



EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

ISSN: 2585-2558 TOMOS 2 (2018)



elsa

The European Law Students' Association
THESSALONIKI



EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

ISSN: 2585-2558

Συντακτική Επιτροπή Expressis Verbis Law Journal

Αρχισυντάκτρια
Βεργίνη Μαρία- Ειρήνη

Συντάκτες (αλφαβητική σειρά)

Αβραμίδου Μαρία
Γούλας Γιώργος
Κανελλοπούλου Άρτεμις
Κουρτίδη Καλυψώ
Κουτσιά Φωτεινή
Μαράντου Δήμητρα
Παυλίδου Άννα
Ρωμανίδου Ουρανία
Τζώτζου Χαρίκλεια
Τσιριγώτη Καλλιόπη- Αργυρώ

Επιμέλεια Έκδοσης - Εκτύπωση



Εκδόσεις Ροτόντα
Καμβουνίων 8, 54621 Θεσσαλονίκη
Τηλ: 2310212212

Διοικητικό Συμβούλιο ELSA Thessaloniki

Πρόεδρος
Αφεντούλης Διομήδης

Γενικός Γραμματέας
Τραγιάννης Αθανάσιος

Ταμίας
Πρινιωτάκης Παναγιώτης

Αντιπρόεδρος Marketing
Πριοβόλου Νικολίνα

**Αντιπρόεδρος Ακαδημαϊκών
Δραστηριοτήτων**
Παπαθανασίου Ελισάβετ

Αντιπρόεδρος Σεμιναρίων και Συνεδρίων
Βαϊτσίδου Στέλλα

Αντιπρόεδρος STEP
Φίστας Κωνσταντίνος

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

elsa

The European Law Students' Association
THESSALONIKI

Προλογικό Σημείωμα

Αν θέλαμε να αποτυπώσουμε με ένα ρητό την ουσία της νομικής επιστήμης αλλά και του Δικαίου εν γένει, αυτό θα ήταν το «*En αρχή ην ο Λόγος*». Στην αρχή είναι τα λόγια αυτά που γεννούν τα πράγματα. Αυτό είναι το δίκαιο. Αποτελεί προϊόν καθαρά της ανθρώπινης διανόησης και ως τέτοιο δεν έχει τίποτα το ανεξήγητο, τίποτα να ανακαλύψει κανείς και συνεπώς τίποτα το συναρπαστικό, θα έλεγε κάποιος. Όμως φτιάχνεται από τους ανθρώπους για τους ανθρώπους, υπάρχει για να αφουγκράζεται τις ανάγκες και τα προβλήματά τους, αποτελεί το σχοινί στο οποίο ισορροπεί κάθε ανθρώπινη κοινωνία, ενώ στηρίζει τη σχέση του πολίτη με τον πολίτη, του πολίτη με το κράτος, ακόμη και του κράτους με το κράτος που βρίσκεται στην άλλη άκρη του πλανήτη. Έτσι, η ζωντανή και ακμάζουσα δικαιοκή επιστήμη έχει το χαρισματικό προνόμιο να επιβιβαιώνει, να αναδεικνύει, να ανατρέπει, να προβληματίζει, ιδίως, όμως, να εξελίσσει και να εξελίσσεται καθημερινά, προχωρώντας για πάντα μαζί με τις ανθρώπινες κοινωνίες. Εκεί εμφωλεύει και η γοητευτική μοναδικότητάς της, στην οποία προσπαθήσαμε να δώσουμε «σάρκα και οστά» μέσα από τα άρθρα, τους σχολιασμούς δικαστικών αποφάσεων καθώς και τις συνεντεύξεις που ακολουθούν. Θερμές ευχαριστίες σε όσους συνετέλεσαν και στην φετινή επιτυχία του *Expressis Verbis Law Journal*, αφού ο καθένας με την δική του αξιέπαινη χροιά και πινελιά συνέβαλε στην προσπάθειά μας να σας μεταφέρουμε κάτι από όλο αυτό. Ελπίζουμε να το καταφέραμε.

**Μαρινιώ, Μαρία, Γιώργος, Άρτεμις,
Καλυψώ, Φωτεινή, Δήμητρα, Άννα,
Ράνια, Χαρά, Πόπη**

EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

Τόμος 2 - Τεύχος 2 ISSN: 2585-2558

Περιεχόμενα

Αστικό Δίκαιο	7	Προβλήματα 21ου αιώνα: Προσβολή προσωπικότητας στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης Κυτταρούδη Τατιάνα
	13	Απόκτηση κυριότητας σε ακίνητα του δημοσίου με χρησικτησία Χριστοδουλάκης Στέλιος
	18	Η απόφαση ΜΠρΑθ 7131/2017 ως απόφαση «σταθμός» για τη ρύθμιση των οικογενειακών σχέσεων Ζαχαράκη Αναστασία
	22	Ιδιαίτεροι προβληματισμοί για την έκτακτη χρησικτησία: πότε αυτή διακόπτεται, με βάση απόφαση του Αρείου Πάγου Αγγελοπούλου Μαρία
Πολιτική Δικονομία	26	ΟΛΑΠ 8/2016: Αριθμητικός περιορισμός των ενόρκων βεβαιώσεων - Αξιολόγηση υπό προϋποθέσεις των «εξώδικων» ενόρκων βεβαιώσεων ως δικαστικά τεκμήρια Ζαχαριάδου Νικολέτα
Εργατικό Δίκαιο	30	Απαγορεύσεις διακρίσεων στις εργασιακές σχέσεις Κοτταρίδου Δέσποινα
	37	Η ευθύνη του εργοδότη σε περίπτωση εργατικού ατυχήματος Κουρτίδη Καλυψώ & Δαλαμήτρα Μαρία
	43	The prohibition of the right to lockout by the Greek legislative system and Greece's non-compliance to the European Union's Law Αθανασά Δήμητρα
	48	Ευελιξία της εργασίας και μερική απασχόληση: η ελληνική περίπτωση Μαυρίδης Δ. Ιωάννης
	55	Το ζήτημα της απαγόρευσης διακρίσεων λόγω θρησκείας στον εργασιακό χώρο με βάση την απόφαση C-157/15, G4S Secure Solutions του ΔΕΕ Ελευθεριάδου Βέρα
Εμπορικό Δίκαιο	60	Σύγκρουση πλοίων: Υπαιτιότητα και προβληματικές κατά το εσωτερικό δίκαιο Αδάμος Παναγιώτης

Δημόσιο Δίκαιο	65	Salus patriae suprema lex esto? Η νομολογιακή μεταχείριση της έννοιας του δημοσίου συμφέροντος από το ΣτΕ και η φαλκίδευση των θεμελιωδών δικαιωμάτων Γκίνη Γεωργία & Τσιφτσή Εύα
	73	675/2017 ΣτΕ και 1738/2017 ΟΛΣτΕ: Η παραγραφή του δικαιώματος ελέγχου του φορολογουμένου από τη διοίκηση Πρινωτάκης Παναγιώτης
	77	Σχολιασμός της απόφασης ΣτΕ Ολ 2192/2014: περί περικοπών των αποδοχών και των συντάξεων των ενόπλων δυνάμεων και των σωμάτων ασφαλείας Αναστασία - Νεφέλη Βιδάκη
Ποινικό Δίκαιο	84	Τα ερμηνευτικά ζητήματα του νόμου 4251/2014 στην προώθηση των παράτυπων μεταναστών Χατζηλίου Ελένη
	92	Άμβλωση: Έγκλημα χωρίς τιμωρία; Μπαστουνάς Γιώργος
Διεθνές Δίκαιο	101	Το νομικό υπόβαθρο της χρήσης πυρηνικών όπλων Καρακάνας Πέτρος
	106	“BACK TO SQUARE ONE”; The phenomenon of human trafficking in the 21st century Ιωαννίδου Αργυρώ & Μαυρομάτη Νικολέτα
	113	Το ζήτημα της νομιμότητας της κατάρριψης πολιτικού αεροσκάφους σε εθνικό εναέριο χώρο μέσα από την Υπόθεση του Νοτιοκορεατικού Boeing 747 (1983) Μποτού Πολυξένη
	119	Συμφωνία των Παρισίων και περιβαλλοντική μετανάστευση Κανταρτζή Σοφία
	124	Αναγκαστικές Εξαφανίσεις: Ορισμός, Ιστορική Αναδρομή και Νομική Απαγόρευση Ζαρογιάννη Φωτεινή & Σαλονικίδης Παύλος
	132	Δίκαιο Διαστήματος: Επιτεύγματα, προκλήσεις και προβληματικές του νεότερου κλάδου του Διεθνούς Δικαίου Ελευθερίου Σωτήρης
Διεθνές Ποινικό Δίκαιο	137	ISIS war crimes and crimes against humanity; A legal approach Διδίλη Ζωή
	142	Το έγκλημα της γενοκτονίας: Η υπόθεση Μλάντιτς Κελεσίδου Άννα-Ταξιάρχουλα
Ευρωπαϊκό Δίκαιο	149	Religious objections to compulsory vaccination: the ECtHR approach Κούτμα Παναγιώτα

Δίκαιο της Πληροφορικής	155	Κανονισμός 2016/679/ΕΕ: Νέα προστασία προσωπικών δεδομένων Σουρτζή Κατερίνα
	163	Το δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη Παπαδημητρίου Ελένη
Ιατρικό Δίκαιο	168	Η συναίνεση στο ιατρικό δίκαιο Ρήγας Ιωάννης
	174	Η σημασία της κατοχύρωσης της νομικής αναγνώρισης της ταυτότητας φύλου στην ελληνική έννομη τάξη Αντωνακάκης Εμμανουήλ
Δίκαιο της Ενέργειας	179	European Neighbourhood Policy; Energy Cooperation Τραμουντάνα Χρυσάνθη
	185	Ευρωπαϊκό και εθνικό νομικό πλαίσιο για την ηλεκτρική, βασισμένη στο λιγνίτη ενέργεια και το πέρασμα στη νέα εποχή Πιτένης Ιωάννης
Ιστορία και Φιλοσοφία του Δικαίου	190	Η οικονομική αποτίμηση της Ζωής και το Δίκαιο Καραδαΐδης Γρηγόρης
Συνεντεύξεις	197	Συνέντευξη από τον Θεοδωρίδη Δημήτρη, Ψυχολόγο, Συστημικό-Οικογενειακό Ψυχοθεραπευτή, Υπεύθυνο Κέντρου Οικογενειακής Υποστήριξης ΚΕΘΕΑ ΙΘΑΚΗ, στους Γούλα Γιώργο & Παυλίδου Άννα
	199	Συνέντευξη από τον Θ. Μαργέλλο, Πρόεδρο τμημάτων προσφυγών στο Γραφείο Διανοητικής Ιδιοκτησίας της ΕΕ. (ΕUIPO), στην Μαράντου Δήμητρα
	202	Συνέντευξη από τον Καμηλάρη Άγγελο, Εισαγγελέα Εφετών στο Εφετείο Θεσσαλονίκης, στις Βεργίνη Μαρία Ειρήνη & Κανελλοπούλου Άρτεμι
	205	Συνέντευξη από την Αχτσιόγλου Έφη, Υπουργό Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης & Διδάκτορα εργατικού δικαίου Νομικής ΑΠΘ, στους Βούρα Βασίλειο & Σαχπατζίδη Γεώργιο

Προβλήματα 21ου αιώνα: Προσβολή προσωπικότητας στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης

Κυτταρούδη Τατιάνα
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Αυτό θα πρέπει να γίνει έχοντας υπόψη τόσο την προσπάθεια άρσης της ανωνυμίας, που τις περισσότερες φορές διακρίνει το Διαδίκτυο και τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, όσο και τις ιδιαιτερότητες που διακρίνουν τα τελευταία σε σχέση με τον έντυπο τύπο και την «πραγματική ζωή». Έως ότου γίνει αυτό, όμως, η ελληνική νομική πραγματικότητα θα πρέπει να αρκестεί στην -καθυστερημένη συνήθως- ενσωμάτωση των σχετικών Οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.»

Εισαγωγή στη διαδικτυακή εποχή

Το Διαδίκτυο (Internet), ξεκινώντας ως ένα στρατιωτικό πείραμα¹ από τις Ηνωμένες Πολιτείες κατά τις δεκαετίες του 1960 κι έπειτα, αποτελεί σήμερα μία συνεχώς αναπτυσσόμενη κινητήρια δύναμη της κοινωνικό-οικονομικής, πολιτικής και γενικότερα οποιασδήποτε έκφρασης του σύγχρονου βίου. Οι καθημερινές εξελίξεις στον τεχνολογικό τομέα μεταλλάσσουν συθέμελα τον τρόπο ζωής, επικοινωνίας, σύνδεσης και συναλλαγής των πολιτών. Τόσο δυναμικά έχει επιδράσει μάλιστα στην επικοινωνία, ώστε έχει διαμορφώσει και εδραιώσει νέες, ολότελα διαφορετικές μορφές αυτής, σε βαθμό που γίνεται έντονος λόγος για «μετασχηματισμό της κοινωνίας», μετασχηματισμό του «citizen» σε «net-izen», εξ αιτίας της κυριαρχίας του Διαδικτύου τις τελευταίες δεκαετίες.² Πλέον, όταν αναφερόμαστε στο Διαδίκτυο, μιλούμε για ένα μέσο διπτό: τόσο μέσο επικοινωνίας, όσο και μετάδοσης πληροφοριών. Ωστόσο, η κοινωνία του Διαδικτύου συνεχίζει να αποτελεί μία αρρύθμιστη, νεοοργανωθείσα πρωτοπορία για τη χρονική περίοδο κατά την οποία υφίσταται, προκαλώντας κωλύματα ως προς τη νομική αντιμετώπισή της. Τόσο τα τοπικά, όσο και τα χρονικά σημεία εκδήλωσης συμπεριφορών στο πεδίο της κρίνο-

νται ασαφή ώστε να υπάρχει επαρκής διερεύνηση, στοιχεία που απαιτούνται για κάθε αιτιολογημένη νομική ρύθμιση και κρίση. Στα προαναφερθέντα προστίθεται και ο εξελισσόμενος καθημερινά χαρακτήρας της τεχνολογίας, φέρνοντας στην επιφάνεια καινούριες μεταβολές και συνθήκες, οι οποίες ήταν και παραμένουν άγνωστες για το νομοθέτη. Φυσικά, η διαχείριση των επαναστατικών τεχνολογικών εξελίξεων θέτει προκλήσεις πρωτόγνωρες. Λύση που προτείνεται συχνά συνιστά η συνεχής αναπροσαρμογή των νομικών κειμένων, ακολουθώντας τις προόδους της τεχνολογίας, χωρίς το τελευταίο να συνεπάγεται απαραίτητα και τη δημιουργία ενός νέου δικαιικού κλάδου, όπως αυτού του «ηλεκτρονικού δικαίου».³ Στο βαθμό, πάντως, που κάτι τέτοιο δεν υφίσταται, τα διαδικτυακά ζητήματα με νομικό ενδιαφέρον κατά πλειοψηφία αντιμετωπίζονται παραδοσιακά, χρησιμοποιώντας την υπάρχουσα νομική φαρέτρα.⁴

³ Η ΕΕ, για παράδειγμα, αναθεωρεί συχνά τις Οδηγίες της, βλ. Οδηγία 2000/31/ΕΚ, Κεφάλαιο IV, Τελικές Διατάξεις, άρθρο 21

⁴ Π.Ματζούφας, ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΧΡΗΣΗ ΤΟΥ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟΥ-Η ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΤΗΣ ΕΚΦΡΑΣΗΣ ΣΤΑΙΣΤΟΛΟΓΙΑ, σελ.4,5-6. Διαθέσιμο στο: https://www.constitutionalism.gr/wp-content/uploads/2016/03/2016_%CE%9C%CE%B1%CE%BD%CF%84%CE%B6%CE%BF%CF%8D%CF%86%CE%B1%CF%82_%CE%9D%CE%BF%CE%BC%CE%B9%CE%BA%CE%AC-%CF%80%CF%81%CE%BF%CE%B2%CE%BB%CE%AE%CE%BC%CE%B1%CF%84%CE%B

¹ ΚΕ.Δ. - Π.Θ., Η ιστορία του Internet, 1997. Διαθέσιμο στο: <http://www.uth.gr/main/help/helpdesk/internet/internet3.html>

² Yves Poullet, Towards new Data Protection Principles in a new ICT environment, 2007. Διαθέσιμο στο: <http://www.crid.be/pdf/public/5555.pdf>

Επεξήγηση ορολογίας

Προσωπικότητα

Για τη νομική έννοια της προσωπικότητας δεν γίνεται ρητά λόγος σε καμία διάταξη της υπάρχουσας νομοθεσίας. Η επιλογή αυτή δεν είναι τυχαία. Προκειμένου να είναι δυνατή η μέγιστη δυνατή προστασία της, η προσωπικότητα παραμένει έννοια γενική και αφηρημένη⁵. Παρά την απουσία νομικού ορισμού, η προσωπικότητα του προσώπου, προστατεύεται σε πληθώρα επιμέρους κλάδων του Δικαίου. Συνταγματική κατοχύρωση βρίσκουμε στο άρθρο 2 παρ. 1 Σ: «ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν την πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας», όπως επίσης και στο Άρθρο 5 παρ. 1 Σ: «Καθένας έχει δικαίωμα να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του και να συμμετέχει στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της Χώρας, εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα ή τα χρηστά ήθη», ως περαιτέρω δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας. Και ο Αστικός Κώδικας εξασφαλίζει την προστασία της προσωπικότητας στα άρθρα 57-60, με βάση το άρθρο 57 παρ. 1 εδ. α' ΑΚ: «όποιος προσβάλλεται παράνομα στην προσωπικότητά του έχει δικαίωμα να απαιτήσει να αρθεί η προσβολή και να μην επαναληφθεί στο μέλλον». Συνάγεται, επομένως, ότι η προσωπικότητα είναι μία έννοια πολυδιάστατη, όπως ακριβώς και το ίδιο το πρόσωπο. Είναι δε πολυδιάστατη, καθότι αναλύεται σε επιμέρους αγαθά, τα οποία είναι τόσο άρρηκτα συνδεδεμένα με την έννοιά της, ώστε να είναι αυτά που συνολικά δίδουν το νόημά της, αλλά και την ίδια στιγμή να ανήκουν σε αυτή. Πιο συγκεκριμένα, συγκαταλέγονται μεταξύ των αγαθών αυτών: η ζωή, η σωματική ακεραιότητα και η υγεία (φυσική υπόσταση του ατόμου), η τιμή, η υπόληψη και η αξιοπρέπεια (ηθική υπόσταση του ατόμου), το όνομα, το φύλο, η εικόνα και η φωνή (ταυτότητα του ατόμου), η ψυχική υγεία και ο συναισθηματικός κόσμος (ψυχική και συναισθηματική υπόσταση του ατόμου), η ελευθερία γενικά και ειδικότερα η ελευθερία για την ανάπτυξη της προσωπικότητας σύμφωνα με το άρθρο 5 Σ και, τέλος, ο ιδιωτικός βίος καθώς και η σφαίρα απορρήτου του ατόμου.⁶ Στους φορείς του

δικαιώματος στην προσωπικότητα, κατά τον Αστικό Κώδικα περιλαμβάνονται όσοι έχουν ικανότητα δικαίου (34 ΑΚ και 61 ΑΚ), δηλαδή τα φυσικά και νομικά πρόσωπα, όπως επίσης και το κυοφορούμενο υπό την προϋπόθεση ότι γεννιέται ζωντανό (άρθρο 36 ΑΚ: πλάσμα δικαίου-fictio juris).

Δικαίωμα

Η προστασία της προσωπικότητας είναι ένα δικαίωμα απόλυτο.⁷ Δικαίωμα είναι οι εξουσίες και ελευθερίες που παρέχονται από το Δίκαιο προς εξυπηρέτηση των συμφερόντων του προσώπου, οι οποίες εναπόκεινται στον ίδιο να τις ασκήσει ή όχι. Η επιβολή και η προστασία τους πηγάζει από τον ίδιο το νόμο που τις απονέμει.⁸ Τα νομικά δικαιώματα κατηγοριοποιούνται ανάλογα με τη φύση της παρεχόμενης εξουσίας τους, το φυσικό αντικείμενο τους και άλλα τυπικά κριτήρια, όπως για παράδειγμα το τμήμα του ΑΚ στο οποίο εντάσσονται.⁹ Αντικείμενο δε του δικαιώματος δύναται να είναι κάθε υλικό ή άυλο αγαθό που μπορεί να τοποθετηθεί από το Δίκαιο στην εξουσία, ως κεντρικό σημείο του δικαιώματος. Η κρίσιμη διάκριση στην υπό κρίση περίπτωση της προσωπικότητας, αφορά σε ένα δικαίωμα εξουσιαστικό, προσωπικό και προσωποπαγές (ηθικό συμφέρον), αλλά και μικτής φύσεως όταν υπάρχει και περιουσιακό συμφέρον, για παράδειγμα η προστασία προϊόντων διανοίας (60 ΑΚ). Τα παραπάνω σημαίνουν πως το δικαίωμα αυτό είναι απόλυτο, ισχύει δηλαδή erga omnes, υπάρχει ως προς αυτό ηθικό συμφέρον του προσώπου, και, τέλος, δεν κληρονομείται ούτε όμως εκχωρείται.¹⁰

¹-%CF%83%CF%84%CE%BF-%CE%B4%CE%B9%CE%B1%CE%B4%CE%AF%CE%BA%CF%84%CF%85%CE%BF.pdf

⁵ Δημήτριος Ι. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Σάκκουλα, 2009, σ. 214, παρ.77, στ. γ'

⁶ Δημήτριος Η. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές του

Αστικού Δικαίου, Σάκκουλα, 2009, σ. 215, στ. δ' επ.

⁷ Ευγενία Α. Φωτοπούλου, Προσβολή προσωπικότητας: Προϋποθέσεις και απορρέουσες αξιώσεις, 2014. Διαθέσιμο στο: <http://efotoroulou.gr/prosvoli-prosopikotitas-proipothesis-ke-aporreouses-axiosis/>

⁸ Δημήτριος Ι. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Σάκκουλα, 2009, σ. 172-174

⁹ Παναγιώτης Β. Λαδάς, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Σάκκουλας, 2007, σ. 206

¹⁰ Δημήτριος Ι. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Σάκκουλας, 2009, σ.216, παρ. 83

Προσβολή

Η νομική έννοια της προσβολής συνίσταται σε πράξη προερχόμενη από τρίτο πρόσωπο, με την οποία επιχειρείται μια τέτοια επέμβαση στην προσωπική, ατομική σφαίρα εξουσίας του, ώστε να θίγονται ένα ή περισσότερα αγαθά που συγκροτούν την προσωπικότητα (ΑΚ 57). Κατ'επέκταση, ως προσβολή της προσωπικότητας θεωρείται κάθε διατάραξη από τρίτους των επιμέρους εκφάνσεών της, όπως για παράδειγμα η πρόκληση τρόμου ή αγωνίας, η χρήση υβριστικών φράσεων που προσβάλλει την τιμή, η παρακώλυση επαγγελματικής, επιστημονικής, θρησκευτικής ή οικονομικής δράσης, η παρακολούθηση ιδιωτικών συνομιλιών, που προσβάλλει τη σφαίρα του απορρήτου, η λήψη της εικόνας του πρόσωπου κατά οποιοδήποτε τρόπο, χωρίς βέβαια τη βούληση του, η αμφισβήτηση του ονόματος, η προσβολή στα προϊόντα διάνοιας κλπ.¹¹

Η προσβολή, βέβαια, δύναται να συνιστά και ποινικά κολάσιμη πράξη, για παράδειγμα να πληρούνται οι προϋποθέσεις των υποστάσεων των εγκλημάτων της εξύβρισης, της απλής ή συκοφαντικής δυσφήμισης, οι οποίες προβλέπονται και τιμωρούνται από τις διατάξεις των άρθρων 361, 362 και 363 ΠΚ. Τα παραπάνω εγκλήματα έχουν ως αντικείμενο προσβολής το έννομο αγαθό της τιμής και της υπόληψης του προσώπου.¹²

Μέσα κοινωνικής δικτύωσης

Ως μέσα κοινωνικής δικτύωσης χαρακτηρίζονται «διαδικτυακοί τόποι παρέχοντες ως υπηρεσία τόσο την παραγωγή όσο και τη δημοσίευση περιεχομένου που προέρχεται από τους χρήστες τους κι όχι από εταιρία. Στο πλαίσιο τους ενθαρρύνεται και επιδιώκεται η συζήτηση, τα σχόλια, η αλληλεπίδραση και η αναμετάδοση των πληροφοριών μεταξύ των χρηστών».¹³ Με κριτήριο ακριβώς την

κοινωνική δικτύωση, σε αντίθεση με το περιεχόμενο ή τη λειτουργία, διακρίνονται σε κοινωνικά δίκτυα (Facebook, MySpace, Linkedin), ιστολόγια-blogs (Blogger, WordPress), Microblogging (Twitter, Tumblr) και σε Wikis (Wikipedia, Wikinews).¹⁴ Παρά τα πλεονέκτημα των μέσων κοινωνικών δικτύωσης, όπως για παράδειγμα η εκμηδένιση της τοπικής και χρονικής απόστασης, παρατηρούνται ολοένα και συχνότερα παραβιάσεις της ιδιωτικής ζωής και προσβολές της προσωπικότητας των χρηστών, με χαρακτηριστικότερο μέσο την παράνομη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων και ιδίως της προσωπικής εικόνας.

Προσβολή προσωπικότητας στο χώρο του Διαδικτύου

Γενικά

Παρά την προαναφερθείσα θετική συμβολή της τεχνολογίας στο κοινωνικοοικονομικό γίγνεσθαι, η είσοδος της στην ιδιωτική σφαίρα του ατόμου, έχει ως αποτέλεσμα να ανακύψουν νέοι κίνδυνοι για την προσωπικότητα και την προσβολή αυτής. Χαρακτηριστικό είναι ότι πλέον κάθε κείμενο, εικόνα, ήχος ή βίντεο προερχόμενο από το άτομο μπορεί, μετατρεπόμενο σε ψηφιακή μορφή, να αποθηκευτεί, επεξεργαστεί, διακινηθεί και αναπαραχθεί ανεμπόδιστα αλλά και γρηγορότερα από ποτέ, με κανένα κόστος και παράλληλα καταργώντας τους χρονικούς και τοπικούς φραγμούς.¹⁵ Είναι ποικίλες οι μορφές με τις οποίες δύναται να εμφανιστεί η προσβολή της προσωπικότητας στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης: προσβολή της ηθικής υπόστασης, της εικόνας, του ονόματος, της σφαίρας απορρήτου, της συλλογής/επεξεργασίας/χρήσης προσωπικών δεδομένων κλπ. Το ανησυχητικό σημείο βρίσκεται ακριβώς στην άγνοια, στην παρούσα χρονική περίοδο, νομικής αντιμετώπισης των κινδύνων αυτών.

¹¹ Δημήτριος Ι. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Σάκκουλας, 2009, σ. 218, στ. γ'

¹² Νικόλαος Σιαμάκης, Η αποζημίωση του παθόντος λόγω προσβολής προσωπικότητας από αδικοπραξία. Διαθέσιμο στο: <http://siamakis-lawyers.gr/%CE%AC%CF%81%CE%B8%CF%81%CE%B1-%CE%BA%CE%B1%CE%B9-%CE%B3%CE%BD%CF%8E%CE%BC%CE%B5%CF%82/%CF%80%CF%81%CE%BF%CF%83%CE%B2%CE%BF%CE%BB%CE%AE-%CF%80%CF%81%CE%BF%CF%83%CF%89%CF%80%CE%B9%CE%BA%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B1%CF%82/>

¹³ Όπως ακριβώς Υπουργείο Παιδείας και Θρησκευμάτων-Γενική Γραμματεία Διά Βίου Μάθησης-

Ηλεκτρονικά μέσα κοινωνικής δικτύωσης (social media) (2018). Διαθέσιμο στο: <http://kdvm.gr/Media/Default/Pdf%20enotites/3.5.pdf>

¹⁴ Όπου παραπάνω, Ηλεκτρονικά μέσα κοινωνικής δικτύωσης (social media), <http://kdvm.gr/Media/Default/Pdf%20enotites/3.5.pdf>

¹⁵ Πράσινη Βίβλος Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για τη σύγκλιση των τεχνολογικών τομέων των Τηλεπικοινωνιών, των Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης και της Πληροφορικής, COM (97) 623, 3-12-1997, σελ. 2 επ. Διαθέσιμο σε μορφή pdf στο: europa.eu/rapid/press-release_IP-97-1073_el.pdf

Νομική βάση

Αρχικά, σύμφωνα με το άρθρο 14§1 του Συντάγματος «καθένας μπορεί να εκφράζει και να διαδίδει προφορικά, γραπτά και διά του τύπου τους στοχασμούς του, τηρώντας τους νόμους του Κράτους». Επίσης, κατά το άρθρο 10§1 εδ. α' και β' της Διεθνούς Σύμβασης της Ρώμης για την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών, «παν πρόσωπον έχει δικαίωμα εις την ελευθερίαν εκφράσεως. Το δικαίωμα τούτο περιλαμβάνει την ελευθερίαν της γνώμης ως και την ελευθερίαν λήψεως ή μεταδόσεως πληροφοριών ή ιδεών, άνευ επεμβάσεως των δημοσίων αρχών και ασχέτως συνόρων». Κατά δεύτερον, το Διαδίκτυο μαζί με τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης αποτελούν σήμερα τα πιο αναπτυγμένα, ίσως, μέσα μαζικής-αμφίδρομης- επικοινωνίας. Συνδυάζουν τη μαζικότητα, απευθυνόμενα σε απροσδιόριστο αριθμό προσώπων και την ενημέρωση, παρέχοντας γνώμες, πληροφορίες και γνώση στους αποδέκτες του. Δεδομένου, άρα, του γεγονότος πως οι ιστοσελίδες (sites) περιέχουν κατά κύριο λόγο κείμενα που έχουν παραχθεί με ένα συνδυασμό μηχανικής, φυσικοχημικής και ηλεκτρονικής διαδικασίας και προορίζονται για διάδοση, καθώς και το ότι κάθε ανάκληση του συγκεκριμένου υλικού από κάποιον χρήστη ουσιαστικά συνιστά «αντίτυπο», συνάγεται εύλογα ότι ένα σημαντικό τμήμα του υλικού που διακινείται στο Διαδίκτυο αποτελεί όντως τύπο. Στην έννοια, δε, του τύπου, κατά τις ανωτέρω συνταγματικές διατάξεις, υπάγονται και οι αναρτήσεις, μέσω ηλεκτρονικού εγγράφου, στο διαδίκτυο, με άμεση συνέπεια οποιαδήποτε προσβολή της προσωπικότητας που πραγματοποιείται μέσω διαδικτύου («internet»), να συνιστά προσβολή δια του τύπου και να εκδικάζεται κατά την ειδική διαδικασία του άρθρου 681 Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (ΑΠ 1652/2013 ΝοΒ, 2014.616)

Επιπλέον, ο νόμος 2472/1997, κατά την κρατούσα νομολογιακή άποψη, συμπληρώνει το άρθρο 57 ΑΚ, διευρύνοντας την έννοια των παράνομων προσβολών της προσωπικότητας.¹⁶ Έτσι, η επέμβαση και χρήση προσωπικών δεδομένων τρίτου προσώπου, είτε είναι ευμενής είτε δυσμενής, εφόσον δεν συνοδεύεται από την τήρηση ορισμένων διατυπώσεων του νόμου, είναι κατ' αρχήν απαγορευμένη. Προς ενίσχυση της θέσης αυτής, οι πε-

ρισσότερες δικαστικές αποφάσεις¹⁷ δέχονται ότι ο νόμος 2472/1997 παρέχει μία κατευθυντήρια γραμμή στην επιλογή μεταξύ των δύο εκφάνσεων της προσωπικότητας που συγκρούονται στο υπό κρίση ζήτημα, την έκφανση της πληροφοριακής αυτοδιάθεσης και την πληροφοριακή ελευθερία. Ως έκφανση πληροφοριακής αυτοδιάθεσης εννοούμε το δικαίωμα του προσώπου να γνωρίζει ποιες προσωπικές του πληροφορίες διαθέτουν τρίτοι και να αποφασίζει εάν συγκατατίθεται οι πληροφορίες αυτές να αποτελέσουν αντικείμενο επεξεργασίας και μετάδοσης. Ως πληροφοριακή ελευθερία δε, ορίζουμε το δικαίωμα κάθε προσώπου να πληροφορεί και να πληροφορείται. Σύμφωνα με τα ανωτέρω η νομολογία, κατά την εφαρμογή του Ν 2472/1997 και με σκοπό να προστατέψει τα προσωπικά δεδομένα των προσφευγόντων στην δικαιοσύνη, εντάσσει στον προστατευτικό πυρήνα του άρθρου 57 ΑΚ την έκφανση της «πληροφοριακής αυτοδιάθεσης» του προσώπου.¹⁸

Κάθε πρόσωπο διαθέτει το δικό του ατομικό δικαίωμα στην προσωπικότητα και συχνά αυτό έρχεται σε αντίθεση με τα δικαιώματα τρίτων, όπως η ελευθερία έκφρασης γνώμης, οπότε και πρόκειται για σύγκρουση δικαιωμάτων. Από την πλευρά του προσώπου, το δικαίωμά του στην προστασία της εικόνας του, κατοχυρώνεται στο άρθρο 5§1 του Συντάγματος αλλά και στο άρθρο 8 της Χάρτας Θεμελιωδών δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ως περαιτέρω έκφανση του δικαιώματος στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας. Το δικαίωμα επί της «ίδιας εικόνας» συναποτελείται από τα επιμέρους στοιχεία και χαρακτηριστικά της εξωτερικής μορφής του προσώπου και γίνεται δημόσια, μόνο όταν αυτό το επιθυμεί. Ακριβώς επειδή η εικόνα αυτή ανήκει στο πρόσωπο, θεμελιώνει παραβίασή της η αναμετάδοση, αποθήκευση, επεξεργασία της, χωρίς τη συναίνεσή του, δίχως να απαιτείται η ταυτόχρονη προσβολή και άλλου αγαθού της προσωπικότητάς του, όπως το απόρρητο της ιδιωτικής του ζωής, ή η υπόληψή του (385/2011 ΑΠ).¹⁹ Σε ένα πρώτο επίπεδο, η ευρεία

¹⁶ 2887/2010, ΕφΑθ, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 1654/2010, ΜΠρΑθ, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 733/2009, ΕφΘες, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 3944/2009, ΠΠρΑθ, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 1597/2007 ΕφΑθ, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 3833/2003 ΕφΑθ, ΕλλΔνη

¹⁷ 1654/2010, ΜΠρΑθ, ΕφΘες 733/2009, ΕφΑθ 3383/2003, ΠΠρΑθ 3944/2009, ΕφΑθ 5717/2008, ΜΠρΚορινθ 7/2007, ΔΠρΚομοτ 104/2007, ΕφΑθ 1597/2007, όλες από ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁸ 2100/2009 ΑΠ, 1923/2006 ΑΠ αμφότερες από <http://www.areiospagos.gr/>, ΠΠρΞανθ 139/2007 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹⁹ Αλκμήνη Παπακωνσταντίνου, Προσβολή προσωπικότητας από τη δημοσίευση φωτογραφιών

διατύπωση του άρθρου 57 ΑΚ, όπου προστατεύεται η εικόνα του προσώπου ως αυτόνομη έκφραση του δικαιώματος της προσωπικότητας, επιτρέπει να προχωρήσουμε στην εφαρμογή του στο Διαδίκτυο και τις προσβολές οι οποίες λαμβάνουν χώρα σε αυτό.²⁰ Της διερεύνησης του ιδιαίτερου χαρακτήρα της προσβολής της προσωπικότητας στο Διαδίκτυο, πρέπει να προηγηθεί η αναφορά των προϋποθέσεων που στοιχειοθετούν την προσβολή καθαυτή. Η νομοτυπική μορφή της βασικής διάταξης του άρθρου 57 παρ.1 εδ. α' ΑΚ απαιτεί προσβολή της προσωπικότητας από τη μία αλλά και παρανομία αυτής, ανεξαρτήτως υπαιτιότητας του ζημιώσαντος.²¹ Παράνομη όμως μπορεί να είναι η συμπεριφορά ακόμη κι όταν γίνεται σε ενάσκηση δικαιώματος, μικρότερης ωστόσο σπουδαιότητας από άποψη έννομης τάξης. Η συμπεριφορά αυτή, δύναται βέβαια να εκδηλωθεί τόσο με πράξη, όσο και με παράλειψη.²²

Άρση του παρανόμου

Στην πλειοψηφία των περιπτώσεων, πλην της έγκυρης συναίνεσης του προσβαλλομένου, εφαρμόζονται οι επιταγές της αρχής της αναλογικότητας, όπου για την άρση του παράνομου χαρακτήρα της πράξης, επικρατεί το έννομο συμφέρον του προσβάλλοντος τρίτου έναντι αυτού του προσβαλλομένου.²³ Το τελευταίο σημαίνει πως συγκρούονται δύο εκατέρωθεν δικαιώματα, αυτό του προσβάλλοντος κι εκείνο του προσβαλλομένου. Το ποιο από αυτά θα επικρατήσει θα κριθεί από τις ειδικές συνθήκες κάθε περίπτωσης, με τη βοήθεια, συνήθως, της αρχής της αναλογικότητας.²⁴ Οι περιπτώσεις αυτές υπάρχουν συνήθως, όταν η συμπεριφορά προβλέπεται σε διάταξη νόμου, όταν υπάρχει

συναίνεση του δικαιούχου και όταν δεν υπερβαίνει το κοινωνικώς αποδεκτό μέτρο. Η διαδικασία αυτή προκύπτει μέσω στάθμισης νομικών διατάξεων ή, σε απουσία των τελευταίων, η τελική κρίση προκύπτει μετά από αιτιολογημένη απόφαση του δικαστή.²⁵ Η δε περίπτωση της έγκυρης συναίνεσης προϋποθέτει, προκειμένου να ανατρέψει τις έννομες συνέπειες της παράνομης προσβολής, συναίνεση του προσβαλλομένου που δεν αντίκειται στα χρηστά ήθη²⁶, είναι συγκεκριμένη ανεξάρτητα του ρητού ή σιωπηρού χαρακτήρα της²⁷, με την έννοια ότι έχει δοθεί για ορισμένη προσβολή με ορισμένη έκφραση²⁸. Μη πληρουμένων των κριτηρίων, θεωρείται παραίτηση από δικαίωμα αναπαλλοτρίωτο, άρα ως αντικείμενη σε διατάξεις δημοσίου δικαίου (57, 59 ΑΚ) θα είναι άκυρη.²⁹ Η συναίνεση πρέπει, σαφώς, να έχει παρασχεθεί εκ των προτέρων, πριν δηλαδή λάβει χώρα η συμπεριφορά, ειδάλλως δεν δύναται να την άρει³⁰.

Αξίζει, παρά όλα αυτά, να παρατηρήσουμε και το παρακάτω. Εξαιρετικά σύγχρονες και επικαιροποιημένες δικαστικές αποφάσεις καταδεικνύουν πως τα ελληνικά δικαστήρια έχουν δεχθεί πως η δραστηριοποίηση προσώπου γνωστού στο κοινωνικό σύνολο, έχει δράση ευρέως φανερά, άρα αναμφίβολα υπόκειται σε δημόσια έκθεση. Είναι επόμενο, φυσικά, να γίνονται συνεχείς κριτικές, θετικές ή αρνητικές, προς εκείνο, κυρίως από δημοσιογράφους τόσο του έντυπου όσο και του ηλεκτρονικού Τύπου, αλλά και ιδιωτών σε μέσα κοινωνικής δικτύωσης και προσωπικά ιστολόγια. Η δράση αυτή γίνεται αποδεκτή στο πλαίσιο ενάσκησης του δικαιώματος του ατόμου και του Τύπου για ελεύθερη έκφραση της γνώμης του, εκτός αν πρόκειται για τις αξιόποινες πράξεις της εξύβρισης, της δυσφήμισης, απλής ή συκοφαντικής. Στις παραπάνω αναφερόμενες δικαστικές αποφάσεις αποτυπώνεται ακριβώς αυτός ο συλλογισμός. Συγκεκριμένα, πρωτοβάθμια και δευτεροβάθμια ελληνικά δικαστήρια, συμπεριλαμ-

στο Διαδίκτυο. Διαθέσιμο στο: <http://e-dikigoria.blogspot.gr/2012/09/o-o.html>

²⁰ Ένωση Ελλήνων Νομικών e-Θέμις, Το δίκαιο στην ψηφιακή εποχή, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012 σελ.3, όπου περαιτέρω Ι. Καρακώστας, Το δικαίωμα της προσωπικότητας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011 σελ. 270

²¹ Ανδρέας Τούσης, Γεν. Αρχαί, Ημίτομος Α', Σάκκουλας, 1978, σελ. 233

²² Παναγιώτης Λαδάς, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Σάκκουλας, 2007, §21 αρ. 42

²³ Δημήτριος Ι. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Β' Έκδοση, Σάκκουλας, 2009, §16, στ. β'

²⁴ Όπου παραπάνω, Δημήτριος Ι. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, §16, στ. β'

²⁵ Ιωάννης Κ. Καρακώστας, Προσωπικότητα και Τύπος, Σάκκουλας, 2000, σελ 84

²⁶ Παναγιώτης Λαδάς, Γεν. Αρχές Ι, Σάκκουλας, 2007, § 21, αρ. 45

²⁷ Όλγα Δ. Γαρουφαλιά, Η προσβολή του δικαιώματος της προσωπικότητας από τα ΜΜΕ, ΔίΜΕΕ, 2006, σελ. 493

²⁸ 1543/2007, ΕφΘες, διαθέσιμη στο ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

²⁹ Παναγιώτης Λαδάς, Γεν. Αρχές Ι, Σάκκουλας, 2007, § 21, αρ. 45.

³⁰ Παύλος Κ. Σούρλας, ΕρμΑΚ, 57 αρ. 32

βανομένου και του ανωτάτου ακυρωτικού, δέχονται ότι τα κάθε είδους σχόλια, εκ των πραγμάτων, περιέχουν κάποια στοιχεία τα οποία εξετάζονται από τον συντάκτη άλλοτε με χιουμοριστική, άλλοτε με κριτική/σατιρική διάθεση και άλλοτε με τη διατύπωση ερωτημάτων. Συνεπώς, το σχόλιο αυτό συχνά μπορεί να διαθέτει ένα ύφος καυστικό ή κριτικό, αφού σκοπός δεν είναι πάντοτε η ενημέρωση του κοινού, αλλά και η επισήμανση της προσωπικής άποψης πάνω σε κάποιας πλευρά του γεγονότος. Ο συντάκτης ενός κειμένου, δημοσιογράφος ή ιδιώτης, έχει δικαίωμα παρεχόμενο από το Δίκαιο να εκφράσει τις απόψεις του, υπό την προϋπόθεση ότι δεν προσβάλλει παράνομα την προσωπικότητα του προσώπου το οποίο σχολιάζει. Υπό το πρίσμα αυτό, δεν συνιστά προσβολή της προσωπικότητας όταν ο συντάκτης έχει δικαιολογημένο ενδιαφέρον στο σχολιασμό του, για το οποίο μάλιστα βρίσκει ανταπόκριση συχνά κι από το κοινό.³¹

Έννομες συνέπειες προσβολής

Επελθούσης της προσβολής, το άρθρο 57§1 εδ.α' ΑΚ θεμελιώνει ορισμένες αξιώσεις για τον προσβληθέντα, δηλαδή δικαιώματα να απαιτήσει από τον ζημιώσα μια πράξη ή παράλειψη (άρθρο 247 ΑΚ). Επομένως, οι παραπάνω διατάξεις, σε συνδυασμό με εκείνες των άρθρων 58 και των αδικπρακτικών 914 επ., οδηγούν στο συμπέρασμα πως σε περίπτωση παράνομης προσβολής της προσωπικότητας, το Δίκαιο απονέμει στο ζημιωθέντα το δικαίωμα να αιτηθεί της άρσης της προσβολής και μη επανάληψής της στο μέλλον κατά του ζημιώσαντος, δίχως να ενδιαφέρει η συνδρομή υπαιτιότητας, καθώς εδώ ο νομοθέτης θέσπισε αντικειμενική ευθύνη αυτού.³² Αξίωση για καταβολή αποζημίωσης (57§2 και 914 ΑΚ), η οποία και παρέχει μια επιπρόσθετη προστασία, υπάρχει δε μόνο όταν συντρέχει και το στοιχείο της υπαιτιότητας (βλ. ΟΛΑΠ 13/99, ΑΠ 1085/2014 δημ. ΝΟΜΟΣ).

Η βλάβη της προσωπικότητας συνιστά μια μη περιουσιακή βλάβη, προσβάλλει μη περιουσιακό έννομο αγαθό, δηλαδή την ηθική και πνευματική

υπόσταση και συγκρότηση του προσώπου.³³ Ενδέχεται, άρα, με την προσβολή της προσωπικότητας να στοιχειοθετείται και ανάγκη ικανοποίησης της ηθικής βλάβης που υπέστη το προσβληθέν πρόσωπο, σύμφωνα με το συνδυασμό των άρθρων 57§1 εδ.α' και 932 ΑΚ, με σκοπό την απάλυνση της ψυχικής δοκιμασίας και άλγους του. Απαιτείται, ωστόσο, η βλάβη να έχει μία μεγάλη ένταση, ώστε και να δικαιολογείται η ψυχική ταραχή που υπέστη ο προσβληθείς, καθώς και αίτησή του στο αρμόδιο Δικαστήριο.³⁴ Έτσι, κατά το άρθρο 59§1 εδ. β', η ικανοποίηση του γίνεται συνηθέστερα με την καταβολή χρηματικής αποζημίωσης, αλλά μπορεί και να συνίσταται σε κάποιο ανακλητικό δημοσίευμα και γενικότερα οτιδήποτε επιβάλλεται ανάλογα με τις συνθήκες και τα δεδομένα της εκάστοτε περίπτωσης.

Επίλογος

Αναμφίβολα οι τεχνολογικές εξελίξεις έχουν οδηγήσει σε μία νέα εποχή, μία εποχή με νέα δεδομένα και συνθήκες. Για την αντιμετώπισή τους, έγινε φανερό ότι -προς το παρόν- η ανάπτυξη στις επιταγές του άρθρου 57 ΑΚ καθίσταται ακόμη δυνατή. Κι αυτό συμβαίνει για δύο λόγους. Τόσο ο νομοθέτης κατόρθωσε να πετύχει μια διατύπωση ευρεία, στην οποία το πεδίο δύνανται να ενταχθούν διαδικτυακά νομικά ζητήματα, αλλά και ο εφαρμοστής του Δικαίου μεριμνά με τις αποφάσεις του, ώστε αυτές να ανταποκρίνονται στα σύγχρονα δεδομένα με την εφαρμογή των υπάρχοντων διατάξεων. Δυστυχώς, ωστόσο, παρατηρείται στο σήμερα μία παθητικότητα του νομοθέτη ως προς την επίκαιρη αντιμετώπιση του κυβερνοχώρου, είτε με την επικαιροποίηση και συμπλήρωση των ισχύοντων κανόνων δικαίου, είτε με τη δημιουργία νέων, ως αυτόνομη νομοθεσία ή ως μέρος του αστικού και ποινικού Δικαίου. Αυτό θα πρέπει να γίνει έχοντας υπόψη τόσο την προσπάθεια άρσης της ανωνυμίας, που τις περισσότερες φορές διακρίνει το Διαδίκτυο και τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, όσο και τις ιδιαιτερότητες που διακρίνουν τα τελευταία σε σχέση με τον έντυπο τύπο και την «πραγματική ζωή». Έως ότου γίνει αυτό, όμως, η ελληνική νομική πραγματικότητα θα πρέπει να αρκестεί στην -καθυστερημένη συνήθως- ενσωμάτωση των σχετικών Οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

³¹ 159/2008, ΑΠ, διαθέσιμη στο http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=9CGpY1xfZhvwNt0eIEAoTurycqBjF&apof=159_2008&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C12

³² Δημήτριος Η. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, Β' Έκδοση, Σάκκουλα, 2009, §16, στ. 2α επ.

³³ Όπου παραπάνω, Δημήτριος Η. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, §16, στ. 2α επ.

³⁴ Όπου παραπάνω, Δημήτριος Η. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, §16, στ. 2α επ.

Απόκτηση κυριότητας σε ακίνητα του δημοσίου με χρησικτησία

Χριστοδουλάκης Στέλιος
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Είναι γεγονός πως η λύση στα προβλήματα αμφισβήτησης κυριότητας που αφορούν ιδιώτες και το δημόσιο θα μπορούσαν εύκολα να λυθούν με την αποτελεσματική εισαγωγή και εφαρμογή των ρυθμίσεων του κτηματολογίου και του κτηματολογικού βιβλίου, στα πλαίσια των οποίων η πρακτική χρησιμότητα της χρησικτησίας είναι εξαιρετικά περιορισμένη».

Εισαγωγικά

Η χρησικτησία ως θεσμός του δικαίου με τον οποίο εξασφαλίζεται η πρωτότυπη κτήση της κυριότητας αναπτύχθηκε ήδη από το αρχαίο ρωμαϊκό δίκαιο και μετεξελίχθηκε στον χώρο της Βυζαντινής αυτοκρατορίας με την Ιουστινιάνεια κωδικοποίηση. Στην Ελλάδα εφαρμόζεται από την ίδρυση του ελληνικού κράτους και θεμελιώθηκε με την εισαγωγή του ελληνικού Αστικού Κώδικα¹. Η χρησικτησία διακρίνεται σε τακτική και σε έκτακτη (ΑΚ 1041 και ΑΚ1045 αντίστοιχα). Για να αποκτηθεί κυριότητα με τακτική χρησικτησία απαιτείται νομή, το στοιχείο της καλής πίστης, νόμιμος ή νομιζόμενος τίτλος καθώς και πάροδος δέκα ετών για ακίνητα και τριών ετών για κινητά (ΑΚ1041,1042,1043). Δικαιολογητικός σκοπός της τακτικής χρησικτησίας είναι η προστασία εκείνου που καλόπιστα απέκτησε την νομή πράγματος χωρίς να αποκτήσει την κυριότητα λόγω ελαττώματος στο κτητικό της κυριότητας τίτλο, η επικύρωση της βιοτικής πραγματικότητας που αποτελεί η μακροχρόνια εκμετάλλευση του πράγματος καθώς και η διευκόλυνση της επίπονης διαδικασίας της απόδειξης της κυριότητας, ιδίως σε περιπτώσεις διαδοχικών δικαιοπαρόχων². Για

την έκτακτη χρησικτησία απαιτείται νομή για είκοσι χρόνια (ΑΚ1045). Εξυπηρετεί τους ίδιους σκοπούς με την τακτική αλλά μέσω αυτής δεν επιδιώκεται η προστασία του καλόπιστου νομέα αλλά απλώς η επικύρωση της βιοτικής κατάστασης δημιουργείται με την μακροχρόνια νομή του πράγματος από τρίτο³. Ωστόσο κοινή προϋπόθεση τόσο της τακτικής όσο και της έκτακτης χρησικτησίας είναι το επιτρεπτό της. Καταρχάς όλα τα ακίνητα και κινητά πράγματα είναι δεκτικά χρησικτησίας. Ωστόσο, υπάρχουν ομάδες πραγμάτων στις οποίες δεν μπορεί να θεμελιωθεί κυριότητα με χρησικτησία. Για παράδειγμα ανεπίδεκτα χρησικτησίας είναι τα πράγματα εκτός συναλλαγής καθώς. Επίσης εξαιρούμενα χρησικτησίας είναι τα ακίνητα προσώπων που τελούν υπό γονική μέριμνα, επιτροπεία ή δικαστική συμπαράσταση όσο διαρκούν αυτές οι καταστάσεις⁴. Τίθεται λοιπόν το ζήτημα της σχέσης της χρησικτησίας με τα ακίνητα που ανήκουν στο δημόσιο, ζήτημα εξαιρετικά κρίσιμο σε μια περίοδο που πολλά δημόσια ακίνητα γίνονται αντικείμενο ιδιοποίησης κατ' επίκληση του θεσμού της που πολλά δημόσια ακίνητα γίνονται αντικείμενο ιδιοποίησης κατ' επίκληση του θεσμού της χρησι-

¹ Μαρία Δουλάμη, σε διπλωματική εργασία «Πράγματα ανεπίδεκτα και εξαιρούμενα χρησικτησίας», Ιούνιος 2008, σελίδα 5

² Απόστολος Γεωργιάδης, εγχειρίδιο εμπραγμάτου δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελίδα 363-364

³ Απόστολος Γεωργιάδης, εγχειρίδιο εμπραγμάτου δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελίδα 388,389

⁴ Απόστολος Γεωργιάδης, εγχειρίδιο εμπραγμάτου δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελίδα 364-365

κτησίας. Αν δηλαδή ενδεχομένως θα μπορούσε να αποκτηθεί κυριότητα μέσω τακτικής ή έκτακτης χρησικτησίας σε ακίνητα που αποτελούν δημόσια περιουσία

Το περιεχόμενο του νόμου περί διακρίσεως δημοσίων κτημάτων (ν.21^{ης}.06/10^{ης}.07.1837)

Ο ν.21^{ης}.06/10^{ης}.07.1837 αποτελεί το πρώτο σημαντικό εμπράγματο νομοθέτημα της ελληνικής έννομης τάξης. Με την ανεξαρτησία του ελληνικού κράτους τέθηκε ζήτημα σχετικά με την κυριότητα των εθνικών γαιών, δηλαδή των κτημάτων που ανήκαν στο οθωμανικό δημόσιο και σε οθωμανικά ιδρύματα, καθώς και σε Οθωμανούς που είχαν εγκαταλείψει τα ακίνητα τους και που βρίσκονταν στις περιοχές που είχε καταλάβει η Ελλάδα στρατιωτικά⁵. Με τον νόμο αυτό καθιερώθηκε τεκμήριο κυριότητας του ελληνικού δημοσίου για εκείνα τα ακίνητα στα οποία δεν προέκυπτε κυριότητα ιδιωτών. Διάκριση των κτημάτων σε δημόσια και ιδιωτική περιουσία του δημοσίου δεν προκύπτει από τον νόμο. Σε σχέση με την δυνατότητα κτήσης κυριότητας από ιδιώτη με χρησικτησία, οι προγενέστερες διατάξεις του βυζαντινορωμαϊκού δικαίου διατήρησαν την ισχύ τους βάσει του άρθρου 21 του νόμου.⁶ Σύμφωνα με τις διατάξεις αυτές⁷ ήταν δυνατή η κτήση κυριότητας με έκτακτη χρησικτησία εφόσον είχε προηγηθεί νομή τριάντα ετών. Έτσι, ο νόμος περί διακρίσεως δημοσίων κτημάτων καθιέρωσε τεκμήριο κυριότητας του ελληνικού δημοσίου στις εθνικές γαίες και θεμελίωσε δυνατότητα κτήσης κυριότητας επί δημοσίων ακινήτων με έκτακτη χρησικτησία εφόσον υπήρχε νομή τριάντα ετών⁸. Με το άρθρο 49 του ΕισΝΑΚ ο νόμος

περί διακρίσεως δημοσίων κτημάτων καταργήθηκε. Το τεκμήριο κυριότητας επί αδέσποτων εξακολουθεί να ισχύει από το άρθρο 972ΑΚ⁹. Η έκτακτη χρησικτησία ως πρωτότυπος τρόπος απόκτησης κυριότητας εξαιρέθηκε στη συνέχεια με τον νόμο ΔΞΗ/1912 καθώς και με το ν.δ περί διοικητικής αποβολής από των κτημάτων αεροπορικής αμύνης (ν.δ 22 Απριλίου/16 Μαΐου 1926, άρθρο 21)¹⁰

Το περιεχόμενο του νόμου περί προστασίας δημοσίων κτημάτων (α.ν 1539/1938)

Ο νόμος περί προστασίας δημοσίων κτημάτων (ο οποίος ουσιαστικά διατηρεί σε ισχύ το όμοιο περιεχομένου ν.δ 22/4/16.5.1926) επεδίωξε να δώσει λύση στις διαρκείς καταπατήσεις της δημόσιας περιουσίας από αυθαίρετους κατόχους. Το άρθρο 2 του νόμου ορίζει ρητά: «επί των αδέσποτων και των δημοσίων κτημάτων εν γένει νομεύς θεωρείται το Δημόσιον, έστω και αν ουδεμίαν ενήργησεν επ'αυτών πράξη νομής». Αυτό σημαίνει πως σε ακίνητα που το δημόσιο έχει δικαίωμα κυριότητας, δεν απαιτείται καμία πράξη φυσικής εξουσίας για την θεμελίωση νομής του δημοσίου. Έτσι, τυχόν καταλήψεις κτημάτων από τρίτους δεν οδηγούν σε απώλεια νομής του δημοσίου αλλά σε μια μορφή απροστατέυτης νομής από τον ιδιώτη. Μάλιστα, στο άρθρο 3 του νόμου ορίζεται ρητά ότι σε δίκη που αφορά την νομή μπορεί να προβληθεί ένσταση κυριότητας από πλευράς του δημοσίου και ότι η νομή δεν επιδικάζεται, αν το δημόσιο αποδείξει είτε ότι αυτό έχει δικαίωμα κυριότητας, είτε ότι δεν έχει σχετικό δικαίωμα ο ενάγων. Με αυτόν τον τρόπο το δημόσιο απέκτησε απaráγραπτο δικαίωμα κυριότητας επί της δημόσιας περιουσίας (άρθρο 4). Έτσι, ο νομοθέτης έθεσε ένα αυστηρό πλαίσιο προστασίας της δημόσιας περιουσίας δημιουργώντας ουσιαστικά ένα αμάχητο τεκμήριο νομής υπέρ του δημοσίου. Αυτό σημαίνει πως για εκείνα

⁵ Σόφης Παυλάκη, Πρωτότυπη κτήση κυριότητας του δημοσίου σε δάση και λιβάδια της επικράτειας της Σόφης Παυλάκη, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <https://dasarxeio.com/2017/08/13/0240/>

⁶ Άρειος Πάγος 4/2013, Χρησικτησία ακινήτων που ανήκουν στο δημόσιο. Προϋπόθεση της χρησικτησίας, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <http://dimitrios-kalaitzis.blogspot.gr/2013/11/42013.html>

⁷ 8 παρ.1 Κώδ (7.39), 9 παρ.1 Β (50.14), 2 παρ.20 Πανδ (41.4), 6 Πανδ (44.3), 76 παρ.1 Πανδ (18.1) και 7 παρ.3 Πανδ (23.3), ΑΠ 4/2013, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <https://dasarxeio.com/2017/08/13/0240/>

⁸ Άρειος Πάγος 148/2016, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα <http://www.areiospagos.gr/nomologia/>

apofaseis_DISPLAY.asp?cd=6KQRVQNWZ85VYXJHXNFQJ11UMNQIPD&apof=148_2016&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C3

⁹ Παναγιώτα Ζήτηση, Η χρησικτησία επί των δημοσίων κτημάτων και επί των δασών ειδικότερα, όπως αναφέρεται στο βιβλίο χρησικτησία και εθνικό κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελίδα 111-112

¹⁰ Απόστολος Γεωργιάδης, εγχειρίδιο εμπραγμάτων δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελίδα 365

τα ακίνητα που βρίσκονται στην κυριότητα του δημοσίου, η νομή τεκμαίρεται αμάχητα και δεν μπορεί να αποκτηθεί κυριότητα από τρίτους ούτε με τακτική αλλά ούτε και με έκτακτη χρησικτησία. Ο νόμος εξακολουθεί να βρίσκεται σε ισχύ δυνάμει του ΕισΝΑΚ 53. Σε μεγάλο βαθμό, η αυστηρότητα του περιορίστηκε με τη δυνατότητα εξαγοράς από τους καταπατητές που θεμελίωσε ο ν.719/1977¹¹. Έτσι, η κτήση κυριότητας μέσω τακτικής ή έκτακτης χρησικτησίας δεν είναι δυνατή, καθώς ο ιδιώτης δεν αποκτά νομή στο ακίνητο του δημοσίου. Τέλος, να σημειωθεί πως οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται και στην ακίνητη ιδιοκτησία των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (άρθρο 1 ν.δ 31/1968, τροποποιήθηκε από άρθρο 62 ν.1416/1984 και άρθρο 1 παράγραφος 11 του ν.2307/1995)¹².

Διάκριση της περιουσίας του Δημοσίου σε ιδιωτική και δημόσια

Πριν εξετάσουμε το ζήτημα της απόκτησης κυριότητας σε ακίνητο του δημοσίου μέσω χρησικτησίας, πρέπει να διακρίνουμε μεταξύ δημόσιας και ιδιωτικής περιουσίας. Η διάκριση αυτή προκύπτει νομολογικά και είναι κρίσιμη για τη διαπίστωση της πρωτότυπης κτήσης κυριότητας. Ως δημόσια περιουσία του δημοσίου κρίνεται αυτή που ορίζεται στο άρθρο 966ΑΚ ως πράγμα εκτός συναλλαγής. Πράγματα εκτός συναλλαγής είναι εκείνα τα οποία λόγω νομικής ανικανότητας δε μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο ιδιωτικής συναλλαγής και συνεπώς εμπράγματων σχέσεων. Αυτά είναι τα κοινόχρηστα, αυτά που βρίσκονται στην άμεση διάθεση των ιδιωτών όπως οι δρόμοι και οι πλατείες καθώς και τα κοινής χρήσης πράγματα¹³. Από την άλλη, η ιδιωτική περιουσία του δημοσίου είναι αυτή που μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο ιδιωτικής συναλλαγής. Έτσι ενώ η δημόσια περιουσία εξυπηρετεί άμεσα το δημόσιο συμφέρον, η ιδιωτική συμβάλλει έμμεσα μέσω των εσόδων από την οικονομική

εκμετάλλευση της περιουσίας και της απόκτησης εσόδων από το κράτος. Αυτά είναι τα λεγόμενα δημόσια κτήματα και είναι επιδεκτά χρησικτησίας με τον τρόπο που θα εξετάσουμε στην συνέχεια¹⁴. Να σημειωθεί πως το πράγμα μπορεί να αποβάλει την ιδιότητα του εκτός συναλλαγής πράγματος όταν πάψει να είναι τέτοιο ή όταν αρχίσει να εξυπηρετεί δημοσιολογικούς σκοπούς σύμφωνα με το άρθρο 971ΑΚ¹⁵.

Η ρύθμιση του νόμου 3127/2003

Ο νόμος περί Τροποποίησης και συμπλήρωσης των νόμων 2308/1995 και 2664/1998 για την Κτηματογράφηση και το Εθνικό Κτηματολόγιο και άλλες διατάξεις (3127/2003), τροποποιημένος από το άρθρο 154 του ν.4389/2016, εισάγει σημαντική ρωγμή στις παραπάνω ρυθμίσεις καθώς προβλέπει την δυνατότητα απόκτησης κυριότητας επί του δημοσίου, με τακτική ή έκτακτη χρησικτησία. Ο νόμος διακρίνει μεταξύ τακτικής και έκτακτης χρησικτησίας όπως ακριβώς και ο Αστικός Κώδικας, ωστόσο για την έκτακτη χρησικτησία, σε αντίθεση με την ρύθμιση του άρθρου ΑΚ1045, απαιτεί την συνδρομή της καλής πίστης. Η διάταξη αυτή εφαρμόζεται, όπως αναφέρθηκε προηγουμένως, στα ακίνητα που αποτελούν ιδιωτική περιουσία του δημοσίου και έτσι μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο ιδιωτικής συναλλαγής¹⁶ και μόνο εφόσον πρόκειται για ακίνητα που βρίσκονται εντός του σχεδίου πόλης, σε οικισμό που προϋφίσταται του 1923 ή σε οριοθετημένο οικισμό κάτω των 2000 κατοίκων σύμφωνα με το άρθρο 4 του νόμου.¹⁷ Απαιτείται λοιπόν αστικό ακίνητο που συνιστά ιδιωτική περιουσία του δημοσίου. Μένει λοιπόν να εξετάσουμε ποιες είναι οι προϋποθέσεις της απόκτησης κυριότητας από τους ιδιώτες,

¹¹ Παναγιώτα Ζήτηση, όπως αναγράφεται στο βιβλίο χρησικτησία και εθνικό κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελίδες 116-118

¹² Θεώνη Κάδρα, Χρονικά όρια έκτακτης χρησικτησίας επί ακινήτων ΟΤΑ, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <http://efotopoulou.gr/chronika-oria-ektaktis-chrisiktisias-epi-akiniton-ota/>

¹³ Απόστολος Γεωργιάδης, εγχειρίδιο εμπραγμάτου δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελίδες 115-118

¹⁴ Παναγιώτα Ζήτηση, όπως αναγράφεται στο βιβλίο χρησικτησία και εθνικό κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελίδες 113-114

¹⁵ Απόστολος Γεωργιάδης, εγχειρίδιο εμπραγμάτου δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελίδες 123-124

¹⁷ ΓνμΔΝΣΚ 348/2004, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/2712>

Προϋποθέσεις κτήσης κυριότητας έναντι του Δημοσίου

Καλή πίστη

Σύμφωνα με το άρθρο ΑΚ1042 : «ως καλή πίστη νοείται η χωρίς βαριά αμέλεια πεποίθηση του νομέα ότι έχει αποκτήσει την κυριότητα. Ως βαριά αμέλεια νοείται η έντονη και σοβαρή παρέκκλιση της συμπεριφοράς του από εκείνης του μέσου επιμελούς και ορθά σκεπτόμενου ανθρώπου σε τέτοιο σημείο, ώστε να οδηγείται σε περιφρόνηση και αδιαφορία για το αποτέλεσμα της πράξης του¹⁸. Η σχετική κρίση του δικαστηρίου είναι νομική και υπόκειται σε έλεγχο από τον Άρειο Πάγο. Έτσι το δικαστήριο πρέπει με ειδική αιτιολογία να περιγράψει τα περιστατικά που αποδεικνύουν την συνδρομή βαριάς αμέλειας. Ωστόσο, νομολογιακά επικρατεί η αντίληψη ότι η καλή πίστη που απαιτεί ο νόμος για την απόκτηση κυριότητας σε ακίνητα δημοσίου προσιδιάζει περισσότερο σε αυτή του άρθρου ΑΚ1037¹⁹. Η καλή πίστη με αυτή την έννοια είναι στενότερη καθώς αφορά όχι μόνο την πεποίθηση απόκτησης κυριότητας του αποκτώντος αλλά και την χωρίς βαριά αμέλεια πεποίθηση κυριότητας του μεταβιβάζοντος. Πρέπει δηλαδή ο χρησιδεσπάζων νομέας να θεωρεί ότι απέκτησε την κυριότητα από πρόσωπο που ήταν κύριος. Η καλή πίστη πρέπει να υπάρχει κατά τον χρόνο κτήσης της νομής²⁰.

Χρονική διάρκεια

Ο νόμος απαιτεί νομή δέκα ετών στην περίπτωση της τακτικής χρησικτησίας (που συνοδεύεται από νόμιμο τίτλο) και τριάντα ετών για την έκτακτη (χωρίς την ύπαρξη νόμιμου τίτλου). Το χρονικό διάστημα αυτό πρέπει να έχει συμπληρωθεί πριν από την έναρξη του νόμου, δηλαδή την 19.03.2003. Ορίζεται μάλιστα ρητά ότι ο χρόνος των προκατόχων προσμετράται μονάχα αν συντρέχουν και στα δικά τους πρόσωπα οι προϋποθέσεις το νόμου, δη-

λαδή η καλή πίστη και η αδιατάρακτη νομή, στο πνεύμα του άρθρου ΑΚ1051 για την προσαύξηση. Αυτό ισχύει τόσο στην καθολική όσο και στην ειδική διαδοχή.²¹

Αδιατάρακτη νομή

Ο νόμος ορίζει ότι ο νομέας θα πρέπει να νέμεται αδιαταράκτως το ακίνητο. Αυτό σημαίνει πως δε θα πρέπει να έχουν μεσολαβήσει συμβάντα που με κάποιο τρόπο ενημερώνουν τον νομέα ότι δεν έχει δικαίωμα κυριότητας στο ακίνητο. Το αδιατάρακτο πρέπει να συντρέχει κατά το απαιτούμενο χρονικό διάστημα για την απόκτηση της κυριότητας. Συνεπώς οποιαδήποτε κοινοποίηση του δημοσίου προς τον ιδιώτη από την οποία προκύπτει η έλλειψη της κυριότητας του, συνεπάγεται την αδυναμία απόκτησης κυριότητας με χρησικτησία. Η προφορική αμφισβήτηση δεν αρκεί.²²

Ειδικά ζητήματα του ν.3127/2003

Επίσης, ο νόμος ορίζει πως οι παραπάνω διατάξεις εφαρμόζονται για ακίνητα με συνολικό εμβαδό μέχρι 2000 τ.μ. Για ενιαίο ακίνητο εμβαδού άνω των 2000 τ.μ οι διατάξεις εφαρμόζονται μόνο εφόσον στο ακίνητο υφίσταται κατά την 31.12.2002 κτίσμα που καλύπτει τουλάχιστον το 30% του ισχύοντος συντελεστή δόμησης. Τέλος, κρίσιμο αποτελεί το ποιος έχει το βάρος της απόδειξης της συνδρομής ή μη της καλής πίστης. Γίνεται δεκτό πως αντίθετα με τις ρυθμίσεις του ΑΚ, το βάρος της απόδειξης της κακής πίστης του νομέα το έχει το ελληνικό Δημόσιο²³.

Συνεπώς εάν κάποιος νέμεται αδιατάρακτα με καλή πίστη το ακίνητο του δημοσίου που πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου για δέκα χρόνια (εάν υπάρχει νόμιμος τίτλος) ή τριάντα χρόνια (εφόσον δεν υπάρχει), τότε μπορεί να αποκτήσει κυριότητα πρωτότυπα μέσω χρησικτησίας.

¹⁸ ΑΠ 865/2011, Χρησικτησία κατά του δημοσίου με ν3127/2003, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <http://www.katraslaw.gr/ki/nomologia/448--31272003-8652011>

¹⁹ Βασιλική Βλαδίκα, όπως αναγράφεται στο βιβλίο Χρησικτησία και Εθνικό Κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελίδα 154

²⁰ Απόστολος Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο Εμπραγμάτων Δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελίδα 433 και 435

²¹ Βασιλική Βλαδίκα, όπως αναγράφεται στο βιβλίο Χρησικτησία και Εθνικό Κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017 σελίδα 156

²² Βασιλική Βλαδίκα, όπως αναγράφεται στο βιβλίο Χρησικτησία και Εθνικό Κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017 σελίδα 157

²³ Βασιλική Βλαδίκα, όπως αναγράφεται στο βιβλίο Χρησικτησία και Εθνικό Κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελίδα 158

Επίλογος

Η χρησικτησία ως τρόπος κτήσης κυριότητας έχει οδηγήσει σε κτήσεις κυριότητας από ιδιώτες που καταπάτησαν δημόσια γη και ιδιοποιήθηκαν παράνομα την ιδιοκτησία του κράτους. Έτσι μπροστά στην αδυναμία του κρατικού μηχανισμού να προστατέψει την ιδιοκτησία του εξαιτίας της έλλειψης οργάνωσης των κρατικών μηχανισμών και της έλλειψης πόρων, οι καταπατητές κυριολεκτικά ρήμαξαν τη δημόσια γη. Υπήρχαν προβλήματα για δυνατότητα κτήσης κυριότητας σε δημόσια γη από την σύσταση του ελληνικού κράτους (ν.21^{ης}.06/10^{ης}.07.1837) που δεν αντιμετώπισαν ικανοποιητικά το πρόβλημα. Σήμερα ισχύει το πλάσμα νομής του ελληνικού δημοσίου που έχει εισάγει ο α.ν 1539/1938 που αποτελεί ένα αυστηρό νομοθέτημα προστασίας της δημόσια γης. Σημαντική

εξαίρεση του ν.3127/2003, που προβλέπει την κτήση κυριότητας έναντι του δημοσίου με έκτακτη ή τακτική χρησικτησία, εισήχθη στα πλαίσια τροποποίησης των διατάξεων για το κτηματολόγιο. Είναι γεγονός πως η λύση στα προβλήματα αμφισβήτησης κυριότητας που αφορούν ιδιώτες και το δημόσιο θα μπορούσαν εύκολα να λυθούν με την αποτελεσματική εισαγωγή και εφαρμογή των ρυθμίσεων του κτηματολογίου και του κτηματολογικού βιβλίου, στα πλαίσια των οποίων η πρακτική χρησιμότητα της χρησικτησίας είναι εξαιρετικά περιορισμένη²⁴.

²⁴ Ρένα Κουκούτση, όπως αναγράφεται στο βιβλίο Χρησικτησία και Εθνικό κτηματολόγιο, εκδόσεις Σάκκουλα, σελίδα 221-222.

Η απόφαση ΜΠρΑθ 7131/2017 ως απόφαση «σταθμός» για τη ρύθμιση των οικογενειακών σχέσεων

Ζαχαράκη Αναστασία
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Η απόφαση 7131/2017 δίνει πλέον το εναρκτήριο λάκτισμα ώστε το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών να συνεχίσει μια νέα παράδοση στο οικογενειακό δίκαιο προσεγγίζοντας από μια διαφορετική οπτική γωνία το συμφέρον του παιδιού».

Το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών με την υπ' αριθμ. 7131/2017 ΜονΠρωτΑθ δικαστική απόφασή του εκδιδόμενη στις 23 Οκτωβρίου 2017 απόφασή του επί αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων ανοίγει το δρόμο για την εναλλασσόμενη άσκηση της επιμέλειας των τέκνων από τους δύο γονείς, συγκεκριμένα από τον πατέρα κατά τους μήνες που λήγουν σε ζυγό αριθμό και από τη μητέρα κατά τους μήνες που λήγουν σε μονό αριθμό, Σύμφωνα με το κείμενο της απόφασης, διαφυλάσσεται σε κάθε περίπτωση το δικαίωμα επικοινωνίας σε κάθε γονέα για το χρονικό διάστημα που τα ανήλικα τέκνα θα διαμένουν με τον άλλο γονέα, Από τη σύντομη αυτή παράθεση του κεντρικού πυρήνα της δικανικής πεποίθησης, γίνεται αντιληπτό πως η υπόθεση παρουσιάζει ιδιαίτερο νομικό ενδιαφέρον σε πρώτη ανάγνωση, όπως επίσης αποτελεί τροφή για έντονο κοινωνικό προβληματισμό, επηρεάζοντας καταλυτικά την υπάρχουσα πορεία και την εξέλιξη του οικογενειακού δικαίου,

Παράθεση πραγματικών περιστατικών και σύντομη περίληψη της απόφασης

Σε μια πρώτη προσέγγιση της απόφασης, παρουσιάζεται ο πατέρας (στο εξής Α) να ασκεί το προβλεπόμενο στις διατάξεις 695- 697 ΚΠολΔ ένδικο μέσο της αίτησης ανακλήσεως ή μεταρρύθμισης προηγούμενης απόφασης η οποία διέταξε ασφαλιστικά μέτρα. Συγκεκριμένα, η αίτηση αυτή ασκείται

κατά της μητέρας (στο εξής Β). Η Β έχει παραβιάσει την προηγειθείσα υπ' αριθμ. 2027/2017 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων, την οποία είχε ασκήσει προκειμένου να της ανατεθεί η επιμέλεια των δύο ανήλικων τέκνων της. Συγχρόνως, εκκρεμεί αγωγή κατά του Α περί επιμέλειας και διατροφής των τέκνων ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών η οποία δεν έχει συζητηθεί ακόμα, Το δικαστήριο, αφού αποφαίνεται θετικά για τη συνδρομή των όρων του παραδεκτού της εξεταζόμενης στο κείμενο αυτό αιτήσεως, στη συνέχεια καλείται να κρίνει την ουσία της διαφοράς, εξετάζοντας τα πραγματικά περιστατικά.

Από το ιστορικό της υπόθεσης προκύπτει πως η Β εκμεταλλευόμενη το δικαίωμα της επιμέλειας των τέκνων, προσπαθεί να τα απομακρύνει από το οικείο σχολικό και κοινωνικό τους περιβάλλον και παραβιάζει την απαγόρευση του δικαστηρίου να μην διανυκτερεύει με τα τέκνα της εκτός της οικογενειακής κατοικίας τους, Έπειτα από την εξέταση των αποδεικτικών μέσων που προσκομίζονται στο δικαστήριο, συνάγεται πως οι διάδικοι είχαν τελήσει γάμο, ο οποίος λύθηκε το 2013 και στη συνέχεια επικύρωσαν ιδιωτικό συμφωνητικό των διαδίκων το οποίο παραχωρούσε την επιμέλεια των παιδιών στην μητέρα, προσδιόριζε το πόσο της παρεχόμενης από τον πατέρα διατροφής και ρύθμιζε την επικοινωνία του τελευταίου με τα ανήλικα τέκνα, Δύο χρόνια μετά από αυτό το πρακτικό συμβίβα-

σμού, στις 3/11/2016, ο Α ασκεί αίτηση ενώπιον του ιδίου δικαστηρίου ζητώντας να ασκεί εκείνος την επιμέλεια των τέκνων και να απαγορευτεί στη Β να διαμένει εκτός της κατοικίας της μαζί με τα παιδιά τους, καθώς και να αποφεύγεται κάθε επαφή τους με τον νέο σύντροφό της, Με τη σειρά της η Β ασκεί στις 15/12/2016 αίτηση και η ίδια ζητώντας να συνεχίσει ο Α να καταβάλλει διατροφή και να περιοριστεί η επικοινωνία του με τα παιδιά. Οι αιτήσεις αυτές συνεκδικάζονται από το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών και η απόφαση 2027/2017 ορίζει πως η επιμέλεια παραχωρείται στη μητέρα, στην οποία επιβάλλεται επίσης η υποχρέωση να απέχει από οποιαδήποτε διανυκτέρευση εκτός της οικίας της μαζί με τα τέκνα, και ο πατέρας υποχρεούται στην καταβολή μηνιαίως του πόσου των 250 ευρώ για κάθε τέκνο. Η λύση όμως αυτή δεν είναι αρκετή ώστε να δώσει ένα τέλος στην διαμάχη των δύο γονέων οι οποίοι συνεχίζουν τόσο να παραβιάζουν τις υποχρεώσεις τους από το πρακτικό του συμβιβασμού τους το 2014, όσο και να μην συμμορφώνονται με τις επιταγές του δικαστηρίου,

Νομικό ζήτημα

Το ζήτημα το οποίο καλείται να αντιμετωπίσει το δικαστήριο στην εν λόγω διαφορά είναι εκείνο που ρυθμίζεται από τα άρθρα 1510, 1511, 1513-4 και 1518 ΑΚ και πρόκειται για την άσκηση της γονικής μέριμνας των τέκνων μετά τη λύση του γάμου των συζύγων και κατά τη διάσταση. Η γονική μέριμνα (1510 ΑΚ) είναι ένα λειτουργήμα το οποίο περιλαμβάνει πληθώρα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων και πρέπει να ασκείται προς το συμφέρον του τέκνου ¹.

Η γονική μέριμνα περιλαμβάνει την άσκηση της επιμέλειας, τη διοίκηση της περιουσίας και στην εκπροσώπηση του ανήλικου τέκνου (1510§1εδ.β' ΑΚ). Η πιο σημαντική από τις τρεις και εκείνη που μας απασχολεί στην κρινόμενη περίπτωση είναι η επιμέλεια του ανήλικου τέκνου (Α 1518 ΑΚ), Η επιμέλεια έχει ως στόχο την ανάπτυξη του παιδιού ως ολοκληρωμένη προσωπικότητα και περιλαμβάνει την ανατροφή, την επίβλεψη, τη μόρφωση, την εκπαίδευση και τον προσδιορισμό της κατοικίας του ανήλικου,

Με τον τρόπο άσκησης της επιμέλειας συνεχούνται δύο πολύ σημαντικά ζητήματα : το ζήτημα της

αναγκαίας ή όχι συμμετοχής και των δύο γονέων στην άσκηση της γονικής μέριμνας και το ζήτημα των κριτηρίων που εφαρμόζονται κάθε φορά ώστε να γίνει αντιληπτή η περιεχόμενο της πράξης που συνιστά άσκηση επιμέλειας. ²

Καταρχήν, η αναγκαστικού δικαίου διάταξη του 1518 ΑΚ ρυθμίζει πως η επιμέλεια ασκείται και από τους δυο γονείς, με εξαίρεση περιπτώσεις επιτρεπτής αναγκαστικής άσκησης της από τον ένα γονέα (1510§§2,3 1513,1514,1515,1516,1532 ΑΚ). Ως προς τα κριτήρια που είναι καθοριστικά για την οριοθέτηση του περιεχομένου των πράξεων της επιμέλειας, ορίζεται στο Α 1518§2 εδ.α' πως οι γονείς θα πρέπει να απέχουν από οποιαδήποτε απαγορευμένη διάκριση εις βάρος των τέκνων και να εστιάζουν στην πολύπλευρη και ομαλή τους κοινωνική και ψυχολογική ανάπτυξη. «*Το δικαστήριο το οποίο στη συνέχεια θα ελέγξει τις πράξεις των γονέων, θα επιβάλλει στους γονείς να συνεκτιμούν τη γνώμη του τέκνου κατά τη λήψη αποφάσεων, ενώ η συστηματική παράλειψη και η αδικαιολόγητη παράβλεψη αυτή συνιστά κακή χρήση της επιμέλειας.*»³

Μόλις το δικαστήριο συνεκτιμήσει όλα τα πραγματικά περιστατικά, έχει την εξουσία να ακολουθήσει τέσσερις λύσεις : α) την ανάθεση της γονικής μέριμνας στον ένα γονέα, β) την ανάθεση της γονικής μέριμνας στους δύο γονείς από κοινού, γ) την κατανομή της άσκησης της γονικής μέριμνας μεταξύ των γονέων (λειτουργική και χρονική), δ) την ανάθεση της γονικής μέριμνας σε τρίτο πρόσωπο, πάντα επηρεαζόμενο φυσικά το δικάζον όργανο από τις σύγχρονες αντιλήψεις περί ρόλου των γονέων ⁴.

Πιο συγκεκριμένα, τα δικαιώματα τα οποία απορρέουν από την άσκηση της γονικής μέριμνας είναι λειτουργικά και μπορούν να ασκηθούν το καθένα αυτοτελώς, δηλαδή μπορεί να εξεταστεί ξεχωριστά σε κάθε περίπτωση εάν η άσκηση του δικαιώματος είναι νόμιμη ή καταχρηστική, όπως συμβαίνει με την άσκηση κάθε δικαιώματος η οποία ελέγχεται υπό το πρίσμα του 281 ΑΚ⁵. Ρητά ορίζεται στο νόμο ότι κάθε απόφαση σχετικά με την άσκηση της γονι-

² Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο τ.ΙΙ εκδ Σάκκουλα Αθήνα, σελ, 333

³ Όπως ακριβώς Θ.Κ. Παπαχρίστου, Οικογενειακό Δίκαιο, εκδ Σάκκουλα, Αθήνα, σελ 350

⁴ Α. Γεωργιάδης / Σταθόπουλος, ΑΚ, τομος VIII, εκδ. Σάκκουλα 2003 Αθήνα σελ.221

⁵ Α. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα 2012, Αθήνα σελ. 307

¹ Α. Γεωργιάδης / Σταθόπουλος, ΑΚ, τομος VIII, εκδ, Σάκκουλα 2003 Αθήνα, σελ 174

κής μέριμνας πρέπει να αποβλέπει στο συμφέρον του τέκνου (1511 ΑΚ). «Η διάταξη αυτή αποτελεί τη «γενική ρήτρα» του συμφέροντος του τέκνου και αποτελεί την κατεξοχήν παιδοκεντρική αντίληψη του σύγχρονου νομοθέτη»⁶. Το συμφέρον του τέκνου είναι μια αόριστη νομική έννοια και αφορά όλες τις εκφάνσεις της προσωπικότητας του και εξειδικεύεται κάθε φορά με βάση αξιολογικά κριτήρια τα οποία είναι δυνατόν να προέρχονται από πορίσματα της ψυχολογίας⁷. Ο λειτουργικός χαρακτήρας της γονικής μέριμνας σε συνδυασμό με τη ρητή καθιέρωση (1513 ΑΚ) του συμφέροντος του τέκνου ως αποφασιστικού παράγοντα για την άσκησή της, σημαίνει πως απαγορεύεται η καταχρηστική άσκηση.

Το συμφέρον του τέκνου εξατομικεύεται κάθε φορά από το δικαστή με τη χρήση κριτηρίων όπως η ισότητα των γονέων (1511§2 εδ.β') και η λήψη υπόψη της γνώμης του ίδιου του ανηλίκου (1511§3 ΑΚ). Ο νομοθέτης δείχνει να σέβεται την προσωπικότητα του ανηλίκου, εναρμονίζοντας τις διατάξεις αυτές με τις επιταγές του Συντάγματος (Α 5§1). Σε περίπτωση που τα παιδιά έχουν μια ωριμότητα σκέψης που επιτρέπει το διάλογο και την προσωπική με αυτά επικοινωνία του δικαστή, επιβάλλεται να ζητείται και να συνυπολογίζεται η δική τους γνώμη, ακόμη και αν πρόκειται για προσωρινή ανάθεση της γονικής μέριμνας σε έναν από τους δύο γονείς (612§1 εδ.α' ΚΠολΔ)⁸. Στη νομολογία υποστηρίζεται ότι η κρίση για το αν υπάρχει ωριμότητα με την έννοια να αντιλαμβάνεται το ίδιο το παιδί το συμφέρον του σχηματίζεται ύστερα από ελεύθερη εκτίμηση των αποδείξεων χωρίς ειδική αιτιολόγηση εάν και υποστηρίζεται πως η βούληση του νομοθέτη ήταν να θέσει στο άρθρο 1511§3 ΑΚ ως σημείο αναφοράς την ηλικία του τέκνου χωρίς αυτό βέβαια να αποφαίνεται με κάποιον τρόπο⁹. Μπορεί η ωριμότητα σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας να προϋποθέτει μια ορισμένη ηλικία, η οποία ωστόσο από μόνη της δεν αποδεικνύει πάντοτε την ώριμη κρίση.

Το συμφέρον του παιδιού είναι γνώμονας των

δικαστικών αποφάσεων και οφείλει ο δικαστής να επιδιώκει την επιτυχή ανάπτυξη του παιδιού τόσο στην ανάθεση της γονικής μέριμνας όσο και στην ανάθεση της επιμέλειας. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, η ισότητα των γονέων αποτελεί ένα κριτήριο που πρέπει να σέβεται κανείς, όπως επίσης και να συνυπολογίζει τους δεσμούς του παιδιού με τα υπόλοιπα μέλη της οικογένειας.¹⁰

Σκεπτικό και απόφαση του δικαστηρίου

Το σκεπτικό του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών απομακρύνεται από την μητροκεντρική θεώρηση του οικογενειακού δίκαιου. Επικεντρώνεται, κατ' αρχάς, στα ζητήματα που αφορούν την άσκηση της γονικής μέριμνας, αναγνωρίζοντας πως ο Αστικός Κώδικας προβλέπει την εναλλαγή όλων των εκφάνσεων της γονικής μέριμνας, δηλαδή και της επιμέλειας, στην οποία αναφέρεται και η επίδικη διαφορά. Παραθέτει εν συντομία, για να καταρρίψει πανηγυρικά στη συνέχεια την υπάρχουσα στην ελληνική θεωρία άποψη πως η διαδοχική ανάθεση της επιμέλειας και η διαμονή του τέκνου σε δυο κατοικίες θα επιφέρει τη σύγχυσή του, καθώς θα αποτελεί τροχοπέδη για την ομαλή του κοινωνικοποίηση σε ένα αποκλειστικά σχολικό περιβάλλον.

Ειδικότερα, το δικαστήριο φαίνεται να συμπλέει με την επικρατούσα σε διεθνές επίπεδο κοινωνικο-ψυχολογική προσέγγιση των οικογενειακών σχέσεων υποστηρίζοντας πως η επαφή με τους δυο γονείς ενθαρρύνει την ισορροπημένη σχέση μεταξύ τους¹¹. Τα παιδιά που μεγαλώνουν σε δυο σπίτια, δεν παρουσιάζουν κανένα αρνητικό αποτέλεσμα στην ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους, σε σχέση με εκείνα που μεγαλώνουν σε περιβάλλον που ρυθμίζεται από οικογενειακές σχέσεις άλλες από την ισόχρονη κατανομή της επιμέλειας. Το δικαστήριο διαχωρίζει σαφώς την γονεϊκή ιδιότητα από τη συζυγική¹². Όλα δείχνουν πως προσπαθεί να παρουσιάσει στην ελληνική έννομη τάξη την αρχή της εναλλασσόμενης κατοικίας (shared residence) την οποία εισηγείται το Συμβούλιο της Ευρώπης με το υπ' αρ. 2079/2-10-2015 ψήφισμά του και ενθαρρύνει τα κράτη - μέλη να εναρμονιστούν με αυτή,

⁶ Όπως ακριβώς Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο τ.ΙΙ εκδ Σάκκουλα Αθήνα, σελ. 309

⁷ Α. Γεωργιάδης, ΣΕΑΚ εκδ Σακκουλα 2013, Αθήνα, σελ 868

⁸ Α. Γεωργιάδης / Σταθόπουλος, ΑΚ, τομος VIII, εκδ, Σάκκουλα 2003 Αθήνα, σελ 207

⁹ Α. Γεωργιάδης / Σταθόπουλος, ΑΚ, τόμος VIII, εκδόσεις, Σάκκουλα 2003 Αθήνα, σελ.208

¹⁰ 146/2011, ΕφΘράκης, 250/2016 ΜονΠρΞάν-θης, 550/2017, Αρείου Πάγου, όλες διαθέσιμες στη «ΝΟΜΟΣ»

¹¹ 7131/2017, ΜΠρΑθ, διαθέσιμο στο

¹² Ομοίως

διατηρώντας την επιφύλαξη των περιπτώσεων ενδοοικογενειακής βίας, όπου υπάρχει ειδική κατά περίπτωση ποινική αντιμετώπιση των ζητημάτων αυτών όπως ορίζουν οι διατάξεις του νόμου 3500/2006 για την ενδοοικογενειακή βία. Ορίζεται, λοιπόν, στο άρθρο 4 του εν λόγω νόμου, ότι επί ασκήσεως σωματικής βίας σε βάρος ανηλίκου, ως μέσου σωφρονισμού, στο πλαίσιο της ανατροφής του, εφαρμόζεται η ΑΚ 1532, που αφορά στις συνέπειες κακής ασκήσεως της γονικής μέριμνας. Σε περιπτώσεις άσκησης σωματικής βίας από τον γονέα προς το τέκνο, ως δήθεν μέσο σωφρονισμού, είναι δυνατόν και επιβάλλεται να τίθεται ζήτημα «κακής» ασκήσεως γονικής μέριμνας και ο δικαστής μπορεί να διατάξει, κατά την ΑΚ 1532, κάθε πρόσφορο μέτρο π.χ. αφαίρεση επιμέλειας, ορισμό επιτρόπου έως και αφαίρεση γονικής μέριμνας¹³.

Καταλυτικό ρόλο για την διαμόρφωση της απόφασής του αποτέλεσε η επικοινωνία του δικαστηρίου με τον ένα ανήλικο, ανάγοντας το κριτήριο της προσωπικής γνώμης ως το πλέον καθοριστικό για την εξειδίκευση του συμφέροντος του ανήλικου. Έκρινε πως στη συγκεκριμένη περίπτωση το παιδί ήταν σε θέση να εκφέρει την άποψη του με σύνεση και διαύγεια, και παρά το νεαρό της ηλικίας του το δικαστήριο έλαβε υπόψη του την αγάπη και τον προσωπικό δεσμό με τον καθένα από τους δύο γονείς, καθώς επίσης και η επιθυμία του να μην αλλάξει σχολικό περιβάλλον.

Στη συνέχεια, όσον αφορά την εκτίμηση των συνεπειών που είχε η προηγούμενη με την 2027/2017 απόφαση για επιμέλεια στη μητέρα, το δικαστήριο συμπέρανε πως μάλλον οξύνθηκαν οι σχέσεις των αντιδίκων και πλέον χαρακτηρίζονταν από εκατέρωθεν μομφές. Συγκεκριμένα, το δικαστήριο χαρακτήρισε ως «υπερβολή» την κατάθεση από το σύζυγο συνεχών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων με παρότρυνση της νυν συντρόφου του, οι οποίες στο κείμενο του δικογράφου καταδικάζουν την ρωσική καταγωγή της μητέρας, καθώς και την παροχή βοήθειας φίλων της μητέρας, επίσης ρωσικής

καταγωγής, στην ανατροφή των παιδιών. Συνεπώς, καταδικάζεται κάθε είδους δυσμενή διάκρισή εις βάρος της καταγωγής του ενός γονέα και τέτοιου είδους ρατσιστικές και αναχρονιστικές αντιλήψεις δείχνουν να μην επηρεάζουν πια την κρίση του Έλληνα δικαστή,

Τελικά, το δικαστήριο κρίνοντας επιμελώς τα πραγματικά και νομικά περιστατικά, διαμόρφωσε την δικανική του κρίση, κατανέμοντας προσωρινά, χρονικά την άσκηση της επιμέλειας μεταξύ των γονέων και συγκεκριμένα τους ζυγούς μήνες την επιμέλεια θα ασκεί ο αιτών πατέρας και του μονούς μήνες η καθ' ης μητέρα. Αντιστοίχως, όρισε και το πλαίσιο επικοινωνίας των γονέων με τα ανήλικα τέκνα τις περιόδους που η επιμέλεια θα ανήκει στον καθένα εναλλάξ. Απαγόρευσε στη μητέρα να διαμένει με τα παιδιά εκτός της οικίας τους, όπως επίσης και την μετεγγραφή τους από το Δημοτικό Σχολείο που ήδη φοιτούσαν απειλώντας επιπλέον τη μητέρα με χρηματική ποινή 300 ευρώ για κάθε παράβαση της απαγόρευσής διαμονής.

Συμπεράσματα- Επίλογος

Η απόφαση 7131/2017 δίνει πλέον το εναρκτήριο λάκτισμα ώστε το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών να συνεχίσει μια νέα παράδοση στο οικογενειακό δίκαιο προσεγγίζοντας από μια διαφορετική οπτική γωνία το συμφέρον του παιδιού. Αξίζει να εξετάσει κανείς την μόλις ένα μήνα πριν απόφαση 662/2017 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Χαλκίδας, με την οποία αναγνωρίστηκε αποκλειστικά το η επιμέλεια στον πατέρα του τέκνου, μια απόφαση η οποία βρίσκεται στη μειοψηφία αποφάσεων του συνόλου της ελληνικής νομολογίας οι οποίες παραχωρούν το δικαίωμα της επιμέλειας στον πατέρα. Το δικαστήριο αυτολεξεί παραθέτει: *βασικό κριτήριο για την ανάθεση της επιμέλειας του είναι η μη διατάραξη του τρόπου ζωής του τέκνου, η διατήρηση της ψυχικής του ηρεμίας και η μη απομάκρυνση του από πρόσωπα από τα οποία είναι άμεσα συνδεδεμένο όπως ο πατέρας του και παππούδες του από την πατρική γραμμή.* Συνεπώς, ο δρόμος για την αναγνώριση του πατέρα ως ισότιμου παράγοντα στην διαπαιδαγώγηση και ανατροφή του τέκνου έχει ήδη ανοίξει,

¹³ ANNA EMM. ΠΛΕΥΡΗ, Η νομοθετική αντιμετώπιση της ενδοοικογενειακής βίας στην Ελλάδα και την Κύπρο, Διαθέσιμο στο <http://crime-in-crisis.com/%CE%B7-%CE%BD%CE%BF%CE%BC%CE%BF%CE%B8%CE%B5%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE-%CE%B1%CE%BD%CF%84%CE%B9%CE%BC%CE%B5%CF%84%CF%8E%CF%80%CE%B9%CF%83%CE%B7-%CF%84%CE%B7%CF%82-%CE%B5%CE%BD%CE%B4%CE%BF%CE%BF%CE%B9/>

Ιδιαίτεροι προβληματισμοί για την έκτακτη χρησικτησία: πότε αυτή διακόπτεται, με βάση απόφαση του Αρείου Πάγου

Αγγελοπούλου Μαρία
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Στην απόφαση 18/2017 του Αρείου Πάγου ερχόμαστε αντιμέτωποι με την κυριότητα από κληρονομία ως παράγωγο τρόπο κτήσης του εμπράγματος δικαιώματος, σε αντιδιαστολή προς τη χρησικτησία ως πρωτότυπο τρόπο κτήσης κυριότητας ακινήτου».

Τα πραγματικά περιστατικά

Στις 3-12-1953 αποβιώνει η Γ., η οποία με δημόσια διαθήκη καθιστά τα δύο της τέκνα Ι. και Μ. συγκληρονόμους στα τρία επίδικα ακίνητα, κοινώς και αδιαιρέτως. Το 1974 πεθαίνει ο Ι. και κληρονομείται εξ' αδιαθέτου από τη σύζυγό του σε ποσοστό $\frac{1}{4}$ και από τον υιό του (δηλαδή τον ενάγοντα) σε ποσοστό $\frac{3}{4}$ εξ' αδιαιρέτου. Αφού αποβιώνει και η μητέρα του ενάγοντος χωρίς διαθήκη, ο ενάγων με αποδοχή της κληρονομίας καθίσταται συγκύριος στα προαναφερόμενα ακίνητα σε ποσοστό $\frac{1}{2}$ εξ' αδιαιρέτου. Από την άλλη πλευρά, η Μ. (μητέρα των εναγομένων), ενώ δεν αποδέχεται την κληρονομία, από το 1955 με τον άνδρα της καλλιεργεί τα χέρσα ακίνητα και τα διαμορφώνει σε ελαιοπερίβολα, αποδίδοντας μέρος των καρπών (λάδι) στον αδελφό της, και μετά το θάνατό του στον ενάγοντα. Το 1973 μάλιστα, καθίσταται συγκυρία σε ποσοστό $\frac{1}{2}$ εξ' αδιαιρέτου με τα προσόντα της έκτακτης χρησικτησίας, αφού συννέμεται τα επίδικα διανοία συγκυρίου από το 1953. Ωστόσο, μετά το θάνατο του συζύγου της, η Μ. δεν καλλιεργεί τα ακίνητα, ενώ παράλληλα ο ενάγων δεν ασχολείται μ' αυτά, καθώς διαμένει μόνιμα στην Αθήνα. Ο τελευταίος συμμετέχει βέβαια οικονομικά στις δαπάνες με αντάλλαγμα τη συμμετοχή του στο λάδι, το οποίο ωστόσο η Μ. σταματά να του στέλνει. Έτσι, ο ενάγων αποφασίζει την διανομή των επιδίκων, στέλνοντας στην Μ. στις 4-11-1991 εξώδικη δήλωση-διαμαρτυρία.

Η Μ. στέλνει εξώδικη απάντηση με την οποία ισχυρίζεται ότι δεν τίθεται ζήτημα διανομής, εφόσον η ίδια είναι η μοναδική κυρία με έκτακτη χρησικτησία που άρχισε το 1955. Η Μ. το 2001 πεθαίνει και οι εναγόμενοι κληρονόμοι της νέμονται τα επίδικα. Ο ενάγων μένει αδρανής μέχρι το 2010, οπότε καταθέτει ένδικη αγωγή διεκδικητική συγκυριότητας στο Ειρηνοδικείο Φιγαλίας.

Το νομικό ζήτημα που προκύπτει: κτήση κυριότητας με έκτακτη χρησικτησία

Κατά την διάταξη 1045 του Αστικού μας Κώδικα, «εκείνος που έχει στη νομή του για μια εικοσαετία πράγμα κινητό ή ακίνητο, γίνεται κύριος (έκτακτη χρησικτησία)». Όπως γνωρίζουμε, το περιεχόμενο της έννοιας της νομής περιλαμβάνει δύο στοιχεία, το corpus δηλαδή το φυσικό εξουσιασμό του πράγματος, αλλά και το animus δηλαδή τη θέληση του προσώπου να εξουσιάζει το πράγμα ως κύριος¹. Αυτά τα στοιχεία πρέπει να πληρούνται φυσικά και στην συννομή (ΑΚ 994), όπως αυτή παρουσιάζεται στην απόφασή μας. Από τα παραπάνω, συνάγεται ότι η Μ. νέμεται το ακίνητο. Έχει αποκτήσει όμως και την κυριότητα με έκτακτη χρησικτησία; Για να εφαρμοστεί η διάταξη της έκτακτης χρησικτησίας, πρέπει να συντρέχουν κάποιες προϋποθέσεις. Αρχι-

¹ Απόστολος Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο Εμπραγμάτου Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα, Ιούnius 2012, σελ. 130

κά, πρέπει το πράγμα να είναι δεκτικό χρησικτησίας, σύμφωνα με τα άρθρα 1054 και 1055 του Αστικού Κώδικα. Ακόμα, πρέπει να υπάρχει νομή του πράγματος, η οποία δεν χρειάζεται να είναι ανεπίληπτη, ούτε απαιτείται καλή πίστη του νομέα². Άσκηση της νομής για ακίνητο αποτελούν υλικές ενέργειες του χρησιδεσπόζοντος πάνω στο πράγμα που δείχνουν ότι αυτός έχει βούληση εξουσίας του. Τέλος, η νομή πρέπει να έχει διάρκεια 20 συνεχόμενα και χωρίς διακοπή έτη. Εδώ ισχύει και το *“succession in usucapionem”*, δηλαδή «ο καθολικός ή ειδικός διάδοχος του αρχικού νομέα μπορεί να υπολογίσει στη δική του νομή και το χρόνο νομής του δικαιοπαρόχου του, και μάλιστα χωρίς να χρειάζεται να είναι καλόπιστος (ΑΚ1051)»³.

Επιπρόσθετη προϋπόθεση στις μεταξύ συγκυρίων σχέσεις

Όταν υπάρχει νόμιμη σχέση κοινωνίας, όπως στην απόφασή μας, ο εξ' αδιαιρέτου συγκύριος ακινήτου, επειδή θεωρείται ότι έχει το πράγμα και εν ονόματι των άλλων συγκυρίων, δεν μπορεί να αποκτήσει την έκτακτη χρησικτησία, αν δε δηλώσει την απόφασή του να νέμεται από εδώ και στο εξής το πράγμα αποκλειστικά για τον εαυτό του. Αυτή η δήλωση μπορεί να είναι είτε ρητή είτε να συνάγεται μέσω των πράξεων και της συμπεριφοράς του. Επιπλέον, οι άλλοι συγκύριοι είναι υποχρεωτικό να ενημερωθούν γι' αυτή την απόφαση⁴. Συνεπώς, δεν μπορεί ο συγκληρονόμος να αντιτάξει κατά των υπόλοιπων κτητική παραγραφή, αν δεν τους γνωστοποιήσει ότι αποφάσισε να νέμεται το κοινό κληρονομιαίο πράγμα αποκλειστικά στο όνομά του ως κύριος, και από τη γνωστοποίηση αυτή να παρέλθει η κατάλληλη προθεσμία⁵. Τέτοια, όμως, γνωστοποίηση δεν απαιτείται στην περίπτωση που οι συ-

γκύριοι προβαίνουν σε άτυπη διανομή του κοινού (κληρονομιαίου) ακινήτου, αφού έκτοτε καθένας από αυτούς με γνώση των λοιπών νέμεται αποκλειστικώς για τον εαυτό του το περιελθόν σ' αυτόν με την άτυπη διανομή μέρος του ακινήτου. Μάλιστα, ο εν λόγω συγκύριος πρέπει να αντιποιηθεί τη νομή των υπολοίπων συγκυρίων⁶. «Αντιποίηση της νομής υπάρχει, όταν ο κάτοχος εξωτερικεύσει τη θέλησή του να έχει εφεξής το πράγμα όχι για το νομέα αλλά για τον εαυτό του»⁷. Σ' αυτήν την περίπτωση, οι άλλοι συγκύριοι μέσα σε 20 έτη από τη γνωστοποίηση μπορούν να ασκήσουν όλα τα δικαιώματά τους με αγωγές και αιτήσεις στα δικαστήρια. Η ανάγκη της γνωστοποίησης της αντιποίησης της νομής από τον συγκύριο έχει προστεθεί από τη νομολογία, κυρίως του Αρείου Πάγου, που απαιτεί την πρόσθετη αυτή προϋπόθεση για να είναι δυνατό να προσδώσει κυριότητα η εικοσαετής νομή του συγκυρίου έναντι των λοιπών συγκυρίων⁸.

Καταλήγοντας στην απόφαση του Αρείου Πάγου

Οι ισχυρισμοί των εναγομένων

Οι εναγόμενοι, για να μην απορριφθεί η αγωγή σε βάρος τους, εξέθεσαν πολλούς ισχυρισμούς για να αποδείξουν την κυριότητά τους. Ισχυρίστηκαν ότι η δικαιοπάροχος μητέρα τους αρχικά προικοδοτήθηκε από τον αδελφό της πριν το γάμο της-ισχυρισμός βέβαια που δεν έχει καμία σχέση με την πραγματικότητα. Εκτός από αυτό, ισχυρίστηκαν ότι από τη μητρική κληρονομία, ήταν η μητέρα τους συγκυρία με τον αδελφό της Ι. και μετά το θάνατό του με τον ενάγοντα και ότι από το 1985 είναι η μοναδική κυρία. Έτσι, μέχρι την άσκηση της αγωγής έχει παρέλθει διάστημα μεγαλύτερο από είκοσι χρόνια, εντός του οποίου αυτή και μετά το θάνατό της οι εναγόμενοι νέμονταν τα επίδικα με έκτακτη χρησικτησία, άρα και είχαν την αποκλειστική κυριότητα, λαμβάνοντας υπόψιν και τον κανόνα της προσαύξησης.

² Απόστολος Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο Εμπραγμάτων Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα, Ιούνιος 2012, σελ. 388-392

³ Όπως ακριβώς, Απόστολος Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο Εμπραγμάτων Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα, Ιούνιος 2012, σελ. 388-392

⁴ Απόστολος Γεωργιάδης- Μιχαήλ Σταθόπουλος, Αστικός Κώδιξ κατ' άρθρο ερμηνεία Εμπράγματο Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, Μάιος 1985, σελ. 480

⁵ Κτητική παραγραφή υπάρχει όταν, μετά την συμπλήρωση της εικοσαετούς παραγραφής, αποσβήνεται και η κυριότητα του δικαιούχου, γιατί ο εναγόμενος πληροί τις προϋποθέσεις της έκτακτης χρησικτησίας.

⁶ Χρήστος Ηλιόπουλος, Η χρησικτησία μεταξύ συγκυρίων, Διαθέσιμο στο <http://nomika-themata.blogspot.gr/2011/02/blog-post.html>

⁷ Όπως ακριβώς, Απόστολος Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο Εμπραγμάτων Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα, Ιούνιος 2012, σελ. 175

⁸ 211/2010, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη στο www.areiospagos.gr

Η απόφαση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου

Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο, το οποίο στην συγκεκριμένη περίπτωση ήταν το Ειρηνοδικείο Φιγαλίας απέρριψε την αγωγή του ενάγοντος ως ουσιαστικά αβάσιμη, παραδεχόμενο την ένσταση των εναγόμενων ότι η άσκηση της αγωγικής αξίωσης του ενάγοντα είναι καταχρηστική. Αν και δεν έχουμε αρκετές πληροφορίες για να κρίνουμε αυτήν την απόφαση, μπορούμε να επισημάνουμε μερικά σημαντικά στοιχεία. Ειδικότερα, όπως κάθε δικαίωμα, έτσι και η κυριότητα υπόκειται στους περιορισμούς που αφορούν τα περιουσιακά δικαιώματα γενικά. Συνεπώς, η κυριότητα περιορίζεται από το γενικό κανόνα για την κατάχρηση δικαιώματος (ΑΚ 281)⁹. Κατάχρηση υπάρχει, όταν η άσκηση του δικαιώματος υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλονται από την καλή πίστη, ή τα χρηστά ήθη, ή τον κοινωνικό ή οικονομικό σκοπό του δικαιώματος. Ωστόσο, η υπέρβαση αυτή πρέπει να είναι «πρόδηλος, αναμφισβήτητος, προκαλή δηλονότι μεγάλην εντύπωσιν εν σχέσει προς το όφελος του ασκούντος δικαίωμα»¹⁰. Γι' αυτό το ζήτημα, ο Άρειος Πάγος έχει διαμορφώσει μια πάγια νομολογία. Τονίζει ότι «μόνη η αδράνεια του δικαιούχου για την άσκηση του δικαιώματος επί χρόνο μικρότερο από τον απαιτούμενο για την παραγραφή, καθώς και η καλόπιστη πεποίθηση του υπόχρεου ότι δεν υπάρχει το δικαίωμα κατ' αυτού ή ότι δεν πρόκειται τούτο να ασκηθεί εναντίον του, έστω και αν αυτή δημιουργήθηκε από την αδράνεια του δικαιούχου, δεν αρκεί κατ' αρχή να καταστήσει καταχρηστική την άσκηση του δικαιώματος. Αν όμως η αδράνεια συνοδεύεται από ειδικές περιστάσεις που συνδέονται με προηγούμενη συμπεριφορά του δικαιούχου και ο ίδιος μεταβάλλοντας τη στάση του επιχειρεί εκ των υστέρων ανατροπή της κατάστασης που ήδη έχει διαμορφωθεί και παγιωθεί, δεν είναι απαραίτητο να προκαλούνται αφόρητες ή δυσβάστακτες για τον υπόχρεο συνέπειες αλλ' αρκεί να επέρχονται δυσμενείς απλώς για τα συμφέροντά του επιπτώσεις. Στην περίπτωση αυτή η άσκηση του δικαιώματος μπορεί να καταστεί μη ανεκτή κατά την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη και συνεπώς καταχρηστική και απαγορευμένη»¹¹. Παρ' όλα αυτά, τα

πραγματικά περιστατικά όπως αυτά τίθενται στην απόφασή μας, δεν είναι επαρκή, για να κρίνουμε το βάσιμο της σχετικής ένστασης.

Το δευτεροβάθμιο δικαστήριο

Το Μονομελές Πρωτοδικείο Κυπαρισσίας, που δίκασε σε δεύτερο βαθμό, απέρριψε την διεκδικητική αγωγή συγκυριότητας του αναιρεσείοντος, που στηριζόταν στην κληρονομική διαδοχή (παράγωγη κτήση), καθώς έκανε δεκτή την ένσταση των εναγομένων περί κυριότητας με έκτακτη χρησικτησία (πρωτότυπη κτήση). Έτσι, δέχθηκε την έφεση και εξαφάνισε την πρωτοβάθμια απόφαση. Άρα, δέχθηκε ότι η Μ. από το 1991 που δήλωσε ρητά ότι είναι η μοναδική κυρία, νεμόταν τα επίδικα, κι ότι μετά το θάνατό της το 2001, οι εναγόμενοι συνέχισαν το χρόνο έτσι, ώστε να μην συμπληρωθεί τα 20 έτη, αλλά να έχουν συμπληρωθεί κατά το χρόνο εκδίκασης της έφεσης.

Ο εντοπισμός του νομικού σφάλματος από τον Άρειο Πάγο

Το δικαστήριο άρχισε τη νομική του σκέψη ελέγχοντας τις προϋποθέσεις για την έκτακτη χρησικτησία (ΑΚ 1045), διατυπώνοντας τον ορισμό που δίνει ο Αστικός μας Κώδικας για τα πράγματα (ΑΚ 947), και λαμβάνοντας υπόψιν και την προσαύξηση, όπως εκτέθηκε παραπάνω (ΑΚ 1051). Όμως, σ' αυτό το σημείο ο Άρειος Πάγος διαπίστωσε την ύπαρξη μιας διάταξης που δεν αναφέρθηκε από τα προηγούμενα δικαστήρια, πλην όμως είναι απόλυτα απαραίτητη για να καταλάβουμε τελικά αν υπάρχει έκτακτη χρησικτησία ή όχι. Κατά τη διάταξη του άρθρου 1049 του Αστικού Κώδικα λοιπόν, «η χρησικτησία διακόπτεται με την έγερση της διεκδικητικής αγωγής εναντίον αυτού που χρησιδεσπόζει, η δε διακοπή επέρχεται μόνο υπέρ του ενάγοντος». Μάλιστα, στην πράξη η διάταξη αυτή δεν εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση διεκδικητικής αγωγής, αλλά σε κάθε περίπτωση που η χρησικτησία διακόπτεται, όταν το δικαίωμα απόκτησης κυριότητας γίνεται επίδικο¹². Επομένως, διακοπή της χρησικτησίας επάγεται κάθε πράξη που απευθύνεται κατά του χρησιδεσπόζοντα και φέρει το δικαίωμα της

⁹ Απόστολος Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο Εμπραγμάτου Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα, Ιούνιος 2012, σελ. 245

¹⁰ Όπως ακριβώς, Απόστολος Γεωργιάδης-Μιχαήλ Σταθόπουλος, Αστικός Κώδιξ κατ' άρθρο ερμηνεία Γενικές Αρχές, εκδ. Σάκκουλα, Μάιος 1985, σελ. 492

¹¹ Όπως ακριβώς, 8/2017, Ολομέλεια του Αρείου

Πάγου και 750/2013, Άρειος Πάγος, διαθέσιμες στο www.areiospagos.gr

¹² Απόστολος Γεωργιάδης-Μιχαήλ Σταθόπουλος, Αστικός Κώδιξ κατ' άρθρο ερμηνεία Εμπράγματο Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, Μάιος 1985, σελ. 487

κυριότητας σε δικαστική διάγνωση, ανεξάρτητα από το διονομικό τύπο με τον οποίο εμφανίζεται η πράξη αυτή. Άρα, ορίζεται ως διακοπτικό γεγονός της χρησικτησίας η άσκηση διεκδικητικής αγωγής, με αφετηρία την επίδοση της αγωγής (ΚΠολΔ 221 παρ.1)¹³. Για το αποτέλεσμα της διακοπής απαιτείται αγωγή, και συνεπώς δεν επάγεται το αποτέλεσμα αυτό η υποβολή αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, ούτε εξώδικες ενέργειες, έγγραφες ή προφορικές. Σύμφωνα με τα άρθρα 1049 και 1050 του Αστικού Κώδικα, «η διακοπή επέρχεται μόνο υπέρ του ενάγοντος, με αποτέλεσμα ο χρόνος που πέρασε έως τη διακοπή να μην υπολογίζεται». Με άλλα λόγια, «μυταιούται εντελώς η χρησικτησία, καθισταμένου ανωφελούς και άχρηστου του διαδραμόντος χρόνου, νέα, δε, χρησικτησία μπορεί να αρχίσει μόνο μετά τη λήξη της διακοπής, κατά την οποία δεν υπολογίζεται ο μέχρι της διακοπής χρόνος»^{14 15}. Ως αποτέλεσμα, οι εναγόμενοι δεν έχουν δίκιο ότι ολοκληρώθηκε η εικοσαετία για την κτήση κυριότητας με έκτακτη

χρησικτησία, αφού ο χρόνος σταμάτησε να μετράει όταν επήλθε η επίδοση της αγωγής που άσκησε ο ενάγων. Επομένως, πολύ σωστά ο Άρειος Πάγος αποφάνθηκε ότι η χρησικτησία των εναγομένων που άρχισε το 1991, ολοκληρώθηκε μετά την επίδοση της αγωγής το 2010, ενώ ο χρόνος είχε ήδη διακοπεί. Εντοπίζοντας αυτό το νομικό σφάλμα, το δικαστήριο αναίρεσε την προσβαλλόμενη απόφαση και την παρέπεμψε ξανά στο Μονομελές Πρωτοδικείο Κυπαρισσίας, υποδηλώνοντας έμμεσα ότι το τεκμήριο της έκτακτης χρησικτησίας δεν πληρούται σε καμία περίπτωση. Κλείνοντας, με αφορμή αυτή την απόφαση, ο Άρειος Πάγος διατύπωσε ένα πολύ σοβαρό και ζωτικής σημασίας νομικό ζήτημα, το οποίο τα δικαστήρια της χώρας μας κάθε βαθμού οφείλουν να εξετάζουν, πριν αναχθούν στο συμπέρασμα ότι η εικοσαετής προθεσμία για την έκτακτη χρησικτησία έχει ολοκληρωθεί.

¹³ Απόστολος Γεωργιάδης-Μιχαήλ Σταθόπουλος, Αστικός Κώδις κατ' άρθρο ερμηνεία Εμπράγματο Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, Μάιος 1985, σελ. 487

¹⁴ Όπως ακριβώς, Εμμανουέλα Μανωλιδάκη, Διακοπή Χρόνου Χρησικτησίας με έγερση ενοχικής αγωγής,, Διαθέσιμο στο <http://efotoroulou.gr/diakopi-chronou-chrisiktisias-me-egersi-enochikis-agogis/>

¹⁵ 1365/2002, Αρείου Πάγου, 1548/2001, Αρείου Πάγου, 28/2001, Αρείου Πάγου, 1073/1996, Αρείου Πάγου, διαθέσιμες στην Ελληνική Δικαιοσύνη

ΟΛΑΠ 8/2016: Αριθμητικός περιορισμός των ενόρκων βεβαιώσεων - Αξιολόγηση υπό προϋποθέσεις των «εξώδικων» ενόρκων βεβαιώσεων ως δικαστικά τεκμήρια

Ζαχαριάδου Νικολέτα
Τελειόφοιτη Νομικής ΑΠΘ

«Η κυριότερη ωστόσο καινοτομία που εισήχθη με το ν.4335/2015 εντοπίζεται στην καθιέρωση ομοιόμορφου νομοθετικού καθεστώτος που διέπει το αποδεικτικό μέσο των ενόρκων βεβαιώσεων τόσο στην τακτική όσο και στις ειδικές διαδικασίες, όπως προκύπτει από την κατάργηση των άρθρων 650 και 671 ΚΠολΔ και δυνάμει της ρύθμισης του άρθρου 591 παρ.1 εδ. α' ΚΠολΔ που παραπέμπει στις διατάξεις που διέπουν την τακτική διαδικασία».

Εισαγωγή

Η εξεταζόμενη ένδικη διαφορά ξεκίνησε με την κατάθεση εκ μέρους των εναγόντων και ήδη αναιρεσιόντων κατά της εναγομένης και ήδη αναιρεσίβλητης της από 29-10-2006 αγωγής περί αναγνώρισης της νομής και της κυριότητάς τους επί του επίδικου τμήματος ακινήτου, ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, το οποίο και εξέδωσε την υπ' αριθ. 2406/2008 απόφασή του με την οποία απέρριψε την προαναφερθείσα αγωγή ως απαράδεκτη λόγω αοριστίας. Κατόπιν, ασκήθηκε έφεση ενώπιον του Εφετείου Αθηνών, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθ. 4738/2009 μη οριστική απόφαση, με την οποία το Εφετείο απέρριψε την έφεση της νικήσας στο πλαίσιο της πρωτοβάθμιας δίκης εναγομένης και επιπροσθέτως διέταξε τη διενέργεια πραγματογνωμοσύνης. Ακολούθως, εξεδόθη η υπ' αριθ. 2655/2011 οριστική απόφαση του Εφετείου, η οποία απέρριψε την αγωγή επί της ουσίας και προσεβλήθη με την από 31-7-2011 αίτησή αναίρεσης. Κατόπιν, εκδόθηκε η απόφαση του Γ' Πολιτικού Τμήματος του Αρείου Πάγου - στο οποίο υπάγεται η εν λόγω αίτηση αναίρεσης ως ασκήθεισα επί διαφοράς εμπραγμάτου δικαίου (άρθρο 3 παρ. 3 στ. α' του π.δ. 376/1997) παραπέμποντας (λόγω διαφοράς μιας μόνο ψήφου υπέρ της πλειοψηφούσας γνώμης) το δωδέκατο λόγο της αίτησης αναίρεσης στην Τακτική Ολομέλεια του Ακυρωτι-

κού Δικαστηρίου η οποία εξέδωσε την υπό κρίση απόφαση.

Τα νομικά ζητήματα που ανακύπτουν στην ΟΛΑΠ 8/2016 αφορούν κυρίως τη μη λήψη υπόψη από το Εφετείο ένορκης βεβαίωσης, αποδεικτικού μέσου για την προσκομιδή του οποίου τίθεται από το νόμο αριθμητικός περιορισμός. Παράλληλα, βέβαια, παρέχεται η δυνατότητα να αξιολογηθούν ως δικαστικά τεκμήρια ένορκες βεβαιώσεις που έχουν ληφθεί στο πλαίσιο άλλης δίκης.

Ελάσσων Πρόταση (Πραγματικό μέρος της διαφοράς)

Το Εφετείο δέχθηκε στην υπό κρίση περίπτωση ως αποδειχθέντα τα εξής πραγματικά περιστατικά: Με βάση νόμιμα μεταγραφωμένο συμβόλαιο οι ενάγοντες (και ήδη αναιρεσιόντες) αγόρασαν ακίνητο έκτασης 1.150 τ.μ., όπως αυτό απεικονίζεται στο από Μαρτίου 1985 τοπογραφικό διάγραμμα, από το οποίο προκύπτει ότι το εν λόγω ακίνητο προήλθε από τη συνένωση ακινήτων, όπως αυτά απεικονίζονται στο από Δεκεμβρίου 1960 σχεδιάγραμμα, το οποίο αφορά μεγαλύτερη έκταση 7.238,3 τ.μ. και ήδη 7.224,8 τ.μ., καθώς και ότι το εμβαδό του ακινήτου είναι 1.150 τ.μ..

Επίσης, από τα ίδια προσκομισθέντα αποδεικτικά στοιχεία συνάγεται ότι η εναγομένη - η οποία έχει αποβιώσει και στη θέση της έχει υπεισέλθει ο

γιος της και ήδη αναιρεσίβλητος - κατέστη κυρία ακινήτου με εμβαδό 2.112,94 τ.μ., το οποίο απεικονίζεται στο από Μαρτίου 1995 τοπογραφικό διάγραμμα. Η εναγομένη, κατέστη κυρία του εν λόγω ακινήτου σε ποσοστό 1/4 εξ' αδιαιρέτου με βάση την από 1993 νόμιμα μεταγραφωμένη πράξη αποδοχής κληρονομιάς, σε ποσοστό 1/4 εξ' αδιαιρέτου από άτυπη σύμβαση πώλησης από τον αδελφό της και συνεχή χρησικτησία και σε ποσοστό 2/4 εξ' αδιαιρέτου από αγορά με βάση νόμιμα μεταγραφωμένο συμβολαιογραφικό έγγραφο.

Επιπλέον, η έκταση του επίδικου ακινήτου αποδεικνύεται ότι είναι 137,95 τ.μ. σύμφωνα με τη μέλητη των προαναφερθέντων τίτλων των διαδίκων και συνορεύει ανατολικά με ιδιοκτησία της εναγομένης, δυτικά με οδό, βόρεια με την υπόλοιπη ιδιοκτησία των εναγόντων και νότια της εναγομένης, στους τίτλους της οποίας και περιέχεται, όπως αποδεικνύεται από τη διενεργηθείσα μετά από διαταγή του Εφετείου πραγματογνωμοσύνη και, επιπλέον, η εγκυρότητα της διαπίστωσης αυτής επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι, ενώ το ακίνητο που οι ενάγοντες αγόρασαν από τα αδέρφια της εναγομένης προέκυψε μετά από συνένωση των οικοπέδων... και... του από Δεκεμβρίου 1960, εμφανίζεται ως μεγαλύτερο αυτών.

Εξάλλου, οι ενάγοντες είχαν επίγνωση της κυριότητας της εναγομένης επί του επίδικου ακινήτου, δεδομένου ότι ο πρώτος εξ αυτών διετέλεσε για πολλά έτη χρέη πληρεξουσίου δικηγόρου και εκπροσώπου της εναγομένης στις δίκες μεταξύ της ίδιας και των αδελφών της, οι οποίοι της είχαν μεταβιβάσει το ακίνητο και στην κατάρτιση των συμβολαίων, χωρίς να προβληθεί οποιαδήποτε αμφισβήτηση της εν λόγω έκτασης μέχρι το χρονικό σημείο στο οποίο ανέκυψαν διαφορές σχετικά με την αμοιβή μεταξύ του ίδιου και της εναγομένης. Επιπλέον, δεν προέκυψε από τα αποδεικτικά στοιχεία η διενέργεια εκ μέρους των εναγόντων πράξεων νομής στο επίδικο. Περαιτέρω, η εναγομένη άσκησε άμεσα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά των εναγόντων όταν αυτοί αμφισβήτησαν το πρώτον την κυριότητά της στις 2-4-2006, ενώ τους απέστειλε εξώδικο όταν διαμαρτυρήθηκαν επειδή κάποιοι μετρούσαν το επίδικο που βρίσκεται εκτός της μάνδρας της ιδιοκτησίας τους κι εντός της ιδιοκτησίας της εναγομένης.

Μείζων Πρόταση (Νομικό Μέρος της διαφοράς)

Για την κατάσταση του δικανικού της συλλογισμού η Ολομέλεια αξιοποίησε τα άρθρα 106, 335,

338 - 340, 346 ΚΠολΔ, από τα οποία συνάγεται η υποχρέωση του δικαστηρίου να λαμβάνει υπόψη όλα τα νομίμως επικληθέντα και προσκομισθέντα από τους διαδίκους αποδεικτικά μέσα, προκειμένου να σχηματίσει δικανική πεποίθηση για την αλήθεια ή μη των πραγματικών ισχυρισμών που ασκούν ουσιώδη επίδραση στη έκβαση της δίκης, σύμφωνα με τις αρχές της συζήτησης¹ (106 ΚΠολΔ) και της ελεύθερης εκτίμησης² των αποδεικτικών μέσων από το δικαστήριο (340 ΚΠολΔ). Άλλωστε, επισημαίνεται ότι ο αναιρετικός λόγος του άρθρου 559 αριθ. 11 περ. γ' ΚΠολΔ, εξαιτίας της μη λήψης υπόψη από το δικαστήριο της ουσίας των αποδεικτικών μέσων που οι διάδικοι νομίμως επικαλέσθηκαν και προσκόμισαν, στοιχειοθετείται ακόμη και εν όψει της ύπαρξης αμφιβολιών ως προς την αξιολόγηση εκ μέρους του δικάζοντος δικαστηρίου των ουσιωδών για την έκβαση της δίκης αποδεικτικών μέσων. Αυτή η νεότερη τάση της νομολογίας³ για θεμελίωση αναιρετικού λόγου με μόνη την ύπαρξη αμφιβολιών υιοθετείται ως αντίβαρο στην πάγια τακτική των δικαστηρίων της ουσίας να περιορίζονται στη γενική κι αφηρημένη αναφορά του είδους των αποδεικτικών μέσων που λήφθηκαν υπόψη, χωρίς να προβαίνουν στον προσδιορισμό και την αξιολόγηση των κατ' ιδίαν αποδεικτικών στοιχείων που συνετέλεσαν στη συναγωγή συγκεκριμένου πορίσματος. Είναι, συνεπώς, πρόδηλος ο κίνδυνος αυθαίρεσias που ελλοχεύει λόγω της προαναφερθείσας δικαστηριακής πρακτικής, η οποία επιπροσθέτως συνιστά και μια από τις συνηθέστερες γενεσιουργούς αιτίες της άσκησης αναιρέσεων.

Περαιτέρω, κατά την ομόφωνη θέση νομολογίας και θεωρίας απαιτείται για τη στοιχειοθέτηση του υπό εξέταση αναιρετικού λόγου η μη λήψη υπόψη αποδεικτικού μέσου χρήσιμου προς άμεση ή έμμεση (μέσω τεκμηρίων) απόδειξη πραγματικών περιστατικών που συγκροτούν ισχυρισμό παραδεκτό, νόμιμο και λυσιτελή, δηλαδή ισχυρισμό που επιδρά στο διατακτικό της αναιρεσιβαλλόμενης απόφασης ή ισχυρισμό περί αρχής εγγράφου αποδείξεως. Αξίζει, επίσης, να σημειωθεί ότι το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο αξιώνει τον καθορισμό στο δικόγραφο της αναίρεσης των ειδικότερων αποδεικτικών στοιχείων που δε λήφθηκαν υπόψη

1 Νίκας Ν., Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, Β' Έκδοση Σάκκουλας 2016, σελ.257

2 Νίκας Ν., Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, Β' Έκδοση Σάκκουλας 2016, σελ. 501 - 502

3 Νίκας Ν., Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, Β' Έκδοση Σάκκουλας 2016, σελ. 955 - 956

από το δικαστήριο της ουσίας, τον προσδιορισμό του περιεχομένου τους και τη μνεία περί της επίκλησης και προσκομιδής τους κατά τη συζήτηση και μάλιστα ανεξάρτητα από το αν εξετάζονται αυτεπαγγέλτως.

Επιπροσθέτως, ο Άρειος Πάγος τονίζει ότι στο πλαίσιο της δευτεροβάθμιας δίκης λαμβάνονται υπόψη και μη πληρούντα τους νόμιμους όρους αποδεικτικά μέσα, ακόμη και άκυρα έγγραφα, ευχέρεια που παρέχεται από το συνδυασμό των διατάξεων 270 παρ. 2 και 524 παρ. 1 ΚΠολΔ. Στο σημείο αυτό αξίζει να υπογραμμιστεί ότι μετά την κατάργηση του άρθρου 270 ΚΠολΔ υπό την ισχύ του ν. 4335/2015 έχει αυξηθεί ο βαθμός χρησιμότητας των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων στο πλαίσιο της πολιτικής δίκης⁴. Ειδικότερα, το ισχύον νομικό καθεστώς για τη χρήση και αξιολόγηση των εν λόγω αποδεικτικών μέσων ρυθμίζεται από τη διάταξη του άρθρου 340 παρ. 1 εδ. β' ΚΠολΔ, το οποίο σε αντίθεση με την προϋχούσα διάταξη του άρθρου 270 παρ. 2 ΚΠολΔ δεν περιορίζει την αξιολόγηση των αποδεικτικών αυτών μέσων μόνο σε συμπληρωματικό βαθμό. Για την έννοια αυτή της "συμπληρωματικότητας" διατυπώθηκαν πολυάριθμες ερμηνείες. Κατά την κρατούσα στη νομολογία άποψη (ΑΠ 1707/2009 ΕφΑΔ 2010 σελ. 356, ΑΠ1842/2013 ΤΝΠ - ΝΟΜΟΣ), την οποία ασπάστηκε και η Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή, τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα λαμβάνονται υπόψη σωρευτικά και παράλληλα με τα επώνυμα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 339 ΚΠολΔ. Ωστόσο, ρητά στο στα άρθρο 340 παρ. 1 εδ. β' ΚΠολΔ διατυπώνεται επιφύλαξη όσον αφορά τις εξαιρέσεις για το μη επιτρεπτό της εμμέριμνης απόδειξης (393, 394 ΚΠολΔ). Επιπλέον, δεδομένης της κατάργησης των άρθρων 650 και 671 ΚΠολΔ, το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 340 παρ. 1 εδ. β' ΚΠολΔ επεκτείνεται και στις ειδικές διαδικασίες.

Κρίσιμο εν προκειμένω αναδεικνύεται το αποδεικτικό μέσο της ένορκης βεβαίωσης. Κατά το Ανωτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο αξιολογούνται έως τρεις για κάθε πλευρά ένορκες βεβαιώσεις ενώπιον ειρηνοδίκη / συμβολαιογράφου /προξένου με κλήτευση του αντιδίκου τουλάχιστον δυο εργάσιμες ημέρες πριν (αν δίνονται στην αλλοδαπή, τουλάχιστον οκτώ ημέρες πριν). Ο αριθμητικός

περιορισμός των τριών αφορά μόνο τις ένορκες βεβαιώσεις που λαμβάνονται ειδικά για τη συγκεκριμένη δίκη, ενώ οι πέραν των τριών λαμβάνονται υπόψη για τη συναγωγή δικαστικών τεκμηρίων, εφόσον έχουν ληφθεί στο πλαίσιο άλλης δίκης.

