



# EXPRESSIS VERBIS

## Law Journal

ISSN: 2585-2558 ΤΕΥΧΟΣ 3 (2019)



**elsa**

The European Law Students' Association  
THESSALONIKI



# EXPRESSIS VERBIS

## Law Journal


ISSN: 2585-2558

### Συντακτική Επιτροπή Expressis Verbis Law Journal

**Αρχισυντάκτης**  
Γούλας Γιώργος

**Βοηθοί Αρχισυντάκτη**  
Ζήση Άννα  
Κελεσίδου Άννα-Ταξιάρχουλα

**Συντάκτες (κατά αλφαβητική σειρά)**  
Βούζιου Δανάη  
Γρίβα Μαρία  
Κυτταρούδη Τατιάνα  
Μαυρομάτη Νικολέτα  
Μυλωνάς Κωνσταντίνος  
Παπανικολάου Τερψιθέα  
Πετρικής Βησσαρίωνας  
Χριστοδουλάκης Στέλιος

**Επιμέλεια Έκδοσης - Εκτύπωση**  
 Εκδόσεις Ροτόντα  
Καμβουνίων 8, 54621 Θεσσαλονίκη  
Τηλ: 2310212212

### Διοικητικό Συμβούλιο ELSA Thessaloniki

**Πρόεδρος**  
Βούρας Βασίλης

**Γενικός Γραμματέας**  
Νικολαΐδης Δημήτρης

**Ταμίας**  
Καραδαΐδης Γρηγόρης

**Αντιπρόεδρος Marketing**  
Ελευθεριάδου Βέρα

**Αντιπρόεδρος Ακαδημαϊκών  
Δραστηριοτήτων**  
Κεσίδου Μαρία-Κυριακή

**Αντιπρόεδρος Σεμιναρίων και Συνεδρίων**  
Τσιφτσή Εύα

**Αντιπρόεδρος STEP**  
Δαλαμήτρα Μαρία

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

# elsa

The European Law Students' Association  
THESSALONIKI

# Προλογικό Σημείωμα

---

Ένας από τους μεγαλύτερους στοχαστές του Δικαίου, ο Ιμμάνουελ Κάντ, πριν από αρκετά χρόνια υποστήριξε πως «Το μέγιστο πρόβλημα για το ανθρώπινο γένος που η φύση το αναγκάζει να επιλύσει είναι η επίτευξη μιας κοινωνίας πολιτών που θα απονέμει καθολικά το Δίκαιο. Το πρόβλημα τούτο είναι το δυσχερέστερο και συνάμα εκείνο που θα επιλυθεί αργότερα όλων από το ανθρώπινο γένος». Εκ πρώτης όψεως θα λέγαμε με απόλυτη σιγουριά πως μια τέτοια θεώρηση δημιουργεί μια απωθητική διάθεση, αφού κατά κάποιο τρόπο υπονομεύει την ευγενέστερη επιστήμη που υπηρετεί ανελλιπώς τις κοινωνίες μας και εναγωνίως αντιμάχεται τις αδικίες, τη νομική ασυνέπεια και τα διολισθήματα που πλήττουν καθημερινώς το σώμα του Δικαίου. Ωστόσο, πίσω και πέρα από αυτές τις γραμμές κρύβεται μια μεγάλη αλήθεια που υπαγορεύει την ατέλεια της ανθρώπινης φύσης και κατ' επέκταση των αποκυημάτων της, ένα εκ των οποίων είναι και ο Νόμος. Το ατελές, όμως, του νομικού γίνεσθαι οφείλει να μας εξοπλίζει με την απαιτούμενη έμπνευση για να δημιουργήσουμε έναν δικαιότερο κόσμο από αυτόν που βρήκαμε, εφόσον το καθολικά σωστό φαντάζει μακρινό. Είναι χαρά μας, λοιπόν, κάθε χρόνο να βλέπουμε όλο και περισσότερα άτομα να μοιράζονται το όραμα του περιοδικού και εν γένει της ELSA-Thessaloniki και να προσπαθούν με τον δικό τους ιδιαίτερο τρόπο να επηρεάσουν, να προβληματίσουν, να βγουν μπροστά με τα δικά τους επιχειρήματα και στην τελική να καταστήσουν πλουσιότερη την επιστήμη μας. Κάθε θεσμός δοκιμάζεται από την εξελικτική του πορεία και την τρέχουσα ακαδημαϊκή χρονιά όλοι οι συντελεστές έδωσαν τον καλύτερο τους εαυτό για ένα άρτιο αποτέλεσμα. Ελπίζουμε να το καταφέραμε.

**Γιώργος, Άννα, Άννα, Δανάη,  
Μαρία, Τατιάνα, Νικολέτα,  
Κωνσταντίνος, Τερψιθέα,  
Βησσαρίωνας, Στέλιος**

# EXPRESSIS VERBIS

## Law Journal

Τεύχος 3 (2019) ISSN: 2585-2558

### Περιεχόμενα

<b>Αστικό Δίκαιο</b>	7	<b>Η αρχή της καλής πίστης στην ΑΚ 288: Έννοια, εξισορροπητική των συμφερόντων λειτουργία και δυνατότητα παραίτησης από αυτή</b> Καραδαΐδης Γρηγόρης & Κουτσομπίνας Γιάννης
	12	<b>Συναινετικό διαζύγιο στα χέρια του συμβολαιογράφου</b> Οικονόμου Κωνσταντίνα
	16	<b>Διαιτησία και Διαμεσολάβηση: πρό(σ)κληση για εναλλακτική επίλυση διαφορών με νέα οπτική σε εγχώριο και διεθνές επίπεδο</b> Νταφούλη Θωμαΐς
<b>Εργατικό Δίκαιο</b>	23	<b>Η ευθύνη από μεταβίβαση επιχείρησης για τα χρέη της</b> Μαυροματάκης Γιάννης
	29	<b>Η προσωρινή απασχόληση: ο κατ' επάγγελμα δανεισμός εργαζομένων</b> Κονταξή Κλεονίκη
	35	<b>Ζητήματα καταβολής αποζημίωσης σε σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου, υπό το πρίσμα της απόφασης του ΔΕΕ de Diego Porras</b> Λιμπιτσιούνη Κωνσταντίνα
<b>Δημόσιο Δίκαιο</b>	41	<b>Κράτος και εσωκομματική δημοκρατία: Ένας αμφισβητούμενος εγγυητικός ρόλος</b> Μπιτζίκι Ελένη & Παλάσκας Γιώργος
	47	<b>Ελευθερία έκφρασης: Άσυλο στο ψέμα και τη δυσφήμιση;</b> Μποπότα Ευαγγελία & Κελεσίδου Άννα - Ταξιαρχούλα
	53	<b>Η συνταγματική ρύθμιση των σχέσεων Κράτους - Εκκλησίας</b> Κραλίδης Φώτης
	58	<b>ΣτΕ 660/2018: Διδασκαλία των θρησκευτικών στις τάξεις Δημοτικού και Γυμνασίου</b> Χατζηγεωργίου Παναγιώτης & Σαλονικίδης Παύλος
	63	<b>Responding to aggressive tax planning through Controlled Foreign Companies; an overview of OECD recommendations on designing CFC Rules</b> Βιόπουλος Παναγιώτης
<b>Εμπορικό Δίκαιο</b>	69	<b>Breaking-off negotiations: The runaway bride</b> Καλαντζή Αναστασία

	73	<b>New trade mark Directive (EU) 2015/2436: the most remarkable changes brought to IP law and the harmonisation of the Greek legislation</b> Μαράντου Δήμητρα
	79	<b>Αστική ευθύνη από την έκδοση ακάλυπτης επιταγής</b> Παπανικολάου Τερψιθέα & Κουρτίδη Καλυψώ
	87	<b>Ειδικές μορφές εγγύησης. Το κύρος της σύμβασης εγγύησης στο πλαίσιο των τραπεζικών συναλλαγών</b> Κουτσιά Φωτεινή
	93	<b>Η προσβολή δικαιωμάτων της πνευματικής ιδιοκτησίας στο χώρο του διαδικτύου</b> Βιδάκη Αναστασία - Νεφέλη
	98	<b>Ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής από τραπεζική πιστωτική σύμβαση</b> Δημητράς - Παπαχρήστου Κωνσταντίνος
<b>Διεθνές Δίκαιο</b>	104	<b>Το δικαίωμα διέλευσης από ξένο έδαφος και οι περιορισμοί του: Μια απόφαση-ορόσημο για το Διεθνές Δίκαιο</b> Βαενάς Παύλος
	108	<b>Η ανθρωπιστική επέμβαση στη διάρκεια της εξέλιξης του διεθνούς δικαίου</b> Παπακυρίτση Ζωή
	114	<b>Το ζήτημα της Αποκλειστικής Οικονομικής Ζώνης Κύπρου-Τουρκίας και η στάση της Ελλάδας</b> Κοτταρίδου Δέσποινα & Τσιαμούρη Θεοδώρα
<b>Ευρωπαϊκό Δίκαιο</b>	120	<b>Critical review of the Schmidberger case (Case C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich)</b> Τακόλας Γιάννης
<b>Ποινικό Δίκαιο</b>	124	<b>The confinement of the defendant in a glass cabin or a metal cage during criminal trial - A "dangerous method" under the scope of the ECHR</b> Ζαχαράκη Αναστασία
	129	<b>Αναγωγή πράξεων απόπειρας σε ολοκληρωμένα εγκλήματα</b> Μπαρμπίσης Χρήστος & Κυπράκης Νίκος
	135	<b>Blue Whale Challenge: Ποινική μεταχείριση κατά το ελληνικό δίκαιο</b> Βεργίνη Μαρία - Ειρήνη
	141	<b>Η υπαναχώρηση από απόπειρα και η συναυτουργία στο έγκλημα του βιασμού</b> Τσαπάρας Δημήτρης
	146	<b>Η ποινική μεταχείριση του τραμπουκισμού (bullying)</b> Παπαγιαννοπούλου Λυδία
	152	<b>Η θέση των ψευδοεγκλημάτων στο ελληνικό ποινικό σύστημα</b> Μπαβέλη Αλεξάνδρα

	158	<b>Η διάσταση της τρομοκρατίας στην ελληνική έννομη τάξη</b> Αναγνώστου Μαρία & Τοτοκώση Άννα - Μαρία
	153	<b>Ποινική μεταχείριση ανηλίκων-Υφιστάμενες διαφορές δίκης πριν και μετά την συμπλήρωση του δεκάτου ογδούτου έτους της ηλικίας τους</b> Εμμανουηλίδου Ευρώπη
<b>Δίκαιο της Πληροφορικής</b>	168	<b>Δικαίωμα πρόσβασης στο διαδίκτυο, θεμελιώδες δικαίωμα ή μη;</b> Κουλιάτσα Ναταλία & Κουτάνη Γεωργία
<b>Ιατρικό Δίκαιο</b>	174	<b>Ποινική Ιατρική Ευθύνη από Αμέλεια</b> Καρακάνας Πέτρος
	179	<b>Προστασία των προσωπικών δεδομένων του ασθενή στο ιατρικό δίκαιο</b> Σούλης Γιώργος & Χρανιώτη Κωνσταντίνα
	183	<b>Ιατρική ποινική ευθύνη: Σύγχρονες προκλήσεις κατά την αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών</b> Αρχοντή Γεωργία
<b>Ιστορία και Φιλοσοφία του Δικαίου</b>	190	<b>Προσέγγιση ευθανασίας από άποψη συνταγματικού και ποινικού δικαίου</b> Τσαλαμπούνη Πελαγία & Χατζησαββίδου Μαρία
	195	<b>Ανθρώπινη αξιοπρέπεια και προσφυγικό ζήτημα υπό δικαιοπολιτικό πρίσμα</b> Κορδή Μαρία & Φιλίππου Άννα
	201	<b>Τεχνητή νοημοσύνη υπό δικαϊκό πρίσμα</b> Καράμπελας Ταξιάρχης & Μπαλτσικίδου Βασιλική
	207	<b>Διαθήκες Ζωής: κεκαλυμμένη ευθανασία, ή πεμπτουσία του δικαιώματος αυτοκαθορίζεσθαι;</b> Τσιριγώτη Καλλιόπη-Αργυρώ
<b>Συνεντεύξεις</b>	215	<b>Συνέντευξη από τον Βενιζέλο Ευάγγελο, Καθηγητή Συνταγματικού Δικαίου στο τμήμα Νομικής του ΑΠΘ, Γενικό Εισηγητή στην αναθεωρητική διαδικασία της περιόδου 1995-2001, τέως Πρόεδρο του ΠΑΣΟΚ και Υπουργό</b> Στους Γούλα Γιώργο & Χριστοδουλάκη Στέλιο
	219	<b>Συνέντευξη από τον Μπιτζιλέκη Νικόλαο, Καθηγητή Ποινικού Δικαίου στο τμήμα Νομικής του ΑΠΘ</b> Στους Κυτταρούδη Τατιάνα & Μυλωνά Κωστή
	223	<b>Συνέντευξη από τον Αδάμη Πάρη, Εθνικό Μέλος για την Ελλάδα στην Eurojust, πρώην επικεφαλής του Τμήματος Διεθνούς Αστυνομικής Συνεργασίας S.I.Re.N.E και Εισαγγελέα της χρονιάς (2011) από τη Διεθνή Ένωση Εισαγγελέων</b> Στους Μαυρομάτη Νικολέτα & Πετρίκη Βησσαρίωνα
	227	<b>Συνέντευξη από τον Κουτρομάνο Αθανάσιο, Πρόεδρο του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης και τέως Πρόεδρο του Αρείου Πάγου</b> Στις Βούζιου Δανάη, Ζήση Άννα & Γρίβα Μαρία

# Η αρχή της καλής πίστης στην ΑΚ 288: Έννοια, εξισορροπητική των συμφερόντων λειτουργία και δυνατότητα παραίτησης από αυτή

Καραδαΐδης Γρηγόρης & Κουτσουμπίνας Ιωάννης  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ & 2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Φυσικά, η ΑΚ 288 και όπως αυτή εξειδικεύεται από τον νομοθέτη στα επιμέρους άρθρα του ΑΚ και στον νόμο για τον καταναλωτή παραμένει πάντοτε στον ορίζοντα ως *ultimum refugium* για να αξιολογήσει τις συμφωνίες αυτές για το κατά πόσο υπερβαίνουν ή όχι τους περιορισμούς που θέτει η καλή πίστη, όπως τους παραθέσαμε παραπάνω.»**

## Εισαγωγή

Το παρόν άρθρο προσπαθεί να αποδώσει συνολικά την έννοια της καλής πίστης (συναλλακτικής και υποκειμενικής), να καθορίσει το πεδίο εφαρμογής της αντικειμενικής καλής πίστης της 281 ΑΚ διακρίνοντάς την από άλλες διατάξεις και να εντοπίσει τη λειτουργία της ενόψει μιας συμβατικής σχέσης. Περαιτέρω, αποπειράται να διαγνώσει προοπτικές επίλυσης σε ένα από τα σημαντικότερα και δυσκολότερα ζητήματα που αναφέρονται: πώς μπορούν τα μέλη, δυνάμει της δικαιοπρακτικής τους βούλησης, να αποσπασθούν από αυτή. Με άλλα λόγια, πώς συγκρούεται ο αναγκαστικού δικαίου χαρακτήρας της καλής πίστης όπως διατυπώνεται στην ΑΚ288 με την εξίσου θεμελιώδη αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων της ΑΚ361.

## Έννοια της καλής πίστης

Η καλή πίστη αποτελεί μια από τις σημαντικότερες έννοιες του ιδιωτικού δικαίου. Για να προσεγγίσουμε την έννοιά της, είναι αναγκαίος ο εξής διαχωρισμός που συχνά γίνεται από τη θεωρία: αφενός η λεγόμενη «αντικειμενική ή συναλλακτική» (κατά τη διατύπωση του Γ. Μπαλή) καλή πίστη, αφετέρου η «υποκειμενική καλή πίστη»<sup>1</sup>. Ως αντικειμενική καλή

πίστη ορίζεται η «ευθύτητα, εντιμότητα και ειλικρίνεια που πρέπει να τηρεί κανείς στις συναλλαγές και γενικότερα στην κοινωνική συμβίωση»<sup>2</sup>. Ο ορισμός αυτός, εξαιρετικά ευρύς, μας αφήνει να κατανοήσουμε ότι η αντικειμενική καλή πίστη αφενός χρήζει προσδιορισμού στη συγκεκριμένη ατομική περίπτωση (βλ. παρακάτω), αφετέρου ότι ο προσδιορισμός αυτός πρέπει να γίνεται με αντικειμενικά κριτήρια, και όχι κατ' ανέλεγκτη διακριτική ευχέρεια του δικαστή που ανάγεται είτε στην ηθική του είτε στο «κοινό περί δικαίου αίσθημα»<sup>3</sup>. Συχνά με την αντικειμενική καλή πίστη συνδέονται τα συναλλακτικά ήθη (βλ. ΑΚ288), δηλαδή οι «συνηθισμένοι στις συναλλαγές τρόποι ενέργειας ή συμπεριφο-

υποκειμενικής καλής πίστης στη γερμανική βιβλιογραφία (ως «Guter Glaube» η υποκειμενική και ως «Treu und Glauben» η αντικειμενική).

<sup>2</sup> Απ. Γεωργιάδη, «Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου», Π.Ν. Σάκκουλας, 2012, σ. 25, με παραπομπή του ίδιου στον κλασικό ορισμό του Ν. Παπαντωνίου ως «η εν ταις συναλλαγαίς κατά τους εθισμένους τρόπους ενεργείας επιβαλλομένη συμπεριφορά του χρηστού και εχέφρονος ανθρώπου».

<sup>3</sup> Ν. Παπαντωνίου, ό.π., σ. 70 επ. Το γεγονός ότι ο δικαστής γενικά δεν διαθέτει καμία διακριτική ευχέρεια επί νομικών ζητημάτων υποστηρίζεται γενικά, βλ. Κ. Σταμάτη, «Μεθοδολογία του Δικαίου», Σάκκουλας, 2016, σ. 90 επ., με περισσότερες παραπομπές.

<sup>1</sup> Ν. Παπαντωνίου, «Η καλή πίστις εις το Αστικόν Δίκαιον», Ελληνική Εκδοτική Εταιρεία, 1957, σ. 68-70, όπου αναλύει μεταξύ άλλων τη διαφορετική γλωσσική απόδοση της αντικειμενικής και της

ράς, οι οποίοι ακολουθούνται σε ορισμένο τόπο, κατηγορία συναλλαγών ή επαγγελματικό κύκλο»<sup>4</sup>.

Ως υποκειμενική καλή πίστη ορίζεται -κατά τη γνώμη μας- η ειλικρινής και ανυπαίτια άγνοια ή εσφαλμένη γνώση/πεποίθηση ενός υποκειμένου δικαίου ως προς την αλήθεια, την χρηστοθήθεια, την συμφωνία με την συναλλαγματική πρακτική ή, τέλος, την νομιμότητα μιας συμπεριφοράς ή κατάστασης. Ο συγκεκριμένος ορισμός αποτελεί σύνθεση ανάμεσα στον κλασικό ορισμό του Ν. Παπαντωνίου (η υποκειμενική καλή πίστη ως «ενδιάθετη κατάσταση συγγνωστής πλάνης» που συνεχεται με κάποιο δικαίωμα ή έννομη σχέση του υποκειμένου) και τον μάλλον αφοριστικό ορισμό της νεώτερης θεωρίας που θεωρεί ότι δεν μπορεί να αποδοθεί αφαιρετικά ορισμός της υποκειμενικής καλής πίστης, καθώς το αντικείμενό της προσδιορίζεται μόνο ενόψει της διάταξης που αναφέρεται σε αυτή (πχ η ΑΚ1037)<sup>5</sup>.

Ήδη από τους ορισμούς των δύο αυτών εννοιών βλέπουμε και τη διαφορά στη λειτουργία τους: η αντικειμενική καλή πίστη νοείται ως γενική ρήτρα, με άλλα λόγια ως κανόνας δικαίου χωρίς σαφές περιεχόμενο που δίνει «οιονεί δικαιοπλαστική εξουσία» στον δικαστή να πλάσει ειδικότερο κανόνα δικαίου και να τον εφαρμόσει, να καθορίσει δηλαδή τη μείζονα πρόταση του νομικού συλλογισμού<sup>6</sup>. Η ratio ύπαρξης τέτοιας γενικής ρήτρας είναι η πρακτική αδυναμία του νομοθέτη να παραγάγει με ειδικές διατάξεις την αναγκαία δίκαιη λύση σε κάθε πιθανό αναφυόμενο ζήτημα. Ειδικά επί της λειτουργίας της αντικειμενικής καλής πίστης στο Ενοχικό Δίκαιο δυνάμει της ΑΚ 288, σκοπός ειδικότερος είναι η εξισορρόπηση των εξ' ορισμού αντικρουόμενων συμφερόντων δανειστή-οφειλέτη και η κοινωνική στόχευση του Δικαίου<sup>6</sup>- η επιείκεια. Αντίθετα, η υποκειμενική καλή πίστη λειτουργεί ως προϋπόθεση, ως στοιχείο του πραγματικού επιμέ-

ρους κανόνων δικαίου. Ως ratio τέτοιων νομοθετικών επιλογών θεωρούνται συνήθως η προστασία του φαινομένου δικαίου, η ασφάλεια συναλλαγών, ή ακόμα η ηθικής φύσης προϋπόθεση που δικαιολογεί ευνοϊκή ρύθμιση από τον νομοθέτη<sup>7</sup>. Η αναζήτησή μας για την καλή πίστη θα κινηθεί γύρω από την αντικειμενική καλή πίστη, και ειδικότερα σε αυτό το είδος της συναλλακτικής καλής πίστης στην οποία αναφέρεται η ΑΚ 288.

### Το Πεδίο Εφαρμογής της ΑΚ 288

Θεωρούμε καίριο να ξεκινήσουμε την παρουσίασή μας γύρω από την ΑΚ 288 διαγράφοντας τις περιπτώσεις που αυτή εφαρμόζεται, καθώς αυτό συχνά καθίσταται αντικείμενο σύγχυσης. Αρχικά, πρέπει να διευκρινίσουμε ότι η ΑΚ 288 δεν αποτελεί γενικό έρεισμα της αρχής της επιείκειας στο αστικό δίκαιο ώστε να την επικαλείται κανείς γενικώς και αορίστως σε οποιαδήποτε έννομη σχέση. Η λειτουργία της ΑΚ 288 περιορίζεται στο -ομολογουμένως ευρύ, αλλά αρκετά οριοθετημένο- πεδίο του τρόπου εκτέλεσης της παροχής που πηγάζει από μία υφιστάμενη<sup>8</sup> ενοχική σχέση- του πώς αυτή πρέπει να εκτελεστεί<sup>9</sup>. Αυτό σημαίνει: α) ότι το πεδίο εφαρμογής της ΑΚ 288 είναι στενότερο αυτού της ΑΚ 281 η οποία αφορά γενικά την άσκηση των δικαιωμάτων- ενοχικών ή μη (αν και η ΑΚ 288 επιδρά δραστικότερα στην έννομη σχέση καθώς για να εφαρμοστεί δεν απαιτεί «προφανή» αντίθεση στην καλή πίστη)<sup>10</sup>.

Και β) ότι ο έλεγχος περί της δεσμευτικότητας της υποχρέωσης του οφειλέτη προς εκπλήρωση της απαίτησης του δανειστή λόγω αντίθεσης ή μη στην καλή πίστη είναι λογικά επόμενος του εντοπισμού του ακριβούς περιεχομένου της υποχρέωσης αυτής με την αντικειμενική ερμηνεία της σύμβασης κατά την ΑΚ 200. Με άλλη διατύπωση, η ΑΚ 200 (δηλ. η ερμηνεία της σύμβασης κατά την καλή πίστη) προηγείται της εφαρμογής της ΑΚ 288 επί της ήδη ερμηνευμένης σύμβασης και του ξεκάθαρου πια αντικείμενου της (παροχής)<sup>11</sup>. Εδώ βέβαια να αναφέρουμε πως, όπως παραδέχεται και ο αείμνη-

<sup>4</sup> Απ. Γεωργιάδη, ό.π., σ. 27.

<sup>5</sup> Βλ. Ν. Παπαντωνίου, ό.π., σ.24 για τον κλασικό ορισμό και Απ. Γεωργιάδη, ό.π. σ. 25-26 για τον νεότερο.

<sup>6</sup> Αστ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος, Σάκκουλας, 2011, σ. 375, όπου προτάσσει τον κοινό σκοπό του οφειλέτη και δανειστή (δηλαδή την απόσβεση της ενοχής) ως στοιχείο που αμβλύνει την μεταξύ τους ανταγωνιστική σχέση. Παρόμοια, ο Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος, Π.Ν Σάκκουλας, 2015, σ. 20 επ., μιλά για «εξισορρόπηση των εκατέρωθεν συμφερόντων».

<sup>7</sup> Ν. Παπαντωνίου, ό.π., σ. 119 επ.

<sup>8</sup> Απ. Γεωργιάδης, ό.π., σ. 193

<sup>9</sup> Ν. Παπαντωνίου, ό.π., σ. 142-143

<sup>10</sup> Μιχ. Σταθόπουλος, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, Σάκκουλας, 2016, σ.93 Και Απ. Γεωργιάδης, ό.π. σ. 197

<sup>11</sup> Μιχ. Σταθόπουλος, ό.π., σ.93



στος Ν. Παπαντωνίου, η διάκριση μεταξύ ΑΚ 288 και ΑΚ 200 δεν είναι πάντοτε ευχερής καθώς η παροχή μπορεί να προσδιορίζεται όχι μόνο μέσω του ΑΚ 200, αλλά πολλές φορές το είδος και το ύψος αυτής να προσαρμόζεται και βάσει του ΑΚ 288<sup>12</sup>. Παρόλα αυτά, ο έλεγχος που επιχειρείται με την ΑΚ 288 έχει σκοπό να «επιδράσει» επάνω στην ενοχική σχέση αλλοιώνοντας/μεταβάλλοντας το περιεχόμενό της κατά το «δέον»<sup>13</sup>. Αντίθετα, η ΑΚ 200 δεν αποσκοπεί στην αλλοίωση μιας ενοχικής σχέσης αλλά στην εύρεση του αληθούς περιεχομένου της.

Κλείνοντας την ενότητα αυτή να υπενθυμίσουμε πως η ΑΚ 288 δεν είναι παρά μια γενική ρήτρα που πολλές φορές βρίσκει εξειδίκευση μέσα στις ίδιες τις νομοθετικές διατάξεις<sup>14</sup> οι οποίες άλλοτε απλά την εξειδικεύουν (πρβλ. ΑΚ 388) και άλλοτε επεκτείνουν την εφαρμογή της και εκτός της ενοχής (πρβλ. ΑΚ 178 και ΑΚ 179 για τις δικαιοπράξεις ή ΑΚ 197 για το προσυμβατικό πταίσμα κ.α.).<sup>15</sup> Αυτό που αξίζει να ειπωθεί εδώ και που αναπτύσσει πρακτικές συνέπειες είναι ότι όλες αυτές οι επιμέρους διατάξεις εξαιτίας του ότι προκύπτουν από την αναγκαστικού δικαίου διάταξη της ΑΚ 288, αναπτύσσουν και αυτές αναγκαστικό χαρακτήρα αναγόμενες σε κανόνες δημοσίας τάξεως με σκοπό την προστασία του εκάστοτε ασθενέστερου συμβαλλομένου, βάσει της σημαντικής αρχής της εύνοιας του αδυνάμου, που διατρέχει εν συνόλω το ενοχικό δίκαιο.

### **Η λειτουργία της ΑΚ 288 ως «(παράγοντας) εξισορρόπησης κοινωνικών ανισοτήτων»<sup>16</sup> και οι Γενικοί Όροι Συναλλαγών**

Λέγεται για την ΑΚ 288 πως «αποτελεί μέσο για να εισχωρήσει περισσότερη δικαιοσύνη στις συναλλαγές και να προστατευθεί ο ασθενέστερος συναλλασσόμενος»<sup>17</sup>. Αυτό βεβαίως δεν μπορεί να σημαίνει ότι το δίκαιο αφ' εαυτού μπορεί, χωρίς να συντρέχει ιδιαίτερος λόγος, να παρέμβει σε μία συμφωνία καθιστώντας την ευνοϊκή για τον πιο αδύναμο συμβαλλόμενο. Δεν μπορεί π.χ. ένας δι-

καστής να χρησιμοποιεί την ΑΚ 288 ως πανάκεια προκειμένου να επέμβει σε μία σύμβαση μίσθωσης ακινήτου μεταξύ ενός γαιοκτήμονος και ενός απόρου μειώνοντας το μίσθωμα σε ανορθολογικά χαμηλό για τις συναλλαγές ύψος απλά και μόνο λόγω της οικονομικής ανισότητας των δύο συναλλασσόμενων που προϋπήρχε ήδη της συμφωνίας, καθώς κάτι τέτοιο θα αντέκειτο καταφανώς προς την φιλελεύθερη δομή του Δικαίου μας. Πότε όμως συντρέχει λόγος που να δικαιολογεί την παρέμβαση του δικαστή προκειμένου να διαστείλει, να αλλοιώσει ή να καταργήσει<sup>18</sup> την ενοχική σχέση υπέρ του εκάστοτε ασθενέστερου συμβαλλομένου; Είναι γεγονός πως οι περιπτώσεις που μπορεί να τεθεί σε λειτουργία η ΑΚ 288 ανέρχονται σε πληθώρα, πράγμα που καθιστά αδύνατη την παρουσία όλων αυτών στα όρια του παρόντος<sup>19</sup>. Παρόλα αυτά δεδομένης της κυριαρχίας των μαζικών συναλλαγών στις μέρες μας πιστεύουμε πως αξίζει μια ταχεία αναφορά στην περίπτωση των Γενικών Όρων Συναλλαγών (Γ.Ο.Σ.), στην *ratio* καθώς και στον τρόπο παρέμβασης της ρήτρας της καλόπιστης εκπλήρωσης της παροχής στις συμφωνίες που τους εμπεριέχουν.

Κατά την σύγχρονη αντίληψη, αυτό που καθιστά μια συμφωνία εμπίπτουσα στον έλεγχο της ΑΚ 288 ή όχι δεν είναι τόσο το δίκαιο ή άδικο αποτέλεσμα της συμφωνίας αυτής για το ένα ή το άλλο μέρος αλλά το κατά πόσον κάθε ένα εξ αυτών είχε την πραγματική δυνατότητα να φτάσει στο αποτέλεσμα αυτό, να διαπραγματευθεί δηλαδή τους όρους της σύμβασης<sup>20</sup>. Παράγοντες, όπως η έλλειψη εναλλακτικών λύσεων για τον συναλλασσόμενο λόγω της λειτουργίας της αγοράς και του ανταγωνισμού, το έλλειμμα γνώσεων ή οργάνωσης στον μέσο καθημερινό συναλλασσόμενο-καταναλωτή

<sup>12</sup> Γενικά για το ζήτημα της σχέσης ΑΚ 288 και ΑΚ 280 βλ. αναλυτικά Ν. Παπαντωνίου, *ό.π.*, σ. 142 επ.

<sup>13</sup> Ν. Παπαντωνίου, *ό.π.*, σ. 144

<sup>14</sup> Γ. Δέλλιος, Καλή πίστη και Γενικοί Όροι Συναλλαγών, Νομικό Βήμα, 2003, σ.224

<sup>15</sup> Μιχ. Σταθόπουλος, *ό.π.*, σ. 94

<sup>16</sup> Όπως ακριβώς Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 194

<sup>17</sup> Μιχ. Σταθόπουλος, *ό.π.*, σ. 86

<sup>18</sup> Επισημαίνεται πως η ίδρυση νέας κύριας ενοχικής σχέσης είναι αδύνατο να λάβει χώρα στα πλαίσια της ΑΚ 288, βλ. αναλυτικά Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 193-194

<sup>19</sup> Βλ. αναλυτικά για περιπτωσιολογία λειτουργιών της ΑΚ 288 Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 198 επ., Μιχ. Σταθόπουλος, *ό.π.*, σ. 95 επ., Ν. Παπαντωνίου, *ό.π.*, σ. 144 επ.

<sup>20</sup> Γ. Δέλλιος, *ό.π.*, σ. 220

Ν. Παπαντωνίου, *ό.π.*, σ. 152 επ.: Αξίζει να επισημανθεί ότι η παραδοχή αυτή δεν ισχύει μόνο στους ΓΟΣ, το ίδιο παρατηρούμε σχεδόν σε κάθε σύμβαση όπου το ένα μέρος βρίσκεται σε σχέση υπεροχής με το άλλο (βλ εργασιακές σχέσεις κλπ.)

καθώς και η έλλειψη ορθολογικής συμπεριφοράς καθιστούν το ένα μέρος ανίσχυρο και αναγκαιώς υποκείμενο στους ΓΟΣ που θέτει ο ισχυρός συναλλασσόμενος εκμεταλλευόμενος τις ως άνω αδυναμίες του πελάτη<sup>21</sup>. Ο τελευταίος, εμπιστευόμενος το ισχυρό μέρος βασιζόμενος στη μαζικότητα των συναλλαγών που συνάπτονται καθημερινά, κινδυνεύει να εμπέσει σε διάψευση της εμπιστοσύνης και των προσδοκιών του. Αυτή ακριβώς η διάψευση της εμπιστοσύνης του πελάτη είναι που ενεργοποιεί τον μηχανισμό ελέγχου των ΓΟΣ για καταχρηστικότητα (άρθρο 2 παρ.6 ν.2251/94) αναλόγως και της ελλειμματικής θέσης του πελάτη σε σχέση με το ισχυρό μέρος. Στις περιπτώσεις που η παραπάνω ειδική διάταξη δεν έχει εφαρμογή (π.χ. στην περίπτωση ενός μεσάζοντα εμπόρου που βάλλεται από τους ΓΟΣ της προμηθεύτριας του πολυεθνικής) λαμβάνει χώρα η αναλογική εφαρμογή της βάσει πλέον της ΑΚ 288 ως γενικότερης διάταξης-«ομπρέλας».<sup>22</sup>

Με την παρουσίαση αυτή κατανοούμε εναργέστερα την λειτουργία της καλής πίστης ως καταργητικής μιας ενοχικής σχέσης που πάσχει από έλλειμμα «εντιμότητας» και ως αποκαταστατική της κοινωνικής δικαιοσύνης που αναφερθήκαμε πιο πάνω.

### Η προβληματική της απόσπασης από την ΑΚ 288-Οι περιορισμοί

Ήδη έχει τονιστεί πως η ΑΚ 288 θεσπίζει κανόνα αναγκαστικού δικαίου, κανόνα δηλαδή από τον οποίο δεν μπορούν να αποσπασθούν τα μέρη με τη δικαιοπρακτική τους βούληση<sup>23</sup>. Υποστηρίζεται επομένως χωρίς διαφωνίες πως *a priori* και γενική παραίτηση από τα δικαιώματα που παρέχει αυτή είναι άκυρη. Επίσης, πλήρης συμφωνία υπάρχει για την περίπτωση παραίτησης από ήδη γεννημένο

από την ΑΚ288 δικαίωμα (*a posteriori* παραίτηση). Κάτι τέτοιο επίσης γίνεται δεκτό, αφού αποτελεί διάθεση υπάρχοντος περιουσιακού δικαιώματος, με μόνο όριο την αντίθεση στα χρηστά ήθη<sup>24</sup>. Το ζήτημα που γεννάται είναι η *a priori* ρύθμιση συγκεκριμένου ζητήματος που τυχόν θα ανακύψει στην πορεία της σύμβασης<sup>25</sup>. Μια γενική απάντηση σε αυτό το ζήτημα δεν είναι δυνατή. Επιμέρους όψεις του πρέπει να διερευνηθούν, ιδίως η φύση μιας τέτοιας συμφωνίας (έννοια της «κατανομής κινδύνου»), τα όρια μιας τέτοιας συμφωνίας και εντέλει οι προϋποθέσεις του επιτρεπτού μιας τέτοιας συμφωνίας.

Το επιτρεπτό μιας τέτοιας συμφωνίας «ειδικής παραίτησης» έχει απασχολήσει έντονα τη θεωρία, η οποία μάλλον την κάνει δεκτή με διαφορετικούς βαθμούς αυστηρότητας: ο Αστ. Γεωργιάδης θεωρεί ότι τυχόν διαφορετική ρύθμιση συγκεκριμένου ζητήματος από τα μέρη με τρόπο αντίθετο από αυτόν στον οποίο θα κατέληγε ο δικαστής απουσία της ειδικής συμφωνίας δυνάμει της ΑΚ 288, είναι ισχυρή και υπερισχύει τυχόν διαφορετικής ρύθμισης του θέματος δυνάμει της ΑΚ 288. Ως επιχείρημα, προτάσσεται η συμβατική ελευθερία, που δεν κρίνεται «αρχή δευτερευούσης σημασίας» σε σχέση με την αρχή της καλής πίστης<sup>26</sup>. Με άλλα λόγια, τέτοια ειδική συμφωνία είναι καταρχήν ισχυρή, αν φυσικά είναι αρκετά ορισμένη, ώστε να μη συνιστά γενική παραίτηση και δεν παραβιάζει τα άκρα όρια των ΑΚ174 και ΑΚ178.

Αντίθετη άποψη, από πλευράς αυστηρότητας, υιοθετεί ο Μιχ. Σταθόπουλος: προκύπτει ότι θεωρεί συμφωνία που οδηγεί σε διαφορετικό αποτέλεσμα από το αποτέλεσμα της ΑΚ 288 καταρχήν άκυρη, ενόψει της κοινωνικής στόχευσης του Ενοχικού Δικαίου. Κατ' εξαίρεση δέχεται τέτοια συμφωνία ως έγκυρη αν αποτελεί «ανάληψη κινδύνου» από πλευράς του αντισυμβαλλομένου-ισχυρού μέρους, ενόψει και του σκοπού της σύμβασης<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Κατά τον καθηγητή κ. Γ. Δέλλιο τα παραπάνω κριτήρια-δείκτες της ελλειμματικής θέσης του συναλλασσόμενου βασίζονται σε ένα σύστημα διατάξεων (ΑΚ 281, 371, 288, 371, 179 κλπ.) κινούμενα προς την αντίληψη της προστασίας της εμπιστοσύνης του αδύναμου μέρους στη σύμβαση και άρα κρίνονται έγκυρα για να θεμελιώσουν την καταχρηστικότητα των όρων. Βλ. αναλυτικά για το θέμα Γ. Δέλλιος, *ό.π.*, σ. 223 επ.

<sup>22</sup> Γ. Δέλλιος, *ό.π.*, σ. 230 επ.

<sup>23</sup> Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 17-18, όπου αναφέρεται στην ΑΚ 288 ως «εγγενές όριο της συμβατικής ελευθερίας» κατά ΑΚ 361.

<sup>24</sup> Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 195, με παραπομπή του ιδίου στον Αστ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 382, που λέει ακριβώς το ίδιο σχετικά με τη γενική *a priori* και την *a posteriori* παραίτηση. Πλήρως σύμφωνος και ο Μιχ. Σταθόπουλος, *ό.π.*, σ. 93, όπου αναφέρει την ΑΚ 3 ως λόγο ακυρότητας της *a priori* γενικής παραίτησης

<sup>25</sup> Αστ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 382-383 και Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 195

<sup>26</sup> Αστ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 382-383, με περαιτέρω παραπομπές.

<sup>27</sup> Μιχ. Σταθόπουλος, *ό.π.*, σ. 93, όπου θέτει εύγλωττα ως όρο ισχύος τέτοιας συμφωνίας ότι η

Ενόψει της διάστασης απόψεων, και της αναφοράς μερίδας των συγγραφέων σε «κατανομή κινδύνου», πρέπει να διακρίνουμε δύο είδη τέτοιων περιοριστικών της ΑΚ288 συμφωνιών: αφενός συμφωνία για *a priori* παραίτηση από συγκεκριμένη αξίωση (πχ από αξίωση αναπροσαρμογής του μισθώματος για οποιοδήποτε λόγο), όπως μάλλον την εννοεί ο Αστ. Γεωργιάδης, αφετέρου συμφωνία κατανομής κινδύνου, όπως αναφέρουν συγγραφείς, μεταξύ των οποίων ο Απ. Γεωργιάδης και ο Μιχ. Σταθόπουλος.

Καταλήγουμε λοιπόν στην ανάγκη εξειδίκευσης της έννοιας «συμφωνία κατανομής κινδύνου». Μια τέτοια συμφωνία έχει ένα κυρίαρχο χαρακτηριστικό: συνάπτεται και αναφέρεται σε ένα πιθανό γεγονός, σε έναν κίνδυνο<sup>28</sup>, και όχι σε μια συγκεκριμένη αξίωση της ΑΚ288 που τυχόν θα γεννηθεί. Κίνδυνος γενικά στο Ενοχικό Δίκαιο ορίζεται ως το ζήτημα του «ποιο μέρος θα υποστεί τη ζημία από την τυχαία καταστροφή ή χειροτέρευση του πράγματος»<sup>29</sup>. Ενόψει της ΑΚ288, ως κίνδυνος θα πρέπει να θεωρηθεί γενικότερα το ρίσκο ζημίας από μεταβολή των συνθηκών που δικαιολογεί την εφαρμογή της ΑΚ288<sup>30</sup>. Ως παράδειγμα να αναφέρουμε ότι σε μια σύμβαση μίσθωσης, τίθεται όρος στο μισθωτήριο ότι «ο μισθωτής αναλαμβάνει τον κίνδυνο μείωσης των εμπορικών αξιών της περιοχής». Τέτοιος όρος ρυθμίζει μόνο την περίπτωση μείωσης των εμπορικών αξιών, στην οποία περίπτωση ο μισθωτής συμφωνεί ότι δεν δικαιούται να ζητήσει πχ αναπροσαρμογή μισθώματος. Σε άλλη περίπτωση, όπως πχ με τον χαρακτηρισμό της περιοχής ως βιομηχανικής χωρίς μείωση των εμπορικών αξιών, ο μισθωτής έχει αξίωση από την ΑΚ288 για αναπροσαρμογή του μισθώματος. Βλέπουμε ότι ο μισθωτής αναλαμβάνει το ρίσκο να υποστεί τις κακές συνέπειες ενός συγκεκριμένου γεγονότος (πτώση εμπορικών αξιών), πράγμα που αποκλείει τυχόν αντίθετες αξιώσεις του. Περαιτέρω, η συμφωνία αυτή θα πρέπει μάλλον να αναφέρει και τις περιστάσεις που πραγματώνουν τον κίνδυνο (στο παράδειγμά μας με τις εμπορικές αξίες, είναι προφανές ποια περιστατικά το πραγματώνουν. Μία ρήτρα όμως ότι πχ «ο μισθωτής αναλαμβάνει τον κίν-

δυνο από την υποβάθμιση της περιοχής», σαφώς χρειάζεται εξειδίκευση)<sup>31</sup>. Τέλος, να σημειωθεί ότι λέγεται πως η συμφωνία αυτή πρέπει να υπηρετεί τον «σκοπό της σύμβασης»<sup>32</sup> και να μην αποτελεί προϊόν «υποταγής στον ισχυρότερο συμβαλλόμενο», απηχώντας έτσι την ορολογία του Μιχ. Σταθόπουλου (βλέπε υποσημ. 27). Η έννοια «σκοπός της σύμβασης» είναι εξαιρετικά νεφελώδης, αφού, δυνάμει της συμβατικής ελευθερίας, τα μέρη είναι αυτά που καθορίζουν τον σκοπό της σύμβασής τους. Αντλώντας λοιπόν επιχείρημα από τον Αστ. Γεωργιάδη, και τη γνώμη του ότι η απόσβεση της ενοχής αποτελεί εξ' ορισμού τον κοινό-ενοποιητικό σκοπό της σύμβασης (βλ υποσημ. 6), θα αποπειραθούμε να προτείνουμε ότι όρος αντίθετος με τον σκοπό της σύμβασης είναι κάθε όρος που αντί να διευκολύνει την ομαλή και δίκαιη εκπλήρωση της σύμβασης, στοχεύει στο να τη διαιωνίσει ή να καταστήσει την απόσβεσή της πρακτικά αδύνατη σε βάρος του ενός μέρους.

### Αντί επιλόγου

Καταλήγοντας, θεωρούμε μάλλον ορθότερη τη γνώμη ότι *a priori* ειδική παραίτηση από συγκεκριμένη αξίωση μάλλον δεν θα πρέπει να γίνει δεκτή. Αντίθετα, συμφωνία ανάληψης κινδύνου από το ένα μέρος με αρκετή εξειδίκευση και σύμφωνη με τον σκοπό της σύμβασης πρέπει να θεωρηθεί ως ισχυρή και υπερισχύουσα στο συγκεκριμένο μόνο θέμα της ΑΚ 288. Φυσικά, η ΑΚ 288 και όπως αυτή εξειδικεύεται από τον νομοθέτη στα επιμέρους άρθρα του ΑΚ και στον νόμο για τον καταναλωτή παραμένει πάντοτε στον ορίζοντα ως *ultimum refugium* για να αξιολογήσει τις συμφωνίες αυτές για το κατά πόσο υπερβαίνουν ή όχι τους περιορισμούς που θέτει η καλή πίστη, όπως τους παραθέσαμε παραπάνω.

συμφωνία δεν αποτελεί «υποταγή του μέρους στον ισχυρότερο αντισυμβαλλόμενο».

<sup>28</sup> Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 195.

<sup>29</sup> Αστ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 175

<sup>30</sup> Αυτό φαίνεται να απηχεί ο Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 368

<sup>31</sup> Απ. Γεωργιάδης, *ό.π.*, σ. 368, με παραπομπές στον Αντ. Καραμπατζό, «Απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση», Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006.

<sup>32</sup> Βλ. Απ. Γεωργιάδης, «Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος», σελ 368, με παραπομπές στον Αντ. Καραμπατζό, «Απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση».

## Συναινετικό διαζύγιο στα χέρια του συμβολαιογράφου

Οικονόμου Κωνσταντίνα  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Ο νόμος 4509/2017 αποτελεί έναν νόμο-σταθμό στην εξέλιξη του οικογενειακού δικαίου τροποποιώντας συλλήβδην την διαδικασία του συναινετικού διαζυγίου και ενισχύοντας το στοιχείο της ιδιωτικής αυτονομίας, το οποίο θα πρέπει να κυριαρχεί σε αυτό τον κλάδο δικαίου.»**

### Εισαγωγή

Ο νόμος 4509/2017 που δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ Α' 201/22.12.2017) επιφέρει μια σημαίνουσα αλλαγή στην εξέλιξη του οικογενειακού δικαίου και πιο συγκεκριμένα στη λύση του γάμου. Το οικογενειακό δίκαιο αποτελεί κλάδο του ιδιωτικού δικαίου, ο οποίος συγκεντρώνει το ενδιαφέρον του κράτους λόγω της σημασίας του στη ζωή του ατόμου. Ο νόμος αυτός ενισχύει το στοιχείο της ιδιωτικής αυτονομίας εισάγοντας νέους όρους στο άρθρο 1441 ΑΚ για την επίτευξη του συναινετικού διαζυγίου χωρίς την επικύρωση της συζυγικής συμφωνίας από το δικαστήριο. Με αυτόν τον τρόπο, επιτυγχάνεται πλέον αφενός η ταχύτερη και απλούστερη εξέλιξη της διαδικασίας, αφετέρου η αποσυμφόρηση των δικαστηρίων, καθώς τα διαζύγια αποτελούν συνήθεις επίδικες υποθέσεις.

Το νέο άρθρο 1441 ΑΚ εισάγει την προσφυγή στο συμβολαιογράφο για την κατάρτιση συναινετικού διαζυγίου υπό συγκεκριμένους όρους, οι οποίοι αποτελούν δεσμευτικούς κανόνες δικαίου. Τα στοιχεία στα οποία αναφέρεται το εν λόγω άρθρο είναι τα εξής: Η έγγραφη συμφωνία των συζύγων για την λύση του γάμου τους, η έγγραφη συμφωνία τους για την επιμέλεια, την επικοινωνία και τη διατροφή των ανήλικων τέκνων τους (εάν υπάρχουν) και η συμβολαιογραφική πράξη.

### Έγγραφη συμφωνία για τη λύση του γάμου

Μετά το νόμο 4509/2017 η συμφωνία για διάλυση υποβάλλεται στο συμβολαιογράφο και ως εκ τούτου αποκτά έναν αμιγώς δικαιοπρακτικό χα-

ρακτήρα. Οι εξωτερικευμένες βουλήσεις των δύο συζύγων κατευθύνονται στην επίτευξη του ίδιου έννομου αποτελέσματος της λύσης του γάμου, το οποίο εξαρτάται μόνον από τις συναινέσεις τους. Ο νέος νόμος ορίζει ότι η εν λόγω σύμβαση μπορεί να καταρτιστεί οποτεδήποτε καταργώντας τοιούτοτρόπως το προαπαιτούμενο της προηγούμενης διάρκειας του εξαμήνου που ίσχυε πριν από αυτόν<sup>1</sup>.

Επιπρόσθετα, με το νέο άρθρο 1441 ΑΚ για την σύναψη της συμφωνίας απαιτείται η παρουσία και η υπογραφή αφενός των συζύγων, αφετέρου των πληρεξούσιων δικηγόρων τους. Σε περίπτωση που οι τελευταίοι έχουν λάβει ειδικό πληρεξούσιο μέσα στον τελευταίο μήνα δύναται να υπογράψουν μόνο αυτοί. (1441 ΑΚ «Οι σύζυγοι μπορούν με έγγραφη συμφωνία να λύσουν το γάμο τους. Η συμφωνία αυτή συνάπτεται μεταξύ των συζύγων με την παρουσία πληρεξούσιου δικηγόρου για καθέναν από αυτούς και υπογράφεται από τους ίδιους και από τους πληρεξούσιους δικηγόρους τους ή μόνον από τους τελευταίους, εφόσον είναι εφοδιασμένοι με ειδικό πληρεξούσιο. Η πληρεξουσιότητα πρέπει να έχει δοθεί μέσα στον τελευταίο μήνα πριν από την υπογραφή της συμφωνίας»)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Συμβολαιογραφικός Σύλλογος Εφετείων Αθηνών- Πειραιώς- Αιγαίου και Δωδεκανήσου, Συναινετικό Διαζύγιο (Νόμος 4509/2017, άρθρο 22), Διαθέσιμο στο <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/synainetiko-diazugio-analytik-es- plirofories-apo-ton-symvolaioγραφiko-syllogo>

<sup>2</sup> Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ.224.

Ο δικαιοπρακτικός χαρακτήρας της συμφωνίας, όπως διαμορφώνεται με το νόμο 4509, δημιουργεί ερωτήματα ως προς την ικανότητα των μερών. Αξίζει να διευκρινιστεί ότι σε αυτή την περίπτωση δεν χρήζουν εφαρμογής οι γενικές διατάξεις για τις δικαιοπραξίες, αλλά εκείνες για την ειδική δικαιοπρακτική ικανότητα για τη σύναψη του γάμου (ΑΚ 1351, 1352, 1373 αρ. 4).

Ως εκ τούτου, ζήτημα γεννάται εάν είναι εφικτή η σύναψη συναινετικού διαζυγίου, εφόσον ένας από τους δύο συζύγους έχει τεθεί μετά τη σύναψη του γάμου σε πλήρη στερητική δικαστική συμπαράσταση (1351 και 128 ΑΚ) ή σε μερική δικαστική συμπαράσταση, η οποία περιλαμβάνει και το συναινετικό διαζύγιο (1351 και 129 αρ.2). Ερμηνευτικά, γίνεται δεκτή μια ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 1682 και 1621 ΑΚ, σύμφωνα με τα οποία ο δικαστικά συμπαραστατούμενος εκπροσωπείται από το δικαστικό του συμπαραστάτη με άδεια του εποπτικού συμβουλίου. Όσον αφορά στους επικουρικά συμπαραστατούμενους, δεν απαιτείται συναίνεση του συμπαραστάτη τους λόγω ανάλογης εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 594 ΚπολΔ<sup>3</sup>.

Επίσης, οι σύζυγοι δεν μπορούν να συνάψουν την συμφωνία του άρθρου 1441 ΑΚ, εάν την συγκεκριμένη χρονική στιγμή είτε δεν έχουν συνείδηση των πράξεών τους, είτε βρίσκονται σε ψυχική ή διανοητική διαταραχή που περιορίζει αποφασιστικά τη λειτουργία της βούλησης (131 ΑΚ). Προκειμένου να προσπελαστεί αυτό το εμπόδιο, οι σύζυγοι μπορούν να επιδιώξουν να τεθούν σε στερητική δικαστική συμπαράσταση ή να περιμένουν να παρέλθει αυτή η δυσμενής κατάσταση.

Ένα άλλο ζήτημα που ανακύπτει λόγω του δικαιοπρακτικού χαρακτήρα της συμφωνίας είναι η δυνατότητα προσθήκης αιρέσεων ή προθεσμιών στις δηλώσεις βουλήσεως των συζύγων. Λαμβάνοντας υπόψη την σοβαρότητα του συναινετικού διαζυγίου και τη γενική αρχή του οικογενειακού δικαίου για ταχύτατη επίλυση των εκκρεμών υποθέσεων λόγω του ιδιωτικού τους χαρακτήρα, γίνεται δεκτό ότι δε χωρεί προσθήκη αιρέσεων και προθεσμιών στο συναινετικό διαζύγιο<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Κωνσταντίνος Κατσανέβας, Οδηγός για συναινετικό διαζύγιο, δικαιολογητικά, υποδείγματα, Διαθέσιμο στο <http://www.eanda.gr/nomiki-epikairoitita/odigos-gia-synainetiko-diazygio-dikaiologitika-ypodeigmata>.

<sup>4</sup> Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δί-

### **Έγγραφο συμφωνία για την επιμέλεια, την επικοινωνία και τη διατροφή των ανήλικων τέκνων**

Το νέο άρθρο 1441 στην δεύτερη παράγραφο ορίζει ότι για το συναινετικό διαζύγιο οι γονείς υποχρεούνται να έχουν συμφωνήσει εγγράφως για την επιμέλεια, την επικοινωνία και τη διατροφή των τυχόν ανήλικων τέκνων τους. Η συμφωνία αυτή μπορεί είτε να συμπεριληφθεί στην συμφωνία για διάζευξη είτε να γίνει με ξεχωριστό έγγραφο και η ισχύς της ορίζεται στα δύο έτη τουλάχιστον (1441 παρ.2 ΑΚ: «Αν υπάρχουν ανήλικα τέκνα, για να λυθεί ο γάμος πρέπει να ρυθμίζεται η επιμέλεια τους, η επικοινωνία με αυτά και η διατροφή τους, με την ίδια ή με άλλη έγγραφη συμφωνία μεταξύ των συζύγων, που υπογράφεται όπως ορίζεται στην παράγραφο 1 και ισχύει για δύο έτη τουλάχιστον»). Σε κάθε περίπτωση ισχύουν τα προαναφερθέντα για τη διαδικασία υπογραφής της, όπως ακριβώς στη συμφωνία της διάζευξης (1441 παράγραφος 1 ΑΚ), στην οποία παραπέμπει η διάταξη<sup>5</sup>.

Πρωταρχικός σκοπός της εν λόγω διάταξης είναι η διασφάλιση των συμφερόντων των ανήλικων παιδιών με τη συναίνεση των γονέων τους πάνω σε σημαντικά ζητήματα. Παράλληλα, οι γονείς δεσμεύονται για την τήρηση μιας συγκεκριμένης συμπεριφοράς, η οποία εξαρχής συμφωνείται με τη λύση του γάμου τους. Επομένως, εάν προσφύγουν αργότερα στο δικαστήριο για θέμα που αναφέρεται στα παιδιά τους, το δικαστήριο διευκολύνεται σημαντικά στην έκδοση σχετικής απόφασης λαμβάνοντας υπόψη του τη συμφωνία του άρθρου 1441 παρ. 2 ΑΚ.

Ειδικότερα, η σύναψη της συμφωνίας κρίνεται αναγκαία όταν τη γονική μέριμνα και πιο συγκεκριμένα την επιμέλεια, ασκούν από κοινού οι γονείς (1510 ΑΚ) και δεν εφαρμόζεται κάποια άλλη εξειδικευμένη διάταξη. Δεν απαιτείται, ωστόσο, συμφωνία εάν έχει παύσει το λειτουργήμα της γονικής μέριμνας του ενός συζύγου (όπως συμβαίνει στην περίπτωση προσβολής της πατρότητας ή της μη-

καio, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ.225-226.

<sup>5</sup> Δάφνη Σιώπη, Συναινετικό Διαζύγιο ενώπιον συμβολαιογράφου: Όλες οι αλλαγές και η νέα διαδικασία, Διαθέσιμο στο <https://www.siopi-law.gr/post/183-synainetiko-diazygio-enopion-symbolaiografoy-oles-oi-allages-kai-i-nea-diadikasia>.

τρότητας του/της συζύγου ως προς το συγκεκριμένο παιδί πριν από το διαζύγιο) ή εάν έχει αφαιρεθεί από τον ένα σύζυγο η άσκηση της (όπως στην περίπτωση αφαίρεσης της λόγω κακής άσκησης της κατ' εφαρμογή του άρθρου 1532 ΑΚ). Αξίζει να παρατηρήσουμε ότι ακόμη και αν έχει αφαιρεθεί από τον ένα εκ των δύο συζύγων η άσκηση της γονικής μέριμνας, εξακολουθεί να υφίσταται η υποχρέωση των γονέων να συνάψουν συμφωνία με τη οποία θα ρυθμίζεται η επικοινωνία και η διατροφή των παιδιών τους.

Πραν τούτων, η αφαίρεση του δικαιώματος της γονικής μέριμνας από τον ένα σύζυγο δε συνεπάγεται και έκπτωση του από το δικαίωμα επικοινωνίας με τα παιδιά του. Εάν το ζήτημα της επικοινωνίας δεν έχει ρυθμιστεί με προηγούμενη δικαστική απόφαση, τότε θα πρέπει να συμπεριληφθεί στην εν λόγω συμφωνία. Το ίδιο συμβαίνει και όσον αφορά στη διατροφή των ανηλίκων. Εν ολίγοις, γίνεται δεκτό ότι απαιτείται να συμφωνηθεί με το συναινετικό διαζύγιο, μόνον εφόσον δεν έχει ρυθμιστεί προηγουμένως διαφορετικά. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η ρύθμιση της επιμέλειας βάσει των άρθρων 1514 ΑΚ ή 735 ΚΠολΔ, όταν οι σύζυγοι βρίσκονται σε διάσταση πριν από την έκδοση του διαζυγίου. Αξιοσημείωτο δε είναι το γεγονός ότι η συμφωνία του άρθρου 1441 παρ.2 δεν μπορεί να παραγάγει τα έννομα αποτελέσματα της, όταν περιλαμβάνει άλλα ζητήματα πέρα από αυτά που αναφέρονται περιοριστικά στην συγκεκριμένη διάταξη όπως είναι η διαχείριση της περιουσίας των παιδιών<sup>6</sup>.

Η έγγραφη συμφωνία για τα παιδιά έχει δικαιοπρακτικό χαρακτήρα όμοιο με αυτόν της συμφωνίας των συζύγων για διάζευξη. Γι' αυτό τον λόγο, ως προς την δικαιοπρακτική ικανότητα, τη δυνατότητα προσθήκης αιρέσεων και προθεσμιών και την ειλικρίνεια ισχύουν όσα αναλύθηκαν παραπάνω. Η ενδεχόμενη ακυρότητα της επέρχεται αυτοδικαίως σύμφωνα με το άρθρο 180 και τα τυχόν ελαττώματα της μπορούν να οδηγήσουν στην άσκηση μιας διαπλαστικής αγωγής για την ακύρωσή της.

Στο νέο άρθρο 1441 ΑΚ προβλέπεται ότι η έγγραφη συμφωνία για τα παιδιά έχει χρονική διάρκεια μεγαλύτερη των δύο ετών. Επομένως, στη συμφωνία είναι απαραίτητο να αναγράφεται και ο χρόνος για τον οποίο εκείνη θα ισχύει. Συμπληρωματικά, το άρθρο 4 της ίδιας διάταξης ορίζει ότι σε

περίπτωση που παρέλθει ο συμφωνηθείς χρόνος, οι γονείς μπορούν να συνάψουν νέα συμφωνία με την ίδια διαδικασία. Είναι σαφές πως εάν εντός της διετίας τα παιδιά ενηλικιωθούν, η συμφωνία παύει να ισχύει.

Ερωτήματα προκύπτουν ως προς τον έλεγχο σκοπιμότητας της συμφωνίας για τα παιδιά, καθώς πριν από το νόμο 4509 γινόταν δεκτό ότι το δικαστήριο είχε αυτήν την εξουσία προστατεύοντας τα συμφέροντα των ανηλίκων. Με την κατάργηση όμως της μεσολάβησης του δικαστηρίου για την έκδοση του συναινετικού διαζυγίου η δυνατότητα αυτή παύει πλέον να υφίσταται. Είναι φανερό ότι ο συμβολαιογράφος δεν είναι σε θέση να ελέγξει την σκοπιμότητα της συμφωνίας, καθώς οι σύζυγοι μπορούν να επιλέξουν όποιον συμβολαιογράφο επιθυμούν. Με το νέο νόμο, ο οποίος κατατείνει στην ενίσχυση της ιδιωτικής αυτονομίας στο οικογενειακό δίκαιο, εναπόκειται στους γονείς να αποφασίσουν το ουσιαστικό περιεχόμενο της συμφωνίας με γνώμονα το συμφέρον του παιδιού. Και αν αυτό δε συμβεί, μένει το συμφέρον του ανηλίκου απροστάτευτο; Η απάντηση είναι προφανώς και όχι, καθώς υπάρχει η δυνατότητα της δικαστικής οδού λόγω κακής άσκησης της γονικής μέριμνας του άρθρου 1532 ΑΚ, το οποίο μπορούν να επικαλεστούν και τρίτα πρόσωπα και ο εισαγγελέας αυτεπάγγελα<sup>7</sup>.

### Συμβολαιογραφική πράξη

Η έγγραφη συμφωνία για τη διάζευξη, καθώς και η συμφωνία για τα ανήλικα τέκνα τους καταρτίζονται και υπογράφονται όπως προβλέπεται στο άρθρο 1441 ΑΚ, το οποίο περιέχει ρυθμίσεις αναγκαστικού δικαίου. Σε περίπτωση που οι σύζυγοι δεν έχουν παιδιά, αντικείμενο της συμβολαιογραφικής πράξης είναι η επικύρωση της συμφωνίας για διάζευξη και η βεβαίωση της λύσης του γάμου με την ενσωμάτωση της συμφωνίας στην εν λόγω πράξη (1441 παρ.4 ΑΚ). Εάν υπάρχουν ανήλικα παιδιά, τότε ο συμβολαιογράφος επικυρώνει και τη συμφωνία για αυτά, ανεξάρτητα από το αν έχει καταρτιστεί στο ίδιο ή σε ξεχωριστό έγγραφο<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 231-232.

<sup>8</sup> Συμβολαιογραφικός Σύλλογος Εφετείων Αθηνών- Πειραιώς- Αιγαίου και Δωδεκανήσου, Συναινετικό Διαζύγιο (Νόμος 4509/2017, άρθρο 22), Διαθέσιμο στο <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/>

<sup>6</sup> Κουνουγέρη- Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 230.

Από τη στιγμή που υπογράφονται από τους συζύγους και τους πληρεξούσιους δικηγόρους τους ή μόνο από τους τελευταίους με ειδικό πληρεξούσιο, ο συμβολαιογράφος μετά την πάροδο δέκα ημερών από τη σύναψη, καταρτίζει τη συμβολαιογραφική πράξη του συναινετικού διαζυγίου<sup>9</sup>. Σύμφωνα με το άρθρο 1441 παρ.3β ΑΚ, η ημερομηνία της έγγραφης συμφωνίας αποδεικνύεται με βεβαίωση του γνησίου της υπογραφής των συζύγων (και όχι των δικηγόρων τους) από τη γραμματεία του ειρηνοδίκειου της έδρας του συμβολαιογράφου που θα συντάξει τη συμβολαιογραφική πράξη.

Όσον αφορά στα αποτελέσματα που επέρχονται με τη συμβολαιογραφική πράξη πρέπει να συντρέξουν ορισμένοι όροι. Κατά το άρθρο 1441 παρ.5 ΑΚ η λύση του γάμου επέρχεται με την κατάθεση αντιγράφου της συμβολαιογραφικής πράξης στο ληξιαρχείο όπου έχει καταχωρισθεί η σύσταση του γάμου. Πρόκειται σαφώς για μια διατύπωση δημοσιότητας, την οποία εξυπηρετούσε πριν το νόμο 4509 η δικαστική απόφαση.

Η διάταξη 22 παρ.4 του νόμου, η οποία δεν έχει περιληφθεί στο άρθρο 1441 ΑΚ, προβλέπει την πνευματική λύση του γάμου, η οποία παραγγέλλεται στη Μητρόπολη από τον αρμόδιο εισαγγελέα πρωτοδικών έπειτα από αίτηση εκείνου που έχει έννομο συμφέρον και επισυνάπτεται αντίγραφο της συμβολαιογραφικής πράξης. Η Μητρόπολη, στην οποία ανήκει ο ναός όπου είχε συναφθεί ο γάμος, είναι υποχρεωμένη κατόπιν τούτου να προβεί στην πνευματική λύση. Σε κάθε περίπτωση η παράλειψη της πνευματικής λύσης δεν έχει καμία επίδραση στο κύρος της συμφωνίας για τη λύση του θρησκευτικού γάμου. Η ρύθμιση του νέου άρθρου 1441 ΑΚ, άλλωστε, δε διαχωρίζει τη διαδικασία για το θρησκευτικό και τον πολιτικό γάμο. Παρά τη συμπερίληψη της πνευματικής λύσης του γάμου σε νόμο της Πολιτείας, ο νομοθέτης δεν επεδίωξε να αυξήσει την σημασία της σε χώρους εκτός Εκκλησίας<sup>10</sup>.

Η μετατροπή της διαδικασίας του συναινετικού διαζυγίου από δικαστική σε συμβολαιογραφική εί-

ναι συνδεδεμένη με ορισμένες συνέπειες ως προς τον τηρούμενο τύπο. Άρα, σε διατάξεις του ΑΚ, στις οποίες αναφέρεται το αμετάκλητο της δικαστικής απόφασης της λύσης του γάμου θα πρέπει να προστίθεται και η κατάθεση του αντιγράφου της συμβολαιογραφικής πράξης για τη συναινετική λύση του γάμου στο ληξιαρχείο. Επίσης, όποια διάταξη περιέχει τους όρους αγωγή διαζυγίου και επίδοση της αγωγής, όπως συμβαίνει στα άρθρα 1402 ΑΚ και 1411 ΑΚ αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνεται η ερμηνευτική προσθήκη της κατάρτισης της έγγραφης συζυγικής συμφωνίας για το συναινετικό διαζύγιο κατά το άρθρο 1441 ΑΚ.

Μία ενδιαφέρουσα τροποποίηση που επέφερε ο νόμος 4509 και αφορά τόσο στο οικογενειακό, αλλά και στο ποινικό δίκαιο είναι το νέο άρθρο 358 ΠΚ. Με το εν λόγω άρθρο, όπως αυτό αναθεωρήθηκε, τιμωρείται ρητά α) η κακόβουλη παραβίαση της υποχρέωσης διατροφής, που έχει επιβληθεί από το νόμο και έχει αναγνωριστεί, έστω και προσωρινά, από το δικαστήριο ή προκύπτει από συμφωνία που έχει επικυρώσει ο συμβολαιογράφος κατά το άρθρο 1441 ΑΚ και β) η μη συμμόρφωση σε συμφωνία που επικυρώθηκε από συμβολαιογράφο κατά το άρθρο 1441 του ΑΚ και αφορά την επικοινωνία των ανήλικων τέκνων<sup>11</sup>.

## Επίλογος

Ο νόμος 4509/2017 αποτελεί έναν νόμο-σταθμό στην εξέλιξη του οικογενειακού δικαίου τροποποιώντας συλλήβδην την διαδικασία του συναινετικού διαζυγίου και ενισχύοντας το στοιχείο της ιδιωτικής αυτονομίας, το οποίο θα πρέπει να κυριαρχεί σε αυτό τον κλάδο δικαίου. Κύριο μέλημα του νομοθέτη ήταν η απόδοση στο άτομο της ελευθερίας να καθορίσει το ίδιο το περιεχόμενο της συμφωνίας για τη διάλυση και τα ανήλικα παιδιά του, ρυθμίζοντας δηλαδή τις προσωπικές του σχέσεις. Παράλληλα, η διαδικασία λύσης του γάμου καθίσταται ευκολότερη και σαφώς ταχύτερη χωρίς την παρέμβαση του ελληνικού δικαστηρίου. Ανοίγει, επομένως, ένας νέος δρόμος στη λύση του γάμου που γεννά οφέλη τόσο για το άτομο, όσο και για την ίδια την Πολιτεία.

[synainetiko-diazygio-analytikes-plirofories-apo-ton-symvolaiografiko-syllogo](#)

<sup>9</sup> Δικηγορικός Σύλλογος Θεσσαλονίκης, Διευκρινίσεις για τα συναινετικά διαζύγια, Διαθέσιμο στο <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/dieykriniseis-gia-ta-synainetika-diazygia-apo-ton-dikigoriko-syllogo-thessalonikis>

<sup>10</sup> Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 233-234.

<sup>11</sup> Ενώπιον συμβολαιογράφου τα συναινετικά διαζύγια, Διαθέσιμο στο <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/enopion-symvolaiografoy-ta-synainetika-diazygia-nees-simantikes-allages-se-kodikies>

## Διαιτησία και Διαμεσολάβηση: πρό(σ)κληση για εναλλακτική επίλυση διαφορών με νέα οπτική σε εγχώριο και διεθνές επίπεδο

Νταφούλη Θωμαΐς  
2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Οι απογοητευτικές επιδόσεις του δικαιοδοτικού μας συστήματος στην ταχύτητα έκδοσης αποφάσεων και οι έντονα συγκρουσιακές δικαστικές διαμάχες μπορούν να θεραπευθούν με τη στροφή σε ειρηνική επίλυση διαφορών, η οποία με σωστή χρήση αναμένεται να συνδράμει στην αποτελεσματικότητα της δικαιοσύνης (αποσυμφόρηση των δικαστηρίων και αποτροπή κατάχρησης δικονομικών δυνατοτήτων) και όχι να την καταπατήσει.»**

### Εισαγωγή στην ειρηνική επίλυση διαφορών

#### Σύντομη ιστορική αναδρομή

Ήδη από την αρχαιότητα και πριν δημιουργηθούν οργανωμένα συστήματα απονομής δικαιοσύνης, κατά την προσπάθεια μετάβασης από την αυτοδικία στην κρατικά οργανωμένη δικαιοδοσία, ήταν συχνή αλλά και εκ τοις πράγμασι αναγκαία η προσφυγή σε έναν τρίτο (ενδιάμεσος), συνήθως τον σοφότερο της κοινότητας (και συλλογικά σε ένα κλιμάκιο σοφών γερόντων για παράδειγμα), ή τον ανώτατο άρχοντα (πρβλ. δικαιοδοτική εξουσία βασιλέα στις ομηρικές κοινωνίες<sup>1</sup>. Κάτι τέτοιο προσιδιάζει σε μια προσπάθεια ειρηνικής επίλυσης διαφορών, στο πνεύμα της διαμεσολάβησης και διαιτησίας θα λέγαμε σήμερα. Τα βασικά μέσα εναλλακτικής επίλυσης διαφορών είναι η διαιτησία (arbitration), η διαμεσολάβηση (mediation), τα οποία θα αναλυθούν παρακάτω, οι διαπραγματεύσεις (negotiations), η συμφιλίωση (conciliation), η διευκόλυνση (facilitation), η πρώιμη ουδέτερη αξιολόγηση (early neutral evaluation-ENE ή fact finding), η απευθείας ηλεκτρονική επίλυση διαφορών (online dispute resolution - ODR) και ο συνήγορος του πολίτη (ombudsman).

<sup>1</sup> Humbert M., μτφρ. Τζαμπζής Ι., Πολιτικοί και Κοινωνικοί Θεσμοί της Αρχαιότητας, εκδ. Σάκκουλα, 2012, σ. 43-45 (παράγραφοι 50-52)

### Διαιτησία

#### Εισαγωγικές παρατηρήσεις - Σύγκριση και πλεονεκτήματά της σε σχέση με την κρατική δικαιοδοσία

Τυπικά, η διαιτησία προβλέπεται στο βιβλίο 7<sup>ο</sup> του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, στα άρθρα 867 έως 903, χωρίς να δίνεται κάποιος ορισμός του θεσμού, όπως συνάγεται όμως από το σύνολο των διατάξεων του 7<sup>ου</sup> βιβλίου, είναι η επίλυση των διαφορών από τους διαιτητές αλλά όχι από τα πολιτειακά δικαστήρια, έπειτα από συμφωνία των μερών<sup>2</sup>. Μία παράλληλη προς την πολιτειακή δικαιοσύνη δηλαδή δικαιοδοτική τάξη, όπως εύστοχα έχει παρατηρηθεί στη θεωρία αλλά και στη νομολογία<sup>3</sup>. Η βασική διαφοροποίηση από την κρατική δικαιοδοσία έγκειται ακριβώς στο είδος του αρμόδιου για την επίλυση της διαφοράς οργάνου, που στη διαιτησία είναι κάποιο τρίτο πρόσωπο, ιδιώτης

<sup>2</sup> Κεραμεύς Κ., Κονδύλης Δ., Νίκας Ν., Ερμηνεία του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας II, άρθρα 591-1054, εκδ. Σάκκουλα, 2000, σ.1635 (συνεργάτης έργου Φουστούκος Α.)

<sup>3</sup> 3057/1993 Εφετείου Αθηνών, 1996.782 ΔΕΕ και Κεραμεύς Κ., Δ 1970.304, όπως παρατίθενται στο Κεραμεύς Κ., Κονδύλης Δ., Νίκας Ν., Ερμηνεία του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας II, άρθρα 591-1054, εκδ. Σάκκουλα, 2000, σ.1635 (συνεργάτης έργου Φουστούκος Α.)



κατά κανόνα, και όχι το πολιτειακό όργανο του δικαστηρίου<sup>4</sup> («αφαίρεση» διαφορών από την κοινή πολιτειακή δικαιοσύνη<sup>5</sup>). Έχει κριθεί από τη θεωρία (έπειτα από ανάπτυξη και συμβατικής και οικονομικής θεωρίας για τη νομική της φύση<sup>6</sup>) ως *suī generis*<sup>7</sup> αλλά και ως «πολυτελής» θεσμός, δεδομένης αφενός της χρηματικής αμοιβής ένεκα ταχύτερης έκδοσης αποφάσεως<sup>8</sup> (ενδεικτικά, η απονομή δικαιοσύνης από τα τακτικά δικαστήρια είναι ιδιαίτερα χρονοβόρα, ενώ η διαδικασία ενώπιον ενός διαιτητικού δικαστηρίου δύναται να διαρκέσει το μέγιστο περίπου δύο χρόνια), με διατάξεις απορρήτου και ιδιωτικές συνεδριάσεις, αφετέρου των εξαιρετικών και περιορισμένων περιπτώσεων στις οποίες τυγχάνει εφαρμογής. Κίνητρο, εκτός από τα παραπάνω διαδικαστικά, αποτελεί και η ελαστικότητα του θεσμού έναντι της αυστηρής κρατικής δι-

καιοδοσίας, που προσφέρεται ως πεδίο ανάπτυξης της ιδιωτικής αυτονομίας κατά τις εκδηλούμενες επιταγές του ΚΠολΔ. Το πεδίο αυτό ανοίγεται στην αυτονομία των μερών και στην διαπλαστική τους εξουσία ως προς τη διαιτητική διαδικασία (κοινοποίηση - γνωστοποίηση - παράδοση εγγράφων, οριοθέτηση και αμετάβλητο αντικείμενου της δίκης, έλλειψη τύπων απόδειξης κατά 335 επ. ΚΠολΔ και δυνατότητα ορισμού των διαιτητών). Φυσικά, η διαιτησία παρουσιάζει και λειτουργικά ισοδύναμα γνωρίσματα με την κρατική δικαιοδοσία, με αναντίρρητες ομοιότητες των θεσμών. Οι διαφορές εντοπίζονται πρώτον στη φύση του δικαιοδοτού-ντος οργάνου (ελεύθερη επιλογή *ad personam* διαιτητών υπό περιορισμούς βέβαια), δεύτερον στην υποχρέωση εφαρμογής του ουσιαστικού δικαίου (ενδεχόμενη απαλλαγή και ορισμός κρίσης *ad aequo et bono*), τρίτον στην εφαρμοζόμενη διαδικασία (ελεύθερος καθορισμός από τα μέρη), πάντα με την επιφύλαξη τήρησης κυρίαρχων γενικών αρχών.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.17

<sup>5</sup> Απαλαγάκη Χ., Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας Ερμηνεία Κατ' άρθρον, 2013, σ.475 (Τριανταφυλλίδης Χ., Μπαλογιάννη Ε.)

<sup>6</sup> Επικράτηση της συμβατικής θεωρίας στο ελληνικό δίκαιο για διαιτησία ως θεσμό ιδιωτικού δικαίου, ανάλυση θεωριών Θεοχάρης Δ., Η Διαμεσολάβηση ως μέσο εναλλακτικής επίλυσης διαφορών - Κατ' άρθρο ανάλυση και ερμηνεία του Ν. 3898/2010, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ.43

<sup>7</sup> 9624/1978 Εφετείου Αθηνών, ΝοΒ 1979.1119, 1121, Καραμητσάνης Δ 1975.386, Foustoucos, Arbitrage - interne et international - en droit privé hellénique, 1976, σ.31, 55, Κουσουλής, Θεμελιώδη προβλήματα της διαιτησίας ΙΙ, 1996, σ.1-7, όπως ακριβώς Ευκλείδης/Παπαδόπουλος ΙΙ παρ.305 σ. 591-2 «διογενής δικαιοπραξία ουσιαστικού και διαδικαστικού χαρακτήρος», όπως ακριβώς παρατίθενται στο Κεραμεύς Κ., Κονδύλης Δ., Νίκας Ν., Ερμηνεία του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας ΙΙ, άρθρα 591-1054, εκδ. Σάκκουλα, 2000, σ.1636 (συνεργάτης έργου Φουσοτούκος Α.)

<sup>8</sup> Εμπειρική έρευνα του Ελληνικού Ινστιτούτου Διαιτησίας του Πανεπιστημίου Θράκης για διαιτητικές αποφάσεις του Πρωτοδικείου Αθηνών κατά τα έτη 1970-1990 ενδεικτικά κατέδειξε ότι η διαιτητική δίκη διαρκεί λιγότερο από ένα χρόνο σε ποσοστό 77,6%, ενώ μόνο σε 21,5% διαρκεί πάνω από ένα έτος (όπως ακριβώς παρατίθεται στο Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.161)

#### Σε ποιες περιπτώσεις προβλέπεται

Η διαιτησία προβλέπεται, όπως ρητά ορίζεται στα άρθρα 867επ. ΚΠολΔ, για ιδιωτικές διαφορές για τις οποίες τα μέρη συμφωνούν ελεύθερα την υπαγωγή προς επίλυση σε τρίτα πρόσωπα (ιδιώτες), αποκλείοντας την κρατική δικαιοδοσία. Η εκούσια λοιπόν διαιτησία περιλαμβάνει τα τέσσερα ακόλουθα στοιχεία που παράλληλα εγγυώνται την επιτυχή διάκρισή της από την κρατική δικαιοδοσία: ύπαρξη διαφοράς, υπαγωγή της προς επίλυση σε τρίτα πρόσωπα, ελεύθερη συμφωνία μερών και αποκλεισμός κρατικής δικαιοδοσίας.<sup>10</sup> Ουσιαστικά, περιγράφονται οι διαφορές που είναι επιδεκτικές συμφωνίας διαιτησίας (*arbitrability*). Ο όρος που χρησιμοποιείται στην ελληνική έννομη τάξη για την απόδοση της ως άνω έννοιας είναι η αντικειμενική διαιτητευσιμότητα.<sup>11</sup> Απαιτούμενη ουσιαστική προϋπόθεση μάλιστα είναι η διαφορά να επιδέχεται (αντικειμενικά και υποκειμενικά) εξου-

<sup>9</sup> Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.74-79

<sup>10</sup> Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.18 επ.

<sup>11</sup> Βασιλακάκης, Γραμματικάκη - Αλεξίου, Παπασιώπη - Πασιά, Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, έκδοση Ε', 2012, σ.476

σίας διάθεσης<sup>12</sup>, και εξαιτίας ακριβώς αυτού υποστηρίζεται σθεναρά ότι οι διαφορές οικογενειακού δικαίου καθώς και αυτές που αφορούν το δικαίωμα στην προσωπικότητα εκπίπτουν της δυνατότητας υπαγωγής σε διαιτησία, με δικαιολογητική βάση ακριβώς το ότι δεν υπάρχει αντικειμενική εξουσία διαθέσεως των εν λόγω διαφορών, με την έννοια ότι δεν αφορούν από τη φύση τους αλλοτριωτά δικαιώματα.<sup>13</sup>

Πέρα από την εκούσια αυτή διαιτησία, προβλέπονται σε άλλα νομοθετικά κείμενα κι άλλες αντίστοιχες μορφές επίλυσης διαφορών από τρίτους, χαρακτηριζόμενες μεν ως διαιτησία από το νομοθέτη, μη εμφανίζοντας δε τα στοιχεία αυτά. Εφόσον επιβάλλεται υποχρεωτικά από το νόμο η υπαγωγή της διαφοράς σε διαιτησία είναι εύλογο να γίνει λόγος για υποχρεωτική διαιτησία.<sup>14</sup> Σχετικά νομοθετήματα για παράδειγμα που διέπουν το καθεστώς των ξένων επενδύσεων περιέχουν αντίστοιχες διατάξεις.<sup>15</sup> Εδώ δεν πρόκειται σίγουρα για καθιέρωση (εκούσιας) διαιτησίας με την ανοχή του συνταγματικού νομοθέτη, αλλά για νομοθετικά επιβεβλημένη υπαγωγή σε αυτή. Ακόμη, ρητή και συνταγματική μάλιστα πρόβλεψη υποχρεωτικής διαιτησίας συναντάται στις συλλογικές διαφορές εργασίας (άρθρο 22 παρ.2 Συντάγματος) και σε επενδύσεις και προστασία κεφαλαίων εξωτερικού (έμμεσα στο άρθρο 107 Συντάγματος και άμεσα στο άρθρο 12 ν.δ. 2867/1953). Υπάρχει επίσης και η σπανιότερη μορφή της θεσμικής διαιτησίας (σε αντιδιαστολή με την πρώτη, *ad hoc* εκούσια διαιτησία), με πρόβλεψη συγκεκριμένων διαιτητικών οργανισμών. Ο θεσμός αυτός μόνιμης διαιτησίας αναπτύσσεται ιδιαίτερα στο διεθνές χώρο, με τις αποφάσεις λ.χ. του Κέντρου Ναυτιλιακής Διαιτησίας του Συνδέσμου Διαιτητών Εμπορικής Ναυτιλίας

του Λονδίνου<sup>16</sup>, να θεωρούνται αξιοσέβαστες και ισότιμες (αξιολογικά) με δικαστικές αποφάσεις.<sup>17</sup> Δυστυχώς στον ελληνικό χώρο δεν έχει παρατηρηθεί καθόλου παρόμοια δυναμική, και αναμένονται, με ορθότερη ίσως οργάνωση της θεσμικής διαιτησίας ή με κατά κάποιο τρόπο διασύνδεσή της με τη νεοεισαχθείσα διαμεσολάβηση, αντίστοιχα αποτελέσματα.

#### Διαδικασία της διαιτησίας

Σε πρακτικό επίπεδο και εν συντομία, τα στάδια συγκεκριμένα της διαιτησίας είναι τα εξής: αρχικά η έγγραφη πρόσκληση από το ένα μέρος στο άλλο για ορισμό διαιτητή, με γνωστοποίηση του εγγράφου στο διαιτητή και η ανακοίνωση εμπρόθεσμα του διαιτητή. Έπειτα η κλήση των μερών για παράσταση και ανάπτυξη των ισχυρισμών τους. Η διαδικασία καταλήγει (συνήθως και καλώς εχόντων των πραγμάτων) στην έκδοση της διαιτητικής απόφασης, της οποίας αντίγραφο παραδίδεται στα μέρη. Η διαιτητική απόφαση όπως και η δικαστική, είναι δεσμευτική, και, εάν είναι καταδικαστική, εκτελεστή<sup>18</sup>. Πρέπει να επισημανθεί ότι οι κλητεύσεις και οι κοινοποιήσεις δεν απαιτούν το γενικό τύπο που ορίζει ο ΚΠολΔ (άρθρα 39 επ.), όπως αντίστοιχα και η απόδειξη απαλλάσσεται τύπων. Αυτά κατατείνουν στην ελαστικότητα της διαιτητικής διαδικασίας και στην ισχυροποίηση των αρχών της ισότητας και της ακρόασης, με τη διαπλαστική εξουσία των μερών.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> International Arbitration Attorney - Online Resources, Διεθνής Διαιτησία, διαθέσιμες πληροφορίες στην ηλεκτρονική διεύθυνση <https://www.international-arbitration-attorney.com/el/arbitral-institutions-and-arbitration-courts/>

<sup>17</sup> Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.37

<sup>18</sup> Μαριδάκης, Εκτέλεσις, 113 πρβλ. (δικαιοδοτικά γνωρίσματα απόφασης και αντίστοιχο κύρος, παρόλη τη φύση της ως πράξη ιδιωτών) και άρθρο 118 ΚΠολΔ/1834 «διαιτητική απόφασις, τελεσιδικος καταστάσα, επιφέρει μεταξύ των διαδίκων τας συνεπείας τελεσιδικού αποφάσεως, δεν δύναται όμως να εκτελεσθή, ειμή αφού ο πρόεδρος του δικαστηρίου των πρωτοδικών αποφήνηται αυτήν εκτελεστήν»

<sup>19</sup> Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.70-73 (και αναλυτικότερα η διαδικασία)

<sup>12</sup> Κουσουλής, Θεμελιώδη προβλήματα της διαιτησίας ΙΙ, εκδ. Σάκκουλα, 1996, σ. 58

<sup>13</sup> Φουστούκος Α., Διαιτησία, (Μελέτες, Άρθρα, Παρεμβάσεις), 2000, σ.18-20

<sup>14</sup> Οικονομόπουλος Γ., Διαιτησία, Αθήνα 1937, 13 επ., 74 επ. (όπως παρατίθεται στο Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.27)

<sup>15</sup> Καλαβρός Κ., Δίκαιο της Διαιτησίας Ι. Εσωτερική Διαιτησία, τεύχος Α' εισαγωγή, εκδ. Σάκκουλα, 1993, σ.22-26 επ. αναφορά στα: ν.δ. 2687/1953, ν.4171/1961, ν. 849/1978, ν. 1116/81, ν.1262/1982, ν.1892/1990, ν. 3948/1959, ν.468/1976

## Διαμεσολάβηση

### Ορισμός - εισαγωγή στο θεσμό

Όπως προαναφέρθηκε και στην εισαγωγή, οι ρίζες της διαδικασίας υποβοηθούμενης από ουδέτερο τρίτο διαρθρωμένης διαπραγμάτευσης των εμπλεκόμενων σε μία διαφορά μερών<sup>20</sup>, εντοπίζονται ήδη στις πρώτες ανθρώπινες κοινωνίες<sup>21</sup>, με ιστορικούς να υποστηρίζουν την έναρξή της από πρώτες προϊστορικές περιόδους<sup>22</sup>. Ακόμη όπως και η ψυχολογία διδάσκει, η προσωπικότητα του ατόμου επιζητά το συμβιβασμό για την επίλυση των διαφορών, και έτσι γενικά το ψυχολογικό και συναισθηματικό στοιχείο διαδραματίζει σπουδαίο ρόλο στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και διαμεσολάβησης<sup>23</sup>. Η διαμεσολάβηση διεθνώς αντιμετωπίζεται ως το επικρατέστερο μέσο εναλλακτικής επίλυσης διαφορών<sup>24</sup>. Θα μπορούσε να οριστεί ως μια εκούσια ευέλικτη διαδικασία κατά την οποία τα μέρη σε μία διαφορά επιβοηθούνται από ένα ουδέτερο τρίτο μέρος να διαπραγματευτούν μία συμφωνία (συνήθως για επίλυση προβλήματός τους<sup>25</sup>). Δεν γίνεται εξυπαρχής λόγος για διαφορά και έντονη σύγκρουση, καθώς η διαμεσολάβηση εκκινάται από τις διαπραγματεύσεις κυρίως (ο διαμεσολαβητής αποσκοπεί στο να συνδράμει τα μέρη να φτά-

σουν σε αμοιβαία αποδεκτή συμφωνία<sup>26</sup>) και στόχο δεν έχει να υποκαταστήσει φυσικά την καθιερωμένη δικαστική επίλυση των διαφορών, διατηρώντας μεθοδολογικά ουσιαστικές διαφορές<sup>27</sup>. Ουσιώδη και απαραίτητα χαρακτηριστικά - αρχές της διαμεσολάβησης είναι η εμπιστευτικότητα, το απόρρητο, η δέσμευση μόνο με την τελική συμφωνία και η εξουσία λήψης αποφάσεων (επίσης και η εκούσια υπαγωγή και συνέχιση της διαδικασίας, ο μη επικριτικός ρόλος, η ουδετερότητα και αμεροληψία του διαμεσολαβητή)<sup>28</sup>, με το κλασικό μοντέλο διαμεσολάβησης να εστιάζει στο διάλογο και στη διαπραγμάτευση μέσα σε ένα συμβιβαστικό κλίμα.

### Ομοιότητες και διαφορές με τη διαιτησία

Η διαμεσολάβηση κατ' αρχήν διαφοροποιείται από άλλες δικαστικές διαδικασίες συμβιβασμού (π.χ. 208 επ., 233, 293, 214Α - Β ΚΠολΔ) και από τη διαιτησία. Οι ομοιότητες των δύο θεσμών εναλλακτικής επίλυσης διαφορών εντοπίζονται, πέρα από το πεδίο εφαρμογής τους όσον αφορά τη φύση των διαφορών, κυρίως στις βασικές τους αρχές και πλεονεκτήματα, δηλαδή ταχύτητα, εμπιστευτικότητα, εκτελεστότητα, ελευθερία συμφωνίας των μερών για υπαγωγή, δυνατότητα επιλογής διαιτητή-διαμεσολαβητή και ουδετερότητα. Οι διαφορές έγκεινται στο κόστος και στο χρόνο κυρίως, στο πρόσωπο του διαιτητή-διαμεσολαβητή, στο ρόλο των μερών και των πληρεξουσίων δικηγόρων τους, στην τελική συμφωνία (στη διαμεσολάβηση) ή απόφαση (στη διαιτησία) και αντίστοιχα στο ρόλο των τακτικών δικαστηρίων (συνδυασμός ή αποκλεισμός) και τέλος τη μη δεσμευτικότητα της δι-

<sup>20</sup> Αντωνέλος Σ., Πλέσσα Ε., Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - διεθνής εμπειρία και ελληνική εφαρμογή, εκδ. Σάκκουλα, 2014, σ.1

<sup>21</sup> Για τις ιστορικές ρίζες της διαμεσολάβησης στην Ελλάδα, όπως παρατίθενται στην ιστοσελίδα του υπουργείου <http://www.diamesolavisi.gov.gr/selida/oi-istorikes-rizes-tis-diamesolavisis-stin-ellada>

<sup>22</sup> Οικονομόπουλος Γ., Η Διαιτησία κατά το εν Ελλάδα ισχύον δίκαιο, Αθήνα 1937, σ.98-99

<sup>23</sup> Δάρα Ι., Ο Συμβιβασμός (transactio), Αθήνα 1970, σ.11-12

<sup>24</sup> σύμφωνα με το άρθρο 5 (2) των ADR Rules of ICC, «σε περίπτωση απουσίας συμφωνίας των μερών για τη διαδικασία για την εξωδικαστική επίλυση της διαφοράς τους, θα χρησιμοποιείται η διαμεσολάβηση», όπως εύστοχα επισημαίνεται στο Θεοχάρης Δ., Η Διαμεσολάβηση ως μέσο εναλλακτικής επίλυσης διαφορών - Κατ' άρθρο ανάλυση και ερμηνεία του Ν. 3898/2010, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ.75

<sup>25</sup> Rogers N., Mc Ewen C. Mediation: Law, Policy, Practice Lawyers Co-operative Company, Β' έκδοση, 1994, S 1:01

<sup>26</sup> Barouch Bush R., Folger J., The Promise of Mediation - The transformative Approach to Conflict, Revised Edition, Josey - Bass, Chapter 1, par. 3

<sup>27</sup> Θεοχάρης Δ., Η Διαμεσολάβηση ως μέσο εναλλακτικής επίλυσης διαφορών - Κατ' άρθρο ανάλυση και ερμηνεία του Ν. 3898/2010, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ.73 (παραπομπή και στον Wangerin P., The Political and Economic Roots of the "Advisory System" of Justice and "Alternative Dispute Resolution", 9 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1994, 203)

<sup>28</sup> Αντωνέλος Σ., Πλέσσα Ε., Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - διεθνής εμπειρία και ελληνική εφαρμογή, εκδ.Σάκκουλα, 2014, σ.43-52

αμεσολάβησης.<sup>29</sup> Η διαμεσολάβηση με συνολικά όλα τα πλεονεκτήματά της κρίνεται ότι παράγει «προστιθέμενη αξία». Η γενικότερη τάση είναι να συμφωνούνται ρήτρες υπαγωγής στη διαμεσολάβηση (30% σε διαμεσολάβηση και αντίστοιχα σε διαιτησία), με κίνητρα το χρόνο και κόστος (σε ποσοστό περίπου 60% και 70% αντίστοιχα), ιδιαίτερα και μετά την οικονομική κρίση, με ποσοστό επιτυχίας κυμαινόμενο στο 70-80%.<sup>30</sup>

#### Το νομικό πλαίσιο

Ο πρόσφατος νόμος 4512/2018 ρυθμίζει εκ νέου, με αναμόρφωση εκ βάθρων και λεπτομερειακά, το θεσμό της διαμεσολάβησης στην ελληνική έννομη τάξη (ύστερα από άλλες νομοθετικές προσθήκες), σε συνέχεια του βασικού νόμου 3898/2010 για τη διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, που προσάρμοζε την νομοθεσία μας στην Οδηγία 2008/52/ΕΚ και απλοποίησε τις διαδικασίες, χωρίς ωστόσο να εισάγει σχετικές διατάξεις στον ΚΠολΔ. Σημαντικές διατάξεις βρίσκονται και στον (κανονιστικής ισχύος<sup>31</sup>) Κώδικα Δεοντολογίας Διαπιστευμένων Διαμεσολαβητών που εισήχθη με την υπ' αριθμ. 109088 οικ. 12.12.2011 απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης<sup>32</sup>, όσον αφορά κατευθυντήριες αρχές για τα καθήκοντα των διαμεσολαβητών και τη διαδικασία της διαμεσολάβησης. Σημαντικά στοιχεία που ορίζονται στους αντίστοιχους νόμους είναι η ίδια η διαδικασία της διαμεσολάβησης, το πεδίο εφαρμογής της, η υποχρεωτικότητα, η εκτελεστικότητα της συμφωνίας<sup>33</sup>, η συγκρότηση

Κεντρικής Επιτροπής Διαμεσολάβησης, τα προσόντα των διαμεσολαβητών και η κατάρτιση και διαπίστευσή τους. Μπροστά στις υπαγόμενες σε διαμεσολάβηση διαφορές, παρατηρούμε ότι αυτές από την αρχή περιορίζονται σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις (από τη φύση τους δεκτικές σε διαπραγματεύσεις και ελαστικότερες συμφωνίες - αρχή της συμβατικής ελευθερίας<sup>34</sup>), μετά από έγγραφη συμφωνία των μερών, εφόσον αυτά έχουν την εξουσία να διαθέτουν το αντικείμενο της διαφοράς<sup>35</sup>. Κρίσιμο και ουσιώδες είναι το στοιχείο της εκούσιας<sup>36</sup> επιλογής των μερών να προσφύγουν στη διαμεσολάβηση, όπως αυτό εκφράζεται με τις δηλώσεις βουλήσεώς τους επίσημα εκπνεφρασμένες στην έγγραφη συμφωνία τους<sup>37</sup>. Η διαδικασία της διαμεσολάβησης διαρθρώνεται σε διάφορα

ρυνθεί η περαιτέρω χρήση της διαμεσολάβησης και να εξασφαλισθεί ότι τα μέρη που προσφεύγουν σε αυτή θα μπορούν να στηρίζονται σε ένα προβλέψιμο νομικό πλαίσιο, να θεσπιστούν ορισμένες προϋποθέσεις ώστε οι συμφωνίες που επιτεύχθηκαν κατά τη διαδικασία της διαμεσολάβησης και αναγνωρίζουν την ύπαρξη αξίωσης που μπορεί να εκτελεστεί αναγκαστικά, να αποκτούν το κύρος εκτελεστού τίτλου σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 904 παρ.2 περ.γ ΚΠολΔ., στην Αιτιολογική Έκθεση του ν.3898/2010

<sup>34</sup> Αντωνέλος Σ., Πλέσσα Ε., Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - διεθνής εμπειρία και ελληνική εφαρμογή, εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σ.116 επ.

<sup>35</sup> Θεοχάρης Δ., Η Διαμεσολάβηση ως μέσο εναλλακτικής επίλυσης διαφορών - Κατ' άρθρο ανάλυση και ερμηνεία του Ν. 3898/2010, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ.179 επ. και προβληματισμός πάνω στη χρήση του κριτηρίου αυτού έναντι της δυνατότητας υπαγωγής διαφορών σε συμβιβασμό από την Αιτιολογική Έκθεση του ν. 3898/2010 και την Έκθεση της Διεύθυνσης Νομικής Επεξεργασίας

<sup>36</sup> Της και στον ορισμό της διαμεσολάβησης ως εκούσιας "voluntary process" από την EU Mediation Directive, recital (13) - appendix G, ανάλυση του ορισμού και από Aubrey-Johnson K. With Curtis H., Making mediation work for you: a practical handbook, διαθέσιμο ως e-book στην ηλεκτρονική διεύθυνση [www.lag.org.uk/ebooks](http://www.lag.org.uk/ebooks)

<sup>37</sup> Αντωνέλος Σ., Πλέσσα Ε., Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - διεθνής εμπειρία και ελληνική εφαρμογή, εκδ. Σάκκουλα, 2014, σ.108-109

<sup>29</sup> Αντωνέλος Σ., Πλέσσα Ε., Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - διεθνής εμπειρία και ελληνική εφαρμογή, εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σ.59-66

<sup>30</sup> Στατιστικά στοιχεία από έρευνα που πραγματοποιήθηκε το 2013 από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Διανοητικής Ιδιοκτησίας (WIPO) - Κέντρο Διαιτησίας και Διαμεσολάβησης, αναφορικά με διαφορές από συναλλαγές σχετικές με τεχνολογία και από έρευνα του Queen Mary, University of London (2013)

<sup>31</sup> Θεοχάρης Δ., Η Διαμεσολάβηση ως μέσο εναλλακτικής επίλυσης διαφορών - Κατ' άρθρο ανάλυση και ερμηνεία του Ν. 3898/2010, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ.137-139 και βλ. Γώγο Κ., Κανόνες Δεοντολογίας της Δημόσιας Διοίκησης, 2000 για «μορφή κανόνων τυπικού δικαίου»

<sup>32</sup> ΦΕΚ Α' 211/16.12.2010

<sup>33</sup> «Κρίνεται σκόπιμο προκειμένου να ενθαρ-

στάδια (κοινών συναντήσεων των μερών), μπορεί να διαρκεί από λίγες ώρες έως πάνω από μία ημέρα, ανάλογα με τα εμπόδια που ίσως ανακύπτουν, σημαντικά πάντως είναι τα αποτελέσματα της υπαγωγής μιας διαφοράς στη διαδικασία αυτή, λόγω των συνεπειών σε προθεσμίες (παραγραφή, αποσβεστική προθεσμία).

#### Η απόφαση του Αρείου Πάγου - αντισυνταγματικότητα υποχρεωτικότητα

Με την υπ' αριθμ. 34/2018 απόφαση της Διοικητικής Ολομέλειας του Αρείου Πάγου<sup>38</sup> (στις 28/6/2018), η υποχρεωτική διαμεσολάβηση<sup>39</sup> που εισήχθη με το ν.4512/2018 για ορισμένες κατηγορίες αστικών και εμπορικών υποθέσεων, κρίθηκε (με οριακή πλειοψηφία 21-17 βέβαια), αντίθετη σε διατάξεις του Συντάγματος, της ΕΣΔΑ και του ΧΘΔ της Ε.Ε. και του ενωσιακού δικαίου<sup>40</sup>. Ειδικότερα θεωρήθηκε ότι η υποχρεωτικότητα<sup>41</sup> παραβιάζει το δικαίωμα πρόσβασης στη δικαιοσύνη και παρεμποδίζει την αποτελεσματικότητα της δικαστικής προστασίας, με οικονομικές επιβαρύνσεις<sup>42</sup> για τα

μέρη<sup>43</sup>. Η απόφαση του Αρείου Πάγου είναι γνωμοδοτικού χαρακτήρα και όχι δεσμευτική για τη διοίκηση, ωστόσο σίγουρα διαθέτει δυναμική για επιρροή σε νομοθετικό και δικαιοδοτικό επίπεδο. Νομικοί εκτιμούν ότι ανοίγει τον δρόμο για να κριθούν οι επίμαχες ρυθμίσεις αντισυνταγματικές από τα δικαστήρια, όταν κληθούν να κρίνουν σχετικές υποθέσεις στην ουσία τους. Όμως υποστηρίζεται και η θέση - άποψη, ότι η νέα ρύθμιση του θεσμού της διαμεσολάβησης αποτελεί μεγάλη καινοτομία που πρέπει να χαιρετιστεί ιδιαίτερα. Η επέμβαση του νομοθέτη ήταν αναγκαία και επείγουσα. Αυτό διότι ήταν φανερό, ότι καμία άλλη αναθεώρηση των Δικονομικών Κωδίκων μας δεν ήταν σε θέση να συντελέσει στην επίλυση του καίριου αυτού προβλήματος της δικαιοσύνης, που υποφέρει από τη μεγάλη καθυστέρηση στην πρόοδο και περάτωση των δικών (πολιτικών και ποινικών) σε χρόνο ανεπίτρεπτα εκτεταμένο, που καταλήγει να μη διαφέρει και πολύ από την αρνησιδικία, με όλες τις απορρέουσες απ' αυτό δυσμενείς συνέπειες για τους πολίτες αυτής της χώρας και την εθνική οικονομία ιδιαίτερα, που δεν μπορεί να ορθοποδήσει και να αναπτυχθεί, αν δεν στηρίζεται σε ένα υγιές δικαιοσύνη σύστημα, πρόσφορο σε ταχεία, μέσα σε εύλογο χρόνο, επίλυση των διαφορών<sup>44</sup>. Τέλος αξίζει να σημειωθεί εδώ και ότι με το άρθρο 19 του ν.4566/2018 δόθηκε παράταση στη χώρα μας μέχρι 16.09.2019 για εφαρμογή διατάξεων της υποχρεωτικής διαμε-

στο Δικαστήριο, αφού όπως εξηγήθηκε προκαλούνται σοβαρά επί πλέον δαπανήματα και έμμεσα ο διάδικος οδηγείται στην υποχρεωτική αποδοχή της λύσης του Διαμεσολαβητή, ιδίως δε ο οικονομικά ασθενέστερος, με αποτέλεσμα τελικά να στερηθεί χωρίς τη θέλησή του το φυσικό δικαστή που του εγγυάται το Σύνταγμα και η ΕΣΔΑ», όπως ακριβώς υποστηρίχθηκε σύμφωνα με τα πρακτικά της Ολομέλειας (τοποθέτηση και υπόμνημα *Αποστολάκη Γ. - άποψη του οποίου τελικώς έγινε δεκτή*-, σελ.88)

<sup>43</sup> Σύμφωνα με τα πρακτικά της Ολομέλειας, έγινε επιπλέον επίκληση πλειάδας παραδειγμάτων νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου και δικαστηρίων άλλων χωρών για την υποστήριξη της θέσης κατά της υποχρεωτικότητας της διαμεσολάβησης (π.χ. υποθέσεις 0-317 έως 320/2008 του ΔΕΕ αναφορικά με την Οδηγία 2002/22/ΕΚ και υπόθεση 0-75/16 ΔΕΕ)

<sup>44</sup> *Μάζης Κ. Παναγιώτης*, Η νέα ρύθμιση του θεσμού της διαμεσολάβησης, Ελληνική Δικαιοσύνη, τόμος 59/2018, σελ. 356 επ.

<sup>38</sup> Απόφαση 34/2018 Διοικητικής Ολομέλειας Αρείου Πάγου, πρακτικά και κείμενο απόφασης διαθέσιμα στην ηλεκτρονική διεύθυνση <https://www.dsc.gr/portal/index.php/75-news/3650>

<sup>39</sup> Συγκεκριμένα το πρόβλημα εντοπίστηκε στις «επίμαχες ρυθμίσεις» των άρθρων 182, 183, 184, 185, 189, 191 και 194 του νόμου, όπως αναφέρεται στα πρακτικά της υπόθεσης, συγκεκριμένα στην εισήγηση (*Πιπιλίγκας Ν.*) σελ.8 και εξής

<sup>40</sup> Στις («συνταγματικές και υπερνομοθετικής ισχύος») διατάξεις, συγκεκριμένα 20 παρ.1 Συντάγματος, 6 παρ. 1, 13 ΕΣΔΑ και 47 ΧΘΔ, όπως ρητά αναφέρεται στην τελική γνωμοδότηση της απόφασης (σελ.101)

<sup>41</sup> Υποστηρίζεται βέβαια και ότι η υποχρεωτικότητα παραπλανά λόγω του αντίστοιχου τίτλου στο νόμο και ουσιαστικά η διαμεσολάβηση δεν έχει απωλέσει τον προαιρετικό της χαρακτήρα, εφόσον μόνο η πρώτη ενημερωτική συνεδρία ορίζεται ως υποχρεωτική και έπειτα υπάρχει δυνατότητα προσφυγής στο δικαστήριο, όπως επισημαίνεται σε άρθρο Κουμπλή Β., «Σύντομες σκέψεις με αφορμή την υπ.αριθμ' 34/2018 ΟΛΑΠ Διοικ» διαθέσιμο στην ηλεκτρονική διεύθυνση <http://www.opemed.gr/?p=5080>

<sup>42</sup> «...από το σύνολο των προαναφερόμενων δικονομικών και οικονομικών συνεπειών θίγεται ο πυρήνας και η ουσία του δικαιώματος πρόσβασης

σολάβησης και αναμένεται η νέα προσαρμογή της έννομης τάξης στις συνθήκες αυτές<sup>45</sup>

### Επιλογικά συμπεράσματα

Με όσα προαναφέρθηκαν γίνεται φανερό, ότι οι μέθοδοι εναλλακτικής επίλυσης διαφορών κομίζουν μία νέα οπτική στην απονομή δικαιοσύνης ουσιαστικά, αλλά και συστηματικά. Οι απογοητευτικές επιδόσεις του δικαιοδοτικού μας συστήματος στην ταχύτητα έκδοσης αποφάσεων και οι έντονα συγκρουσιακές δικαστικές διαμάχες μπορούν να θεραπευθούν με τη στροφή σε ειρηνική επίλυση διαφορών, η οποία με σωστή χρήση αναμένεται να

συνδράμει στην αποτελεσματικότητα της δικαιοσύνης (αποσυμφόρηση των δικαστηρίων και αποτροπή κατάχρησης οικονομικών δυνατοτήτων) και όχι να την καταπατήσει. Δεν είναι σκόπιμο να προβεί κανείς σε βιαστικά συμπεράσματα και κρίσεις αναφορικά με την σωστή ενσωμάτωση και εφαρμογή αυτών των θεσμών στην εθνική μας έννομη τάξη. Οφείλουμε ωστόσο, να μην παραγνωρίσουμε τις θετικές πτυχές αυτών και, αντιλαμβανόμενοι το πνεύμα τους, να προσαρμόσουμε ανάλογα τις πρακτικές μας, με χρήσιμο αρωγό και οδηγό το παράδειγμα άλλων χωρών, φυσικά αναγόμενο στις ξεχωριστές εθνικές δικαιοπολιτικές παραμέτρους.

<sup>45</sup> Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 19: «Στο άρθρο 206 του ν. 4512/2018 (Α' 5) η φράση «εννέα (9) μήνες από τη δημοσίευσή του» αντικαθίσταται από τη φράση «τη 16η Σεπτεμβρίου 2019» και η φράση «του ανωτέρου χρονικού διαστήματος των εννέα (9) μηνών» αντικαθίσταται από τη φράση «της ανωτέρω ημερομηνίας».

## Η ευθύνη από μεταβίβαση επιχείρησης για τα χρέη της

Μαυροματάκης Γιάννης  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Το ΠΔ αποτύπωσε τον νομολογιακό από το ΔΕΕ κανόνα της αυτοδίκαιης μεταβίβασης των εργασιακών σχέσεων και της διατήρησης αμετάβλητων των όρων εργασίας. Η δράση της Ένωσης σε αυτόν τον τομέα είχε ιδιαίτερα κοινωνικό πρόσημο και αυτό φαίνεται από τον έντονα προστατευτικό χαρακτήρα των διατάξεων για τους εργαζομένους.»**

### Εισαγωγή

Η μεταβίβαση των επιχειρήσεων δεν έχριζε ανέκαθεν νομοθετικής ρύθμισης. Όποτε γινόταν, εξυπηρετούσε την επιθυμία των συμβαλλόμενων μερών, αφενός να απαλλαχθεί ο ένας από μία επιχείρηση ώστε να απεμπολήσει κάθε μεταγενέστερη ευθύνη που πηγάζει από αυτή και αφετέρου να την αναλάβει ένας άλλος στο πλαίσιο της επιχειρηματικής του δράσης, αναλαμβάνοντας έτσι τον επιχειρηματικό κίνδυνο που συνεπάγεται μία τέτοια επιλογή. Σήμερα όμως, βασικό χαρακτηριστικό των οικονομιών είναι οι αναδιαρθρώσεις και οι μετασχηματισμοί των επιχειρήσεων<sup>1</sup>. Σε αυτό συμβάλλει η ραγδαία ανάπτυξη επιχειρηματικών δραστηριοτήτων εντός της ενιαίας αγοράς που εξασφαλίζει η Ευρωπαϊκή Ένωση και ειδικά σε περιόδους οικονομικής ύφεσης, όπου το ενδιαφέρον εξαγοράς μικρομεσαίων επιχειρήσεων είναι έντονο<sup>2</sup>. Έτσι, προέκυψε η ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων των εργαζομένων της μεταβιβασθείσας επιχείρησης, των οποίων η θέση είναι ιδιαίτερα

ευάλωτη, λόγω της αλλαγής του φορέα άσκησης διευθυντικού δικαιώματος. Για αυτό το λόγο, το Συμβούλιο της ΕΟΚ προχώρησε στην έκδοση της Οδηγίας 77/187 η οποία τροποποιήθηκε από την Οδηγία 98/50 και αυτές οι δύο κωδικοποιήθηκαν στην Οδηγία 2001/23/EK, όπου ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ΠΔ 178/2002. Το ΠΔ αποτύπωσε τον νομολογιακό από το ΔΕΕ κανόνα της αυτοδίκαιης μεταβίβασης των εργασιακών σχέσεων και της διατήρησης αμετάβλητων των όρων εργασίας<sup>3</sup>. Η δράση της Ένωσης σε αυτόν τον τομέα είχε ιδιαίτερα κοινωνικό πρόσημο και αυτό φαίνεται από τον έντονα προστατευτικό χαρακτήρα των διατάξεων για τους εργαζόμενους.

### Προβληματισμός γύρω από το ΑΚ 479

#### Περιεχόμενο

Το 479 ΑΚ αναφέρεται στη μεταβίβαση περιουσίας ή επιχείρησης, κατά το οποίο αυτός που αποκτά την επιχείρηση ευθύνεται απέναντι στους δανειστές του προηγούμενου εργοδότη έως την αξία των μεταβιβαζόμενων στοιχείων (περιουσία) για τα χρέη που ανήκουν στην επιχείρηση. Ως περιουσία νοείται το σύνολο των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που είναι δυνατόν να αποτιμηθούν και συνιστούν το ενεργητικό της<sup>4</sup>. Έτσι, ιδρύεται ενοχή εκ

<sup>1</sup> Βλ. αναλυτικότερα, Παναγιώτου Π., Η Μεταβίβαση της Επιχείρησης και η Ευθύνη για τα Χρέη της, 2011, (εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη) σελ.159 επ.,185,επ., 221 επ.,343 επ.,373 επ., Βλ. Μελέτη ΙΝΕ-ΓΣΕΕ: «Αναδιαρθρώσεις στην Ελλάδα», Τετράδια του ΙΝΕ 2012.

<sup>2</sup> Βλ. Σχετικά για τη σύσταση που εξέδωσε η Επιτροπή υπέρ των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και της βιοτεχνίας στο: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-94-1161\\_el.htm#top-page](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-94-1161_el.htm#top-page).

<sup>3</sup> Βλ. Σχετικά Δ. Ζερδελής, «Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις», 2017, σελ 814.

<sup>4</sup> ΑΠ 1995/2014, διαθέσιμη σε [http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_DISPLAY.asp?cd=E657F4QOOLS9VDO7E14OO542SD4754&ap](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=E657F4QOOLS9VDO7E14OO542SD4754&ap)

του νόμου, καθώς οι δανειστές αποκτούν αξιώσεις απέναντι σε ένα τρίτο πρόσωπο. Βέβαια, κατά το εδάφιο β' του 479 χωρεί αντίθετη συμφωνία, αλλά αυτή δεν αντιτάσσεται απέναντι στους δανειστές, παρά ισχύει μόνο για τα συμβαλλόμενα μέρη<sup>5</sup>. Τότε, θα μπορεί ο αναλήψας την επιχείρηση αφού καταβάλλει στον δανειστή, να στραφεί κατά του προηγούμενου εργοδότη αναγκαστικά και να ζητήσει ό,τι κατέβαλε. Η συνδρομή των ως άνω προϋποθέσεων έχει ως έννομη συνέπεια την δημιουργία παθητικής εις ολόκληρον ενοχής (άρθρ. 481 επόμ. ΑΚ) μεταξύ μεταβιβάζοντος και αποκτώντος την επιχείρηση. Η ρύθμιση του άρθρ. 479 του ΑΚ ισχύει και όταν ολόκληρη η περιουσία ή η επιχείρηση του οφειλέτη μεταβιβάζεται σε άλλον όχι με μία πράξη, αλλά με περισσότερες μεταβιβαστικές πράξεις και μάλιστα είτε συγχρόνως είτε διαδοχικά, με την προϋπόθεση, όμως, στην τελευταία περίπτωση, οι πράξεις να αποτελούν μεταξύ τους ενότητα, δηλαδή να βρίσκονται σε στενή χρονική και οικονομική σχέση<sup>6</sup>.

#### Κριτική απέναντι στο ΑΚ 479

Αξιοσημείωτο είναι ότι για να γεννηθεί η ευθύνη του τρίτου (νέου εργοδότη) δεν απαιτείται η γνώση για τα χρέη αυτού που μεταβίβασε την επιχείρηση, αλλά απαιτείται να γνωρίζει ότι αποκτά το μοναδικό στοιχείο περιουσίας (ή την επιχείρηση ως σύνολο) ή το μεγαλύτερο μέρος αυτής<sup>7</sup>. Αυτή η ρύθμιση του 479 όπως ερμηνεύεται θεωρώ πως είναι αλυσιτελής καθώς το να φορτώνεις τον αναλήψαντα επιχείρηση με χρέη που δημιούργησε ο προηγούμενος και μάλιστα χωρίς να προϋποτίθεται η γνώση των χρεών για την ύπαρξη ευθύνης θα έλεγα

of=1995\_2014

<sup>5</sup> Βλ σχετικά με συμφωνίες μεταξύ μεταβιβάζοντος-αποκτώντος. Παναγιώτου Π., Η Μεταβίβαση της Επιχείρησης και η Ευθύνη για τα Χρέη της, 2011, (εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη) σελ.168 επ.

<sup>6</sup> ΑΠ 1995/2014, διαθέσιμη στο: «[http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_DISPLAY.asp?cd=E657F4QOOLS9VDO7E14OO542SD4754&apof=1995\\_2014](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=E657F4QOOLS9VDO7E14OO542SD4754&apof=1995_2014)»

<sup>7</sup> Αρχανιωτάκης Γ., «Μεταβίβαση περιουσίας ή επιχείρησης» 1997, Μιχαηλίδης-Νουάρος, ΕρμΑΚ 479, αρ 9,10, Φοίβη-Αλεξάνδρα Νικολαΐδου, σε διπλωματική εργασία: «Μεταβίβαση επιχείρησης και συλλογικές σχέσεις εργασίας», ακαδ. Έτος 2016-2017, σελ.8-9, διαθέσιμο στο: <https://ikee.lib.auth.gr/record/292728/files/GRI-2017-19882.pdf>.

πως κάθε άλλο παρά ευνοεί τις συναλλαγές, αλλά δημιουργεί κλίμα ανασφάλειας όπου ο κάθε ενδιαφερόμενος να αγοράσει επιχείρηση θα διστάζει φοβούμενος μη τυχόν επιβαρυνθεί με δυσβάσταχτα χρέη. Βέβαια, η ευθύνη κατά το 479 είναι περιορισμένη έως το ύψος της αξίας των μεταβιβασθέντων στοιχείων (εν προκειμένω της επιχείρησης). Αυτό όμως δεν έχει και τόσο πρακτική σημασία τη στιγμή που ο υποψήφιος αγοραστής δεν είναι σε θέση να γνωρίζει με ακρίβεια ούτε τους δανειστές ούτε το ύψος των οφειλών προς αυτούς. Άρα, δεν είναι και σε θέση να γνωρίζει τον οικονομικό κίνδυνο που αναλαμβάνει.

Το ζήτημα γίνεται ακόμα πιο περίπλοκο όταν μεγάλο μέρος των χρεών αφορά εργατικές απαιτήσεις και αυτό γιατί ως προς αυτές δεν ισχύει το ανώτερο όριο ευθύνης του ΑΚ 479 αλλά ευθύνεται απεριόριστα κατά το άρθρο 4§1 ΠΔ178/2002. Το πεδίο εφαρμογής του ΠΔ είναι εξαιρετικά για τους εργαζόμενους μεταβιβαζόμενης επιχείρησης και όχι γενικά για τους δανειστές εκείνου που μεταβιβάζει την περιουσία του κατά το 479ΑΚ. Αυτή η ειδική ρύθμιση του ΠΔ είναι ανεκτή στο βαθμό που η εργασιακή σχέση αποτελεί για τον εργαζόμενο τη βασική (αν όχι μοναδική) πηγή εσόδων μέσω της οποίας συντηρείται ο ίδιος και η οικογένειά του. Όμως, πέρα από τις εργατικές απαιτήσεις, η γενική προστασία των δανειστών του 479, έστω και περιορισμένη έως την αξία του μεταβιβασθέντος πράγματος, κρίνεται ανατιολόγητη από την άποψη ότι με αυτόν τον τρόπο επιβραβεύεται ο αμελής δανειστής που δεν προχώρησε σε αναγκαστική εκτέλεση κατά της περιουσίας του οφειλέτη (ο οποίος είχε περιουσία για να τη μεταβιβάσει) και αναζητά να ικανοποιηθεί από έναν τρίτο (ο οποίος μάλιστα μπορεί να αγνοεί το χρέος!). Δεδομένου ότι ο δικαιολογητικός λόγος του 479 (εξασφάλιση δανειστή για απαιτήσεις που είχε πριν τη μεταβίβαση) δεν επιβεβαιώνεται, ο Γερμανικός ΑΚ απ' όπου πήραμε αυτή τη διάταξη δεν περιλαμβάνει πλέον αυτή τη ρύθμιση<sup>8</sup>, ενώ στο ελληνικό δίκαιο επιμένουμε (δυστυχώς) να τη διατηρούμε.

Ένας τρόπος πάντως για να υπάρχει η δυνατότητα να μην εφαρμοστεί το ΑΚ 479 είναι το να περιλαμβάνεται στη σύμβαση μεταβίβασης περιουσίας-επιχείρησης η πληροφορία ότι ο πωλητής διαθέτει και άλλα περιουσιακά αντικείμενα, ούτως

<sup>8</sup> Παναγιώτου Π., Η Μεταβίβαση της Επιχείρησης και η Ευθύνη για τα Χρέη της, 2011, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ.181.



ώστε να μπορεί ο αναλήψας να επικαλεστεί περίπτωση απάτης ή ουσιώδους πλάνης (ΑΚ 141, 147) και να ακυρωθεί η σύμβαση για να αποφευχθεί περίπτωση ευθύνης του. Αυτό προτείνεται, γιατί όπως αναφέρθηκε παραπάνω, προϋπόθεση για την εφαρμογή του 479 είναι η γνώση ότι μεταβιβάζεται το μοναδικό στοιχείο περιουσίας ή τουλάχιστον το μεγαλύτερο μέρος αυτής.

### Εφαρμογή του ΠΔ 178/2002 στη μεταβίβαση επιχείρησης

Κατά τη διάρκεια λειτουργίας της επιχείρησης μπορεί να μεταβληθεί το πρόσωπο του εργοδότη για διάφορους λόγους, όπως η πώληση επιχείρησης ή λόγω κληρονομικής διαδοχής. Αυτός που με οποιονδήποτε τρόπο (defacto, νόμο, σύμβαση) υποκαθιστά τον εργοδότη στην επιχείρηση, υπεισέρχεται αυτόματα στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την εργασιακή σχέση και οφείλει να τηρεί τις συμβάσεις των εργαζομένων με τους ίδιους όρους<sup>9</sup>. Έτσι εξυπηρετείται ο προηγούμενος εργοδότης, καθώς πλέον τα προγενέστερα της μεταβίβασης χρέη του μπορούν να ικανοποιηθούν και από το νέο εργοδότη, οι εργαζόμενοι, καθώς οι όροι εργασίας τους δεν κινδυνεύουν να μεταβληθούν προς το χειρόν, αλλά και ο νέος εργοδότης, ο οποίος συνεχίζει να λειτουργεί τη μονάδα με το ίδιο εξειδικευμένο προσωπικό.

Αξίζει να αναφερθεί ότι σε συμμόρφωση με τη δυνατότητα που παρείχε η οδηγία 98/50, το άρθρο 6§1 του ΠΔ επιτρέπει να γίνει απόκλιση από τα οριζόμενα στα άρθρα 4 και 5 ως προς τη διατήρηση των όρων εργασίας και την απαγόρευση απόλυσης λόγω της μεταβίβασης αυτής καθ' αυτής. Αυτό επιτρέπεται υπό την προϋπόθεση ότι ο μεταβιβάζων την επιχείρηση/εγκατάσταση ή τμήμα αυτής βρίσκεται σε διαδικασία πτώχευσης, ή σε ανάλογη διαδικασία αφερεγγυότητας, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 44§2 ν.2648/1998. Επίσης, για να αποφευχθεί η καταχρηστική προσφυγή σε αυτή τη διαδικασία, ορίζεται ως προϋπόθεση της εξαίρεσης το να υπάγεται η σχετική διαδικασία στην εποπτεία δημόσιας αρχής<sup>10</sup>.

Κάτι ανάλογο ισχύει και με τα πιστωτικά ιδρύματα. Αυτά δεν υπόκεινται σε πτώχευση, αλλά μόνο

σε ειδική εκκαθάριση κατόπιν απόφασης της Τράπεζας της Ελλάδος και χωρίς να απαιτείται έκδοση δικαστικής απόφασης. Όταν το πιστωτικό ίδρυμα τίθεται υπό ειδική εκκαθάριση, δεν χωρεί εφαρμογή ούτε του άρθρου 479 ΑΚ περί ευθύνης του αποκτώντος την επιχείρηση, ούτε των άρθρων 4 και 5 του π.δ. 178/2002<sup>11</sup>.

### Προϋποθέσεις

Πριν την κρίση για το εάν έχουμε μεταβίβαση της μονάδας πρέπει να δούμε εάν έχουμε οικονομική οντότητα, δηλαδή ένα οργανωμένο σύνολο προσώπων και στοιχείων (υλικών και άυλων) που υπηρετεί έναν ορισμένο σκοπό, όχι απαραίτητα οικονομικό<sup>12</sup>. Μετά ελέγχουμε εάν επήλθε μεταβίβαση αυτής της οντότητας εξετάζοντας δύο στοιχεία, ένα δυναμικό (εάν επήλθε αλλαγή του φορέα άσκησης διευθυντικού δικαιώματος) και ένα στατικό (εάν διατηρείται η ταυτότητα της οντότητας εξετάζοντας κάποιες ενδείξεις)<sup>13</sup>.

#### Υπαρξη οικονομικής οντότητας

Ο λόγος για τον οποίο το ΔΕΕ χρησιμοποιεί τον όρο οντότητα (entity) και όχι λ.χ τον όρο επιχείρηση έγκειται στο ότι με αυτόν τον τρόπο περιλαμβάνεται η επιχείρηση/εγκατάσταση ή έστω το τμήμα επιχείρησης/εγκατάστασης (ευρύτερο αντικείμενο προστασίας). Στην έννοια της οικονομικής οντότητας εντάσσεται και ένα οργανωμένο σύνολο εργαζομένων χωρίς απαραίτητα να υπάρχουν εγκαταστάσεις, αλλά εφόσον αυτό το σύνολο έχει ορισμένο σκοπό που επιτελεί, επαρκή αυτοτέλεια και η δραστηριότητα που ασκεί στηρίζεται στον μέγιστο βαθμό σε αυτό το εργατικό δυναμικό<sup>14</sup>.

#### Διατήρηση ταυτότητας-Ενδείξεις

Για την κρίση περί της διατήρησης της ταυτότητας της οντότητας λαμβάνουμε υπόψιν διάφορες ενδείξεις κάνοντας μία συνολική αξιολόγηση. Οι ενδείξεις αυτές είναι το εάν μεταβιβάστηκαν υλικά ή άυλα αγαθά, η λήψη ενός σημαντικού μέρους του εργατικού δυναμικού από το νέο επιχειρημα-

<sup>9</sup> ΑΠ 187/1979, ΕΕργΔ 1979, σελ. 540, ΑΠ 610/1991, ΔΕΝ 1993, σελ 580.

<sup>10</sup> Δ. Ζερδελής, «Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις», 2017, σελ 815.

<sup>11</sup> ΑΠ 837/2018, ΝΟΜΟΣ.

<sup>12</sup> ΔΕΕ 2.12.1999, C-234/98, ΔΕΕ 11.3.1997, C-13/95.

<sup>13</sup> Δ. Ζερδελής, «Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις», 2017, σελ 817 (§2260), 820.

<sup>14</sup> Δ. Ζερδελής, «Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις», 2017, σελ 818, ΔΕΕ 6.9.2011, C-108/10.

τία, η μεταβίβαση ή μη της πελατείας, ο βαθμός ομοιότητας των δραστηριοτήτων που ασκούνται πριν και μετά τη μεταβίβαση αλλά και η διάρκεια της τυχούσας διακοπής των δραστηριοτήτων αυτών<sup>15</sup>.

Στα άυλα αγαθά ανήκουν η τεχνογνωσία, η πελατεία, το σήμα, η επωνυμία, οι διακριτικοί τίτλοι, διπλώματα ευρεσιτεχνίας, ενώ στα υλικά ανήκει το εμπόρευμα, οι πρώτες ύλες, οι εγκαταστάσεις, ο εξοπλισμός της επιχείρησης-μηχανήματα-οχήματα κλπ. Στο πλαίσιο της συνολικής αξιολόγησης που κάνουμε εκτιμάμε διαφορετικά το κάθε στοιχείο. Για παράδειγμα, σε μία βιομηχανία ή βιοτεχνία θα δώσουμε προσοχή στο εάν μεταβιβάζονται τα υλικά στοιχεία<sup>16</sup>, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι με τη μη μεταβίβαση άυλων αγαθών όπως το σήμα ή με τη μη συνέχιση της ίδιας δραστηριότητας θα οδηγούμασταν πάλι στην εφαρμογή του ΠΔ 178/2002. Για παράδειγμα, εάν αγοράζοταν ένα εργοστάσιο παραγωγής ζυμαρικών από επιχειρηματία με σκοπό να αξιοποιήσει τις εγκαταστάσεις και όχι τα μηχανήματα (τα οποία πούλησε για να αγοράσει άλλα) προκειμένου να παράγει τυροκομικά προϊόντα, τότε, παρά το ότι μεταβιβάστηκαν τα βασικά υλικά αγαθά της βιοτεχνίας, μεταβίβαση επιχείρησης δεν επήλθε. Αντιστρόφως, στον τομέα παροχής υπηρεσιών βαρύνουσα θέση έχουν τα άυλα αγαθά καθώς εν τοις πράγμασι δεν υπάρχουν υλικά στοιχεία και αν υπάρχουν δεν έχουν τόσο σημασία για τον καθορισμό της δραστηριότητας παροχής υπηρεσιών. Σε αυτές το βασικό είναι οι υπηρεσίες που παρέχονται.

Η ανάληψη του προσωπικού μπορεί να εμφανιστεί ως έννομη συνέπεια της εφαρμογής του ΠΔ 178, όπου υποχρεώνεται ο αναλήψας την επιχείρηση να προσλάβει όλο το προσωπικό, αλλά μπορεί και να αποτελεί μία ένδειξη διατήρησης της ταυτότητας της οντότητας όταν γίνεται εκούσια ανάληψη ενός μεγάλου μέρους του προσωπικού, άρα κατ'εφαρμογήν του ΠΔ 178 υπάρχει δέσμευση για πρόσληψη και των υπολοίπων. Η λογική που κρύβεται είναι ότι όταν αναλαμβάνεται μεγάλο μέρος του προσωπικού που είναι εξειδικευμένο, τότε κατά βάση θα υπάρχει η βούληση να συνεχιστεί η ίδια δραστηριότητα.

<sup>15</sup> Δ. Ζερδελής, «Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις», 2017, σελ 821, βλ. Και ΜονΠΑΘ 17/2011, ΕΕργΔ 2011, σελ.216.

<sup>16</sup> ΔΕΚ 25.1.2001, C-172/99, Δ. Ζερδελής, «Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις», 2017, σελ 822.

Η διατήρηση της πελατείας είναι αρκετά σπάνια ένδειξη και σχεδόν πάντα πρέπει να την εξετάσουμε σε συνδυασμό με ένα από τα άλλα στοιχεία. Η χαρακτηριστική περίπτωση όπου αξιοποιούμε την πελατεία ως ένδειξη είναι όταν αναλαμβάνει ένας άλλος εργοδότης τη λειτουργία επιχείρησης (λ.χ εστιατορίου) σε ξένες για αυτόν εγκαταστάσεις (μετρό, νοσοκομείο, αεροδρόμιο). Στα μέρη αυτά, όπου οι εγκαταστάσεις δεν ανήκουν σε κανένα επιχειρηματία, η αλλαγή του εργοδότη επιβάλλει τη διατήρηση των υφιστάμενων εργασιακών σχέσεων πριν τη μεταβίβαση, λόγω του ότι η πελατεία σε αυτά τα μέρη είναι δεδομένη και σταθερή, εφόσον όμως ο νέος εργοδότης συνεχίζει την ίδια ή παρόμοια λειτουργία της επιχείρησης.

Αναφορικά με την ομοιότητα των δραστηριοτήτων που ασκούνται, αυτό είναι μία από τις ενδείξεις που πρέπει να συνδυάζεται και με άλλα στοιχεία, όπως η ανάληψη μέρους του προσωπικού<sup>17</sup> ή το ότι οι οικονομικές δραστηριότητες είναι ανάλογες με αυτές του προηγούμενου<sup>18</sup>. Ουσιαστικά, μεταβολή δραστηριότητας υφίσταται όταν ο νέος φορέας μεταβάλλει το σκοπό της μονάδας που ανέλαβε και αυτό φαίνεται από το ότι δεν είναι δυνατή η περαιτέρω αξιοποίηση της οργάνωσης εργασίας, όπως ήταν όσο δραστηριοποιούνταν ο προηγούμενος εργοδότης<sup>19</sup>.

Η διακοπή των δραστηριοτήτων της επιχείρησης αποτελεί από μόνη της ένδειξη μεταβολής ταυτότητας όταν η διακοπή είναι μεγάλης διάρκειας και άρα οικονομικά ουσιώδης, ώστε να μη γίνεται να συνεχιστεί η λειτουργία της μονάδας με την προγενέστερη λειτουργική δομή της<sup>20</sup>. Ως εκ τούτου, για τα εποχιακά ξενοδοχεία των οποίων η μεταβίβαση λαμβάνει χώρα κατά τη “νεκρή περίοδο”,

<sup>17</sup> Φοίβη-Αλεξάνδρα Νικολαΐδου, σε διπλωματική εργασία: «Μεταβίβαση επιχείρησης και συλλογικές σχέσεις εργασίας», ακαδ. Έτος 2016-2017, σελ.25, διαθέσιμο στο: <https://ikee.lib.auth.gr/record/292728/files/GRI-2017-19882.pdf>, ΔΕΕ 20.1.2011, C-463/09

<sup>18</sup> Δ. Ζερδελής, «Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις», 2017, σελ 824, ΔΕΚ 17.12.1987, Συλλογή Νομολογίας 1987, σελ 5479.

<sup>19</sup> Ο.π. Δ. Ζερδελής, σελ.824-825.

<sup>20</sup> Φοίβη-Αλεξάνδρα Νικολαΐδου, σε διπλωματική εργασία: «Μεταβίβαση επιχείρησης και συλλογικές σχέσεις εργασίας», ακαδ. Έτος 2016-2017, σελ.26, διαθέσιμο στο: <https://ikee.lib.auth.gr/record/292728/files/GRI-2017-19882.pdf>

αυτή η διακοπή δεν μετράει ως ένδειξη αλλαγής ταυτότητας, άρα υποχρεούται ο νέος εργοδότης να προσλάβει τον ίδιο αριθμό εργαζομένων με τη νέα καλοκαιρινή σεζόν. Γενικά, οι προβλεπόμενες για ορισμένο διάστημα διακοπές λειτουργίας (π.χ. προσωρινή διακοπή κατά τη χειμερινή περίοδο για τα παραθαλάσσια ξενοδοχεία) δεν έχουν στόχο να διακοπεί οριστικά η επιχείρηση και τότε διατηρείται η ταυτότητα της οντότητας<sup>21</sup>.

### Συνέπειες εφαρμογής ΠΔ 178/2002

Σε επίπεδο ατομικού εργατικού δικαίου, βασική συνέπεια που προκύπτει από το άρθρο 4 ΠΔ 178/2002 είναι ότι «μεταβιβάζονται αυτοδικαίως (ipso jure) και εκ του νόμου στον διάδοχο εργοδότη όλα τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που απορρέουν από τη σύμβαση/σχέση εργασίας»<sup>22</sup>. Η γνώση του μισθωτού για τη μεταβίβαση δεν είναι προϋπόθεση της αυτοδίκαιης υπεισέλευσης, όπως ούτε κάποια ειδική συμφωνία μεταξύ παλαιού και νέου εργοδότη<sup>23</sup>.

Η υπεισέλευση αυτή είναι πλήρης, δηλαδή δεν προστατεύεται μόνο η υπόσταση της εργασιακής σχέσης αλλά και το περιεχόμενό της<sup>24</sup>. Αυτό σημαίνει ότι κρίσιμος είναι ο χρόνος της μεταβίβασης, καθώς με βάση αυτόν κρίνεται το μέχρι πότε ευθύνεται εις ολόκληρον ο νέος εργοδότης με τον παλιό και από ποιο σημείο και έπειτα μόνο ο νέος εργοδότης. Μάλιστα, σχετικά με τη διατήρηση του περιεχομένου της εργασιακής σχέσης, σημαίνει ότι ο νέος εργοδότης δεν μπορεί να αλλάξει προς το χειρότερο τους όρους εργασίας που ήταν σε ισχύ κατά το χρόνο της μεταβίβασης, γιατί θα θεωρηθεί ως μονομερής βλαπτική μεταβολή εκ μέρους του και θα εφαρμοστεί το 6§2 ΠΔ 178, δηλαδή η καταγγελία εκ μέρους του εργαζομένου θα θεωρηθεί ότι έγινε εξ' αιτίας του εργοδότη.

Παράλληλα, οφείλει να προσμετρά τον χρόνο προϋπηρεσίας του εργαζομένου για την αποζημί-

ωση απόλυσης και για κάθε άλλη περίπτωση που για τη γένεση ενός δικαιώματος απαιτείται η συμπλήρωση ορισμένου χρόνου<sup>25</sup>. Η πιο βασική συνέπεια, βέβαια, αφορά τη συνέχιση στο πρόσωπο του διαδόχου της υπερημερίας του αρχικού εργοδότη καθώς και η υποχρέωση συμμόρφωσης σε επιχειρησιακή συνήθεια που είχε διαμορφωθεί<sup>26</sup>.

