες της εγκυμοσύνης και όχι έναρξη του τοκετού, η και τους πόνους των πιθανών περιπλοκών κατά τα τελευταία στάδια της κύησης. Ένα ακόμη έντονο πρόβλημα σχετικά με τους πόνους διαστολής είναι η συχνή υποχώρηση και επανεμφάνισή τους, μια κατάσταση, η οποία αν δεχθούμε ότι ο άνθρωπος υπάρχει μόλις αυτοί εμφανιστούν τότε αντίστοιχα θα έπρεπε να σταματήσει να υπάρχει μόλις αυτοί υποχωρούν. Το παράδοξο της 'παύσης και επανεμφάνισης' του ατόμου είναι προφανές. Ταυτόχρονα

¹³ Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 4

¹⁴ Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου, Η άμβλωση ως πρόβλημα του Ποινικού Δικαίου, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, σελίδα 162

¹⁵ Συμεωνίδου Καστανίδου Ελισάβετ, Εγκλήματα κατά της ζωής, σελ.21 επ.

¹⁶ Ελισάβετ Συμεωνίδου Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 8 επ.

¹⁷ Ελισάβετ Συμεωνίδου Καστανίδου, Εγκλήματα κατά της ζωής, σελ. 22 επ.

η διαδικασία του τοκετού δεν διαφέρει σε τίποτα από τη διαδικασία αποβολής του εμβρύου σε προχωρημένο στάδιο.

Βάσει όμως της παραπάνω άποψης, εφόσον γίνεται δεκτό ότι ο άνθρωπος αρχίζει να υπάρχει από τη στιγμή που ξεκινά η διαδικασία γέννησης, θα έπρεπε κάθε θανάτωση του εμβρύου κατά την αποβολή να θεωρείται ανθρωποκτονία. Μάλιστα, αξιολογή παρατήρηση αποτελεί η σημαντική σχετικοποίηση¹⁸ της προστασίας της μητέρας έναντι του αγέννητου εμβρύου, καθώς όσο νωρίτερα τοποθετείται το χρονικό σημείο έναρξης του ανθρώπου, τόσο περισσότερο σχετικοποιείται η δική της ποινική προστασία κατά τον τοκετό. Με τα δεδομένα αυτά, η ανάγκη ορθής οριοθέτησης της έναρξης της ανθρώπινης ζωής επιβάλλεται και από το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος. Η πάγια, πλέον, ελληνική νομολογία¹⁹ δέχεται ότι ως άνθρωπος νοείται μια αυτοτελής οντότητα ανεξάρτητη από την ύπαρξη της μητέρας με συγκεκριμένη εμφάνιση στον εξωτερικό κόσμο, έστω και αν δεν είναι βιώσιμη. Το νέο άτομο εφόσον έχει εξέλθει από το μητρικό σώμα και χωρίς καμία οργανική σύνδεση με το πρώτο, κατά απόλυτο τρόπο, πιστοποιεί εκ των υστέρων την ανθρωπίνη του ύπαρξη. Ο βαθμός εξέλιξης του ατόμου ή η έναρξη διαδικασίας αποχωρισμού από το σώμα της μητέρας δεν θεμελιώνουν την ποινική προστασία του εμβρύου όπως το καταφέρνει το κριτήριο της εμφάνισης του ανθρώπου με αυτοτέλεια και βασικά μορφικά χαρακτηριστικά στον εξωτερικό κόσμο, καθιστώντας τον υποκείμενο δικαίου, φορέα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων²⁰.

Το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο - ο φορέας του εννόμου αγαθού

Σύμφωνα με την Εισηγητική Έκθεση του νέου Ποινικού Κώδικα (Νόμος 4619/2019), η διάταξη του άρθρου 304²¹ εντάσσεται στην δεύτερη ενότη-

τα του ΙΕ΄ Κεφαλαίου, όπου τυποποιούνται οι προσβολές κατά του εμβρύου. Κατά μια άποψη, στο πλαίσιο της προστατευτικής ισότητας των εννόμων

4619/2019) - Διακοπή της κύησης

1. Όποιος χωρίς τη συναίνεση της εγκύου διακόπτει την κύησή της τιμωρείται με κάθειρξη έως δέκα έτη.
2. Όποιος με τη συναίνεση της εγκύου ή των προσώπων που έχουν τη γονική μέριμνα ή επιμέλειά της αν αυτή είναι ανίκανη να συναινέσει, διακόπτει την εγκυμοσύνη της, τιμωρείται με φυλάκιση έως τρία έτη ή χρηματική ποινή και αν ενεργεί κατ'επάγγελμα, με φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών και χρηματική ποινή. Με την ίδια ποινή, μειωμένη κατά το μέτρο του άρθρου 83, τιμωρείται και όποιος προμηθεύει σε έγκυο τα μέσα για τη διακοπή της εγκυμοσύνης της, εφόσον έγινε τουλάχιστον απόπειρα αυτής.
3. Έγκυος που μετά την εικοστή τέταρτη εβδομάδα της κύησης διακόπτει την εγκυμοσύνη της ή επιτρέπει σε άλλον να την διακόψει τιμωρείται με φυλάκιση έως έξι μήνες ή χρηματική ποινή.
4. Δεν είναι άδικη πράξη η τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης που ενεργείται από την έγκυο ή με τη συναίνεση των προσώπων που αναφέρονται στην παράγραφο 2 από γιατρό μαιευτήρα γυναικολόγο με τη συμμετοχή αναισθησιολόγου, σε οργανωμένη νοσηλευτική μονάδα, αν συντρέχει μία από τις ακόλουθες περιπτώσεις:
 - α) Δεν έχουν συμπληρωθεί δώδεκα εβδομάδες εγκυμοσύνης.
 - β) Η εγκυμοσύνη είναι αποτέλεσμα βιασμού, αποπλάνησης ανήλικης, αιμομιξίας ή κατάχρησης γυναικας ανίκανης να αντισταθεί και δεν έχουν συμπληρωθεί δεκαεννέα εβδομάδες εγκυμοσύνης.
 - γ) Έχουν διαπιστωθεί, με τα μέσα προγεννητικής διάγνωσης, ενδείξεις σοβαρής ανωμαλίας του εμβρύου που επάγονται τη γέννηση παθολογικού νεογνού ή υπάρχει αναπότρεπτος κίνδυνος για τη ζωή της εγκύου ή κίνδυνος σοβαρής και διαρκούς βλάβης της σωματικής ή ψυχικής υγείας της. Στην περίπτωση αυτή απαιτείται σχετική βεβαίωση και του κατά περίπτωση αρμόδιου γιατρού.
5. Με φυλάκιση έως τρία έτη ή χρηματική ποινή τιμωρείται όποιος κατά την πραγματοποίηση προγεννητικού ελέγχου μετά την εικοστή εβδομάδα της κύησης ή κατά τη διάρκεια του τοκετού και πριν από την εμφάνιση του παιδιού στον εξωτερικό κόσμο, προκαλεί με αμέλεια διακοπή της κύησης ή βαριά βλάβη στο έμβρυο, που έχει ως αποτέλεσμα τον θάνατο του νεογνού.

¹⁸ Ελισάβετ Συμεωνίδου Καστανίδου, Η άμβλωση ως πρόβλημα του Ποινικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα σελ 180 επ.

¹⁹ βλ. ΑΠ 34/81, ΠοινΧρ 1981, σ.433, ΣυμβΠλημΛαρ 74/00, ΠοινΔικ 2001, σ.238, ΠλημΑθ 1963/13, ΠοινΧρ 2013, σ.222

²⁰ Ν.Χωραφά Ποινικών Δίκαιον σελ. 170, Ι. Μαυωλεδάκη, Το έννομο αγαθό ως βασική έννοια του Ποινικού Δικαίου σελ. 258, Ε. Συμεωνίδου Καστανίδου, Εγκλήματα κατά της ζωής, σελ. 99 επ.

²¹ Άρθρο 304 - Ποινικός Κώδικας (Νόμος

αγαθών, φορέας του εννόμου αγαθού είναι το ίδιο το έμβρυο ως αυτοτελής οργανισμός²². Εντούτοις, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, το έμβρυο εξ υπάρξεως διαφέρει ποιοτικά από τον άνθρωπο, γεγονός που αποτυπώνεται και στη διαφορετική έννομη προστασία των δύο μεγεθών. Αυτή η σχετικότητα γίνεται άμεσα αντιληπτή και από την διαφοροποίηση της έννομης προστασίας που εξασφαλίζει ο Αστικός Κώδικας με το άρθρο 36 έναντι της αντίστοιχης του Ποινικού. Κατά συνέπεια, υποκείμενο δικαιωμάτων χαρακτηρίζεται το έμβρυο μόνο από την χρονική στιγμή της αυτοτελούς εμφάνισης του στον εξωτερικό κόσμο.

Προς μια πιο σωστή κατεύθυνση κινείται η δεύτερη άποψη, σύμφωνα με την οποία, φορείς του εννόμου αγαθού του εμβρύου θεωρούνται εκείνοι που συνέβαλαν με το γεννητικό τους υλικό στη δημιουργία μιας νέας δυνάμει ανθρώπινης ζωής, δηλαδή η μητέρα και ο πατέρας²³. Θεωρώντας αυτονόητο τον πρωταγωνιστικό ρόλο της μητέρας στο ζήτημα, ο πατέρας δεν απουσιάζει από τον εν λόγω προβληματισμό και διαθέτει αναγνωρισμένο συμφέρον στην συζήτηση περί διακοπής της κύησης, ως παραγωγός του εμβρύου, το οποίο αποτελεί φυσική προέκταση του. Βέβαια, από τη στιγμή της εμφύτευσης του γονιμοποιημένου ωαρίου στην γυναικεία μήτρα, συντελείται η οργανική σύνδεση εμβρύου και γυναίκας μόλις δεκατρείς ή δεκατέσσερις ημέρες μετά την γονιμοποίηση. Αυτή η στιγμή καθορίζει πλέον το έμβρυο, όχι μόνο ως φυσική προέκταση της μητέρας, αλλά ως φυσική της ιδιότητα, ως μια αδιάσπαστη ενότητα, με αποτέλεσμα οποιαδήποτε εξουσιαστική σχέση του άνδρα επί του σώματος της γυναίκας να μην είναι νοητή. Το έγκλημα της διακοπής κύησης τυποποιείται ως έγκλημα στο άρθρο 304 ΠΚ παρ. 1 με αντικείμενο προστασίας το έμβρυο. Η πράξη παραμένει κακούργημα όταν τελείται χωρίς τη συναίνεση της εγκύου (παρ. 1), ενώ αν υπάρχει συναίνεση της ίδιας ή των προσώπων που έχουν τη γονική μέριμνα ή επιμέλεια της, αν αυτή είναι ανίκανη να συναινέσει, προβλέπεται πλημμεληματική ποινή (παρ. 2). Όντας αρκετά ξεκάθαρες οι αρχικές παράγραφοι του άρθρου, η 3η παράγραφος τιμωρεί την έγκυο

που, μετά την εικοστή τέταρτη εβδομάδα της εγκυμοσύνης της, την διακόπτει ή επιτρέπει σε άλλον να τη διακόψει, μια πράξη που θεωρείται ως ιδιαίτερα σκληρή και γι' αυτό μη ανεκτή. Κατά αυτό τον τρόπο, η διακοπή της κύησης είναι κατά κανόνα τελικά άδικη πράξη, εκτός αν συντρέχουν γενικοί ή ειδικοί λόγοι άρσης του αδίκου. Αυτό άλλωστε αποτελεί το σημείο, στο οποίο εντείνεται η συζήτηση, γύρω από το ορθό και το δίκαιο απαλλαγής της ποινικής ευθύνης για μια τέτοια πράξη. Το σύστημα των ενδείξεων²⁴ όπως αποκαλείται στο άρθρο 304 παρ. 4 δικαιολογεί την διακοπή της κύησης και επιβάλλει το ατιμώρητο. Πρώτον, οι ενδείξεις αφορούν το χρονικό πλαίσιο ενέργειας της διακοπής και δη το πρώτο τρίμηνο, εντός του οποίου επιτρέπεται η άμβλωση με ειδική ιατρική φροντίδα και συναίνεση της εγκύου. Παρατηρείται, ειδικότερα, μια νέα πρόβλεψη του νόμου, σύμφωνα με την οποία δεν είναι άδικη πράξη η τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης όταν συντρέχουν οι προβλεπόμενες από το νόμο ενδείξεις όχι μόνο όταν η πράξη ενεργείται από ειδικό γιατρό, αλλά και από την ίδια την έγκυο. Δεύτερον, προτεραιότητα δίνεται στην προσωπική ελευθερία και την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας της γυναίκας, η οποία κατοχυρώνεται με το άρθρο 5 παράγραφος 1 του Συντάγματος, μέσω της ποινικής απαλλαγής της σε περιπτώσεις εκβιασμένων σχέσεων, όπως είναι ο βιασμός, η αιμομιξία, η αποπλάνηση και η κατάχρηση γυναίκας αδύναμης να αντισταθεί. Τέλος, χωρίς κανέναν χρονικό περιορισμό, τίθεται ως πρώτη ανάγκη και πάλι η διασφάλιση της σωματικής και ψυχικής υγείας της εγκύου, εξασφαλίζοντας τη δική της ασφάλεια και ευημερία, με τη σύμφωνη γνώμη του ειδικότερου κατά περίπτωση ιατρού. Διευρύνονται έτσι τα χρονικά περιθώρια για την εφαρμογή της λεγομένης ευγονικής ένδειξης, η οποία λειτουργεί ως λόγος άρσης του αδίκου μέχρι το τέλος της κύησης, κατά το πρότυπο άλλων ευρωπαϊκών Κωδίκων, όπως του αυστριακού.

²² Ε. Συμεωνίδου Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 76 επ.

²³ Ε. Συμεωνίδου Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 78, Μανωλεδάκη Ι, Το έννομο αγαθό, σελ.286 επ.

²⁴ Ε.Συμεωνίδου Καστανίδου, Η άμβλωση ως πρόβλημα του Ποινικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκου-λα, σελ.172 επ.

Ορίζοντας τον βιασμό με βάση την συναίνεση: η νέα παρ.4 άρ. 336 ΠΚ

Μένος Ιωάννης & Κυπράκης Νίκος & Παλάσκας Γεώργιος
3^ο έτος, Νομικής ΑΠΘ

Μένος Ιωάννης

Προλεγόμενα

Η ψήφιση ενός νέου Ποινικού Κώδικα συνιστά, το δίχως άλλο, ένα κοσμογονικό γεγονός για τον νομικό κόσμο μιας χώρας: από ένα σύνολο συμπεριφορών που θίγουν τα κοινωνικά αγαθά¹, ο νομοθέτης καλείται να επαναξιολογήσει ποιες είναι οι συμπεριφορές εκείνες που φέρουν αντικειμενική ηθικονομική απαξία². Στην προσπάθεια του αυτή, ο ποινικός νομοθέτης μπορεί να θεσπίσει διατάξεις που για πρώτη φορά ποινικοποιούν ορισμένη συμπεριφορά, όπως συνέβη με την προσθήκη της παραγράφου 4 του άρθρου 336 του Ποινικού Κώδικα, η οποία ερμηνευτικά συνιστά *terra nullius* και η οποία αποτέλεσε τον καρπό μιας αξιοσημείωτης κινητοποίησης του ελληνικού φεμινιστικού κινήματος³ και της Διεθνούς

Αμνηστίας⁴

Μήλον της έριδος αποτέλεσε το άρ. 336 του σχεδίου του νέου Ποινικού Κώδικα, το οποίο περιείχε έναν πιο αυστηρό ορισμό του βιασμού σε σχέση με το προϊσχύσαν νομικό καθεστώς. Ειδικότερα, ο παλαιός Ποινικός Κώδικας απαιτούσε γενικώς την απειλή σπουδαίου και άμεσου κινδύνου ως εξαναγκαστικού μέσου προς επίτευξη ασελών πράξεων με το θύμα (άρ. 336 παρ. 1 παλαιού ΠΚ). Από την διατύπωση του άρθρου προέκυπτε πως ο απειλούμενος κίνδυνος μπορούσε κατ' αρχήν να αφορά οποιοδήποτε έννομο αγαθό του θύματος⁵, ωστόσο, για να είναι ο κίνδυνος σπουδαίος, έπρεπε να αφορά ειδικότερα κάποιο ιδιαίτερα σημαντικό αγαθό (π.χ. ζωή, σωματική ακεραιότητα, ελευθερία)⁶, και η πραγμάτωση του να οδηγούσε σε σημαντική βλάβη του αγαθού⁷. Ενόψει της γενικής διατύπωσης του παλαιού άρ. 336 παρ. 1 ΠΚ, η νομοπαρασκευαστική επιτροπή του νέου ΠΚ έκρινε ως αναγκαίο τον ρητό προσδιορισμό των αγαθών καθ' ων στρέφεται ο απειλούμενος κίνδυνος⁸, τα

¹ Μανωλεδάκης Ι., Ποινικό Δίκαιο, Επιτομή γενικού μέρους, Άρθρα 1-49 Ποινικού Κώδικα, Σάκκουλα, 2005, σ. 2-3, Κτιστάκη Γ., Η ποινική αξίωση της Πολιτείας, Ανάμεσα στη θεωρία και την πράξη, Ποινικά Χρονικά 1988, σ. 173- 174

² Παπαγεωργίου Κ., Ποινικοποίηση και Ηθική, Ισοπολιτεία, τ.1, 2001, σ. 128 έπ, Παρασκευόπουλος Ν., Τα θεμέλια του Ποινικού Δικαίου, Γενικό Μέρος, Σάκκουλα, 2008, σ. 31- 34, Σταμάτης Κ., Μεθοδολογία του Δικαίου, Θεμελίωση των νομικών κρίσεων, Σάκκουλα, 2016, σ. 144

³ Σταυρόπουλος Λ., Ενστάσεις βουλευτών του ΣΥΡΙΖΑ για τις προβλέψεις του νέου Ποινικού Κώδικα περί βιασμού, διαθέσιμο στο <https://www.tovima.gr/2019/06/05/politics/enstaseis-vouleyton-tou-syriza-gia-tis-provlepseis-tou-neou-poinikou-kodika-peri-viasmou/>, ΤοΒΗΜΑTeam, Φεμινιστικές οργανώσεις ενάντια στις διατάξεις για το βιασμό, διαθέσιμο στο <https://www.tovima.gr/2019/06/05/society/feministikes-organoseis-enantia-stis-diatakseis-gia-to-viasmo/>

⁴ Απαράδεκτο το άρθρο 336, που εμπεριέχει τον νομικό ορισμό του βιασμού στο σχέδιο του Νέου Ποινικού Κώδικα, διαθέσιμο στο <https://www.amnesty.gr/news/press/article/22236/aparadekto-arthro-336-poy-emperiehei-ton-nomiko-orismo-toy-viasmoy-sto>

⁵ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 207

⁶ 769/2009, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 2010, σ. 199

⁷ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., ό.π., σ. 207

⁸ Αιτιολογική Έκθεση Νέου Ποινικού Κώδικα,

οποία ήταν τελικώς η ζωή και η σωματική ακεραιότητα του θύματος.

Η άνωθι εξέλιξη πυροδότησε θύελλα αντιδράσεων, δεδομένου του ότι το γράμμα του νόμου περιόριζε το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων περί βιασμού, έχοντας ως βάση την άσκηση ή απειλή βίας, και όχι την συναίνεση του ατόμου⁹. Πολλές φορές μάλιστα εκφραζόταν το αίτημα να υιοθετηθεί από τον νέο Ποινικό Κώδικα ο ορισμός του βιασμού που περιεχόταν στην Σύμβαση της Κωνσταντινούπολης, και ο οποίος είχε ως θεμέλιο την απουσία συναίνεσης του «παθόντος» για την κατάφαση του εγκλήματος.

Η Σύμβαση της Κωνσταντινούπολης

Η Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για την Πρόληψη και Καταπολέμηση της Βίας κατά των γυναικών και της ενδοοικογενειακής βίας (κοινώς Σύμβαση Κωνσταντινούπολης) αποτελεί το πλέον μεγαλόπνοο νομικό κείμενο για την πρόληψη και την καταπολέμηση της βίας κατά των γυναικών και της ενδοοικογενειακής βίας¹⁰, με στόχο τη διαμόρφωση ολοκληρωμένων προτύπων προστασίας μεταξύ των κρατών που έχουν προσχωρήσει σε αυτήν¹¹. Τη Σύμβαση έχει κυρώσει η Ελλάδα με τον ν. 4531/ 2018 (ΦΕΚ 62/Α/5-4-2018).

Σύμφωνα, λοιπόν, με το άρθρο 36 της Σύμβασης: *Τα Μέρη λαμβάνουν τα αναγκαία νομοθετικά ή άλλα μέτρα προκειμένου να διασφαλιστεί η ποινικοποίηση των ακόλουθων εκ προθέσεως συμπεριφορών: α. διάπραξη μη συναινετικής κολπικής, πρωκτικής ή στοματικής διείσδυσης σεξουαλικού χαρακτήρα στο σώμα*

διαθέσιμη σε <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/k-poinkod-eis-NEO.pdf>

⁹ Απαράδεκτο το άρθρο 336, που εμπεριέχει τον νομικό ορισμό του βιασμού στο σχέδιο του Νέου Ποινικού Κώδικα, διαθέσιμο στο <https://www.amnesty.gr/news/press/article/22236/aparadekto-arthro-336-poy-emperiehei-ton-nomiko-orismo-toy-viasmoy-sto>

¹⁰ Η Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για την Πρόληψη και Καταπολέμηση της Βίας κατά των γυναικών και της ενδοοικογενειακής βίας (Σύμβαση Κωνσταντινούπολης): Ερωτήσεις και Απαντήσεις, διαθέσιμο σε <https://rm.coe.int/prems-039019-grc-2574-brochure-questions-istanbul-convention-web-16x16/1680944850>

¹¹ <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/historical-background>

άλλου ατόμου με τη χρησιμοποίηση οποιουδήποτε οργάνου του σώματος ή αντικειμένου. β. διάπραξη άλλων μη συναινετικών πράξεων σεξουαλικού χαρακτήρα με άτομο. γ. ο εξαναγκασμός άλλου ατόμου να συμμετέχει σε μη συναινετικές πράξεις σεξουαλικού χαρακτήρα με τρίτο άτομο. Από την διατύπωση του άρθρου γίνεται βεβαίως φανερό πως θεμέλιος λίθος για την διάπραξη βιασμού πρέπει να είναι η έλλειψη συναίνεσης από πλευράς του θύματος.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι διαπραγματεύσεις που οδήγησαν στην διαμόρφωση του άρθρου 36 της Σύμβασης¹². Η υιοθέτηση ενός ορισμού που θα περιστρεφόταν γύρω από την συναίνεση του ατόμου προκάλεσε σημαντικές αντιδράσεις, εγείροντας την αξίωση ο ορισμός του βιασμού να βασίζεται στην άσκηση σωματικής βίας. Ο φεμινιστικός αντίλογος ήταν άμεσος: θεωρώντας πως βιασμός τελείται μόνον όταν ασκείται ακραία σωματική βία, νομιμοποιείται ουσιαστικά ως υγιής σεξουαλική συμπεριφορά η εκμετάλλευση των γυναικών, σε περιπτώσεις όπου έχει εμφιλοχωρήσει εξαναγκασμός ή ανικανότητα της γυναίκας να συναινέσει ελεύθερα (λόγω π.χ. απώλειας των αισθήσεων). Έτσι, υπήρξε η αντιπρόταση να υιοθετηθεί ο ορισμός που δέχτηκε το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην υπόθεση *MC v Bulgaria*¹³, για την οποία το Δικαστήριο βασίστηκε σε σχετική νομολογία του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου για την πρώην Γιουγκοσλαβία¹⁴. Τελικά επικράτησε ο αρχικά προτεινόμενος ορισμός, που

¹² *Lisa Gormley*, The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence: a consolidation of existing international law, or a significant progression?, *European Human Rights Law Review*, 2014, σ. 606- 617, διαθέσιμο σε *New Westlaw International*

¹³ 13 no. 39272/98, 04/12/2003, European Court of Human Rights, *M.C. v. Bulgaria*, παρ. 163, διαθέσιμο σε [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Mc%20v.%20bulgaria%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61521%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Mc%20v.%20bulgaria%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61521%22]})

¹⁴ IT-96-23 & 23/1, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kunarac et al.*, παρ. 460, διαθέσιμο σε <https://www.icty.org/en/case/kunarac>, IT-98-30/1, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kvočka et al.*, παρ. 175-177, διαθέσιμο σε <https://www.icty.org/en/case/kvocka>

έδινε έμφαση στην ύπαρξη συναίνεσης, « η οποία πρέπει να παρέχεται εκουσίως, ως αποτέλεσμα της ελεύθερης βούλησης του ατόμου η οποία αξιολογείται στο πλαίσιο των περιστάσεων» (παρ. 2 άρ.36).

Τελική διατύπωση του άρ. 336 ΠΚ

Εν τέλει η πρώτη παράγραφος του άρθρου 336 ΠΚ διατήρησε την διατύπωση που είχε προταθεί από την νομοπαρασκευαστική επιτροπή, και η οποία απαιτούσε απειλή σοβαρού και άμεσου κινδύνου ζωής ή σωματικής ακεραιότητας, ενώ παράλληλα προστέθηκε στο άρθρο 336 ΠΚ μια νέα παράγραφος (αρχικά η πέμπτη, μετέπειτα η τέταρτη) σύμφωνα με την οποία «Όποιος, εκτός από την περίπτωση της παραγράφου 1, επιχειρεί γενετήσια πράξη χωρίς τη συναίνεση του παθόντος, τιμωρείται με κάθειρξη έως δέκα έτη»¹⁵. Η προσθήκη της τελευταίας αυτής παραγράφου, η οποία ενδεχομένως λειτούργησε ως αντιστάθμισμα για την διατήρηση των αυστηρών διατυπώσεων της παρ. 1 άρ. 336 ΠΚ, έγινε εσπευσμένα, με αποτέλεσμα να ανακύψουν σημαντικά ερμηνευτικά ζητήματα, ιδίως για την σχέση της νέας παραγράφου με άλλα άρθρα του Ποινικού Κώδικα, τα οποία και θα αναλυθούν στη συνέχεια.

Ερμηνευτική προσέγγιση της παρ. 4 άρ. 336 ΠΚ- η «συναίνεση»

Προκειμένου για την ερμηνεία της οψιγενούς παραγράφου 4, κρίνεται αναγκαίο να αναλύσουμε την σημασία και το περιεχόμενο της «συναίνεσης», ως κομβικής για την κατανόηση του άρθρου.

Συγκατάθεση και συναίνεση

Ενίοτε η σύμφωνη γνώμη του φορέα ενός εννόμου αγαθού για επενέργεια τρίτου πάνω στο αγαθό ενδιαφέρει το Ποινικό Δίκαιο.

Έτσι, έχουμε *συγκατάθεση* στις περιπτώσεις όπου η σύμφωνη βούληση του φορέα του αγαθού αποκλείει την προσβολή του τελευταίου¹⁶ και

οδηγεί στην μη στοιχειοθέτηση της αντικειμενικής υπόστασης του εκάστοτε εγκλήματος, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται αρχικό άδικο¹⁷ και να μην έχουμε «θύμα»¹⁸. Στην κατηγορία αυτή ανήκουν κατεχορήν εγκλήματα κατά της ελευθερίας (π.χ. 325 ΠΚ, 336ΠΚ)¹⁹. Από την άλλη πλευρά, *συναίνεση* υφίσταται στις περιπτώσεις που, ενώ έχει πληρωθεί η αντικειμενική υπόσταση ενός εγκλήματος, με την προσβολή του εννόμου αγαθού²⁰, και άρα έχουμε αρχικό άδικο, η σύμφωνη γνώμη του «παθόντος» αίρει τον άδικο χαρακτήρα της πράξης²¹, ενόψει της διάθεσης του αγαθού από τον φορέα του. Εφόσον για την τέλεση βιασμού κατ' άρθρον 336 παρ. 4 απαιτείται ρητά²² η επιχείρηση γενετήσιων πράξεων δίχως την θέληση του θύματος, νοητή εν προκειμένω είναι μόνον η συγκατάθεση του ατόμου, μολονότι το γράμμα του νόμου μιλάει για «συναίνεση». Εξάλλου, μόνη η τέλεση γενετήσιων πράξεων συνιστά άσκηση και όχι προσβολή του δικαιώματος της γενετήσιας ελευθερίας²³. Η παρατήρηση αυτή έχει μεγάλη σημασία, εφόσον οι προϋποθέσεις για την παροχή έγκυρης συγκατάθεσης είναι λιγότερες σε σχέση με εκείνες της συναίνεσης. Έτσι, κατά μία άποψη, η συγκατάθεση συνιστά φυσική βούληση του φορέα του αγαθού²⁴,

¹⁷ Παπανεοφύτου Α. Α., Συναίνεση και προσβολή του εννόμου αγαθού, Ποινικά Χρονικά, 1984, σ. 883- 884, Ανδρουλάκης Ν.Κ., Ποινικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, τ.1, Θεωρία για το έγκλημα, Π.Ν. Σάκκουλας, 2006, σ. 355, Βαθιώτης Κ.Ι., ό.π., σ. 197, Μαγκάκης Γ., Ποινικό Δίκαιο, Διάγραμμα Γενικού Μέρους, Παπαζήση, 1982, σ. 231, Μυλωνόπουλος Χ.Ι., Ποινικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, τ. 1, Π.Ν. Σάκκουλας, 2007, σ. 515, Μανωλεδάκης Ι., ό.π., σ. 650- 651, Χαραλαμπίδης Α.Ι., Σύνοψη Ποινικού Δικαίου, Γενικό Μέρος, τ.1, Το έγκλημα, Π.Ν. Σάκκουλας, 2010, σ. 510

¹⁸ Βαθιώτης Κ.Ι., ό.π., σ.197, Μανωλεδάκης Ι., ό.π. σ. 651- 652, Παρασκευόπουλος Ν., ό.π., 204

¹⁹ Παρασκευόπουλος Ν., ό.π., σ. 204

²⁰ αντίθετοι για την προσβολή του εννόμου αγαθού Ανδρουλάκης Ν.Κ., ό.π., σ. 357- 358, Μαγκάκης Γ., ό.π., σ. 232- 233, Παπανεοφύτου Α.Α., ό.π., σ. 890- 895

²¹ Μανωλεδάκης Ι., ό.π., σ. 652, Μαγκάκης Γ., ό.π., σ. 231

²² Βαθιώτης Κ.Ι., ό.π., σ. 197, Ανδρουλάκης Ν.Κ., ό.π., σ. 355

²³ Παρασκευόπουλος Ν.- Φυτράκης Ε., Αξιόποινες σεξουαλικές πράξεις, άρθρα 336- 353 ΠΚ, Σάκκουλα, 2011, σ. 92

²⁴ Μυλωνόπουλος Χ.Ι., ό.π., σ. 516, Βαθιώτης Κ.Ι.,

¹⁵ Μπόκας Χ., Βουλή: Ψηφίστηκαν οι νέοι Κώδικες- Παραμένει κακούργημα ο βιασμός, διαθέσιμο σε <https://www.protothema.gr/greece/article/897435/vouli-psifistikan-oi-neoi-kodik-es-me-allages-gia-to-adikima-tou-viasmou/>

¹⁶ Μανωλεδάκης Ι., ό.π., σ. 650- 651, Βαθιώτης Κ.Ι., Στοιχεία Ποινικού Δικαίου, Γενικό Μέρος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2007, σ. 197, Παρασκευόπουλος Ν., ό.π., σ. 204

η οποία, ως πραγματική κατάσταση²⁵, περιορίζεται στο γεγονός της ύπαρξης της²⁶, δίχως την ανάγκη να πληρούνται άλλες προϋποθέσεις, και, κατά συνέπεια, δίχως να ενδιαφέρουν τα ελαττώματα της βούλησης²⁷. Περαιτέρω, άλλοι θεωρούν αναγκαία την εξωτερίκευση της συγκατάθεσης, όχι οπωσδήποτε ρητά²⁸, και άλλοι κρίνουν πως αρκεί να υπάρχει εσωτερικά στο άτομο²⁹. Αντίθετα, ο Α.Ι. Χαραλαμπίδης³⁰ υποστηρίζει πως η συγκατάθεση πρέπει, όπως η συναίνεση, να πληροί τους όρους γνήσιας βούλησης, να μην είναι δηλαδή προϊόν βίας, απειλής, εξαπάτησης³¹ ή πλάνης³². Υπέρ της τελευταίας θέσης συνηγορεί τόσο το άρθρο 36 παρ. 2 της Σύμβασης της Κωνσταντινούπολης, όσο και σχετική νομολογία του ΕΔΔΑ³³. Στο ίδιο πνεύμα κινήθηκε και η πρώτη νομολογιακή αναφορά³⁴ της παρ. 4 άρθρου 336 ΠΚ, η οποία απαιτούσε για την εγκυρότητα της «συναίνεσης» την γνησιότητα βούλησης του ατόμου, την προϋπαρξη της από την προσβολή του εννόμου αγαθού, την κατάφαση της (και όχι απλή ανοχή)³⁵ και την εξωτερίκευση της, έστω και όχι ρητά³⁶. Υιοθετώντας την τελευταία θέση, αποσοβείται ο κίνδυνος να μείνει ατιμώρητος ο δράστης επί εξαναγκασμένης συγκατάθεσης του θύματος,

κατόπιν π.χ. απειλής. Από την άλλη πλευρά, εφόσον μιλάμε για συγκατάθεση, δεν εξετάζεται η ικανότητα καταλογισμού του θύματος, και συνεπώς είναι αδιάφορο αν αυτή δόθηκε από ακαταλόγιστο (π.χ. η Α, ευρισκόμενη σε μέθη, υποκύπτει στις ερωτικές προτάσεις του Β).

Περιεχόμενο της συναίνεσης

Η γενετήσια ελευθερία, ως έκφανση του γενικού δικαιώματος στην προσωπικότητα (άρθρο 5 παρ.1 Συντ.)³⁷, εκφράζει το δικαίωμα εκάστου να αναπτύσσει σεξουαλική δραστηριότητα εφόσον, καθόσον, όποτε και όπως επιθυμεί, με όποιον και όσους επιθυμεί³⁸. Τις πτυχές αυτές πρέπει να καλύπτει και η συγκατάθεση, στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης συνεύρεσης³⁹. Ειδικότερα για τις επιμέρους πράξεις εντός μίας συνεύρεσης αρκεί συνήθως μία γενική συγκατάθεση, όμως από τις περιστάσεις μπορεί να απαιτείται για την τέλεση ορισμένων σεξουαλικών στάσεων η επέκταση της συγκατάθεσης και για εκείνες, δίχως την οποία τελείται ο βιασμός της παρ.4 άρθρου 336 ΠΚ (π.χ. Ο Α, αντί για κολπική, τελεί πρωκτική διείσδυση στην Β, παρά την προηγούμενη άρνηση της τελευταίας).

Πεδίο εφαρμογής της §4 άρθρου 336 ΠΚ

Αρχικά, φαίνεται πως η §4 εφαρμόζεται σε περιπτώσεις όπου η απειλή ή η ασκηθείσα βία είναι ηπιότερη σε σχέση με εκείνη που απαιτεί η παρ.1. Έτσι, η απειλή μπορεί να στρέφεται κατά οποιουδήποτε εννόμου αγαθού του θύματος, ενώ η βία μπορεί να έχει ασκηθεί και κατά πράγματος.

Ζήτημα τίθεται ως προς την πλάνη του θύματος: αν αυτή αφορά τα παραγωγικά αίτια της βούλησης, είναι ποινικά αδιάφορη (π.χ. προσποιούμαι ότι είμαι πλούσιος για να εντυπωσιάσω την Α και να συνευρεθεί μαζί μου)⁴⁰. Η κατάσταση είναι διαφορετική αν η πλάνη αφορά τους όρους της γενετήσιας πράξης: έστω ότι ο Α πάσχει από σεξουαλικά μεταδιδόμενο νόσημα ή απλώς δεν φοράει προφυλακτικό, και συνευρίσκεται με την Β, η οποία, αν γνώριζε

ό.π., σ. 198

²⁵ Μανωλεδάκης Ι., ό.π., σ. 651, Χαραλαμπίδης Α.Ι.,

ό.π., σ. 511

²⁶ Μανωλεδάκης Ι., ό.π., σ. 651

²⁷ Μυλωνόπουλος Χ.Ι., ό.π., σ. 516, Βαθιώτης Κ.Ι., ό.π., σ. 198

²⁸ Μανωλεδάκης Ι., ό.π., σ. 651

²⁹ Μυλωνόπουλος Χ.Ι., ό.π., σ. 516, Βαθιώτης Κ.Ι., ό.π., σ. 199

³⁰ Χαραλαμπίδης Α.Ι., ό.π., σ. 512

³¹ Μανωλεδάκης Ι., ό.π., σ. 657

³² Ανδρουλάκης Ν.Κ., ό.π., σ. 368

³³ no. 39272/98, 04/12/2003, European Court of Human Rights, M.C. v. Bulgaria, παρ. 163, διαθέσιμο σε [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Mc%20v.%20bulgaria%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61521%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Mc%20v.%20bulgaria%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61521%22]})

³⁴ 253/2019 Πλημμελειοδικείου Βόλου, μειοψηφία, διαθέσιμη σε ΝΟΜΟΣ

³⁵ Ανδρουλάκης Ν.Κ., ό.π., σ. 369, Γάφος Η. Γ., Ποινικόν Δίκαιον, Γενικόν Μέρος, τ. 1, Αθήνα, 1973, σ. 181

³⁶ Ανδρουλάκης Ν.Κ., ό.π., σ. 369- 370, Γάφος Η.Γ., ό.π., σ. 187- 188, Μαγκάκης Γ., ό.π., σ. 233- 234

³⁷ Χρυσόγονος Κ. Γ.- Βλαχόπουλος Σ. Β., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ. 218

³⁸ Δοκουμετζίδης Γ., Η σεξουαλική ελευθερία, σημεία αναφοράς και θεμελίωσης στο ισχύον δίκαιο, Δίκαιο και Πολιτική, τ. 13- 14, σ. 356

³⁹ Παρασκευόπουλος Ν.- Φυτράκης Ε., ό.π., σ. 109

⁴⁰ Μυλωνόπουλος Χ. Ι., ό.π., σ. 522, Ανδρουλάκης Ν. Κ., ό.π., σ. 368

κάποια από αυτές τις συνθήκες, δεν θα δεχόταν να συνενευρεθεί μαζί του. Ο Α εν προκειμένω εκμεταλλεύτηκε την πλάνη της Β, έχοντας ενδεχομένως ιδιαίτερη νομική υποχρέωση διαφώτισης της⁴¹, λόγω προγενέστερης κινδυνώδους δράσης του, συνεπώς η συγκατάθεση της Β είναι ανίσχυρη. Ειδικότερα για την πλάνη περί το πρόσωπο, έχει υποστηριχθεί πως, βάσει ιστορικοβουλευτικής ερμηνείας, δεν εμπίπτει στο πεδίο της §4. Ωστόσο, η σεξουαλική ελευθερία περικλείει και την επιλογή του ερωτικού συντρόφου, και άρα πλάνη προς το πρόσωπο του τελευταίου συνιστά πλάνη που αφορά το έννομο αγαθό⁴², καθιστώντας την δοθείσα συγκατάθεση ανίσχυρη. Αξίζει φυσικά να σημειωθεί πως δέον η πλάνη να αφορά την φυσική υπόσταση του ερωτικού συντρόφου, και όχι επιμέρους ιδιότητες του (π.χ. η Α, νομίζοντας ότι συνουσιάζεται διακεκομμένα με τον σύζυγο της, Β, συνουσιάζεται στο σκοτεινό δωμάτιο με τον Γ).

Εκ πρώτης όψεως, εντός του βεληνεκούς της παρ.4 κείνται και περιπτώσεις αιφνιδιαστικών σεξουαλικών επιθέσεων⁴³, εφόσον το θύμα δεν πρόλαβε να αντιδράσει⁴⁴. Αν πάλι το άτομο ήταν αναποφάσιστο ή συμπεριφερόταν αντιφατικά, δεν μπορεί να καταφαθεί η αντίθεση του, και, αν πάντως αυτή υπήρχε, είναι πολύ πιθανό να εμφιλοχώρησε πραγματική πλάνη του «δράστη», ελλείψει ενδεχόμενου δόλου.

Σε κάθε περίπτωση, πρέπει το θύμα να εξωτερικεύσει την αντίθεση του με οποιονδήποτε τρόπο⁴⁵, έστω και δίχως να αντιδράσει ενεργά, και πάντως με σαφήνεια⁴⁶ και εμφανώς⁴⁷ στον δράστη, ή, κατ'ελάχιστον, ο δράστης να είχε ενδεχόμενο δόλο αναφορικά με την απουσία της συγκατάθεσης (όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των άρ.18 και 26 ΠΚ).

⁴¹ Ανδρουλάκης Ν.Κ., ό.π., σ. 368, Μυλωνόπουλος Χ. Ι., ό.π., σ. 523

⁴² Ανδρουλάκης Ν. Κ., ό.π., σ. 368, Μυλωνόπουλος Χ. Ι., ό.π., σ. 522

⁴³ Παρασκευόπουλος Ν.- Φυτράκης Ε., ό.π., σ. 108

⁴⁴ 205/ 2010, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 2011, σ. 99

⁴⁵ Παρασκευόπουλος Ν.- Φυτράκης Ε., ό. π., σ. 107

⁴⁶ 873/ 2014, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 2015, σ. 666

⁴⁷ 1785/ 2009, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε <http://www.areiospagos.gr/>

Ανάκληση συγκατάθεσης

Κατά την διάρκεια της ερωτικής πράξης ενδέχεται κάποιος από τους συμμετέχοντες να μην επιθυμεί την συνέχιση της, με αποτέλεσμα να εγείρονται ερωτήματα σχετικά με την ανάκληση της συγκατάθεσης. Κατά πρώτον, έχει υποστηριχθεί ότι μετά την έναρξη της συνεύρεσης είναι αδύνατη η ανάκληση της αρχικής συγκατάθεσης⁴⁸. Η θέση αυτή είναι σαφώς ακραία, αφού παραμερίζει πλήρως την βούληση του μη συναινούντος πια ατόμου, καθιστώντας τον σύντροφο του κυρίαρχο της σεξουαλικής πράξης. Σύμφωνα με άλλη θέση⁴⁹, η ανάκληση είναι δυνατή εφόσον αφορά κάποια «φάση», κάποιο μέρος δηλαδή της ερωτικής συνομιλίας, το οποίο παρουσιάζει σημασιολογική αυτονομία (π.χ. στοματική έναντι κολπικής διείσδυσης), και πάντως όχι στην διάρκεια της ίδιας φάσης. Υποστηρίζεται, ακόμη, πως η ανάκληση γίνεται ελεύθερα κατά τα στάδια της διέγερσης και της ύφεσης, ωστόσο, για να είναι δυνατή κατά τα κύρια μέρη της συνεύρεσης, πρέπει να αφορά την αλλαγή φάσης ή να συντρέχουν ειδικοί λόγοι (π.χ. πόνος). Ορθότερη φαίνεται η άποψη ότι η ανάκληση είναι δυνατή ανά πάσα στιγμή⁵⁰, επιτρέποντας στο άτομο να απεμπλακεί οποτεδήποτε επιθυμεί. Η θέση αυτή, αν και βάλλεται για την εύκολη μεταβολή του ερωτικού συντρόφου σε «βιαστή»⁵¹, φαίνεται η μόνη που επιτυγχάνει ικανοποιητικά την πρακτική εναρμόνιση⁵² της σεξουαλικής ελευθερίας αμφοτέρων των συμμετεχόντων στην συνεύρεση.

Συμμετοχή

Αρχικά, είναι νοητή η τέλεση του εγκλήματος της παρ.4 άρ.336 ΠΚ κατά συναυτουργία (π.χ. οι Α και Β συνουσιάζονται ταυτόχρονα ή ο ένας μετά

⁴⁸ 50/ 1970, Πλημμελειοδικείου Ρόδου, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 1970, σ. 305- 307, 112/1987, Διαρκούς Στρατοδικείου Κρήτης, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 1987, σ. 679

⁴⁹ Λίβος Ν.. Η ποινικά αξιόλογη συναίνεση του παθόντος επί βιασμού, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 1987, σ. 944

⁵⁰ Ψαρούδα- Μπενάκη Α., Παρατηρήσεις σε Πλημμελειοδικείου Ρόδου 50/ 1970, Ποινικά Χρονικά, 1970, σ. 307, 206/ 1998 Πλημμελειοδικείου Ιωαννίνων, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 1998, σ. 822- 823

⁵¹ Παρασκευόπουλος Ν.- Φυτράκης Ε., ό.π., σ. 111, Λίβος Ν., ό.π., σ. 944

⁵² Χρυσόγονος Κ.Χ.- Βλαχόπουλος Σ.Β., ό. π., σ. 142

τον άλλον με την Γ), όχι όμως με «κατανομή ρόλων», εφόσον κολάσιμη εν προκειμένω είναι μόνον μία πράξη, εκείνη της τέλεσης γενετήσιων πράξεων. Συνεπώς, αν ο Α απειλήσει την Β, λέγοντας ότι θα της κάψει το αμάξι, αν αυτή δεν συνενερευθεί με τον Γ, ο Γ θα είναι φυσικός αυτουργός του εγκλήματος του άρ. 336 παρ.4 ΠΚ, ενώ ο Α θα είναι συνεργός στο έγκλημα.

Ζήτημα τίθεται στην περίπτωση της συνέργειας. Στο άνωθι παράδειγμα, ο Α δεν μπορεί να είναι άμεσος συνεργός, εφόσον η νέα διατύπωση του άρ.47 εδ.β ΠΚ απαιτεί για την άμεση ενέργεια την συμβολή κατά την τέλεση της πράξης, με διάθεση του αγαθού. Κατά την τέλεση της συνουσίας ο Α δεν πράττει, απλώς πραγματώνεται το εξαναγκαστικό αποτέλεσμα της προηγηθείσας πράξης του. Κρίσιμο μέγεθος, ωστόσο, είναι η πράξη (άρ.7 παρ.1 Συντ, άρ.14 παρ.1 ΠΚ), και, ως εκ τούτου, φαίνεται πως άμεση ενέργεια στο έγκλημα της παρ.4 δεν νοείται. Αντιθέτως, είναι δυνατή η απλή ενέργεια, η οποία μπορεί να τελεστεί και πριν από την γενετήσια πράξη του φυσικού αυτουργού με το θύμα. Μάλιστα, ο απλός συνεργός ενδέχεται να είναι την ίδια στιγμή και φυσικός αυτουργός της παρ.1 άρ.336 ΠΚ, στην περίπτωση που ο φυσικός αυτουργός της παρ.4 δεν έχει συναυτουργικό δόλο (π.χ. ο Α ρίχνει υπνωτικό στην Β για να την βρει αναισθητή ο Γ και να συνουσιαστεί μαζί της, δίχως ο τελευταίος να γνωρίζει την ενέργεια του Α: ο Γ εν προκειμένω διέπραξε τα εγκλήματα των άρ.336 παρ.4 ΠΚ και 338 ΠΚ, ενώ ο Α τα εγκλήματα των άρ.47 εδ.α ΠΚ + 336 παρ.4, 47 εδ.α ΠΚ + 338 ΠΚ, 336 παρ.1 ΠΚ).

Κυπράκης Νίκος & Παλάσκας Γεώργιος

Πλάνη του δράστη του 336 παρ. 4 ΠΚ

Δεδομένης της μέχρι και δέκα ετών κάθειρξης που επισύρει, το έγκλημα αξιολογείται ως κακούρηγμα κατά τους ορισμούς του άρθρου 18 Π.Κ.: συνεπώς για την υποκειμενική κάλυψη των στοιχείων της αντικειμενικής υπόστασής του⁵³ αρκεί ο ενδεχόμενος δόλος σύμφωνα με το άρθρο 26 Π.Κ. Όπως έχει διευκρινιστεί, στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης αποτελεί, και η απουσία της συγκατάθεσης του παθόντος (είτε η αρχική είτε η επιγενόμενη, η ανάκληση δηλαδή προηγουμένως παρασχεθείσας συγκατάθεσης), συνεπώς πλάνη ως προς αυτήν

συνιστά σε κάθε περίπτωση πραγματική πλάνη, του άρθρου 30 παρ. 1 Π.Κ. Απεναντίας αν είχαμε να κάνουμε με λόγο άρσης του αδικού η πλάνη θα ήταν κατά μία άποψη νομική, του άρθρου 31 παρ.1 Π.Κ.(πλάνη ως προς τις πραγματικές προϋποθέσεις λόγου άρσης του αδικού), πράγμα που προφανώς δεν συμβαίνει στην προκειμένη περίπτωση. Έχοντας τέλος ήδη αναφερθεί στην ανάγκη να εξαρτηθεί οπωσδήποτε η κατάφαση της συγκατάθεσης από τη γνησιότητα της βούλησης του βουλούμενου να συνουσιαστεί, καθίσταται εμφανές ότι η πλάνη του δράστη ενδέχεται να αφορά και την παρουσία ενός ελαττώματος στη βούληση του θύματος (π.χ. η σύμφωνη βούληση του θύματος συνιστά καρπό απειλής προερχόμενης από τρίτο πρόσωπο την οποία και αγνοεί ο δράστης).

Ζητήματα Συρροής

Ιδιαίτερης δυσκολίας ζητήματα ανακύπτουν ως προς τη σχέση της παραγράφου 4 άρθρ. 336 ΠΚ με άλλα εγκλήματα που τυποποιούνται στον ποινικό κώδικα, και προσβάλλουν το ίδιο έννομο αγαθό: τη σεξουαλική ελευθερία.

Αρχικά, η ρήτρα αλληλοαποκλεισμού στην παρ. 4, που αφορά τη σχέση της με την παρ. 1, απαλείφει ευθύς εξ αρχής το όποιο τυχόν κοινό πεδίο εφαρμογής μεταξύ των δύο διατάξεων. Ουσιαστικά περιορίζει την παρ. 4 σε εκείνες τις περιπτώσεις μη συναινετικής συνουσίας που εκφεύγουν της παρ.1. Ενόψει αυτών οι δύο διατάξεις απομένει να συρρέουν φαινομενικά μόνο με την αρχή της απορρόφησης. Πρόκειται για τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η τέλεση και των δύο στρέφεται κατά της ίδιας μονάδας του εννόμου αγαθού χωρίς να έχει στο μεταξύ μεσολαβήσει ειρήνευσή του. Σ' αυτές τις περιπτώσεις η τέλεση μπορεί να είναι είτε ταυτόχρονη (π.χ. συνουσία υπό την απειλή σωματικής βλάβης και φθοράς στο αυτοκίνητο του παθόντος) είτε διαδοχική (π.χ. συνουσία υπό την απειλή δημοσίευσης γυμνής φωτογραφίας του θύματος που εξελίσσεται σε συνουσία υπό το κράτος βίας). Η συρροή είναι πάντως πραγματική με δεδομένο ότι δεν ταυτίζονται κατά περίπτωση τα μέσα που επιστρατεύονται προς εξαναγκασμό του θύματος, ενώ η υιοθέτηση της απορρόφησης οδηγεί σε απώθηση του εκάστοτε ελαφρύτερου εγκλήματος το οποίο πάντως συνυπολογίζεται στην επιμέτρηση⁵⁴. Ωστόσο, αντί του αλληλοαποκλεισμού, έχει

⁵³ Μανωλεδάκης Ι, ο.π., σελ.215

⁵⁴ Μπιτζιλέκης Ν. σε Δίκαιο των ποινικών κυρώ-

υποστηριχθεί και η άποψη πως υφίσταται σχέση ειδικότητας μεταξύ των δύο διατάξεων, αναγνωρίζοντας την παρ.4 άρθρ 336 ως το βασικό έγκλημα του βιασμού, ειδικότερη έκφανση του οποίου είναι η παρ.1 άρθρ.336 ΠΚ. Η θέση αυτή στηρίζεται μεν στη λογική σχέση των δύο διατάξεων παραβλέποντας όμως τη σαφή ρήτρα αλληλοαποκλεισμού της παρ. 4.

Αναφορικά με τη σχέση της παρ. 4 αρ. 336 ΠΚ με το άρθρο 338 ΠΚ, μπορεί αρχικά να διαπιστωθεί μια σχέση σιωπηρής επικουρικότητας: ενώ υφίσταται ένα κοινό πεδίο εφαρμογής των διατάξεων αυτών (έλλειψη συγκατάθεσης στην περίπτωση της σωματικής αναπηρίας και των λοιπών λόγων ανικανότητας αντίστασης), ταυτόχρονα έκαστη αυτών έχει ευρύτερο πεδίο εφαρμογής από την άλλη. Έτσι, αφενός στις περιπτώσεις διανοητικής αναπηρίας (338 ΠΚ) δεν έχουμε εφαρμογή της παρ. 4 άρ.336 ΠΚ (εφόσον το άτομο έχει δώσει συγκατάθεση καίτοι νομικά αδιάφορη), αφετέρου υπάρχουν μορφές τέλεσης της παρ. 4άρ.336 ΠΚ που δεν απαιτούν κατάχρηση των καταστάσεων που αναφέρει το άρ.338 ΠΚ. Ωστόσο, καθώς οι δύο διατάξεις απειλούν το αυτό πλαίσιο ποινής, καθιστώντας δύσκολο τον εντοπισμό της επικουρικής διάταξης, προτείνεται η ερμηνευτική συστολή του πεδίου εφαρμογής της παρ. 4 άρ.336 ΠΚ, ώστε να κείται εκτός αυτού οι περιπτώσεις του 338 ΠΚ. Με τον τρόπο αυτό επιχειρείται ερμηνευτικά ο αλληλοαποκλεισμός των άνωθεν διατάξεων, προς αποκατάσταση των νομοθετικών ατελειών.

Τέλος, στην περίπτωση του 343 ΠΚ, μέσο του δράστη για την τέλεση της γενετήσιας πράξης είναι η κατάχρηση μιας ιδιαίτερης σχέσης που τον συνδέει με το θύμα, η οποία συντελείται με το φόβο που δημιουργείται μέσω απειλών στο θύμα για δυσμενή μεταχείριση του. Ήδη από την διατύπωση του άρθρου («υποχρεώνει») διαφαίνεται η απουσία ελεύθερα εκπεφρασμένης συγκατάθεσης από πλευράς του θύματος⁵⁵. Διαπιστώνεται επομένως ότι το άρ.343 ΠΚ είναι ειδικότερο σε σχέση με την παρ. 4 άρ.336 ΠΚ. Ωστόσο, προσεγγίζοντας συστηματικά τις διατάξεις, το άρ.343 ΠΚ, αν και φέρει μεγαλύτερη κοινωνική απαξία από την παρ. 4 άρ.336

ΠΚ, απειλεί ένα μικρότερο πλαίσιο ποινής. Γι' αυτό έχει υποστηριχθεί και η άποψη του αλληλοαποκλεισμού των δυο διατάξεων με το επιχείρημα ότι η σχέση εκμετάλλευσης προϋποθέτει την ύπαρξη συναίνεσης, κάτι που αποκλείει η παρ. 4 336 ΠΚ. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, ο νομοθέτης καλείται να επανέλθει, αναμορφώνοντας τα πλαίσια ποινών, προκειμένου να θεραπεύσει την εξόφθαλμη κακοτεχνία.

Επίλογος

Με το παρόν πόνημα επιχειρήθηκε η ερμηνευτική ψηλάφηση μίας νεοεισαχθείσας στην ελληνική έννομη τάξη διάταξης, η οποία αποτέλεσε προϊόν οξύτατων κοινωνικών αντιδράσεων, δημιουργώντας προβλήματα στην συστημική προσέγγιση σειράς άρθρων του νέου Ποινικού Κώδικα. Σε κάθε περίπτωση, παρά την έντονη κριτική που έχει ασκηθεί, είναι γεγονός ότι η νέα αυτή διάταξη υφίσταται, και αξιώνει την εφαρμογή της. Διανύουμε, λοιπόν, μία περίοδο ερμηνευτικής συναρμογής, κατά την οποία πρέπει η επιστήμη να επικεντρωθεί στην εύρεση λυσιτελών διεξόδων στα ανακύπτοντα ζητήματα, προτείνοντας αντίστοιχες λύσεις στη νομολογία. Ευελπιστούμε πως, εν τέλει, η παρ.4 άρ.336 ΠΚ θα βρει τη θέση της στον νομικό κόσμο, με την ευχή μιας επανόδου του νομοθέτη, προς επίλυση των όποιων ατελειών.

σεων σελ. 455επ. (§2.4.3.3). ,Νομική Βιβλιοθήκη (2^η έκδοση,2016

⁵⁵ Ατιολογική Έκθεση Νέου Ποινικού Κώδικα, διαθέσιμη σε <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/k-poinkod-eis-NEO.pdf>

Ο θεσμός της ποινικής διαπραγμάτευσης

Κυριακοπούλου Ραφαέλα & Χατζηγεωργίου Παναγιώτης

Απόφοιτος Νομικής ΑΠΘ & Ασκούμενος Δικηγόρος

Εισαγωγή

Οι τελευταίες δεκαετίες σηματοδότησαν αφενός μεν την εξέλιξη του εγκληματικού φαινομένου και την εμφάνιση νέων μορφών εγκλημάτων, αφετέρου δε ανέδειξαν σε όλο τους το μεγαλείο τις αγκυλώσεις και θεμελιώδεις αβελτηρίες που παρουσίαζε η διαδικασία απονομής δικαιοσύνης στην Ελλάδα. Κατόπιν αυτών, ο Έλληνας νομοθέτης, προκειμένου να αντισταθμίσει την πολυετή του αδράνεια, επεδίωξε δυνάμει του νόμου 4620/2019 (που τροποποιήθηκε εκ νέου με τον Ν. 4637/2019¹) να εκσυγχρονίσει το ισχύον ουσιαστικό και δικονομικό νομικό πλαίσιο που διέπει το ποινικό δίκαιο.

Μία από τις πλέον ενδιαφέρουσες αλλαγές που επιχειρήθηκαν στον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (στο εξής ΚΠΔ) αποτέλεσε η εισαγωγή του θεσμού της ποινικής διαπραγμάτευσης στο άρθρο 303. Ο θεσμός αυτός ήρθε να συμπληρώσει το πλέγμα των εναλλακτικών διαδικασιών απονομής ποινικής δικαιοσύνης στην ελληνική έννομη τάξη, πλαισιώνοντας τους συγγενείς πλην όμως διάφορους θεσμούς της ποινικής συνδιαλλαγής (αρ. 301 ΚΠΔ) και της ποινικής διαταγής (αρ. 409 ΚΠΔ). Οι ανωτέρω μεταρρυθμίσεις απέβλεπαν στην αποσυμφόρηση των Ποινικών Δικαστηρίων από έναν τεράστιο όγκο εκκρεμών υποθέσεων που επιβράδυναν την απονομή της δικαιοσύνης υποβαθμίζοντας παράλληλα την ποιότητά της².

Περιγραφή θεσμού

Η ποινική διαπραγμάτευση, που προβλέφθηκε στο άρθρο 303 ΚΠΔ, αν και νεοπαγής στην Ελλά-

δα, είναι θεσμός αγγλοσαξωνικής προέλευσης³, ο οποίος σταδιακά ενσωματώθηκε και στο ηπειρωτικό δικαιοσύνη σύστημα.

Οι εκφάνσεις του θεσμού

Στην Αμερική εμφανίζεται με διάφορες μορφές και αντιστοίχως διαφορετικά αντικείμενα διαπραγμάτευσης⁴.

Στο **“Charge bargaining”**⁵ ο κατηγορούμενος που βαρύνεται με μία ή περισσότερες κατηγορίες, σε αντάλλαγμα της παραδοχής την ενοχής του καταδικάζεται για ελαφρύτερη μορφή του εγκλήματος για το οποίο ασκείται η ποινική δίωξη ή αν κατηγορείται για περισσότερα, για την ελαφρύτερη μορφή του βαρύτερου εξ αυτών. Παραδείγματος χάριν, αν έχει ασκηθεί ποινική δίωξη για διακεκριμένη κλοπή του άρθρου 374 Ποινικού Κώδικα (στο εξής ΠΚ), δύναται να επιβληθεί ποινή για τη βασική μορφή του αρ. 372 ΠΚ.

Περαιτέρω, στο **“Count bargaining”**⁶, ενώ η ποινική δίωξη ασκείται πάντοτε για περισσότερες

³ *Albert W. Alschuler*, Plea Bargaining and its history, *Law and Society Review* Vol. 13, 1979, σελ. 211-245.

⁴ *Albert W. Alschuler*, Plea Bargaining and its history, *Columbia Law Review* Vol. 79, Ιανουάριος 1979, σελ. 1-43.

⁵ *Lindsey Devers*, Plea and charge bargaining, Research Summary, Bureau of Justice Assistance U.S. Department of Justice, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>

⁶ Άγνωστος συντάκτης, How Plea Bargaining Works, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <https://www.lawfirms.com/resources/criminal-defense/defendants-rights/how-plea-bargaining-works.htm>.

¹ Διαθέσιμος ηλεκτρονικά στο: <https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/nomos-4637-2019>.

² *Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου*, Η Ποινική Διαπραγμάτευση (pleabargaining), Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 641 επ.

εγκληματικές ενέργειες, ο κατηγορούμενος με την ομολογία του απαλλάσσεται για ορισμένες από τις κατηγορίες. Παραδείγματος χάριν, αν διώκεται για το έγκλημα της απάτης και για αυτό της κλοπής, με την ομολογία της απάτης αποσύρεται η κατηγορία για την κλοπή.

Μία άλλη, εξόχως ιδιόμορφη παραλλαγή του θεσμού, είναι αυτή του **“Facts bargaining”**⁷. Η περίπτωση αυτή σπανίως επιλέγεται από τους συνηγούς υπεράσπισης και έτι σπανιότερα γίνεται αποδεκτή από τους δικαστές, καθώς η φύση της αντιστρατεύεται θεμελιακές αρχές του ποινικού δικαίου και ειδικά της ηθικής αποδείξεως. Εδώ ο κατηγορούμενος ομολογεί κάποια από τα αποδεδειγμένα πραγματικά περιστατικά και σε αντάλλαγμα δεν παρουσιάζονται άλλα, επιβαρυντικά για τον ίδιο ή ενοχοποιητικά για τους συμμετόχους γεγυνότα ενώπιον του δικαστηρίου. Αυτή η παραλλαγή ίσως παρίσταται ευεργετική σε περιπτώσεις π.χ. συμμετοχής σε έγκλημα γονέως και τέκνου, οπότε ο γονέας δύναται να ομολογήσει περιστατικά που θεμελιώνουν τη δική του ενοχή σε αντάλλαγμα της απόκρυψης των ενοχοποιητικών για το τέκνο του, ωστόσο σε άλλες περιπτώσεις αναδεικνύει τη γενικότερη προβληματική που αφορά το θεσμό, την οποία και επιφυλασσόμαστε να αναλύσουμε κατωτέρω.

Τέλος, το **“Plea bargaining”** ή **“Sentence bargaining”** συνίσταται στην ομολογία ενοχής εκ μέρους του κατηγορουμένου προκειμένου να πετύχει, μέσω διαπραγμάτευσης με τον Εισαγγελέα, την επιβολή όσο το δυνατόν χαμηλότερης ποινής. Η ποινή αυτή μάλιστα, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να αγγίζει τα ανώτερα όρια της απειλούμενης κατά την τακτική διαδικασία.

Η ποινική διαπραγμάτευση στην Ελλάδα

Αυτό το εναλλακτικό μοντέλο απονομής ποινικής δικαιοσύνης έτυχε ευρείας αποδοχής σε αρκετά ευρωπαϊκά κράτη⁸, καθένα από τα οποία πρό-

κρινε και εν τέλει υιοθέτησε την παραλλαγή που έκρινε ότι συμβαδίζει περισσότερο με τα δικαιικά του πρότυπα.

Η Ελλάδα από την πλευρά της επέλεξε να κατοχυρώσει νομοθετικά το θεσμό υπό τη μορφή του **“Plea bargaining”** στο άρθρο 303 ΚΠΔ⁹. Το ρυθμιστικό πλαίσιο που θεσπίστηκε, ωστόσο, δεν καλύπτει όλες τις μορφές των εγκλημάτων. Αντιθέτως, στο αρ. 303§1 ρητώς ορίζεται πως η διαδικασία **αφορά μόνο τα αυτεπαγγέλτως διωκόμενα εγκλήματα**: ωστόσο εξ αυτών, τα κακουργήματα που απειλούνται με ποινή ισόβιας κάθειρξης, τα κακουργήματα του αρ. 187^Α ΠΚ (ήτοι όσα συνδέονται με τρομοκρατικές ενέργειες) και τα εγκλήματα κατά της γενετήσιας ελευθερίας εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής του νόμου.