Αξίζει, πάντως, να σημειωθεί ότι μετά το ν. 4335/2015 έχει ενισχυθεί η θέση των ενόρκων βεβαιώσεων στο σύστημα του ΚΠολΔ, οι οποίες πλέον ρυθμίζονται ως επώνυμο αποδεικτικό μέσο (421-424 ΚΠολΔ) που προστίθεται σε αυτά του άρθρου 339 ΚΠολΔ⁵. Επιπροσθέτως αυξήθηκε ο ανώτατος αριθμός ενόρκων βεβαιώσεων που μπορούν να προσκομισθούν από κάθε διάδικο σε πέντε (422 παρ. 3 ΚΠολΔ) -αντίθετα με το προϋχούσαν δίκαιο στο οποίο ήταν τρεις- και τρεις για αντίκρουση. Η κυριότερη ωστόσο καινοτομία⁶ που εισήχθη με το ν.4335/2015 εντοπίζεται στην καθιέρωση ομοιόμορφου νομοθετικού καθεστώτος που διέπει το αποδεικτικό μέσο των ενόρκων βεβαιώσεων τόσο στην τακτική όσο και στις ειδικές διαδικασίες, όπως προκύπτει από την κατάργηση των άρθρων 650 και 671 ΚΠολΔ και δυνάμει της ρύθμισης του άρθρου 591 παρ.1 εδ. α' ΚΠολΔ που παραπέμπει στις διατάξεις που διέπουν την τακτική διαδικασία. Μαλιστα, όπως έχει νομολογηθεί (ΜονΠρωτΑθ 1106/2016) επί αγωγής κατατεθειμένης πριν την 1.1.2016 το νομικό καθεστώς των ενόρκων βεβαιώσεων που λαμβάνονται μετά την έναρξη ισχύος του ν.4335/2015 διέπεται ελλείψει ειδικής μεταβατικής διατάξης και κατ' εφαρμογή της αρχής της άμεσης εφαρμογής των νέων δικονομικών κανόνων (άρθρα 12 και 20 παρ. 1 εδ.β' ΕισΝΚΠολΔ) από τις νέες διατάξεις τόσο στο πλαίσιο της τακτικής (άρθρο 1 άρθρο ένατο παρ. 1 του ν.4335/2015 που υποδεικνύει ως εφαρμοστέες τις διατάξεις 237, 238 ΚΠολΔ) όσο και στο πεδίο των ειδικών διαδικασιών (εφόσον το άρθρο 1 άρθρο ένατο παρ. 1 του ν.4335/2015 δε φαίνεται να καταλαμβάνει τη λήψη ενόρκων βεβαιώσεων)⁷.

Επομένως, ο αριθμητικός περιορισμός δεν ισχύ-

5 Μακρίδου Κ. σε Κ. Μακρίδου, Χ. Απαλαγάκη, Γ. Διαμαντόπουλος, Πολιτική Δικονομία, Σάκκουλας Β' Έκδοση 2018, σελ. 57

6 Μακρίδου Κ., Η διαδικασία των εργατικών διαφορών στον πρώτο και το δεύτερο βαθμό μετά τις τροποποιήσεις του Ν.4335/2015, ΔΕΕ σελ. 652

7 Μαρκουλάκης Μ., Λήψη ενόρκης βεβαίωσης στο πλαίσιο δίκης ήδη εκκρεμούς την 1.1.2016 - Σκέψεις διαχρονικού δικονομικού δικαίου με αφορμή τη ΜονΠρωτΑθ 1106/2016, ΕργΔ 2016 σελ. 639-640

4 Γιαννόπουλος Π. / Τριανταφυλλίδης Χ., Οι τροποποιήσεις του ν. 4335/2015 στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας στο πεδίο του δικαίου αποδείξεως, ΕλλΔνη 2016, σελ. 667. - 668

ει για τις λεγόμενες “εξώδικες” ένορκες βεβαιώσεις ληφθείσες στο πλαίσιο άλλης συνεκδικαζόμενης αγωγής, οι οποίες λαμβάνονται υπόψη απεριόριστα για τη συναγωγή δικαστικών τεκμηρίων⁸ κατά πάγια νομολογιακή θέση που χαρακτηρίστηκε από την ΟΛΑΠ 237/1975 (NoB 1975 σελ. 654) και ακολουθείται έκτοτε απαρεγκλίτα από τη νομολογία με τη σύμφωνη θέση της θεωρίας. Οι «εξώδικες» ένορκες βεβαιώσεις εξετάζονται ως δικαστικά τεκμηρία, τα οποία αξιολογούνται ως έγγραφα μαρτυρίας, εφόσον πληρούνται ως προϋποθέσεις παραδεκτού αφενός το επιτρεπτό της εμμαρτυρίας απόδειξης και αφετέρου το χρονικό σημείο και το μη εσκεμμένο της σύνταξης τους για χρήση ειδικά ενόψει αυτής της δίκης⁹. Το ανώτατο όριο των πέντε ένορκων βεβαιώσεων αφορά μόνο τις ληφθείσες στο πλαίσιο της συγκεκριμένης δίκης, ενώ κατά πάγια νομολογία (ΕφΑθ 224/2016, ΕφΔωδ 23/2016) οι υπεράριθμες δεν αξιολογούνται ούτε ως δικαστικά τεκμηρία. Σε περίπτωση προσκομιδής άνω των πέντε ένορκων βεβαιώσεων και μη συμμορφωσης του διαδίκου προς την υπόδειξη του δικαστηρίου για επιλογή ένορκων βεβαιώσεων ισαριθμών με το επιτρεπόμενο όριο, δε λαμβάνεται υπόψη καμία¹⁰.

Κατά συνέπεια, σε περίπτωση που “εξώδικη” ένορκη βεβαίωση δε ληφθεί υπόψη για τη συναγωγή δικαστικών τεκμηρίων ιδρύεται ο αναιρετικός λόγος του άρθρου αριθ. 11 περ. γ’ ΚΠολΔ, ενώ κατά πάγια θέση της νομολογίας η ίδια αναιρετική πλημμέλεια συντρέχει και όταν δε ληφθεί υπόψη από το δικαστήριο της ουσίας η σειρά επίκλησής τους από το διάδικο. (ΑΠ 945/2015, ΑΠ 1461/2013).

Υπαγωγή - Διατακτικό

Το Εφετείο Αθηνών, αναγνώρισε την κυριότητα και τη νομή της εναγομένης επί του επίδικου ακινήτου και απέρριψε την αγωγή ως ουσία αβάσιμη.

Ενώπιον της Τακτικής Ολομέλειας Αρείου Πάγου παραπέμφθηκε ο δωδέκατος λόγος αναίρεσης με τον οποίο οι αναιρεσείοντες αποδίδουν στην

αναιρεσιβαλλόμενη το νομικό σφάλμα της μη λήψης υπόψη ένορκης βεβαίωσης (559 αριθ. 11 περ. γ’ ΚΠολΔ) ληφθείσας εξ’ αφορμής της δίκης στο πλαίσιο της αγωγής του αναιρεσίβλητου κατά των αναιρεσείοντων, η οποία προσκομίσθηκε νόμιμα ενώπιον του Εφετείου από τους αναιρεσείοντες προς απόδειξη πράξεων νομής στο επίδικο. Κατά την πρώτη άποψη της παραπέμπουσας απόφασης, εφόσον οι πραγματικοί αυτοί ισχυρισμοί εισφέρονται για την υποστήριξη αγωγής με ιστορική βάση και την έκτακτη χρησιμότητά το Εφετείο υπέπεσε στην πλημμέλεια του αναιρετικού λόγου του άρθρου 559 αριθ. 11 περ. γ’ ΚΠολΔ, ο οποίος κρίνεται βάσιμος.

Στον αντίποδα, δυο αρεοπαγίτες υποστήριξαν ότι οι αναιρεσείοντες διατείνονται στην αγωγή τους ότι απέκτησαν συγκυριότητα επί του επίδικου με νόμιμα μεταγραφωμένο αγοραπωλητήριο συμβόλαιο, επομένως, με παράγωγο τρόπο και ότι έκτοτε ασκούν συννομή στο επίδικο. Ακολουθώντας την εναγομένη άσκηση εναντίον τους αίτησης ασφαλιστικών μέτρων με αίτημα να απέχουν από κάθε πράξη προσβολής της κυριότητάς της και αγωγή με το ίδιο αίτημα, καθώς επίσης τους απέστειλε εξώδικη δήλωση και απάντηση, αμφισβητώντας τη νομή και την κυριότητά τους. Οι αναιρεσείοντες με αγωγή ζήτησαν να αναγνωριστεί η νομή και η κυριότητά τους χωρίς κανένα ισχυρισμό περί τακτικής ή έκτακτης χρησιμότητάς. Κατά συνέπεια, πρόκειται για σώρευση αγωγών με κύριο αγωγικό αίτημα την αναγνώριση κυριότητας μόνο βάσει παράγωγου τρόπου και επικουρικό αίτημα την αναγνώριση της συννομής του ακινήτου από τους ενάγοντες, όπως έκρινε το πρωτοβάθμιο δικαστήριο. Επίσης και το Εφετείο αναγνώρισε την ύπαρξη σώρευσης αγωγών αλλά απέρριψε ως ουσία αβάσιμη την αγωγή. Συνεπώς, μη λαμβάνοντας υπόψη την προσκομισθείσα ένορκη βεβαίωση υπέπεσε στην πλημμέλεια του άρθρου 559 αριθ. 1 περ. γ’ ΚΠολΔ, που πρέπει να γίνει δεκτός ως λόγος αναίρεσης μόνο όμως ως προς την επικουρική σωρευθείσα αγωγή συννομής.

Ο παραπάνω λόγος αναίρεσης παραπέμφθηκε (563 παρ. 2 εδ. β’ ΚΠολΔ), στην Τακτική Ολομέλεια Αρείου Πάγου, της οποίας η πλειοψηφούσα άποψη κατέδειξε ότι ο λόγος αναίρεσης που ερείδεται στο άρθρο 559 αριθ. 1 περ. γ’ ΚΠολΔ είναι βάσιμος. Επομένως, παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων λόγων και η αίτηση αναίρεσης γίνεται δεκτή.

8 Μακρίδου Κ. σε Κ. Μακρίδου, Χ. Απαλαγάκη, Γ. Διαμαντόπουλος, Πολιτική Δικονομία, Σάκκουλας Β’ Έκδοση 2018, σελ. 310, Πάγια νομολογία από την ΟΛΑΠ 239/1975, NoB 1975 σελ. 654 - 655

9 Μακρίδου Κ. σε Κεραμεά/ Κονδύλη/ Νίκα Ερμηνεία ΚΠολΔ τ. Ι, Σάκκουλας 2000, σελ. 560 αριθ. 13, έτσι και Διαμαντόπουλος Γ. «Εξώδικες» ένορκες βεβαιώσεις, ΕφΑΔ 2008, σελ. 501

10 Ρεντούλης Π. σε Απαλαγάκη Χ. Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας Ερμηνεία κατ’ άρθρο, τ. Ι, σελ. 1088 - 1089 αριθ. 3, Νομική Βιβλιοθήκη 4η έκδοση

Απαγορεύσεις διακρίσεων στις εργασιακές σχέσεις

Κοτταρίδου Δέσποινα
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Οι απαγορεύσεις των διακρίσεων έχουν τις ρίζες τους στην προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, την οποία οφείλει να σέβεται και να προστατεύει το κράτος».

Εισαγωγή

Η επαγγελματική πρακτική έχει παρουσιάσει φαινόμενα, κατά τα οποία ορισμένοι εργαζόμενοι υφίστανται μια δυσμενή μεταχείριση σε σύγκριση με τους υπόλοιπους συναδέλφους τους, λόγω κάποιων ιδιαίτερων χαρακτηριστικών ή πεποιθήσεων, που δε δύνανται να αλλάξουν, όπως για παράδειγμα το φύλο, η ηλικία, η αναπηρία, ή η μεταβολή αυτών των χαρακτηριστικών είναι δύσκολη και δεν μπορεί να αξιωθεί από αυτούς, όπως ο γενετήσιος ή σεξουαλικός προσανατολισμός ή οι θρησκευτικές πεποιθήσεις.¹ Τέτοιες διακρίσεις εντοπίζονται σε οποιοδήποτε στάδιο της εργασιακής σχέσης, είτε κατά την διαδικασία πρόσληψης ενός εργαζόμενου, είτε κατά τη διάρκεια της εργασιακής σχέσης ή τον τερματισμό της. Οι λόγοι αυτών των διακρίσεων ποικίλλουν· ενδέχεται να υφίστανται λόγω κοινωνικών προκαταλήψεων, ή λόγω οικονομικών εκτιμήσεων, «χωρίς να αποκλείονται και πατερναλιστικού χαρακτήρα σταθμίσεις».² Οι απαγορεύσεις των διακρίσεων έχουν τις ρίζες τους στην προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, την οποία οφείλει να σέβεται και να προστατεύει το κράτος.

Για την καταπολέμηση των απαγορευμένων αυτών διακρίσεων, η Ευρωπαϊκή Ένωση υιοθέτησε δύο Οδηγίες, την Οδηγία 2000/43 σχετικά με την

καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής και την Οδηγία 2000/78 για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω θρησκευτικών πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού. Για την ενσωμάτωση αυτών των Οδηγιών στην ελληνική έννομη τάξη, ψηφίστηκε ο νόμος 3304/2005, ο οποίος περιοριστικά περιλαμβάνει λόγους που αποτελούν απαγορευμένες διακρίσεις. Οποιοσδήποτε λόγος, έξω από αυτήν την περιοριστική απαρίθμηση, δεν υπάγεται στο προστατευτικό πεδίο του νόμου αυτού, ούτε είναι δυνατή η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων σε άλλες περιπτώσεις: *enumeratio unius, exclusio alterius*³. Παρ' όλα αυτά, στην πράξη παρατηρήθηκε πως σπανίως απασχόλησε ο εν λόγω νόμος, όχι μόνο τα εθνικά δικαστήρια, αλλά επίσης και το ΔΕΕ, καθώς δεν υπάρχει καμία παραπομπή προδικαστικού ερωτήματος σχετικά με τις δύο αυτές Οδηγίες. Απαραίτητη, λοιπόν, φάνηκε η τροποποίηση του ν.3304/2005 και για αυτό ψηφίστηκε ο νέος νόμος 4443/2016 προς αντικατάστασή του. Οι σημαντικότερες αλλαγές αφορούν κυρίως σε νέους λόγους διάκρισης· προστέθηκαν οι όροι: «χρώμα», «γενεαλογικές καταβολές», «χρόνια πάθηση», «οικογενειακή κατάσταση», «διάκριση λόγω σχέσης» καθώς και πολλοί άλλοι όροι. Τις απαγορεύσεις διακρίσεων μπορούμε να τις κατατάξουμε σε δύο κατηγορίες: αρχικά, σε αυτές που αφορούν συγκεκριμένα χαρακτηριστικά ενός ατόμου, όπως το φύλο, η ηλικία, οι θρησκευτικές πεποιθήσεις. Έπειτα, υπάρχουν οι διακρίσεις που στοχεύουν στην προστασία συγκεκρι-

¹ Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 179, και Ζερδελής Δημήτριος, Η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας, Επιθεώρηση εργατικού δικαίου 2009, σελ. 1001

² Όπως ακριβώς Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα 2014, σελ. 179

³ Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα 2014, σελ. 181

κριμένων εργασιακών σχέσεων. Πρόκειται για τις λεγόμενες «ατυπικές» σχέσεις εργασίας, όπως χαρακτηριστικά είναι η μερική ή προσωρινή απασχόληση ή η τηλεργασία⁴. Προκειμένου η προστασία που απορρέει από τον συγκεκριμένο νόμο να είναι αποτελεσματική, το προστατευτικό πεδίο των ρυθμίσεων θα πρέπει να εκτείνεται, όχι μόνο στις άμεσες, αλλά επίσης και στις έμμεσες διακρίσεις.

Άμεσες διακρίσεις

Σύμφωνα με τον ν.3304/2005 στα άρθρα 3 και 7, σχετικά με την έννοια των διακρίσεων, συντρέχει άμεση διάκριση, όταν ένα άτομο υφίσταται δυσμενή μεταχείριση για κάποιο από τα στοιχεία που, με βάση αυτόν τον νόμο, απαγορεύεται να αποτελούν κριτήρια διάκρισης. Από το περιεχόμενο των άρθρων αυτών προκύπτει πως ο νόμος απαιτεί σύγκριση με ένα άλλο πρόσωπο, το οποίο βρίσκεται σε ανάλογη κατάσταση με αυτό που υφίσταται την διάκριση, έτσι ώστε να είναι συγκρίσιμοι, χωρίς να προϋποτίθεται πως τα δύο αυτά πρόσωπα απασχολούνται στο ίδιο χρονικό διάστημα, αρκεί, δηλαδή, και σύγκριση με ένα πρόσωπο που στο παρελθόν έτυχε ευνοϊκής μεταχείρισης⁵. Άμεση διάκριση υπάρχει και σε περίπτωση που κριτήριο διάκρισης δεν αποτελεί ένα από τα απαγορευμένα στον νόμο στοιχεία, αλλά κάποιο που συντρέχει μόνο σε πρόσωπα π.χ. συγκεκριμένου φύλου. Πρόκειται για την λεγόμενη συγκαλυμμένη διάκριση, έτσι ώστε να συνιστά άμεση διάκριση και, συνεπώς, να απαγορεύεται αυτή που στηρίζεται, για παράδειγμα, στο στοιχείο της εγκυμοσύνης, εφόσον πρόκειται για μια κατάσταση που μόνο τις γυναίκες μπορεί να αφορά⁶.

Έμμεσες διακρίσεις

Περί έμμεσης διάκρισης μιλάμε όταν μια «φαι-

νομενικά ουδέτερη διάκριση, κριτήριο ή πρακτική μπορεί να θέσει πρόσωπα με ορισμένα χαρακτηριστικά σε μειονεκτική θέση, συγκριτικά με άλλα πρόσωπα⁷». Για παράδειγμα, σχετικά με τις διακρίσεις λόγω φύλου, η νομολογία του Δ.Ε.Ε. (Υπόθεση Cadman, ΔΕΕ 3.10.2006, Υπόθεση Danfoss, ΔΕΕ 17.10.1989) έχει κρίνει, πως ορισμένα κριτήρια που χρησιμοποιούν οι εργοδότες στην επιλογή των εργαζομένων είναι ιδιαίτερα ύποπτα, όπως η προσαρμοστικότητα, η επαγγελματική κατάρτιση, η αρχαιότητα κ.λπ., τα οποία εν τέλει μπορεί να αποβούν εις βάρος των γυναικών. Επί παραδείγματι, το κριτήριο της προσαρμοστικότητας μπορεί να πλήξει τις γυναίκες επειδή, λόγω των οικογενειακών καθηκόντων τους, δεν μπορούν να προσαρμόζονται με την ίδια ευκολία σε σχέση με τους άνδρες στα μεταβαλλόμενα ωράρια της επιχείρησης. Το ίδιο ενδέχεται να συμβεί και με το κριτήριο της αρχαιότητας εξαιτίας της πιο πρόσφατης εισόδου των γυναικών στην αγορά εργασίας.⁸

Διακρίσεις λόγω φύλου

Ο νόμος 3896/2010 απαγορεύει τις διακρίσεις λόγω φύλου στην εργασία και την απασχόληση, είτε σχετικά με την πρόσβαση στην απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής εξέλιξης, είτε σχετικά με τις συνθήκες και τους όρους εργασίας (όπως ακριβώς αναφέρει το άρθρο 1 του ν.3896/2010). Όσον αφορά τις άμεσες διακρίσεις τα πράγματα είναι σχετικά απλά: απαγορεύεται οποιαδήποτε δυσμενής μεταχείριση στην εργασία η οποία βασίζεται αποκλειστικά στο φύλο του ατόμου. Το πλέον περίπλοκο ζήτημα αφορά στις λεγόμενες έμμεσες διακρίσεις, όπως αυτές αναλύθηκαν παραπάνω. Έμμεση διάκριση λόγω φύλου υπάρχει, όταν μια διάταξη που θεσπίζει ένα συγκεκριμένο κριτήριο περιάγει κατ' ουσία σε περισσότερο μειονεκτική θέση άτομα του ενός φύλου αναφορικά με την πρόσβασή του στην αγορά εργασίας. Το ΣτΕ συγκεκριμένα έκρινε πως συνιστά έμμεση διάκριση λόγω φύλου ο ενιαίος καθορισμός του ύψους για άνδρες και για γυναίκες (1,70 μέτρα και για τα

⁴ Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 182, Ζερδελής Δημήτριος, Η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας, Επιθεώρηση εργατικού δικαίου 2009, σελ. 1005

⁵ Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 187, Ζερδελής Δημήτριος, Η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας, Επιθεώρηση εργατικού δικαίου 2009, σελ. 1013

⁶ Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 189-192,

⁷ Όπως ακριβώς Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 193

⁸ Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 195-196, Ζερδελής Δημήτριος, Η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας, Επιθεώρηση εργατικού δικαίου 2009, σελ. 1016-1017

δύο φύλα, με βάση το άρθρο 1§1 του Π.Δ. 90/2003) ως προϋπόθεση για την εισαγωγή τους στην Σχολή της Αστυνομίας, καθώς με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας «το μέσο ανάστημα ανδρών και γυναικών διαφέρει άνω των 12 εκατοστών... και επομένως στερεί σε ιδιαίτερα υψηλό επίπεδο τη δυνατότητα πρόσβασης στις αστυνομικές σχολές από τις γυναίκες σε πολύ μεγαλύτερο ποσοστό από το αντίστοιχο για τους άνδρες⁹».

Διακρίσεις λόγω θρησκείας ή πεποιθήσεων

Ορισμό της θρησκείας και των πεποιθήσεων δε συναντάμε στο κείμενο της Οδηγίας 2000/78 (επομένως, ούτε στον νόμο 3304/2005 που ενσωμάτωσε το περιεχόμενο της Οδηγίας αυτής) αλλά ούτε και σε κάποιο άλλο νομικό διεθνές κείμενο (π.χ. ΕΣΔΑ, Οικουμενική Διακήρυξη Δικαιωμάτων Ανθρώπου). Κάτι τέτοιο θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια μια θρησκεία να αναγνωρίζεται ως τέτοια σε μερικά κράτη, ενώ σε άλλα να μην αναγνωρίζεται. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η σαϊεντολογία (scientology) η οποία αναγνωρίζεται ως θρησκεία και ως εκ τούτου προστατεύεται στην Γαλλία και την Ιταλία, αλλά όχι στην Γερμανία και το Ην. Βασίλειο¹⁰. Τον ορισμό της θρησκείας αλλά και των πεποιθήσεων έδωσε τελικά η νομολογία του ΕΔΔΑ¹¹ ως θρησκευτικές πεποιθήσεις θεωρεί «όσες είναι ευρέως διαδεδομένες και όσες, αν και δεν είναι ευρέως διαδεδομένες, συγκεντρώνουν επαρκή βαθμό πειστικότητας, σοβαρότητας, συνοχής και σημασίας¹²», π.χ. χριστιανισμός, βουδισμός, ινδουισμός, μωαμεθανισμός κ.λπ. Ως πεποιθήσεις προστατεύονται «οι πνευματικές ή φιλοσοφικές πεποιθήσεις που αφορούν τον κόσμο, την φύση και τις διάφορες μορφές ζωής και που διαθέτουν επαρκή βαθμό πειστικότητας, σοβαρότητας, συνοχής και σημασίας, ώστε να χρήζουν σεβασμού σε μια δημοκρατική κοινωνία καθώς επίσης και οι πολιτικές

πεποιθήσεις με παρόμοια χαρακτηριστικά¹³». Οι διακρίσεις λόγω θρησκείας χωρίζονται σε άμεσες και έμμεσες, ενώ ως ξεχωριστή μορφή αναφέρεται η παρενόχληση. Ως παρενόχληση σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 3 Οδηγίας 2000/78 νοείται «κάθε ανεπιθύμητη συμπεριφορά που συνδέεται με τη θρησκεία ενός προσώπου, έχοντας ως αποτέλεσμα την προσβολή της αξιοπρέπειας του αλλά και τη δημιουργία εκφοβιστικού, εχθρικού, εξευτελιστικού, ταπεινωτικού ή επιθετικού περιβάλλοντος». Πρόκειται για έναν ιδιαίτερα γενικό ορισμό, καθώς η Οδηγία παρέχει στα κράτη την ευχέρεια να ορίσουν ακριβέστερα τον ορισμό της παρενόχλησης, ανάλογα με το πολιτισμικό τους πλαίσιο. Αξίζει να προσθέσουμε, πως υπάρχουν διάφορες μορφές παρενόχλησης (λεκτική παρενόχληση, χειρονομίες κ.λπ.) οι οποίες παρουσιάζονται, είτε από προϊστάμενο σε υφιστάμενο (κάθετη παρενόχληση) είτε μεταξύ συναδέλφων (οριζόντια παρενόχληση).

Σχετικά με το διαχωρισμό των διακρίσεων λόγω θρησκείας σε άμεσες και έμμεσες ισχύουν όσα έχουν αναφερθεί πιο πάνω. Κι εδώ το πλέον περίπλοκο ζήτημα είναι οι έμμεσες διακρίσεις, καθώς είναι ιδιαίτερα δυσχερές να ανακαλύψουμε ποιες διατάξεις θεωρούνται ύποπτες ως εισαγόμενες διακρίσεις λόγω θρησκείας. Επί παραδείγματι, θα μπορούσαν να θεωρηθούν ύποπτες διατάξεις που καθιερώνουν ως ημέρα αργίας την Κυριακή ή ακόμη και πρακτικές των επιχειρήσεων που περιορίζουν την επιλογή των εργαζομένων ως προς την αμφίεσή τους. Παρ' όλα αυτά, στα κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει καθοριστεί ως ημέρα υποχρεωτικής αργίας η Κυριακή. Συνιστούν οι διατάξεις αυτές έμμεση διάκριση εις βάρος εργαζομένων που ασπάζονται διαφορετικές θρησκείες; Η απάντηση στο ερώτημα αυτό μπορεί να δοθεί, εάν εξεταστεί τι ήθελε να πετύχει ο νομοθέτης: αν απλώς αποκρυσταλλώνει έθιμο που προϋπήρχε και δεν εξυπηρετεί την ανάγκη για λατρευτικές δραστηριότητες των χριστιανών, θα μπορούσαμε να πούμε πως είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη¹⁴ αν, ωστόσο, ο νομοθέτης παρακινείται σε αυτή την επιλογή εξαιτίας μιας μεγάλης πλειοψηφίας των χριστιανών κατοίκων των κρατών-μελών, τότε μάλλον μιλάμε περί έμμεσης διάκρισης¹⁵. Επιπλέον, υπάρχει μια ιδιαίτερα διαδεδομένη πρακτική των εργοδοτών να επιβάλλουν συγκεκριμένη ενδυμασία στους εργαζόμενους τους ή να τους απαγορεύουν να φέρουν

⁹ Απόφαση 1420/2016, Συμβούλιο της Επικρατείας, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού δικαίου 2016, σελ. 882

¹⁰ Λέντζης Δημοσθένης, Καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω θρησκείας στην εργασία: η κοινοτική διάσταση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2010, υποσημείωση 13, σελ. 340

¹¹ Όπως ακριβώς Λέντζης Δημοσθένης, Καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω θρησκείας στην εργασία: η κοινοτική διάσταση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2010, σελ. 341

¹² Όπως ακριβώς Λέντζης Δημοσθένης, ο.π. σελ. 341

¹³ Λέντζης Δημοσθένης, ο.π. σελ. 343

πάνω τους διάφορα θρησκευτικά σύμβολα, λόγου χάρη οι μουσουλμάνες εργαζόμενες απαγορεύεται να φοράνε μαντήλα ή οι χριστιανοί να φοράνε σταυρό σε εμφανές σημείο. Για να εξετάσουμε αν δικαιολογούνται τέτοιου είδους περιορισμοί, πρέπει να δούμε, εάν επιβάλλονται ως κανόνες δημοσίας τάξης για την προσωπική ασφάλεια και υγιεινή των εργαζομένων και έπειτα, εάν πρόκειται για εργαζόμενους στο δημόσιο ή ιδιωτικό τομέα. Στον μεν πρώτο, η απαγόρευση αυτή θεωρείται πρόσφορο μέτρο λόγω της απαραίτητης θρησκευτικής ουδετερότητας του κράτους, στον δε δεύτερο για να δικαιολογηθεί μια τέτοια απαγόρευση, πρέπει να αποδειχθεί πως τα σύμβολα αυτά θεωρούνται πράξεις πίεσης, προπαγάνδας ή και προσηλυτισμού στο εσωτερικό της επιχείρησης¹⁴.

Νομολογία ΔΕΕ για τις διακρίσεις λόγω θρησκείας

Με δύο αποφάσεις του ΔΕΕ της 17.3.2017 στις υποθέσεις G4S Solutions και Bougnaoui και ADHD, το Δικαστήριο απεφάνθη, σχετικά με το αν πρόκειται για άμεση ή έμμεση διάκριση λόγω θρησκείας η απαγόρευση από τον εργοδότη της μουσουλμανικής μαντήλας στον χώρο εργασίας, αφορισμένο από δύο προδικαστικά ερωτήματα, ένα του βελγικού και ένα του γαλλικού ακυρωτικού αντίστοιχα. Τα πραγματικά περιστατικά της πρώτης υπόθεσης: εργαζόμενη ως υπάλληλος υποδοχής (ρεσεψιονίστ) μουσουλμανικού θρησκευματος απολύθηκε, επειδή εξακολουθούσε να φορά μουσουλμανική μαντήλα στον χώρο εργασίας της, παρά τις αντίθετες υποδείξεις του εργοδότη, και εξαιτίας της παραβίασης εσωτερικού κανονισμού που υποδείκνυε στους εργαζόμενους να μην χρησιμοποιούν στην εργασία τους σύμβολα θρησκευτικά, πολιτικά ή φιλοσοφικά. Σύμφωνα με το δικαστήριο, αυτός ο εσωτερικός κανονισμός δεν συνιστά άμεση διάκριση λόγω θρησκείας. Θα μπορούσε, ενδεχόμενα, να συνιστά έμμεση διάκριση, η οποία όμως δικαιολογείται αντικειμενικά από έναν θεμιτό σκοπό (εν προκειμένω, η πρόθεση του εργοδότη να παρουσιάσει μια εικόνα ουδετερότητας της επιχείρησής του) και με την χρήση μέσων πρόσφορων και αναγκαίων (όπως είναι ο εσωτερικός κανονισμός που απαγορεύει γενικώς την χρήση οποιουδήποτε θρησκευτικού συμβόλου, και όχι μόνο της μουσουλμανικής μαντήλας) τηρουμένης, πάντα, της αρχής της αναλογικότητας¹⁵.

Στην υπόθεση Bougnaoui και ADHD ξανά μια μουσουλμανικού θρησκευματος εργαζόμενη, αυτή την φορά ως μηχανικός μελετών στον τομέα της πληροφορικής, απολύθηκε εξαιτίας της επιμονής της να φορά μαντήλα στις συναντήσεις της με πελάτες της επιχείρησης, μετά μάλιστα από διαμαρτυρία ενός πελάτη, ο οποίος ενοχλήθηκε από την αμφίεσή της. Το Δικαστήριο εδώ εξέτασε, αν η επιθυμία του πελάτη να μην εξυπηρετείται στο εξής από υπάλληλο που φορούσε μαντήλα, συνιστούσε ουσιαστική και καθοριστική επαγγελματική προϋπόθεση, σύμφωνα με το άρθρο 4§1 της Οδηγίας 2000/78, η οποία δικαιολογεί τη διαφορετική μεταχείριση. Η απάντηση του ΔΕΕ ήταν προφανώς αρνητική. Ουσιαστική και καθοριστική προϋπόθεση αποτελεί κάποιο στοιχείο το οποίο « απαγορεύεται αντικειμενικά από την φύση ή τις συνθήκες ασκήσεως της επίμαχης επαγγελματικής δραστηριότητας, δε γίνεται, δε, να καλύπτει υποκειμενικές εκτιμήσεις, όπως η βούληση του εργοδότη ή των πελατών¹⁶».

Διακρίσεις λόγω αναπηρίας ή ασθένειας

Τόσο ο παλιός νόμος 3304/2005 όσο και ο νέος νόμος 4443/2016 δε δίνουν ορισμό της αναπηρίας, που όμως είναι απαραίτητος για την αποτελεσματική καταπολέμηση των διακρίσεων σε βάρος των ΑμεΑ. Δύο συστήματα υπάρχουν για τον ορισμό της αναπηρίας, το ιατρικό και το κοινωνικό. Το ιατρικό μοντέλο δίνει έμφαση στις βιολογικές ή φυσιολογικές δυσλειτουργίες του «ανάπηρου» σε σχέση με το «υγιές» σώμα, ενώ αντίθετα το κοινωνικό μοντέλο δίνει έμφαση στις κοινωνικές σχέσεις του ατόμου και σε τυχόν περιορισμούς ή εμπόδια στην επαγγελματική ένταξή του.¹⁷ Για τον ορισμό καταφεύγουμε σε διάφορα υπερεθνικά κείμενα: αρχικά, η Διεθνής Σύμβαση για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρίες στα άρθρα 1 και 2 ορίζει την αναπηρία και τη διάκριση λόγω αναπηρίας αντίστοιχα. Από τους ορισμούς αυτούς, που προωθούν μάλλον το κοινωνικό μοντέλο της αναπηρίας, προκύπτουν τρία χαρακτηριστικά γνωρίσματα: πρώτον, πρέπει

Επιθεώρηση Εργατικού 2017, σελ. 911 επ., σκέψη 44

¹⁶ Απόφαση C-188/15 Bougnaoui και ADHD, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού 2017, σελ. 920 επ., σκέψη 40

¹⁷ Δημήτριος Γούλας, Στέργιος Κοφίνης, Ο νέος νόμος 4443/2016 για την απαγόρευση των διακρίσεων: Μια πρώτη ερμηνευτική και κριτική προσέγγιση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2016, σελ. 1314

¹⁴ Λέντζης Δημοσθένης, ο.π. σελ. 344

¹⁵ Απόφαση C-157/15 G4S Secure Solutions, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε

να υφίσταται κάποια σωματική, νοητική, ψυχική ή αισθητηριακή βλάβη, ανεξάρτητα από την αιτία προέλευσης. Δεύτερον, η βλάβη αυτή πρέπει να είναι μακροχρόνια και τέλος, πρέπει να υπάρχει κάποιου είδους αλληλεπίδραση με περιορισμούς που εμποδίζουν την ισότιμη και πλήρη συμμετοχή του ατόμου στην εργασιακή ζωή¹⁸. Παρόλα αυτά, και στο ευρωπαϊκό δίκαιο προσεγγίζεται η έννοια της αναπηρίας: χαρακτηριστικά αναφέρονται η νομολογία του ΕΔΔΑ (λ.χ. απόφαση Glor κατά Ελβετίας όπου εντάσσει τον σακχαρώδη διαβήτη στην αναπηρία ή την απόφαση Kiyutin κατά Ρωσίας όπου ορίζεται πλέον πως οι οροθετικοί είναι ΑμεΑ¹⁹), ο Αναθεωρημένος Ευρωπαϊκός Χάρτης (άρθρο 15), ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ (άρθρο 21 και 26) και φυσικά η Οδηγία 2000/78, η οποία μάλιστα δεσμεύεται από τον ορισμό της αναπηρίας που δόθηκε με την Δ.Σ.Δ.Α.Α., μετά την προσχώρηση της ΕΕ σε αυτήν. Ιδιαίτερα βοηθητική είναι και η πολυάριθμη νομολογία του Δ.Ε.Ε., που έχει συνεισφέρει αρκετά σχετικά με το τι αποτελεί αναπηρία με βάση την Οδηγία 2000/78.

Στην υπόθεση Navas το Δ.Ε.Ε. έκρινε πως οι έννοιες «ασθένεια» και «αναπηρία» δεν είναι σε καμία περίπτωση ταυτόσημες, ακόμα και αν η ασθένεια περιλαμβάνει στοιχεία που δείχνουν μειονεκτικότητα και εμποδίζουν την συμμετοχή του ατόμου στην επαγγελματική ζωή²⁰. Πρόκειται για μια προσέγγιση με βάση το ιατρικό και όχι το κοινωνικό μοντέλο ως προς τον ορισμό της αναπηρίας, προκαλώντας πολλές αντιδράσεις και επικρίσεις.

Με την υπόθεση Coleman²¹ το Δ.Ε.Ε. επιχειρεί ένα σημαντικό βήμα προς την κατεύθυνση του κοινωνικού μοντέλου αναπηρίας, καθώς εισάγει τις λεγόμενες «διακρίσεις λόγω σχέσης». Το δικαστήριο εδώ έκρινε, πως το προστατευτικό πεδίο της Οδηγίας 2000/78 δεν αφορά μόνο το άτομο με αναπηρία, αλλά μπορεί να επεκταθεί και σε άτομα

που συνδέονται στενά με τον εργαζόμενο και παρουσιάζουν τα ίδια κάποια αναπηρία. Έτσι, αν ο εργαζόμενος υφίσταται κάποια δυσμενή μεταχείριση, όχι εξαιτίας δικής του αναπηρίας, αλλά λόγω αναπηρίας του τέκνου του, τότε πρόκειται για διάκριση λόγω αναπηρίας και απαγορεύεται.

Αξιοσημείωτη είναι και η υπόθεση Ring/Skouboe Werge καθώς το Δ.Ε.Ε. αποστασιοποιήθηκε πια από την υπόθεση Navas, εντάσσοντας πλέον ρητά την ασθένεια στην έννοια της αναπηρίας, εφόσον η πρώτη ενδέχεται να παρακωλύσει για μεγάλο χρονικό διάστημα την εργασία του ατόμου, εμποδίζοντας το από την πλήρη ενσωμάτωση του στον επαγγελματικό βίο σε σχέση με τους συναδέλφους του. Αδιάφορο είναι αν πρόκειται για ανίατη ή ιάσιμη ασθένεια²². Η στροφή αυτή στην νομολογία του δικαστηρίου οφείλεται στην κύρωση και ενσωμάτωση της Δ.Σ.Δ.Α.Α. του Ο.Η.Ε. στο ενωσιακό δίκαιο, η οποία προωθεί πια το κοινωνικό μοντέλο της αναπηρίας.

Περαιτέρω διεύρυνση της έννοιας της αναπηρίας πραγματοποίησε το Δ.Ε.Ε. στην υπόθεση Karsten Kaltoft, με την οποία κατέληξε ότι και η παχυσαρκία μπορεί να συνιστά αναπηρία, εφόσον παρεμποδίζει την εργασία του ατόμου, λόγω της μειωμένης κινητικότητας ή της εμφάνισης παθολογικών καταστάσεων που προκαλούν δυσχέρειες στην άσκηση του επαγγέλματος του²³.

Το θέμα της απόλυσης εργαζομένου μολυνθέντος από τον ιό AIDS/HIV απασχόλησε ιδιαίτερα και την ελληνική νομολογία, σε μια υπόθεση που παρουσιάστηκε ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (απόφαση 1042/2006), του Εφετείου Αθηνών (764/2008) και του Αρείου Πάγου (676/2009). Συγκεκριμένα, εργαζόμενος ο οποίος είχε μολυνθεί από τον ιό AIDS, απολύθηκε εξαιτίας απαίτησης από το λοιπό προσωπικό, το οποίο άσκησε πίεση προς τον εργοδότη για την απόλυση του, απειλώντας με αθρόες αποχωρήσεις ή και απεργία. Προηγουμένως, βέβαια, ο εργοδότης είχε καλέσει τον ιατρό εργασίας για να ενημερώσει τους εργαζομένους για τον τρόπο μετάδοσης και συνέστησε την λήψη των απαραίτητων προφυλάξεων.

¹⁸ Νικόλαος Γαβαλάς, Η έννοια της αναπηρίας στο περιβάλλον της προστασίας από τις διακρίσεις, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2016, σελ. 1205

¹⁹ Νικόλαος Γαβαλάς, Η έννοια της αναπηρίας στο περιβάλλον της προστασίας από τις διακρίσεις, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2016, σελ. 1206

²⁰ Απόφαση C-13/05, Υπόθεση Navas, Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2013, σελ. 823 επ. σκέψη 44,47,57

²¹ Απόφαση C-303/06, Υπόθεση Coleman, Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2013, σελ. 831 επ.

²² Απόφαση C-335/11 και C-337/11, Υπόθεση Ring/Skouboe Werge, Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2013, σελ. 843 επ., σκέψη 38,41, 47

²³ Απόφαση C-354/13, Υπόθεση Karsten Kaltoft, Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2015, σελ. 436 επ., σκέψη 53,54,59,60

Είχε, επίσης, προτείνει την μεταφορά του οροθετικού εργαζομένου σε άλλη εκμετάλλευση, χωρίς όμως αποτέλεσμα. Το Μονομελές Πρωτοδικείο και το Εφετείο δικαίωσαν τον εργαζόμενο, υποστηρίζοντας πως η καταγγελία της σύμβασης εργασίας έγινε αποκλειστικά και μόνο λόγω της ασθένειας του εργαζομένου, η οποία όμως ουδόλως τον επηρεάζει στην εργασία του. Ο Άρειος Πάγος, ωστόσο, έκανε δεκτή την αίτηση αναίρεσης από τον εργοδότη και δεν δέχτηκε την καταχρηστικότητα της καταγγελίας, εφόσον αυτή δεν έγινε από εμπάθεια, αλλά προκειμένου να εξασφαλιστεί η εύρυθμη λειτουργία της επιχείρησης και η ηρεμία που είχε διασαλευτεί εξαιτίας της ασθένειας που προκάλεσε φόβο και ανασφάλεια στους λοιπούς εργαζομένους²⁴. Ο απολυθείς κατέφυγε και στο ΕΔΔΑ, το οποίο με την απόφαση της 3^{ης} Οκτωβρίου 2013 552/10 τον δικαίωσε, θεωρώντας την καταγγελία της σύμβασης ως καταχρηστική, καθώς στηρίχθηκε αποκλειστικώς στην ασθένειά του η οποία «εμπίπτει στην έκφραση «άλλης κατάστασης» που αναφέρεται στο κείμενο του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ ως αναπηρία ή εξομοιούμενη προς την αναπηρία και, συνεπώς, απαγορεύεται²⁵».

Διακρίσεις λόγω ηλικίας

Στο προστατευτικό πεδίο του νόμου για τις απαγορευμένες διακρίσεις ανήκουν και οι διακρίσεις λόγω ηλικίας. Μάλιστα, το Δ.Ε.Ε. με την απόφαση C-144/04 στην υπόθεση Mangold, ανήγαγε την απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας σε θεμελιώδη αρχή του δικαίου της Ένωσης. Η προστασία καλύπτει τους εργαζομένους κάθε ηλικίας, τόσο τους νέους όσο και τους ηλικιωμένους²⁶. Οποιοσδήποτε εργαζόμενος κινδυνεύει, σε οποιαδήποτε φάση της εργασιακής του σχέσης, να υποστεί μια δυσμενή μεταχείριση λόγω της ηλικίας του. Ωστόσο, η ηλικία παρουσιάζει ορισμένες ιδιομορφίες και λόγω αυτών κάποιες φορές δικαιολογούνται διακρίσεις.

Υπάρχουν σοβαροί αντικειμενικοί λόγοι που επιτρέπουν μια διαφορετική μεταχείριση.⁽⁴⁰⁶⁾ Τους λόγους αυτούς μπορούμε να τους κατατάξουμε σε δύο ομάδες. Στην πρώτη ομάδα ανήκουν οι γενικοί λόγοι, οι λόγοι δηλαδή που επιτρέπουν εξαιρέσεις για όλα τα προστατευόμενα από τις οδηγίες και το ν. 3304/2005 στοιχεία. Στην δεύτερη ομάδα ανήκουν οι ειδικοί λόγοι, οι λόγοι, δηλαδή, που αφορούν ειδικά την ηλικία²⁷.

Επαγγελματικές απαιτήσεις

Τα άρθρα 4 της Οδηγίας 2000/78 και 5 και 9 του ν.3304/2005 (πλέον άρθρο 4 ν.4443/2016) εισάγουν ως εξαίρεση που δικαιολογεί μια διαφορετική μεταχείριση λόγω ηλικίας τις επαγγελματικές απαιτήσεις. Πρόκειται για ένα γενικό δικαιολογητικό λόγο που ισχύει για όλα τα προστατευόμενα στον νόμο στοιχεία άρα και για την ηλικία. Η εξαίρεση αυτή, όμως, γίνεται δεκτή υπό πολύ αυστηρές προϋποθέσεις: η διαφορετική μεταχείριση θα πρέπει να συνιστά επαγγελματική απαίτηση, ουσιαστική και καθοριστική με βάση το είδος του επαγγέλματος και τις ειδικές συνθήκες άσκησης του, καθώς επίσης να είναι κατάλληλη και αναγκαία για την επίτευξη ενός θεμιτού σκοπού²⁸. Έτσι, κρίθηκε από το Δ.Ε.Ε. (απόφαση C-229/08) ότι διάταξη εθνικής νομοθεσίας που ορίζει το 30^ο έτος ως το ανώτατο όριο ηλικίας για την πρόσληψη πυροσβεστών αποτελεί ουσιαστική και καθοριστική επαγγελματική προϋπόθεση, έχοντας ως θεμιτό σκοπό την διασφάλιση της επιχειρησιακής ετοιμότητας και την εύρυθμη λειτουργία του πυροσβεστικού σώματος²⁹.

Εξυπηρέτηση σκοπών πολιτικής της απασχόλησης, αγοράς εργασίας και επαγγελματικής κατάστασης

Πρόκειται για έναν ειδικό δικαιολογητικό λόγο, που αφορά αποκλειστικά την ηλικία σύμφωνα με το άρθρο 11§1 ν. 3304/2005 (πλέον άρθρο 6§1 ν.

²⁴ Τραυλός-Τζανετάτος Δημήτρης, Απόλυση εργαζομένου μολυνθέντος από τον ιό AIDS/HIV ιδίως κατόπιν απαίτησης του προσωπικού, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2010, σελ.206

²⁵ Όπως ακριβώς απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2013 552/10, Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2015, σελ. 364 επ.

²⁶ Ζερδελής Δημήτριος, Η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας, Επιθεώρηση εργατικού δικαίου 2009, σελ. 1009

²⁷ Ζερδελής Δημήτριος, Η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας, Επιθεώρηση εργατικού δικαίου 2009, σελ. 1017-1018, Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 207

²⁸ Ζερδελής Δημήτριος, Η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ηλικίας, Επιθεώρηση εργατικού δικαίου 2009, σελ. 1019-1020, Ζερδελής Δημήτριος, Εργατικό Δίκαιο: Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 208

²⁹ Απόφαση C-229/08, Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2010, σελ. 410

4443/2016). Η εθνική ρύθμιση περιοριστικά αναφέρει τους τρεις αυτούς θεμιτούς στόχους ως τους μόνους που μπορούν να δικαιολογήσουν μια διαφορετική μεταχείριση λόγω ηλικίας, σε αντίθεση με την αντίστοιχη διάταξη της Οδηγίας 2000/78, όπου ο κατάλογος είναι ενδεικτικός (άρθρο 6§1 της Οδηγίας). Η διαφορετική μεταχείριση μπορεί εδώ να περιλαμβάνει διάφορες μορφές: την καθιέρωση ειδικών συνθηκών για την πρόσβαση στην απασχόληση όσο και για την εργασία (περ.α'), τον καθορισμό ελάχιστων ορίων ηλικίας ή εμπειρικής αρχαιότητας (περ.β') ή τον καθορισμό ανώτατου ορίου ηλικίας για την πρόσληψη (περ.γ').

Το ζήτημα της υποχρεωτικής συνταξιοδότησης

Τίθεται το ερώτημα, αν όροι σε συλλογική σύμβαση εργασίας (ΣΣΕ) σύμφωνα με τους οποίους η σύμβαση εργασίας θα λύεται αυτοδίκαια με την συμπλήρωση του ορίου ηλικίας για την υποχρεωτική συνταξιοδότηση, αποτελούν διάκριση λόγω ηλικίας³⁰. Δεν υπάρχει αμφιβολία, ότι μία ρύθμιση, σύμφωνα με την οποία, η συμπλήρωση από τον εργαζόμενο του προβλεπόμενου από την εθνική νομοθεσία ορίου ηλικίας για τη συνταξιοδότησή του, επιβάλλει άμεσα λιγότερο ευνοϊκή μεταχείριση στους εργαζομένους που συμπληρώνουν την ηλικία, σε σύγκριση με άλλα πρόσωπα που εξακολουθούν να εργάζονται³¹. Το θέμα είναι αν μια τέτοια ρύθμιση δικαιολογείται αντικειμενικά. Αρχικά, τα γενικά αυτά όρια ηλικίας οπωσδήποτε δεν μπορούν να δικαιολογηθούν με τη διάταξη του άρθρου 4§1 της Οδηγίας 2000/78, καθώς δεν είναι λογικό να αποτελεί η ηλικία ουσιαστική και καθοριστική επαγγελματική προϋπόθεση³². Σημασία θα μπορούσε να έχει μόνο το άρθρο 6§1 της Οδηγίας σχετικά με τους θεμιτούς στόχους της πολιτικής στον τομέα της απασχόλησης, της αγοράς εργασίας και της επαγγελματικής κατάρτισης. Έτσι, σύμφωνα με την παγιωμένη πλέον νομολογία του ΔΕΕ, οι διατάξεις που προβλέπουν την αυτοδίκαιη λύση της σύμβασης εργασίας με την συμπλήρωση του προβλεπόμενου στον νόμο ορίου ηλικίας για συνταξιοδότηση υπηρετούν έναν θεμιτό στόχο, «τη δικαιότερη κατανομή της απασχόλησης μεταξύ των γενεών και τη δημιουργία ευκαιριών σε πρό-

σωπα που αναζητούν απασχόληση».³³ Το μέτρο, άλλωστε, θεωρείται πρόσφορο και αναγκαίο, αφού όσοι συνταξιοδοτούνται λαμβάνουν ένα αντιστάθμισμα των εισοδημάτων τους με την μορφή σύνταξης.

Σχετικά με τα ειδικά όρια ηλικίας, αυτά δηλαδή που αφορούν μόνο ειδικές επαγγελματικές κατηγορίες, το ΔΕΕ επιχειρεί αυστηρότερο έλεγχο αναλογικότητας και απαιτεί τη διασφάλιση του επιδιωκόμενου θεμιτού στόχου «με συνοχή, συνέπεια και συστηματικότητα»³⁴(Απόφαση Δ.Ε.Ε. 12.1.2010, C-341/08, σκέψη 53)». Χαρακτηριστική είναι η απόφαση του Δ.Ε.Ε. στην υπόθεση των πιλότων της Lufthansa, σχετικά με όρο σε ΣΣΕ για την αυτοδίκαιη λύση της σύμβασης των πιλότων με την συμπλήρωση του 60^{ου} έτους. Το Δ.Ε.Ε. απεφάνθη πως τέτοιο μέτρο δεν είναι πρόσφορο και αναγκαίο για τη δημόσια ασφάλεια και υγεία, ούτε μπορεί να θεωρηθεί ουσιαστική και καθοριστική επαγγελματική προϋπόθεση, έτσι ώστε να δικαιολογείται αντικειμενικά³⁵.

Επίλογος

Επιλογικά, θεωρείται αναπόφευκτο οι εργαζόμενοι να τυγχάνουν της ίδιας ακριβώς μεταχείρισης μεταξύ τους, από την στιγμή που ο καθένας έχει κάποια χαρακτηριστικά διαφορετικά με τους υπόλοιπους. Πόσο μάλλον, όταν αυτά τα χαρακτηριστικά είναι δύσκολο, έως και ακατόρθωτο να τα αλλάξει κάποιος. Παρ' όλα αυτά, δέον είναι να περιοριστούν όσο το δυνατόν περισσότερο οι διακρίσεις που βασίζονται στα προστατευόμενα στον νόμο και στις Οδηγίες στοιχεία, για να μπορούμε να μιλάμε για αγορά εργασίας με ίσες ευκαιρίες για όλους. Η διαιώνιση των κοινωνικών στερεοτύπων, προκαταλήψεων και φοβικών συνδρόμων παρακωλύει αδιαμφισβήτητη την πρόοδο και την εξέλιξη στην σημερινή πραγματικότητα.

³⁰ Ζερδελής Δημήτρης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 131

³¹ Ζερδελής Δημήτρης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 131

³² Ζερδελής Δημήτριος, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 132

³³ Όπως ακριβώς Ζερδελής Δημήτρης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 133

³⁴ Όπως ακριβώς Ζερδελής Δημήτρης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 135

³⁵ Ζερδελής Δημήτρης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 136

Η ευθύνη του εργοδότη σε περίπτωση εργατικού ατυχήματος

Κουρτίδη Καλυψώ & Δαλαμήτρα Μαρία
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Λόγω του ότι τις τελευταίες δεκαετίες ο αριθμός των εργατικών ατυχημάτων συνεχίζει να κινείται σε ανησυχητικά υψηλά επίπεδα παρά τις όλο και περισσότερες νομοθετικές προβλέψεις σε εθνικό και ευρωπαϊκό επίπεδο για το συγκεκριμένο ζήτημα, κρίνεται επιτακτική η παρέμβαση του Έλληνα νομοθέτη σε κάποιες ειδικότερες πτυχές του θέματος».

Εισαγωγή- έννοια του εργατικού ατυχήματος

Παρά τη δυσκολία εύρεσης ενός ακριβούς ορισμού της έννοιας του εργατικού ατυχήματος, η κείμενη νομοθεσία προσδιορίζει τα βασικά στοιχεία που το θεμελιώνουν. Ειδικότερα, απαιτείται η ύπαρξη ενός βίαιου συμβάντος, το οποίο επέρχεται κατά την εκτέλεση της εργασίας ή εξ αφορμής αυτής και πλήττει το μισθωτό, επιφέροντας βλάβη της υγείας του ή απώλεια της ζωής του ή ανικανότητα προς εργασία για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των 4 ημερών, εκτός και αν το ατύχημα οφείλεται σε δόλο του παθόντος.¹ Αντίθετα, δεν μπορεί να νο-

ηθεί ως εργατικό ατύχημα η συγγενής περίπτωση της επαγγελματικής ασθένειας, στην οποία το βλαπτικό γεγονός επέρχεται σταδιακά και όχι αιφνίδια ή «βίαια» και που είναι σύμφυτη με τη φύση της εργασίας (βαρέα και ανθυγιεινά επαγγέλματα), ούτε ο θάνατος ή η βλάβη που προκαλούνται υπό κανονικές συνθήκες εργασίας.² Το παρόν άρθρο λοιπόν επιχειρεί μια νομική προσέγγιση του νομοθετικού πλαισίου που διέπει το εργατικό ατύχημα και της ευθύνης που αυτό επάγεται για τον εργοδότη.

Νομοθετικό πλαίσιο

Ο Ν.551/1915

Στη χώρα μας, η πρώτη προσπάθεια θέσπισης μέτρων προστατευτικών για τους εργαζομένους έγινε το 1835 με βασιλικό διάταγμα.³ Το εργατικό ατύχημα κωδικοποιεί ο Ν. 551/1915 «περί της ευθύνης προς αποζημίωσιν των εξ ατυχήματος εν τη εργασία παθόντων εργατών ή υπαλλήλων», ο οποίος είναι βασισμένος στον αντίστοιχο γαλλικό νόμο της 9.4.1898 «περί εργατικών ατυχημάτων» προκειμένου να προστατεύσει τη μικρή αλλά ανερχόμενη τότε ελληνική εργατική τάξη.⁴ Χαρακτηριστικό του

¹ Εργατική Νομοθεσία, Άρθρ. 1 Ν. 551/1995, «Ατύχημα εκ βίαιου συμβάντος, επερχόμενον εις εργάτην ή υπάλληλον των εν τω άρθρω 2 εργασιών και επιχειρήσεων, εν τη εκτελέσει της εργασίας ή εξ αφορμής αυτής, παρέχει εις τα κατά τας διατάξεις του παρόντος νόμου δικαιούμενα πρόσωπα δικαίωμα αποζημιώσεως απέναντι του κυρίου της επιχειρήσεως, εάν η εις το παθόντα εκ του ατυχήματος προελθούσα διακοπή της εργασίας διήρκεσε πλέον των τεσσάρων ημερών, εξαιρουμένης μόνον της περιπτώσεως καθ' ην ο παθών εκ προθέσεως προεκάλεσε το επελθόν ατύχημα.»

Επίσης Γεώργιος Δ. Μικρούδης, Το Εργατικό Ατύχημα Κατά το Ουσιαστικό και Δικονομικό Δίκαιο, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, σ. 25-28

Επίσης Κων. Δ. Λαναράς, Νομοθεσία Εργατική και Ασφαλιστική, Εκδόσεις Σάκκουλα 2016, σ. 334

² Δημήτρης Ζερδελής, Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Ε' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σ. 515-516

³ Παπαϊωάννου, Υγιεινή της Εργασίας, Εκδόσεις Βίκτωρ Παπαζήσης 1968, σ. 5

⁴ Γεώργιος Δ. Μικρούδης, Το Εργατικό Ατύχημα

νόμου αυτού αποτελεί αφενός η γενικότητα των ρυθμίσεων, έτσι ώστε να ανταποκρίνεται σε όλες τις κατηγορίες εργαζομένων⁵ και σε όλες τις περιπτώσεις εργατικών ατυχημάτων και αφετέρου το αναλυτικό των αποζημιώσεων που επιβάλλει ανάλογα με τις συνέπειες του εκάστοτε ατύχηματος και του βαθμού ανικανότητας προς εργασία που αυτό επέφερε στον εργαζόμενο.⁶ Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 3 του ίδιου νόμου, η ανικανότητα διακρίνεται σε: α) πλήρη διαρκή, β) μερική διαρκή, γ) πλήρη πρόσκαιρη και δ) μερική πρόσκαιρη εκ των οποίων μόνο η πλήρης διαρκής λαμβάνεται ως ανικανότητα για οποιαδήποτε μορφή εργασίας, ενώ η συνεχής αδυναμία του εργαζομένου να ασκεί το επάγγελμά του δε συνιστά ολική αλλά μερική ανικανότητα προς εργασία.⁷ Η πέμπτη περίπτωση του άρθρου 3 περιλαμβάνει το ενδεχόμενο του θανάτου του εργαζομένου, σύμφωνα με το οποίο η αποζημίωση ισούται με τους μισθούς 5 ετών, ενώ το άρθρο 6 ορίζει αναλυτικά τους δικαιούχους της αποζημίωσης αυτής. Δικαιούχοι της αποζημίωσης είναι οι συγγενείς του παθόντος, δηλαδή ο σύζυγος, τα παιδιά και σε ορισμένες περιπτώσεις οι ανιόντες ή και οι αδελφοί κατά αναλογίες, σύμφωνα με το άρθρο 3 περ. 5 εδ. α' Ν. 551/1995.

Μία σημαντική καινοτομία που εισήγαγε ο Ν. 551/1915 αφορά το «ατομικό σύστημα» αποκατάστασης της ζημίας, βασικό στοιχείο του οποίου είναι η αντικειμενική ευθύνη του εργοδότη και των προστηθέντων απ' αυτόν προσώπων με τα οποία ευθύνεται εις ολόκληρον. Ο εργοδότης υποχρεούται να αποζημιώσει τον εργαζόμενο ανεξάρτητα από το αν βαρύνεται ή όχι με υπαιτιότητα, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η τυχόν ευθύνη και τρίτων προσώπων για το ατύχημα. Ευθύνεται για το αν το

ατύχημα οφείλεται σε πταίσμα του ή σε μη τήρηση από αυτόν των μέτρων ασφαλείας, ακόμα και σε τυχαία περιστατικά ή σε περιπτώσεις ανωτέρας βίας.⁸ Θεμελίωση της αντικειμενικής ευθύνης του εργοδότη, που αποτελεί ειδικότερη μορφή της ευθύνης από διακινδύνευση, είναι η θεωρία του επαγγελματικού κινδύνου, σύμφωνα με την οποία ο ωφελούμενος από την εργασία άλλου φέρει τις συνέπειες από τον κίνδυνο ορισμένων επαγγελματιών ή επιχειρήσεων.⁹ Ένα, όμως, από τα σημαντικότερα μειονεκτήματα της θεωρίας αυτής, σύμφωνα με τη γαλλική θεωρία, είναι ότι, εφόσον ο εργοδότης που απολαμβάνει τα κέρδη της εργασίας είναι αυτός που φέρει και τα βάρη, τότε θα έπρεπε, κατά το δόγμα της ισότητας, ο εργοδότης να απαλλάσσεται από την ευθύνη σε περίπτωση που αποδείξει ότι δεν απήλαυσε κάποιο κέρδος.¹⁰ Εκτός από αυτό, όμως, μια ακόμη θεμελίωση της αντικειμενικής ευθύνης του εργοδότη εντοπίζεται και στη γενική αρχή που διέπει το εργατικό δίκαιο, την προστατευτική λειτουργία, δηλαδή την προστασία του ασθενέστερου (εργαζομένου) έναντι του οικονομικά ισχυρότερου (εργοδότη).¹¹ Εξάλλου, πολύ συχνά η κυριότερη αιτία των εργατικών ατυχημάτων συνίσταται στην παράβαση εκ μέρους του εργοδότη των ειδικών υποχρεώσεων του που πηγάζουν από τη γενικότερη υποχρέωση πρόνοιας που τον βαραίνει απέναντι στον εργαζόμενο και που θεμελιώνεται και στο άρθρο 662 ΑΚ, γεγονός που δεν άφησε ανεπηρέαστο τον Έλληνα νομοθέτη. Πάντως, σε κάθε περίπτωση ο εργοδότης που ενάγεται από τον εργαζόμενο για καταβολή της αποζημίωσης που προβλέπει ο Ν. 551/1915 μπορεί να προβάλλει ένσταση ισχυριζόμενος και αποδεικνύοντας ότι το ατύχημα οφείλετο σε αμέλεια (ειδική) του εργαζομένου, δηλαδή σε μη τήρηση από μέρους του νομοθετικών διατάξεων, διαταγμάτων ή κανονισμών για τους όρους ασφάλειας και υγιεινής που έχουν εκδοθεί από την αρμόδια δημόσια αρχή ή από τον υπεύθυνο της επιχείρησης, εφόσον

Κατά το Ουσιαστικό και Δικονομικό Δίκαιο, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, σ. 7

Ομοίως Δ. Καλομοίρη, Ζητήματα της εξ εργατικών ατυχημάτων ευθύνης, ΕΕΔ 31, σ. 641

Βλ. Χρ. Οικονόμου, δίκαιον εργατικών ατυχημάτων και επαγγελματικών νόσων, έκδ. 1950, σ. 39 και 257

⁵ «Εργατών ή υπαλλήλων» κατά την ακριβή διατύπωση της διάταξης του Ν. 551/1915

⁶ Γεώργιος Δ. Μικρούδης, Το Εργατικό Ατύχημα Κατά το Ουσιαστικό και Δικονομικό Δίκαιο, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, σ. 7

⁷ Δημήτρης Ζερδελής, ό.π. σ. 518

Επίσης βλ. και Γεώργιο Α. Λεβέντη, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, σ. 168

⁸ Γεώργιος Δ. Μικρούδης, ό.π. σ. 21-22

⁹ Δημήτρης Ζερδελής, ό.π. σ. 517

¹⁰ Δέσποινα Σκέντου, σε διπλωματική εργασία «Η έννοια του εργατικού ατύχηματος», 2010, σ. 13, διαθέσιμη στο Ιδρυματικό Καταθετήριο Επιστημονικών Εργασιών του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης

¹¹ Δέσποινα Σκέντου, ό.π. σ. 14

Ομοίως και Οικονόμου, Δίκαιον Εργατικών Ατυχημάτων και Επαγγελματικών Νόσων, σ. 43

βέβαια οι κανονισμοί αυτοί έχουν αναρτηθεί κατά τρόπο ευανάγνωστο σε σημείο του τόπου εργασίας. Στην περίπτωση αυτή το Δικαστήριο δύναται να μειώσει το ποσό της αποζημίωσης που οφείλει ο εργοδότης στο ύψος του ½ αυτού, σύμφωνα με το άρθρο 16 Ν. 551/1915. Η ρύθμιση μάλιστα του άρθρου 16 ως ειδικότερη αποκλείει την εφαρμογή του άρθρου 300 ΑΚ που προβλέπει ότι αν εκείνος που ζημιώθηκε συντέλεσε από δικό του πταίσμα στη ζημία, το δικαστήριο μπορεί να μην επιδικάσει αποζημίωση ή να μειώσει το ποσό της.¹²

Αστικός Κώδικας

Σύμφωνα με το άρθρο 662 ΑΚ «ο εργοδότης οφείλει να διαρρυθμίζει τα σχετικά με την εργασία και με το χώρο της καθώς και τα σχετικά με τη διαμονή, τις εγκαταστάσεις και τα μηχανήματα ή εργαλεία, έτσι ώστε να προστατεύεται η ζωή και η υγεία του εργαζομένου». Το άρθρο αυτό αναφέρεται στην παρεπόμενη υποχρέωση πρόνοιας του εργοδότη προς τον εργαζόμενο, εφόσον κατά τη διάρκεια της εργασίας του ο εργαζόμενος έρχεται αντιμέτωπος με κινδύνους που συχνά δεν μπορεί να αποφύγει από τη στιγμή που υπόκειται στη σφαίρα εξουσίας και επιρροής του εργοδότη και άρα βρίσκεται σε μια εξ ορισμού ασθενέστερη θέση. Εξάλλου και ο Ν. 551/1915 αποδίδει βαρύνουσα σημασία στην τήρηση των παρεπόμενων υποχρεώσεων προστασίας της ζωής και της ασφάλειας του εργαζομένου, αφού εξομοιώνει την παράβασή τους με δόλο του εργοδότη ως προς την επέλευση του εργατικού ατυχήματος, οπότε και παρέχει στον εργαζόμενο τη δυνατότητα να αναζητήσει την αποζημίωση του κοινού δικαίου.¹³

Όσον αφορά στο άρθρο 914 ΑΚ, σε περίπτωση δόλου του εργοδότη ή παράβασης νομοθετικών διατάξεων, ο εργαζόμενος, σύμφωνα με το άρθρο 16 παρ. 1 Ν. 551/1915, έχει το εκλεκτικό δικαίωμα να ασκήσει είτε την αξίωση αποζημίωσης σύμφωνα με τις διατάξεις του αστικού δικαίου και συγκεκριμένα τα άρθρα 914 επ. ΑΚ περί πλήρους αποζημίωσης, αποδεικνύοντας όμως την ύπαρξη πταίσματος εκ μέρους του εργοδότη, είτε την αξίωση αποζημίωσης που απορρέει από το Ν. 551/1915, οπότε δεν υπάρχει υποχρέωση απόδειξης πταίσματος του εργοδότη, ωστόσο η αποζημίωση είναι περιο-

ρισμένη.¹⁴ Αξίζει πάντως να αναφερθεί ότι η διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 του Ν. 551/1915 αφορά αποκλειστικά την αποζημίωση για περιουσιακή ζημία και δεν περιλαμβάνει χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, για την οποία τυγχάνουν εφαρμογής οι γενικές διατάξεις, επομένως και αρκεί να συντρέχει οποιαδήποτε μορφή αμέλειας του εργοδότη ή των προστηθέντων απ' αυτόν και όχι μόνο η ειδική αμέλεια του άρθρου 16 παρ. 1 του Ν. 551/1915.¹⁵

Νομοθεσία του ΙΚΑ - Απαλλαγή του εργοδότη από την ευθύνη αποκατάστασης της περιουσιακής ζημίας

Η νομοθεσία του ΙΚΑ (α.ν. 1846/1951) περιορίζει σε σημαντικό βαθμό την ειδική ευθύνη του εργοδότη όπως αυτή αναπτύχθηκε παραπάνω. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ο εργαζόμενος υπάγεται στην ασφάλιση του ΙΚΑ, ο εργοδότης δεν υποχρεούται να αποκαταστήσει την περιουσιακή ζημία που υφίσταται ο παθών μισθωτός, ανεξάρτητα από το αν αυτή βασίζεται στο Ν. 551/1915 ή στο κοινό δίκαιο.¹⁶ Συνεπώς, ο εργαζόμενος δικαιούται μόνο τις παροχές που χορηγεί σε αυτόν το ΙΚΑ. Βέβαια, αν το ατύχημα είναι αποτέλεσμα δόλου του εργοδότη ή των προστηθέντων απ' αυτόν προσώπων, τότε ο εργοδότης υπέχει ευθύνη και οφείλει να καταβάλει στον εργαζόμενο τη διαφορά που προκύπτει ανάμεσα στις παροχές του ΙΚΑ και το ποσό της αποζημίωσης ενώ ταυτόχρονα υποχρεούται και σε καταβολή δαπάνης των παροχών στο ΙΚΑ, σύμφωνα με το άρθρο 34 παρ. 2 α.ν. 1846/1951. Σε κάθε περίπτωση, η απαλλαγή του εργοδότη καλύπτει μόνο τις περιουσιακές ζημίες και όχι αξιώσεις χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλά-

¹⁴ ΑΠ 15/2002, ΔΕΝ 2002, 86. Πάντως, με την άσκηση του εκλεκτικού δικαιώματος, η αποζημίωση υπολογίζεται μόνο με βάση την επιλεγείσα ομάδα διατάξεων και απαγορεύεται οποιαδήποτε σύρρευση και των δύο διατάξεων. Βλ. και Ρούσσο, ΧρΙΔ 2005, 872.

¹⁵ Βλ. ΑΠ 1438/2002, ΝοΒ 2003, 1036

¹⁶ Άρθρο 34 παρ. 2 και άρθρο 60 παρ. 3 α.ν. 1846/1951

Για τους μισθωτούς που υπάγονται στην ασφάλιση του ΙΚΑ, η απαλλαγή του εργοδότη ισχύει ακόμα και όταν το εργατικό ατύχημα οφείλεται στη μη τήρηση των ειδικών διατάξεων περί μέτρων ασφαλείας στο χώρο εργασίας. Για περαιτέρω προσεγγίσεις βλ. και ΟΛΑΠ 1176/ 1986, 969.

¹² ΑΠ 185/1998, ΕλλΔνη 39, 838 και ΑΠ 1026/1980, ΕΕργΔ 39, 693

¹³ Δέσποινα Σκέντου, ό.π. σ. 15

βης ή, σε περίπτωση θανάτου του παθόντος, λόγω ψυχικής οδύνης των μελών της οικογένειάς του.¹⁷ Στην ασφάλιση του ΙΚΑ εντάσσονται όλα τα πρόσωπα εντός της ελληνικής επικράτειας, το βασικό επάγγελμα των οποίων συνίσταται στην παροχή εξαρτημένης εργασίας, τόσο αν αυτή υπάγεται στο δημόσιο, όσο και στο ιδιωτικό δίκαιο. Ο εργοδότης απαλλάσσεται από την υποχρέωση καταβολής της αποζημίωσης του Ν. 551/1915 σε περίπτωση που το ατύχημα οφείλεται σε αμέλεια του.¹⁸ Τέλος, εάν ο εργαζόμενος συνέβαλε και αυτός υπαίτια στην πρόκληση του ατυχήματος, τότε θα ληφθεί υπόψη και το συντρέχον πταίσμα του κατά τον καθορισμό της εύλογης χρηματικής ικανοποίησης του άρθρου 932 ΑΚ από τον δικαστή, μαζί με τα λοιπά προσδιοριστικά στοιχεία, όπως οι συνθήκες του ατυχήματος, το μέγεθος της σωματικής βλάβης, η οικονομική κατάσταση των μερών κ.λπ.¹⁹ Συμπερασματικά, ο νόμος 1846/1951 προβλέπει το «συλλογικό» ή «ασφαλιστικό» σύστημα, σύμφωνα με το οποίο ο παθών εργαζόμενος αποζημιώνεται από τον ασφαλιστικό φορέα όπου είναι ασφαλισμένοι και ο ίδιος και ο εργοδότης, απέναντι στους κινδύνους που συνεπάγεται η εργασία.²⁰ Το σύστημα αυτό, δηλαδή, καλύπτει όχι μόνο τον εργαζόμενο, αλλά και τον εργοδότη, ο οποίος απαλλάσσεται από την υποχρέωση καταβολής της αποζημίωσης που χορηγεί ο ασφαλιστικός οργανισμός στον παθόντα.²¹

Η ευθύνη του εργοδότη προς αποζημίωση

Όπως προαναφέρθηκε, η εργατική νομοθεσία καθιερώνει αντικειμενική ευθύνη του εργοδότη για τυχόν ατυχήματα, ανεξάρτητα από πταίσμα του και ανεξάρτητα από την τήρηση ή όχι των όρων ασφαλείας των εγκαταστάσεων εκτός και αν το ατύχημα οφείλεται σε δόλο ή υπαιτιότητα του παθόντος μι-

σθωτού, οπότε ο εργοδότης απαλλάσσεται ή υποχρεούται σε καταβολή μόνο μέρους της αποζημίωσης. Η έκταση της αποζημίωσης, ο υπολογισμός αυτής, καθώς και τα δικαιούμενα πρόσωπα, ορίζονται στα άρθρα 3-7 του Ν. 551/1915.

Έκταση αποζημίωσης

Το ποσό της αποζημίωσης συναρτάται με την έκταση και τη διάρκεια της ανικανότητας, σύμφωνα με το άρθρο 3 Ν. 551/1915. Ειδικότερα, σε περίπτωση πλήρους διαρκούς ανικανότητας η αποζημίωση που δικαιούται ο παθών εργαζόμενος περιλαμβάνει μισθούς 6 ετών²², ενώ σε περίπτωση μερικής διαρκούς ανικανότητας η αποζημίωση περιλαμβάνει το εξαπλάσιο του ποσού κατά το οποίο ελαττώθηκε ή μπορεί να ελαττωθεί το ετήσιο εισόδημα του μισθωτού²³. Όσον αφορά την πρόσκαιρη ανικανότητα, πρέπει να διακρίνουμε ανάμεσα σε πλήρη και μερική. Στην πλήρη πρόσκαιρη ανικανότητα, που δεν ξεπερνά σε διάρκεια τα δύο έτη, η αποζημίωση είναι ημερήσια και ίση με το ήμισυ του μισθού που ελάμβανε ο παθών κατά την ημέρα που συνέβη το ατύχημα ενώ στη μερική πρόσκαιρη ανικανότητα που δε διαρκεί περισσότερο από δύο έτη, η αποζημίωση ισούται με το ήμισυ της μείωσης του μισθού που ο μισθωτός ελάμβανε κατά την ημέρα που έλαβε χώρα το ατύχημα και καταβάλλεται από την πέμπτη ημέρα μετά το ατύχημα ή από την ημέρα του ατυχήματος, αν πρόκειται για ανικανότητα που διήρκεσε πλέον των δέκα ημερών. Πρέπει, βέβαια, εδώ να αναφερθεί ότι μετά την πάροδο των δύο ετών η ανικανότητα θεωρείται πλέον διαρκής, οπότε και τυγχάνουν εφαρμογής όσα αναφέρθηκαν ακριβώς παραπάνω. Το ενδεχόμενο του θανάτου του εργαζομένου εξαιτίας του εργατικού ατυχήματος καλύπτει η περίπτωση 5 του άρθρου 3 του ίδιου νόμου. Η αποζημίωση είναι ίση με τους μισθούς 5 ετών, με ελάχιστα και μέγιστα όρια αποζημίωσης, ενώ το άρθρο 6 του Ν. 551/1915 αναφέρεται αναλυτικά στους δικαιούχους της αποζημίωσης αυτής. Εκτός από αυτά όμως, ο υπεύθυνος προς αποζημίωση υποχρεούται να καλύψει και τα ιατρικά και φαρμακευτικά έξοδα, καθώς και τα έξοδα νοσηλείας και τα έξοδα της κηδείας, σύμφωνα με το άρθρο 7 εδ. α' του Ν. 551/1915. Με την εξαίρεση των

¹⁷ Δημήτρης Ζερδελής, ό.π, σ. 520

¹⁸ Άρθρα 34 παρ. 2, 60 παρ. 2 και 3 α.ν. 1846/1951, συνδυαστικά και με 16 παρ. 1 και 3 του Ν.551/1915

¹⁹ ΑΠ 1438/2002, ΝοΒ 2003, 1036 και ΑΠ 1045/2007

²⁰ Καλομοίρης, Βασικά έννοιαι του ελληνικού εργατικού δικαίου, Εκδόσεις Ελληνικό κέντρο παραγωγικότητας 1976, σ. 285-286

Ομοίως και Μπάνας, Χρηματική ικανοποίηση εργατικού ατυχήματος, ΕΕΔ 1973, σ. 1412 επ.

²¹ Καλομοίρης, ό.π. σ. 516

²² Δεν μπορεί όμως να είναι μικρότερη των 55.000 δραχμών, σύμφωνα με το άρθρο 3 περ. 1. (16141 ευρώ).

²³ Δεν μπορεί όμως να είναι μικρότερο των δραχμών εξ χιλιάδων πεντακοσίων (1908 ευρώ).

περιοριστικά αναφερόμενων στο άρθρο 16 παρ. 1 Ν. 551/1915, σε όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις ο παθών είναι υποχρεωμένος να αρκεστεί στην καθοριζόμενη από τον ίδιο νόμο κατ' αποκοπήν αποζημίωση²⁴, πάντα στο πλαίσιο της αποζημίωσης για περιουσιακή ζημία.²⁵ Πάντως, σε κάθε άλλη περίπτωση που δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του Ν. 551/1915, όπως για παράδειγμα όταν η ανικανότητα διήρκεσε λιγότερο από 4 ημέρες, ο παθών μπορεί να διεκδικήσει αποζημίωση με βάση μόνο τις διατάξεις του κοινού δικαίου.²⁶ Το ποσό της χρηματικής ικανοποίησης καθορίζεται από το δικαστήριο με ελεύθερη κρίση του και λαμβάνονται υπόψη το μέγεθος του ατυχήματος, οι συνθήκες υπό τις οποίες αυτό συντελέστηκε, καθώς και το τυχόν συντρέχον πταίσμα του παθόντος.²⁷

Το δικαίωμα για χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης

Διαφορετική από την αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας με βάση τα όσα αναλύθηκαν παραπάνω είναι η αποζημίωση για χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης του θύματος ή λόγω ψυχικής οδύνης των μελών της οικογένειάς του σε περίπτωση θανάτου του.²⁸ Το δικαίωμα κατοχυρώνεται από τον Αστικό Κώδικα σε περίπτωση μη περιουσιακής ζημίας η οποία είναι αποτέλεσμα αδικοπραξίας και συνίσταται στην ηθική βλάβη του παθόντος ή στην ψυχική οδύνη των συγγενών του θανόντος (άρθρα 299 και 932 ΑΚ). Ζήτημα ηθικής βλάβης του παθόντος μπορεί να τεθεί στην περίπτωση που εξαιτίας του εργατικού ατυχήματος τίθενται σε κίνδυνο η υγεία, το μέλλον, η επιβίωση ή η αξιοπρέπεια του εργαζομένου. Απαραίτητη προϋπόθεση για να επιδικαστεί η αποζημίωση αυτού του είδους είναι η υπαιτιότητα του εργοδότη ή των προστηθέντων απ' αυτόν προσώπων, δηλαδή αρκεί ακόμα και η ελαφρά αμέλεια²⁹, ενώ το βάρος απόδειξης της υπαιτιότητας του εργοδότη φέρει

ο εργαζόμενος. Πρέπει ακόμα να επισημανθεί ότι χρηματική ικανοποίηση οφείλεται σε κάθε περίπτωση ανεξάρτητα από την απαλλαγή του εργοδότη από την ευθύνη αποζημίωσης του παθόντος που υπάγεται στην ασφάλιση του ΙΚΑ.³⁰ Επομένως, καμία παροχή από το ΙΚΑ δεν μπορεί να αποκλείσει τις αξιώσεις που έχουν στόχο την αποκατάσταση της ηθικής βλάβης του εργαζομένου και όχι την αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας που του προξένησε το ατύχημα. Η αποζημίωση του άρθρου 932 ΑΚ επιδικάζεται ακόμα και αν ο εργαζόμενος συνέβαλε υπαίτια στην πρόκληση του ατυχήματος, λαμβάνεται όμως υπόψη κατά τον υπολογισμό της αποζημίωσης το συντρέχον πταίσμα του.³¹

Τα συνδεόμενα πρόσωπα και η μεταξύ τους σχέση

Σύμφωνα με το άρθρο 1 Ν. 551/1915, σε περίπτωση εργατικού ατυχήματος απολαμβάνουν προστασίας τόσο οι εργάτες όσο και οι υπάλληλοι, δηλαδή όσοι παρέχουν σωματική εργασία αλλά και όσοι απασχολούνται στη διεύθυνση, διοίκηση, επίβλεψη και γενικότερα κάθε άλλη πνευματική εργασία.³² Από την άλλη, το πρόσωπο που ευθύνεται αντικειμενικά για την καταβολή αποζημίωσης στο μισθωτό που υπέστη εργατικό ατύχημα είναι, σύμφωνα με το νόμο, ο κύριος της επιχείρησης. Με άλλα λόγια, αυτός ο οποίος συγκεντρώνει τα στοιχεία εκείνα σε σχέση με την επιχείρηση, ώστε να προκύπτει ότι η επιχείρηση υπάρχει και λειτουργεί από αυτόν και για αυτόν και κατά συνέπεια σε αυτόν ανήκουν τα κέρδη και αυτόν βαραίνουν οι ζημιές.³³ Το άρθρο 2 εδ. α' Ν. 551/1915 ορίζει επακριβώς το είδος των επιχειρήσεων, ο κύριος των οποίων ευθύνεται σε περίπτωση εργατικού ατυχήματος. Ορίζει-

³⁰ Βλαστός, ό.π. σ. 991

Επίσης Κατζέλα, Εφαρμογές εργατικού δικαίου, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη 2008, σ. 666

³¹ Δέσποινα Σκέντου, ό.π. σ. 21

³² Στη Γαλλική Γερουσία είχε κατακριθεί η εν λόγω διάταξη με το επιχείρημα ότι οι υπάλληλοι-πέραν του ότι λαμβάνουν υψηλότερο μισθό- δεν είναι τόσο εκτεθειμένοι στους κινδύνους όσο οι εργάτες. Αντιτάχθηκε, όμως, ότι είναι ορθότερο να προστατεύονται και αυτοί κατά τον ίδιο τρόπο, αφού στην περίπτωση π.χ. μιας έκρηξης σε κάποιο εργοστάσιο θα προσβληθούν το ίδιο όλοι οι εργαζόμενοι του εργοστασίου και το ατύχημα μπορεί να πλήξει το ίδιο τόσο τους εργάτες όσο και τους εργαζομένους.

³³ Οικονόμου, ό.π. σ. 110

²⁴ Δέσποινα Σκέντου, ό.π. σ. 17

²⁵ Διαφορετικά για τη χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, βλ. παρακάτω

²⁶ Κουκιάδης, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις και το δίκαιο της ευελιξίας της εργασίας, εκδόσεις Σάκκουλα 2001, σ. 519

²⁷ Κων. Δ. Λαναράς, ό.π. σ. 344

²⁸ Μπάνας, ό.π. σ. 1412 επ.

²⁹ Μπάνας, ό.π. Ληξουργιώτης, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές σχέσεις, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη 2001, σ. 503

ται μάλιστα ρητά στο δεύτερο εδάφιο ότι κατά τον ίδιο τρόπο ευθύνεται και το Δημόσιο αλλά και κάθε άλλο νομικό πρόσωπο που απασχολεί εργάτες ή υπαλλήλους στις επιχειρήσεις που αναφέρει το εδ. α' του ίδιου άρθρου. Η διατύπωση του άρθρου 2 εδ. α' είναι τόσο ευρεία, ώστε μπορεί να θεωρηθεί κανείς ότι οι ρυθμίσεις του Ν. 551/1915 καλύπτουν όλους τους μισθωτούς που υπάγονται στην εργατική νομοθεσία.³⁴

Ο ενοχικός δεσμός που πρέπει να συνδέει τον κύριο της επιχείρησης και τον παθόντα από εργατικό ατύχημα εργάτη ή υπάλληλο είναι κατά κανόνα η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας. Πάντως, πρόκειται περί εργατικού ατυχήματος και στην περίπτωση κατά την οποία μεταξύ παθόντος και εργοδότη δεν υπάρχει έγκυρη σύμβαση εργασίας, αρκεί δηλαδή και η απλή σχέση εργασίας. Και αυτό διότι εφόσον υπάρχει πραγματική παροχή εργασίας, δημιουργείται μια *de facto* κατάσταση και παράγονται κάποια αποτελέσματα που προσιδιάζουν στη σύμβαση εργασίας και ιδίως στους σκοπούς της εφαρμογής των κανόνων που στοχεύουν στην προστασία των συμφερόντων των εργαζομένων.³⁵ Για αυτούς τους λόγους λοιπόν, ακόμη και στην περίπτωση παροχής παράνομης εργασίας, ο παθών από εργατικό ατύχημα καλύπτεται από το Ν. 551/1915. Αυτό, πάντως, που πρέπει απαραίτητα να συντρέχει για τη θεμελίωση της εργοδοτικής ευθύνης είναι το στοιχείο της εξάρτησης. Δηλαδή θα πρέπει να ελέγχεται κάθε φορά αν ο παθών εργαζόμενος του εργατικού ατυχήματος απολαμβάνει την ανεξαρτησία που του επιτρέπει να οργανώνει και να διευθύνει

την εργασία του κατά τη δική του βούληση ή αν αντίθετα υποχρεούται να εργάζεται εκτελώντας τις εντολές και οδηγίες του εργοδότη του.³⁶

Συμπερασματικές Παρατηρήσεις

Λόγω του ότι τις τελευταίες δεκαετίες ο αριθμός των εργατικών ατυχημάτων συνεχίζει να κινείται σε ανησυχητικά υψηλά επίπεδα παρά τις όλο και περισσότερες νομοθετικές προβλέψεις σε εθνικό και ευρωπαϊκό επίπεδο για το συγκεκριμένο ζήτημα, κρίνεται επιτακτική η παρέμβαση του Έλληνα νομοθέτη σε κάποιες ειδικότερες πτυχές του θέματος. Πρώτον, είναι αναγκαία η προσαρμογή και η επέκταση της υπάρχουσας νομοθεσίας ώστε να καλύπτει και σύγχρονες μορφές εργασίας, οι οποίες παρουσιάζουν ορισμένες αποκλίσεις από τις ήδη προβλεπόμενες. Δεύτερον, η χώρα μας οφείλει να παραμένει προσηλωμένη στην όσο το δυνατόν πιο πιστή εφαρμογή των οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με τα μέτρα πρόληψης και αποφυγής των εργατικών ατυχημάτων. Όσον αφορά τη νομοθεσία, ο Ν. 551/1915 καλύπτει όλους τους εργαζομένους που συνδέονται με τον εργοδότη με σχέση εξαρτημένης εργασίας ενώ η πρόβλεψη αντικειμενικής ευθύνης του εργοδότη παρέχει σε αυτούς αυξημένη προστασία. Πάντως, η προστασία αυτή περιορίστηκε σε μεγάλο βαθμό με τη θέσπιση του Ν. 1846/1951 περί ΙΚΑ ο οποίος ρυθμίζει ζητήματα αποζημίωσης λόγω εργατικού ατυχήματος, συνεπώς η εφαρμογή του Ν. 551/1915 τυγχάνει εφαρμογής μόνο για τους εργαζομένους που δεν υπάγονται στο καθεστώς αυτό.

³⁴ Σύμφωνα με το άρ. 2 εδ. α' Ν. 551/1915 «Εις την κατά το άρ. 1 αποζημίωσιν υποχρεούνται: οι εργοδότες οικοδομικών και άλλων τεχνικών έργων, οι κύριοι επιχειρήσεων διεξαγομένων εις παντός είδους βιομηχανικά και βιοτεχνικά εργοστάσια, εργαστήρια, άλλους τόπους εργασίας, ή συνεργεία, εν οίς γίνεται χρήσις μηχανικών εργαλείων, οι κύριοι επιχειρήσεων μεταφοράς διά γης ή ύδατος φορτώσεως, εκφορτώσεως και αποθηκεύσεων παντός είδους, οι κύριοι των μη περιλαμβανομένων εν άρ.1 του ΒΩΜΑ νόμου της 21ης Φεβρουαρίου 1901 επιχειρήσεων, ορυχείων και λατομείων, ως και πάσης εν γένει επιχείρησης ή εκμεταλλεύσεως, εν αίς κατασκευάζονται ή χρησιμοποιούνται εκρηκτικά ή τοξικά ύλα ή γίνεται χρήσις μηχανής κινούμενης διά δυνάμεως άλλης πλην της του ανθρώπου ή του ζώου».

³⁵ Δέσποινα Σκέντου, ό.π. σ. 28

³⁶ Οικονόμου, ό.π. σ. 113

Επίσης και Λαναράς, ό.π. σ.266

The prohibition of the right to lockout by the Greek legislative system and Greece's non-compliance to the European Union's Law

Αθανασά Δήμητρα
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Lockout should be enshrined as a form of employer's right to collective action. Nevertheless, in order to avoid its' abusive exercise, it must be recognized only to its' defensive form and after taking into consideration the special conditions formed in the labour market because of the ongoing economic crisis in Greece».

The right to strike and lockout as a perspective of the labour unions' freedom:

The main aim of the labour unions- association of workers in a particular trade, industry, or company- is to ensure improvements in pay, benefits, working conditions, or social and political status through collective action.¹ The freedom of forming labour unions was established during the industrialization era as special freedom in order to serve the interests of the particular professional class. The core of the labour unions' freedom is the organization-establishment of labour unions. Both the creation and being a member of a labour union is an enshrined right in the context of each legal order for either the employees or the employers in regards to a number of conditions or specific circumstances.² A great tool in the hands of the labour unions is the right to strike.³

The right to strike is enshrined for everyone, both employees and employers. More specifically, the equivalent type of work stoppage for employ-

ers is internationally known as 'Lockout', a mean of protection of the employers' interests. According to the International Labour Organization's definition : 'A lockout is a total or partial temporary closure of one or more places of employment, or the hindering of the normal work activities of employees, by one or more employers with a view to enforcing or resisting demands or expressing grievances, or supporting other employers in their demands or grievances.'⁴

The different forms of the right to lock out:

Lockout takes place in the following two forms: the offensive one and the defensive one. The offensive lockout is characterized as such in the context of a collective dispute or when negotiations reach deadlock. In the latter case, the employer seeks more drastic solutions such as the imposition of a lockout on the workers in order to press them to accept his claims rather than waiting for collective bargaining to take place. In result, the of-

¹ <https://www.britannica.com/topic/trade-union>

² D.Zerdelis, Collective Employment Law, Sakoullas, 2017, p. 3

³ D.Zerdelis, Collective Employment Law, Sakoullas, 2017, p.16

⁴ International Labour Office, Resolution concerning statistics of strikes, lockouts and other action due to labour stoppages, adopted by the Fifteenth International Conference of Labour Statisticians (January 1993). Available at: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/list.htm>.

defensive lockout occurs before the strike.⁵ In practice, the use of offensive lockouts is extremely rare given the fact that employees are the ones to demand better working conditions and take first the initiative to strike out. Most of the times, lockout is a defensive tool for the employers to answer back to a strike that has been developed or has been announced. More specifically, the employer turns against the workers of the firm no matter if they have been part of the strike or not since he/she excludes them from carrying out their working duties and does not pay them the proportionate amount of salary.⁶ The employer's aim is to put an end to the strike or to emphasize how serious his/her offer is in relation to their demands. As a consequence, a defensive lockout happens after the strike. Some of the actions that the employer may take are the following: the employer can proceed with closing the gates and he/she may employ scrub labour during the period of the strike until he/she reach to an agreement with the employees of the firm. As a consequence, the lockout can lead to a suspension of the employment relationship: The employer can be in the position to refuse to accept the services of the workers who do not participate in the strike without being obliged to pay them any remuneration.

According to the establishment (or not) of the right to lockout in each national legislation, the lockout can be characterised as legal or illegal, depending on the different legal conditions foreseen. The conduction of a legal lockout- in the legal systems where it is institutionally enshrined- signifies the non-termination of the employment relationship. During a legal lock outs the reciprocal obligations of the parties are suspended and the employee is exempted from the obligation to pay

them their salary.

Likewise, the conduction of an illegal/abusive lockout does not terminate the employment relationship. Nevertheless, in the case of an illegal lockout, the employer, who does not accept the provision of his employees' services, is not exempt from the obligation to pay them their salary. He is placed in default and owes his employees all their remunerations for the days of the lockout.⁷

The right to lockout under the chapeau of the European Union's legislation:

On a European Union's legislative level, the right of collective action has already been established in the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers⁸ (points 12 to 14) in 1989 and was used as a base for the following Charter of the Fundamental Rights of the European Union. Nowadays, the right to 'lockout' is enshrined in article 28 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.⁹ The Charter was given legal status by the Lisbon Treaty (article 6), which came into force on 1 December 2009. In regard to the aforementioned Charter, the right to lockout is article 28 is entitled as 'Right of collective bargaining and action'. The article envisage that *'Workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests including strike action'*.

¹⁰ Even if the article does not explicitly mention

⁵ Ronel Kleynhans, Lyle Markham, Willem Meyer, Suzane van Aswegen, Elizabeth Pilbeam, Fresh Perspectives: Human Resource Management, Pearson Prentice Hall, 2006, p.282, Available at:

https://books.google.gr/books?id=8_acBYy_77oC&pg=PA282&lpg=PA282&dq=offensive+lock+out&source=bl&ots=MqFwkz2bgE&sig=TakLIGrjM2TwQukR9TXI2SyLpTE&hl=el&sa=X&ved=0ahUKEwiMgZfBhMvZAhWFLVAKHXg-CMAQ6AEIRTAE#v=onepage&q=offensive%20lock%20out&f=false

⁶ Zerdelis, D. Collective Employment Law, Sakoullas, 2017, p.352

⁷ Laskaratou, J. The right to strike, Available at: <http://www.greeklaws.com/pubs/uploads/1351.pdf>

⁸ European Community, Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, 1989, Available at: <https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/community-charter--en.pdf>

⁹ European Commission - European Commission. (2018). Right of collective bargaining and action. [online] Available at: https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/know-your-rights/solidarity/right-collective-bargaining-and-action_en

¹⁰ European Union Agency for Fundamental Rights.(2018). Article 28 - Right of collective bargaining and action. [online] Available at: <http://>

'lockout' as a form of 'collective action' -as it does with the 'strike action'-, it does not limit the forms that 'collective action' can take. The right to lockout is included to the forms of 'collective action' taken by the employees in order to defend their interests and is enshrined as a right in the general notion of the 'collective action'.

The European Committee of Social Rights in Conclusion I (1969-1970) has recognized that the lockout is incorporated in article 6 as a form of collective action even if it is not explicitly named. The Committee concluded that lockout constitutes 'the main form of collective action that employers have at their disposal in asserting their interests'.¹¹

Even if the right of employees to strike out is incorporated in all the members States of the European Union legal systems, the right of employers to lock is not equivalently protected. Some of the European Union's legal orders encompass statutory prohibition of the right to lockout. Other legal orders remain sceptical about the right to lockout without explicitly prohibiting it as we will see below.

Nevertheless the majority of the European Union's Members States either explicitly recognize or permit -in general- the exercise of the right to lock out. Even if Greece is obliged to conform to European Union's legislation, it remains one of the few European Union Member states that expressly prohibit the right to lockout depriving employees from an important right of theirs.

The confrontation-prohibition of the right to lock out in the Greek legal order:

When one looks in the Greek legal order, the right to collective action - a form of which is both

strikes and lock outs- is enshrined in Article 23(1) of the Constitution. Article 23 precisely codes that *"The State shall adopt due measures safeguarding the freedom to unionise and the unhindered exercise of related rights against any infringement thereon within the limits of the law."* The Greek legislator in the second paragraph of the Article mentioned above expressly enshrines the right of the employees to strike with some limitations or when there is a consideration of fulfilment of some indispensable conditions.¹² The Greek Constitution does not rule out the right to lock out, but it does not expressly enshrine it as an employers' right either. Therefore, the matter is left with an open end and on the discretion of the common legislator to regulate it.

Prior to the entry into force of the Greek Law 1264/1982 'For the democratization of the Labour Union Movement and the secure the workers' freedom of association' it was accepted that defensive lock-outs were legitimate as solely enshrined in the Greek Constitution. Law 1264/1982, art.22 paragraph 2 introduces a general prohibition of the right to lock out. This article infringes the provisions of the Community Law as proven above. In the same law, in art.1 par.1 the Greek legislator subjects the regulation of the labour union's rights to the restrictions set by the application of the International Labour Conventions ratified by Greece.

International Labour Convention 87/1948 enshrines the freedom of association for both employees and employers. More specifically, art.10 of the aforementioned Convention envisages the notion of the term *organisation*: 'any organisation of workers or of employers for furthering and defending the interests of workers or of employers' which entails the right to collective action and accordingly the right to lockout- for both employees and employers. Greece ratified the aforementioned International Convention in 30 Mar 1962.¹³ In result, art. 22 par.2 of the Greek Law 1264/1982 introducing a general prohibition of lockouts is inconsistent with

fra.europa.eu/en/charterpedia/article/28-right-collective-bargaining-and-action [Accessed 1 Mar. 2018].

¹¹ Social Responsibility in Labour Relations. (2008). [ebook] Wolters Kluwer International, pp.491-492. Available at: <https://books.google.gr/books?id=SD3ZVdXfm64C&pg=PA488&lpg=PA488&dq=equality+of+arms+and+lock+out&source=bl&ots=tSinMn7oQh&sig=cZYYvG9eQXRICHcB1PRCcUw-yll&hl=el&sa=X&ved=0ahUKEwi2gdGjsJnaAhUJxaYKHRWSCdAQ6AEIOTAC#v=onepage&q=equality%20of%20arms%20and%20lock%20out&f=false> [Accessed 1 Apr. 2018].

¹² Hellenic Parliament, The constitution of Greece, 2008, Available at: <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agglisko.pdf>

¹³ Ilo.org.(2018).Ratifications of ILO conventions: Ratifications by Convention. [online] Available at: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORML_EXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232:NO [Accessed 1 Apr. 2018].

art.1 par.1 of the same Greek Law, which subjects the regulation of the labour union's rights to the restrictions of the International Labour Conventions- including the restrictions of International Labour Convention 87/1948- ratified by Greece.

The regulation of the right to lockout in other European legal orders:

A brief glance in the labour legislation of the majority of the European Union's Members States, which enshrine the right to lockout, is sufficient to demonstrate the obsolete Greek system of regulating lock-outs as a form of employees' collective action.

Germany traditionally recognises the right to lockout in the context of the 'equality of arms' (Waffengleichheit) causing like a strike does, a suspension effect, which is perceived as an element of collective autonomy. However, lockout can only be lawful if it has a defensive character: in its' offensive form is considered to be illegal.¹⁴ Moreover, for the lockout to be considered as lawful it must not breach the principle of proportionality and the principle of the ultimate instrument.¹⁵

The United Kingdom denies the right to lockout in its' offensive form, as it is seen as a breach of the employer's contractual obligations. Nevertheless, it recognizes the right to lockout in its defensive form and as a reaction to an ongoing strike. In the aforementioned cases, the right to lock out has not been fully excluded by the national legislative systems. The latter set conditions that have to be fulfilled in order for the lock out to be recognized as legal. In result, they have managed to protect the employers' right to collective action preventing its' abusive exercise.

On the contrary- following the example of Greece- there are few countries that have maintained the explicit legislative prohibition of the right to lockout. The most extreme example of a European Union country, which prohibits immensely the right to lock out is Portugal, as the Portuguese Constitution explicitly prohibits employers' lock-

outs (Article 57).¹⁶ Bulgarian legislation also forbids the right to lockout both in its' offensive and defensive form.¹⁷ It is explicitly stipulated that non-strike workers are entitled to receive their regular salary during the strike meaning that the employer cannot apply to them any lockout methods/ deprive them from their remuneration.

Certain European Union countries are following the middle way and refrain from regulating legislatively the right to lock out. Following the Dutch legislature's logic not to regulate the exercise of the right to strike and has not proceeded in regulating the right to lockout as well. Correspondingly, the right to strike is not explicitly recognized in Polish law as well. Such employability remains unclear.

Article 656 of the Greek Civil Code and a possible 'disguised' form of a defensive lockout:

Article 656 of the Greek Civil Code refers to the obligation of the employer- who is in default to accept his/her employees' services- to pay the salaries if the incapability to accept the services provided was caused by a reason that belonged in the employers' sphere. In parallel, the employee can also demand to get paid the amount that proportionate to the services provided for the work of his/her employer. The main question that arises from this legislation and mainly concerns us is whether a strike belongs to the employee's or the employer's sphere. The theory of spheres derives from the German jurisprudence and theory and includes the facts that belong to the employer's sphere of management of the operation and the distribution of the wage risk. In order to determine in whose sphere belongs each fact, we examine the criterion

¹⁴ W. Weiss-M. Schmidt, Germany, Kluwer, 2010, p. 212

¹⁵ Ch. Briggs, Lockout Law in a Comparative Perspective: Corporatism, Pluralism and Neo-Liberalism., Int. Journal Competition Law Ind. Rel. 2005, p.490

¹⁶ Constitution of the Portuguese Republic, 2005, Available at: http://europam.eu/data/mechanisms/FOI/FOI%20Laws/Portugal/Portugal_Constitution%20of%20the%20Portuguese%20Republic_1976%20last%20amended%202005.pdf

¹⁷ Lawpapadimitriou.gr. (2018). ΟΙ ΠΡΟΥΠΟΘΕΣΕΙΣ ΚΗΡΥΞΗΣ ΑΠΕΡΓΙΑΣ ΚΑΙ ΑΝΤΑΠΕΡΓΙΑΣ ΣΤΗ ΝΕΥΡΟΠΑΙΚΗ ΕΝΩΣΗ ΣΤΟΝ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΟ ΤΟΜΕΑ, Available at: http://www.lawpapadimitriou.gr/index.php?option=com_content&view=article&id=60%3A2015-09-18-11-04-32&catid=35%3Anea-a-dimosieyseis&Itemid=55&lang=gr

of its' spatial origin and the criterion of its' chargeable event. In interpreting whether a strike belongs to the employer's sphere or the employee's sphere, these two criteria collide. The spatial origin of the strike belongs to the employer's sphere as the strike is happening within his/her operation, while the chargeable event of a strike falls within the employee's sphere, as he/she is the one to decide it.¹⁸

The prevailing opinion recognises that in case of a strike if it is objectively impossible for the employer to occupy the non-strikers, then the employer is exempted from the obligation to pay their salary. That is mainly the problem in the case of a computer or Information/ Technology department of an enterprise where the strike of only some employees may paralyse the whole enterprise and may obstruct the provision of the services of the non-strikers. Even if the Greek legal literature is recognizing that the strike falls within the sphere of the employers' responsibility as a part of the business risk, and can rarely be described as superior violence,¹⁹ the case law seems to be orientated to the opposite view as stated in the decision 1303/2004 of the Supreme Court.²⁰ The aforementioned case law is considered to be a rather important one as it determined the interpretation of art.656. It clearly laid down within the employee's risk sphere, the employer's impossibility to accept the services of the non-strikers due to a strike, relieving the employer from the obligation to pay the salaries to the non-strikers.

This relieve of the employer from the obligation to pay the salaries to the non-strikers has been characterized as a 'disguised' form of a lockout as it is following the strike of employees and exempts the employer from paying any remuneration to the non-strikers.

Conclusion

¹⁸ ΕΡΓΑΣΙΑΚΟΣ ΑΓΩΝΑΣ ΚΑΙ ΚΙΝΔΥΝΟΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΤΗΣ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗΣ. (2017). [ebook] Athens. Available at: <https://pergamos.lib.uoa.gr/uoa/dl/frontend/file/lib/default/data/2708527/zipFile> [Accessed 1 Apr. 2018].p. 48-53

¹⁹ Koukiadis, E., *Labour Law, Individual Employment Relationships*, Sakoullas, 2012, p.652-653

²⁰ Greek Supreme Court, 1303/2004, B2 Political Department

In conclusion, taking into account the current developments in the field of employment relations, the European Union's and international legislation and the obligations arising from it, as well as the International Monetary Fund's ongoing incitements for the modernization of its labour law²¹, Greece is called upon to readjust its' labour law. Persisting in obsolete perceptions of the employers' position and power and fearing a possible abuse of the employers' rights is leading to the opposite effect by aggrieving one- the employer's- of the two social parties. Lockout should be enshrined as a form of employer's right to collective action. Nevertheless, in order to avoid its' abusive exercise, it must be recognized only to its' defensive form and after taking into consideration the special conditions formed in the labour market because of the ongoing economic crisis in Greece.

²¹ Koukakis, Th. (2018). To permit the 'defensive lockout' asks the IMF [online] CNN.gr. Available at: <http://www.cnn.gr/oikonomia/story/74840/na-epitrapei-i-amyntiki-antapergia-zita-to-dnt> [Accessed 1 Apr. 2018].

Ευελιξία της εργασίας και μερική απασχόληση: η ελληνική περίπτωση

Μαυρίδης Δ. Ιωάννης
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Η διαπραγματευτική ανισότητα όμως του εργαζομένου έναντι του εργοδότη, η δομική αυτή ανισορροπία που διέπει το σύνολο των εργασιακών σχέσεων και καθιστά πολύ συχνά τον εργαζόμενο έρμαιο των εργοδοτικών συμφερόντων, επιβάλλει τη στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων».

Εννοιολογικός προσδιορισμός

Εισαγωγικά

Η απασχόληση του εργαζομένου κατά πλήρες ωράριο συνιστά τον αδιαμφισβήτητο κανόνα στα πλαίσια των παραδοσιακών μορφών εργασίας. Παράγοντες ωστόσο, όπως η διεθνοποίηση των οικονομικών σχέσεων, η ραγδαία τεχνολογική ανάπτυξη των μέσων παραγωγής και ο αναπόφευκτα έντονος ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων που αυτές συνεπάγονται, οδήγησαν στην εμφάνιση των λεγόμενων *ευέλικτων* ή *άτυπων εργασιακών σχέσεων*. Η «ευέλικτη» επιχείρηση είναι αυτή που «...έχει την ικανότητα να προσαρμόζει την οργάνωση και τη λειτουργία της στις μεταβολές του γενικότερου χώρου της οικονομίας, ώστε να βελτιώνει την ανταγωνιστικότητά της...»¹. Η προσαρμοστική αυτή ικανότητα της επιχείρησης σαφώς και δεν αφήνει ανεπηρέαστες τις εργασιακές σχέσεις.

Γενικότερα η έννοια της ευελιξίας έχει συνδεθεί νοηματικά με τη συνεχή προσπάθεια των εργοδοτών να μην υπαχθούν στο Εργατικό Δίκαιο, αποπειρώμενοι να καταστρατηγήσουν τις διατάξεις του τελευταίου, στερώντας έτσι φυσικά και τους εργαζομένους της νόμιμης προστασίας τους² (αποζημίωση απολύσεως, χρονικά όρια εργασίας κτλ). Έτσι δεν σπάνιζαν περιπτώσεις στις οποίες εργοδότες προκειμένου να αποφύγουν τους περιορισμούς

της συμβάσεως εργασίας αορίστου χρόνου, συνήπταν διαδοχικές συμβάσεις ορισμένου χρόνου για μεγάλο χρονικό διάστημα. Γί' αυτόν το λόγο στη θεωρία³, συγκεκριμένα για τη σύμβαση ορισμένου χρόνου, υποστηρίχθηκε ότι απαιτείται ένας αντικειμενικός λόγος, αιτιολογών την ορισμένη διάρκειά της, λύση η οποία υιοθετήθηκε με το Π.Δ. 81/2003. Το αίτημα ωστόσο για ευέλικτη οργάνωση των εργασιακών σχέσεων καθιστά πρόδηλη την αναγκαιότητα πλήρους και ταχείας νομοθετικής επέμβασης στον εν λόγω τομέα, έτσι ώστε η καταρχήν δικαιολογημένη αξίωση των εργοδοτών για ευχερέστερη προσαρμογή στη σύγχρονη ανταγωνιστική αγορά να εναρμονισθεί με το εύλογο συμφέρον των εργαζομένων για ασφάλεια και σταθερότητα στις θέσεις και στους όρους εργασίας. Το Δίκαιο δεν τίθεται προς απόλυτη προάσπιση των δικαιωμάτων μίας συγκεκριμένης πλευράς, αλλά ακριβώς προς άρση συγκρούσεων και αντινομιών με τη θέσπιση ρυθμίσεων, αποτελουσών προϊόν μίας δικαίας και υγιούς σταθμίσεως των αντιτιθέμενων συμφερόντων. Στην κατηγορία των ευέλικτων μορφών εργασίας συγκαταλέγεται μεταξύ άλλων και η μερική απασχόληση, κρίσιμα νομοθετικά κείμενα για την οποία είναι η οδηγία της Ε.Ε. 97/81 και ο ν. 1892/1990⁴.

¹ Όπως ακριβώς, Δούκα Βικτώρια, Η μερική απασχόληση, Σάκκουλα, 2004, σελ. 77

² ό.π. Δούκα, σελ. 78

³ Βλ. Ζερδελής Δημήτριος, Μερική απασχόληση και αλληπάλληλες συμβάσεις ορισμένου χρόνου, Επιθεώρησης Εργατικού Δικαίου (ΕΕργΔ), 1987, σελ. 244-46

⁴ Με την οποιαδήποτε αναφορά παρακάτω στο

Ορισμός

Μερική απασχόληση είναι η παροχή εργασίας σε χρόνο *μικρότερο* από τον κανονικό βάσει μιας συγκεκριμένης χρονικής μονάδας υπολογισμού (ημέρα, εβδομάδα, μήνας) με *ανάλογα μειωμένες αποδοχές*⁵. Από τον ως άνω ορισμό προκύπτει ένα θεμελιώδες εννοιολογικό στοιχείο της μερικής απασχολήσεως: η *ποσοτική* απόκλιση όσον αφορά το χρόνο εργασίας σε σχέση με το πλήρες (κανονικό) ωράριο. Εγείρεται λοιπόν εν συνεχεία το ερώτημα: ποιο είναι το πλήρες ωράριο; Πλήρες είναι το ωράριο (άρα πλήρης και η απασχόληση) όταν ο εργαζόμενος παρέχει εργασία σε χρόνο που εξαντλεί τα ανώτατα νόμιμα χρονικά όρια εργασίας. Φερειπείν, η ΥΑ 16182/1983 ορίζει ότι στις βιομηχανίες η πενθήμερη εβδομαδιαία εργασία δε ξεπερνά τις 40 ώρες. Άρα πλήρης για τους εργαζομένους σε βιομηχανίες θεωρείται το 40ωρο, ενώ οποιοδήποτε ωράριο το οποίο *υπολείπεται* αυτού, θεωρείται μερική απασχόληση. Η μερική λοιπόν απασχόληση είναι έννοια παντελώς εξαρτημένη από αυτήν της πλήρους απασχολήσεως, εφόσον όποιο ωράριο δεν εμπίπτει στην πλήρη, θεωρείται ότι θεμελιώνει μερική απασχόληση.

Απαραίτητο είναι συνεπώς για τη διάγνωση του χαρακτήρα μίας συμβάσεως εργασίας ως πλήρους ή μερικής απασχολήσεως, η ανεύρεση του κανονικού ωραρίου εργασίας. Παρ' όλ' αυτά, καθίσταται εύληπτο στον καθένα, ότι δε νοείται για όλους τους εργαζομένους να ισχύει το ίδιο ωράριο, καθώς αυτό διαφοροποιείται ανάλογα με τις ιδιαιτερότητες και τις ανάγκες της εκάστοτε κατηγορίας εργασίας. Λόγου χάρη, διαφορετικό ωράριο ισχύει στους οδηγούς λεωφορείων, διαφορετικό στους ιατρούς εργαζόμενους σε κλινικές και διαφορετικό εν τέλει στις καθαρίστριες. Επιβάλλεται δηλαδή μια *συγκεκριμενοποίηση* του φερόμενου ως κανονικού ωραρίου ανά περίπτωση, ο καθορισμός ενός *ad hoc* ωραρίου. Ως γνώμονας για την επίτευξη της εξειδικεύσεως αυτής χρησιμοποιείται (όπως άλλωστε ορίζει ο ίδιος ο νόμος στο άρθρο 38 παρ.2 στοιχ. Β' του ν. 1892/1990) ο *συγκρίσιμος εργαζόμενος*, αυτός δηλαδή που εκτελεί ίδια ή παρόμοια καθήκοντα στα πλαίσια της ίδιας επιχείρησης και, αν δεν υπάρχει τέτοιος, λαμβάνεται υπόψη η συλλογική ρύθμιση στην οποία θα υπήγετο ο υπό κρίση εργαζόμενος, αν τελούσε σε καθεστώς πλήρους απασχόλησης (κατά βάση κάποια Συλλογική Σύμβαση Εργασίας). Ζήτημα δημιουργείται βέβαια, όταν μία εργασία από τη φύση της παρέχεται σε μικρά χρονικά διαστήματα (πχ κηπουροί), οπότε ερωτάται ποιος εργαζόμενος θα θεωρηθεί ως συγκρίσιμος.⁶

Λαμβανομένων υπόψη των παραπάνω τοποθετήσεων, διαπιστώνει κανείς ότι η μερική απασχόληση μπορεί να προσλάβει πάμπολλες μορφές. Συγκεκριμένα, ο εργαζόμενος μπορεί να εργάζεται καθημερινά, αλλά με μειωμένο ωράριο, μη καθημερινά με πλήρες ωράριο και μη καθημερινά με μη πλήρες ωράριο. Απαγορεύεται πάντως νομοθετικά το διακεκομμένο ωράριο, δηλαδή να εργάζεται για παράδειγμα ο μερικώς απασχολούμενος μία ώρα το πρωί και μία το απόγευμα. Η μερική απασχόληση εξάλλου δεν εξυπηρετεί πάντοτε αποκλειστικά εργοδοτικά συμφέροντα. Η υπαγωγή στο συγκεκριμένο καθεστώς μπορεί να οφείλεται και σε προαίρεση του ιδίου του εργαζομένου (ιδίως στις εργαζόμενες γυναίκες που προσπαθούν να εξισορροπήσουν εργασία και υποχρεώσεις ιδιωτικού βίου ή και στην περίπτωση ηλικιωμένων εργαζομένων ως σταδιακή μετάβαση από την εργασία στη σύνταξη). Στο γερμανικό δίκαιο⁷, μάλιστα, ο νόμος για τη μερική απασχόληση και τις εργασιακές σχέσεις ορισμένου χρόνου (§8 Abs. 1, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse), προβλέπει γενική και αγώγιμη *αξίωση* των εργαζομένων για τροπή της εργασιακής σχέσης σε μερικής απασχόλησης⁸.

Εννοιολογικές διακρίσεις

Ουσιώδης διαδικασία για την πληρέστερη και σφαιρικότερη κατανόηση μίας έννοιας, είναι ο διαχωρισμός της από άλλες, παραπλήσιες. Ο ορισμός προϋποθέτει οριοθέτηση. Έτσι, σκόπιμη κρίνεται η

⁶ Βλ. *Ληξουριώτης Ιωάννης*, Εγγυήσεις για ασφάλεια και ευελιξία στο θεσμό της μερικής απασχόλησης, Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών (ΔΕΕ), 2010, σελ. 452-56

⁷ Όπου αναγνωρίζεται βέβαια και δικαίωμα του εργοδότη να προβάλλει τις «ενστάσεις του» και να δικαιολογεί τη μη μετατροπή σε σύμβαση μερικής απασχόλησης για «οικονομικοτεχνικούς» λόγους (betriebliche Gründe), βλ. και *Nebendahl Mathias*, Teilzeitarbeitsvertrag, C. H. Beck Verlag, 2005, σελ. 68

⁸ Αναλυτικότερα για τη νομική φύση της αξίωσης βλ. *Brügge Philipp Christopher*, Das Gesetz über Teilzeitarbeit, Peter Lang, 2004, σελ. 72

«νόμο» εννοείται ο ν.1892/1990

⁵ *Ζερδελής Δημήτριος*, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Σάκκουλα, 2014, σελ. 67

διάκρισή της μερικής από άλλες μορφές ευέλικτης απασχόλησης.

Πρώτη σύμβαση από την οποία πρέπει αυτή να διαχωρισθεί είναι η σύμβαση ορισμένου χρόνου. Η τελευταία αφορά τη χρονική *διάρκεια* της σύμβασης συγκαθορίζοντας έτσι και τον *τρόπο λήξης* της, ήτοι η πάροδος της συμφωνηθείσης ορισμένης διάρκειας (όχι δηλαδή με τακτική καταγγελία όπως συμβαίνει στην αορίστου χρόνου). Αντιθέτως, η ιδιαιτερότητα της μερικής απασχόλησης έγκειται στην μειωμένη *ποσότητα*⁹ εργασίας που προβλέπει, το πόσο συχνά δηλαδή οφείλει να παρέχει ο εργαζόμενος τη συμφωνημένη εργασία, υπολογιζόμενη επί τη βάση μίας συγκεκριμένης χρονικής μονάδας (λόγου χάρι 20 ώρες την εβδομάδα ή 3 ώρες την ημέρα ή 10 ημέρες το μήνα). Συνεπώς, οι δυο αυτές έννοιες ρυθμίζουν ζητήματα στα πλαίσια της εργασιακής σχέσεως, εντελώς διαφορετικά. Η σύμβαση μερικής απασχόλησης δύναται επομένως να συμφωνείται ως αόριστης (πχ 5 ώρες την εβδομάδα για αόριστη διάρκεια, *σύμβαση μερικής απασχόλησης αορίστου χρόνου*) ή ορισμένης διάρκειας (πχ 8 ημέρες το μήνα για 2 έτη, *σύμβαση μερικής απασχόλησης ορισμένου χρόνου*).

Η σύμβαση εποχιακής εργασίας χαρακτηρίζεται από τη σύναψη *αυτοτελών* συμβάσεων εργασίας σε συγκεκριμένη περίοδο του χρόνου, κυρίως επειδή τότε μόνον έχει νόημα η παροχή της εργασίας για τον εργοδότη (πχ ξενοδοχειακές επιχειρήσεις σε τουριστικές περιοχές), σε αντίθεση με τη σύμβαση μερικής απασχόλησης, η οποία είναι μία *ενιαία* σύμβαση, η οποία καλύπτει αόριστο ή ορισμένο χρονικό διάστημα. Επιπλέον, στην εποχιακή εργασία απουσιάζει το υποκειμενικό στοιχείο της *πρόθεσης διαρκούς απασχόλησης*¹⁰ στον ίδιο εργοδότη, πράγμα που εντοπίζεται στη μερική απασχόληση. Το ενιαίο του ενοχικού υποβάθρου είναι βέβαια κατά βάση το στοιχείο που ανάγεται σε ειδοποιό διαφορά μεταξύ των δύο εννοιών.

Τέλος, η προσωρινή απασχόληση διαφέρει ως προς τη μερική κυρίως όσον αφορά το πρόσωπο του εργοδότη. Έτσι, ο προσωρινά απασχολούμενος «διατίθεται» από τον άμεσο εργοδότη του (κυρίως ΕΠΑ) σε έναν άλλον, έμμεσο εργοδότη, με τον οποίον δε συνδέεται κατά νομική ακριβολογία συμβατικά, υποχρεούται όμως σύμφωνα με τη σύμβαση με τον άμεσο εργοδότη να παρέχει την εργασία σε αυτόν (κατά την ορθότερη άποψη πρόκειται για

γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου). Όπως και στην εποχιακή, ούτε στην προσωρινή σκοπείται η διαρκής απασχόληση του εργαζομένου σε συγκεκριμένο εργοδότη, αλλά η διάθεσή του σε περισσότερους. Η *διάσπαση της εργοδοτικής ιδιότητας* συνιστά την ιδιαιτερότητα της άτυπης αυτής σύμβασης και όχι η συχνότητα της παρεχόμενης εργασίας.

Σύναψη - τύπος

Κατά παρέκκλιση από τη γενική αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών (158 ΑΚ), ο νόμος ορίζει τον έγγραφο ως συστατικό τύπο της σύμβασης μερικής απασχόλησης. Πρόκειται συνεπώς για *τυπική* δικαιοπραξία, εφόσον η τήρηση του τύπου αποτελεί προϋπόθεση του κύρους της. Ζήτημα είχε τεθεί ως προς τις ακριβείς συνέπειες της μη τήρησής του, καθώς υποστηρίχθηκε ότι η ακυρότητα λόγω μη τήρησής του τύπου αφορά μόνον το χρόνο εργασίας σύμφωνα με τη νομολογία¹¹ -όχι τη σύμβαση ως όλον- και έτσι καταρτίζεται νομότυπα σύμβαση εργασίας πλήρους απασχόλησης, στο βαθμό που για την τελευταία δεν επιβάλλεται η τήρησή του. Το προαναφερθέν έννομο αποτέλεσμα επέρχεται αναπόδραστα στην περίπτωση κατά την οποία εργοδότη και εργαζόμενο συνδέει μία ήδη υφιστάμενη σύμβαση εργασίας (εφόσον ο νόμος επιτρέπει τη συμφωνία για μερική απασχόληση όχι μόνο κατά την κατάρτιση της σύμβασης εργασίας, αλλά και *κατά τη διάρκειά της*), οπότε και διατηρείται η ισχύς της προϋπάρχουσας. Σε αντίθετη, όμως, περίπτωση βάσει πάλι του ΑΠ¹², δεν ιδρύεται εγκύρως συμβατικός δεσμός και η πραγματική σχέση που δημιουργείται μεταξύ εργαζομένου και εργοδότη μόνον ως *σχέση* και όχι σύμβαση εργασίας μπορεί να χαρακτηρισθεί. Η βασικότερη συνέπεια αυτού συνίσταται στο ότι ο εργαζόμενος εξωδικαιοπρακτικά μόνον δύναται να επιδιώξει την ικανοποίηση των τυχόν αξιώσεών του κατά του εργοδότη και δη βάσει των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού (904 ΑΚ επ.), με όλες τις δυσχέρειες που συνεπάγεται αυτό σε σχέση με την άμεση, συμβατική αξίωση¹³. Η συγκεκριμένη θέση του ΑΠ επικρί-

⁹ ό.π. Δούκα, σελ. 122

¹⁰ ό.π. Δούκα, σελ. 122

¹¹ ΑΠ 917/2006. Δελτίο Εργατικής Νομοθεσίας (ΔΕΝ), 2007, σελ. 209· ΑΠ 114/1964 ΕΕργΔ, τόμος 23, σελ. 342

¹² ΑΠ 1770/2002, ΔΕΝ, τόμος 59, σελ. 738

¹³ Για την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού βλ. αναλυτικότερα, ό.π. Ζερδελής, σελ. 274

θηκε από τη θεωρία¹⁴, με βασικότερο επιχείρημα το γεγονός ότι η μη τήρηση του τύπου φέρνει τον εργαζόμενο σε δυσμενέστερη θέση, παρότι αυτός θεσπίστηκε για την προστασία του. Το πρόβλημα, βέβαια, αυτό το επέλυσε ο ν. 3846/2010, ο οποίος αναγνώρισε άμεση αξίωση στην περίπτωση των μερικώς απασχολούμενων και για τους εργαζόμενους, οι οποίοι συνδέονται με «σχέση εργασίας» με τον εργοδότη. Έτσι καθίσταται για τους τελευταίους δυνατή η επιδίωξη των αξιώσεων τους χωρίς να είναι απαραίτητη η προσφυγή στις ΑΚ 904 επ, εφόσον αυτές πλέον κατοχυρώθηκαν *ex lege*.

Επιπλέον, προβλέπεται υποχρέωση του εργοδότη να προβεί εντός οκτώ ημερών από τη σύναψη της σύμβασης σε γνωστοποίησή της στην κατά τόπον Επιθεώρηση Εργασίας. Υπήρχε αμφισβήτηση παλαιότερα σχετικά με το αν η παράλειψη της ως άνω υποχρέωσης επέσυρε την ακυρότητα της σύμβασης ή όχι. Πλέον ο ίδιος ο νόμος ορίζει ότι δε θίγεται το κύρος της, αλλά δημιουργείται απλώς (μαχητό) *τεκμήριο πλήρους απασχόλησης*, οπότε και ο εργοδότης φέρει το βάρος της αποδείξεως του αντιθέτου.

Αποδοχές και αρχή ίσης μεταχείρισης

Εννοιολογικό γνώρισμα της μερικής απασχόλησης αποτελεί, όπως προαναφέρθηκε, το *ανάλογα μειωμένο των αποδοχών* σε σχέση με αυτές των πλήρως απασχολούμενων. Η ανάλογη αυτή μείωση συνιστά άμεση απόρροια του μειωμένου ωραρίου του εργαζομένου. Η σύμβαση εργασίας κατατάσσεται στις γνησίως αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, η δε παροχή της εργασίας τελεί σε *στενή ανταλλακτική σχέση* με το μισθό. Επόμενο είναι λοιπόν, ενόψει της άρρηκτης αυτής διασύνδεσης παροχής - αντιπαροχής, να δικαιούται ο εργαζόμενος αναλογικά μικρότερο μισθό, κατ' εφαρμογή και της αρχής *pro rata temporis*¹⁵. Έτσι, ακόμα και στην περίπτωση που ο εργοδότης συμφωνήσει με τον εργαζόμενο την καταβολή του κανονικού μισθού - παρότι ο τελευταίος εργάζεται με μειωμένο ωράριο - δεν υφίσταται σύμβαση μερικής απασχόλησης, αλλά σύμβαση πλήρους απασχόλησης με περιορισμένα χρονικά όρια, όπως έχει κρίνει η νομολογία¹⁶,

εφόσον θεωρείται ότι ο εργαζόμενος δεν χρήζει εν προκειμένω της αυξημένης προστασίας που προβλέπει ο νόμος για τους μερικώς απασχολούμενους.

Η παραπάνω διαφοροποίηση στη μισθολογική αντιμετώπιση πλήρως - μερικώς απασχολούμενων θεωρείται επιβεβλημένη, λόγω ακριβώς του μικρότερου χρόνου εργασίας των τελευταίων. Τέτοια όμως δεν επιτρέπεται, αν στηρίζεται όχι μόνο στην ποσότητα, αλλά και στην ποιότητα της παρεχόμενης εργασίας. Οι μερικώς απασχολούμενοι παρέχουν την ίδια ακριβώς εργασία, απλώς σε μικρότερο χρόνο από τους πλήρως απασχολούμενους. Συνεπώς, όπως επισημαίνεται πιο πάνω, δικαιούνται το ίδιο ωρομίσθιο με τους συγκρίσιμους εργαζομένους. Για παράδειγμα, αν σε μία επιχείρηση εργάζονται δύο λογιστές, ο Α κατά πλήρες ωράριο (6 ημέρες την εβδομάδα), ενώ ο Β 3 ημέρες την εβδομάδα. Αν το ημερομίσθιο που προβλέπεται για την εργασία τους (πχ από επιχειρησιακή ΣΣΕ), ανέρχεται στο ποσό των 50€, ο μ. Α δικαιούται (6x50=300) 300€, ο δε Β (3x50=150) 150€. Δεν είναι νόμιμη, όμως, η πρόβλεψη ότι για τους μερικώς απασχολούμενους το ημερομίσθιο ορίζεται στα 45€, καθώς η *ποιότητα* της εργασίας είναι η *ίδια*. Το γεγονός ότι αυτοί απασχολούνται λιγότερες ώρες δε μπορεί να δικαιολογήσει μια τέτοια διαφοροποίηση, καθώς οι αποδοχές τους είναι *ήδη* μειωμένες για το λόγο αυτό.

Ανακύπτει, επομένως, ένα σημαντικό ζήτημα στο δίκαιο της μερικής απασχόλησης, ήτοι η *ίση μεταχείριση*¹⁷ των μερικώς με τους πλήρως απασχολούμενους. Ο εργοδότης, (όπως εξάλλου και ο νομοθέτης, οι συνδικαλιστικοί φορείς κτλ) διαθέτει μέσω του διευθυντικού δικαιώματος εξουσία θέσπισης συλλογικών ρυθμίσεων, στις οποίες υπόκειται αόριστος αριθμός προσώπων - οι εργαζόμενοι. Προκύπτει έτσι η ανάγκη οριοθέτησης και περιορισμού του διευθυντικού δικαιώματος. Δεν πρέπει κανείς, παρ' όλ' αυτά, να λησμονεί ότι η εξουσία αυτή παραχωρήθηκε σε αυτόν κατ' ενάσκηση της συμβατικής ελευθερίας των εργαζομένων, οι οποίοι με τη σύμβαση, υπήχθησαν εκουσίως σε αυτήν και απολαμβάνουν έναντι αυτού τη νόμιμη αντιπαροχή. Η διαπραγματευτική ανισότητα όμως του εργαζομένου έναντι του εργοδότη, η δομική αυτή ανισορροπία που διέπει το σύνολο των εργασιακών σχέσεων και καθιστά πολύ συχνά τον εργαζόμενο

¹⁴ Βλ. *Κουκιάδης Ιωάννης*, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Σάκκουλα, 2014, σελ. 522

¹⁵ *ό.π.*, *Κουκιάδης*, σελ. 525

¹⁶ ΑΠ 316/1993 ΔΕΝ, 1993, σελ. 987· ΑΠ 170/1991, ΔΕΝ, 1991, σελ. 999

¹⁷ Η αρχή αυτή γίνεται δεκτή και από τη νομολογία, βλ. ΑΠ, 629/1969, ΕΕργΔ, τόμος 29, σελ. 229

έρμαιο των εργοδοτικών συμφερόντων, επιβάλλει τη στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων. Η αρχή λοιπόν αυτή λειτουργεί ως ένα εκ των εργαλείων που έχει στη διάθεση του ο εφαρμοστής του δικαίου προς ισοστάθμιση των αντιτιθέμενων δικαιωμάτων. Η τελευταία επιτάσσει κατά βάση την *αποτροπή των αυθαίρετων επιλογών και διαφοροποιήσεων* από εργοδοτικής πλευράς. Η αρχή της μη διάκρισης μερικώς - πλήρως απασχολούμενων ενσωματώνεται στην οδηγία 97/81, ενώ το εθνικό δίκαιο, παρόλο που δεν την κατοχυρώνει ρητά, υιοθετεί την εν λόγω αρχή με επιμέρους ρυθμίσεις (όπως για την άδεια, την προσαύξηση του ωρομισθίου για αργίες για τους μερικώς απασχολούμενους κτλ).