Ακόμη, κατά το άρθρο 6§1 ΠΔ 178, ο παλιός και ο νέος εργοδότης δεσμεύονται στο να μην κάνουν απολύσεις που θα έχουν ως αιτία την μεταβίβαση αυτή καθ' αυτή. Αν αυτό δεν προβλεπόταν, θα παρακαμπτόταν η εφαρμογή του ΠΔ 178 με το να απολύει σταδιακά τους εργαζόμενους και να προσλαμβάνει άλλους στη θέση τους με τους δικούς του όρους. Αντιθέτως, δεν μπορούμε να απαγορεύσουμε στο νέο εργοδότη να διενεργεί απολύσεις για οικονομικό-τεχνικούς λόγους, γιατί αυτό το δικαίωμά του κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 5§1. Επίσης, δεν δύναται να του απαγορευθεί να απολύσει κάποιον για σπουδαίο λόγο που εκφεύγει των οικονομικό-τεχνικών, όπως λ.χ. εάν ασκήσει ένας εργαζόμενος βία σε βάρος του ή υπεξαίρεση από το ταμείο της επιχείρησης.

Σε επίπεδο συλλογικού εργατικού δικαίου, το άρθρο 3§3 της Οδηγίας 2001/23 ορίζει ότι ο νέος εργοδότης πρέπει να τηρεί τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας στις οποίες συμμετείχε ο προηγούμενος έως ότου λήξουν ή καταγγελθούν ή ξεκινήσει να εφαρμόζεται νέα συλλογική σύμβαση εργασίας. Οι όροι εργασίας της συλλογικής σύμβασης που είναι σε ισχύ κατά τη μεταβίβαση πρέπει να τηρούνται τουλάχιστον για ένα έτος (κατά την οδηγία αυτό ήταν το κατώτερο χρονικό όριο που μπορούσαν να θεσπίσουν τα κράτη). Είναι χαρακτηριστικό ότι ο νέος εργοδότης δεν δεσμεύεται στην περίπτωση που στην επιχείρησή του εφαρμόζεται ήδη άλλη συλλογική σύμβαση εργασίας του ίδιου είδους<sup>27</sup>.

Η ενσωμάτωση αυτού του κανόνα στο εθνικό δίκαιο έγινε μέσω του άρθρου 4§2 του ΠΔ 178/2002, σύμφωνα με το οποίο μετά τη μεταβίβαση ο διάδοχος εξακολουθεί να τηρεί τους όρους

<sup>21</sup> Βικτωρία Σ. Δούκα, Μεταβίβαση επιχείρησης και ατομικές σχέσεις εργασίας, εκδόσεις Σάκκουλα 1997σελ. 141.

<sup>22</sup> Όπως ακριβώς ό.π. Φοίβη-Αλεξάνδρα Νικολαΐδου σελ.11, ΑΠ 256/2016, ΜπρΑΘ 17/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>23</sup> Ι. Ληξουριώτης, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2005, σελ 478.

<sup>24</sup> Ό.π. Φοίβη-Αλεξάνδρα Νικολαΐδου σελ.12, ΜονΕφΑΘ 5047/2018 ΝΟΜΟΣ.

<sup>25</sup> Βλ. Σχετικά με το πότε αίρεται η υπερημερία του εργοδότη ως προς την απασχόληση του εργαζομένου ΜονΕφΑΘ 5047/2018 ΝΟΜΟΣ : Η υπερημερία του πρώτου εργοδότη συνεχίζεται στο πρόσωπο του νέου, χωρίς να απαιτείται η γνώση του για την υπερημερία.

<sup>26</sup> ΜΠρΘεσσ 38001/2009 Αρμ. 2010, σελ. 101

<sup>27</sup> ΔΕΕ 11.09.2011 C-108/10 Scattolon

εργασίας που προβλέπονται από ΣΣΕ, απόφαση διαιτησίας, κανονισμό ή ατομική σύμβαση εργασίας. Αυτή η ενσωμάτωση σε σχέση με την οδηγία κρίνεται ελλιπής και μόνο από το γεγονός ότι δεν προβλέπει τρόπους αποδέσμευσης του εργοδότη, ελάχιστο χρονικό όριο δέσμευσης διαδόχου, ούτε τη νομική φύση της δέσμευσής του. Αυτή η διάταξη του ΠΔ έχει επικουρικό χαρακτήρα, στο βαθμό που εφαρμόζεται μόνο εφόσον ο νέος εργοδότης δεν δεσμεύεται απευθείας από το δίκαιο των συλλογικών συμβάσεων εργασίας να τηρεί τους όρους με άμεση και αναγκαστική ισχύ. Όταν η δέσμευσή του προκύπτει λ.χ από μη μισθολογικούς όρους Εθνικών Γενικών Συλλογικών Συμβάσεων Εργασίας, ή από μισθολογικούς εφόσον είναι μέλος της εργοδοτικής που τη συνήψε ή όταν είναι μέλος εργοδοτικών συνδικαλιστικών οργανώσεων που συμβλήθηκαν για δημιουργία κλαδικών ή ομοιοεπαγγελματικών ΣΣΕ, ή όταν αυτές κηρυχθούν γενικά υποχρεωτικές, τότε δεν χρειάζεται να ανατρέξουμε στο 4 του ΠΔ 178<sup>28</sup>.

### Σχέση ΠΔ 178/2002 με ΑΚ 479 ως προς την έκταση ευθύνης

Κατ' αρχήν οι δύο διατάξεις μοιάζουν αρκετά, καθώς δημιουργούν παθητική εις ολόκληρον ενοχή (ΑΚ 481επ.). Διαφέρουν όμως σε ένα κρίσιμο σημείο, σε αυτό της έκτασης της ευθύνης. Στο ΠΔ η ευθύνη για εργατικές απαιτήσεις είναι απεριόριστη, ενώ στο 479 περιορισμένη έως την αξία του μεταβιβαζόμενου στοιχείου. Σχετικά με το τελευταίο, έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι ο αποκτών ευθύνεται περιορισμένα και όχι με τη δική του περιουσία αλλά με τα μεταβιβαζόμενα στοιχεία αυτά καθ' αυτά<sup>29</sup>. Αυτό έχει πρακτική σημασία στην περίπτωση που καταστραφούν-απολεσθούν τα μεταβιβαζόμενα στοιχεία ανυπαίτια, όπου ο αποκτών δεν θα υποχρεούται να καλύψει τους δανειστές με την προσωπική του περιουσία. Αναλόγως, εάν αυτά πωληθούν θα έχουν οι δανειστές αξίωση ως προς το αντάλλαγμα που έλαβε και μόνο. Ωστόσο, η κρατούσα άποψη στη νομολογία είναι ότι η ικα-

νοποίηση μπορεί να γίνει και από την προσωπική περιουσία του διαδόχου<sup>30</sup>.

Θεωρώ ότι δογματικά πιο σωστή είναι η άποψη της θεωρίας που λειτουργεί προστατευτικά για τον διάδοχο, για τους ίδιους λόγους που στην αρχή αναφέρθηκα στο ότι κακώς επιμένουμε να διατηρούμε αυτή τη διάταξη στον ΑΚ. Λογικό είναι ότι εφόσον φορτώνεται στον διάδοχο ένα ξένο χρέος, καλό είναι από την άλλη να προστατεύεται με το να μην υποχρεώνεται να ικανοποιήσει τους δανειστές με την προσωπική του περιουσία. Ωστόσο, κάτι τέτοιο δεν το έχει πει ρητά ο νομοθέτης και δικαιολογημένα η νομολογία δεν έχει δεχτεί μία τόσο επαναστατική ερμηνεία. Μέλλει λοιπόν να περιμένουμε το νομοθέτη (αν δεν καταργήσει τη διάταξη) να την τροποποιήσει προς την κατεύθυνση που την ερμηνεύουν ορισμένοι θεωρητικοί, εξισορροπώντας έτσι τα συμφέροντα των δανειστών με αυτά του εκδοχέα της ομάδας περιουσίας ή επιχείρησης.

### Επίλογος

Ο δικαιολογητικός σκοπός των προστατευτικών για τους εργαζομένους διατάξεων του ΠΔ επιβεβαιώνεται και μάλιστα κρίνεται συνταγματικά θεμιτός ενόψει του άρθρου 22§1 Συντάγματος, κατά το οποίο το κράτος λαμβάνει μέτρα προστασίας της εργασίας ως θεμελιώδες ατομικό δικαίωμα. Η πρόταση για κατάργηση του 479 ΑΚ δεν παρουσιάζει πρόβλημα από άποψη προστασίας εργαζομένων επιχείρησης ως δανειστών, γιατί εκείνοι προστατεύονται από το άρθρο 4 του ΠΔ 178/2002 και μάλιστα πλήρως. Ο λόγος για τον οποίο συμφωνούμε με τη ρύθμιση του ΠΔ και όχι με αυτή του ΑΚ είναι ότι στο ΠΔ υποκείμενο προστασίας είναι εξαιρετικά και μόνο οι εργαζόμενοι, των οποίων το συμφέρον σταθμίζουμε με αυτό του νέου εργοδότη. Από αυτή τη στάθμιση βαρύνει το συμφέρον των εργαζομένων, λόγω του ότι με τις δικές τους απαιτήσεις θα καλύψουν βασικές βιοτικές τους ανάγκες, κάτι το οποίο δεν ισχύει γενικά με τους δανειστές του ΑΚ 479.

<sup>28</sup> Δ. Ζερδελής, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, β' έκδοση, 2017, σελ. 185.

<sup>29</sup> Αρχανιωτάκης Γ., «Μεταβίβαση περιουσίας ή επιχείρησης» 1997, σελ 379, Σταθόπουλος Μ. Γενικό Ενοχικό Δίκαιο 2004, σελ 362, ΠρωτΡόδου 14/2002 ΤΝΠ/ΔΣΑ, ΑΠ 591/2002 ΕλλΔ 2003, Σελ 451.

<sup>30</sup> Εφετείο Θεσσαλονίκης 922/2006 ΕεμπΔ 57, 569

## Η προσωρινή απασχόληση: ο κατ' επάγγελμα δανεισμός εργαζομένων

Κονταξή Κλεονίκη  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«[...] η προσωρινή απασχόληση λόγω των πλεονεκτημάτων που προσφέρει κυρίως για την επιχείρηση και δευτερευόντως για τους εργαζομένους δύναται να καλύψει πληθώρα αναγκών στο σύγχρονο εργασιακό χώρο, καθώς ανταποκρίνεται στην αναγκαιότητα ενίσχυσης της ευελιξίας και προσαρμοστικότητας της αγοράς εργασίας.»**

### Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Η αναγκαιότητα προσαρμογής των εργασιακών σχέσεων στις διαρκώς κυμαινόμενες συνθήκες της αγοράς, επίτευξης ευελιξίας και ελαστικότητας στην οργάνωση της εργασίας και μείωσης του μισθολογικού κόστους, προκειμένου να μπορέσουν οι επιχειρήσεις να επιβιώσουν και να διατηρήσουν την ανταγωνιστικότητά τους, έχει οδηγήσει στην εμφάνιση νέων μορφών απασχόλησης, των «ελαστικών - ευέλικτων» σχέσεων εργασίας. Αυτές χαρακτηρίζονται και ως «άτυπες» μορφές απασχόλησης, καθώς διαφοροποιούνται από τη «τυπική» σχέση εργασίας, που βασίζεται στη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας. Μια τέτοια «άτυπη» μορφή εργασίας συνιστά, μεταξύ άλλων, η προσωρινή απασχόληση. Βασικό χαρακτηριστικό της αποτελεί το ότι ο εργαζόμενος προσλαμβάνεται από μία επιχείρηση, τη λεγόμενη «Επιχείρηση Προσωρινής Απασχόλησης (Ε.Π.Α.)» η οποία επ' αμοιβή τον παραχωρεί, «δανείζει» σε μία άλλη, τρίτη επιχείρηση, τον «έμμεσο» εργοδότη, όπου ο εργαζόμενος παρέχει την εργασία του<sup>1</sup>. Η ιδιομορφία της σύμβασης προσωρινής απασχόλησης έγκειται σε αυτό ακριβώς, δηλαδή στο ότι ο εργαζόμενος δεν παρέχει την εργασία του προς τον αντισυμβαλλόμενο του στη σύμβαση εργασίας άλλα σε ένα τρίτο πρόσωπο στο οποίο παραχωρείται προσωρινά και το οποίο υποδεικνύεται από τον «άμεσο» εργοδότη, δηλαδή την «Ε.Π.Α.»<sup>2</sup>.

### Οφέλη- Κίνδυνοι της προσωρινής απασχόλησης

Η διαρκώς αυξανόμενη σήμερα απασχόληση εργαζομένων μέσω συμβάσεων προσωρινής απασχόλησης, τόσο σε εθνικό επίπεδο όσο και στα πλαίσια της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οφείλεται στα ποικίλα πλεονεκτήματα που παρέχει αυτή η μορφή εργασίας για τους εργαζομένους και τις επιχειρήσεις. Σε ό,τι αφορά τους εργαζομένους, η προσωρινή απασχόληση συμβάλλει στη δημιουργία νέων θέσεων εργασίας βοηθώντας στην καταπολέμηση της ανεργίας. Επιπλέον, ενδέχεται το καθεστώς προσωρινής απασχόλησης να λειτουργήσει ως δοκιμαστική περίοδος αφού στην περίπτωση που η επιχείρηση όπου παρέχει τις υπηρεσίες του ο εργαζόμενος μείνει ικανοποιημένη με την επίδοσή του μπορεί να του προσφέρει μία μόνιμη θέση εργασίας<sup>3</sup>. Σε ό,τι αφορά τις επιχειρήσεις, τα οφέλη αυτής της μορφής απασχόλησης είναι ακόμη περισσότερα για αυτές, καθώς οι επιχειρήσεις, οι «έμμεσοι» εργοδότες, επιτυγχάνουν με μειωμένο κόστος την άμεση αξιοποίηση προσωπικού για την κάλυψη των παροδικών σε εργατικό δυναμικό αναγκών τους. Έτσι, αποφεύγουν τόσο την πρόσληψη εργαζομένων και ακολούθως την απόκτηση της εργοδοτικής ιδιότητας και των συναφών με αυτή υποχρεώσεων όσο και την απόλυση τους, καθώς και την τήρηση των σχετικών, προστατευτικών για

<sup>1</sup> Ζερδελής Δ., Ο κατ' επάγγελμα δανεισμός εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 15

<sup>2</sup> Στερνιώτη Μ., σε διπλωματική εργασία «Η προ-

σωρινή απασχόληση», Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 7

<sup>3</sup> Κυνηγοπούλου Σ., Προσωρινή Απασχόληση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 20

τους εργαζομένους, νομοθετικών διατάξεων, δεσμεύσεις που βαρύνουν την Ε.Π.Α. και συνιστούν στην πράξη τη δραστηριότητά της<sup>4</sup>.

Ωστόσο, ο δανεισμός εργαζομένων από επιχειρήσεις που κατ' επάγγελμα δραστηριοποιούνται στον συγκεκριμένο τομέα εγκυμονεί και ορισμένους κινδύνους για τους εργαζομένους. Καθώς δεν απαιτείται πλέον από τις Ε.Π.Α. να διαθέτουν ένα ελάχιστο κεφάλαιο για την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας ούτε κάποια στοιχειώδη υλικοτεχνική υποδομή, ενδέχεται να ασκούν τη συγκεκριμένη δραστηριότητα αφερέγγυοι επιχειρηματίες, που δεν μπορούν να εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις τους απέναντι στους εργαζομένους που προσλαμβάνουν. Επίσης ενδέχεται εργαζόμενοι που εργάζονται προσωρινά να αντικαθίστανται από άλλους μετά από την πάροδο κάποιου σύντομου χρονικού διαστήματος. Ως αποτέλεσμα προσωρινό προσωπικό καταλήγει να καλύπτει μόνιμες θέσεις εργασίας και να εξυπηρετεί πάγιες ανάγκες της επιχείρησης ενώ έτσι η τακτική εργασία υποκαθίσταται από την ευκαιριακή, χωρίς ωστόσο να μπορούν οι εργαζόμενοι να ασκούν τα συλλογικά εργασιακά τους δικαιώματα και να διεκδικούν τα συλλογικά τους συμφέροντα. Τέλος, ελλοχεύει ο κίνδυνος να τυγχάνουν οι προσωρινά απασχολούμενοι άνισης μεταχείρισης σε σχέση με το μόνιμο προσωπικό της τρίτης επιχείρησης και να βιώνουν την αβεβαιότητα ως προς την απασχόληση τους, αφού οι προσωρινά απασχολούμενοι πλήττονται πρώτοι, αν υπάρξει ανάγκη μείωσης του εργατικού δυναμικού της επιχείρησης για οικονομικοτεχνικούς λόγους<sup>5</sup>.

### Νομοθετικό καθεστώς

Σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης, η νομοθετική ρύθμιση της προσωρινής απασχόλησης καθυστέρησε πολύ εξαιτίας της αντίδρασης της εργοδοτικής πλευράς στην κατοχύρωση της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ όσων εργάζονται με σύμβαση προσωρινής απασχόλησης και του προσωπικού του «έμμεσου» εργοδότη, αφού θεωρήθηκε ότι η καθιέρωση της εν λόγω αρχής θα καθιστούσε λιγότερο ελκυστική τη συγκεκριμένη μορφή απασχόλησης<sup>6</sup>. Τελικά επετεύχθη η θέσπιση ενός προστα-

τευτικού νομοθετικού πλαισίου για την προσωρινή απασχόληση με την Οδηγία 2008/104/EK, η οποία «αποσκοπεί στην εξασφάλιση της προστασίας των προσωρινά απασχολούμενων και στη βελτίωση της ποιότητας της προσωρινής απασχόλησης, με την εξασφάλιση της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης στους προσωρινά απασχολούμενους<sup>7</sup> και την κατοχύρωση ενός καθεστώτος που «χαρακτηρίζεται από διαφάνεια και είναι αναλογικό»<sup>8</sup>.

Σε εθνικό επίπεδο και συγκριτικά με άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ο Έλληνας νομοθέτης δεν κατόρθωσε αρχικά την έγκαιρη ρύθμιση της προσωρινής απασχόλησης, καθώς τα εργατικά συνδικάτα ακολουθούσαν τη στρατηγική της απαγόρευσης ρύθμισης αυτής<sup>9</sup>. Έτσι η απουσία ενός προστατευτικού νομοθετικού πλαισίου οδήγησε στη δραστηριοποίηση αφερέγγυων επιχειρήσεων στο τομέα της προσωρινής απασχόλησης και στην εκμετάλλευση των εργαζομένων που έμεναν νομοθετικά απροστάτευτοι<sup>10</sup>. Τελικά ο Έλληνας νομοθέτης επενέβη με το ν.2956/2001, που υπέστη τροποποιήσεις με τους ν.3846/2010 και ν.3899/2010, όπου αναγνωρίστηκαν αρχικώς νομοθετικά οι «Επιχειρήσεις Προσωρινής Απασχόλησης» και ρυθμίστηκε η προσωρινή απασχόληση εργαζόμενου επ' αμοιβή. Ακολούθησε ο ν.4052/2012 προς συμμόρφωση του Έλληνα νομοθέτη στην Οδηγία 2008/104/EK και τέλος ψηφίστηκαν οι ν.4093/2012 και ν.4254/2014 που έφεραν ορισμένες τροποποιήσεις στην προσωρινή απασχόληση<sup>11</sup>.

### Εννοιολογικές παρατηρήσεις- Λεπτομερέστερη προσέγγιση του θέματος

Σε ό,τι αφορά τον ορισμό της προσωρινής απασχόλησης, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 123 §2 του ν.4052/2012, μπορούμε να συνάγουμε ότι η σύμβαση προσωρινής απασχόλησης είναι η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, ορισμένου ή αορίστου χρόνου, η οποία καταρτίζεται ανάμεσα σε μία «Επιχείρηση Προσωρινής Απασχόλησης» («άμεσος»

<sup>4</sup> Ζερδελής Δ., Ο κατ' επάγγελμα δανεισμός εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 19

<sup>5</sup> Ζερδελής Δ., Ο κατ' επάγγελμα δανεισμός εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 19-21

<sup>6</sup> Κυνηγοπούλου Σ., Προσωρινή Απασχόληση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 4-5

<sup>7</sup> Όπως ακριβώς Οδηγία 2008/104/EK άρθρο 2

<sup>8</sup> Όπως ακριβώς Οδηγία 2008/104/EK αιτιολογική σκέψη 12

<sup>9</sup> Κουκιάδης Ι., Εργατικό Δίκαιο (Επιτομή), Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 86

<sup>10</sup> Κυνηγοπούλου Σ., Προσωρινή Απασχόληση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 4

<sup>11</sup> Κουκιάδης Ι., Εργατικό Δίκαιο (Επιτομή), Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 86

εργοδότης») και σε έναν εργαζόμενο που αναλαμβάνει να παρέχει προσωρινά την εργασία του έναντι αμοιβής στην επιχείρηση, τον «έμμεσο» εργοδότη, που του υποδεικνύει κάθε φορά η Ε.Π.Α.<sup>12</sup> Ιδιαιτερότητα της προσωρινής απασχόλησης είναι ο «εργοδοτικός δεισμός», η σύνδεση δηλαδή του εργαζομένου με δύο εργοδότες, καθώς πέρα από τον «άμεσο» εργοδότη, με τον οποίο ο εργαζόμενος συνδέεται συμβατικά, υπάρχει και ο «έμμεσος» εργοδότης προς τον οποίο παρέχει προσωρινά την εργασία του, παρόλο που δεν υπάρχει σύμβαση εργασίας μεταξύ τους. Αυτή η δραστηριότητα της προσωρινής παραχώρησης εργαζομένων σε άλλες επιχειρήσεις ασκείται από τις Ε.Π.Α. που ως κύρια και αποκλειστική τους δραστηριότητα πρέπει να έχουν την παραχώρηση εργαζομένων σε τρίτες επιχειρήσεις και χαρακτηρίζεται ως «κατ' επάγγελμα» δανεισμός. Κατ' εξαίρεση μόνο μπορούν οι Ε.Π.Α. να ασκούν ορισμένες συγγενείς με την προσωρινή απασχόληση δραστηριότητες που ορίζονται στο άρθρο 122 §1 του ν.4052/2012<sup>13</sup>. Η ratio της αναγκαιότητας για αποκλειστικότητα της δραστηριότητας της Ε.Π.Α. είναι η αποφυγή των αρνητικών επιπτώσεων στην οικονομική δραστηριότητα της από την παράλληλη άσκηση άλλων δραστηριοτήτων και της βλάβης της φερεγγυότητας της<sup>14</sup>.

Επιπροσθέτως, σχετικά με τη διάρκεια παραχώρησης του προσωρινά απασχολούμενου, αυτή δεν επιτρέπεται να γίνεται επ' αόριστον αλλά μόνο προσωρινά, για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, αφού σκοπός της προσωρινής απασχόλησης δεν είναι η κάλυψη μόνιμων αλλά πρόσκαιρων αναγκών του εργοδότη ούτε και η κάλυψη μόνιμων θέσεων από προσωρινά απασχολούμενους. Έτσι σύμφωνα με το άρθρο 117 §3 του ν.4052/2012 η διάρκεια παραχώρησης του μισθωτού στον «έμμεσο» εργοδότη δεν μπορεί να υπερβαίνει τους 36 μήνες. Η κύρωση σε περίπτωση υπέρβασης αυτού του χρονικού ορίου είναι, σύμφωνα με το νόμο, η αυτοδίκαιη μετατροπή της σύμβασης προσωρινής απασχόλησης με τον «άμεσο» εργοδότη, την Ε.Π.Α., σε σύμβαση αορίστου χρόνου με τον «έμμεσο» εργοδότη<sup>15</sup>. Αυτή

η διάταξη είναι δημόσιας τάξης και δεν επιτρέπεται ο εργαζόμενος να παραιτηθεί εκ των προτέρων από το δικαίωμα που μόνο αυτός έχει, δηλαδή να επικαλεστεί τη μετατροπή της σύμβασης προσωρινής απασχόλησης σε σύμβαση αορίστου χρόνου με τον «έμμεσο» εργοδότη. Ωστόσο, ορθό είναι να δεχτούμε ότι μπορεί ο εργαζόμενος να παραιτηθεί εκ των υστέρων από το δικαίωμα του αυτό σε περίπτωση που προτιμά τη διατήρηση της σύμβασης προσωρινής απασχόλησης, αφού σε αντίθετη περίπτωση μια τέτοια απαγόρευση θα προσέκρουε στα άρθρα 2 §1 και 5 §1 του Συντάγματος<sup>16</sup>. Η ίδια κύρωση της μετατροπής της σύμβασης εργασίας με την Ε.Π.Α. σε σύμβαση αορίστου χρόνου με τον «έμμεσο» εργοδότη προβλέπεται, σύμφωνα με το άρθρο 117 §4 και σε περίπτωση που μεταξύ δύο διαδοχικών παραχωρήσεων του μισθωτού στον ίδιο «έμμεσο» εργοδότη δεν μεσολαβεί χρονικό διάστημα τουλάχιστον 23 ημερολογιακών ημερών.

### **Έννομες σχέσεις μεταξύ των μερών-Λειτουργία της τριμερούς σχέσης**

#### Σχέση μεταξύ Ε.Π.Α. και έμμεσου εργοδότη

Η σχέση μεταξύ της Ε.Π.Α. και του «έμμεσου» εργοδότη βασίζεται στη σύμβαση προμήθειας εργασίας που συνάπτουν, αντικείμενο της οποίας είναι ο δανεισμός εργαζομένων, συνήθως έναντι αμοιβής, στον «έμμεσο» εργοδότη προκειμένου να καλύψει αυτός τις πρόσκαιρες ανάγκες του σε εργατικό δυναμικό. Η υποχρέωση της Ε.Π.Α. εκτείνεται στην επιμελή επιλογή του κατάλληλου προσωπικού προς παραχώρηση και όχι στην παροχή εργασίας, υποχρέωση που βαρύνει τον παραχωρούμενο εργαζόμενο. Επομένως η Ε.Π.Α. δεν ευθύνεται για την πλημμελή εκπλήρωση κάποιας υποχρέωσης από τον παραχωρούμενο εργαζόμενο παρά μόνο αν η ζημία που υπέστη ο «έμμεσος» εργοδότης οφείλεται σε λανθασμένη επιλογή εργαζομένου που δεν είχε τα κατάλληλα προσόντα για να προσφέρει την προβλεπόμενη εργασία και σωρευτικά συντρέχει πταίσμα της Ε.Π.Α. ως προς την επιλογή<sup>17</sup>. Ευθύνη της Ε.Π.Α. υπάρχει επίσης αν υπαιτίως δεν

<sup>12</sup> Στερνιώτη Μ., σε διπλωματική εργασία «Η προσωρινή απασχόληση», Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 8-9

<sup>13</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ' επάγγελμα Δανεισμός Εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 18 και 40

<sup>14</sup> Παπαδημητρίου Κ., Η Προσωρινή Απασχόληση, Ο κατ' επάγγελμα δανεισμός εργαζομένων, Εκδόσεις Αντ., Ν. Σάκκουλα, Αθήνα- Κομοτηνή, 2007, σελ. 123

<sup>15</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ' επάγγελμα Δανεισμός Ερ-

γαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 68-71

<sup>16</sup> Παπαδημητρίου Κ., Η Προσωρινή Απασχόληση, Ο κατ' επάγγελμα δανεισμός εργαζομένων, Εκδόσεις Αντ., Ν. Σάκκουλα, Αθήνα- Κομοτηνή, 2007, σελ. 151-152

<sup>17</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ' Επάγγελμα Δανεισμός Εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 43-48

εκπληρώσει την κύρια συμβατική υποχρέωση της να διαθέσει έναν ή περισσότερους εργαζομένους στον «έμμεσο» εργοδότη και προκληθεί ζημία σε αυτόν. Το ίδιο ισχύει και όταν ο εργαζόμενος δεν είναι σε θέση να παρέχει τις υπηρεσίες του λόγω ασθένειας ή άδειας ή επειδή αρνείται αδικαιολόγητα να τις παρέχει, οπότε και μπορεί η Ε.Π.Α. να αντικαταστήσει άμεσα τον εργαζόμενο με κάποιον άλλο, αν πρόκειται για ενοχή γένους<sup>18</sup>. Ο παραχωρούμενος εργαζόμενος δεν λειτουργεί ως βοηθός εκπλήρωσης της Ε.Π.Α. κατά το άρθρο 334 του ΑΚ αλλά εκπληρώνει απέναντι στον «άμεσο» εργοδότη δική του υποχρέωση που πηγάζει από τη σύμβαση εργασίας του με αυτή και από τις συμβατικές δεσμεύσεις της Ε.Π.Α. απέναντι στον «έμμεσο» εργοδότη. Ο τελευταίος οφείλει τη συμφωνημένη αμοιβή στην Ε.Π.Α. ακόμη και αν δεν έχει κάνει χρήση των υπηρεσιών του εργαζομένου<sup>19</sup>.

#### Σχέση μεταξύ Ε.Π.Α. και εργαζομένου

Η βάση της τριμερούς σχέσης είναι η σύμβαση προσωρινής απασχόλησης μεταξύ της Ε.Π.Α. και του εργαζομένου. Πρόκειται για μία κανονική σύμβαση εργασίας που σύμφωνα με το άρθρο 124 §1 του ν.4052/2012 πρέπει να είναι έγγραφη και μπορεί να είναι αορίστου ή ορισμένου χρόνου. Πάντως η ορισμένη διάρκεια της σύμβασης θα πρέπει να δικαιολογείται από την ύπαρξη κάποιου αντικειμενικού λόγου. Αν η διάρκεια της σύμβασης προσωρινής απασχόλησης δεν συμπίπτει με τη διάρκεια της παραχώρησης στον «έμμεσο» εργοδότη, τότε προκύπτει το φαινόμενο ο εργαζόμενος, κατά το χρονικό διάστημα μεταξύ δύο παραχωρήσεων, να μην προσφέρει σε κανένα εργοδότη την εργασία του. Κατά την περίοδο μη απασχόλησης του εργαζομένου, η σχέση υπολειτουργεί και ορθό είναι να δεχτούμε ότι ο εργαζόμενος βρίσκεται σε γνήσια ετοιμότητα, ενώ τα σχετικά με τις αποδοχές του ρυθμίζονται στο άρθρο 124§1<sup>20</sup>. Η Ε.Π.Α., βάσει της συμβατικής σχέσης της με τον «έμμεσο εργοδότη, εκχωρεί σε αυτόν την αξίωση της για παροχή εργασίας και συγχρόνως αποκτά ο «έμμεσος» εργοδότης και το διευθυντικό

δικαίωμα, η έκταση του οποίου εξαρτάται τόσο από την ατομική σύμβαση εργαζομένου και Ε.Π.Α. όσο και από τις ειδικότερες συμφωνίες μεταξύ του «άμεσου» και του «έμμεσου» εργοδότη<sup>21</sup>.

Βασική υποχρέωση της Ε.Π.Α. είναι η καταβολή των αποδοχών στους εργαζομένους και των νομοθετικά προβλεπόμενων ασφαλιστικών εισφορών, δέσμευση που πηγάζει από το ότι η Ε.Π.Α. σύμφωνα με το άρθρο 122 §2 έχει τις υποχρεώσεις και τα δικαιώματα του εργοδότη. Ωστόσο ο νόμος, αποσκοπώντας στην προστασία των εργαζομένων, προβλέπει στο άρθρο 124 §4 ότι η Ε.Π.Α. και ο «έμμεσος» εργοδότης είναι αλληλεγγύως και εις ολόκληρον υπεύθυνοι για την ικανοποίηση των μισθολογικών δικαιωμάτων του εργαζομένου και την καταβολή των ασφαλιστικών του εισφορών, εκτός αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που ορίζει το άρθρο περί της επικουρικής ευθύνης του «έμμεσου» εργοδότη, οπότε και ευθύνεται αποκλειστικά η Ε.Π.Α.. Τέλος, το ύψος των αποδοχών που λαμβάνουν οι προσωρινοί εργαζόμενοι κατά τη διάρκεια της παραχώρησης ταυτίζεται με το ύψος των αποδοχών που λαμβάνουν οι συγκρίσιμοι εργαζόμενοι που απασχολεί ο «έμμεσος» εργοδότης, κατ'εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αρχή που επεκτείνεται σε όλους τους βασικούς όρους εργασίας του προσωρινά απασχολούμενου σύμφωνα με το άρθρο 117 §1<sup>22</sup>.

#### Σχέση μεταξύ «έμμεσου» εργοδότη και εργαζομένου

Σε ό,τι αφορά τη σχέση μεταξύ «έμμεσου» εργοδότη και παραχωρούμενου εργαζομένου, αυτή χαρακτηρίζεται από την έλλειψη συμβατικού δεσμού. Η μόνη περίπτωση δημιουργίας συμβατικής σχέσης μεταξύ των δύο αυτών μερών είναι με την επέλευση της κύρωσης που επαπειλείται στο άρθρο 117 §3 και 4 του ν.4052/2012 περί μετατροπής της σύμβασης προσωρινής απασχόλησης σε σύμβαση αορίστου χρόνου του εργαζομένου με τον «έμμεσο» εργοδότη- η οποία δεν υφίστατο πριν- όταν η διάρκεια παραχώρησης στον «έμμεσο» εργοδότη υπερβαίνει τους 36 μήνες ή όταν μεταξύ δύο διαδοχικών παραχωρήσεων του εργαζομένου στον ίδιο «έμμεσο» εργοδότη μεσολαβεί χρονικό διάστημα μικρότερο των 23 ημερολογιακών ημερών, όπως προαναφέρθηκε. Παρά την έλλειψη

<sup>18</sup> Κυνηγοπούλου Σ., Προσωρινή Απασχόληση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 88-89

<sup>19</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ'Επάγγελμα Δανεισμός Εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 43-48

<sup>20</sup> Κουκιάδης Ι., Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις και το Δίκαιο της Ευελιξίας της Εργασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2017, σελ. 394

<sup>21</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ'Επάγγελμα Δανεισμός Εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-60

<sup>22</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ'Επάγγελμα Δανεισμός Εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-60



συμβατικού δεσμού μεταξύ των δύο μερών, καθώς κατά την ορθότερη άποψη<sup>23</sup> η σχέση μεταξύ της Ε.Π.Α. και του εργαζομένου λειτουργεί ως γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου, ο «έμμεσος» εργοδότης, ως τρίτος, έχει αυτοτελές δικαίωμα να απαιτήσει απευθείας από αυτόν που υποσχέθηκε, τον εργαζόμενο, να εκπληρώσει την παροχή του, βάσει του άρθρου 411 του ΑΚ. Παράλληλα ο δέκτης της υπόσχεσης, η Ε.Π.Α., διατηρεί το δικαίωμα να απαιτήσει από τον εργαζόμενο να εκπληρώσει την παροχή του, όχι στην ίδια, αλλά στον «έμμεσο εργοδότη βάσει του άρθρου 410 του ΑΚ.

Επιπροσθέτως, κατά τη διάρκεια της παραχώρησης οι προσωρινά απασχολούμενοι εντάσσονται στην εκμετάλλευση της επιχείρησης στην οποία παραχωρούνται. Συγχρόνως ο «έμμεσος» εργοδότης αποκτά από την Ε.Π.Α. το διευθυντικό δικαίωμα, δηλαδή το δικαίωμα συγκεκριμενοποίησης μέσω εντολών της υποχρέωσης που υπέχει ο εργαζόμενος για παροχή εργασίας, ώστε να μπορεί να αξιοποιεί το παραχωρούμενο προσωπικό ανάλογα με τις ανάγκες του, δικαίωμα που δεν του παρέχει περισσότερες εργοδοτικές εξουσίες από όσες είχε η Ε.Π.Α.<sup>24</sup> Τέλος ο «έμμεσος» εργοδότης, παρόλο που δεν συμβάλλεται με τον εργαζόμενο, βαρύνεται με παρεπόμενες υποχρεώσεις, όπως η υποχρέωση προστασίας, που προβλέπεται στο άρθρο 125 του ν.4052/2012, όπου επισημαίνεται και η ευθύνη του «έμμεσου» εργοδότη για το εργατικό ατύχημα. Η ευθύνη αυτή δικαιολογείται από το γεγονός ότι ο «έμμεσος» εργοδότης οργανώνει την εκτέλεση της εργασίας έχοντας το διευθυντικό δικαίωμα και άρα πρέπει να φέρει και τον κίνδυνο<sup>25</sup>.

### **Συγκαλυμμένη παράνομη ενοικίαση προσωπικού μέσω συμβάσεων έργου**

Παράλληλα με την ανάπτυξη του θεσμού της προσωρινής απασχόλησης, παρατηρείται τα τε-

λευταία χρόνια η τάση, τόσο σε ευρωπαϊκό όσο και σε εθνικό επίπεδο, ολοένα και περισσότερες επιχειρήσεις, να καταφεύγουν στις συμβάσεις έργου. Είναι συχνό δηλαδή το φαινόμενο μία επιχείρηση να αναθέτει, συνήθως με σύμβαση έργου, σε μία τρίτη αυτοτελή επιχείρηση την εκτέλεση με δικό της προσωπικό, εντός αυτής της ίδιας, μίας ή περισσότερων δραστηριοτήτων που αφορούν επουσιώδεις ή ακόμη και ουσιώδεις λειτουργίες της και που προηγουμένως ασκούσαν τμήματα ή μονάδες της αναθέτουσας επιχείρησης, φαινόμενο γνωστό με τον όρο «outsourcing». Έτσι, μια δραστηριότητα που παραδοσιακά ασκείται από την επιχείρηση στο χώρο της «εξάγεται» από αυτή και μεταφέρεται σε μία άλλη, προκειμένου η τελευταία να την εκτελέσει με χαμηλότερο κόστος από ότι θα την εκτελούσε το προσωπικό της πρώτης.

Εξίσου συχνή είναι η ανάθεση σε άλλη επιχείρηση, συνήθως με σύμβαση έργου, της εκτέλεσης μιας δραστηριότητας που εντάσσεται στις κύριες εργασίες της αναθέτουσας επιχείρησης, δραστηριότητα την οποία η τρίτη επιχείρηση εκτελεί με δικό της προσωπικό εντός της αναθέτουσας επιχείρησης. Το φαινόμενο αυτό είναι γνωστό ως «kinhouse-outsourcing». Η πρακτική αυτή των επιχειρήσεων να προσφεύγουν στις συμβάσεις έργου, υπό την ειδικότερη μορφή των συμβάσεων «outsourcing», δεν μπορεί να περιοριστεί, αφού μία τέτοια δυνατότητα βασίζεται στην κατοχυρωμένη στο άρθρο 5 του Συντάγματος επιχειρηματική ελευθερία. Καθίσταται αναγκαίο, ωστόσο, να καταπολεμηθεί πλήρως η σύναψη εικονικών συμβάσεων έργου που υποκρύπτουν συγκαλυμμένη παράνομη ενοικίαση εργαζομένων και χρησιμοποιούνται ως μέσο καταστράτηγησης της νομοθεσίας για την προσωρινή απασχόληση<sup>26</sup>. Στην πράξη η επιχείρηση- «εργολάβος» αποτελεί τότε μια παράνομη Ε.Π.Α., που δεν έχει συσταθεί σύμφωνα με τις προϋποθέσεις του νόμου για την προσωρινή απασχόληση. Αυτή εκτελεί το «έργο» που έχει αναλάβει και το οποίο συνίσταται στην παραχώρηση προσωπικού στον «έμμεσο» εργοδότη- «κύριο ή εργοδότη του έργου», χρησιμοποιώντας ως βοηθούς εκπλήρωσης τους εργαζομένους της, παραβλέποντας ωστόσο τη νομοθεσία για

<sup>23</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ' Επάγγελμα Δανεισμός Εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 62 (βλ. παραπομπή 82)

<sup>24</sup> Ζερδελής Δ., Ο Κατ' Επάγγελμα Δανεισμός Εργαζομένων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 60-64

<sup>25</sup> Λώλα Β., σε διπλωματική εργασία «Συμβάσεις έργου, με την ειδικότερη μορφή της προσφυγής σε εξωτερικές πηγές (outsourcing), που υποκρύπτουν παράνομο δανεισμό εργαζομένων», Θεσσαλονίκη, 2017, σελ. 27-28 (διαθέσιμο στο <https://ikee.lib.auth.gr/record/292186/files/GRI-2017-19544.pdf>)

<sup>26</sup> Δ. Ζερδελής, Ενοικίαση προσωπικού μέσω συμβάσεων έργου- Οι συμβάσεις έργου ως μηχανισμός καταστράτηγησης της νομοθεσίας για την προσωρινή απασχόληση, Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών (ΔΕΕ), 2015, σελ. 10-15

την προσωρινή απασχόληση<sup>27</sup>. Ο λόγος που πολλές επιχειρήσεις καταφεύγουν στις συμβάσεις έργου που υποκρύπτουν παράνομη παραχώρηση προσωπικού αντί στην προσωρινή απασχόληση είναι η δυνατότητα κάλυψης των αναγκών τους σε εργατικό δυναμικό με την ταυτόχρονη απαλλαγή τους από την υποχρέωση τήρησης των περιορισμών και των προστατευτικών για τους παραχωρούμενους εργαζομένους νομοθετικών διατάξεων που προβλέπονται για την ενοικίαση των εργαζομένων.

Δεδομένων όλων των ανωτέρω καθίσταται επιτακτική η ανάγκη εύρεσης κριτηρίων διάκρισης της γνήσιας σύμβασης έργου από την τριμερή σχέση προσωρινής απασχόλησης, προκειμένου να μπορέσουμε να διαπιστώσουμε πότε υποκρύπτεται παράνομη παραχώρηση προσωπικού υπό το μανδύα σύμβασης έργου. Έτσι στη γνήσια σύμβαση έργου ο εργολάβος διευθύνει την εργασία και εποπτεύει τους εργαζομένους που δεν παραχωρούνται στην αντισυμβαλλόμενη στη σύμβαση έργου επιχείρηση, δηλαδή στον «εργοδότη του έργου». Αντιθέτως στην προσωρινή απασχόληση, ο «έμμεσος» εργοδότης αποκτά από την Ε.Π.Α., όπως ήδη αναλύθηκε εκτενέστερα, το διευθυντικό δικαίωμα το οποίο ασκεί δίνοντας οδηγίες ως προς την παροχή εργασίας στους εργαζομένους που του παραχωρούνται και οι οποίοι εντάσσονται στην οργάνωση της εκμετάλλευσής του. Επομένως στην περίπτωση που το διευθυντικό δικαίωμα δεν το ασκεί ο εργολάβος αλλά ο «εργοδότης του έργου», τότε υποκρύπτεται σύμβαση παραχώρησης. Επιπροσθέτως, καθώς στη σύμβαση έργου ο εργολάβος αναλαμβάνει την ευθύνη τόσο για τη ζημία που προκαλούνται λόγω της πλημμελούς εκπλήρωσης της εργασίας από το προσωπικό του όσο και για τα ελαττώματα ή τις ελλείψεις του έργου, η ανάληψη τέτοιας ευθύνης από τον «κύριο του έργου» και η μη ενεργοποίηση της ευθύνης του εργολάβου, υποκρύπτει επίσης την παράνομη παραχώρηση προσωπικού<sup>28</sup>.

Πέρα από αυτά τα κριτήρια, υπάρχουν και κάποιες πρόσθετες ενδείξεις που συνηγορούν υπέρ ή κατά της ύπαρξης παράνομης ενοικίασης προσωπικού. Ειδικότερα, αν ο εργολάβος διαθέτει κάποια

στοιχειώδη υλικοτεχνική υποδομή που τον καθιστά αξιόπιστο να εκπληρώσει το έργο που ανέλαβε, τότε το στοιχείο αυτό συνηγορεί υπέρ της ύπαρξης γνήσιας σύμβασης έργου, αφού δεν υπάρχει λόγος να μην χαρακτηρίσουμε έτσι τη σύμβαση, όταν εκλείπει ο κίνδυνος από τον οποίο ο νομοθέτης θέλει να προστατέψει τους εργαζομένους, δηλαδή όταν ο εργοδότης είναι φερέγγυος<sup>29</sup>. Από την άλλη πλευρά, αν οι εργασίες που εκτελεί το προσωπικό του εργολάβου έχουν μόνιμο και διαρκή χαρακτήρα και καλύπτουν πάγιες ανάγκες της επιχείρησης, τότε η ένδειξη αυτή συνηγορεί υπέρ της ύπαρξης υποκρυπτόμενης παραχώρησης προσωπικού, καθώς έτσι δυσχεραίνεται η εύρεση του χρονικού σημείου ολοκλήρωσης του έργου, στοιχείο ουσιώδες της σύμβασης έργου<sup>30</sup>.

### Επίλογος

Υπό το πρίσμα των προαναφερθέντων μπορούμε να συνάγουμε το συμπέρασμα ότι η προσωρινή απασχόληση λόγω των πλεονεκτημάτων που προσφέρει κυρίως για την επιχείρηση και δευτερευόντως για τους εργαζομένους δύναται να καλύψει πληθώρα αναγκών στο σύγχρονο εργασιακό χώρο, καθώς ανταποκρίνεται στην αναγκαιότητα ενίσχυσης της ευελιξίας και προσαρμοστικότητας της αγοράς εργασίας. Ωστόσο, η σωρεία δεσμεύσεων που περιέχονται στην παρούσα νομοθετική ρύθμιση της προσωρινής απασχόλησης αποτρέπει όλο και περισσότερες επιχειρήσεις από την επιλογή της εν λόγω μορφής απασχόλησης και τις ωθεί στην ανερχόμενη τακτική της σύναψης συμβάσεων έργου που υποκρύπτουν παράνομη παραχώρηση προσωπικού και λειτουργούν ως μηχανισμός καταστρατήγησης της νομοθεσίας για την προσωρινή απασχόληση. Επομένως, καθίσταται αναγκαία η άμεση νομοθετική ρύθμιση του θέματος, προκειμένου να καταπολεμηθεί η παράνομη ενοικίαση εργαζομένων και να προστατευθούν αποτελεσματικά τα συμφέροντά τους.

<sup>27</sup> Κυνηγοπούλου Σ., Προσωρινή Απασχόληση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 29-30

<sup>28</sup> Δ. Ζερδελής, Ενοικίαση προσωπικού μέσω συμβάσεων έργου- Οι συμβάσεις έργου ως μηχανισμός καταστρατήγησης της νομοθεσίας για την προσωρινή απασχόληση, Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών (ΔΕΕ), 2015, σελ. 26-28 και 31

<sup>29</sup> Δ. Ζερδελής, Ενοικίαση προσωπικού μέσω συμβάσεων έργου- Οι συμβάσεις έργου ως μηχανισμός καταστρατήγησης της νομοθεσίας για την προσωρινή απασχόληση, Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών (ΔΕΕ), 2015, σελ. 33

<sup>30</sup> Στερνιώτη Μ., σε διπλωματική εργασία «Η προσωρινή απασχόληση», Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 33-34

## Ζητήματα καταβολής αποζημίωσης σε σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου, υπό το πρίσμα της απόφασης του ΔΕΕ de Diego Porras

Λιμπιτσιούνη Κωνσταντίνα  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Η προστασία από διακρίσεις αποτελεί ένα μέσο διασφάλισης της αγοράς, που στοχεύει να εξασφαλίσει για όλους ίσες ευκαιρίες συμμετοχής στην κοινωνική και οικονομική ζωή χωρίς κινδύνους αποκλεισμού.»**

### Εισαγωγή

Σε μια περίοδο έντονης οικονομικής ύφεσης, η οποία αναμφίβολα ευνοεί την εξέλιξη των λεγόμενων μορφών «ευέλικτης εργασίας», κρίνεται ακόμη πιο επιτακτική η ανάγκη αποτελεσματικότερης προστασίας του εργαζομένου. Σε αυτό το πεδίο προβληματισμού εντάσσεται και η προσέγγιση των συμβάσεων ορισμένου χρόνου. Το συγκεκριμένο είδος συμβάσεων εξοπλίζει με ευελιξία τη ρύθμιση των όρων εργασίας συμβάλλοντας στην ανάπτυξη της απασχόλησης και την καταπολέμηση της ανεργίας. Ωστόσο, η ευελιξία αυτή δεν μπορεί να είναι ανεξέλεγκτη και να καταλήγει σε καταστροφική της εργατικής νομοθεσίας. Κατόπιν σταθμίσεως των εκατέρωθεν συμφερόντων, οριοθετήθηκε με την Οδηγία 99/70 ΕΚ - η οποία ενσωμάτωσε σχετική συμφωνία - πλαίσιο των κοινωνικών εταίρων - η δυνατότητα προσφυγής του εργοδότη στη σύμβαση ορισμένου χρόνου, προς δύο κατευθύνσεις: πρώτον, την αποτροπή κατάχρησης των συμβάσεων ορισμένου χρόνου υπό το καθεστώς διαδοχικής σύναψης και, δεύτερον, τη διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης και την απαγόρευση διακρίσεων σε βάρος των εργαζομένων που απασχολούνται με σύμβαση ορισμένου χρόνου σε σχέση με τους αντίστοιχους εργαζομένους αορίστου χρόνου. Με αυτόν τον τελευταίο σκοπό σχετίζεται η πρόσφατη απόφαση de Diego Porras του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου τέθηκε το ζήτημα εάν η μη καταβολή αποζημίωσης κατά την απόλυση στους εργαζόμενους με σύμβαση ορισμένου χρό-

νου συνιστά απαγορευμένη διάκριση σε βάρος τους. Την ανωτέρω προβληματική θα αποπειραθεί να προσεγγίσει η παρούσα μελέτη ιδίως υπό τα δεδομένα που ισχύουν στην ελληνική έννομη τάξη.

### Απαγόρευση διακρίσεων

Η αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων αποτελεί μια από τις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν την εθνική, ευρωπαϊκή αλλά και διεθνή έννομη τάξη. Απτή απόδειξη αποτελούν διατάξεις του Ελληνικού Συντάγματος<sup>1</sup>, της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>2</sup>, αλλά και διεθνή κείμενα<sup>3</sup>. Ήδη μάλιστα από το 1976 το ΔΕΚ, εβρισκόμενο στα πρώτα στάδια της εξέλιξης του, φαίνεται πως δεν αγνοούσε το θεμελιώδες δικαίωμα στη μη διάκριση, αναγνωρίζοντας με την υπόθεση «Defrenne II»<sup>4</sup>

<sup>1</sup> αρ.2 παρ.1, αρ.4, αρ.5 παρ.2, αρ.22 παρ.1εδ.β, αρ.116 παρ.2 Συντάγματος

<sup>2</sup> αρ.18, αρ.19, αρ.157 ΣΛΕΕ

<sup>3</sup> αρ.15 και 16 του Κοινοτικού Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων των εργαζομένων, Αρ.21 Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων Ε.Ε., αρ.23 παρ.2 Οικουμενικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, αρ.2 παρ.2 Διεθνούς Συμφώνου για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Μορφωτικά Δικαιώματα, Αρ.2 παρ.1 Διεθνούς Συμφώνου για Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, Αρ.14 Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

<sup>4</sup> ΔΕΚ 8/4/1976, Gabrielle Defrenne κατά Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena

ότι «το αρ. 157 ΣΜΕ επιτελεί πέρα από μια οικονομική, και μια κοινωνική λειτουργία».

Στο χώρο του ευρωπαϊκού εργατικού δικαίου, παρατηρείται μια κατηγοριοποίηση των λόγων απαγόρευσης διακρίσεως. Στην πρώτη κατηγορία, ανήκουν οι απαγορεύσεις διακρίσεων λόγω συγκεκριμένων στοιχείων ενός προσώπου, όπως το φύλο, η θρησκεία, η ηλικία κ.α. Στη δεύτερη κατηγορία ανήκουν απαγορεύσεις που έχουν ως στόχο την προστασία συγκεκριμένων εργασιακών σχέσεων, όπως η σύμβαση μερικής απασχόλησης και η σύμβαση ορισμένου χρόνου. Όσον αφορά την πρώτη κατηγορία, νομοθετικά καλύπτεται από με τις Οδηγίες 2000/43 και 2000/78 και τον ν. 4443/2016 που ως στόχο έχουν τη δημιουργία μιας ενιαίας αγοράς εργασίας που θα προωθεί την κοινωνική ένταξη. Η προστασία από διακρίσεις αποτελεί ένα μέσο διασφάλισης της αγοράς, που στοχεύει να εξασφαλίσει για όλους ίσες ευκαιρίες συμμετοχής στην κοινωνική και οικονομική ζωή χωρίς κινδύνους αποκλεισμού<sup>5</sup>. Όσον αφορά τη δεύτερη κατηγορία, ως στόχο έχει την προστασία των εργαζομένων που συνάπτουν άτυπες μορφές εργασίας, οι οποίες δημιουργούν κινδύνους και προβλήματα, με κυριότερο τον κίνδυνο δυσμενέστερης μεταχείρισης τους σε σχέση με αυτούς που εργάζονται βάσει τυπικής σύμβασης εργασίας.

Στη δεύτερη αυτή κατηγορία εντάσσεται η Οδηγία 99/70 ΕΚ. Ο ενωσιακός νομοθέτης ήδη από το 1999 διέκρινε ότι οι εργαζόμενοι με σύμβαση ορισμένου χρόνου πρέπει να προστατευτούν από δυσμενείς διακρίσεις σε σχέση με τους αντίστοιχους εργαζόμενους αορίστου χρόνου. Πέραν τούτου η συγκεκριμένη Οδηγία θέτει και ως στόχο την βελτίωση της ποιότητας εργασίας, αλλά και την αποτροπή κατάχρησης από σύναψη διαδοχικών συμβάσεων εργασίας<sup>6</sup>.

Η απαγόρευση διακρίσεων εργαζομένων με σύμβαση ορισμένου χρόνου αποτυπώνεται στη ρήτρα 4, κατά την οποία «όσον αφορά τις συνθήκες απασχόλησης, οι εργαζόμενοι ορισμένου χρόνου δεν πρέπει να αντιμετωπίζονται δυσμενώς σε σχέση με τους αντίστοιχους εργαζόμενους αορίστου χρόνου μόνο επειδή έχουν σύμβαση ή σχέση εργασίας ορισμένου χρόνου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους».

Στο πλαίσιο της ρήτρας 4, η έννοια του εργα-

ζομένου ερμηνεύεται ευρύτατα από το ΔΕΚ με σκοπό την παροχή προστασίας σε ένα διευρυμένο κύκλο προσώπων. Έτσι ως εργαζόμενος χαρακτηρίζεται «το πρόσωπο που παρέχει υπηρεσίες προς ένα άλλο υπό τη διεύθυνση του τελευταίου και λαμβάνει αμοιβή για αυτές»<sup>7</sup>. Οι έννοιες του «εργαζομένου ορισμένου χρόνου»<sup>8</sup> και του «αντίστοιχου εργαζόμενου αορίστου χρόνου»<sup>9</sup> προσδιορίζονται ρητά στη ρήτρα 3 της παρούσας οδηγίας, με αποτέλεσμα κομβική έννοια που χρήζει εξειδίκευσης να είναι αυτή των «συνθηκών απασχόλησης».

Όσον αφορά την έννοια των συνθηκών απασχόλησης, αυτή γίνεται δεκτό ότι περιλαμβάνει κάθε πραγματικό γεγονός και κάθε νομικό ζήτημα που σχετίζεται με τη λειτουργία της σχέσης εργασίας. Αναφέρεται δηλαδή τόσο στις κύριες υποχρεώσεις του εργοδότη, όπως στο ωράριο και την αμοιβή, όσο και στις παρεπόμενες υποχρεώσεις, όπως στην προστασία προσωπικότητας του εργαζομένου, καθώς και στις οικειοθελείς παροχές του. Το ΔΕΕ έκρινε ότι στην έννοια των συνθηκών απασχόλησης υπάγονται τα επιδόματα αρχαιότητας τριετίας<sup>10</sup>, τα επιδόματα διαρκούς κατάρτισης εξαιτίας<sup>11</sup> κλπ. Χαρακτηριστικά εντάσσονται και δικαιώματα και υποχρεώσεις που σχετίζονται με τη λύση της σχέσης εργασίας, όπως η αποζημίωση την οποία ο εργοδότης οφείλει να καταβάλει στον εργαζόμενο για την καταγγελία συμβάσεως εργασίας ορισμένου χρόνου<sup>12</sup>, καθώς και η προθεσμία προειδοποίησης για την καταγγελία συμβάσεων

<sup>7</sup> ΔΕΕ C-138/02, Collins

<sup>8</sup> ρήτρα 3 παρ.1 της συμφωνίας - πλαισίου: «Για τους σκοπούς της παρούσας συμφωνίας, ως «εργαζόμενος ορισμένου χρόνου» νοείται ένα πρόσωπο που έχει σύμβαση ή σχέση εργασίας ορισμένου χρόνου συναφθείσα απευθείας μεταξύ του εργοδότη και του εργαζομένου, η λήξη της οποίας καθορίζεται από αντικειμενικούς όρους, όπως παρέλευση συγκεκριμένης ημερομηνίας, η ολοκλήρωση συγκεκριμένου έργου ή πραγματοποίηση συγκεκριμένου γεγονότος.»

<sup>9</sup> ρήτρα 3 παρ.2 συμφωνίας - πλαισίου: «Για τους σκοπούς της παρούσας συμφωνίας, ως «αντίστοιχος εργαζόμενος αορίστου χρόνου» νοείται ο εργαζόμενος που έχει σύμβαση ή σχέση εργασίας αορίστου χρόνου στην ίδια επιχείρηση, και απασχολείται στην ίδια ή παρόμοια εργασία/απασχόληση, λαμβανομένων υπόψη των προσόντων ή των δεξιοτήτων»

<sup>10</sup> ΔΕΕ C-307/05, del Cerro Alonso

<sup>11</sup> ΔΕΕ C-556/11, Lorenzo Martinez

<sup>12</sup> ΔΕΕ C-596/14, de Diego Porras

<sup>5</sup> Αιτιολογική σκέψη 8 των οδηγιών 2000/43 και 2000/78

<sup>6</sup> στ.14 του Προοιμίου της Οδηγίας 99/70

εργασίας ορισμένου χρόνου<sup>13</sup>.

Παρά το ότι δεν υπάρχει ρητή αναφορά περί αμοιβών στο κείμενο της Οδηγίας 99/70, γίνεται δεκτό ότι και αυτές εντάσσονται στην έννοια των συνθηκών απασχόλησης. Πιο συγκεκριμένα, στην έννοια της αμοιβής συμπεριλαμβάνονται εκτός από τους μισθούς και όλα τα οφέλη, παρόντα ή μέλλοντα, σε χρήμα ή σε είδος, αρκεί να παρέχονται από τον εργοδότη στον εργαζόμενο, λόγω της σχέσης εργασίας του δεύτερου. Επομένως, συμπεριλαμβάνονται και παροχές που συνδέονται με τη λύση της σχέσης εργασίας και καταβάλλονται και μετά τη λύση της σχέσης, όπως η αποζημίωση απόλυσης και οι συντάξεις.

Η μόνη περίπτωση που μπορεί να δικαιολογήσει τη διαφορετική μεταχείριση μεταξύ των εργαζομένων ορισμένου χρόνου και των εργαζομένων αορίστου χρόνου είναι η ύπαρξη ενός αντικειμενικού λόγου. Η κατάσταση ανισότητας θα πρέπει να δικαιολογείται από σαφή και συγκεκριμένα στοιχεία. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις αποτελούν η ιδιαίτερη φύση των καθηκόντων για την εκτέλεση των οποίων έχουν συναφθεί, καθώς και η επιδίωξη ενός θεμιτού σκοπού κοινωνικής πολιτικής εκ μέρους του κράτους μέλους<sup>14</sup>. Δεν αρκεί, επομένως, από μόνος του ο προσωρινός χαρακτήρας της σύμβασης ούτε και η επίκληση ενός γενικού και αφηρημένου εθνικού κανόνα δικαίου, όπως η συλλογική σύμβαση εργασίας<sup>15</sup>.

### Υπόθεση de Diego Porras

Η πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2016 στην υπόθεση C-596/14 de Diego Porras εξετάζει το ζήτημα της μη καταβολής αποζημίωσης επί λύσης σύμβασης ορισμένου χρόνου και συγκεκριμένα αν η μη καταβολή συνιστά απαγορευμένη διάκριση κατά τη ρήτρα 4 της Οδηγίας 99/70<sup>16</sup>.

Κατά το Ισπανικό δίκαιο υπάρχουν 3 είδη συμβάσεων ορισμένου χρόνου, μεταξύ των οποίων ήταν και η «σύμβαση *interinidad*», η οποία συνάπτεται

προκειμένου ο προσλαμβανόμενος μισθωτός να αντικαταστήσει άλλον αορίστου χρόνου εργαζόμενο της επιχείρησης για όσο χρόνο ο τελευταίος απέχει νομίμως από την εργασία (π.χ. λόγω άδειας λοχείας). Η ιδιαιτερότητα αυτής της σύμβασης έγκειται στο ότι παρά τον κανόνα που ισχύει στο ισπανικό δίκαιο περί αποζημίωσης απόλυσης και επί συμβάσεων ορισμένου χρόνου, δεν προβλέπεται αποζημίωση στις συμβάσεις *interinidad*. Το γεγονός αυτό αποτέλεσε και το λόγο έκδοσης της επίδικης απόφασης.

Τα πραγματικά περιστατικά που τέθηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου έχουν ως εξής: Η A. De Diego Porras απασχολήθηκε, από τον Φεβρουάριο του 2003, με σειρά συμβάσεων εργασίας *interinidad*, ως γραμματέας σε διάφορες υποδιευθύνσεις του Υπουργείου Άμυνας. Η τελευταία σύμβαση εργασίας *interinidad*, συναφθείσα στις 17 Αυγούστου 2005, αποσκοπούσε στην αντικατάσταση της Mayoral Fernández, η οποία είχε απαλλαγεί πλήρως των επαγγελματικών υποχρεώσεών της για να ασκήσει συνδικαλιστικά καθήκοντα. Στης 13ης Ιουλίου 2012, η απαλλαγή της Mayoral Fernandez από την εργασία ανακλήθηκε και η A. De Diego Porras κλήθηκε να υπογράψει τη λύση της συμβάσεως εργασίας.

Στις 19 Νοεμβρίου 2012, η A. De Diego Porras άσκησε αγωγή ενώπιον του Juzgado delo Socialn. 1 de Madrid, με σκοπό να αμφισβητήσει τόσο τη νομιμότητα της συμβάσεως εργασίας της όσο και τους όρους λύσεως της. Μετά την απόρριψη της αγωγής της με απόφαση της 10 Σεπτεμβρίου 2013, η ενδιαφερόμενη άσκησε έφεση κατά της αποφάσεως αυτής ενώπιον του Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ενώπιον του οποίου ισχυρίστηκε ότι οι συμβάσεις εργασίας *interinidad*, στο πλαίσιο των οποίων προσελήφθη, συνήφθησαν κατά παράβαση του νόμου και πρέπει να επαναχαρακτηρισθούν ως σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου. Κατά συνέπεια, η λύση τέτοιας συμβάσεως συνεπάγεται την υποχρέωση καταβολής αποζημιώσεως.

Το Εφετείο της Μαδρίτης, έκρινε ότι οι συμβάσεις *interinidad* νομίμως είχαν συναφθεί. Ωστόσο, αυτό που προβληματίσε το εφετείο ήταν αν η υπάλληλος δικαιούταν αποζημίωση δυνάμει διαφορετικής νομικής βάσης και αν συγκεκριμένα δυνάμει της ρήτρας 4 της συμφωνίας - πλαισίου για τις συμβάσεις ορισμένου χρόνου, συνιστά διακριτική μεταχείριση σε βάρος των εργαζομένων με συμβάσεις ορισμένου χρόνου *interinidad* το γεγονός ότι

<sup>13</sup> ΔΕΕ C-38/13, Nierodzik

<sup>14</sup> Ρίζος Κ., Η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου, Νομική Βιβλιοθήκη 2016, σελ.203,204

<sup>15</sup> ΔΕΕ C177/10, Rosado Santana, σκέψη 72

<sup>16</sup> Τσιμπούκης Χ., σχόλια στην απόφαση ΔΕΕ της 14/9/16 στην υπόθεση C-596/14 de Diego Porras, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου, 2016, σελ. 1101 επ.

η ισπανική νομοθεσία δεν προβλέπει αποζημίωση κατά την λύση των συμβάσεων αυτής της κατηγορίας, ενώ προβλέπει κατά την νόμιμη καταγγελία των συμβάσεων αορίστου χρόνου. Ο προβληματισμός αυτός αποτέλεσε και το έρεισμα για αποστολή προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΕ.

Το ΔΕΕ εξετάζοντας τους όρους εφαρμογής της ρήτρας 4 της Οδηγίας 99/70 στην συγκεκριμένη περίπτωση απεφάνθη ότι στην έννοια των «συνθηκών απασχόλησης» εμπίπτει η αποζημίωση λόγω λύσης σύμβασης εργασίας, καθώς και ότι συντρέχει περίπτωση συγκρισιμότητας των καταστάσεων μεταξύ της σύμβασης *interinidad* και της σύμβασης αορίστου χρόνου<sup>17</sup>.

Περαιτέρω, το ΔΕΕ ασχολήθηκε με το ζήτημα της συνδρομής αντικειμενικού λόγου που δικαιολογεί τη διαφορετική μεταχείριση. Στο ζήτημα αυτό το ΔΕΕ απάντησε αρνητικά τονίζοντας ότι αντικειμενικό λόγο δε συνιστά σε καμία περίπτωση το γεγονός ότι το μέτρο που εισάγει διακριτική μεταχείριση έχει θεσπιστεί σε γενικό και αφηρημένο κανόνα της εθνικής νομοθεσίας ή αποτελεί προϊόν ατομικής ή και συλλογικής αυτονομίας, ενώ αδιάφορο είναι και το γεγονός ότι η σύμβαση εργασίας είχε προσωρινό χαρακτήρα<sup>18</sup>.

Το ΔΕΕ, λοιπόν, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι στην επίδικη περίπτωση το γεγονός ότι δεν καταβάλλεται αποζημίωση κατά τη λύση των συμβάσεων *interinidad*, ενώ καταβάλλεται αποζημίωση κατά τη λύση των συμβάσεων αορίστου χρόνου των συγκρίσιμων εργαζομένων, συνιστά παραβίαση της ρήτρας 4 της Οδηγίας 99/70 για τις συμβάσεις ορισμένου χρόνου.

## Ελληνική έννομη τάξη

### Μεταφορά οδηγίας στην Ελλάδα

Η Οδηγία 99/70 έχει ενσωματωθεί στην ελληνική έννομη τάξη με δύο προεδρικά διατάγματα, και συγκεκριμένα το Π.Δ. 81/2003 για τις συμβάσεις ορισμένου χρόνου στον ιδιωτικό τομέα και το Π.Δ. 164/2004 για τις συμβάσεις ορισμένου χρόνου στον δημόσιο τομέα. Στα ανωτέρω δυο νομοθετήματα, και συγκεκριμένα στο άρθρο 4 του Π.Δ. 81/2003 και στο άρθρο 4 του Π.Δ. 164/2004, ουσιαστικά επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της ρήτρας 4 της συμφωνίας - πλαισίου, χωρίς καμία περαιτέρω εξειδίκευση.

### Λύση συμβάσεων εργασίας

Οι μεν συμβάσεις ή σχέσεις εργασίας ορισμένου χρόνου λύνονται κατά κύριο λόγο αυτοδικαίως με την πάροδο της συμφωνημένης και προκαθορισμένης διάρκειας τους, εκτός αν συντρέχει κάποιος σπουδαίος λόγος (αρ. 672 ΑΚ) που να δικαιολογεί την πρόωγη λύσης της σύμβασης (έκτακτη καταγγελία). Οι δε συμβάσεις ή σχέσεις εργασίας αορίστου χρόνου, των οποίων η διάρκεια είναι εκ των προτέρων απροσδιόριστη, κατά κανόνα με τακτική καταγγελία, ενώ είναι δυνατόν να λυθούν, έναντι στον γενικό κανόνα, και με έκτακτη καταγγελία.

Όσον αφορά μεν την καταγγελία συμβάσεων αορίστου χρόνου στον ιδιωτικό τομέα, για την εγκυρότητα της «τακτικής καταγγελίας», πρέπει να συντρέχουν ορισμένες τυπικές προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα, επιβάλλεται κατά το αρ. 5 παρ.3 του ν. 3198/1955 η έγγραφη κατάρτιση της καταγγελίας, καθώς και η χορήγηση αποζημίωσης. Αργότερα, στο ίδιο άρθρο, με το ν.2556/1997, προστέθηκε και μια τρίτη προϋπόθεση, η υποχρέωση του εργοδότη να έχει καταχωρήσει την απασχόληση του απολυόμενου στα τηρούμενα στο ΙΚΑ μισθολόγια ή έστω να έχει ασφαλίσει τον εργαζόμενο στο ΙΚΑ.

Αντίθετα, για την καταγγελία των συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου για σπουδαίο σύμφωνο με το αρ.672ΑΚ δεν τίθεται καμία τυπική προϋπόθεση, όπως η τήρηση έγγραφου τύπου και η καταχώριση της απόλυσης στα τηρούμενα μισθολόγια του ΙΚΑ ή η ασφάλιση του εργαζομένου. Ούτε απαιτείται η τήρηση προθεσμίας πριν την καταγγελία ούτε καταρχήν η χορήγηση αποζημίωσης.

Οι περιπτώσεις που καταβάλλεται αποζημίωση για καταγγελία συμβάσεως εργασίας ορισμένου χρόνου είναι περιορισμένες και αποτελούν εξαιρετικές ρυθμίσεις. Σχετικά ορίζει το αρ.674ΑΚ, το οποίο αφορά τη χορήγηση «εύλογης αποζημίωσης» και όχι πλήρους, επί μεταβολής των προσωπικών ή περιουσιακών σχέσεων του εργοδότη. Επιπλέον, έχει κριθεί ότι η διάταξη του αρ.8 εδ.β' του ν. 3198/1955, κατά την οποία τόσο οι εργάτες όσο και οι υπάλληλοι ως μη επικουρικούς ασφαλισμένοι λαμβάνουν το 50% της αποζημίωσης, ενώ ως ασφαλισμένοι λαμβάνουν το 40% της αποζημίωσης, εφαρμόζεται ομοίως και σε περιπτώσεις συμβάσεων ορισμένου χρόνου<sup>19</sup>.

Ενόψει της απόφασης de Diego Porras, εύλογα,

<sup>17</sup> ΔΕΕ C-598/16, de Diego Porras, σκέψη 32

<sup>18</sup> ΔΕΕ C-598/16, de Diego Porras, σκέψη 46,47

<sup>19</sup> Δερμιτζάκη Φ, Η απαγόρευση διακρίσεων σε βάρος των εργαζομένων ορισμένου χρόνου, Νομική Βιβλιοθήκη 2011, σελ. 224

λοιπόν, τίθεται το ερώτημα αν, υπό το πρίσμα του ενωσιακού δικαίου, κατά την καταγγελία των συμβάσεων ορισμένου χρόνου επιβάλλεται η τήρηση των τυπικών προϋποθέσεων που απαιτούνται κατά την καταγγελία των συμβάσεων αορίστου χρόνου και συγκεκριμένα αν απαιτείται η καταβολή αποζημίωσης.

Για την απάντηση του ερωτήματος αυτού, θα πρέπει να ληφθούν υπόψιν τόσο ο σκοπός της αποζημίωσης, όσο και οι γενικές αρχές που διέπουν την ελληνική εργατική νομοθεσία, αναφορικά με τη σύμβαση ορισμένου χρόνου.

Κατά μία άποψη, η χορήγηση της αποζημίωσης αποτελεί παροχή πρόνοιας προς απολυμένο μισθωτό, προκειμένου αυτός να αντιμετωπίσει τις βιοτικές του ανάγκες, μέχρι να απασχοληθεί σε άλλη εργασία<sup>20</sup>. Αναγνωρίζεται δηλαδή μια *ex nunc* ενέργεια. Ορθότερη, ωστόσο, δογματικά φαίνεται να είναι η άλλη άποψη η οποία δέχεται ότι η αποζημίωση λειτουργεί *ex tunc*, ως μια μορφή ανταμοιβής του εργαζόμενου για τις παρασχεθείσες υπηρεσίες του και τη συμβολή του στην ανάπτυξη και στα αποτελέσματα της επιχείρησης<sup>21</sup>.

Πέραν όμως του σκοπού της αποζημίωσης στο ελληνικό δίκαιο, αυτό που δε θα πρέπει να λησμονάται είναι ότι το ΔΕΕ στην κρίσιμη απόφασή του προέβη στην πρωτοποριακή αναγνώριση δικαιώματος αποζημίωσης λαμβανομένων υπόψιν των συγκεκριμένων ιδιαιτεροτήτων της ισπανικής εργατικής νομοθεσίας, η οποία χαρακτηριστικά διέπεται από 3 διακριτά είδη συμβάσεων ορισμένου χρόνου. Ωστόσο, κάτι τέτοιο, δε φαίνεται να συμβαδίζει με τις προβλέψεις του ελληνικού εργατικού δικαίου όσον αφορά τη ρύθμιση της σύμβασης ορισμένου χρόνου.

Η καταβολή αποζημίωσης, ενόψει του χαρακτήρα της ως αμοιβής, δεν μπορεί από μόνη της να οδηγήσει στο συμπέρασμα, δίχως να συνεκτιμηθούν και άλλα στοιχεία, ότι στοιχειοθετείται αδικαιολόγητη διάκριση εις βάρος των εργαζομένων με σύμβαση ορισμένου χρόνου. Προς τούτο συνηγορεί το γεγονός ότι η αποζημίωση αποτελεί ένα στοιχείο της υπόστασης της ίδιας της απασχόλησης αορίστου χρόνου. Τα παραπάνω ενισχύονται τόσο από το γράμμα όσο και από το πνεύμα της διάταξης του αρ. 8 παρ.3 ν. 2112/1920, κατά το οποίο «αι διατάξεις του νόμου τούτου εφαρμό-

ζονται ωσαύτως και επί συμβάσεων εργασίας με ωρισμένη χρονική διάρκεια εάν ο καθορισμός της διάρκειας ταύτης δεν δικαιολογείται εκ της φύσης της σύμβασης, αλλ' ετέθη σκοπίμως προς καταστρατήγησιν των περί υποχρεωτικής καταγγελίας της υπαλληλικής σύμβασης μετατάξεως του παρόντος νόμου». Η διάπλαση της διάταξης, δεν αρκέστηκε σε μια επέκταση της συνέπειας της καταβολής αποζημίωσης σε περίπτωση που δεν δικαιολογείται η ορισμένη διάρκεια. Η απουσία αντικειμενικής δικαιολόγησης έχει ως αποτέλεσμα την μεταβολή της υπόστασης της σύμβασης εργασίας, καθιστώντας την αορίστου χρόνου, στοιχείο της οποίας ήταν και η αποζημίωση καταγγελίας. Επομένως, αν η καταβολή αποζημίωσης ελάμβανε έναν «παρακολουθηματικό» χαρακτήρα, αυτό θα κατέληγε σε στενότερη θεώρηση του αρ.8 παρ.3 ν. 2112/1920<sup>22</sup>.

Περαιτέρω, μια ακόμη ουσιώδης διαφοροποίηση μεταξύ σύμβασης αορίστου και ορισμένου χρόνου εντοπίζεται στο αιτιώδες ή μη της καταγγελίας τους. Το «αναιτιώδες» της καταγγελίας συνάγεται από το ότι οι ειδικές διατάξεις σχετικά με την καταγγελία των συμβάσεων εργασίας αορίστου χρόνου εξαρτούν τη νομιμότητα της μόνον από τυπικές προϋποθέσεις, μεταξύ των οποίων είναι και η αποζημίωση. Παράλληλα, από την έννοια του «αναιτιώδους» συνάγεται και ότι η ύπαρξη ορισμένου αντικειμενικού λόγου δεν αποτελεί προϋπόθεση του κύρους της καταγγελίας, με αποτέλεσμα ο εργοδότης να μην είναι υποχρεωμένος να αιτιολογήσει το λόγο που κατέστησε μη ανεκτή τη συνέχιση της σύμβασης. Ωστόσο, όταν η καταγγελία γίνεται προς εκδίκευση του εργαζομένου, τότε το αναιτιώδες δεν αποκλείεται, αλλά περιορίζεται βάσει του αρ.281 ΑΚ<sup>23</sup>. Κατά συνέπεια, η μη συνδρομή των τυπικών προϋποθέσεων, οδηγεί σε ακυρότητα της καταγγελίας και εντεύθεν σε υπερημερία του εργοδότη, η οποία δε συνδέεται με κάποιο χρονικό περιορισμό.

Υπό το πρίσμα, ωστόσο, της σύμβασης ορισμένου χρόνου, η καταγγελία θεωρείται αιτιώδης δικαιοπραξία, αφού για το κύρος της απαιτείται από το νόμο (αρ. 672 ΑΚ) να συντρέχει σπουδαίος λόγος. Δεν εξαρτάται δηλαδή το κύρος της από τυ-

<sup>20</sup> ΑΠ 714/1977, ΑΠ 1281/2010

<sup>21</sup> Ζερδελής Δ., Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 649

<sup>22</sup> Ρίζος Κ., Η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου, Νομική Βιβλιοθήκη 2016, σελ. 208

<sup>23</sup> Ζερδελής Δ., Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 678

πικές προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα η μη καταβολή αποζημίωσης να μην οδηγεί σε ακυρότητα της καταγγελίας<sup>24</sup>.

Τέλος, η ίδια η *ex tunc* λειτουργία της αποζημίωσης φαίνεται να αντιστρατεύεται την έννοια της εργασίας για ορισμένο χρόνο. Όπως ειπώθηκε, η αποζημίωση δίνεται ως μια μορφή ανταμοιβής για την εργασία που παρείχε ο εργαζόμενος. Για αυτό το λόγο, η σύμβαση εργασίας θα πρέπει να έχει λειτουργήσει για ένα επαρκές χρονικό διάστημα που να δικαιολογεί τη συμβολή του εργαζομένου. Βεβαίως, η συμβολή του καθενός δεν μπορεί *a priori* να περιοριστεί ποιοτικά και ποσοτικά σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Ορισμένοι υποστηρίζουν ότι θα πρέπει να υπάρξει αναλογική εφαρμογή του ν. 2112/1920 και επί συμβάσεων ορισμένου χρόνου, σύμφωνα με το οποίο καταβάλλεται αποζημίωση για τη συμβολή του εργαζομένου στην επιχείρηση, εφόσον έχει συμπληρωθεί δίμηνη απασχόληση σ' αυτή<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Ζερδελής Δ., Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα 2017, σελ. 804,805

<sup>25</sup> Δερμιτζάκη Φ., Η απαγόρευση διακρίσεων σε

### Συμπεράσματα

Εν έτει 2019, η απαγόρευση διακρίσεων αποτελεί ένα θεσμό με εμβέλεια σε πλείστους τομείς του εργατικού δικαίου. Κάτι τέτοιο αποδεικνύεται από το μεγάλο μέρος των αποφάσεων του ΔΕΕ που αφορά στην απαγόρευση διακρίσεων. Μια από αυτές αποτέλεσε και η υπόθεση C-596/14 de Diego Porras, η οποία έθεσε το ζήτημα της καταβολής αποζημίωσης και σε εργαζόμενους που απασχολούνται με σύμβαση ορισμένου χρόνου. Η θετική κρίση, πάντως, του ΔΕΕ περί ύπαρξης απαγορευμένης διάκρισης δύσκολα μπορεί να βρει έρεισμα στην ελληνική έννομη τάξη, ενόψει των συγκεκριμένων αρχών και της λειτουργίας του ελληνικού εργατικού δικαίου.

βάρος των εργαζομένων ορισμένου χρόνου, 2010, σελ. 232



# Κράτος και εσωκομματική δημοκρατία: Ένας αμφισβητούμενος εγγυητικός ρόλος

Μπιτζίκας Ελένη & Παλάσκας Γιώργος  
2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Ούτε η ειδική σχέση εξουσίας, 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».**

## Εννοιολογική - ορολογική αποσαφήνιση

Οριοθετώντας κανείς κατά περιεχόμενο την αρχή της εσωκομματικής ελευθερίας ή δημοκρατίας την ταυτοποιεί εν τέλει ως δικαίωμα των προσώπων που ελεύθερα συμμετέχουν σε κάθε κόμμα να έχουν από κοινού τον αποφασιστικό ρόλο στη λειτουργία του. Αρνητική όψη της περιγραφείσας ελευθερίας ή -κατ' ακριβολογία- αναγκαία προϋπόθεση πραγμάτωσής της αποτελεί η αναγνώριση υποχρέωσης σε οποιοδήποτε διακριτό προς το σώμα των κομματικών μελών πρόσωπο να μην παρακωλύει τις εσωτερικές διαδικασίες του. Πρόκειται για την αρχή της μη επέμβασης, η οποία σημειωτέον ότι εμφανίζεται στη θεωρία και με μια διαφορετική κατά περιπτώσεις έννοια, ειδικά εν σχέσει προς το κράτος. Δηλώνει το περιθώριο που έχει το προηγούμενο να διαπιστώνει τυχόν παραβιάσεις της εσωκομματικής δημοκρατίας, φαινόμενα δηλαδή στέρησης της αποφασιστικής δύναμης από τα μέλη του κόμματος και συγκέντρωσης της εσωκομματικής εξουσίας, και να απαντά σε αυτά, δηλαδή να τα ανατρέπει αποκαθιστώντας τη νομιμότητα<sup>1</sup>.

Πρόκειται λοιπόν σαφώς για ελευθερία - με την θετική και την αρνητική της βέβαια όψη - παρ' ότι ο όρος «εσωκομματική δημοκρατία» παραπέμπει κάποτε συνειρμικά μόνο σε υποχρέωση. Τούτο

οφείλεται μάλλον αφ' ενός στη διατύπωση του σύγχρονου Συντ. στην 1<sup>η</sup> παρ. του άρθ. 29, που παρουσιάζει την εσωκομματική δημοκρατία προτάσσοντας βέβαια απλώς - και οπωσδήποτε χωρίς να περιορίζεται σ' αυτήν αποκλειστικά - την αρνητική της όψη («που η δομή και η δράση τους οφείλει να εξυπηρετεί την ελεύθερη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος»). Από την άλλη πιθανόν να ανάγεται στην πάλαι ποτέ σύνδεση του όρου «εσωκομματική ελευθερία» με μία κατά βάθος αντισυνταγματική πρακτική ιδιωτικοποίησης των κομμάτων και άρα υπαγωγής τους στην εξουσία του κλειστού κύκλου ενός ή περισσοτέρων ιδιοκτητών (ουσιαστικών μελών του κόμματος), εξουσία που ως τέτοια, ως κλειστή μόνο δηλαδή και συνεπώς ως ολιγαρχία και όχι δημοκρατία, προστατευόταν από επεμβάσεις<sup>2</sup>.

Καταληκτικά, η εσωκομματική δημοκρατία βρίσκεται στο σημερινό Σύνταγμα διπλό έρεισμα. Αφ' ενός στηρίζεται στη δημοκρατική αρχή, της οποίας, όπως θα φανεί, αποτελεί στην προκείμενη πραγματικότητα παρεπόμενο, ως αναφαίρετο στοιχείο της κομματικής δράσης. Αφ' ετέρου θεμελιώνεται στη διάταξη του 29 παρ. 1 Συντ., η οποία ειδικά για τα κόμματα ως εκ του περισσού αναδιατυπώνει την δημοκρατική αρχή.

## Ιστορική αναδρομή

Για την ευκρινέστερη αποκωδικοποίηση βέβαια του νοήματος του σημερινού δίπτυχου κατοχύρω-

<sup>1</sup> Τέτοια π.χ. η χρήση του όρου σε Κ. Χ. Χρυσόγονου, Συνταγματικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, 2014, σελ. 272.

<sup>2</sup> Δ. Μ. Ζακαλκά, Το αίτημα για εσωκομματική δημοκρατία, εκδ. Σάκκουλα, 1996, σελ. 382-383

σης της εσωκομματικής δημοκρατίας στο ελληνικό Σύνταγμα κρίνεται απαραίτητη μια σύντομη ιστορική αναδρομή. Η απαρχή της ιδέας της δημοκρατικής λειτουργίας των κομμάτων συμπίπτει χρονικά με την εμφάνιση στα ευρωπαϊκά κράτη «κομμάτων μαζών», τα οποία, σύμφωνα με την κλασική διάκριση του Maurice Duverger<sup>3</sup> διαθέτουν αυστηρή δομή σε μορφή πυραμίδας και σε θεωρητικό επίπεδο η ηγεσία του κόμματος είναι πάντα υπόλογη στη βάση. Τα κόμματα αυτά αντιδιαστέλλονται προς τα «κόμματα στελεχών» τα οποία επικρατούσαν προηγουμένως και τα οποία ερείδονται σε μια πολιτική ελίτ με ευρεία ανεξαρτησία. Εφεξής λοιπόν, μιας και τα κόμματα δραστηριοποιούνται όχι μόνο στο κράτος αλλά και στην κοινωνία, εμφανίζεται η ανάγκη διάπλασης πολιτικού προγράμματος στους κόλπους ενός πολυταξικού πια Κοινοβουλίου, καθώς και της εκλογής υποψηφίων από τις τάξεις των μελών του κόμματος<sup>4</sup>. Σταδιακά τα πολιτικά κόμματα κατοχυρώνονται ρητά στα ευρωπαϊκά Συντάγματα.

Όσον αφορά την ελληνική πραγματικότητα, τα πολιτικά κόμματα παρέμειναν καθ' όλη τη διάρκεια του 19<sup>ου</sup> αιώνα κατά βάση κόμματα στελεχών. Η νομική αναγνώρισή τους σε συνταγματικό κείμενο συντελέστηκε με το άρθρο 55 του Συντάγματος του 1927 και την αναγνώριση του ρόλου τους στο πλαίσιο του κοινοβουλίου<sup>5</sup>. Το μαζικό κόμμα εισήλθε στο προσκήνιο του πολιτικού στίβου από το 1974 με την ίδρυση του Πανελληνίου Σοσιαλιστικού Κινήματος (ΠΑ.ΣΟ.Κ)<sup>6</sup>.

Πριν τη θέση σε ισχύ του Συντάγματος του 1975, ενόψει απουσίας ειδικότερης ρύθμισης, το δικαίωμα ίδρυσης και συμμετοχής σε πολιτικά κόμματα θεμελιωνόταν στη ρύθμιση του δικαιώματος του συνεταιρίζεσθαι (σημερινό άρθρο 12)<sup>7</sup>. Τούτος όμως ο ισχυρισμός χρήζει μιας διερεύνησης. Πράγματι, το σημερινό άρθρο 29 δεν είναι παρά ειδική περίπτω-

ση εφαρμογής του δικαιώματος του άρθρου 12 και ως εκ τούτου δεν μπορεί να ερμηνευτεί παρά με αναφορά στο τελευταίο. Μολαταύτα, υπάρχουν διαφορές ανάμεσα στα δύο, οι οποίες απορρέουν από τη συμμετοχή των κομμάτων τόσο στον κοινωνικό όσο και στον κρατικό χώρο σχηματισμού πολιτικής βούλησης<sup>8</sup>, κάτι που δεν συμβαίνει με τις λοιπές ενώσεις και τα σωματεία. Το άρθρο 29 ορίζει ρητά πως η οργάνωση και η δράση των πολιτικών κομμάτων «οφείλει να εξυπηρετεί την ελεύθερη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος», εν αντιθέσει με το άρθρο 12, το οποίο δεν καθιερώνει ανάλογη εγγύηση για τις ενώσεις και τα σωματεία, τουλάχιστον σε επίπεδο κανόνα συνταγματικής ισχύος<sup>9</sup>. Εξ' αυτής της διαπίστωσης γίνεται αντιληπτή η σημασία που προσδίδει ο συντακτικός νομοθέτης του 1975 στην τήρηση της δημοκρατικής αρχής (Συντ. 1) στο εσωτερικό των κομμάτων, καθώς δια τούτης θα καθοριστεί η εν γένει ποιότητα του πολιτειακού μας βίου ως ανόθευτη έκφραση της λαϊκής βουλήσεως ή ως ιδιότυπη φιλελεύθερη ολιγαρχία.

### Αναγωγή στη δημοκρατική αρχή

Όπως κατέστη φανερό από τα όσα εκτέθηκαν, πρωταρχικό της, από δικαιιοπολιτική κι όχι νομική άποψη πάντα, έρεισμα βρίσκει, όσο ιστορικό διάστημα υφίσταται η αρχή της εσωκομματικής δημοκρατίας ή ελευθερίας, στην θεμελιώδη δημοκρατική αρχή. Το αυτό εξακολουθεί να ισχύει και για το ισχύον Σύνταγμα (Συντ. 1). Όσο για τους λόγους στους οποίους αυτό οφείλεται, τούτοι επιδιώκεται να αναλυθούν στη συνέχεια.

Προκαταρκτικά ορισμένες επισημάνσεις κρίνονται αναγκαίες. Ασφαλώς τα πληθυσμιακά δεδομένα του σύγχρονου εθνικού κράτους θέτουν ένα σημαντικό ανάχωμα στην εδραίωση του δημοκρατικού πολιτεύματος, είτε στην άμεση είτε στην έμμεση μορφή του. Τούτο συνδέεται με τη φυσική αδυναμία του οποιουδήποτε ανθρώπινου να εποπτεύσει, ώστε να συνθέσει απευθείας την πληθώρα των δυσαρίθμητων απόψεων περί διακυβέρνησης που διατυπώνονται κάθε φορά εκ μέρους του όλου σώματος των πολιτών σε μία εθνική τελικά πολιτική, δίχως δηλαδή τη λογική δι-

<sup>3</sup> M. Duverger, *Les Parties Politiques*, 1951

<sup>4</sup> Δ. Μ. Ζακαλκά, *ό.π.*, σ. 31-32

<sup>5</sup> Κ. Χ. Χρυσόγονου, *ό.π.*, σ. 265

<sup>6</sup> Κατά τις σημειώσεις του κ. Μ. Σπυρδαλάκη, *Πολιτικά Κόμματα και Κομματικά Συστήματα*, σ. 2. Διαθέσιμο στο: «<https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PSPA178/Spourdalakis%20kommata%20kai%20kommatika%20systimata.pdf>»

<sup>7</sup> Έτσι ακριβώς Π. Ν. Φουντεδάκη, *Ενδοκομματική Δημοκρατία και Σύνταγμα*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1987, σ. 206

<sup>8</sup> Δ. Τσάτσου, *Η ενδοκομματική αντιπολίτευση ως πρόβλημα του συνταγματικού δικαίου*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1983, σ. 11

<sup>9</sup> Π. Ν. Φουντεδάκη, *ό.π.*, σ. 206 επ.

αμεσολάβηση περαιτέρω κατηγοριοποιήσεων και παρακολουθηματικών προς αυτές μερικών συνθέσεων. Πρόκειται μάλλον για την ευρύτερη ανεπάρκεια του ίδιου του διαλόγου ως εργαλείου σύνθεσης των απόψεων να λειτουργήσει ουσιαστικά σε ευρύτερες κλίμακες, όπως αυτή ενός σύγχρονου κράτους, και κατ' επέκτασιν να καταλήξει σε κοινούς τόπους. Τούτη η εγγενής ανθρώπινη αδυναμία υπαγορεύει ως αδήριτη αναγκαιότητα τη δράση φορέων υπεύθυνων να επιμερίζουν τη διαδικασία και είτε μέσα απ' τη συναίνεση είτε μέσα απ' το συμβιβασμό να φέρουν εις πέρας τη σειρά των διαδοχικών συνθέσεων που προϋποτίθεται προκειμένου να οδηγηθεί κάθε φορά ο διάλογος σε ευαρίθμητες και διαχειρίσιμες άρα απόψεις περί διακυβέρνησης. Οι φορείς αυτοί δεν είναι άλλοι από τα κόμματα<sup>10</sup>. Καθίσταται λοιπόν εναργές σ' ό,τι αφορά την δραστηριοποίηση των κομμάτων καθ' εαυτή ότι η τελευταία είναι, τουλάχιστον υπό τις παρούσες πληθυσμιακές συνθήκες, όχι απλώς συμβατή με το δημοκρατικό πολίτευμα, αλλά απαραίτητη προκειμένου αυτό να λειτουργήσει. Συνιστά, συνεπώς, δεδομένων των περιστάσεων αδιαμφισβήτητη απόρροια της δημοκρατικής αρχής του πρώτου συνταγματικού άρθρου, *εκτός βέβαια από κέλευσμα του 29 §1 Συντ., το οποίο βέβαια κατά ευθύ πλέον τρόπο, κατοχυρώνει τα κόμματα, καθιερώνει δηλαδή ανεξαρτήτως περιστάσεων την ελευθερία ίδρυσης τους*.

Εννοείται δε πως αναγκαία προϋπόθεση προκειμένου η δράση των κομμάτων να φέρει με τη σειρά της το νόημα που περιγράφηκε, είναι περαιτέρω οι όποιες λειτουργίες των τελευταίων να διενεργούνται επί τη βάσει δημοκρατικών διαδικασιών. Πρόκειται ουσιαστικά για την αρχή της εσωκομματικής ελευθερίας ή δημοκρατίας όπως αυτή προδιατυπώθηκε. Με δεδομένο λοιπόν ότι η εν λόγω αρχή συνιστά αναφαίρετο στοιχείο της ευρύτερης επιταγής που απορρέει από τη δημοκρατική αρχή για τη δραστηριοποίηση των κομμάτων, αποτελεί και αυτή με τη σειρά της απότοκο της δημοκρατικής αρχής. Συνιστά δε προφανώς αναγνωριζόμενο πολιτικό δικαίωμα, δικαίωμα δηλαδή για συμμετοχή στην άσκηση της ίδιας κρατικής εξουσίας<sup>11</sup>.

Στο σημείο αυτό λόγοι επιστημονικής ακριβολογίας και πληρότητας επιτάσσουν δύο επισημάνσεις. Κατ' αρχάς αναφερόμενοι προηγουμένως σε «απόρροια» και «απότοκο» της δημοκρατικής αρχής δεν επικαλούμαστε τους όρους με την ευρύτατη εκείνη έννοιά τους, που θέλει - εύλογα πάντοτε - κάθε αρχή στο πλαίσιο της έννομης τάξης να προέρχεται από τη δημοκρατική. Τον επικαλούμαστε με την αυστηρή εκείνη έννοια της νοηματικά ειδικότερης περίπτωσης της δημοκρατικής αρχής (ως προς τις προϋποθέσεις της και την έννομη συνέπειά της) και μόνο με αυτή. Ακολουθώντας η εκ μέρους των πολιτών άσκηση της κρατικής εξουσίας εντοπιζόταν ήδη χωρίς την αναγνώριση της εσωκομματικής δημοκρατίας στο επόμενο και τελευταίο επίπεδο διαμόρφωσης της εθνικής πολιτικής, την κοινοβουλευτική σύνθεση των επιμέρους προτάσεων της μέσα από την πρόβλεψη του εμμεσοδημοκρατικού θεσμού των βουλευτικών εκλογών. Με αυτή την αναγνώριση επεκτείνεται όμως πλέον στο πρώτο και βασικό επίπεδο διαμόρφωσης της τελευταίας. Τα μέλη του κόμματος δύνανται δηλαδή α) να διαμορφώνουν τα ίδια από κοινού την πρόταση του κόμματος για την ακολουθητέα εθνική πολιτική και β) ειδικά επί αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας, να επιλέγουν ακόμη με τις αυτές διαδικασίες τους εκ μέρους του κόμματος υποψήφιους εθνικούς αντιπροσώπους. Τούτη η επέκταση σηματοδοτεί την πλήρη κατοχύρωση της δημοκρατικής αρχής<sup>12</sup>.

### Θεμελίωση στη διάταξη του 29 §1 Συντ.

Βέβαια επιλογή του συντακτικού νομοθέτη του 1975, η οποία και εξακολουθεί να υφίσταται ως μέρος του ισχύοντος Συντάγματος, υπήρξε μια «ευθεία», άμεση ουσιαστικά, κατοχύρωση των αρχών της εσωκομματικής δημοκρατίας και της ελευθερίας της συμμετοχής σε κόμμα πλάι στην «πλαγιότερη», πλην απολύτως επαρκή και αρμονική, κατοχύρωση τους μέσα από τη δημοκρατική αρχή. Τούτη έλαβε χώρα στο πλαίσιο του τρίτου μέρους του

μα και πολιτική, εκδ. Ίκαρος, 115, σελ. 113-165· Ε. Βενιζέλου, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου, τομ. Ι, εκδ. Παρατηρητής, 1991, σελ. 341· Κ. Χ. Χρυσόγονου, ό.π., σελ. 267

<sup>12</sup> Πρβ. συμπεράσματα G. Leibholz, Der Strukturwandel der moderner Demokratie, σε: U. Matz, Grundprobleme der demokratie, 1973, σελ. 193, σε: Κ. Χ. Χρυσόγονου, ό.π., σελ. 261 - 262

<sup>10</sup> Βλ. και σε Κ. Χ. Χρυσόγονου, ό.π., σ. 260 την όμοια σε πολύ αδρές γραμμές προσέγγιση του συγγραφέα.

<sup>11</sup> Δ. Μ. Ζακαλκά, ό.π., σελ. 383-384· Α. Μάνεση, Συνταγματικά δικαιώματα α', ατομικές ελευθερίες, εκδ. Σάκκουλα, 1982, σελ. 19· Δ. Τσάτσου, Πολίτευ-

νέου Συντάγματος, που αναφέρεται στην οργάνωση και τις λειτουργίες της πολιτείας, και ειδικότερα στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 29, το οποίο αφιερώθηκε ολόκληρο στα πολιτικά κόμματα. Σε ό,τι αφορά ειδικότερα το πολιτικό δικαίωμα της εσωκομματικής δημοκρατίας η διατύπωση του 29 δίνει πιθανώς, όπως προεξαγγέλθηκε, εκ πρώτης όψεως την εντύπωση ότι η κατοχύρωση αφορά την αρνητική της μόνο όψη («που η δομή και η δράση τους οφείλει να εξυπηρετεί την ελεύθερη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος») ή -ακόμη χειρότερα- ότι η εσωκομματική δημοκρατία είναι υποχρέωση· στην ουσία βέβαια το νόημα έγκειται στην αναγνώριση της υποχρέωσης επίδειξης σεβασμού σε επίπεδο οργάνωσης και δράσης του κόμματος προς το δημοκρατικό πολίτευμα, προς ακριβώς το δικαίωμα ουσιαστικά του λαού να είναι ο κυρίαρχος. Κατά τα λοιπά η δημοκρατία ως πολιτικό δικαίωμα, το κατ' εξοχήν δηλαδή δικαίωμα, δεν επιβάλλεται εξ ορισμού.

Αναζητώντας κανείς τα αίτια που οδήγησαν τον ιστορικό νομοθέτη στην επιλογή της ταυτολογίας πρέπει να ανατρέξει στην περιγραφείσα, κρατούσα μέχρι το 1975, ερμηνευτική τακτική θεμελίωσης της εσωκομματικής δημοκρατίας αποκλειστικά στην ελευθερία του συνέρχεσθαι και συνεταιρίζεσθαι, καθώς αυτή οδηγούσε σε διασφάλιση μίας κλειστής εσωκομματικής εξουσίας, «δημοκρατίας» τοις λόγους, κατ' ουσίαν βέβαια μιας εσωκομματικής ολιγαρχίας<sup>13</sup>.

### Ερμηνευτικές προεκτάσεις και προσεγγίσεις

Η γενική διατύπωση της εγγύησης του άρθρου 29, ως προς τον σκοπό εξυπηρέτησης της ελεύθερης λειτουργίας του δημοκρατικού πολιτεύματος από τα πολιτικά κόμματα, δημιουργεί πλήθος ζητημάτων. Κατά πρώτον, τίθεται το ερώτημα, εάν ο σκοπός αυτός μπορεί να επιτευχθεί μόνο μέσω της τήρησης δημοκρατικών διαδικασιών στο εσωτερικό των κομμάτων. Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας θεωρεί πως καθώς οι φορείς αυτοί δεν διαθέτουν νομική προσωπικότητα, από το άρθρο 29 προκύπτει η βούληση του συντακτικού νομοθέτη να αποφύγει, όσο γίνεται, τη θέσπιση κανόνων που ρυθμίζουν όχι μόνο την ίδρυση αλλά και την οργάνωση και λειτουργία των κομμάτων, ούτως ώστε να μην επιτραπούν επεμβάσεις στην

ελευθερία τους<sup>14</sup>. Επιπροσθέτως, η σημασία που αποδίδεται στον σεβασμό αυτής της ελευθερίας προκύπτει και από τις προπαρασκευαστικές εργασίες του Συντάγματος του 1975, με έμφαση στην αντίθεση της ρύθμισης αυτής και των νομοθετημάτων του προηγούμενου δικτατορικού καθεστώτος. Εξ' αυτού του λόγου θεωρείται ότι δεν υπάρχει και εξουσιοδότηση από το Σύνταγμα προς τον κοινό νομοθέτη για την εξειδίκευση του ζητήματος. Μέσω της σύνθεσης των παραπάνω επιχειρημάτων προκύπτει ουσιαστικά μια συνταγματική αρχή μη επέμβασης του κράτους στο εσωτερικό των κομμάτων<sup>15</sup>.

Η ανωτέρω ιστορικοβουλευτική ερμηνεία έχει βέβαια υποστεί έντονη κριτική εκ της θεωρίας, ως κινούμενη εντός ενός παρωχημένου ιδεολογικού πλαισίου. Ο Δ. Ζακαλκάς υποστηρίζει, σε μια μάλλον περισσότερο αρμονική προς τα λεχθέντα ερμηνεία, ότι η συνταγματική ρύθμιση επιτάσσει, η οργάνωση των κομμάτων να εναρμονίζεται με το Σύνταγμα· δηλαδή με την προαναφερόμενη δημοκρατική αρχή και συγκεκριμένα με την αρχή της λαϊκής κυριαρχίας, όπως αυτή κατοχυρώνεται στο άρθρο 1§2<sup>16</sup>. Η αρχή της μη επέμβασης δεν αποτελεί κατά την άποψη αυτή «αυτοσκοπό», αλλά στοχεύει απλώς στην εξασφάλιση του θεσμού των πολιτικών κομμάτων. Εξαιτίας δε της σύγχρονης αναγκαιότητας της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας ο κυρίαρχος λαός συμμετέχει στην λήψη των κρίσιμων για τον κοινωνικό του βίο αποφάσεων με τη διαμεσολάβηση των πολιτικών κομμάτων. Συνεπώς, η εξωτερικά εκδηλούμενη πολιτική γραμμή δεν μπορεί παρά να αναβλύζει από μια δημοκρατικά συντελούμενη εσωτερική διαβούλευση, συνεπή προς την κοινωνική διάσταση του θεσμού. Στο ίδιο πνεύμα, η Π. Φουντεδάκη αξιολογεί πως το άρθρο 29 αναδεικνύει έμμεσα την δημοκρατική οργάνωση ως «τον μόνο τρόπο οργάνωσης με τον οποίο πράγματι εξυπηρετείται η ελεύθερη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος»<sup>17</sup>.

Η δέσμευση για εσωκομματική δημοκρατία δεν πρέπει εντούτοις να κριθεί με απολυτότητα, αλλά μέσω «στάθμισης» να βρει τα όριά της στην αρχή της κομματικής αυτονομίας, η οποία δεν μπορεί να λησμονηθεί εντελώς<sup>18</sup>. Αφενός λοιπόν, υφίστανται

<sup>13</sup> Ό.π. σημ. 2

<sup>14</sup> ΣτΕ 2145/79

<sup>15</sup> Κ. Χ. Χρυσόγονου, ό.π., σ. 272-273

<sup>16</sup> Ό.π., σ. 394

<sup>17</sup> Ό.π., σ. 242

<sup>18</sup> Δ. Θ. Τσάτσου, Εσωκομματική Δημοκρατία,

ορισμένες αρχές με ισχύ καθολική για κάθε κομματικό μηχανισμό, επιβεβλημένες ώστε μια οργάνωση να κριθεί ως δημοκρατική. Αφετέρου, το κάθε κόμμα έχει διαμορφώσει τη δική του ιδεολογία, η οποία δρα καταλυτικά αναφορικά με τον τύπο των δημοκρατικών διαδικασιών που θα προτιμήσει. Τούτέστιν, η συνταγματική επιταγή δεν δημιουργεί εξειδικευμένες υποχρεώσεις, αλλά οφείλει να αντιμετωπιστεί ως αρχή-πλαίσιο, ως μια αναμφισβήτητη κατευθυντήρια γραμμή<sup>19</sup>.

Μία δεύτερη προβληματική περιστρέφεται γύρω από τον αποδέκτη της δέσμευσης της προαναφερθείσας αρχής. Σύμφωνα με μια πρώτη θεώρηση, η μέριμνα για την αρχή της μη επέμβαση κεύει, να θεωρηθεί ότι η επιταγή απευθύνεται κατεξοχήν στον κοινό νομοθέτη και όχι στα πολιτικά κόμματα, καθώς όπως θα αναλυθεί παρακάτω, δεν υφίστανται νομικές κυρώσεις σε περίπτωση μη συμμόρφωσης προς την δημοκρατική οργανωτική αρχή. Ως εκ τούτου, η κανονιστική της ισχύς περιορίζεται στην υποχρέωση αποχής του κοινού νομοθέτη από τη λήψη μέτρων δυσανάλογης κλιμάκωσης της εξουσίας της κομματικής ηγεσίας έναντι των λοιπών μελών<sup>20</sup>. Ο αντίλογος εκλαμβάνει ως κύριο αποδέκτη το ίδιο το πολιτικό κόμμα και κατά μείζονα λόγο το όργανο που ψηφίζει το καταστατικό του<sup>21</sup>. Πράγματι, το καταστατικό καθορίζει την ένταση του εσωκομματικού συγκεντρωτισμού ή αποκεντρωτισμού και αντιστοίχως τον περισσότερο ή λιγότερο δημοκρατικό χαρακτήρα του<sup>22</sup>.

Ενδελεχής παρατήρηση βέβαια της αληθούς κομματικής πρακτικής στο πέρας των δεκαετιών καταδεικνύει απόκλιση από τον καταστατικά δηλούμενο αποκεντρωτισμό, τον ουσιώδη ρόλο του απλού μέλους, όσο και τον αυτοπεριορισμό της ηγεσίας. Η όποια διαφωνία ή κριτική ασκούμενη από μέλη καταπνίγεται ουκ ολίγες φορές με την προσφυγή σε διαγραφή, ενώ οι άρρηκτα πλέον συνδεδεμένες με τον πολιτικό θεσμό πελατειακές σχέσεις φαλκιδεύουν εκ των έσω τη γνήσια αντιπροσώπευση του λαϊκού σώματος. «Κατά συνέπεια η πραγματική λειτουργία της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας τείνει να υποβαθμισθεί σε μια εναλλαγή

κομματικών ολιγαρχιών στην εξουσία».<sup>23</sup>

Αντιμέτωποι με αυτή τη θλιβερή διαπίστωση, οδηγούμαστε αναπόφευκτα να αναστοχαστούμε, αναφορικά με το ζήτημα της απουσίας καταγραφής κυρώσεων στο άρθρο 29, για περιπτώσεις στις οποίες ένας κομματικός μηχανισμός παραβιάζει τον σκοπό εξυπηρέτησης του δημοκρατικού πολιτεύματος. Σύσσωμη η θεωρία καταφάσκει κατ' αρχήν πως δεν είναι νοήτη η απαγόρευση ίδρυσης κόμματος εξ αυτής της αιτίας<sup>24</sup>. Μετά από επιμονή της αντιπολίτευσης, όπως προκύπτει από τα πρακτικά των συνεδριάσεων της Βουλής επί των συζητήσεων του Συντάγματος του 1975, αποδοκιμάστηκε εν τέλει κοινή συναινέσει η διάταξη για την απαγόρευση -και δη από Συνταγματικό Δικαστήριο- ίδρυσης κομμάτων, των οποίων η δράση στοχεύει στην ανατροπή του δημοκρατικού πολιτεύματος. Και τούτο διότι δεν είναι διόλου ευκαταφρόνητος ο κίνδυνος χρησιμοποίησης της διάταξης, ως εργαλείου εξουδετέρωσης των πολιτικών αντιπάλων<sup>25</sup> και η πιθανότητα απόληξης της ως μέσου νομιμοποίησης της «αστυνόμευση[ς] κομμάτων»<sup>26</sup>. Εξάλλου, το νομοθετικό διάταγμα 59/1974, το οποίο επέβαλλε την υποχρέωση των πολιτικών παρατάξεων να καταθέτουν, ενώπιον του εισαγγελέως του Αρείου Πάγου, ότι δεν αποσκοπούν στη βίαιη κατάληψη της εξουσίας ή την ανατροπή του δημοκρατικού πολιτεύματος, καταργήθηκε με τον νόμο 3023/2002 και αντικαταστάθηκε από απλή δήλωση του Προέδρου, η οποία επαναλαμβάνει τη διατύπωση του συνταγματικού άρθρου.

Μπορούμε ωστόσο στ' αλήθεια να ισχυριστούμε ότι το άρθρο 29 καθίσταται γράμμα κενό, προδικασμένο σε ατέρμονη παραβίασή του; Το άρθρο αυτό, όπως άλλωστε και κάθε κανόνας αποτυπωμένος στον θεμελιώδη νόμο της χώρας μας, ενέχει, κατά τον Α. Μάνεση, μια κάποια «ιδιορρυθμία», που συνίσταται στο γεγονός ότι η κυρωτική του

<sup>23</sup> Όπως ακριβώς Κ. Χ. Χρυσόγονου. Διαθέσιμο στο: «[http://chrysogonos.blogspot.com/2016/11/blog-post\\_4.html](http://chrysogonos.blogspot.com/2016/11/blog-post_4.html)»

<sup>24</sup> Κ. Χ. Χρυσόγονου, ό.π., σ. 268-269· Γ. Δρόσου, Η νομική θέση των πολιτικών κομμάτων στην Ελλάδα, σ. 213 επ., Δ. Μ. Ζακαλκά, ό.π., σ. 473

<sup>25</sup> Β. Κοντογιαννόπουλου, Επίσημα Πρακτικά Αναθεώρησης του Συντάγματος (ΕΠΑΘ) 1975, Β' Υποεπιτροπή, σελ. 505 επ.

<sup>26</sup> Α. Κακλαμάνη, Πρακτικά των συνεδριάσεων της Βουλής επί των συζητήσεων του Συντάγματος του 1975

εκδ. Γαβριηλίδη, 2008, σ. 102

<sup>19</sup> Δ. Θ. Τσάτσου, ό.π., σ. 103-104

<sup>20</sup> Κ. Χ. Χρυσόγονου, ό.π., σ. 273

<sup>21</sup> Δ. Τσάτσου, ό.π., σ. 104

<sup>22</sup> Χ. Μάρδα-Βίρλα, Λαϊκή Κυριαρχία και Πολιτικά Κόμματα, 1977, σ. 50 επ.

λειτουργία εμφανίζει περισσότερο κατασταλτικό παρά προληπτικό χαρακτήρα, εκφάνσεις του οποίου συνιστούν οι αμοιβαίες αλληλεξαρτήσεις και έλεγχοι, σύναμα βέβαια και ο έλεγχος εκ μέρους των εξουσιαζόμενων. Εξ' αυτού όμως δεν αλλοιώνεται η χροιά του ως κανόνα δικαίου<sup>27</sup>. Η εθελούσια απεναντίας μη συμμόρφωση προς αυτόν επιφέρει, όπως ισχυρίζεται ο Δ. Τσάτσος, «βαρύτατη δικαιομομφή» και πολιτικού χαρακτήρα κυρώσεις, καθώς το κόμμα, ως θεσμός περιφρονητικός της υπέρτατης δικαιopolιτικής αρχής της λαϊκής κυριαρχίας, πολιτικά απαξιώνεται<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Α. Μάνεση, Συνταγματικό Δίκαιο, τομ. 1, εκδ. Σάκκουλα, 1980, σ. 130-131

<sup>28</sup> Δ. Τσάτσου, ό.π., σ. 126-127

## Επίλογος

Η ανάλυση που επιχειρήθηκε στο παρόν άρθρο καταδεικνύει τη συνθετότητα και τις αναντίρρητες δυσκολίες που περιστοιχίζουν την προβληματική της εσωκομματικής δημοκρατίας, συγχρόνως όμως και τη σπουδαιότητά της για το παρελθόν και κυρίως για το παρόν και το μέλλον του πολιτειακού μας βίου. Διότι η ποιότητα της δημοκρατικής οργάνωσης στους κόλπους των κομμάτων συνυφαίνεται τελικώς άρρηκτα με την εν γένει ποιότητα της ίδιας της δημοκρατίας μας. Επομένως, η ευθύνη και η συνακόλουθη επιβεβλημένη εγρήγορση βαρύνουν όχι μόνο του κυβερνώντες, αλλά κατά μείζονα λόγο όλους εμάς ως κυβερνώμενους.

## Ελευθερία έκφρασης: Άσυλο στο ψέμα και τη δυσφήμιση;

Κελεσίδου Άννα-Ταξιαρχούλα & Μπομπότα Ευαγγελία  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Μολαταύτα, είναι πράγματι το άτομο τόσο ελεύθερο να εκφραστεί ή του κλείνουν το στόμα «φίμωτρα» περιορισμών και απαγορεύσεων;».**

### Εισαγωγή

Στη μεταβιομηχανική κοινωνία του σήμερα, την κοινωνία της πληροφορίας, της πληροφόρησης αλλά και της παραπληροφόρησης ο λόγος αποτελεί το μέσο ανακάλυψης της αλήθειας<sup>1</sup>. Σύμφωνα με το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο του Στρασβούργου, η ελευθερία της έκφρασης «περιλαμβάνει όχι μόνο πληροφορίες και ιδέες που γίνονται ευμενώς δεκτές και θεωρούνται ουδέτερες ή αδιάφορες, αλλά και εκείνες που προσβάλλουν, σοκάρουν ή αναστατώνουν...» Μήπως, όμως, όταν η ελευθερία της γνώμης φτάνει στην άκριτη παραγωγή και προαγωγή προσβλητικών, συκοφαντικών έως και ψευδών λόγων, υπερέχει της προστασίας της τιμής;

### Ελευθερία Έκφρασης και Τύπου

Η ελευθερία έκφρασης αποτελεί ένα από τα κύρια θεμέλια μιας δημοκρατικής κοινωνίας<sup>2</sup> και προστατεύεται συνταγματικά στο άρθρο 14 παρ. 1 του Συντάγματος «Καθένας μπορεί να εκφράζει και να διαδίδει προφορικά, γραπτά και δια του τύπου τους στοχασμούς του τηρώντας τους νόμους του Κράτους». Η προστασία αυτή καλύπτει τόσο τη θετική όσο και την αρνητική έκφανση του δικαιώματος. Αναλυτικά, καθένας δύναται, χωρίς εμπόδια και δυσμενείς συνέπειες, να διαμορφώνει και να εκφράζει γνώμες με οποιονδήποτε τρόπο. Παρόλα αυτά, σημαντική προϋπόθεση αποτελεί η αποφυγή προ-

σβολής άλλων εννόμων αγαθών μέσω της αποκάλυψης απόρρητων πληροφοριών (αρ 19 παρ 3 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα). Υπάρχει, όμως, και η άλλη όψη του νομίσματος, δηλαδή η αρνητική έκφανση, αφού θεμελιώνεται εξ αντιδιαστολής μέσω της ίδιας διάταξης και το λεγόμενο δικαίωμα αποσιωπήσεως της γνώμης, δηλαδή το δικαίωμα του ατόμου να μην υποχρεούται να προβεί στη γνωστοποίηση των πεποιθήσεών του αν δεν το επιθυμεί. Ωστόσο, αν πρόκειται για αποκάλυψη σημαντικών στοιχείων και γνώσεων, λόγου χάριν για φορολογικούς ή ανακριτικούς σκοπούς, είναι θεμιτή η επιβολή υποχρέωσης, χωρίς να τίθεται ζήτημα καταστράτηγησης του άρθρου 5 Σ για την προστασία της προσωπικότητας.

Αξίζει να σημειωθεί, επίσης, ότι στην ελευθερία της γνώμης υπάγεται και η ελευθερία της πληροφορίας με την ενεργητική αλλά και την παθητική της διάσταση, δηλαδή το δικαίωμα του πληροφορείν και πληροφορείσθαι ως αδιάσπαστη ενότητα. Παράλληλα με το αρ. 14 παρ 1 εντοπίζονται περαιτέρω προστατευτικές διατάξεις σχετικές με την ελευθερία έκφρασης και πληροφόρησης, όπως είναι το αρ. 5Α Σ που καθιερώνει γενικότερο δικαίωμα στην πληροφόρηση, καθώς και το ειδικότερο δικαίωμα συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφορίας. Την ίδια στιγμή, σε διεθνές επίπεδο, τα άρθρα 10 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων των Ανθρώπων (ΕΣΔΑ) και 19 παρ 2 ΔΣΑΠΔ θεμελιώνουν το δικαίωμα λήψης και αναζήτησης πληροφοριών.

Όσον αφορά τους τρόπους έκφρασης μιας γνώμης, η μνεία του αρ. 14 παρ 1 Σ σε προφορική, γραπτή και δια του Τύπου δημόσια επικοινωνία

<sup>1</sup> Βρεττού Χ., Η αιχμηρή κριτική ως συνταγματικό δικαίωμα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 6

<sup>2</sup> Handyside v. United Kingdom, 7.12.1976, A-24, παρ. 49, ΕΔΔΑ, διαθέσιμη στο <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>

είναι καθαρά ενδεικτική. Είναι κρίσιμο, επομένως, για λόγους κυρίως συστηματικής προσέγγισης να ερμηνεύεται διασταλτικά η διάταξη, διότι στην έννοια του Τύπου περιλαμβάνονται και δημοσιεύματα ηλεκτρονικής μορφής, πέραν της παραδοσιακά έντυπης, εφόσον το διαδίκτυο<sup>3</sup> πλέον αποτελεί τον κανόνα των μέσων επικοινωνίας.

Στη δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου αναφέρεται ειδικότερα ότι «Ο τύπος είναι ελεύθερος. Η λογοκρισία και κάθε άλλο προληπτικό μέτρο απαγορεύονται». Πρόκειται για την ελευθερία του Τύπου, η οποία συνοδεύει το έντυπο από το στάδιο της προετοιμασίας έκδοσής του μέχρι και τη χρονική στιγμή που καταφτάνει στα χέρια του κοινού.<sup>4</sup> Στο πρώτο εδάφιο, μάλιστα, βρίσκει θεμέλιο η θεσμική εγγύηση του Τύπου ως ελεύθερου και πλουραλιστικού. Αυτή, άλλωστε, είναι και η δικαιολογητική βάση της διάταξης. Θα ήταν αδιανόητο, επομένως, να μιλά κανείς για ελευθερία έκφρασης και πλουραλισμό, αν δεν υπήρχε και η συνταγματική διασφάλιση του δεύτερου εδαφίου περί απαγόρευσης της λογοκρισίας και κάθε άλλου προληπτικού μέτρου. Δε νοείται σε μια δημοκρατική κοινωνία προληπτικός εξουσιαστικός έλεγχος του περιεχομένου ενός εν δυνάμει δημοσιεύματος, με συνέπεια δε την τροποποίηση ή ακόμη και τη μη κυκλοφορία του.<sup>5</sup> Κατόπιν όλων αυτών, προκύπτει ερώτημα σχετικά με το κατά πόσο ανεμπόδιστη είναι τελικά η ελευθερία έκφρασης.

## Περιορισμοί

### Προστασία της προσωπικότητας

Αναμφίβολα, η κατοχύρωση του τύπου ως θεσμική εγγύηση δημιουργεί μεν προνόμια αλλά επιτρέπει και περιορισμούς διότι δεν είναι θεμιτό να θυσιάζονται άλλα έννομα αγαθά στο βωμό μιας απόλυτης και άναρχης ελευθεριότητας. Καθημερινά έρχεται στο προσκήνιο η διαδικασία στάθμισης ανάμεσα στο δικαίωμα της ελεύθερης γνώμης και της προστασίας της τιμής ως έκφρασης της προσωπικότητας. Ειδικότερα, το άρθρο 5 παρ 2 ορίζει ότι «Όλοι όσοι βρίσκονται στην Ελληνική Επικράτεια απολαμβάνουν την απόλυτη προστασία της ζωής, της

τιμής και της ελευθερίας τους, χωρίς διάκριση εθνικότητας, φυλής, γλώσσας και θρησκευτικών ή πολιτικών πεποιθήσεων...» Η τιμή, ως στοιχείο της προσωπικότητας, συνήθως, έχει την έννοια της φήμης, της υπόληψης και ως τέτοια απασχολεί συνήθως και τα δικαστήρια. Επιπλέον, στο άρθρο 5 παρ.1 Σ ορίζεται ότι «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.» Συγκεκριμένα, ως προσωπικότητα νοείται «το σύνολο των ιδιοτήτων, ικανοτήτων και καταστάσεων, που αφενός μεν προκύπτουν από την υπόσταση του ανθρώπου ως έλλογου και συνειδητού όντος, αφετέρου δε εξατομικεύουν ένα συγκεκριμένο πρόσωπο»<sup>6</sup>. Το ζήτημα, βέβαια, δεν είναι η εκ των προτέρων ανάδειξη της μιας (αρ 5 Σ) ή της άλλης διάταξης (αρ 14 παρ1 Σ) ως σπουδαιότερης, εφόσον η συνταγματική προστασία τους είναι ισότιμη, αλλά η άρση της σύγκρουσης αυτών μέσω της χάραξης γραμμών ισορροπίας ανάμεσα τους.<sup>7</sup> Σε ένα υποθετικό «παιχνίδι επικράτησης» βρίσκονται αντιμέτωποι ο ελεύθερα εκφραζόμενος από τη μία πλευρά και ο θιγόμενος από την άλλη. Το συνταγματικό δικαίωμα του 14 Σ δεν παρέχει άσυλο σε αυτόν που το ασκεί αλλά τελεί υπό τη γενική επιφύλαξη υπέρ του νόμου («τηρώντας τους νόμους του Κράτους»). Σύμφωνα με τη νομολογία<sup>8</sup> του ΕΔΔΑ θεωρούνται θεμιτοί εκείνοι οι νόμοι που στοχεύουν στην προστασία του ατόμου και της κοινωνίας εν συνόλω απέναντι στην καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος στην ελεύθερη έκφραση. Συνεπώς, αν ο εκφραζόμενος ξεπεράσει το μέτρο και προβεί σε χαρακτηρισμούς που θίγουν την τιμή και την υπόληψη κάποιου, έρχεται σε ευθεία σύγκρουση τόσο με την προστασία της προσωπικότητας του αρ 5 Σ, όσο και με το αρ 57 ΑΚ για την παράνομη προσβολή της προσωπικότητας.

<sup>6</sup> Όπως ακριβώς Μάνεσης Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, Σάκκουλας, 1982, σ. 116

<sup>7</sup> Κονταξής Θ., Τα ΜΜΕ και η Προσβολή της Προσωπικότητας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σ. 7

<sup>8</sup> Απόφαση 29.2.2000, Feuntes Bobo, ΕΔΔΑ, διαθέσιμη σε <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63608> και 16.3.2000, Özgür Gündem, ΕΔΔΑ, διαθέσιμη σε <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58508>

<sup>3</sup> Απόφαση 9777/2009, ΜΠρΑθ., διαθέσιμη σε ΔιΜΕΕ 2010, σ. 234

<sup>4</sup> Χρυσόγονος Χ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 305

<sup>5</sup> Χρυσόγονος Χ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 310



### Εγκλήματα κατά της τιμής

Στην άκριτη επικράτηση της ελευθερίας της έκφρασης έναντι οποιουδήποτε άλλου εννόμου αγαθού στέκονται εμπόδιο και ποινικές διατάξεις, μέσω των οποίων τυποποιούνται και ενεργοποιούνται τα λεγόμενα εγκλήματα κατά της τιμής των άρθρων 361 επ. του Ποινικού Κώδικα. Φορείς του εννόμου αγαθού της τιμής θεωρούνται όλα τα φυσικά πρόσωπα. Γίνεται, επομένως, αντιληπτό ότι έχουμε μία σύγκρουση ανάμεσα στην αξίωση σεβασμού της τιμής ενός ορισμένου ατόμου και στην ελευθερία του Τύπου<sup>9</sup>. Συγκεκριμένα, τα εγκλήματα της εξύβρισης και της δυσφήμισης, συκοφαντικής ή μη, αποτελούν συχνό φαινόμενο στην προβληματική της ελεύθερης έκφρασης. Βέβαια, κρίνεται αναγκαία μία σύγκριση των ειδικότερων στοιχείων τους, καθώς παρουσιάζουν μεταξύ τους κάποιες διαφοροποιήσεις.

Η δυσφήμιση του 362 ΠΚ σχετίζεται με τον ισχυρισμό ή τη διάδοση κάποιου γεγονότος ενώπιον τρίτου, που μπορεί όμως να έχει αρνητικό αντίκτυπο στην τιμή ή την υπόληψή του. Είναι, δηλαδή, ένα έγκλημα δυνητικής διακινδύνευσης της τιμής. Ως «γεγονός» νοείται πάγια από τη νομολογία «κάθε συγκεκριμένο περιστατικό του εξωτερικού κόσμου, που ανάγεται στο παρελθόν ή το παρόν το οποίο υποπίπτει στις αισθήσεις και είναι δεκτικό αποδείξεως καθώς και κάθε συγκεκριμένη σχέση ή συμπεριφορά, αναφερόμενη στο παρελθόν ή το παρόν, που υποπίπτει στις αισθήσεις και αντίκειται στην ηθική και την ευπρέπεια». Μάλιστα, επισημαίνεται, ότι η δυσφήμιση είναι εφικτή και δια του Τύπου, αφού μπορεί να απευθύνεται και σε αόριστο αριθμό ατόμων<sup>10</sup>. Εφόσον πρόκειται για αναφορά σε γεγονός, δηλαδή σε κάτι που ενισχύει την αξιοπιστία, και όχι απλά για αξιολογική κρίση, θεωρείται ότι η προσβολή της τιμής είναι μεγαλύτερης έντασης στην εν λόγω διάταξη σε σύγκριση με αυτή του 361 ΠΚ. Εντούτοις, η διαχωριστική γραμμή ανάμεσα στα δυο είναι πολλές φορές δυσχερής. Το αδίκημα της συκοφαντικής δυσφήμισης του 363 ΠΚ, από την άλλη, φαίνεται να αποτελεί μία ειδική μορφή δυσφήμισης, με περιεχόμενο που σε μεγάλο βαθμό ταυτίζεται με αυτό του 362 ΠΚ. Το επιπλέον στοιχείο που προϋποτίθεται εδώ για τη στοιχειοθέτη-

ση του εγκλήματος είναι το ψευδές του γεγονότος, που πρέπει να καλύπτεται αντικειμενικά και υποκειμενικά. Τέλος, η εξύβριση του 361 ΠΚ αναφέρεται σε προσβολές της τιμής άλλου «με λόγο ή με έργο ή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο», εκτός των περιπτώσεων δυσφήμισης (362 και 363 ΠΚ). Στο χώρο των ΜΜΕ, η διάταξη αφορά, κατά κανόνα, την προσβολή μέσω αξιολογικών κρίσεων.

Ωστόσο, στα άρθρα 366 και 367 ΠΚ προβλέπονται ορισμένοι λόγοι άρσης του αδικού αναφορικά με τα ανωτέρω εγκλήματα. Το 366 ΠΚ κάνει λόγο για αλήθεια των δυσφημιστικών γεγονότων, η απόδειξη της οποίας δεν επιτρέπεται όταν δε θίγεται με τη δυσφήμιση το δημόσιο συμφέρον, αλλά αφορά αποκλειστικά τον ιδιωτικό ή οικογενειακό βίο του ατόμου και ο ισχυρισμός ή η διάδοση έγιναν κακόβουλα. Εδώ εμφανίζεται και η έννοια του σκοπού εξύβρισης, του οποίου η ύπαρξη μπορεί να οδηγήσει σε τιμωρία για εξύβριση, ανάλογα με τις περιστάσεις και τον τρόπο που έλαβε χώρα η προσβολή. Σύμφωνα με την ελληνική νομολογία, «τέτοιος σκοπός θεωρείται ότι υπάρχει, όταν ο τρόπος εκδήλωσης δεν ήταν πραγματικά αναγκαίος για να αποδοθεί, όπως έπρεπε, το περιεχόμενο της σκέψης του δράστη προς προστασία δικαιολογημένου ενδιαφέροντος και ο τελευταίος, μολοντί γνώριζε την έλλειψη αναγκαιότητας του τρόπου αυτού, εν τούτοις τον χρησιμοποίησε για να προσβάλει την τιμή άλλου»<sup>11</sup>. Ουσιαστικά, στις περιπτώσεις αυτές, οι χαρακτηρισμοί εκφεύγουν του στόχου της ενημέρωσης του κοινού και αποσκοπούν στη βλάβη της προσωπικότητας του προσβαλλόμενου. Βέβαια, για την κατάφαση ύπαρξης σκοπού εξύβρισης, είναι ανάγκη να εξετάζονται τα επίμαχα σημεία σε συνάρτηση με το σύνολο του δημοσιεύματος και όχι ως μεμονωμένα στοιχεία.

Παράλληλα, στο 367 ΠΚ, γίνεται μια ενδεικτική απαρίθμηση ειδικών λόγων άρσης του αδικού μεταξύ των οποίων συμπεριλαμβάνεται η περίπτωση α' για τις δυσμενείς κριτικές σε βάρος επιστημονικών, καλλιτεχνικών ή επαγγελματικών εργασιών, αλλά και η περίπτωση γ', για εκδηλώσεις μειωτικές της τιμής από δικαιολογημένο ενδιαφέρον. Συγκεκριμένα, η τελευταία ρύθμιση άπτεται της ελευθερίας του Τύπου, καθώς κρίνεται ότι κάθε δημοσίευση τέτοιου είδους καλύπτεται από το δικαιολογημένο συμφέρον ενημέρωσης της κοινής γνώμης, εφόσον βέβαια, συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις. Η στάθμιση ανάμεσα στην ελευθερία έκφρασης

<sup>9</sup> Καρακώστας Ι., Το Δίκαιο των ΜΜΕ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012 σ. 256

<sup>10</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 447

<sup>11</sup> Απόφαση 285/2012, ΑΠ, διαθέσιμη σε ΔιΜΕΕ 2012, σ. 500

και το έννομο αγαθό της τιμής γίνεται από τα ελληνικά δικαστήρια *ad hoc* και όχι αφηρημένα, πάντοτε με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας<sup>12</sup>. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι ο λόγος άρσης του 367 δεν ισχύει για το αδίκημα της συκοφαντικής δυσφήμισης.

#### Ψευδείς ειδήσεις (Fake news)

Στο πλαίσιο της ελευθερίας της έκφρασης και της πληροφόρησης, αλλά και λόγω του κυρίαρχου ρόλου που διαδραματίζουν τα ΜΜΕ για την ενημέρωση των πολιτών, οι τελευταίοι γίνονται δέκτες ενός καταγίσιμου πληροφοριών, γεγονότος που συχνά μπορεί να αποπροσανατολίσει ή να εξαπατήσει. Δεδομένου ότι καθένας έχει τη δυνατότητα να προβεί σε δημοσιεύματα σχεδόν παντός περιεχομένου, είναι φυσικό να έρχονται οι πολίτες συχνά αντιμέτωποι και με ψευδείς ειδήσεις (*fake news*). Το φαινόμενο αυτό έχει αποκτήσει μεγάλες διαστάσεις, ιδιαίτερα τα τελευταία χρόνια, με την ανάπτυξη των μέσων κοινωνικής δικτύωσης, τα οποία και διευκολύνουν τη διάδοσή τους.

«Ένα ψέμα έχει ήδη ταξιδέψει στον μισό πλανήτη, πριν δοθεί η ευκαιρία στην αλήθεια να φορέσει το παντελόνι της», σύμφωνα με τον Winston Churchill. Αυτό επιβεβαιώνεται και από πρόσφατη έρευνα του MIT, που διεξήχθη μέσω της διασποράς δημοσιευμάτων στο Twitter. Τα αποτελέσματά της καταδεικνύουν ότι οι ψευδείς ειδήσεις ταξιδεύουν γρηγορότερα από τις αληθινές, για λόγους που σχετίζονται με την ιδιαιτερότητα του περιεχομένου που τις χαρακτηρίζει συνήθως, αλλά και με την πρόκληση από μέρους τους δυνατών συναισθημάτων στο κοινό<sup>13</sup>. Η παγκόσμια μάστιγα των *fake news* έκανε αισθητή την παρουσία της ιδίως με τα δύο κορυφαία πολιτικά γεγονότα των τελευταίων ετών στις ΗΠΑ και στο Ηνωμένο Βασίλειο. Από τη μία πλευρά συναντά κανείς τις Αμερικανικές Προεδρικές Εκλογές του 2016, όπου φαίνεται ότι η διασπορά ψευδών ειδήσεων είχε ουσιώδη επιρροή στο αποτέλεσμα. Από την άλλη, το ίδιο ισχύει για το Βρετανικό Δημοψήφισμα (*Brexit*), το οποίο «χτυπήθηκε» επίσης από τη διακίνηση αντίστοιχων δημοσιευμάτων. Παρόλα αυτά, σε γενικές γραμμές, στις ΗΠΑ φαίνεται να ακολουθείται μία πιο φιλελεύθερη

προσέγγιση του λόγου. Υπάρχει μεγαλύτερη ανοχή απέναντι στο ψέμα, στο πλαίσιο της ελεύθερης έκφρασης, ενώ μία κρατική παρέμβαση θα σήμαινε, κατά τη γνώμη της αμερικανικής κοινωνίας, υποτίμηση της κριτικής ικανότητας του ατόμου και της οντότητάς του αυτής καθαυτής. Άλλωστε, «ο ψευδής ισχυρισμός γεγονότος είναι αναπόφευκτος στον ελεύθερο διάλογο και πρέπει να προστατεύεται προκειμένου να έχει η ελευθερία της έκφρασης τον “χώρο αναπνοής” που “χρειάζεται για να επιβιώσει”», όπως επεσήμανε το δικαστήριο στην υπόθεση-ορόσημο *The New York Times Co. v. Sullivan* (1964)<sup>14</sup>.

Λόγω της φύσης του ζητήματος των ψευδών ειδήσεων, είναι δυσχερής η διαμόρφωση ενός νομοθετικού πλαισίου για την πλήρη αντιμετώπισή του. Στην ελληνική έννομη τάξη, η έννοια αυτή εντοπίζεται στο άρθρο 191 του ΠΚ, που ανήκει στο γενικότερο κεφάλαιο της Επιβουλής της Δημόσιας Τάξης. Αναλυτικότερα, η διάταξη τυποποιεί το αδίκημα της διασποράς ψευδών ειδήσεων, το οποίο προσβάλλει το έννομο αγαθό της δημόσιας τάξης. Η τελευταία έγκειται στην επιβολή της κρατικής θέλησης και στην ειρηνική συνύπαρξη των πολιτών, η οποία και επιτυγχάνεται μέσω του σεβασμού στο σύστημα της έννομης τάξης. Η πράξη προσβολής συνίσταται στην διασπορά ψευδών ειδήσεων ή φημών ικανών να επιφέρουν ανησυχίες ή φόβο στους πολίτες ή να ταραξούν τη δημόσια πίστη ή να κλονίσουν την εμπιστοσύνη του κοινού στο εθνικό νόμισμα ή στις ένοπλες δυνάμεις της χώρας ή να επιφέρουν διαταραχή στις διεθνείς σχέσεις της. Το αδίκημα του 191 ΠΚ αποτελεί πλημμέλημα, που τιμωρείται τόσο όταν υπάρχει δόλος (παρ. 1), όσο και όταν τελείται από αμέλεια (παρ. 2). Κρίνεται ότι η διάταξη αυτή συνιστά «έναν από τους μεγαλύτερους φραγμούς στην ελευθερία διακίνησης των πληροφοριών»<sup>15</sup>, μολαταύτα αφορά αποκλειστικά στις ψευδείς ειδήσεις. Αυτό σημαίνει πως δεν έρχεται σε σύγκρουση με την ελευθερία της έκφρασης του άρθρου 14 του Συντάγματος, αλλά στοχεύει στον περιορισμό της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος αυτού. Εξάλλου, «η ενημέρωση του κοινού με ψευδή στοιχεία δεν εμπίπτει στο νόμιμο καθή-

<sup>12</sup> Βρεττού Χ., Η αιχμηρή κριτική ως συνταγματικό δικαίωμα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 34

<sup>13</sup> Διαθέσιμο στο <http://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308>

<sup>14</sup> 376 U.S. 254 (1964), U.S. Supreme Court, διαθέσιμη στο <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>

<sup>15</sup> Χαλαμπάκης Α., Ποινικός Κώδικας: ερμηνεία κατ' άρθρο, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 1573 (Καψής Γ.)

κον του Τύπου»<sup>16</sup>.