Προϋπόθεση για την έναρξη της διαδικασίας είναι η υποβολή σχετικού εγγράφου αιτήματος εκ μέρους του κατηγορουμένου ή του συνηγού του. Να σημειωθεί πως σε περίπτωση συρροής, ο κατηγορούμενος μπορεί να αιτηθεί τη διαπραγμάτευση είτε μόνο για ένα είτε και για περισσότερα από τα εγκλήματά για τα οποία διώκεται (άρ. 303§8 ΚΠΔ). Το αίτημα υποβάλλεται κατά κανόνα στην προδικασία, με απώτατο χρονικό ορίζοντα το πέρας της κύριας ανάκρισης, εφόσον η ποινική δίωξη έχει αντικείμενο κακούργημα, ή της προανάκρισης, αν πρόκειται για πλημμέλημα. Βέβαια, αξίζει να υπομνησθεί πως, βάσει της παρ. 7, δίνεται η δυνατότητα στον κατηγορούμενο (ή στον συνήγορό του) να αιτηθεί την έναρξη της ποινικής διαπραγμάτευσης και ενώπιον του ακροατηρίου, υπό τον όρο πως δεν έχει εκκινήσει η αποδεικτική διαδικασία. Η υποβολή του αιτήματος στο ακροατήριο δεν συνεπάγεται υποχρεωτική αναβολή της συζήτησης, αλλά το δικαστήριο δύναται να χορηγήσει 15ήμερη διακοπή προκειμένου να εξαντληθούν οι πιθανότητες «συμβιβαστικής» επιβολής της ποινής (αρ. 303§7). Αν και από το νόμο δεν προκύπτει ξεκάθαρα, είναι ασφαλές να συνάγουμε πως το αίτημα (αν υποβληθεί κατά την προδικασία) απευθύνεται στον ανακριτή ή στον αρμόδιο προανακριτικό υπάλληλο¹⁰ (. Με την υποβολή του αιτήματος, η δι-

⁷ “Plea bargains: In Depth”, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <https://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/plea-bargains-in-depth.html>.

⁸ Άννα Χριστίνα Στυλιανίδου, Η ποινική διαπραγμάτευση (plea bargaining), διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <https://www.crimetimes.gr/pleabargaining%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CE%B9%CE%BA%CE%AE%CE%B4%CE%B9%CE%B1%CF%80%CF%81%CE%B1%CE%B3%CE%BC%CE%AC%CF%84%CE%B5%CF%85%CF%83%CE%B7/>

⁹ Διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/n-4620-2019/arthro-303-kodikas-poinikis-dikonomias-nomos-4620-2019>

¹⁰ Στέφανος Ζαρκαντζιάς, Ποινική συνδιαλλαγή, ποινική διαπραγμάτευση και ποινική διαταγή στον νέο ΚΠΔ, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <http://www.>

κογραφία μεταβιβάζεται στον αρμόδιο Εισαγγελέα (Εφετών αν η ποινική δίωξη αφορά κακούργημα και Πλημμελειοδικών αν αφορά πλημμέλημα).

Όπως προκύπτει από το αρ. 303§2 εδ. α' ΚΠΔ, μόνη η υποβολή του αιτήματος δεν οδηγεί στην εφαρμογή της διαδικασίας· εναπόκειται στην ανέλεγκτη κρίση του Εισαγγελέα να αποφασίσει, αφού πρώτα καλέσει τον κατηγορούμενο (και προαιρετικά και τον παθόντα) να παρασταθεί ενώπιόν του, κατά πόσον η εισαγόμενη υπόθεση είναι κατάλληλη για διαπραγμάτευση, λαμβάνοντας υπόψιν του τις περιστάσεις τέλεσης της πράξης και την προσωπικότητα του κατηγορουμένου. Ειδικά για τα εγκλήματα του άρθρου 301§1 ΚΠΔ, ο Εισαγγελέας μπορεί να «εξαρτήσει την έναρξη της διαπραγμάτευσης από την πλήρη αποκατάσταση της ζημίας ή από τη σοβαρή προσπάθεια του υπαιτίου να αποκαταστήσει τη ζημία». Ας σημειωθεί, ωστόσο, πως η απόφαση του Εισαγγελέα ως προς την καταλληλότητα της υπόθεσης για ποινική διαπραγμάτευση δεν υπόκειται σε κανένα ένδικο βοήθημα, ενώ δεν απαιτείται καν να είναι αιτιολογημένη!

Από την άλλη, το κίνητρο που παρέχεται στον κατηγορούμενο προκειμένου να συμμετάσχει στη διαπραγμάτευση είναι αναντίρρητα η απειλή σημαντικά μειωμένης ποινής¹¹ συγκριτικά με εκείνη που θα επιβαλλόταν, αν ακολουθείτο η τακτική διαδικασία. Πιο συγκεκριμένα, η ποινή που θα προκύψει θα εκτείνεται:

- i. Στα πλημμελήματα, από 10 ημέρες έως 2 έτη φυλάκισης.
- ii. Στα κακούργηματα που απειλούνται με ποινή κάθειρξης μέχρι 10 έτη, από 2 έως 5 έτη.
- iii. Στα κακούργηματα που απειλούνται με ποινή κάθειρξης άνω των 10 ετών, από 2 έως 7 έτη.

Παρότι υφίσταται σημαντική έκπτωση στην επιβαλλόμενη ποινή, ο νομοθέτης προβλέπει και εδώ

esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2019/zarkaziaspoin_2019.pdf

¹¹ Αθανάσιος Ζαχαριάδης, Η ποινική διαπραγμάτευση κατά τον ΚΠΔ: σύντομη παρουσίαση της ρύθμισης του άρθρου 303, Nova Criminalia, Οκτώβριος 2019, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <https://endes.gr/%ce%b1%cf%86%ce%b9%ce%ad%cf%81%cf%89%ce%bc%ce%b1-%cf%84%ce%b7%cf%82-%ce%ad%ce%bd%cf%89%cf%83%ce%b7%cf%82-%ce%b5%ce%bb%ce%bb%ce%ae%ce%bd%cf%89%ce%bd-%cf%80%ce%bf%ce%b9%ce%bd%ce%b9%ce%ba%ce%bf%ce%bb/>

τη δυνατότητα εφαρμογής των διατάξεων περί αναστολής της ποινής (αρ. 99, 100 ΠΚ) και μετατροπής της σε κοινωνική εργασία (αρ. 104^Α, 105^Α ΠΚ).

Όπως σαφώς προκύπτει εκ των ως άνω, αν και τα πλαίσια ποινής ορίζονται με ακρίβεια στο νόμο, εντούτοις παρουσιάζουν αξιόλογο εύρος, γεννώντας μείζονες προκλήσεις αναφορικά με την επιμέτρησή της. Προκειμένου να διευκολυνθεί στο έργο του ο Εισαγγελέας, η παράγραφος 4 του άρθρου, προβλέπει ορισμένους παράγοντες που πρέπει να λάβει υπόψιν του, «όπως την απαξία, τις συνθήκες τέλεσης της πράξης, τον βαθμό της υπαιτιότητας καθώς και την προσωπικότητα και τους οικονομικούς όρους του κατηγορουμένου». Εφόσον καταλήξουν σε συμφωνία, Εισαγγελέας και κατηγορούμενος συντάσσουν πρακτικό διαπραγμάτευσης, όπου υποχρεωτικά μνημονεύεται η ομολογία του κατηγορουμένου περί της ενοχής του, η ποινή που συνομολογήθηκε και ο τρόπος έκτισής της.

Το χρονικό σημείο κατά το οποίο θα συνταχθεί το παραπάνω πρακτικό είναι ιδιαιτέρως κρίσιμο αναφορικά με την επιβολή περιοριστικών όρων. Αν συνταχθεί πριν την απολογία του κατηγορουμένου, η ανάκριση θεωρείται αρχικώς περατωμένη. Ωστόσο, αν ο Εισαγγελέας θεωρεί πως συντρέχει περίπτωση επιβολής περιοριστικών όρων, παραγγέλλει τη λήψη απολογίας κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 283 ΚΠΔ, αφήνοντας έτσι ανοιχτό το ενδεχόμενο ο κατηγορούμενος να αφεθεί ελεύθερος ύστερα από σχετική κρίση του Ανακριτή. Αντιθέτως, αν το πρακτικό συνταχθεί μετά την απολογία του κατηγορουμένου, ο Εισαγγελέας δύναται να παρέμβει στα τυχόν προηγουμένως επιβληθέντα μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, διατάσσοντας την άρση ή την αντικατάστασή τους. Να τονισθεί πως σε περιπτώσεις συμμετοχής ή συρροής, για όσους συμμετόχους ή όσες πράξεις δεν συντάχθηκε για οποιοδήποτε λόγο πρακτικό διαπραγμάτευσης, είναι υποχρεωτικός ο χωρισμός της υπόθεσης με πράξη του Ανακριτή και η εκδίκαση των υποθέσεων αυτών κατά την τακτική διαδικασία.

Κρίσιμο είναι να γίνει αντιληπτό πως η ποινή δεν επιβάλλεται διά του πρακτικού, καθώς κάτι τέτοιο θα ήταν προδήλως αντισυνταγματικό, αφού δεν νοείται να επιβληθεί ποινή από οποιονδήποτε λειτουργό πλην του νόμιμου δικαστή (άρ. 96§1 Σ.).¹²

¹² Παπαδαμάκης Αδάμ, Σκέψεις για την υιοθέτηση της ποινικής διαπραγμάτευσης (plea bargaining) στην ελληνική ποινική διαδικασία, Ενώπιον, Ιανουάριος - Μάρτιος 2014, σελ. 30-33.

Λαμβάνοντας υπόψιν τις συνταγματικές επιταγές, ο νομοθέτης προβλέπει σε κάθε περίπτωση την εισαγωγή της υποθέσεως στο Δικαστήριο, χωρίς να καταλείπει (τουλάχιστον θεωρητικά) στον Δικαστή μονάχα αρμοδιότητες επικύρωσης της συμφωνίας Εισαγγελέα-κατηγορουμένου. Αντιθέτως, ο Δικαστής δύναται να μειώσει περαιτέρω το ύψος της συμφωνηθείσας ποινής, αλλά σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να επιβάλει βαρύτερη ποινή, πόσο μάλλον να απορρίψει την επιτευχθείσα συμφωνία. Εννοείται βέβαια πως σε περίπτωση που ο κατηγορούμενος απεβίωσε ή αν η πράξη του αμνηστεύθηκε ή αν το αξιόποινό της παραγράφηκε, ο Δικαστής μπορεί να παύσει την ποινική δίωξη δίχως να δεσμεύεται από το συνταχθέν πρακτικό (άρ. 303§6 ΚΠΔ). Η απόφαση του Δικαστή, με την οποία είτε επικυρώνεται είτε τροποποιείται η ποινή που προέκυψε από τη διαπραγμάτευση, είναι ανέκκλητη και υπόκειται μόνο σε αναίρεση (άρ. 303§9 ΚΠΔ).

Περισσότερο ενδιαφέρον από την ίδια την ανωτέρω περιγραφόμενη διαδικασία παρουσιάζει η εξέλιξη της ενδεχόμενης αποτυχίας σύνταξης πρακτικού. Η παράγραφος 3 ρητά ορίζει πως η υπόθεση παραπέμπεται στην τακτική διαδικασία και πως η αίτηση και η συμπαραμαρτούσα διαπραγμάτευση αντιμετωπίζεται σαν να μην έλαβε χώρα ποτέ! Η ομολογία του κατηγορουμένου, όχι απλώς ανακαλείται, αλλά λογίζεται ως μηδέποτε υποβληθείσα και δεν χρησιμεύει ούτε καν ως παράνομο αποδεικτικό μέσο, ενώ όλο το υλικό που συλλέχθηκε καταστρέφεται και τυχόν αντίγραφα δεν λαμβάνονται υπόψιν σε καμία περίπτωση και σε κανένα στάδιο της διαδικασίας.

Τα πλεονεκτήματα του θεσμού

Η θέσπιση της ποινικής διαπραγμάτευσης προκρίθηκε προκειμένου να δώσει λύση στο χρόνιο και ολοένα εντεινόμενο πρόβλημα που αντιμετωπίζει η ελληνική ποινική (και όχι μόνο) δικαιοσύνη, την υπερφόρτωση των δικαστηρίων με υποθέσεις και χαρτοφυλάκια που χρονίζουν, καταστρατηγώντας έτσι κάθε έννοια δίκαιης δίκης και χρηστής απονομής δικαιοσύνης¹³.

Ο νέος θεσμός είναι σαφές πως εξοικονομεί πολύτιμο χρόνο, κόπο και χρήμα κατά την απονομή της δικαιοσύνης. Με την ομολογία του κατηγορουμένου παρέλκει η απαιτητική διαδικασία της εξεύρεσης στοιχείων και αποδείξεων, ειδικά σε

υποθέσεις που παρουσιάζουν εγγενείς δυσκολίες εξιχνίασης. Κατά αυτόν τον τρόπο, διευκολύνεται το έργο όλων των παραγόντων της δίκης (από τα προανακριτικά όργανα και το δικαστή έως τον δικηγόρο και τους μάρτυρες) με αποτέλεσμα τη σημαντική σύντμησή της.

Επιπροσθέτως, νεοεισαχθείσες υποθέσεις, που σε άλλη περίπτωση θα εκδικάζονταν μετά από εξαιρετικά μεγάλο χρονικό διάστημα, μπορούν πλέον να λήξουν πολύ συντομότερα, οδηγώντας και στην άμεση ηθική ικανοποίηση του θύματος, που με την τακτική διαδικασία θα έπρεπε να υπομείνει μία χρονοβόρα και επίπονη ποινική διαδικασία· είναι άλλωστε και προς το συμφέρον του κατηγορουμένου να λαμβάνει γνώση το συντομότερο δυνατόν της ποινής του, αφού έτσι αποφεύγει την εγγενή πίεση που ενέχει η ποινική δίωξη, ειδικά όταν η έκβαση της υποθέσεως εκκρεμεί επί μακρόν καθιστώντας επισφαλές και αβέβαιο το μέλλον του.

Τα ως άνω αναγνωρίζει άλλωστε και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων με την απόφαση σταθμό *"Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia"*¹⁴, όπου επισημαίνεται πως, εφόσον η υπαγωγή στη διαδικασία του *"pleabargaining"* συνιστά ηθελημένη, συνειδητή και ελεύθερη επιλογή του κατηγορουμένου, τότε όχι μόνο δεν υπονομεύεται η αρχή της δίκαιης δίκης, όπως η τελευταία αποτυπώνεται στο άρθρο 6§1 Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, αλλά αντίθετα υπηρετείται στο ακέραιο.

Προβληματισμοί επί του θεσμού

Παρότι δεν υπάρχουν ακόμη αρκετά δείγματα γραφής, καθώς η ενσωμάτωση της ποινικής διαπραγμάτευσης στην ελληνική έννομη τάξη είναι εντελώς πρόσφατη, εντούτοις φαίνεται να ανακύπτουν σοβαρά ζητήματα τόσο από νομικής απόψεως (εγείροντας ακόμη και ερωτήματα περί συμβατότητάς της με το Σύνταγμα) όσο και ως προς την εφαρμογή της στην πράξη. Άλλωστε, το παρελθόν του *"pleabargaining"* στο αμερικανικό δικαιοσύστημα χρωματίζεται αρνητικά από περιπτώσεις

¹³ Παπαδαμάκης Αδάμ, ό.π.

¹⁴ *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, διαθέσιμη ηλεκτρονικά στο: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22Natsvlishvili%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-142672%22}}>.

κατάχρησής του, φτάνοντας μάλιστα στο σημείο να παραγκωνίσει την τακτική ακροαματική διαδικασία¹⁵.

Όπως προαναφέρθηκε, μολοντί ο δικαστής μπορεί να μειώσει την συμφωνημένη ποινή, το εύρος των αρμοδιοτήτων του περιορίζεται σημαντικά. Ο ρόλος του δικαστή είναι σύμφυτος με την απόλυτη διακριτική του ευχέρεια (εννοείται εντός των καθοριζόμενων εκ του νόμου πλαισίων) να επιβάλει στον κατηγορούμενο την ποινή που θα κρίνει *in concreto* αρμόζουσα και δίκαιη. Εν προκειμένω, έτσι όπως διαρθρώνεται η ποινική διαπραγμάτευση στο αρ. 303 ΚΠΔ, ο δικαστής καταλήγει να επιτελεί το ρόλο ενός πολυτελούς οργάνου επικύρωσης μιας ωσεί ιδιωτικού δικαίου σύμβασης μεταξύ Εισαγγελέα και κατηγορουμένου. Αυτή η υπονόμευση του θεσμού του δικαστικού λειτουργού φαίνεται να αντιστρατεύεται στις επιταγές του αρ. 96§1 Σ. Παρότι τύποις παρέχεται η δυνατότητα στο Δικαστή να επιμετρήσει ο ίδιος την ποινή (πάντοτε μόνο προς όφελος του κατηγορουμένου) παραγνωρίζεται το γεγονός πως η διαδικασία της επιμέτρησης δεν στηρίζεται στην κρίση περί ενοχής ή αθωότητας. Αντιθέτως, είναι πολύ πιο σύνθετη, αφού προκύπτει ύστερα από στάθμιση πολυάριθμων παραγόντων, οι οποίοι δυστυχώς δεν μπορούν να συνεκτιμηθούν όταν μοναδικό μέσο αποδείξεως είναι μία ανταλλακτικής φύσης ομολογία.

Ένα άλλο θέμα που ανακύπτει αφορά την ομολογία καθαυτή, η οποία συνιστά το μοναδικό αποδεικτικό μέσο στο οποίο στηρίζεται η επιβολή της ποινής, κάτι που αντίκειται στην αρχή εξεύρεσης της ουσιαστικής αλήθειας, η οποία χαρακτηρίζει εν συνόλω τη λειτουργία του ποινικού δικαστικού μηχανισμού¹⁶. Σύμφωνα με το νόμο, αν η διαπραγμάτευση δεν ευδοκιμήσει, η ομολογία θεωρείται ότι ουδέποτε έλαβε χώρα, τα σχετικά έγγραφα καταστρέφονται και ο κατηγορούμενος οδηγείται στη δίκη, όπου και «αναβιώνει» το κατοχυρωμένο στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (αρ. 6§2) τεκμήριο αθωότητας. Ο προβληματισμός έγκειται στην δυνατότητα του δικαστή να διατηρήσει ουδέτερη και αμερόληπτη την κρίση του απέναντι στον κατηγορούμενο, αφ' ης στιγμής

πληροφορήθηκε την αποτυχημένη προσπάθεια διαπραγμάτευσης. Με τη προσωρινή του ομολογία ο κατηγορούμενος ενδέχεται να περιέλθει σε μία θέση που θα μπορούσε να παρομοιαστεί με τη νόθο αντικειμενική ευθύνη του αστικού δικαίου και να ισοδυναμεί με κατάλυση της αρχής της μη αυτοενοχοποίησης (αρ. 104 ΚΠΔ)¹⁷. Είναι ορατός ο κίνδυνος αποδεικτέα να καταλήξει η αθωότητα και όχι η ενοχή¹⁸!

Περαιτέρω, στο ίδιο το άρθρο του νόμου μπορούν να παρατηρηθούν κάποιες αξιοσημείωτες αστοχίες. Χαρακτηριστικά, η διακριτική ευχέρεια του Εισαγγελέα να κρίνει περί της καταλληλότητας μιας υπόθεσης να υπαχθεί σε ποινική διαπραγμάτευση είναι εξαιρετικά ευρεία, καθώς τα κριτήρια που ο νόμος θέτει είναι καταφανώς αόριστα και γενικόλογα, καταλείποντας έτσι πλείστα περιθώρια αυθαιρεσιών. Μάλιστα η κατάσταση επιδεινώνεται με την απουσία πρόβλεψης υποχρεωτικής αιτιολόγησης της σχετικής απόφασης, επιτρέποντας έτσι στον Εισαγγελέα να αποδέχεται ή να απορρίπτει τις σχετικές αιτήσεις βασιζόμενος στις προσωπικές (και πλέον ανέλεγκτες) απόψεις και εκτιμήσεις του.

Αξίζει να παρατηρήσουμε πως παρίστανται εύλογες οι επιφυλάξεις που αφορούν το ρόλο του θύματος στη διαδικασία του αρ. 303 ΚΠΔ. Σε πλήρη αντίθεση με την παραδοσιακή διάρθρωση της ποινικής δίκης αλλά και με το θεσμό της ποινικής συνδιαλλαγής, όπου το θύμα είναι κύριος πρωταγωνιστής, στη μεν τακτική διαδικασία ως υποστηρικτής της κατηγορίας, στη δε συνδιαλλαγή ως συνδιαμορφωτής της έκβασης της υποθέσεως, στην ποινική διαπραγμάτευση δεν δύναται σε καμία περίπτωση να επηρεάσει τις εξελίξεις. Παρότι προβλέπεται η δυνητική κλήση του θύματος από τον Εισαγγελέα, εν τέλει η ενδεχόμενη συμβολή του έχει καθαρά τυπικό χαρακτήρα. Άλλωστε, η εικόνα ενός δράστη που «παζαρεύει» την ποινή του, εισαγόμενος σε μία διαδικασία στην οποία το θύμα δεν μπορεί να παρέμβει ουσιαστικά και η οποία μετά βεβαιότητας θα οδηγήσει σε εξαιρετικά σημαντική έκπτωση των απειλούμενων στον νόμο ποινών, εδραιώνει την πεποίθηση πως ο δικαστικός μηχανισμός δεν ενδιαφέρεται για την προστασία του θύματος και την αποκατάσταση της κοινωνικής ειρήνης· είναι ενδεχόμενο έτσι να προκύψει αντίστοιχη αύξηση των περιπτώσεων αυτοδικίας¹⁹.

¹⁵ Gaby Del Valle, "Most criminal cases end in plea bargains, not trials", διαθέσιμο στο: <https://theoutline.com/post/2066/most-criminal-cases-end-in-plea-bargains-not-trials?zd=1&zi=dahfbcst>

¹⁶ Ε. Συμεωνίδου - Καστανίδου, ό.π.

¹⁷ Α. Χ. Στυλιανίδου, ό.π.

¹⁸ Αδάμ Παπαδαμάκης, ό.π.

¹⁹ Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, ό.π.

Η προηγούμενη εμπειρία στο εξωτερικό μάλιστα έχει δείξει πως ο θεσμός πολλακίας έχει εργαλειοποιηθεί ούτως ώστε διάφοροι παράγοντες της διαδικασίας να εξυπηρετήσουν ίδια οικονομικά και επαγγελματικά οφέλη, παραβλέποντας τα έννομα συμφέροντα του κατηγορουμένου²⁰. Αρχικά, από τη σκοπιά του Εισαγγελέα, έχουν παρατηρηθεί περιπτώσεις άσκησης σφοδρών ψυχικών πιέσεων στον κατηγορούμενο μέσω απειλών π.χ. επιβολής αρκετά υψηλών ποινών, προκειμένου ο τελευταίος να ομολογήσει, ακόμη και αν είναι αθώος²¹, ιδιαιτέρως σε περιπτώσεις όπου τα ενοχοποιητικά στοιχεία δεν είναι αρκετά ισχυρά, οπότε ο Εισαγγελέας θα έπρεπε να καταβάλει πολλαπλάσιο μόχθο και να δαπανήσει περισσότερο χρόνο προκειμένου να επιτύχει την καταδίκη του κατηγορουμένου. Σ' αυτό το σημείο, καταλυτικός αναδεικνύεται ο αντισταθμιστικός ρόλος του συνηγόρου υπεράσπισης, που οφείλει να προστατεύει τον εντολέα του, ενημερώνοντάς τον πλήρως για τις συνέπειες του σχετικού εγχειρήματος και εξασφαλίζοντας την ανεπιφύλακτη συναίνεσή του²², παρά να τον ωθήσει σε μία διαδικασία που καταστρατηγεί τα δικαιώματά του. Δυστυχώς, όμως, δεν είναι σπάνιο φαινόμενο διάφοροι δικηγόροι να ιεραρχούν ανώτερα το κέρδος και την ταχεία διεκπεραίωση των υποθέσεών τους²³ (ορθότερο θα ήταν να χρησιμοποιηθεί μια περισσότερα ακαδημαϊκά θεμιτή παραπομπή). Έτσι, ο κατηγορούμενος βάλλεται από παντού, χωρίς καμία από τις πλευρές να είναι πρόθυμη να του υποδείξει το αληθινό του συμφέρον, οπότε ανα-

γκάζεται να συμμορφωθεί με τις συστάσεις τους υποβάλλοντας την ομολογία του. Πόσο ελεύθερη, όμως, μπορεί να θεωρηθεί μια τέτοια ομολογία, ειδικά κατόπιν μιας διαδικασίας όπου η ύψιστη δικλείδα ασφαλείας περί ορθής απονομής δικαιοσύνης, ήτοι ο δικαστής, έχει περισσότερο διεκπεραιωτικό παρά ουσιαστικό ρόλο;

Επίλογος

Συμπερασματικά, η ποινική διαπραγμάτευση φαίνεται ικανή να βελτιώσει την ταχύτητα απονομής δικαιοσύνης, πλην όμως το μέλλον της προοιωνίζεται ταραχώδες και αβέβαιο. Οι προκλήσεις που ανακύπτουν ως προς την εφαρμογή της είναι πολλές και ουσιώδεις, καθώς απορρέουν τόσο από εγγενή ελαττώματα του ίδιου του θεσμού όσο και από κακοτεχνίες και αστοχίες του κειμένου του νομοθέτηματος. Πολλές από τις αμφιβολίες περί της μελλοντικής λειτουργίας της μπορούν να αποδοθούν στο γεγονός πως δεν υιοθετήθηκε στην ουσία της από την ελληνική έννομη τάξη· αντιθέτως μεταφέρθηκε σχεδόν αυτούσια από ένα εντελώς διαφορετικό δικαιοσύνη σύστημα χωρίς να υποστεί τις απαραίτητες τροποποιήσεις που θα της επέτρεπαν να εναρμονιστεί με τις ιδιαιτερότητες του ελληνικού νομικού και κοινωνικού περιβάλλοντος.

Εν τέλει, η υιοθέτηση της ποινικής διαπραγμάτευσης συνιστά ένα ακόμα παράδειγμα της γενικότερης αντιμετώπισης του σύγχρονου νομοθέτη απέναντι στις δυσλειτουργίες της ελληνικής δικαιοσύνης. Για ακόμα μία φορά δεν επιλέχθηκε η θεραπεία της ασθένειας αλλά η επιδερμική διαχείριση των συμπτωμάτων της. Το ερώτημα λοιπόν είναι ως ποιο βαθμό θα προτιμάται η υποβάθμιση της ποιότητας της ποινικής δικαιοσύνης, η θυσία των βασικών αρχών της και η παντελής παραγνώριση της ανάγκης εξεύρεσης της ουσιαστικής αλήθειας στο βωμό της απλής επιτάχυνσης μιας ούτως ή άλλως πάσχουσας διαδικασίας. Σε αυτό το πλαίσιο, οι πρακτικοί εφαρμοστές της όλης διαδικασίας καλούνται, μέσω της ερμηνείας, να επιτελέσουν έναν επιβοηθητικό και προστατευτικό ρόλο που θα εξασφαλίσει, στο μέτρο του δυνατού, τη χρηστή απονομή της δικαιοσύνης και την αποφυγή καταχρηστικών πρακτικών.

²⁰ Άγνωστος συντάκτης, Plea bargaining: Criticisms of the practice, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ilp-pji/pb-rpc/pb1-rpc1.html?fbclid=IwAR2FB1GuMnGwJsXTout28iJ4XCNg4F5-xLr_nS1qSk-f654_DTeyxzw-MAfg

²¹ Αριστομένης Τζαννετής, Η μετεξέλιξη του παραδοσιακού υπερασπιστικού προτύπου - Ο νέος ρόλος του συνηγόρου στην ποινική διαπραγμάτευση (Pleabargaining), Ποινικά Χρονικά, 2017, σελ. 13 επ.

²² Α. Τζαννετής, ό.π.

²³ Άγνωστος συντάκτης, Guilty Plea: Plea Bargaining, The principal actors in the bargaining process, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στο: <https://law.jrank.org/pages/1287/GuiltyPleaPleaBargainingprincipalactorsinbargainingprocess.html?fbclid=IwAR269bU5O0LU-rQVYgOUo9Bk1d4CyXTnlcHp56UgyX4JoRI7ljpTPCW04g0>

Παράσταση προς υποστήριξη της κατηγορίας: αξιολόγηση νομοθετικών τροποποιήσεων

Μαρίνα Ανδρουλάκη
Ασκούμενη Δικηγόρος

Εισαγωγικά προλεγόμενα- εννοιολογική προσέγγιση

Ο ν. 4620/2019 ήρθε να αντικαταστήσει την έννοια της πολιτικής αγωγής με αυτή της παράστασης προς υποστήριξη της κατηγορίας. Πρόκειται για το δικαίωμα του ζημιωθέντος από το τελεσθέν έγκλημα να συμμετάσχει στην ποινική δίκη συνεισφέροντας στην απόδειξη της ενοχής του κατηγορουμένου. Παρότι η συμμετοχή του θύματος στην ποινική δίκη γνώρισε έντονες αμφισβητήσεις¹ ο ποινικός νομοθέτης την επιτρέπει εκτιμώντας ότι συντελεί στην ανεύρεση της αλήθειας, όπως επιτάσσει το ανακριτικό σύστημα, που αποτελεί αναγκαίο πρόκριμα για την τιμώρηση της εγκληματικής συμπεριφοράς που επέδειξε ο δράστης. Στις γραμμές που ακολουθούν θα αποπειραθώ να σκιαγραφήσω την λειτουργία του ανωτέρω θεσμού υπό το προηγούμενο και το υφιστάμενο καθεστώς και να προβώ σε αξιολογική εκτίμηση των νέων νομοθετικών παρεμβάσεων.

Η διάρθρωση της πολιτικής αγωγής υπό τον προϊσχύσαντα ΚΠΔ

Στα αρ. 63 επ. του ν. 1493/1950 προβλεπόταν δικαίωμα παράστασης πολιτικής αγωγής κατά την προδικασία (αρ. 83) ή την κύρια διαδικασία (αρ. 68). Ως φορέας του δικαιώματος αναγνωρίζονταν κατά κύριο λόγο ο παθών ή δευτερευόντως, ο αμέσως ζημιωθείς που ενέπιπτε στον προστατευτικό ιστό του εγκλήματος².

¹ βλ. αναφορές σε Ν. Ανδρουλάκη, Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης, εκδ. Π. Ν. Σάκκουλα 2012, σελ. 82

² για το κριτήριο της άμεσης και προσωπικής ζημίας, βλ. Ν. Ανδρουλάκη, Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης, εκδ. Π. Ν. Σάκκουλα 2012, σελ. 87 παρ. 128, Α. Παπαδαμάκης, Ποινική Δικονομία, Η δομή της ποινικής δίκης, εκδ. Σάκκουλα 2017, σελ.

Η κρατούσα θέση του ΑΠ³, αναφορικά με τον χαρακτήρα αυτής της αγωγής, αναγνώριζε σε αυτήν διττή φύση, ήτοι εκείνη της αστικής αξίωσης χρηματικής ικανοποίησης του θύματος και εκείνη της καταδίκης του κατηγορουμένου.

Ειδικότερα, ως προς την αστική έκφανση γινόταν δεκτό ότι η αξίωση προς χρηματική ικανοποίηση από την αδικοπραξία υπάγεται στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας του αρ. 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Αλλά και αναφορικά με το ποινικό σκέλος υποστηρίζονταν ότι η παρεχόμενη δικαστική προστασία έναντι του αδικηθέντος καθίστατο πλήρης, κατά τις επιταγές του Συντάγματος, μόνο υπό την παροχή του δικαιώματος στον τελευταίο να καταστεί διάδικος στην ποινική δίκη⁴. Αναγνωρίζονταν συνεπώς, αυτοτελές δικαίωμα του θύματος για τιμώρηση της εγκληματικής δράσης που επέδειξε ο κατηγορούμενος εναντίον του.

Υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, η εισαγωγή της αστικής αξίωσης γινόταν υποχρεωτικά στο ποινικό δικαστήριο, το οποίο μόνο κατ' εξαίρεση μπορούσε να την παραπέμψει στα πολιτικά δικαστήρια υπό τις προϋποθέσεις του αρ. 65 παρ. 2. Η δικαστική πρακτική ωστόσο, εφάρμοσε αντιστρόφως την εξαιρετική ευχέρεια μετατρέποντάς την σε κανόνα και υποβιβάζοντας -όχι χωρίς αντίλογο⁵- την αξιολόγηση της αστικής αξίωσης σε μια τυπική διαπίστωση περί της

173-180 και Α.Καρράς, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2017, σελ.431

³ 1/1997 Ολομέλεια Αρείου Πάγου διαθέσιμη στο Νομικό Βήμα 1997, σελ.831

⁴ Ν. Αποστολίδη, Το δικαίωμα παράστασης πολιτικής αγωγής στην ποινική δίκη, εκδ. Σάκκουλα 2010, σελ. 20

⁵ Ν. Ανδρουλάκη, Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης, εκδ. Π. Ν. Σάκκουλα 2012, σελ. 84 επ.

συνδρομής της. Παρά την αυτοτελή εκδίκαση, η έστω τυπική επίκληση της αστικής αξίωσης αποτελούσε, επί ποινή ακυρότητας, αναγκαίο περιεχόμενο της δήλωσης παράστασης⁶, στην οποία υποχρεωτικά προέβαινε το θύμα για να αξιοποιήσει την μόνη δυνατότητα να γίνει διάδικος στην ποινική διαδικασία. Η αναγκαία αυτή εισφορά της αστικής αξίωσης μόνο κατ' εξαίρεση γνώριζε αποκλίσεις⁷, όπου περιοριστικά προβλέπονταν η συμμετοχή μόνο προς υποστήριξη της κατηγορίας. Η ιδιόμορφη συσχέτιση ποινικής και αστικής αξίωσης απαιτούσε για το παραδεκτό της πολιτικής αγωγής και επί ποινή απόλυτης ακυρότητας να είναι ενεργό το αστικό σκέλος κατά τον χρόνο δήλωσης της παράστασης, δηλαδή να μην έχει λ.χ. υποπέσει σε παραγραφή⁸, εξοφληθεί⁹ ή κριθεί τελεσίδικα από πολιτικό δικαστήριο¹⁰.

Γίνεται επομένως, σαφές ότι το δικαίωμα πολιτικής αγωγής μπορούσε να ιδωθεί κυρίως υπό το πρίσμα της ενεργούς αστικής αξίωσης και μόνο αντανakλαστικά ως δικαίωμα υποστήριξης της ενοχής του δράστη.

Η συμμετοχή του παθόντος στην ποινική διαδικασία υπό τον ν. 4620/2019

Την ήδη επελθούσα πρακτική διάσπαση της

εκδίκασης των δύο αξιώσεων ήρθε να επικυρώσει ο νέος ΚΠΔ, κατά τον οποίο αστική και ποινική αξίωση αποκτούν μεγαλύτερη αυτοτέλεια. Κατά τα οριζόμενα στο νέο αρ. 63, η δήλωση παράστασης αφορά εφεξής μόνο την υποστήριξη της ενοχής του δράστη και απεξαρτάται από την επίκληση αξίωσης χρηματικής ικανοποίησης, η οποία άγεται αυτοτελώς προς εκδίκαση ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων. Ενισχύεται με αυτήν την ρύθμιση η παγιωθείσα στην πρακτική πρωτεύουσα ποινική φύση της παράστασης πολιτικής αγωγής.

Όμως, και υπό το νέο νομοθετικό καθεστώς, η απεξάρτηση των δύο αξιώσεων δεν είναι πλήρης. Αυτό συνάγεται από τον ορισμό του αρ. 65, που απαιτεί εξ αντιδιαστολής να υπάρχει ενεργός αστική αξίωση κατά τον χρόνο που λαμβάνει χώρα η δήλωση παράστασης. Κατά την ρητή βούληση του νομοθέτη, άλλωστε, κριτήριο για την ενεργητική νομιμοποίηση παραμένει το αστικό, με απώτερο στόχο αφενός, να διατηρηθεί το νομολογιακό κεκτημένο, και ιδίως η αξίωση της «αμεσότητας» της ζημίας και η σύνδεσή της με τον προστατευτικό σκοπό της παραβιασθείσας ποινικής διάταξης¹¹ και αφετέρου, «να αποφευχθεί ο στενός ορισμός ενεργητικώς νομιμοποιούμενων προσώπων υπό το κράτος ενός αμιγώς ποινικού κριτηρίου, που θα οδηγούσε σε αποκλεισμό των μελών της οικογένειας του θύματος σε περίπτωση ανθρωποκτονίας ή των προσώπων που εμπíπτουν μεν τελολογικά στον προστατευτικό σκοπό της πραγματωθείσας (και όχι παραβιασθείσας, όπως η Αιτιολογική Έκθεση εσφαλμένα αναφέρει) ποινικής διάταξης, δεν αποτελούν όμως άμεσους αποδέκτες της εγκληματικής πράξης, καθότι εκείνη στρέφεται κατά υπερατομικών εννόμων αγαθών».

Περαιτέρω, το νέο αρ. 65 έρχεται να λύσει την προϋφιστάμενη αμφισβήτηση¹², ορίζοντας ρητά ότι μεταγενέστερα της δήλωσης παράστασης περιστατικά, που οδηγούν σε απόσβεση της αστικής αξίωσης, δεν επιδρούν στο δικαίωμα του θιγόμενου να συμμετάσχει στην ποινική διαδικασία. Από

⁶ 601/2017 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη στο: <http://www.areiospagos.gr/>

⁷ άρθρο του Α. Κωνσταντινίδη, επίκαιροι προβληματισμοί σχετικά με τον θεσμό της πολιτικής αγωγής στην ποινική δίκη, διαθέσιμο στον τιμητικό τόμος για τον Ν. Ανδρουλάκη, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα 2003, σελ. 967 και Α. Ψαρούδα-Μπενάκη, Η πολιτική αγωγή στην ποινική δίκη, εκδ. Π. Ν. Σάκκουλα 2015, σελ. 6

⁸ Α. Παπαδαμάκης, Ποινική Δικονομία, Η δομή της ποινικής δίκης, εκδ. Σάκκουλα 2017, σελ. 197, βλ όμως και αντίθετη νομολογία 1016/2014, 351/2014, 925/2009 Αρείου Πάγου όπου είχε γίνει δεκτό ότι σε περίπτωση παράστασης πολιτικής αγωγής προς υποστήριξη της κατηγορίας για τη νομιμότητα της παράστασης δεν ασκούσε επιρροή η ενδεχόμενη παραγραφή της σχετικής αξίωσης κατά το άρθρο 937 ΑΚ

⁹ Α. Ψαρούδα-Μπενάκη, Η πολιτική αγωγή στην ποινική δίκη, εκδ. Π. Ν. Σάκκουλα 2015, σελ. 337

¹⁰ Χ. Παλαμάς, Ζητήματα από τη δεσμευτική εμβέλεια των δικαστικών αποφάσεων μεταξύ πολιτικής και ποινικής δίκης, διαθέσιμο σε Ελληνική Δικαιοσύνη 6/2018, σελ. 1646

¹¹ όπως ακριβώς αναφέρει η Αιτιολογική Έκθεση ν. 4620/2019. Διαθέσιμη στο: <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/k-kodikas-dikon-aitiologiki-all.pdf>, σελ. 29

¹² βλ. σχετικά 1010/2007 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά 2008, σελ. 322 και 2378/2002 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Ποινική Δίκη 2003, σελ. 543 και αντίλογο σε Α. Παπαδαμάκης, ο.π, σελ. 197

την προσθήκη β' εδαφίου, συνάγεται ότι κρίσιμος χρόνος για τον έλεγχο της ενεργητικής νομιμοποίησης είναι εκείνος της δήλωσης της προδικασίας, αίροντας τυχόν αμφισβητήσεις αναφορικά με αποσβεστικούς λόγους που λαμβάνουν χώρα μετά την δήλωση στην προδικασία αλλά πριν παράσταση κατά την επ' ακροατηρίω διαδικασία. Άλλωστε, οι προϋφιστάμενοι της δήλωσης αποσβεστικοί λόγοι λαμβάνονται υπόψη¹³ μόνον εφόσον προβάλλεται σχετική αντίρρηση εκ μέρους του κατηγορουμένου. Συνεπώς, κακή παράσταση και συνεπακόλουθη ακυρότητα του αρ. 171 παρ. 2 επάγεται μόνο η έλλειψη των προϋποθέσεων ενεργητικής νομιμοποίησης εφόσον αυτή προταθεί εγκύρως, και όχι τυπικές πλημμέλειες ή ελλείψεις ως προς την παράσταση ή την εκπροσώπηση του πολιτικώς ενάγοντος¹⁴.

Σημαντική διαδικαστική μεταρρύθμιση εισάγεται περαιτέρω, με το αρ. 67, που επιτρέπει την ακώλυτη και χωρίς έγγραφη προδικασία συμμετοχή στην επ' ακροατηρίω διαδικασία ανεξαρτήτως του είδους της προς αποκατάσταση βλάβης, σε αντίθεση με την προηγούμενη ρύθμιση του αρ. 68 παρ. 2, που η σχετική δυνατότητα αναγνωρίζονταν μόνο για τις αξιώσεις χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης.

Τέλος, στην προσπάθεια της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής να διευκολυνθεί η συμμετοχή του παριστάμενου και η άσκηση των δικαιωμάτων του στην ποινική διαδικασία, εισήχθησαν ρυθμίσεις που αίρουν προηγούμενες νομολογιακές αμφισβητήσεις¹⁵. Ειδικότερα, σε αντίθεση με την κρατούσα νομολογιακή τάση που απέρριπτε την δήλωση παράστασης στο στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης με το επιχείρημα ότι δεν υπάρχει ακόμη κατηγορούμενος, πλέον αναγνωρίζεται στο αρ. 107 εδ. β' δικαίωμα λήψης αντιγράφων της δικογραφίας ήδη από το στάδιο της κλήσης του υπόπτου σε παροχή εξηγήσεων. Σε αυτή την κατεύθυνση προσετέθη και 4η παράγραφος στο αρ. 82, με την οποία ορίζεται ότι ο υποστηρίζων την κατηγορία αποκτά

την ιδιότητα του διαδίκου, αμέσως μετά την κατά τους νόμιμους τύπους δήλωσή του, δηλαδή ήδη από το αναβαθμισμένο στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης. Συναφές είναι σε αυτήν την κατεύθυνση και το δικαίωμα του υπόπτου για προβολή αντιρρήσεων που εισήχθη με τα άρθρα 85 και 86, ώστε να ελέγχεται ήδη σε πρώιμο στάδιο το παραδεκτό της δήλωσης παράστασης.

Αξιολόγηση των νέων ρυθμίσεων

Η συμμετοχή του ζημιωθέντος ήδη από το στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης και η δυνατότητα να γίνει διάδικος και χωρίς την τήρηση έγγραφης προδικασίας ενισχύουν αναμφισβήτητα την θέση του στην ποινική δίκη. Κατά την Αιτιολογική Έκθεση «αποδίδεται ο προεχόντως ποινικός χαρακτήρας της πολιτικής αγωγής» ενώ παράλληλα «ικανοποιούνται οι απαιτήσεις της Οδηγίας 2012/29 αναφορικά με την υποστήριξη και την προστασία των θυμάτων της εγκληματικότητας».

Είναι αμφιλεγόμενο ωστόσο, αν η ενίσχυση του ρόλου του ζημιωθέντος στην ποινική δίκη συμβάλει και στην πραγματική προστασία του ή αν απλώς επικουρεί την επίτευξη των στόχων της ποινικής δίκης. Όπως εκτέθηκε και στις εισαγωγικές σκέψεις, η αξίωση δικαστικής προστασίας εν προκειμένω επιμερίζεται τόσο σε αξίωση συμμετοχής στην ποινική διαδικασία όσο και σε αξίωση αποκατάστασης της ζημίας που ο θιγόμενος υπέστη από την εγκληματική συμπεριφορά. Ο νέος ΚΠΔ αναγνωρίζει μεν την дуαδικότητα των αξιώσεων, διαχωρίζει όμως απόλυτα την δικονομική δίοδο ικανοποίησής τους. Ισχύουν συνεπώς, οι διατυπωθείσες και υπό το προηγούμενο καθεστώς επιφυλάξεις μέρους της θεωρίας¹⁶ ότι η προσφυγή σε δικαστήρια διαφορετικής αρμοδιότητας διασπά το αντικείμενο της δίκης ενώ, ενέχει τον κίνδυνο έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων ενόψει και της ανεξαρτησίας μεταξύ πολιτικής και ποινικής δικαστικής κρίσης.

Συνέπεια της διάσπασης είναι η παροχή αναποτελεσματικής και μη πλήρους δικαστικής προστασίας σε αντίθεση με όσα αξιώνει η ΕΣΔΑ στο αρ. 6 παρ. 1, φορέας των αξιώσεων του οποίου είναι κατά κοινή ομολογία και ο αδικηθείς. Υπό αυτήν την έννοια μόνη δίοδος για τον σεβασμό των δικαιωμάτων του ζημιωθέντος είναι εκείνη της παροχής ενιαίας δικαστικής προστασίας. Η συγκεκρι-

¹³ βλ. ρητή επίκληση της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής στην προϋφιστάμενη νομολογία: <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/k-kodikas-dikon-aitiologiki-all.pdf>, σελ. 30

¹⁴ 753/2010, 813/2008, 1282/1992 Αρείου Πάγου διαθέσιμες στο: <http://www.areiospagos.gr/>

¹⁵ βλ. σχετ. 1575/2012 Συμβ. Αρείου Πάγου διαθέσιμη στο: <http://www.areiospagos.gr/>

¹⁶ αναλυτικά τα επιχειρήματα σε Ν. Ανδρουλάκη, ο.π., σελ. 84 επ.

μένη θεώρηση συνεπάγεται πολλαπλά οφέλη για τον αιτούντα δικαστική προστασία αλλά και την απονομή της δικαιοσύνης καθεαυτή, καθώς το συγκεντρώνονται ταχύτερα αποδείξεις ενώπιον ενός δικαστή (του ποινικού), ο οποίος έχοντας την εποπτεία ολόκληρης της υπόθεσης μπορεί να αποδώσει την επιζητούμενη ουσιαστική δικαιοσύνη, ενώ ταυτόχρονα μειώνεται το κόστος και εκκαθαρίζεται ταχύτερα η υπόθεση επαναφέροντας αμεσότερα την κοινωνική ειρήνη.

Αναφορικά με τον κίνδυνο έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων, οι αμετάκλητες αθωωτικές αποφάσεις κατά μία άποψη δεσμεύουν¹⁷ την πολιτική δικαιοσύνη ενόψει του τεκμηρίου αθωότητας που κατοχυρώνει το αρ. 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ και ήδη ρητά αναγνωρίζει ο νέος ΚΠΔ στο αρ. 71¹⁸. Αντίθετη είναι ωστόσο, ενόψει και των αρ. 93-96 Συντ., η θέση μέρους της νομολογίας ότι το τεκμήριο αθωότητας δεν εισάγει δεδικασμένο για την πολιτική δικαιοδοσία αλλά ότι η αμετάκλητη αθωωτική ή καταδικαστική απόφαση¹⁹ αποτελεί ισχυρό τεκμήριο που δύναται να ανατραπεί με αναλυτική και ειδικώς αιτιολογημένη αντίκρουση του αποδεικτικού πορίσματος του ποινικού δικαστηρίου. Ενόψει του ότι το ζήτημα της δεσμευτικότητας των αποφάσεων των εκατέρωθεν δικαιοδοσιών εξακολουθεί να μην ρυθμίζεται και του ότι τα αρ. 60-62 ΚΠΔ απαντούν σε περιορισμένα ζητήματα χωρίς να προσφέρουν καίρια λύση επί του παρόντος, καταδεικνύεται ότι η ισχύουσα αποσύνδεση εκδίκασης των δύο αξιώσεων δύναται να οδηγήσει σε αντιφατικές κρίσεις για τα ίδια πραγματικά περιστατικά. Έτσι, εάν μεν υιοθετηθεί η προαναφερθείσα θέση της νομολογίας περί της αυτονομίας των δύο δικαιοδοσιών ο κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων είναι προφανής, εάν δε παγιωθεί η, σύμφωνη και με την ΕΣΔΑ, αντίληψη ότι η αμετάκλητη αθωωτική κρίση δεσμεύει την πολιτική δικαιοσύνη τότε δεν καταλείπεται ισχυρή λογική αναγκαιότητα για την εκ νέου κρίση της υπόθεσης ενώπιόν της.

¹⁷ αναλυτικότερα σε μελέτη του Χ.Δ. Γαλαμά, Ζητήματα από τη δεσμευτική εμβέλεια των δικαστικών αποφάσεων μεταξύ πολιτικής και ποινικής δίκης (με αφορμή τις ΑΠ 715/2017 και 1422/2017), διαθέσιμη σε Ελληνική Δικαιοσύνη 6/2018, σελ. 1636

¹⁸ βλ. όμως και αντίθετη 1422/2017 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου 2018, σ. 1374.

¹⁹ 640/2019 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη στο: <http://www.areiospagos.gr/>

Θα πρέπει περαιτέρω να υπογραμμιστεί, ενόψει και του κρατούντος αστικολογικού κριτηρίου, ο κίνδυνος να αποκλειστεί ο ζημιωθείς από την δυνατότητα συμμετοχής στην μεταγενεστέρως κινηθείσα ποινική δίκη, αν η αστική αξίωση αποσβεστεί σε προγενέστερο της δήλωσης χρόνο. Ενόψει όμως του ότι η ποινική δίκη δεν αποσκοπεί απλώς στην επίλυση ή τον διακανονισμό του δικαίου, αλλά στην επιβολή κύρωσης σε συμπεριφορές προσβλητικές του δικαίου και του ότι η ποινή επιβάλλεται ως αναγκαία αντίδραση στο έγκλημα χάριν προστασίας της κοινωνίας²⁰ και όχι ως έμμεσος εκφοβισμός του δράστη για άμεση χρηματική ικανοποίηση του ζημιωθέντος, είναι αμφίβολης ορθότητας ο κατ'αποτέλεσμα αποκλεισμός του τελευταίου, δεδομένου ότι η κατάθεση του αποτελεί ισχυρότατο αποδεικτικό μέσο για την ανεύρεση της ουσιαστικής αλήθειας. Ο κίνδυνος δε εκβιαστικών συμπεριφορών σε βάρος του κατηγορουμένου από την πλευρά του ζημιωθέντος ήδη απομειώνεται με την εισαχθείσα δυνατότητα προβολής αντιρρήσεων και στο πρώιμο στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης βάσει των αρ. 85 και 86 ΚΠΔ. Μπορεί δε να αποφευχθεί πλήρως με την θέσπιση ενιαίας ποινικής διαδικασίας και την ικανοποίηση της χρηματικής αξίωσης μόνο διαμέσου αυτής.

Σε αυτό το σημείο χρήσιμη αποβαίνει και η προσέγγιση του Larguier, ο οποίος υποστηρίζει ότι η ικανοποίηση της ζημίας του θύματος δεν θα πρέπει να συγχέεται με την αποκατάσταση της ηθικής βλάβης, αφού δεν ανάγεται σε κάποια βλάβη εις βάρος της προσωπικότητας του αιτούντος. Στην ίδια κατεύθυνση ο ίδιος ο ΚΠΔ αξιώνει διαφορετική σχέση αιτιότητας, εν αντιθέσει με την προσέγγιση του ΑΚ. Ειδικότερα το αρ. 63 ΚΠΔ απαιτεί η αξίωση αποζημίωσης να προέρχεται "από το έγκλημα", σε αντιδιαστολή προς τις προϋποθέσεις του ΑΚ όπου η αιτιότητα νοείται ως σχέση μεταξύ παράνομης συμπεριφοράς και επελθούσας ζημίας. Η ζημία θα πρέπει δηλαδή, να συνδέεται αιτιωδώς με το εγκληματικό αποτέλεσμα που επέφερε η πράξη και όχι με την πράξη καθεαυτή. Πρόκειται, συνεπώς, για την βλάβη που υφίσταται το θύμα από την προσβολή του προστατευόμενου (κυρίως ή εξ αντανάκλασως) εννόμου αγαθού του, η οποία όταν δεν μπορεί να αποκατασταθεί *in natura* (σε περιπτώσεις λ.χ. έμπρακτης μετάνοιας) τρέπεται σε χρηματική αξίωση ως ύστατη λύση ικανοποίησης του παθόντος. Υπό αυτήν την έννοια, κρίνεται ορθότερη η απο-

²⁰ Ν. Ανδρουλάκης, ο.π., σελ. 53

συνδεδεμένη από αστικά κριτήρια προσέγγιση του γαλλικού ΚΠΔ ότι η πολιτική αγωγή ανήκει σε όλους όσους έχουν υποφέρει προσωπικά από την ζημία την οποία προκάλεσε άμεσα το έγκλημα, γνωστή και ως ποινική ζημία (*dommage pénal*)²¹.

Πρόσθετο επιχείρημα υπέρ της υιοθέτησης ενός καθαρά ποινικού κριτηρίου για την ενεργητική νομιμοποίηση του ζημιωθέντος και υπέρ της ενιαίας εκδίκασης των δύο αξιώσεων αποτελεί η υποχρέωση για προστασία των θυμάτων της εγκληματικότητας από την δευτερογενή και επαναλαμβανόμενη θυματοποίηση, που θεσπίζει η Οδηγία 2012/29. Παράλληλα, το αρ. 16 παρ. 2 της προαναφερθείσας Οδηγίας καθιερώνει υποχρέωση του κράτους για την λήψη κατάλληλων μέτρων που ενθαρρύνουν την παροχή επαρκούς αποζημίωσης του θύματος εκ μέρους του δράστη. Ενόψει των ανωτέρω, η τήρηση αυτοτελούς διαδικασίας για την διεκδίκηση της αποζημίωσης εκ μέρους του παριστάμενου, όπως αξιώνει η νέα ρύθμιση, δεν μπορεί να κριθεί “ενθαρρυντική” ούτε αρκούντως “προστατευτική” κατά τις απαιτήσεις της Οδηγίας, δεδομένου ότι υποχρεώνει το θύμα σε πρόσθετα έξοδα, χρονόβόρες διαδικασίες και κυρίως, επαναλαμβανόμενη αναφορά στα τραυματικά του βιώματα ώστε να αποδειχθούν προσηκόντως οι αξιώσεις του κατά το (αποκλίνον) μέτρο δικανικής πεποίθησης των δύο δικονομικών συστημάτων.

Κατά τον Reinhart Frank άλλωστε, αν η εγκληματική ζημία δεν αποκατασταθεί έγκαιρα «*αυξάνεται συνεχώς και συνεχίζει την διαβρωτική πορεία της όμοια με ένα καρκίνωμα*»²². Ορθά υποστηρίζεται δε από ορισμένους μελετητές²³, ότι εφόσον το κράτος έχει αναλάβει την προστασία της κοινωνίας από το έγκλημα θα πρέπει να αποκαθιστά πρωτίστως την βλάβη που προκλήθηκε στο θύμα και όχι να πλουτίζει το ίδιο με την μορφή λ.χ. της ποινής σε χρήμα. Υπό αυτό το πρίσμα η ρύθμιση του ιταλικού Σχεδίου Ποινικού Κώδικα του 1921 εισήγαγε υποχρέωση του Εισαγγελέως να εγγράφει νόμιμη υποθήκη στην περιουσία του δράστη, καθώς και να προβαίνει σε αναγκαστική εκτέλεση για την εξασφάλιση της ικανοποίησης του παθόντος²⁴. Η υποχρεωτι-

κότητα του ανωτέρω μέτρου σε ένα σύγχρονο κράτος δικαίου δεσμεύει, βεβαίως, υπέρμετρα την ελευθερία του κατηγορουμένου ενόψει και του τεκμηρίου αθωότητας, γι’ αυτό κρίνεται σκοπιμότερο να αναγνωριστεί σχετική ευχέρεια του Εισαγγελέως τελούσα σε σχέση αναλογίας και με την αρχή του προσήκοντος βαθμού των υπονοιών ενοχής.

Αντί επιλόγου

Η αξιούμενη, κατά τα ανωτέρω, πρώτιστη ικανοποίηση της εγκληματικής βλάβης πραγματώνεται με την θέσπιση ενιαίας διαδικασίας ενώπιον των ποινικών δικαστηρίων, ώστε τα συμφέροντα του παθόντος να ικανοποιούνται το ταχύτερο δυνατό με την περάτωση της ποινικής δίκης, αντί να απαιτείται ατέρμονη διεκδίκηση και ενώπιον δεύτερης δικαιοδοσίας για να μπορέσει τελικά να εισακουστεί από την Πολιτεία. Η αποκατάσταση της ζημίας αφορά όχι μόνο το ίδιο το θύμα αλλά και το ίδιο το κοινωνικό σύνολο ως αποκατάσταση του τραύματος περί του δικαίου αισθήματος και ως μορφή καταπολέμησης του εγκλήματος. Πρόκειται για την λεγόμενη αποζημιωτική εκδοχή της τιμώρησης²⁵, ώστε το κρατικό μονοπώλιο της ποινικής δίωξης να μην αποβαίνει τελικά σε βάρος του θύματος. Η ενιαία εκδίκαση δε διασφαλίζει και τον ίδιο τον κατηγορούμενο, η υπαιτιότητα ή μη του οποίου θα κρίνεται από την αυτή δικαιοδοσία.

Για όλους τους ανωτέρω λόγους, η απλή νομοθετική υιοθέτηση της νομολογιακής πρακτικής κρίνεται εν τέλει, ανεπαρκής. Η υποχρέωση προστασίας των θυμάτων επιβάλλει την διορθωτική -και όχι απλώς επιβεβαιωτική- επέμβαση του νομοθέτη με την δημιουργία ενιαίας και αποτελεσματικής διαδικασίας για την ικανοποίηση των αξιώσεών τους. Αλλά και ο σεβασμός των δικαιωμάτων του κατηγορουμένου υποχρεώνει στην εισαγωγή διαδικασιών που οδηγούν σε ταχεία και οριστική εκκαθάριση των σχετικών διενέξεων. Ενόψει δε του ότι κοινή βάση των δύο απαιτήσεων αποτελεί η εγκληματική συμπεριφορά, που αποτελεί έννοια ειδικότερη σε σχέση με την αδιοπραξία του ΑΚ, θα πρέπει η κατάφαση και η ικανοποίησή τους να ιδωθεί υπό το πρίσμα καθαρά ποινικών κριτηρίων, χωρίς την ανάμειξη αστικών διαδικασιών και σταθμίσεων που κατατείνουν στην επίτευξη διαφορετικών στόχων σε σχέση με αυτούς της ποινικής δίκης.

²¹ για περαιτέρω παραπομπές βλ. Ν. Ανδρουλάκης, ο.π., σελ. 88

²² Ν. Ανδρουλάκης, ο.π., σελ. 85

²³ για περαιτέρω παραπομπές βλ. Ν. Ανδρουλάκης, ο.π., σελ. 90, υποσημ. 119

²⁴ Γρ. Καλφέλης, Ποινική Δικονομία (Μελέτες Εμβάθυνσης), εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2006, σελ. 31 επ.

²⁵ Ν. Ανδρουλάκης, Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης, σελ. 90

Βασανιστήρια στο πλαίσιο της οικογένειας

Μπαστουνάς Γεώργιος
Μεταπτυχιακός Φοιτητής Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Η ενδοοικογενειακή βία αποτελεί ένα πάρα πολύ κρίσιμο κοινωνικό φαινόμενο, το οποίο διαχρονικά χρήζει άμεσης αντιμετώπισης. Ο Έλληνας νομοθέτης αποπειράθηκε να αντιμετωπίσει αυτό το φαινόμενο με τη διαμόρφωση ενός ειδικού νομοθέτηματος και συγκεκριμένα του ν. 3500/2006, με τίτλο: «Για την αντιμετώπιση της ενδοοικογενειακής βίας και άλλες διατάξεις». Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσίαζε η διάταξη του άρ. 6 παρ. 4 του ν. 3500/2006, η οποία εισήγαγε στο χώρο της οικογένειας και ειδικότερα των σωματικών βλαβών, που τελούνται στα πλαίσια αυτής, την έννοια και την πράξη των βασανιστηρίων. Με τον πρόσφατα εισαχθέντα νέο ΠΚ το ειδικό αυτό νομοθέτημα καταργήθηκε και η κρίσιμη διάταξη μεταφέρθηκε τροποποιημένη στο άρ. 312, παρ. 4 ΠΚ. Στην παρούσα μελέτη θα επιχειρηθεί η απαρίθμηση των τρόπων τέλεσης και η αποσαφήνιση του κρίσιμου όρου της «μεθοδευμένης» πρόκλησης με παραπομπή, τόσο στην ελληνική, όσο και στη νομολογία του ΕΔΔΑ.

Η ουσία των βασανιστηρίων συνίσταται στην κάμψη και εξουδετέρωση της βούλησης του ατόμου, την υποταγή, την εκμηδένιση της προσωπικότητά του και τον υποβιβασμό αυτού σε αντικείμενο εξουσίας. Βασικό στόχος του νομοθέτη εισάγοντας τη συγκεκριμένη διάταξη είναι να αποτρέψει τη θυματοποίηση των μελών της οικογένειας και με αυτόν τον τρόπο να καταπολεμήσει επικίνδυνες πράξεις σωματικής, αλλά και ψυχικής κακοποίησης, προσδίδοντας σε αυτές ιδιαίτερη ποινική απαξία λόγω της τέλεσής τους στα πλαίσια της οικογένειας.

Τρόποι τέλεσης

Το έγκλημα, που κατοχυρώνεται στο άρ. 312 παρ. 4 ΠΚ είναι έγκλημα υπαλλακτικώς μικτό και αποτελέσματος. Συγκεκριμένα, καθιερώνονται τρία αποτελέσματα και συγκεκριμένα: α) η πρόκληση έντονου σωματικού πόνου, β) η πρόκληση σωματικής εξάντλησης επικίνδυνης για την υγεία και γ) η

πρόκληση ψυχικού πόνου ικανού να επιφέρει σοβαρή ψυχική βλάβη.

Πρόκληση έντονου σωματικού πόνου

Ως προς το πρώτο αποτέλεσμα πρέπει να επισημανθεί, ότι πρωταρχικό ζήτημα αποτελεί ο προσδιορισμός της έννοιας του «σωματικού πόνου». Ο πόνος ως συναίσθημα παρουσιάζει μία σημαντική υποκειμενική υφή, γεγονός, που δεν μας βοηθάει στον προσδιορισμό του ως στοιχείου της αντικειμενικής υπόστασης ενός εγκλήματος. Χρήσιμη είναι η αξιοποίηση εκείνης της άποψης, που υποστηρίζει, ότι ο πόνος παρουσιάζει ένα αντικειμενικό υπόβαθρο. Η νομολογία ως κριτήριο χρησιμοποιεί το είδος της σωματικής βλάβης ή κάκωσης από την οποία και προκύπτει¹. Την αδυναμία αυτή προφανώς αντιλήφθηκε η άποψη, η οποία επεσήμανε, ότι κεντρικό σημείο στην έρευνά μας για την πρόκληση του πόνου θα πρέπει να είναι η «διέγερση των αλγοϋποδοχέων του ανθρώπινου οργανισμού, οι οποίοι κωδικοποιούν τις διεγέρσεις με μορφές νευρικών ώσεων και τις μεταφέρουν διαδοχικά στο εγκέφαλο για αποκωδικοποίηση και επεξεργασία»².

Όμως ο νόμος δεν αρκείται σε αυτό το σημείο, αλλά απαιτεί ο πόνος να είναι «έντονος». Για τον προσδιορισμό της έντασης χρησιμοποιείται ως κριτήριο, αν έχει ή όχι ο πόνος ισχυρή επίδραση επί των αισθήσεων του ανθρώπου. Απαιτείται, λοιπόν,

¹ 21/2011, Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Μυτιλήνης, διαθέσιμο σε Ποινική Δικαιοσύνη 2012, σ. 594.

² Όπως ακριβώς Γκμπάντι Ρ., «Ο πόνος και η σύγχρονη ιατρική αντιμετώπισή του» σε: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε. (διεύθ. σειράς), Ο άνθρωπος που υποφέρει: Ο πόνος στην ιατρική, το δίκαιο και τη λογοτεχνία, Σάκκουλα, 2007, σ. 13-14.

η ύπαρξη έντονου και σφοδρού πόνου, αποκλείοντας με αυτόν τον τρόπο κάθε ελαφρύ ή ασήμαντο σωματικό πόνο. Επομένως, η ένταση των διεργασιών του οργανισμού αναδεικνύει επαρκώς και την ένταση του πόνου, θέτοντας με αυτόν τον τρόπο ένα ασφαλές κριτήριο για τον προσδιορισμό της έντασής του.

Πρόκληση σωματικής εξάντλησης επικίνδυνης για την υγεία

Το δεύτερο αποτέλεσμα, η σωματική εξάντληση αποδίδεται ως εξής: «αφενός η σωματική κατάρπτωση και αφετέρου η εξασθένηση και γενικά η αδυναμία του ανθρώπινου οργανισμού»³. Κρίσιμος εδώ καθίσταται ο βαθμός κινδύνου, που πρέπει να έχει η προκληθείσα σωματική εξάντληση για την υγεία. Η ύπαρξη απλώς και μόνο σωματικής εξάντλησης, χωρίς την επιπλέον προϋπόθεση της επικινδυνότητας δεν καθιστά αυτή την πράξη αξιόποινη. Η μορφή αυτού του εγκλήματος είναι συγκεκριμένης διακινδύνευσης με την ανάγκη ύπαρξης πραγματικού και όχι δυνάμενου κινδύνου. Από τη νομολογία έχει κριθεί η περίπτωση, όπου ο πατέρας ανάγκαζε τα τέκνα του να κάνουν επαχθείς χειρονακτικές αγροτικές και κτηνοτροφικές εργασίες, τους άφηνε να περπατάνε στο βουνό χωρίς υποδήματα και δεν τους σίτιζε κανονικά, καθιστώντας αυτά παραμελημένα και υποσιτισμένα⁴.