Πεδίο εφαρμογής της εν λόγω αρχής είναι βασικά οικειοθελείς παροχές του εργοδότη, από την χορήγηση των οποίων αποκλείει αυθαίρετα τους μερικώς απασχολούμενους. Όταν δηλαδή, παρότι οι πλήρως και μερικώς απασχολούμενοι βρίσκονται σε *ουσιωδώς όμοιες καταστάσεις*, τυχάνουν *ανόμοιας - δυσμενέστερης μεταχείρισης*. Επιβάλλεται δικαιϊκά δηλαδή η *αναλόγως*¹⁸ ίση μεταχείρισή τους. Βέβαια, δεν αποκλείεται το εργασιακό καθεστώς τους ως μερικώς απασχολούμενων να δημιουργεί μία κατάσταση, η οποία εν τέλει τους οδηγεί σε *ουσιωδώς ανόμοια* κατάσταση σε σχέση με τους πλήρως απασχολούμενους, οπότε και μια δυσμενέστερη μεταχείριση κρίνεται δικαιολογημένη. Μόνο λοιπόν τη συνδρομή ενός *αντικειμενικού λόγου*¹⁹ νοείται κατάφαση μιας τέτοιας παρεκκλίσεως. Ως παράμετρος για τον καθορισμό του ουσιωδώς ομοίου ή ανόμοιου μίας καταστάσεως με μια άλλη λειτουργεί ο ειδικός *σκοπός της παροχής*²⁰. Έτσι, διδάσκεται, ότι η εξαίρεση των μερικώς απασχολούμενων από επιδόματα πολυετίας, επίδομα πτυχίου και οικογενείας, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης, εφόσον χορηγείται ως αντάλλαγμα για την παρασχεθείσα εργασία, το δε μικρότερο ωράριο δεν στοιχειοθετεί έναν αντικειμενικό λόγο αποκλεισμού τους. Απεναντίας, η μη χορήγηση επιδόματος ανθυγιεινής εργασίας σε μερικώς απασχολούμενους, με την αιτιολογία ότι η απασχόληση για μικρότερο διάστημα αποδεδειγμένα δεν ελλοχεύει

κινδύνους για την υγεία των εργαζομένων -σε αντίθεση με αυτούς που απασχολούνται κατά πλήρες ωράριο- μπορεί να δικαιολογήσει απόκλιση από τη συγκεκριμένη αρχή.²¹

Διευθυντικό δικαίωμα και μερική απασχόληση

Καταρχάς, δεν θεωρείται απαραίτητη η ύπαρξη κάποιου αντικειμενικού λόγου, δικαιολογούντος τη συνομολόγηση σύμβασης μερικής απασχόλησης, όπως αντίθετα γίνεται δεκτό στη σύμβαση ορισμένου χρόνου. Η σύναψη της πρώτης υποστηρίζεται ότι ενέπιπτε ανέκαθεν στη συμβατική ελευθερία (361 ΑΚ), ο δε ν.1892/1990 εισήγαγε επιπλέον προστατευτικές ρυθμίσεις για τους μερικώς απασχολούμενους. Καθεστώς, επιπλέον, μερικής απασχόλησης μπορεί να εγκαθιδρυθεί εγκύρως *μόνον με συμφωνία* εκάτερων των μερών. Η μονομερής αναπροσαρμογή του χρόνου εργασίας δεν εμπεριέχεται στις εξουσίες του διευθυντικού δικαιώματος, αφού με αυτό ο εργοδότης δύναται να καθορίζει -εντός των πλαισίων της σύμβασης- το ειδικότερο περιεχόμενο της κύριας υποχρεώσεως του εργαζόμενου, δηλαδή την παροχή εργασίας. Χαρακτηρίζεται λοιπόν από μία *λειτουργία εξειδικευτική*²² της υποχρέωσης του εργαζομένου, ουδόλως όμως επιτρέπεται ο εργοδότης να μεταβάλλει τη δική του υποχρέωση (το μισθό) μέσω της ασκήσεως του ως άνω δικαιώματος. Αντίθετα, ο εργοδότης *δύναται*, κατ' ενάσκηση του διευθυντικού δικαιώματος, να προσδιορίζει τις συγκεκριμένες ώρες ή ημέρες εβδομαδιαίως κατά τις οποίες η οφειλόμενη εργασία είναι *εκπληρωτέα*, χωρίς να μειώνει το συμφωνηθέντα χρόνο.

Εκ περιτροπής εργασία

Υπάρχει, ωστόσο, μία περίπτωση κατά την οποία ο εργοδότης μπορεί να μεταβάλλει μονομερώς το χρόνο εργασίας. Πρόκειται για την *εκ περιτροπής εργασία*. Ο εργαζόμενος προσέρχεται δηλαδή λιγότερες ημέρες ανά εβδομάδα στην εργασία, αλλά κατά πλήρες ωράριο. Πρόκειται κατ' ουσίαν για μορφή μερικής απασχόλησης. Ειδικότερα, εφόσον έχουν περιοριστεί οι δραστηριότητες του και προέβη σε διαβούλευση με τους εκπροσώπους των εργαζομένων, ο εργοδότης δικαιούται, *προς αποφυγήν απολύσεων*, να επιβάλει σύστημα

¹⁸ Βλ. *Λεβέντης Γεώργιος*, Μερική απασχόληση και εκ περιτροπής εργασία κατά τον ν. 2639/1998, ΔΕΝ, 1999, σελ. 85-88

¹⁹ ό.π. *Brügge*, σελ. 280

²⁰ Βλ. *Ζερδελής Δημήτριος*, Η αρχή της ίσης μεταχείρισης, ΔΕΝ, 1997, σελ. 1393

²¹ ό.π. *Δούκα*, σελ. 326

²² ό.π. *Κουκιάδης*, σελ. 467

εκ περιτροπής εργασίας, χωρίς να μπορεί η διάρκεια του να υπερβαίνει τους εννέα μήνες. Με την εν λόγω ρύθμιση ενσωματώνεται στο νόμο η αρχή της *ultima ratio* (έσχατο μέσο), η οποία ισχύει γενικότερα στο δίκαιο της καταγγελίας. Προκειμένου δηλαδή να αποφευχθεί το χειρότερο, δηλαδή η απόλυση, ο εργοδότης επιβάλλει στο προσωπικό του ένα ηπιότερο μέσο. Η απόλυση δηλαδή παραμένει ακριβώς το «έσχατο μέσο», η τελευταία λύση αφού όλα τα ελαφρύτερα μέσα αποτύχουν. Σημαντικό είναι να διακρίνει κανείς την εκ περιτροπής εργασία από τη *διαθεσιμότητα*. Βάσει της δεύτερης, ο εργοδότης, εφόσον και πάλι αντιμετωπίζει περιορισμό των δραστηριοτήτων του, μπορεί να *αναστείλει* τις εργασιακές σχέσεις για διάστημα που δεν υπερβαίνει τους τρεις μήνες ετησίως, μειώνοντας αντίστοιχα και τις αποδοχές των εργαζομένων στο ήμισυ. Σκόπιμο είναι να επισημανθεί ότι και οι δύο παραπάνω ρυθμίσεις συνιστούν *έκτακτα συλλογικά μέτρα*, τα οποία κατατείνουν στην προστασία των θέσεων των εργαζομένων και όχι της επιχειρηματικής δραστηριότητας του εργοδότη²³. Ο νομοθέτης επιδιώκει να δημιουργήσει ένα επιπλέον «στρώμα» προστασίας της υπόστασης των θέσεων εργασίας, διευρύνοντας κατ' εξαίρεση τις εξουσίες του διευθυντικού δικαιώματος, προκειμένου να υποχρεούται ο εργοδότης να προσφεύγει σε αυτά τα ηπιότερα, καίτοι επαχθή, μέτρα πριν προβεί στην απόλυση.

Ουσιαστικός περιορισμός απολύσεως

Μία ακόμα έκφανση της νομοθετικής πρόνοιας για την προστασία των μερικώς απασχολούμενων έναντι των τυχόν εργοδοτικών αυθαιρεσιών αποτυπώνεται στην παρ.6 του άρθρου 38 του ν. 1892/1990. Συγκεκριμένα, ορίζεται ότι η απόλυση που έλαβε χώρα λόγω άρνησης του εργαζομένου να μετατραπεί η σύμβαση πλήρους σε μερικής απασχόλησης, είναι άκυρη. Πρόκειται για τις περιπτώσεις, όπου η πρόταση του εργοδότη αυτή ερείδεται αποκλειστικά και μόνο στην επιθυμία του να μειώσει τα λειτουργικά έξοδα της επιχειρήσεώς του. Η ακυρότητα της απολύσεως φυσικά είναι σχετική, ο δε εργαζόμενος οφείλει να την προσβάλει εντός τριμήνου και επωμίζεται το βάρος να αποδείξει ότι η καταγγελία είχε ως λόγο την άρνησή του. Η απόλυτη διατύπωση της συγκεκριμένης διάταξης αφήνει να εννοηθεί ότι κάθε απόλυση που

γίνεται υπό τις προαναφερθείσες συνθήκες είναι άκυρη. Ωστόσο, από το σύνολο των κανόνων του Εργατικού Δικαίου, προκύπτει η αρχή που αναφέρθηκε προηγουμένως: αυτή της *ultima ratio*. Ο εργοδότης υποχρεούται δηλαδή να προσφεύγει σε κάθε ηπιότερο της απόλυσης μέτρο, πριν προβεί σε αυτήν, άλλως είναι άκυρη ως καταχρηστική (281 ΑΚ). Τέτοιο ηπιότερο μέτρο είναι και το καθεστώς μερικής απασχόλησης. Εάν λοιπόν αποδειχθεί ότι η τροπή της σύμβασης σε μερικής απασχόλησης αποτελούσε το ηπιότερο μέτρο πριν την απόλυση και ο εργοδότης απηύθυνε σχετική πρόταση στον εργαζόμενο, η απόλυση είναι νόμιμη²⁴. Συνήθως η πρόταση αυτή προσλαμβάνει τη νομική μορφή της *τροποποιητικής καταγγελίας*, την καταγγελία δηλαδή της σύμβασης υπό την αναβλητική αίρεση της μη αποδοχής της προτεινόμενης τροποποίησης της σύμβασης.

Καταχρηστικές ρήτρες

Ο εργοδότης συχνά προσπαθεί εκ των προτέρων, ήδη κατά τη σύναψη της σύμβασης, όπου ο ίδιος διαθέτει και τη διαπραγματευτική υπεροχή, να εξασφαλίσει στον εαυτό του κάποιες εξουσίες μέσω ρητρών, τις οποίες δε θα είχε αν δεν ορίζονταν ρητά στη σύμβαση. Διαμορφώνει λοιπόν ένα *ειδικό*²⁵, το οποίο αντιδιαστέλλεται με το *γενικό* διευθυντικό δικαίωμα. Γεννάται επομένως το ζήτημα εάν συννόμως ή όχι διευρύνει σε κάθε περίπτωση τις εξουσίες του ο τελευταίος. Καθίσταται λοιπόν αναγκαίος ένας έλεγχος των εν λόγω ρητρών, βασικότερη παράμετρος για τον οποίο αποτελεί η γενική ρήτρα της *καλής πίστωσης* (281, 288 ΑΚ). Η τελευταία επιτάσσει την εύλογη λήψη υπόψη των δικαιολογημένων συμφερόντων της άλλης πλευράς και προασπίζει την αρμονία δικαιωμάτων και υποχρεώσεων στα πλαίσια μίας σύμβασης. Ο χαρακτήρας μάλιστα της σύμβασης εργασίας ως *διαρκούς* ενοχικής σχέσεως, επιτείνει την αυστηρότητα του ελέγχου, αφού σε αυτές η ένταση των εκατέρωθεν δεσμεύσεων είναι πολύ εντονότερη απ' ό,τι σε στιγμιαίες συμβάσεις.

Χαρακτηριστική περίπτωση καταχρηστικής ρήτρας είναι αυτή που διευρύνει υπέρμετρα τις εξουσίες του διευθυντικού δικαιώματος, παρέχοντάς του την ευχέρεια να μεταβάλλει, ανάλογα με τις ανάγκες της επιχειρήσεως, το χρόνο εργασίας

²⁴ ΑΠ, 847/1996, ΔΕΝ, τόμος 54, σελ. 1578

²³ Για διάκριση διαθεσιμότητας - εκ περιτροπής εργασίας βλ. αναλυτικότερα, Δούκα, σελ. 238

²⁵ Βλ. Ζερδελής Δημήτριος, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, Σάκκουλα, 2005, σελ. 165

του εργαζομένου.. Επιβάλλοντας μικρότερο χρόνο εργασίας στον εργαζόμενο ο εργοδότης, μειώνει ταυτόχρονα και το ύψος του μισθού που οφείλει να καταβάλλει και άρα η συγκεκριμένη άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος κείται εκτός των ορίων της συμβάσεως, οπότε και είναι παράνομη. Επειδή ακριβώς ο χρόνος εργασίας ανήκει στα *ουσιώδη στοιχεία*²⁶ της σύμβασης, μια τυχόν δυνατότητα τροποποίησης του θα επέφερε συθέμελη ανατροπή της σύμβασης που ενσωματώνει την εκπροσμημένη βούληση των μερών. Μία τέτοια ρήτρα, συνεπώς, θα ήταν *άκυρη*, ο δε εργαζόμενος δεν οφείλει να συνταχθεί με την εντολή του εργοδότη και δικαιούται συγχρόνως να θεωρήσει την εντολή αυτή ως *καταγγελία*, εφόσον ο εργοδότης επιφέρει έτσι *μονομερή βλαπτική μεταβολή* στους όρους της σύμβασης εργασίας (κατ' άρθρο 7 του ν. 2112/1920) και να αξιώσει την καταβολή της νόμιμης αποζημίωσης. Η εν λόγω άποψη υιοθετείται τόσο από την ελληνική²⁷, όσο και τη γερμανική²⁸ θεωρία. Μόνη εξαίρεση αποτελεί φυσικά, όπως αναφέρθηκε πιο πάνω, η υπό προϋποθέσεις επιβολή καθεστώτος εκ περιτροπής εργασίας.

Συχνά ο εργοδότης διαθέτει ένα κατ' αντικειμενική κρίση δικαιολογημένο επαγγελματικό συμφέρον να εργάζεται εργαζόμενός του αποκλειστικά σε αυτόν και όχι σε περισσότερους εργοδότες. Το συμφέρον αυτό αποτυπώνεται συμβατικά με τη μορφή της ρήτρας απαγόρευσης παράλληλης απασχόλησης, η οποία έχει σημασία ιδίως στη μερική απασχόληση, όπου ο εργαζόμενος δεν εργάζεται κατά πλήρες ωράριο και διαθέτει χρόνο για να εργαστεί σε άλλη επιχείρηση. Τέτοιο επαγγελματικό συμφέρον συντρέχει όμως μόνον όταν αυτό είναι πράγματι άξιο προστασίας, δηλαδή *δικαιολογημένο*, όπως όταν ο εργαζόμενος κατέχει καίριας σημασίας θέσεις στην επιχείρηση του εργοδότη, επιτρέποντάς του πρόσβαση σε απόρρητα της επιχείρησης ή όταν η παράλληλη απασχόληση του εργαζομένου παρακωλύει την προσήκουσα εκτέλεση της εργασίας του²⁹. Σε κάθε άλλη περίπτωση πρέπει να θεωρείται ότι τέτοια ρήτρα είναι άκυρη ως καταχρηστική, αφού υπερβαίνει καταφανώς τα όρια της καλής πίστωσης, η οποία επιβάλλει την εύλογη προστασία και του συμφέροντος της άλλης

πλευράς, ήτοι το δικαίωμα του εργαζομένου να εργάζεται και σε άλλον εργοδότη, εφόσον φυσικά ο συνολικός χρόνος εργασίας δεν υπερβαίνει τα νόμιμα όρια.

Επίλογος

Η νομοθετική στάθμιση των συμφερόντων διαφαίνεται, λοιπόν, σε κάθε στάδιο της εργασιακής σχέσης. Σκοπός δεν είναι βέβαια μόνον η *νομική* κατοχύρωση της έννομης θέσης των εργαζομένων, αλλά και η *πραγματική* διασφάλιση των δικαιωμάτων τους. Κρατικοί θεσμοί, λοιπόν, όπως η Επιθεώρηση Εργασίας αποτελούν ακρογωνιαίό λίθο για την εν τοις πράγμασιν επιβολή του Δικαίου και την προστασία των εργαζομένων, οι οποίοι ως ασθενέστερα μέρη της σύμβασης είναι πιο επιρρεπείς σε προσβολές.

²⁶ ό.π. Ζερδελής, Καταχρηστικοί, σελ. 171

²⁷ ό.π. Ζερδελής, Ατομικές, σελ.366

²⁸ Βλ. *Preis Ulrich, Arbeitsrecht*, Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 2003, σελ. 451

²⁹ ό.π. Ζερδελής, Καταχρηστικοί, σελ. 128

Το ζήτημα της απαγόρευσης διακρίσεων λόγω θρησκείας στον εργασιακό χώρο με βάση την απόφαση C-157/15, G4S Secure Solutions του ΔΕΕ

Ελευθεριάδου Βέρα
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Όσον αφορά την ύπαρξη έμμεσης διάκρισης, παρατηρώντας την νοοτροπία που επικρατεί σήμερα ως προς την εκδήλωση των διαφόρων θρησκευτικών πεποιθήσεων, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι αυτή η απαγόρευση της συγκεκριμένης επιχείρησης, πράγματι, φέρει, έμμεσα, τους μουςουλμάνους, σε μια μειονεκτική θέση σε σχέση με τους πιστούς άλλων θρησκειών.»

Η απόφαση C-157/15, G4S Secure Solutions του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης θέτει το πλαίσιο, μέσα στο οποίο πρέπει να εξετάζονται ζητήματα ερμηνείας των ευρωπαϊκών οδηγιών αναφορικά με την ίση μεταχείριση και την απαγόρευση διακρίσεων λόγω θρησκευτικών πεποιθήσεων στον εργασιακό χώρο.

Πραγματικά περιστατικά της απόφασης

Η Samira Achbita, μουςουλμανικού θρησκευματος, προσλήφθηκε, τον Φεβρουάριο του 2003, από την επιχείρηση G4S ως υπάλληλος υποδοχής. Η συγκεκριμένη επιχείρηση, στο πεδίο του αντικειμένου της, περιελάμβανε και την παροχή υπηρεσιών υποδοχής σε πελάτες του δημοσίου και ιδιωτικού τομέα. Μεταξύ άλλων, στην επιχείρηση εφαρμόζονταν ένας άγραφος κανόνας, ο οποίος επέβαλλε στους εργαζομένους την αποφυγή χρήσης στον χώρο εργασίας εμφανών συμβόλων πολιτικών, φιλοσοφικών ή θρησκευτικών πεποιθήσεων τους.¹

Η S. Achbita, επιθυμώντας να φορά τη μουςουλμανική μαντίλα, που προέβλεπε η θρησκεία της για τις γυναίκες, στο χώρο εργασίας της, ενημέρωσε τον Απρίλιο του 2006 τον εργοδότη της, σχετικά με

αυτή την πρόθεση της. Η απάντηση από την επιχείρηση ήταν αρνητική, καθώς μία τέτοια ενέργεια θα αντέβαινε στην πολιτική ουδετερότητας που είχε υιοθετήσει απέναντι στους πελάτες της.

Μετά από μία σύντομη διακοπή της εργασίας της, λόγω ασθένειας, η S. Achbita γνωστοποίησε στον εργοδότη της ότι θα επιστρέψει στην εργασία της στις 15 Μαΐου 2006 και ότι θα καθιερώσει την μουςουλμανική μαντίλα κατά το χρόνο εργασίας της. Δύο εβδομάδες αργότερα, μετά από έγκριση του συμβουλίου της επιχείρησης, τροποποιήθηκε ο εσωτερικός κανονισμός και με την θέση του σε ισχύ, από τον Ιούνιο του ίδιου έτους, προέβλεπε ότι «απαγορεύεται στους εργαζομένους να φορούν στο χώρο εργασίας εμφανή σύμβολα των πολιτικών, φιλοσοφικών ή θρησκευτικών πεποιθήσεων τούς ή να ασκούν οποιαδήποτε πρακτική απορρέει από τις πεποιθήσεις αυτές».²

Ως συνέπεια της διαρκούς χρήσης της μουςουλμανικής μαντίλας στο χώρο εργασίας, η S. Achbita απολύθηκε τον ίδιο μήνα από την επιχείρηση. Την απόφαση απολύσεως της προσέβαλε ενώπιον των βελγικών δικαστηρίων.

¹ Κρίση του Δικαστηρίου, Διαθέσιμο στο: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0157&from=EN>

² όπως ακριβώς, Υπηρεσία Τύπου και Πληροφόρησης, Ανακοινωθέν Τύπου, Διαθέσιμο στο: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/cp170030el.pdf>

Νομικά ζητήματα της απόφασης

Αρχή της ίσης μεταχείρισης

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης αποτελεί μία από τις θεμελιωδέστερες αρχές που διέπουν το κοινοτικό δίκαιο και, κατ'επέκταση, τα εθνικά δίκαια των κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η εφαρμογή της προβλέπεται σε μια σειρά νομοθετημάτων και οδηγιών, όπως οι Οδηγίες 2004/113/EK και 76/207/ΕΟΚ.

Υπάρχουν δύο τύποι με τους οποίους εμφανίζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης στις εργασιακές σχέσεις. Ο πρώτος είναι στενά συνδεδεμένος με την γενική αρχή της ισότητας και έχει ως βάση την αρχή της διανεμητικής δικαιοσύνης, σύμφωνα με την οποία πρέπει να υπάρχει ισότιμη κατανομή πόρων, ευκαιριών, κλπ, ενώ ο δεύτερος, ο οποίος μας απασχολεί ιδιαίτερα στο παρόν άρθρο, αφορά ειδικές απαγορεύσεις διακρίσεων που σχετίζονται με προσωπικά γνωρίσματα, όπως το φύλο, οι θρησκευτικές πεποιθήσεις, η ηλικία, κλπ και συνδέονται με την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας.³

Ειδικότερα, τις κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης στην εργασία και την απασχόληση ως προς τα γνωρίσματα που μας απασχολούν προβλέπει και ρυθμίζει η Οδηγία 2000/78. Ρητά ορίζει ότι «πρέπει να απαγορεύεται σε όλη την Κοινότητα κάθε άμεση ή έμμεση διάκριση λόγω θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού στους τομείς που καλύπτονται από αυτή.»⁴ Τις διακρίσεις που αφορούν την φυλετική ή εθνοτική καταγωγή ενός ατόμου ρυθμίζει αντίστοιχα η Οδηγία 2000/43/EK.⁵

Απαγόρευση διακρίσεων

Όπως ήδη αναφέρθηκε, στο υπό εξέταση ζήτημα, αυτό που, κυρίως, μας απασχολεί είναι οι ειδικές απαγορεύσεις διακρίσεων που προβλέπονται στα προαναφερθέντα νομοθετήματα και όχι η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης που βασίζεται στην

αρχή της ισότητας. Παρά το γεγονός, ότι η απόφαση δεν εμπεριέχει κάποια συγκεκριμένη αναφορά στο στοιχείο αυτό, είναι αναγκαίο να γίνει αντιληπτή η διάκριση μεταξύ απαγόρευσης διακρίσεων και γενικής αρχής της ισότητας, καθώς πρόκειται για διαφορετικούς θεσμούς, με ξεχωριστή νομική βάση και σκοπό.

Αναλυτικότερα, η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης αποτελεί εκδήλωση της αρχής της διανεμητικής δικαιοσύνης, ενώ η απαγόρευση διακρίσεων είναι έκφραση της αρχής της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Η πρώτη μπορεί να εφαρμοστεί, κατά βάση, μόνο στο στάδιο των προσλήψεων, ενώ αντίθετα, η απαγόρευση διακρίσεων εκτείνεται σε κάθε φάσμα της εργασιακής σχέσης. Έχει δηλαδή ευρύτερο πεδίο εφαρμογής. Από την άλλη πλευρά, οι λόγοι που επιτάσσουν την εφαρμογή της γενικής αρχής της ίσης μεταχείρισης διευρύνονται συνεχώς, σε αντίθεση, με τους λόγους που οδηγούν στην αξιοποίηση της απαγόρευσης διακρίσεων, οι οποίοι αναφέρονται περιοριστικά στις κοινοτικές Οδηγίες.⁶

Οφέλιμο είναι να αναφέρουμε, στο σημείο αυτό ότι η έννοια της θρησκείας στην Οδηγία αυτή πρέπει να ερμηνεύεται με ευρύ τρόπο, σύμφωνα με το άρθρο 9 της ΕΣΔΑ, η οποία κατοχυρώνει και το δικαίωμα εκδήλωσης των θρησκευτικών πεποιθήσεων.⁷ Το δικαίωμα αυτό προστατεύει και όσους, συνειδητά, απέχουν από την υιοθέτηση συγκεκριμένων θρησκευτικών πεποιθήσεων⁸, ενώ, σύμφωνα με την νομολογία του ΕΔΔΑ, η θρησκεία αποτελεί ένα από τα έξι κριτήρια με την υψηλότερη βαθμίδα αυστηρότητας ελέγχου.⁹

Άμεση και έμμεση διάκριση

Άμεση διάκριση συντρέχει όταν ένα πρόσωπο υφίσταται μεταχείριση λιγότερο ευνοϊκή από

³ Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 141

⁴ όπως ακριβώς, Οδηγία 2000/78/EK, Διαθέσιμη στο : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0078>

⁵ Οδηγία 2000/43/EK, Διαθέσιμο στο : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:el:HTML>

⁶ Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2014, σελ. 183

⁷ C-157/15, ΔΕΕ, Διαθέσιμη στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179082&pageIndex=0&doclang=el&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=193718>

Catherine Barnard, EU Employment Law, Oxford EY Law Library, 2012, σελ. 342

⁸ Catherine Barnard, EU Employment Law, Oxford EU Law Library, 2012, σελ. 341

⁹ Κοφίνης, Η απαγόρευση των διακρίσεων, μεταξύ ισότητας και αξιοπρέπειας, 2014, σελ. 276, διδακτορική διατριβή

αυτή την οποία υφίσταται, υπέστη ή θα υφίστατο σε ανάλογη κατάσταση άλλο πρόσωπο και η αιτία αυτής της μεταχείρισης είναι ένας από τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2000/78.¹⁰ Γίνεται, επομένως, σαφές, ότι, προκειμένου να διαπιστωθεί διάκριση σε βάρος ενός προσώπου, είναι απαραίτητη η προηγούμενη σύγκριση του, με άλλο πρόσωπο, ακόμη κι αν αυτό το πρόσωπο είναι υποθετικό.¹¹

Από την άλλη, διαπιστώνει κανείς την ύπαρξη έμμεσης διάκρισης, όταν μια εκ πρώτης όψεως ουδέτερη διάταξη, κριτήριο ή πρακτική ενδέχεται να προκαλέσει μειονεκτική μεταχείριση ενός προσώπου μιας ορισμένης θρησκείας ή πεποιθήσεων, με μια ορισμένη ειδική ανάγκη, μιας ορισμένης ηλικίας ή ενός ορισμένου γενετήσιου προσανατολισμού σε σχέση με άλλα άτομα.

Ωστόσο, ειδικά για την έμμεση διάκριση, η Οδηγία 2000/78 στο άρθρο 2β) και ι), προβλέπει ότι, σε περίπτωση που την διάκριση αυτή τη δικαιολογεί αντικειμενικά ένας θεμιτός στόχος, του οποίου τα μέσα ανάπτυξης είναι πρόσφορα και αναγκαία, ή όταν υπάρχει υποχρέωση εκ μέρους του εργοδότη ή του οργανισμού στον οποίο απασχολείται το άτομο που παρουσιάζει ένα μειονέκτημα, απορρέουσα από την εθνική νομοθεσία για τη λήψη κατάλληλων μέτρων, δεν υπάρχουν οι καθορισμένες δυσμενείς συνέπειες.¹²

Δικαιολογημένη διάκριση λόγω επαγγελματικών απαιτήσεων (αρ.4, Οδηγία 2000/78)

Στην περίπτωση που το συγκεκριμένο γνώρισμα, στο οποίο βασίζεται η διάκριση που υφίσταται κάποιος, αποτελεί ουσιαστική και καθοριστική επαγγελματική προϋπόθεση, ζήτημα προσβολής της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν συντρέχει.

¹⁰ Οδηγία 2000/78/EK, Διαθέσιμο στο: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0078>

¹¹ Catherine Barnard, EU Employment Law, Oxford EU Law Library, 2012, σελ. 277

Karl Riesenhuber, Europaisches Arbeitsrecht, C.F. Müller, 2009, σελ. 176

Ulrich Preis, Kai Morhenbrodt, Religiöse Symbole am Arbeitsplatz zwischen Gleichbehandlung und unternehmerischer Freiheit-Das Kopftuch im Luxemburg, ZESAR, 2017, σελ. 311

¹² Οδηγία 2000/78/EK, Διαθέσιμο στο: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0078>

Απαραίτητα στοιχεία, για την εφαρμογή αυτής της εξαιρετικής περίπτωσης αποτελούν η νομιμότητα του σκοπού που εξυπηρετείται και η αναλογία της προϋπόθεσης σε σχέση με αυτόν.¹³

Το γεγονός ότι αξιοποιούνται οι φράσεις “καθοριστική προϋπόθεση”, “αναλογικότητα” και “νομιμότητα του σκοπού” μαρτυρά την πρόθεση του νομοθέτη να οριοθετήσει το πεδίο ελεύθερης δράσης του εργοδότη και να θέσει συγκεκριμένες προϋποθέσεις, ώστε να μπορεί να προβεί κάποιος στην χρήση των προαναφερθεισών εξαιρέσεων.¹⁴

Ειδικότερα, ο έλεγχος της αναλογικότητας που επιβάλλει ο κοινοτικός νομοθέτης, εμπεριέχει ακριβώς την εξέταση του σκοπού που υπηρετεί μια διάκριση και η κρίση του ως θεμιτού ή μη, καθώς και ο χαρακτηρισμός των μέσων που χρησιμοποιούνται ως κατάλληλα και αναγκαία.¹⁵ Πρέπει να καταστεί σαφές ότι η δικαιολόγηση μιας διάκρισης αποτελεί εξαιρετική περίπτωση στο κοινοτικό δίκαιο, συνεπώς, πρέπει να αντιμετωπίζεται ως έσχατο μέσο (ultima ratio)¹⁶

Δικαιολογημένη διάκριση με σκοπό την προστασία δικαιωμάτων ή ελευθεριών άλλων (αρ.2 παρ.5 Οδηγία 2000/78)

Σε αυτό το πεδίο εμπίπτουν τα μέτρα που λαμβάνονται με στόχο τον σεβασμό απέναντι στους υπόλοιπους εργαζομένους ή τους πελάτες μιας επιχείρησης και στην επιχειρηματική ελευθερία του εργοδότη. Επειδή όμως τα μέτρα αυτά σχετίζονται με την άσκηση δημόσιας εξουσίας και απαιτούνται συγκεκριμένες προϋποθέσεις, η Γενική Εισαγγελέας Juliane Kokott, απέκλεισε την εφαρμογή του αρ-

¹³ Ζερδελής Δημήτρης, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 208

¹⁴ Οδηγία 2000/78/EK (σκ.23 Προοιμίου), Διαθέσιμο στο: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0078>

¹⁵ C-84/94 (σκ.53), ΔΕΚ, Διαθέσιμη στο: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0084>

¹⁶ Ανατολή Μεντεσίδου, Η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού στον τομέα της απασχόλησης και της εργασίας, ΟΔΓ 2000/43/EK, 2000/78/EK, ν.3304/2005, 2008, σελ. 50, Διαθέσιμο στο: <http://ikee.lib.auth.gr/record/114772/files/GRI-2010-4255.pdf>

θρου αυτού στη συγκεκριμένη περίπτωση.¹⁷

Απόφαση Δικαστηρίου

Το Ακυρωτικό Δικαστήριο Hof Van Cassatie, στο Βέλγιο, που επιλήφθηκε της διαφοράς, απηύθυνε προδικαστικό ερώτημα στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στο εξής ΔΕΕ, ως προς την ερμηνεία της οδηγίας 2000/78, με το οποίο ζητούσε να διευκρινιστεί εάν η απαγόρευση της μουσουλμανικής μαντίλας που απορρέει από εσωτερικό κανόνα ιδιωτικής επιχείρησης συνιστά άμεση δυσμενή διάκριση.

Δεδομένων των προαναφερθέντων, το Δικαστήριο αρχικά εξέτασε την πιθανή ύπαρξη άμεσης διάκρισης και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι, εφόσον η επιβολή ουδέτερης εμφάνισης εκ μέρους της επιχείρησης καταλαμβάνει το σύνολο των εργαζομένων, δεν συνάγεται από την υπόθεση κάποιο στοιχείο που υποδηλώνει άμεση διάκριση λόγω θρησκείας.¹⁸ Το γεγονός ότι ο κανονισμός της επιχείρησης περιελάμβανε και τις πολιτικές ή φιλοσοφικές πεποιθήσεις ενισχύει αυτή τη θέση.¹⁹

Τη βάση για την στήριξη της θέσης ότι η επιβολή αυτού του μέτρου από την επιχείρηση εμπίπτει στο πεδίο της επιχειρηματικής ελευθερίας, έθεσε το άρθρο 16 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου.²⁰

Είναι σημαντικό να επισημανθεί ότι το Δικαστήριο είναι ελεύθερο να γνωμοδοτήσει και για ζητήματα, που δεν εμπίπτουν στο πεδίο του προ-

δικαστικού ερωτήματος. Επομένως, δεν συντρέχει κάποιος περιορισμός και είναι δυνατό η απάντηση να επεκταθεί και σε άλλα πιθανά προβλήματα που θα αντιμετωπίσει ο εθνικός δικαστής.²¹

Επομένως, αναφορικά με την ύπαρξη έμμεσης διάκρισης, το Δικαστήριο τόνισε ότι, σε περίπτωση που διαπιστωθεί κάτι τέτοιο, είναι δυνατόν να δικαιολογηθεί αυτή, αν συντρέχει κάποιος θεμιτός σκοπός, όπως η εφαρμογή πολιτικής ουδετερότητας από την επιχείρηση και αν τα μέσα, όπως προαναφέραμε, είναι κατάλληλα και αναγκαία. Για αυτό, επέστησε την προσοχή του εθνικού δικαστή στην εξακρίβωση της γενικής και αδιάκριτης εφαρμογής της πολιτικής ουδετερότητας από την G4S, αλλά και τον αν, η πολιτική αυτή αφορούσε αποκλειστικά τους εργαζομένους, οι οποίοι έρχονταν σε επαφή με τους πελάτες.²²

Ο προβληματισμός αυτός παρουσιάζει εξαιρετικό ενδιαφέρον, καθώς το Δικαστήριο κάλεσε, επιπροσθέτως, το εθνικό δικαστήριο να εξετάσει αν υπήρχε δυνατότητα να απασχολήσει η επιχείρηση την κ. Achbita, σε θέση που δεν απαιτούσε οπτική επαφή με τους πελάτες. Αν τέτοια δυνατότητα δεν υπήρχε, τότε η απόλυση μιας υπαλλήλου υποδοχής προς εξασφάλιση της πολιτικής ουδετερότητας που πρόσβευε η G4S ήταν απολύτως ανάλογη του σκοπού που εξυπηρετούσε.²³

Σε αντίστοιχη υπόθεση που εξέτασε παράλληλα το ΔΕΕ, έκρινε ότι επιθυμία κάποιου πελάτη να μην του παρέχονται υπηρεσίες του εργοδότη από εργαζόμενο που φορά μουσουλμανική μαντίλα δεν εμπίπτει στην έννοια της ουσιαστικής και καθοριστικής επαγγελματικής προϋπόθεσης που προβάλλει η Οδηγία 2000/78.²⁴ Η θέση αυτή στηρί-

¹⁷ Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα (σ.77-84), Διαθέσιμο στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179082&pageIndex=0&doclang=el&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=193718>

¹⁸ C-157/15 (σκ.32), ΔΕΕ, Διαθέσιμη στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406543>

¹⁹ Προτάσεις Γεν.Εισαγγελέα, Διαθέσιμο στο : Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα (σ.77-84), διαθέσιμο στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179082&pageIndex=0&doclang=el&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=193718>

²⁰ C-157/15, ΔΕΕ, Διαθέσιμο στο : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0157>

²¹ C-157/15, ΔΕΕ, Διαθέσιμη στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406543>

²² C-157/15 (σκ.38,41,42), ΔΕΕ, Διαθέσιμη στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406543>

²³ C-157/15, ΔΕΕ, Διαθέσιμη στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406543>

²⁴ C-188/15, ΔΕΕ, Διαθέσιμη στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188853&pageIndex=0&doclang=el&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406543>

ζεται στην ανάγκη στενής ερμηνείας της παραπάνω έννοιας και στο περιορισμένο πεδίο εφαρμογής της εξαίρεσης.²⁵ Ωστόσο, η Γενική Εισαγγελέας της υπόθεσης που πραγματευόμαστε, Juliane Kokott υποστήριξε σε αυτή την περίπτωση την αντίθετη άποψη, ότι, δηλαδή, ένα αντίστοιχο αίτημα εκ μέρους κάποιου πελάτη μπορεί πράγματι να αποτελέσει ουσιαστική και καθοριστική επαγγελματική προϋπόθεση, με αποτέλεσμα να είναι δικαιολογημένη μια τέτοια διάκριση σε βάρος ενός εργαζομένου. Επιρρωνύοντας αυτή την άποψη, προέβαλε το επιχείρημα ότι είναι απαραίτητη η αναγνώριση διακριτικής ευχέρειας στον εργοδότη ως προς τη μορφή προσφοράς των υπηρεσιών της επιχείρησής του.²⁶

Επίλογος

Κρίνοντας, κάποιος, σφαιρικά την απόφαση του Δικαστηρίου, ως απολύτως σύμφωνη με τις αρχές που πρεσβεύει η Ε.Ε. και καινοτόμα, ειδικά αν αναλογιστούμε την ευαισθησία με την οποία

αντιμετωπίζονται, γενικά, τα ζητήματα περί απαγόρευσης διακρίσεων. Όσον αφορά την ύπαρξη έμμεσης διάκρισης, παρατηρώντας την νοοτροπία που επικρατεί σήμερα ως προς την εκδήλωση των διαφόρων θρησκευτικών πεποιθήσεων, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι αυτή η απαγόρευση της συγκεκριμένης επιχείρησης, πράγματι, φέρει, έμμεσα, τους μουσουλμάνους, σε μια μειονεκτική θέση σε σχέση με τους πιστούς άλλων θρησκειών. Η μουσουλμανική μαντίλα αποτελεί πρόδηλο στοιχείο της συγκεκριμένης θρησκείας και έχει υποχρεωτικό χαρακτήρα, ενώ αντίστοιχη δέσμευση για τους πιστούς δεν συναντάται στον χριστιανισμό. Κατά συνέπεια, οι πρώτοι είναι, πράγματι, περισσότερο εκτεθειμένοι σε μια ενδεχόμενη διακριτική συμπεριφορά λόγω θρησκευματος στον εργασιακό τους χώρο και γενικότερα σε όλες τις εκφάνσεις της κοινωνικής ζωής. Αυτό είναι ένα στοιχείο, που είναι ωφέλιμο να λαμβάνουν υπόψη οι εκπρόσωποι της δικαστικής εξουσίας κατά την άσκηση των καθηκόντων τους.

st&dir=&occ=first&part=1&cid=228885

²⁵ Δ. Λέντζης, "Το ζήτημα της μουσουλμανικής μαντίλας στους χώρους εργασίας", ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΙΣ ΕΡΓΑΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ, 2017, σελ.908-909

²⁶ Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέας (σ.77-84), Διαθέσιμο στο : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179082&pageIndex=0&doclang=el&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=193718>

Σύγκρουση πλοίων: Υπαιτιότητα και προβληματικές κατά το εσωτερικό δίκαιο

Αδάμος Παναγιώτης

Απόφοιτος Νομικής ΑΠΘ, Ασκούμενος Δικηγόρος

«Η συχνότητα με την οποία εμφανίζεται η σύγκρουση πλοίων σε συνδυασμό με την οικονομική αξία που παρουσιάζει ως συμβάν, θέτουν το νομικό ενδιαφέρον σε υψηλότατο επίπεδο».

Η σύγκρουση πλοίων ως ναυτικό γεγονός αποτελούσε ανέκαθεν πηγή νομικής σκέψης και προβληματισμού, ιδίως στο πεδίο της ευθύνης των μερών ως προς τις προκληθείσες ζημιές. Ήδη από την αρχαιότητα και τον Κώδικα του βασιλιά της Βαβυλώνας Χαμουραμπί (Hammurabi) διασώζονται νομικές διατάξεις ως προς τη σύγκρουση κωπήλατου και ιστιοφόρου πλοιαρίου, ενώ η εξέλιξη σε θέματα ευθύνης συνεχίζεται μέσα από τον ακούλιο ρωμαϊκό νόμο, στο δίκαιο της Ανατολής και της Μεσογείου, μέχρι και τις καθοριστικές επιρροές του Γαλλικού Εμπορικού Κώδικα (ΓΕΚ) σε σχέση με τη θεωρία του πταίσματος¹. Επιστέγασμα όλων αποτέλεσε η Διεθνής Σύμβαση (ΔΣ) των Βρυξελλών του 1910, για την ενοποίηση των κανόνων σχετικά με την αποφυγή των συγκρούσεων των πλοίων². Στο παρόν, θα προσπαθήσουμε ευσύνοπτα να αναπτύξουμε κάποιες προβληματικές σε σχέση με την υπαιτιότητα στη σύγκρουση πλοίων³, υπό το πρίσμα κυρίως του εσωτερικού δικαίου.

Άμεση και έμμεση σύγκρουση πλοίων

Σύγκρουση πλοίων είναι η βίαιη υλική επαφή ενός ή περισσοτέρων πλοίων (collision, abordage) από την οποία επέρχονται ζημιές στα ίδια τα σκά-

φη, τα μεταφερόμενα σε αυτά φορτία-αποσκευές, ή ακόμα και σωματικές βλάβες ή θάνατος στα επιβαίνοντα επί του πλοίου πρόσωπα⁴. Πρόκειται για την κλασική μορφή άμεσης σύγκρουσης πλοίων, που μπορεί να λάβει χώρα είτε μεταξύ των κυρίων σωμάτων των σκαφών είτε μεταξύ των συστατικών τους (ιστία, πηδάλια, έλικες, άγκυρες⁵, συσκευές radar) είτε μεταξύ των παραρτημάτων τους (αλιευτικά εργαλεία, λέμβοι), υπό την προϋπόθεση ότι τα τελευταία δεν έχουν αποχωριστεί από το πλοίο⁶. Ενδιαφέρον, ωστόσο, παρουσιάζει το γεγονός ότι ακόμα και χωρίς άμεση υλική επαφή μπορεί να στοιχειοθετηθεί σύγκρουση πλοίων και συγκεκριμένα η λεγόμενη «έμμεση»⁷ ή «ζημία απομακρυσμένων πλοίων». Αναφορικά με το ελληνικό δίκαιο, ορίζεται ρητά στο άρθρο 241 ΚΙΝΔ ότι οι διατάξεις περί συγκρούσεως πλοίων ως προς την ανόρθωση των ζημιών εξαιτίας της εκτέλεσης ή παράλειψης χειρισμού ή της μη τήρησης κανονισμών εφαρμόζονται ακόμα και αν δεν επήλθε πρόσκρουση. Πρόκειται για τις περιπτώσεις όπου πλοίο κινούμενο με μεγάλη ταχύτητα προκαλεί κυματισμό

¹ Βλ. άρθρο 407 ΓΕΚ για την ευθύνη ως προς τις ζημιές σε περίπτωση σύγκρουσης πλοίων

² Σιαμπάνης Ι., «Υπαιτιότητα του πλοίου» στη σύγκρουση πλοίων, Θεσσαλονίκη 1988, σ. 15-31

³ Όσα θα αναλυθούν εφαρμόζονται και επί πλωτών ναυπηγημάτων, κατά το άρθρο 1§2 ΚΙΝΔ.

⁴ Γκολογκίνα-Οικονόμου Ε., «Αστική ευθύνη στη Διεθνή θαλάσσια μεταφορά επιβατών και αποσκευών», Σάκκουλας 2007, σ.142

⁵ Ενδεικτικώς βλ. 1852/1987, ΜονΠρΠειρ, ΕΝΔ 1988, 40

⁶ Κατά τις σημειώσεις της καθηγήτριας κ. Κιάντου-Παμπούκη Α., Ειδικόί Θεσμοί του ναυτικού δικαίου, σ. 16-17

⁷ Christopher Hill, Maritime Law, LLP-LLOYD'S PSG, 2003, p. 284

με αποτέλεσμα να μετακινηθούν και να συγκρουστούν εν κινήσει ή ακόμα και αγκυροβολημένα πλοία μεταξύ τους⁸. Επί παραδείγματι, η απόφαση ΜονΠρκω 1664/2005⁹ έκρινε ότι για την έννοια της σύγκρουσης δεν είναι αναγκαία η υλική και άμεση επαφή πλοίων, εφαρμόζοντας τις διατάξεις του ΚΙΝΔ 235επ. σε περίπτωση όπου αγκυροβολημένο πλοίο, λόγω κυματισμού από άλλο διερχόμενο πλησίον του με μεγάλη ταχύτητα, προσέκρουσε στην προβλήτα του λιμανιού.

Αναίτια σύγκρουση πλοίων και διάκρισή της από εκούσια

Κρίσιμη για την κατανόηση της υπαιτιότητας στη σύγκρουση πλοίων είναι η διάκρισή της από τις περιπτώσεις όπου κατά το εσωτερικό δίκαιο η σύγκρουση δεν χαρακτηρίζεται ως υπαίτια. Συγκεκριμένα στο άρθρο 235 ΚΙΝΔ καθιερώνεται η αναίτια σύγκρουση πλοίων, η οποία συμβαίνει από τυχαίο γεγονός ή από ανωτέρα βία. Μολονότι οι απόψεις ποικίλλουν ως προς τη φύση και την ερμηνεία των δύο αυτών εννοιών, η διατύπωση εδώ αφήνει να εννοηθεί ότι ο νομοθέτης αντιμετωπίζει τόσο το τυχαίο γεγονός όσο και την ανωτέρα βία ενιαία και ισάξια, υποβάλλοντας αυτές τις έννοιες στην ίδια ουσιαστικά νομική και ερμηνευτική μεταχείριση. Ισοδύναμες θεωρούνται οι έννοιες και κατά την ερμηνεία του άρθρου 2 της ΔΣ των Βρυξελλών. Ως τέτοιες χαρακτηρίζονται, ενδεικτικά, τα εξής περιστατικά : ακραία φυσικά φαινόμενα, όπως ομίχλη, θύελλα, η σφοδρότητα των οποίων δεν μπορούσε να προβλεφθεί ούτε με μέτρα άκρας επιμέλειας, καθιστώντας τη διακυβέρνηση του πλοίου εν τοις πράγμασι αδύνατη, ή ακόμα διαταγές αρχών για σπουδαίο λόγο, ή πράξεις τρίτων ανίκανων προς καταλογισμό προσώπων. Ωστόσο, ειδικά στην περίπτωση της απρόβλεπτης κακοκαιρίας, αν παρά την ύπαρξη απαγορευτικού το πλοίο αποπλεύσει, τότε σε περίπτωση πρόκλησης σύγκρουσης θα πρόκειται για υπαίτια σύγκρουση πλοίων. Στα πλαίσια του 235 ΚΙΝΔ εντάσσεται και η αμφίβολη σύγκρουση, δηλαδή αυτή της οποίας τα αίτια είναι αμφίβολα και δυσδιάκριτα, δεν μπορούν ευκρινώς να αποδειχθούν, και συνεπώς ούτε να εξετασθεί η ύπαρξη ή μη υπαιτιότητας, λόγω αδυναμίας απόδειξης

του πταίσματος. Σε όλες τις ανωτέρω περιπτώσεις, οι ζημιές βαρύνουν αυτούς που τις υπέστησαν, καθώς υπάρχει μια ιδιόμορφη ευθύνη που επέρχεται ανεξάρτητα από τη φύση της πράξης ή την κατοχή κάποιας μορφής κινδύνου (σαν «αντικειμενική ευθύνη του καθενός για τα ίδια»)¹⁰.

Αξίζει στο σημείο αυτό να διακρίνουμε την περίπτωση της εκούσιας σύγκρουσης, που συχνά συγχέεται με την υπαίτια ή την αναίτια, παρότι επιδέχεται διαφορετική αντιμετώπιση, ευρισκόμενη στο ενδιάμεσο των δύο εννοιών. Μία μορφή της είναι η σύγκρουση από δόλια ενέργεια του πλοίαρχου προκαλώντας ναυάγιο από πρόθεση, ίσως σε συνεννόηση με τον πλοιοκτήτη, για να επιτευχθεί η είσπραξη της ασφαλιστικής αποζημίωσης, ενέργεια καλούμενη «ναυταπάτη», που αποτελεί ποινική και πειθαρχική παράβαση. Μια άλλη μορφή εκούσιας σύγκρουσης είναι όταν αυτή συμβαίνει από κατάσταση ανάγκης, όπου ο πλοίαρχος προς αποφυγή μεγαλύτερου κινδύνου (π.χ. να προσκρούσει σε βράχο) επιλέγει να συγκρουσθεί με άλλο πλοίο¹¹. Αυτή η πταισματική του ενέργεια δεν είναι παράνομη, αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 285 ΑΚ. Τέλος, εδώ εντάσσεται και η σύγκρουση από νόμιμη άμυνα, στην οποία ευρίσκεται το πλοίο όταν απειλείται από άλλο (π.χ. πειρατεία), και συνεπώς ούτε σε αυτή την περίπτωση υπάρχει παράνομη πράξη κατά τα ορισθέντα στο άρθρο 284 ΑΚ, οπότε και κάθε πλοίο επιβαρύνεται με τις δικές του ζημιές¹².

Υπαίτια σύγκρουση πλοίων κατά τον ΚΙΝΔ

Ο ΚΙΝΔ στο άρθρο 236 προβαίνει σε ορισμένες ρυθμίσεις περί της υπαιτίας σύγκρουσης πλοίων, ανάλογα με το ποιον βαρύνει κάθε φορά η υπαιτιότητα. Έτσι, στην πρώτη παράγραφο θεσμοθετείται η περίπτωση που απόλυτα υπαίτιο για τη σύγκρουση είναι ένα συγκεκριμένο πλοίο, και συνακόλουθα αυτό το ίδιο φέρει την αποκλειστική ευθύνη ως

⁸ Ενδεικτικά βλ. Σταυρόπουλος Στ., «Ερμηνεία Εμπορικού και Ναυτικού Δικαίου», έκδ. 2η, 1980, σ.491

⁹ Βλ. Αρμενόπουλος (ΔΣΘ), 2006, σ. 1444-1448

¹⁰ Κατά τις σημειώσεις της καθηγήτριας κ. Κιάντου-Παμπούκη Α., Ειδικοί θεσμοί του ναυτικού δικαίου, σ. 19-20

¹¹ Πρόκειται για μια μορφή της λεγόμενης «agony of the moment defense», όπου για περισσότερα βλ. Christopher Hill, Maritime Law, LLP-LLOYD'S PSG, 2003, p. 286-287

¹² Κατά τις σημειώσεις της καθηγήτριας κ. Κιάντου-Παμπούκη Α., Ειδικοί θεσμοί του ναυτικού δικαίου, σ. 21-22

προς τις ζημίες που επήλθαν (μονή υπαιτιότητα). Στην δεύτερη παράγραφο αναφέρεται η περίπτωση όπου υπαίτια για τη σύγκρουση είναι όλα τα πλοία (κοινή υπαιτιότητα), και η ευθύνη του καθενός εξαρτάται από τον βαθμό της υπαιτιότητάς του ανά περίπτωση. Εδώ ο νομοθέτης εντάσσει και την περίπτωση της δυσκαταλόγιστης σύγκρουσης - υπαιτιότητας, όπου υπάρχει μεν υπαιτιότητα και άρα κατανέμεται και η ευθύνη, αλλά δεν μπορεί ευκρινώς να προσδιοριστεί το εύρος της και ο βαθμός της ως προς κάθε υπαίτιο πλοίο (και συνεπώς δεν πρέπει να συγχέεται με την περίπτωση της αμφίβολης σύγκρουσης, που αναπτύχθηκε ανωτέρω, καθώς τότε υπάρχει αμφιβολία ως προς το αν μπορεί εν γένει να αποδειχθεί η ύπαρξη υπαιτιότητας). Στην περίπτωση αυτή η ευθύνη κατανέμεται σε ίσα μέρη. Η αναλογία ως προς την ευθύνη των υπαίτιων πλοίων όπως αναπτύχθηκε, αποτελεί το γνώμονα για την κάλυψη των περιουσιακών ζημιών (άρθ. 4§2 ΔΣ Βρυξελλών 1910) που προκαλούνται εκ της συγκρούσεως στα πλοία, στα φορτία, στις αποσκευές και στα υπόλοιπα πράγματα που βρίσκονται στο πλοίο, στην έκταση που ορίζουν τα άρθρα 139-140 ΚΙΝΔ. Αν ωστόσο από τη σύγκρουση οι ζημίες που προκύπτουν αφορούν περιστατικά θανάτου, βλάβης του σώματος ή βλάβης της υγείας, τότε τα υπαίτια πλοία ευθύνονται εις ολόκληρον (άρθ. 237§1 ΚΙΝΔ).

Χρήση του όρου «υπαιτιότητα πλοίου» και προβληματισμός

Όπως ήδη έγινε αντιληπτό, ο νόμος κατά κύριο λόγο αναφέρεται σε «υπαιτιότητα πλοίου», διατύπωση που πιθανόν ξενίζει και προκαλεί σύγχυση. Η ευθύνη που γεννάται από τη σύγκρουση πλοίων διακρίνεται σε εξωσυμβατική, ως προς την ευθύνη του ενός πλοίου προς το άλλο, και σε ενδοσυμβατική, ως προς την ευθύνη του υπαίτιου πλοίου προς όσους συνδέονται συμβατικά με αυτό και ζημιώθηκαν (π.χ. περιουσιακά αντικείμενα επιβατών του). Η εν λόγω διατύπωση αποτελεί ιστορικό κατάλοιπο και οι ρίζες της αναζητούνται στο αγγλικό ναυτικό δίκαιο, που εδώ και αιώνες επιδρά δραστικά στη διαμόρφωση των ναυτικών θεσμών ανά την υφήλιο¹³. Ταυτόχρονα, όμως, αποτέλεσε την αφορμή

¹³ Αντίστοιχο παράδειγμα της δραστικής επιρροής του αγγλοσαξονικού δικαίου στο ναυτικό δίκαιο είναι ότι το πλοίο -“vessel”- κατά το εν λόγω δίκαιο είναι γένος θηλυκού (she), μία παράδοση που διασώζεται έως και σήμερα.

για την αντικειμενικοποίηση της έννοιας¹⁴ (όπως υποστηρίχθηκε κυρίως από τον Garron), άποψη που τόνιζε ότι για τη θεμελίωση ευθύνης δεν απαιτείται πταίσμα προσώπων, αλλά αρκεί μια μορφή «αντικειμενικού πταίσματος» που οφείλεται στη συμπεριφορά του πλοίου (προσωποποιώντας έτσι το ίδιο το πλοίο, ορώμενο στον εξωτερικό χώρο ως ένα ενιαίο σύνολο - μονάδα κινδύνου). Κριτήριο δηλαδή είναι ότι ο φορέας αυτής της μονάδας κινδύνου ενεργεί αντλώντας κέρδος, αποδεχόμενος τους κινδύνους που μπορεί να προκύψουν, και άρα είναι άνευ σημασίας η συμπεριφορά του δράστη-προσώπου και η ύπαρξη εν γένει πταίσματος. Πληθώρα αλλοδαπών αποφάσεων¹⁵ δέχθηκε αυτή την άποψη, στοιχειοθετώντας ευθύνη λόγω της εξωτερικής συμπεριφοράς του πλοίου, ακόμα και αν δεν υπήρχε ή δεν αποδείχθηκε πταίσμα του πλοιάρχου. Πρόκειται για σκέψεις εμφανώς επηρεασμένες από την negligence¹⁶ του αγγλοαμερικανικού δικαίου, όπου αυτή εκφράζει μια αμελή συμπεριφορά και όχι την ψυχική στάση του δράστη. Δηλαδή στο επίκεντρο τίθεται απλά η αποτυχία να ενεργήσει κάποιος όπως θα ενεργούσε ένας λογικός άνθρωπος υπό τις ίδιες ή παρόμοιες συνθήκες. Αυτή είναι και η έννοια του πταίσματος κατά την negligence¹⁷, ως εξωτερικά αμελής συμπεριφορά (εξ ου και η εξωτερική συμπεριφορά του πλοίου-vessel, που αποκτά ανθρώπινη μορφή). Ταυτόχρονα η ίδια έννοια προσδιορίζει και την αδικοπραξία (tort of negligence).

¹⁴ Σιαμπάνης Ι., «Υπαιτιότητα του πλοίου» στη σύγκρουση πλοίων, Θεσσαλονίκη 1988, σ. 38-39,53-57

¹⁵ Ενδεικτικά, Trib. De Com. De Bayonne 30.1.1953 DMF 1955, 284

¹⁶ Ενδεικτικά βλ. Vanessa Sims, English Law and Terminology, band 4, 2000, s.126-128,131, κατά τα οποία:

-Negligence: it is very important always to distinguish between negligence as a state of mind and negligence as an independent tort. The former is synonymous with carelessness, inadvertence and lack of diligence. In the latter, a person's state of mind is irrelevant~ it is his conduct that is judged. Thus, if X drives too fast and causes an accident, he will be guilty of negligence. He has breached his duty of care towards others, even if he was concentrating and paid full attention to the road.

¹⁷ Christopher Hill, Maritime Law, LLP-LLOYD'S PSG, 2003, p. 283

Μολονότι οι αποφάσεις των ελληνικών δικαστηρίων στη διατύπωσή τους κάνουν λόγο για «σύγκρουση που επήλθε από υπαιτιότητα του πλοίου...», η αποδέσμευση του πταίσματος του πλοίου από αυτό των προσώπων δε φαίνεται να βρίσκει ανταπόκριση στο εσωτερικό μας δίκαιο και δεν έχει γίνει δεκτή. Όπως πηγάζει από το ελληνικό δίκαιο, η πταισματική ευθύνη εκφράζει μια καθαρά υποκειμενική κατάσταση, μια ψυχική στάση ενός προσώπου φυσικού ή νομικού, ικανού να ενεργήσει αυτοβούλως και να αξιολογηθεί ακολούθως αυτή του η δράση¹⁸. Πταίσματα διαπράττονται μόνο από πρόσωπα, και άρα το πλοίο όντας μη νομικό πρόσωπο αλλά ούτε φυσικό, δεν μπορεί να θεωρηθεί υποκείμενο ευθύνης, καθώς απουσιάζει το στοιχείο της αυτεξούσιας και αυτόβουλης ενέργειας. Προκύπτει λοιπόν ότι με την αναφορά στο «πλοίο», προσωποποιείται ο πλοίαρχος, το πλήρωμα, ο πλοηγός, αν ευρίσκεται στο πλοίο κατά την σύγκρουση, αλλά φυσικά και ο εκμεταλλευόμενος το πλοίο, δηλαδή ο πλοιοκτήτης ή εφοπλιστής, που συνδέονται με σχέση πρόσκτησης με τα ανωτέρω πρόσωπα, για πλημμέλειες και σφάλματα των οποίων ευθύνονται¹⁹, και δεν ευθύνεται το ίδιο το πλοίο. Ωστόσο, αυτή η διατύπωση δικαίως διασώζεται και στα κείμενα του ελληνικού δικαίου. Ο λόγος είναι ότι το πλοίο δεν είναι ένα νεκρό σώμα, άψυχο. Αποτελεί μια οργανωμένη μονάδα, ένα δομημένο και λειτουργικό όλο, όπου το πταίσμα σε μία περίπτωση σύγκρουσης μπορεί δυνητικά να αποδοθεί σε πληθώρα προσώπων, σε μια ομάδα προσώπων, που όλα μαζί πραγματώνουν και θέτουν σε λειτουργία την εκάστοτε ναυτιλιακή επιχείρηση. Τα πρόσωπα αυτά δίνουν ένα είδος ζωής στο πλοίο, καθιστώντας την ανωτέρω διατύπωση προσφορότερη και λειτουργικότερη. Συνεπώς, η «υπαιτιότητα του πλοίου» κατά το εσωτερικό μας δίκαιο, όπως προκύπτει και από τη διατύπωση του άρθρου 241 ΚΙΝΔ, αναφέρεται στις παραβιάσεις διεθνών κανονισμών για την αποφυγή συγκρούσεων στη θάλασσα, καθώς και σε πταισματικές ενέργειες όπου δεν λαμβάνονται υπόψη συνηθισμένες πρακτικές των ναυτικών ή παραλείπονται απαραίτητοι χειρισμοί. Η αμέλεια στις παραπάνω ενέργειες (ως ψυχική όμως στάση των προσώπων που αναφέραμε) αποκτά

απλά ένα αντικειμενικό κριτήριο δίπλα της, όπου μέτρο είναι η συμπεριφορά του μέσου συνετού ανθρώπου όπως απαιτείται από τις συναλλαγές, εντός του επαγγελματικού κύκλου του δράστη.

Ευθυνόμενα πρόσωπα και αντικρουόμενη νομολογία

Όπως προκύπτει από το νόμο και τις αποφάσεις της νομολογίας, τα άρθρα 235-236 ΚΙΝΔ ρυθμίζουν την αδικοπρακτική ευθύνη κατά το άρθρο 914 ΑΚ. Το ζήτημα που τίθεται λοιπόν είναι ποια πρόσωπα είναι αυτά που ευθύνονται, καθώς και ποιων προσώπων το πταίσμα μας αφορά. Κατά την κρατούσα άποψη, στο 236 ΚΙΝΔ περιλαμβάνονται και ρυθμίζονται μαζί με το άρθρο 84 ΚΙΝΔ (περί ευθύνης πλοιοκτήτη) οι περιπτώσεις που διαφορετικά θα ρυθμιζόνταν από τα άρθρα 914 και 922 ΑΚ. Έτσι, υπεύθυνα πρόσωπα είναι ο πλοίαρχος, το πλήρωμα και ο πλοηγός (αν βρίσκεται πάνω στο πλοίο κατά τη σύγκρουση), πρόσωπα που είναι προστηθέντες του πλοιοκτήτη (84§2 ΚΙΝΔ) ή του εφοπλιστή ο οποίος σε θέματα ευθύνης εξομοιώνεται με τον πρώτο (105 ΚΙΝΔ), και κατ' επέκταση ευθύνονται και αυτά τα πρόσωπα ως προστήσαντες για το πταίσμα των προσώπων στα οποία ανέθεσαν τη διεκπεραίωση μιας υπηρεσίας τους, ενταγμένης στον δικό τους επιχειρηματικό κύκλο²⁰. Για ζημίες σε τρίτους μάλιστα γίνεται δεκτό ότι ευθύνη φέρει και ο κύριος του πλοίου, κατ' άρθρο 106§2 ΚΙΝΔ, σύμφωνα με το οποίο οι απαιτήσεις από τον εφοπλισμό ασκούνται και κατά του πλοίου. Υπάρχει ωστόσο και η νομολογικά διαμορφωμένη άποψη ότι οι διατάξεις του ΚΙΝΔ αφορούν μόνο την ευθύνη του πλοιοκτήτη ή εφοπλιστή, σε συνδυασμό των άρθρων 236 και 239 ΚΙΝΔ, και άρα η ευθύνη τους είναι αντικειμενική, δηλαδή δεν εξαρτάται από το πταίσμα άλλων προσώπων, και συνεπώς δεν βρίσκει εφαρμογή το άρθρο 84§2 ΚΙΝΔ. Αυτό σημαίνει ότι η ευθύνη των υπαιτίων προσώπων (π.χ. πλοίαρχου, πληρώματος) θα διέπεται από τις γενικές περί αδικοπραξίας διατάξεις²¹, ενώ η σχέση πρόσκτησης δε βρίσκει εφαρμογή. Ωστόσο, η άποψη αυτή δε φαίνεται να στηρίζεται στον νόμο. Ο πλοιοκτήτης μπορεί σίγουρα να περιορίσει την ευθύνη του για ζημίες από σύγκρουση με βάση τα άρθρα 85 επ. ΚΙΝΔ. Για να το κάνει όμως αυτό πρέπει να φέρει ευθύνη στα πλαίσια της σχέσης πρόσκτησης, και όχι

¹⁸ Σιαμπάνης Ι., «Υπαιτιότητα του πλοίου» στη σύγκρουση πλοίων, Θεσσαλονίκη 1988, σ. 57 επ.

Καθώς επίσης βλ. *Rolin H., L'abordage. Etude d'histoire du droit et de droit compare*, 1899, σ.18

¹⁹ Βλ. 171/1951, ΠρΜεσ, ΕΕμπΔ, 1951, 275

²⁰ Βλ. 1773/1960, ΠρΠειρ, ΕΕμπΔ, 1960, 433
1779/1965, ΠρΠειρ, ΕΕμπΔ, 1966, 114

²¹ Βλ. Αρμενόπουλος (ΔΣΘ), 2006, σ. 1444-1448

αντικειμενική, όπως την εννοεί η ανωτέρω άποψη, αλλά σε σχέση με το πταίσμα των προστηθέντων, δηλαδή του πλοιάρχου ή του πληρώματος²². Επιπροσθέτως, ακόμα και αν η τελευταία κρίση αμφισβητηθεί, το δυσεπίλυτο του ζητήματος εμφανίζεται απτά και στη νομολογία. Εν προκειμένω, στην απόφαση 869/2013 του Εφετείου Πειραιώς²³ αν και αναφέρει ο δικαστής ότι η ευθύνη του πλοιοκτήτη ρυθμίζεται αποκλειστικά από τα άρθρα 235-239 ΚΙΝΔ και τα παραλλήλως από πταίσμα ευθυνόμενα πρόσωπα κατά τις γενικές περί αδικοπραξιών διατάξεις, ρητά ωστόσο χαρακτηρίζει στο σώμα της απόφασης ο δικαστής τον κυβερνήτη του πλοίου «Ν» ως «προσστηθέντα» της ενάγουσας πλοιοκτήτριας εταιρίας, αναγνωρίζοντας έτσι την ύπαρξη σχέσης πρόσκτησης και συνεπώς την ευθύνη του πλοιοκτήτη δια της οδού του 922 ΑΚ σε συνδυασμό με το άρθρο 236 ΚΙΝΔ. Σε κάθε περίπτωση είναι εμφανές ότι η πταισματική ευθύνη των 914επ. ΑΚ έχει ενσωματωθεί πλήρως στα άρθρα 235επ. του ΚΙΝΔ, όπου συναντάμε την ευθύνη πλοιάρχου, πληρώματος, πλοιοκτήτη και εφοπλιστή (οι τελευταίοι ως προστήσαντες κατά τα 84 ΚΙΝΔ και 922 ΑΚ).

Επίλογος

Εύκολα γίνεται αντιληπτό ότι οι ανωτέρω προβληματικές αποτελούν μόνο ένα ευσύννοπτο δείγμα της πολυπλοκότητας του ζητήματος της υπαιτιότητας στη σύγκρουση πλοίων, καθώς υπάρχουν πολλές ακόμα ιδιαίτερες πλευρές, που απαιτούν ξεχωριστή ανάπτυξη και νομικό προβληματισμό (επί παραδείγματι το βάρος απόδειξης και τα αποδεικτικά μέσα). Ωστόσο, η συχνότητα με την οποία εμφανίζεται η σύγκρουση πλοίων σε συνδυασμό με την οικονομική αξία που παρουσιάζει ως συμβάν, θέτουν το νομικό ενδιαφέρον σε υψηλότατο επίπεδο. Η σύγκρουση πλοίων αποτελούσε και θα αποτελεί ένα σύνηθες φαινόμενο και η ενσωμάτωση της ΔΣ των Βρυξελλών 1910 στο σώμα του ΚΙΝΔ αποτελεί μια κρίσιμη προσπάθεια αντιμετώπισης του προβλήματος, που σίγουρα αναμένεται να απασχολήσει εκ νέου τον νομικό κόσμο και τον χώρο του ναυτικού δικαίου.

²² Κατά τις σημειώσεις της καθηγήτριας κ. Κιάντου-Παμπούκη Α., Ειδικό Θεσμοί του ναυτικού δικαίου, σ.23-25

²³ 869/2013, ΕφΠειρ, ΕΕμπΔ, 2015, 148-151

Salus patriae suprema lex esto?

Η νομολογιακή μεταχείριση της έννοιας του δημοσίου συμφέροντος από το ΣτΕ και η φαλκίδευση των θεμελιωδών δικαιωμάτων

Γκίνη Γεωργία & Τσιφτσή Εύα
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ & 3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Σε ένα δημοκρατικό κράτος, όπου κατοχυρώνεται η διάκριση των εξουσιών (άρθρο 26 Συντ.), η δικαστική εξουσία δικαιούται να ασκεί αποκλειστικά έλεγχο νομιμότητας επί των νομοθετικών πράξεων, ενώ υποχρεούται να απέχει από έλεγχο σκοπιμότητας».

Έννοια και σημασία του δημόσιου συμφέροντος

Το δημόσιο συμφέρον αποτελεί κεντρική έννοια στη θεωρία και τη νομολογία του δημοσίου δικαίου καθώς διέπει το σύνολο της διοικητικής δραστηριότητας, αφού η δράση της δημόσιας διοίκησης αποσκοπεί πάντοτε στην άμεση ή έμμεση εξυπηρέτηση του.¹ Πρόκειται, μάλιστα, για μια αόριστη νομική έννοια² με τεράστιο ιδεολογικό βάρος, εφόσον θεωρείται πως λειτουργεί τόσο ως ο ανώτατος σκοπός(ultima ratio) της άσκησης κάθε κρατικής εξουσίας, αλλά και ως θεμέλιο της νομιμοποίησης της.³

Σύμφωνα με τον ορισμό που δίνει ο Επ. Σπη-

λιωτόπουλος, “Ως “ συμφέρον” εκλαμβάνουμε την ωφέλεια ή χρησιμότητα που αντλεί ένα άτομο από κάποια συγκεκριμένη νομική ρύθμιση, πραγματική κατάσταση, δραστηριότητα είτε από υπηρεσίες άλλων προσώπων, “Δημόσιο” δε είναι το συμφέρον του οποίου υποκείμενο είναι ο λαός που έχει οργανωθεί σε κράτος”. Στην ελληνική έννομη τάξη, ο ειδικότερος προσδιορισμός γίνεται σε πρώτο στάδιο από τον νομοθέτη και στη συνέχεια από τη Διοίκηση, όταν της παρέχεται κανονιστική αρμοδιότητα και όταν ασκεί την δραστηριότητά της προς επιδίωξη του δημοσίου συμφέροντος. “Συχνά δε, το δημόσιο συμφέρον μνημονεύεται ως “γενικό” ή “γενικότερο” αλλά και ως “γενικότερο εθνικό/κοινωνικό/ δημόσιο” ή “υπέρτερο εθνικό” συμφέρον. Όλοι οι παραπάνω όροι εκλαμβάνονται από τη θεωρία ως κατά βάση συνώνυμοι, ενώ οι εκάστοτε λεκτικές παραλλαγές χρησιμοποιούνται κυρίως για έμφαση, με σκοπό να τονιστεί η σημασία της έννοιας.”⁵

1 Σπηλιωτόπουλος Ε. Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, 14η έκδοση, Σάκουλα 2011, σ.92

2 Για την ανάλυση του εν λόγω όρου βλ. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Αόριστες νομικές και τεχνικές έννοιες στο Δημόσιο Δίκαιο, Σάκουλας 1997

3 Βενιζέλος Ευ., Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, Παρατηρητής 1990, σ. 45 και Γλαράκη Μ. Οι περιορισμοί για λόγους δημοσίου συμφέροντος του δικαιώματος πρόσβασης στα κοινοτικά έγγραφα, Σάκουλα 2005, σ. 127 και σ.132

4 Σπηλιωτόπουλος Ε. Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, 14η έκδοση, Σάκουλα 2011, σ.93-94 και Δαγτόγλου Π.Δ. Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδοση Σάκουλα 2014, σ.150

5 Δαγτόγλου Π.Δ. Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 7η έκδοση, Σάκουλα 2014, σ.149 και Βενιζέλος Ευ. Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγμα-

Το δημόσιο συμφέρον και οι περιορισμοί των δικαιωμάτων

Κατά γενική παραδοχή της νομολογίας οι περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να δικαιολογούνται από λόγους δημοσίου συμφέροντος και ως εκ τούτου το δημόσιο συμφέρον φαίνεται, εκ πρώτης όψης, να λειτουργεί ως περιορισμός των περιορισμών (πχ ΣτΕ 2112/1984). Όμως, προσεκτικότερη μελέτη φανερώνει ότι η έννοια χρησιμοποιείται με τον ακριβώς αντίθετο τρόπο, ως περιορισμός των δικαιωμάτων και μάλιστα αναφορικά με ολόκληρο το φάσμα των τελευταίων.⁶

Πράγματι, το δημόσιο συμφέρον αναφέρεται ρητά σε κάποιες διατάξεις αποτελώντας ειδικό και άμεσο συνταγματικό περιορισμό των σχετικών δικαιωμάτων (πχ δικαίωμα της ιδιοκτησίας, 17 παρ 1). Οι ελάχιστες, ωστόσο, αυτές διατάξεις, δεν καθιερώνουν τον δημόσιο συμφέρον ως μια γενική συνταγματική αρχή στην οποία υποτάσσονται τα δικαιώματα, με αποτέλεσμα να καθίσταται ανεπίτρεπτη η χρήση της έννοιας ως περιορισμού των λοιπών δικαιωμάτων, καθώς έρχεται σε αντίθεση με τον βασικό κανόνα σύμφωνα με τον οποίο οι περιορισμοί πρέπει να επιβάλλονται από ρητή διάταξη νόμου και δεν μπορούν να συναχθούν βάσει αναλογικής ή διασταλτικής ερμηνείας.⁷ Διαφορετικά, θα οδηγούμασταν σε ερμηνευτική αυθαιρεσία του δικαστή (βλ κατωτέρω). Το δημόσιο συμφέρον δεν θα πρέπει, λοιπόν, σε καμία περίπτωση να εκληφθεί ως γενικός περιορισμός (όπως πχ το 25 παρ 3) ή γενική επιφύλαξη όλων των συνταγματικών δικαιωμάτων. Αυτό θα σήμαινε πως τα τελευταία δεν ισχύουν παρά μόνο εφόσον δεν προσβάλλουν το γενικό συμφέρον κι άρα θα οδηγούμασταν στην υπονόμευση τους σε τέτοιο βαθμό, ώστε αυτά να εξέλιπταν από αυτοσκοπό σε μέσα της πολιτείας προς την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος.⁸ Επιπλέον και ως προς τη πρώτη περίπτωση, για να αποτελέσει το δημόσιο συμφέρον θεμιτό περιορισμό κάποιου δικαιώματος πρέπει να πληρούνται σωρευτικώς και οι περιορισμοί των περι-

ορισμών, δηλαδή ο αντικειμενικός κι απρόσωπος χαρακτήρας αυτού, η μη παραβίαση του πυρήνα του δικαιώματος αλλά και η αρχή της αναλογικότητας.⁹

Το δημόσιο συμφέρον και η χρήση του από τη νομολογία

Παρά το γεγονός ότι το δημόσιο συμφέρον αναφέρεται ρητά σε ελάχιστες συνταγματικές διατάξεις, είναι γεγονός ότι ανέκαθεν η νομολογία καταφεύγει σε μια εντατική και εκτεταμένη χρήση του.¹⁰ Η διαρκής επίκληση της έννοιας εμφανίζεται σε όλο το φάσμα των συνταγματικών δικαιωμάτων, ανεξάρτητα μάλιστα από το εάν η ίδια η κρίσιμη συνταγματική διάταξη την αναφέρει ρητά.¹¹ Η **ανα-ντιστοιχία** αυτή που παρατηρείται ανάμεσα στη φειδωλή χρήση της έννοιας στο Σύνταγμα και στην εντυπωσιακά έντονη χρήση της από τη νομολογία, αποτελεί ένα πρόβλημα που χαρακτηρίζεται από μια ιδιαίτερη πολυτυπία και οδηγεί στον κλονισμό της ίδιας της νομικής φύσης του συντάγματος.¹²

Ο όρος αποτελεί ένα χρήσιμο εργαλείο για τον δικαστή και στην επίκληση του υπολανθάνουν πολλές μεθοδολογικές και ερμηνευτικές επιλογές και εγχειρήματα που κατατάσσονται από τη θεωρία σε ειδικότερες κατηγορίες.¹³ Το δημόσιο συμφέρον εμφανίζεται ως κριτήριο προσδιορισμού του προστατευτικού πεδίου του δικαιώματος¹⁴ και άλλοτε ως κριτήριο συστηματικής ερμηνείας περισσότερων συνταγματικών διατάξεων με σκοπό να επιτευχθεί η πρακτική τους εναρμόνιση όταν προ-

τικών δικαιωμάτων, Παρατηρητής 1990, σ.37-38

6 Χρυσόγονος Κ.Χ, Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ.85-87 και τις εκεί παραπομπές στη νομολογία

7 Χρυσόγονος Κ.Χ, Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ.83

8 Χρυσόγονος Κ.Χ, Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ.87

9 Χρυσόγονος Κ.Χ, Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ.83 επ.

10 Βενιζέλος Ευ. Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, Παρατηρητής 1990 σ.14 και Γ. Κατρούγκαλος, Η νομική και ιδεολογική λειτουργία του δημοσίου συμφέροντος, ΔκΠ 19-20, 71 επ

11 Βενιζέλος Ευ., όπως παραπάνω, σελ.15 β

12 Βενιζέλος Ευ., όπως παραπάνω, σελ.15

13 Βενιζέλος Ευ., όπως παραπάνω, σελ.17-18

14 Αυτό συμβαίνει στο ατομικό δικαίωμα της ιδιοκτησίας (Σ 17) όπου ο όρος αφενός μνημονεύεται στο εν λόγω άρθρο του Σ., αφετέρου αποτελεί μια περιοριστική ρήτρα που ταυτίζεται με μια γενική επιφύλαξη υπέρ του νόμου

ο.π Μέρος Α Ια. και ειδικά σ. 51 και 57

κύπτει σχέση αντινομίας μεταξύ τους.¹⁵ Επιπλέον, μπορεί να γίνει διάκριση ανάμεσα στις χρήσεις που συνιστούν εκδήλωση της **ερμηνευτικής υπεκφυγής** του δικαστή και σε εκείνες που εκδηλώνουν την **ερμηνευτική του αυθαιρεσία**.¹⁶ Στη πρώτη περίπτωση, ο δικαστής προβαίνει σε μια εύκολη, σχεδόν ταυτολογική και, ορισμένες φορές, περιττή¹⁷ αναφορά στην έννοια του γενικού συμφέροντος για να δικαιολογήσει την επιβολή του συγκεκριμένου περιορισμού.¹⁸ Έτσι, η ερμηνευτική του αμηχανία, η οποία οφείλεται κυρίως στα βασικά χαρακτηριστικά του ελέγχου της συνταγματικότητας στην ελληνική έννομη τάξη ως διάχυτου, παρεμπιπτοντος και συγκεκριμένου, αλλά και στην συνακόλουθη έλλειψη εξειδίκευσης¹⁹, βρίσκει διέξοδο σε μια αξιωματική διατύπωση περί γενικού συμφέροντος. Με άλλα λόγια, πρόκειται για νομολογιακά στερεότυπα που όμως υποκαθιστούν την συνταγματικά επιβεβλημένη αιτιολογία της απόφασης,²⁰ συμβάλλοντας έτσι στη διαμόρφωση του κλίματος χαλάρωσης της τυπικότητας του συντάγματος. Στη δεύτερη περίπτωση, η αναγωγή στην έννοια του γενικού συμφέροντος καθίσταται ευθέως επικίνδυνη, καθώς με αυτήν ο δικαστής επιτυγχάνει την υπέρβαση του κανονιστικού περιεχομένου των συνταγματικών διατάξεων²¹ και την συγκάλυψη έτσι της αντισυνταγματικότητας των περιορι-

σμών των δικαιωμάτων.²² Το γενικό συμφέρον, σε αυτή την περίπτωση, εισάγεται από τη νομολογία ως περιορισμός στην άσκηση ενός συνταγματικού δικαιώματος, παρότι δεν προβλέπεται ρητά, ούτε αποτελεί γενική περιοριστική ρήτρα- όπως αναλύθηκε - και μάλιστα δεν δεσμεύεται ούτε από τους περιορισμούς των περιορισμών. Τα παραπάνω, όμως, φαινόμενα αυθαιρεσίας επιφέρουν την χαλάρωση της κανονιστικότητας των συνταγματικών διατάξεων και εμμέσως υπονομεύουν, όχι μόνο τη νομική ισχύς του Συντάγματος αλλά και το κράτος δικαίου καθεαυτό.²³

Αδιαμφισβήτητα, λοιπόν, τα νομικά και ιδεολογικά προσόντα της έννοιας είναι αυτά που την καθιστούν τόσο δημοφιλή. Η εξαιρετική της αοριστία της επιτρέπει "να μη λείπει τίποτα συγκεκριμένο και ταυτόχρονα να υπονοεί πάρα πολλά" ενώ η τεράστια ιδεολογική φόρτιση της, της επιτρέπει να εμφανίζεται ως η ίδια η νομιμοποιητική βάση της νομοθετικής ρύθμισης, της διοικητικής πράξης και τελικά της δικαστικής απόφασης.²⁴

Η χρήση της έννοιας του γενικού συμφέροντος -όπως διαπιστώθηκε και παραπάνω- είναι ιδιαίτε- ρως επισφαλής, αφενός επειδή ακόμη και αν θεωρήσουμε ότι υπάρχει ένα γενικότερο συμφέρον για την κοινωνία, αυτό δεν είναι σε καμιά περίπτωση μονοσήμαντο, αφετέρου επειδή η έννοια παραπέμπει σε εκτιμήσεις σκοπιμότητας. Ειδικότερα, πράγματι, αποτελεί γενικό συμφέρον της κοινωνίας η αποπληρωμή του δημοσίου χρέους. Ωστόσο, όσον αφορά τα μέτρα που θα ληφθούν με σκοπό την εξυπηρέτηση του στόχου αυτού, ήτοι της εξυγίανσης των δημοσίων οικονομικών, είναι φανερό πως άλλα από αυτά «συμφέρουν» κάποιες κοινωνικές ομάδες και άλλα κάποιες άλλες. Για παράδειγμα, άτομα με υψηλό φορολογητέο εισόδημα θα είχαν συμφέρον σε λήψη μέτρων μείωσης των δημοσίων δαπανών με περιορισμό των κοινωνικών παροχών και όχι σε αύξηση των φορολογικών συντελεστών με σκοπό την αύξηση των δημοσίων εσόδων, ενώ για τα άτομα με χαμηλό εισόδημα θα ίσχυε το αντίθετο.²⁵ Προφανώς, παρόμοια ζητήματα δε

15 Για παράδειγμα η ρήτρα του δημοσίου συμφέροντος στο άρθρο 17 υποδηλώνει τη συστηματική σχέση του άρθρου με το άρθρο 24. ο.π Μέρους Α ΙΙ σελ 79επ.

16 Τέταρτο κοινό σεμινάριο Συνταγματικού Δικαίου, Γρεβενά, 6 Απριλίου 2012, *Βασίλης Τσιγαρίδας*- 'Όταν ο δικαστής αποδέχεται την διαπίστωση του νομοθέτη για ύπαρξη "οξείας δημοσιονομικής κρίσεως". Οριακός έλεγχος και δημόσιο συμφέρον, σελ 96

17 Για το πότε η αναφορά είναι περιττή και μεθοδολογικά ασυνεπής βλ *Χρυσόγονος*, όπως παραπάνω, σ.86

18 *Βενιζέλος Ευ.* Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, *Παρατηρητής* 1990 σ.18 και τις εκεί παραπομπές στα σχετικά κεφάλαια του βιβλίου

19 *Βενιζέλος Ευ.* Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, *Παρατηρητής* 1990, σ.189-190

20 *Βενιζέλος Ευ.*, όπως παραπάνω, σελ.185-186

21 *Βενιζέλος Ευ.*, όπως παραπάνω, σελ. 17 και 193

22 *Χρυσόγονος Κ.Χ.*, Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ.86

23 βλ υποσημείωση υπ' αριθμόν 17

24 *Βενιζέλος Ευ.*, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, *Παρατηρητής* 1990 σ.39-40

25 *Χρυσόγονος Κ.Χ.*, Ατομικά και κοινωνικά Δι-

μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο δικαστικής κρίσης. Ανακύπτει, λοιπόν, μια προβληματική γύρω από τα όρια του δικαστικού ελέγχου κατά την εξέταση συνδρομής λόγων δημοσίου συμφέροντος. Σε ένα δημοκρατικό κράτος, όπου κατοχυρώνεται η διάκριση των εξουσιών (άρθρο 26 Συντ.), η δικαστική εξουσία δικαιούται να ασκεί αποκλειστικά έλεγχο νομιμότητας επί των νομοθετικών πράξεων, ενώ υποχρεούται να απέχει από έλεγχο σκοπιμότητας.²⁶ Παρατάυτα, η φύση των λόγων γενικού συμφέροντος συνδέεται άρρηκτα με τον σκοπό του νομοθέτη και υπό αυτή την έννοια εκτιμήσεις σκοπιμότητας αναπόδραστα εμφιλοχωρούν.

Δημόσιο συμφέρον και οικονομική κρίση

Κατά την τελευταία δεκαετία, υπό το πρίσμα του κινδύνου χρεοκοπίας της χώρας και κατόπιν της υπογραφής των Μνημονίων ψηφίσθηκαν από τη Βουλή ακραία μέτρα περικοπής μισθών, συντάξεων και επιδομάτων, μέτρα που αποσκοπούν στην ενίσχυση των δημοσίων οικονομικών, πλην όμως προσβάλλουν θεμελιώδη δικαιώματα. Η δικαιοσύνη, στην οποία κατέφυγαν οι θιγόμενοι από τα συγκεκριμένα μέτρα, προκειμένου να δικαιολογήσει τη συνταγματικότητα των μέτρων επικαλείται το δημόσιο συμφέρον. Επίκληση που, ωστόσο, κατακρίνεται από τη θεωρία ως προσχηματική, καθώς πρόκειται κατ'ουσίαν για το ταμειακό συμφέρον του δημοσίου (χαρακτηριστική η ΣτΕ Ολ. 668/2012).²⁷ Στην πραγματικότητα, η παραπάνω νομολογιακή μεθόδευση εκφυλίζει την ίδια την έννοια του δημοσίου συμφέροντος, όπως την αντιλαμβάνεται ο συνταγματικός νομοθέτης, ως δηλαδή σύνθεση των συμφερόντων των φορέων των συνταγματικών δικαιωμάτων, έχει δε καταδικαστεί και από τη νομολογία του ΕΔΔΑ.²⁸ Χαρακτηριστική είναι η κρίση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Ζουμπουλίδη Κατά Ελλάδος (26/09/2009), στην οποία το

δικαστήριο του Στρασβούργου έκρινε πως "μόνο το δημοσιονομικό συμφέρον του Δημοσίου δεν μπορεί να αφομοιωθεί αφ'εαυτού σε ένα δημόσιο ή γενικό συμφέρον το οποίο θα δικαιολογούσε σε κάθε περίπτωση την προσβολή των δικαιωμάτων του ατόμου."* (σκέψη 35 της απόφασης)²⁹

Το χρονικό της εξέλιξης της χρήσης του δημοσίου συμφέροντος στη νομολογία

Όπως έχει ήδη αποδειχθεί, η εν λόγω αόριστη νομική έννοια - με τα ιδιαίτερα εννοιολογικά της χαρακτηριστικά και τους προβληματισμούς που την συνοδεύουν - αξιοποιείται συστηματικά στην νομολογιακή πρακτική και ειδικότερα κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων. Η εγγενής αοριστία της έννοιας του δημοσίου συμφέροντος αποτέλεσε εύφορο έδαφος για την ανανοηματοδότηση και την εξέλιξη της προϊόντος του χρόνου, ανάλογα με τις επικρατούσες πολιτικοοικονομικές συνθήκες τόσο σε εθνικό, όσο και σε υπερεθνικό επίπεδο. Για τον λόγο αυτό, αξίζει να διερευνηθούν οι ποιοτικές διαφοροποιήσεις στις τεχνικές του δικαστικού ελέγχου με γνώμονα την επιρροή της οικονομικής κρίσης στον δικανικό συλλογισμό. Επιχειρώντας, λοιπόν, την κατάταξη των εξελίξεων σε μια χρονολογική κλίμακα, σκόπιμο είναι να διακρίνουμε τρεις περιόδους στην πορεία της εξέλιξης της χρήσης του δημοσίου συμφέροντος από τη νομολογία:

- Περίοδος της Μεταπολίτευσης

- Περίοδος οικονομικής κρίσης, δεσμεύσεις του 1^{ου} Μνημονίου (νομολογία ΣτΕ από το 2011 και έπειτα)

- 2^ο Μνημόνιο και ποιοτική μεταβολή της οικονομικής κρίσης (νομολογία ΣτΕ από το 2014 και έπειτα)

Από τα πρώτα χρόνια της μεταπολίτευσης, το Συμβούλιο της Επικρατείας φαίνεται πως αξιοποιούσε εντατικά στην νομολογία του το δημόσιο συμφέρον. Μάλιστα, στη θεωρία έχουν διατυπωθεί δύο βασικές απόψεις σχετικά με την ύπαρξη νομολογιακών τάσεων αναφορικά με το δημόσιο συμφέρον³⁰. Η πρώτη χρονικά και άρα παλαιότερη,

καιώματα, 3η έκδοση, νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ.88-89

²⁶ Βεγλερή Θ., Το Συμβούλιο της Επικρατείας, Τζάκα Δελαγραμμάτικα, 1927 σ.128

²⁷ Δαγτόγλου Π.Δ., όπως παραπάνω, σελ. 150 επ και Χρυσόγονος Κ.Χ., Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ.89

²⁸ Γεώργιος Κ. Παπαδόπουλος, Το (ταμειακό) συμφέρον του δημοσίου δεν συνιστά πάντοτε και δημόσιο συμφέρον, διαθέσιμο στο <https://greeklaw.wordpress.com>

²⁹ Διαθέσιμη στον διαδικτυακό ιστότοπο του hudoc

³⁰ Βλ. Τέταρτο κοινό σεμινάριο Συνταγματικού Δικαίου, Γρεβενά, 6 Απριλίου 2012, Βασίλης Τσιγαρίδας - Όταν ο δικαστής αποδέχεται την διαπίστωση του νομοθέτη για ύπαρξη "οξείας δημοσιονομικής

μιλά για επίκληση του δημοσίου συμφέροντος στα πλαίσια μιας γενικότερης μεθοδολογικής αμηχανίας³¹ του δικαστή, άλλοτε για λόγους ερμηνευτικής υπεκφυγής και άλλοτε για λόγους ερμηνευτικής αμηχανίας³². Από την άλλη, η δεύτερη συμπυκνώνεται στην σκέψη ότι αναφορικά με νόμους που αποτελούν έκφραση “μεγάλης πολιτικής”, ο δικαστής περιορίζεται στην άσκηση ηπιότερου ελέγχου³³ και πρακτικά δεν διαπιστώνει την αντισυνταγματικότητα αυτών των διατάξεων³⁴.

Χαρακτηριστική είναι η απόφαση **ΣτΕ ΟΛ. 2289/1987** που έκρινε ως συνταγματικό το νόμο που απαγόρευε την με οποιονδήποτε τρόπο και για οποιοδήποτε λόγο αύξηση στις αποδοχές των μισθωτών κατ’επίκληση ενός “...γενικότερου κοινωνικού συμφέροντος που ανάγεται στην προστασία της εθνικής οικονομίας”. Σταθερό δε σημείο στην εκτίμηση του δημοσίου συμφέροντος, κατά την περίοδο αυτή, αποτελεί ότι αυτό, καταρχήν, δεν ανήκει στην αρμοδιότητα των δικαστηρίων, καθώς αυτά ελέγχουν μόνο την υπέρβαση των ακραίων λογικών ορίων της έννοιας³⁵, αλλά ο νομοθέτης - βάσει της αρχής της διάκρισης των λειτουργιών - είναι αυτός στο πρόσωπο του οποίου αναγνωρίζεται η δυνατότητα στάθμισης και καθορισμού της οικονομικής πολιτικής επί τη βάση ενός ειδικότερου δημοσίου συμφέροντος.

Το ενδιαφέρον μας, ωστόσο, εστιάζεται κυρίως στη δεύτερη περίοδο (2010 κ έπειτα) όπου γινόμαστε μάρτυρες μιας μείζονος ποιοτικής αλλαγής της δημοσιονομικής κατάστασης της χώρας. Η εθνική

κρίσεως”. Οριακός έλεγχος και δημόσιο συμφέρον, σ.96 επ, με τα εκεί σχόλια του συγγραφέα.

31 Βλ. *Ευ. Βενιζέλου*, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, σελ.189

32 Βλ. *Ε. Βενιζέλου*, όπως παραπάνω, σελ.185 επ και 193 επ. Επίσης, σελ.35 επ με τις εκεί παραπεμπόμενες αποφάσεις.

33 Εκ των χαρακτηριστικότερων αποφάσεων, που αποδεικνύουν αυτή την θέση είναι η υπ’ αριθμ. 400/1986 του ΣτΕ και η υπ’ αριθμ. 1094/1987 του ΣτΕ, οι οποίες αμφότερες συνδέονταν με τα κεντρικά πολιτικά διακυβεύματα της δεκαετίας του 1980.

34 Βλ *Α. Καϊδατζή*, «Μεγάλη πολιτική» και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Συνταγματικά ζητήματα και ζητήματα συνταγματικότητας στο Μνημόνιο, αναρτημένο στο www.constitutionalism.gr, σελ.2-4

35 Βλ τη γνωστή ΣτΕ 1094/1987, Αρμενόπουλος 1987, σ.529

μας οικονομία βρέθηκε μπροστά στον κίνδυνο της κατάρρευσης σε τέτοιο βαθμό που τόσο το πολιτικό σύστημα, όσο και η δικαιοσύνη άρχισαν να αντιλαμβάνονται το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα αυτής ακριβώς της εξέλιξης. Σε τέτοιες συνθήκες οξύτατης δημοσιονομικής κρίσης και κινδύνου χρεοκοπίας, το δημόσιο συμφέρον αποκτά εντονότερο νόημα και προσλαμβάνεται ως επιτακτική αναγκαιότητα, επηρεάζοντας το επίπεδο προστασίας των κεκτημένων ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων³⁶. Σε αρκετές αποφάσεις³⁷ του Ανωτάτου Ακυρωτικού, ορίζεται με τρόπους που παραπέμπουν σε «επείγουσες οικονομικές συνθήκες» οι οποίες δικαιολογούν την λήψη μέτρων περιοριστικών για θεμελιώδη συνταγματικά δικαιώματα³⁸, όπως είναι τα μέτρα που εισήγαγαν στην εσωτερική έννομη τάξη οι εφαρμοστικοί νόμοι του Μνημονίου Ι (Ν.3833/2010 και Ν.3845/2010).

Πράγματι, η οικονομική κρίση και η δεινή θέση στην οποία βρέθηκε η χώρα μας οδήγησαν τόσο τη μειοψηφία της απόφασης **ΣτΕ 693/2011**, όσο και την πλειοψηφία της **ΣτΕ 1620/2011** να αναγουν ακόμα και την ταμειακή δημόσια μέριμνα σε επιτακτικό δημοσιονομικό συμφέρον που καθίσταται αναγκαίο για τη διάσωση και επιβίωση της χώρας. Κατά την δεύτερη αυτή περίοδο, μιλάμε λοιπόν πια για ουσιαστική ταύτιση δημοσιονομικού και ταμειακού συμφέροντος, παρά την μέχρι το 2009 πάγια νομολόγηση τόσο από το ΕΔΔΑ³⁹, όσο και από την Ολομέλεια⁴⁰ του Ακυρωτικού, ότι “το απλό ταμειακό συμφέρον του δημοσίου δεν συνιστά δημόσιο συμφέρον”. Ενώ, όμως, φαίνεται ότι εξακολουθούμε να διαπιστώνουμε τον δικαστικό αυτοπεριορισμό που επικρατούσε και στα πρώτα χρόνια, δηλαδή στα χρόνια της οικονομικής “κανονικότητας”⁴¹, όπου το

36 *Π. Μαντζούφας*, Οικονομική κρίση και Σύμβαση, Εκδ. Σάκκουλα 2014, σ.107-108

37 Βλ χαρακτηριστικά, ΣτΕ Ολ. 668/2012, ΣτΕ 693/2011 (μειοψηφούσα γνώμη), ΣτΕ 1620/2011

38 Βλ *Χ. Αυγερινού*, Δημόσιο Συμφέρον- Θέσεις του Ελληνικού Δημοσίου σε πρόσφατες μεγάλες δίκες στην Ολομέλεια ΣτΕ και στο ΑΕΔ- Νομολογία, ΝοΒ 2012, σ.2779 επ., καθώς και στον Τόμο : «Μελέτες επί του Μνημονίου», σ.275 επ

39 Βλ χαρακτηριστικά ΕΔΔΑ, Απόφαση της 22.5.2008, “Μειδάνης κατά Ελλάδος” και Απόφαση της 25.6.2009, “Ζουμπουλίδης κατά Ελλάδος”, ΕΔΚΑ 2009, σελ. 374 επ

40 Βλ ΣτΕ Ολ. 1663/2009, ΘΠΔΔ 6/2009, σ.737

41 Βλ ΣτΕ 693/2011, σκεπτικό της μειοψηφίας

δημόσιο συμφέρον γινόταν αντιληπτό κατά έναν περιοριστικό τρόπο σύμφωνα με την πάγια νομολογιακή ερμηνεία των συνταγματικών διατάξεων, υφίσταται μια σημαντική διαφοροποίηση: υπό το καθεστώς εξαιρετικών περιστάσεων, φαίνεται να δικαιολογείται η ανατροπή της κρατούσας ερμηνείας των συνταγματικών διατάξεων, καθώς υπάρχει μια "οιονεί κατάσταση ανάγκης", η οποία δεν τυποποιείται μεν στο Σύνταγμα, αλλά επιβάλλει μια νέα πρόσληψη του δημοσίου συμφέροντος στην οποία θεμελιώνονται περαιτέρω περιορισμοί. Το γεγονός ότι το δημόσιο έλλειμμα και το χρέος της χώρας έχουν υπερβεί πια κάθε όριο βιωσιμότητας, καθιστώντας προφανή τον κίνδυνο χρεοκοπίας και τον εν γένει δημοσιονομικό εκτροχιασμό, ανάγει την κρίση σε εθνικό ζήτημα και αναανοηματοδοτεί την έννοια του δημοσίου συμφέροντος. Ο στόχος της σωτηρίας της χώρα γίνεται αντιληπτός από τα δικαστήρια ως "υπέρτερο δημόσιο συμφέρον", που νομιμοποιεί στην παρούσα συγκυρία κάθε ρύθμιση που συμβάλλει με ορισμένο τρόπο στην "ισορρόπηση" των δημοσίων οικονομικών. Έτσι οριζόμενο, το δημοσιονομικό συμφέρον, φαίνεται να υπερκαλύπτει όλες τις άλλες εκφάνσεις του δημοσίου συμφέροντος (πχ. το γενικότερο εθνικό, κοινωνικό κλπ) κατά τρόπο που μεταβάλλει το όριο του αναλογικού μέτρου και να διευρύνει το περιθώριο του επιτρεπτού περιορισμού των δικαιωμάτων.⁴²

Χαρακτηριστική είναι η απόφαση της Ολομέλειας **668/2012 ΣτΕ**, όπου η επίκληση ενός μείζονος εθνικού συμφέροντος, που πρόκειται να εξυπηρετηθεί από μέτρα που περιορίζουν παροχικά δικαιώματα (μισθούς, συντάξεις, ασφαλιστικές παροχές), βασίζεται στην «κατάσταση ανάγκης» που βρίσκεται η χώρα, σε αντίθεση με μια κατάσταση οικονομικής κανονικότητας -όπως θα λέγαμε- όπου απουσιάζουν αυτά τα στοιχεία.⁴³ Έτσι, ο δικαστικός έλεγχος των μέτρων του μνημονίου στο πεδίο των δικαιωμάτων που διαρθρώνεται γύρω από τον άξονα αυτής ακριβώς της αναθεωρημένης έννοιας περί δημοσίου συμφέροντος, αυτοπροσδιορίζεται ως οριακός, επιτρέποντας στον δικαστή να αναγνωρίσει μεγαλύτερα περιθώρια εκτίμησης του

δημοσίου συμφέροντος στην πολιτική εξουσία⁴⁴

Ωστόσο, ο εμπλουτισμός της έννοιας του δημοσίου συμφέροντος θα πρέπει να έχει ως ακραίο όριο το συνταγματικό πλαίσιο, δεδομένου ότι οι όποιες έκτακτες συνθήκες και οι ανάγκες που αυτές δημιουργούν μπορούν να ενσωματωθούν στον δικανικό συλλογισμό, κυρίως μέσα από την αξιοποίηση της αρχής της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Σύνταγμα.). Διαφορετικά, τέτοιες ερμηνευτικές εκδοχές θα πρέπει να ειπωθούν σαν αμφισβήτηση των δικαιοκρατικών εγγυήσεων οδηγώντας στην αναγνώριση ενός δημοσίου συμφέροντος που αντίκειται στο ίδιο το Σύνταγμα⁴⁵. Η άποψη αυτή υιοθετήθηκε, και από την πλειοψηφία της Ολ. 668/2012, η οποία υποστήριξε πως η σχετική εκτίμηση του νομοθέτη ως προς την ύπαρξη λόγου δημοσίου συμφέροντος υπόκειται μεν σε οριακό μόνο έλεγχο, ωστόσο τα μέτρα που λαμβάνονται προς εξυπηρέτηση του οφείλουν να τηρούν την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι- εν προκειμένω- η επέμβαση στην περιουσία, η οποία προστατεύεται ως συνταγματικό δικαίωμα, πρέπει να είναι πρόσφορη αλλά και αναγκαία και να μην είναι δυσανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό.⁴⁶ Μολονότι δε, η πλειοψηφία έκρινε ότι στην προκειμένη περίπτωση δεν συντρέχει παραβίαση του δικαιώματος προστασίας της περιουσίας, δεν πρέπει να παραβλέψουμε την διπλή επιφύλαξη υπό την οποία διατυπώθηκε η κρίση αυτή. Πρώτον, οι περικοπές "κατ' αρχήν" μόνο είναι ανεκτές και δεύτερον, οι επικαλούμενοι λόγοι δημοσίου συμφέροντος "κατ' αρχήν" μόνο μπορούν να δικαιολογήσουν επεμβάσεις στο δικαίωμα, κάτι που σημαίνει ότι, πέραν από ορισμένο μέτρο, ο περιορισμός του δικαιώματος

44 Βλ. Π. Μαντζούφας, Οικονομική κρίση και Σύνταγμα, Εκδ. Σάκκουλα 2014, σ.107-108 με τις εκεί παραπομπές σε βιβλιογραφία

45 Π. Μαντζούφας, Οικονομική κρίση και Σύνταγμα, Εκδ. Σάκκουλα 2014, σ.107-108

46 σκέψη 34 της απόφασης και Α. Καϊδατζής, «Μεγάλη πολιτική» και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Συνταγματικά ζητήματα και ζητήματα συνταγματικότητας στο Μνημόνιο, αναρτημένο στο www.constitutionalism.gr

42 Βλ. Π. Λαζαράτο, Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης, ΘΠΔΔ, Τεύχος 8-9/2013, Αύγουστος-Σεπτέμβριος

43 Βλ. Α. Καϊδατζή, «Μεγάλη πολιτική» και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Συνταγματικά ζητήματα και ζητήματα συνταγματικότητας στο Μνημόνιο, αναρτημένο στο www.constitutionalism.gr

θα απαιτεί ειδικά τεκμηριωμένη αιτιολόγηση^{47 48}.

Συμπερασματικά, με την είσοδο της χώρας στην κρίση, την υπογραφή του πρώτου Μνημονίου και τον εμφανή κίνδυνο της πτώχευσης, το δημοσιονομικό - ταμειακό συμφέρον υπερτερεί και χρησιμοποιείται από την Νομολογία για να μπορέσει να καταφθαίη η συνταγματικότητα διατάξεων, οι οποίες υπό συνθήκες δημοσιονομικής ισορροπίας θα κρίνονταν μάλλον ως αντικείμενες στον θεμελιώδη νόμο του κράτους. Με την συνεχή και εκτεταμένη, ωστόσο, επίκληση της έννοιας των εξαιρετικών δημοσιονομικών συνθηκών στη νομολογία φαίνεται σαν να τίθεται σε εφαρμογή ένα "δίκαιο της ανάγκης" όπως αυτό του άρθρου 48 Συντ. ιδρύοντας, κατ' ουσία, ένα "Κράτος των Δικαστών", αφού οι δικαστές ανασηματοδοτούσαν οι ίδιοι αυθαίρετα το Σύνταγμα, αντικαθιστώντας τον νομοθέτη στο έργο του και βαδίζοντας στα όρια της παραβίασης της αρχής της διάκρισης των εξουσιών (άρθρο 26 Σύνταγμα).

Για τον λόγο αυτό, προϊόντος του χρόνου και ενώ η κρίση συνέχιζε να μαστίζει τη χώρα μας, παρά την υπογραφή και δεύτερου, αλλά και τρίτου σήμερα Μνημονίου παρατηρείται η μετάβαση από τον δικαστικό αυτοπεριορισμό σε ένα είδος δικαστικού ακτιβισμού. Πέντε περίπου χρόνια μετά την είσοδο της χώρας στον κυκλώνα της οικονομικής κρίσης, οι δικαστές του Συμβουλίου της Επικρατείας αρχίζουν να αλλάζουν στάση και αποφασίζουν να θέσουν πια ένα όριο στην αυθαίρετη και εκτεταμένη επίκληση των εξαιρετικών δημοσιονομικών συνθηκών αναφορικά με τη δικαιολόγηση της συνταγματικότητας "αμφίβολων" διατάξεων. Σε αυτή την τρίτη περίοδο, που ξεκινά περίπου από το 2014 αλλάζει και πάλι η σχέση δικαστή και νομοθέτη. Από δημοκρατική (οριακός έλεγχος, όχι έλεγχος σκοπιμότητας) η σχέση γίνεται δικαιοκρατική και το δικαστήριο υιοθετεί ένα σύστημα αυστηρού πια ελέγχου συνταγματικότητας, σε αντίθεση με την πάγια νομολογία των πρώτων χρόνων της κρίσης. Η νομική έννοια του δημοσίου συμφέροντος δεν

αρκεί πια για να δικαιολογήσει τους περιορισμούς των δικαιωμάτων. (Σχόλιο προς την αρχισυντάκτρια : είναι το κομμάτι για το οποίο δεν υπάρχει διαθέσιμη βιβλιογραφία για παραπομπή)

Έτσι, στην αντίστοιχη απόφαση για τα μέτρα του δεύτερου Μνημονίου ΣτΕ Ολ. 2287-90/2015, όχι μόνο έκρινε ότι υφίσταται η παραβίαση θεμελιωδών συνταγματικών δικαιωμάτων, όπως της αρχής της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (αρ. 2 παρ.1Σ) και της ισότητας στα δημόσια βάρη (αρ. 4 παρ. 5 Σ), αλλά -προκειμένου να μπορέσει να προβεί σε έλεγχο αναλογικότητας - δημιουργεί μια "υποχρέωση" του νομοθέτη για ειδική αιτιολογία του νόμου. Η ανάγκη αυτή, μάλιστα, για εμπεριστατωμένη αιτιολογία και αναλογιστικές μελέτες, που είχε διαπιστωθεί ήδη από την μειοψηφία της Ολ. 668/2012⁴⁹, αποσκοπεί αφενός στη διαπίστωση της προσφορότητας και της αναγκαιότητας των ληφθησόμενων μέτρων και αφετέρου στη διαπίστωση ότι οι επιπτώσεις από τα μέτρα αυτά, αθροιστικά λαμβανόμενες και συνδυαζόμενες με τις κρατούσες κοινωνικοοικονομικές συνθήκες δεν οδηγούν στην ανεπίτρεπτη προσβολή του πυρήνα του εκάστοτε δικαιώματος⁵⁰. Ειδικότερα, όπως χαρακτηριστικά εκτίθεται στην εν λόγω απόφαση "Με δεδομένο, άλλωστε, τον κατ' εξοχήν πολύπλοκο και τεχνικό χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων, η έλλειψη τέτοιας ειδικής, εμπεριστατωμένης και επιστημονικά τεκμηριωμένης μελέτης (...) θα καθιστούσε κατ' ουσίαν ανέφικτο το δικαστικό έλεγχο των οικείων νομοθετικών μέτρων από τις ανωτέρω συνταγματικές απόψεις." Και εδώ, λοιπόν, ο έλεγχος, να μην δεν εκτείνεται στην ορθότητα των πολιτικών εκτιμήσεων και επιλογών, οφείλει όμως, ως προς το αντικείμενό του, την τήρηση δηλαδή των συνταγματικών υποχρεώσεων του νομοθέτη, να ασκείται με ουσιαστικό και αποτελεσματικό τρόπο. Επιπρόσθετα δε, ο νομοθέτης οφείλει να προβεί στην παραπάνω μελέτη και για τον λόγο ότι οι περικοπές αυτές δεν είναι οι πρώτες, αλλά έρχονται να προστεθούν σωρευτικά στα ήδη ληφθησόμενα μέτρα του πρώτου Μνημονίου, τα οποία μάλιστα έχουν αποδειχθεί

47 Τόσο για το πρώτο όσο και για το δεύτερο σημείο καταλήγουν σε αντίθετη κρίση, ότι δηλαδή συντρέχει προσβολή του δικαιώματος, οι γνώμες της μειοψηφίας, ΣτΕ (Ολ.) 668/2012, σκέψη 36.Α και σκέψεις 33.Γ και 36.Β και Γ, αντιστοίχως.

48 Βλ. Α. Καϊδατζής, «Μεγάλη πολιτική» και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Συνταγματικά ζητήματα και ζητήματα συνταγματικότητας στο Μνημόνιο, αναρτημένο στο www.constitutionalism.gr

49 ΣτΕ (Ολ.) 668/2012, σκέψη 33.Γ (μειοψηφούσα γνώμη της Συμβούλου Μ. Καραμανώφ) και σκέψη 36.Β (μειοψηφούσα γνώμη του Αντιπροέδρου Ν. Σακελλαρίου και των Συμβούλων Ευδ. Γαλανού, Γ. Παπαμεντζελόπουλου, Γ. Παπαγεωργίου, Γ. Ποταμιά και Β. Καλαντζή).

50 Βλ σκέψη 7, ΣτΕ Ολ. 2287/2015

αναποτελεσματικά⁵¹.

Επιπλέον, στην περίοδο αυτή εντοπίζεται και μια ακόμα ιδιαιτερότητα. Το δικαστήριο, μολονότι προβαίνει σε αυστηρό συνταγματικό έλεγχο, δίχως να ανέχεται πια την παραβίαση συνταγματικών δικαιωμάτων κατ' επίκληση του δημοσίου συμφέροντος, αξιοποιεί το ίδιο τις εξαιρετικές δημοσιονομικές συνθήκες σε ένα δεύτερο επίπεδο, προκειμένου να επιτύχει τον περιορισμό των ακυρωτικών αποτελεσμάτων των αποφάσεων. Η αλλαγή της στάσης του δικαστηρίου, που είχε ως αποτέλεσμα την κατάφαση της αντισυνταγματικότητας πληθώρας διατάξεων, είναι αυτονόητο πως θα συνεπαγόταν και ένα σοβαρό δημοσιονομικό κόστος, δεδομένου και του ευρέος κύκλου των ενδιαφερομένων προσώπων. Για τον λόγο αυτό, ήδη από το 2014, αρχικά η μειοψηφία⁵² της Ολ. 2193/2014⁵³ και έπειτα η πλειοψηφία⁵⁴ της Ολ. 4741/2014⁵⁵, υποστήριξαν την δυνατότητα του δικαστηρίου "μετά από στάθμιση του δημοσίου συμφέροντος, αναφερόμενου στην οξυμένη δημοσιονομική κρίση και στην κοινώς γνωστή ταμειακή δυσχέρεια του δημοσίου"⁵⁶ να ορίζει ότι οι πλήρεις συνέπειες -erga omnes- της αντισυνταγματικότητας των επίμαχων διατάξεων θα επέλθουν κατά το χρόνο έκδοσης της απόφασης και όχι κατά το χρόνο θεσπίσεως των διατάξεων. Με τον τρόπο αυτό, έκλεινε ουσιαστικά ο δρόμος για τη διεκδίκηση αποζημιώσεων ή αναδρομικών παροχών από τους ενδιαφερόμενους. Προς αυτόν μάλιστα τον σκοπό, προστέθηκε με τον Ν.4274/2014 και η παρ.3β στο άρθρο 50 του π.δ. 18/1989, με την οποία αποτυπώνεται ρητά η παραπάνω νομολογιακή άποψη, καθώς ορίζεται πώς "το δικαστήριο, σταθμίζοντας τις πραγματικές καταστάσεις που έχουν δημιουργηθεί κατά το χρόνο εφαρμογής της, ιδίως δε υπέρ των καλόπιστων διοικουμένων, καθώς και το δημόσιο συμφέρον, μπορεί να ορίσει ότι τα αποτελέσματα της ακυρώσεως ανατρέχουν σε χρονικό σημείο μεταγενέστερο του χρόνου έναρξης της ισχύος της και σε κάθε περίπτωση προγενέστερο του χρόνου δημοσίευσης της απόφασης." Η διάταξη δε αυτή, μολονότι αναφέρεται αποκλειστικά στις ακυρωτικές διαφορές κρίθηκε ότι "δέον αναλογικώς να ισχύσει και επί αγωγών και άλλων διαφο-

ρών ουσίας που άγονται προς εκδίκαση στο ΣτΕ, μέσω του νέου θεσμού της πρότυπης δίκης (πρβλ. ΔΕΚ Defrenne κατά Sabena και ΔΕΚ Barber⁵⁷)".⁵⁸

Επίλογος

Οι ανωτέρω αναλύσεις αποδεικνύουν ότι "δεν είναι οι τεχνικές του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων που αναπροσαρμόζονται ανάλογα με τις συνθήκες⁵⁹, αλλά είναι οι συνθήκες οι οποίες αναπροσαρμοζόμενες προσφέρουν διαφορετικά περιθώρια νομικής ερμηνείας"⁶⁰ Σε αυτές τις συνθήκες, το δημόσιο συμφέρον λειτουργεί ως "υπεραγαθό", αντιστοίχως με το ρωμαϊκής προέλευσης αξίωμα «salus patriae suprema lex esto», και να θεμελιώνει πλήθος συνταγματικών παρεκκλίσεων και περιορισμούς συνταγματικών δικαιωμάτων.⁶¹ Έτσι, δημιουργείται το ερώτημα αν το συμφέρον της πατρίδος ταυτίζεται με το συμφέρον του ίδιου του λαού και όχι του κράτους. Κατ' εμάς, η απάντηση -θα έπρεπε- να είναι μία: "υπέρτατο γενικό συμφέρον είναι ακριβώς ο σεβασμός και η προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων",⁶² καθώς ο άνθρωπος θα πρέπει να βρίσκεται πάντα στο επίκεντρο και να μην προστατεύονται -επιλεκτικά- τα θεμελιώδη δικαιώματα του μόνο σε συνθήκες κανονικότητας.

57 C43/75 της 8.4.1976 και C-262/ 78 της 17.5.1990 αντίστοιχα

58 Βλ σκέψη 25, ΣτΕ Ολ. 4741/2014

59 Βλ αναλυτικότερα Ι. Μαθιουδάκη, Μετασχηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης δημοσιονομικής κρίσης, αναρτημένο στον ιστότοπο www.constitutionalism.gr

60 Βλ. Τέταρτο κοινό σεμινάριο Συνταγματικού Δικαίου, Γρεβενά, 6 Απριλίου 2012, Βασίλης Τσιγαρίδας- Όταν ο δικαστής αποδέχεται την διαπίστωση του νομοθέτη για ύπαρξη "οξείας δημοσιονομικής κρίσεως". Οριακός έλεγχος και δημόσιο συμφέρον, σελ.97

61 Δημήτρης Χ. Πατσίκας, Salus Patriae Suprema lex esto: Σκέψεις για τον δικαστικό έλεγχο σε συνθήκες "δημοσιονομικού εκτροχιασμού", Διαθέσιμο στο <https://dimitrispatsikas.wordpress.com>

62 Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, νομική βιβλιοθήκη, 2006, σ.87

51 Βλ σκέψη 24, ΣτΕ Ολ. 2287/2015

52 Βλ σκέψη 23, ΣτΕ Ολ. 2193/2014

53 Η απόφαση αφορά την αναδρομική μείωση αποδοχών εν ενεργεία στρατιωτικών των ενόπλων δυνάμεων

54 Βλ σκέψη 26, ΣτΕ Ολ. 4741/2014

55 Η απόφαση αφορά τις περικοπές των αποδοχών των μελών ΔΕΠ των ΑΕΙ

56 Βλ σκέψη 26, ΣτΕ Ολ. 4741/2014



675/2017 ΣτΕ και 1738/2017 ΟλΣτΕ: Η παραγραφή του δικαιώματος ελέγχου του φορολογουμένου από τη διοίκηση

Πρινιωτάκης Παναγιώτης
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Η λειτουργία της παράτασης της παραγραφής, κατ' ουσίαν, εξυπηρετεί πρωταρχικά την δυνατότητα της διοίκησης να προβαίνει σε λυσιτελείς ελέγχους χωρίς να οδηγείται η ίδια σε απραξία λόγω παρόδου μακρού χρονικού διαστήματος αλλά και ταυτόχρονα ο φορολογούμενος να μην περιέρχεται σε περίοδο ανασφάλειας, που επηρεάζει αρνητικά τον προγραμματισμό των οικονομικών ή επιχειρηματικών του δραστηριοτήτων».

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Κορυφαίο ζήτημα που απασχόλησε το προηγούμενο έτος το Συμβούλιο της Επικρατείας ήταν η συνταγματικότητα των αλληπάλληλων παρατάσεων παραγραφής του δικαιώματος του δημοσίου για κοινοποίηση φύλλων ελέγχου επιβολής φόρων, τελών και εισφορών στους φορολογούμενους. Για αρκετά χρόνια, ιδίως μετά το 2006, ακολουθούσαν η πάγια πρακτική, να δίνονται συνεχείς παρατάσεις παραγραφής, παρά τον βασικό κανόνα της πενταετούς παραγραφής, με αντίστοιχους νόμους οι οποίοι εκδίδονταν. Το αποτέλεσμα ήταν τόσο η δυσχέρεια περάτωσης του ελέγχου των φορολογικών αρχών, όσο και η διαρκής ανασφάλεια στην οποία περιέρχονταν οι φορολογούμενοι. Αυτή την πρακτική, που έτεινε να γίνει καθεστώς, επέλυσαν εν μέρει η απόφαση 675/2017 ΣτΕ και οριστικά η ολομελειακή 1738/2017.

Καίρια σημεία της απόφασης 675/2017 ΣτΕ

Με βάση την **απόφαση 675/2017**, το β' τμήμα του ΣτΕ δικάζοντας έπειτα από αίτηση αναίρεσης που κατατέθηκε σχετικώς ενώπιον του, εξέτασε το μείζον ζήτημα της νομιμότητας των διαδοχικών παρατάσεων του χρόνου παραγραφής των φορολογικών υποθέσεων, ζήτημα το οποίο τελικώς παραπέμφθηκε προς περαιτέρω εξέταση της συ-

νταγματικότητας των νόμων που εισήγαγαν την παράταση, στην Ολομέλεια του ΣτΕ. Το Β' Τμήμα του ΣτΕ, με την εν λόγω απόφαση, ρύθμισε μερικώς το ζήτημα αυτό, καταλήγοντας παράλληλα σε κάποια χρήσιμα συμπεράσματα. Η απόφαση αυτή πρόκειται μάλλον να αποτελέσει την αρχή για ένα οριστικό φρένο στις αλληπάλληλες παρατάσεις της παραγραφής των φορολογικών υποθέσεων, δηλαδή στην πάγια πρακτική που ακολουθούνταν εδώ και πολλά έτη μετά το 2006, όσον αφορά την παραγραφή του δικαιώματος του δημοσίου να ελέγξει τον φορολογούμενο.¹ Καθώς υπάρχει διαχωρισμός ανάμεσα στην παραγραφή του δικαιώματος του δημοσίου προς επιβολή και κοινοποίηση καταλογιστικής πράξης και σε παραγραφή αξίωσης προς είσπραξη των ταμειακώς βεβαιωμένων φόρων, πρέπει να επισημανθεί ότι η εν λόγω απόφαση αναφέρεται στην πρώτη κατηγορία.²

Πιο συγκεκριμένα το αρμόδιο τμήμα έκρινε ότι οι διαδοχικές νομοθετικές παρατάσεις της φορολογικής παραγραφής παραβιάζουν την αρχή της ασφάλειας του δικαίου και της ειδικότερης έκφρασης αυτής, δηλαδή της αρχής της προστατευόμε-

¹ Βλ. 84 παρ. 1 ΚΦΕ και Κ. Δ. Φινοκαλιώτης, Φορολογικό Δίκαιο σελ. 665

² Έτσι και Κ. Δ. Φινοκαλιώτης, Φορολογικό Δίκαιο, σελ. 663

νης εμπιστοσύνης του διοικουμένου³. Συγκεκριμένα η απόφαση έκρινε την αντισυνταγματικότητα των νόμων 3513/2006 άρθρο 11, 3697/2008 άρθρο 29, 3790/2009 άρθρο 10 και 3842/2010 άρθρο 82 όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο 3862/2010 άρθρο 92 παράγραφος 3β, με τους οποίους παρατάθηκαν διαδοχικά οι προθεσμίες παραγραφής που έληγαν αντίστοιχα α) την 31.12.2006 και την 31.12.2007, β) την 31.12.2008, γ) την 31.12.2009 και δ) την 30.06.2010.

Οι σχετικές διατάξεις που κρίθηκαν ως αντισυνταγματικές, αφορούσαν συγκεκριμένες χρήσεις, δηλαδή τις περιόδους, οι οποίες έχουν δωδεκάμηνη διάρκεια κατά κανόνα και υπόκεινται σε έλεγχο. Οι χρήσεις αυτές είναι οι 2000, 2001, 2002, 2003 και είχαν ως αρχική ημερομηνία λήξης παραγραφής του δικαιώματος του δημοσίου την πάροδο πενταετίας από την τελευταία μέρα λήξης του επόμενου έτους, δηλαδή για παράδειγμα για το έτος 2000 θα έληγε την 31.12.2006 και παρατάθηκε μέχρι τις 30.6.2010. Ενώ, τέλος, με τον Ν. 3862/2010, δόθηκε επιπλέον παράταση μέχρι τις 31.12.2010.

Πρέπει βάσει της πάγιας νομολογίας του Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου⁴ να τηρείται μεγάλη αυστηρότητα και προσοχή όσον αφορά την διαρκή νομοθετική μεταβολή, διότι η αρχή της ασφάλειας του δικαίου απαιτεί η κατάσταση του φορολογουμένου να μην τίθεται σε αμφιβολία. Καθότι ουσιώδες στοιχείο του φόρου είναι ο χρόνος παραγραφής, πρέπει η διάρκεια της παραγραφής να είναι επαρκώς προβλέψιμη από τον φορολογούμενο, να ορίζεται εκ των προτέρων και μετά το τέλος της να μην μπορεί να επιβληθεί καμία κύρωση και να μην εξαρτάται από ενέργειες δημοσίων αρχών όπως εντολές ελέγχου από εισαγγελικές αρχές ή από το ύψος του προστίμου.⁵

Όπως συμπεραίνει στο σκεπτικό του το ΣτΕ, η παράταση της παραγραφής πρέπει να είναι εύλογη, δηλαδή να μην υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, να είναι συνταγματικά ανεκτή και να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, όπως αυτή προ-

βλέπεται από το 25 παρ.1 εδ. δ' του Συντάγματος.⁶ Η λειτουργία της παράτασης της παραγραφής, κατ' ουσίαν, εξυπηρετεί πρωταρχικά την δυνατότητα της διοίκησης να προβαίνει σε λυσιτελείς ελέγχους χωρίς να οδηγείται η ίδια σε απραξία λόγω παρόδου μακρού χρονικού διαστήματος αλλά και ταυτόχρονα ο φορολογούμενος να μην περιέρχεται σε περίοδο ανασφάλειας, που επηρεάζει αρνητικά τον προγραμματισμό των οικονομικών ή επιχειρηματικών του δραστηριοτήτων.

Η φορολογική αρχή, πρέπει, επιπροσθέτως να μην χάνει την ευχέρεια που διαθέτει όσον αφορά την είσπραξη των φόρων μετά την πάροδο του χρόνου παραγραφής αλλά ακριβώς με την εισαγωγή του δημοσιονομικού εργαλείου της παράτασης, να μπορεί να διενεργεί ελέγχους, να βεβαιώνει τις οφειλές και να τις εισπράττει. Ορθά, το ΣτΕ επισημαίνει ότι σκοπός της φορολογικής διοίκησης δεν είναι η τιμωρία των διοικουμένων ή η απλή βεβαίωση των φόρων ή τελών αλλά η είσπραξη τους, καθώς μόνο με αυτό τον τρόπο διασφαλίζεται το δημοσιονομικό και ταμειακό συμφέρον του κράτους, το οποίο έχει επικρατήσει την τελευταία μακρά περίοδο οικονομικής δίνης, λόγω του δημοσιονομικού εκτροχιασμού και της εθνικής κρίσης της χώρας.⁷

Η εξαίρεση από τον κανόνα του 84 παρ. 1 ΚΦΕ

Ουσιαστικά με την δυνατότητα της παράτασης της φορολογικής παραγραφής, εισάγεται μία εξαίρεση από το βασικό κανόνα της πενταετούς παραγραφής που ορίζει το 84 παρ.1 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος⁸. Θα μπορούσαμε να πούμε ότι εισάγεται μία επιμήκυνση του χρόνου παραγραφής βασιζόμενη στην ήδη υπάρχουσα νομοθετικά θεσπισμένη διάρκεια της παραγραφής που ορίζει το 84 παρ. 1 ΚΦΕ. Με βάση το άρθρο αυτό, δεν μπορεί μετά την πάροδο της πενταετίας από το τέλος του επόμενου έτους από την κατάθεση της φορολογικής δήλωσης, να γίνει από την διοίκηση

³ Βλ. *Απ. Γέροντα*, Η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του ιδιώτη στη νομολογία του ΣτΕ και του ΔΕΚ, ΔτΑ 2003, Αθήνα, Αντ. Σάκκουλας ιδίως σελ 90 επ. και βλ. επίσης ενδεικτικά ΟΛΣΤΕ 2034/2011, ΣτΕ 3777/2008

⁴ ΣτΕ 5116/1996, 12/1999

⁵ Βλ. ΣτΕ 351/1979 σχετ. με αρχή της βεβαιότητας του φόρου

⁶ Βλ. *Κ. Χ. Χρυσόγονο*, Συνταγματικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 380 επ.

⁷ Βλ. σχετ. *Ι. Κ. Μαθιουδάκης*, Μετασχηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης. Με αφορμή τις πρόσφατες αποφάσεις 693/2011 (κατά μειοψ.) και 1620/2011 (κατά πλειοψ.) του ΣΤ' Τμ. του ΣτΕ, www.constitutionalism.gr

⁸ Ν.2238/1994, ΦΕΚ 151 τ. Α'

κοινοποίηση φύλλου ελέγχου και προκύπτει ότι το δικαίωμα ελέγχου της φορολογικής αρχής παραγράφεται μετά την πάροδο του χρόνου αυτού. Άρα για παράδειγμα όσον αφορά τη χρήση του έτους 2000, η πενταετία αρχίζει στις 31.12.2001, λήγει στις 31.12.2006, ημερομηνία μέχρι την οποία η διοίκηση μπορεί να εκδώσει φύλλο ελέγχου.

Σύμφωνα με το σκεπτικό του ΣτΕ, δίνεται ιδιαίτερη βαρύτητα στο άρθρο 78 του Συντάγματος σχετικά με την αρχή της νομιμότητας του φόρου, το οποίο ορίζει στην πρώτη παράγραφό του με ακρίβεια υπό ποιες προϋποθέσεις επιβάλλεται και εισπράττεται ο φόρος, ενώ στην δεύτερη παράγραφο εισάγεται η αρχή της αναδρομικότητας του φόρου, δηλαδή της απαγόρευσης επιβολής φόρου με αναδρομική δύναμη και στοχεύει στην διατήρηση της ασφάλειας του δικαίου και εν γένει της προάσπισης του κράτους δικαίου.⁹ Ακόμη, στην 7^η σκέψη της απόφασης συμπυκνώνονται με ορισμένο τρόπο, οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες είναι συνταγματική μία παράταση παραγραφής. Σύμφωνα με το ΣτΕ, διάταξη νόμου περί παράτασης παραγραφής φορολογικών αξιώσεων, οι οποίες ανάγονται σε ημερολογιακό έτος προγενέστερο του προηγούμενου της δημοσίευσής του νόμου αυτού έτους, είναι ανίσχυρη ως αντισυνταγματική, καθώς θα τροποποιούσε αναδρομικά σε βάρος των φορολογουμένων το φορολογικό καθεστώς που ίσχυε κατά τον χρόνο στον οποίο ανάγονται οι φορολογικές υποχρεώσεις.

Αυτή η συνταγματικά θεμελιωμένη άποψη του ΣτΕ, είναι ορθή, καθώς συμβαδίζει τόσο με την αρχή της ασφάλειας του δικαίου όσο και με την αρχή του κράτους δικαίου, καθώς η διοίκηση οφείλει πρώτη αυτή να παρέχει τα εχέγγυα για την έγκαιρη και αποτελεσματική είσπραξη φόρων, ο οποίος είναι και ο τελικός και πρωταρχικός στόχος της.¹⁰

Η οριστική επίλυση του ζητήματος. Η απόφαση 1738/2017 της ολομέλειας

Το ζήτημα όμως οριστικά επιλύθηκε κατά ομόφωνο και πανηγυρικό τρόπο με την **απόφαση 1738/2017** της ολομέλειας του ΣτΕ, η οποία απόρριψε την αίτηση αναιρέσεως που κατατέθηκε από συγκεκριμένο νομικό πρόσωπο και δημοσιεύτηκε

στις 27.6.2017. Με βάση αυτήν την απόφαση κρίθηκαν αντισυνταγματικοί οι νόμοι περί παρατάσεως της φορολογικής παραγραφής.

Η συγκεκριμένη απόφαση τονίζει και επαναλαμβάνει τον βασικό κανόνα της πενταετούς παραγραφής βάσει 84 παρ. 1 ΚΦΕ που οφείλουν οι φορολογικές αρχές να τηρούν. Το ΣτΕ επισημαίνει ότι το δικαίωμα του δημοσίου για όσους δεν έχουν υποβάλλει ποτέ φορολογική δήλωση παραγράφεται μετά την πάροδο 15ετίας, δηλαδή για τη χρήση του 2008, η παραγραφή λήγει την 31.12.2024. Εξαίρεση, ακόμη, από τον κανόνα της πενταετίας, επισημαίνει ότι είναι η παραγραφή του δικαιώματος του δημοσίου μετά πάροδο 10ετίας, όταν υπάρχουν συμπληρωματικά στοιχεία, δηλαδή δεδομένα τα οποία η διοίκηση δεν είχε καθόλου στη διάθεσή της, καθώς της ήταν εντελώς άγνωστα κατά τον χρόνο ελέγχου της υπόθεσης. Σε αυτήν την περίπτωση αν η υπόθεση είναι περαιωμένη, ανοίγει και πάλι προς έλεγχο μόνο εάν υπάρχουν νέα στοιχεία.

Οφείλουμε εδώ, όμως, να σημειώσουμε ότι συμπληρωματικό στοιχείο δεν συνιστά ό,τι οι ελεγκτικές αρχές δεν κατάφεραν ουσιαστικώς να αξιολογήσουν αναφορικά με την σύνδεση συγκεκριμένου στοιχείου με την εν λόγω ελεγχόμενη υπόθεση ή λόγω αβλεψίας ή λόγω σφάλματος τους αγνόησαν την σπουδαιότητά του. Αφορά, ακόμη, στοιχεία τα οποία ήταν εν γνώσει της διοίκησης αλλά δεν ελήφθησαν τελικώς υπόψιν από αυτήν. Σε αυτήν την περίπτωση δεν υπάρχει παράταση της 5ετίας σε 10ετία.¹¹

Στο σκεπτικό της η Ολομέλεια τονίζει ότι η παραγραφή πρέπει να έχει εύλογη διάρκεια¹², καθώς η διοίκηση διαθέτει αρκετά ηλεκτρονικά μέσα ή σύγχρονες μεθόδους ελέγχου, ώστε να θεωρείται αδικαιολόγητος ο έλεγχος πέραν της 5ετίας, γιατί παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας βάσει 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντάγματος. Προκρίνει παράλληλα ότι η ταχεία περαίωση των φορολογικών υποθέσεων πρέπει να είναι ο βασικός κανόνας προς όφελος του διοικουμένου.