Σε ευρωπαϊκό επίπεδο, έχουν γίνει βήματα προς τη αντιμετώπιση του φαινομένου των fake news, ιδίως το τελευταίο διάστημα. Ειδικότερα, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή προχώρησε στη σύσταση μίας ομάδας κορυφαίων εμπειρογνομόνων τον Ιανουάριο του 2018, με σκοπό τη διαμόρφωση προτάσεων κατά της έξαρσης διασποράς ψευδών ειδήσεων και της παραπληροφόρησης στο Διαδίκτυο. Αποτέλεσμα αυτής της δράσης αποτέλεσε μία αναλυτική έκθεση, στο πλαίσιο της οποίας υπογραμμίζεται ότι πρέπει να αποφευχθεί η λογοκρισία ως μέτρο αντιμετώπισης, ενώ προτάσσονται μακροπρόθεσμες λύσεις, όπως η ενίσχυση της διαφάνειας στο χώρο των διαδικτυακών ειδήσεων, η ανάπτυξη εργαλείων για να γίνει εφικτός ο εντοπισμός των fake news και κάθε είδους παραπληροφόρησης, καθώς και η αυξημένη πληροφόρηση των πολιτών για αντίστοιχα ζητήματα. Περιλαμβάνεται, επίσης, η πρόβλεψη ενός Κώδικα ορθής πρακτικής για την παραπληροφόρηση, ο οποίος υπεγράφη τον Οκτώβριο του 2018 από ποικίλες διαδικτυακές πλατφόρμες που εμπλέκονται σε ζητήματα πληροφόρησης.

### Η συνταγματική προστασία της αιχμηρής κριτικής

Μολαταύτα, είναι πράγματι το άτομο τόσο ελεύθερο να εκφραστεί ή του κλείνουν το στόμα «φίμωτρα» περιορισμών και απαγορεύσεων; Αδιамφισβήτητο, ο συνταγματικά προστατευόμενος λόγος δεν μπορεί να είναι πάντοτε εξευγενισμένος και απαλλαγμένος από καυστικές δηλώσεις. Αντιθέτως, «η γλώσσα κόκκαλα δεν έχει και κόκκαλα τσακίζει». Σχολιασμοί και κριτικές, επομένως, που μπορεί να «τσακίσουν» λόγω της οξύτητάς τους, τυγχάνουν και αυτοί συνταγματικής προστασίας. Προκειμένου, λοιπόν, να αναγνωριστούν οι κρίσεις αυτές, χρησιμοποιούνται ορισμένα κριτήρια από τη νομολογία, ως κατευθυντήριες γραμμές.

Αρχικά, η ιδιότητα του θιγομένου ως δημοσίου προσώπου δικαιολογεί τη δριμύτερη κριτική σε βάρος των πράξεων και των λόγων του και προκρίνει την ελευθερία της έκφρασης και του Τύπου έναντι της τιμής του. Χαρακτηριστική είναι η νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου των ΗΠΑ, όπου και καθιερώθηκε ο κανόνας του πραγματικού δόλου με την υπόθεση New York Times Co.

v. Sullivan. Ο κανόνας αυτός τίθεται σε εφαρμογή όποτε συντρέχει περίπτωση προσβολής της τιμής δημοσίου προσώπου ή λειτουργού (σε αντίθεση με την ad hoc στάθμιση των ελληνικών δικαστηρίων) και, ουσιαστικά επιρρίπτει το βάρος απόδειξης στον ενάγοντα, τόσο για την ύπαρξη πραγματικού δόλου (δηλαδή γνώση ότι ο ισχυρισμός ήταν ψευδής ή αδιαφορία ως προς αυτό<sup>17</sup>), όσο και για την αναλήθεια των επίδικων ισχυρισμών. Στην ελληνική νομολογία, από την άλλη, εντοπίζεται μία «κατηγορική» προσέγγιση ως προς τα επιτρεπτά όρια κριτικής. Συγκεκριμένα, ελέγχεται αν τα δημοσιεύματα υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο, χάριν ικανοποίησης του δικαιολογημένου ενδιαφέροντος του κοινού για ενημέρωση, καθώς και αν προκύπτει σκοπός εξύβρισης του θιγομένου, αλλά και αν αυτά βρίσκουν έρεισμα σε πραγματικά γεγονότα και όχι ψευδή. Με άλλα λόγια, η ιδιότητα του προσώπου ως τέτοιου που ενδιαφέρει το κοινωνικό σύνολο αποτελεί εξειδίκευση της αόριστης έννοιας του δικαιολογημένου συμφέροντος του κοινού για ενημέρωση<sup>18</sup>.

Επιπροσθέτως, συνεκτιμώνται και άλλα κριτήρια για την πραγματοποίηση στάθμισης. Το δικαιολογημένο δημοσιογραφικό ενδιαφέρον, σε κάθε περίπτωση, δεν είναι δυνατόν να συμπεριλάβει και περιπτώσεις διάδοσης αναληθών περιστατικών. Ζήτημα ανακύπτει, όμως, όταν ο δημοσιογράφος δεν είχε δόλο ως προς την αναλήθεια των δημοσιευμάτων. Το καθήκον αλήθειας, το οποίο αποτελεί εξειδίκευση της αρχής της καλής πίστης<sup>19</sup> και γενικότερα η τήρηση των συναλλακτικών υποχρεώσεων του Τύπου, που είναι επιτακτική για τη δημοσιογραφική έρευνα (καθήκον σεβασμού της προσωπικότητας, της ιδιωτικής σφαίρας, κτλ), χάρσσει κατευθυντήριες γραμμές στη διαδικασία στάθμισης. Σπουδαίο ρόλο επιτελεί, επίσης, η διάκριση των αξιολογικών κρίσεων από τον ισχυρισμό γεγονότος. Όπως αναφέρθηκε ήδη, όσον αφορά τον τελευταίο, προβλέπεται από τον Ποινικό Κώδικα το έγκλημα της δυσφήμισης, συκοφαντικής ή μη (άρ. 363 και 362), ανάλογα με το αν υφίσταται το ψευδές του γεγονότος, το οποίο καλύπτεται αντικειμενικά και υποκειμενικά. Αντιθέτως, όταν η

<sup>16</sup> 592/2009, Εφετείο Θεσσαλονίκης, διαθέσιμη σε ΔιΜΕΕ 2010, σ. 227

<sup>17</sup> Βρεττού Χ., Η αιχμηρή κριτική ως συνταγματικό δικαίωμα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 51

<sup>18</sup> Βρεττού Χ., Η αιχμηρή κριτική ως συνταγματικό δικαίωμα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 114

<sup>19</sup> Βρεττού Χ., Η αιχμηρή κριτική ως συνταγματικό δικαίωμα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 220

επίδικη διαφορά σχετίζεται με αξιολογική κρίση, εξετάζεται εάν ο τρόπος έκφρασης ήταν αναγκαίος για τη διατύπωσή της ή εάν υπερέβη το μέτρο. Στην τελευταία περίπτωση, εφόσον γίνεται με στόχο να βλάψει την τιμή του θιγόμενου, προκύπτει ο λεγόμενος σκοπός εξύβρισης<sup>20</sup>, ο οποίος αποκλείει την άρση του αδίκου (άρ. 367 παρ. 2 ΠΚ). Οι αξιολογικές κρίσεις, λοιπόν, απολαμβάνουν μεγαλύτερη συνταγματική προστασία, δεδομένης της θεμελιώδους θέσης της ελεύθερης έκφρασης σε κάθε δημοκρατικό πολίτευμα.

### Επίλογος

Η ελευθερία της έκφρασης είναι ένα από τα πολυτιμότερα ανθρώπινα δικαιώματα, αιτία αγώνων και επαναστάσεων, κινητήριος δύναμη της εξελικτικής πορείας της κοινωνίας. Δεν είναι απλά συστατικό ενός δημοκρατικού πολιτεύματος, είναι προαπαιτούμενό του, θεμέλιος λίθος που στηρίζει το λαμπρό αυτό οικοδόμημα. Κατοχυρωμένη, πλέον, από πληθώρα εθνικών και διεθνών νομικών κειμένων, αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της ανθρωπίνης οντότητας. Ως τέτοιο, προσφέρει καταφύγιο ακόμη και στην κριτική, ανεξαρτήτως της οξύτητας και της δυσμένειας που ενδεχομένως χαρακτηρίζει αντίστοιχες τοποθετήσεις. Ωστόσο, η απεριόριστη

ελευθερία της έκφρασης θα μπορούσε να είναι εξίσου καταστροφική με την παντελή έλλειψή της, καθώς κάτι τέτοιο θα σήμαινε την επικράτησή της έναντι κάθε άλλου συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος. Τα συνταγματικά δικαιώματα, όμως, δεν τελούν μεταξύ τους σε σχέση ιεραρχίας. Θα ήταν απαράδεκτο να δεχτεί κανείς εκ των προτέρων πως ένα συνταγματικά προστατευόμενο αγαθό, όπως αυτό της τιμής και της προσωπικότητας, είναι ήσσονος σημασίας. Όπως, επίσης, δε γίνεται να αίρεται το άδικο μιας εγκληματικής πράξης, όπως η δυσφήμιση, μέσω μίας συνταγματικής διάταξης. Ακόμη και η έννοια του δημοσιογραφικά δικαιολογημένου ενδιαφέροντος δεν επιτρέπεται να προσλάβει τη μορφή του «ο σκοπός αγιάζει τα μέσα», οδηγώντας στην άρση της προσβολής. Εφόσον, λοιπόν, δεν υπάρχουν ακόμη εχέγγυα που διαβεβαιώνουν τη γνήσια ύπαρξη του ενδιαφέροντος αυτού σε κάθε περίπτωση ή την παρουσία μιας «ανεξάρτητης δημοσιογραφικής γραφίδας και φωνής»<sup>21</sup>, δε νοείται η άνευ όρων προνομιακή μεταχείριση της ελευθερίας του λόγου. Σε καμία περίπτωση δε θα μπορούσε να απενοχοποιηθεί η θυσία της προστασίας της τιμής, ως άλλης Ιφιγένειας, στο βωμό μιας ανθρωποφάγου ελευθερίας της έκφρασης.

<sup>20</sup> Αποφάσεις (ενδεικτικά) 285/2012, ΑΠ, διαθήσιμη σε ΔιΜΕΕ 2012, σ. 500 και 1596/2011, ΑΠ, διαθήσιμη σε ΔιΜΕΕ 2012, σ. 360

<sup>21</sup> Όπως ακριβώς Κονταξής Θ., Τα ΜΜΕ και η Προσβολή της Προσωπικότητας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σ. 149

# Η Συνταγματική ρύθμιση των σχέσεων Κράτους-Εκκλησίας

Κραλίδης Φώτης  
2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Διότι, εάν υφίσταται πρόβλημα, ενώ τηρούμε ευλαβικά το Σύνταγμα, τότε πρέπει να το αναθεωρήσουμε. Αν, όμως, το παραβιάζουμε καθημερινά ή το ερμηνεύουμε λανθασμένα, τότε πρέπει να αναθεωρήσουμε τη νομική στάση μας έναντι του Συ-ντάγματος.»**

## Εισαγωγή

Σκοπός του παρόντος άρθρου είναι μια περιληπτική και συνάμα όσο το δυνατόν πληρέστερη παρουσίαση του συστήματος των συνταγματικά ρυθμισμένων σχέσεων του Ελληνικού Κράτους με την Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδος, όπως αυτές τυποποιούνται στο άρθρο 3 του ισχύοντος Συντάγματος. Η παρουσίαση αυτή θα λάβει χώρα υπό το πρίσμα της επίσης συνταγματικής τυποποίησης και κατοχύρωσης του θεμελιώδους ατομικού δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας στο άρθρο 13 παρ.1 και 2 του Συντάγματος. Θα εξετασθεί το κατά πόσο οι δύο ανωτέρω ρυθμίσεις του Συντάγματος, δηλαδή της κορυφής και της βάσης της έννομης τάξεως μας, έρχονται σε σύγκρουση προκαλώντας κανονιστική σύγχυση ή μπορούν να συνυπάρξουν και αντί επιλόγου θα επιχειρηθεί μία σύντομη τοποθέτηση στο ζήτημα της τροποποίησης του άρθρου 3 του Συντάγματος ενόψει και της κυοφορούμενης συνταγματικής αναθεώρησης.

## Από την απόλυτη «Πολιτειοκρατία» στην «νόμω κρατούσα Πολιτεία»

Εξετάζοντας κανείς τις νομικές σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας κατά την Νεοελληνική περίοδο μέχρι και την ψήφιση του Συντάγματος του 1975 και πάρα τις επιμέρους διαφοροποιήσεις κάθε ιστορικής περιόδου, μπορεί να εξάγει το εξής συμπέρασμα: από την μια για λόγους ιστορικούς, όπως η προσφορά της Εκκλησίας στην περίοδο της Τουρκοκρατίας καθώς και του εθνικοαπελευθερωτικού αγώνα του 1821, αλλά και αναγόμενους σε μια από αιώνων βυζαντινή παράδοση συναλληλίας, δηλα-

δή αρμονικής συνύπαρξης και συνεργασίας, μεταξύ Πολιτείας και Εκκλησίας, στην νεοελληνική περίοδο υπήρξε ένας στενός δεσμός μεταξύ Κράτους και Εκκλησίας, τουλάχιστον μέχρι το 1975. Ωστόσο, αυτός ο δικαιολογημένος εν πολλοίς δεσμός, συχνά έτεινε να μετατρέπεται σε ένα ασφυκτικό καθεστώς πολιτειοκρατίας, που ξέφευγε από την θεμιτή σε ένα κράτος δικαίου αξίωση να είναι πρωταρχική στις σχέσεις των δύο θεσμών η κρατική βούληση, και κατέληγε σε αυθαίρετες και υπερβολικές πολιτειακές παρεμβάσεις στα εσωτερικά ζητήματα της Εκκλησίας, που δυστυχώς γίνονταν ανεκτές από την τελευταία, συχνά ελέω της παραχώρησης προνομίων. Δεν είναι δίκαιο να αναφερθούμε ενδεικτικά σε ιστορικά παραδείγματα, όπως το βαυαρικής αντιβασιλείας εμπνεύσεως Διάταγμα της 4<sup>ης</sup> Αυγούστου του 1833, που -εκτός της παροχής της Αυτοκεφαλίας- όριζε ότι η Σύνοδος της Εκκλησίας τελούσε «υπό την κυριαρχία του -ρωμαιοκαθολικού- Βασιλέως»<sup>1</sup>, ή το αντικανονικό σύστημα διοίκησης που επέβαλλε το στρατιωτικό καθεστώς της 21<sup>ης</sup> Απριλίου, αρχικά με τον Α.Ν 3/1967 και εν συνεχεία με το Β.Δ 291/1967, που εκτός από την κατάλυση της Εκκλησιαστικής Διοίκησης, απαιτούσε και την «εκλογή ενός Αρχιεπισκόπου φιλικώς διακείμενου προς την νέαν κατάσταση»<sup>2</sup>, καθώς αμφότερα έλαβαν χώρα σε μη ομαλές ιστορικές περιόδους. Αξίζει όμως να αναφέρουμε ότι υπό την ισχύ των ρυθμίσεων του Συντάγματος του 1952 για τις σχέ-

<sup>1</sup> Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, Ostrakon, 2017, σ. 105-106.

<sup>2</sup> Στο Β.Δ 291/1967, σ. 84.

σεις Κράτους-Εκκλησίας, που δεν απέκλιναν από τις αντίστοιχες ρυθμίσεις των προηγούμενων ελληνικών Συνταγμάτων (1844, 1864, 1911), αναγκάστηκε κατ'απαίτηση του τότε Πρωθυπουργού σε παραίτηση ο προσφάτως -τότε- ενθρονισθείς Αρχιεπίσκοπος Αθηνών Ιάκωβος, το 1962, ενώ με μία νομοθετική ρύθμιση του 1966 θεσπίστηκε για πρώτη φορά όριο ηλικίας για απομάκρυνση από τον μητροπολιτικό θρόνο και πιο συγκεκριμένα το 80° έτος, προκαλώντας την αναγκαστική απομάκρυνση έξι Αρχιερέων έναν χρόνο αργότερα και δημιουργώντας βαθιά εσωτερική κρίση στους κόλπους της Εκκλησίας.<sup>3</sup>

Με το Σύνταγμα του 1975 επιχειρείται για πρώτη φορά στην ελληνική συνταγματική ιστορία μια ώριμη μετατόπιση προς ένα σύστημα πιο χαλαρών πολιτειοκρατικών σχέσεων μεταξύ της Ελληνικής Πολιτείας και της Ελλαδικής Εκκλησίας -γεγονός που προκύπτει μέσα από μια πλειάδα συνταγματικών διατάξεων, οι οποίες πρέπει να εξεταστούν παράλληλα με την τυποποίηση των ανωτέρω σχέσεων στο άρθρο 3 του Σ.- και που ορίζεται στην θεωρία ως σύστημα της «νόμω κρατούσης Πολιτείας»<sup>4</sup>.

Ας απαριθμήσουμε λοιπόν τις κυριότερες συνταγματικές αλλαγές που επέφερε η Ε' Αναθεωρητική Βουλή με την ψήφιση του νέου Συντάγματος του 1975 στην κατεύθυνση προς ένα ηπιότερο πολιτειοκρατικό σύστημα ένωσης των δύο θεσμών και οι οποίες παραμένουν εν ισχύ μέχρι και σήμερα. Πρώτον, ο ΠτΔ, ως ο ανώτατος και αιρετός πλέον άρχων της χώρας, δεν υποχρεούται να ανήκει στο ανατολικό ορθόδοξο δόγμα, σε αντίθεση με τα άρθρα 47, 51 και 52 του Συντάγματος του 1952, που αφορούσαν στον Βασιλιά, στον Αντιβασιλέα και στον Επίτροπο του ανήλικου Βασιλιά, καθώς μια τέτοια δέσμευση θα προσέκρουε στα άρθρα 4παρ.1 και 2, 5παρ.1 και 2 και 13παρ.1 του Συντ. Δεύτερον, ο όρκος του ΠτΔ κατά την ανάληψη των καθηκόντων του δεν περιλαμβάνει κατά το άρθρο 33παρ.2 του Συντ. καμία αναφορά στην επικρατούσα θρησκεία, εν αντιθέσει με το άρθρο 43παρ.2 του Συντ. του 1952. Τρίτον, το άρθρο 13παρ.2 εδ.γ' εισάγει γενική συνταγματική απαγόρευση του προσηλυ-

τισμού έναντι οποιασδήποτε γνωστής θρησκείας, όταν το άρθρο 1 του Συντ. του 1952 απαγόρευε ρητά τον προσηλυτισμό μόνο σε βάρος της επικρατούσας θρησκείας. Τέταρτον, δεν επαναλαμβάνεται η διατύπωση του άρθρου 16παρ.2 του Συντ. του 1952, σύμφωνα με την οποία κεντρικός ιδεολογικός προσανατολισμός της ελληνικής παιδείας υπήρξε ο ελληνοχριστιανικός πολιτισμός, και προτιμάται μια γενικότερη και πιο ουδέτερη διατύπωση περί «ανάπτυξης της εθνικής και θρησκευτικής συνείδησης». Και πέμπτο και τελευταίο, το άρθρο 14παρ.3 του Συντ. του 1975, κινούμενο στο ίδιο πνεύμα με το άρθρο 13παρ.2 εδ.γ', καθιερώνει ως επιτρεπτή γενικώς την κατάσχεση κατόπιν εισαγγελικής παραγγελίας για εφημερίδες ή άλλα έντυπα, που προσβάλλουν όχι μόνο την χριστιανική αλλά και κάθε άλλη γνωστή θρησκεία, σε αντίθεση με το αντίστοιχο άρθρο 14παρ.2 του Συντ. του 1952, που προστάτευε πάλι μόνο την επικρατούσα θρησκεία.

Όλα τα ανωτέρω καταδεικνύουν την προαναφερθείσα επιχειρούμενη χαλάρωση των σχέσεων μεταξύ Κράτους και Εκκλησίας με το Σύνταγμα του 1975, που, ωστόσο, σε καμία περίπτωση δεν προσεγγίζει την έννοια του χωρισμού των δύο θεσμών, αφού το άρθρο 3 του Συντ. ρυθμίζει αναλυτικά τις σχέσεις μεταξύ των δύο θεσμών στο πλαίσιο του συστήματος της «νόμω κρατούσης πολιτείας», σύστημα στο οποίο θα αναφερθούμε εκτενώς από εδώ και πέρα, ενώ με βάση το άρθρο 72παρ.1 του Συντ. επαφίεται στον κοινό νομοθέτη η ρύθμιση με τυπικό νόμο βασικών εκκλησιαστικών ζητημάτων, εξ' ου και προέκυψε ο ψηφισμένος από την ολομέλεια της Βουλής και εν ισχύ σήμερα Ν590/1977, γνωστός και ως «Καταστατικός Χάρτης», που ρυθμίζει τον βασικό και κύριο όγκο των εσωτερικών ζητημάτων της Εκκλησίας. Με τον τελευταίο νόμο επετεύχθη και ένα σημαντικό ρήγμα στον πολιτειοκρατικό χαρακτήρα των σχέσεων των δύο θεσμών, καθώς αναγνώρισε ρητά την δυνατότητα στην εκκλησία ως Ν.Π.Δ.Δ. να εκδίδει κανονιστικές πράξεις, κατ' εφαρμογή του άρθρου 43παρ.2εδ'β του Συντ. για την εσωτερική οργάνωση και λειτουργία της διοίκησής της.<sup>5</sup>

### Το άρθρο 3 του Συντάγματος

Το άρθρο αυτό ρυθμίζει τις σχέσεις Εκκλησίας και Πολιτείας. Αρχικά, σύμφωνα με το άρθρο αυτό,

<sup>3</sup> Ι. Κονιδάρης, 1967: Ο πρώτος Αρχιεπίσκοπος της απριλιανής χούντας, διαθέσιμο στο <https://www.tovima.gr/2017/01/06/culture/1967-o-prwtos-archiepiskopos-tis-aprilianis-xoyntas/>

<sup>4</sup> Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις κράτους και εκκλησίας, Παρατηρητής, 2000, σ. 61 επ.

<sup>5</sup> Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, Ostrakon, 2017, σ. 118-120.

επικρατούσα θρησκεία στην Ελλάδα είναι η θρησκεία της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας του Χριστού. Η αναφορά σε «επικρατούσα θρησκεία», σύμφωνα με την κρατούσα στην θεωρία αντίληψη, δεν θεσμοθετεί ούτε επίσημη ούτε κρατική θρησκεία, αλλά εισάγει μια έννοια με καθαρά διapistωτικό και πραγματολογικό χαρακτήρα από την μια, αναγνωρίζοντας ότι οι Έλληνες στην συντριπτική τους πλειοψηφία είναι Χριστιανοί Ορθόδοξοι, καθώς και με ιστορικό και συμβολικό περιεχόμενο, αναγνωρίζοντας τους διαχρονικούς δεσμούς του Έθνους με την Ορθοδοξία και τον Χριστιανισμό γενικότερα.<sup>6</sup> Πέραν τούτου, βασικό ερμηνευτικό ζήτημα που εισάγει το άρθρο 3 του Συντ., είναι το εύρος της συνταγματικής προστασίας των ιερών κανόνων. Μια πρώτη διαπίστωση που κάνουμε ιστοριοερμηνευτικά, είναι ότι η βούληση του συντακτικού νομοθέτη συνίστατο στο να κατοχυρωθούν με το άρθρο αυτό και να εξοπλισθούν με ανώτατη τυπική ισχύ μόνο εκείνοι οι κανόνες του Πατριαρχικού Τόμου του 1850 και της Συνοδικής Πράξης του 1928, που αναφέρονταν στην διαδικασία συγκρότησης της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου, ώστε να αποφευχθεί μελλοντικά το φαινόμενο των «αριστίνδην» Συνόδων και της κατάλυσης της εκκλησιαστικής κανονικότητας.<sup>7</sup> Η ερμηνεία του άρθρου 3παρ.1 εδ.β' του Συντ. διέχασε διαχρονικά την θεωρία και την νομολογία ως προς το εάν η συνταγματική κατοχύρωση αφορά μόνο τους πνευματικούς κανόνες -τους κανόνες δηλαδή μόνο της χριστιανικής διδασκαλίας και του ορθοδόξου δόγματος- ή εάν εκτείνεται και στους εσωτερικούς κανόνες διοικητικής φύσεως. Μια πορεία μακρόχρονων θεωρητικών αντιπαραθέσεων και διιστάμενων σχετικών αποφάσεων του ΣτΕ για το ζήτημα αυτό λήγει τα πρώτα χρόνια της ισχύος του Συντάγματος του 1975 με μια σειρά πανομοιότυπων αποφάσεων του ΣτΕ παγιώνοντας μια νομολογία επί του θέματος από την οποία το ανώτατο αυτό δικαστήριο ουδέποτε απέστη έκτοτε.<sup>8</sup> Κοινή συνιστάμενη της νομολογίας αυτής αποτελεί η

παραδοχή πως κατοχυρώνονται συνταγματικά και άρα δεν μπορούν να τροποποιηθούν με παρέμβαση του κοινού νομοθέτη όλοι οι πνευματικοί κανόνες της Εκκλησίας, αλλά και οι θεμελιακοί κανόνες της Εκκλησιαστικής Διοίκησης, που έχουν διαμορφωθεί κατά τρόπο σταθερό και μακροχρόνιο μέσα στην εκκλησιαστική ζωή. Βασική συνεισφορά της ερμηνείας αυτής, στην οποία προέβη το ΣτΕ, ήταν ότι αναγνώρισε τη δυνατότητα στην Εκκλησία να επικαλείται το δικαίωμα του άρθρου 13 του Συντάγματος περί θρησκευτικής ελευθερίας και την απορρέουσα από αυτό αξίωση για απουσία κρατικής παρέμβασης στον πυρήνα της πίστης και της εκκλησιαστικής ζωής, προκειμένου να καθορίζει η ίδια ποιοι κανόνες εμπίπτουν στην σχετική συνταγματική προστασία.<sup>9</sup> Είναι βέβαια αυτονόητο ότι οι ερμηνευτές του δικαίου, δηλαδή οι δικαστές, υποχρεούνται να ελέγχουν το κατά πόσο ο εκάστοτε κανόνας που υποδεικνύει η Εκκλησία δικαιολογημένα προστατεύεται από το άρθρο 3 του Συντ.

#### Το συνταγματικό δικαίωμα της θρησκευτικής ελευθερίας

Στην ελληνική έννομη τάξη το δικαίωμα της θρησκευτικής ελευθερίας θεμελιώνεται πέρα από τις γενικές διατάξεις του άρθρου 2παρ.1 του Συντ., που κατοχυρώνει τον σεβασμό της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας και του άρθρου 5παρ.1 που κατοχυρώνει την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, καθώς και πέρα από τις σχετικές ρυθμίσεις κυρωμένων διεθνών συνθηκών, όπως ο Χάρτης του ΟΗΕ και η Οικουμενική διακήρυξη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, καθώς και το λεπτομερές άρθρο 9 της Ε.Σ.Δ.Α και την αντίστοιχη διάταξη του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, με ειδικό, σαφή και επαρκέστατο τρόπο στο άρθρο 13 του Συντ., το οποίο, μάλιστα, σε ένα σημαντικό μέρος ανήκει στον σκληρό μη αναθεωρήσιμο πυρήνα του ελληνικού Συντάγματος κατά το άρθρο 110παρ.1. Η κατοχυρωμένη στο άρθρο αυτό αρχή της θρησκευτικής ελευθερίας συνιστά έννοια ευρύτερη της ανεξιθρησκείας, που συνίσταται στην απάθεια και την αδιαφορία της οργανωμένης Πολιτείας για την θρησκευτικότητα των πολιτών της.

Το ελληνικό κράτος, συγκεκριμένα με το άρθρο 13 του ισχύοντος Συντάγματος, εγγυάται θεσμικά πως όχι μόνο θα απέχει από οποιαδήποτε ενέργεια που θα μπορούσε να εμποδίσει τους πολίτες να δι-

<sup>6</sup> *Μαυρίας Κ.*, Συνταγματικό Δίκαιο, Α.Ν Σάκκουλα, 2005, σ.813-814

<sup>7</sup> *Π. Παραράς*, Σύνταγμα και Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Σάκκουλα, 1996, σ. 13.

<sup>8</sup> ΟΛΣτΕ 3178/1976, ΣτΕ 1269-1270/1977, 2037/1979, 2635/1980, 3619/1982, διαθέσιμες στο <http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/stelypiresies/nomologies>

<sup>9</sup> *Μαυρίας Κ.*, Συνταγματικό Δίκαιο, Α.Ν Σάκκουλα, 2005, σ.821-822

αμορφώνουν εσωτερικά, αλλά και να εκδηλώνουν εξωτερικά την θρησκευτική τους πίστη, αλλά και να λαμβάνει, είτε ως νομοθέτης είτε ως δημόσια διοίκηση είτε ως δικαστική εξουσία, όλα εκείνα τα αναγκαία μέτρα για την αναγνώριση, άσκηση και προστασία του δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας.<sup>10</sup> Και προκειμένου να αναλύσουμε ακροθιγώς αυτό το βασικό για μια φιλελεύθερη έννομη τάξη ατομικό δικαίωμα και να το εντοπίσουμε πρακτικά στην καθημερινότητα μας, αναγκαία είναι η διάκρισή του στο δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της θρησκευτικής συνειδήσεως, χωρίς περιορισμούς και στο δικαίωμα ελεύθερης άσκησης της λατρείας, για το οποίο, ωστόσο, ο συνταγματικός νομοθέτης θέτει κάποιους περιορισμούς, όπως θα διαπιστώσουμε. Αρχικά, η συνταγματικά αναγνωρισμένη ελευθερία της θρησκευτικής συνειδήσεως του κάθε πολίτη συνίσταται στο δικαίωμα του να ασπάζεται οποιοδήποτε γνωστό ή μη θρήσκευμα, να είναι άθρησκος ή και άθεος και αυτή του η καθαρά προσωπική επιλογή να μην συνδέεται με οποιαδήποτε νομική διάκριση, είτε ευμενούς είτε δυσμενούς χαρακτήρα, και ειδική μεταχείριση από το νόμο, την διοίκηση και τα ελληνικά δικαστήρια, ώστε να διασφαλίζεται η θρησκευτική ισότητα (άρθρο 13παρ.1εδ.β' του Συντ.) ως ειδικότερη έκφραση της γενικής ισότητας των πολιτών έναντι του νόμου (άρθρο 4παρ.1 του Συντ.). Απόρροια της παραπάνω αρχής είναι ότι κάθε πολίτης έχει το συνταγματικό κατοχυρωμένο δικαίωμα να εκδηλώνει με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο ή και να μην αποκαλύπτει τις θρησκευτικές του αντιλήψεις, να ιδρύει και να λειτουργεί νομικά πρόσωπα με θρησκευτικούς και λατρευτικούς σκοπούς, να μην απολαμβάνει, εάν δεν το επιθυμεί, θρησκευτική εκπαίδευση μέσω της δημόσιας βασικής εκπαίδευσης, να δίνει πολιτικό και όχι θρησκευτικό όρκο κατά την ανάληψη μιας δημοσίας υπηρεσίας και εν γένει να μην εξαναγκάζεται σε οποιαδήποτε ενέργεια δεν συνάδει με τις θρησκευτικές του αντιλήψεις. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί και το άρθρο 59παρ.2 του Συντ. που κατοχυρώνει τον όρκο αλλόθρησκων ή άθρησκων βουλευτών. Όσον αφορά το επίσης συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα της λατρείας (άρθρο 13παρ.2 του Συντ.), ας σημειωθεί ότι πραγματεύεται τα γνωστά θρησκευτά, μια αόριστη<sup>11</sup> νομικά έννοια που

έχει διαπλαστεί μέσα από την νομολογία του ΣτΕ και εγκλείει στο περιεχόμενο της όσα θρησκευτά ή λατρεία τους δεν ασκείται αποκρυφιστικά και δεν διαθέτουν κρυφούς σκοπούς, δόγματα ή διαδικασίες μύησης. Πέραν τούτου του περιορισμού το δικαίωμα της θρησκευτικής λατρείας οφείλει κατά το άρθρο 13 του Συντ. να μην ασκείται γενικά με τρόπο που είναι αντίθετος με τη δημόσια τάξη ή τα χρηστά ήθη αλλά και με τρόπο που αφίσταται από πρακτικές προσηλυτισμού και συνίσταται στο δικαίωμα κάθε θρησκείας που πληροί τα ανωτέρω να ανεγείρει, να ιδρύει και να συντηρεί ειδικούς τόπους λατρείας (ναούς, ευκτήριους οίκους κ.ά.).<sup>12</sup>

### Σχέσεις άρθρου 3Σ και 13Σ

Με βάση την συνοπτική παρουσίαση του συστήματος της «νόμω κρατούσης Πολιτείας» (άρθρο 3), που ρυθμίζει τις σχέσεις Κράτους-Εκκλησίας και του δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας (άρθρο 13), θα εξετάσουμε το ενδεχόμενο αντινομιών μεταξύ των δύο άρθρων, οι οποίες μάλιστα ως ενδοσυνταγματικές, εάν προκύψουν, εγείρουν αυτονοήτως ιδιαίτερα σοβαρά νομικά προβλήματα. Αρχικά, αναλύοντας το άρθρο 3, είναι ξεκάθαρο πως η αναφορά στην επικρατούσα θρησκεία, αν ερμηνευθεί σύμφωνα με την κυρίαρχη στην θεωρία αντίληψη, ότι δηλαδή δε διαθέτει κανονιστική ισχύ και δεν εισάγει ειδικό προνομιακό καθεστώς για την ορθόδοξη Εκκλησία, που θα προσέκρουε στην αρχή της θρησκευτικής ισότητας, αλλά έχει απλώς διακηρυκτικό περιεχόμενο και συμβολική αξία, δεν έρχεται σε αντίθεση με τις έννομες συνέπειες του άρθρου 13 του Συντ. Αξίζει να επισημανθεί σε αυτό το σημείο η τοποθέτηση του προέδρου του ΣτΕ κ. Σωτήριου Ρίζου στις 06/06/2017, σύμφωνα με την οποία ένας μικρός αριθμός δικών στατιστικά εγείρεται από τα λοιπά δόγματα του Χριστιανισμού και τις άλλες θρησκείες για υποθέσεις θρησκευτικής ελευθερίας ενώπιον του ΣτΕ, ενώ η συντριπτική πλειοψηφία των σχετικών διαφορών προέρχεται από μέλη της επικρατούσας θρησκείας.<sup>13</sup> Εν συ-

Δικαίου, Σάκκουλα, Αθήνα 2000, σ.54

<sup>12</sup> ΣτΕ 1842/1992, 1355/1991, διαθέσιμες στο <http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/stelypiresies/nomologies>

<sup>13</sup> Σ. Ρίζος, Οι σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας ως αντικείμενο ρυθμίσεως του Συντάγματος και το πρόβλημα της απορρυθμίσεως τους, διαθέσιμο στο <http://iaath.gr/anatheorisi-ecclesia/Eisigisi->

<sup>10</sup> Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, Ostracon, 2017, σ. 143.

<sup>11</sup> Κονιδάρης Ιωάννης, Εγχειρίδιο Εκκλησιαστικού



νεχεία η αναφορά στην παρ.3 του άρθρου 3 περί «αναλλοίωτης τήρησης του κειμένου της Αγίας Γραφής» έχει σαφή τεχνικό και επομένως μη κανονιστικό χαρακτήρα, οπότε ισχύουν και εδώ τα ανωτέρω. Όσον αφορά την ρύθμιση του άρθρου 3 που κατοχυρώνει τους Ιερούς κανόνες, όπως είδαμε στη σχετική αναφορά, ερμηνεύεται σύμφωνα με το άρθρο 13 και επομένως υπερκαλύπτεται εννοιολογικά από αυτό. Τα τρία αυτά στοιχεία του άρθρου 3, ωστόσο, που υπερκαλύπτονται από το άρθρο 13, αφορούν τις σχέσεις της Εκκλησίας της Ελλάδος με το Ελληνικό κράτος. Υπάρχει, ωστόσο, και ένα τέταρτο και κορυφαίο ζήτημα, στο οποίο σκόπιμα δεν αναφερθήκαμε μέχρι τώρα, το οποίο δεν καλύπτεται από το άρθρο 13 και αφορά φυσικά στη θεσμική συνταγματική εγγύηση των σχέσεων της Εκκλησίας της Ελλάδος με το Οικουμενικό Πατριαρχείο της Κωνσταντινουπόλεως. Διότι στην πραγματικότητα το άρθρο 3 του Συντάγματος εισάγει δύο συστήματα σχέσεων Ελληνικού Κράτους και Ορθόδοξης Εκκλησίας. Το πρώτο, το οποίο και αναλύθηκε μέχρι τώρα, αφορά τις συνταγματικά ρυθμιζόμενες σχέσεις του Ελληνικού Κράτους με την Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδος. Εισάγει, όμως, και ένα σύστημα, οιονεί διεθνούς δικαιοταξίας μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και του Οικουμενικού Πατριαρχείου, το οποίο συμπράττει ως υποκείμενο του Διεθνούς Δικαίου με την Ελληνική Δημοκρατία, αφ' ενός στην ρύθμιση του εκκλησιαστικού εν Ελλάδι καθεστώτος μέσω του Πατριαρχικού Τόμου του 1850 και της Συνοδικής Πράξης του 1928 και αφ' ετέρου στην ρύθμιση του καθεστώτος του Αγίου Όρους με το άρθρο 105 του Συντάγματος. Άρα το γεγονός ότι μέσω του άρθρου 3 του Συντάγματος η Ελληνική Δημοκρατία συμπράττει σε δύο τόσο σημαντικά ζητήματα με το Οικουμενικό Πατριαρχείο, σημαίνει πως η Ελληνική Δημοκρατία μέσω του ανώτατου της νομικού κειμένου αντιμετωπίζει το Οικουμενικό Πατριαρχείο ως οντότητα του Διεθνούς Δικαίου ισότιμη με την Πολιτεία αναγνωρίζοντας την διεθνή νομική προσωπικότητα του Οικουμενικού Πατριαρχείου της Κωνσταντινούπολης. Επομένως, πρέπει πάντα να έχουμε υπόψιν ότι με μια πιθανή αναθεώρηση του άρθρου 3 του Συντ. δεν επηρεάζουμε μονάχα τις σχέσεις μεταξύ Κράτους-Εκκλησίας, αλλά και ένα σημαντικό -βέβαια όχι το μόνο- επιχείρημα υπέρ της διεθνούς νομικής υπόστασης του Οικουμενικού Πατριαρχείου.

### Αναθεώρηση του άρθρου 3 του Συντ.

Αρχικά, πιστεύω πως πριν από κάθε σκέψη για αναθεώρηση ενός άρθρου του Συντάγματος πρέπει να θέτουμε το εξής ερώτημα: το πρόβλημα δημιουργείται από την τήρηση ή την παραβίαση του Συντάγματος; Διότι, εάν υφίσταται πρόβλημα, ενώ τηρούμε ευλαβικά το Σύνταγμα, τότε πρέπει να το αναθεωρήσουμε. Αν, όμως, το παραβιάζουμε καθημερινά ή το ερμηνεύουμε λανθασμένα, τότε πρέπει να αναθεωρήσουμε τη νομική στάση μας έναντι του Συντάγματος. Εν προκειμένω θεωρώ ότι οποιαδήποτε μελλοντική αναθεώρηση του άρθρου 3 του Συντάγματος οφείλει να μη θίγει το νομικό καθεστώς με το Οικουμενικό Πατριαρχείο. Από και πέρα ως τελικό συμπέρασμα της ανάλυσης που προηγήθηκε, εξάγεται το εξής: η μη αναθεώρηση των υπόλοιπων ρυθμίσεων του άρθρου 3, που ρυθμίζουν συνταγματικά τις σχέσεις Κράτους-Εκκλησίας δε θίγει το θεμελιώδες ατομικό δικαίωμα της θρησκευτικής ελευθερίας, όπως αυτό ορίζεται στο άρθρο 13 του Συντάγματος και στα διεθνή κείμενα που έχουν αναγνωριστεί από τη χώρα μας. Ωστόσο, για λόγους νομικής πληρότητας, αποφυγής παρεξηγήσεων και ερμηνευτικών προβλημάτων συντάσσεται με την εκπεφρασμένη από το 2006 πρόταση για προσθήκη ερμηνευτικής δήλωσης στο άρθρο 3 του Συντάγματος, που θα διασαφηνίζει ρητά ότι το άρθρο 3 δεν συνιστά περιορισμό της θρησκευτικής ελευθερίας και ότι έχει ιστορικό και συμβολικό χαρακτήρα.



## Σχολιασμός δικαστικής απόφασης 660/2018 ΣτΕ: Διδασκαλία των θρησκευτικών στις τάξεις Δημοτικού και Γυμνασίου.

Χατζηγεωργίου Παναγιώτης & Σαλονικίδης Παύλος

Τελειόφοιτοι Νομικής ΑΠΘ

**«[...] σε μία απίστευτη εκδήλωση δικαστικού ακτιβισμού, στη Σκέψη 18, η πλειοψηφία επιχειρήσε να υποδείξει στο νομοθέτη τί περιεχόμενο πρέπει να δοθεί στο ΜτΘ προκειμένου να θεωρηθεί συνταγματικό [...]»**

### Εισαγωγή

“Οι νέες απαιτήσεις για τη θρησκευτική εκπαίδευση στο ευρωπαϊκό περιβάλλον του μαθήματος των Θρησκευτικών”<sup>1</sup>, τις οποίες υιοθέτησε το Παιδαγωγικό Ινστιτούτο, οδήγησαν στην έκδοση της Υπουργικής Απόφασης (ΥΑ) 143575/Δ2/7.9.2016. Με αυτή την ΥΑ επιχειρήθηκε η αναμόρφωση του προγράμματος σπουδών του Μαθήματος των Θρησκευτικών (ΜτΘ) στις τάξεις του Δημοτικού και του Γυμνασίου. Το Υπουργείο Παιδείας εισάγοντας ευρύτατες ρυθμίσεις, που εκτείνονταν από τις ώρες διδασκαλίας του μαθήματος έως και τον επιδιωκόμενο σκοπό αυτού, προσπάθησε να αποστεί από το ομολογιακό-κατηχητικό μοντέλο που ακολουθείτο έως τότε και να προσδώσει στο μάθημα θρησκευτικό χαρακτήρα.

Η ΥΑ, όπως ανεμενόταν, προκάλεσε ποικίλες αντιδράσεις και εν τέλει προσεβλήθη με αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ) από γονείς ασκούντες την επιμέλεια μαθητών που θα παρακολουθούσαν το μάθημα, την Ιερά Μητρόπολη Πειραιώς, το Μητροπολίτη Πειραιώς καθώς και την αστική μη κερδοσκοπική εταιρεία “Εστία Πατερικών Μελετών”. Η υπόθεση εισήχθη ενώπιον της Ολομέλειας του ΣτΕ βάσει του άρθρου 14§2α π.δ. 18/1989, καθώς αφορούσε

θέμα μεγάλης σπουδαιότητας<sup>2</sup>.

### Νομικό Ζήτημα

Γενικότερα, εάν ένα δικάζον Δικαστήριο κάνει δεκτή αίτηση ακυρώσεως τότε η απόφασή του ισχύει erga omnes, ενώ το δεδικασμένο της inter partes<sup>3</sup>, δεσμεύοντας τη Διοίκηση, σύμφωνα με το άρθρο 95§5 Συντάγματος<sup>4</sup>, να προβεί στην έκδοση νέας κανονιστικής πράξης, κάνοντας αυτή τη φορά ορθή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας. Αξίζει να σημειωθεί πως η ακυρωτική απόφαση δεσμεύει όλα τα νομικά υποκείμενα μόνο ως προς το διατακτικό και όχι ως προς το αιτιολογικό της<sup>5</sup>.

Στην υπό εξέταση δικαστική απόφαση υποστηρίχθηκαν δύο αποκλίνουσες μεταξύ τους απόψεις και μία επαμφοτερίζουσα. Η άποψη που επικράτησε, επικαλούμενη μία πλειάδα άρθρων του Συντάγματος καθώς και κειμένων υπερνομοθετικής ισχύος, όπως αναλύονται παρακάτω, αποδέχτηκε (με ισχνότατη πλειοψηφία 9 Συμβούλων σε σύνολο 17) την αίτηση ακυρώσεως, καθιστώντας την ΥΑ

<sup>2</sup> Πάνος Λαζαράτος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 77-78.

<sup>3</sup> Απόστολος Γέροντας, Επιτομή Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 89-91.

<sup>4</sup> Πάνος Λαζαράτος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 1008.

<sup>5</sup> Απόστολος Γέροντας, Επιτομή Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 90.

<sup>1</sup> Υπουργική Απόφαση 143575/Δ2/2016, διαθέσιμη στον ιστότοπο: <https://www.e-nomothesia.gr/kat-ekpaideuse/deuterothmia-ekpaideuse/upourgike-arophase-143575-d2-2016.html>

ανενεργό. Από την άλλη, μειοψηφία 5 Συμβούλων, προχωρώντας σε μία ριζικά διαφορετική ερμηνεία των αυτών άρθρων, υποστήριξε πως η προσβαλλόμενη είναι καθ' όλα συνταγματική, ενώ 3 Σύμβουλοι απέφυγαν να λάβουν ξεκάθαρη θέση. Με την αποδοχή της αιτήσεως ακυρώσεως από το Δικαστήριο, η Διοίκηση συμμορφούμενη προς τη συνταγματική της υποχρέωση (άρ. 50 π.δ. 18/89), εξέδωσε την ΥΑ 101470/Δ2/2017 καταργώντας την ακυρωθείσα.<sup>6</sup>

### Κρατήσασα γνώμη

Η πλειοψηφία βασίστηκε κυρίως στα άρθρα 3§1, 13§1, 2 και 16§2 του Συντάγματος ακολουθώντας νομολογιακά προηγούμενα<sup>7</sup>. Αρχικά, ερμηνεύοντας το Προοίμιο του Συντάγματος (*"Εις το όνομα της Αγίας και Ομοουσίου και Αδιαίρετου Τριάδος"*) και το άρθρο 3§1, όπου αναφέρεται ως *"επικρατούσα θρησκεία"* το ορθόδοξο χριστιανικό δόγμα, αναγνωρίζει πως η πλειονότητα των Ελλήνων πολιτών ασπάζεται το ανωτέρω θρήσκευμα. Αποδεχόμενη την αρχή της κανονιστικότητας όλων των συνταγματικών άρθρων<sup>8</sup>, η γνώμη αυτή αναγνωρίζει τον κανονιστικό χαρακτήρα και του άρθρου 3, όπως αυτός αποκρυσταλλώνεται άλλωστε και στην καθιέρωση εθνικών αργιών βάσει των εορτών του προαναφερθέντος δόγματος. Ωστόσο, η αναγνώριση ευρέως κανονιστικού χαρακτήρα του άρθρου 3 επάγεται συνέπειες στο περιεχόμενο και την ερμηνεία των υπόλοιπων άρθρων του Συντάγματος, μη εξαιρουμένου και του άρθρου 16§2 Σ. Επομένως, η αναφορά στην ανάπτυξη θρησκευτικής συνείδησης (άρ.16) και η χρήση του οριστικού άρθρου *"της"* οδηγεί στο συμπέρασμα πως δεν εννοείται τίποτε άλλο παρά μόνο η ανάπτυξη της ελληνικής και της ορθόδοξης χριστιανικής συνείδησης. Κατ' επέκταση, σκοπός της εκπαίδευσης είναι η καλλιέργεια αποκλειστικά της ορθόδοξης πίστεως και κατά συνέπεια το ΜτΘ απευθύνεται μόνο σε ορθόδοξους χριστιανούς μαθητές.

Επιπροσθέτως, αρμόδιοι για την ανάπτυξη της

θρησκευτικής συνείδησης των ανηλίκων καθίστανται οι νόμιμοι κηδεμόνες τους, όπως αποτυπώνεται στη Σκέψη 14 της απόφασης. Στη σκέψη αυτή οδηγήθηκε το Δικαστήριο βασιζόμενο στο άρθρο 2 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου (Π.Π.Π.) της ΕΣΔΑ<sup>9</sup>. Κατά το άρθρο αυτό, οι γονείς διαμορφώνουν τη θρησκευτική συνείδηση των παιδιών τους σύμφωνα με τα δικά τους *"πιστεύω"*, ενώ το Κράτος, κατά το άρ. 21§2 Σ., προστατεύει την οικογένεια και τους σκοπούς που αυτή υπηρετεί και οφείλει μέσω της παρεχόμενης στους μαθητές εκπαίδευσης, να μεριμνήσει για την ανάπτυξη της θρησκευτικής τους συνειδήσεως και εν προκειμένω της ορθόδοξης χριστιανικής. Κατ' αποτέλεσμα, η κρατήσασα γνώμη δέχεται πως η διδασκαλία οποιουδήποτε άλλου θρησκευτικού δόγματος μέσω του ΜτΘ σε μαθητές που, τόσο οι ίδιοι όσο και οι γονείς τους, ασπάζονται την επικρατούσα στη χώρα θρησκεία, συνιστά κατάφωρη παραβίαση της θρησκευτικής τους ελευθερίας, όπως αυτή κατοχυρώνεται στο άρθρο 13§1 Σ. Μάλιστα, στηρίζει το ανωτέρω συμπέρασμα, στο γεγονός πως οι μαθητές του Δημοτικού και του Γυμνασίου στερούνται ανεπτυγμένης κριτικής αντιλήψεως και συνεπώς η κλίση του χαρακτήρα του μαθήματος προς το θρησκευτικό μοντέλο *"συνιστά μορφή ομαδικού προσηλυτισμού ιδιαιτέρως σοβαρή"*<sup>10</sup>. Εξ' αντιδιαστολής, προκύπτει πως η διδασκαλία του ΜτΘ κατά το ομολογιακό πρότυπο δεν αντίκειται στην ελεύθερη ανάπτυξη της θρησκευτικής συνειδήσεως (13§1 Σ.) των μαθητών που ασπάζονται την επικρατούσα θρησκεία.

Προχωρώντας, η κρατήσασα γνώμη υπενθυμίζει πως οι αλλόθρησκοι μαθητές δύνανται, μετά από αίτηση των νόμιμων κηδεμόνων τους, να απαλλαγούν από την διδασκαλία του ΜτΘ και επομένως δεν υφίσταται παραβίαση της θρησκευτικής τους ελευθερίας του άρθρου 13 του Συντάγματος, ούτε παρεμποδίζεται η προστατευόμενη από το 21 του Συντάγματος μέριμνα των γονέων να διαμορφώσουν τη θρησκευτική συνείδηση των τέκνων τους. Παράλληλα, προβλέπεται για τους προαναφερθέντες μαθητές η παρακολούθηση μαθήματος, επί-

<sup>6</sup> Υπουργική Απόφαση 101470/Δ2/2017, διαθέσιμη στον ιστότοπο: <https://www.e-nomothesia.gr/kat-ekpaideuse/protobathmia-ekpaideuse/upourgike-apophase-101470-d2-2017.html>

<sup>7</sup> 3356/1995 ΣτΕ, διαθέσιμη στον ιστότοπο <http://aktines.blogspot.com/2018/03/33561995-t.html>

<sup>8</sup> Κώστας Χ. Χρυσόγονος, Συνταγματικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 30-31.

<sup>9</sup> Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο διαθέσιμα στον ιστότοπο: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ELL.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ELL.pdf)

<sup>10</sup> Σκέψη 14, 660/2018 ΟΛΣτΕ. Διαθέσιμη στον ιστότοπο: <https://www.lawspot.gr/nomikanea/olokliri-i-apofasi-toy-ste-gia-mathima-ton-thriskeytikon>

σης κατά το κατηχητικό μοντέλο, το οποίο αφορά αποκλειστικά το δόγμα που αυτοί ασπάζονται<sup>11</sup>. Δεδομένης της δυνατότητας αυτής που παρέχεται στους αλλόθρησκους, προκύπτει, με βάση τη συνταγματική αρχή της ισότητας<sup>12</sup> και με συνδυαστική ερμηνεία των άρθρων 9 και 14§1 της ΕΣΔΑ<sup>13</sup>, πως και οι ορθόδοξοι χριστιανοί μαθητές πρέπει να απολαμβάνουν του αυτού δικαιώματος, ήτοι να διδάσκονται αποκλειστικά και μόνο τις αρχές της ορθοδοξίας (Σκέψη 15).

Πάντως, άξιο αναφοράς αποτελεί το γεγονός πως εφόσον εξασφαλίζεται η ανάπτυξη αποκλειστικά της ορθόδοξης χριστιανικής συνειδήσεως μέσω του ΜτΘ, τότε κατά την πλειοψηφούσα, η Διοίκηση έχει την ευχέρεια να προβλέψει την ύπαρξη άλλων μαθημάτων που άπτονται θεμάτων θρησκευολογικού περιεχομένου, απευθυνόμενα μάλιστα στο σύνολο των μαθητών, ανεξαρτήτως θρησκευτικών πεποιθήσεων (Σκέψη 14 i.f.).

Εν συνεχεία, με την Σκέψη 16, το Δικαστήριο προχωρά σε μία εκτεταμένη παρουσίαση προηγούμενων νομοθετημάτων σχετικών με το ΜτΘ<sup>14</sup>, τα οποία έθεταν ως πρωταρχικό στόχο «να μυήσουν τους ανήσυχους εφήβους των 15 ετών εις τα βασικά δόγματα της Ορθόδοξου Πίστεως, δια να μάθουν τί πρέπει να πιστεύουν»<sup>15</sup>, ενώ η Σκέψη 17 αφιερώνεται στην παράθεση των βασικών στοχεύσεων της προσβαλλόμενης ΥΑ. Η αλληλουχία αυτή υπηρετεί τη σύγκριση της νεοεισαχθείσας ρύθμισης με τα νομοθετήματα που προέβλεπαν τη διδασκαλία και το περιεχόμενο του ΜτΘ στο παρελθόν, καταλήγοντας (Σκέψη 18) πως η ΥΑ αντιδιαστέλλεται πλήρως στους ήδη εξαγγελθέντες σκοπούς των

νομοθετημάτων αυτών. Ειδικότερα η κρατήσασα, πρώτον εστιάζει στο ότι με τη νεοπαγή αυτή ρύθμιση, το μάθημα απευθύνεται πλέον αδιακρίτως σε όλους τους μαθητές, προσκρούοντας στην ρύθμιση του 16§2 Σ, όπως αυτή ερμηνεύεται κατά την ίδια γνώμη. Δεύτερον, θεωρεί πως οι ώρες διδασκαλίας της ορθόδοξης χριστιανικής πίστης δεν επαρκούν για την εμπέδωση αυτής, αφού όχι μόνο το περιεχόμενο που την αφορά είναι ελλιπές, αλλά και παρατίθεται ταυτόχρονα με τα διδάγματα άλλων θρησκειών, κάτι που εγκυμονεί τον κίνδυνο προσηλυτισμού των ορθοδόξων μαθητών. Με βάση τα ανωτέρω το Δικαστήριο έκανε δεκτή την αίτηση ακυρώσεως.

#### Ενδιάμεση γνώμη

Αντίθετα από την κρατήσασα, τρεις Δικαστές δέχονται πως ο νομοθέτης διαθέτει μεν ευρεία διακριτική ευχέρεια<sup>17</sup> διαμόρφωσης του περιεχομένου του ΜτΘ, η οποία όμως υπόκειται σε διπλό περιορισμό: Αφενός το περιεχόμενο να μην είναι αμιγώς κατηχητικού ή ακραιφνώς θρησκευολογικού χαρακτήρα, αφετέρου να μην παραβιάζει άλλες συνταγματικές διατάξεις. Αναγνωρίζουν, πάντως, συντασσόμενοι με την κρατήσασα, πως η ανάπτυξη όχι οποιασδήποτε, αλλά της ορθόδοξης θρησκευτικής συνείδησης των μαθητών αποτελεί συνταγματική υποχρέωση του Κράτους και εφόσον η προσβαλλόμενη ΥΑ δεν επιτελεί την ανωτέρω υποχρέωση καθίσταται αντισυνταγματική.

#### Μειοψηφούσα γνώμη

Ενάντια στην κρατήσασα τάχθηκε μία δυναμική μειοψηφία 5 Συμβούλων, ερμηνεύοντας εντελώς διαφορετικά τα άρθρα που επικαλέστηκε η πρώτη. Πιο συγκεκριμένα, αναγνωρίζει πως το άρθρο 3§1 Σ. έχει μεν κανονιστική ισχύ, αλλά σαφώς περιορισμένη, και πως το άρθρο αυτό, όπως και η προμετωπίδα του Σ. έχουν τεθεί κυρίως για ιστορικούς λόγους. Συνεπώς, έχοντας περιορισμένη κανονιστικότητα δεν επηρεάζουν την ερμηνεία λοιπών συνταγματικών άρθρων, συμπεριλαμβανομένου και του 16§2 Σ. Επομένως, «η ανάπτυξη θρησκευτικής συνείδησεως» δεν ταυτίζεται με την ορθόδοξη χριστιανική. Αντιθέτως, το άρθρο 16§2 άμεσα συνυφάνεται με το 13§1 Σ (θρησκευτική ελευθερία) και ουδόλως επηρεάζεται από τις επίμαχες διατάξεις. Άλλωστε, υποκείμενα του δικαιώματος εκπαίδευ-

<sup>11</sup> Ν. 694/1977, διαθέσιμο στον ιστότοπο [https://www.kodiko.gr/nomologia/document\\_navigation/316346/nomos-694-1977](https://www.kodiko.gr/nomologia/document_navigation/316346/nomos-694-1977)

<sup>12</sup> Κώστας. Χ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σελίδες 119-120

<sup>13</sup> Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, διαθέσιμη στον ιστότοπο: <https://www.lawspot.gr/nomikes-pliροφοries/nomothesia/eyropaiki-symvasi-dikaiomaton-toy-anthropoy>

<sup>14</sup> Νόμος 309/1976, διαθέσιμο στον ιστότοπο: <http://e-library.iep.edu.gr/iep/collection/curricula/item.html?tab=01&code=1976-100A>

<sup>15</sup> ΠΔ 1034/1977, διαθέσιμο στον ιστότοπο: <http://e-library.iep.edu.gr/iep/collection/curricula/item.html?code=1977-347A&tab=01>

<sup>16</sup> Π.Δ. 374/1978

<sup>17</sup> Π.Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελίδα 158

σης είναι ανεξαιρέτως όλα τα φυσικά πρόσωπα και κατ' επέκταση το ίδιο ισχύει και για τους σκοπούς που αυτή επιδιώκει, όπως μάλιστα κατοχυρώνεται και από κείμενα υπερνομοθετικής ισχύος<sup>18</sup>, κυρωμένα και από την Βουλή των Ελλήνων<sup>19</sup>. Συναφώς, το Κράτος, επιτελώντας το παιδαγωγικό του καθήκον, οφείλει να αποστεί από την εμφύσηση συγκεκριμένων δογμάτων και αντιλήψεων παραμένοντας πιστό στην αρχή της θρησκευτικής ουδετερότητας και δίνοντας στο ΜτΘ αντικειμενικό και πλουραλιστικό περιεχόμενο.

Έχοντας ως δεδομένο το παραπάνω, άκρως προβληματική από τη μειοψηφία θεωρείται και η δυνατότητα απαλλαγής, για την οποία απαιτείται η υποβολή "αξιόπιστης δήλωσης" των γονέων προς τη Διοίκηση. Τοιουτοτρόπως, παραβιάζεται η αρνητική έκφανση του δικαιώματος θρησκευτικής ελευθερίας<sup>20</sup> των αιτούντων και του τέκνου τους, καθώς ωθούνται στην αποκάλυψη της πίστης τους.

### Κριτική

Προφανώς, η στάση της πλειοψηφίας προκάλεσε σωρεία αντιδράσεων τόσο στις τάξεις της θεωρίας<sup>21</sup> όσο και σε μερίδα της νομολογίας. Ειδικότερα, 18 δικαστές του ΣτΕ ήγειραν ζήτημα νομιμοποίησης της απόφασης εκ του λόγου πως αυτή εκδικάστηκε υπό ελάσσονα σύνθεση της Ολομέλειας (17 μελών επί συνόλου 53)<sup>22</sup>. Η μεθόδευση αυτή επιχειρήθηκε με αποκλειστικό σκοπό να προκύψει σύνθεση ευνοϊκή, ώστε να υιοθετηθεί η γνώμη του Προέδρου του ΣτΕ και είναι απολύτως κατακριτέα, ειδικά αν λάβουμε υπόψιν αφενός το

γεγονός πως η 660/2018 εισήχθη στην Ολομέλεια κατ' εφαρμογή του 14§2α π.δ. 18/1989, ως ζήτημα γενικότερου ενδιαφέροντος, και αφετέρου πως η πολύκροτη απόφαση περί αναγραφής θρησκευματος στις αστυνομικές ταυτότητες είχε εκδικαστεί με πολύ μεγαλύτερη σύνθεση<sup>23</sup>, υιοθετώντας μάλιστα τελείως διαφορετική γνώμη από την εδώ υποστηριχθείσα.

Εντονότερα, όμως, προβλήματα παρουσιάζει το αιτιολογικό της απόφασης. Πιο συγκεκριμένα, σε μία απίστευτη εκδήλωση δικαστικού ακτιβισμού, στη Σκέψη 18, η πλειοψηφία επιχείρησε να υποδείξει στο νομοθέτη τί περιεχόμενο πρέπει να δοθεί στο ΜτΘ προκειμένου να θεωρηθεί συνταγματικό, κάνοντας μάλιστα ρητή αναφορά τόσο στο πώς πρέπει να χαρακτηρίζεται ο Ιησούς Χριστός στα βιβλία των θρησκευτικών, όσο και στο πόσες ώρες διδασκαλίας κρίνονται επαρκείς για το μάθημα. Κατ' αυτόν τον τρόπο, μη σεβόμενη την διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης ως προς την ρύθμιση των επίμαχων ζητημάτων<sup>24</sup>, η επέμβαση αυτή δοκιμάζει την αντοχή της συνταγματικής αρχής της διάκρισης των λειτουργιών<sup>25</sup>. Περαιτέρω, το άρθρο 2 του Π.Π.Π. της ΕΣΔΑ έχει τεθεί προκειμένου να προστατεύσει τα δικαιώματα της μειοψηφίας, όπως αυτά κατοχυρώνονται και με την οικεία συνταγματική αρχή (άρ. 4§2 Σ.). Συνεπώς κατά την ορθή ερμηνεία του<sup>26</sup>, η Διοίκηση δεν δεσμεύεται ως προς τον καθορισμό του περιεχομένου του ΜτΘ από τη βούληση των γονέων που ασπάζονται το ορθόδοξο χριστιανικό δόγμα, παρότι αυτοί αποτελούν την πλειοψηφία.

<sup>18</sup> Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4bd686e52>

<sup>19</sup> Ν.2101/1992, διαθέσιμο στον ιστότοπο: <http://www.0-18.gr/gia-megaloyds/dsdp>

<sup>20</sup> Κώστας Χ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σελίδα 270

<sup>21</sup> Γιώργος Χ. Σωτηρέλης Θεοκρατία ή Δημοκρατία, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <https://www.constitutionalism.gr/theokratia-dimokratia-2/>

<sup>22</sup> Κατερίνα Κατή, Δεκαοκτώ ανώτατοι δικαστικοί κατά του προέδρου του ΣτΕ, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <https://www.documentonews.gr/article/dekaoktw-anwtatoi-dikastikoi-kata-toy-proedroy-toy-ste>

<sup>23</sup> ΟΛΣΤΕ 2281/2001, διαθέσιμη στον ιστότοπο: <http://www.greeklaws.com/pubs/uploads/1006.pdf>

<sup>24</sup> ΣτΕ 614/2004, όπου ρητά ορίζεται πως "Εναπόκειται στο νομοθέτη και την κανονιστικώς δρώσα διοίκηση η επιλογή των επιστημών που θα καταστούν αντικείμενο διδασκαλίας στο πλαίσιο της πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης και η ρύθμιση του τρόπου αξιολόγησης των μαθημάτων που διδάσκονται". Διαθέσιμη στον ιστότοπο: <http://www.greeklaws.com/pubs/uploads/1626.pdf>

<sup>25</sup> Κώστας Χ. Χρυσόγονος, Συνταγματικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 285επ.

<sup>26</sup> Υπόθεση "Kjeldsen, Busk, Madsen and Peddersen vs Denmark", διαθέσιμη στον ιστότοπο: <https://swarb.co.uk/kjeldsen-busk-madsen-and-peddersen-v-denmark-echr-7-dec-1976/>

Ακόμη, η κρατήσασα θεωρεί πως η συγκεκριμένη αναμόρφωση του ΜτΘ οδηγεί νομοτελειακά σε μία «μορφή ομαδικού προσηλυτισμού ιδιαίτερως σοβαρή»<sup>27</sup>, αγνοώντας το προβληματικό άρθρο 4 του δικτατορικού Α.Ν. 1363/38 περί προσηλυτισμού<sup>28</sup> και την σχετική απόφαση «Κοκκινάκης κατά Ελλάδος» του ΕΔΔΑ<sup>29</sup>. Βασίζει μάλιστα τον παραπάνω ισχυρισμό στην επίκληση της ελλιπώς ανεπτυγμένης κριτικής ικανότητας των ορθόδοξων χριστιανών μαθητών Δημοτικού και Γυμνασίου, μία διαπίστωση καθ' όλα αποδεκτή. Ωστόσο η προαναφερθείσα έλλειψη δεν ισχύει *"ala carte"*, ήτοι μόνο όταν διδάσκονται στους μαθητές οι αξίες και αρχές θρησκευτικών πεποιθήσεων διαφορετικών της «επικρατούσας», αλλά και όταν διδάσκεται η ίδια η ορθόδοξη χριστιανική πίστη, η διδασκαλία της οποίας οφείλει να είναι αντικειμενική και κριτική για να μην καταλήξει η τελευταία να συνιστά μορφή προσηλυτισμού.

Κλείνοντας, σύμφωνα με την άποψη των γραφόντων, κρίσιμο είναι να υπογραμμισθεί μία θεμελιώδης παρατήρηση: η συνταγματικώς κατοχυρωμένη παροχή κρατικής εκπαίδευσης (άρ. 16§1 Σ.) απευθύνεται τόσο στο σύνολο των Ελλήνων πολιτών όσο και στους νόμιμα διαμένοντες στη χώρα. Άλλωστε, απαραίτητο είναι να απαγκιστρωθεί η θρησκευτική, εν προκειμένω ορθόδοξη χριστιανική, από την εθνική συνείδηση, αφού η πίστη στην επικρατούσα θρησκεία δεν συνιστά προαπαιτούμενο της πίστης στα ελληνικά ιδανικά και υιοθέτησης της ελληνικής ταυτότητας, παρά τις αντίθετες εξαγγελίες δικαστικών αποφάσεων<sup>30</sup>. Δεν νοείται το ίδιο το Σύνταγμα, στο εντασσόμενο στο τμήμα των ατομικών δικαιωμάτων άρθρο 16§2, να μην απευθύνεται σε όλους τους Έλληνες πολίτες αναφορικά με την ανάπτυξη θρησκευτικής συνειδήσεως, παρά μόνο σε όσους, χάριν στο «νηπιοβαπτισμό» τους, ασπάζονται το

ορθόδοξο χριστιανικό δόγμα. Διατηρώντας όμως, το κατηχητικό μοντέλο στο ΜτΘ και ωθώντας στο διαχωρισμό των μαθητών σε τμήματα, ανάλογα με τις θρησκευτικές τους πεποιθήσεις, δεν επιτυγχάνεται τίποτε άλλο παρά μόνο η διατήρηση στεγανών και η τροφοδότηση διακρίσεων στο σχολικό και όχι μόνο περιβάλλον.

Ίσως, λοιπόν, η απόφαση 660/2018 και η ευρεία συζήτηση που άνοιξε το αιτιολογικό της<sup>31</sup> να αποτελέσει το αναγκαίο εφαλτήριο ώστε η δημόσια εκπαίδευση να ενστερνιστεί τις αρχές του σεβασμού της διαφορετικότητας και του πλουραλισμού, υπηρετώντας μία γνήσια πολυπολιτισμική κοινωνία, όπως προτάσσει η συνύπαρξη στο πλαίσιο της σύγχρονης διεθνούς κοινότητας<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Σκέψη 14, 660/2018 ΟΛΣΤΕ, διαθέσιμη στο: <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/olokliri-i-apofasi-toy-ste-gia-mathima-ton-thriskytikon>

<sup>28</sup> Άρθρο 4 Α.Ν. 1363/1938, διαθέσιμο στον ιστότοπο: <https://www.arthro-13.com/news/o-prosilytismos-os-poiniko-adikima-v-meros/>

<sup>29</sup> Υπόθεση «Kokkinakis vs Greece», επισκόπηση διαθέσιμη στην ιστοσελίδα: <http://www.mfhr.gr/archive/jurisprudence/Kokkinakis.htm>

<sup>30</sup> ΟΛΣΤΕ 60/2013, διαθέσιμη στον ιστότοπο: <https://www.aftodioikisi.gr/ipourgeia/ste-olokliri-i-apofasi-gia-tin-antisintagmatikotita-nomou-ragkousi/>

<sup>31</sup> Γιώργος Σταυρόπουλος, «Το μάθημα των θρησκευτικών υπό το φως της πρόσφατης απόφασης 660/2018 του Συμβουλίου της Επικρατείας», διαθέσιμο στον ιστότοπο: <https://www.constitutionalism.gr/stavropoulos-mathima-thriskytikon-ste-660-2018/>

<sup>32</sup> Σύσταση Συμβουλίου της Ευρώπης CM/REC (2008)12, διαθέσιμη στον ιστότοπο: [https://onderwijs.cnvconnectief.nl/fileadmin/user\\_upload/PDF/ISIS-LivingTogether/Eng/COE/CoE\\_CMRec\\_2008\\_12\\_Religion\\_and\\_intercultural\\_education\\_ENG.pdf](https://onderwijs.cnvconnectief.nl/fileadmin/user_upload/PDF/ISIS-LivingTogether/Eng/COE/CoE_CMRec_2008_12_Religion_and_intercultural_education_ENG.pdf)

# Responding to aggressive tax planning through Controlled Foreign Companies; an overview of OECD recommendations on designing CFC Rules

Βιόπουλος Παναγιώτης

ΠΜΣ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης Νομικής ΑΠΘ &  
Ασκούμενος Δικηγόρος ΔΣ Θεσσαλονίκης

**«[...] the main *gnomon* on designing effective CFC Rules is to implement them in cases which clearly refer to an aggressive tax planning, meaning in cases where the foreign entities constitute “artificial arrangements”»**

## Introduction - Scenarios

Understanding the functioning of Controlled Foreign Companies (hereinafter: CFC or CFCs) as a means of achieving tax avoidance through a concerted aggressive tax planning<sup>1</sup> presupposes the examination of two quite indicative scenarios (case studies):

### Scenario No. 1: a simple version of profit shifting and taxation deferral through CFCs

The Company “Las Islas Del Sol”, residing in the high tax jurisdiction of state A, possesses a percentage amounting up to 70% of the shares of a company called “Las Islas Rubias”, resident of state B (p. ex. Panama), being a low tax jurisdiction (“tax heaven”). Moreover, the former is entitled to appoint 3 of the 5 members of the Executive Board of the latter. “Las Islas Del Sol” had been possessing a variety of IP rights (patents etc.), but it decided to transfer them to “Las Islas Rubias”. Therefore, the latter typically earns all the income originated from granting the usage of the IP rights mentioned above. In addition, it does not share dividends to

the parent company (“Las Islas Del Sol”), despite being its main shareholder. Consequently, the aforementioned income is not taxed in state A, even as dividends, and it is subject to zero or extremely low taxation in Panama. Actually, “Las Islas Rubias” constitute a so-called “letterbox company”<sup>2</sup>, meaning that there is no establishment, personnel or any other kind of activity exercised in Panama. Its main task is to act as the typical owner of the IP rights, which are still totally controlled by “Las Islas Del Sol”, but, according to the doctrine of different legal personality<sup>3</sup>, that income, which would have normally been taxed in the high tax jurisdiction, will be subject to the extremely lower tax rate imposed by the Panamanian tax legislation.

### Scenario No. 2: a more complicated (yet still simple) version of CFCs’ functioning

Mr K. is one of the most prominent investors in state A (high tax jurisdiction) and possesses 95% of

<sup>1</sup> B. Kuźniacki, Controlled Foreign Companies and Tax Avoidance: International and Comparative perspectives with specific reference to Polish tax and constitutional law, EU Law and Tax Treaties, Thesis submitted to University of Oslo, 2017, p 3. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3107382](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3107382). [Accessed: 01/03/2019]

<sup>2</sup> A short yet accurate definition of a “letterbox company” could be found in: <http://www.businessdictionary.com/definition/letterbox-company.html> [Accessed: 31/03/2019].

<sup>3</sup> N. Barbas, Controlled Foreign Companies: Notion and Purpose of being founded (Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρίες - Έννοια και σκοπός ίδρυσής τους), σε: Code of Income Taxation (Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος - ν. 4172/2013), Sakkoulas Publications, 2018, p. 836-837.

the shares of a company called “Mercados de Capitales”, located in state B. “Mercados de Capitales” has concluded a contract with a company called “Servicios Economicos LtD”, located at an island low-tax jurisdiction (p. ex. Turks and Caicos islands). Article 3 of that contract provides to “Mercados de Capitales” the right of preferentially participating in the profits of “Servicios Economicos”. Similar to “Las Islas Rubias” of Scenario 1, the latter company does not exercise substantial business activity. About 80% of its total annual income is earned by receiving dividends from three companies residing in Argentina, Republic of Korea and Cyprus, respectively. All the three companies mentioned above are controlled by Mr. K, who is the main shareholder to all of them. However, he does not receive any dividends or profits from these three companies, replaced by the Turks and Caicos Companies under premium contracts between the latter and the aforementioned companies. Therefore, the totality of these dividends and profits are subject to the low or zero taxation of Turks and Caicos islands, since they constitute income of “Servicios Economicos LtD” and they are not taxed in the parent jurisdiction (State A), a taxpayer of which is Mr K<sup>4</sup>.

### De-codifying Scenarios 1 and 2

Although Scenario No 1 could be deemed as being an amateur case study of tax avoidance or long-term tax deferral through CFCs and Scenario No. 2 a complicated, yet quite understandable case study, in comparison to other methods of sophisticated tax planning through CFCs, both of them render the core of the problem crystal clear: a certain level of income that would normally be taxed in State A is diverted from the national taxpayers (either persons or legal entities) to foreign corporations, controlled by the former either directly or indirectly, leading, thus to the phenomenon of BEPS (Base Erosion and Profit Shifting). At that point, it must be clarified that actions as those described in Scenarios 1 and 2 are completely legal and they thus generate Tax Avoidance and not Tax Evasion, which is an illegal action, entailing not only severe administrative measures (p. ex. the imposition of strict fines), but also serious criminal charges (p. ex. tax evasion, money laundering etc.).

<sup>4</sup> The examples utilized in the present article belong genuinely to the author.

### Basic principles of CFC Rules

How are CFC Rules functioning? Firstly, it shall be clarified that they do not operate as a means of directly taxing the income of the foreign entity (CFC)<sup>5</sup>, since the latter does not constitute a national taxpayer. In our introductory scenarios, if the profit shifting described had not taken place, state A would have normally imposed its high rate taxation on the income earned by the exploitation of IP rights (No. 1) and by the receipt of dividends and profits (No. 2).

Therefore, CFC Rules provide state A (the parent jurisdiction in every similar tax case) a legal basis, in order to tax income that typically belongs to foreign entities, but, substantially, belongs to the national tax payers, namely “Las Islas del Sol” and Mr. K respectively. Specifically, applying CFC Rules entails that the income of the foreign subsidiary defined as CFC would be wholly or partially attributed to the income of the national taxpayer, which could be either an individual (Mr. K in Scenario No 2) or a legal entity, the so-called “parent company” (“Las Islas Del Sol” in Scenario No 1)<sup>6</sup>. Then, the respective national tax authority acquires the power to normally tax that income, by applying its national (high) tax rates. The entire aforementioned legal route is being created because of the fact that the shifted profit will be subject to zero or extremely low taxation in the jurisdiction where the CFC resides.

### Addressing CFC Rules in the context of the OECD BEPS Action 3

In response to the undermining of the integrity of national tax systems, as well as the loss of important state income, due to aggressive tax planning involving BEPS activities<sup>7</sup>, the Organization on the Economic Cooperation and Development (hereinafter: OECD), as well as the G-20, had initiated a co-operation, which ended up in 2015, by issuing the

<sup>5</sup> B. Kuźniacki, *ibid.*, 2017, p. 1.

<sup>6</sup> OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 12. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

<sup>7</sup> I. Burgers / I. Mosquera, Corporate Taxation and BEPS: A Fair Slice for Developing Countries, *ErasmusLawReview*, 2017, p.1. Available at: [http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2017/1/ELR\\_2017\\_10\\_01\\_004.pdf](http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2017/1/ELR_2017_10_01_004.pdf).



so-called “Actions” against BEPS<sup>8</sup>. The Report on Action No 3 (“Designing Effective Controlled Foreign Companies Rules”) specifically refers to CFC Rules. By examining already existent CFC Rules regimes, as well as the international tax and business environment, OECD seeks to provide certain recommendations on how to implement effective CFC Rules so as to combat BEPS via foreign subsidiaries, as in Scenarios 1 and 2 of the introductory part.

Although tax policy lies within the core of each state’s sovereignty, meaning that CFC Rules may differ among different jurisdictions, since states can freely enact a regime of such rules<sup>9</sup>, OECD provides specific recommendations in order to draft efficient and fair CFC rules. The Action Plan 3 on CFC Rules is based on six “building blocks”, which cover the whole range of CFC Rules, namely: a) their scope (in which cases CFC Rules may be applicable); b) their implementation (the regulation of computing and attributing the CFC income to the national taxpayer) and c) the prevention of after-effects (the prevention of double taxation incidents and thus the maintenance of competitiveness in the international trade system). Furthermore, the main gnomon on designing effective CFC Rules is to implement them in cases which clearly refer to an aggressive tax planning, meaning in cases where the foreign entities constitute “artificial arrangements”<sup>10</sup>. It shall always borne in

mind that “Las Islas Rubias” (Scenario No. 1) and “Servicios Economicos Ltd” (Scenario No 2). None of them exercise actual business activity.

### **The scope of CFC Rules according to OECD Action Plan No 3**

OECD Action 3 on CFC Rules devotes building blocks No. 1 (Definition of a CFC), 2 (CFC Exemption and threshold requirements) and 3 (CFC Income) to the proposition of specific criteria under which a specific “taxation case” shall fall within the scope of CFC Rules. Particularly:

#### Block No. 1: When a foreign subsidiary is actually a CFC (Definition)?

The first building block presents specific recommendations on behalf of OECD on which foreign entities could be characterized as being CFCs, whereas, if those criteria are not fulfilled on a specific case, CFC Rules could not apply. On the one hand, OECD adopts a broad approach concerning the type of the foreign entities falling within the notion of CFCs, encompassing not only corporate schemes, but also unincorporated ones<sup>11</sup>, such as transparent entities, trusts, partnerships and permanent establishments<sup>12</sup>. For instance, in Scenario No. 2, CFC Rules could be equally applicable if, instead of a separate company, “Mercados de Capitales” had founded trust acting in the same way in Turks and Caicos.

On the other hand, that foreign entity amounts to a CFC, if the national taxpayer exercises sufficient influence or control over that entity. OECD adopts a broad approach once more, by including both cases of legal or economic control as adequate indicators of defining a CFC. Legal control is mainly recognized in cases where the national taxpayer (or the “controlling party”) is enabled to determine the majority of voting rights in the con-

<sup>8</sup> V. Douvliis, International Actions against Tax Evasion - Tax Avoidance; The Great Chimera? (Διεθνείς δράσεις κατά της φοροδιαφυγής-φοροαποφυγής: η «Μεγάλη Χίμαιρα»), Revue on the Corporate Law (Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών), September-August 2015, Nomiki Vivliothiki Publications. Retrieved from: nbonline.gr (no page numbering available) [Accessed: 28/02/2019].

<sup>9</sup> Apart from cases where other legal regimes pose them specific prohibitions. Concerning European Union Member States, CFC Rules shall respect the four fundamental freedoms set forth in the treaties, as also ruled by the European Court of Justice in *Cadbury Schweppes* case (C- 196/04). Besides, the new Anti-Tax Avoidance (ATAD) Directive (2016/1664/EU) provides in Art. 7 and 8 specific CFC Rules, the standards of which may be preserved by all Member States, which had been obliged to transpose them within their national legal orders by the 31<sup>st</sup> December 2018.

<sup>10</sup> Contrary, the ECJ asks for “wholly artificial arrangements”, at least in intra-EU implementation of CFC Rules. See also, C- 196/04, p.51, ECJ Reports of

Cases 2006I-07995. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-196/04>.

<sup>11</sup> M. Pinskaya/ N. Malis/ N. Milogolov, Rules of Taxation of Controlled Foreign Companies: A Comparative Study, Asian Social Science, Vol. 11, No. 3, 2015, 2014, ISSN: 1911-2017, p. 275. Available: [https://www.researchgate.net/publication/287707468\\_Rules\\_of\\_Taxation\\_of\\_Controlled\\_Foreign\\_Companies\\_A\\_Comparative\\_Study](https://www.researchgate.net/publication/287707468_Rules_of_Taxation_of_Controlled_Foreign_Companies_A_Comparative_Study) [Accessed: 28/02/2019].

<sup>12</sup> OECD, Action 3 - Final Report, 2015, p. 21,

trolling or managing body of the foreign entity, either through possessing the majority of shares or through extra-corporate contracts<sup>13</sup>.

Notwithstanding the foreseeable criterion of exercising legal control, it could be easily circumvented. Hence, according to OECD recommendations, economic control functions are of equal significance in order to define whether a foreign entity is actually “controlled”, falling thus in the scope of CFC Rules. Economic control is mirrored in cases where, according to specific agreements, the national taxpayer holds rights on the profits if, for example, the foreign entity enters a procedure of dissolution or liquidation<sup>14</sup>.

Furthermore, apart from direct control, indirect control of the foreign entity on behalf of the national taxpayer may provoke the implementation of CFC Rules<sup>15</sup>. Indirect control is mainly exercised through controlling participation in entities which control the foreign entity residing in the low tax jurisdiction whatsoever. In Scenario No 2, Mr. K legally controls “Mercados de Capitales”, which economically controls the Turks and Caicos entity, meaning that Mr. K indirectly controls the latter.

#### Block No. 2: Are there any exemptions on the CFC definition?

Even though the national taxpayer utilizes a foreign subsidiary, fully controlled by the former, it is not always entailed that there is a situation of unacceptable tax avoidance or deferral, needed to be combated via CFC Rules. Hence, there may be exemptional provisions and lower thresholds, especially in terms of the tax rates imposed in the CFC jurisdiction of residence.

More specifically, the first system of exemptions, as set forth in OECD Action 3, refers to the provision of a “de minimis” threshold on the attributable income, either with regards to the total in-

come of the CFC or to the income generated by the controlling party itself. Notwithstanding that these criteria are not welcome by OECD, since they could be circumvented by fragmentation of the income earned, if provided and not fulfilled, the case under examination falls outside the scope of CFC Rules<sup>16</sup>. For example, Article 66 par. 3 of the Greek Code on Income Taxation provides that, in order to define whether national CFC Rules are applicable or not, a category of income of the foreign entity (p. ex. income originated by royalties) is generated by transactions between the foreign entity with the national taxpayer and other connected entities at a percentage of 50% or above<sup>17</sup>.

Secondly, an additional option on setting exemptions from the applicability of CFC Rules refers to the provision of an anti-abuse requirement. In case of adopting a general anti-abuse requirement, CFC Rules would cover only transactions and arrangements proven to be implemented for tax avoidance purposes. Nevertheless, OECD itself rejects that criterion, since it would reduce the efficiency of CFC Rules, whilst many administrative burdens would lie on national tax authorities<sup>18</sup>.

Nevertheless, the most common and acceptable by OECD way of exempting certain cases from the scope of CFC Rules consists of setting forth a specific tax rate exemption. The tax rate exemption may be provided in two different manners: either by setting an exact tax rate (p. ex. 15% tax rate on business income) or by setting a percentage in comparison to the tax rate imposed in national legislation<sup>19</sup> (p. ex. tax rate that is 70% percentage lower than the one imposed by national tax legislation). If the jurisdiction in which the foreign entity under examination resides is providing higher tax rates, even lower than the ones of the parent jurisdiction, then CFC Rules are not applicable. Moreover, many states prefer to create a “white” and a “black” list, mainly in an annual basis, with those jurisdictions included to the “black” one automatically being included in the scope of CFC Rules. In Greece, for instance, the jurisdictions of paragraph

<sup>13</sup> OECD, *ibid*, p. 24, *M. Pinskaya/N. Malis/ N. Milogolov*, *ibid.*, *B. Kuźniacki*, *ibid.*, 2017, p. 109.

<sup>14</sup> OECD, *ibid*.

<sup>15</sup> *P.K. Schmidt*, Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive - An Interim Nordic Assessment, *Nordic Tax Journal*, Vol. 2, 2016, p. 93. Available at: <https://content.sciendo.com/view/journals/ntaxj/2016/2/article-p87.xml>. [Accessed: 02/03/2019].

<sup>16</sup> OECD, *ibid*, 2015, p. 33-34.

<sup>17</sup> *V. Georgaki*, *Abusive Tax Avoidance in Direct Taxation* (Καταχρηστική φοροαποφυγή στην άμεση φορολογία), Nomiki Vivliothiki Publications, Athens, 2017, p. 349.

<sup>18</sup> OECD, *ibid*, 2015, p. 35.

<sup>19</sup> OECD, *ibid*, 2015, p. 36-37.

2 of Article 66 of the Code on Income Taxation are defined in a year-per-year basis, according to a Decision issued by the Minister of Finance<sup>20</sup>. Today, both Panama (Scenario 1) and Turks and Caicos (Scenario 2) are included in the Greek “black” list<sup>21</sup>.

Block No 3: On any kind of income (defining CFC income)?

Utilizing income earned by IP rights and dividends in the introductory scenarios has been intentional, since CFC Rules scope covers only cases where the foreign entity collects income raising BEPS concerns. Otherwise, there is no need, to implement anti-avoidance measures, if substantial business activity is exercised.

CFC Rules are seeking to detect cases where BEPS phenomena referring to “passive income” are taking place. Passive income is characterized by mobility and, thus, it can easily be diverted<sup>22</sup>. According also to the OECD classification, the majority of jurisdictions define as CFC income the one generating from dividends, interest, insurance income, royalties and IP income, as well as sales and services income<sup>23</sup>. By virtue of the aforementioned, if a certain percentage of the CFC income is not generated from sources of “passive income”, such as in the case of “Las Islas Rubias” (Scenario 1) or “Servicios Economicos Ltd” (Scenario 2), then CFC Rules remain inapplicable in most cases.

Before proceeding to the recommendations regarding the implementation of CFC Rules, it must be clarified that the definition of CFC income refers not only to rules regulating the scope of CFC Rules, but also, in many cases, it refers to which income may be attributed.

<sup>20</sup> See also Article 65 of the Greek Code on Income Taxation (Law 4172/2013).

<sup>21</sup> The applicability of Greek CFC Rules is based on two separate black lists, available at: <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/27494> (including Turks and Caicos Islands) and <https://www.taxheaven.gr/laws/circular/view/id/28156> (including Panama). [Accessed: 02/02/2019], K. Roubis, Rules on Controlled Foreign Companies in (Greek) Code of Income Taxation (Κανόνες περί Ελεγχόμενων Αλλοδαπών Επιχειρήσεων στον Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος), *Epixeirisi (ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ) Journal*, August - September 2015, Nomiki Vivliothiki Publications.

<sup>22</sup> B. Kuźniacki, *ibid.*, 2017, p. 333,

<sup>23</sup> OECD, *ibid.*, 2015, p. 44-46.

## The effective implementation of CFC Rules

It has already been mentioned that if a specific “taxation case” falls into the scope of CFC Rules, the legal consequence consists of attributing the whole or part of the CFC income to the national taxpayer (the “controlling party”), constituting thus a legal fiction, used exclusively for tax purposes. Therefore, the attributed income is also subject to the higher tax rates of the parent jurisdiction. OECD Action 3 provides two building blocks on the implementation of CFC Rules: a) No 4 regarding the computation of the CFC income (in other words: how will the national tax authority specify the amount of the attributable income) and b) the attribution of the computed income itself, especially in cases of shared or indirect control and participation in the CFC.

Block No 4: How much is the CFC income (computation)?

According to the OECD approach, the computation of the CFC income does not raise serious methodological or interpretation issues. In light of the common struggle against BEPS phenomena, since the main goal of CFC Rules is to tackle BEPS phenomena and, thus, prevent tax avoidance, OECD recommends applying parent jurisdiction rules in computing the attributable income<sup>24</sup>. In view of the Scenarios 1 and 2, state A shall apply its own rules on computing the CFC income, especially in terms of defining the offset of losses. On the same time, it shall also ignore Panama’s and Turks and Caicos’s Rules, since implementing CFC jurisdiction rules functions inconsistently to the framework of Actions against BEPS. Utilizing CFC jurisdiction rules is in fact inconsistent with the framework of tackling BEPS. As far as the offset of losses of the CFC issue itself is concerned, they shall not be computed against the profits of the national taxpayer in general, but only against the profits of the CFC itself. Otherwise, the controlling parties may find ways of increasing -typically and not substantially<sup>25</sup>- the losses of the CFC. Therefore, they would be enabled to artificially lower the taxable income in the parent jurisdiction<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> OECD, *ibid.*, 2015, p. 57.

<sup>25</sup> For example, through methods, such as transfer pricing or depreciation.

<sup>26</sup> According to R. Avi-Yonah, *International Tax as International Law*, Cambridge University Press,

### Block No 5: Fair attribution and effective taxation of CFC income

OECD recommendations on handling attributable income cover a great range of issues. As far as the most important issues are concerned, the attribution minimum level shall at least tie the minimum threshold of participation needed<sup>27</sup>. For example, if the minimum level of control provided by the national CFC Rules amounts to 35%, then, at least the 35% of the total income of the CFC must be attributed to the national taxpayer<sup>28</sup>. Moreover, in cases of more than one person owning or controlling the CFC, the attribution of the income shall take place in accordance to their percentages of ownership. Besides, in order to fulfill the goal of efficient anti-tax avoidance measures, the tax rate imposed on the attributed income shall be the one provided in the national legislation of the parent jurisdiction<sup>29</sup>. Therefore, although the CFC income is mainly based on dividends, royalties, etc., when attributed to the national taxpayer, it is subject to national income tax rates, regardless of the existence of specific tax rates for dividends in the parent jurisdiction.

### **Conclusion**

CFC Rules constitute one of the main pillars of the OECD Action against BEPS, functioning as a means aiming to prevent and eliminate tax avoidance and deferral. The present article may be considered as an effort to present, shortly but comprehensively, the main issues related to the implementation of CFC Rules, as reflected in the

Action 3. The concluding thoughts ought to highlight, firstly, the interconnected issue of preventing or eliminating double taxation while applying CFC Rules<sup>30</sup>, as well as the issues referring to their interaction with other rules p. ex transfer pricing adjustments, or specific regimes, such as the fundamental liberties of EU Law<sup>31</sup>. Therefore, CFC Rules provide a great field for research on theoretical and practical issues affecting international tax law, as well as the State's capability of taxing the real income of their taxpayers. OECD recommendations are oriented towards that goal, being in fact a series of good practices that could lead to a harmonized environment of taxation worldwide.

2007, p. 25-27: *"the next step would be to abolish the obsolete deemed dividend rule and replace it with a direct tax on CFCs"*. It seems that that kind of prophecy has been materialized and standardized in the international taxation field.

<sup>27</sup> OECD, *ibid*, 2015, p. 61, P.K. Schmidt, *ibid*, 2016, p. 99-100, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016, p. 1-14, Article 8 par. 3. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1164&from=EN>.

<sup>28</sup> According to Article 66 par. 1 of the Greek Code on Income Taxation, the whole income of the CFC company, if not distributed as dividends, is attributable to the national taxpayer.

<sup>29</sup> OECD, *ibid*, 2015, 61 et al.

<sup>30</sup> 6<sup>th</sup> Building Block of OECD Action 3.

<sup>31</sup> A. P. Durado, The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU, British Tax Review, Issue 3, 2015, pp. 347-348, 358 et al. Available at: [https://www.cideeff.pt/xms/files/Artigos\\_APD/British\\_Tax\\_Review\\_4\\_2015\\_CFCs.pdf](https://www.cideeff.pt/xms/files/Artigos_APD/British_Tax_Review_4_2015_CFCs.pdf) [Accessed: 21/03/2019]

## Breaking-off negotiations: The runaway bride

Καλαντζή Αναστασία

Μεταπτυχιακή φοιτήτρια & Ασκούμενη Δικηγόρος

***«“Good faith” is like an accordion: it changes its shape according to the different circumstances it is applied in. “Good faith” and pre-contractual liability will always be perceived differently, given the deep and long-term differences between civil and common law systems.»***

“Cotton World” is a famous and widespread cotton producing company, based in Brazilia, Brazil. “La Camiseta” on the other side, is a fabric industry in the US, which wishes to buy a certain amount of cotton from “Cotton World”, for around 12.000 cotton-made shirts for the state marathon that will take place in June. The representatives of the two companies (A for “Cotton World” and B for “La Camiseta”) agreed to meet at the Miami’s airport lounge to discuss about the prospective deal. During that meeting, the two parties negotiated on possible textiles, types of cotton, patterns, prices per kilo, possible discounts, as well as the strictly set date of delivery, since the shirts had to be ready before the marathon, otherwise they could not be used afterwards. B had been well pre-informed concerning “Cotton World”’s rankings and reputation and felt extremely ambitious that the deal would close successively, resulting in a great collaboration and in him taking the promotion he always dreamt of. He even rejected other possible alternatives, since “Cotton World” seemed the right choice for him (given also his Latin American roots). The two men shook hands that afternoon, agreed to meet again in order to sign the actual contract as well as discuss upon minor details and A hurried up to catch his flight back to Buenos Aires. A couple of weeks later, B sent an e-mail to A’s secretary stating that, since June was less than 2 months away, it would be preferable to meet again in order to seal the deal and proceed with the production of the shirts and its delivery. In response, he received an automatic message stating that A was absent and that he would be back by the end of the week. The days passed by, but B did not get and any message back from A’s company, until the very end of May (almost a month after their

first meeting in the airport), when A finally appeared and informed him that the deal is cancelled because “they could not find a common ground(s), profitable for both of them”. What should B’s reaction be from a legal perspective?

Where does freedom of contract end? Can promises be enforced? As it can be seen in the example analyzed above, breaking-off negotiations can lead to damages (caused by the preparation already conducted or the loss of opportunities) and the question that arises is whether any liability lies on the party that left the negotiating table. The notion of pre-contractual liability has been a subject of discussion among scholars from various legal backgrounds. The situation B found himself into is not rare, since in international sales contracts, the parties often withdraw from the negotiations and call off the deal abruptly, leaving the other party expecting a contract that will never be concluded. Different theories have been developed concerning culpa in contrahendo (pre-contractual liability), especially influenced by the legal system they derive from (civil- common law), creating a double-pole perception on the issue.

The topic is in any case not of minor importance. Negotiations, as they constitute the pre-contract phase, take place in most sales agreements of each range: from the local greengrocer that wishes to buy new stands for demonstrating his products on the street, (up) until the huge oil company from the UAE, the negotiation process takes place each time two (or more) parties are discussing about the possibility of concluding a transaction. Negotiations often create legitimate expectations, the annulment of which could lead to losses. Two scenarios can be

developed<sup>1</sup>: a. parties are free to negotiate (even with multiple prospective buyers) until they run into the most ideal deal that serves their interests or b. the party that breaks-off negotiations in bad faith (meaning after creating justifiable expectations to the other party that the deal would be completed) should be liable to the damages it has created to the opposite party. And this is the point where the notion of “good faith” appears, setting as an objective to moderate in the most efficient way the different perspectives, interests and goals, while limiting the possible arbitrariness of the parties.

### The question of culpa in contrahendo in civil law countries

Pre-contractual liability in civil law countries has always been a matter of discussion. Civil law jurisdictions have been very positive in adjudicating liability when it comes to breaking-off negotiations, since the principle of “good faith” seems to be very stably implanted in their legal tradition<sup>2</sup>. (While some countries have incorporated such provisions in their Civil Code system as such, others recognize such liability indirectly, under the general principle of good faith (*bonne foi*). For example, in Germany, in the case of breaking-off negotiations, there are specific provisions<sup>3</sup> that have been adopted. Providing that, although the “abandoned” party cannot ask for the performance of the contract itself (since concluding a contract requires intention to be bound by both parties, a mutual agreement that both parties want to be “covered” by the provisions of the contract), it can ask for remuneration, covering the “reliance interest”<sup>4</sup> (negative interest: meaning that the party asks to be put in the position that it would be in if the negotiations had not taken place and it had not relied on the “ghost-contract”). Another vivid example of awarding the remedies from pre-contractual liability exists in the Greek civil code<sup>5</sup>, which provides

strict preconditions under which one party could ask for compensation in case of pre-contractual violation of good faith. Under the same perception, Italy has also incorporated specific provisions<sup>6</sup>, recognizing liability in case of “abandoned” negotiations. Simultaneously, in France, for instance, there is no culpa in contrahendo provision adopted, but an indirect adjudication of such a liability. This provision focuses on the breach of the general principle of good faith, as a basic notion of commerce and transactions, meaning that, primarily, it recognizes<sup>7</sup> the freedom of the parties to leave negotiations, as a bright aspect of freedom of contract, under the limit, however, that the negotiations will be conducted in good faith. According to the French perception of the issue, the party, although it is free to leave the negotiating table, is not allowed to exercise negotiations with malicious intent and in bad faith, with an attempt to fraud and deceive the opposite party, by intentionally creating the expectation that the deal would be concluded, whereas this was never the case.

As previously examined, the notion of pre-contractual liability has gained acceptance in most civil law countries. For example, in the *Tommy Muñiz v. COPAN* case, the Court of Puerto Rico (*Tribunal Supremo de Puerto Rico*), refused to award culpa in contrahendo remuneration, because, according to its reasoning, the party unreasonably abandoned negotiations, causing extremely serious damage to the opposite party that had created justified expectations that the contract would be concluded. Specifically, the Court ruled that<sup>8</sup>: “*Copan’s retreat from the negotiation process is characterized abusive towards Muniz, not for lacking justification, but for belying Muniz’s expectations, that were reasonably creating by COPAN’s negotiate actions*”. Differences can be definitely detected, since the factors taken into account differ between various

<sup>6</sup> art. 1337 CC

<sup>7</sup> Andrew Tetley and Aurélie Lopez, Pre-contractual negotiations - a new codified French regime, 2017, found at <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2017/02/precontractual-negotiations--a-new-codified-french>

<sup>8</sup> “El retiro de COPAN de sus negociaciones con Muñiz se torna abusivo, no por no tener justificación, sino por frustrar las expectativas que COPAN, con sus actos al negociar, en forma razonable, despertó en Muñiz”, Prods. Tommy Muñiz v. COPAN, 113 D.P.R. 517, 526 (1982), found at [www.popjuris.com](http://www.popjuris.com)

<sup>1</sup> Διαθέσιμο στο: [https://www.trans-lex.org/939000/\\_/principle-of-pre-contractual-liability/](https://www.trans-lex.org/939000/_/principle-of-pre-contractual-liability/)

<sup>2</sup> Ewoud H. Hondius, Precontractual Liability, reports to the XIIth congress International Academy of Comparative Law, 1991, p. 5

<sup>3</sup> par. 612 II, 632 II BDB

<sup>4</sup> Zimmermann and Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000, p.236-237

<sup>5</sup> art. 197-198 CC

legal systems, however the fundamental grounds have been implemented. Even in an absence of a specific contractual basis, parties are not entirely free to negotiate, as they are always bound by the principle of good faith. At this point, however, a remark should be addressed: when awarding remuneration for damages, a series of factors<sup>9</sup> should be taken into account: the type of contract that was to be signed, the progression of negotiations (how many times the parties have met, what details they have discussed), the preparatory work that has been conducted as well as the reasonableness of the expectations, that is to say if the party reasonably assumed that the contract would be concluded.

### The question of *culpa in contrahendo* in common law countries

In common law countries, pre-contractual liability is perceived in a totally different manner. Negotiations are a "battlefield", where each party fights for its own interests. In case the deal does not fully serve the latter, whereas another more profitable offer is on the table, the party is free to opt for the better one. The notion of good faith does not apply during the negotiation process, as it does not reflect the main purpose of them: freedom of contract and seeking for the best deal. According to British reports<sup>10</sup> "*General principles such as culpa in contrahendo or responsibilite precontractuelle are remanded with great suspicion by English law*"; whereas, in the *WALTONS STORES (INTERSTATE) LTD v. MAHER* case<sup>11</sup>, the High Court of Australia ruled that "*Parties who are negotiating a contract may proceed in the expectation that the terms will be agreed and a contract made but, so long as both parties recognize that either party is at liberty to withdraw from the negotiations at any time before the contract is made, it cannot be unconscionable for one party to do so. Of course, the freedom to withdraw may be fettered or extinguished by agreement but, in the absence of agreement, either party ordinarily retains his freedom to withdraw. It is only if a party induces the other party to believe that he, the former party, is already bound and his freedom to withdraw has gone, that it could be unconscionable for him subsequently to assert that he is legally free to withdraw.*"

Although the scene seems to be changing, there is no concrete rule that obliges the parties to negoti-

ate in good faith<sup>12</sup>. The fundamental principle of good faith, as well as the absence of an intermediate stage between contract and no contract seem to be the main factors that excluded the possibility of incorporating pre-contractual liability clause in common law jurisdictions<sup>13</sup>. US courts seem to be more "accepting" in recognizing some kind of liability, mainly by rendering estoppel<sup>14</sup> awards to the parties that "left" negotiations. In the *Hofmann v. Red Owl Store case*, the Court recognized a promissory estoppel to the party that retreated from the negotiation table, by ruling that: "*Where damages are awarded in promissory estoppel instead of specifically enforcing the promisor's promise, they should be only such as in the opinion of the court are necessary to prevent injustice. Mechanical or rule-of-thumb approaches to the damage problem should be avoided. In discussing remedies to be applied by courts in promissory estoppel we quote the following views of writers on the subject: 'The wrong is not primarily in depriving the plaintiff of the promised reward but in causing the plaintiff to change position to his detriment. It would follow that the damages should not exceed the loss caused by the change of position, which would never be more in amount, but might be less, than the promised reward.'*"<sup>15</sup>. US has successfully adopted the US Uniform Commercial Code, that recognizes as a general principle the duty of acting in good faith<sup>16</sup>, yet (though) US lawyers seem a bit "confused" concerning the perception of the notion of "good faith" and its interpretation, since they mainly refer to it as a way to prevent procedural unfairness<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Some limits seem to be imposed, especially when referring to illegal or immoral actions

<sup>13</sup> J.F. O'Connor, *Goof Faith in English law*, Dartmouth, 1990, p.35-36

<sup>14</sup> Estoppel mainly appears in common law jurisdiction, as well as in international law and provides for a judicial device that "estops" a person from going back on his word and not proceeding to what has been agreed.

<sup>15</sup> Seavey, *Reliance on Gratuitous Promises or Other Conduct*, 64 *Harvard Law Review* (1951), 913, 926.

<sup>16</sup> Especially in Section 1-203 of the UCC is stated that "*every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement*".

<sup>17</sup> *Stathis Banakas*, *Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*, 2009, p.8, found at <http://www.indret.com/>

<sup>9</sup> Ewoud H. Hondius, *ibid*, p. 15

<sup>10</sup> Ewoud H. Hondius, *ibid*, p. 5

<sup>11</sup> found at: <http://www.austlii.edu.au>

### The solution provided: Art. 7 of the CISG

Taking into consideration all things mentioned above, we clearly realize that in case of international transactions (like the one in our initial example), the interplay between the two legal families (civil and common law) is more than common. In such a case, the question that arises is what will happen if an American seller (common law) withdraws from the negotiation table, causing significant losses to the opposite party, coming from Brazil (civil law)?

In case of international sales contracts, the CISG (known as the Vienna Convention). This convention, as the result of a continuous “dialogue” between different jurisdictions, sets as its primary goal to conciliate the differences between the two legal families and set uniform principles that will rule in international transactions. Relevant to our topic and of great importance, article 7 par.1 of the CISG provides as following: “in the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character *and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade*”. This provision is the outcome of a compromise between those that consider “good faith” as a fundamental provision that should not be neglected or left aside (civil law lawyers), and those who do not recognize a general duty of respecting “good faith”.<sup>18</sup> Article 7 manages to incorporate the principle, satisfying the ones that cannot think of a legal system without such a provision, while not imposing such a duty (“...*the observance of good faith*”), taking into consideration the opposite perspective mentioned above. Needless to say, the interpretations given so far have been multiple and various. Of course, no one says that contracts should be conducted in bad faith: this would be unacceptable as contradicting to the basic *jus cogens* of every jurisdiction. How far, however, the “obligation” of good faith goes? Is it a positive duty or a general principle that guides parties’ actions? “Good faith” in art.7 seems to be leaning more towards the second option, proclaimed as a legal principle, something more than a moral one<sup>19</sup>, however various other

interpretations have been given. Article 7 is considered, without a doubt, a huge step in unifying, up to a certain level, the different perspectives concerning *culpa in contrahendo*, reassuring that “no one will be left unsatisfied”, attempting to adjust the wording of the provision in a way that, although seems to conciliate different perceptions, still leaves interpreted gaps, that, given the abstractness of the principle itself, will always exist. Undoubtedly, case law plays a primordial role in interpreting the notion of “good faith”. The different meanings provided, a result of an *ad hoc* evaluation of each particular case, create an endless discussion that provides us with the basic criteria taken into consideration when evaluating whether a party acts according to good faith: “fair play”, “solidarity”, “moral and ethical transactions” etc<sup>20</sup>. It seems obvious enough, that even the criteria mentioned above can be general, abstract and vague, how specific can someone be, though, when it comes to the interpretation of a principle that depends on the different traditions, ethical standards, political, social and economic standards of each legal system?

### Conclusion

“Good faith” is like an accordion: it changes its shape according to the different circumstances it is applied in. “Good faith” and pre-contractual liability will always be perceived differently, given the deep and long-term differences between civil and common law systems. It has to be admitted, however, that in some common law countries (like the US) serious steps have been taken and courts seem to be more accepting towards the issue. There is a long way still to go, though. Article 7 of the CISG, a Convention that covers a serious number of international transactions nowadays, has made a significant attempt in conciliating the up-mentioned differences. Interpretation problems will always exist and will always initiate new grounds for discussion, case-law development and critical thinking: in any case, there is no legal issue that was successfully resolved only by strictly reading the wording of the article.

pdf/605\_en.pdf

<sup>18</sup> Roy Goode, Herbert Kronke and Ewan Mcken-drick, *Transnational Commercial Law*, texts, cases and materials, 2nd edition, 2015, p.233-235

<sup>19</sup> Benedict Sheehy, *GOOD FAITH IN THE CISG*:

THE INTERPRETATION PROBLEMS OF ARTICLE 7, p.7, found at: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1815&context=expresso>

<sup>20</sup> *ibid.* p. 7



# New trade mark Directive (EU) 2015/2436: the most remarkable changes brought to IP law and the harmonisation of the Greek legislation

Μαράντου Δήμητρα  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Lastly, the Bill took a step further and introduced for the very first time an innovatory amendment that the majority of Member States foresee in their legislations. Henceforth, the Examiners are responsible to examine only the absolute grounds for refusal (article 4) without taking into consideration the relative grounds (article 5)».**

## Introduction to Trade mark law

With the advent of industrialization, the development of communications and the creation of global markets the trade mark law, one of the most significant fields of Intellectual Property Law, was born in the 19<sup>th</sup> century.

## Directive approximating the laws of the Member States related to trade marks

But what is actually the definition of a trade mark? According to article 3 of the Directive 2015/2436, *“a trade mark may consist of any sign, in particular words, including personal names or designs, letters, numerals, colours, the shape of goods or of the packaging of goods or sounds provided that such signs are capable of a) distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings and b) being represented on the register in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor.”*<sup>1</sup> A trade mark can be a word mark, a figurative mark or one containing word elements, a shape mark, a position mark, a pattern mark, a colour mark, a motion mark, a sound mark, a multimedia mark and

finally a hologram mark<sup>2</sup>. All these signs should be registered in order to distinguish the goods and services of a company from the ones of its competitors and provide the company with all the benefits of a trade mark.

In order for one to understand the importance of trade mark protection it is initially necessary that the functions of trade mark are mentioned. More specifically, trademarks have three key functions: a) the origin function, which indicates the source of goods and services, b) the quality or guarantee function, associating a certain mark with the quality of goods or services and c) the investment or advertising function, promoting the product or service that a certain trade mark distinguishes<sup>3</sup>.

For the establishment of a solid and cohesive legal framework regarding trademarks, some treaties have been signed in international level, the most significant of which are the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, the Madrid Protocol and the Nice Agreement<sup>4</sup>. These agree-

<sup>1</sup> Article 3 of Directive 2015/2436 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>2</sup> Trademarks definition available at <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/trade-mark-definition>

<sup>3</sup> Cornish & Llewelyn, Intellectual Property: Patents, copyrights, trademarks and allied rights, sixth edition TOMSON 2007, pg.620

<sup>4</sup> Available at: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/international-treaties>

ments affect the trade mark law by establishing for the very first time the conditions of registration, the different trade mark types and the international classification of goods and services.

The first step for the protection of a trade mark is its registration. In the European Union, four systems are enforced to register a trade mark: a) companies wishing the trade mark only in one Member State have the option of the national route; b) the regional route, that a company should prefer if protection is desirable only in Belgium, Netherlands and Luxembourg; c) the European route, that provides protection in all EU Members States and finally d) the international route, for those seeking to protect their trade mark at an international level Netherlands and Luxembourg is desired<sup>5</sup>, c) the European route that provides<sup>6</sup>. Each route has a different way of trademark registration. Consequently, if a business opts for the national route, the trade mark will be registered at national Intellectual Property Offices. In case of opting for trademark protection on European level the registration would be preferable the registration at EUIPO (European Union Intellectual Property Office), while in case of regional protection the registration should take place at BOIP (Benelux Office for Intellectual Property). Finally, in case of international protection, WIPO (World Intellectual Property Organisation) is the competent office<sup>7</sup>.

The registration of trade mark combines a number of advantages over the use of an unregistered sign. First of all, it safeguards the brand value and prevents imitation and fraud, hence nobody can use the same or similar trade mark to distinguish one's goods and services. Furthermore, it constitutes a proprietary right for the owner, as one is enabled to sign it over and make profit of it as well as license the use of the trade mark. Finally, upon its registration, it is valid for ten years and can be renewed post the date of expiry<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> The Benelux Union is a politico-economic union of three neighbouring states: Belgium, Netherlands and Luxembourg. One of its institutions is the Benelux Office for Intellectual Property.

<sup>6</sup> Trade marks in EU available at <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/trade-marks-in-the-european-union>

<sup>7</sup> WIPO available at: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/>

<sup>8</sup> Benefits of registration, available at <https://>

## Trade mark law reform

Regulation 2017/1001 and Directive 2015/2436

The trade mark law is based on two essential tools, the EU Trade Mark Regulation, directly applicable to all EU Member States and the EU Trade Mark Directive, harmonizing Member States' national trade mark legislation<sup>9</sup>. The first Regulation that introduced the community trade mark was Regulation 40/94<sup>10</sup>, aiming to strengthen the capability of businesses to distinguish their goods and services in Europe, irrespective of borders. Since then, many amendments have been made and have as a result the enactment of Regulation 217/2009 and finally in 2017 the European Council and the European Parliament adopted the New Regulation 2017/1001 which regulates the trade mark<sup>11</sup>. As far as the second tool of EU trade mark law is concerned, that is the EU Trade Mark Directive, it is worth mentioning that the first Directive to harmonize basic aspects of trade mark law was Directive 89/104, the objective of which was to establish for the very first time a common framework for the protection of trade marks for all the Member States<sup>12</sup>. After approximately twenty years of application, the Directive in question has been amended multiple times and from now on the New Directive 2015/2536 is in force. The New Directive that has modified the previous Directive 2008/95 aimed to the updating of the provisions of the latter, the best possible alignment of national, substantive and procedural legislation to the EU trade mark law and, finally, the cooperation between national IP Offices and EUIPO<sup>13</sup>.

[euipo.europa.eu/ohimportal/en/trade-marks-in-the-european-union](https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/trade-marks-in-the-european-union)

<sup>9</sup> Miquel Peguera Trade Mark Secondary Liability: A limited harmonization under EU law available at law journal: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3291495](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291495)

<sup>10</sup> Regulation 40/94 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31994R0040>

<sup>11</sup> Lambros Kotsiris, European Commercial Law, edition Sakkoulas 2018, p. 459 (In Greek)

<sup>12</sup> Directive 89/104 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31989L0104&from=en>

<sup>13</sup> Michael-Theodore D. Marinos, Distinctive character, edition Sakkoulas 2016, p. 507-509 (in Greek)

### Main changes in Directive 2015/2436

The Directive 2015/2436 reformed key affairs in the EU trade mark system. Primarily, the given trade mark definition does not require any more the graphic representability and as of now signs that “*distinguish the goods and services of one undertaking from those of another undertaking and that is represented on the register in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor*” can be considered as trade marks<sup>14</sup>. Thus, non-traditional trademarks can be registered, such as motion marks, sound marks, holograms, multimedia marks<sup>15</sup>. Another important amendment is related to the absolute grounds for refusal or invalidity of the registration. Initially, with the addition of the phrase “or another characteristic” in article 4 paragraph 1e there is a prohibition for the registration of signs that constitute not only shape but also another characteristic “*that results from the nature of the goods themselves, or characteristic of goods that is necessary to obtain a technical result, or gives substantial value to the goods*”<sup>16</sup>. The Directive also introduces a new absolute and relative ground for refusal of registration of geographical indications. From this point on, trade marks excluded from registration according to Union legislation or national law or international agreements to which the Union or the Member State concerned is party, providing for protection of designations of origin and geographical indications, shall not be registered<sup>17</sup>. Furthermore, the new Directive introduces the protection of traditional terms for wine and traditional specialties guaranteed<sup>18</sup>. Notably, another absolute ground

for refusal concerns the protection of plant variety rights; according to article 4 paragraph 1l, a trade-mark which consists of, or reproduces in its essential elements, an earlier plant variety denomination registered in accordance with Union legislation or national law, or international agreements to which the Union or the Member State concerned is a party, cannot be registered if it designates goods same or closely related to plant varieties species<sup>19</sup>.

Concluding with the absolute grounds for refusal of registration, one of the amendments worth mentioning is the one regarding registration of a trade mark made in bad faith by the applicant. It still constitutes an optional absolute ground for refusal for the EU Member States. Moreover, Member States are obliged to introduce bad faith as a ground of cancelation in their national law<sup>20</sup>. Furthermore, with regard to the rights dictated by a trade mark, in article 10 the right of trade mark use has been reinforced. The new Directive forbids the future use of a trade mark as another business company name<sup>21</sup>. Another provision that the Directive inserts and provides protection from the so called pirated-products, is the article 10 paragraph 4. This article provides a new right to the proprietor of a trade mark, to prohibit third parties from bringing goods into the Member State where the former's trade mark is registered, without being released for free circulation there, where these goods come from third countries and use without authorisation a trade mark which bears resemblance with the registered one<sup>22</sup>.

Another innovatory article is the article 13 introduced by the new Directive and is related to the use of a trade mark registered in the name of an agent or representative. Specifically, the proprie-

<sup>14</sup> Article 3 of Directive 2015/2436 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>15</sup> Michael-Theodore D. Marinos, *Distinctive character*, edition Sakkoulas 2016, p. 510 (in Greek)

<sup>16</sup> Article 4 paragraph 1e of Directive 2015/2436 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>17</sup> Article 4 paragraph 1i of Directive 2015/2336 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>18</sup> Article 4 paragraph 1j & 1k of Directive 2015/2336 available at: <https://eur-lex.europa.eu/>

[legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN)

<sup>19</sup> Michael-Theodore D. Marinos, *Distinctive character*, edition Sakkoulas 2016, p. 511 (in Greek)

<sup>20</sup> Article 4 paragraph 2 of Directive 2015/2536 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>21</sup> Article 10 paragraph 3d of Directive 2015/2536 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>22</sup> Michael-Theodore D. Marinos, *Distinctive character*, edition Sakkoulas 2016, p. 513 (in Greek)

tor of a trade mark is entitled to prohibit the use of one's trade mark by agent or representative or to demand its assignment if the trade mark has been registered without written consent<sup>23</sup>. This specific article aimed at preventing the agent or representative from devious acts<sup>24</sup>. In addition, the Directive 2015/2436 introduces optionally a new type of trade marks at national level, the certification or guarantee trade mark. A certification trade mark is *"capable of distinguishing goods or services which are certified by the proprietor of the mark in respect of material, mode of manufacture of goods or performance of services, quality, accuracy or other characteristics, from goods and services which are not so certified."* Certification trade marks distinguish mainly products of high quality and any legal or natural person can register a certification trade mark with the sole requirement: that such person does not have a business which supplies goods or services of the kind certified<sup>25</sup>. An equally significant amendment concerns the designation and classification of goods and services in article 39 that embodies the significant case-law of the Court of Justice "IP translator"<sup>26</sup>. More specifically, the goods and services are classified according to Nice Classification and their identification by the applicant should be sufficiently clear and precise in order to define the limits of protection. If the general indications and terms used for the identification are undefined, the application of the trade mark will be eventually rejected<sup>27</sup>.

Finally, concerning the procedure and consequences of revocation or declaration of invalidity, it is essential to mention that the new Directive establishes the distinction between the meaning of revocation and declaration of invalidity. According to the provisions of the articles 19, 20 and 45 paragraph 2, the revocation of a trade mark comes

as a result of the absence of genuine use and the conversion of a trade mark into a generic or misleading indication. On the other hand, the declaration of invalidity is related with the absolute and relative grounds for refusal<sup>28</sup>. Once a trade mark has been revoked, its effects cease to exist by the date of the request for revocation and according to article 45 paragraph 4a *"any natural or legal person and any group or body set up for the purpose of representing the interests of manufacturers, producers, suppliers of services, traders or consumers, and which, under the terms of the law governing it, has the capacity to sue in its own name and to be sued,"* can request the revocation or declaration of invalidity of a trade mark<sup>29</sup>. In conclusion, two functional amendments should be mentioned. Initially, the fee for an application or renewal of a trade mark will cover only one class of goods and services, in the sense that, from now on, if an applicant wishes to register a trade mark for two or more classes they should pay distinct fees for each class<sup>30</sup>. And secondly under the new Directive, each Member State must establish an administrative procedure (Board of Appeal) for opposition, revocation and invalidity of trade marks. The decision of the Board of Appeal is judicially appealable<sup>31</sup>.

### The harmonization of the Greek legislation with the Directive 2015/2436

All the Member States of EU should have taken the appropriate legislative or other actions for the compliance of their domestic legislations with the provisions of the Directive by 14<sup>th</sup> January

<sup>23</sup> Article 13 of Directive 2015/2536 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>24</sup> Lambros Kotsiris, European Commercial Law, edition Sakkoulas 2018, p. 482 (in Greek)

<sup>25</sup> What can be a EU trade mark available at: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/what-can-be-an-eu-trade-mark>

<sup>26</sup> C-307/10, Court of Justice, available at: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

<sup>27</sup> Michael-Theodore D. Marinos, Distinctive character, edition Sakkoulas 2016, p. 519 (in Greek)

<sup>28</sup> Article 45 paragraph 3 of Directive 2015/2436 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>29</sup> Michael-Theodore D. Marinos, Distinctive character, edition Sakkoulas 2016, p. 520 (in Greek)

<sup>30</sup> Article 42 of Directive 2015/2436 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>31</sup> Article 45 paragraph 1 of Directive 2015/2436 ("Member States shall provide for an efficient and expeditious administrative procedure before their offices for the revocation or declaration of invalidity of a trade mark") available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

2019<sup>32</sup>. Especially, concerning the establishment of administrative procedures, the Member States should comply with the Directive by 14<sup>th</sup> January 2023<sup>33</sup>. As far as the transposition of the Directive in the Greek legal order is concerned, the Bill of the new law is under public consultation. The Greek law of trade marks 4072/2012 will be replaced by a new one. Firstly, in accordance with the new Directive, the bill dictates that any sign, including words, colours, sounds etc. with the potentiality of distinguishing the goods and services of one undertaking from those of another may be registered as a trademark<sup>34</sup>. These signs can be represented in any form by means of technology available, provided that the representation is “*clear, precise, self-contained, easily accessible, intelligible, durable and objective*”<sup>35</sup>. Moreover, the bill, in harmonisation with the new Directive, introduces the certification trade mark in article 56, and in article 57 it refers to the regulation of the certification trade mark use. The regulation should mention the legal or natural persons authorized to use the mark, the characteristics (i.e. the quality) that the trade mark certifies, with the exception of the geographical indication, the requirements of use and provided sanctions in case of infringement of these conditions<sup>36</sup>. The bill also transposes unaltered the provision of a trade mark use registered in the name of an agent or representative, clarifying that such an assignment could be asked either during the cancellation procedure or during the infringement procedure to the court<sup>37</sup>.

Another important amendment initiated by the new Bill is the classification of goods and services in article 23. From now on, the applicant should refer to the heading of the class to which the products

or services belong, only if the general indications included in the class headings can describe clearly and precisely the goods or services of the applicant. The use of general terms or indications shall not be interpreted as comprising a claim to goods or services which cannot be clearly covered by the literal meaning of the heading of class<sup>38</sup>. For example, a company which provides translation services cannot refer only to the heading of class 41<sup>39</sup> including education and entertainment services, in order to register a trade mark for translation services, but it is obligatory to specify its services with the word “translation”. Lastly, the Bill took a step further and introduced for the very first time an innovatory amendment that the majority of Member States foresee in their legislations. Henceforth, the Examiners<sup>40</sup> are responsible to examine only the absolute grounds for refusal (article 4) without taking into consideration the relative grounds (article 5). At the same time, the Greek trade mark Office will inform the owners of previous trade marks for the application of a new one identical or similar, in order to oppose it they wish so<sup>41</sup>. This is an important alteration, because up until now the Examiners had to examine both, absolute and relative grounds.

### Conclusion: review of Directive (EU) 2015/2436

Trade mark law is facing one of the biggest reforms that will bring significant changes not only in EU trade mark but also in national trade marks of Member States. Under the Directive 2015/2536, an important number of amendments have been made in order to align with the modern demands and marketing conditions. For example, in comparison with the previous Directive, the new Directive further advanced by removing the requirement for graphical representation of signs and

<sup>32</sup> Article 54 of Directive 2015/2436 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>33</sup> Article 54 of Directive 2015/2436 available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

<sup>34</sup> Article 1 of bill available at: <http://www.opengov.gr/ypoian/?p=9959> (in Greek)

<sup>35</sup> Article 2 paragraph 1 of bill available at: <http://www.opengov.gr/ypoian/?p=9959> (in Greek)

<sup>36</sup> Article 57 of bill available at: <http://www.opengov.gr/ypoian/?p=9959> (in Greek)

<sup>37</sup> Article 10 of bill available at: <http://www.opengov.gr/ypoian/?p=9959> (in Greek)

<sup>38</sup> Article 23 paragraph 2 and 4 of bill available at: <http://www.opengov.gr/ypoian/?p=9959> (in Greek)

<sup>39</sup> Class 41 available at: [http://gge.gov.gr/?page\\_id=6226](http://gge.gov.gr/?page_id=6226) (in Greek)

<sup>40</sup> Article 30 of the bill available at: <http://www.opengov.gr/ypoian/?p=9959> (in Greek)

<sup>41</sup> Article 24 paragraph 1 of the bill available at: <http://www.opengov.gr/ypoian/?p=9959> (in Greek)

signs can be further presented in any appropriate form by means of commonly available technology. The possibility of registering a trademark without graphical representation signifies a legal progress and an important marketing asset for companies; thus the applicants will be able to register non-traditional trademarks such as motion marks, sound marks and so on. One typical example is the evolution of sound marks under the previous system. Sound marks were registered only when a music notation was provided. This is no longer required with the effect that sounds not representable by music notes may be registered. Furthermore, another innovation of the new Directive is the protection of the certification trade mark. Up until now, this type of trade mark existed only in several national legal systems, but now the new EU

trade mark reform has introduced the certification EU trade mark. Concluding with the advantages of Directive 2015/2436, under the new Directive the rights dictated by a trade mark have been reinforced with the addition of paragraph 4 in article 10 and the absolute grounds for refusal have also been expanded to the protection of plant variety rights and geographical indications rights, one pioneering modification not regulated in Directive 2008/95. All these reforms include some major changes that will modernize European Union trademark law and ensure greater harmonization in trade mark practice and procedures across the European Union.

## Αστική ευθύνη από την έκδοση ακάλυπτης επιταγής

Παπανικολάου Τερψιθέα & Κουρτίδη Καλυψώ

4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Η αστική ευθύνη αποτελεί αναγκαίο συμπλήρωμα της ποινικής, αλλά και ισάξια αυτής, είναι δε σε θέση να εξυπηρετήσει αποτελεσματικότερα το ιδιωτικό συμφέρον του κομιστή, λόγω της μεγαλύτηρης ευελιξίας και των περισσότερων δυνατοτήτων ανάμεσα στις οποίες μπορεί να επιλέξει».**

### Εισαγωγικά- Έννοια ακάλυπτης επιταγής

Η σύγχρονη εμπορική πρακτική έχει καταστήσει αναγκαία την κυκλοφορία τίτλων που ενσωματώνουν απαιτήσεις, όπως είναι, μεταξύ άλλων, και η επιταγή, η οποία συντάσσεται σύμφωνα με ορισμένο από τον νόμο (Ν. 5960/1933) τύπο και, ως αξιόγραφο υπό στενή έννοια, χρηματόγραφο, γεννημένο εις διαταγήν, έχει αναχθεί ίσως στο πιο χρήσιμο για τις συναλλαγές τραπεζικό αξιόγραφο<sup>1</sup>. Ως μέσο εξόφλησης απαιτήσεων, η επιταγή διευκολύνει τη διεξαγωγή πληρωμών, λόγω της δυνατότητας ενσωμάτωσης μεγάλων χρηματικών αξιών και της ευελιξίας έκδοσής της (π.χ. λευκή επιταγή).

Η επιταγή περιέχει εντολή του εκδότη προς τον πληρωτή να καταβάλει στον λήπτη ορισμένο χρηματικό ποσό σε ορισμένο τόπο<sup>2</sup>. Η πληρωμή της και συνακόλουθα η αξία της, εξαρτάται από την ύπαρξη διαθεσίμων κεφαλαίων του εκδότη στον πληρωτή. Η επιταγή που εμφανίσθηκε από τον νόμιμο κομιστή εμπρόθεσμα προς πληρωμή, δηλαδή εντός οκτώ ημερών από τη χρονολογία έκδοσης σύμφωνα με το άρ. 29 Ν.5960<sup>3</sup>, αλλά δεν πληρώ-

θηκε από την Τράπεζα λόγω ανυπαρξίας διαθεσίμων του εκδότη (ανυπαρξία κάλυψης),<sup>4</sup> ονομάζεται ακάλυπτη επιταγή.<sup>5</sup> <sup>6</sup> Ακάλυπτη ονομάζεται και η επιταγή που εκδόθηκε με χρέωση λογαριασμού τρίτου προσώπου το οποίο υπέδειξε ο εκδότης (άρ.6 παρ.2 Ν.5960) και δεν πληρώθηκε επειδή δεν υπήρχαν διαθέσιμα στον λογαριασμό του<sup>7</sup>. Η έλλειψη διαθεσίμων δεν επιδρά στο κύρος της επιταγής<sup>8</sup> και ο εκδότης εξακολουθεί να ευθύνεται για την

<sup>4</sup> Ιωάννης Γ.Κεχρیمانης, Ακάλυπτη επιταγή: Από τη βεβαίωση μη πληρωμής ως την είσπραξη, εκδ. Σάκκουλα, 2001, σ.44-47

<sup>5</sup> Η βεβαίωση μη πληρωμής της ακάλυπτης επιταγής, γνωστή στις συναλλαγές ως «σφράγιση», γίνεται προκειμένου ο κομιστής να ασκήσει τα δικαιώματά του κατά του εκδότη και τυχόν οπισθογράφων. Η πληρώτρια τράπεζα υποχρεούται να αναγγείλει την ακάλυπτη επιταγή στο διατραπεζικό σύστημα, γεγονός που συνεπάγεται την καταχώριση του εκδότη στη μαύρη λίστα (black list), με εξαιρετικά δυσμενείς συνέπειες, μεταξύ των οποίων τη μη χορήγηση νέου μπλοκ επιταγών. Βλ. και Γεώργιος Τριανταφυλλάκης, ό.π., σ.198-206

<sup>6</sup> Η νομολογία παγίως δέχεται ότι η πρόωγη ανάκληση τραπεζικής επιταγής ισοδυναμεί με έκδοση ακάλυπτης επιταγής, Βλ. ΠΠρΑθ 3559/2012 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Εφαθ 3127/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΔωδ 22/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΠΘεσ 6253/2002 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>7</sup> Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη, ό.π., σ.334

<sup>8</sup> ΕφΘεσ 699/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Βλ. και Γιάννης Βελέντζας, Αξιόγραφα Β' Επιταγή, Ιus Νομική Τράπεζα, 2008 σ. 201

<sup>1</sup> Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη, Δίκαιο Αξιογράφων, 7<sup>η</sup> έκδοση, εκδ. Σάκκουλα, 2013, σ.27 και σ.284. Βλ. και Γεώργιος Δ. Τριανταφυλλάκης, Εισαγωγή στο Δίκαιο των Αξιογράφων, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σ.160

<sup>2</sup> Διεξοδικότερη ανάλυση για την εντολή πληρωμής ορισμένου ποσού: Ιωάννης Π. Μάρκου, Δίκαιο επιταγής: ερμηνεία κατ' άρθρο, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλα, 2007, σ.65-67

<sup>3</sup> Σύμφωνα με το άρθρο: «Η επιταγή, η εκδοθείσα και πληρωτέα εν τη αυτή χώρα εμφανίζεται προς πληρωμήν εντός προθεσμίας οκτώ ημερών».

πληρωμή, σύμφωνα και με το άρθρο 12 Ν.5960<sup>9</sup>, που αποτελεί νομική βάση των αξιώσεων του κομιστή κατά του εκδότη.

Η έκδοση ακάλυπτης επιταγής, εκτός από ποινική (άρ.79 Ν.5960)<sup>10</sup>, συνεπάγεται και αστική ευθύνη του εκδότη (άρ. 914 ΑΚ παράλληλα με την ευθύνη από αναγωγή του άρθρου 40 Ν.5960)<sup>11</sup>. Δικαιολογητικός λόγος της ευθύνης του εκδότη, είναι ότι η επιταγή, ως διαμορφωμένο ex lege μέσο πληρωμής, προϋποθέτει την ύπαρξη αντίστοιχης εκ μέρους του εκδότη κάλυψης, με την έννοια ότι η ανυπαρξία κάλυψης συνιστά εκτροπή από τον θεσμό της επιταγής.<sup>12</sup> Στην επάρκεια των κεφαλαίων στηρίζεται και η δημόσια (συναλλακτική) πίστη στον θεσμό της επιταγής<sup>13</sup>, καθώς και η ασφάλεια των σχετικών συναλλαγών μέσω εξαναγκασμού του εκδότη προς διατήρηση επαρκών διαθεσίμων<sup>14</sup>.

### Αστική ευθύνη του εκδότη ακάλυπτης επιταγής

Η αστική προστασία του κομιστή ακάλυπτης επιταγής, στηρίζεται αφενός στο δίκαιο της επιταγής (ευθύνη από αναγωγή άρθρο 40 Ν.5960), αφετέ-

ρου στο δίκαιο της αδικοπραξίας (άρ 914 επ. ΑΚ).

#### Δικαιοπρακτική ευθύνη (Ευθύνη εξ αναγωγής)

Σε περίπτωση μη ομαλής εξέλιξης της λειτουργίας της επιταγής και περιέλευσης αυτής σε κατάσταση ανάγκης, δηλαδή επί αρνήσεως της πληρωμής της από τον πληρωτή κατά την έγκαιρη εμφάνισή της, ο κομιστής μπορεί να ασκήσει αναγωγή κατά του εκδότη, των οπισθογράφων και των τυχόν υπολοίπων υπόχρεων (άρ. 40 επ. Ν. 5960). Υπάρχουν, μάλιστα, δύο είδη αναγωγής: η αναγωγή προς πληρωμή, δηλαδή η αναγωγή του κομιστή κατά των ως άνω υπόχρεων, και η αναγωγή προς απόδοση των καταβληθέντων (άρ.46 επ.), δηλαδή η αναγωγή του υπόχρεου που ικανοποίησε τον κομιστή κατά των λοιπών υπόχρεων.

Για την άσκηση της αναγωγής προς πληρωμή κατά τα άρθρα 40 επ. απαιτείται η συνδρομή δύο προϋποθέσεων. Πρώτον, η ουσιαστική προϋπόθεση της έγκαιρης εμφάνισης προς πληρωμή και η άρνηση πληρωμής από την πληρώτρια τράπεζα και δεύτερον, η τυπική προϋπόθεση της βεβαίωσης της άρνησης της πληρωμής. Η βεβαίωση αυτή μπορεί να λάβει χώρα είτε με τη σύνταξη διαμαρτυρικού<sup>15</sup>, όπως στη συναλλαγματική (άρ. 40 αριθ. 1 Ν. 5960), είτε με δήλωση του πληρωτή που αναγράφεται στο σώμα της επιταγής ή σε χωριστό έγγραφο που χρονολογείται και σημειώνει την ημέρα εμφάνισης (άρ. 40 αριθ. 2 Ν. 5960, άρθρο 2 Ν.Δ. 1325/1972), ή με δήλωση συμψηφιστικού γραφείου επί του σώματος της επιταγής, η οποία χρονολογείται και βεβαιώνει την έγκαιρη εμφάνιση και μη πληρωμή αυτής (άρ. 40 αριθ. 3 Ν. 5960)<sup>16</sup>.

Οι δύο τελευταίοι τρόποι στοχεύουν στη διευκόλυνση του κομιστή και φανερώνουν τη βούληση του νομοθέτη να προωθήσει τη χρήση της επιταγής. Βέβαια, ο κομιστής απαλλάσσεται κατά το άρθρο 43 παρ. 1 από την υποχρέωση βεβαίωσης άρνησης της πληρωμής με οποιονδήποτε από τους τρεις τρόπους, εάν η επιταγή φέρει τη ρήτρα “ανέξοδος επιστροφή” ή άλλη συναφή ρήτρα<sup>17</sup>.

Εάν φυσικά δε βεβαιωθεί η μη πληρωμή, ο κομιστής καθίσταται έκπτωτος από το δικαίωμα αναγωγής. Το ίδιο ισχύει εάν η επιταγή εμφανιστεί

<sup>9</sup> Για την ευθύνη του εκδότη βάσει του άρθρου 12 Ν. 5960 βλ. *Ιωάννης Π. Μάρκου*, ο.π., σ. 165

<sup>10</sup> *Γρηγόριος Πεπόνης*, Διαμαρτίες της περί ακάλυπτου επιταγής ποινικής νομοθεσίας, *ΠοινΧρ* 2011, σ. 239 επ. Ομοίως και *Γεώργιος Μπούρμας*, Ειδικότερα ζητήματα ουσιαστικού ποινικού δικαίου αναφορικά με το έγκλημα της έκδοσης ακάλυπτης επιταγής, *ΠοινΔικ* 2010, σ. 215 επ., 216-217

<sup>11</sup> *Γεώργιος Τριανταφυλλάκης-Θεόδωρος Στίγκας*, Εφαρμογές Εμπορικού Δικαίου, 2<sup>η</sup> έκδοση, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2014

<sup>12</sup> Το άρθρο 3 Ν.5960/1933 ορίζει ότι «Η επιταγή εκδίδεται επί τραπεζίτου έχοντος κεφάλαια εις την διάθεσιν του εκδότη και επί τη βάσει συμφωνίας, ρητής ή σιωπηράς, καθ' ην ο εκδότης έχει το δικαίωμα διαθέσεως των κεφαλαίων τούτων δι' επιταγής. Εν τούτοις εν περιπτώσει μη τηρήσεως των διατάξεων τούτων, η ισχύς του τίτλου της επιταγής δεν θίγεται. Επιταγή εκδοθείσα και πληρωτέα εν Ελλάδι ισχύει ως επιταγή μόνον εάν εξεδόθη επί τραπεζικής εταιρίας ή επί ελληνικού νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου ασκούντος εργασίας τραπεζικάς.»

<sup>13</sup> *Κωνσταντίνος Παμπούκης*, Η συναλλακτική καλή πίστη στο αυστηρό δίκαιο των αξιογράφων, *ΕπισκΕΔ* 1999, σ. 975 επ., 990

<sup>14</sup> Όπως ακριβώς *Ιωάννης Π. Μάρκου* ο.π., σ.367

<sup>15</sup> Για τη νομική φύση του διαμαρτυρικού ιδίως στο δίκαιο της επιταγής βλ. *Κωνσταντίνος Παμπούκης*, Νομική φύση του διαμαρτυρικού στο δίκαιο ιδίως της επιταγής, *ΕπισκΕΔ* 2001, 861 επόμ.