Πρόκληση ψυχικού πόνου ικανού να επιφέρει σοβαρή ψυχική βλάβη

Ο επόμενος τρόπος τέλεσης συνίσταται σε πρόκληση ψυχικού πόνου ικανού να επιφέρει σοβαρή ψυχική βλάβη. Η αδυναμία ακριβούς προσδιορισμού του όρου «ψυχικός πόνος» ανάγει το στοιχείο του κινδύνου σε βασικό κριτήριο για την οριοθέτησή του. Η νομολογία έχει αποκρυσταλλώσει τον όρο του ψυχικού πόνου, υπάγοντας μέσα στην έννοιά του «κάθε ψυχολογική μέθοδο και τεχνητή μεταχείριση που [...] αποσκοπεί [...] στην άσκηση ψυχολογικής πίεσεως»⁵. Ο νομοθέτης μάλιστα

προκειμένου να δώσει μία κατεύθυνση στον προσδιορισμό του όρου της ψυχολογικής πίεσεως με κίνδυνο διαταραχής του ανθρώπινου οργανισμού χρησιμοποιεί μία χαρακτηριστική περίπτωση, εκείνη της παρατεταμένης απομόνωσης του θύματος.

Ο ψυχικός πόνος πρέπει να είναι «ικανός να επιφέρει σοβαρή ψυχική βλάβη». Ως προς αυτό το σημείο αναφέρεται προβληματισμός ως προς το είδος της διακινδύνευσης. Η απάντησή μας πρέπει να κατευθυνθεί στην συγκεκριμένη διακινδύνευση. Και αυτό γιατί, η χρήση του όρου «ικανού να επιφέρει» αναφέρεται σε ψυχικό πόνο ικανό να επιφέρει σοβαρή ψυχική βλάβη και όχι σε ψυχικό πόνο ικανό να προκαλέσει κίνδυνο σοβαρής ψυχικής βλάβης. Γίνεται, λοιπόν, σαφής αναφορά σε δυνατότητα πρόκλησης βλάβης και όχι σε δυνατότητα πρόκλησης κινδύνου βλάβης. Η άποψη αυτή προσανατολίζεται στην γραμματική αποτύπωση του ίδιου του νόμου και η αποδοχή της αντίθετης, που συνεπάγεται μετατόπιση του κινδύνου σε στάδιο δυνατότητας κινδύνου θεμελιώνει αξιόποινο.

Από τη νομολογία χαρακτηριστικά αναφέρονται η άσκηση συνεχούς ψυχολογικής πίεσης, μέσω απειλών, εξυβρίσεων, καταπιέσεων, υποτιμητικών και υποβιβαστικών σχολίων υπό καθεστώς διαρκούς τρόμου και ανησυχίας⁶, καθώς και η παρατεταμένη απομόνωση με παράλληλη απαγόρευση κάθε είδους κοινωνικής επαφής και επικοινωνίας εκτός της οικογένειας, τοποθετώντας μάλιστα στα σύνορα του αγροκτήματός τους πανιά και λαμαρίνες, προκειμένου να αποκοπεί κάθε επαφή με τον έξω κόσμο⁷.

Ο όρος «μεθοδευμένη» πρόκληση

Τα τρία περιγραφόμενα αποτελέσματα της πράξης των βασανιστηρίων προσδιορίζονται από τον όρο «μεθοδευμένη», η οριοθέτηση του οποίου είναι αναγκαία. Συγκεκριμένα, για τον όρο αυτό η κρατούσα άποψη υποστηρίζει, ότι υπάρχει, όταν η πράξη έχει επανάληψη και διάρκεια. Επομένως, η πρόκληση στιγμιαίου πόνου, όσο έντονος κι αν είναι, δεν συνιστά πράξη βασανιστηρίων⁸.

³ Όπως ακριβώς 116/2016, Διάταξη Εισαγγελίας Εφετών Θεσσαλονίκης, διαθέσιμη σε Ποινική Δικαιοσύνη 2017, σ. 87.

⁴ 21/2011, Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Μυτιλήνης, διαθέσιμο σε Ποινική Δικαιοσύνη 2012, σ. 594.

⁵ Όπως ακριβώς 116/2016, Διάταξη Εισαγγελίας Εφετών Θεσσαλονίκης, διαθέσιμη σε Ποινική Δικαιοσύνη 2017, σ. 87.

⁶ 806/2011, Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Θεσσαλονίκης, διαθέσιμο σε Ποινική Δικαιοσύνη 2012, σ. 469.

⁷ 21/2011, Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Μυτιλήνης, διαθέσιμο σε Ποινική Δικαιοσύνη 2012, σ. 594.

⁸ Κωνσταντίνιδης Κ., Ποινικό Δίκαιο και ανθρώπι-

Ωστόσο υπάρχει ισχυρός αντίλογος, ο οποίος εκκινεί τον προσδιορισμό της έννοιας «μεθοδευμένη» από την ίδια την έννοια της μεθόδευσης όπως αυτή χρησιμοποιείται στην καθημερινή γλώσσα⁹. Ο όρος «μεθοδευμένη» στην καθημερινή γλώσσα δεν έχει εννοιολογικά σχέση με τη διάρκεια της συμπεριφοράς, αλλά με την προετοιμασία και τον σχεδιασμό της. Αποδίδει δηλαδή μία πράξη, η οποία γίνεται προσχεδιασμένα και προγραμματισμένα. Απαιτείται συνεπώς επιλογή συμπεριφοράς και άρα εσκεμμένη τέλεση της πράξης, ακόμα και όταν ο σχεδιασμός διαμορφώνεται την ίδια την στιγμή της τέλεσης της πράξης. Αυτή η ερμηνεία με βάση τη νοηματοδοσία, που δίνεται στις λέξεις μέσα από την χρήση στην καθημερινή ζωή αποπνέει ασφάλεια δικαίου και αποτελεί την πλέον ασφαλή μέθοδο για την ερμηνεία του παραπάνω όρου.

Μάλιστα, η παραπάνω ερμηνεία επιβεβαιώνεται και ιστορικοβουλευτικά. Συγκεκριμένα, ο νομοθέτης εισήγαγε τις διατάξεις για τα βασανιστήρια και ειδικότερα των ορισμό των βασανιστηρίων με το ν. 1500/1984 (άρ. 1), στηριζόμενος στο τότε σχέδιο του ΟΗΕ, που αργότερα πήρε μορφή διεθνούς σύμβασης, η οποία προσαρτήθηκε στο δίκαιό μας με το ν. 1782/1988. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 1 της Διεθνούς Σύμβασης κατά των βασανιστηρίων δόθηκε στα βασανιστήρια ο εξής ορισμός: «κάθε πράξη με την οποία, σωματικός ή ψυχικός πόνος ή έντονη οδύνη επιβάλλονται με πρόθεση σ' ένα πρόσωπο [...]». Αν συγκρίνουμε τους δύο ορισμούς αφενός του άρθρου 312 παρ. 4 ΠΚ, και αφετέρου του άρθρου 1 της Διεθνούς Σύμβασης παρατηρούμε, ότι ο όρος «μεθοδευμένη» του ΠΚ αποδίδεται με τον όρο «με πρόθεση» στη Διεθνή Σύμβαση. Αν στραφούμε μάλιστα και στον πρωτότυπο ορισμό, που αποδίδεται στην αγγλική γλώσσα παρατηρούμε, ότι εκεί χρησιμοποιείται ο όρος «intentionally».

Αξίζει εδώ να σημειωθεί, ότι ο όρος «με πρόθεση», που χρησιμοποιείται από τον Έλληνα νομοθέτη δεν ταυτίζεται με τον όρο «with intent», όπως αυτός προσδιορίζεται από το αγγλοσαξονικό δίκαιο. Συγκεκριμένα, ο όρος «intent/intention ή purpose» αποτελεί μία εκ των τεσσάρων κατηγοριών υπαιτιότητας, όπως προσδιορίζονται από το Πρότυπο Αμερικανικού Ποινικού Κώδικα, και για

την πλήρωσή του θα πρέπει ο δράστης να επιδιώκει να τελήσει τη μυϊκή ενέργεια, που πράττει, ακόμα κι αν δεν επιδιώκει ή δεν είναι βέβαιος για την επέλευση του εκάστοτε αποτελέσματος. Ο όρος, λοιπόν, αυτός του πρωτότυπου κειμένου είναι σαφώς ευρύτερος από τον όρο «premeditation», που χρησιμοποιείται για να δηλώσει την ύπαρξη προηγούμενου σχεδιασμού, ώστε να τον περιλαμβάνει, αλλά και να καλύπτει περιπτώσεις μη προσχεδιασμένες, που μπορεί να επιδιώκει κάποιος. Δεδομένου, ότι δεν υπάρχει ακριβής ελληνικός όρος, που να προσδιορίζει απόλυτα και ως προς όλο του το περιεχόμενο τον όρο «with intent», ο Έλληνας νομοθέτης χρησιμοποίησε τον όρο «μεθοδευμένη». Συνεπώς, η άποψη αυτή καταλήγει στην ορθή σκέψη, ότι ο όρος «μεθοδευμένη» αποδίδει την εσκεμμένη τέλεση μία πράξης, ανεξαρτήτως του προηγούμενου σχεδιασμού αυτής, συναπτόμενη με τη συνειδητή επιλογή της συμπεριφοράς, χωρίς να συνάπτεται με στοιχεία επανάληψης ή διάρκειας.

Στο επίκεντρο αυτής της ορθής άποψης πρέπει, λοιπόν, να τεθεί η εκ μέρους του δράστη οργάνωση και ο περαιτέρω έλεγχος του σχεδίου του. Από αυτή την ερμηνεία πρέπει να αποκλεισθεί κάθε περίπτωση στιγμιαίας αντίδρασης, η οποία ήταν τυχαία και δεν ήταν σχεδιασμένη, ώστε σε αυτήν την περίπτωση να κληθεί σε εφαρμογή το άρθρο 312 παρ. 1 ΠΚ. Ακριβώς αυτή η περίπτωση αναδεικνύεται μέσα από τη νομολογία, σε ένα ιστορικό¹⁰, όπου η κατηγορούμενη μητέρα βλέποντας το ανήλικο τέκνο της να «χαϊδεύει» στα γεννητικά όργανα την ανήλικη αδερφή του, πανικοβλήθηκε και εκνευρισμένη πήρε ένα αναπτήρα, τον άναψε και ακούμπησε την φλόγα στα δάχτυλα του αριστερού χεριού του γιού της, λέγοντάς του να μην το ξανακάνει. Το συγκεκριμένο περιστατικό είναι ενδεικτικό της ύπαρξης του απaráσκευου στη συμπεριφορά της μητέρας, καθώς η ίδια αντέδρασε παρορμητικά, χωρίς να έχει σχεδιάσει ή προγραμματίσει αυτή της την πράξη και χωρίς να την τελεί με εσκεμμένο τρόπο. Την παραδοχή αυτή αναγνωρίζει και το δικαστήριο και γι' αυτόν ακριβώς το λόγο μεταβάλει επιτρεπτά την κατηγορία από ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη με μεθοδευμένη πρόκληση έντονου σωματικού πόνου επικίνδυνου για την υγεία σε βάρος ανηλίκου (άρ. 312 παρ. 4 ΠΚ) σε απλή ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη (άρ. 312 παρ. 1 ΠΚ).

νη αξιοπρέπεια, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1987, σ. 114-115.

⁹ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., «Η έννοια των βασανιστηρίων και των άλλων προσβολών της ανθρώπινης αξιοπρέπειας στον Ποινικό Κώδικα», Ποινικά Χρονικά 2009, σ. 6.

¹⁰ 346/2015, Μεικτό Ορκωτό Δικαστήριο Θεσσαλονίκης, διαθέσιμη σε Ποινική Δικαιοσύνη 2018, σ. 1018.

Η πράξη των βασανιστηρίων μέσα από τη νομολογία του ΕΔΔΑ

Το άρ. 3 της ΕΣΔΑ, που αναφέρεται στην απαγόρευση των βασανιστηρίων, ορίζει, ότι: «Ουδείς επιτρέπεται να υποβληθεί εις βασάνους ούτε εις ποινάς ή μεταχειρίσιν απανθρώπων ή εξευτελιστικές». Προκειμένου να διαπιστωθεί αν μία πράξη υπάγεται ή όχι στην έννοια των βασανιστηρίων πρέπει να ληφθεί υπόψιν η διάκριση, η οποία γίνεται στο άρ. 3 της ΕΣΔΑ ανάμεσα στα βασανιστήρια και την απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση¹¹, διάκριση η οποία ακολουθείται και από τη Διεθνή Σύμβαση κατά των βασανιστηρίων στην οποία στηρίχθηκε το άρ. 312 παρ. 4 ΠΚ.

Η νομολογία του ΕΔΔΑ σημειώνει χαρακτηριστικά, ότι προκειμένου μια μορφή κακομεταχείρισης να ενταχθεί στο πλαίσιο του άρ. 3 της ΕΣΔΑ πρέπει να εμφανίσει ένα ελάχιστο όριο βαρύτητας και σοβαρότητας. Η εκτίμηση αυτή από μέρους του δικαστηρίου είναι σχετική και εξαρτάται από τις συνθήκες κάθε περίπτωσης. Το δικαστήριο υπογραμμίζει, μάλιστα, ότι λαμβάνονται υπόψιν όλες οι περιστάσεις της υπόθεσης, μεταξύ άλλων η φύση και το πλαίσιο της μεταχείρισης, δηλαδή ο τρόπος και η μέθοδος με τους οποίους διαπράχθηκε, η διάρκειά της, οι σωματικές και διανοητικές της συνέπειες και, σε ορισμένες περιπτώσεις, χαρακτηριστικά του ίδιου του θύματος, όπως το φύλο, την ηλικία και την κατάσταση της υγείας του¹².

Πάγιος είναι ο ορισμός, ο οποίος υιοθετείται από το ΕΔΔΑ για την απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση. Το ΕΔΔΑ έκρινε έτσι μια μεταχείριση «απάνθρωπη» επειδή, ιδίως εφαρμόστηκε με πρόθεση επί ώρες και είχε προκαλέσει, είτε σωματικές βλάβες, είτε έντονες σωματικές ή ψυχικές οδύνες¹³. Χαρακτηρίζει, εξάλλου, μια μεταχείριση «εξευτελιστική», όταν προκαλεί στο θύμα της αισθήματα φόβου, άγχους και κατωτερότητας, που μπορούν να οδηγήσουν στον εξευτελισμό, την ταπείνωση, την υποβάθμιση, είτε στα δικά του μάτια ή στα μάτια ενός τρίτου που τα εξευτελίζουν τελικά το οδηγούν στο να κάμψει τη φυσική ή ηθική του

αντίσταση ή να δράσει ενάντια στη θέληση ή τη συνείδησή του¹⁴.

Όσον αφορά τώρα τα βασανιστήρια χρησιμοποιεί τον εξής ορισμό: «εσκεμμένη απάνθρωπη μεταχείριση που προκαλεί πολύ σοβαρό και βασανιστικό πόνο»¹⁵. Από τον εξής ορισμό γίνεται αντιληπτό, ότι τα βασανιστήρια εμφανίζονται με πολύ εντονότερη μορφή σε σχέση με την απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση, καθώς απαιτούν την πρόκληση πολύ μεγάλης βαρύτητας πόνου, ο οποίος πρέπει να παρουσιάζει μέγιστη σοβαρότητα. Παράλληλα, το στοιχείο της εσκεμμένης τέλεσης επιβεβαιώνει όσα εκτενώς αναφέρθηκαν παραπάνω για τον όρο «μεθοδευμένη», προκρίνοντας την άποψη, που τον ερμηνεύει όχι με κριτήρια χρονικά (της επανάληψης ή της χρονικής διάρκειας), αλλά με κριτήρια εσκεμμένης τέλεσης.

Συνεπώς, μέσα από τη σύγκριση των δύο όρων διαπιστώνουμε δύο σημαντικές διαφορές. Αφενός, ότι υπάρχει διαβάθμιση στην ένταση του πόνου, καθώς περιπτώσεις έντονου σωματικού πόνου, που παρουσιάζει μία επιπλέον σοβαρότητα, υπάγονται στην έννοια των βασανιστηρίων, ενώ περιπτώσεις μικρότερης έντασης πόνου εντάσσονται στην έννοια της απάνθρωπης ή εξευτελιστικής μεταχείρισης. Αφετέρου, ως προς τα βασανιστήρια απαιτείται σε κάθε περίπτωση η πράξη να προκληθεί σκόπιμα σε αντίθεση με την απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση, που η ύπαρξη σκοπού μπορεί να ενυπάρχει, χωρίς όμως σε καμία περίπτωση να προαπαιτείται.

Η νομολογία του ΕΔΔΑ ορίζει συνεπώς με σαφήνεια τη διάκριση μεταξύ αυτών των δύο εννοιών και αποτελεί ένα ασφαλές εργαλείο για την ερμηνεία και της ίδιας της Διεθνούς Σύμβασης κατά των βασανιστηρίων. Μάλιστα, η ίδια νομολογία δεν έχει διστάσει να εφαρμόσει σε διάφορες περιπτώσεις τη διάταξη του άρ. 3 της ΕΣΔΑ και να υπαγάγει πλήθος συμπεριφορών στην έννοια των βασανιστηρίων. Είναι όμως χαρακτηριστικό, πως σε ότι αφορά τις περιπτώσεις ενδοοικογενειακής βίας, που μελετάμε στην παρούσα εργασία, είναι άκρως φειδωλή στην υπαγωγή μιας πράξης στην έννοια των βασανιστηρίων, με αποτέλεσμα η πλειονότητα των κάθε φορά ερευνώμενων πράξεων να εντάσσεται στην έννοια της απάνθρωπης ή εξευτελιστικής μεταχεί-

¹¹ *Υπόθεση Aktaş κατά Τουρκίας* (αρ. προσφ. 24351/94), παρ. 313.

¹² *Υπόθεση Dornean κατά Δημοκρατίας της Μολδαβίας* (αρ. προσφ. 27810/07), παρ. 36.

¹³ *Υπόθεση Valiuliene κατά Λιθουανίας* (αρ. προσφ. 33234/07), παρ. 66 με αντίθετη γνώμη Danutė Jočienė.

¹⁴ *Υπόθεση D.M.D. κατά Ρουμανίας* (αρ. προσφ. 23022/13), παρ. 40.

¹⁵ Όπως ακριβώς «*Υπόθεση Dedovskiy και άλλοι κατά Ρωσίας* (αρ. προσφ. 7178/03), παρ. 84.

ρισης.

Ενδεικτικά παρακάτω απαριθμούνται ορισμένες αποφάσεις με επίκεντρο τα πραγματικά τους περιστατικά, που αφορούν περιπτώσεις ενδοοικογενειακής βίας, οι οποίες συνιστούν απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση. Συγκεκριμένα, ως απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση κρίθηκαν:

- Πέντε επεισόδια βίας μεταξύ 3/1/2001-4/2/2001 και συγκεκριμένα ξυλοδαρμού, τα οποία το δικαστήριο τα εκτιμά ως μια συνεχιζόμενη κατάσταση, με σωρεία σωματικών βλαβών. Μεταξύ αυτών ο κατηγορούμενος κλώτσησε την προσφεύγουσα στο πρόσωπο και τους γλουτούς, την άρπαξε από το λαιμό, της τράβηξε τα μαλλιά, της προκάλεσε χτυπήματα στο πρόσωπο και το κεφάλι και αποπειράθηκε να την πνίξει. Παρότι, οι σωματικές αυτές βλάβες χαρακτηρίστηκαν ως ήσσονος σημασίας, χωρίς να επιφέρουν μακροχρόνιες ή μόνιμες βλάβες, εντούτοις εκτιμώμενες σαν σύνολο από το ΕΔΔΑ θεωρήθηκαν ότι εμπίπτουν στον απαιτούμενο βαθμό σοβαρότητας, που απαιτεί το άρ. 3 της ΕΣΔΑ. Σημαντικό ρόλο διαδραμάτισε και ο ψυχολογικός αντίκτυπος, που προέκυψε μέσα από ψυχική ταλαιπωρία, ταπείνωση, φόβο, αγωνία, συνεχείς απειλές, ύβρεις, που δημιούργησε αισθήματα τρόμου και ψυχικής αδυναμίας¹⁶.
- Επαναλαμβανόμενη βίαιη συμπεριφορά του κατηγορουμένου συζύγου προς την προσφεύγουσα για περίπου τρία έτη. Η βία ήταν τόσο λεκτική με σοβαρές απειλές θανάτου, όσο και σωματική με χτυπήματα στο κεφάλι, το πρόσωπο και το σώμα, που είχαν ως αποτέλεσμα την πρόκληση αρκετών τραυματισμών¹⁷.
- Ένα σημαντικό περιστατικό βίας εναντίον του προσφεύγοντα από την πρώην σύζυγό του και τα παιδιά του, με επίθεση, που είχε ως αποτέλεσμα κάταγμα στον αριστερό του αγκώνα. Το ΕΔΔΑ κρίνοντας την υπόθεση και εκτιμώντας και την ιατρική γνωμάτευση, που αποφάνθηκε, ότι επρόκειτο για έναν τραυματισμό μέτριας σοβαρότητας,

που απαιτούσε περισσότερες από 20 θεραπείας, έκρινε, ότι η πράξη αυτή πληροί τα κριτήρια υπαγωγής στο άρ. 3 της ΕΣΔΑ και επομένως ο προσφεύγων υπέστη απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση¹⁸.

- Τρεις τραυματισμοί σε διάστημα τριών μηνών, που υπέστη η προσφεύγουσα μετά την έκδοση της απόφασης διαζυγίου από τον πρώην σύζυγό της, που είχαν ως αποτέλεσμα πλήθος μωλώπων στο πρόσωπο, τα χέρια, την πλάτη το θώρακα, ένα ανοιχτό τραύμα στο πρόσωπο, σπάσιμο της μύτης, που σαν σύνολο απαιτούσαν βάσει ιατρικών γνωματεύσεων ιατρική περίθαλψη, που κυμαινόταν από 2-3 ημέρες για τον ελαφρύτερο και από 9-10 ημέρες για τον βαρύτερο τραυματισμό. Υπόψιν λήφθηκαν και τα προκληθέντα συναισθήματα φόβου και αδυναμίας¹⁹.
- Περιστατικό βίας με πολλαπλά τραύματα εξαιτίας χτυπημάτων με σκληρό αντικείμενο στο αριστερό χέρι, στο αντιβράχιο και τον αγκώνα με αιμάτωμα και μώλωπες στο δεξιό βραχίονα, καθώς και τραύμα στον αριστερό μηρό με ρήξη τένοντα και αιμάτωμα στον δεξιό μηρό. Οι σωματικές αυτές βλάβες ήταν αρκετά σοβαρές και απαιτούσαν ιατρική περίθαλψη 8-9 ημερών²⁰.
- Πλήθος περιστατικών σωματικής και ψυχολογικής βίας, που κατά καιρούς υπέστη η προσφεύγουσα και η κόρη της από το σύζυγό της και προκάλεσαν τραυματισμούς στο κεφάλι και πολλαπλά τραύματα στο σώμα. Το σημαντικότερο περιστατικό έλαβε χώρα, όταν μετά από διαπληκτισμό, που είχε με το σύζυγό της, ο ίδιος μαχαίρωσε το γιό του, καθώς προσπαθούσε να διαχωρίσει τους γονείς του, που μετέπειτα υπέκυψε στα τραύματά του και τη σύζυγό του στο στήθος πολλαπλές φορές στην προσπάθειά της να διαφύγει²¹.
- Τέσσερα αρκετά σοβαρά περιστατικά σω-

¹⁸ Υπόθεση *Dornean* κατά *Δημοκρατίας της Μολδαβίας* (αρ. προσφ. 27810/07), παρ. 40.

¹⁹ Υπόθεση *Bălzan* κατά *Ρουμανίας* (αρ. προσφ. 49645/09), παρ. 60.

²⁰ Υπόθεση *E.M.* κατά *Ρουμανίας* (αρ. προσφ. 43994/05), παρ. 57.

²¹ Υπόθεση *Talpis* κατά *Ιταλίας* (αρ. προσφ. 41237/14), παρ. 126.

¹⁶ Υπόθεση *Valiuliene* κατά *Λιθουανίας* (αρ. προσφ. 33234/07), παρ. 69 με αντίθετη γνώμη *Danutė Jočienė*.

¹⁷ Υπόθεση *A.* κατά *Κροατίας* (αρ. προσφ. 55164/08), παρ. 57.

ματικής και ψυχολογικής βίας, τα οποία έλαβαν χώρα από το 1995 μετά το γάμο της προσφεύγουσας με τον δράστη μέχρι και το 1998, που στρέφονταν εναντίον της ίδιας και της μητέρας της και είχαν ως αποτέλεσμα την πρόκληση ποικίλων σωματικών βλαβών. Μάλιστα, το 2001 σημειώθηκε ένα πολύ σοβαρό περιστατικό βίας, που προκάλεσε επτά τραυματισμούς με μαχαίρι σε διάφορα σημεία του σώματος της προσφεύγουσας, και μετέπειτα ο πυροβολισμός και η θανάτωση της μητέρας της προσφεύγουσας²².

Υπάρχει, ωστόσο, και το πραγματικό μιας περίπτωσης, την οποία το ΕΔΔΑ υπαγάγει στο άρθρο 3 της ΕΣΔΑ θεωρώντας, ότι παραβιάζεται ευθέως²³, χωρίς ωστόσο να λαμβάνει θέση για το αν οι πράξεις συνιστούν βασανιστήρια, ή, απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση. Συγκεκριμένα, στην αναφερόμενη περίπτωση, ήδη από την αρχή του γάμου ο σύζυγος φερόταν βίαια στην προσφεύγουσα, ασκώντας της έντονη σωματική, αλλά και ψυχολογική βία. Μέσα στα καταγραφόμενα πολλαπλά περιστατικά περιλαμβάνονται: δέσιμο από τα χέρια και από τα πόδια και χτύπημα με μπαστούνι από το οποίο προκλήθηκε σπασίμο ποδιού, σβήσιμο

τσιγάρων στο σώμα με εγκαύματα στο μπράτσο, αλλεπάλληλα χτυπήματα με ραβδί, εξαναγκασμός σε σεξουαλική επαφή, πληγές στα χείλι με ξυράφι, σχίσιμο στο μάγουλο με μαχαίρι και απειλές κατά της σωματικής ακεραιότητας. Από όλη αυτή τη συμπεριφορά η προσφεύγουσα υπέστη μείζονα καταθλιπτική διαταραχή με μετατραυματικό στρες, που διήρκησε χρόνια. Η συμπεριφορά αυτή σαν σύνολο φαίνεται να συγκεντρώνει τα χαρακτηριστικά της εσκεμμένης τέλεσης και της πρόκλησης πολύ σοβαρού πόνου, ο οποίος δεν είναι μόνο σωματικός, αλλά και ψυχικός. Θα μπορούσαμε συνεπώς να υποστηρίξουμε συγκρίνοντας το παρόν ιστορικό με όλα τα προηγούμενα ιστορικά, ότι οι πράξεις αυτές παρουσιάζουν αρκετά μεγαλύτερη ένταση και βαρύτητα και θα μπορούσαν επομένως να ενταχθούν στην κατηγορία των βασανιστηρίων.

Επίλογος

Γίνεται αντιληπτό από τα παραπάνω, ότι η διάταξη, που ποινικοποιεί την πράξη των βασανιστηρίων στα πλαίσια της οικογένειας αποτελεί μία καινοτόμα διάταξη για τα ελληνικά δεδομένα, η οποία ωστόσο δεν παύει να είναι δυσχερής στην ερμηνεία και στην εφαρμογή της. Η ορθή υπαγωγή των παραπάνω κριτηρίων, που τέθηκαν, αποσκοπεί να αποτελέσει έναν σημαντικό οδηγό για την ουσιαστική εφαρμογή αυτής της διάταξης σε κρίσιμες περιπτώσεις, και όχι τη διατήρηση αυτής ως ένα απλό ευχολόγιο για την αντιμετώπιση των βασανιστηρίων στα πλαίσια της οικογένειας.

²² Υπόθεση *Oruz κατά Τουρκίας* (αρ. προσφ. 33401/02), παρ. 161.

²³ Υπόθεση *Affair Mg κατά Τουρκίας* (αρ. προσφ. 646/10), παρ. 83-84.

Η ακριβής έννοια της «ευνοϊκότερης διάταξης νόμου» στο νέο 2 ΠΚ

Γκλαβέρης Αθανάσιος
Ασκούμενος Δικηγόρος

Οι επιμέρους δικαιολογητικοί λόγοι

Μπορεί κανείς να διακρίνει δυο βασικές αρχές που να επικρατούν στο διαχρονικό ποινικό μας δίκαιο. Καταρχάς, η *απαγόρευση αναδρομικότητας του δυσμενέστερου νόμου* (άρ. 7§1 εδ. α' Σ.) εμφανίζεται να στοχεύει στην αποτροπή της κρατικής αυθαιρεσίας, όπως αυτή εκφράζεται με την ψήφιση φωτογραφικών νόμων που διέπουν αυτοστιγμεί ήδη γνωστές στο νομοθέτη περιπτώσεις¹. Από την άλλη, η *υποχρεωτική αναδρομική εφαρμογή του ευμενέστερου νόμου* στις πριν από την έναρξη ισχύος του τελεσθείσες πράξεις στηρίζεται στη σκέψη ότι θα έμοιαζε αφόρητα σκληρό και άδικο να συνεχίσουν να τιμωρούνται με τον παλαιό δυσμενέστερο νόμο οι εν λόγω κατηγορούμενοι. Κι αυτό διότι η νομοθετική μεταβολή δεν μπορεί παρά να σημαίνει και την μεταβολή των αντιλήψεων της έννομης τάξης, η οποία δε μπορεί πλέον να εμφανίζεται να αντιφάσκει με τον εαυτό της². Μάλιστα με την ΟΛΑΠ 1/2015 (ΠοινΧρ 2016, σ. 50), επιβεβαιώθηκε ότι οτιδήποτε αντίθετο θα παραβίαζε και την αρχή της ισότητας ως προς τους δράστες των προ της ισχύος του νόμου εγκλημάτων και άρα θα ήταν αντισυνταγματικό.

Ο νεότερος ευμενέστερος νόμος μάλιστα θα εφαρμοστεί *ανεξάρτητα του αν είναι μεταγενέστερος της πράξης και αν στο μεταξύ η έννομη τάξη έχει επανέλθει σε ένα αυστηρότερο καθεστώς*. Ο λόγος είναι ότι και πάλι η ενδιάμεση αλλαγή του νόμου

δεν μπορεί να έχει σηματοδοτήσει παρά την αλλαγή των αντιλήψεων του νομοθέτη, ενώ η νέα νομοθετική μεταβολή σημαίνει εκ νέου αλλαγή τους και όχι απλά επάνοδο στις ίδιες θέσεις³. Αν αντίθετα δεν γινόταν δεκτή τούτη η επιμέρους αρχή, θα διατηρούνταν για όλες αυτές τις περιπτώσεις μία κατάσταση εκκρεμότητας, η οποία και από τον πολίτη θα στερούσε για μη εύλογο χρόνο τη βεβαιότητα ότι η υπόθεσή του έχει «κλείσει», χρεώνοντάς του τις παλινδρομήσεις του νομοθέτη, και στην πολιτική εξουσία θα επέτρεπε ανά πάσα στιγμή την έκδοση κρυπτοφωτογραφικών νόμων.

Η σύγκριση in concreto

Και βέβαια αν ένα από τα νομοθετικά καθεστώτα είναι εμφανώς ευμενέστερο, τα πράγματα είναι απλά, αφού θα επικρατήσει αφηρημένα. Έτσι έχει το πράγμα όταν ένας νόμος καθιστά την πράξη ανέγκλητη ή μόνο μειώνει το *maximum* της ποινής ή το όριο της υφ' όρον απόλυσης. Η κατάσταση ωστόσο δυσκολεύει στην περίπτωση που καθένας από τους συγκρινόμενους νόμους είναι κατά το ένα μέρος ευμενέστερος και κατά το άλλο δυσμενέστερος. Απολύτως κρατούσα εδώ είναι η άποψη ότι η σύγκριση μεταξύ των περισσότερων διατάξεων θα γίνει *in concreto*⁴, με βάση δηλαδή τον συγκεκρι-

¹ Βλ. αντί πολλών Μπέκας, Η χρονική επέκταση ισχύος των ουσιαστικών ποινικών νόμων, ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 1992, σ. 93.

² Βλ. ενδ. Μπέκας, ό.π., σ. 95, Ανδρουλάκης, Ποινικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος. Ι. Θεωρία για το έγκλημα, 2006, Π.Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, σ. 121-123, Μαγκάκης, ΣυστΕρμΠΚ, Π.Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, υπό το άρθρο 2 αριθ. 2

³ Αντίθετοι με την επιμέρους αρχή οι Χωραφάς, Ποινικών Δίκαιον, Αφοι Σάκκουλα, 1978, σ. 71 επ., Ανδρουλάκης, ό.π., σ. 123, με το σκεπτικό ότι με την επαναφορά της παλαιάς ρύθμισης ο νομοθέτης επιβεβαιώνει την αρχική του θέση για την αναγκαιότητα επίδειξης εδώ αυστηρότητας.

⁴ Από τη θεωρία ενδεικτικά: Χωραφάς, ό.π., 67, Ανδρουλάκης, ό.π., 124, Μανωλεδάκης, Ποινικό δίκαιο (Γενική θεωρία), 2004, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ ΑΕ, υπό πλαγίάρ. 176, Μαγκάκης, ΣυστΕρμΠΚ υπό

μένο κατηγορούμενο και τη συγκεκριμένη πράξη του, εστιάζοντας στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά αυτής⁵. Κι αυτό γιατί μόνο μια *in concreto* σύγκριση μπορεί να διασφαλίσει την εκπλήρωση των προαναφερθέντων κεφαλαιωδών για το ποινικό δίκαιο δικαιολογητικών λόγων στον απόλυτο βαθμό, ενώ μια αφηρημένη σύγκριση σε αυτή την περίπτωση αφήνει πάντα περιθώρια δυσμενέστερης μεταχείρισης για τον κατηγορούμενο, από αυτά που του παρέχει το 2 ΠΚ⁶.

Γι' αυτόν τον σκοπό, αν π.χ. ο νέος νόμος έχει στενότερη αντικειμενική υπόσταση αλλά υψηλότερη ποινή, θα πρέπει πρώτα να ελεγχθεί αν η συγκεκριμένη πράξη, όπως περιγράφηκε στην ελάσσονα πρόταση, εμπίπτει στη νέα αντικειμενική υπόσταση. Και αν μενεμπίπτει θα εφαρμοστεί ο παλαιός νόμος λόγω της μικρότερης ποινής, αν δε δεν εμπίπτει θα εφαρμοστεί ο νέος και θα απαλλαγεί ο κατηγορούμενος. Το ίδιο ισχύει και αν ο νέος νόμος προβλέπει μικρότερη ποινή αλλά δεν αναστέλλει αυτήν· θα εξεταστεί πρώτα αν *in concreto* συντρέχει λόγος αναστολής (επάρκεια της αναστολής για την αποτροπή νέων εγκλημάτων). Σε περίπτωση που συντρέχει, θα εφαρμοστεί βεβαίως η παλαιά διάταξη που ανέστελλε ως ευμενέστερη.

Γίνεται κατανοητό ότι σε καμία περίπτωση δεν κατασκευάζεται κάποιος νέος νόμος συνενώνο-

ντας τμήματα από τους δύο συγκρινόμενους. Αλλά η διαλεύκανση εδώ του ποιος νόμος είναι ο ευμενέστερος δεν είναι αυτόματη, αλλά απαιτεί πρώτα τη νοητή επιβολή της ποινής καθώς και τη νοητή εφαρμογή των θεσμών ελαστικότητας (αναστολή, μετατροπή κλπ) επ' αυτής και με τα δύο νομοθετικά καθεστώτα, για να γίνει τελικά η αντιπαράβολή μεταξύ των δύο επιμέρους πιθανών ποινών. Η ευμενέστερη ποινή από τις δύο αποκαλύπτει στον εφαρμοστή ποιο από τα δύο νομοθετικά καθεστώτα ήταν ευμενέστερο ήδη από την αρχή (χωρίς, λόγω των περιορισμένων δυνατοτήτων της ανθρώπινης αντίληψης, να μπορεί να το αντιληφθεί από τότε). Επομένως, από τη στιγμή που συνέλαβε ποιος νόμος από τους δύο είναι ο εφαρμοστέος, μπορεί πλέον ο εφαρμοστής να τον εφαρμόσει και να επιβάλει την ορθή ποινή (διεργασία βέβαια που τυχαίνει να έχει επαναλάβει, στο πλαίσιο όμως αναζήτησης του εφαρμοστέου νόμου και όχι στο πλαίσιο της επιμέτρησης και της πραγματικής επιβολής της ποινής)⁷.

Γι' αυτόν τον λόγο, το πρόβλημα του νέου νόμου με το υψηλότερο *minimum* και το χαμηλότερο *maximum* (παράδειγμα: ο παλαιός νόμος απειλούσε φυλάκιση 3 μήνες με 5 έτη, ενώ ο νέος 6 μήνες μέχρι 3 έτη) αποδεικνύεται *ψευδοπρόβλημα*⁸. Η

το άρθρο 2 αριθ. 3. Από τη νομολογία εντ. ενδεικτικά: ΑΠ 331/1952 ΠοινΧρ 1952, 438, ΑΠ 868/1990, Υπερ 1991, 188, ΑΠ 816/2017 ΝΟΜΟΣ

⁵ Κρίσιμες εδώ είναι οι επισημάνσεις της Καϊάφα-Γκμπάντι, Η αναδρομική εφαρμογή του επιεικέστερου νόμου στην πρόσφατη νομολογία της Ολομέλειας του ΑΠ: διάλογος για την προστασία ενός διεθνώς αναγνωρισμένου θεμελιώδους δικαιώματος, ΠοινΔικ 2015, 407. Ειδικότερα υπογραμμίζεται ότι δεν μπορούσε στην προκείμενη περίπτωση να χαρακτηριστεί κάποιος νόμος ως επιεικέστερος, αν πρώτα δεν είχε απαντηθεί το ερώτημα αν συντρέχουν εδώ το απαιτούμενο ύψος προσδοκώμενου οφέλους ή τα στοιχεία του κατ'επάγγελμα.

⁶ Ας σημειωθεί ότι με τη νέα διατύπωση του 2 ΠΚ («...αυτή που στη συγκεκριμένη περίπτωση οδηγεί στην ευμενέστερη μεταχείριση του κατηγορουμένου»), αφηρημένη σύγκριση δε μπορεί πλέον να υποστηριχθεί. Σύμφωνα δε με την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, τέτοια σύγκριση είναι και αυτή που λύνει το πρόβλημα που αναλύεται κατωτέρω επιλέγοντας το πλαίσιο ποινής με το μικρότερο *maximum*.

⁷ Προς τη σωστή κατεύθυνση ενδεικτικά οι Μπέκας, ό.π., σ.211 («ο δικαστής πρέπει να υπαγάγει τα πραγματικά περιστατικά σε όλους τους διεκδικούντες την εφαρμογή τους νόμους, να κάνει επιμέτρηση της ποινής με κάθε έναν από αυτούς και τελικά να εφαρμόσει αυτόν που καταλήγει στην χαμηλότερη επιβλητέα ποινή»), Κατσαντώνης, Ποινικόν Δίκαιον - Γενικό Μέρος, 1972, Εκδ. Παρισιάνου, σ. 52, Γάφος, Ποινικόν Δίκαιον - Γενικόν Μέρος, [δεν αναφέρεται εκδότης], 1973, σ. 92, Ανδρουλάκης, ό.π., σ. 125-126. Ούτε αποτελεί αντίλογο το επιχείρημα ότι ο δικαστής, στο στάδιο της νοητής επιβολής ποινής, επηρεάζεται ψυχολογικά την ώρα που επιβάλλει νοητά ποινή κατ'εφαρμογή του δεύτερου νομοθετικού καθεστώτος από την ποινή που επέβαλε εφαρμόζοντας το πρώτο. Αφού, ακόμα και να ισχύει, δεν μπορεί ο κατηγορούμενος να στερηθεί το προνόμιο της *in concreto* επιεικέστερης διάταξης λόγω της μη μηχανικής αλλά ανθρώπινης φύσης του δικαστή.

⁸ Μολαταύτα, ο Μανωλεδάκης, ό.π., υπό πλαγιάρ. 178, θεωρώντας ευμενέστερο τον παλαιό, απαγορεύοντας όμως στον δικαστή να υπερβεί το *maximum* του νέου νόμου, ουσιαστικά κατασκευά-

προσπάθεια επίλυσης του συγκεκριμένου προβλήματος in abstracto (π.χ. επιλέγοντας το πλαίσιο ποινής με το μικρότερο maximum), όπως επιχειρούν μερικοί, αποδεικνύεται ανώφελη, καθώς *εδώ λύση in abstracto δεν υπάρχει*. Εν προκειμένω μάλιστα, επειδή το πρόβλημα είναι αμιγώς ποσοτικό, η λύση μπορεί να εξηγηθεί με αμιγώς μαθηματικά κριτήρια (πχ. η ποινή 1 χρόνου με το νέο πλαίσιο ποινής αντιστοιχεί σε περίπου 1 χρόνο και 2,5 μήνες με το παλιό, άρα το πρώτο αποτελεί αναμφίβολα το ευνοϊκότερο)⁹. Αντίθετα, όταν θα πρέπει να συγκριθούν αμιγώς ποιοτικά μεγέθη, όπως η βαρύτητα μιας κυρίας ποινής σε σχέση με αυτήν μιας παρεπόμενης, όπως η στέρηση θέσεων και αξιωματών, και να βρεθεί ο επιεικέστερος από τους νόμους που τις προβλέπουν, το πράγμα δεν είναι καθόλου τόσο ξεκάθαρο.

Η συνδυαστική εφαρμογή νόμων

Αυτό που στην πραγματικότητα απαγορεύεται να κάνει ο εφαρμοστής του δικαίου είναι να τεμαχίσει τους 2 νόμους και, παίρνοντας το ευνοϊκότερο τμήμα του καθενός, να δημιουργήσει έναν τρίτο ανύπαρκτο νόμο (εδώ ένα νέο πλαίσιο ποινής 3 μηνών μέχρι 3 ετών), το οποίο και μόνο θα εφαρμόσει. Αυτό ήταν ορθά και η κρατούσα άποψη στη θεωρία και στη νομολογία μας¹⁰, με την αιτιολογία

ζει έναν τρίτο ανύπαρκτο νόμο. Το πρόβλημα είναι πρακτικό: στο νέο κατασκευασμένο πλαίσιο από 3 μήνες μέχρι 3 έτη, η ποινή των 2 ετών είναι αυστηρή, την ώρα που θα ήταν μεσαίας βαρύτητας και με τον παλιό και με το νέο πλαίσιο ποινής. Η συρραφή των νόμων με λίγα λόγια εξασφαλίζει στον κατηγορούμενο επιεικέστερη μεταχείριση από αυτήν που αξίζει.

⁹ Αντίθετα, η Καϊάφα-Γκμπάντι σε *Μανωλεδάκης*, Ποινικό Δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους, 2005 φαίνεται να παραγνωρίζει ότι οι πιθανές ποινές δε χωρίζονται απλά σε ελαφριές και βαριές, αλλά αποτελούν ένα συνεχές φάσμα. Ήδη άλλωστε φάνηκε ότι ο εφαρμοστής νόμος που δίνει εδώ ποινή 1 έτους είναι αυτός με πλαίσιο από 6 μήνες μέχρι 3 έτη. Εν προκειμένω δηλαδή ευμενέστερος νόμος για τη συγκεκριμένη ελαφριά ποινή δεν είναι αυτός με το χαμηλότερο αλλά με το υψηλότερο minimum! (Σημείωση: οι αντιστοιχίες βρίσκονται εύκολα με τη μέθοδο των τριών).

¹⁰ Μοναδικές εξαιρέσεις από θεωρία: *Χωραφάς*, Θέμ. ΝΔ', *Μανωλεδάκης*, Γενική θεωρία του

ότι κάτι τέτοιο θα ήταν αντισυνταγματικό αφού θα οδηγούσε το δικαστή να νομοθετεί, και έτσι να παραβιάζει τη διάκριση των λειτουργιών (ΟΛΑΠ 5/2008, ΠοινΧρ 2008, σ. 508). Πλέον όμως, με την ρητή ανάθεση στο νέο 2 ΠΚ του έργου της συνδυαστικής εφαρμογής από το νομοθέτη στο δικαστή, δεν είναι μάλλον ο δικαστής που ιδιοποιείται το έργο του νομοθέτη. Αντίθετα, και στο βαθμό ο τελευταίος τού ορίζει πλήρως τη διαδικασία που θα πρέπει να ακολουθήσει¹¹, μοιάζει να είναι ο ίδιος ο νομοθέτης που παραιτείται από τη νομοθετική του αρμοδιότητα¹², από το δικαίωμα και την υποχρέω-

Ποινικού Δικαίου, 1976, Εκδοτ. οικ. Σάκκουλα, σ. 116 επ., *Ρίκος* (τότε Πρόεδρος Εφετών), ΕλλΔνη 1984, 456 και, υπό το νέο ΠΚ, *Χαραλαμπίδης*, Ο Νέος Ποινικός Κώδικας, Μια πρώτη ερμηνευτική προσέγγιση του Ν 4619/2019, 2019, σ. 5. Αντίθετα, η *Καϊάφα-Γκμπάντι*, Υπερ 1991, 189, παρά τα αντιθέτως λεγόμενα, περισσότερο υποστηρίζει εκεί μία επιστημονική άποψη παρά τη συνδυαστική εφαρμογή των νόμων. Εξαιρέσεις από νομολογία: ΟΛΑΠ 175/1916, Θέμ ΚΖ', 530, ΑΠ 372/1952 ΠοινΧρ 1952, 499, ΑΠ 172/1957 ΠοινΧρ 1957, 326, ΓνωμΕισΑΠ Κόλλια με αρ. 1/67, ΠοινΧρ 1967, 59, ΔικΣυνΠατρ 177/1964 ΠοινΧρ 1964, 388, ΠλημΠειρ 798/1971 ΠοινΧρ 1971, 786, ΕφΑΘ 986/1989 ΝοΒ 1989, 798, ΑΠ 557/2004 ΠοινΔικ 2004, 880, ΑΠ 1252/2004 ΠΛογ 2004, 1549 και τις εκεί επικριτικές παρατηρήσεις *Μπέκα*, ΤρΠλημΚερκ 2144/2004, ΠοινΔικ 2005, 686, ΑΠ 2460/2008, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1352/2016, ΝΟΜΟΣ και, υπό το νέο ΠΚ, ΑΠ 1458/2019, ΝΟΜΟΣ. Το κοινώς λεγόμενο ότι πρόκειται για άποψη που υποστηρίζει η θεωρία περισσότερο από ότι η νομολογία δεν επαληθεύεται.

¹¹ Επομένως, κατά τη γνώμη μου, άπαξ και έχει δοθεί ρητά αυτή η εξουσιοδότηση από το νομοθέτη στο δικαστή, πρέπει να διακρίνουμε την περίπτωση που υπάρχει απόλυτη σαφήνεια για το τι πρέπει αυτός να πράξει, με την περίπτωση όπου η σαφήνεια ελλείπει. Και αν μεν η πρώτη περίπτωση θα εξεταστεί στη συνέχεια, στη δεύτερη η αντισυνταγματικότητα είναι αναμφίβολη. Εφόσον την «ασάφεια» θα κληθεί να ξεδιαλύνει ο δικαστής, πρόκειται για έμμεση ανάθεση στο δικαστή της κατασκευής του νόμου. Η διατύπωση του 2 ΠΚ ωστόσο μόνο σαφήνεια δε μπορεί να υποστηριχθεί ότι παρέχει· βλ. για τους άδηλους κινδύνους που ανακύπτουν και σε *Βουδικλάρης*, Κρίσιμα ερμηνευτικά ζητήματα επί των νέων Κωδίκων, *dikastiko.gr*, 2019.

¹² Βλ. όμως *Χρυσόγονος*, Συνταγματικό Δίκαιο,

ση να ορίζει πρωτογενώς το νόμο που πρέπει να εφαρμόζεται. Μία παραίτηση που δεν γίνεται υπέρ του δικαστή (στο βαθμό που αυτός δεν έχει «λευκή επιταγή»), αλλά υπέρ της τύχης, της συγκυρίας να συνδυάζονται την τάδε χρονική στιγμή τα δείνα τμήματα του νόμου (έστω κι αν πρόκειται για εδάφια ή απλώς λέξεις), δημιουργώντας κάτι εντελώς ευνοϊκό¹³ πλην όμως εντελώς εκτός του νομικού κόσμου. Κάτι τέτοιο ωστόσο είναι προδήλως αντισυνταγματικό¹⁴.

Ωστόσο κοιτάζοντας κανείς εγγύτερα, θα διαπιστώσει ότι δεν εννοεί αυτό ακριβώς το 2 ΠΚ. Αντίθετα, και αντλώντας επιχείρημα και από την Αιτιολογική Έκθεση, σ. 8¹⁵, θα δει ότι ως «διάταξη νόμου» δε νοείται κάθε αυτοτελές συγκρίσιμο μέγεθος του νόμου όπως π.χ. αυτό καθαυτό το μικρότερο *minimum* μιας ποινής, αλλά μάλλον αυτό που έχει υποστηριχθεί και από τμήμα της θεωρίας¹⁶. Ότι

ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ ΑΕ, 2014, σ. 314 (·«Ο ίδιος ο κοινός νομοθέτης δεν επιτρέπεται να αυτοακρωτηριασθεί απαλλοτριώνοντας μέρος της αρμοδιότητάς του»), Σπυρόπουλος, Συνταγματικό Δίκαιο, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ ΑΕ, 2018, σ. 22-23 (·«Η Βουλή [...] μπορεί και να μη νομοθετεί, όχι όμως να απεμπολεί εν γένει τη νομοθετική αρμοδιότητά της ή να τη μεταβιβάζει σε άλλα όργανα»). Με λίγα λόγια, ο νομοθέτης πρέπει να είναι σε θέση να προβλέπει και να ελέγχει το αποτέλεσμα αυτών που νομοθετεί.

¹³ Βλ. για την συνεπαγόμενη παραβίαση του δικαιώματος του πολίτη να είναι ασφαλής σε *Βουδικλάρης*, ό.π.

¹⁴ Έτσι και *Βουδικλάρης*, ό.π., *Ναζίρης*, Το Σύστημα Ποινών και Μέτρων Ασφαλείας μετά τη θέση σε ισχύ του νέου ΠΚ και του νέου ΚΠΔ, υλικό συνεδρίου, 2019, *Νάιντος*, Η αναδρομική ισχύς του ηπιότερου για τον κατηγορούμενο νόμου και η μεταβατική διάταξη του άρθρου 465 ΠΚ, *esdi.gr*, 2019, *passim*, *Ντόστας*, Νέος Ποινικός Κώδικας: Παρατηρήσεις επί της εφαρμογής ορισμένων διατάξεων, *lawspot.gr*, 2019

¹⁵ «Έτσι, είναι πιθανό να εφαρμόζονται σε συγκεκριμένη περίπτωση διατάξεις διαφορετικών νόμων. Μπορεί λ.χ. να εφαρμόζεται νεότερη διάταξη που προβλέπει μικρότερη απειλούμενη ποινή, μαζί με διάταξη παλαιότερου νόμου που πρόβλεπε μετατροπή της μεγαλύτερης ποινής».

¹⁶ *Μπέκας*, ό.π., σ. 172 επ.: αντίστοιχη διάκριση μοιάζει να υπάρχει και στην ειδική νομολογία που προπαρατέθηκε, όπου ως διάταξη ορίζεται η γενική και αφηρημένη ρύθμιση μιας αυτοτελούς

δηλαδή μόνο αν υπήρξε παράλληλη μεταβολή π.χ. της τυποποίησης ενός εγκλήματος και ενός άλλου θεσμού (λ.χ. του γενικού μέρους) όπως η παραγραφή ή η αναστολή της ποινής είναι δυνατή η εφαρμογή σε κάθε ξεχωριστό θεσμό της επεικέστερης διάταξης, η συνδυαστική εφαρμογή με λίγα λόγια του ευνοϊκού καθεστώτος του παλαιού νόμου με αυτό του νέου. Υπό αυτή την έννοια, εξακολουθεί να μην είναι νοητό, επί φυλάκισης τουλάχιστον 3 μηνών που μετατράπηκε σε φυλάκιση και χρηματική ποινή, να επιλεγεί αφενός το ελαφρύτερο πλαίσιο φυλάκισης από το νεότερο νόμο, αφετέρου η απουσία χρηματικής ποινής από τον προηγούμενο και να κατασκευαστεί έτσι ένα νέο πλαίσιο αμιγούς φυλάκισης 10 ημερών μέχρι 5 ετών¹⁷. Κι αυτό γιατί η σωρευτικά επιβαλλόμενη χρηματική ποινή δεν αποτελεί άλλο θεσμό σε σχέση με την περιοριστική της ελευθερίας, αλλά υπάγονται και οι 2 στο θεσμό «ποινή».

Ωστόσο, ακόμα κι έτσι τα προβλήματα παραμένουν. Δεν αλλάζει για παράδειγμα ότι το σύνηθες είναι ένας νομοθέτης να συναρτά την αυστηροποίηση ενός θεσμού με την ελάφρυνση ενός άλλου, ώστε το τελικό πρόσημο να παραμένει σχετικά το ίδιο (χωρίς προφανώς να επιδιώκει την περιέλευση του κατηγορουμένου στην δυσανάλογα ευνοϊκότερη θέση όπου τον οδηγεί η συνδυαστική εφαρμογή). Αλλά κι όταν ακόμα δεν έχει μια τέτοια στόχευση, δεν είναι καθόλου βέβαιο ότι επιθυμεί την εφαρμογή του νόμου του όχι όπως ψηφίστηκε, αλλά τετμημένου και συραμμένου. Λαμβανομένου υπ' όψη ειδικότερα ότι αν ήθελε την εφαρμογή των κατά μέρος ευνοϊκότερων νέων ρυθμίσεων και για το παρελθόν, θα μπορούσε να το ορίσει ειδικά στο νέο νόμο, και μάλιστα είτε ρητά (θεσπίζοντας σχετι-

παραμέτρου του ποινικού κολασμού και όχι μια οποιαδήποτε διάταξη (ΑΠ 2460/2008, ΤρΠλημΚερκ 2144/2004, ΑΠ 1458/2019). Βλ. πάντως και την ορθή επισήμανση ότι στο δίκαιό μας έγκλημα και ποινή δεν αποτελούν διαφορετικά μεγέθη (·«θεσμούς») και άρα δεν νοείται σε αυτή την περίπτωση συνδυαστική εφαρμογή τους σε *Καϊάφα-Γκμπάντι*, Παρατηρήσεις σε ΤρΠλημΚερκ 2144/2004, ΠοινΔικ 2005, 690 και *Παπακυριάκου*, Παρατηρήσεις σε ΓνωμΕισΕφΠειρ 14/1999, ΠοινΔικ 2003, 1222.

¹⁷ Αυτό ωστόσο φαίνεται να υπολαμβάνει η ΑΠ 1458/2019, ΝΟΜΟΣ (αντιπρβλ. όμως με ΑΠ 1471/2019). βλ. και *Νάιντος*, ό.π., σ. 5 για το όμοιο πρόβλημα που ανακύπτει στην απόλυση υπό τον όρο της κατ' οίκον έκτισης, σ. 16-19.

κή μεταβατική διάταξη) είτε σιωπηρά, ώστε να συνάγεται εμμέσως πλην σαφώς από το περιεχόμενό του. Μην ξεχνάμε άλλωστε ότι το 2 ΠΚ έχει τυπική ισχύ νόμου, και μπορεί δυνητικά να καταργείται από κάθε καινούριο νόμο που κατά τεκμήριο θέλει να ρυθμίζει ετερόνομα και κυριαρχικά το πεδίο στο οποίο αναφέρεται.

Επομένως, παρότι το 2 ΠΚ δεν μπορεί να εφαρμοστεί για τους νέους μετά την ισχύ του νόμους [και λόγω του ότι δε θα ήταν ερμηνευτικά νοητό ο νομοθέτης να παραιτείται από τη νομοθετική λειτουργία, αλλά και του ότι κάτι τέτοιο του απαγορεύεται από το Σύνταγμα (βλ. σημ. 12)], δύσκολα μπορεί να αποκρουστεί η εφαρμογή του για το παρελθόν. Κι αυτό γιατί ο νομοθέτης τού 2 ΠΚ είχε επίγνωση της μέχρι τώρα νομοθεσίας, καθώς και των επιπτώσεων που θα προκαλούσαν από τον συνδυασμό των διατάξεών της και τις αποδέχτηκε (αλλά και τις επέβαλε). Μολαταύτα, είναι ευνόητο ότι κάθε εφαρμογή του εν λόγω άρθρου από τα δικαστήρια για το παρελθόν που δε θα υπακούει στον κανόνα των «διατάξεων νόμου» ως «θεσμών», όπως αναλύθηκε παραπάνω, θα κάνει πράγματα που ούτε το 2 ΠΚ δεν επέτρεψε (ευθύς σφετερισμός της νομοθετικής εξουσίας). Μάλιστα, ακόμα

κι αν είναι βέβαιοι για μια τέτοια ευρεία ερμηνεία του, οι δικαστές θα πρέπει να δείξουν φειδώ, έχοντας στον νου ότι η ερμηνεία του νέου 2 ΠΚ μπορεί εύκολα να μετατραπεί από ερμηνεία νόμου (έργο που τους ανήκει), σε καθορισμό του ποιος είναι ο νόμος (έργο που τους απαγορεύεται).

Στην παρούσα μελέτη, αναλύθηκαν ακροθιγώς οι 2 κρίσιμότερες μεταβολές στη διάταξη του 2§1 ΠΚ: η ρητή κατοχύρωση *in concreto* σύγκρισης και η καθιέρωση της συνδυαστικής εφαρμογής των νόμων. Και αν μεν η πρώτη μόνο ευπρόσδεκτη και αναγκαία μπορεί να χαρακτηριστεί, για την δεύτερη δυστυχώς δεν μπορεί να ειπωθεί κάτι αντίστοιχο¹⁸. Με βάση λοιπόν όσα προεκτέθηκαν, φρονώ ότι υπάρχει ανάγκη σχετικής νομοθετικής επέμβασης.

¹⁸ Άλλωστε και ζητήματα ισότητας ανακύπτουν, στο βαθμό που ο υπό το νέο καθεστώς διαπράξας και εκδικασθείς κατηγορούμενος θα αντιμετωπίσει (συχνά πολύ) δυσμενέστερη μεταχείριση από εκείνον που διέπραξε το έγκλημα υπό το παλαιό καθεστώς, εκδικάζεται όμως ακριβώς την ίδια μέρα με τον πρώτο. Χωρίς εν προκειμένω να υπάρχει και απολύτως κανένας δικαιολογητικός λόγος.

Η διεθνής απαγωγή παιδιού υπό τον Κανονισμό 2201/2003

Σαλονικίδης Παύλος

Μεταπτυχιακός Φοιτητής στο Μεταπτυχιακό του ΑΠΘ «Διεθνείς και Ευρωπαϊκές Νομικές Σπουδές»

Γενικές Παρατηρήσεις για τον Κανονισμό 2201/2003

Ο Κανονισμός (ΕΕ) 2201/2003 (στο εξής Κανονισμός) για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε γαμικές και διαφορές γονικής μέριμνας εκδόθηκε το 2003 και τέθηκε σε ουσιαστική ισχύ από την 1^η Μαρτίου 2005¹. Με την έναρξη εφαρμογής του, καταργήθηκε και ο προηγούμενος Κανονισμός υπ' αριθμόν 1347/2000 που ρύθμιζε ζητήματα γονικής μέριμνας και γαμικών διαφορών².

Ο Κανονισμός, ρυθμίζει, μεταξύ άλλων, το ποιο δικαστήριο θα έχει δικαιοδοσία σε περίπτωση διεθνούς απαγωγής παιδιού, σε περίπτωση δηλαδή που ένα παιδί παράνομα μετακινηθεί και ποιες οι δικονομικές διαδικασίες που πρέπει να ακολουθηθούν για την επιστροφή του παιδιού στη χώρα από όπου απήχθη. Εφαρμόζεται μόνο για τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής Ε.Ε.), ως Ευρωπαϊκός Κανονισμός, και προϋποθέτει εξ αρχής το παιδί να απήχθη από κράτος- μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης και να βρίσκεται σε έτερο κράτος της Ένωσης. Ο κανονισμός αποτελεί μία ρύθμιση σχεδόν αποκλειστικά δικονομική για ένα θέμα ιδιαίτερα ευαίσθητο όσον αφορά τις ουσιαστικές του συνέπειες. Στόχος του αποτελεί η προστασία του συμφέροντος του παιδιού, το οποίο οι νομοθέτες του ανήγαγαν σε πρωταρχική επιδίωξη τους³ και η απλοποίηση των δικονομικών διαδικασιών των

κρατών μελών, προς επίτευξη του ανωτέρω στόχου.

Αρχική σκέψη αποτελούσε η θεσμοθέτηση και καθιέρωση ενός Κανονισμού, ο οποίος να περιλαμβάνει ειδικές διατάξεις για τα ζητήματα απαγωγής παιδιών που να ρυθμίζουν αποκλειστικά το θέμα και να υπερισχύουν της Συμβάσεως της Χάγης του 1980 (στο εξής ΔΣΧ)⁴, όταν εφαρμόζεται εντός Ε.Ε. Και παρόλο που η αρχική σκέψη αυτή μετουσιώθηκε σε πρόταση από την Επιτροπή, πρόταση υπ' αριθμόν COM/2002/0222⁵, τελικώς αυτή δεν επικράτησε. Οι ρυθμίσεις του Κανονισμού 2201/2003 έρχονται να λειτουργήσουν συμπληρωματικά της Σύμβασης της Χάγης, όμως ο πρώτος παραμένει το προέχον νομοθέτημα για την απαγωγή παιδιών εντός Ε.Ε.

Η αρμοδιότητα σε περίπτωση απαγωγής παιδιού

Οι όροι μετακίνηση και παρακράτηση

Προκείμενου να εξετάσουμε την αρμοδιότητα δικαστηρίου κράτους μέλους σε περίπτωση απαγωγής του παιδιού πρέπει, αρχικώς, να έχουμε παράνομη μετακίνηση ή κατακράτηση του παιδιού. Οι έννοιες αυτές ορίζονται στον Κανονισμό, στο άρθρο 2 παρ.11, και ουσιαστικά βρίσκονται σε αντιστοιχία με τον ορισμό που δίνεται και στην ΔΣΧ. Η μετακίνηση του παιδιού από ένα κράτος σε

¹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Οι υποθέσεις γονικής μέριμνας στο νέο κανονισμό (ΕΚ) 2201/2003, Σάκουλας, 2004, σ.13.

² Κανονισμός (ΕΚ) 2201/2003, διαθέσιμος ηλεκτρονικά: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=celex%3A32003R2201>

³ Ο.π. υποσημείωση 2, Σκέψεις 12, 17, 19

⁴ Σύμβαση της Χάγης του 1980 για αστικά θέματα της διεθνούς απαγωγής, διαθέσιμη ηλεκτρονικά: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

⁵ Πρόταση COM/2002/0222 της Επιτροπής, άρθρο 52, διαθέσιμη ηλεκτρονικά: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2002%3A0222%3AFIN>

ένα άλλο έχει την έννοια του παρανόμου, εφόσον η πράξη αυτή παραβιάζει το δικαίωμα επιμέλειας ενός προσώπου. Η παρανομία της μετακίνησης εξαρτάται από το εάν υφίσταται δικαίωμα επιμέλειας, δικαίωμα που προκύπτει είτε από δικαστική απόφαση⁶, είτε από συμφωνία των εμπλεκόμενων μερών. Το ποιος είναι κάτοχος του δικαιώματος επιμέλειας, εναπόκειται στο εθνικό δίκαιο του Κράτους Μέλους στο οποίο το παιδί είχε την συνήθη διαμονή του πριν την τέλεση της παράνομης πράξης της μετακίνησης⁷. Για την έννοια του παρανόμου δηλαδή, απαιτείται δικαίωμα επιμέλειας⁸, ειδάλλως η μετακίνηση δεν ενέχει παρανομία. Εάν δεν υφίσταται μετακίνηση παράνομη, τότε δεν έχουμε εφαρμογή των κατωτέρω αναλυθέντων άρθρων του Κανονισμού, ούτε βεβαίως έχουμε υπόθεση απαγωγής παιδιών⁹.

Η έννοια της συνήθους διαμονής

Αν και κανόνας δικαιοδοτικής βάσεως για τις υποθέσεις γονικής μέριμνας αποτελεί η συνήθης διαμονή σε κράτος μέλος κατά την στιγμή άσκησης προσφυγής¹⁰, εντούτοις αυτό παρακάμπτεται στις υποθέσεις απαγωγής παιδιών. Κατά το άρθρο 10, τα Δικαστήρια κράτους μέλους που το παιδί είχε την συνήθη διαμονή πριν την παράνομη μετακίνηση, συνεχίζουν να έχουν την αρμοδιότητα εκδίκασης υποθέσεων σχετικών με την απαγωγή του παιδιού μέχρι την στιγμή που το παιδί αποκτήσει συνήθη διαμονή σε άλλο κράτος μέλος και πληρωθούν όλες οι προϋποθέσεις του άρθρου 10, στιγμή που η αρμοδιότητα μεταβιβάζεται στο κράτος μέλος στο οποίο κρατείται το τέκνο ή οδηγήθηκε εκεί μετά την απαγωγή του¹¹. Αξίζει να σημειωθεί πως ο όρος «συνήθης κατοικία» που αναφέρεται στο άρθρο 10 έχει τεθεί λανθασμένα κατά την ελληνική μετάφραση του Κανονισμού και εννοείται και πάλι ο όρος «συνήθης διαμονή»¹².