Και σε αυτήν την απόφαση, όπως και στην 675/2017, η ολομέλεια του ΣτΕ, καταλήγει με παρόμοιο και σε αρκετά σημεία ταυτόσημο σκεπτικό, στο συμπέρασμα ότι οι διατάξεις των άρθρων 11

⁹ Βλ. Κ. Δ. Φινοκαλιώτη, Φορολογικό Δίκαιο σελ. 157 επ. και Π. Παυλόπουλου, Η αναδρομικότητα των φορολογικών νόμων, ΔΦΝ, 1991, σελ. 733

¹⁰ Σκέψη 5η της 675/2017 ΣτΕ

¹¹ Βλ. ακόμη απόφαση ΔΕΦΑΘ σχετικά με το άνοιγμα των τραπεζικών λογαριασμών το οποίο δεν συνιστά συμπληρωματικό στοιχείο

¹² Όπως και η 675/2017 ΣτΕ

του Ν. 3513/2006, 29 του Ν. 3697/2008, 10 του Ν. 3790/2009 και 82 του Ν. 3842/2010 αντίκεινται σε θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές, όπως της αρχής του κράτους δικαίου, της ασφάλειας του δικαίου, όπως αυτές εξειδικεύονται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 78 του Συντάγματος αλλά και της αρχής της σαφήνειας καθώς παρατείνεται η προθεσμία παραγραφής φορολογικών αξιώσεων αναγόμενων σε ημερολογιακά έτη προγενέστερα του προηγούμενου της δημοσιεύσεως των σχετικών νόμων ετών. Ως επιστέγασμα έρχεται να προστεθεί και η πρόσφατη γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, η οποία εκτιμά ως συνταγματικά ορθή την εν λόγω απόφαση της ολομέλειας του ΣτΕ¹³.

Σκέψεις επί των συνεπειών της απόφασης

Η συγκεκριμένη απόφαση έχει προκαλέσει, όπως είναι προφανές, έντονες συζητήσεις με τα επιχειρήματα που συνηγορούν υπέρ της εν λόγω απόφασης και του σκεπτικού που περιέχει να είναι ότι επιλύει μία χρόνια παθογένεια του ελληνικού φορολογικού συστήματος, πράγμα που αδυνατούσαν να αντιμετωπίσουν οι κυβερνήσεις εδώ και αρκετά έτη, καθώς η διαρκής παράταση πολλές φορές οδηγούσε σε ομηρεία χιλιάδες φορολογούμενους.¹⁴ Ταυτόχρονα η φορολογική διοίκηση θα

έχει εφεξής την δυνατότητα να ερευνήσει τις υποθέσεις που είναι εκκρεμείς στον παρόντα χρόνο, χωρίς να περιέρχεται σε περίοδο μακράς αδράνειας και απραξίας, ελέγχοντας εν τέλει σωρεία υποθέσεων καθυστερημένα ή αφήνοντάς τις ανέλεγκτες, με αποτέλεσμα να παραγράφονται. Στην αντίπερα όχθη, υπάρχει και η άποψη ότι πολλοί φορολογούμενοι, με βάση αυτή την απόφαση, ωφελούνται από την απουσία παράτασης παραγραφής πέραν της 5ετίας του 84 παρ.1 ΚΦΕ και έτσι μπορούν εύκολως να αποφύγουν τον έλεγχο, με αποτέλεσμα η υπόθεσή τους να υποπέσει σε παραγραφή.¹⁵

Αδιαμφισβήτητα μέσω και αυτής της απόφασης ανοίγεται δρόμος για ένα οριστικό τέλος στις διαδοχικές παρατάσεις που κατάφορα παραβιάζουν βασικές συνταγματικές αρχές, ενώ ταυτόχρονα τίθενται τα θεμέλια για την περαιτέρω ενίσχυση της αναπτυξιακής πολιτικής και την αύξηση των δημοσίων εσόδων μέσω της είσπραξης των βεβαιωμένων φόρων.

¹³ Βλ. Γνωμοδότηση ΝΣΚ 268/2017, όπως ακριβώς : Σκέψη 12 «Με βάση τα γενόμενα δεκτά στις σκέψεις 5, 6, και 10 της υπ' αριθμ. ΣτΕ 1738/2017 αποφάσεως και στις σκέψεις 6 και 7 των υπ' αριθμ. 2934 και 2935/2017 αποφάσεων του ΣτΕ, οι διατάξεις, περί παρατάσεων της παραγραφής (αρχικής ή παραταθείσης), των άρθρων 11 ν. 3513/2006 (Α' 265), 29 ν. 3697/2008 (Α' 194), 10 ν. 3790/2009 (Α' 143), 82 ν. 3842/2010 (Α' 58), όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 92§3 περ. β' ν. 3862/2010 (Α' 113), 12§7 του ν. 3888/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 4§7 του ν. 3899/2010, 18§2 του ν. 4002/2011 και του άρθρου δεύτερου, παρ. 1 του ν. 4098/2012, αντίκεινται στις εξειδικεύουσες την (απορρέουσα από την αρχή του κράτους δικαίου) αρχή της ασφάλειας δικαίου διατάξεις των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 78 του Συντάγματος, διότι παρατείνουν την προθεσμία παραγραφής φορολογικών αξιώσεων του Δημοσίου αναγομένων σε ημερολογιακά έτη προγενέστερα του προηγούμενου της δημοσιεύσεως των σχετικών νόμων ετών.»

¹⁴ Βλ. και Π. Παντελή, Παραγραφή - Απόφαση

1738/2017 της Ολομέλειας του ΣτΕ

¹⁵ Βλ. σχετ. Γ. Δαλιάνη, Η φορολογική ανασφάλεια συνεχίζεται, www.taxheaven.gr αλλά και Α. Πατρίκιο, Ο χρόνος παραγραφής των φορολογικών αξιώσεων του Δημοσίου υπό το πρίσμα της απόφασης 675/2017 του ΣτΕ, www.capital.gr

Σχολιασμός της απόφασης ΣτΕ Ολ 2192/2014: περί περικοπών των αποδοχών και των συντάξεων των ενόπλων δυνάμεων και των σωμάτων ασφαλείας

Αναστασία - Νεφέλη Βιδάκη
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Ούτε η ειδική σχέση εξουσίασης, εφόσον αυτή είναι ηθελημένη, ούτε ο περιορισμός ατομικών δικαιωμάτων, εφόσον αυτός δεν έρχεται σε αντίθεση με τους περιορισμούς των περιορισμών, ούτε η διαστρέβλωση της αρχής της ισότητας σε σημείο που να καταλήγει στην ανόμοια μεταχείριση ομοίων καταστάσεων ευσταθούν ως νομική επιχειρηματολογία».

Πρόλογος

Είναι άξιο αναφοράς ότι η υπό εξέταση υπόθεση δεν συνιστά απλώς την ακύρωση μιας απόφασης του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομικών περί επιστροφής των αχρεωστήτως καταβληθεισών αποδοχών και συντάξεων των στρατιωτικών των ενόπλων δυνάμεων και των σωμάτων ασφαλείας, αλλά μια πλήρη μεταστροφή της νομολογίας του ΣτΕ που συντελείται εν μέσω αυστηρού πλαισίου δημοσιονομικής πολιτικής και οικονομικής κρίσης. Το γεγονός αυτό καθιστά επιτακτική την επανεξέταση της ουσίας της υπόθεσης, των νομικών και πραγματικών ζητημάτων που εξετάστηκαν, όσο και την προσεκτική παρατήρηση των «νομολογιακών καινοτομιών» ιδίως στο χώρο του δημοσίου δικαίου που αυτή εισάγει.

Πραγματικά περιστατικά

Αρχικά, με την υπ' αριθμ. οικ. 2/83408/0022/14.11.2012 απόφαση του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομικών (Β' 3017/14.11.2012), με τίτλο "Επιστροφή των αχρεωστήτως καταβληθεισών αποδοχών και συντάξεων που προκύπτουν από την εφαρμογή των διατάξεων της υποπαραγράφου Γ1 του άρθρου πρώτου του Ν. 4093/2012 (ΦΕΚ 222/Α'/12-11-2012)" καθορίσθηκε τόσο ο χρόνος όσο και ο τρόπος επιστροφής των "αχρεωστήτως καταβληθέντων", όπως χαρακτηρίστηκαν,

συντάξεων στους απόστρατους αξιωματικούς, όπως αυτές προέκυψαν από την ex tunc μείωση των αποδοχών των εν ενεργεία στρατιωτικών, με τις διατάξεις των περιπτώσεων 31 - 33 της υποπαραγράφου Γ1 της παραγράφου Γ του άρθρου πρώτου του ν. 4093/2012. Σύμφωνα με την παραπάνω υπουργική απόφαση, τα ποσά που προκύπτουν από τη διαφορά της μείωσης των αποδοχών και συντάξεων ορισμένων κατηγοριών εργαζομένων, όπως αυτές διαφαίνονται στις περιπτώσεις 13 έως 36 της υποπαραγράφου Γ1 της παραγράφου Γ του άρθρου πρώτου του Ν. 4093/2012 (ΦΕΚ 222/Α'/12-11-2012) θα παρακρατηθούν αναλογικά από τους κωδικούς εκείνους που εκταμιεύτηκαν¹. Η παρακράτηση αφορά τους μισθούς ή της συντάξεις Δεκεμβρίου και Ιανουαρίου του 2013, ενώ τα ποσά αντιστοιχούν στο διάστημα από 1.8.2012 έως την εφαρμογή του νόμου. Επίσης, σε αυτή ορίζονται τόσο τα ποσά όσο και οι δόσεις με τις οποίες θα πραγματοποιηθεί η παρακράτηση². Ειδικά για τους στρατιωτικούς, τα ποσά αναφέρονται στα προκύπτοντα από τις μεικτές αποδοχές ή τη μεικτή σύνταξη, αφού αφαιρεθούν οι προβλεπόμενες

¹ Άρθρ. 2 εδ. β Άρ. οικ.2/83408/0022 <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/15025>

² Άρθρ. 1 Άρ. οικ.2/83408/0022 <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/15025>

κρατήσεις³. Σε περίπτωση αποχώρησης από την υπηρεσία, με εξαίρεση τη σύνταξη, και είσπραξης των υπαγόμενων σε μείωση αποδοχών, ο υπάλληλος καλείται να τις επιστρέψει εφάπαξ⁴, αλλιώς η άρνησή του συνεπάγεται τον καταλογισμό για μη νόμιμη δαπάνη που πληρώθηκε με τίτλους πληρωμής⁵.

Δευτερευόντως, με την υπ' αριθμ. 2/85127/0022/22.11.2012 πράξη του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομικών, με θέμα "Κοινοποίηση Μισθολογικών Διατάξεων", κατέστη γνωστή η διάταξη της περιπτώσεως 1 της υποπαραγράφου Γ1 της παραγράφου Γ του άρθρου πρώτου του ν. 4093/2012, αφορώσα την κατάργηση των επιδομάτων εορτών και αδειάς στους εκάστοτε φορείς. Πιο συγκεκριμένα, η απόφαση αυτή επέφερε την κατάργηση των επιδομάτων εορτών Χριστουγέννων, με εξαίρεση αυτό του 2012 που καταβλήθηκε κανονικά, Πάσχα και αδειάς, που προβλέπονταν από οποιαδήποτε γενική ή ειδική διάταξη, ή ρήτρα ή όρο συλλογικής σύμβασης εργασίας, διαιτητική απόφαση ή με ατομική σύμβαση εργασίας ή συμφωνία, για τα μόνιμα στελέχη των Ενόπλων Δυνάμεων και της Ελληνικής Αστυνομίας από 1.1.2013⁶.

Ειδικότερα, μειώσεις είχαν επιβληθεί στα μέλη των ενόπλων δυνάμεων με τη μείωση κατά 20% του επιδόματος υψηλής ευθύνης των ανωτάτων αξιωματικών⁷, με την μείωση ή την ολική κατάργηση των επιδομάτων των Χριστουγέννων, Πάσχα και αδειάς⁸. Για τα αποστρατευμένα μέλη καθιερώθηκε εισφορά αλληλεγγύης στις ακαθάριστες συντάξεις άνω ενός ορισμένου ποσού από 3% έως 10% κλιμακωτά και 6%-14% αντίστοιχα για τους συνταξι-

ούχους που δεν έχουν συμπληρώσει το 60ό έτος της ηλικίας τους⁹, θεσπίστηκε ειδική εισφορά αλληλεγγύης για ετήσια εισοδήματα άνω των 12.000 ευρώ σε ποσοστό 1-4% κλιμακωτά¹⁰, αφορολόγητο όριο από 8.000 ευρώ σε 5.000 ευρώ και διέυρυνση του 1ο φορολογικού κλιμακίου κατά 3.000 ευρώ με ποσοστό φόρου 10%¹¹ και κράτηση 12% άνω των 1.300 ευρώ όπως η σύνταξη είχε διαμορφωθεί την 30-12-11 αφού προηγουμένως αφαιρέθηκαν οι προαναφερθείσες εισφορές¹². Κυρίως προβλέφθηκε μείωση κατά 40% στη σύνταξη των συνταξιούχων που δεν έχουν συμπληρώσει το 55ο έτος της ηλικίας των στο ποσό άνω των 1.000 ευρώ της κύριας σύνταξης και έχουν αποστρατευθεί με δική τους αίτηση και μείωση κατά 20% στους συνταξιούχους άνω των 55 ετών στο ποσό της κύριας σύνταξης άνω των 1.200 ευρώ¹³.

Οι Ενώσεις Αποστράτων Αξιωματικών Στρατού, Ναυτικού και Αεροπορίας αιτήθηκαν την ακύρωση των υπ' αριθμ. οικ.2/83408/0022/14.11.2012 απόφαση του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομικών (Β' 3017/14.11.2012) και υπ' αριθμ. 2/85127/0022/22.11.2012 πράξη του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομικών, αφού με την πρώτη κατέστη απαιτητή η επιστροφή του ποσού της διαφοράς από τη μείωση των μισθών και των συντάξεών τους, ενώ με την δεύτερη καταργήθηκαν τα επιδόματα που λάμβαναν μέσα στο οικονομικό έτος. Με τη σειρά της, η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας με την απόφαση 2192/2014 εξέτασε την αίτηση αυτή ως προς την πρώτη βέβαια πράξη, καθώς ως προς τη δεύτερη την απέρριψε.

Τα παραπάνω περιστατικά που προκύπτουν μέσω των υπουργικών αποφάσεων και περιγράφουν το πραγματικό της υπόθεσης εισάγουν πλη-

³ Άρθρ. 2 εδ. α Αρ. οικ.2/83408/0022 <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/15025>

⁴ Άρθρ. 4 Αρ. πρωτ. οικ.2/83408/0022, Διαθέσιμο στο: <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/15025>

⁵ Δ. Σολδάτος, Άρθρ. 33 του Ν. 2362/1995 (ΦΕΚ 247Α'), Δημόσιο Λογιστικό, Εκδόσεις Μ. Δημοπούλου, 2001, σελ. 81

⁶ Επί της περ 1 Αρ. πρωτ. οικ. 2/85127/0022/22.11.2012, Διαθέσιμο στο: <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/15066>

⁷ Άρθρ. 1 παρ. του Ν. 2 383/2010, Διαθέσιμο στο: http://www.epdm.gr/Uploads/Files/nomoi_kya/N_3833_2010.pdf

⁸ Άρθρ. 6 του Ν. 3845/2010, Διαθέσιμο στο: <http://www.fle.gr/index.php/logistika/174-nomoi-p-d-2010/5961--384510>

⁹ Ν. 3863/2010, Ν. 3865/2010, Ν. 4002/11, Διαθέσιμο στο: http://ean.gr/wp-content/uploads/2012/09/images_articles_2012_glk1.pdf

¹⁰ Ν. 3986/11, Διαθέσιμο στο: http://ean.gr/wp-content/uploads/2012/09/images_articles_2012_glk1.pdf

¹¹ Ν. 3896/11, Διαθέσιμο στο: http://ean.gr/wp-content/uploads/2012/09/images_articles_2012_glk1.pdf

¹² Ν. 4051/2012, Διαθέσιμο στο: http://ean.gr/wp-content/uploads/2012/09/images_articles_2012_glk1.pdf

¹³ Ν. 4024/2011 http://ean.gr/wp-content/uploads/2012/09/images_articles_2012_glk1.pdf

ρέστερα στην τελευταία και επιτρέπουν την διερεύνηση των νομικών θεμάτων, για τα οποία θα γίνει λόγος στη συνέχεια.

Νομικό ζήτημα

Όσον αφορά το νομικό σκέλος, το Συμβούλιο της Επικρατείας προέβαλε κατά των περικοπών τα ακόλουθα:

Το Δικαστήριο ξεκινά την επιχειρηματολογία του με την εξέταση της συνταγματικής θεμελίωσης της αποστολής των Ενόπλων Δυνάμεων, προβάλλοντας το ρόλο και το ιδιαίτερο καθεστώς των ενόπλων δυνάμεων με τον ορισμό του Προέδρου της Δημοκρατίας ως Αρχηγού τους (άρθρο 45 Σ) και με τις ειδικές απαγορεύσεις, όπως αυτές ορίζονται στο Σύνταγμα (άρθρο 23§2, άρθρο 29§3 Σ).

Έπειτα, εξέτασε την ξεχωριστή αποστολή των ενόπλων δυνάμεων που δικαιολογεί την ειδική μισθολογική μεταχείριση τους. Για την επίτευξη του σκοπού τους, αυτές χαρακτηρίζονται από ιεραρχική δομή, σχέσεις εξουσίας και περιορισμούς στα ατομικά δικαιώματα. Ο μισθός τους εξασφαλίζει την αποτελεσματική εκπλήρωση της αποστολής τους μέσω της τόνωσης του ηθικού τους και της «αποζημιωτικής» του λειτουργίας¹⁴.

Τέλος, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται ότι ενώ υπάρχουν σοβαροί λόγοι δημοσίου συμφέροντος ή κοινωνικής αλληλεγγύης (άρθρο 25§4 Σ) που μπορούν να επιτρέψουν τις περικοπές, οι διαρκείς μειώσεις αντιβαίνουν στην αρχή της ισότητας στα δημόσια βάρη, ιδωμένη υπό τις αρχές τις αναλογικότητας (άρθρο 24§1 εδ. δ' Σ) και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (άρθρα 2§1, 7§2, 106§2 και 110§1 Σ). Ομοίως, το Συμβούλιο της Επικρατείας τόνισε ότι ούτε το αυστηρό πρόγραμμα δημοσιονομικής προσαρμογής στο οποίο έχει εισέλθει η χώρα ούτε η ενδεχόμενη αποτελεσματικότητα τους μπορούν να δικαιολογήσουν την επιβολή τους. Ταυτόχρονα, κρίνει ότι δεν υπάρχει κάποια πρόταση ισοδύναμων μέτρων με μικρότερο κόστος για το εν ενεργεία και το αποστρατευμένο προσωπικό.

. Εν ολίγοις, η ακύρωση των προαναφερθέντων πράξεων στηρίχθηκε στην πρόδηλη αντίθεσή τους στα άρθρα 4§5 και 25§4, 45, 23 §2 και 29 §9 του Συντάγματος και επομένως στην αρχή της ιδιαίτερης μισθολογικής μεταχείρισης των αξιωματικών των

Ενόπλων Δυνάμεων και των Σωμάτων Ασφαλείας που πηγάζει από αυτά. Σε έναν δεύτερο ουσιαστικότερο έλεγχο που άσκησε το δικαστήριο, τα κριτήρια που συνάδουν της αρχής της ιδιαίτερης μισθολογικής μεταχείρισης δεν τέθηκαν υπόψη από το νομοθέτη, ο οποίος επέλεξε να δώσει βάρος στο «στείο αριθμητικό κριτήριο και καταφανώς ανεδαφικό, που απαιτούσε την ενιαία αντιμετώπιση ως οικονομικό μέγεθος όλων των ειδικών μισθολογίων». Τα τελευταία έπρεπε να υποβληθούν σε μείωση ύψους 10-12% που αν συναρτούνταν με επιβαρύνσεις φοροδοτικής ή οποιασδήποτε άλλης οικονομικής φύσης δε θα δικαιολογούσαν την υπέρβαση των εκ του Συντάγματος θετούμενων ορίων ούτε καν για λόγους δημοσίου συμφέροντος¹⁵.

Ανάλυση σκεπτικού και κριτική στην απόφαση του δικαστηρίου

Για την πληρέστερη αντίληψη της σημασίας της απόφασης αυτής του Συμβουλίου της Επικρατείας κατευθυντήρια γραμμή συνιστά τόσο η απόφαση του όσο και το σκεπτικό που υποβόσκει, καθώς και η ερμηνεία συνταγματικών διατάξεων εκ μέρους του δικαστηρίου.

Χρησιμοποιώντας ως πυξίδα την προσπάθεια ανάλυσης του δικανικού συλλογισμού, παρατηρούμε προσεκτικά τα παρατιθέμενα επιχειρήματα. Σε αυτά γίνεται αναφορά στο άρθρο 45 του Συντάγματος¹⁶, κάτι καθόλου σύνηθες στη νομολογική πρακτική ειδικά συνδυαστικά ερμηνευμένο με τις συνταγματικές διατάξεις των άρθρων 23 §2 και 29§3¹⁷. Το δικαστήριο επιχειρεί να το ερμηνεύσει συστηματικά, δηλαδή επιδιώκει με το συγκεκριμέ-

¹⁴ 2192/2014, Ολομέλεια ΣτΕ, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202192.htm>

¹⁵ Σ. Χριστοφορίδου, ΣτΕ 2192/2014 Ολομέλεια - Αντισυνταγματικές οι περικοπές των μισθών και συντάξεων στρατιωτικών ενόπλων δυνάμεων και σωμάτων ασφαλείας,, 2015, Διαθέσιμο στο σύνδεσμο: <https://www.constitutionalism.gr/ste-2192-2014-perikopes-enstolon/>

¹⁶ 2192/2014, Ολομέλεια ΣτΕ, σκ. 6, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202192.htm>

¹⁷ Σ. Χριστοφορίδου, ΣτΕ 2192/2014 Ολομέλεια - Αντισυνταγματικές οι περικοπές των μισθών και συντάξεων στρατιωτικών ενόπλων δυνάμεων και σωμάτων ασφαλείας,, 2015, Διαθέσιμο στο σύνδεσμο: <https://www.constitutionalism.gr/ste-2192-2014-perikopes-enstolon/>

νο συνδυασμό των διατάξεων να επιτύχει τη συνοχή και την αποφυγή αντιφάσεων ανάμεσά τους¹⁸, να διασαφηνίσει πως αυτή η διάταξη της αρχηγίας των Ενόπλων Δυνάμεων εκ μέρους του ΠτΔ «αλληλοπροσδιορίζεται νοηματικά» με τις συναφείς περιοριστικές των ατομικών δικαιωμάτων των αξιωματικών διατάξεις¹⁹. Αυτό το επιτυγχάνει, αξιοποιώντας και τις τρεις διατάξεις ως ενδείξεις του σημαντικού ρόλου των δυνάμεων αυτών στο κοινωνικοπολιτικό γίγνεσθαι.

Η μισθολογική εξίσωση των Ενόπλων Δυνάμεων με τα Ένοπλα Σώματα Ασφαλείας, θέση που υιοθετεί το δικαστήριο²⁰ απηχεί την θέση της απόφασης με αριθμό 2649/1987 της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, που περιέλαβε στο ίδιο πλαίσιο και τις δυο υπηρεσίες. Ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη την έλλειψη προφανούς ομοιότητας μεταξύ των Ενόπλων Δυνάμεων και των Σωμάτων Ασφαλείας²¹ που επιχειρεί το Συμβούλιο να εξομοιώσει,

¹⁸ Klaus Gunther, "Ein normativer Begriff der Kohärenz", *Rechtstheorie*, 1989, σελ. 163-190

¹⁹ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, ό.π. σελ. 311-315,

K. Σταμάτης, *Μεθοδολογία του Δικαίου* Εκδόσεις Σάκκουλα 2016, σελ. 130-131

²⁰ 3587/1997, Ολομέλεια ΣτΕ, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: www.greeklaws.com/pubs/uploads/word/2720.doc

466/1999, Ολομέλεια ΣτΕ, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://enne.gr/7911>

²¹ Βλ. αντίθεση μειοψηφίας: «...κύρια καθήκοντα της είναι στο σύνολο τους καθαρώς αστυνομικά και δη σε καιρό ειρήνης, και επομένως αποτελεί πολιτική υπηρεσία του κράτους. Η πρόληψη και καταστολή του εγκλήματος, η προστασία της δημόσιας και κρατικής ασφάλειας και η περιφρούρηση του δημοκρατικού πολιτεύματος, δεν είναι κατά το Σύνταγμα επιτρεπτό να ανατίθεται επί μονίμου βάσεως σε στρατιωτική υπηρεσία, δεδομένου ότι για την περίπτωση σοβαρής διαταραχής της δημοσίας τάξεως και υπάρξεως εκδήλου απειλής κατά της ασφαλείας του κράτους και του δημοκρατικού πολιτεύματος προβλέπεται ειδικώς η λήψη εξαιρετικών μέτρων κατά το άρθρο 48 του Συντάγματος, οι δε ένοπλες δυνάμεις και τα τυχόν αναγκαία γι' αυτές βοηθητικά σώματα, που αποκλειστικά έχουν στρατιωτικό χαρακτήρα, δεν μπορούν να θεωρηθούν και ως αρμόδιες ή αρμόδια για την επί μονίμου βάσεως σε καιρό ειρήνης άσκηση του συνόλου των αστυνομικών καθηκόντων... η ρητή υπαγωγή

η ενιαία αναφορά με τον όρο «στρατιωτικοί»²² αποτελεί προφανές απόπημα.

Παρακάτω, στο ζήτημα της αποστολής των δυνάμεων αυτών αναπτύσσεται ολόκληρος ο δικανικός συλλογισμός και με βάσει αυτών κρίνονται τα μέτρα ως αντισυνταγματικά. Κατά το δικαστήριο, συνεπώς, στην ιδιόμορφη αποστολή των ενόπλων δυνάμεων συγκαταλέγονται η διαφύλαξη της εθνικής ανεξαρτησίας, η προάσπιση της εδαφικής ακεραιότητας της χώρας, η προστασία των ελλήνων πολιτών έναντι εξωτερικών επιθέσεων και απειλών και η εν γένει υποστήριξη των εθνικών συμφερόντων. Ταυτόχρονα, σε αυτή των σωμάτων ασφαλείας περιλαμβάνονται: η εθνική άμυνα, η δημόσια τάξη και η κρατική ασφάλεια, ειδικότερες εκφάνσεις των οποίων αποτελεί η πρόληψη και η καταστολή του εγκλήματος²³.

Προς υποστήριξη της θεμελιωμένης άποψής του, το δικαστήριο υποστηρίζει ότι η ανάθεση στον Πρόεδρο της Δημοκρατίας της απονομής των βαθμών ιεραρχίας μαρτυρά την κατάδηλη νομική και συνταγματική αναγνώριση της αποστολής τους²⁴. Έτσι, αξιοποιεί μία συνταγματική διάταξη με πανηγυρικό χαρακτήρα, η οποία αποτέλεσε μέρος ενός Συντάγματος μεταβατικής από την δικτατορία των Συνταγματαρχών στη σύγχρονη δημοκρατία περιόδου (άρθρο 45 Σ). Η ανάληψη της αρχηγίας από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας ενίσχυσε τον

(άρθρο 2 § 5), του προσωπικού της στην απαγόρευση του άρθρου τονίζει το χαρακτήρα της Ελληνικής Αστυνομίας ως πολιτικής υπηρεσίας και των υπηρετούντων σ' αυτήν ως πολιτικών υπαλλήλων, δεδομένου ότι η ρητή απαγόρευση της απεργίας αν επρόκειτο για στρατιωτικούς υπαλλήλους είναι περιττή, η δε θέσπιση της διατάξεως του άρθρου 23 περί απαγορεύσεως της απεργίας ειδικώς στους δικαστικούς λειτουργούς και τους υπηρετούντες στα σώματα ασφαλείας εξυπακούει την ιδιότητα τους ως πολιτικών οργάνων του κράτους...»

²² Διαφορετικά 03/2012, Ολομέλεια Αρείου Πάγου, όπου για την ίδια κατηγορία εργαζομένων χρησιμοποιείται ο όρος 'υπηρετούντες' Βλ. <https://www.constitutionalism.gr/ste-2192-2014-perikopes-enstolon/>

²³ 2192/2014, Ολομέλεια ΣτΕ, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202192.htm>

²⁴ 2192/2014, Ολομέλεια ΣτΕ, σκ. 11, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202192.htm>

εκδημοκρατισμό των δυνάμεων αυτών και δεν αναιρεί σε καμία περίπτωση τον κανόνα της προσυπογραφής του αρμόδιου Υπουργού²⁵. Σε αυτή την περίπτωση, ο δικαστής δε διστάζει αντιθέτως με το κλίμα μιας δημοκρατικής και ευνομούμενης κοινωνίας εν καιρώ ειρήνης²⁶ να επισημάνει με τον προαναφερθέντα τρόπο την καθοριστική αποστολή των «στρατιωτικών», όπως αποκαλεί τους υπηρετούντες στα σώματα.

Σχετικά με το παραπάνω θέμα προς διερεύνηση θεωρούνται τα «διαίτερα» εκείνα χαρακτηριστικά που διαφοροποιούν την εργασία και ως αποτέλεσμα την αποστολή των Σωμάτων Ασφαλείας και αναλογικά²⁷ των Ενόπλων Δυνάμεων. Σύμφωνα με την απόφαση του δικαστηρίου, σε αυτά συγκαταλέγονται: «η απαγόρευση άλλης εργασίας, η υποχρέωση παραμονής στην υπηρεσία για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, η πειθαρχία και η ιεραρχική δομή ως τρόπος οργάνωσης της υπηρεσίας²⁸». Παρ' όλα αυτά στην πραγματικότητα στις υπηρεσίες αυτές, δεδομένου του τρόπου λειτουργίας τους η διάκριση μεταξύ πολιτικών και στρατιωτικών υπαλλήλων αν όχι δυσδιάκριτη είναι πάντως σχετική. Η ιεραρχική δομή και το καθήκον προς συμμόρφωση και υπακοή είναι υποχρεωτικά και στις δυο κατηγορίες υπαλλήλων. Επιπροσθέτως, η υποχρέωση αποκλειστικής απασχόλησης στην υπηρεσία δεν έχει δογματική ισχύ για κανένα επάγγελμα ή λειτούργημα²⁹. Ομοίως, εξετάζεται

και η υποχρέωση παραμονής στο στράτευμα, μια αντίστοιχη υποχρέωση, η οποία υφίσταται και για άλλα επαγγέλματα³⁰ και έχει κριθεί αντίθετη στην εγχώρια και την ενωσιακή έννομη τάξη³¹.

Παράλληλα, η ειδική σχέση εξουσίας³² σύμφωνα με τα ανωτέρω μεταξύ του κράτους και των υπαλλήλων του συνεπάγεται ορισμένες και δη αυξημένες υποχρεώσεις εντός και εκτός υπηρεσίας και συνηγορεί ενδεικτικά υπέρ της απόλυτης απαγόρευσης της απεργίας και της εκδήλωσης κομματικών ιδεολογιών, ενώ επιτρέπει τους πρόσθετους ειδικούς περιορισμούς των ατομικών δικαιωμάτων των στελεχών πέραν των επιβεβλημένων γενικών περιορισμών εφόσον βέβαια, αυτοί δεν καταλήγουν να αναιρούν τον πυρήνα του δικαιώματος³³.

nomothetiko-diatagma-1400-1973.html

³⁰ Βλ. απόφοιτοι της Εθνικής Σχολής Δημόσιας Διοίκησης, Ανακτήθηκε από: <https://www.constitutionalism.gr/ste-2192-2014-perikopes-enstolon/>

³¹ *Ακρίτας Καϊδατζής*, Τα όρια της υποκατάστασης του ελέγχου συνταγματικότητας από τον έλεγχο συμβατότητας με το διεθνές δίκαιο/ Με αφορμή την αντίθεση της υποχρέωσης παραμονής στο στράτευμα προς την ελευθερία της εργασίας (ΣτΕ 1571/2010), Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου 2010, σ. 776-782, Διαθέσιμο στο: https://www.academia.edu/25014357/%CE%A3%CF%87%CE%AD%CF%83%CE%B7_%CE%B5%CE%BB%CE%AD%CE%B3%CF%87%CE%BF%CF%85_%CE%83%CF%85%CE%BD%CF%84%CE%B1%CE%B3%CE%BC%CE%B1%CF%84%CE%B9%CE%BA%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B1%CF%82_%CE%BA%CE%B1%CE%B9_%CE%B5%CE%BB%CE%AD%CE%B3%CF%87%CE%BF%CF%85_%CE%83%CF%85%CE%BC%CE%B2%CE%B1%CF%84%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B1%CF%82_%CE%BC%CE%B5_%CE%84%CE%BF_%CE%B4%CE%B9%CE%B5%CE%B8%CE%BD%CE%AD%CF%82_%CE%B4%CE%AF%CE%BA%CE%B1%CE%B9%CE%BF_%CE%A0%CE%B1%CF%81%CE%B1%CF%84%CE%B7%CF%81%CE%AE%CF%83%CE%B5%CE%B9%CF%82_%CE%83%CF%84%CE%B7%CE%BD_%CE%A3%CF%84%CE%95_1571_2010

³² Σε αντίθεση με ΣτΕ 3587/1997, 466/1999, 3604/1998 για όσους υπηρετούν στα Σώματα Ασφαλείας

³³ 2192/2014, Ολομέλεια ΣτΕ, σκ. 11, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202192.htm>

²⁵ Ν. Αλιβιζάτος, *Η συνταγματική θέση των ενόπλων δυνάμεων, Η Αρχή του πολιτικού ελέγχου*, δημοσιεύματα Συνταγματικού Δικαίου, τ.4, διεύθυνση: Α. Μάνεσης, Δ. Θ. Τσάτσος, Γ. Παπαδημητρίου, Α. Μανιτάκης, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1987, σελ. 89 επ.

²⁶ Σ. Χριστοφορίδου, ΣτΕ 2192/2014 Ολομέλεια - Αντισυνταγματικές οι περικοπές των μισθών και συντάξεων στρατιωτικών ενόπλων δυνάμεων και σωμάτων ασφαλείας,, 2015, Διαθέσιμο στο σύνδεσμο: <https://www.constitutionalism.gr/ste-2192-2014-perikopes-enstolon/>

²⁷ 2192/2014, Ολομέλεια ΣτΕ, σκ. 9, 10, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202192.htm>

²⁸ 2192/2014, Ολομέλεια ΣτΕ, σκ. 8, Διαθέσιμη στο σύνδεσμο: <http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202192.htm>

²⁹ Άρθρ. 63§4 ν.δ. 1400/1973 και άρθρ. 89§2 Συντάγματος, Διαθέσιμο στο σύνδεσμο: <https://www.e-nomothesia.gr/kat-enoples-dynameis/>

Επίλογος

Αν και η όπως άνω εξεταζόμενη νομική οδός που επέλεξε να ακολουθήσει το δικαστήριο για να διαμορφώσει την άποψή του αμφισβητήθηκε έντονα και στους κόλπους του ίδιου και στη θεωρία, έγινε αντικείμενο διαφόρων σχολίων και προκάλεσε τη διατύπωση αντιρρήσεων, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να αμφισβητηθεί το γεγονός ότι υπήρξε πρωτοποριακή, αφού δικαίωσε έστω και με τρόπο αμφιλεγόμενο μια μερίδα υπαλλήλων εν μέσω δημοσιονομικής και οικονομικής ύφεσης, θέλοντας

να καταδείξει ότι το δικαίωμα στην αξιοπρεπή διαβίωση και στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια οφείλει να υπερισχύει έναντι οποιουδήποτε νομοθετικού μέτρου επιδιώκει να την περιορίσει ή να την καταργήσει. Ακόμα και αν οι λόγοι που επικαλέστηκε για αυτό εμφάνιζαν τρωτά σημεία και ήταν δεκτικοί αντιλόγου, η απόφαση αυτή σηματοδότησε την αφετηρία, που είναι ευκαταίο να επιφέρει άλλα παρόμοια νομολογιακά παραδείγματα, πιο ορθώς προσεγγισμένα.

Τα ερμηνευτικά ζητήματα του νόμου 4251/2014 στην προώθηση των παράτυπων μεταναστών

Χατζηλίου Ελένη
Τελεόφοιτη Νομικής ΑΠΘ

«Σε ένα δογματικό ποινικό δίκαιο, η ερμηνεία του γράμματος του νόμου θα πρέπει να είναι στενή, έτσι ώστε να μην υπάρχει παράβαση των βασικών συνταγματικών αρχών και των θεμελιωδών δικαιωμάτων των προσώπων, τα οποία, παρότι δράστες αξιόποινων συμπεριφορών, χρήζουν ισότιμης δικαστικής προστασίας».

Σύντομη περιγραφή του προβλήματος.

Η μετακίνηση των παράτυπων μεταναστών (ήτοι «λαθρομετανάστευση»), αποτελούσε ανέκαθεν ένα σημαντικό πρόβλημα. Τα τελευταία ωστόσο χρόνια, ενόψει των έντονων εμφυλίων συρράξεων μεταξύ διαφόρων κρατών, αλλά και του γεγονότος ότι η χώρα μας αποτελεί εξωτερικό σύνορο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το πρόβλημα αυτό έχει διογκωθεί και έχει καταλήξει να αποτελεί ένα από τα πλέον επικρατέστερα στην ευρωπαϊκή σκηνή.¹ Συνάμα, έχει αναχθεί σε εμπορική δραστηριότητα για τα πρόσωπα που συνδράμουν στην μετακίνηση των προσώπων αυτών, υπό τη μορφή μάλιστα κυκλωμάτων.²

¹ Σύμφωνα με τα στατιστικά στοιχεία των μεταναστευτικών ροών, εκτιμάται πως 4.7 εκατομμύρια άτομα μετανάστευσαν σε κάποιο από τα κράτη μέλη της Ε.Ε. κατά το 2015, ενώ 2.8 τουλάχιστον εκατομμύρια εξήλθαν από κάποιο από αυτά. Από τα 4.7 εκατομμύρια εκτιμάται πως 2.4 ήταν πολίτες τρίτων χωρών, 1.4 είχαν ιθαγένεια άλλου Κράτους Μέλους από εκείνο στο οποίο μετανάστευσαν, περίπου 860 χιλιάδες μετανάστευσαν σε κράτος μέλος του οποίου είχαν την ιθαγένεια και περίπου 19 χιλιάδες ήταν απάτριδες./ Πηγή: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/el

² Το πρώτο 10μηνο του 2017, οι συλληφθέντες από τις λιμενικές και αστυνομικές αρχές, μη νόμιμοι μετανάστες για παράνομη είσοδο και παραμονή, ανέρχονται σε 56.531 και οι διακινητές τους

Το πρόβλημα γίνεται εντονότερο, όταν φτάνει η στιγμή αντιμετώπισης των μορφών συμμετοχής στις ανωτέρω πράξεις σε εθνικό επίπεδο, όπου παρατηρείται μια έντονη τάση «πολιτικής διαχείρισης του ποινικού δικαίου».³ Υπό το καθεστώς αυτό, το ποινικό δίκαιο εργαλειοποιείται στα χέρια της εκάστοτε κρατούσας εξουσίας, προσπαθώντας να δώσει λύσεις στα επίκαιρα προβλήματα και επιβάλλοντας πολύ αυστηρές ποινές⁴, ώστε να φαίνεται πως λειτουργεί αποτελεσματικά, χάνοντας ωστόσο την ταυτότητά του και ξεχνώντας ότι οφείλει να αποτελεί μέσο προστασίας των εννόμως αγαθών αλλά και μέτρο ελευθερίας των πολιτών.⁵

Από τις συνθήκες Δουβλίνο I, II, III στο νόμο 4251/2014

Οι συνθήκες Δουβλίνο I, II και III, αποτέλεσαν το σε 1.156, ενώ το 2015 οι πρώτοι είχαν φτάσει τους 911.471 και οι διακινητές τους τους 1.501. / Πηγή: http://www.astynomia.gr/index.php?option=ozo_content&perform=view&id=38019&Itemid=73&lang

³ Ι. Μανωλεδάκης, 7 θέσεις για το Δίκαιο και τη Δικαιοσύνη, 1992, σελ. 50-51 και Ν. Παρασκευόπουλος, Οι πλειοψηφίες στο στόχαστρο, 2003, σελ. 26,

⁴ Μ. Καιάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 88-89.

⁵ Παρασκευόπουλος, τα θεμέλια του Ποινικού Δικαίου, 1 επ., Μανωλεδάκης, Επιτομή Ποινικού Δικαίου (2005), 29 επ.

έρεισμα για τη δημιουργία των ελληνικών μεταναστευτικών νομοθετημάτων. Η Συνθήκη Δουβλίνο III προέβλεψε ως βασική αρχή τη «χώρα πρώτης υποδοχής». Σύμφωνα με αυτή, πρόσφυγας που εισέρχεται σε χώρα της Ε.Ε., οφείλει να υποβάλει το αίτημά του για άσυλο, στο έδαφος της χώρας όπου εισέρχεται για πρώτη φορά.⁶ Αυτό έχει ως αποτέλεσμα, ο αλλοδαπός πρόσφυγας ή μετανάστης, να παραμένει στην χώρα πρώτης υποδοχής, η οποία πολύ συχνά είναι η Ελλάδα, λόγω της προνομιακής της θέσης. Πράγματι, στις νομοτυπικές μορφές των σχετικών αδικημάτων, γίνεται λόγος για «πολίτη τρίτης χώρας» αδιακρίτως, χωρίς να γίνεται διαχωρισμός ανάμεσα σε πρόσφυγες ή μετανάστες.

Οι συνθήκες Δουβλίνο I, II και III λοιπόν αποτέλεσαν την βάση των νομοθετημάτων 3907/2011 και 3386/2005, τα οποία τροποποιήθηκαν και οδήγησαν στην δημιουργία του ισχύοντος ελληνικού κώδικα περί μεταναστών (ν. 4251/ 2014).

Το άρθρο 83 του Ν. 3389/2005

Με το νέο νόμο, διατηρήθηκαν σε ισχύ και κάποιες διατάξεις του ν. 3386/2005, όπως προκύπτει από το άρθρο 139 παρ. 2 ν. 4251/2014⁷, όπως είναι αυτή του άρθρου 83 του προϊσχύοντος νόμου. Το άρθρο αυτό τυποποιεί το βασικό έγκλημα που διαιπράττει ο μετανάστης όταν παρατύπως διέρχεται από και προς το έδαφος τρίτης χώρας, συμπληρώνοντας τον νέο μεταναστευτικό κώδικα και παρέχοντας έτσι μια πλήρη νομική θεώρηση του προβλήματος της λαθρομετανάστευσης, στην οποία δε θα μπορούσαν να μην συμπεριλαμβάνονται και οι συμμετοχικές σε αυτή πράξεις.

Λόγω της ιδιαιτερότητας αυτών των εγκλημάτων που διακρίνονται βάσει του υποκειμένου τέλεσής τους, (ιδιαίτερα εγκλήματα)⁸, κρίνεται σκόπιμο εδώ να οριοθετηθεί η έννοια του «υπηκόου τρίτης χώρας». Πρόκειται για οποιονδήποτε πολίτη δεν έχει την ελληνική ιθαγένεια⁹ ή είναι ανιθαγενής ή δεν έχει την ιθαγένεια κάποιου άλλου κράτους μέλους της Ε.Ε. (άρθρο 1 παρ. 1 στοιχ. β' Ν 4251/2014). Πα-

ρότι οι πολίτες κρατών μελών της Ε.Ε. δε θεωρούνται υπήκοοι τρίτης χώρας, τιμωρούνται και αυτή με την ίδια κύρωση, κατ' άρθρο 83 παρ. 1 στοιχ β' Ν. 3386/2005.

Η συμμετοχή στο έγκλημα

Καταρχάς, όπως ήδη έγινε αντιληπτό, ο ίδιος ο αλλοδαπός που εισέρχεται παράνομα στη χώρα, τιμωρείται κατ' άρθρο 83 του Ν. 3386/2005. Μορφές συμμετοχής όμως, τυποποιούνται αυτοτελώς σε διατάξεις του Κώδικα Μετανάστευσης, αναγόμενες έτσι σε αυτοτελή εγκλήματα, δημιουργώντας με τον τρόπο αυτό ζητήματα σύγχυσης μεταξύ αυτών και των συμμετοχικών μορφών στο βασικό έγκλημα.

Λόγω του χαρακτήρα του ως ιδιαίτερου, η συμμετοχή στο έγκλημα του αλλοδαπού καθίσταται προβληματική, όπως συμβαίνει σε αυτή την κατηγορία εγκλημάτων, αλλά και λόγω των προβλημάτων που ανακύπτουν από την αναγωγή της απόπειρας σε αυτοτελές έγκλημα, καθώς τιμωρείται και η «επιχείρηση» του αλλοδαπού να εισέλθει ή να εξέλθει από μια χώρα. (Έγκλημα επιχειρήσεως). Συγκεκριμένα, το πρόβλημα έγκειται στο γεγονός πως η αναγόμενη σε αυτοτελές έγκλημα απόπειρα, τιμωρείται το ίδιο αυστηρά με την ολοκληρωμένη μορφή του εγκλήματος.

Όπως γίνεται δεκτό, το έγκλημα είναι γνήσιο ιδιαίτερο, αφού είναι αδύνατον να τελεστεί από άλλους, πέραν των υπηκόων τρίτων χωρών και των εξαιρέσεων που εισάγει το άρθρο 2 παρ. 1 του ν. 4251/2014. Το γεγονός ότι μπορεί να τελεστεί και από κάποιες άλλες κατηγορίες ατόμων, πέραν όσων έχουν τη συγκεκριμένη ιδιότητα που θεμελιώνει το αξιόποινο, δεν μετατρέπει το έγκλημα σε μη γνήσιο ιδιαίτερο, αφού πάντως, για πρώτη φορά θεμελιώνεται το αξιόποινο αυτό λόγω της ιδιότητας του υποκειμένου του ως πολίτη τρίτου κράτους.¹⁰

Ζήτημα τίθεται για το κατά πόσο μπορεί να υπάρχει απλή¹¹ ή άμεση συνέργεια¹² στο έγκλημα του άρθρου 83, καθώς, κατά το άρθρο 29 παρ. 5

⁶ Ζ. Παπasiώπη-Πασιά, Δίκαιο αλλοδαπών, εκδόσεις Σάκκουλα, 2015, σελ. 297-298.

⁷ Απόστολος Σ. Κοπανίδης, Ειδικό Ποινικό Νόμοι, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 1.

⁸ Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 321 επ.

⁹ ΒουλΣυμβΚαστ 118/1998 Αρμ 1998, 1535, ΒουλΣυμβΚαστ 166/1999 Αρμ 1999, 73.

¹⁰ Απόστολος Σ. Κοπανίδης, Ειδικό Ποινικό Νόμοι, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 4.

¹¹ Για την απλή συνέργεια βλ. Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 563 επ.

¹² Για την άμεση συνέργεια βλ. Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 550 επ.

του Ν. 4251/2014, τιμωρούνται αυτοτελώς η διευκόλυνση εισόδου και εξόδου. Όπως γίνεται δεκτό, στις πράξεις διευκόλυνσης δεν περιλαμβάνεται και η ηθική αυτουργία,¹³ αφού «η πράξη διευκόλυνσης προϋποθέτει την ήδη υπάρχουσα απόφαση του δράστη να ενεργήσει».¹⁴

Ο ηθικός αυτουργός θα τιμωρείται λοιπόν ως συμμετοχος στο άρθρο 83, κατά το άρθρο 46 ΠΚ.

Με τις μορφές της απλής και άμεσης συνέργειας, ωστόσο, φαίνεται, καταρχάς, αδύνατη η συμμετοχή στην πράξη διευκόλυνσης, καθότι, θα επρόκειτο για περίπτωση φαινομενικής κατ' ιδέαν συρροής, η οποία θα οδηγούσε σε εξαφάνιση της συμμετοχικής ευθύνης που θα απωθούνταν είτε ως σιωπηρά επικουρική της αυτουργικής, ενόψει των βαρύτερων προβλεπόμενων ποινών κάθειρξης της τελευταίας, είτε ως ρητά, ενόψει της ειδικότερης διατύπωσης του άρθρου 29 παρ. 5 του Ν. 4251/2014.¹⁵⁻¹⁶

Οι αυτοτελώς τυποποιημένες συμμετοχικές πράξεις των μεταφορέων και τα ερμηνευτικά προβλήματα

Με την δημιουργία του νέου νομοθετήματος το 2014, κάποιες από τις διατάξεις του προϊσχύοντος καθεστώτος απλώς αντιγράφηκαν και μεταφέρθηκαν στον Ν. 4251/2014, με αποτέλεσμα να δημιουργούνται παράδοξα με τις ποινές και να γεννάται ζήτημα παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας σε αρκετές περιπτώσεις.¹⁷ Σε αρκετές διατάξεις ο

νομοθέτης φαίνεται να ενήργησε εκ παραδρομής, επαναλαμβάνοντας απλώς προηγούμενα εδάφια αδιακρίτως, παραβλέποντας τις ιδιαιτερότητες της εκάστοτε ρύθμισης.

Άρθρο 29 παρ. 5 Ν. 4251/2014

Το άρθρο 29 περιλαμβάνει τις υποχρεώσεις των ιδιωτών και των υπαλλήλων, καθώς και τις προβλεπόμενες κυρώσεις σε περίπτωση παράβασής τους. Πιο συγκεκριμένα, απαγορεύεται η παροχή υπηρεσιών στα πρόσωπα αυτά και η διευκόλυνσή τους κατά την τέλεση του εγκλήματος από τους τελευταίους. Προβλέπεται επίσης και ανάλογη υποχρέωσή τους για ενημέρωση των αρχών. Όπως ήδη αναφέρθηκε, η παρ. 5 αφορά τις πράξεις διευκόλυνσης της εισόδου στο ελληνικό έδαφος, καθώς επίσης και της εξόδου από αυτό, υπηκόου τρίτης χώρας. Κατά τη νομολογία, η έννοια της «διευκόλυνσης εισόδου» περιλαμβάνει την βοήθεια που παρέχεται στον πολίτη τρίτης χώρας «κατά τη διέλευσή του από την οροθετική γραμμή των συνόρων της Ελλάδας με ξένο κράτος από το οποίο πραγματοποιείται η είσοδός του», καθώς και οποιαδήποτε άλλη διευκόλυνση σε πρόσωπο που δεν έχει το δικαίωμα και τις νόμιμες διατυπώσεις να εισέλθει στο κράτος.¹⁸

Ως «διευκόλυνση εξόδου», νοείται δε «η παρεχόμενη στα πρόσωπα αυτά, που δεν έχουν το προς τούτο δικαίωμα, βοήθεια προς διέλευσή τους χωρίς έλεγχο από την οριοθετική γραμμή των συνόρων της Ελλάδος με ξένο Κράτος, προς το οποίο γίνεται η έξοδός τους».¹⁹ Με λίγα λόγια, οποιαδήποτε πράξη διευκόλυνσης εισόδου και εξόδου υπάγεται στο άρθρο 29 παρ. 5, εκτός από την παρεχόμενη διευκόλυνση κατά τη μεταφορά, όπου θα εφαρμοστεί η διάταξη του άρθρου 30 παρ.1.²⁰

Βέβαια εδώ είναι εμφανές πως η διάκριση μεταξύ των περιπτώσεων εφαρμογής του άρθρου 29 και άρθρου 30 καθίσταται συχνά δυσχερής στην πράξη. Αυτό διότι θεωρείται αδύνατο να υπάρξει είσοδος ή έξοδος στη χώρα χωρίς να μεσολαβήσει μεταφορά και η οριοθέτηση που δίνεται από την νομολογία δεν είναι ιδιαίτερα σαφής. Πληρέστερο και πιο αποτελεσματικό φαίνεται το επιχείρημα κατά το οποίο οι πράξεις του άρθρου 29 παρ. 5 θα πρέπει απλώς να διευκολύνουν την μεταφορά, χω-

¹³ Για την ηθική αυτουργία βλ. *Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι*, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκουλα, 2005, σελ. 513 επ.

¹⁴ Όπως ακριβώς *Ν. Χατζηνικολάου*, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ 133, βλ. *Και Απόστολος Σ. Κοπανίδης*, ό.π., σελ. 5.

¹⁵ *Απόστολος Σ. Κοπανίδης*, Ειδικό Ποινικό Νόμοι, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 5.

¹⁶ Βλ. Αντίθετα *Ν. Χατζηνικολάου*, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ 134, όπου κατά τον ίδιο θα πρέπει και στις περιπτώσεις απλής και άμεσης συνέργειας, να καταφάσκει συμμετοχική ευθύνη, όταν πρόκειται για περιπτώσεις ήσσονος σημασίας πράξεων και ενόψει της αρχής της αναλογικότητας.

¹⁷ *Μ. Καϊάφα Γκμπάντι*, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 87-90.

¹⁸ ΑΠ 200/2011 ΤΝΠ «ΝΟΜΟΣ».

¹⁹ ΑΠ 859/2016, «ΠΟΙΝΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ», 2017, σελ 358.

²⁰ *Απόστολος Σ. Κοπανίδης*, Ειδικό Ποινικό Νόμοι, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 12-13.

ρίς να αποτελούν μορφές συμμετοχής στην πράξη μεταφοράς καθεαυτή. Πρόκειται λοιπόν μόνο για πράξεις που «αχρηστεύουν τον συννοριακό έλεγχο».²¹

Άρθρο 29 παρ.6 Ν. 4251/2014

Μια δεύτερη μορφή διευκόλυνσης, είναι αυτή που παρέχεται κατά τη διαμονή του πολίτη που παρανόμως εισήλθε από τρίτη χώρα, καθώς και η αφορώσα την με οποιοδήποτε τρόπο παρεμπόδιση των ελέγχων των αστυνομικών αρχών για τον εντοπισμό, τη σύλληψη και την απέλαση των ανωτέρω προσώπων.

Σύμφωνα με την προηγηθείσα ανάλυση της έννοιας της «διευκόλυνσης», η παρ. 6 περιλαμβάνει κάθε πράξη διευκόλυνσης που δεν συνδέεται στενά με τη μεταφορά του πολίτη κατά την είσοδο ή έξοδό του.²²

Ζήτημα αντιφατικό δημιουργείται επίσης μεταξύ της αναφερθείσας διάταξης και αυτής του άρθρου 30 παρ.1 που προβλέπει την εξασφάλιση καταλύματος για απόκρυψη. Κριτήριο για την διάκριση μεταξύ διευκόλυνσης διαμονής και εξασφάλισης καταλύματος, θεωρείται εδώ πως αποτελεί το ποιος είχε την πρωτοβουλία για τις συμπεριφορές αυτές. Στην μεν περίπτωση της εξασφάλισης καταλύματος, η πρωτοβουλία ανήκει στο μεταφορέα, ενώ στην διευκόλυνση διαμονής, αυτή ανήκει στον ίδιο τον αλλοδαπό.²³

Η σχέση άρθρου 29 παρ. 5 - 29 παρ. 6 Ν. 4251/2014

Ερμηνευτικό πρόβλημα δημιουργείται ωστόσο και στη σχέση μεταξύ των παραγράφων 5 και 6 του άρθρου 29. Αν για παράδειγμα κάποιος μεταφέρει πολίτη τρίτης χώρας με σκοπό αυτός να διαμείνει παρανόμως στην τρίτη χώρα, τίθεται το ζήτημα ποια παράγραφος χρήζει εφαρμογής. Έχει συντελεστεί ήδη η παράνομη μεταφορά, ωστόσο όταν

το πρόσωπο εκπληρώσει το σκοπό της παράνομης διαμονής, το έννομο αγαθό έχει «ειρηνεύσει».²⁴

Ωστόσο εδώ θα πρέπει το γράμμα του νόμου να ερμηνεύεται στενά και να μη διαφεύγει της προσοχής μας η αναφορά σε «διευκόλυνση παράνομης διαμονής» στη χώρα. Αυτό σημαίνει πως ο δράστης στην περίπτωση αυτή απλώς διευκολύνει την μετά από την ήδη διενεργηθείσα πράξη διευκόλυνσης μεταφοράς ή ακόμη και την πράξη της καθεαυτής μεταφοράς, παραμονή του πολίτη που έχει εισέλθει χωρίς τις νόμιμες διατυπώσεις.

Άρθρο 30 παρ. 1 - Η ευθύνη των μεταφορέων

1. Το βασικό έγκλημα:

Στο άρθρο 30 τυποποιούνται ειδικότερα οι υποχρεώσεις των προσώπων που μεταφέρουν τα πρόσωπα που δεν έχουν δικαίωμα πρόσβασης σε μια χώρα. Οι ποινές που απειλούνται στο άρθρο 30 αποτελούν τις υψηλότερες ποινές που προβλέπονται στην ελληνική έννομη τάξη.²⁵

Στο εδάφιο α' τυποποιείται το βασικό έγκλημα των προσώπων αυτών, για το οποίο απειλείται ποινή καθείρξεως έως 10 έτη και χρηματική ποινή 10.000 ευρώ έως 30.000 ευρώ για κάθε μεταφερόμενο πρόσωπο. Εδώ γίνεται δεκτό πως πραγματοποιείται μία αληθινή εκ του νόμου συρροή, αφού από τον νόμο προκύπτει πως η ποινή αυτή θα επιβληθεί τόσες φορές όσες και τα μεταφερόμενα πρόσωπα.

Η βασική μορφή του εγκλήματος περιλαμβάνει περισσότερες πράξεις υποβοήθησης. Την μεταφορά από το εξωτερικό παράτυπων μεταναστών, την παραλαβή από τα σημεία εισόδου, τα εξωτερικά ή εσωτερικά σύνορα με σκοπό προώθησης στο εσωτερικό ή σε κράτος-μέλος της Ε.Ε. ή σε τρίτο κράτος, τη διευκόλυνση μεταφοράς και την εξασφάλιση

²¹ Όπως ακριβώς Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ 134, 208.

²² Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ. 180

²³ όπως ακριβώς Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ 181.

²⁴ Βλ. εισήγηση Αποστολίδη Χαραλάμπου, σελ. 83, Ένωση ποινικολόγων και μαχόμενων δικηγόρων, «προβλήματα ποινικής δικηγορίας και δικαιοσύνης». https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://ellinesdikigoroi.gr/wp-content/uploads/2017/06/Praktika_thesalonikis.pdf&ved=2ahUKewihoeuMkrLZAhXQ-qQKHTRuDmlQFjAEegQIABAB&usq=AOvVaw0FEpigwOPY3FB r5FN969EI

²⁵ Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ 243.

λιση καταλύματος για απόκρυψη των προσώπων αυτών.²⁶

Το έγκλημα λοιπόν μπορεί να τελεστεί με περισσότερους τρόπους που μπορούν να εναλλαχθούν ή να σωρευτούν μεταξύ τους, χωρίς να διασπάται η ενότητά του και χωρίς να πρόκειται για συρροή. Γι' αυτό και φέρει το χαρακτήρα του υπαλλακτικώς μεικτού εγκλήματος²⁷ και στον δράστη χρεώνεται μια μόνο φορά η τέλεσή του.

Ωστόσο, είναι εμφανές πως οι πράξεις αυτές δεν θίγουν στον ίδιο βαθμό την πολιτειακή εξουσία, η οποία αποτελεί το προστατευόμενο έννομο αγαθό στο άρθρο 30²⁸ και είναι παράλογο να έχουν την ίδια ποινική αντιμετώπιση. Οι τρεις τελευταίες περιπτώσεις αποτελούν στην ουσία πράξεις συμμετοχής στη μεταφορά,²⁹ ενώ η περίπτωση της παραλαβής με σκοπό την προώθηση φαίνεται να «διασφαλίζει την παράνομη είσοδο».³⁰

Υποκείμενο του εγκλήματος αυτού μπορεί να είναι, κατά μία άποψη, οποιοδήποτε πρόσωπο, και άρα δεν πρόκειται για ιδιαίτερο έγκλημα, αλλά για κοινό.³¹

Ωστόσο, από το γράμμα του νόμου δεν διευκρινίζεται αν ως μεταφορείς θεωρούνται μόνο οι επαγγελματίες ή όσοι ορίζονται από το νόμο ως μεταφορείς, ή αν αρκεί οποιοδήποτε πρόσωπο που με το προσωπικό του αυτοκίνητο μεταφέρει μετανάστες. Από την τάση της νομολογίας φαίνεται να επικρατεί η δεύτερη άποψη.

Έτσι, έχουν κατηγορηθεί για παράβαση του άρθρου 83 παρ.1α' Ν. 3386/2005 που έχει αντικατασταθεί από το άρθρο 30 παρ. 1α' Ν. 4251/2014. οδηγοί Ι.ΧΕ ιδιοκτησίας τους και, άρα, πρόσωπα

που δεν ήταν κατ' ανάγκη επαγγελματίες οδηγοί.³²

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί πως ως διευκόλυνση εισόδου δε νοείται και η μεταφορά στο εσωτερικό, δηλαδή η μεταφορά αλλοδαπού που παρανόμως εισήλθε σε μια πόλη του εσωτερικού, από αυτή την πόλη σε άλλη πόλη της ίδιας χώρας. Όπως έχει νομολογιακά κριθεί «η μεταφορά αλλοδαπών από μια πόλη σε άλλη αποτελεί προώθησή τους στο εσωτερικό της χώρας και όχι διευκόλυνση της παράνομης εισόδου τους».³³

2. Οι απλά διακεκριμένες μορφές συμμετοχής στο έγκλημα:

Οι αδιακρίτως αυξημένες ποινές

Στο άρθρο 30 παρ. 1 εδ. β' τυποποιούνται οι απλά διακεκριμένες μορφές απαγορευμένης μεταφοράς. Οι υπό στοιχείο α' πράξεις τιμωρούνται πια με κάθειρξη τουλάχιστον 10 ετών και χρηματική ποινή από 30.000 έως 60.000 ευρώ για κάθε μεταφερόμενο πρόσωπο. Το διακεκριμένο της περίπτωσης αυτής έγκειται στην ιδιότητα του προσώπου που διενεργεί την μεταφορά³⁴, το οποίο θα πρέπει να ενεργεί εκ κερδοσκοπίας, κατ' επάγγελμα ή κατά συνήθεια ή να είναι υπότροπος³⁵ ή να έχει την ιδιότητα του δημοσίου υπαλλήλου ή τουριστικού ή ναυτιλιακού ή ταξιδιωτικού πράκτορα ή να υπάρχει η περίπτωση που 2 τουλάχιστον πρόσωπα δρουν κατά συναυτουργία.³⁶

Πρόκειται βέβαια για την πιο συνηθισμένη περίπτωση μεταφοράς, καθώς ο πρωταρχικός σκοπός για τον οποίο κάποιος μεταφέρει αλλοδαπούς που δεν έχουν τις νόμιμες διατυπώσεις στη χώρα, είναι η απόκτηση οικονομικού οφέλους.

Και εδώ, ωστόσο η απειλούμενη ποινή είναι η ίδια για κάθε επιμέρους τρόπο τέλεσης της διακεκριμένης μορφής, παρότι είναι εμφανές πως δεν

²⁶ Απόστολος Σ. Κοπανίδης, Ειδικό Ποινικό Νόμο, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 16.

²⁷ ΑΠ 1030/2017, ΠοινΔικ 2017, 656.

²⁸ Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ 5 επ., 30 επ. Και 58-61.

²⁹ Απόστολος Σ. Κοπανίδης, Ειδικό Ποινικό Νόμο, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 17.

³⁰ Όπως ακριβώς Μ. Καϊάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 92-93.

³¹ Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ 151 επ.

³² ΑΠ 1030/2017 ΣΤ' Τμ., «Ποινική Δικαιοσύνη», Ιούλιος 2017, έτος 20ο, αρ. τέυχους: 209, σελ. 657 και ΑΠ 782/2014 «ΠΟΙΝΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ», ΞΕ 2015, σελ. 586.

³³ ΑΠ. 1473/1996, Υπερ 1998, 797.

³⁴ Μ. Καϊάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 91.

³⁵ Βλ. Σχετικά για υποτροπή: Μ. Καϊάφα Γκμπάντι, ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΩΝ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΚΥΡΩΣΕΩΝ, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σελ. 122.

³⁶ Για την συναυτουργία βλ. Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 498 επ.

θίγουν με τον ίδιο τρόπο την πολιτειακή εξουσία, η οποία αποτελεί και το προστατευόμενο έννομο αγαθό³⁷ της διάταξης. Παρατηρείται λοιπόν το ίδιο ζήτημα που παρατηρείται και στις επιμέρους μορφές τέλεσης του βασικού εγκλήματος.

Για το λόγο αυτό, από τη θεωρία υποστηρίζεται πως για να μην υπάρχει παραβίαση του άρθρου 25 παρ.1 Σ πρέπει να γίνει μια σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία της διάταξης και να δεχτούμε την ύπαρξη μιας «ελαφρυντικής περίπτωσης μειωμένου αδίκου», που δεν προβλέπεται ρητά, κατά το άρθρο 84 ΠΚ, στις λοιπές περιπτώσεις, πλην της πράξης ιδιόχειρης μεταφοράς, καθώς αυτή αποτελεί πράξη με την οποία πρωτογενώς θραύεται το έννομο αγαθό της πολιτειακής εξουσίας.³⁸

Το έγκλημα τελούμενο εκ κερδοσκοπίας

Όπως ήδη αναφέρθηκε, μεταξύ των περισσοτέρων διακεκριμένων μορφών τέλεσης του εγκλήματος, βρίσκεται και αυτή στην οποία ο δράστης ενεργεί «εκ κερδοσκοπίας». ³⁹ Η σωρευτικά απειλούμενη ποινή καθείρξεως τουλάχιστον 10 ετών και χρηματικής ποινής μέχρι 60.000 ευρώ, κρίνεται υπερβολική, καθώς μόνη η δράση του προσώπου εκ κερδοσκοπίας δεν μπορεί να δικαιολογεί τέτοια μεγέθη ποινών. Εφόσον μάλιστα και στη βασική μορφή έχει επιβληθεί χρηματική ποινή, φαίνεται πως το μέγεθος αυτό έχει εκτιμηθεί ήδη στο ύψος της βασικής ποινής, και διπλή αξιολόγηση δεν είναι επιτρεπτή, γιατί δεν ετίθετο ζήτημα παραβίασης της αρχής «ne bis in idem»,⁴⁰

Γίνεται επίσης δεκτό πως ο δράστης που ενεργεί κατ' επάγγελμα ⁴¹, ενεργεί και από κερδοσκοπία

ως ένα βαθμό⁴², αφού κατ' επάγγελμα ενεργεί ο δράστης που έχει ως σκοπό τον βιοπορισμό του, ο οποίος επιτυγχάνεται με την απόκτηση κέρδους. Κρίνεται έτσι ορθό, να μην επιβάλλεται η ποινή της εκ κερδοσκοπίας τέλεσης του εγκλήματος, αν δεν ενεργεί παράλληλα ο δράστης με σκοπό βιοπορισμού, δηλαδή κατ' επάγγελμα και όχι απλώς «με σκοπό τον προσπορισμό ενός αθέμιτου περιουσιακού οφέλους ή κέρδους».⁴³

Η κατά συναυτουργία τέλεση της πράξης

Με την ίδια σωρευτική ποινή απειλείται και η τέλεση της πράξης, όταν αυτή διενεργείται από δύο τουλάχιστον πρόσωπα από κοινού. Εδώ η παράβαση της αναλογικότητας εμφανίζεται πιο έντονα, αφού μόνη η κατά συναυτουργία τέλεση του εγκλήματος, οδηγεί σε επίταση κατά το διπλάσιο της βασικής ποινής (καθείρξεως).

Γίνεται αντιληπτό πως κάτι τέτοιο αντιβαίνει στο Σύνταγμα αλλά δεν βρίσκεται σε αρμονία ούτε και με τον ελληνικό Ποινικό κώδικα (άρθρο 45 ΠΚ), αφού όπως είναι γνωστό ο συναυτουργός τιμωρείται ως αυτουργός του εγκλήματος⁴⁴ και με ποινή ίδια με αυτή του βασικού.

Ως λύση προτάσσεται και πάλι η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία της διάταξης, ώστε να σωθεί η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας.⁴⁵ Γι' αυτό, πέραν της τέλεσης από κοινού της πράξης από 2 τουλάχιστον πρόσωπα (συναυτουργία), απαιτείται αυτά επιπλέον να είναι οργανωμένα σε μία ένωση που θα έχει τα στοιχεία του άρθρου 187 παρ. 5 ΠΚ⁴⁶, δηλαδή μια ένωση που δημιουργείται

σκοπός του δράστη για πορισμό εισοδήματος». Για τους διάφορους ορισμούς που έχουν δοθεί για το κατ' επάγγελμα έγκλημα βλ. και Ελ. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Η έννοια του κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια εγκλήματος, εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1990

⁴² Μ. Καϊάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 95.

⁴³ Βλ. Υποσημείωση για τον ορισμό της εκ κερδοσκοπίας τέλεσης.

⁴⁴ Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 498 επ.

⁴⁵ Μ. Καϊάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 96.

⁴⁶ Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ.

³⁷ Βλ. Ειδικότερα για το έννομο Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 169.

³⁸ Μ. Καϊάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 95.

³⁹ Βλ. ΑΠ 836/2010: «εκ κερδοσκοπίας ενεργεί ο δράστης με κίνητρο και σκοπό τον προσπορισμό αθέμιτου περιουσιακού οφέλους ή ενός αθέμιτου κέρδους, θετικού ή αποθετικού, αποτιμητού όμως σε χρήμα, ανεξαρτήτως επιτεύξεώς του».

⁴⁰ άρθρο 4 παρ.1 του 7ου Πρωτοκόλλου ΕΣΔΑ, καθώς και άρθρο 50 ΧΘΔΕ

⁴¹ Κατ' άρθρο 13 στοιχ. στ' ΠΚ: «κατ' επάγγελμα τέλεση του εγκλήματος συντρέχει, όταν από την επανειλημμένη τέλεση της πράξης ή από την υποδομή που έχει διαμορφώσει ο δράστης με πρόθεση επανειλημμένης τέλεσης της πράξης, προκύπτει

με σκοπό τη διάπραξη κακουργήματος και προβάλλει και τη δημόσια τάξη.

3. Οι ιδιαίτερα διακεκριμένες μορφές συμμετοχής στο έγκλημα

Α) Μεταφορά από την οποία μπορεί να προκύψει κίνδυνος για άνθρωπο

> (άρθρο 30 παρ. 1 στοιχ. γ).

Η πρώτη ιδιαίτερα διακεκριμένη μορφή τέλεσης του εγκλήματος του άρθρου 30 παρ.1 απειλείται με κάθειρξη τουλάχιστον 15 ετών και, σωρευτικά, χρηματική ποινή τουλάχιστον 200.000 ευρώ για κάθε μεταφερόμενο πρόσωπο, εφόσον από την πράξη, μπορεί να προκύψει κίνδυνος για άνθρωπο

Έχει υποστηριχθεί η άποψη πως το έγκλημα αποτελεί ένα κοινώς επικίνδυνο έγκλημα,⁴⁷ καθώς μόνο σε αυτή την περίπτωση θα μπορούσε να δικαιολογηθεί τέτοιο ύψος ποινής.⁴⁸ Πράγματι, οι αυξημένες ποινές στα κοινώς επικίνδυνα εγκλήματα, δικαιολογούνται από την δυνατότητα πρόκλησης κινδύνου σε ακαθόριστο αριθμό προσώπων.

Από το γράμμα ωστόσο της διάταξης, φαίνεται πως ο νομοθέτης υιοθετεί, όπως και σε όλες τις περιπτώσεις του άρθρου 30, το σχήμα της εκ του νόμου αληθινής συρροής, αφού η κάθε ποινή επιβάλλεται τόσες φορές, όσα είναι και τα μεταφερόμενα πρόσωπα.

Για να δικαιολογηθεί η επιλογή του νομοθέτη για επιβολή της ποινής για κάθε μεταφερόμενο πρόσωπο, είναι ακριβέστερο να γίνεται λόγος για έγκλημα δυνητικής διακινδύνευσης.⁴⁹ Πράγματι, στις νομοτυπικές μορφές των εγκλημάτων αυτών αναφέρεται ένας κίνδυνος ως «δυνάμενος να επέλθει», και αρκεί η δυνατότητα της επέλευσής του συγκεκριμένου κινδύνου, χωρίς να απαιτείται ο κίνδυνος αυτός να επέλθει πράγματι. Στην περίπτωση ωστόσο αυτή, θα θεωρούνταν ανεπίτρεπτο το προβλεπόμενο πλαίσιο ποινής.

231-232.

⁴⁷ Για την προβληματική των κοινώς επικινδύνως εγκλημάτων και την έννοια του «κοινού κινδύνου», βλ. Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, κοινώς επικίνδυνα εγκλήματα, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005 σελ. 87 επ.

⁴⁸ Απόστολος Σ. Κοπανίδης, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 19-20.

⁴⁹ Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ. 232 επ.

Είναι εδώ εμφανές πως ο κίνδυνος θα πρέπει να βρίσκεται σε αιτιώδη συνάφεια με την πράξη μεταφοράς, ενώ θεωρείται πως δε διακόπτεται ο αιτιώδης σύνδεσμος, ακόμη κι αν ο κίνδυνος εμφανίζεται για πρώτη φορά κατά την μεταφορά, όχι όμως και ο κίνδυνος που εκδηλώνεται πρώτη φορά από την προσπάθεια του αλλοδαπού να διαφύγει, χωρίς να ενυπήρχε στην ίδια τη μεταφορά.⁵⁰

Για το λόγο αυτό, και για να περισωθεί για ακόμη μια φορά η αρχή της αναλογικότητας, το έγκλημα αυτό φαίνεται ορθότερο να θεωρείται ως κοινώς επικίνδυνο, ενώ στην περίπτωση που η δυνατότητα κινδύνου αφορά ένα μόνο πρόσωπο, θα χρήζει εφαρμογής η διάταξη του εγκλήματος της έκθεσης σε αληθινή συρροή με τη βασική μορφή του εγκλήματος του άρθρου 30 παρ.1 Ν. 4251/2014.⁵¹

Β) Το εκ του αποτελέσματος έγκλημα του άρθρου 30 παρ.1 στοιχ.δ.

Με το στοιχείο δ' του άρθρου 30 του Ν. 4251/2014 εισάγεται η τελευταία ιδιαίτερα διακεκριμένη περίπτωση, η οποία απογειώνει τα μεγέθη των ποινών ακόμη περισσότερο. Σύμφωνα με την νομοτυπική του μορφή, προβλέπεται ισόβια πλέον κάθειρξη και ποινή τουλάχιστον 700.000 ευρώ (!) για κάθε μεταφερόμενο πρόσωπο, σε περίπτωση που από την επικίνδυνη μεταφορά του στοιχείου γ' επήλθε ο θάνατος. Πρόκειται βεβαίως για ένα εκ του αποτελέσματος έγκλημα, στο οποίο το αποτέλεσμα του θανάτου θα πρέπει να προκύπτει αιτιωδώς από την προγενέστερη επικίνδυνη συμπεριφορά και το οποίο πρέπει να οφείλεται σε αμέλεια του δράστη.⁵²

Σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω για το χαρακτήρα του εγκλήματος του στοιχείου γ' ως κοινώς επικίνδυνου, η περίπτωση του στοιχείου δ' θα πρέπει να θεωρηθεί τώρα ως ένα κοινώς επικίνδυνο εκ του αποτελέσματος έγκλημα και θα πρέπει να γίνει πάλι δεκτό πως υπήρξε αστοχία του νομοθέτη όταν εισήγαγε μάλλον εκ παραδρομής και κατ'επανάληψη των προηγούμενων υποπεριπτώσεων του

⁵⁰ Ν. Χατζηνικολάου, Η ποινική καταστολή της παράνομης μετανάστευσης, Δογματική προσέγγιση και βασικά ερμηνευτικά προβλήματα, 2009, σελ. 238.

⁵¹ Μ. Καϊάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 99.

⁵² Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 245 επ.

άρθρου 30, την φράση «για κάθε μεταφερόμενο πρόσωπο».

Αυτό σημαίνει πως η απαξία των περισσότερων τυχόν θανάτων εξ αμελείας απορροφάται από τον χαρακτήρα του εγκλήματος ως κοινώς επικινδύνου, εφόσον προέρχονται από την ίδια δυνατότητα κινδύνου, όπως γίνεται και με τις περισσότερες σωματικές βλάβες εξ αμελείας.⁵³ Ο δράστης δε θα τιμωρηθεί λοιπόν για κάθε μεταφερόμενο πρόσωπο κατά το στοιχείο δ', αλλά μία μόνο φορά, αφού στο χαρακτήρα του κοινώς επικινδύνου εγκλήματος, έχουν αξιολογηθεί ήδη όλοι οι δυνατοί κίνδυνοι.

Αυτό δε σημαίνει ωστόσο πως δε θα τιμωρηθεί για τα υπόλοιπα πρόσωπα, απλώς θα τιμωρηθεί κατά τη βασική μορφή του εγκλήματος. Στην περίπτωση λοιπόν που τα μεταφερόμενα πρόσωπα είναι περισσότερα του ενός, επειδή με την μεταφορά του κάθε προσώπου προσβάλλεται αυτοτελώς η πολιτειακή εξουσία, θα πρέπει για τα επιπλέον πρόσωπα να εφαρμοστεί το άρθρο 30 παρ.1 στοιχ. δ' σε αληθινή συρροή με τη διάταξη του άρθρου 30 παρ.1, το οποίο και θα επιβληθεί τώρα τόσες φορές όσα και τα μεταφερόμενα πλέον του ενός πρόσωπα.⁵⁴

Επιλογικά

Όπως γίνεται αντιληπτό, ο νόμος 4251/2014 παραβιάζει σε πολλές περιπτώσεις την αρχή της αναλογικότητας, όπως αυτή πηγάζει από το άρθρο 25 παρ. 1 Σ. Η λύση της σύμφωνης με το Σύνταγμα ερμηνείας των διατάξεων, βοηθά σημαντικά, αλλά δεν επιλύει το ζήτημα αποτελεσματικά, αφού πάντοτε η ερμηνεία αποτελεί έννοια πλατιά που συχνά γεννά νέα, παρά επιλύει τα ήδη υπάρχοντα προβλήματα.

Σε ένα δογματικό ποινικό δίκαιο, η ερμηνεία του γράμματος του νόμου θα πρέπει να είναι στενή, έτσι ώστε να μην υπάρχει παράβαση των βασικών συνταγματικών αρχών και των θεμελιωδών δικαιωμάτων των προσώπων, τα οποία, παρότι δράστες αξιόποινων συμπεριφορών, χρήζουν ισότιμης δικαστικής προστασίας.

Για να γίνει αυτό, απαιτείται μια νομοθετική μεταβολή των διατάξεων, με την στενή ερμηνεία των οποίων θα επιτυγχάνεται η Ασφάλεια Δικαίου που είναι αναγκαία για να γίνεται πράγματι λόγος για ένα Κράτος Δικαίου που σέβεται τα Υποκείμενά του και, επομένως, λειτουργεί ομαλά.

⁵³ ΟΛΑΠ 4/2010 για το εκ του αποτελέσματος κοινώς επικίνδυνο έγκλημα.

⁵⁴ Μ. Καιάφα Γκμπάντι, ΜΕΤΑΝΑΣΤΕΥΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδόσεις Ανίκουλα, 2017, σελ. 101.

Άμβλωση: Έγκλημα χωρίς τιμωρία;

Μπαστουνάς Γιώργος
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Η άμβλωση αποτελεί ένα έγκλημα, του οποίου οι περιπτώσεις της μη τιμώρησης κατέχουν κεντρικό ρόλο στην όλη προβληματική».

Εισαγωγή

Ένα από τα πιο διαχρονικά θέματα στη χώρα μας με ιδιαίτερες κοινωνικές, ηθικές, αλλά και νομικές προεκτάσεις είναι οι αμβλώσεις. Το γεγονός αυτό αποδεικνύεται από τα ποσοστά που κατά καιρούς έρχονται στη δημοσιότητα. Σύμφωνα με πρόσφατη έρευνα οι αριθμοί των ετήσιων αμβλώσεων ανέρχονται σε 150.000, αριθμός υπερδιπλάσιος των ετήσιων γεννήσεων, επισημαίνοντας μάλιστα ότι το 25% αυτών αφορά νεαρά κορίτσια, τα οποία βρίσκονται σε ηλικία κάτω των 16 ετών¹. Αν μάλιστα λάβουμε ως δεδομένο ότι πολλές αμβλώσεις γίνονται εκτός νόμιμου πλαισίου με μη ασφαλή τρόπο, αντιλαμβανόμαστε τις τεράστιες διαστάσεις αυτού του ζητήματος². Δεν είναι τυχαίο, άλλωστε, ότι πα-

γκοσμίως τίθενται σε κίνδυνο 25.000.000 γυναίκες, οι οποίες αναγκάζονται να προβούν σε παράνομες και μη ασφαλείς αμβλώσεις³.

Στο παρόν άρθρο κεντρικής σημασίας είναι η ανάλυση του νομικού πλαισίου των αμβλώσεων στην Ελλάδα, όπως αυτό διαμορφώνεται μέσα από το άρθρο 304 του Ποινικού Κώδικα⁴ (εφεξής: ΠΚ).

ται στάθμιση μεταξύ των δικαιωμάτων της μητέρας και των αντίστοιχων δικαιωμάτων του αγέννητου παιδιού (§213). Έτσι, παρά τη θετική διαπίστωση, που επιτελεί, εντούτοις δεν προβαίνει σε μία πιο ξεκάθαρη κατοχύρωση.

³ Παγκόσμιος Οργανισμός Υγείας, Preventing unsafe abortion, διαθέσιμο στο <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/en/>.

⁴ Άρθρο 304 ΠΚ «1. Όποιος χωρίς τη συναίνεση της εγκύου διακόπτει την εγκυμοσύνη της τιμωρείται με κάθειρξη.

2α. Όποιος με τη συναίνεση της εγκύου διακόπτει ανεπίτρεπτα την εγκυμοσύνη της ή προμηθεύει σ' αυτή μέσα για τη διακοπή της τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον έξι μηνών και αν ενεργεί κατά συνήθεια τις πράξεις αυτές τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών.

β. Αν από την πράξη της προηγούμενης διάταξης προκληθεί βαρεία πάθηση του σώματος ή της διάνοιας της εγκύου, επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών και αν προκληθεί ο θάνατός της επιβάλλεται κάθειρξη μέχρι δέκα έτη.

3. Έγκυος που διακόπτει ανεπίτρεπτα την εγκυμοσύνη της ή επιτρέπει σε άλλον να την διακόψει τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι ένα έτος.

4. Δεν είναι άδικη πράξη η τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης που ενεργείται με τη συναίνεση της

¹ Πανταζόπουλος Γ., Αμβλώσεις στην Ελλάδα: ένα σοκ σε εξέλιξη, διαθέσιμο στο http://www.lifo.gr/print/tora_tora/140029.

² Αναφορικά με τη συζήτηση, που διεξάγεται και αφορά το αν η άμβλωση αποτελεί δικαίωμα της εγκύου, ιδιαίτερη μνεία πρέπει να γίνει στην απόφαση Α, Β και Γ κατά Ιρλανδίας του ΕΔΔΑ (16/12/2010 - διαθέσιμη στο <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102332&filename=001-102332.pdf>). Στη συγκεκριμένη απόφαση αναγνωρίζεται το δικαίωμα στην άμβλωση. Ωστόσο, αξίζει να υπογραμμισθεί η αιτιολογία την οποία χρησιμοποιεί το ΕΔΔΑ. Αναλυτικότερα, δέχεται, ότι τόσο η θέσπιση περιορισμών, όσο και απαγορεύσεων στην άμβλωση θεωρείται παρέμβαση στην ιδιωτική ζωή της εγκύου (§212). Ωστόσο, παρά αυτή την παραδοχή δεν εντάσσει στο πεδίο του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ αυτό το δικαίωμα, γιατί, όπως χαρακτηριστικά αναφέρει, απαιτεί-

Στόχος είναι η παρουσίαση των βασικών σημείων, η ερμηνεία των ζητημάτων που χρήζουν ιδιαίτερης προσέγγισης, καθώς και η επισήμανση των προτεριμάτων, αλλά και των αδυναμιών του υπάρχοντος νομικού πλαισίου.

Έννομο αγαθό και φορέας αυτού

Κατά μία άποψη η συγκεκριμένη διάταξη, που αφορά στην τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης έχει θεσπιστεί προκειμένου να προστατεύσει το συμφέρον της κοινωνίας, μέσω της ανανέωσης του πληθυσμού και αντιμετώπισης του δημογραφικού προβλήματος⁵, αλλά και μέσω της προστασίας των ηθών⁶, που προσβάλλονται. Η άποψη αυτή θεωρεί ως φορέα του εννόμου αγαθού το έθνος ή την κοινωνία και θα μπορούσε στις μέρες μας να χαρακτη-

ριστεί ξεπερασμένη. Και αυτό γιατί, αν δεχόμασταν ότι στόχος της διάταξης είναι η αντιμετώπιση του δημογραφικού προβλήματος, τότε θα έπρεπε να ποινικοποιήσουμε όλους τους τρόπους αντισύλληψης⁷. Συγχρόνως, γίνεται ορθώς αποδεκτό, ότι οι ηθικοί κανόνες δεν γίνεται να αποτελούν έννομο αγαθό⁸. Σε κάθε περίπτωση πάντως η διάταξη αυτή έχει τεθεί για να προστατεύσει ατομικά έννομα αγαθά και όχι κοινωνικά⁹.

Κατ' άλλη ορθότερη άποψη, η συγκεκριμένη διάταξη αποβλέπει στην προστασία του εννόμου αγαθού του «εμβρύου». Παρότι το έγκλημα που μελετούμε υπάγεται, βάσει του ποινικού κώδικα, στα εγκλήματα κατά της ζωής, εντούτοις γίνεται δεκτό, κατά την ορθότερη άποψη, ότι το έμβρυο ως αντικείμενο δικαιοτικής προστασίας απολαμβάνει, ως φυσικό και κοινωνικό μέγεθος διαφορετικό από τον άνθρωπο¹⁰, ποιοτικά διαφορετική προστασία σε σχέση με αυτόν¹¹.

εγκύου 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) Έχουν διαπιστωθεί, με τα σύγχρονα μέσα προγεννητικής διάγνωσης, ενδείξεις σοβαρής ανωμαλίας του εμβρύου που επάγονται τη γέννηση παθολογικού νεογνού και η εγκυμοσύνη δεν έχει διάρκεια περισσότερο από είκοσι τέσσερις εβδομάδες.

γ) 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.

δ) Η εγκυμοσύνη είναι αποτέλεσμα βιασμού, αποπλάνησης ανήλικης, αιμομιξίας ή κατάχρησης γυναίκας ανίκανης να αντισταθεί και εφόσον δεν έχουν συμπληρωθεί δεκαεννέα εβδομάδες εγκυμοσύνης.

5. Αν η έγκυος είναι ανήλικη, απαιτείται και η συναίνεση ενός από τους γονείς ή αυτού που έχει την επιμέλεια του προσώπου της ανήλικης».

⁵ Ζαγκαρόλας Ι., Το έγκλημα της αμβλώσεως εις τον νέον Ποινικόν Κώδικα, Ποινικά Χρονικά 1951, σ. 495 / Τζωρτζόπουλος Χ., Σχόλια εις τον ισχύοντα Ελληνικόν Ποινικόν Νόμον (ειδικό μέρος), τόμος α', Α. Ι. Ράλλη, 1926, σ. 175 επ.

⁶ Τζωρτζόπουλος Χ., Σχόλια εις τον ισχύοντα Ελληνικόν Ποινικόν Νόμον (ειδικό μέρος), τόμος α', Α. Ι. Ράλλη, 1926, σ. 175 επ.

⁷ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 68.

⁸ Είναι χαρακτηριστική η διατύπωση του Μανωλεδάκη Ι.: «Οι ηθικοί κανόνες δεν είναι, όμως, δυνατόν να αποτελούν έννομον αγαθόν. Διότι το εμπειρικόν περιεχόμενον της εννοίας των είναι κατ' εξοχήν «εσωτερικόν», αναγόμενον όχι εις την σφαίραν της εξωτερικής εμπειρίας των αισθήσεων, αλλ' εις το πεδίο της εσωτερικής ενδοσκοπήσεως» σε Μανωλεδάκης Ι., Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, Σάκκουλας, 1973, σ. 96.

⁹ Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον (ειδικό μέρος), Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1974, σ. 88.

¹⁰ Την παραδοχή αυτής της άποψης ενισχύει η απόφαση Νο εναντίον Γαλλίας του ΕΔΔΑ (8/7/2004 - διαθέσιμη στο <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887>). Συγκεκριμένα, χαρακτηριστική είναι η παρέμβαση της Family Planning Association, όπου επισημαίνεται, ότι αν εξομοιώναμε την προστασία του εμβρύου με την προστασία την οποία απολαμβάνει ο άνθρωπος μέσω του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ, τότε όλοι οι μέθοδοι αντισύλληψης, που χρησιμοποιούνται καθίστατο παράνομες, δεδομένου, ότι ενήργησαν ή θα μπορούσαν να ενεργήσουν μετά από τη σύλληψη για την πρόληψη της εμφύτευσης. Μία λύση, που όπως χαρακτηριστικά τονίζει, θα είχε καταστροφικές συνέπειες (§68).

¹¹ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 4-7.

Ωστόσο, παρότι οι υποστηρικτές της συμφωνούν ως προς το προστατευόμενο έννομο αγαθό, διαφοροποιούν τις απόψεις τους ως προς τους φορείς του.

Σύμφωνα με την πρώτη, φορέας του αγαθού είναι αυτό καθεαυτό το έμβρυο, με το επιχείρημα ότι η ζωή του εμβρύου δεν έχει υποδεέστερη αξία από τη ζωή του ανθρώπου¹². Μία τέτοια άποψη, ωστόσο, αγνοεί το εξής: ότι το έμβρυο είναι κάτι ποιοτικά διαφορετικό από τον άνθρωπο. Το δικαίό μας ως ανθρωποκεντρικό δίκαιο¹³ αποσκοπεί να προστατέψει τον άνθρωπο, τον οποίο και μόνο αναγνωρίζει ως φορέα δικαιωμάτων¹⁴, και κατ'επέκταση φορέα εννόμων αγαθών από την στιγμή της γέννησής του¹⁵. Συνεπώς, φορέας του εννόμου αγαθού δεν είναι το έμβρυο, αφού δεν μπορεί να θεωρηθεί υποκείμενο δικαιώματος, πριν καταστεί αυτοτελώς βιώσιμο¹⁶ και σε καμία περίπτωση δεν έχει δυνατότητα αυτοπροσδιορισμού¹⁷.

Η δεύτερη άποψη υποστηρίζει ότι φορέας του εννόμου αγαθού είναι η έγκυος γυναίκα. Το έμβρυο θεωρείται ως φυσική ιδιότητα του γυναικείου σώματος και επομένως με βάση αυτή την άποψη η έγκυος έχει το πιο άμεσο συμφέρον για τη διατήρηση του εννόμου αγαθού. Δεν είναι άλλωστε τυχαίο, ότι η διακοπή της κύησης μπορεί να επέλθει μόνο με τη συναίνεση της εγκύου, ενώ πουθενά

στο νόμο δεν απαιτείται η συναίνεση του άνδρα¹⁸.

Η παραπάνω άποψη αντικρούεται από μία ορθότερη, η οποία προβαίνει σε μία στάθμιση. Συγκεκριμένα, θεωρεί ότι το έμβρυο φέρει εγγενώς στοιχεία τόσο του γυναικείου, όσο και του ανδρικού σώματος, που το παρήγαγαν. Επομένως, αποτελεί μία φυσική προέκταση των δύο αυτών ατόμων¹⁹. Και παρότι το έμβρυο αποτελεί φυσική ιδιότητα του γυναικείου σώματος, εντούτοις αν ιδωθεί ως αυτοτελής οντότητα, γίνεται δεκτό ότι θεμελιώνεται αυτοτελές συμφέρον και στον άνδρα για τη διατήρησή του. Το συμφέρον αυτό του πατέρα μπορεί να επιβεβαιωθεί και από το γεγονός της αυτοτελούς τιμώρησης της εγκύου, όταν διακόπτει ανεπίτρεπτα την εγκυμοσύνη της ή επιτρέπει σε άλλον να τη διακόψει (άρθρο 304 παρ. 3 ΠΚ)²⁰.

Αντικειμενική υπόσταση

Τρόποι τέλεσης

Το έγκλημα της τεχνητής διακοπής της εγκυμοσύνης είναι ένα υπαλλακτικώς μικτό έγκλημα. Και αυτό γιατί μπορεί να τελεστεί με διάφορους τρόπους (μικτό), οι οποίοι μπορούν να εναλλαχθούν ή να σωρευθούν στην ίδια μονάδα εννόμου αγαθού, χωρίς να έχουμε συρροή εγκλημάτων, αλλά ένα έγκλημα (υπαλλακτικό)²¹. Αναλυτικότερα, οι τρόποι τέλεσης του εγκλήματος είναι δύο: η διακοπή της κύησης και η προσφορά στην έγκυο μέσων, που προκαλούν διακοπή της κύησης.

Αναφορικά με τον πρώτο τρόπο τέλεσης, τη διακοπή της κύησης, γίνεται δεκτό ότι πραγματοποιείται με οποιονδήποτε τρόπο που επιφέρει τη θανάτωση του εμβρύου. Μπορεί να πραγματοποιηθεί τόσο με επενέργεια στο ίδιο το έμβρυο (με χημικά, μηχανικά ή άλλα μέσα), όσο και με επενέργεια στο σώμα της εγκύου (με χτυπήματα, πρόκληση τρό-

¹² Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον (ειδικό μέρος), Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1974, σ. 88 / Φιλιππίδης Τ., Μαθήματα Ποινικού Δικαίου (ειδικό μέρος), τεύχος β', 1981, Σάκκουλα, σ. 122.

¹³ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 67.

¹⁴ Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 51.

¹⁵ Οι μόνες εξαιρέσεις, όπου αναγνωρίζονται δικαιώματα στο έμβρυο είναι αυτές των άρθρων 36 και 1711 ΑΚ, που τελούν υπό τη νομική αίρεση, ότι θα γεννηθεί ζωντανό το έμβρυο. Αν πληρωθεί η αίρεση η κτήση των δικαιωμάτων καθίσταται οριστική και ισχύουν αναδρομικά από το χρονικό σημείο της επαγωγής τους, δηλαδή πριν από τη γέννηση (Γεωργιάδης Α., Γενικές αρχές αστικού δικαίου, Π. Ν. Σάκκουλας, 2012, σ. 135-135).

¹⁶ Κατρούγκαλος Γ., Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο, Σάκκουλα, 1993, σ. 65.

¹⁷ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Η άμβλωση ως πρόβλημα του ποινικού δικαίου, Σάκκουλα, 1984, σ. 166 επ.

¹⁸ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, Σάκκουλα, 2001, σ. 777.

¹⁹ Μανωλεδάκης Ι., Το έννομο αγαθό ως βασική έννοια του ποινικού δικαίου, Σάκκουλα, 1998, σ. 292-293.

²⁰ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 69.

²¹ Καϊάφα Γκμπάντι Μ. σε: Μανωλεδάκης Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 362-363.

μου, θανάτωση εγκύου)²².

Ο δεύτερος τρόπος τέλεσης του εγκλήματος συνίσταται στην προμήθεια μέσων, που προκαλούν διακοπή της κύησης. Για να γίνει αντιληπτός αυτός ο τρόπος τέλεσης του εγκλήματος είναι αναγκαίος ο προσδιορισμός του όρου «μέσα για τη διακοπή» της εγκυμοσύνης. Αρκεί κάθε μέσο, που μπορεί να προκαλέσει διακοπή της κύησης ή απαιτείται η ύπαρξη μέσων, που προορίζονται μόνον για αυτόν τον σκοπό; Γίνεται, κατ' ορθή ερμηνεία, δεκτό ότι απαιτούνται ειδικά μέσα, που προορίζονται εξ υπαρχής γι' αυτόν τον σκοπό. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι η πράξη της προμήθειας έχει αναχθεί αυτοτελώς σε τρόπο τέλεσης του εγκλήματος της τεχνητής διακοπής της κύησης και ακριβώς γι' αυτόν τον λόγο πρέπει να έχει αντικειμενικά την ίδια βαρύτητα για την προσβολή του εννόμου αγαθού με τη διακοπή της κύησης²³. Αντικείμενα λοιπόν, που η φύση τους είναι τέτοια, ώστε η ύπαρξή τους να δικαιολογείται από τον σκοπό της διακοπής της κύησης μπορούν να θεωρηθούν ότι πληρούν το παραπάνω κριτήριο. Μεταξύ αυτών μπορούν να θεωρηθούν τα ειδικά εκτρωτικά φάρμακα και εργαλεία, που χρησιμοποιούνται αποκλειστικά για τον παραπάνω σκοπό²⁴.

Για την ολοκλήρωση του εγκλήματος με τον προαναφερόμενο τρόπο της προμήθειας μέσων δεν αρκεί η χορήγηση αυτών απλώς και μόνο, αλλά επιπλέον απαιτείται και η πραγματοποίηση της διακοπής της κύησης με την χρήση τους²⁵. Το στοιχείο αυτό καθίσταται αναγκαίο, παρότι δεν περιγράφεται στη νομοτυπική μορφή του εγκλήματος. Συνά-

γεται ερμηνευτικά από την αναγωγή μιας συμμετοχικής δράσης σε αυτοτελές έγκλημα. Συνεπώς, όπως σε κάθε συμμετοχική δράση, έτσι και εδώ η πράξη της προμήθειας μέσων για τη διακοπή της εγκυμοσύνης έλκει τον άδικο χαρακτήρα από την πράξη του φυσικού αυτοουργού²⁶.

Δράστης

Δράστης του εγκλήματος μπορεί να είναι οποιοσδήποτε τρίτος (ετεροδιακοπή της εγκυμοσύνης), ακόμα και η ίδια η έγκυος (αυτοδιακοπή της εγκυμοσύνης).

Στην περίπτωση που δράστης είναι οποιοσδήποτε τρίτος, εκτός της εγκύου, το έγκλημα μπορεί να τελεστεί είτε με συναίνεση, είτε χωρίς συναίνεση της εγκύου. Αξίζει, συνεπώς, να γίνει μία διάκριση. Στην περίπτωση που το έγκλημα τελείται χωρίς τη συναίνεση της εγκύου παρατηρείται αυξημένο άδικο (άρθρο 304 παρ. 1 - κάθειρξη 5-20 ετών), σε σχέση με την περίπτωση, που το έγκλημα τελείται με τη συναίνεση της εγκύου (άρθρο 304 παρ. 2 εδ. α' - φυλάκιση 6 μηνών-5 ετών). Το αυξημένο άδικο σε αυτή την περίπτωση απορρέει από το γεγονός ότι, εκτός από το έμβρυο, σε αυτή την περίπτωση θίγεται και η ίδια η ελευθερία της εγκύου²⁷. Αντίθετα, στην περίπτωση τέλεσης του εγκλήματος με τη συναίνεση της εγκύου, η ποινική κύρωση μετριάζεται, ακριβώς επειδή εδώ η ελευθερία της εγκύου παραμένει αλώβητη.

Η συναίνεση γενικά αποτελεί λόγο άρσης του άδικου χαρακτήρα της πράξης²⁸. Απαραίτητη προϋπόθεση της συναίνεσης είναι η εξουσία διάθεσης του εννόμου αγαθού. Όμως, σε αγαθά όπως το συγκεκριμένο, που ο φορέας δεν έχει από το δίκαιο την εξουσία να τα διαθέσει ελεύθερα, η συναίνεση αυτού δεν μπορεί να οδηγήσει σε άρση του άδικου της προσβολής²⁹. Ακριβώς για αυτές τις περιπτώ-

²² Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον (ειδικό μέρος), Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1974, σ. 100 / Μπέκας Γ., Η προστασία της ζωής και της υγείας στον ποινικό κώδικα, Π. Ν. Σάκκουλας, 2004, σ. 491 / Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, Σάκκουλα, 2001, σ. 873.

²³ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 71.

²⁴ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 71.

²⁵ Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον (ειδικό μέρος), Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1974, σ. 103 / Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 71 / Φιλιππίδης Τ., Μαθήματα Ποινικού Δικαίου (ειδικό μέρος), τεύχος β', 1981, Σάκκουλα, σ. 127-128.

²⁶ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 72.

²⁷ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 70.

²⁸ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 652.

²⁹ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου

σεις, μία εκ των οποίων είναι και η τεχνητή διακοπή της κύησης με τη συναίνεση της εγκύου, δύναται, εφόσον συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις, να οδηγήσει σε μείωση του αδικού χαρακτήρα της προσβολής. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση όπου το ίδιο έγκλημα τελούμενο με τη συναίνεση της εγκύου οδηγεί σε μικρότερη ποινή σε σχέση με την περίπτωση, που το ίδιο θα τελούνταν χωρίς τη συναίνεση αυτής. Η έννοια της συναίνεσης πρέπει να εκληφθεί εδώ με την έννοια της σύμφωνης θέλησης³⁰.

Η συναίνεση σε κάθε περίπτωση πρέπει να είναι έγκυρη, δηλαδή να αποδίδει την πραγματική βούληση της εγκύου. Οι προϋποθέσεις για έγκυρη συναίνεση στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι οι εξής: ικανότητα αξιολόγησης της διάθεσης, γνησιότητα βούλησης διάθεσης, συναίνεση πριν από ατομικά προσδιορισμένη προσβολή³¹.

Προϋποτίθεται σε κάθε περίπτωση, να έχει η έγκυος ικανότητα αξιολόγησης του εννόμου αγαθού, μια ικανότητα, η οποία δεν σχετίζεται με τη δικαιοπρακτική ικανότητα του αστικού δικαίου, αλλά με την ικανότητα καταλογισμού³². Πρέπει ο φορέας να έχει συνείδηση της σημασίας της διάθεσης του εννόμου αγαθού. Ωστόσο, στο άρθρο 304 παρ. 5 ΠΚ, ορίζεται το εξής: «Αν η έγκυος είναι ανήλικη, απαιτείται και η συναίνεση ενός από τους γονείς ή αυτού που έχει την επιμέλεια του προσώπου της ανήλικης». Από τη διάταξη αυτή ο παραπάνω συλλογισμός ανατρέπεται καθόσον στην περίπτωση αυτού του εγκλήματος, που μελετάμε, η συναίνεση της εγκύου θεωρείται σε κάθε περίπτωση έγκυρη, ακόμη και αν αυτή δεν έχει συμπληρώσει το 13^ο έτος της ηλικίας της³³. Το μόνο που αρκεί, συνεπώς, είναι να έχει συνείδηση της σημασίας της δήλωσής της.

Αξίζει όμως σε αυτό το σημείο, όπου περιπλέκε-

ται η συναίνεση της ανήλικης και η συναίνεση των γονιών της, να γίνει μία επισημάνση. Για την εφαρμογή του άρθρου 304 παρ. 2 εδ. α' ΠΚ απαιτείται στην περίπτωση της ανήλικης απλώς και μόνο συναίνεση αυτής, ακόμα και αν δεν υπάρχει επιπλέον η συναίνεση των γονιών της. Το επιπλέον αυτό στοιχείο της συναίνεσης των γονιών της απαιτείται μονάχα για τους ειδικούς λόγους άρσης του αδικού του άρθρου 304 παρ. 5 ΠΚ.

Παράλληλα, η συναίνεση δεν πρέπει να οφείλεται στην επέμβαση άλλου. Σε περίπτωση, που αυτή είναι εξαναγκασμένη, δίδεται δηλαδή μετά από άσκηση σωματικής ή ψυχολογικής βίας, ή αποτελεί προϊόν παραπλάνησης δεν μπορεί να θεωρηθεί έγκυρη³⁴.

Τέλος, η συναίνεση πρέπει να δίνεται πριν από ατομικά προσδιορισμένη προσβολή. Αναλυτικότερα, είναι αδήριτη η ανάγκη αυτή, καθώς η μετά την προσβολή του αγαθού έγκριση δεν την καθιστά έγκυρη. Συγχρόνως, πρέπει να αφορά συγκεκριμένη διάθεση του αγαθού, δηλαδή συγκεκριμένη πράξη προσβολής σε συγκεκριμένη στιγμή. Τέλος, κατά μία άποψη αρκεί να υπάρχει κατά τον χρόνο προσβολής του εννόμου αγαθού με οποιαδήποτε μορφή (π.χ. με ρητή δήλωση, με απλό νεύμα, ακόμα και με αδράνεια) χωρίς να χρειάζεται να περιέλθει σε γνώση του δράστη (θεωρία της ψυχικής τάσης)³⁵, ενώ κατ' άλλη άποψη απαιτείται να έχει εξωτερικευτεί (θεωρία της εκδήλωσης της βούλησης)³⁶.

Αν δράστης είναι η ίδια η έγκυος³⁷ καθίσταται

Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 653.

³⁰ Κωσταράς Α., Ποινικό Δίκαιο - Επιτομή Ειδικού Μέρους, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σ. 794.

³¹ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 656-658.

³² Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 70.

³³ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 71.

³⁴ Ανδρουλάκης Ν., Ποινικό Δίκαιο - Γενικό μέρος, τόμος Ι. (θεωρία για το έγκλημα), Π. Ν. Σάκκουλας, 2006, σ. 367-368.

³⁵ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 658 / Χωραφάς Ν., Ποινικόν Δίκαιον (επιμέλεια: Σταμάτης Κ.), τόμος α', Αφοί Π. Σάκκουλα, 1978, σ. 188.

³⁶ Ανδρουλάκης Ν., Ποινικό Δίκαιο - Γενικό μέρος, τόμος Ι. (θεωρία για το έγκλημα), Π. Ν. Σάκκουλας, 2006, σ. 369 / Μαγκάκης Γ., Ποινικό Δίκαιο - Διάγραμμα γενικού μέρους, Παπαζήση, 1982, σ. 234.

³⁷ Η θεωρία παρουσιάζεται διχασμένη ως προς τον αν το έγκλημα είναι γνήσιο ή μη γνήσιο ιδιαίτερο. Ένας χαρακτηρισμός, που διαδραματίζει μεγάλο ρόλο στη συμμετοχή. Η κρατούσα άποψη (Κωσταράς Α., Ποινικό Δίκαιο - Επιτομή Ειδικού Μέρους, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σ.800 / Μπέκας Γ.,

ιδιαίτερο έγκλημα, καθόσον δεν μπορεί να τελεστεί από τον οποιονδήποτε, αλλά μόνο από το πρόσωπο, που φέρει μία συγκεκριμένη ιδιότητα και μάλιστα εκ φύσεως³⁸.

Το έγκλημα μπορεί να τελεστεί με κάθε πρόσφορο τρόπο. Μέσα σε αυτούς ανήκει και η πράξη της αυτοκτονίας. Όμως εδώ, χρειάζεται προσοχή. Στην περίπτωση της απόπειρας αυτοκτονίας της εγκύου, η ίδια δεν μπορεί να τιμωρηθεί. Η απόπειρα αυτοκτονίας αποτελεί μία μη αξιόποινη πράξη αυτοπροσβολής³⁹. Μάλιστα, η πράξη της αυτοκτονίας σε απόπειρα θεωρείται βαρύτερη σε σχέση με την τεχνητή διακοπή της κύησης. Εφόσον, λοιπόν, δεν τιμωρείται η απόπειρα της αυτοκτονίας, κατά την κρατούσα άποψη δεν θα τιμωρηθεί και η πράξη της διακοπής της κύησης, καθώς δεν δύναται να θέσει τέρμα στη ζωή της η έγκυος χωρίς κατ' ανάγκη να προσβάλει και το έμβρυο από αυτή την πράξη της⁴⁰.

Στο άρθρο 304 παρ. 3 ΠΚ, εκτός από την περι-

Η προστασία της ζωής και της υγείας στον ποινικό κώδικα, Π. Ν. Σάκκουλας, 2004, σ. 506 / Μπιτζιλέκης Ν., Η συμμετοχική πράξη, Σάκκουλα, 1990, σ. 364-365) υποστηρίζει, ότι η συγκεκριμένη ιδιότητα της εγκύου δεν θεμελιώνει για πρώτη φορά, αλλά μειώνει το αξιόποινο (φυλάκιση 10 ημερών-1 έτους) της πράξης του 304 παρ. 2 εδ. α' ΠΚ, αποτελώντας μια προνομιούχα μορφή του εγκλήματος, το οποίο και καθίσταται μη γνήσιο ιδιαίτερο έγκλημα με αποτέλεσμα σε περίπτωση συμμετοχικής δράσης η φυσική αυτή ιδιότητα να λαμβάνεται υπόψιν μόνο για την έγκυο (άρθρο 49 παρ. 2 ΠΚ) για την οποία θα ισχύσει η παρ. 3, ενώ για τον συμμετόχο η παρ. 2 εδ. α'. Η δεύτερη άποψη υποστηρίζει ακριβώς το αντίθετο, ότι δηλαδή είναι γνήσιο ιδιαίτερο, εφόσον η ιδιότητα της εγκύου θεμελιώνει για πρώτη φορά το αξιόποινο και άρα σε περίπτωση συμμετοχικής δράσης για τους τρίτους συμμετόχους θα ισχύει το άρθρο 49 παρ. 1 ΠΚ (Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, Σάκκουλα, 2001, σ. 873).

³⁸ Μπιτζιλέκης Ν., Η συμμετοχική πράξη, Σάκκουλα, 1990, σ. 350.

³⁹ «Η αυτοκτονία δεν αναγράφεται υπό των νεωτέρων νομοθετών μεταξύ των τιμωρητέων πράξεων, θεωρηθέντος ότι δικαιούται έκαστος να διαθέσει την ιδίαν αυτού ζωή», Αιτιολογική Έκθεση Σχεδίου Ποινικού Κώδικα 1933, σ. 454-455.

⁴⁰ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 72.

πτωση της διακοπής της κύησης από την ίδια την έγκυο, τυποποιείται ευθύνη της εγκύου και στην περίπτωση που «επιτρέπει σε άλλον να διακόψει την εγκυμοσύνη της». Η ευθύνη και στις δύο περιπτώσεις αποτιμάται σε φυλάκιση μέχρι ένα έτος (10 ημέρες-1 έτος). Και παρότι η περίπτωση αυτή εμφανίζεται ως άμεση συνέργεια στο έγκλημα, γίνεται αντιληπτό από την παραπάνω διάταξη, ότι ο νομοθέτης την έχει αναγάγει σε αυτοτελές έγκλημα⁴¹.

Υποκειμενική υπόσταση

Για την πλήρωση τις υποκειμενικής υπόστασης σε όλες τις περιπτώσεις που περιγράφησαν παραπάνω, απαιτείται δόλος οποιουδήποτε βαθμού (άρθρα 18 εδ. α' και β' και 26 παρ. 1 ΠΚ). Ο δόλος αυτός πρέπει να καλύπτει τη θανάτωση του εμβρύου. Στην περίπτωση της χορήγησης μέσων που προκαλούν διακοπή της κύησης, ο δόλος πρέπει να καλύπτει όχι μονάχα την χορήγηση μέσων, αλλά και την ίδια την διακοπή της κύησης και κατ' επέκταση το θάνατο του εμβρύου. Τέλος στην περίπτωση τέλεσης της πράξης χωρίς τη συναίνεση της εγκύου ο δόλος πρέπει να καλύπτει επιπλέον και την έλλειψη συναίνεσης⁴².

Λόγοι άρσης του αδικού

Ο άδικος χαρακτήρας της πράξης της τεχνητής διακοπής της εγκυμοσύνης μπορεί να αρθεί, σε κάθε περίπτωση, όταν συντρέχουν οι γενικοί λόγοι άρσης του αδικού, που περιγράφονται εκτενώς στο γενικό μέρος του ΠΚ. Παράλληλα με τη διάταξη που αφορά στην διακοπή της κύησης, περιγράφονται και ειδικοί λόγοι άρσης του αδικού (άρθρο 20 ΠΚ), που παρατίθενται στο άρθρο 304 παρ. 4 ΠΚ, και οι οποίοι είναι αυστηρά προσαρμοσμένοι στο παρόν έγκλημα⁴³. Και στις τέσσερις διαζευκτικά παρατεθειμένες περιπτώσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά δύο προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα,

⁴¹ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 72.

⁴² Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 74.

⁴³ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 603.

πρέπει να υπάρχει έγκυρη συναίνεση της εγκύου και η επέμβαση να γίνεται από γιατρό μαιευτήρα - γυναικολόγο με τη συμμετοχή αναισθησιολόγου σε οργανωμένη νοσηλευτική μονάδα⁴⁴. Αναφορικά με τη συναίνεση θα πρέπει να υπογραμμίσουμε κάτι που αναφέρθηκε παραπάνω. Στην περίπτωση που η έγκυος είναι ανήλικη, προκειμένου να αρθεί ο άδικος χαρακτήρας της πράξης απαιτείται και η συναίνεση ενός από τους γονείς ή αυτού που έχει την επιμέλεια του προσώπου της ανήλικης.

Η πρώτη περίπτωση θέτει αποκλειστικά και μόνο χρονικά κριτήρια και αφορά εκείνη της ανεπιθύμητης εγκυμοσύνης. Προφανώς ο νομοθέτης στην περίπτωση αυτή προβαίνει σε μία στάθμιση δύο εννόμων αγαθών. Αφενός της ύπαρξη του εμβρύου και αφετέρου της ελευθερίας αυτοπροσδιορισμού της γυναίκας, με προφανή υπερίσχυση του δευτέρου εννόμου αγαθού⁴⁵. Στην περίπτωση, λοιπόν, που δεν έχουν συμπληρωθεί δώδεκα εβδομάδες εγκυμοσύνης μπορεί να διακοπεί η κύηση, χωρίς κάποιον επιπλέον όρο.

Η δεύτερη περίπτωση εισάγει λόγους ευγονικούς (ευγονική ένδειξη). Απαιτείται να έχουν διαπιστωθεί, με σύγχρονα μέσα προγεννητικής διάγνωσης, ενδείξεις σοβαρής ανωμαλίας του εμβρύου που επάγονται τη γέννηση παθολογικού νεογνού⁴⁶. Το χρονικό κριτήριο που εδώ τίθεται, επιζητά να μην έχει η εγκυμοσύνη διάρκεια περισσότερο από είκοσι τέσσερις εβδομάδες. Ο λόγος θέσπισης αυ-

τής της διάταξης, που οδηγεί σε άρση του άδικου της τεχνητής διακοπής της κύησης, είναι τα παθολογικά προβλήματα του νεογνού και κατ' επέκταση η δυσκολία στην ανατροφή του, την οποία δεν μπορεί να επιβάλει η έννομη τάξη στην έγκυο.

Η τρίτη περίπτωση αφορά στην ύπαρξη αναπότρεπτου κινδύνου για τη ζωή της εγκύου⁴⁷ ή κινδύνου σοβαρής και διαρκούς βλάβης της σωματικής ή ψυχικής υγείας της. Για την άρση του άδικου χαρακτήρα σε αυτή την περίπτωση απαιτείται ιατρική βεβαίωση του αρμόδιου γιατρού. Η περίπτωση αυτή αποτελεί μία ιατρική ένδειξη, η οποία φέρει αρκετά στοιχεία της κατάστασης ανάγκης του άρθρου 25 ΠΚ⁴⁸. Χαρακτηριστικό σε αυτή την περίπτωση είναι, ότι δεν υπάρχει κανένας χρονικός περιορισμός, καθώς εδώ προέχει η ζωή και η σωματική και ψυχική διασφάλιση της υγείας της εγκύου, ακόμα και αν αυτό συνεπάγεται διακοπή της κύησης.

Τέλος, η τέταρτη περίπτωση αναφέρεται στις περιπτώσεις εκείνες, όπου η εγκυμοσύνη είναι αποτέλεσμα βιασμού (ΠΚ 336)⁴⁹, αποπλάνησης ανήλικης (ΠΚ 339), αιμομιξίας (ΠΚ 345)⁵⁰ ή κατάχρησης γυναίκας ανίκανης να αντισταθεί (ΠΚ 338 παρ. 1 ΠΚ). Αυτή η σημαντική περίπτωση, αποβλέπει στην εξασφάλιση της ελευθερίας και της αξιοπρέπειας της γυναίκας, η οποία δεν μπορεί να εξαναγκαστεί να γεννήσει ένα παιδί που προήλθε από τις παραπάνω καταστάσεις. Η ηθική αυτή ένδειξη αναθέτει την στάθμιση των συγκρουόμενων εννόμων αγαθών στην ίδια την έγκυο⁵¹. Παρότι ο νόμος ορίζει περιοριστικά αυτές τις τέσσερις περιπτώσεις εγκλημάτων εις βάρος του θύματος, που πλέον κυοφορεί, εντούτοις υποστηρίζεται, με το επιχείρημα της υπέρ της κατηγορουμένης (εγκύου) αναλογίας, η επέκταση του λόγου άρσης του άδικου και σε περίπτωση τέλεσης συναφών με τα

⁴⁴ Είναι χαρακτηριστική η διάταξη (άρθρο 2 παρ. 4) της ΥΑ Α3Β/1987 (ΥΑ Α3Β/Οικ 2799 ΦΕΚ Β' 103/1987): «Τα νοσοκομεία και οι ιδιωτικές κλινικές, που γίνονται οι επεμβάσεις υποχρεούνται να εξασφαλίζουν τις εξής ελάχιστες προδιαγραφές: α) Το χειρουργείο που γίνεται η επέμβαση να διαθέτει εγκατάσταση δικτύου αναισθησιολογικών αερίων και οξυγόνου, να είναι πλήρως εξοπλισμένο με τα απαραίτητα όργανα με πλήρη φαρμακευτική κάλυψη, να διαθέτει επαρκή χώρο ανάληψης των ασθενών και να στελεχώνεται τουλάχιστον από δύο μαίες και το απαραίτητο νοσηλευτικό προσωπικό, και β) Να διαθέτουν καλά οργανωμένη τράπεζα αίματος».

⁴⁵ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 73.

⁴⁶ Η νομολογία έχει κρίνει ως περιπτώσεις τη λευχαιμία και τη μικροκεφαλία του εμβρύου (1845/2006, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Ποινική Δικαιοσύνη 2007, σ. 502).

⁴⁷ 5355/1961, Πλημμελειοδικείου Πειραιώς, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά 1962, σ. 512.

⁴⁸ Βλ. αναλυτικότερα σε: Συμεωνίδου - Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 73.

⁴⁹ 8/1984, Εφετείου Αθηνών, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά 1984, σ. 864 επ.

⁵⁰ 13/1970, Πλημμελειοδικείου Κεφαλονιάς, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά 1970, σ. 714.

⁵¹ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 666.

παραπάνω εγκλημάτων⁵². Επιπρόσθετα, ως περιορισμός εδώ τίθεται επιπλέον το χρονικό όριο των δεκαεννέα εβδομάδων εγκυμοσύνης.

Διακεκριμένες μορφές του εγκλήματος

Πέρα από τις βασικές μορφές του εγκλήματος, που εκτέθηκαν παραπάνω, καθορίζονται στο άρθρο 304 παρ. 2 ΠΚ τρεις διακεκριμένες μορφές του αυτού.

Κατά συνήθεια τέλεση

Αρχικά, διαμορφώνεται η περίπτωση της κατά συνήθεια τέλεσης των πράξεων της διακοπής της εγκυμοσύνης ή προμήθειας μέσων για τη διακοπή της (άρθρο 304 παρ. 2 εδ. α' περ. β'). Η περίπτωση αυτή επαυξάνει την ποινική κύρωση από φυλάκιση τουλάχιστον έξι μηνών (6 μήνες-5 έτη) σε φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών (2 έτη-5 έτη). Η αυξημένη ποινή προκύπτει από την «κατά συνήθεια» τέλεση των πράξεων.

Για να προσδιοριστεί αυτή η βασική έννοια θα πρέπει να ανατρέξουμε στην ερμηνεία, που δίνει ο ίδιος ο ποινικός κώδικας στο άρθρο 13 εδ. στ' περ. β': συγκεκριμένα ορίζει: «Κατά συνήθεια τέλεση του εγκλήματος συντρέχει, όταν από την επανειλημμένη τέλεση της πράξης προκύπτει σταθερή ροπή του δράστη προς τη διάπραξη του συγκεκριμένου εγκλήματος ως στοιχείο της προσωπικότητας του δράστη».

Η θεωρία προσπάθησε να αντιμετωπίσει την ασάφεια του όρου της «σταθερής ροπής του δράστη», που εμπεριέχεται στην έννοια της κατά συνή-

θεια τέλεσης, αφού υποστήριξε, ότι δεν είναι νοητή η σταθερή ροπή στην τέλεση τεχνητών διακοπών της κύησης. Συγκεκριμένα, θεωρήθηκε ότι στη συγκεκριμένη διακεκριμένη μορφή του εγκλήματος ο νομοθέτης αποσκοπεί στο να καλύψει περιπτώσεις, όπου η τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης τελείται κατ' επάγγελμα από τον γιατρό ή τη μαία έναντι υψηλών αμοιβών. Μάλιστα, για να αιτιολογήσει το λόγο της μη ακριβούς θέσπισης από το νομοθέτη αυτής της περίπτωσης της «κατ' επάγγελμα» τέλεσης, ισχυρίστηκε, ότι μετά τη διαπίστωση της επαγγελματικής οργάνωσης δεν τον ενδιαφέρει αν η συγκεκριμένη πράξη γίνεται με «σκοπό του δράστη για πορισμό εισοδήματος» (άρθρο 13 εδ. στ' περ. α' ΠΚ)⁵³.

Πρόκληση βαριάς πάθησης σώματος ή διανοίας της εγκύου

Η επόμενη διακεκριμένη μορφή του εγκλήματος τυποποιείται στο άρθρο 304 παρ. 2 εδ. β' περ. α' και αφορά την περίπτωση εκείνη, όπου από τη διακοπή της κύησης ή την χορήγηση μέσων για τη διακοπή της προκαλείται βαριά πάθηση του σώματος ή της διανοίας της εγκύου. Το έγκλημα αυτό είναι ένα εκ του αποτελέσματος διακρινόμενο έγκλημα. Συγκεκριμένα, η πράξη της διακοπής της κύησης ή της χορήγησης μέσων για τη διακοπή συνδέεται με την βαριά πάθηση του σώματος ή της διανοίας της εγκύου με σχέση αιτίου - αποτελέσματος. Μάλιστα το αποτέλεσμα αυτό, όπως σε όλα τα εκ του αποτελέσματος εγκλήματα, πρέπει να οφείλεται σε αμέλεια του δράστη (άρθρο 29 ΠΚ)⁵⁴. Η συγκεκριμένη πράξη τιμωρείται και πάλι με φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών (2-5 έτη).

Πρόκληση θανάτου της εγκύου

Η τρίτη και τελευταία περίπτωση αφορά το δεύτερο εκ του αποτελέσματος διακρινόμενο έγκλημα, όπου από την πράξη της διακοπής της κύησης ή της χορήγησης μέσων για τη διακοπή της επέρχεται ο θάνατος της εγκύου. Σε αυτή την περίπτωση, ο θάνατος αποτελεί το αποτέλεσμα της πράξης της

⁵² Συγκεκριμένα οι απόψεις οι οποίες διατυπώνονται δέχονται την αναλογική εφαρμογή αυτού του λόγου άρσης του αδικού σε εγκλήματα, τα οποία παρουσιάζουν όρους ανάλογους με αυτούς, που έχει αξιολογήσει ο νομοθέτης στα παραπάνω τέσσερα εγκλήματα. Η κρατούσα άποψη υποστηρίζει την αναλογική εφαρμογή στα εγκλήματα της απατηλής επίτευξης συνουσίας (341 ΠΚ), κατάχρησης ανηλίκου σε ασέλγεια (342 ΠΚ) και ασέλγειας με κατάχρηση εξουσίας (343 ΠΚ) (Μπέκας Γ., Η προστασία της ζωής και της υγείας στον ποινικό κώδικα, Π. Ν. Σάκκουλας, 2004, σ. 502 / Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά της ζωής, Σάκκουλα, 2001, σ. 750). Άλλη άποψη δέχεται την εφαρμογή μόνο στα 341 και 342 ΠΚ (Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον (ειδικό μέρος), Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1974, σ. 93).

⁵³ Ανδρουλάκης Ν., Ποινικόν Δίκαιον (ειδικό μέρος), Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1974, σ. 104 / Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 75.

⁵⁴ Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή γενικού μέρους (επιμέλεια: Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε.), Σάκκουλα, 2005, σ. 247-248.

διακοπής της κύησης ή της χορήγησης μέσων για τη διακοπή της, που προέρχεται αιτιακά από αυτήν, και καλύπτεται από αμέλεια του δράστη⁵⁵. Η απειλούμενη ποινή διαμορφώνεται σε κάθειρξη μέχρι δέκα ετών (5-10 έτη).

Απόπειρα

Αρχή εκτέλεσης του εγκλήματος έχουμε από την στιγμή που γίνεται η μυϊκή ενέργεια, που μπορεί να οδηγήσει σε θανάτωση της εγκύου. Η απλή εισαγωγή της εγκύου σε κλινική όπου γίνονται διακοπές κύησης, δεν αρκεί για να στοιχειοθετηθεί απόπειρα του εγκλήματος⁵⁶.

Συμμετοχή

Όταν η πράξη πραγματώνεται με τη συναίνεση της εγκύου, ο δράστης και η έγκυος εμφανίζονται ως συναυτουργοί του εγκλήματος⁵⁷. Ο καθένας πραγματώνει διαφορετικούς τρόπους, οι οποίοι αποτυπώνονται σε δύο περιπτώσεις. Στην πρώτη περίπτωση ο δράστης διακόπτει την κύηση και η έγκυος δίνει τη συναίνεσή της, ενώ στη δεύτερη ο δράστης χορηγεί μέσα στην έγκυο για τη διακοπή της κύησης και η έγκυος διακόπτει την κύηση. Για την τιμωρία τους θα εφαρμοστούν όσα αναφέρθηκαν παραπάνω⁵⁸.

Επίλογος

Κλείνοντας τη διερεύνηση αυτού του σοβαρού ποινικού, αλλά και ευρύτερα κοινωνικού ζητήματος, αξίζει να επισημανθεί η ιδιαιτερότητα αυτού του εγκλήματος. Η άμβλωση αποτελεί ένα έγκλημα, του οποίου οι περιπτώσεις της μη τιμώρησης (των ειδικών δηλαδή λόγων άρσης του αδικού) κατέχουν κεντρικό ρόλο στην όλη προβληματική. Παρατηρείται συνεχώς μία τάση αποποινικοποίησης της άμβλωσης με την αναγνώριση του δικαιώματος της εγκύου σε αυτήν.

Οι επικρίσεις⁵⁹, οι οποίες έλαβαν χώρα παραπά-

νω, αποτελούν ένα ενδεικτικό δείγμα των αλλαγών που πρέπει να υιοθετηθούν από το νομικό καθεστώς των άμβλώσεων⁶⁰. Αρχικά, επιτακτικός είναι, αφενός ο διαχωρισμός του εγκλήματος αυτού από τα υπόλοιπα εγκλήματα, που στρέφονται κατά της ζωής, και αφετέρου η πανηγυρική ανάδειξη του εννόμου αγαθού που θίγεται. Συγχρόνως, αναγκαία είναι η οριοθέτηση και σαφής θέσπιση της διακεκριμένης μορφής της κατ' επάγγελμα τέλεσης, η οποία θα πρέπει να αντικαταστήσει την περίπτωση της κατά συνήθεια τέλεσης της πράξης, που παραπέμπει σε अपαραχαιωμένα πρότυπα συμπεριφοράς. Σημαντική θα ήταν, εξάλλου, και η μείωση της ποινής σε εκείνον, που προμηθεύει στην έγκυο μέσα για τη διακοπή της κύησης, ο οποίος παρότι εμφανίζεται νομικά ως απλός συνεργός, εντούτοις καταλήγει να τιμωρείται με την ποινή του ολοκληρωμένου εγκλήματος. Τέλος, ωφέλιμη θα ήταν η αναπροσαρμογή των χρονικών ορίων των ενδείξεων, που αποτελούν ειδικούς λόγους άρσης αδικού σε σύγχρονα νομικά και κοινωνικά πλαίσια.

⁵⁵ 15/2002, Μικτού Ορκωτού Δικαστηρίου Καβάλας, διαθέσιμη σε Ποινική Δικαιοσύνη 2003, σ. 1298.

⁵⁶ Συμμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 74.

⁵⁷ 1189/1979, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά 1980, σ. 243.

⁵⁸ Βλ. χαρακτηριστική υποσημείωση 37.

⁵⁹ Χαρακτηριστικές είναι εκείνες, που αναφέρ-

θηκαν στο προστατευόμενο έννομο αγαθό, στο ερμηνευτικό ζήτημα της διακεκριμένης μορφής της κατά συνήθεια τέλεσης της πράξης και τέλος στα πλαίσια των ποινών, που κατοχυρώνονται.

⁶⁰ Πρβλ. Το σχέδιο Ποινικού Κώδικα της Επιτροπής Μανωλεδάκη: Διέξοδος (;) στα προβλήματα της ποινικής δικαιοσύνης, Σάκκουλα, 2013, σ. 234-235 (κείμενο νόμου), 366-367 (αιτιολογική έκθεση).



Το νομικό υπόβαθρο της χρήσης πυρηνικών όπλων

Καρακάνας Πέτρος
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Καταληκτικά, οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι το γενικότερο πνεύμα του Διεθνούς Δικαίου είναι μάλλον ασύμβατο με τη φύση των πυρηνικών όπλων, όμως η παραβίαση του από αυτά, δεδομένου του υπάρχοντος ελαστικού νομικού πλαισίου, μπορεί μόνο *ad hoc* (κατά περίπτωση) να κριθεί και πάντα στην βάση γενικότερων αρχών και ρυθμίσεων αφού γενικευμένη παρανομία χρήσης τους δεν τυποποιείται».

Εισαγωγή

Το ζήτημα γύρω από την νομιμότητα ως προς την ύπαρξη και κυρίως ως προς την χρήση των πυρηνικών ή ατομικών όπλων πρωτοεμφανίστηκε και απασχόλησε την ανθρωπότητα και ιδιαίτερα τον νομικό κόσμο, όταν σχετικά οπλικά συστήματα χρησιμοποιήθηκαν προκειμένου να δοθεί οριστική λήξη στον Δεύτερο Παγκόσμιο Πόλεμο. Πιο συγκεκριμένα η ρίψη των δυο ατομικών κεφαλών πάνω από τις Ιαπωνικές πόλεις Χιροσίμα και Ναγκασάκι στις 6 και 9 Αυγούστου του 1945 αντίστοιχα εκ μέρους των Ηνωμένων Πολιτειών Αμερικής προκειμένου να εξαναγκαστεί η Ιαπωνία, τελευταίος σύμμαχος του άξονα, ο οποίος δεν είχε παραδοθεί, σε άνευ όρων παράδοση, αποτέλεσε το αφετηριακό γεγονός μιας μακροχρόνιας προβληματικής γύρω από την νομιμότητα των πυρηνικών όπλων με έντονο νομικό και πολιτικό ενδιαφέρον. Το προαναφερθέν γεγονός νομιμοποιήθηκε, έστω προσωρινά, δεδομένου ότι υπήρξε έντονη αμφισβήτηση ήδη από τα πρώτα μεταπολεμικά χρόνια σχετικά με το νομικό υπόβαθρο αυτής της ενέργειας, στο πλαίσιο της δικαιοσύνης των νικητών (*sieger justiz* ή *victor's justice*). Λόγω της νομικής και συνάμα πολιτικής φύσης του ζητήματος σχετικά με παραδεκτό της χρήσης σχετικών όπλων στις ένοπλες συγκρούσεις εκφράστηκαν αντικρουόμενες απόψεις. Ακραίες απόψεις εκπεφρασμένες από πολιτικούς επιστήμονες και βασισμένες στην αντίληψη για πλήρη ελευθερία κρατικής δράσης και δεδομένης της ανυπαρξίας ρητού κανόνα δικαίου που να απαγορεύει τη χρήση πυρηνικών όπλων, προσδιορίζο-

ντας ταυτόχρονα την φύση αυτών, υποστήριξαν ότι το Διεθνές Δίκαιο την παραμικρή αν όχι μηδενική επίδραση μπορεί να έχει επ' αυτού του ζητήματος. Αντίθετα, μέρος του νομικού κόσμου υπάγοντας τα πυρηνικά όπλα στο ρυθμιστικό πεδίο του διεθνούς δικαίου, τάχθηκε υπέρ της απόλυτης παρανομίας.¹ Στο μέτρο, όμως, που πολιτική και δίκαιο τέμνονται και με την σκέψη ότι η πρώτη δεν μπορεί να δικαιολογήσει νομικά και ηθικά την χρήση τους, το διαμφισβητούμενο νομικό υπόβαθρο των πυρηνικών όπλων χρήζει συζήτησης και εξειδίκευσης, αν αναλογιστούμε πως με την πάροδο του χρόνου αυξάνεται η ποσότητα που παράγεται και υπόκεινται σε βελτίωση, δηλαδή επέκταση της καταστρεπτικής ισχύος τους.