<sup>16</sup> *Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη*, ο.π. σ. 343

<sup>17</sup> *Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη*, ο.π. σ. 344



εκπρόθεσμα και δεν υπάρχει αξίωση εκ της επιταγής ούτε έναντι του εκδότη αυτής<sup>18</sup>. Αν, εξάλλου, η τράπεζα αρνηθεί να σφραγίσει επιταγή που εμφανίσθηκε αλλά δεν πληρώθηκε, ο κομιστής μπορεί και οφείλει να συντάξει ίδιος διαμαρτυρικό για τη βεβαίωση της άρνησης πληρωμής<sup>19</sup>.

Η αναγωγή αυτή ασκείται κατά του εκδότη, των οπισθογράφων και των τριτεγγυητών τους, οι οποίοι μπορούν να εναχθούν ατομικά ή ομαδικά, συγχρόνως ή διαδοχικά, επειδή δε αυτή η αναγωγή ονομάζεται "αλματική" ή "άρρυθμη", ο κομιστής δεν υποχρεούται να τηρήσει τη σειρά με την οποία εμφανίζονται αυτοί στην επιταγή ως υπόχρεοι (άρ.44 Ν.5960)<sup>20</sup>.

Ο υπόχρεος από την αναγωγή που ικανοποίησε τον κομιστή έχει με τη σειρά του δικαίωμα αναγωγής προς απόδοση των καταβληθέντων έναντι: α) του εκδότη της επιταγής, που δεν μπορεί να αποκλείσει την ευθύνη του (άρ. 12 Ν. 5960), β) κάθε οπισθογράφου, αν δικαιούχος είναι ο υπέρ'ου η οπισθογράφηση (εκτός αν με ρήτρα του άρ.18 παρ.1 και 2 έχει αποκλείσει την ευθύνη του ολικώς ή μερικώς), γ) του οπισθογράφου μετά από λευκή οπισθογράφηση (άρ. 19 παρ.3), δ) όποιου οπισθογράφησε την επιταγή εις ιδίαν αυτού διαταγή με εγγυητική οπισθογράφηση<sup>21</sup> ή του οπισθογράφου με

τυπική μόνο νομιμοποίηση (άρ 21 σε συνδυασμό με άρ. 19)<sup>22</sup>. Η αναγωγή αυτή ασκείται με τη σειρά που προσδιορίζει η θέση στην επιταγή του άμεσα ευθυνόμενου υπόχρεου προς τον δικαιούχο. Η πληρωμή του ποσού από τον άμεσα ευθυνόμενο δεν αποσβένει την οφειλή των υπολοίπων, απλώς ελευθερώνει από την ευθύνη εξ αναγωγής τον ίδιο και αυτούς έναντι των οποίων ο ίδιος ενέχεται. Πλήρης απόσβεση της ενοχής επέρχεται μόνο όταν η άσκηση της αναγωγής καταλήξει στον εκδότη<sup>23</sup>.

#### Αδικοπρακτική ευθύνη

Η διάταξη του άρθρου 79 του Ν.5960 που ορίζει ότι «Ο εκδίδων επιταγήν μη πληρωθείσαν επί πληρωτού παρ'ω δεν έχει αντίστοιχα διαθέσιμα κεφάλαια κατά τον χρόνον της εκδόσεως της επιταγής ή της πληρωμής ταύτης, τιμωρείται διά φυλακίσεως ... και χρηματικής ποινής...», χαρακτηρίζει την ανωτέρω πράξη του εκδότη ποινικό αδίκημα, εισάγοντας απαγορευτικό κανόνα δικαίου. Όποιος, λοιπόν, παραβιάζει την ανωτέρω διάταξη διαπράττοντας το ιδιώνυμο έγκλημα της ακάλυπτης επιταγής, διαπράττει συγχρόνως παράνομη πράξη υπό την έννοια του άρ. 914 ΑΚ, η οποία προσβάλλει υπαιτίως τα ατομικά συμφέροντα του κομιστή της επιταγής. Γεννάται έτσι υποχρέωση του εκδότη για αποζημίωση<sup>24</sup> του δικαιούχου και το ποσό της αποζημίωσης ανέρχεται στην αξία της επιταγής<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> ΑΠ 1689/2001 ΧρΙΔ Β/2002, 66

<sup>23</sup> *Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη*, ο.π. σ. 347. Ο δικαιούχος εξ αναγωγής προς πληρωμή των καταβληθέντων δικαιούται να ζητήσει τα κατά το άρ. 46 του Ν. 5960 προβλεπόμενα ποσά. Επειδή μετά από κάθε αναγωγή το ποσό διογκώνεται, κάθε υπόχρεος δικαιούται να μην αναμένει να ασκηθεί εναντίον του αναγωγή κατά τη σειρά της θέσης με την οποία εμφανίζεται στην επιταγή αλλά να εξοφλήσει εκουσίως τον δικαιούχο.

<sup>24</sup> Η αποζημίωση που θα υποχρεωθεί να καταβάλλει ο εκδότης, δεν αποβλέπει στην εξόφληση της επιταγής, αλλά στην αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ο κομιστής (ζημιωθείς). Πράγματι, η διάπραξη του εγκλήματος καθιστά δεδομένη την παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του εκδότη, η οποία (συμπεριφορά) έχει ως αποτέλεσμα τη μη πληρωμή του ποσού της επιταγής (ζημιογόνο γεγονός).

<sup>25</sup> *Ιωάννης Μάρκου*, Σκέψεις επί της αξιώσεως του κομιστή ακάλυπτης επιταγής κατ' ΑΚ 914, Αρμενόπουλος 2002, σ.6 επόμ. Βλ. και *Αικατερίνη Τσιτά-*

<sup>18</sup> *Ιωάννης Π. Μάρκου*, ο.π. σ.297 επόμ. Κατά την ορθότερη άποψη δε μπορεί να γίνει λόγος ούτε για μετατροπή της επιταγής κατά το άρ. 182 ΑΚ σε άλλη ενοχή, βασική δε προϋπόθεση για τη μετατροπή μιας επιταγής σε μια άλλη είναι η ύπαρξη άκυρης επιταγής. Βλ. και ΕφΘεσ 1286/1993, Αρμεν 1994, 412

<sup>19</sup> Ορθά, επομένως, καταρχήν η ΜΠΡΑΘ. 107/1990 ΕΕΔ 1991, 88. Βλ. και *Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη*, ο.π. σ. 344

<sup>20</sup> *Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη*, ο.π. σ. 345. Ομοίως και *Ιωάννης Π. Μάρκου*, ο.π. σ.297 επόμ.. Ο κομιστής δύναται να ζητήσει κατά το άρ. 45 το ποσό της επιταγής που δεν πληρώθηκε, τους νόμιμους τόκους, τα έξοδα του διαμαρτυρικού ή της ισοδύναμης βεβαίωσης και τα λοιπά έξοδα που έγιναν προς είσπραξη της επιταγής, όχι όμως και τα δικαστικά έξοδα ή τυχόν έξοδα εκτέλεσης, καθώς δεν αποτελούν μέρος της υποχρέωσης από την επιταγή, η δε διακρίβωση της ύπαρξης και της έκτασης τους καθορίζεται από δικονομικές διατάξεις.

<sup>21</sup> *Κωνσταντίνος Παμπούκης*, Αναγωγή προς απόδοση επί της επιταγής εις διαταγήν, ΕπισκΕΔ 2011, 313 επόμ.

Το άρθρο 79 Ν.5960, εξάλλου, έχει θεσπιστεί για την προστασία όχι μόνο του δημοσίου συμφέροντος, αλλά και του ατομικού συμφέροντος του υπέρ ου η επιταγή δικαιούχου<sup>26</sup>. Το συμφέρον του δικαιούχου, συνίσταται ακριβώς στη μη διάψευση της εμπιστοσύνης του στην επιταγή ως όργανο πληρωμής κατά το χρόνο της εμφάνισής της προς πληρωμή<sup>27</sup>.

Με την ευθύνη του άρθρου 914 ΑΚ, βαρύνεται μόνο ο εκδότης<sup>28</sup>, και όχι οι οπισθογράφοι ή οι τριτεγγυητές. Αρχικά γίνονταν δεκτό ότι δικαιούχος της αποζημίωσης είναι ο νόμιμος κομιστής της επιταγής κατά το χρόνο εμφάνισής της και βεβαίωσης της μη πληρωμής, αφού αυτός είναι ο αμέσως ζημιωθείς, ενώ τυχόν αντανakλαστικές συνέπειες της ακάλυπτης επιταγής στην περιουσία τρίτων, που ζημιώνονται έμμεσα, είναι συνήθως νομικά αδιάφορες.<sup>29 30</sup> Ωστόσο, στο πεδίο της αδικοπρακτικής ευθύνης, οι ιδιαίτεροι προβληματισμοί της έννοιας του «ζημιωθέντος» τερματίστηκαν με την τροποποίηση του άρ. 79 παρ.5 Ν.5960 με τον Ν.3472/2006<sup>31</sup>, οπότε πλέον το δικαίωμα απο-

μη, σε διπλωματική εργασία, Ζητήματα από την έκδοση ακάλυπτης μεταχρονολογημένης επιταγής, 2012, σ.42 και σ.45 επόμε., διαθέσιμη στο Ιδρυματικό Καταθετήριο Επιστημονικών Εργασιών του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης

<sup>26</sup> Κωνσταντίνος Κωστήρης, *Ακάλυπτη Επιταγή (Μελέτη)*, ΕπισκΕΔ, Α/1995, 235 επόμε.

<sup>27</sup> Γεώργιος Τριανταφυλλάκης-Θεόδωρος Στίγκας, ό.π. σ.504 επόμε.

<sup>28</sup> Σε αντίθεση με την ευθύνη από αναγωγή του άρθρου 40 Ν.5960, η οποία βαρύνει όσους ευθύνονται από την επιταγή, δηλαδή τον εκδότη, τους οπισθογράφους και τους τριτεγγυητές.

<sup>29</sup> ΟΛΑΠ 30/2003 ΧρίΔ 2004, 255 και ΕπισκΕΔ 2004,85 (εισαγωγ. Σημ. Κ. Παμπούκη), ΔΕΕ 2004,926, ΕΕμπΔ 2004,323

<sup>30</sup> Αθανάσιος Αθανασάς, *Ακάλυπτη επιταγή προϋποθέσεις ασκήσεως αγωγής αποζημιώσεως και εγκλήσεως*, Β έκδοση επαυξημένη, εκδ. Σάκουλα, 2008, σ. 107. Βλ. ΕφΠειρ 307/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, η οποία αναφέρει ότι «Δικαιούχος της αποζημίωσης ως αμέσως ζημιωθείς είναι ο νόμιμος κομιστής της επιταγής κατά το χρόνο εμφάνισης και βεβαίωσης της μη πληρωμής αφού αυτός είναι εκείνος που ζημιώνεται από την έκδοση της ακάλυπτης επιταγής.». Βλ. επίσης, ΕφΛαμ 3/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>31</sup> Για την ανάλυση των νομικών προβληματισμών

ζημίωσης ανήκει και στον εξ αναγωγής υπόχρεο κομιστή, ο οποίος πλήρωσε την επιταγή μετά την εμφάνιση και μη πληρωμή της από την τράπεζα. Για τη θεμελίωση της αδικοπρακτικής ευθύνης του άρ. 914 ΑΚ σε συνδυασμό με το άρ. 79 Ν.5960, προϋποτίθεται παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά τρίτου, άμεση ζημία του δικαιούχου, καθώς και αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ζημίας του δικαιούχου και της παράνομης ως άνω συμπεριφοράς του τρίτου.<sup>32</sup> Η παράνομη συμπεριφορά<sup>33</sup> συνίσταται στην έκδοση ακάλυπτης επιταγής, που, όπως αναφέρθηκε, προσκρούει σε απαγορευτική διάταξη νόμου. Επιπλέον, η μη πληρωμή της επιταγής πρέπει να οφείλεται σε υπαιτιότητα του εκδότη, και συγκεκριμένα την υπαιτιότητα του άρ. 330 ΑΚ<sup>34</sup>. Ωστόσο, η νομολογία, απαιτεί κατά κανόνα δόλο και, ειδικότερα, τη γνώση του εκδότη για την έλλειψη διαθεσίμων, εμμένοντας προσκολλημένη στη φράση «εν γνώσει» του αρχικού κειμένου του άρθρου 79 Ν.5960<sup>35</sup>. Η άμεση ζημία στην περιουσία του δικαιούχου είναι αναμφισβήτητη, διότι εκείνος ως νόμιμος κομιστής είχε δικαίωμα στην είσπραξη του ποσού της επιταγής, το οποίο όμως δεν του καταβλήθηκε από την πληρώτρια Τράπεζα. Τέλος, όσον αφορά την πρόσφορη αιτιώδη συνάφεια (causa adaequata) μεταξύ ζημίας και παράνομης συμπεριφοράς που συνάγεται από τον συνδυασμό των άρθρων 297-299, 914 και 932 ΑΚ, αυτή συντρέχει όταν το επιζήμιο γεγονός κατά τον χρόνο και με τους όρους που έλαβε χώρα, ήταν ικανό κατά τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων και χωρίς τη μεσολάβηση άλλου περιστατικού, να επιφέρει τη συγκεκριμένη βλάβη.<sup>36</sup>

μέχρι την παρέμβαση του νομοθέτη, βλ. αναλυτικότερα Αθανάσιος Αθανασάς στο άρθρο του για την Ακάλυπτη Επιταγή, ΔΕΕ 2/2002, σ.129 επόμε όπου υποστηρίζονται δύο βασικές απόψεις και ΟΛΑΠ 18/2004, ΟΛΑΠ 30/2003 και ΕπισκΕΔ 2004,633

<sup>32</sup> Αικατερίνη Τσιάμη, ό.π. σ.48

<sup>33</sup> ΕφΑθ 2479/2006 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>34</sup> Σύμφωνα με το άρ. 330 ΑΚ, ο εκδότης ευθύνεται για την παράνομη πράξη του ακόμα και από αμέλεια, δηλαδή στις περιπτώσεις που δεν κατέβαλε την απαιτούμενη για τις συναλλαγές επιμέλεια.

<sup>35</sup> Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη, ό.π., σ.339. Βλ. όμως και Κ.Παμπούκη, Παρατηρήσεις στην ΕφΑθ 6847/2007, ΕπισκΕΔ 2008 177 (184 υπό ΙΙ 2)

<sup>36</sup> Γεώργιος Τριανταφυλλάκης-Θεόδωρος Στί-

Η αξίωση από αδικοπραξία παρέχει στον κομιστή της επιταγής αρκετά πλεονεκτήματα. Για παράδειγμα, ο κομιστής μπορεί να ζητήσει, εκτός από αποζημίωση, και χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης κατ' άρθρο 932 ΑΚ, αλλά και την προσωπική κράτηση του εκδότη κατ' άρθρο 1047 ΚΠολΔ.<sup>37</sup> Τέλος, αν η αξίωση του κομιστή από την επιταγή παραγραφεί - σε έξι μήνες από τη λήξη της προθεσμίας εμφάνισης κατ' άρθρο 52 παρ. 1 Ν. 5960 - εξακολουθεί να τρέχει η πενταετής παραγραφή από την αδικοπραξία (άρ.937 ΑΚ).

#### Συρροή νομίμων βάσεων

Όπως έγινε αντιληπτό, ο εκδότης της ακάλυπτης επιταγής υπέχει δικαιοπρακτική (ευθύνη από το αξιολογικό δίκαιο, άρθ.40 Ν.5960) και αδικοπρακτική ευθύνη (ευθύνη από το κοινό δίκαιο, 914 ΑΚ) έναντι του κομιστή, οι οποίες αποσκοπούν στην ικανοποίηση του εννόμου συμφέροντός του είτε με την καταβολή του ποσού της επιταγής, είτε με ισόποση αποζημίωση. Έχει ανακύψει, λοιπόν, το ζήτημα της νομικής σχέσης μεταξύ των δύο αξιώσεων. Η κρατούσα στη νομολογία και τη θεωρία άποψη δέχεται ότι γεννώνται υπέρ του δανειστή δύο αυτοτελείς αξιώσεις και ανεξάρτητες μεταξύ τους, που μπορούν να ασκηθούν παράλληλα, καθώς αμφότερες κατατείνουν στον ίδιο σκοπό, ήτοι την καταβολή στον κομιστή της αξίας της επιταγής.<sup>38</sup> Η

με την κατάθεση της μίας αγωγής εκκρεμοδικία δεν εμποδίζει την έγερση και της άλλης, όμως με την ικανοποίηση της μίας εκ των δύο, αποσβένεται και η άλλη, στο μέτρο που καλύπτεται από την πρώτη. Εναπόκειται, λοιπόν, στην ευχέρεια του κομιστή να ασκήσει την αξίωση που ο ίδιος θεωρεί προσφορότερη,<sup>39</sup> ενώ αν ασκηθούν παράλληλα, μπορεί να αποκτηθεί εκτελεστός τίτλος και από τις δύο.

Κατά άλλη άποψη, που όμως παρέμεινε μεμονωμένη<sup>40</sup>, η άσκηση της αγωγής από αδικοπραξία αποκλείεται, διότι ο κομιστής έχει την αξίωση από την επιταγή, η οποία μάλιστα δύναται να ασκηθεί με δραστικότερα μέτρα.<sup>41</sup> Πάντως, η κρατούσα άποψη κρίνεται σαφώς ορθότερη, όμως προσαρμόζεται στη νεότερη εξέλιξη της θεωρίας αναφορικά με τη «συρροή αξιώσεων»<sup>42</sup>, σύμφωνα με την οποία επί συνδρομής συμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης, πρόκειται όχι για συρροή αξιώσεων, αλλά για συρροή νομίμων βάσεων (ή νομικών διατάξεων) της ίδιας αξίωσης. Ο κομιστής, λοιπόν, έχει μία ενιαία αξίωση, για την ίδια παροχή και κατά του ίδιου υποχρέου, την οποία μπορεί να στηρίξει σε δύο νόμιμες βάσεις.<sup>43</sup> Οι περισσότερες νομικές διατάξεις επομένως, αποτελούν θεμέλια μίας και μόνης αξίωσης, στην οποία τυγχάνουν εφαρμογής όλες οι συρρέουσες διατάξεις, και αν αυτές αντιφάσκουν, προηγείται η εφαρμογή εκείνης που τελολογικά έχει προβάδισμα έναντι της άλλης.<sup>44</sup>

γκας, ό.π. σ.505-506. Βλ. και ΟΛΑΠ 18/2004 ΕπισΚΕΔ 2004,635

<sup>37</sup> Μαρία Τσακαλίδου σε διπλωματική εργασία, Η έκδοση μεταχρονολογημένης ακάλυπτης επιταγής, 2017, σ.45, διαθέσιμη στο Ιδρυματικό Καταθετήριο Επιστημονικών Εργασιών του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης. Ομοίως και Κωνσταντίνος Κωστήρης, Η ακάλυπτη επιταγή, ΕπισΚΕΔ 1955, σελ. 239. Σύμφωνα με το άρθρο 1047 παρ. 1 εδ. α' και β' ΚΠολΔ «Προσωπική κράτηση διατάσσεται στις περιπτώσεις που ορίζει ρητώς ο νόμος. Μπορεί να διαταχθεί επίσης και για απαιτήσεις από αδικοπραξία.»

<sup>38</sup> Υπέρ της άποψης αυτής βλ. Κωνσταντίνος Κωστήρης, Ακάλυπτη Επιταγή (Μελέτη) ΕπισΚΕΔ Α/1995, σελ. 235 επόμε. που υποστηρίζεται ότι «δεν μπορούμε να συμφωνήσουμε με την άποψη ότι, όταν ο κομιστής έχει κατά του εκδότη αξίωση από την επιταγή δεν μπορεί να ασκήσει παράλληλα εναντίον αυτού και αγωγή αποζημιώσεως από αδικοπραξία, η οποία είναι νόμω αβάσιμη, αφού έτσι δίνεται ανεπίτρεπτα επικουρικός χαρακτήρας στην αγωγή από αδικοπραξία σε σχέση με την αγωγή από επιταγή».

<sup>39</sup> Ιωάννης Μάρκου, ό.π. σ. 421 επόμε.

<sup>40</sup> Για περισσότερες απόψεις σχετικά με τη νομική σχέση των αξιώσεων βλ. και Ματίνα Κορδή-Αντωνοπούλου, Η ευθύνη του οπισθογράφου στη συναλλαγματική και στην επιταγή, εκδ. Σάκκουλα, 2007

<sup>41</sup> Για την άποψη αυτή, βλ. αναλυτικότερα και ΕφΘεσ 3152/1992 Αρμεν. 1998, 1118

<sup>42</sup> Για την εξέλιξη της θεωρίας αυτής, βλ. και Μελέτη Απόστολου Γεωργιάδη, Η «συρροή αξιώσεων» επί συνδρομής συμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης: Ένας απολογισμός, Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου 2016

<sup>43</sup> Η άποψη αυτή έχει ευνοϊκότερα για τον κομιστή της επιταγής αποτελέσματα από αυτήν που κάνει λόγο για συρρέουσες αξιώσεις, ειδικά όσον αφορά την παραγραφή. Για εκτενέστερη ανάλυση βλ. Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη, ό.π. σ. 340-342

<sup>44</sup> Για τη διεξοδική δικονομική θεώρηση του ζητήματος βλ. ιδίως Απόστολος Γεωργιάδης, ό.π. Δ 1975 σ.53 επόμε. Βλ. και Ιωάννης Μάρκου, ό.π. σ. 421 επόμε.

## Παραγραφή και Αδικοιολόγητος Πλουτισμός

Λόγω του ότι η επιταγή είναι όργανο πληρωμής, οι αξιώσεις που απορρέουν από αυτήν παραγράφονται πολύ σύντομα, συγκεκριμένα μετά την πάροδο έξι μηνών από τα σημεία έναρξης που ορίζονται ειδικότερα στο άρθρο 52 Ν.5960<sup>45</sup>. Εάν ο κομιστής εκπέσει από τα αναγκαστικά του δικαιώματα λόγω μη εμπρόθεσμης εμφάνισης της επιταγής ή μη νομότυπης βεβαίωσης της άρνησης πληρωμής, καθώς και σε περίπτωση παραγραφής της απαίτησής του, έχει κατά του εκδότη και των οπισθογράφων αξίωση αδικοιολόγητου πλουτισμού, η οποία παραγράφεται μετά από πέντε χρόνια από τη χρονολογία της έκδοσης της επιταγής. Η αξίωση αυτή προβλέπεται στο άρθρο 60 Ν. 5960.<sup>46</sup>

Η αγωγή του άρ.60 Ν.5960, σύμφωνα με μία άποψη<sup>47</sup>, δεν πρέπει να συγχέεται με την αγωγή του κοινού δικαίου περί αδικοιολογήτου πλουτισμού (άρ. 904 επ. ΑΚ), διότι εκδικάζεται με διαφορετική διαδικασία και είναι αυτοτελής έναντι της αγωγής από τη βασική σχέση. Ωστόσο, η κρατούσα στη νομολογία άποψη υποστηρίζει ότι πρόκειται για αξίωση αδικοιολόγητου πλουτισμού του κοινού δικαίου ή κατ' άλλους για αγωγή μεικτού χαρακτήρα, η οποία είναι επικουρική<sup>48</sup> απέναντι στην απαίτηση του κομιστή από τη βασική σχέση και δεν πρόκειται για μια αυτόνομη αξίωση αδικοιολόγητου

πλουτισμού κατ' απόκλιση από τις γενικές διατάξεις του ΑΚ. Ο κομιστής, λοιπόν, εκτός από την έκπτωση ή την παραγραφή της εξ επιταγής αξιώσεώς του, πρέπει να επικαλείται και ότι ο εναγόμενος κατέστη αδικοιολόγητα πλουσιότερος χωρίς νόμιμη αιτία από την περιουσία του άλλου ή επί ζημίας του.

## Δυνατότητες εξώδικης και δικαστικής ικανοποίησης του κομιστή ακάλυπτης επιταγής

Δεδομένης της κατά το παρελθόν συνεργασίας του κομιστή της ακάλυπτης επιταγής με τον εκδότη ή τους οπισθογράφους αυτής, και προκειμένου να αποφευχθεί η υπέρμετρη βλάβη των υποχρέων και τα υψηλά δικαστικά έξοδα, πολλές φορές φαίνεται, καταρχήν, σκόπιμη και προτιμάται στην πράξη η εξωδικαστική επίλυση της διαφοράς. Ειδικότερα, ο τελευταίος κομιστής της επιταγής (άρ. 42 Ν.5960) ή ο οπισθογράφος που εξόφλησε τον τελευταίο κομιστή παραλαμβάνοντας από αυτόν το αξιόγραφο (άρ. 46 Ν. 5960) οφείλουν εντός συντόμου διαστήματος από τη σφράγιση της επιταγής να οχλήσουν εξωδικαστικώς (συνήθως με προφορική ειδοποίηση) τον κατά την κρίση τους πιο φερέγγυο υπόχρεο προς πληρωμή. Η όχληση αυτή περιλαμβάνει: α) τη βεβαίωση πως η επιταγή είναι ακάλυπτη, β) την αναφορά των δυσμενών συνεπειών της δικαστικής διαμάχης σε βάρος της περιουσίας ή της προσωπικής περιουσίας του οφειλέτη και γ) τον ορισμό συγκεκριμένης ημερομηνίας για την εξ ολοκλήρου ή τμηματική καταβολή του ποσού της επιταγής και των τόκων υπερημερίας<sup>49</sup>.

Η εξωδικαστική αυτή ενέργεια θα αποτελέσει είτε την αιτία της άμεσης εξόφλησης της επιταγής είτε της έναρξης του δικαστικού αγώνα. Για αυτό, παράλληλα με την προφορική επικοινωνία με τους υπόχρεους προς πληρωμή, ο νόμιμος κομιστής οφείλει να ερευνήσει τα περιουσιακά τους στοιχεία, τα οποία θα αποτελέσουν αντικείμενο αναγκαστικής εκτέλεσης σε περίπτωση που δεν επιτευχθεί εξώδικη επίλυση της διαφοράς.

Έτσι, στο πλαίσιο της ταχύτερης δυνατής δικαστικής αστικής προστασίας του, ο δικαιούχος αξίωσης από ακάλυπτη επιταγή μπορεί να καταθέσει αίτηση για την έκδοση διαταγής πληρωμής κατά τα άρθρα 623-634 ΚΠολΔ (όπως τροποποιήθηκε μετά

<sup>45</sup> Άρθρο 52 παρ. 1 ν. 5960: «Αι εξ αναγωγής αγωγαι του κομιστού κατά των οπισθογράφων, κατά του εκδότη και κατά των άλλων υποχρέων παραγράφονται μετά εξ μήνας από της λήξεως της προθεσμίας προς εμφάνισιν.» Βλ. και Άρθρο 52 παρ. 2 ν. 5960: «Αι εξ αναγωγής αγωγαι των διαφόρων προς πληρωμήν της επιταγής υποχρέων των μεν κατά των δε παραγράφονται μετά εξ μήνας από της ημέρας, καθ' ην ο υπόχρεως επλήρωσε την επιταγήν ή από της ημέρας, καθ' ην αυτός ενήχθη.»

<sup>46</sup> Για τις προϋποθέσεις άσκησης της αγωγής του αδικοιολόγητου πλουτισμού, βλ. ΕφΠειρ 672/2004 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕιρΡοδ 376/2008 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ και Αθηνά Καραμανλή - Μπαρουτάκη, Το δίκαιο της επιταγής, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 1996, σ. 164, όπου γίνεται παραπομπή σε ΑΠ 1272/82 ΠειρΝ 4, 390, ΕφΑθ 3442/83 ΕΕμπΔ 34, 445. Βλ και ΑΠ 1326/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>47</sup> Δημήτριος Σκαρίπας, Η μεταχρονολογημένη επιταγή, ΔΕΕ 2011, σ. 271 επ., 274, 275

<sup>48</sup> Ενδεικτικά, ΑΠ 1386/2013 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ και ΕφΘεσ 3/1999 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>49</sup> Ιωάννης Ι. Κεχριμάνης, Ακάλυπτη επιταγή. Από τη βεβαίωση μη πληρωμής ως την είσπραξη, Γ' Έκδοση, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2001, σ. 54-57

τον Ν. 4335/2015) κατά του εκδότη και των λοιπών υποχρέων. Η αίτηση υπογράφεται από δικηγόρο (άρ.635 ΚΠολΔ) και κατατίθεται στη γραμματεία του αρμόδιου δικαστηρίου (άρ. 625 και 626 παρ.1 ΚΠολΔ). Προκειμένου να προκύπτει το βέβαιο και εκκαθαρισμένο της απαίτησης κατά το άρ. 624 παρ. 1 ΚΠολΔ, στην αίτηση πρέπει να επισυνάπτονται όλα τα έγγραφα από τα οποία προκύπτει η απαίτηση (άρ. 626 παρ. 3 ΚΠολΔ).

Αναφορικά με το περιεχόμενο της αίτησης, αυτή, πέραν των στοιχείων που απαιτεί κάθε δικόγραφο κατά το άρ. 626 παρ. 2 ΚΠολΔ, πρέπει να αναγράφει και το όνομα του εκδότη της επιταγής, τη χρονολογία και τον τόπο εκδόσεως, το όνομα πληρωτή, τον τόπο πληρωμής, τον λήπτη της επιταγής, τους οπισθογράφους κατά σειρά, το όνομα του τελευταίου κομιστή της επιταγής, το ποσό της, τον χρόνο εμφάνισής της προς πληρωμή στην πληρώτρια Τράπεζα, τη νόμιμη και εμπρόθεσμη εμφάνιση<sup>50</sup>, το γεγονός της μη πληρωμής της επιταγής, την αιτία μη πληρωμής, τον αριθμό λογαριασμού στην πληρώτρια Τράπεζα και τον αύξοντα αριθμό της επιταγής. Η αίτηση πρέπει επίσης να αναφέρει τον τρόπο μεταβίβασης από τον αρχικό κομιστή στον αιτούντα, τη διατύπωση αιτήματος για έκδοση διαταγής πληρωμής, τη διατύπωση τυχόν παρεπομένων αιτημάτων (νόμιμοι τόκοι υπερημερίας, έξοδα, αμοιβή πληρεξουσίου δικηγόρου) και αιτήματος καταδίκης του καθού στη δικαστική δαπάνη και να υπογράφεται από δικηγόρο<sup>51</sup>.

Η διαταγή πληρωμής συνιστά εκτελεστό τίτλο (άρ. 631 και 904 παρ. 2 ΚΠολΔ), η δε εκτελεστότητα της είναι άμεση. Δεν προϋποθέτει, δηλαδή, προεπίδοσή της στον καθού ούτε η προθεσμία και η άσκηση της κατά το άρ. 632 παρ. 2 εδ. 1 ανακοπής αναστέλλουν καταρχήν την εκτέλεσή της. Η εκτελεστότητα αυτή όμως, μετά τη θέσπιση του άρ. 630Α, τελεί υπό τη διαλυτική αίρεση της μη επίδοσής της στον καθού εντός διμήνου από την έκδοσή της. Η εκτέλεση της διαταγής ακολουθεί τους κανόνες της εκτέλεσης των χρηματικών απαιτήσεων (άρ. 951 παρ. 1 ΚΠολΔ)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Πρέπει επίσης να αναφέρεται με ποιον από τους τρεις τρόπους κατά το άρ. 40 του Ν. 5960 βεβαιώθηκε η άρνηση πληρωμής από την Τράπεζα, αλλιώς η διαταγή πληρωμής ακυρώνεται. Βλ Εφ-Πειρ 1262/1997, Αρμεν 1998, 412

<sup>51</sup> Γεώργιος Τριανταφυλλάκης-Θεόδωρος Στίγκας, ο.π. σ.511. Βλ. και Ιωάννη Ι. Κεχρικό, ο.π., σ. 73-75

<sup>52</sup> Νικόλαος Θ. Νίκας, Εγχειρίδιο Δικαίου Ανα-

Πέραν από την επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης σε βάρος της περιουσίας του οφειλέτη, η διαταγή πληρωμής ανάγεται από τον νομοθέτη σε τίτλο για εγγραφή προσημείωσης υποθήκης και την επιβολή συντηρητικής κατάσχεσης στα χέρια του οφειλέτη ή τρίτου (άρ. 724 παρ. 1 ΚΠολΔ). Πρόκειται για δύο πολύ αποτελεσματικά ασφαλιστικά μέτρα, τα οποία μάλιστα μπορούν να επιβληθούν ακόμη και σωρευτικά. Επειδή δε επιβάλλονται χωρίς προηγούμενη κοινοποίηση της διαταγής πληρωμής, ο αντιδίκος αδυνατεί να προβεί σε οποιαδήποτε καταδολιευτική εκποίηση της περιουσίας του<sup>53</sup>.

Υποστηρίζεται, πάντως, ότι η αποζημίωση από την έκδοση ακάλυπτης επιταγής δεν μπορεί να ικανοποιηθεί με την έκδοση διαταγής πληρωμής, διότι δεν προκύπτει από έγγραφο (άρ. 623 ΚΠολΔ) η ύπαρξη υπαιτιότητας του εκδότη της επιταγής, που είναι αναγκαίος όρος για τη θεμελίωση αξίωσης αποζημίωσης<sup>54</sup>.

Κρίσιμη αναφορικά με την καταβολή της αποζημίωσης από αδικοπρακτική ευθύνη είναι η διάταξη του αρ.1047 παρ. 1 ΚΠολΔ, σύμφωνα με την οποία είναι δυνατή η επιβολή προσωποκράτησης για χρηματικές απαιτήσεις από αδικοπραξία άνω των 30.000 ευρώ. Για να διαταχθεί όμως προσωπική κράτηση, θα πρέπει η χρηματική αξίωση να παράγεται πρωτογενώς από αδικοπραξία, ενώ εάν συρρέει αναγωγική και αδικοπρακτική ευθύνη, προσωπική κράτηση δικαιολογεί μόνο η βάση για την αδικοπραξία<sup>55</sup>.

Όταν η ευθύνη από αδικοπραξία βαρύνει νομικο-γαστικής Εκτελέσεως, Β' Έκδοση, εκδ. Σάκκουλα, 2018, σ. 215

<sup>53</sup> Ιωάννης Ι. Κεχρικό, ο.π., σ. 100-102. Κατά την κρατούσα στη θεωρία άποψη η αναστολή της διαταγής πληρωμής κατά το άρ. 632 παρ. 2 ΚΠολΔ δεν επιτρέπει την επιβολή των κατά το άρ. 724 ασφαλιστικών μέτρων. Κατά την ορθότερη όμως άποψη, η αναστολή που διατάσσεται με το άρ. 632 δεν ενέχει αναγκαστικά και αναστολή με το άρ. 724, γιατί στο άρ. 632 παρ. 2 η αναστολή διατάσσεται αν πιθανολογείται κίνδυνος ανεπανόρθωτης βλάβης, ενώ στο άρ. 724 η αναστολή διατάσσεται, αν πιθανολογείται η εξόφληση ή η ανυπαρξία της απαίτησης, για την οποία έχει εκδοθεί η κρίσιμη διαταγή.

<sup>54</sup> Αθανάσιος Ι. Αθανασάς, Ακάλυπτη Επιταγή-Αγωγή Αποζημιώσεως και Έγκληση, Αντ.Ν. εκδ. Σάκκουλα, 2005, σ. 78

<sup>55</sup> Νικόλαος Θ. Νίκας, ο.π.,σ. 867

κό πρόσωπο, τότε σύμφωνα με το άρ. 1047 παρ. 3 ΚΠολΔ προσωποκρατούνται τα φυσικά πρόσωπα που το εκπροσωπούν σύμφωνα με το νόμο ή το καταστατικό. Ενώ η διάταξη εξαιρεί από την προσωπική κράτηση τους εκπροσώπους των ΑΕ, ΕΠΕ και ΙΚΕ, η νομολογία πάγια δέχεται ότι είναι νόμιμο το αίτημα για απαγγελία προσωπικής κράτησης κατά διαχειριστή ΕΠΕ ή κατά νόμιμου εκπροσώπου η διευθύνοντος συμβούλου ΑΕ ή εκπροσώπου ΙΚΕ, όταν πρόκειται για υποχρέωση από αδικοπραξία, με έρεισμα τον κατά τον άρ. 71 παρ. 2 ΑΚ αυτοτελή λόγο ευθύνης του νόμιμου αντιπροσώπου<sup>56</sup>.

### Επίλογος

Συμπερασματικά, ο κομιστής ακάλυπτης επιταγής διαθέτει στη φαρέτρα του ικανά όπλα, τόσο από άποψης ουσιαστικού όσο και δικονομικού δικαίου. Η αστική ευθύνη αποτελεί αναγκαίο συ-

μπλήρωμα της ποινικής, αλλά και ισάξια αυτής, είναι δε σε θέση να εξυπηρετήσει αποτελεσματικότερα το ιδιωτικό συμφέρον του κομιστή, λόγω της μεγαλύτερης ευελιξίας και των περισσότερων δυνατοτήτων ανάμεσα στις οποίες μπορεί να επιλέξει. Πρέπει όμως σε κάθε περίπτωση, ειδικά μετά την εισαγωγή του θεσμού της διαμεσολάβησης με τα άρ. 178 επ. του ν. 4512/2018, να δίνεται προτεραιότητα, όπου αυτό είναι δυνατό, στη διαμεσολαβητική επίλυση της διαφοράς. Είναι δε υποχρέωση του πληρεξουσίου δικηγόρου δυνάμει του άρ. 182 παρ. 3 του ν. 4512, να ενημερώνει εγγράφως τον εντολέα του για τη δυνατότητα αυτή, διαφορετικά κινδυνεύει με ποινή απαραδέκτου η συζήτηση της αγωγής ή άλλου ενδίκου βοηθήματος. Το προβάδισμα στην εξώδικη επίλυση των διαφορών αποτελεί όχι μόνο νομοθετική επιλογή, αλλά και μια λύση που ευνοεί όχι μόνο τα αντίπαλα μέρη από άποψη χρόνου, ευελιξίας και χρημάτων, αλλά συμβάλλει και στην πολυπόθητη αποσυμφόρηση των δικαστηρίων.

<sup>56</sup> Πελαγία Γέσιου-Φαλτσή, Αναγκαστική Εκτέλεση-Ειδικό Μέρος, εκδ. Σάκκουλα, 2001, σ. 482

## Ειδικές μορφές εγγύησης. Το κύρος της σύμβασης εγγύησης στο πλαίσιο των τραπεζικών συναλλαγών

Κουτσια Φωτεινή  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Το ρευστό νομοθετικό καθεστώς αναφορικά με την εγγύηση σε μη εξυπηρετούμενα δάνεια συνιστά ακόμα ένα μείζον ζήτημα που καλείται να αντιμετωπίσει η ελληνική πολιτεία, με σκοπό τη δίκαιη μεταχείριση του εγγυητή μη εξυπηρετούμενων δανείων.»**

### Εισαγωγή

Στη σύγχρονη εποχή που χαρακτηρίζεται από την έλλειψη ρευστότητας και της ανασφάλειας στις συναλλαγές, ο ΑΚ προβλέπει τον θεσμό της εγγύησης ως ισχυρό όπλο στα χέρια του δανειστή για την εξασφάλιση της απαίτησής του. Με το παρακάτω άρθρο επιχειρείται μια ενδοσκόπηση στο θεσμό της εγγύησης που ξεκινά με τα χαρακτηριστικά της εγγύησης και την εξέταση κάποιων ειδικών μορφών εγγύησης και κατόπιν εξετάζει τα προβλήματα της λειτουργίας του θεσμού στις τραπεζικές συναλλαγές και την επισφαλή θέση στην οποία περιέρχεται ο εγγυητής λόγω της αδύναμης οικονομικά θέσης του.

### Έννοια-Νομική φύση της σύμβασης εγγύησης

Σύμφωνα με την ΑΚ 847, με την σύμβαση εγγύησης ο εγγυητής αναλαμβάνει απέναντι στο δανειστή την ευθύνη ότι θα καταβληθεί η οφειλή. Εγγύηση είναι η σύμβαση με την οποία ο εγγυητής αναλαμβάνει απέναντι στον δανειστή του κύριου οφειλέτη ή πρωτοφειλέτη την υποχρέωση να εκπληρώσει την οφειλή του, εάν δεν το πράξει ο ίδιος. Ανήκει σε μια ευρύτερη κατηγορία ενοχών, τις εξασφαλιστικές σχέσεις. Με τον όρο «εξασφαλιστικές σχέσεις» εννοούμε την εξασφάλιση που δίνεται στον πιστοδότη ή δανειστή, δηλαδή την παροχή στη διάθεσή του περιουσιακών στοιχείων στα οποία αυτός θα ανατρέξει για να ικανοποιηθεί αν ο πιστούχος ή οφειλέτης δεν εξοφλήσει το χρέ-

ος από την πίστωση.<sup>1</sup> Χαρακτηριστικό της σύμβασης είναι ότι ο εγγυητής ευθύνεται για την καταβολή της οφειλής του με ολόκληρη την προσωπική του περιουσία<sup>2</sup>. Η ενοχή του εγγυητή προϋποθέτει πάντοτε την ύπαρξη κύριας οφειλής τρίτου. Αποτελεί δηλαδή εν ευρεία μορφή ανάληψη αλλότριας οφειλής. Πρόκειται για τριγωνική ενοχική σχέση καθώς δημιουργούνται οι εξής συμβατικοί δεσμοί: μεταξύ πρωτοφειλέτη -δανειστή, πρωτοφειλέτη -εγγυητή και εγγυητή - δανειστή. Ωστόσο, η εγγύηση καθ' αυτή είναι η σύμβαση μεταξύ εγγυητή και δανειστή<sup>3</sup>. Επίσης, είναι ενοχική σύμβαση, στην οποία ο δανειστής αποκτά ενοχική αξίωση κατά του εγγυητή και ετεροβαρής, διότι ο εγγυητής αναλαμβάνει δική του υποχρέωση, ενώ ο δανειστής δεν υποχρεούται σε παροχή απέναντι στον εγγυητή<sup>4</sup>. Από το σύνολο των διατάξεων που ρυθμίζουν την εγγύηση και ειδικότερα από τις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 850, 851 και 854 προκύπτει ο παρεπόμενος χαρακτήρας της σύμβασης, δηλαδή πως η ενοχή του εγγυητή είναι εξαρτημένη από την ενο-

<sup>1</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 12

<sup>2</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 17

<sup>3</sup> Απόστολος Καραγκουνίδης, Σύντομη ερμηνεία Αστικού Κώδικα, τόμος 1, Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 1615

<sup>4</sup> Νικόλαος Τ. Τριάντος, Αστικός κώδικας ερμηνεία κατ' άρθρο, Νομική Βιβλιοθήκη, σελίδα 1193

χή του πρωτοφειλέτη. Η εγγύηση δεν υφίσταται αυτοτελώς, αλλά συνδέεται με την κύρια οφειλή. Γι' αυτό το λόγο, ο εγγυητής υποχρεούται μόνο στην έκταση που υποχρεούται και ο πρωτοφειλέτης<sup>5</sup>.

Σύμφωνα με την ΑΚ 855 «ο εγγυητής μπορεί να αρνηθεί την ικανοποίηση του εγγυητή αν ο δανειστής δεν επιχειρήσει προηγουμένως αναγκαστική εκτέλεση εναντίον του οφειλέτη και αυτή έχει αποβεί άκαρπη (ένσταση διζήσεως)»<sup>6</sup>. Από την διάταξη αυτή διαφαίνεται ο επικουρικός χαρακτήρας της εγγύησης, που σημαίνει ότι ο εγγυητής δεν υποχρεούται προς πληρωμή αυτοτελώς αλλά κατ' αρχήν μόνο επικουρικά. Αυτό είναι σύμφωνο και με τον σκοπό της εγγύησης, που είναι η εξασφάλιση του δανειστή και όχι η δημιουργία ενός συνοφειλέτη εις ολόκληρον μαζί με τον πρωτοφειλέτη. Ωστόσο, επειδή ο επικουρικός χαρακτήρας δεν είναι αναγκαίο γνώρισμα της σύμβασης εγγύησης, χωρεί παραίτηση από την ένσταση διζήσεως, οπότε με βάση την ΑΚ 857 θα ευθύνεται ο εγγυητής ως αυτοφειλέτης, δηλαδή ως πρωτοφειλέτης<sup>7</sup>.

### Ειδικές μορφές εγγύησης

#### Μετεγγύηση

Πρόκειται για μια μορφή έμμεσης εξασφάλισης της ικανοποίησης του χρέος του πρωτοφειλέτη κατά την οποία ο μετεγγυητής αναλαμβάνει την υποχρέωση να ικανοποιήσει τον δανειστή σε περίπτωση που ο αρχικός εγγυητής δεν εκπληρώνει την υποχρέωση του από την σύμβαση εγγύησης<sup>8</sup>. Για την μορφή αυτή εγγύησης εφαρμόζονται οι διατάξεις του ΑΚ. Αναφορικά με την φύση της ενοχής, αυτή είναι επικουρική, καθώς η κύρια είναι αυτή του πρωτεγγυητή έναντι του δανειστή. Η μετεγγύηση είναι ισχυρή, εφόσον είναι έγκυρη η πρώτη εγγύηση<sup>9</sup>. Η ευθύνη διακρίνεται επίσης για

τον παρεπόμενο χαρακτήρα της, καθώς ο μετεγγυητής απαλλάσσεται όταν καταβάλλει είτε ο πρωτοφειλέτης είτε ο πρωτεγγυητής είτε όταν ελευθερώνεται ο πρωτεγγυητής. Αντίθετα, ο πρωτεγγυητής δεν απαλλάσσεται αν ελευθερωθεί ο μετεγγυητής, γιατί ο τελευταίος δεν ευθύνεται παράλληλα αλλά μετά τον εγγυητή. Επιπλέον «ο μετεγγυητής έχει ως προς τον εγγυητή όλα τα δικαιώματα του εγγυητή κατά του πρωτοφειλέτη»<sup>10</sup>. Εφόσον εφαρμόζονται οι διατάξεις για την εγγύηση, ο μετεγγυητής μπορεί να προτείνει ενστάσεις που έχει ο εγγυητής και ο πρωτοφειλέτης κατά του δανειστή (ΑΚ 853), όπως την ένσταση παραγραφής της ασφαλιζόμενης απαίτησης ή την ένσταση ακυρότητας της κύριας οφειλής<sup>11</sup>. Στην περίπτωση που ο μετεγγυητής πληρώσει τον δανειστή εφαρμόζεται η ΑΚ 858, δηλαδή υποκαθίσταται στα δικαιώματα του δανειστή κατά του πρωτεγγυητή. Ο πρωτοφειλέτης εναγόμενος από τον μετεγγυητή που κατέβαλε στον δανειστή μπορεί να αντιτάξει όλες τις ενστάσεις που είχε κατά του πρωτεγγυητή.

#### Αντεγγύηση

Αποτελεί εγγύηση που αναλαμβάνεται υπέρ ενός άλλου εγγυητή και θεμελιώνεται με σύμβαση μεταξύ πρώτου και δεύτερου εγγυητή. Ο αντεγγυητής αναλαμβάνει την υποχρέωση να ευθύνεται για την εκπλήρωση των αξιώσεων αναγωγής που έχει ο πρώτος εγγυητής απέναντι στον πρωτοφειλέτη. Στην μορφή αυτή εγγύησης εφαρμόζονται, επίσης, οι διατάξεις του ΑΚ για την εγγύηση<sup>12</sup>. Ο αντεγγυητής ευθύνεται έναντι του εγγυητή που ικανοποίησε την απαίτηση κατά του πρωτοφειλέτη στην έκτασή της έναντι του εγγυητή, λόγω ικανοποίησης αυτής της απαίτησης, οφειλής του πρωτοφειλέτη με βάση την διάταξη ΑΚ 851<sup>13</sup>. Συνιστά εγγύηση

πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 87

<sup>5</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο ειδικού ενοχικού δικαίου, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 432

<sup>6</sup> Όπως ακριβώς Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο ειδικού ενοχικού δικαίου, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 433

<sup>7</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 1650

<sup>8</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 1630

<sup>9</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των

<sup>10</sup> Όπως ακριβώς Βασίλης Αντ. Βαθρακοκόιλης, Αρεοπαγίτης, Ερμηνεία-Νομολογία Α.Κ (ΕΡΝΟΜΑΚ), τόμος Γ, Ημίτομος Γ, Ειδικό ενοχικό, (άρθρα 619-740) Αθήνα 2006, σελίδα 548

<sup>11</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 1645

<sup>12</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 88

<sup>13</sup> 10/1992, Ολομέλεια Αρείου Πάγου, Ελληνική Δικαιοσύνη 33(1992), σελίδα 758



για μελλοντική υποχρέωση διότι κύρια απαίτηση, όπου η αντεγγύηση έχει παρεπόμενο χαρακτήρα αποτελεί η αναγωγική απαίτηση του εγγυητή κατά του οφειλέτη που θα την απαιτήσει ο πρώτος εγγυητής, αν εκπληρώσει την οφειλή που εγγυήθηκε. Ο αντεγγυητής θα κληθεί να καταβάλλει μόνο όταν ο πρώτος εγγυητής ικανοποίησε τον δανειστή και άρα απέκτησε την αξίωση αναγωγής<sup>14</sup>. Με την ικανοποίηση της απαίτησης του εγγυητή από τον αντεγγυητή, ο τελευταίος αποκτά το δικαίωμα αναγωγής κατά του πρωτοφειλέτη και υποκαθίσταται στα δικαιώματα του δανειστή. Πιο συγκεκριμένα, ο αντεγγυητής αποκτά έναντι του πρωτοφειλέτη και τα δικαιώματα του εγγυητή κατά του πρωτοφειλέτη από την εσωτερική τους σχέση και τα δικαιώματα του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη που απέκτησε ο αρχικός εγγυητής με την ΑΚ858<sup>15</sup>.

#### Αναπληρωματική εγγύηση

«Πρόκειται για εγγύηση που δίνεται υπό τον όρο ότι ο εγγυητής θα ευθύνεται μόνο αν ο δανειστής δεν μπορεί να ικανοποιήσει την αξίωση του ούτε από τον πρωτοφειλέτη ούτε από την αξιοποίηση άλλων ασφαλειών»<sup>16</sup>. Συνιστά κανονική εγγύηση, διαφέρει όμως από αυτήν ως προς την αποδεικτική ελάφρυνση του εγγυητή, αφού στην κανονική εγγύηση ο εγγυητής είναι αυτός που προβάλλει την ένσταση διζήσεως και άρα αυτός που αποδεικνύει ότι ο δανειστής δεν έχει στραφεί πρώτα κατά του πρωτοφειλέτη, όπως θα όφειλε. Αντίθετα, «στην αναπληρωματική εγγύηση ο δανειστής πρέπει να ισχυρισθεί και να αποδείξει ότι έχει αναμείνει υπόλοιπο της ασφαλιζόμενης απαίτησης το οποίο δεν μπορεί να καλυφθεί από αλλού»<sup>17</sup>. Εξυπακούεται ότι θα πρέπει να έχει λάβει εκτελεστικά μέτρα κατά του πρωτοφειλέτη για να θεωρηθεί ότι δεν μπορεί πλέον να ικανοποιηθεί απ' αυτόν. Αναπληρωματική ευθύνη του εγγυητή υπάρχει μόνο εφόσον ο δανειστής επέδειξε την επιβεβλημένη επιμέλεια. Αν επέδειξε

αμέλεια κατά την προσπάθεια είσπραξης της απαίτησης του τότε ο αναπληρωματικός εγγυητής δεν ευθύνεται<sup>18</sup>.

#### **Όρια ευθύνης του εγγυητή στις τραπεζικές συναλλαγές**

Θα ισχύσουν οι προστατευτικές διατάξεις του δικαίου προστασίας καταναλωτών και στον εγγυητή:

Στην ΑΠΟΛ 13/2015 διασαφηνίσθηκαν κρίσιμα θέματα αφενός με το αν οι δανειολήπτες που συμβάλλονται με την Τράπεζα με σκοπό την εξυπηρέτηση επιχειρηματικών δραστηριοτήτων έχουν την ιδιότητα του καταναλωτή και αφετέρου αν προστατεύονται ως καταναλωτές οι εγγυητές υπέρ του δανειολήπτη και ιδίως αυτοί που εγγυήθηκαν ως αυτοφειλέτες, όταν δεν ενεργούν στο πλαίσιο επαγγελματικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητας. Το δικαστήριο αποφάνθηκε ότι «στην προστασία του ν.2251/1994 υπάγονται όχι μόνο οι τραπεζικές υπηρεσίες, που από την φύση τους απευθύνονται σε ιδιώτες πελάτες για την εξυπηρέτηση προσωπικών τους αναγκών, αλλά και αυτές που απευθύνονται σε επαγγελματίες... χωρίς να αποκλείεται στη συγκεκριμένη περίπτωση η εφαρμογή του 281 ΑΚ... κάθε φορά που η επίκληση της ιδιότητας του καταναλωτή εμφανίζεται ως καταχρηστική, όπως συμβαίνει, όταν ο δανειολήπτης... διαθέτει εμπειρία στο συγκεκριμένο είδος συναλλαγών ή έχει οικονομική επιφάνεια και οργανωτική υποδομή, ώστε να μπορεί να διαπραγματευτεί ισότιμα τους όρους της δανειακής σύμβασης»<sup>19</sup>. Επιπρόσθετα, μέχρι την αντικατάσταση του ν.2251/1994 από το ν.3587/2007 δεν υπήρχε στην ελληνική έννομη τάξη ρύθμιση προστασίας του εγγυητή ως καταναλωτή. Ωστόσο, ο παρεπόμενος χαρακτήρας της εγγυητικής σύμβασης έναντι της κύριας οφειλής βάσει του άρθρου 847 ΑΚ οδηγεί στο συμπέρασμα ότι όταν ο πρωτοφειλέτης συνάπτει σύμβαση δανείου, έχει την ιδιότητα του καταναλωτή και προστατεύεται από το νόμο 2251/1994, της ίδιας προστασίας πρέπει να τύχει και ο εγγυητής, διότι δε δικαιολογείται δυσμενέστερη αντι-

<sup>14</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 88

<sup>15</sup> 566/1974, Εφετείο Θεσσαλονίκης, Αρμενόπουλος 28(1974), σελίδα 709

<sup>16</sup> Όπως ακριβώς Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 89

<sup>17</sup> Όπως ακριβώς Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 89

<sup>18</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 89

<sup>19</sup> Όπως ακριβώς 13/2015, Ολομέλεια Αρείου Πάγου, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών, 1/2016, σελίδα 85

μετώπιση του εγγυητή από τον πρωτοφειλέτη.<sup>20</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 1 παράγραφος 4 του ίδιου νόμου, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 παράγραφος 5 του ν.3587/2007 στο προστατευτικό πεδίο αυτού εντάσσεται και κάθε φυσικό πρόσωπο που εγγυάται υπέρ καταναλωτή, εφόσον δεν ενεργεί στο πλαίσιο της επαγγελματικής ή επιχειρηματικής του δραστηριότητας. Επομένως, ο εγγυητής προστατεύεται με τις διατάξεις του δικαίου για την προστασία του καταναλωτή.

Εφόσον εμπίπτει ο εγγυητής στην έννοια του καταναλωτή, απολαμβάνει την προστασία που παρέχει ο έλεγχος των Γενικών Όρων Συναλλαγών(ΓΟΣ), δηλαδή των προδιατυπωμένων όρων που χρησιμοποιούνται σε αόριστο αριθμό μελλοντικών συμβάσεων<sup>21</sup>. Σύμφωνα με το άρθρο 2 παράγραφος 6 του ν.2251/1994, οι όροι αυτοί που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων απαγορεύονται και είναι άκυροι αν διαταράσσουν την ισορροπία δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών εις βάρος του καταναλωτή. Μέτρο ελέγχου ως προς το βαθμό διατάραξης αυτής της ισορροπίας συνιστά το ενδοτικό δίκαιο που ισχύει για την συγκεκριμένη σύμβαση<sup>22</sup>. Τα περιστατικά τα οποία διαταράσσουν την ισορροπία δικαιωμάτων και υποχρεώσεων πρέπει να προβάλλονται με ιδιαίτερη σαφήνεια για να μπορέσει ο δικαστής να κρίνει την καταχρηστικότητα ή μη του όρου<sup>23</sup>. Ενώ είναι επιτρεπτή η απόκλιση από το ενδοτικό δίκαιο, κατ' εξαίρεση απαγορεύεται απόκλιση από διατάξεις ενδοτικού χαρακτήρα που έχουν καθοδηγητικό ρόλο και σε περίπτωση άτυπων συναλλακτικών μορφών απόκλιση από τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που είναι ουσιώδη για την διατήρηση του σκοπού της σύμβασης και δημιουργούν δικαιολογημένες προσδοκίες στον πελάτη, δηλαδή όταν διαταράσσεται η εικόνα που αυτός έχει σχηματίσει με βάση τους κανόνες του ενδοτικού δικαίου για την συγκεκρι-

κριμένη σύμβαση<sup>24</sup>. Κατά τον έλεγχο του κύρους του περιεχομένου ενός ΓΟΣ πρώτα εξετάζεται αν αντίκειται σε απαγορευτική ρήτρα που περιλαμβάνεται στην ενδεικτική απαρίθμηση του καταλόγου του άρθρου 2 παράγραφος 7 του ν. 2251/1994 και σε περίπτωση που δεν εμπίπτει σε κάποια από τις *per se* καταχρηστικές ρήτρες του άρθρου αυτού, εξετάζεται κατά πόσο ο συγκεκριμένος όρος παραβιάζει το άρθρο 2 παράγραφος 6<sup>25</sup>.

#### Κύρος καθολικής εξασφαλιστικής ρήτρας

Στις συμβάσεις τραπεζικής εγγύησης απαντάται συνήθως η καθολική εξασφαλιστική ρήτρα υπό την μορφή ΓΟΣ. Η ρήτρα αυτή σημαίνει ότι ο εγγυητής υπόσχεται ότι θα καταβάλει όλες τις υφιστάμενες και μελλοντικές απαιτήσεις που θα προκύψουν από την σχέση δανειστή και πρωτοφειλέτη. Το κύρος μιας τέτοιας ρήτρας ελέγχεται και κατά τις γενικές διατάξεις εγείροντας ζήτημα ακυρότητας με βάση το άρθρο 179ΑΚ<sup>26</sup>. Επιπλέον, ελέγχεται και κατά τη διάταξη ΑΚ 372 λόγω αοριστίας της κύριας οφειλής. Σύμφωνα με την νομολογία, η σχετική ρήτρα φέρει απροσδόκητο χαρακτήρα, διότι ανατρέπει την εντύπωση που έχει σχηματίσει ο μέσος εγγυητής, ότι δηλαδή θα απεμπλακεί από την ευθύνη του σε περίπτωση που θα εξοφληθεί το χρέος, ενώ στην πραγματικότητα δεσμεύεται με όλη την περιουσία για την εξασφάλιση οποιασδήποτε απαίτησης προκύψει στο μέλλον στη σχέση μεταξύ δανειστή και οφειλέτη<sup>27</sup>.

#### Το ζήτημα ως προς το αν αποκτούν ισχύ όροι ακατανόητοι για τον εγγυητή και η αρχή της διαφάνειας

Σύμφωνα με το άρθρο 2 παράγραφος 1 του ν.2251/1994, οι γενικοί όροι δε δεσμεύουν τον

<sup>20</sup> 139/2018, Μονομελούς Εφετείου Θεσσαλονίκης, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών, 1/2018, σελίδα 1324

<sup>21</sup> 736/2018, Τριμελούς Εφετείου Θεσσαλονίκης, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών, 2018

<sup>22</sup> 736/2018, Τριμελούς Εφετείου Θεσσαλονίκης, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών 2018, σελίδα 1329

<sup>23</sup> 736/2018, Τριμελούς Εφετείου Θεσσαλονίκης, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών 2018, σελίδα 1330

<sup>24</sup> 139/2018, Μονομελούς Εφετείου Θεσσαλονίκης, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών, 2018, σελίδα 1325

<sup>25</sup> 75/2015, Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηλείας, Εφαρμογές Αστικού Δικαίου και Πολιτικής Δικονομίας, 6/2016, σελίδα 512

<sup>26</sup> Βασιλική Παπαδούλη, Ζητήματα κύρους της σύμβασης εγγύησης ιδίως στο πλαίσιο των τραπεζικών συναλλαγών, Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου 2017, σελίδα 214

<sup>27</sup> Βασιλική Παπαδούλη, Ζητήματα κύρους της σύμβασης εγγύησης ιδίως στο πλαίσιο των τραπεζικών συναλλαγών, Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου 2017, σελίδα 216

καταναλωτή, αν ο προμηθευτής δεν έδωσε στον καταναλωτή τη δυνατότητα να λάβει πραγματική γνώση του περιεχομένου αυτών. Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι οι όροι πρέπει να' ναι σαφείς, συγκεκριμένοι και κατανοητοί για το μέσο καταναλωτή, ο οποίος δε μπορεί να αντιληφθεί με ευκολία τη σημασία νομικών όρων, όπως για παράδειγμα την παραίτηση από την ένσταση διζήσεως, ούτε επίσης την παραπομπή σε αριθμούς άρθρων του ΑΚ<sup>28</sup>. Τέτοιοι όροι, όταν περιέχονται σε ΓΟΣ δεν αποκτούν συμβατική ισχύ. Με βάση την αρχή της διαφάνειας, οι γενικοί όροι θα πρέπει να διαφωτίζουν τον εγγυητή, ώστε αυτός να προβλέπει τον κίνδυνο που αναλαμβάνει. Οι όροι αυτοί πρέπει να διατυπώνονται σαφώς, με συγκεκριμένο και εύληπτο τρόπο για να μπορεί να τους αντιληφθεί ο καταναλωτής-εγγυητής<sup>29</sup>. Για παράδειγμα, συνιστά αδιαφανή όρο ότι ο εγγυητής θα ευθύνεται απεριόριστα, χωρίς δηλαδή να τίθεται στη σύμβαση ένα ποσοτικό μέτρο, διότι στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν μπορεί να προβλέψει τα όρια της ευθύνης του λόγω της ασάφειας και της αοριστίας<sup>30</sup>. Ο όρος αυτός είναι άκυρος σύμφωνα με το άρθρο 2 παράγραφος 6, διότι ανατρέπει την ισορροπία της σύμβασης εγγύησης.

#### Απαλλαγή του εγγυητή από τραπεζικό δάνειο

Τα άρθρα 862 και 863 ΑΚ συνιστούν εκφάνσεις της αρχής του παρεπομένου και ειδικούς αποσβεστικούς λόγους της ενοχής από την σύμβαση εγγύησης, πρώτον σε περίπτωση που η ικανοποίηση του εγγυητή από τον πρωτοφειλέτη κατέστη αδύνατη από πταίσμα του δανειστή και δεύτερον, σε περίπτωση που ο δανειστής παραιτήθηκε από ασφάλειες που υπήρχαν αποκλειστικά για την απαι-

τηση για την οποία δόθηκε η εγγύηση, με αποτέλεσμα τη ζημία του εγγυητή. Δικαιολογητικός λόγος των ευνοϊκών υπέρ του οφειλέτη ρυθμίσεων είναι οι αρχές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών που πρέπει να διέπουν τη σχέση μεταξύ δανειστή και εγγυητή με βάση την ΑΚ 288<sup>31</sup>. Με άλλα λόγια, ο δανειστής πρέπει να μεριμνήσει για την ικανοποίηση της απαίτησής του κατά του πρωτοφειλέτη και μ' αυτόν τον τρόπο μεριμνεί και για τα συμφέροντα του εγγυητή, δεδομένου ότι δεν θα ενεργοποιηθεί έτσι η ευθύνη του. Ο δανειστής που αδιαφορεί για την πρωτογενή του απαίτηση δεν κρίνεται άξιος προστασίας.

Στις τραπεζικές συναλλαγές η εγγύηση προσλαμβάνει ιδιαίτερο περιεχόμενο, διαφορετικό από την εγγύηση του ΑΚ. Είναι σύνηθες φαινόμενο στις τραπεζικές συμβάσεις ο εγγυητής να παραιτείται από τα ενδοτικού δικαίου δικαιώματά του, όπως για παράδειγμα από την ένσταση διζήσεως. Έτσι, η Τράπεζα μπορεί να στραφεί αδιακρίτως κατά την βούληση της από την αρχή και κατά του εγγυητή, όταν ιδίως θεωρεί ότι ο οφειλέτης δεν είναι φερέγγυος, με αποτέλεσμα εγγυητής και πρωτοφειλέτης να είναι εις ολόκληρον οφειλέτες<sup>32</sup>. Αποτελεί, επίσης, πάγια τραπεζική πρακτική, η υποβολή του εγγυητή σε παραίτηση και από την απαλλακτική ένσταση της διάταξης του άρθρου ΑΚ 862. Ωστόσο, σύμφωνα με την κρατούσα άποψη σε θεωρία και νομολογία, η παραίτηση αυτή περιορίζεται στα όρια που θέτει η ΑΚ 332 παράγραφος 1, η οποία εφαρμόζεται αναλογικά. Έτσι, η παραίτηση του εγγυητή ισχύει μόνο στην περίπτωση που η αδυναμία ικανοποίησης της απαίτησης οφείλεται σε ελαφρά αμέλεια του δανειστή. Η παραίτηση δεν ισχύει και ο εγγυητής απαλλάσσεται όταν το πταίσμα του δανειστή συνίσταται σε δόλο και βαριά αμέλεια<sup>33</sup>. Αν η παραίτηση περιέχεται σε όρο που δεν αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγματεύσεως, δηλαδή ΓΟΣ, τότε ούτε η παραίτηση από ελαφρά αμέλεια

<sup>28</sup> Γιώργος Μεντής, Τα όρια ευθύνης του εγγυητή στις τραπεζικές καταναλωτικές συμβάσεις, Προστασία του καταναλωτή στις τραπεζικές συναλλαγές, Ένωση Δικαίου Προστασίας Καταναλωτή, εκδόσεις Αντ.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελίδες 267 και 268

<sup>29</sup> Απόστολος Σ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν Σάκκουλας, σελίδα 46

<sup>30</sup> Γιώργος Μεντής, Τα όρια ευθύνης του εγγυητή στις τραπεζικές καταναλωτικές συμβάσεις, Προστασία του καταναλωτή στις τραπεζικές συναλλαγές, Ένωση Δικαίου Προστασίας Καταναλωτή, εκδόσεις Αντ.Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελίδα 271

<sup>31</sup> Ιωάννης Σ. Σπυριδάκης, Η ελευθέρωση του εγγυητή κατ' ΑΚ 862 και 863, Νέον Δίκαιον 29 (1973), σελίδα 153

<sup>32</sup> Βασίλης Δουβλής, Οι πρόσφατες νομολογιακές εξελίξεις στο πεδίο εφαρμογής των ΑΚ 862-863 στις τραπεζικές χρηματοδοτήσεις, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών 3/1998, 241

<sup>33</sup> Απόστολος Χελιδόνης, Η ΑΚ 862 ως μέσο προστασίας της αναγωγικής αξίωσης του εγγυητή. Διαθέσιμο στο [www.sakkoulas.gr](http://www.sakkoulas.gr)

επιτρέπεται<sup>34</sup>.

### Επίλογος

Στο παρόν άρθρο επιχειρήθηκε η εξέταση μερικών μόνο από τα προβλήματα που αντιμετωπίζει ο εγγυητής στο πλαίσιο των τραπεζικών συναλλαγών. Καθίσταται αναγκαία μία δικαιοπολιτικά ορθότερη θεώρηση της θέσης του εγγυητή και προστασίας αυτής, ιδίως στη σύγχρονη εποχή, όπου οι τράπεζες στρέφονται πλέον συχνότερα κατά αυτού για

να ικανοποιηθούν από την ατομική του περιουσία, καθώς είναι συχνότερη η αδυναμία εξόφλησης χρέους από τον πρωτοφειλέτη. Η περίπτωση κατά την οποία ο οφειλέτης μη εξυπηρετούμενων δανείων έχει υπαχθεί στο ν. 3869/2010, γνωστό και ως νόμο Κατσέλη, και έχει επέλθει περικοπή του χρέους του και ο εγγυητής καλείται να πληρώσει όλο το υπόλοιπο χρέος αναδεικνύει ακόμα περισσότερο την ανάγκη προστασίας του εγγυητή. Το ρευστό νομοθετικό καθεστώς αναφορικά με την εγγύηση σε μη εξυπηρετούμενα δάνεια συνιστά ακόμα ένα μείζον ζήτημα που καλείται να αντιμετωπίσει η ελληνική πολιτεία, με σκοπό τη δίκαιη μεταχείριση του εγγυητή μη εξυπηρετούμενων δανείων.

<sup>34</sup> Παντελίδου Δ. Καλλιρόη, Ο εγγυητής ως καταναλωτής -Η προστασία του εγγυητή απέναντι στο δανειστή, στον πρωτοφειλέτη και στον συνεγγυητή, Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου, 1/2013, 462

## Η προσβολή δικαιωμάτων της πνευματικής ιδιοκτησίας στο χώρο του διαδικτύου

Βιδάκη Αναστασία-Νεφέλη  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Είναι σίγουρο ότι όσο εξελίσσεται η τεχνολογία, τόσο θα προκύπτουν νομικά ζητήματα που θα πρέπει να διευθετηθούν. Αυτό φαίνεται να γίνεται αντιληπτό από τον ενωσιακό νομοθέτη που αρχίζει να προσαρμόζεται και να κινείται σε αυτό το πλαίσιο, με τον Έλληνα νομοθέτη να ακολουθεί ασθμαίνοντας.»**

### Πρόλογος

Η ταχεία διάδοση των πληροφοριών κατέστησε αν όχι ακατόρθωτη, έστω δυσχερέστατη την προστασία της πνευματικής δημιουργίας από τις παρεμβάσεις τρίτων. Λόγω της ταχύτητας, της άνευ όρων αυτής ελευθερίας απετράπη η έμμεση επιβράβευση του κόπου του δημιουργού, που κρίνεται αναγκαία για την καλλιτεχνική εξέλιξη και παραγωγή. Προκειμένου να ανθίσουν ξανά οι δυο τελευταίες, γεννήθηκε στον νομικό κόσμο η έννοια της πνευματικής ιδιοκτησίας. Η τελευταία προστατεύει τα έργα λόγου, τέχνης και επιστήμης, τα οποία συνιστούν απότοκο της πνευματικής διεργασίας του δημιουργού και χαρακτηρίζονται από μια πρωτότυπη σύλληψη και υλοποίηση. Τις τελευταίες δεκαετίες, παράλληλα με την εκτόξευση της δημιουργίας έργων που χρήζουν προστασίας από ενδεχόμενες προσβολές τρίτων, σημειώθηκε γεωμετρική πρόοδος της τεχνολογίας. Η εξέλιξη των ψηφιακών μέσων, η αναπαραγωγή εικόνων, ήχων και κειμένων εντός ολίγων δευτερολέπτων μετατράπηκε από ένα τεχνικό όραμα σε μια καθημερινότητα. Η κατάσταση αυτή, παρά τις θετικές εκφάνσεις της, εγκυμονεί ποικίλους κινδύνους για τα καλλιτεχνικά έργα, τα οποία βάλλονται από την ανεξέλεγκτη έκθεσή τους, χωρίς την απαιτούμενη άδεια, στο ψηφιακό περιβάλλον. Αυτό το φαινόμενο επιχείρησε να κατευνάσει ο νομοθέτης, τόσο ο ενωσιακός, όσο εν συνεχεία και ο έλληνας, με νομοθετικές μεταρρυθμίσεις ώστε να προσαρμοστεί στις επιταγές της ψηφιακής εποχής που βρίσκεται ακόμα στην ανατολή της.

### Η φύση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας

Προτού αναλυθούν οι μορφές που προσλαμβάνει η καταπάτηση των πνευματικών δικαιωμάτων σε ψηφιακό επίπεδο, κρίνεται σκόπιμη μια σύντομη αναφορά και παρουσίασή τους.

Τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας είναι, καταρχάς, απόλυτα, πράγμα που σημαίνει ότι παρέχουν στο δικαιούχο άμεση κι αποκλειστική εξουσία στο αντικείμενο του δικαιώματος και ότι έχουν ισχύ έναντι όλων (*erga omnes*)<sup>1</sup>. Γι' αυτό χρησιμοποιείται και ο όρος «ιδιοκτησία» για να περιγραφούν συνολικά τα δικαιώματα στα πνευματικά έργα, διότι είναι αντιτάξιμα κατά παντός. Ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης αναφέρεται στο σεβασμό της πνευματικής ιδιοκτησίας στο άρθρο 17, παρ. 2, περί προστασίας της ιδιοκτησίας. Αλλά, και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου έχει αναγνωρίσει ότι το έρεισμα των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας βρίσκεται στο άρθρο 1 του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, στο οποίο προστατεύεται το δικαίωμα της περιουσίας<sup>2</sup>. Είναι,

<sup>1</sup> Δημήτριος Η. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, 2<sup>η</sup> Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2009; Κωνσταντίνος Παναγόπουλος, Εισαγωγή στο δίκαιο και στο Αστικό Δίκαιο, Εκδόσεις Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 1999.

<sup>2</sup> Balan v. Moldova [2008], no. 19247/03, 24 April 2008; Melnychuk v. Ukraine (dec.) [2005], no.

επιπλέον, αποκλειστικά και συνεπώς ο φορέας τους δύναται να απαγορεύσει σε οποιοδήποτε τρίτο, πέραν των εξουσιοδοτημένων από τον ίδιο, την εκμετάλλευσή τους.

Η προστασία αφορά τόσο το δικαίωμα οικονομικής εκμετάλλευσης (περιουσιακό δικαίωμα) όσο και το δικαίωμα προστασίας του δημιουργικού δεσμού ανάμεσα στον καλλιτέχνη και το έργο του (ηθικό δικαίωμα), όπως αυτά διαγράφονται στον Ν. 2121/1993<sup>3</sup> περί πνευματικής ιδιοκτησίας. Ειδικότερα, στα άρθρα 3 και 5 ορίζονται οι εξουσίες που παρέχει στον δημιουργό το περιουσιακό δικαίωμα, δηλαδή τη δυνατότητα «να επιτρέπει ή να απαγορεύει την εγγραφή και αναπαραγωγή του έργου του, τη μετάφραση, διασκευή, προσαρμογή ή άλλη μετατροπή, τη διανομή όσον αφορά στο πρωτότυπο ή στα αντίτυπα (αντίγραφα) του έργου του, την εκμίσθωση και τον δημόσιο δανεισμό, τη δημόσια εκτέλεση του έργου του, τη ραδιοτηλεοπτική μετάδοση ή αναμετάδοση με οποιοδήποτε τρόπο, την παρουσίαση στο κοινό στην οποία περιλαμβάνεται και η διάθεση του έργου στο κοινό, καθώς και την εισαγωγή αντιτύπων σε ορισμένες περιπτώσεις». Το δικαίωμα παρακολούθησης αναγνωρίζεται και αυτό προς όφελος των δημιουργών των πρωτότυπων έργων τέχνης. Ταυτοχρόνως, είναι, όμως, σε θέση, εφόσον αυτό συνάδει με τις επιθυμίες και τις βλέψεις του, να χορηγήσει άδεια εκμετάλλευσης του δικαιώματος αυτού σε τρίτους. Εν αντιθέσει, το ηθικό δικαίωμα είναι ανεκχώρητο. Αυτό επιτρέπει στον δημιουργό να δημοσιεύει το έργο, να αναγνωρίζει την πατρότητά του επ' αυτού, να προστατεύει την ακεραιότητά του, να το προσπελαύνει και να υπαναχωρεί από συμβάσεις παραχώρησης του περιουσιακού δικαιώματός του.

Πέραν των προαναφερθέντων, τα συγγενικά δικαιώματα, εκείνα δηλαδή που αναγνωρίζονται σε συγκεκριμένες κατηγορίες δικαιούχων των οποίων η συνεισφορά χαρακτηρίζονται από δημιουργικότητα ή τεχνική επιδεξιότητα δίχως να πληρούνται οι προϋποθέσεις του πνευματικού έργου δίνουν

στους παραπάνω δικαιούχους την ικανότητα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν συγκεκριμένες πράξεις που προβλέπονται ειδικά στον νόμο, ενώ τους αναγνωρίζεται το δικαίωμα εύλογης αμοιβής.

Ο Έλληνας νομοθέτης επέλεξε το σύστημα προστασίας με επίκεντρο τον δημιουργό, όριο στο οποίο έθεσε τα 70 έτη μετά το θάνατό του, όπως προέβλεψε στο άρθρο 29 του Ν. 2121/1994. Για να διευκολύνει και να ενισχύσει μετέπειτα την καλλιτεχνική παραγωγή, την απήλλαξε από οποιαδήποτε διοικητική διαδικασία. Ως αποτέλεσμα, η προστασία επέρχεται αυτοδίκαια κατά τη δημιουργία και δεν απαιτείται η υποβολή της σε ορισμένο τύπο, δεν υπόκειται σε καμία διατύπωση, όπως δημοσίευση, ενσωμάτωση σε κάποιο υλικό φορέα ή κατάθεση.

Η προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών δικαιωμάτων στηρίζεται στην αρχή της εδαφικότητας, παρά την εναρμόνιση που έχει επιχειρηθεί σε ενωσιακό επίπεδο μέσω των Οδηγιών και των Κανονισμών<sup>4</sup>.

### Τρόποι προσβολής των πνευματικών δικαιωμάτων στο διαδίκτυο

Η έννοια της προσβολής των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών αυτών δεν καθορίζεται στον νόμο. Κατά γενική παραδοχή, ο ορισμός της προσβολής τους προκύπτει αναλογικά και συνδυαστικά και εν γένει μέσω ερμηνευτικών προσεγγίσεων από τις διατάξεις που αφορούν το αντικείμενο, το υποκείμενο και το περιεχόμενό τους. Έτσι, ως προσβολή νοείται κάθε πράξη που έχει αντικείμενο και περιεχόμενο όμοιο με το αντικείμενο και περιεχόμενο της πνευματικής ιδιοκτησίας, στο μέτρο που αυτά απολαμβάνουν έννομη προστασία, εφόσον η πράξη αυτή δε συντελείται από τον δικαιούχο ή με την παροχή της συναίνεσής του ή δεν εμπίπτει στους νόμιμους περιορισμούς του περιουσιακού δικαιώματος.

Βέβαια, η καταπάτηση των δικαιωμάτων αυτών στον ψηφιακό κόσμο λαμβάνει πολυδιάστατες μορφές. Ένα έργο, το οποίο είναι σε αναλογική μορφή δύναται να μετατραπεί σε ψηφιακή μορφή με ψηφιοποίηση, με την οποία καθίσταται δυνατή

28743/03, 3 September 2007; Dima v. Romania (dec.) [2005], no. 58472/00, 26 March 2007; PaefgenGmbH v. Germany (dec.) [2007], nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, 18 September 2007; Smith Kline & French Lab. Ltd. v. the Netherlands (dec.) [1990], no. 12633/87, 4 October 1990 ECtHR, διαθέσιμες στο: <http://hudoc.echr.coe.int/eng>.

<sup>3</sup> Άρθρο 3, άρθρο 4 Ν. 2121/1994

<sup>4</sup> Πιο συγκεκριμένα: Οδηγίες: 2001/29/EK, 2006/115/EK, 2001/84/EK, 93/83/ΕΟΚ, 2009/24/EK, 2004/48/EK, 96/9/EK, 2011/77/ ΕΕ, 2012/28/ΕΕ, 2014/26/ΕΕ, 2017/1564/ ΕΕ, 2000/31/EK, 98/84/EK; Κανονισμοί: (ΕΕ) Ν2017/1563, 2017/1128.

η επεξεργασία του από ηλεκτρονικό υπολογιστή και η μετάδοσή του. Η διαδικασία της ψηφιοποίησης δεν αντίκειται στην εξουσία διασκευής ούτε υπάγεται στην έννοια της αναπαραγωγής. Ωστόσο, κάθε πράξη εισόδου ψηφιακού υλικού στο διαδίκτυο χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς να συντρέχει λόγος περιορισμού της εξουσίας αναπαραγωγής θεωρείται προσβολή. Ένας από τους πλέον διαδεδομένους τρόπους παραβίασης των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας είναι η ανταλλαγή αρχείων μέσω ομότιμων δικτύων (peer-to-peer), μέσω συστημάτων που επιτρέπουν σε δυο υπολογιστές να μοιράζονται τους πόρους τους ισοδύναμα. Η απλή, ανώνυμη, γρήγορη, αλλά και άναρχη ροή των πληροφοριών μέσω τέτοιων τεχνολογιών συμβάλλει στην εύκολη ανάταξη των αρχείων τα οποία προστατεύονται με δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Μια χαρακτηριστική περίπτωση όπου είχε λάβει χώρα μια τέτοια προσβολή και πήρε μεγάλες διαστάσεις ήταν αυτή της Napster Inc., μιας εταιρίας που επέτρεπε την ανταλλαγή αρχείων μουσικής μέσω του συστήματος που αναφέραμε παραπάνω. Ως αποτέλεσμα, κολοσσοί της μουσικής βιομηχανίας κινήθηκαν εναντίον της και δικαιώθηκαν, διότι το Δικαστήριο δεν θεώρησε ότι η ανταλλαγή αυτή των αρχείων συγκαταλέγεται στις εξαιρετικές περιπτώσεις της εύλογης χρήσης για σκοπούς εκπαίδευσης, κριτικής, έρευνας ή μετάδοσης ειδήσεων όπως προβλέπεται στο 17 U.S.C. παρ. 107<sup>5</sup>. Ομοίως, συνιστούν περιπτώσεις προσβολών πράξεις από τελικούς χρήστες που τελούνται με την τηλεφόρτωση έργων (downloading) ή με τη ρευμάτωση δεδομένων συνεχούς ροής (streaming)<sup>6</sup> ή σε περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών αποθήκευσης δεδομένων με την τεχνική υπολογιστικού νέφους (cloud computing)<sup>7</sup>, με ορισμένες ιδιομορφίες όσον αφορά την έννομη προστασία

τους.

Κάθε πράξη διάθεσης με ψηφιακή κλήση που καθιστά το έργο προσιτό σε έναν ευρύτερο κύκλο προσώπων, υπάγεται πλέον στην αποκλειστική εξουσία του δημιουργού<sup>8</sup>. Παρ' όλα αυτά η απελευθέρωση της συσκευής με λειτουργικό σύστημα android και ο έλεγχός της (rooting), καθώς και η διαρκής και επανειλημμένη δημιουργία κρυφών αντιγράφων για την αποτελεσματική διαχείριση της κυκλοφορίας μέσω του διαδικτύου (caching), αλλά και το ψηφιακό ξεφύλλισμα ιστοσελίδων ή ιστότοπων στο πλαίσιο του διαδικτύου, το οποίο διακρίνεται από το ότι οι καλούμενες πληροφορίες δεν αποθηκεύονται κατά κανόνα στο σκληρό δίσκο του υπολογιστή (browsing) ως πράξεις που εμπεριέχουν φευγαλέα αναπαραγωγή, σύμφυτη της τεχνολογικής διαδικασίας, και κυρίως βοηθητική, δεν έχουν αυτόνομη οικονομική σημασία όπως απαιτεί το άρθρο 28B του Ν. 2121/1993 και συνεπώς, δεν αποτελούν πράξεις προσβολής της πνευματικής ιδιοκτησίας<sup>9</sup>.

### Έννομη προστασία

Σε περίπτωση προσβολής, ο νόμος προβλέπει αστικές και ποινικές κυρώσεις, τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, ρυθμίσεις για την απόδειξη της προσβολής και σε ορισμένες περιπτώσεις διοικητικές κυρώσεις, που διαφαίνονται στα άρθρα 66 επ. του Ν. 2121/1993. Όποιος υπαίτιος προσβάλλει την πνευματική ιδιοκτησία ή τα συγγενικά δικαιώματα άλλου υποχρεούται σε αποζημίωση και ικανοποίηση της ηθικής βλάβης, βάσει των άρθρων 914 και 919 ΑΚ, αφού μια τέτοια προσβολή θεωρείται αδικοπράξια στον νομικό κόσμο. Η αποζημίωση δεν μπορεί να είναι κατώτερη από το διπλάσιο της αμοιβής που συνήθως ή κατά νόμο καταβάλλεται για το είδος της εκμετάλλευσης που έκανε χωρίς την άδεια ο υπόχρεος. Ειδικά, στην περίπτωση που υφίσταται προσβολή δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας στο διαδίκτυο, η οποία φέρει στοιχεία αλλοδαπότητας, το εφαρμοστέο δίκαιο για την αδικοπράξια ενοχή είναι το δίκαιο της χώρας, στην οποία επήλθε η ζημία, βάσει του άρθρου 4 παρ. 1

<sup>5</sup> Case Study: A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., διαθέσιμο στο: <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/case-study-am-records-inc-v-napster-inc/?fbclid=IwAR2aiRBJwbJurRjZ7jW6NbQ396DVNgDjPHt5Wz-giplw3wzsqDKTIErh7as>

<sup>6</sup> Broadcasting Companies, Inc. v. Aereo, Inc., διαθέσιμο στο: <https://www.ipwatchdog.com/2014/06/25/scotus-streaming-tv-over-internet-is-copyright-infringement/id=50172/?fbclid=IwAR2aiRBJwbJurRjZ7jW6NbQ396DVNgDjPHt5Wz-giplw3wzsqDKTIErh7as>

<sup>7</sup> Eng'g, Inc. v. Robotic Vision Sys., 208 F.3d 981, 986 (Fed. Cir. 2000)

<sup>8</sup> Μ. Θ. Μαρίνος, Ζητήματα χρήσης και εκμετάλλευσης έργων στο διαδίκτυο (internet), ΕΕμπΔ 2004, σ. 483 επ..

<sup>9</sup> Ε. Διαμάντη, Ευθύνη των μεσαζόντων παροχής υπηρεσιών στο διαδίκτυο κατά το ΠΔ 131/2003, ΔΕΕ 2010, σ. 986 επ.

του Κανονισμού (ΕΚ) 864/2007 της 11ης Ιουλίου 2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές («Ρώμη Π»)<sup>10</sup>.

Πέραν της γενικής προστασίας, έχει προβλεφθεί με πρόσφατη νομοθετική μεταβολή (άρθρο 52 του Ν. 4481/2017- ΦΕΚ 100/Α/20-07-2017) και συγκεκριμένα, με προσθήκη στον νόμο-πλαίσιο για το δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας (Ν. 2121/1993) του άρθρου 66Ε με τίτλο «Κυρώσεις για προσβολές δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων στο διαδίκτυο») ταχεία διοικητική διαδικασία για την διακοπή πρόσβασης σε ιστοτόπους, που φιλοξενούν παρانونώς προστατευόμενα πνευματικά έργα. Αρμόδια για την έκδοση των αποφάσεων αυτών ορίστηκε μια Επιτροπή για τη γνωστοποίηση διαδικτυακής προσβολής δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων, η οποία συνεπικουρείται από τον Οργανισμό Πνευματικής Ιδιοκτησίας. Η διοικητική διαδικασία του άρθρου 66Ε του Ν. 2121/1993 εκκινείται με την υποβολή είτε αυτοπροσώπως είτε και ηλεκτρονικά αίτησης για την άρση της προσβολής του προστατευόμενου δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας ενώπιον της σχετικής διοικητικής επιτροπής. Σύμφωνα με τη ρύθμιση, εάν η Επιτροπή διαπιστώσει την προσβολή δικαιώματος, καλεί τους αποδέκτες της γνωστοποίησης να απομακρύνουν το περιεχόμενο που προσβάλλει το δικαίωμα από την ιστοσελίδα στην οποία αυτό έχει αναρτηθεί παράνομα ή να διακόψουν την πρόσβαση σε αυτό. Εάν η ιστοσελίδα στην οποία βρίσκεται το περιεχόμενο φιλοξενείται σε διακομιστή (server) που βρίσκεται εντός της ελληνικής επικράτειας, η Επιτροπή καλεί τους αποδέκτες της γνωστοποίησης να απομακρύνουν το συγκεκριμένο περιεχόμενο. Σε περίπτωση προσβολών μεγάλης κλίμακας, η Επιτροπή μπορεί να αποφασίσει αντί για την απομάκρυνση του περιεχομένου τη διακοπή της πρόσβασης σε αυτό εντός της Ελληνικής Επικράτειας. Αν η ιστοσελίδα φιλοξενείται σε διακομιστή εκτός της Ελληνικής Επικράτειας, η Επιτροπή καλεί τον συγκεκριμένο κάθε φορά πάροχο πρόσβασης στο διαδίκτυο να διακόψει την πρόσβαση στο πε-

ριεχόμενο<sup>11</sup>. Σε περίπτωση μη συμμόρφωσης προς το διατακτικό της απόφασης, η Επιτροπή επιβάλλει πρόστιμο<sup>12</sup>.

Η διαδικασία αυτή ρητά κατά το άρθρο 66Ε παρ. 1 του Ν. 2121/1993 δεν εφαρμόζεται στις μεθόδους της τηλεφόρτωσης έργων (downloading), της ρευμάτωσης δεδομένων συνεχούς ροής (streaming), της ανταλλαγής αρχείων μέσω ομότιμων δικτύων (peertopeer) και της αποθήκευσης δεδομένων με την τεχνική υπολογιστικού νέφους (cloudcomputing) που αναλύθηκαν παραπάνω. Μελλοντικά, είναι αρκετά πιθανή η επέκταση της εφαρμογής της διαδικασίας και σε τέτοιες μορφές κοινοποίησης αρχείων, καθώς δεν υφίστανται λόγοι δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογούν τον αποκλεισμό από τη διαδικασία.

Πέραν τούτου, από τη μία πλευρά, οι πάροχοι πρόσβασης στο διαδίκτυο απαλλάσσονται από οποιαδήποτε ευθύνη σε σχέση με παράνομες πράξεις, οι οποίες τελούνται δια της μεταδιδόμενης πληροφορίας μέσω των δικτύων τους. Αυτό, βέβαια, δεν είναι απόλυτο, αφού μπορούν να επιβληθούν σε αυτούς με δικαστική απόφαση ή διοικητική πράξη μέτρα για την παύση ή την πρόληψη τυχόν παραβάσεων σε σχέση με τη διαδικτυακά διακινούμενη πληροφορία<sup>13</sup>, όπως η απομάκρυνση παράνομων πληροφοριών, τις οποίες φιλοξενούν στα δίκτυα τους, ή η απενεργοποίηση της πρόσβασης σ' αυτές, εφόσον φιλοξενούνται σε άλλα δίκτυα. Στον αντίποδα, η ρύθμιση του άρθρου 14 του ΠΔ 131/2003 (ΦΕΚ Α-116/16-5-2003) περί ηλεκτρονικού εμπορίου και νομικές πτυχές της κοινωνίας της πληροφορίας αποκλείει την επιβολή υποχρέωσης γενικευμένου «φιλτραρίσματος», ανεξαρτήτως του τρόπου με τον οποίο γίνεται, αφού κάτι τέτοιο θα αντίκειται στο δικαίωμα πρόσβασης στην κοινω-

<sup>11</sup> Προσβολή Πνευματικής Ιδιοκτησίας στο διαδίκτυο: Όσα χρειάζεται να γνωρίζετε για τη νέα διαδικασία notice and takedown , διαθέσιμο στο: <https://www.lawspot.gr/nomikes-pliροφοries/voithitika-kemena/prosvoli-pneymatikis-idioktisias-sto-diadiktyo-osa-hreizetai>

<sup>12</sup> Προσβολή Δικαιωμάτων Πνευματικής Ιδιοκτησίας στο Διαδίκτυο: Η Διοικητική Προστασία, διαθέσιμο στο: <https://lawandtech.eu/2017/08/24/piracy-black-list/>

<sup>13</sup> Α. Μπούμα, Ο ρόλος των παροχών πρόσβασης στο διαδίκτυο σε σχέση με την εφαρμογή του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας, Δίκαιο Μέσων ενημέρωσης και Επικοινωνίας, 2009, σ. 491 επ..

<sup>10</sup> 6006/2010, ΠΠρΑΘ, 10369/2009, ΠΠρΘεσ διαθέσιμες στο ΤΝΠ ΔΣΑ, 2166/2011 ΜΠρΠειρ, 60/98 ΝοΒ, διαθέσιμες στο: <http://lawdb.intrasoft-net.com>.



νία της πληροφορίας<sup>14</sup>, που κατοχυρώνεται τόσο στο Σύνταγμα όσο και στο Ενωσιακό Δίκαιο. Από την άλλη πλευρά, είναι καθ' όλα νοητή η διακοπή πρόσβασης σε συγκεκριμένες ιστοσελίδες κάποιου ιστότοπου, όπου εμπεριέχεται το παράνομο περιεχόμενο, η οποία ζητείται από τον δικαιούχο με την άσκηση των ενδίκων μέσων του Ν. 2121/1993<sup>15</sup>. Λόγω των ευρύτατων εξουσιών των διαμεσολαβητών, οι δικαιούχοι έχουν την επιπρόσθετη δυνατότητα αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά αυτών που για λογαριασμό τρίτου συντείνουν στην προβολή του προστατευόμενου έργου ή άλλου προστατευόμενου αντικειμένου εντός δικτύου τόσο βάσει του άρθρου 64Α Ν. 2121/1993 όσο και βάσει της Οδηγίας 2001/29 και της οικείας νομολογίας του ΔΕΕ<sup>16</sup>. Αυτή η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων για την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας ώστε να υποχρεωθούν οι πάροχοι υπηρεσιών πρόσβασης να καταστήσουν αδύνατη στους συνδρομητές τους την πρόσβαση σε ιστοσελίδα που φορτώνονται έργα χωρίς τη σχετική άδεια, για τα οποία υφίστανται σχετικά δικαιώματα, είναι νόμιμη, καθόσον η παραδοχή της δεν οδηγεί σε απόλαυση του ασφαλίστέου ουσιαστικού δικαιώματος με την πλήρη ικανοποίησή του, ούτε στη δημιουργία αμετάκλητης κατάστασης<sup>17</sup>, και αυτό διότι δεν ταυτίζεται με το αντικείμενο της οριστικής δικαστικής προστασίας, αφού η αιτούμενη προστασία αποτελεί γνήσιο ασφαλιστικό μέτρο δια παραλείψεως<sup>18</sup>.

### Επίλογος

Είναι σίγουρο ότι όσο εξελίσσεται η τεχνολογία, τόσο θα προκύπτουν νομικά ζητήματα που θα πρέπει να διευθετηθούν. Αυτό φαίνεται να γίνεται αντιληπτό από τον ενωσιακό νομοθέτη που αρχίζει να προσαρμόζεται και να κινείται σε αυτό το πλαίσιο, με τον Έλληνα νομοθέτη να ακολουθεί ασθμαίνοντας. Τα άυλα αγαθά που προστατεύει ο θεσμός της πνευματικής ιδιοκτησίας συνάδουν αφενός με τον άυλο ψηφιακό χώρο, στον οποίο κυριαρχεί μια διαδικτυακή «αναρχία», τα οποία όμως ταυτοχρόνως καθίστανται πόνια στα χέρια όσων εποφθαλμιούν να τα εκμεταλλευτούν.

<sup>14</sup> C-369/10, SABAM vs Netlog NV, 16 Φεβρουαρίου 2012, σκέψεις 26-52; C-70/10, ScarletExtended SA vs SABAM, 24 Νοεμβρίου 2011, σκέψεις 29-54, ΔΕΕ, διαθέσιμο στο: Eur-Lex.

<sup>15</sup> 19 Φεβρουαρίου 2009, C-557/07 LSG vs Tele2, σκέψεις 30-47, ΔΕΕ, διαθέσιμο στο: Eur-Lex, *Ι. Ιγγλεζάκης*, Το δίκαιο του ηλεκτρονικού εμπορίου (επιτομή), Π.Ν. Σάκκουλας, 2009, σ. 234 επ.; *Ι. Καρακώστας*, Δίκαιο και INTERNET- Νομικά Ζητήματα του Διαδικτύου, Π.Ν. Σάκκουλας, 2009, σ. 192 επ.; *Ε. Παπακωνσταντίνου*, Νομικά Θέματα Πληροφορικής, Σάκκουλας, 2006, σ. 408 επ.; *Λ. Κοτσίρης*, Νόμος για την πνευματική ιδιοκτησία κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν.2121/1993, Σάκκουλα 2017; *Τ.Ε. Συνοδινού*, Πνευματική ιδιοκτησία και νέες τεχνολογίες, Σάκκουλας, 2008, σ. 301-306.

<sup>16</sup> C-557/07 LSG vs Tele2, 19 Φεβρουαρίου 2009, σκέψεις 42-46, ΔΕΕ, διαθέσιμο στο: Eur-Lex.

<sup>17</sup> 4957/2010, ΜΠρΠειρ, διαθέσιμο στο: <http://lawdb.intrasoftnet.com>.

<sup>18</sup> 4658/2012, ΜΠρΑθ, διαθέσιμο στο: <https://>

[www.karagiannislawfirm.gr/rss2/630-paranomi-diakinisi-pneumatikon-ergon-meso-internet](http://www.karagiannislawfirm.gr/rss2/630-paranomi-diakinisi-pneumatikon-ergon-meso-internet).

## Ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής από τραπεζική πιστωτική σύμβαση

Παπαχρήστου-Δημητράς Κωνσταντίνος  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Αν ο οφειλέτης επικαλεστεί με την ανακοπή του και αποδείξει ότι είναι άκυρος όρος της σύμβασης, δυνάμει της οποίας έχει επιβαρυνθεί η οφειλή του με επιπλέον χρηματικά ποσά πέραν του κεφαλαίου, όπως τόκους και έξοδα τα οποία έχουν ανατοκισθεί, κεφαλαιοποιηθεί και επανατοκισθεί, με συνέπεια να καθίσταται ανέφικτος ο διαχωρισμός και η αφαίρεσή τους από τη συνολική απαίτηση με απλούς μαθηματικούς υπολογισμούς, αμφισβητεί όχι μόνο το εκκαθαρισμένο της απαίτησης, αλλά και την έγγραφη απόδειξη της.»**

### Ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής

Η ανακοπή του άρθρου 632 ΚΠολΔ αποτελεί ειδική μορφή ανακοπής των άρθρων 583 επ. ΚΠολΔ και ασκείται με κατάθεση δικογράφου στην γραμματεία του αρμόδιου δικαστηρίου και επίδοση αντιγράφου στον καθ' ου εντός της προθεσμίας των 15 εργάσιμων ημερών. Ο ανακόπτων μπορεί να ζητήσει αναστολή κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων από το δικαστήριο που εξέδωσε την διαταγή πληρωμής. Η ανακοπή αυτή κατευθύνεται στην ακύρωση του εκτελεστού τίτλου της διαταγής πληρωμής και στηρίζεται σε λόγους που αφορούν τις τυπικές προϋποθέσεις έκδοσης της ή την ουσιαστική βασιμότητά της απαίτησης και εκδικάζεται κατά την ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών (614 επ. ΚΠολΔ)<sup>1</sup>.

### Το ορισμένο των λόγων ανακοπής

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 623 ΚΠολΔ, η απαίτηση πρέπει να αποδεικνύεται με δημόσιο ή ιδιωτικό έγγραφο, τα δε έγγραφα αυτά πρέπει να επισυνάπτονται στην αίτηση για την έκδοση διαταγής πληρωμής<sup>2</sup>. Αν ο οφειλέτης αμφισβητήσει το εκκαθαρισμένο της απαίτησης για την οποία εκδόθηκε διαταγή πληρωμής, δεν απαιτείται

για το ορισμένο του λόγου αυτού να προσδιορίσει και το ύψος στο οποίο θα ανερχόταν, εφόσον η απαίτηση ήταν εκκαθαρισμένη<sup>3</sup>, καθώς το βάρος της συνδρομής των θετικών και αρνητικών προϋποθέσεων έκδοσης διαταγής πληρωμής φέρει ο δανειστής, αλλά αρκεί μόνο να δημιουργήσει αμφιβολία στο δικαστήριο.

Αν ο οφειλέτης επικαλεστεί με την ανακοπή του και αποδείξει ότι είναι άκυρος όρος της σύμβασης, δυνάμει της οποίας έχει επιβαρυνθεί η οφειλή του με επιπλέον χρηματικά ποσά πέραν του κεφαλαίου, όπως τόκους και έξοδα τα οποία έχουν ανατοκισθεί, κεφαλαιοποιηθεί και επανατοκισθεί, με συνέπεια να καθίσταται ανέφικτος ο διαχωρισμός και η αφαίρεσή τους από τη συνολική απαίτηση με απλούς μαθηματικούς υπολογισμούς, αμφισβητεί όχι μόνο το εκκαθαρισμένο της απαίτησης, αλλά και την έγγραφη απόδειξη της<sup>4</sup>. Διαφορετικά η διαταγή πληρωμής θα ακυρωθεί λόγω του ότι η αίτηση επί της οποίας εκδόθηκε ήταν ουσία αβάσιμη. Η αντίθετη άποψη<sup>5</sup>, κατά την οποία ο ανακόπτων

<sup>3</sup> ΕφΠειρ 711/2011, ΕφΠειρ 5/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>4</sup> ΑΠ 1356/2012, ΠολΠρΡοδ 177/2018, ΕιρΑργ 290/2017, ΜονΠρΤρικ 38/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>5</sup> ΑΠ 2210/2013 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ «Για το ορισμένο του σχετικού λόγου της ανακοπής, που έχει χαρακτήρα ένστασης, δεν αρκεί η αμφισβήτηση του ύψους της απαίτησης, αλλά πρέπει να προσδιορίζεται κατά τρόπο σαφή και ορισμένο ποιο μέρος

<sup>1</sup> Νικόλαος Θ. Νίκας, Εγχειρίδιο Δικαίου Αναγκαστικής εκτελέσεως, Εκδόσεις Σάκκουλα 2018, σ.358-361

<sup>2</sup> ΑΠ 299/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

πρέπει να προσδιορίσει το ποσό κατά το οποίο είναι ανεκκαθάριστη η απαίτηση, προκειμένου να είναι ορισμένος ο σχετικός λόγος ανακοπής, συνεπάγεται την ανεπίτρεπτη κεκαλυμμένη αντιστροφή του βάρους απόδειξης.

### Νέος ορισμός της έννοιας του καταναλωτή

Με την παρ. 5 του άρθρου 100 του πρόσφατου Ν. 4512/2018 τροποποιήθηκε η νομοθετημένη ευρεία έννοια του καταναλωτή του άρθρου 1 παρ. 4α Ν. 2251/1994 και υιοθετήθηκε η στενή εκδοχή των ενωσιακών Οδηγιών ως εξής: «1. Καταναλωτής (νοείται) κάθε φυσικό πρόσωπο το οποίο ενεργεί για λόγους οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα». Με τις νέες ρυθμίσεις τροποποιούνται σημαντικά οι αξιολογικές εκτιμήσεις της προηγούμενης νομοθεσίας και νομολογίας. Από τις νέες διατάξεις προκύπτουν δύο διαπιστώσεις: «Πρώτον, ότι ο νομοθέτης δεν θέλει πλέον να εναποθέσει στην κατ' ΑΚ 281 διορθωτική επέμβαση του δικαστή την αποφυγή καταχρηστικής επίκλησης του ευρέος ορισμού του καταναλωτή από μεγάλες επιχειρήσεις και, γι' αυτό, στενεύει τον ίδιο τον ορισμό του καταναλωτή. Δεύτερον, ότι για να επεκτείνει την παροχή προστασίας και στους -μη καταναλωτές πλέον- επαγγελματίες ως κριτήριο την έννοια του «τελικού αποδέκτη», αυτή τη φορά όμως όχι μόνη της αλλά συνοδευόμενη και από ένα κριτήριο μεγέθους, το οποίο συνδέει με μια από τις πλέον αμφισβητούμενες στο εμπορικό δίκαιο έννοιες, αυτήν της "πολύ μικρής επιχείρησης" ή "πολύ μικρής οντότητας"»<sup>6</sup>.

του επιτασσόμενου με την ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής ποσού αφορά στον επικαλούμενο ως παράνομο υπολογισμό τόκων, εισφορών κτλ., ώστε να είναι δυνατός ο έλεγχος της βασιμότητας του σχετικού ισχυρισμού και σε θετική περίπτωση να καθοριστεί το πραγματικά οφειλόμενο ποσό, δεδομένου ότι η τυχόν ακυρότητα κάποιου κονδυλίου συνεπάγεται ακυρότητα αντίστοιχου ποσού της προσβαλλόμενης διαταγής πληρωμής, η οποία αποτελείται από περισσότερες χρηματικές απαιτήσεις, χωρίς να πλήττει αυτή στο σύνολό της», Βλ. επίσης ΕφΑθ 3582/2011 αδημ., ΕφΑθ 227/2012 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

<sup>6</sup> Όπως ακριβώς Γεώργιος Ι. Δέλλιος, Η νέα έννοια του «καταναλωτή» και ο ανακαθορισμός του υποκειμενικού πεδίου προστασίας, Νομικά χρονικά, ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΜΑΪΟΣ - ΙΟΥΝΙΟΣ 2017 - ΤΕΥΧΟΣ

Σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις του Ν.4512/2018 που τροποποίησε τον Ν.2251/1994 ορίζεται ότι «Τα άρθρα 100 έως 110 δεν εφαρμόζονται στις συμβάσεις που έχουν συναφθεί έως την έναρξη ισχύος των άρθρων αυτών, όπως αυτή προβλέπεται στο άρθρο 126 του παρόντος, παρά μόνο στις ανανεώσεις των συμβάσεων αυτών», ενώ το Άρθρο 126 του ιδίου νόμου ορίζει ότι η ισχύς των άρθρων 100 έως 109, αρχίζει δύο (2) μήνες μετά την δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ήτοι στις 18.03.2018.

### Το ζήτημα της μερικής ή ολικής ακυρότητας

Η κρατούσα γνώμη στη νομολογία δέχεται ότι όταν γίνει δεκτός ένας λόγος ανακοπής που αφορά κάποιο κονδύλιο της διαταγής πληρωμής, η διαταγή πληρωμής ακυρώνεται εν μέρει, μόνο ως προς το κονδύλιο αυτό<sup>7</sup>. Μέρος της νομολογίας προβαίνει, ωστόσο, σε ολική ακύρωση της διαταγής πληρωμής, με το σκεπτικό ότι πρόκειται για αναζήτηση κατά το χρόνο της κατάρτισης των συμβάσεων της υποθετικής βούλησης των μερών, δηλαδή της βούλησης που θα είχαν αυτά αν γνώριζαν την ακυρότητα του άκυρου μέρους<sup>8</sup>. Προϋποτίθεται, συνεπώς, άγνοια των μερών, κατά το χρόνο σύναψης της δικαιοπραξίας, η οποία συνήθως είναι αυτονόητη, αφού για τον απλό πολίτη είναι αδιανόητο να παρακολουθεί στενά τη νομολογία και να κατανοήσει τους δυσνόητους νομικούς και οικονομικούς όρους. Τέλος, κάθε δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να ελέγχει αυτεπάγγελτα την καταχρηστικότητα των Γενικών Όρων Συναλλαγών, όπως επανειλημμένα έχει κρίνει το ΔΕΚ<sup>9</sup> (νυν ΔΕΕ).

### Παραδείγματα καταχρηστικών όρων

#### Υπολογισμός τόκων με έτος 360 ημερών

Με την υπ' αριθ. Ζ1-798/25-06-2008 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης αποφασίστηκε η απαγό-

95, διαθέσιμο στο: <https://www.nomikaxronika.gr/article.aspx?issue=95>

<sup>7</sup> ΕφΘεσ 3/2017 Αρμ 71 (2017), 602· ΕφΑθ 1778/2010, Αρμ 64 (2010), 1829 επ.

<sup>8</sup> ΜονΠρΘεσ 3320/2015, ΕιρΜεγαρ 15/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>9</sup> ΔΕΚ 27.6.2000 Oceano Quintero C-240/98, Συλλ. 2000, ΔΕΚ 4.6.2009 Pannon GSM/Sustikne Cy rfi Συλλ. 2009, ΔΕΚ 9.11.2010 VB Penzugyl L/F Schneider, C-137/2008, Συλλ. 2010

ρευση αναγραφής των γενικών όρων συναλλαγών, που έχουν κριθεί ως καταχρηστικοί με συγκεκριμένες αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις επί αγωγών ενώσεων καταναλωτών, σε τρεις κατηγορίες συμβάσεων, που συνάπτουν τα πιστωτικά ιδρύματα με τους καταναλωτές, και συγκεκριμένα σε: α) συμβάσεις στεγαστικών δανείων β) συμβάσεις χορήγησης πιστωτικών καρτών και γ) συμβάσεις λογαριασμού κατάθεσης.

Με την υπ' αριθ. 430/2005 απόφαση του Αρείου Πάγου κρίθηκε ότι ο υπολογισμός του τόκου με βάση το έτος 360 ημερών προσκρούει στην αρχή της διαφάνειας που θεμελιώνεται στο άρθρ. 2 παρ. 6 Ν.2251/1994 και επιτάσσει οι όροι να είναι διατυπωμένοι κατά τρόπο ορισμένο, ορθό και σαφή, ώστε ο απρόσεκτος μεν ως προς την ενημέρωση του, αλλά διαθέτοντας τη μέση αντίληψη κατά το σχηματισμό της δικαιοπρακτικής του απόφασης καταναλωτής να γνωρίζει τις συμβατικές δεσμεύσεις που αναλαμβάνει, ιδίως όσον αφορά τη σχέση παροχής και αντιπαροχής.

Με το να υπολογίζεται το επιτόκιο σε έτος 360 ημερών η δανειστρία τράπεζα δημιουργεί μια πρόσθετη επιβάρυνση του καταναλωτή-δανειολήπτη, ο οποίος επιβαρύνεται για κάθε ημέρα με τόκους μεγαλύτερους κατά 1,3889%, δεδομένου ότι το επιτόκιο υποδιαιρείται για τον προσδιορισμό του τόκου προς 360 ημέρες, χωρίς ο καταναλωτής να πληροφορείται το πραγματικό επιτόκιο, όπως αυτό θα έπρεπε να προσδιορίζεται σύμφωνα το άρθρ. 243 παρ. 3 ΑΚ. Αυτή η μεγαλύτερη επιβάρυνσή του δεν δικαιολογείται με κάποιους εύλογους για τον καταναλωτή λόγους ή από κάποιο δικαιολογημένο συμφέρον της τράπεζας, ιδίως μάλιστα στη σύγχρονη εποχή, όπου τα ηλεκτρονικά μέσα προσφέρουν χωρίς καμία πρόσθετη δυσχέρεια τη δυνατότητα για τον επακριβή υπολογισμό των τόκων με έτος 365 ημερών<sup>10</sup>.

Υποστηρίζεται βέβαια και η αντίθετη γνώμη<sup>11</sup>, αφού σύμφωνα με το άρ. 3 §1 ν. 2842/2000 περί αντικατάστασης της δραχμής με το ευρώ, οποιαδήποτε αναφορά στο διατραπεζικό επιτόκιο δανεισμού Αθηνών (Athibor) που προβλέπεται σε υφιστάμενες νομικές πράξεις, κατά την έννοια του

άρ.1 του Καν.1103/1997, αντικαθίσταται αυτοδικαίως με αναφορά στο επιτόκιο Euribor, στο οποίο λαμβάνονται υπόψη, ως βάση υπολογισμού των τόκων, οι πραγματικές ημέρες και το έτος 360 ημερών, προσαρμοζόμενο κατά το λόγο 365 προς 360. Το ίδιο εφαρμόζεται ως προς τις υποχρεωτικές καταθέσεις των πιστωτικών ιδρυμάτων στην Τράπεζα της Ελλάδας.

Όπως ορθά καταδεικνύεται στην απόφαση ΜονΠρωτΠειρ 42/2019 (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ), είναι φανερό ότι το άρ. 3 §1 Ν.2842/2000 που προβλέπει ότι οποιαδήποτε αναφορά στο διατραπεζικό επιτόκιο δανεισμού Αθηνών (Athibor) αντικαθίσταται αυτοδικαίως από αναφορά στο επιτόκιο Euribor, όπου λαμβάνονται υπόψη, ως βάση υπολογισμού των τόκων, το έτος 360 ημερών, δεν σχετίζεται με την ανάγκη προστασίας των καταναλωτών ως ασθενέστερων διαπραγματευτικά μερών στο πλαίσιο των τραπεζικών συναλλαγών. Εξάλλου, η Τράπεζα της Ελλάδας ως θεματοφύλακας των υποχρεωτικών καταθέσεων των ελληνικών τραπεζών και ως εποπτεύουσα αρχή των τελευταίων δεν μπορεί να εξομοιωθεί ούτε ως προς το θεσμικό της ρόλο ούτε ως προς τη διαπραγματευτική της ισχύ με τους καταναλωτές-πελάτες των τραπεζών, ώστε είτε να χρήζει της ειδικής προστασίας που έχουν ανάγκη οι τελευταίοι, είτε αντιστρόφως οι καταναλωτές να υπόκεινται σε όμοιου περιεχομένου επιβαρύνσεις με αυτήν<sup>12</sup>.

#### Εισφορά του Ν.128/1975

Α' άποψη: Νόμιμη η μετακύλιση της εισφοράς, νόμιμος ο ανατοκισμός της<sup>13</sup>.

Ο ν. 128/1975 καθορίζει απλώς τον υπόχρεο, έναντι του Δημοσίου, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης έννομης σχέσης και αφορά αποκλειστικά την σχέση μεταξύ Κράτους και πιστωτικών ιδρυμάτων και όχι τη σχέση μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων και δανειοληπτών, ενώ με βάση την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας η μετακύλιση της εισφοράς του ν. 128/75 και ο συνυπολογισμός της για τον καθορισμό του τραπεζικού επιτοκίου, δεν αντίκειται στη διάταξη του άρθρ. 1 παρ. 3 του ν. 128/1975, η οποία δεν καθιερώνει απαγορευτικό κανόνα δικαίου κατ' άρθρο 174 ΑΚ, ούτε σε άλλον απαγορευτικό κανόνα δικαίου. Συνεπώς, «Η επιβολή της εισφοράς αυτής στο δανειολήπτη μπορεί να ελεγχθεί

<sup>10</sup> ΑΠ 430/2005 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: | ΕφΑθ 776/2006 | ΠΠρΛαμ 18/2017 | ΠΠρΛαμ 23/2016 | ΠολΠρΓυθ 17/2017, ΕιρΚομ 123/2014, ΕιρΚίλκ 42/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>11</sup> ΕφΘεσ 1271/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 1778/2010, Αρμ 2010, σ. 1829, ΜΠρΑθ 3906/2008

<sup>12</sup> ΜονΕφΚαλ 124/2018, ΕφΑιγ 11/2017 ΔΕΕ 2017, 1237 επ.

<sup>13</sup> ΕφΑθ 1558/2007 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

μόνο από άποψη διαφάνειας, ιδίως όταν επιβάλλεται χωρίς προηγούμενη επαρκή ενημέρωση ή κατά τρόπο κεκαλυμμένο»<sup>14</sup>.

Ειδικότερα, και σε σχέση με τη μετακύλιση της εισφοράς του ν. 128/1975 στους δανειολήπτες, παρατηρείται ότι σε καθεστώς ελεύθερου προσδιορισμού των επιτοκίων η θέσπιση απαγόρευσης μιας τέτοιας μετακύλισης δεν είναι εφικτή, διότι στο μέτρο που οι τράπεζες μπορούν ελεύθερα να καθορίσουν τα επιτόκια των δανείων, θα μπορούν και να υπολογίσουν το ποσοστό της εισφοράς του Ν.128/1975 στο ύψος του επιτοκίου, που προσφέρουν, χωρίς ειδική αναφορά της εισφοράς αυτής στη σύμβαση δανείου.

Ωστόσο ακόμα και αν η μετακύλιση της εισφοράς του Ν.128/1975 ενόψει και της διάταξης του άρθρου 293 ΑΚ είχε ως συνέπεια την αύξηση του συμβατικά καθοριζόμενου επιτοκίου πέραν του προβλεπόμενου ανώτατου ορίου, η απαγόρευση αυτή και πάλι δεν θα προέκυπτε από το Ν.128/1975, αλλά από τη διάταξη, που θα όριζε ανώτατο όριο επιτοκίου. Επομένως, ο με τις ανωτέρω προϋποθέσεις ανατοκισμός των τόκων, που προκύπτουν από την εφαρμογή επιτοκίου, που έχει συμβατικά προσυμφωνηθεί λόγω συνυπολογισμού της εισφοράς του ν. 128/1975, είναι νόμιμος, εφόσον προβλέπεται στους όρους της σύμβασης<sup>15</sup>.

Β' άποψη: Επιτρεπτή η μετακύλιση της εισφοράς, παράνομος ο ανατοκισμός της<sup>16</sup>

Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η οποία γίνεται δεκτή από μέρος της ελληνικής νομολογίας, δεν είναι νόμιμος ο ανατοκισμός του ποσού της εισφοράς αυτής, γιατί κατά το υφιστάμενο νομοθετικό καθεστώς (άρθρ. 12 του Ν. 2601/1998, 30 του Ν.2789/2000, 42 του Ν. 2912/2001 και 39 του Ν. 3259/2004), ανατοκισμός επιτρέπεται μόνον επί των καθυστερούμενων τόκων, και όχι επί των φόρων, εισφορών ή άλλων προμηθειών, ενώ κάθε συμβατικός όρος που προβλέπει ανατοκισμό του ποσού της εισφοράς είναι αντίθετος στις παραπάνω διατάξεις πρέπει να ελέγχεται κατά τις διατάξεις

των άρθρων 174, 178, 179 του ΑΚ. Υπό αυτό το νομοθετικό πρίσμα ορθώς έκριναν το ΜονΕφΑθ 498/2019 και το ΜονΠρωτΠειρ 187/2019 κάνοντας δεκτή την ανακοπή κατά διαταγών πληρωμής όταν η καθ' ης κεφαλαιοποιούσε την εν λόγω εισφορά κάθε φορά που χρέωνε το λογαριασμό με πάσης φύσεως τόκους, προβαίνοντας στον παράνομο ανατοκισμό της, αφού στο εκάστοτε προκύπτον κεφάλαιο υπολόγιζε νέους τόκους οι οποίοι επίσης περιείχαν και την εν λόγω εισφορά (εκτοκισμός και ανατοκισμός της εισφοράς)<sup>17</sup>.

Γ' άποψη: Απαγόρευση μετακύλισης της εισφοράς<sup>18</sup>

Ο ΑΠ<sup>19</sup> θεωρεί την ανωτέρω επιβάρυνση μη νόμιμη τόσο επειδή η επιβολή της εισφοράς αυτής σε βάρος της τράπεζας και όχι του δανειολήπτη προκύπτει ρητά από το νόμο αλλά και στο πλαίσιο μίας ερμηνείας προστατευτικής των δανειοληπτών, προκειμένου να απαλλαγούν από υπέρμετρες επιβαρύνσεις εκ μέρους των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων από υψηλά επιτόκια και επαναλαμβανόμενους ανατοκισμούς. Και βέβαια είναι δυνατή η συμβατική ανάληψη εκ μέρους τρίτου της σχετικής υποχρέωσης (361, 471 επ. ΑΚ), όμως εν προκειμένω δεν μπορεί να γίνει λόγος για αναδοχή χρέους,

<sup>17</sup> ΜονΕφΑθ 498/2019 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜονΠρωτΠειρ 187/2019 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>18</sup> ΜΠρΛαμ 10/2017, ΜΠρΛαμ 6/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 1356/2012, ΧρΙΔ 2013, 110 επ. ΕΕμπΔ 2013, 653 επ. ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 91 7/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>19</sup> Η απόφαση 1356/2012 του Αρείου Πάγου αναφέρει ότι «Από τη γραμματική διατύπωση της τελευταίας διάταξης της παρ. 3 του άρθρ. 1 ν. 128/1975, κατά την οποία επιβάλλεται από του έτους 1976 εισφορά, βαρύνουσα τα πάσης φύσεως πιστωτικά ιδρύματα, περιλαμβανομένης και της Τραπεζής της Ελλάδος υπέρ λογαριασμού», σαφώς προκύπτει ότι ο νομοθέτης θέλησε, όπως η ανωτέρω εισφορά να αφορά και να βαρύνει αποκλειστικά τα λειτουργούντα στην Ελλάδα πιστωτικά ιδρύματα και όχι τους δανειολήπτες πελάτες τους. Τούτο συνάγεται και κατ' αντιδιαστολή προς τη διάταξη του άρθρ. 22 παρ. 2 ν. 2515/1997 (με την οποία επιβάλλεται η υποχρέωση καταβολής της ίδιας εισφοράς και στα πιστωτικά ιδρύματα του εξωτερικού), έχουσα ως εξής: «Στην περίπτωση αυτή υπόχρεος για την απόδοση της εν λόγω εισφοράς είναι ο δανειοδότης».

<sup>14</sup> ΑΠ 430/2005, Βλ. ΜονΕφΘεσ 1224/2017 · ΜονΕφΘεσ 1906/2015 · ΜονΠρΘεσ 14060/2017 · ΜονΠρΘεσ 5132/2017 · ΜονΠρΛαμ 159/2017 · ΜονΠρΑθ 1893/2015- ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

<sup>15</sup> ΕφΑθ 1558/2007 ΝΟΜΟΣ

<sup>16</sup> ΕιρΑργ 290/2017, ΜονΠρΧαν 187/2017, ΜΠρΚέρκ 99/2010, ΜΠρΑθ 2461/2009- ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

καθώς αυτή απαιτεί σύμβαση μεταξύ του δανειστή και του τρίτου, παρά μόνο για απλή υπόσχεση ελευθέρωσης (478 ΑΚ). Η σύμβαση αυτή όμως είναι αιτιώδης, απαιτείται δηλαδή επί ποινή ακυρότητας αιτία επίδοσης ως προς τη συγκεκριμένη παροχή. Ο όρος, λοιπόν, είναι καταχρηστικός ενόψει του ότι προσκρούει στην αρχή της διαφάνειας, που απορρέει από το άρθρ. 2 παρ. 6 του Ν.2251/1994, ενώ η εισφορά του Ν.128/1975 αποτελεί δημοσιονομικό βάρος που επιβαρύνει τις Τράπεζες, έναντι των πιστώσεων που παρέχουν στο κοινωνικό σύνολο, και έτσι ασφαλώς δεν είναι δυνατόν να μετατεθεί τυπικά στους άλλους κοινωνικούς εταίρους χωρίς τυπικό νόμο (άρθρο 78 Συντ.). Επομένως, η κατά κυριολεξία μετάθεση του φόρου, θα σήμαινε τουλάχιστον καταστρατήγηση του νόμου<sup>20</sup>.

#### Ενδεικτικά παραδείγματα λοιπών καταχρηστικών όρων τραπεζικών συμβάσεων

Πέρα και σε συνδυασμό με τους ως άνω αναφερόμενους όρους των τραπεζικών συμβάσεων που έχουν κριθεί άκυροι ως καταχρηστικοί, αξίζει να αναφέρουμε τους εξής:

Ως προς τα έξοδα χορήγησης δανείου, έκδοσης και αποστολής λογαριασμών που μετακυλίνονται στους δανειολήπτες, σύμφωνα με τη ΠΔΤΕ 2501/2002, ορίστηκε ότι δεν επιτρέπεται η είσπραξη οιασδήποτε προμήθειας στις πάσης φύσεως χορηγήσεις των πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Ψυχομάνης Σπυρίδων, Τραπεζικό Δίκαιο, Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα 2010, σ.258.

<sup>21</sup> Η παραπάνω επιβάρυνση ανεξαρτήτως της ονομασίας που κατά καιρούς χρησιμοποίησε η καθ' ης για τον χαρακτηρισμό της, αποτελεί προμήθεια, δεδομένου ότι το ύψος της έχει προκαθοριστεί μονομερώς από την τράπεζα, χρεώνεται εφάπαξ σε λογαριασμό της κατόχου της πιστωτικής κάρτας και είναι ανεξάρτητη από το επιτόκιο και τα άλλα έξοδα που της επιβάλλονται. Επιχειρεί δε η καθ' ης με αυτήν να μετακυλήσει στον καταναλωτή έξοδα και λειτουργικά κόστη τα οποία έχει ήδη συνυπολογίσει και λάβει υπόψη κατά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης μεταξύ τους και τον καθορισμό του συμφωνηθέντος επιτοκίου. Επομένως, ο όρος είναι άκυρος κατ' άρθρο 174 και 178 ΑΚ, ως ευθέως αντικείμενος στην ΠΔΤΕ 2501/2002, ενώ οι ανωτέρω χρεώσεις είναι παράνομες λόγω της αντίθεσής τους, προς τον ν. 2251/1994 «περί προστασίας των καταναλωτών», καθότι, λόγω της αοριστίας

Άκυροι κρίθηκαν επίσης οι όροι που επιτρέπουν στην Τράπεζα να αποφασίζει μονομερώς το κλείσιμο του λογαριασμού, κατά την κρίση της, οποτεδήποτε και για οποιονδήποτε λόγο χωρίς προειδοποίηση προς το δανειολήπτη. Η ακυρότητα θεμελιώθηκε στην έλλειψη ειδικού και σπουδαίου λόγου και στην αντίθεση των όρων προς τα άρθρ. 2 §6 και 7 περ. ε' Ν.2251/1994<sup>22</sup>.

Εκτός των ως άνω αναφερόμενων, ο όρος, κατά τον οποίο, αν ο οφειλέτης δεν ειδοποιήσει εντός ορισμένης προθεσμίας την τράπεζα ότι διαφωνεί ως προς το χρεωστικό υπόλοιπο θεωρείται ότι αναγνωρίζει το υπόλοιπο της οφειλής του, έχει κριθεί άκυρος ως αντικείμενος στις διατάξεις του άρθρ. 2 § 6 του Ν.2251/1994 και 281 ΑΚ, λόγω ουσιώδους διατάραξης της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών χωρίς καμία δικαιολογία, αφού στην ουσία αναστρέφει το βάρος απόδειξης, καθώς περιορίζει υπέρμετρα τα αποδεικτικά μέσα σε βάρος του οφειλέτη. Σύμφωνα δε με το άρθρ. 874 ΑΚ, δεν μπορεί να νοηθεί εκ των προτέρων αναγνώριση μελλοντικών καταλοίπων και μάλιστα σιωπηρή<sup>23 24</sup>.

Συγχρόνως ρήτρες συγκατάθεσης του πελάτη στην επεξεργασία και διαβίβαση προσωπικών του δεδομένων από την Τράπεζα κρίθηκαν άκυ-

τους, προσβάλλουν την αρχή της διαφάνειας και διαταράσσουν την ισορροπία των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων σε βάρος του οφειλέτη ως συμβαλλομένου-καταναλωτή, αφού ο προσδιορισμός τους δεν γίνεται με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον οφειλέτη. Βλ. επίσης Αποστολία Καρακουλάκη, σε Διπλωματική Εργασία στο μάθημα του Αστικού Δικαίου, με τίτλο «Καταχρηστικοί ΓΟΣ στις τραπεζικές συμβάσεις», Θεσσαλονίκη, Ιανουάριος 2018, διαθέσιμη στο: <https://ikee.lib.auth.gr/record/296781/files/GRI-2018-21080.pdf>

<sup>22</sup> ΑΠ 1332/2012, ΟΛΑΠ 13/2015 | ΕφΛαρ 65/2011 | ΕφΛαρ 298/2008 | ΕφΑθ 5253/2003

<sup>23</sup> Ο παραπάνω όρος απαγορεύεται κατά τις διατάξεις της Ζ1-798/25-6-2008 απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης. Βλ. επίσης ΕιρΑθ 3626/2012 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1219/2001, ΕφΠειρ 189/1998 ΔΕΕ 4/396.

<sup>24</sup> ΕιρΚομ 123/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕιρΚίλκ 42/2014, Αρμ 68 (2014), 1670 επ.· ΕιρΑθ 533/2014, Αρμ 68 (2014), 739 επ., με παρ. Κουμάνη, 74 επ.· ΕιρΑθ 3626/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. ΑΠ 1219/2001 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

ρες ως αντικείμενες στις διατάξεις του άρθ. 2 §6 Ν.2251/1994 και του Ν.2472/1997 περί της προστασίας των προσωπικών δεδομένων, ενώ στον νέο Γενικό Κανονισμό Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, γνωστό και ως GDPR (Κανονισμός 2016/679, άρθρο 4 περ. 11) ορίζεται ότι η συγκατάθεση πρέπει να είναι ελεύθερη, συγκεκριμένη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει, με ειδικότερες προϋποθέσεις για να είναι έγκυρη οριζόμενες στο άρθρο 7 του Κανονισμού. Εφόσον, λοιπόν, με το προηγούμενο καθεστώς υπήρχαν ζητήματα νομιμότητας των όρων αυτών, αναμένεται να προκύψουν εντονότερα προβλήματα στην εφαρμογή του επί συνόλω αυστηρότερου Κανονισμού.

Τέλος, άκυρος κατά τις διατάξεις του άρ. 2 §6 και 7 περ. κζ' Ν.2251/1994 (και επικουρικά κατά το άρθρ. 372 ΑΚ) κρίθηκε ο ΓΟΣ που προβλέπει ότι η απαίτηση της τράπεζας που προκύπτει από το οριστικό κλείσιμο της πίστωσης αποδεικνύεται πλήρως με αποσπάσματα από τα βιβλία της όπου θα εμφανίζεται η κίνηση των λογαριασμών της πίστωσης χωρίς να έχει δικαίωμα ο δανειολήπτης για καμία αμφισβήτηση τους, διότι περιορίζει υπέρμετρα

τα αποδεικτικά μέσα του καταναλωτή πιστούχου.

### Επίλογος

Στόχος του γράφοντος ήταν να αναδειχθούν τα όπλα με τα οποία είναι εξοπλισμένος ο δανειολήπτης - καταναλωτής στον νομικό αγώνα του εναντίον της Τράπεζας και να διαφανεί πως η ελληνική νομοθεσία είναι αρκετά γενναιόδωρη απέναντι του σε μία προσπάθεια εξισορρόπησης της εκ φύσεως διαπραγματευτικής τους ανισορροπίας. Ευθύνη του κάθε πολίτη είναι να επαγρυπνεί για την προστασία των δικαιωμάτων του και μέσω των αμυντικών και επιθετικών δικονομικών εργαλείων που του αναγνωρίζει το δίκαιο να προασπίζει τα συμφέροντά του. Κρίσιμο ακόμη είναι οι εφαρμοστές και ερμηνευτές του δικαίου να μη θυσιάζουν την ανθρώπινη αξιοπρέπεια και περιουσία στο βωμό της εξυπηρέτησης των τραπεζικών συμφερόντων, αλλά αντίθετα να ενισχύουν το προστατευτικό πλέγμα υπέρ των δανειοληπτών, αντιστρέφοντας τους ρόλους του ισχυρού και του ασθενούς παίχτη.



## Το δικαίωμα διέλευσης από ξένο έδαφος και οι περιορισμοί του: μια απόφαση-ορόσημο για το Διεθνές Δίκαιο

Βαενάς Παύλος

1<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Μια τέτοια κρίση, κατά την άποψή του γράφοντος, δε μπορεί παρά να επιδράσει θετικά στην εξέλιξη του διεθνούς δικαίου καθώς έδειξε πως πρωταρχικό μέλημα τόσο της νομολογίας όσο και των διεθνών κειμένων ήταν η ικανοποίηση των εκάστοτε κρατικών αξιώσεων, πάντοτε όμως σε συνάρτηση με τις βασικές αρχές της διεθνούς δημόσιας τάξης».**

### Εισαγωγή

Ακολουθεί σχολιασμός της απόφασης του Διεθνούς Δικαστηρίου Δικαιοσύνης (ΔΔΔ) για την υπόθεση του δικαιώματος διέλευσης από ινδικό έδαφος, μεταξύ Πορτογαλίας (ενάγουσας) και Ινδίας (εναγόμενης). Το πρωτεύον νομικό ζήτημα που τέθηκε ήταν το δικαίωμα διέλευσης ιδιωτών, αξιωματούχων, ένοπλων δυνάμεων και μεταφοράς αγαθών και πολεμοφοδίων, ως απότοκο μιας μακροχρόνιας τοπικής πρακτικής αλλά και παλαιότερων γραπτών συμφωνιών<sup>1</sup>, με στόχο την άσκηση της πορτογαλικής κυριαρχίας.

### Τα πραγματικά περιστατικά

Η παράκτια επικράτεια του Νταμάν, οι θύλακες (θύλακας: έδαφος ενός κράτους ή κομμάτι εδάφους που περιστοιχίζεται ολοκληρωτικά από το έδαφος ενός άλλου κράτους<sup>2</sup>) της Ντάντρα και Ναγκάρ Χαβέλι, που βρίσκονται στη Δυτική Ινδία, αποτελούσαν, μεταξύ άλλων περιοχών, πορτογαλικά εδάφη, γνωστά με τον τίτλο «Πορτογαλικό Κρά-

τος της Ινδίας»<sup>3</sup>. Οι τοπικοί τους πληθυσμοί είχαν, ωστόσο, αναπτύξει, στα μέσα του 1954, ένα ειδικό καθεστώς εσωτερικής διοίκησης και οργάνωσης<sup>4</sup>. Η Πορτογαλία έκρινε πως το δικαίωμα της διέλευσης από τις εν λόγω περιοχές αλλά και από το έδαφος ανάμεσα τους αποτελούσε «αναπόσπαστο συμπλήρωμα της άσκησης της κυριαρχίας της», με σκοπό να καταστείλει τις εξεγέρσεις που ξέσπασαν στους αποικιακούς της θύλακες<sup>5</sup>. Η εκτίμησή της αυτή στηρίχθηκε και στη Συνθήκη της Πούννα μεταξύ αυτής και της Αυτοκρατορίας των Μαρατά (1779), που προέβλεπε ότι η Πορτογαλία θα λάμβανε ένα χρηματικό ποσό από την τελευταία με αντάλλαγμα την στρατιωτική της αρωγή σε περίπτωση ταραχών<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Encyclopedia Britannica, Portuguese India, Διαθέσιμο στο <https://www.britannica.com/place/Portuguese-India>

<sup>4</sup> Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) - Overview of the Case, International Court of Justice, διαθέσιμο σε <https://www.icj-cij.org/en/case/32>

<sup>5</sup> Κώστας Θ. Χατζηκωνσταντίνου, Χαράλαμπος Ελ. Αποστολίδης, Μιλτιάδης Χ. Σαρηγιαννίδης, με τη συμβολή του Βασίλη Περγαντή, Θεμελιώδεις Έννοιες στο Διεθνές Δημόσιο Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2014, σ. 308

<sup>6</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: ICJ Reports 1960, International Court of Jus-

<sup>1</sup> MacChesney Brunson, Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), American Journal of International Law 1960, σ. 673

<sup>2</sup> Union Académique Internationale, Dictionnaire de la Terminologie du Droit International: Tables en anglais, espagnol, italien, allemande, Paris: Sirey, 1960, σ. 251, *enclave*



Η τοποθέτηση Ινδών ενόπλων στα σύνορα των υπό πορτογαλική κυριαρχία περιοχών με την Ινδία από την τελευταία και η διακοπή πάσης φύσεως επικοινωνίας τόσο με τις πορτογαλικές αρχές όσο και με τον Κυβερνήτη του Νταμάν συνέβαλε στο να αποκοπούν οι περιοχές από τον γεωγραφικό περίγυρο. Οι ένοπλες δυνάμεις πραγματοποίησαν έφοδο στη Ντάντρα και την Ναγκάρ Χαβέλι, οι οποίες τελικά καταλήφθηκαν με βιαιοπραγίες και αιματοχυσίες. Αργότερα, η διπλωματική αντιπροσωπεία της Πορτογαλίας στην Ινδία απέστειλε στον Ινδό Υπουργό Εξωτερικών διπλωματική διακοίνωση με την οποία επιζητούσε τη ρητή συναίνεση της Ινδίας για την πορτογαλική διέλευση. Κατόπιν αδράνειας της Ινδίας, ζητήθηκε από την Πορτογαλία η αποστολή εκπροσώπων από το Νταμάν ώστε να επανακτηθεί η επικοινωνία με τις κατεχόμενες περιοχές.

### Τα Νομικά Ζητήματα

Δύο σημαντικές έννοιες του διεθνούς δικαίου απασχόλησαν το ΔΔΔ με αφορμή την εν λόγω υπόθεση, ώστε να αποφανθεί τελικά περί του δικαιώματος διέλευσης: η κρατική κυριαρχία και το έθιμο. Κρίνεται, συνεπώς, απαραίτητη μια συνοπτική αναφορά.