Αναφορικά με τον ορισμό της συνήθους διαμονής, παρατηρούμε πως δεν δίνεται κάποιος στον Κανονισμό. Αυτός προκύπτει από δικαστικές αποφάσεις. Πιο συγκεκριμένα, χρησιμοποιούνται ορισμένα κριτήρια που ποικίλουν ανάλογα τα πραγματικά περιστατικά έτσι ώστε να καθορίσουν την συνήθη διαμονή του τέκνου.

Για παράδειγμα, στην απόφαση *Mercredi*, το ΔΕΕ έκρινε πως «ο όρος συνήθης διαμονή έχει την έννοια ότι η διαμονή αυτή αντιστοιχεί στον τόπο που εκφράζει ορισμένη ενσωμάτωση του παιδιού σε ένα κοινωνικό και οικογενειακό περιβάλλον»¹³. Μεγάλη σημασία δίνεται επομένως στην ενσωμάτωση του τέκνου, η οποία διαφέρει ανάλογα με την ηλικία του, καθώς, είναι διαφορετική η διαδικασία ενσωμάτωσης για ένα βρέφος ολίγων μηνών και διαφορετική ενός παιδιού ηλικίας 14 ετών που έχει αναμφίβολα αναπτύξει κάποιους δεσμούς κοινωνικής και οικογενειακής φύσεως¹⁴ στο κράτος μέλος που είχε την προηγούμενη συνήθη διαμονή του, βάσει της ιθαγένειας του, των λόγων διαμονής του, την πιθανή φοίτηση του σε κάποιο σχολείο και ούτω καθεξής¹⁵. Σημασία δηλαδή έχουν τα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης, και όχι η πιθανή βούληση των γονέων, εάν ταύτη δεν μετουσιώθηκε σε υλικές πράξεις¹⁶. Σε κάθε περίπτωση όμως για την έννοια της συνήθους διαμονής του τέκνου απαιτείται η φυσική του παρουσία¹⁷.

Τελικώς, όμως, ο εθνικός δικαστής είναι εκείνος που θα καθορίσει στην καθεμία κρινόμενη περίπτωση- υπόθεση την συνήθη διαμονή του τέκνου πριν την απαγωγή του¹⁸.

Οι προϋποθέσεις για την αρμοδιότητα του άρθρου 10

Προκειμένου τα δικαστήρια του κράτους μέλους που το τέκνο είχε την συνήθη διαμονή πριν

(κανονισμός Βρυξέλλες ΙΙα) : κατ' άρθρο ερμηνεία: για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεων σε γαμικές διαφορές και διαφορές γονικής μέριμνας, Σάκκουλας, 2016, σ.109-110.

⁶ ΔΕΕ C-400/10, σκέψη 44, ECLI:EU:C:2010:582.

⁷ *Pilar Jiménez Blanco*, 'Unmarried Fathers and Child Abduction in European Union Law', *Journal of Private International Law*, 2012 8(1), σ.155.

⁸ Ο.π. υποσημείωση 6 σκέψη 55.

⁹ ΔΕΕ C497/10, σκέψεις 23 και 59, ECLI:EU:C:2010:829

¹⁰ *Βρελλής, Σ. Β.*, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*. Γ'. Αθήνα Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σ.394

¹¹ ΔΕΕ C-211/10, ECLI:EU:C:2010:400

¹² *Αρβανιτάκης Π. / Βασιλακάκης Ε. / Γιαννόπουλος Π. / Καπετανγιάννη Μ.* Κανονισμός (ΕΚ) 2201/2003

¹³ Ο.π υποσημείωση 9 σκέψη 56

¹⁴ ΔΕΕ C-512/17 σκέψη 41, ECLI:EU:C:2018:513

¹⁵ ΔΕΕ C-523/07 σκέψη 39, ECLI:EU:C:2018:513

¹⁶ ΔΕΕ C-111/17 σκέψεις 50-51, ECLI:EU:C:2017:436

¹⁷ ΔΕΕ C-393/18 σκέψεις 52-53, ECLI:EU:C:2018:835

¹⁸ Ο.π. υποσημείωση 9

Εν συντομία, καθώς οι προϋποθέσεις αναλύονται εκτενώς στον Κανονισμό, για να μην έχει το δικαστήριο κράτους μέλους προελεύσεως δικαιοδοσία θα πρέπει το παρانونώς μετακινούμενο τέκνο να αποκτήσει συνήθη διαμονή σε άλλο κράτος μέλος και κάθε πρόσωπο, έχον δικαίωμα επιμέλειας να συγκαταθέσει στην μετακίνηση αυτή. Ως συγκατάθεση εννοείται η εκ των υστέρων έγκριση της παράνομης, έως την έγκριση, συγκατάθεσης.

Δεύτερη προϋπόθεση που συντρέχει διαζευκτικά με την πρώτη καθίσταται η παράλειψη του έχοντος την επιμέλεια να δράσει για περίοδο ενός έτους αφότου γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει τον τόπο όπου βρίσκεται το παιδί και είτε δεν υπέβαλε αίτηση για επιστροφή του παιδιού του άρθρου 11 του Κανονισμού, είτε ανακλήθηκε η αίτηση και δεν υποβλήθηκε νέα, είτε περατώθηκε η υπόθεση περί επιμέλειας, είτε εκδόθηκε απόφαση για την επιμέλεια του τέκνου που δεν συνεπάγεται επιστροφή του στο κράτος μέλος προελεύσεως.

Διαπιστώνουμε επομένως, πως σε περιπτώσεις μη συγκατάθεσης μετακίνησης, δηλαδή στην πλειοψηφία των περιπτώσεων, παρέχεται στους έχοντες το δικαίωμα επιμέλειας συγκεκριμένο χρονικό διάστημα προκειμένου να θεμελιώσουν την δικαιοδοσία δικαστηρίου κράτους μέλους προελεύσεως.¹⁹

Αξίζει να σημειωθεί πως η «απόφαση για επιμέλεια που δεν συνεπάγεται την επιστροφή παιδιού», του άρθρου 10 περ. IV, πρέπει να ερμηνεύεται στενά και συσταλτικά. Εννοείται η έκδοση οριστικής απόφασης και όχι απόφαση προσωρινή, όπως παραδείγματι είναι μία απόφαση ασφαλιστικών μέτρων²⁰.

Η θεμελίωση αρμοδιότητας σε αιτήσεις επι-
στροφής παιδιού

Στο άρθρο 11 περιγράφεται αρχικώς η διαδικασία αιτήσεως επιστροφής του παιδιού και η εξέταση της αιτήσεως αυτής.

Ο έχων δικαίωμα επιμέλειας προσφεύγει ενώπιον της αρμόδιας αρχής του κράτους μέλους από όπου το παιδί απήχθη και είχε την συνήθη διαμονή του, προκειμένου η αρμόδια αυτή αρχή να κινήσει τη διαδικασία επιστροφής του παιδιού με την αποστολή σχετικού αιτήματος προς την αρμόδια αρχή του κράτους μέλους στο οποίο βρίσκεται πλέον το τέκνο μετά την απαγωγή του. Δικαιοδοσία, επομένως, να αποφασίσει για την επιστροφή του παιδιού έχει το δικαστήριο κράτους μέλους όπου το παιδί βρίσκεται αφότου απήχθη παρανόμως²¹. Το Υπουργείο Δικαιοσύνης έχει οριστεί για την χώρα μας η ως άνω αρμόδια αρχή²².

Το ποιο δικαστήριο συγκεκριμένα θα επιληφθεί μίας υπόθεσης με αιτητικό την επιστροφή του παιδιού εναπόκειται στο κράτος μέλος όπου το παιδί βρίσκεται τη δεδομένη χρονική στιγμή μετά την απαγωγή του²³.

Εξαιρετικά σημαντική έννοια για τη διαδικασία επιστροφής του παιδιού καθίσταται το δικαίωμα ακρόασης του²⁴. Στην προκείμενη περίπτωση, κα-

²¹ Απαλαγάκη Χ.Α., Οι ρυθμίσεις του Κανονισμού 2201 / 2003 για τη διεθνή απαγωγή παιδιών, Αρμενόπουλος, 2005, σ.1019-1020

²² Υπουργείο Δικαιοσύνης, Δικαστική Συνεργασία σε Αστικές Υποθέσεις, διαθέσιμο ηλεκτρονικά https://www.ministryofjustice.gr/?page_id=3671

²³ ΔΕΕ C-498/14 σκέψεις 41, 43 ECLI:EU:C:2015:3

²⁴ Αρδαβάνη Διονυσίου Μαρία, σε διπλωματική εργασία «Οι αστικές πτυχές της διεθνούς απαγωγής παιδιών στον ευρωπαϊκό χώρο - Ισχύον νομικό καθεστώς και προοπτικές βελτιώσεων», Εθνικό Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο, 2008 σ.12, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα [file:///C:/Users/30698/Desktop/%CE%9C%CE%B5%CF%84%CE%B1%CF%80%CF%84%CF%85%CF%87%CE%B9%CE%B1%CE%BA%CF%8C/%CE%99%CE%B4%CE%B9%CF%89%CF%84%CE%B9%CE%BA%CF%8C%20%CE%94%CE%B9%CE%B5%CE%B8%CE%BD%CE%AD%CF%82/%CE%95%CF%81%CE%B3%CE%B1%CF%83%CE%AF%CE%B1/%CE%94%CE%99%CE%A0%CE%9B%CE%A9%CE%9C%CE%91%CE%A4%CE%99%CE%9A%CE%97+%CE%95%CE%A1%CE%93%CE%91%CE%A3%CE%99%CE%91++%CE%94%CE%99%CE%95%CE%98%CE%9D%CE%97%CE%A3+%CE%91%CE%A0%CE%91%CE%93%CE%A9%CE%93%CE%97+%CE%A0%CE%91%CE%99%](file:///C:/Users/30698/Desktop/%CE%9C%CE%B5%CF%84%CE%B1%CF%80%CF%84%CF%85%CF%87%CE%B9%CE%B1%CE%BA%CF%8C/%CE%99%CE%B4%CE%B9%CF%89%CF%84%CE%B9%CE%BA%CF%8C%20%CE%94%CE%B9%CE%B5%CE%B8%CE%BD%CE%AD%CF%82/%CE%95%CF%81%CE%B3%CE%B1%CF%83%CE%AF%CE%B1/%CE%94%CE%99%CE%A0%CE%9B%CE%A9%CE%9C%CE%91%CE%A4%CE%99%CE%9A%CE%97+%CE%95%CE%A1%CE%93%CE%91%CE%A3%CE%99%CE%91++%CE%94%CE%99%CE%95%CE%98%CE%9D%CE%97%CE%A3+%CE%91%CE%A0%CE%91%CE%93%CE%A9%CE%93%CE%97+%CE%A0%CE%91%CE%99%C)

¹⁹ Ο.π υποσημείωση 2

²⁰ Ο.π υποσημείωση 11, σκέψη 50

θίσταται υποχρεωτικό να ακουστεί η γνώμη του παιδιού, το οποίο καλείται²⁵ να εκφράσει την γνώμη του επί πιθανής επιστροφής του στο κράτος μέλος προελεύσεως, εκτός εάν δεν ενδείκνυται σχετικώς η ηλικία του ή μία διαδικασία ακρόασης είναι πιθανό να το βλάψει ψυχολογικά. Το παραπάνω κατοχυρώνεται και σε άλλες διεθνείς συμβάσεις προστασίας των παιδιών²⁶, οι οποίες χρησιμοποιούνται και για την ερμηνεία εννοιών του Κανονισμού²⁷. Η αναγκαιότητα να ακουστεί η γνώμη του παιδιού εναπόκειται στην κρίση του δικάζοντος δικαστή²⁸. Αξίζει να τονιστεί πως κατοχυρώνεται και το δικαίωμα ακρόασης των αιτούντων την επιστροφή, καθώς και όλων των ενδιαφερομένων μερών κατά το άρθρο 11 παρ. 5 του Κανονισμού.

Το σύντομο της διαδικασίας

Η διαδικασία επί του αιτήματος επιστροφής πρέπει να περατώνεται τάχιστα, το αργότερο μέσα σε έξι εβδομάδες αφότου κατετέθηκε ενώπιον του η αίτηση επιστροφής²⁹, χωρίς όμως κάτι τέτοιο να υπονοεί πως η απόφαση που θα εκδοθεί δεν θα υπόκειται σε ένδικα μέσα, εάν η συνοπτική διαδικασία που παρέχεται είναι διαδικασία εκδίκασης ασφαλιστικών μέτρων³⁰. Είναι προφανές πως το χρονικό διάστημα των έξι εβδομάδων αφορά την έκδοση οριστικής απόφασης, μολοντί κάτι τέτοιο δεν ορίζεται γραπτώς³¹. Δυστυχώς, όμως, ουκ ολίγες φορές, τα εθνικά δικαστήρια, εκμεταλλευόμενα την έλλειψη οποιαδήποτε θεσμοθέτησης κύρωσης σε περίπτωση παραβίασης του κανόνα των έξι

εβδομάδων, καθυστερούν ιδιαιτέρως στην έκδοση αποφάσεων περί επιστροφής του τέκνου³².

Το άρθρο 13 στοιχείο β' της Σύμβασης της Χάγης

Η μεγάλη αλληλεπίδραση μεταξύ Κανονισμού και ΔΣΧ καταδεικνύεται από την οριοθέτηση της ευχέρειας του δικάζοντος δικαστή να αποφασίσει επί της επιστροφής σε περίπτωση που ο αιτών την επιστροφή δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις του άρθρου 13 παρ.1 περ. β' της ΔΣΧ³³.

Ουσιαστικά, περιορίζεται έως και «εξαλείφεται» η δυνατότητα του δικαστή να απορρίψει αίτημα επιστροφής δυνάμει του προαναφερθέντος εδαφίου της ΔΣΧ, εάν διαπιστώσει πως ο αιτών την επιστροφή έχει λάβει τα κατάλληλα μέτρα προς αποτροπή των όσων αναφέρονται στο εν λόγω άρθρο του ΔΣΧ. Οφείλουμε όμως να τονίσουμε πως η λήψη κατάλληλων μέτρων αποτελεί ένσταση μη απόρριψης της αίτησης μόνο σε περίπτωση που αυτή είναι πιθανή να απορριφθεί λόγω του άρθρου 13 παρ.1 περ. β' της ΔΣΧ και επ' ουδενί η ένσταση αυτή δεν αρκεί για να καλύψει την αντίθεση του τέκνου για επιστροφή στο κράτος μέλος προελεύσεως³⁴.

Η διασυνοριακή συνεργασία

Σε περίπτωση έκδοσης απόφασης με την οποία απορρίπτεται το αίτημα επιστροφής στο κράτος μέλος από όπου απήχθη το τέκνο, ενεργοποιείται περαιτέρω η δικαστική συνεργασία μεταξύ κρατών μελών της Ε.Ε³⁵. Η απόφαση περί της άρνησης επιστροφής και τα σχετικά με την απόφαση έγγραφα διαβιβάζονται από το δικαστήριο του κράτους μέλους όπου βρίσκεται το απαχθέν τέκνο στο δικαστήριο κράτους μέλους προελεύσεως ή στην κεντρική αρχή του τελευταίου κράτους. Η απόφαση και τα σχετικά έγγραφα δεν επιδίδονται σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις περί επιδόσεως αποφάσε-

[E%94%CE%99%CE%A9%CE%9D+--+%CE%A0%CE%95%CE%A1%CE%93%CE%91%CE%9C%CE%9F%CE%A3.pdf](#)

²⁵ Ο.π υποσημείωση 12 σ.125

²⁶ Διεθνής Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού του 1989, άρθρο 12 παρ. 2 διαθέσιμη στην ιστοσελίδα <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>

²⁷ Ο.π υποσημείωση 6 σκέψη 47

²⁸ ΔΕΕ C-491/10 σκέψεις 64, 66, ECLI:EU:C:2010:828

²⁹ Ο.π υποσημείωση 2 άρθρο 11 παρ. 3.

³⁰ 1857/2011 Αρείου Πάγου παράγραφος 1, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

³¹ European Commission, Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation, European Union, Βέλγιο 2014, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <https://sites.unimi.it/EUCivilProcedure/index.php/relevant-material-3/>

³² Eirini Biniari - Sofia Cheimara - Stefania Angeliki Kapaktsi, 2017: The EU Child Return Procedure: in search of efficiency, Themis Competition, International Judicial Cooperation in Civil Matters - European Family Law, σ.7-8, διαθέσιμο στην αγγλική γλώσσα στην σελίδα: <http://www.ejtn.eu/Documents/Team%20Greece%20Semi%20Final%20B.pdf>

³³ Ο.π υποσημείωση 4

³⁴ Ο.π υποσημείωση 30 παράγραφος 4

³⁵ ΔΕΕ C-523/07, σκέψη 71 ECLI:EU:C:2009:225

ως του ΚΠολΔ ή του αντίστοιχου εθνικού νομοθετήματος κάθε κράτους μέλους, όπως λανθασμένα αναφέρει η ελληνική μετάφραση της εν λόγω διατάξεως του Κανονισμού, ήτοι το άρθρο 11 παρ.6 εδαφ. β', αλλά απλώς μεταβιβάζονται στο αρμόδιο δικαστήριο³⁶.

Η περίπτωση απόρριψης της αιτήσεως επιστροφής

Άξιο αναφοράς καθίσταται το γεγονός πως ο Κανονισμός παρέχει μία αναλυτική διάταξη σχετικά με την περίπτωση απόρριψης της αίτησης επιστροφής από το δικαστήριο κράτους μέλους όπου βρίσκεται πλέον το απαχθέν παιδί και διαβίβασης της σχετικής απόφασης στο δικαστήριο κράτους μέλους προελεύσεως, το οποίο όμως θα πρέπει να μην έχει επιληφθεί προηγουμένως οποιασδήποτε αιτήσεως για την επιμέλεια του τέκνου³⁷.

Ακόμα και εάν εκδοθεί απόφαση περί μη επιστροφής του τέκνου από το ως άνω δικαστήριο, το δικαστήριο του κράτους μέλους προελεύσεως ουδόλως δεσμεύεται από αυτήν την απόφαση περί μη επιστροφής, όταν θα κληθεί το ίδιο να εκδικάσει υπόθεση επιμέλειας του τέκνου. Κατά το άρθρο 11 παρ. 8 του Κανονισμού, η απόφαση του αρμόδιου δικαστηρίου επί επιμέλειας του τέκνου θωρακίζεται με δικονομική αυτοτέλεια³⁸ και μπορεί ουσιαστικά να ανατρέψει προηγούμενη απόφαση περί μη επιστροφής και να διατάξει την επιστροφή του τέκνου.

Ουσιαστικά το δικαστήριο του κράτους μέλους όπου το παιδί είχε την συνήθη διαμονή του είναι εκείνο που κρίνει τελικώς την τύχη του παιδιού³⁹, καθώς η απόφαση του επί της επιμέλειας του τέκνου θα δεσμεύσει τα μέρη αμετακλήτως. Είναι αδιάφορο, επομένως, για την απόφαση γονικής μέριμνας, εάν τα πρώτα χρονικώς επιλαμβανόμενα δικαστήρια του κράτους μέλους όπου το παιδί βρίσκεται μετά την τέλεση της παράνομης πράξης της

μετακίνησης ή κατακράτησης εναντίον του, έχουν απορρίψει την επιστροφή του παιδιού⁴⁰.

Ζητήματα εκτελεστότητας αποφάσεων για την επιστροφή του παιδιού

Το πεδίο εφαρμογής

Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, κρίσιμη καθίσταται η αποτελεσματικότητα του Κανονισμού προς επίτευξη της προαγωγής των συμφερόντων του παιδιού. Για αυτό θεσμοθετήθηκαν τα άρθρα 40 επομ. του Κανονισμού περί εκτελεστότητας των αποφάσεων που αφορούν την επιστροφή του. Πρόκειται για μία διαδικασία εκτέλεσης αποφάσεων που διατάσσουν την επιστροφή ή μη του παιδιού, η οποία είναι γρήγορη, με τις λεπτομέρειες, πάντως, σχετικά με την διαδικασία εκτέλεσης σε κάθε κράτος να επαφίονται στο ίδιο το κράτος αυτό.

Εξαιρετικά πρακτική καθίσταται η ρύθμιση του άρθρου 42 παρ. 1 του Κανονισμού. Θεσπίζεται η άμεση εκτελεστότητα των αποφάσεων περί επιστροφής του παιδιού χωρίς να απαιτείται η κήρυξη εκτελεστότητας στο κράτος μέλος εκτέλεσεως ενισχύοντας με αυτόν τον τρόπο την πρακτική αποτελεσματικότητα του Κανονισμού αποφεύγοντας την εναρμόνιση διατάξεων των κρατών μελών περί εκτελεστότητας αποφάσεων⁴¹. Κρίσιμη καθίσταται η τήρηση όλων των απαραίτητων διαδικασιών πάραυτα, προκειμένου να μην τεθεί σε κίνδυνο το μελλοντικό του συμφέρον.

Για να καταστεί μία απόφαση περί επιστροφής ή μη παιδιού αμέσως εκτελεστή απαιτείται βεβαίως η έκδοση αποφάσεως εκτελεστής στο κράτος μέλος του δικαστηρίου έκδοσης της σχετικής αποφάσεως.

Η έκδοση πιστοποιητικού και οι προϋποθέσεις της

Για να καταστεί, λοιπόν, μια απόφαση περί επιστροφής αμέσως εκτελεστή απαιτείται και η έκδοση ενός πιστοποιητικού από το Δικαστήριο που εξέδωσε την απόφαση. Πρότυπο του πιστοποιητικού αυτού ανευρίσκουμε στον ίδιο τον Κανονισμό υπό μορφή Παραρτήματος.

Προϋποθέσεις έκδοσης του πιστοποιητικού καταγράφονται στο άρθρο 42 παρ.2 του Κανονισμού. Συγκεκριμένα, απαιτείται ο σεβασμός του δικαιώ-

³⁶ Ο.π υποσημείωση 12 σ.130-131

³⁷ Χατζόγλου Ελένη, σε διπλωματική εργασία: Διεθνής Απαγωγή Παιδιού: Η επιστροφή του παιδιού κατά τη Διεθνή Σύμβαση της Χάγης του 1980 και κατά τον Κανονισμό (ΕΚ) 2201/2003, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, 2017 σ.44-45 διαθέσιμη στην ιστοσελίδα <http://ikee.lib.auth.gr/record/292982/files/GRI-2017-19996.pdf>

³⁸ ΔΕΕ C-195/08, σκέψεις 63-66, ECLI:EU:C:2008:406

³⁹ Ο.π υποσημείωση 11 σκέψεις 55, 56, 67

⁴⁰ Ο.π υποσημείωση 9 σκέψη 71.

⁴¹ Ο.π υποσημείωση 39 σκέψη 82

ματος ακρόασης του παιδιού κατά την εκδίκαση του αιτήματος επιστροφής του, η άσκηση του αυτού δικαιώματος για τα εμπλεκόμενα μέρη καθώς και η τήρηση του άρθρου 13 της ΔΣΧ⁴². Η έκδοση του ως άνω πιστοποιητικού πραγματοποιείται αυτεπαγγέλτως από τον δικάζοντα δικαστή αφότου διαπιστώσει τις προγραφείσες προϋποθέσεις.

Γενικώς, οι περιορισμοί που τίθενται για την αναγνώριση εκτελέσεως των αποφάσεων υπό συζήτηση, πρέπει να είναι οι λιγότεροι δυνατοί. Ακόμα και εάν τεθεί θέμα προσβολής θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων από το πιστοποιητικό, τότε δικαστήριο του κράτους μέλους εκτελέσεως δεν μπορεί να προσβάλει την αναγνώριση της εκτελεστότητας της απόφασης που φέρει το συγκεκριμένο πιστοποιητικό⁴³ και προκρίνεται, και σε αυτό το σημείο, η πρακτική αποτελεσματικότητα του Κανονισμού.

Προβλήματα ενδέχεται να ανακύψουν σε περιπτώσεις συγκρούσεως αποφάσεων εκτελεστών για τις οποίες έχει εκδοθεί σχετικό πιστοποιητικό και αποφάσεων που απονέμουν την επιμέλεια του τέκνου κατά το 11 παρ. 8 του Κανονισμού. Το ΔΕΕ έχει καταλήξει πως απόφαση δικαστηρίου κράτους μέλους προελεύσεως συνοδευόμενη από πιστοποιητικό, διατάσσουσα την επιστροφή του τέκνου υπερισχύει μεταγενέστερης προσωρινής απόφασης δικαστηρίου κράτους μέλους εκτελέσεως αναθέτουσας την επιμέλεια του τέκνου στον απαγωγέα γονέα⁴⁴.

Διαπιστώνουμε, επομένως, πόση σημαντική καθίσταται για τον παρόντα Κανονισμό η έννοια της άμεσης εκτελεστότητας και η πρόκριση απο-

φάσεων συνοδευόμενων με πιστοποιητικό έναντι άλλων, ακόμα και μεταγενέστερων χρονικά.

Επίλογος

Ο Κανονισμός Ε.Ε 2201/2003, καθώς και ο νεοψηφισθείς 1111/2019⁴⁵, έρχονται να συμπληρώσουν τη ΔΣΧ και να απλώσουν ένα δίκτυ προστασίας, εντός Ε.Ε, για τα ανήλικα τέκνα. Με τη διεύρυνση της δικαστικής συνεργασίας μεταξύ κρατών μελών και με την εισαγωγή του θεσμού της άμεσης εκτελεστότητας, ο ευρωπαίος νομοθέτης επιχειρεί να προστατέψει τα παιδιά από την ενδεχόμενη καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος ελεύθερης κυκλοφορίας που κατέχουν οι έχοντες δικαίωμα επιμέλειας τους εντός της Ένωσης. Προς επίτευξη του ύψιστου σκοπού που έχει θέσει, ήτοι την προστασία του παιδιού, ο ευρωπαίος νομοθέτης θέτει ως προμετωπίδα των προσπαθειών του την ταχεία διεκπεραίωση και ολοκλήρωση των υποθέσεων που αφορούν το τέκνο. Ίσως, η ταχεία εκδίκαση των υποθέσεων αυτών και κυρίως η κατάργηση του «exequatur» κατά τη διαδικασία εκτελέσεως των σχετικών αποφάσεων περί επιστροφής του τέκνου, με την αδυναμία δικαστηρίου κράτους μέλους εκτελέσεως να ελέγξει αποφάσεις που φέρουν σχετικό πιστοποιητικό, να περιορίζει δυσανάλογα άλλα θεμελιώδη δικαιώματα των εμπλεκόμενων μερών. Καταλήγουμε, εν τέλει, στο, ίσως και θεωρητικό, ερώτημα, εάν μπροστά σε ένα δικαίωμα ή μία θεμελιώδους σημασίας αρχή, όπως η προστασία ενός παιδιού, μπορούμε να θυσιάσουμε άλλα θεμελιώδη δικαιώματα.

⁴² Ο.π υποσημείωση 4

⁴³ Ο.π υποσημείωση 29 σκέψεις 48-49

⁴⁴ Ο.π υποσημείωση 11 σκέψη 79

⁴⁵ Κανονισμός (ΕΕ) 1111/2019 διαθέσιμος στην ιστοσελίδα: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX:32019R1111>

Έχει θέση η ποινικοποίηση του μισαλλόδοξου λόγου σε μία δημοκρατία;

Μαρία Καραντουμάνη & Νεφέλη Κονιδάρη
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ & 3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Με αφορμή την έντονη προσφυγική ροή στην χώρα μας και στην Ευρώπη που οδήγησε στην εμφάνιση έντονων ρατσιστικών και ξενοφοβικών κρουσμάτων αλλά και στην άνοδο ακροδεξιών κομμάτων, επανέρχεται στην επιφάνεια η συζήτηση για τα όρια της ελευθερίας του λόγου και της ανάγκης προστασίας της δημοκρατικής κοινωνίας από τον μισαλλόδοξο λόγο. Η ανάλυση αυτού του δαιδαλώδους ζητήματος απαιτεί την κατανόηση της νομικής σύλληψης και της αξίας του δικαιώματος της ελευθερίας της έκφρασης (άρ.14 Σ).

Η φύση του δικαιώματος της ελευθερίας της έκφρασης

Η σημασία της ελευθερίας της έκφρασης συνίσταται σε δύο λειτουργίες τόσο στην πνευματική και προσωπική εξέλιξη και αυτοπραγμάτωση του ατόμου (ατομικό δικαίωμα) όσο και στην εδραίωση και την εύρυθμη λειτουργία μιας δημοκρατικής κοινωνίας (πολιτικό δικαίωμα).¹ Η ελευθερία του λόγου εκφράζεται με την ενεργητική της όψη, δηλαδή το δικαίωμα διαμόρφωσης και εξωτερίκευσης της προσωπικής γνώμης και με την παθητική το δικαίωμα λήψης πληθώρας πηγών πληροφόρησης. Με την έννοια αυτή διαφαίνεται ότι το συγκεκριμένο δικαίωμα αποτελεί και θεσμική εγγύηση για τον πλουραλισμό των απόψεων σε ένα συνταγματικό κράτος δικαίου.²

Αυτό γίνεται σαφές διότι προϋπόθεση για την ευημερία μιας δημοκρατικής κοινωνίας είναι η δυνατότητα των πολιτών να εκφράζονται πολιτικά και να ωριμάζουν πνευματικά και πολιτιστικά μέσω

του συνεχούς ελεύθερου λόγου και της ακώλυτης διάδοσης των τεχνών και της επιστήμης.³ Αυτό που πρέπει να τονιστεί είναι ότι η ελευθερία της έκφρασης δεν περιλαμβάνει μόνο πληροφορίες ή ιδέες που γίνονται αποδεκτές ευνοϊκά ή που θεωρούνται μη ενοχλητικές ή αδιάφορες αλλά επίσης και εκείνες που θίγουν, προσβάλλουν, ενοχλούν ή προκαλούν ανησυχία στο κράτος ή σε κάποιο τμήμα της κοινωνίας, όπως συνάγεται από την απόφαση-ορόσημο «Handyside κατά Ηνωμένου Βασιλείου». Άλλωστε με τον τρόπο αυτό ικανοποιούνται οι επιταγές του πλουραλισμού και της ανοχής, χωρίς τις οποίες δεν υφίσταται η δημοκρατική κοινωνία.⁴

Αμερικανικό μοντέλο προστασίας της ελευθερίας του λόγου

Η ελευθερία του λόγου έχει αποτελέσει αντικείμενο συζητήσεων και έντονης διαμάχης στους επιστημονικούς κύκλους με την διαμόρφωση δύο σχολών: του αμερικάνικου πραγματισμού και του ευρωπαϊκού νομοκεντρισμού. Το 1^ο μοντέλο προστασίας υποστηρίζει την ελεύθερη αγορά των ιδεών (marketplace of ideas) που στηρίζεται στον ελεύθερο ανταγωνισμό απόψεων μέσω μιας αντιπαράθεσης επιχειρημάτων. Μέσω της ελεύθερης ανταλλαγής ιδεών (free exchange of ideas) και της μη παρέμβασης του κράτους μπορεί να αναζητηθεί

¹ Βλ. Βλαχόπουλο Σ., «Θεμελιώδη δικαιώματα», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ.283.

² Βλ. Χρυσόγονο Κ., «Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ.331.

³ Ράμμος, Χρ. (2015), Με αφορμή τα γεγονότα στο Charlie Hebdo. Προβληματισμοί γύρω από την ελευθερία έκφρασης και τα όριά της στις δύσκολες περιπτώσεις με βάση τη νομολογία του ΕΔΔΑ, <http://www.constitutionalism.gr/site/rammos-charlie-hebdo/>

⁴ Βλ. Handyside κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ΕΔΔΑ της 07/12/1976, no. 5493/72, σκ. 49, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>

η πραγματική αλήθεια.⁵ Έτσι, το Ανώτατο Δικαστήριο των ΗΠΑ (Supreme Court) έχει προστατεύσει συμπεριφορές όπως το κάψιμο συμβόλων ως μέσο εκφοβισμού θρησκόληπτων αфроαμερικανών⁶, παρέλαση νεοναζί σε εβραϊκό συνοικισμό (υπόθεση Skokie)⁷, υβριστική διαμαρτυρία σε κηδεία ομοφυλόφιλου στρατιώτη η οποία στηρίζονταν στην πίστη ότι η ανοχή της Αμερικής απέναντι στην ομοφυλοφιλία και ιδίως στον στρατό αποτελεί τον λόγο για τον οποίο «Ο Θεός μισεί την Αμερική». Το Supreme Court των ΗΠΑ έκρινε ότι η διαμαρτυρία επρόκειτο για θέμα δημόσιας ανησυχίας σε δημόσιο δρόμο και άρα δεν μπορεί να αποτελέσει βάση για αδιοπρακτική ευθύνη (υπόθεση Snyder)⁸. Αυτή η κατεύθυνση της αμερικάνικης νομολογίας συνοψίζεται στην κρίση του δικαστή Alito: «Το πιο υπερήφανο καύχημα της νομολογίας μας για την ελευθερία του λόγου είναι ότι ο προστατεύουμε την ελευθερία να εκφράζουν την σκέψη που μισούμε».⁹

Επιπρόσθετα, είναι σημαντικό να επισημανθεί η στενή σύνδεση που απαιτείται μεταξύ λόγου και πράξης για την ποινικοποίηση του πρώτου. Η συγγένεια λόγου-πράξης αποτυπώνεται άριστα στην υπόθεση *Brandenburg v. Ohio* (1969) “The clear and present danger test” στην οποία διατυπώθηκε ο διπλός έλεγχος του σαφούς και παρόντος κινδύνου. Πιο συγκεκριμένα η ελευθερία του λόγου προστατεύεται απέναντι στην λογοκρισία εκτός αν αποδεικνύεται ότι ο λόγος μπορεί να αποτελέσει σαφή και παρόντα κίνδυνο, δηλαδή «η υπεράσπιση αυτή κατευθύνεται στην υποκίνηση η στην πρόκληση επικείμενης παράνομης ενέργειας και είναι πιθανό να υποκινήσει ή να παράγει τέτοια ενέργεια».¹⁰

Όλα τα παραπάνω επιχειρήματα στα οποία οικοδομήθηκε το αμερικάνικο μοντέλο είχαν διατυπωθεί εκ των προτέρων από τον φιλόσοφο ωφελιστικών καταβολών John Stuart Mill, ο οποίος

ουσιαστικά υποστήριξε την σύνδεση της ελευθερίας έκφρασης με την ανακάλυψη της αλήθειας μέσω της αέναης σύγκρουσης διαφορετικών ιδεών. Είναι προφανές ότι κανείς δεν διαθέτει «το αλάθητο» ούτε ακόμη και η κυρίαρχη πολιτική και θρησκευτική εξουσία ενώ παράλληλα δεν πρέπει παραγνωρίζεται ότι και μία λανθασμένη άποψη περιέχει ψήγματα αλήθειας. Άλλωστε, η ιστορία διαθέτει παραδείγματα που καταδεικνύουν, ότι απόψεις που κρίθηκαν κοινώς αποδεκτές, απορρίφθηκαν από τις επόμενες γενιές (για παράδειγμα παλιά γινόταν δεκτό ότι κάποιο άνθρωποι είναι καταδικασμένοι για όλη τους την ζωή να βρίσκονται σε καθεστώς δουλείας) αποδεικνύοντας την σημασία που δίνει ο Mill στην διαβουλευτική αξία.¹¹ Παράλληλα με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται η προσωπική αυτοπραγμάτωση του ατόμου μέσω της συνεχούς διανοητικής άσκησης, αποφεύγοντας την στασιμότητα μέσω της στείρας αποδοχής. Υπήρξαν αρκετοί που άσκησαν κριτική στα συνεπειοκρατικά επιχειρήματα του Mill με την πιο αξιοσημείωτη αυτή του Dworkin, ο οποίος αντιλαμβάνεται την ανάγκη προστασίας του λόγου με μία διαφορετική δικαιολογητική βάση. Ο τελευταίος θεωρεί το δικαίωμα στην ελευθερία της έκφρασης ένα θεμελιώδες ανθρώπινο δικαίωμα και αναγκαίο όρο για μία δημοκρατική κοινωνία, στην οποία κάθε μέλος της διαθέτει πέραν της ψήφου και φωνή.¹²

Ευρωπαϊκό μοντέλο προστασίας του λόγου

Στον αντίποδα η Ευρώπη έχοντας ακόμη νωπές τις μνήμες από τον Β΄ Παγκόσμιο Πόλεμο υποστηρίζει την ιδέα της «μαχόμενης δημοκρατίας», σύμφωνα με την οποία νομιμοποιείται η κρατική παρέμβαση στο όνομα της προστασίας των θιγόμενων από προσβλητικές ιδέες. Το κράτος διαδραματίζει ένα πατερνλιστικό ρόλο, προσπαθώντας να καθοδηγήσει την κοινή γνώμη στην υιοθέτηση του καθολικά και αντικειμενικά ορθού δόγματος. Η ηπειρωτική αντίληψη αποδίδει αυξημένη εμπιστοσύνη στο ρόλο του νόμου ως αυθεντικού ερμηνευ-

⁵ Βλ. Α.Φωτιάδου, «Τα όρια της ελευθερίας του λόγου» 2006, Εκδόσεις Σάκκουλα

⁶ Βλ. *R.A.V. v. City of Saint-Paul* 505 US, 377 (1992) <https://www.oyez.org/cases/1991/90-7675>

⁷ Βλ. *National Socialist Party v. Skokie* 432 US 43 (1977) <https://www.oyez.org/cases/1976/76-1786>

⁸ Βλ. *Snyder v. Phelps*, 09-751 (2011) <https://www.oyez.org/cases/2010/09-751>

⁹ Βλ. *Matal vs Tam* 582 US (2017) <https://www.oyez.org/cases/2016/15-1293>

¹⁰ Βλ. *Brandenburg v. Ohio* 395 US 444 (1969) <https://www.oyez.org/cases/1968/492>

¹¹ Βλ. Ρίζου Μαρία Αθηνά «Η έννοια της εξουσίας και η προβληματική της ελευθερίας στο έργο του John Locke και του John Stuart Mill», Θεσσαλονίκη 2013

¹² Βλ. Κόκκαλης Παναγιώτης, «Ελευθερία της έκφρασης και ανεκτοί περιορισμοί: Το παράδειγμα του μισαλλόδοξου λόγου», Θεσσαλονίκη 2018 σελ.18-19

τή της ορθής γνώμης και απορρίπτει την ανεξαρτησία κράτους και ατομικής συνείδησης του πολίτη.¹³ . Νομιμοποιητική βάση του περιορισμού του λόγου από το κράτος είναι η προστασία όχι μόνο των εν δυνάμει θυμάτων αλλά και ολόκληρου του δημοκρατικού πολιτεύματος, καθώς διαφορετικά υποσκάπτεται η ίση μεταχείριση όλων των πολιτών. Το ΕΔΔΑ έχει θεωρήσει επιτρεπτό τον περιορισμό της ελευθερίας της έκφρασης όταν οι ρατσιστικές ιδέες που εκφράζονται εμπίπτουν είτε στο άρ.17 ΕΣΔΑ¹⁴ για την κατάχρηση του δικαιώματος είτε στο άρ.10§2 ΕΣΔΑ¹⁵ με την σωρευτική συνδρομή των τριών προϋποθέσεων της διάταξης.¹⁶ Επίσης εξετάζει τα συναισθήματα των θυγομένων λαμβάνοντας υπόψη το ύφος και την ύφη του μέσου έκφρασης αυτού που ομιλεί, όπως και τις ιδιότητες του ίδιου. Έτσι για παράδειγμα το ΕΔΔΑ στην διάσημη απόφαση Otto Preminger Institut κατά Αυστρίας απαγόρευσε την προκλητική ταινία για την καθολική κοινότητα του Τιρόλο καθώς δεν πληρούσε ούτε το κριτήριο της ωφελιμότητας και διακινδύνευε την θρησκευτική ειρήνη της περιοχής.

¹³ Βλ. Γιώργος Καραβοκύρης, «Η ελευθερία της προσβολής», Έπεα περόντα (2014), σελ 4

¹⁴ Ουδεμία διάταξις της παρούσης Συμβάσεως δύναται να ερμηνευθή ως επαγομένη δι' έν Κράτος, μίαν ομάδα ή έν άτομον οιονδήποτε δικαίωμα όπως επιδοθή εις δραστηριότητα ή εκτελέση πράξεις σκοπούσας εις την καταστροφήν των δικαιωμάτων ή ελευθεριών, των αναγνωρισθέντων εν τη παρούση Συμβάσει, ή εις περιορισμούς των δικαιωμάτων και ελευθεριών τούτων μεγαλυτέρων των προβλεπομένων εν τη ρηθείση Συμβάσει.

¹⁵ Η άσκησης των ελευθεριών τούτων, συνεπαγομένων καθήκοντα και ευθύνas δύναται να υπαχθή εις ωρισμένας διατυπώσεις, όρους, περιορισμούς ή κυρώσεις, προβλεπομένους υπό του νόμου και αποτελούντας αναγκαία μέτρα εν δημοκρατική κοινωνία δια την εθνικήν ασφάλειαν, την εδαφικήν ακεραιότητα ή δημοσίαν ασφάλειαν, την προάσπιν της τάξεως και πρόληψιν του εγκλήματος, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής, την προστασίαν της υπολήψεως ή των δικαιωμάτων των τρίτων, την παρεμπόδισιν της κοινολογήσεως εμπιστευτικών πληροφοριών ή την διασφάλισιν του κύρους και αμεροληψίας της δικαστικής εξουσίας.

¹⁶ Otto Preminger institut κατά Αυστρία, ΕΔΔΑ, 20/09/1994, no. 13470/87, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897>

Εισαγωγή στον Ν.4285/2014 μετά την τροποποίηση του 927/1979

Μετά από αυτήν την αναγκαία ανάλυση της αξίας της ελευθερίας της έκφρασης και των μοντέλων της προστασίας της είναι πιο εύκολο να εξετάσουμε τα μέσα του Έλληνα νομοθέτη για την καταπολέμηση των ορισμένων μορφών ρατσισμού και ξενοφοβίας. Το 1979, η ελληνική έννομη τάξη στην προσπάθεια αντιμετώπισης τέτοιων φαινομένων ψήφισε τον ν.927,¹⁷ ο οποίος εναρμονιζόταν με τις ήδη υπάρχουσες διεθνείς διακηρύξεις δικαιωμάτων: άρ.1,2 Οικουμενικής Διακήρυξης των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων ΟΗΕ, άρ. 2 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, την Διεθνή Σύμβαση «περί καταργήσεως πάσης μορφής φυλετικών διακρίσεων» της 7ης Μαρτίου 1966 και άρ. 14 ΕΣΔΑ. Παράλληλα με τον ν.927/1979 θεσπίστηκε ο ν.3304/2005 για την «Εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού», ενισχύοντας το νομοθετικό οπλοστάσιο της προάσπισης της αρχής της ισότητας.

Το 2014 το νομοθετικό καθεστώς του ν.927/1979 τροποποιείται καθώς κρίθηκε ανεπαρκές σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση.¹⁸ Παράλληλα αυτή η νομοθετική πρωτοβουλία ακολουθεί την νομική επιταγή της προσαρμογής της εθνικής έννομης τάξης στην απόφαση-πλαίσιο 2008/913/ΔΕΥ του συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την καταπολέμηση ορισμένων μορφών και εκδηλώσεων ρατσισμού και ξενοφοβίας έσω του ποινικού δικαίου.¹⁹ Πιο συγκεκριμένα, οι πιο σημαντικές τροποποιήσεις που εισήχθησαν με τον νέο ν.4285/2014 είναι οι εξής: Κατ'αρχάς, προστέθηκε η δυνατότητα τέλεσης του εγκλήματος και μέσω διαδικτύου με το άρ. 3²⁰(εντελώς απαραίτητης σε μία εποχή τεχνολο-

¹⁷ <https://www.e-nomothesia.gr/kat-anthropina-dikaiomata/n-927-1979.html>.

¹⁸ https://www.ministryofjustice.gr/wp-content/uploads/2019/08/24bNomos_n4285_2014_ait_ekth-1.pdf

¹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133178>

²⁰ «Άρθρο 3 Τέλεση μέσω διαδικτύου Όταν οι πράξεις των προηγούμενων άρθρων τελούνται μέσω διαδικτύου ή άλλου μέσου επικοινωνίας, τόπος τέλεσης θεωρείται και η Ελληνική Επικράτεια, εφόσον στο έδαφος της παρέχεται

γικής επανάστασης), όπως επίσης προβλέφθηκε η ποινικοποίηση της ειδικής περίπτωσης της δημόσιας άρνησης ή επιδοκιμασίας εγκλημάτων με το άρ. 2. Επίσης ως προς τα στοιχεία της τυποποίησης του εγκλήματος ορίστηκε ότι τιμωρείται όχι μόνο η προτροπή αλλά και η υποκίνηση, η πρόκληση και διέγερση σε πράξεις ή ενέργειες που μπορούν να προκαλέσουν διακρίσεις, μίσος ή βία όπως και ότι οι πράξεις αυτές μπορούν να στρέφονται ακόμα και κατά ενός ατόμου. Επίσης τα χαρακτηριστικά των θιγόμενων ατόμων μπορούν πια να προσδιορίζονται όχι μόνο με βάση τη φυλετική ή εθνική καταγωγή αλλά και βάσει του χρώματος, του θρησκευματος, τις γενεαλογικές καταβολές, την εθνική ή εθνοτική καταγωγή, τον σεξουαλικό προσανατολισμό, την ταυτότητα φύλου ή την αναπηρία. Τέλος η απειλούμενες ποινές για τις ανωτέρω πράξεις αυστηροποιήθηκαν. Παρατηρείται ότι η διεύρυνση των κατηγοριών των θυμάτων, η πρόβλεψη του ιστορικού αναθεωρητισμού και η αυστηρότερη ποινική μεταχείριση του θύτη αποδεικνύουν την μεγαλύτερη ευαισθητοποίηση του ποινικού νομοθέτη και την πιο στοχευμένη προσέγγισή του στα ζητήματα αντιμετώπισης ρατσιστικών φαινομένων.

Ανάλυση του άρθρου 1 του Ν.4285/2014²¹

Στην τωρινή του μορφή ο Ν.4285/2014 αναφέρεται στο άρθρο 1 στην δημόσια υποκίνηση μίσους ή βίας, τον λεγόμενο «μισαλλόδοξο λόγο» (hate speech) ή «ρητορική μίσους». Η διάταξη

πρόσβαση στα συγκεκριμένα μέσα, ανεξάρτητα από τον τόπο εγκατάστασής τους.»

²¹ «Άρθρο 1 Δημόσια υποκίνηση βίας ή μίσους» Όποιος με πρόθεση, δημόσια, προφορικά ή δια του τύπου, μέσω του διαδικτύου ή με οποιοδήποτε άλλο μέσο ή τρόπο, υποκινεί, προκαλεί, διεγείρει ή προτρέπει σε πράξεις ή ενέργειες που μπορούν να προκαλέσουν διακρίσεις, μίσος ή βία κατά προσώπου ή ομάδας προσώπων, που προσδιορίζονται με βάση τη φυλή, το χρώμα, τη θρησκεία, τις γενεαλογικές καταβολές, την εθνική ή εθνοτική καταγωγή, το σεξουαλικό προσανατολισμό, την ταυτότητα φύλου ή την αναπηρία, κατά τρόπο που εκθέτει σε κίνδυνο τη δημόσια τάξη ή ενέχει απειλή για τη ζωή, την ελευθερία ή τη σωματική ακεραιότητα των ως άνω προσώπων, τιμωρείται με φυλάκιση τριών (3) μηνών έως τριών (3) ετών και με χρηματική ποινή πέντε έως είκοσι χιλιάδων (5.000 - 20.000) ευρώ.

αναφέρεται σε κάθε ομιλιακό ενέργημα το οποίο συνιστά διάδοση προτροπή, υποκίνηση και διέγερση μίσους, βίας ή διακρίσεων σε πρόσωπο ή σε ομάδα προσώπων που προσδιορίζονται με βάση κάποια συγκεκριμένα και ιδιαίτερα χαρακτηριστικά. Είναι αναγκαίο να επισημανθεί ότι εκτός από τις προσβολές εναντίον ομάδων ή προσώπων, αξιόποινες θεωρούνται και οι ρατσιστικές και ξενοφοβικές εκδηλώσεις που στρέφονται κατά πραγμάτων (κινητών ή ακίνητων) τα οποία χρησιμοποιούνται αποκλειστικά από τις παραπάνω ομάδες (όπως θρησκευτικά αντικείμενα, εθνικά σύμβολα). Ο σκοπός του συνίσταται όχι μόνο στην προσβολή των μελών μίας ευάλωτης κοινωνικής ομάδας αλλά και στην πρόκληση αισθημάτων αντιπάθειας ή εχθρότητας εναντίον τους. Ο λόγος του ρατσιστή δεν στοχεύει στην έκφραση της γνώμης του θύματος και στην γενικότερη ανταλλαγή ιδεών αλλά στον αφοπλισμό του ίδιου του ατόμου και της προσωπικότητάς του. Όπως γίνεται σαφές από την αιτιολογική έκθεση, δεν αρκεί η απλά αφηρημένη πιθανολόγηση της έκθεσης σε κίνδυνο μίας ομάδας, ενός προσώπου ή πράγματος αλλά απαιτείται να εκτιμάται κάθε φορά η προσφορότητα του συγκεκριμένου κινδύνου λαμβάνοντας υπόψη τόσο τις ειδικότερες συνθήκες και περιστάσεις μέσα στις οποίες εκδηλώθηκε η υπό κρίση συμπεριφορά, όσο και την ενδεχόμενη προσβολή των γενικότερων συνθηκών που εξασφαλίζουν την ειρηνική και ομαλή κοινωνική συμβίωση. Άρα η πράξη εκφοράς χωρίς το στοιχείο της υποκίνησης σε βίαιες πράξεις δεν είναι καν αρχικά άδικη πράξη.

Ανάλυση του άρθρου 2 του Ν.927/1979 ²²

²² «Άρθρο 2 Δημόσια επιδοκιμασία ή άρνηση εγκλημάτων 1.

Όποιος με πρόθεση, δημόσια, προφορικά ή δια του τύπου, μέσω του διαδικτύου ή με οποιοδήποτε άλλο μέσο ή τρόπο, επιδοκιάζει, ευτελίζει ή κακόβουλα αρνείται την ύπαρξη ή τη σοβαρότητα εγκλημάτων γενοκτονιών, εγκλημάτων πολέμου, εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας, του Ολοκαυτώματος και των εγκλημάτων του ναζισμού που έχουν αναγνωρισθεί με αποφάσεις διεθνών δικαστηρίων ή της Βουλής των Ελλήνων και η συμπεριφορά αυτή στρέφεται κατά ομάδας προσώπων ή μέλους της που προσδιορίζεται με βάση τη φυλή, το χρώμα, τη θρησκεία, τις γενεαλογικές καταβολές, την εθνική ή εθνοτική καταγωγή, το σεξουαλικό προσανατολισμό, την ταυτότητα φύλου ή την

Εν συνεχεία²³ στο άρθρο 2 του αντιρατσιστικού νόμου τυποποιείται η δημόσια άρνηση η επιδοκιμασία εγκλημάτων. Οι τυποποιημένες συμπεριφορές πρέπει να λαμβάνουν χώρα «δημόσια» προφορικά μέσω του τύπου, του διαδικτύου ή με οποιοδήποτε άλλο μέσο ή τρόπο καθώς η ευρύτητα του κύκλου αποδεκτών είναι απαραίτητο στοιχείο ώστε να μπορέσει να υπάρξει κίνδυνος ανατροπής της ισότητας των πολιτών και λόγω αυτού να απειληθεί το έννομο αγαθό της δημόσιας τάξης. Προχωρώντας στην ανάλυση των τριών τρόπων τέλεσης της αντικειμενικής υπόστασης, ποινικά κολάσιμες συμπεριφορές θεωρούνται η επιδοκιμασία, ο ευτελισμός η κακόβουλη άρνηση ύπαρξης η σοβαρότητας εγκλημάτων γενοκτονιών, εγκλημάτων πολέμου, εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας, του Ολοκαυτώματος και των εγκλημάτων του ναζισμού. Ως επιδοκιμασία νοείται η συμφωνία επί της ουσίας με τα εγκλήματα και η δικαιολόγηση τέλεσής τους. Για παράδειγμα στην υπόθεση

«Leroy κατά Γαλλίας»²⁴ ο προσφεύγων δημοσίευσε ένα σκίτσο σε μία εφημερίδα στο οποίο απεικόνιζε την επίθεση στους Δίδυμους Πύργους με το σχόλιο «Όλοι το ονειρευτήκαμε... η Χαμάς το έκανε». Το ΕΔΔΑ καταδίκασε τον προσφεύγων καθώς μέσω των λέξεων που χρησιμοποίησε, ο προσφεύγων σχολίασε επιδοκιμαστικά τη βία που ασκήθηκε εναντίον χιλιάδων πολιτών και υπονόμωσε την αξιοπρέπεια των θυμάτων. Επιπλέον, έπρεπε να γί-

αναπηρία, όταν η συμπεριφορά αυτή εκδηλώνεται κατά τρόπο που μπορεί να υποκινήσει βία ή μίσος ή ενέχει απειλητικό ή υβριστικό χαρακτήρα κατά μίας τέτοιας ομάδας ή μέλους της, τιμωρείται με τις ποινές της παραγράφου 1 του προηγούμενου άρθρου.

2. Αν η πράξη της προηγούμενης παραγράφου τελέστηκε από δημόσιο λειτουργό ή υπάλληλο, κατά την άσκηση των ανατεθειμένων σε αυτόν καθηκόντων, επιβάλλεται φυλάκιση έξι (6) μηνών έως τριών (3) ετών και χρηματική ποινή δέκα χιλιάδων έως είκοσι πέντε χιλιάδων (10.000 - 25.000) ευρώ.»

²³ Βλ. Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., «Η ποινική αντιμετώπιση του ρατσισμού και της ξενοφοβίας στην Ελλάδα», σε τιμητικό τόμο Νέστορα Κουράκη, αναρτημένο σε Crime In Crisis, 25/01/2016, crime-in-crisis.com/η-ποινική-αντιμετώπιση-του-ρατσισμού/

²⁴ Βλ. Leroy κατά Γαλλίας, ΕΔΔΑ της 02/10/2008, no. 36109/03, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88715>.

νει δεκτό ότι, υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης, το σκίτσο αποκτούσε ιδιαίτερη διάσταση, την οποία ο προσφεύγων δεν θα μπορούσε να μην έχει αντιληφτεί. Επιπρόσθετα, ο αντίκτυπος ενός τέτοιου μηνύματος σε μια πολιτικά ευαίσθητη περιοχή, δηλαδή τη χώρα των Βάσκων, δεν μπορούσε να αγνοηθεί και, παρά την περιορισμένη κυκλοφορία της εβδομαδιαίας εφημερίδας, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι η δημοσίευση του σκίτσου προκάλεσε ορισμένες αντιδράσεις, οι οποίες ήταν ικανές να υποκινήσουν βία και επεδείκνυαν τον πιθανό αντίκτυπο αυτής της δημοσίευσης στη δημόσια τάξη της περιοχής. Στην συνέχεια ο ευτελισμός σημαίνει μείωση κατά πολύ μεγάλο βαθμό του κύρους ή της αξίας κάποιου συμβάντος. Χαρακτηριστική περίπτωση τέτοιας συμπεριφοράς αποτελεί η μείωση της σημασίας του Ολοκαυτώματος από τον Jean-Marie Le Pen ο οποίος δήλωσε ότι η ύπαρξη θαλάμων αερίου ήταν λεπτομέρεια του Β παγκοσμίου πολέμου και αρνήθηκε την ύπαρξη του μεγάλου αριθμού των θυμάτων.²⁵ Τελικά καταδικάστηκε από τα εθνικά δικαστήρια μετά την άρση της βουλευτικής ασυλίας. Τέλος η άρνηση μπορεί να λαμβάνει την μορφή της απόρριψης των πραγματικών περιστατικών ή του νομικού χαρακτηρισμού τους ως εγκλημάτων, η οποία θα πρέπει να τελείται με κακοβουλία ως ειδικό στοιχείο του αδικού. Τα ανωτέρω αναφερθέντα εγκλήματα θα πρέπει να έχουν αναγνωριστεί με αποφάσεις διεθνών δικαστηρίων, δηλαδή του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου και του Διεθνούς Στρατοδικείου ή της Βουλής των Ελλήνων. Δυνάμενο αποτέλεσμα των συμπεριφορών αυτών αποτελεί η υποκίνηση βίας ή μίσους ή ο απειλητικός υβριστικός χαρακτήρας της κατά μίας τέτοιας ομάδας ή μέλους της. Η δυνατότητα υποκίνησης μίσους χαρακτηρίζει το έγκλημα ως προς την φύση του ως έγκλημα δυνητικής διακινδύνευσης. Κατά την ποινικολόγο Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου δεν θα πρέπει να δίνεται τόσο έμφαση στην εσωτερική δημιουργία συναισθήματος μίσους αλλά στην εξωτερική έκφρασή του μέσω της εχθροπάθειας ώστε να αποφευχθεί η σύγκρουση της διάταξης αυτής με το άρθρο 7 του Συντάγματος.²⁶

²⁵ Βλ. Δημοσίευμα: <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/06/jean-marie-le-pen-fined-again-dismissing-holocaust-detail>

²⁶ Βλ. Συμεωνίδου-Καστανίδου, ό. π., «Η ποινική αντιμετώπιση...», ό. π.

Νομολογιακή εφαρμογή του νόμου

Προχωρώντας στην πρακτική εφαρμογή του νόμου, πρέπει να επισημανθεί ότι εθνικός δικαστής κλήθηκε να τον εφαρμόσει ελάχιστες φορές. Παρόλο που θεσπίστηκε από νωρίς στην Ελλάδα (νόμος 927/1979) τυγχάνει πολύ περιορισμένης εφαρμογής με τον αριθμό των αποφάσεων να μην ξεπερνά μονοψήφιο νούμερο, οι πιο σημαντικές εκ των οποίων παρατίθενται παρακάτω:

Στην υπόθεση Πλημ.Αιγίου 322/2018 ο πρώην μητροπολίτης Καλαβρύτων και Αιγιαλείας δημοσίευσε στο προσωπικό του ιστολόγιο κείμενο με τίτλο «ΑΠΟΒΡΑΣΜΑΤΑ ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΑΣ ΣΗΚΩΣΑΝ ΤΟ ΚΕΦΑΛΙ» με αφορμή την ψήφιση του σύμφωνου συμβίωσης και για ομόφυλα ζευγάρια. Στο κείμενο ασκεί δριμύτατη κριτική στις σεξουαλικές προτιμήσεις αυτής της ομάδας που διακρίνεται για τον σεξουαλικό της προσανατολισμό αλλά και παροτρύνει την κοινή γνώμη σε εχθρικές και ταπεινωτικές πράξεις εναντίον της με φράσεις όπως «Αποδοκιμάστε τους! Μαυρίστε τους! Δεν είναι άνθρωποι είναι εκτρώματα της φύσεως». Το δικαστήριο έκρινε με όχι ιδιαίτερος πειστικά επιχειρήματα. Κατά την κρίση του δικαστηρίου, τα λεγόμενα του κατηγορούμενου δεν αποτελούν προτροπή προς τρίτους να προβούν σε πράξεις που μπορούν να προκαλέσουν διακρίσεις, μίσος ή βία κατά ομάδας προσώπων λόγω του σεξουαλικού τους προσανατολισμού. Ακόμη επισήμανε ότι η κριτική που ασκεί ο κατηγορούμενος αναφέρεται σε βάρος προσώπων που φέρουν την ιδιότητα του πολιτικού (ιδιαίτερα των μελών της βουλής των Ελλήνων) και η στοχοποίηση τους γίνεται λόγω της υποστήριξης τους προς την ψήφιση του νομοσχεδίου με σκοπό να παρακινήσει τους αναγνώστες να μην τους ξαναψηφίσουν. Τελικά το δικαστήριο έκρινε αθώο τον μητροπολίτη (με όχι ιδιαίτερος πειστικά επιχειρήματα). Βέβαια μετά την εισαγγελική έφεση κατά της πρωτόδικης αθωωτικής απόφασης, ο μητροπολίτης καταδικάστηκε από το Τριμελές Εφετείο Αιγίου σε φυλάκιση 7 μηνών με τριετή αναστολή, ενώ αναμένεται η απόφαση του Αρείου Πάγου.

Στην υπόθεση του Ναυτοδικείου Πειραιά με αριθμό 588/2011 στελέχη των ειδικών δυνάμεων παρήλασαν για τον εορτασμό της 25^{ης} Μαρτίου ανακράζοντας υβριστικά συνθήματα όπως «Ελληνας γεννιέσαι ,δεν γίνεσαι ποτέ ,το αίμα σου θα χύσουμε γουρούνι Αλβανέ», «Τους λένε Σκοπιανούς, τους λένε Αλβανούς, τα ρούχα μου θα ράψω με δέρματα από αυτούς».Το δικαστήριο καταδίκα-

σε τους 2 από τους 39 παρελαύνοντες κρίνοντας πως τα συνθήματα τους προωθούσαν προσβλητικές ιδέες κατά προσώπων λόγω της εθνικής τους καταγωγής. Το γεγονός ότι ανήκουν σε σώματα ασφαλείας προσδίδει πολλαπλασιαστική ισχύ στις επιπτώσεις που έχουν οι ενέργειες τους στο κοινωνικό σύνολο.

Στην απόφαση με αρ.65738/2014 του Μον. Πλημ.Αθ υποψήφιος βουλευτής της Χρυσής Αυγής καταδικάστηκε καθώς, στο πλαίσιο ντοκιμαντέρ για την προεκλογική εκστρατεία του κόμματος, ακούστηκε να εξαπολύει εκφράσεις για τους μετανάστες όπως: «Είμαστε έτοιμοι να ανοίξουμε τους φούρνους» και «Μπορούν να γίνουν σαπούνια αλλά όχι για ανθρώπους αλλά για αμάξια ή πεζοδρόμια». Το δικαστήριο έκρινε ότι οι φράσεις αυτές ήταν ικανές και πρόσφορες να προκαλέσουν ιδιαίτερα βίαιες πράξεις όπως ξυλοδαρμούς μέχρι και ανθρωποκτονίες αλλοδαπών.

Στην υπόθεση 3/2010 ΑΠ αθωώθηκε συγγραφέας-ιστορικός για αντισημιτικές απόψεις οι οποίες εκφράστηκαν στο βιβλίο «Οι Εβραίοι, όλη η αλήθεια». Στο βιβλίο του εξέφραζε την απέχθεια του για το θρησκευτικό, πολιτικό συνωμοτικό κίνημα των εβραϊστωνιστών και επικροτούσε τις ενέργειες του ναζισμού. Κρίθηκε ότι ο κατηγορούμενος συγγραφέας δεν εκφράζει τις προσβλητικές ιδέες λόγω της εθνικής και φυλετικής καταγωγής των εβραίων αλλά εκφέρει τις προσωπικές πολιτικοideολογικές του απόψεις ανεκτές αν και ακραίες με βάση την δική του προσωπική έρευνα. Διαφορετικά θα οδηγούμασταν σε ανεπίτρεπτο περιορισμό της ελευθερίας της έκφρασης ενός θεμελιώδους δικαιώματος μιας δημοκρατικής κοινωνίας.

Τέλος το μοναδικό παράδειγμα εφαρμογής του άρθρου 2 του ν4285/2014 είναι η απόφαση Πλημ-Ρεθυμν 2383/2015 στην οποία ενεπλάκη Γερμανός καθηγητής ιστορίας για το βιβλίο που έγραψε «Η μάχη της Κρήτης». Κατηγορήθηκε για άρνηση εγκλημάτων ναζισμού (ιστορικός αναθεωρητισμός) καθώς υποστηρίζει ότι μέχρι την επιχείρηση Ερμής εναντίον της Κρήτης, ο Β παγκόσμιος πόλεμος υπήρξε ένας «καθαρός» πόλεμος με τήρηση του διεθνούς δικαίου του πολέμου αλλά αφότου ξεκίνησαν οι βαρβαρότητες των Κρητών, ως αντίποινα, έγινε «βρώμικος». Το δικαστήριο όχι μόνο αθώωσε τον κατηγορούμενο, αλλά έκρινε αντισυνταγματικό το άρ.2 καθώς παραβιάζει ευθέως την ελευθερία της έκφρασης, την ακαδημαϊκή ελευθερία και επιστημονική έρευνα. Πρόσθεσε , επίσης, ότι η

δυνατότητα αναγνώρισης εγκλημάτων γενοκτονιών κ.λπ. με απόφαση της Βουλής αντίκειται στην θεμελιώδη αρχή της διάκρισης των λειτουργιών, κατά την οποία η εξακρίβωση πραγματικών περιστατικών, που εν προκειμένω ενδέχεται να στοιχειοθετούν τα ως άνω εγκλήματα, αποτελεί έργο αποκλειστικά της δικαστικής λειτουργίας και όχι της νομοθετικής Συμπεραίνοντας γίνεται σαφές ότι η εφαρμογή του νόμου ήταν τόσο σπάνια σε βαθμό αχρήστευσης του.