Φύση του πυρηνικού όπλου

Τα πυρηνικά όπλα αποτελούν τα υπέρτατα «Όπλα Μαζικής Καταστροφής». Ο όρος «Όπλα Μαζικής Καταστροφής» κατά την Επιτροπή του ΟΗΕ για τα Συμβατικά Όπλα, η οποία περιέγραψε τα όπλα μαζικής καταστροφής ως «εκρηκτικά ατομικά όπλα, όπλα ραδιενεργού υλικού, θανατηφόρα χημικά και βιολογικά όπλα, καθώς και κάθε είδος όπλου που θα σχεδιαστεί στο μέλλον και θα έχει χαρακτηριστικά συγκρίσιμα με τα καταστρεπτικά αποτελέσματα που προκαλεί η ατομική βόμβα ή τα όπλα που αναφέρθηκαν προηγουμένως»². Τα πυρηνικά όπλα, εντούτοις

¹ Κώστας Χατζηκωνσταντίνου, Το Αμφίβολο Νομικό Καθεστώς των Πυρηνικών Όπλων, Εκδόσεις "Ι. Σιδέρης" 1995, σ. 7-8

² Όπως ακριβώς ο Βαγγέλης Γεώργιος, σε διπλω-

είναι καινοφανούς τύπου όπλα με ολωσδιόλου δι-αφορετικό τρόπο λειτουργίας από τα Συμβατικά Όπλα ή και τα υπόλοιπα Όπλα Μαζικής Καταστροφής. Η λειτουργία του πυρηνικού όπλου στηρίζεται στην τεράστια ποσότητα ενέργειας που εκλύεται σε υπερβολικά μικρό χρονικό διάστημα. Διακρίνουμε μεταξύ κεφαλών σχάσης και σύντηξης. Οι ατομικές κεφαλές είναι βόμβες που λειτουργούν με πυρηνικά υλικά, συνηθέστερα Ουράνιο(U) - 235 ή Πλουτώνιο(Pu) - 239, και ειδικότερα με αλυσιδωτές αντιδράσεις. Πραγματοποιείται μια ανεξέλεγκτη πυρηνική σχάση, κατά την οποία ένας βαρύς ραδιενεργός πυρήνας βομβαρδίζεται με νετρόνια και κατά συνέπεια εκλύεται ενέργεια και άλλοι ελαφρότεροι πυρήνες και νετρόνια. Με τη σειρά τους, τα παραγόμενα νετρόνια βομβαρδίζουν τους νέους πυρήνες και επαναλαμβάνεται η ίδια διαδικασία. Συνεπώς αρχίζει μια αυτοσυντηρούμενη αλυσιδωτή αντίδραση που οδηγεί σε ισχυρότατη έκρηξη. Στις βόμβες πυρηνικής σύντηξης λαμβάνει χώρα η σχάση κάποιου υλικού ώστε να υπερθερμανθούν και να συντήξουν 2 ελαφρότερους πυρήνες (Βαρίου Υδρογόνου ²H) σε έναν βαρύτερο πυρήνα (Ηλίου He).³ Τα επιβλαβή και θανατηφόρα αποτελέσματα της συνίστανται στο Ωστικό ή Κρουστικό κύμα (Shockwave), το Θερμικό κύμα και τα εκτοξευόμενα στην ατμόσφαιρα Ραδιενεργά Κατάλοιπα (Radioactive Fallout ή Leftovers), που ενδέχεται να προξενήσουν καρκίνους, γενετικές ανωμαλίες και οργανικές δυσλειτουργίες, όταν απορροφηθούν.

Η Διακήρυξη της Αγίας Πετρούπολης

Με τη Διακήρυξη της Αγίας Πετρούπολης (1868) έγινε για πρώτη φορά αναφορά στην έννοια της στρατιωτικής αναγκαιότητας, με την οποία επιχειρείται ακόμη και σήμερα να δικαιολογηθεί η χρήση των πυρηνικών όπλων. Κατά το κείμενο της διακήρυξης «οι ανάγκες του πολέμου θα πρέπει να υποχωρούν μπροστά στις απαιτήσεις του ανθρωπισμού». Στο σημείο αυτό πρέπει να υπογραμμιστεί ότι σε περίοδο πολέμου ένα κράτος έχει ως βασικό σκοπό να μειώσει ή να εξασθενήσει τις στρατιωτικές - πολεμικές δυνάμεις του αντιπάλου και όχι να εξοντώσει γενικευμένα τον πληθυσμό του, ο οποίος

ος στην πλειονότητά του είναι άμαχος και συνεπώς προστατεύεται με βάση τις θεμελιώδεις αρχές του ανθρωπισμού, όπως αυτές συμπυκνώνονται και στο κείμενο της Συνθήκης.⁴ Η φύση λοιπόν των πυρηνικών όπλων και η εκτεταμένη καταστρεπτική ισχύς τους δεν συμβιβάζεται με την προστασία ούτε των αμάχων, ούτε των ουδέτερων κρατών.⁵ Από το προοίμιο της οικείας διακήρυξης καθίσταται σαφές ότι επιβάλλεται να χρησιμοποιηθεί ως εναλλακτικό μέσο, όπλο που είναι λιγότερο βίαιο, πάντως λιγότερο καταστρεπτικό, αν μπορεί να εξασφαλίσει στον ίδιο βαθμό την στρατιωτική επιτυχία με άλλο πιο επιβλαβές.⁶

Η Ρήτρα Martens και το κενό δικαίου

Η ρήτρα Martens, όπως συμπεριλήφθηκε στις συνθήκες της Χάγης 1899/1907, αποτελεί θεμέλιο του Διεθνούς Ανθρωπιστικού δικαίου και έρχεται να καλύψει, ως λογικό και αναγκαίο συμπλήρωμα κενά δικαίου που δημιουργούνται όταν δεν υπάρχει ρητή απαγόρευση στα διεθνή νομικά κείμενα για την μεταχείριση πολεμικών πρακτικών και όπλων ασυμβίβαστων με το προαναφερθέν δίκαιο. Διατυπώνεται με την απαραίτητη σαφήνεια στο άρθρο 1 παράγραφος 2 του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου Ι του 1977 ως: "In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience". Ουσιαστικά η θέση υπέρ της παρανομίας χρήσης των πυρηνικών όπλων εδραιώνεται στην στόχευση της ρήτρας να περιορίσει την απόλυτη ελευθερία κρατικής δράσης ελλείψει θετικού δικαίου, μέσω της άντλησης γενικών αρχών. Στο πλαίσιο αυτό, οι δικαστές του Διεθνούς Δι-

⁴ Declaration renouncing the use, in times of war, of the explosive projectiles under 400 grammars, signed at St. Petersburg 29 November / 11 December 1868

⁵ Κώστας Χατζηκωνσταντίνου, Το Αμφίβολο Νομικό Καθεστώς των Πυρηνικών Όπλων, Εκδόσεις "Ι. Σιδέρης" 1995, σ. 14

⁶ P.N. Bhagwati: The status of nuclear warfare under International Law, The argument in humanitarian, environmental and human rights Law, The World court project, International Launch, Geneva 14-15 Μαΐου 1922, σ. 21

ματική εργασία «Τρομοκρατία και Όπλα Μαζικής Καταστροφής», 2015, σ. 45

³ Βαγγέλης Γεώργιος, σε διπλωματική εργασία «Τρομοκρατία και Όπλα Μαζικής Καταστροφής», 2015, σ. 51-52

καστηρίου Δικαιοσύνης επιχείρησαν μια ερμηνεία του περιεχομένου της. Κατά μία άποψη, η εν λόγω ρήτρα διαθέτει αυτόνομο κανονιστικό περιεχόμενο και σε ακραίες περιπτώσεις μπορεί να οδηγήσει μέχρι και στην κατάργηση ρητών κανόνων, εφόσον δεν περιστέλλουν περισσότερο την αυτονομία της δράσης του κράτους, ενώ κατ' άλλους αυτό ίσως οδηγούσε σε υπέρβαση των αρμοδιοτήτων του δικαστηρίου μετατρέποντας το σε νομοθετικό όργανο που θα παρήγαγε δίκαιο με αφετηρία την κοινή γνώμη.⁷

Σε κάθε περίπτωση, η ρήτρα Martens επιβάλλει την ισχύ των κανόνων του ανθρωπισμού και της επιταγής αυτού για την διεξαγωγή πολέμου με γνώμονα τις ελάχιστες δυνατές απώλειες σε ανθρώπινες ζωές και αξίες. Το γεγονός ότι η ρήτρα αυτή έχει ληφθεί υπόψη σε δικαστικές αποφάσεις του Διεθνούς Δικαστηρίου (χαρακτηριστική η υπόθεση της Νικαράγουα) και ενσωματώνεται σε πλήθος κειμένων του Διεθνούς Ανθρωπιστικού Δικαίου είναι ενδεικτική της χρήσης της για την κάλυψη κενών δικαίου.⁸ Στην περίπτωση της νομιμότητας χρήσης πυρηνικών όπλων, ορισμένοι συγγραφείς πιστεύουν ότι αυτή δεν μπορεί να κριθεί στην βάση της εν λόγω ρήτρας.⁹ Στο μέτρο όμως που ο πόλεμος δεν συνεπάγεται κενό δικαίου (legal vacuum), αλλά υφίσταται το δίκαιο του πολέμου (ius in bello) και το Διεθνές Ανθρωπιστικό Δίκαιο, η ρήτρα μπορεί να εξειδικευθεί στην βάση ρητών και εθιμικών κανόνων τους με αποτέλεσμα να οδηγηθούμε σε παρανομία χρήσης ατομικών όπλων εφόσον προσβάλλονται αυτοί οι κανόνες.

Η απαγορευμένη χρήση όπλων προξενούν μη απαραίτητο πόνο

Το άρθρο 23^ε των κανονισμών της Χάγης 1907

⁷ ΑΧ. ΣΚΟΡΔΑΣ, Η ΚΑΘΟΔΗΓΗΤΙΚΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ ΚΑΙ Η ΜΕΤΕΩΡΗ ΚΑΝΟΝΙΣΤΙΚΟΤΗΤΑ ΤΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ - ΟΙ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ ΤΗΣ 8.7.1996 ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗ ΝΟΜΙΜΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΑΠΕΙΛΗΣ Ή ΧΡΗΣΗ ΠΥΡΗΝΙΚΩΝ ΟΠΛΩΝ, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑ 2000, σ.56-57

⁸ The World Court Project on Nuclear Weapons and International Law, Aletheia press, 1992, Northampton, σ. 5

⁹ Κώστας Χατζηκωνσταντίνου, Το Αμφίβολο Νομικό Καθεστώς των Πυρηνικών Όπλων, Εκδόσεις "Ι. Σιδέρης" 1995, σ.16

απαγορεύει ρητά την χρήση όπλων, βλημάτων ή υλικών δυνάμεων που προκαλούν περιττές πληγές και πόνο (unnecessary suffering). Τα πυρηνικά όπλα, αν και μη συμβατικά όπλα, παραμένουν όπλα και συνεπώς υπόκεινται σε κάθε περιορισμό όσον αφορά στην επιλογή τους με βάση το δίκαιο του πολέμου. Η έννοια του πόνου, όπως εννοείται στην συγκεκριμένη περίπτωση, προκύπτει από την επιμέτρηση ενός συνδυασμού ζημιογόνων αποτελεσμάτων, όπως το κόστος σε ανθρώπινες ζωές, το είδος (δηλαδή η έκταση και φύση) των τραυμάτων μαζί με τον αριθμό των ανθρώπων που τα υφίστανται και τέλος οι υλικές καταστροφές που επιδρούν δραστικά στην ζωή των ανθρώπων. Αναμφισβήτητο το μέγεθος του πόνου είναι πολύ σημαντικό καθ' αυτό, αποκτά όμως περισσότερο βάρος απέναντι στην στρατιωτική αναγκαιότητα η οποία φαίνεται σωστό να νοείται ως εξασθένιση των στρατιωτικών δυνάμεων του αντιπάλου με σκοπό να τον θέσει εκτός μάχης. Συνεπώς η πρόκληση υπέρμετρου πόνου για την επίτευξη ανάξιου λόγου αποτελέσματος, στρατιωτικού και πολεμικού συμφέροντος παραβαίνει τους κανονισμούς της Χάγης. Οι αρχές αυτές προϋπήρχαν των πυρηνικών όπλων και το ρυθμιστικό τους πεδίο είναι σωστό να καταλαμβάνει και αυτά, καθώς χωρίς αμφισβήτηση υπάγονται στην έννοια του όπλου.

Η απαγορευμένη χρήση όπλων με αποτελέσματα άνευ διακρίσεως

Η αρχή αυτή αποτελεί κατά λογική αναγκαιότητα συνέπεια της αρχής για απαγόρευση χρήσης όπλων που προξενούν μη απαραίτητο πόνο. Το άνευ διάκρισης αποτέλεσμα συνίσταται στις ομάδες προσώπων που πλήττονται από την χρήση των πυρηνικών όπλων. Όπως και στην περίπτωση κάθε άλλου όπλου, αποβλέπει στην προστασία των αμάχων και την αποφυγή πολεμικού πλήγματος με αστικές απώλειες. Τα πυρηνικά όπλα υπάγονται από το Διεθνές Ανθρωπιστικό δίκαιο σε μια κατηγορία όπλων τα οποία δεν έχουν απόλυτα εντετοπισμένη εμβέλεια, ο στόχος τους δεν είναι απόλυτα ακριβής και περιορισμός με αποτέλεσμα να προξενούν ζημίες χωρίς διάκριση, όπως έγινε αντιληπτό στο παρελθόν.¹⁰ Είναι λογικό, ελλείπουσας ρητής διάταξης που να απαγορεύει την χρήση πυρηνικών

¹⁰ Κώστας Χατζηκωνσταντίνου, Το Αμφίβολο Νομικό Καθεστώς των Πυρηνικών Όπλων, Εκδόσεις "Ι. Σιδέρης" 1995, σ. 27-28

όπλων να γίνεται προσπάθεια περιορισμού των απάνθρωπων αποτελεσμάτων τους στην βάση των δυο αυτών αρχών. Κατά τον Singh «στη φύση της καταστροφής αναμειγνύονται αθώοι, ουδέτεροι και άμαχοι των δυο εμπολέμων και ο ανεξέλεγκτος χαρακτήρας των καταστροφικών τους αποτελεσμάτων συγκρούεται με τους νόμους του ανθρωπισμού, ενώ η απάνθρωπη καταστροφή που προξενούν τα τοποθετεί εκτός των απαιτήσεων της δημόσιας συνειδήσεως.»¹¹ Εξάλλου οι άμαχοι προστατεύονται από τις συνέπειες του πολέμου με βάση το εθιμικό Διεθνές Δίκαιο, το δίκαιο της Γενεύης και το άρθρο 25 των κανονισμών της Χάγης. Αναλογιζόμενοι την διασπορά των ραδιενεργών καταλοίπων στην ατμόσφαιρα και την μεταφορά τους σε μεγάλη επιφάνεια της γης, πολύ σωστά ο Sydney Bailly επεκτείνει ότι « η χρήση πυρηνικών όπλων απελευθερώνει ακτινοβολίες βλαπτικές για αθώους, όχι μόνο εχθρούς αστούς, αλλά και συμμάχους και ουδέτερους και ημέτερους»¹².

Αναλογική απαγόρευση στη βάση σύγκρισης με τα Χημικά και Βιολογικά όπλα

Το πρωτόκολλο της Γενεύης του 1925 απαγόρευσε την χρήση Χημικών και Βιολογικών όπλων μετά την καινοφανή χρήση τους κατά τον Α Παγκόσμιο Πόλεμο και τον απάνθρωπο τρόπο λειτουργίας τους¹³. Με δεδομένο λοιπόν το γεγονός ότι το πυρηνικό όπλο λειτουργεί με βάση την (χημική και φυσική) συμπεριφορά βαρέων χημικών στοιχείων (Ουράνιο, Πλουτώνιο, Αμερίκιο κ.α.) τέθηκε το ζήτημα αν η επιβολή της απαγόρευσης για χρήση Χημικών όπλων επεκτείνεται αναλογικά και στα πυρηνικά όπλα.¹⁴ Αυτή η θεωρία στηρίζεται στο γεγονός ότι πέραν της έκρηξης, που συνιστά στιγμιαίο

γεγονός, το πυρηνικό όπλο επιδρά αρνητικά στον ανθρώπινο οργανισμό και μακροπρόθεσμα καθώς η πυρηνική ακτινοβολία προκαλεί οργανικές δυσλειτουργίες, μορφικές δυσπλασίες, ασθένειες και καρκίνους. Η άποψη αυτή βρίσκει τροχοπέδη στο γεγονός ότι η πυρηνική ακτινοβολία δεν είναι καθ' εαυτή δηλητηριώδης χημική ουσία ή ασφυξιογόνο αέριο. Το επιχείρημα δε για την τοξικότητα των ραδιενεργών ισοτόπων που ως κατάλοιπα εκτοξεύονται στην ατμόσφαιρα ή απορροφούνται από το έδαφος και ευθύνονται για δηλητηριάσεις δεκαετίες αργότερα, παραγκωνίζεται με την ιδέα ότι αφορά στο τελευταίο και λιγότερο σημαντικό απότοκο της πυρηνικής έκρηξης. Στον αντίποδα, το κυριότερο επιχείρημα των πολέμιων αυτής της αναλογικότητας είναι ότι τα πρωταρχικά αποτελέσματα της χρήσης της ατομικής βόμβας δεν είναι χημικής φύσης και δεν αποσκοπούν κυρίως σε δηλητηρίαση (Primary effect is not poisonous). Η αντικείμενη θέση διαρκώς προβάλλει το ζήτημα ότι τα ραδιενεργά ισότοπα - κατάλοιπα είναι ικανά να προκαλέσουν εκτεταμένες σε αριθμό δηλητηριάσεις αφού μολύνουν το περιβάλλον και άρα αντικεινται στην γενικευμένη απαγόρευση όπλων με χημική λειτουργία.¹⁵

Οργανισμός Ηνωμένων Εθνών (Ο.Η.Ε.) και πυρηνικά όπλα

Μετά την ρίψη των δύο ατομικών βομβών στην Χιροσίμα και το Ναγκασάκι, που σηματοδοτεί το τέλος του Β Παγκοσμίου πολέμου, και των συνακόλουθων καταστρεπτικών αποτελεσμάτων τους, ο Ο.Η.Ε. αποτέλεσε τον σημαντικότερο δίαυλο για την δράση των κρατών σε μια προσπάθεια αναχαίτησης του κινδύνου που συνεπάγεται η ύπαρξη και πολύ περισσότερο η χρήση πυρηνικών όπλων. Μία καθολική απαγόρευσή τους μέσω συμβατικών δεσμεύσεων φαινόταν ελκυστική ήδη από τότε για πολλές κυβερνήσεις, όμως μια τέτοια φιλοδοξία, όπως αποδεικνύει και η ενεστώσα πραγματικότητα, ήταν μάλλον ουτοπική.

Το 1947 η τότε Ένωση Σοσιαλιστικών Σοβιετικών Δημοκρατιών (Ε.Σ.Σ.Δ.) πρότεινε σχέδιο συνθήκης με αντικείμενο την καταστροφή (destruction) των

¹¹ Όπως ακριβώς *P.N. Bhagwati: The status of nuclear warfare under International Law, The argument in humanitarian, environmental and human rights Law, The World court project, International Launch, Geneva 14-15 Μαΐου 1922, σ. 20*

¹² Όπως ακριβώς ο ίδιος, *Prohibitions and restraints in war, Oxford, London 1972, σ.148.*

¹³ Protocol on the prohibition of use in war asphyxiating, poisonous or other gases and bacteriological methods of warfare, Γενεύη 19 Ιουλίου 1925, σ 115 επόμενες

¹⁴ *Ingrid Detter de Lupis, The law of war, Cambridge Univ. Press, σ. 203*

¹⁵ *P.N. Bhagwati: The status of nuclear warfare under International Law, The argument in humanitarian, environmental and human rights Law, The World court project, International Launch, Geneva 14-15 Μαΐου 1922, σ. 23*

ήδη υπαρχόντων πυρηνικών κεφαλών και φυσικά την απαγόρευση παραγωγής (production) και αποθήκευσης (stockpiling) νέων. Δεδομένου όμως ότι η πρώτη σοβιετική πυρηνική δοκιμή έγινε το 1949 και άρα οι Η.Π.Α. αποτελούσαν τον μοναδικό κάτοχο και δυνάμενο χρήστη τέτοιων όπλων η πρόταση αυτή ναυάγησε στην σύνοδο του 1948. Για περίπου 30 χρόνια και στο πλαίσιο της ψυχροπολεμικής περιόδου δεν έγινε ορατή κάποια αξιόλογη προοπτική νομικής απαγόρευσης. Ωστόσο στα τέλη τις δεκαετίας του 70' οι πρόεδροι των δύο υπερδυνάμεων τάχθηκαν κατά της χρήσης των πυρηνικών όπλων εκτός των περιπτώσεων της νόμιμης άμυνας για τις Η.Π.Α.¹⁶ και της αμέσου επίθεσης κατά του κράτους της ίδιας της Σοβιετικής Ένωσης ή κάποιου άλλου σοσιαλιστικού κράτους υπό Σοβιετική επιρροή.¹⁷ Σημείο αναφοράς για το νομικό καθεστώς των πυρηνικών όπλων αποτέλεσε η Συνθήκη περιορισμού των στρατηγικών όπλων. Κατά την Γενική Συνέλευση ελήφθησαν σπουδαίες αποφάσεις για τον πυρηνικό αφοπλισμό, την πρόληψη πυρηνικού πολέμου και την απαγόρευση παραγωγή σχάσιμων πυρηνικών υλικών για πολεμική χρήση. Σύμφωνα με άρθρο 1 του κειμένου: «Τα κράτη αναλαμβάνουν να μην χρησιμοποιούν ή απειλήσουν με τη χρήση πυρηνικών όπλων κάτω από οποιασδήποτε συνθήκες». Το κείμενο αντιμετωπίζει τα όπλα αυτά ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας, παραβίαση του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών και ως γενικευμένη απειλή αφανισμού του ανθρώπου.¹⁸

Υπήρξαν στην διάρκεια των ετών αποφάσεις της Γενικής Συνέλευσης γύρω από το καθεστώς πυρηνικών όπλων από τις οποίες δεν μπορεί να συναχθεί κάποια γενικευμένη απαγόρευση χρήσης τους ή υπαγωγής της κατοχής και χρησιμοποίησής τους σε καθεστώς απόλυτης παρανομίας. Πάντως έγινε αντιληπτή μια εκτεταμένη φιλοδοξία για εξειδικευμένη ρύθμιση του ζητήματος των ατομικών όπλων προς την κατεύθυνση της αυστηρής απαγόρευσής τους. Νομική θεμελίωση της τελευταίας επιδιώχθηκε στη βάση των γενικών αρχών του Διε-

θνούς Δικαίου και του εθίμου ως πηγή του Δικαίου της Διεθνούς Κοινότητας.

Επίλογος

Η πρόοδος της επιστήμης και συγκεκριμένα της Φυσικής και της Χημείας οδήγησαν στην ανακάλυψη της σχάσης του ατόμου εξασφαλίζοντας στον άνθρωπο ένα ιδιαίτερα αποδοτικό τρόπο παραγωγής ενέργειας προς κάλυψη των εκτεταμένων αναγκών σχετικά με αυτή. Η πυρηνική όμως ενέργεια χρησιμοποιήθηκε στο παρελθόν ως όπλο προξενώντας ανυπολόγιστες πληγές στο ανθρωπινό γένος. Αν και σήμερα μέρος των Θεωρητικών του Διεθνούς Ανθρωπιστικού και Διεθνούς Ποινικού Δικαίου καταδικάζουν την χρήση πυρηνικών όπλων, προσπαθώντας να την εντάξουν, υπό προϋποθέσεις στα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, μια ρητή απαγόρευση και ένας γραπτός χαρακτηρισμός της χρήσης τους ως παρανόμου δεν υφίσταται. Οπότε πρέπει να αντιμετωπίζεται με πολύ μεγάλη προσοχή το ζήτημα του τι επιτρέπεται και τι απαγορεύεται στην νομική πραγματικότητα (de lege lata) και τι ενδεχομένως θα ήταν δικαιοπολιτικά ορθό να προέβλεπε ο νόμος (de lege ferenda). Καταληκτικά, οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι το γενικότερο πνεύμα του Διεθνούς Δικαίου είναι μάλλον ασύμβατο με τη φύση των πυρηνικών όπλων, όμως η παραβίαση του από αυτά, δεδομένου του υπάρχοντος ελαστικού νομικού πλαισίου, μπορεί μόνο ad hoc (κατά περίπτωση) να κριθεί και πάντα στην βάση γενικότερων αρχών και ρυθμίσεων αφού γενικευμένη παρανομία χρήσης τους δεν τυποποιείται.¹⁹

¹⁶ The UN Disarmament Yearbook, τόμος 2, 1977, UN, NY 1978, σ 25 επόμενες

¹⁷ William Epstein, The prevention of nuclear war: A United Nations perspective, publisher: Oelgeschlager, Gunn & Hein 1984, σ. 19-21

¹⁸ Κώστας Χατζηκωνσταντίνου, Το Αμφίβολο Νομικό Καθεστώς των Πυρηνικών Όπλων, Εκδόσεις "Ι. Σιδέρης" 1995, σ. 54-55

¹⁹ Κώστας Χατζηκωνσταντίνου, Το Αμφίβολο Νομικό Καθεστώς των Πυρηνικών Όπλων, Εκδόσεις "Ι. Σιδέρης" 1995, σ 99



“BACK TO SQUARE ONE”; The phenomenon of human trafficking in the 21st century

Ιωαννίδου Αργυρώ & Μαυρομάτη Νικολέτα
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«It is self-evident that human trafficking, besides from consisting an ethically reprehensible behavior and one of the cruelest criminal activities, highlights and indicates the absence of genuine protection of human rights in our era, a protection that regrettably remains a theoretical proclamation in many cases».

Case study: Libya

Libya, August 2017

A blurry cell phone video, later obtained by CNN, clearly indicates the magnitude of human rights violations in North Africa. In an open slave auction, two young men, whose identity remains unknown, are being sold for 1.200 Libyan dinars, thus 400 dollars each. After a thorough investigation in Libya, a shocking report of CNN thereafter confirmed the existence of equivalent slave markets in nearly ten locations, most of them around the capital city of Tripoli. According to Mohammed Abdiker, the director of operation and emergencies for the International Organization for Migration (IOM), the latest evidence «are to be added to a long list of outrages against migrants in Libya», a statement which overtly affirms that such practices are neither current nor exceptional. Equally revealing is the testimony of a 21 years old Nigerian migrant, named Victory, who was held in the Treeq Alsika Migrant Detention Center in Tripoli, waiting for his imminent repatriation. Victory claims that he was repeatedly sold at slave auctions as a day laborer by smugglers, who further demanded ransom payments from his family so as to finally get him released. After having spent all of his savings in a vain attempt to leave Nigerian Edo State in search of a safe haven in Europe, Victory, among many others, will have to be repatriated. As he says, «I go back and start back from square one. It is very painful. Very painful».¹

Reactions:

The disclosure of the brute reality of human trafficking in African shores rapidly sparked a huge outrage, as well as urgent calls for further investigation. United Nations Secretary-General Antonio Guterres expressed his unfeigned repulsion for the current state of affairs in Libya, condemning slavery as «one of the most egregious abuses of human rights, which may amount to crimes against humanity». Furthermore, he called on «all competent authorities», including United Nations actors, the International Criminal Court (ICC) and the Libyan authorities, to promptly and actively conduct research on the matter.² Following this statement, the UN Security Council reiterated its condemnation of trafficking in persons, unanimously adopting Resolution 2388(2017)³, while Tripoli authori-

ties are auctioned for \$400. [online] CNN. Available at: <http://edition.cnn.com/2017/11/14/africa/libya-migrant-auctions/index.html>

² *The M&G Online*. (2018). UN: Libya slave auctions may be crime against humanity. [online] Available at: <https://mg.co.za/article/2017-11-22-un-libya-slave-auctions-may-be-crime-against-humanity>

³ *Un.org*. (2018). Security Council Reiterates its Condemnation of Trafficking in Persons, Unanimously Adopting Resolution 2388 (2017) | Meetings Coverage and Press Releases. [online] Available at: <https://www.un.org/press/en/2017/sc13081.doc.htm>

¹ Nima Elbagir, C. (2018). People for sale: Where

ties committed themselves to investigate all the allegations of human trafficking in the region. Noteworthy efforts have also been made by human rights lawyers, who have provided evidence to the ICC prosecutors of alleged war crimes committed by forces loyal to the Libyan National Army Field Marshal Khalifa Haftar.⁴

The current situation in Libya:

Human trafficking in Libya is closely interrelated with the escalation of migration crisis in North Africa, a crisis mainly caused by the extensive threat of political and economic instability that followed the overthrow and killing of the dictator Muammar Gaddafi in 2011. Since then, Libya has been suffering from years of ineffective and dysfunctional rule, resulting in the division of the country in 2014. Despite the installation of a new UN-backed “unity” government in Tripoli in 2016, rival factions across the country still continue to fight one another.⁵ Unsurprisingly, the Islamic State (ISIS) and other resurgent jihadist groups have taken advantage of the country’s political instability, effectively turning Libya into a safe hideaway and breeding ground for extremists.⁶

Nevertheless, and despite the highly hazardous political circumstances, Libya continues to remain a key destination and transit country for a vast majority of African migrants who seek job op-

portunities in Africa, or a better future in Europe. According to IOM, 416.556 migrants were found in Libya by the end of September 2017, most of them coming from sub-Saharan and other North African countries, mainly Somalia, Nigeria, Eritrea and South Sudan, where sustained violence of human rights is equally ominous. Meanwhile, more than 180.937 Libyans are currently internally displaced (IDPs), as the number of registered refugees and asylum seekers inside the state has risen to 46.730, with the actual number being undoubtedly much higher.⁷ In certain instances, these thousands of suffering people remain stranded in Libyan shores, exposed to any kind of harassment and general exploitation by non-State actors and thriving smuggling networks. Undoubtedly, this situation has exacerbated due to the lack of rule of law in Libya, together with the enduring EU migration policy.⁸ Verily, in the years following the end of al-Gaddafi’s regime in 2011, factors such as the criminalization of irregular entry, stay and exit by Libyan law, coupled with a poor legislative background for migrants’ protection, the lack of a functional judicial system and the withdrawal of many international humanitarian agencies from Libya, have paved the way for horrendous human rights violations. Inevitably, migrants and asylum seekers are extremely vulnerable to mass, arbitrary and indefinite detention, forced labor, abductions, sex trafficking, torture and other degrading or inhuman treatment. Based on Amnesty’s International estimations, up

⁴ *Sputniknews.com*. (2018). Rights Lawyers Submit Report on Alleged War Crimes by Libya’s Haftar to ICC. [online] Available at: <https://sputniknews.com/world/201711151059101245-haftar-war-crimes-rights-lawyers-report/>

⁵ *BBC News*. (2018). Libya country profile. [online] Available at: <http://www.bbc.com/news/world-africa-13754897>

Anon, (2018). [online] Available at: <http://www.msnbc.com/specials/migrant-crisis/libya>

Henneberg, S. and Boduszynski, M. (2018). Europe’s Libya Problem. [online] Foreign Affairs. Available at: <https://www.foreignaffairs.com/articles/libya/2017-07-20/europes-libya-problem>

Odi.org. (2018). [online] Available at: <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/resource-documents/10527.pdf>

⁶ *Publications.atlanticcouncil.org*. (2018). The Origins and Evolution of ISIS in Libya. [online] Available at: <http://www.publications.atlanticcouncil.org/the-origins-and-evolution-of-isis-in-libya/>

⁷ *Anon*, (2018). [online] Available at: <https://www.iom.int/countries/libya>, <https://data2.unhcr.org/en/country/lby>

⁸ *Amnesty.org*. (2018). Libya: European governments complicit in horrific abuse of refugees and migrants. [online] Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/12/libya-european-governments-complicit-in-horrific-abuse-of-refugees-and-migrants/>

Amnesty.org. (2018). EU Africa Summit: Footage of slave auction shows human cost of inexcusable migration deals. [online] Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/11/eu-africa-summit-footage-of-slave-auction-shows-human-cost-of-inexcusable-migration-deals/>

Amnesty.org. (2018). The human cost of European hypocrisy on Libya. [online] Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/03/the-human-cost-of-european-hypocrisy-on-libya/>

to 20.000 refugees and migrants are currently being detained in centers run by the DCIM- a division under the Ministry of Interior established in 2012 to tackle the migration flows in Libya- while thousands more are being held in places of captivity run by militias and criminal gangs. The expression «Libya is hell» has often recurred in the testimonies of detainees interviewed by Amnesty International, as detention conditions in themselves may amount to torture or slavery. In particular, one of the most common practices adopted by both DCIM officials and members of militias is the captivity of migrants in a horrific environment of abuse until they agree either to pay a ransom to secure their release or to compulsorily work for “fixers” until they pay off their debt. In both cases, release is not guaranteed and detainees are eventually sold to smugglers, mainly for the purposes of forced labor, but also for domestic servitude or sexual exploitation. Last but not least, EU migration-control policies, aimed to stem migration flows to Europe, have directly contributed in worsening the situation, as they lead to the containment of refugees and migrants in a country where they are systematically exposed to abuse, with little chances to seek and obtain protection.⁹

The phenomenon of human trafficking;

Definition:

However, the commonly held assumption that trafficking in persons is a localized or a time-bound incident is at least imprecise. In reality, human trafficking safely represents an intertemporal and pluralistic phenomenon, occurred in a multitude of different regions around the globe. From the legal perspective, it consists a serious crime, which includes “the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the

exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.”¹⁰ Based on latest recordings, forced labor and sex trafficking remain the most common forms of exploitation among detected trafficking victims (almost 60%), while other exploitative purposes include domestic servitude, unlawful recruitment and use of child soldiers, forced marriage or begging, as well as the removal and selling of organs. In many of the cases above, traffickers use as a mean of coercion the imposition of a bond or debt, the repayment of which will hopefully terminate the captivity.¹¹

Statistical Data:

Alarming global figures indicate that an estimate 40.8 million of people were victims of modern slavery solely in 2016, thus 5.4 victims for every thousand people in the world. Of the total number of the victims, 24.9 million were being forced to work under threat or coercion in several sectors including the sex industry, 10 million were children and up to 70% accounts for girls and women, who represent 99% of the victims of forced sexual exploitation and 84% of the victims of forced marriages. Time duration of the abuse widely varies, although for victims registered by IOM after 2012, the average duration in forced labor and sex exploitation is 20-23 months. Concerning the regional distribution of modern slavery, the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) indicates that affluent areas of Western, Southern Europe and North America detect victims from almost 137 different origin countries. Namely, the prevalence of the phenomenon is higher in Africa, (7.6 victims for every thousand people), followed by the Asia and the Pacific region (6.1 per 1,000), Europe and Central Asia (3.9 per 1,000), the Arab States (3.3

⁹ *Amnesty.org*. (2018). Libya's wretched web of collusion. [online] Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/12/libyas-wretched-web-of-collusion/>

¹⁰ *Osce.org*. (2018). U.N. Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime | OSCE. [online] Available at: <https://www.osce.org/odihr/19223?download=true,http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html>

¹¹ *State.gov*. (2018). [online] Available at: <https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf>

per 1,000) and finally America (1.9 per 1,000).¹² Of course, given the lack of conducted research in regions such as Asia and the Arab States, the figures above should be interpreted cautiously, as it is estimated that the current numbers are much higher. Last but not least, latest evidence provided by U.S State Department in 2017, clearly classifies Russia, China, Iran, Belarus and Venezuela among the worst human trafficking offenders, while Libya, Somalia and Yemen are being profiled as “special cases”.¹³

Human trafficking and Migration problems;¹⁴

Differences between human trafficking and smuggling;

Both human trafficking and smuggling are up-rising criminal activities that include the recruitment and movement of victims from one region to a specific destination. The main difference is that human smuggling requires a relationship between the smuggled migrants and their smugglers, since once they reach their destination, they are set free. Smuggled “victims” often pay for their transportation, since they silently accede for this “trade”. This is the reason why smuggled people may derive from the more economically privileged set of society, while on the other hand, trafficking victims usually belong to weakest social and economic groups. Human traffickers enslave and exploit their victims, in order to achieve their own personal inter-

est. Both criminal activities have been enhanced, a fact which clearly facilitates, at the same time, the rise of illegal immigration, especially within the European “territory”. The United Nations (UN) with the Convention against Transnational Organized Crime, has tried to create a specialized legal framework, in order to easily confront and track any upcoming similar criminal acts. The Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air defines the problem in the following way; “Smuggling of Migrants” shall mean the procurement, in order to obtain directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident”.

Despite their different definitions, the practical consequences of both criminal acts do not present major differences in real life. Since human smuggling is responsible for a large scale of migration, numerous cases of abuse have been recorded. To be more precise, the majority of these human trafficking cases have been mostly detected in five European countries; Belgium, the Netherlands, Germany, Greece and Italy. The victims who entry the European states arrive from different origin countries from all around the world. This is also the reason why Europe could regrettably be characterized as the continent with the greatest variety of human trafficking victims. ¹⁵

Profile of facilitators;

“Traffickers are logistics specialists who can move individuals across vast distances”.¹⁶ During their journey to their final destination, they often require safe houses, in which they lodge their human cargo, until it is secure to continue their voyage and move them further. Traffickers and smugglers carefully try to successfully avoid any police roaders or border checkpoints. The final destina-

¹² Anon, (2018). [online] Available at: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf

¹³ State.gov. (2018). [online] Available at: <https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf>, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

¹⁴ Κυριαζή Τ., Εμπορία ανθρώπων, Διεθνές και Ευρωπαϊκό Δίκαιο Προστασίας των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2010, σελ. 13-24

Rankin, J. (2018). Human traffickers ‘using migration crisis’ to force more people into slavery. [online] the Guardian. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2016/may/19/human-traffickers-using-migration-crisis-to-force-more-people-into-slavery>

¹⁵ Globalpolicyjournal.com. (2018). [online] Available at: <http://www.globalpolicyjournal.com/sites/default/files/pdf/Chibba%20-%20Human%20Trafficking%20and%20Migration%2C%20Concepts%2C%20Linkages%20and%20New%20Frontiers.pdf>

¹⁶ migrationpolicy.org. (2018). Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective. [online] Available at: <https://www.migrationpolicy.org/research/human-smuggling-and-trafficking-europe-comparative-perspective>

tions are usually communities which can absorb efficiently trafficked people or urban/rural areas in which crime groups can distribute the victims.¹⁷

The main question is; how and in which way can traffickers cross the borders of the European Union and enter EU countries, while the existent strict legal framework is being enforced? The answer shall refer to an enormous variety of facilitators, who perpetually assist human traffickers and smugglers. These facilitators are either organized in small groups or they sometimes consist of international organizations. Therefore, they are not always part of criminal networks. For example, apartment owners may sometimes knowingly or unknowingly rent rooms to traffickers or smugglers, assisting their criminal activities. Nightclub or hotel owners may also employ unauthorized female workers, who have been trafficked and smuggled into Europe.¹⁸ "The smugglers were very careful about their business, trying to cover up their tracks by all means, i.e., to stay below the radar. The groups from Croatia were connected with smugglers from other countries. The persons transported across the border with regular transport lines, in personal vehicles, taxis or vans. The persons were accommodated at secret locations before the transport and payments were conducted via messengers—drivers of regular bus routes or Western Union... The arrested criminals often used illegal border crossings and a guide."- Croatian newspaper Dalje reports. At this point, it is crucial to underline the fact that these criminal activities can easily provoke as an evident consequence of the phenomenon of corruption, which is deeply connected with human trafficking, both in and outside the European Union.¹⁹

¹⁷ *migrationpolicy.org*. (2018). Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective. [online] Available at: <https://www.migrationpolicy.org/research/human-smuggling-and-trafficking-europe-comparative-perspective>

¹⁸ *migrationpolicy.org*. (2018). Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective. [online] Available at: <https://www.migrationpolicy.org/research/human-smuggling-and-trafficking-europe-comparative-perspective>

¹⁹ *migrationpolicy.org*. (2018). Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective. [online] Available at: <https://www.migrationpolicy.org/research/human-smuggling-and-trafficking-europe-comparative-perspective>

Profile of Trafficked and Smuggled People:

Smuggled and trafficked people consist mostly of women and children. Women still comprise the vast majority of detected victims. However, during the last years, there has been an evident increase in men population, as male trafficked victims represent, in some regions, the majority. On the other hand, children unfortunately remain the second most commonly detected group of victims, when it comes to these criminal acts. Moreover, "Smuggled and Trafficked individuals usually work in many different sectors of the economy". A variety of anti-trafficking mechanisms, actively present in the European Union, have detected a lot of young children working at the streets, or women exploited and exposed to sexual activities.²⁰ The reason of this "composition" of trafficked and smuggled people is that children and women undoubtedly represent the most vulnerable social groups, which could be easily trafficked and manipulated, rather than male kind. For instance, recent research and statistics have indicated that victims of sexual exploitation are mostly women (95%), while only 5% of the male population has been trafficked for sexual abuse.

The International legal framework of human trafficking;²¹

As previously mentioned, human trafficking (a modern form of slavery) undoubtedly consists one of the major crimes in human history, which dates back to the 1400s with the beginning of the European slave trading in Africa, and reaches until today. It is estimated that about 21 million people worldwide (women, children and men) are annually victims of forced labor. The United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) has globally established the 30th of July as the World Day Against Trafficking in Persons, in order to specify the prob-

and-trafficking-europe-comparative-perspective

²⁰ *migrationpolicy.org*. (2018). Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective. [online] Available at: <https://www.migrationpolicy.org/research/human-smuggling-and-trafficking-europe-comparative-perspective>

²¹ Κυριαζή Τ., Εμπορία ανθρώπων, Διεθνές και Ευρωπαϊκό Δίκαιο Προστασίας των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2010, σελ. 27-45

lem and put the spotlight on the multiple risks of human trafficking that people face.

In the 21st century, technology advances, together with the progress in the protection of human rights, claim the existence of a modern, civilized society, bereft of many of the errors of the past. However, the presence of human trafficking in varying forms (sex trafficking, forced labor ext.) constitutes an evident cross section that brutality, violence and primitiveness still exist. Human trafficking is a matter which concerns humanity both at a national and supranational level. The international legal framework, which has been developed so as to combat this phenomenon is quite impressive, with principal initiators and “instruments”, such as the United Nations (UN), the European Union (EU) and the Council of Europe (CoE). More specifically, one should take into consideration the UN protocols (and primarily the Palermo Protocol against Human Trafficking), as well as the initiatives of the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), which effectively launches actions in collaboration with many non-governmental organizations (NGOs), so as to combat human trafficking and assist the victims, by offering health care and protection or by focusing on criminal justice.

²² On the other hand, the European Commission, condemning this practice, welcomes the Directive proposal 2011/36/ EU on “preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims”, in replace of the Council’s Framework Decision 2002/629/JHA, which also orientates and aims to an anti-trafficking direction. ²³ To continue, the Council of Europe, following the same policy, has signed and ratified the “Convention on Action against Trafficking in Human Rights”-no.197 (Warsaw), establishing the principle of non-discrimination. ²⁴ These international legal instruments, along with the treaties and the multiple Conventions that have been proposed during these years, are aim-

ing to create a substantial legal framework, in order to achieve in a substantial and efficient manner the worldwide combat of this epidemic. The rights of trafficked people ought to be protected by every state, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights.

Action of some remarkable Non-Governmental Organizations (NGOs):

Anti-trafficking initiatives would not have made a significant progress, without the collaboration and the contribution of a plethora of non-governmental organizations. La Strada International, a leading European Network, in other words LSI²⁵, which vision is to eliminate human trafficking, is a case in point. La Strada project, established in 2004, has also created the LSI NGO Platform, including; NGO monitoring, Data protection, Non-punishment provision and Standards for service providers. Furthermore, the Polaris Project focuses on the main purpose of human trafficking, and more specifically on sex and labor trafficking, so as to create a monitored and safe environment for all possible victims and vulnerable populations.²⁶

Conclusion;

Undeniably, modern slavery constitutes an unjustifiable state of affairs; therefore, it should be eliminated at all costs. The current legislation and control mechanisms have proved to be fundamental, however not sufficient enough, in order to combat and fully eliminate the uprising causes and consequences of human trafficking. New alternative strategic plans, focusing on the roots of the existing problem, namely the lack of education and prevention, should come instantly into force. A successful anti-trafficking policy needs to involve all stakeholders altogether, namely consumers, businesses and vulnerable communities. ²⁷Fur-

²² *Unodc.org*. (2018). UNODC - Human Trafficking. [online] Available at: <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html>

²³ *Ec.europa.eu*. (2018). Available at: http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/directive_thb_101_15_april_2011_1.pdf

²⁴ *list, F.* (2018). Full list. [online] Treaty Office. Available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371d>

²⁵ *Lastradainternational.org*. (2018). La Strada International | European network against trafficking in human beings. [online] Available at: <http://lastradainternational.org>

²⁶ *Polaris*. (2018). Polaris. [online] Available at: <https://polarisproject.org>

²⁷ *The Borgen Project*. (2018). 20 Ways to Fight Human Trafficking | The Borgen Project. [online] Available at: <https://borgenproject.org/20-ways-fight-human-trafficking/>

thermore, financial and legal penalties need to be implemented onto those who exploit others by increasing the level of awareness and control, especially in the Schengen zone. By all means, labor laws ought to be improved as well, so as to secure legal migration of potential workers, who will supply sectors of the European economy.²⁸

To conclude, it is self-evident that human trafficking, besides from consisting an ethically reprehensible behavior and one of the cruelest criminal activities, highlights and indicates the absence of genuine protection of human rights in our era, a

protection that regrettably remains a theoretical proclamation in many cases. It is at least frustrating, that in a “progressive” society of the 21st century, phenomena like the ones previously analyzed continue to exist and thrive, certifying once more the timeless demoralization of human nature. Are we really going “back to square one”, that is for us to decide.

²⁸ *migrationpolicy.org*. (2018). Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective. [online] Available at: <https://www.migrationpolicy.org/research/human-smuggling-and-trafficking-europe-comparative-perspective>



Το ζήτημα της νομιμότητας της κατάρριψης πολιτικού αεροσκάφους σε εθνικό εναέριο χώρο μέσα από την Υπόθεση του Νοτιοκορεατικού Boeing 747 (1983)

Μποτού Πολυξένη

3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Η κατάρριψη ενός πολιτικού αεροσκάφους ακόμη και με την επίκληση του δικαιώματος νόμιμης άμυνας παραμένει ωστόσο ένα ζήτημα ασαφές που προκαλεί διάφορους προβληματισμούς».

Το ιστορικό της υπόθεσης

Τον Σεπτέμβριο του 1983, τη διεθνή κοινότητα απασχόλησε η κατάρριψη από τη Σοβιετική Ένωση, του Νοτιοκορεατικού Boeing 747 με κατεύθυνση από το Άνκορατζ της Αλάσκα προς τη Σεούλ της Νότιας Κορέας, που είχε ως αποτέλεσμα τον θάνατο και των 269 επιβαινόντων¹. Το Νοτιοκορεατικό αεροσκάφος, μετά την απογείωσή του από το Άνκορατζ, άρχισε σταδιακά να παρεκκλίνει από την καθορισμένη πορεία του, καταλήγοντας να παραβιάσει δύο φορές τον εθνικό εναέριο χώρο της Ε.Σ.Σ.Δ., την πρώτη φορά πάνω από τη Χερσόνησο Καμτσάτκα και τη δεύτερη πάνω από το νησί Σαχαλίνη, όπου υπήρχε στρατιωτική βάση της Σοβιετικής Ένωσης. Αυτός ήταν και ο κύριος λόγος που η τελευταία θεώρησε, με βάση τους ισχυρισμούς της, πως επρόκειτο για στρατιωτικό αεροσκάφος που λειτουργούσε ως κατασκοπευτικό συλλέγοντας πληροφορίες για λογαριασμό των Η.Π.Α., και προχώρησε έτσι στην κατάρριψή του μέσω της εκτόξευσης δύο πυραύλων αέρος-αέρος.²

Η Ε.Σ.Σ.Δ, προκειμένου να αιτιολογήσει την

ενέργειά της αυτή, ισχυρίστηκε πως το Boeing 747 λειτουργούσε ως στρατιωτικό και όχι ως πολιτικό αεροσκάφος, και ότι υπήρξε σύγκρουση μεταξύ αυτού και του Αμερικανικού αεροσκάφους RC-135, καθώς οι εικόνες των δύο αεροσκαφών διασταυρώθηκαν στο ραντάρ όταν πέρασαν την ίδια χρονική στιγμή από το ίδιο σημείο, με αποτέλεσμα να μην είναι ξεκάθαρη η ταυτότητα του καθενός στη συνέχεια. Ισχυρίστηκε ακόμη πως η κατάρριψη ήταν νόμιμη με βάση τον νόμο περί Κρατικών Συνόρων που είχε υιοθετηθεί στο εσωτερικό της χώρας το 1982 (ωστόσο αυτό το επιχείρημα αντικρούεται εύκολα καθώς όπως έκρινε το Διεθνές Δικαστήριο Δικαιοσύνης της Χάγης στην Υπόθεση LaGrand³, δεν επιτρέπεται ένα κράτος να επικαλείται το εσωτερικό του δίκαιο προκειμένου να αιτιολογήσει μία παραβίαση του διεθνούς δικαίου). Οι ισχυρισμοί των Η.Π.Α. από την άλλη, περιορίστηκαν στην αμφισβήτηση των πραγματικών περιστατικών, προβάλλοντας την ανεπάρκεια των προσπαθειών προειδοποίησης του Boeing 747 προτού τα σοβιετικά αεροσκάφη προχωρήσουν στην κατάρριψή του.⁴ Η επίσημη αναφορά της ομάδας έρευνας που συγκροτήθηκε από τον Διεθνή Οργανισμό Πολιτικής

¹ Farooq Hassan, A Legal Analysis of the Shooting of Korean Airlines Flight 007 by the Soviet Union, 49 J.

Air L. & Com. 555, 590 (1984)

² Destruction of KAL 007 - ICAO Report, Austl. Int'l L. News 125, 132 (1984)

³ LaGrand Case (Germany v. United States of America), διαθέσιμη στο www.icj-cij.org

⁴ Craig A. Morgan, The Downing of Korean Air Lines Flight 007, 11 Yale J. Int'l L. 231, 257 (1985)

Αεροπορίας (στο εξής ICAO) τον Δεκέμβριο του 1983, δικαίωσε με τα αποτελέσματά της τα περισσότερα στοιχεία που επικαλέστηκαν οι Η.Π.Α.

Η βασιμότητα των ισχυρισμών της Ε.Σ.Σ.Δ.

Διάκριση μεταξύ πολιτικού και στρατιωτικού αεροσκάφους

Σε ότι έχει να κάνει με τον πρώτο ισχυρισμό που πρόβαλε η Ε.Σ.Σ.Δ., είναι σημαντικό να γίνει κατανοητή η πρακτική σημασία της διάκρισης μεταξύ πολιτικού και στρατιωτικού αεροσκάφους. Η διάκριση αυτή έγκειται σε δύο νομικά ζητήματα. Πρώτον, το δικαίωμα κατάρριψης υπάρχει καταρχήν έναντι στρατιωτικών αεροσκαφών που παραβιάζουν τον εθνικό εναέριο χώρο ενός κράτους, τηρουμένων φυσικά των εθιμικών προϋποθέσεων της αναγκαιότητας και αναλογικότητας της άμυνας (άρθρο 51 του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών⁵ και Υπόθεση Νικαράγουα κατά Η.Π.Α., 1986⁶). Η ύπαρξη αυτού του δικαιώματος σε βάρος πολιτικών αεροσκαφών και οι, σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, προϋποθέσεις της κατάρριψης, δεν ρυθμίζονται με σαφή τρόπο από το διεθνές δίκαιο⁷. Το δεύτερο ζήτημα αφορά στο βάρος απόδειξης το οποίο διαφοροποιείται με βάση την εν λόγω διάκριση. Πιο συγκεκριμένα, σε περίπτωση κατάρριψης στρατιωτικού αεροσκάφους, το κράτος προέλευσής του οφείλει να αποδείξει πως αυτό δεν αποτελούσε απειλή για το κράτος που διεξήγαγε την κατάρριψη και επομένως αυτή έγινε κατά παράβαση του διεθνούς δικαίου. Αντιθέτως, σε περίπτωση κατάρριψης πολιτικού αεροσκάφους, το κράτος που διεξήγαγε την κατάρριψη φέρει το βάρος απόδειξης για το ότι επρόκειτο στην πραγματικότητα για στρατιωτικό αεροσκάφος και πως αυτό βρισκόταν σε αποστολή που συνιστούσε απειλή για την ασφάλεια της χώρας⁸. Η διάκριση αυτή γίνεται σήμερα με

βάση τη λειτουργία που επιτελεί το κάθε αεροσκάφος και όχι με βάση τα εξωτερικά χαρακτηριστικά που αυτό φέρει, όπως γινόταν μέχρι τα τέλη της δεκαετίας του '30. Όταν αργότερα έγινε αντιληπτό το γεγονός ότι μπορεί ένα πολιτικό αεροσκάφος να χρησιμοποιηθεί από μία κυβέρνηση για «μη ειρηνικούς» σκοπούς, όπως η συλλογή πληροφοριών, ο χαρακτηρισμός «πολιτικό» ή «στρατιωτικό» άρχισε να γίνεται κατά περίπτωση με βάση τον λειτουργικό σκοπό. Συνεπώς, πρόκειται για έναν κρίσιμο ισχυρισμό από μέρους της Ε.Σ.Σ.Δ., στην προσπάθειά της να αιτιολογήσει την κατάρριψη του Νοτιοκορεατικού Boeing. Όπως όμως αποδείχτηκε από την έρευνα του ICAO, τα στοιχεία δεν οδηγούν στο συμπέρασμα ότι το συγκεκριμένο αεροσκάφος διενεργούσε κατασκοπευτικές ενέργειες για λογαριασμό των Η.Π.Α., και άρα επρόκειτο για πολιτικό αεροσκάφος.

Η παραβίαση του εθνικού εναέριου χώρου

Η κρατική κυριαρχία στον εθνικό εναέριο χώρο κατοχυρώνεται στο άρθρο 1 της Διεθνούς Σύμβασης του Σικάγο του 1944 για την πολιτική αεροπορία: "The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory". Η δυνατότητα διέλευσης πολιτικών αεροσκαφών από τον εθνικό εναέριο χώρο άλλου κράτους βασίζεται επομένως σε διμερείς συμφωνίες με το κράτος αυτό, διαφορετικά αποτελεί παραβίαση,⁹ όπως συνάγεται από το άρθρο 6 της ίδιας Σύμβασης: "No scheduled international air service may be air services operated over or into the territory of a contracting State, except with the special permission or other authorization of that State, and in accordance with the terms of such permission or authorization". Μέχρι το 1983 και το μοιραίο αυτό περιστατικό, δεν υπήρχε ρητή απαγόρευση της χρήσης βίας έναντι πολιτικού αεροσκάφους στη Σύμβαση του Σικάγο, υπήρχε όμως προηγούμενη κρατική πρακτική που σε συνδυασμό με την πεποίθηση δικαίου των κρατών, είχε οδηγήσει στη δημιουργία ορισμένων

⁵ Charter of the United Nations, 24 October, 1 UNTS XVI, διαθέσιμο στο <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html>

⁶ Nicaragua v. United States of America, διαθέσιμη στο <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

⁷ Ingrid L. Jahn, Applying International Law to the Downing of Korean Air Lines Flight 007 on September 1, 1983, 27 German Y.B. Int'l L. 444, 458 (1984)

⁸ Eric Edward Geiser, The Fog of Peace: The

Use of Weapons against Aircraft in Flight during Peacetime, 4

J. Int'l Legal Stud. 187, 240 (1998)

⁹ Jeffrey D. Laveson, Korean Airline Flight 007: Stalemate in International Civil Aviation Law-A Proposal For Enforcement, 22 San Diego L. Rev. 859, 894 (1985)

εθιμικών κανόνων αναφορικά με το ζήτημα.¹⁰ Από τους ισχυρισμούς λοιπόν των εμπλεκόμενων κρατών σε υποθέσεις κατάρριψης πολιτικών αεροσκαφών (όπως του Cathay Pacific το 1954 και του El Al Israel το 1955), προκύπτει πως σε περίπτωση παραβίασης εθνικού εναέριου χώρου ενός κράτους, το τελευταίο οφείλει να προειδοποιήσει κατάλληλα το αεροσκάφος, καλώντας το για παράδειγμα να αποχωρήσει από την περιοχή, και πως διατηρεί το δικαίωμα να το αναγκάσει να προσγειωθεί ακόμη και συνοδεύοντάς το. Ωστόσο ούτε μέσα από αυτά τα περιστατικά, αλλά ούτε και από τη Σύμβαση του Σικάγο, δεν καθίστανται σαφή τα δικαιώματα του κράτους σε περίπτωση που το αεροσκάφος, αν και πολιτικό, δεν συμμορφώνεται με καμία από τις παραπάνω υποδείξεις. Ενδέχεται μάλιστα η άρνηση συμμόρφωσης να αποτελεί και μία σοβαρή ένδειξη πως το αεροσκάφος αν και φέρει τα χαρακτηριστικά του «πολιτικού», λειτουργεί στην πραγματικότητα ως «στρατιωτικό». Αξίζει στο σημείο αυτό να αναφερθεί πως ο τρόπος αντίδρασης της Σοβιετικής Ένωσης σε παρόμοια περιστατικά που προηγήθηκαν αυτού του 1983, είναι ενδεικτικός του ότι δεν μοιράζεται την ίδια πεποίθηση δικαίου. Σε αντίθεση λοιπόν με άλλα κράτη που προχώρησαν σε κατάρριψη πολιτικού αεροσκάφους και απολογήθηκαν ή κατέβαλαν αποζημιώσεις, η Σοβιετική Ένωση προσπαθούσε πάντα στα περιστατικά που την ενέπλεκαν, να αιτιολογήσει τις ενέργειές της επικαλούμενη είτε την άρνηση συμμόρφωσης του αεροσκάφους με τις προειδοποιήσεις της (περίπτωση του Γαλλικού εμπορικού αεροσκάφους το 1952), ή το εσωτερικό της δίκαιο (περίπτωση του Σουηδικού αεροσκάφους το 1952)¹¹.

Η τροποποίηση της Σύμβασης του Σικάγο το 1984

Ο λόγος που το συγκεκριμένο περιστατικό του 1983 θεωρείται κομβικό στην εξέλιξη του διεθνούς δικαίου σχετικά με το δικαίωμα κατάρριψης πολι-

τικού αεροσκάφους σε εθνικό εναέριο χώρο, είναι αφενός λόγω της αντίδρασης που προκάλεσε στη διεθνή κοινότητα και αφετέρου λόγω της τροποποίησης της Σύμβασης του Σικάγο που ακολούθησε.

Με αφορμή λοιπόν την προβληματική που προκάλεσε το περιστατικό κατάρριψης του Νοτιοκορεατικού Boeing 747, η Συνέλευση του ICAO πρότεινε τον Μάιο του 1984 την προσθήκη ενός άρθρου στη Σύμβαση του Σικάγο. Ωστόσο μέχρι τον Δεκέμβριο του 1985, μόνο 22 από τα 102 συμβαλλόμενα μέρη είχαν επικυρώσει την τροποποίηση αυτή, στα οποία δεν συμπεριλαμβάνονταν οι Η.Π.Α., η Σοβιετική Ένωση ούτε η Ιαπωνία.¹²

Το νέο αυτό άρθρο, το οποίο φυσικά δεσμεύει μόνο εκείνα τα κράτη που το επικύρωσαν, προβλέπει στην πρώτη του παράγραφο τα εξής: "The contracting States recognize that every State must refrain from resorting to the use of weapons against civil aircraft in flight and that, in case of interception, the lives of persons on board and the safety of aircraft must not be endangered. This provision shall not be interpreted as modifying in any way the rights and obligations of States set forth in the Charter of the United Nations".¹³ Με μία πρώτη ανάγνωση μπορεί κανείς να υποθέσει πως με την προσθήκη αυτή διευθετείται με σαφή τρόπο το ζήτημα της χρήσης βίας έναντι πολιτικού αεροσκάφους, εφόσον τα κράτη καλούνται να απέχουν από αυτή την πρακτική προκειμένου να μην τίθενται σε κίνδυνο οι ζωές των επιβαινόντων. Ωστόσο, αμέσως έπειτα από την απαγόρευση αυτή, διευκρινίζεται πως τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των κρατών που απορρέουν από τον Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών, δεν τροποποιούνται σε καμία περίπτωση λόγω αυτού το κανόνα. Το εδάφιο αυτό επομένως, προσθέτει μία εξαίρεση στην απαγόρευση χρήσης βίας αναφερόμενο έμμεσα στο δικαίωμα άμυνας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 51 του Χάρτη Η.Ε, χωρίς να διευκρινίζει υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί ένα πολιτικό αεροσκάφος είτε να καταρριφθεί στο πλαίσιο άσκησης νόμιμης άμυνας, είτε να θεωρηθεί κρατικό ή στρατιωτικό και άρα να μην εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της συνθήκης¹⁴.

¹⁰ Farooq Hassan, A Legal Analysis of the Shooting of Korean Air Lines Flight 007 by the Soviet Union, 49 J.

Air L. & Com. 555, 590 (1984)

¹¹ Farooq Hassan, A Legal Analysis of the Shooting of Korean Air Lines Flight 007 by the Soviet Union, 49 J.

Air L. & Com. 555, 590 (1984)

¹² Craig A. Morgan, The Downing of Korean Air Lines Flight 007, 11 Yale J. Int'l L. 231, 257 (1985)

¹³ Διαθέσιμο στο <https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/montreal1984.pdf>

¹⁴ Eugene Sochor, ICAO and Armed Attacks

Η δεύτερη παράγραφος του άρθρου κωδικοποιεί ουσιαστικά την μέχρι τότε ακολουθούμενη πρακτική, αναγνωρίζοντας στα κράτη το δικαίωμα να απαιτούν την προσγείωση ενός πολιτικού αεροσκάφους που βρίσκεται στον εθνικό εναέριο χώρο τους χωρίς την απαιτούμενη εξουσιοδότηση, εάν υπάρχουν βάσιμες υποψίες πως αυτό χρησιμοποιείται για σκοπούς ασυμβίβαστους με αυτούς που θέτει η Σύμβαση του Σικάγο. Συνάγεται επομένως από τη ρύθμιση αυτή πως η χρήση βίας, στην περίπτωση που επιτρέπεται, θα πρέπει να είναι το έσχατο μέσο αφού έχουν ήδη εξαντληθεί οι υπόλοιπες δυνατότητες του κράτους (προειδοποιητικές βολές, εξαναγκασμός σε προσγείωση, συνοδεία του αεροσκάφους εκτός του εθνικού εναέριου χώρου).

Η κατάρριψη πολιτικού αεροσκάφους ως δικαίωμα άμυνας

Όπως προκύπτει από τη Σύμβαση του Σικάγο και την τροποποίηση του 1984 υπάρχει το ενδεχόμενο ένα κράτος να επικαλεστεί το δικαίωμα άμυνας του άρθρου 51 του Χάρτη Η.Ε. ως νόμιμη βάση της κατάρριψης ενός πολιτικού αεροσκάφους. Δεν θα μπορούσε άλλωστε να ισχύει κάτι διαφορετικό, παρά την απαγόρευση χρήσης βίας που η ίδια η Σύμβαση θέτει, λόγω του άρθρου 103 του Χάρτη Η.Ε.¹⁵ που αποτελεί ουσιαστικά την ρήτρα υπεροχής των υποχρεώσεων που απορρέουν από τον Χάρτη σε σχέση με υποχρεώσεις από άλλες διεθνείς συνθήκες στις οποίες είναι συμβαλλόμενο μέρος ένα κράτος.

Η κατάρριψη ενός πολιτικού αεροσκάφους ακόμη και με την επίκληση του δικαιώματος νόμιμης άμυνας παραμένει ωστόσο ένα ζήτημα ασαφές που προκαλεί διάφορους προβληματισμούς. Αρχικά, για να υπάρξει δικαίωμα άμυνας θα πρέπει να υπάρχει παρούσα επίθεση προερχόμενη από το πολιτικό αεροσκάφος. Δεδομένου ότι δεν υπάρχει ακόμη και σήμερα ένας κοινά αποδεκτός από τη διεθνή κοινότητα ορισμός για την έννοια της επίθεσης, είναι δύσκολο να ορίσει κανείς τις περιπτώσεις που μπορούν να θεωρηθούν ως εκδηλώσεις επίθεσης από ένα πολιτικό αεροσκάφος. Για παράδειγμα τίθεται το ερώτημα κατά πόσο μπορεί η κατασκοπεία να θεωρηθεί ένα είδος επιθετικής ενέργειας

που να δικαιολογεί τη χρήση βίας. Η απάντηση εξαρτάται από το κατά πόσο αυτή η κατασκοπευτική ενέργεια απειλεί την ασφάλεια ή την εδαφική ακεραιότητα του κράτους.¹⁶

Ακόμη και αν θεωρήσουμε πως είναι σαφές το τι αποτελεί «επίθεση» και καταλήξουμε στο συμπέρασμα ότι υπάρχει το δικαίωμα άμυνας, και συνεπώς κατάρριψης, θα πρέπει να εξετάσουμε το ζήτημα τήρησης της αναλογικότητας στο πλαίσιο αυτό. Πρόκειται για μία εθιμική προϋπόθεση άσκησης νόμιμης άμυνας με βάση την απόφαση του Διεθνούς Δικαστηρίου Δικαιοσύνης στην Υπόθεση Νικαράγουα κατά Η.Π.Α., το 1986¹⁷. Για να πληρούται η προϋπόθεση αυτή θα πρέπει να υπάρχει μία ομοιόμορφη πεποίθηση μεταξύ των κρατών ότι η κρατική ασφάλεια και η εδαφική ακεραιότητα ενός κράτους τίθενται υπεράνω της προστασίας των ζωών των επιβαινόντων ενός πολιτικού αεροσκάφους. Σε αντίθετη περίπτωση, η κατάρριψη ενός πολιτικού αεροσκάφους που επιφέρει τον θάνατο των επιβαινόντων ή έστω θέτει σε κίνδυνο τις ζωές τους, δεν θα θεωρείται αναλογική άμυνα απέναντι σε μία επίθεση που μπορεί για παράδειγμα να συνίσταται στη συλλογή ευαίσθητων πληροφοριών μέσω λήψης αεροφωτογραφιών. Εκτός λοιπόν από το να διευκρινιστεί το ποιες ενέργειες ενός πολιτικού αεροσκάφους μπορεί να συνιστούν επίθεση, πρέπει να καταστεί σαφές και το κατά πόσο η επίθεση αυτή είναι τόσο σοβαρή ώστε να πληρούται το στοιχείο της αναλογικότητας στην άμυνα που ασκείται. Λόγω αυτής ακριβώς της προβληματικής έχει διατυπωθεί και η άποψη ότι θα πρέπει η χρήση βίας έναντι πολιτικού αεροσκάφους να απαγορεύεται σε κάθε περίπτωση. Η λύση που προκρίνεται είναι η άσκηση από το κράτος όλων των άλλων δικαιωμάτων του που προηγούνται της χρήσης βίας, και σε περίπτωση μη συμμόρφωσης η επίλυση του ζητήματος με διπλωματικές μεθόδους¹⁸.

¹⁶ *Farooq Hassan*, A Legal Analysis of the Shooting of Korean Air Lines Flight 007 by the Soviet Union, 49 J.

Air L. & Com. 555, 590 (1984)

¹⁷ *Nicaragua v. United States of America*, διαθέσιμη στο <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

¹⁸ *Craig A. Morgan*, The Downing of Korean Air Lines Flight 007, 11 *Yale J. Int'l L.* 231, 257 (1985)

against Civil Aviation, 44 *Int'l J.* 134, 170 (1988)

¹⁵ Charter of the United Nations, 24 October, 1 UNTS XVI, διαθέσιμο στο <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html>

Διεθνής Ευθύνη και υποχρέωση αποζημίωσης

Όπως είναι γνωστό με βάση το διεθνές δίκαιο, ένα κράτος λόγω της κυριαρχίας που διαθέτει, φέρει και την ευθύνη όταν παραβιάζει έναν κανόνα του διεθνούς δικαίου ή μια υποχρέωση που το ίδιο έχει αναλάβει με την υπογραφή κάποιας διεθνούς συνθήκης. Είναι λοιπόν αυτονόητο ότι σε περίπτωση που ένα κράτος καταρρίψει πολιτικό αεροσκάφος χωρίς να έχει το ανάλογο δικαίωμα, παραβιάζει την απαγόρευση που θέτει η Σύμβαση του Σικάγο, και αν δεν είναι συμβαλλόμενο μέρος της Σύμβασης αυτής, τη γενική απαγόρευση χρήσης βίας που θέτει το άρθρο 2 παρ.4 του Χάρτη Η.Ε. Παρενθετικά, αξίζει να επισημάνουμε στο σημείο αυτό την άποψη που έχει διατυπωθεί ότι η μη νόμιμη κατάρριψη δεν παραβιάζει το άρθρο 2 παρ.4, αλλά το άρθρο 1 του Χάρτη Η.Ε. Η εξήγηση πίσω από αυτή την άποψη έγκειται στο γεγονός ότι το άρθρο 2 παρ.4, το οποίο αποτελεί ουσιαστικά τον κανόνα απαγόρευσης της χρήσης ένοπλης βίας από τα κράτη, κάνει λόγο για «εδαφική ακεραιότητα» και για να θεωρηθεί πως αυτή παραβιάζεται προϋποτίθεται ότι τα αεροσκάφη είναι τμήματα του εδάφους του κράτους προέλευσής τους. Για να λυθεί το αδιέξοδο στο οποίο οδηγεί η ερμηνεία αυτή, προκρίνεται η υπαγωγή της κατάρριψης ενός πολιτικού αεροσκάφους στο άρθρο 1 του Χάρτη, ως πράξης αντίθετης με τους σκοπούς των Ηνωμένων Εθνών.¹⁹

Το βασικό όμως ζήτημα που εξετάζουμε είναι η υποχρέωση αποζημίωσης που φέρει το κράτος, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις που θεμελιώνουν τη διεθνή του ευθύνη, με βάση τα Άρθρα της Επιτροπής Διεθνούς Δικαίου για τη Διεθνή Ευθύνη των κρατών από άδικες πράξεις²⁰. Συνήθως, τα κράτη παραδέχονται -και για λόγους πολιτικούς πολλές φορές- την ευθύνη τους και δέχονται να καταβάλουν αποζημιώσεις στις οικογένειες των θυμάτων²¹. Ωστόσο, υπάρχει περίπτωση το λάθος

τους να οφείλεται στη δυσκολία εξακρίβωσης κάποιων στοιχείων του αεροσκάφους ή σε κάποια πλάνη ως προς τα πραγματικά περιστατικά, όπως συμβαίνει και στην υπό εξέταση υπόθεση. Πιο συγκεκριμένα, η Σοβιετική Ένωση ισχυρίστηκε ότι νόμιζε πως επρόκειτο για το αμερικανικό στρατιωτικό αεροσκάφος RC-135 τη στιγμή της κατάρριψης λόγω της σύγχυσης που είχε επέλθει προηγουμένως στην εικόνα των ραντάρ. Αν ένας τέτοιος ισχυρισμός αποδειχθεί αληθής, τίθεται το ερώτημα κατά πόσο υπάρχει υποχρέωση αποζημίωσης δεδομένης της πλάνης στην οποία βρισκόταν το κράτος τη στιγμή που διέπραττε την παραβίαση και υποθέτοντας πως εάν είχε επίγνωση των πραγματικών στοιχείων δεν θα προέβαινε στην κατάρριψη. Η ύπαρξη αυτού του προβληματισμού προϋπήρχε του συγκεκριμένου περιστατικού. Το 1973, το Ισραήλ προέβη στην κατάρριψη ενός Λιβυκού πολιτικού αεροσκάφους επειδή είχε υποψίες πως τρομοκράτες υποστηριζόμενοι από την Λιβυκή κυβέρνηση είχαν γεμίσει το αεροσκάφος με εκρηκτικά με σκοπό να το ρίξουν σε μία πόλη του Ισραήλ²². Το Ισραήλ, αν και παραδέχτηκε ότι είχε σβάλει ως προς την εκτίμηση αυτή, αρνήθηκε αρχικά να καταβάλει αποζημιώσεις όπως έγινε φανερό από τη δήλωση του τότε Υπουργού Εξωτερικών, Moshe Dayan: «Το Ισραήλ δεν θα πρέπει να καταβάλει αποζημιώσεις στις οικογένειες των θυμάτων, καθώς αυτό θα υπεδείκνυε ενοχή».

Η αλήθεια είναι ότι και σε άλλες περιπτώσεις τα κράτη έχουν αρνηθεί για τον ίδιο λόγο αν καταβάλουν αποζημιώσεις, τις οποίες δέχονται εν τέλει να καταβάλουν για «ανθρωπιστικούς λόγους». Για να είναι όμως αποτελεσματικό το σύστημα διεθνούς ευθύνης που επιβάλλει το διεθνές δίκαιο, η υποχρέωση αποζημίωσης θα πρέπει να υπάρχει σε περίπτωση που θεμελιώνεται ευθύνη του κράτους ανεξαρτήτως πταίσματος, δηλαδή από μόνο το αντικειμενικό γεγονός της κατάρριψης.

Συμπεράσματα

Μετά την κατάρριψη του Νοτιοκορεατικού Boeing 747, το Συμβούλιο Ασφαλείας του Ο.Η.Ε. δεν κατόρθωσε να υιοθετήσει Απόφαση που αποκλήρυττε τη χρήση βίας έναντι πολιτικών αεροσκαφών ως μέσο ασυμβίβαστο με τις αρχές της

¹⁹ Ingrid L. Jahn, Applying International Law to the Downing of Korean Air Lines Flight 007 in September 1, 27 German Y.B. Int'l L. 444, 458 (1984)

²⁰ Διεθνές Δημόσιο Δίκαιο-Βασικά Νομοθετήματα, εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε., Μάιος 2015, σελ.424-440

²¹ Douglas A. Ewing, The Downing of Iran Air Flight 655: Highlighting the Need for International Adjudication of Damages, 13 Suffolk Transnat'l L.J.

656, 685 (1990)

²² Eugene Sochor, ICAO and Armed Attacks against Civil Aviation, 44 Int'l J. 134, 170 (1988)

διεθνούς πρακτικής, λόγω του βέτο που άσκησε η Σοβιετική Ένωση. Στην τελευταία επιβλήθηκαν ωστόσο κυρώσεις μονομερώς από τον Καναδά, την Ιαπωνία και τις Η.Π.Α.²³ Πιο σημαντική ήταν όμως η τροποποίηση που προτάθηκε και υιοθετήθηκε από μερικά κράτη στη Σύμβαση του Σικάγο, ώστε να υπάρχει πλέον μία ρητή απαγόρευση της πρακτικής αυτής, ακόμη και με τις ασάφειες που προαναφέρθηκαν. Σε κάθε περίπτωση, η συζήτηση που διεξήχθη στο πλαίσιο του ICAO και οι προπαρασκευαστικές εργασίες μέχρι την εύρεση της ορθότερης διατύπωσης του νέου άρθρου, αποτελούν σημαντικό στοιχείο δηλωτικό των προθέσεων αλλά και της πεποίθησης δικαίου των κρατών που

συμμετείχαν.²⁴ Βέβαια, δεν αρκεί μόνο η πεποίθηση δικαίου όπως αυτή εκδηλώνεται σε επίπεδο διαπραγμάτευσης ενός άρθρου, αλλά πρέπει αυτή να αποκτήσει πραγματικό βάρος μέσω της κρατικής πρακτικής ώστε σταδιακά να αποσαφηνιστούν τα κενά και να εκλείψουν οι διχογνωμίες σχετικά με το ζήτημα της κατάρριψης πολιτικών αεροσκαφών.

²³ *Gerald F. FitzGerald*, The Use of Force against Civil Aircraft: The Aftermath of the KAL Flight 007 Incident, 22 Can. Y.B. Int'l L. 291, 311 (1984)

²⁴ KAL007 - The Sequel - ICAO Assembly Resolution, 1984, Austl. Int'l L. News 344, 365 (1984)



Συμφωνία των Παρισίων και περιβαλλοντική μετανάστευση

Κανταρτζή Σοφία
Τελεióφοιτη Νομικής ΑΠΘ

«Πρόκειται για μία συμφωνία που αποτέλεσε το επιστέγασμα μακροχρόνιων προσπαθειών της διεθνούς κοινότητας, με στόχο την οικουμενική συνεργασία για την αντιμετώπιση της κλιματικής αλλαγής, οι επιπτώσεις της οποίας γίνονται ολοένα και πιο έκδηλες παγκοσμίως, με μία από αυτές -την περιβαλλοντική μετανάστευση- να είναι προ των πυλών».

Διεθνείς συμφωνίες για το κλίμα

Η σύναψη διεθνών συμφωνιών τις τελευταίες δεκαετίες καταδεικνύει την επιτακτική ανάγκη να περιοριστούν οι συνέπειες της κλιματικής αλλαγής. Συμφωνία ορόσημο που σχετίζεται με τις δράσεις για το κλίμα είναι η σύμβαση-πλαίσιο των Ηνωμένων Εθνών για τις κλιματικές μεταβολές¹, η οποία εγκρίθηκε στην παγκόσμια σύνοδο κορυφής στο Ρίο για τη Γη, το 1992. Η σπουδαιότητά της αντικατοπτρίζεται από το γεγονός ότι έχει κυρωθεί μέχρι σήμερα από 195 χώρες με βασικούς στόχους να περιοριστεί η άνοδος της θερμοκρασίας του πλανήτη και η κλιματική αλλαγή, αλλά και να αντιμετωπιστούν οι συνέπειές τους.

Στα μέσα της δεκαετίας του 1990, οι χώρες που είχαν υπογράψει την UNFCCC διαπίστωσαν ότι απαιτούνταν αυστηρότερες ρυθμίσεις και διατάξεις για να επιτευχθεί η μείωση των εκπομπών διοξειδίου του άνθρακα. Για το λόγο αυτό, το 1997 ενέκριναν το Πρωτόκολλο του Κιότο. Η δεύτερη φάση του Πρωτοκόλλου του Κιότο, που έχει σημείο έναρξης την 1^η Ιανουαρίου 2013 και λήξει το 2020, σηματοδοτείται με την τροποποίηση της Ντόχα, στην οποία συμμετέχουν 38 ανεπτυγμένες χώρες, μεταξύ των οποίων η ΕΕ και τα 28 κράτη μέλη της. Οι συμμετέχουσες χώρες έχουν την νομική υποχρέωση να μειώσουν τις εκπομπές τους σε επίπεδο τουλάχιστον 18% χαμηλότερο από εκείνο

του 1990. Κατά το ίδιο χρονικό διάστημα, η ΕΕ έχει δεσμευτεί να μειώσει τις εκπομπές της κατά 20% από τα επίπεδα του 1990, αποδεικνύοντας έτσι τη συμβολή και το έντονο ενδιαφέρον της για τον περιορισμό του φαινομένου, κυρώνοντας την τροποποίηση της Ντόχα τον Ιούλιο του 2015².

Συμφωνία των Παρισίων

Εφόσον έχει συμφωνηθεί ρυθμιστικό πλαίσιο για το χρονικό διάστημα μέχρι και το 2020 με το Πρωτόκολλο του Κιότο, λόγω της κρισιμότητας του ζητήματος, θεωρήθηκε αναγκαίο να υπάρξει νέος γύρος διαβουλεύσεων προκειμένου να επιτευχθεί η συγκράτηση της αύξησης της θερμοκρασίας του πλανήτη αρκετά κάτω από τους 2°C, από το 2020 και έπειτα. Γι' αυτό το λόγο, λοιπόν, διεξήχθη η διάσκεψη των Παρισίων για το κλίμα από τις 30 Νοεμβρίου έως τις 11 Δεκεμβρίου 2015. Στις 12 Δεκεμβρίου 2015 τα μέρη, μετά από μία σειρά διαπραγματεύσεων και διαβουλεύσεων, κατέληξαν σε μία νέα παγκόσμια συμφωνία -ένα σχέδιο δράσης- για την κλιματική αλλαγή. Η συμφωνία των Παρισίων τέθηκε σε εφαρμογή στις 4 Νοεμβρίου του 2016, αφού εκπληρώθηκε η προϋπόθεση να κυρωθεί από τουλάχιστον 55 χώρες που να αντιπροσωπεύουν τουλάχιστον το 55% των παγκόσμι-

¹ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)

² <http://www.consilium.europa.eu/el/policies/climate-change/international-agreements-climate-action/>

ων εκπομπών αερίων του θερμοκηπίου³. Αξίζει να επισημανθεί ότι το σύνολο των χωρών της ΕΕ επικύρωσαν και αυτή την συμφωνία, στα πλαίσια των στόχων που θέτει το άρθρο 191 της ΣΛΕΕ σχετικά με την πολιτική της Ένωσης στον τομέα του περιβάλλοντος.

Με τη συμφωνία των Παρισίων τέθηκε μακροπρόθεσμος στόχος τα συμβληθέντα μέρη να συγκρατήσουν την αύξηση της θερμοκρασίας του πλανήτη κάτω από τους 2°C σε σχέση με τα προβιομηχανικά επίπεδα, ώστε να αποφευχθούν οι χειρότερες επιπτώσεις της κλιματικής αλλαγής, αλλά και να συνεχίσουν τις προσπάθειες να την περιορίσουν στον 1,5°C⁴.

Επίσης, πριν και κατά τη διάρκεια της διάσκεψης, οι χώρες υπέβαλαν ολοκληρωμένα εθνικά σχέδια δράσης και συνεισφοράς για το κλίμα, με στόχο τη δέσμευση για μείωση των εκπομπών τους. Πιο συγκεκριμένα, στις 6 Μαρτίου 2015, η ΕΕ και τα κράτη μέλη της υπέβαλαν τις εθνικά καθορισμένες προθέσεις συνεισφοράς τους (INDC), με δεσμευτικό στόχο μείωσης τουλάχιστον κατά 40 % των εγχώριων εκπομπών αερίων του θερμοκηπίου έως το 2030 σε σύγκριση με το 1990⁵. Ιδιαίτερη μνεία αξίζει, για ακόμη μία φορά, η αυξημένη συνεισφορά της ΕΕ και των κρατών μελών της⁶, καθώς και η δέσμευσή της για περεταίρω αύξηση της διεθνούς χρηματοδοτικής εισφοράς για το κλίμα. Με την παροχή χρηματοδοτικών μέτρων αντιμετώπισης της αλλαγής του κλίματος από την ΕΕ και άλλες ανεπτυγμένες χώρες εξασφαλίζεται βοήθεια προς τις αναπτυσσόμενες χώρες να μειώσουν τις εκπομπές και να προστατευθούν από τις επιπτώσεις της κλιματικής αλλαγής⁷.

Βέβαια, πολλοί επιστήμονες δεν κρύβουν την ανησυχία τους, υπενθυμίζοντας ότι το σύνολο των

σχεδίων και στόχων που έχουν ανακοινώσει μέχρι τώρα οι χώρες για τη μείωση των εκπομπών αερίων του θερμοκηπίου πρέπει όχι μόνο να υλοποιηθούν αλλά και να βελτιωθούν για να αποτραπούν οι καταστρεπτικές συνέπειες⁸.

Για να αποτραπεί λοιπόν η επέλευση των καταστροφικών επιπτώσεων και να επιτευχθεί η κοινή επιδίωξη, οι κυβερνήσεις συμφώνησαν να συνεδριάζουν κάθε πέντε χρόνια προκειμένου να επανεξετάζουν την κατάσταση σε παγκόσμιο επίπεδο και να θεσπίζουν πιο φιλόδοξους στόχους με βάση τα νεότερα επιστημονικά δεδομένα. Δέχθηκαν, επίσης, να ενημερώνουν τις άλλες χώρες και το ευρύ κοινό σχετικά με τον βαθμό στον οποίο υλοποιούν τους στόχους τους ούτως ώστε να διασφαλιστούν διαφάνεια και εποπτεία⁹ της τήρησης της συμφωνίας.

Η αποχώρηση των ΗΠΑ

Η σύναψη της Συμφωνίας των Παρισίων έγινε ευρέως γνωστή την 1^η Ιουνίου 2017¹⁰, λίγους μήνες μετά από την επίσημη εφαρμογή της συμφωνίας, με την απόφαση του Προέδρου των ΗΠΑ, Ντόναλντ Τραμπ, να αποχωρήσει η χώρα από τη συμφωνία για την κλιματική αλλαγή, προκαλώντας πλήθος αντιδράσεων τόσο των κυβερνήσεων που συνυπέγραψαν όσο και των περιβαλλοντικών οργανώσεων.

Οι ΗΠΑ είναι ένας από τους μεγαλύτερους ρυπαντές, καθώς κατατάσσονται στη δεύτερη θέση στις εκπομπές διοξειδίου του άνθρακα -με πρώτη την Κίνα¹¹- και η ισχυρότερη οικονομία του κόσμου. Κατ' επέκταση, «οι αποφάσεις της επηρεάζουν τους ίδιους τους στόχους της Συμφωνίας, αλλά παράλληλα μπορεί να επηρεάσουν και τη στάση άλλων χωρών στο εγγύς μέλλον θέτοντας σε κίνδυνο μια συμφωνία που επιτεύχθηκε μετά από μακράς διάρκειας διαβου-

³ <http://www.consilium.europa.eu/el/policies/climate-change/international-agreements-climate-action/>

⁴ Συμφωνία του Παρισιού, άρθρο 2, παρ.1 α', [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A22016A1019\(01\)&from=EL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A22016A1019(01)&from=EL)

⁵ <http://www.ypeka.gr/LinkClick.aspx?fileticket=6%2fTDnmsq4gM%3d&tabid=444&language=el-GR>

⁶ https://ec.europa.eu/environment/efe/themes/climate-action/eu-leads-implementing-paris-climate-commitments_el

⁷ <http://www.consilium.europa.eu/el/policies/climate-change/timeline/>

⁸ <http://www.cnn.gr/news/perivallon/story/104415/h-klimatiki-allagi-tha-prokalesei-ti-megalyteri-prosfygiki-krisi-poy-exei-viose-i-anthropotita>

⁹ <http://www.consilium.europa.eu/el/policies/climate-change/timeline/>

¹⁰ <http://www.kathimerini.gr/912267/article/epikairothta/kosmos/aposyrsh-twn-hpa-apo-th-symfwnia-gia-to-klima-anakoinwse-o-tramp---entones-antidraseis>

¹¹ <http://www.cnn.gr/news/perivallon/story/109350/one-planet-summit-nea-diaskepsi-gia-to-klima-sto-parisi>

λεύσεις, εντάσεις, πιέσεις, συμβιβασμούς και εν τέλει αμοιβαίες υποχωρήσεις»¹².

Γίνεται αντιληπτό ότι η Συμφωνία των Παρισίων είναι σταθμός στη μάχη κατά της κλιματικής αλλαγής. Αποτελεί την ύστατη ευκαιρία οι επόμενες γενιές να ζήσουν σε έναν κόσμο πιο σταθερό, σε έναν υγιέστερο πλανήτη.

Υπαρκτός κίνδυνος

Η IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change), μέσω των εκθέσεών της, έχει εκφράσει την ανησυχία της για την καθοριστική επίδραση της κλιματικής αλλαγής στην ανθρώπινη μετανάστευση¹³. Άλλωστε οι αιτίες των εκτοπίσεων γίνονται όλο και πιο περίπλοκες. Οι άνθρωποι αναγκάζονται να εκτοπίζονται λόγω της καθυστέρησης εκδήλωσης του φυσικού φαινομένου, των περιβαλλοντικών καταστροφών, της κλιματικής αλλαγής, των ενόπλων συγκρούσεων και διώξεων από το κράτος τους.

Οι εκτιμήσεις της Διεθνούς Επιτροπής για τις Κλιματικές Αλλαγές του Ο.Η.Ε. (IPCC), σχετικά με την περιβαλλοντική μετανάστευση, προκαλούν μεγάλη ανησυχία και καταδεικνύουν το μέγεθος των προβλημάτων που μπορεί να επιφέρουν τις επόμενες δεκαετίες οι κλιματικές αλλαγές, εάν δεν ληφθούν άμεσα αποτελεσματικά μέτρα για αναστροφή της δημιουργηθείσας κατάστασης.

Γίνεται επομένως αντιληπτό ότι την ίδια στιγμή που οι συνέπειες των κλιματικών αλλαγών είναι πλέον ορατές, ο όρος "περιβαλλοντικός πρόσφυγας ή μετανάστης" φαίνεται να έχει αποκτήσει ιδιαίτερη σημασία στο πλαίσιο του προσδιορισμού των αναγκαστικών μετακινήσεων εξαιτίας της περιβαλλοντικής αλλαγής.

Περιβαλλοντικός μετανάστης

Η νομική κατηγοριοποίηση των περιβαλλοντικών μεταναστών δεν είναι σαφής. Είναι εθελούσιοι μετανάστες, οικονομικοί μετανάστες ή έχουν ανα-

γκαστεί να μεταναστεύσουν, όπως οι πρόσφυγες; Η ολοένα και μεγαλύτερη αύξηση του αριθμού των ατόμων που αναγκάζονται να μεταναστεύσουν για περιβαλλοντικούς λόγους μας οδηγεί να αναλογιστούμε και να αποδεχτούμε τη νομική αναγνώριση της περιβαλλοντικής μετανάστευσης, χωρίς όμως να έχει καθιερωθεί ομόφωνα ο ορισμός της, κάτι που θα διαπιστωθεί αμέσως παρακάτω.

Γενικά, «μετανάστης χαρακτηρίζεται το πρόσωπο εκείνο που εγκαταλείπει τη χώρα καταγωγής του ή τη χώρα της συνήθους διαμονής του με σκοπό να εγκατασταθεί σε μία άλλη ξένη για αυτόν χώρα». Σε αυτή την ευρεία έννοια του μετανάστη, μπορούν να υπαχθούν όσοι προσπαθούν να διαφύγουν από διώξεις, παραβιάσεις των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, απειλές για τη ζωή ή τη σωματική τους ακεραιότητα, τον πόλεμο ή τις εμφύλιες συρράξεις, όσοι υπάγονται δηλαδή στο καθεστώς των προσφύγων ή κατά το ειδικό ενωσιακό δίκαιο οι αιτούντες διεθνή προστασία, αλλά και εκείνοι που αναζητούν να ξεφύγουν από την ακραία φτώχεια, όπως ορίστηκε στο άρθρο 1Α της Σύμβασης της Γενεύης του 1951¹⁴. Δεν υπάρχει αναφορά των περιβαλλοντικών μεταναστών στην εν λόγω Σύμβαση, διότι μόλις τις τελευταίες δεκαετίες άρχισε η σχετική συζήτηση να απασχολεί έντονα τη διεθνή κοινότητα.

Αρχικά, στα πλαίσια του Προγράμματος των Ηνωμένων Εθνών για το Περιβάλλον, ο El-Hinnawi όρισε για πρώτη φορά τους περιβαλλοντικούς πρόσφυγες ως: «Άτομα που έχουν αναγκαστεί να εγκαταλείψουν τον τόπο διαμονής τους, προσωρινά ή μόνιμα, λόγω μιας περιβαλλοντικής διαταραχής (φυσικής ή/και προκληθείσας από τους ανθρώπους) που έθεσε σε κίνδυνο την ύπαρξή τους ή/και είχε σοβαρές επιπτώσεις στην ποιότητα της ζωής τους. Με τον όρο «περιβαλλοντική διαταραχή» νοούνται κάθε είδους φυσικές, χημικές ή/και βιολογικές αλλαγές στο οικοσύστημα (ή στους βασικούς πόρους) που το καθιστούν προσωρινά ή μόνιμα ακατάλληλο να υποστηρίξει ανθρώπινη ζωή»¹⁵.

Ο εν λόγω ορισμός-ορόσημο τονίζει τη διάρκεια της εκτόπισης, προσωρινή ή μόνιμη, καθώς και τις αιτίες που οδήγησαν σε αυτή την εκτόπιση. Ωστόσο, δε γίνεται καμία αναφορά για το αν αυτά τα άτομα έχουν ξεπεράσει ή όχι τα σύνορα της χώρας τους.

¹² όπως ακριβώς, Κατερίνα Πρίφτη, Τι είναι η Συμφωνία του Παρισιού για την κλιματική αλλαγή και πώς η απόσυρση των ΗΠΑ επηρεάζει το μέλλον της ανθρωπότητας, Διαθέσιμο στο http://www.huffingtonpost.gr/2017/06/02/eidiseis-diethnes-ti-einai-symfonia-parisiou-klimatiki-allagi-shmantiki-apsyrsh-hpa_n_16918806.html

¹³ http://kapodistriako.uoa.gr/stories/137_en_01/index.php?m=2

¹⁴ Ζ.Παπασιώπη-Πασιά, Δίκαιο Αλλοδαπών, Σάκουλα, 2015, σ.8-9

¹⁵ E. El-Hinnawi, Environmental Refugees, United Nations Environmental Programme, 1985, σ. 4

Αξίζει, όμως, να γίνει αναφορά σε έναν πιο πρόσφατο ορισμό του Παγκόσμιου Οργανισμού για τη Μετανάστευση (IOM), κατά τον οποίο προτείνεται ο όρος περιβαλλοντικοί μετανάστες, δηλαδή: «*άτομα ή ομάδες ατόμων οι οποίοι, εξαιτίας επιτακτικών λόγων από ξαφνικές ή σταδιακές αλλαγές στο περιβάλλον που δυσμενώς επηρεάζουν τις ζωές τους ή τις συνθήκες διαβίωσης τους, είναι αναγκασμένοι ή κατ' επιλογήν να εγκαταλείψουν τον τόπο διαβίωσής τους, προσωρινά ή μόνιμα, και οι οποίοι εκτοπίζονται είτε ενδοσυνοριακά ή διασυνοριακά*»¹⁶.

Από τον παραπάνω ορισμό αντιλαμβάνεται κανείς ότι γίνεται αναφορά σε στοιχεία που τονίζουν περισσότερο τη φύση του πρόσφυγα και όχι τόσο του μετανάστη, αποδεικνύοντας για μία ακόμα φορά την ασαφή φύση όχι μόνο του ορισμού των περιβαλλοντικών προσφύγων, αλλά και του ίδιου του όρου.

Νομική προστασία

Η ανάγκη να εξευρεθούν νέα νομικά μέσα για την προστασία των περιβαλλοντικών μεταναστών είναι μεγάλη, καθώς επί του παρόντος όσοι μεταναστεύουν για περιβαλλοντικούς λόγους κινδυνεύουν να μείνουν απροστάτευτοι ή να θεωρηθούν παράτυποι μετανάστες. Άλλωστε τα υφιστάμενα νομικά μέσα δεν επαρκούν, καθώς οι περιβαλλοντικοί μετανάστες έχουν διαφορετικά χαρακτηριστικά και ανάγκες από τους υπόλοιπους αναγκαστικούς μετανάστες, εκτός από τις περιπτώσεις που μπορούν να χρησιμοποιηθούν, όταν οι νομικές κατηγορίες στις οποίες βασίζονται, ισχύουν και για τους περιβαλλοντικούς μετανάστες. Κατ'επέκταση, η διεθνής κοινότητα, η ΕΕ και οι κυβερνήσεις οφείλουν να καθιερώσουν ειδικό νομικό πλαίσιο προστασίας για εκείνους που μεταναστεύουν για περιβαλλοντικούς λόγους, όπως είναι ο καθορισμός του περιεχομένου της αναγνωρίσιμης προστασίας και τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτή.

Ορισμένα μόνο κράτη, όπως η Σουηδία και η Φινλανδία, στην προσπάθειά τους να δώσουν λύσεις, παρέχουν αναγνώριση ασύλου ή ανθρωπιστικής προστασίας σε όσους δεν μπορούν να επιστρέψουν στη χώρα τους εξαιτίας φυσικών καταστροφών¹⁷.

¹⁶ International Organization for Migration, "Discussion note: Migration and the Environment", MC/INF/288, 94th Session, 2007, σ. 1-2.

¹⁷ [http://www.sameworld.eu/el/anakalypste-](http://www.sameworld.eu/el/anakalypste-to-ergo/perivallontikoi-metanastes)

Μορφές περιβαλλοντικής μετανάστευσης

Λαμβάνοντας υπόψη τον ορισμό που δόθηκε από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Μετανάστευσης για τον περιβαλλοντικό μετανάστη, μπορούμε να διαχωρίσουμε τις διάφορες μορφές μετανάστευσης, που προκαλούνται από τις επιπτώσεις της κλιματικής αλλαγής. Αρχικά, διακρίνουμε την προσωρινή από τη μόνιμη μετανάστευση. Η πρώτη μπορεί να αποτελεί αντίδραση σε μια ξαφνική καταστροφή, όπως έναν τυφώνα, μια θύελλα ή έναν σεισμό, που προκαλεί τη μετακίνηση των ανθρώπων. Στην περίπτωση αυτή, όταν περάσει η καταστροφή, οι άνθρωποι είναι διατεθειμένοι να επιστρέψουν στη χώρα καταγωγής τους για να ανακατασκευάσουν το κατεστραμμένο περιβάλλον τους. Στις περιπτώσεις που η καταστροφή είναι αργή (πλημμύρες, ξηρασίες ή ερημοποίηση) και έχει μακροπρόθεσμη επίπτωση στο περιβάλλον, ο πληθυσμός μπορεί να μετακινηθεί μόνιμα.

Στις περιπτώσεις που λόγω κλιματικών καταστροφών -φυσικής καταστροφής- (π.χ. τυφώνας) ένας πληθυσμός είναι αναγκασμένος να εγκαταλείψει επ' αόριστον τον τόπο διαβίωσής του, γίνεται λόγος για αναγκαστική μετανάστευση. Ενώ στα πλαίσια της στρατηγικής για προσαρμογή στην κλιματική αλλαγή, η μετακίνηση του πληθυσμού μπορεί να είναι εθελούσια.

Τέλος, παρατηρείται μία ακόμη κατηγορία, αυτής της εσωτερικής μετανάστευσης, κατά την οποία οι πληθυσμοί μετακινούνται εντός των συνόρων μιας χώρας, συνήθως από αγροτικές σε αστικές περιοχές¹⁸.

Παράγοντες της περιβαλλοντικής μετανάστευσης

Ο αριθμός των περιβαλλοντικών προσφύγων ανερχόταν σε 25 εκατομμύρια στα μέσα της δεκαετίας του 1990, το 2010 ανερχόταν σε 50 και μέχρι το 2050 ο αριθμός των προσώπων που θα πληγούν από φυσικές καταστροφές θα ανέλθει στα 200 περίπου εκατομμύρια κατοίκους¹⁹. Ωστόσο, η διεθνής κοινότητα δυσκολεύεται να προσδιορίσει με ακρίβεια και με ποια κριτήρια ποιός είναι ο ακριβής αριθμός αυτών των προσώπων, αλλά και

[to-ergo/perivallontikoi-metanastes](http://www.sameworld.eu/el/anakalypste-to-ergo/perivallontikoi-metanastes)

¹⁸ <http://www.sameworld.eu/el/anakalypste-to-ergo/perivallontikoi-metanastes>

¹⁹ N. Myers, Environmental Refugees, Population and Environment, 1997, σ. 167-8

την προέλευση των καταστροφών. Εάν, δηλαδή, προέρχονται αποκλειστικά από την κλιματική αλλαγή, από μακροχρόνιες κλιματικές διαδικασίες (π.χ. ερημοποίηση, ξηρασία, λιώσιμο των πάγων, η άνοδος της στάθμης των υδάτων) ή από κλιματικά γεγονότα όπως τυφώνες, τσουνάμι και πλημμύρες. Επίσης, έχει διατυπωθεί και η πρόγνωση κατά την οποία στο μέλλον πολύ περισσότερα άτομα θα είναι αναγκασμένα να εκτοπιστούν, ενώ ορισμένοι από αυτούς θα αναγκαστούν να εγκαταλείψουν τη χώρα τους λόγω κοινωνικών ταραχών εξαιτίας της κλιματικής αλλαγής²⁰.

Συμπεράσματα

Αναμφισβήτητα, κατά τα τελευταία χρόνια, οι περιβαλλοντικές αλλαγές ως αιτία μετανάστευσης βρίσκονται στο επίκεντρο των διεθνών συζητήσεων. Κοινός τόπος αυτών των συζητήσεων, είναι και

ο σημαντικός ρόλος των ανεπτυγμένων κρατών μέσω των χρηματοδοτήσεων και της λήψης μέτρων με απώτερο σκοπό τον μετριασμό των επιπτώσεων της κλιματικής αλλαγής. Τέλος, επιτακτική φαίνεται η ανάγκη, η διεθνής κοινότητα να ορίσει άμεσα νομικό πλαίσιο για τους περιβαλλοντικούς πρόσφυγες, αρχικά με την διεθνή αναγνώριση του ζητήματος και μετέπειτα με την επεξεργασία των κριτηρίων και των κατηγοριών των περιβαλλοντικών προσφύγων, ούτως ώστε να παρέχεται σε αυτούς πραγματική νομική προστασία, εν όψει μάλιστα της μεγάλης προσφυγικής κρίσης που προμηνύεται.

²⁰ UN General Assembly, Report of the UNHCR concerning the period from 1 January 2007 to 30 June 2008, 63rd Session - Supplement no. 12, 2008, σ. 1

Αναγκαστικές Εξαφανίσεις: Ορισμός, Ιστορική Αναδρομή και Νομική Απαγόρευση

Ζαρογιάννη Φωτεινή & Σαλονικίδης Παύλος
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ & 4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Παρόλο που περιπτώσεις αναγκαστικής εξαφάνισης υπήρξαν τόσο στην Ναζιστική Γερμανία, όσο και στη Γουατεμάλα κατά τη δεκαετία του 1960¹, οι αναγκαστικές εξαφανίσεις χαρακτηρίστηκαν ως πρόβλημα σχετικό με τα ανθρώπινα δικαιώματα τη δεκαετία του 1970».

Ορισμός εγκλήματος

Ως «αναγκαστική εξαφάνιση» θεωρείται η σύλληψη, η κράτηση, η αρπαγή ή οποιαδήποτε άλλη μορφή στέρησης της ελευθερίας από όργανα του Κράτους ή από πρόσωπα ή ομάδες προσώπων που ενεργούν με την άδεια, υποστήριξη ή συναίνεση του Κράτους, η οποία ακολουθείται από άρνηση παραδοχής της στέρησης της ελευθερίας ή από απόκρυψη της τύχης ή του τόπου όπου βρίσκεται το εξαφανισμένο πρόσωπο, κάτι το οποίο θέτει ένα τέτοιο πρόσωπο εκτός της προστασίας του νόμου².

Ο ως άνω αναφερόμενος ορισμός του εγκλήματος περιλαμβάνεται στο δεύτερο Άρθρο της Διεθνούς Σύμβασης για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση. Βασικά στοιχεία του εν λόγω εγκλήματος είναι, μεταξύ άλλων, τα εξής: η ιδιότητα των δραστών και των θυμάτων και η ιδιαίτερη προϋπόθεση της άρνησης παραδοχής τέλεσης του εγκλήματος από τον δράστη.

Πιο συγκεκριμένα, η ιδιότητα του δράστη μπορεί να αποδοθεί στα όργανα του εκάστοτε κρατικού μηχανισμού (λόγου χάρη στα σώματα ασφαλείας, στις μυστικές υπηρεσίες ή ακόμα και στους

υπαλλήλους σωφρονιστικών καταστημάτων). Δράστης ενδέχεται να θεωρηθεί και παρακρατική ομάδα ή πρόσωπο που ενεργεί κάτω από την «κρατική ομπρέλα», δηλαδή, είτε όταν δρα με την υποστήριξη ή την άδεια του Κράτους, είτε όταν διαθέτει την συναίνεση του τελευταίου. Χαρακτηριστικά παραδείγματα τέτοιων ομάδων αποτελούν παραστρατιωτικές ή εγκληματικές οργανώσεις³. Άξιο αναφοράς είναι το γεγονός ότι τελευταία παρατηρείται μια αύξηση περιπτώσεων εξαφανίσεων τελεσθέντων από τέτοιους δρώντες⁴.

Εν συνεχεία, η ιδιότητα του θύματος προκύπτει από το Άρθρο 24 παρ. 1 της προαναφερθείσας Διεθνούς Σύμβασης. Με το εν λόγω Άρθρο αναγνωρίζονται δύο διακριτές κατηγορίες θυμάτων: αυτή των ατόμων που υπόκεινται τα ίδια στην αναγκαστική εξαφάνιση και αυτή των ατόμων που έχουν υποστεί κάποια βλάβη ως άμεσο αποτέλεσμα μιας αναγκαστικής εξαφάνισης. Η δεύτερη κατηγορία περιλαμβάνει κυρίως συγγενικά πρόσωπα των

³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Enforced disappearances: "Let's stop pretending it's an issue of the past", Διαθέσιμο στο: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16636&LangID=E>

⁴ United Nations, Amid Growing Use of Enforced Disappearances by Non-State Actors, Secretary-General Urges Prompt Action in Message on International Day Commemorating Victims, Διαθέσιμο στο: <https://www.un.org/press/en/2015/sgsm17038.doc.htm>

¹ Carrie Booth Walling και Susan Waltz, Human Rights: From Practice to Policy, Διαθέσιμο στο: <http://humanrightshistory.umich.edu/files/2012/07/Zalquette1.pdf>

² Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

αναγκαστικά εξαφανισθέντων, δεδομένης της συνήθους - ψυχολογικής, οικονομικής και της εν γένει - αλληλεξάρτησης των προσώπων αυτών με το θύμα ⁵. Η κατηγοριοποίηση αυτή είναι ιδιαίτερα σημαντική, καθώς επιτρέπει την επέκταση της ιδιότητας του θύματος και σε άλλα άτομα πέραν του εξαφανισθέντος, γεγονός που αποδίδει και σε αυτά τα δικαιώματα και τις αξιώσεις που περιέχονται στις παραγράφους 2 (γνώση της αλήθειας) και 5 (επανόρθωση) του παραπάνω Άρθρου 24.

Ως τελευταίο ιδιαίτερο χαρακτηριστικό επισημαίνεται το γεγονός πως στην αντικειμενική υπόσταση του υπό ανάλυση εγκλήματος περιέχεται και η μη παραδοχή από πλευράς του δράστη της ανάμειξης του στην στέρηση της ελευθερίας του εξαφανισθέντος, πολλώ δε μάλλον η άρνηση παροχής πληροφοριών σε σχέση με τον τόπο κράτησής του θύματος και της τύχης του γενικότερα. Μέσω της άρνησης αυτής παραβιάζεται, μεταξύ άλλων, το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη και το δικαίωμα σε επαρκή γνώση και πληροφόρηση επί των στοιχείων της σύλληψης και κράτησης του ατόμου ⁶, τα οποία κατοχυρώνονται και με το Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα ⁷.

Ορισμός δικαιώματος μη υπαγωγής σε αναγκαστική εξαφάνιση

Η εν λόγω Διεθνής Σύμβαση ακολουθεί ένα αρκετά ιδιαίτερο σύστημα προστασίας όλων των προσώπων από αναγκαστική εξαφάνιση, παραθέτοντας τόσο τον ορισμό του ίδιου του εγκλήματος, όσο και του δικαιώματος μη υπαγωγής σε αυτό, το οποίο κατοχυρώνεται στο Άρθρο 1 παρ. 1 της Σύμβασης ⁸. Το εν λόγω δικαίωμα μη υπαγωγής παρουσιάζεται ως απόλυτο δικαίωμα, αφού δεν υπάρχουν περιθώρια μη εφαρμογής του ⁹. Ο απόλυτος χαρα-

κτήρας του δικαιώματος τονίζεται από την ίδια την φραστική διατύπωση του όλου άρθρου, δηλαδή από τη χρήση της φράσης «κανείς δεν υπόκειται». Η δεύτερη παράγραφος του άρθρου συμπληρώνει τον απόλυτο χαρακτήρα του δικαιώματος, καθώς υπογραμμίζει ότι η αναγκαστική εξαφάνιση δεν δικαιολογείται και δεν γίνεται ανεκτή σε καμία περίπτωση, ακόμα και αν αυτή έχει τόσο έκτακτο χαρακτήρα όσο μια κατάσταση πολέμου ¹⁰.

Αποτελέσματα του εγκλήματος

Με στόχο την καλύτερη κατανόηση του ίδιου του εγκλήματος, αλλά και του απώτερου σκοπού του, καθίσταται αναγκαία η απαρίθμηση των επιπτώσεων του. Αρχικά, αυτονόητη είναι η ύπαρξη ποικίλων συνεπειών στο πρόσωπο του ίδιου του εξαφανισθέντος. Ενδεικτικά αναφέρεται η παραβίαση δικαιωμάτων, όπως της ζωής, της δίκαιης δίκης, καθώς και της ατομικής ελευθερίας και ασφάλειας του προσώπου ¹¹. Επίσης, δεδομένης της απόδοσης της ιδιότητας του θύματος και σε πρόσωπα που βλάπτονται άμεσα από την εξαφάνιση, όπως αναλύθηκε παραπάνω, οφείλουμε να επισημάνουμε και τις ψυχολογικές και οικονομικές συνέπειες που αυτά υφίστανται. Για παράδειγμα, δεδομένου του ότι σε μεγάλο αριθμό εξαφανίσεων ο εξαφανισθείς αποτελεί τον προστάτη της οικογένειας, η απώλειά του, ακόμα και η προσωρινή, είναι επόμενο να επιφέρει δυσκολίες στην ανεύρεση οικονομικών πόρων και στην κατ'επέκταση επιβίωση της οικογένειας ¹². Ο αντίκτυπος των αναγκαστικών εξαφανίσεων, ωστόσο, δεν εξαντλείται στο ατομικό και οικογενειακό επίπεδο ¹³. Το ευρύτερο κοινωνικό σύνολο δεν μένει ανεπηρέαστο, αν ληφθεί υπόψιν το γεγονός ότι το υπό συζήτηση έγκλημα έχει χρησιμοποιηθεί σχεδόν αποκλειστικά από ανελεύθερα

⁵ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁶ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Enforced or Involuntary Disappearances - Fact Sheet 6/Rev.3, Διαθέσιμο στο: <http://www.un.org/en/events/disappearancesday/pdf/FactSheet6Rev3.pdf>

⁷ Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα

⁸ Παρασκευή Νάσκου-Περράκη, Δικαιώματα του Ανθρώπου Παγκόσμια και Περιφερειακή Προστασία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σελίδα 385-386.

⁹ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων

των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

¹⁰ Παρασκευή Νάσκου-Περράκη, Δικαιώματα του Ανθρώπου Παγκόσμια και Περιφερειακή Προστασία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σελίδα 385-386.

¹¹ United Nations, Enforced Disappearances, Διαθέσιμο στο: <http://www.un.org/en/events/disappearancesday/background.shtml>

¹² Amnesty International, Disappearances, Διαθέσιμο στο: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/disappearances/>

¹³ Amnesty International, Disappearances, Διαθέσιμο στο: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/disappearances/>

ή καταπιεστικά καθεστώτα στο πλαίσιο πρακτικών εκφοβισμού και δημιουργίας κλίματος ανασφάλειας ¹⁴. Η απειλή τυχόν εξαφάνισης, αλλά και η ίδια η τέλεση ενός τέτοιου εγκλήματος είναι λογικό να προκαλέσει αισθήματα φόβου στους πολίτες και, κατ'επέκταση, να επηρεάσει την συμπεριφορά τους. Εν συνόλω, οι αναγκαστικές εξαφανίσεις παραβιάζουν δικαιώματα που κατοχυρώνονται, μεταξύ άλλων, στο Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα ¹⁵, στο Διεθνές Σύμφωνο για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Μορφωτικά Δικαιώματα ¹⁶, και στην Οικουμενική Διακήρυξη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου ¹⁷.

Ιστορική αναδρομή

Καταρχάς, απαραίτητη προβάλλει η εξής διευκρίνιση. Παρά το γεγονός ότι ένας αποδεκτός ορισμός του εγκλήματος της αναγκαστικής εξαφάνισης καθιερώθηκε μετά από εικοσαετή τουλάχιστον ενασχόληση της διεθνούς κοινότητας με το ζήτημα, θεωρήθηκε προτιμότερο να προηγηθεί η παρουσίαση του ισχύοντος ορισμού, προκειμένου να επιτευχθεί η πληρέστερη κατανόηση του ζητήματος.

Παρόλο που περιπτώσεις αναγκαστικής εξαφάνισης υπήρξαν τόσο στην Ναζιστική Γερμανία, όσο και στη Γουατεμάλα κατά τη δεκαετία του 1960 ¹⁸, οι αναγκαστικές εξαφανίσεις χαρακτηρίστηκαν ως πρόβλημα σχετικό με τα ανθρώπινα δικαιώματα τη δεκαετία του 1970. Στην εξέλιξη αυτή πρωταγωνιστικό ρόλο διαδραμάτισαν τα τότε τεκταινόμενα στη Χιλή και στην Αργεντινή ¹⁹. Στις χώρες αυτές

της Λατινικής Αμερικής, τα δικτατορικά καθεστώτα, που επικράτησαν στις αρχές του 1970, υιοθέτησαν την πρακτική των συστηματικών αναγκαστικών εξαφανίσεων. Η πρακτική αυτή αποτελούσε μέρος του ευρύτερου σχεδίου τους περί κατατρόπωσης πολιτικών αντιπάλων και κάθε αντικαθεστωτικής κίνησης ²⁰. Άξιο αναφοράς είναι και το ότι το κατηγορητήριο του Pinochet στη Χιλή περιστρεφόταν γύρω από κατηγορίες για αναγκαστικές εξαφανίσεις, αφού η «μυστική» του αστυνομία θεωρείται υπεύθυνη για χιλιάδες από αυτές ²¹. Φυσικά, το πρόβλημα δεν περιοριζόταν σε αυτές τις χώρες. Ανάλογες πρακτικές εντοπιζόνταν και στις Φιλιππίνες, στο Ελ Σαλβαντόρ, στη Σρι Λάνκα, στη Συρία και αλλού ²².

Η διεθνής κοινότητα, λοιπόν, άρχισε να ασχολείται πιο συστηματικά με το όλο ζήτημα, με τα Κράτη Μέλη του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών να εκφράζουν στο Ψήφισμα 33/173 το 1978 ιδιαίτερη ανησυχία λόγω αναφορών περί αναγκαστικών εξαφανίσεων από διάφορα μέρη του κόσμου ²³. Στις 29 Φεβρουαρίου 1980, η Υπο-Επιτροπή του ΟΗΕ για την Προώθηση και Προστασία των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων δημιούργησε - μέσω του Ψηφίσματος 20 (XXXVI) ²⁴ - μια Ομάδα Εργασίας για τις

μο στο: <http://humanrightshistory.umich.edu/files/2012/07/Zalquette1.pdf>

²⁰ Human Rights History, Enforced Disappearances, Διαθέσιμο στο: <http://humanrightshistory.umich.edu/problems/disappearances/>

²¹ Η Μηχανή του Χρόνου, «DINA. Η μυστική αστυνομία του Πινοσέτ. Απήγαγε, βασάνιζε, σκότωνε και πέταγε από ελικόπτερα τα πτώματα των αγωνιστών στον ωκεανό...», Διαθέσιμο στο: <http://www.mixanitouxronou.gr/dina-i-mistiki-astinomias-tou-pinoset-apigage-vasanize-skotone-ke-petage-apo-elikoptera-ta-ptomata-ton-agoniston-ston-okeano/>

²² Human Rights History, Enforced Disappearances, Διαθέσιμο στο: <http://humanrightshistory.umich.edu/problems/disappearances/>

²³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Enforced or Involuntary Disappearances - FactSheet 6/Rev.3, Διαθέσιμο στο: <http://www.un.org/en/events/disappearancesday/pdf/FactSheet6Rev3.pdf>

²⁴ United Nations Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of

¹⁴ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Enforced or Involuntary Disappearances - Fact Sheet 6/Rev.3, Διαθέσιμο στο: <http://www.un.org/en/events/disappearancesday/pdf/FactSheet6Rev3.pdf>

¹⁵ Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα

¹⁶ Διεθνές Σύμφωνο για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Μορφωτικά Δικαιώματα

¹⁷ Οικουμενική Διακήρυξη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

¹⁸ Carrie Booth Walling και Susan Waltz, Human Rights: From Practice to Policy, Διαθέσιμο στο: <http://humanrightshistory.umich.edu/files/2012/07/Zalquette1.pdf>

¹⁹ Carrie Booth Walling και Susan Waltz, Human Rights: From Practice to Policy, Διαθέσι-

Αναγκαστικές Εξαφανίσεις, με αποστολή την εξέταση σχετικών ζητημάτων²⁵. Παρά το γεγονός πως η Ομάδα δημιουργήθηκε αρχικά για ένα χρόνο, ο ΟΗΕ με διαδοχικά Ψηφίσματα έχει παρατείνει τη διάρκεια ζωής της, με το πιο πρόσφατο να υιοθετείται τον Σεπτέμβριο του 2017 και να την παρατείνει για τρία ακόμα χρόνια²⁶. Το ενδιαφέρον της διεθνούς κοινότητας, ωστόσο, επεκτάθηκε πέρα από τις δυνατότητες της Ομάδας Εργασίας, γεγονός που οδήγησε στην υιοθέτηση, στις 18 Δεκεμβρίου 1992, από τη Γενική Συνέλευση των Ηνωμένων Εθνών του Ψηφίσματος 47/133 ή, με άλλα λόγια, της Διακήρυξης για την Προστασία όλων των Προσώπων από την Αναγκαστική Εξαφάνιση²⁷.

Όπως αναφέρθηκε προηγουμένως, η Λατινική Αμερική αποτέλεσε το επίκεντρο της προσοχής σχετικά με το συγκεκριμένο έγκλημα. Αυτή η παρατήρηση δικαιολογεί και την υιοθέτηση από τον Οργανισμό Αμερικανικών Κρατών το 1994 και η θέση σε ισχύ το 1996 της Διαμερικανικής Σύμβασης για την Αναγκαστική Εξαφάνιση των Ατόμων²⁸, η οποία κινείται στο ίδιο επίπεδο με τη προαναφερθείσα διακήρυξη²⁹. Χαρακτηριστική υπόθεση που απασχόλησε το Αμερικανικό Δικαστήριο Δικαι-

ωμάτων του Ανθρώπου πριν την θεσμοθέτηση της Διαμερικανικής Σύμβασης αποτελεί η *Velasquez Rodriguez* κατά Ονδούρων, το 1988³⁰.

Αρκετά χρόνια αργότερα, το 2002, με τη θέση σε ισχύ του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου της Χάγης, για το οποίο θα γίνει περαιτέρω αναφορά σε επόμενο κεφάλαιο, η αναγκαστική εξαφάνιση συμπεριλήφθηκε στον κατάλογο των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας³¹. Με αυτό τον τρόπο, δόθηκε μία ιδιαίτερη ώθηση για τη δημιουργία ξεχωριστής Συνθήκης για το έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης.

Στις 23 Δεκεμβρίου του 2010, τέθηκε σε ισχύ, η υπογεγραμμένη από 20 Δεκεμβρίου 2006, Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Ατόμων από Αναγκαστική Εξαφάνιση. Στο πρώτο μέρος της Σύμβασης αναλύονται μεταξύ άλλων ο ορισμός του εγκλήματος και του δικαιώματος μη υπαγωγής σε αναγκαστική εξαφάνιση που έχουν επισημανθεί εξονυχιστικά παραπάνω. Το δεύτερο μέρος της Σύμβασης αφορά τη δημιουργία Επιτροπής για τις Αναγκαστικές Εξαφανίσεις. Αυτός ο μηχανισμός ελέγχου εφαρμογής των συμφωνημένων, δηλαδή η Επιτροπή, αποτελείται από 10 εμπειρογνώμονες, πολίτες των Κρατών Μερών της Σύμβασης³². Οι εμπειρογνώμονες εκλέγονται από τα κράτη μέρη και υπάρχει πρόβλεψη για δίκαιη γεωγραφική κατανομή των εκλεγμένων κατά τα πρότυπα άλλων διεθνών οργάνων, όπως του Διεθνούς Δικαστηρίου Δικαιοσύνης³³.

Ενώπιον της Επιτροπής Ελέγχου ή Εργασίας, όπως προτιμάται σε αρκετά κείμενα, μπορεί να κατατεθεί, κατά το Άρθρο 30 της Σύμβασης, αίτημα αναζήτησης και ανεύρεσης ενός προσώπου που έχει εξαφανισθεί³⁴, ενώ σύμφωνα με το Άρθρο 32, παρέχεται η δυνατότητα διακρατικής προσφυγής. Κάθε Κράτος Μέρος της Σύμβασης υποχρεούται, βάσει του Άρθρου 29, να καταθέτει ενώπιον της

Human Rights, Resolution 20 (XXXVI), Διαθέσιμο στο: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/E-CN.4-RES-1980-20_XXXVI.pdf

²⁵ Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, Διαθέσιμο στο: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>

²⁶ Human Rights Council, A/HRC/RES/36/6, Διαθέσιμο στο: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/295/97/PDF/G1729597.pdf?OpenElement>

²⁷ Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights, Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, Διαθέσιμο στο: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/EnforcedDisappearance.aspx>

²⁸ Organization of American States, Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, Διαθέσιμο στο: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>

²⁹ *Carrie Booth Walling* και *Susan Waltz*, Human Rights: From Practice to Policy, Διαθέσιμο στο: <http://humanrightshistory.umich.edu/files/2012/07/Zalquette1.pdf>

³⁰ *Παρασκευή Νάσκου-Περράκη*, Δικαιώματα του Ανθρώπου Παγκόσμια και περιφερειακή προστασία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σελίδα 381

³¹ Rome Statute of the International Criminal Court

³² *Παρασκευή Νάσκου-Περράκη*, Δικαιώματα του Ανθρώπου Παγκόσμια και περιφερειακή προστασία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σελίδα 391

³³ Καταστατικό Διεθνούς Δικαστηρίου Δικαιοσύνης

³⁴ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία όλων των προσώπων από την Αναγκαστική Εξαφάνιση

Επιτροπής ετήσια έκθεση για τα μέτρα που έχει λάβει προς υλοποίηση των υποχρεώσεων του, που πηγάζουν από την Σύμβαση ³⁵. Αρκετά σημαντικό, ως προς το περιθώριο ενεργειών και κινήσεων της Επιτροπής, προβάλλει το Άρθρο 33, στο οποίο προβλέπεται η δυνατότητα επίσκεψης εμπειρογνομόνων σε Κράτος Μέρος σε περίπτωση που υπάρχουν αρκετές ενδείξεις διάπραξης από πλευράς κράτους του εγκλήματος της αναγκαστικής εξαφάνισης. Βέβαια, πρέπει να σημειωθεί πως αυτή η επίσκεψη μπορεί να πραγματοποιηθεί μόνο με την συγκατάθεση του προαναφερθέντος Κράτους Μέρους ³⁶.

Νομική Απαγόρευση

Διεθνής Νομική Απαγόρευση

Η στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της αναγκαστικής εξαφάνισης σε διεθνές επίπεδο προβλέπεται, αρχικά, από τη Διεθνή Σύμβαση, όπως αυτή αναλύθηκε παραπάνω. Ενώ στο Άρθρο 1 και στο Άρθρο 2 περιλαμβάνονται οι ορισμοί του δικαιώματος μη υπαγωγής και του εγκλήματος αντιστοίχως, στο Άρθρο 4 περιλαμβάνεται η υποχρέωση των Κρατών να προβλέψουν την τιμωρία του εγκλήματος στην δική τους εθνική ποινική νομοθεσία. Γίνεται, λοιπόν, εδώ ρητή παραπομπή στην εθνική νομική απαγόρευση. Παράλληλα, στο Άρθρο 5, η αναγκαστική εξαφάνιση χαρακτηρίζεται ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας, εφόσον γίνεται με ευρεία και συστηματική πρακτική ³⁷. Στο τελευταίο αυτό Άρθρο γίνεται ρητή αναφορά στο εφαρμοστέο για εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας διεθνές δίκαιο, γεγονός που μας παραπέμπει στο Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου.

Το Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, που υπογράφηκε στη Ρώμη το 1998 και τέθηκε σε ισχύ το 2002 ³⁸, αποτελεί το δεύτερο

στοιχείο της διεθνούς νομικής απαγόρευσης της αναγκαστικής εξαφάνισης. Ειδικότερα, με το Άρθρο 7 παρ.1 στοιχείο θ του Καταστατικού, το υπό εξέταση έγκλημα εντάσσεται στα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, ενώ στο Άρθρο 7 παρ.2 στοιχείο θ παρατίθεται ο ορισμός της αναγκαστικής εξαφάνισης ³⁹. Διαφοροποιήσεις μεταξύ των ορισμών της Διεθνούς Συνθήκης δεν παρατηρούνται σε γενικές γραμμές. Ωστόσο, οι παρακάτω παρατηρήσεις είναι απαραίτητες.

Για να χαρακτηριστεί η αναγκαστική εξαφάνιση έγκλημα κατά της ανθρωπότητας στο πλαίσιο του Άρθρου 7, πρέπει να συντρέχουν και όλες οι προϋποθέσεις που περιέχονται στην παρ. 1 του αυτού Άρθρου. Η παράγραφος αυτή καθιερώνει ένα πλαίσιο προϋποθέσεων, των λεγόμενων «προϋποθέσεων καπέλο» (“chapeau requirements”), οι οποίες πρέπει να συντρέχουν σε κάθε περίπτωση τέλεσης ενός από τα εγκλήματα του Άρθρου 7, προκειμένου να καταστεί επιτρεπτή η εξέταση των εγκλημάτων αυτών ως εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας από το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο ⁴⁰. Πρέπει, δηλαδή, κάθε έγκλημα κατά το Άρθρο 7 να διαπράττεται ως μέρος ευρείας και συστηματικής επίθεσης που κατευθύνεται κατά οποιουδήποτε άμαχου πληθυσμού, εν γνώσει αυτής της επίθεσης. Ιδιαίτερα σημαντικό είναι το ότι η επίθεση αυτή, ο ορισμός της οποίας παρατίθεται στο στοιχείο α της δεύτερης παράγραφο του Άρθρου 7 του Καταστατικού, πρέπει να τελείται στο πλαίσιο ή να εξυπηρετεί ένα κρατικό σχέδιο, μια κρατική πολιτική, ή ένα σχέδιο, μια πολιτική, ενός «οργανισμού» ⁴¹.

Τέλος, ο κατ’ Άρθρο 7 παρ.2 στοιχείο θ’ ορισμός του Καταστατικού αναφέρει ότι το έγκλημα τελείται

http://www.unhcr.org/refugees/article.php?option=com_content&view=article&id=23&Itemid=35

³⁹ Rome Statute of the International Criminal Court

⁴⁰ *Gabriel Webber Ziero*, The crime of enforced disappearance under the Rome Statute, Διαθέσιμο στο: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=522065105106083108102015126107065096057025068011086037123100092023122124112127003028119028004057029100116101021065078116121006111035004047048071087067113021111098112059047066099102089123001023105109020083029097069108125093083000121118007099119101002115&EXT=pdf>

⁴¹ Rome Statute of the International Criminal Court

³⁵ Παρασκευή Νάσκου-Περράκη, Δικαιώματα του Ανθρώπου Παγκόσμια και περιφερειακή προστασία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σελίδα 392

³⁶ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία όλων των προσώπων από την Αναγκαστική Εξαφάνιση, Διαθέσιμο στο <http://www.opengov.gr/ministryofjustice/?p=556>

³⁷ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

³⁸ Περιφερειακό κέντρο πληροφόρησης των Ηνωμένων Εθνών, Το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο, Διαθέσιμο στο: <https://www.unric.org/el/index>

με την έγκριση, υποστήριξη ή συναίνεση τόσο του Κράτους - ορθότερα, του κρατικού μηχανισμού - όσο και κάποιου «πολιτικού οργανισμού»⁴². Από την εν λόγω διάταξη του Καταστατικού προκύπτει, λοιπόν, το γεγονός πως η αναγκαστική εξαφάνιση ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας μπορεί να στοιχειοθετηθεί ακόμα και αν τελεστεί από δράστες, όχι στο πλαίσιο ενός σχετικού κρατικού σχεδίου, αλλά στο πλαίσιο ενός σχεδίου προερχόμενου από έναν «πολιτικό οργανισμό», με την προϋπόθεση πάντα ότι ο φυσικός δράστης γνωρίζει ότι τελεί την πράξη του στο πλαίσιο αυτό⁴³. Το κατά πόσο μια ομάδα αποτελεί έναν τέτοιο «οργανισμό» το Δικαστήριο το κρίνει κατά περίπτωση, ενώ το ίδιο έχει διατυπώσει στοιχεία που λαμβάνει υπόψιν για έναν τέτοιο χαρακτηρισμό στην Υπόθεση της Κένυας⁴⁴. Ο οργανισμός αυτός, πάντως, δεν δρα στο όνομα ή υπό την άμεση ή έμμεση υποστήριξη, συναίνεση ή έγκριση του Κράτους. Αντιθέτως, όπως τόνισε το Προδικαστικό Τμήμα του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου και πάλι στην υπόθεση της Κένυας⁴⁵, ένας τέτοιος μη-συνδεδεμένος με κανένα τρόπο με Κράτος οργανισμός μπορεί από μόνος του να οργανώ-

σει και να φέρει εις πέρας ένα σχέδιο ευρείας και συστηματικής επίθεσης κατά άμαχου πληθυσμού.

Νομική Απαγόρευση στον Ελληνικό Ποινικό Κώδικα

Η Ελλάδα προχώρησε στην κύρωση του προαναφερθέντος Καταστατικού⁴⁶ με τον Νόμο 3003/2002⁴⁷, ενώ με τον Νόμο 3948/2011 ενσωμάτωσε τις διατάξεις του Καταστατικού αυτού στην ελληνική νομοθεσία⁴⁸. Αναγνώρισε, με αυτόν τον τρόπο, την ύπαρξη του εγκλήματος της αναγκαστικής εξαφάνισης ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας εφόσον συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις⁴⁹.

Η Ελλάδα υπέγραψε, επίσης, τη Διεθνή Σύμβαση για την Προστασία όλων των Προσώπων από την Αναγκαστική Εξαφάνιση την 01.10.2008, ενώ προέβη στην κύρωσή της με τον Νόμο 4268/2014 που φέρει τον τίτλο «Κύρωση της Διεθνούς Σύμβασης για την προστασία όλων των προσώπων από αναγκαστική εξαφάνιση και προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας και άλλες διατάξεις»⁵⁰.