#### Η κρατική κυριαρχία

Δεδομένου ότι το κράτος αποτελεί πρωτογενές υποκείμενο διεθνούς δικαίου, συνιστά και τον μοναδικό φορέα κυριαρχίας. Κατ' επέκταση, η άσκησή της θα μπορούσε, σε επίπεδο διεθνούς δικαίου, να εξετασθεί υπό το πρίσμα της άσκησης αρμοδιοτήτων από μεριάς των κρατών, τα οποία έχουν πρωτίστως περιοριστεί από κανόνες που τα ίδια έχουν θέσει στο πλαίσιο διακρατικών συμφωνιών<sup>7</sup> καθώς και στο πλαίσιο της διεθνούς ενοποίησης. Οι αρμοδιότητες αυτές δεν περιορίζονται στον απλό έλεγχο της πολιτικής ζωής αλλά αναδεικνύουν την ουσιαστική κρατική δικαιοδοσία της ρύθμισης του ευρύτερου πλαισίου ζωής<sup>8</sup>. Βάσει αυτής της προ-

tice

<sup>7</sup> Κώστας Θ. Χατζηκωνσταντίνου, *Χαράλαμπος Ελ. Αποστολίδης, Μιλτιάδης Χ. Σαρηγιαννίδης, με τη συμβολή του Βασίλη Περγαντή*, Θεμελιώδεις Έννοιες στο Διεθνές Δημόσιο Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2014, σ. 150

<sup>8</sup> Janice E. Thomson, *State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap between Theory and Empirical Research*, σε *International Stud-*

βληματικής, η πορτογαλική μεριά, ανέμενε την ινδική συγκατάθεση, δεδομένου ότι αξίωνε να προβεί στις πράξεις εκείνες, που κρίνονταν απαραίτητες για την άσκηση της κυριαρχίας της στους θύλακες, γεγονός που προϋπέθετε και την διέλευση από την περιοχή ανάμεσά τους.

#### Το διεθνές εθιμικό δίκαιο

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, αναδείχθηκε ένα ειδικό ζήτημα διεθνούς εθιμικού δικαίου, το διμερές έθιμο. Για την διαπίστωση της ύπαρξης του απαιτείται, πέραν της αυστηρά ομοιογενούς και διαρκούς πρακτικής (*usus*), μία εντονότερη - σε σύγκριση με ό,τι ισχύει στο διεθνές εθιμικό δίκαιο γενικά - πεποίθηση δικαίου (*opinio iuris sive necessitatis*). Στη συγκεκριμένη περίπτωση μία τέτοια πεποίθηση συνεπάγεται και την αποδοχή της πρακτικής ως νομικά δεσμευτικής και για τα δύο διάδικα μέρη<sup>9</sup>. Αυτή ήταν και η δικαιολογητική βάση του επιχειρήματος της Πορτογαλίας. Η θεμελίωση του εθίμου βρήκε το απαιτούμενο έρεισμα στη μακροχρόνια πρακτική, ενώ η πεποίθηση δικαίου και η εθιμική συναίνεση συνάχθηκε από τη Συνθήκη της Πούννα, στην οποία αντικατοπτριζόταν, όπως υποστήριζε η Πορτογαλία, η αποδοχή της πορτογαλικής διέλευσης από το συγκεκριμένο έδαφος της ινδικής χερσονήσου, με σκοπό την άφιξη των πορτογαλικών αρχών στους θύλακες.

#### Το δικαίωμα (αβλαβούς) διέλευσης

Με αφορμή την υπόθεση αυτή, το ΔΔΔ ήρθε για πρώτη φορά αντιμέτωπο με το δικαίωμα διέλευσης από ξένο έδαφος, παρά την απουσία σχετικών δικαιικών κανόνων, οι οποίοι τελικά εμφανίστηκαν ως σύνολο το 1982, με τη Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας (ΣΔΘ), κατόπιν προγενέστερων αποπειρών κωδικοποίησης σε χωριστά κείμενα. Αυτά ήταν η Σύμβαση για την Αιγιάλιτιδα Ζώνη και Συνορεύουσα Ζώνη, η Σύμβαση για την Υφαλοκρηπίδα, η Σύμβαση για την Ανοιχτή Θάλασσα και η Σύμβαση για την Αλιεία και την Προστασία των Ζώντων Οργανισμών της Ανοιχτής Θάλασσας, γνωστές και ως «Συμβάσεις της Γενεύης

*ies Quarterly*, Vol. 39, No. 2 (June 1995), pp. 213-233, 1995, σ. 214

<sup>9</sup> Κώστας Θ. Χατζηκωνσταντίνου, *Χαράλαμπος Ελ. Αποστολίδης, Μιλτιάδης Χ. Σαρηγιαννίδης, με τη συμβολή του Βασίλη Περγαντή*, Θεμελιώδεις Έννοιες στο Διεθνές Δημόσιο Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα 2014, σ. 307

του 1958».

Σύμφωνα με τη ΣΔΘ, το δικαίωμα αυτό αφορά στην αιγιαλίτιδα ζώνη. Όπως είναι φανερό, σχετίζεται ακριβώς με τη διέλευση και όχι την στάθμευση (ή την αγκυροβολία) και προϋποθέτει τη μη συντέλεση πράξεων που διαταράσσουν την ειρήνη και την ασφάλεια του παράκτιου κράτους (άρθρα 17 - 19 της ΣΔΘ). Κάτι τέτοιο σαφώς δεν αποκλείει τα εμπορικά πλοία από την αβλαβή διέλευση, εγείρει όμως σημαντικά ερωτηματικά αναφορικά με τη διέλευση πολεμικών πλοίων, καθώς η τελευταία δεν είναι σύμφυτη με την αβλαβή διέλευση<sup>10</sup>.

Σαφώς, είναι εμφανές πως στη συγκεκριμένη υπόθεση όχι μόνο δεν τίθεται ζήτημα διέλευσης από αιγιαλίτιδα ζώνη αλλά και δεν θα μπορούσε, ακόμα και αν εμπλεκόταν αντίστοιχο θέμα, να υπάρξει κάποια ανάλογη εφαρμογή του ίδιου ή αντίστοιχου συμβατικού κανόνα διότι την περίοδο εκείνη, όπως τονίστηκε, δεν υπήρχαν κωδικοποιημένοι κανόνες στα διεθνή κείμενα. Ωστόσο, η προσεκτική εξέταση, του σκεπτικού της απόφασης του ΔΔΔ δύναται να δικαιολογήσει τη σύνδεση του δικαιώματος της αβλαβούς διέλευσης, όπως αυτή κατοχυρώνεται στη ΣΔΘ, με το δικαίωμα διέλευσης από το ινδικό έδαφος μεταξύ των θυλάκων που υποστήριζε η Πορτογαλία.

### Η απόφαση και το σκεπτικό του Δικαστηρίου<sup>11</sup>

#### Η απόφαση

Το ΔΔΔ εξέδωσε την τελική του απόφαση στις 12 Απριλίου 1960. Συνοπτικά, κρίθηκε πως η Πορτογαλία είχε πράγματι δικαίωμα διέλευσης από την ινδική επικράτεια ανάμεσα στους θύλακες και την παράκτια επικράτεια του Νταμάν. Ωστόσο, το δικαίωμα αυτό δεν εκτεινόταν στη διέλευση ενόπλων δυνάμεων και μεταφοράς πολεμοφοδίων, αλλά περιοριζόταν στη μετακίνηση ιδιωτών, αξιωματούχων και εμπόρων. Η Ινδία συνεπώς δεν είχε ενεργήσει αντίθετα προς τις υποχρεώσεις που είχε αναλάβει από το διεθνές δίκαιο<sup>12</sup>.

#### Το σκεπτικό

Το ερώτημα στο οποίο κλήθηκε να απαντήσει το ΔΔΔ ήταν το κατά πόσο είχε δημιουργηθεί υποχρέωση της Ινδίας να επιτρέψει τη διέλευση της Πορτογαλίας από το έδαφός της, βάσει της διμερούς συνθήκης ή βάσει κάποιου άλλου δικαϊκού, εν προκειμένω εθιμικού, κανόνα.

Κατά την κρίση του, η Συνθήκη του 1779 επέτρεπε στην Πορτογαλία να προσκομίζει οικονομικά οφέλη, χωρίς να είναι νομικά επιτρεπτό να συναχθεί, από το γράμμα του κειμένου, πως υπήρχε πρόθεση να μεταβιβαστεί η κυριαρχία των εδαφών στην Πορτογαλία. Η κατάσταση αυτή άλλαξε με την μεταγενέστερη ινδική και βρετανική αναγνώριση της πορτογαλικής κυριαρχίας στις περιοχές, χωρίς όμως να κατοχυρώνει το δικαίωμα διέλευσης των Πορτογάλων από το ινδικό έδαφος<sup>13</sup>. Επομένως, αφού απέρριψε τη διμερή συνθήκη ως πηγή τόσο της πορτογαλικής κυριαρχίας όσο και του δικαιώματος διέλευσής της από την ινδική επικράτεια, το ΔΔΔ στράφηκε στην εξέταση του ενδεχομένου ύπαρξης ενός τοπικού εθίμου καθώς, όπως ανέφερε, κάτι τέτοιο μπορούσε να αναπτυχθεί και μεταξύ δύο μόνο κρατών, χωρίς να απαιτείται η συμμετοχή περισσότερων<sup>14</sup>.

Αναφορικά με τη διέλευση πολιτικών αξιωματούχων και ιδιωτών καθώς και με την μεταφορά αγαθών, κρίθηκε πως δεν συνέτρεχαν περιορισμοί πέραν των συνήθων ελέγχων, γεγονός που αποδεικνύει, σύμφωνα με το Δικαστήριο, τη θεμελίωση μιας πάγιας και ομοιόμορφης πρακτικής για την ελεύθερη διέλευση ανάμεσα στο Νταμάν και τους

Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, σ. 43 - 44 διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>13</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, σ. 36 - 37, διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>14</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, σ. 37, διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>10</sup> Εμμανουήλ Ρούκουνας, Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο, Νομική Βιβλιοθήκη 2015, σ. 273 - 276

<sup>11</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>12</sup> Case concerning Right of Passage over Indian

θύλακες<sup>15</sup>. Παρόλα αυτά, διαφορετική εκτίμηση δόθηκε στο ζήτημα της διέλευσης ένοπλων δυνάμεων, αστυνομικών και της μεταφοράς όπλων και πυρομαχικών. Μέχρι τα τέλη του 19<sup>ου</sup> αιώνα, πορτογαλικές ένοπλες δυνάμεις δεν διήλθαν από την ινδική επικράτεια, ενώ με μία Συνθήκη που υπεγράφη το 1878, προβλέφθηκε ρητά η απαγόρευση διέλευσης, με εξαίρεση συγκεκριμένες περιπτώσεις ή περιπτώσεις στις οποίες είχε προηγουμένως χορηγηθεί άδεια, κατόπιν σχετικού αιτήματος<sup>16</sup>.

Παρά το γεγονός ότι υποστηρίχθηκε πως τα πορτογαλικά αιτήματα τύγχαναν πάντοτε βρετανικής και - αργότερα - ινδικής αποδοχής, δεν υπήρχε κάποια απόδειξη ότι η έγκριση τους στηριζόταν στην πεποίθηση ότι υπακούει σε μία υποχρέωση (*opinio iuris sive necessitatis*). Επιπροσθέτως, οι περιπτώσεις που η Πορτογαλία διήλθε από το ινδικό έδαφος μη έχοντας πρωτίστως υποβάλει αίτημα και λάβει σχετική άδεια αντιμετωπίστηκαν μάλλον ως αθέτηση της ανειλημμένης εκ της Συνθήκης (1878) υποχρέωσης και οι αρχές του Πορτογαλικού Κράτους της Ινδίας τόνισαν την ανάγκη συμμόρφωσης των Πορτογάλων με τους όρους της. Αργότερα, υπεγράφησαν περαιτέρω συμφωνίες που επέβαλλαν ποικίλους περιορισμούς στη διέλευση ένοπλων αστυνομικών, ενώ η μεταφορά πολεμοφοδίων επιτρεπόταν μόνο με ειδική άδεια, ήδη από το 1878<sup>17</sup>.

Υπό το φως αυτών των στοιχείων, το ΔΔΔ δε μπόρεσε παρά να αναγνωρίσει πως πρόκειται για μία υπόθεση *suī generis*, δεδομένου ότι τα υπό κρίση ζητήματα προέρχονταν από πλειάδα χρο-

νικών περιόδων, με αποτέλεσμα η πρακτική στις σχέσεις μεταξύ όμορων κρατών να είναι κομβικής σημασίας. Συνεπώς, το Δικαστήριο δεν αναγνώρισε το δικαίωμα της Πορτογαλίας στη διέλευση ένοπλων δυνάμεων και στη μεταφορά πυρομαχικών. Σημείωσε, ακόμη, πως λαμβάνοντας υπόψιν την ταραχώδη κατάσταση που δημιουργήθηκε μετά την ανατροπή της πορτογαλικής εξουσίας στους θύλακες, η άρνηση της Ινδίας να δεχθεί τη διέλευση των Πορτογάλων δεν αποτέλεσε αθέτηση διεθνούς υποχρέωσης, καθώς συνιστούσε μέρος της εξουσίας να καθορίζει το δικαίωμα διέλευσης των τελευταίων από το έδαφος της<sup>18</sup>.

#### Συμπέρασμα

Η υπόθεση αυτή αποτελεί σημείο αναφοράς στο διεθνές δίκαιο καθώς συνετέλεσε, από ακαδημαϊκής άποψης, στην εξέλιξη και στην εξειδίκευση της θεωρίας του διεθνούς εθιμικού δικαίου, με την κατοχύρωση του διμερούς εθίμου. Επιπροσθέτως, προβαίνοντας σε μια αναλογική θεώρηση των μεταγενέστερων διατάξεων της ΣΔΘ με το σύνολο των στοιχείων της υπόθεσης και της απόφασης, είμαστε σε θέση να αντιληφθούμε και τη σχέση της εν λόγω νομολογίας με τα μεταγενέστερα διεθνή κείμενα. Θα μπορούσε να λεχθεί πως η λογική της απόφασης βρίσκει κοινά σημεία αναφοράς με τη *ratio* του δικαιώματος της «αβλαβούς διέλευσης» αλλά και πως παράλληλα συνέβαλε στην βαθύτερη εμπέδωση της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας. Αναγνωρίστηκε πράγματι το δικαίωμα διέλευσης, αποκλείστηκε δε η διέλευση στρατευμάτων, ακόμα και αν η χρήση τους στηριζόταν στο θεμελιώδη νομιμοποιητικό κανόνα του διεθνούς συστήματος, την κρατική κυριαρχία. Μια τέτοια κρίση, κατά την άποψή του γράφοντος, δε μπορεί παρά να επιδράσει θετικά στην εξέλιξη του διεθνούς δικαίου καθώς έδειξε πως πρωταρχικό μέλημα τόσο της νομολογίας όσο και των διεθνών κειμένων ήταν η ικανοποίηση των εκάστοτε κρατικών αξιώσεων, πάντοτε όμως σε συνάρτηση με τις βασικές αρχές της διεθνούς δημόσιας τάξης.

<sup>15</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, σ. 38, διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>16</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, σ. 38 - 39, διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>17</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, σ. 39 - 41, διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>18</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, International Court of Justice, σ. 43, διαθέσιμη σε <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>



## Η ανθρωπιστική επέμβαση στη διάρκεια της εξέλιξης του διεθνούς δικαίου

Παπακυρίτση Ζωή  
2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Η διεθνής κοινότητα όμως δεν μπορεί να εθελουφλεί μπροστά σε εσωτερικές διαμάχες και παραβιάσεις που δύνανται να έχουν καταστροφικά αποτελέσματα σε μία παγκόσμια κλίμακα. Αν και κάποιες αποφάσεις του Συμβουλίου Ασφαλείας δείχνουν πως οι όροι προστασίας της διεθνούς ειρήνης πρέπει να διευρυνθούν και άλλο, λύση στο ζήτημα δεν έχει οριστικά δοθεί.»**

### Εισαγωγικά στοιχεία- η κυριαρχία του κράτους

Μέσα σε όλη την πορεία εξέλιξης του διεθνούς δικαίου το κράτος αποτέλεσε ένα ισχυρό και καθόλου αδιάφορο παρονομαστή. Οι έννοιες της κυριαρχίας και της αυτονομίας δεν έχουν μέχρι και σήμερα πάψει να απασχολούν τους θεωρητικούς του διεθνούς δικαίου. Σύμφωνα με τον κλασικό ορισμό του Wheaton, κυριαρχία είναι εκείνη η ανώτατη εξουσία που μπορεί να ασκήσει ένα κράτος τόσο στο εσωτερικό όσο και στο εξωτερικό του<sup>1</sup>. Φαίνεται συνεπώς, πως η κυριαρχία παρουσιάζει δύο όψεις. Η όψη της εξωτερικής κυριαρχίας, αρκετά διευρυμένη, η οποία αφορά το πεδίο σύναψης διεθνών συμφωνιών ενός κράτους, δεν έχει απασχολήσει ιδιαίτερα την επιστήμη του διεθνούς δικαίου. Από την άλλη η εσωτερική κυριαρχία, που δίνει σε κάθε κράτος το δικαίωμα να προβαίνει σε ελεύθερες επιλογές όσον αφορά ζητήματα οικονομικής, πολιτικής αλλά και κοινωνικής οργάνωσης, στη διάρκεια διαμόρφωσης του διεθνούς δικαίου υπήρξε και συνιστά ακόμη σημείο αιχμής με αποτέλεσμα την διατύπωση πολλών και αντικρουόμενων απόψεων σχετικά με την έκταση της και τους περιορισμούς που επιβάλλει. Κομβικό σημείο αποτέλεσε αναμφίβολα η θέση του Διεθνούς Δικαστηρίου στην υπόθεση *Νικαράγουα*, όπου αναγνώρισε πως το διεθνές δίκαιο αποτελεί το μοναδικό όριο

της εσωτερικής αυτής κυριαρχίας.<sup>2</sup>

Κανένα κράτος όμως δεν αποτελεί αυτόνομη οντότητα μέσα στον παγκόσμιο χάρτη, αλλά ένα στοιχείο άρρηκτα συνδεδεμένο με την υπόλοιπη διεθνή κοινότητα. Η άρρηκτη αυτή σύνδεση οδηγώντας και σε άμεση επιρροή του ενός κράτους από το άλλο, έχει αρχίσει να καθιστά δυσδιάκριτα τα όρια της κυριαρχίας στο εσωτερικό του κράτους. Χαρακτηριστικότερο ίσως παράδειγμα στην όλη την πορεία του διεθνούς δικαίου αποτελεί αυτό της «ανθρωπιστικής επέμβασης», η οποία κατά διαστήματα έλαβε μεγάλες διαστάσεις ιδίως σε ότι αφορά το διφορούμενο ζήτημα της νομιμότητας της.

### Ορισμός ανθρωπιστικής επέμβασης και ιστορική εξέλιξή του

Ο όρος ανθρωπιστική επέμβαση δεν είναι καταγεγραμμένος σε κάποιο διεθνές σύμφωνο ή δεσμευτικό κανόνα του διεθνούς δικαίου. Αποτελέσε και αποτελεί έναν όρο που αναπτύχθηκε κυρίως μέσα από την πρακτική των κρατών, χωρίς όμως να έχει μέχρι σήμερα αποκρυσταλλωθεί με σιγουριά σε κανόνα διεθνούς εθνικού δικαίου. Ανθρωπιστικές επεμβάσεις, αν χαρακτηρίζονταν έτσι από εκείνη την εποχή, πραγματοποιούνται ακόμη και πριν την δημιουργία και υπογραφή του Καταστατικού

<sup>1</sup> Wheaton H. *Elements of international Law*, Little, Brown & Co. Βοστώνη 1863, σ.35

<sup>2</sup> Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua Vs. USA, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών, μία περίοδο κατά την οποία δεν είχαν ακόμη τεθεί περιορισμοί ούτε είχαν δημιουργηθεί ιδιαίτεροι προβληματισμοί ως προς την σημασία και νομιμότητά τους. Συνεπώς με τον όρο «ανθρωπιστική επέμβαση» (humanitarian intervention) εννοείται η επέμβαση από κράτος ή ομάδα κρατών στο έδαφος ξένους κρατους, που συνοδεύεται ενδεχόμενα και από άσκηση βίας με σκοπό την προστασία ατόμων από κατάφορες παραβιάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων τους.

Όπως χαρακτηριστικά αναφέρθηκε και παραπάνω, στην διάρκεια του 19<sup>ου</sup> αιώνα οι ενέργειες αυτές δεν συνάντησαν αμφισβήτηση της νομιμότητας τους, σε αντίθεση με τον μεγάλο όγκο συζητήσεων που αναδύεται στην σημερινή εποχή. Εναρκτήριο σημείο της αμφισβήτησης αυτής και συνακόλουθα μετεξέλιξη του όρου της επέμβασης αποτέλεσε η θέσπιση δύο εξαιρετικής σημασίας αρχών του διεθνούς δικαίου, σχετικά με την χρήση ένοπλης βίας και με την απαγόρευση της επέμβασης στο εσωτερικό κάθε κράτους. Συνεπώς, η υπογραφή του Καταστατικού Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών, ήταν αρκετή ώστε οι θεωρητικές συζητήσεις να λάβουν άλλες διαστάσεις. Προς το τέλος του 20<sup>ου</sup> αιώνα ειδικά, όπου τα ανθρώπινα δικαιώματα είχαν αρχίσει να αποτελούν πεδίο βολής και παραβίασης, άρχισε να κερδίζει έδαφος η έννοια της «ανθρωπιστικής παρέμβασης». Σύμφωνα με την τελευταία, τα κράτη είχαν την δυνατότητα νομίμως να παρέμβουν ακόμη και ενόπλως για την προστασία πληθυσμών που διατρέχουν άμεσο κίνδυνο στις περιπτώσεις που το κράτος τους δεν μπορεί ή και δεν θέλει να λάβει τα απαραίτητα μέτρα για την ασφάλεια του πληθυσμού του<sup>3</sup>. Είναι εμφανές πως το στοιχείο της βίας αποτελεί πλέον συνήθη προσθήκη σε τέτοιου είδους δραστηριότητες και τις περισσότερες φορές αναπόσπαστο κομμάτι, καθώς θεωρούνταν ως το πιο αποτελεσματικό για την άμεση καταστολή μια κρίσης που απειλούσε ακόμη και ανθρώπινες ζωές.

Σταδιακά, με αυτόν τον τρόπο διαμορφώθηκε στο διεθνές περιβάλλον η έννοια της «στρατιωτικής επέμβασης ανθρωπιστικού χαρακτήρα». Πρόκειται πλέον για μία μονομερή επέμβαση, υπό την χρήση στρατιωτικών μέσων, από μία ομάδα κρατών ή έναν διεθνή οργανισμό προς την επίτευξη στόχων ανθρωπιστικού χαρακτήρα και την βελτίωση της κατάστασης που επικρατεί μέσα στο

λεγόμενο κράτος-στόχο<sup>4</sup>. Με μία σύντομη ματιά είναι συνεπώς εύκολο να διακρίνει κανείς, πως παρόλες τις αλλοιώσεις ή τις μεταβολές που υπέστη αυτή η ενέργεια πρωταρχικός στόχος και κίνητρο δεν έλαψε να αποτελεί το ανθρωπιστικό αλλά και η προσπάθεια της διεθνούς κοινότητας για την προάσπιση των πληθυσμών που βρίσκονται στο έλεος της κρίσης.

### Περιπτώσεις ανθρωπιστικών επεμβάσεων.

Παρά τις προαναφερόμενες διχογνωμίες που επικράτησαν στην διάρκεια κυρίως του 20<sup>ου</sup> αιώνα, η ιστορία έχει σημειώσει μία πληθώρα ανθρωπιστικών παρεμβάσεων που έλαβαν χώρα. Δεν ήταν λίγες αυτές που ήγειραν πολλές αντιδράσεις και συζητήσεις.

Παρατηρώντας την πορεία της ιστορίας θα τοποθετούσαμε την έξαρση των ένοπλων επεμβάσεων για ανθρωπιστικούς λόγους στην εποχή αμέσως μετά τον ψυχρό πόλεμο<sup>5</sup>. Στην διάρκεια του τελευταίου, η τεχνολογία αναπτύχθηκε με ταχύτερους ρυθμούς και όπλα νέας και επικίνδυνης τεχνολογίας έφεραν νέες διαστάσεις στα όρια της ανθρώπινης απειλής. Πράγματι, κατά την περίοδο 1946-1991 το Συμβούλιο Ασφαλείας είχε εξουσιοδοτήσει τα κράτη-μέλη να προχωρήσουν στην χρήση ένοπλης βίας μόνο δύο φορές. Στην περίπτωση της Κορέας το 1950 κατά την διάρκεια του πολέμου της και στην περίπτωση της Ροδεσίας, λίγο μετά την ανακήρυξη της ανεξαρτησίας της, το 1966. Όπως όμως επισημίναμε και παραπάνω, από το 1990 και μετά οι εξουσιοδοτήσεις κρατών προς σύσταση συνεργασίας μεταξύ τους με σκοπό την επέμβαση σε διεθνείς κρίσεις άρχισαν να πληθαίνουν. Μία από τις πρώτες εξουσιοδοτήσεις, που χωρίς αμφιβολία αποτέλεσε και μία μετέπειτα ανεπίσημη βάση για τις ανθρωπιστικές επεμβάσεις, υπήρξε η περίπτωση του Ιράκ. Οι αστικοί πληθυσμοί της χώρας βίωναν την καταπίεση και την εξαθλίωση. Το κράτος επιδεικνύοντας ελάχιστη μέριμνα για τους κατοίκους του προκάλεσε την δημιουργία μαζικών κυμάτων προσφύγων, τα οποία πλησίασαν τα διεθνή σύνορα με αρκετά από αυτά

<sup>4</sup> Θεοχάρης Δήμας σε διατριβή «Ανθρωπιστικές επεμβάσεις και ρεαλισμός: η επέμβαση στο Κόσσοβο», σελ.9

<sup>5</sup> Μαυρόπουλος Παναγιώτης, Οι Ένοπλες ανθρωπιστικές επεμβάσεις, 8 Μαρτίου 2016, σελ.1 <http://www.warandstrategy.gr/>

<sup>3</sup> Ρουκούνας Ε., Διεθνής Προστασία Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, Αθήνα, Εστία 1995, σελ.39

να τα διασχίζουν κιόλας. Ήταν εκείνο το λεπτό σημείο κατά το οποίο το Συμβούλιο Ασφαλείας συνειδητοποιώντας πως η κρίση κινδυνεύει να εξαπλωθεί καταστροφικά, εξέδωσε το Ψήφισμα 688/1991 με το οποίο καλούσε την χώρα του Ιράκ να κάνει δεκτή την εξωτερική βοήθεια<sup>6</sup>. Αν και το συγκεκριμένο ψήφισμα δεν περιείχε την παραμικρή αναφορά στη βία θεωρήθηκε από πολλούς νομιμοποίηση για περαιτέρω ανθρωπιστικές επεμβάσεις στο έδαφος άλλων κρατών, γεγονός ειρωνικό αν αναλογιστεί κανείς πως εν τέλει δημιουργήθηκαν ανθρωπιστικοί θύλακες και η εκτεταμένη χρήση βίας οδήγησε στον αριθμό των 25.378 νεκρών συνολικά.

Την περίπτωση του Ιράκ ακολούθησε η κρίση στη Σομαλία την περίοδο 1992-3, μέσα στο ευρύτερο πλαίσιο της ανθρωπιστικής βοήθειας των Ηνωμένων Εθνών. Το έτος 1991 με 4.5 εκατομμύρια ανθρώπους στο όριο του θανάτου από την πείνα το Συμβούλιο Ασφαλείας αναγνωρίζοντας τη σοβαρότητα της κρίσης προχώρησε στην έκδοση του Ψηφίσματος 751/1992<sup>7</sup> αλλά και του 794/1992<sup>8</sup> διατάσσοντας την αποστολή βοήθειας προς όλη την χώρα. Ακόμη πιο πρόσφατη περίπτωση που απαιτούσε ανθρωπιστική επέμβαση κατέστη η περίπτωση του, στο Σουδάν. Η εκτεταμένη βία στην περιοχή, οι μαζικές δολοφονίες, οι άμαχοι νεκροί με τελικό αριθμό που προσεγγίζει τα νούμερα του δεύτερου Παγκοσμίου Πολέμου και οι χιλιάδες πρόσφυγες που είχαν διωχθεί συνιστούσαν απειλή για την διεθνή ειρήνη και ασφάλεια, την οποία το Συμβούλιο Ασφαλείας επιχείρησε να κάμψει με το Ψήφισμα 1769/2007<sup>9</sup> ζητώντας την βοήθεια του δυτικού κόσμου ώστε να αποδοθεί δικαιοσύνη.

#### Η περίπτωση επέμβασης στο Κόσοβο

Είναι γεγονός πάντως πως ιστορικά η ενέργεια εκείνη που δημιούργησε τις πιο πολλές εντάσεις στην διεθνή κοινότητα υπήρξε η νατοϊκή επέμβαση στο Κόσοβο το 1999. Μέχρι και σήμερα υποστηρίζονται και οι δύο αντικρουόμενες απόψεις γύρω από το ζήτημα της νομιμότητας της επέμβασης

αυτής και το κατά πόσο υποκινούταν από καθαρά ανθρωπιστικά κίνητρα.

Η κρίσιμη κατάσταση που επικρατούσε στο πεδίο μάχης στο Κόσοβο ήταν πλέον έτοιμη να ξεπεράσει τα εθνικά σύνορα και να αρχίσει να πλήττει τον διεθνή περίγυρο, έχοντας καταστεί μία ανθρωπιστική κρίση. Από την μία πλευρά, ο αλβανικός στρατός προέβη σε μία σειρά παράνομων ενεργειών, μεταξύ των οποίων και η ευθεία επίθεση στις γιουγκοσλαβικές αρχές. Από την άλλη, η παραβίαση των δικαιωμάτων των Αλβανών Κοσοβάρων από την σερβική κυριαρχία, ως απάντηση στις παραπάνω ενέργειες, ήταν κατάφωρη και συνεχής, δημιουργώντας μία εθνοκάθαρση στο κέντρο της Ευρώπης. Από αυτή την κατάσταση το NATO, έστω και προσχηματικά, θεώρησε ότι άντλησε το δικαίωμα επέμβασης στα εσωτερικά της Σερβίας, υποστηρίζοντας ακράδαντα την ηθική υποχρέωση που είχε, για να σταματήσει αυτή την κατάσταση. Η κίνηση αυτή του NATO έχει βρει αρκετούς υπέρμαχους, οι οποίοι πέραν της παραβίασης των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της γενικευμένης κρίσης που ήταν στα πρόθυρα εξάπλωσης, προβάλλουν και το επιχείρημα πως κάθε άλλο διπλωματικό μέσο είχε εξαντληθεί με την αδιάλλακτη σερβική κυβέρνηση και πως η προσφυγή στα όπλα ήταν η μόνη λύση. Από την πλευρά των υποστηρικτών μάλιστα, τίθεται ένα ζήτημα που θα μας απασχολήσει στην συνέχεια: Μήπως η μη επαρκής προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων παραμερίζει κάθε όριο στην μη επέμβαση στα εσωτερικά ενός κράτους, με απώτερο σκοπό την διαφύλαξη της διεθνούς σταθερότητας;

Από την άλλη πλευρά, η ενέργεια αυτή συνάντησε πολλές αντιδράσεις για τον κυριότερο και πιο εμφανή λόγο. Το NATO έδρασε χωρίς προηγούμενη εξουσιοδότηση του Συμβουλίου Ασφαλείας, του οργάνου που παραδοσιακά δίνει το πράσινο φως σε τέτοιου είδους ενέργειες. Παράλληλα, οι αεροπορικές επιθέσεις του NATO, οδήγησαν σε κλιμάκωσή της βίας στην περιοχή μην προσδίδοντας παράλληλα άμεση λύση στα εδαφικά ζητήματα που εκκρεμούσαν. Οι επικριτές αυτής της επέμβασης δεν μπορούσαν να δεχτούν πως η επέμβαση στο Κόσοβο θα δημιουργούσε κανόνα εθιμικού δικαίου, αφού δεν ίσχυαν ξεκάθαρα τα στοιχεία ούτε της σταθερής πρακτικής αλλά ούτε και της πεποίθησης δικαίου (opinion juris).<sup>10</sup> Μία νέα βάση όμως

<sup>6</sup> Ψήφισμα 688/1991 Διαθέσιμο στο: <http://unsr.com/en/resolutions/doc/688>

<sup>7</sup> Ψήφισμα 751/ 1992 Διαθέσιμο στο: <http://unsr.com/en/resolutions/doc/751>

<sup>8</sup> Ψήφισμα 794/1991 Διαθέσιμο στο: <http://unsr.com/en/resolutions/doc/794>

<sup>9</sup> Ψήφισμα 1769/2007 Διαθέσιμο στο: <http://unsr.com/en/resolutions/doc/1769>

<sup>10</sup> Θεοχάρης Δήμας σε διατριβή «Ανθρωπιστικές επεμβάσεις και ρεαλισμός: η επέμβαση στο Κόσοβο»

είχε ήδη δημιουργηθεί γύρω από το καθεστώς της χρήσης βίας προς τα κράτη και ο φόβος για αλλαγή των όρων του παραδοσιακού διεθνούς δικαίου ήταν εμφανής, παρόλο που λίγο πριν τους βομβαρδισμούς ο Γενικός Γραμματέας του NATO, Dr. Javier Solana προχώρησε σε καθησυχαστικές δηλώσεις. «Το NATO δεν διεξάγει πόλεμο εναντίον της Γιουγκοσλαβίας. Στόχος μας είναι να αποτραπεί επιπλέον ανθρωπίνος πόνος, καταπίεση και βία κατά του αμάχου πληθυσμού στο Κοσσυφοπέδιο», τόνισε.<sup>11</sup>

Η θέση του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών

Η περίπτωση του Κοσσυφοπεδίου, ήταν αρκετή για να ξαναφέρει στο προσκήνιο το ζήτημα της ανθρωπιστικής επέμβασης και της νομιμότητας της. Όπως φάνηκε και από τις παραπάνω περιπτώσεις επεμβάσεων που έχουν σημειωθεί ανά τα χρόνια, ο Οργανισμός Ηνωμένων Εθνών και συγκεκριμένα το σημαντικότερο όργανό του, το Συμβούλιο Ασφαλείας, διαδραμάτιζε σημαντικό ρόλο στην πορεία των γεγονότων καθώς τα ψηφίσματα του προσέδιδαν κάποια νομιμοποίηση σε μία σειρά ενεργειών με ανθρωπιστικό περιεχόμενο.

Πριν από την υπογραφή του Καταστατικού Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών οποιοδήποτε κράτος τυχαία μπορούσε να επικαλεστεί ανάγκη επέμβασης στο εσωτερικό ενός άλλου χωρίς περιορισμούς. Μετά το 1945 όμως η ανθρωπιστική επέμβαση εξελίσσεται σε αποκλειστικό προνόμιο της διεθνούς κοινότητας κατά την παραπάνω εξουσιοδότηση. Στη διάρκεια λειτουργίας του συστήματος αυτού όμως σημειώθηκαν λάθη και παραλείψεις που άρχισαν να θέτουν υπό αμφισβήτηση ακόμη και την διαδικασία ενώπιον του Συμβουλίου Ασφαλείας. Κατά την γενοκτονία της Ρουάντα το 1994 το Συμβούλιο Ασφαλείας δεν απέστειλε βοήθεια παρά τις μαζικές σφαγές και με τον αριθμό των νεκρών να ανέρχεται στους 800.000. Ήταν τότε που εγκαινιάστηκε η ιστορική έκφραση "Never again, on our watch", αλλά που εν τέλει δεν μπόρεσε ικανοποιητικά να τηρηθεί. Το κώλυμα που συναντάται σε αυτές τις περιπτώσεις είναι το παραδοσιακό δικαίωμα αρνησικυρίας που διαθέτουν τα πέντε μόνιμα μέλη του Συμβουλίου και καταλήγει ορισμένες φορές να παραλύει την διαδικασία. Ανάμεσα σε αυτά τα

μόνιμα μέλη υπάρχουν κράτη που δεν μπορούν να αποδεχτούν πως η εσωτερική κυριαρχία μπορεί να παρακαμφθεί για λόγους προστασίας της ανθρωπίνης ύπαρξης. Όπως συνέβη στις περιπτώσεις της Λιβύης ή της Σιέρα Λεόνε όπου η εντολή του Συμβουλίου Ασφαλείας για επέμβαση δεν δόθηκε ποτέ.

## Η αντίθεση προς τον Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών

Τι συμβαίνει όμως όταν φτάνουμε να εξετάσουμε την πολυσυζητημένη νομιμότητα της ανθρωπιστικής επέμβασης υπό το πρίσμα των αρχών του διεθνούς δικαίου; Όπως αναφέρθηκε και παραπάνω οι μεγάλες προκλήσεις στον τομέα αυτόν άρχισαν να αναδύονται από το 1991 και έπειτα, λίγο καιρό μετά την λήξη της ψυχροπολεμικής περιόδου. Η εκτεταμένη προσφυγή σε τέτοιου είδους επεμβάσεις άρχισε να αγγίζει δύο από τις πιο βασικές κατοχυρωμένες αρχές του διεθνούς δικαίου: την αρχή της αποχής από χρήση βίας στις διεθνείς σχέσεις και την αρχή της μη επέμβασης στο εσωτερικό των κρατών.

### Η αρχή της απαγόρευσης χρήσης βίας

Κατοχυρωμένη στο άρθρο 2 παράγραφος 4 του Χάρτη, η απαγόρευση αυτή αποτελεί μια από τις πιο θεμελιώδεις έννοιες του σύγχρονου διεθνούς δικαίου. «Όλα τα μέλη στις διεθνείς τους σχέσεις θα απέχουν από την απειλή ή χρήση βίας»<sup>12</sup>, εκτός των εξαιρέσεων που θέτουν τα ίδια τα Ηνωμένα Έθνη. Πρώτη και βασική εξαίρεση αποτελεί αυτή του δικαιώματος της άμυνας, στο άρθρο 51 του Χάρτη. Υπό τις προϋποθέσεις του δίνει στα κράτη την δυνατότητα να αμυνθούν και να αποκρούσουν την επίθεση που δέχονται, ενώ στην περίπτωση που η κατάσταση αποτελεί «απειλή για την διεθνή ειρήνη και ασφάλεια» ενεργοποιείται από το Συμβούλιο Ασφαλείας το συλλογικό δικαίωμα στην άμυνα. Είναι το κεφάλαιο 7 του Χάρτη που δημιουργεί αυτή την δικλείδα ασφαλείας προς αποτροπή της γενί-

βο», σελ.13

<sup>11</sup> Βούζα Σοφία, σε διπλωματική εργασία «Η να- τοϊκή παρέμβαση στο Κόσοβο, κριτική προσέγγιση του δόγματος των ανθρωπιστικών επεμβάσεων», ακαδημαϊκό έτος 2007-2008, σελ.36-37

<sup>12</sup> "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.", article 2 paragraph 4 of the UN Charter, διαθέσιμο στο: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

κευσης μίας κρίσης. Είναι συνεπώς φανερό πως, το δεσμευτικό αυτό κείμενο καμία νύξη δεν περιλαμβάνει για το κομμάτι της ανθρωπιστικής επέμβασης και τη χρήση βίας μαζί με αυτή. Είναι κυρίως αυτή, η προβληματική που δυσκολεύει την διάκριση της από τον πόλεμο και έχει προκαλέσει την διεθνή της καταδίκη. Το αν τα ψηφίσματα του Συμβουλίου είναι ικανά να εισάγουν εξαιρέσεις από αυτόν τον *jus cogens* είναι ακόμη θολό και διφορούμενο. Πάντως αν προβαίναμε σε μία γραμματική ερμηνεία της διάταξης θα διαπιστώναμε ότι μία επέμβαση στηριζόμενη καθαρά σε ανθρωπιστικά κίνητρα, σύμφωνα με το παραδοσιακό διεθνές δίκαιο, δεν έχει στόχο ούτε να πλήξει την «εδαφική ακεραιότητα» ενός κράτους ούτε να κινηθεί κατά της «πολιτικής ανεξαρτησίας» του, γεγονός που αποδεικνύει ότι ίσως να αποκλείεται άδικα η εξαίρεση για την προστασία της ανθρωπίνης ύπαρξης, έναν από τους κυριότερους στόχους των Ηνωμένων Εθνών<sup>13</sup>. Σε τελική ανάλυση ο ίδιος ο Χάρτης στο άρθρο 42 δίνει δυνατότητα για χρήση στρατιωτικών μέσων για την προστασία της διεθνούς σταθερότητας.

#### Η αρχή της μη επέμβασης στο εσωτερικό των κρατών

Παράλληλα όμως με την χρήση βίας τίθεται στον διεθνή χώρο και η αντίθεση αυτής της επέμβασης με το άρθρο 2 παράγραφος 7 του Χάρτη, που στερεί από τα Ηνωμένα Έθνη την δυνατότητα «να επεμβαίνουν σε ζητήματα που ανήκουν ουσιαστικά στην εσωτερική δικαιοδοσία» του κάθε κράτους. Ακόμη και από αυτό το ζήτημα δεν έλειψαν οι διαφωνίες.

Η θεμελίωση του άρθρου 2 παράγραφος 7<sup>14</sup> στηριζόταν παραδοσιακά σε μία μονοπωλιακή αντίληψη της κρατικής κυριαρχίας που δεν επέτρεπε αποκλίσεις εκτός και αν υπήρχε η συναίνεση του

αντίστοιχου κράτους. Ξεκινώντας από την απόφαση 2625 του 1970<sup>15</sup> και ενισχυόμενη με αποφάσεις και διακηρύξεις της Γενικής Συνέλευσης περί φιλικών σχέσεων μεταξύ των κρατών<sup>16</sup> η αρχή αυτή παγιώθηκε στο διεθνές στερέωμα. Η πάροδος όμως του χρόνου και η διόγκωση των απειλών προς τα ανθρώπινα δικαιώματα δημιούργησε περιορισμούς στην απόλυτη κρατική κυριαρχία, οδηγώντας ακόμη και μη κυβερνητικές οργανώσεις μαζί με μεγάλους οργανισμούς να επιζητούν τέτοιου είδους επεμβάσεις. Αποκορύφωμα αυτού του περιορισμού υπήρξε η Υπόθεση της Νικαράγουα κατά των Ηνωμένων Πολιτειών, όπου το Δικαστήριο επαναπροσδιόρισε τα όρια της αρχής της μη επέμβασης. Συγκεκριμένα τόνισε πως «δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι η παροχή αμιγούς ανθρωπιστικής βοήθειας σε άτομα ή δυνάμεις που βρίσκονται σε άλλο κράτος δεν μπορεί να θεωρηθεί ως παράνομη επέμβαση, ή ως καθ' οιονδήποτε άλλον τρόπο αντίθετη στο διεθνές δίκαιο»<sup>17</sup>. Σε αυτό τον κανόνα εισάγονται και εξαιρέσεις, οι οποίες βέβαια μοιάζουν με εκείνες της χρήσης βίας, δίχως όμως να αναφέρουν πάλι ξεκάθαρα την ανθρωπιστική επέμβαση. Η σταδιακή όμως ανάπτυξη του δικαιώματος «βλέψεως» (*droit de regard*) που έχει αναπτυχθεί για καταστάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων αρχίζει να εξομαλύνει το απόρρητο της κρατικής κυριαρχίας, καθώς και η προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων είναι στο πλαίσιο του διεθνούς δικαίου. Συνεπώς, αν οι παραβιάσεις πλήττουν την διεθνή κοινότητα, τα κράτη νομιμοποιούνται στον παραμερισμό της εσωτερικής δικαιοδοσίας, ώστε να επέμβουν προς το κοινό όφελος. Άλλωστε το ίδιο το άρθρο 2 παράγραφος 7 περιέχει την ρήτρα της συλλογικής ασφάλειας του κεφαλαίου 7 του Χάρτη, βάσει του οποίου το Συμβούλιο Ασφαλείας εξουσιοδοτεί την οργανωμένη δράση μίας ομάδας κρατών.

#### **Κριτήρια Νομιμότητας μίας ανθρωπιστικής επέμβασης**

<sup>15</sup> Διαθέσιμο στο: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>

<sup>16</sup> Θεοχάρης Δήμας σε διατριβή «Ανθρωπιστικές επεμβάσεις και ρεαλισμός: η επέμβαση στο Κόσσοβο», σελ.10

<sup>17</sup> Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua Vs. USA, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

<sup>13</sup> *Αρώνη Χαρίκλεια*, σε μεταπτυχιακή εργασία «State sovereignty in international law: A changing constant»

<sup>14</sup> "Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.", article 2 paragraph 7 UN Charter διαθέσιμο στο: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>



Από την στιγμή όμως που παρόλες τις αντιφάσεις, ενεργούνται ανθρωπιστικές επεμβάσεις, τότε μπορεί να κριθεί αν ήταν νόμιμη ή όχι; Απάντηση σε αυτό το ερώτημα δίνουν τα κριτήρια νομιμότητας μιας τέτοιας επέμβασης. Τα κριτήρια αυτά δεν είναι καταγεγραμμένα αλλά έχουν διαμορφωθεί πλέον τόσο μέσα από την χρόνια πρακτική των κρατών, όσο και την νομολογία και την ευρύτερη θεωρία του πολέμου.<sup>18</sup>

Ξεκινώντας, πρώτη θέση κατέχει η νόμιμη αιτία, δηλαδή ο λόγος για τον οποίο ένα κράτος προβαίνει στην αντίστοιχη ενέργεια. Κατά μήκος της ιστορίας, η πλειονότητα των επεμβάσεων διενεργήθηκαν με αφορμή την παραβίαση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων που έτειναν πολλές φορές να υπερσχύουν των κρατικών εξουσιών προκαλώντας μία γενική κατακραυγή. Ζήτημα πολλές φορές τέθηκε για τα πολιτικά αίτια που πιθανώς υποκρύπτονταν, χωρίς όμως να αμφισβητηθεί η ανθρωπιστική μορφή της δραστηριότητας. Παράλληλα με την ορθή και κατάλληλη εξουσία, που εν προκειμένω εννοείται η εξουσιοδότηση του ΟΗΕ, κρίνεται αυστηρά το αν η επέμβαση αυτή αποτέλεσε το έσχατο μέσο. Θα πρέπει δηλαδή όλες οι διπλωματικές ενέργειες να έχουν αποτύχει και η κατάσταση να χρήζει άμεσης, χωρίς καθυστέρηση, αντιμετώπισης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η επέμβαση στο Κόσοβο όπου παρά την χρήση της προληπτικής διπλωματίας, οι προσπάθειες ναυάγησαν. Τέλος, πέρα από την ανάγκη να τεθούν μακροπρόθεσμοι στόχοι προς επίτευξη, που δεν διορθώνουν απλώς πρόσκαιρα την κατάσταση, είναι σημαντικό να λαμβάνεται πάντοτε υπόψη η αρχή της αναλογικότητας. Αποτελεί το πιο σημαντικό κριτήριο νομιμότητας, κατά το οποίο εξετάζονται το κόστος και τα οφέλη που απέφερε μια επέμβαση. Ένας από τους λόγους που καταδικάστηκε η επέμβαση στο Κόσοβο από την Διεθνή Αμνηστία ήταν ο αριθμός των ανθρώπινων απωλειών, καθώς 1.500 νεκροί καθιστούσαν δυσανάλογο το όφελος που έφερε αυτή η ενέργεια.

### Συμπεράσματα

Στην διάρκεια του 21<sup>ου</sup> αιώνα οι προκλήσεις που αντιμετωπίζει το διεθνές γίνεσθαι έχουν φέρει την επέμβαση ανθρωπιστικού χαρακτήρα στο

προσκήνιο. Το διεθνές δίκαιο ακόμη δεν την έχει αναγνωρίσει επίσημα ως κομμάτι του και για αυτό κρίσιμες διαδικασίες παρακωλύονται. Η δημιουργία εθίμου μέσα από την μέχρι τώρα πρακτική είναι επίσης αρκετά ασαφής. Η διεθνής κοινότητα όμως δεν μπορεί να εθελουφλεί μπροστά σε εσωτερικές διαμάχες και παραβιάσεις που δύνανται να έχουν καταστροφικά αποτελέσματα σε μία παγκόσμια κλίμακα. Αν και κάποιες αποφάσεις του Συμβουλίου Ασφαλείας δείχνουν πως οι όροι προστασίας της διεθνούς ειρήνης πρέπει να διευρυνθούν και άλλο, λύση στο ζήτημα δεν έχει οριστικά δοθεί. Αντιλαμβανόμαστε, συνεπώς, πως είναι στο χέρι ολόκληρης της διεθνούς κοινότητας να δράσει. Από την πλευρά του ο ΟΗΕ μπορεί να συνεισφέρει καταλυτικά σε αυτόν τον τομέα ενεργοποιώντας τα άρθρα 43 και 45 του Χάρτη του, που θα δημιουργήσουν μία στρατιωτική δύναμη ικανή να επέμβει και να αποτρέψει την εξάπλωση ανθρωπιστικών κρίσεων. Παράλληλα τα ίδια τα κράτη θα ήταν ιδανικό να απομακρυνθούν όσο γίνεται από τα πολιτικά κίνητρα που κρύβει κάθε επέμβαση και να κινούνται με αμιγώς ανθρωπιστικούς σκοπούς προς όφελος ολόκληρης της ανθρωπότητας. Κρίσεις ανά την ιστορία υπάρχουν και θα συνεχίσουν να υπάρχουν. Εδώ ακριβώς πρέπει η διεθνής κοινότητα να θέσει τον στόχο της: να είναι έτοιμη να αντιμετωπίσει κάθε πρόβλημα με σίγουρα και ασφαλή βήματα, ιδίως όμως με προληπτικές εγγυήσεις.

<sup>18</sup> Μαυρόπουλος Παναγιώτης, Οι Ένοπλες ανθρωπιστικές επεμβάσεις, 8 Μαρτίου 2016, σελ. 2. Διαθέσιμο στο <http://www.warandstrategy.gr/>



# Το ζήτημα της Αποκλειστικής Οικονομικής Ζώνης Κύπρου-Τουρκίας και η στάση της Ελλάδας

Τσιαμούρη Θεοδώρα & Κοτταρίδου Δέσποινα  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Η ΑΟΖ αποτέλεσε μία πρωτοφανή έμπνευση των λατινοαμερικάνικων κρατών ως προσπάθεια προστασίας των δικαιωμάτων και συμφερόντων τους από τη συστηματική και οργανωμένη εκμετάλλευση των αλιευτικών στόλων των ΗΠΑ, η οποία τα αποστερούσε από τα πλούσια αλιευτικά αποθέματα, επηρεάζοντας αρνητικά την οικονομία τους.»**

## Εισαγωγή

Αναντίρρητα, στη σύγχρονη εποχή της παγκοσμιοποίησης που διανύουμε, τα κράτη συμμετέχουν διαρκώς περισσότερο στη διεθνή σκηνή, επικοινωνούν μεταξύ τους, αλληλεπιδρούν με διεθνείς οργανισμούς, έχοντας, πλέον, αντιληφθεί τη μεγάλη σημασία που διαδραματίζει το διεθνές δίκαιο για την οικονομική ανάπτυξη και ευημερία τους. «Σχεδόν καμία χώρα δεν παραμένει στο απυρόβλητο της διεθνούς επικοινωνίας, σχεδόν καμία χώρα δεν είναι έρημος νήσος, αποκομμένη από το διεθνές γίγνεσθαι<sup>1</sup>». Η εξέλιξη του διεθνούς δικαίου, λοιπόν, δεν αφήνει τα κράτη ανεπηρέαστα, ούτε φυσικά τις μεταξύ τους σχέσεις. Με την ανάκυψη νέων θεσμών και καθεστώτων τα κράτη προσαρμόζονται στις νέες συνθήκες, προσπαθώντας να διαφυλάξουν ακέραια τα συμφέροντά τους, σεβόμενα, όμως, απόλυτα την διεθνή κοινότητα. Ένας τέτοιος θεσμός είναι και αυτός της Αποκλειστικής Οικονομικής Ζώνης (εφεξής: ΑΟΖ) που εμφανίστηκε για πρώτη φορά ήδη από τα τέλη της δεκαετίας του 1940 και θεσμοθετήθηκε με τη διεθνή σύμβαση του Montego Bay, γνωστή ως Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας. Η σπουδαιότητα της ΑΟΖ έγινε από νωρίς αντιληπτή στα κράτη, ιδιαίτερα εξαιτίας της συμβολής της στην οικονομική τους ανέλιξη. Αποτέλεσμα, βέβαια, αυτής της απήχησης της ΑΟΖ ήταν η δημιουργία

συγκρούσεων μεταξύ των χωρών, ιδίως αυτών των οποίων η μεταξύ τους απόσταση είναι μικρότερη των 400 ναυτικών μιλίων (ν.μ.). Ένα παράδειγμα αντλούμενο από την πρόσφατη επικαιρότητα αποτελεί και η κατάσταση ανάμεσα στην Τουρκία και την Κύπρο αναφορικά με την κυπριακή ΑΟΖ, μια κατάσταση που επηρεάζει άμεσα και την χώρα μας.

## Η Αποκλειστική Οικονομική Ζώνη

### Γενικά χαρακτηριστικά και σημασία

Η ΑΟΖ αποτέλεσε μία πρωτοφανή έμπνευση των λατινοαμερικάνικων κρατών ως προσπάθεια προστασίας των δικαιωμάτων και συμφερόντων τους από τη συστηματική και οργανωμένη εκμετάλλευση των αλιευτικών στόλων των ΗΠΑ, η οποία τα αποστερούσε από τα πλούσια αλιευτικά αποθέματα, επηρεάζοντας αρνητικά την οικονομία<sup>2</sup> τους. Το γεγονός αυτό συσπείρωσε τα εν λόγω κράτη, οδηγώντας τα έτσι σε μία πρόταση για τη θεσμοθέτηση μια καινούριας θαλάσσιας ζώνης σε μεγάλη έκταση από τις ακτές, που θα παρείχε σημαντικά δικαιώματα αλιείας στα παράκτια κράτη. Την θέση αυτή υποστήριξαν κι άλλα, πέρα των λατινοαμερικάνικων, κράτη, καταλήγοντας έτσι στη Τρίτη Συνδιάσκεψη για το Δίκαιο της Θάλασσας και τελικώς στη Σύμβαση του Montego Bay<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Όπως ακριβώς Ροζάκης Χ., Η αποκλειστική οικονομική ζώνη και το διεθνές δίκαιο, Εκδόσεις Παπαζήση 2013, σελ. 9

<sup>2</sup> Σαρηγιαννίδης Μ., Θεμελιώδεις έννοιες στο Διεθνές Δημόσιο Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 464

<sup>3</sup> Ροζάκης Χ., Η αποκλειστική οικονομική ζώνη και το διεθνές δίκαιο, Εκδόσεις Παπαζήση 2013,

Η ΑΟΖ κατοχυρώνεται στο Τμήμα V της Σύμβασης στα άρθρα 55-75. Πρόκειται για μία θαλάσσια ζώνη 200 ν.μ., η οποία περιλαμβάνει την επιφάνεια της θάλασσας, τον βυθό και το υπέδαφός του καθώς επίσης και την υπερκείμενη θαλάσσια στήλη, στην οποία το κράτος ασκεί κυριαρχικά δικαιώματα σχετικά με την εκμετάλλευση όλων των ζώντων και μη-ζώντων πόρων της θάλασσας, εν αντιθέσει με την αιγιαλίτιδα ζώνη, όπου το κράτος ασκεί πλήρη κυριαρχία, όπως ακριβώς και στο έδαφός του και στον υπερκείμενο εναέριο χώρο<sup>4</sup>. Επιπροσθέτως, η ΑΟΖ δεν ανήκει στο παράκτιο κράτος *ipso jure*, αλλά είναι απαραίτητο να ανακηρυχθεί από αυτό, προκειμένου να μπορεί το τελευταίο να την εκμεταλλευτεί, σεβόμενο, πάντως, απόλυτα τα δικαιώματα τρίτων χωρών, ιδίως τα δικαιώματα της ελεύθερης ναυσιπλοΐας ή υπέρπτησης, όπως αυτά περιγράφονται στο άρθρο 58 παρ.1 της Σύμβασης<sup>5</sup>. Σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, η σημασία της ΑΟΖ είναι αδιαμφισβήτητη: αρχικά, συνεισφέρει στην κοινωνικοοικονομική ανάπτυξη των χωρών, μειώνοντας τις ανισότητες που τυχόν υπάρχουν μεταξύ των αναπτυσσόμενων και των αναπτυσσόμενων κρατών. Αυτό φαίνεται και από την χρήση του όρου «οικονομική» στην ονομασία του θεσμού. Άλλωστε, αυτό το ενδεχόμενο οικονομικής εκμετάλλευσης των ζώντων και μη πόρων της θάλασσας ήταν που οδήγησε τελικώς στην καθιέρωση της ΑΟΖ<sup>6</sup>. Πέραν τούτου, το καθεστώς της ΑΟΖ χαρακτηρίζεται ως πολυλειτουργικό (multifunctional) κυρίως λόγω του εύρους των δικαιωμάτων που παραχωρεί, πρωτίστως, στα παράκτια κράτη και, δευτερευόντως, σε τρίτα κράτη και τα οποία συνοψίζονται σε τέσσερα βασικά στοιχεία, αυτά της εξερεύνησης, εκμετάλλευσης, διαχείρισης και διατήρησης των φυσικών πόρων, σύμφωνα με το άρθρο 56 της Σύμβασης<sup>7</sup>.

σελ. 15

<sup>4</sup> *Vicuna F.*, *The Exclusive Economic Zone: Regime and legal nature under International law*, Cambridge University Press, 1989, σελ. 24-25

<sup>5</sup> *Καρυώτης Θ.*, *Οι οικονομικές διαστάσεις του δικαίου της θάλασσας και η περίπτωση της Ελλάδας*, Δημοσιεύματα του Δικαίου της Θάλασσας, 1996, σελ. 101

<sup>6</sup> *Kwiatkowska B.*, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, σελ. 2

<sup>7</sup> *Kwiatkowska B.*, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Martinus

#### Η ΑΟΖ της Ελλάδας

Αυτό που πρέπει να σημειωθεί είναι πως η χώρα μας δεν έχει ακόμη προβεί στην κήρυξη ΑΟΖ, ενώ έχει υπογράψει την Σύμβαση και έχει, πάντως, το δικαίωμα να το κάνει. Η ιδιορρυθμία της Ελλάδας, όμως, συνίσταται στο γεγονός πως, ενώ δεν έχουμε προβεί σε κήρυξη της ΑΟΖ, εντούτοις αυτή έχει αναφερθεί ήδη σε δύο νόμους<sup>8</sup>: στον ν.2289/1995, όπου στο άρθρο <sup>9</sup>12 γίνεται αναφορά στην εκμετάλλευση της υφαλοκρηπίδας και της ΑΟΖ, χωρίς την προηγούμενη κήρυξη ή οριοθέτηση της και στον ν.4001/2011, στον οποίο γίνεται μνεία για την κήρυξη της ΑΟΖ, ως προϋπόθεση για την εφαρμογή του προηγούμενου νόμου στο άρθρο <sup>10</sup> 156 παρ. 1. Το ζήτημα της ΑΟΖ στην χώρα μας είναι σχεδόν ταυτόσημο με το ζήτημα της υφαλοκρηπίδας στο Αιγαίο Πέλαγος. Συγκεκριμένα, ενώ το ελληνικό κράτος έχει οριοθετήσει την υφαλοκρηπίδα της με την Ιταλία στο Ιόνιο Πέλαγος ήδη από το 1977, δεν έχει πράξει το ίδιο και στο Αιγαίο Πέλαγος, εξαιτίας των τουρκικών διεκδικήσεων. Η ανάδειξη της ΑΟΖ βρίσκεται στο επίκεντρο των πολιτικών συζητήσεων εξαιτίας της ανακάλυψης υδρογονανθράκων στην ΑΟΖ της Κύπρου, γεγονός που θα αποφέρει σημαντική οικονομική ανάπτυξη της χώρας και θα την ενισχύσει ακόμη περισσότερο στρατηγικά. Εύλογα, λοιπόν, η Τουρκία επιθυμεί να «μπλοκάρει» την κήρυξη ΑΟΖ από την χώρα μας, αποσκοπώντας να αποφύγει τυχόν συνεργασία Ελλάδας και Κύπρου σχετικά με την εκμετάλλευση των κοιτασμάτων, γεγονός που θα περιορίζε την πρόσβαση της Τουρκίας σε αυτά. Για αυτό τον λόγο, η Τουρκία θα συνεχίσει να ασκεί πίεση στην κυπριακή ΑΟΖ καθώς και στο Καστελόριζο, διότι αποτελεί τον συνδετικό κρίκο με τον θαλάσσιο χώρο που μπορεί και δικαιούται να ανακηρύξει ως ΑΟΖ η Ελλάδα.

Nijhoff Publishers, 1989, σελ. 4-5

<sup>8</sup> *Ροζάκης Χ.*, *Η αποκλειστική οικονομική ζώνη και το διεθνές δίκαιο*, Εκδόσεις Παπαζήση 2013, σελ. 37

<sup>9</sup> Διαθέσιμο σε: <https://www.e-nomothesia.gr/energeia/n-2289-1995.html>

<sup>10</sup> Διαθέσιμο σε: [https://www.kodiko.gr/nomologia/document\\_navigation/121622/nomos-4001-2011](https://www.kodiko.gr/nomologia/document_navigation/121622/nomos-4001-2011)

## Το ζήτημα της ΑΟΖ Κύπρου-Τουρκίας

### Κυπριακή ΑΟΖ

Η Κυπριακή Δημοκρατία, η οποία είχε επικυρώσει τη Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας ήδη από το Δεκέμβριο του 1988<sup>11</sup>, προέβη το 2004 στην κήρυξη ΑΟΖ με τη θέσπιση του περί της Αποκλειστικής Οικονομικής Ζώνης και Υφαλοκρηπίδας Νόμου <sup>12</sup>(64(I)/2004) ο οποίος τροποποιήθηκε το 2014 (Ν.97(I)/2014). Ο ανωτέρω νόμος προβλέπει τρία βασικά στοιχεία: Αρχικά, ότι «το εξωτερικό όριο της ΑΟΖ της Κυπριακής Δημοκρατίας ορίζεται σε απόσταση 200 ναυτικών μιλίων από τις γραμμές βάσης από τις οποίες μετράται το εύρος της χωρικής θάλασσας.». Έπειτα πως «σε περίπτωση που οποιοδήποτε τμήμα της ΑΟΖ της Κυπριακής Δημοκρατίας υπερκαλύπτει τμήμα της ΑΟΖ οποιουδήποτε άλλου κράτους, του οποίου οι ακτές βρίσκονται απέναντι από αυτές της Κύπρου (όπως συμβαίνει στην Ανατολική Μεσόγειο), τα όρια της ΑΟΖ της Κυπριακής Δημοκρατίας και της ΑΟΖ του άλλου κράτους, ορίζονται κατόπιν συμφωνίας μεταξύ τους» και τέλος πως «ελλείψει συμφωνίας μεταξύ τους, τα όρια της ζώνης είναι η μέση γραμμή».

Το Φεβρουάριο του 2003 και τον Ιανουάριο του 2007, η Κυπριακή Δημοκρατία υπέγραψε συμφωνίες οριοθέτησης της ΑΟΖ με την Αίγυπτο και το Λίβανο, αντίστοιχα. Η οριοθέτηση που πραγματοποιήθηκε δυνάμει των συμφωνιών αυτών βασίζεται στη διεθνώς αναγνωρισμένη αρχή της μέσης γραμμής, σύμφωνα με τη Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας. Το Δεκέμβριο του 2010, υπεγράφη ανάλογη συμφωνία μεταξύ Κύπρου και Ισραήλ<sup>13</sup>. Παράλληλα, το Φεβρουάριο του 2007 η Κυπριακή Δημοκρατία ανακοίνωσε την έναρξη του πρώτου γύρου αδειοδοτήσεων, με σκοπό τη χορήγηση αδειών σε ενδιαφερόμενες εταιρίες για υπεράκτια εξερεύνηση και εκμετάλλευση υδρογονανθράκων, ο οποίος έληξε τον Αύγουστο του ίδιου έτους. Έκτοτε έχουν διενεργηθεί δύο επιπλέον γύροι αδειοδοτήσεων, κατά τα έτη 2012 και 2016.

### Η θέση της Τουρκίας

Μέχρι σήμερα, η Τουρκία δεν έχει υπογράψει ή επικυρώσει τη Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας. Παρόλα αυτά, το Νοέμβριο του 1986, με το διάταγμα Νο. 86/11264 του Υπουργικού Συμβουλίου της Τουρκίας, ανακήρυξε ΑΟΖ 200 ν.μ. στη Μαύρη Θάλασσα και συνήψε συμφωνία με την τότε Σοβιετική Ένωση<sup>14</sup>. Το πρώτο άρθρο του διατάγματος αφορά σε κράτη των οποίων οι ακτές είτε βρίσκονται απέναντι είτε είναι προσκείμενες προς αυτές της Τουρκίας, ενώ προβλέπει διενέργεια διαπραγματεύσεων, καθώς και εφαρμογή της αρχής της μέσης γραμμής. Αργότερα, η Τουρκία κατέληξε σε παρόμοια συμφωνία με τη Βουλγαρία και τη Ρουμανία, σχετικά με την οριοθέτηση ΑΟΖ στη Μαύρη Θάλασσα. Ωστόσο, παρόλο που η Τουρκία έχει διευθετήσει το ζήτημα της οριοθέτησης θαλάσσιων ζωνών μέσω της ΑΟΖ στην περιοχή του Ευξείνου Πόντου, σύμφωνα με τις προβλέψεις της Σύμβασης, αρνείται να πράξει το ίδιο και στη Μεσόγειο και να αποτελέσει συμβαλλόμενο μέρος του Δικαίου της Θάλασσας.

### Πως ξεκίνησε η διαφορά

Όπως είναι ευρέως γνωστό, η τουρκική πλευρά, παραβιάζοντας επανειλημμένα την κυπριακή ΑΟΖ, αμφισβητεί τα δικαιώματα της Κύπρου τόσο στην ΑΟΖ, όσο και στα κοιτάσματα υδρογονανθράκων αυτής. Στην πραγματικότητα, οι διαφωνίες των δύο χωρών έχουν ως υπόβαθρο το κυπριακό ζήτημα, το οποίο παραμένει άλυτο μέχρι σήμερα. Συγκεκριμένα, υπό το πρίσμα της μονομερούς κήρυξης σε κράτος των κατεχόμενων εδαφών του βορείου τμήματος της Κυπριακής Δημοκρατίας το 1983, και της μετέπειτα αναγνώρισής του μόνο από την Τουρκία, η τελευταία αμφισβητεί όχι μόνο την κυριαρχία, αλλά και την ύπαρξη της Κυπριακής Δημοκρατίας. Συγχρόνως, προκειμένου να προσδώσει μια επίφαση νομιμότητας στις ενέργειές της, προβάλλει δύο κύρια επιχειρήματα: Αφενός, ισχυρίζεται ότι αποσκοπεί στην προώθηση των συμφερόντων των Τουρκοκυπρίων, που εξαρτώνται από αυτήν σε οικονομικό, πολιτικό και στρατιωτικό επίπεδο, αφετέρου ότι επιδιώκει να προστατεύσει τα δικαιώματά της επί της υφαλοκρηπίδας της, που δήθεν βλάπτονται από την κυπριακή πλευρά. Υπό το φως των ανωτέρω, αξίζει να σημειωθεί ότι η Τουρκία δεν αναγνωρίζει τις συμφωνίες ορι-

<sup>11</sup> Διαθέσιμο σε: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en)

<sup>12</sup> Διαθέσιμο σε: [http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/mfa86\\_gr/mfa86\\_gr?OpenDocument](http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/mfa86_gr/mfa86_gr?OpenDocument)

<sup>13</sup> Διαθέσιμο σε: [http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/mfa86\\_gr/mfa86\\_gr?OpenDocument](http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/mfa86_gr/mfa86_gr?OpenDocument)

<sup>14</sup> Διαθέσιμο σε: <http://www.blacksea-commission.org/socio-economy-eez.asp>

οθέτησης της ΑΟΖ της Κύπρου με την Αίγυπτο, το Λίβανο και το Ισραήλ, καθώς υποστηρίζει ότι εξαιτίας της διχοτόμησης, η Κυπριακή Δημοκρατία δεν μπορεί να εκπροσωπήσει τα συμφέροντα του βορείου τμήματος της Κύπρου. Διατείνεται, ακόμη, ότι η συμφωνία της Κυπριακής Δημοκρατίας με την Αίγυπτο καταλαμβάνει ένα τμήμα της τουρκικής υφαλοκρηπίδας και εκφράζει την εναντίωσή της σε δραστηριότητες εξερεύνησης και εκμετάλλευσης υδρογονανθράκων σε αυτήν, χωρίς να έχει χορηγηθεί προηγουμένως δική της εξουσιοδότηση. Μέσω υπομνημάτων που έχει υποβάλει στα Ηνωμένα Έθνη κατά τα έτη 2004 και 2013, τονίζει την παραβίαση των «νομίμων και κυριαρχικών» δικαιωμάτων της<sup>15</sup>. Εντούτοις, η τουρκική πλευρά δεν είναι η μόνη που διεκδικεί τη θαλάσσια περιοχή της Κύπρου. Υπό τις υποδείξεις της Τουρκίας, οι Τουρκοκύπριοι έχουν υποβάλει κι εκείνοι δική τους αξίωση στην κυπριακή ΑΟΖ. Η αξίωση αυτή ερείδεται σε τρεις «νόμους» που τέθηκαν σε ισχύ από τον Ιούνιο του 2002 έως τον Ιανουάριο του 2012, με τους οποίους οριοθετούνται τα «χωρικά ύδατα και η ΑΟΖ» της βόρειας Κύπρου. Επιπροσθέτως, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η σύναψη μιας «Συμφωνίας» οριοθέτησης της υφαλοκρηπίδας με την Τουρκία τον Σεπτέμβριο του 2011, η οποία δηλώνεται ότι έχει υπογραφεί σύμφωνα με το διεθνές δίκαιο. Επ' αυτής της βάσης, ανακήρυξαν μια «ΑΟΖ» και μέσω αυτής ουσιαστικά ισχυρίζονται ότι τους ανήκει το ήμισυ της ΑΟΖ του νησιού. Είναι προφανές ότι πρόκειται για μια εξαιρετικά απίθανη αξίωση που δεν έχει νομική βάση, καθώς το αποσχισθέν βόρειο τμήμα της Κύπρου δεν αποτελεί κράτος αναγνωρισμένο από τον Οργανισμό Ηνωμένων Εθνών<sup>16</sup>.

#### Επιμέρους προκλητικές πράξεις της Τουρκίας

Από την κήρυξη της κυπριακής ΑΟΖ, πολλών δε μάλλον από την έναρξη του πρώτου γύρου αδειοδοτήσεων, η τουρκική πλευρά αφενός έχει επισημάνει επανειλημμένα ότι δεν θα επιτρέψει στην Κυπριακή Δημοκρατία να προβάλει αξιώσεις

για κοιτάσματα υδρογονανθράκων στα νότια του νησιού, αφετέρου έχει προειδοποιήσει τις διεθνείς εταιρείες πετρελαίου να μην διεξάγουν δραστηριότητες εξερεύνησης και εκμετάλλευσης σε αμφισβητούμενες ζώνες, υπό την απειλή αποκλεισμού από επιχειρηματικές δραστηριότητες στην Τουρκία. Καθώς οι παραβιάσεις του τουρκικού κράτους είναι πολυάριθμες και λαμβάνουν χώρα μέχρι και σήμερα, κρίνεται ουσιώδους σημασίας η ενδεικτική αναφορά σε ορισμένα περιστατικά: Κατ' αρχάς, η παρεμπόδιση διεξαγωγής εργασιών εξερεύνησης υδρογονανθράκων εντός της κυπριακής ΑΟΖ από την Τουρκία ξεκίνησε όταν ένα ερευνητικό σκάφος, που ανήκε σε νορβηγική εταιρεία και έπλεε υπό τη σημαία του Παναμά, διεξήγαγε έρευνα στην ΑΟΖ της Κύπρου (27 ναυτικά μίλια από τη βόρεια ακτή του νησιού) για λογαριασμό της Κυπριακής Δημοκρατίας. Το πλοίο αυτό παρενοχλήθηκε από τα τουρκικά πολεμικά πλοία στις 13.11.2008, ενώ την αμέσως επομένη η κυπριακή κυβέρνηση απέστειλε επιστολή προς τον Γενικό Γραμματέα του ΟΗΕ με την οποία ανέφερε τις τουρκικές προκλήσεις. Μολαταύτα, παρά την άμεση πληροφόρηση όχι μόνο των πέντε μόνημων μελών του Συμβουλίου Ασφαλείας του ΟΗΕ, αλλά και οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με το συμβάν, η τουρκική πλευρά εξακολούθησε να προβαίνει στις προκλητικές πράξεις της. Ένα ακόμη περιστατικό αφορά σε επιθετικές δηλώσεις εκ μέρους του τουρκικού Υπουργείου Εξωτερικών σε βάρος της κυπριακής κυβέρνησης. Πιο αναλυτικά, εν αναμονή της έναρξης της διαδικασίας για την εξερεύνηση φυσικού αερίου τον Οκτώβριο του 2011, το τουρκικό Υπουργείο Εξωτερικών, σε ένα δελτίο τύπου τον Αύγουστο του ίδιου έτους υποστήριξε ότι οι δραστηριότητες και οι συμφωνίες που έχει υπογράψει η Κυπριακή Δημοκρατία για την εξερεύνηση των φυσικών της πόρων αντιβαίνει στο διεθνές δίκαιο και δυσχεραίνει τη διαδικασία των άμεσων διαπραγματεύσεων. Επιπλέον, στο δελτίο Τύπου, το τουρκικό Υπουργείο όχι μόνο αμφισβήτησε τα κυριαρχικά δικαιώματα της Κυπριακής Δημοκρατίας επί της ΑΟΖ, αλλά και κάλεσε τη διεθνή κοινότητα να μην ενθαρρύνει τις δραστηριότητές της. Σαφώς, η Κυπριακή Κυβέρνηση χαρακτήρισε τις ανωτέρω δηλώσεις καταδικαστέες, ενώ ενημέρωσε και πάλι τόσο τους Ευρωπαίους εταίρους, όσο και τα μέλη του Συμβουλίου Ασφαλείας σχετικά με την τουρκική στάση, ζητώντας την υποστήριξή τους στην προσπάθεια αντιμετώπισης

<sup>15</sup> Τσαβούσογλου Μ., Συνέντευξη στην ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ, 4/2/2018: [http://www.mfa.gov.tr/interview-of-h\\_e\\_-mr\\_-mevlut-cavusoglu-to-kathimerini-4-february-2018.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/interview-of-h_e_-mr_-mevlut-cavusoglu-to-kathimerini-4-february-2018.en.mfa)

<sup>16</sup> Ellinas Ch., Turkey False claims on Cyprus exclusive economic zone (EEZ), Ιούλιος 2017: <https://maritimecyprus.com/2017/07/25/turkey-false-claims-on-cyprus-exclusive-economic-zone-eez/>

αυτής της εξέλιξης. Τέλος, αξίζει να σημειωθεί η πρόσφατη διαμάχη μεταξύ Κυπριακής Δημοκρατίας και Τουρκίας που ξεκίνησε το Φεβρουάριο του 2018 για τα κοιτάσματα φυσικού αερίου που εντοπίστηκαν στην κυπριακή ΑΟΖ, καθώς αυτή συντέλεσε στην κλιμάκωση της έντασης στη Νοτιοανατολική Μεσόγειο. Πιο συγκεκριμένα, τη διαμάχη αυτή ακολούθησαν δηλώσεις του υπουργού Εξωτερικών της Τουρκίας Μ. Τσαβούσογλου, με τις οποίες ο τελευταίος αποδοκίμαζε τη συμφωνία οριοθέτησης κυπριακών και αιγυπτιακών θαλάσσιων συνόρων και ανακοίνωσε την πρόθεση της τουρκικής κυβέρνησης να διεξαγάγει έρευνα για το φυσικό αέριο στην περιοχή. Οι σχέσεις των δύο κρατών επιδεινώθηκαν περαιτέρω, όταν το τουρκικό ναυτικό εμπόδισε ένα πλοίο-γεωτρύπανο της ιταλικής πετρελαϊκής εταιρείας Eni S.p.A, που ενεργούσε με άδεια της κυπριακής κυβέρνησης, να εξερευνήσει τα αποθέματα φυσικού αερίου στην εν λόγω περιοχή, εξωθώντας το σε αποχώρηση.

### Η στάση της Ελλάδας

Η Ελλάδα πολλάκις έχει εμπλακεί σε συγκρούσεις με τη γείτονα χώρα, ιδίως σε ό, τι αφορά τις σχέσεις τους στο Αιγαίο, αφήνοντας, έτσι, πολλά μέτωπα ανοιχτά. Αιτία των συγκρούσεων αυτών αποτελούν οι δηλώσεις της Τουρκίας περί ύπαρξης διαφορετικού καθεστώτος σχετικά με το Αιγαίο και την Νοτιοανατολική Μεσόγειο από αυτό που κανονικά ισχύει σύμφωνα με το Δίκαιο της Θάλασσας. Επομένως, στο ζήτημα της ΑΟΖ Κύπρου-Τουρκίας η Ελλάδα δεν μένει ανεπηρέαστη. Καταρχάς, ήδη από το 2004 με την κήρυξη της Κυπριακής ΑΟΖ από την τότε κυβέρνηση της Κυπριακής Δημοκρατίας η χώρα μας αναγνώρισε με ενθουσιασμό την πρωτοβουλία αυτή, χωρίς, ωστόσο, να προβεί η ίδια σε παρόμοια δήλωση<sup>17</sup>. Η υποστήριξη της Ελλάδας στο ζήτημα της Κυπριακής ΑΟΖ είναι αδιαμφισβήτητη, όπως προκύπτει από αρκετές δηλώσεις της πολιτικής μας ηγεσίας. Μέσω αυτής, επιχειρεί η χώρα μας να προστατεύσει και δικά της συμφέροντα στην περιοχή της Νοτιοανατολικής Μεσογείου. Σύμφωνα με κυβερνητικές δηλώσεις η Τουρκία

παρενέβη αδικαιολόγητα με ναυτικές ασκήσεις σε ξένη ΑΟΖ, μία πρακτική που παραβιάζει όχι μόνο τα κυριαρχικά δικαιώματα της Κύπρου αλλά και το διεθνές δίκαιο, δεδομένου ότι υπάρχουν και σχετικές αποφάσεις του Διεθνούς Δικαστηρίου της Χάγης που το επιβεβαιώνουν<sup>18</sup>. Επιπρόσθετα, τον Οκτώβριο του 2018 η Ελλάδα συμμετείχε στην 6η Τριμερή Σύνοδο Κορυφής Ελλάδας-Κύπρου-Αιγύπτου, όπου, μεταξύ άλλων, ο Πρωθυπουργός Α. Τσίπρας τόνισε την σημασία της Κύπρου ως περιφερειακό ευρωπαϊκό πυλώνα σταθερότητας<sup>19</sup>. Μάλιστα, στο πλαίσιο της τριμερούς αυτής συνεργασίας πραγματοποιήθηκε προ ολίγων ημερών κοινή άσκηση Ελλάδας, Αιγύπτου και Κύπρου στην ΑΟΖ της τελευταίας<sup>20</sup>, ενισχύοντας ακόμη περισσότερο την συμμαχία των τριών χωρών και ιδίως της χώρας μας με την Κύπρο.

### Η στάση της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο ζήτημα

Η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας επικυρώθηκε από την Ευρωπαϊκή Ένωση (10 Δεκεμβρίου 1998) και συνεπώς αποτελεί μέρος του Κοινοτικού Κεκτημένου. Όλες οι υποψήφιες προς ένταξη στην ΕΕ χώρες, συμπεριλαμβανομένης της Τουρκίας, υποχρεούνται, κατά τη στιγμή της ένταξής τους, στην αποδοχή και αποτελεσματική εφαρμογή του Κοινοτικού Κεκτημένου. Η επικύρωση της Σύμβασης από την ΕΕ ενίσχυσε την αρμοδιότητά της σε όλους τους τομείς όπου το Δίκαιο της Θάλασσας παρέχει δικαιώματα και υποχρεώσεις σε παράκτια κράτη. Επομένως, η κυπριακή ΑΟΖ αποτελεί και ΑΟΖ της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ, συνεπώς, κάθε πρόκληση κατά της κυπριακής ΑΟΖ συνεπάγεται πρόκληση για την ΑΟΖ της ΕΕ. Προς υποστήριξη της Κυπριακής Δημοκρατίας, η

<sup>17</sup> *Kariotis Th.*, The importance of the Greek Exclusive Economic Zone, διαθέσιμο σε: <https://medium.com/@HellenicLeaders/the-importance-of-the-greek-exclusive-economic-zone-db4cc17c4669?fbclid=IwAR3skXFyMWpqp44riFWsLP4nxQhtOKbn0fpgBsd45zRiK2wHmUmvq3Bfm1Y>

<sup>18</sup> Πρόκειται για τις υποθέσεις για το Αρχιπέλαγος Chagos, International Court of Justice, Διαθέσιμο σε: <https://www.icj-cij.org/en/case/169>, και την Νότια Κίνα, Permanent Court of Arbitration, Διαθέσιμο σε: <https://pca-cpa.org/en/cases/77/>, που παρουσιάζει πολλές ομοιότητες με το ζήτημα της Κυπριακής ΑΟΖ

<sup>19</sup> Διαθέσιμο στο: <http://www.capital.gr/politiki/3320958/tsipras-sumfonia-elladas-aiguptou-gia-oriothetisi-ton-aouz-to-suntomotero-dunato>

<sup>20</sup> Διαθέσιμο σε: <https://www.naftemporiki.gr/story/1447384/koini-askisi-elladas-kyprou-aiguptou-stin-kupriaki-aouz>

ΕΕ έχει καταδικάσει τις τουρκικές ενέργειες και έχει επισημάνει την ανάγκη για σεβασμό από την Τουρκία στην κυριαρχία των μελών της.

### Συμπεράσματα

Καταληκτικά, μπορεί κανείς να συμπεράνει την άμεση σχέση που έχει το ζήτημα της ΑΟΖ μεταξύ Κύπρου και Τουρκίας με το εν γένει Κυπριακό Ζήτημα, το οποίο ταλανίζει την γείτονα χώρα πολλά χρόνια τώρα. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η άσκηση των κυριαρχικών δικαιωμάτων της Κυπριακής Δημοκρατίας στην Αποκλειστική Οικονομική Ζώνη της διόλου δεν συνδέεται με την επίτευξη μιας λύσης του Κυπριακού. Η Κύπρος ασκεί τα νόμιμα δικαιώματά της, που απορρέουν από το Διεθνές Δίκαιο και η Τουρκία οφείλει να τα σεβαστεί με κάθε τρόπο, είτε καταφέρουν να συμβιβαστούν οι δύο

χώρες σχετικά με το Κυπριακό, είτε όχι. Παρ' όλα αυτά, οι καθημερινές παραβιάσεις της Τουρκίας στην Κυπριακή ΑΟΖ συνιστούν αφενός τροχοπέδη στην προσπάθεια διευθέτησης του ζητήματος και αφετέρου απαράδεκτες πρακτικές που «απομακρύνουν» περισσότερο τις δύο χώρες. Δεν είναι τυχαίο, μάλιστα, πως τέτοιου είδους παραβιάσεις υφίσταται συχνά και η Ελλάδα, γεγονός που εντείνει την κατανόηση που εκδηλώνει η χώρα μας αναφορικά με την κατάσταση που επικρατεί στην Κύπρο. Είναι, επομένως, απαραίτητο να μετατραπούν οι Τουρκοκυπριακές αλλά και οι Ελληνοτουρκικές σχέσεις από αντιπαραθετικές σε συνεργατικές, προκειμένου να επιτευχθεί η ευημερία της περιοχής, αλλά και να συνεργασθεί η Τουρκία με πνεύμα συναινετικό και εποικοδομητικό, όπως αρμόζει σε γείτονες χώρες, με απώτερο σκοπό την πλήρη εξομάλυνση των σχέσεών τους.

# Critical review of the Schmidberger case (Case C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich)

Τακόλας Ιωάννης  
Τελειόφοιτος Νομικής ΑΠΘ

***«Under the light of the abovementioned questions and potential legal challenges, we may consider that this very ruling, apart from consisting an unprecedented effort of the ECJ towards the completed protection of fundamental rights in the European legal order, can be actually seen as a promising juridical step.»***

## Introduction

The Schmidberger case is of utmost importance, as far as the evolution of the Law of the European Union is concerned. It is considered to be a key factor regarding the gradual development and integration of the European legal order, due to the fact that it poses several first-appearing dilemmas requiring critical reflection and juridical resolution; thus, the content analysis of the legal reasoning resulting in the decision of the Court is deemed to be determining for the forthcoming cases.

Initially, it is highly essential that the context of the case at issue be given and analyzed, so as to better understand the exact conditions which led the European Court of Justice (hereafter ECJ) to such a decision. Subsequently, we should present the judgment of the ECJ and attempt to decompose it, so that the interpretation and application of the laws under examination are easier to observe. In conclusion, we will critically reflect on the contribution of this ruling to the progress of the European Union legal order and its effectiveness in resolving future challenges.

## Relevant facts

Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge (hereafter 'Schmidberger') is a private transport undertaking based at Rot and der Rot in southern Germany, whose heavy good vehicles travel from that area to northern Italy via the Brenner

motorway<sup>1</sup>. Transitforum Austria Tirol, on the other hand is an environmental protection association<sup>2</sup>.

Due to the extended deterioration of the environment of the Austrian Alps directly attributed to the wide use of the alpine railway by lorries, the abovementioned association gave notice to the competent Austrian authorities, as it is required from the Austrian legislation, so as to block the Brenner railway. The local competent authorities found no reason to prohibit the demonstration. The blockade was to last for approximately 30 hours and to take place in a route giving access to Italy. Eventually, the demonstration lasted for 28 hours and, with a view not to disrupt the flow of vehicles, some alternative routes were used after warning the drivers concerning the imminent abnormality<sup>3</sup>. After this incident, Schmidberger sued the Austrian State for its inability to protect the free movement of goods emanating from the EC Treaty. The private undertaking incurred liability of the state due to the fact that it did not prevent the disruption of its lorries' operation. Furthermore, it claimed reparation for the damages deriving from the cancellation of the itineraries of four lorries for four consecutive days. It is worth mentioning that the demonstration took place in the 12<sup>th</sup> of June

<sup>1</sup> C-112/00, ECJ, par.15 available on <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=eccli:ECJ:EU:C:2003:333>

<sup>2</sup> C-112/00, ECJ, par. 10

<sup>3</sup> C-112/00, ECJ, par.11



1998, while the 11<sup>th</sup> of June was a bank holiday and the 13<sup>th</sup> and the 14<sup>th</sup> of June were Saturday and Sunday consecutively, during which lorries are not allowed to move. All the above-mentioned conditions prohibited the travelling of such heavy good vehicles for four consecutive days<sup>4</sup>.

Taking all the factual circumstances into consideration, the Republic of Austria claimed that the action for damages should be rejected. More specifically, the authorization granted by the national competent authorities, the notification upon the date of the blockage in Austria, Germany and Italy, the fact that the blockade affected only a single route, the limited and predefined duration of the blockage and the lack of repetitive disruptions contributed to such a conclusion. Furthermore, it is underlined that the demonstration under examination constituted an exercise of the fundamental freedoms of assembly and of expression. Last but not least, the Court ascertained the inability of the undertaking to prove the alleged damages and furthermore dismissed the case relying on this specific reason<sup>5</sup>. As it stems from the Austrian procedural law, when asking for compensation, the claim at issue must be proved, but it turns out that Schmidberger failed to fulfill this specific obligation.

Following this, Schmidberger lodged an appeal against this judgment before the Oberlandesgericht Innsbruck, which showcased the necessity of also examining the admissibility of the claim under the light of the Community Law.

### Judgment of the Court

Under article 234 of the Treaty of the European Union (nowadays 267 of the Treaty on the Functioning of European Union) the Austrian Court asked for a preliminary ruling before the ECJ<sup>6</sup>. The Court was asked to clarify, *inter alia*, whether the authorization of the blockade of the Brenner motorway constituted a violation of the free movement of goods. Additionally, it was asked to determine the conditions for the establishment of Member State liability<sup>7</sup>.

The Court subsequently applied the well-established in market law two-step approach. Particularly,

it firstly examines the potential violation of a specific article and, in case it is eventually confirmed, it advances to search for possible justifications<sup>8</sup>. Accordingly, the Court determined that granting permission for a demonstration which resulted in the closure of the Brenner motorway constitutes a breach of the Articles 28 and 29 of the TEU in conjunction with article 10 of the same legislature (nowadays articles 34 and 35 and article 4(3) TFEU, respectively). However, the restriction of the fundamental freedom of free movement of goods within the European Union may be justified in the light of the protection of fundamental rights. More particularly, the ECJ recalling its settled case law underlines that “*fundamental rights form an integral part of the general principles of law the observance of which the Court ensures*”<sup>9</sup>. It follows that “*measures which are incompatible with the observance of the human rights thus recognized are not acceptable in the Community*”<sup>10</sup>, as it emanates from the Kremzow case<sup>11</sup>. Additionally, it is stated that the protection of the fundamental rights consists a legitimate interest, as they remain well-protected by both the Community and the Member States<sup>12</sup>. Consequently, the Court confirms the necessity to reconcile the requirements of the conflicting fundamental rights and of the fundamental freedoms with a view to strike a well-reasoned balance. At this point of analysis, it is worth mentioning that neither the free movement of goods (article 36 of the TFEU-30 EC, nowadays 36 TFEU<sup>13</sup>) nor the fundamental rights *in casu* are absolute, but under certain conditions they may be subject to limitations (article 10<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Dr Andrea Biondi, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, p. 58. Available on <https://www.ftbchambers.co.uk/sites/default/files/free-trade--a-mountain-road-and-the-right-to-protest--european-economic-freedoms-and-fundamental-individual-rights.pdf>

<sup>9</sup> C-260/89, ERT, par. 41 available on <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61989CJ0260>

<sup>10</sup> C-112/00, ECJ, par.73

<sup>11</sup> C-299/95, ECJ, par. 14 available on <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0299>

<sup>12</sup> C-112/00, ECJ, par.74

<sup>13</sup> Article 36 (ex Article 30 TEC): “The provisions of articles...industrial and commercial property”

<sup>14</sup> Article 10 par. 2 of the ECHR: “The exercise of

<sup>4</sup> C-112/00, ECJ, par.15

<sup>5</sup> C-112/00, ECJ, par. 18

<sup>6</sup> Article 267 of TFEU: “The Court of Justice...the interpretation of the Treaties”

<sup>7</sup> C-112/00, ECJ, par. 47

and article 11<sup>15</sup> of the European Convention of Human Rights, respectively)<sup>16</sup>. Implementing the proportionality test, the Court admitted the compatibility of the omission of the Austrian government to ban the demonstration with the articles 28 and 29 of the EC Treaty<sup>17</sup>. More specifically, in the light of a comparison with the *Commission v France* case, the circumstances under which the demonstration was held are presented in a meticulous way. Initially, the demonstration was held upon receiving request for authorization according to the Austrian law<sup>18</sup>. Moreover, the disruption in the case under examination was of lower intensity and the demonstrators blocked a single route for a period of approximately 30 hours<sup>19</sup>. In addition, the ECJ underscores that the concrete actions of the demonstrators constitute an exercise of their fundamental rights, in contrast with the demonstration in *Commission v France*, which actually aimed to prevent the movement of goods of non-French origin<sup>20</sup>. To continue with, various administrative and supporting measures were taken to ensure the well-constrained implications of the demonstration. In this end, the flow of products was not seriously compromised due to the fact that this individual act did not create a general climate of insecurity<sup>21</sup>. It is, also, stated that for the Austrian State to ban the demonstration would be an intolerable interference of the exercised rights of the demonstrators<sup>22</sup>. Finally, the inconvenience as a result of the act of the demonstration may be tolerated “*provided that the objective pursued is essentially the public and lawful demonstration of an opinion*”<sup>23</sup>. Taking all the aforementioned factors into consideration, the Court determines that there is no breach of the Community Law<sup>24</sup> and, therefore, no state liability can be incurred<sup>25</sup>.

It is also worth mentioning that the Advocate

General Jacobs questions the seriousness of the alleged breach. More particularly, after presenting the factual circumstances of the *Schmidberger* case and employing a proportionality test, he notes that there is no breach of the Community Law; hence, the Court is not entitled to incur liability of the Austrian state<sup>26</sup>.

### Analysis

What future questions does the judgment raise or neglect in being reasoned the way it is?

The ECJ made a great stride accepting the fundamental rights as justification grounds for the restriction of the fundamental freedom of movement of goods; thus, it is widely accepted that the specific judgment advanced on the evolution of the European Union legal order, as it constitutes a potential preamble for radical changes in the Union legal framework. However, some crucial legal questions remain unanswered and, consequently as such, have to be dealt with juridical prudence and precision.

Initially, while confirming the maintenance of freedom of assembly and expression as a legitimate interest sufficient to justify limitations to the fundamental freedom, the Court does not actually clarify the exact way in which fundamental rights should be treated. More specifically, it is not precisely defined whether fundamental rights should be classified as a Treaty exception, as a mandatory requirement or as a self-standing exception ground placed in between of the first two<sup>27</sup>. Although there is no clarifying hint in the judgment under examination, it can be deduced that fundamental rights may be seen as self-standing exception grounds<sup>28</sup>.

these freedoms...impartially of the judiciary”

<sup>15</sup> Article 11 par. 2 of the ECHR: “No restrictions shall be placed...rights and freedoms of others”

<sup>16</sup> C-112/00, ECJ, par. 78-80

<sup>17</sup> C-112/00, ECJ, par.94

<sup>18</sup> C-112/00, ECJ, par. 84

<sup>19</sup> C-112/00, ECJ, par. 85

<sup>20</sup> C-112/00, ECJ, par. 86

<sup>21</sup> C-112/00, ECJ, par. 88

<sup>22</sup> C-112/00, ECJ, par. 89

<sup>23</sup> C-112/00, ECJ, par. 91

<sup>24</sup> C-112/00, ECJ, par. 94

<sup>25</sup> C-112/00, ECJ, par. 95

<sup>26</sup> C-112/00, ECJ, Opinion of Advocate General Jacobs, delivered on 11 July 2002, par. 117-118 available on <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=47076&doclang=EN>

<sup>27</sup> *Sybe A De Vries*, Utrecht Law Review, “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, p. 187. Available on <https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.220/galley/217/download/>

<sup>28</sup> *Sybe A De Vries*, Utrecht Law Review, “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, p. 187-188. Available on <https://www.utrechtlawreview.org/>

Following the assumption that fundamental rights constitute a justification able to impose restrictions of the fundamental freedoms, it is essential that one question the necessity to examine the protection of the fundamental rights<sup>29</sup>. More particularly, it can be supported that allowing limitations towards the maintenance of these rights can be held as potentially confirming the primacy of the broader objective of economic integration over defending the fundamental rights. It follows that, scrutinizing the protection of the rights under examination would entail an intolerable interfering with the constitutional principles emanating from the constitutional law of the Member States<sup>30</sup>.

When it comes to the progress of the European Union legal order, Schmidberger case raises vital questions towards the integration of the fundamental rights in the European Union legal order. In further analysis, we should examine the consistency of such an approach. Consequently, one may ask: "is every single fundamental right capable of impeding the freedom of movement of goods"? And what we should definitely seek for, after determining an adequate answer, is the exact extent of this possibility<sup>31</sup>.

Under the light of the abovementioned questions and potential legal challenges, we may consider that this very ruling, apart from consisting an unprecedented effort of the ECJ towards the completed protection of fundamental rights in the European legal order, can be actually seen as a promising juridical step. Conversely stated, back at the time, one may say that Schmidberger case aspired to be the harbinger of the formation of a legal order recognizing the supremacy of the human principle over economic ambitions and objectives.

## Conclusion

Back in 2002, the Austrian state asked the European Court of Justice to strike a balance between the fundamental rights of free expression and assembly on one hand and the fundamental freedom of movement of goods in the EU on the other hand. Under these specific conditions, the Court made a great step ahead, recognizing the protection of fundamental rights as a legitimate interest sufficient to impose restrictions to the fundamental freedom at stake. The Court actually employed a double-proportionality test, instead of simply subordinating the fundamental rights to the fundamental freedom.

At this point, it is, also, worth mentioning that the obligation to respect fundamental rights, nowadays emanating from the Charter, concerns the Member State actions falling under the scope of EU law. More precisely, it is accepted that an action falls under the scope of EU law when it implements or applies EU measures on one hand or it derogates from EU rules or rights<sup>32</sup>. In these aforementioned occasions, the issue under examination constitutes a question of EU law.

Consequently, the Schmidberger case can be seen as a resolute step of the ECJ towards the actual exploitation of fundamental rights in the resolution of conflicting situations within the EU. Conversely, it is considered to be a *locus classicus* for conflicting fundamental principles, because of the juridical effectiveness shown by the ECJ in this ruling. However, in order to achieve optimum efficiency, it is urgent that primarily the ECJ and secondarily the competent international institutions and the national governments thoughtfully exercise their rights and take advantage of the margin of discretion they may enjoy. Almost ten years after the entering into force of the Lisbon Treaty, contemporary legal challenges require that the ECJ advance on a more systematically integrated interpretation of the provisions of the European Union Law. It is time the international organizations strove to best adapt in the constantly changing legal framework of this living being, namely, European Union.

org/articles/10.18352/ulr.220/galley/217/download/

<sup>29</sup> Dr Andrea Biondi, "Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights", p. 58.

<sup>30</sup> Dr Andrea Biondi, "Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights", p. 58. Available on <https://www.ftbchambers.co.uk/sites/default/files/free-trade--a-mountain-road-and-the-right-to-protest--european-economic-freedoms-and-fundamental-individual-rights.pdf>

31

<sup>32</sup> Armin Cuyvers, "East African Community Law", Chapter: *The Scope, Nature and Effect of EU Law*, 2017, p.163 available on <https://brill.com/downloadpdf/title/33464>

# The confinement of the defendant in a glass cabin or a metal cage during criminal trial - A “dangerous method” under the scope of the ECHR

Ζαχαράκη Αναστασία  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

***«Any security measures taken by the presenting judge should under any circumstances to be balanced with the presumption of innocence, because the accuses must not in any way seem to be guilty, even if he appears in an enclosed dock.»***

## A general overview

The European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) it was the first instrument to give effect to certain of the rights stated in the Universal Declaration of Human Rights and make them binding. As a piece with overriding legislative supremacy, it legally binds the Member States to take positive measures or desist from legislative actions that breach every and each one of the rights described in the convention's body. It is self-evidence, though, that the Member States often proceed to such actions regardless the prohibitions prescribed in the ECHR. One of the most important issues covered in the Convention is the Prohibition of Torture that is being protected under the Article 3 provision. One is inclined to believe that such actions that interfere with the scope of this provision have no place in the contemporary world, however the cases that will be being discussed whereupon arise several problematics and challenge not only the legal society, but the common desire of legal certainty as well.

## A basis for discussion

The starting point of reflection was the case of Yaroslav Belousov v. Russia that was brought before the European Court of Human Rights (ECtHR) on the 4<sup>th</sup> of October 2016<sup>1</sup>. The applicant was born

in 1991 in Moscow. He was arrested on 6 May 2012 during the dispersal of a political rally at Bolotnaya Square in Moscow and he was found guilty of failure to obey lawful police orders. He was also charged with participation in a mass disorder and with having committed violent acts against police officers. Finally, we convicted in prison term of two years and three months. He was held in pre-trial detention until 6 June 2013, the very day that the proceedings in the Moscow City Court began. Mr. Belousov was not the only defendant, as he was not the only one who had been arrested on the 6<sup>th</sup> of May 2012<sup>2</sup>.

In that hearing room ten defendants were held in a glass cabin measuring 3.2 m x 1.7 m x 2.3 m (height). That cabin, according to the Russian government was bulletproof, it had a secure door and a steel frame. The cabin walls had slots allowing documents to be passed between the defendants and their counsel and it was equipped with microphones. An air conditioner was adjusted as well in it. Police officers guarded the cabin at both sides to make sure that the would avoid any attempt by the defendants to contact outside world, giving them at the same time the right to communicate with their counsel only under the permission of the court<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016

<sup>2</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.6

<sup>3</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.74

What really makes even harder to comprehend this concept is that the glass cabin under discussion was completely soundproof, excluding thus the defendant from every chance not only to actually participate in the hearing procedure but also to communicate with his counsel. The lack of space made it impossible to have access to the trial documents and he was not able to watch any video material that was brought as evidence in front of the court, given that the cabin was located far from the screen and given to his poor eyesight as well<sup>4</sup>.

The proceedings continued in August 2013 and again from mid- September 2013 to the end of the year, in various hearing rooms in the court. During these hearings, the defendants, including the applicant as well, were placed into glass cabins. During, especially, the final hearings, the defendants were put into metal cages, similar to the glass cabins described above<sup>5</sup>.

### Legal issues following Yaroslav Belousov case

The hearing proceedings that took place in front of the Russian National Court are definitely questionable if not to mention provocative, given the concept of keeping a defendant into a glass cage during his own trial presents several issues itself. The issues arose in the case fall within the scope of Article 3 and Article 6 par.2 of the ECHR. In other words, the Court's assessment of the fact provides ground for further discussion, as presented below.

To begin with, the applicant relied on Article 3 of the Convention in his complaint about the confinement in glass cabins and metal cages during the court hearing as a degrading and offensive method. The Court found that, in the case of the glass cabin in the first hearing room (no.338 of the Moscow City Court), the conditions had been such that degrading treatment had occurred, and Article 3 had been violated. This conclusion was based upon the, due to the overcrowding in that room (where ten defendants were held in a cabin measuring 5.4 square meters); the fact that the defendants had endured these conditions for

several hours three days per week for around two months; and, due to the high-profile nature of the case, because the defendants had been constantly exposed in these conditions to the media and the public at large.

However, the Court found no violation of Article 3 in regard to the use of a glass cabin in the second hearing room. It argued that due to the fact that the applicant was provided not only with enough space in to the cabin (the defendants has split into two separated cabins) but also there was insufficient evidence to prove that the cabin lacked from adequate ventilation, heating and cooling. The court specifically claimed that the alleged hindrance the glass cabins had caused to Mr Belousov's participation in the trial and his communication with counsel were not sufficient on their own to cause a violation of Article 3. Concerning the complaint about the metal cage during the last hearing procedure, that was declared inadmissible due to late submission.

After having presented all the relevant facts of the case and the court's assessment as well, one can examine and question whether the decision that was upheld by the court was indeed in accordance with the Article 3 provision. Article 3 in only fifteen words enshrines one of the most fundamental values of democratic society, the prohibition of torture. It states that *"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment"*. It is not all types of harsh treatment which fall within the scope of Article 3<sup>6</sup>. *The Court, from the beginning, has made it clear that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3*. For that reason, the borderline between harsh treatment on the one hand and violation of Article 3 on the other is relative hard to establish<sup>7</sup>.

The main question in this case is whether the treatment at issue attains the minimum degree of severity to enable it to fall within the ambit of the provision. The Court estimated on the one hand that a glass cabin does not have the disturbing appearance of a metal cage, which on the other

<sup>4</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.75

<sup>5</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.77

<sup>6</sup> Aisling Reidy, The prohibition of torture, Human rights handbooks, No. 6, available at <https://rm.coe.int/168007ff4c>

<sup>7</sup> Aisling Reidy, The prohibition of torture, Human rights handbooks, No.6, p.9 available at <https://rm.coe.int/168007ff4c>

hand give the impression that the defendant is dangerous<sup>8</sup>. In other words, to the public eye the defendant's image in the glass cabin does not have the same impact as the one in a metal cage, which refers to humiliation, fear, and helplessness. Nevertheless, is it really that less detestable to human eye to watch another human been being kept in a glass cabin during his own trial? One can argue that the glass cabin is actually a cage "wrapped in shiny cellophane" and it shouldn't be estimated as a less burdensome procedure.

According to the Court, the confinement itself in a glass cabin cannot be considered as violation of Article 3, unless the design and the circumstances of the confinement lead inevitably in an intense and exceeded suffering that causes distress or hardship<sup>9</sup>. Therefore, what the Court is this case examined and estimated was whether the conditions in the glass cabin could be considered that intolerable as to interfere with the minimum level of severity required by Article 3 to be implied. In this case, the Court accepted as violation of Article 3 only the confinement during the hearing room whom the conditions where degrading and insufficient.

In a previous case, also versus Russia, the Court has claimed that in order for treatment to be "degrading", the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment<sup>10</sup>. There are also several criteria that the Court takes into consideration in order to examine whether the national authorities proceeded to this treatment in accordance with the prerequisite of respect such as

the nature of the offence, the criminal record of the applicant, the personality of the defendant as well as his general behavior against public authorities during the proceedings.

What really impresses though is that what led the Court to conclude in several cases that the placement in a metal cage consists of violation of Article 3 was the unjustified and excessive use of such measure. Out of the number of cases brought before the Court, there was only one where the Court found that there was no violation of Article 3. In *Titarenko v. Ukraine* case, the Court viewed as highly important the fact that the applicant was capable of causing injury or damage<sup>11</sup>. It should also be mentioned that in cases against Georgia<sup>12</sup>, Armenia<sup>13</sup> and Russia<sup>14</sup>, where the confinement in a metal cage is part of the standard procedure, the defendants that decided to bring their case before the ECtHR where individuals that had no criminal records and they were not considered to be predisposed to violence by contrast with *Titarenko*<sup>15</sup>. Despite of the criminal record of the applicant, it was also mentioned by the Court that according to the circumstances of the case, the trial did not meet extensive media coverage, meaning that the defendant had not been exposed to public attention<sup>16</sup>.

### **The confinement in relation to the right to a fair trial**

The confinement in a glass cabin or a metal cage may defer in outcome when it comes to terms of Article 3, nevertheless could it be also questionable if the defer in terms of Article 6 of the ECHR? Article 6 embodies the principle of the fair trial in a criminal case and enshrines the aspects of the access to the court as well as guarantees several

<sup>8</sup> ECtHR, *Yaroslav Belousov v. Russia*, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.124

<sup>9</sup> Rights of Bolotnaya protestor breached by unjustified pre-trial detention, degrading conditions, his containment in glass cabins during trial, and a disproportionate criminal sanction, ECtHR Press Release available at <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-5506484-6921777&filename=Judgment%20Yaroslav%20Belousov%20v.%20Russia%20-%20Bolotnaya%20protestor%u2019s%20claims%20on%20freedom%20of%20assembly%20and%20glass%20cabins%20in%20court.pdf>

<sup>10</sup> ECtHR, *Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, App. No. 32541/08, 43441/08, 17 July 2014, par.115

<sup>11</sup> ECtHR, *Titarenko v. Ukraine*, App. No 31720/02, 20 September 2012, par. 63

<sup>12</sup> *Ramishvili and Kokhreidze v. Georgia*, no. 1704/06, par. 96-102, 27 January 2009

<sup>13</sup> *Ashot Harutyunyan v. Armenia*, no. 34334/04, par. 123-129, 15 June 2010

<sup>14</sup> *Khodorkovskiy v. Russia*, no. 5829/04, par.123-126, 31 May 2011

<sup>15</sup> ECtHR, *Titarenko v. Ukraine*, App. No 31720/02, 20 September 2012, par.62

<sup>16</sup> ECtHR, *Titarenko v. Ukraine*, App. No 31720/02, 20 September 2012, par. 62

procedural requirements such as the presumption of innocence (par.2) and the right to defense (par.3)<sup>17</sup>. At this point, the question that arises is whether the confinement in a glass cabin or a metal cage fall within the scope of the provision and whether as well there is any difference concerning the severity of each measure.

In the case of Yaroslav Belousov, the applicant alleged that the proceedings in his criminal case failed to meet the conditions of a fair hearing. More specifically, he complained that his confinement in glass cabins during the court hearings hindered his participation in the trial, in particular because the glass partition not only reduced the visibility and audibility but also made almost impossible the exchange of legal documents between the applicant and his counselor<sup>18</sup>.

Mr Belousov complaints fall within the scope of Article 6 par 1 and 3 of the ECHR, meaning the general right to a fair hearing (par.1) and the specific guarantees (par.3) that the provision embodies. Taken together the two provisions, the Court noted that the glass cabin is the “descendant” of the metal caged used before in Russia during the criminal proceedings. After having identified a breach of Article 3 during the first hearings, it could be rather controversial not to recognize that the degrading methods would not lead to a breach of Article 6 as well, in all its aspects presented. However, where the court did not accept any alleged violation of Article 3, it had to examine separately if the conditions were met<sup>19</sup>.

*“The Court reiterates that a measure of confinement in the courtroom may affect the fairness of a hearing guaranteed by Article 6 of the Convention, in particular it may have an impact on the exercise of an accused’s rights to participate effectively in the proceedings and to receive practical and effective legal assistance”<sup>20</sup>*. Even if the confinement in the glass cabin was not found to be a breach of article

3, however it seems to interfere immensely with the rights provided by Article 6. The difficulties that the applicant had during the proceedings, the lack of a real chance to communicate with his counselor and receive legal documents as well as the practical issues arose concerning the physical ability to participate in the hearing procedure do not seem at all to be proportionate or necessary measures against the applicant.

In other words, it follows that during the first-instance hearing the applicant’s rights to participate effectively in the proceedings and to receive practical and effective legal assistance had been restricted, and these restrictions had been neither necessary nor proportionate.

### **Glass Cabins and Metal Cages v. Presumption of Innocence**

What could be really interesting to examine, though, is how the confinement in a metal cage or a glass cabin interferes with the presumption of innocence. In many European countries such as France, UK and Germany it is common that the defendant is being placed apart, in a glass box or a glass cage or, alternatively glass screens are used to separate the defendants from different court areas<sup>21</sup>. It is obvious that the presumption of innocence is called into question by the use of physical restraints because of the perception that they give of the accused in the court<sup>22</sup>.

Any security measures taken by the presenting judge should under any circumstances to be balanced with the presumption of innocence, because the accuses must not in any way seem to be guilty, even if he appears in an enclosed dock. On the one hand, the universal principle of equality before the law is not guaranteed when the defendant and the claimant are not perceived in the same manner. One appears in an enclosed dock,

<sup>17</sup> Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, available at [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf)

<sup>18</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.118

<sup>19</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.147

<sup>20</sup> ECtHR, Yaroslav Belousov v. Russia, App. No 2653/13, 60980/14, 4 October 2016, par.149

<sup>21</sup> Meredith Rossner, David Tait, Blake McKim-mie and Rick Sarre, The dock on trial: courtroom design and the presumption of innocence, available at [http://eprints.lse.ac.uk/76207/1/Rossner\\_Dock%20on%20trial\\_2017\\_final.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/76207/1/Rossner_Dock%20on%20trial_2017_final.pdf)

<sup>22</sup> Meredith Rossner, David Tait, Blake McKim-mie and Rick Sarre, The dock on trial: courtroom design and the presumption of innocence, available at [http://eprints.lse.ac.uk/76207/1/Rossner\\_Dock%20on%20trial\\_2017\\_final.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/76207/1/Rossner_Dock%20on%20trial_2017_final.pdf)

surrounded by glass or metal bars, even if there are no objective reasons to appear like this, while the other appears free next to his or her lawyer. In other words, it is in no way neutral to appear in an enclosed dock, looking like dangerous<sup>23</sup>.

So, can someone conclude that the accused is already doomed to conviction at his hearing? In *Ramishvili and Kokhreidze v. Georgia* case, the Court decided that the use of a caged dock and the high number of government agents and Special Forces in the courthouse was not justified for security reasons. *"This 'harsh and hostile appearance of judicial proceedings could lead an average observer to believe that 'extremely dangerous criminals' were on trial', which undermined the presumption of innocence"*<sup>24</sup>.

Nevertheless, in the *Ashot Harutyunyan v. Armenia* case, where the defendant was brought before the Criminal and Military Court of Appeal, the Court noted that the confinement in a metal cage during the whole proceedings was against the presumption of innocence principle, as the metal cage was a permanent security measure that was used in these courts. Therefore, even if the ECtHR found a violation of Article 3 in this case, there was no violation of Article 6 par.2<sup>25</sup>.

In this case, the Court explains that *"the metal cage was a permanent security measure used for all criminal cases examined in the (...) court of appeal. Therefore, the imposition of this measure does not suggest that the Court of appeal regarded him as guilty"*<sup>26</sup>. It is rather controversial for one to accept that such a measure is discriminatory, humiliating and does not violate the presumption of innocence, while in the case *Jiga v. Roumania* the Court considers the fact that only just the

appearance of the accused in prisoner clothing at the hearing violates the right in question<sup>27</sup>.

## Conclusion

The confinement in a glass cabin or a metal cage can indeed constitute a "dangerous method" during the criminal trial. Concerning the Article 3 provision, the Court differentiates its reasoning between the glass cabin and a metal cage. While the second clearly consists of breach of the prohibition of torture principle, the first could be considered not as much degrading and humiliating, as long as certain prerequisites such as the human conditions in the cabin are being met. This method also appears to violate the Article 6 principles, but while the ECtHR accepts that a violation of paragraphs 1 and 3 takes place, this does not seem to happen with the paragraph 2 provision about the presumption of innocence. In that case, the Court estimates that if the confinement in an enclosed space in part of the typical procedure, it does not violate the right to a fair hearing. Separate glass or metal docks may be an exception to the rule of law that falls under the conditions of necessity and proportionality. The ECtHR until recent days refuses to ensure that the presumption of innocence prevails over security measures and it may be preferable to start facing this challenge instead of shying away from it.

<sup>23</sup> *Stéphanie DE PORTI Milène CHEBROUT Léopoldine FAY*, The Dock and Physical Restraints: the presumption of innocence put to the test by appearances at trial, available at [http://www.ejtn.eu/Documents/Themis%202012/THEMIS%202012%20BUCHAREST%20DOCUMENT/Written\\_paper\\_France%206.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/Themis%202012/THEMIS%202012%20BUCHAREST%20DOCUMENT/Written_paper_France%206.pdf), Themis Competition 2012, p. 12

<sup>24</sup> ECtHR, *Ramishvili and Kolhreidze v. Georgia*, App. No. 1704/06, 27 January 2009, par. 100

<sup>25</sup> ECtHR, *Case of Ashot Harutyunyan v. Armenia*, App. No. 34334/04, 15 June 2010, par. 139

<sup>26</sup> ECtHR, *Case of Ashot Harutyunyan v. Armenia*, App. No. 34334/04, 15 June 2010, par. 127

<sup>27</sup> ECtHR, *Case of Jiga v. Roumania*, App. No. 14352/04, 16 March 2010 (available in French), par. 102



## Αναγωγή πράξεων απόπειρας σε ολοκληρωμένα εγκλήματα

Μπαρμπίσης Χρήστος & Κυπράκης Νίκος  
2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Οδηγείται, με άλλα λόγια, στην επιλογή να τυποποιήσει ως αυτοτελές έγκλημα όχι μόνο μια απλή πράξη απόπειρας, αλλά και την ίδια την απόπειρά της. Με τον τρόπο αυτό επεκτείνει το εγκληματικό αξιόποινο και σε πρώιμα ακόμη στάδια της εγκληματικής διαδρομής, διευρύνοντας έτσι το απαξιολογικό βεληνεκές της εγκληματικής δράσης.»**

### Πρόλογος

Το αντικείμενο της ποινικής επιστήμης είναι η μελέτη του ποινικού φαινομένου. Ρυθμιστικό της πεδίο, δηλαδή, είναι αφενός οι πράξεις εκείνες που συνιστούν προσβολές κατά εννόμων αγαθών, αφετέρου δε οι συνακόλουθες ποινές τις οποίες η πολιτεία επιβάλλει ως απάντηση στο «έμπρακτα εκδηλωθέν αντικοινωνικό φρόνημα»<sup>1</sup>. Δύο είναι οι περιπτώσεις στις οποίες ο ποινικός νομοθέτης επιλέγει να αναγάγει τέτοιου είδους προσβολές σε τυποποιημένες εγκληματικές μορφές και κατά συνέπεια να επισύρει τις παρεπόμενες ποινικές κυρώσεις: αφενός μεν όταν με την εγκληματική πράξη επέρχεται βλάβη του εννόμου αγαθού (λ.χ. αφαίρεση ανθρωπίνης ζωής), αφετέρου όταν το τελευταίο δεν έχει φτάσει σε τέτοιο σημείο, αλλά έχει περιέλθει σε κατάσταση διακινδύνευσης (λ.χ. ένας άστοχος πυροβολισμός).

Ειδική κατηγορία εγκλημάτων διακινδύνευσης αποτελούν οι πράξεις απόπειρας. Καθώς όμως θα ήταν αδύνατο να τυποποιήσει ο νομοθέτης ξεχωριστά κάθε απόπειρα τέλεσης εγκλήματος, επιλέγει στο Γενικό μέρος του Ποινικού Κώδικα να τοποθετήσει μια γενική διάταξη (άρθρο 42 ΠΚ), που να περιλαμβάνει κάθε πράξη απόπειρας. Έτσι καθιστά εφικτή την τιμώρηση του δράστη στην περίπτωση που οριοθετείται μεν αρχή εκτέλεσης του εγκλήματος χωρίς όμως να έχει ολοκληρωθεί η εγκλημα-

τική δράση. Η τιμώρηση μάλιστα αυτή καθίσταται δικαιολογικά αναγκαία εν όψει της σφαίρας διακινδύνευσης στην οποία έχει υπεισέλθει με την απόπειρα το έννομο αγαθό.

Παρά όμως αυτήν την επιλογή του νομοθέτη για την τιμώρηση των πράξεων απόπειρας, υπάρχουν ορισμένες περιπτώσεις που ο τελευταίος δεν αρκείται απλά στην επιβολή ποινής στον δράστη με τη χρήση του άρθρου 42 ΠΚ, αλλά επιλέγει να τυποποιήσει ορισμένες πράξεις απόπειρας ήδη σε ολοκληρωμένα εγκλήματα. Για συγκεκριμένα, δηλαδή, έννομα αγαθά η απόπειρα της προσβολής τους ανάγεται από τον νομοθέτη σε ολοκληρωμένο έγκλημα. Αυτή μάλιστα την πρακτική ακολουθεί ο νομοθέτης και σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προπαρασκευαστικών πράξεων του ολοκληρωμένου εγκλήματος. Οδηγείται, με άλλα λόγια, στην επιλογή να τυποποιήσει ως αυτοτελές έγκλημα όχι μόνο μια απλή πράξη απόπειρας, αλλά και την ίδια την απόπειρά της. Με τον τρόπο αυτό επεκτείνει το εγκληματικό αξιόποινο και σε πρώιμα ακόμη στάδια της εγκληματικής διαδρομής, διευρύνοντας έτσι το απαξιολογικό βεληνεκές της εγκληματικής δράσης.

Συνεπώς κρίνεται σκόπιμη η παρουσίαση συγκεκριμένων εγκλημάτων που τυποποιούνται στον ποινικό κώδικα, και συνιστούν περιπτώσεις αναγωγής πράξεων απόπειρας σε ολοκληρωμένα εγκλήματα, καθώς επίσης και των εννόμων αγαθών που επιδιώκει να προστατεύσει ο νομοθέτης με την τυποποίηση αυτήν, προκειμένου να φωτιστεί η ratio της εν λόγω ποινικής διαφοροποίησης.

<sup>1</sup> Βλ. Ιωάννη Μανωλεδάκη, Ποινικό Δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους Άρθρα 1-49 ΠΚ, εκδ. Σάκκουλα (ζ' έκδοση - 2005), σελ. 1-20

### Περιπτώσεις αυτοτελούς τυποποίησης πράξεων απόπειρας από τον Ποινικό Κώδικα

Πρώτη περίπτωση τέτοιας τυποποίησης συνιστούν τα άρθρα 134, 135 και 135Α του ποινικού κώδικα. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 134 ΠΚ ποινικοποιείται η εσχάτη προδοσία. Έτσι τιμωρείται όποιος αποπειράται να αποστερήσει τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, να μεταβάλλει το πολίτευμα της χώρας, να σφετεριστεί την ιδιότητα κρατικού οργάνου κλπ. Με τη διάταξη του άρθρου 135 ΠΚ τυποποιούνται σε ολοκληρωμένα εγκλήματα οι προπαρασκευαστικές πράξεις της εσχάτης προδοσίας. Τιμωρείται δηλαδή όποιος προσπαθεί να διεγείρει άλλους στο να διαπράξουν κάποια πράξη εσχάτης προδοσίας που αναφέρεται στο 134 ΠΚ. Τέλος βάσει του άρθρου 135Α ΠΚ με ισόβια κάθειρξη τιμωρείται όποιος αποπειράται να θανατώσει τον Πρωθυπουργό, τον πρόεδρο της Βουλής ή αρχηγό κόμματος αναγνωρισμένου από τον κανονισμό της Βουλής. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις, προσβαλλόμενο έννομο αγαθό είναι το δημοκρατικό πολίτευμα που στηρίζεται στη λαϊκή κυριαρχία, όπως χαρακτηριστικά αναφέρει το 134§2 ΠΚ. Η ποινικοποίηση πράξεων κατάλυσης του δημοκρατικού πολιτεύματος συνιστά θεσμική εγγύηση της πολιτείας, η οποία με τον τρόπο αυτό επιδιώκει να διασφαλίσει την διατήρηση της μέσα στον χρόνο. Άλλωστε δεν ήταν λίγες οι φορές που επλήγη η χώρα μας από φαινόμενα κατάλυσης του δημοκρατικού πολιτεύματος, κατά τη διάρκεια των δικτατοριών του Παγκάλου (1925), του Κονδύλη (1926) και του Μεταξά (1936) αλλά και κατά τη δικτατορία του 1967. Έτσι έχοντας νωπή τη μνήμη του ο νομοθέτης από όλες τις παραπάνω περιπτώσεις εκτροπής του πολιτεύματος, στην διάρκεια της ιστορίας του ελληνικού κράτους, επιδιώκει την όσο το δυνατόν αυξημένη προστασία του. Για αυτό τον λόγο, δεν αρκείται απλά στην τιμώρηση όποιου λ.χ. καταλύει το δημοκρατικό πολίτευμα ή θανατώνει τον Πρωθυπουργό ή τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, τιμωρώντας την απόπειρα τέλεσης των παραπάνω πράξεων με την ποινή που επιτάσσει το άρθρο 42 ΠΚ. Αντίθετα, επιλέγει να αναβαθμίσει την απόπειρα τέλεσης των πράξεων αυτών σε ολοκληρωμένα εγκλήματα ώστε να είναι δυνατή η επιβολή μεγαλύτερης ποινής στον δράστη, διασφαλίζοντας έτσι την διατήρηση και συνέχεια στον χρόνο του πολιτεύματος<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Βλ. για περισσότερα σχετικά με τα εγκλήματα κατά του πολιτεύματος σε *Ε. Συμεωνίδου-Καστανί-*

Άλλη περίπτωση που ο νομοθέτης τυποποιεί την απόπειρα σε ολοκληρωμένο έγκλημα είναι αυτή του άρθρου 138 ΠΚ. Με αυτό τιμωρείται όποιος επιχειρεί με σωματική βία ή απειλές της να αποσπάσει από το ελληνικό κράτος έδαφος ή να συγχωνεύσει ελληνικό έδαφος σε άλλη πολιτεία. Ο νομοθέτης και στην περίπτωση αυτή έχει αναγάγει την ακεραιότητα της πατρίδας σε αγαθό υπέρτατης αξίας και για τον λόγο αυτό τιμωρεί με ισόβια κάθειρξη (και όχι με την ποινή του θανάτου που ρητά ορίζει το γράμμα του νόμου, αφού η τελευταία καταργήθηκε με τον Ν.2172/1993) οποιονδήποτε αποπειράται να τελέσει την παραπάνω πράξη.

Ακόμη με το άρθρο 174 ΠΚ τιμωρούνται με την ποινή της κάθειρξης από 5 ως 10 χρόνια οι φυλακισμένοι που επιχειρούν να αποδράσουν με τη βία. Προστατευόμενο έννομο αγαθό είναι η πολιτειακή εξουσία η οποία απειλείται όχι μόνο όταν ο κρατούμενος έχει αποδράσει, αλλά και όταν προβαίνει σε πράξεις που μπορούν να αποτελέσουν αρχή εκτέλεσης αυτής της απόδρασης. Η απειλή αυτή συνίσταται ακριβώς στη μη συμμόρφωση του δράστη με τις επιταγές της πολιτείας (επιβολή ποινής σε αυτόν από τη δικαστική εξουσία).

Επιπροσθέτως, στο άρθρο 200§1 του ποινικού κώδικα προβλέπεται η ποινή της φυλάκισης μέχρι 2 χρόνια για όποιον κακόβουλα προσπαθεί να εμποδίσει ανεκτή κατά το πολίτευμα θρησκευτική συνάθροιση. Το θρησκευτικό αίσθημα και η διασφάλιση της θρησκευτικής ειρήνης αποτελούν για τον νομοθέτη έννομα αγαθά, συνταγματικώς κατοχυρωμένα (Σ13§1), που χρήζουν αυξημένης προστασίας. Έτσι τιμωρείται με ολόκληρη την ποινή του άρθρου όποιος προβαίνει όχι απλά σε πράξεις διατάραξης θρησκευτικής συνάθροισης, αλλά και όποιος κάνει προσπάθειες με σκοπό την τέλεση τέτοιων πράξεων<sup>3</sup>.

Τέλος, μπορούμε να αναφέρουμε και την περίπτωση του άρθρου 211 ΠΚ ως παράδειγμα τυποποίησης προπαρασκευαστικών πράξεων σε ολοκληρωμένο έγκλημα. Με αυτό τιμωρείται όποιος έχοντας σκοπό να διαπράξει κάποιο από τα εγκλήματα που αναφέρονται στα άρθρα 207 και 209 ΠΚ,

*δου, Προσβολές του πολιτεύματος, εκδόσεις Σάκουλα 1988, σελ. 36-170*

<sup>3</sup> Βλ. για περισσότερες περιπτώσεις σε ποινικά νομοθετήματα τέτοιων εγκλημάτων σε *Κ. Κωνσταντινίδη, Μορφές εμφανίσεως του εγκλήματος ως αυτοτελή αδικήματα, Θεσσαλονίκη 1982, σελ. 69-73*

έγκλημα δηλαδή παραχάραξης ή κιβδηλείας νομισμάτων, κατασκευάζει, προμηθεύεται ή κατέχει τα απαραίτητα εργαλεία, ηλεκτρονικά προγράμματα, μέσα και αντικείμενα που εξυπηρετούν τον παραπάνω σκοπό. Ουσιαστικά ο νομοθέτης ποινικοποιεί ακόμη και την απλή κατοχή μέσου παραχάραξης νομισμάτων που συνιστά προπαρασκευαστική της πράξης. Με τον τρόπο όμως αυτόν ελλοχεύει ο κίνδυνος της υπέρμετρης διεύρυνσης του αξιοποίνου και σε πράξεις που ενδέχεται να μην οδηγούν ούτε καν σε διακινδύνευση του εννόμου αγαθού. Αυτή όμως η παρατήρηση συνιστά προβληματική που θα μας απασχολήσει στη συνέχεια του άρθρου.

### Αναζήτηση της ratio του εν λόγω θεσμού

Έχοντας αναφερθεί στις κυριότερες περιπτώσεις που ο ποινικός νομοθέτης επιλέγει να αναγάγει πράξεις απόπειρας σε ολοκληρωμένα εγκλήματα, μπορούμε να προβούμε σε ορισμένες παρατηρήσεις αναφορικά με τη ratio που διέπει τον θεσμό αυτό.

Προβαίνοντας ο νομοθέτης στην εν λόγω τυποποίηση ουσιαστικά πετυχαίνει τη δυνατότητα να επιβληθεί μεγαλύτερη ποινή στο δράστη από αυτήν που θα μπορούσε να του επιβληθεί εάν αρκούσαν απλά σε όσα ορίζει το άρθρο 42 ΠΚ. Το τελευταίο προβλέπει ότι ο δράστης που δεν ολοκλήρωσε την εγκληματική του δράση αλλά προέβη σε πράξεις απειλητικές για την ειρήνευση του εννόμου αγαθού, τιμωρείται με ποινή ελαττωμένη, παραπέμποντας στο άρθρο 83 ΠΚ. Για παράδειγμα έστω ότι κάποιο πρόσωπο αποπειράται να θανατώσει τον Πρωθυπουργό της χώρας πυροβολώντας τον τρεις φορές χωρίς όμως να καταφέρει τη θανάτωσή του. Αν ο νομοθέτης δεν είχε τυποποιήσει αυτήν την πράξη απόπειρας σε ολοκληρωμένο έγκλημα επιβάλλοντας την ποινή της ισόβιας κάθειρξης, ο συγκεκριμένος δράστης θα τιμωρούνταν με την μειωμένη ποινή του άρθρου 83α που προβλέπει πρόσκαιρη κάθειρξη 10 έως 20 έτη. Ο ποινικός νομοθέτης όμως επεδίωξε την επιβολή πλήρους ποινής για έναν τέτοιο δράστη καθώς έκρινε ότι το κατά περίπτωση προσβαλλόμενο έννομο αγαθό χρήζει αυξημένης προστασίας από την πολιτεία ακριβώς επειδή εμπερικλείει μια υπέρτατη αξία για το κοινωνικό σύνολο. Έτσι το δημοκρατικό πολίτευμα, η προστασία της χώρας, η διατήρηση της θρησκευτικής ειρήνης, η υπακοή στην πολιτειακή εξουσία, καθώς και η διακίνηση ανόθευτου νομίσματος ως έκφανση της οικονομικής ελευθερίας

συνιστούν έννομα αγαθά στα οποία ενυπάρχουν υπέρτατες αξίες απαραίτητες για τη διατήρηση και συνέχεια της πολιτείας. Γι' αυτό ο νομοθέτης αποφασίζει να εξαντλήσει όλα τα μέσα που έχει για να αποτρέψει τα μέλη του κοινωνικού συνόλου από την προσβολή των αγαθών αυτών, δεδομένου ότι μια τέτοια δυσμενής νομική κατάσταση, θα είχε ολέθριες συνέπειες για το σύνολο του κοινωνικού σώματος. Συνεπώς, οδηγείται στην επιβολή αυξημένης ποινής ακόμη και για την απόπειρα προσβολής των αγαθών αυτών, μη αναμένοντας την ολοκληρωτική προσβολή τους, καθώς τότε η πολιτεία έχει υποστεί σημαντικό πλήγμα και είναι πλέον αρκετά δύσκολη η ανατροπή των συνεπειών που θα έχουν επέλθει (π.χ. κατάλυση και ανατροπή του δημοκρατικού πολιτεύματος). Επομένως, τιμωρώντας ο νομοθέτης τις πράξεις απόπειρας προσβολής των αγαθών αυτών αποσκοπεί στην όσο το δυνατό καλύτερη προστασία τους και κατά συνέπεια στην αποτελεσματικότερη προστασία του πολιτειακού συνόλου.

### Αυτοτελής τυποποίηση προπαρασκευαστικών πράξεων και ποινικό δόγμα

Ιδιαίτερα ενδιαφέρον είναι το ζήτημα γύρω από την αυτοτελή τυποποίηση ατελών εγκληματικών μορφών, όταν πρόκειται συγκεκριμένα για προπαρασκευαστικές πράξεις. Πρόκειται για επέκταση του αξιοποίνου από τον νομοθέτη σε στάδιο προγενέστερα ακόμη της αρχής εκτέλεσης. Τα τυποποιούμενα αυτά εγκλήματα συνιστούν ειδική κατηγορία εγκλημάτων αφηρημένης διακινδύνευσης, τα οποία ουσιαστικά είναι ήδη «τελειωμένα» πριν την εμπειρική επέλευση του κινδύνου. Εν τούτοις με την αναγωγή των εν λόγω προπαρασκευαστικών πράξεων σε ξεχωριστά εγκλήματα ανακύπτει άμεσα ένας προβληματισμός, δεδομένου ότι η επιλογή αυτή του νομοθέτη ενδέχεται σε ορισμένες περιπτώσεις να οδηγή σε τιμώρηση συμπεριφορών που θα αδυνατούσαν να οδηγήσουν σε εντοίς πράγμασι προσβολή ή έστω διακινδύνευση του εννόμου αγαθού.

Μερίδα της θεωρίας υποστηρίζει εδώ πως ενδεδωγμένη είναι μια *in abstracto* εξέταση της δυνατότητας προσβολής του προστατευόμενου αγαθού από το δικαστή, χωρίς ο τελευταίος να λαμβάνει υπ' όψιν του τις εκάστοτε πραγματικές εμπειρικές παραμέτρους και την *de facto* δυνατότητα πρόκλησης του εγκληματικού αποτελέ-

σματος. Ισχυρίζεται με άλλα λόγια πως ο δικαστής οφείλει να αξιολογεί εκ των προτέρων (a priori) τη δυνατότητα διακινδύνευσης του εννόμου αγαθού, σε ένα αφηρημένο επίπεδο<sup>4</sup>.

Ωστόσο, η παραπάνω θεώρηση είναι άκρως προβληματική. Η μη λήψη υπόψιν των εμπειρικών δεδομένων, εγκυμονεί τον κίνδυνο, όπως προαναφέρθηκε, να ποινικοποιούνται - άστοχα - από τον νομοθέτη εγκληματικές μορφές και συμπεριφορές που αδυνατούν να οδηγήσουν σε προσβολή. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η περίπτωση στην οποία πρόσωπο ύποπτο, που εμφανίζεται με σκοπό να τελέσει εγκλήματα παραχάραξης (207 ΠΚ), έχει στην κατοχή του ηλεκτρονικό υπολογιστή με συγκεκριμένο πρόγραμμα με το οποίο μπορεί να υλοποιήσει τον παραπάνω σκοπό. Εφόσον στην περίπτωση αυτή κάνουμε αυστηρή γραμματική ερμηνεία, το εν λόγω παράδειγμα θα μπορούσε να υπαχθεί στην έννοια του άρθρου 211 ΠΚ (προπαρασκευαστικές πράξεις παραχάραξης/κιβδηλείας), το οποίο ανάγει σε αυτοτελές τυποποιημένο έγκλημα την απλή, μεταξύ άλλων, προμήθεια και κατοχή ηλεκτρονικών και άλλων μέσων, χρήσιμων για την τέλεση εγκλημάτων παραχάραξης και κιβδηλείας (207 και 210 ΠΚ). Συνεπώς, η προαναφερθείσα συμπεριφορά θα έπρεπε να θεωρηθεί, πραγμάτωση της αντικειμενικής υπόστασης του άρθρου 211 ΠΚ και ο κάτοχος του εν λόγω ηλεκτρονικού μέσου να τιμωρηθεί. Γίνεται όμως φανερό πως δεν είναι επιτρεπτή ακόμη - στο στάδιο αυτό - σχετική τιμώρηση του προσώπου για προπαρασκευαστικές πράξεις παραχάραξης, διότι δεν παρέχονται επαρκείς εγγυήσεις και ασφαλείς εμπειρικές ενδείξεις ώστε να θεωρηθεί δυνατή η προσβολή του προστατευόμενου εννόμου αγαθού. Τονίζεται λοιπόν πως απαιτούνται περαιτέρω προϋποθέσεις και ενδεικτικά στοιχεία /δεδομένα, για την τέλεση των πράξεων παραχάραξης από τον δράστη.

Η παραπάνω κατεύθυνση μας οδηγεί λοιπόν στο να απορρίψουμε μάλλον την προαναφερθείσα άποψη περί αφηρημένης a priori κρίσης της δυνατότητας προσβολής του εννόμου αγαθού. Αντιθέτως, περισσότερο εύστοχο θα ήταν να υπο-

στηρίξουμε πως ο δικαστής οφείλει να αξιολογεί τη σχετική δυνατότητα in concreto, σταθμίζοντας κάθε φορά τα εκάστοτε εμπειρικά δεδομένα και την πιθανότητα προσβολής. Προκρίνουμε δηλαδή την άποψη πως οι αυτοτελώς τυποποιούμενες σε ολοκληρωμένα εγκλήματα προπαρασκευαστικές πράξεις, πραγματώνονται μόνο εφόσον έχει προκληθεί ήδη μια καίρια προσβολή της έννομης τάξης, είτε έχει τουλάχιστον δημιουργηθεί μια «πηγή κινδύνου»<sup>5</sup> που οδηγεί σε προσβολή του προστατευόμενου αγαθού και δημιουργεί τις προϋποθέσεις για την επέλευση του κινδύνου. Μόνο τότε ο νομοθέτης θα είναι σύμφωνος με το ποινικό δόγμα (έγκλημα - έννομο αγαθό - ποινή). Ειδάλλως θα οδηγείται αναπόφευκτα σε καταπάτηση και υπονόμηση τόσο του ποινικού δόγματος, όσο και θεμελιωδών αρχών που διέπουν το ποινικό δίκαιο (λ.χ. τιμώρηση του φρονήματος), τυποποιώντας κατ' ουσία συμπεριφορές αδύνατες να επιφέρουν τον απειλούμενο κίνδυνο και όπου ουσιαστικά δεν θα υφίσταται καν προσβαλλόμενο έννομο αγαθό

### **Ο θεσμός της έμπρακτης μετάνοιας στα αυτοτελώς τυποποιημένα εγκλήματα απόπειρας και η σχέση του με την υπαναχώρηση**

Ακόμη μια ιδιαίτερη προβληματική αναφορικά με τα εν λόγω εγκλήματα συνιστά ο τρόπος με τον οποίο ο νομοθέτης επιλέγει να χειριστεί την περίπτωση που ο δράστης οικειοθελώς επιδεικνύει έμπρακτη μεταστροφή, με αποτέλεσμα να διασώζει το έννομο αγαθό από την τελική του προσβολή (ολική ή μερική). Πρόκειται για την λογική την οποία υπηρετούν στο ποινικό δίκαιο δύο θεσμοί : η υπαναχώρηση από απόπειρα και η έμπρακτη μετάνοια, που αμφότεροι συνιστούν προσωπικούς λόγους εξάλειψης του αξιοποίνου. Και στους δύο θεσμούς η δικαιολογητική βάση είναι κοινή, και συγκεκριμένα έγκειται στην επιλογή του δράστη να αλλάξει στάση απέναντι στην εγκληματική του συμπεριφορά, με αποτέλεσμα να δικαιολογείται έτσι η ατιμωρησία του.