Φαίνεται λοιπόν ότι οι εθνικοί δικαστές έδειξαν αυτοσυγκράτηση ως προς την εφαρμογή του νόμου με δικαστικές αποφάσεις οι οποίες πολλές φορές δεν ικανοποιούσαν το κοινό περί δικαίου αίσθημα, των οποίων η αιτιολογία αγνοούσε την ουσία των πραγματικών περιστατικών έχοντας ως έρεισμα την αοριστία και την κακοτεχνία της νομικής διάταξης. Επιπρόσθετα έκριναν το άρθρο 2 ως προβληματικό και με ψήγματα αντισυνταγματικότητας (άρ. 7 παρ.1 και αρ.26 Σ) αφού δεν συγκεκριμενοποιεί τα εγκλήματα στα οποία αναφέρεται ενώ παράλληλα γίνεται η μετάθεση αναγνώρισης τους σε λανθασμένα όργανα.

Τελικά συμπεράσματα

Στην προσπάθεια οριοθέτησης των περιορισμών της ελευθερίας του λόγου, ανάμεσα στο δίπολο του αβέβαιου σχετικισμού με την αθώωση ακραίων περιπτώσεων και του αντικειμενισμού, στον αντίποδα, με την αδυναμία στοιχειοθέτησης της προσβολής και της ζημίας κατά περίπτωση, καθίσταται δυσχερής η εύρεση μίας απόλυτα ορθής στάσης της πολιτείας. Όμως σε κάθε περίπτωση ο καταχρηστικός περιορισμός της ελευθερίας της έκφρασης του κάθε πολίτη και της δυνατότητας αμφισβήτησης των ιδεών που κυκλοφορούν σε μια πλουραλιστική κοινωνία θα τον καθιστούσαν ένα παθητικό υποκείμενο το οποίο αντιλαμβάνεται την αλήθεια ως μία κληρονομημένη πίστη. Αν η δημοκρατία δεν εμπιστεύεται τις νοητικές δυνατότητες των πολιτών της θα οδηγηθούμε σε μία Οργουελική εκδοχή της κρατικής εξουσίας η οποία θα δρούσε ως καθοδηγητής της κοινής γνώμης, ως άλλος Λεβιάθαν. Αυτό ακριβώς είναι που διαφοροποιεί την δημοκρατία από τα απολυταρχικά καθεστώτα, δηλαδή η ανοχή της σε κάθε είδους άποψη ακόμα και των εχθρών της.

Παρόλα αυτά δεν πρέπει να αγνοείται ότι υποχρέωση κάθε δημοκρατίας δεν αποτελεί μόνο ο σεβασμός της ανεκτικότητας και του πλουραλισμού

κάθε άποψης αλλά και κάθε διαφορετικότητας και προσωπικότητας. Για τον λόγο αυτό απαιτούνται μέτρα προστασίας απέναντι στην ρητορική μίσους, αλλά ποιά; Η αλήθεια είναι ότι οι υποστηρικτές της ποινικοποίησης αυτού του λόγου χρησιμοποιούν επιχειρήματα που στερούνται κανονιστικής υφής κάνοντας συχνά επίκληση στο συναίσθημα. Εκτός αυτού νομική προστασία παρέχεται μέσω επιμέρους διατάξεων του ποινικού κώδικα (361,362,363 ΠΚ,^{82Α}, 184 ΠΚ), οι οποίες προσφέρουν δυνατότητα καλύτερης απόδειξης, διαθέτοντας αντικειμενική υπόσταση απαλλαγμένη από αοριστία.

Πρέπει να αναλογιστούμε ότι λογικότερος τρόπος επίλυσης των ρατσιστικών κρουσμάτων είναι η αντιμετώπιση τους εκ των προτέρων. Ανέκαθεν προαιώνιος εχθρός του ρατσισμού ήταν η δημοκρατία η οποία μπορεί να οργανώσει την αντίσταση της απέναντι στον μισαλλόδοξο λόγο μέσω της ενίσχυσης δημοκρατικών αντανakλαστικών, δηλαδή μιας παιδείας προσανατολισμένης στην κατανόηση του διαφορετικού, της πρόνοιας του κράτους υπέρ των αδυνάτων, της προώθησης του πολιτισμού αλλά και των προσωπικών καθημερινών αγώνων.²⁷ Έτσι θα δημιουργηθεί μια πραγματικά δημοκρατική κοινωνία με πολίτες γαλουχημένους οι οποίοι προτάσσοντας τα αντεπιχειρήματά τους, θα απαντούν στον (μισαλλόδοξο) λόγο, με περισσότερο (γόνιμο) λόγο.

²⁷ Φαϊτού Ειρήνη, «ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΤΗΣ ΕΚΦΡΑΣΗΣ ΚΑΙ ΜΙΣΑΛΛΟΔΟΞΟΣ ΛΟΓΟΣ Με αφορμή την πρόσφατη τροποποίηση του ν. 927/1979. Μια κριτική ματιά βασισμένη στο Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ», Θεσσαλονίκη 2015

Νομική προσέγγιση του φαινομένου της διαφθοράς και των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος (whistleblowers)

Γιώργος Ζαχαριάδης & Ματίνα Δαβζάκη
2^ο Έτος Νομικής ΑΠΘ

Πρόλογος

«Η διαφθορά μιας καλής και ηθικής πολιτείας είναι το μεγαλύτερο κακό» τόνιζε ο μεγάλος φιλόσοφος Αριστοτέλης. Στη συνείδηση του μέσου Έλληνα πολίτη, το πρόβλημα της διαφθοράς ήταν συνδεδεμένο με την πολιτεία από τα πρώτα χρόνια ανάπτυξης των κρατικών μορφωμάτων και αδιαμφισβήτητο το ίδιο ισχύει μέχρι και σήμερα στα χρόνια της οικονομικής κρίσης στον Ελλαδικό χώρο. Στον 21ο αιώνα το ζήτημα αυτό έχει τεράστιες δυσμενείς επιπτώσεις στη συγκρότηση της κοινωνίας, αλλά και στην εξέλιξη της δημοκρατικής ζωής.

Η προσέγγιση του φαινομένου της διαφθοράς

Η σαφής εννοιολογική προσέγγιση του όρου είναι εξαιρετικά δυσχερής παρόλο που ως έννοια χρησιμοποιείται αρκετά στην καθημερινότητα¹. Ετυμολογικά αναλύοντάς την (δια+φθείρω = καταστρέφω, βλάπτω) είναι πρόδηλο ότι παραπέμπει στην έκλυση των ηθών, την δωροδοκία, την εξαχρέωση. Ως διαφθορά συγκεκριμένα θα μπορούσε κανείς να χαρακτηρίσει την κατάχρηση εξουσίας ή θέσης, την οποία κατέχει ένα πρόσωπο, με σκοπό τον πορισμό προσωπικού οφέλους. Εμφανίζεται ως φαινόμενο σε υπαλλήλους τόσο στο Δημόσιο όσο και στον Ιδιωτικό Τομέα και έγκειται στην παράνομη απόκομιση περιουσίας ή γενικότερα στην απόκτηση οφέλους, πάντα δηλαδή για λό-

γους ιδιωτικού συμφέροντος. Αντίθετα, η κατάχρηση κυβερνητικής δύναμης για άλλους λόγους, όχι δηλαδή για προσωπική ωφέλεια, για παράδειγμα η καταστολή πολιτικών αντιπάλων, δεν θεωρείται κατά τη γενική αντίληψη διαφθορά.

Από τη νομική πλευρά των πραγμάτων τυποποιείται ως εγκληματική συμπεριφορά που εκδηλώνεται με διάφορες μορφές στον Ποινικό Κώδικα και μάλιστα στα άρθρα 235 και 236, 386, 165 και τιμωρείται ως πλημμέλημα.² Μπορεί να εκδηλώνεται ως επιδίωξη παροχής, είτε ως προσφορά παροχής, με άμεσο ή έμμεσο τρόπο, είτε ως αποδοχή δώρου ή άλλου ωφελήματος, η οποία επηρεάζει τον ορθό τρόπο εκτέλεσης του καθήκοντος του εκάστοτε υπαλλήλου (άρθρο 2, Σύμβαση Αστικού Δικαίου για τη διαφθορά του Συμβουλίου της Ευρώπης). Επομένως, με βάση των ανωτέρω νομικό ορισμό καταλήγει κανείς στο συμπέρασμα ότι σε νομικό-δικαιϊκό επίπεδο, η διαφθορά μπορεί να νοηθεί υπό την ευρεία έννοια, δηλαδή η κατάχρηση δημόσιας ή άλλου είδους θέσης εξουσίας για την επίτευξη ίδιου οφέλους και υπό την στενή έννοια, δηλαδή η σύναψη μιας αθέμιτης ανταλλακτικής σχέσης δύο μερών με σκοπό την απόκτηση ωφέλειας. Καλύπτει δηλαδή ο ορισμός τη δωροδοκία υπαλλήλου και την τέλεση εγκλήματος στην υπηρεσία, όχι όμως άλλες ηθικά κατακριτέες συμπεριφορές (όπως ευνοϊκή αντιμετώπιση ή στενές συναναστροφές) οι οποίες δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως εγκλήματα.

Η διαφθορά εντοπίζεται, λοιπόν, έντονα στη δη-

¹ Οικονόμου Γεράσιμος, σε Μεταπτυχιακή εργασία «Η διαφθορά στη δημόσια διοίκηση και ο θεσμός του μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος», ακαδημαϊκό έτος 2015, σελίδες 1-110.

² Γιαννακέλος Ιωάννης, Διαφθορά-Δωροδοκία και Ποινική Αντιμετώπιση, Εκδόσεις Αιολίδα, Δεκέμβριος 2013, σελίδες 1-67

μόσια διοίκηση, συνηθέστερα ως δωροδοκία. Δεν περιορίζεται μόνο στο χρηματισμό εργαζομένων, αλλά παίρνει και άλλες μορφές, όπως το λεγόμενο «ρουσφέτι», η προνομιακή εξυπηρέτηση που αναδύεται μέσα από πελατειακές σχέσεις, η αδιαφάνεια, η στρεβλή και αναξιοκρατική λειτουργία των δημόσιων οργάνων. Αποκτά επίσης τη μορφή του γνωστού σε όλους εκβιασμού, αλλά και του νεποτισμού, την εύνοια δηλαδή συγγενικών ατόμων ή προσωπικών φίλων, εις βάρος άλλων. Επομένως, εμφανής είναι η διάκριση σε πολιτική διαφθορά ή διαφθορά της πολιτικής εξουσίας που αφορά τα ανώτερα στελέχη της εκτελεστικής και της νομοθετικής εξουσίας, διαφθορά της δημόσιας διοίκησης, δηλαδή ένα πελατειακό σύστημα μεταξύ ιδιωτών και πολιτών, και τη διαφθορά στη δικαστική εξουσία ή διαφθορά στη δικαιοσύνη.

Επίσης, στον ιδιωτικό τομέα έχει εξίσου σημαντική παρουσία, σε κλάδους όπως τα ΜΜΕ, ιδιωτικές εταιρίες και στις συναλλαγές ως αθέμιτος ανταγωνισμός, η παραοικονομία και νομιμοποίηση των εσόδων από παράνομες δραστηριότητες. Τέλος, σημαντική είναι και η διάκριση που εισήχθη με την Απόφαση-Πλαίσιο 2003/368/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου του 2003 σχετικά με την καταπολέμηση της δωροδοκίας και της διαφθοράς μικρής και μεγάλης κλίμακας. Στην έννοια της μείζονος διαφθοράς περιλαμβάνονται συναλλαγές μεταξύ ανωτέρων κλιμακίων των εθνικών και τοπικών διοικήσεων, κορυφαίων αξιωματούχων, πολιτικών κομμάτων, εκλεγμένων πολιτικών αλλά και συμφερόντων του ιδιωτικού. Η διαφθορά μικρής κλίμακας από την άλλη λαμβάνει χώρα μεταξύ χαμηλότερων κλιμακίων της δημόσιας διοίκησης και μεμονωμένων πολιτών. Συμπέρασμα αποτελεί, επομένως, ότι δεν αφορά συγκεκριμένη κοινωνική τάξη και σύνολο ανθρώπων, αλλά διαχέεται ως κοινωνικό φαινόμενο στο σύνολο της κρατικής δομής και αποτελεί διαχρονικό και παγκόσμιο φαινόμενο, το οποίο γίνεται αντιληπτό διαφορετικά ανάλογα με τον τόπο και την εποχή στην οποία αναδύεται.

Εσωτερική διάσταση του φαινομένου

Στο παραπάνω φαινόμενο³ συντελούν ιδιαίτερα τρία βασικά ελλείμματα.⁴ Πρωτίστως το δημο-

κρατικό έλλειμμα, δηλαδή η ελλιπής κατοχύρωση των ατομικών ελευθεριών, όπως ο περιορισμός της ελευθερίας του λόγου και του τύπου, η υπολειτουργία των δημοκρατικών θεσμών, η κρατική ανασφάλεια και γενικότερα η υποβάθμιση των αρχών του κράτους δικαίου και της δικαστικής ανεξαρτησίας.

Ακόμη σημαντικό αίτιο της διαφθοράς αποτελεί το έλλειμμα απόδοσης ευθύνης και η έλλειψη ελέγχου και αξιολόγησης ατόμων σε θέσεις εξουσίας στον δημόσιο αλλά και τον ιδιωτικό τομέα. Σε συνδυασμό με τα παραπάνω, ο σύγχρονος εξουσιαστικός τρόπος ζωής, δηλαδή το δίπτυχο εξουσίας και χρήματος που διαποτίζει όλες τις εκφάνσεις της καθημερινότητας των ανθρώπων και στο οποίο αποσκοπούν οι περισσότεροι, του οποίου η διαχείριση είναι πολύπλοκη, εγκυμονεί πολλούς κινδύνους. Ο κυριότερος από αυτούς είναι η διαφθορά.

Επιπροσθέτως, τα αποτελέσματα του φαινομένου είναι πολλαπλά. Αρχικά, δημιουργεί ένα σοβαρό πλήγμα στην λειτουργία των κρατικών θεσμών και στην εμπιστοσύνη των πολιτών που προκαλεί δυσμενείς επιπτώσεις στο κρατικό πεδίο. Διακυβεύεται η διαρκής ανάπτυξη και η επικράτηση του δικαίου και υπονομεύονται βασικές δημοκρατικές αρχές και ηθικές αξίες. Απειλείται το κράτος δικαίου, το σύνολο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και κυρίως η κοινωνική δικαιοσύνη που προστατεύονται ως θεμελιώδεις αρχές στον θεμελιώδη νόμο του κράτους, το Σύνταγμα.

Η διαφθορά επηρεάζει με τρόπο αρνητικό τις επενδύσεις και νοθεύει τον υγιή ανταγωνισμό των επιχειρήσεων, αφού ευνοεί τα μονοπώλια. Λόγω της αβεβαιότητας επιπλέον αυξάνεται η φοροδιαφυγή, διευρύνονται οι οικονομικές ανισότητες αντίστοιχα μειώνονται οι ρυθμοί ανάπτυξης της οικονομίας. Αξιοσημείωτο είναι ότι το οικονομικό κόστος της διαφθοράς εκτιμάται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε περισσότερα από 120 δις ευρώ κάθε χρόνο!

Αντίστοιχα, επιπτώσεις παρουσιάζονται στο Κοινωνικό Κράτος.⁵ Συγκεκριμένα, καταλύεται προδήλως η ισονομία και η ισοπολιτεία, επειδή εντείνεται η ανοχή που ουσιαστικά μετατρέπεται σε σιωπηρή επιβράβευση των διαπλεκόμενων, καθώς και η απάθεια απέναντι στις κοινωνικές αξίες. Τέλος, στο χώρο της δικαιοσύνης, η διαφθορά μπορεί να έχει επικίνδυνα αποτελέσματα. Ενδέχεται να οδηγήσει

³ Μπιτζιλέκη Ν., Η διαφθορά ως νομικό και πολιτικό πρόβλημα, Ποινικά Χρονικά, σελ. 97 ε.ε.

⁴ Μανωλεδάκη Ι., Η καταπολέμηση της διαφθοράς στον δημόσιο τομέα, Μελέτες για εμβάθυνση στο ποινικό δίκαιο, 2005, σελ. 300 ε.ε.

⁵ Μαντζούφας Παναγιώτης, «Ο λόγος περί διαφθοράς και η ποινική ευθύνη των υπουργών», Διαθέσιμο στο www.constitutionalism.gr

στην ατιμωρησία των παρανομούντων, την καλλιέργεια κλίματος ανασφάλειας και την παραβίαση του άρθρου 98 του Συντάγματος που κατοχυρώνει τη δικαστική ανεξαρτησία και αμεροληψία.

Όλες αυτές οι οδυνηρές για το κράτος και την κοινωνία συνέπειες αντιμετωπίζονται στο ελληνικό κράτος με θεσμούς και ανεξάρτητες αρχές που αποτελούν δικλείδα ασφάλειας έναντι σε κάθε είδους απάτη. Οι βασικότεροι θεσμοί είναι ο Εθνικός Συντονιστής (Ν. 4152/2013), ο Γενικός Επιθεωρητής Δημόσιας Διοίκησης (Ν.3074/2002) το Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (Ν.2190/1994) και ο Εισαγγελέας Εγκλημάτων Διαφθοράς. Επιπρόσθετα, στο έργο κατά της διαφθοράς συνεισφέρουν ο Συνήγορος του Πολίτη και το Ελεγκτικό Συνέδριο.

Το φαινόμενο της διαφθοράς διογκώνεται όμως σε κάθε πτυχή του λόγω της ανεκτικότητας που δείχνουν οι περισσότεροι πολίτες σε τέτοιες μεθόδους, ιδιαίτερα στο πεδίο της δημόσιας διοίκησης. Μεγάλο ποσοστό των ατόμων που κατέχουν θέσεις ευθύνης δείχνουν ανοχή και αποφεύγουν να αναζητήσουν ευθύνες από άλλους υπαλλήλους με φόβο μήπως δεχθούν κριτική από τους συναδέλφους τους ή ακόμη μήπως βρεθούν σε ανάλογη θέση μελλοντικά. Καλλιεργείται έτσι νοοτροπία ωχαδελφισμού, ιδιοτέλειας και «βολέματος».

Οι μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος

Οι ανεξάρτητες αρχές που ασχολούνται με την καταπολέμηση του φαινομένου θεωρούν αναγκαία την ενθάρρυνση καταγγελίας του παραβάτη από τους πολίτες, αυτό που στα αγγλικά ορίζεται ως whistleblowing (=σφύριγμα- αποκάλυψη παράβασης). Ο Whistleblower (μάρτυρας δημοσίου συμφέροντος) είναι, επομένως, ο καταμηνυτής ατασθαλιών, ο πληροφοριοδότης που αποκαλύπτει τη διαφθορά, παρανομία, απάτη που διαπράττονται σε οργανισμούς δημοσίου ή ιδιωτικού τομέα, θέτοντας κίνδυνο για το δημόσιο συμφέρον, σε άτομα ή οντότητες που θεωρείται ότι μπορούν να επέμβουν αποτελεσματικά.

Ο υπάλληλος αυτός που χωρίς ίδιον όφελος, με αίσθημα ευθύνης και με βάση την προσωπική του ηθική, αποκαλύπτει σε προϊστάμενό του την ατασθαλία (στην οποία δεν συμμετέχει) που εντόπισε, ώστε να διευκολύνει τη δικαιοσύνη και την καλή λειτουργία της υπηρεσίας λειτουργεί με εύλογη πεποίθηση ότι οι πληροφορίες είναι βάσιμες κατά τον χρόνο της αποκάλυψής τους. Δύναται συγκεκριμέ-

να να παρέχει πληροφορίες είτε σε αρμόδιους στο εσωτερικό της επιχείρησης, είτε σε ανεξάρτητες δημόσιες αρχές.

Προκειμένου να χαρακτηριστεί κάποιος ως μάρτυρας δημοσίου συμφέροντος συγκεκριμένα στην ποινική δίκη απαιτούνται ειδικές προϋποθέσεις. Πρώτον, απαιτείται ομόφωνη κρίση μεταξύ του αρμόδιου για τη δίωξη των εν λόγω εγκλημάτων εισαγγελέα πλημμελειοδικών και του εισαγγελέα εγκλημάτων διαφθοράς, και κατόπιν παραγγελία εκ μέρους του Αντεισαγγελέα του Αρείου Πάγου που εποπτεύει και συντονίζει το έργο των εισαγγελέων εγκλημάτων διαφθοράς, στον αρμόδιο για την άσκηση της ποινικής δίωξης εισαγγελέα, για την απόφαση επιπλέον και οριστικής αποχής από την ποινική δίωξη εφόσον κρίνει ότι αυτή δεν είναι απαραίτητη για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Βασική προϋπόθεση είναι ακόμη, η μη εξάρτηση από την πράξη αποκάλυψης των εγκλημάτων διαφθοράς, κανενός οφέλους εκ μέρους του σε συνδυασμό με την μη εμπλοκή του whistleblower στα αναφερόμενα εγκλήματα. Τέλος, την ιδιότητα του μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος δύναται να λάβει και το πρόσωπο το οποίο στα πλαίσια της ποινικής διαδικασίας, με τις πληροφορίες του ενισχύει αποφασιστικά το αποδεικτικό υλικό, αποκαλύπτοντας νέες πτυχές της υπόθεσης, διευκολύνοντας με τον τρόπο αυτό ενεργά το έργο των ανακριτικών αρχών, στοιχείο που αποτελεί ουσιώδη συμβολή στην αποκάλυψη και δίωξη των εγκλημάτων.

Με τη νομική ρύθμιση του άρθρου 47 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας παρέχονται κίνητρα στα πρόσωπα που γνωρίζουν βάσει πραγματικών περιστατικών ότι τελούνται εγκλήματα διαφθοράς να συμβάλλουν στην αποκάλυψή τους και την δίωξη των υπαιτίων, αφού προστατεύονται πλέον και δεν διώκονται ποινικά. Αρκεί να αποκαλύπτουν στις αρχές συγκεκριμένα εγκλήματα και συγκεκριμένα, με βάση τη διάταξη, τη δωροληψία πολιτικών αξιωματούχων (159 ΠΚ), τη δωροδοκία πολιτικών αξιωματούχων (159Α ΠΚ), τη δωροληψία υπαλλήλου (235 ΠΚ), τη δωροδοκία υπαλλήλου (236 ΠΚ), τη δωροληψία και δωροδοκία δικαστικών λειτουργών (237 ΠΚ) και την εμπορία επιρροής - μεσάζοντες (237Α ΠΚ). Τις τελευταίες δεκαετίες έχει διογκωθεί ως φαινόμενο, κυρίως σε μεγάλες ιδιωτικές εταιρίες που χουν αναπτύξει εσωτερικά συστήματα whistleblowing αλλά και στο δυσκίνητο δημόσιο τομέα (Ν.4254/2014) για την διασφάλιση

συνθηκών διαφάνειας και της νομιμότητας στη χρήση δημόσιου χρήματος. Ωστόσο, το ζήτημα του whistleblowing είναι εξαιρετικά αμφιλεγόμενο, αφού έχει τόσο θετικό όσο και αρνητικό περιεχόμενο. Από την μία αποτελεί για πολλούς «όπλο» στον αγώνα κατά της διαφθοράς, από την άλλη διατυπώνονται αντιρρήσεις σχετικά με την ηθικότητα της πράξης.

Διεθνής και Ευρωπαϊκή Διάσταση

Η διεθνής και ευρωπαϊκή έννομη τάξη παρέχει ένα πλήθος νομικών κειμένων δεσμευτικών και μη για αυτά τα ζητήματα. Από την η Συνθήκη κατά της Διαφθοράς του ΟΗΕ, κείμενα του Συμβουλίου της Ευρώπης, νομολογία του ΕΔΔΑ και νομοθετήματα της ΕΕ μπορούμε να αντλήσουμε ένα τεράστιο πλήθος πληροφοριών για την προσπάθεια αντιμετώπισης του φαινομένου σε διεθνές και ευρωπαϊκό επίπεδο.

Μέτρα του ΟΗΕ

Στις 31 Οκτωβρίου του 2003 υιοθετήθηκε από την Γενική Συνέλευση του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών το Ψήφισμα, στο πλαίσιο του οποίου υιοθετήθηκε η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών κατά της Διαφθοράς η οποία αποτελεί και ένα από τα κύρια εργαλεία της Υπηρεσία των Ηνωμένων Εθνών για τα Ναρκωτικά και την Πρόληψη της Εγκληματικότητας στο πλαίσιο της δράσης της κατά της Διαφθοράς και του οικονομικού εγκλήματος.⁶ Η συνθήκη αυτή παρέχει ένα πλαίσιο προληπτικών και κατασταλτικών μέτρων για τα κράτη μέλη που εφαρμόζονται και στον δημόσιο και στον ιδιωτικό τομέα. Τα κύρια σημεία αυτών των μέτρων είναι τα μέτρα πρόληψης της διαφθοράς που περιλαμβάνει προληπτικές πολιτικές και πρακτικές, εφαρμογή κωδίκων δεοντολογίας, κριτηρίων για την πρόσληψη και προαγωγή των δημοσίων υπαλλήλων καθώς και κανόνες για την σύναψη των δημοσίων συμβάσεων. Επιπλέον, στη σύμβαση στοιχειοθετούνται πλήθος ποινικών αδικημάτων, η δίωξή τους καθώς και συστάσεις για λήψη περαιτέρω νομικών και διοικητικών μέτρων. Τέλος, μια συνδιάσκεψη των κρατών-μερών είναι υπεύθυνη για τον καθορισμό των πολιτικών που θα ακολουθηθούν ενώ ο Μηχανισμός Εξέτασης Εφαρμογής⁷ της σύμβασης είναι

το υπεύθυνο όργανο για την επίβλεψη εκτέλεσης της σύμβασης από τα κράτη-μέλη.

Το Συμβούλιο της Ευρώπης

Το Συμβούλιο της Ευρώπης έχει ανέκαθεν θέσει την καταπολέμηση της διαφθοράς ως σημαντική προϋπόθεση της διασφάλισης του Κράτους Δικαίου και της προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.⁸ Το κυριότερο όργανο στα πλαίσια του Συμβουλίου⁹ είναι η Ομάδα Κρατών κατά της Διαφθοράς, γνωστή ως GRECO, η οποία είναι υπεύθυνη για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης των κρατών-μερών με τα νομικά πλαίσια που έχουν τεθεί. Τα κείμενα αυτά ενδεικτικά είναι η Σύμβαση Ποινικού Δικαίου για τη διαφθορά μαζί με το Πρόσθετο Πρωτόκολλό της, Σύμβαση Αστικού Δικαίου για τη διαφθορά, η πρόταση για τις 20 Κατευθυντήριες Αρχές κατά της Διαφθοράς, η Σύσταση για τους Κώδικες Δεοντολογίας των δημοσίων υπαλλήλων, η Σύσταση για την Θεσμοθέτηση Κοινών Κανόνων κατά της Διαφθοράς στη χρηματοδότηση των πολιτικών κομμάτων και των προεκλογικών εκστρατειών. Τέλος, μπορούμε να καταλήξουμε ότι η κατεύθυνση που προσπαθεί να ακολουθήσει το Συμβούλιο είναι η ποινικοποίηση της διαφθοράς στο δημόσιο και ιδιωτικό τομέα μαζί με ένα πλέγμα μέτρων για την ευθύνη και την αποζημίωση των ζημιών που προκαλούνται από τη διαφθορά, τη δεοντολογία δημοσίων υπαλλήλων και τη χρηματοδότηση πολιτικών κομμάτων.

Θέση του ΕΔΔΑ και η Νομολογία του

Πέρα από τα μέτρα του Συμβουλίου της Ευρώπης στην αντιμετώπιση της Διαφθοράς, σημαντική είναι και η συμβολή για την προστασία των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος με την Σύσταση του 2014¹⁰ αναφορικά με την προστασία τους της Επιτροπής των Υπουργών. Ωστόσο, η νομολογία του ΕΔΔΑ¹¹ για την προστασία των μαρτύρων

www.unodc.org/unodc/en/corruption/implementation-review-mechanism.html

⁸ Συμβούλιο της Ευρώπης, Διαθέσιμο στο <https://www.coe.int/el/web/about-us/values>

⁹ Συμβούλιο της Ευρώπης, Διαθέσιμο στο <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/priority-for-the-coe>

¹⁰ Συμβούλιο της Ευρώπης, Διαθέσιμο στο https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5

¹¹ Συμβούλιο της Ευρώπης, σε Θεματικό Δελ-

⁶ *Ηνωμένα Έθνη*, Διαθέσιμο στο <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/index.html>

⁷ *Ηνωμένα Έθνη*, Διαθέσιμο στο <http://>

δημοσίου συμφέροντος έχει βοηθήσει σημαντικά στον καθορισμό του σημερινού νομικού πλαισίου. Το μεγαλύτερο βήμα που συντελέστηκε για την προστασία τους ήταν η εδραίωση της από το ΕΔΔΑ στην υπόθεση Guja κατά Μολδαβίας¹² που θεμελίωσε την προστασία των μαρτύρων πάνω στο άρθρο 10 της ΕΣΔΑ για την ελευθερία της έκφρασης.¹³ Ένα ακόμη σημαντικό στοιχείο της υπόθεσης είναι η στοιχειοθέτηση των 6 κριτηρίων για τον χαρακτηρισμό ενός προσώπου ως μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος (whistleblower). Το πρώτο είναι ο μάρτυρας να έχει πρώτα απευθυνθεί στο εργασιακό του περιβάλλον, έπειτα σε αρμόδια εισαγγελική αρχή, και τέλος στο γενικό κοινό, δηλαδή Μέσα Μαζικής Ενημέρωσης και Επικοινωνίας και στο Διαδίκτυο. Το δεύτερο κριτήριο είναι η έκταση της σημασίας της πληροφορίας για το γενικό κοινό που πρέπει να ξεπερνά το απόρρητο που έπρεπε να σεβαστεί. Το τρίτο κριτήριο είναι η γνησιότητα της πληροφορίας. Το τέταρτο κριτήριο είναι η σημαντικότητα της πληροφορίας να υπερέχει της ζημίας που προκλήθηκε. Το πέμπτο κριτήριο είναι η καταγγελία να έγινε καλόπιστα από τον μάρτυρα, δηλαδή να μην έχει ίδιο όφελος, καθώς και να μην αμείβεται για αυτήν. Το έκτο κριτήριο είναι η ποινή που επιβλήθηκε να είναι βαριά και οι δυσμενείς συνέπειες αυτής να αποθαρρύνουν μελλοντικούς μάρτυρες από το να προβούν σε καταγγελία. Το ΕΔΔΑ ακολούθησε τον ίδιο συλλογισμό και σε άλλες υποθέσεις, όπως στη Heinisch κατά Γερμανίας¹⁴, στη Bucur και Toma κατά Ρουμανίας¹⁵ και στη

Kudeshkina κατά Ρωσίας¹⁶. Τέλος, τα κριτήρια του ΕΔΔΑ έχουν τύχει αναφοράς και από εθνικά δικαστήρια με πιο γνωστή υπόθεση αυτή των Luxleaks, όπου το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο του Λουξεμβούργου απέκλεισε τον αξιόποιο χαρακτήρα των ποινικών κατηγοριών λόγω της ιδιότητας του μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος.

Η αντιμετώπιση στο πεδίο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Η αντιμετώπιση της διαφθοράς στην Ευρωπαϊκή Ένωση έχει χαρακτηριστεί ως βασική προϋπόθεση για τη σωστή λειτουργία ενός δημοκρατικού συστήματος βασιζόμενου στο κράτος δικαίου. Η διαφθορά άλλωστε ανήκει πλέον, σύμφωνα με το άρθρο 83 της Συνθήκης για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στην κατηγορία εκείνων των τομέων εγκληματικότητας, οι οποίοι μπορούν να ενεργοποιήσουν τις διαδικασίες θέσπισης ελάχιστων κανόνων σχετικών με τον ορισμό των ποινικών αδικημάτων και των κυρώσεών τους από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο. Η Ευρωπαϊκή Ένωση έχει επικυρώσει την Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την αντιμετώπιση της διαφθοράς και από το 1999 λειτουργεί η Ευρωπαϊκή Υπηρεσία Καταπολέμησης της Απάτης, γνωστή ως OLAF¹⁷, η οποία είναι υπεύθυνη για την διερεύνηση περιπτώσεων διαφθοράς και παραπτωμάτων που θίγουν τα οικονομικά συμφέροντα της Ένωσης.

Ωστόσο, σημαντικός αριθμός σκανδάλων που τάραξαν τον Ευρωπαϊκό χώρο έφεραν στο προσκήνιο την ανάγκη προστασίας των προσώπων που καταγγέλλουν παράνομες συμπεριφορές, μερικά από αυτά είναι τα Panama Papers και τα Luxleaks. Οι καταγγελίες που ήρθαν στο φως από τους μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος ήταν η αφορμή για να γίνει μια πιο ουσιαστική συζήτηση σχετικά με την παροχή πλήρους προστασίας των μαρτύρων στα πλαίσια της έννομης τάξης της Ευρωπαϊκής Ένωσης καθώς μέχρι και το 2019 μόνο

[hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-115844"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹⁶ Kudeshkina κατά Ρωσίας, No. 29492/05, 26.2.2009, ΕΔΔΑ, Διαθέσιμη στο [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["29492/05"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-91501"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹⁷ Ευρωπαϊκή Ένωση, Διαθέσιμο στο <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european-antifraud-office.html?locale=en>

τίο "Whistleblowers and their freedom to impart information", Μάιος 2017, Διαθέσιμο στο <https://rm.coe.int/factsheet-on-whistleblowers-and-their-freedom-to-impart-information-ma/16807178d9>

¹² Guja κατά Μολδαβίας, No. 14277/04, ΕΔΔΑ, Διαθέσιμη στο [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"%22fulltext%22":\["%221085/10%22"\],"%22itemid%22":\["%22001-181203%22"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹³ Χρυσούλα Γεωργίου Μυλωνά, σε διπλωματική εργασία «Η ελευθερία έκφρασης στο χώρο εργασίας υπό το φως της ΕΣΔΑ» ακαδημαϊκό έτος 2013 - 2014, σ.18 - 53, Διαθέσιμο στο <https://pergamos.lib.uoa.gr/uoa/dl/frontend/file/lib/default/data/2068758/theFile>.

¹⁴ Heinisch κατά Γερμανίας, No. 28274/08, 21.7.2011, ΕΔΔΑ, Διαθέσιμη στο [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-105777"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹⁵ Bucur και Thoma κατά Ρουμανίας, No. 40238/02, 8.1.2013, ΕΔΔΑ, Διαθέσιμη στο <https://>

δέκα ευρωπαϊκές χώρες παρείχαν πλήρη προστασία μεταξύ αυτών η Γαλλία, η Ιταλία, το Ηνωμένο Βασίλειο και η Ολλανδία.¹⁸ Τα τέλη 2019 σηματοδοτούν ένα ορόσημο στην παροχή έννομης προστασίας στους μάρτυρες λόγω έκδοσης της οδηγίας 2019/1937 της 23ης Οκτωβρίου 2019 σχετικά με την προστασία των προσώπων που αναφέρουν παραβιάσεις του δικαίου της Ένωσης.

Η οδηγία προβλέπει την υποχρέωση ύπαρξης διαύλων αναφοράς εντός εταιρειών που απασχολούν περισσότερους από 50 υπαλλήλους σε πόλεις των 10.000 κατοίκων και άνω. Δεύτερο στοιχείο είναι η θεσμοθέτηση της ιεράρχησης των διαύλων επικοινωνίας που προτρέπει στους μάρτυρες να απευθυνθούν στο εργασιακό τους περιβάλλον πριν από κάποιον εξωτερικό δίαυλο. Τρίτο στοιχείο είναι η διεύρυνση του φάσματος των προσώπων που μπορούν να θεωρηθούν μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος και μπορούν να συμπεριληφθούν στην προστασία. Τέταρτο στοιχείο είναι το ευρύ πεδίο εφαρμογής, καλύπτοντας τομείς, όπως οι δημόσιες συμβάσεις, οι χρηματοπιστωτικές υπηρεσίες, η πρόληψη της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, η δημόσια υγεία, οι οποίοι δεν περιορίζουν και τα κράτη μέλη από το να συμπεριλάβουν και άλλους τομείς. Πέμπτο στοιχείο είναι η συμπερίληψη καταλόγου με μέτρα στήριξης

και προστασίας των μαρτύρων και των προσώπων γύρω τους. Τελευταίο βασικό στοιχείο της οδηγίας είναι η Υποχρέωση των αρχών και των επιχειρήσεων να απαντούν στις καταγγελίες των πολιτών δίνοντας προθεσμία τριών μηνών για την απάντηση προβλέποντας παράταση σε κάποιες περιπτώσεις.

Σύμφωνα με το άρθρο 26 παράγραφος 1 της οδηγίας, τα κράτη μέλη πρέπει να συμμορφωθούν με την οδηγία και να την μεταφέρουν στο εθνικό τους δίκαιο μέχρι τις 17 Δεκεμβρίου του 2021.

Επίλογος

Το φαινόμενο της διαφθοράς, όντας μια σοβαρή απειλή των σύγχρονων δημοκρατιών και του κράτους δικαίου, έχει βρεθεί στο επίκεντρο της επικαιρότητας και του νομικού ενδιαφέροντος. Η προσπάθεια νομοθέτησης και θέσπισης επαρκών μέτρων τόσο στο εσωτερικό όσο και στο διεθνές και ευρωπαϊκό δίκαιο φαίνεται να παίρνει πρωταγωνιστικό ρόλο ως μέτρο διασφάλισης του κράτους δικαίου σε όλο τον 21^ο αιώνα. Μέσα σε αυτά τα πλαίσια, η προστασία των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος φαίνεται να αποτελεί έναν τρόπο πάταξης του φαινομένου της διαφθοράς και προστασίας από τις δυσμενείς του συνέπειες. Γι' αυτό ακριβώς, βλέπουμε όλο και περισσότερα κράτη και κυρίως διεθνείς οργανισμούς να κάνουν «αγώνα» προς την καλύτερη και πληρέστερη προστασία αυτών των προσώπων. Μας μένει λοιπόν, από νομική σκοπιά, να παρατηρήσουμε κατά πόσο τα μέτρα που έχουν ληφθεί, καθώς επίσης όσα επρόκειτο να ληφθούν, θα βοηθήσουν ώστε να ξεπεραστεί αυτή η απειλή.

¹⁸ *Ευρωπαϊκή Ένωση*, Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Διαθέσιμο στο <https://www.consilium.europa.eu/el/press/press-releases/2019/10/07/better-protection-of-whistle-blowers-new-eu-wide-rules-to-kick-in-in-2021/>

Τα social media ως «εκσυγχρονισμένοι μάρτυρες». Προσωπικά δεδομένα και απαγορεύσεις αξιοποίησης στην ποινική δικαιοδοσία

Μαρουλάκη Κατερίνα

Πτυχιούχος Νομικής ΑΠΘ

Η ποινική δικαιοσύνη, εξαιτίας της φύσεως του αντικειμένου που υπηρετεί, είναι επιφορτισμένη με την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας και για το λόγο αυτό, το σύστημα δικαιοσύνης στον εν λόγω τομέα, τέμνεται από την αρχή της ηθικής απόδειξης. Ωστόσο, όπως εντυπωσιακά διατύπωσε σε απόφαση του το Γερμανικό Ακυρωτικό (BGHSt. 14, 358, 365) «Δεν αποτελεί αρχή του ποινικού δικονομικού δικαίου η αναζήτηση της αλήθειας με οποιοδήποτε τίμημα»¹, καθώς αναμφίβολα η άλλη όψη της αρχής του κράτους δικαίου, συνίσταται στην προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων των ατόμων από την αυθαιρεσία της ποινικής καταστολής².

Ευθυγραμμιζόμενο στην ως άνω διαπίστωση, το άρθρο 177 παρ. 2 ΚΠΔ - σύστοιχο επίσης με τη διάταξη του άρθρου 19 παρ.3 του Συντάγματος- προβλέπει ότι «αποδεικτικά μέσα που έχουν αποκτηθεί με αξιόποινες πράξεις ή μέσω αυτών, δεν λαμβάνονται υπόψη στην ποινική διαδικασία». Πρόκειται, χωρίς αμφιβολία, για τη θεσμοθέτηση μιας κατ' αρχήν απόλυτης απαγόρευσης, η οποία δεν είναι πάντοτε συμβατή με την ρευστότητα που διαπνέει τον χώρο της ποινικής διαδικασίας³. Εξ αυτού του

λόγου και προκειμένου να «διασωθούν» τουλάχιστον οι οριακές περιπτώσεις κατά τις οποίες κινδυνεύουν ακόμη και θεμελιώδη ατομικά δικαιώματα (άρθρα 2 παρ. 1, 5 παρ. 1, 9Α, 19 του Συντάγματος, καθώς και του έχοντος υπερνομοθετική ισχύ άρθ. 8 της ΕΣΔΑ), αμφότερες η θεωρία⁴ και η νομολογία⁵ αξιοποιούν την αρχή της αναλογικότητας (25παρ. 1 εδ. δ' του Συντάγματος) επί τη βάσει σταθμιστικών θεωριών. Περαιτέρω, απολύτως συνοπτικά αναφέρω, ότι σύμφωνα με μία εκ των απόψεων που υποστηρίζονται⁶ - η οποία βρίσκει σημαντι-

απαγορεύσεις και «δίκαιη» δίκη, σελ 449

⁴ Βλ. σχετ. Ανδρουλάκη, ό.π., σελ. 216., Βλ. σχετ. Μανωλεδάκη, Ασφάλεια και Ελευθερία, 2002, Βλ. Ανδρουλάκη, ό.π., σελ. 471. κ.α

⁵ ΟΛΑΠ 1/2001 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ), (ΜονΠλημΣαμ 634/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ), (ΑΠ 611/2006 με σύμφωνη αγόρευση του Αντεισαγγελέα Α. Ζύγουρα ΠοινΔικ 2006, 857).

⁶ Βλ. σχετ. Μανωλεδάκη, Ασφάλεια και Ελευθερία, 2002, σελ. 175, Ανδρουλάκη, ό.π., σελ. 211, Δημητράτου, ό.π., σελ. 52 επ., Τζ. Ηλιοπούλου-Στράγγα, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, 2003, σελ. 81 επ., ΑΠ 1351/1997 ΠοινΧρ 1998, 965, ΑΠ Ολ (πολιτ.) 1/2001 ΠΛογ 2001, 2201. Επίσης ΑΠ 611/2006 ΝοΒ 2007, 150 με παρατ. Στ. Χούρσογλου, ΔιατΕισΕφΘεσ 83-84 (Β. Θεοδώρου) ΠοινΔικ 2003, 274 επ. με παρατ. Γ. Νούσκαλη. - Αν το αποδεικτικό μέσο αποδεικνύει την ενοχή ενός συγκατηγορουμένου και την αθωότητα άλλου είναι, νομίζω, επιβεβλημένο για τον τελευταίο, να λαμβάνει χώρα ένα είδος «μερικής» αξιοποίησης: βλ. σχετ. ΑΠ 1351/1997, ό.π., ΑΠ 611/2006, ό.π.

¹ βλ. Ν. Ανδρουλάκη θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης ό.π., 2007 σελ. 207. Επίσης βλ. ΟΛΑΠ 1/2001, ΝοΒ 2001 σελ. 1803, ΑΠ 1351/2007, ΝοΒ 2007 σελ. 2390.

² Χ. Αργυρόπουλος, Η δικαιοσύνη της ποινικής δίκης, στον τιμητικό τόμο για τον Γ.-Α. Μαγκάκη «Ποινικό Δίκαιο- Ελευθερία- Κράτος Δικαίου», εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα- Κομοτηνή 1999, σελ. 434, βλ. επίσης Α. Παπαδαμάκη ποινική δικονομία ό.π. 2008 σελ. 16.

³ ΠΟΙΝ. ΔΙΚ 2006, Α. Παπαδαμάκης, Αποδεικτικές

κό αντίκρισμα και στη νομολογία του Ακυρωτικού μας- παρέκκλιση από την απόλυτη συνταγματική απαγόρευση είναι δυνατό να νοηθεί μόνο υπέρ της αθωότητας του κατηγορουμένου, προκειμένου να προστατευθεί η ελευθερία και συνακόλουθα η αξιοπρέπεια αυτού (άρθρα 2 παρ.1 και 5 παρ.1 του Συντάγματος). Κατ' άλλη άποψη⁷, η παραδοχή εξαιρέσεως πρέπει να επεκταθεί σε ορισμένες ακραίες περιπτώσεις και σε βάρος του τελευταίου, προστατεύοντας το δικαίωμα σε δικαστική ακρόαση (άρθρο 20 του Συντάγματος), αλλά και την ίδια την αξιοπρέπεια του θύματος μιας αξιόποινης πράξης. Οι παραπάνω προβληματισμοί βρίσκουν γόνιμο έδαφος μόνο στις οριακές περιπτώσεις, όπου η προστασία ύψιστων δικαιωμάτων καθιστά επιτακτική την παρέκκλιση από τον θεσμοθετημένο κανόνα του άρθρου 19παρ.3 του Συντάγματος. Ωστόσο, το όριο είναι λεπτό και πρέπει να τηρείται, διότι όπως ηχηρά και εύστοχα επισημαίνει ο καθηγητής κ. Παπαδαμάκης «Αν, κατά τις περιστάσεις, και επιλεκτικά συρρικνώνουμε τη νομιμότητα των αποδείξεων, ίσως βραχυπρόθεσμα επιτευχθεί η αποκάλυψη μεγάλης εγκληματικότητας· όμως θα έχουμε χάσει την ψυχή μας και τον πολιτισμό μας!»⁸

Εν συνεχεία, σε άλλο σημείο του παρόντος, θα αποτυπωθεί επίσης η άποψη που ενστερνίστηκε επί του συγκεκριμένου θέματος ο δικαστικός σχηματισμός που έκρινε την υπόθεση, η οποία θα αναλυθεί ακολούθως (ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019)⁹.

Το ζήτημα των απαγορευμένων αποδεικτικών μέσων δεν είναι νέο, πλην όμως συχνά απασχολεί τη θεωρία και τη νομολογία, ενώ κατά καιρούς εμφανίζεται και πιεστικά επίκαιρο.¹⁰ Η συνεχώς εξελισσόμενη τεχνολογική ανάπτυξη θέτει στο δικονομικό προσκήνιο νέα αποδεικτικά μέσα, όπως χαρακτηριστικά θα αναλυθούν παρακάτω τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, και προκαλεί τους εφαρμοστές του δικαίου να αποφανθούν το πρώτον -ελλείψει νομολογιακού προηγούμενου- για τη δυνατότητα αξιοποίησης των επίμαχων αποδεικτικών στοιχείων, ως μη αντιβαίνουσα στους περιο-

ρισμούς που αναλύθηκαν ανωτέρω. Η επιτακτική αυτή ανάγκη απαιτεί την αξιολόγηση του συνόλου των κείμενων νομοθετικών διατάξεων και προϋποθέτει μια αυστηρή εξέταση πολλών παραγόντων, όπως αυτή επιχειρήθηκε στην απόφαση του ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019¹¹. Στην εν λόγω υπόθεση, το δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό της υποστηρίζουσας την κατηγορία (της άλλοτε αποκαλούμενης πολιτικώς ενάγουσας) σχετικά με την απαγόρευση αξιοποίησης ως παράνομων αποδεικτικών μέσων, τόσο μιας φωτογραφίας της ίδιας, αναρτημένης στο facebook, όσο και της συνομιλίας της με τον κατηγορούμενο, μέσω της εφαρμογής του messenger. Η αιτιολογία της προαναφερθείσας απόφασης θα αναλυθεί ακολούθως, εκθέτοντας το πλέγμα των νομοθετικών διατάξεων που άπτονται των ζητημάτων αυτών.

Τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης (Social Media), εξαιτίας της δεσπόζουσας θέσης που τείνουν να αποκτούν στην καθημερινή επικοινωνία των ανθρώπων, και λόγω της ευρείας διάθεσης πληροφοριών από τους χρήστες, δύναται να αποτελέσουν έναν επικίνδυνο «εκσυγχρονισμένο μάρτυρα». Οι τελευταίοι, συχνά ανυποψίαστοι, βρίσκονται αντιμέτωποι με δικές τους αποφάσεις αυτοπροβολής και το ερώτημα που ανακύπτει είναι υπό ποιές προϋποθέσεις τα δοθέντα εξ αυτών στοιχεία (π.χ. αναρτήσεις φωτογραφιών, προσωπικές πληροφορίες, ακόμη και ιδιωτικές συνομιλίες μέσω της εφαρμογής του messenger), μολονότι συχνά απευθύνονται σε συγκεκριμένο παραλήπτη ή σε γνωστή ομάδα χρηστών, μπορούν να αποτελέσουν νόμιμο αποδεικτικό μέσο, ακόμη κι εναντίον τους.

Ξεκινώντας με την δικονομική συνέπεια της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών στοιχείων, προκειμένου έπειτα να διερευνηθεί ποια αποδεικτικά ανήκουν στην εν λόγω κατηγορία, παραθέτουμε τα εξής: όπως ήδη επισημάνθηκε, το άρθρο 177 παρ.2 ΚΠΔ εισάγει την κατ' αρχήν απόλυτη απαγόρευση της εκτίμησης παράνομων αποδεικτικών μέσων.

Αναφορικά με τον κατηγορούμενο, διευκρινίζεται ότι η αξιολόγηση απαγορευμένου αποδεικτικού μέσου από το Δικαστήριο προκειμένου αυτό να οδηγηθεί στην κήρυξη της ενοχής του κατηγορουμένου, επισύρει απόλυτη ακυρότητα, λόγω προσβολής των υπερασπιστικών δικαιωμάτων του (άρθρα 171 παρ.1 δ' ΚΠΔ, 6 ΕΣΔΑ και 14 ΔΣΑΠΔ)

⁷ Βλ. Ανδρουλάκη, ό.π., σελ. 471.

⁸ Όπως ακριβώς Α. Παπαδαμάκης, Ποινική δικονομία: η δομή της ποινικής δίκης, Σάκκουλα, 2019, σελ.205

⁹ Βλ. ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019, <https://www.ddikastes.gr/node/4711>.

¹⁰ Όπως γλαφυρά σχολιάζει για συναφές ζήτημα ο Α. Παπαδαμάκης στην ΠοινΔικ 2006, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και «δίκαιη» δίκη, σελ 449

¹¹ Βλ. ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019, <https://www.ddikastes.gr/node/4711>.

και ιδρύει τον ομόηχο-ομώνυμο αναιρετικό λόγο τόσο σε επίπεδο κύριας διαδικασίας, όσο και προδικασίας (άρθρα 510 παρ.1 στοιχ. α' ΚΠΔ και 484 παρ. 1 στοιχ. α' ΚΠΔ αντίστοιχα).

Περαιτέρω, σε συνάρτηση με τα συμφέροντα άλλων προσώπων -ιδίως της παρισταμένης προς υποστήριξη της κατηγορίας- τα οποία είναι δυνατό να θιγούν λόγω της εκτίμησης παράνομου αποδεικτικού μέσου, είναι δυνατό να αξιοποιηθεί η υποστηριζόμενη στη θεωρία άποψη¹², σύμφωνα με την οποία ιδρύεται και ο αναιρετικός λόγος του άρθρου 510 παρ.1 στοιχ. θ' ΚΠΔ και 484 παρ.1 στοιχ. στ' ΚΠΔ για υπέρβαση εξουσίας η υπέρβαση αυτή αιτολογείται καθώς το Δικαστήριο ή το συμβούλιο άσκησαν αυθαίρετα την εξουσία τους, αξιολογώντας αποδεικτικά μέσα κατά παράβαση των διατάξεων του νόμου. Ως επιπλέον έρεισμα της θέσης αυτής, υποστηρίζεται ότι το Δικαστήριο οφείλει να ασκεί την εξουσία του, τηρώντας όλες τις διατάξεις που ορίζουν τον τρόπο λειτουργίας του, μεταξύ αυτών και τις συναφείς που επιτάσσουν την εκτίμηση της νομιμότητας των αποδεικτικών μέσων.

Η απόφαση του ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019¹³ ξεκινά επί τη βάσει ότι τα σύγχρονα κινητά τηλέφωνα προσομοιάζουν στις δυνατότητες του ηλεκτρονικού υπολογιστή, διαθέτοντας επιπροσθέτως την δυνατότητα τηλεφωνικής επικοινωνίας. Συνεπώς, τα μηνύματα που αποστέλλονται μέσω αυτών (sms-mms) εξισώνονται πλήρως με το ηλεκτρονικό έγγραφο του Η/Υ. Ακόμη, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, τα μηνύματα αυτά εξισώνονται με γραπτές επιστολές. Σύμφωνα με τη συλλογιστική της απόφασης, συνάγεται «τεκμαιρόμενη συναίνεση του αποστολέα να καταστήσει τον παραλήπτη κοινωνό και άρα νόμιμο κάτοχο του μηνύματος»,

ο οποίος στο εξής διαθέτει ανά πάσα στιγμή πρόσβαση στο περιεχόμενο αυτού, αφού είναι αποθηκευμένο στη μνήμη του κινητού του ή του Η/Υ αντίστοιχα.

Εν συνεχεία, επισημαίνεται ότι στο άρθρο 3 παρ.1 και παρ.2 του Π.Δ. 47/2005, προβλέπεται η δυνατότητα της άρσης του απορρήτου των επικοινωνιών για τα γραπτά μηνύματα -καθώς και για όσα ανωτέρω εξισώθηκαν με αυτά- υπό τις προϋποθέσεις που θεσπίζει ο νόμος. Γίνεται ευχερώς αντιληπτό ότι το εν λόγω Π.Δ. στοχεύει στην προστασία του απορρήτου και στην θωράκιση της ελεύθερης επικοινωνίας των συνομιλούντων, ενώ μόλις που χρειάζεται να σημειωθεί ότι η πρόβλεψη αυτή απευθύνεται προς οποιονδήποτε παρεμβαίνοντα σε συνομιλία τρίτων, ενώ φυσικά δεν αφορά τα ίδια τα υποκείμενα της επικοινωνίας.

Ομοίως, σε συνταγματικό επίπεδο από τον συνδυασμό των άρθρων 9παρ.1εδ.β και 19 -στα οποία κατοχυρώνεται το απαραβίαστο της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του ατόμου, καθώς και το απόρρητο των επιστολών αντίστοιχα- αποτυπώνεται η προστασία της ελεύθερης επικοινωνίας, απαλλαγμένης από τον κίνδυνο το περιεχόμενο αυτής να καταστεί γνωστό σε τρίτους. Τέλος, ταυτόσημου περιεχομένου πρόβλεψη εντοπίζεται και στο άρθρο 8της ΕΣΔΑ¹⁴, όπως αυτό κυρώθηκε με το Ν.Δ. 53/1974, και διαθέτοντας υπερνομοθετική ισχύ, ενδυναμώνει περαιτέρω το προηγηθέν «νομικό οπλοστάσιο». Για την πληρότητα της παρουσίας, και μολονότι δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω, επισημαίνεται ότι σε επίπεδο προφορικών συνομιλιών ή τηλεφωνικών κλήσεων- και όχι δηλαδή γραπτής επικοινωνίας, η οποία ρυθμίζεται όπως εκτενώς αναλύθηκε- αντίστοιχη προστασία

¹² Βλ. Θ. Δαλακούρα ποινική δικονομία όπ.π. 2003 σελ. 130, Λ. Μαργαρίτη, Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Α' (άρθρα 1-304), όπ.π. 2010, σελ. 686-687, Καρρά ποινικό δικονομικό δίκαιο όπ.π. 2007 σελ. 737-738, Ν. Ανδρουλάκη κριτήρια της δίκαιης ποινικής δίκης όπ.π. 2000 σελ. 92, του ιδίου θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης όπ.π. 2007 σελ. 216, Α. Παπαδαμάκη εφαρμογές ποινικής δικονομίας όπ.π. 2006 σελ. 59-60, Ν. Δημητράτο όπ.π. ΠοινΧρ. ΝΑ/2001 σελ. 12-13, Α. Τζαννετή όπ.π. ΠοινΧρ. ΜΗ/1998 σελ. 109, Χ. Νάιντο οι αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη όπ.π. 2010 σελ. 617, 631.

¹³ Βλ. ΜΟΔ Ηρακλείου 21/2019, <https://www.ddikastes.gr/node/4711>.

¹⁴ Κατά την παράγραφο 1 του εν λόγω άρθρου «Παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του. Δεν επιτρέπεται επέμβαση δημοσίας αρχής στην άσκηση του δικαιώματος αυτού, παρά μόνο στο μέτρο που αυτή η επέμβαση προβλέπεται υπό του νόμου και αποτελεί μέτρο το οποίο, σε μια δημοκρατική κοινωνία, είναι αναγκαίο δια την εθνικήν ασφάλεια, την δημοσίαν ασφάλεια, την οικονομική ευημερία της χώρας, την προάσπιση της τάξης και την πρόληψη ποινικών αδικημάτων, την προστασία της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασία των δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων».

του απορρήτου προβλέπεται στο άρθρο 370ΑΠΚ.¹⁵

Εξετάζοντας το ίδιο ζήτημα από την αντίστροφη όψη του, η προστασία της ελεύθερης επικοινωνίας έχει ως λογικό επακόλουθο τη συνταγματική απαγόρευση αποδεικτικών μέσων που θα ήταν απότοκο του περιορισμού της πρώτης. Προς επίρρωση της θέσης αυτής, παρατίθεται ως παράδειγμα η παράνομη μαγνητοφώνηση συνομιλιών, καθώς στην περίπτωση που μια τέτοια πράξη μπορούσε κατ' αρχήν να αποτελέσει νόμιμο αποδεικτικό μέσο, η ελεύθερη επικοινωνία θα δεχόταν ένα ισχυρό πλήγμα· κι αυτό διότι εύλογα ο καθένας θα περιοριζόταν στα λεγόμενα του, όταν ο κίνδυνος να στραφούν εναντίον του θα ήταν τουλάχιστον ορατός και στην διακριτική ευχέρεια οποιουδήποτε. Η διαπίστωση αυτή αφορά και πάλι σε προφορική συνομιλία, διότι όπως αναλύθηκε, στην περίπτωση των γραπτών μηνυμάτων ο αποστολέας γνωρίζει την αποτύπωση -και στον χρόνο!- των λεγομένων του, αποδεχόμενος την κατοχή τους αποκλειστικά από το έτερο μέρος της επικοινωνίας.

Βάσει όλων των ανωτέρω, έχει καταδειχτεί η ανάγκη προστασίας της ελεύθερης επικοινωνίας σε γραπτό και προφορικό επίπεδο, η οποία μέσω των διατάξεων που αναφέρθηκαν - και που μένει να εξεταστεί αμέσως παρακάτω υπό το πρίσμα του Κανονισμού 2016/679, για την προστασία των προσωπικών δεδομένων- αποτελούν το πλέγμα των επίμαχων διατάξεων. Στο σημείο αυτό, υπογραμμίζεται ένα ζήτημα το οποίο ακροθιγώς έχει επισημανθεί και ανωτέρω: είναι τελικά δυνατό να νοηθεί εξαίρεση από την κατ' αρχήν απόλυτη συνταγματική απαγόρευση της αξιοποίησης των παράνομων αποδεικτικών μέσων (19 παρ.3 Συντάγματος, όμοια και στο 177 παρ.2 ΚΠΔ); Αν κανείς μείνει στο γράμμα του νόμου, σύμφωνα με την ισχύουσα ρύθμιση η σύγκρουση μεταξύ αποδεικτικών απαγορεύσεων που πλήττουν θεμελιώδη συνταγματικά δικαιώματα αφενός, και της αποκάλυψης της αλήθειας αφετέρου, λύνεται εκ των προτέρων υπέρ της πρώτης. Ωστόσο, η μηδαμινή εμπιστοσύνη στον δικαστή και ο πλήρης αποκλεισμός της κρίσης του, νομίζω, ότι αποτελούν μια ακραία έκφανση της αποδεικτικής απαγόρευσης, η οποία θα μπορούσε να μετριασθεί, παρέχοντας τη δυνατότητα στάθμισης της εκάστοτε περίπτωσης, με την ταυτόχρονη θέσπιση κριτηρίων εκ μέρους του νομοθέτη και αξιοποίησης των υπαρχόντων, προς καθοδήγηση

του κρίνοντος δικαστή. Κατά μία άποψη - η οποία υιοθετείται και στην εν λόγω απόφαση- εξαίρεση στον συνταγματικής περιωπής κανόνα της απαγόρευσης των εν λόγω αποδεικτικών μέσων, «εισάγεται μόνο χάριν της προστασίας συνταγματικά υπέρτερων έννομων αγαθών, όπως είναι η ανθρώπινη ζωή. Κάθε άλλη εξαίρεση, εισαγόμενη τυχόν με διάταξη κοινού νόμου, όπως είναι και ο Ποινικός Κώδικας, είναι ανίσχυρη κατά το μέτρο που υπερβαίνει το κριτήριο της προστασίας συνταγματικά υπέρτερου έννομου αγαθού. (ΟλομΑΠ 1/2001, ΕλλΔνη 2001. 374, ΑΠ 981/2009, ΕφΑΔ 2009. 1372, ΑΠ 1351/2007, ΝοΒ 2007. 2390).»¹⁶

Τέλος, μολονότι δεν γίνεται σχετική αναφορά στην αναλυόμενη απόφαση, αλλά με σκοπό να επιτευχθεί μια εποπτική και κατά το δυνατόν πληρέστερη αποτύπωση της νομολογιακής αντιμετώπισης, επισημαίνεται ότι το ΕΔΔΑ, κινούμενο προς την ίδια κατεύθυνση, έχει επιτρέψει τη δικονομική αξιοποίηση παράνομων αποδεικτικών μέσων, δεχόμενο ότι υπό προϋποθέσεις δεν παραβιάζεται το άρθρο 6 §1 ΕΣΔΑ (Khan κατά Ηνωμένου Βασιλείου, σκέψεις 37-38).

Βάσει όλων όσων αναλύθηκαν, και ειδικά αναφορικά με τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, ως εξакτέα συμπεράσματα προκύπτουν τα εξής:

α) οι συνομιλίες μέσω των δικτύων κοινωνικής δικτύωσης είναι κατ' αρχήν νόμιμο αποδεικτικό μέσο και δεν προσβάλλεται το δικαίωμα της ελεύθερης επικοινωνίας και του απορρήτου, όταν προσκομίζονται από τους ίδιους τους αντιδίκους, που αποτελούν ταυτόχρονα και τους συνομιλούντες μέσω αυτών.

β) Αντίθετα όμως, όταν το αποδεικτικό μέσο το προσκομίζει τρίτος και τα μηνύματα αφορούν ξεχωριστούς από αυτόν συνομιλούντες, τότε αποτελεί παράνομο αποδεικτικό μέσο, εκτός κι αν είναι το μοναδικό υπάρχον· στην οριακή αυτή περίπτωση, θα πρέπει να γίνει στάθμιση με βάση την αρχή της αναλογικότητας, όπου δείκτες θα αποτελέσουν ενδεικτικά η ιδιαίτερη απαξία του εγκλήματος¹⁷, η σημασία του αποδεικτικού μέσου κ.α.

Εκ των ανωτέρω καθίσταται εναργές ότι το παράνομο ή μη του αποδεικτικού μέσου, εξαρτάται

¹⁵ Βλ. ενδεικτικά 2546/2018 ΕΦ ΑΘ (ΠΟΙΝ) (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ)

¹⁶ Η παραταθείσα νομολογία μνημονεύεται στο σκεπτικό της απόφασης. Ομοίως, ενδεικτικά: ΑΠ 1261/2009, ΑΠ 813/2008, ΑΠ 611/2006 ΤΠΝ ΝΟΜΟΣ

¹⁷ Βλ. επίσης Κονταξής, ΕρμΠΚ, Τόμος Β', έκδοση γ', 2000, σελ.3125

πλήρως από το πρόσωπο που το επικαλείται και όχι από αυτό καθαυτό το αποδεικτικό μέσο. Βάσει αυτού του σκεπτικού, η δικαστική απόφαση στήριξε την απόρριψη του ισχυρισμού της υποστηρίζουσας την κατηγορία και απεφάνθη ότι η αξιοποίηση των συνομιλιών μεταξύ της ιδίας και του κατηγορουμένου αποτελεί ένα καθόλα νόμιμο αποδεικτικό μέσο.

Μένει τέλος προς εξέταση ο Κανονισμός 2016/679 (GDPR) για την προστασία των προσωπικών δεδομένων, που όπως θα εξηγηθεί, οδήγησε την δικαστική κρίση στην εκτίμηση της αναρτημένης στο facebook φωτογραφίας ως νομίμου αποδεικτικού μέσου, μη εμπίπτοντος στην απαγόρευση του 177 παρ.2 ΚΠΔ (όπως και του 19παρ3 του Συντ.).