Πιο συγκεκριμένα, από το Άρθρο 4 της Διεθνούς Σύμβασης προκύπτει η υποχρέωση της χώρας να θεσπίσει σχετική ποινική ρύθμιση που να καθιστά την αναγκαστική εξαφάνιση ποινικό αδίκημα⁵¹. Η

⁴² Gabriella Citroni, Op-ed: Enforced Disappearance as a human rights violation and an international crime, Διαθέσιμο στο: <http://blog.casematrixnetwork.org/toolkits/eventsnews/op-eds/enforced-disappearance/>

⁴³ Gabriel Webber Ziero, The crime of enforced disappearance under the Rome Statute, Διαθέσιμο στο: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=522065105106083108102015126107065096057025068011086037123100092023122124112127003028119028004057029100116101021065078116121006111035004047048071087067113021111098112059047066099102089123001023105109020083029097069108125093083000121118007099119101002115&EXT=pdf>

⁴⁴ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, παρ. 93, Διαθέσιμο στο:

<https://www.legal-tools.org/doc/338a6f/pdf/>

⁴⁵ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, παρ. 92-93, Διαθέσιμο στο:

<https://www.legal-tools.org/doc/338a6f/pdf/>

⁴⁶ Rome Statute of the International Criminal Court

⁴⁷ Υπουργείο Δικαιοσύνης, Νόμος 3003/2002 «Κύρωση του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου», Διαθέσιμο στο: <http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=44807ojhqGY%3D&tabid=132>

⁴⁸ Υπουργείο Δικαιοσύνης, Νόμος 3948/2011 «Προσαρμογή των διατάξεων του εσωτερικού δικαίου προς τις διατάξεις του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου που κυρώθηκε με το ν. 3003/2002 (Α' 75)», Διαθέσιμο στο: <http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=Hjki7psuCt0%3D&tabid=132>

⁴⁹ Αντώνιος Κ. Αλαπάντας, Το νέο έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, Τεύχος 12

⁵⁰ Νόμος 4268/2014 «Κύρωση της Διεθνούς Σύμβασης για την προστασία όλων των προσώπων από αναγκαστική εξαφάνιση και προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας και άλλες διατάξεις», Διαθέσιμο στο: <http://www.publicrevenue.gr/elib/view?d=/gr/act/2014/4268/>

⁵¹ Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προ-

ελληνική Ειδική Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή, η οποία εν τέλει διαμόρφωσε το νομοσχέδιο ⁵² και - μετέπειτα - Νόμο 4268/2014, προέκρινε την επιλογή θέσπισης νέων άρθρων για το έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης αμέσως μετά από αυτό για την αρπαγή (Άρθρο 322 ΠΚ). Η λύση αυτή επιλέχθηκε λόγω της ομοιότητας μεταξύ των δύο εγκλημάτων, αλλά και του στενότερου ως προς το υποκείμενο και διαφοροποιημένου ως προς την αντικειμενική υπόσταση χαρακτήρα της αναγκαστικής εξαφάνισης ⁵³. Τα νέα αυτά Άρθρα είναι τα 322Α ΠΚ, 322Β ΠΚ και 322Γ ΠΚ.

Το 322Α ΠΚ περιέχει την απειλούμενη ποινή του εγκλήματος - κάθειρξη - στην πρώτη παράγραφο, ενώ στην δεύτερη παρατίθεται ο ορισμός της αναγκαστικής εξαφάνισης. Ο ορισμός είναι από κάθε άποψη πιστός προς τη διάταξη της Διεθνούς Σύμβασης και, με βάση αυτόν, το εν λόγω έγκλημα διαθέτει τα εξής χαρακτηριστικά: είναι γνήσιο ιδιαίτερο, διαρκείας (βλέπε Άρθρο 8 παρ. 1 περ. β της Διεθνούς Σύμβασης ⁵⁴), απλό, ενέργειας, γνήσιο πολύτροπο, ουσιαστικό (αποτελέσματος), βλάβης, μη πολιτικό (βλέπε Άρθρο 13 παρ.1 της Διεθνούς Σύμβασης ⁵⁵) και κακούργημα ⁵⁶. Πιο συγκεκριμένα, γνήσιο ιδιαίτερο είναι το έγκλημα του οποίου η αντικειμενική υπόσταση πληρείται και το αξιόποιο θεμελιώνεται μόνο εφόσον ο αυτουργός έχει συγκεκριμένη ιδιότητα ή τελεί σε συγκεκριμένη σχέση με άλλο πρόσωπο (εδώ όργανα του Κράτους ή πρόσωπα που τελούν σε ορισμένη σχέση με αυτό), διαρκές είναι αυτό στο οποίο η διατήρηση της παράνομης κατάστασης, που προκλήθηκε από την τέλεσή του, πληροί την ίδια αντικειμενική υπόσταση με την εξ'αρχής τέλεσή του, ενώ το γνήσιο πολύτροπο έγκλημα μπορεί να τελεστεί με ένα ή περισσότερους τρόπους που αναφέρονται στο

σώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁵² Αντωνία Ξυνού, Κακούργημα η «αναγκαστική εξαφάνιση», Διαθέσιμο στο: <http://www.enet.gr/?i=news.el.article&id=427161>

⁵³ Αντώνιος Κ. Αλαπάντας, Το νέο έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, Τεύχος 12

⁵⁴ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁵⁵ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁵⁶ Αντώνιος Κ. Αλαπάντας, Το νέο έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, Τεύχος 12

νόμο ⁵⁷. Τέλος, απλό είναι το έγκλημα όπου αρκεί μια πράξη για την πλήρωση της αντικειμενικής του υπόστασης, αποτελέσματος είναι εκείνο που η αντικειμενική του υπόσταση δεν εξαντλείται σε μια συμπεριφορά αλλά προϋποθέτει και μια επενέργεια επί υλικού αντικειμένου, ενώ βλάβης είναι εκείνο που προϋποθέτει βλάβη του εννόμου αγαθού κατά του οποίου στρέφεται ⁵⁸.

Στην τρίτη παράγραφο του Αρθρου, κατ'αντιστοιχία προς το Άρθρο 6 παρ.1 περ. β της Διεθνούς Σύμβασης, εξομοιώνεται με δράστη του εγκλήματος και ο ιεραρχικά ανώτερος του βασικού δράστη, εφόσον συντρέχουν οι παρατιθέμενες προϋποθέσεις. Άξιο αναφοράς είναι, ακόμη, το γεγονός πως, πέρα από την τέλεση του εγκλήματος, οι πράξεις της διαταγής, παραγγελίας, υποκίνησης, απόπειρας, συμμετοχής και συνέργειας στο έγκλημα (βλέπε Άρθρο 6 παρ. 1 περ. α της Διεθνούς Σύμβασης ⁵⁹) καλύπτονται από τις διατάξεις του Ποινικού Κώδικα για την απόπειρα και τη συμμετοχή, δηλαδή από τα Άρθρα 42 ΠΚ και 45-49 ΠΚ, ενώ ειδικά για την εντολή θα γίνει λόγος παρακάτω.

Στο 322Β ΠΚ παρατίθενται οι διακεκριμένες περιπτώσεις του εγκλήματος προς αντιστοιχία στο Άρθρο 7 παρ. 2 περ. β της Διεθνούς Σύμβασης ⁶⁰. Την πρώτη περίπτωση αποτελεί η εντολή προς τέλεση του εγκλήματος από προϊστάμενο, ενώ τη δεύτερη η τέλεση του εγκλήματος με θύματα εγκύους, ανήλικους ή άτομα με αναπηρία ποσοστού από 67% και άνω. Το τρίτο στοιχείο, τέλος, αναφέρεται στην περίπτωση της βαριάς σωματικής βλάβης του θύματος, αποτελώντας, έτσι, ένα εκ του αποτελέσματος διακρινόμενο έγκλημα. Και στις τρεις αυτές περιπτώσεις το ελάχιστο όριο ποινής αυξάνεται από

⁵⁷ Άρτεμις Τρίκη, Γενικό Ποινικό Δίκαιο, Διαθέσιμο στο: <http://www.nomothesia.net/wp-content/uploads/2016/02/%CE%93%CE%B5%CE%BD%CE%B9%CE%BA%CF%8C-%CE%A0%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CE%B9%CE%BA%CF%8C-%CE%94%CE%AF%CE%BA%CE%B1%CE%B9%CE%BF-1.pdf>

⁵⁸ Άρτεμις Τρίκη, Γενικό Ποινικό Δίκαιο, Διαθέσιμο στο: <http://www.nomothesia.net/wp-content/uploads/2016/02/%CE%93%CE%B5%CE%BD%CE%B9%CE%BA%CF%8C-%CE%A0%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CE%B9%CE%BA%CF%8C-%CE%94%CE%AF%CE%BA%CE%B1%CE%B9%CE%BF-1.pdf>

⁵⁹ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁶⁰ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

5 σε 10 έτη κάθειρξη. Στη δεύτερη παράγραφο του ίδιου Άρθρου, κρίθηκε απαραίτητο από την Επιτροπή να συμπεριληφθεί, ως εκ του αποτελέσματος διακρινόμενο έγκλημα κατά το Άρθρο 29 ΠΚ, η περίπτωση του θανάτου του θύματος. Είναι απαραίτητο, όμως, ο θάνατος να επέρχεται ως άμεση συνέπεια της τέλεσης του βασικού εγκλήματος και ως προς αυτόν να υπάρχει αμέλεια, ενώ ως προς το βασικό έγκλημα εξακολουθεί να είναι απαραίτητος ο δόλος⁶¹. Σε αυτή την περίπτωση επιβάλλεται ισόβια κάθειρξη.

Στο 322Γ παρ. 1 ΠΚ αναφέρεται - κατ'αντιστοιχία προς το Άρθρο 7 παρ.2 περ. α της Διεθνούς Σύμβασης⁶² - η ελαφρυντική περίπτωση της συνεισφοράς στη διαλεύκανση του εγκλήματος από πρόσωπο που έχει εμπλακεί στην τέλεσή του. Η ρύθμιση αυτή εγείρει ορισμένα δικαιοκρατικά ζητήματα, αφού ουσιαστικά «επιβραβεύεται» αυτός που «προδίδει» στοιχεία του εγκλήματος στις αρχές, παρά το γεγονός ότι συμμετείχε και ο ίδιος στην τέλεσή του. Ωστόσο, θα μπορούσαμε να πούμε ότι η ρύθμιση καλώς στέκει, διότι προτάσσει την ανάγκη διαλεύκανσης του τελεσθέντος εγκλήματος και της, ενδεχόμενης, διάσωσης του θύματος έναντι της ηθικής, θα λέγαμε, αντιμετώπισης της παροχής βοήθειας προς τις αρχές από τον ίδιο το δράστη. Η τέταρτη παράγραφος περιέχει μια καθ'όλα σημαντική διάταξη, όπως άλλωστε προκύπτει και από το Άρθρο 8 της Διεθνούς Σύμβασης⁶³, δεδομένου του ότι το εν λόγω έγκλημα τελείται κατεξοχήν σε ανελεύθερα καθεστώτα και σε εν γένει ανώμαλες πολιτειακές περιόδους⁶⁴. Προβάλλει απαραίτητη, επομένως, η έναρξη της προθεσμίας παραγραφής από το σημείο αποκατάστασης της νόμιμης εξουσίας. Τέλος, η πέμπτη παράγραφος του Άρθρου προβλέπει - προς υλοποίηση του Άρθρου 24 παρ. 4 της Διεθνούς Σύμβασης⁶⁵ - την δυνατότητα του παθόντος να στραφεί για αποζημίωση για την υλι-

κή ή/και ηθική του βλάβη κατά του Δημοσίου και κατά του υπαίτιου, μεταξύ των οποίων γεννάται ευθύνη εις ολόκληρον⁶⁶.

Ωστόσο, όπως αναφέρθηκε και παραπάνω, η Επιτροπή προέβη και σε τροποποιήσεις ισχυουσών διατάξεων. Ειδικότερα, το έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης εντάχθηκε στο Άρθρο 8 περ. η ΠΚ, δηλαδή υπάχθηκε, μαζί με άλλα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, στην αρχή της παγκόσμιας δικαιοσύνης. Παράλληλα, με τον Νόμο 4268/2014, τροποποιήθηκε το Άρθρο 187 ΠΚ περί εγκληματικής οργάνωσης. Το έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, τόσο ως βασικό, όσο και ως διακεκριμένο (322Α και 322Β αντιστοίχως), τέθηκε στον κατάλογο των βασικών κακουργημάτων της πρώτης παραγράφου του 187 ΠΚ που θεμελιώνουν το αδίκημα της εγκληματικής οργάνωσης⁶⁷.

Το σύνολο της παραπάνω ανάλυσης αποδεικνύει, λοιπόν, την ευαισθητοποίηση και κινητοποίηση του Έλληνα νομοθέτη ως προς το έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης. Εντάσσοντας, λοιπόν, την ελληνική νομική απαγόρευση στο πλαίσιο της ευρύτερης νομικής μεταχείρισης του εγκλήματος της αναγκαστικής εξαφάνισης θα λέγαμε πως ο απώτερος - κι σύνθετος - στόχος όλων είναι ο εξής: η προστασία της ελευθερίας, της ζωής και της ακεραιότητας του ατόμου και η μάχη ενάντια στην ατιμωρησία των δραστών εγκλημάτων αναγκαστικής εξαφάνισης. Ο πετυχημένος ή μη χαρακτήρας όλων αυτών των ρυθμίσεων μένει να αποδειχτεί από την πρακτική εφαρμογή ή μη εφαρμογή τους.

⁶¹ Αντώνιος Κ. Αλαπάντας, Το νέο έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, Τεύχος 12

⁶² Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁶³ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁶⁴ Αντώνιος Κ. Αλαπάντας, Το νέο έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, Τεύχος 12

⁶⁵ Διεθνής Σύμβαση για την Προστασία Όλων των Προσώπων από Αναγκαστική Εξαφάνιση

⁶⁶ Αντώνιος Κ. Αλαπάντας, Το νέο έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, Τεύχος 12

⁶⁷ Αντώνιος Κ. Αλαπάντας, Το νέο έγκλημα της αναγκαστικής εξαφάνισης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, Τεύχος 12

Δίκαιο Διαστήματος: Επιτεύγματα, προκλήσεις και προβληματικές του νεότερου κλάδου του Διεθνούς Δικαίου

Ελευθερίου Σωτήρης
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Το δίκαιο του Διαστήματος, όντας ο νεότερος κλάδος του ΔΔΔ δεν είναι ευρέως διαδεδομένος, έχει όμως ήδη καταφέρει σε σημαντικό βαθμό να θέσει τους κανόνες και τα όριά του».

Εισαγωγικά

Το 1961 ο Σοβιετικός κοσμοναύτης Yuri Gagarin καταφέρει να γίνει ο πρώτος άνθρωπος που ταξιδεύει στο διάστημα. Επτά έτη αργότερα οι αμερικάνοι Neil Armstrong και Edwin Aldrin πραγματοποιούν τα πρώτα ανθρώπινα βήματα στην σελήνη. «Είμαστε άνθρωποι από τον πλανήτη Γη και ήρθαμε με ειρηνικό σκοπό εκ μέρους όλης της ανθρωπότητας», έγραφε η πινακίδα που κάρφωσαν στο έδαφος. «Είναι ίσως η σημαντικότερη ημέρα της ανθρωπότητας», είχε πει ο 37ος Αμερικανός Πρόεδρος Νίξον. Ακολούθησε κλιμακωδόν μια ολοένα αυξανόμενη ανθρώπινη δραστηριότητα εξερεύνησης του Διαστήματος. Έτσι προέκυψαν όπως ήταν αναμενόμενο κρίσιμα νομικά ζητήματα σχετικά με τις δραστηριότητες των κρατών στον χώρο του Διαστήματος, ενόψει των οποίων διαμορφώθηκαν θεμελιώδεις κανόνες που αποτελούν τον σκληρό πυρήνα του International Space Law. Όσο δε προχωρούσε η ανάπτυξη της διαστημικής τεχνολογίας, τόσο περισσότερο υποδαυλιζόταν η μάχη για την εδραίωση των συμφερόντων των κρατών έναντι των υπολοίπων καθώς επίσης επιτακτική κρίνονταν και η εδραίωση ενός σταθερού νομικού συστήματος αλλά και σχετικών εγγυήσεων. Οι θεμελιώδεις αυτοί κανόνες εμπεριέχονται στο κείμενο πέντε συνθηκών για το διάστημα, σε συνθήκες για τον έλεγχο των εξοπλισμών, το γενικό διεθνές δίκαιο και την πρακτική των κρατών. Κρίνεται σκόπιμο

λοιπόν να εξετάσουμε το σχετικό θεσμικό συμβατικό πλαίσιο μέσα από Συνθήκες του Ο.Η.Ε.

Γενική Θεματική γύρω απ τους θεμελιώδεις κανόνες

Συνθήκες στο πλαίσιο του Ο.Η.Ε

Η βασικότερη και εξ' ου αποκαλούμενη και Magna Carta του Διαστήματος Συνθήκη θεωρείται η «Συνθήκη επί των αρχών που διέπουν την δραστηριότητα των κρατών κατά την εξερεύνηση και χρησιμοποίηση του Διαστήματος, περιλαμβανόμενης της Σελήνης και των άλλων Ουράνιων Σωμάτων» που τέθηκε σε ισχύ το 1967. Το νομικό κενό που υπήρχε, σε συνδυασμό με την επιθυμία των κρατών να συμβάλλουν από κοινού στην διεθνή συνεργασία αναφορικά με τις διαστημικές δραστηριότητες, και την πεποίθηση ότι αυτή θα ήταν ικανή να ισχυροποιήσει τους δεσμούς μεταξύ τους, που πρώτα εκφράστηκε σε resolution 1884 και 1962, και όπως συνάγεται από τα preambulatory clauses της Συνθήκης, ήταν οι αιτίες που κατέστησαν την σύναψη της Συνθήκης κάτι παραπάνω από επιτακτική αναγκαιότητα.

Οι αρχές που εισάγει και καθιερώνει η Συνθήκη είναι:

α) η ελεύθερη εξερεύνηση και εκμετάλλευση του διαστήματος της Σελήνης και των άλλων ουράνιων σωμάτων προς το συμφέρον και προς όφελος όλων των κρατών.²

¹ <https://www.sansimera.gr/articles/296>

² <http://www.unoosa.org/pdf/gares/>

β) η αρχή *res communes*³ (κοινό κτήμα της ανθρωπότητας) που προκύπτει από την απαγόρευση κατάληψης-κατοχής *occupation* και που σε συνδυασμό με την αρχή της ελευθερίας του άρθρου 1 συνεπάγεται την απαγόρευση εθνικής κυριαρχίας *national sovereignty* στο εξωατμοσφαιρικό διάστημα.

γ) η ισχύς των γενικών και θεμελιωδών αρχών του Διεθνούς Δικαίου που κατοχυρώνονται και στον Καταστατικό Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών, όπως η αρχή της κυριαρχίας ισότητας των κρατών, η απαγόρευση χρήσης βίας, η αρχή της ειρηνικής επίλυσης των διαφορών και η αρχή της διακρατικής συνεργασίας.

δ) απαγόρευση στρατιωτικών δραστηριοτήτων των κρατών. Η απαγόρευση βέβαια καλύπτει περιπτώσεις πυρηνικών *nuclear* ή όπλων μαζικής καταστροφής *mass destruction*⁴, αφήνοντας αρρύθμιστη την μεταφορά πυρηνικών όπλων μέσω του διαστήματος και το επιτρεπτό ή μη κλασικών συμβατικών όπλων. Στην Σελήνη και τα ουράνια σώματα η αποστρατιωτικοποίηση είναι πλήρης, με ταυτόχρονη απαγόρευση στρατιωτικών βάσεων και εγκαταστάσεων, και ουσιαστικά εγκαθιδρύεται καθεστώς όμοιο με εκείνο της Ανταρκτικής⁵. Η χρήση της Σελήνης και των ουρανίων σωμάτων αποκλειστικά για ειρηνικούς σκοπούς προκύπτει από το άρθρο αυτό σε συνδυασμό με το άρθρο 3 της Συνθήκης για τις δραστηριότητες των κρατών επί της Σελήνης και των άλλων ουρανίων σωμάτων (1979).

ε) δικαιοδοσία κρατών στα αντικείμενα που εκτοξεύουν στο διάστημα και το προσωπικό τους που ουσιαστικά είναι «οιονεί δικαιοδοσία» αφού δεν ασκείται επί κυρίαρχου εδάφους, σύμφωνα με

ARES_26_2777E.pdf σελ1, ά.1 σε συνδυασμό με:

Gennady Zhukov, International Space Law, Praeger Publishers, 1984, σ.41

³ *TY. S. TWIBELL, Space Law: Legal Restraints on Commercialization and Development of Outer Space, 65 UMKC L. Rev. 589, 1997. σελ. 605-606 σε συνδυασμό με:*

Gennady Zhukov, International Space Law, Praeger Publishers, 1984, σ.45

⁴ Άρθρο 4 του κειμένου της Συνθήκης, <http://www.un-documents.net/ost.htm>. *Gennady Zhukov, International Space Law, Praeger Publishers, 1984, σ.53*

⁵ *Χατζηκωνσταντίνου, Κ. Η Συνθήκη της Ανταρκτικής, (2015), σελ129*

όσα προαναφέρθηκαν.⁶

στ) διεθνής ευθύνη *international responsibility* των κρατών για κάθε δραστηριότητά τους στο διάστημα και για ζημιές που προκαλούνται από διαστημικά αντικείμενα *space objects*. Η ευθύνη για τις ζημιές τυποποιείται αυτοτελώς και αναλυτικώς σε ειδική συνθήκη τεθείσα εν ισχύει το 1972. Επιπλέον με Σύμβαση το 1975 εισάγεται η υποχρέωση εγγραφής σε εθνικό μητρώο των αντικειμένων και γνωστοποίηση *notification* στον Γενικό Γραμματέα των Ηνωμένων Εθνών *Secretary General*.⁷

ζ) ειδικό καθεστώς διεθνούς ασυλίας αστροναυτών και υποχρέωση παροχής βοήθειας σε περίπτωση ατυχήματος ή κινδύνου. Η Συνθήκη του Διαστήματος κάνοντας λόγο για “απεσταλμένους της ανθρωπότητας” εναρμονίζεται με το άρθρο 1 της Συνθήκης. Το νομικό καθεστώς των αστροναυτών αναπτύσσεται αναλυτικότερα σε ειδική συνθήκη τεθείσα σε ισχύ το 1968 και έτσι ο ρόλος τους αποκτά πανανθρώπινο πρόσημο τυποποιείται αυτοτελώς λόγω της σημαντικότητας του λειτουργημάτων τους⁸,

και τέλος,

η) η αρχή της διεθνούς συνεργασίας που προκύπτει από πολλά σημεία του κυρίως μέρους Συνθήκης αλλά και του προοιμίου της, με την έννοια της υποχρέωσης των κρατών να συνεργάζονται για τη διατήρηση της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας αναφορικά με τις διαστημικές δραστηριότητες, και τη διευκόλυνση της από κοινού εκπόνησης προγραμμάτων για την ειρηνική εξερεύνηση και εκμετάλλευση του διαστήματος.

Βεληνεκές της Συνθήκης

Η Συνθήκη αυτή έχει υπογραφεί από τη συντριπτική πλειοψηφία των κρατών, ωστόσο προκύπτει η εύλογη απορία, του κατά πόσο επιφέρει τα αποτελέσματά της σε τρίτα κράτη, αν δηλαδή η νομική της εμβέλεια εκτείνεται πέρα από τον κύκλο των συμβαλλομένων κρατών, και σε κράτη που δεν έχουν την έχουν επικυρώσει.

Η απάντηση λοιπόν στο ερώτημα είναι ότι η συνθήκη προστατεύει το γενικό συμφέρον όλων

⁶ *Gennady Zhukov, International Space Law, Praeger Publishers, 1984, σ.61*

⁷ *Gennady Zhukov, International Space Law, Praeger Publishers, 1984, σ.64*

⁸ *Zhukov, International Space Law, Praeger Publishers, 1984, σ.73*

των κρατών και κατατείνει στην επίτευξη ωφελειών για σύμπασα την ανθρωπότητα. Και αυτό διότι καθιερώνει την ελευθερία για όλα τα κράτη, καθιερώνει την αρχή της ισότητας ως αρχή που διέπει τις διαστημικές δραστηριότητες των κρατών, και περιέχει διατάξεις erga omnes που έχουν πλέον δημιουργήσει και εθιμικούς κανόνες.

Η ερμηνεία των διατάξεων και κυρίως η ratio legis των διατάξεων δεν έγινε χωρίς αποκλίσεις και διενέξεις. Μέχρι οι διατάξεις της Συνθήκης να αποτελέσουν θετικό δίκαιο, υπήρξε διχογνωμία αναφορικά με τον τρόπο ρύθμισης των κατοχυρωμένων αρχών της ελευθερίας εξερεύνησης και χρήσης του διαστήματος. Η αμφισβήτηση εκφράστηκε στην Διακήρυξη της Μπογκοτά το 1976. Στη διάσκεψη είχαν συμμετάσχει οκτώ κράτη του Ισημερινού, τα οποία αξίωναν την defacto οικειοποίηση της γεωστατικής τροχιάς, καίτοι η εθνική οικειοποίηση απαγορευόταν.⁹ Ως γεωστατική τροχιά θεωρούμε μία κυκλική τροχιά στην οποία αν τοποθετηθεί ένας δορυφόρος, περιφέρεται γύρω από τον πολικό άξονα της Γη προς την ίδια διεύθυνση και με την ίδια χρονική περίοδο με εκείνη που περιφέρεται η Γη.¹⁰ Τα κράτη αυτά διατύπωσαν τις “de jure αξιώσεις τους” επειδή θεωρούσαν ότι η γεωστατική τροχιά δεν αποτελούσε μέρος του διαστημικού χώρου. Η δριμεία κριτική ωστόσο που δέχθηκαν από τα υπόλοιπα κράτη, οδήγησε σε σταδιακή κάμψη της αρχικής σκληρής και απόλυτης θέσης τους. Στην θεωρία εξάλλου είχε επικρατήσει ότι τα κράτη οφείλουν να μην εγείρουν δικαιώματα σε τέτοια ύψη όπου οι τεχνητοί δορυφόροι περιφέρονται σε τροχιά γύρω από την Γη. Οι σχετικές συζητήσεις συνεχίζονται μέχρι σήμερα στην Νομική Υποεπιτροπή U.NCOPUOS, ευτυχώς σε κλίμα συναίνεσης και συνεργασίας.

Η έτερη σημαντικότερη Συνθήκη είναι η Συνθήκη για τις Δραστηριότητες των Κρατών επί της Σελήνης και των άλλων ουράνιων σωμάτων που τέθηκε σε ισχύ (comes into force) το 1984. Τα κράτη διαπίστωσαν την αναγκαιότητα αυτής της αυτοτελούς τυποποίησης του νομικού καθεστώτος

της Σελήνης. Πίστεψαν δηλαδή ότι το ζήτημα αυτό ήταν ιδιαίτερος σημαντικό για να εμπεριέχεται στην γενικότερη Συνθήκη του 1969. Ωστόσο τελικά η Συνθήκη μόνο σε αυτό χρησίμευσε ως τώρα, διότι όσον αφορά στους λοιπούς στόχους της, δηλαδή την υποχρέωση των κρατών που ασκούν διαστημικές δραστηριότητες να μοιράζονται τις extracted resources αλλά και την τεχνολογία με τα υπόλοιπα κράτη, δεν υπήρξε αποδοχή και τα κράτη που έχουν συναφή έντονη δραστηριότητα δεν έχουν υπογράψει την Συνθήκη. Έτσι απαριθμεί μόνο 18 κράτη και συνεπώς η νομική της δεσμευτικότητα ως προς αυτό είναι περιορισμένη. Η μελέτη της Συνθήκης αυτής καθιστά αντιληπτό ότι εκείνη επιβεβαιώνει ουσιαστικά τις αρχές της Συνθήκης του 1969, με αξιοσημείωτη καινοτομία την εισαγωγή ενός νέου νομικού καθεστώτος, της κοινής κληρονομιάς της ανθρωπότητας common heritage of mankind, εν σχέσει με την εκμετάλλευση φυσικών πόρων της Σελήνης και των λοιπών σωμάτων. Προβλέπεται η δημιουργία διεθνοποιημένου καθεστώτος εκμετάλλευσης διαστημικών πόρων, αποσκοπώντας «στη δίκαιη διανομή των πόρων και την απόδοση σημασίας στα συμφέροντα και τις ανάγκες των αναπτυσσόμενων κρατών». Όπως ήταν φυσικό, η αρχή αυτή υποστηρίχθηκε από τις αναπτυσσόμενες χώρες, ενώ οι ΗΠΑ και οι δυτικές χώρες δεν υιοθέτησαν την αυτή ερμηνεία, καθώς θα στρεφόταν ενάντια των συμφερόντων τους. Αυτός ήταν και ο λόγος που οι χώρες αυτές δεν προσχώρησαν στην Συνθήκη.

Τέλος, αξίζει να σημειώσουμε και την Σύμβαση Απαγόρευσης Πυρηνικών Δοκιμών (1963)¹¹, που απαγορεύει τις Πυρηνικές Δοκιμές (και καταπατάται από κράτη όπως η Βόρεια Κορέα συστηματικά, καθώς και αυτή για την Μη Διασπορά των Πυρηνικών Όπλων (1968), (που απαγορεύει τις συναλλαγές πυρηνικών όπλων ή συστατικών τους)¹², καθώς οι διατάξεις τους διατηρούν ισχύ και στον χώρο του Διαστήματος, όπως ρητά ορίζεται.

Το πρόβλημα της οριοθέτησης του διαστήματος από τον εναέριο χώρο

Μελετώντας τα παραπάνω προκύπτει άλλη μία

⁹ Gennady Zhukov, International Space Law, Praeger Publishers, 1984, σ.155

¹⁰ Ορισμός γεωστατικής τροχιάς διαθέσιμος στο: https://el.wikipedia.org/wiki/%CE%93%CE%B5%CF%89%CF%83%CF%84%CE%B1%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE_%CF%84%CF%81%CE%BF%CF%87%CE%B9%CE%AC

¹¹ <http://www.nti.org/media/documents/aptpbt.pdf>,

¹² <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text>.

εύλογη απορία: Για ποιό λόγο τα οκτώ κράτη του Ισημερινού θεώρησαν ότι η γεωστατική τροχιά δεν αποτελεί σημείο του διαστημικού χώρου; Και για ποιό λόγο οι θεωρητικοί αναγκάστηκαν να επινοήσουν την θεωρία σύμφωνα με την οποία τα σημεία που μπορούν να ίπτανται οι δορυφόροι αποτελούν διάστημα; Δεν είναι σαφή τα όρια που διαχωρίζουν την ατμόσφαιρα από το Διάστημα;

Πράγματι, κατά την παρουσίαση των κανόνων που οι Συνθήκες εισήγαγαν, πουθενά δεν έγινε λόγος για τα σύνορα εναέριου χώρου-διαστήματος. Και αυτό διότι ακόμα, εν έτει 2018, δεν έχει διασαφηνιστεί το ύψος της οριογραμμής των συνόρων! Το πρόβλημα αυτό βέβαια δεν έγινε πρώτη φορά αντιληπτό με την Διακήρυξη της Μπογκοτά. Εμφανίστηκε παρθενικά στη διεθνή πρακτική το 1956, όταν οι ΗΠΑ, Βραζιλία, Ιαπωνία, Τουρκία, Ηνωμένο Βασίλειο, Τουρκία και Παναμάς συμμετείχαν στην εκτέλεση ενός μετεωρολογικού προγράμματος ονόματι "MobyDick", προκαλώντας αντιδράσεις κρατών, καθόσον τα τελευταία θεώρησαν ότι παραβιάστηκε ο εναέριος χώρος τους.¹³ Πώς μπορούμε συνεπώς να μιλάμε για παραβίαση εναέριου χώρου και πώς μπορούμε να συμπεριλαμβανούμε την γεωστατική τροχιά χωρίς να γνωρίζουμε έως πού εξικνείται ο εναέριος χώρος και από ποιο σημείο και μετά θεωρείται διάστημα; Και πώς μπορούμε να χαρακτηρίζουμε το νομικό καθεστώς του εναέριου χώρου και το νομικό καθεστώς του Διαστήματος, δίχως να έχουμε συμφωνήσει ποια ακριβώς ύψη στην πραγματικότητα εννοούμε, και συνεπώς σε ποια σημεία εφαρμόζονται οι διατάξεις που εξετάσαμε;

Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με την Συνθήκη του Διαστήματος, ο διαστημικός χώρος είναι ελεύθερος και συνεπώς δεν ασκούνται κυριαρχικά δικαιώματα των κρατών πάνω του, εν αντιθέσει με τον εναέριο χώρο "airspace", στον οποίον σύμφωνα με την Σύμβαση του Σικάγου του 1944 εφαρμόζεται η αρχή της πλήρους και αποκλειστικής κυριαρχίας των κρατών. Συμπεραίνουμε λοιπόν ότι υπάρχει ένας ενιαίος χώρος που διέπεται από δύο εκ διαμέτρου αντίθετα νομικά καθεστώτα. Ούτε κάποια φυσική γραμμή υπάρχει, ούτε κάποια διεθνής πράξη που να καθορίζει το όριο. Και φυσικά, η εφαρμογή του διαστημικού δικαίου προϋποθέτει την ύπαρξη των συνόρων.

Τα κράτη θεώρησαν ότι η επίλυση του προ-

βλήματος θα επερχόταν στο πλαίσιο του Ο.Η.Ε, εφ' όσον το ζήτημα ενέπιπτε στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του Οργανισμού. Η ιδρυθείσα το 1960 επιτροπή COPUOS "Committee on the Peaceful Users of Outer Space" απ' το 2001 μέχρι και σήμερα πραγματεύεται το ζήτημα της οριοθέτησης των συνόρων.¹⁴ Παρόλο που δεν έχει επέλθει κάποια συμφωνία, τα κράτη μέσω των συζητήσεων έχουν προσεγγίσει τις υπάρχουσες απόψεις, έχουν συγκλίνει κατά πολύ και έχουν δημιουργήσει τις προϋποθέσεις για την ύπαρξη αισιοδοξίας ως προς την εξεύρεση λύσης.

Διατυπωθείσες Θεωρίες για την επίλυση του προβλήματος

Στο πλαίσιο των συζητήσεων αναφορικά με την οριοθέτηση εκφράστηκαν 3 απόψεις-προσεγγίσεις: Η έμμεση/λειτουργική, η άμεση/χωρική και η συστηματική.

Η λειτουργική προσέγγιση επικράτησε τις δεκαετίες 1950-1980 και βασίζεται στην διάκριση μεταξύ δραστηριοτήτων αεροναυτικών, που διέπονται λόγω της φύσης και του σκοπού τους από το δίκαιο του εναέριου χώρου και αστροναυτικών που διέπονται για τους ίδιους λόγους από το δίκαιο του διαστήματος.¹⁵ Καμία αναγκαιότητα ίδρυσης συνόρων λοιπόν δεν αναγνωρίζεται από τους υποστηρικτές της συγκεκριμένης θεωρίας. Αυτοί αρνούνται την κατάτμηση του χώρου που εκτείνεται πάνω από την επιφάνεια της Γης δηλαδή, δε θεωρούν ότι ο τόπος "locus" μπορεί να προσδιορίσει την νομιμότητα μιας δραστηριότητας, βασιζόμενοι στο ότι πράγματι μερικά άρθρα της Συνθήκης του 1969 έχουν λειτουργικό χαρακτήρα όπως η διεθνής ευθύνη σε περίπτωση βλάβης άλλου κράτους από εκτόξευση διαστημικού αντικειμένου. Δεν ενδιαφέρει την διάταξη αν το αντικείμενο που προκαλεί βλάβη βρίσκεται εντός εναέριου χώρου ή διαστήματος, παρά μόνο ο σκοπός του που είναι η εξερεύνηση ή εκμετάλλευση του διαστήματος. Γενικεύουν αυτό το πνεύμα και καταλήγουν έτσι να υιοθετούν μια φανξιοναλιστική οριοθέτηση των τομέων αρμοδιότητας. Η άποψή του γράφοντος είναι ότι η λειτουργική θεωρία δεν μπόρεσε να καταλήξει σε ικανοποιητική λύση επειδή εμπεριέχει λογικό άλμα, αφού και ο ίδιος ο χαρακτηρισμός των αντικειμέ-

¹⁴ <http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/index.html>

¹⁵ Γεωργακάρακος, σύγγραμμα «κοσμικά σύνορα», εκδ.ερωδιδός, 2017, σ.149επ.

¹³ Ν.Παπακώστας, Το δίκαιον του διαστήματος, β' έκδ 1990, εκδόσεις Σάκκουλας σ.17επ.

νων προϋποθέτει διαχωρισμό συνόρων.

Η χωρική προσέγγιση που αναπτύχθηκε την ίδια περίοδο με την λειτουργική και υιοθετείται από ορισμένες χώρες όπως η Γαλλία και η Ιταλία έως σήμερα, υποστηρίζει την ύπαρξη μιας σαφούς συνοριακής γραμμής που θα καθιερωθεί ανεξάρτητα από τα φυσικά δεδομένα.¹⁶ Βασίζεται και δικαίως βασίζεται στη διαφοροποίηση του εναερίου από τον διαστημικό χώρο από φυσική άποψη. Ως κριτήριο θέτει διάφορες γεωγραφικές/φυσικές έννοιες, αλλά σταδιακά άρχισε να προκρίνει μια συμβατική αριθμητική λύση. Συγκεκριμένα τάσσεται υπέρ της εγκαθίδρυσης συνόρων στα 100χλμ. από την επιφάνεια της Γης.

Τα τελευταία χρόνια βέβαια προσανατολίζεται επίσης στην οριοθέτηση σύμφωνα με το χαμηλότερο περίγειο τεχνητού δορυφόρου, ευρισκόμενου σε τροχιά περί τη Γη. Η θεωρία του χαμηλότερου περιγείου με την σειρά της βασίζεται στο ότι σε κάποιο ύψος από την επιφάνεια της Γης, η ατμόσφαιρα είναι τόσο πυκνή ώστε είναι αδύνατον για τους τεχνητούς δορυφόρους να διατηρούνται σε τροχιά. Η θεωρία αυτή προταθεί και από την Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου. Σύμφωνα όμως με τον μελετητή Marcoff δεν είναι πάντα εύκολη η διάκριση του είδους του δορυφόρου και κατ' επέκταση της τροχιάς του. Ο θεωρητικός πιστεύει ότι το κριτήριο αυτό επηρεάζεται από την πρόοδο της αστροναυτικής τεχνολογίας.

Η τρίτη προσέγγιση είναι η συστημική, η οποία αναπτύχθηκε τον 20° αι. και προτείνει μία λύση δυναμική, και όχι νομικά στατική.¹⁷ Θεωρεί ότι η καθιέρωση συνοριακής γραμμής στο ύψος που αντιστοιχεί στο εκάστοτε(!) χαμηλότερο περίγειο που επιτυγχάνεται από τεχνητούς δορυφόρους, είναι το σύνορο μεταξύ εναερίου χώρου και ατμόσφαιρας. Εξάλλου, καίριο επιχείρημα της άποψης αυτής είναι ότι η επιστήμη έχει αποφανθεί ότι τα χαμηλότερα περίγεια δεν μπορεί να βρίσκονται χαμηλότερα από το ύψος των 90 χλμ., αφού κάτω απ' αυτό το ύψος δεν δύνανται να λειτουργήσουν οι γήινοι τεχνητοί δορυφόροι. Προϋποτίθεται φυσικά ότι η δικαιοτική αξιολόγηση θα υπολαμβάνεται και λειτουργικούς παράγοντες, σύμφωνα με τον διαχωρισμό σε δύο χώρους, τον γήινο και τον διαστημικό. Άποψη του γράφοντος είναι ότι η λύση της συστημικής

προσέγγισης δύναται να προσφέρει μία λύση που ταυτίζεται πάντοτε με την πραγματικότητα, κατορθώνοντας σε ικανοποιητικό βαθμό να ισορροπήσει τα θετικά και τα αρνητικά των άλλων δύο ελλειπών αφ' εαυτών θεωριών, και να δημιουργήσει ένα πλήρες ορθό, ασφαλές, ευέλικτο και σταθερό συνάμα κριτήριο για να δοθεί λύση σε ένα μείζον νομικό πρόβλημα όπως αυτό της οριοθέτησης.

Επίλογος

Το δίκαιο του Διαστήματος, όντας ο νεότερος κλάδος του ΔΔΔ δεν είναι ευρέως διαδεδομένος, έχει όμως ήδη καταφέρει σε σημαντικό βαθμό να θέσει τους κανόνες και τα όριά του. Καθιερώνει τις αρχές της ελεύθερης εξερεύνησης και εκμετάλλευσης, απαγορεύει την οικειοποίηση, την στρατιωτικοποίηση, την κατάληψη και εν γένει την άσκηση κυριαρχικών δικαιωμάτων των κρατών επί του χώρου του. Ενός χώρου μη καθορισμένου ακόμη λόγω της μη οριοθέτησής του. Το δε ολοένα αυξανόμενο κλίμα συναίνεσης των κρατών δημιουργεί κλίμα αισιοδοξίας για το επόμενο μεγάλο βήμα του κλάδου. Είθε τα κράτη να οδηγήσουν στον ακριβή προσδιορισμό του χώρου εφαρμογής των όσων έχουν συνομολογήσει, να ολοκληρώσουν την αρχή της εδαφικής κυριαρχίας των κρατών προσδιορίζοντας και την προς τα πάνω οριοθέτησή τους και να αποδείξουν και πάλι ότι η συνεργασία και ο γόνιμος διάλογος αποτελεί το μόνο τρόπο εξέλιξης και εδραίωσης της θέσης τους στο διεθνές στερέωμα και τις εξελίξεις.

¹⁶ Γεωργακάρακος, σύγγραμμα «κοσμικά σύνορα», εκδ.ερωδιδός, 2017, σ.173επ.

¹⁷ Γεωργακάρακος, σύγγραμμα «κοσμικά σύνορα», εκδ.ερωδιδός, 2017, σ.219



ISIS war crimes and crimes against humanity; A legal approach

Διδίλη Ζωή

Τελοιοφόρητη Διεθνών και Ευρωπαϊκών Σπουδών ΠΑΜΑΚ

«The enemy for some simply changes faces, however the purpose remains the same; an eternal struggle for land, oil and dominance, the “golden fleece» that every ambitious insurgent pursues».

With more than a decade of existence, the Islamic State, commonly known as ISIS (Islamic State of Iraq and Syria), is an Iraqi subsidiary offshoot of Al-Qaeda, that abets the Iraqi Sunni Muslim minority against the Shia majority of the country¹. The militant, jihadist group mostly operates in northern Iraq and northwestern Syria, while the level of support that it still enjoys from the Sunni Arab community, which confront the -under Shiite command- government of Baghdad, has enabled it to conquer vast swathes of previously state-run territory in Syria and Iraq.

The existential threat of the Islamic radicalism set new rules of interpreting security, since it remodelled the geopolitical system and established a criminal conservative regime that marked the most fierce era of international terrorism. In particular, the actions of the terrorist group of ISIS were not limited to the grounds of Iraq and Syria, but also spread to the West and mostly Europe, where they caused hundreds of victims. Despite the depletion noted in the power of ISIS and the significant territory loss, ISIS still wreaks havoc and consists a growing menace to the lives of Yazidis, moderate Sunni Muslims, Shia Muslims, Kurds, Christians and Jews².

¹ Ghosh B., ISIS: A Short History, The Atlantic Magazine, 2014, Available at <http://www.theatlantic.com/international/archive/2014/08/isis-a-short-history/376030/>

² Scharf M., How the War against ISIS Changed International Law, 48 Case W. Res. J. Int'l L. 15, 2016,

Examining ISIS actions

ISIS systematically tortured and murdered civilians, forced them to convert their religion, sexually assaulted women, enslaved and forcibly transported them, used children as human shields in skirmishes, persecuted groups based on their religion and ethnicity and committed “inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health³”. For a state actor, the above-mentioned would translate into severe violations of international law, amounting to war crimes, crimes against humanity and even genocide. However, before examining the possible legal approach to the criminal conviction of the quasi-state actor, it is of the utmost importance that ISIS's actions be presented. This paper will explicate ISIS actions and legal response only in terms of war crimes and crimes against humanity, without expanding on the crime of genocide and in territories other than Syria and Iraq.

War crimes and crimes against humanity

The concept of war crimes was developed in the end of the 19th century and the beginning of the 20th, with the codification of the international humanitarian law (IHL) or in other words, the law

p.22

³ Rome Statute of the ICC, art.7 “Crimes against Humanity”

of armed conflict⁴. What started with the Geneva Convention of 1864 and followed with the Hague Conventions of 1899 and 1907 to result in the Geneva Convention of 1949 and the two Additional Protocols of 1977, was the effort made by the international community to form its legal landscape in terms of the law of armed conflict. In spite of the absence of a single document in international law that codifies all war crimes, a list of such is included in IHT, international criminal law treaties and in customary international law⁵.

The article 8(2) of the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter ICC), describes war crimes as [...] any grave breaches of the Geneva Conventions of 1949; other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict; serious violations of Article 3 common to the four 1949 Geneva Conventions, related to armed conflict not of an international character; other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflict not of an international character⁶; Two major elements are contained in war crimes, namely the contextual (international/non international armed conflict) and the mental (intent and knowledge with regards to the individual act and the contextual element).

At the International Military Tribunal (IMT) in Nuremberg, the crimes against humanity were prosecuted for the first time. During the following years, the definition of those crimes was enriched, through the jurisdictions of the International Criminal Court, the International Criminal Tribunal for

the former Yugoslavia⁷ (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda. The most comprehensive definition of the Crimes against Humanity is codified in article 7 of the Rome Statute of the ICC. In this article, various acts are listed, including, inter alia, murder, extermination, enslavement, forcible transfer of population, imprisonment, torture, rape, sexual slavery, enforced disappearance of persons, persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender grounds and other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health, committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack⁸.

Prosecuting ISIS

International criminal law was unprepared to deal with the unspeakable barbarity of ISIS's actions. Nevertheless, a composition, throughout the years, of legal documents of international positive law, ascribes criminal liability both to individuals and states in non-international armed conflict, under certain circumstances. In particular, responsibility to the latter can be attributed by if an international crime is committed by a state organ, a parastatal mechanism or an actor that either functions as a de facto state organ or it has usurped the state's power. Therefore, criminal liability can be ascribed to a state as meaning that the international crime was committed in the name of the state, but it is individuals that will be trialed by the ICC and not the state itself⁹. Therefore, international law can be

⁴ *United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect. War Crimes.* Available at <http://www.un.org/en/genocideprevention/war-crimes.html>

⁵ This source of law sets as obligatory and generally binding (meaning not limited only to the states that have signed, ratified or acceded to the relevant treaties) the norms arising from established state practice Malcolm N. Shaw, *International Law* 80, 5th ed., Cambridge, 2003 and in our case, imposes an obligation to investigate and prosecute serious violent crimes against the person. A narrower category of the above-mentioned crimes are the "international crimes". For a detailed description see *Schabas W.*, *Punishment of Non-State Actors in Non-International Armed Conflict*, 26 *Fordham Int'l L.J.* 907, 2002, p.910

⁶ ICC Statute, Article 8(2)

⁷ The ICTY in the Tadic case stated that the international recognition or formal status of a de jure state, or by a terrorist group or organisation is not a prerequisite for committing crimes against humanity. See the case IT-91-1-T (7 May 1997), "Opinion and Judgement", Int'l Crim.Trib. for the Former Yugoslavia, p.654, *Prosecutor v.Tadic*. Available at <http://www.icty.org/case/tadic/4> and Mantilla Y., *ISIS's International Crimes and Jus Cogens Norms: The Protection of Human Rights in Times of Global Terrorism*, 11 *Liberty U. L. Rev.* 451, 2016, p.466

⁸ For the full list of acts comprising crimes against humanity: ICC Statute, Article 7

⁹ Kaçaj, E. (2018). *Interrelationship Between*

applicable to the case of ISIS, if the latter is either officially accepted as a state actor or as quasi-state one and through individual criminal responsibility of its members. In the first option, an unprecedented challenge to the transformation of the international security environment is lurking and thus, ISIS associates are being individually prosecuted. Yet, in that case, precautions should be taken by the nation-states, due to the complex circumstances of the persecution¹⁰. In the case where prosecution of perpetrators is left on domestic forums, ideological and legal barriers will emerge. The above barriers are justified by the decisive influence of Islamic Law in national legislation and by the fact that domestic anti-terror statutes do not cover crimes committed in ISIS held territories¹¹. The significance of Islamic Law can also be found in the grounds of ascribing criminal liability to ISIS¹² through this particular source of law. Based on its provisions, ISIS can also be convicted for the crime of “qisas”, meaning crimes against individuals, including such acts as homicide and crimes against mankind¹³.

State and Individual Criminal Responsibility in International Law - Human Rights Brief. Human Rights Brief. Available at: <http://hrbrief.org/2018/01/interrelationship-state-individual-criminal-responsibility-international-law/>

¹⁰ On this case, Human Right Watch commented that fundamental rights should be protected (i.g right to a fair trial). The legal landscape in Iraq is hindered by the weak judicial apparatus, which is problematic in terms of prioritising criminal acts, by the lack of judicial reckoning and of a dedicated enforcing mechanism,. For more, see *Human Rights Watch. Iraq: Flawed Prosecution of ISIS Suspects Undermines Justice for Victims*. Available at <https://www.hrw.org/news/2017/12/05/iraq-flawed-prosecution-isis-suspects>

¹¹ *Kenny C., Prosecuting Crimes of International Concern: Islamic State at the ICC*, 33 *Utrecht J. Int'l & Eur. L.* 120, 2017, p.121

¹² *Winsor, B.* (2014). 10 Ways ISIS Is Violating The Laws Of Islam. *Business Insider*, Available at <http://www.businessinsider.com/muslims-using-sharia-law-against-isis-2014-10#ixzz3HI0rCUga>

¹³ The “qisas” consist one out of three general classes of crimes within Islamic Law along with the “hudud” (crimes against God), and the “ta’zir” (crimes against the interest of the public). *Malekian, F., Principles of Islamic International Crimi-*

Considering the sources of law that ISIS violated, naming international law and Islamic Law, the terrorist organisation can be prosecuted through three different ways for the crimes committed in the territories of Iraq and Syria¹⁴: “1) before the domestic courts of Iraq and Syria; 2) before the International Criminal Court; 3) before an ad hoc tribunal”.

The obstacles in trialing ISIS under the authority of national governments have to do with the differences between legal systems with regard to the gravity of the offences under each criminal code and also with the flawed criminal justice system of Iraq (Iraqi High Tribunal)¹⁵. While many Iraqis are wishing for an ICC indictment, their wish is partially on vain. Since the country is not a signatory to the Rome Statute that created the ICC, the latter has no jurisdiction¹⁶ there when it comes to ISIS fighters-citizens of Iraq (or Syria)¹⁷. As a treaty-based insti-

nal Law: A Comparative Search. Brill, JSTOR, 2011, p.344-46, as used in *Veintimilla J., Islamic Law and War Crimes Trials: The Possibility and Challenges of a War Crimes Tribunal against the Assad Regime and ISIL*, 49 *Cornell Int'l L.J.* 497, 2016, p.501

¹⁴ *as exactly, Waltman G., Prosecuting ISIS*, 85 *Miss. L.J.* 817, 2016, p.834

¹⁵ *Karadsheh, J. and Jackson, C.* (2017). Bringing ISIS to justice for crimes against Yazidis. *CNN*, Available at <https://edition.cnn.com/2017/10/11/middleeast/isis-yazidi-war-crimes-tribunal-investigation/index.html>

¹⁶ The preconditions to the exercise of jurisdiction by the ICC are named in Article 12, par.1 and 2 of the ICC Statute, where it is stated that “A State which becomes a Party to this Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5” and “In the case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3”, correspondingly.

¹⁷ Foreign fighters from ICC member countries could be tried, though, by the ICC. See *Keating J., Why It's So Hard to Prosecute ISIS for War Crimes*, *SIATE*, 2015, Available at <http://www.slate.com/news-and-politics/2018/02/how-assad-keeps-getting-away-with-massacres-in-full-view-of-the-world.html>

tution, its role is complementary¹⁸ and it can only intervene where there are no national proceedings occurring in States with jurisdiction, or where such States are unable or unwilling genuinely to investigate or prosecute¹⁹. This complimentary role of ICC

¹⁸ The issues of admissibility of the iCC are named in Article 17, par.1 and 2 of the ICC Statute, where it is stated that "Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where: a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution; b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute; c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3; d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court" and "In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognised by international law, whether one or more of the following exist, as applicable: a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5; b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice; c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice", correspondingly.

¹⁹ *The Prosecutor v William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang* (Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya Against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011, "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute", ICC-01/09-01/11-307 (30 August 2011) par.41., as cited in Kenny C., Prosecuting Crimes of International Con-

frequently clashes with state sovereignty, since it is considered external interference in a domestic fact and thus, it is not welcomed. As a last resort, an ad hoc tribunal could only be established by the UN Security Council. Yet, more issues could emerge in respect of the type of this tribunal, considering the sui generis entity of ISIS. Is a hybrid-international tribunal the solution, with Islamic Law as the substantive law of this tribunal? To fill the legal gap, the Commission for International Justice and Accountability (CIJA) proposed an alternative, calling for the establishment of a specialised ISIS tribunal in Northern Iraq²⁰, while another option foresaw the creation of a war crimes tribunal against ISIS²¹.

Collecting Evidence

The terrorist organisation published abhorrent videos filmed by its militants, displaying atrocities, such as massive killings and tortures, as part of its media propaganda²². This particular footage was examined by Human Rights Watch, which later on released a report including testimonies by over 100 victims and survivors of ISIS heinous attacks, during 2014-2015²³.

Responding to this report and in order to ascribe justice, the UN Security Council unanimously adopted the resolution 2379²⁴ on September 2017. The document, inter alia, authorised UN investigators to assist Iraq preserve evidence that may

cern: Islamic State at the ICC, 33 Utrecht J. Int'l & Eur. L. 120, 2017, p.121

²⁰ Karadsheh, J. and Jackson, C. (2017). Bringing ISIS to justice for crimes against Yazidis. CNN, Available at <https://edition.cnn.com/2017/10/11/middleeast/isis-yazidi-war-crimes-tribunal-investigation/index.html>

²¹ Veintimilla J., Islamic Law and War Crimes Trials: The Possibility and Challenges of a War Crimes Tribunal against the Assad Regime and ISIL, 49 Cornell Int'l L.J. 497, 2016, p.508

²² Winsor, B. (2014), Footage Shot By ISIS Shows One Of Its Most Horrific War Crimes In Detail. Business Insider. Available at <http://www.businessinsider.com/footage-shot-by-isis-shows-its-horrific-war-crimes-in-detail-2014-11>

²³ Human Rights Watch. (2017). Flawed Justice | Accountability for ISIS Crimes in Iraq. Available at: <https://www.hrw.org/report/2017/12/05/flawed-justice/accountability-isis-crimes-iraq>

²⁴ S/RES/2379 (2017) UNSC

consist war crimes, crimes against humanity and genocide, committed by extremists of ISIS²⁵. The main purpose of the document was to mark the beginning of a thorough research, through an International Independent Investigative Mechanism (IIIM), that would lead to a list of actions of human savagery. However, the Security Council transferred the decision to the Iraqi government and handled the punishment of war crimes perpetrators to the Iraqi Criminal Penal Code and national counter-terrorism laws. As a result, the prosecution of ISIS perpetrators was orchestrated by the Iraqi government (in Baghdad) alongside the Kurdistan Regional Government (KRG, in Erbil).

Iustitia, quo vadis?

Bringing ISIS to justice for its criminal *modus operandi* seems a challenging thought. The dodge that ISIS takes advantage of is its nature as a quasi-state actor. For an actor that abides with no rules, justice, though possible, would be of no long-term significance. The non-state entity of ISIS is subject to prosecution for war crimes and crimes against humanity as crimes of international law committed in non-international armed conflict. A systematic violent behavior is more or less expected from a terrorist actor with a virulent ideology that cares for nothing but dominance, however, impunity should not be correspondingly expected. Criminal jurisdiction should be ascribed to violent actors²⁶

including but not limited to ISIS, who in the name of international security, demonise the ethics of law of war.

The ambiguous application of international law in non-state actors and the lack of national strategies for ISIS prosecution are impediments to the legitimate expectation for a legal response. If prosecutions and convictions target solemnly the politically motivated murders of Shia, Yazidi, and Christians, they will allow for the existing sectarian narrative to be augmented and for ISIS-like groups to emerge and exploit the divisions and eventually, to fill the vacuum²⁷. A terror once represented by al-Qaeda is now finding expression through ISIS. The enemy for some simply changes faces, however the purpose remains the same; an eternal struggle for land, oil and dominance, the “golden fleece” that every ambitious insurgent pursues.

²⁵ *Nichols, M.* (2017). U.N. team to collect evidence of Islamic State crimes in Iraq. Reuters, Available at <https://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-iraq-un/u-n-team-to-collect-evidence-of-islamic-state-crimes-in-iraq-idUSKCN1B-W26J>

²⁶ ISIS is not considered the solemn perpetrator of war crimes, since during the 9-month battle of Mosul, both the U.S and Iraq used non-proportional weapons that caused thousands of casualties. The U.S aligned with the Iraqi government to wrest control of the city and trained the 16th Division of the Iraqi army. Their common response was expressed through bombing campaigns and human rights abuses against Sunni civilians and suspected members of ISIS attempting to flee the city. The U.S argued that the force used can be justified in cases where a government is unable or unwilling to suppress the threat posed by non-state actors

operating within its borders. For more see *Human Rights Watch*. (2017). Iraq: US-Trained Forces Linked to Mosul War Crimes. Available at <https://www.hrw.org/news/2017/07/27/iraq-us-trained-forces-linked-mosul-war-crimes> and *Deeks A.*, Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extra-territorial Self-Defense, 52 VA. J. Int'l L.483, 2012, p. 487 as cited in *Scharf M.*, How the War against ISIS Changed International Law, 48 Case W. Res. J. Int'l L. 15, 2016, p.17-18

²⁷ *Coker, M., Schmitt, E. and Callimachi, R.* (2017). With Loss of Its Caliphate, ISIS May Return to Guerilla Roots. *nytimes.com*, Available at <https://www.nytimes.com/2017/10/18/world/middleeast/islamic-state-territory-attacks.html>



Το έγκλημα της γενοκτονίας: Η υπόθεση Μλάντιτς

Κελεσίδου Άννα-Ταξιάρχουλα
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Η δικαστική απόφαση για τον Ράτκο Μλάντιτς αποτέλεσε γεγονός που επέφερε τη λύτρωση χιλιάδων ανθρώπων, τόσο θυμάτων των θηριωδιών που συνέβησαν υπό τις διαταγές του, όσο και των οικογενειών τους. Μαζί με το Δικαστήριο για τη Γιουγκοσλαβία και την τελευταία του απόφαση, έκλεισε και ένας κύκλος, στη διάρκεια του οποίου αποδόθηκε δικαιοσύνη για τα όσα έλαβαν χώρα σε άλλη μία σκοτεινή σελίδα της ανθρωπίνης ιστορίας».

Εισαγωγή

Κατά τη διάρκεια της μακροχρόνιας ιστορίας του ανθρωπίνου γένους, έχουν διαπραχθεί πολλών ειδών εγκλήματα, τα οποία συχνά προκάλεσαν αναταραχή στη διεθνή κοινή γνώμη. Όμως, φαίνεται να υπάρχει ένα έγκλημα, το -δικαίως- επονομαζόμενο και ως «έγκλημα των εγκλημάτων»¹, που επιτυχώς αποδεικνύει κάθε φορά το πόσο κτηνώδης μπορεί να γίνει η φύση του ανθρώπου: το έγκλημα της γενοκτονίας. Αν και έχει υπόσταση από αρχαιότερα ήδη χρόνια, ο όρος «γενοκτονία» εισήχθη μόλις το 1944, από τον Πολωνό νομικό, εβραϊκής καταγωγής, Ράφαελ Λέμκιν, που υπήρξε και ο ίδιος θύμα διώξεων στη ναζιστική Γερμανία. Η «γενοκτονία», λοιπόν, δεν αποτέλεσε μέρος του Χάρτη της Νυρεμβέργης, καθώς δε θεωρούνταν ξεχωριστή κατηγορία εγκλημάτων από τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας. Η αποσύνδεσή της από αυτά έλαβε χώρα μετά τον Β' Παγκόσμιο Πόλεμο, όποτε και προέκυψε ένα κενό δικαίου. Τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, τότε, συνδέονταν άμεσα με την ύπαρξη εμπόλεμης σύρραξης, διαπράττονταν, δηλαδή, στα πλαίσια αυτής². Εντούτοις, δεν υπήρχε μία έννοια που να καλύπτει εγκλήματα τέτοιας έκτασης και χαρακτήρα, που τελούνται, όμως, εν καιρώ ειρήνης. Έτσι, η γενοκτονία διακηρύχθηκε

από τον ΟΗΕ ως διεθνές ποινικό αδίκημα κατά την πρώτη σύνοδο της Γενικής Συνέλευσης, ενώ στις 9 Δεκεμβρίου του 1948 υιοθετήθηκε και η Σύμβαση για την πρόληψη και την καταστολή του εγκλήματος της γενοκτονίας³.

Εφεξής, η γενοκτονία συμπεριλήφθηκε ως αυτοτελές έγκλημα στα μετέπειτα καταστατικά των διεθνών ποινικών δικαστηρίων, μάλιστα τόσο σε αυτό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου της Χάγης (το οποίο λειτουργεί σήμερα), όσο και στα δυο *ad hoc* δικαστήρια που προηγήθηκαν: αυτό για τη Γιουγκοσλαβία και αυτό για τη Ρουάντα. Αναφορικά με το πρώτο, αυτό συστάθηκε το 1993, προκειμένου να δικάσει αποκλειστικά εγκλήματα που έλαβαν χώρα κατά την περίοδο των συγκρούσεων στα Βαλκάνια τη δεκαετία του 1990, με τις οποίες επήλθε και η διάσπαση του γιουγκοσλαβικού κράτους⁴. Στα πλαίσιά του, απαγγέθηκαν κατηγορίες έναντι 19 ατόμων για το έγκλημα της γενοκτονίας⁵, με πρώτη του σχετική απόφαση στην υπόθεση Krstic, ο οποίος τελικά καταδικάστηκε για «παροχή βοήθειας και για ενθάρρυνση της σφαγής στη Σρεμπρένιτσα».

³ Schabas William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014, σελ. 100

⁴ Χουλιάρας Αθανάσιος Γ., *Η Ανάδυση του Διεθνούς Ποινικού Συστήματος*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ. 301-302

⁵ Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., *Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Από τη Νυρεμβέργη στη Χάγη*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 19

¹ Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, σελ.100

² Schabas William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014, σελ. 100

Ακολούθησαν κι άλλες αποφάσεις για το έγκλημα αυτό, πριν το Δικαστήριο κλείσει οριστικά τις πόρτες του στις 31 Δεκεμβρίου 2017. Κύκνειο άσμα του ήταν η απόφαση για τον Ράτκο Μλάντιτς, αρχηγό του στρατού των Σερβοβόσνιων κατά τον πόλεμο στη Βοσνία (1992-1995), η τελευταία απόφαση για υπόθεση που δικάστηκε σε πρώτο βαθμό και εκδόθηκε στις 22 Νοεμβρίου 2017. Το κατηγορητήριο εναντίον του περιλάμβανε εννέα κατηγορίες για εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας και παραβιάσεις των κανόνων και των εθίμων του πολέμου, αλλά και δυο για το έγκλημα της γενοκτονίας. Η μία από τις τελευταίες αφορούσε επίσης τη σφαγή στη Σρεμπρένιτσα, ένα ειδικές περιστατικό, το οποίο χαρακτηρίστηκε ως η μεγαλύτερη θηριωδία που γνώρισε η Ευρώπη μετά τον Β' Παγκόσμιο Πόλεμο. Κρίνεται αναγκαίο, λοιπόν, να εξεταστούν τα επιμέρους σημεία του εγκλήματος της γενοκτονίας, ώστε να γίνει κατανοητό το πώς έφτασε το Δικαστήριο στην εν λόγω απόφαση.

Αντικειμενική υπόσταση⁶ (actus reus) του εγκλήματος της γενοκτονίας

Το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την πρώην Γιουγκοσλαβία δικάζει με βάση το δικό του καταστατικό, στο οποίο με το άρθρο 4 καθιερώνει την αρμοδιότητά του και για το έγκλημα της γενοκτονίας. Στην παράγραφο 2 του άρθρου δίνεται ο ορισμός της, ακριβώς όπως υιοθετήθηκε με τη Σύμβαση για τη γενοκτονία. Συγκεκριμένα, αναφέρονται περιοριστικά οι τρόποι τέλεσης του εγκλήματος και απαιτείται οι πράξεις αυτές να διαπράττονται με την πρόθεση καταστροφής, εν όλω ή εν μέρει, μιας εθνικής, εθνοτικής, φυλετικής ή θρησκευτικής ομάδας, ως τέτοιας⁷. Οι προστατευόμενες ομάδες αναφέρονται επίσης περιοριστικά, προκειμένου κυρίως να αποφευχθεί η διάσπαση της νομολογίας, ενώ σε αυτές δε συμπεριλήφθηκαν ομάδες πολιτικού ή κοινωνικού χαρακτήρα⁸, καθώς επιδιώχθηκε να προστατευτούν ομάδες που χαρακτηρίζονται από περ ισοότερη σταθερότητα. Ακριβής ορισμός

για κάθε επιμέρους ομάδα δεν έχει δοθεί, παρόλα αυτά είναι σημαντική η συμβολή της νομολογίας στην αποσαφήνισή τους, ειδικότερα με την υπόθεση Akayesu που προχώρησε σε ορισμούς για τις τέσσερις ομάδες⁹.

Αναφορικά, με τους τρόπους τέλεσης του εγκλήματος, προβλέπονται αποκλειστικά οι εξής: «α) ανθρωποκτονία των μελών της ομάδας, β) πρόκληση σοβαρής σωματικής ή διανοητικής βλάβης σε μέλη της ομάδας, γ) με πρόθεση επιβολή επί της ομάδας συνθηκών υπολογισμένων να επιφέρουν τη φυσική καταστροφή της εν όλω ή εν μέρει, δ) επιβολή μέτρων που σκοπεύουν στην παρεμπόδιση των γεννήσεων εντός της ομάδας και ε) δια της βίας μεταφορά παιδιών της ομάδας σε άλλη ομάδα». Προκειμένου, επομένως, να στοιχειοθετηθεί το έγκλημα της γενοκτονίας, πρέπει να τελεστεί μία από τις ανωτέρω πράξεις. Οι τρεις πρώτες θεωρούνται ως μορφές φυσικής γενοκτονίας, η τέταρτη ως βιολογική γενοκτονία ενώ η τελευταία ως μία μορφή πολιτισμικής γενοκτονίας¹⁰ (η οποία μάλιστα συμπεριλήφθηκε στον κατάλογο με πρόταση της Ελλάδας¹¹).

Η αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος στην υπόθεση Μλάντιτς

Μεταξύ άλλων, ο Ράτκο Μλάντιτς βρέθηκε αντιμέτωπος με το δικαστήριο για το έγκλημα της γενοκτονίας (που τιμωρείται με βάση την παράγραφο 3 του άρθρου 4 του Καταστατικού), με δύο ξεχωριστές κατηγορίες. Η πρώτη αναφέρεται στην τέλεση γενοκτονίας σε έξι κοινότητες της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης, ενώ η δεύτερη στη γενοκτονία στη Σρεμπρένιτσα.

Ξεκινώντας από την κατηγορία για γενοκτονία σε έξι βοσνιακές κοινότητες, διατυπώθηκε ο ισχυρισμός ότι εκδηλώθηκαν σε αυτές συμπεριφορές κατά των Βοσνίων Κροατών και των Βοσνίων Μουσουλμάνων των περιοχών, ενδεικτικές της ύπαρξης πρόθεσης καταστροφής αυτών ως εθνικών, εθνοτικών και/ή θρησκευτικών ομάδων (υπό την έννοια του άρθρου 4 του Καταστατικού). Ως τρόποι τέλεσης στην περίπτωση αυτή προβλήθηκαν η ανθρω-

⁶ Μανωλεδάκης Ι., Ποινικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 65-66

⁷ Μαρούδα Μαρία-Ντανιέλλα, Το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την Πρώην Γιουγκοσλαβία και η εξέλιξη του Διεθνούς Ανθρωπιστικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2001, σελ. 78

⁸ Cassese A., International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, σελ. 96-97

⁹ Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Από τη Νυρεμβέργη στη Χάγη, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 22-23

¹⁰ Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Από τη Νυρεμβέργη στη Χάγη, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 24-27

¹¹ Schabas William A., Genocide in International Law, Cambridge University Press, 2009, σελ. 202

ποκτονία μελών της ομάδας, η πρόκληση σοβαρής σωματικής ή διανοητικής βλάβης σε μέλη αυτής και η με πρόθεση επιβολή επί της ομάδας συνθηκών υπολογισμένων να επιφέρουν τη φυσική καταστροφή της εν όλω ή εν μέρει. Το Δικαστήριο εξέτασε τον κάθε τρόπο τέλεσης ξεχωριστά, αρχίζοντας από την ανθρωποκτονία. Εδώ, τα πράγματα είναι αρκετά ξεκάθαρα, καθώς μοναδική προϋπόθεση είναι ο θάνατος του θύματος, ο οποίος πρέπει να προκληθεί από πράξη ή παράλειψη του δράστη, και μάλιστα με πρόθεση του, καθώς δε νοείται γενοκτονική πράξη χωρίς πρόθεση¹² (αν και αυτό συνιστά στοιχείο της υποκειμενικής υπόστασης). Αποδείχθηκε, ότι διαπράχθηκαν πολυάριθμες ανθρωποκτονίες στις περιοχές αυτές σε βάρος μελών των ομάδων. Ακολουθεί η εξέταση του δεύτερου τρόπου τέλεσης, για τον οποίο υποστηρίχθηκε ότι η σωματική ή διανοητική βλάβη που προκαλείται πρέπει να είναι τέτοιας βαρύτητας, προκειμένου να συντελεί ή τουλάχιστον να τείνει να συντελέσει στην καταστροφή της προστατευόμενης ομάδας. Παραδείγματα αυτού του είδους βλάβης αποτελούν τα βασανιστήρια, οι βιασμοί, η μη θανάσιμη σωματική βία, που προκαλεί όμως παραμόρφωση ή σοβαρό τραυματισμό. Στην υπόθεση υπό εξέταση, το Δικαστήριο διαπίστωσε την ύπαρξη τέτοιων πράξεων βίας και σκληρής και απάνθρωπης μεταχείρισης των θυμάτων, μάλιστα και στα πλαίσια στρατοπέδων συγκέντρωσης που διατηρούνταν σε ορισμένες περιοχές, σε τέτοιο βαθμό μάλιστα που τα γεγονότα αυτά είχαν ισχυρό αντίκτυπο στη μετέπειτα ζωή των θυμάτων. Σε άλλες, όμως, δε διαπιστώθηκε ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις για τη θεμελίωση αυτού του τρόπου τέλεσης γενοκτονίας. Τέλος, εξετάστηκε από το Δικαστήριο ο τελευταίος τρόπος τέλεσης για τον οποίο κατηγορήθηκε ο Μλάντιτς, δηλαδή η με πρόθεση επιβολή επί της ομάδας συνθηκών υπολογισμένων να επιφέρουν τη φυσική καταστροφή της εν όλω ή εν μέρει. Στο στάδιο αυτό εξετάστηκαν μόνο τα πραγματικά περιστατικά εκείνα, τα οποία δεν έγινε δυνατό να υπαχθούν στον δεύτερο τρόπο τέλεσης του άρθρου 4. Πρόκειται, άλλωστε, για πράξεις οι οποίες σταδιακά οδηγούν στη φυσική καταστροφή της ομάδας και θεωρούνται γενοκτονικής φύσης, ανεξαρτήτως του αποτελέσματός τους (π.χ. απάνθρωπες συνθήκες διαβίωσης, καταναγκαστική εργασία, στέρηση

μέσων απαραίτητων για τη διαβίωση, όπως στέγη, τροφή, νερό, ιατρικές υπηρεσίες)¹³. Εντούτοις, τα αποδεικτικά στοιχεία που παρουσιάστηκαν δε φάνηκαν αρκετά, ώστε να οδηγήσουν στο συμπέρασμα πως οι πράξεις αυτές τελέστηκαν με σκοπό την καταστροφή των ομάδων.

Το 1995 απαγγέλθηκε κατά του Μλάντιτς -αλλά και κατά του τότε ηγέτη των Σερβοβόσνιων Ράντοβαν Κάρατζιτς- η δεύτερη κατηγορία για γενοκτονία, η οποία αφορούσε τη σφαγή στη Σρεμπρένιτσα, έναν μουσουλμανικό θύλακα. Εδώ στοχοποιήθηκαν οι Βόσνιοι Μουσουλμάνοι της περιοχής, ως εθνική, εθνοτική ή/και θρησκευτική ομάδα. Οι τρόποι τέλεσης που παρουσιάστηκαν ήταν και πάλι η ανθρωποκτονία και η πρόκληση σοβαρής σωματικής ή διανοητικής βλάβης στα μέλη της ομάδας, τα στοιχεία των οποίων αναλύθηκαν και παραπάνω. Όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά στην περίπτωση αυτή, η Σρεμπρένιτσα είχε κηρυχθεί ως ασφαλής περιοχή από τον ΟΗΕ, βρισκόμενη, μάλιστα, υπό την προστασία του. Όμως, οι Ολλανδοί στρατιώτες -προσωπικό του ΟΗΕ- που φύλασσαν την περιοχή, δεν κατάφεραν να αποτρέψουν τα γεγονότα που ακολούθησαν. Μετά την κατάληψη του εδάφους από τις σερβικές δυνάμεις, τον Ιούλιο του 1995, πολλοί από τους κατοίκους κατέφυγαν στο Ποτοτσάρι, ένα χωριό της Σρεμπρένιτσα, όπου βρισκόταν και η στρατιωτική βάση του ολλανδικού τάγματος, αναζητώντας προστασία από τις δυνάμεις του ΟΗΕ, χωρίς όμως αποτέλεσμα. Οι Βόσνιοι Μουσουλμάνοι άντρες -συγκεκριμένα όσοι ήταν στρατεύσιμης ηλικίας- χωρίστηκαν από τις γυναίκες, τα παιδιά και τους ηλικιωμένους και εκτελέστηκαν. Την ίδια μοίρα είχαν και εκείνοι που προσπάθησαν να διαφύγουν στην Τούζλα, περιοχή υπό βοσνιακή κυριαρχία. Αναφορικά, με τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της γενοκτονίας, το Δικαστήριο επιβεβαίωσε την κατηγορία για τον πρώτο τρόπο τέλεσης, την ανθρωποκτονία, εφόσον υπολογίζεται ότι 7.000 με 8.000 άνδρες-μέλη της προστατευόμενης ομάδας έχασαν τότε τη ζωή τους στα χέρια των σερβικών δυνάμεων. Κρίσιμο είναι να επισημανθεί ότι στο στάδιο αυτό δεν εξετάζονται πιθανές ανθρωποκτονίες γυναικών, καθώς αυτές δεν εμπίπτουν στην εν λόγω κατηγορία της εισαγγελικής αρχής. Σχετικά με το δεύτερο τρόπο τέλεσης, δηλαδή την πρόκληση σοβαρής σωματικής ή διανοητικής βλάβης σε μέλη της ομάδας,

¹² Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Από τη Νυρεμβέργη στη Χάγη, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 24

¹³ Cassese A., Cassese's International Criminal Law, Oxford, 2013, σελ.116

φαίνεται ότι οι σερβικές δυνάμεις τρομοκρατούσαν τους κατοίκους που είχαν συγκεντρωθεί στη στρατιωτική βάση, με πράξεις που θεωρήθηκαν ως σκληρή ή απάνθρωπη μεταχείριση. Γενικώς, δημιουργήθηκε ένα κλίμα εκφοβισμού, το οποίο εντάθηκε με την απομάκρυνση των ανδρών από τον λοιπό πληθυσμό. Επιπλέον, πολλοί από τους άντρες πέρασαν τις τελευταίες ώρες πριν την εκτέλεσή τους σε κατάσταση απελπισίας, καθώς υπήρξαν θύματα αντίστοιχης μεταχείρισης, υποκείμενοι σε κακοποίηση, σε απειλές και σε εξευτελισμό. Δεν ήταν λίγοι, τέλος, εκείνοι που οδηγήθηκαν στην αυτοκτονία. Όλες οι πράξεις αυτές κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι υπάγονται στην περίπτωση β' του άρθρου 4 παρ. 2 του Καταστατικού, αποτελώντας μορφή πρόκλησης σοβαρής σωματικής και διανοητικής βλάβης που συνέβαλε στην καταστροφή της ομάδας, έχοντας προηγηθεί, μάλιστα, των εκτελέσεων των θυμάτων¹⁴.

Υποκειμενική υπόσταση¹⁵ (mens rea) του εγκλήματος της γενοκτονίας

Προκειμένου να στοιχειοθετηθεί, λοιπόν, το έγκλημα της γενοκτονίας, είναι ανάγκη να πληρείται αρχικά η αντικειμενική υπόσταση που προβλέπεται από το άρθρο του Καταστατικού. Ωστόσο, δεν αρκεί αυτό, αφού πρέπει να συνοδεύεται και από τη ζητούμενη υποκειμενική υπόσταση. Στο σημείο αυτό, πρέπει να γίνει ένας διαχωρισμός. Κρίσιμο είναι, πρωτίστως, να καλύπτεται η υποκειμενική υπόσταση, που εδώ αποτελείται από δύο συνιστώσες: την πρόθεση και τη γνώση. Η γνώση έχει την έννοια της επίγνωσης μίας συνέπειας που θα επέλθει, ως επακόλουθο μιας πράξης, κατά τη

φυσική πορεία των πραγμάτων¹⁶. Ο δράστης οφείλει να αποδέχεται τις συνέπειες αυτές των πράξεών του. Πρέπει, λοιπόν, να έχει δόλο (α' ή β' βαθμού), ενώ αποκλείεται ο ενδεχόμενος δόλος και η αμέλεια¹⁷. Απαιτείται, όμως, και ένα επιπλέον και πολύ βασικό στοιχείο. Για να θεωρηθεί ότι οι πράξεις αυτές αποτελούν γενοκτονία, πρέπει ο δράστης να έχει και τον -υπερχειλή- γενοκτόνο δόλο (τον λεγόμενο *dolus specialis*¹⁸), δηλαδή την ειδική «*πρόθεση καταστροφής, εν όλω ή εν μέρει, μιας εθνικής, εθνοτικής, φυλετικής ή θρησκευτικής ομάδας, ως τέτοιας*», όπως αναφέρεται στο άρθρο 4. Με τον τρόπο αυτό, το έγκλημα της γενοκτονίας μετατρέπεται σε ένα έγκλημα σκοπού. Σημειώνεται πως εάν η πρόθεση αυτή εκλείπει, βέβαια, η πράξη συνήθως μπορεί να υπαχθεί στα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας αντί της γενοκτονίας¹⁹. Η πρόθεση αυτή είναι δυνατό να συναχθεί από άλλους παράγοντες όταν δεν υπάρχει ρητή δήλωση του δράστη, λόγου χάριν από τη ευρύτερη και συστηματοποιημένη διάπραξη άλλων εγκλημάτων κατά της προστατευόμενης ομάδας²⁰. Γενικότερα, η ύπαρξη ενός γενοκτόνου σχεδίου δεν κρίνεται πάντοτε απαραίτητη, αποτελεί, ωστόσο, ένα είδος δείκτη που οδηγεί συχνά το δικαστήριο στη διαπίστωση της ύπαρξης του ειδικού δόλου²¹. Δεν επιβάλλεται, βέβαια, ο δράστης να επιτύχει και την καταστροφή της ομάδας ή μέρους της μέσω των πράξεών του αυτών, αρκεί να έχει την πρόθεση να το κάνει.

Τίθεται, επιπλέον, ένα ακόμη κριτήριο όταν γί-

¹⁶ Schabas William A., *Genocide in International Law*, Cambridge Press University, 2009, σελ. 242

¹⁷ Cassese A., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, σελ.118

¹⁸ Στα εγκλήματα που προβλέπουν την ύπαρξη αυτού του «ειδικού δόλου», η υποκειμενική υπόσταση υπερκαλύπτει τα στοιχεία της αντικειμενικής, αναφέρεται δηλαδή και σε στοιχεία που δεν περιλαμβάνονται στην αντικειμενική υπόσταση (έγκλημα υπερχειλούς υποκειμενικής υπόστασης), *Μανωλεδάκης Ι.*, Ποινικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 378

¹⁹ Schabas William A., *Genocide in International Law*, Cambridge Press University, 2009, σελ. 257

²⁰ Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., *Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Από τη Νυρεμβέργη στη Χάγη*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 29

²¹ Χουλιάρης Αθανάσιος Γ., *Η Ανάδυση του Διεθνούς Ποινικού Δικαίου*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ. 417

¹⁴ Ουσιαστικά, οι σερβικές δυνάμεις απομάκρυναν τους άνδρες κατοίκους της Σρεμπρένιτσα που ήταν σε στρατεύσιμη ηλικία και στη συνέχεια προέβησαν σε μαζικές εκτελέσεις τους (ανθρωποκτονίες). Όσον αφορά τις γυναίκες, τα παιδιά και τους ηλικιωμένους που έμειναν πίσω, αυτοί μεταφέρθηκαν με τη βία μακριά από την κατοικία τους και σε περιοχές που λειτούργησαν ως στρατόπεδα συγκέντρωσης. Εκεί, μεγάλος αριθμός των θυμάτων υπέστη κακοποίηση, βιασμούς και βασανιστήρια. Ορισμένοι από αυτούς υπήρξαν θύματα ανθρωποκτονίας.

¹⁵ *Μανωλεδάκης Ι.*, Ποινικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 69

νεται λόγος για καταστροφή της ομάδας «εν μέρει». Αυτό δεν αντιμετωπίζεται μόνο ως κριτήριο ποσοτικό, αλλά κυρίως ως ποιοτικό. Επομένως, το «εν μέρει» ερμηνεύεται -μάλλον σωστότερα- λιγότερο ως «μεγάλος αριθμός μελών» και περισσότερο ως «σημαντικό μέρος της ομάδας», δηλαδή αναφέρεται «είτε σε αρκετά μεγάλο ποσοστό μελών επί του συνόλου της ομάδας σε ένα συγκεκριμένο γεωγραφικό χώρο, είτε σε τμήμα της ομάδας, όπως η πολιτική ή πνευματική ηγεσία, η καταστροφή του οποίου έχει ως αποτέλεσμα την ποσοτική αλλά και την ποιοτική αποδυνάμωση της ομάδας αυτής»²². Μια τελευταία αξιοσημείωτη επισήμανση είναι πως ο δράστης στρέφεται κατά του ατόμου όχι λόγω των ξεχωριστών χαρακτηριστικών του, αλλά αποκλειστικά και μόνο λόγω της ιδιότητάς του ως μέλους της προστατευόμενης ομάδας (αποπροσωποποίηση του ατόμου)²³. Παίζει ρόλο, άρα, και ο τρόπος με τον οποίο αντιλαμβάνεται ο δράστης την ομάδα αλλά και το άτομο, ως μέλος αυτής, για τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της γενοκτονίας²⁴.

Η υποκειμενική υπόσταση στην υπόθεση Μλάντιτς

Στα πλαίσια των δύο κατηγοριών για γενοκτονία έναντι του Ράτκο Μλάντιτς, εξετάστηκαν ειδικότερα από το δικαστήριο και ορισμένα από τα ζητήματα που αναφέρθηκαν παραπάνω. Με αφετηρία την πρώτη κατηγορία, για γενοκτονία σε έξι κοινότητες της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης, το Δικαστήριο προσπάθησε να εκτιμήσει τη «σημασία του μέρους» της ομάδας που στοχεύθηκε. Προς την κατεύθυνση αυτή, αξιοποιήθηκαν ποικίλα κριτήρια συνδυαστικά, όπως ο αριθμός των μελών της ομάδας τα οποία στοχεύθηκαν, ένα δεύτερο αριθμητικό κριτήριο, αυτή τη φορά σε σύγκριση με το συνολικό μέγεθος της ομάδας, ο τυχόν εξέχων ρόλος του τμήματος αυτού στα πλαίσια της ομάδας γενικά, αλλά και για την επιβίωσή της, ο έλεγχος που είχαν οι δράστες στην περιοχή, καθώς και τι δυνατότητες παρουσιάστηκαν σε αυτούς. Εξετάζοντας τα πραγματικά περιστατικά και τα αποδεικτικά στοιχεία για κάθε

περιοχή ξεχωριστά, το Δικαστήριο δε σχημάτισε τελικώς πλήρη δικανική πεποίθηση ότι οι πράξεις αυτές τελέστηκαν σε βάρος των Βοσνίων Κροατών και των Βοσνίων Μουσουλμάνων στις τοποθεσίες αυτές με πρόθεση την καταστροφή τους ως σημαντικό μέρος των αντίστοιχων προστατευόμενων ομάδων. Δε θεμελιώθηκε, λοιπόν, ο απαιτούμενος γενοκτόνος δόλος.

Αντιθέτως, διαφορετικά κύλησε η εξέταση των δεδομένων για τη σφαγή στη Σρεμπρένιτσα, τη δεύτερη, δηλαδή, κατηγορία περί γενοκτονίας. Εδώ, πέρα από τα κριτήρια που ήδη αναφέρθηκαν, την κατάσταση ξεκαθάρισαν και δηλώσεις του ίδιου του Μλάντιτς, τόσο πριν όσο και κατά την κατάληψη της Σρεμπρένιτσα από τις σερβικές δυνάμεις. Έτσι, αν και ο αριθμός των θυμάτων που στοχοποιήθηκαν αποτελούσε ένα μικρό ποσοστό στα πλαίσια του συνολικού αριθμού Βοσνίων Μουσουλμάνων στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη, υπήρξαν άλλα στοιχεία που λειτούργησαν ως καταλυτικοί παράγοντες στην κρίση του Δικαστηρίου. Επρόκειτο, αρχικά, για μία από τις λίγες εναπομείνουσες περιοχές οι οποίες κατοικούνταν κατά βάση από Βόσνιους Μουσουλμάνους σε αυτή την επικράτεια. Είχε μάλιστα κηρυχθεί, όπως προαναφέρθηκε, ως ασφαλής και προστατευόμενη από τον ΟΗΕ περιοχή. Σε αυτό το πλαίσιο, η καταστροφή των σπιτιών των θυμάτων, καθώς και κτιρίων θρησκευτικού χαρακτήρα, απέκτησε συμβολικό χαρακτήρα για τα υπόλοιπα μέρη της ομάδας των Βοσνίων-Μουσουλμάνων. Θα μπορούσε, ίσως, να αντιμετωπιστεί ως μια απειλή για το μέλλον που τους επιφύλασσαν τα πρόσωπα πίσω από τα εγκλήματα αυτά. Παράλληλα, η πρόθεση εξάλειψης της παρουσίας μιας ομάδας από έναν περιορισμένο γεωγραφικό τόπο είναι δυνατό να χαρακτηριστεί ως γενοκτονία, ακόμα περισσότερο στη δεδομένη περίπτωση, όπου οι κινήσεις των σερβικών δυνάμεων υποδήλωσαν αυτή τους την πρόθεση. Η θανάτωση δύο με τριών γενεών ανδρών (συγκεκριμένα ανδρών σε ηλικία στρατεύσιμη) απέκλεισε οποιαδήποτε δυνατότητα επανάκτησης της περιοχής σε κάθε περίπτωση. Ταυτόχρονα εξασφάλισε σχεδόν την αδυναμία επιβίωσης της κοινωνίας των Βοσνίων Μουσουλμάνων της Σρεμπρένιτσα, μιας κοινωνίας παραδοσιακά πατριαρχικής. Την ίδια στιγμή, απομακρύνθηκαν με την άσκηση βίας από τα εδάφη οι γυναίκες, τα παιδιά και οι ηλικιωμένοι της ομάδας αυτής, σβήνοντας κάθε ελπίδα για αποτροπή του φυσικού αφανισμού των Βοσνίων Μουσουλμάνων

²² Όπως ακριβώς Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Από τη Νυρεμβέργη στη Χάγη, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ.30

²³ Cassese A., International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, σελ. 103

²⁴ Schabas William A., An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2014, σελ. 105

στη Σρεμπρένιτσα. Η ταφή των θυμάτων σε ομαδικούς τάφους, τους οποίους αργότερα έσκαψαν οι σερβικές δυνάμεις ώστε να μετακινήσουν τα πτώματα σε άλλες τοποθεσίες αποτέλεσε ακόμα ένα δείγμα της ζητούμενης πρόθεσης. Αυτή τους η κίνηση αποτέλεσε μία -αποτυχημένη- προσπάθεια να αποκρύψουν τις πράξεις τους. Προς την ίδια κατεύθυνση οδήγησε και το γεγονός ότι στερήθηκε από τα θύματα και τις οικογένειές τους το δικαίωμα ταφής, ανάλογης με τα έθιμά τους. Τέλος, κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι, όσον αφορά τη Σρεμπρένιτσα, επρόκειτο για μια περιοχή στρατηγικής σημασίας, αφού βρισκόταν μεταξύ δύο σερβικών εδαφών. Κατά συνέπεια, η συνοχή τους θα εξυπηρετούνταν καλύτερα με την κατάληψη της και την εκδίωξη από αυτή του πληθυσμού των Βοσνίων Μουσουλμάνων. Πρόκειται για θέματα τα οποία είχαν επισημανθεί και παλαιότερα στην υπόθεση Krstic, την πρώτη υπόθεση αναφορικά με τη σφαγή στη Σρεμπρένιτσα²⁵. Το Δικαστήριο συμπέρανε, λοιπόν, ότι οι πράξεις για τις οποίες κατηγορήθηκε ο Μλάντιτς ενώπιόν του, τελέστηκαν με πρόθεση την καταστροφή των Βοσνίων Μουσουλμάνων της Σρεμπρένιτσα, ως σημαντικό μέρος της γενικότερης προστατευόμενης ομάδας αυτών. Υπήρξε, άρα, ο απαιτούμενος *dolus specialis*.

Τελική απόφαση του Δικαστηρίου για τη γενοκτονία

Ολοκληρώνοντας το σκεπτικό του σχετικά με τις δύο κατηγορίες, το Δικαστήριο κατέληξε στα εξής συμπεράσματα: ο Ράτκο Μλάντιτς κρίθηκε αθώος για τη γενοκτονία σε κοινότητες της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης, εφόσον δεν εντοπίστηκε η απαιτούμενη για το έγκλημα υποκειμενική υπόσταση, ενώ καταδικάστηκε ως ένοχος για τη γενοκτονία στη Σρεμπρένιτσα κατά των Βοσνίων Μουσουλμάνων. Προτιμήθηκε, μάλιστα, να θεμελιωθεί η ευθύνη του μέσω της συμμετοχής του στην «κοινή εγκληματική επιχείρηση» για τη Σρεμπρένιτσα (τη μία από τις τέσσερις των οποίων ισχυρίστηκε η κατηγορούσα αρχή ότι είχε υπάρξει μέλος), της οποίας στόχος ήταν η εξάλειψη της παρουσίας των Βοσνίων Μουσουλμάνων στην περιοχή της Σρεμπρένιτσα. Η κοινή εγκληματική επιχείρηση (η λεγόμενη

Joint Criminal Enterprise-JCE) αποτέλεσε ένα κατασκεύασμα του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου για την πρώην Γιουγκοσλαβία. Ουσιαστικά, πρόκειται για μία μορφή θεμελίωσης ευθύνης, η οποία δεν απαιτεί οι εγκληματικές πράξεις να έχουν τελεστεί ιδιοχειρώς από τον κατηγορούμενο προκειμένου να του καταλογιστούν. Αρκεί να διαπράχθηκαν από μια συλλογικότητα ατόμων και αυτός με κάποιον τρόπο να έχει συμμετάσχει σε αυτή με την προαγωγή του κοινού εγκληματικού σχεδίου τους. Μπορεί, επομένως, να χαρακτηριστεί ως μία ειδική μορφή συναυτουργίας²⁶. Μολαταύτα, στην εν λόγω περίπτωση, δεδομένης της θέσης του Μλάντιτς κατά τη διάπραξη των εγκλημάτων αυτών ως αρχηγού του στρατού των Σερβοβοσνίων, φαίνεται να προκύπτει ευθύνη του και απευθείας από το άρθρο 7 του Καταστατικού του Δικαστηρίου²⁷, όπου καθιερώνεται τόσο η ατομική ποινική ευθύνη, όσο και η ευθύνη ανωτέρου. Είναι, επομένως, ασαφής ο λόγος για τον οποίο χρησιμοποιήθηκε η κοινή εγκληματική επιχείρηση ως μέσο.

Επίλογος

Η δικαστική απόφαση για τον Ράτκο Μλάντιτς αποτέλεσε γεγονός που επέφερε τη λύτρωση χιλιάδων ανθρώπων, τόσο θυμάτων των θηριωδιών που συνέβησαν υπό τις διαταγές του, όσο και των οικογενειών τους. Μαζί με το Δικαστήριο για τη Γιουγκοσλαβία και την τελευταία του απόφαση, έκλεισε και ένας κύκλος, στη διάρκεια του οποίου αποδόθηκε δικαιοσύνη για τα όσα έλαβαν χώρα σε άλλη μία σκοτεινή σελίδα της ανθρώπινης ιστορίας. Η καταδίκη του σε ισόβια κάθειρξη αποτέλεσε, σύμφωνα με τα λόγια του Υπάτου Αρμοστή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του ΟΗΕ μια «βαρυσήμαντη νίκη για τη δικαιοσύνη», καθώς λειτούργησε ως προειδοποίηση ότι, ανεξάρτητα από τη δύναμη τους και από το πόσος καιρός θα χρειαστεί, οι δράστες των εγκλημάτων αυτών δε θα παραμείνουν ατιμώρητοι, όπως στην περίπτωση του Μλάντιτς, που κατάφερε να διαφύγει τη σύλληψη για 16 χρόνια. Παρόλο που το *ad hoc* ποινικό δικαστήριο για

²⁵ Krstić (IT-98-33), §§595-7, Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την πρώην Γιουγκοσλαβία, διαθέσιμη σε <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>

²⁶ Χουλιάρας Αθανάσιος Γ., Η Ανάδυση του Διεθνούς Ποινικού Συστήματος, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ. 713

²⁷ Μαρούδα Μαρία-Ντανιέλλα, Το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την Πρώην Γιουγκοσλαβία και η εξέλιξη του Διεθνούς Ανθρωπιστικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2001, σελ. 80

τη Γιουγκοσλαβία κατακρίθηκε, ακριβώς επειδή συστάθηκε αποκλειστικά για εγκλήματα του πολέμου αυτού, είναι γεγονός ότι η μη απονομή δικαιοσύνης για τέτοιου είδους αδικήματα δεν πρέπει να είναι επιλογή. Στα πλαίσια του εγκλήματος της γενοκτονίας, στοχεύεται η ομάδα, ακριβώς για το λόγο ότι είναι ένα σύνολο με ορισμένα διακριτά χαρακτηριστικά. Γεγονότα όπως αυτά που εκτυλίχθηκαν στη

Σρεμπρένιτσα, αλλά και στις άλλες περιοχές, περιβάλλονται από το στοιχείο της «μισανθρωπιάς» και της απίστευτης βαρβαρότητας. Επιτακτική, λοιπόν, υποχρέωση όλων των κρατών είναι η πρόληψη και η καταστολή του εγκλήματος αυτού και η αποτροπή σκηνών χάους, ανάλογων με αυτές που έχει αντικρίσει ως τώρα η παγκόσμια κοινότητα.

Religious objections to compulsory vaccination: the ECtHR approach

Κούτμα Παναγιώτα
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«With vaccines constituting the most crucial and critical part of today's quality health care, an intrinsic obligation is carried by the States to show the utmost respect for the fundamental rights of the people and the minorities, as enshrined in the Convention of Human Rights».

Introduction

Vaccines are one of the greatest achievements in the history of public health, having been credited for saving millions of lives across the globe.¹ The World Health Organisation has long spoken out on the behalf of the safety of vaccines, leaving no room for doubt as to their vastly positive effect.² Yet, a new-found wave of anti-vaccination movements has been on the rise in recent years under the guise of religious objections. Questions have arisen as to whether mind should be paid to such claims and, predominantly, as to the circumstances under which religious freedom and the right to parental control can and ought to be restricted when they pose a threat to the protection of health. With vaccines constituting the most crucial and critical part of today's quality health care, an intrinsic obligation is carried by the States to show the utmost respect for the fundamental rights of the people and the minorities, as enshrined in the Convention of Human Rights. Therefore, the European Court of Human Rights is expected to properly balance the conflicting interests, as it always does, when delivering its judgement on suchlike 'sensitive' cases.

Although it is in the interest of society that all

citizens are vaccinated, there are some minorities that, as it will be proved below, should be given the right to refuse vaccination. That particular group of individuals should not be ignored; instead their human rights should be protected.

Comparative law about vaccination policy Europe

According to the 2010 survey of the Vaccine European New Integrated Collaboration Effort (VENICE) on the ways of implementing national vaccination programs (whether recommended or mandatory) fifteen (15) EU countries have made vaccination mandatory, while the remaining 14 have at least one mandatory vaccination included in their program.³ What is more, the results have shown that many vaccination programmes in Europe are successful despite being voluntary. The success of such a voluntary program, as the survey indicates, could be enhanced by a legal provision, which would stipulate that children who are not vaccinated should not go to school during outbreaks of the disease.

¹ NCBI, Vaccines for the 21st century, EMBO Mol Med. 2014 June. available at <https://www.unicef.org/immunization/>

² WHO, Questions and answers on immunization and vaccine safety, March 2017, available at <http://www.who.int/features/qa/84/en/>

³ Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes, Eurosurveillance, 31/ May/2012, available at <http://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.17.22.20183-en>

United States and Canada

Religious exemptions from vaccination programmes are a common practice in the United States of America, since all states, with the exception of California, Mississippi and West Virginia, grant exemptions to vaccination to those whose religious forbid immunisation.⁴ Similarly, Canada, and specifically Ontario, recognises non-medical exemptions to all recommended vaccines.⁵ In addition, the law of many USA states, such as Arkansas, Georgia and Wyoming, provides that unvaccinated children should be sent home from school during an outbreak of disease for which they have declined vaccination.⁶ It must be stressed that such a model has proved efficient, since the number of hospitalisations and deaths associated with vaccine-preventable diseases in the country has substantially declined.⁷

According to the United States District Court, religious objections to vaccination can be raised successfully only when the defendants' purported beliefs are "religious" as well as "genuinely" and "sincerely" held.⁸ Thus, an exemption is granted only to individuals whose constitutional right to exercise

their religious belief, as recognised under the First Amendment, would be violated by mandatory vaccination.

Compulsory vaccination interferes with human rights

Interference with the right to physical integrity, personal development and self-determination of Article 8 of ECHR

The physical integrity of a person falls under the scope of "private life", a broad term not susceptible to an exhaustive definition, protected by Art. 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR).⁹ The Strasbourg Court has emphasised that a person's bodily integrity is one of the most intimate aspects of their private life, and thus, that compulsory medical intervention, even if it is of a minor importance, constitutes an interference with this right.¹⁰ Therefore, compulsory vaccination, as an involuntary medical treatment, could be considered such a violation.¹¹

The Court has, further, held that "private life" encompasses, inter alia, the right to personal autonomy and personal development,¹² hence, the right to make decisions about one's body,¹³ and that the freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to select an alternative form of treatment is vital to the principles of self-determination and personal autonomy.¹⁴ Therefore, a person can refuse an intervention with their body in light of their right to personal autonomy and self-determination, even if this intervention is considered to be in the best interest of their health.

Additionally, the ECtHR has reaffirmed Article

⁴ National Conference of State Legislatures, States with religious and philosophical exemptions from school immunization requirements, 12/20/2017, available at <http://www.ncsl.org/research/health/school-immunization-exemption-state-laws.aspx>

⁵ National Center for Biotechnology Information, Compulsory School-Entry Vaccination Laws and Exemptions: Who Is Opting Out in Ontario and Why Does It Matter, 2010 May, available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2875891/>

⁶ Centers for Disease Control and Prevention, State School Immunization Requirements and Vaccine Exemption Laws, Updated February 2017, available at <https://www.cdc.gov/phlp/docs/school-vaccinations.pdf>

⁷ Domestic Public Health Achievements Team, CDC, Ten Great Public Health Achievements --- United States, 2001--2010, May 20, 2011, available at <https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm6019a5.htm>

⁸ *Berg v Glen Cove City School District*, app. no. CV 93-5053, United States District Court, E.D. New York; *Sherr v Northport-east Northport U. Free Sch. D.* app. nos. CV 87-3116, CV 87-3197, United States District Court, E.D. New York

⁹ *X and Y v the Netherlands*, (Chamber), app. no. 8978/80, §22, *Pretty v UK*, app. no. 2346/02, §61

¹⁰ *Y.F. v Turkey*, app. no. 24209/94, §33, *Acmanne and Others v Belgium*, (dec.), app. no. 10435/83, *Peters v The Netherlands*, (dec.), app. no. 21132/93

¹¹ *Salveti v Italy*, (dec.), app. no. 42197/98, *Solomakhin v Ukraine*, app. no. 24429/03, §33, *Boffa and 13 others v San Marino*, (dec.), app. no. 26536/95

¹² *Bensaid v the United Kingdom*, app. no. 44599/98, §47, *R.R. v Poland*, app. no. 27617/04, §180

¹³ *Pretty v UK*, app. no. 2346/02, §58

¹⁴ *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v Russia*, app. no. 302/02, §136

6 (2) of the Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine, by stating that informed consent is required for any medical intervention under. As applied by the Court, “informed consent”¹⁵ encompasses the notion that patients should be informed of all risks, benefits and alternatives to treatment in order to make a free and informed decision in their best interest. Consequently, compulsory vaccination constitutes an interference with the right to private life, when it is carried out without the “informed consent” of the individual or his/her representative, in the case of minors.

Interference with family life and parental rights of Article 8 of ECHR

As Art. 8 proclaims, everyone enjoys the right to respect for their family life, without any arbitrary interference by the public authorities.¹⁶ The right to family life contains a broad range of parental rights with regard to the care, custody and upbringing of minor children.¹⁷ If a State mandates vaccination as compulsory, parents are deprived of the right to make a decision on the bodily integrity and health of their children. Thus, their right to family life is indisputably restricted.

Besides, States have an international obligation under Article 5 of the Convention of the Rights of the Child (CRC) to respect the right of parents to give directions and guidance to their child. It should be noted that the CRC has become the touchstone for the development of European children’s rights law, and that the ECtHR has accepted that Article 8 must be interpreted in the light of the CRC.¹⁸

Interference with the right to health

Even though it is universally acknowledged that everybody is granted the right to health,¹⁹ such a right is not expressly enshrined in the ECHR. However, this right is safeguarded by a plethora of international human rights instruments, such as the Eu-

ropean Social Charter (Article 11), a treaty enjoying a majority consensus among European countries.²⁰ As the ICESCR Committee has stated, the right to health is not to be understood simply as the right of an individual to be healthy, but rather as the right to control one’s health and body, as well as the right to be free from any interference, such as non-consensual medical treatment.²¹

Interference with the right to freedom of thought, conscience and religion of Article 9 of ECHR

As enshrined in Art. 9 of the ECHR, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a democratic society within the meaning of the Convention. This freedom is one of the most vital elements of an individual’s identity, as directly relevant to their perception of life.²² It entails, inter alia, the freedom to hold or not to hold religious beliefs, and to practice or not to practice a religion.²³ While religious freedom is primarily a matter of an individual’s conscience, it also implies the freedom to manifest one’s religion, alone and in private or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. According to Article 9 manifesting one’s religion can take various forms, namely worship, teaching, practice and observance.²⁴ Therefore, if one’s religion prohibits medical intervention to the body, the refusal of vaccination can be considered manifestation of their religion.

Usually, individuals who refuse vaccination on religious grounds belong to religious minorities

²⁰ Information document prepared by the secretariat of the ESC “The Right to Health and the European Social Charter” (March 2009), available at <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter>

²¹ General Comment 14 of ICESCR, Adopted 11 August 2000, available at <http://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>

²² *Otto-Preminger-Institut v Austria*, (Chamber), app. no. 13470/87, §47

²³ *Kokkinakis v Greece*, (Chamber), app. no. 14307/88, §31, *Buscarini and Others v San Marino*, (Grand Chamber), app. no. 24645/94, §34, *Leyla Şahin v Turkey*, (Grand Chamber), app. no. 44774/98, §104

²⁴ *Leyla Şahin v Turkey*, (Grand Chamber), app. no. 44774/98, §105, *Cha’are Shalom Ve Tsedek v France*, (Grand Chamber), app. no. 27417/95, §73

¹⁵ *R.R. v Poland*, app. no. 27617/04, §174

¹⁶ *El-Masri v the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, (Grand Chamber), app. no. 39630/09, §248, *Kroon and Others v the Netherlands*, (Chamber), app. no. 18535/91, §31

¹⁷ *Nielsen v Denmark*, app. no. 10929/84, §61; *Seven Individuals v Sweden*, (dec.), app. no. 8811/79

¹⁸ *Harroudj v France*, app. no. 43631/09, §42

¹⁹ UDHR Art. 25§1

whose rights cannot be ignored within a democratic society, for which pluralism, tolerance and broadmindedness are fundamental.²⁵ Democracy does not mean that the views of the majority must always prevail, but on the contrary that a balance must be achieved between opposing interests within the society must be achieved to ensure the fair treatment of minorities and avoid any abuse of dominant position.²⁶ Thus, States should take into account religious minorities which are opposed to vaccination to ensure that all religious beliefs are respected.

Prohibition of discrimination of Article 14 of ECHR

Article 14 of the ECHR stipulates that the enjoyment of human rights should be secured without discrimination on any ground.²⁷ Thus, Article 14 has no independent existence; it has effect solely in relation to the enjoyment of the rights and freedoms safeguarded by other substantive provisions of the Convention.²⁸

The Court has distinguished two forms of discrimination, the direct, when the difference in treatment between people in similar positions is apparent and the indirect. In the latter form, a general and neutral measure affects disproportionately and adversely a particular group of people defined by a "protected ground" such as those mentioned in Article 14.²⁹ Thus, Article 14 is also violated when States fail to treat differently persons whose situations are significantly different. In *DH and others v. Czech Republic*, the ECtHR recognised that dis-

crimination may arise not only from direct actions of the State, but also from a de facto situation. In other words, a State which enacts legislation mandating that citizens must be inoculated without including religious exemptions for minorities, fails to provide appropriate exceptions to a general rule,³⁰ and thus, indirectly discriminates against them on religious grounds against the exercise of their right to respect for private and family life, and the right to freedom of religion.

Interference justified or not under §2 of Articles 8 and 9 of ECHR

According to Articles 8§2 and 9§2 ECHR, an interference with the right to private and family life and with the right to freedom of religion amounts to a violation, unless it is "in accordance with the law", in pursuit of a "legitimate aim" and "necessary in a democratic society". The rights safeguarded by the Convention would be rendered significantly empty, if a State was free to subject its citizens to compulsory medical treatment without being able to justify itself under Articles 8 and 9 §2 of the Convention.

Regarding the first requirement, the Convention refers to the legal system of the State involved, which must provide an adequate basis for the restrictive measures. Already in its early case law,³¹ the Court identified four questions, which provide a test for deciding if any given interference with a specific right or rights can be deemed legal (the rule of law test). First of all, the domestic legal system must sanction the infraction. Secondly, the relevant legal provision must be accessible to all citizens. In addition, it must be sufficiently precise to enable the citizen reasonably to foresee the consequences which a given action may entail. Finally, the law must provide adequate safeguards against arbitrary interference with the respective substantive rights

The Strasbourg Court does not simply accept as a fact the position of the Respondent State to the effect that a given restrictive measure was based on domestic law.³² On the contrary, the law is test-

²⁵ *S.A.S. v France*, (Grand Chamber), app. no. 43835/11, §128, *mutatis mutandis*, *Young, James and Webster v the United Kingdom*, app. nos. 7601/76, 7806/77, §63, *Chassagnou and Others v France*, (Grand Chamber), app. nos. 25088/94, 28331/95, 28443/95, §112

²⁶ *ibid*

²⁷ Universal Declaration of Human Rights, Art. 7; United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Art. 2; International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 2

²⁸ *Palau Martinez v France*, app. no. 64927/01, §29, *Van Raalte v the Netherlands*, (Chamber), app. no. 20060/92, §33, *Camp and Bourimi v the Netherlands*, app. no. 28369/95, §34

²⁹ *D.H. and Others v The Czech Republic*, app. no. 57325/00, §175, *Orsus and Others v Croatia*, app. no. 15766/03, §150

³⁰ *Thlimmenos v Greece*, (Grand Chamber), app. no. 34369/97, §48

³¹ *Sunday Times vs UK*, app. no. 6538/74, *Huvig v France*, app. no. 11105/84, *Kruslin v France*, app. no. 11801/85

³² *P. van Dijk, G.J.J van Hoof*, Theory and Practice

ed to ensure its conformity with the Convention.

If the interference passes the rule-of-law test, the State must be able to prove that it pursues a legitimate aim, among those listed as grounds for restriction in the second paragraph of Articles 8 and 9 of the ECHR. Often, the legitimate aim behind compulsory vaccination legislation is the protection of public health.³³ However, a State's Government has the responsibility to articulate the public health purpose as clearly as possible: "*the risk to the public must be probable and not merely speculative or remote*".³⁴

Finally, it must be decided whether, with a view to the interest to be protected, the interference may be considered "necessary in a democratic society", according to the test set in *Handyside v UK* and *Sunday Times v UK*. Specifically, it must be decided whether the "interference" complained of corresponded to a "pressing social need," whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued," and whether the reasons given by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient."

Two principles are involved in this test; the principle of proportionality and the margin of appreciation. Under the first principle, the ECtHR examines whether the means chosen by a State to achieve one of the aforementioned legitimate aims are effective or suitable, necessary in a democratic society and proportionate *stricto sensu*.³⁵ Thus, if an interference with a right proves to be "*unsuitable*" or "*superfluous*," either because the aims pursued cannot be achieved by it in any case, or because less

intrusive means were available, there is no good reason to sustain such an interference.³⁶

Compulsory vaccination is not deemed as absolutely necessary, since it constitutes too restrictive a measure, when other less intrusive alternatives could have been introduced. For instance, the State can opt for a voluntary vaccination program, based on recommendations, according to the survey conducted by VENICE, which has been analysed above under the Comparative Law section. Furthermore, introducing religious exemptions to a mandatory vaccination programme is an equally effective measure for the achievement of the protection of public health. This is feasible due "herd immunity";³⁷ a medical term used to describe the effect which occurs when a sufficient proportion of a community is immunised against a contagious disease, and thus, the virus can no longer be transmitted among the population, because there are not many people who can be infected. Hence, the disease cannot gain foothold in that society, because the vaccination coverage is high. Since religious minorities constitute a small number of people, the sufficient proportion of herd immunity can be sustained, if they are granted the right to refuse vaccination.

Finally, it must be noted that proportionality *stricto sensu*, as the third requirement of the proportionality test, requires that a reasonable balance should be achieved between the interests served by the measure and the interests that are harmed by it.³⁸ Therefore, in the case of vaccination, a reasonable balance should be achieved between the legitimate interest of the protection of public health and the rights to private, family life, freedom of religion and the right not to be discriminated under the ECHR.

To a certain extent, the Court has solved these balancing problems by applying its margin-of-appreciation doctrine. This doctrine refers to the "*space for manoeuvre that the Strasbourg organs are willing to grant national authorities in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights*".³⁹ The Court appears to leave quite a

of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, pg. 579

³³ *Solomakhin v Ukraine*, app. no. 24429/03, §32, 35, *Boffa and 13 others v San Marino*, (dec.), app. no. 26536/95, pg. 34

³⁴ *Lawrence Gostin & Jonathan M. Mann*, *Toward the Development of a Human Rights Impact*

Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies, in *Health and Human*

Rights: A Reader, Jonathan M. Mann, Sofia Gruskin, Michael A Grodin & George

J. Annas, eds., Routledge, Taylor and Francis Group, New York, London, 1999, pg. 54-72

³⁵ *Janneke Gerards*, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, Published 17 June 2013, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 2, 1 April 2013, Pages 466-490

³⁶ *ibid*

³⁷ Herd Immunity, Vaccine Knowledge Project, Oxford Vaccine Group, last updated April 2016, available at <http://vk.ovg.ox.ac.uk/herd-immunity>

³⁸ *ibid*

³⁹ S. Greer, *The Margin of Appreciation*:

broad margin of appreciation to national authorities, when the cases concern sensitive moral or ethical issues.⁴⁰ By contrast, the Court leaves a narrow margin of appreciation to States that must provide serious and compelling reasons for an interference with the choices that people may make in pursuance of the religious standard of behaviour within the sphere of their personal autonomy.⁴¹ In cases of strict review, the Court should be more critical, demanding from the states a reasonable explanation of the choice that it has made between different alternatives.⁴²

Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2000, pg. 5

⁴⁰ Parrillo v Italy, (Grand Chamber), app. no. 46470/11, §169

⁴¹ Jehovah's Witnesses of Moscow v Russia, app. no. 302/02, §119

⁴² Janneke Gerards, How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights, Published 17 June 2013, International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 2, 1 April 2013, pgs. 466-490

Conclusion

Even though compulsory vaccination interferes with a series of human rights safeguarded by the Convention (as proven above), it is difficult to establish a violation of these rights mainly due to the proportionality principle and the doctrine of margin of appreciation. However, it would be paradoxical if the level of protection of the rights and freedoms of religious minorities were to be lowered. It is the State's responsibility to ensure and guarantee the exercise of those rights, and not to discriminate against these minorities. Besides, as the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities proclaims "*States shall take measures where required to ensure that persons belonging to minorities may exercise fully and effectively all their human rights and fundamental freedoms without any discrimination and in full equality before the law*".⁴³

Ευχαριστώ πολύ την Αγγελική Τσάντα για την πολύτιμη βοήθειά της.

⁴³ Art. 4, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities



Κανονισμός 2016/679/ΕΕ: Νέα προστασία προσωπικών δεδομένων

Σουρτζή Κατερίνα
4^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Σκοπός του νομοθέτη είναι αφενός η διασφάλιση της ορθής χρήσης των δεδομένων από οποιονδήποτε και αφετέρου η δημιουργία νέας ρύθμισης προληπτικού χαρακτήρα απομακρυσμένης από τον κατασταλτικό».

Εισαγωγή

Ένα φλέγον ζήτημα της σημερινής εποχής συνιστά η προστασία των προσωπικών δεδομένων. Θεωρείται πάντα σύγχρονο το θέμα, επειδή η ανθρώπινη διάνοια συνεχώς εξελίσσει τα επιτεύγματα της πληροφορικής με αποτέλεσμα τα προσωπικά δεδομένα να καθίστανται όλο και πιο ευάλωτα στο όνομα της τεχνολογικής προόδου και της παγκοσμιοποίησης¹. Αυτό φαίνεται να απασχολεί και τον ευρωπαϊκό νομοθέτη τελευταία με αποτέλεσμα να επέλθει μια τομή στην εξέλιξη του δικαίου των προσωπικών δεδομένων με τη θέσπιση του Γενικού Κανονισμού 2016/679/ΕΕ² για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών.

Ο νέος Κανονισμός ψηφίστηκε στις 27 Απριλίου 2016 με πρόταση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου. Η ισχύς του άρχισε 20 μέρες μετά

τη δημοσίευση και η εφαρμογή του σε όλα τα κράτη-μέλη επιβάλλεται να πραγματοποιηθεί στις 25 Μαΐου 2018 σύμφωνα τη διάταξη 99 του Κανονισμού (Κ στο εξής). Γίνεται αντιληπτό, λοιπόν, πως η χώρα μας επηρεάζεται άμεσα από τον Κανονισμό, καθώς ως μέλος της ΕΕ οφείλει εφαρμόζει το ευρωπαϊκό δίκαιο, πράγμα που κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 28παρ.2 και παρ.3Σ³.

Διαχρονικό δίκαιο

Μέχρι το 2016 ο νομοθέτης της Ένωσης επέλεγε να ρυθμίζει την προστασία των προσωπικών δεδομένων κυρίως μέσω των Οδηγιών ικανοποιώντας τις επιταγές του πρωτογενούς δικαίου κατά τα 6ΣΕΕ,16ΣΛΕΕ,8ΕΣΔΑ και 8ΧΘΔ. Ειδικότερα, τα σχετικά νομοθετήματα⁴ είναι: α) η Οδηγία 95/46/ΕΚ περί προστασίας των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων και της ελεύθερης κυκλοφορίας αυτών, β) βάσει αυτής ο Κανονισμός 2001/45/ΕΚ για την τήρηση των δικαιωμάτων και των ελευθεριών των προσώπων, την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων μεταξύ κρατών, οργάνων και οργανισμών της ΕΕ και

¹ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερνίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.1-7,17-19

² Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου Ευγενία, «Προσωπικά Δεδομένα», Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ.448-579 και στις ιστοσελίδες:

http://www.dpa.gr/pls/portal/docs/PAGE/APDPX/LAW/NOMOTHESIA%20PROSOPIKA%20DEDOMENA/FILES/CELEX_32016R0679_EL_TXT.PDF , <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL-EN/TXT/?qid=1519558702948&uri=CELEX:32016R0679&from=EL>

³ Κώστας Χ. Χρυσόγονος, «Συνταγματικό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, Έκδοση Β', 201, σελ.190-214 και Σαχπεκίδου Ρ. Ευγενία, «Ευρωπαϊκό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, Β' έκδοση, σελ.442-484

⁴ Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου Ευγενία, «Προσωπικά Δεδομένα», Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ.207-218 και στην ιστοσελίδα της ΑΠΔΠΧ: http://www.dpa.gr/portal/page?_pageid=33,123482&_dad=portal&_schema=PORTAL

τον θεσμό του Επόπτη Προστασίας Δεδομένων, γ) η Οδηγία 2002/58/ΕΚ αναφερόμενη στην επεξεργασία των δεδομένων και την προστασία στις ηλεκτρονικές τηλεπικοινωνίες, δ) η Οδηγία 2006/46/ΕΚ περί διατήρησης των δεδομένων, που παράγονται ή υποβάλλονται σε επεξεργασία σε συνάρτηση με την παροχή διαθεσίμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και η οποία τροποποίησε την προηγούμενη, ε) η Οδηγία 2009/136/ΕΚ περί τροποποίησης των προηγούμενων και του Κανονισμού 2006/2004/ΕΚ και στ) ο Κανονισμός 2013/611/ΕΕ για τα μέτρα κοινοποίησης των παραβιάσεων δεδομένων της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ.

Εύκολα αντιλαμβανόμαστε ότι ο νομοθέτης επανειλημμένα προσπαθεί να θεσμοθετήσει κατευθυντήριες γραμμές για το δίκαιο της προστασίας των προσωπικών δεδομένων. Οι ραγδαίες τεχνολογικές εξελίξεις αλλά και η αναποτελεσματικότητα⁵ στις ευρωπαϊκές έννομες τάξεις λόγω των χαμηλών προστίμων σε περίπτωση παραβίασης των προσωπικών δεδομένων καθώς και των ελλειπών νομοθετικών ρυθμίσεων σε σχέση με τις διατάξεις της Οδηγίας 95/46/ΕΚ οδήγησαν στη θέσπιση του Γενικού Κανονισμού 2016/679/ΕΕ και των συμπληρωματικών του Οδηγιών 2016/680/ΕΕ⁶ και 2016/681/ΕΕ⁷. Ο Κανονισμός καταργεί και αντικαθιστά την Οδηγία 95/46/ΕΚ εμπεριέχοντας ανανεωμένους κανόνες για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων και την ελεύθερη κυκλοφορία αυτών. Απόρροια αυτού συνιστά αναμφισβήτητη η πλήρης αλλαγή της ελληνικής νομοθεσίας, η οποία βασιζόταν στην καταργούμενη Οδηγία με την έκδοση του Ν.2472/1997.

⁵ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.1-7

⁶ Αφορά στην προστασία φυσικών προσώπων της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων από αρμόδιες αρχές για σκοπούς πρόληψης, διερεύνησης, ανίχνευσης ή δίωξης ποινικών αδικημάτων ή εκτέλεσης ποινικών κυρώσεων και για την ελεύθερη κυκλοφορία αυτών των δεδομένων και καταργεί την απόφαση πλαίσιο 2008/977/ΔΕΥ του Συμβουλίου.

⁷ Σχετίζεται με τη χρήση δεδομένων που περιέχονται στις καταστάσεις επιβατών (PNR) για την πρόληψη, ανίχνευση, διερεύνηση και δίωξη τρομοκρατικών και σοβαρών εγκλημάτων.

Γιατί επιλέχθηκε ο Κανονισμός;

Ο ευρωπαϊκός νομοθέτης - εν προκειμένω το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο - έκρινε ότι η ρύθμιση πλέον χρήζει ανάγκης να γίνει μέσω της μορφής του Κανονισμού, ενώ πρότερα έγινε μέσω Οδηγίας. Προκειμένου να αντιληφθεί κανείς την επιλογή του νομοθέτη, θα πρέπει να αναφερθούν εν συντομία οι διαφορές μεταξύ Κανονισμού και Οδηγίας, που αποτελούν δεσμευτικές νομικές πράξεις της ΕΕ⁸.

Ο Κανονισμός σύμφωνα με το 288 παρ. 2 ΣΛΕΕ διαθέτει γενική ισχύ με την έννοια ότι σ' αυτόν περιλαμβάνονται γενικοί και αφηρημένοι κανόνες δικαίου ρυθμίζοντας πολλές έννομες σχέσεις με δέκτες τα θεσμικά όργανα της ΕΕ, κράτη-μέλη, τα φυσικά και νομικά πρόσωπα με κατοικία ή έδρα στην ΕΕ. Επίσης, δεσμεύει καθολικά, επειδή όλο το περιεχόμενο πρέπει να υιοθετηθεί ως έχει από τα μέλη της ΕΕ. Τέλος, η ισχύς του είναι άμεση, διότι τα έννομα αποτελέσματα επέρχονται στις εθνικές έννομες τάξεις δίχως να απαιτείται κάποια διαδικασία μετατροπής⁹.

Αντιθέτως, προσδιορίζονται τα κράτη-μέλη ως αποδέκτες της Οδηγίας στο άρθρο 288 παρ.3 ΣΛΕΕ¹⁰ διαφοροποιώντας την από τον Κανονισμό. Δεσμευτικό είναι μόνο το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, γεγονός που υποδεικνύει μεν την δεσμευτικότητά της κατά ένα μέρος, σηματοδοτεί δε την μη υποχρεωτική μορφή για τους αποδέκτες της. Φυσικά, τα αποτελέσματά της δεν είναι άμεσα, αφού θα επέλθουν με την μεταφορά της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο του εκάστοτε κράτους με την κατάλληλη διαδικασία και τον καταλληλότερο τύπο και μέσο. Γι' αυτό υπάρχει διακριτική ευχέρεια και ελευθερία κινήσεων για την ένταξη των ευρωπαϊκών ρυθμίσεων στις εθνικές νομοθεσίες προκειμένου να εναρμονιστούν όσο το δυνατόν περισσότερο με το δίκαιο της ΕΕ.

Η προσπάθεια εναρμόνισης των εθνικών νομοθεσιών για το δίκαιο των προσωπικών δεδομένων μέσω Οδηγιών απέβη άκαρπη, αφού τα κράτη συμμορφώνονταν κατά τρόπο ωφέλιμο για εκείνα

⁸ Σαχπεκίδου Ρ. Ευγενία, «Ευρωπαϊκό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, Β' έκδοση, σελ.450-478

⁹ Σαχπεκίδου Ρ. Ευγενία, «Ευρωπαϊκό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, Β' έκδοση, σελ.461-462

¹⁰ Σαχπεκίδου Ρ. Ευγενία, «Ευρωπαϊκό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, Β' έκδοση, σελ.462-476

λόγω της υφιστάμενης ευχέρειας¹¹. Οι ίδιες οι Οδηγίες παρουσιάζουν ρυθμιστικές ελλείψεις, αλλά και ασυμβίβαστα στοιχεία με τη σύγχρονη τεχνολογική εξέλιξη και πρακτική¹². Έχοντας λάβει υπόψη τα ανωτέρω και την επιτακτική ανάγκη της συνεκτικότητας και επαρκούς έννομης προστασίας των δεδομένων ο νομοθέτης αποφάσισε να χρησιμοποιήσει τον Κανονισμό εξαιτίας των αναλυθέντων ιδιοτήτων. Έτσι, επιδιώκεται η πλήρης ομοιομορφία, η ταυτόχρονη έναρξη της ισχύος του, η επαρκής και ουσιώδης προστασία των προσωπικών δεδομένων σε όλα ανεξαιρέτων τα κράτη-μέλη του ευρωπαϊκού χώρου¹³.

Ας μην παραβλεφθούν, όμως, κάποια σημεία του Κανονισμού σε σχέση με τη φύση του, που παραπέμπουν στα χαρακτηριστικά Οδηγίας λόγω της διακριτικής ευχέρειας του εθνικού νομοθέτη να επιλέξει μεταξύ ορισμένων δυνατοτήτων¹⁴. Η παρέκκλιση από την καθολική δεσμευτικότητά του Κανονισμού ως τέτοιου δεν εγείρει ανησυχίες, επειδή είναι ελάχιστα και συγκεκριμένα τα σημεία της διακριτικής ευχέρειας, τα οποία δεν πρέπει να χρησιμοποιηθούν καταχρηστικά από τους κρατικούς νομοθέτες. Μόνο έτσι θα αρθούν τυχόν διαφωνίες που σχετίζονται με την κοινωνική αντίληψη δικαίου κάθε κράτους-μέλους της ΕΕ¹⁵.

Πεδίο εφαρμογής

Πρώτο πεδίο εφαρμογής είναι το ουσιαστικό κατά το 2Κ. Περιλαμβάνει ρυθμίσεις για την αυτοματοποιημένη επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα εν όλω ή εν μέρει, αλλά και την μη αυτοματοποιημένη επεξεργασία, που εντάσσονται σε αρχεία ή επρόκειτο να περιληφθούν σε σύστημα αρχειοθέτησης. Ωστόσο, υπάρχουν τρεις ρητές εξαιρέσεις: δραστηριότητες εκτός του πλαισίου της ΕΕ ή σχετικές με το κεφάλαιο 2 τίτλου V ΣΕΕ, δραστηριότητες φυσικού προσώπου αποκλειστικά οικογενειακές ή οικιακές και ποινικού χαρακτήρα εντασσόμενες στην Οδηγία 2016/680/ΕΕ.

Το δεύτερο πεδίο εφαρμογής που μας ενδιαφέρει είναι το εδαφικό, όπου παρατηρείται μια προσπάθεια παγκοσμιοποίησης του νέου Κανονισμού λόγω της εφαρμογής του και σε χώρες εκτός ΕΕ (3Κ). Οι ρυθμίσεις ισχύουν στις δραστηριότητες εγκατάστασης του υπεύθυνου επεξεργασίας ή του εκτελούντος την επεξεργασία των δεδομένων, οι οποίες πραγματοποιούνται αφενός εντός της ΕΕ, αφετέρου εκτός της ΕΕ για υποκείμενα ευρισκόμενα εντός της Ένωσης. Με αυτόν τον τρόπο προωθείται η επιθυμητή ομοιομορφία της προστασίας των δεδομένων εφαρμόζοντας την αρχή του τόπου της επιχείρησης και του υποκειμένου των δεδομένων¹⁶.

Οι θεμελιώδεις αρχές επεξεργασίας

Ο γενικός Κανονισμός επιβεβαιώνει και ενισχύει τις ήδη υπάρχουσες αρχές στο δίκαιο των προσωπικών δεδομένων, που διέπουν ολόκληρο το φάσμα της επεξεργασίας τους (5Κ). Πιο συγκεκριμένα, καταγράφεται η αρχή της νομιμότητας, της αντικειμενικότητας και της διαφάνειας, η αρχή του περιορισμού του σκοπού, η αρχή της ελαχιστοποίησης των δεδομένων, η αρχή της ακρίβειας, η αρχή του περιορισμού της περιόδου αποθήκευσης, η αρχή της ακεραιότητας και εμπιστευτικότητας. Φυσικά, η νέο-προσθεθείσα αρχή της λογοδοσίας είναι σημαντική, καθώς αποτελεί μια νέα υποχρέωση για τον Υπεύθυνο Επεξεργασίας κατά την οποία οφείλει να μεριμνά για την εφαρμογή των ανωτέρω αρχών στην επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων. Έτσι, ο Υπεύθυνος υποχρεούται να χρησιμοποιεί τα

¹¹ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.5-8,17-19,21-24

¹² Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.1-24 και Σαχπεκίδου Ρ. Ευγενία, «Ευρωπαϊκό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, Β' έκδοση, σελ. 465

¹³ Σαχπεκίδου Ρ. Ευγενία, «Ευρωπαϊκό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, Β' έκδοση, σελ.461-462,465

¹⁴ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.1-8,17-19

¹⁵ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.51-52 για την ευχέρεια περί του κατώτερου ορίου ηλικίας για την προστασία των παιδιών

¹⁶ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.26-27

κατάλληλα μέτρα ανάλογα με τη περίπτωση προκειμένου να διασφαλιστεί η εφαρμογή του Κανονισμού¹⁷.

Παράλληλα, κατοχυρώνονται διάφοροι λόγοι νόμιμης επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Η σύννομη επεξεργασία πρέπει να πληροί τουλάχιστον μια εκ των απαριθμημένων προϋποθέσεων του 6 παρ.1Κ, όπως και να γίνεται στο πλαίσιο ενός ή περισσότερων σκοπών του άρθρου 6 παρ.4Κ, για να ικανοποιείται η αρχή του περιορισμού του σκοπού της επεξεργασίας¹⁸. Η συναίνεση του ατόμου αφορά συγκεκριμένο σκοπό κάθε φορά και δεν δύναται να χρησιμοποιηθεί για τυχόν μεταγενέστερους σκοπούς δίχως να έχει προηγηθεί η σαφής αίτηση για ειδική συγκατάθεση. Ο έλεγχος αυτός μεταξύ του αρχικού και του επακόλουθου σκοπού επεξεργασίας πραγματοποιείται από τον υπεύθυνο επεξεργασίας. Αυτός θα αποφασίσει, αν απαιτείται εκ νέου συγκατάθεση, γεγονός που ίσως γεννήσει συμβάντα καταχρηστικότητας λόγω της πλήρους ελεύθερης κρίσης του¹⁹.

Αξιοσημείωτο είναι ζήτημα του άρθρου 6 παρ.1 περ.α'Κ για τη συγκατάθεση (4 περ.11Κ),²⁰ που δίνεται υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 7Κ. Αυτή η δήλωση βούλησης απαιτείται να είναι ρητή χωρίς αυτό να σημαίνει έγγραφο τύπο. Αρκεί να προκύπτει και από ενδείξεις. Πρέπει η δήλωση να είναι επιβεβαιωμένη, ελεύθερη, συγκεκριμένη και με πλήρη επίγνωση των συνεπειών. Ο υπεύθυνος επεξεργασίας κάθε φορά οφείλει να αποδεικνύει τη λήψη τέτοιων δηλώσεων βούλησης, γεγονός που αβίαστα γεννά την ανάγκη απόδειξης με οποιοδήποτε τρόπο. Βεβαίως, δεν αφαιρείται από το υποκείμενο η δυνατότητα ελεύθερης ανάκλησης της συγκατάθεσης του χωρίς αναδρομικά αποτελέσματα.

Κρίνεται απαραίτητο να επισημανθεί ότι σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ.2Κ, τα ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα (9 παρ.1Κ και 4Κ) επιβάλλουν την ρητή συναίνεση του υποκειμένου και ιδιαίτερες περιπτώσεις, για να επεξεργαστούν. Ειδικότερα, θα θεωρηθεί παράνομη η επεξεργασία τους βάσει της ρητής απαγόρευσης της επεξεργασίας τους κατά το 9 παρ.1Κ. Βέβαια, δεν γίνεται δεκτή η γενική συναίνεση του υποκειμένου κατά την αιτιολογική σκέψη 43Κ, που απαιτεί την ξεχωριστή συναίνεση κάθε φορά, με μοναδική εξαίρεση αυτή της επιστημονικής έρευνα κατά την αιτιολογική σκέψη 33Κ²¹.

Ανανεωμένα δικαιώματα

Γενικά

Ο κανονισμός αυτός ενδυναμώνει τα προϋπάρχοντα δικαιώματα του υποκειμένου και τα εκσυγχρονίζει. Το άτομο αποκτά ενεργό ρόλο στην επεξεργασία των προσωπικών του δεδομένων με τα ανανεωμένα δικαιώματα που ικανοποιούν εν γένει την πληροφοριακή αυτοδιάθεση (9Α του ελληνικού Συντάγματος). Σαφώς, η άσκηση των δικαιωμάτων δεν πραγματοποιείται άνευ όρων, αλλά αντιθέτως υπόκειται στους γενικούς περιορισμούς του 23Κ. Οι νέες διατάξεις για την προστασία των προσωπικών δεδομένων να μην ανανεώνουν τα δικαιώματα, επιβάλλουν δε αυστηρότερες και βαρύτερες κυρώσεις σε σχέση με το παλιό καθεστώς σε περίπτωση παραβίασης τους, όπως σε κάθε παραβίαση των διατάξεων του Κανονισμού²². Ειδικότερα, υπάρχουν αφενός οι διοικητικές κυρώσεις, δηλαδή τα υψηλά πρόστιμα όπως αυτά ορίζονται στο άρθρο 83 παρ.5Κ και αφετέρου αστική ευθύνη προς αποζημίωση από τον υπεύθυνο επεξεργασίας ή τον εκτελούντα την επεξεργασία βάσει του άρθρου 82 παρ.1Κ με στόχο την αποτροπή της παραβίασης.