Αρχικά, εν όψει αυτής της σκοπιμότητας, ο νομοθέτης επιλέγει στο Γενικό Μέρος του Ποινικού

<sup>4</sup> Βλ. Ανδρουλάκης, Ποινικό δίκαιο: γενικό μέρος, Θεωρία για το έγκλημα, εκδόσεις Σάκκουλα

Κωστάρας, Έννοιες και θεσμοί του ποινικού δικαίου σελ. 310 - 311, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 2001

Χαραλαμπάκης, Διάγραμμα ποινικού δικαίου, σελ. 118 - 119, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 2003

<sup>5</sup> Βλ. Καϊάφα-Γκμπάντι σε Ι. Μανωλεδάκη, Ποινικό Δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους Άρθρα 1-49 ΠΚ, εκδόσεις Σάκκουλα (ζ' έκδοση), σελ. 342 επ.

Ελ. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Τιμ. Τόμος για τον Δ. Σπινέλλη, τεύχος β', σελ. 1059 επ.

Κώδικα να εισαγάγει μια γενική διάταξη (44 ΠΚ), περιλαμβάνοντας έτσι κάθε περίπτωση κατά την οποία ο δράστης, έχοντας τελέσει αρχή εκτέλεσης της εγκληματικής του πράξης, αποφασίζει οικειοθελώς να αποτρέψει είτε τα αποτελέσματα της δραστηριότητάς του - διασώζοντας έτσι τελικά το έννομο αγαθό, είτε την ίδια την προσβολή του. Οδηγείται με αυτόν τον τρόπο στη μεν πρώτη περίπτωση στην επιβολή μειωμένης στο μισό της ποινής του άρθρου 83 ΠΚ ή στην κατ' εξαίρεση δικαστική άφεση της ποινής (υπαναχώρηση από πεπερασμένη απόπειρα), και στη δεύτερη απευθείας στην ατιμωρησία του δράστη (υπαναχώρηση από μη πεπερασμένη απόπειρα).

Η δεύτερη περίπτωση ατιμωρησίας του δράστη που θεμελιώνει ο ποινικός νομοθέτης, εντοπίζεται στον θεσμό της έμπρακτης μετάνοιας. Η διαφορά της με την υπαναχώρηση συνίσταται στο ότι αφενός προβλέπεται μόνο για ορισμένες κατηγορίες εγκλημάτων, όπου οι επελθούσες εγκληματικές συνέπειες είναι δυνατό να αρθούν, αφετέρου στο ότι προϋποτίθεται εννοιολογικά απαραίτητως ολοκληρωμένη προσβολή του εννόμου αγαθού. Εδώ ακριβώς έγκειται και ο προβληματισμός μας. Στην περίπτωση που ο νομοθέτης επιλέγει να τυποποιήσει ατελείς εγκληματικές μορφές σε ολοκληρωμένα εγκλήματα, είναι προφανές πως απόπειρα αυτών δεν νοείται. Το απαξιολογικό πεδίο των προσβολών αυτών έχει εξαντληθεί με την αυτοτελή τυποποίησή τους. Άμεση απόρροια της παρατήρησης αυτής, είναι πως και η ίδια η έννοια της υπαναχώρησης είναι ασυμβίβαστη με τις προσβολές αυτές. Συνεπώς, ελλείψει της δυνατότητας αυτής, ο νομοθέτης επιλέγει να θέσει ως αντίβαρο την πρόβλεψη του θεσμού της έμπρακτης μετάνοιας<sup>6</sup>. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί το άρθρο 137 ΠΚ στο οποίο προβλέπεται η ατιμωρησία του δράστη του εγκλήματος εσχάτης προδοσίας και των προπαρασκευαστικών του πράξεων, εφόσον ο τελευταίος παρεμπόδισε οικειοθελώς την επέλευση του αποτελέσματος τους. Ανάλογη είναι και η επιλογή του νομοθέτη στην περίπτωση του άρθρου 212 ΠΚ, στο οποίο κατοχυρώνεται η απαλλαγή του δράστη προπαρασκευαστικών πράξεων κιβδηλείας και παραχάραξης, στην περίπτωση που

ο ίδιος, χωρίς εξωτερικό καταναγκασμό, άρει την εγκληματική του συμπεριφορά καταστρέφοντας τα βοηθητικά για την παραχάραξη αντικείμενα.

Βλέπουμε λοιπόν ότι στις περιπτώσεις που ο νομοθέτης τυποποιεί αυτοτελώς τέτοιου είδους ατελείς εγκληματικές μορφές, επιλέγει να θεσπίσει τη δυνατότητα έμπρακτης μετάνοιας, ώστε να μείνει ατιμώρητος ο δράστης που οικειοθελώς παρεμπόδισε την τελική επέλευση των αποτελεσμάτων των πράξεων του. Ακριβώς στο σημείο αυτό ανακύπτει ένα μείζον ζήτημα το οποίο χρήζει ιδιαίτερης διερεύνησης. Το ζήτημα αυτό προκύπτει εάν συσχετίσουμε και εξετάσουμε συγκριτικά τις έννομες συνέπειες που προβλέπονται αφενός στην περίπτωση της έμπρακτης μετάνοιας, αφετέρου σε αυτήν της υπαναχώρησης. Όπως ήδη έχει αναφερθεί, στη μεν έμπρακτη μετάνοια, ο νομοθέτης προβλέπει σε κάθε περίπτωση εξάλειψη του αξιοποίνου και απαλλαγή του δράστη που ήρε οικειοθελώς τις συνέπειες της εγκληματικής του συμπεριφοράς. Αντιθέτως, στην υπαναχώρηση προβλέπει ατιμωρησία του δράστη μόνο στην περίπτωση της μη πεπερασμένης απόπειρας, ενώ στην περίπτωση της πεπερασμένης η ίδια δυνατότητα προβλέπεται μόνο κατ' εξαίρεση (και μάλιστα ως δικαστική άφεση της ποινής, στο πλαίσιο δηλαδή της διακριτικής ευχέρειας του δικαστή, με αποτέλεσμα η ατιμωρησία του δράστη να καθίσταται ακόμη πιο δυσχερής). Γίνεται λοιπόν εύλογα αντιληπτό πως πρόκειται για ανακολουθία του νομοθέτη, καθώς εμφανίζεται να προβαίνει σε διαφορετική ποινική μεταχείριση δύο παρεμφερών καταστάσεων. Φαίνεται δηλαδή να υπάρχει αντίθεση ανάμεσα στην επιλογή του ποινικού νομοθέτη να εξαλείψει εξ' υπαρχής το αξιόποινο σε περίπτωση έμπρακτης μετάνοιας χωρίς να προβλέπει το ίδιο σε κάθε περίπτωση υπαναχώρησης. Παράλληλα οδηγείται στο παράδοξο, να αφήνει ατιμώρητο τον δράστη ολοκληρωμένου εγκλήματος, χωρίς όμως να επιλέγει το ίδιο στην περίπτωση που η εγκληματική διαδρομή παραμένει στο στάδιο της απόπειρας. Συνεπώς θεωρούμε πως ο νομοθέτης θα έπρεπε να επανέλθει στο συγκεκριμένο ζήτημα και να άρει αυτήν την ανακολουθία. Κατά την προσωπική μας άποψη προκριτέα λύση θα ήταν η εξάλειψη του αξιοποίνου του δράστη σε κάθε περίπτωση υπαναχώρησης, καθώς μόνο αυτή είναι συμβατή με το φιλελεύθερο ποινικό δίκαιο, ώστε να τιμωρούνται μόνο εκείνοι που πραγματικά προξένησαν βλάβη σε έννομα αγαθά.

<sup>6</sup> Βλ. *Ν. Μπιτζιλέκη* σε *Δίκαιο των Ποινικών Κυρώσεων* σελ. 249 επ., *Νομική Βιβλιοθήκη* (2<sup>η</sup> έκδοση), ο οποίος μάλιστα σημειώνει πως η έμπρακτη μετάνοια λειτουργεί στα εγκλήματα αυτά ως λανθάνουσα μορφή υπαναχώρησης.

### Επίλογος

Εν κατακλείδι, η αναγωγή προπαρασκευαστικών πράξεων και πράξεων απόπειρας σε ολοκληρωμένα εγκλήματα, αποτελεί θεσμό ιδιαίτερης σημασίας για το σύγχρονο ποινικό δίκαιο. Η σημασία αυτή έγκειται ακριβώς στο ότι συνιστά αποκλειστικό τρόπο για την προστασία υπέρτατων εννόμων αγαθών με αυξημένη για το κοινωνικό σύνολο βαρύτητα. Η σύγχρονη εμπειρική πραγματικότητα, με τον νομοθέτη να καταφεύγει όλο και πιο συχνά στην εν λόγω πρακτική επιβεβαιώνει αυτήν την

παρατήρηση. Ωστόσο, ο θεσμός αυτός δεν παύει να έχει τις δικές του προεκτάσεις και να εγείρει ιδιαίτερες προβληματικές, κάποιες από τις οποίες παρουσιάστηκαν στο άρθρο αυτό. Δεδομένων των προβληματικών αυτών, είμαστε της άποψης πως ο εν λόγω θεσμός δέον να αντιμετωπίζεται με φειδώ. Μόνο τότε καθίσταται εφικτή η αποτροπή της τιμώρησης του εγκληματικού φρονήματος και η κατάφαση της ενοχής του δράστη αποκλειστικά στην περίπτωση που το έννομο αγαθό έχει εισέλθει πράγματι σε σφαίρα διακινδύνευσης.

## Blue Whale Challenge: Ποινική μεταχείριση κατά το ελληνικό δίκαιο

Βεργίνη Μαρία-Ειρήνη

Απόφοιτη Νομικής ΑΠΘ και Ασκούμενη Δικηγόρος

**«Ολόκληρη η δομή του “παιχνιδιού” είναι τέτοια, ώστε να υποβάλει προσχεδιασμένα, βήμα-βήμα, στο πρόσωπο την ιδέα της αυτοκτονίας, κάνοντάς τη να φαντάζει ως μια ορθή και λογική γι’ αυτό επιλογή, καθώς το ίδιο το πρόσωπο περιέρχεται σε μια συναισθηματική κατάσταση αδυναμίας και απόγνωσης ενώ, σταδιακά, χάνει τον εαυτό του.»**

**Ρωσία, 2016:** Ένα 16χρονο κορίτσι αυτοκτονεί πηδώντας από ένα 14όροφο κτήριο. Πριν το θάνατό της δημοσιεύει στο διαδικτυακό προφίλ της τη φράση “Η λογική χάθηκε. Τέλος”.

**Σαουδική Αραβία, 2018:** Ένας 12χρονος αυτοκτονεί δι’ απαγχονισμού, χρησιμοποιώντας την κουρτίνα του δωματίου του.

**Μαρόκκο, 2018:** Ένας προπτυχιακός φοιτητής δίνει τέλος στη ζωή του, πηδώντας από την τάρτα ενός κτηρίου.

*“Θέλω να παίξω το παιχνίδι”.*

*“Είσαι σίγουρος; Αν ξεκινήσεις, δεν υπάρχει γυρισμός”.*

*“Κι αν θελήσω να σταματήσω;”*

*“Έχουμε όλες σου τις πληροφορίες. Θα σε βρούμε”.*

Μέχρι σήμερα, η “Μπλε Φάλαινα”, το διαδικτυακό “παιχνίδι” αυτοκτονίας που ξεκίνησε από τη Ρωσία, το 2013, φέρεται να μετράει περισσότερα από 130 θύματα μόνο στη Ρωσία και σταδιακά εξαπλώνεται σε ολόκληρο τον κόσμο.<sup>1</sup> Στοχεύοντας κυρίως σε άτομα νεαρής, ιδίως εφηβικής, ηλικίας, η “Μπλε Φάλαινα” προσκαλεί τους “παίκτες” να φέρουν εις

πέρας πενήντα προκλήσεις, οι περισσότερες από τις οποίες ενέχουν κάποια μορφή πρόκλησης σωματικής βλάβης στον εαυτό τους, μέσα σε διάστημα πενήντα ημερών, με τελευταία πρόκληση, αυτή της αυτοκτονίας τους.

Από νομικής πλευράς το ζήτημα της αυτοκτονίας παρουσιάζει ούτως ή άλλως ιδιαίτερο ενδιαφέρον, ως προβληματική, στις περιπτώσεις που ο αυτόχειρας δεν έθεσε τέλος στη ζωή του εξ ολοκλήρου “μόνος του”, αλλά με οποιουδήποτε είδους συμμετοχή και ιδίως προτροπή τρίτου προσώπου, του οποίου η ποινική ευθύνη τίθεται υπό αναζήτηση. Και αυτό, γιατί, όσο κι αν το “κοινό περί δικαίου αίσθημα” υποδεικνύει ότι το πρόσωπο που με τον ένα ή τον άλλο τρόπο οδήγησε τον αυτόχειρα στο θάνατο έχει ευθύνη εφάμιλλη ενός δολοφόνου, στην πραγματικότητα η ευθύνη του δεν είναι καθόλου αυτονόητη, καθώς η πράξη της αυτοκτονίας συνιστά μια αυτοπροσβολή<sup>2</sup>, δηλαδή μια πράξη που στερείται άδικου χαρακτήρα, δεδομένης της ελευθερίας που αναγνωρίζεται στον άνθρωπο, να διαθέτει τα έννομα αγαθά του, ακόμη και αυτό της ζωής, κατά βούληση.<sup>3</sup> Η παραδοχή αυτή έχει

<sup>2</sup> Μπέκας Γ., Η Προστασία της Ζωής και της Υγείας στον Ποινικό Κώδικα, Δίκαιο και Οικονομία ΠΝ Σάκκουλα, 2004, σ. 259

<sup>3</sup> Βλ. Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε, Ποινικό Δίκαιο-Ειδικό Μέρος, Σάκκουλα 1996, σ. 91, Χαλαραμπάκης Α., Η Έμμεση Αυτουργία, Προβλήματα της Συμμετοχής στο Ποινικό δίκαιο, ΑΝΤ. Ν. Σάκκουλα, 1988, σ. 317 επ., Μπιτζιλέκης Ν. Η Συμμετοχική Πράξη, Σάκκουλα 1990, σ. 213 επ. “Αυτοπροσβολή και άδικη

<sup>1</sup> Μεταξάκης Ε, «Γαλάζια Φάλαινα»: Το «παιχνίδι αυτοκτονίας» και η ποινική του αξιολόγηση, Ποιν-Δικ 2018, σ. 486

ως αποτέλεσμα την αδυναμία εφαρμογής, στην περίπτωση συμβολής ενός προσώπου σε μια αυτοκτονία των γενικών κανόνων συμμετοχής του ποινικού δικαίου και επομένως την καταρχήν έλλειψη δυνατότητας αναγνώρισης ποινικής ευθύνης στο δράστη<sup>4</sup>. Το ερώτημα που συνακόλουθα προκύπτει είναι το εξής: Είναι εντέλει δυνατό να καταλογιστεί ευθύνη στο πρόσωπο που προκαλεί σε άλλο την απόφαση να προβεί στην αυτοκτονία του; Η απάντηση είναι, υπό προϋποθέσεις, θετική, καθώς το ελληνικό ποινικό δίκαιο παρέχει δύο δυνατότητες, ανεξάρτητες από τους κανόνες της συμμετοχής και συγκεκριμένα, πρώτον, τη ρύθμιση του 301 ΠΚ, κατά το μέρος που τυποποιείται ως αυτοτελές έγκλημα η κατάπειση ενός προσώπου να αυτοκτονήσει<sup>5</sup> και δεύτερον, το σχήμα της έμ-

*πράξη δεν συμβιβάζονται, καθώς με αυτό τον τρόπο ο νομοθέτης θα τιμωρούσε αυτόν χάριν του οποίου προστατεύει το έννομο αγαθό*”, Παπαχαλαμπους Χ, Η Συμμετοχή σε Αυτοκτονία, Δίκαιο και Οικονομία ΠΝ Σάκκουλας, 1997, σ. 6 επ., Κιούπης Δ, ΠοινΧρ 1995, σ. 558, Ναμίας, ΠοινΧρ 1995, σ. 255, Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε, Εγκλήματα κατά των Προσωπικών Εννόμων αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη 2014, σ. 52-53, Χαλαμπάκης Α, Η έννοια της «Κατάπεισης» στη Συμμετοχή σε Αυτοκτονία (άρθρο 301 ΠΚ), ΠοινΧρ 2013, σ.434, υποσημείωση 5, Μπέκας Γ, Η Προστασία, οπ, σ. 260, οι οποίοι υποστηρίζουν πως αποτελεί συνταγματικώς κατοχυρωμένο ανθρώπινο δικαίωμα η δυνατότητα του προσώπου να εξουσιάζει ο ίδιος το θάνατό του, παραδοχή από την οποία απορρέει η αποφυγή τυποποίησης της αυτοκτονίας ως εγκλήματος. Από την άλλη πλευρά, έχει υποστηριχθεί και η άποψη πως ο άνθρωπος έχει «υποχρέωση να ζει» και ως εκ τούτου ο αυτόχειρας τελεί εν αδίκω, βλ. κυρίως σε Ανδρουλάκης, Ποινικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, 1974, σ. 28. Βλ. επίσης σε Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, Επιτομή Ειδικού Μέρους, Νομική Βιβλιοθήκη 2014, σ. 770-771, παρότι δεν υποστηρίζει ο ίδιος αυτή την άποψη.

<sup>4</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε, Ειδικό οπ, 91, Βλ. επίσης Μπέκας Γ, Η προστασία, οπ σ. 262, “το άδικο της συμμετοχής στην αυτοκτονία δεν είναι εξαρτημένο αλλά αυτοτελές”, Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, οπ. 770

<sup>5</sup> 301 ΠΚ: “ Όποιος με πρόθεση κατέπεισε άλλον να αυτοκτονήσει, αν τελέστηκε η αυτοκτονία ή έγινε απόπειρά της, καθώς και όποιος έδωσε βοήθεια κατ’ αυτήν, τιμωρείται με φυλάκιση”.

Βλ. Χαλαμπάκης Α, Η Έννοια της «Κατάπεισης»,

μεσης αυτοουργίας, όπου υπάγονται οι περιπτώσεις στις οποίες ο δράστης πραγματώνει την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος όχι ιδιόχειρα, αλλά μέσω τρίτου, συνήθως ποινικά ανεύθυνου προσώπου, το οποίο εργαλειοποιεί<sup>6</sup>.

### **Οι έννοιες της κατάπεισης και της έμμεσης αυτοουργίας σε συνάρτηση με την τέλεση αυτοκτονίας**

Προκειμένου να προσδιοριστεί το ερμηνευτικό περιεχόμενο της έννοιας της *κατάπεισης*, απαραίτητη είναι η αντιπαράθεση με την έννοια της *πρόκλησης απόφασης*, η οποία χρησιμοποιείται στο 46 παρ.1, περ. α΄ ΠΚ, καθώς εύλογα αναφύεται το ερώτημα της ύπαρξης ή μη ποιοτικής διαφοροποίησης των δύο όρων, στο μέτρο που τόσο ο πρώτος όσο και ο δεύτερος κατατείνουν στην άσκηση επιρροής σε ένα πρόσωπο, με απώτερο σκοπό την διαμόρφωση μιας απόφασής του. Παρά το γεγονός ότι στη θεωρία έχει υποστηριχθεί και μια ευρεία ερμηνεία της κατάπεισης, με βάση την οποία ο όρος μπορεί να συμπεριλάβει από μορφές πειθούς ίδιου βαθμού έντασης με αυτή που απαιτεί ο κανόνας της ηθικής αυτοουργίας, έως και μικρότερης έντασης, δηλαδή ενέργειες ενίσχυσης της ήδη ειλημμένης απόφασης ενός προσώπου<sup>7</sup>, η κρατούσα στη θεωρία και στη νομολογία άποψη θέλει την κατάπειση να φέρει τα χαρακτηριστικά μιας σημαντικά μεγαλύτερης επίδρασης στη βούληση και την απόφαση του ατόμου, από αυτή που αρκεί για την ηθική αυτοουργία. Η θέση αυτή είναι μάλλον ορθή, καθώς βρίσκει έρεισμα στο ίδιο το γράμμα του νόμου, δηλαδή στην επιλογή του νομοθέτη να χρη-

οπ. 434, “Η τιμώρηση της συμμετοχής σε αυτοκτονία αποτελεί δογματικό παράδοξο, αφού τιμωρεί τη συμμετοχή σε μη άδικη πράξη”

<sup>6</sup> Χαλαμπάκης Α, Ποινικό Δίκαιο και Νομολογία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 285, Μανωλεδάκης Ι & Παρασκευόπουλος Ν, Εγχειρίδιο Ποινικού Δικαίου, Γενικό Μέρος, Σάκκουλα 2006, σ. 128, Κοτσαλής Λ, Ποινικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σ. 697-698, Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, Έννοιες και Θεσμοί του Γενικού Μέρους, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, σ. 492, Μυλωνόπουλος Χ, Ποινικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος ΙΙ, Δίκαιο και Οικονομία ΠΝ Σάκκουλα, 2008, σ. 277

<sup>7</sup> Μπακατσούλας Μ, ΠοινΧρ, 1962, σ. 142, Βλ. επίσης Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, οπ. 773, παρότι δεν υποστηρίζει ο ίδιος τη συγκεκριμένη άποψη.



σιμοποιήσει ένα ρήμα - το “καταπείθει” - το οποίο όχι απλώς διαφέρει από την “πρόκληση απόφασης” που απαντάται στην ηθική αυτοουργία, γεγονός που επιβάλλει τη διαφορετική ερμηνεία, αλλά είναι χαρακτηριστικό αυξημένης “έντασης” πειθούς<sup>8</sup>. Μια τέτοια ερμηνεία δεν είναι άσχετη άλλωστε με την ίδια τη λογική που ενυπάρχει στην τυποποίηση του εγκλήματος του 301 ΠΚ, η οποία συνίσταται στην ανάγκη προστασίας του προσώπου το οποίο, ον σε ευάλωτη θέση διατρέχει τον κίνδυνο να αποτελέσει υποχείριο τρίτου, που εκμεταλλευόμενος την αδυναμία του, το εξωθεί στην αναίρεση της ζωής του, πράγμα το οποίο δεν έχει κάποιο νόημα, στην περίπτωση που ο αυτόχειρας έχει πάρει την απόφασή του, πάντως, συνειδητά<sup>9</sup>.

Η κατάπειση, επομένως, συνίσταται όχι στην απλή προτροπή του δράστη προς το θύμα να προβεί στην αυτοκτονία του, αλλά σε κάτι ουσιαστικώς περισσότερο: στη δημιουργία πεισιθανάτης διάθεσης στο θύμα, μέσω της **υποβολής** της ιδέας της αυτοκτονίας, με τρόπο τέτοιο, ώστε η πράξη της αυτοκτονίας να παρουσιάζεται ως αληθές καθήκον ή συμφέρον του αυτόχειρα. Με την πρακτική αυτή, ο δράστης ουσιαστικά δρομολογεί την απόφαση του θύματος προς την κατεύθυνση της αυτοπροβολής της ζωής του, εκμεταλλευόμενος την, για οποιονδήποτε λόγο, ευάλωτη ψυχική του κατάσταση<sup>10</sup>.

Σε μια θεωρητική κλίμακα “έντασης της προτροπής” από πλευράς του δράστη, το αμέσως επόμενο, από την **κατάπειση** στάδιο καταλαμβάνεται από την πολύ αυστηρότερη κύρωση της **έμμεσης αυτοουργίας**, όπου ο δράστης δεν ευθύνεται πλέον απλώς για το πλημμέλημα του 301 ΠΚ, αλλά ως αυτοουργός ανθρωποκτονίας, πράγμα που επισύρει και την ισόβια καταδίκη του, βάσει του 299 ΠΚ.

Η ειδοποιός διαφορά ανάμεσα στην κατάπειση

σε αυτοκτονία από τη μία πλευρά και την έμμεση αυτοουργία σε ανθρωποκτονία από την άλλη, έγκειται ουσιαστικά στη δημιουργία ή όχι πραγματικής βούλησης αυτοκτονίας στον αυτόχειρα. Στη μεν κατάπειση, ο αυτόχειρας έχει βούληση αυτοκτονίας, καθώς, ακόμη, η αυτοκτονία αποτελεί αυτόνομη **απόφαση του ίδιου**, παρά το γεγονός ότι πάντως έχει επηρεαστεί σε μεγάλο βαθμό κατά τη λήψη της από τη ρητή ή σιωπηρή υπόδειξη του δράστη<sup>11</sup>. Από την άλλη μεριά, αν ο θάνατος του προσώπου αποτελεί επί της ουσίας **απόφαση του δράστη** και όχι του ίδιου του αυτόχειρα, καλείται πλέον σε εφαρμογή η έμμεση αυτοουργία.

### Υπαγωγή των «κανόνων» του Blue Whale στα προαναφερθέντα νομικά σχήματα

Προκείμενου να καταλήξουμε, αν οι διαχειριστές του “Blue Whale” υπέχουν ποινική ευθύνη για τις αυτοκτονίες των θυμάτων και αν ναι, τι είδους, πρέπει να εξετάσουμε τις ακριβείς συνθήκες και τους όρους υπό τους οποίους λειτουργεί το συγκεκριμένο “παιχνίδι”.

“Θα είμαι ο ‘coach’ σου και θα σε βοηθήσω να πας το παιχνίδι ως το τέλος. Θα σου αναθέσω 50 προκλήσεις, κάθε μέρα κι από μια, τις οποίες θα πρέπει να φέρεις εις πέρας με άκρα **μυστικότητα**. Θυμίσου, δεν πρέπει να μιλήσεις σε κανέναν. Κάθε φορά που θα ολοκληρώνεις μια πρόκληση, θα μου στέλνεις την ανάλογη **φωτογραφία**. Η 50<sup>η</sup> μέρα είναι και το τέλος του παιχνιδιού. Αν πεθάνεις, **κερδίζεις**. Αν όχι, θα σε βοηθήσουμε. Να είσαι ξύπνιος στις **4: 20 πμ**. Θα σου στείλω την πρώτη πρόκληση. Είσαι έτοιμος;”<sup>12</sup>

Μια “παίκτρια” που προσπάθησε να αποδесμευτεί, μπλοκάροντας τον ηλεκτρονικό λογαριασμό, έλαβε το μήνυμα “Δεν μπορείς να κρυφτείς από εμάς. Αν το ξανακάνεις, η μητέρα σου δε θα φτάσει αύριο στη στάση του λεωφορείου”, ενώ παρόμοιες απειλές για τη ζωή των ίδιων ή συγγενικών τους προσώπων υπέστησαν όσα άτομα επιχείρησαν να διακόψουν το “παιχνίδι”.<sup>13</sup> Οι αυτοκτονίες που τελέσθηκαν υπό

<sup>8</sup> Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, οπ. σ. 773, βλ. επίσης Παπαγεωργίου- Γονατάς Σ, Ανθρωποκτονία με Πρόθεση, Από τη Θεωρία στην Πράξη, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 155

<sup>9</sup> Μπέκας Γ, Η Προστασία, οπ. σ. 263

<sup>10</sup> Για την έννοια της κατάπεισης βλ. Συμεωνίδου- Καστανίδου Ε, Ποινικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, 1996, σ. 92, ΕφΑθ 2028/2013, σε Χαραλαμπίδης Α, Η Έννοια της «Κατάπεισης», σ. 436- 437, Συμεωνίδου- Καστανίδου Ε, Εγκλήματα, οπ. σ. 54-55, Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, οπ. σ. 773, Φιλίππιδης, Μαθήματα Ποινικού Δικαίου, Ειδικόν Μέρος, Τεύχος Α', 1997, σ. 71, Μπέκας Γ, Η προστασία, οπ. σ. 266-267 & 263

<sup>11</sup> Παρασκευόπουλος Ν, Τα Θεμέλια του Ποινικού Δικαίου, Σάκκουλα 2008, σ. 361, Μυλωνόπουλος Χ, Ποινικό Δίκαιο, οπ. σ. 281

<sup>12</sup> Sergei Khasov- Cassia, Teen suicide games send shudders through the Russian speaking world, διαθέσιμο στο <https://www.rferl.org/a/russia-teen-suicide-blue-whale-internet-social-media-game/28322884.html>

<sup>13</sup> Μεταξάκης, Ε, οπ. σ. 387

τέτοιο καθεστώς εξαναγκασμού, σηματοδοτούν για τον ή τους διαχειριστές την ποινική ευθύνη τους για ανθρωποκτονία με δόλο (299 ΠΚ), μέσω του σχήματος της έμμεσης αυτοουργίας, καθώς είναι σαφές πως η απόφαση της αυτοκτονίας δεν διαμορφώθηκε στην ουσία, αυτόνομα, από τους ίδιους τους αυτόχειρες<sup>14</sup>. Ο δράστης εξαναγκάζει τα θύματα να προκαλέσουν τα ίδια το θάνατό τους, ειδάλλως να καταδιωχθούν από τους διαχειριστές και να έχουν ένα ίσως χειρότερο τέλος, όπως μπορεί να υπονοηθεί από φράσεις όπως “θα σε βρούμε”. Εν ολίγοις, τα θύματα επιλέγουν απλά τον τρόπο του θανάτου τους, ενώ η απόφαση του θανάτου τους έχει ήδη ληφθεί από το δράστη<sup>15</sup>. Η έμμεση

<sup>14</sup> Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, οπ. σ. 771-772, Βαθιώτης Κ, Εμβάθυνση σε Ειδικά Ζητήματα Ποινικού Δικαίου, Από την Πράξη στη Θεωρία, Σάκκουλα 2014, σ. 134, Μυλωνόπουλος Χ, Ποινικό Δίκαιο, οπ. σ. 282, “Ο δράστης κυριαρχεί στην αυτοπροσβολή του πράττοντος δυνάμει εξαναγκασμού”, Κοτσαλής Λ, οπ. σ. 720, “Η έμμεση αυτοουργία θεμελιώνεται επί νομικής αδυναμίας του ενεργούντος να τελέσει την πράξη, πράγμα το οποίο έχει ως αποτέλεσμα να εμφανίζεται αυτός ως όργανο του προκαλούντος την απόφαση σε αυτόν, ο οποίος κυριαρχεί οχι φυσικώς, αλλά νομικώς επι της πράξης”, Κωστάρας Α, Έννοιες και Θεσμοί, οπ. 492-493, Αναγνωστόπουλος Α, Η Έμμεση Αυτοουργία, Δίκαιο και Οικονομία ΠΝ Σάκκουλας, 2007, σ. 117, Παπαγεωργίου-Γονατάς Σ, οπ. σ. 153-154

<sup>15</sup> Μπέκας Γ, Η προστασία, οπ. σ. 97, Παύλου Σ. - Μπέκας Γ, Ποινικό Δίκαιο ΙΙΙ, Εγκλήματα κατά της Ιδιοκτησίας, Περιουσίας και Ζωής, Δίκαιο και Οικονομία ΠΝ Σάκκουλας, 2011, σ. 479. Το ερώτημα είναι αν τέτοιος εξαναγκασμός θα νοούνταν και στην περίπτωση που το θύμα δεν απειλούνταν με τελεση ανθρωποκτονίας, αλλά άλλης αξιόποινης πράξης εις βάρος του. Το ζήτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο αυτή η απειλή της άλλης αξιόποινης πράξης είναι τέτοιας βαρύτητας ώστε να χρησιμοποιείται από το δράστη με σκοπό να εξαναγκαστεί λογικά το θύμα στην αυτοκτονία. Μάλλον κρατούσα είναι η άποψη ότι δύσκολα μπορεί να νοηθεί απειλή κακού, εφάμιλλη της αφαίρεσης της ζωής, έτσι ώστε η αναμενόμενη επιλογή του απειλούμενου θύματος να είναι η αυτοαναίρεση της ζωής του. Βλ. σχετικά Μπέκας Γ, Η προστασία, οπ. σ. 97, Παύλου Σ. - Μπέκας Γ, Ποινικό Δίκαιο ΙΙΙ, οπ. σ. 479, Αναγνωστόπουλος Ι, οπ. σ. 117. Σε κάθε περίπτωση, για να νοηθεί λειτουργία της

αυτοουργία καλείται επίσης σε εφαρμογή, όταν η απειλή αφορά οικείους των θυμάτων, όπως αυτοί απαριθμούνται στο άρθρο 13 περ β' του Ποινικού Κώδικα, καθώς η ψυχική πίεση που υφίστανται τα θύματα είναι τόσο μεγάλη, ώστε και πάλι να μην καθίσταται η αυτοκτονία ελεύθερη και συνειδητή επιλογή των ιδίων, αλλά τέχνασμα του δράστη με στόχο να τα εξαναγκάσει να επιλέξουν το θάνατο<sup>16</sup>.

Εξετάζοντας την εφαρμογή της έμμεσης αυτοουργίας, δεν πρέπει να ξεχνά κανείς το γεγονός ότι μιλάμε για ανήλικα, ως επί το πλείστον, θύματα, κάτι που ο δράστης γνωρίζει, εφόσον, σύμφωνα με μαρτυρίες, ζητά τα στοιχεία τους στην αρχή του παιχνιδιού. Αν πρόκειται, επομένως, για αυτόχειρες ηλικίας μικρότερης των δεκατριών ετών, η εφαρμογή της έμμεσης αυτοουργίας είναι δεδομένη, αφού μιλάμε για πρόσωπα ανίκανα προς καταλογισμό που, ως εκ τούτου, τεκμαίρονται αμάχητα ως ανίκανα να κατανοήσουν τις συνέπειες της πράξης τους, με βάση το ελληνικό ποινικό δίκαιο<sup>17</sup>. Η ίδια αντιμετώπιση ισχύει και για τις περιπτώσεις που το θύμα βρισκόταν μεταξύ δεκατριών και δεκαοκτώ ετών, υπό την προϋπόθεση ότι πράγματι δεν ήταν σε θέση να αντιληφθεί τη σημασία της πράξης της αυτοκτονίας<sup>18</sup>.

Ως εδώ τα πράγματα είναι απλά, εφόσον το στοιχείο του εξαναγκασμού ή της ηλικίας κάτω των δεκατριών, είναι αρκετό για να ανοίξει το δρόμο της έμμεσης αυτοουργίας. Ποια είναι όμως η ποινική αντιμετώπιση του δράστη στην περίπτωση που δεν χρειαστεί να απειλήσει το θύμα, ούτε και να το πιέσει να πραγματώσει την τελική πρόκληση της αυτοκτονίας, αλλά το ίδιο εκτελεί την τελευταία εντολή αδιαμαρτύρητα; Ας μην ξεχνάμε, πως εφόσον δεν μπορεί να λειτουργήσει η έμμεση αυτοουργία, το μόνο ενδεχόμενο ευθύνης που μένει ανοιχτό είναι το έγκλημα της συμμετοχής σε αυτοκτονία με τη μορφή της κατάπεισης. Θα μπορούσε, επομένως, κανείς, σ' αυτό το σημείο να υποστηρίξει ότι ποινική ευθύνη του διαχειριστή δε συντρέχει,

έμμεσης αυτοουργίας, είναι απαραίτητο, η ψυχική πίεση που υφίσταται ο αυτόχειρας να φτάνει στο επίπεδο που απαιτείται για την εφαρμογή του 32 ΠΚ. Βλ. Χαράλαμπάκη Α, Ποινικό Δίκαιο και Νομολογία, Νομική Βιβλιοθήκη 2014, σ.287, ομοίως και Χαράλαμπάκη Α, Η Έμμεση Αυτοουργία, 1988, σ. 334

<sup>16</sup> Μπέκας Γ, Η προστασία, οπ. Σ. 97, Παύλου Σ-Μπέκας Γ, οπ. 479

<sup>17</sup> Μπέκας Γ, Η προστασία, οπ. σ. 264

<sup>18</sup> Μπέκας Γ, Η προστασία, οπ. σ. 264

θεωρώντας ότι η προτροπή, από μέρους του, των θυμάτων να αυτοκτονήσουν δεν φτάνει στο βαθμό έντασης που είναι απαραίτητος για την ύπαρξη της κατάπεισης, εφόσον απλώς ενθαρρύνει τα θύματα να προβούν στην αυτοκτονία πραγματοποιώντας την τελευταία πρόκληση, χωρίς κανενός άλλου είδους πίεση από τον ίδιο. Ωστόσο, μια τέτοια θεώρηση δεν μπορεί να είναι ορθή:

Πρώτα απ' όλα, πρέπει να παρατηρήσει κανείς τη μορφή των "καθηκόντων" που ανατίθενται στο θύμα, μέχρι να φτάσει και στην τελική πρόκληση της αυτοκτονίας<sup>19</sup>. Οι διαχειριστές του "παιχνιδιού" ξεκινούν την αλληλεπίδρασή τους με το θύμα μέσω της απαίτησης αθών αρχικά προκλήσεων, οι οποίες γίνονται όλο και πιο "σκοτεινές" στη συνέχεια. Ζητούν από τους παίκτες να αυτοτραυματιστούν, να χαράξουν τα μέλη τους, να παρακολουθούν συστηματικά βίντεο και ταινίες τρόμου, να απομονωθούν από τους δικούς τους και να έχουν συστηματικές επαφές με άλλες "φάλαινες", δηλαδή παίκτες του ίδιου παιχνιδιού, να μειώσουν τον ύπνο τους, να αρρωστήσουν τον εαυτό τους και να κάνουν παράτολμες δραστηριότητες. Η κάθε κίνηση των διαχειριστών είναι εξαιρετικά μελετημένη και αποσκοπεί στην εξοικείωση του θύματος με την ιδέα της αυτοκτονίας, ώστε να θελήσει εντέλει το ίδιο να καταλήξει σε αυτή: Η φύση των προκλήσεων στις οποίες υποβάλλονται τα θύματα καθημερινά, για διάστημα σχεδόν δύο μηνών. Η απαίτηση μυστικότητας ("δεν πρέπει να μιλήσεις σε κανέναν"), η οποία μοιραία αποκόπτει τους παίκτες από την επικοινωνία με το φιλικό και συγγενικό κύκλο τους. Ο εξωραϊσμός της ιδέας του θανάτου, καθώς παρουσιάζεται ως επιθυμητός στόχος ("αν πεθάνεις, κερδίζεις"), όπως και το γεγονός ότι τα θύματα γνωρίζουν από την αρχή ότι βαδίζουν προς την αυτοκτονία, πράγμα που τα καθιστά σταδιακά πιο δεκτικά στην ιδέα. Η απαίτηση αποστολής φωτογραφίας που πιστοποιεί ότι, πράγματι, η πρόκληση πραγματοποιήθηκε, η οποία δημιουργεί στο πρόσωπο την πεποίθηση ότι δεν μπορεί να εκφύγει του ελέγχου, ακόμη και αν δεν επιθυμεί να πραγματοποιήσει κάποια συγκεκριμένη δοκιμασία. Ολόκληρη η δομή του "παιχνιδιού" είναι τέτοια, ώστε να υποβάλει

προσχεδιασμένα, βήμα- βήμα, στο πρόσωπο την ιδέα της αυτοκτονίας, κάνοντάς τη να φαντάζει ως μια ορθή και λογική γι' αυτό επιλογή, καθώς το ίδιο το πρόσωπο περιέρχεται σε μια συναισθηματική κατάσταση αδυναμίας και απόγνωσης ενώ, σταδιακά, χάνει τον εαυτό του.

Στο σημείο λοιπόν αυτό, αναφύεται το ερώτημα αναφορικά με το ποια είναι τα μέσα με τα οποία γίνεται δεκτό ότι μπορεί να τελεστεί η κατάπειση του αυτόχειρα, δηλαδή η δρομολόγηση της σκέψης του προς την κατεύθυνση της αυτοκτονίας, ώστε να διαπιστωθεί κατά πόσο οι ενέργειες των διαχειριστών συνιστούν μορφή κατάπεισης των "παικτών". Σήμερα, σε αντίθεση με παλαιότερα<sup>20</sup>, τόσο η νομολογία όσο και η θεωρία καταλήγουν στη θέση πως μια τέτοια ισχυρή επιρροή στη σκέψη του θύματος μπορεί να επιτευχθεί μόνο δια μέσου γλωσσικής επικοινωνίας<sup>21</sup> του θύτη και του υποψήφιου αυτόχειρα, αφήνοντας, επομένως, εκτός "ηθικές συμπεριφορές", όπως πχ. τη διαρκή κακομεταχείριση, οι οποίες επιδρούν με τρόπο καταλυτικό στον ψυχισμό του αυτόχειρα, ώστε να τον εξωθήσουν να επιλέξει την αυτοκτονία, ως οδό διαφυγής από τις δυσκολίες και τα προβλήματα που αντιμετωπίζει.<sup>22</sup> Κι αυτό γιατί, σε τέτοιες περιπτώσεις, είναι εξαιρετικά αμφίβολο κατά πόσο ο "θύτης" είχε πράγματι σκοπό να οδηγήσει με τις ενέργειές του το θύμα στην αυτοαναίρεση της ζωής του, με αποτέλεσμα να εκλείπει στην πραγματικότητα το υποκειμενικό στοιχείο του δόλου<sup>23</sup> προσβολής της

<sup>20</sup> Πλημ.Θεσπρωτ. 4/1963 σε Χαραλαμπάκη Α, Η Έννοια της «Κατάπεισης», οπ. σ.434-435. Με βάση την παλαιότερη νομολογία, "... κατάπειση μπορεί να επιτευχθεί και με συγκεκριμένη ηθική συμπεριφορά του δράστη έναντι του θύματος, η οποία αρκεί να είναι τέτοια, ώστε να προκαλεί στην ψυχή του θύματος πεισιθάνατο διάθεση και καταλυτικά της ζωής αισθήματα, από τα οποία θα προέλθει η απόφαση αυτοκτονίας"

<sup>21</sup> Χαραλαμπάκης Α, Η έννοια της «Κατάπεισης», οπ. 438, Παπαχαλαράμπους Χ, Η συμμετοχή σε αυτοκτονία, οπ. σ. 70, Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε, Εγκλήματα οπ. σ.55

<sup>22</sup> Βουλ.Συμβ.ΠλημΘες 1426/1982 μαζί με την Εισαγγελική πρόταση

<sup>23</sup> Αν και από το γράμμα του 301 ΠΚ δεν προκύπτει απαίτηση συγκεκριμένου βαθμού δόλου για την πραγμάτωση του 301 ΠΚ, η Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε, στο Εγκλήματα, οπ. σ. 56, υποστηρίζει πως η φύση του ρήματος "καταπείθω" υπονοεί την

<sup>19</sup> Ευγενία Κουντούρη, Πως πείθει η 'μπλε φάλαινα' τους εφήβους να αυτοκτονήσουν- Τι συμβαίνει στις 50 μέρες που διαρκεί η δοκιμασία, διαθέσιμο στο <https://www.reader.gr/extras/pos-peithe-i-mple-falaina-toys-efivoyis-na-aytoktonisoyn-ti-symvainei-stis-50-imeres-poy>

ζωής του αυτόχειρα.

Στην παρούσα περίπτωση, του Blue whale challenge, η συμπεριφορά των δραστών συγκεντρώνει σαφώς τα στοιχεία της κατάπεισης, παρά το γεγονός ότι η προτροπή του "παίκτη" από τον δράστη να προβεί στην αυτοκτονία του λαμβάνει χώρα με άμεσο τρόπο μόνο μια φορά, στο τέλος του παιχνιδιού. Κι αυτό, διότι, όπως προαναφέρθηκε, αφενός το ίδιο το "παιχνίδι" είναι δομημένο

ύπαρξη άμεσου δόλου α' βαθμού, καθώς η κατάπειση ανήκει στις λεγόμενες "σκόπιμες έννοιες".

με έναν τρόπο εξαιρετικά πρόσφορο να υποβάλει τα νεαρά -και άρα ακόμη πιο ευάλωτα- θύματα σε "πλύση εγκεφάλου"<sup>24</sup>, τρόπο που ξεπερνά σαφώς τα όρια μιας κοινής συμπεριφοράς κακομεταχείρισης, αφετέρου δε, το όλο εγχείρημα είναι πλήρως εστιασμένο στην προσπάθεια να επιτύχει τη λήψη από τα ίδια τα παιδιά της "αυτόνομης" απόφασης να θέσουν τέλος στη ζωή τους, πράγμα το οποίο δεν αφήνει έδαφος για την έγερση οποιασδήποτε αμφιβολίας σε σχέση με το δόλο των διαχειριστών.

<sup>24</sup> Κωστάρας Α, Ποινικό Δίκαιο, οπ. σ. 773

# Η υπαναχώρηση από απόπειρα και η συναυτουργία στο έγκλημα του βιασμού

Τσαπάρας Δημήτρης  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Η ιδιαίτερη κοινωνική αποδοκιμασία που το συνοδεύει όμως, και ο εν γένει ειδικός χαρακτήρας του οδηγεί συχνά στην έκφραση ακραίων απόψεων περί τιμωρίας του δράστη, μέσα στην κοινωνία. Η νομική επιστήμη θα πρέπει να παραμένει ανεπηρέαστη, αφοσιωμένη στην εξεύρεση της πιο δίκαιης λύσης, χωρίς να παρασύρεται από τον θυμό και την οργή που προκαλεί ένα έγκλημα όπως ο βιασμός».**

## Εισαγωγικά

Ο βιασμός αποτελεί αναμφισβήτητα ένα από τα πιο ειδικά και κοινωνικά αποδοκιμαστέα εγκλήματα. Στην χώρα μας, εμφανίστηκε για πρώτη φορά στο «Απάνθισμα των Εγκληματικών» του 1823, τον πρώτο ποινικό νόμο της νεότερης Ελλάδας, ενώ ως πρώτη ολοκληρωμένη τυποποίηση του θεωρείται αυτή στο άρθρο 273 του Ποινικού Νόμου του 1834<sup>1</sup>. Σήμερα, το έγκλημα τιμωρείται βάσει του άρθρου 336 ΠΚ, με ποινή κάθειρξης (5-20 έτη), και κάθειρξης 10-20 έτη στην περίπτωση του ομαδικού βιασμού, ενώ το προστατευόμενο έννομο αγαθό είναι η γενετήσια ελευθερία. Ο βιασμός ανήκει στην κατηγορία των σύνθετων εγκλημάτων, σε εκείνα δηλαδή για την πραγμάτωση της αντικειμενικής υπόστασης των οποίων απαιτούνται δύο οι περισσότερες πράξεις, οι οποίες είναι αυτοτελή εγκλήματα. Αναγκαία για την πραγμάτωση της αντικειμενικής υπόστασης του βιασμού είναι αφενός η άσκηση σωματικής βίας ή απειλής σπουδαίου και άμεσου κινδύνου, και αφετέρου ο εξαναγκασμός, μέσω της βίας ή της απειλής αυτής σε συνουσία ή άλλη ασελή πράξη, όμοιας πάντως βαρύτητας με αυτή της συνουσίας. Υποκειμενικά, απαιτείται δόλος οποιουδήποτε βαθμού, ο οποίος θα πρέπει να καλύπτει όλα τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης<sup>2</sup>.

Θεμελιώδης μεταβολή στο πέρασμα των χρόνων υπήρξε η μετατροπή του από κατ' έγκληση σε αυτεπαγγέλτως διωκόμενο με τον Ν. 1419/1984. Στόχος ήταν, πέρα από το αυτονόητο δικαιολογημένο αυξημένο ενδιαφέρον της πολιτείας για την δίωξη ενός τόσο σοβαρού εγκλήματος, η μετατόπιση του κοινωνικού στιγματισμού από το θύμα στον δράστη<sup>3</sup>, ο οποίος είναι και ο μόνος που θα πρέπει να εισπράττει την κοινωνική αποδοκιμασία. Επιπλέον, σκοπός ήταν να αποφεύγονται τυχόν συνδυασμένες δράστη και θύματος προκειμένου να μην προχωρήσει το θύμα σε υποβολή έγκλησης<sup>4</sup>. Από στατιστικής άποψης, την εικοσαετία 1989-2008, οι καταδικασθέντες είναι κατά μέσο όρο 27,15 ετησίως, αριθμός αυξημένος, σχεδόν διπλάσιος σε σχέση και την αμέσως προηγούμενη εικοσαετία, 1969-1988 (15,1 καταδικασθέντες τον χρόνο)<sup>5</sup>.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον στο πλαίσιο της εξέτασης του εγκλήματος αυτού παρουσιάζει η συναυτουργία του και οι όροι κάτω από τους οποίους αυτή μπορεί να γίνει αποδεκτή, με βάση το άρθρο 45 ΠΚ, καθώς και η υπαναχώρηση από την απόπειρα βιασμού,

Σεξουαλικές Πράξεις, Σάκκουλα, 2011, σ. 212, 213

<sup>3</sup> Βλ. Αιτ. έκθ. ΣχΝ 1419/1984, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/k-porno-eis.pdf>

<sup>4</sup> Κακαζάνη Κρυσταλλία, Το αδίκημα του βιασμού - Άρθρο 336 ΠΚ, 2013-2014, σ. 190 επ.

<sup>5</sup> Παρασκευόπουλος Νίκος - Φυτράκης Ευτύχης, Αξιόποινες Σεξουαλικές Πράξεις, Σάκκουλα, 2011, σ. 97

<sup>1</sup> Παρασκευόπουλος Νίκος - Φυτράκης Ευτύχης, Αξιόποινες Σεξουαλικές Πράξεις, Σάκκουλα, 2011, σ. 96

<sup>2</sup> Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, Αξιόποινες

οι προϋποθέσεις δηλαδή υπό τις οποίες ο δράστης δύναται, αφού έχει αρχίσει την εκτέλεση της πράξης, να απόσχει από αυτήν, και να τύχει της ευνοϊκής ρύθμισης της πρώτης παραγράφου του άρθρου 44 ΠΚ, μένοντας ατιμώρητος. Αυτές είναι οι δύο θεματικές που θα μας απασχολήσουν παρακάτω.

### Υπαναχώρηση από απόπειρα

#### Ο εκούσιος χαρακτήρας

Ο δράστης που έχει αρχίσει να τελεί έναν βιασμό, ασκώντας την σωματική βία ή την απειλή αλλά όχι την ασελή πράξη, έχει δυνατότητα υπαναχώρησης, υπό τους όρους της πρώτης παραγράφου του άρθρου 44 ΠΚ. «Υπαναχώρηση είναι δυνατή μέχρι την έναρξη της σεξουαλικής πράξης, αφού μετά από αυτήν έχουμε ολοκληρωμένο έγκλημα βιασμού»<sup>6</sup>. Πρόκειται για υπαναχώρηση από μη πεπερασμένη απόπειρα, η οποία απαιτείται να γίνεται «εκούσιως», χωρίς την επιρροή εξωτερικών παραγόντων ή εμποδίων. Ακριβώς το ζήτημα αυτό, το πότε δηλαδή ο δράστης υπαναχωρεί «οικεία βουλήσει», είναι που έχει απασχολήσει ιδιαίτερα την θεωρία, αλλά και την νομολογία. Στην θεωρία φαίνεται πως οι απόψεις δίστανται.

Από την μια υπάρχουν οι αξιολογικές θεωρίες, οι οποίες θέτουν ως κριτήρια την αξιολογική μεταστροφή του δράστη, χωρίς να αρκούνται στην απλή αποχή του δράστη. Διαδεδομένη στο πεδίο αυτό είναι η θεωρία της «λογικής των εγκληματιών», η οποία υποστηρίχτηκε από τον Claus Roxin, και απαιτεί η υπαναχώρηση του δράστη να μην επικροτείται από την εγκληματική λογική<sup>7</sup>, λ.χ. εάν ο επίδοξος βιαστής εγκαταλείπει προσωρινά την προσπάθεια, φοβούμενος πως μπορεί να γίνει αντιληπτός από κάποιον περαστικό, έχει όμως σκοπό να επανέλθει μελλοντικά, τότε η υπαναχώρηση του δεν θεωρείται εκούσια, και συνεπώς δεν εκλείπει η ανάγκη τιμωρίας του. Στο ίδιο αποτέλεσμα, στο πιο πάνω παράδειγμα, θα κατέληγε και η θεωρία της «χρυσής γέφυρας», που υποστηρίχθηκε από τον Feuerbach, όπως και αυτή της «ειλικρινούς μετανοίας», που απαιτούν την οριστική επιστροφή του δράστη στην νομιμότητα, την με άλλα λόγια «αξιο-

λογική μεταστροφή» του<sup>8</sup>.

Από την άλλη πλευρά, υπάρχουν οι λεγόμενες ψυχολογικές θεωρίες οι οποίες έχουν τις ρίζες τους στον γερμανό ποινικολόγο Reinhard Frank και ισχυρίζονται πως αρκεί ο δράστης να έχει δυνατότητα επιλογών, να μπορεί δηλαδή αντικειμενικά να συνεχίσει ώστε να πετύχει τελικά την συνουσία ή την ασελή πράξη στην οποία στοχεύει, ωστόσο δεν το κάνει. Πρόκειται για μια θεώρηση που κινείται προς τον ηθικό αποχρωματισμό του θεσμού της υπαναχώρησης, αφού δεν εξετάζει την ηθική μεταστροφή του δράστη ή την ηθική αξία της αποχής του, αλλά απλώς και μόνο το αν απέχει από την συνέχεια της πράξης, ενώ αντικειμενικά μπορεί να συνεχίσει<sup>9</sup>. Η άποψη αυτή, πιο κοντά στο γράμμα της διάταξης του νόμου, φαίνεται να ευνοείται και από ιστορικοβουλευτική ερμηνεία, αφού στην Αιτιολογική Έκθεση του Σχεδίου του Ποινικού Κώδικα διευκρινίζεται πως η υπαναχώρηση εν όψει της αποκάλυψης της πράξης παραμένει εκούσια, εφόσον διατηρείται αυτή η αναγκαία δυνατότητα επιλογής, ώστε ο δράστης να μην εξαναγκάζεται, αλλά να επιλέγει ελεύθερα<sup>10</sup>.

Όσον αφορά την νομολογία, γενικά επικρατούσες είναι οι ψυχολογικές προσεγγίσεις<sup>11</sup>. Ειδικά ως προς τον βιασμό, έχει γίνει δεκτός ο εκούσιος χαρακτήρας της υπαναχώρησης στην περίπτωση της απλής υπόμνησης από την πλευρά του θύματος της προσωπικότητας του δράστη («μα επιτέλους τι κάνεις; Δεν το σκέφτεσαι; είσαι επιστήμονας άνθρωπος»)<sup>12</sup>, καθώς και στην περίπτωση που ο δράστης σταμάτησε εξαιτίας φόβου για την αποκάλυψή του<sup>13</sup>. Αντίθετα, ακούσια θεωρήθηκε η υπαναχώ-

<sup>8</sup> Ε. Συμεωνίδου - Καστανίδου σε Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους, Σάκκουλα, 2005, σ. 446,447

<sup>9</sup> . Συμεωνίδου - Καστανίδου σε Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους, Σάκκουλα, 2005, σ.448

<sup>10</sup> . Συμεωνίδου - Καστανίδου σε Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους, Σάκκουλα, 2005, σ. 447, 448

<sup>11</sup> Ν. Παρασκευόπουλος, Τα θεμέλια του ποινικού δικαίου - Γενικό μέρος, Σάκκουλα, 2008, σ. 340 επ., ενδεικτικά ΑΠ 993/2001

<sup>12</sup> ΑΠ 727/1928, διαθέσιμη σε ΠοινΧρ ΜΘ' σελ. 246

<sup>13</sup> ΑΠ 330/1978, διαθέσιμη σε ΠοινΧρον 1978.529

<sup>6</sup> Όπως ακριβώς, Παρασκευόπουλος Νίκος - Φυτράκης Ευτύχης, Αξίοποινες Σεξουαλικές Πράξεις, Σάκκουλα, 2011, σ. 142

<sup>7</sup> Χαλαμπακίης Αριστοτέλης Ι., Ποινικό Δίκαιο & Νομολογία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 275,276

ρηση που έγινε λόγω αντίστασης του θύματος<sup>14</sup>, αδυναμίας στύσης ή απειλής εγκύου θύματος («αν πάθει τίποτα το παιδί μου θα σε σκοτώσω»)<sup>15</sup> <sup>16</sup>. Η διάσταση ψυχολογικών και αξιολογικών θεωριών, σχετικά με το αν υπάρχει ή όχι εκούσια υπαναχώρηση, φαίνεται και σε ό,τι αφορά τις περιπτώσεις που το θύμα καταφέρνει να απωθήσει τον δράστη, υποσχόμενο σε αυτόν μελλοντική συνεύρεση. Οι πρώτες δέχονται εδώ το εκούσιο, ακριβώς επειδή ο δράστης έχει την αντικειμενική δυνατότητα να πετύχει τον σκοπό του «εδώ και τώρα», ωστόσο απέχει από οποιαδήποτε περαιτέρω πράξη, ενώ οι δεύτερες, με το σκεπτικό ότι ο δράστης δεν απομακρύνεται οριστικά από την προσβολή του εννόμου αγαθού αλλά σκοπεύει να επανέλθει στο μέλλον, θεωρούν ακούσια την υπαναχώρηση αυτή<sup>17</sup>.

#### Το ζήτημα της αναβίωσης του εγκλήματος της παράνομης βίας

Ας μην ξεχνάμε πως ο βιασμός ως σύνθετο έγκλημα έχει ως πρώτο συνθετικό του την παράνομη βία, αυξημένης βεβαίως έντασης. Σημαντική εδώ κρίνεται η οριοθέτηση της έννοιας της βίας. Πρόκειται για την «χρήση υλικής ή ψυχολογικής δύναμης για την κάμψη μιας αντίστασης που εκδηλώθηκε ή πρόκειται να εκδηλωθεί»<sup>18</sup>, αποβλέπει δηλαδή σε κάποιον σκοπό. Διαφοροποιείται από την έννοια της βιαιοπραγίας, η οποία αποτελεί καθαρή κακοποίηση, χωρίς να αποσκοπεί σε κάποιον εξαναγκασμό. Όταν η βία επιδρά σε ένα πρόσωπο, και όχι μόνο σε πράγματα, ονομάζεται σωματική. Η σωματική βία, με την σειρά της, διακρίνεται σε άμεση σωματική βία και σε έμμεση σωματική βία, ανάλογα με το αν αυτή η επίδραση γίνεται άμεσα στο σώμα, π.χ. μία γροθιά στο στομάχι, ή άμεσα σε ένα πράγμα, και μόνο έμμεσα στο σώμα, π.χ. η ακι-

νητοποίηση ενός οδηγού πυροβολώντας τα λάστιχα του κινούμενου οχήματος. Ο βιασμός, λοιπόν, απαιτεί είτε σωματική βία, είτε απειλή σπουδαίου και άμεσου κινδύνου, ένα έγκλημα δηλαδή παράνομης βίας του άρθρου 330 ΠΚ, με εξειδικευμένη όμως απειλή και συγκεκριμένο αποτέλεσμα. Επομένως, αν ένας δράστης έχει διαπράξει βιασμό, σίγουρα έχει τελέσει και παράνομη βία του άρθρου 330 ΠΚ. Σε περίπτωση, όμως, που γίνει δεκτή η υπαναχώρηση ως εκούσια και ο δράστης μείνει ατιμώρητος για την απόπειρα βιασμού, σύμφωνα με τις επιταγές της πρώτης παραγράφου του άρθρου 44 ΠΚ, ανακύπτει το θέμα κατά πόσο μπορεί να τιμωρηθεί για την παράνομη βία (330 ΠΚ) που ήδη άσκησε στο θύμα προσπαθώντας να το εξαναγκάσει σε συνουσία ή άλλη ασελή πράξη. Και εδώ υπάρχουν αντικρουόμενες απόψεις στην θεωρία. Κατά μία άποψη, σε μια τέτοια περίπτωση, το έγκλημα του 330 ΠΚ δεν έχει ολοκληρωθεί και συνεπώς ως μη ολοκληρωμένο έγκλημα, δεν μπορεί να αναβιώσει σε καμία περίπτωση, δεν μπορεί δηλαδή να διεκδικήσει εφαρμογή, σε περίπτωση που για κάποιο λόγο δεν εφαρμοστεί ο βιασμός. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με τους υποστηρικτές αυτής της άποψης, το εξαναγκαστικό αποτέλεσμα στο οποίο αποσκοπεί η παράνομη βία στην περίπτωση του βιασμού, δεν μπορεί να είναι άλλο από την ίδια την συνουσία ή την όμοιας βαρύτητας ασελή πράξη. Με άλλα λόγια μόνο τότε θεωρείται ολοκληρωμένη η παράνομη βία και μπορούμε να μιλήσουμε για τυχόν αναβίωση της, όταν ο δράστης πετύχει τον σκοπό που έχει κατά την τέλεση του βιασμού. Τυχόν επιμέρους εξαναγκαστικές πράξεις, όπως θα ήταν ο εξαναγκασμός του θύματος να βγάλει τα ρούχα του, δεν έχουν αυτοτέλεια, και δεν μπορούν να θεμελιώσουν εδώ ολοκληρωμένη παράνομη βία<sup>18</sup>.

Στην περίπτωση όμως που γίνει δεκτό πως τα μερικότερα αυτά εξαναγκαστικά αποτελέσματα έχουν αυτοτέλεια, όπως δέχεται η αντίθετη άποψη<sup>19</sup>, και άρα το έγκλημα του 330 ΠΚ είναι ολοκληρωμένο, τότε αυτό μπορεί να αναβιώσει. Κι αυτό γιατί η σχέση μεταξύ της απόπειρας βιασμού και της ολοκληρωμένης παράνομης βίας δεν είναι σχέση ειδικότητας, ώστε να αποκλείεται η αναβίωση. Η σχέση ειδικότητας εδώ απορρίπτεται με το σκεπτικό πως κάθε απόπειρα βιασμού δεν εί-

<sup>14</sup> ΑΠ 2423/2009, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα [http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_DISPLAY.asp?cd=VJX1IK7CGIBHSE6LRVZRO6Y98R05RO&apof=2423\\_2009&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%D3%D4](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=VJX1IK7CGIBHSE6LRVZRO6Y98R05RO&apof=2423_2009&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%D3%D4)

<sup>15</sup> ΑΠ 1298/94, διαθέσιμη σε Ποιν. Χρον. ΜΔ 1023

<sup>16</sup> Παρασκευόπουλος Νίκος - Φυτράκης Ευτύχης, Αξιόποινες Σεξουαλικές Πράξεις, Σάκκουλα, 2011, σ. 142, 143

<sup>17</sup> ΠλΚαστ 120/1998, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά 3/1999

<sup>18</sup> Όπως ακριβώς, Ιωάννης Μανωλεδάκης - Νικόλαος Μπιτζιλέκης, Εγκλήματα κατά της Ιδιοκτησίας, Σάκκουλα, 2013, σ. 206

<sup>19</sup> Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, Εγκλήματα κατά των προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 213, 214

ναι και ολοκληρωμένη βία, δεν υπάρχει δηλαδή η απαιτούμενη σχέση γενικού-ειδικού, όπου το ειδικό διαθέτει όλα τα στοιχεία του γενικού εγκλήματος, αφού μπορεί να υπάρξει αρχή εκτέλεσης βιασμού πολύ πριν επέλθει κάποιο εξαναγκαστικό αποτέλεσμα που θα ολοκληρώσει την παράνομη βία, μπορεί λ.χ. ο δράστης να απειλήσει απλώς το θύμα με ένα μαχαίρι με σκοπό να πετύχει συνουσία μαζί του, πριν ωστόσο προλάβει να το εξαναγκάσει μέσω αυτής της απειλής σε οποιαδήποτε πράξη, να σταματήσει την προσπάθεια του. Συνεπώς, κατά μία άποψη θα πρέπει εδώ να δεχθούμε σχέση απορρόφησης<sup>20</sup>, δηλαδή ο βιασμός απορροφά το έγκλημα της παράνομης βίας, χωρίς όμως το απορροφώμενο έγκλημα να χάνει την ποινική του σημασία, αφού αφενός συνεκτιμάται στην επιμέτρηση, και αφετέρου σε περίπτωση που εξαλειφθεί το αξιόποιο του βιασμού, θα διεκδικήσει εφαρμογή η παράνομη βία. Άλλη άποψη δέχεται σχέση επικουρικότητας μεταξύ των δύο εγκλημάτων<sup>21</sup>, η οποία διαφοροποιείται σε σχέση με την απορρόφηση ως προς το γεγονός πως εδώ δεν συνεκτιμάται στην επιμέτρηση της ποινής το ότι ο δράστης διέπραξε, εκτός από τον βιασμό και το επικουρικό έγκλημα της παράνομης βίας. Και εδώ όμως, η παράνομη βία θα μπορέσει να αναβιώσει αν δεν εφαρμοστεί εν τέλει για κάποιο λόγο ο βιασμός.

### Προϋποθέσεις συναυτουργίας και διάκριση από ομαδικό βιασμό

Η συναυτουργία στο έγκλημα του βιασμού προϋποθέτει δύο στοιχεία: συνεκτέλεση από δύο ή περισσότερους και κοινό δόλο<sup>22</sup> (άρθρο 45 ΠΚ).

Όσον αφορά την συνεκτέλεση, ο κάθε δράστης θα πρέπει να εκτελεί ολόκληρη την αντικειμενική υπόσταση ή να έχει γίνει «κατανομή εργασίας», δηλαδή ο ένας το ένα μέρος, την σωματική βία ή την απειλή της συγκεκριμένης έντασης, και ο άλλος το άλλο, δηλαδή την συνουσία ή την όμοια ασελγή

πράξη. Ιδιαίτερη προσοχή χρειάζεται ωστόσο στην διάκριση της απλής συναυτουργίας σε βιασμό από τον ομαδικό βιασμό. Στην περίπτωση που ασκηθεί η δέουσα βία ή απειλή και τουλάχιστον δύο πρόσωπα προβούν σε συνουσία ή άλλη ασελγή πράξη ενάντια του ίδιου θύματος, τότε πλέον δεν πρόκειται για απλή συναυτουργία στο έγκλημα της πρώτης παραγράφου του άρθρου 336 ΠΚ, αλλά για ομαδικό βιασμό της δεύτερης παραγράφου. Παρά το γεγονός ότι η διατύπωση του νόμου αναφέρεται απλά σε «πράξη», χωρίς να διευκρινίζει αν αναφέρεται συγκεκριμένα και σε μία από τις δύο επιμέρους πράξεις του βιασμού, μια ιστορικοβουλευτική ερμηνεία της διάταξης, μας βοηθά να καταλάβουμε πως η αυξημένη απαξία του ομαδικού βιασμού δικαιολογείται μόνο από την τέλεση συνουσίας ή ασελγών πράξεων από περισσότερους, όπου το θύμα μετατρέπεται σε «δοχείο ηδονής»<sup>23 24</sup>, ενώ απλώς και μόνο η άσκηση σωματικής βίας ή απειλής από περισσότερους δεν οδηγεί σε ομαδικό βιασμό, αλλά σε συναυτουργία απλού βιασμού<sup>25</sup>.

Αναγκαία για την ύπαρξη συναυτουργικού βιασμού είναι και ο κοινός δόλος των δραστών. Συγκεκριμένα, ο κάθε δράστης θα πρέπει να έχει διπλό δόλο, δηλαδή αφενός να πληροί την υποκειμενική υπόσταση του εγκλήματος, έχοντας γνώση και αποδεχόμενος όλα τα στοιχεία του βιασμού, ανεξαρτήτως του μέρους της αντικειμενικής υπόστασης που ο ίδιος εκτέλεσε, ενώ ταυτόχρονα θα πρέπει να γνωρίζει και να αποδέχεται την σύμπραξη με τον άλλον. Ο κοινός δόλος σύμπραξης συνήθως προκύπτει με προγενέστερη του εγκλήματος συνεννόηση και συναπόφαση, όπου στις περισσότερες περιπτώσεις γίνεται και κατανομή ρόλων. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η περίπτωση της διαδοχικής συναυτουργίας, της περίπτωσης δηλαδή που χωρίς προηγούμενη συνεννόηση, ο ένας δράστης ξεκινά την πραγμάτωση της αντικειμενικής υπόστασης, ασκώντας την σωματική βία ή την απειλή με σκοπό εξαναγκασμού και ο άλλος, έρχεται στην συνέχεια να την ολοκληρώσει, προβαίνοντας στην συνουσία ή άλλη ασελγή πράξη. Ωστόσο, η ασελγής πράξη στον βιασμό δεν απαιτείται να γίνεται από τον ίδιο δράστη που άσκησε την βία ή απείλησε το θύμα, κάτι που προκύπτει

<sup>20</sup> Ν. Μπιτζιλέκης σε Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ν. Μπιτζιλέκης, Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Το Δίκαιο των Ποινικών Κυρώσεων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 452

<sup>21</sup> Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, Εγκλήματα κατά των προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 216

<sup>22</sup> Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι σε Μανωλεδάκης Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους, Σάκκουλα, 2005, σ. 498, 499

<sup>23</sup> Μ.Ο.Ε ΑΘ 243-246/2000

<sup>24</sup> Μ.Ο.Ε. Θεσσ 52-55/1999

<sup>25</sup> Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, Εγκλήματα κατά των προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 214, 215.



από το γράμμα του νομού που αναφέρεται και σε «ανοχή» τέτοιας πράξης. Συνεπώς, ο πρώτος δράστης θα ευθύνεται για ολοκληρωμένο βιασμό, και όχι απλώς για απόπειρά της<sup>26</sup>. Η ευθύνη όμως του δεύτερου δράστη για βιασμό μπορεί να καταφαθεί εδώ μόνο υπό τους όρους της συναυτουργίας (45 ΠΚ). Απαραίτητο λοιπόν εδώ είναι η ασκηθείσα βία ή απειλή να μην έχει ολοκληρωθεί, να είναι ακόμη ενεργή, και ο δράστης να αποδέχεται ότι αυτή λειτουργεί ως μέσο εξαναγκασμού του θύματος στην ασελή πράξη που επιχειρεί<sup>27</sup>. Στην περίπτωση που ο πρώτος μετά την άσκηση της βίας αποχωρεί και ο δεύτερος δράστης εμφανιστεί μετέπειτα στο εγκληματικό προσκήνιο μη γνωρίζοντας ή μη αποδεχόμενος την βία ή απειλή του άλλου, αλλά απλώς εκμεταλλευόμενος αυτήν για την επίτευξη των σκοπών του, τότε ο κοινός δόλος λείπει και δεν μπορεί να ευθύνεται για συναυτουργία σε βιασμό, παρά μόνο ίσως για κατάχρηση σε ασέλγεια, του άρθρου 338 ΠΚ.

### Επίλογος

Είναι γεγονός πως ο βιασμός αποτελεί έγκλημα με ιδιαιτέρως μεγάλη απαξία. Ως σύνθετο έγκλημα παρουσιάζει ιδιαιτερότητες τόσο στην περίπτωση που τελείται κατά συναυτουργία, όσο και στην περίπτωση υπαναχώρησης από την απόπειρά του. Η διαφορετικότητα των απόψεων που εκφράζονται γύρω από τα ζητήματα αυτά, είναι χαρακτηριστικό της ποινικής επιστήμης και δηλώνουν την συνεχή προσπάθεια εξεύρεσης της καλύτερης δυνατής λύσης πάνω σε ζητήματα με μεγάλες κοινωνικές προεκτάσεις. Η ιδιαίτερη κοινωνική αποδοκιμασία που το συνοδεύει όμως, και ο εν γένει ειδεχθής χαρακτήρας του οδηγεί συχνά στην έκφραση ακραίων απόψεων περί τιμωρίας του δράστη, μέσα στην κοινωνία. Η νομική επιστήμη θα πρέπει να παραμένει ανεπηρέαστη, αφοσιωμένη στην εξεύρεση της πιο δίκαιης λύσης, χωρίς να παρασύρεται από τον θυμό και την οργή που προκαλεί ένα έγκλημα όπως ο βιασμός. Αν συμφωνήσουμε ότι στόχος σε κάθε περίπτωση είναι όχι μόνο η τιμωρία, αλλά και ο σωφρονισμός του δράστη, και πως καλώς δεν

εφαρμόζονται πλέον στην χώρα μας ποινές όπως η θανατική ποινή, τότε δεν θα πρέπει να ξεχνάμε πως οι υπερβολικές ποινές κινούνται σε μια εντελώς διαφορετική κατεύθυνση από αυτή ενός οργανωμένου, σοβαρού και αποτελεσματικού σωφρονιστικού συστήματος.

<sup>26</sup> Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, Εγκλήματα κατά των προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 211

<sup>27</sup> Βλ. Καϊάφα Γκμπάντι σε Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό δίκαιο - Επιτομή Γενικού Μέρους, Σάκκουλα, 2005, σ. 509.

## Η ποινική μεταχείριση του τραμπουκισμού (bullying)

Παπαγιαννοπούλου Λυδία  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Καθοριστικό ρόλο διαδραματίζει στην αντιμετώπιση του τραμπουκισμού η ύπαρξη ενός κατάλληλου ποινικού οπλοστασίου, που θα παρέχει επαρκή προστασία των θυμάτων από τη διάπραξη τέτοιων προσβολών και θα δρα ως ανασταλτικός παράγοντας στην τυχόν μελλοντική τέλεσή τους».**

### Εισαγωγή

Το φαινόμενο του τραμπουκισμού (ή bullying) συνιστά αδιαμφισβήτητο ένα από τα πιο χαρακτηριστικά δείγματα της κοινωνικής κατάπτωσης της Ελλάδας. Πρόκειται για την εκδήλωση μιας συστηματικής, επιθετικής συμπεριφοράς κατά τρόπο εσκεμμένο και απρόκλητο, την οποία εκλαμβάνει ως τέτοια το θύμα<sup>1</sup>. Το ιδιαίτερο γνώρισμα αυτών των προσβολών είναι η υπεροχή δύναμης του θύτη, ο οποίος την καταχράται, αλλά και επιβάλλεται έναντι του θύματος.

Οι βασικότερες εκφάνσεις είναι ο σωματικός, ψυχολογικός, λεκτικός και κοινωνικός εκφοβισμός. Προβαίνοντας σε μία αποσαφήνιση των όρων αυτών, ως σωματικός τραμπουκισμός θεωρείται η απειλή ή η επέλευση φυσικού τραυματισμού (π.χ. με γρονθοκοπήματα) ενός παθόντος. Η ψυχολογική πτυχή του bullying συνίσταται στην προσπάθεια μείωσης της αξιοπρέπειας και αυτοεκτίμησης του θύματος με την υιοθέτηση ταπεινωτικής και απαξιωτικής στάσης. Λεκτικός εκφοβισμός είναι η χρήση υβριστικών λέξεων ή φράσεων και αγενών σχολίων κατά του θύματος. Ο κοινωνικός τραμπουκισμός έχει τη μορφή της πρόκλησης κοινωνικής απομόνωσης, συνήθως με τη διάδοση ανυπόστατων και ψευδών φημών, με στόχο τη δημιουργία

αντιπάθειας του συνόλου προς ένα άτομο<sup>2</sup>. Άκρως ανησυχητική είναι η συμβολή της τεχνολογίας στη διεύρυνση των δυνατοτήτων του bullying, ιδίως μέσω του διαδικτύου, συμβάλλοντας στην ανάπτυξη του ηλεκτρονικού εκφοβισμού (cyber bullying). Στην έννοια αυτή περιλαμβάνονται προσβλητικού περιεχομένου αναρτήσεις στο διαδίκτυο και αποστολή υβριστικού υλικού μέσω των ηλεκτρονικών διευθύνσεων ή κινητών. Άμεση απόρροια των ανωτέρω πράξεων είναι η σωματική ή ψυχική κακοποίηση των θυμάτων, ακόμα και ο θάνατός τους<sup>3</sup>.

Αυτή η κοινωνική παθογένεια έχει λάβει άκρως ανησυχητικές διαστάσεις, κυρίως τις τελευταίες δεκαετίες. Τα κρούσματα είναι πολυάριθμα και συνεχώς αυξανόμενα, με αποτέλεσμα να καθίσταται απαραίτητη η λήψη μέτρων για την πρόληψη και την καταστολή τους. Δε θα ήταν υπερβολή να χαρακτηριστεί ως μία μάστιγα του 21<sup>ου</sup> αιώνα. Καθοριστικό ρόλο διαδραματίζει στην αντιμετώπιση του τραμπουκισμού η ύπαρξη ενός κατάλληλου ποινικού οπλοστασίου, που θα παρέχει επαρκή προστασία των θυμάτων από τη διάπραξη τέτοιων προσβολών και θα δρα ως ανασταλτικός παράγοντας στην τυχόν μελλοντική τέλεσή τους. Έτσι, κρίνεται αναγκαία η διερεύνηση των ήδη υπάρχοντων

<sup>1</sup> Π. Κυπραίου, Τί είναι το bullying και πώς αντιμετωπίζεται, διαθέσιμο στο: <http://www.psychotherapeia.net.gr/articles-psyxologoi-marousi-psychotherapeftes-marousi/paidiagoneis/60-syberifores/183-ti-einai-to-bullying-kai-pws-andimetvpizetai>

<sup>2</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Σχολικός Τραμπουκισμός, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2011, σελ. 53 επ.

<sup>3</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Digital και cyber bullying και αθέμιτη χρήση ηλεκτρονικών πληροφοριών ως το bullying του μέλλοντος - Γνώση και πρόληψη, Πρακτικά 2<sup>ου</sup> Συνεδρίου Υποδιεύθυνσης Δίωξης Ηλεκτρονικού Εγκλήματος ΕΛ.ΑΣ., 2013, σελ. 62 επ.

ποινικών διατάξεων στο ελληνικό δικαιοδοτικό σύστημα.

### Νομοθετικό πλαίσιο σχετικά με το bullying

Η αποκρυστάλλωση του τραμπουκισμού ως ενιαίου αδικήματος, προκειμένου να αποτελέσει αντικείμενο αυτοτελούς ρύθμισης, κρίνεται ανέφικτη. Αυτό οφείλεται στην ποικιλομορφία του φαινομένου, καθώς η εκδήλωση του εκφοβισμού διαφοροποιείται βάσει πλήθους παραγόντων, όπως οι συνθήκες, το περιβάλλον, η εκάστοτε ανισορροπία δύναμης, καθώς και ο τρόπος με τον οποίο εμφανίζεται. Αναντίρρητα, σε ένα γενικότερο πλαίσιο οι συμπεριφορές τραμπουκισμού συνιστούν προσβολές, που επισύρουν την κοινωνική και κατ'επέκταση τη νομική απαξία<sup>4</sup>.

Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο εκφοβισμός στην ουσία αποτελεί μια ομπρέλα εγκληματικών πράξεων και ανάλογα με τις μορφές που λαμβάνει εφαρμόζονται τα αντίστοιχα τυποποιημένα ποινικά αδικήματα. Ενδεικτικά, διεκδικούν εφαρμογή οι διατάξεις του Ποινικού Κώδικα που προστατεύουν τη ζωή και τη σωματική ακεραιότητα (π.χ. 299 ΠΚ, 301ΠΚ, 308ΠΚ, 309ΠΚ), στην περίπτωση που ο τραμπουκισμός είναι σωματικός<sup>5</sup>. Εφόσον ο εκφοβισμός είναι ψυχολογικός, λεκτικός ή κοινωνικός, προκρίνεται η προσφυγή στα άρθρα, τα οποία αναφέρονται στην τιμή του παθόντος (λ. χ. 361ΠΚ, 361<sup>Α</sup>ΠΚ, 362ΠΚ, 363ΠΚ)<sup>6</sup>. Ο ηλεκτρονικός εκφοβισμός δύναται να αντιμετωπισθεί με τις διατάξεις του Ν. 2472/1997 για την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (κυρίως με το άρθρο 22)<sup>7</sup>, ενώ οι τυχόν ρατσιστικές συμπεριφορές θα ρυθμισθούν με το Ν. 4285/2014 «Περί κολασμού πράξεων ή ενεργειών αποσκοπούσων σε φυλετικές διακρίσεις». Επομένως, συνάγεται ότι τόσο ο Ποινικός Κώδικας, όσο και ειδικά νομοθετήματα αποτυπώνουν διατάξεις που αφορούν στις επιμέρους εκφο-

βιστικές πράξεις.<sup>8</sup> Εντούτοις, αυτή η έλλειψη συνοχής της ρύθμισης του τραμπουκισμού καθιστά την προστασία διάχυτη και ισχνή.

Βρέθηκε στο επίκεντρο ατέρμονων συζητήσεων η ανάγκη ειδικότερης θεσμοθέτησης του ζητήματος, εκτός του προαναφερθέντος γενικότερου νομοθετικού πλαισίου. Η έξαρση του φαινομένου των τελευταίων χρόνων ώθησε το νομοθέτη τον Απρίλιο του 2015<sup>9</sup> σε μια προσπάθεια να την περικλείει μέσω της τροποποίησης του άρθρου 312 παρ. 1,2 ΠΚ με το άρθρο 8 του Ν. 4322/2015.

#### Άρθρο 312 παράγραφος 1 ΠΚ

Το αδίκημα που τυποποιείται στην παράγραφο 1 του άρθρου 312 είναι κοινό, καθώς υποκείμενο τέλεσης μπορεί να είναι οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο. Η αξιόποινη πράξη ενδέχεται να στρέφεται εναντίον καθενός. Το θύμα αυτό δύναται να είναι ο παθών<sup>10</sup>, ο αμέσως ζημιωθείς, στην περίπτωση που η συμπεριφορά βάλλεται κατά μη προσωποπαγών εννόμων αγαθών<sup>11</sup>, καθώς και ο εμμέσως ζημιωθείς<sup>12</sup>.

Πρόκειται για ένα έγκλημα ενέργειας, εφόσον η αντικειμενική υπόσταση πληρούται με συνεχή σκληρή συμπεριφορά. Μνείας χρήζει η αποσαφήνιση των όρων «συνεχής» και «σκληρή», για τους οποίους φαίνεται να ταυτίζεται η θεωρητική προσέγγιση και νομολογιακή ερμηνεία. Γίνεται δεκτό ότι η πράξη εκφοβισμού θεωρείται συνεχής, σύμφωνα με τη θεωρία, όταν τελείται κατ'επανάληψη για κάποιο χρονικό διάστημα, χωρίς να προϋποτίθεται να είναι ιδιαίτερα μεγάλης διάρκειας<sup>13</sup>. Η νομολογία απαιτεί για τον προσδιορισμό της συμπε-

<sup>8</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Τραμπουκισμός (bullying) και ελληνική ποινική έννομη τάξη, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 254

<sup>9</sup> Βαγγέλης Γιακουμάκης: Δεχόταν εξωσχολικό bullying, διαθέσιμο στο: <https://www.newsit.gr/topikes-eidhseis/vaggelis-giakoumakis-dexotan-eksosxoliko-bullying/1427671/>

<sup>10</sup> Χ. Δημόπουλος, Εισαγωγή στη θυματολογία, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2006

<sup>11</sup> Ι. Μανωλεδάκης, Το έννομο αγαθό ως βασική έννοια του ποινικού δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1998

<sup>12</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Τραμπουκισμός (bullying) και ελληνική ποινική έννομη τάξη, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 255

<sup>13</sup> Λ. Μαργαρίτης, Σωματικές βλάβες, εκδόσεις Σάκκουλα, 2001, σελ. 560

<sup>4</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Τραμπουκισμός (bullying) και ελληνική ποινική έννομη τάξη, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 254

<sup>5</sup> Ν. Ανδρουλάκη, Ποινικόν Δίκαιον - Ειδικόν Μέρος, εκδόσεις Σάκκουλα, 1974

<sup>6</sup> Δ. Σπινέλλη, Ποινικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος, Εγκλήματα κατά της τιμής (άρθρα 361-369ΠΚ), Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα—Κομοτηνή, 1982

<sup>7</sup> Π. Αρμαμέντος και Β. Σωτηρόπουλος, Προσωπικά Δεδομένα - Ερμηνεία Ν. 2472/1997, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005

ριφοράς ως συνεχούς τη δημιουργία μιας μόνιμης κατάστασης και την επίμονη, συστηματική επανάληψή της, χωρίς να είναι απαραίτητα διαρκής<sup>14</sup>. Σκληρή είναι η συμπεριφορά που χαρακτηρίζεται από την έλλειψη ενσυναίσθησης<sup>15</sup> και εκφράζεται αντικειμενικά με την πρόκληση σημαντικών πόνων, οδυνών και βασάνων (σωματικών ή ψυχικών)<sup>16</sup>.

Κατά το γράμμα του νόμου, αυτή η συνεχής και σκληρή πράξη εκφοβισμού οδηγεί αιτιωδώς στη σωματική κάκωση ή άλλη βλάβη της σωματικής ή ψυχικής υγείας. Αξιοπρόσεκτη είναι η αστοχία στη διατύπωση του νομοθέτη, διότι συνάγεται ότι η βλάβη τη υγείας είναι ευρύτερη έννοια, η οποία περιλαμβάνει και τη σωματική κάκωση. Έτσι, όμως, προκύπτει ευθεία αντίθεση με τη σημασία της σωματικής βλάβης, όπως είναι τυποποιημένη στο άρθρο 308 ΠΚ. Ειδικότερα, στη διάταξη αυτή η έννοια της σωματικής βλάβης αντικατοπτρίζει είτε τη σωματική κάκωση, που αφορά την εξωτερική εμφάνιση του σώματος είτε τη βλάβη της υγείας που υποδηλώνει τη λειτουργία των εσωτερικών οργάνων και την ψυχική υγεία<sup>17</sup>. Εντέλει, το ανακύπτον ζήτημα επιλύεται στην Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4322/2015<sup>18</sup>, εκ της οποίας συνάγεται ότι ο ποινικός νομοθέτης αποσκοπούσε στην ποινικοποίηση όχι μόνο της σωματικής κάκωσης αλλά και της βλάβης της σωματικής και ψυχικής υγείας<sup>19</sup>.

Η συνεχής σκληρή συμπεριφορά κρίνεται απαραίτητο να τελεί σε αιτιώδη σύνδεσμο με την επέλευση σωματικής βλάβης<sup>20</sup>, χωρίς την οποία δεν υφίσταται η καθ' ολοκληρίαν έννοια του αδικήματος, κατά τη νομολογία<sup>21</sup>.

Εφόσον η πράξη τραμπουκισμού εκδηλώνεται

μεταξύ ανηλίκων των οποίων η ηλικιακή διαφορά τους δεν υπερβαίνει τα τρία έτη, μένει ατιμώρητη. Μόνο στην περίπτωση που μεταξύ ανήλικου θύτη και θύματος υπάρχει διαφορά τριών χρόνων, τότε επισύρει την επιβολή αποκλειστικά αναμορφωτικών ή θεραπευτικών μέτρων.

Σε σχέση με την υποκειμενική υπόσταση, απαιτείται δόλος, έστω και ενδεχόμενος, ο οποίος πρέπει να καλύπτει ακριβώς την αντικειμενική υπόσταση. Συνεπώς, είναι ένα αδίκημα κανονικής υποκειμενικής υπόστασης.

Τέλος, η ποινή που προβλέπεται στην περίπτωση τέλεσης της εγκληματικής πράξης είναι φυλάκιση τουλάχιστον δέκα ημερών έως 5 χρόνων, γεγονός που καθιστά το αδίκημα πλημμέλημα. Αξιοσημείωτος είναι ο επικουρικός χαρακτήρας της διάταξης που απορρέει από τη διατύπωση «αν δε συντρέχει περίπτωση βαρύτερης αξιόποινης πράξης»<sup>22</sup>.

#### Άρθρο 312 παράγραφος 2 ΠΚ

Στην παράγραφο 2 του άρθρου 312 αποτυπώνεται η προστασία των αδυνάμων από ένα συγκεκριμένο κύκλο προσώπων. Ο κύκλος αυτός περιορίζεται στα άτομα που έχουν το θύμα τους υπό την επιμέλεια τους (όταν ο θύτης συνδέεται με τον παθόντα με έναν μονιμότερο συνεκτικό δεσμό, βάσει του οποίου μεριμνά γι' αυτόν) ή υπό την προστασία τους (η υποχρέωση του παραβάτη να φροντίσει ένα αδύναμο άτομο υφίσταται για μικρότερο χρονικό διάστημα). Επιπλέον, υποκείμενο τέλεσης μπορεί να είναι και ο δράστης που έχει στο σπίτι του το θύμα (το τελευταίο, ως μέλος της ίδιας οικογενειακής κοινότητας, τρέφεται και κοιμάται στην ίδια οικία), καθώς και στην περίπτωση που συνέχεται με σχέση εργασίας ή υπηρεσίας (ο παθών εργάζεται για λογαριασμό του θύτη, ανεξάρτητα από την εγκυρότητα της σύμβασης). Τέλος, το άρθρο περικλείει και καταστάσεις όπου παραβάτης είναι αυτός που έχει αποκτήσει εξουσία για ορισμένο χρονικό διάστημα πάνω στο αδύναμο άτομο από εκείνον που έχει την επιμέλειά του, αλλά και που του έχει εμπιστευθεί η ανατροφή, διδασκαλία, επίβλεψη ή φύλαξη από τα άτομα που έχουν την επιμέλειά του και ουσιαστικά (ο δράστης) αναλαμβάνει συγκεκριμένα καθήκοντα, όπως ορίζονται στο νόμο ή στην τυχόν ιδιωτική συμφωνία. Έτσι, το έγκλημα είναι

<sup>14</sup> ΣυμβΠλημΑθ 1320/2007 ΝοΒ 2007, σελ. 2171

<sup>15</sup> Ν. Ανδρουλάκης, Ποινικών Δίκαιον ειδικών μέρους, εκδόσεις Σάκκουλα, 1974, σελ. 174

<sup>16</sup> ΑΠ 1372/2007, ΠοινΧρ 2008, σελ. 146

<sup>17</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.125-126

<sup>18</sup> Διαθέσιμο στο: <http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=1ulBzQXENA%3D&tabid=132>

<sup>19</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.176

<sup>20</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.176

<sup>21</sup> ΣυμβΠλημΑθ 1320/2007 ΝοΒ 2007, σελ. 2171

<sup>22</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Τραμπουκισμός (bullying) και ελληνική ποινική έννομη τάξη, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 258

ιδιαίτερο<sup>23</sup>.

Η προσβολή αυτής της παραγράφου μπορεί να στρέφεται μόνο κατά ατόμων που δε συμπλήρωσαν το 18<sup>ο</sup> έτος της ηλικίας τους ή αδυνατούν να υπερασπιστούν τον εαυτό τους, ενώ, παράλληλα, τελούν υπό μία από τις ανωτέρω σχέσεις εξάρτησης με τον θύτη.

Όσον αφορά την εγκληματική συμπεριφορά, παρατηρείται μια διάκριση δύο διαφορετικών μορφών. Αφενός, προβλέπεται ένα αδίκημα ενέργειας που εμπεριέχει όλα τα προαναφερθέντα στοιχεία της παραγράφου 1 του άρθρου 312 ΠΚ. Αφετέρου, εισάγεται ως δεύτερος τρόπος τέλεσης η παραμέληση των υποχρεώσεων του θύτη κατά τρόπο συστηματικό, με αποτέλεσμα την πρόκληση της σωματικής βλάβης, τυποποιώντας, έτσι, ένα έγκλημα γνήσιας παράλειψης. Μάλιστα, επιβάλλεται να υπάρχει μια διάρκεια στην παράλειψή του<sup>24</sup>. Κοινός παρονομαστής των δύο τρόπων διάπραξης του αδικήματος είναι η επέλευση σωματική βλάβης.

Για τη θεμελίωση της ενοχής, ως αδίκημα κανονικής υποκειμενικής υπόστασης, απαραίτητος είναι ο δόλος, έστω και ενδεχόμενος, ο οποίος απαιτείται να καλύπτει πλήρως όλα τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης.

Το απειλούμενο πλαίσιο ποινής είναι τουλάχιστον έξι μήνες έως πέντε χρόνια. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι στην παράγραφο αυτή θεσπίζεται πλημμέλημα.

#### Χαρακτήρας του άρθρου 312ΠΚ

Αξίζει να σημειωθεί ότι ο χαρακτήρας του άρθρου 312ΠΚ έχει αποτελέσει αντικείμενο έντονης διχογνωμίας και έριδας στη νομική επιστήμη. Σύμφωνα με μία άποψη, υποστηρίζεται ότι το αδίκημα του άρθρου 312ΠΚ είναι έγκλημα διακεκριμένης μορφής σωματικής βλάβης με δόλο, αφού οι αξιόποινες πράξεις της κρινόμενης διάταξης μπορούν να υπαχθούν στις νομοτυπικές μορφές των άρθρων 308, 309 και 310 ΠΚ. Η διαφοροποίηση του άρθρου 312ΠΚ από αυτά εντοπίζεται σε έναν ειδικότερο προσδιορισμό του τρόπου επέλευσης της σωματικής βλάβης και των ιδιοτεροτήτων του θύματος. Στη διαπίστωση αυτή συνηγορεί το

<sup>23</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.178

<sup>24</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.178-179

γεγονός ότι η εξειδίκευση στοιχείων ποινικοποιεί μια μεγαλύτερης απαξίας πράξη που επισύρει αυξημένη ποινή και δε θεμελιώνει το αξιόποινο<sup>25</sup>. Εν αντιθέσει, οι πολέμιοι αυτής της προσέγγισης διατείνονται ότι πρόκειται για ένα ιδιώνυμο έγκλημα, διότι είναι αδύνατο να θεωρηθεί το άρθρο αυτό παραλλαγή, αλλά παρέκκλιση των βασικών εγκλημάτων. Τα πρόσθετα στοιχεία δεν εξειδικεύουν τα ήδη τυποποιημένα αδικήματα και εισάγουν ένα νέο, διαφορετικό τύπο σε σχέση με τα βασικά<sup>26</sup>.

Είναι, όμως, κοινώς αποδεκτό ότι εγκαθιδρύεται ένα γνήσιο πολύτροπο/υπαλλακτικώς μικτό έγκλημα<sup>27</sup>, αφού οι ποικίλοι τρόποι τέλεσης της αξιόποινης συμπεριφοράς ενδέχεται να εναλλαχθούν ή και να σωρευτούν επί του ίδιου αντικειμένου προσβολής ως ενιαίο έγκλημα.

#### Συναίνεση και εκφοβισμός

Θα ήταν ολίσθημα να παραλείψουμε την αναφορά μας στη διευκρίνηση ότι το τελικό άδικο δεν αίρεται από την ύπαρξη τυχόν συναίνεσης του παθόντος, ανεξάρτητα από τη βαρύτητα της σωματικής βλάβης (ακόμα και στην απλή). Είναι προφανές ότι στη σχέση ανισορροπίας μεταξύ θύτη και θύματος (312 ΠΚ παρ.1), πόσο μάλλον στη σχέση εξάρτησης (312 ΠΚ παρ. 2), δεν υπάρχουν πολλά περιθώρια ελεύθερης επιλογής και θέλησης του φορέα. Συνήθως, η διάθεση του εννόμου αγαθού του φορέα είναι προϊόν εξαναγκασμού. Άλλωστε, ο νομοθέτης πρόβλεψε αυτόν το λόγο άρσης του αδικού αποκλειστικά στην παράγραφο 1 του άρθρου 308ΠΚ<sup>28</sup>.

#### Παρατηρήσεις σχετικά με το άρθρο 312ΠΚ μετά την τροποποίηση

Με την τροποποίηση του άρθρου 312ΠΚ καλύφθηκε ένα κενό νόμου και ανέτειλε η ελπίδα ότι ο

<sup>25</sup> Λ. Μαργαρίτης, Σωματικές βλάβες, εκδόσεις Σάκκουλα, 2001, σελ. 545 και Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.179-180

<sup>26</sup> ΑΠ 534/2012, ΝΟΜΟΣ και Ν. Ανδρουλάκης, Ποινικόν Δίκαιον ειδικό μέρος, εκδόσεις Σάκκουλα, 1974, σελ. 170

<sup>27</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Τραμπουκισμός (bullying) και ελληνική ποινική έννομη τάξη, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 256

<sup>28</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.180

νομοθέτης θα εφοδιάσει τον κάθε πολίτη με όλα τα νόμιμα όπλα για την καταπολέμηση του τραμπουκισμού. Είναι αναντίρρητο ότι οφείλουμε να χαιρέτισουμε την προσπάθεια του να τυποποιήσει τον εκφοβισμό ως αυτοτελές έγκλημα στο μέτρο του εφικτού και να αναγνωρίσουμε ότι το εγχείρημα αυτό οδήγησε σε ορισμένες θετικές εξελίξεις.

Σε ένα πρώτο στάδιο, διευρύνεται το πλαίσιο προστασίας σε οποιοδήποτε άτομο, κατ'επέκταση και σε ενήλικο, που υφίσταται συνεχή σκληρή συμπεριφορά, με συνέπεια την πρόκληση σωματικών βλαβών. Σε αντίθεση με την προγενέστερη διάταξη, που αναφερόταν αποκλειστικά στα θύματα κάτω των 17 ετών, σήμερα το άρθρο τυγχάνει εφαρμογής σε τρίτο, εφόσον πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις. Μάλιστα, στην παράγραφο 1 δεν απαιτείται η ύπαρξη ιδιαίτερης σχέσης εξάρτησης, Επιπρόσθετα, ο νομοθέτης μνημονεύει ρητά ότι η πρόκληση σωματικής βλάβης δεν αφορά μόνο τη σωματική αλλά και την ψυχική υγεία, επιλύοντας τις ασάφειες που προκαλούσε η προηγούμενη διάταξη, η οποία περιοριζόταν στη μνεία μόνο των κακώσεων της «υγείας». Έτσι, δεν επιβάλλεται απαραίτητα η επέλευση του τραύματος, αλλά αρκεί η επιρροή των αξιόποινων συμπεριφορών και στην ψυχολογία του θύματος<sup>29</sup>. Τέλος, η επαύξηση του ελάχιστου ορίου ποινής στην παράγραφο 2 από τρεις σε έξι μήνες φυλάκιση δικαιολογείται πλήρως από την ιδιόζουσα απαξία της πράξης και την ανάγκη αυστηροποίησης των μέτρων, προκειμένου να λειτουργήσουν προληπτικά και κατασταλτικά<sup>30</sup>.

Μολαταύτα, η κίνηση του νομοθέτη να τροποποιήσει τη διάταξη αυτή ήταν εσπευσμένη, λόγω της έξαρσης αντίστοιχων περιστατικών στην ελληνική κοινωνία που έχρηζε άμεσης ρύθμισης, με αποτέλεσμα σε συγκεκριμένα σημεία να αναδεικνύονται η προχειρότητα και οι αστοχίες του.

Στο επίκεντρο των συζητήσεων βρέθηκε η ατιμωρησία των αξιόποινων συμπεριφορών των ανηλίκων του άρθρου 312 παρ. 1 ΠΚ, εκτός αν υπάρχει ηλικιακή διαφορά δράστη-παθόντος μεγαλύτερη των τριών ετών. Οι επικριτές της πρόβλεψης αυτής ισχυρίζονται ότι η επιλογή της διαφοράς στην ηλικία είναι αυθαίρετη, χωρίς να στηρίζεται σε κανένα

κριτήριο. Μάλιστα, καταδεικνύει την άγνοια του νομοθέτη σχετικά με τα κοινωνικά δρώμενα, εφόσον η πιο συχνή εκδήλωση εκφοβισμού γίνεται από συνομήλικους. Ακόμα, από την Αιτιολογική Έκθεση<sup>31</sup> προκύπτει ότι στις περιπτώσεις που δεν πληρούται το στοιχείο της ηλικιακής διαφοράς, η πράξη θα αντιμετωπίζεται με μέτρα διαπαιδαγώγησης και όχι εμπλοκής με τον ποινικό νόμο. Ωστόσο, δε λαμβάνεται υπόψη αφενός ότι σε όλες τις πράξεις ανηλίκων πρέπει να εφαρμόζονται μέτρα διαπαιδαγώγησης και ως έσχατη λύση η παραπομπή στη δικαιοσύνη. Εν προκειμένω, δεν εξηγείται ο λόγος που αυτές οι συμπεριφορές μεταξύ ανηλίκων διαφορετικής ηλικίας αντιμετωπίζονται με εμπλοκή με τον ποινικό νόμο<sup>32</sup>. Αφετέρου, ελλοχεύει ο κίνδυνος να υπάρξουν άτοπα αποτελέσματα, π.χ. αν ένας 15χρονος ανήλικος τελεί επικίνδυνη σωματική βλάβη σε βάρος συνομηλίκου του, θα διωχθεί σύμφωνα με το 309ΠΚ, ενώ αν την τελέσει με συνεχή σκληρή συμπεριφορά, δε θα τιμωρηθεί<sup>33</sup>.

Στον αντίποδα, η επιλογή αυτή του νομοθέτη να θέσει ένα ηλικιακό κριτήριο επικροτείται από μία μερίδα νομικών, με βασικό επιχείρημα ότι προκρίνεται να αποφεύγεται όσο το δυνατόν περισσότερο η επιβολή μέτρων κατασταλτικού χαρακτήρα στους ανηλίκους. Η περαιτέρω θεμελίωση της θέσης αυτής ερείδεται στην Αιτιολογική Έκθεση<sup>34</sup>, όπου μνημονεύεται ότι στις παραβατικές συμπεριφορές μεταξύ ανηλίκων της ίδιας ηλικίας προτιμώνται «μέτρα διαπαιδαγώγησης και όχι εμπλοκής με το νόμο». Η ρύθμιση δικαιολογείται από την επιταγή προστασίας των ανηλίκων και νεαρών ανηλίκων ως ευάλωτων κοινωνικών ομάδων έναντι αυτού του σύνθετου είδους εγκληματικής συμπεριφοράς. Τέλος, με τον τρόπο αυτό εξυπηρετείται η θεμελιώδης αρχή της ultima ratio, που επιτάσσει των επιβολή των ανωτέρω μέτρων σε ειδικές περιπτώσεις προσβολών.

<sup>31</sup> Διαθέσιμο στο: <http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=1ulBzQXENA%3D&tabid=132>

<sup>32</sup> Α. Συκιώτου, Η σχολική βία και οι ατυχείς νέες ρυθμίσεις για το «bullying», Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 25

<sup>33</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016, σελ.175

<sup>34</sup> Διαθέσιμο στο: <http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=1ulBzQXENA%3D&tabid=132>

<sup>29</sup> Α. Συκιώτου, Η σχολική βία και οι ατυχείς νέες ρυθμίσεις για το «bullying», Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 250-251

<sup>30</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Τραμπουκισμός (bullying) και ελληνική ποινική έννομη τάξη, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 256

Μία ακόμα απροσεξία συνιστά η ειδική μνεία στην επιβολή θεραπευτικών και αναμορφωτικών μέτρων σε αξιόποινες συμπεριφορές ανηλίκων με διαφορά ηλικίας τριών ετών. Αυτή κρίνεται περιττή, διότι ούτως ή άλλως το αδίκημα του 312 παρ. 1 είναι πλημμέλημα. Συνεπώς, μόνο αναμορφωτικά ή θεραπευτικά μέτρα θα ήταν επιτρεπτό να εφαρμοσθούν.

Λανθασμένη εμφανίζεται και η εμμονή του νομοθέτη στην προγενέστερη αναφορά της παρ. 2 του άρθρου «ανήκει στο σπίτι του δράστη». Παρότι δεν τίθεται εν αμφιβολία το νόημα της διάταξης, που έγκειται στην ενδιαίτηση στον ίδιο οίκο, εντούτοις το ρήμα «ανήκει» φαίνεται να παραπέμπει σε «ιδιοκτησία» ανθρώπων, γεγονός αρκετά ατιμωτικό για έναν Ποινικό Κώδικα του 21<sup>ου</sup> αιώνα<sup>35</sup>.

### Επίλογος

Καταληκτικά, οι ποινικές διατάξεις αποτελούν ένα μέσο καθοριστικής σημασίας στην αντιμετώ-

πιση της ανεξέλεγκτης εξάπλωσης του τραμπουκισμού. Βέβαια, η ποικιλομορφία των εκφάνσεων του φαινομένου αυτού συνιστά τροχοπέδη στο έργο του ποινικού νομοθέτη. Εντούτοις, πλήθος ποινικών διατάξεων θεσπίζουν ήδη σε ικανοποιητικό βαθμό προληπτικά και κατασταλτικά μέτρα, που καλύπτουν ένα ευρύ φάσμα εκδηλώσεων εκφοβισμού. Οπωσδήποτε, όμως, εντοπίζονται ατέλειες και αρκετά περιθώρια βελτίωσης, προκειμένου να ενισχυθεί η νομική πανοπλία κατά του τραμπουκισμού. Δόκιμη κρίνεται η αυστηροποίηση της διάταξης του άρθρου 312ΠΚ, με την αύξηση του ελάχιστου ορίου φυλάκισης, καθώς και με την ποινικοποίηση κάθε αξιόποινης συμπεριφοράς ανεξαρτήτως διαφοράς ηλικίας. Εξίσου ωφέλιμη θα ήταν και η θεσμοθέτηση στον Ποινικό Κώδικα υποχρεωτικής επίλυσης διαφορών μέσω διαμεσολαβητών. Εν κατακλείδι, δέον είναι να καταβάλλονται συνεχόμενες προσπάθειες, ούτως ώστε να εξαφανισθεί οποιοδήποτε ίχνος νομοθετικής ανοχής, είτε άμεσης είτε έμμεσης, στον εκφοβισμό.

<sup>35</sup> Φ. Σπυρόπουλος, Τραμπουκισμός (bullying) και ελληνική ποινική έννομη τάξη, Ποινική Δικαιοσύνη, 2016, σελ. 256



## Η θέση των ψευδοεγκλημάτων στο ελληνικό ποινικό σύστημα

Μπαβέλη Αλεξάνδρα

4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Αποτελεί μία «καθαρά τυπική κατασκευή», «ένα ψευτοαγαθό», το οποίο εξυπηρετεί το νομοθέτη, προκειμένου να μην αποκαλυφθεί ότι τιμωρεί ένα μέλος της κοινωνίας, όχι γιατί προσβάλλει κάποιο κοινωνικό αγαθό, αλλά γιατί διατηρεί στάση ζωής, η οποία δεν είναι σύμφωνη με αυτή που θέλει να επιβάλλει.»**

### Εισαγωγή

Πριν από μερικούς μήνες η κοινωνία της Θεσσαλονίκης αποτέλεσε μάρτυρα ενός συμβάντος, το οποίο προκάλεσε την αντίδραση του ευρύτερου κοινωνικού συνόλου. Πρόκειται για την προσαγωγή για το αδίκημα της επαιτείας (άρθρο 407 ΠΚ) μίας μουσικού, η οποία ασκούσε την τέχνη της στο δρόμο. Με αφορμή την προσαγωγή αυτή, το θέμα εισήχθη προς συζήτηση στη Βουλή, κατά την οποία τονίστηκε πως η πράξη αυτή πρέπει να αποποινικοποιηθεί, καθώς δεν προσβάλλει κανένα έννομο αγαθό και δε θέτει σε κίνδυνο τρίτους ανθρώπους. Το μόνο το οποίο μπορεί να προκαλέσει είναι αισθητική ενόχληση σε συγκεκριμένους κοινωνούς. Ωστόσο το Ποινικό Δίκαιο θεωρείται έσχατο μέσο επέμβασης της κοινωνίας, το οποίο στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν δικαιολογείται να συντρέχει. Επιπλέον, τονίστηκε πως η διάταξη αυτή προβαίνει σε ποινικοποίηση του φρονήματος<sup>1</sup>, γεγονός που δε συνάδει στο φιλελεύθερο πνεύμα του ποινικού μας συστήματος. Πράγματι, το άρθρο 407 του ΠΚ καταργήθηκε<sup>2</sup>.

Με αφορμή την κατάργηση του συγκεκριμένου εγκλήματος έχουν ενταθεί, τον τελευταίο καιρό, οι συζητήσεις γύρω από το θέμα των ψευδοεγκλημάτων, καθώς η επαιτεία αποτελούσε χαρακτηριστικό

παράδειγμα αυτής της κατηγορίας εγκλημάτων. Με τον όρο ψευδοεγκλήματα νοούνται «εγκλήματα στα οποία ο νομοθέτης χρησιμοποιεί το δραστικό μέσο της ποινής όχι για να αντιμετωπίσει πραγματικές προσβολές κοινωνικών αγαθών, αλλά για να υποχρεώσει τους πολίτες σε ορισμένο είδος συμπεριφοράς»<sup>3</sup>, επιθυμώντας να διαμορφώσει την κοινωνική ζωή σύμφωνα με συγκεκριμένο ιδεολογικό πρότυπο. Συνήθως πρόκειται για εγκλήματα, στα οποία τυποποιούνται έννομα αγαθά, τα οποία δεν έχουν υλικό αντικείμενο προσβολής και στα οποία η αξιόποινη συμπεριφορά θεμελιώνεται, συνήθως, σε υποκειμενικά στοιχεία της προσωπικότητας του δράστη (φρονηματικά στοιχεία)<sup>4</sup>, γεγονός που νοθεύει τον αντικειμενικό χαρακτήρα του ποινικού μας συστήματος. Για τους παραπάνω λόγους στα εγκλήματα αυτά έχει ασκηθεί έντονη κριτική, με αποτέλεσμα να βρίσκονται για μεγάλο διάστημα σε αχρησία.

### Ψευδοεγκλήματα

#### Γενικό πλαίσιο

Μία από τις βασικότερες έννοιες της ποινικής επιστήμης αποτελεί η έννοια του «ποινικού φαινομένου». Το «ποινικό φαινόμενο» συνίσταται στην προσβολή βασικών αγαθών των μελών της κοι-

<sup>1</sup> Τράπεζα Πληροφοριών Νομοθεσίας Και τυπικά η κατάργηση του άρθρου 407 του Ποινικού Κώδικα για την επαιτεία, Διαθέσιμο στο <https://www.e-nomothesia.gr/law-news/kai-tupika-katargese-tou-arthrou-407-toy-poinikoy-kodika-gia-tin-epaiteia.html>

<sup>2</sup> Άρθρο 23 του Νόμου 4571/2018

<sup>3</sup> Όπως ακριβώς, Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., Ποινικό Δίκαιο / Επιτομή Γενικού Μέρους (επιμέλεια Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου), Σάκκουλα, 2005, σ. 15

<sup>4</sup> Φλώρος Σπ., Η αποποινικοποίηση του εγκλήματος της επαιτείας (άρθρο 407 ΠΚ), Ποινική Δικαιοσύνη, 3/1999, Διαθέσιμο στο <http://www.nbonline.gr/journals>



νωνίας και στην ακόλουθη αντίδραση, είτε από τους φορείς των αγαθών αυτών, είτε από την κυρίαρχη πολιτειακή εξουσία. Από τα παραπάνω συνάγεται πως τα στοιχεία, που δομούν το «ποινικό φαινόμενο» είναι τα αγαθά, η προσβολή τους και η αντίδραση σε αυτήν<sup>5</sup>. Με τον όρο αγαθά, αξίζει να διευκρινιστεί ότι νοούνται «αντικείμενα του εξωτερικού κόσμου, αντιληπτά με τις αισθήσεις, ή φυσικές ή κοινωνικές ιδιότητες των αντικειμένων αυτών, που εξυπηρετούν βιοτικές ανάγκες των μελών της κοινωνίας, γι' αυτό και αποτελούν ουσιώδη στοιχεία της κοινωνικής ζωής»<sup>6</sup>.

Σε πρωτόγονες μορφές κοινωνίας τα παραπάνω στοιχεία προσδιορίζονταν αποκλειστικά από τα μέλη τους. Καθώς, ωστόσο, οι κοινωνίες έχουν αποκτήσει πολιτειακή οργάνωση, αρμόδιοι να προσδιορίζουν τα στοιχεία του ποινικού φαινομένου είναι πλέον οι ασκούντες την πολιτειακή εξουσία. Πρόκειται για τη διαδικασία τυποποίησης του «ποινικού φαινομένου», κατά την οποία οι φορείς της κυρίαρχης εξουσίας επιλέγουν, κατόπιν αξιολόγησης, από ένα σωρό κοινωνικών αγαθών τα αγαθά εκείνα τα οποία πρέπει να προστατευθούν. Με τη διαδικασία αυτή συντελείται η μετάβαση από τη βασική μορφή του ποινικού φαινομένου (κοινωνικό ποινικό φαινόμενο) στη νομική του μορφή (τυποποιημένο «ποινικό φαινόμενο»)<sup>7</sup>. Οι κοινωνιολογικές έννοιες «αγαθό», «προσβολή αγαθού», «απάντηση στην προσβολή» αποκτούν νομική μορφή και ονομάζονται πλέον «έννομο αγαθό», «(νομικό) έγκλημα», «ποινή»<sup>8</sup>. Οι νομικές αυτές έννοιες έχουν έντονο κοινωνικό περιεχόμενο και κοινωνική προέλευση, καθώς πίσω από κάθε έννομο αγαθό, υποκρύπτεται ένα κοινωνικό.

Φαίνεται, καταρχήν, το τυποποιημένο «ποινικό φαινόμενο» να τελεί σε σχέση «υπαλληλίας» και να είναι στενότερο από το αντίστοιχο κοινωνικό, αφού η κρατική εξουσία επιλέγει να προστατεύσει συγκεκριμένα κοινωνικά αγαθά, καθώς και να τιμωρήσει συγκεκριμένες από τις προσβολές τους<sup>9</sup>. Δεν

είναι λίγες ωστόσο οι φορές που ο κανόνας αυτός της σχέσης «υπαλληλίας» νοθεύεται. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση των ψευδοεγκλημάτων.

#### Έννοια του ψευδοεγκλήματος

Στις περιπτώσεις των ψευδοεγκλημάτων το τυποποιημένο «ποινικό φαινόμενο» δε βρίσκεται σε σχέση «υπαλληλίας» με το κοινωνικό «ποινικό φαινόμενο». Αυτό συμβαίνει, καθώς ο νομοθέτης προβαίνει στην αναγωγή ορισμένων συμπεριφορών σε έγκλημα, χωρίς από πίσω να υποκρύπτεται η προστασία κοινωνικών / πραγματικών αγαθών, αντικειμένων, δηλαδή, του εξωτερικού κόσμου ή φυσικών / κοινωνικών ιδιοτήτων τους. Στόχος του νομοθέτη, αντίθετα, είναι να υποχρεώσει τα μέλη της κοινωνίας σε ένα είδος συμπεριφοράς, σύμφωνης με κάποιο συγκεκριμένο ιδεολογικό πρότυπο<sup>10</sup>.

Με τον τρόπο αυτό «δημιουργούνται έμμεσα έννοιες εννόμων αγαθών που δεν ανταποκρίνονται σε κανένα πραγματικό αγαθό»<sup>11</sup>. Το πρόβλημα στις περιπτώσεις αυτές δεν έγκειται, δηλαδή, στην απουσία ενός τυποποιημένου εννόμου αγαθού, αλλά στο ότι το συγκεκριμένο τυποποιημένο έννομο αγαθό δεν βρίσκει κανένα πραγματικό κοινωνικό αντίκρισμα. Δεν υπάρχει κάποιο υλικό αντικείμενο προσβολής. Με τη συμπεριφορά, δηλαδή, που περιγράφεται στο έγκλημα δεν επέρχεται μεταβολή σε κάποιο αντικείμενο του εξωτερικού κόσμου, ούτε και σε κάποια φυσική ή κοινωνική ιδιότητα αντικειμένου. Αποτελεί μία «καθαρά τυπική κατασκευή», «ένα ψευτοαγαθό»<sup>12</sup>, το οποίο εξυπηρετεί το νομοθέτη, προκειμένου να μην αποκαλυφθεί ότι τιμωρεί ένα μέλος της κοινωνίας, όχι γιατί προσβάλλει κάποιο κοινωνικό αγαθό, αλλά γιατί διατηρεί στάση ζωής, η οποία δεν είναι σύμφωνη με αυτή που θέλει να επιβάλλει<sup>13</sup>.

#### Ιδεολογική λειτουργία

Οι περιπτώσεις των ψευδοεγκλημάτων προσβάλλουν τη σημασία της τυποποίησης του ποινικού φαινομένου, η οποία έγκειται πρωτίστως στην προστασία ορισμένων κοινωνικών, αναγόμενων σε

<sup>5</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., ό.π. σ. 1

<sup>6</sup> Όπως ακριβώς, Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., ό.π. σ. 2

<sup>7</sup> Κωστάρας Α., Ποινικό Δίκαιο / Έννοιες και Θεσμοί του Γενικού μέρους, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 62

<sup>8</sup> Μανωλεδάκης Ι., Ποινικό Δίκαιο / Γενική θεωρία, Σάκκουλα, 2004, σ. 22

<sup>9</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι.,

ό.π. σ. 15

<sup>10</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., ό.π. σ. 15-16

<sup>11</sup> Όπως ακριβώς, Μανωλεδάκης Ι., ό.π. σ. 24

<sup>12</sup> Όπως ακριβώς, Μανωλεδάκης Ι., ό.π. σ. 24

<sup>13</sup> Παρασκευόπουλος Ν., Τα θεμέλια του ποινικού δικαίου / Γενικό μέρος: το έγκλημα, Σάκκουλα, 2008, σ. 161

εννόμων, αγαθών (προστατευτική / αντεγκληματική λειτουργία) και δευτερευόντως σε παροχή εγγύησης της ελευθερίας των πολιτών απέναντι σε καταχρήσεις του ποινικού συστήματος από τους εκάστοτε κυβερνώντες (φιλελεύθερη / εγγυητική λειτουργία). Πράγματι, τα ψευδοεγκλήματα προσβάλλουν τη σημασία της τυποποίησης του «ποινικού φαινομένου», καθώς μέσω αυτών, η τυποποίηση επιτελεί και μία τρίτη λειτουργία: την ιδεολογική<sup>14</sup>. Αυτό συμβαίνει, καθώς τα ψευδοεγκλήματα προασπίζονται την προστασία των ηθικών αξιών που η εκάστοτε κρατική εξουσία επιθυμεί να προβάλλει στους κοινωνούς σε βάρος των κοινωνικών αγαθών.

Αξίζει, βέβαια, να διευκρινιστεί πως και η επιλογή των κοινωνικών αγαθών, τα οποία αναβαθμίζονται σε έννομα από τους εκάστοτε φορείς της κρατικής εξουσίας συνιστά έκφραση των ιδεολογικο - πολιτικών αντιλήψεων (Π.χ. φιλελεύθερες / συντηρητικές) της συγκεκριμένης κρατικής εξουσίας. Η συγκεκριμένη, ωστόσο, προβολή της ιδεολογίας είναι έμμεση, καθώς προκύπτει, από τα αγαθά που επέλεξε να τυποποιήσει ο νομοθέτης και δεν έχει καμία σχέση με τα ψευδοεγκλήματα. Στα τελευταία η ιδεολογική προβολή συντελείται άμεσα, καθώς αυτά δεν έχουν στόχο την προστασία κοινωνικών μεγεθών, απαραίτητων για την ομαλή κοινωνική συμβίωση, αλλά αξιών, το σεβασμό των οποίων ο νομοθέτης επιθυμεί να εξασφαλίσει με την απειλή τιμωρίας σε βάρος των πολιτών<sup>15</sup>.

### Επιμέρους στοιχεία ψευδοεγκλημάτων

Έλλειψη υλικού αντικειμένου προσβολής / Διάκριση ψευδοεγκλημάτων από γνήσια εγκλήματα

Τα ψευδοεγκλήματα, όπως αναπτύχθηκε παραπάνω, δεν έχουν καταρχήν, υλικό αντικείμενο προσβολής. Η έλλειψη υλικού αντικειμένου προσβολής είναι αυτή που τα διακρίνει από τα γνήσια εγκλήματα. Στη διάκριση αυτή προέβη ο Ι. Μανωλεδάκης, βασισμένος στη διαλεκτική σύλληψη της έννοιας των εννόμων αγαθών<sup>16</sup> τόσο ως αφηρημένων (όψη καθολικότητας/γενικότητας), όσο και ως συγκεκριμένων (όψη μερικότητας/ειδικότητας) και εμπειρικών εννοιών (όψη ατομικότητας). Στην αφηρημένη/γενική τους όψη τα έννομα αγαθά παρουσιάζονται κατά τρόπο γενικό αφηρημένο,

καθώς παριστούν αξίες, τις οποίες πριν την οποιαδήποτε προσβολή αποφάσισε να προστατεύσει ο νομοθέτης. Υπό την όψη αυτή η έννοια των εννόμων αγαθών χρησιμοποιείται κυρίως κατά τη διαδικασία θέσπισης νόμων και αποτελεί τη ratio κάθε ποινικής διάταξης. Στην συγκεκριμένη/ειδική όψη τους τα έννομα αγαθά παρουσιάζονται κατά τρόπο ειδικό και συγκεκριμένο και «*παριστούν συνήθως συγκεκριμένα συμφέροντα του κράτους, του ατόμου ή της ολότητας*»<sup>17</sup>. Τέλος, υπό την ατομική τους όψη τα έννομα αγαθά εκφράζονται «*ως εμπειρικά αγαθά, ως υλικά αντικείμενα του εξωτερικού κόσμου*»<sup>18</sup>. Στα υλικά αυτά αντικείμενα εξειδικεύεται κατά το Μανωλεδάκη τόσο η καθολικότητα, όσο και η μερικότητα της έννοιας των εννόμων αγαθών.

Υπό το πρίσμα, λοιπόν των εννοιών, η έννοια των εννόμων αγαθών κινείται από την καθολικότητα στην ατομικότητα. Όταν, ωστόσο, πρόκειται για προσβολή ενός εννόμου αγαθού, για τη θεμελίωση δηλαδή ενός εγκλήματος, η φορά είναι αντίστροφη και ξεκινάει από το υλικό αντικείμενο για να φτάσει στην αφηρημένη έννοια. Για τη διαπίστωση, δηλαδή, μίας προσβολής εννόμου αγαθού πρέπει καταρχήν να επέλθει κάποιο αποτέλεσμα /εξωτερική μεταβολή σε υλικό αντικείμενο του εμπειρικού κόσμου (ή τουλάχιστον αντικείμενο εμπειρικά αντιληπτό), αποτέλεσμα, το οποίο θα πλήττει κατ'επέκταση και την αντίστοιχη αφηρημένη έννοια, την οποία το υλικό αυτό αντικείμενο εξατομικεύει. Με βάση λοιπόν την παραπάνω θεωρία, υλικό αντικείμενο πρέπει να έχουν όλα τα εγκλήματα, εφόσον μέσω αυτών προσβάλλεται κάποιο έννομο αγαθό<sup>19</sup>. Πρόκειται, για τα εγκλήματα που χαρακτηρίζονται γνήσια.

Στον αντίποδα των γνήσιων εγκλημάτων βρίσκονται τα ψευδοεγκλήματα, των οποίων χαρακτηριστικό είναι ότι δεν έχουν ως αντικείμενο προσβολής ένα υλικό αντικείμενο του εξωτερικού κόσμου, εμπειρικά βατό, αλλά κατευθείαν μία αξία, μία αφηρημένη έννοια, η οποία δεν μπορεί να συγκεκριμενοποιηθεί σε υλικό αντικείμενο. Στα εγκλήματα αυτά, παρατηρείται «*νόθευση*» της έννοιας των εννόμων αγαθών με έννοιες (αξίες) που δεν εξατομικεύονται σε αντικείμενα του εξωτερικού κόσμου ή σε φυσικές ή κοινωνικές ιδιότητές τους αλλά συλλαμβάνονται απευθείας στον αφηρημένο χώρο των ιδεολογικών κατασκευών»<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Κωστάρας Α., ό.π. σ. 21

<sup>15</sup> Κωστάρας Α., ό.π. σ. 21-22

<sup>16</sup> Μανωλεδάκης Ι., Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, Θεσσαλονίκη, 1973, σ. 35-42

<sup>17</sup> Όπως ακριβώς, Μανωλεδάκης Ι., ό.π. σ. 39

<sup>18</sup> Όπως ακριβώς, Μανωλεδάκης Ι., ό.π. σ. 39

<sup>19</sup> Μανωλεδάκης Ι., ό.π. σ. 41

<sup>20</sup> Όπως ακριβώς, Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., σε: Μανω-

Φρονηματικά στοιχεία

Με τα ψευδοεγκλήματα, όπως διαπιστώθηκε, ο νομοθέτης δεν έχει στόχο την προστασία κοινωνικών αγαθών, ευάλωτων σε προσβολές. Δεν επιθυμεί, δηλαδή, μέσω αυτών να συντηρήσει την κοινωνική ζωή ως έχει, αλλά, αντίθετα, στοχεύει στο να την ποδηγετήσει σύμφωνα με το ιδεολογικό πρότυπο που πρεσβεύει. Για να καταφέρει, λοιπόν, να επεκταθεί και στο χώρο της κοινωνικής ηθικής χρησιμοποιεί συχνά (όχι πάντα) στη διατύπωση των αντίστοιχων άρθρων του Ποινικού Κώδικα λέξεις οι οποίες εκφράζουν βιωματικές-εσωτερικές καταστάσεις όπως «φυγοπονία», «κακοβουλία», «κερδοσκοπία» κ.ά.<sup>21</sup>. Πρόκειται για τα λεγόμενα φρονηματικά στοιχεία, τα οποία αποτελούν στοιχεία της προσωπικότητας του δράστη, καθώς εξειδικεύουν τη βούληση του και για το λόγο αυτό θεωρείται ότι εντάσσονται στην υποκειμενική υπόσταση ενός εγκλήματος<sup>22</sup>.

Εύλογα, στο σημείο αυτό, εγείρεται η απορία αν τα ψευδοεγκλήματα, όταν περιέχουν φρονηματικά στοιχεία αντίκεινται στο άρθρο 7 παράγραφος 1 του Συντάγματος, το οποίο επιτάσσει την ελευθερία του φρονήματος. Συγκεκριμένα από το γράμμα της διάταξης αυτής προκύπτει ότι κανένας δεν μπορεί να τιμωρηθεί μόνο για το φρόνημα του αν δεν έχει τελέσει κάποια τυποποιημένη, σε ποινικό νόμο, πράξη<sup>23</sup>. Πρόκειται για διάταξη που προσδίδει στο ποινικό μας σύστημα τον φιλελεύθερο και αντικειμενικό του χαρακτήρα. Εφόσον, ωστόσο, διαπιστωθεί η τέλεση ορισμένης τιμωρούμενης από το νόμο πράξης, τότε είναι επιτρεπτό να στραφεί κανείς στο φρόνημα του δράστη<sup>24</sup>.

Με βάση, τα παραπάνω συνάγεται, πως παρόλο που τα ψευδοεγκλήματα συχνά περιέχουν φρονηματικά στοιχεία, δε μπορεί να στοιχειοθετηθεί η αντίθεση τους στην επιταγή του άρθρου 7, παράγραφος 1 του Συντάγματος, καθώς σε αυτά το πρόβλημα δεν έγκειται στη μη επαρκή περιγραφή της

πράξης του δράστη, αλλά στο γεγονός ότι η πράξη αυτή οδηγεί στην προσβολή εννόμου αγαθού, το οποίο δεν έχει πραγματικό / κοινωνικό αντίκρισμα (απουσιάζει, κατ' ουσίαν, το έννομο αγαθό).

Δεν είναι τυχαίο, ωστόσο, πως στα εγκλήματα αυτά, στα οποία τυποποιείται έννομο αγαθό, που δεν εξατομικεύεται σε κάποιο υλικό αντικείμενο, ο νομοθέτης εισάγει συχνά συγκεκριμένα φρονηματικά στοιχεία (φυγοπονία κ.ά.). Με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται έμμεσα η δίωξη του φρονήματος. Πράγματι, στα εγκλήματα αυτά ελλείπει το έννομο αγαθό (υπό την έννοια ότι περιέχεται έννομο αγαθό που στερείται υλικού αντικρίσματος), γεγονός το οποίο συνεπάγεται την έλλειψη της αντικειμενικής τους απαξίας και ανοίγει το δρόμο για την «αντικειμενοποίηση» της υποκειμενικής τους απαξίας. Τα φρονηματικά στοιχεία, δηλαδή, που περιέχονται στα εγκλήματα αυτά χρησιμοποιούνται από το νομοθέτη προκειμένου να υποκαταστήσουν την έλλειψη εννόμου αγαθού και της αντίστοιχης αντικειμενικής απαξίας των εγκλημάτων<sup>25</sup>.

Κατά αυτόν τον τρόπο και αυτές οι ρυθμίσεις, παρόλο που δεν αντιβαίνουν στις διατάξεις του Συντάγματος έρχονται σε αντίθεση με το φιλελεύθερο / αντικειμενικό ποινικό μας σύστημα. Όπως ορθώς επισημαίνεται «με τον τρόπο αυτό η προσωπική ελευθερία και η ατομική αξιοπρέπεια μένουν ακάλυπτες έναντι του κινδύνου μίας ενδεχόμενης κρατικής αυθαιρεσίας, αφού λείπει η ασφαλιστική δικλείδα του εννόμου αγαθού και έτσι οδηγούμαστε σε κατάφωρη παραβίαση στοιχειωδών δικαιωμάτων»<sup>26</sup>. Εύλογα λοιπόν προτείνεται η κατάργηση των σχετικών διατάξεων, καθώς πέρα από το ότι τα συγκεκριμένα εγκλήματα δεν περιέχουν κατ' ουσίαν προσβολή εννόμου αγαθού, προσβάλλουν και την ελευθερία επιλογής γενικότερου τρόπου ζωής από τους κοινωνούς<sup>27</sup>.

Λεδάκη Ι., Ποινικό Δίκαιο / Επιτομή Γενικού Μέρους (επιμέλεια Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου-Καστανίδου), Σάκκουλα, 2005, σ. 152-154

<sup>21</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., ό.π. σ. 56-57

<sup>22</sup> Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε. σε: Μανωλεδάκη Ι., ό.π. σ. 70

<sup>23</sup> Παρασκευόπουλος Ν., Φρόνημα και καταλογισμός στο Ποινικό δίκαιο, Σάκκουλα, 1987, σ. 14

<sup>24</sup> Παρασκευόπουλος Ν., Φρόνημα και καταλογισμός στο Ποινικό δίκαιο, Σάκκουλα, 1987, σ. 15

<sup>25</sup> Μανωλεδάκης Ι., Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, Θεσσαλονίκη, 1973, σ. 125

<sup>26</sup> Όπως ακριβώς, Μαργαρίτης Λ., Η νομοτυπική μορφή του εγκλήματος της επαιτείας, Περιοδικό Αρμενόπουλος, 1978, σ. 868

<sup>27</sup> Παρασκευόπουλος Ν., Φρόνημα και καταλογισμός στο Ποινικό δίκαιο, Σάκκουλα, 1987, σ. 165-166

## Παραδείγματα Ψευδοεγκλημάτων

Άρθρο 384Α / Περίπτωση ψευδοεγκλήματος που τυποποιεί έννομο αγαθό χωρίς υλικό αντικείμενο προσβολής

Το άρθρο 384Α (καταστολή φθορών που προκαλούν το κοινό αίσθημα) αποτελούσε χαρακτηριστική περίπτωση ψευδοεγκλήματος. Το άρθρο αυτό, το οποίο καταργήθηκε<sup>28</sup> ήδη από το 2010, προέβλεπε ότι «Όποιος δημόσια ή μέσα σε καταστήματα ή σε κέντρα ή σε άλλους τόπους διασκέδασης προσιτούς στο κοινό, όπου προσφέρονται κάθε είδους εδέσματα ή ποτά, προκαλεί ή διεγείρει με οποιονδήποτε τρόπο το κοινό αίσθημα, καταστρέφοντας ή βλάπτοντας ή με άλλο τρόπο καθιστώντας ανέφικτη τη χρήση κινητών πραγμάτων (ξένων ή όχι) έστω και με τη συναίνεση ή την ανοχή του κυρίου ή κατόχου τους ή των υπευθύνων του καταστήματος ή του κέντρου, τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι έξι μηνών».

Πρόκειται για άρθρο, το οποίο στην ουσία τιμωρούσε κάποιον, ο οποίος ενώ διασκέδαζε σε κοσμικό κέντρο προέβαινε, λ.χ., στο σπάσιμο πιάτων<sup>29</sup>. Η συγκεκριμένη συμπεριφορά, καθώς και άλλες παρόμοιες ανάγονταν σε έγκλημα, απλώς γιατί μπορούσαν να προκαλέσουν το κοινό αίσθημα. Το τελευταίο ήταν και το έννομο αγαθό, το οποίο επιδίωκε να προστατεύσει η διάταξη. Πρόκειται, βέβαια, για ένα ψευτοαγαθό, μιας και το τυποποιημένο έννομο αγαθό «κοινό αίσθημα» δεν είχε υλικό αντίκρισμα. Ο νομοθέτης, δηλαδή, με την τυποποίηση του δεν είχε ως στόχο την προστασία κάποιου υλικού / κοινωνικού αγαθού, αλλά την αποτροπή των πολιτών από ένα είδος συμπεριφοράς, το οποίο δε συντασσόταν με το ιδεολογικό πρότυπο, που προσπαθούσε να προβάλει εκείνη την περίοδο, γεγονός που του προκαλούσε ενόχληση. Πράγματι ο χρόνος θέσπισης της διάταξης συνέπιπτε με μια περίοδο πολιτικής και κοινωνικής ανωμαλίας της χώρας, κατά την οποία κύριο μέλημα του εξουσιαστικού σχήματος ήταν ο έλεγχος του φρονήματος των πολιτών σε όλες τις εκφάνσεις του. Γι' αυτό και το περιεχόμενο του 384Α ανταποκρινόταν στην κυρίαρχη λογική του τότε, στη λογική του «κοινωνικού καθωσπρεπισμού»<sup>30</sup>. Ο νομοθετικός αυτός

σκοπός επιβεβαιώνεται και από δικαστική απόφαση της εποχής<sup>31</sup>.

Άρθρο 407 ΠΚ / Περίπτωση ψευδοεγκλήματος που τυποποιεί έννομο αγαθό χωρίς υλικό αντικείμενο προσβολής και περιέχει φρονηματικά στοιχεία<sup>32</sup>

Το άρθρο 407 ΠΚ, το οποίο τυποποιούσε ως έγκλημα την πράξη της επαιτείας, αποτελούσε και αυτό χαρακτηριστική περίπτωση ψευδοεγκλήματος. Σύμφωνα με αυτό «όποιος επαιτεί από φυγοπονία, φιλοχρηματία ή κατά συνήθεια τιμωρείται με κράτηση έως 6 μήνες ή πρόστιμο έως 3.000 ευρώ».

Με την αναγωγή της πράξης της επαιτείας σε έγκλημα, ο νομοθέτης επιδίωκε να προστατεύσει το έννομο αγαθό της δημόσιας τάξης<sup>33</sup>. Το έννομο αγαθό «δημόσια τάξη» θεωρείται, ωστόσο, ψευτοαγαθό, μιας και πρόκειται για έννομο αγαθό χωρίς υλικό αντίκρισμα. Πράγματι η αφηρημένη έννοια της δημόσιας τάξης είναι αδύνατο να εξατομικευτεί σε συγκεκριμένο υλικό αντικείμενο του εξωτερικού κόσμου. Τη συγκεκριμένη «κατ' ουσίαν» έλλειψη εννόμου αγαθού, στην προκειμένη περίπτωση υποκαθιστούσαν τα φρονηματικά στοιχεία τα οποία περιλαμβάνονταν στο άρθρο 407. Ενόψει της απουσίας, δηλαδή, εννόμου αγαθού και αντίστοιχης αντικειμενικής απαξίας ο νομοθέτης προέβαινε σε «αντικειμενοποίηση» της υποκειμενικής απαξίας της πράξης αυτής<sup>34</sup>. Η έλλειψη, λοιπόν, του υλικού αντικειμένου προσβολής του εννόμου αγαθού, σε συνδυασμό με την «αντικειμενοποίηση» της υποκειμενικής απαξίας της πράξης, υποδηλώνει πως ο νομοθέτης, με την διάταξη αυτή δεν επιθυμούσε την προστασία κάποιου κοινωνικού αγαθού, αλλά την αποτροπή των πολιτών από την εκδήλωση ορισμένου είδους συμπεριφοράς, της φυγοπονίας ή της φιλοχρηματίας.