Ο Κανονισμός 2016/679 (GDPR) έχει διττό στόχο: την ενίσχυση της προστασίας των προσωπικών δεδομένων των πολιτών και την ανεμπόδιστη διακίνηση των δεδομένων αυτών. Διευκρινίζεται ότι το δικαίωμα προστασίας προσωπικών δεδομένων δεν είναι απόλυτο δικαίωμα, αλλά βάσει της αρχής της αναλογικότητας σταθμίζεται *in concreto* όταν συγκρούεται με άλλα θεμελιώδη δικαιώματα όπως είναι π.χ. η πρόσβαση στη δικαιοσύνη και το δικαίωμα υπεράσπισης. *«Σύμφωνα συνεπώς με τα ανωτέρω, κατά την προστασία των προσωπικών δεδομένων, ο εφαρμοστής του δικαίου πρέπει να εξισορροπήσει τα συγκρουόμενα συνταγματικά αγαθά, απεκδυόμενος του μαχητού τεκμηρίου «εν αμφιβολία υπέρ του υποκειμένου των δεδομένων» του ν. 2472/1997»*¹⁸

Σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ.1 στ.Α', στο πεδίο προστασίας του κανονισμού εμπίπτει κάθε πληροφορία που αφορά ταυτοποιημένο ή ταυτοποιήσιμο φυσικό πρόσωπο (έννοια των «δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα») με άμεσο ή έμμεσο τρόπο. *«Συνεπώς, η εικόνα ενός προσώπου, η οποία αποτυπώνεται σε ένα μέσο κοινωνικής δικτύωσης, συνιστά δεδομένο προσωπικού χαρακτήρα κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως, στο βαθμό που παρέχει τη δυνατότητα ταυτοποιήσεως του συγκεκριμένου προσώπου.»* Η έννοια της «επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα», εμπίπτουσα επίσης στο υλικό πεδίο του εν λόγω Κανονισμού, ορίζεται στο άρθρο 4 παρ.1 στ.Β' του Κανονισμού και αφορά

την αυτοματοποιημένη διαδικασία ή την μη αυτοματοποιημένη, εφόσον περιλαμβάνεται σε σύστημα αρχειοθέτησης. *«Ειδικότερα, ο διάδικος συλλέγει με τρόπο μη αυτοματοποιημένο [...] και η ένταξη των εγγράφων αυτών στο σώμα των προσκομιζομένων στοιχείων, αποτελεί ένταξη σε «σύστημα αρχειοθέτησης»* », εμπίπτοντας στο ρυθμιστικό πεδίο του Κανονισμού. Εξαίρεση από την εφαρμογή του Κανονισμού (άρθρο 2 παρ.2) τίθεται στην περίπτωση που η επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων γίνεται αποκλειστικά στο πλαίσιο προσωπικής ή οικιακής δραστηριότητας. Ωστόσο, αφότου το αποδεικτικό μέσο προσκομισθεί στο δικαστήριο, είναι προφανές ότι δεν εντάσσεται πλέον αποκλειστικά στην ιδιωτική σφαίρα για την οποία προβλέφθηκε η εξαίρεση, η οποία ως τέτοια, σύμφωνα με τις πάγιες παραδοχές της νομολογίας¹⁹, πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά· προς ενίσχυση της τελευταίας θέσης, επισημαίνεται άλλωστε, ότι στο ίδιο αποτέλεσμα καταλήγει κανείς αξιοποιώντας τα νομολογικά προηγούμενα που αφορούν την Οδηγία 95/46, την οποία επικαιροποίησε ο ισχύων σήμερα Κανονισμός 2016/679.

Τέλος καταδεικνύεται μια εξαιρετικά σημαντική πρόβλεψη του Κανονισμού και επισημαίνεται εμφατικά στους χρήστες των μέσων κοινωνικής δικτύωσης, ως η πλέον επικίνδυνη για τους ίδιους συνθήκη, η οποία είναι δυνατόν να τους φέρει αντιμέτωπους -ακόμη και κατά κυριολεξία σε επίπεδο αντιδικίας- με την «αδικαιολόγητη» άγνοια του περιεχομένου της. Στο άρθρο 6 στ.Α' του Κανονισμού προβλέπεται ότι η επεξεργασία των δεδομένων καθίσταται σύνηθες (μεταξύ κι άλλων ρητώς προβλεπόμενων περιπτώσεων), εφόσον το υποκείμενο των δεδομένων έχει συναινέσει σ' αυτήν ρητώς.

Στην περίπτωση του Facebook, του Instagram και λοιπών αντίστοιχων μέσων κοινωνικής δικτύωσης, οι χρήστες συγκατατίθενται σε προδιατυπωμένους όρους, οι οποίοι άπτονται του αντικειμένου του απορρήτου και ανάλογα με το περιεχόμενο που αυτοί ρυθμίζουν, δεν μπορεί να αποκλειστεί

¹⁸ (βλ. σχετικά σε Κοτσαλή - Μενουδάκου (Φ.Παναγοπούλου - Κουτνατζή), «Γενικός Κανονισμός για την Προστασία των Προσωπικών Δεδομένων (...) Νομική διάσταση και πρακτική εφαρμογή», σελ. 7 επ. passim).

¹⁹ (απόφαση ..., EU:C:2014:2428 σκέψεις 27-35) ειδικά για τον Κανονισμό 2016/679, αλλά βλ. και (αποφάσεις IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, σκέψη 39, C-293/12 και C-594/12, EU:C:2014:238, σκέψη 52) όπου σύμφωνα τη νομολογία του ΕΔΔΑ, η προστασία του άρθρου 7 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιτάσσει οι παρεκκλίσεις να μην υπερβαίνουν τα όρια του απολύτως αναγκαίου.

ως συνέπεια ακόμη και η πλήρης παραίτηση των χρηστών από την προστασία των διατάξεων που αναλύονται! Ως προβλεπόμενη «ασφαλιστική δικλείδα», παρέχεται η λειτουργική ευχέρεια στους χρήστες να επιλέξουν το κοινό στο οποίο απευθύνουν τις διαδικτυακές τους ενέργειες (αναρτήσεις ή συνομιλίες), οριοθετώντας τρόπον τινά το απόρρητο και κατ'επέκταση την απορρέουσα από τις οικείες διατάξεις προστασία. Στο κρίνόμενο ιστορικό της απόφασης, η παριστάμενη προς υποστήριξη της κατηγορίας έχοντας αναρτήσει την επίμαχη φωτογραφία της στο facebook και συγκατατίθεμένη στους όρους λειτουργίας αυτού, υπέπεσε στο *«τεκμήριο υπέρ της επιθυμίας του χρήστη [...]για δημοσιοποίηση και όχι για περιφρούρηση και προστασία των δεδομένων του»*, εμμέσως παραιτούμενη από τα δικαιώματα προστασίας που της παρέχε ο

νόμος.

Όπως γλαφυρά επεσήμανε ο Φίλ Μαλόουν, ο οποίος ειδικεύεται σε θέματα διαδικτύου στην Νομική σχολή του Χάρβαρντ, *«οι δικτυακοί τόποι κοινωνικής δικτύωσης είναι απλά ένα ακόμα μέσο, στο οποίο οι άνθρωποι λένε ή κάνουν πράγματα που επιστρέφουν για να τους στοιχειώσουν»*.

Για τον λόγο αυτό εφιστάται η προσοχή κάθε χρήστη, καθώς όσο αυστηρή κι αν φαντάζει η απόλυτη απαγόρευση της αξιοποίησης των παρανόμων αποδεικτικών μέσων, κι όσο πλήρες κι αν είναι το νομοθετικό οπλοστάσιο για την προστασία της ιδιωτικής ζωής και της ελεύθερης επικοινωνίας, κανένας νομοθέτης δεν μπορεί να μας αποτρέψει από την προσωπική «αυτό-έκθεση», η οποία μολονότι ως τέτοια δεν ποινικοποιείται, μπορεί να αποβεί εγκληματική για τον ίδιο μας τον εαυτό.



HTTP Cookies: Η λύση στο πρόβλημα ή το πρόβλημα στη λύση;

Αθανασία Δογκούλη & Λαμπρινή Μπεχλιβανίδου

3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ & 2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Συνοδεύουν κάθε μας «κλικ» και, όμως, γνωρίζουμε ελάχιστα για αυτά. Τα cookies αποτελούν αναπόσπαστο κομμάτι του διαδικτύου, όπως το γνωρίζουμε με τη σημερινή του μορφή. Πρόκειται ουσιαστικά για μικρά αρχεία κειμένου που περιέχουν πληροφορίες σχετικά με τον χρήστη μίας ιστοσελίδας ή και τη συσκευή μέσω της οποίας ο χρήστης περιηγείται στην εκάστοτε ιστοσελίδα και τα οποία δημιουργούνται με την πρόσβασή του σε αυτήν. Τα αρχεία αυτά εγκαθίστανται στη συσκευή του και, κάθε φορά που ο χρήστης «φορτώνει» την ιστοσελίδα, αποστέλλονται στον διακομιστή της, παρέχοντάς τη δυνατότητα να τον αναγνωρίζει και να του προσφέρει υπηρεσίες μίας πιο εξατομικευμένης περιήγησης. Συγκροτούν, τελικώς, ένα είδος «μνήμης», που χωρίς τα cookies δε θα διέθετε μία ιστοσελίδα¹.

Στην καθημερινή πρακτική τα cookies, πέραν των λειτουργικών τους χρήσεων, προσφέρουν πλεονεκτήματα και στον χώρο του ηλεκτρονικού εμπορίου. Ωστόσο, η δυνατότητα μιας τόσο εύκολης πρόσβασης στα δεδομένα του χρήστη που παρέχουν γεννά επιφυλάξεις υπέρ της ιδιωτικότητας. Εξ ου και το ερώτημα που τίθεται ήδη από τον τίτλο του άρθρου. Πρόκειται για μια νομική, οικονομική, κοινωνική διαμάχη ανάμεσα στα δύο συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα του πληροφωρείσθαι (άρθρο 5Α παρ. 1 του Συντάγματος) και του πληροφωρείν (άρθρο 9Α του Συντάγματος). Πώς αυτά, λοιπόν, θα ισορροπούν στην τραμπάλα αλληπάλληλων αμοιβαίων προσβολών και

υποχωρήσεων των δικαιωμάτων εν γένει; Πότε η προσβολή του ενός ή του άλλου θα δικαιολογείται από κάποιον νόμιμο σκοπό; Η εξισορρόπηση αυτή επιδιώκεται να γίνει ομοιόμορφα στον χώρο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, μέσω των διατυπώσεων του ΓΚΠΔ και της οδηγίας ePrivacy, όπως θα δούμε αναλυτικά παρακάτω.

Η σύγκρουση συμφερόντων στην Κοινωνία της Πληροφορίας

Σαφώς, τα cookies, καταρχήν, δεν είναι παράνομα² και συνοδεύονται από μία σειρά πλεονεκτημάτων που διευκολύνουν σε μεγάλο βαθμό τους διαδικτυακούς χρήστες. Η ίδια τους η χρήση, άλλωστε, από τον ιδιοκτήτη μιας ιστοσελίδας απορρέει από το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα στην πληροφόρηση του άρθρου 5Α του Συντάγματος. Το δικαίωμα αυτό συναγόταν και από το συνδυασμό ενός πλήθους ισχυουσών διατάξεων, όπως είναι τα άρθρα 5 παρ.1, 14 παρ.1³ και 15 παρ.1 του Συντάγματος έως και το 2001-οπότε και έλαβε χώρα η αναθεώρησή του από τη Ζ' Αναθεωρητική Βουλή-, γεγονός που υποδηλώνει ότι το νέο άρθρο δεν εισφέρει καταρχήν ένα νέο δικαίωμα⁴, αλλά εξαγγέλλει, *expressis verbis*, ένα γενικότερο δικαίωμα στο πλαίσιο της σύγχρονης πληροφόρησης. Η ανάγκη θέσπισής του διαφαινόταν από την πραγματικότητα που διαμορφώνεται στην σύγχρονη εποχή, την οποία χαρακτηρίζουν αρκετοί επιστήμονες ως: «Εποχή της Πληροφόρησης» και «Κοινωνία της Πληροφορίας». Ενώ το πνεύμα της

¹ Βλ. αναλυτικότερα στην ιστοσελίδα <https://cookiepedia.co.uk/all-about-cookies>, όπου *"They were created to overcome a limitation in web technology."*

² Βλ. και <https://www.cookiebot.com/en/cookie-compliance/>

³ Κώστας Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ.331

⁴ Κώστας Χ. Χρυσόγονος, ό.π., σ.248

πληροφόρησης παραμένει το ίδιο, τα μέσα είναι αυτά που αλλάζουν συνεχώς μορφή και για αυτόν τον λόγο, ο νομοθέτης προσαρμόζεται κάθε φορά στις αντίστοιχες συνθήκες που επικρατούν.

Πιο συγκεκριμένα, το άρθρο 5Α του Συντάγματος συμπεριλαμβάνει τη γνώση δημόσιων εγγράφων, καθώς και το ειδικότερο δικαίωμα συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφόρησης⁵. Σε διεθνές επίπεδο προστατεύεται και από το άρθρο 10 παρ. 1 ΕΣΔΑ, καθώς και από το άρθρο 19 παρ.2 ΔΣΑΠΔ (ελευθερία της αναζήτησης, της λήψης και μετάδοσης πληροφοριών κάθε είδους και με κάθε μέσο). Με λίγα λόγια, όλα αυτά τα δικαιώματα που προστατεύουν την πληροφόρηση εκφράζουν και την γενικότερη αντίληψη που επικρατεί στις σύγχρονες δυτικές κοινωνίες ότι η γνώση ισούται με δύναμη⁶.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον, ωστόσο, παρουσιάζουν αναφορικά με τα cookies και την ιδιωτικότητα, οι περιορισμοί του άρθρου 5Α παρ. 1 του Συντάγματος, όπου γίνεται ρητή αναφορά στην προστασία δικαιωμάτων των τρίτων. Αυτές οι έννοιες ταυτίζονται σημαντικά με την προστασία του ιδιωτικού και οικογενειακού βίου, την προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας και την πληροφορική αυτοδιάθεση⁷.

Σε πρακτικό επίπεδο, τα cookies απλοποιούν τη διαδικτυακή πλοήγηση των χρηστών αποσκοπώντας, κυρίως, στην οικονομία χρόνου. Μέσω της αποθήκευσης λειτουργικών πληροφοριών εξαλείφεται η ανάγκη επανάληψης της υποβολής τους, ώστε η πλοήγηση να καθίσταται άνετη και ευχάριστη για τους χρήστες (session cookies). Επιπλέον, αφενός στους χρήστες αποστέλλονται στοχευμένες διαφημίσεις ή προσφορές που ανταποκρίνονται στις επιθυμίες τους βάσει της διαδικτυακής τους συμπεριφοράς, αφετέρου διευκολύνεται η δουλειά του επιχειρηματία, παρέχοντάς του τη δυνατότητα ενεργητικής πώλησης μέσω της διαφήμισης στο χώρο των απρόσωπων διαδικτυακών αγορών (συμπεριφορικά cookies). Ακόμα, όμως, και με τα cookies αναλυτικής επίδοσης ο πωλητής-παραγωγός καθίσταται διαρκώς ανοιχτός σε ερεθίσματα για τη βελτίωση του «καταστήματός» του (ή άλλως του χώρου δραστηριοποίησής τους). Πρόκειται για δύο όψεις του ίδιου νομίσματος όπως θα διαπιστώ-

σουμε αμέσως παρακάτω.

Ο εκτεθειμένος χρήστης

Η δυνατότητα συνολικής σκιαγράφησης της προσωπικότητας ενός ατόμου μέσω της συλλογής, καταχώρησης, επεξεργασίας και, τέλος, του συνδυασμού των προσωπικών του πληροφοριών μέσω των cookies, εγείρει ενστάσεις και προβληματισμούς. Πρόκειται στη συγκεκριμένη περίπτωση για ένα βαθύ ρήγμα στην αυτονομία του ατόμου κατά τη χρήση της ψηφιακής τεχνολογίας που ελλοχεύει το κίνδυνο να καταστεί το άτομο «απλό πληροφοριακό αντικείμενο», γεγονός που θα αντέκειτο στην ίδια την αξία του ανθρώπου (άρθρο 2 παρ.1 του Συντάγματος)⁸ και που θίγει αξιοσημείωτα ζητήματα ιδιωτικότητας.

Δύσκολα θα μπορούσε κάποιος να ορίσει ακριβώς την έννοια της ιδιωτικότητας, παρά τις πολυάριθμες προσπάθειες εννοιολογικής προσέγγισης ήδη από την αρχαιότητα. Η αρχαία ελληνική φράση «τα εν οίκω μη εν δήμω» συνδέεται άρρηκτα με αυτό το θεμελιώδες ανθρώπινο δικαίωμα, την ιδιωτικότητα. Φαίνεται πως οι ορισμοί της, τελικά, διαφέρουν ανάλογα με το κοινωνικό-πολιτικό πλαίσιο και το περιβάλλον όπου τοποθετούνται. Στη σύγχρονη εποχή, αναμφισβήτητα, αποτελεί ένα υψίστης σημασίας συνταγματικώς κατοχυρωμένο στο άρθρο 9 παρ. 1 του Συντάγματος δικαίωμα και εντάσσεται στο πεδίο προστασίας των προσωπικών δεδομένων.

Επάλληλη έννοια του δικαιώματος στην ιδιωτικότητα συνιστά το δικαίωμα στην πληροφοριακή αυτοδιάθεση ή, άλλως, στον πληροφοριακό αυτοκαθορισμό, που κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 9Α του Συντάγματος. Η κατοχύρωσή του ως αυτοτελούς ατομικού δικαιώματος δημιούργησε τη ρητή υποχρέωση προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα από προσβολές τρίτων και της διασφάλισής του ως τέτοιου από το κράτος με την ίδρυση ανεξάρτητης αρχής, περιβαλλομένης με τα εχέγγυα του άρθρου 101Α του Συντάγματος (παροχικός χαρακτήρας). Μέχρι τότε, πάντως, η προστασία των προσωπικών δεδομένων έβρισκε έρεισμα στα άρθρα 9 παρ.1 εδ.β, 5 παρ.1, 19, καθώς και στο άρθρο 2 του Συντάγματος.

Σε συνδυασμό με τη θέση σε ισχύ του ν.2471/1997 ήδη πριν από την επιταγή του Συντάγματος προς τον κοινό νομοθέτη, έχει διαμορφωθεί θεσμικό κερκτημένο, ώστε να είναι συνταγματικά

⁵ Κώστας Χ. Χρυσόγονος, ό.π., σ.248

⁶ Μάλο Γεώργιος, Το δικαίωμα στην πληροφορία, σ.4, διαθέσιμο και στο διαδίκτυο <http://www.greeklaws.com/pubs/uploads/1246.pdf>

⁷ Κώστας Χ. Χρυσόγονος, ό.π., σ.248

⁸ Κώστας Χ. Χρυσόγονος, ό.π., σ.250

μη ανεκτή η κατάργηση του υπάρχοντος, χωρίς την αντικατάσταση του από νεότερο θεσμικό πλαίσιο και, μάλιστα, ίδιου ή ισχυρότερου επιπέδου παρεχόμενης προστασίας⁹. Βάσει μάλιστα του τεκμηρίου υπέρ της ισχύος των συνταγματικών δικαιωμάτων και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, όπως αυτό διαμορφώνεται στο άρθρο 25 παρ.1 του Συντάγματος, το άρθρο 9Α του Συντάγματος διαθέτει έμμεση τριτενέργεια.

Η ταυτόχρονη κατοχύρωση του δικαιώματος του «πληροφορείν» (άρθρο 9Α του Συντάγματος) και του «πληροφορείσθαι» (άρθρο 5Α του Συντάγματος) μαρτυρά ότι η σχέση που διέπει τα δύο αυτά δικαιώματα δεν είναι μονοσήμαντη αφενός εκφράζουν δύο αντιτιθέμενα συμφέροντα με το μεν πρώτο να εισάγεται ένα δικαίωμα άρνησης παροχής πληροφορίας και το δε δεύτερο ένα δικαίωμα λήψης μίας πληροφορίας, αφετέρου, όμως, αλληλοσυμπληρώνονται στον χώρο της Κοινωνίας της Πληροφορίας όπου, για να είναι δυνατή η λήψη μιας πληροφορίας, απαραίτητη είναι η παροχή της. Άλλωστε, και τα δύο αυτά συνταγματικά δικαιώματα βρίσκουν έρεισμα στη γενική ρήτρα του άρθρου 5 του Συντάγματος περί την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας. Σε μία γενική εποπτεία του συνταγματικού κειμένου θα μπορούσε κανείς να ισχυριστεί, ότι με τον κανόνα των τριών περιορισμών του άρθρου 5 του Συντάγματος, τη ρητή αναφορά του άρθρου 9Α του Συντάγματος ως περιορισμού στην παρ. 2 του άρθρου 5Α και την παρ.3 του άρθρου 19 του Συντάγματος, καθώς και τη γενική επιφύλαξη υπέρ του νόμου στο άρθρο 14 παρ.1 του Συντάγματος, θεμελιώνεται ένα τεκμήριο υπέρ της προστασίας των προσωπικών δεδομένων¹⁰. Ωστόσο, δεδομένης της ίσης τυπικής ισχύος των συνταγματικών δικαιωμάτων, σε καμία περίπτωση δε θα ήταν δυνατή η καθιέρωση μίας ολικής απαγόρευσης της συλλογής, επεξεργασίας και χρήσης των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, καθώς αυτή θα οδηγούσε σε ολική κατάργηση του πεδίου προστασίας του άρθρου 5Α του Συντάγματος και των συναφών με αυτό δικαιωμάτων που παρατέθηκαν παραπάνω¹¹.

Στην πράξη, κατά κοινή παραδοχή, ο ιδιωτικός βίος προσβάλλεται στην περίπτωση των third

party cookies, εκείνων, δηλαδή, που εγκαθίστανται στη συσκευή του χρήστη κατά την περιήγησή του από τρίτους. Με σκοπό τη συμπεριφορική διαφήμιση, τα cookies αυτά προβαίνουν στη συλλογή δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, δεδομένου ότι πραγματοποιείται συνήθως η συλλογή της διεύθυνσης IP και η επεξεργασία μοναδικών αναγνωριστικών στοιχείων του χρήστη ID, καθιστώντας δυνατή την ταυτοποίησή του.¹² Σημειωτέον ότι, επειδή οι περισσότεροι φυλλομετρητές παρέχουν τη δυνατότητα χειροκίνητου αποκλεισμού των third party cookies, χρησιμοποιείται από τους ενδιαφερομένους η προηγμένη τεχνολογία παρακολούθησης των *Flash cookies*, τα οποία εκφεύγουν από το ρυθμιστικό νομοθετικό πεδίο ώστε συχνά τα cookies αποθηκεύονται «αόρατα» στον σκληρό δίσκο των χρηστών κάθε φορά που περιηγούνται στο Διαδίκτυο. Σοβαρό ζήτημα ιδιωτικότητας τίθεται και όταν οι ιστότοποι δεν επιτρέπουν την πρόσβαση σε αυτούς, εκτός εάν είναι ενεργοποιημένα τα cookies, οπότε και τα προγράμματα περιήγησης συνήθως ρυθμίζονται στο να δέχονται cookies από προεπιλογή. Οι περισσότεροι ιστότοποι συλλέγουν πληροφορίες για νόμιμους λόγους, χωρίς, ωστόσο, να αποκλείεται η συλλογή προσωπικών πληροφοριών για αντίθετους σκοπούς, όπως η πώληση των πληροφοριών σε τρίτους ή η προσπάθεια παραβίασης προσωπικών λογαριασμών σε κοινωνικά δίκτυα. Συνεπώς, κατά κοινή ομολογία το θέμα των cookies τοποθετείται στον πυρήνα της διαδικτυακής διαφήμισης και των επιχειρηματικών σχεδίων και μοντέλων του διαδικτύου.

Στο πλαίσιο των κανόνων στάθμισης και άρσης των συγκρούσεων μεταξύ των συνταγματικών αγαθών, επεμβαίνει ο κοινός νομοθέτης και εισάγει κανόνες δικαίου που εξειδικεύουν την *in concreto* εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, όπως η υποχρέωση αυτή εξαγγέλλεται στο άρθρο 25 παρ.1 του Συντάγματος. Εν ολίγοις, στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο για τα cookies, το οποίο θα αναλυθεί διεξοδικά παρακάτω, έχει κριθεί ως αναγκαίος, πρόσφορος και αναλογικός εν στενεί έννοια περιορισμός στο δικαίωμα της πληροφόρησης (άρθρο 5Α του Συντάγματος) η προηγούμενη ρητή συναίνεση του χρήστη μιας ιστοσελίδας έπειτα από εκτενή και πλήρη ενημέρωσή του, προκειμένου για

⁹ Κώστας Χ. Χρυσόγονος, ό.π., σ.252

¹⁰ Βασίλης Σωτηρόπουλος, Το άρθρο 9Α του Συντάγματος, σ.7, διαθέσιμο και στο διαδίκτυο <http://www.greeklaws.com/pubs/uploads/596.pdf>

¹¹ Κώστας Χρυσόγονος, ό.π., σ.252

¹² Βασιλική Ι. Παπαδοπούλου, σε διπλωματική εργασία «Η παραβίαση των προσωπικών δεδομένων στο διαδίκτυο με σκοπό τη διαφήμιση», Ιανουάριος 2018, σ.34

τη λήψη πληροφοριών σχετικά με τον χρήστη από τον ιδιοκτήτη της ιστοσελίδας αυτής. Με τον τρόπο αυτό, η συλλογή και επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων καθίστανται νόμιμες, καθώς εκδηλώνεται η επιθυμία του φορέα του δικαιώματος να θέσει εκτός πεδίου προστασίας ορισμένο αγαθό της προσωπικότητάς του και να μην προβεί στην άσκηση των ένδικων βοηθημάτων για την προστασία του¹³, εκτός κι αν ο αποδέκτης της συναίνεσης δεν τήρησε τα συμφωνημένα. Υπό τις επισημάνσεις αυτές γίνεται εύκολα αντιληπτό σε ποιο πλαίσιο είναι πρόπον να ασκείται το δικαίωμα του άρθρου 5Α του Συντάγματος, προκειμένου ο ελεύθερος μανδύας της πληροφόρησης να μην θίξει κάποιο από τα θεμελιώδη δικαιώματα που προστατεύουν την ιδιωτικότητα.

Ισχύον νομοθετικό πλαίσιο

Ως ευρέως γνωστόν, τα ζητήματα προστασίας προσωπικών δεδομένων ρυθμίζονται στις χώρες της Ε.Ε. ευθέως μέσω του Κανονισμού της Ε.Ε. 2016/679 ή, άλλως, του Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων (στο εξής: ΓΚΠΔ ή GDPR). Σημειωτέον ότι στη χώρα μας ψηφίστηκε ο ν.4624/2019 με τον οποίο εισάγονται μέτρα εφαρμογής του ΓΚΠΔ, καθώς και επιτυγχάνεται η μεταφορά της Οδηγίας της Ε.Ε. 2016/680. Μάλιστα, η Ελλάδα κινδυνεύει με πρόστιμο εκατομμυρίων ευρώ από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, λόγω της καθυστέρησης στην ενσωμάτωση της εν λόγω Οδηγίας¹⁴. Η συσχέτιση του ΓΚΠΔ και των cookies υποδηλώνεται μέσω της αιτιολογικής σκέψης του προοιμίου 30 -όπου και εντοπίζεται η μοναδική, ωστόσο ιδιαίτερα κρίσιμη, αναφορά του Κανονισμού σε αυτά- ώστε να επιβεβαιώνεται πως μέσω της χρήσης τους μπορεί να λαμβάνει χώρα επεξεργασία προσωπικών δεδομένων.¹⁵ Ωστόσο, για τη χρήση των cookies βρίσκουν εφαρμογή και ειδικές διατάξεις, που αναφέρονται στην προστασία των προσωπικών δεδομένων στις ηλεκτρονικές υπηρεσίες. Πρόκειται για τον ν.3471/2006,

όπως αυτός τροποποιήθηκε από τον ν. 4070/2012, προς συμμόρφωση με την οδηγία 2002/58/Ε.Κ¹⁶ (ePrivacy directive), όπως η τελευταία αντικατέστησε την οδηγία 97/66/Ε.Κ.¹⁷ Ο νόμος αυτός εφαρμόζεται ως ειδικότερος έναντι του ΓΚΠΔ στα κατ'ιδίαν ζητήματα, δεδομένου όμως ότι εντάσσεται στο γενικότερο πλαίσιο εφαρμογής του, τυχόν κενά στη νομοθεσία συμπληρώνονται από τον τελευταίο.

Προϋποθέσεις για την έγκυρη χρήση των cookies (cookie compliance) και επίλυση της σύγκρουσης

Το κρίσιμότερο ζήτημα είναι η διάγνωση του κορμού του ισχύοντος νομοθετικού συστήματος, ώστε να επιτευχθεί η λεγόμενη «cookie compliance» (συμβατότητα με τη νομοθεσία των cookies). Και αξίζει, πράγματι, να αναφερθούμε σε αυτό, καθώς η παράβαση των κανόνων δικαίου που επιτάσσει, με πράξεις ή παραλείψεις, καθιστούν παράνομη τη χρήση των cookies, εγείρουν τα σχετικά ζητήματα προστασίας της ιδιωτικότητας και επιφυλάσσουν την επιβολή υψηλών προστίμων για τον παραβάτη-ιδιοκτήτη της ιστοσελίδας από την Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων.

Το σύστημα που εφαρμόζεται σήμερα ονομάζεται opt-in και αντικατέστησε το προγενέστερο σύστημα opt-out. Η συγκατάθεση του χρήστη για την εγκατάσταση των cookies στη συσκευή του πρέπει πάντα να είναι προγενέστερη της εγκατάστασης.¹⁸ Οποιαδήποτε, συνεπώς, αποθήκευση πληροφοριών ή απόκτηση πρόσβασης σε ήδη αποθηκευμένες στον τερματικό εξοπλισμό συνδρομητή ή χρήστη είναι επιτρεπτή και, άρα, νόμιμη, μόνο εφόσον ο συγκεκριμένος συνδρομητής ή χρήστης έχει δώσει ρητά τη συγκατάθεσή του και μάλιστα, έπειτα από σαφή και εκτενή ενημέρωση για τα δεδομένα που θα παράσχει, την επεξεργασία στην οποία θα υποβληθούν και τους σκοπούς της, με βάση το σήμερα ισχύον άρθρο 4 παρ.5 του ν. 3471/2006. Οι προϋποθέσεις της έγκυρης ενημέρωσης ρυθμίζονται από το άρθρο 13 ΓΚΠΔ και

¹³ Μάλο Γεώργιος, ό.π., σ.29

¹⁴ Βλ. αναλυτικότερα και στην ιστοσελίδα <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/gdpr-dimosieythike-o-nomos-4624-2019-gia-tin-prostasia-prosopikon-dedomenon>

¹⁵ Βλ. ολόκληρο τον κανονισμό στην επίσημη ιστοσελίδα της Ε.Ε. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

¹⁶ Βλ. ολόκληρη την Οδηγία στην επίσημη ιστοσελίδα της Ε.Ε. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=EL>

¹⁷ Ευγενία Αλεξανδροπούλου - Αιγυπτιάδου, Προσωπικά Δεδομένα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ.171-173

¹⁸ Ιωάννης Δημ. Ιγγλεζάκης, Δίκαιο Πληροφορικής, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σ.311-312

της έγκυρης συγκατάθεσης στο άρ.7 ΓΚΠΔ, που συμπληρώνουν τον νόμο.

Στο πλαίσιο αυτό, κρίνεται πάρα πολύ σημαντικό να τονισθεί ότι, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 32 του προοιμίου του ΓΚΠΔ, η συγκατάθεση θα πρέπει να δίνεται για όλους τους σκοπούς της επεξεργασίας που τυχόν υπάρχουν, καθώς και για όλες τις δραστηριότητες της κατ' ιδίαν επεξεργασίας. Συγχρόνως, σε καμία περίπτωση με την απλή επίσκεψη του ιστοτόπου δεν τεκμαίρεται και η συναίνεση του χρήστη για την εγκατάστασή τους (όπως, αντιθέτως, πολλές φορές εμφανίζεται η φράση «Χρησιμοποιώντας αυτόν τον ιστότοπο αποδέχεστε τη χρήση των cookies.»). Και αυτό γιατί, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 42 του προοιμίου, δε θεωρείται ελεύθερη και άρα έγκυρη η συναίνεση, όταν δεν υπάρχει δυνατότητα άρνησης ή ανάκλησης της συγκατάθεσης.¹⁹ Όπως, επίσης, και βάσει του άρθρου 7 παρ.4 ΓΚΠΔ, για να κριθεί ότι η συγκατάθεση είναι ελεύθερη, λαμβάνεται υπ' όψιν αν τέθηκε ως προϋπόθεση για την «εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης» (εδώ, για τη χρήση της ιστοσελίδας). Συνάγεται, λοιπόν, ότι η συγκατάθεση στην αντίθετη όψη της πρόκειται ουσιαστικά για ένα δικαίωμα άρνησης της χρήσης των cookies ή της χρήσης τους για συγκεκριμένες λειτουργίες, όπως επίσης και ότι είναι ελευθέρως ανακλητή, καθώς, άλλωστε, προβλέπεται και στο άρθρο 7 παρ. 3 ΓΚΠΔ.

Απαιτείται, με άλλα λόγια, η πραγματική δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος αυτού. Απόφαση-σταθμός, άλλωστε, για την τεκμηρίωση της θέσης αυτής αποτελεί η απόφαση του ΔΕΕ C-673/17, γνωστή και ως Planet 49, κατά την οποία το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο της Γερμανίας υπέβαλε προδικαστικό ερώτημα δυνάμει του άρ.267 ΣΛΕΕ, προς την επίλυση αναφυόμενου ζητήματος σχετικά με την προστασία των προσωπικών δεδομένων κατά τη χρήση των cookies. Όπως τονίσθηκε επιγραμματικά με τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, τα προσυμπληρωμένα τετραγωνίδια, τα οποία μπορεί να αποεπιλέξει ο χρήστης, δεν πληρούν τις προϋποθέσεις για τη νόμιμη συγκατάθεση, καθώς αποστερούν τη δυνατότητα πραγματικής άσκησης του δικαιώματος άρνησης. Ακόμα, προτάθηκε η εφαρμογή της Οδηγίας να είναι εφικτή, ανεξαρτή-

τως αν τα υπό επεξεργασία δεδομένα συνιστούν προσωπικά δεδομένα υπό την έννοια του ΓΚΠΔ, αφού σε κάθε περίπτωση διαπιστώνεται η πτυχή της ιδιωτικότητας σε αυτά.^{20 21 22}

Το άρθρο 5 του ΓΚΠΔ, σχετικά με τις προϋποθέσεις της νόμιμης επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, χρήζει, επίσης, εφαρμογής και εξαρτά τη νόμιμη εγκατάσταση των cookies από την εφαρμογή των γενικών αρχών που εξαγγέλλονται σε αυτό (αρχή της διαφάνειας, του σαφούς και περιορισμένου σκοπού, της ελαχιστοποίησης των δεδομένων, της ακρίβειας, της ακεραιότητας και εμπιστευτικότητας).²³ Επισημαίνεται πάντως, ότι υπεύθυνος επεξεργασίας είναι σε κάθε περίπτωση ο ιδιοκτήτης της ιστοσελίδας, ενώ όταν πρόκειται ειδικά για τα third party cookies υπεύθυνος επεξεργασίας είναι και ο πάροχος του διαφημιστικού δικτύου, στα πλαίσια του ζητήματος της συμπεριφορικής διαφήμισης.²⁴

Επιδιώκεται στην πράξη η συμβατότητα;

Ένα χρόνο μετά τη θέση σε ισχύ του ΓΚΠΔ, ακαδημαϊκοί του πανεπιστημίου Ruhr στη Γερμανία και του πανεπιστημίου του Μίτσιγκαν συνεργάστηκαν και διεξήγαν έρευνα, συλλέγοντας δείγματα μορφών συναίνεσης στη χρήση των cookies από κορυφαίους ιστοτόπους και συγκρίνοντας πως αυτά επηρεάζουν την ιδιωτικότητά των επισκεπτών τους.²⁵

²⁰ Βασίλης Καρκατζούνης, «Cookies και GDPR...», διαθέσιμο και στο https://www.lawspot.gr/nomika-blogs/vasilis_karkatzounis/cookies-kai-gdpr-ta-prosympliromena-tetragonidia-den-apoteloyn

²¹ Ειδικότερα ως προς τις προϋποθέσεις της «cookie compliance» βλ. και <https://www.cookiebot.com/en/cookie-compliance/>

²² Βλ. και C-673/17, ΔΕΕ, διαθέσιμο και στο <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-673/17&language=EL>

²³ Αναλυτικά για τις αρχές επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων, βλ. Ιωάννης Δημ. Ιγγλεζάκης, Δίκαιο Πληροφορικής, ό.π., σ.285-288

²⁴ Βασιλική Ι. Παπαδοπούλου, ό.π., σ. 35

²⁵ Βλ. όλα τα στοιχεία της έρευνας διαθέσιμα στο διαδίκτυο στο <https://techcrunch.com/2019/08/10/most-eu-cookie-consent-notice-are-meaningless-or-manipulative-study-finds/>

¹⁹ Μερόπη Δράκου, Ο GDPR και το «καυτό» ζήτημα των cookies, διαθέσιμο και στο https://www.lawspot.gr/nomika-blogs/meropi_drakou/o-gdpr-kai-kayto-zitima-ton-cookies

Τα πορίσματα ως προς τις ειδοποιήσεις συναίνεσης ήταν επιγραμματικά τα εξής: Σε ποσοστό 58%, οι ειδοποιήσεις βρίσκονται στο κάτω μέρος της οθόνης, ενώ κατά 93% δεν εμποδίζουν τον χρήστη από την αλληλεπίδραση του με τον ιστότοπο. Κατά 57%, επίσης, γίνεται χρήση τεχνασμάτων—όπως μια έντονη χρωματική επιλογή—για την ώθηση των χρηστών στο κουμπί της συγκατάθεσης. Και ενώ το 92% των ιστοσελίδων περιέγραφαν την πολιτική απορρήτου τους, μόλις το 39% ανέφερε τους συγκεκριμένους σκοπούς επεξεργασίας και το 21% τους αποδέκτες των δεδομένων. Τέλος, στο συντριπτικό ποσοστό του 86% των ιστοσελίδων, η συναίνεση είχε αποκλειστικά τη μορφή ενός κουμπίου επιβεβαίωσης.

Όπως επισημαίνεται, αυτές οι μορφές συναίνεσης εμφανίζονται ως χειριστικές, αποκλείουν την πραγματική άσκηση του δικαιώματος άρνησης και αποπροσανατολίζουν τους χρήστες από την προσασία της ιδιωτικότητάς τους²⁶.

²⁶ Βλ. χαρακτηριστικά στην έρευνα: "... if consent to drop cookies was being collected in a way that's compliant with the EU's existing privacy laws only a tiny fraction of consumers would agree to be tracked"

Επίλογος

Παρά τα προβλήματα και τις παραβάσεις που λαμβάνουν χώρα στην πράξη, το άρθρο αυτό τείνει στο να καταδείξει ότι η σωστή χρήση των cookies, αφενός από τους υπευθύνους επεξεργασίας των προσωπικών δεδομένων, και, αφετέρου από τους φορείς αυτών, αποτελεί την λύση στο πρόβλημα και όχι το πρόβλημα στην λύση. Τα οφέλη της τεχνολογίας αυτής είναι εκείνα που καθιστούν, άλλωστε, τον διαδικτυακό χώρο τόσο εύχρηστο σήμερα, παρέχοντάς του δυνατότητες και λειτουργίες που θεωρούμε αυτονόητες στην καθημερινότητά μας. Όπως και σε κάθε άλλη έννομη σχέση, η αποτελεσματικότητα της νομοθετικής πρόβλεψης των cookies εντός του εύρους του ευρωπαϊκού χώρου, εναπόκειται στην κρίση και τη βούληση των κοινωνιών του δικαίου. Από τον βαθμό εσωτερίκευσης του εκάστοτε εφαρμοζόμενου κανονιστικού πλαισίου θα εξαρτηθεί αν η κοινωνία του «αύριο» θα είναι μία κοινωνία που θα λαμβάνει ωφέλειες από την τεχνολογία ή μία κοινωνία που θα αφήνει τα όπλα της αναξιοποίητα.

Η αιτιώδης συνάφεια στα εγκλήματα ιατρικής αμέλειας και συγκλίνουσα αμέλεια περισσότερων ιατρών

Μαυροματάκης Ιωάννης

4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Η άσκηση του ιατρικού λειτουργήματος και τα κυριότερα καθήκοντα επιμελείας του ιατρού, καθορίζονται από τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν.3418/2005). Σε αυτόν συστηματοποιούνται οι βασικές αρχές ασκήσεως του ιατρικού λειτουργήματος. Οι πιο σημαντικές αφορούν την προστασία της υγείας του ασθενούς (9 ΚΙΔ), το σεβασμό της προσωπικότητας και της αξιοπρέπειάς του, την καλλιέργεια αμοιβαίου κλίματος εμπιστοσύνης μεταξύ αυτού και του ιατρού (8 ΚΙΔ), αλλά και την υποχρέωση πλήρους ενημέρωσής του (11 ΚΙΔ) και λήψης της συναίνεσής του πριν από κάθε ιατρική πράξη (12 ΚΙΔ)¹.

Η νομοθεσία μας είναι ιδιαίτερα «απαιτητική» ως προς την άσκηση του ιατρικού λειτουργήματος, αφού, ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας (ΚΙΔ - Ν.3418/2005) αξιώνει από τον γιατρό να μην διαπράξει ιατρικό σφάλμα, είτε με τη μορφή της διαγνωστικής αστοχίας (εκτίμηση των δεδομένων του ασθενούς), είτε με τη μορφή της θεραπευτικής αστοχίας (επιλογή ή εφαρμογή της θεραπευτικής μεθόδου), να ασκήσει την ιατρική LEGE ARTIS, δηλαδή με βάση τους «γενικά παραδεκτούς (2 παρ.3, 10 παρ.1 ΚΙΔ) και ισχύοντες (2 παρ.3) κανόνες της ιατρικής επιστήμης, με κανόνες και μεθόδους (3 παρ.3) όπως αυτοί διαμορφώνονται με βάση τα αποτελέσματα της εφαρμοσμένης σύγχρονης επιστημονικής

έρευνας (3 παρ.3), με τους κανόνες της τεκμηριωμένης και βασισμένης σε ενδείξεις ιατρικής επιστήμης (3 παρ.2γ), με βάση δε την πείρα και τις δεξιότητες που απέκτησε (3 παρ.2β) να συμμορφώνεται με ορισμένο «πρότυπο επιμέλειας», το οποίο ανταποκρίνεται στο μέσο συνετό γιατρό της ειδικότητάς του»².

Στο χώρο της ιατρικής ευθύνης κατά βάση τα εγκλήματα που συντελούνται είναι από αμέλεια. Κατά τη διατύπωση της διατάξεως του 28 ΠΚ, η αμέλεια διακρίνεται σε δύο είδη, σε ενσυνείδητη και ασυνείδητη, ανάλογα με το αν ο δράστης προέβλεψε ως πιθανό το αποτέλεσμα της πράξης του, πίστεψε όμως ότι θα το αποφύγει (ενσυνείδητη αμέλεια) ή αν δεν το προέβλεψε καν (ασυνείδητη αμέλεια). Η ενσυνείδητη αμέλεια, ως βαρύτερη μορφή αμέλειας, προσεγγίζει τον ενδεχόμενο δόλο, αφού και στις δύο αυτές μορφές υπαιτιότητας υπάρχει ένα κοινό γνωσιακό στοιχείο, που αφορά την πιθανολόγηση επέλευσης του αποτελέσματος. Ωστόσο, η βασική διαφορά μεταξύ τους έγκειται στο βουλητικό πεδίο, καθότι ο δράστης με ενδεχόμενο δόλο αποδέχεται το αποτέλεσμα που πιθανολογεί ότι θα επέλθει με την πράξη του, ενώ αντίθετα ο δράστης που δρα με ενσυνείδητη αμέλεια, πιστεύει (έστω και πεπλανημένα) ότι θα το αποφύγει³. Από την άλλη μεριά, στην άνευ συνειδήσεως αμέλεια, ο δράστης δεν προβλέπει καν την πιθανότητα επέλευσης του αποτελέσματος, αν και με την καταβολή της απαιτούμενης προσοχής ήταν ικανός προς τούτο. Κατά αυτήν την έννοια «η ασυνείδητη

¹ Βλ. σχετικά «<https://pergamos.lib.uoa.gr/uoal/default/file/lib/default/data/2863403/theFile>», Διπλωματική εργασία της Βασιλικής Χρ. Παπαδοπούλου «Η συγκλίνουσα αμέλεια περισσότερων ιατρών σε περιπτώσεις ιατροχειρουργικών επεμβάσεων» 2018.

² Όπως ακριβώς: Δ.Ψαρούλη/Π.Βούλτσου, Ιατρικό Δίκαιο-Στοιχεία Βιοηθικής, 2010, σελ 24, 232-233

³ Βλ. Χαραλαμπίκη Α., Ιατρική Ευθύνη, Νομικές και Δεοντολογικές Παράμετροι, έκδ. 2016, σελ 246.

αμέλεια αποτελεί τη λιγότερο συνειδητή μορφή υπαιτιότητας και αποτελεί το όριο μεταξύ υπαιτιότητας και παντελώς τυχαίου γεγονότος (*casus*)»⁴.

Γενικά, οι νόμιμοι λόγοι ευθύνης ενός γιατρού είναι αφενός το ιατρικό σφάλμα και αφετέρου η παραβίαση της υποχρέωσης σχετικά με τη λήψη ενημερωμένης συναίνεσης από τον ασθενή. Εφόσον ο γιατρός κάνει κάτι από αυτά, τότε διαπράττει μία εξωτερικά αμελή συμπεριφορά, της οποίας οι όροι κινδύνου που έθεσε εφόσον οδηγήσουν αυτοδύναμα στην βλάβη υγείας-σωματικής ακεραιότητας του ασθενούς, τότε θα υπάρχει και αιτιώδης συνάφεια με το αποτέλεσμα.

Η έννοια της εξωτερικής αμέλειας

Προτού προβούμε στην έρευνα της αμέλειας κατά το 28 ΠΚ (εσωτερική αμέλεια), για τη στοιχειοθέτηση της ποινικής ευθύνης του γιατρού θα πρέπει να εξετάσουμε εάν ο γιατρός διαπράττει μία εξωτερικά αμελή συμπεριφορά ούτως ώστε να διαπιστωθεί εάν πληρούται η αντικειμενική υπόσταση του εκάστοτε εγκλήματος αμέλειας. Αξιοσημείωτο είναι ότι ο όρος της εξωτερικής αμέλειας αποτελεί κατασκευή της θεωρίας, ενώ η νομολογία του Αρείου Πάγου δεν διατυπώνει την ορολογία «εξωτερική αμέλεια» και μάλιστα εξακολουθεί να προσδιορίζει την αμέλεια ως μία εσωτερική-ενδιάθετη κατάσταση⁵ σε αντίθεση με τα δικαστήρια της ουσίας που φαίνεται να ακολουθούν την άποψη της θεωρίας⁶.

Γενικότερα, η εξωτερική αμέλεια ως όρος αφορά μία εσφαλμένη συμπεριφορά του ατόμου που υλοποιείται στον εξωτερικό κόσμο. Αναλυτικότερα, μέρος της θεωρίας υποστηρίζει ότι έχουμε εξωτερικά αμελή πράξη που συνδέει με αντικειμενικό αιτιώδη σύνδεσμο την πράξη με το επελθόν αποτέλεσμα όταν η ίδια η πράξη ή παράλειψη του δράστη είναι καθαυτή επικίνδυνη και θέτει κάτω από συγκεκριμένες κάθε φορά περιστάσεις εμπειρικούς όρους κινδύνου για το έννομο αγαθό και μπορεί έτσι να οδηγήσει αυτοδύναμα στη βλάβη του.⁷ Ει-

δικότερα, η εξωτερική αμέλεια πρέπει να είναι μία πράξη που όχι απλώς εμφανίζεται στον αντικειμενικό παρατηρητή *ex ante* επικίνδυνη (δηλαδή τη στιγμή που γίνεται), αλλά μία πράξη που, όπως αποδεικνύεται ιδίως *ex post* από τον δικαστή, θέτει πραγματικούς εμπειρικούς όρους κινδύνου θεμελιώνοντας τουλάχιστον μία λειτουργούσα πηγή εκπομπής κινδύνου για το έννομο αγαθό, η οποία (στα πλαίσια της αιτιώδους διαδρομής) οδηγεί τελικά στην προσβολή του⁸.

Αιτιώδης σύνδεσμος - Αυτοδύναμη πρόκληση αποτελέσματος

Αντικειμενικό αιτιώδη σύνδεσμο ανάμεσα σε μία πράξη και ένα αποτέλεσμα έχουμε και στην περίπτωση που κάποιος έδρασε με εξωτερική αμέλεια. Το ερώτημα όμως είναι το πότε η ίδια η εξωτερικά αμελής πράξη του δράστη βρίσκεται σε αντικειμενικό αιτιώδη σύνδεσμο με το αποτέλεσμα. Βασικό κριτήριο για να διαπιστωθεί το ποιος ευθύνεται για το αποτέλεσμα που επήλθε υποστηρίζεται από μέρος της θεωρίας (Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι) ότι είναι το κριτήριο της αυτοδυναμίας⁹. Χαρακτηριστικό είναι ότι ακόμα και η νομολογία του Αρείου Πάγου που γενικά υιοθετεί τη θεωρία του ισοδυναμίου των όρων, στην απόφαση ΑΠ 433/2001 ενώ εμμένει σε αυτή τη θεωρία, βάζει την επιπρόσθετη προϋπόθεση το να επέρχεται το αποτέλεσμα αυτοδύναμα από την πράξη του δράστη.

Σύμφωνα με το παραπάνω κριτήριο, η πράξη που έφερε το αποτέλεσμα είναι όχι μόνο εκείνη που θέτει τους εμπειρικούς όρους κινδύνου στην αιτιώδη διαδρομή προς την προσβολή του εννόμου αγαθού, αλλά και που μπορεί να οδηγήσει αυτοδύναμα στο συγκεκριμένο αποτέλεσμα που περιγράφεται στο νόμο και τελικά επέρχεται¹⁰. Τα τρία στοιχεία που είναι αναγκαία για τη διαπίστωση της

αμέλειας και αντικειμενικός αιτιώδης σύνδεσμος, ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΗ 1998, σελ.607-608, Μ.Καϊάφα-Γκμπάντι Εμβάθυνση στην Ποινική Νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009 σελ.84 επ.

⁸ Μ.Καϊάφα-Γκμπάντι Εμβάθυνση στην Ποινική Νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009 σελ 79.

⁹ Βλ. σχετικά Μ.Καϊάφα-Γκμπάντι «Εξωτερική και εσωτερική αμέλεια στο ποινικό δίκαιο» εκδόσεις Σάκκουλα Θεσσαλονίκη 1994, σελ. 90

¹⁰ Μ.Καϊάφα-Γκμπάντι, όπως προηγουμένως, σελ. 90.

⁴ Όπως ακριβώς, Χαράλαμπακη Α., Ιατρική Ευθύνη, Νομικές και Δεοντολογικές Παράμετροι, έκδ. 2016, σελ 247.

⁵ Βλ ενδεικτικά: ΑΠ 159/2016 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 473/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ και ΑΠ 591/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

⁶ Εφ Πατρών 214/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Εφ Θεσσαλονίκης 3429/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

⁷ Βλ. σχετικά Μ.Καϊάφα-Γκμπάντι, Εξωτερική

ύπαρξης αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ μιας εξωτερικά αμελούς πράξης και του αποτελέσματος είναι τα εξής : α) να τίθενται από τον εξωτερικά αμελή δρώντα (γιατρό) οι όροι κινδύνου στην αιτιώδη διαδρομή δημιουργώντας τουλάχιστον μία λειτουργική πηγή εκπομπής κινδύνου για το έννομο αγαθό (σωματική ακεραιότητα και υγεία ασθενούς) β) το κριτήριο της αυτοδυναμίας, δηλαδή το αποτέλεσμα να μπορεί να επέλθει αυτοδύναμα από τους όρους κινδύνου που έθεσε ο συγκεκριμένος γιατρός, και γ) πρέπει οι όροι κινδύνου πράγματι να αποδεικνύεται ότι ήταν εκείνοι που οδήγησαν αυτοδύναμα στο συγκεκριμένο αποτέλεσμα.

Συλλογική δραστηριότητα ιατρικών πράξεων

Το χειρουργείο αποτελεί τον κατεξοχήν χώρο της ιατρικής όπου συναντώνται και τέμνονται οι δράσεις περισσότερων προσώπων. Στο πλαίσιο αυτού του τομέα υψηλού βαθμού συνεργατικής δράσης, πολύ σημαντικό ρόλο για την εύρυθμη λειτουργία του διαδραματίζουν τα πεδία αρμοδιότητας. Η κατανομή των αρμοδιοτήτων διακρίνεται σε κάθετη και οριζόντια, ανάλογα με το αν τα πρόσωπα που συνεργάζονται τελούν το ένα υπό τις οδηγίες του άλλου ή όχι.

Κατά τη διερεύνηση περιστατικών συντρήχουσας αμέλειας, εκείνο που πρέπει να εξετάζεται πρώτα από όλα είναι το κατά πόσον πληρούται η αντικειμενική υπόσταση των εγκλημάτων της ανθρωποκτονίας (302 ΠΚ) και της σωματικής βλάβης (314 ΠΚ) από αμέλεια για καθένα από τα συνεργαζόμενα πρόσωπα. Η αναφορά των παραπάνω εγκλημάτων δεν είναι τυχαία, αλλά δείχνει ότι στην πράξη μία υπόθεση ιατρικού δικαίου θα σχετίζεται κυρίως με κάποιο από αυτά τα εγκλήματα.

Οριζόντια κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ ειδικών γιατρών

Για να γίνει μία εγχείριση παίρνουν μέρος αρκετοί γιατροί διαφόρων ειδικοτήτων, οι οποίοι συνεργάζονται για έναν κοινό σκοπό. Παλιότερα γινόταν δεκτό ότι την ευθύνη για οποιαδήποτε βλάβη παρουσιαζόταν στο πλαίσιο μιας επέμβασης την είχε ο επικεφαλής χειρουργός, ο οποίος είχε την εποπτεία όλου του χειρουργείου και μάλιστα μπορούσε να επιλέξει τους συνεργάτες του, συμπεριλαμβανομένου και του αναισθησιολόγου. Στη συνέχεια η άποψη αυτή εγκαταλείφθηκε και αντικαταστάθηκε από την ευθύνη ανά τομέα ειδικότητας, η οποία λειτουργεί στη βάση της αρχής της εμπιστοσύνης.

Η αρχή αυτή «αποκλείει την πλημμέλεια της συμπεριφοράς, δηλαδή την αντικειμενική παράβαση του καθήκοντος επιμέλειας και μέσω αυτού, την αντικειμενική υπόσταση του εξ αμελείας εγκλήματος. Όποιος κινείται εντός των ορίων εμπιστοσύνης συμπεριφέρεται επιμελώς. Ο επιμελής χειρουργός που ενεργεί *lege artis* δικαιούται να έχει την εμπιστοσύνη ότι ο αναισθησιολόγος έχει διασωληνώσει ορθά τον ασθενή και παρακολουθεί όπως πρέπει την αναισθησία και δεν υποχρεούται να ελέγξει την ορθότητα των χειρισμών του αναισθησιολόγου, εκτός εάν έχει σαφείς ενδείξεις εσφαλμένης συμπεριφοράς»¹¹. Εάν για παράδειγμα ο γιατρός βλέπει ότι ο αναισθησιολόγος ήταν υπό την επήρεια αλκοόλ πριν το χειρουργείο, πρέπει να τον αντικαταστήσει ή να αναβάλλει την επέμβαση, διαφορετικά δεν αποκλείεται η ευθύνη του.

Κάθετη κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ ειδικών και ειδικευόμενων γιατρών

Οι ειδικευόμενοι εποπτεύονται από τους ειδικούς, χωρίς να επιτρέπεται σε αυτούς η αυτοδύναμη διεξαγωγή ιατρικών πράξεων, και ειδικά ολόκληρων χειρουργικών επεμβάσεων. Κατ' εξαίρεση οι επεμβάσεις που θεωρούνται στοιχειώδεις για κάποιον με πτυχίο ιατρικής (π.χ. αιμοληψία, χορήγηση μιας απλής θεραπευτικής αγωγής κ.λπ.), καθώς και εκείνες που επιτρέπει το στάδιο της εκπαίδευσής τους μπορούν να υλοποιηθούν και από ειδικευόμενους. Για τις ιατρικές πράξεις που διεξάγουν μόνοι τους φέρουν την αποκλειστική ευθύνη οι ίδιοι, στις περιπτώσεις που οι πράξεις αυτές υπάγονται στις ανωτέρω εξαιρέσεις, ή όταν αναλαμβάνουν ένα εγχείρημα ενάντια στις υποδείξεις και τις οδηγίες του υπεύθυνου ειδικού, ύστερα από υπερτίμηση των δυνατοτήτων τους ή κακή εκτίμηση της κατάστασης¹².

Γίνεται δεκτό ότι οι ειδικευόμενοι έχουν δικαίωμα να αρνούνται ιατρικές πράξεις όταν κρίνουν ότι δεν είναι ικανοί επιστημονικά-πνευματικά, σωματικά ή ψυχολογικά να τις φέρουν εις πέρας¹³. Επίσης έχουν υποχρέωση να εναντιώνονται στο να κάνουν πράξεις που τους προτείνονται από τους ειδικούς, ενώ κρίνουν ότι δεν είναι σωστές για τη συγκεκρι-

¹¹ Όπως ακριβώς: ΠλημΑθ 13873/2009, ΝοΒ 2009, σ. 1466

¹² Τοπάλης Σ. «Η ποινική ευθύνη του ειδικευόμενου ιατρού για σωματική βλάβη ή ανθρωποκτονία από αμέλεια», ό.π., σελ. 1256.

¹³ Τοπάλης Σ, ό.π., σελ. 1256.

μένη περίπτωση¹⁴. Αντίστοιχα, δεν τους επιτρέπεται να προβαίνουν αυτόνομα στη διενέργεια της κατά τη γνώμη τους ορθής πράξης, γιατί την ευθύνη τη φέρει πάντα ο ειδικός θεράπων ιατρός. Βασική υποχρέωση των ειδικευόμενων είναι να ειδοποιούν τον ειδικό για την ανάγκη συνδρομής του σε ένα περιστατικό¹⁵.

Ο ειδικός γιατρός οφείλει πάντοτε να εποπτεύει τον ειδικευόμενο και αν δεν το πράξει, ευθύνεται και αυτός για το βλαπτικό αποτέλεσμα που τυχόν θα επέλθει. Στις περιπτώσεις που η δράση ειδικού και ειδικευόμενου συμπίπτει στην αντιμετώπιση ενός περιστατικού, κρίσιμο ρόλο παίζει το κατά πόσον οι δυο τους λειτουργούν ισοδύναμα σύμφωνα με τη θεσμικά διατεταγμένη ροή των πραγμάτων, δηλαδή κατά πόσο η δράση τους στην ιατρική πράξη είναι ίδιας σημασίας με βάση τις υποχρεώσεις τους που πηγάζουν από τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας. Εξετάζεται δηλαδή σε αντικειμενικό επίπεδο εάν ειδικός και ειδικευόμενος συνδιαμορφώνουν πράγματι τη βλαπτική πράξη, ανεξάρτητα από το εάν λειτουργούν ταυτόχρονα ή διαδοχικά (όπου στη δεύτερη περίπτωση αναλαμβάνει ο ειδικός γιατρός μετά από κάποιες ενέργειες του ειδικευόμενου)¹⁶. Εφόσον λοιπόν θεσμικά έπρεπε να συμπράξουν αυτά τα δύο πρόσωπα, τότε εξετάζουμε την αιτιώδη συνάφεια για να καταλήξουμε στο τίνος η πράξη ή παράλειψη οδήγησε στο επεληθόν αποτέλεσμα και μάλιστα σε τι ποσοστό.

Διακοπή του αιτιώδους συνδέσμου.

Το βασικό που πρέπει να εξετάσουμε είναι η πράξη που έκανε ο κάθε γιατρός (σε σχέση με άλλους γιατρούς στην οριζόντια κατανομή αρμοδιοτήτων ή σε σχέση με τον ειδικευόμενο στα πλαίσια της κάθετης κατανομής αρμοδιοτήτων) και το τι προκαλεί η ίδια η πράξη αυτοτελώς. Η κάθε εξωτερικά αμελής συμπεριφορά του γιατρού θέτει όρους κινδύνου στην αιτιώδη διαδρομή προς το αποτέλεσμα και εφόσον το αποτέλεσμα μπορεί να

επέλθει αυτοδύναμα τότε υπάρχει και αιτιακή σχέση μεταξύ τους (όπως έχει αναλυθεί παραπάνω).

Διαδοχικές πράξεις

Όμως, αν έχουμε δύο εξωτερικά αμελείς συμπεριφορές και μεταξύ της πρώτης παρεμβληθεί και πράξη τρίτου, εφόσον η δεύτερη (η πράξη του τρίτου) από μόνη της είναι ικανή να οδηγήσει αυτοδύναμα στο αποτέλεσμα τότε διακόπτεται ο αιτιώδης σύνδεσμος με τον πρώτο γιατρό (άρα δεν υπάρχει καν αιτιότητα) ενώ ο δεύτερος γιατρός χρεώνεται το αποτέλεσμα, καθώς εάν δεν δρούσε αμελώς θα σωζόταν ο ασθενής παρά το σφάλμα του πρώτου γιατρού. Αυτό ισχύει κυρίως στις επανορθωτικές πράξεις και εφόσον ο δεύτερος γιατρός κάνει ένα άλλο ιατρικό σφάλμα.

Κοινή πράξη περισσοτέρων

Συνήθως συναντάται η περίπτωση που έχουμε κοινή πράξη και των δύο γιατρών. Τότε θα χρεωθούν και οι δύο το αποτέλεσμα εφόσον ο πρώτος έθεσε όρους κινδύνου στην αιτιακή διαδρομή για το αποτέλεσμα και ο δεύτερος παρέλειψε να αποτρέψει αυτό το αποτέλεσμα ενώ έπρεπε και μπορούσε να το αποτρέψει. Για την ευθύνη του δεύτερου-παραλείποντος γιατρού εξετάζουμε τη θέση που έχει στα πλαίσια της συλλογικής πράξης (χειρουργείου εν προκειμένω). Για παράδειγμα, άλλα καθήκοντα και απαιτήσεις υπάρχουν για τον ειδικευόμενο γιατρό ή τον νοσηλευτή και άλλα για τον ειδικό γιατρό ή τον επιβλέποντα του χειρουργείου. Το κρίσιμο εδώ είναι ότι το αποτέλεσμα συνδέεται αιτιακά με τον όρο κινδύνου που έθεσε ο πρώτος γιατρός, ενώ ο δεύτερος-παραλείπων δεν δημιούργησε άλλο όρο κινδύνου στην αιτιώδη διαδρομή, αλλά συνέβαλλε στην συντήρηση του πρώτου όρου¹⁷.

Αξίζει σε αυτό το σημείο να γίνει αναφορά σε παράδειγμα από τη νομολογία του Ανώτατου Ακυρωτικού δικαστηρίου, όπου στην υπόθεση ΑΠ 1800/2016 καταδικάστηκαν αμφότεροι ο χειρουργός ουρολόγος και ο αναισθησιολόγος για το έγκλημα της ανθρωποκτονίας από αμέλεια κατά παραουργία λόγω συντρέχουσας αμέλειας στο πρόσωπό τους για σειρά παραλείψεών τους, τόσο στο προεγχειρητικό, όσο και στο εγχειρητικό και μετεγχειρητικό στάδιο. Αναλυτικότερα, ο ασθενής

¹⁴ Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Ποινική ιατρική ευθύνη από αμέλεια σε πεδία κατανομής αρμοδιοτήτων, ό.π., σ. 71.

¹⁵ ΑΠ 669/2011, ΑΠ 1308/2011

¹⁶ ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ, Μαρίνα Δημοπούλου, ΠΟΙΝΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΣΤΗΝ ΑΣΚΗΣΗ ΤΗΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΗΣ, ΒΙΟΗΘΙΚΕΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΕΣ ΟΦΕΙΣ ΤΟΥ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΣΦΑΛΜΑΤΟΣ, Θεσσαλονίκη Οκτώβριος 2016, σελ 178.

¹⁷ Βλ. Μυλωνόπουλου Χ., Γενικό Μέρος Ι. εκδ. 2007, σ.183 επ.

προσήλθε αργά το βράδυ στο Γενικό Νοσοκομείο Κέρκυρας, παραπονούμενος για έντονο πόνο στο όσχεο και την κοιλιακή χώρα. Εξετάστηκε από τον ειδικευόμενο ιατρό, ο οποίος στη συνέχεια ενημέρωσε τον ειδικό δια τηλεφώνου. Ο τελευταίος που απουσίαζε από το νοσοκομείο εκείνη την ώρα έδωσε οδηγίες στον ειδικευόμενο προκειμένου να ακολουθήσει το πρωτόκολλο εισαγωγής διενεργώντας κάποιες εξετάσεις και προσήλθε μετά από πολύωρη καθυστέρηση. Τελικά, ο ασθενής υπεβλήθη εν τέλει στην προτεινόμενη χειρουργική επέμβαση, στην οποία συμμετείχε και ειδικός αναισθησιολόγος.