¹⁷ Γιαννακόπουλος Γ. Θεμιστοκλής, «6+1 αλλαγές στην προστασία των προσωπικών δεδομένων», διαθέσιμο στο: <http://www.capital.gr/me-aropsi/3225427/6-1-allages-stin-prostasia-ton-prosopikon-dedomenon>

¹⁸ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.41-42

¹⁹ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.42

²⁰ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.42-44

²¹ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.43-44

²² Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.13-15,45-48,119-124 και Γιαννακόπουλος Γ. Θεμιστοκλής, «6+1 αλλαγές στην προστασία των προσωπικών δεδομένων», διαθέσιμο στο: <http://www.capital.gr/me-aropsi/3225427/6-1-allages-stin-prostasia-ton-prosopikon-dedomenon>

Ειδικά²³

Ένα σπουδαίο κατόρθωμα του Κανονισμού είναι η προστασία των δικαιωμάτων των παιδιών, που αποτελούν μια ευάλωτη κοινωνική ομάδα. Ως «παιδί» νοείται ο ανήλικος έως τα δεκαέξι του βάσει του 8K, το οποίο παρέχει την ευχέρεια να οριστεί η ηλικία του «παιδιού» από τα δεκατρία ως τα δεκαέξι. Για τη συμμετοχή παιδιού στο διαδίκτυο απαιτείται η συγκατάθεση των γονέων του. Ευθύνη για την λήψη αυτής φέρει ο υπεύθυνος επεξεργασίας υποχρεούμενος να βρίσκεται εγγήγορη για την επαλήθευση με κάθε τεχνολογικό μέσο της συγκατάθεσης και της έγκρισης από άτομα την γονική μέριμνα του παιδιού.

Σημαντικότατο είναι το δικαίωμα της ενημέρωσης(12K), που επεκτείνεται και στην παραβίαση των προσωπικών δεδομένων του υποκειμένου και στην εποπτική αρχή κατά το άρθρο 33K, αλλά και στο υποκείμενο των δεδομένων κατά το 34K ενισχύοντας την διαφάνεια της επεξεργασίας. Εμπειριέχει γενική ρήτρα λήψης όλων των κατάλληλων μέτρων από τον υπεύθυνο επεξεργασίας με σκοπό την πληροφόρηση των υποκειμένων για τα παρεχόμενα δικαιώματα. Η πληροφόρηση πρέπει να παρασχεθεί από τον υπεύθυνο επεξεργασίας χωρίς καθυστέρηση μετά την σχετική αίτηση χρησιμοποιώντας σαφή και καθημερινή γλώσσα. Διαφορετικά, οφείλει να ενημερώσει το υποκείμενο εντός ενός μήνα για τους λόγους της τυχόν αδυναμίας ενημέρωσης, την δυνατότητα δικαστικής προσφυγής και καταγγελίας στην εποπτική αρχή. Βέβαια, διακρίνονται οι πληροφορίες που επιτρέπονται να παρασχεθούν εντός συγκεκριμένου χρόνου ανάλογα με το αν συλλέγει τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, το υποκείμενο των δεδομένων(13K) ή τρίτος(14K).

Από το προηγούμενο εξαρτάται το εκσυγχρονισμένο δικαίωμα πρόσβασης του υποκειμένου(15K) αποσκοπώντας στον έλεγχο νομιμότητας της επεξεργασίας των δεδομένων και στην άσκηση του δικαιώμα πληροφόρησης, διαγραφής, αντιταξιμότητας και της διόρθωσης(16K). Το υποκείμενο των δεδομένων έχει τη δυνατότητα να συμπληρώσει στοιχεία ή να διορθώσει αναληθή προσωπικά στοιχεία υποδεικνύοντας την αλληλένδετη σχέση με την διαγραφή των δεδομένων (17K) και τον περιο-

ρισμό της επεξεργασίας(18K). Άλλωστε, εναλλακτική έκφραση του 16K είναι το δικαίωμα «λήθης», που μετατρέπεται στο δικαίωμα «διαγραφής»(17K) και επιτρέπει στο υποκείμενο να ζητήσει την διαγραφή των δεδομένων από τον υπεύθυνο επεξεργασίας υπό της συνδρομής μιας τουλάχιστον προϋπόθεσης του 17παρ.1K, προστατεύοντας την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητάς του και τη δημόσια αυτοπαρουσίαση²⁴του. Βέβαια, το άτομο δικαιούται να εναντιωθεί απρόθεσμα και χωρίς ειδικό τύπο τόσο στη νόμιμη επεξεργασία των προσωπικών του δεδομένων, όσο και πριν από αυτή βάσει του 21K. Έτσι, ο υπεύθυνος επεξεργασίας υποχρεούται να αποφύγει την επεξεργασία του.

Προέκταση των ανωτέρω είναι το εκσυγχρονισμένο δικαίωμα περιορισμού της επεξεργασίας, το οποίο αφορά την αίτηση προσωρινής προστασίας έναντι αυτής. Αυτό συμβαίνει στις περιπτώσεις που ορίζει το άρθρο 19K στοχεύοντας στην εκκαθάριση της αβεβαιότητας των δεδομένων. Το δικαίωμα αυτό χορηγείται και χωρίς αίτηση από τον υπεύθυνο επεξεργασίας, ώστε να μην ενεργήσει λανθασμένα και χρειαστεί η άσκηση του δικαιώματος διαγραφής. Σε κάθε περίπτωση, ο υπεύθυνος επεξεργασίας οφείλει να ενημερώνει για οποιαδήποτε δράση. Άρα, τα δικαιώματα αυτά εκσυγχρονίζονται και ανανεώνονται, ώστε τα επεξεργαζόμενα προσωπικά δεδομένα να αντικατοπτρίζουν την πραγματικότητα.

Ένα καινούριο μη προϋπάρχον δικαίωμα είναι αυτό της φορητότητας(20K), το οποίο έμμεσα ήταν γνωστό από άλλα δικαιώματα. Κατά το 20K και την αιτιολογική σκέψη 68K προσφέρεται η ευκαιρία στο άτομο να λάβει δεδομένα συγκεκριμένης μορφής, που τον αφορούν και δίνονται στον υπεύθυνο επεξεργασίας, για να διαβιβάζεται η πληροφορία στον άλλο υπεύθυνο επεξεργασίας με αυτοματοποιημένα μέσα. Με τη νέα διάταξη επιδιώκεται η ελευθερία διακίνησης των δεδομένων, η διευκόλυνση μεταφοράς μεταξύ των υπεύθυνων και η δυνατότητα ανάκτησης από τα υποκείμενα των δεδομένων²⁵.

Τέλος, ο Κανονισμός ενισχύει το δικαίωμα στην

²³ Η ανάλυση των κατωτέρω δικαιωμάτων έγινε συνδυαστικά από το εξής: Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.27-31,50-113

²⁴ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.76-78

²⁵ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.89-93

ανθρώπινη παρέμβαση(22Κ) υπογραμμίζοντας την μη εργαλειοποίηση του ατόμου. Καθίσταται κρίσιμη η ανθρώπινη επέμβαση σε μια εποχή που η τεχνολογία κυριαρχεί στην σύγχρονη ζωή και περιορίζει την ανθρώπινη επαφή. Η επεξεργασία απαιτείται να πραγματοποιείται με τα σύγχρονα αυτοματοποιημένα μέσα αλλά και με την αξιολόγηση ενός φυσικού πρόσωπου λαμβάνοντας υπόψη περιστάσεις, συμφέροντα, και προτιμήσεις. Έτσι, αποτρέπεται η πλήρως αυτοματοποιημένη λήψη αποφάσεων και κατάρτιση προφίλ.

Ανασχεδιασμός εξουσιών εποπτικών αρχών

Στο σημείο αυτό πρέπει να τονιστεί ότι οι αρμόδιες εποπτικές αρχές παύουν να εκτελούν πολλές δράσεις με τον Κανονισμό, καθώς αυτές μεταβιβάζονται στον υπεύθυνο επεξεργασίας ή και στον εκτελούντα την επεξεργασία. Είναι επιθυμητό να διασφαλιστεί τοιούτοτρόπως η αποτελεσματικότερη η προστασία της επεξεργασίας των δεδομένων των υποκειμένων. Τα καθήκοντα των εποπτικών αρχών καταγράφονται αναλυτικά στον εκτενή κατάλογο του 57Κ και συμπληρώνονται με την αποσαφήνιση των αρμοδιοτήτων τους στο 58Κ. Οι κατηγορίες των εξουσιών του 58Κ είναι ερευνητικές, διορθωτικές, αδειοδοτικές και συμβουλευτικές.

Οι αρμοδιότητες των αρχών αυτών και οι νέες υποχρεώσεις του υπεύθυνου επεξεργασίας δημιουργούν το στοιχείο της καλής συνεργασίας μεταξύ τους επιτυγχάνοντας την πλήρη προστασία των προσωπικών δεδομένων. Επακόλουθο αυτών είναι η καθιέρωση της αρχής της επιλογής της κύριας εγκατάστασης του υπεύθυνου σε περίπτωση πολλαπλής εγκατάστασής του και διασυννοριακής επεξεργασίας. Γι' αυτό προβλέφθηκε ο επονομαζόμενος μηχανισμός «one stop shop» ²⁶μέσω του οποίου διασφαλίζεται η συνεργασία της εποπτικής αρχής του κράτους της κύριας εγκατάστασης και των ενδιαφερόμενων εθνικών αρχών με στόχο την εποικοδομητική και ομοιόμορφη προστασία των δεδομένων.

Υπεύθυνος Επεξεργασίας Δεδομένων και Εκτελών την Επεξεργασία

Ο Κανονισμός εισάγει στο δίκαιο της προστασίας των δεδομένων έναν υπεύθυνο επεξεργασίας

(4 στ.7Κ) με πρόσθετες και ενισχυμένες υποχρεώσεις, οι οποίες φυσικά ενισχύουν περισσότερο τα δικαιώματα των πολιτών αποτελούσαν αρμοδιότητες των εποπτικών αρχών στο παλιό καθεστώς. Οι αυξημένες υποχρεώσεις του επισύρουν αυστηρές διοικητικές κυρώσεις (υψηλά πρόστιμα) σύμφωνα με το άρθρο 83Κ.

Στα νέα καθήκοντα ²⁷του υπεύθυνου επεξεργασίας εντάσσεται η λήψη των κατάλληλων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων(24Κ) αποτελώντας απόδειξη της ευθύνης του υπεύθυνου και της δραστηριοποίησής του κατά την επεξεργασία. Παράλληλα, υποχρεούται ο υπεύθυνος να δημιουργεί κατά τον σχεδιασμό και να διαμορφώνει κατάλληλη δομή, τεχνολογία και διαδικασίες επεξεργασίας βάσει των διατάξεων του 25Κ. Φυσικά, όπως αναφέρθηκε, οφείλει να ενημερώνει πάντοτε την εποπτική αρχή και το υποκείμενο επεξεργασίας για τυχόν παραβίαση των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα(33,34Κ).

Σημαντικότερη χαρακτηρίζεται η υποχρέωση του άρθρου 35Κ για την κατάρτιση της εκτίμησης του αντίκτυπου της προστασίας δεδομένων που εφαρμόζει την αρχή της λογοδοσίας, επειδή ο υπεύθυνος οφείλει να βεβαιώνει την ουσιαστική προστασία των δεδομένων σύμφωνα με τον Κανονισμό. Στην πραγματικότητα, περιγράφει την επικείμενη επεξεργασία, κρίνει την αναγκαιότητα και προσφορότητα και αντιμετωπίζει τυχόν ελλοχεύοντες κινδύνους σχετικά με τα δικαιώματα εκ της επεξεργασίας. Σε περίπτωση παράλειψης του καθήκοντος επιβάλλονται τόσο υψηλά διοικητικά πρόστιμα(83παρ.4 στ.α' Κ) όσο και αποζημίωση(82Κ).

Επιπρόσθετη υποχρέωση συνιστά η διαμόρφωση πολιτικής ασφαλείας και κωδίκων δεοντολογίας(40Κ) με στόχο την δημιουργία ενός ασφαλούς πλαισίου εφαρμογής του Κανονισμού, το οποίο θα αποπνέει εμπιστοσύνη στους πολίτες, θα προσαρμόζεται κάθε φορά με τις ανακύπτουσες ανάγκες και θα προωθεί τις αρχές της επεξεργασίας δεδομένων²⁸. Το άρθρο 30Κ για την τήρηση των αρχείων

²⁷ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερηνίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.32-36

²⁸ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερηνίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.34-35

²⁶ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερηνίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 40

δραστηριοτήτων συνδράμει στο σκοπό αυτό δεσμεύοντας τόσο τον υπεύθυνο επεξεργασίας όσο και τον εκτελούντα την επεξεργασία. Ειδικά, στην περίπτωση μιας μεγάλης επιχείρησης ή οργανισμού υφίστανται πολλοί κίνδυνοι για τα δεδομένα. Έτσι, το ηλεκτρονικό αρχείο πρέπει να είναι πάντοτε διαθέσιμο στην εποπτική αρχή προκειμένου να ασκήσει τις αρμοδιότητές της.

Τέλος, στο σημείο αυτό χρήζει ανάγκης να διακριθεί ο εκτελών την επεξεργασία από τον υπεύθυνο βάσει του 4στ.8Κ. Άλλωστε, ο εκτελών την επεξεργασία διορίζεται από τον υπεύθυνο και δρα για λογαριασμό του αποσκοπώντας στην ελάφρυνση του. Ακόμη και σ' αυτόν ο Κανονισμός εισάγει καινοτομίες ως προς τις υποχρεώσεις του(28Κ). Ειδικότερα, συνάπτει ειδική σύμβαση με τον υπεύθυνο, τηρεί εγκεκριμένο κώδικα επεξεργασίας ή μηχανισμό πιστοποίησης(28παρ.5Κ) και παρέχει άμεση ενημέρωση του υπεύθυνου για τυχόν παραβίαση δεδομένων(33παρ.2Κ). Θεμελιώδης είναι η αλλαγή που τον καθιστά συνυπεύθυνο με τον υπεύθυνο επεξεργασίας (83παρ.3Κ), αλλά και αυτοτελώς υπόχρεο σε καταβολή αποζημίωσης (82παρ.2Κ).

Νέος θεσμός: Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων²⁹

Η εισαγωγή του θεσμού αυτού είναι νέα, αλλά όχι παντελώς άγνωστη στο δίκαιο της προστασίας των δεδομένων(37-39Κ), αφού στην ΕΕ υπήρχε αναφορά στον Υπεύθυνο Προστασίας Δεδομένων (ΥΠΔ) και στο ελληνικό δίκαιο³⁰. Ο ΥΠΔ πρέπει να διορίζεται υποχρεωτικά από τον υπεύθυνο επεξεργασίας ή τον εκτελούντα την επεξεργασία στις περιπτώσεις που καθίσταται αναγκαία η ύπαρξή του (37 παρ.1-4Κ³¹), γεγονός που εγείρει έριδες στον επιχειρηματικό κόσμο³².

²⁹ Ανάλυση ειδικότερα του θεσμού στο εξής βιβλίο: Σωτηρόπουλος Α. Βασίλης, «Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017

³⁰ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.34, υποσ.75

³¹ Πρόβλημα δημιουργεί στην Ομάδα Εργασίας (άρθρο 29) ο ασαφής όρος του 37παρ.1στ.γ' Κ «μεγάλης κλίμακας επεξεργασία δεδομένων».

³² Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.45

Βασικότατο χαρακτηριστικό του ΥΠΔ είναι η πλήρης ανεξαρτησία του εντός του προσωπικού μιας επιχείρησης ή οργανισμού (δημόσιου ή ιδιωτικού τομέα), αφού δεν δεσμεύεται από το διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη. Άλλωστε, ο ρόλος του είναι συμβουλευτικός προς την τήρηση της προστασίας των προσωπικών δεδομένων και δεν επιβάλλει ο ίδιος στην επιχείρηση ή στον οργανισμό νόμους ή κυρώσεις. Αντιθέτως, είναι γενικό καθήκον του να επιβλέπει την εφαρμογή του Κανονισμού, να ενημερώνει άμεσα τον υπεύθυνο επεξεργασίας ή τον εκτελούντα την επεξεργασία για τις υποχρεώσεις του και να αποτελεί τον δίαυλο επικοινωνίας με την εποπτική αρχή για τυχόν σχετικά ζητήματα, κατά τα ειδικώς οριζόμενα στο 39Κ.

Ο ΥΠΔ δεν διορίζεται αυθαίρετα από τον υπεύθυνο επεξεργασίας ή τον εκτελούντα την επεξεργασία αλλά με κριτήρια τα επαγγελματικά προσόντα και ιδίως την εμπειρογνωσία του δικαίου και των πρακτικών προστασίας δεδομένων, καθώς και την ικανότητα εκπλήρωσης των καθηκόντων του κατά το 39Κ(37παρ.5Κ). Μάλιστα, δημοσιεύεται ο εκάστοτε διορισμός μαζί με τα στοιχεία επικοινωνίας με τον ΥΠΔ, ώστε να διευκολύνεται η επικοινωνία με τα υποκείμενα των δεδομένων και τις ανεξάρτητες εποπτικές αρχές(37παρ.7Κ). Δεν αποκλείεται κατά το 37παρ.6Κ και 38παρ.6 να υπάρχει κάποια σύγκρουση καθηκόντων, αν ο ΥΠΔ είναι μέλος του προσωπικού του υπεύθυνου επεξεργασίας ή του εκτελούντα την επεξεργασία ή υπάρχει σύμβαση παροχής υπηρεσιών, που αίρεται μέσω των καλών πρακτικών προωθούμενων από τον υπεύθυνο ή εκτελούντα την επεξεργασία.

Κεντρικός καθίσταται ο ρόλος του ΥΠΔ με την ανάληψη ιδιαίτερα σοβαρής θέσης στην προστασία των δεδομένων (38Κ). Ειδικότερα, ο θεσμός του ΥΠΔ ενισχύεται με την συμμετοχή του σε όλες τις δράσεις σχετικά με τα προσωπικά δεδομένα σύμφωνα με τις εγγυήσεις του 38Κ για την άσκηση του έργου του. Υποβοηθείται από τους παρεχόμενους πόρους και την διευκόλυνση πρόσβασης στα δεδομένα, χωρίς να αναιρείται η ανεξαρτησία του, η οποία περιορίζεται από τον υπεύθυνο επεξεργασίας και τον κώδικα δεοντολογίας. Ωστόσο, δεν ευθύνεται για παραβιάσεις προερχόμενες από τον υπεύθυνο επεξεργασίας ή τον εκτελούντα την επεξεργασία. Πάντως, σε κάθε περίπτωση, οφείλει να λογοδοτεί, να παρέχει ετήσιες εκθέσεις, να τηρεί το απόρρητο και την εμπιστευτικότητα και την εύκολη επικοινωνία με τους ενδιαφερομένους.

Επίλογος

Είναι πασιφανές από τις προαναλυθείσες ρυθμίσεις του Γενικού Κανονισμού 2016/679/ΕΕ πως σκοπός του νομοθέτη είναι αφενός η διασφάλιση της ορθής χρήσης των δεδομένων από οποιονδήποτε και αφετέρου η δημιουργία νέας ρύθμισης προληπτικού χαρακτήρα απομακρυσμένης από τον κατασταλτικό. Το προηγούμενο κατασταλτικό καθεστώς απέβη αναποτελεσματικό και ελλιπές ως προς την παροχή ασφάλειας δικαίου εξαιτίας των ραγδαίων εξελίξεων και των αρρύθμιστων καταστάσεων³³.

Γ' αυτό, από τις 25/5/2018 εισάγεται η εκσυγ-

χρονισμένη νομοθεσία των προσωπικών δεδομένων. Αντικαθιστά, μάλιστα, τους εθνικούς ισχύοντες νόμους με ένα νέο και άμεσα εφαρμόσιμο πλαίσιο σε όλα τα κράτη-μέλη και φυσικά στη χώρα μας. Τα υποκείμενα των δεδομένων ενεργοποιούνται και ανακτούν τον έλεγχο των προσωπικών τους δεδομένων μέσω των νέων υποχρεώσεων, δικαιωμάτων και θεσμών. Φυσικά, καμία από τις καινοτομίες των διατάξεων του καινούριου νομοθετικού πλαισίου δεν πραγματώνεται χωρίς κόστος, γεγονός που ίσως στην χώρα μας δημιουργήσει οικονομικά ζητήματα λόγω της χρόνιας υφιστάμενης οικονομικής κρίσης.

³³ Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερνίκη, «Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ.4-8,123-124



Το δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη

Παπαδημητρίου Ελένη

Τελεióφοιτη Νομικής ΑΠΘ

«Η νομική επιστήμη οφείλει να προσαρμοστεί στην ψηφιακή πραγματικότητα όχι βεβιασμένα υπό την δαμόκλειο σπάθη των εξελίξεων αλλά προσαρμόζοντας τις θεμελιώδεις νομικές αρχές στις σύγχρονες επιταγές, έτοιμη να ξεπεράσει την παγιωμένη νομική παράδοση».

Το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» αποτελεί ένα δικαίωμα διαδικτυακής φύσης το οποίο παρέχει στον φορέα την αξίωση προστασίας στοιχείων της ιδιωτικής του ζωής, απαγορεύοντας την πρόσβαση άλλων χρηστών σε αυτά ή επιτρέποντας την οριστική διαγραφή τους. Τα δεδομένα αναφέρονται είτε σε γεγονότα που ανάγονται στο παρελθόν, οπότε θεωρούνται πλέον παρωχημένα, είτε σε στοιχεία που απλώς ο φορέας δεν επιθυμεί να είναι γνωστά και εύκολα προσβάσιμα σε τρίτους¹. Το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» περιφρουρεί την ιδιωτικότητα στην εποχή της «καθολικής ψηφιακής μνήμης», καθώς οι πληροφορίες που αναρτώνται διατηρούνται αναλλοίωτες στο διηνεκές. Το δικαίωμα κατοχυρώνεται στον Κανονισμό 2016/679², ο οποίος θα τεθεί σε ισχύ τον Μάιο του 2018, όμως πρώτη φορά αναγνωρίστηκε από τον νομικό κόσμο με την απόφαση Google Spain (C-131/12)³ του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Εισαγωγή

Η τεχνολογική εξέλιξη δημιούργησε ένα ρηξικέλευθο ψηφιακό περιβάλλον, στο οποίο η προσβολή και η προστασία ατομικών δικαιωμάτων απέκτησε νέα διάσταση. Πράγματι ο κυβερνοχώρος, ένα σύστημα συνδεδεμένων υπολογιστών, δίνοντας την

ευκαιρία στον χρήστη να γίνει ο ίδιος δημιουργός της πληροφορίας, καταφέρνει να εμπλουτίζεται αδιάκοπα με χιλιάδες νέα δεδομένα. Θεμελιώδες χαρακτηριστικό του διαδικτύου είναι πως αυτό λειτουργεί αποκεντρωμένα, δίχως τον έλεγχο του περιεχομένου των δεδομένων που αναρτώνται, επιτρέποντας στους χρήστες να απολαμβάνουν το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης σε μία εξιδανικευμένη μορφή, παράγοντας όμως παράλληλα εστίες προσβολής άλλων δικαιωμάτων, όπως λ.χ. της προστασίας προσωπικών δεδομένων. Σε ευρωπαϊκό επίπεδο το δικαίωμα της «προστασίας προσωπικών δεδομένων» κατοχυρώνεται στην οδηγία 95/46 / ΕΚ και αποτελεί έκφανση των δικαιωμάτων στην ιδιωτική ζωή και στην ταυτότητα⁴. Η Οδηγία καθιερώνει στον χώρο του διαδικτύου έναν κατασταλτικό έλεγχο των επεξεργασμένων ή ανακριβών δεδομένων προς αποκατάσταση της διαταραχθείσας νομιμότητας και έτσι γεννάται το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» («the right to be forgotten»). Το πεδίο εφαρμογής του δικαιώματος αυτού περιορίζεται από την ελευθερία της έκφρασης και της πληροφόρησης.

Έννοια της Ψηφιακής Λήθης

Ήδη πριν το 2014 το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» είχε αναγνωριστεί νομολογικά από ευρωπαϊκές χώρες (Γαλλία, Ιταλία) καθώς επίσης είχε καταστεί αντικείμενο μελέτης από πολλούς θεωρητικούς. Ποικίλες απόψεις διατυπώθηκαν αναφο-

¹ Ι. Ιγγλεζάκης, Το δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη και οι περιορισμοί του, εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ 76

² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EL>

³ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=c-131/12>

⁴ N. de Andrade, Oblivion, The Right to Be Different from Oneself-Republishing the Right to Be Forgotten, σελ. 126

ρικά με την φύση του, κάνοντας λόγο άλλοτε για δικαίωμα⁵, άλλοτε για ηθική αξία⁶ και άλλοτε για το «έννομο συμφέρον ενός ατόμου να ξεχάσει και να ξεχαστεί»⁷. Όλες όμως οι απόψεις συνέκλιναν προς μία κοινή παραδοχή «το δικαίωμα να μη γίνεται αναφορά σε γεγονότα της ζωής που αφορούν το παρελθόν και δεν είναι πλέον επίκαιρα»⁸. Πράγματι στην ψηφιακή εποχή ο γονιδιακός μηχανισμός του ανθρώπου προς την «λήθη» και το ξεθώριασμα των αναμνήσεων μετατράπηκε σε μηχανισμό «μνήμης» με απρόβλεπτες συνέπειες και κινδύνους. Στόχος του δικαιώματος στην «ψηφιακή λήθη» ήταν η ενίσχυση της προστασίας των δικαιωμάτων των χρηστών του διαδικτύου, και δη της ιδιωτικής τους ζωής. Οφείλουμε στο σημείο αυτό να προβούμε σε μια διαφοροποίηση σχετικά με την αξίωση προστασίας της ιδιωτικής ζωής και του δικαιώματος στην «ψηφιακή λήθη». Πρόκειται για δύο διακριτά δικαιώματα διότι το μεν αναφέρεται σε πληροφορίες που δεν είναι δημόσια γνωστές, ενώ το δε αφορά πληροφορίες που είχαν στο παρελθόν καταστεί γνωστές. Περαιτέρω η εισαγωγή ενός δικαιώματος ελέγχου των αναρτηθέντων πληροφοριών, αποσκοπούσε στην εξισορρόπηση της απουσίας ελέγχου στο στάδιο της ανάρτησης και την αποκατάσταση με αυτόν τον τρόπο πιθανών ατασθαλιών. Για να συνθέσει το ακριβές περιεχόμενο του δικαιώματος στην «ψηφιακή λήθη» το ΔΕΕ στην απόφαση Google Spain προχώρησε σε ερμηνεία των διατάξεων της Οδηγίας 95/46, κάνοντας λόγο για αίτημα του υποκειμένου και αντίστοιχη υποχρέωση του φορέα εκμετάλλευσης μηχανής αναζήτησης, να αφαιρέσει συνδέσμους από ιστοσελίδες που περιέχουν προσωπικά δεδομένα. Η νομολογιακή αυτή κατασκευή υιοθετήθηκε με ελάχιστες εξαιρέσεις

⁵ Conley, C., The Right to Delete, AAI Spring Symposium Series, North America, (2010), διαθέσιμο online: <http://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/view/1158/1482>, σελ 4

⁶ Blanchette, J. -F./Johnson, D.G., Data Retention and the panoptic society: The social benefits of forgetfulness, (2002) The Information Society: An International Journal

⁷ Rouvroy, A., Reinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la de l'information? version augmentée, (2008) διαθέσιμο online: http://works.bepress.com/antoINETTE_rouvroy/5/, σελ 15

⁸ όπως ακριβώς Ι. Ιγγλεζάκης, Το δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη και οι περιορισμοί του, εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 76

από τον ευρωπαϊκό νομοθέτη μέσω του Κανονισμού 206/679. Το άρθρο 17⁹ αναγνώρισε το δικαίωμα διαγραφής των προσωπικών δεδομένων από τον υπεύθυνο επεξεργασίας κατόπιν υποβολής αιτήματος του φορέα των δεδομένων και περαιτέρω υποχρέωση διαγραφής των επίμαχων συνδέσμων και από τρίτους (λ.χ. μηχανών αναζήτησης).

Υπόθεση Google Spain

Στην πραγματικότητα το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» απέκτησε σάρκα και οστά με την υπόθεση Google Spain (C-131/12)¹⁰. Συγκεκριμένα, ο Mario Costeja Gonzales προσέφυγε στην Ισπανική Αρχή Προστασίας Δεδομένων εναντίον αφενός μιας ισπανικής εφημερίδας και αφετέρου της Google Spain και της Google Inc. Ιστορική βάση της καταγγελίας αποτέλεσε το γεγονός πως έπειτα από αναζήτηση στην πλατφόρμα της Google, βάσει του ονόματός του, εμφανίζονταν σύνδεσμοι

⁹ Άρθρο 17 Δικαίωμα διαγραφής («δικαίωμα στη λήθη») « 1. Το υποκείμενο των δεδομένων έχει το δικαίωμα να ζητήσει από τον υπεύθυνο επεξεργασίας τη διαγραφή δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα που το αφορούν [...] και ο υπεύθυνος επεξεργασίας υποχρεούται να διαγράψει δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα [...] εάν : α) τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα δεν είναι πλέον απαραίτητα σε σχέση με τους σκοπούς για τους οποίους συλλέχθηκαν ή υποβλήθηκαν κατ' άλλο τρόπο σε επεξεργασία, β) το υποκείμενο των δεδομένων ανακαλεί τη συγκατάθεση [...], γ) το υποκείμενο των δεδομένων αντιτίθεται στην επεξεργασία [...], δ) τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα υποβλήθηκαν σε επεξεργασία παράνομα [...] 3. Οι παράγραφοι 1 και 2 δεν εφαρμόζονται στον βαθμό που η επεξεργασία είναι απαραίτητη: α) για την άσκηση του δικαιώματος ελευθερίας της έκφρασης και του δικαιώματος στην ενημέρωση, β) για την τήρηση νομικής υποχρέωσης που επιβάλλει την επεξεργασία βάσει του δικαίου της Ένωσης ή του δικαίου κράτους μέλους στο οποίο υπάγεται ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή για την εκπλήρωση καθήκοντος που εκτελείται προς το δημόσιο συμφέρον ή κατά την άσκηση δημόσιας εξουσίας που έχει ανατεθεί στον υπεύθυνο της επεξεργασίας, [...] ή για τη θεμελίωση, άσκηση ή υποστήριξη νομικών αξιώσεων.

¹⁰ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=c-131/12>

σελίδων της συγκεκριμένης εφημερίδας που περιλάμβαναν ανακοίνωση του έτους 1998 σχετικά με την διενέργεια πλειστηριασμού για κινητά του τότε οφειλέτη, Costeja. Ο προσφεύγων αιτήθηκε την απαλοιφή των προσωπικών δεδομένων από την δημοσίευση ώστε να μην εμφανίζονται οι συγκεκριμένοι σύνδεσμοι στα αποτελέσματα αναζήτησης, υποστηρίζοντας πως τα δημοσιεύματα αυτά έθιγαν την τιμή και υπόληψή του καθώς η διαδικασία είχε ολοκληρωθεί και το χρέος είχε αποπληρωθεί προ ετών.

Η Αρχή έκρινε βάσιμη την προσφυγή εναντίον των Google Spain και Google Inc υποστηρίζοντας πως ο νόμος περί προστασίας προσωπικών δεδομένων περιλαμβάνει τους φορείς εκμετάλλευσης μηχανών αναζήτησης. Οι ηττηθέντες προσέβαλαν την απόφαση της Αρχής ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου, το οποίο υπέβαλε με την σειρά του προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ για το εάν η Οδηγία αποτελεί νομικό έρεισμα ικανό να στηρίξει αξίωση αφαίρεσης προσωπικών δεδομένων από τα αποτελέσματα μηχανών αναζήτησης, που γίνονται με βάση το όνομα του ατόμου.

Το ΔΕΕ στηριζόμενο στο άρθρο 12 της Οδηγίας 95/46 τόνισε πως αναγνωρίζεται, στο υποκείμενο των δεδομένων, το δικαίωμα να ζητήσει από τον υπεύθυνο επεξεργασίας την διόρθωση ή διαγραφή ή κλείδωμα των δεδομένων των οποίων η επεξεργασία δεν είναι σύμφωνη προς τις εξαγγελίες της Οδηγίας και ιδίως όταν τα δεδομένα έχουν ελλείψεις ή ανακριβές περιεχόμενο. Εν συνεχεία συμπλήρωσε πως ασυμβατότητα με την Οδηγία στοιχειοθετείται και όταν τα δεδομένα είναι ανεπαρκή, άσχετα ή υπερβολικά προς τον σκοπό επεξεργασίας. Το δικαστήριο περαιτέρω υποστήριξε πως ακόμα και η αρχικά νόμιμη επεξεργασία μπορεί να καταστεί ασυμβίβαστη εάν στην δεδομένη χρονική στιγμή έχει πάψει πλέον να εξυπηρετεί τον σκοπό για τον οποίο είχε συντελεστεί. Με αυτήν την σκέψη το δικαστήριο ανήγαγε τον χρόνο σε ουσιώδες στοιχείο της παραδοχής του αιτήματος για διαγραφή. Το ΔΕΕ διατύπωσε χαρακτηριστικά *«ακόμη και η αρχικά νόμιμη επεξεργασία μη ανακριβών δεδομένων μπορεί, με την πάροδο του χρόνου, να καταστεί αντίθετη με την οδηγία αυτή, εφόσον τα εν λόγω δεδομένα πάψουν να είναι απαραίτητα για τους σκοπούς για τους οποίους συνελέγησαν ή υπέστησαν επεξεργασία. Τούτο συμβαίνει ιδίως όταν τα δεδομένα είναι ακατάλληλα, δεν είναι ή έχουν πάψει να είναι συναφή με το οικείο ζήτημα ή είναι υπερβολικά σε σχέση με*

τους ως άνω σκοπούς ή με τον χρόνο που έχει παρέλθει»¹¹. Η απόφαση στηριζόμενη στα άρθρα 7 και 8 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων αποσύνδεσε την επίκληση και απόδειξη βλάβης από τον φορέα προκειμένου να επιτύχει τη διαγραφή των δεδομένων και τόνισε ότι το δικαίωμα διαγραφής υπερέχει των οικονομικών συμφερόντων των διαχειριστών μηχανών αναζήτησης και του δικαιώματος του ευρύτερου κοινού προς πληροφόρηση σχετικά με το συγκεκριμένο υποκείμενο. Βέβαια εισήγαγε ως εξαίρεση την περίπτωση κατά την οποία το υποκείμενο είναι δημόσιο πρόσωπο οπότε έκρινε επικρατέστερο το συμφέρον του κοινού και ανεκτή την προσβολή του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή του δημοσίου προσώπου.

Επί των συγκεκριμένων πραγματικών περιστάσεων, η δικανική σκέψη κατέληξε πως λόγω του ευαίσθητου περιεχομένου των δεδομένων και της παρέλευσης 16 ετών από το συμβάν, θεμελιώνεται δικαίωμα του υποκειμένου να αιτηθεί την αποσύνδεση των αποτελεσμάτων της αναζήτησης από το όνομά του.

Κριτική της απόφασης

Η απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου δέχτηκε σφοδρή κριτική, με το επιχείρημα πως το δικαστήριο προσέφυγε σε μία ριψοκίνδυνη και, για κάποιους, αδόκιμη λύση στην προσπάθεια του να προστατεύσει τους φορείς των προσωπικών δεδομένων. Κύρια ένσταση ήταν πως οι μηχανές αναζήτησης θα αποκτούσαν ρόλο οιονεί δικαστικό¹² καθώς θα καλούσαν να εξετάσουν εάν συντρέχει η εφαρμογή του εκάστοτε κριτηρίου και να αποφανθούν αόριστες έννοιες όπως αυτή του «δημοσίου συμφέροντος»¹³. Περαιτέρω εκφράστηκε ο φόβος πως η απόφαση ανοίγει τον δρόμο στην ακώλυτη λογοκρισία στο Διαδίκτυο, συγκεκριμένα ο Τζίμι Γουέλς, ιδρυτής της Wikipedia και μέλος της συμβουλευτικής επιτροπής της Google για την διαχείριση των αιτημάτων διαγραφής, χαρακτήρισε την απόφαση «τρομερά επικίνδυνη» και συνέχισε

¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=c-131/12>

¹² Αφροδίτη Γκαγκάση, Διπλωματική Εργασία : Το Δικαίωμα στην Ψηφιακή Λήθη στη Διεθνή Έννομη Τάξη, 2014, σελ 58-59

¹³ J. Rosen, The Right to Be Forgotten, «Trying to identify who is a public figure and who is not is increasingly elusive», σελ 348

πως «δεν υπάρχει “δικαίωμα στη λήθη” - από ό,τι φαίνεται, υπάρχει στην Ευρώπη το δικαίωμα να λογοκρίνεις πληροφορίες που δεν σου αρέσουν»¹⁴. Αλλά και ο αναλυτής Γκρεγκ Στέρλιγκ δήλωσε πως «η πρακτική εφαρμογή φαίνεται ασαφής και μπορεί να προξενήσει μεγάλη σύγχυση. Αυτό ανοίγει την πόρτα σε όσους είναι δυσαρεστημένοι με τα αποτελέσματα της αναζήτησης να απομακρύνουν ή να αλλάζουν τις πληροφορίες που τους αφορούν»¹⁵.

Δεν πρέπει να παραβλέψουμε το γεγονός πως οι προαναφερθείσες απόψεις εκφράστηκαν κυρίως από την άλλη άκρη του Ατλαντικού. Οι ΗΠΑ, παραδοσιακά δίνουν προβάδισμα στην ελευθερία της έκφρασης και της πληροφόρησης έναντι της προστασίας της ιδιωτικότητας ακόμα και έναντι της προσβολής της προσωπικότητας. Η πρώτη Τροπολογία τοποθετεί το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης στην κορυφή της πυραμίδας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, αρχή που διαπνέει την νομοθεσία και νομολογία των ΗΠΑ. Προς επιβεβαίωση των παραπάνω ο Ερικ Γκόλντμαν, επικεφαλής του Ινστιτούτου Υψηλής Τεχνολογίας του Πανεπιστημίου Σάντα Κλάρα, δήλωσε πως «Μια τέτοια απόφαση δεν θα ήταν συμβατή με την αμερικανική νομοθεσία. Θα ήταν σχεδόν σίγουρα αντισυνταγματική και θα παραβίαζε τον νόμο που προβλέπει ότι οι ιστοσελίδες και οι μηχανές αναζήτησης δεν μπορούν να είναι υπεύθυνες για το περιεχόμενο που έχουν αναρτήσει τρίτοι»¹⁶.

Στην αντίπερα όχθη, η Ευρώπη με την απόφαση Google Spain και τον Κανονισμό 2016/679 αναγνώρισε το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» δίνοντας με αυτόν τον τρόπο προέχουσα θέση στην προστασία της ιδιωτικότητας, μέσω της περιφρούρησης των προσωπικών δεδομένων. Η επιθετική προσέγγιση της απόφασης και το επιπόλαιο συμπέρασμα πως το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο προσέφυγε

σε μια αλυσιτελή διευθέτηση του ζητήματος, είναι απορριπτέα. Πράγματι η δομή λειτουργίας και το πρωτότυπο ψηφιακό περιβάλλον του διαδικτύου δημιούργησε αμηχανία στον νομικό κόσμο, που άργησε να λάβει δραστικά μέτρα, χρειάστηκαν περισσότερα από είκοσι χρόνια (1989 Ίδρυμα CERN-έτος αναφορά για την άνθιση του διαδικτύου) για την διαμόρφωση μιας μέσης λύσης σχετικά με την διαγραφή δεδομένων. Το δικαστήριο στάθμισε τα αντιτιθέμενα συμφέροντα και κατέληξε σε μία λύση που θα προστάτευε τον φορέα από την εύκολη πρόσβαση τρίτων σε συνδέσμους που περιέχουν προσωπικά δεδομένα. Επομένως, δεν επέβαλε την οριστική διαγραφή των προσωπικών δεδομένων από τους συνδέσμους αλλά έθεσε εμπόδιο στην εμφάνιση τους στα αποτελέσματα αναζήτησης με βάση το όνομα του φορέα. Κατ' αυτόν τον τρόπο δεν φίμωσε τον ελεύθερο λόγο ούτε όμως άφησε το υποκείμενο του δικαιώματος εκτεθειμένο σε προσβολές. Υπέρμαχος της απόφασης ο Βίκτορ Μάγερ-Σένμπεργκερ, καθηγητής Διακυβέρνησης και Ρύθμισης του Διαδικτύου στο Oxford Internet Institute του Πανεπιστημίου της Οξφόρδης διέκρινε πως «η απόφαση δεν απαιτεί την απόλυτη διαγραφή - ούτε η οδηγία οραματιζόταν κάτι τέτοιο. Αυτό που επιδιώκεται είναι κάτι σαν ένα σαμαράκι - ένα εμπόδιο που απαιτεί επιπλέον προσπάθεια. Άρα δεν θα αποθαρρύνει αυτούς που ενεργά αναζητούν μία πληροφορία, απλώς θα την αποκρύψει από όσους ψάχνουν χαλαρά για κάτι. Και αυτή πιστεύω ότι είναι η σωστή ισορροπία»¹⁷.

Αποτελέσματα

Ασφαλώς η απόφαση περιείχε αστοχίες, όμως κατάφερε να κρατήσει την ισορροπία ανάμεσα στην ελεύθερη διάδοση της πληροφορίας και στην προστασία των προσωπικών δεδομένων. Τα θετικά αποτελέσματα δεν άργησαν να διαφανούν, οι δημοφιλέστερες μηχανές αναζήτησης (Google, Yahoo, Bing) εφάρμοσαν άμεσα τις επιταγές της απόφασης και παρά τις αρχικές αντιρρήσεις προς το περιεχόμενό της καθώς και την χειμαρρώδη αποστολή αιτημάτων διαγραφής κατάφεραν να προσαρμοστούν επαρκώς στα νέα δεδομένα. Με

¹⁴ Γιάννης Παλαιολόγος, Το ψηφιακό «δικαίωμα στη λήθη» διχάζει, «Καθημερινή», 2014 διαθέσιμο online <http://www.kathimerini.gr/771638/article/tecnologia/diadiktyo/to-yhfiako-dikaiwma-sth-lh8h-dixazei>

¹⁵ Κατοχυρώθηκε το «δικαίωμα στη λήθη», «Καθημερινή», 2014, διαθέσιμο online <http://www.kathimerini.gr/766917/article/tecnologia/diadiktyo/katoxyrw8hke-to-dikaiwma-sth-lh8h>

¹⁶ Κατοχυρώθηκε το «δικαίωμα στη λήθη», «Καθημερινή», 2014, διαθέσιμο online <http://www.kathimerini.gr/766917/article/tecnologia/diadiktyo/katoxyrw8hke-to-dikaiwma-sth-lh8h>

¹⁷ Γιάννης Παλαιολόγος, Το ψηφιακό «δικαίωμα στη λήθη» διχάζει, «Καθημερινή», 2014 διαθέσιμο online <http://www.kathimerini.gr/771638/article/tecnologia/diadiktyo/to-yhfiako-dikaiwma-sth-lh8h-dixazei>

την δημιουργία μιας online φόρμας οι χρήστες πλέον μπορούν να υποβάλλουν αιτήματα διαγραφής τα οποία εξετάζονται από νομικά καταρτισμένο προσωπικό. Επιπροσθέτως οι κατευθυντήριες γραμμές που έθεσε η απόφαση αναφορικά με το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» επηρέασε και τις ιστοσελίδες κοινωνικής δικτύωσης (π.χ. Facebook, Twitter), οι οποίες λαμβάνοντας υπόψη και αιτήματα των χρηστών άλλαξαν την πολιτική σχετικά με την διαδικασία διαγραφής προσωπικών δεδομένων, περνώντας από το καθεστώς της απενεργοποίησης του λογαριασμού σε αυτό της οριστικής διαγραφής του.

Μετέωρο βρέθηκε το ζήτημα της τοπικής έκτασης του δικαιώματος στην «ψηφιακή λήθη» καθώς η διαγραφή των δεδομένων από τα αποτελέσματα των μηχανών αναζήτησης περιορίζεται στα γεωγραφικά όρια των χωρών της ευρωπαϊκής ένωσης. Η φύση του διαδικτύου, όμως, ως χώρου που οι αποστάσεις εκμηδενίζονται και τα σύνορα ατονούν, απαιτεί μια οικουμενική αντιμετώπιση, ειδάλλως το δικαίωμα στην «ψηφιακή λήθη» κινδυνεύει να καταστεί κενό γράμμα. Με τον Κανονισμό

η προάσπιση των ψηφιακών δικαιωμάτων αναμένεται να ισχυροποιηθεί παρέχοντας στους χρήστες μία ολοκληρωμένη προστασία ανάλογη των σύγχρονων απαιτήσεων.

Επίλογος

Ο 21^{ος} αιώνας χαρακτηρίζεται ως «η εποχή της ψηφιακής επανάστασης» καθώς άτομο και διαδίκτυο τελούν σε αδιάσπαστη ενότητα. Μέσω της αδιάλειπτης συνδιαλλαγής με τον κυβερνοχώρο διακινείται τεράστιος όγκος δεδομένων, πληροφορίες δημιουργούνται και διαχέονται σε ένα χαώδες δίκτυο. Μέσα σε αυτό το νεότευκτο ψηφιακό περιβάλλον αναδύονται προβλήματα και συγκρούσεις που επιζητούν μια δίκαιη λύση και προκαλούν την νομική σκέψη. Η νομική επιστήμη οφείλει να προσαρμοστεί στην ψηφιακή πραγματικότητα όχι βεβιασμένα υπό την δαμόκλειο σπάθη των εξελίξεων αλλά προσαρμόζοντας τις θεμελιώδεις νομικές αρχές στις σύγχρονες επιταγές, έτοιμη να ξεπεράσει την παγιωμένη νομική παράδοση.

Η συναίνεση στο ιατρικό δίκαιο

Ρήγας Ιωάννης
Απόφοιτος Νομικής ΑΠΘ

«Η συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς είναι ζήτημα σημαντικό και θα πρέπει να εξετάζεται με προσοχή όταν πρόκειται για τη δημιουργία μιας νομοθετικής ρύθμισης, διότι τα κρίσιμα προβλήματα που ανακύπτουν είναι πολυσχιδή και οι τυχόν μη ορθές νομοθετικές προβλέψεις έχουν ως αποτέλεσμα να δημιουργούν ασάφειες ως προς τα έννομα αποτελέσματά τους, ειδικά στο πεδίο της ευθύνης του ιατρού».

Εισαγωγή

Μια από τις κύριες νομικές υποχρεώσεις του ιατρού είναι η εξασφάλιση της συναίνεσης του ασθενούς του για την διενέργεια μιας ιατρικής πράξης, ύστερα από προηγούμενη ενημέρωση. Η υποχρέωση του ιατρού να προβαίνει στην ενημέρωση του ασθενούς για την κατάσταση της υγείας του, την φύση της ιατρικής πράξης στην οποία θα προβεί, τον σκοπό που αποβλέπει η ιατρική πράξη, καθώς και τους κινδύνους, ρυθμίζεται στον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (στο εξής ΚΙΔ) που εισήχθη με τον Ν.3418/2005¹. Συγκεκριμένα, στον ΚΙΔ η ενημέρωση του ασθενούς από τον ιατρό ρυθμίζεται στο άρθρο 11 και η συναίνεση του στο άρθρο 12².

Θεμελίωση δικαιώματος συναίνεσης και νομικές συνέπειες έλλειψής της

Το άρθρο 12 ΚΙΔ θεσπίζει την συναίνεση του

ασθενούς, που συνίσταται στο δικαίωμα του ασθενούς να αποφασίσει ο ίδιος ελεύθερα, ύστερα από την ενημέρωση του ιατρού, για τις υποθέσεις που τον αφορούν, μεταξύ των οποίων συμπεριλαμβάνονται και οι συγκεκριμένες, ανά περίπτωση, επεμβατικές ιατρικές πράξεις. Εν ολίγοις, αφορά το δικαίωμα του ασθενούς να αυτοκαθορίζεται σε ό, τι αφορά το σώμα του και την υγεία του. Το δικαίωμα αυτό αποτελεί εκδήλωση της βουλευτικής αυτονομίας και αυτοδιάθεσης, το οποίο έχει και συνταγματική θεμελίωση, αφού αποτελεί ειδικότερη έκφανση του δικαιώματος της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας (άρθρο 5 παρά.1 του Συντάγματος) και της ανθρώπινης αξίας (άρθρο 2 παρά.1 του Συντάγματος).³

Η συναίνεση του ασθενούς έχει σπουδαία νομική σημασία γιατί καθορίζει την ιατρική, αστική, ποινική, και πειθαρχική ευθύνη του ιατρού στις περιπτώσεις ιατρικού σφάλματος. Συγχρόνως αποτελεί προϋπόθεση για την διενέργεια οποιασδήποτε ιατρικής πράξης, καθώς στην περίπτωση που διενεργηθεί μια ιατρική πράξη στον ασθενή, χωρίς ο τελευταίος να έχει συναινέσει σε αυτή, γίνεται λόγος για αυθαίρετη ιατρική πράξη⁴. Απαραίτητη προϋπόθεση για την έγκυρη συναίνεση είναι να έχει προηγηθεί πλήρης ενημέρωση του ασθενούς σχετικά με

¹ Πριν από την θέσπιση του ΚΙΔ στην Ελλάδα, αναφορά στην ενημέρωση του ασθενούς και στην συναίνεση του για την διενέργεια μιας ιατρικής πράξης γινόταν στον Ν.2071/1992 στο άρθρο 47 που αφορούσε στα δικαιώματα των ασθενών του Ε.Σ.Υ ή αλλιώς των νοσοκομειακών ασθενών.

² Τα σχετικά άρθρα τόσο ως προς την ενημέρωση του ασθενούς όσο και ως προς τη συναίνεση του, αποτελούν επανάληψη των ρυθμίσεων της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη βιοϊατρική, γνωστής και ως Σύμβασης του Οβιέδο του 1997 η οποία κυρώθηκε από την Ελλάδα με τον Ν.2619/1998 και έχει υπερνομοθετική ισχύ.

³ Κατερίνα Φουντεδάκη, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκου-λα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σελ.67.

⁴ Κατερίνα Φουντεδάκη, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκου-λα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σελ. 68.

την επικείμενη ιατρική επέμβαση στο σώμα του και στην υγεία του. Η μη ενημέρωση⁵ του ασθενούς από τον θεράποντα ιατρό, ή η διενέργεια ιατρικής πράξης χωρίς προηγούμενη συναίνεση του ασθενούς καθιστά την ιατρική πράξη αυθαίρετη και στοιχειοθετεί προσβολή προσωπικότητας (άρθρο 57 ΑΚ) του ασθενούς ή σύμφωνα με άλλη γνώμη παράνομη σωματική βλάβη με παράλληλη παράβαση των όρων της σύμβασης ιατρικής αγωγής⁶. Στο ελληνικό δίκαιο υποστηρίζονται κατά βάση δύο απόψεις για την συναίνεση. Η κρατούσα στη χώρα μας άποψη θεωρεί την οποιαδήποτε ιατρική πράξη παράνομη και υποστηρίζει ότι η παρανομία αίρεται με την συναίνεση του ασθενούς. Επομένως, η συναίνεση είναι λόγος άρσης του καταρχήν παράνομου χαρακτήρα της ιατρικής πράξης, χωρίς την οποία, η ιατρική πράξη πρόκειται για παράνομη σωματική βλάβη⁷. Σύμφωνα με την δεύτερη άποψη, η ιατρική πράξη, εξαιτίας της φύσης και του σκοπού της, ο οποίος συνίσταται αποκλειστικά στην ίαση του ασθενούς, είναι μια καθόλα νόμιμη πράξη και άρα δεν πρόκειται - εν αντιθέσει με την πρώτη γνώμη - για παράνομη σωματική βλάβη. Αν, όμως, διενεργηθεί χωρίς την συναίνεση ιατρική επέμβαση στο σώμα του ασθενούς, θα μιλάμε για παράνομη προσβολή προσωπικότητας⁸. Η όλη συζήτηση των παραπάνω απόψεων επηρεάζει την

αστική ευθύνη του ιατρού, για αυτό σκόπιμο είναι να αναφερθούν συνοπτικά οι συνέπειες των απόψεων.

Η πρώτη άποψη σχετικά με την παράνομη σωματική βλάβη φαίνεται ευνοϊκή για τον ασθενή, διότι γίνεται μετακύλιση στο γιατρό του συνόλου του θεραπευτικού κινδύνου της ιατρικής πράξης, σε περίπτωση ακόμα και τυχαίου γεγονότος, ανεξάρτητα από κάποιο λάθος του ιατρού (ιατρικό σφάλμα) ακριβώς επειδή η ιατρική πράξη είναι παράνομη. Επομένως, ο ασθενής μπορεί να αποζημιωθεί πλήρως. Ωστόσο η δεύτερη άποψη, είναι εκείνη που οφείλει να προκριθεί ως ορθότερη διότι είναι «*ηθικά και κοινωνιολογικά ορθότερη*», παρόλο που μπορεί να δημιουργήσει προβλήματα στο πεδίο της ευθύνης, διότι ο ασθενής έχει μόνο αξίωση χρηματικής ικανοποίησης για την ηθική βλάβη αλλά δεν έχει αξιώσεις αποκατάστασης της περιουσιακής και ηθικής ζημίας που υπέστη, εκτός αν η ίδια αυθαίρετη πράξη εμπεριέχει κάποια ιατρικά λάθη¹⁰.

⁵ Αντιλαμβανόμαστε ότι η ενημέρωση και η συναίνεση του ασθενούς αποτελούν ένα αδιαχώριστο δίδυμο, *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003, σελ.174. Βλ. και τις εκεί παραπομπές.

⁶ *Θανάσης Κ. Παπαχρίστου*, Ιατρική Δεοντολογία Ν.3418/2005, με συνεργάτες του έργου τους: Τάκης Βιδάλης, Χρυσούλα Καπαρτζιάνη, Ηλίας Κοντάκος, Ειρήνη Κυριακάκη, Ευάγγελος Μάλλιος, Παντελής Ραβδός, Παναγιώτης Σολδάτος, Ευτύχης Φυτράκης, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ. 110.

⁷ *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σελ. 68.

⁸ *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Η συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς και η αστική ευθύνη του ιατρού, Ιατρική Ευθύνη από αμέλεια (αστική-ποινική) με επιμέλεια Μαρία Καϊάφα-Γκμπάντι, Δ. Παπαγεωργίου, Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου, Βασίλειος Ταρλατζής, Νικόλαος Τάσκος, Κατερίνα Φουντεδάκη, Επιμορφωτικό σεμινάριο Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργιών 28-29 Μαρτίου 2013, Θεσσαλονίκη, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ.19.

⁹ Όπως ακριβώς, *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Η συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς και η αστική ευθύνη του ιατρού, Ιατρική Ευθύνη από αμέλεια (αστική-ποινική) με επιμέλεια Μαρία Καϊάφα-Γκμπάντι, Δ. Παπαγεωργίου, Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου, Βασίλειος Ταρλατζής, Νικόλαος Τάσκος, Κατερίνα Φουντεδάκη, Επιμορφωτικό σεμινάριο Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργιών 28-29 Μαρτίου 2013, Θεσσαλονίκη, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ.20.

¹⁰ Η όλη συζήτηση γύρω από τις παραπάνω απόψεις είναι από τα δυσκολότερα ζητήματα στο πεδίο της ιατρικής αστικής ευθύνης και η παρούσα μελέτη δεν έχει στόχο την ανάλυση του πεδίου της ιατρικής αστικής ευθύνης. Για εκτενέστερη, διεξοδικότερη ανάλυση και συμπεράσματα των παραπάνω απόψεων βλ. *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003, σελ. 187, και *Κατερίνα Φουντεδάκη*, Η συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς και η αστική ευθύνη του ιατρού, Ιατρική Ευθύνη από αμέλεια (αστική-ποινική) με επιμέλεια Μαρία Καϊάφα-Γκμπάντι, Δ. Παπαγεωργίου, Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου, Βασίλειος Ταρλατζής, Νικόλαος Τάσκος, Κατερίνα Φουντεδάκη, Επιμορφωτικό σεμινάριο Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργιών 28-29 Μαρτίου 2013, Νομική Βιβλιοθήκη, Θεσσαλονίκη, σελ.20.

Η νομική φύση της συναίνεσης του ασθενούς

Η συναίνεση δεν αποτελεί δικαιοπραξία και δεν εμπίπτει στην έννοια της συγκατάθεσης των άρθρων 236-238 του ΑΚ¹¹. Διαφωνία υπάρχει ως προς το εάν η συναίνεση αποτελεί οιονεί δικαιοπραξία¹² ή μια νομιμοποιητική πράξη που αίρει τον παράνομο χαρακτήρα¹³ της ιατρικής πράξης. Η εν λόγω διχογνωμία, ωστόσο, έχει θεωρητική και όχι πρακτική σημασία, αφού και οι δύο απόψεις δέχονται την αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για τις δικαιοπραξίες.

Η συναίνεση είναι άτυπη καθώς δεν απαιτείται συγκεκριμένος τύπος. Κατ' εξαίρεση, ο νόμος επιβάλλει σε ορισμένες περιπτώσεις η συναίνεση να υποβληθεί σε ορισμένο τύπο: λ.χ. η λήψη ενός οργάνου από ζωντανό δότη με σκοπό την μεταμόσχευση, όπου στην περίπτωση αυτή η συναίνεση πρέπει να είναι έγγραφη¹⁴.

Η πλήρης κάλυψη της ιατρικής πράξης από την συναίνεση

Η συναίνεση πρέπει να καλύπτει πλήρως την ιατρική πράξη, καθώς και το περιεχόμενό της για το οποίο ο ασθενής οφείλει να έχει ενημερωθεί προηγουμένως από τον ιατρό (αρθ. 12 παρ.2 υπ. δ

ΚΙΔ). Επιπλέον, η συναίνεση πρέπει να καλύπτει την ιατρική πράξη και κατά τον χρόνο της εκτέλεσης της, δηλαδή να είναι επίκαιρη, αφού σε διαφορετική περίπτωση η συναίνεση, ενδέχεται να έχει χάσει την αξία της, διότι είναι πιθανόν ο ασθενής να έχει αναρρώσει πλήρως ή να έχουν προκύψει νέα δεδομένα στην κατάσταση της υγείας του, οπότε είναι απαραίτητο να υπάρξει νέα ενημέρωση. Η συναίνεση που δίδεται με σκοπό να καλύψει «κάθε αναγκαίο για την αποκατάσταση της υγείας του ασθενούς ιατρικό μέτρο» δεν μπορεί να γίνει δεκτή και συνεπώς είναι άκυρη (λευκή συναίνεση)¹⁵.

Προϋποθέσεις για έγκυρη συναίνεση

Η προηγούμενη ενημέρωση του ασθενή από τον ιατρό

Το άρθρο 12 παρ. 2 θέτει δύο στοιχεία, με πρώτο την προηγούμενη ενημέρωση του ασθενούς από τον θεράποντα ιατρό. Το στοιχείο αυτό συνδέεται με την παρ.1 του άρθρου 12 όπου αναφέρεται ότι «Ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιαδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή». Ως δεύτερο στοιχείο προτάσσεται η ικανότητα για συναίνεση, η οποία αναλύεται ακολούθως. Η εκ του νόμου υποχρέωση για ενημέρωση του ασθενή από τον ιατρό, δεν έχει μόνο τυπικό περιεχόμενο αλλά και ουσιαστικό, ακριβώς επειδή ο ασθενής ύστερα από προηγούμενη ενημέρωση θα γνωρίζει σε τί συναινεί¹⁶.

Με την ενημέρωση ο ασθενής μπορεί να αντιληφθεί την πραγματική κατάσταση της υγείας του καθώς και τις όποιες ιατρικές επεμβάσεις κρίνονται ενδεδειγμένες με σκοπό την ίαση του. Ο ιατρός είναι υποχρεωμένος, σύμφωνα με τον νόμο, να δίνει πλήρεις, σαφείς πληροφορίες και να τις εξηγεί κατανοητά λαμβάνοντας υπόψη του ότι οι ασθενείς δεν γνωρίζουν την ιατρική επιστήμη και ορολογία. Συγκεκριμένα, ο ιατρός πρέπει να ενημερώνει τον ασθενή για την κατάσταση της υγείας του, την μέθοδο της ιατρικής επέμβασης, το ποσοστό της επιτυχίας και τους όποιους κινδύνους που μπορούν να

¹¹ Κατερίνα Φουντεδάκη, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2007, σελ.68.

¹² Πάνος Κ. Κορνηλάκης, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2002, σελ.505, ο οποίος δέχεται ότι η συναίνεση είναι οιονεί δικαιοπραξία και εφαρμόζονται κατά αναλογία οι διατάξεις για τις δικαιοπραξίες. Σε περιπτώσεις ειδικότερα των αγαθών της προσωπικότητας όπως η υγεία, δέχεται ότι η συναίνεση αίρει τον παράνομο χαρακτήρα της πράξης μόνο όταν μπορεί να σωθεί ένα άλλο αγαθό του συναινούντος που έχει μεγαλύτερη αξία.

¹³ Ισμήνη Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα - Κομοτηνή, 1993, σελ.204, η οποία εξηγεί η αυτοδιάθεση ενός ασθενούς που εκδηλώνεται με τη συναίνεση του και αποτελεί το πραγματικό γεγονός που νομιμοποιεί τον γιατρό στην διενέργεια ιατρικής πράξης.

¹⁴ Δημήτριος Ψαρούλης και Πολυχρόνης Βούλτσος, Ιατρικό Δίκαιο-στοιχεία βιοηθικής, Εκδόσεις University Studio Press, Θεσσαλονίκη, 2010, σελ.210.

¹⁵ Ζήσης Δουγαλής, Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν.3418/2005) με επιμέλεια Εμμανουήλ Ι. Λασκαρίδη, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ.147.

¹⁶ Ζήσης Δουγαλής, Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν.3418/2005) με επιμέλεια Εμμανουήλ Ι. Λασκαρίδης, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013 σελ.146.

προκύψουν κατά την διάρκεια της ή μετά από αυτή. Η ελλιπής ενημέρωση καθιστά την συναίνεση του ασθενούς άκυρη, διότι από την στιγμή που ο ασθενής δεν είχε όλες τις πληροφορίες, η συναίνεση του δεν είναι προϊόν της ελεύθερης βούλησής του.

Ικανότητα για συναίνεση

Το άρθρο 12 παρ.2 ΚΙΔ αναφέρει την ικανότητα για συναίνεση ως απαραίτητη προϋπόθεση για την εγκυρότητα της δήλωσης της συναίνεσης από τον ασθενή. Η ικανότητα για συναίνεση διαφέρει από τη δικαιοπρακτική ικανότητα, η οποία απαιτείται για την σύναψη μιας σύμβασης. Η συναίνεση αποτελεί τον νομιμοποιητικό λόγο μιας ιατρικής πράξης, διότι συνίσταται στην δήλωση βούλησης του ασθενούς στο να ανεχτεί προς το σώμα του οποιαδήποτε μορφής ιατρική πράξη. Αντίθετα, η δικαιοπρακτική ικανότητα είναι η ικανότητα για την σύναψη μιας σύμβασης, λ.χ. μιας ιατρικής σύμβασης, η οποία «συνάπτεται με τον γιατρό με σκοπό τη διάγνωση και την προσπάθεια ίασης του ασθενούς και συνεπάγεται υποχρεώσεις παροχής από τον ασθενή και το γιατρό¹⁷», οπότε για την σύναψή της εφαρμόζονται οι διατάξεις των 127 επ.ΑΚ, δηλαδή οι γενικές περί δικαιοπραξιών διατάξεις. Έτσι, ενώ η ικανότητα για συναίνεση εκδηλώνει την έκφραση του δικαιώματος αυτοδιάθεσης του ασθενούς, δηλαδή το ότι διαθέτει το σώμα του για την διενέργεια ιατρικής πράξης με σκοπό την ίαση του¹⁸, η δικαιοπρακτική ικανότητα αναφέρεται στην ικανότητα ενός υποκειμένου να ιδρύει δικαιώματα και υποχρεώσεις. Η δικαιοπρακτική ικανότητα διέπεται, όπως αναφέρθηκε, από τα 127 ΑΚ, ενώ η συναίνεση ρυθμίζεται στο άρθρο 12 ΚΙΔ το οποίο και διακρίνει περιπτώσεις έλλειψης ικανότητας για συναίνεση, που θα αναλυθούν στη συνέχεια.

Κατά την κρατούσα άποψη, η Σύμβαση του Οβιέδο δεν απαιτεί για την εγκυρότητα της συναίνεσης μιας ιατρικής πράξης δικαιοπρακτική ικανότητα, αλλά αφήνει περιθώριο επιλογής στον εκάστοτε εθνικό νομοθέτη σύμφωνα με το δίκαιο της χώρας του¹⁹. Συγκεκριμένα, η Σύμβαση δίνει την δυνατό-

τητα να συναινέσει σε ιατρική πράξη κάθε άτομο, με την προϋπόθεση ότι διαθέτει την απαιτούμενη ωριμότητα και την ικανότητα να κατανοήσει την κατάσταση της υγείας του, το περιεχόμενο της ιατρικής πράξης και τους κινδύνους που εγκυμονεί, ακόμη και χωρίς να έχει δικαιοπρακτική ικανότητα²⁰. Υποστηρίζεται, ωστόσο, και η άποψη ότι με βάση τη Σύμβαση του Οβιέδο απαιτείται δικαιοπρακτική ικανότητα για έγκυρη συναίνεση²¹.

Ο Έλληνας νομοθέτης επέλεξε να υπάρχει μια σύνδεση της ικανότητας για συναίνεση με την δικαιοπρακτική ικανότητα που πρέπει να έχει το άτομο για να μπορεί να προβεί σε έγκυρη συναίνεση για την επικείμενη ιατρική επέμβαση προς το σώμα του. Συνέπεια αυτής της επιλογής είναι ότι αποδυναμώνεται η προστασία της προσωπικότητας του ασθενούς και ιδίως των ανηλίκων ασθενών γιατί περιορίζονται στο να εκφράσουν μόνο την γνώμη τους και τούτο αποδυναμώνει το δικαίωμά τους για αυτοκαθορισμό²². Έτσι λοιπόν, ορθότερο θα ήταν να κρίνεται η ικανότητα για συναίνεση σε ιατρική πράξη *ad hoc* σε συνδυασμό με την ικανότητα του ατόμου να αντιληφθεί την ιατρική πράξη²³. Το ζήτημα της σύνδεσης της ικανότητας για συναίνεση με την δικαιοπρακτική ικανότητα το αντιλαμβανόμαστε περισσότερο στις επόμενες παραγράφους, του άρθρου 12 παρ.2 υπ.β σε περίπτωση αα, όπου γίνεται αναφορά στην ικανότητα για συναίνεση από τον ανήλικο ασθενή, την οποία μπορούν να

σεις University Studio Press, Θεσσαλονίκη, 2010, σελ.225.

²⁰ Κατερίνα Φουντεδάκη, Ανθρώπινη αναπαραγωγή και αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σελ.70 με τις εκεί παραπομπές. Αναφέρει ακόμα, ότι γίνεται γενικά δεκτό πως η Σύμβαση του Οβιέδο δεν έχει ως στόχο να θεσπίσει ένα κριτήριο για όλα τα κράτη για την ικανότητα για συναίνεση, αλλά αφήνει τον εκάστοτε εθνικό νομοθέτη να προσδιορίσει το κριτήριο για την ικανότητα για συναίνεση. Βλ. και Αιτιολογική Έκθεση της Σύμβασης στο άρθρο 6, σημείο 42 και Kemp, 24.

²¹ Παπαζήση, ΧρΙΔ 2005, σελ.389.

²² Δημήτριος Ψαρούλης και Πολυχρόνης Βούλτσος, Ιατρικό Δίκαιο-στοιχεία βιοηθικής, University Studio Press, Θεσσαλονίκη, 2010, σελ.225.

²³ Δημήτριος Ψαρούλης και Πολυχρόνης Βούλτσος, Ιατρικό Δίκαιο-στοιχεία βιοηθικής, Εκδόσεις University Studio Press, Θεσσαλονίκη, 2010, σελ.225.

¹⁷ Ισμήνη Ανδρουλιδάκη- Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα - Κομοτηνή, 1993, σελ.204.

¹⁸ Ισμήνη Ανδρουλιδάκη- Δημητριάδη, Η υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα - Κομοτηνή, 1993, σελ.204.

¹⁹ Δημήτριος Ψαρούλης και Πολυχρόνης Βούλτσος, Ιατρικό Δίκαιο-στοιχεία βιοηθικής, Εκδό-

δώσουν εκείνοι που έχουν την επιμέλεια του.

Γενικώς, την ικανότητα για συναίνεση την έχει κατά κανόνα ο ψυχικά διαυγής ενήλικος ασθενής²⁴, που μπορεί να αποφασίσει ελεύθερα, κάνοντας χρήση του δικαιώματος της αυτοδιάθεσης, ύστερα από προηγούμενη ενημέρωση στο αν θα προβεί σε θεραπεία ή να δεχτεί ιατρικές επεμβάσεις στο σώμα του και στην υγεία του.

Παράκαμψη της συναίνεσης

Έχει αναφερθεί ότι απαραίτητη προϋπόθεση για την εγκυρότητα της συναίνεσης από τον ασθενή είναι η προηγούμενη ενημέρωση του πριν από την εκτέλεση της ιατρικής πράξης. Ωστόσο, ο κανόνας αυτός επιδέχεται εξαιρέσεις. Στην ιατρική πρακτική δεν είναι ασύνηθες να προκύψουν καταστάσεις όπου η απαίτηση για συναίνεση από τον ασθενή πριν από την ιατρική επέμβαση στο σώμα του δεν θα είχε νόημα. Ο ΚΙΔ θέσπισε τρεις στις οποίες επιτρέπει, κατ' εξαίρεση, την ιατρική επέμβαση χωρίς την συναίνεση από τον ασθενή.

Πρώτη περίπτωση αποτελεί εκείνη κατά την οποία υφίσταται κατεπείγουσα ανάγκη για ιατρική φροντίδα, ενώ ταυτόχρονα είναι αδύνατη η παροχή της συναίνεσης είτε από τον ασθενή γιατί βρίσκεται σε αδυναμία (λ.χ. είναι σε κώμα ως συνέπεια τροχαίου ατυχήματος), είτε από τους οικείους επειδή διαφωνούν ή επειδή αδυνατούν για άλλους λόγους. Τούτο προβλέπεται νομοθετικά στον ΚΙΔ, στο άρθρο 12 παρ.3 υπ. α όπου και αναφέρει ότι «στις επείγουσες περιπτώσεις, κατά τις οποίες δεν μπορεί να ληφθεί κατάλληλη συναίνεση και συντρέχει άμεση, απόλυτη και κατεπείγουσα ανάγκη παροχής ιατρικής φροντίδας». Η δε ρύθμιση ουσιαστικά εφαρμόζει κατά αναλογία το άρθρο 25 ΠΚ για την κατάσταση ανάγκης²⁵. Η εν λόγω διάταξη θέτει δύο αντικειμενικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή της: την άμεση και επείγουσα ανάγκη για φροντίδα και την αδυναμία για συναίνεση. Για την εφαρμογή της διάταξης εξυπακούεται ότι δεν υπάρχει χρόνος για την λήψη της κατάλληλης συναίνεσης, λόγω

του επείγοντος χαρακτήρα της διαμορφωθείσας κατάστασης. Ο θεράπων ιατρός μπορεί νόμιμα να διενεργήσει την ιατρική πράξη χωρίς να ληφθεί η «κατάλληλη συναίνεση». Η κρίση για την επείγουσα περίπτωση εμπίπτει στην αρμοδιότητα του ιατρού.

Η δεύτερη περίπτωση παράκαμψης της συναίνεσης εντοπίζεται «στην περίπτωση απόπειρας αυτοκτονίας» (άρ.12 παρ.3 υπ.β ΚΙΔ) που δίνει την αρμοδιότητα στον ιατρό να προβεί σε ιατρική πράξη στο σώμα ασθενή που είναι αναισθητός ύστερα από απόπειρα αυτοκτονίας²⁶.

Τέλος, τρίτη περίπτωση παράκαμψης συναίνεσης εισάγει ο ΚΙΔ στο άρθρο 12 παρ.3, στο οποίο αναφέρει ότι «αν οι γονείς ανήλικου ασθενή ή οι συγγενείς ασθενή που δεν μπορεί για οποιονδήποτε λόγο να συναίνεσει ή άλλοι τρίτοι, που έχουν την εξουσία συναίνεσης για τον ασθενή, αρνούνται να δώσουν την αναγκαία συναίνεση και υπάρχει ανάγκη άμεσης παρέμβασης, προκειμένου να αποτραπεί ο κίνδυνος για τη ζωή ή για την υγεία του ασθενή» ο ιατρός μπορεί να προβεί στην ιατρική πράξη χωρίς να λάβει την συναίνεση. Στην προκειμένη περίπτωση εμπίπτουν οι περιπτώσεις του ανηλίκου αλλά και του ενήλικα ασθενή όταν οι ίδιοι είναι ανίκανοι για συναίνεση, τα πρόσωπα που έχουν την επιμέλεια τους ή οι οικείοι τους αρνούνται να παράσχουν την συναίνεση, και συντρέχει άμεση ανάγκη για ιατρική επέμβαση για αποτροπή κινδύνου για την ζωή του ασθενή. Η περίπτωση αυτή θα αναλυθεί στη αμέσως επόμενη ενότητα μαζί με την περίπτωση άρνηση συναίνεσης από ασθενή που έχει την ικανότητα για συναίνεση.

Άρνηση του ασθενούς για συναίνεση

Στην ιατρική πρακτική δεν αποκλείεται ο ασθενής ή τρίτα²⁷ πρόσωπα που έχουν από ΚΙΔ την εκ

²⁴ Ζήσης Δουγαλής, Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν.3418/2005) με επιμέλεια Εμμανουήλ Ι. Λασκαρίδης, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ.141.

²⁵ Δημήτριος Ψαρούλης και Πολυχρόνης Βούλτσος, Ιατρικό Δίκαιο-στοιχεία βιοηθικής, Εκδόσεις University Studio Press, Θεσσαλονίκη, 2010, σελ.228.

²⁶ Ζήσης Δουγαλής, Ερμηνεία Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (Ν.3418/2005) με επιμέλεια Εμμανουήλ Ι. Λασκαρίδης, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ.152.

²⁷ Ως τρίτα πρόσωπα δικαιούχοι για συναίνεση είναι όπως έχει αναφερθεί: οι γονείς που συναίνουν για το ανήλικο τέκνο τους, ο δικαστικός συμπαραστάτης που έχει την επιμέλεια του ασθενούς και οι οικείοι, οι οποίοι έχουν την αρμοδιότητα για συναίνεση, όταν υπάρχει αδυναμία για συναίνεση από τον ίδιο τον ασθενή, δεν έχει δικαστικό συμπαραστάτη και δεν συντρέχει άμεση ανάγκη για παροχή φροντίδας.

του νόμου αρμοδιότητα να συναιέσουν σε ιατρική πράξη να αρνούνται τη συναίνεση τους. Η περίπτωση αυτή είναι διαφορετική από την περίπτωση της επείγουσας ανάγκης για παροχή φροντίδας, διότι εκεί υπάρχει αδυναμία παροχής συναίνεσης ενώ στην προκειμένη περίπτωση έχουμε άρνηση παροχής για συναίνεση. Πρέπει δε να διακρίνουμε δύο περιπτώσεις: την άρνηση της συναίνεσης από τον ικανό για συναίνεση ασθενή και την άρνηση για συναίνεση από τρίτους δικαιούχους για συναίνεση.

Άρνηση της συναίνεσης από τον ικανό για συναίνεση ασθενή

Έχουμε αναφέρει ότι απαραίτητη προϋπόθεση για την διενέργεια της ιατρικής πράξης είναι να έχει προηγηθεί η συναίνεση από τον ασθενή ο οποίος με αυτόν τον τρόπο εκφράζει το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης. Το άρθρο 12 παρ.1 και 3 του ΚΙΔ δεν αναφέρεται πουθενά στην παράκαμψη της συναίνεσης και άρα διενέργεια της ιατρικής πράξης χωρίς αυτήν, όταν εκείνος αρνείται να συναιέσει και δεν συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις του άρ.12 παρ.3 που εξαιρούν τη συναίνεση. Συνεπώς, η άρνηση για συναίνεση ενός ενημερωμένου ασθενή πρέπει να γίνει σεβαστή ακόμα και αν τον οδηγήσει σε σοβαρό και κίνδυνο για την ζωή που ενδεχομένως να του επιφέρει και θάνατο. Βέβαια ακόμα και να είναι ικανός για συναίνεση, προβλέπεται και εξαίρεση στην περίπτωση της απόπειρας για αυτοκτονία.

Άρνηση για συναίνεση από τρίτους δικαιούχους για συναίνεση

Έχει δε σημειωθεί, ότι μπορεί να υπάρχει αδυναμία παροχής συναίνεσης από τον ασθενή και άρνηση συναίνεσης από τους εκάστοτε δικαιούχους, ενώ συντρέχει επείγουσα και άμεση ανάγκη για φροντίδα. Το ζήτημα αυτό μπορεί να λυθεί με το άρθρο 12 παρ.3 υπ. γ όπου ο ιατρός μπορεί να προβεί νόμιμα στην ιατρική πράξη και χωρίς να λάβει συναίνεση.

Ο ασθενής είναι πιθανόν να μην είναι σε θέση να συναιέσει γιατί μπορεί να έχει χάσει προσωρινά ή μόνιμα την αξιολογική του ικανότητα, με αποτέλεσμα να μην αντιλαμβάνεται την κατάσταση της υγείας του και την αναγκαιότητα της ιατρικής πράξης. Σε τέτοιες περιπτώσεις προβλέπονται από τον νόμο πρόσωπα που εφοδιάζονται με την αρμοδιότητα για συναίνεση για λογαριασμό του ανίκανου για συναίνεση ασθενή. Πρακτικά προβλήματα δεν

δημιουργούνται όταν ο δικαιούχος ή οι δικαιούχοι δίνουν την συναίνεση τους. Αντιθέτως, ζητήματα ανακύπτουν όταν ο δικαιούχος ή οι δικαιούχοι αρνούνται να συναιέσουν στην ιατρική πράξη.

Συνοψίζοντας, στην περίπτωση κατά την οποία τα πρόσωπα στα οποία έχει ανατεθεί η αρμοδιότητα για συναίνεση, όταν ο ασθενής δεν έχει την ικανότητα για συναίνεση, αρνούνται να συναιέσουν στην ιατρική πράξη, γίνεται δεκτό ότι καταρχήν η άρνηση τους γίνεται σεβαστή. Πρέπει να σημειωθεί ότι αποτελεί καταχρηστική άρνηση για συναίνεση όταν οι λόγοι της άρνησης σχετίζονται με θρησκευτικές ή άλλες πεποιθήσεις του τρίτου. Δεν θα γίνει αποδεκτή σε κάθε περίπτωση σε καταστάσεις επείγοντος, δηλαδή όταν συντρέχει το άρθρο 12 παρ.3 σε περίπτωση γ.

Επίλογος

Στο ζήτημα της συναίνεσης του ασθενούς, μπορεί να παρατηρήσει κανείς ότι το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 12 του Ν.3418/2005 είναι ελλιπές με αποτέλεσμα σε περιπτώσεις που δεν έχει προβλέψει ο νομοθέτης να δημιουργείται ένα παιχνίδι σπαζοκεφαλιάς στον ερμηνευτή του δικαίου και, περαιτέρω, ανασφάλεια δικαίου στο πεδίο του ιατρικού δικαίου και ιατρικής ευθύνης. Η συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς είναι ζήτημα σημαντικό και θα πρέπει να εξετάζεται με προσοχή όταν πρόκειται για τη δημιουργία μιας νομοθετικής ρύθμισης, διότι τα κρίσιμα προβλήματα που ανακύπτουν είναι πολυσχιδή και οι τυχόν μη ορθές νομοθετικές προβλέψεις έχουν ως αποτέλεσμα να δημιουργούν ασάφειες ως προς τα έννομα αποτελέσματά τους, ειδικά στο πεδίο της ευθύνης του ιατρού. Ωστόσο, η συμβολή της θεωρίας και της νομολογίας είναι καταλυτική και οι σχετικές ερμηνείες του ΚΙΔ οδηγούν σε μια καλύτερη τοποθέτηση για την συναίνεση του ενημερωμένου ασθενούς στα πρακτικά ζητήματα που έχουν ανακύψει.

Η σημασία της κατοχύρωσης της νομικής αναγνώρισης της ταυτότητας φύλου στην ελληνική έννομη τάξη

Αντωνάκης Εμμανουήλ
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Σαφώς, δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι στην προσπάθεια αυτή υπάρχουν και εμπόδια άλλου είδους, όπως είναι τα στερεότυπα, το μίσος, η μισαλλοδοξία. Η φύση τους είναι τέτοια που κανένας νόμος δεν μπορεί να τα αντιμετωπίσει αποτελεσματικά και η ύπαρξη τους οφείλεται κυρίως στην άγνοια των πολιτών».

Πρόλογος

Έγγραφα ταυτοποίησης, όπως είναι η αστυνομική ταυτότητα ή το διαβατήριό, είναι απαραίτητα για την κοινωνική δράση ενός ατόμου. Απαιτούνται ώστε οι πολίτες να μπορούν να ανοίξουν ένα τραπεζικό λογαριασμό, να μισθώσουν ένα ακίνητο, να βρουν μία εργασία ή ακόμα και να απολαύσουν ένα ταξίδι αναψυχής. Και ενώ η πραγμάτωση τέτοιων δραστηριοτήτων φαντάζει κάτι απλό για τον μέσο άνθρωπο, για μία μερίδα του πληθυσμού συνιστά γολγοθά. Αναφερόμαστε στα τρανς άτομα.

Είναι πλήρως αντιληπτό σε όλους ότι οι κοινωνικές αντιλήψεις που έχουν επικρατήσει, επιβάλλουν στο πρόσωπο του καθενός ταύτιση των «λοιπών μορφών» φύλου (κοινωνικό φύλο, ταυτότητα και έκφραση φύλου¹) με το φύλο που φέρει με τη γέννηση του, το λεγόμενο «βιολογικό». Αναφερόμενοι στο τελευταίο πρέπει να έχουμε στο μυαλό μας τις βιολογικές διαφορές ανάμεσα στο αρσενικό και στο θηλυκό (όπως, για παράδειγμα, την ορατή

διαφορά των γεννητικών οργάνων). Αντίθετα, το «κοινωνικό φύλο» αναφέρεται σε μία κοινωνική κατηγοριοποίηση των πραγμάτων σε «ανδρικά» και «γυναίκα»². Έτσι, κάθε αρσενικό και κάθε θηλυκό πρέπει να συμμορφώνονται με ό,τι είναι στην κοινωνική αντίληψη αντρικό και γυναικείο αντίστοιχα. Στα τρανς άτομα, ωστόσο, η ταύτιση αυτή φαίνεται μη εφικτή, εφόσον η προσωπική αντίληψη για το φύλο τους (η λεγόμενη «ταυτότητα φύλου») ή/και η κοινωνική έκφραση του φύλου τους δε ταυτίζεται με τους κανόνες που επιβάλλονται βάσει του βιολογικού τους φύλου.

Σε κάθε τέτοια περίπτωση, το άτομο πρέπει να έχει το δικαίωμα επαναπροσδιορισμού του φύλου του. Στη διευκόλυνση της διαδικασίας αυτής αποσκοπεί και ο πρόσφατος ψηφισμένος νόμος 4491/2017, ο οποίος και συνιστά το αντικείμενο μελέτης του συγκεκριμένου άρθρου.

Βασικές Έννοιες

Αναφερθήκαμε προλογικά στην έννοια του κοινωνικού και του βιολογικού φύλου. Απαραίτητη προϋπόθεση για την πλήρη κατανόηση του ζητήματος συνιστά και η αποσαφήνιση σειράς επιπλέον εννοιών, οι οποίες αν και καθημερινώς χρησιμοποιούνται, διαπιστώνεται εύκολα ότι επικρατεί μια σύγχυση ως προς την ουσιαστική σημασία τους. Έτσι και μόνο θα συνειδητοποιήσει κανείς ότι, για

¹ Κωστούλας Κωνσταντίνος, Έμφυλη Ταυτότητα: Μία Κοινωνιολογική Προσέγγιση. Διαθέσιμο στο: <http://socialpolicy.gr/2017/10/%CE%AD%CE%B1-%CF%86%CF%85%CE%BB%CE%B7-%CF%84%CE%B1%CF%85%CF%84%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B1-%CE%BC%CE%B9%CE%B1-%CE%BA%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CF%89%CE%BD%CE%B9%CE%BF%CE%BB%CE%BF%CE%B3%CE%B9%CE%BA%CE%AE.html>

² R.G. Connell, Το Κοινωνικό Φύλο, Επίκεντρο, 2006, σ. 6

παράδειγμα, η ταυτότητα φύλου δε συνδέεται με το σεξουαλικό προσανατολισμό, όπως και ότι οι όροι διαφυλικός και διεμφυλικός δεν περιγράφουν το ίδιο άτομο.

Ο νόμος 4491/2017 ορίζει στο άρθρο 2 την ταυτότητα φύλου ως τον εσωτερικό και προσωπικό τρόπο με τον οποίο το ίδιο το πρόσωπο βιώνει το φύλο του, ανεξάρτητα από το φύλο που καταχωρίστηκε κατά τη γέννησή του με βάση τα βιολογικά του χαρακτηριστικά. Με πιο απλά λόγια, η ταυτότητα φύλου είναι η προσωπική αντίληψη του καθενός για το φύλο του, η οποία μπορεί να είναι είτε η ίδια είτε διαφορετική από το βιολογικό του φύλο. Πρόκειται για βίωμα βαθύ, εσωτερικό και ατομικό.

Παράλληλα, ως νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου ορίζεται η επίσημη αναγνώριση του εν λόγω βιώματος στα επίσημα έγγραφα και μητρώα μέσω της αλλαγής του ονόματος και του φύλου που δηλώνεται σε αυτά. Πολλές φορές, οι αλλαγές αυτές μπορεί να τίθενται από τα κράτη υπό όρους, όπως η αναγκαστική στέρηση, το διαζύγιο, το όριο ηλικίας³.

Η παροχή της δυνατότητας νομικής αναγνώρισης της ταυτότητας φύλου είναι ζήτημα υψίστης σημασίας για τα τρανς άτομα. Ο όρος τρανς χρησιμοποιείται χάριν συντομίας για να χαρακτηρίσει τόσο τα διεμφυλικά όσο και τα διαφυλικά άτομα. Για την σύλληψη της εννοιολογικής διαφοράς μεταξύ των δύο αυτών όρων απαιτείται εξέταση των αντίστοιχων διεθνώς καθιερωμένων όρων, transgender και transexual αντίστοιχα. Ο όρος διεμφυλικός συνδέεται με την έννοια του κοινωνικού φύλου (gender), ενώ ο όρος διαφυλικός με την έννοια του βιολογικού φύλου (sex). Ως «όρος-ομπρέλα», ο όρος διεμφυλικός χρησιμοποιείται ως επιθετικός προσδιορισμός για να χαρακτηρίσει τα άτομα τα οποία αυτοπροσδιορίζονται ή εκφράζονται με τρόπο διαφορετικό από αυτόν που τυπικά «αρμόζει» στο βιολογικό τους φύλο. Σε αυτή την κατηγορία ανήκουν και τα διαφυλικά άτομα, τα οποία έχουν προβεί ή σκοπεύουν να προβούν σε μόνιμες αλλαγές στα σώματά τους μέσω ιατρικών επεμβάσεων (λήψη ορμονών, χειρουργικές επεμβάσεις κ.ο.κ.)⁴.

³ Transgender Europe, Νομική Αναγνώριση Ταυτότητας Φύλου. Διαθέσιμο στο: https://www.tgeu.org/sites/default/files/AAA_Greek_Factsheet.pdf

⁴ GLAAD, GLAAD Media Reference Guide - Transgender. Διαθέσιμο στο: <https://www.glaad.org/reference/transgender>

Προκύπτει από την αναλυτική εξέταση της έννοιας της ταυτότητας φύλου, ότι αυτή συνιστά εσωτερικό και ατομικό τρόπο προσδιορισμού του φύλου, εσωτερική αίσθηση του ατόμου ότι είναι αρσενικό, θηλυκό ή κάτι άλλο. Ο σεξουαλικός προσανατολισμός δεν επηρεάζεται από την ταυτότητα φύλου του ατόμου. Περιγράφει την ιδιότητα του τελευταίου να νιώθει κανείς εύλογη συναισθηματική ή σεξουαλική έλξη από και να έχει προσωπικές και σεξουαλικές σχέσεις με άτομα του αντίθετου φύλου, του ίδιου φύλου, και των δύο ή και κανενός⁵. Δεν χαρακτηρίζεται τυχαία και ως σεξουαλική κατεύθυνση, καθώς καθορίζει προς τα που «κατευθύνεται» η σεξουαλική έλξη του ατόμου. Δεν είναι, δηλαδή, αδύνατο ένας διαφυλικός ή διεμφυλικός άντρας (άντρας, δηλαδή, του οποίου το βιολογικό φύλο είναι το θηλυκό, ανεξάρτητα από αν έχει προβεί σε εγχείρηση επαναπροσδιορισμού του φύλου) να είναι ομοφυλόφιλος, να έλκεται δηλαδή από το αντίθετο του βιολογικού του φύλου.

Χρήζει να ξεκαθαρίσουμε εξ αρχής ότι ο νόμος 4491/2017 αναφέρεται αποκλειστικά στην έννοια της ταυτότητας φύλου και όχι σε αυτή του σεξουαλικού προσανατολισμού, ενώ, όπως θα αναλυθεί και παρακάτω, ο ίδιος φαίνεται να καλύπτει μόνο τα διαφυλικά και όχι όλα τα διεμφυλικά άτομα.

Ο νέος νόμος

Η ενάτη Οκτωβρίου του προηγούμενου έτους συνιστά μέρα ιστορική, όχι μόνο για τα τρανς άτομα, αλλά και για όλους τους πολίτες που επιθυμούν να διατείνονται ότι ζουν σε μία χώρα που πραγματικά σέβεται τα θεμελιώδη δικαιώματα του ανθρώπου. Με 171 ψήφους υπέρ και 114 κατά, το ελληνικό νομοθετικό σώμα ενέκρινε το επίμαχο νομοσχέδιο για τη νομική αναγνώριση της ταυτότητας του φύλου, το οποίο σήμερα και έπειτα από τη δημοσίευση του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως συνιστά τυπικό νόμο του κράτους. Της προσπάθειάς μας να αποτιμήσουμε το έργο αυτό του Έλληνα νομοθέτη προηγείται μια συνοπτική παρουσίαση των διατάξεων του.

Το πιο αμφιλεγόμενο από κάθε άλλο άρθρο του νόμου αυτού είναι αναμφισβήτητο το άρθρο 3, το οποίο προβλέπει ότι «σε περίπτωση ασυμφωνίας μεταξύ ταυτότητας φύλου και καταχωρισμένου φύλου το πρόσωπο μπορεί να ζητήσει τη διόρθωση του

⁵ Robin A. Dembroff, What is Sexual Orientation?. Διαθέσιμο στο: <https://quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-idx/what-is-sexual-orientation.pdf?c=phimp;idno=3521354.0016.003;format=pdf>

καταχωρισμένου φύλου του, ώστε αυτό να αντιστοιχεί στη βούληση, στην προσωπική αίσθηση του σώματος και στην εξωτερική του εικόνα», καθώς και τις προϋποθέσεις για τη διόρθωση αυτή. Οι προϋποθέσεις αυτές είναι δύο, αφενός η πλήρης δικαιοπρακτική ικανότητα του προσώπου που ζητεί τη διόρθωση, δηλαδή, όπως ορίζει το άρθρο 127 του Αστικού Κώδικα, να έχει συμπληρώσει το δέκατο όγδοο έτος της ηλικίας του, και αφετέρου το πρόσωπο αυτό να μην είναι έγγαμο. Η τελευταία παράγραφος του τρίτου άρθρου διευκρινίζει ότι υπό το νέο καθεστώς δεν προϋποτίθεται ούτε βεβαίωση ότι το πρόσωπο έχει υποβληθεί σε οποιαδήποτε προηγούμενη ιατρική επέμβαση ούτε οποιαδήποτε προηγούμενη εξέταση ή ιατρική αγωγή που σχετίζεται με τη σωματική ή ψυχική του υγεία.

Αξίζει να επιμείνει κανείς στις εξαιρέσεις που προβλέπονται για την πρώτη προϋπόθεση, αυτή της πλήρους δικαιοπρακτικής ικανότητας του αιτούντος. Αυτός πρέπει κατ' αρχήν να έχει συμπληρώσει το δέκατο όγδοο έτος της ηλικίας του. Εξαιρέση προβλέπεται για τον ανήλικο που έχει συμπληρώσει το δέκατο έβδομο έτος της ηλικίας του, εφόσον, ωστόσο, υπάρχει ρητή συναίνεση των ασκούντων τη γονική του μέριμνα. Η ίδια προϋπόθεση ισχύει και για τον ανήλικο που έχει συμπληρώσει το δέκατο πέμπτο έτος της ηλικίας του. Παράλληλα, όμως, για τον ίδιο απαιτείται η σώρευση μιας επιπλέον προϋπόθεσης. Απαιτείται, πιο συγκεκριμένα, θετική γνωμάτευση διεπιστημονικής επιτροπής, η οποία αποτελείται από πέντε ιατρούς διαφορετικών ειδικοτήτων που προβλέπονται στο νόμο, ενός ψυχολόγου και ενός κοινωνικού λειτουργού.

Η διαδικασία της διορθώσεως προβλέπεται στο αμέσως επόμενο άρθρο. Απαιτείται δικαστική απόφαση σύμφωνα με το άρθρο 782 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (βεβαίωση γεγονότων). Η σχετική αίτηση πρέπει να περιλαμβάνει δήλωση του επιθυμητού φύλου, του κύριου ονόματος που επιλέγεται και του προσαρμοσμένου σχετικά επωνύμου, καθώς και επισύναψη ενός αντιγράφου της ληξιαρχικής πράξης γεννήσεως του ατόμου. Η δήλωση ενώπιον του δικαστηρίου πρέπει να είναι αυτοπρόσωπη, ενώ πραγματοποιείται σε ιδιαίτερο γραφείο χωρίς δημοσιότητα. Η δικαστική απόφαση καταχωρίζεται στο Ληξιαρχείο που είχε συντάξει τη ληξιαρχική πράξη γέννησης του προσώπου. Η καταχώριση της δικαστικής απόφασης περί διόρθωσης φύλου γίνεται με τρόπο που διασφαλίζει τη μυστικότητα της μεταβολής και της αρχικής ληξιαρχικής πράξης γέννησης έναντι όλων.

Έπειτα, η δικαστική απόφαση καταχωρίζεται

στο Ληξιαρχείο που είχε συντάξει και τη ληξιαρχική πράξη γέννησης του προσώπου μέσω διαδικασίας που διέπεται από μυστικότητα. Η νέα ληξιαρχική πράξη θα αποτελέσει τη βάση, σύμφωνα με την οποία θα πραγματοποιηθεί η έκδοση των νέων εγγράφων στα οποία αναγράφεται η ταυτότητα του προσώπου ή από τα οποία το πρόσωπο εξαρτά δικαιώματα, καθώς και η καταχώριση σε μητρώα ή καταλόγους, όπως εκλογικούς, με διορθωμένο το καταχωρισμένο φύλο, το κύριο όνομα και το επώνυμο του προσώπου από τις αρμόδιες αρχές. Σε κανένα από τα παραπάνω έγγραφα δεν επιτρέπεται η αναφορά ότι μεσολάβησε διόρθωση του καταχωρισμένου φύλου. Η διόρθωση, σύμφωνα με το άρθρο 5, «ισχύει έναντι όλων».

Κριτική του νέου νόμου

Έντονη συζήτηση διεξάγεται για το εάν ο νόμος 4491/2017 εισάγει κάτι το καινούργιο ή κάτι το ρηξικέλευθο στην ελληνική έννομη τάξη. Η πρόθεση του νομοθέτη, όπως αυτή αναλύεται στην αιτιολογική έκθεση του σχετικού σχεδίου νόμου⁶, είναι «η θέσπιση ενός συγκεκριμένου νομοθετήματος, με το οποίο να καθιερώνεται μία κατά το δυνατόν απλή διαδικασία για τη διόρθωση του καταχωρισμένου φύλου».

Πράγματι, αλλά μόνο έως ένα βαθμό, μπορούμε να πούμε ότι ο στόχος αυτός επετεύχθη. Η θέση αυτή προκύπτει με σαφήνεια από τη σύγκριση του προϋπάρχοντος (νομολογιακού κυρίως) καθεστώτος με αυτό που εισάγει το νέο νομοθέτημα, το οποίο και δημιουργεί ένα σαφές νομικό πλαίσιο για τη διαδικασία της νομικής αναγνώρισης της ταυτότητας φύλου. Πριν τη θέσπιση του, η διαδικασία διεπόταν από το άρθρο 14 παρ. 1 του ν. 344/1976 «περί ληξιαρχικών πράξεων», όπως αυτό μετέπειτα τροποποιήθηκε από τους νόμους 2503/1997 και 4144/2013⁷, στο οποίο γινόταν σαφής αναφορά

⁶ Βουλή των Ελλήνων, Αιτιολογική Έκθεση στο Σχέδιο Νόμου του Υπουργείου Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων «Νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου - Εθνικός Μηχανισμός Εκπόνησης, Παρακολούθησης και Αξιολόγησης των Σχεδίων Δράσης για τα Δικαιώματα του Παιδιού». Διαθέσιμο στο: <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/c8827c35-4399-4fbb-8ea6-aebdc768f4f7/10212911.pdf>

⁷ Νόμος 344 της 9/11.6.1976: Περί ληξιαρχικών πράξεων. Διαθέσιμο στο: <http://www.yes.gr/UserFiles/f0ff9297-f516-40ff-a70e-eca84e2ec9b9/Nom344-1976lp.pdf>

στην καταχώριση μεταβολών που επέρχονται στην κατάσταση του φυσικού προσώπου λόγω αλλαγής φύλου, και από το άρθρο 782 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας. Έτσι, για τον επαναπροσδιορισμό του φύλου απαιτείτο δικαστική απόφαση του Ειρηνοδικείου, η οποία εκδιδόταν σύμφωνα με τις διατάξεις της εκούσιας δικαιοδοσίας. Παγίως δε ο Έλληνας δικαστής επέμενε να βεβαιώνεται στην αίτηση του ενδιαφερομένου ότι αυτός έχει υποβληθεί σε χειρουργική επέμβαση με πλήρη οριστική επικράτηση του επιθυμητού φύλου και ότι παρακολουθείται από ψυχίατρο, ο οποίος και του έχει διαγνώσει δυσφορία φύλου.

Είναι σημαντικό να διευκρινίσουμε ότι η εξάλειψη της πρώτης εκ των δύο παραπάνω απαιτήσεων του Έλληνα δικαστή με τη θέσπιση του νόμου 4491/2017 μπορεί να χαρακτηριστεί ως κίνηση επιβεβαιωτική, αν κανείς λάβει υπόψη την πρόσφατη στροφή του ίδιου. Χαρακτηριστική είναι η ιστορική απόφαση του Ειρηνοδικείου Αθηνών⁸, το οποίο, ανατρέποντας την πάγια θέση της ελληνικής νομολογίας που αναλύσαμε παραπάνω, υποστήριξε ότι η καθιέρωση της χειρουργικής αλλαγής φύλου με αφαίρεση των γεννητικών οργάνων, η οποία συνεπάγεται στείρωση, ως απαραίτητη προϋπόθεση για τη νομική αναγνώριση της αλλαγής φύλου κρίνεται υπερβολική πρακτική που παραβιάζει σειρά άρθρων διεθνών συμβάσεων για τα δικαιώματα του ανθρώπου⁹. Στις τελευταίες συγκαταλέγονται το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ (όπως τονίστηκε και από το ΕΔΔΑ στην υπόθεση Υπόθεση Α.Ρ. Γαρζον και Νicot κατά Γαλλίας¹⁰) και τα άρθρα 2 και 26 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα. Η προϋπόθεση αυτή έχει πλέον ρητώς απαλειφθεί και σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να λησμονείται ότι μόνο η θέσπιση νόμων και όχι η διοικητική ή νομολογιακή πρακτική είναι σε θέση να υπηρετήσουν το αίτημα της ασφάλειας δικαίου και την προ-

στασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, όπως υποστηρίχθηκε και στην προαναφερθείσα απόφαση του ΕΔΔΑ.

Όσον αφορά δε στην κατάργηση της ψυχιατρικοποίησης της διαδικασίας, αυτή συνιστά βήμα που συμβάλει ώστε να εμπεδωθεί ότι η δυσφορία φύλου δεν αποτελεί ψυχική διαταραχή¹¹. Η εν λόγω ρύθμιση ήρθε να ανατρέψει την πρακτική που είχε γεννήσει η νομολογία. Η ελληνική κοινότητα των διαφυλικών και διεμφυλικών ατόμων, ενώ αναγνωρίζει τη σημασία της, κρίνει παράλληλα αρνητικά τις περιοριστικές προϋποθέσεις που τίθενται ως προς την ηλικία. Η από-ψυχιατρικοποίηση φαίνεται να αφορά μόνο στους ενδιαφερομένους άνω των δεκαεπτά. Υποστηρίζεται, λοιπόν, ότι πρέπει να δοθεί και στους ανήλικους το δικαίωμα να αλλάξουν νομικά το καταχωρισμένο φύλο τους. Η αιτιολογική έκθεση, πάντως, επίμονα υποστηρίζει ότι η εν λόγω ρύθμιση αποσκοπεί στην προστασία του ανηλικού με γνώμονα «το βέλτιστο συμφέρον του».

Οπισθοδρομικό μπορεί να χαρακτηριστεί και το ex lege προαπαιτούμενο της αγαμίας, ώστε ο ενδιαφερόμενος να μπορεί να ζητήσει τη διόρθωση του καταχωρισμένου φύλου του. Η ratio της ρύθμισης έγκειται στο γεγονός ότι στην Ελλάδα δεν αναγνωρίζεται ακόμα ο γάμος μεταξύ ομοφύλων και έτσι, εάν ο έγγαμος προέβαινε σε διόρθωση φύλου, ο γάμος του θα καθίστατο ανυπόστατος. Αυτή η νομοθετική επιλογή είναι κατακριτέα, εφόσον είναι ικανή να κλονίσει την προσωπική και οικογενειακή ζωή του προσώπου που επιθυμεί να διορθώσει το φύλο του και ο/η σύζυγος του επιθυμεί εξίσου να διατηρηθεί ο γάμος. Πέρα από το γεγονός ότι η διαδικασία του διαζυγίου είναι δαπανηρή και στερεί δικαιώματα στον έγγαμο, συνιστά και συναισθηματικό πλήγμα για αυτόν, αλλά πολλές φορές και για το σύζυγο του. Φαίνεται, λοιπόν, όπως εύστοχα και με παραστατικότητα σημειώνει η Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Συνταγματικού Δικαίου, Λίνα Παπαδοπούλου, να έρχεται «ο νόμος στον έγγαμο και να του λέει πρώτα θα πάρεις διαζύγιο και μετά θα κάνεις αλλαγή φύλου, μη τυχόν και βρεθεί ένα ομόφυλο ζευγάρι να είναι έγγαμο», χαρακτηρίζοντας το γε-

⁸ Βασίλης Σωτηρόπουλος, Ληξιαρχική μεταβολή φύλου χωρίς εγχείρηση αφαίρεσης οργάνων. Διαθέσιμο στο: http://elawyer.blogspot.gr/2016/06/blog-post_30.html

⁹ Colour Youth (Κοινότητα LGBTQ Νέων Αθήνας), Νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου. Διαθέσιμο στο: <http://colouryouth.gr/wp-content/uploads/2016/08/Nomiki-anagnorisi-tautotitas-fillou.pdf>

¹⁰ A.P., Garçon and Nicot v. France, European Court of Human Rights. Διαθέσιμη στο: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-172556%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-172556%22]})

¹¹ Ναυσικά Μοσχοβάκου, Σπυριδούλα Ντάνη, Διακρίσεις λόγω ταυτότητας φύλου και σεξουαλικού προσανατολισμού: Δεδομένα, Θεσμικό Πλαίσιο και Ποιοτική Διερεύνηση. Διαθέσιμο στο: kethi.gr/wp-content/uploads/2018/02/διακρίσεις-λόγω-ταυτότητας-φύλου-και-σεξουαλικού-προσανατολισμού.pdf

γονός αυτό «ομοφοβία του χειρίστου είδους»¹². Ας σημειωθεί ότι με βάση το προϊσχύον καθεστώς, και υπό τις προϋποθέσεις που προέβλεπε, τόσο οι ανήλικοι, όσο και οι έγγαμοι μπορούσαν να αλλάξουν το καταχωρισμένο φύλο τους.

Η επόμενη σημαντική αδυναμία του νέου νόμου αφορά στη φύση της διαδικασίας, η οποία παραμένει δικαστική με ό,τι αυτό συνεπάγεται. Πάγιο αίτημα της τρανς κοινότητας αποτελούσε η ανάπτυξη ταχειών, διαφανών και προσιτών διαδικασιών, οι οποίες θα βασίζονται στον αυτοπροσδιορισμό. Το αίτημα αυτό διατυπώνεται ρητά και στο Ψήφισμα 2048 του 2015 της Κοινοβουλευτικής Διάσκεψης του Συμβουλίου της Ευρώπης που τιτλοφορείται «Διακρίσεις εις βάρος των διεμφυλικών στην Ευρώπη»¹³. Είναι ξεκάθαρο ότι μία δικαστική διαδικασία δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως απλή. Είναι τόσο δαπανηρή (βλ. έξοδα πρόσληψης δικηγόρου) όσο και χρονοβόρα. Τέλος, σε καμία περίπτωση δεν έχει βάση τον αυτοπροσδιορισμό, αφού η τελική απόφαση ανήκει στον δικαστή. Αυτό συνεπάγεται ότι το πρόσωπο δεν αυτοπροσδιορίζεται στην πραγματικότητα, αλλά ετεροπροσδιορίζεται από τον δικαστή. Μόνο μέσω μίας απλής εξωδικαστικής διοικητικής διαδικασίας (π.χ. δήλωση στο Ληξιαρχείο) θα μπορούσε να ικανοποιηθεί το παραπάνω αίτημα¹⁴.

Επιπλέον, στις ελλείψεις του νέου νόμου περιλαμβάνεται και η παράλειψη παροχής προστασίας σε άτομα τα οποία, με βάση τους ορισμούς που δώσαμε παραπάνω, υπάγονται στην έννοια-ομπρέλα των transgender, όπως τα μεσοφυλικά (intersex) και τα μη-δυναδικά (non-binary) άτομα. Όσον αφορά στα τελευταία, αξιοσημείωτη είναι εδώ η πρόσφατη απόφαση 67/2018 του Ειρηνοδικείου Αμαρουσίου¹⁵, το οποίο έκανε δεκτό το αί-

τημα διόρθωσης της ληξιαρχικής πράξης γέννησης του αιτούντος, αναγνωρίζοντας το ως ένα άτομο μη εντασσόμενο στην μία πλευρά του δίπολου των φύλων. Η διόρθωση, ωστόσο, επετεύχθη μόνο όσον αφορά το όνομα του ενάγοντος και όχι και το καταχωρισμένο φύλο. Το αντίθετο συνέβη στο παράδειγμα της Γερμανίας. Τον περασμένο Νοέμβριο το Δικαστήριο της Καρλσρούης αποφάσισε ότι μέχρι το τέλος του 2018 πρέπει να γίνουν οι απαραίτητες νομοθετικές αλλαγές, ώστε να μπορεί ένα πρόσωπο να καταχωριστεί με το «τρίτο φύλο», το οποίο δεν έχει ούτε αμιγώς αρσενικά ούτε αμιγώς θηλυκά χαρακτηριστικά¹⁶.

Επίλογος

Οι ατέλειες του νέου νόμου είναι αδιαμφισβήτητα πολυάριθμες. Παραπάνω αναλύσαμε τις βασικές από αυτές. Υπάρχουν, βέβαια, και πολλά άλλα επιμέρους ζητήματα τα οποία προβληματίζουν, όπως, *inter alia*, η μη δυνατότητα αλλαγής του πιστοποιητικού γέννησης των τέκνων ως προς τα στοιχεία του/της γονέα, ο οποίος προέβη σε επαναπροσδιορισμό του φύλου του, ή ο αποκλεισμός των ατόμων που δεν έχουν ληξιαρχική πράξη στην Ελλάδα, όπως πρόσφυγες και μετανάστες.

Θα ήταν, ωστόσο, άδικο να υποστηρίξουμε ότι η ψήφιση του νόμου για τη νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου δε συνιστά ένα πρώτο θετικό βήμα. Τα ζητήματα, βέβαια, για τα οποία, σύμφωνα με την ίδια την κοινότητα των τρανς ατόμων στην Ελλάδα, έχουν παραμείνει άλυτα, είναι σημαντικό να επιλυθούν, ώστε να μπορούμε με σιγουριά να λέμε ότι και στην Ελλάδα όλοι οι άνθρωποι γεννιούνται ίσοι ως προς την αξιοπρέπεια και τα δικαιώματα. Σαφώς, δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι στην προσπάθεια αυτή υπάρχουν και εμπόδια άλλου είδους, όπως είναι τα στερεότυπα, το μίσος, η μισαλλοδοξία. Η φύση τους είναι τέτοια που κανένας νόμος δεν μπορεί να τα αντιμετωπίσει αποτελεσματικά και η ύπαρξη τους οφείλεται κυρίως στην άγνοια των πολιτών. Αυτή ακριβώς την έλλειψη επιχειρεί να καλύψει και το παραπάνω άρθρο.

¹² Βαγγέλης Γεωργίου, Ένα οπισθοδρομικό νομοσχέδιο της τελευταίας «σοβιετικής δημοκρατίας» Από τη Λίνα Παπαδοπούλου. Διαθέσιμο στο: http://www.huffingtonpost.gr/2017/10/09/afierwma-reportaz-taytotita-fyloy-lina-papadopoulou_n_18222304.html

¹³ Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 2018 (2015) "Discrimination against transgender people in Europe". Διαθέσιμο στο: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>

¹⁴ Νίκος Δ. Λαγαρίας, Η νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου. Διαθέσιμο στο: <https://legal.ellak.gr/2017/06/27/i-nomiki-anagnorisi-tis-taftotitas-filou/>

¹⁵ 67/2018, Ειρηνοδικείο Αμαρουσίου. Διαθέ-

σιμη στο: https://www.constitutionalism.gr/wp-content/uploads/2018/02/2018-67_Eirinodikeio-Amarousiou_Jason-Antigone.pdf

¹⁶ Deutsche Welle, Germany must allow third gender in registry of births, court rules. Διαθέσιμο στο: <http://www.dw.com/en/germany-must-allow-third-gender-in-registry-of-births-court-rules/a-41289783>



European Neighbourhood Policy; Energy Cooperation

Τραμουντάνα Χρυσάνθη
Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια ΑΠΘ

«Both the European Neighbourhood Policy and the European Energy Policy constitute key priorities of the Union at the time being, since the only feasible way for the world's second largest energy consumer to ensure the flow of gas and oil in its internal market is by bilateral agreements with neighboring states».

The European Neighbourhood Policy

The European Neighbourhood Policy (ENP) reflects the policy of the European Union with regards to sixteen closest Eastern and Southern countries having been marked as "Neighbours" under the ENP legal framework. Armenia, Azerbaijan, Belarus, Georgia, Moldova and Ukraine constitute the EU's Neighbours to the East and Algeria, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Libya, Morocco, Palestine¹, Syria, and Tunisia constitute EU's Neighbours to the South. Russia remains a key partner of the EU, although it does not take part in the ENP as such. The ENP was formulated so as to prevent possible conflicts between the enlarged Member States and their neighboring countries, as well as for the reinforcement of security and stability in the region.²

While successfully enlarging to include Eastern European and Mediterranean states in spring 2004, the Union developed a new strategy concerning its neighbors, incorporating them in specific policy programmes, such as the programme TACIS³ for the

Community of Independent States and the programme MEDA⁴ for the Mediterranean countries. In 2004, the Commission of the European Communities launched a Strategy Paper for the formation of the European Neighbourhood Policy⁵ focusing on the need for genuine cross-border cooperation activities between the EU and its Neighbours. The latter would actually take part in "everything but institutions".⁶ Consequently, the ENP was estab-

and Georgia": an initiative aiming to provide the partner states formed after the collapse of the Soviet Union with financial assistance for their transition to a market economy, Available on: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar17003>

⁴ *European Commission*, "MESures D'Accompagnement": an initiative aiming to provide the Mediterranean non-EU partner states with financial and technical support for their economic and social reforms, Available on: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar15006>

⁵ *Communication from the Commission*, European Neighbourhood Policy Strategy Paper, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/2004_communication_from_the_commission_-_european_neighbourhood_policy_-_strategy_paper.pdf

⁶ *Romano Prodi*, President of the European Commission, "A Wider Europe - A Proximity Policy as the key to stability", Speech for the "Peace, Security and Stability International Dialogue and the Role

¹ The inclusion of Palestine in the ENP shall not be construed as legal recognition of a State of Palestine and lies without prejudice to the individual positions of the Member States as to its status.

² *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/overview_en

³ *European Commission*, "Technical Assistance to the Commonwealth of Independent States

lished as an alternative of enlargement⁷ and as the vehicle for the realization of new kinds of relations with third neighboring countries⁸ which could not make use of the possibilities enshrined in Article 49 of the Treaty of the European Union.

According to the ENP Strategy Paper, the policy is designated to provide Neighbours with all necessary means to prepare their countries to reach the standards of the European Union as much as possible. In view of this purpose, the EU will proceed to Action Plans, jointly agreed with each of the Neighbours, setting the main objectives and priority areas that the partner countries need to fulfill; “*political dialogue and reform; trade and measures preparing partners for gradually obtaining a stake in the EU's Internal Market; justice and home affairs; energy, transport, information society, environment and research and innovation; and social policy and people-to-people contacts*.”⁹ Taking full advantage of the international relations theory,¹⁰ the Union established its role as a political actor and committed to elaborate on the spread of common values, such as the promotion of human rights and sustainable development, to third partners. Apart from the incorporation of a common set of European principles, the jointly agreed Action Plans will be adapted to the special needs of each third country and respond to its specific circumstances, giving rise to the effective integration of the shared values and interests on behalf of each different Neighbour state. The ENP constitutes a considerably ambitious strategy, aiming to result in legal, political social and finan-

cial reforms in the interested parties.¹¹

After the “Arab Spring” incidents, the EU decided to review the ENP so as to respond to the recent developments in the region. The Policy was initially reviewed in 2011 whereas the European Commission launched a new Joint Communication for the Review of the ENP on 18 November 2015,¹² after extensive consultations with all relevant stakeholders. The new approach adopted by the European Union focuses on respecting the different aspirations of neighboring countries and essentially meeting both the EU's and the Neighbours' needs and interests while at the same time it identifies different levels of involvement in their bilateral negotiations and relations. Other than the promotion of human rights and European values, the ENP is now also focusing on the strengthening of cooperation and coordination on security issues. At the heart of the ENP Review one can find: i) good governance, democratic values and respect of law, ii) financial development, iii) security, iv) legal migration.¹³

In order to achieve the objectives of the ENP, the European Commission bilaterally cooperates with each of the sixteen Neighbours and identifies specific priorities and areas of interest. The assistance provided has the form of bilateral annual Country Programs specifically focused on the demands of each of the partners. To this direction, with regards to the EU's Neighbours to the East, the key-areas include *inter alia* development of public and private sectors and judiciary system for Armenia,¹⁴ devel-

of the EU” Sixth ECSA - World Conference, Available on: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-619_en.htm

⁷ Roland Dannreuther, “Developing the Alternative to Enlargement: the European Neighbourhood Policy”, *European Foreign Affairs Review* 11: 183-201, 2006.

⁸ Elsa Tulmets, “Policy Adaptation from the Enlargement to the Neighbourhood Policy: a way to improve the EU's external capabilities?”, Available on: <https://www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2007-2-page-55.htm>

⁹ *Communication from the Commission, European Neighbourhood Policy Strategy Paper*, p. 3.

¹⁰ Nariné Ghazaryan, “The European Neighbourhood Policy and the Democratic Values of the EU, A Legal Analysis”, Hart Publishing, *Modern Studies in European Law*, 1st Edition, 2014.

¹¹ *European Neighbourhood Policy*, EU-Lebanon Action Plan, Available on: http://edz.bib.uni-mannheim.de/daten/edz-ma/gdex/06/lebanon_enp_ap_final_en.pdf

¹² *European Commission*, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Review of the European Neighbourhood Policy, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/neighbourhood/pdf/key-documents/151118_joint-communication_review-of-the-enp_en.pdf

¹³ *European External Action Service*, European Neighbourhood Policy, Available on: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/330/european-neighbourhood-policy-enp_en

¹⁴ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Arme-

opment of rural and regional sectors, judiciary and education system for Azerbaijan,¹⁵ achievement of social inclusion and respect of environment for Belarus,¹⁶ reforms in public administration and judiciary system, as well as agriculture development for Georgia,¹⁷ development of energy infrastructure, improvement of governance in the energy domain, promotion of human rights and assistance on the Moldova-Ukraine border mission for Moldova,¹⁸ and development in energy and transport sectors, as well as assistance regarding migration for Ukraine.¹⁹ It is noteworthy that towards each of those Neighbours, the development in energy and environment sector constitutes one of the main elements of the Programs.

In terms of EU's Neighbours to the South, the assistance provided by the EU takes either the form of jointly agreed Action Plans or annual Country Programs. It is also important to notice that with regards to Syria, the EU has already suspended their bilateral cooperation since May 2011, thus there is no current situation as to which development priorities the Union promotes with

nia, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/armenia_en

¹⁵ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Azerbaijan, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/azerbaijan_en

¹⁶ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Belarus, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/belarus_en

¹⁷ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Georgia, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/georgia_en

¹⁸ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Moldova, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/moldova_en

¹⁹ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Ukraine, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/moldova_en

its partner. Among others, the key-areas include economic development, judiciary system reforms and development of the labor market and employment for Algeria,²⁰ sustainable development and energy reforms, as well as improvement of social protection and stability for Egypt,²¹ political stability, financial development and respect for human rights for Israel,²² strengthening of the rule of law, employment creation and investments in renewable energy for Jordan,²³ development of judiciary system, reinforcement of social inclusion and assistance for the sustainable management of resources for Lebanon,²⁴ promotion of democratic governance and respect for human rights, health system reforms and assistance to civil society for Libya,²⁵ strengthening of the rule of law, employment creation and reinforcement of accessibility to social services for Morocco,²⁶ development of private sector and sustainable management of re-

²⁰ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Algeria, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/algeria_en

²¹ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Egypt, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/egypt_en

²² *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Israel, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/israel_en

²³ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Jordan, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/israel_en

²⁴ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Lebanon, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/lebanon_en

²⁵ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Libya, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/libya_en

²⁶ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations,

sources for Palestine,²⁷ education system reforms, sustainable development and inclusive growth for Tunisia.²⁸ Again -and except for Libya, Morocco and Palestine where the development of the energy sector is not mentioned- the promotion of sustainable development and energy infrastructures constitutes one of the main elements of the Actions and Programs.

It is noteworthy that the Union provides its Neighbours with grants of over EUR 15 billion and additional funding through the European Neighbourhood Instrument²⁹ and the cooperation with International Financial Institutions, respectively. The EU also offers technical assistance and equipment.

The European Energy Policy

The European Energy Union³⁰ aims to ensure the secure and affordable supply of energy across Europe while launching an environmentally-friendly strategy towards the decarbonization of the economy. The main pillars of this strategy concern the further exploration and exploitation of renewable energy sources, the fight against climate change, as well as Research and Development in the sector of new technologies which can guarantee the production of clean energy.

According to the 2030 Framework for Climate

Morocco, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/morocco_en

²⁷ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Palestine, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/palestine_en

²⁸ *European Commission*, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Tunisia, Available on: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/countries/tunisia_en

²⁹ *Official Journal of the European Union*, Regulation (EU) No 232/2014 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 establishing a European Neighbourhood Instrument, Available on: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:077:0027:0043:EN:PDF>

³⁰ *European Commission*, Priorities, Energy Union and Climate, Available on: https://ec.europa.eu/commission/priorities/energy-union-and-climate_en

and Energy³¹ and the European Energy Security Strategy,³² the EU is pursuing five main objectives, which are to be fulfilled by the year 2030. The objectives consist of the diversification of energy supplies in order to achieve energy security, the development of a fully integrated internal market in the energy sector, the improvement of energy efficiency, the decarbonization of the European economy so as to rapidly reach the goals set by the Paris Agreement,³³ as well as the attracting of investments³⁴ in research, innovation and competitiveness.³⁵

In order to promote the targets of the Energy Union and ensure their implementation on behalf of the Member States, the European Commission has already published specific packages of necessary measures. To this direction, a package regarding the achievement of clean energy for all European citizens has already been proposed constituting one of the cornerstones towards the fulfillment of the 2030 goals.³⁶

³¹ *European Commission*, 2030 Energy Strategy, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/2030-energy-strategy>

³² *European Commission*, Energy Security Strategy, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/energy-security-strategy>

³³ *United Nations Framework Convention on Climate Change*, COP 21, Paris Agreement, Available on: http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf

³⁴ *Niels Anger and Leonardo Zannier*, "A new era of EU Energy Policy? Delivering on the Energy Union by National Plans", Thinking Ahead for Europe, CEPS Commentaries, 2017, Available on: <https://www.ceps.eu/publications/new-era-eu-energy-policy-delivering-energy-union-national-plans>

³⁵ *European Commission*, Building the Energy Union, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/building-energy-union>

³⁶ *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank, Clean Energy for All Europeans, Available on: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/DOC/?uri=CELEX:52016DC>

The main problem of the European Union with regards to its energy policy is related to the high percentage of imports. Indeed, when it comes to fossil fuels, the Union imports more than half of the energy it demands, thus imports and costs are considerably high.³⁷ Furthermore, most of the European countries rely basically -if not solely- on Russia as their main energy supplier, thus developing a unilaterally dependent relationship which the latter could utilize as leverage in its foreign relations. However, apart from that, serious concerns are raised as to whether the lack of investment in the upstream sector of Russia allows it to continue meeting the constant growing of energy demand in Europe.³⁸

For all the above reasons, the European Energy Security Strategy aims to ensure that the European Union stays harmless in case of an energy crisis coming out of a sole supplier's power plays in the region or in case of shortage of sources. Therefore, the EU focuses *inter alia* on two main objectives, firstly the completion of the internal energy market in view of building the missing infrastructure and connecting the European networks, and secondly the increase of energy security by virtue of diversifying supplier countries and energy sources.³⁹

The completion of the internal energy market: Trans-European Networks for Energy

In order to link the energy infrastructure of the European Union, ensure the interoperability of networks and achieve the total completion of the internal energy market, the EU has implemented a Regulation⁴⁰ concerning the identification of nine

priority energy corridors and three priority thematic areas. The corridors include at least two Member States and highlight the urgency of infrastructure development in the region. The purpose of connecting the currently isolated from energy markets Member States, reinforcing the existing networks and integrating energy extracted by renewable sources have led the EU to provide investors with more incentives and better treatment in case they wish to invest in the construction and operation of trans-European energy networks.⁴¹

The priority electricity corridors include the following: i) the North Seas Offshore Grid (NSOG)⁴² involving Belgium, Denmark, France, Germany, Ireland, Luxembourg, the Netherlands, Sweden and the United Kingdom so as to transport electricity from renewable offshore installations to the energy market, ii) the North-South Electricity Interconnections in Western Europe (NSI West Electricity)⁴³ for Austria, Belgium, France, Germany, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Malta, Spain and the United Kingdom, which is expected to integrate renewable energy, iii) the North-South Electricity Interconnections in Central Eastern and South Eastern Europe (NSI East Electricity) involving Austria, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Cyprus, Germany, Greece, Hungary, Italy, Poland, Romania, Slovakia and Slovenia which seeks for the North-South and East-West interconnections, iv) the Baltic Energy Market Interconnections Plan in Electricity (BEMIP Electricity)⁴⁴ concerning the dealing with the energy isolation of the Baltic States.

The priority gas corridors consist of the follow-

0860&from=EN

³⁷ M. Kanellakis, G. Martinopoulos, T. Zachariadis, "European Energy Policy - A Review", Elsevier, Energy Policy, Volume 62, 2013, p. 1020-1030.

³⁸ Andreas Goldthau, "Rhetoric versus reality: Russian threats to European Energy Supply", Elsevier, Energy Policy, Volume 36, Issue 2, 2008, p. 686-692

³⁹ European Commission, Energy Security Strategy, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/energy-security-strategy>

⁴⁰ Official Journal of the European Union, Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure, Available on: [http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0347&from=EN)

[content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0347&from=EN](https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/trans-european-networks-energy)

⁴¹ European Commission, Trans-European Networks for Energy, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/trans-european-networks-energy>

⁴² European Commission, North Seas Energy Cooperation, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/north-seas-energy-cooperation>

⁴³ European Commission, Interconnections for South-West Europe, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/interconnections-south-west-europe>

⁴⁴ European Commission, Baltic Energy Market Interconnection Plan, Available on: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/baltic-energy-market-interconnection-plan>

ing: i) the North-South Gas Interconnections in Western Europe (NSI West Gas) which is related to Belgium, Denmark, France, Germany, Ireland, Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Portugal, Spain and the United Kingdom, and concerns the North-South interconnections, ii) the North-South Gas Interconnections in Central Eastern and South Eastern Europe (NSI East Gas) which involves Austria, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Germany, Greece, Hungary, Italy, Poland, Romania, Slovakia and Slovenia, and refers to gas interconnections between and within the Baltic Sea, the Adriatic and Aegean Seas, the Eastern Mediterranean Sea and the Black Sea, iii) the Southern Gas Corridor (SGC) for Austria, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Cyprus, France, Germany, Hungary, Greece, Italy, Poland, Romania, Slovakia and Slovenia, securing the gas flow from the Caspian Basin, Central Asia, Middle East and Eastern Mediterranean Basin to Europe, iv) the Baltic Energy Market Interconnection Plan in Gas (BEMIP Gas)⁴⁵ for the strengthening of gas infrastructures in the Baltic States and Finland and in order to ensure the diversification of their energy supplies.

Lastly, the Oil Supply Connections in Central Eastern Europe (OSC) constitutes the sole priority oil corridor which has been incorporated for the purpose of increasing security of sources and reducing the environmental risks.

Energy security and diversification of sources: the European Neighbourhood Policy

As soon as the ENP was launched, it recognized the energy sector as key element of the EU policy towards its neighbors. More specifically, even in the 2004 Strategy Paper, the ENP identifies the interconnection of neighboring states as one of its major points, in view of Europe being the world's largest energy importer at the same time that most of its neighbors constitute the world's most important reserves of gas and oil. The policy proposed was twofold: the improvement of energy infrastructures would facilitate both supplier countries and transit countries to enter the European market and provide European citizens with natural gas and oil, whereas the more the countries involved the better for energy security, due to the diversification of energy sources.

After the 2015 Review of the ENP, it was clear that the Policy would play a principal role in the field of energy cooperation, aiming to ensure en-

ergy security in the EU-ENP region. The Joint Communication on the Review of the ENP clearly endeavours to achieve the diversification of suppliers and transit countries among the Neighbours so as to increase energy security and protect Europe from running out of gas or oil due to energy or political crises in one sole supplier. To this direction, the Joint Communication proposes the Action Plans signed between the EU and the Neighbours take the European energy policy into serious consideration when being drafted.

Conclusions regarding the role of Greece in energy cooperation with the ENP countries

Greece is involved with three priority corridors, namely the North-South Electricity Interconnections in Central Eastern and South Eastern Europe (NSI East Electricity) Corridor, the North-South Gas Interconnections in Central Eastern and South Eastern Europe (NSI East Gas) Corridor and the Southern Gas Corridor (SGC). Furthermore, Greece is a Member State lying in the south-east external borders of the European Union. Therefore, due to its geopolitical position, Greece can play a vital role in terms of energy cooperation with the world's most important reserves of gas and oil. Both the European Neighbourhood Policy and the European Energy Policy constitute key priorities of the Union at the time being, since the only feasible way for the world's second largest energy consumer to ensure the flow of gas and oil in its internal market is by bilateral agreements with neighboring states. The aforementioned in conjunction with the special status attributed to the Projects of Common Interest investing in the development of trans-European networks throughout the priority corridors can be perceived as a great opportunity for Greece to become a key player by functioning as the Member State where the gas and oil flow accesses the European market. The Trans Adriatic Pipeline (TAP), a Project of Common Interest of the Southern Gas Corridor which will transport 10 billion cubic meters of natural gas per year from the Caspian Basin and Azerbaijan to the European Union through Greece constitutes one first sample of the future potentials.

⁴⁵ Ibid.

Ευρωπαϊκό και εθνικό νομικό πλαίσιο για την ηλεκτρική, βασισμένη στο λιγνίτη ενέργεια και το πέρασμα στη νέα εποχή

Πιτένης Ιωάννης

Πτυχιούχος Πολιτικών Επιστημών ΔΠΘ
3^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Τόσο η Ευρώπη όσο και ολόκληρος ο πλανήτης βαδίζουν, αν και με δειλά βήματα ακόμα, σε ενεργειακές πολιτικές πιο φιλικές προς το περιβάλλον, ελπίζοντας να αποτρέψουν δυσάρεστες συνέπειες, όπως είναι, για παράδειγμα, το φαινόμενο του θερμοκηπίου».

Εισαγωγή

Η ηλεκτρική ενέργεια αποτέλεσε και συνεχίζει να αποτελεί, τη βασική επιλογή της ευρωπαϊκής πολιτικής στον τομέα της παραγωγής ενέργειας, με βασική πρώτη ύλη τα ορυκτά καύσιμα και ιδιαίτερα το λιγνίτη. Ανάλογη πολιτική ακολούθησε και η Ελλάδα, ιδίως μετά τον Β' Παγκόσμιο Πόλεμο, προσφεύγοντας στην εξόρυξη και τη χρήση λιγνίτη για την κάλυψη των ενεργειακών της αναγκών, καθιστώντας τον μ' αυτόν τον τρόπο, σε πολύ μεγάλο ποσοστό, τη σημαντικότερη πρώτη ύλη της χώρας. Το διασυνδεδεμένο σύστημα μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας τροφοδοτείται σε ποσοστό 60% από παραγωγικές μονάδες που χρησιμοποιούν λιγνίτη¹.

Η Ελλάδα, ως ισότιμο μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν θα μπορούσε να μη συμμορφωθεί στο νέο ενεργειακό θεσμικό πλαίσιο που διαμορφώνεται από τη δεύτερη και αφορά στη θέσπιση νέων κανόνων στην παραγωγή, τη διανομή και λειτουργία της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, καθώς και την απελευθέρωση αυτής μέσα από το μοντέλο της ελεύθερης αγοράς που έχει καθιερωθεί. Σύμφωνα με το μοντέλο αυτό, η Ε.Ε. σκοπεύει να προχωρήσει σε όσο το δυνατό μεγαλύτερη αξιοποίηση των νέων και αναπτυσσόμενων τεχνολογιών και

στην ανάπτυξη νέων επενδύσεων σε νέες αγορές². Οι ενεργειακοί στόχοι στην εσωτερική αγορά ενέργειας αποτυπώνονται με σαφήνεια στο άρθρο 194, παρ. 1 ΣΛΕΕ³.