Πράγματι η διάταξη αυτή θεσπίστηκε σε μία πε-

<sup>31</sup> 339/1969, Πλημ. Ηρακλείου, διαθέσιμη σε Ποινικά Χρονικά, 1969, σ. 493

<sup>32</sup> Στην κατηγορία αυτή εντάσσονται και τα εγκλήματα του άρθρου 347 παράγραφος 1 του ΠΚ, το οποίο έχει καταργηθεί και του άρθρου 198 παράγραφος του ΠΚ, το οποίο εξακολουθεί να παραμένει τυποποιημένο

<sup>33</sup> Φαρσεδάκης Ι. / Σατλάνης Χ., Ειδικό Μέρος Ποινικού Κώδικα / Ερμηνευτικά Σχόλια - Παραδείγματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ. 1366

<sup>34</sup> Μανωλεδάκης Ι., Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, Θεσσαλονίκη, 1973, σ. 125

<sup>28</sup> Άρθρο 34 του Νόμου 3904/2010

<sup>29</sup> Κωστάρας Α., ό.π. σ. 213

<sup>30</sup> Κονταξής Θ., Σκέψεις γύρω από το έννομο αγαθό του άρθρου 384Α ΠΚ, Ποινικά Χρονικά, 1995, σ. 668

ρίοδο, κατά την οποία η χώρα μας προσπαθούσε να συνέλθει από την οικονομική καταστροφή της Γερμανικής Κατοχής και του αιματηρού εμφυλίου πολέμου. Μία περίοδο, κατά την οποία οι ανάγκες ανοικοδόμησης της οικονομίας ήταν τεράστιες και οποιαδήποτε ροπή προς φυγοπονία και άτακτη ζωή θεωρείτο άκρως αντικοινωνική<sup>35</sup>.

### Επίλογος

Με βάση λοιπόν τα παραπάνω στοιχεία διαπιστώνει εύκολα κανείς, πως τα συγκεκριμένα εγκλήματα καμία θέση δε θα έπρεπε να έχουν σε ένα φιλελεύθερο / αντικειμενικό ποινικό σύστημα, όπως το δικό μας. Κατά την θέσπιση των ποινικών

νόμων ο νομοθέτης δε θα πρέπει, λοιπόν, να καταφεύγει σε επικίνδυνες διαδρομές, είτε στον κόσμο των εσωτερικών πεποιθήσεων του ανθρώπου, είτε σε έννομα αγαθά αμφίβολης ύπαρξης. Πράγματι σε ένα φιλελεύθερο σύστημα, η έννομη τάξη δεν νομιμοποιείται, σε καμία περίπτωση, να δεσμεύει την εσωτερική προαίρεση των ατόμων και να επεκτείνεται στο χώρο της κοινωνικής ηθικής. Όπως, άλλωστε, υποστηρίζει και ο Ι. Μανωλεδάκης «έννομη τάξη που ρέπει σε ηθικισμό, δηλαδή σε έξωθεν επιβολή ηθικών προτύπων, προτιμήσεων ή αντιλήψεων περί του αγαθού βίου, είναι ανελεύθερη και αρμόζει μόνο σε ολοκληρωτικά καθεστώτα<sup>36</sup>».

<sup>36</sup> Όπως ακριβώς, Σταμάτης Κ., Ο Ιωάννης Μανωλεδάκης ως άνθρωπος, επιστήμονας, ακαδημαϊκός πολίτης, Ποινική Δικαιοσύνη, 2013

<sup>35</sup> Φλώρος Σπ., ό.π.

## Η διάσταση της τρομοκρατίας στην ελληνική έννομη τάξη

Τοτοκώση Άννα-Μαρία, Αναγνώστου Μαρία  
2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«[...] το βασικό στοιχείο που διαφοροποιεί το τρομοκρατικό έγκλημα από όλα τα άλλα κοινά εγκλήματα του ποινικού μας δικαίου προκύπτει μέσω των στοιχείων, σύμφωνα με τα οποία προσδιορίζεται η ιδιαίτερη περίπτωση που απαιτεί η παράγραφος 1 του άρθρου 187Α ΠΚ, για να τυποποιηθεί ως έγκλημα. Και αυτό δεν είναι άλλο από το γεγονός ότι το τρομοκρατικό έγκλημα είναι έγκλημα που συνδέεται στενά με την κοινωνία.»**

### Εισαγωγή

Το φαινόμενο της τρομοκρατίας αποτελεί εδώ και αρκετές δεκαετίες ένα πρόβλημα που ταλάνιζε τόσο την εθνική όσο και την αλλοδαπή έννομη τάξη. Έπειτα όμως από την εμφάνιση της παγκόσμιας τρομοκρατίας στις αρχές του 21<sup>ου</sup> αιώνα και την αύξηση των τρομοκρατικών επιθέσεων σε παγκόσμιο επίπεδο, με καθοριστική την επίθεση της 11<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2001, οι διεθνείς θεσμοί έκριναν αναγκαία την άμεση αντιμετώπισή της μέσω της αναθεώρησης της σχέσης κρατικής κυριαρχίας και δικαιωμάτων από πλευράς δικαίου σε διεθνές επίπεδο. Η τρομοκρατία έχει αναχθεί σε κυρίαρχο εχθρό των ανεπτυγμένων, δυτικών κοινωνιών, τόσο σε εθνικό-εσωτερικό όσο και σε διεθνές - εξωτερικό επίπεδο. Απέναντι στη νέα αυτή μορφή τρομοκρατίας, η Ελλάδα, κατόπιν σύμπλευσης και με την πολιτική των ευρωπαϊκών θεσμών, προχώρησε σε μία σειρά ρυθμίσεων τόσο του ουσιαστικού όσο και του δικονομικού δικαίου, με σκοπό την αντιμετώπιση και την συρρίκνωση αυτού του φαινομένου, επιδιώκοντας καθ' αυτόν τον τρόπο να δημιουργήσει ένα ευρύτερο κλίμα σταθερότητας και εμπιστοσύνης στον κοινωνικό και οικονομικό τομέα<sup>1</sup>.

### Εγκληματική οργάνωση και τρομοκρατία

Πριν προχωρήσουμε στην διερεύνηση των ρυθμίσεων αναφορικά με την αντιμετώπιση της τρομοκρατίας κρίνεται αναγκαίο να διευκρινίσουμε την έννοια αυτή, αντιδιαστέλλοντάς την με την έννοια της εγκληματικής οργάνωσης. Η τελευταία ορίστηκε και αναλύθηκε από το Ν. 2928/2001 σύμφωνα με τον οποίο διαμορφώθηκε το άρθρο 187 ΠΚ. Ο Ν. 2928/2001 ήταν ο πρώτος αντιτρομοκρατικός σύγχρονος νόμος της ελληνικής έννομης τάξης και ρύθμισε ευρεία περιπτωσιολογία. Αντλώντας στοιχεία από αυτόν ως «εγκληματική οργάνωση» στοιχειοθετείται το έγκλημα της συγκρότησης και συμμετοχής σε ομάδα, η οποία έχει ως σκοπό τη συστηματική τέλεση επιλεγμένων και συγκεκριμένων αξιόποινων πράξεων. Αυτές διακρίνονται για την αυξημένη απαξία και αντικοινωνικότητά τους. Βασικό στοιχείο που πρέπει να τονισθεί είναι ότι δεν αρκεί η απλή ένωση προσώπων για την τέλεση τυχαίων αξιόποινων πράξεων, αλλά απαιτείται είτε «συγκρότηση» αυτής είτε «συμμετοχή» σε αυτήν. Επίσης, λαμβάνοντας υπόψη τη Σύμβαση του Παλέρμου του 2000<sup>2</sup>, βάσει της οποίας ο εθνικός νομοθέτης καθιέρωσε τη διάταξη αυτή, θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι ο σκοπός της δημιουργίας της εγκληματικής οργάνωσης είναι ο άμεσος

<sup>1</sup> Kouvavis Dimitrios, Διεθνής τρομοκρατία και οργανωμένο οικονομικό έγκλημα σε ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο, 2015, σ. 5-6, διαθέσιμο στο <http://thesis.ekt.gr/thesisBookReader/id/43999#page/6/mode/2up> και Παπακωνσταντίνου Ελένη, σε μεταπτυχιακή εργασία «Η ποινική αξιολόγηση της τρο-

μοκρατίας», 2011, σελ. 14-16

<sup>2</sup> Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών κατά του Διεθνούς Οργανωμένου Εγκλήματος, διαθέσιμο στην ηλεκτρονική διεύθυνση: [http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3875\\_2010.htm](http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3875_2010.htm)

ή έμμεσος πορισμός οικονομικού ή άλλου υλικού οφέλους. Με αυτόν τον τρόπο, ο νομοθέτης, μετά την προσθήκη του 187Α διαχωρίζει την έννοια της εγκληματικής οργάνωσης από την έννοια της τρομοκρατίας, εφόσον η τελευταία δεν στοχεύει στην επίτευξη οικονομικού οφέλους αλλά είναι κινούμενη από ιδεολογικούς και πολιτικούς σκοπούς και κίνητρα<sup>3</sup>.

### Η δομή του άρθρου 187Α

Η ελληνική έννομη τάξη με το νόμο 3251/2004 (ΦΕΚ Α' 127/ 09.07.2004), ενσωμάτωσε την Απόφαση - Πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που προϋπήρχε από τις 13.06.2002<sup>4</sup>. Αυτή αφορούσε τον ορισμό και τις απαραίτητες ρυθμίσεις αναφορικά με τις τρομοκρατικές πράξεις. Η απόφαση εντάχθηκε στο έκτο κεφάλαιο του Ειδικού Μέρους του ΠΚ, που ονομάζεται «Επιβουλή της Δημόσιας Τάξης», και πιο συγκεκριμένα εισήχθη το άρθρο 187Α, με τίτλο: «Τρομοκρατικές Πράξεις». Στις επόμενες ενότητες παρατίθενται τα ειδικότερα χαρακτηριστικά αυτού του εγκλήματος, αναλύοντας την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση του οικείου άρθρου, τη νομοτυπική του, δηλαδή, μορφή.

Στην πρώτη παράγραφο του 187Α ως αξιόποιο τρομοκρατικό έγκλημα θεωρούνται κατ' ουσία κολλάσιμες πράξεις που αποτελούνται από την τέλεση άλλων κοινών εγκλημάτων του Ποινικού Κώδικα. Τα εγκλήματα αυτά αναγράφονται περιοριστικώς στο νόμο<sup>5</sup>, με συνακόλουθο αποτέλεσμα την απα-

γόρευση της αναλογικής διεύρυνσης τους ενώ ταυτοχρόνως κρίνεται αναγκαία η ύπαρξη ενός αντικειμενικού και ενός υποκειμενικού στοιχείου. Ως βασικό στοιχείο του εγκλήματος του 187Α νοείται, πρώτον, ο ιδιαίτερος τρόπος και η έκταση των συνθηκών που μπορούν, μέσω ορισμένων πράξεων, να βλάψουν σοβαρά μια χώρα ή έναν οργανισμό ενώ, από την άλλη, θεωρείται σημαντική η πρόθεση σοβαρού εκφοβισμού του πληθυσμού, καθώς και η διακινδύνευση θεμελιωδών συνταγματικών και πολιτικών δομών μιας χώρας ή ενός διεθνούς οργανισμού. Αναλυτικότερα:

#### Αντικειμενική υπόσταση

Είναι αναγκαίο, αρχικά, να τονισθεί ότι βασικό στοιχείο του τρόπου τέλεσης του εγκλήματος είναι η δυνατότητά του να προκαλέσει τη σοβαρή βλάβη μιας χώρας ή ενός διεθνούς οργανισμού. Αυτό έχει ως επακόλουθο «ο τρόπος τέλεσης, η έκταση του εγκλήματος και οι συνθήκες που εμπíπτουν και περιγράφονται στον κανόνα δικαίου, να πρέπει να συνδυάζονται, να ελέγχονται και να ερμηνεύονται βάσει της δυνατότητας βλάβης που μπορεί να προκληθεί από τα παραπάνω αυτά στοιχεία»<sup>6</sup>.

Επιπρόσθετα, το βασικό στοιχείο που διαφοροποιεί το τρομοκρατικό έγκλημα από όλα τα άλλα κοινά εγκλήματα του ποινικού μας δικαίου προκύπτει μέσω των στοιχείων, σύμφωνα με τα οποία προσδιορίζεται η ιδιαίτερη περίπτωση που απαιτεί η παράγραφος 1 του άρθρου 187Α ΠΚ, για να τυποποιηθεί ως έγκλημα. Και αυτό δεν είναι άλλο από το γεγονός ότι το τρομοκρατικό έγκλημα είναι έγκλημα που συνδέεται στενά με την κοινωνία. Με την διαφοροποίηση της τρομοκρατίας και του δράστη της παρατηρείται ότι το έγκλημα δεν είναι ανεξάρτητο του σκοπού του. Αυτό σημαίνει πως ο τρομοκράτης με έναν τρόπο «χρησιμοποιεί» ως μέσα τα εγκλήματα του 187Α παρ.1, για να πετύχει το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα-σκοπό. Είναι, άρα, απαραίτητη η αποδοχή της παραπάνω άποψης, ώστε να βρισκόμαστε σε θέση να διακρίνουμε μία πράξη τρομοκρατικού χαρακτήρα σε σχέση με άλλες<sup>7</sup>.

(άρθρο 279)...»

<sup>6</sup> Απόφαση -Πλαίσιο της 13.06.2002, διαθέσιμο στην ηλεκτρονική διεύθυνση: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0584>

<sup>7</sup> Αθηνά Ιωάννου, ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΕΡΜΗΝΕΙΑΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 187Α ΠΚ § 1 - ΣΚΕΨΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ ΕΝΟΨΕΙ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 46

<sup>3</sup> 215/2015, Άρεις Πάγος, Ποινικά Χρονικά 2015 σ. 290-294

<sup>4</sup> Διαθέσιμο στην ηλεκτρονική διεύθυνση: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0584>

<sup>5</sup> Αρ. 187Α παρ. 1 ΠΚ: «Όποιος τελεί ένα ή περισσότερα από τα παρακάτω εγκλήματα: α') ανθρωποκτονία με πρόθεση (άρθρο 299), β') βαριά σωματική βλάβη (άρθρο 310), γ') θανατηφόρα βλάβη (άρθρο 311), δ') αρπαγή (άρθρο 322), ε') αρπαγή ανηλίκων (άρθρο 324), στ') διακεκριμένη φθορά ξένης ιδιοκτησίας (άρθρο 382 παρ. 2), ζ') εμπρησμό (άρθρο 264), η') εμπρησμό σε δάση (άρθρο 265), θ') πλημμύρα (άρθρο 268), ι') έκρηξη (άρθρο 270), ια') παραβάσεις σχετικές με τις εκρηκτικές ύλες (άρθρο 272), ιβ') κοινώς επικίνδυνη βλάβη (άρθρο 273), ιγ') άρση ασφαλιστικών εγκαταστάσεων (άρθρο 275), ιδ') πρόκληση ναυαγίου (άρθρο 277), ιε') δηλητηρίαση πηγών και τροφίμων

Υποκειμενική υπόσταση

Για τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της τρομοκρατίας πέρα από την αντικειμενική υπόσταση απαραίτητο στοιχείο είναι ο δράστης να καλύπτει την πράξη του και με υποκειμενικά στοιχεία, να τελεί, δηλαδή, συνειδητές πράξεις. Μέσω αυτών των στοιχείων ελέγχεται ο εσωτερικός κόσμος του δράστη και ο σύνδεσμος αυτού με την πράξη του. Εξετάζεται, έτσι η υπαιτιότητα και τα υποκειμενικά στοιχεία του αδίκου, ώστε τελικά να τυποποιείται το έγκλημα.

Εξετάζοντας το έγκλημα του άρθρου 187Α έπειτα από συνδυασμό των άρθρων 26 -27 παρ.1 και 18 ΠΚ προκύπτει ότι απαιτούμενη από το νόμο υπαιτιότητα για να μπορέσει να στοιχειοθετηθεί ως έγκλημα είναι η ύπαρξη δόλου.

Ειδικότερα όμως, θα πρέπει, παράλληλα, να υπάρχει ως σκοπός «ο σοβαρός εκφοβισμός ενός πληθυσμού ή παράνομος εξαναγκασμού δημόσιας αρχής ή διεθνούς οργανισμού να εκτελέσει οποιαδήποτε πράξη ή βλάβη των θεμελιωδών συνταγματικών, πολιτικών, οικονομικών δομών μιας χώρας ή ενός διεθνούς οργανισμού ή να υπάρχει ως σκοπός η συγκρότηση τρομοκρατικής οργάνωσης». Αξίζει να επισημάνουμε ότι τα επιμέρους αυτά στοιχεία του σκοπού αναφέρονται διαζευκτικά. Σε αυτές τις περιπτώσεις βλάβης και εκφοβισμού, επειδή επιδιώκεται ένα συγκεκριμένο αποτέλεσμα που συνοδεύει την τέλεση της πράξης, ο ενδεχόμενος δόλος δεν επαρκεί αλλά είναι απαραίτητη η ύπαρξη άμεσου δόλου α' βαθμού.

Αναφερόμαστε, άρα, σε ένα έγκλημα υπερχειλούς υποκειμενικής υπόστασης. Γι' αυτό άλλωστε «επιδιώκεται η άμεση σύνδεση του υποκειμενικού στοιχείου του αδίκου με όσα δυνατόν περισσότερα αντικειμενικά στοιχεία. Μία άλλη άποψη υποστηρίζει πως είναι ορθό να δεχθούμε ότι στο σκοπό του εγκλήματος εμπεριέχονται λογικά και αντικειμενικά στοιχεία, στα οποία αντιστοιχούν τα υποκειμενικά έτσι ώστε να αποκαθίσταται τελικά κανονική σχέση επικάλυψης. Η παραπάνω θέση όμως αμφισβητείται, καθώς υποστηρίζεται ότι η σχέση αυτή επικάλυψης είναι εικονική και χωρίς νομική επιρροή, διότι θα ήταν αληθής, εάν κάθε υποκειμενικό στοιχείο του αδίκου επικάλυπτε ένα αντικειμενικό».<sup>8</sup> Στο συγκεκριμένο

σημείο κρίνεται απαραίτητο να τονισθεί ότι ο δόλος αντιμετωπίζεται ομοιόμορφα σε όλο το εύρος της νομολογίας και της θεωρίας, ελληνικής και αλλοδαπής, ως de facto διαθετική έννοια. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι δεν αντιμετωπίζονται ως γεγονότα δεκτικά περιγραφής αλλά «διαπιστώνονται με μια διαδικασία ex tunc συναγωγής συμπεράσματος με τη βοήθεια εμπειρικών προτάσεων».<sup>910</sup>

### **Ο Ν. 3251/2004 για το ευρωπαϊκό ένταλμα σύλληψης και την αντιμετώπιση της τρομοκρατίας**

Τρία χρόνια μετά τη θέσπιση του Ν. 2928/2001, ο οποίος κάλυπτε επαρκώς τις κυριότερες παραμέτρους της εγχώριας τρομοκρατίας και ενώ δε διαφαινόταν ανάγκη για νέο αντιτρομοκρατικό νόμο, θεσπίστηκε στην Ελλάδα ο Ν. 3251/2004 «Για το ευρωπαϊκό ένταλμα σύλληψης και την αντιμετώπιση της τρομοκρατίας». Αυτή η νέα νομοθετική ρύθμιση αποφασίστηκε για την ενσωμάτωση στην εθνική έννομη τάξη της απόφασης - πλαισίου 2002/584/ΔΕΥ του Συμβουλίου, της 13ης Ιουνίου 2002, για το ευρωπαϊκό ένταλμα σύλληψης και τις διαδικασίες παράδοσης μεταξύ των κρατών μελών.

Η απόφαση - πλαίσιο καθιέρωσε την υποχρέωση των κρατών - μελών να ορίσουν με παρόμοιο τρόπο τα εγκλήματα της τρομοκρατίας και εισήγαγε μεταρρυθμίσεις για την διαδικασία επιστροφής ατόμων σε ένα κράτος της ΕΕ, στο οποίο διέπραξαν έγκλημα, ενώ κατοικούν σε άλλο κράτος της ΕΕ. Στόχος ήταν η επιτάχυνση και η απλούστευση της δικαστικής και διοικητικής παρέμβασης. Έτσι, θεσπίστηκε το ευρωπαϊκό ένταλμα σύλληψης που αντικατέστησε το προϋπάρχον σύστημα έκδοσης, που ίσχυε στην ΕΕ<sup>11</sup>.

Σε εθνικό επίπεδο, εφόσον ο Έλληνας νομοθέτης είχε διακριτική ευχέρεια για το περιεχόμενο της μεταφοράς της απόφασης-πλαισίου με μόνο

2006, σελ. 262

<sup>9</sup> Αθηνά Ιωάννου, ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΕΡΜΗΝΕΙΑΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 187Α ΠΚ § 1 - ΣΚΕΨΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ ΕΝΟΨΕΙ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 46 §5 επ. ΤΟΥ Ν. 4310/2014, Διαθέσιμο στο <https://lawtakpap.blogspot.com/2018/05/187-1-46-5-43102014.html>

<sup>10</sup> Ό.π., σελ.265

<sup>11</sup> Διαθέσιμα στην ηλεκτρονική διεύθυνση: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI33167>

§5 επ. ΤΟΥ Ν. 4310/2014, διαθέσιμο στο <https://lawtakpap.blogspot.com/2018/05/187-1-46-5-43102014.html>

<sup>8</sup> Ανδρουλάκης Νικόλαος, Ποινικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, Β' Έκδοση, εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα



περιορισμό την εξασφάλιση του επιδιωκόμενου αποτελέσματος, επικέντρωσε τις προσπάθειες του αφενός στον προσδιορισμό και την διεύρυνση της εφαρμογής των νέων ειδικών ανακριτικών μεθόδων και αφετέρου στην κατοχύρωση από την ελληνική έννομη τάξη της αποτελεσματικής δίωξης των τρομοκρατικών δράσεων. Η απαξία των δράσεων αυτών είναι κοινή για τα κράτη - μέλη της ΕΕ, που με την μεταφορά τέτοιων αποφάσεων στοχεύουν να εναρμονίσουν την νομοθεσία τους όσον αφορά την αντιτρομοκρατική πολιτική<sup>12</sup>.

### Κριτική

Ο Ν. 3251/2004 διαμόρφωσε το άρθρο 187Α ΠΚ, όπως ήδη αναλύθηκε. Ο ορισμός του τρομοκρατικού εγκλήματος δεν απομακρύνεται από το πρότυπο της κοινοτικής απόφασης - πλαισίου, αλλά και έτσι ακόμη διακατέχεται από μερικά προβληματικά σημεία. Το αρ. 187Α ΠΚ αναφέρεται σε κοινά εγκλήματα που τιμωρούνται ήδη και με άλλες διατάξεις στον Ποινικό Κώδικα, απλά επαυξάνει την ποινή, αν τα εγκλήματα αυτά θέτουν σε κίνδυνο ένα κράτος, έναν διεθνή οργανισμό, τους πολίτες του κράτους ή μια δημόσια αρχή.

Τα εγκλήματα αυτά δυνητικά μπορούν να τελεστούν και μόνο από ένα άτομο. Είναι όμως αρκετή η δράση ενός μόνο ατόμου για να πληγεί η δημόσια τάξη; Κάτι τέτοιο δύσκολα μπορεί να καταφασθεί, διότι η δράση ενός ατόμου συνήθως επαρκεί για την διακινδύνευση ενός πολίτη ή ενός περιορισμένου συνόλου πολιτών. Συνεπώς δημιουργείται μια αντίφαση, καθώς το 187Α ΠΚ ανήκει στο έκτο κεφάλαιο του Ειδικού Μέρους του ΠΚ με προστατευόμενο αγαθό την δημόσια τάξη<sup>13</sup>.

Επιπλέον, τα κριτήρια για να χαρακτηριστεί μια πράξη τρομοκρατική παρουσιάζουν ασάφειες και αυτό επιδρά αρνητικά στην ασφάλεια δικαίου. Πρώτον, το κράτος και η δημόσια τάξη μπορούν να προσβληθούν πολυπλεύρως, αλλά σίγουρα είναι αδύνατο κάθε τέτοια πράξη ή παράλειψη να χαρακτηριστούν ως τρομοκρατικές. Απαιτείται δι-

ευκρίνιση αν χρειάζεται να απειλούνται τα θεμέλια και η υπόσταση του κράτους<sup>14</sup>. Δεύτερον, αφήνονται περιθώρια για υποκειμενικές κρίσεις σχετικά με τον βαθμό επικινδυνότητας μιας πράξης για ένα κράτος ή έναν διεθνή οργανισμό. Χαρακτηριστική έκφανση της αοριστίας του νόμου αποτελεί η έλλειψη διευκρίνισης για τη χώρα που τίθεται σε κίνδυνο: αφορά μόνο την Ελλάδα ή το 187Α ΠΚ περιλαμβάνει και πράξεις που απειλούν τρίτα κράτη; Επίσης, όταν πρόκειται για διεθνή οργανισμό, είναι ανάγκη η Ελλάδα να είναι μέλος του; Η ασάφεια αυτή επεκτείνεται σε όλες τις παραγράφους του 187Α ΠΚ, ενώ έχει εντοπιστεί και από την Επιστημονική Υπηρεσία της Βουλής<sup>15</sup>. Ως μόνη λύση διαφαίνεται τόσο από την θεωρία όσο και από την νομολογία η τελεολογική ερμηνεία του άρθρου αυτού. Την ερμηνεία αυτή καλείται να τελέσει η δικαστική εξουσία. Όμως έτσι ελλοχεύει κίνδυνος σύγχυσης των εξουσιών και παραβίασης του Συντάγματος, καθώς σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας των ποινών (άρθρο 7 παράγραφος 1 του Συντάγματος), αυτές πρέπει να καθορίζονται από το νομοθέτη. Είναι ανεπίτρεπτο δικαστές και εισαγγελείς να διαπλάθουν το ποινικό δίκαιο, τον κλάδο του δικαίου που περιορίζει τις ελευθερίες των πολιτών<sup>16</sup>.

Προβληματική είναι επιπλέον η ύπαρξη κάποιων εγκλημάτων αμελείας στον κατάλογο εγκλημάτων του 187Α ΠΚ (λ.χ. 290 ΠΚ παράγραφος 2, 291 ΠΚ παράγραφος 2, καθώς στο 187Α ΠΚ αναφέρονται γενικά το 290, 291 και όχι μόνο η κακουργηματική τους μορφή), διότι είναι ακατανόητο πώς τέτοια εγκλήματα μπορεί να είχαν ως στόχο την προσβολή της δημόσιας τάξης ή τον εκφοβισμό του πληθυσμού. Επιπροσθέτως, επειδή για τα εγκλήματα του καταλόγου του 187Α ΠΚ προβλέπεται ποινή και σε άλλο σημείο του Ποινικού Κώδικα, υπό τις προϋποθέσεις όμως της τρομοκρατικής πράξης η ποινή συνήθως είναι πολύ βαρύτερη και παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας. Άρα, προκύπτει το ανησυχητικό συμπέρασμα ότι μέρος του Ν.

<sup>12</sup> Ε. Συμεωνίδου - Καστανίδου, Οργανωμένο έγκλημα και τρομοκρατία, Β' έκδοση, εκδόσεις Σάκουλα, σελ. 116-118

<sup>13</sup> Θεοχάρης Θεοχάρης, σε μεταπτυχιακή εργασία «Η αντιμετώπιση της τρομοκρατίας με τους νόμους 2928/2001 και 3251/2004 για το οργανωμένο έγκλημα και τις τρομοκρατικές πράξεις», 2007, σελ.88-89

<sup>14</sup> Παπακωνσταντίνου Ελένη, σε μεταπτυχιακή εργασία «Η ποινική αξιολόγηση της τρομοκρατίας», 2011, σελ.37-38

<sup>15</sup> Έκθεση Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής, σε Ποινικά Χρονικά 2004, σελ. 1050 επ.

<sup>16</sup> Θεοχάρης Θεοχάρης, σε μεταπτυχιακή εργασία «Η αντιμετώπιση της τρομοκρατίας με τους νόμους 2928/2001 και 3251/2004 για το οργανωμένο έγκλημα και τις τρομοκρατικές πράξεις», 2007, σελ.90-91

3251/2004 αφορά την τιμώρηση του φρονήματος του δράστη, ακριβώς αυτή η βαρύτερη ποινή μόνο επειδή σκοπός του δράστη δεν ήταν η προσβολή ενός ατομικού αγαθού, αλλά του εννόμου αγαθού της δημόσιας τάξης. Ωστόσο, η μη τιμώρηση του φρονήματος αποτελεί μια από τις σημαντικότερες και θεμελιώδεις αρχές του ελληνικού ποινικού δικαίου<sup>17</sup>.

Όλα τα παραπάνω ζητήματα προκύπτουν από το γεγονός της άκριτης μεταφοράς της απόφασης-πλαισίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης χωρίς τις απαραίτητες αλλαγές, ώστε να εναρμονίζεται με τις αρχές της ελληνικής έννομης τάξης. Ο Έλληνας νομοθέτης υποστηρίχθηκε ότι δεν είχε την ευχέρεια για τροποποιήσεις αλλά υποχρεούταν στην αυτούσια ενσωμάτωση της ευρωπαϊκής απόφασης στην εγχώρια νομοθεσία. Ο τότε Υπουργός Δικαιοσύνης τόνισε κατά τη συζήτηση στη Βουλή ότι «η υποχρέωση της Ελλάδας για την τυποποίηση των τρομοκρατικών πράξεων απορρέει από μια απόφαση-πλαίσιο της ΕΕ με έναν ασφυκτικά λεπτομερειακό περιεχόμενο που την δεσμεύει». Η αλήθεια όμως είναι, όπως ήδη προαναφέρθηκε, ότι βεβαίως και επιδιώκεται μια σύγκλιση της νομοθεσίας των κρατών - μελών σχετικά με αυτά τα ζητήματα, όπως και για κάθε ζήτημα, για το οποίο εκδίδεται οδηγία ή απόφαση - πλαίσιο από την Ένωση, αλλά αντίθετα σε καμία περίπτωση δεν επιβάλλεται απόλυτη ταύτιση. Αυτό κατοχυρώνεται και στο άρθρο 34 παράγραφος 2 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση, στο οποίο ορίζεται ο σκοπός μιας απόφασης - πλαισίου. Η μόνη υποχρέωση που είχε η χώρα ήταν να φροντίσει να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, δηλαδή ο ορισμός των τρομοκρατικών πράξεων και η αντιμετώπισή τους. Συνεπώς, ο Έλληνας νομοθέτης θα έπρεπε να επιδείξει ιδιαίτερη προσοχή κατά τη διαδικασία μεταφοράς ενωσιακού δικαίου, ώστε να διατηρηθεί ακέραιος ο χαρακτήρας του ελληνικού ποινικού δικαίου και να εξισορροπήσει τις διεθνείς και ευρωπαϊκές υποχρεώσεις της χώρας με τις θεμελιώδεις αρχές του εθνικού δικαίου<sup>18</sup>.

## Επίλογος

Οι τρομοκρατικές επιθέσεις έχουν αυξηθεί παγκοσμίως τα τελευταία χρόνια και η εξάλειψη τους μοιάζει πιο επιτακτική ανάγκη από ποτέ. Άρα, η εξειδίκευση της αντιτρομοκρατικής νομοθεσίας και η συνεργασία των κρατών για αυτόν τον σκοπό είναι επιθυμητή. Γι' αυτό το λόγο, στο σχέδιο του νέου Ποινικού Κώδικα που προσφάτως δημοσιεύθηκε από το Υπουργείο Δικαιοσύνης περιλαμβάνονται αλλαγές και για το 187Α ΠΚ. Με μια πρώτη ματιά παρατηρείται ότι ο κατάλογος των εγκλημάτων, που παρατίθενται στη σημερινή μορφή της διάταξης, καταργείται και πλέον κάθε κακούργημα που πλήττει μια χώρα ή έναν πληθυσμό θα χαρακτηρίζεται ως τρομοκρατική πράξη. Όμως τα στοιχεία της υποκειμενικής υπόστασης, όπως αναλύθηκαν παραπάνω, παραμένουν αναλλοίωτα<sup>19</sup>. Συνεπώς οι προβληματισμοί, που ανακύπτουν και σήμερα σε σχέση με την τιμώρηση του φρονήματος, συνεχίζουν να υφίστανται. Απομένει λοιπόν η προσδοκία ότι θα υπάρξουν περαιτέρω αλλαγές στο σχέδιο, ώστε να εξομαλυνθεί αυτό το θολό σημείο της διάταξης και η σχετική νομοθεσία να επιτελεί ορθότερα τον στόχο της, δηλαδή την αντιμετώπιση της πρόκλησης της τρομοκρατίας στη σύγχρονη κοινωνία.

<sup>17</sup> Μανωλεδάκης Ι., Ποινικό Δίκαιο, Επιτομή Γενικού Μέρους, Ζ' έκδοση, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 127-128

<sup>18</sup> Μανωλεδάκης Ι., Ποινικό Δίκαιο, Επιτομή Γενικού Μέρους, Ζ' έκδοση, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 127-128

<sup>19</sup> Διαθέσιμο στην ηλεκτρονική διεύθυνση: <http://www.opengov.gr/ministryofjustice/?p=9820>

## Ποινική μεταχείριση ανηλίκων-Υφιστάμενες διαφορές δίκης πριν και μετά την συμπλήρωση του δεκάτου ογδούτου έτους της ηλικίας τους

Εμμανουηλίδου Ευρώπη  
Τελεόφοιτη φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

**«Εν τη νεωτέρα μεταρρυθμιστική κινήσει παρήχθη και επεκράτησε η τάσις του όσον ένεστι περιορισμού της χρήσεως των ποινών επί των νεαρών εγκληματιών και της αντικαταστάσεως τούτων δια μέτρων σκοπούντων ουχί την τιμωρίαν αλλά την ηθικήν διαπαιδαγώγησιν αυτών».<sup>1</sup>**

### Εισαγωγή

Κατηγορία εννόμων συνεπειών στο ποινικό δίκαιο των ανηλίκων συνιστούν τα αναπληρωματικά μέτρα ασφαλείας τα οποία με βάση τον ειδικότερο σκοπό τους διακρίνονται σε αναμορφωτικά και θεραπευτικά μέτρα (Α 122,123 ΠΚ). Πριν απ' όλα πρέπει να διασαφηνιστεί πως η αξιόποινη πράξη ανηλίκου ηλικίας μέχρι οχτώ ετών δεν καταλογίζεται σε αυτόν (126 παρ.1 ΠΚ). Εν συνεχεία, είναι αναγκαίο να τονιστεί πως οι ανήλικοι οχτώ έως δεκαπέντε ετών υποβάλλονται μόνο σε αναμορφωτικά και θεραπευτικά μέτρα (126 παρ. 2 ΠΚ). Αναμορφωτικά μέτρα συνιστούν ενδεικτικά η επίπληξη, η θέση του ανηλίκου υπό την υπεύθυνη επιμέλεια των γονέων ή επιτρόπων του, η ανάθεση της επιμέλειας σε ανάδοχη οικογένεια, η συνδιαλλαγή δράστη και θύματος για έκφραση συγγνώμης και αποζημίωσή του, η παροχή κοινωνικού έργου, η φοίτηση του σε σχολές επαγγελματικής ή άλλης εκπαίδευσης ή κατάρτισης καθώς και η τοποθέτηση του ανηλίκου σε κατάλληλο κρατικό, δημοτικό, κοινοτικό ή ιδιωτικό ίδρυμα αγωγής. Θεραπευτικά μέτρα αποτελούν χαρακτηριστικά η παρακολούθηση συμβουλευτικού θεραπευτικού προγράμματος από τον ανήλικο ή η παραπομπή του ανηλίκου σε θεραπευτικό ή άλλο κατάστημα. Με την μεταρρύθμιση του 125 ΠΚ τόσο τα αναμορφωτικά όσο και τα θεραπευτικά μέτρα παύουν αυτοδικαίως μόλις συμπληρωθεί το

18ο έτος της ηλικίας του ανηλίκου. Η διάρκειά τους μπορεί να παραταθεί ως το εικοστό πρώτο έτος της ηλικίας του ανηλίκου.<sup>2</sup>

Σε όσους έχουν συμπληρώσει το δέκατο πέμπτο έτος της ηλικίας τους επιβάλλονται αυτά τα μέτρα, εφόσον δεν συντρέχει περίπτωση υποβολής τους σε περιορισμό κατά Α 127 ΠΚ. Ο δικαστής, δηλαδή, έχει τη διαζευκτική δυνατότητα να επιβάλει περιορισμό εάν τα αναμορφωτικά ή θεραπευτικά δεν κρίνονται επαρκή. Περιορισμός σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων επιβάλλεται μόνο αν η πράξη που τέλεσε ο ανήλικος απειλείται με ισόβια κάθειρξη ή τέλεσε βιασμό σε πρόσωπο κάτω των δεκαπέντε ετών ή αν μετά την εισαγωγή του σε ίδρυμα αγωγής τέλεσε έγκλημα το οποίο αποτελεί κακούργημα. Για να επιβληθεί ο περιορισμός πρέπει να θεωρηθεί ότι τα αναμορφωτικά ή θεραπευτικά μέτρα δεν είναι επαρκή για την αποτροπή του ανηλίκου από άλλες αξιόποινες πράξεις στο μέλλον.

Οι πράξεις των ανηλίκων αντιμετωπίζονται πάντα ως πλημμελήματα, λόγω της περιορισμένης ενοχής που τεκμαίρεται ότι έχει ο ανήλικος. Αυτό δηλώνεται στο άρθρο 18ΠΚ, σύμφωνα με το οποίο κάθε πράξη που τιμωρείται με φυλάκιση ή με χρη-

<sup>1</sup> Αιτιολ. Εκθ. Σχ. ΠΚ1924, εκδ. Ι.Ζαχαρόπουλου, 1950, σελίδα 107(υπ'άρθρα 85-87)

<sup>2</sup> Λ. Μαργαρίτης- Ν. Παρασκευόπουλος, Ποινολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα 2005, σελίδες 109-113,

Νέστωρ Ε. Κουράκης, Το θεσμικό πλαίσιο του δικαίου ανηλίκων στην Ελλάδα και στην Ευρώπη, έτος 2006, σελίδες 23-26. Διαθέσιμο στο [www.niotho-asfalis.gr/na/meletes16.pdf](http://www.niotho-asfalis.gr/na/meletes16.pdf)

ματική ποινή ή με περιορισμό σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων είναι πλημμέλημα. Ως εκ τούτου, η παραγραφή των εγκλημάτων που τελούν οι ανήλικοι είναι πενταετής, ενώ η παραγραφή των ποινών των ανηλίκων είναι δεκαετής (111ΠΚ, 113ΠΚ, 114 ΠΚ)<sup>3</sup>.

Η διάρκεια του περιορισμού σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων σύμφωνα με το 54 ΠΚ είναι έξι μήνες έως πέντε έτη, αν ο νόμος για την πράξη που τελέστηκε απειλεί κάθειρξη μέχρι δέκα έτη ή δύο έως δέκα έτη, αν η ποινικά και κοινωνικά επιλήψιμη πράξη τιμωρείται με ισόβια ή πρόσκαιρη κάθειρξη. Η εκτέλεση του περιορισμού σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων δεν μπορεί να ανασταλεί ή να μετατραπεί, διότι σκοπό έχει την πρόληψη μελλοντικών εγκληματικών ενεργειών. Σε ανήλικο που τέλεσε έγκλημα μεταξύ δεκαπέντε και δεκαοχτώ ετών και δικάζεται μετά τα δεκαοχτώ έτη, το δικαστήριο, κρίνοντας ότι δεν είναι επαρκής η επιβολή αναμορφωτικών ή θεραπευτικών μέτρων και ο περιορισμός σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων δεν είναι σκόπιμος, μπορεί να του επιβάλει την ποινή που προβλέπεται για την πράξη αυτή εάν τελεστεί από ενήλικο, υποχρεωτικά μειωμένη σύμφωνα με το 83 ΠΚ. Αξιοσημείωτη είναι η ρύθμιση της διάταξης του 133ΠΚ σχετικά με τους νεαρούς ενήλικες, βάσει της οποίας αν ο δράστης βρίσκεται ανάμεσα στο δέκατο όγδοο και εικοστό πρώτο έτος της ηλικίας του, το δικαστήριο μπορεί να του επιβάλει ποινή μειωμένη με το 83ΠΚ<sup>4</sup>.

Η αρμοδιότητα των δικαστηρίων Ανηλίκων ρυθμίζεται στο 113 ΚΠΔ σύμφωνα με το οποίο τα δικαστήρια Ανηλίκων είναι το Μονομελές Δικαστήριο Ανηλίκων, το Τριμελές και το Εφετείο Ανηλίκων<sup>5</sup>. Τέλος, υφίστανται καίριες δικονομικές διαφορές κατά την εκδίκαση ποινικών υποθέσεων ανηλίκων συγκριτικά με τις ποινικές δίκες ενηλίκων, οι οποίες εντοπίζονται στη συνταγματική κατοχύρωση της κεκλεισμένων των θυρών διαδικασίας, στο ακροατήριο των δικαστηρίων ανηλίκων και της μη δημόσιας απαγγελίας των αποφάσεων τους, σε αντιδιαστολή με την αρχή της δημοσιότητας

των συνεδριάσεων των δικαστηρίων στις δίκες ενηλίκων και στην καθιέρωση του ανεφάρμοστου της αυτόφωρης διαδικασίας<sup>6</sup>.

### Ποινική αντιμετώπιση ανηλίκων

#### Ανηλικότητα κατά τον χρόνο τέλεσης της πράξης

Ως ανήλικοι στο ποινικό δίκαιο θεωρούνται όσοι κατά τον χρόνο τέλεσης της πράξης έχουν ηλικία μεταξύ του ογδού και δεκάτου ογδού έτους (121 ΠΚ). Η αξιόποινη πράξη ανηλίκου ηλικίας ως οχτώ ετών δεν καταλογίζεται σε αυτόν (126 παρ.1ΠΚ). Σε ανήλικο που τέλεσε αξιόποινη πράξη και έχει συμπληρώσει το δέκατο πέμπτο έτος της ηλικίας, επιβάλλονται αναμορφωτικά ή θεραπευτικά μέτρα (όπως παροχή κοινωφελούς εργασίας από τον ανήλικο σε κηπουρικές εργασίες, δασοπυρόσβεση<sup>7</sup>), εκτός αν είναι αναγκαίο και σκόπιμο να επιβληθεί περιορισμός σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων<sup>8</sup> («ποινικός σωφρονισμός»). Ειδικά, το αναμορφωτικό μέτρο του 122 παρ.1 περ.ιβ ΠΚ, δηλαδή η τοποθέτηση του ανηλίκου σε κατάλληλο κρατικό, δημοτικό, κοινοτικό ή ιδιωτικό ίδρυμα αγωγής, επιβάλλεται μόνο για πράξη, την οποία αν τελούσε ενήλικος θα ήταν κακούργημα κι εφόσον φυσικά ο ανήλικος έχει συμπληρώσει το δέκατο πέμπτο έτος της ηλικίας του (Α 126 παρ.3 εδ. β' ΠΚ). Ο ποινικός σωφρονισμός επιβάλλεται υπό την προϋπόθεση ότι η πράξη θα ήταν κακούργημα αν τελούνταν από ενήλικο απειλούμενο με την ποινή της ισόβιας κάθειρξης. Η ίδια ποινή επιβάλλεται και για τις πράξεις του 336 ΠΚ, εφόσον τελούνται σε βάρος προσώπου νεότερου των δεκαπέντε ετών, καθώς και όταν έχει επιβληθεί το αναμορφωτικό μέτρο της τοποθέτησης σε ίδρυμα αγωγής και μετά την εισαγωγή ο ανήλικος τελέσει έγκλημα που εάν τελούσε ενήλικος θα ήταν κακούργημα σύμφωνα με το 127 παρ.1 ΠΚ. Για τους ανηλικούς που τέλεσαν αξιόποινη πράξη μετά τη συμπλήρωση του δέκατου πέμπτου έτους της ηλικίας τους και εισάγονται σε δίκη μετά τη συμπλήρωση του δεκάτου ογδού έτους προβλέπεται η επιβολή αναμορφωτικών ή

<sup>3</sup> Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ν. Μπιτζιλέκης, Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, Νομική Βιβλιοθήκη, Εκδόσεις 2016, σελίδες 63-71

<sup>4</sup> Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, Ν. Μπιτζιλέκης, Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, Νομική Βιβλιοθήκη, Εκδόσεις 2016, σελίδες 63-71

<sup>5</sup> Χ. Δημόπουλος-Κ. Κοσμάτος, Δίκαιο Ανηλίκων, Νομική Βιβλιοθήκη, Εκδόσεις 2006, σελίδα 122

<sup>6</sup> Αγγελική Πιτσελά, Η ποινική αντιμετώπιση της εγκληματικότητας των ανηλίκων, Εκδόσεις Σάκκουλα 2013, σελίδες 400-403

<sup>7</sup> ΑΠ 777/1997, Ποινικά Χρονικά 1998, σελίδα 240.

<sup>8</sup> Χ. Δημόπουλος-Κ. Κοσμάτος, Δίκαιο Ανηλίκων, Νομική Βιβλιοθήκη, Εκδόσεις 2006, σελίδα 73

θεραπευτικών μέτρων και, αν τα μέτρα δεν επαρκούν, επιβάλλεται περιορισμός σε ειδικό κατάσταση-μα κράτησης νέων.

#### Ποινικός σωφρονισμός

Σύμφωνα με το 54 ΠΚ η διάρκεια του ποινικού σωφρονισμού είναι έξι μήνες έως πέντε έτη, εάν για την πράξη που τελέστηκε ο νόμος απειλεί κάθειρξη μέχρι δέκα ετών ή δύο έως δέκα έτη, εάν ο νόμος απειλεί ισόβια ή κάθειρξη μεγαλύτερη των δέκα ετών. Επίσης, εάν η απειλούμενη είναι πρόσκαιρη κάθειρξη, δηλαδή, πέντε έως είκοσι έτη γίνονται συνδυασμός των εδαφίων. Η τελευταία λύση κρίνεται ευνοϊκότερη για τον ανήλικο. Ο ποινικός σωφρονισμός αποτελεί ιδιαίτερα επαχθές μέτρο για τον ανήλικο δράστη, ο οποίος τελώντας την αξιόποινη πράξη υπέδειξε έμπρακτα τη διαμορφωμένη βούλησή του και την αντικοινωνική του συμπεριφορά. Η εκτέλεση της ποινής του περιορισμού σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων προβλέπεται στα 18, 51, 54 και 127 ΠΚ ως ιδιόμορφη ποινή στερητική της ελευθερίας που επιβάλλεται σε ανηλίκους και φυσικά δεν αναστέλλεται (99 ΠΚ) ούτε μετατρέπεται σε χρηματική (82 ΠΚ). Όταν το δικαστήριο κρίνει πως ο «ποινικός σωφρονισμός» δεν είναι αναγκαίος επιβάλλει αναμορφωτικά μέτρα (Α 126 ΠΚ)<sup>9</sup>.

#### Συνδιαλλαγή

Κάθε αμφιβολία ή αντίρρηση σχετική με την εκτελεστικότητα της απόφασης και το είδος ή τη διάρκεια της ποινής λύεται από το δικαστήριο των πλημμελειοδικών του τόπου έκτισης της ποινής. Κατά της απόφασης αυτής επιτρέπεται να ασκηθεί αναίρεση από τον εισαγγελέα και τον καταδικασθέντα<sup>10</sup>. Η συνδιαλλαγή (reconciliation) που περιλαμβάνει τη μεσολάβηση, διαιτησία κλπ. μεταξύ ανηλίκου δράστη και θύματος για έκφραση συγγνώμης και για εξώδικη διευθέτηση της πράξης, προϋπο-

θέτει τη φυσική προσέγγιση δράστη-θύματος με ταυτόχρονη παρουσία συνηγόρων για την επίτευξη της καλύτερης δυνατής αποζημιωτικής λύσης που στοχεύει στην ικανοποίηση και αποκατάσταση της ηθικής βλάβης της ζημιωμένης πλευράς και την καταδίκη σε μια ποινή ελαφρύτερη συγκριτικά με την επιβληθείσα ποινή. Η ποινή καθορίζεται από τη βαρύτητα της απαξίας του διαπραττόμενου εγκλήματος από το δράστη, μέσα σε μια ατμόσφαιρα διαλλακτικής συνεννόησης με τους δικαστικούς λειτουργούς και την εισαγγελική αρχή<sup>11</sup>.

### **Ιδιαιτερότητες της ποινικής δίκης στα δικαστήρια ανηλίκων συγκριτικά με τις δίκες ενηλίκων**

#### Δικονομικές διαφορές στις ποινικές δίκες ανηλίκων σε σύγκριση με των ενηλίκων

Με βάση το 14 παρ.4 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα «για τον καθορισμό της διαδικασίας που εφαρμόζεται στους νέους ανθρώπους που δεν είναι ακόμη ενήλικες από τη σκοπιά του ποινικού νόμου λαμβάνεται υπόψη η ηλικία τους και το συμφέρον που παρουσιάζει η αναμόρφωσή τους». Στις ιδιαιτερότητες της ποινικής διαδικασίας στα δικαστήρια ανηλίκων συγκαταλέγονται η συνταγματική κατοχύρωση του θεσμού των εν λόγω δικαστηρίων και της αρμοδιότητάς τους για όλες τις πράξεις των ανηλίκων (αποκλεισμός μικτών ορκωτών), η συνταγματική κατοχύρωση της κεκλεισμένων των θυρών διαδικασίας και της μη δημόσιας απαγγελίας των αποφάσεών τους (σε αντιδιαστολή με την αρχή της δημοσιότητας των συνεδριάσεων των δικαστηρίων στις δίκες ενηλίκων), η ρητή αναγνώριση του δικαιώματος παρουσίας των γονέων στη διαδικασία των δικαστηρίων ανηλίκων (χωρίς την δυνατότητα αποκλεισμού τους) και η έρευνα της προσωπικότητας των ανηλίκων.

Με τη διενέργεια κοινωνικής έρευνας από τους επιμελητές ανηλίκων πριν από τη δικάσιμο εξακριβώνονται οι συνθήκες ζωής του στο οικογενειακό, σχολικό και επαγγελματικό του περιβάλλον. Επιπλέον, οι επιμελητές ανηλίκων ασκούν την προστατευτική επίβλεψή τους και διεξάγουν συνοδείες ανηλίκων εκτός έδρας, προκειμένου να εμφανισθούν

<sup>9</sup> Χ. Δημόπουλος-Κ. Κοσμάτος, Δίκαιο Ανηλίκων, Νομική Βιβλιοθήκη, Εκδόσεις 2006, σελίδα.79, Α. Πιτσελά, Η ποινική αντιμετώπιση της εγκληματικότητας των ανηλίκων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 2004, σελίδα.228, Α. Τρωιάνου Λουλά, Η ποινική νομοθεσία των ανηλίκων, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα 1987, σελίδα 45

<sup>10</sup> Νέστωρ Ε. Κουράκης, Το θεσμικό πλαίσιο του δικαίου ανηλίκων στην Ελλάδα και στην Ευρώπη, έτος 2006, σελίδα 60. Διαθέσιμο στο [www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf](http://www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf)

<sup>11</sup> Ε. Λαμπροπούλου, Κοινωνιολογία του Ποινικού Δικαίου και των Θεσμών της Ποινικής Δικαιοσύνης, Εκδόσεις Ελληνικά Γράμματα 1999, σελίδα 348

ενώπιον Δικαστηρίου<sup>12</sup>. Το δεδικασμένο στα δικαστήρια ανηλίκων έχει περιορισμένη ισχύ λόγω της δυνατότητας αντικατάστασης του επιβληθέντος αναμορφωτικού μέτρου με άλλο, του επιβληθέντος θεραπευτικού με άλλο, του επιβληθέντος αναμορφωτικού με θεραπευτικό και της δυνατότητας αντικατάστασης του επιβληθέντος περιορισμού σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων με υποχρεωτικά μειωμένες ποινές. Οι αποφάσεις που επιβάλλουν αναμορφωτικά μέτρα και για πταισματικές παραβάσεις αναγράφονται στο ποινικό μητρώο.

Στο ελληνικό δικονομικό ποινικό σύστημα εκδίκασης υποθέσεων ανηλίκων έχουν εισαχθεί οι καινοτόμοι θεσμοί της Υπηρεσίας Επιμελητών Ανηλίκων, των Εταιριών Προστασίας Ανηλίκων και της αποχής από την ποινική δίωξη κατά ανηλίκου. Διορίστηκαν δικαστές και εισαγγελείς ανηλίκων με νόμιμους αναπληρωτές και ανακριτές ανηλίκων κατά τη νόμιμη προβλεπόμενη διαδικασία. Για την άσκηση ποινικής δίωξης ανηλίκων στα Πρωτοδικεία Αθηνών, Πειραιώς, Θεσσαλονίκης και Πατρών, ο Εισαγγελέας Εφετών ορίζει ως αποκλειστικά αρμόδιο έναν Εισαγγελέα Πρωτοδικών και τον αναπληρωτή του (27 παρ.1 εδ. β' ΚΠΔ)<sup>13</sup>. Οι τρεις τρόποι κίνησης της ποινικής δίωξης από τον εισαγγελέα είναι η παραγγελία κύριας ανάκρισης, η παραγγελία προανάκρισης και η εισαγωγή της υπόθεσης με απευθείας κλήση του κατηγορουμένου στο ακροατήριο (27 και 43 ΚΠΔ).

Επιπρόσθετα, καθιερώθηκαν το ανεφάρμοστο της αυτόφωρης διαδικασίας, η πλήρης αναγνώριση του δικαιώματος έφεσης των πρωτοβάθμιων αποφάσεων των μονομελών και τριμελών δικαστηρίων ανηλίκων, καθώς και η απαγόρευση επιβολής δικαστικών εξόδων σε αποφάσεις των δικαστηρίων ανηλίκων<sup>14</sup>. Οι αποφάσεις των πρωτοβάθμιων (Μονομελών και Τριμελών) Δικαστηρίων προσβάλλονται από τον ανήλικο και τον εισαγγελέα με το

ένδικο μέσω της έφεσης, εφόσον ο ανήλικος καταδικασθεί σε περιορισμό σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων ή επιβλήθηκαν σε αυτόν θεραπευτικά ή αναμορφωτικά μέτρα (489 παρ.1 περ.δ ΚΠΔ), ή εφόσον όταν τέλεσε την πράξη είχε συμπληρώσει το 15<sup>ο</sup> έτος και δικάσθηκε μετά το 18<sup>ο</sup> έτος της ηλικίας του και καταδικάσθηκε σε ποινή στερητική της ελευθερίας κατά το 130 ΠΚ (489 παρ.1 περ.ε ΚΠΔ). Το ανασταλτικό αποτέλεσμα της έφεσης ανηλίκου επέρχεται αυτοδικαίως με την εμπρόθεσμη και νομότυπη άσκησή της (471 ΚΠΔ)<sup>15</sup>.

#### Συμμετοχή-Συνάφεια-Συρροή-Θέσεις Θεωρίας και Νομολογίας

Σε περιπτώσεις που στην ίδια αξιόποινη πράξη συμμετείχαν περισσότεροι, ενήλικες και ανήλικοι, ως συναυτουργοί, ηθικοί αυτουργοί, άμεσοι ή απλοί συνεργοί, ο κανόνας είναι η ποινική δίωξη να χωρίζεται για τον ανήλικο και να δικάζεται από το Δικαστήριο Ανηλίκων<sup>16</sup>. Οι ρυθμίσεις περί συμμετοχής ισχύουν και για την εκδίκαση συναφών εγκλημάτων (128 ΚΠΔ). Επί αδικημάτων κατ' εξακολούθηση ή κατ' αληθινή συρροή που τελέσθηκαν εν μέρει πριν και εν μέρει μετά τη συμπλήρωση του δέκατου ογδόου έτους ηλικίας του δράστη, η εκδίκασή τους πρέπει να γίνεται από κοινό δικαστήριο, με σκοπό τη διασφάλιση της συνολικής ουσιαστικής αλήθειας<sup>17</sup>.

Ζήτημα αρμοδιότητας προκύπτει στην περίπτωση που κάποιες από τις μερικότερες πράξεις του κατ' εξακολούθηση εγκλήματος τελέστηκαν από δράστη κατά τον χρόνο της εφηβείας του και άλλες μετά την ποινική ενηλικίωσή του (συμπλήρωση 18<sup>ου</sup> έτους) και στην περίπτωση των μερικότερων πράξεων που συρρέουν αληθινά. Υποστηρίχθηκε μεμονωμένα, η εκδοχή του χωρισμού των πράξεων και της υπαγωγής της εκάστου κατηγορίας στο αντίστοιχο δικαστήριο<sup>18</sup>, ωστόσο η άποψη αυτή δεν επικράτησε<sup>19</sup>. Ορθότερη με περισσότερα

<sup>12</sup> Νέστωρ Ε. Κουράκης, Το θεσμικό πλαίσιο του δικαίου ανηλίκων στην Ελλάδα και στην Ευρώπη, έτος 2006, σελ.4. Διαθέσιμο στο [www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf](http://www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf)

<sup>13</sup> Νέστωρ Ε. Κουράκης, Το θεσμικό πλαίσιο του δικαίου ανηλίκων στην Ελλάδα και στην Ευρώπη, έτος 2006, σελ.35. Διαθέσιμο στο [www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf](http://www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf)

<sup>14</sup> Γνωμ.Εισ.Πλη.Αθηνών 847/1951, Ποινικά Χρονικά 1, σελίδες 321 επ., Αγγελική Πιτσέλα, Η ποινική αντιμετώπιση της εγκληματικότητας των ανηλίκων, Εκδόσεις Σάκκουλα 2013, σελίδες 400-403.

<sup>15</sup> Νέστωρ Ε. Κουράκης, Το θεσμικό πλαίσιο του δικαίου ανηλίκων στην Ελλάδα και στην Ευρώπη, έτος 2006, σελίδα 41. Διαθέσιμο στο [www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf](http://www.niotho-asfalisis.gr/na/meletes16.pdf)

<sup>16</sup> Α. Τρωιάνου-Λουλά, Νομικό Βήμα 30/1982, σελίδες 378-390

<sup>17</sup> Αδάμ Παπαδαμάκης, Ποινική Δικονομία, Εκδόσεις Σάκκουλα 2004, σελίδα 66

<sup>18</sup> Πλημ.Ναυπλ 415/1961, Ποινικά Χρονικά 1962, σελίδα 305

<sup>19</sup> Ζησιάδη, Ποινικόν Δίκαιον, Γενικό Μέρος Β'

εχέγγυα αξιοπιστίας προβλήθηκε η εκδοχή της συνεκδίκασης του συνόλου των μερικότερων πράξεων από κοινό δικαστήριο. Η άποψη αυτή, ερείδεται στο νόμο (128 παρ.1<sup>α</sup> 3<sup>α</sup> και 132 παρ.2 ΚΠΔ) και αποτελεί εμπόδιο στον επιμερισμό της αρμοδιότητας και στη δυσμενή μεταχείριση του κατηγορουμένου, διότι επιβάλλεται μία ενιαία ποινή στο κατά εξακολούθηση έγκλημα και όχι περισσότερες<sup>20</sup>.

#### Διάταξη 40 της Διεθνούς Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Παιδιού

Τα θεμελιώδη δικονομικά δικαιώματα του ανηλίκου έχουν κωδικοποιηθεί από τη Διεθνή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού, που μετά την κύρωσή της υπερέχει από κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου. Στη διάταξη 40 της Σύμβασης αναγνωρίζεται το δικαίωμα του υπόπτου ανηλίκου να τυγχάνει αξιοπρεπούς μεταχείρισης συνυφασμένης με τις δικονομικές αρχές της «*nullum crimen nulla poena sine lege scripta praevia certa parlamentaria*», της άμεσης ενημέρωσης του ανηλίκου για τις αποδιδόμενες κατηγορίες, της κατάλληλης προετοιμασίας για τη νομική του υπεράσπιση<sup>21</sup> και του νόμιμου Δικαστή, τα δικαιώματα του ανηλίκου στη μη μαρτυρική κατάθεση και ομολογία της ενοχής, στην άσκηση ενδίκων μέσων<sup>22</sup>, στη δωρεάν βοήθεια από διερμηνέα και στο σεβασμό της ιδιωτικής ζωής σε όλα τα στάδια της διαδικασίας.

#### **Επίλογος**

Κατά το δυαδικό σύστημα στο ποινικό δίκαιο, το οποίο αποτελείται από κύριες, παρεπόμενες ποινές και μέτρα ασφαλείας, οι ανήλικοι οχτώ έως δεκαπέντε ετών υποβάλλονται αποκλειστικά σε αναμορφωτικά και θεραπευτικά μέτρα (126 παρ.2 ΠΚ) ενώ η αξιόποινη πράξη ανηλίκου ηλικίας έως οχτώ ετών δεν καταλογίζεται σε αυτόν (126 παρ.1 ΠΚ). Στους

ανηλίκους ηλικίας δεκαπέντε έως δεκαοχτώ ετών επιβάλλεται ο αποκαλούμενος «ποινικός σωφρονισμός», όταν αιτιολογημένα τα αναμορφωτικά ή θεραπευτικά μέτρα είναι ανεπαρκή. Στην περίπτωση που ο ανήλικος, ο οποίος τέλεσε έγκλημα μεταξύ δεκαπέντε και δεκαοχτώ ετών δικαστεί μετά τα δεκαοχτώ, το δικαστήριο δύναται, αν διαπιστώσει ότι δεν είναι αναγκαία και επαρκής η επιβολή αναμορφωτικών ή θεραπευτικών μέτρων και σκόπιμος ο περιορισμός σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων ως «*ultimum refugium*», να επιβάλει την ποινή που προβλέπεται για την πράξη, υποχρεωτικά μειωμένη σύμφωνα με το 83ΠΚ.

Αν ο δράστης είναι μεταξύ δεκαοχτώ έως είκοσι ένα ετών δύναται το δικαστήριο, κρίνοντας το βαθμό του καταλογισμού του ανηλίκου να του επιβάλει ποινή μειωμένη πάλι με το 83ΠΚ, καθώς λαμβάνεται υπόψη η ανηλικότητα του δράστη κατά τον χρόνο τέλεσης της πράξης.

Εν κατακλείδι, υφίστανται δικονομικές διαφορές στις ποινικές δίκες ενηλίκων συγκριτικά με τις ποινικές δίκες ανηλίκων. Τα κακουργήματα των ανηλίκων, κρινόμενα με βάση την απειλούμενη ποινή για τους ενήλικους δράστες δεν δικάζονται ποτέ σε Μικτά Ορκωτά Δικαστήρια αλλά σε Δικαστήρια Ανηλίκων, ακόμη και στην περίπτωση συμμετοχής στο έγκλημα ενηλίκων και ανηλίκων. Τέλος, το δεδικασμένο στα δικαστήρια ανηλίκων έχει περιορισμένη ισχύ λόγω της δυνατότητας αντικατάστασης του επιβληθέντος αναμορφωτικού ή θεραπευτικού μέτρου με άλλο και της δυνατότητας αντικατάστασης του επιβληθέντος περιορισμού σε ειδικό κατάστημα κράτησης νέων με υποχρεωτικά μειωμένες ποινές<sup>23</sup>.

1971, σελίδα 379, ΑΠ 137/1965, Ποινικά Χρονικά 1965, σελίδα 413

<sup>20</sup> Αδάμ Χ. Παπαδαμάκης, Ποινική Δικονομία, Εκδόσεις Σάκκουλα 2018, σελίδες 72-73

<sup>21</sup> Διεθνή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού (Ν.2101/1992, Α.40 αρ.2'β.ν)

<sup>22</sup> Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (Ν.2462/1997, α.14 παρ.5), Ν. Κουράκης, Το θεσμικό πλαίσιο του δικαίου ανηλίκων στην Ελλάδα και στην Ευρώπη, έτος 2006, σελίδα 40. Διαθέσιμο στο [www.niotho-asfalisi.gr/na/meletes16.pdf](http://www.niotho-asfalisi.gr/na/meletes16.pdf)

<sup>23</sup> Αγγελική Πιτσελά, Η ποινική αντιμετώπιση της εγκληματικότητας των ανηλίκων, Εκδόσεις Σάκκουλα 2013, σελίδες 400-403



## Δικαίωμα πρόσβασης στο διαδίκτυο, θεμελιώδες δικαίωμα ή μη;

Κουλιάτσα Ναταλία & Κουτάνη Γεωργία  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Σε έναν συνεχώς μεταβαλλόμενο κόσμο, τα νομικά κείμενα δεν μπορούν να μένουν αμετάβλητα. Η ΕΣΔΑ υπεγράφη στη Ρώμη το 1950, σε μία εποχή που το Ίντερνεντ δεν μπορούσε καν να συλληφθεί ως ιδέα. Κι όμως, σήμερα επικρατεί στις ζωές μας, αποτελώντας τον κύριο τόπο έκφρασης και διάδοσης πληροφοριών και ιδεών**

### Εισαγωγή

Αναπόφευκτα, το διαδίκτυο στη σύγχρονη εποχή έχει καταστεί ένα απαραίτητο εργαλείο, το οποίο συντελεί στην διάδοση πληροφοριών και στη διευκόλυνση της επικοινωνίας. Παράλληλα, συνιστά ακρογωνιαίο λίθο της ελευθερίας διάδοσης των στοχασμών και των απόψεων του καθενός, πολιτικού ή μη περιεχομένου, γεγονός που αποτελεί την κυριότερη έκφανση του δημοκρατικού πολιτεύματος. Η εξέχουσα σημασία του διαδικτύου σε πολυποίκιλους τομείς δημιούργησε την ανάγκη της νομικής κατοχύρωσης του δικαιώματος πρόσβασης στο διαδίκτυο (right to Internet access). Η δημιουργία του κατάλληλου νομοθετικού πλαισίου προστασίας του συγκεκριμένου δικαιώματος, ξεκίνησε αρχικά στο διεθνές επίπεδο.

### Προστασία από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Σε ό,τι αφορά το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο ενέκρινε, στις 26 Μαρτίου 2009, τη Σύσταση (2008/2160 INI)<sup>1</sup> σχετικά με την ενίσχυση της ασφάλειας και των θεμελιωδών ελευθεριών στο Διαδίκτυο. Συγκεκριμένα, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο αναγνωρίζει το δικαίωμα πρόσβασης στο διαδίκτυο ως αναγκαίο εργαλείο για την προώθηση των δημοκρατικών πρωτοβου-

λιών, σε νέο στίβο για την πολιτική ανταλλαγή απόψεων και σε καθοριστικό όργανο, σε παγκόσμιο επίπεδο, για την άσκηση της ελευθερίας της έκφρασης. Για τους ανωτέρω λόγους, καλεί το Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης να συντελέσει στην προαγωγή και την προστασία του εν λόγω δικαιώματος, λαμβάνοντας ορισμένα μέτρα, όπως την καταδίκη της λογοκρισίας που επιβάλλει η εκάστοτε κυβέρνηση για το περιεχόμενο που μπορεί να αναζητηθεί στους ιστοτόπους, τη μη αυθαίρετη θέση περιορισμών στην ελευθερία της έκφρασης, καθώς και την αποφυγή νομοθετικών ή διοικητικών κυρώσεων που έχουν ανατρεπτικό αποτέλεσμα σε αυτή. Συνεπώς, οι εθνικοί δικαστές των κρατών μελών θα πρέπει να λάβουν υπόψη αυτές τις συστάσεις και να ερμηνεύουν το εθνικό δίκαιο υπό το πρίσμα και το φως της διαφύλαξης του σκληρού πυρήνα του δικαιώματος<sup>2</sup>.

### Προστασία από το διεθνές δίκαιο

Το δικαίωμα της πρόσβασης στο διαδίκτυο βρήκε ελάχιστη νομική κατοχύρωση στο διεθνές δίκαιο το 2012. Ειδικότερα, στις 29 Ιουνίου 2012, το Συμβούλιο Ανθρωπίνων δικαιωμάτων των Ηνωμένων Εθνών ενέκρινε σχέδιο ψηφίσματος της Γαλλίας<sup>3</sup>, για την προώθηση, προστασία και άσκηση των

<sup>1</sup> Σύσταση 2008/2160 INI, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, Διαθέσιμη στο <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0103+0+DOC+XML+V0//EL>

<sup>2</sup> Décision CJCE - 13 décembre 1989 - Salvatore Grimaldi contre Fonds des maladies professionnelles, Διαθέσιμη στο *CJCE 13 décembre 1989, Salvatore Grimaldi contre Fonds des maladies professionnelles*

<sup>3</sup> Σχέδιο ψηφίσματος της Γαλλίας, του Συμβου-



δικαιωμάτων του ανθρώπου στο διαδίκτυο.

Το Συμβούλιο του ΟΗΕ για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα (UNHRC) δημιουργήθηκε στις 15 Μαρτίου του 2006 από τη Γενική Συνέλευση του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών. Είναι ένα διακυβερνητικό σώμα που αποτελείται από 47 κράτη-μέλη και το οποίο είναι υπεύθυνο για την ενίσχυση της προαγωγής και της προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων σε όλο τον κόσμο. Παράλληλα, είναι επιφορτισμένο με την υποβολή προτάσεων για την αντιμετώπιση περιπτώσεων παραβίασης των πάσης φύσεως ανθρωπίνων δικαιωμάτων, ενώ οι συνεδριάσεις του λαμβάνουν χώρα στα γραφεία του ΟΗΕ στη Γενεύη. Έχει τη δυνατότητα έκδοσης ψηφισμάτων με τα οποία καλεί να ληφθούν συγκεκριμένα μέτρα ή να δημιουργηθούν μηχανισμοί ή να διεξαχθούν έρευνες για περιπτώσεις παραβίασης ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Αυτή είναι η πρώτη φορά που ο ΟΗΕ αναγνώρισε το δικαίωμα ελευθερίας της έκφρασης στο διαδίκτυο, αναφέροντας χαρακτηριστικά ότι: «*Τα δικαιώματα που απολαμβάνουν οι χρήστες εκτός σύνδεσης πρέπει επίσης να προστατεύονται σε απευθείας σύνδεση, πρωτίστως το δικαίωμα όλων για ελευθερία της έκφρασης*»<sup>4</sup>. Βέβαια, αξίζει να σημειωθεί, ότι η διαφοροποίηση σε σχέση με το Ευρωπαϊκό Δίκαιο έγκειται στο γεγονός ότι το παρόν ψήφισμα συνιστά εγγύηση της προστασίας των δικαιωμάτων που μπορούν να ασκηθούν στο Διαδίκτυο (ελευθερία της έκφρασης) και όχι του δικαιώματος πρόσβασης στο διαδίκτυο καθαυτό. Ωστόσο, η νομική ισχύς του παρόντος ψηφίσματος καθίσταται αμφίβολη, καθώς, πρόκειται απλώς για σχέδιο και όχι για επικυρωμένο ψήφισμα από όλα τα μέλη του Συμβουλίου. Επιπλέον, σε αντίθεση με την Κίνα ή την Ρωσική Ομοσπονδία, η Γαλλία δεν αποτελεί κράτος μέλος του Συμβουλίου των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων των Ηνωμένων Εθνών και επομένως δε δύναται να ασκήσει πίεση ώστε να εφαρμοστούν οι προτάσεις της.

λίου Ανθρωπίνων δικαιωμάτων των Ηνωμένων Εθνών, 29/06/2012, Διαθέσιμο στο [Report of the Human Rights Council on its twenty-second ... - OHCHR](https://www.unhcr.org/refugees/2012/06/29/50b1b1b1.html)

<sup>4</sup> Σχέδιο ψηφίσματος της Γαλλίας, του Συμβουλίου Ανθρωπίνων δικαιωμάτων των Ηνωμένων Εθνών, 29/06/2012, Διαθέσιμο στο [Report of the Human Rights Council on its twenty-second ... - OHCHR](https://www.unhcr.org/refugees/2012/06/29/50b1b1b1.html)

## Προστασία από την ΕΣΔΑ

Το εν λόγω δικαίωμα βρίσκεται νομοθετικό έρεισμα και στην ΕΣΔΑ, γεγονός που καταδεικνύεται περίτρανα σε πλήθος δικαστικών αποφάσεων που εξέδωσε το ΕΔΔΑ ιδίως μετά το 2012<sup>5</sup>. Πρόσφατα, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων απεφάνθη σχετικά με το ζήτημα της πρόσβασης στο Διαδίκτυο και της ελεύθερης έκφρασης, στο πλαίσιο της υποθέσεως Ahmet Yildirim κατά Τουρκίας (18 Δεκεμβρίου 2012)<sup>6</sup>. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το τουρκικό δίκαιο, ο κρίνων δικαστής δύναται να παρεμποδίσει την πρόσβαση σε συγκεκριμένους ιστοτόπους, εφόσον υφίστανται «αντικειμενικοί λόγοι».

Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά, ποινικό Δικαστήριο στην Τουρκία διέταξε τον αποκλεισμό πρόσβασης σε ιστοτόπους που φιλοξενούνται από την Google, στους οποίους έλαβε χώρα η παράβαση, δηλαδή, η περιφρόνηση της μνήμης του Ατατούρκ. Ο συνολικός αυτός αποκλεισμός έπληττε καταφανώς τον αιτούντα, ο οποίος χρησιμοποιούσε το Google για τη δημοσίευση ενός ακαδημαϊκού έργου που πρέσβευε διαφορετικές απόψεις. Το Δικαστήριο έκρινε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 10 (ελευθερία έκφρασης) της ΕΣΔΑ, από το γεγονός ότι τα αποτελέσματα του εν λόγω μέτρου ήταν αυθαίρετα και ο δικαστικός έλεγχος του αποκλεισμού της πρόσβασης κατέστη ανεπαρκής για την πρόληψη των καταχρήσεων. Το ποινικό δικαστήριο απλώς αναφέρθηκε στη γνωμοδότηση της Διεύθυνσης Τηλεπικοινωνιών (TİB), χωρίς να εξακριβώσει εάν θα μπορούσε να ληφθεί ένα λιγότερο εκτεταμένο μέτρο ως προς τον αποκλεισμό πρόσβασης στον υπό αμφισβήτηση ιστότοπο. Έπρεπε να είχε συνυπολογίσει ότι ένα τέτοιο μέτρο θα καθιστούσε μεγάλες ποσότητες πληροφοριών απρόσιτες, επηρεάζοντας άμεσα τα δικαιώματα των χρηστών στο Διαδίκτυο. Ως εκ τούτου, το ΕΔΔΑ θεώρησε ότι το επίδικο μέτρο συνιστά

<sup>5</sup> European Court of Human Rights, Access to Internet, January 2018, Press Unit, Διαθέσιμο στο [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Access\\_Internet\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf)

<sup>6</sup> Απόφαση Ahmet Yildirim κατά Τουρκίας, ΕΔΔΑ, 18 Δεκεμβρίου 2012, Διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22Ahmet%20Yildirim%20%202012%22%22%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22itemid%22%3A%22001-115705%22%7D>

ανάμειξη των δημοσίων αρχών στο δικαίωμα του ενδιαφερομένου στην ελευθερία της έκφρασης, η οποία αποτελεί έκφανση του δικαιώματος της πρόσβασης στο διαδίκτυο. Συνεπώς, κάθε περιορισμός στο διαδίκτυο, αν δεν είναι ανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, αντίκειται στην ελευθερία της έκφρασης.

Το ΕΔΔΑ, εκτός από τις παραπάνω υποθέσεις, ασχολήθηκε και με την στάθμιση μεταξύ του δικαιώματος πρόσβασης στο Διαδίκτυο, ως πτυχή του γενικότερου δικαιώματος ελευθερίας έκφρασης και πληροφόρησης, και των περιορισμών στην πρόσβαση κρατούμενων σε ορισμένους διαδικτυακούς τόπους. Εξέδωσε δύο καθοριστικές αποφάσεις. Η πρώτη, *Kalda* κατά *Εσθονίας*<sup>7</sup> (19 Ιανουαρίου 2016), αφορούσε την καταγγελία ενός κρατούμενου σχετικά με την άρνηση των αρχών να του παραχωρήσουν πρόσβαση σε τρεις δικτυακούς ιστοχώρους, περιέχοντες νομικές πληροφορίες που φυλάσσονται από το κράτος και από το Συμβούλιο της Ευρώπης. Κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, παραβιάστηκε το δικαίωμά του να λάβει μέσω του Διαδικτύου πληροφορίες σχετικά με τις δικαστικές αποφάσεις που τον αφορούσαν. Το Δικαστήριο έκρινε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 10 (ελευθερία έκφρασης) της ΕΣΔΑ. Σημείωσε, ειδικότερα, ότι τα συμβαλλόμενα κράτη δεν είναι υποχρεωμένα να χορηγούν στους κρατούμενους πρόσβαση στο Διαδίκτυο. Διαπίστωσε, ωστόσο, ότι εάν ένα κράτος ήταν πρόθυμο να επιτρέψει στους κρατούμενους πρόσβαση, όπως στην περίπτωση της Εσθονίας, έπρεπε να αιτιολογήσει την άρνηση πρόσβασης σε συγκεκριμένες τοποθεσίες. Στις συγκεκριμένες περιστάσεις της υπόθεσης του αιτούντος, οι λόγοι, δηλαδή, ως προς τις συνέπειες για την ασφάλεια και το κόστος, δεν ήταν επαρκείς για να δικαιολογήσουν την παρέμβαση στο δικαίωμά του να λάβει πληροφορίες. Συγκεκριμένα, οι αρχές είχαν ήδη θεσπίσει ρυθμίσεις ασφαλείας χρησιμοποίησης του Διαδικτύου από τους κρατούμενους, μέσω υπολογιστών ειδικά προσαρμοσμένων για το σκοπό αυτό και υπό την εποπτεία των σωφρονιστικών αρχών, εφόσον εξάλλου είχαν επιβαρυνθεί και με τα σχετικά έξοδα.

Ακολουθώντας παρόμοιο συλλογισμό, το δικα-

στήριο στην απόφαση *Jankovskis* κατά *Λιθουανίας*<sup>8</sup> (17 Ιανουαρίου 2017) έκρινε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 10 (ελευθερία έκφρασης) της Σύμβασης. Το Δικαστήριο σημείωσε ότι το άρθρο 10 δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια επιβολής γενικής υποχρέωσης παροχής πρόσβασης στο Διαδίκτυο ή σε συγκεκριμένες τοποθεσίες Internet για κρατούμενους. Ωστόσο, δεδομένου ότι η πρόσβαση στις πληροφορίες σχετικά με την εκπαίδευση χορηγήθηκε στο πλαίσιο της λιθουανικής νομοθεσίας, ο περιορισμός της πρόσβασης στον εν λόγω δικτυακό τόπο συνιστούσε παρέμβαση στο δικαίωμα του αιτούντος να λαμβάνει πληροφορίες. Ο ιστότοπος στον οποίο ο αιτών θέλησε να έχει πρόσβαση σε πληροφορίες σχετικά με τα προγράμματα μάθησης και σπουδών στη Λιθουανία είχε άμεση σχέση με το ενδιαφέρον του προσφεύγοντος για την απόκτηση εκπαίδευσης, η οποία με τη σειρά της ήταν σημαντική για την αποκατάστασή του και την επακόλουθη επανένταξή του στην κοινωνία.

Η παραπάνω συνοπτική επισκόπηση δείχνει ότι το δικαίωμα στην πληροφόρηση αναγνωρίζεται ολοένα και περισσότερο από το ΕΔΔΑ. Η κρατική παρέμβαση με τη μορφή αποκλεισμού ή περιορισμού της πρόσβασης στο Διαδίκτυο υπόκειται σε αυστηρό έλεγχο. Από την πρόσφατη νομολογία προκύπτει ότι η έκταση των υποχρεώσεων των κρατών από αυτή την άποψη εξαρτάται από τη φύση των πληροφοριών που αναρτώνται, το αντικείμενο και την ιδιότητα του αιτούντος (ιδιοκτήτης ή χρήστης ενός ιστοτόπου). Όλοι οι περιορισμοί πρέπει να περιορίζονται σε αυτούς που είναι αυστηρά απαραίτητοι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου νόμιμου στόχου. Με άλλα λόγια, τυχόν περιορισμοί πρέπει να παρουσιάζονται ως πρόσφοροι, αναγκαίοι και ανάλογοι υπό στενή έννοια για την προστασία υπέρτερων δικαιωμάτων κατά περίπτωση (π.χ. δικαίωμα δημόσιας ασφάλειας ή δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας). Μέσω αυτής της στάθμισης επιτυγχάνεται, τελικά, η πρακτική εναρμόνιση των συγκρουόμενων δικαιωμάτων.

<sup>7</sup> Απόφαση *Kalda* κατά *Εσθονίας*, ΕΔΔΑ, 19 Ιανουαρίου 2016, Διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22%22CASE%20OF%20KALDA%20v.%20ESTONIA%22%22},%22itemid%22:%22001-160270%22}>

<sup>8</sup> Απόφαση *Jankovskis* κατά *Λιθουανίας*, ΕΔΔΑ, 17 Ιανουαρίου 2017, Διαθέσιμη στο <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22jankovskis%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22},%22itemid%22:%22001-170354%22}>

### Προστασία από το εθνικό γαλλικό δίκαιο<sup>9</sup>

Πέρα από τις αναφερόμενες πηγές προστασίας, το δικαίωμα πρόσβασης στο Διαδίκτυο απασχόλησε ιδιαίτερα το Συνταγματικό Συμβούλιο της Γαλλίας<sup>10</sup>. Το δικαστήριο επ' αφορμής της γνώμης που εξέφρασε σχετικά με τον πρώτο νόμο Hadopi για την προώθηση της διάδοσης και της προστασίας της δημιουργίας στο διαδίκτυο προσδιόρισε και το εν λόγω δικαίωμα.

Στις 13 Μαΐου 2009 η Γαλλική Γερουσία ψήφισε την υιοθέτηση από τη εθνοσυνέλευση του αμφιλεγόμενου νόμου HADOPI για αντιμετώπιση της διαδικτυακής πειρατείας και ιδιαίτερα της παράνομης ανταλλαγής των αρχείων με προστατευόμενο περιεχόμενο. Οι αντιδράσεις στο νόμο, λόγω διατάξεων οι οποίες θεωρήθηκαν ότι προσβάλλουν τα δικαιώματα των χρηστών, ήταν ιδιαίτερα έντονες. Οδήγησαν τελικά, στις 10 Ιουνίου 2009, στην απόρριψη της βασικής διάταξης του νομοσχεδίου κατά της διαδικτυακής πειρατείας από την Γαλλική Γερουσία. Το δικαστήριο, που επιβλέπει τη νομιμότητα των νομοθετημάτων, δεν έκανε δεκτή την ανωτέρω διάταξη που προβλέπει ότι θα διακόπτεται χωρίς δικαστική εντολή η σύνδεση στο Internet όσων κατεβάζουν παράνομα μουσική και ταινίες και δεν συμμορφώνονται μετά από δύο προειδοποιήσεις. Από την αρχή της απόφασης, το Συνταγματικό Συμβούλιο ισχυρίστηκε για πρώτη φορά ότι η πρόσβαση στο Διαδίκτυο αποτελεί στοιχείο της ελευθερίας έκφρασης. Δεν συνιστά, από μόνη της, θεμελιώδες δικαίωμα πρόσβασης στο Διαδίκτυο. Σε αντίθεση, θεωρεί ότι το θεμελιώδες δικαίωμα της ελεύθερης επικοινωνίας των σκέψεων και των απόψεων, δηλαδή της ελευθερίας της έκφρασης, συνεπάγεται την ελευθερία πρόσβασης στο Διαδίκτυο.

Έτσι, το δικαίωμα πρόσβασης στο Διαδίκτυο

προστατεύεται από το Συνταγματικό Συμβούλιο. Αν και θεωρείται μόνο ως αντιστάθμισμα της ελευθερίας της έκφρασης και όχι ως δικαίωμα πρόσβασης με τη στενή έννοια, παραμένει προστατευμένο. Ωστόσο, παρόλο που προστατεύεται, ενδέχεται να υπάρχουν πολλοί περιορισμοί αυτού του δικαιώματος, συμπεριλαμβανομένης της αναστολής της πρόσβασης στο Διαδίκτυο όταν παραβιάζονται άλλα συνταγματικά αναγνωρισμένα δικαιώματα.

Λαμβάνοντας υπόψη ότι το Διαδίκτυο αποτελεί στοιχείο της ελευθερίας της έκφρασης και της κατανάλωσης και ότι στο γαλλικό δίκαιο το τεκμήριο της αθωότητας υπερισχύει, το Συμβούλιο υπενθυμίζει στην απόφασή του ότι «είναι δικαιοσύνη να επιβάλει κυρώσεις όταν διαπιστώνεται ότι υπάρχουν παράνομες λήψεις»<sup>11</sup>. Ως εκ τούτου, το Συνταγματικό Συμβούλιο θεωρεί ότι το νομοσχέδιο παραβιάζει δύο άρθρα της Διακήρυξης των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του 1789. Πρώτον, το άρθρο 11 το οποίο προστατεύει την ελευθερία της επικοινωνίας και της έκφρασης και αποτελεί αντικείμενο συνεχούς νομικής προστασίας:

*«Η ελεύθερη επικοινωνία ιδεών και απόψεων είναι ένα από τα πιο πολύτιμα ανθρώπινα δικαιώματα. μπορούν να μιλούν, να γράφουν και να δημοσιεύουν ελεύθερα, εκτός από την αντιμετώπιση της κατάχρησης αυτής της ελευθερίας σε περιπτώσεις που ορίζονται από το νόμο. Σύμφωνα με την τρέχουσα κατάσταση των μέσων μαζικής ενημέρωσης και την ευρεία ανάπτυξη των υπηρεσιών ηλεκτρονικών δημόσιων επικοινωνιών και τη σημασία αυτών των υπηρεσιών για την συμμετοχή στην δημοκρατική ζωή και την έκφραση ιδεών και απόψεων, το δικαίωμα αυτό συνεπάγεται την ελευθερία πρόσβασης στις υπηρεσίες αυτές».*

Λόγω της συνταγματικά αναγνωρισμένης αρχής της ελευθερίας της έκφρασης, η εξουσία περιορισμού της άσκησης, από οποιοδήποτε πρόσωπο, του δικαιώματος του να εκφραστεί και να επικοινωνεί ελεύθερα το άτομο, μπορεί να είναι μόνο ευθύνη του δικαστή και όχι μιας διοικητικής αρχής, όπως η Hadopi<sup>12</sup>. Στη συνέχεια, βάση του τεκμηρίου

<sup>9</sup> Pérégrinations juridiques, Le droit d'accès à internet, un droit fondamental ?, 13/03/2013, Διαθέσιμο στο <https://peregrinationsjuridiques.wordpress.com/2013/03/13/le-droit-dacces-a-internet-un-droit-fondamental/>

<sup>10</sup> Décision 2009-580 DC - 10 juin 2009 - Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet - Non conformité partielle, Διαθέσιμο στο <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000020786688&fastReqId=58690600&fastPos=13>

<sup>11</sup> Décision 2009-580 DC - 10 juin 2009 - Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet - Non conformité partielle, Διαθέσιμο στο <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000020786688&fastReqId=58690600&fastPos=13>

<sup>12</sup> Hadopi law, France, 2009. Διαθέσιμο στο <https://www.hadopi.fr/en/node/3668>

αθωότητας, που περιλαμβάνεται στο άρθρο 9 της Διακήρυξης, το δικαστήριο καταγγέλλει ότι μόνο ο κάτοχος της σύμβασης συνδρομής στο Διαδίκτυο θα μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο κυρώσεων. Ο ρόλος της Ανώτατης Αρχής (Hadopi) είναι να προειδοποιήσει τον παραβάτη ότι έχει εντοπιστεί, αλλά όχι να τον τιμωρήσει. Επιπρόσθετα, οι συνταγματικοί δικαστές θεώρησαν ότι, ακόμη και αν δεν υπήρχε δικαίωμα ή θεμελιώδες δικαίωμα πρόσβασης στο Διαδίκτυο, αυτό θα αποτελούσε ένα στοιχείο της ελευθερίας της έκφρασης που πρέπει να προστατεύεται από τον δικαστή. Διατύπωσε μάλιστα την επιφύλαξη ότι κατά την επίλυση αντίστοιχης διαφοράς ο δικαστής οφείλει να διατυπώσει μόνο «τα μέτρα που είναι απολύτως αναγκαία για την διατήρηση των εν λόγω δικαιωμάτων»<sup>13</sup>.

Συνεπώς, δεν υπάρχει ανθρώπινο δικαίωμα ή θεμελιώδες δικαίωμα πρόσβασης στο Διαδίκτυο. Παρ' όλα αυτά, υπάρχουν θεμελιώδη δικαιώματα, όπως η ελευθερία έκφρασης, τα οποία αναγνωρίζονται και στο χώρο του Διαδικτύου και προστατεύουν την πρόσβαση σε αυτό. Επομένως, αυτό προστατεύεται εμμέσως από τα Εθνικά Συντάγματα, το ευρωπαϊκό και το διεθνές δίκαιο.

### Προστασία από το εθνικό ελληνικό δίκαιο

Κατ' αρχάς, πρέπει να σημειωθεί ότι το δικαίωμα πρόσβασης στο ανοικτό διαδίκτυο αποτελεί ειδικότερη έκφραση του θεμελιώδους δικαιώματος συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφορίας, το οποίο ήδη από το 2003 αναγνωρίζεται στην Ελλάδα τόσο συνταγματικά (άρθρο 5Α § 2 Σ), όσο και ως ανθρώπινο δικαίωμα σε διεθνές επίπεδο (άρθρα 10 ΕΣΔΑ, 19 § 2 ΔΣΑΠΔ, 11 και 36 ΧΘΔΕΕ), ενώ εξειδικεύεται περαιτέρω στον νόμο και με το άρθρο 3 § 2ζ του Ν. 4070/2012, που ενσωματώνει το άρθρο 1 § 1β της Οδηγίας 2009/140/ΕΕ<sup>14</sup> στην ελληνική έννομη τάξη. Κατά το άρθρο αυτό: «Για την επίτευξη των στόχων που αναφέρονται στην πα-

ράγραφο 1, εφαρμόζονται αντικειμενικές, διαφανείς, αμερόληπτες και αναλογικές αρχές ρύθμισης, ιδίως μέσω: 7) του σεβασμού των θεμελιωδών δικαιωμάτων και των βασικών ελευθεριών των πολιτών, όπως κατοχυρώνονται από την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, καθώς και τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου, κατά τη λήψη μέτρων που αφορούν στην πρόσβαση των τελικών χρηστών σε υπηρεσίες και εφαρμογές ή στη χρήση από τους τελικούς χρήστες υπηρεσιών και εφαρμογών μέσω δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών.»

Το Ελληνικό Σύνταγμα προβλέπει ότι: «καθένας έχει δικαίωμα συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφορίας, η δε διευκόλυνση της πρόσβασης στις πληροφορίες που διακινούνται ηλεκτρονικά, καθώς και της παραγωγής, ανταλλαγής και διάδοσής τους αποτελεί υποχρέωση του Κράτους (5Α § 2 Σ).»

Το δικαίωμα συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφορίας θεμελιώνει την υποχρέωση αποχής του κράτους από ενέργειες που περιορίζουν την απρόσκοπτη πρόσβαση των ατόμων στα αγαθά και τις εφαρμογές της Κοινωνίας της Πληροφορίας, ενώ από την άλλη δεσμεύει το κράτος σε θετικές ενέργειες με σκοπό την κατ' αρχήν ισότιμη πρόσβαση όλων σε αυτήν. Θεμελιώνει λοιπόν αγωγήμη αξίωση του καθενός απέναντι στο Κράτος ή σε παρόχους υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και περιεχομένου, για την πρόσβαση τόσο στην υλικοτεχνική υποδομή της κοινωνίας της πληροφορίας, όσο και στην ίδια την πληροφορία που διακινείται ηλεκτρονικά.<sup>15</sup>

Το κατά πόσον ένα δικαίωμα είναι θεμελιώδες ή όχι, σχετίζεται με την έκταση των περιορισμών που μπορούν να επιβληθούν σε αυτό. Τα θεμελιώδη δικαιώματα στη σύγχρονη δημοκρατία είναι ρητώς κατοχυρωμένα σε διεθνείς συμβάσεις, Χάρτες, Συντάγματα. Σύμφωνα λοιπόν με το Σύνταγμα, το δικαίωμα «συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφορίας» αποτελεί ατομικό συνταγματικό δικαίωμα. Επομένως, οι περιορισμοί που μπορούν να επιβληθούν σε αυτό από τον κοινό νομοθέτη είναι μόνον αυτοί που επιτρέπεται να επιβάλλονται στα συνταγματικά δικαιώματα. Κατά το άρθρο 25 του Συντάγματος, «οι περιορισμοί που επιτρέπεται να

<sup>13</sup> Décision 2009-580 DC - 10 juin 2009 - Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet - Non conformité partielle, Διαθέσιμη στο <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000020786688&fastReqId=58690600&fastPos=13>

<sup>14</sup> Οδηγία 2009/140/ΕΕ, Διαθέσιμη στο <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0140&from=EN>

<sup>15</sup> Law and Tech, attorneys at law, Το Δικαίωμα Πρόσβασης των Χρηστών στο Ανοικτό Διαδίκτυο : Περιεχόμενο, Όρια, Έννομη Προστασία, 10/12/2015, Διαθέσιμο στο <https://lawandtech.eu/2015/12/10/open-internet/>

επιβάλλονται σε συνταγματικά δικαιώματα πρέπει να προβλέπονται από το Σύνταγμα ή από τον νόμο και να «σέβονται την αρχή της αναλογικότητας».

Έτσι λοιπόν, η έλλειψη ενός άρθρου που θα προβλέπει ρητώς και κατηγορηματικώς την πρόσβαση στο Διαδίκτυο ως «θεμελιώδες δικαίωμα» δεν σημαίνει ότι αυτό το δικαίωμα δεν υπάρχει. Το δικαίωμα υπάρχει και αποτελείται από βασικές και ρητές συνιστώσες κατοχυρωμένων δικαιωμάτων, όπως η ελευθερία λήψης και μετάδοσης πληροφοριών και η προστασία της ιδιωτικότητας και των προσωπικών δεδομένων.

### Επίλογος

Σε έναν συνεχώς μεταβαλλόμενο κόσμο, τα νομικά κείμενα δεν μπορούν να μένουν αμετάβλητα. Η ΕΣΔΑ υπεγράφη στη Ρώμη το 1950, σε μία εποχή που το Ίντερνετ δεν μπορούσε καν να συλληφθεί

ως ιδέα. Κι όμως, σήμερα επικρατεί στις ζωές μας, αποτελώντας τον κύριο τόπο έκφρασης και διάδοσης πληροφοριών και ιδεών. Συνεπώς, οι χρήστες του δεν μπορούν να μείνουν απροστάτευτοι. Μέσω της εξελικτικής ερμηνείας του, το ΕΔΔΑ κατάφερε να προστατεύσει την πρόσβαση στο Ίντερνετ ως μέσου επικοινωνίας και διάδοσης πληροφοριών, που εμπίπτει στο άρ. 10 ΕΣΔΑ. Από όλα τα παραπάνω, διαφαίνεται ότι η σύγχρονη πραγματικότητα ανάγει την ελεύθερη πρόσβαση στο διαδίκτυο σε ζωτικής σημασίας συμφέρον, το οποίο οι δικαιοδοτικές αρχές σε πολλά κράτη ήδη έχουν αρχίσει να προασπίζουν. Στο εγγύς μέλλον, οι εθνικές έννομες τάξεις θα κληθούν να τυποποιήσουν την ελευθερία πρόσβασης στο διαδίκτυο ως θεμελιώδες ανθρωπινό δικαίωμα και να αναθεωρήσουν προς αυτή την κατεύθυνση τα συνταγματικά τους κείμενα, προσαρμοζόμενα στη νέα κοινωνική πραγματικότητα.

## Ποινική Ιατρική Ευθύνη από Αμέλεια

Καρακάνας Πέτρος  
4<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Το δίκαιο ιατρικής ευθύνης και η ποινική του διάσταση αποτελούν σύγχρονο αντικείμενο, διαρκώς εξελισσόμενο και με ιδιαίτερα δύσκολες πτυχές, ως προς τις οποίες επικρατούν και αντικρουόμενες αντιλήψεις.»**

### Εισαγωγή

Η ιατρική ευθύνη, τόσο αστική όσο και ποινική, αποτελεί ένα σύγχρονο νομικό ζήτημα, το οποίο έχει απασχολήσει εξίσου την νομολογία και την θεωρία σε Ευρώπη και Αμερική. Πραγματικά σήμερα οι δίκες που στρέφονται κατά των ιατρών έχουν πολλαπλασιαστεί σε σχέση με το πρόσφατο παρελθόν. Το ιατρικό σφάλμα αποτελεί πλέον αφετηριακό γεγονός πάρα πολλών δικών με ιατρούς στην θέση του εναγόμενου ή κατηγορουμένου, αν πρόκειται για αστική ή ποινική δίκη αντίστοιχα. Στο μέτρο που η άσκηση του ιατρικού λειτουργήματος μπορεί να καταλήξει στην προσβολή ενός εννόμου αγαθού, η πρόβλεψη και η κατάφαση της ποινικής ευθύνης του ιατρού δεν είναι παράλογη, αλλά σύμφωνη με την φύση και τον σκοπό του ποινικού δικαίου ως συστήματος/μέτρου προστασίας των εννόμων αγαθών και των ελευθεριών του ανθρώπου.

### Τα εγκλήματα που αφορούν στην εξ' αμελείας ιατρική ποινική ευθύνη

Το παρόν άρθρο πραγματεύεται την ποινική ιατρική ευθύνη των ιατρών από αμέλεια, οπότε κρίνεται σκόπιμο να αποσαφηνίσουμε ποια εγκλήματα μπορεί να διαπράξει ένας ιατρός εξ' αμελείας κατά την ενάσκηση των ιατρικών του καθηκόντων. Κατ' αρχάς, δεδομένου ότι το επάγγελμα του ιατρού σχετίζεται με την ανθρώπινη υγεία, γίνεται εύκολα αντιληπτό ότι τα εγκλήματα τα οποία τελεί ένας ιατρός αποκλειστικά επ' ευκαιρία της επαγγελματικής του δραστηριότητας είναι συνηθέστερα εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών και ειδικότερα τα εγκλήματα που τυποποιούνται στο δέκατο-πέμπτο και δέκατο-έκτο κεφάλαιο του Ποινικού Κώδικα, δηλαδή τα εγκλήματα κατά της ζωής και οι σωματικές βλάβες. Ο νομοθέτης, λαμβάνοντας

υπόψιν την ιδιαίτερη σημασία των εννόμων αγαθών της ζωής και της σωματικής ακεραιότητας, σε αυτά τα δύο κεφάλαια ποινικοποιεί την προσβολή τους και από αμέλεια, φαινόμενο σπάνιο στον Ποινικό Κώδικα. Πρωτίστως ενδιαφέρει η τιμώρηση των δόλιων πράξεων, δηλαδή εκείνων που γίνονται από τον δράστη κατ' επιδίωξη ή κατ' αποδοχή του αποτελέσματος, όπως συμπεραίνουμε, αφού τα μεγαλύτερης απαξίας εγκλήματα (κακουργήματα), τιμωρούνται μόνο από δόλο, ενώ τα πλημμελήματα τιμωρούνται και από αμέλεια, αλλά μόνο κατ' εξαίρεση, και μάλιστα εάν και εφόσον προβλέπεται ρητά. Τα δύο λοιπόν εγκλήματα στα οποία επικεντρώνεται το ενδιαφέρον μας για την θεμελίωση της ιατρικής ποινικής ευθύνης από αμέλεια είναι η «Ανθρωποκτονία από αμέλεια» και η «Σωματική βλάβη από αμέλεια», άρθρα 302 και 314 αντίστοιχα, τα οποία ποινικοποιούν πράξεις αμελείας λόγω της ιδιαίτερα μεγάλης σημασίας των προστατευόμενων εννόμων αγαθών.

### Αντικείμενο προσβολής

Και στα δύο εγκλήματα, τα οποία προαναφέρθηκαν, ως υλικό αντικείμενο προσβολής εμφανίζεται ο ασθενής, δηλαδή ένας άνθρωπος<sup>1</sup>. Έχει απασχολήσει στο παρελθόν τόσο την νομολογία, όσο και την θεωρία το χρονικό σημείο έναρξης της ζωής, ζήτημα σπουδαίο για την προστασία του μη γεννημένου ανθρώπου και την ευθύνη των ιατρών. Με βάση την διάταξη του άρθρου 303 ΠΚ γίνεται σήμερα ομόφωνα

<sup>1</sup> Βλ. Χ Χοβαρδά και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 38

δεκτό ότι έχουμε ανθρώπινη ζωή ήδη πριν ολοκληρωθεί ο τοκετός, αφού η μητέρα μπορεί να τελέσει παιδοκτονία (προνομιούχα μορφή ανθρωποκτονίας) και κατά την διάρκειά του. Υπάρχουν όμως διαφορετικές απόψεις σχετικά με το προγενέστερο της λήξης του τοκετού χρονικό σημείο από το οποίο υπάρχει πλέον η ανθρώπινη ζωή. Φαίνεται ορθότερο τελικά να δεχτούμε στην περίπτωση της καισαρικής τομής ότι έχουμε άνθρωπο από την στιγμή που πραγματοποιείται τομή στην μήτρα της γυναίκας ενώ κατά τον φυσιολογικό τοκετό ότι υπάρχει ανθρώπινη ζωή από την στιγμή που ένα μέρος του ανθρώπου εμφανίζεται στον εξωτερικό κόσμο ανεξαρτήτως της βιωσιμότητάς του, όπως πλέον δέχεται και η νομολογία μας. Αυτή η θεώρηση συμβαδίζει με το γεγονός ότι η έννοια του ανθρώπου είναι περιγραφική, γίνεται δηλαδή κανείς αντιληπτός ως αυτοτελής ανθρώπινη οντότητα από τις αισθήσεις και έχοντας μια συγκεκριμένη εμφάνιση-μορφή<sup>2</sup>. Είναι γεγονός ότι με την ιδέα αυτή αφήνονται ατιμώρητοι μαίες και ιατροί για αμελείς τους πράξεις μέχρι το πρώτο στάδιο ανθρώπινης ύπαρξης (χρόνος από την γονιμοποίηση έως την εμφύτευση του ωαρίου στην γυναικεία μήτρα) και ένα μέρος του δευτέρου (ο χρόνος από την εμφύτευση στην μήτρα έως την γέννηση του νεογνού). Αν, όμως, ο νομοθέτης επιθυμεί να στοιχειοθετήσει ποινική ευθύνη στις περιπτώσεις αυτές, κρίνεται απαραίτητη η θέσπιση αυτοτελών διατάξεων που θα ποινικοποιούν αμελείς συμπεριφορές του ιατρικού προσωπικού απέναντι στο έμβρυο και δεν είναι αποδεκτό να πραγματοποιείται διορθωτική του ποινικού νόμου ερμηνεία η οποία μάλιστα διευρύνει το αξιόποιο ή αλλοιώνει την έννοια του ανθρώπου, όπως επισημαίνει η κα. Συμεωνίδου-Καστανίδου<sup>3</sup>.

Με βάση, λοιπόν, το ισχύον νομικό καθεστώς οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι ο (γεννημένος) άνθρωπος, ως υλικό αντικείμενο προσβολής, θα πρέπει να υφίσταται σε δύο χρονικά σημεία: i) κατά τον χρόνο εκδήλωσης της επενέργειας της μυϊκής ενέργειας ή της αδράνειας στο ανθρώπινο σώμα, και ii) κατά τον χρόνο επέλευσης του αποτελέσματος, δηλαδή την στιγμή που ο ασθενής πεθαίνει ή υφίσταται την σωματική βλάβη<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Βλ. *Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου*, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη 2016, σελ. 11-12

<sup>3</sup> Βλ. *Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου*, Το χρονικό σημείο έναρξης της ανθρώπινης ζωής στο Ποινικό Δίκαιο, σελ. 15

<sup>4</sup> Βλ. *Χ Χοβαρδά* και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ

## Αντικειμενική Υπόσταση & Εξωτερική Αμέλεια

Στην θεωρία υπάρχει διχογνωμία γύρω από το αν τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης των εγκλημάτων 299 και 308, 309, 311 παρ. 1, ταυτίζονται με εκείνη των 302 και 314 αντίστοιχα. Όσον αφορά στην αντικειμενική υπόσταση των δύο τελευταίων πολλοί ποινικολόγοι, μεταξύ των οποίων η κα. Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, ο κ. Χ. Μυλωνόπουλος και άλλοι, διατυπώνουν την άποψη ότι αυτή πληρείται όταν συντρέχει το μέγεθος της εξωτερικής αμέλειας. Η εξωτερικά αμελής συμπεριφορά στον χώρο της ιατρικής και των χειρουργικών επεμβάσεων, καθορίζεται με βάση την τήρηση των κοινών αναγνωρισμένων κανόνων της ιατρικής τέχνης-επιστήμης (*lege artis*). Συνεπώς, κατά τον κ. Ανδρουλάκη η εξωτερικά αμελής συμπεριφορά εμφανίζεται ως σφάλμα ή παραβίαση των κανόνων τέχνης<sup>5</sup>, ιατροχειρουργική δηλαδή πράξη που αποκλίνει από τις ενδεδειγμένες πρακτικές που ακολουθεί η ιατρική επιστήμη και συνιστά πράξη επικίνδυνη για την ζωή ή την σωματική ακεραιότητα του ασθενούς<sup>6</sup>. Παραπέρα ο κ. Μυλωνόπουλος υποστηρίζει ότι η εξωτερικά αμελής συμπεριφορά είναι πράξη (ενέργεια ή παράλειψη) επικίνδυνη για το έννομο αγαθό, η οποία παραβιάζει καθήκον επιμέλειας και εμφανίζεται ως τέτοια στον αντικειμενικό παρατηρητή την ώρα που γίνεται, κρίνεται δηλαδή *ex ante*<sup>7</sup>. Ωστόσο θεωρώ ορθότερη την διατύπωση της κυρίας Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι, η οποία ορίζει την εξωτερικά αμελή συμπεριφορά ως πράξη αντικειμενικά επικίνδυνη με βάση τα δεδομένα της επιστήμης την ώρα που την κρίνει το δικαστήριο, δηλαδή *ex post*<sup>8</sup>. Μάλιστα η ίδια επισημαίνει ότι η

ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 39

<sup>5</sup> Βλ. *Ν. Ανδρουλάκης*, Η εξωτερική αμέλεια, Ποινικά Χρονικά 1970, σελ. 93 επ.

<sup>6</sup> Βλ. *Χ Χοβαρδά* και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 39

<sup>7</sup> Βλ. *Χ. Μυλωνόπουλος*, Τα εκ του αποτελέσματος διακρινόμενα εγκλήματα, Αντ. Ν. Σάκκουλας 1984, σελ. 195 επ.

<sup>8</sup> Βλ. *Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι*, Εξωτερική και εσωτε-

εξωτερικά αμελής πράξη (ενέργεια ή παράλειψη) πρέπει να οδηγήσει αιτιακά στο αποτέλεσμα. Άρα με την εξωτερική αμέλεια ουσιαστικά επιτυγχάνουμε να αποκλείσουμε το τυχαίο.

Στα εγκλήματα δόλου προφανώς και έχουμε κάποια επικίνδυνη πράξη, επομένως το μέγεθος της εξωτερικής αμέλειας δεν διαφοροποιεί την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος αμέλειας από το αντίστοιχο δόλου προσθέτοντας στοιχεία που δεν βρίσκονται στον νόμο.

Σε κάθε περίπτωση, η ιατρική πράξη κρίνεται ως σφάλμα ή επικίνδυνη όταν υπάρχει απόκλιση από τους γενικά παραδεκτούς κανόνες της ιατρικής επιστήμης, και άρα εφόσον αυτή είναι αντικειμενικά αψεγάδιαστη από ιατρικής άποψης (*lege artis*), το θανατηφόρο ή βλαπτικό αποτέλεσμα δεν μπορεί να δικαιολογήσει ποινική ευθύνη του ιατρού. Ειδικότερα, όπως προαναφέρθηκε, η εξωτερική αμέλεια είναι στοιχείο που ανήκει στην αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος και άρα η μη συνδρομή της αποκλείει το αρχικό άδικο της πράξης. Την άποψη αυτή ασπάζεται και το Ανώτατο ακυρωτικό (ΑΠ), όπως προκύπτει από την απόφασή του 1416/1997<sup>9</sup>.

### Αντικειμενική υπόσταση & Επιτρεπόμενη Κινδυνώδης Δράση

Διαφορετική είναι η άποψη της κυρίας Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, σύμφωνα με την οποία για να καταφαθεί η ποινική ευθύνη του ιατρού, θα πρέπει να διαπιστωθεί ότι η πράξη του ιατρού συνιστά άμεση ή έμμεση επενέργεια στο σώμα του ασθενούς και ότι αιτιοκρατικά έχει προκαλέσει θάνατο ή σωματική βλάβη στον ασθενή<sup>10</sup>. Με βάση την άποψη αυτή ανθρωποκτονία από αμέλεια έχουμε υπό τις ίδιες αντικειμενικές προϋποθέσεις με το άρθρο 299. Η πράξη ανθρωποκτονίας του 302 δεν διαφέρει σε τίποτα ως προς το περιεχόμενο από εκείνη του 299, καθώς

πρόκειται για δύο εγκλήματα αποτελέσματος που διαφοροποιούνται μόνο ως προς την υποκειμενική τους υπόσταση<sup>11</sup>. Πρέπει, λοιπόν, να γίνει στο σημείο αυτό μια ουσιαστική διάκριση. Όταν η πράξη που κάνει ο γιατρός αποβαίνει βελτιωτική της υγείας του ασθενούς, τότε δεν έχουμε καν αρχικά άδικη πράξη, γιατί είναι ορθότερο να εξετάσουμε την συνολική εικόνα του εννόμου αγαθού. Όταν όμως η χειρουργική επέμβαση ή η οποιαδήποτε ιατρική πράξη έχει οδηγήσει σε βλάβη του εννόμου αγαθού της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας, θεωρείται από την κα. Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου εξ' ορισμού αρχικά άδικη πράξη, ακόμη και αν έχουν τηρηθεί οι κανόνες δεοντολογίας από τον θεράποντα ιατρό.

Αυτό δεν σημαίνει ότι καταφάσκεται η ποινική ευθύνη του ιατρού, καθώς με τον κανόνα της επιτρεπόμενης κινδυνώδους δράσης, που λειτουργεί ως λόγος άρσης του αδικού, η πράξη δεν κρίνεται τελικά άδικη, όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του<sup>12</sup>. Για την συνδρομή της επιτρεπόμενης κινδυνώδους δράσης στον χώρο των ιατροχειρουργικών πράξεων πρέπει να πληρούνται σωρευτικά τέσσερεις προϋποθέσεις, καθώς αν έστω και μία λείπει, η πράξη παραμένει τελικά άδικη. Οι προϋποθέσεις αυτές είναι:

- i. η πράξη που έχει επιλεγεί και πραγματοποιηθεί να είναι ενδεδειγμένη, με βάση τους γενικά αναγνωρισμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, ως μέθοδος για την αντιμετώπιση του συγκεκριμένου ιατρικού προβλήματος ή πάθησης,
- ii. η πλήρης ενημέρωση του ασθενή, σύμφωνα με τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, και ειδικότερα το άρθρο 11,
- iii. ο ασθενής να έχει δώσει την συναίνεση του για την πραγματοποίηση της εν λόγω ιατρικής πράξης σύμφωνα με άρθρο 12 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, αφού έχει ενημερωθεί πλήρως και
- iv. η ιατρική πράξη να πραγματοποιήθηκε *lege artis*, να τηρήθηκαν οι γενικά παραδεκτοί κανόνες και τα αντικειμενικά standards της ιατρικής επιστήμης<sup>13</sup>.

ρική αμέλεια στον ποινικό δίκαιο, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚ-ΚΟΥΛΑΣ 1994, σελ. 44 επ.

<sup>9</sup> Βλ. Χ. Χοβαρδά και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 40

<sup>10</sup> Βλ. Ε. Συμεωνίδου - Καστανίδου και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 104

<sup>11</sup> Βλ. Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη 2016, σελ. 60-61

<sup>12</sup> Βλ. Ελισάβετ Συμεωνίδου - Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη 2016, σελ. 62-63

<sup>13</sup> Βλ. Ε. Συμεωνίδου - Καστανίδου και λοιπά



Αν λοιπόν έχουν τηρηθεί οι προαναφερθείσες προϋποθέσεις μία προς μία, αίρεται ο άδικος χαρακτήρας της πράξης, γιατί όπως πολύ σωστά επισημαίνει η κα. Συμεωνίδου-Καστανίδου, «ο ιατρός δεν υποχρεούται σε κάθε περίπτωση να θεραπεύσει τον ασθενή»<sup>14</sup>, αλλά οφείλει να καταβάλει κάθε δυνατή προσπάθεια. Η τήρηση των κανόνων επιμέλειας αποκλείει την όποια ποινική του ευθύνη, γιατί τότε δεχόμαστε ότι το επιβλαβές αποτέλεσμα οφείλεται σε επιπλοκή ή αδυναμία του οργανισμού να επιβιώσει.

### Δια παραλείψεως τέλεση

Τα εγκλήματα των άρθρων 302 και 314 είναι εγκλήματα ουσιαστικά, έχουν δηλαδή αποτέλεσμα με την στενή του όρου έννοια, το οποίο μπορούμε να το φανταστούμε και ξέχωρα από την σχετική ενέργεια. Επίσης χαρακτηρίζονται ως εγκλήματα μη γνήσιας παράλειψης και ειδικότερα ως μη γνήσια μικτά εγκλήματα κίνησης και παράλειψης, αφού μπορούν υπό προϋποθέσεις να τελεστούν και δια παραλείψεως. Σε αντίθεση λοιπόν με τα εγκλήματα γνήσια παράλειψης (π.χ. 307 ΠΚ), τιμωρείται η τέλεση τους από παράλειψη όταν συντρέχουν οι όροι του άρθρου 15 του ΠΚ. Συνεπώς η παράλειψη είναι θετικό μέγεθος και σύμφωνα με την ερμηνεία του άρθρου 15 ΠΚ προϋποθέτει i) αδράνεια ως προς ένα κοινωνικά αναμενόμενο κάτι, ενώ ii) υφίσταται δυνατότητα ενέργειας του παραλείποντος, καθώς και iii) δυνατότητα αισθητηριακής αντίληψης της κατάστασης κινδύνου για έννομο αγαθό που καλεί τον υπαίτιο να πράξει<sup>15</sup>. Υπάρχει, όμως, και μια τέταρτη προϋπόθεση, αυτή της ιδιαίτερης νομικής υποχρέωσης. Η τελευταία στον χώρο της ιατρικής είναι δυνατή με κάθε τρόπο από τους κοινώς πα-

ραδεκτούς, δηλαδή εκ του νόμου, εκ συμβάσεως, λόγω de facto ανάληψης καθηκόντων στο πλαίσιο κοινωνικής αβροφροσύνης και σπανιότερα λόγω προηγούμενης επικίνδυνης ενέργειας.

Πρέπει να τονιστεί ότι η εκ του νόμου ιδιαίτερη νομική υποχρέωση των γιατρών συχνά μπορεί να πηγάζει και από το πλέγμα των διατάξεων του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (ΚΙΔ)<sup>16</sup>. Η επισήμανση αυτή για την λειτουργία του άρθρου 15 είναι ιδιαίτερα σημαντική διότι σήμερα εκτιμάται ότι το 70% περίπου των εξ αμελείας τελούμενων εγκλημάτων από του ιατρούς κατά την εκπλήρωση των καθηκόντων τους πραγματώνονται με παράλειψη και όχι με ενέργεια.

Η ιδιαίτερη νομική υποχρέωση όμως των ιατρών σε πολλές περιπτώσεις αίρεται με αποτέλεσμα να μην μπορεί να καταφαθεί η ποινική τους ευθύνη:

i) Πολύ σημαντικός λόγος κατάλυση της ιδιαίτερης νομικής υποχρέωσης είναι η εξαιρετική περίπτωση το 9 παρ. 2 του ΚΙΔ, σύμφωνα με το οποίο «ο ιατρός δεν μπορεί να αρνείται την προσφορά των υπηρεσιών του για λόγους άσχετους προς την επιστημονική του επάρκεια, εκτός εάν συντρέχει ειδικός λόγος, που να καθιστά αντικειμενικά αδύνατη την προσφορά των υπηρεσιών του». Μεταξύ των άσχετων λόγων συγκαταλέγονται η έλλειψη χρημάτων και η αντιπάθεια. Αντίστοιχα η παράγραφος 4 του ίδιου άρθρου ορίζει ότι «ο ιατρός μπορεί να διακόψει την παροχή των υπηρεσιών, που ήδη προσφέρει στον ασθενή του, για λόγους επιστημονικούς ή προσωπικούς και εφόσον δεν τίθεται σε άμεσο κίνδυνο η υγεία ή η ζωή του τελευταίου». Γίνεται αντιληπτό ότι σε κάθε περίπτωση πρέπει πρώτα να εξασφαλιστεί η ζωή του ασθενούς και να μην διατρέχει αυτός κάποιον κίνδυνο, πριν να διακοπεί η παροχή φροντίδας. Οι δε «προσωπικοί λόγοι» καταλαμβάνουν κυρίως την αδυναμία κατάλληλης συνεννόησης και επικοινωνίας μεταξύ ιατρού και ασθενούς.

ii) Άλλος λόγος που καταλύει την ιδιαίτερη νομική υποχρέωση είναι η έλλειψη της συναίνεσης των άρθρων 11 & 12. Σύμφωνα με το τελευταίο «ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή», άρα αν ο ασθενής δηλώσει ρητά η σιωπηρά (βέβαια πάντα επιδιώκεται και ορθώς η λήψη

μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 106 επ.

<sup>14</sup> Όπως ακριβώς, Ε. Συμεωνίδου - Καστανίδου και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 109

<sup>15</sup> Βλ. Ι. Μανωλεδάκης, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους Άρθρα 1-49 ΠΚ, με την επιμέλεια των Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι/Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εκδ. Π.Ν. Σάκκουλα, ζ έκδοση 2005, σελ. 355-359

<sup>16</sup> Βλ. Χ. Χοβαρδά και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 42

έγγραφης άρνησης - μη συναίνεσης) ότι δεν συναινεί στην όποια ιατρική πράξη παύει να υφίσταται η ιδιαίτερη νομική υποχρέωση του ιατρού. Επισημαίνεται ότι κατ' εξαίρεση δεν απαιτείται συναίνεση στις περιπτώσεις της παραγράφου 3.

Είναι σημαντικό να επισημανθεί ότι η συναίνεση δεν αίρει κάθε άδικο. Αν ο ιατρός προξενήσει υπαίτια βλάβη (ίδιον σφάλμα), χωρίς αυτή να οφείλεται στις πιθανότητες επιπλοκή ή σε εξωγενείς παράγοντες, ευθύνεται κανονικά. Το ίδιο ισχύει και όταν ο ιατρός δεν έχει λάβει την συναίνεση του πλήρως ενημερωμένου ασθενούς (informed consent), ενώ υποχρεούνταν και επήλθε εν τέλει βλάβη (αδιαφορη η αιτία).

iii) Η ιδιαίτερη νομική υποχρέωση αίρεται και σε περίπτωση σύγκρουσης καθηκόντων σύμφωνα με το άρθρο 15 ΚΙΔ. Έτσι αν υπάρχουν δύο εξίσου επείγοντα περιστατικά και ο ιατρός προλαβαίνει να χειρουργήσει μόνο τον ένα και αφήνει αναγκαστικά τον άλλον χωρίς την ανάλογη βοήθεια με αποτέλεσμα να αυτός πεθάνει, θεωρητικά τελεί διαπραλείψεως τελούμενη ανθρωποκτονία κατά αυτού που δε βοηθά. Όμως, κάτι τέτοιο θα ήταν παράλογο να στοιχειοθετεί ποινική του ευθύνη.

iv) Οριακή είναι η περίπτωση των συνειδησιακών λόγων. Σε καμία περίπτωση, όμως, η επίκλησή τους (αφορά και την αντίθεση στις μεταμοσχεύσεις) δεν αίρει την ιδιαίτερη νομική τους υποχρέωση για σωτηρία της ζωής και της σωματικής ακεραιότητας του ασθενούς. Αν δηλαδή υπάρχει σύγκρουση μεταξύ συνειδησιακών λόγων και των δύο προαναφερθέντων εννόμων αγαθών, προφανώς και πρέπει να υποχωρούν οι πρώτοι.

### Υποκειμενική Υπόσταση & Εσωτερική Αμέλεια

Η υποκειμενική υπόσταση των εγκλημάτων 302 και 314 κρίνεται με βάση το άρθρο 28 ΠΚ που ορίζει τα σχετικά με την Αμέλεια. Δεδομένου ότι αναφέρθηκε προηγουμένως η εξωτερική αμέλεια, εδώ μιλάμε για το εσωτερικό στοιχείο της αμέλειας, το οποίο περιγράφει την ενδιάθετη κατάσταση του δράστη απέναντι στην πράξη του<sup>17</sup>. Η εσωτερική, λοιπόν αμέλεια συνιστά έλλειψη της προσοχής την οποία ο δράστης

όφειλε από τις περιστάσεις και μπορούσε να καταβάλει. Συμπεραίνουμε ότι ο ιατρός-δράστης που πράττει εξ' αμελείας είτε δεν προέβλεψε καθόλου το αξιόποιο αποτέλεσμα, είτε το προέβλεψε ως ενδεχόμενο (γνωστικό στοιχείο) και ήλπιζε ή πίστεψε στην αποφυγή του (βουλητικό στοιχείο), Η αμέλεια συμπροσδιορίζεται από το γνωστικό και το βουλητικό στοιχείο. Η ελπίδα (ενσυνείδητη αμέλεια α' βαθμού) υπάρχει ελλείψει ακριβών και επαρκών δεδομένων για μια ασφαλή εκτίμηση της επέλευσης του αποτελέσματος, ενώ αντίθετα η πίστη (ενσυνείδητη αμέλεια β' βαθμού) στηρίζεται σε υπαρκτά δεδομένα που επιτρέπουν μια εκτίμηση του τι θα ή μπορεί να συμβεί<sup>18</sup>.

Κατά την κρατούσα άποψη η προσοχή που οφείλεται είναι η προσοχή που θα επιδείκνυε ο μέσος συνετός εκπρόσωπος ή κοινωνός του οικείου κύκλου. Όμως φαίνεται ορθότερο να δεχτούμε ότι η οφειλόμενη προσοχή είναι η μέγιστη δυνατή που επιβάλλουν οι συγκεκριμένες περιστάσεις για το εν λόγω έννομο αγαθό και όσον αφορά στις ικανότητες και την δυνατότητα του ιατρού, αυτές πρέπει να κριθούν με βάση τις προσωπικές ικανότητες και δεξιότητες<sup>19</sup>.

### Επίλογος

Όσα προαναφέρθηκαν αποτελούν μία απλή σκιαγράφηση του βασικού άξονα της ποινικής ιατρικής ευθύνης από αμέλεια. Το δίκαιο ιατρικής ευθύνης και η ποινική του διάσταση αποτελούν σύγχρονο αντικείμενο, διαρκώς εξελισσόμενο και με ιδιαίτερα δύσκολες πτυχές, ως προς τις οποίες επικρατούν και αντικρουόμενες αντιλήψεις. Τέλος, πρέπει να γίνει μια σημαντική επισήμανση. Η πρόοδος στον δικαϊκό αυτό τομέα αποσκοπεί και συντελεί αναμφίβολα στην αποτελεσματικότερη απονομή της δικαιοσύνης και δεν πρέπει να οδηγεί τους ιατρούς στην αμυντική ιατρική, δηλαδή σε όχι τόσο αποτελεσματικές πρακτικές, συνήθως και παρωχημένες, οι οποίες τους προστατεύουν από δικαστικές περιπλοκές.

<sup>18</sup> Βλ. *Ι. Μανωλεδάκης*, Ποινικό Δίκαιο Επιτομή Γενικού Μέρους Άρθρα 1-49 ΠΚ, με την επιμέλεια των *Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι/Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου*, Εκδ. Π.Ν. Σάκκουλα, ζ έκδοση 2005, σελ. 232 επ.

<sup>19</sup> Βλ. *Χ. Χοβαρδά* και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 45-47

<sup>17</sup> Βλ. *Χ. Χοβαρδά* και λοιπά μέλη, ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ Α.Π.Θ. ΙΑΤΡΙΚΗ ΠΡΑΞΗ, ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ, ΙΑΤΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΑΜΕΛΕΙΑ (Αστική - Ποινική), Ειδικά Θέματα Ιατρικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 45

# Προστασία των προσωπικών δεδομένων του ασθενή στο ιατρικό δίκαιο

Σούλης Γιώργος & Χρανιώτη Κωνσταντίνα  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Ο GDPR καταργεί το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς, εισάγοντας διαρθρωτικές αλλαγές αναφορικά με την επεξεργασία των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων και την θέσπιση αυξημένων υποχρεώσεων για τους επαγγελματίες του κλάδου. Ιατροί και ασθενείς οφείλουν να γνωρίζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους και να προσαρμοστούν στην νέα πραγματικότητα του GDPR».**

## Εισαγωγή

Τα προσωπικά δεδομένα διακρίνονται σε απλά και ευαίσθητα. Ως ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα ορίζονται αυτά που αφορούν στη φυλετική ή εθνική προέλευση, στα πολιτικά φρονήματα, στις θρησκευτικές ή φιλοσοφικές πεποιθήσεις, στη συμμετοχή σε συνδικαλιστική οργάνωση, στην υγεία, στην κοινωνική πρόνοια και στην ερωτική ζωή, στα σχετικά με ποινικές διώξεις ή καταδίκες, καθώς και στη συμμετοχή σε συναφείς με τα ανωτέρω ενώσεις προσώπων (άρθρο 2 στ. β του ν. 2472/1997). Ο όρος «ευαίσθητα» χρησιμοποιείται για να υποδηλώσει την ανάγκη προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα<sup>1</sup> και αναφέρεται σε πληροφορίες ενός προσδιορισμένου ή προσδιορίσιμου φυσικού προσώπου. Προσδιορίσιμο φυσικό πρόσωπο είναι εκείνο, του οποίου η ταυτότητα μπορεί να εξακριβωθεί άμεσα ή έμμεσα, ιδίως βάσει αριθμού ταυτότητας ή βάσει ενός ή περισσοτέρων συγκεκριμένων στοιχείων που χαρακτηρίζουν την υπόστασή του από φυσική, βιολογική, ψυχολογική, οικονομική, πολιτιστική ή κοινωνική άποψη<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Κατευθυντήριες γραμμές της οδηγίας 95/46/EK

<sup>2</sup> Οδηγία 95/46/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 1995 για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών.

Διαθέσιμο στο <https://eur-lex.europa.eu/legal->

## Η νομική προστασία των ιατρικών δεδομένων σε διεθνή κείμενα

Στα ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα συγκαταλέγονται και οι πληροφορίες που συνδέονται με την υγεία ενός ατόμου, δηλαδή κάθε πληροφορία που ανάγεται τόσο στη βιολογική όσο και στην ψυχική κατάστασή του. Στα δεδομένα υγείας εμπίπτουν τα γενετικά και τα βιομετρικά δεδομένα στο μέτρο που αποκαλύπτουν πληροφορίες σχετικά με την υγεία ή την προδιάθεση για ασθένεια, καθώς και αυτά που τηρούνται στα αρχεία των δωρητών και των ληπτών των ανθρωπίνων ιστών και οργάνων<sup>3</sup>.

Τα ιατρικά δεδομένα ή όσα δεδομένα είναι σχετικά με την υγεία του ατόμου συνιστούν μέρος της προσωπικότητάς του και όχι ιδιοκτησία του φορέα που τα συλλέγει και τα επεξεργάζεται. Συνεπώς, η επεξεργασία των δεδομένων πρέπει να είναι σύμφωνη με τις διατάξεις για την προστασία των προσωπικών ευαίσθητων δεδομένων και του ιατρικού απορρήτου. Η προστασία των προσωπικών δεδομένων συνδέεται διεθνώς με την ανάγκη νομοθετικής προστασίας της ιδιωτικότητας.

Ειδικότερα, στο άρθρο 8 της Σύμβασης για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και των

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=celex:31995L0046>

<sup>3</sup> Ιστοσελίδα Αρχής Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, Θεματική ενότητα: Υγεία.

Διαθέσιμο στο [http://www.dpa.gr/portal/page?\\_pageid=33,124585&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.dpa.gr/portal/page?_pageid=33,124585&_dad=portal&_schema=PORTAL)

θεμελιωδών ελευθεριών, πιο γνωστή ως ΕΣΔΑ, η οποία υπογράφηκε το 1950 και τέθηκε σε ισχύ το 1953, κατοχυρώνεται η προστασία της ιδιωτικής ζωής, στην οποία συγκαταλέγονται και τα προσωπικά δεδομένα. Στη Διακήρυξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης των Γενικών Γιατρών για το Ιατρικό Απόρρητο (1979) υιοθετήθηκε κείμενο αναφορικά με το δικαίωμα του ασθενούς για την τήρηση του επαγγελματικού απορρήτου εκ μέρους του ιατρού, καθώς και την ανάγκη λήψης μέτρων ασφαλείας για την προστασία του απορρήτου κατά την χρησιμοποίηση των σύγχρονων μεθόδων επικοινωνίας.

Στα Άρθρα 2, 4, 7 της Διεθνούς Συνδιάσκεψης Ιατρικών Συλλόγων (1987), προβλέπονται οι υποχρεώσεις του γιατρού να αξιοποιεί τις επαγγελματικές του γνώσεις, με σκοπό τη βελτίωση και διατήρηση της υγείας των ασθενών του, να τους ενημερώνει για τα αποτελέσματα και τις συνέπειες της αγωγής και να εξασφαλίζει το απόρρητο των πληροφοριών που έχει συλλέξει και να σέβεται την ιδιωτικότητά τους<sup>45</sup>.

Ο Οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης(ΟΟΣΑ) το 1980 εξέδωσε κάποιες κατευθυντήριες αρχές που διέπουν την προστασία της ιδιωτικότητας<sup>6</sup>, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται οι αρχές της περιορισμένης συγκέντρω-

σης και συλλογής δεδομένων, της ποιότητας των δεδομένων, του προσδιορισμένου σκοπού της περιορισμένης χρήσης και μέτρων ασφαλείας των προσωπικών δεδομένων, της διαφάνειας και της συμμετοχής και της ευθύνης του ατόμου. Τα προαναφερθέντα νομικά κείμενα συνθέτουν ένα πλαίσιο γενικών αρχών στερουμένων δεσμευτικότητας, με βασικό σκοπό την προάσπιση των ελευθεριών και των δικαιωμάτων των προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

Το πρώτο διεθνές δεσμευτικό κείμενο είναι η Σύμβαση 108 του Συμβουλίου της Ευρώπης για την προστασία των ατόμων από την αυτόματη επεξεργασία των προσωπικών τους δεδομένων<sup>7</sup>. Ειδικότερα, στο άρθρο 6 προβλέπεται ότι τα ιατρικά δεδομένα δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αυτοματοποιημένης επεξεργασίας χωρίς εγγυήσεις για την προστασία τους. Η Σύμβαση 108 κυρώθηκε από την Ελλάδα με τον Ν. 2068/1992 (ΦΕΚ Α'118). Το μειονέκτημά της ήταν ότι δεν ήταν αμέσου εφαρμογής, με αποτέλεσμα η ισχύς της στο εσωτερικό δίκαιο της κάθε χώρας να εξαρτάται από την κύρωσή της, αλλά και από τη θέσπιση εσωτερικών ρυθμίσεων με πρωτοβουλία των κρατών. Επίσης, δεν προβλεπόταν η ίδρυση ανεξάρτητης ελεγκτικής αρχής, η οποία προστέθηκε με το Πρόσθετο Πρωτόκολλο του 2001. Σημαντικό είναι να λεχθεί ότι η Σύμβαση επικαιροποιήθηκε με ένα τροποποιητικό πρωτόκολλο<sup>8</sup> λίγο πριν την θέση σε ισχύ του GDPR το 2018 στην κατεύθυνση της αποτελεσματικής αντιμετώπισης των κινδύνων για την προστασία προσωπικών δεδομένων που απορρέουν από την χρήση νέων τεχνολογιών.

Σταθμό στην προστασία των προσωπικών δεδομένων αποτελεί η Οδηγία 95/46/EK, με την μεταφορά της οποίας από τα κράτη-μέλη εξασφαλίζεται η εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών τους ως

<sup>4</sup> *Ειρήνη Αναπλιώτη - Βαζαίου / Δικηγόρος, Γενικές Αρχές Ιατρικού Δικαίου, Εκδόσεις Π. Σάκκουλα, Αθήνα 1999, σελ. 100-102*

<sup>5</sup> *Κωνσταντίνος Δ. Κρεμαλής, Καθηγητής Πανεπιστημίου Αθηνών- Δικηγόρος ΑΠ Δίκαιο Υγείας, Γενικές Αρχές των Κοινωνικών Υπηρεσιών Υγείας, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, σελ 70-71*

<sup>6</sup> *Σε επίπεδο διεθνών συμβάσεων σημαντική είναι και η υπογραφή Σύστασης από τον ΟΟΣΑ. (23.9.1980) προς τα κράτη μέλη του «για τις κατευθυντήριες γραμμές οι οποίες αναφέρονται στην προστασία της ιδιωτικής ζωής και στις διασυνοριακές ροές δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα» με στόχο τη διακρατική οικονομική ανάπτυξη στον τομέα αυτό και όχι καθαυτή την προστασία του ατόμου, σε αντίθεση με το σχέδιο οδηγίας της Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του ΟΗΕ «για τη νομοθετική ρύθμιση των ψηφιακών αρχείων προσωπικών δεδομένων»(23.6.1985), το οποίο στοχεύει άμεσα στην προστασία του ατόμου, αν και προβλέπει κι αυτό τα ίδια χαμηλά επίπεδα προστασίας. Βλ. σχετ. Γεωρ. Λουκέρη, Εναρμόνιση του δικαίου της προστασίας του ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στην Ευρωπαϊκή Ένωση, ΝοΒ 45, 1997, σελ. 550.*

<sup>7</sup> Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981.

Διαθέσιμο στο <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>

Έγκριση της επικαιροποιημένης Σύμβαση από την Επιτροπή Υπουργών του Συμβουλίου της Ευρώπης με την ευκαιρία της 128ης συνόδου της στο Elsinore.

Διαθέσιμο στο [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf)

προς την προστασία των προσωπικών δεδομένων και η οποία είναι υποχρεωτική για όλες τις χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

### **Η προστασία των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων στην εθνική έννομη τάξη κατά το προϊσχύσαν νομικό καθεστώς**

Η Κοινοτική Οδηγία 95/46/EK μεταφέρθηκε και ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το ν. 2472/1997 (ΦΕΚ Α 50), ο οποίος τροποποιήθηκε με τον Ν. 3625/2007 και σκιαγραφεί το νομικό πλαίσιο της προστασίας των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, η ρύθμιση αυτή αποσκοπεί στη μεγαλύτερη ασφάλεια του δικαίου, η οποία δεν επιτυγχάνεται με τη γενική ρήτρα της 57 ΑΚ. Ο παραπάνω νόμος, που αφορά κάθε φυσικό πρόσωπο εν ζωή, πρέπει να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται σύμφωνα με το σκοπό του και την αρχή της αναλογικότητας, που επιβάλλουν τον περιορισμό της συλλογής και της επεξεργασίας των δεδομένων υγείας για εκείνους και μόνο τους σκοπούς που επιδοκιμάζει η έννομη τάξη, την απαγόρευση της δευτερεύουσας χρήσης και την τήρηση των κανόνων της αναγκαιότητας, της προσφορότητας και του μέτρου κατά τη συλλογή και επεξεργασία τους<sup>9</sup>.

Οι προϋποθέσεις θεμιτής επεξεργασίας των προσωπικών δεδομένων ρυθμίζονται στα άρθρα 4-8 του Ν. 2472/1997. Η νόμιμη συλλογή των δεδομένων εξαρτάται από την έγκυρη συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων, η οποία μπορεί να θεωρηθεί ως τέτοια, εφόσον το πρόσωπο αυτό είναι πλήρως ενημερωμένο για τους λόγους επεξεργασίας των δεδομένων. Συγχρόνως, το άρθρο 11 επιβάλλει την ενημέρωση του υποκειμένου των δεδομένων αναφορικά με τα χαρακτηριστικά της επεξεργασίας που υφίστανται οι προσωπικές του πληροφορίες.

Κατ' άρθρο 4 παρ. 1β' του νόμου, η επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα πρέπει να υπακούει στην αρχή της αναλογικότητας. Τα προσωπικά δεδομένα πρέπει να είναι συναφή, πρόσφορα, ακριβή και επικαιροποιημένα. (άρθρ.4

περ.γ). Επίσης, επιβάλλεται να υπακούουν στην αρχή της απαγόρευσης της σύρρευσης πληροφοριών για μελλοντικές ανάγκες, δηλαδή οι πληροφορίες να εξυπηρετούν μόνο τον γνωστοποιημένο στο υποκείμενο των δεδομένων και άμεσο σκοπό της επεξεργασίας. Το αναγκαίο χρονικό διάστημα διατήρησης των δεδομένων, έτσι ώστε να επιτρέπεται ο προσδιορισμός της ταυτότητας του υποκειμένου αποφασίζεται κατά περίπτωση από την Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων. Μετά το πέρας του, τα δεδομένα είτε διαγράφονται είτε διατηρούνται ανώνυμα με ευθύνη του υπεύθυνου επεξεργασίας για την εξυπηρέτηση ιστορικών, επιστημονικών ή στατιστικών σκοπών (άρ.4 παρ.2). Δηλαδή, η επεξεργασία και η διατήρηση επώνυμα των δεδομένων απαγορεύεται όταν αφορά σκοπό διαφορετικό από αυτόν για τον οποίο έχει ενημερωθεί το υποκείμενο ή διαφορετικό χρονικό πλαίσιο από το αναγκαίο για την επεξεργασία.