Ωστόσο, στην πραγματικότητα, όπως εκ των υστέρων αποδείχθηκε, ο ασθενής ήδη από την άφιξή του στο νοσοκομείο είχε υποστεί οξύ έμφραγμα του μυοκαρδίου, το οποίο παρότι όφειλαν και μπορούσαν και οι δύο ως άνω ιατροί να διαγνώσουν από το καρδιογράφημα, από αμέλειά τους δεν το έπραξαν και προχώρησαν στην επέμβαση επιβαρύνοντας δραματικά την υγεία του ασθενούς. Έτι περαιτέρω, μετεγχειρητικά, όταν ο παθών εξεδήλωσε εντόνως ανησυχητικά συμπτώματα, αυτά επίσης δεν διαγνώστηκαν και δεν αντιμετωπίστηκαν έγκαιρα από τους δύο θεράποντες ιατρούς, αφού ο μεν χειρουργός-ουρολόγος έφυγε από το νοσοκομείο αμέσως μετά τη διενέργεια της επέμβασης, αδιαφορώντας για τη μετεγχειρητική πορεία του ασθενούς, ο δε αναισθησιολόγος, που ήταν στο νοσοκομείο, αφενός εξέτασε καθυστερημένα τον παθόντα καθότι ήταν απασχολημένος σε άλλο χειρουργείο, αφετέρου, ακόμα και όταν τον εξέτασε, έκρινε λανθασμένα ότι τα συμπτώματα δεν ήταν ανησυχητικά και σταδιακά θα υποχωρούσαν. Η παραπάνω εσφαλμένη διάγνωση σε συνδυασμό με την παραμέληση του ασθενούς στο μετεγχειρητικό στάδιο οδήγησε τελικά τον ασθενή σε μη αναστρέψιμη κατάσταση και τελικά απεβίωσε πριν την τέλεση οποιασδήποτε επανορθωτικής πράξης.

Χρησιμότητα κριτηρίου αυτοδυναμίας

Παρατηρούμε ότι για την έρευνα της διακοπής του αιτιώδους συνδέσμου αξιοποιήσαμε πάλι το κριτήριο της αυτοδυναμίας. Αυτό το κριτήριο είναι ένα βασικό στοιχείο που συνδέεται με τη θεωρία της φυσικής ενότητας της πράξης καθώς εκλαμβάνει το έγκλημα σαν ένα ενιαίο φυσικό γεγονός εξετάζοντας την κάθε πράξη σε συνάρτηση με το τι προκαλεί η ίδια αυτοτελώς, δηλαδή το ποιο είναι το άμεσο αποτέλεσμα που προκαλείται αυτοδύνα-

μα από την πράξη¹⁸. Το θετικό αυτού του κριτηρίου είναι ότι για να βρω την αντικειμενική αιτιότητα ανάμεσα σε μία πράξη και ένα αποτέλεσμα, ελέγχω εάν η ενέργεια ή παράλειψη είναι αιτιακή προς το συγκεκριμένο αποτέλεσμα. Ξεκινάμε δηλαδή την έρευνα από την πράξη και φτάνουμε στο αποτέλεσμα και όχι το αντίστροφο, όπως συμβαίνει λόγω χάρη με τη θεωρία του ισοδυνάμου των όρων η οποία ακολουθείται έντονα από τη νομολογία μας¹⁹.

Η θεωρία του ισοδυνάμου των όρων ξεκινάει από το αποτέλεσμα και κρίνει ποιои όροι εάν έλειπαν δεν θα το προκαλούσαν με τον ίδιο τρόπο. Αναλυτικότερα, «*όρος (αίτιο) ενός αποτελέσματος είναι κάθε περιστατικό που δεν μπορούμε να υποθέσουμε ελλείπον, χωρίς να συναπολείπεται κατ' ανάγκη το συγκεκριμένο αποτέλεσμα*»²⁰. Έτσι όμως «*δεν διαπιστώνονται υπαρκτές ενιαίες πράξεις, αλλά κατασκευάζονται πράξεις*», καθώς δεν αρχίζει η έρευνα από την πράξη αλλά από το αποτέλεσμα και από αυτό φτάνουμε στην πράξη²¹. Δεν είναι όμως δεδομένο ότι αυτή η πράξη είναι εκείνη που οδήγησε στην πραγματικότητα στο συγκεκριμένο αποτέλεσμα. Άρα, από μόνο του αυτό το κριτήριο δεν μας αρκεί και χρειάζεται το δικαστήριο να δημιουργήσει και άλλες κατασκευές (προσθέτοντας το κριτήριο της αμεσότητας και της αυτοδυναμής πρόκλησης του αποτελέσματος) προκειμένου να περιορίσει τον κύκλο προσώπων που μπορούν να συνδέονται αιτιακά με το συγκεκριμένο αποτέλεσμα²². Αυτό έγινε και στην απόφαση ΑΠ 433/2001

¹⁸ Βλ. σχετικά *Μανωλεδάκης Ιωάννης* Ποινικό Δίκαιο-Επιτομή Γενικού μέρους άρθρα ΠΚ 1-49 ζ' έκδοση Σάκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005 σελ. 201,203.

¹⁹ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 782/2015, ΑΠ 230/2015, ΑΠ 675/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²⁰ Όπως ακριβώς: *Μυλωνόπουλου Χ.*, Γενικό Μέρος Ι, έκδ. 2007, σελ 178 επ.

²¹ Βλ. σχετικά *Μανωλεδάκης Ιωάννης* Ποινικό Δίκαιο-Επιτομή Γενικού μέρους άρθρα ΠΚ 1-49 ζ' έκδοση Σάκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005 σελ. 200-201.

²² Βλ. *Αλαπάντα Α.*, Ο αιτιώδης σύνδεσμος στην ποινική ιατρική ευθύνη, Ζητήματα εφαρμογής των θεωριών του ισοδυνάμου των όρων και του αντικειμενικού καταλογισμού, *ΕλλΔικ* 2017, τ. 4, σ. 1011 επ. και *Βαθιώτη Κ.*, Κατανομή ποινικής ευθύνης επί αμελών παραλείψεων πλειόνων ειδικών και ειδικευόμενων ιατρών έκδ. 2016, σελ. 490 επ.

όπως επισημάνθηκε στην αρχή.

Ωστόσο, δεν μπορούμε να μην αναγνωρίσουμε ότι η θεωρία του ισοδυνάμου των όρων βοηθά τους δικαστές ως προς την ποινική καταστολή καθώς τους δίνει τη δυνατότητα να εξετάσουν όλες τις περιπτώσεις σε μία υπόθεση. Ωστόσο, το ποινικό δίκαιο πρέπει να εξετάζει αυτοτελώς την πράξη, να την κρίνει με βάση το τι προκαλεί και στη συνέχεια εφόσον συνδέεται αυτοδύναμα με το αποτέλεσμα, αυτό να καταλογίζεται στον υπαίτιο. Μάλιστα, οι πράξεις που προκάλεσαν το αποτέλεσμα είναι ενιαίες φυσικές πράξεις και όχι αιτιοκρατικές κατασκευές²³.

Διαφωνία γιατρών και νομικών για την αξιολόγηση της ιατρικής ευθύνης

Η σύνδεση της ευθύνης των γιατρών με το ποινικό δίκαιο συνιστά ένα γεγονός το οποίο ξενίζει τον ιατρικό κόσμο, καθώς οι γιατροί κάθε άλλο παρά μπορούν να χαρακτηριστούν ως «εγκληματίες». Εκείνοι ασκούν το ιατρικό λειτούργημα με όλες τους τις δυνάμεις και από εκεί και πέρα το αποτέλεσμα δεν μπορεί κανείς να το εγγυηθεί. Επίσης, οι γιατροί δεν εμπιστεύονται τους δικαστές στην κρίση τους για την ευθύνη των γιατρών καθώς η κρίση για το εάν ευθύνονται ή όχι είναι ιατρική κρίση και όχι νομική, καθώς οι δικαστές δεν έχουν επαρκή γνώση για να κάνουν σωστό καταμερισμό ευθυνών ειδικά στις περιπτώσεις χειρουργείων που αποτελούν συλλογικές πράξεις²⁴.

Απέναντι σε αυτήν την κριτική υπάρχουν ισχυρά επιχειρήματα που στηρίζουν τη στοιχειοθέτηση ιατρικής ευθύνης, και μάλιστα της ποινικής. Καταρχήν, κανείς δεν χαρακτήρισε τους γιατρούς ως εγκληματίες. Ωστόσο, όπως και κάθε άνθρωπος, έτσι και αυτοί μπορούν να υποπέσουν σε κάποιο έγκλημα εξ' αμελείας στα πλαίσια της εργασίας τους. Το γεγονός ότι η ιατρική πράξη είναι ενοχή μέσων και όχι ενοχή αποτελέσματος σημαίνει ότι ο γιατρός δεν ευθύνεται κάθε φορά που κάτι δεν πήγε καλά με την ιατρική πράξη, αλλά μόνο στην περίπτωση που ο ίδιος δεν έκανε σωστά τη δουλειά του μη ακολουθώντας τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και τα ιατρικά πρότυπα επιμέλειας,

ή επειδή διακινδύνευσε αδικαιολόγητα την υγεία του ασθενούς κάνοντας μία λανθασμένη στάθμιση κόστους-οφέλους για την θεραπεία του²⁵. Όλα αυτά συνηγορούν υπέρ της άποψης ότι η σύμβαση ιατρικής αγωγής αντιμετωπίζεται ως σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών.

Επιπρόσθετα, η άποψη ότι η ιατρική ευθύνη δεν μπορεί να ερευνηθεί από τους δικαστές με νομικά κριτήρια, αλλά μόνο με ιατρικά από γιατρούς προσκρούει στη θεμελιώδη αρχή της έννομης τάξης μας ότι οι διαφορές ιδιωτικού δικαίου επιλύονται από τα δικαστήρια κατά το άρθρο 94 παρ. 2 Συντάγματος. Άλλωστε, οι δυσχέρειες που παρουσιάζουν τέτοιες υποθέσεις, δεν αναιρούν, ούτε περιορίζουν το αξιόποιο, ενώ είναι σε κάθε περίπτωση ευθύνη του εφαρμοστή του νόμου να κρίνει την κάθε ένδικη διαφορά.

Ο δικαστής δεν κάνει ιατρικές κρίσεις, αλλά με βάση τα στοιχεία που συγκεντρώνονται και τις γνώσεις των ειδικών γιατρών πάνω στο εκάστοτε ζήτημα αξιολογεί τη συμπεριφορά του γιατρού ως αμελή ή όχι. Επιπλέον, πάντα υπάρχει η δυνατότητα διεξαγωγής ιατρικής πραγματογνωμοσύνης. Οι δικαστές ναι μεν δεν διαθέτουν τις επαρκείς γνώσεις, ούτε είναι σε θέση να διατυπώσουν ιατρικές κρίσεις, όμως στις ιατρικές υποθέσεις, εχέγγυο της διαδικασίας και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης, αποτελεί αυτή η πραγματογνωμοσύνη, η οποία εφοδιάζει τον δικαστή με τις απαραίτητες τεχνικές ειδικές γνώσεις, προκειμένου να ασκήσει σωστά το έργο του.

²³ Βλ. σχετικά *Μανωλεδάκης Ιωάννης* ό.π. σελ. 200-201.

²⁴ Βλ. σχετικά *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη 2018, σελ 55-56

²⁵ Βλ. σχετικά *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη 2018, σελ 61-64

Η αστική ευθύνη του γιατρού για ιατρικό σφάλμα και η ασφάλιση της επαγγελματικής ευθύνης του

Κονταξή Κλεονίκη
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Η ιατρική ευθύνη αποτελεί συχνά επακόλουθο της επαγγελματικής δραστηριότητας του γιατρού ο οποίος ενδέχεται κατά την άσκηση της δραστηριότητας του να προξενήσει ζημία στον ασθενή ή σε τρίτα πρόσωπα με πράξη ή παράλειψη του καθώς και να υποπέσει σε παραβάσεις πειθαρχικού και ποινικού χαρακτήρα. Η ιατρική ευθύνη διακρίνεται επομένως σε αστική, πειθαρχική και ποινική με την τελευταία να έχει αναπτυχθεί χρονικά πρωθύστερα από την αστική ευθύνη δημιουργώντας πλούσια νομολογία για το ζήτημα της ιατρικής ευθύνης. Ωστόσο το κέντρο βάρους έχει μετατοπιστεί πλέον στην αστική ευθύνη του γιατρού που συνίσταται, όπως υποστηρίζεται, στην υποχρέωση αποζημίωσης που υπέχει ο γιατρός για τις ζημιές που προκαλεί κατά την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας και οι οποίες επιφέρουν μεγάλο οικονομικό αντίκτυπο, περιλαμβάνοντας όμως συγχρόνως και άλλες δυσμενείς συνέπειες αστικού δικαίου που μπορούν να προκληθούν στα πλαίσια της άσκησης της ιατρικής, συνέπειες που διαφοροποιούνται ανάλογα με το εάν η αστική ευθύνη του γιατρού πηγάζει από σύμβαση ή από αδικοπραξία¹. Αντιθέτως η ποινική διαδικασία εστιάζει στην ποινική καταδίκη του γιατρού και διαθέτει το πλεονέκτημα της απαλλαγής του ασθενούς από το βάρος συλλογής του αποδεικτικού υλικού καθώς και των χαμηλών εξόδων διεξαγωγής της ποινικής δίκης συγκριτικά με την πολιτική δίκη.

Το ιατρικό σφάλμα

Το ιατρικό σφάλμα, που αποτελεί τη συχνότερα εμφανιζόμενη νομική βάση των αγωγών αποζημίωσης που ασκούνται εναντίον των γιατρών, συνίσταται στην παράβαση εκ μέρους του γιατρού του επιβαλλόμενου, βάσει του επαγγέλματος και του αναμενόμενου στη συγκεκριμένη περίπτωση, προτύπου επιμέλειας και ειδικότερα του επαγγελματικού του standard και των κοινώς αναγνωρισμένων κανόνων της ιατρικής επιστήμης και τέχνης (*leges artis*). Το ιατρικό σφάλμα, που δύναται να συναρτάται με θετική ενέργεια ή με παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας, μπορεί να αποτελέσει νόμιμο λόγο γέννησης τόσο ενδοσυμβατικής όσο και αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού. Νομοθετικό θεμέλιο του προτύπου επιμέλειας συνιστά το άρθρο 3 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Κ.Ι.Δ.) μετά την κατάργηση με το άρθρο 341 του ν.4512/2018 του άρθρου 24 ΑΝ 1565/1939, που είχε διατηρηθεί σε ισχύ μετά τον ΚΙΔ και το οποίο επικαλούνταν με μεγάλη συχνότητα τα ελληνικά δικαστήρια².

Ενδοσυμβατική ευθύνη

Στην ιδιωτική περίθαλψη ο γιατρός συνήθως συνάπτει με τον ασθενή μία σύμβαση ιατρικής αγωγής, που δεν ρυθμίζεται ως ειδικός συμβατικός τύπος στον ΑΚ ή σε άλλο ειδικό νομοθέτημα. Πρόκειται για μία σύμβαση ενοχική, αμφοτεροβαρή, στιγμιαία ή διαρκή, άτυπη, που καταρτίζεται ρητά ή σιωπηρά με την επίσκεψη του ασθενούς στο ιατρείο και με τη σχετική ανταπόκριση του γιατρού, συμπεριφορές που εκλαμβάνονται αντίστοιχα ως πρόταση για σύναψη σύμβασης και αποδοχή. Σχετικά με τη διχογνωμία για το εάν πρόκειται για

¹ Γαννακός Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση αστικής ιατρικής ευθύνης», Απρίλιος 2017, σελ. 8, 10 (διαθέσιμη στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/297256>)

² Φουντεδάκη Κατερίνα, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 44, 48, 49

σύμβαση έργου ή σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, ορθότερη φαίνεται η άποψη ότι πρόκειται για σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, αφού ο γιατρός αναλαμβάνει να παρέχει τις υπηρεσίες του τηρώντας τους κανόνες επιμέλειας χωρίς να υποχρεούται στην παραγωγή ενός θετικού αποτελέσματος, στην ίαση δηλαδή του ασθενούς, η οποία επηρεάζεται από διάφορους αστάθμητους παράγοντες όπως η αντίδραση του κάθε οργανισμού στις ιατρικές πράξεις. Από τη σύμβαση ιατρικής αγωγής πηγάζουν υποχρεώσεις και δικαιώματα των μερών. Σε ό τι αφορά τον γιατρό, η κύρια υποχρέωση του συνίσταται στην παροχή ιατρικών υπηρεσιών με την κατάδειξη αυξημένης επιμέλειας, το μέτρο της οποίας κρίνεται με βάση την επιμέλεια που επιτάσσει το επαγγελματικό του πρότυπο επιμέλειας, το επαγγελματικό standard του οικείου κλάδου, που διαμορφώνεται βάσει των σύγχρονων δεδομένων της ιατρικής επιστήμης, των κανόνων της ιατρικής τέχνης, των κανόνων που υπαγορεύονται από την επαγγελματική εμπειρία, των αντικειμενικών περιστάσεων καθώς και του συμφέροντος του ασθενούς³. Άλλες συμβατικές αλλά παρεπόμενες συνήθως υποχρεώσεις του γιατρού που θεμελιώνονται στον Κ.Ι.Δ. αποτελούν μεταξύ άλλων η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς και εξασφάλισης της συναίνεσης του, η υποχρέωση τήρησης ιατρικού απορρήτου και η υποχρέωση αυτοπρόσωπης εκτέλεσης της σύμβασης, υποχρέωση που συνυφάνεται με τον έντονα προσωπικό χαρακτήρα της σύμβασης ιατρικής αγωγής. Σε ό τι αφορά τον ασθενή κύρια συμβατική υποχρέωση του συνιστά η καταβολή της προβλεπόμενης αμοιβής. Ωστόσο σύμβαση ιατρικής αγωγής υφίσταται ακόμη και αν δεν έχει συμφωνηθεί αμοιβή, αφού βάσει του άρθρου 19 του Κ.Ι.Δ. δύναται ο γιατρός, ενόψει του ανθρωπιστικού χαρακτήρα του ιατρικού επαγγέλματος, να παράσχει αφίλοκερδώς τις υπηρεσίες του⁴.

Η τέλεση ιατρικού σφάλματος εκ μέρους του γιατρού, εφόσον υπάρχει σύμβαση ιατρικής αγωγής, αποτελεί πλημμελή εκπλήρωση των συμβα-

τικών του υποχρεώσεων⁵. Καθώς αντικείμενο της συμβατικής παροχής του γιατρού είναι η ενδεδειγμένη διάγνωση και η επιλογή και εκτέλεση της ενδεδειγμένης θεραπείας, ιατρικό σφάλμα είναι λοιπόν κάθε μη ενδεδειγμένη ενέργεια του ιατρού σε όλα τα στάδια του ιατρικού έργου που οδηγεί αιτιωδώς στην βλάβη ή συντήρηση της βλάβης της υγείας του ασθενούς. Όσο ο ιατρός κινείται στην περιοχή του ενδεδειγμένου, ιατρικό σφάλμα δεν υπάρχει⁶. Στοιχειοθετείται λοιπόν ενδοσυμβατική ευθύνη του γιατρού λόγω της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχικής σχέσης και δημιουργείται δευτερογενής υποχρέωση του σε αποζημίωση. Η ενδοσυμβατική ευθύνη του γιατρού συνήθως συρρέει με την αδικοπρακτική ευθύνη, που γεννά πρωτογενή υποχρέωση του γιατρού για αποκατάσταση των ζημιών, υποχρέωση που πηγάζει απευθείας από το νόμο⁷.

Αδικοπρακτική ευθύνη

Για τη θεμελίωση της αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού, πρέπει να συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 914 ΑΚ. Παράνομη συμπεριφορά θεωρείται το ιατρικό σφάλμα, η επίδειξη δηλαδή συμπεριφοράς που υπολείπεται του μέτρου επιμέλειας που επιτάσσει το άρθρο 3 του Κ.Ι.Δ και αντίκειται σε αυτό. Αν έλειπε η ειδική νομοθετική διάταξη η παρανομία θα μπορούσε να θεμελιωθεί, βάσει της διευρυμένης έννοιας του παρανόμου - που βρίσκει έρεισμα στα άρθρα 281 και 288 του ΑΚ περί καθιέρωσης της αρχής της καλής πίστης και των χρηστών ηθών και απαγόρευσης της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος αντίστοιχα, στο ίδιο το πνεύμα του 914 και στο γενικότερο πνεύμα της νομοθεσίας- στην παράβαση εκ μέρους του γιατρού των άγραφων κανόνων επιμέλειας που ρυθμίζουν τη συμπεριφορά των γιατρών⁸. Επιπροσθέτως

⁵ Φουντεδάκη Κατερίνα, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 47

⁶ Χελιδόνης Απ., Η έννοια του ιατρικού σφάλματος, ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ & ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ, Τεύχος 8-9/2017, Αύγουστος-Σεπτέμβριος 2017, σελ. 700 επ.

⁷ Γιαννακός Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση αστικής ιατρικής ευθύνης», Απρίλιος 2017, σελ. 18 (διαθέσιμη στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/297256>)

⁸ Παπαπαναγιώτου Χρυσούλα, σε διπλωματική εργασία : «Το ιατρικό σφάλμα ως προϋπόθεση της αδικοπρακτικής ευθύνης του ιατρού: εξέταση του

³ Γιαννακός Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση αστικής ιατρικής ευθύνης», Απρίλιος 2017, σελ. 14-16 (διαθέσιμη στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/297256>)

⁴ Κουρσιουμπά Ευδοξία, σε διπλωματική εργασία : « Η ασφάλιση της ιατρικής ευθύνης», Νοέμβριος 2015, σελ. 32-33 (διαθέσιμη στο :<http://ikee.lib.auth.gr/record/282831>)

απαιτείται για τη θεμελίωση της αδικοπρακτικής ευθύνης υπαιτιότητα του γιατρού⁹. Όπως αναφέρεται σε πλειάδα δικαστικών αποφάσεων, «αμφότερες οι προϋποθέσεις αυτές (παρανομία και υπαιτιότητα) συντρέχουν ταυτοχρόνως, με βάση τη θεώρηση της αμέλειας, ως μορφής πταίσματος και ως μορφής παρανομίας, «διπλή λειτουργία της αμέλειας». Έτσι, αν, στο πλαίσιο μιας ιατρικής πράξης, παραβιασθούν οι κανόνες και αρχές της ιατρικής επιστήμης και εμπειρίας ή (και) οι, εκ του γενικού καθήκοντος πρόνοιας και ασφάλειας, απορρέουσες υποχρεώσεις επιμέλειας του μέσου συνετού ιατρού της ειδικότητας του ζημιώσαντος, τότε η συμπεριφορά αυτή είναι παράνομη και, συγχρόνως, υπαίτια»¹⁰. Ωστόσο, σύμφωνα με μία δεύτερη προσέγγιση, που φαίνεται να συμβαδίζει περισσότερο με την κρατούσα στο ελληνικό δίκαιο άποψη ότι σε περίπτωση ιατρικού σφάλματος η παρανομία κρίνεται από τη συμπεριφορά και όχι το αποτέλεσμα, θα πρέπει να διακρίνουμε την αμελή πράξη ως στοιχείο της παρανομίας από την εσωτερική αμέλεια ως μορφή υπαιτιότητας και να μην τις ταυτίζουμε ως έννοιες¹¹. Η διχογνωμία όμως αυτή είναι άνευ αντικειμένου, αφού ακόμη και με τη δεύτερη αυτή προσέγγιση η απαιτούμενος βαθμός επιμέλειας είναι η προσοχή που θα μπορούσε να επιδείξει ο μέσος συνετός γιατρός της συγκεκριμένης ειδικότητας. Τέλος, για τη θεμελίωση της αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού πρέπει η ζημία του ασθενούς να συνδέεται αιτιωδώς με το ιατρικό σφάλμα. Στο πλαίσιο της αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού μπορεί, εκτός από τη αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας, να σωρευτεί και αξίωση

χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης (άρθρο 932 ΑΚ), αξίωση που εκλείπει στο πλαίσιο της ενδοσυμβατικής ευθύνης. Επιπροσθέτως σε περίπτωση πρόκλησης αναπηρίας ή παραμόρφωσης μπορεί να ζητηθεί η πρόσθετη χρηματική παροχή του άρθρου 931 ΑΚ, δυνατότητα που στερείται ο παθών σε περίπτωση δικαιοπρακτικής ευθύνης¹².

Άρθρο 8 του Ν. 2251/1994

Το άρθρο 8 του νόμου για την προστασία των καταναλωτών, το οποίο ρυθμίζει την ευθύνη του παρόχου υπηρεσιών και τροποποιήθηκε με το άρθρο 10 του ν. 3587/2007, δεν εισάγει αυτοτελή νόμιμο λόγο ευθύνης αλλά ρυθμίζει ειδικά το ζήτημα της αδικοπρακτικής ευθύνης του γιατρού σε περίπτωση ιατρικού σφάλματος¹³. Ελλείψει ειδικής ρύθμισης που να εξαιρεί τον κλάδο των ιατρικών υπηρεσιών από το εν λόγω άρθρο και καθώς ο γιατρός παρέχει κατά τρόπο ανεξάρτητο υπηρεσία στο πλαίσιο της άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, χωρίς να υπόκειται δηλαδή σε συγκεκριμένες οδηγίες του αποδέκτη των υπηρεσιών, του ασθενούς, αλλά διαθέτοντας την ευχέρεια να προσδιορίζει τον τρόπο παροχής των υπηρεσιών του, όπως προϋποθέτει το άρθρο 8§1 εδάφιο β του ν. 2251/1994, εμπίπτει ο γιατρός στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης. Για τη θεμελίωση της ευθύνης του γιατρού, ο ζημιωθείς ασθενής πρέπει να αποδείξει την παροχή υπηρεσίας, την ζημία του και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της παροχής της υπηρεσίας και της ζημίας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 8§3 χωρίς να υποχρεούται να αποδείξει και τη συγκεκριμένη πράξη ή παράλειψη που επέφερε το ζημιόγono αποτέλεσμα. Από την άλλη πλευρά ο παρέχων την υπηρεσία γιατρός φέρει το βάρος της απόδειξης της έλλειψης παρανομίας και υπαιτιότητας βάσει της παραγράφου 4 του ίδιου άρθρου¹⁴. Καθιερώνεται επομένως νόθος αντικειμενική ευθύνη, με την έννοια της αντιστροφής του βάρους

ζητήματος μέσω τυπολογίας περιπτώσεων», Αθήνα 2018, σελ.38 (διαθέσιμη στο: <https://pergamon.lib.uoa.gr/uoal/default/file/lib/default/data/2758750/theFile/2758753>)

⁹ Φουντεδάκη Κατερίνα, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 49

¹⁰ Όπως ακριβώς, 853/2017 [Ιατρική ευθύνη - Αποζημίωση σε περίπτωση βλάβης του σώματος], Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ & ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ, Τεύχος 4/2018, Απρίλιος 2018, σελ. 395 επ.

¹¹ Παπαπαναγιώτου Χρυσούλα, σε διπλωματική εργασία : «Το ιατρικό σφάλμα ως προϋπόθεση της αδικοπρακτικής ευθύνης του ιατρού: εξέταση του ζητήματος μέσω τυπολογίας περιπτώσεων», Αθήνα 2018, σελ.49-50 (διαθέσιμη στο: <https://pergamon.lib.uoa.gr/uoal/default/file/lib/default/data/2758750/theFile/2758753>)

¹² Φουντεδάκη Κατερίνα, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 47, 50

¹³ Φουντεδάκη Κατερίνα, Παραδόσεις Αστικής Ιατρικής Ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 113-114

¹⁴ 191/2012[Ιατρική ευθύνη](παρ. Κ. Φουντεδάκη), Πολυμελούς Πρωτοδικείου Λάρισας, διαθέσιμη σε ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ & ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ Τεύχος 8-9/2012, Αυγουστος-Σεπτέμβριος, σελ. 723 επ.

αποδείξεως τόσο ως προς την υπαιτιότητα όσο και ως προς την παρανομία, ρύθμιση ιδιαίτερα ευνοϊκή για τον ασθενή, όχι όμως και για τον γιατρό¹⁵.

Ασφάλιση της ιατρικής ευθύνης

Στη σημερινή εποχή είναι ολοένα και συχνότερο το φαινόμενο οι γιατροί να καταρτίζουν συμβάσεις με ασφαλιστικές εταιρίες για την κάλυψη της επαγγελματικής ευθύνης τους σε περίπτωση ιατρικού σφάλματος, καθώς στο πλαίσιο των δικών που κινούνται με αντικείμενο την αναγνώριση της συνδρομής ιατρικής αστικής ευθύνης και την αποκατάσταση της ζημίας των ζημιωθέντων, τα ποσά που συχνά καλούνται να πληρώσουν οι γιατροί τους απομυζούν οικονομικά. Η ασφάλιση ιατρικής ευθύνης πρόκειται για επαγγελματική ασφάλιση, η οποία συνιστά με τη σειρά της ειδική κατηγορία της ασφάλισης γενικής αστικής ευθύνης που ρυθμίζεται στο άρθρο 25 του ΑσφΝ¹⁶. Πρόκειται για ασφάλιση περιουσιακών κινδύνων- ασφάλιση ζημίας και συγκεκριμένα για ασφάλιση παθητικού καθώς ασφαρίζεται ο κίνδυνος να αυξηθεί το παθητικό της περιουσίας του λήπτη της ασφάλισης. Έχει ως αντικείμενο δηλαδή την κάλυψη των οφειλών που προκαλούνται στην περιουσία του λήπτη της ασφάλισης λόγω της αστικής ευθύνης του έναντι τρίτων. Αντικείμενο της ασφαλιστικής κάλυψης αποτελεί τόσο η ενδοσυμβατική όσο και η αδικοπρακτική ευθύνη του γιατρού¹⁷.

Υποχρεώσεις και ασφαλιστικά βάρη του γιατρού (λήπτη της ασφάλισης)

Η ασφαλιστική σύμβαση αποτελεί μια γνήσια αμφοτεροβαρή σύμβαση από την απορρέουν ενοχικές υποχρεώσεις και ασφαλιστικά βάρη για τον λήπτη της ασφάλισης, τον γιατρό. Η διαφορά των δύο όρων έγκειται στο ότι οι ενοχικές υποχρεώσεις είναι αχώγιμες ενώ τα ασφαλιστικά βάρη συνιστούν κανόνες συμπεριφοράς από τους οποίους όμως λείπει το στοιχείο της υποχρεωτικότητας και του δικαστικού εξαναγκασμού. Η παράβαση κάποιου ασφαλιστικού βάρους επιφέρει την απώλεια των

συμβατικών δικαιωμάτων του ασφαλισμένου και μπορεί να οδηγήσει στην απαλλαγή του ασφαλιστή από την υποχρέωση καταβολής ασφαλίματος ανάλογα με την υποχρέωση και τον βαθμό υπαιτιότητας του λήπτη ή ακόμη υπό ορισμένες προϋποθέσεις σε υποχρέωση του λήπτη της ασφάλισης για αποζημίωση του ασφαλιστή ή να αποτελέσει λόγο καταγγελίας της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 3, 4 και 7 του ΑσφΝ¹⁸. Στην περίπτωση που ο λήπτης της ασφάλισης ταυτίζεται με τον ασφαλισμένο, δηλαδή όταν ένα ιδιώτης γιατρός συνάπτει ατομική σύμβαση ασφάλισης της ιατρικής του ευθύνης, όπου συμφωνείται ότι ο ίδιος είναι δικαιούχος του ασφαλίματος, υποχρεούται ο ίδιος στην τήρηση των ασφαλιστικών βαρών.

Η κύρια ενοχική υποχρέωση του λήπτη της ασφάλισης, του γιατρού είναι η καταβολή του ασφαλιστρού που σύμφωνα με το άρθρο 6§1 του ΑσφΝ καταβάλλεται πάντα σε μετρητά είτε εφάπαξ είτε σε δόσεις. Σε ό,τι αφορά τα ασφαλιστικά βάρη, ο λήπτης της ασφάλισης- γιατρός έχει καθήκον *προσυμβατικής αναγγελίας* και έτσι υποχρεούται σύμφωνα με το άρθρο 3§1 να δηλώσει στον ασφαλιστή κατά τη σύναψη της σύμβασης κάθε στοιχείο ή περιστατικό αντικειμενικά ουσιώδες για την εκτίμηση του κινδύνου από τον ασφαλιστή όπως το ποιο είναι το ακριβές αντικείμενο της δραστηριότητας του, ποια η ειδικότητα του και οι βασικές ιατρικές πράξεις που επιχειρεί, αν προέκυψε κατά το παρελθόν ιατρική ευθύνη του κ.α.. «*Το ουσιώδες δεν κρίνεται υποκειμενικά κατά τις αντιλήψεις του συγκεκριμένου ασφαλιστή, αλλά αντικειμενικά σύμφωνα με τις αρχές της ενδεδειγμένης ασφαλιστικής τεχνικής. Είναι δε ουσιώδες το περιστατικό αυτό, όταν συμβάλλει στην ορθή εκτίμηση του ασφαλιστικού κινδύνου, δηλαδή της δυνατότητας να επέλθει η οικονομική ανάγκη που καλύπτει η ασφάλιση, πράγμα το οποίο, στη συνέχεια, είναι αναγκαίο για τον καθορισμό ενός δίκαιου ασφαλιστρού ή για τον περιορισμό της ζημίας*»¹⁹. Επιπροσθέτως επιφορτίζεται ο γιατρός σύμφωνα με το άρθρο 4 με το *βάρος μη επίτασης του κινδύνου*, «*που επιβάλλεται στον αντισυμβαλλόμενο και από την κατά το άρθρο 288 του Α.Κ. για την καλόπιστη εκπλήρωση από μέρους του της συμβά-*

¹⁵ Γιαννακός Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση αστικής ιατρικής ευθύνης», Απρίλιος 2017, σελ. 11-12(διαθέσιμη στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/297256>)

¹⁶ Ν. 2496/1997 όπως ισχύει μετά το Ν.4364/2016

¹⁷ Τζίβα Έφη, Ασφάλιση Ιατρικής ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σελ. 53-54, 56-57

¹⁸ Ρ.Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, Ιδιωτικό Ασφαλιστικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 186-187

¹⁹ Όπως ακριβώς, ΑΠ 1047/2019 (Α2' Πολιτικό Τμήμα)

σεως ασφαλίσεως»²⁰, και άρα κατά τη διάρκεια της ασφαλιστικής σύμβασης υποχρεούται, μέσα στην προθεσμία του άρθρου, να γνωστοποιήσει στον αντισυμβαλλόμενο του, τον ασφαλιστή οποιοδήποτε στοιχείο μπορεί να επιφέρει σημαντική επίταση του κινδύνου σε βαθμό που αν ο ασφαλιστής το γνώριζε δεν θα κατήρτιζε τη σύμβαση καθόλου ή με τους ίδιους όρους. «*Η επίταση δε αυτή του κινδύνου, που αναφέρεται στον ασφαλισμένο κίνδυνο, πρέπει να έχει διάρκεια και να μην είναι παροδική.*»²¹ Σκοπός του εν λόγω βάρους είναι να διατηρηθεί η ισορροπία μεταξύ παροχής και αντιπαροχής που επιβάλλεται από τον αμφοτεροβαρή χαρακτήρα της ασφαλιστικής σύμβασης. Αποτελεί το εν λόγω βάρος λογική συνέχεια του προηγούμενου βάρους και υφίσταται μετά την κατάρτιση της ασφαλιστικής σύμβασης. Περιπτώσεις επίτασης του κινδύνου αποτελούν ενδεικτικά η προαγωγή του γιατρού σε διευθυντική θέση από όπου απορρέουν περισσότερες ευθύνες, η αλλαγή ειδικότητας η οποία ενέχει μεγαλύτερο κίνδυνο, η χορήγηση φαρμάκων που βρίσκονται σε πειραματικό στάδιο κ.α²².

Ακόμη υποχρεούται ο γιατρός σύμφωνα με το άρθρο 7§3 να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα προς αποφυγή ή μείωση της ζημίας και να ακολουθεί τις οδηγίες του ασφαλιστή, έχει το βάρος δηλαδή *αποφυγής ή μείωσης της ζημίας*. Στο χρονικό σημείο που το ιατρικό σφάλμα δεν έχει ακόμη προκαλέσει ζημία στον ασθενή, ο ασφαλισμένος γιατρός υποχρεούται να παρέμβει ώστε να αποτρέψει την επέλευση της βλάβης. Όσο πραγματοποιείται ο κίνδυνος, δηλαδή βρίσκεται σε εξέλιξη η αρνητική επενέργεια της ιατρικής πράξης στο σώμα του ασθενούς και μετά την πραγματοποίησή του, το καθήκον αποφυγής της ζημίας μετατρέπεται πλέον σε καθήκον μείωσης της. Τέλος υποχρεούται ο γιατρός εντός 8 ημερών από τότε που έλαβε γνώση της επέλευσης της ασφαλιστικής περίπτωσης να ειδοποιήσει τον ασφαλιστή προκειμένου αυτός να μπορέσει να διαπιστώσει έγκαιρα, πριν αλλοιωθούν με την πάροδο του χρόνου τα στοιχεία που έχει στη διάθεσή του, υπό ποιες συνθήκες επήλθε

ο κίνδυνος και ποια η έκταση της ζημίας και της ευθύνης του. Έχει δηλαδή το βάρος *γνωστοποίησης της επέλευσης της ασφαλιστικής περίπτωσης* σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 7§1²³.

Αξιώσεις του γιατρού

Ο ασφαλισμένος, που συνήθως θα συμπίπτει με τον λήπτη της ασφάλισης, τον γιατρό, αφού κατά κανόνα ο γιατρός καταρτίζει ατομική σύμβαση ασφάλισης της ιατρικής του ευθύνης όπου συμφωνείται ότι ο ίδιος δικαιούται το ασφάλισμα (ασφάλιση για ίδιο λογαριασμό), έχει έναντι του ασφαλιστή, μετά την επέλευση της ασφαλιστικής περίπτωσης, *αξίωση νομικής προστασίας με αμυντική μορφή* καθώς και *αξίωση ελευθέρωσης*²⁴. Η πρώτη συνίσταται στην αξίωση του γιατρού για την κάλυψη των δικαστικών και εξώδικων εξόδων που απαιτούνται για την απόκρουση των βάσιμων και αβάσιμων αξιώσεων των τρίτων, κατά βάση του ασθενούς που υπέστη το ιατρικό σφάλμα και των συγγενών του. Οι εν λόγω αξιώσεις πηγάζουν από πράξεις ή παραλείψεις για τις οποίες συμφωνήθηκε ασφαλιστική κάλυψη. Η αξίωση ελευθέρωσης συνίσταται στην ικανοποίηση ή απόκρουση εκ μέρους του ασφαλιστή των αξιώσεων αποζημίωσης που κρίθηκαν βάσιμες, στην «ελευθέρωση» δηλαδή του γιατρού από την αποζημίωση που διεκδικεί ο τρίτος με την καταβολή συνήθως του σχετικού ποσού στον τρίτο²⁵.

Επέλευση της ασφαλιστικής περίπτωσης

Στο άρθρο 1§1 εδάφιο α' του ΑσφΝ αναφέρεται ο όρος «ασφαλιστική περίπτωση», με την έννοια της επέλευσης του περιστατικού από το οποίο συμφωνήθηκε να εξαρτάται η υποχρέωση του

²⁰ Όπως ακριβώς ΑΠ 1095/2015 (Δ' Πολιτικό Τμήμα)

²¹ Όπως ακριβώς ΑΠ 1095/2015 (Δ' Πολιτικό Τμήμα)

²² Γιαννακός Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση αστικής ιατρικής ευθύνης», Απρίλιος 2017, σελ. 51-57 (διαθέσιμη στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/297256>)

²³ Γιαννακός Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση αστικής ιατρικής ευθύνης», Απρίλιος 2017, σελ. 57-61 (διαθέσιμη στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/297256>) / Ρουσάκη Αγγελική Κ., σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση επαγγελματικής αστικής ευθύνης», Δεκέμβριος 2012, σελ. 37 (διαθέσιμη στο: https://docplayer.gr/46273167-Asfalisi-epaggelmatikis-astikis-eythynis.html#show_full_text)

²⁴ Σινανιώτη-Μαρούδη Αριστέα, Ασφαλιστικό Δίκαιο, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 299 (διαθέσιμο στο: <http://abstracts.nb.org/12531/files/assets/common/downloads/publication.pdf>)

²⁵ Τζίβα Εφη, Ασφάλιση Ιατρικής ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σελ. 57-58

ασφαλιστή για καταβολή ασφαλίματος. Φαίνεται λοιπόν ότι ο ΑσφΝ ταυτίζει εννοιολογικά και χρονικά την επέλευση της ασφαλιστικής περίπτωσης με την πραγματοποίηση του ασφαλισμένου κινδύνου, δηλαδή την πραγματοποίηση του ζημιογόνου γεγονότος, ταύτιση που αποτελεί τον κανόνα στην πλειονότητα των ασφαλίσεων. Ωστόσο μία τέτοια ταύτιση δεν νοείται στις ασφαλίσεις ευθύνης και άρα και στην ασφάλιση ιατρικής ευθύνης. Έτσι το ζημιογόνο για τον ασθενή γεγονός, συνήθως το ιατρικό σφάλμα, που αποτελεί γενεσιουργό λόγο της αστικής ευθύνης του ασφαλισμένου γιατρού και σηματοδοτεί την πραγματοποίηση του ασφαλιστικού κινδύνου δεν συμπίπτει με την επέλευση της ασφαλιστικής περίπτωσης. Η ασφαλιστική περίπτωση, που γεννά την υποχρέωση του ασφαλιστή για καταβολή του ασφαλίματος, θα επέλθει σε μεταγενέστερο χρονικό στάδιο αν και όταν εγερθούν σε βάρος του γιατρού αξιώσεις αποζημίωσης από τους ζημιωθέντες, συνήθως από τον ασθενή ή τους συγγενείς του. Τότε θα γίνει διασύνδεση του παθητικού της περιουσίας του γιατρού με το ζημιογόνο γεγονός και θα υποστεί ο γιατρός ασφαλιστική ζημία καθώς θα καταβάλλει έξοδα για την απόκρουση των βάσιμων και αβάσιμων αξιώσεων αποζημίωσης, ζημία την οποία θα κληθεί να καλύψει ο ασφαλιστής στα πλαίσια της υφιστάμενης ασφάλισης ιατρικής ευθύνης²⁶.

Συμβατικές ρήτρες: ρήτρες «occurrence» και «claims made»

Η προαναφερθείσα διαφορετικότητα στις συμβάσεις αστικής ευθύνης συγκριτικά με τις λοιπές ασφαλίσεις γέννησε το ερώτημα σχετικά με το πόσο χρονικά εκτεταμένη είναι η ευθύνη των ασφαλιστών και τι θα συμβεί αν εγερθούν οι αξιώσεις αποζημίωσης σε βάρος του γιατρού μετά την λήξη της ασφαλιστικής σύμβασης επειδή ενδέχεται για παράδειγμα να μεσολαβήσει μεγάλο χρονικό διάστημα μεταξύ της εσφαλμένης ιατρικής πράξης και της τελικής εκδήλωσης της ζημίας στην υγεία του ασθενούς. Καθίσταται λοιπόν σαφές ότι τότε ο ασφαλιστής περιέρχεται σε δυσχερή θέση καθώς αδυνατεί να προβλέψει τα ποσά και τον χρόνο που θα κληθεί να τα καταβάλει, με αποτέλεσμα να δημιουργούνται προβλήματα στον επιχειρηματικό του σχεδιασμό. Γι' αυτό οι ασφαλιστές διεθνώς προσέφυγαν στην λύση των συμβατικών

ρητρών που προσδιορίζουν το χρόνο που διαρκεί η ευθύνη τους και οι οποίες διακρίνονται σε ρήτρες «occurrence» και «claims made».

Στις ρήτρες τύπου «occurrence» οι αντισυμβαλλόμενοι συμφωνούν ότι ο ασφαλιστής αναλαμβάνει να καλύψει όλες τις ζημίες που υπέστη ο ασθενής και οφείλονται σε ζημιογόνες πράξεις ή παραλείψεις του γιατρού, οι οποίες θα πρέπει υποχρεωτικά να συνέβησαν εντός της συμβατικής διάρκειας της ασφαλιστικής σύμβασης. Οι αξιώσεις του ασθενούς για αποζημίωση μπορούν, βάσει της συμφωνίας των μερών, να προβληθούν οποτεδήποτε ακόμη και μετά την λήξη της ασφαλιστικής σύμβασης. Τέτοιου είδους ρήτρες δεν είναι συχνές καθώς τα σχετικά ασφαλιστήρια είναι ιδιαίτερα ακριβά²⁷.

Μεγαλύτερη εφαρμογή στην πράξη έχουν οι ρήτρες τύπου «claims made», που εμφανίζονται με διάφορες παραλλαγές, «βάσει των οποίων καλύπτονται ασφαλιστικά οι αξιώσεις που είτε ασκούνται δικαστικώς ή εξωδίκως από τον ζημιωθέντα τρίτο κατά του λήπτη της ασφάλισης (ή του ασφαλισμένου) ή από τον τελευταίο εναντίον του ασφαλιστή εντός της ουσιαστικής διάρκειας της ασφάλισης είτε/και ανακοινώνονται από το λήπτη της ασφάλισης ή τον ασφαλισμένο προς τον ασφαλιστή εντός της ίδιας προθεσμίας»²⁸. Σύμφωνα με την επικικέστερη παραλλαγή αυτής της ρήτρας, αρκεί ο ασφαλισμένος γιατρός απλώς να ανακοινώσει στον ασφαλιστή, εντός της ουσιαστικής διάρκειας της ασφαλιστικής σύμβασης, για το ζημιογόνο γεγονός που θα μπορούσε να αποτελέσει έρεισμα για τη μελλοντική προβολή των αξιώσεων αποζημίωσης²⁹. «Η υποχρέωση αυτή αναγγελίας δεν συνιστά απλό ασφαλιστικό βάρος κατά την έννοια του άρθρου 7§1 του ν. 2496/1997, ώστε και σε περίπτωση έλλειψης συμμόρφωσης του ασφαλισμένου να δικαιούται αυτός εξακολουθητικά, το ασφάλισμα, αλλά συνιστά προϋπόθεση από την

²⁷ Κουρσιουμπά Ευδοξία, σε διπλωματική εργασία: «Η ασφάλιση της ιατρικής ευθύνης», Νοέμβριος 2015, σελ. 76-78 (διαθέσιμη στο :<http://ikee.lib.auth.gr/record/282831>)

²⁸ Όπως ακριβώς, Ρήγας, Κ., Το κύρος της συνολογούμενης σε ασφαλιστικές συμβάσεις ρήτρας «claims made» υπό το φως των ΑΠ Ολ 18/2015 και 19/2015, ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ & ΕΤΑΙΡΙΩΝ, Τεύχος 8-9/2017, Αύγουστος-Σεπτέμβριος 2017, σελ. 1011 επ.

²⁹ Τζίβα Έφη, Ασφάλιση Ιατρικής ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σελ. 216

²⁶ Τζίβα Έφη, Ασφάλιση Ιατρικής ευθύνης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σελ. 61, 68-69

πλήρωση της οποίας εξαρτάται η γέννηση της ίδιας της αξίωσής του προς αποζημίωση.³⁰ Πρόκειται για ρήτρες χρονικού περιορισμού της ευθύνης του ασφαλιστή καθώς αποσυνδέουν την ευθύνη του ασφαλιστή από τη γέννηση των αξιώσεων εντός της τυπικής διάρκειας της ασφαλιστικής σύμβασης, και τη συναρτούν με την άσκηση τους ή/και την ανακοίνωσή τους εντός της ουσιαστικής διάρκειας της ασφάλισης, της διάρκειας δηλαδή ευθύνης του ασφαλιστή για την οποία αναλαμβάνει τον κίνδυνο υποχρεούμενος να καταβάλει το ασφάλισμα σε περίπτωση επέλευσης του ασφαλιστικού κινδύνου³¹.

Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Παρατηρώντας την ιατρική ευθύνη σε βάθος

³⁰ Όπως ακριβώς ΑΠ 854 / 2014 (Α1' Πολιτικό Τμήμα),

³¹ Ρήγας, Κ., Το κύρος της συνομολογούμενης σε ασφαλιστικές συμβάσεις ρήτρας «claims made» υπό το φως των ΑΠ ΟΛ 18/2015 και 19/2015, ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ & ΕΤΑΙΡΙΩΝ, Τεύχος 8-9/2017, Αύγουστος-Σεπτέμβριος 2017, σελ. 1011 επ.

χρόνου διαπιστώνουμε ότι η αντίληψη των γιατρών στο θέμα της αστικής ευθύνης τους δεν έχει ακόμη ωριμάσει και σε περίπτωση ιατρικού σφάλματος θεωρούν συχνά την έγερση αγωγών αποζημίωσης σε βάρος τους ως ένα είδος προσωπικής μομφής εναντίον τους. Ωστόσο είναι σημαντικό να γίνει αντιληπτό από τους γιατρούς ότι η ιατρική ευθύνη αποτελεί απόρροια της ίδιας της άσκησης του ιατρικού επαγγέλματος. Αξιοσημείωτη είναι πάντως σε κάθε περίπτωση η αύξηση τα τελευταία χρόνια του ποσοστού των γιατρών που προβαίνουν σε σύναψη ασφαλιστικών συμβάσεων κάλυψης της επαγγελματικής τους ευθύνης, κίνητρο για τις οποίες αποτελεί ο διαρκώς αυξανόμενος αριθμός των δικαστικών αποφάσεων που επιδικάζουν υψηλές αποζημιώσεις σε βάρος τους³².

³² Γιαννακός Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία : «Ασφάλιση αστικής ιατρικής ευθύνης», Απρίλιος 2017, σελ. 71 (διαθέσιμη στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/297256>) / Κουρσιουμπά Ευδοξία, σε διπλωματική εργασία : « Η ασφάλιση της ιατρικής ευθύνης», Νοέμβριος 2015, σελ. 111 (διαθέσιμη στο :<http://ikee.lib.auth.gr/record/282831>)

Συνέντευξη από τον Σισιλιάνο Λίνο-Αλέξανδρο, Προέδρου του ΕΔΔΑ και καθηγητή Δημοσίου Διεθνούς Δικαίου στο τμήμα της Νομικής Σχολής του ΕΚΠΑ

Στους

Κουτσουμπίνα Γιάννη, 3^ο ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ
& Μπερέτσο Θανάση, 3^ο ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

Η πρώτη ερώτηση που θα θέλαμε να σας θέσουμε αφορά τις υποθέσεις κατά Ελλάδος: Κατά την κρίση σας, ποιες πρόσφατες καταδικαστικές αποφάσεις του ΕΔΔΑ κατά Ελλάδος ήταν οι επιδραστικότερες και ξεχώριζαν από τις άλλες από πλευράς ενδιαφέροντος;

Ευχαριστώ πάρα πολύ για την ερώτηση. Να ξεκινήσω λέγοντας ότι η ELSA Thessaloniki και γενικότερα η ELSA είναι πολύ κοντά στην καρδιά μου, για πολλούς λόγους, και διότι συμμετέχει ενεργά στον διαγωνισμό εικονικής δίκης που γίνεται στο Στρασβούργο. Πριν από λίγα χρόνια η ελληνική ομάδα είχε έρθει πρώτη στον διεθνή αυτόν διαγωνισμό. Ως προς τις ελληνικές υποθέσεις είναι πολλές και ποικίλες, καταλαμβάνουν ανεξαιρέτως όλους τους κλάδους του εθνικού δικαίου. Μία από τις σημαντικότερες υποθέσεις ήταν αυτή του Δεκεμβρίου 2018, η υπόθεση *Molla Sali* κατά Ελλάδος που αφορούσε την εφαρμογή του ισλαμικού νόμου στην περιοχή της Θράκης και στα μέλη της μουσουλμανικής μειονότητας. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η εφαρμογή του Ισλαμικού νόμου χωρίς ή παρά τη βούληση των ενδιαφερομένων είναι αντίθετη προς την ΕΣΔΑ και συγκεκριμένα συνιστούσε διακριτική μεταχείριση, ως προς την απόλαυση της περιουσίας. Ήταν επομένως

αντίθετη στο α. 14 της Σύμβασης σε συνδυασμό με το α. 1 του 1^{ου} Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ που προστατεύει το δικαίωμα στην περιουσία. Υπήρξε σχετική νομοθετική παρέμβαση για το ζήτημα αυτό και πλέον ο ισλαμικός νόμος δεν μπορεί να εφαρμοστεί παρά τη βούληση των ενδιαφερομένων. Θεωρώ ότι η απόφαση αυτή συνέβαλε στο να ξεπεραστεί ένας αναχρονισμός, που ανάγεται στη Συνθήκη των Αθηνών του 1913.

Αυτή τη στιγμή, από τις τρέχουσες υποθέσεις κατά Ελλάδος θα ξεχώριζα 2 μεγάλες ομάδες: η μία αφορά τις συνθήκες κράτησης στις φυλακές. Ο συνολικός υπερπληθυσμός των φυλακών δεν είναι τόσο μεγάλος, αλλά είναι σημαντικός σε ορισμένα καταστήματα κράτησης. Θα πρέπει να ληφθούν περαιτέρω μέτρα για την αντιμετώπιση αυτού του ζητήματος, και να προβλεφθεί ενδεχομένως ειδικό ένδικο βοήθημα ώστε οι υποθέσεις αυτές να μένουν στην Ελλάδα

και να μην φθάνουν στο ΕΔΔΑ. Η άλλη μεγάλη ομάδα υποθέσεων αφορά την προσφυγική και μεταναστευτική κρίση: υπάρχουν υποθέσεις που αφορούν τη χώρα μας, ιδίως ως προς ασυνόδευτους ανήλικους πρόσφυγες και μετανάστες, καθώς και για τις συνθήκες κράτησης στα hotspots που λειτουργούν στα νησιά του Ανατολικού Αιγαίου. Οι

Η ELSA Thessaloniki και γενικότερα η ELSA είναι πολύ κοντά στην καρδιά μου, για πολλούς λόγους, και διότι συμμετέχει ενεργά στον διαγωνισμό εικονικής δίκης που γίνεται στο Στρασβούργο. Πριν από λίγα χρόνια η ελληνική ομάδα είχε έρθει πρώτη στον διεθνή αυτόν διαγωνισμό.

εν λόγω υποθέσεις αφορούν και τη λειτουργία του συστήματος ασύλου, που βρίσκεται υπό εντονότατη πίεση λόγω του ότι δεχόμαστε μεταναστευτικές ροές που δεν μπορούμε να αντιμετωπίσουμε εκ των πραγμάτων. Το βάρος που δέχεται η Ελλάδα είναι πολύ μεγαλύτερο από όσο μπορεί να αντέξει και ένα από τα μηνύματα που έχει δώσει το ΕΔΔΑ είναι πως το Ευρωπαϊκό σύστημα ασύλου και μεταναστευσης και ιδίως ο Κανονισμός του Δουβλίνου χρήζουν επανεξέτασης.

Θυμάστε χαρακτηριστικά κάποια περίπτωση κατά την οποία άλλη ήταν η ουσιαστικά ορθή λύση και αλλού οδηγούσαν - τουλάχιστον εκ πρώτης όψεως - οι διατάξεις τις οποίες κληθήκατε να εφαρμόσετε;

Οι διατάξεις της Ευρωπαϊκής Σύμβασης είναι αρκετά ευρέως διατυπωμένες. Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο έχει κινηθεί στη λογική της εξελικτικής ερμηνείας, προκειμένου να προσαρμόσει τις διατάξεις αυτές στις σύγχρονες συνθήκες. Επίσης, το σύστημα παρέχει στον δικαστή τη δυνατότητα να διατυπώσει τη δική του διαφωνούσα άποψη. Εάν έπρεπε να αναφέρω μία διαφωνούσα άποψη την οποία έχω διατυπώσει, είναι αυτή που προσαρτάται στην απόφαση *Perinçek κατά Ελβετίας*. Η υπόθεση αυτή αφορούσε έναν Τούρκο πολιτικό, ο οποίος αμφισβητούσε τα περί γενοκτονίας των Αρμενίων. Έλεγε ότι επρόκειτο για εγκλήματα ενδεχομένως, πάντως όχι για γενοκτονία. Ήρθε ενώπιον του Δικαστηρίου επικαλούμενος το δικαίωμα στην ελευθερία έκφρασης, λέγοντας ότι το μόνο που έκανε ο ίδιος ήταν να αμφισβητήσει τον νομικό χαρακτηρισμό των βιαιοτήτων αυτών και τελικώς έπεισε το Τμήμα Ευρείας Σύνθεσης ότι, όντως, η ελευθερία έκφρασης προστατεύει και τέτοιου είδους «παράπλανητικές δηλώσεις».

Ανήκα στην ομάδα των 7 Δικαστών που διατύπωσαν διαφωνούσες γνώμες. Νομίζω ότι η ελευθερία έκφρασης έχει (και πρέπει να έχει) τα όριά της, ιδίως ως προς την άρνηση τεκμηριωμένων και αποδεδειγμένων βιαιοτήτων και αγριότητων εναντίον ενός λαού, η οποία προσβάλλει και τη συλλογική μνήμη του λαού αυτού. Κατά την άποψη τριών συναδέλφων, την οποία δεν ήθελα να ενστερνιστώ, επρόκειτο ακόμα και περί κατάχρησης της ελευθερίας εκφράσεως. Αυτή ίσως ήταν η κατεξοχήν απόφαση που δεν με ικανοποίησε, καθώς επίσης και η *Lhermitte κατά Βελγίου*. Και στις δύο περιπτώσεις οι τότε Πρόεδροι του Δικαστηρίου ήταν στη

μειοψηφία. Όμως, εκτός από τις δύο αυτές υποθέσεις, αν και έχω διατυπώσει και σε άλλες υποθέσεις διαφωνούσες απόψεις, δεν θα έλεγα ότι έχω μείνει βαθύτερα ανικανοποίητος από μια απόφαση. Άλλο είναι να υπάρχουν διαφωνίες ως προς τεχνικό ζήτημα της απόφασης και άλλο να διαφωνεί κανείς με την ουσία της.

Πώς είναι η νομική κουλτούρα των δικαστών του ΕΔΔΑ, δεδομένου ότι η σύνθεσή του περιλαμβάνει διάφορες εθνικότητες; Παρατηρούνται προβλήματα με τις λεγόμενες «φρέσκες δημοκρατίες»;

Προερχόμαστε από 47 διαφορετικά κράτη. Σε αυτά περιλαμβάνονται κράτη όπως το Αζερμπαϊτζάν, η Τουρκία, η Ρωσία, το Ηνωμένο Βασίλειο, τα σκανδιναβικά κράτη, εμείς στον Νότο: Ιταλοί, Ισπανοί κ.ο.κ. και βεβαίως τα γερμανόφωνα κράτη (Γερμανία, Αυστρία κ.ο.κ.). Επομένως, πρόκειται για κράτη με πολύ διαφορετικές κουλτούρες και παραδόσεις, με ένα δημοκρατικό παρελθόν το οποίο είναι περισσότερο ή λιγότερο σημαντικό, με ιστορικές μνήμες, οι οποίες παίζουν κι αυτές τον ρόλο τους και με νομικό πολιτισμό αρκετά διαφορετικό. Αρκεί να αναφερθεί κανείς στο common law και στο καθ' ημάς ηπειρωτικό δίκαιο. Έχω το προνόμιο να συμμετέχω στο Α' Τμήμα μαζί με τον Βρετανό Δικαστή, πράγμα το οποίο με οδήγησε - όπως και όλους μας - στην εξοικείωση με το common law. Η συνύπαρξη δεν είναι πάντοτε απλή. Μερικές φορές χρειάζεται αρκετή συζήτηση, για να υιοθετήσουμε μία κοινή «γλώσσα». Η όλη διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, η μεθοδολογία και αρκετοί από τους θεσμούς και τις έννοιες που χρησιμοποιεί έχουν επηρεαστεί από το common law. Έτσι, για παράδειγμα, βασιζόμαστε σε μεγάλο βαθμό στη λογική των δικαστικών προηγούμενων. Έστω κι αν θεωρούμε ότι δεν μας δεσμεύει μια προηγούμενη απόφαση, λέμε ότι πρέπει να υπάρχουν πολύ σοβαροί λόγοι για να μεταστρέψουμε τη νομολογία μας. Έχουμε διάφορες έννοιες, όπως η έννοια του "manifestly ill-founded" (: προδήλως αβάσιμo). Μία προδήλως αβάσιμη υπόθεση χαρακτηρίζεται ως απαράδεκτη, κάτι δύσβατο στην κατανόηση για έναν νομικό του ηπειρωτικού δικαίου, με το σκεπτικό ότι δεν χρειάζεται, για λόγους οικονομίας της δίκης, ο διεθνής δικαστής να ασχοληθεί με υποθέσεις που δεν έχουν προοπτική να ευδοκιμήσουν. Είναι μάλιστα χαρακτηριστικό ότι για τις απαράδεκτες υποθέσεις δεν υφίσταται δυνατότητα διατύπωσης

ξεχωριστής γνώμης, αλλά μόνο για τις αποφάσεις επί της ουσίας (α. 45 ΕΣΔΑ). Με άλλα λόγια, η συνύπαρξη ηπειρωτικού δικαίου και common law έχει αφήσει το στίγμα της στο Δικαστήριο.

Περνώντας στο δεύτερο υποερώτημα, επισημαίνω ότι στην παρούσα φάση ο μεγαλύτερος αριθμός εκκρεμών υποθέσεων στατιστικά αφορά τη Ρωσική Ομοσπονδία, στη συνέχεια την Τουρκία και την Ουκρανία. Βλέπουμε να έχει εφαρμοστεί το α. 18 της ΕΣΔΑ, το οποίο αφορά την κατάχρηση εξουσίας, σε 8 υποθέσεις κατά τα έτη 2018 και 2019, καθεμία από τις οποίες έχει προεκτάσεις και αναδεικνύει δομικά ζητήματα. Πρόκειται για διάταξη την οποία το Δικαστήριο δεν είχε σχεδόν ποτέ εφαρμόσει πριν τη διεύρυνση του Συμβουλίου της Ευρώπης. Η διεύρυνση αυτή ήταν ιστορικά αναγκαία. Το Συμβούλιο της Ευρώπης είναι ο θεσμός ο οποίος επέτρεψε στην ευρωπαϊκή ήπειρο να ξαναενωθεί. Δεν λέω ότι δεν υπήρξαν έριδες και συγκρούσεις, όμως είναι ως επί το πλείστον «παγωμένες». Επιπλέον, η διεύρυνση αυτή επέτρεψε στο ΕΔΔΑ να εμβαθύνει και να εμπλουτίσει δραστικά τη νομολογία του σε όλα τα άρθρα της Σύμβασης και σε σειρά ζητημάτων που αφορούν και όλες τις δυτικές χώρες.

Είναι γεγονός ότι η σύμπλευση ορισμένες φορές δεν είναι εύκολη. Πρόσφατα υπήρξε κρίση στις σχέσεις της Ρωσικής Ομοσπονδίας με το Συμβούλιο της Ευρώπης, που είχε ξεκινήσει από την υπόθεση της Κριμαίας. Η κρίση αυτή ξεπεράστηκε, ωστόσο ο προβληματισμός εξακολουθεί να υφίσταται. Η κρατούσα άποψη στους κύκλους της Κοινοβουλευτικής Συνέλευσης ήταν ότι δεν είναι σκόπιμο η Ρωσική Ομοσπονδία να φύγει ή να περιθωριοποιηθεί στο Συμβούλιο της Ευρώπης, διότι αυτό σε τελευταία ανάλυση θα απέληγε στη μη δυνατότητα 140.000.000 Ρώσων πολιτών να απευθυνθούν στο Δικαστήριο.

Θα θέλαμε στο σημείο αυτό να σας θέσουμε μια λίγο πιο προσωπική ερώτηση. Θα κλείσετε, τον Μάιο του 2020, 9 έτη ως ο δικαστής της Ελλάδας στο ΕΔΔΑ στο οποίο τώρα υπηρετείτε ως Πρόεδρος και παλαιότερα ως Αντιπρόεδρος. Ποιες συγκεκριμένες κινήσεις έχετε κάνει και προωθήσει προσωπικά και ποιες μεταρρυθμίσεις θα θέλατε να δείτε στο Δικαστήριο;

Θα έλεγα καταρχήν ότι έχω προωθήσει 4 βασικές μεταρρυθμίσεις. Η πρώτη αφορά τη σύνταξη

και τη δομή των αποφάσεων του Δικαστηρίου. Ήδη από την 1η Οκτωβρίου 2019 έχει αλλάξει η δομή και ο τρόπος σύνταξης των αποφάσεων των Τριμελών Επιτροπών, των Τμημάτων και του Τμήματος Ευρείας Σύνθεσης. Ήδη από τις αρχές του 2020 δημοσιεύθηκαν οι πρώτες αποφάσεις με τη νέα δομή. Στόχος αυτής της αλλαγής ήταν η ενίσχυση της σαφήνειας και της συνοχής των αποφάσεων του ΕΔΔΑ ως διεθνούς Δικαστηρίου.

Η δεύτερη μεταρρύθμιση, η οποία τέθηκε σε ισχύ την 1η Ιανουαρίου 2020, είναι η αναδιαμόρφωση της λειτουργίας της Γραμματείας του Δικαστηρίου. Η Γραμματεία είχε την ίδια δομή από το 1998, όταν εγκαθιδρύθηκε το νέο μόνιμο δικαστήριο. Έχουν περάσει πάνω από 20 χρόνια έκτοτε και θεώρησα ότι η αποτελεσματικότητα της λειτουργίας του Δικαστηρίου επέβαλλε την αναδιάρθρωση της Γραμματείας, η οποία αποτελείται από περισσότερους από 700 υπαλλήλους.