Η Ε.Ε. προχώρησε στην έκδοση τριών, κατά σειρά, οδηγιών που αφορούν στην απελευθέρωση της αγοράς της ηλεκτρικής ενέργειας και στους σχετικούς κανόνες για τη θεμελίωση της. Αυτές ήταν:

- η Οδηγία 96/92/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου της 19ης Δεκεμβρίου 1996 που αφορά τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας,
- η Οδηγία 2003/54/ΕΚ που καταργεί την προηγούμενη. Θα πρέπει να τονιστεί το γεγονός πως με την Οδηγία αυτή, εκτός από την πλήρη απελευθέρωση της αγοράς για την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας, εισάγεται και η πλήρης απελευθέρωση της αγοράς για όλους τους πελάτες - καταναλωτές ηλεκτρικής ενέργειας μέχρι την 1-7-2007, δίνοντας τους τη δυνατότητα να επιλέγουν ελεύθερα τον προμηθευτή τους⁴.

² <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/energy/el/>

³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/el/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>

⁴ <http://www.rae.gr/old/europe/sub3/>

¹ www.dei.gr/el/oruxeia

- Η τελευταία και πιο σημαντική Οδηγία 2009/72, η γνωστή ως "3η Ενεργειακή δέσμη", είναι αυτή που άνοιξε το δρόμο, ώστε να υπάρξει σταδιακή μετακίνηση της εσωτερικής αγοράς ενέργειας από το μονοπωλιακό μοντέλο στο μοντέλο της ελεύθερης αγοράς. Το τρίτο αυτό ενεργειακό "πακέτο" περιλαμβάνει μια σειρά από κανονισμούς για τη ρύθμιση της αγοράς της ηλεκτρικής ενέργειας⁵. Με την Οδηγία αυτή, η οποία κατήργησε την προηγούμενη Οδηγία 2003/54/EK, η Ε.Ε. στοχεύει στην αύξηση του ανταγωνισμού με την προσφορά όλων των διαθέσιμων πηγών ενέργειας με τη χαμηλότερη δυνατή τιμή αφενός, αλλά και στον άμεσο διαχωρισμό του ιδιοκτησιακού καθεστώτος από τη διαχείριση και εκμετάλλευση των δικτύων μεταφοράς και διανομής της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας, αφετέρου.

Στην Ελλάδα όταν αναφερόμαστε στην παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας, αλλά και στην εκμετάλλευσή της, ουσιαστικά μιλάμε για τη ΔΕΗ αφού κατέχει δεσπόζουσα θέση στους νευραλγικούς αυτούς τομείς από το 1951. Η Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού κατέκτησε τη θέση αυτή λειτουργώντας 8 λιγνιτικούς σταθμούς που τροφοδοτούνται απ' τα ανάλογα ορυχεία, 34 θερμικούς και υδροηλεκτρικούς σταθμούς και 3 αιολικά πάρκα⁶. Μια παντοδυναμία, όμως, που αρχίζει να καταρρέει, μετά και την απόφαση C 109/08 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η οποία υποχρεώνει το Ελληνικό κράτος αρχικά να ανοίξει την αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και την Επιχείρηση, στη συνέχεια, να προχωρήσει στην παράδοση δικαιωμάτων εκμετάλλευσης ορυκτών καυσίμων και σε άλλους παραγωγούς, σε αρκετές περιοχές ανά την επικράτεια⁷.

Αυτό δημιουργεί νέους συσχετισμούς στην εγχώρια αγορά ηλεκτρικής ενέργειας με τους ιδιώτες να μπορούν πλέον να διεκδικήσουν το δικό τους μερίδιο, αλλάζοντας με τον καιρό τον ενεργειακό χάρτη της χώρας.

Οι καθοριστικές αυτές αλλαγές συνδυάζονται

και με την ανάγκη, που κρίνεται πλέον ως απόλυτα επιτακτική, να μπουν στο παιχνίδι νέες μορφές ενέργειας, περισσότερο φιλικές προς το περιβάλλον, προκειμένου να προστατευτεί πιο αποτελεσματικά. Η καλύτερη προστασία του περιβάλλοντος δεν είναι κάτι που απασχολεί μόνο την Ελλάδα, αλλά είναι ένα από τα φλέγοντα ζητήματα για το σύνολο της Διεθνούς Κοινότητας, κάτι το οποίο φάνηκε και με τη Σύνοδο Κορυφής του Παρισιού για την αντιμετώπιση της κλιματικής αλλαγής⁸.

Η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας απ' το λιγνίτη θεωρείται πως είναι αρκετά ρυπογόνα και επιβαρύνει σε σημαντικό βαθμό το περιβάλλον. Γι' αυτό και παρόλο που παραμένει το «εθνικό καύσιμο» στην ελληνική παραγωγή, είναι ξεκάθαρο πως υπάρχει η βούληση για τη μείωση του ποσοστού συμμετοχής του λιγνίτη στο σύνολο της ηλεκτρικής παραγωγής και σε κάθε περίπτωση επιδιώκεται η εκμετάλλευσή του να γίνεται με όσο το δυνατόν πιο φιλικούς προς το περιβάλλον τρόπους.

Το νομικό πλαίσιο για την αγορά λιγνίτη και ο ρόλος της Δ.Ε.Η.

Ο λιγνίτης ως καύσιμο αποτελεί ένα δύσκολα εμπορεύσιμο προϊόν γιατί είναι σχεδόν αδύνατο να μεταφερθεί σε μεγάλες αποστάσεις, με αποτέλεσμα η καύση του να γίνεται πάντοτε κοντά στα ορυχεία με τα κοιτάσματα, όπου και βρίσκονται οι μονάδες παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας. Το γεγονός αυτό ήταν που συνέβαλε στο να δημιουργήσει η Δ.Ε.Η. συνθήκες μονοπωλίου στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, καθώς έχει στην κατοχή της περίπου τα 2/3 από τα συνολικά αποθέματα.

Έτσι, η Δ.Ε.Η. Α.Ε., κατέχει αυτή τη στιγμή περισσότερο από το 85% της αγοράς, ως προς την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα⁹, κάτι στο οποίο βοήθησε καθοριστικά το Ελληνικό κράτος μέσα από μια σειρά ευνοϊκών ρυθμίσεων.

Η Ελληνική Δημοκρατία, με το Ν.Δ 4029 της 12ης/13ης Νοεμβρίου 1959¹⁰, παραχώρησε όλα τα δικαιώματα έρευνας και εκμετάλλευσης στη Δ.Ε.Η. Α.Ε., για όλα τα σημαντικά κοιτάσματα λιγνίτη στη χώρα. Η ΔΕΗ, με απευθείας ανάθεση, εξασφάλισε

Directive_54_2003_el.pdf

⁵ http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/701/701983/701983el.pdf

⁶ <https://www.dei.gr/el/i-dei/i-etairia/tomeis-drastiriotitas>

⁷ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=C-109/08>

⁸ <http://www.consilium.europa.eu/el/policies/climate-change/timeline/>

⁹ <https://www.dei.gr/el/i-dei/i-etairia/tomeis-drastiriotitas/emporia>

¹⁰ http://www.elinyae.gr/el/lib_file_upload/250a_59.1308726892562.pdf

όλες αυτές τις άδειες για την έρευνα και εκμετάλλευση του 91%, περίπου, των συνολικών αποθεμάτων. Μια απόφαση της Ελληνικής Πολιτείας που ήρθε σε απόλυτη αντίθεση με τον θεσπισμένο Μεταλλευτικό Κώδικα (Ν.210/1973), καθώς δε δόθηκε η ευκαιρία σε κανέναν άλλο να διεκδικήσει μερίδιο από την αγορά της ηλεκτρικής ενέργειας, πέρα από κάποια δικαιώματα που παραχωρήθηκαν σε μικρότερες επιχειρήσεις για κοιτάσματα με ελάχιστα αποθέματα. Αυτό σημαίνει πως η Δ.Ε.Η. χάρη στο ελληνικό κράτος απέκτησε και μπορεί να διατηρεί σε ισχύ οιονεί μονοπωλιακά δικαιώματα για την εξόρυξη λιγνίτη και μ' αυτόν τον τρόπο να έχει άμεση επαφή με τη φθηνότερη πηγή ηλεκτρικής ενέργειας¹¹.

Οι αποφάσεις αυτές συνεχίζουν να αποτελούν εμπόδια τόσο για την περαιτέρω ανάπτυξη υπαρχουσών ιδιωτικών επιχειρήσεων όσο και για την είσοδο νέων στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, με αποτέλεσμα τη διαιώνιση της υπάρχουσας κατάστασης που οδηγεί και στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της Δ.Ε.Η. Όσο παραμένει αυτό το καθεστώς, οι ιδιωτικές επιχειρήσεις βρίσκονται και θα βρίσκονται σε μειονεκτική έναντι της Δ.Ε.Η, γιατί έχουν σαφώς μειωμένα, ίσως και ανύπαρκτη πρόσβαση στα λιγνιτικά αποθέματα για την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας. Σημαντική συνέπεια όλων αυτών είναι η διαμόρφωση μιας κατάστασης άνισων ευκαιριών που διαβρώνει τον υγιή ανταγωνισμό, κάτι που οδήγησε στην καταδίκη της Ελληνικής Δημοκρατίας και την υπόδειξη της να συμμορφωθεί με το ευρωπαϊκό καθεστώς.

Από τα παραπάνω προκύπτει πως η συγκεκριμένη πρακτική της Ελληνικής Πολιτείας, ήταν και είναι εκ διαμέτρου αντίθετη μ' αυτή που προσπαθεί να προωθήσει η Ε.Ε. με την απελευθέρωση της αγοράς της ενέργειας, επιδιώκοντας να αναπτυχθεί ο τομέας αυτός με την καθιέρωση ενός μοντέλου ελεύθερης αγοράς, όπου θα επικρατεί υγιής ανταγωνισμός που θα διέπεται από αυστηρά προσδιορισμένες και καθορισμένες συνθήκες ισοτιμίας και ισονομίας για όλους όσοι δραστηριοποιούνται στον ευρωπαϊκό χώρο.

Θέλοντας να διατηρήσει τη δεσπόζουσα θέση της η Δ.Ε.Η. και για ν' αποφύγει την πλήρη συμμόρ-

φωση της με τις Ευρωπαϊκές Οδηγίες, με τη συμβολή και τη νομική παρέμβαση της Ελλάδας, ήρθε δικαστικά αντιμέτωπη με τις σχετικές αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Η δικαστική αυτή διαμάχη οδήγησε σε μια πρώτη απόφαση, την C (2008) 824, που καταδικάζει τη Δ.Ε.Η. διότι διαπιστώθηκε ότι είχε δημιουργηθεί μία άνιση κατάσταση ευκαιριών και πως η επιχείρηση είχε διαμορφώσει μια δεσπόζουσα θέση στην πρόσβαση στα πρωτογενή καύσιμα και στην παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας. Δεύτερη απόφαση η οποία επικύρωνε την πρώτη, ήταν η απόφαση C (2009) 6244, σύμφωνα με την οποία η Δ.Ε.Η. υποχρεώνεται να συμμορφωθεί στις υποδείξεις της Επιτροπής και να καθοριστούν νέα μέτρα και πλαίσια για τον ανταγωνισμό και να θεραπευθούν οι όποιες παραβάσεις¹².

Τις συγκεκριμένες αποφάσεις προσέβαλλε η Δ.Ε.Η., με την Ελλάδα να παρεμβαίνει υπέρ αυτής, καταθέτοντας δύο προσφυγές αίτησης ακύρωσης κατά των αποφάσεων στο Γενικό Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Στις 20/9/2012 το Γενικό Δικαστήριο της Ε.Ε. δικάωσε τη Δ.Ε.Η. και έκανε δεκτούς τους ισχυρισμούς της, ακυρώνοντας παράλληλα τις προηγούμενες δύο αποφάσεις. Με τη σειρά της η Επιτροπή, ζήτησε από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης την αναίρεση των αποφάσεων του ΓΔΕΕ, διότι, όπως το ΓΔΕΕ υποστήριξε, υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο, κατά την ερμηνεία και εφαρμογή της Συνθήκης ΕΚ¹³.

Τελικά, το ΔΕΕ αποφάσισε να δικαιώσει την Επιτροπή και προχώρησε σε αναίρεση των αποφάσεων του ΓΔΕΕ (υποθέσεις C-553/12 P¹⁴ και C-554/12 P¹⁵) και αναπομπή αυτών ενώπιον του τελευταίου, ώστε να κρίνει τους λόγους ακύρωσης που προβλήθηκαν από την Δ.Ε.Η.

Με τις αποφάσεις στις υποθέσεις T-169/08 RENV¹⁶ και T-421/09 RENV¹⁷, το ΓΔΕΕ, απέρριψε και

¹² <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/katadiki-tis-dei-gia-katahrisi-despozoyzas-thesis-stis-agores-promitheias-ligniti-kai>

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EL>

¹⁴ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=c-553/12>

¹⁵ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=c-554/12>

¹⁶ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=t-169/08>

¹⁷ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=t-421/09>

¹¹ *Ελισάβετ Παναγιωτίδου*, σε διπλωματική εργασία «Τα όρια βιωσιμότητας του διαχωρισμού της εξορυκτικής δραστηριότητας λιγνίτη και της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από λιγνίτη στον ενεργειακό άξονα Δυτικής Μακεδονίας», Θεσσαλονίκη 2017

τους τέσσερις λόγους που προβλήθηκαν από τη Δ.Ε.Η ξεχωριστά στην κάθε υπόθεση.

Μ' αυτόν τον τρόπο άνοιξε ο δρόμος, ώστε να μπου και άλλες επιχειρήσεις στον ελληνικό τομέα ενέργειας και να υπάρξει σταδιακή αποεπένδυση της λιγνιτικής ισχύος, την οποία κατείχε η Δ.Ε.Η. και να μοιραστεί σε υπάρχοντες ή νέους προμηθευτές ηλεκτρικής ενέργειας. Για να γίνει όμως αυτό τέθηκαν ορισμένες προϋποθέσεις για να μπορέσει κάποιος εκ των ανταγωνιστών να διεκδικήσει ένα μερίδιο από την αγορά. Οι προϋποθέσεις αυτές αφορούν στο να κατέχουν την κατάλληλη τεχνογνωσία¹⁸, όπως επίσης και τους πόρους για να μπορέσουν να διατηρήσουν, αλλά και ταυτόχρονα να αναπτύξουν την αποεπένδυόμενη ισχύ, καθιστώντας την βιώσιμη και ανταγωνιστική σε σχέση με τη Δ.Ε.Η. Στόχο αποτέλεσε η σταδιακή αποεπένδυση της Δ.Ε.Η να φτάσει σχεδόν στο 40% της υπάρχουσας λιγνιτικής ισχύος¹⁹.

Η αλλαγή αυτή στον ελληνικό τομέα ενέργειας, κυρώθηκε με την απόφαση υπ' αρ. 47/19-05-2017 (ΦΕΚ Α' 72/19.05.2017)²⁰, όπου το Κυβερνητικό Συμβούλιο Οικονομικής Πολιτικής, δημοσίευσε την ανάγκη για λήψη σχετικών διαρθρωτικών μέτρων για την πρόσβαση της Δ.Ε.Η. Α.Ε. στον λιγνίτη. Η συγκεκριμένη απόφαση, εκδόθηκε σε συμμόρφωση με τις προηγούμενες δύο αποφάσεις C (2008) 824 και C (2009) 6244 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τη μονοπωλιακή πρόσβαση της Δ.Ε.Η. Α.Ε. στο λιγνίτη²¹, και δέσμευε την Ελληνική Δημοκρατία, να υποβάλλει προτάσεις στην Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού της Επιτροπής, για διαρθρωτικά μέτρα αποκατάστασης (remedial structural measures)²².

¹⁸ <https://nomoi.info/%CE%A6%CE%95%CE%9A-%CE%91-72-2017-%CF%83%CE%B5%CE%BB-1.html>

¹⁹ Ελισσάβητ Παναγιωτίδου, «Ο μύθος της απελευθέρωσης της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας», Διαθέσιμο στο <http://kozan.gr/archives/100689>

²⁰ <https://nomoi.info/%CE%A6%CE%95%CE%9A-%CE%91-72-2017-%CF%83%CE%B5%CE%BB-1.html>

²¹ http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de684c0ee890f343e8abe0bc2e533a31f5.e34KaxilC3eQc40LaxqMbN4OaNyTe0?doclang=EL&text=&pagen dex=0&part=1&mode=DOC&docid=155117&occ=first&dir=&cid=444384

²² <https://nomoi.info/%CE%A6%CE%95%CE%9A-%CE%91-72-2017-%CF%83%CE%B5%CE%BB-1.html>

Οι στόχοι των επόμενων δεκαετιών.

Στόχος ανέκαθεν της Ευρωπαϊκής Ένωσης ήταν η σταδιακή μείωση των εκπομπών ρύπων και η κλιμακούμενη απεξάρτηση από τα ορυκτά καύσιμα, ώστε ο ενεργειακός κλάδος να γίνει πιο φιλικός προς το περιβάλλον. Γι' αυτό το λόγο η Ε.Ε., έθεσε ορισμένους στόχους τόσο ενεργειακούς, όσο και κλιματικούς για το 2020, το 2030 και το 2050²³.

Για το 2020 περιλαμβάνουν:

- τη βελτίωση κατά 20% της ενεργειακής απόδοσης,
- την άντληση του 20% της ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές, και
- τη μείωση των εκπομπών αερίων του θερμοκηπίου κατά τουλάχιστον 20% σε σύγκριση με τα επίπεδα του 1990.

Για το 2030 περιλαμβάνουν:

- την αύξηση της ενεργειακής απόδοσης από 27 έως 30%,
- τη μείωση της εκπομπής αερίων του θερμοκηπίου κατά 40%,
- την άντληση του 27%, τουλάχιστον, της ενέργειας της Ε.Ε. από ανανεώσιμες πηγές και,
- να υπάρχει διασύνδεση της ενέργειας κατά 15% και με τις υπόλοιπες χώρες της Ε.Ε.

Για το 2050 έχει καταρτιστεί ο Ενεργειακός Χάρτης Πορείας 2050²⁴, όπου κύριος στόχος είναι η μείωση κατά 80-95% των εκπομπών ρύπων του θερμοκηπίου σε σχέση με τα επίπεδα του 1990. Ο στόχος αυτός θα επιτευχθεί μέσα από την απανθρακοποίηση του ενεργειακού τομέα και την ταυτόχρονη εξασφάλιση του ενεργειακού εφοδιασμού και της υγιούς ανταγωνιστικότητας της Ευρωπαϊκής Οικονομίας.

Η Ε.Ε. διαμόρφωσε και ορισμένα σενάρια για το πώς θα μπορούσαν να επιτευχθούν οι παραπάνω στόχοι. Κοινή συνισταμένη για την επιτυχία των προβλέψεων, αποτελεί μια παγκόσμια συμφωνία για το κλίμα, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε σταδιακή πτώση της ζήτησης και μείωση των τιμών ορυκτών καυσίμων διεθνώς²⁵. Τα ζητήματα που έχουν τεθεί με βάση την ευρωπαϊκή ενεργειακή πολιτική, συμπίπτουν απόλυτα μ' αυτά της εθνικής και αφορούν στην αποτελεσματική αντιμετώπιση των προβλημάτων που έχουν προκύψει

²³ https://europa.eu/european-union/topics/energy_el

²⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX:52011DC0885>

²⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0885&from=EL>

σε σχέση με το περιβάλλον και την κλιματική αλλαγή, την ασφάλεια ως προς τον ενεργειακό εφοδιασμό, τη βιώσιμη ανάπτυξη, την προστασία του καταναλωτή και την εύρυθμη λειτουργία της αγοράς ενέργειας.

Το εθνικό νομικό πλαίσιο το οποίο έχει τεθεί με τον ν.3851/2010, καθιέρωσε την αύξηση του εθνικού στόχου συμμετοχής των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας στην ακαθάριστη τελική κατανάλωση ενέργειας στο 20%. Αυτό θα συμβεί μέσα από την συμμετοχή των Α.Π.Ε σε ποσοστό 40% στην ηλεκτροπαραγωγή, 20% στη θέρμανση και ψύξη και 10% στις μεταφορές²⁶.

Ζήτημα για την ελληνική ενεργειακή πολιτική αποτελεί η ανεξαρτητοποίηση από την παραγωγή ηλεκτρισμού μέσα από την καύση ορυκτών καυσίμων και τη μείωση των εκπομπών διοξειδίου του άνθρακα (CO₂). Οι ρυθμίσεις αυτές, ελέγχονται από τη Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας (ΡΑΕ)²⁷.

Στόχος πλέον της Ελληνικής Δημοκρατίας είναι η εκμετάλλευση και των υπολοίπων μορφών ενέργειας, της αιολικής, της ηλιακής, της υδατικής και ίσως και της παραγωγής ενέργειας από τη γεωθερμία και τη βιομάζα. Σ' αυτό συνηγορεί και η γεωγραφική θέση της Ελλάδας, καθώς οι συγκεκριμένες ενέργειες μπορούν να συντηρηθούν κατά τη διάρκεια όλου του χρόνου. Έτσι, η Ελλάδα θα μπορέσει να δημιουργήσει τις προϋποθέσεις, ώστε να απεγκλωβιστεί από την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας μέσω της εξόρυξης και της καύσης ορυκτών καυσίμων. Σημαντική συνεισφορά για την επίτευξη αυτού του στόχου προσφέρει η Δ.Ε.Η. Α.Ε., με τη δημιουργία 23 αιολικών πάρκων σε νησιωτικές περιοχές, 17 υδροηλεκτρικών σταθμών και 7 φωτοβολταϊκών πάρκων, ενώ παράλληλα διενεργούνται έρευνες για την παραγωγή ενέργειας από βιομάζα και γεωθερμία²⁸.

Μ' αυτό τον τρόπο η Ελλάδα συμμορφώνεται με τις ευρωπαϊκές στρατηγικές και πολιτικές για την ενεργειακή πολιτική και αφετέρου σέβεται και προστατεύει καλύτερα το περιβάλλον μέσω της μείωσης εκπομπών ρύπων του θερμοκηπίου και της ανάπτυξης των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας.

Επίλογος

Η εξόρυξη λιγνίτη αποτέλεσε και αποτελεί το «γνώριμο» και «σίγουρο» δρόμο για την κάλυψη

των ενεργειακών αναγκών και της ευρωπαϊκής ηπείρου. Σ' αυτή στηρίζεται το σύνολο, ίσως, της ενεργειακής της παραγωγής.

Οι ανάγκες σε ηλεκτρικό ρεύμα μπορεί να καλύφθηκαν και να καλύπτονται μ' αυτό τον τρόπο, αλλά πλέον έχει γίνει ξεκάθαρο πως οι συνέπειες που πληρώνουν οι σύγχρονες κοινωνίες είναι ιδιαίτερα βαριές αφού αφορούν τη ρύπανση και τη μόλυνση του περιβάλλοντος. Έτσι η ανάγκη για συνολική αλλαγή πλεύσης στο συγκεκριμένο ζήτημα είναι κάτι περισσότερο από επιτακτική, κάτι που κατανοούν και αποδέχονται όλο και περισσότεροι.

Τόσο η Ευρώπη όσο και ολόκληρος ο πλανήτης βαδίζουν, αν και με δειλά βήματα ακόμα, σε ενεργειακές πολιτικές πιο φιλικές προς το περιβάλλον, ελπίζοντας να αποτρέψουν δυσάρεστες συνέπειες, όπως είναι, για παράδειγμα, το φαινόμενο του θερμοκηπίου.

Σε ό,τι αφορά την Ε.Ε., εδώ και πολλά χρόνια έχει αναπτύξει μια συγκεκριμένη ενεργειακή πολιτική η οποία πέρα από το σεβασμό στο περιβάλλον προβλέπει και το σεβασμό στην αυτοδιάθεση και τις δυνατότητες των κρατών. Ενεργειακή πολιτική που βασίζεται σε μακροπρόθεσμα σχέδια και πρακτικές που δεν είχαν προτιμηθεί κατά τα προηγούμενα χρόνια με τις ανανεώσιμες πηγές ενέργειας. Ίσως στο παρελθόν να μην υπήρχε η κατάλληλη τεχνογνωσία για την πλήρη εκμετάλλευση των πηγών κάτι που βέβαια έχει αλλάξει ριζικά με την πάροδο των χρόνων.

Η Ελλάδα, αν και κατά το παρελθόν ήρθε σε σύγκρουση με αποφάσεις και πολιτικές της Ε.Ε., όπως εκτέθηκε παραπάνω, πλέον, όμως, δείχνει να κατανοεί την ανάγκη για αλλαγή για το πέρασμα σε μία νέα εποχή με λιγότερους ρύπους και αξιοποίηση περισσότερων μορφών ενέργειας. Θα ήταν άλλωστε οξύμωρο μια μεσογειακή χώρα, όπου ο ήλιος, ο άνεμος και το νερό είναι άμεσα διαθέσιμα να μην υιοθετεί ανάλογες πρακτικές.

Σ' αυτή τη νέα εποχή που μέλλεται να διαμορφωθεί η ΔΕΗ δεν θα έχει πια δεσπόζουσα θέση, καθώς ανοίγει ο δρόμος για τη συμμετοχή και άλλων παικτών-ανταγωνιστών που εκτιμάται πως θα συνεισφέρουν επιπλέον χρηματικούς πόρους και τεχνογνωσία στην έρευνα και ανάπτυξη των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας. Κάτι τέτοιο δεν θα γινόταν ποτέ πραγματικότητα εάν η Ελλάδα συνέχιζε να κρατά "κλειστά" τα νομικά της σύνορα, μην υιοθετώντας το μοντέλο της ελεύθερης αγοράς. Ένα μοντέλο που προάγει τον υγιή ανταγωνισμό και μπορεί να αποφέρει πολλαπλά οφέλη, συμβάλλοντας έτσι στην ανάπτυξη της χώρας.

²⁶ <http://www.ypeka.gr/LinkClick.aspx?fileticket=pnhppGnURds%3D>

²⁷ <http://www.rae.gr/site/portal.csp>

²⁸ <https://www.dei.gr/el/i-dei/perivallon/perivallontiki-stratigiki>

Η οικονομική αποτίμηση της Ζωής και το Δίκαιο

Καραδαΐδης Γρηγόρης
2^ο έτος Νομικής ΑΠΘ

«Αν δεχόμασταν ότι η ανθρώπινη ζωή έχει από το δίκαιο μία συγκεκριμένη χρηματική αξία, εξισώνεται δηλαδή με ένα χρηματικό ποσό, θα παραμερίζαμε επί της ουσίας την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας μετατρέποντας τον άνθρωπο σε αντικείμενο και γιατί όχι, σε προϊόν».

Εισαγωγή

Αποτελεί πραγματικότητα ότι στις σύγχρονες φιλελεύθερες οικονομίες κάθε τι κρίνεται αναγκαίο να αποτιμάται σε χρήμα. Από τα απτά, με την έννοια του νόμου, «πράγματα» (λ.χ. τρόφιμα, ρουχισμός κλπ.) μέχρι και τα άυλα προϊόντα (λ.χ. πνευματική ιδιοκτησία), σχεδόν τα πάντα είναι σήμερα χρηματικά αποτιμητά. Προκύπτουν λοιπόν, μεταξύ άλλων, τα εξής εύλογα ερωτήματα: κατά πόσον ακόμα και αυτό το υπέρτατο έννομο αγαθό της ανθρώπινης ζωής μπορεί/οφείλει να αποτελεί οικονομικό μέγεθος; Και εάν το τελευταίο γίνει δεκτό: με ποια κριτήρια πρέπει να γίνει αυτή η αξιολόγηση; Οι ζωές διαφορετικών ανθρώπων θα πρέπει να αποτιμηθούν εξίσου ή διαφορετικά; Στους υψίστης ηθικής αξίας αυτούς προβληματισμούς θα προσπαθήσουμε να δώσουμε απαντήσεις υπό το πρίσμα, κυρίως, του δικαίου, εξωτερικού και ημεδαπού.

Πρέπει/μπορεί η ζωή να είναι χρηματικά αποτιμητή;

Το γενικό πλαίσιο

Προτού περάσουμε στις δικαιικές αξιολογήσεις για το παραπάνω ζήτημα, θεωρούμε ότι για την πιο ολοκληρωμένη εμπέδωση του προβληματισμού που πραγματευόμαστε αξίζει να καταφύγουμε και σε άλλα επιστημονικά πεδία. Το κατά πόσον κρίνεται ορθό να αποδίδουμε οικονομική αξία στη ζωή είναι λοιπόν ένα ερώτημα που ταλανίζει πληθώρα επιστημονικών κλάδων πέραν της επιστήμης του Δικαίου. Σειρά επιστημόνων (μαθηματικοί, οικονομολόγοι, γιατροί), με σκοπούς τον καθορισμό νομοθετικών πολιτικών ιατροφαρμακευτικής περί-

θαλψης, την διαμόρφωση των ασφαλιστικών συμβολαίων και τα όρια των ασφαλιστικών παροχών, την διεξαγωγή ανθρωπιστικών εκστρατειών από τα κράτη ή τους ιδιώτες για τη διάσωση του τρίτου κόσμου κλπ., καταπιάνονται με το ηθικά αμφιλεγόμενο έργο του υπολογισμού της αξίας της ζωής.

Ένας θεμιτός στόχος μιας τέτοιας αποτίμησης για παράδειγμα είναι να βρεθεί τελικά η οικονομικά αποτελεσματικότερη λύση κατά την οποία θα επενδυθούν τα λιγότερα δυνατά χρήματα για τη διάσωση του μεγαλύτερου αριθμού ανθρωπίνων ζωών. Έτσι, αν μία ομάδα ιατρών στην Αφρική διαθέτει ένα χ κεφάλαιο με το οποίο μπορεί μόνο να διασώσει ψ ανθρώπους στην περιοχή Α ή 2ψ ανθρώπους στην περιοχή Β, μπορεί με βάση την παραπάνω λογική να καταφύγει στη δεύτερη επιλογή, όπου θα σωθούν οι διπλάσιοι άνθρωποι. Η παραπάνω λύση, μολονότι και αυτή η ίδια επιδέχεται κριτικής με βασικό αντεπιχείρημα το ανεκτίμητο της αξίας της ζωής (ότι δηλαδή ακόμη και η ζωή 2ψ ανθρώπων δεν κρίνεται αξιότερη να σωθεί από τη ζωή των άλλων μισών), αποτελεί, τουλάχιστον κατά την άποψή μας, μια σωστή επιλογή σε ένα πρόβλημα που δικαιολογημένα εδώ επιδέχεται ορθολογικής αντιμετώπισης.

Για να μιλήσουμε με πιο πραγματικά παραδείγματα αξίζει να παραθέσουμε τα αποτελέσματα της έρευνας μιας ομάδας επιστημόνων των πανεπιστημίων Wharton και Stanford της Αμερικής οι οποίοι ερευνώντας το ετήσιο κόστος της αιμοκάθαρσης για τους ασθενείς των ΗΠΑ μαζί με άλλα οικονομικά μεγέθη (π.χ. δημογραφικά στοιχεία των ασθενών: ηλικία, δυνατότητα να εργαστούν, ασφαλιστική κάλυψη) κατέληξαν ότι ένας χρόνος ποιοτικής

ανθρώπινης ζωής για έναν μέσο άνθρωπο ισούται περίπου με 129.000 δολάρια. Μίλησαν μάλιστα, για ένα ποσό ορόσημο, πάνω από το οποίο οι υπηρεσίες υγείας θα πρέπει να αρνούνται στον ασθενή την αιμοκάθαρση προκειμένου τα χρήματα αυτά να επενδύονται για την διάσωση περισσότερων ζωνών ή ζωνών με καλύτερες προοπτικές διαβίωσης¹.

Τα παραπάνω δύο παραδείγματα μπορεί σε πρώτη ανάγνωση να καταλήγουν σε εξόχως θεμιτά υπό το πρίσμα του ορθολογισμού συμπεράσματα αποδεικνύοντας ότι η αποτίμηση της ζωής, όσο μακάβρια και αν είναι, μπορεί να οδηγεί τελικά σε μάλλον θετικά αποτελέσματα και άρα μπορεί και πρέπει ενίοτε να λαμβάνει χώρα. Κατέχει, ωστόσο, ο άνθρωπος την εξουσία να αποτιμά σε χρήμα τον ίδιο του τον συνάνθρωπο και σύμφωνα με αυτή την εξουσία να του στερεί την ζωή υπέρ ενός άλλου ανθρώπου; Είναι ικανό ένα χρηματικό ποσό, όσο υψηλό και αν είναι, να υποκαταστήσει το ύψιστο αυτό αγαθό; Τέλος, τι γίνεται όταν η αποτίμηση αυτή δεν αποβλέπει σε τόσο ευγενείς σκοπούς όπως οι παραπάνω αλλά χρησιμοποιείται, για παράδειγμα, με σκοπό την εξοικονόμηση όσο το δυνατό περισσότερων χρημάτων για τα συμφέροντα μιας αυτοκινητοβιομηχανίας «εξαγοράζοντας» αυθαίρετα τις ζωές μερικών πελατών²;

Αξίζει να αναλογιστούμε βέβαια, πως όλοι οι παραπάνω δεν είναι προβληματισμοί που εκτείνο-

νται απλά στο επίπεδο μιας φιλοσοφικής συζήτησης αλλά αναπτύσσουν, όπως θα δούμε ακολούθως, νομική σημασία και απασχολούν τόσο τον νομοθέτη (για την ρύθμιση ζητημάτων του δικαίου της αδικοπραξίας ή ακόμη και του ποινικού δικαίου κ.α.) όσο και τον δικαστή.

Η νομική όψη του προβλήματος

Το πρώτο πράγμα που οφείλουμε να καταστήσουμε ξεκάθαρο πριν ξεκινήσουμε την ανάπτυξή μας είναι πως, δογματικά τουλάχιστον, το Δίκαιο εξαίρει το έννομο αγαθό της ανθρώπινης ζωής ως υπέρτατο και το θέτει υπεράνω κάθε χρηματικού ποσού. Η αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, όπως κατοχυρώνεται για παράδειγμα στο άρθρο 2 §1 του ελλ. Συντάγματος, άρθρα 2 επόμενα της ΕΣΔΑ κλπ., θέτει τον άνθρωπο-και ως εκ τούτου τη ζωή του- στο κέντρο της έννομης τάξης. Έτσι λοιπόν, αν δεχόμασταν ότι η ανθρώπινη ζωή έχει από το δικαιο μία συγκεκριμένη χρηματική αξία, εξισώνεται δηλαδή με ένα χρηματικό ποσό, θα παραμερίζαμε επί της ουσίας την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας μετατρέποντας τον άνθρωπο σε αντικείμενο και γιατί όχι, σε προϊόν. Με άλλα λόγια, μια τέτοια παραδοχή θα είχε ως απώτερο αποτέλεσμα την ανθρώπινη υποδούλωση αναιρώντας τις θεμελιώδεις αρχές του παγκόσμιου δικαίου οικοδομήματος: την Ελευθερία και την Ισότητα.

Παρόλ' αυτά δεν εκλείπουν και περιστάσεις όπου το Δίκαιο αναπόφευκτα προβαίνει, επί του πρακτέου, σε χρηματική αποτίμησή της ζωής, όπως: Α) Για τον υπολογισμό του ύψους κάλυψης/αποζημιώσεων των ασφαλιστικών εταιρειών σε περίπτωση θανάτου ενός προσώπου. Β) Για τον υπολογισμό της ιδιωτικής αποζημίωσης στις οικογένειες των θυμάτων για θάνατο από αδικοπραξία. Γ) Για τον υπολογισμό της αποζημίωσης από το δημόσιο στις οικογένειες των θυμάτων για θάνατο από αδικοπρακτική του ευθύνη³.

Στις περιπτώσεις αυτές ο δικαστής καλείται να καταφύγει στο άχαρο έργο της «τιμολόγησης» της χαμένης πλέον ζωής. Αυτό, τουλάχιστον, κρίνεται εν προκειμένω το εύλογο, διότι αποτελεί τον έσχατο τρόπο μέσω του οποίου οι οικογένειες των θυμάτων θα αποκαταστήσουν αφενός το οικονομικό και αφετέρου το συναισθηματικό κενό από την απώλεια του ατόμου. Ωστόσο, ειδικά για το τελευταίο, που στην ελληνική έννομη τάξη μεταφράζεται ως

¹ "What's A Human Life Worth In Dollars And Cents?", διαθέσιμο στο forbes.com

² Τέτοιο είναι το παράδειγμα του αυτοκινήτου Ford Pinto της αυτοκινητοβιομηχανίας Ford, που κυκλοφόρησε το 1970. Στην υπόθεση αυτή η εταιρία γνωρίζοντας το ελάττωμα που έφεραν τα αυτοκίνητα της συγκεκριμένης σειράς στο σύστημα εξάτμισης τους και το οποίο μπορούσε να αποβεί μοιραίο, προέβη σε μία ανάλυση κόστους-οφέλους. Στην ανάλυση αυτή στάθμισε αφενός το κόστος των 11\$/μοντέλο για την αποκατάσταση του ελαττώματος και αφετέρου το συνολικό ύψος των αποζημιώσεων στις οποίες θα υποχρεωνόταν για τους προβλεπόμενους θανάτους εξαιτίας του ελαττώματος αν δεν το διόρθωνε. Κατέληξε ότι η επιδιόρθωση όλων των αυτοκινήτων της σειράς θα απέβαινε ακριβότερη από την καταβολή των αποζημιώσεων. Έλαβε λοιπόν, εν προκειμένω μια απόφαση κατά της ζωής αθών θυμάτων και υπέρ των οικονομικών της συμφερόντων. Βλέπε και [Jordi Granés "The Ford Pinto Case and human life value"](http://tudelft.openresearch.net), διαθέσιμο στο tudelft.openresearch.net

³ Michael David, "How Much is a Human Life Worth in Dollars?", διαθέσιμο στο gimmelaw.com

«ψυχική οδύνη»⁴, υπάρχουν ορισμένες ριζοσπαστικές γνώμες που θα προέτασσαν και εδώ το «ανεκτίμητο» της ζωής και μια συμβολική αποζημίωση €1⁵ (μία τέτοια λύση κρίνεται από το μεγαλύτερο μέρος της θεωρίας ότι εξουδετερώνει τον κανονιστικό σκοπό των εν λόγω διατάξεων⁶) με το εύλογο επιχείρημα ότι οποιοδήποτε ποσό, όσο υψηλό και αν είναι, δεν θα μπορούσε να υποκαταστήσει την ανθρώπινη απώλεια και να απαλύνει την ψυχική υγεία των συγγενών.

Θα ήταν δόκιμο να προβληματιστούμε σχετικά με τα παραπάνω διά μέσω ενός παραδείγματος από την πολύ πρόσφατη ελληνική επικαιρότητα. Ας διατρέξουμε στην υπόθεση του Υπάτιου Πατμάνογλου, ο οποίος τον προηγούμενο χρόνο έχασε την σύζυγο και τον γιο του όταν Ι.Χ. που είχε αναπτύξει υπερβολική ταχύτητα συγκρούστηκε με το σταθμευμένο αυτοκίνητό τους με αποτέλεσμα μητέρα και παιδί να βρουν ακαριαίο θάνατο. Ο ίδιος, μαζί με τους λοιπούς συγγενείς, ενάγει τώρα την οικογένεια Βακάκη (οικογένεια που συνδέεται με την εταιρία παιχνιδιών "jumbo"), της οποίας μέλος ήταν ο υπαίτιος οδηγός στο δυστύχημα (να σημειωθεί ότι κατά τον χρόνο συγγραφής του παρόντος η υπόθεση εκδικάζεται στο πρωτοδικείο). Το ζήτημα που θα μας απασχολήσει κυρίως εν προκειμένω είναι το εξαιρετικά υψηλό για τα ελληνικά δεδομένα ποσό των 3,1 εκ ευρώ που ζητά η οικογένεια των θυμάτων για ψυχική οδύνη. Τίθεται λοιπόν ξανά το ερώτημα: μπορεί ένα χρηματικό ποσό, ακόμη και αυτού του ύψους να αποκαταστήσει την απώλεια του εν λόγω πατέρα; Για να αντιληφθούμε όμως την βαρύτητα αυτού του προβληματισμού δεν έχουμε παρά να μπούμε στην ίδια τη θέση του ατόμου και θα το καταφέρουμε καλύτερα αν προσέξουμε και την παρακάτω κατάθεση του ξαδέρφου της άτυχης συζύγου: «Ήταν μαζί από 16 χρόνων. Ήταν υπέροχο ζευγάρι, με πολλά όνειρα... Ο Υπάτιος μετά το ατύχημα δεν μπόρεσε να ξαναδουλέψει και δεν νομίζω να τα καταφέρει».⁷

Κλείνοντας τη συγκεκριμένη υποενότητα, είναι αναγκαίο να καταστήσουμε σαφές ότι αυτό που αποκαλούμε «οικονομική αποτίμηση της ζωής από

το Δίκαιο» είναι επί της ουσίας μια εκ του αποτελέσματος προσπάθεια του Δικαίου να εκτιμήσει χρηματικά την ανθρώπινη ζωή σε περιπτώσεις όπου η αποζημίωση σε χρήμα κρίνεται αναγκαία με σκοπό την κάλυψη των οικονομικών/συναισθηματικών κενών που αφήνει πίσω της μια απώλεια. Σε καμία περίπτωση όμως δεν μπορούμε να δεχτούμε ότι το Δίκαιο (ή η ηθική στο δεύτερο παράδειγμα) ενόψει των παραπάνω αποδέχεται και δογματικά ότι η ζωή του ανθρώπου δύναται να αποτιμηθεί σε χρήμα και ότι δεν είναι ανεκτίμητη, διότι κάτι τέτοιο θα είχε καταστροφικές συνέπειες για την παγκόσμια έννομη τάξη. Συγκεκριμένα, θα μπορούσαμε να υποστηρίξουμε ότι *latu sensu*⁸ η αρχή της ανεκτίμητης αξίας της ζωής του ανθρώπου υποχωρεί εδώ με σκοπό ουσιαστικά την προστασία εκ μέρους του δικαίου άλλων ανθρώπινων ζών που επιβιώνουν.

Κατόπιν τούτων, μπορούμε πλέον να εξετάσουμε τα κριτήρια σύμφωνα με τα οποία οι ανά τον κόσμο έννομες τάξεις προβαίνουν εκ των πραγμάτων στην εν λόγω αξιολόγηση.

Τα κριτήρια της οικονομικής αποτίμησης της ζωής και η αρχή της Ισότητας

Όπως ακριβώς οι άλλες επιστήμες αποτιμούν ζωή χρησιμοποιώντας εργαλεία σαν αυτά που παραθέσαμε παραπάνω, έτσι και οι νομικοί χρησιμοποιούν τα δικά τους κριτήρια για να προβούν στην οικονομική αποτίμηση της ζωής. Αξίζει να επισημάνουμε πάντως πως, τουλάχιστον στην έκταση που το ερευνήσαμε, καμία έννομη τάξη δεν υπάρχει που να αποδίδει στην ζωή ένα σταθερό τίμημα που να μένει απαράλλαχτο σε κάθε υπόθεση ή που να χρησιμοποιεί έναν μαθηματικό τύπο/συνάρτηση για τον προσδιορισμό της, όπως συμβαίνει σε

⁴ Άρθρο 932 εδάφιο γ' ελληνικού Αστικού Κώδικα

⁵ Contra Κ. Σταμάτης, Μεθοδολογία του Δικαίου, Σάκκουλα, 2016, σ.88

⁶ Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος, Σάκκουλα, 2015, σ. 677

⁷ Διαθέσιμο στο athensvoice.gr

⁸ Όχι *stricto sensu*: αντίθετα η αρχή της ανεκτίμητης αξίας της ζωής συνεχίζει να ισχύει ακόμη και κατά την διεργασία αυτής της αποτίμησης διότι κατά τη γνώμη μας δεν πρόκειται ακριβώς για αποτίμηση της ζωής του ανθρώπου αλλά για τον προσδιορισμό ενός ποσού το ύψος του οποίου καθορίζεται από δεδομένα σχετικά με τη ζωή του εκλιπόντος. Η αποζημίωση, θεωρούμε, δεν έρχεται εδώ να αποκαταστήσει την ζωή που έφυγε (δεν έχει δηλαδή αποκαταστατικό σκοπό ως προς τη ζωή), αλλά να αποκαταστήσει το οικονομικό και συναισθηματικό κενό που δημιούργησε αυτή η απώλεια.

άλλους επιστημονικούς κλάδους που απαιτούν σταθερότητα μεγεθών (δες παραπάνω την σχετική έρευνα των δύο αμερικανικών πανεπιστημίων που παραθέσαμε⁹) Παρόλα αυτά και οι νομικοί, συχνά, καταφεύγουν σε οικονομικές μεθόδους υπολογισμού της ζωής θέτοντας σε ισχύ συγκεκριμένα αντικειμενικά κριτήρια αλλά και κριτήρια περισσότερο υποκειμενικά, μη ευκόλως αποτιμητά σε αριθμούς. Επομένως, εξαιτίας του τελευταίου, πολύ δύσκολα θα προσδιόριζε κανείς την μέση τιμή της ανθρώπινης ζωής μέσα από δικαστικές αποφάσεις και αν το έκανε θα ήταν εξαιρετικά αυθαίρετο αφού το δίκαιο, ως ζωντανός οργανισμός, επιμένει, τουλάχιστον ακόμη, στην μοναδικότητα της κάθε περίπτωσης. Ταυτόχρονα, για τους ίδιους λόγους δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν εύκολα και έτοιμες αποτιμήσεις από άλλες επιστήμες για τον υπολογισμό του ύψους τέτοιων αποζημιώσεων. Έτσι για παράδειγμα δεν θα ήταν συνεπές ένας δικαστής να αποφαινεται για μια αποζημίωση 129.000\$ κατ' έτος ζωής χρησιμοποιώντας τα αποτελέσματα της έρευνας των δύο Αμερικανικών πανεπιστημίων που παραθέσαμε παραπάνω. Παρακάτω θα εξετάσουμε λοιπόν ειδικότερα τη στάση και τα κριτήρια που θέτουν μερικά επιμέρους νομικά συστήματα για την αποτίμηση της ζωής, μεταξύ αυτών και το ελληνικό.

Η.Π.Α

Ας ξεκινήσουμε την θεώρησή μας από το πλέον φιλελεύθερο παράδειγμα του δικαιοκούς κόσμου, την έννομη τάξη των ΗΠΑ. Σε αυτήν είναι δικαιολογημένο να εντοπίζουμε εντονότερες τις επιρροές της οικονομικής επιστήμης για τον υπολογισμό του ύψους των αποζημιώσεων για θάνατο από αδικοπράξια. Οι παράγοντες που λαμβάνονται υπόψη για τον υπολογισμό τους είναι δύο: 1. Η απώλεια των χρημάτων που, εάν ζούσε, το θύμα θα κέρδιζε στην πορεία της ζωής του από την εργασία του ή από άλλες πηγές 2. Άυλες απώλειες (λ.χ. συντροφικότητα, πατρότητα, κοινωνική συμβολή κλπ.)¹⁰. Το πρώτο κριτήριο είναι βεβαίως το αντικειμενικό και εκείνο που αποτιμάται αμέσως σε χρήμα. Εξαρτάται από μεταβλητές όπως η ηλικία του ατόμου, το εισόδημά του μέχρι τώρα, το επάγγελμά του, η δυνατότητα που ενδεχομένως θα είχε το άτομο

να αυξήσει το εισόδημά του κλπ. Το δεύτερο είναι αυτό το κριτήριο που κανείς πολύ δύσκολα μπορεί να εκτιμήσει την οικονομική του αξία. Περιλαμβάνει ιδιαίτερα μη-μετρήσιμα μεγέθη και είναι ιδιαίτερος ασταθής. Ωστόσο, σε πολλές υποθέσεις βλέπουμε το πρώτο κριτήριο από μόνο του να διαμορφώνει σε μεγάλο βαθμό το τελικό ποσό της αποζημίωσης.

Τέτοιο είναι το παράδειγμα της Elizabeth Warke Brem¹¹. Σύμφωνα με το ιστορικό της υπόθεσης αυτής πριν περίπου 13 χρόνια δύο άτυχες γυναίκες (η Brem και η ξαδέλφη της) ενώ πραγματοποιούσαν πεζοπορία σε ένα βουνό της Χαβάης, από λάθος σήμανση είχαν ένα μοιραίο δυστύχημα και απεβίωσαν. Οι οικογένειες των θυμάτων ενήγαγαν το Δημόσιο εξαιτίας της κακής σήμανσης η οποία ευθυνόταν για το γεγονός. Το εξαιρετικά ενδιαφέρον της υπόθεσης ήταν η μεγάλη διαφορά μεταξύ των δύο αποζημιώσεων που επιδικάστηκαν. Η οικογένεια της Brem, η οποία: α) ήταν μητέρα δύο παιδιών (άυλη απώλεια) και β) διέθετε μια εξαιρετικά ανερχόμενη θέση σε μια διακεκριμένη δικηγορική εταιρία (απώλεια μελλοντικών εισοδημάτων/συνεισφορών στην οικογένεια), έλαβε ως αποζημίωση το υψηλότερο ποσό που έχει επιδικάσει ποτέ δικαστήριο της Χαβάης -ήτοι \$15.000.000. Αντίθετα, η οικογένεια της ξαδέλφης της έλαβε μόλις \$425.000. Προφανώς εδώ και τα δύο κριτήρια που παραπάνω εξετάσαμε έπαιξαν ρόλο για το τελικό ποσό, ωστόσο φαίνεται πως ιδιαίτερη βαρύτητα είχε κυρίως η ανερχόμενη θέση της Brem, η απώλεια εσόδων της οποίας διαμόρφωσε και το τόσο μεγάλο ύψος της αποζημίωσης. Διαφορετικά, δεν μπορεί να εξηγηθεί μόνο από τον ρόλο της ως μητέρα μία τέτοια υπέρογκη αποζημίωση.

Από το παραπάνω παράδειγμα εξάγουμε μία σημαντική παρατήρηση η οποία με τη σειρά της μας οδηγεί σε ένα σοβαρό ηθικοπολιτικό δίλημμα. Όταν ο ερμηνευτής του νόμου, κατεξοχήν εδώ ο δικαστής, στέκεται τόσο στα οικονομικά δεδομένα μιας υπόθεσης, καταλήγει να κάνει μια διάκριση μεταξύ δύο ή περισσότερων ανθρώπων που κατά τ' άλλα μπορεί να βίωσαν πανομοιότυπες συνθήκες θανάτου και η απώλειά τους να είναι το ίδιο σημαντική για τις οικογένειές τους. Για έναν παρατηρητή ο οποίος ορά το δίκαιο καθαρά θετικιστικά και

⁹ "What's A Human Life Worth In Dollars And Cents?", διαθέσιμο στο forbes.com

¹⁰ Wrongful Death Overview, διαθέσιμο στο findlaw.com

¹¹ 07-1-0176/2011, circuit law of the fifth circuit State of Hawaii, διαθέσιμη στο <http://amlawdaily.typepad.com/files/courts-fof-conclusions-of-law.pdf>

ορθολογικά, με την οικονομική του όρου έννοια, φαίνεται ορθό ο θάνατος ενός ανθρώπου που συνεπάγεται μεγαλύτερες οικονομικές απώλειες να αποζημιώνεται περισσότερο από τον θάνατο κάποιου άλλου που αν ζούσε θα συνεισέφερε λιγότερα στην οικογένειά του. Αυτό είναι βέβαια ένα εύλογο επιχείρημα, κατά τη γνώμη μας ωστόσο, πρέπει κανείς να προσεγγίζει το πρόβλημα συνυπολογίζοντας και συμβιβάζοντας και θεμελιώδεις αρχές, όπως κυρίως η διεθνώς κατοχυρωμένη αρχή της τυπικής ισότητας των ανθρώπων (άρθρο 1 οικουμενικής διακήρυξης για τα ανθρώπινα δικαιώματα κλπ.). Κρίνουμε ότι η τελευταία αρχή πρέπει σχεδόν πάντοτε να έχει θέση σ'έναν δικανικό συλλογισμό ο οποίος πραγματεύεται το υψίστης ηθικοπολιτικής σημασίας ζήτημα της αποτίμησης της ανθρώπινης Ζωής. Όσο και αν δεν συνάδει με τον αποκαταστατικό σκοπό της αποζημίωσης μια τέτοια σκέψη, θεωρούμε πως όταν πρόκειται για την ίδια την «Αξία» του ανθρώπου, αυτή δεν είναι δυνατό να αποτιμάται με υπερβολικά μικρότερο τρόπο από την αξία ενός άλλου συνανθρώπου του αφού πρόκειται για δύο ισάξια έννομα αγαθά (βλέπε και ποινικό δίκαιο¹²). Αυτό το τελευταίο άλλωστε αποτελεί και τον κανονιστικό πυρήνα της αρχής της Ισότητας: η ζωή του ενός να αξίζει το ίδιο με τη ζωή του άλλου, ακόμα και αν αυτή η αξία είναι χρηματική.

Για την παραπάνω προβληματική μας ενέπνευσε ιδιαιτέρως η μαρτυρία του νομικού Kenneth Feinberg¹³, ο οποίος ανέλαβε τη διαχείριση των κρατικών αποζημιώσεων στα θύματα της ιστορικής 11ης Σεπτεμβρίου. Είναι γόνιμο, πιστεύουμε, να παραθέσουμε μερικά μικρά μεταφρασμένα αποσπάσματα από μια ραδιοφωνική του συνέντευξη ούτως ώστε να γίνει αντιληπτό στην ουσία του το ζήτημα αυτό μείζονος ηθικοπολιτικής και ανθρωπιστικής σημασίας που έχουμε θέσει επί τάπητος:

«Μετά την 11η Σεπτεμβρίου, αντιμετώπισα την πρόκληση να αποδώσω μία αξία στην ανθρώπινη ζωή. Ο νόμος, με τις αρχές του οποίου μεγάλωσα πρόσταζε ότι πρέπει να δοθούν περισσότερα χρήματα για τον τραπεζίτη απ'ότι για τον σερβιτόρο ή τον στρατιώτη στο Πεντάγωνο...

...Αλλά μόλις συναντήθηκα με τις οικογένει-

ες των θυμάτων, άρχισα να αναθεωρώ αυτές τις βασικές παραδοχές του νομικού μας συστήματος. «Κύριε Feinberg, ο σύζυγός μου ήταν πυροσβέστης και πέθανε ηρωικά στο Κέντρο Παγκόσμιου Εμπορίου. Γιατί μου δίνετε λιγότερα χρήματα από έναν διεφθαρμένο τραπεζίτη; Γιατί απαξιώνετε τη μνήμη του συζύγου μου;»... Ένωσα λοιπόν, ότι θα ήταν πιο λογικό το Κογκρέσο να παρείχε το ίδιο ύψος αποζημιώσεων για κάθε ένα θύμα, ώστε να δεχθεί πράγματι ότι όλες οι ζωές είναι ίσες.»

Κλείνοντας σχετικά με το παράδειγμα της αμερικανικής έννομης τάξης μπορούμε πια ευκολότερα να εσωτερικεύσουμε το παραπάνω δίλημμα που τίθεται στα φιλελεύθερα νομικά συστήματα. Πάντως θα άξιζε να επισημάνουμε πως ακόμα και οι Η.Π.Α φαίνεται να μην έχουν ξεκαθαρίσει τη δική τους θέση υπέρ της επικράτησης των οικονομικών κριτηρίων. Σύμφωνα με την ίδια μαρτυρία του Kenneth Feinberg, η νομολογία δείχνει να κάνει στροφή στην υπόθεση των μαζικών ανθρωποκτονιών στο πολυτεχνειακό ινστιτούτο της Βιρτζίνια (Virginia Tech shootings), δίνοντας στις οικογένειες των θυμάτων, μαθητών και καθηγητών, την ίδια ακριβώς αποζημίωση.

Μεγάλη Βρετανία

Ερχόμενοι στην άλλη όχθη του Ατλαντικού αλλά παραμένοντας στο σύστημα του κοινοδικαίου θα εξετάσουμε συνοπτικά το παράδειγμα της Μεγάλης Βρετανίας. Οι Βρετανοί νομικοί κινούμενοι λίγο πολύ στο ίδιο μήκος κύματος με τους Αμερικανούς χρησιμοποιούν για την εκδίκαση των αποζημιώσεων από μοιραία δυστυχήματα την «Fatal Accidents Act» του 1976 η οποία εισάγει τρία κύρια στοιχεία: α) την εξάρτηση από τον εκλιπόντα (dependency), β) το βαθμό του πένθους/ψυχικής οδύνης της οικογένειας (Bereavement) και γ) τα έξοδα της κηδείας του¹⁴.

Όπως γίνεται κατανοητό, ουσιαστικά και το Βρετανικό σύστημα προτάσσει τα οικονομικά κριτήρια από τα ψυχο-συναισθηματικά κατά τον υπολογισμό της αποζημίωσης. Αυτό αποδεικνύεται από τα εξής: Πρώτον, το πρώτο κριτήριο της εξάρτησης ερμηνεύεται καθαρά ως η οικονομική εξάρτηση των συγγενών από το θύμα και εξαρτάται από παράγοντες όπως το εισόδημα που συνεισέφερε, την ηλικία του κλπ. Δεύτερον, το κριτήριο της συναισθηματικής οδύνης των συγγενών αποτιμάται και

¹² Ε. Συμεωνίδου Καστανίδου, Ποινικό δίκαιο επιτομή γενικού μέρους, Σάκκουλας, 2005, σ.679

¹³ Ραδιοφωνική συνέντευξη στο αμερικανικό κανάλι national public radio, διαθέσιμη στο www.npr.org

¹⁴ Tom Heyden, How is a life worth £12,980?, διαθέσιμο στο <http://www.bbc.com>

αυτό μεν, δεν μπορεί όμως να ξεπεράσει το ιδιαιτέρως χαμηλό όριο των £12,980. Επομένως, είναι προφανές ότι οι ενάγοντες θα επιμένουν κυρίως στην οικονομική παράμετρο η οποία παίζει τον καθοριστικό ρόλο στη διαμόρφωση του τελικού ποσού.

Ελλάδα

Μερική απόκλιση σε σχέση με τα ανωτέρω παρουσιάζει η δική μας χώρα δίχως όμως να απομακρύνεται ουσιωδώς απ' όσα προλέχθησαν. Πιο συγκεκριμένα, στις περιπτώσεις θανάτωσης ενός ατόμου από αδικοπραξία το ιδιωτικό μας δίκαιο διακρίνει δύο αυτοτελή είδη αποζημίωσης που συνήθως ζητούνται σωρευτικά : 1)Τις αποζημιώσεις που αξιώνονται μέσω του άρθρου 928ΑΚ και 2)Την αποζημίωση για ψυχική οδύνη που αξιώνεται μέσω ¹⁵του άρθρου 932 εδάφιο γ.

Η πρώτη μορφή αποζημιώσεων (άρθρο 928ΑΚ) ομοιάζει σε ορισμένα σημεία με τις αποζημιώσεις του Αμερικανικού και Βρετανικού συστήματος. Και εδώ οι δικαιούχοι έχουν αξίωση για νοσήλια και έξοδα κηδείας αλλά κυρίως έχουν αξίωση αποζημίωσης από την απώλεια της διατροφής που παρείχε ο αποθανών σε αυτούς κατά τις διατάξεις του οικογενειακού δικαίου (στον/στην σύζυγο κατά το άρθρο 1389 στους ανιόντες/κατιόντες κατά τα 1485,1489κλπ.)¹⁶. Ουσιαστικά, και εδώ παρατηρούμε την λογική της κάλυψης των οικονομικών κενών που αφήνει στους συγγενείς μια απώλεια. Ωστόσο, ο νόμος εδώ εξαρτά την αποζημίωση όχι μόνο από το ίδιο το εισόδημα του αποθανόντος αλλά και από τις υποχρεώσεις του για διατροφή των μελών της οικογένειάς του. Γι' αυτό και κατά κανόνα η αποζημίωση δεν δίνεται εφάπαξ αλλά περιοδικά, ενώ η περιοδική αυτή παροχή εξαλείφεται όταν σταματάει και η από τον νόμο αξίωση του ατόμου να διατρέφεται¹⁷. Για παράδειγμα, αν η άνεργη χήρα που έχει αξίωση διατροφής βρει εργασία, σύμφωνα με τον νόμο το δικαίωμα για διατροφή που θα είχε από τον σύζυγό της αν επιζούσε θα περιοριζόταν ή θα εξαλειφόταν. Επειδή λοιπόν στη θέση αυτού του κύριου δικαιώματός της έρχεται η αξίωση της για αποζημίωση, αυτή (η αποζημίωση σε περιοδικές

παροχές) θα ακολουθήσει την ίδια τύχη με την αξίωση που αντικαθιστά. Το ίδιο ακριβώς θα συμβεί αν η ίδια δικαιούχος παντρευτεί για δεύτερη φορά.

Συνελόντι ειπείν, βλέπουμε πως η συγκεκριμένη μορφή αποζημίωσης βρίσκεται σε σημαντική συνάφεια με τη συμπεριφορά των δικαιούχων της και δεν συνδέεται σε αποκλειστικά με τη ζωή του ίδιου του θύματος για τον θάνατο του οποίου δόθηκε. Γι' αυτόν ακριβώς το λόγο δεν μπορούμε να ισχυριστούμε ότι, έστω και εκ του αποτελέσματος¹⁸, η ζωή κάποιου αποτιμάται με ακρίβεια/απευθείας μέσα από τις αποζημιώσεις που δίνονται στα μέλη της οικογένειάς του, ειδικά στην ελληνική έννομη τάξη.

Τα πράγματα διαφοροποιούνται κάπως αν εξετάσουμε την αποζημίωση για ψυχική οδύνη (άρθρο 932 εδάφιο γ' ΑΚ). Η αξίωση γι' αυτή την αποζημίωση στηρίζεται κυρίως στην προστασία που επιφυλάσσει το δίκαιό μας για την προστασία της προσωπικότητας των συγγενών του αποθανόντος. Σκοπός της είναι να καλύψει με κάποιο χρηματικό ποσό την οδύνη και το συναισθηματικό βάρος που αισθάνονται τα άτομα από την απώλεια του συγγενικού τους προσώπου¹⁹. Κατά το δίκαιό μας δεν υπάρχουν αντικειμενικοί μέθοδοι για τον υπολογισμό αυτής παρά μια γενική ρήτρα για «εύλογη χρηματική ικανοποίηση» (932 εδάφιο α' ΑΚ). Προσπαθώντας να προσδιορισθούν τα κριτήρια για τη διαμόρφωση του ποσού των αποζημιώσεων αυτών, οι ερμηνευτές δίνουν έμφαση στις συνθήκες της θανάτωσης, τον βαθμό του πταίσματος του ζημιώσαντος, τις οικονομικές συνθήκες τόσο από την πλευρά του ζημιώσαντος όσο και του ζημιωθέντος και των δικαιούχων την αποζημίωση, προσωπικά στοιχεία του ζημιωθέντος και των δικαιούχων την αποζημίωση (ηλικία κλπ.)κ.α.²⁰. Έτσι, μέσω αυτής της ιδιαιτέρως αόριστης ρήτρας τα δικαστήρια μπορούν να εξετάζουν τόσο την οικονομική συμ-

¹⁸ Για το θέμα του κατά πόσο μπορούμε να μιλάμε για οικονομική αποτίμηση της ζωής από το δίκαιο βλέπε την προ-τελευταία παράγραφο στην προηγούμενη ενότητα.

¹⁹ Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος..., ό.π., σ. 673 επόμενες

²⁰ Εισήγηση Πέτρου Ρουμπέα στο Επιστημονικό Συνέδριο Δικηγορικού Συλλόγου Πατρών με θέμα «ΤΟ ΤΡΟΧΑΙΟ ΑΤΥΧΗΜΑ-Αστική ευθύνη των εμπλεκόμενων μερών-Ανάδειξη σύγχρονων προβλημάτων δικαστηριακής πρακτικής», διαθέσιμη στο esd.gr

¹⁵ Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος, Σάκκουλα, 2015, σ. 673 επόμενες και 702 επόμενες

¹⁶ Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος..., ό.π., σ. 703 επόμενες

¹⁷ Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος..., ό.π., σ. 706

βολή του θύματος στην διαβίωση της οικογένειάς του, όσο και το μέγεθος του συναισθηματικού κενού που γεννάται από την απώλειά του στα μέλη της. Παρόλ' αυτά, και εδώ μεσολαβούν παράγοντες που μπορεί να αυξομειώσουν σημαντικά αυτά τα ποσά (π.χ. οικονομική δύναμη του ζημιώσαντος) ώστε να τα διαφοροποιήσουν από αυτά που αντικειμενικά θα αναλογούσαν στην εκάστοτε κρινόμενη απώλεια ζωής.

Εν κατακλείδι, να τονίσουμε ξανά ότι το ελληνικό σύστημα δεν εστιάζει μόνο στον υπολογισμό της αξίας της ζωής του θύματος, αλλά και περιφερειακά στα πρόσωπα του ζημιώσαντος και των δικαιούχων την αποζημίωση. Μια τέτοια λύση μοιάζει πιο συνεπής στη θέση που υποστηρίξαμε στο τέλος της προηγούμενης ενότητας για την ανεκτίμητη αξία της ζωής έναντι της χρηματικής αποτίμησής της καθώς και για τον δέοντα σκοπό των σχετικών αποζημιώσεων, κατά τη γνώμη μας, να αποκαθιστούν κυρίως το ψυχικό και συναισθηματικό κενό των επιβιούντων.

Ανακεφαλαίωση/Επίλογος

Στο παρόν άρθρο προσπαθήσαμε κυρίως να εισάγουμε τον προβληματισμό ότι ακόμη και το υπέρτατο αγαθό της Ζωής υπόκειται ενίοτε σε χρηματική αποτίμηση. Συζητήσαμε κατά πόσον αυτό είναι θεμιτό υπό το πρίσμα της λογικής, της ηθικής και του Δικαίου καθώς και τους προβληματισμούς

που επιφέρει μια τέτοια αποτίμηση ενόψει κυρίως της ευρείας παραδοχής από τους νομικούς ότι η αξία της ζωής είναι ανεκτίμητη. Μας προβλημάτισε αρκετά το ζήτημα των ανισοτήτων που προκύπτει μετά από την διεργασία μιας τέτοια αποτίμησης, ιδιαίτερα όταν κυριαρχούν τα οικονομικά δεδομένα. Τέλος, διατρέχοντας τα κριτήρια που το Δίκαιό μας χρησιμοποιεί για να ικανοποιήσει τις οικογένειες των αποθανόντων καταλήξαμε στο συμπέρασμα ότι, τουλάχιστον ακόμη, η λογική της έννομης τάξης μας δεν εκτείνεται τόσο στην χρηματική αποτίμηση της ζωής του ανθρώπου.

Φυσικά, οι όψεις του ζητήματος είναι πολλές και μπορεί να προσεγγιστεί από πάρα πολλούς κλάδους του Δικαίου. Εμείς δοκιμάσαμε να επισημάνουμε τη σημασία του ζητήματος για τις έννομες τάξεις μας και να προσεγγίσουμε την κοινή αποζημίωση θανάτου υπό την ηθικοπολιτική της σκοπιά και φωτίζοντας τις ατέλειές της με γνώμονα την ανεκτίμητη αξία της ζωής. Αξίζει, λοιπόν, να κλείσουμε αυτό το κείμενο τονίζοντας για άλλη μια φορά πως όταν πρόκειται να χειριστούμε ένα ζήτημα τέτοιου βεληνικού πρέπει πάντοτε να έχουμε στα υπόψη μας ότι η αξία του ανθρώπου είναι και πρέπει να είναι ανεκτίμητη.

Συνέντευξη από τον Θεοδωρίδη Δημήτρη, Ψυχολόγο, Συστημικό-Οικογενειακό Ψυχοθεραπευτή, Υπεύθυνο Κέντρου Οικογενειακής Υποστήριξης ΚΕΘΕΑ ΙΘΑΚΗ,

στους

Γούλα Γιώργο, 2^ο ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ
& Παυλίδου Άννα, Ασκούμενη δικηγόρο

Κρίνουμε αναγκαίο να ξεκινήσει η συζήτηση μας από το ίδιο το σωματείο του ΚΕΘΕΑ, κυρίως για την δράση του τα τελευταία χρόνια, τις επιτυχίες αλλά και τους μελλοντικούς στόχους που έχει θέσει.

Το ΚΕΘΕΑ συνιστά ένα δίκτυο υπηρεσιών απεξάρτησης που κατατείνει στην επανένταξη των ατόμων στους κόλπους της κοινωνίας. Από άποψη φήμης η πιο διαδεδομένη είναι η ΙΘΑΚΗ, η πρώτη ελληνική θεραπευτική κοινότητα, που ξεκίνησε την δράση της το 1983 και έως τώρα μετρά αρκετές επιτυχίες. Πριν την ίδρυσή της, η μοίρα του εξαρτημένου ήταν προδιαγεγραμμένη καθώς κατέληγε είτε στο ψυχιατρείο είτε στη φυλακή, ενώ παράλληλα διαφορετική ήταν και η κοινωνική αντίληψη αναφορικά με την εξάρτηση. Όμως η ΙΘΑΚΗ άλλαξε τα έως τότε δεδομένα θέτοντας ως στόχο την αποτίναξη της ψυχικής και σωματικής αυτής νόσου και την τοποθέτηση της ζωής σε νέες και ζωντανές βάσεις. Κάπως έτσι όλα ευθυγραμμίστηκαν και άνοιξε ο δρόμος για την ίδρυση του ΚΕΘΕΑ. Σήμερα η ΙΘΑΚΗ αποτελεί ένα εκτεταμένο συμβουλευτικό κέντρο που έχει ως απώτερο στόχο την εξάλειψη της έντονης επιθυμίας από εξαρτησιογόνες ουσίες. Ακόμη υπάρχει το ΚΕΘΕΑ ΑΝΑΔΥΣΗ το οποίο ασχολείται με την ανήλικη και μετεφηβική ηλικία (13-21 ετών) εστιάζοντας στον κοινωνικό περίγυρο και ιδίως στην οικογένεια, καθώς μόνον εκείνη δύναται να παράσχει λύσεις ουσίας στο καίριο αυτό ζήτημα. Γενικώς υπάρχει μεγάλη επένδυση στον οικογενειακό κύκλο, εξ' ου και η πληθώρα ύπαρξης οικογενειακών προγραμμάτων τα οποία αναδεικνύουν τον ιδιαίτερο ρόλο αυτής σε ωθούσα δύναμη για την ολική αντιμετώπιση των καθημερινών μας προκλήσεων. Επιπροσθέτως δι-

αθέτουμε προγράμματα καλλιτεχνικών και αθλητικών ομάδων καθώς αποδεικνύεται πως η επαφή με την τέχνη και την άθληση επιφέρει τα επιθυμητά αποτελέσματα, ενώ παράλληλα υπάρχει και υποστήριξη σε εργασιακά ζητήματα μέσα σε μια προσπάθεια μας να εμπνεύσουμε τα άτομα και να τους αφυπνίσουμε τις επαγγελματικές ικανότητες και δεξιότητες που κατείχαν προτού κυλήσουν στο μονοπάτι της εξάρτησης.

Ποιες είναι οι διαφορές της εξάρτησης που παρατηρείτε ανάμεσα στους ενήλικες και ανήλικες; Ποιοι είναι πιο ευάλωτοι και ποιοι δείχνουν μεγαλύτερο προθυμία για απεμπλοκή απ' το πρόβλημα;

Η λέξη-κλειδί εν προκειμένω είναι αυτή του κινήτρου και όχι τόσο η θέαση του ζητήματος απ' την σκοπιά της ηλικίας. Δεδομένου ότι οι ανήλικοι διαθέτουν μικρότερο ιστορικό χρήσης και επιβάρυνσης του οργανισμού τους και έχουν μια πιο άμεση επαφή με την οικογένεια είναι και εκείνοι που μπορούν να δράσουν ευκολότερα και ταχύτερα την ευκαιρία για απεξάρτηση. Ωστόσο το νεαρό πολλές φορές της ηλικίας που συνοδεύεται από μη σφαιρική αντίληψη του προβλήματος αλλά και επιρρέπεια σε παραπληροφόρηση δημιουργεί με την σειρά του νέες παραφυάδες στο ζήτημα αυτό. Απ' την άλλη μεριά, ο ενήλικος παρουσιάζεται πιο υποψιασμένος αλλά ταυτόχρονα μια χρόνια χρήση μπορεί να του δημιουργήσει το αίσθημα της ηττοπάθειας και να πιστέψει πως κάθε προσπάθεια θα αποβεί άκαρπη. Η κάθε ηλικία απαιτεί τους κατάλληλους χειρισμούς και σαφώς καθοριστική κρίνεται η υποκειμενική αντίληψη αλλά και η θέληση του ατόμου για καταπολέμηση του ζητήματος. Σε κάθε περίπτωση, η κοινή πείρα δείχνει

πως τα εμπόδια με τους νέους ανθρώπους δύνανται να υπερκεραστούν ταχύτερα.

Θεωρείτε πως ο δημοσιονομικός εκτροχιασμός των τελευταίων ετών έχει δημιουργήσει νέες μεταβλητές στο ζήτημα αυτό και αν ναι σε ποιο βαθμό συνέβη;

Μετά βεβαιότητας η δημοσιονομική κρίση ήρθε να επιβεβαιώσει μια κρίση αρχών και αξιών. Την περίοδο αυτή παρατηρήθηκε αύξηση της χρήσης των ουσιών και δη των φθηνών. Κάτι που χρήζει μνείας είναι ότι υπήρξε και έντονη αύξηση των ψυχοφαρμάκων. Η κοινωνική πραγματικότητα για τις ευάλωτες προσωπικότητες κατέστη οικτρή και οι ουσίες αποτελούν μια τάση φυγής και απομάκρυνσης από δυσάρεστα συμβάντα. Η παροδική ευφορία που επιφέρεται δημιουργεί στα άτομα μια άλλη πεποίθηση για τα πράγματα, μια πεποίθηση όμως καθόλα πεπλανημένη. Τα πράγματα, πράγματι, άλλαξαν και έλαβαν μια δυσάρεστη τροχιά τις δύσκολες εκείνες ημέρες. Αντιλαμβάνεστε πως το άτομο μέσω της εικονικής διάστασης των εξαρτησιογόνων ουσιών περιθωριοποιείται από κάθε ρεαλιστική βάση με αποτέλεσμα κάθε πτυχή του βίου του να καταρρακώνεται.

Ποιοι άλλοι λόγοι εξωθούν το άτομο στην κακώς νοούμενη αυτή έξη, κοινώς στον εθισμό; Τι άλλο υποβόσκει που εξωτερικεύεται μέσω αυτής της ενέργειας;

Η επιθυμία απαγκίστρωσης απ' το κοινωνικό γίγνεσθαι, το οποίο δεν τους ικανοποιεί καθώς το αξιολογούν ως καταναγκαστικό, συνιστά σπουδαίο λόγο. Βέβαια εξίσου σημαντική είναι και η συναισθηματική παράμετρος του «ανήκειν» καθώς κατά την αντίληψη των ατόμων νοηματοδοτείται έτσι η ζωή τους και αποκτούν έναν ρόλο, μία ταυτότητα που προγενεστέρως δεν κατείχαν. Επίσης, η αίσθηση της υπέρβασης των ορίων αλλά και η επαναστατική διάθεση για την καταπολέμηση των προτύπων που επιτάσσει η κοινωνία λειτουργούν σε μεγάλο βαθμό προς την κατεύθυνση της χρήσης και της έξης.

Μιλήστε μας λίγο για τον δικό σας ρόλο. Με ποιους χειρισμούς προσπαθείτε να δώσετε τέλος στα ανωτέρω φαινόμενα;

Καλούμε και εμφυσούμε εκ νέου στο άτομο την όρεξη για τη ζωή, μία όρεξη η οποία είχε χαθεί στο παρελθόν και είχε μετουσιωθεί σε επιβίωση. Με τις συμβουλές, την προσπάθεια αλλά και τις άρτιες θεραπευτικές

μας μονάδες ανακαλούμε στο άτομο ό,τι έχει λησμονήσει και του αποδεικνύουμε πως η πρότερη ζωή του είχε ποιότητα ενώ η τωρινή απλώς τον διολισθαίνει ολικά. Αμέριστος σύμμαχος μας στην προσπάθεια αυτή η οικογένεια και εν γένει ο κοινωνικός περίγυρος.

Η χρόνια πείρα σας τι σας έχει αποδείξει για την ελληνική νομοθεσία; Κρίνετε πως η αυστηρότητα του νόμου αποτρέπει τα άτομα από την χρήση ή λειτουργεί ως κίνητρο;

Και εδώ πρώτιστο ρόλο κατέχει το ίδιο το υποκείμενο. Κορυφαία, βέβαια, προσθήκη κατ' εμέ συνιστά το δικαίωμα επιλογής του ατόμου, το οποίο μπορεί να εκτίσει την επιβληθείσα ποινή του λαμβάνοντας την θεραπεία απεξάρτησης. Ο νόμος «κατανοεί» την κοινωνική πραγματικότητα αλλά και το πρόβλημα σε εξαιρετο βαθμό, μα κυρίως είναι πλάι στο άτομο βοηθώντας το να επανέλθει σε ρυθμούς κανονικότητας και δεν το εργαλειοποιεί επιβάλλοντάς του μια ποινή που θα έγειρε νέους προβληματισμούς. Αυτό αποτελεί καθαρή ενίσχυση της δημοκρατίας. Ο νόμος λειτουργεί ως ένας καλός οiwνός στην δύσκολη πορεία που έχουμε να διανύσουμε με τον ασθενή. Έχει, ωστόσο, μεγάλο ενδιαφέρον να κάνουμε μια νύξη και στο φλέγον ζήτημα της αποποινικοποίησης το οποίο απασχολεί την κοινή γνώμη και τους αναγνώστες σας. Κρίνω πως η μη ύπαρξη πλαισίου απειλούμενης ποινής δεν θα έχει τα αποτελέσματα που αρκετοί νομίζουν και σας προτρέπω να σκεφθείτε το ζήτημα του αλκοόλ το οποίο σαφώς δεν αποτυπώνεται στον Π.Κ. και όμως τα ποσοστά αλκοολισμού είναι εξωφρενικά θλιβερά και προβληματικά σε όλες τις χώρες παγκοσμίως και ιδίως στην Βόρεια Ευρώπη. Απελευθερώνοντας τις επιβληθείσες ποινές από τα ναρκωτικά ανοίγουμε τον ασκό του Αϊόλου με προορισμό αμφίβολης ποιότητας.

Στο εθελοντικό κομμάτι η κοινωνία δρα με ένθερμο τρόπο ή όχι; Πώς δύναται να συνεισφέρει κάποιος εθελοντικά στις δράσεις σας;

Το ενδιαφέρον πληθαίνει και αυτό μας κάνει υπερήφανους για το έργο μας. Πτυχιούχοι και μη προσφέρουν τις υπηρεσίες τους είτε μέσω μιας θεατρικής παράστασης, είτε με μουσικές βραδιές, είτε με συνομιλίες με τα άτομα, ακόμη και με δωρεές αποδεικνύοντας πως η αγάπη για τον συνάνθρωπο μπορεί να γίνει αστείρευτη. Μέσω της ειλικρινούς προσφοράς τους καταξιώνονται και οι ίδιοι ως προσωπικότητες, συνάμα όμως προάγουν και το δύσκολο έργο που επιτελούμε, δίνοντάς μας παράλληλα το κατάλληλο μεράκι να συνεχίζουμε.

Συνέντευξη από τον Θ. Μαργέλλο, Πρόεδρο τμημάτων προσφυγών στο Γραφείο Διανοητικής Ιδιοκτησίας της ΕΕ. (EUIPO)¹,

στην

Μαράντου Δήμητρα, 3^η ετή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Κύριε Μαργέλλο κατέχετε τη θέση του Προέδρου των Τμημάτων Προσφυγών του Γραφείου Διανοητικής Ιδιοκτησίας της Ε.Ε. (EUIPO). Μιλήστε μας σε γενικές γραμμές για την ιστορία, την εξέλιξη και τους στόχους αυτού του ευρωπαϊκού οργανισμού.

Το Γραφείο Διανοητικής Ιδιοκτησίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (EUIPO) ιδρύθηκε πριν περίπου 20 χρόνια υπό την ονομασία Γραφείο Εναρμόνισης στην Εσωτερική Αγορά (Σήματα και Υποδείγματα) (πρώην ΟΗΙΜ). Βασικός του στόχος και αποστολή ήταν από την αρχή, η καταχώρηση διακριτικών σημείων ως ευρωπαϊκών σημάτων και η προστασία σχεδίων και υποδειγμάτων επίσης μέσω της καταχώρησής τους. Από την ίδρυσή του μέχρι σήμερα το Γραφείο έχει περάσει από μεγάλες αλλαγές οι οποίες ήταν τόσο θεσμικές όσο και αλλαγές αρμοδιοτήτων. Γνώρισε μία εντυπωσιακή εξέλιξη στην κατοχύρωση σημάτων και υποδειγμάτων η οποία οφείλεται κυρίως στο ενδιαφέρον το οποίο έδειξαν οι χρήστες, και ιδιαίτερος οι μικρομεσαίες ευρωπαϊκές επιχειρήσεις, για τις υπηρεσίες που προσφέρει. Για να σας δώσω ένα παράδειγμα οι ευρωπαϊκοί θεσμοί, ιδιαιτέρως η Επιτροπή είχαν υπολογίσει ότι το Γραφείο θα χειριζότο ετησίως περίπου 5.000 με 10.000 αιτήσεις καταχώρησης σημάτων. Σήμερα το Γραφείο έχει καταχωρήσει πάνω από 1 εκατομμύριο σήματα και δέχεται ετησίως περίπου 130.000 αιτήσεις καταχωρήσεων σημάτων και πάνω από 100.000 αιτήσεις για καταχώρηση υποδειγμάτων και σχεδίων. Είναι επίσης επιφορτισμένο με καθήκοντα συναφή με την

επιβολή της εφαρμογής των δικαιωμάτων Διανοητικής Ιδιοκτησίας, συμπεριλαμβανομένης της λειτουργίας του Ευρωπαϊκού Παρατηρητηρίου για την Παραβίαση των Δικαιωμάτων Διανοητικής Ιδιοκτησίας, με εκπροσώπους του δημόσιου και του ιδιωτικού τομέα.

Πώς το EUIPO συμβάλλει στην προστασία της Διανοητικής Ιδιοκτησίας στην ενιαία αγορά;

Η συμβολή του Γραφείου στην προστασία της Διανοητικής Ιδιοκτησίας εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι διττή. Αφενός με τη χορήγηση ενοποιημένων τίτλων προστασίας παρέχει τη δυνατότητα στις επιχειρήσεις μέσα από ένα τίτλο και μία ενιαία διαδικασία να έχουν προστασία σε όλη την Ευρώπη, πράγμα το οποίο διευκολύνει την ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων και υπηρεσιών τους, αφετέρου δε, επιτελεί καίριο ρόλο στην πρόληψη και καταστολή της παραποίησης και της πειρατείας όχι μόνο των ευρωπαϊκών σημάτων και υποδειγμάτων αλλά και όλων των δικαιωμάτων Διανοητικής Ιδιοκτησίας, εθνικών και ευρωπαϊκών, συμπεριλαμβανομένων των ευρεσιτεχνιών και των δικαιωμάτων του δημιουργού. Συμβάλλει, κατά αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία και διατήρηση υγιών συνθηκών ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά και συμμετέχει μέσω των διάφορων δραστηριοτήτων του στη διαμόρφωση ενός εναρμονισμένου πλαισίου κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών και γενικότερα ανάπτυξης και άνθισης της καινοτομίας και της εμπορικής και βιομηχανικής δημιουργικότητας.

Ποιές είναι οι σχέσεις του με τα εθνικά γραφεία Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας της Ε.Ε., αλλά και εκτός αυτής;

Οι σχέσεις των εθνικών γραφείων με το EUIPO εί-

¹ Οι απόψεις που διατυπώνονται στο κείμενο δεν αντιπροσωπεύουν τις απόψεις του EUIPO, αλλά είναι οι προσωπικές απόψεις του συντάκτη.

να θεσμικές και διοικητικές. Εκπρόσωποι των εθνικών Γραφείων είναι μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου και της Επιτροπής Προϋπολογισμού και συνεπώς έχουν αποφασιστικό ρόλο στη λειτουργία του Ευρωπαϊκού Γραφείου και στην διαμόρφωση του προϋπολογισμού του. Πέραν τούτου, αναπτύσσουν με το Ευρωπαϊκό Γραφείο συνεργασίες για τον συντονισμό και την εναρμονισμένη εφαρμογή των ουσιαστικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων παραχώρησης δικαιωμάτων επι σημάτων, σχεδίων και υποδειγμάτων. Στο πλαίσιο του Παρατηρητηρίου τα εθνικά γραφεία αναπτύσσουν, σε συνεργασία με το ευρωπαϊκό Γραφείο, δραστηριότητες αμοιβαίας πληροφόρησης, αλληλοϋποστήριξης και συντονισμού των δράσεων των εθνικών αρχών καταστολής και διώξεως της παραποίησης και απομίμησης δικαιωμάτων Διανοητικής Ιδιοκτησίας και της πειρατείας.

Εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης το Γραφείο έχει αναπτύξει σχέσεις και συνεργασίες με τα μεγαλύτερα γραφεία διανοητικής ιδιοκτησίας της υφηγίου, όπως το γραφείο διανοητικής ιδιοκτησίας των Ηνωμένων Πολιτειών, το ιαπωνικό γραφείο, το κινέζικο γραφείο και το γραφείο της Νότιας Κορέας. Παραδείγματα αυτής της συνεργασίας είναι οι βάσεις δεδομένων TMview και Design view που συνιστούν για τους χρήστες και επαγγελματίες, που δραστηριοποιούνται στον τομέα της Διανοητικής Ιδιοκτησίας, ένα χρήσιμο εργαλείο πληροφόρησης και έρευνας για τα καταχωρημένα δικαιώματα επί σημάτων, σχεδίων και υποδειγμάτων στην Ευρωπαϊκή Ένωση αλλά και στα προαναφερθέντα μη ευρωπαϊκά γραφεία.

Ακολουθήσατε μία ευδόκιμη ευρωπαϊκή καριέρα. Αν κάνατε μία ανασκόπηση, ποιά θεωρείτε ότι ήταν τα αποφασιστικά βήματα στη ζωή σας για να φτάσετε ως εδώ;

Αποφασιστικό βήμα στη διαμόρφωση της σταδιοδρομίας μου σε ευρωπαϊκό επίπεδο αποτέλεσαν οι σπουδές μου στη Γαλλία, συγκεκριμένα στο Πανεπιστήμιο του Στρασβούργου όπου έκανα το διδακτορικό μου στο Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο και στη Γερμανία όπου ολοκλήρωσα τη μετεκπαίδευσή μου. Επίσης η γνώση και ο χειρισμός ξένων γλωσσών όπως η αγγλική, γαλλική, γερμανική και ισπανική συνετέλεσαν ουσιαστικά την εξέλιξη της καριέρας μου. Τέλος, όσο αφορά την εργασιακή πλευρά της σταδιοδρομίας μου, σημαντικό ρόλο έπαιξε η εργασία μου στη Νομική Υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

Μπορείτε να μας περιγράψετε περιληπτικά ποιες είναι οι αρμοδιότητες και τα καθήκοντα που έχετε αναλάβει από τη θέση που βρίσκεστε αυτή τη στιγμή στο ΕΤΠΟ;

Ο πρόεδρος των Τμημάτων προσφυγών του ευρωπαϊκού Γραφείου διευθύνει την λειτουργία των Τμημάτων τα οποία αποτελούν ένα όργανο επίλυσης διαφορών που ανακύπτουν είτε μεταξύ του Γραφείου και των χρηστών, είτε ανάμεσα σε δύο ή περισσότερους χρήστες στο πλαίσιο ιδιωτικών διαφορών. Ο Πρόεδρος είναι επιφορτισμένος με την εύρυθμη λειτουργία των Τμημάτων ώστε αυτά να επιτελούν αποτελεσματικά το έργο τους. Στο πλαίσιο αυτό καθοδηγεί και επιβλέπει το έργο της Γραμματείας των Τμημάτων, οργανώνει και επιβλέπει τις δραστηριότητες των επιμέρους Τμημάτων προσφυγών, διοικεί το προσωπικό των Τμημάτων, προεδρεύει του Προεδρείου τους και συγκαλεί, όταν τούτο είναι απαραίτητο, την ολομέλεια των Τμημάτων.

Νομίζετε ότι η εθνική στρατηγική στην Ελλάδα για την προστασία της Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας είναι η δέουσα ώστε να βοηθήσει την ανάπτυξη των ελληνικών επιχειρήσεων κι αν όχι τι χρειάζεται να γίνει;

Δεν θα πρέπει να μιλούμε πια για εθνική στρατηγική διότι η προστασία της βιομηχανικής ιδιοκτησίας αποτελεί έργο και ανάγκη σε πανευρωπαϊκό επίπεδο. Όντως, οι θεσμοί και τα όργανα της Ευρωπαϊκής Ένωσης μέσω κανονισμών και οδηγιών έχουν λάβει τα απαραίτητα εκείνα νομοθετικά μέτρα για να υλοποιήσουν μια ευρωπαϊκή και συνεπώς εθνική για κάθε κράτος-μέλος στρατηγική προστασίας της Διανοητικής Ιδιοκτησίας η οποία να ευνοεί και να υποστηρίζει την ανάπτυξη όλων των ευρωπαϊκών επιχειρήσεων, και συνεπώς των ελληνικών, όχι μόνο σε εθνικό επίπεδο αλλά και σε ευρωπαϊκή κλίμακα. Η Ελλάδα, ως μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης οφείλει να ακολουθεί και να υλοποιεί την στρατηγική αυτή, στη σύλληψη και διαμόρφωση της οποίας άλλωστε συνετέλεσε.

Όσον αφορά τους νέους νομικούς στο συγκεκριμένο κλάδο της Διανοητικής Ιδιοκτησίας, ποιές είναι οι συμβουλές που θα τους δίνετε για την καλύτερη κατάρτιση και επαγγελματική εξέλιξή τους;

Στους νέους νομικούς συμβουλεύω να μάθουν να χειρίζονται και να δουλεύουν σε ξένες γλώσσες. Κατά τη γνώμη μου, η γνώση ξένων γλωσσών ως επαγγελματικό προσόν υπερτερεί σε σχέση με την απόκτηση ενός μεταπτυχιακού τίτλου, βέβαια η χρυσή τομή είναι ο συνδυασμός αυτών των δύο. Όσο αφορά την

εξειδίκευση σε θέματα Διανοητικής Ιδιοκτησίας, τα καλύτερα πανεπιστήμια στην Ευρώπη είναι το *Queen Mary* στο Λονδίνο, το *CEIP* στο Στρασβούργο, το *Max-Planck-Institute* στο Μόναχο και γενικά όλα εκείνα τα πανεπιστήμια που αποτελούν μέρος του δικτύου ευρωπαϊκών πανεπιστημίων για τη διδασκαλία της Διανοητικής Ιδιοκτησίας. Στο πλαίσιο αυτού του network δίνεται η δυνατότητα στους νέους να πραγματοποιήσουν άσκηση σε μεγάλους διεθνείς οργανισμούς όπως το *EUIPO* και ο Ευρωπαϊκός Οργανισμός Διπλωμάτων Ευρεσιτεχνίας στο Μόναχο.

Συνέντευξη από τον Καμηλάρη Άγγελο, Εισαγγελέα Εφετών στο Εφετείο Θεσσαλονίκης,

στις

Βεργίνη Μαρία Ειρήνη, τελειόφοιτη Νομικής ΑΠΘ

& Κανελλοπούλου Άρτεμι, Μεταπτυχιακή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Με αφορμή το γεγονός ότι ήσασταν ο Εισαγγελέας της υπόθεσης της κακοποίησης του νεαρού κοριτσιού στην Πάρο, θα θέλαμε να σας ρωτήσουμε, κατά πόσο τόσο ο Εισαγγελέας όσο και το δικαστήριο είναι εύκολο να μείνουν ανεπηρέαστοι, σε τέτοιου είδους υποθέσεις, από παράγοντες όπως η σκληρότητα του εγκλήματος και η κοινή γνώμη; Πιστεύετε πως ο ρόλος του δικαστηρίου συνίσταται στην εξισορρόπηση του «κοινού περί δικαίου αισθήματος» και της καθαρής νομικής αντιμετώπισης του ζητήματος ή οφείλει να περιοριστεί μόνο στη δεύτερη;

Πρόκειται για ένα πραγματικά συγκλονιστικό περιστατικό. Στη συγκεκριμένη περίπτωση η σκληρότητα του εγκλήματος λήφθηκε υπόψη από το δικαστήριο ήδη κατά το στάδιο εξέτασης της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος, καθώς, μεταξύ άλλων, ο δράστης καταδικάστηκε για τέλεση ληστείας με ιδιαίτερη σκληρότητα, η οποία και επέσυρε την ποινή της ισόβιας κάθειρξης. Γενικότερα ο τρόπος τέλεσης συμπεριλαμβάνεται στα κριτήρια του 79 ΠΚ, επομένως η σκληρότητα που επέδειξε ο δράστης αποτελεί σε κάθε περίπτωση αντικείμενο έρευνας κατά τη διαδικασία επιμέτρησης της ποινής. Αναφορικά με την εξισορρόπηση της νομικής κρίσης και του κοινού περί δικαίου αισθήματος, πιστεύω πως σαφώς και οφείλει ο δικαστής να διαμορφώνει την κρίση του μέσα στο πλαίσιο που του δίνει ο νόμος, χωρίς να λαμβάνει υπόψη του την κοινή γνώμη, η οποία δεν είναι σε θέση να κρίνει τη νομική αντιμετώπιση μιας εγκληματικής πράξης.

Δεδομένου ότι οι ένορκοι είναι πρόσωπα που δε διαθέτουν νομική κατάρτιση και ως εκ τούτου αντιμετωπίζουν το έγκλημα από διαφορετική οπτική γωνία, πώς βλέπετε να επηρεάζεται η κρίση τους, όταν πρόκειται για ένα ιδιαίτερα ειδεχθές έγκλημα, ιδίως όταν αυτό έχει πάρει μεγάλες διαστάσεις στα Μέσα Μαζικής Ενημέρωσης; Σε τι βαθμό βλέπετε να επηρεάζεται η κρίση των ενόρκων από αυτή των τακτικών δικαστών και το αντίστροφο;

Είναι σαφές ότι η κρίση των ενόρκων ως μη «επαγγελματιών» δικαστών είναι πολύ ευκολότερο να επηρεαστεί από την κοινή γνώμη. Πάντως, μπορώ να πω, πως στην πλειοψηφία των περιπτώσεων οι ένορκοι συμμετέχουν στη διαδικασία, παρακολουθώντας, θέτοντας ερωτήσεις και ακούγοντας την άποψη, κυρίως, των τακτικών δικαστών και τελικώς διαμορφώνουν ορθή κρίση επί του πραγματικού της υπόθεσης. Πράγματι μπορεί να πει κανείς πως υπάρχει επιρροή, ιδίως των τακτικών δικαστών επί της διαμόρφωσης της κρίσης των ενόρκων και όχι το αντίθετο. Αυτό ασφαλώς και δεν έχει αρνητικό χαρακτήρα, εφόσον είναι αποτέλεσμα μιας διαλεκτικής συζήτησης και δεν τίθεται ζήτημα επιβολής της άποψης των τακτικών δικαστών στους ενόρκους.

Ποια είναι η γνώμη σας για τη συγκρότηση των Μεικτών Ορκωτών δικαστηρίων; Θεωρείτε πως είναι σε θέση οι ένορκοι να αξιολογήσουν αποτελεσματικά τις νομικές πτυχές ενός ζητήματος;

Ασφαλώς και η έλλειψη νομικής κατάρτισης των ενόρκων τους στερεί τη δυνατότητα να αντιληφθούν επαρκώς τις νομικές διαστάσεις ενός ζητήματος, ακό-

μη και όταν πρόκειται για σχετικά απλές υποθέσεις και ιδίως όταν τίθενται προς συζήτηση έννοιες που ερμηνεύονται διαφορετικά στην καθημερινή ζωή και διαφορετικά στη νομική επιστήμη, όπως για παράδειγμα η έννοια της άμυνας. Νομίζω πως εναπόκειται στους τακτικούς δικαστές να κατατοπίσουν τους ενόρκους, εξηγώντας επαρκώς τις νομικές πτυχές του ζητήματος. Θεωρώ απαραίτητο η ενημέρωση αυτή να γίνεται με τον κατά το δυνατόν αντικειμενικότερο τρόπο από πλευράς των τακτικών δικαστών, χωρίς να εμφιλοχωρεί η προσωπική τους κρίση πάνω στο ζήτημα, ιδίως όταν πρόκειται για νομικά ζητήματα επί των οποίων υποστηρίζονται αντικρουόμενες απόψεις.

Δεδομένης της μη πρόβλεψης ενδίκων μέσων στον πολιτικώς ενάγοντα όσον αφορά στο ποινικό σκέλος της απόφασης, θεωρείτε πως προστατεύονται ικανοποιητικά τα συμφέροντα του θύματος στην ποινική διαδικασία, ενόψει κυρίως του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ;

Καταρχάς, είναι σημαντικό να πούμε πως ο παθών έχει δικαιώματα τόσο κατά την προδικασία, όπως είναι για παράδειγμα το δικαίωμά του να ασκήσει προσφυγή ενώπιον του εισαγγελέα, μετά από απόρριψη της έγκλησής του, όσο και κατά τη διαδικασία στο ακροατήριο, όπως είναι το δικαίωμα παράστασης ως πολιτική αγωγή. Πράγματι το θύμα στερείται του δικαιώματος άσκησης ενδίκων μέσων, ωστόσο δεν πρέπει να παραβλεφθεί το γεγονός ότι αντίστοιχος περιορισμός υφίσταται και στα ανάλογα δικαιώματα του κατηγορουμένου, όσον αφορά την άσκηση ενδίκων μέσων κατά βουλευμάτων. Πιστεύω πως η προστασία του θύματος διασφαλίζεται ικανοποιητικά μέσω της δυνατότητας που έχει να προκαλέσει την άσκηση του ενδίκου μέσου από πλευράς του εισαγγελέα. Στο παρελθόν, η πρόβλεψη δυνατότητας άσκησης ενδίκων μέσων από τον παθόντα είχε ως αποτέλεσμα την «αυτόματη» προσβολή από τον πολιτικώς ενάγοντα απαλλακτικών βουλευμάτων και αθωωτικών αποφάσεων κατ' ενάσκηση του δικαιώματός του, χωρίς στην πραγματικότητα να συντρέχει ουσιώδης λόγος. Αντιθέτως, ο εισαγγελέας, χρησιμοποιεί το δικαίωμα άσκησης ενδίκων μέσων λελογισμένα και δεδομένου ότι στην πλειοψηφία των περιπτώσεων η άσκηση ενδίκων μέσων από τον εισαγγελέα, γίνεται μετά από πρωτοβουλία του πολιτικώς ενάγοντα, θεωρώ πως η προστασία του θύματος επιτυγχάνεται ικανοποιητικά δι' αυτής της οδού.

Δεδομένης της συμμετοχής τόσο δικαστικού όσο και οργάνου της πολιτικής σκηνής σε μια υπόθεση έκδοσης, θεωρείτε πως η έκδοση αποτελεί δικαστικό ή πολιτικό κυρίως ζήτημα; Πιστεύετε πως το δικαστήριο επηρεάζεται από την άποψη της πολιτικής ηγεσίας σε μια τέτοια υπόθεση; Είναι θεμιτό σε κάποιο βαθμό να ληφθούν υπόψη οι διεθνείς σχέσεις της χώρας;

Το όργανο που διατάσσει την έκδοση ή τη μη έκδοση ενός κρατουμένου είναι ο Υπουργός Δικαιοσύνης, ενώ τα δικαστικά όργανα έχουν καταρχήν γνωμοδοτική αρμοδιότητα. Ωστόσο, εφόσον η αρμοδιότητα του Υπουργού είναι δεσμευμένη στην περίπτωση που το δικαστικό όργανο απορρίψει το αίτημα έκδοσης, πιστεύω πως η έκδοση έχει μεν χαρακτήρα μεικτό, αλλά πάντως στο μεγαλύτερο μέρος της, δικαστικό. Θεωρώ πως σαφώς και το δικαστήριο οφείλει να μην επηρεάζεται από την άποψη της πολιτικής ηγεσίας και πράγματι δεν το κάνει, όπως διαπιστώσαμε και στην πρόσφατη υπόθεση έκδοσης των οκτώ αξιωματικών στην Τουρκία, όπου παρά το γεγονός ότι διαφάνηκε μια θετική στάση της πολιτικής εξουσίας απέναντι στην έκδοση, η εκδήλωση αυτή δεν έπαιξε ρόλο στην απόφαση του δικαστικού οργάνου. Ασφαλώς και τα δικαστικά όργανα δεν οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τους παραμέτρους όπως οι διεθνείς σχέσεις τη χώρας. Αυτό μπορεί να το κάνει ο Υπουργός, αποφασίζοντας να μην προχωρήσει σε έκδοση για την οποία απάντησε θετικά το δικαστήριο, προκειμένου να διαφυλάξει τις διεθνείς σχέσεις αυτές.

Γνωρίζετε αν έχει αρνηθεί ποτέ κράτος στην Ελλάδα την εκτέλεση Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης λόγω των συνθηκών στα ελληνικά κέντρα κράτησης, δεδομένων των πολυάριθμων καταδικών της χώρας μας από το ΕΔΔΑ για αυτό το ζήτημα;

Είναι γεγονός ότι η χώρα μας έχει υποστεί επανειλημμένες καταδίκες από το ΕΔΔΑ σχετικά με τις συνθήκες κράτησης, ιδίως ενόψει της συμφόρησης των φυλακών, που δημιουργεί αμφιβολίες σχετικά με τις συνθήκες διαβίωσης των κρατουμένων. Οι καταδίκες αυτές έδωσαν τη δυνατότητα σε χώρες όπως η Γερμανία, η Αγγλία, η Γαλλία και η Ιταλία να προχωρήσουν στην ακόλουθη πρακτική: Δεν αρνούνται μεν την εκτέλεση του Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης-άλλωστε δεν είναι εύκολο κάτι τέτοιο, δεδομένου ότι βρίσκεται στα πλαίσια μιας σύμβασης μεταξύ των κρατών μελών της Ένωσης, από την οποία απορρέουν

υποχρεώσεις- αλλά πριν προχωρήσουν στην εκτέλεση του εντάλματος, ζητούν από την Ελλάδα την παροχή εγγυήσεων σχετικά με τις συνθήκες του κέντρου που πρόκειται να κρατηθεί το πρόσωπο. Ωστόσο, μια πρόσφατη απόφαση Αγγλικού δικαστηρίου, αρνήθηκε την εκτέλεση Εντάλματος στην Ελλάδα, επικαλούμενο τις συνθήκες στα ελληνικά κέντρα κράτησης. Το αξιωματικό είναι πως η αιτιολόγηση δεν αναφερόταν στη συμφόρηση, η οποία μέχρι στιγμής έχει αποτελέσει την αιτία των καταδικών της χώρας μας, αλλά στον κίνδυνο σύγκρουσεων μεταξύ των κρατούμενων και άρα διακινδύνευσης της ζωής τους. Προσωπικά θεωρώ την απόφαση αυτή υπερβολική, δεδομένου ότι δεν υπάρχει απόφαση του ΕΔΔΑ που να καταδικάζει τη χώρα μας για τέτοιου είδους παραβίαση.

Ποια είναι η γνώμη σας για την ποινική συνδιαλλαγή; Θεωρείτε μπορεί να αποδώσει αποτελέσματα τόσο αναφορικά με την ικανοποίηση του θύματος όσο και με τον σωφρονισμό του δράστη;

Στο δικαίό μας, η ποινική συνδιαλλαγή συναντάται σε δύο μορφές. Στο νόμο 3500/2006 για την ενδοοικογενειακή βία και στο 308B ΚΠΔ, όπου αφορά πλημμελήματα περιουσιακού χαρακτήρα. Νομίζω πως σε γενικές γραμμές πρόκειται για θεσμούς που πράγματι μπορούν να λειτουργήσουν υπέρ της απονομής της

δικαιοσύνης, καθώς οδηγούν στην αποκατάσταση της ζημίας του θύματος που είναι ίσως ουσιαστικότερη για την ειρήνευσή του απ' ό,τι η καταδίκη του δράστη. Παρ' όλα αυτά, δυστυχώς συναντάμε συχνά περιπτώσεις κατάχρησης του θεσμού του 308B ΚΠΔ, υπό την έννοια ότι ο δράστης χρησιμοποιεί τη δυνατότητα αυτή στο ακροατήριο, αφού δεν έχει ευδοκίμησει κάποια άλλη πιθανότητα απαλλαγής του, προκειμένου να έχει ευνοϊκότερη μεταχείριση και τελικά να αθωωθεί, κατά τη συνήθη δικαστηριακή πρακτική, λόγω «έλλειψης δόλου». Είναι φανερό πως με τον τρόπο αυτό ούτε η ουσιαστική αποκατάσταση του θύματος, που έχει ταλαιπωρηθεί καθ' όλη τη διάρκεια της δίωξης του δράστη, επιτυγχάνεται, ούτε βέβαια και ο σωφρονισμός του ίδιου, ενώ το ίδιο το δικαστήριο εμπλέκεται σε μια παρωδία.

Συνέντευξη από την Αχτσιόγλου Έφη, Υπουργό Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης & Διδάκτορα εργατικού δικαίου Νομικής ΑΠΘ,

στοιχ

Βούρα Βασίλειο & Σαχπατζίδη Γεώργιο, 2^ο ετείς φοιτητές Νομικής ΑΠΘ

Ένα πολύ μεγάλο πρόβλημα που εντοπίζεται τόσο από την θεωρία, όσο και καταγγέλλεται από τις συνδικαλιστικές ενώσεις είναι αυτό των πολλών παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα η υποδηλωμένη και αδήλωτη εργασία. Η λύση βρίσκεται στην ενίσχυση των ελεγκτικών μηχανισμών, σε τυχόν νομοθετικές παρεμβάσεις ή κάπου αλλού;

Η παραβατικότητα στην αγορά εργασίας είναι ίσως το μεγαλύτερο πρόβλημα που έχουμε να αντιμετωπίσουμε στο Υπουργείο Εργασίας. Αυτό που λείπει από την Ελλάδα δεν είναι τόσο το θεσμικό πλαίσιο, όσο η τήρηση, στην πράξη, των κανόνων και αυτό δεν είναι πρόβλημα μόνο στο εργατικό, αλλά είναι και σε άλλα τμήματα του δικαίου. Στο Εργατικό Δίκαιο είναι ίσως πιο άμεση η αντανάκλασή του, γιατί έχει πάρα πολύ μεγάλες συνέπειες στην καθημερινότητα των εργαζομένων. Με αυτήν την έννοια, κομβικός είναι ο ρόλος του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ), γι' αυτό και εμείς με το που αναλάβαμε δώσαμε πάρα πολύ μεγάλη έμφαση στο πώς θα ενισχυθεί το ΣΕΠΕ. Το ενισχύσαμε, ως ένα βαθμό, με προσλήψεις, με ένα Πληροφοριακό Σύστημα (*risk analysis*), το οποίο δείχνει στους ελεγκτές ποιες επιχειρήσεις είναι πιθανότερο να παρανομούν, ώστε οι έλεγχοι να είναι πιο στοχευμένοι και άρα πιο αποτελεσματικοί, αλλά και μέσω μίας χρηματοδότησης ΕΣΠΑ ύψους 7,5 εκατομμυρίων ευρώ. Όμως, σε συνθήκες δημοσιονομικού περιορισμού και μνημονίου, όπου είναι προκαθορισμένη η αναλογία προσλήψεων και τα χρηματοδοτικά εργαλεία συγκεκριμένα, αυτό δεν είναι εύκολο, καθώς δεν μπορείς να προχωρήσεις σε προσλήψεις

ελεγκτών, τους οποίους πρωτίστως χρειάζεται ένα ελεγκτικό σώμα. Παρ' όλα αυτά, νομίζω ότι και με την εξωστρέφεια που έχουμε πετύχει στο ΣΕΠΕ το τελευταίο χρονικό διάστημα, αρχίζουν και νιώθουν οι εργαζόμενοι ότι είναι σύμμαχοι με το κράτος σε αυτήν την προσπάθεια γι' αυτό πια είναι και πιο συχνές οι καταγγελίες τους. Από την άποψη των ποσοστών ήδη αντανakλάται αυτή η προσπάθεια. Σήμερα η αδήλωτη εργασία στους κλάδους υψηλής παραβατικότητας έχει μειωθεί στο 12%, από το 19% που βρισκόταν όταν παραλάβαμε. Νομοθετικά, τον Σεπτέμβριο του 2017 περάσαμε το νόμο 4488/17, ο οποίος ήταν ο πρώτος φιλεργατικός νόμος μετά από πολλά χρόνια που κατατέθηκε στη Βουλή. Περιελάμβανε ρυθμίσεις που έμοιαζαν μικρές ή τεχνικές όπως η έκδοση διαταγής πληρωμής για δεδουλευμένους μισθούς στους εργαζομένους, που θεωρώ ότι είναι πολύ σημαντικό εργαλείο για την καταπολέμηση της απλήρωτης εργασίας, ρυθμίσεις που καλύπτουν τυφλά σημεία του συστήματος, όπου πλέον είναι εφικτός ο ουσιαστικός έλεγχός τους για την προστασία των εργαζομένων.

Υπάρχουν κάποιες φωνές στον ευρωπαϊκό νομικό κόσμο που υποστηρίζουν τη δημιουργία ενός ενιαίου ευρωπαϊκού εργατικού δικαίου. Πόσο εφικτό πιστεύετε ότι είναι κάτι τέτοιο, δεδομένου ότι ένα μέρος της εσωτερικής εργατικής νομοθεσίας ρυθμίζεται από ευρωπαϊκές οδηγίες, και από την άλλη υφίσταται ανάγκη προστασίας της εξουσίας του εθνικού νομοθέτη να ρυθμίζει τους όρους εργασίας;

Η Ευρωπαϊκή Ένωση όταν ξεκίνησε ήταν μια αμιγώς οικονομική ένωση. Στην εξέλιξή της άρχισε

να γίνεται κατανοητό ότι η διαδικασία της ενοποίησης δεν μπορούσε να ολοκληρωθεί στο οικονομικό σκέλος αλλά θα έπρεπε να αποκτήσει και μια πολιτική διάσταση. Στην πραγματικότητα αυτό που, κατά την δική μου γνώμη αλλά και πολλών ακαδημαϊκών, συνέτρεχε είναι ότι η οικονομική ενοποίηση ήταν τέτοιας τάξης που ουσιαστικά άρχισε να παρεμβαίνει στα εθνικά κανονιστικά συστήματα και δη στα εθνικά συστήματα κοινωνικής προστασίας, με έναν χειμαρρώδη τρόπο. Δηλαδή, οι αποφάσεις που λαμβάνονται από το ΔΕΕ και επηρεάζουν πολύ έντονα τα συστήματα κοινωνικής προστασίας, η διαρκής νομοθετική εμβάθυνση μέσω των οδηγιών στο οικονομικό σκέλος ήταν τέτοια που ήταν αδύνατο να μην επηρεάσει τις άλλες πτυχές της κοινωνικής ζωής όπως τα εργατικά και ανθρώπινα δικαιώματα και άλλες ελευθερίες. Το 1992 με τη Συνθήκη του Μάαστριχτ λαμβάνεται η απόφαση ότι προχωράμε σε μία πολιτική ενοποίηση, όμως παραμένει εξαιρετικά θολό το ζήτημα των κοινωνικών δικαιωμάτων. Παρ' ότι γίνονται προσπάθειες, με Χάρτες, να διασφαλιστούν τα κοινωνικά δικαιώματα και σε επίπεδο Ε.Ε., αυτοί είναι εξαιρετικά αδύναμοι κανονιστικά σε αντίθεση με τις οικονομικές ελευθερίες, οι οποίες είναι εξαιρετικά ισχυρές. Δηλαδή έχουμε κανόνες *soft law* και την αρχή της επικουρικότητας από την πλευρά της κοινωνικής πολιτικής, επομένως ασθενείς ρυθμίσεις, και από την πλευρά των οικονομικών ελευθεριών έχουμε ένα σκληρό κανονιστικό πλαίσιο. Αυτό, πολύ γρήγορα, οδήγησε στο να υπερισχύουν έντονα οι οικονομικές ελευθερίες μπροστά στα κοινωνικά δικαιώματα και τελικά να δημιουργείται ένας κίνδυνος για τα εθνικά συστήματα εργατικής προστασίας. Φάνηκε, επομένως, ότι δεν είναι αρκετή η αρχή της επικουρικότητας για να προστατεύσει τα εθνικά συστήματα εργατικής προστασίας. Και εκεί λοιπόν ξεκινά ένας πολύ μεγάλος πολιτικός και ακαδημαϊκός διάλογος για το τι πρέπει να κάνουμε ώστε η Ευρώπη να προστατεύει τα κοινωνικά δικαιώματα. Επιπλέον με τη συνθήκη της Λισαβόνας, ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ε.Ε., στον οποίο κατοχυρώνονται και τα βασικά κοινωνικά, εργατικά και συνδικαλιστικά δικαιώματα, αποκτά την ίδια κανονιστική ισχύ με τις οικονομικές ελευθερίες και τις συνθήκες και γίνεται πρωτογενές δίκαιο, κάνοντας το πρώτο θεωρητικό βήμα ως προς την κανονιστικότητα. Στην πράξη, όμως, το ΔΕΕ μέχρι στιγμής δεν έχει αλλάξει την νομολογία του, συνεχίζοντας έτσι να προστατεύει πρωτίστως τις οικονο-

μικές ελευθερίες. Υπάρχει και μία πολύ σημαντική νομολογία του Δικαστηρίου για τις υποθέσεις *Laval* και *Viking*, που ήταν υποθέσεις σύγκρουσης εργατικών δικαιωμάτων με οικονομικές ελευθερίες, στις οποίες έχασαν παταγωδώς τα εργατικά δικαιώματα. Πέρα όμως από το νομολογιακό σκέλος, και στο πολιτικό σκέλος εξακολουθούμε να βιώνουμε μία τρομερή υποβάθμιση των κοινωνικών δικαιωμάτων και πολιτικών και αυτό φαίνεται πάρα πολύ χαρακτηριστικά την περίοδο της κρίσης. Οι δημοσιονομικοί κανόνες πειθαρχίας που μπαίνουν στα κράτη-μέλη λόγω της συμμετοχής τους στην Ευρωζώνη είναι εξαιρετικά αυστηροί, απαιτητικοί και κανονιστικά σκληροί, ενώ δεν ισχύει η αντίστοιχη σφοδρότητα σε ό,τι αφορά τα κοινωνικά δικαιώματα και την εργατική προστασία. Τούτων δοθέντων, όσοι ανήκουμε στις προοδευτικές δυνάμεις στην Ευρώπη προσπαθούμε να συζητήσουμε τι κάνουμε μπροστά σε αυτήν την ήττα. Και υπάρχει και ένας ακόμα πολιτικός παράγοντας, ο οποίος δείχνει ότι στην Ε.Ε. αυτήν τη στιγμή υπάρχουν και αναπτύσσονται πάρα πολλές φυγόκεντρες δυνάμεις. Η ανησυχητική άνοδος της ακροδεξιάς και φασίζουσας δεξιάς σε πολλά κράτη, αλλά και τάσεις απόσχισης, όπως το *Brexit*. Όλα αυτά, μεταξύ άλλων, δείχνουν μια έντονη κοινωνική δυσαρέσκεια, η οποία λέει ότι αυτή η Ευρώπη για τους πολίτες «δεν τους λέει κάτι». Δηλαδή, δεν μπορούν οι πολίτες να δουν πώς η ευρωπαϊκή ενοποίηση επηρεάζει τις ζωές τους με έναν θετικό τρόπο παρά μόνο πολιτικές σκληρής λιτότητας. Άρα, θεωρώ πως έχουμε και μια μεγάλη ευθύνη και τα ευρωπαϊκά όργανα να κάνουν κάποια στιγμή αυτήν τη συζήτηση ανοιχτά και με διάθεση αυτοκριτικής για το τι πηγαίνει λάθος. Δεν γίνεται η ακροδεξιά στην Ευρώπη να παίρνει τέτοια ποσοστά όπως το *AfD* στην Γερμανία, να γίνεται το *Brexit*, και εμείς να συνεχίζουμε *business as usual*. Η γνώμη μου είναι ότι πρέπει, όσο επικίνδυνο και αν φαίνεται σε κάποιους, να συζητήσουμε αυτό που συχνά λέμε στο ενωσιακό δίκαιο την προς τα πάνω σύγκλιση των κανονιστικών συστημάτων και των συστημάτων εργατικής προστασίας. Δηλαδή θεωρώ ότι πρέπει να συζητήσουμε ανοιχτά για ένα ενιαίο ευρωπαϊκό εργατικό δίκαιο. Όμως, προκειμένου να αντιπαλέψουμε το μέτωπο των οικονομικών ελευθεριών, πρέπει η σύγκλιση να έχει προσανατολισμό προς τα πάνω και όχι προς τα κάτω. Και αυτό διότι μέσα στην Ε.Ε. αυτήν τη στιγμή, με την τελευταία διεύρυνση, βρίσκονται χώρες με χαμηλό επίπεδο εργατικής προστασίας και πολύ χαμηλούς

μισθούς, όπως η Βουλγαρία, η Εσθονία, η Λετονία κ.ά. Επομένως βρίσκουμε τον ελάχιστο κοινό παρονομαστή ή προσπαθούμε να ανεβάσουμε το επίπεδο; Είναι μια μεγάλη συζήτηση, αλλά κατά τη γνώμη μου αξίζει να γίνει. Και κάτι πιο πρακτικό είναι ένα σύστημα που ξεκίνησε πριν λίγο διάστημα η Ε.Ε., το *social scoreboard*. Είναι ένας πίνακας με δείκτες που δείχνει την επίδοση των εθνικών πολιτικών σε μερικά βασικά κοινωνικά ζητήματα, όπως την ανεργία, φτώχεια κτλ. Προς το παρόν, έχει απλώς φτιαχτεί ο πίνακας που αποτυπώνει μόνο το πού βρίσκεται η κάθε χώρα χωρίς καμία συνέπεια. Πρέπει, κατά τη γνώμη μου, να συνδέσουμε αυτούς τους δείκτες με συνέπειες, δηλαδή κίνητρα προκειμένου να βελτιωθεί το κάθε κράτος μέλος, αλλά και «ποινές» όταν δεν τους επιτυγχάνει. Δεν γίνεται να έχεις ποινές και σκληρή επιτήρηση όταν δεν πετυχαίνεις τους στόχους του ελλείμματος ή του πρωτογενούς πλεονάσματος, αλλά να μην έχεις καμία συνέπεια όταν η παιδική φτώχεια βρίσκεται πολύ υψηλά.

Τον Ιανουάριο του 2016 η Ελληνική Βουλή κύρωσε τον αναθεωρημένο κοινωνικό χάρτη όπου μεταξύ άλλων στο άρθρο 24 προβλέπει την υποχρέωση του εργοδότη στο αιτιολογημένο της καταγγελίας της σύμβασης (ουσιαστικά καμία απόλυση χωρίς βάσιμη αιτία). Πιστεύετε ότι χωρεί και νομοθετική κατοχύρωση της ρήτρας υποχρεωτικής αιτιολόγησης στην ελληνική εργατική νομοθεσία όπως έχει συμβεί και σε αρκετές άλλες χώρες;

Ναι είναι απαραίτητο να προχωρήσουμε στη νομοθέτηση κατοχύρωση. Δεν καλυπτόμαστε αυτήν τη στιγμή μόνο από την κύρωση. Θεωρώ ότι είναι πάρα πολύ σημαντική η κύρωση του χάρτη επί διακυβέρνησης του ΣΥΡΙΖΑ, επί Υπουργίας του κυρίου Κατρούγκαλου, όπως και ο όρος περί αιτιολογίας. Πρόσφατα εκδόθηκε και μια πολύ καλή απόφαση ελληνικού Πρωτοβάθμιου δικαστηρίου που επιχειρηματολογούσε στη βάση του ευρωπαϊκού κοινωνικού χάρτη για την ανάγκη του αιτιολογημένου των απολύσεων. Δεδομένων των συνθηκών, αυτή η νομοθετική κατοχύρωση κρίνεται χρήσιμη και σκόπιμη. Αυτή η πρωτοβουλία δεν θα τεθεί στο «τραπέζι» των διαπραγματεύσεων, καθώς η Ελλάδα είναι αρκετά κοντά στην έξοδο από το πρόγραμμα. Αντίθετα, θα εξεταστεί στο πλαίσιο της μεγαλύτερης ελευθερίας άσκησης δημόσιας πολιτικής που θα έχουμε μετά τον Αύγουστο του 2018 και την έξοδο από το πρόγραμμα.

Κατά πόσο θεωρείτε ότι, ο σεξισμός είναι ακόμη έντονο φαινόμενο στον εργασιακό χώρο; Τι κατεύθυνση θεωρείτε ότι πρέπει να ακολουθηθεί για την κατά το δυνατόν εξάλειψή του, δεδομένου ότι τέτοιου είδους περιπτώσεις βιώνονται, ως επί το πλείστον, σιωπηλά;

Ο σεξισμός είναι τόσο διάχυτος στην ελληνική κοινωνία και στους χώρους εργασίας που συχνά δε γίνεται κατανοητός ούτε από τις ίδιες τις γυναίκες, καθώς πρόκειται πραγματικά για καθημερινό φαινόμενο. Υπάρχουν πάρα πολλές περιπτώσεις που οι γυναίκες είτε θυματοποιούνται, δηλαδή το αντιλαμβάνονται, αλλά βάζουν τον εαυτό τους στη θέση του θύματος και ζητούν υπεράσπιση ως θύματα, είτε δεν τον κατανοούν καθόλου, είτε πολλές φορές τον αναπαράγουν. Το ανησυχητικό και το στενάχωρο είναι ότι τα φαινόμενα του σεξισμού στο χώρο δουλειάς είναι τόσο συχνά όσο η λέξη «Καλημέρα». Την ώρα που κάνεις μια σύσκεψη στο γραφείο ή στο δρόμο εκδηλώνονται τέτοια φαινόμενα. Τι μπορούμε να κάνουμε για αυτό; Χρειάζεται πολύ σκληρή δουλειά στη νοοτροπία. Οπωσδήποτε το κράτος πρέπει να παρέμβει προκειμένου η ισότητα να μην είναι μια συνταγματική αρχή αλλά να γίνει βίωμα, μια κοινωνική πραγματικότητα. Για παράδειγμα, η ανεργία στις γυναίκες εξακολουθεί να είναι πολύ μεγαλύτερη, η αμοιβή τους χαμηλότερη ή δεν προτιμώνται στις θέσεις δουλειάς γιατί μπορεί να μείνουν έγκυοι. Αξίζει να σας αναφέρω κάτι πολύ ενδιαφέρον που ξεκίνησε να εφαρμόζει πρόσφατα ο Ο.Α.Ε.Δ.: όταν προκηρύσσει προγράμματα επιδότησης για θέσεις εργασίας σε ιδιωτικές επιχειρήσεις, αποκρύπτει το φύλο και την ηλικία. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα πλέον να υπάρχει πολύ μεγαλύτερη απορροφητικότητα στις γυναίκες. Καταλαβαίνουμε αμέσως ότι επρόκειτο για ένα ζήτημα δυσμενούς διάκρισης. Άρα, σίγουρα υπάρχουν πολλά που πρέπει να γίνουν στο πεδίο των κρατικών παρεμβάσεων για τη διασφάλιση των προϋποθέσεων για μια πραγματική ισότητα και στους χώρους εργασίας: ισότητα στην αμοιβή, ισότητα στους όρους εργασίας, ισότητα στην πρόσβαση στην αγορά εργασίας.

Το τελευταίο διάστημα έγινε αρκετή συζήτηση σχετικά με το δικαίωμα στην απεργία με αφορμή τη ρύθμιση του άρθρου 211 του ν.4512/18 που ψηφίστηκε από το Ελληνικό Κοινοβούλιο. Θα θέλαμε να μας παρουσιάσετε το πώς διαμορφώνεται το τοπίο γύρω από τις απεργίες σήμερα.

Θέλω να επαναλάβω, αρχικά, τι ακριβώς ρυθμίζει η συγκεκριμένη διάταξη και θεωρώ ότι όποιος έχει ανοιχτά αυτιά και καθαρό μυαλό θα καταλάβει εάν η διάταξη αυτή περιορίζει ή δεν περιορίζει το δικαίωμα στην απεργία. Η διάταξη αναφέρεται μόνο στα πρωτοβάθμια σωματεία που δεν είναι πανελλαδικής έκτασης ή ευρύτερης γεωγραφικής εμβέλειας. Σε αυτά τα πρωτοβάθμια σωματεία ο ν.1264/82 προέβλεπε ότι η λήψη της απόφασης για απεργία γίνεται από τη Γενική Συνέλευση, πράγμα που ισχύει και σήμερα και ότι για να έχει απαρτία, θα πρέπει να παρίσταται το 1/3 των οικονομικά τακτοποιημένων μελών. Η διάταξη που ψηφίστηκε τώρα προβλέπει ότι θα πρέπει να παρίσταται το 1/2 των οικονομικά τακτοποιημένων μελών. Προσέξτε, να παρίσταται για να νομιμοποιηθεί η Συνέλευση, όχι να ψηφίσει. Η απόφαση για απεργία λαμβάνεται πάντα με σχετική πλειοψηφία των παρόντων όπως και στο παρελθόν. Υπογραμμίζω, ξανά, ότι η διάταξη δεν περιλαμβάνει περιπτώσεις όπως: σωματεία εργαζομένων σε supermarket-αλυσίδες, στις τράπεζες, σωματείο εργαζομένων που έχει ένα κατάστημα στα Γιαννιτσά και ένα στο διπλανό χωριό, σωματείο εργαζομένων οικοδόμων της Αττικής (που είναι ευρύτερης γεωγραφικής εμβέλειας). Θα σας παρουσιάσω ένα παράδειγμα για πρωτοβάθμιο σωματείο που δεν είναι πανελλαδικής έκτασης ή ευρύτερης γεωγραφικής εμβέλειας. Έστω ότι υπάρχει μια επιχείρηση 150 ατόμων, τα 100 από αυτά είναι εγγεγραμμένα στο σωματείο, τα 80 από

αυτά πληρώνουν τη συνδρομή τους, δηλαδή, είναι οικονομικά τακτοποιημένα. Η καινούργια διάταξη προβλέπει ότι στη Γενική Συνέλευση πρέπει να παρίστανται τα 40 άτομα. Έστω ότι από αυτά τα 40 άτομα, τα 10 λένε όχι στην απεργία, τα 15 υποστηρίζουν απεργία διαρκείας, τα 14 υποστηρίζουν απεργία μίας ημέρας και το 1 άτομο ψηφίζει λευκό. Σε αυτήν την περίπτωση θα γίνει απεργία διαρκείας με την ψήφο των 15 ατόμων στην επιχείρηση των 150 ατόμων. Μετά από αυτό το παράδειγμα, πραγματικά πιστεύετε ότι καταργείται ή περιορίζεται το δικαίωμα στην απεργία; Θεωρώ ότι υπάρχουν και κάποιες φωνές που με πλήρη συνείδηση τραβούν τα πράγματα στα άκρα και αυτό τελικά έχει αρνητικές συνέπειες στους ίδιους τους εργαζόμενους, στους οποίους δημιουργείται μια ηττοπάθεια. Οι εργαζόμενοι πιθανόν δεν άκουσαν αυτήν την ανάλυση που πραγματοποιώ τώρα και με τις κραυγές αυτές πιθανόν να θεώρησαν ότι από την επόμενη μέρα δεν μπορούν να κάνουν απεργία και παραιτούνται από την άσκηση του δικαιώματός τους. Καταλάβετε πόσο αρνητικές συνέπειες μπορεί να έχουνε αντιδράσεις οι οποίες δεν έχουν καμία λογική;

Τέλος θα θέλαμε να μας κάνετε μια δήλωση για την ELSA.

Θεωρώ ότι στη σημερινή εποχή, που το δίκαιο έχει κατά πολύ ξεπεράσει τα εθνικά σύνορα, η επικοινωνία αυτή που διασφαλίζει η ELSA, η ανταλλαγή πληροφοριών, εικόνων, εντυπώσεων, η δι-αμόρφωση κοινών εμπειριών των νέων νομικών επιστημόνων είναι απαραίτητη για το αύριο και της επιστήμης, αλλά και της εφαρμογής της στην πράξη. Επομένως, είναι τεράστιας σημασίας η δράση και εξέλιξη του δικτύου της ELSA.



The European Law Students' Association

THESSALONIKI

Μέθοδος και υπευθυνότητα / Εξειδικευμένο επιστημονικό προσωπικό / Ολιγομελή τμήματα

ΠΡΟΕΤΟΙΜΑΣΙΑ ΓΙΑ ΤΙΣ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΣΤΑ ΠΜΣ ΝΟΜΙΚΗΣ ΑΠΘ ΚΑΙ ΔΠΘ

- Ποινικών & Εγκληματολογικών Επιστημών
- Δημοσίου Δικαίου & Πολιτικών Επιστημών
- Αστικού, Αστικού Δικονομικού & Εργατικού Δικαίου
- Εμπορικού & Οικονομικού Δικαίου
- Διεθνών Σπουδών

ΠΡΟΕΤΟΙΜΑΣΙΑ ΓΙΑ ΤΙΣ ΠΑΝΕΛΛΑΔΙΚΕΣ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΥΠΟΨΗΦΙΩΝ ΔΙΚΗΓΟΡΩΝ

- Πρόγραμμα για κατόχους πτυχίων Ιδρυμάτων της Ελλάδας
- Προγράμματα Ελληνικού Δικαίου για κατόχους πτυχίων Ιδρυμάτων του Εξωτερικού (Ηνωμένου Βασιλείου, Κύπρου, Ιταλίας, Βουλγαρίας κ.α.) και παραρτημάτων τους στην Ελλάδα.

ΠΡΟΕΤΟΙΜΑΣΙΑ ΓΙΑ ΤΙΣ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΔΟΑΤΑΠ ΝΟΜΙΚΩΝ

- Ατομικό Πρόγραμμα Προετοιμασίας για την αναγνώριση ισοτιμίας και αντιστοιχίας τίτλων με τα τμήματα Νομικής ΑΠΘ και ΔΠΘ σύμφωνα με την απόφαση του ΔΟΑΤΑΠ.

Τα ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΣΠΟΥΔΩΝ εγγυώνται διακεκριμένοι Νομικοί με άριστη κατάρτιση και Υπεύθυνοι Σπουδών με διαρκή και μακρόχρονη διδακτική και διοικητική εμπειρία σε όλες τις προετοιμασίες

ΕΘΝΙΚΗ ΣΧΟΛΗ ΔΙΚΑΣΤΩΝ

- Πολιτικής & Ποινικής Δικαιοσύνης / Εισαγγελέων
- Διοικητικής Δικαιοσύνης

ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΙ ΝΟΜΙΚΩΝ

- Ειρηνοδικών
- Δικαστικών Επιμελητών
- Νομικού Συμβουλίου του Κράτους
- Συμβολαιογράφων

ΑΚΑΔΗΜΑΪΚΗ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ

- Κατατακτήριες Εξετάσεις Νομικής ΑΠΘ και ΔΠΘ
- Υποστήριξη φοιτητών ΑΠΘ και ΔΠΘ
- Υποστήριξη φοιτητών LLB και LLM
- Υποστήριξη φοιτητών Νομικής Πανεπιστημίων Κύπρου

Επισκεφθείτε την ΙΣΤΟΣΕΛΙΔΑ μας και ενημερωθείτε για τις ΠΡΟΣΕΧΕΙΣ ΠΡΟΕΤΟΙΜΑΣΙΕΣ και τους ΜΗΝΕΣ ΕΝΑΡΞΗΣ τμημάτων και ιδιαιτέρων μαθημάτων.