Η τρίτη και σημαντική αλλαγή που επήλθε είναι ο διάλογος με τους υπόλοιπους φορείς προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων στο πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρώπης και πέραν αυτού. Το ευρωπαϊκό σύστημα προστασίας των δικαιωμάτων είναι μοναδικό στον κόσμο, λόγω της ύπαρξης του Δικαστηρίου πρωτίστως, αλλά και λόγω της ύπαρξης άλλων οργάνων εμπειρογνομόνων που λειτουργούν στη βάση διεθνών συνθηκών ή αποφάσεων των κυρίων οργάνων του Συμβουλίου της Ευρώπης. Τέτοιοι φορείς είναι ιδίως η Ευρωπαϊκή Επιτροπή Κοινωνικών Δικαιωμάτων, η Επιτροπή για την Πρόληψη των Βασανιστηρίων, η Ομάδα Εμπειρογνομόνων για τη Βία κατά των Γυναικών, που ιδρύθηκε από τη Σύμβαση Κωνσταντινούπολης, το ECRI (European Commission against Racism and Intolerance), ή η Επιτροπή για τις Μειονότητες με βάση τη Σύμβαση-Πλαίσιο για τις Εθνικές Μειονότητες κλπ. Η λογική είναι ότι το Δικαστήριο θα πρέπει να γνωρίζει ακριβώς τι κάνουν αυτές οι Επιτροπές και αντιστρόφως. Οι εν λόγω Επιτροπές έχουν το πλεονέκτημα ότι πραγματοποιούν επισκέψεις επί του πεδίου και έχουν συνολική εικόνα της προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου στο πεδίο της αρμοδιότητάς τους. Δεν εκδίδουν όμως υποχρεωτικές αποφάσεις. Αντίθετα, το Δικαστήριο δεν μεταβαίνει επί τόπου και ασχολείται με ατομικές προσφυγές, εκδίδει όμως υποχρεωτικές αποφάσεις, που μπορεί να έχουν γενικότερες, νομοθετικές και άλλες, επιπτώσεις. Θεωρώ, επομένως, ότι είναι επιβεβλημένο όλο αυτό το σύστημα να

λειτουργήσει αποτελεσματικότερα και οι δυνάμεις που υπάρχουν σε επίπεδο Επιτροπών και σε επίπεδο Δικαστηρίου να συνεργαστούν. Περαιτέρω, συνεχίζεται επίσης η επικοινωνία με τα αρμόδια όργανα του ΟΗΕ. Επισκεφθήκαμε στις 6 Νοεμβρίου 2019 την Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του ΟΗΕ στη Γενεύη, καθώς πολλές χώρες, όπως η χώρα μας, είναι συμβαλλόμενα μέρη ταυτόχρονα στο ΔΣΑΠΔ και την ΕΣΔΑ. Πρέπει επομένως να αποφευχθούν αντιφατικά μηνύματα μεταξύ της Επιτροπής του ΟΗΕ και του Δικαστηρίου. Η συνεργασία μεταξύ αυτών των δύο οργάνων απορρέει από μια ανάγκη συνεκτικής ερμηνείας των ίδιων δικαιωμάτων τα οποία προστατεύονται και από τα δύο διεθνή κείμενα.

Η τέταρτη μεταρρύθμιση αφορά τη συνεργασία με τα ανώτατα εθνικά δικαστήρια. Έχουμε δημιουργήσει ήδη από το 2015 ένα δίκτυο ανώτατων δικαστηρίων το οποίο έχει αποκτήσει πολύ μεγάλη δυναμική τους τελευταίους μήνες, καθώς συμμετέχουν πλέον στο δίκτυο 91 δικαστήρια από 40 χώρες. Πρόκειται για και το μεγαλύτερο δικαστικό δίκτυο στον κόσμο. Το δίκτυο επιτρέπει ανταλλαγή απόψεων μεταξύ του ΕΔΔΑ και των ανωτάτων εθνικών δικαστηρίων. Τα ανώτατα δικαστήρια είναι για εμάς οι σημαντικότεροι συνομιλητές γιατί λόγω του κανόνα της εξάντλησης των εσωτερικών ενδίκων μέσων μια υπόθεση φτάνει, κατά κανόνα, στο Δικαστήριο του Στρασβούργου αφού έχει αποφανθεί το εθνικό ανώτατο δικαστήριο. Η συνεργασία αυτή είναι πολύ σημαντική για να εμπεδωθεί η αντίληψη ότι η ΕΣΔΑ δεν είναι κείμενο πολυτελές, αλλά κείμενο της τρέχουσας δικηγορικής και δικαστηριακής ύλης.

Θα ήθελα να προσθέσω ακόμη δύο λόγια για την κατάσταση που επικρατεί στο Δικαστήριο από τις 16 Μαρτίου 2020 έως σήμερα. Τα μέτρα εγκλεισμού που έλαβε η Γαλλική Κυβέρνηση εφαρμόστηκαν πλήρως και επηρέασαν αναμφισβήτητα τη λειτουργία του Δικαστηρίου. Μολαταύτα, στόχος μου ήταν και παραμένει το Δικαστήριο να παραμείνει όρθιο παρά την κρίση του Κορωνοϊού και να συνεχίσει τη λειτουργία του στο μέτρο του δυνατού, χάριν στις δυνατότητες που προσφέρει η τεχνολογία. Θεωρώ πράγματι ότι η παρούσα κρίση συνιστά σημαντική ευκαιρία για την εισαγωγή των νέων τεχνολογιών στη λειτουργία των Δικαστηρίων γενικά και του Δικαστηρίου του Στρασβούργου ειδικότερα. Υπερνικώντας αντιστάσεις και αναπτύσσοντας, με γοργούς ρυθμούς, τις τεχνικές δυνατότητες που

υπήρχαν ήδη πριν από την κρίση, το Δικαστήριο κατάφερε να υιοθετήσει μεγάλο αριθμό αποφάσεων κατά το διάστημα αυτό, είτε μέσω τηλεδιάσκεψης είτε με ανταλλαγή γραπτών παρατηρήσεων σε όλους τους δικαστικούς σχηματισμούς: τον μονομελή δικαστικό σχηματισμό, τις Τριμελείς Επιτροπές, τα Τμήματα και το Τμήμα Ευρείας Σύνθεσης. Ειδικότερα, από τις 16 Μαρτίου μέχρι τις 23 Απριλίου 2020, το Δικαστήριο εξέτασε 3527 προσφυγές. Εξέτασε επίσης αρκετά αιτήματα προσωρινών μέτρων. Ευχαριστώ ιδιαίτερα όλους του συναδέλφους και τη Γραμματεία για την προσπάθεια αυτή, η οποία πηγάζει από τη διαπίστωση ότι για χιλιάδες πολίτες παντού στην Ευρώπη, το ΕΔΔΑ αποτελεί το τελευταίο καταφύγιο.

Η τελευταία ερώτηση ξεφεύγει από τα αυστηρά όρια του Δικαστηρίου και της Σύμβασης και έχει να κάνει με τη διδασκαλία του πλούσιου δικαίου της ΕΣΔΑ στις Νομικές Σχολές της χώρας. Μετά από έρευνα των Οδηγών Σπουδών των τριών Νομικών Σχολών, παρατηρήσαμε ότι σε προπτυχιακό επίπεδο δεν υπάρχει σε καμία Σχολή υποχρεωτικό μάθημα όπου διδάσκεται συγκεντρωτικά το δίκαιο της ΕΣΔΑ, από την άλλη μόνο σε 2 Σχολές, την Αθήνα και τη Θεσσαλονίκη, υπάρχει μάθημα υποχρεωτικής επιλογής που αφορά την ΕΣΔΑ καθαυτή. Θα θέλαμε τη γνώμη σας για το ποιος είναι ο καταλληλότερος τρόπος να διδαχθεί η ΕΣΔΑ στους προπτυχιακούς φοιτητές.

Ως πρώτο στοιχείο απάντησης, πρέπει να σημειωθεί ότι τα μαθήματα υποχρεωτικής επιλογής για την ΕΣΔΑ, τουλάχιστον στη Νομική του ΕΚΠΑ για την οποία γνωρίζω καλύτερα, είναι πολύ δημοφιλή μεταξύ των φοιτητών. Ως δεύτερο στοιχείο, θα προσέθετα ότι εάν κάποια Νομική Σχολή δεν προβλέπει μάθημα διδασκαλίας της ΕΣΔΑ, αυτό θα έπρεπε ίσως να προβλεφθεί, έστω και ως μάθημα επιλογής. Κι αυτό διότι θεωρώ ότι η ΕΣΔΑ είναι κείμενο της τρέχουσας δικηγορικής και δικαστηριακής ύλης και θα πρέπει να διδάσκεται αυτοτελώς. Συγχρόνως όμως, η ΕΣΔΑ υπεισέρχεται σε όλους τους κλάδους του εθνικού δικαίου. Κατά τούτο, δεν νομίζω ότι η διδασκαλία της ΕΣΔΑ πρέπει να εξαντλείται σε ένα μάθημα που θα αφορά αποκλειστικά την ίδια τη Σύμβαση. Η εξοικείωση με τη Σύμβαση θα πρέπει να γίνεται σε σχέση προς όλους τους επιμέρους κλάδους του δικαίου. Έχουμε ελληνικές υποθέσεις, και όχι μόνον, που αφορούν ανεξαιρέ-

τως όλους τους κλάδους του Αστικού Δικαίου, το Ποινικό Δίκαιο, την Ποινική Δικονομία, το Εμπορικό Δίκαιο, το Δημόσιο Δίκαιο, τη Διοικητική Δικονομία κλπ. Επομένως, ο Έλληνας ακαδημαϊκός θα πρέπει πάντοτε να έχει στραμμένο το βλέμμα του στο Στρασβούργο και να δέχεται αυτές τις επιρροές. Πολλές φορές, μάλιστα, εθνικές αποφάσεις και νομοθετικές ρυθμίσεις πηγάζουν από αποφάσεις του ΕΔΔΑ (όπως, για παράδειγμα, η απαγόρευση αναγραφής του θρησκειώματος στις ταυτότητες, στοιχεία της νομολογίας περί απαλλοτριώσεων, το σύμφωνο συμβίωσης, η κατάργηση της υποχρεωτικής εφαρμογής του Ισλαμικού νόμου κλπ). Η διδασκαλία της ΕΣΔΑ πρέπει να διαποτίζει και τα άλλα αντικείμενα διδασκαλίας στις Νομικές Σχολές. Η συγκεντρωτική διδασκαλία της ΕΣΔΑ θα εμπε-

δώσει στους Έλληνες νομικούς ότι το ΕΔΔΑ δεν είναι "fourth instance court" και δεν εξετάζει εξ'υπαρχής την υπόθεση. Καταρχήν, επομένως, δέχεται την εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών και του εθνικού δικαίου που έγινε από τον εθνικό δικαστή και παρεμβαίνει διορθωτικά μόνο υφίσταται αυθαιρεσία που παραβιάζει τη Σύμβαση.

Γενικότερα, η ΕΣΔΑ και πλούσια νομολογία του ΕΔΔΑ έχουν οδηγήσει προοδευτικά στη δημιουργία μιας ευρωπαϊκής νομικής ταυτότητας, η οποία αντικατοπτρίζει τις θεμελιώδεις αξίες του ευρωπαϊκού πολιτισμού του 21^{ου} αιώνα. Η φετινή επέτειος των 70 χρόνων από την υιοθέτηση της ΕΣΔΑ αποτελεί ίσως μια ευκαιρία για να εμπεδώσουμε και να εμβαθύνουμε τις σχέσεις μας με το κείμενο αυτό.

Συνέντευξη από τον Χρυσόγονο Κώστα, Καθηγητή Συνταγματικού Δικαίου στο Τμήμα Νομικής του ΑΠΘ και πρώην Ευρωβουλευτή την περίοδο 2014-2019

Στους

Μυλωνά Κωνσταντίνο, 3^ο ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

Παπαγιαννοπούλου Λυδία, Ασκούμενη δικηγόρο

Σακελλαρίδου Εύα, Ασκούμενη δικηγόρο

Χρανιώτη Κωνσταντίνα, Τελειόφοιτη φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Κύριε Χρυσόγονε, πρόσφατα ολοκληρώθηκε η Συνταγματική αναθεώρηση με βάση τη διαδικασία που προβλέπει το Άρθρο 110 του Συντάγματος, δηλαδή την ύπαρξη δύο Βουλών και την εκλογική αναμέτρηση που μεσολαβεί. Θέλουμε την άποψή σας για την εν λόγω συνταγματική αναθεώρηση. Θεωρείτε ότι ήταν μια ουσιώδης αναθεώρηση που κινείται σε θετική κατεύθυνση ή ενδεχομένως εντοπίζετε και αρνητικές αλλαγές στο ισχύον Σύνταγμα; Και σε δεύτερο επίπεδο, υπάρχουν συνταγματικές επιδιώξεις οι οποίες δεν αξιολογήθηκαν επαρκώς και οφείλουμε να τις σταθμίσουμε και να τις πετύχουμε σε μελλοντικές αναθεωρήσεις;

Υπάρχουν θετικά αλλά και αρνητικά στοιχεία στην πρόσφατη συνταγματική αναθεώρηση. Στα πρώτα συγκαταλέγεται κυρίως η αποσύνδεση της διαδικασίας εκλογής Προέδρου της Δημοκρατίας από τη διάλυση της Βουλής, η οποία αποτελούσε έναν αχρείαστο παράγοντα κυβερνητικής αστάθειας (αν και θα ήταν ίσως προτιμότερο, αντί για εκλογή Προέδρου ακόμα και με σχετική πλειοψηφία από τη Βουλή, να είχαμε ένα διευρυμένο εκλεκτορικό σώμα, με συμμετοχή και εκπροσώπων της περιφερειακής αυτοδιοίκησης). Επίσης η περιστολή της ποινικής ασυδοσίας των υπουργών και των ορίων της βουλευτικής ασυλίας κινούνται σε θετική κατεύθυνση, αν και θα μπορούσαμε να είχαμε προχωρήσει με μεγαλύτερη τόλμη στα ζητήματα

αυτά. Αρνητικό είναι, από την άλλη πλευρά, ότι η αναθεώρηση άφησε ανέπαφες ελληνικές ιδιαιτερότητες (σε σχέση με τα δεδομένα άλλων ευρωπαϊκών κρατών), που έχουν έμμεση αρνητική επίδραση και στις αναπτυξιακές προοπτικές της ελληνικής οικονομίας. Τέτοιες είναι π.χ. η ανυπαρξία συνταγματικού δικαστηρίου αρμόδιου να ακυρώνει (με ισχύ απέναντι σε όλους) τους αντισυνταγματικούς νόμους, καθώς και η λειτουργία ΑΕΙ αποκλειστικά με την μορφή νπδδ. Επίσης θα μπορούσαν να είχαν γίνει βήματα προς την κατεύθυνση της ενίσχυσης της ανεξαρτησίας της Δικαιοσύνης, τόσο εξωτερικής (π.χ. διορισμός των Προέδρων των ανώτατων δικαστηρίων από τον/την Πρόεδρο της Δημοκρατίας, ύστερα από πρόταση τριών προσώπων από την αντίστοιχη ολομέλεια), όσο όμως και εσωτερικής (π.χ. αντικειμενικό σύστημα τοποθετήσεων/μεταθέσεων των δικαστικών λειτουργών, με μοριοδοτούμενα κριτήρια). Όλα αυτά αποτελούν επομένως ζητούμενα για το μέλλον.

Παρατηρούμε, ότι σε πολλές δικαστικές αποφάσεις, το Στε εφαρμόζει συστηματικά τη μέθοδο της σύμφωνης με το Σύνταγμα ερμηνείας των νόμων παραμερίζοντας κατ'ουσίαν την κρινόμενη διάταξη νόμου και στοιχειοθετώντας μια δική του θεωρητική κατασκευή. Ποια είναι η άποψή σας γι'αυτήν την πάγια νομολογιακή πρακτική ; Και συμπληρωματικά, ποια είναι τα θεμιτά όρια που επιβάλλει

ο δικαστικός αυτοπεριορισμός σε ζητήματα εκτεταμένης πολιτικής σημασίας που καλείται να ελέγξει παρεμπιπτόντως ο ακυρωτικός δικαστής, ώστε να μην υπεισέλθει σε πολιτικό έλεγχο;

Η «κατασκευή» νέας κατ' ουσία διάταξης νόμου μέσω ερμηνευτικών ακροβασιών υπερβαίνει καταφανώς τα όρια της δικαστικής λειτουργίας. Είναι προτιμότερο, στις περιπτώσεις αυτές, να αρνηθεί ο δικαστής να εφαρμόσει τον αντισυνταγματικό νόμο και να αφήσει τον νομοθέτη να επιλέξει εκείνος πως θα τον αντικαταστήσει. Κατά τα άλλα ο δικαστικός αυτοπεριορισμός είναι ένα σύνθετο και δυσχερές ζήτημα. Σε γενικές γραμμές πάντως ο δικαστής οφείλει κατά τη γνώμη μου να στηρίζει τις αποφάσεις του με αιτιολογία, τα επιμέρους βήματα (όχι όμως κατ' ανάγκη και το τελικό αποτέλεσμα) της οποίας να μπορούν να συγκεντρώσουν ευρεία αποδοχή, τουλάχιστον από τον νομικό κόσμο ή και γενικότερα από την κοινωνία. Χρειαζόμαστε δηλαδή μια «σωκρατική» μέθοδο ερμηνείας του Συντάγματος, ώστε να διαχωρίζεται η τελευταία από την πολιτική αντιπαράθεση.

Έχει προκληθεί μία μεγάλη συζήτηση αναφορικά με το νέο νόμο περί εξίσωσης των πτυχίων των ιδιωτικών κολλεγίων με τα δημόσια ΑΕΙ και κατά πόσο αυτός συνάδει με το Σύνταγμα και το άρθρο 16. Παίρνετε κάποια θέση σε αυτήν την προβληματική; Επιπροσθέτως, επ' αφορμήν αυτής της συζήτησης, θεωρείτε ότι αναφύεται η ανάγκη δημιουργίας ενός Συνταγματικού Δικαστηρίου που θα επιλύει αυτά τα ζητήματα δεσμευτικά και οριστικά;

Εφόσον ο αμαξιτός δρόμος κλείνει με το οδόφραγμα του άρθρου 16 παρ. 5 του Συντάγματος, ο νομοθέτης αναζητά επισημασμένες απραπίους για να καταφέρει να εκτονώσει την κοινωνική πίεση για την κατάκτηση πτυχίων, τα οποία δυστυχώς συχνά καταλήγουν να έχουν περιορισμένο αντίκρουσμα στην αγορά εργασίας, ανεξάρτητα από την προέλευσή τους. Το κυρίως ζητούμενο για τη νέα γενιά και συνολικά για

τη χώρα είναι να βρούμε τρόπους να παράγουμε διεθνώς ανταγωνιστικά προϊόντα και υπηρεσίες σε τέτοια κλίμακα, ώστε να δημιουργηθούν βιώσιμες νέες θέσεις εργασίας σε επαρκείς αριθμούς για πτυχιούχους και μη. Κατά τα άλλα ένα Συνταγματικό Δικαστήριο, εφόσον οργανωθεί με τρόπο εφάμιλλο προς τα ευρωπαϊκά πρότυπα, μπορεί να συμβάλει τόσο στην ασφάλεια του δικαίου όσο και στην επιτάχυνση της απονομής της δικαιοσύνης και για αυτό το θέμα, όπως και για κάθε άλλο.

Είχατε την ευκαιρία με την εντολή του ελληνικού λαού, να διατελέσετε Ευρωβουλευτής τα προηγούμενα χρόνια. Με βάση την εμπειρία που αποκομίσατε, πώς θα αξιολογούσατε το θεσμό του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου όσον αφορά τη νομική και θεσμική του διάρθρωση; Είναι ένα πεδίο ουσιαστικού διαλόγου, όπου συμμετέχουν τα κράτη διαδραματίζοντας έναν ισότιμο ρόλο ή το ευρωπαϊκό ιδεώδες είναι αντιμέτωπο με ορισμένα αδιέξοδα και χρειάζεται μια αναπροσαρμογή σε νομοθετικό και ευρύτερα δικαιοπολιτικό επίπεδο;

Το Ευρωκοινοβούλιο είναι ο μόνος καθαρά ευρωπαϊκός (και όχι διακυβερνητικός) θερμός όπου εκπροσωπούνται άμεσα οι πολίτες των κρατών - μελών, αλλά οι αρμοδιότητές του είναι πολύ μικρότερης εμβέλειας από όσο θα χρειαζόταν για να μπορέσει να συμβάλει ουσιαστικά στην πρόοδο της ευρωπαϊκής ενοποίησης. Γενικότερα άλλωστε η Ευρωπαϊκή Ένωση είναι ένα οικοδόμημα με στρεβλή αρχιτεκτονική, αφού σε ορισμένους τομείς η ενοποιητική διαδικασία έχει προχωρήσει πάρα πολύ (π.χ. ενιαίο νόμισμα), σε άλλους όμως καρκινοβατεί (π.χ. ανυπαρξία κοινής φορολογικής πολιτικής και αποτελεσματικής από κοινού εγγύησης

των εξωτερικών συνόρων της Ένωσης). Η υποκείμενη αιτία είναι το έλλειμμα ευρωπαϊκής συλλογικής ταυτότητας, δηλ. αίσθησης του «εμείς» σε ευρωπαϊκό επίπεδο, καθώς και η ανεπαρκής αλληλεγγύη μεταξύ των ευρωπαϊκών λαών. Όλα αυτά για να οικοδομηθούν χρειάζονται χρόνο και ο χρόνος της Ευρώπης δεν είναι απεριόριστος. Από την άλλη πλευρά βέβαια, το αρχαιο-

Το Ευρωκοινοβούλιο είναι ο μόνος καθαρά ευρωπαϊκός (και όχι διακυβερνητικός) θερμός όπου εκπροσωπούνται άμεσα οι πολίτες των κρατών - μελών, αλλά οι αρμοδιότητές του είναι πολύ μικρότερης εμβέλειας από όσο θα χρειαζόταν για να μπορέσει να συμβάλει ουσιαστικά στην πρόοδο της ευρωπαϊκής ενοποίησης.

ελληνικό «η ισχύς εν τη ενώσει» είναι σήμερα, στο παγκοσμιοποιημένο περιβάλλον του 21 αιώνα, περισσότερο επίκαιρο από ποτέ. Θέλω να ελπίζω ότι η ευρωπαϊκή ενοποίηση θα προχωρήσει και ότι η Ελλάδα θα συμμετέχει στην πρώτη γραμμή, μεταξύ άλλων και επειδή τούτο είναι μακροπρόθεσμα αναγκαίο για την αντιμετώπιση του κινδύνου εξ Ανατολών.

Τα πρόσφατα μέτρα για την αντιμετώπιση της πανδημίας του Covid-19 περιόρισαν σε πρωτόγνωρο βαθμό μια σειρά από συνταγματικά δικαιώματα. Κάποιοι εντοπίζουν αναλογίες

με τον περιορισμό ατομικών δικαιωμάτων που επιχειρήθηκε σε εφαρμογή των προβλέψεων των δικτατορικών ψευδοσυνταγμάτων της περιόδου 1967-1974. Ποια είναι η γνώμη σας;

Η Χούντα είχε επιβάλλει περιορισμούς των συνταγματικών δικαιωμάτων επικαλούμενη την προσημαστική ανάγκη αντιμετώπισης της κομμουνιστικής απειλής, δηλαδή ενός κινδύνου ανύπαρκτου. Αντίθετα σήμερα ο κίνδυνος είναι υπαρκτός και δικαιολογεί καταρχάς την αιτιολογημένη λήψη μέτρων, των οποίων σε κάθε περίπτωση, όμως, η διάρκεια δεν μπορεί να είναι απεριόριστη.

Συνέντευξη από τον Μαργαρίτη Λάμπρο, Καθηγητή Ποινικού Δικαίου και Ποινικής Δικονομίας στο τμήμα Νομικής του ΑΠΘ και δικηγόρο παρ' Αρείω Πάγω

Στους
Ζαφειρόπουλο Δημήτριο
Καραποστόλη Γεώργιο
& Τσακαλήρη Νικολέτα, τελειόφοιτοι Νομικής ΑΠΘ

Πώς κρίνετε συνολικά τις αλλαγές στον Ποινικό Κώδικα και τον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, οι οποίες εισήχθησαν αρχής γενομένης τον Ιούνιο του 2019 και συμπληρώθηκαν τον Νοέμβριο του ίδιου έτους από διαφορετική κυβέρνηση, επειδή μεσολάβησαν εκλογές; Υπάρχουν θεμιτές επιδιώξεις, που δεν αξιοποιήθηκαν στην υπάρχουσα θεσμική πραγματικότητα και οφείλουμε να τις επιδιώξουμε ενδεχομένως σε μελλοντικές αναθεωρήσεις του Ποινικού Κώδικα;

Οι δύο νέοι Κώδικες (= ΠΚ και ΚΠΔ) διακηρυκτικά κινούνται σε ορθή κατεύθυνση. Και τούτο διότι: βασικές αρχές που διέπουν τον ΠΚ είναι: η αρχή της νομιμότητας του εγκλήματος - ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου - η αρχή της αναλογικότητας - η αρχή της ενοχής - η δημοκρατική αρχή - η φιλελεύθερη αρχή (= αρχή της προσωπικής αυτονομίας) - η αρχή της ισότητας - η αρχή της επικουρικότητας και η αρχή του κράτους δικαίου. Από την άλλη, βασικές αρχές που διέπουν τον ΚΠΔ είναι: η διατήρηση του μικτού τύπου διαδικασίας (= αλλού με ενίσχυση των αρχών του εξεταστικού συστήματος και αλλού των αρχών του κατηγορητικού συστήματος) - η δόμηση της μορφής της δίκης με βάση τα ίδια στάδια και τους ίδιους παράγοντες της δίκης (= διαδίκους, κύρια και βοηθητικά πρόσωπα απονομής της δικαιοσύνης) - η ισοστάθμιση των αναγκών προστασίας της κοινωνίας και του ατόμου - η διατήρηση του αυτεπάγγελτου της ποινικής δίωξης στον μεγα-

λύτερο όγκο(μικρότερο, πάντως, από πριν) των αδικημάτων - η διασφάλιση του δικαιώματος της ακροάσεως των διαδίκων, αλλά και των λοιπών δικαιωμάτων τους, κατά τη διεξαγωγή της ποινικής δίκης - η διατήρηση της συμμετοχής του λαϊκού στοιχείου στην απονομή της ποινικής δικαιοσύνης - η ελεύθερη εκτίμηση των αποδείξεων, αλλά και η αναγνώριση των ορίων της ηθικής αποδείξεως (= αποδεικτικές απαγορεύσεις, υποχρέωση ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας των με ευρεία έννοια αποφάσεων).

Ωστόσο, ο δείκτης ποιότητας μιας νομοθεσίας δεν κρίνεται με βάση τις διακηρύξεις των δημιουργών της, αλλά με σημείο αναφοράς **το βαθμό ανταποκρίσεως** των διακηρύξεων με τις τελικά προκριθείσες κανονιστικές επιλογές. Και σε σχέση με το τελευταίο, εγείρονται, βάσιμες κατά την εκτίμηση μου, επιφυλάξεις. Επιφυλάξεις που αφορούν όχι μόνον την ανταπόκριση αυτή καθεαυτήν αλλά και την (υπό - υπέρ) δοσολογία της.

Αν, πάντως, οφείλει κανείς να κατονομάσει ρητά κάποιες συζητήσιμες περιοχές που δεν μπορούν να αγνοηθούν, αυτές θα ήταν: το εσπευσμένο της ψηφίσεως - η έλλειψη ευρύτερου επιστημονικού διαλόγου - η υποτίμηση των αντανάκλαστικών του δικαστικού κόσμου - η εντύπωση υπερβολικής κάποτε χαλάρωσης της ποινικής καταστολής - η απουσία αρμονίας ενδοσυστηματικής - η κατάργηση θεσμών χωρίς πειστική αιτιολογία - η διαμόρφωση κάποιων θεσμών κατά τέτοιο τρόπο, που η εφαρμογή τους στην πράξη μπορεί να καταστεί

ιδιαίτερα προβληματική - η έλλειψη (στον ΚΠΔ) Αιτιολογικής Εκθέσεως, πράγμα που σημαίνει ότι ουσιαστική πληροφόρηση για τις επελθούσες μεταβολές δεν υπάρχει - πληθώρα (στον ΚΠΔ) «παράδρομων», φαινόμενο ασύμβατο με τη σοβαρότητα του νομοθετήματος.

Ενόψει των ανωτέρω, προφανές είναι ότι αποτελεί αναγκαιότητα η επανεξέταση της τωρινής θεσμικής πραγματικότητας, υπό έναν απαράβατο όρο: **το σεβασμό της δουλειάς που έγινε**. Οι κώδικες δεν μπορεί και δεν πρέπει να αποτελέσουν αντικείμενο επιστημονικής αντιπαράθεσης, ούτε ευκαιρία για επιβολή προσωπικών αντιλήψεων. **Χωρίς φανατισμό και με νηφαλιότητα, να αποφευχθεί το «γκρέμισμα» και να υπάρξει διορθωτική παρέμβαση.**

Απλώς για ενημέρωση, καθιστώ γνωστό και το εξής: Με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, έχει συσταθεί **διαρκής Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή** με αντικείμενο: τη διαρκή παρακολούθηση του τρόπου εφαρμογής από τη Νομολογία και του βαθμού αποδοχής από την επιστήμη των διατάξεων του ΠΚ και του ΚΠΔ και τη συναγωγή ουσιαστικών συμπερασμάτων με σκοπό την κατάρτιση των αναγκαίων νομοθετικών ρυθμίσεων και τη σύνταξη της σχετικής αιτιολογικής έκθεσης. Μπορώ, επίσης, να αναφέρω ότι έχω την τιμή να είμαι Πρόεδρος της Επιτροπής και μέλη αυτής, μεταξύ άλλων, οι έγκριτοι συνάδελφοι και φίλοι καθηγητές του Τμήματός μας κ.κ. Μαρία Καϊάφα - Γκμπάντι και Νίκος Μπιτζιλέκης.

Πώς κρίνετε την κατάργηση της δυνατότητας του Εισαγγελέα να παρίσταται προς υποστήριξη της κατηγορίας αυτεπαγγέλτως εκ μέρους ατόμων που πάσχουν από ψυχική ασθένεια και δεν έχουν νόμιμο αντιπρόσωπο;

Η διάταξη του άρθρου 70 του προϊσχύσαντος ΚΠΔ προέβλεπε πράγματι ότι «η πολιτική αγωγή στην ποινική διαδικασία μπορεί να κινηθεί από τον εισαγγελέα όταν ο ζημιωμένος είναι ανίκανος επειδή πάσχει από ψυχική ασθένεια και δεν έχει αντιπρόσωπο νόμιμα διορισμένο». Για τη συγκεκριμένη πρόβλεψη, σημειώνω ότι: ουδέποτε, απ' όσο γνωρίζω, εφαρμόστηκε στην πράξη - επρόκειτο για δυνατότητα και όχι υποχρέωση του εισαγγελέα - στόχος της ήταν η για λογαριασμό του ανίκανου διεκδίκηση της ικανοποίησης των απαιτήσεών του για αποζημίωση ή χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης.

Ο νέος ΚΠΔ κατήργησε την πρόβλεψη. Η κατάργηση είναι συνεπής προς τις συντελεσθείσες μεταβολές στον ευρύτερο χώρο της «πολιτικής αγωγής», χωρίς να υποδηλώνεται ούτε να συνιστά αυτή έλλειψη ευαισθησίας προς τα «αδύναμα πρόσωπα». Η ρύθμιση απαλείφθηκε, γιατί, όπως ειπώθηκε, συνδεόταν με τη διεκδίκηση και επιδίκαση αστικών αξιώσεων στον ανίκανο, οι οποίες πλέον αξιώσεις μετά τη γενίκευση της παραστάσεως του θύματος για υποστήριξη της κατηγορίας δεν είναι δυνατές. Όσο, μ' άλλα λόγια, το θύμα υπό το νέο καθεστώς δεν μπορεί να προβάλλει αστικές αξιώσεις, η εναπομένουσα (και μόνη) δυνατότητα υποστήριξης της κατηγορίας, ασκείται, έτσι ή αλλιώς, από τον εισαγγελέα, με τον τρόπο που η θεσμική του θέση του επιβάλλει.

Ποια η άποψή σας για τον θεσμό της εναλλακτικής επίλυσης των διαφορών στην ποινική δίκη και πώς αξιολογείτε την νεοεισαχθείσα στο ελληνικό δίκαιο ποινική διαταγή;

Με τα άρθρα 304 και 305 εισάγεται στην ελληνική έννομη τάξη ο αγγλοσαξονικής μεν προελεύσεως αλλά πλέον ιδιαίτερος διαδεδομένος σε όλες σχεδόν τις χώρες του civil law, θεσμός του **Plea Bargaining**, κεντρικό χαρακτηριστικό γνώρισμα του οποίου είναι **η ανταλλαγή της ομολογίας με την επιβολή μειωμένης ποινής**. Στον ΚΠΔ ο νέος θεσμός αποδίδεται με τον όρο «**Ποινική Διαπραγμάτευση**», ώστε να αντιδιασταλεί σαφώς από τον συγγενή, πλην διαφορετικό θεσμό της «**Ποινικής Συνδιαλλαγής**», ο οποίος έχει ήδη εισαχθεί στην έννομη τάξη μας (βλ. άρθρο 308B ΚΠΔ) και αναβαθμίζεται περαιτέρω στον ΚΠΔ (άρθρο 301). Θεωρήθηκε ότι η ποινική διαπραγμάτευση μπορεί με τις κατάλληλες προσαρμογές να λειτουργήσει και εντός του μοντέλου της ηπειρωτικής ποινικής δίκης. Άλλωστε ο θεσμός έχει εισαχθεί και λειτουργεί αποδοτικά σε χώρες, όπως η Γαλλία και η Γερμανία, με μακρά προσήλωση στην αρχή της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας. Όπου έχει εισαχθεί ο θεσμός, έχει αποσυμφορήσει σημαντικά την απονομή της ποινικής δικαιοσύνης και αυτή ακριβώς η πρακτική χρησιμότητα επισκιάζει τις (όχι πάντοτε αδικαιολόγητες) δογματικές φύσεως ενστάσεις. Το γεγονός ότι η Ελλάδα είναι η μια από τις μόλις τρεις χώρες του Συμβουλίου της Ευρώπης (οι άλλες δύο είναι η Τουρκία και το Αζερμπαϊτζάν) που δεν έχει θεσμοθετήσει την ποινική διαπραγμάτευση αποτελεί την πλέον εύγλωττη απόδειξη ότι πλέον σε

πανευρωπαϊκό επίπεδο κυριαρχούν οι εναλλακτικές διαδικασίες (όπως το Plea Bargaining) οι οποίες τείνουν να υποκαταστήσουν την κλασική ποινική δίκη, η οποία, λόγω της σύνθετης δομής της και της μακράς διάρκειάς της, δεν μπορεί να ικανοποιήσει την ανάγκη της ταχείας και αποτελεσματικής διεκπεραίωσης της σύγχρονης ποινικής ύλης. Τη συμβατότητα του Plea Bargaining με την ΕΣΔΑ έχει αναγνωρίσει και το ΕΔΔΑ στη σημαντική απόφαση Natsvishvili και Togonidze κατά Γεωργίας 29.4.2014, όπου γίνεται δεκτό ότι ο νέος θεσμός αποτελεί πλέον κοινό γνώρισμα των ευρωπαϊκών ποινικών συστημάτων και προσφέρει το σημαντικό όφελος της ταχείας εκδίκασης των ποινικών υποθέσεων και της ανακούφισης του φόρτου εργασίας των ποινικών δικαστηρίων.

Στην Ελλάδα, συνακόλουθα, όπου η ταχύτητα στην απονομή της δικαιοσύνης έχει προσλάβει υπαρξιακό χαρακτήρα, η ποινική διαπραγμάτευση ως μορφή εναλλακτικού τρόπου απονομής της δικαιοσύνης δεν μπορούσε παρά να θεσμοθετηθεί - επιλογή, άλλωστε, που είχαν κάνει και προηγούμενα ΣχΚΠΔ. Θα μπορούσαν, ωστόσο, να προσεχθούν κανονιστικά περισσότερα, θέματα που αφορούν: την εναπόθεση της κρίσης καταλληλότητας της διαπραγμάτευσης στη διακριτική ευχέρεια του εισαγγελέα- την έκταση εφαρμογής του θεσμού (: εξαιρούνται μόνον τα κακουργήματα που απειλούνται με ισόβια κάθειρξη και που προβλέπονται στο άρθρο 187Α ΠΚ και στο δέκατο ένατο κεφάλαιο του ΠΚ)- το ύψος της προτεινόμενης ποινής (=δεν μπορεί να υπερβεί τα επτά έτη).

Η διαδικασία έκδοσης **ποινικής διαταγής** διαφοροποιείται σαφώς από τη διαδικασία της συνδιαιλλαγής ή της διαπραγμάτευσης αφού σε αυτήν δεν υφίσταται συγκατάθεση του κατηγορουμένου για την ενεργοποίησή της ούτε προκαταβολική αποδοχή της έκβασης της, αλλά έκδοση απόφασης ερήμην του, την οποία ο κατηγορούμενος δικαιούται να μην την αποδεχθεί και να την προσβάλλει εκ των υστέρων, οδηγώντας την υπόθεση στο ακροατήριο και σε εκδίκασή της με βάση τις διατάξεις της τακτικής διαδικασίας (: άρθρα 409 - 416 ΚΠΔ). Παρά τα όσα αντίθετα, λέγονται, ακριβές είναι ότι: πρόκειται για μια παραλλαγμένη μορφή της (γνώριμης στον ΚΠολΔ) διαταγής πληρωμής- οι δυνάμεις να ασκηθούν εναντίον της αντιρρήσεις δεν διαφέρουν ουσιαστικά από την αναιτιολόγητη ανακοπή ερημοδικίας- πρότυπό της είναι, έστω και αν δεν ομολογείται ρητά, οι διατάξεις των άρθρων 414-416

και 427 (= βεβαιούμενα με έκθεση πταίσματα και πλημμελήματα) του προϊσχύσαντος ΚΠΔ.

Το μέλλον της ποινικής διαταγής δεν είναι, σε αντίθεση μ' εκείνο της ποινικής διαπραγμάτευσης, εφαρμοστικά ευοίωνο, κάτι που φαίνεται από το γεγονός **ότι μέχρι σήμερα καμία, απ' όσο γνωρίζω, τέτοια διαταγή δεν εκδόθηκε από ελληνικό δικαστήριο**. Σε τούτο το αποτέλεσμα θα οδηγούσαν οι δομικές αδυναμίες που συνοδεύουν την επιλογή, όπως: η παραβίαση του δικαιώματος ακροάσεως του κατηγορουμένου (= δεν καλείται ούτε απολογείται πριν από την έκδοσή της) - ο αποκλεισμός εφαρμογής του άρθρου 470 ΚΠΔ (= επιτρεπτό χειροτέρευσης)- η σύγχυση με το θεσμό της αποχής από τη δίωξη- η παρέκκλιση της διαδικασίας όταν το σχήμα αναπτύσσεται πλήρως.

Με αφορμή την άρνηση του μάρτυρα με κωδικό όνομα «Μάξιμος Σαράφης» να καταθέσει στην επιτροπή της Βουλής δίχως ψηφιακή αλλοίωση των χαρακτηριστικών του, θεωρείτε πως ήταν ορθή η έκδοση εντάλματος βίαιης προσαγωγής του; Δεν τίθεται σε κίνδυνο το καθεστώς προστασίας μαρτύρων, όταν δεν λαμβάνει χώρα κατάθεση με αλλοίωση των χαρακτηριστικών, ειδικά σε μία τόσο σπουδαία και επίκαιρη υπόθεση, όπως η Novartis;

Σε τέτοιου είδους ερωτήματα, η απάντηση, όποια και αν είναι αυτή, μόνον επιστημονική και δη αυστηρά, οφείλει να είναι. Διαφορετικά, το ενδεχόμενο να κινηθεί κανείς στο επίπεδο ενός «νομικού λαϊκισμού» είναι άμεσα ορατό. Κάτι τέτοιο, ωστόσο, μπορεί να είναι γνώριμο για έναν δημοσιογράφο, όχι όμως επιτρεπτό και για ένα καθηγητή και μάλιστα με ειδίκευση στο συναφές αντικείμενο. Και κάτι ακόμη: Όσο μια διαδικασία είναι σε εξέλιξη, η διατύπωση γνώμης από έναν «ειδικό» για επιμέρους ζητήματά της, είναι, τουλάχιστον κατά τη γνώμη μου, δυνατότητα αυτονοήτως αποκεκλεισμένη.

Αν, πάντως, έπρεπε να δώσω ένα περίγραμμα προσεγγίσεως του θέματος, θα έλεγα ότι αξιολογήσιμες παράμετροι εδώ είναι: οι έννοιες «προστατευόμενοι μάρτυρες» και «μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος»- το ασύμπτωτο ή όχι των δύο ιδιοτήτων στο ίδιο πρόσωπο- η αρμοδιότητα χαρακτηρισμού και η αναγκαιότητα επικυρώσεώς του πριν ή μετά - το παράλληλο της εξετάσεώς τους από δύο αρχές- η δέσμευση ως προς τον τρόπο εξετάσεως που η μια αρχή χρησιμοποίησε- η έκταση δικαιοδοσίας της αρμόδιας επιτροπής της Βου-

λής- η νομιμότητα ενός εντάλματος και οι ευχέρει-
ες αντίδρασης σε περιπτώσεις εκδόσεώς του χωρίς
τη συνδρομή των αναγκαίων προϋποθέσεων.

Πώς αξιολογείτε την ειδική διαδικασία άσκησης ποινικής δίωξης του άρθρου 86 του Συντάγματος; Θεωρείτε πως τα προνόμια αυξημένων ποινικής προστασίας που παρέχονται στα μέλη των κυβερνήσεων είναι θεμιτά και προσήκοντα;

Η άσκηση της ποινικής δίωξης από τη Βουλή κατά Υπουργών (και Υφυπουργών) εκτιμάται ότι δεν μπορεί να τεθεί υπό συζήτησης, ενόψει του ότι όλες σχεδόν οι συνταγματικές νομοθεσίες ακολουθούν αυτόν τον δρόμο. Η από πρώτη άποψη εμφανιζόμενη, ως θεμελιώδης, αντίφαση να ανατίθεται σε ένα πολιτικό σώμα μια ουσιαστικά δικαστική λειτουργία, δικαιολογείται από το σύνθετο της κρίσεως ως πολιτικής και δικαστικής.

Το πρόβλημα του θεσμού της ευθύνης των υπουργών, είναι, όπως εύστοχα επισήμανε ήδη από το έτος 1880 ο **Ι. Αραβαντινός** στη μοναδική «Πραγματεία περί ευθύνης των Ηγεμόνων και των Υπουργών», διπλό, δηλαδή η εξασφάλιση αφενός της πολιτείας έναντι εκείνων που διαχειρίζονται την πολιτική εξουσία και αφετέρου εκείνων που διαχειρίζονται την πολιτική εξουσία έναντι παράνομων και απάνθρωπων προσβολών των αντιπάλων τους, που κάθε φορά υπερισχύουν.

Ο ισχύων περί ποινικής ευθύνης των Υπουργών Ν. 3126/2003, όπως τροποποιήθηκε με τον (ψηφισθέντα επί Υπουργίας του κ. **Χάρη Καστανίδη**) Ν. 3961/2011, δίνει απάντηση, και μάλιστα ευρύτερα αποδεκτή, στα περισσότερα από τα αναφερόμενα στην επίμαχη περιοχή προβλήματα, όπως εκείνα: της παραγραφής των εγκλημάτων- της τύχης των συμμετόχων- της ιδιότητας των εκπροσώπων της κατηγορούσας αρχής. Προβληματική, ενόψει της διαμορφωθείσας από το Ειδικό Δικαστήριο νομολογίας, παραμένει η φύση των υπαγόμενων στην εν λόγω διαδικασία εγκλημάτων, θέμα που επιχειρήθηκε να επιλυθεί στα πλαίσια της τελευταίας συνταγματικής αναθεώρησης. Θετική, όμως, είναι η (μη εφαρμοσθείσα ποτέ) πρόβλεψη του άρθρου 5 παρ. 2 του Ν. 3126/1003 για ύπαρξη γνωμοδοτικού δικαστικού (: ένας αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου και δύο εισαγγελείς εφετών) συμβουλίου, στο οποίο μπορεί να ανατεθεί ο νομικός έλεγχος των στοιχείων της κατηγορίας και η αξιολόγηση της ουσιαστικής βασιμότητας αυτών.

Θεωρώ ότι έχουμε να κάνουμε με ζήτημα περισσότερο εφαρμοστικό και λιγότερο κανονιστικό - περισσότερο πολιτικής και λιγότερο ποινικής ευθύνης. Δεν μπορώ στο σημείο αυτό παρά να παραθέσω την άποψη του άξιου συναδέλφου και αγαπητού φίλου **Παναγιώτη Μαντζούφα**, ο οποίος σε συναφούς αντικείμενου συνέδριο, στο οποίο και οι δύο ήμασταν εισηγητές, έκλεισε τις αναπτύξεις του τονίζοντας αυτολεξεί:

«Σε κάθε περίπτωση η διάπραξη αξιόποινων πράξεων από μέλη της κυβέρνησης συνιστά μια ακραία περίπτωση κατάχρησης της κυβερνητικής εξουσίας την οποία συνοδεύει πάντα ένα μεγάλο πολιτικό και κοινωνικό στίγμα- συνεργούντων και των ΜΜΕ- με το οποίο θα συμβιώσει ο πολιτικός, ανεξαρτήτως κατάδικης. Το πολιτικά προβληματικό στοιχείο είναι ότι το πολιτικό μας σύστημα και τα κόμματά μας θέτουν συχνά τον κομματικό πατριωτισμό υπεράνω του δημοσίου συμφέροντος και δεν έχουν τη δύναμη να επιβάλλουν εξυγίανση του δημοσίου βίου και αυτοκάθαρση. Απουσιάζει επομένως η πολιτική βούληση και συχνά υπερτερεί η κομματική σκοπιμότητα και η λογική της συγκάλυψης.

Ενδεικτική στάση που απορρέει από την παραπάνω αντίληψη είναι το γεγονός ότι ενώ πρόσφατα - αλλά και κατά τη διάρκεια της δεκαετίας του 90- η συνταγματική διάταξη κατακρίνονταν, διότι διευκόλυνε τον πολιτικό στιγματισμό των αντιπάλων και τον μηντιακό τους διασυρμό, δηλαδή οδηγούσε στην «ποινικοποίηση της πολιτικής ζωής», σήμερα στην ίδια διάταξη αποδίδουμε ευθύνες για το ακριβώς αντίθετο, δηλαδή ότι αποτελεί την βασική τροχοπέδη στην απόδοση ποινικών ευθυνών στα πολιτικά πρόσωπα. Σήμερα που οι πολιτικές και οικονομικές συνθήκες έχουν αλλάξει δραματικά, αναζητούμε «που πήγαν τα λεφτά» και θέλουμε οπωσδήποτε να δούμε κάποιους στην φυλακή, ενώ ο «απλός» στιγματισμός και η διαπόμπευση δεν αρκούν. Οι πολιτικοί μας στην συντριπτική τους πλειοψηφία οχυρώνονται πίσω από το υπαρκτό εμπόδιο της προθεσμίας του άρθρου 86 Συντ. και δεν βλέπουν τις δικές τους ευθύνες και την τρανταχτή αδυναμία τους να επιβάλλουν κάθαρση στους δικούς τους κομματικούς χώρους.

Συμπερασματικά θα έλεγα ότι ανεξαρτήτως των βελτιώσεων που επιδέχεται το θεσμικό πλαίσιο της ευθύνης των υπουργών, το κρισιμότερο είναι να συνειδητοποιήσουν οι πολιτικές δυνάμεις ότι η προσφυγή στο θεσμό της ποινικής ευθύνης προϋποθέτει υψηλότερο αίσθημα ευθύνης και λιγότερη πολιτική εκμετάλλευση από ότι στο παρελθόν».

Συνέντευξη από τον Στάθη Κουτσοχήνα, Πρόεδρο του ΔΣΘ και Δικηγόρο παρ' Αρείω Πάγω

Στους

Κουκαρούδη Χρήστο, 3^ο ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

Μεσημέρη Θοδωρή, 2^ο ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

& Τοτοκώτση Άννα-Μαρία, 3^ο ετή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Πώς επηρεάζει η εισαγωγή των νέων τεχνολογιών το δικηγορικό επάγγελμα και πώς αξιολογείτε ότι θα συμβάλλουν στην επιτάχυνση απονομής της δικαιοσύνης που αποτελεί άλλωστε πρόβλημα στη χώρα μας;

Η ηλεκτρονική δικαιοσύνη (e-justice) αποτελεί μία πολιτική που απλουστεύει και βελτιώνει την πρόσβαση στη δικαιοσύνη, μέσω της ψηφιοποίησης των νομικών διαδικασιών. Οι σχετικές εφαρμογές προορίζονται για τους συλλειτουργούς της Δικαιοσύνης (δικηγόρους, δικαστές και υπαλλήλους), με απώτερο σκοπό την εξυπηρέτηση του πολίτη και του επιχειρηματία. Η βελτίωση της πρόσβασης σε πληροφορίες στον τομέα της δικαιοσύνης (π.χ. λήψη πιστοποιητικών ηλεκτρονικά), η ψηφιοποίηση των δικαστικών και εξωδικαστικών διαδικασιών για ευκολότερη και ταχύτερη πρόσβαση σε αυτά (π.χ. ψηφιοποίηση δικογράφων), η εξασφάλιση της διασύνδεσης και διαλειτουργικότητας μεταξύ των διαφορετικών πληροφοριακών συστημάτων που βρίσκονται σε λειτουργία, αποτελούν στόχους της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης.

Στη διαδικασία αυτή συμβάλλουν καίρια οι δικηγορικοί σύλλογοι της χώρας. Έτσι, μέσω του Portal της Ολομέλειας των δικηγορικών συλλόγων είναι δυνατή η ηλεκτρονική κατάθεση δικογρά-

φων σε πολλά από τα δικαστήρια της χώρας, ενώ παράλληλα το Portal αποτελεί απαραίτητο εργαλείο για την καθημερινή πρακτική του δικηγόρου, αφού μέσα από αυτό μπορεί να εκδώσει ψηφιακή υπογραφή, τις παραστάσεις του για τα δικαστήρια, πιστοποιητικά δικηγορίας κλπ. Αυτή τη στιγμή η ανάπτυξη συστημάτων ηλεκτρονικής δικαιοσύνης βρίσκεται σε πλήρη εξέλιξη και άμεσα θα είναι δυνατή η λήψη πιστοποιητικών από τα δικαστήρια, η κατάθεση δικογράφων σε ακόμα περισσότερες διαδικασίες και έδρες, η έρευνα στα στοιχεία των κτηματολογίων και η λήψη πιστοποιητικών από αυτά, ενώ εξετάζεται ακόμα και η δυνατότητα εξέτασης μαρτύρων ή διεξαγωγής δικών σε συγκεκριμένες διαδικασίες μέσω τηλεδιάσκεψης.

Πέρα από τα παραπάνω, ο Δικηγορικός Σύλλογος Θεσσαλονίκης έχει προχωρήσει το τελευταίο διάστημα σε σημαντικά βήματα στην κατεύθυνση της εφαρμογής διαδικασιών ηλεκτρονικής δικαιοσύνης: λειτουργεί κέντρο ψηφιοποίησης αντιγράφων για τα μέλη του, αποστέλλει αποφάσεις των δικαστηρίων με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, έχει εγκαταστήσει προσφάτως και παρέχει στα μέλη του δωρεάν Wi-Fi στο Δικαστικό Μέγαρο, έχει αναβαθμί-

Η κρίση που ενέσκυψε και στη χώρα μας με τα αναγκαία μέτρα κατά της διάδοσης του κορωνοϊού και τη συνακόλουθη αναστολή της λειτουργίας των δικαστηρίων, υποθηκοφυλακείων, κτηματολογικών γραφείων κλπ., κατέδειξε τη σημασία της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης, καθώς μέσα από τα εργαλεία της παρέχεται η δυνατότητα στον δικηγόρο να ασκήσει, έστω μερικώς, το επάγγελμά του χωρίς φυσική παρουσία, αλλά και στη δικαιοσύνη να συνεχίσει να λειτουργεί προς όφελος του πολίτη.

σει το σύστημα επικοινωνίας και ενημέρωσης των συναδέλφων μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου

και mobile app, παρέχει ενημέρωση με sms για την έκδοση αποφάσεων πολιτικών Δικαστηρίων, αναρτά τα εκθέματα ποινικών Δικαστηρίων στο site του ΔΣΘ. Επιπρόσθετα, παρέχει δωρεάν ολοκληρωμένη νομική βιβλιοθήκη στα μέλη του με τη χρήση των βάσεων νομικών δεδομένων της NO-MOS (Intrasoft), του Ισοκράτη (ΔΣΑ), του Σόλωνα (Επιθεώρηση Συγκοινωνιακού Δικαίου), της ηλεκτρονικής βάσης του περιοδικού «Αρμενόπουλος» του ΔΣΘ και από φέτος της βάσης νομικών δεδομένων Sakoulas-Online. Επίσης, έχει δημιουργήσει ανοιχτή ηλεκτρονική βιβλιοθήκη με τη δημιουργία του καναλιού του ΔΣΘ στο YouTube, που φιλοξενεί πληθώρα σεμιναρίων, ημερίδων, διημερίδων και εκδηλώσεων για νομικά και γενικότερου ενδιαφέροντος θέματα (π.χ. νομικά ζητήματα της Συμφωνίας των Πρεσπών, GDPR, νέος ΠΚ και ΚΠοινΔ κλπ.).

Οι νέες τεχνολογίες, λοιπόν, παρέχουν «μέσα» για τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας, της ευελιξίας και της άνεσης για όλα τα εμπλεκόμενα μέρη. Αναντίρρητα, η αξιοποίηση τους με στόχο μια χρηστή, διαφανή, υπεύθυνη, αποτελεσματική και ποιотική παροχή υπηρεσιών ικανοποιούν το κριτήριο του δημοσίου συμφέροντος. Η κρίση που ενέσχυε και στη χώρα μας με τα αναγκαία μέτρα κατά της διάδοσης του κορωνοϊού και τη συνακόλουθη αναστολή της λειτουργίας των δικαστηρίων, υποθηκοφυλακείων, κτηματολογικών γραφείων κλπ., κατέδειξε τη σημασία της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης, καθώς μέσα από τα εργαλεία της παρέχεται η δυνατότητα στον δικηγόρο να ασκήσει, έστω μερικώς, το επάγγελμά του χωρίς φυσική παρουσία, αλλά και στη δικαιοσύνη να συνεχίσει να λειτουργεί προς όφελος του πολίτη.

Ωστόσο, θα πρέπει να μας προβληματίσει η υπό διαμόρφωση πραγματικότητα της εισαγωγής εφαρμογών τεχνητής νοημοσύνης στην απονομή της δικαιοσύνης: η δικαστική απόφαση και οι δικηγορικές υπηρεσίες δεν μπορεί και δεν πρέπει να είναι αποκλειστικά προϊόν μηχανικής ή αυτόματης διεργασίας, αλλά η τελική κρίση πρέπει πάντα να επιφυλάσσεται για τον άνθρωπο. Χωρίς εσωτερική λογική συνοχή, τα συστήματα τεχνητής νοημοσύνης υστερούν σε λογοδοσία και ανθεκτικότητα -δύο κρίσιμους συντελεστές για την ύπαρξη εμπιστοσύνης σε μια κοινωνία. Οι νέες τεχνολογίες και η τεχνητή νοημοσύνη δεν παύουν να αποτελούν ένα εργαλείο, την τελική ευθύνη για τη χρήση του οποίου εξακολουθεί να έχει ο άνθρωπος.

Σύμφωνα με το άρθρο 42 παρ.1 του ν.4640/2019 προβλέπεται η επιβολή του δικαστικού ενσήμου στις αναγνωριστικές αγωγές αρμοδιότητας του Πολυμελούς Πρωτοδικείου. Πολλοί δικηγορικοί σύλλογοι εξέφρασαν ζητήματα αντισυνταγματικότητας της συγκεκριμένης διάταξης. Συνεπώς, αυτή η επιβολή του δικαστικού ενσήμου τι σημαίνει στη πραγματικότητα συνολικά για το μηχανισμό απονομής δικαιοσύνης, αλλά και για τον πολίτη;

Η προκαταβολική είσπραξη του τέλους με τον ν. 4640/2019 εκ μέρους του δημοσίου, ήδη σε πρώιμο στάδιο της διαδικασίας της δίκης, και επί ποσού κατά κανόνα μείζονος του τελικώς επιδικαζόμενου, αντίκειται στις αρχές του κράτους δικαίου και της παροχής πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας στους πολίτες, που θεμελιώνονται στις διατάξεις των άρθρ. 20 παρ.1, 26 παρ.3, 94 παρ.4, 95 παρ. 5 του Συντάγματος, 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, 1 του πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου αυτής, 2 παρ.3 και 14 παρ. 1 Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα κυρωθέντος με το ν. 2462/1997, που εγγυώνται την ελεύθερη πρόσβαση σε δικαστήριο και την πραγματική ικανοποίηση του δικαιώματος, που επιδικάζεται από αυτό. Περαιτέρω, η επιβολή δικαστικού ενσήμου δεν συνδέεται με τη λειτουργία της δικαιοσύνης και την ανάγκη αποτελεσματικότερης απονομής της, ιδίως όταν το λειτουργικό κόστος της δικαιοσύνης όχι μόνο δεν έχει αυξηθεί, αλλά βαίνει μειούμενο. Με λίγα λόγια, η επίμαχη ρύθμιση, η οποία μάλιστα έγινε κατά παράβαση των αρχών της καλής νομοθέτησης, με εκπρόθεσμη τροπολογία και με αναδρομική ισχύ, καταφανώς δυσχεραίνει την πρόσβαση του πολίτη στον φυσικό του δικαστή και αντίκειται στο θεμελιώδες συνταγματικό του δικαίωμα, για παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια.

Με ποιον τρόπο πιστεύετε ότι επηρεάζει το δικηγορικό επάγγελμα η ανάπτυξη των δικηγορικών-νομικών εταιριών που σε πολλές χώρες του εξωτερικού αντικατέστηκαν το παραδοσιακό δικηγορικό γραφείο;

Πέρα από τα πρακτικά πλεονεκτήματα που προσφέρει η λειτουργία υπό τον τύπο μίας δικηγορικής εταιρίας (π.χ. σε επίπεδο φορολογίας ή μείωσης εξόδων), η σύσταση και λειτουργία μίας δικηγορικής εταιρίας αναδεικνύει μια νέα μορφή άσκησης του επαγγέλματος, μέσα από τη συλλογικότητα,

ανταποκρινόμενη στις ανάγκες της σύγχρονης κοινωνίας και οικονομίας, η οποία λειτουργεί μέσα σε ένα πλέγμα σύνθετων κανόνων. Η δημιουργία νέων θεσμών και η διόγκωση του κανονιστικού πλαισίου απαιτεί αφ' ενός εξειδίκευση και αφ' ετέρου συντονισμό νομικών υπηρεσιών μέσω της αντιμετώπισης των σύγχρονων απαιτήσεων με συλλογική δράση. Οι δικηγορικές εταιρείες είναι ένα χρήσιμο εργαλείο που μπορεί να καλύψει τις ανάγκες τόσο των δικηγόρων όσο και των εντολέων τους.

Ποια είναι η γνώμη σας για το θεσμό της διαιτησίας, λαμβάνοντας υπόψη τα πλεονεκτήματά της για τη διευθέτηση των εμπορικών υποθέσεων και πώς μπορεί να εδραιωθεί στη χώρα μας; Μήπως αυτή η συζήτηση σε συνδυασμό επίσης και με την εισαγωγή του θεσμού της διαμεσολάβησης στις αστικές και εμπορικές υποθέσεις οδηγεί το δικηγορικό επάγγελμα σε ένα νέο στάδιο με άλλες προκλήσεις;

Οι εναλλακτικές μορφές επίλυσης διαφορών (διαμεσολάβηση και διαιτησία) αποτελούν μία σύγχρονη τάση στις προηγμένες κοινωνίες. Οι δικηγορικοί σύλλογοι, με βάση τον Κώδικα Δικηγόρων, οφείλουν να ενισχύουν τους θεσμούς αυτούς, ωστόσο αντιτάχθηκαν σθεναρά στην υποχρεωτική επιβολή της διαμεσολάβησης ενώ παράλληλα υποστήριξαν την ανάγκη οι διαμεσολαβητές να είναι νομικοί.

Ειδικά η ανάπτυξη της διαιτησίας στους δικηγορικούς συλλόγους αποτέλεσε προσωπική μου εισήγηση στην Ολομέλεια των Προέδρων των Δικηγορικών Συλλόγων, η οποία και την υιοθέτησε. Ήδη, σε εφαρμογή της απόφασης αυτής, ο Σύλλογός μας (όπως και ο ΔΣΑ) έχει θεσπίσει νέο Κανονισμό Λειτουργίας της Θεσμικής Διαιτησίας στον ΔΣΘ. Ο Κανονισμός έχει ήδη εγκριθεί από το ΣΤΕ και βρίσκεται στο τελικό στάδιο της έκδοσης Προεδρικού Διατάγματος, μέσα δε από τη λειτουργία του φιλοδοξούμε να στρέψουμε σημαντικό ποσοστό επίλυσης διαφορών στη διαιτησία του ΔΣΘ, με πλεονεκτήματα την ταχύτητα επίλυσης της διαφοράς, το μειωμένο κόστος, τη διασφάλιση της ενδελεχούς εξέτασης της κάθε υπόθεσης και εν τέλει τη δημιουργία δικηγορικής ύλης προς το συμφέρον τόσο των δικηγόρων όσο και των πολιτών.

Και μια προσωπική ερώτηση: τι θα συμβουλευάτε έναν νέο δικηγόρο σήμερα που πρόκειται να ασκήσει μάχιμη δικηγορία;

Ο δικηγόρος είναι συλλειτουργός της δικαιοσύνης, με βασικά χαρακτηριστικά του επαγγέλματός του την ανεξαρτησία, την εχεμύθεια και την αποφυγή σύγκρουσης συμφερόντων του εντολέα του. Ταυτόχρονα, ασκεί μία επαγγελματική δραστηριότητα, η οποία αντιμετωπίζεται όλο και περισσότερο ως μία καθαρά επιχειρηματική - εμπορική δραστηριότητα, γεγονός που αποτυπώνεται ξεκάθαρα και στη φορολογική αντιμετώπιση των δικηγορικών υπηρεσιών από το κράτος, ως μία κοινή υπηρεσία που εξομοιώνεται με κάθε άλλη επιχειρηματική ή εμπορική δραστηριότητα και επιβαρύνεται με ΦΠΑ 24%.

Ο δικηγόρος, λοιπόν, αποτελεί συλλειτουργό της δικαιοσύνης, ταυτόχρονα όμως οφείλει να αντιληφθεί τον ρόλο του στην παραγωγική διαδικασία και να πετύχει τη σύνδεσή του με την επιχειρηματικότητα και την κοινωνία εν γένει. Να λειτουργήσει ως νομικός συμπαραστάτης ή σύμβουλος, ο οποίος δεν διερευνά μόνο την δικαστική αντιμετώπιση μιας υπόθεσης, αλλά εναλλακτικά, διερευνά και άλλους τρόπους επίλυσης διαφορών, ώστε να προτείνει τον πιο αποτελεσματικό τρόπο κατά περίπτωση, κατ' εφαρμογή του ρητού «το προλαμβάνειν καλύτερο του θεραπεύειν».

Στην πόλη μας ο αριθμός των εγγεγραμμένων στον Δικηγορικό Σύλλογο ανέρχεται σε περίπου 6.150. Η συζήτηση για τον δικηγορικό πληθωρισμό γινόταν ανέκαθεν στη χώρα μας. Μάλιστα, οι ανάγκες περιστολής του επέβαλαν την καθιέρωση της άσκησης με το ν. 1017/1911, που τροποποιήθηκε με το ν. 4980/1931 και στη συνέχεια με το ν. 3026/1954 (δικηγορικός κώδικας), στις Εισηγητικές εκθέσεις των οποίων η προτεραιότητα αυτή μονοπωλεί τη σκοπιμότητα της θέσπισής της.

Ωστόσο, δεν μπορεί να παραγνωριστεί ότι ο ικανός αριθμός δικηγόρων αποτελεί δημοκρατικό στοιχείο, που αποτρέπει τη δημιουργία μονοπωλικών καταστάσεων. Δεν επιθυμούμε ένα δικηγορικό επάγγελμα κλειστό, ελιτίστικο, χωρίς κοινωνική ευαισθησία και αλληλεγγύη, απρόσιτο σε όσους δεν διαθέτουν τα οικονομικά μέσα να αντιμετωπίσουν το κόστος προσφυγής στη δικαιοσύνη.

Όπως είχε παρατηρήσει ένας έγκριτος ποινικολόγος της πόλης μας το έτος 1977, στο βιβλίο του με τίτλο «δικηγορικός πληθωρισμός», το ζήτημα εν τέλει δεν είναι ποσοτικό, αλλά ποιοτικό. Δεν έχει να κάνει με το πόσοι είμαστε, αλλά με το πόσο καλά προετοιμασμένοι είμαστε, προκειμένου να φανούμε χρήσιμοι στην κοινωνία!



The European Law Students' Association

THESSALONIKI

- Προετοιμασία υποψηφίων για Διαγωνισμό Εθνικής Σχολής Δικαστών
- Ακαδημαϊκή υποστήριξη προπτυχιακών και μεταπτυχιακών φοιτητών
- Προετοιμασία για τις εισαγωγικές εξετάσεις στα ΠΜΣ Νομικής ΑΠΘ και ΔΠΘ