Η επεξεργασία και η προστασία των ιατρικών δεδομένων διέπεται από τις διατάξεις του ν. 2472/1997 (Άρθρου 7) και από τις διατάξεις του ν. 2774/99 σχετικά με το ιατρικό απόρρητο. Τα ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα υγείας συλλέγονται σε αρχείο από τους ιατρούς και τα νοσηλευτικά ιδρύματα, που λειτουργούν ως υπεύθυνοι επεξεργασίας στο πλαίσιο παροχής ιατρικής φροντίδας κατά το άρθρο 14 ν.3418/2005. Η συλλογή των δεδομένων αυτών πρέπει να γνωστοποιείται στην Αρχή και να λαμβάνεται προηγούμενη σχετική άδεια της Αρχής (άρθρα 6, 7 παρ. 2 στοιχ. δ' και 7Α παρ. 1 στοιχ. δ' εδ. γ' του ν.2472/1997). Κάθε επεξεργασία που γίνεται πέραν του προαναφερόμενου σκοπού της παροχής ιατρικής υπηρεσιών υγείας πρέπει να διενεργείται ύστερα από σχετική άδεια της αρχής.

Κατά το άρθρο 12 του ν.2472/1997 και άρθρο 14 παρ. 8 του ν.3418/2005, το υποκείμενο των δεδομένων έχει δικαίωμα πρόσβασης στα δεδομένα που συλλέγονται και υπόκεινται σε επεξεργασία, το οποίο ορίζει ότι ο ασθενής έχει δικαίωμα πρόσβασης στα ιατρικά αρχεία. Το δικαίωμα πρόσβασης απευθύνεται στον υπεύθυνο επεξεργασίας (ιατρό, νοσηλευτικό ίδρυμα) και μπορεί να ασκείται είτε από τον ίδιο τον ασθενή, ως υποκείμενο των δεδομένων, είτε από το νόμιμο αντιπρόσωπό του (αρ. 128επ ΑΚ, είτε από νομίμως εξουσιοδοτημένο πρόσωπο (π.χ. πληρεξούσιο δικηγόρο του υποκειμένου).

Στο πλαίσιο των νέων δεδομένων προωθήθηκε η υιοθέτηση του ηλεκτρονικού φακέλου που αντι-

<sup>9</sup> Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, Δέκα ερωτήσεις - απαντήσεις για τα προσωπικά δεδομένα.

Διαθέσιμο στο [http://www.dpa.gr/portal/page?\\_pageid=33,18990&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.dpa.gr/portal/page?_pageid=33,18990&_dad=portal&_schema=PORTAL)

καθιστά το χειρόγραφο ιατρικό φάκελο ως κύρια πηγή πληροφοριών. Αυτό σημαίνει ότι πλέον όλα τα ιατρικά δεδομένα των ασθενών, όπως για παράδειγμα το ιστορικό και η φαρμακευτική τους αγωγή, θα βρίσκονται σε ψηφιακή μορφή. Η αυτοματοποίηση, λοιπόν, των διαδικασιών επιτάσσει την ασφάλεια του συστήματος των ηλεκτρονικών φακέλων, με σκοπό να εξασφαλίζεται το δικαίωμα του ασθενούς στην τήρηση του απορρήτου των προσωπικών ευαίσθητων δεδομένων υπό το πρίσμα και της επιταγής του άρθρου 9Α του Συντάγματος, όπου ορίζεται ότι «*καθένας έχει δικαίωμα προστασίας από τη συλλογή, επεξεργασία και χρήση, ιδίως με ηλεκτρονικά μέσα, των προσωπικών δεδομένων, όπως ο νόμος ορίζει*».

### Ο νέος κανονισμός και οι βασικές τροποποιήσεις

#### Εισαγωγή

Ο Κανονισμός 2016/679, γνωστός ως Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων - ΓΚΠΔ (General Data Protection Regulation - GDPR), ψηφίστηκε τον Απρίλιο του 2016. Με την εφαρμογή του κανονισμού αυτού από τις 25 Μαΐου 2018, καθιερώνεται ενιαίο νομικό πλαίσιο για την προστασία των προσωπικών δεδομένων σε όλα τα κράτη-μέλη της Ε.Ε.<sup>10</sup>

Η εφαρμογή του GDPR επηρεάζει άμεσα, όπως είναι σαφές, και την προστασία των προσωπικών δεδομένων των ασθενών και τροποποιεί το προηγούμενο νομικό καθεστώς, όπως παρουσιάστηκε παραπάνω. Η επιρροή αυτή εκτείνεται σε δυο βασικούς άξονες. Αφενός γίνεται λόγος για ενδυνάμωση των δικαιωμάτων των φυσικών προσώπων ως προς την ενημέρωση, την πρόσβαση και τη διόρθωση των προσωπικών τους δεδομένων, τον περιορισμό της επεξεργασίας τους, την εναντίωση στην επεξεργασία αυτών, τη διαγραφή, τη μεταφορά και την αποστολή των προσωπικών τους δεδομένων<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Μεταρρύθμιση των κανόνων της ΕΕ για την προστασία των δεδομένων το 2018, Γενικό πλαίσιο. Διαθέσιμο στο: [https://ec.europa.eu/commission/priorities/justice-and-fundamental-rights/data-protection/2018-reform-eu-data-protection-rules\\_el?fbclid=IwAR13KHWMTC1Jp6-Tbjonj8B6IQX9TP1vzExhA\\_Y-HkNWOrg2\\_YOPmlaY7Ik](https://ec.europa.eu/commission/priorities/justice-and-fundamental-rights/data-protection/2018-reform-eu-data-protection-rules_el?fbclid=IwAR13KHWMTC1Jp6-Tbjonj8B6IQX9TP1vzExhA_Y-HkNWOrg2_YOPmlaY7Ik)

<sup>11</sup> Ιγγλεζάκης Δ. Ιωάννης, Ο γενικός κανονισμός προστασίας προσωπικών δεδομένων (Κανονισμός

Αφετέρου, αποκτά θεσμικές αρμοδιότητες και αναλαμβάνει σημαντική ευθύνη ο «*υπεύθυνος επεξεργασίας*». Εκείνος έχει πλέον την ευθύνη συμμόρφωσης και απόδειξης ορθής τήρησης της διαδικασίας επεξεργασίας. Επιβάλλει, επίσης, την προστασία δεδομένων κατά τον σχεδιασμό (χρήση-επιλογή προγραμμάτων με ρυθμίσεις αυξημένης προστασίας και ασφάλειας), την προστασία δεδομένων κατά το στάδιο της επεξεργασίας (τεχνικά μέτρα και προγράμματα επεξεργασίας μόνο των δεδομένων απαραίτητων για τον σκοπό της επεξεργασίας), την ασφάλεια επεξεργασίας (εφαρμογή τεχνικών ρυθμίσεων-πρωτόκολλο ασφαλείας στα ήδη υπάρχοντα προγράμματα), τη γνωστοποίηση διαρροής δεδομένων (από τη στιγμή που θα γίνει αντιληπτή και εντός 72 ωρών στην Αρχή Προστασίας) και τον Υπεύθυνο Προστασίας Δεδομένων (Data Protection Officer - DPO).

#### Ενίσχυση δικαιωμάτων ασθενών - «Υπεύθυνος επεξεργασίας»

Όπως ήδη αναφέρθηκε, με τον GDPR ενισχύονται σημαντικά τα δικαιώματα των ασθενών σχετικά με τα προσωπικά τους δεδομένα. Οι ιατροί ως «*υπεύθυνοι επεξεργασίας*» επιφορτίζονται με την αρχή της λογοδοσίας (άρθρο 5 ΓΚΠΔ)<sup>12</sup>. Τούτο σημαίνει ότι όσοι επεξεργάζονται<sup>13</sup> προσωπικά δεδομένα δεν αρκεί να συμμορφώνονται με τις υποχρεώσεις τους, αλλά πρέπει και να είναι σε θέση να

2016/679), Εισαγωγή στο νέο νομικό πλαίσιο προστασίας προσωπικών δεδομένων, Εκδόσεις INTERACTIVE BOOKS, 2018, σελ. 35-50

<sup>12</sup> «*Η αρχή της λογοδοσίας αναλύεται σε επιμέρους ενέργειες που πρέπει να πραγματοποιεί ο γιατρός, ο οποίος, ως υπεύθυνος επεξεργασίας, φέρει την ευθύνη και πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει τη συμμόρφωσή του με τις γενικές αρχές που προβλέπει ο ΓΚΠΔ, κ. Βαβουρανάκης, πρόεδρος ιατρικού συλλόγου Ηρακλείου. Διαθέσιμο στο: <https://www.neakriti.gr/article/ellada-nea/1507829/etsitha-prostateuodai-ta-prosopika-dedomena-ton-asthenon/>*

<sup>13</sup> Με τον όρο «*επεξεργασία δεδομένων*» εννοείται κάθε πράξη που πραγματοποιείται (ηλεκτρονικά ή χειρόγραφα) σε προσωπικά και ευαίσθητα δεδομένα. Η συλλογή, η οργάνωση, η χρήση, η αποθήκευση, ακόμα και η διαγραφή προσωπικών δεδομένων ασθενών από οποιοδήποτε επαγγελματία υγείας θεωρείται επεξεργασία δεδομένων (αρ. 4 περ. 2 του κανονισμού 679/2016-GDPR)

αποδείξουν τη συμμόρφωσή τους. Συγκεκριμένα, πρέπει να τηρούν επικαιροποιημένα αρχεία των δραστηριοτήτων επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων, καθώς και να εφαρμόζουν διαδικασίες που αντανακλούν όλες τις αρχές της επεξεργασίας, καταγράφοντας και απαντώντας, οποιαδήποτε αιτήματα προβάλλουν τα υποκείμενα των δεδομένων. Όποιος επεξεργάζεται προσωπικά δεδομένα πρέπει να ορίζει και να καταγράφει τη νομική βάση και τον σκοπό της επεξεργασίας και να προάγει την διαφάνεια κάθε επεξεργασίας.

Σημαντικό είναι να ληφθεί ότι, ενώ οι ιατροί επιφορτίζονται με τις παραπάνω υποχρεώσεις, πλέον δεν απαιτείται προηγούμενη γνωστοποίηση της επεξεργασίας δεδομένων στην αρχή προστασίας δεδομένων, ούτε είναι απαραίτητο να ληφθεί προηγούμενη άδεια της αρχής σε περιπτώσεις επεξεργασίας ευαίσθητων δεδομένων (ή «ειδικών κατηγοριών δεδομένων» σύμφωνα με τον όρο που χρησιμοποιείται στον Κανονισμό), όπως τα δεδομένα που αφορούν την υγεία, υποχρέωση, η οποία υφίστατο πριν τον GDPR. Υπάρχει, άλλωστε, και σχετική διευκρινιστική απόφαση της Αρχής Προσωπικών Δεδομένων (υπ' αριθ. 46/2018) η οποία διευκρινίζει ρητά ότι «ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων, που τίθεται σε εφαρμογή από τις 25.05.2018, καταργεί τη γενική υποχρέωση γνωστοποίησης της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στις εποπτικές αρχές που προέβλεπε η Οδηγία 95/46/EK<sup>14</sup>.

Ειδικότερα, η αρχή της λογοδοσίας αφορά και τον εκτελούντα την επεξεργασία, ο οποίος επιλέγεται από τον υπεύθυνο επεξεργασίας. Η επεξεργασία διενεργείται κατόπιν γραπτής σύμβασης δεσμευτικής για τον εκτελούντα, ο οποίος επεξεργάζεται τα δεδομένα μόνο σύμφωνα με τις καταγεγραμμένες εντολές του υπευθύνου επεξεργασίας (άρθρο 28 GDPR). Προβλέπεται ο γιατρός, ως υπεύθυνος επεξεργασίας, αλλά και ο εκτελών την επεξεργασία να τηρεί αρχείο δραστηριοτήτων επεξεργασίας (άρθρο 30 GDPR). Στο αρχείο αυτό καταγράφει ενδελεχώς τα δεδομένα που τηρεί και μεταβιβάζει, τις επεξεργασίες στις οποίες προβαίνει, τον σκοπό και τη νομική βάση αυτών. Το αρχείο αυτό πρέπει να

είναι ανά πάσα στιγμή στη διάθεση της Εποπτικής Αρχής. Τέλος, προβλέπεται ακόμη η γνωστοποίηση παραβίασης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (άρθρο 33 GDPR). Εντός 72 ωρών από τη στιγμή που ο γιατρός αντιλαμβάνεται την παραβίαση οφείλει να τη γνωστοποιήσει, αναλυτικά, αιτιολογημένα και τεκμηριωμένα, στην Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα<sup>15</sup>.

Τέλος, αναγκαία επισήμανση αποτελεί το γεγονός ότι ο GDPR είναι τεχνολογικά ουδέτερος, καθώς εφαρμόζεται τόσο στην αυτοματοποιημένη όσο και στην χειροκίνητη επεξεργασία, τηρουμένης της προϋπόθεσης ότι τα δεδομένα πρέπει να οργανώνονται βάσει προκαθορισμένων κριτηρίων (π.χ. αλφαβητική σειρά)<sup>16</sup>.

#### Ο Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων

Η ύπαρξη του DPO (Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων) αποτελεί υποχρέωση όλων των ΝΠΔΔ που επεξεργάζονται προσωπικά δεδομένα και για κάθε οργανισμό (ανεξαρτήτως νομικής μορφής) στον οποίο διενεργείται μεγάλης κλίμακας επεξεργασία ειδικών κατηγοριών δεδομένων. Εκείνος έχει την ευθύνη της παρακολούθησης, της συμμόρφωσης και των πολιτικών προστασίας προσωπικών δεδομένων του εκτελούντος ή υπεύθυνου για την επεξεργασία (άρθρο 39 GDPR).

Η επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα ασθενών σε ιατρεία, όπου η σχέση ιατρού-ασθενούς είναι προσωπική, δε θεωρείται ότι είναι μεγάλης κλίμακας, επομένως δε χρειάζεται DPO. Σε κλινικές και νοσοκομεία, ωστόσο, αποτελεί υποχρέωση ο ορισμός DPO. Σε ενδιάμεσες περιπτώσεις, πολυϊατρεία ή διαγνωστικά εργαστήρια, είναι απαραίτητη η νομική συμβουλή για την αξιολόγηση του όγκου επεξεργασίας και δεδομένων<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Συχνές ερωτήσεις και απαντήσεις για τον νέο κανονισμό προσωπικών δεδομένων (23/5/2018). Διαθέσιμο στο: <http://www.isathens.gr/pliories-gdpr>

<sup>16</sup> Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Τι είναι τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα. Διαθέσιμο στο [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data\\_el](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_el)

<sup>17</sup> Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας Εργασίας του άρθρου 29 της οδηγίας 95/46/EK σχετικά με τους Υπεύθυνους Προστασίας Δεδομένων, σελ 10-11. Διαθέσιμο στο [http://www.dpa.gr/pls/portal/docs/PAGE/APDPX/GDPR/FILES%20GDPR/WP243REV01\\_EL.PDF](http://www.dpa.gr/pls/portal/docs/PAGE/APDPX/GDPR/FILES%20GDPR/WP243REV01_EL.PDF)

<sup>14</sup> Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, Ενημέρωση σχετικά με την κατάργηση των γνωστοποιήσεων τήρησης αρχείου/επεξεργασιών και της χορήγησης αδειών. Διαθέσιμο στο <http://www.dpa.gr/APDPXPortlets/htdocs/documentSDisplay.jsp?docid=28,12,241,205,38,93,67,87>

### Επίλογος

Με την κατοχύρωση της προστασίας των προσωπικών δεδομένων των ασθενών το δικαίωμα της ιδιωτικότητάς τους σταθμίζεται με την ανάγκη επεξεργασίας των δεδομένων αυτών για ιατρικούς σκοπούς από επαγγελματίες και οργανισμούς. Σε ένα σύγχρονο ευρωπαϊκό νομικό πλαίσιο, οι ασθενείς πρέπει, αφενός, να έχουν τον έλεγχο των προσωπικών τους δεδομένων, να γνωρίζουν ποιοι τα επεξεργάζονται και για ποιο σκοπό, απολαμβάνοντας έμπρακτα το δικαίωμα στην ιδιωτικότητά τους, στο μέτρο που το επιθυμούν. Στον αντίποδα, δεν νοείται άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος

χωρίς χρήση και επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων των ασθενών, τηρουμένων σε κάθε περίπτωση των προϋποθέσεων που θέτει η ισχύουσα νομοθεσία. Και κορωνίδα της ισχύουσας νομοθεσίας είναι σήμερα ο Κανονισμός 2016/679. Ο GDPR καταργεί το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς, εισάγοντας διαρθρωτικές αλλαγές αναφορικά με την επεξεργασία των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων και την θέσπιση αυξημένων υποχρεώσεων για τους επαγγελματίες του κλάδου. Ιατροί και ασθενείς οφείλουν να γνωρίζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους και να προσαρμοστούν στην νέα πραγματικότητα του GDPR.



# Ιατρική ποινική ευθύνη: Σύγχρονες προκλήσεις κατά την αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών

Αρχοντή Γεωργία  
Ασκούμενη Δικηγόρος

**«Με τον όρο «επείγουσα ιατρική», οριοθετείται ο κλάδος της ιατρικής επιστήμης που ασχολείται με τη φροντίδα των ασθενών, οι οποίοι βρίσκονται, κατά τρόπο αιφνίδιο και απότομο, σε κρίσιμη κατάσταση, καθιστώντας απαραίτητη την παροχή άμεσης ιατρικής φροντίδας, προκειμένου να αποφευχθεί βλάβη στην υγεία τους ή ακόμη και θάνατος.»**

## Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Μία μορφή εκδήλωσης της ποινικής ευθύνης αποτελεί εκείνη που αναπτύσσεται στον ιατρικό κλάδο. Συγκεκριμένα, στην περίπτωση των ιατρών ιδρύεται ιδιαίτερη νομική υποχρέωση, η οποία απορρέει από τον κώδικα ιατρικής δεοντολογίας<sup>1</sup> καθώς και από την εγγυητική θέση που κατέχουν, λόγω του επαγγέλματός τους, στην ασφάλεια της ζωής ή της υγείας του ασθενούς, κατά την εκτέλεση της ιατρικής πράξης<sup>2</sup>. Επιπλέον, πηγές ιδιαίτερης νομικής υποχρέωσης του ιατρού προβλέπονται στα άρθρα 15, 28, 302 και 299 του Ποινικού Κώδικα, στο άρθρο 9 του Ν.Δ. της 15/6/1955 και στο άρθρο 24 του Α.Ν.65.1939 «περί Κώδικος ασκήσεως του ιατρικού επαγγέλματος»<sup>3</sup>.

Επιπλέον, γίνεται δεκτό ότι η ποινική ευθύνη του ιατρού καταφάσκει στις περιπτώσεις όπου το αποτέλεσμα του θανάτου ή της σωματικής βλάβης, ως συνέπεια ιατρικής πράξης ή παράλειψης, οφείλεται σε παράβαση των κοινώς αναγνωρισμένων

κανόνων της ιατρικής του επιστήμης, καθώς και όταν η ενέργεια ή παράλειψή του δεν ήταν σύμφωνη με το αντικειμενικώς επιβαλλόμενο καθήκον επιμέλειας<sup>4</sup>. Στο σημείο αυτό πρέπει να αναφερθεί πως η ως άνω προσοχή είναι εκείνη που οφείλει να καταβάλει ο μέσος ιατρός, λαμβάνοντας, παράλληλα, υπόψη τις προσωπικές περιστάσεις, ιδιότητες, γνώσεις και ικανότητες αυτού, υποχρέωση που προβλέπει και το άρθρο 3 παρ. 2 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας: «Ο ιατρός ενεργεί με βάση: α) την εκπαίδευση που του έχει παρασχεθεί κατά τη διάρκεια των προπτυχιακών του σπουδών, την άσκησή του για την απόκτηση τίτλου ιατρικής ειδικότητας και τη συνεχιζόμενη ιατρική του εκπαίδευση, β) την πείρα και τις δεξιότητες που αποκτά κατά την άσκηση της ιατρικής και γ) τους κανόνες της τεκμηριωμένης και βασισμένης σε ενδείξεις ιατρικής επιστήμης».

Εστιάζοντας στο ζήτημα της ποινικής ευθύνης και ιδιαίτερα στο ποινικά επιτρεπτό των ιατρικών πράξεων, κρατούσα θεωρία είναι εκείνη σύμφωνα με την οποία, ακόμα και στην περίπτωση που η επέμβαση στο ανθρώπινο σώμα δεν είχε το επιθυμητό αποτέλεσμα, με αποτέλεσμα τη σωματική κάκωση ή τον θάνατο, δεν μπορούν να αποδοθούν ποινικές ευθύνες σε ιατρό, εφόσον ενήργησε σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και δεοντολογίας (lege artis)<sup>5</sup>. Παρόμοια θέση ακολουθεί και το ακυρωτικό δικαστήριο, σύμφωνα με

<sup>1</sup> Ν. 3418/2005, άρθρο 8, διαθέσιμο στο: <https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/nomos-3418-2005>

<sup>2</sup> Φράγκος Κ., Ιατρική Ευθύνη, Σάκκουλα, 2018, σ. 279

<sup>3</sup> ΑΝ 565/1939, «Περί Κώδικος ασκήσεως του ιατρικού επαγγέλματος»: «Ο ιατρός οφείλει να παρέχει μετά ζήλου, ευσυνειδησίας και αφοσιώσεως την ιατρική αυτού συνδρομή, συμφώνως προς τας θεμελιώδεις αρχάς της ιατρικής επιστήμης και της κτηθείσης πείρας, τηρών τας ισχύουσας διατάξεις περί διαφυλάξεως των ασθενών και προστασίας των υγιών».

<sup>4</sup> Τσίτουρα Α., Ιατρική αμέλεια και ποινική ευθύνη, ΠοινΔικ 2004, σ. 1231.

<sup>5</sup> Λιούρδη Α., Ιατρική Ποινική Ευθύνη, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σ. 43.

τη νομολογία του οποίου στοιχειοθετείται ποινική ευθύνη ιατρού στις περιπτώσεις όπου το εκάστοτε αποτέλεσμα της βλάβης ή του θανάτου οφείλεται σε παράβαση των κοινώς αναγνωρισμένων κανόνων της επιστήμης για τους οποίους δεν μπορεί να γεννηθεί αμφισβήτηση και η σχετική του ενέργεια δεν έγινε σύμφωνα με το αντικειμενικώς επιβαλλόμενο καθήκον επιμέλειας<sup>6</sup>.

Οι παραπάνω συνοπτικές παρατηρήσεις μάς επιτρέπουν να προχωρήσουμε στην ανάλυση της ειδικότερης περίπτωσης της ποινικής ευθύνης των ιατρών, κατά την αντιμετώπιση περιστατικών στο Τμήμα Επειγόντων Περιστατικών (στο εξής: Τ.Ε.Π.).

### Ιατρική φροντίδα στο Τ.Ε.Π.

Με τον όρο «επείγουσα ιατρική», οριοθετείται ο κλάδος της ιατρικής επιστήμης που ασχολείται με τη φροντίδα των ασθενών, οι οποίοι βρίσκονται, κατά τρόπο αιφνίδιο και απότομο, σε κρίσιμη κατάσταση, καθιστώντας απαραίτητη την παροχή άμεσης ιατρικής φροντίδας, προκειμένου να αποφευχθεί βλάβη στην υγεία τους ή ακόμη και θάνατος<sup>7</sup>. Όπως προβλέπει ο Ν. 2889/2001, σε κάθε νοσοκομείο με δυναμικότητα άνω των 200 κλινών, συγκροτείται υποχρεωτικά αυτοτελές τμήμα Τ.Ε.Π. Παράγοντες όπως η αύξηση των τροχαίων ατυχημάτων και η συνεχής εμφάνιση καρδιαγγειακών νοσημάτων, όπως το οξύ έμφραγμα του μυοκαρδίου και το αγγειακό εγκεφαλικό επεισόδιο, συνιστούν βασικό παράγοντα που ενισχύει την ανάγκη αντιμετώπισης των εν λόγω ασθενών, η φροντίδα των οποίων απαιτεί άμεση εξέταση και κατάλληλη θεραπεία<sup>8</sup>. Ωστόσο, τα τελευταία χρόνια, παρατηρούνται σοβαρές ελλείψεις στην στελέχωση των Τ.Ε.Π., με αποτέλεσμα η αντιμετώπιση των ασθενών να διεξάγεται πλημμελώς, δημιουργώντας, μεταξύ άλλων, ζητήματα ποινικής ευθύνης. Με βάση τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (στο εξής: Κ.Ι.Δ.) και το άρθρο 953: «Ο ιατρός οφείλει να παρέχει τις υπηρεσίες του για την αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών ανεξάρτητα από την ειδικότητά του. Η υποχρέωση αυτή βαρύνει τον ιατρό, ακόμη και όταν δεν υπάρχουν τα κατάλληλα μέσα για την άσκηση της ιατρικής, και ισχύει μέχρι την παραπομπή του ασθενή σε ιατρό κατάλληλης ειδικότητας ή τη μεταφορά του σε

κατάλληλη μονάδα παροχής υπηρεσιών φροντίδας και περίθαλψης. Σε κάθε περίπτωση ο ιατρός οφείλει να εξαντλήσει τις υπάρχουσες, κάτω από τις δεδομένες συνθήκες, δυνατότητες, σύμφωνα με τις επιταγές της ιατρικής επιστήμης.».

#### Η περίπτωση των ανειδίκευτων ιατρών

Εξετάζοντας τη συγκεκριμένη ομάδα, η οποία βρίσκεται στο πρωταρχικό στάδιο της επαγγελματικής της πορείας, διαπιστώνουμε, αρχικά, πως τα εν λόγω άτομα δεν δρουν αυτοτελώς, αλλά υπό τις εντολές ενός επικεφαλής ειδικού ιατρού. Ωστόσο, εξαίρεση εισάγεται στον εν λόγω κανόνα στην περίπτωση επείγοντος περιστατικού που απαιτεί άμεση ανάληψη δράσης<sup>9</sup>. Επιπλέον, το μέτρο της ευθύνης τους προσδιορίζεται με βάση το μέσο ανειδίκευτο ιατρό, που καλείται να χειριστεί επείγον περιστατικό, χωρίς να διαθέτει τις αναγκαίες γνώσεις και δεξιότητες.

Με την απόφαση 1108/2011 του ΑΠ, κρίθηκε ορθή και αιτιολογημένη η καταδίκη αγροτικού ιατρού για ανθρωποκτονία από μη συνειδητή αμέλεια, λόγω μη διάγνωσης του προβλήματος υγείας του ασθενούς, μη διενέργειας των ενδεδειγμένων εξετάσεων και μη παραπομπής του σε ειδικευμένους ιατρούς του ίδιου νοσοκομείου<sup>10</sup>.

Με την απόφαση 670/2011 του ΑΠ, απορρίφθηκε αίτηση αναίρεσης ανειδίκευτου στρατιώτη ιατρού, ο οποίος δεν συνόδευσε στο πήγμα του οχήματος μεταφοράς οπλήτη ασθενή, με εμφανή συμπτώματα ψυχωσικής συνδρομής και δεν του παρείχε αδιάλειπτη φροντίδα και παρακολούθηση. Συγκεκριμένα, το ακυρωτικό δικαστήριο έκανε δεκτό ότι, με βάση την κοινή λογική, θα μπορούσε να προβλεφθεί ότι η παράλειψη λήψης των απαιτούμενων μέτρων θα είχε ως πιθανό αποτέλεσμα τον τραυματισμό του παθόντος<sup>11</sup>.

#### Η περίπτωση των ειδικευόμενων ιατρών

Στην εν λόγω ομάδα, απαραίτητο είναι να υπομνησθεί η παρακάτω ιδιαιτερότητα: οι ειδικευόμενοι ιατροί, πέρα από την θεραπεία των ασθενών, καλούνται να ανταπεξέλθουν και στην πρακτική εκπαίδευσή τους ως μελλοντικών ειδικών ιατρών.

<sup>9</sup> Ματσακάς, οπ. π., σ. 70.

<sup>6</sup> Οπ.π. σ. 44.

<sup>7</sup> Ματσακάς Α., Ποινική Ιατρική Ευθύνη επί Επειγόντων Περιστατικών, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2016, σ. 1

<sup>8</sup> Λιούρδη Α., οπ.π., σ. 145.

<sup>10</sup> Φραγκουδάκη Ε., Ιατρική Ευθύνη στο Τμήμα Επειγόντων Περιστατικών, διαθέσιμο στο: <https://www.iatrikodikaio.com/ιατρική-ευθύνη-στο-τμήμα-επειγόντων-π/>.

<sup>11</sup> Ματσακάς, οπ. π., σ. 72.

Εντός του πλαισίου αυτού και με βάση τις υποδείξεις των ειδικών ιατρών, οι ειδικευόμενοι καλούνται να παράσχουν έργο, με την υποχρέωσή τους να εκτείνεται έως του σημείου όπου βρίσκονται ενώπιον περιστατικού, η αντιμετώπιση του οποίου απαιτεί ιατρικές γνώσεις και προσωπικές ικανότητες τις οποίες δεν διαθέτουν. Στην περίπτωση αυτή, πέρα από την δεδομένη αποχή ιατρικών πράξεων, ο ειδικευόμενος ιατρός οφείλει να καλεί άμεσα τον ειδικό ιατρό, ενημερώνοντας τον για το επίμαχο ιατρικό περιστατικό.

Αρχικά, ποινική ευθύνη ιδρύεται στην περίπτωση εσφαλμένης διάγνωσης. Σύμφωνα με την απόφαση 669/2011 του ΑΠ, κρίθηκε ορθή η καταδίκη ειδικευόμενου παθολόγου για ανθρωποκτονία από μη συνειδητή αμέλεια ασθενούς με οξύ έμφραγμα του μυοκαρδίου, λόγω του ότι ο ασθενής δεν υπεβλήθη στις απαραίτητες εξετάσεις, καθώς το αποτέλεσμα του θανάτου δεν θα επερχόταν αν ο κατηγορούμενος κατέβαλλε την επιμέλεια που όφειλε και μπορούσε από τις περιστάσεις να καταβάλει, και συγκεκριμένα, στην περίπτωση που πραγματοποιούσε ο ίδιος τις ως άνω εξετάσεις, προχωρούσε στην έγκαιρη διάγνωση και αντιμετώπιζε το περιστατικό το ταχύτερο δυνατόν<sup>12</sup>. Στην απόφαση 607/2011 του ΑΠ, κατατάχθηκε η ευθύνη ειδικευόμενης ιατρού για ανθρωποκτονία εξ αμελείας, συνεπεία της οποίας ο ασθενής κατέληξε λόγω εμφράγματος του μυοκαρδίου, του οποίου την επέλευση είχε ιδιαίτερη νομική υποχρέωση να παρεμποδίσει, παρέχοντας την κατάλληλη ιατρική φροντίδα. Η καταδίκη βασίστηκε στο γεγονός ότι ο μέσος ειδικευόμενος ιατρός θα εκλάμβανε, λαμβάνοντας υπόψη την ηλικία και την κληρονομική επιβάρυνση του ασθενούς, καθώς και τα περιγραφέντα συμπτώματα, ως περίπτωση εμφράγματος, και κατά συνέπεια θα παρείχε την κατάλληλη φροντίδα με την εισαγωγή του παθόντος σε θάλαμο του νοσοκομείου<sup>13</sup>.

Επίσης, ο ειδικευόμενος ιατρός φέρει ευθύνη στην περίπτωση που παραλείψει να ενημερώσει τον ειδικό ιατρό. Στην απόφαση 1308/2011 του ΑΠ, έγινε δεκτό ότι οι κατηγορούμενοι ειδικευόμενοι ιατροί ήταν ένοχοι για ανθρωποκτονία εξ αμελείας, τελούμενη δια παραλείψεως, διότι ο πρώτος εξ αυτών, δεν εκτίμησε ορθά το ιστορικό και τα συμπτώματα του ασθενούς, και ο δεύτερος, μολονότι είχε πληροφορηθεί για την επιβαρυμένη ιατρική

κατάσταση του ασθενούς, δεν παρέπεμψε το περιστατικό σε εφημερεύοντα ειδικό ιατρό<sup>14</sup>.

Ωστόσο, υπάρχουν και περιπτώσεις όπου οι ειδικευόμενοι ιατροί απαλλάχθηκαν των ευθυνών τους. Συγκεκριμένα, στην υπόθεση 1384/2001 ΑΠ, οι ειδικευόμενοι ιατροί αθώωθηκαν για την πράξη της ανθρωποκτονίας από αμέλεια, διότι με βάση τις γνώσεις και τα μέσα που διέθεταν, κατέβαλαν κάθε δυνατή προσοχή στην εφαρμογή των κανόνων της ιατρικής, καθώς ήταν δύσκολο να αποστασιοποιηθούν από τις έγγραφες οδηγίες των ειδικών ιατρών, ενώ δεν υπήρξε προηγουμένως κάποιο άλλο ερέθισμα ή ένδειξη, που να καθιστά αναγκαία την ειδοποίηση των ειδικευμένων ιατρών<sup>15</sup>.

#### Η περίπτωση των ειδικευμένων ιατρών

Αρχικά, προκειμένου να εξετάσουμε την ποινική ευθύνη των ειδικευμένων ιατρών, πρέπει να επισημάνουμε ότι κριτήριο επιμέλειας αποτελεί ο μέσος ειδικευόμενος στην εκάστοτε ειδικότητα ιατρός. Παρόλο που στην Ελλάδα δεν έχει θεσμοθετηθεί ειδικότητα επείγουσας ιατρικής, ο ειδικός ιατρός δεν μπορεί να απέχει από την αντιμετώπιση ενός επείγοντος περιστατικού, όπως προβλέπει το άρθρο 9§3 του ΚΙΔ («... *Ανεξάρτητα από την ειδικότητα του...*»).

Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση με την οποία ασχολήθηκε το ακυρωτικό δικαστήριο στην απόφαση 1063/2000. Συγκεκριμένα, ο κατηγορούμενος ειδικευόμενος ιατρός είχε ιδιαίτερη νομική υποχρέωση, τόσο εκ της ως άνω ιδιότητάς του, όσο και εκ της θέσης του ως διευθυντής της παθολογικής κλινικής του νοσοκομείου, να προσέλθει σε αυτό και να προβεί σε άμεση εξέταση της παθούσας. Ωστόσο, ο ίδιος παραβίασε την εν λόγω υποχρέωση με αποτέλεσμα τον θάνατο της παθούσας, δεδομένου ότι με τη διενέργεια των απαραίτητων ιατρικών εξετάσεων, θα είχε διαγνωσθεί η πάθηση και θα είχε αντιμετωπισθεί καταλλήλως. Αξίζει να αναφερθεί ότι με την ως άνω καταδίκη αναγνωρίστηκε για πρώτη φορά ύπαρξη ιδιαίτερης νομικής υποχρέωσης στο πρόσωπο των ειδικευμένων ιατρών, να προσέρχονται προς εξέταση έκτακτου περιστατικού, κατά τη διάρκεια της εφημερίας τους<sup>16</sup>. Παρόμοιες περιπτώσεις συναντούμε και στην απόφαση 675/2014 ΑΠ<sup>17</sup>, όπου κρίθηκε ότι ο θάνατος

<sup>14</sup> Φραγκουδάκη, ο.π. π.

<sup>15</sup> Ματσακάς, ο.π.π., σ. 61

<sup>16</sup> Ο.π. π., σ. 50

<sup>17</sup> Διαθέσιμη στον ακόλουθο σύνδεσμο: <http://>

<sup>12</sup> Φραγκουδάκη, ο.π.π.

<sup>13</sup> Ματσακάς, ο.π.π., σ. 64.

της παθούσας οφείλεται και στην αμέλεια δύο ειδικών ιατρών, οι οποίοι απουσίαζαν αδικαιολόγητα από το Τ.Ε.Π. και δεν φρόντισαν να ενημερωθούν για την κίνηση των ασθενών κατά τη διάρκεια της απουσίας τους. Επίσης, στην απόφαση 750/2015 ΑΠ<sup>18</sup>, κρίθηκε ότι ιατρός που τελούσε σε μικτή εφημερία και αρκέστηκε στην παροχή τηλεφωνικών οδηγιών, διέπραξε το αδίκημα της ανθρωποκτονίας εξ αμελείας, καθώς παρέλειψε να αντιμετωπίσει με τον κατάλληλο τρόπο την κατάσταση του ασθενούς, δεν έσπευσε στο νοσοκομείο προς αντιμετώπιση του περιστατικού, με αποτέλεσμα τον θάνατο του ασθενούς.

Ενδιαφέρον παρουσιάζουν και οι ακόλουθες περιπτώσεις. Στην απόφαση 782/2015 ΑΠ<sup>19</sup> επικυρώθηκε καταδίκη ειδικευμένων ιατρών για ανθρωποκτονία εξ αμελείας, οι οποίοι αποφάσισαν τη διακομιδή της ασθενούς σε άλλο νοσοκομείο και τη διενέργεια της επίμαχης ιατρικής πράξης επ' αυτού. Ωστόσο, κατά τη διακομιδή στο δεύτερο νοσοκομείο, η παθούσα απεβίωσε. Εν προκειμένω, κρίθηκε ότι μολονότι είχαν την ικανότητα και την εμπειρία να αντιληφθούν την απαραίτητη θεραπεία και να προχωρήσουν στη διενέργεια της αναγκαίας ιατρικής πράξης, εκείνοι απείχαν από αυτήν και διέταξαν τη διακομιδή της ασθενούς, με αποτέλεσμα την περαιτέρω επιδείνωση της υγείας της, η οποία οδήγησε στον θάνατο.

Τέλος, καταφάθηκε καταδίκη ειδικευμένων ιατρών (ΑΠ 1034/2013<sup>20</sup>), για ανθρωποκτονία εξ

αμελείας, καθώς παραγνωρίζοντας τους παραδεγμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης που επέβαλαν να δράσουν άμεσα, εκείνοι δεν εκτίμησαν δεόντως την επίμαχη περίπτωση και δεν φρόντισαν για την άμεση διακομιδή του ασθενούς σε άλλο νοσοκομείο, δεδομένου ότι το νοσοκομείο όπου εργάζονταν δεν διέθετε ανάλογο τμήμα και υποδομή για την αντιμετώπιση περιστατικών, όπως το επίμαχο.

### Επείγουσα περίπτωση και διεξαγωγή αυτογνωμώνων ιατρικών επεμβάσεων

Όπως γίνεται δεκτό, προϋπόθεση για τη διενέργεια κάθε ιατρικής πράξης και παράλληλα νομιμοποιητικό στοιχείο αυτής είναι η λήψη της συναίνεσης του ασθενούς, υποχρέωση που προβλέπει και το άρθρο 12§1 του Κ.Ι.Δ. Επιπλέον, με βάση την παράγραφο 2<sup>α</sup> του ως άνω άρθρου, η συναίνεση δεν είναι έγκυρη, εφόσον δεν έχει προηγηθεί πλήρης, σαφής και κατανοητή ενημέρωση. Τον απόλυτο χαρακτήρα του εν λόγω κανόνα έρχεται να διασπάσει η παράγραφος 3, σύμφωνα με την οποία: «Κατ' εξαίρεση δεν απαιτείται συναίνεση: α) στις επείγουσες περιπτώσεις, κατά τις οποίες δεν μπορεί να ληφθεί κατάλληλη συναίνεση και συντρέχει άμεση, απόλυτη και κατεπείγουσα ανάγκη παροχής ιατρικής φροντίδας, β) στην περίπτωση απόπειρας αυτοκτονίας ή γ) αν οι γονείς ανήλικου ασθενή ή οι συγγενείς ασθενή που δεν μπορεί για οποιονδήποτε λόγο να συναιέσει 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 την υγεία του ασθενή.».

Ενδιαφέρον στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης παρουσιάζει η πρώτη περίπτωση. Όπως προκύπτει και από τη διατύπωση του νόμου, απαιτείται να συντρέχουν σωρευτικά οι προϋποθέσεις της απόλυτης και κατεπείγουσας ανάγκης αφενός, και της αδυναμίας λήψης κατάλληλης συναίνεσης αφετέρου, προκειμένου να μην υφίσταται υποχρέωση λήψης της συναίνεσης του ασθενούς. Μολονότι δεν προβλέπεται ρητά, γίνεται δεκτό ότι συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη όταν η παραμικρή καθυστέρηση επέμβασης μπορεί να απειλήσει την ζωή του ασθενούς ή να επιφέρει σοβαρή βλάβη στην υγεία ή την σωματική του ακεραιότητα<sup>21</sup>. Επιπλέον, αδυναμία λήψης συναίνεσης υφίσταται στις περιπτώ-

[www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_DISPLAY.asp?cd=XPYA740CLE2UFC6X6AX4DKXYK7IRQ5&apof=675\\_2014&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C5](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=XPYA740CLE2UFC6X6AX4DKXYK7IRQ5&apof=675_2014&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C5)

<sup>18</sup> Διαθέσιμη στον ακόλουθο σύνδεσμο: [http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_DISPLAY.asp?cd=543UAULFE0XFTV5DD92OFGSVYQJ34Z&apof=750\\_2015&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C5](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=543UAULFE0XFTV5DD92OFGSVYQJ34Z&apof=750_2015&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C5)

<sup>19</sup> Διαθέσιμη στον ακόλουθο σύνδεσμο: [http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_DISPLAY.asp?cd=TQJW02ZISCQTGUY5L7VQ6QK3441XV9&apof=782\\_2015&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C1%20%D0%E9%ED.%20%C4%E9%E1%EA](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=TQJW02ZISCQTGUY5L7VQ6QK3441XV9&apof=782_2015&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C1%20%D0%E9%ED.%20%C4%E9%E1%EA).

<sup>20</sup> Διαθέσιμη στο: [http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis\\_DISPLAY.asp?cd=6TXXPYMSHSXSXCQ402WZQBCCRAHWFA&apof=1034\\_2013&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C5](http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=6TXXPYMSHSXSXCQ402WZQBCCRAHWFA&apof=1034_2013&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C5)

<sup>21</sup> Ματσκάς, οπ.π., σ. 88.

σεις όπου ο ασθενής δεν έχει τις αισθήσεις του ή δεν έχει την ικανότητα να συναινέσει στην ιατρική πράξη, καθώς δεν εκπροσωπείται τη στιγμή εκδήλωσης του επείγοντος περιστατικού από το αρμόδιο να παρέχει τη συναίνεση πρόσωπο<sup>22</sup>.

### Το ζήτημα της διαλογής θυμάτων (Triage)

Στην ευρύτερη προβληματική της αντιμετώπισης επειγόντων περιστατικών εντάσσεται και εκείνη που αφορά περιστατικά που χρήζουν άμεσης αντιμετώπισης, όπως στην περίπτωση φυσικών καταστροφών ή ενός αυτοκινητιστικού δυστυχήματος. Λόγω του στοιχείου της μαζικότητας, «η ιατρική των καταστροφών», όπως έχει καθιερωθεί να χαρακτηρίζεται στην επιστήμη, διακρίνεται από την επείγουσα ιατρική, καθώς στην πρώτη περίπτωση αντικείμενο είναι η μαζική παροχή περίθαλψης, ενώ στη δεύτερη η εξατομικευμένη ιατρική φροντίδα<sup>23</sup>.

Αρχικά, είναι απαραίτητο να αναφερθεί ότι προτεραιότητα στην παροχή ιατρικής περίθαλψης έχει εκείνος που διατρέχει κίνδυνο ζωής, έναντι εκείνου που η επιβίωση του κρίνεται εξασφαλισμένη, παραδοχή που αντικατοπτρίζεται και στο άρθρο 15 του Κ.Ι.Δ., όπου σε περίπτωση σύγκρουσης καθηκόντων κατά την ενάσκηση του ιατρικού λειτουργήματος, η αξιολόγηση γίνεται, μεταξύ άλλων, κατόπιν σύγκρισης των εννόμων αγαθών που διακυβεύονται. Πρόκειται για την αναγνώριση της απόλυτης προστασίας της ανθρώπινης ζωής, ως υπέρτερου αγαθού, χωρίς ωστόσο να παραγνωρίζεται ο σεβασμός και σε έτερα έννομα αγαθά, όπως αυτό της ανθρώπινης αξιοπρέπειας.

Δυσεπίλυτη φαίνεται να εμφανίζεται η περίπτωση κατά την οποία όλοι οι ασθενείς αντιμετωπίζουν κίνδυνο ζωής και λόγω της έλλειψης πόρων και ανθρώπινου δυναμικού ο ιατρός υποχρεούται να παρέχει τις ιατρικές του υπηρεσίες κατά προτεραιότητα. Δεδομένου ότι η σύγκρουση καθηκόντων δεν προβλέπεται ρητά ούτε ως γενικός ούτε ως ειδικός λόγος άρσεως του αδίκου, κατά την κρατούσα άποψη, το αδιέξοδο στο οποίο περιέρχεται ο φορέας των καθηκόντων, συνιστά έναν ιδιαίτερο λόγο άρσης του αδίκου, εριζόμενο στην αδυναμία νομικής επίλυσης<sup>24</sup>. Ωστόσο η άποψη αυτή έχει επικριθεί ως φέρουσα δογματικά κενά, αναφέροντας

πως δικαιολόγηση προσβολής ετέρου νοείται μόνο στην περίπτωση της κατ' άρθρο 25 ΠΚ κατάστασης ανάγκης, εφόσον το διασωζόμενο αγαθό υπερτερεί σημαντικά του προσβαλλόμενου. Η μοναδική λύση εναπόκειται στην μη τιμώρηση του υποκειμένου της επιλογής, λαμβάνοντας υπόψη την ανυπέρβλητη ψυχική ταραχή ενώπιον του τραγικού διλήμματος που καλείται να αντιμετωπίσει και στην παράλληλη αδυναμία αποφυγής του αδίκου, κατάσταση που περιγράφεται στην ποινική θεωρία ως το τρίτο στοιχείο της ενοχής, γνωστό και ως «άλλως δύνασθαι πράττειν»<sup>25</sup>. Σύμφωνα με τις ενδιάμεσες απόψεις, ο ιατρός που, ενεργώντας σε σύγκρουση καθηκόντων, προσπαθεί να εκπληρώσει ένα από αυτά, χωρίς να έχει προκαλέσει υπαίτια την επίμαχη κατάσταση, θα απαλλαχθεί λόγω έλλειψης του αδίκου χαρακτήρα ως προς το μη εκπληρωθέν αγαθό. Σε περίπτωση που δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για τον αποκλεισμό του αδίκου χαρακτήρα, γίνεται δεκτό ότι η σύγκρουση καθηκόντων ενδέχεται να συνιστά περίπτωση άρσης του καταλογισμού, λόγω της έντονης ψυχικής πίεσης<sup>26</sup>.

### Επίλογος

Αδιαμφισβήτητα, το ιατρικό λειτουργήμα χαρακτηρίζεται από μία σειρά ευθυνών, οι οποίες επιτείνονται, αναλογιζόμενοι τις συνθήκες υπό τις οποίες καλούνται να παράσχουν έργο οι ιατροί. Η διαχείριση των επειγόντων περιστατικών απαιτεί εγρήγορση και αμεσότητα δράσης, η οποία επαφίεται στην κρίση του εκάστοτε ιατρού, είτε πρόκειται για ειδικευμένο, είτε για ειδικευόμενο ή για ανειδίκευτο. Συνακόλουθα, αναλόγως με τις γνώσεις, την εμπειρία και τα παρεχόμενα μέσα, ο ιατρός οφείλει να αξιολογήσει κατάλληλα την εκάστοτε περίπτωση, με μοναδικό γνώμονα την σωτηρία του ασθενούς, αναλογιζόμενος κάθε πιθανή λύση, όπως για παράδειγμα την αντιμετώπιση από άλλον ιατρό ή τη διακομιδή του ασθενούς. Προς την κατεύθυνση αυτή, σημαντική κρίνεται η θεσμοθέτηση ενός λεπτομερούς πλαισίου οδηγιών για τη διαχείριση επειγόντων περιστατικών, με την πλήρη πρόβλεψη των απαιτούμενων ενεργειών σε κάθε στάδιο της ιατρικής φροντίδας, ενώ επιτακτική εμφανίζεται η κατάρτιση των ιατρών στη διαχείριση επειγόντων περιστατικών με την θέσπιση αντίστοιχης ειδικότητας.

<sup>22</sup> Οπ.π. σ. 89.

<sup>23</sup> Λιούρδη Α., οπ.π., σ. 150.

<sup>24</sup> Ματσακάς, οπ.π., σ. 210

<sup>25</sup> Ματσακάς, οπ.π., σ. 211-212.

<sup>26</sup> Οπ. π. σ. 213.

## Προσέγγιση ευθανασίας από άποψη συνταγματικού και ποινικού δικαίου

Τσαλαμπούνη Πελαγία & Χατζησαββίδου Μαρία  
2<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

*«Όπως ο άνθρωπος επαναστατεί χωρίς να ζητήσει την άδεια του δικαίου, ενώ έρχεται σε ρήξη μαζί του, έτσι δεν είναι δυνατόν να ζητάμε από το θετό δίκαιο την άδεια για το πότε κάποιος θα υποβληθεί σε ευθανασία.»*

### Εισαγωγή στην προβληματική

Η αποδιδόμενη στο υποκείμενο εξουσία στο σώμα του σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί στο δικαιοκό μας σύστημα ως μια έκφανση υποκειμενικού βολονταρισμού παρά και της νομοθετικής ανοχής στις ποικίλες προσβολές της σωματικής ακεραιότητας. Ιδιαίτερα σε μια εποχή όπου η επέλευση του αποτελέσματος του αμφιλεγόμενου, από πολλούς θεωρητικούς, δικαιώματος στο θάνατο κρίνει αναγκαία τη διαμεσολάβηση de facto και de iure της ιατρικής εξουσίας στη σφαίρα της προσωπικής κυριαρχίας του ατόμου<sup>1</sup>. Η προστασία του υψίστου δικαιώματος στη ζωή δεν αφορά μόνο της βιολογικές μας ανάγκες αλλά καθορίζει την αξία του ανθρώπου κοινωνικά, προσδιορίζοντας το όχι νατουραλιστικά αλλά αξιολογικά. Αυτή λοιπόν η αξιολογική κατοχύρωση της ζωής δεν επιτρέπει μια μονολιθική ιδεολογική ενότητα του Συντάγματος, ούτε ωστόσο μια αφηρημένη ιεράρχηση των επιμέρους δικαιωμάτων, καθώς όλα έχουν την ίδια τυπική ισχύ, ως προϊόντα της ίδιας συντακτικής βούλησης<sup>2</sup>.

### Το συνταγματικό πρίσμα

Πριν προσεγγίσουμε την έννοια της αξιοπρέπειας θεωρούμε απαραίτητο σε ένα πρώτο στάδιο να ορίσουμε την έννοια του δικαιώματος ενόψει του

ότι τόσο η αξιοπρέπεια όσο και η ζωή σε μια νομική πραγμάτευση μεταχειρίζονται ως δικαιώματα. Το δικαίωμα αποτελεί μία εξουσία την οποία απονέμει η έννομη τάξη σε ένα πρόσωπο προς εξυπηρέτηση κάποιου βιοτικού ή έννομου συμφέροντός του. Το δικαίωμα προϋποθέτει φορέα και χορηγό, ενώ και πηγή και αποδέκτης της αξίωσης που ενυπάρχει σε αυτό είναι το κράτος, η έννομη τάξη. Πρέπει επομένως να αναλογιστούμε κατά πόσο δύναται μία έννομη τάξη να αναγνωρίσει ένα δικαίωμα στο θάνατο που συνιστά ουσιαστικά την ανυπαρξία του προσώπου και ακολούθως συνολικά της έννομης τάξης. Άρα δεδομένης και της αντικειμενικής-κοινωνικής διάστασης των δικαιωμάτων που ορίζει ότι τα τελευταία δεν ανήκουν αποκλειστικά στα υποκείμενα δικαίου αλλά θέλουν να εξασφαλίσουν και την ύπαρξη των υποκειμένων στο πλαίσιο μιας έννομης τάξης και ως στοιχείων αυτής και ως προς το συμφέρον αυτής, συνάγεται ότι δεν θα μπορούσε ποτέ να αποτελέσει συμφέρον της έννομης τάξης ένα δυνητικό δικαίωμα στο θάνατο αφού αυτό θα σήμαινε ουσιαστικά την αυτοκατάργησή της.

Στο άρθρο 5 παράγραφος 2 του Συντάγματος αναγράφεται πως: «Όλοι όσοι βρίσκονται στην Ελληνική Επικράτεια απολαμβάνουν την απόλυτη προστασία της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας τους, χωρίς διάκριση εθνικότητας, φυλής, γλώσσας και θρησκευτικών ή πολιτικών πεποιθήσεων. Εξαιρέσεις επιτρέπονται στις περιπτώσεις που προβλέπει το διεθνές δίκαιο». Αναγνωρίζεται κατά αυτόν τον τρόπο η απόλυτη προστασία του δικαιώματος της ζωής. Επιπλέον, αν γίνει δεκτός ο απόλυτος χαρακτήρας του, τότε το δικαίωμα μετατρέπεται σε υποχρέωση, και συνάγεται το συμπέρασμα ότι «ο

<sup>1</sup> Γ. Καραβοκύρης, Περί του «δικαιώματος» στο θάνατο, Διαθέσιμο στο: <https://www.constitutionalism.gr/wp-content/uploads/2012/11/karabokhrhs.pdf>

<sup>2</sup> Γ. Κατρούγκαλος, Το δικαίωμα στη ζωή και στον θάνατο, Σάκκουλα, 1993, σ.19, πρβ υπ. 19

άνθρωπος, όσον περιέρχως και να ηχή τούτο, έχει νομικήν υποχρέωσιν να ζη»<sup>3</sup>.

Όσοι υποστηρίζουν την ύπαρξη δικαιώματος στον θάνατο απορρέον από το Σύνταγμα παρατηρούν ότι το δικαίωμα στη ζωή ως ατομικό-αμυντικό δικαίωμα έχει ως πρώτο και κύριο αποδέκτη το κράτος. Το τελευταίο, όχι απλώς δεν επιτρέπεται να προσβάλει το δικαίωμα αυτό, αλλά και υποχρεούται να παρέχει τις απαραίτητες προς την προστασία του εγγυήσεις. Ωστόσο, σύμφωνα με τους υπέρμαχους της ευθανασίας, το άρθρο 5 παρ. 2 Σ, κατοχυρώνει όμως, όχι μόνο ένα ατομικό, «εξ υποκειμένου» δικαίωμα, αλλά συνιστά και έναν αντικειμενικό κανόνα δικαίου, που υποχρεώνοντας το κράτος όχι μόνο να απέχει το ίδιο από κάθε προσβολή της ζωής, αλλά και να λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για την προστασία της (Schutzgebotfunktion). Υπό αυτή την έννοια, τα δικαιώματα και οι ελευθερίες του ατόμου δεν λειτουργούν μόνο ως «δικαιώματα του υποκειμένου» αλλά και ως «εγγυήσεις θεσμικού χαρακτήρα». Ως εκ τούτου, καθώς δεν κατοχυρώνεται μόνο ένα ατομικό δικαίωμα αλλά ένας αντικειμενικός κανόνας δικαίου, παράγει έννομες συνέπειες ανεξάρτητα από τη θέληση συγκεκριμένων φορέων του, όχι όμως και εναντίον τους. Αντιθέτως, όταν προσβάλλεται και κινδυνεύει η ζωή, ως αγαθό συγκεκριμενοποιώντας ή μεμονοποιώντας το άτομο-φορέα τότε αναφερόμαστε στην αμυντική διάσταση του, αλλιώς την αρνητική, και όχι σε έναν αντικειμενικό κανόνα δικαίου. Για αυτό και στην άσκηση του δικαιώματος υπό αυτή τη μορφή δεν είναι δυνατόν να μπαίνουν φραγμοί κατά πρόταση του άρθρου 5 παρ. 2 Σ, αρκεί να υλοποιείται η πρόθεση των ατόμων-φορέων αυτοβούλως και όχι με τη συμβολή τρίτων. Το υποχρεώνει, επιπλέον, να προστατεύει με θετικά μέτρα την ζωή των προσώπων. Καθιερώνεται ως μια εγγύηση και μια θεμελιώδης αντικειμενική συνταγματική αξία (objektive Wertordnung), μια συνταγματική θεμελιώδη επιλογή (verfassungs-rechtliche Grundentscheidung) ή μια θεσμική εγγύηση<sup>4</sup>.

Βέβαια, συνεχίζουν υποστηρίζοντας ότι το άρθρο 5 παρ. 2 παρά την θετική του αξιακή διάσταση δεν μπορεί να αποκλείσει το εδραζόμενο στο

άρθρο 5 παρ. 1 Σ<sup>5</sup> (μόνο του ή σε συνδυασμό με το άρθρο 9 παρ. 1 εδ. β<sup>6</sup> Σ. ερμηνευόμενο), δικαίωμα καθενός στην αναζήτηση βοήθειας ώστε ο τερματισμός της ζωής του να μην είναι μαρτυρικός. Απλώς, δεν πρόκειται για ένα απόλυτο δικαίωμα. Ενεργοποιείται, δηλαδή, μόνο στην βάση μιας «ορθολογικής» αυτονομίας, όταν δηλαδή η ζωή, με βάση μια ορθολογική κοινώς αποδεκτή προσέγγιση, έχει χάσει πια, και μάλιστα οριστικά, την ιδιαίτερη αξία της και δεν είναι υπερασπίσιμη η άρνηση επικουρίας στον τερματισμό της<sup>7</sup>.

Κατά αυτόν τον τρόπο, το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας (5 παρ. 1 Σ) θεωρητικά αποτελεί εξειδίκευση και συγκεκριμενοποίηση του δικαιώματος στην προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας που σε συνδυασμό με το άρθρο 57 ΑΚ κατοχυρώνει την προστασία των ανθρώπινων δραστηριοτήτων με τις οποίες ο κάθε άνθρωπος ολοκληρώνει και εκφράζει την αξιοπρέπειά του. Επομένως, ο οποιοσδήποτε εξαναγκασμός ανοχής ενός ψυχοσωματικού μαρτυρίου με σκοπό ίσως την εργαλειοποίηση του ανθρώπου προς επίρρωση των οποιωνδήποτε, επιστημονικά ανέλεγκτων πεποιθήσεων είναι δυνατόν να είναι συνταγματικά ανεκτή; Γιατί, πράγματι για να απολαύσεις το δικαίωμα στη ζωή είναι απαραίτητο να ζεις και ο θάνατος συνιστά αναίρεση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Αλλά τι συμβαίνει όταν η αναίρεση της ανθρώπινης αξίας έχει επέλθει ανεπιστρεπτί όταν το ίδιο το πρόσωπο, ο πάσχων, ζει; Μήπως σε αυτή την περίπτωση έχουμε να κάνουμε με ένα είδος βασανισμού, αντίθετα με την αρχή της ανθρώπινης αξίας;

Η επιχειρηματολογία της επιστήμης, σχετικά με τη μη ύπαρξη ενός δικαιώματος στο θάνατο, στηρίζεται σε επιλογές του συνταγματικού κυρίως νομοθέτη καθώς μολοντί δεν υπάρχει απευθείας πρόβλεψη για το δικαίωμα στο θάνατο, μπορούμε να συνάγουμε τη θέση του νομοθέτη αναλύοντας το θετό δίκαιο. Το περιεχόμενο της αξιοπρέπειας έγκειται κυρίως στην απαίτηση να μην υποβιβάζε-

<sup>3</sup> Ν. Ανδρουλάκης, Ποινικόν Δίκαιον, Ειδικόν μέρος, Π.Ν. Σάκκουλας ο.π. σ. 28

<sup>4</sup> Ευθανασία, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2007 σ. 180

<sup>5</sup> «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».

<sup>6</sup> «...Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου είναι απαραβίαστη...»

<sup>7</sup> Γ. Κατρούγκαλος, Το δικαίωμα στη ζωή και στον θάνατο, Σάκκουλα, 1993, σ.50

ται ο άνθρωπος, σε αντικείμενο, σε απλό μέσο για την εξυπηρέτηση αλλότριων σκοπών και εν τέλει σε αντικαταστατό μέγεθος<sup>8</sup>. Επίσης, σύμφωνα με την άποψη των υπέρμαχων ενός απορρέοντος από το Σύνταγμα δικαιώματος στον θάνατο στην βάση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, διατυπώνεται η άποψη ότι από την αξιοπρέπεια του ανθρώπου εκπηγάει και η αρχή του αυτοπροσδιορισμού, εκδήλωση της οποίας είναι και η ευθανασία.

Υπό το φως των ανωτέρω, μπορεί να υποστηριχθεί η άποψη ότι το μόνο αγαθό ανώτερο της ζωής που θα μπορούσε να οδηγήσει στην άρση του άδικου χαρακτήρα της σχετικής ετεροπροβολής, μετά από επίμονο αίτημα του ανιάτως ασθενούς, θα ήταν η «ανθρώπινη αξιοπρέπεια», η οποία εκμηδενίζεται όταν ο βίος έχει χάσει την κοινωνική του σημασία και έχει καταστεί ένα επαχθές και γυμνό βιολογικό γεγονός.

Γίνεται βέβαια αντιληπτό ότι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια αποτελεί ένα πεδίο που δύσκολα οριοθετείται και προσδιορίζεται και μπορεί να οδηγήσει σε ανορθολογικά συμπεράσματα και ακόμη και σε συρρίκνωση των δικαιωμάτων. Ποιος λόγος χάρη θα μπορούσε να κρίνει ποια ζωή είναι άξια συνέχισης και ποια διακοπής σε ένα καθεστώς αμφίβολης ποιότητας δημοκρατικότητας και φιλελευθερισμού; Θα ήταν επιθυμητή η ανάθεση στην κρατική εξουσία της απόφασης περί της αξίας ή ανάξιας ζωής; Κάτι τέτοιο θα ερχόταν σε αντίθεση και θα υπέσκαπτε το φιλελεύθερο χαρακτήρα των Συνταγμάτων, όπως χαρακτηριστικά προειδοποιεί ο Μανωλεδάκης ο οποίος πιστός σε έναν γνήσιο ανθρωπισμό αρνείται μια τέτοια θεωρητική κατασκευή καθώς αυτή «θα άνοιγε τους ασκούς του Αιόλου, που θα οδηγούσαν τελικά στην απανθρωπιά με το πρόσχημα της ευσπλαχνίας»<sup>9</sup>. Συνεπώς, είναι αμφίβολο αν είναι έρεπον και δυνατόν να μπαίνουν στη ζυγαριά από τη μια η ανθρώπινη ζωή και από την άλλη η αξιοπρέπεια, πολλώ δε μάλλον να αξιολογείται η αξιοπρέπεια υπερέχουσα της ζωής, εφόσον μάλιστα η δεύτερη αποτελεί λογικά προϋπόθεση της πρώτης καθώς και όλων των υπόλοιπων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Εξάλλου όταν προσβάλλεται η ζωή ενός ασθενούς ακόμη και με δική

του συναίνεση οφείλουμε, βάσει της αρχής στάθμισης των αγαθών, να ερευνήσουμε κατά πόσο υπάρχει και ένα υπέρτερο αγαθό που να διασφαλίζει την προσβολή αυτή, το αγαθό της ζωής άξιας να τη ζεις (αγαθό που κατά τον Μανωλεδάκη δεν αναγνωρίζεται καν στο Σύνταγμά μας<sup>10</sup>) ή αλλιώς μιας «ποιοτικής ζωής». Έτσι, όταν πλέον ο ασθενής παύει να υπάρχει, δε γίνεται να μιλάμε για δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού, αληθινό συμφέρον ή ακόμη και ποιότητα ζωής καθώς απαραίτητο για να υπάρξουν είναι ο ίδιος ο πάσχων να ζει. Στο ίδιο συμπέρασμα, θα λέγαμε καταλήγει και ο νέος Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας (ν. 3418/2005) στο άρθρο 29 παρ. 3 όπου επιβεβαιώνει πως παρά την όποια επιθυμία των ασθενών δεν δικαιολογείται επίσπηση του θανάτου από τους γιατρούς. Περαιτέρω, είμαστε της άποψης ότι οποιοσδήποτε νόμος επέτρεπε την ευθανασία, έστω και υπό προϋποθέσεις, θα ήταν αντίθετος και με το Σύνταγμα και με τις διεθνείς συμβάσεις για τα ανθρώπινα δικαιώματα γιατί η αξιοπρέπεια του ανθρώπου δεν πλήττεται λόγω της επώδυνης πριν το θάνατο κατάστασης, αφού αυτή είναι «προϊόν φυσικής διαδικασίας και όχι ανθρώπινης ενέργειας».

### Η οπτική του Ποινικού Δικαίου

Σε αυτό το σημείο αξίζει να αναφερθεί ότι σύμφωνα με την διάκριση του καθηγητή Μανωλεδάκη, δικαίωμα στον θάνατο και ευθανασία δεν είναι μεγέθη απολύτως ταυτόσημα. Αρχικά «ευθανασία» μπορεί να πραγματοποιηθεί από τον ίδιο τον παθόντα, οπότε μιλάμε για αυτοκτονία, αυτοπροσβολή που δεν αφορά το δίκαιο. Έπειτα έχουμε την ευθανασία ως δικαίωμα στον θάνατο την οποία ζητά ο ασθενής που δεν μπορεί να δώσει μόνος του τέλος στην ζωή του. Και τέλος την ευθανασία που πραγματοποιείται από τον γιατρό που εικάζει την συναίνεση του ασθενούς ενόσω αυτός βρίσκεται σε ανήμπορη να την εκφράσει κατάσταση<sup>11</sup>. Ενώ λοιπόν από συνταγματική σκοπιά δεν ήταν ουσιώδης η διάκριση των μορφών της ευθανασίας δεδομένου ότι σε κάθε περίπτωση η στάθμιση ήταν ανάμεσα σε ζωή και αξιοπρέπεια ή ζωή άξια να τη ζει κανείς, από τη σκοπιά του ποινικού δικαίου είναι χρήσιμο να

<sup>8</sup> Π.Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά δικαιώματα Β', Αντ. Σάκκουλας, Αθήνα- Κομοτηνή 1991, σ.1139

<sup>9</sup> Ευθανασία, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2007 σ. 167

<sup>10</sup> Ευθανασία, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Σάκκουλα, 2007 σ.166

<sup>11</sup> Ι. Μανωλεδάκη, Υπάρχει δικαίωμα στο θάνατο, διαθέσιμο στο <https://www.constitutionalism.gr/wp-content/uploads/2012/11/manoledakhs.pdf>



προσεγγίσουμε χωριστά τις διάφορες μορφές της ευθανασίας.

#### Έμμεση Ενεργητική Ευθανασία

Η προσέγγιση της έμμεσης ενεργητικής ευθανασίας συνίσταται σε κάθε ιατρική πράξη που σκοπό έχει την ανακούφιση των πόνων (έστω και αν έχει ως λίγο ή πολύ πιθανή παρενέργεια την πρόκληση θανάτου). Κατά μια άποψη της θεωρίας, το άδικο αίρεται βάσει της διάταξης 25 ΠΚ για την κατάσταση ανάγκης<sup>12</sup>. Τότε όμως θα έπρεπε να υπήρχε η σύμφωνη γνώμη του ενδιαφερομένου αφενός και αφετέρου το έννομο αγαθό που σώζεται να είναι υπέρτερο από αυτό που θυσιάζεται, αλλά όπως ήδη αναφέρθηκε κάτι τέτοιο είναι αδιανόητο. Ως εκ τούτου, η πιθανή πρόκληση θανάτου λόγω παρενεργειών ιατρικής θεραπείας, μπορεί, κατά άλλη θεωρητική άποψη, να θεωρηθεί δικαιολογημένη όχι βάσει του 25 ΠΚ αλλά μπορεί να συγκεντρώσει τα «στοιχεία της επιτρεπόμενης κινδυνώδους δράσης», με αναγκαίες προϋποθέσεις: α. η πράξη να κρίνεται ενδεδειγμένη βάσει της ιατρικής επιστήμης, β. να υπάρχει προηγούμενη πλήρης ενημέρωση του ασθενούς σχετικά με τις πιθανές παρενέργειες της αγωγής, γ. ο ασθενής να έχει δώσει τη συναίνεσή του και δ. η εφαρμογή της μεθόδου να γίνεται *lege artis* από ειδικό γιατρό<sup>13</sup>.

#### Παθητική Ευθανασία

Ως προς την παθητική ευθανασία (letting die), δηλαδή το να αφήνεται ο ασθενής να πεθαίνει είτε με τη μη παράταση, είτε ακόμη και με τη μη έναρξη εξαρχής της θεραπείας, επειδή η επιστήμη αρνείται ή δεν έχει νόημα πλέον να ενεργήσει, το δικαίωμα άρνησης θεραπευτικής αγωγής, κατοχυρώνεται στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα ανθρώπινα δικαιώματα και τη βιοϊατρική (ν 2619/1998) και προβλέπεται πλέον στον νέο Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας όπου ορίζεται ρητώς πως: α. οφείλει να απέχει από όλες τις ιατρικές πράξεις χωρίς προγενέστερη συναίνεση του πάσχοντα<sup>14</sup> και β. ακόμη και στις επείγουσες περιπτώσεις που χρήζουν άμεσης, απόλυτης και επείγουσας ανάγκης για παροχή

ιατρικής θεραπείας, ο γιατρός μπορεί, μόνο όταν η συναίνεση δε μπορεί να ληφθεί, να επέμβει<sup>15</sup>. Καταρχάς, πιστεύεται πως δε συνιστά στην κυριολεξία ευθανασία, με την έννοια που συνηθίζουμε να αποδίδουμε στον όρο, διότι είναι αποφυγή ή διακοπή θεραπείας (είναι δηλαδή «μη πράξη»)<sup>16</sup>. Για το ατιμώρητο της παθητικής ευθανασίας κρατούσα είναι η άποψη πως πρέπει να ισχύουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις: α. η νόσος του ασθενούς να είναι, σύμφωνα με την ιατρική εμπειρία, ανίατη και ρέπουσα προς θανατηφόρο έκβαση σε σύντομο χρονικό διάστημα, β. ο ασθενής να μην είχε δηλώσει ότι επιθυμεί παράταση της ζωής του και αν ακόμη δεν είναι σε θέση να επικοινωνήσει, να αναζητηθεί η «εικαζόμενη συναίνεσή του» και γ. θανατηφόρος έκβαση να επέλθει ύστερα από πλήρη διαφώτιση του ασθενούς για την κατάσταση υγείας του αφενός και αφετέρου να είναι σε θέση να συνειδητοποιήσει τις επιπτώσεις της άρνησης του στη θεραπεία και να μη βασίζεται η απόφασή του σε στιγμιαία καταθλιπτική διάθεση<sup>17</sup>. Ως γενική αρχή που δικαιολογεί τη διακοπή της θεραπείας ορίζεται πως: «η υποχρέωση της θεραπείας τελειώνει εκεί που δεν πρόκειται πια για παράταση της ζωής αλλά για διαδικασία του θανάτου»<sup>18</sup>.

#### Ευθεία Ενεργητική Ευθανασία

Υποστηρίζεται ότι<sup>19</sup>, είναι δυνατή η άρση του άδικου χαρακτήρα της πράξης ευθείας ενεργητικής ευθανασίας (killing), καθώς, όταν το άτομο πεθαίνει με αφόρητους πόνους, για την αφαίρεση της ζωής του κρίνεται αναγκαία η θέσπιση μιας ειδικής νομοθεσίας για την αποποινικοποίηση όλων των πράξεων ευθανασίας υπό τις προϋποθέσεις: α. ύπαρξη ανίατης και παρατεταμένης ασθένειας, β. επίμονη απαίτηση από τον πάσχοντα λόγω των ανυπόφορων πόνων και γ. ομόφωνη απόφαση καταδώρησης της ευθανασίας από συμβούλιο ει-

<sup>15</sup> Άρθρο 12 παρ. 3 ΚΙΔ

<sup>16</sup> Χρ. Ν. Ράμμου, Ευθανασία-πορίσματα νομολογίας και συνταγματική οπτική, διαθέσιμο στο <https://www.constitutionalism.gr/2018-rammos-euthanasia/>

<sup>17</sup> Απ. Σ. Γεωργιάδη, Ευθανασία: ένα ακανθώδες ζήτημα, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2007

<sup>18</sup> Απ. Σ. Γεωργιάδη, ο.π.

<sup>19</sup> Ν. Χωραφάς, Ποινικόν Δίκαιον, Το Νομικόν (9η έκδ.), 1978, σ. 215 και Α. Κατσαντώνης, Η ανθρωποκτονία εν συναιέσει κατά τον νέον Ποινικός Κώδικα, ΠοινΧρον 1956, σ. 237

<sup>12</sup> Γ. Μπέκας, Η προστασία της ζωής και της υγείας στον ποινικό Κώδικα, Π.Ν.Σάκκουλα, 2004, σ. 28

<sup>13</sup> Ελ. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Η Ευθανασία στο Ποινικό Δίκαιο, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σ.138 επ

<sup>14</sup> Άρθρο 12 παρ. 1 ΚΙΔ

δημόνων<sup>20</sup>. Ωστόσο, κατά μία άλλη άποψη<sup>21</sup> υπέρ της οποίας τασσόμαστε, η δικαιολόγηση πράξεων που προσβάλλουν ευθέως την ανθρώπινη ζωή δεν είναι δυνατόν να συμβιβάζεται με τις θεμελιώδεις αξίες της ποινικής επιστήμης. Κατά το άρθρο 300 ΠΚ (ανθρωποκτονία με συναίνεση), «όποιος αποφάσισε και εκτέλεσε ανθρωποκτονία ύστερα από σπουδαία και επίμονη απαίτηση του θύματος και από οίκτο γι' αυτόν που έπασχε από ανίατη ασθένεια τιμωρείται με φυλάκιση». Δηλαδή, ο δράστης δεν απαλλάσσεται της ποινής, όπως θα έπρεπε να συμβαίνει αν το πρόσωπο είχε το δικαίωμα διάθεσης της ζωής του κατά το δοκούν και άρα διέθετε την εξουσία να αναγκάζει και άλλους σε πράξη προς εκπλήρωση του δικαιώματός του αυτού. Χωρίς ρητή νομοθετική πρόβλεψη, το άδικο στην περίπτωση της ευθανασίας δε θα μπορούσε να αποκλειστεί, δεδομένου ότι υφίσταται ετεροπροσβολή και όχι αυτοπροσβολή της ζωής<sup>22</sup>. Στην ίδια λογική, το άρθρο 301 ΠΚ ορίζει ότι όποιος παρέχει βοήθεια κατά την τέλεση μιας αυτοκτονίας στον αυτόχειρα τιμωρείται με φυλάκιση. Αν η πράξη της αυτοκτονίας αυτή καθαυτή δεν ήταν παράνομη, ουδείς θα διανοούνταν να θεωρήσει αξιόποινη τη συμμετοχική πράξη, το αντίθετο μάλιστα. Εξάλλου, η παράλειψη να εμποδίσεις κάποιον να αυτοκτονήσει, αν είχες τη δυνατότητα να το κάνεις χωρίς κίνδυνο της δικής σου ζωής ή υγείας, τιμωρείται με φυλάκιση ως ένα έτος κατά το άρθρο 307 ΠΚ, ενώ μπορεί να τιμωρηθεί και ως συμμετοχή σε αυτοκτονία, με φυλάκιση έως πέντε χρόνια, κατά το άρθρο 301 ΠΚ, αν υπάρχει νομικός δεσμός μεταξύ εκείνου που παραλείπει και του αυτόχειρα, που υποχρεώνει σε αμοιβαία παροχή βοήθειας (όπως, π.χ., σχέση γονέα και τέκνου, συζυγική σχέση κλπ.).

Ένα άλλο σημαντικό στοιχείο είναι ότι για μέρος της επιστήμης, από το ποινικό δίκαιο αντλούνται επιχειρήματα και για να θεμελιωθεί η ανωτερότητα της ζωής έναντι της ελευθερίας και της αυτονομίας του προσώπου, και άρα, κατά λογική συνεπαγωγή,

και την έλλειψη νομικής εξουσίας, δηλαδή 'δικαιώματός' του να διαθέτει τη ζωή του κανείς βάσει της αυτονομίας του. Ειδικότερα, πρώτον, η θανατική ποινή (όπου ισχύει) αποτελεί επαχθέ-στερη κύρωση σε σχέση με την ισόβια κάθειρξη, δηλαδή τη στέρηση της ελευθερίας και, δεύτερον, ότι οι προβλεπόμενες για προσβολή της ζωής ποινές είναι βαρύτερες από εκείνες για προσβολή της προσωπικής ελευθερίας (άρθρ. 299 και 322 επ. ΠΚ)<sup>23</sup>.

### Επιλογικά

Σε συνέχεια με τα παραπάνω και υιοθετώντας εν πολλοίς τα λόγια του καθηγητή Ι. Μανωλεδάκη υποστηρίζουμε ότι το δίκαιο, ως ανθρώπινο δημιούργημα δε μπορεί να δώσει απαντήσεις σε όλα τα ζητήματα και ιδιαίτερα σε ακραία ηθικά διλήμματα, ένα από τα οποία είναι και η νομιμοποίηση της επιλογής στον θάνατο. Όπως ο άνθρωπος επαναστατεί χωρίς να ζητήσει την άδεια του δικαίου, ενώ έρχεται σε ρήξη μαζί του, έτσι δεν είναι δυνατόν να ζητάμε από το θετό δίκαιο την άδεια για το πότε κάποιος θα υποβληθεί σε ευθανασία. Όπως άλλωστε σημειώνει και ο καθηγητής Ι. Μανωλεδάκης: «Σε αυτή την περίπτωση, ο γιατρός, σε μια υπερβατική υπαρξιακή σχέση με τον άρρωστο και με αποκλειστικό στήριγμα την εσωτερική φωνή της Συνείδησής του, θα συνδράμει με τον τρόπο που ξέρει και που όλοι γνωρίζουμε πως έχει. Αλλά δεν μπορεί να ζητήσει την άδεια του δικαίου, γιατί απλούστατα το δίκαιο δεν μπορεί να του τη δώσει. Για την επιλογή του, ηθική ή όχι, το λόγο θα δώσει στο Θεό, αν πιστεύει, και στη φωνή της Συνείδησής του»<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Ν. Βουγιούκα, Ευθανασία και Ανθρωποκτονία εν συναίνεσει, Αφιέρωμα εις τον Κ. Βαβούσκον, Δ' τόμος, Σάκκουλα, 1991, σ. 69

<sup>21</sup> Ι. Μανωλεδάκης, Ποινικό Δίκαιο, Γενική Θεωρία, 2004, σ. 763 επ. και Ελ. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Η Ευθανασία στο Ποινικό Δίκαιο, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σ.138 επ

<sup>22</sup> Γ. Κατρούγκαλος, Το δικαίωμα στη ζωή και στον θάνατο, Σάκκουλα, 1993, σ.105

<sup>23</sup> Ι. Μανωλεδάκη, Υπάρχει δικαίωμα στον θάνατο, διαθέσιμο στο <https://www.constitutionalism.gr/wp-content/uploads/2012/11/manoledakhs.pdf>

<sup>24</sup> Ι. Μανωλεδάκη, Υπάρχει δικαίωμα στον θάνατο, διαθέσιμο στο <https://www.constitutionalism.gr/wp-content/uploads/2012/11/manoledakhs.pdf>

# Ανθρώπινη αξιοπρέπεια και προσφυγικό ζήτημα υπό δικαιοπολιτικό πρίσμα

Κορδή Μαρία & Φιλίππου Άννα

3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ & Τελεόφοιτη Πολιτικών Επιστημών ΑΠΘ

**«Η πρόβλεψη, ιδίως όμως η τήρηση των απαιτούμενων θεσμικών εγγυήσεων θα διαδραματίσει καθοριστικό ρόλο, ώστε ζητήματα ανθρωπιστικών τραγωδιών να εξοβελιστούν μια και καλή από την συνείδησή μας και κυρίως από τις κοινωνίες μας.»**

## Αρχή της αξίας του ανθρώπου

### Γενικά:

Η αρχή της αξίας του ανθρώπου (ή ανθρώπινη αξιοπρέπεια) κατοχυρώνεται ρητά στο άρθρο 2 παρ.1 του Συντάγματος, το οποίο την ανάγει σε «πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας».

Η συστηματική θέση της διάταξης στο πρώτο τμήμα του πρώτου μέρους του Συντάγματος (η οποία κατά μία γνώμη δεν είναι ορθή, καθώς, σύμφωνα πάντα με την κοινή γνώμη, αυτή έπρεπε να αποτελεί την πρώτη διάταξη του δεύτερου μέρους για τα Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα)<sup>1</sup> σε συνδυασμό με το περιεχόμενό της μας οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο συντακτικός νομοθέτης αποσκοπούσε στο να την αναγάγει σε θεμελιώδη αρχή που διέπει όλη την έννομη τάξη και όχι να την περιορίσει στα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα. Η σημασία και η σπουδαιότητα της διάταξης διαφαίνεται και από τον αποκλεισμό αναστολής και αναθεώρησης της (άρθρα 48παρ1 Σ, 101παρ1 Σ)<sup>2</sup>. Πέρα από τη σημασία της ως αρχή, η ανθρώπινη αξιοπρέπεια μπορεί σε οριακές περιπτώσεις να αποκτά αμυντική διάσταση, να δρα δηλαδή όμοια με ένα ανθρώπινο δικαίωμα, υπό την έννοια ότι παρέχει στο άτομο δικαιώματα άμυνας. Το δικαίωμα αυτό μπορεί να αφορά προσβολές τόσο από έναν ιδιώτη («τρίτενέργεια») όσο και από το κράτος. Σε

αντίθεση, δηλαδή, με άλλα ευρωπαϊκά Συντάγματα αλλά και το άρθρο 1 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΧΘΔΕΕ), το ελληνικό Σύνταγμα δεν περιορίστηκε σε μία απλή διακήρυξη της αρχής της ανθρώπινης αξιοπρέπειας αλλά όρισε απευθείας την πρωταρχική υποχρέωση της πολιτείας να σέβεται και να προστατεύει αυτήν. Με τον τρόπο αυτό επιβάλλει, όχι απλώς όρια αλλά και υποχρεώσεις στο κράτος, οι οποίες αφορούν στην λήψη αναγκαίων μέτρων (διοικητικών και νομοθετικών) αλλά και την επίδειξη της αντίστοιχης συμπεριφοράς εκ μέρους των πολιτειακών οργάνων κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους. Συμφαί με το άρθρο 2παρ1 Σ είναι και οι διατάξεις των άρθρων 7παρ2 Σ και 106παρ 2 Σ. που απαγορεύουν την προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας στις ειδικότερες εκφάνσεις της, τα βασανιστήρια και την ανάπτυξη της ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας σε βάρος της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Πρότυπο της σχετικής διάταξης του ελληνικού συντάγματος αποτελεί η αντίστοιχη διάταξη του γερμανικού συντάγματος του 1949<sup>3</sup>, το οποίο ήταν και το πρώτο που την κατοχύρωσε ρητά μετά τις τραγικές παραβιάσεις της αξιοπρέπειας του ανθρώπου κατά την διάρκεια του Β' Παγκοσμίου Πολέμου. Η διάταξη αυτή του γερμανικού συντάγματος αποτελεί το πρότυπο και για άλλα μεταγενέστερα συ-

<sup>1</sup> Μ.Ι. Σπυριδάκης, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα επιτομή, Σάκκουλα, 2011, σελ. 39

<sup>2</sup> Χρυσόγονος Κ., Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ 147

<sup>3</sup> Άρθρο 1 παρ 1. Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια είναι απαραβίαστη. Ο σεβασμός και η προστασία της αποτελεί καθήκον κάθε κρατικής αρχής

ντάγματα π.χ. ισπανικό<sup>4</sup>, πορτογαλικό<sup>5</sup>. Νωρίτερα, το 1947 το ιταλικό σύνταγμα είχε αναφερθεί στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια ως φραγμό της ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας<sup>6</sup>. Αναφορά στην έμφυτη ανθρώπινη αξιοπρέπεια περιείχαν και το προοίμιο της Οικουμενικής Διακηρύξεως των Ηνωμένων Εθνών του 1948 αλλά και τα προοίμια των δύο Διεθνών Συμφώνων των Ηνωμένων Εθνών για τα θεμελιώδη δικαιώματα του 1966, η διακήρυξη των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου του 1989 και το σχέδιο του ΧΘΔΕΕ του 2000<sup>7</sup>. Το σημείο στο οποίο διαφέρει η ελληνική διάταξη με τις υπόλοιπες ευρωπαϊκές είναι ότι αντί να αναφέρεται στην «ανθρώπινη αξιοπρέπεια», ανάγει σε πρωταρχική υποχρέωση της πολιτείας τον σεβασμό και την προστασία της «αξίας του ανθρώπου». Για κάποιους οι δύο όροι είναι ταυτόσημοι, για άλλους όχι. Κατά τον Ανδρουλάκη, ο όρος αξιοπρέπεια είναι «προσφυέστερος» του όρου αξία, για να αποδώσει την ιδιαίτερη εγγενή αξία του ανθρώπου, που φέρεται αποκλειστικά και μόνο από αυτόν<sup>8</sup>.

#### Περιεχόμενο:

Το περιεχόμενο της αρχής έγκειται κυρίως στην απαίτηση «να μην υποβιβάζεται ο άνθρωπος, ο κάθε συγκεκριμένος άνθρωπος, σε αντικείμενο, σε απλό μέσο για την εξυπηρέτηση οποιωνδήποτε σκοπών, σε αντικαταστατό, τελικά, μέγεθος»<sup>9</sup>. Αυτό έκρινε και ο Άρειος Πάγος στην απόφασή του υπ' αριθμόν 40/1998, όπου δέχθηκε ότι «στην αξία του ανθρώπου περιλαμβάνεται πρωτίστως η ανθρώπινη προσωπικότητα (άρθρο 34ΑΚ) ως εσωτερικό συναίσθημα τιμής και ως κοινωνική αναγνώριση υπόληψης». Βάσει

αυτού κρίθηκε αντισυνταγματική η διακοπή του ηλεκτρικού ρεύματος λόγω μη εκπλήρωσης των φορολογικών υποχρεώσεων<sup>10</sup>. Ως άλλο ορισμό της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, ο Μάνεσης έδινε την «αξία που πρέπει να έχει ο άνθρωπος ως έλλογο και συνειδητό όν, δηλαδή ως πρόσωπο»<sup>11</sup>. Λόγω της νομικής φύσης της αρχής ως γενικής κατευθυντήριας γραμμής, αυτή θεμελιώνει ευρύτερα υποχρέωση σεβασμού και προστασίας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας ανεξάρτητα από το αν αυτή αντιστοιχεί σε συγκεκριμένο πρόσωπο ή όχι, όπως συμβαίνει στις περιπτώσεις του κυοφορούμενου και του νεκρού<sup>12</sup>. Βέβαια το αν θα κριθεί μια περίπτωση *in concreto* ως προσβολή ή όχι της ανθρώπινης αξιοπρέπειας εξαρτάται και από την ιδιότητα του συγκεκριμένου βλαπτόμενου ατόμου, την κοινωνική του θέση κλπ.

Αναφορικά με την ισχύ της διάταξης, ορισμένοι συγγραφείς (π.χ. Μάνεσης), εμμένοντας στην παλιά διάκριση μεταξύ κατευθυντήριων και δεσμευτικών διατάξεων του Συντάγματος, χαρακτηρίζουν την 2 παρ 1 του συντάγματος ως απλώς κατευθυντήρια. Η διάκριση αυτή, φυσικά, πλέον δεν υφίσταται και γ' αυτό πρόκειται για «μία νομικά πλήρως δεσμευτική διάταξη, η οποία βέβαια λόγω της γενικότητάς της, εφαρμόζεται επικουρικά μόνο (...) στις περιπτώσεις που δεν καλύπτονται από ειδικές διατάξεις»<sup>13</sup>. Επιπλέον, η διάταξη περιέχει ερμηνευτικό κανόνα για τον εφαρμοστή του Συντάγματος, που την καθιστά αυξημένης τυπικής ισχύος, όχι όμως και υπέρτερης ισχύος από οποιαδήποτε άλλη συνταγματική διάταξη.

#### Φορείς:

Το Σύνταγμα κατοχυρώνει την αξία του ανθρώπου και επομένως είναι λογικό με την διάταξη αυτή να προστατεύονται φυσικά, μόνο, και όχι νομικά πρόσωπα. Όπως αναφέρθηκε και παραπάνω η προστασία αρχίζει ήδη πριν την γέννηση καθώς το κυοφορούμενο έμβρυο έχει και αυτό (εν δυνάμει) ανθρώπινη αξία. Βέβαια, καθώς η προστασία του κυοφορούμενου έρχεται σε σύγκρουση με άλλα δικαιώματα, όπως είναι, παραδείγματος χάριν, η

<sup>4</sup> Άρθρο 10 παρ. 1 ισπ. Συντ. («dignidad de la persona»)

<sup>5</sup> Άρθρο 1 πορτογ. Συντ. («dignidade de pessoa humana»)

<sup>6</sup> Άρθρο 41 παρ. 2 ιταλικό σύνταγμα («dignita umana»)

<sup>7</sup> Άρθρο 1 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ: «Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια είναι απαραβίαστη. Πρέπει να είναι σεβαστή και να προστατεύεται.»

<sup>8</sup> Ανδρουλάκης, Νικόλαος Κ., Το νέο Σύνταγμα και η ποινική δικαιοσύνη, σε Η επίδρασις του Συντάγματος του 1975 επί του ιδιωτικού και επί του δημοσίου δικαίου, Αθήνα 1976.

<sup>9</sup> Δαγτόγλου Π., Ατομικά Δικαιώματα Β', 2005, σελ 1321-1323

<sup>10</sup> ΣτΕ, Ολ., 1972/2012, σκ.25

<sup>11</sup> Μάνεσης Αρ., Ατομικές ελευθερίες, 1979, σελ.109

<sup>12</sup> Χρυσόγονος Κ., Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ 148-149

<sup>13</sup> Δαγτόγλου Π., Ατομικά Δικαιώματα Β', 2005, σελ 1321-1323

ελευθερία ανάπτυξης προσωπικότητας της εγκύου, πρέπει ο νομοθέτης αλλά και ο ερμηνευτής του δικαίου να καταλήγει στην πρακτική εναρμόνιση των συγκρουόμενων συνταγματικών επιταγών. Όσον αφορά το πότε σταματάει να παρέχεται προστασία με βάση το άρθρο 2παρ1 Σ υφίσταται διχογνωμία. Ορισμένοι συγγραφείς υποστηρίζουν ότι αυτή συνεχίζεται και μετά τον θάνατο, κατά την ταφή αλλά και αργότερα με την υποχρέωση σεβασμού του νεκρού σώματος, ενώ άλλοι εμμένουν στην θέση ότι η προστασία τελειώνει με τον θάνατο αν και περιλαμβάνει τη σύμφωνη με την θέληση του αποβιωσαντος και τους κρατούντες κανόνες ταφή ή την καύση της σορού. Πάντως το ΕΔΔΑ δέχεται ότι ο νεκρός δεν είναι πλέον φορέας αξιοπρέπειας.<sup>14</sup> Φορείς είναι όλα τα φυσικά πρόσωπα ανεξαιρέτως. Συγκεκριμένα για τους αλλοδαπούς, δεν υφίσταται μια γενική εξαίρεση από το απαραβίαστο της αξιοπρέπειας του ανθρώπου ενόψει και του 5παρ1 Σ (το οποίο, όπως και το 2παρ1 Σ, δεν υπόκεινται σε αναθεώρηση). Η ανθρώπινη αξία των αλλοδαπών προστατεύεται και στις περιπτώσεις που προστατεύουν τους αλλοδαπούς υπό τον όρο της αμοιβαιότητας, όταν δηλαδή σε ένα ξένο κράτος υπάρχουν κανόνες του αυτού περιεχομένου με εκείνο των ημεδαπών κανόνων ή οι ημεδαποί απολαμβάνουν εκεί δικαιωμάτων απλώς ισοδυνάμων με αυτά που τους παρέχονται από την Ελλάδα είτε στους υπηκόους του ξένου εκείνου κράτους είτε στους αλλοδαπούς γενικώς. Παρόλα αυτά δεν δημιουργείται εξ αυτού του λόγου μόνο δικαίωμα του αλλοδαπού να αξιώσει την παραμονή του στην ελληνική επικράτεια και συνεπώς εφόσον αυτός στερείται άδειας παραμονής, η ελληνική διοίκηση μπορεί να τον απελάσει, εφόσον πληρούνται ορισμένες προϋποθέσεις όπως για παράδειγμα, αν «η παρουσία του στο ελληνικό έδαφος είναι επικίνδυνη για την δημόσια τάξη ή ασφάλεια... (ή) υγεία»<sup>15</sup>.

Αξίζει να σημειωθεί ότι στην διάταξη η προστασία που προβλέπει για την ανθρώπινη αξία δεν εξαντλείται σε μια αρνητική υποχρέωση σεβασμού αλλά εκτείνεται και σε θετική εκ μέρους της πολιτείας

ας προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας έναντι προσβολών της τόσο από την ίδια την διοίκηση όσο και από ιδιώτες. Συγκεκριμένα, η προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας σχετίζεται με 4 επιπλέον δικαιώματα: το δικαίωμα στην ζωή, το δικαίωμα στην υγεία, το δικαίωμα στην ασφάλεια και το δικαίωμα στην προσωπικότητα. Το δικαίωμα στην ζωή κατοχυρώνεται με το άρθρο 5παρ2 Σ. Αποτελεί μερικότερη εκδήλωση της αξίας του ανθρώπου και ως εκ τούτου φορείς του είναι όλα τα φυσικά πρόσωπα (και αλλοδαποί και το κυοφορούμενο). Ένα μέρος της θεωρίας κρίνει ότι εδώ περιλαμβάνεται και το δικαίωμα για εξασφάλιση ενός ελάχιστου ορίου αξιοπρεπούς διαβίωσης, ενώ άλλοι το εντάσσουν στο άρθρο 21Σ (μέριμνα για οικογένεια, υγεία, κατοικία, δημογραφική πολιτική, άτομα με αναπηρίες).

Τα δικαιώματα στην υγεία, τη σωματική και ψυχική ακεραιότητα, και τη γενετική ταυτότητα μπορούν να υπαχθούν και σε ένα γενικό, ενιαίο δικαίωμα υγείας. Το δικαίωμα υγείας ως ατομικό δικαίωμα κατοχυρώνεται στο άρθρο 5παρ5Σ μαζί με το δικαίωμα γενετικής ταυτότητας και τις αντίστοιχες απαγορεύσεις βιοϊατρικών επεμβάσεων. Μόνο το ατομικό δικαίωμα στην υγεία αποτελεί προέκταση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, ενώ το αντίστοιχο κοινωνικό δικαίωμα κατοχυρώνεται ως ειδική διάσταση της αρχής του κοινωνικού κράτους στο άρθρο 21παρ3 Συντάγματος.<sup>16</sup> Το δικαίωμα στην σωματική ακεραιότητα (άρθρο 7παρ2Σ) αφορά τα βασανιστήρια, τη σωματική αλλά και την ψυχολογική βία. Μπορούν να προβλεφθούν περιορισμοί του δικαιώματος αυτού με ειδικές διατάξεις, ιδίως για την προστασία του κοινού (π.χ. υποχρεωτικός εμβολιασμός- άρθρο 33 του Ν.2676/1999) ή για την δημόσια ασφάλεια (π.χ. αναγκαστική θεραπεία ψυχασθενών-Ν. 2071/1992). Με το άρθρο 7παρ2 Σ κατοχυρώνεται για άλλη μια φορά η προστασία της τιμής και γενικά της αξίας του ανθρώπου.

Το δικαίωμα στην ασφάλεια, από την άλλη, προκύπτει από τις «προστατευτικές» ρήτρες των άρθρων 2παρ1, 5παρ2, 5παρ5 και 17παρ1 Συντάγματος. Σε αυτό περιλαμβάνεται υποχρέωση του κράτους για την ασφάλεια των πολιτών και αντίστοιχο δικαίωμα αυτών στην αποτελεσματική παροχή αστυνόμευσης. Σε όσους υποστηρίζουν ότι μεταξύ ελευθερίας και ασφάλειας το κράτος πρέπει να επιλέγει την δεύτερη, ο Χρυσόγονος απαντά ότι

<sup>14</sup> AKPINAR AND ALTUN v. TURKEY, παρ. 82: Δεν είναι ο αποθανών που υποτίθεται ότι έχει προσβληθεί, αλλά οι συγγενείς του, εφόσον «η ανθρώπινη ιδιότητα εξαφανίζεται με το θάνατο και, επομένως, η απαγόρευση της κακομεταχείρισης δεν είναι πια εφαρμοστέα για τα πτώματα»

<sup>15</sup> Ν.3386/2005 άρθρο 76 παρ. 1

<sup>16</sup> Ανθόπουλος Χ., Νέες διαστάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων, Σάκκουλα, 2001, σελ 156

«η θυσία της ελευθερίας προκειμένου, υποτίθεται, να δρομολογηθεί η ασφάλεια ισοδυναμεί με αναχώρηση από το συνταγματικό κράτος προς την κατεύθυνση του αυταρχισμού, οδηγώντας σ' έναν φαύλο κύκλο μεταξύ ολοένα βιαιότερης δράσης της εξουσίας και ολοένα βιαιότερης αντίδρασης των εξουσιαζόμενων».<sup>17</sup>

Τέλος αναφορικά με το δικαίωμα στην προσωπικότητα, όταν αυτό εκμαιεύεται από την ανθρωπινή αξία ισχύουν όσα ειπώθηκαν παραπάνω, ότι δηλαδή εφαρμόζεται μόνο στα φυσικά πρόσωπα. Όμως η προσωπικότητα προστατεύεται και από τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα (άρθρα 57-60 ΑΚ) καθώς και από κανόνες του ποινικού δικαίου (π.χ. άρθρα 361, 362 και 363 Π.Κ.), με βάση τις οποίες προστασία παρέχεται και σε νομικά πρόσωπα. Το κοινό όμως μεταξύ των παραπάνω αστικών διατάξεων και του άρθρου 2παρ.1 Σ είναι ότι ο εκάστοτε πολίτης μπορεί να προσφύγει στο δικαστήριο και να ζητήσει να αρθεί η προσβολή και να αποκατασταθεί η προηγούμενη κατάσταση, όπως επίσης και να μην επαναληφθεί στο μέλλον σε συνδυασμό με αποζημίωση για κάθε ζημία που προκλήθηκε και χρηματική ικανοποίηση της ηθικής βλάβης. Η ανάπτυξη της προσωπικότητας του καθενός και η συμμετοχή του στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της χώρας είναι εγγυημένη, εφόσον βέβαια γίνεται με σεβασμό προς τα δικαιώματα των άλλων, το Σύνταγμα, τους νόμους και τα χρηστά ήθη (άρθρο 5παρ1 Σ). Ειδική έκφανση της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας είναι η ελευθερία κίνησης και εγκατάστασης. Με βάση αυτήν ένα άτομο είναι ελεύθερο να κινείται ελεύθερα και να διαμένει όπου θέλει. Περιορισμοί στην ελευθερία κίνησης και εγκατάστασης απαγορεύονται, εκτός αν επιβάλλονται χάριν διασφάλισης της τάξης και του γενικού κοινωνικού συμφέροντος (π.χ. μπορεί να απαγορευτεί η έξοδος από της χώρα κάποιου που βαρύνεται για ποινικό αδίκημα και κρίνεται ύποπτος φυγής).<sup>18</sup>

### Μελέτη περίπτωσης: το προσφυγικό ζήτημα

Οκτώ περίπου έτη μετά το κύμα λαϊκών εξεγέρ-

σεων και διαμαρτυριών, με μεγαλύτερη ή μικρότερη κατά περίπτωση έκταση, που γνώρισε ο Αραβικός κόσμος το 2011 στο όνομα μίας «Αραβικής Άνοιξης», του οριστικού δηλαδή τερματισμού των χρόνιων συνθηκών καταπίεσης και λογοκρισίας που άνθιζαν στο πλέον προσοδοφόρο έδαφος των δικτατορικών καθεστώτων και της ελπιδοφόρου καθιέρωσης δικαιωμάτων μέσα από την επίτευξη κοινωνικοπολιτικών μεταρρυθμίσεων στις εκάστοτε κρατικές δομές, ερχόμαστε ακόμα αντιμέτωποι με την σκληρή πραγματικότητα που ακολούθησε για να διαψεύσει εν τέλει όλα τα ουτοπικά, όπως φαίνεται πλέον, σχέδια για την εγκαθίδρυση νέων κυβερνήσεων στις χώρες της Μέσης Ανατολής. Η συνέχεια απεδείχθη δραματική ενώ τα μόνα επιτρεπόμενα μετρήσιμα επιτεύγματα των παραπάνω εξεγέρσεων ανάγονται σε επίπεδο ανθρωπίνης τραγωδίας.

Στον εμφύλιο πλέον κόσμο των ανθρώπων που ζούσαν και ζουν ακόμα και σήμερα στις χώρες της δυτικής Ασίας και της βόρειας Αφρικής, οι αριθμοί καταδεικνύουν το μέγεθος της καταστροφής και της απώλειας. Εκατοντάδες χιλιάδες άνθρωποι γνώρισαν την απόλυτη εξαθλίωση και τον βίαιο ξεριζωμό από την πατρίδα τους.

Το θέμα της κρίσης στον Αραβικό κόσμο και κυρίως στην περιοχή της Συρίας από όπου προέρχεται και η πλειοψηφία των ανθρώπων που ζητούν άσυλο, μετατοπίζεται και επηρεάζει τις ευρωπαϊκές, ως επί το πλείστον, χώρες υποδοχής τους.<sup>19</sup> Η Ελλάδα, η Ιταλία, η Ισπανία και η Πορτογαλία αποτέλεσαν τις κυριότερες χώρες υποδοχής της παράνομης κυρίως εισροής του μεταναστευτικού κύματος. Το 2015 υπήρξε πράγματι για την ιστορία το έτος που έφερε στην διαφάνεια πολλά από τα λειτουργικά και διακυβερνητικά κενά που προϋπήρχαν εμφανώς στην Ευρωπαϊκή Ένωση, αφήνοντάς την ανήμπορη να αντιμετωπίσει άμεσα την κρίση, δειλώνοντας τα ήδη υπέρογκα προβλήματα.<sup>20</sup> Ο τεράστιος αριθμός του νεοεισαχθέντος προσφυγικού πληθυσμού στα ευρωπαϊκά εδάφη σε συνάρτηση με τις λειτουργικές και πρακτικές δομικές ελλείψεις, η μακροχρόνια διαδικασία του ελέγχου και

<sup>17</sup> Χρυσόγονος Κ., Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ 150

<sup>18</sup> Γκάνης Α.Β., Πολίτης και Σύνταγμα (Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα), εκδόσεις Σάκκουλα, 2004, σελ 29-32

<sup>19</sup> Αραβική Άνοιξη, Πέντε χρόνια μετά, Διαθέσιμο στο : <https://www.amnesty.gr/news/articles/article/20191/araviki-anoixi-pente-hronia-meta>

<sup>20</sup> Παναγιώτης Τσάκωνας, Ευρωπαϊκή κρίση ευθύνης και διακυβέρνησης, Διαθέσιμο στο : <https://gr.boell.org/el/2016/02/25/eyropaiki-krisi-eythynis-kai-diakyvernisis>

τελικά της αποδοχής της αίτησης ασύλου σε ορισμένα κράτη αλλά και το χαμηλό ποσοστό του μεταναστευτικού πληθυσμού που επέστρεψε εν τέλει στην Τουρκία βάσει της συμφωνίας της τελευταίας με την Ε.Ε., ήταν ίσως ένα μέρος των παραγόντων που συνέβαλαν στην κατάσταση που επικρατούσε.

Το ίδιο έτος οι ανθρώπινες ζωές, ανάμεσά τους και πολλά παιδιά, που χάθηκαν στην προσπάθειά τους να φτάσουν στις απέναντι ευρωπαϊκές ακτές ανήλθαν στις 3.771 (αριθμός που σε παγκόσμιο επίπεδο ανήλθε στους 5.350), ενώ το μεγαλύτερο ποσοστό των θανάτων ανήκει στην Μεσόγειο, με ταχύτατους έως και ραγδαίους χρονικά ρυθμούς, σύμφωνα με τον διευθυντή του Διεθνούς Οργανισμού Μετανάστευσης (ΔΟΜ), Ουίλιαμ Λέισι. Κατά τον Οργανισμό, βέβαια, ο Απρίλιος του ίδιου έτους ήταν ο μήνας που αφύπνισε τις ευρωπαϊκές διακυβερνητικές δομές που ήταν υπεύθυνες πλέον για το ζήτημα των χιλιάδων μεταναστών στα εδάφη της Ε.Ε., κυρίως λόγω της είδησης του μαζικού πνιγμού 800 περίπου ανθρώπων στα παράλια της Λιβύης. Οι μαζικοί αυτοί θάνατοι στην Μεσόγειο και τα ελλιπή (ομολογουμένως) μέτρα που πάρθηκαν αρχικά από την Ε.Ε. και την ελληνική πολιτεία αποτελούν φυσικά κατάφορη παραβίαση του δικαιώματος για ζωή, ως ειδικής έκφανσης της αρχής της αξιοπρέπειας.

Το ίδιο συμβαίνει όμως και με την κατάσταση στα κέντρα φιλοξενίας προσφύγων (hotspots) όπου οι συνθήκες διαβίωσης είναι ιδιαίτερα δύσκολες όπως προκύπτει από την έκθεση της Ελληνικής Επιτροπής για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΕΔΑ) για το 2016.<sup>21</sup> Όσον αφορά τη στέγαση, στον χώρο του Σχιστού, που αποτέλεσε έναν από τους χώρους που προσφέρθηκαν για την φιλοξενία των προσφύγων, λόγω της πρώην ιδιότητας του ως στρατιωτικής βάσης, φωταγωγείται κατά τις νυκτερινές ώρες και περιφράσσεται από μπλε πλαστικό προστατευτικό υλικό ώστε να μην είναι ορατός έξωθεν. Επίσης «δεν διαπιστώθηκαν κάποια έργα για την αποτροπή πλημμυρικών φαινομένων ούτε για την σκίαση των σκηνών. Αντίστοιχα στην Κω κάθε οικισμός φιλοξενεί 15 με 20 άτομα, ενώ εκτιμάται πως δεν μπορούν να εξυπηρετηθούν σ' αυτόν αξιοπρεπώς πάνω από 6-8 άτομα».

Όσον αφορά την υγιεινή και την διατροφή

των φιλοξενούμενων παρατηρείται ότι η διατροφή προσφέρεται συνήθως με ευθύνη των ένοπλων δυνάμεων της χώρας και δεν είναι πάντοτε καλής ποιότητας (για παράδειγμα έλλειψη κόκκινου κρέατος, παροχή φρούτων αλλά όχι λαχανικών) ενώ η υγιεινή και άλλες υπηρεσίες προσφέρονται κατά κανόνα από μη κυβερνητικές οργανώσεις σε συνεργασία με τη διοίκηση. Στο Σχιστό, όπως και στο Ελληνικό, οι τουαλέτες είναι πολύ λίγες όπως και οι χώροι της υγιεινής των αλλοδαπών ενώ στο δεύτερο δεν διαπιστώθηκαν, από την έρευνα της ΕΕΔΑ, δυνατότητες για πλύσιμο ρούχων. Όσον αφορά τον Σκαρμαγκά από την άλλη, διαπιστώθηκε ότι δίπλα στον χώρο διανομής φαγητών βρίσκονται επίσης οι κάδοι απορριμμάτων που δεν επαρκούν για όλο τον όγκο των απορριμμάτων με αποτέλεσμα οι δυσάρεστες οσμές να είναι έντονες.

Σχετικά με την ασφάλεια των διαμενόντων από την άλλη, η έκθεση του ΕΕΔΑ ανέφερε ότι: «Ως γενική παρατήρηση, η κατάσταση είναι επισημάνει στα κέντρα φιλοξενίας. Συγκεκριμένα, διατίθενται ελάχιστα περιπολικά για κάθε κέντρο φιλοξενίας (συνήθως ένα με 1-2 άτομα ανά οκτάωρη βάρδια) με αποτέλεσμα να παρατηρούνται σημαντικά προβλήματα ασφάλειας ιδίως σε κέντρα φιλοξενίας με πολύ κόσμο, όπως στον Σκαρμαγκά, όπου έχουν διαπιστωθεί σοβαρά προβλήματα ασφάλειας στο χώρο και επαναλαμβανόμενα περιστατικά παραβατικής συμπεριφοράς. Αναφέρθηκε ότι στο χώρο διακινούνται ναρκωτικά και όπλα ενώ τα βίαια περιστατικά μεταξύ των φιλοξενούμενων είναι καθημερινή υπόθεση».

Αν υπαγάγει κανείς τα παραπάνω στατιστικά στοιχεία και τις παρατηρήσεις στους υπάρχοντες νόμους και δεσμεύσεις από διεθνείς συνθήκες καταλήγει λοιπόν ότι η αρχή της ανθρώπινης αξίας στις περισσότερες εκφάνσεις της καταπατάται στην περίπτωση των προσφύγων που εισέρχονται στην Ελλάδα και φιλοξενούνται στα λεγόμενα κέντρα φιλοξενίας προσφύγων. Συγκεκριμένα, πέρα από την συνταγματική κατοχύρωση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, όπως αυτή αναλύθηκε παραπάνω, οι επιμέρους εκφάνσεις αυτής κατοχυρώνονται και από διεθνείς συνθήκες. Το δικαίωμα στην ζωή, για παράδειγμα, κατοχυρώνεται στο άρθρο 6 του Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα αλλά και στο άρθρο 3

<sup>21</sup> Ελληνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, Διαθέσιμο στο: <http://www.nchr.gr/images/ekthesi2016.pdf>

της Οικουμενικής Διακήρυξης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα (μαζί με το δικαίωμα στην ασφάλεια). Στο ίδιο νομοθέτημα και συγκεκριμένα στο άρθρο 25 κατοχυρώνεται και το δικαίωμα στην υγεία. Επίσης στην σύμβαση του 1951 για το καθεστώς των προσφύγων, και συγκεκριμένα στο άρθρο 21 αναγράφεται σχετικά με την στέγαση ότι *“αι Συμβαλλόμενοι Χώροι, εν ώ μέτρω το πρόβλημα τούτο διέπεται υπό νόμων ή κανονισμών ή υπόκειται εις τον έλεγchon των δημοσίων αρχών, θα επιφυλάσσουν εις τους νομίμως διαμένοντας επί του εδάφους αυτών πρόσφυγας μεταχείρισιν όσον ένεστι ευνοϊκήν, οπωσδήποτε ουχί ολιγώτερον ευνοϊκήν της υπό τας ιδίας συνθήκας εις τους αλλοδαπούς εν γένει επιφυλάσσομένης.”* Ειδικοί νόμοι για τους πρόσφυγες και τις υποχρεώσεις του κράτους υποδοχής απέναντί τους, οι οποίοι συνήθως προσαρμόζουν την ελληνική νομοθεσία προς κάποια ευρωπαϊκή οδηγία, επίσης ψηφίζονται συνεχώς σε μία προσπάθεια να επιλυθούν τα προβλήματα που αναλύθηκαν παραπάνω. Συγκεκριμένα ο νέος νόμος 4540/2018 στο άρθρο 17 κατοχυρώνει την υποχρέωση της Πολιτείας για την παροχή υλικών συνθηκών υποδοχής και ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης στους πρόσφυγες (*«Η αρμόδια Αρχή υποδοχής σε συνεργασία με τους κατά περίπτωση αρμόδιους κρατικούς φορείς, διεθνείς οργανισμούς και πιστοποιημένους κοινωνικούς φορείς μεριμνά για την παροχή στους αιτούντες υλικών συνθηκών υποδοχής, μέσω εθνικών, ενωσιακών ή άλλων πόρων. Οι υλικές συνθήκες υποδοχής μπορεί να παρέχονται σε είδος ή υπό τη μορφή οικονομικού βοηθήματος και εξασφαλίζουν στους αιτούντες ένα επαρκές βιοτικό επίπεδο, το οποίο εγγυάται τη συντήρησή τους και προάγει τη σωματική και ψυχική τους υγεία, με γνώμονα το σεβασμό στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια»*).

Βέβαια στην απόφαση του στην υπόθεση J.R. και άλλοι κατά Ελλάδας, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (ΕΔΑΔ) σημείωσε την κατάσταση έκτακτης ανάγκης που αντιμετώπισαν οι ελληνικές αρχές λόγω της άφιξης σημαντικού αριθμού μεταναστών και κατ' επέκταση τις ανεξέλεγκτες δυσχέρειες. Παρόλο που αρκετές μη κυβερνητικές οργανώσεις επιβεβαίωσαν σχετικώς τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων, το Δικαστήριο αποφάνθηκε πως οι συνθήκες δεν ήταν τόσο σοβαρές ώστε να θεωρηθούν ως «απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση» κατά την έννοια του άρθρου 3 της Σύμβασης. Επομένως, δεν υπήρξε παραβίαση της σχετικής διάταξης της ΕΣΔΑ. Σε

προηγούμενη απόφασή του βέβαια, το 2016, το ΕΔΑΔ καταδίκασε την Ελλάδα για την υπόθεση 9 ανηλίκων, ηλικίας 14 μέχρι 17 χρονών. Σύμφωνα με την απόφαση οι ανήλικοι κρατήθηκαν από 21 έως 33 ημέρες σε υπερπλήρεις και βρώμικες σκηνές. Οι προσφεύγοντες ισχυρίστηκαν ότι δεν είχαν επαρκή τροφή ούτε τη δυνατότητα να εισπνεύσουν καθαρό αέρα. Η απόφαση επέβαλε στην ελληνική κυβέρνηση να καταβάλει αποζημίωση 4.000 ευρώ σε κάθε έναν από τους εννέα τότε ανήλικους.<sup>22</sup>

Εν κατακλείδι το δικαίωμα στην ζωή, την υγεία αλλά και την ασφάλεια των στεγαζόμενων στα κέντρα υποδοχής προσφύγων παραμελείται σε μεγάλο βαθμό όπως προκύπτει τόσο από τις συστάσεις των διάφορων Μ.Κ.Ο όσο και σχετικών επιτροπών. Εάν, λοιπόν, δεν υπάρξει εφαρμογή των υπαρχόντων νομοθετικών πλαισίων και των δεσμεύσεων από διεθνείς συνθήκες, το μέλλον φαντάζει δυσοίωνο. Η πρόβλεψη, ιδίως όμως η τήρηση των απαιτούμενων θεσμικών εγγυήσεων θα διαδραματίσει καθοριστικό ρόλο, ώστε ζητήματα ανθρωπιστικών τραγωδιών να εξοβελιστούν μια και καλή από την συνείδησή μας και κυρίως από τις κοινωνίες μας.

<sup>22</sup> Καταδίκη για την Ελλάδα: Απάνθρωπη και εξευτελιστική συμπεριφορά σε ανήλικους πρόσφυγες, Διαθέσιμο στο: <https://www.tanea.gr/2019/03/01/greece/katadiki-gia-tin-ellada-apanthropi-kai-ekseytelistiki-symperifora-se-anilikous-prosfyges/>



## Τεχνητή νοημοσύνη υπό δικαϊκό πρίσμα

Καράμπελας Ταξιάρχης & Μπαλτσικίδου Βασιλική  
3<sup>ο</sup> έτος Νομικής ΑΠΘ

**«Αλήθεια είναι, ότι πολλά σενάρια έχουν ακουστεί για την επόμενη δεκαετία, από έναν στόλο “self-driving taxis”, μέχρι τις εμφυτεύσεις μοσχευμάτων περιεχόντων τεχνητή νοημοσύνη σε ανθρώπινο εγκέφαλο. Σενάρια που όντως ίσως και να είναι εφικτά.»**

### Προλογικές Τοποθετήσεις

Τεχνητή νοημοσύνη - artificial intelligence - AI από πολλούς χαρακτηρίστηκε ως η επανάσταση του 21<sup>ου</sup> αιώνα. Μετά από 50.000 και πλέον χρόνια εξέλιξης ο άνθρωπος έχει σχεδόν αγγίξει το όνειρό του, να δώσει πνοή στη δημιουργία μιας νοημοσύνης, όμοια με αυτόν, απαλλαγμένη όμως από τον τρωτό χαρακτήρα της σάρκας και τα όρια που θέτουν στον άνθρωπο οι ίδιες οι βιολογικές του καταβολές. Τι είναι όμως με απτούς όρους η τεχνητή νοημοσύνη;

Κατ' ουσίαν (και για τις ανάγκες του παρόντος άρθρου), κάνοντας λόγο για AI θα πρέπει να έχουμε στο μυαλό μας ένα πρόγραμμα, το οποίο δεν έχει συγκεκριμένο προγραμματιστικό τύπο αλλά προσαρμόζεται, μαθαίνει και αναδιαμορφώνει τον αλγόριθμο του έτσι ώστε να δώσει λύση σε λογικά προβλήματα. Στόχος της επιστήμης είναι η δημιουργία ενός τέτοιου προγράμματος που θα είναι σε θέση να λειτουργεί οργανικά, κατανοώντας την ανθρώπινη γλώσσα και συμπεριφορά, τους κινδύνους και την ηθική του τομέα ενασχόλησής του και θα δύναται να φέρει εις πέρας αποτελεσματικότερα χρονοβόρες και με υψηλό κίνδυνο λάθους ανθρώπινες δραστηριότητες<sup>1</sup>.

Καθώς όμως το AI αναπτύσσεται με φρενήρεις ρυθμούς, το άκαμπτο νομικό καθεστώς ανά τον κόσμο φαίνεται για ακόμη μια φορά να μη μπορεί να συμβαδίσει επαρκώς με τις εξελίξεις και να παρουσιάζεται στάσιμος, με μη σαφή προσανατολισμό για την αντιμετώπιση των δύσκολων νομικών ζητημάτων που ανακύπτουν από τις εφαρμογές της τεχνητής νοημοσύνης στην καθημερινότητα.

Είναι εύλογη λοιπόν η έκκληση της θεωρίας για ένα πλήρες νομοθετικό κείμενο, που θα ορίζει τα επιτρεπτά όρια δράσης του AI αφού έχουν αρχίσει και γίνονται οι πρώτες δειλές εμφανίσεις του στους τομείς της ιατρικής και ιδίως των επιχειρήσεων.

### Τεχνητή νοημοσύνη στον τομέα της ιατρικής

Ήδη τον Ιανουάριο του 2019 το AI που ήταν ενσωματωμένο σε «έξυπνο ρολόι» γνωστού κολλοσσού στο χώρο της τεχνολογίας, αναλύοντας το μοτίβο των καρδιακών παλμών του χρήστη του ρολογιού, προέβη στη διάγνωση της καρδιακής του πάθησης με αποτέλεσμα την έγκαιρη εισαγωγή του σε νοσοκομείο. Το συμβάν αυτό αποτελεί το έναυσμα για την εντατικότερη δημιουργία και χρήση ψηφιακών βοηθών από τους ιατρούς ανά τον κόσμο. Επιπλέον, η τεχνητή νοημοσύνη στο χώρο της ρομποτικής εντός του κλάδου της ιατρικής κατατείνει όχι μόνο στην βελτιστοποίηση των ήδη υπάρχουσών τηλεϊατρικών επεμβάσεων αλλά ακόμα και στην αυτοματοποιημένη διενέργεια χειρουργείων, εξετάσεων και επεμβάσεων ρουτίνας, όπως και διαγνωστικών ελέγχων.

Παρόλα αυτά η τρισελκής δράση του AI - προγραμματισμός, εκμάθηση, εφαρμογή - χειρισμός - αποτελεί τροχοπέδη στα πιθανώς ανακύπτοντα ζητήματα ιατρικής ευθύνης, καθώς είναι δύσκολο να διακρίνει κανείς τον υπαίτιο σε μια π.χ. πιθανή σωματική βλάβη στο πλαίσιο μίας εγχείρησης. Ευθύνεται ο προγραμματιστής που έφτιαξε έναν προβληματικό κώδικα, οι ιατροί των οποίων η δραστηριότητα μελετήθηκε από την τεχνητή νοημοσύνη, ώστε να την αναπαράγει, ή ο θεράπων ιατρός που δεν επενέβη έστω και την τελευταία στιγμή για την

<sup>1</sup> Cambridge Dictionary

αποτροπή των δυσμενών συνεπειών;<sup>2</sup>

Η τεχνητή νοημοσύνη στην ιατρική, όμως, δεν είναι ένα φαινόμενο του αύριο. Γί' αυτό τον λόγο εμφανίζεται αδήριτη η ανάγκη τροποποίησης και εναρμόνισης των ισχυόντων κωδίκων ιατρικής δεοντολογίας σε παγκόσμια κλίμακα. Πολλά είναι τα παραδείγματα των νοσοκομείων (Flagler Hospital, El Camino Hospital, Brigham and Women's, Massachusetts General Hospitals της Βοστώνης κ.α.) , στα οποία η τεχνητή νοημοσύνη αποτελεί σημαντικό όπλο του ιατρικού δυναμικού - ειδικά όσον αφορά τις καρδιοεγκεφαλικές παθήσεις - καθώς και του νοσηλευτικού προσωπικού - το οποίο μπορεί να ειδοποιηθεί για μια επερχόμενη μεταβολή της κατάστασης του παθόντος πριν καν αυτή εμφανιστεί -. Πρόβλημα βιοηθικής ανακύπτει όταν οι αλγόριθμοι των προγραμμάτων αυτών εντοπίζουν μοτίβο συμπτωμάτων που οι ίδιοι οι ιατροί αδυνατούν να παρατηρήσουν, για τα οποία συνακόλουθα προτείνονται ριζοσπαστικές θεραπευτικές υποδείξεις<sup>3</sup>. Εκεί διερωτάται κανείς, πώς μπορούμε να νομοθετήσουμε για κάτι που δεν κατανοούμε οι ίδιοι; Η ρίζα του προβλήματος αναφύεται στο ότι είναι δυσδιάκριτα τα όρια του προγραμματιστικού λάθους και ενός ρηξικέλευθου τρόπου θεραπείας που έχει τη προοπτική να σώζει πολλές ζωές. Το φαινόμενο αυτό («σιωπηρή αποτυχία») πρέπει να αντιμετωπίζεται με ιδιόζουσα περίσκεψη και προσοχή. Ο ιατρικός οργανισμός θα έπρεπε και θα πρέπει να απόσχει από τη χρήση των υποδείξεων του AI- ιδίως όταν αυτές καταρχήν δε φαίνεται να αποτελούν *lege artis* τεχνικές - έως ότου αυτές επαναλαμβάνονται σε τέτοια ένταση, ώστε να μπορούμε με ασφάλεια να αποκλείσουμε ένα στατιστικό λάθος, μια ανωμαλία στον προγραμματισμό. Για παράδειγμα, η συνταγογράφηση ενός ψηφιακού ιατρικού βοηθού σε έναν καρκινοπαθή μιας διαφορετικής από την ιατρικά ενδεδειγμένη για την συγκεκριμένη μορφή καρκίνου χημειοθεραπείας, οφείλει να παραμένει απορριπτέα από τον αρμόδιο ιατρό, έως ότου η αντιμετώπιση αυτή εμφανίζεται με συνέπεια από το AI και φυσικά επιβεβαιωθεί με διπλά τυφλές κλινικές δοκιμές<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Ομιλία στο πανεπιστήμιο του Σικάγο, Διαθέσιμο στο <https://www.youtube.com/watch?v=jcE5JPlmxfc&t=3300s>

<sup>3</sup> Questions for Artificial Intelligence in Health Care, Journal of the American Medical Association, 1/8/2019

<sup>4</sup> Διπλά τυφλή κλινική μελέτη ή δοκιμή ορίζει-

Σε κάθε άλλη περίπτωση, ένα μεμονωμένο τέτοιο συμβάν οφείλει μάλλον να αντιμετωπιστεί ως μια ανωμαλία, ένα "glitch" (ατόπημα) στον προγραμματιστικό κώδικα.<sup>5</sup>

Η παραπάνω κατάσταση γεννά αναμφίβολα ζητήματα ευθύνης, καθώς η αξία του εννόμου αγαθού της ζωής που διακυβεύεται είναι αδιαμφισβήτητη. Ο θεράπων ιατρός και χρήστης του προγράμματος πρέπει να κατανοήσει, αφενός πως το AI είναι αρωγός και όχι αντικαταστάτης του, αφετέρου να αξιοποιήσει τη νέα πηγή πληροφοριών - βοήθειας υπό το πρίσμα των αποδεδειγμένων ιατρικών τεχνικών και μεθόδων, με σύμβουλο την προσωπική του κρίση και εμπειρία. Επιτακτική είναι και η εξέταση περιπτώσεων όπου το σφάλμα απομακρύνεται από τη σφαίρα ευθύνης του ιατρού και εισέρχεται στη σφαίρα ευθύνης της εταιρίας προγραμματισμού. Όταν η χρήση της τεχνητής νοημοσύνης επιφέρει τη βλάβη ή επιδείνωση της κατάστασης του ασθενούς και το σφάλμα οφείλεται στο στάδιο ανάπτυξης του προγράμματος ή κατά το στάδιο που αυτό γίνεται «εξυπνότερο», η εξ' ολοκλήρου ή παράλληλη ποινική και αστική ευθύνη της εταιρίας είναι αναπόφευκτη. Βεβαίως από τον κύκλο των υπαιτίων δεν μπορεί να εξαιρεθεί και η ομάδα που συνεργάστηκε με την εταιρία προγραμματισμού παρέχοντας οπτικοακουστικό υλικό, ιατρικές εκθέσεις, γνωματεύσεις και ιστορικό ασθενών ώστε να «εκπαιδεύσουν» το εν εξελίξει AI. Ακόμα και εν εφαρμογή των αυστηρότερων ποινικών θεωριών (του ελληνικού ποινικού δικαίου) *causa adaequata* και της νομικά σημαντικής αιτίας<sup>6</sup>, δε θα μπορούσε κανείς να αρνηθεί ότι η παροχή από ένα ιατρικό

ται ως μέθοδος επιστημονικής διερεύνησης στην οποία τόσο ο συμμετέχων όσο και ο ερευνητής δεν γνωρίζουν, ούτε εάν ο ασθενής λαμβάνει θεραπεία, ούτε το είδος της θεραπείας. Μετά την ολοκλήρωση του πειράματος, οι θεραπείες αποκαλύπτονται και τα δεδομένα αναλύονται σε σχέση με τις διάφορες χρησιμοποιηθείσες θεραπείες. Αυτή η μέθοδος στοχεύει στην εξάλειψη του συστηματικού σφάλματος, τόσο στον ασθενή όσο και στον παρατηρητή.

<sup>5</sup> W. Nicholson Price II, Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Implications, άρθρο δημοσιευμένο από το University of Michigan Law School Scholarship Repository

<sup>6</sup> Ι. Μανωλεδάκης, με την επιμέλεια των Μ. Καιάφα Γκμπάντι και Ελισάβετ Συμεωνίδη -Καστανίδου, Ποινικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλας 2005, σελ.191-198

στέλεχος μιας προδήλως εσφαλμένης γνωμάτευσης, μιας ανορθολογικώς τελούμενης επέμβασης, μπορεί κάλλιστα να αποτελέσει ικανή συνιστώσα στον λανθασμένο προγραμματισμό του ψηφιακού ιατρικού βοηθού, κάτι που με τη σειρά του θα αποβεί καταλυτικό για τη βλάβη του ασθενούς.

Έτσι λοιπόν καθίσταται αντιληπτό πως η άσκηση του ιατρικού λειτουργήματος έχει στον πυρήνα της τον κανόνα της «αναγνωρισμένης κινδυνώδους δράσης»<sup>7</sup> · ενσωματώνει δηλαδή το στοιχείο του ρίσκου, του οποίου ο δικαιολογητικός λόγος συνίσταται στο ωφέλιμο αποτέλεσμα που μπορεί να επέλθει για το ανθρώπινο είδος. Η τεχνητή νοημοσύνη αποτελεί ένα ισχυρό βέλος στη φαρέτρα του ιατρού αρκεί να γίνεται σύμφωνα με τις επιταγές των διεθνών συνθηκών για την απαγόρευση των πειραμάτων στους ανθρώπους, και μιας αυστηρώς διαρθρωμένης νομοθεσίας. Χαρακτηριστικό είναι ότι ενθάρρυνση προς την κατεύθυνση αυτή αποπνέει και ο ελληνικός κώδικας ιατρικής δεοντολογίας με τα άρθρα 4§3,4 και άρθρο 10<sup>8</sup>. Οι ενέργειες πάντως των ιατρών πρέπει να αποτελούν ορθή ιατρική μέθοδο, με προηγούμενη πλήρη ενημέρωση του ασθενούς (αρ. 11 ΚΙΔ) και συνακόλουθη συναίνεση (σχετικά με την εγκυρότητα αυτής, βλ. αρ. 12 ΚΙΔ), ενώ η τήρηση των *lege artis* κανόνων της ιατρικής επιστήμης κατά τα ορίζοντα στο άρθρο 3 καθίσταται απαραίτητη.

### Τεχνητή νοημοσύνη στον τομέα των επιχειρήσεων

Ενδιαφέρον παρουσιάζουν και οι εξελίξεις στον τομέα που είναι υπεύθυνος για την εισαγωγή του ΑΙ στην καθημερινότητα μας, τις επιχειρήσεις. Από τις μηχανές αναζήτησης και τη λειτουργία των “cookies”, μέχρι και το φιλτράρισμα των αιτήσεων εργασίας και τα ανεπιθύμητα μηνύματα στο ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και πλέον και στην αυτόματη πλοήγηση των αυτοκινήτων, το ΑΙ με την εισαγωγή του και μόνο προκάλεσε την ανατροπή των όσων μέχρι σήμερα θεωρούνταν δυνατά. Δυσπιστία όμως και πάλι δημιουργείται στα πρόσωπα των μη εξοικειωμένων με τη τεχνολογία και δεν θα

ήταν κοινοτοπία αν λέγαμε πως ακραίες ενέργειες κάνουν την εμφάνισή τους (ιδίως στις Ηνωμένες Πολιτείες με πολίτες να επιτίθενται στα πειραματικά αυτοοδηγούμενα αυτοκίνητα ώστε να δημιουργηθεί ατύχημα και να προκληθεί διάσπαση της κοινής γνώμης). Βέβαια, το μεταβατικό αυτό στάδιο της ενσωμάτωσης του ΑΙ στην οδήγηση δεν μένει νομικά και ηθικά αδιάφορο. Αν επί παραδείγματι, σε ένα υποθετικό σενάριο έκτακτης ανάγκης το ΑΙ έπρεπε να πάρει την απόφαση αν θα σώσει τον οδηγό ή κάποιον πεζό ποια θα έπρεπε να είναι η απόφασή του;<sup>9</sup>

Στο ομιχλώδες νομικό πλαίσιο που σκεπάζει το ΑΙ και τις εφαρμογές του έρχεται να ρίξει φως ο κανονισμός 2016/679 του Συμβουλίου και του Κοινοβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, θέτοντας τις βάσεις στην προστασία των προσωπικών δεδομένων και οριοθετώντας την επιχειρηματική δραστηριότητα. Ειδικότερα τίθεται το ρυθμιστικό πλέγμα συλλογής, διανομής, επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων για εμπορική ή επαγγελματική χρήση από εταιρίες/οργανισμούς εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η παρεχόμενη προστασία υφίσταται ανεξάρτητα των μέσων συγκέντρωσης και εξατομίκευσης των δεδομένων αυτών, αποτελώντας εχέγγυο για την διασφάλιση της ατομικότητας των υποκειμένων δικαίου.

Δεν πρέπει να λησμονούμε πως η δραστηριότητα μας στον κυβερνοχώρο, το ψηφιακό μας στίγμα ουσιαστικά «εκπαιδεύουν» τον αλγόριθμο ενός ψηφιακού βοηθού, μιας εν ευρεία εννοία τεχνητής νοημοσύνης. Όπως ήδη αναφέρθηκε το ΑΙ εξελίσσεται δυναμικά από φωτογραφίες, κείμενα, οδικές συμπεριφορές κ.ο.κ. που παρέχουμε στην εκάστοτε εταιρία. Έτσι λοιπόν χωρίς ένα δικαϊκό πλαίσιο ομπρέλα, οι προσωπικές συνομιλίες, εικόνες και αναζητήσεις μας σε μια ψηφιακή πλατφόρμα θα μπορούσαν να γίνουν αντικείμενο κατάχρησης των εταιριών. Εδώ έρχεται η κρατική πρωτοβουλία σε συνάρτηση με τον Κανονισμό 2016/679 για τα προσωπικά δεδομένα να λάβει δράση ώστε εθνικές αρμόδιες αρχές να διεξάγουν την έρευνα και την επιτήρηση των δραστηριοποιούμενων στο χώρο εταιριών κατά την διαδικασία συλλογής και επεξεργασίας των δεδομένων.

Στην πράξη όμως γεννώνται ορισμένα ζητή-

<sup>7</sup> Ελισάβετ Συμεωνίδη -Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 20-22

<sup>8</sup> Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας, Νόμος υπ' αριθμ. 3418 /ΦΕΚ 287/28-11-2005, Άρθρα: αρ.3, αρ. 4, αρ. 10, αρ. 11, αρ. 12

<sup>9</sup> Ομιλία από το πανεπιστήμιο του Toronto Faculty of Law, Artificial Intelligence, Technology and the Future of Law, Διαθέσιμο στο <https://www.youtube.com/watch?v=UYSZeHqZnaA>

ματα που εμποδίζουν την πλήρη εναρμόνιση των παρόντων εταιρικών εφαρμογών του AI με τις απαιτήσεις του νέου νόμου. Αρχικά το άρθρο 22 του νόμου 2016/679, δίνει στο υποκείμενο της έννομης προστασίας την ευχέρεια άρνησης της αυτοματοποιημένης επεξεργασίας των προσωπικών του δεδομένων και του «φακελώματος» του με τη δημιουργία προφίλ που το εξατομικεύει και το υποβάλει σε αποφάσεις που επιφέρουν έννομες συνέπειες σε βάρος του. Με την πλήρωση της νομοτυπικής μορφής του άρθρου 22 οδηγούμαστε τελικά στο άρθρο 15, που αναφέρει τα δικαιώματα του υποκειμένου τα οποία έχουν χαρακτήρα ενημερωτικό(μέσω της επικοινωνίας του με τον υπεύθυνο επεξεργασίας της εκάστοτε εταιρίας) και κατασταλτικό -προστατευτικό (παραδείγματος χάριν καταγγελία σε εποπτική αρχή). Και εδώ όμως χρήζει διασαφήνισης η χρήση του όρου «λογική» που εντοπίζεται στο αρ. 15§1 περ. η'.<sup>10</sup>

Σε μια προσπάθεια προσέγγισης των άνωθεν ζητημάτων θα μπορούσε κανείς να προχωρήσει στις ακόλουθες σκέψεις. Η επίκληση του άρθρου 22 θέτει ορισμένες προϋποθέσεις, με ασαφώς προσδιορισμένη αυτή «της παραγωγής εννόμων αποτελεσμάτων που αφορούν το υποκείμενο των δεδομένων ή το επηρεάζουν σημαντικά με παρόμοιο τρόπο». Η ασάφεια λοιπόν αυτή μπορεί να αποτελέσει για την εταιρία «παραθυράκι» σε ενδεχόμενες αντιδικίες. Το 22§2 όμως αποκλείει την εφαρμογή της πρώτης παραγράφου (του ίδιου άρθρου), όταν η απόφαση που λαμβάνεται μέσω της αυτοματοποιημένης διαδικασίας γίνεται ενόψει: συμβατικής υποχρέωσης ή ύπαρξης νομοθετικού πλαισίου ανάλογου περιεχομένου από την Ευρωπαϊκή Ένωση ή προηγούμενης ρητής συγκατάθεσης του υποκειμένου. Όλα αυτά συνηγορούν στο γεγονός πως παρά τους όποιους κινδύνους που φαίνεται να εγκυμονεί η αυτοματοποιημένη επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων από το AI, κυρίως δηλαδή κατά την διαδικασία όπου γίνεται «εξυπνότερο», υπάρχουν αρκετά νομικά εχέγγυα προστασίας των χρηστών. Τέλος θεωρείται ίσως απαραίτητη μια ερμηνευτική διασαφήνιση του όρου «λογική» στο άρθρο 15 όπως προαναφέρθηκε, ώστε να ικανοποιήσει τις ανάγκες της τεχνητής νοημοσύνης. Ειδικότερα ορθότερο θα ήταν κατά διορθωτική ερμηνεία να αναφερόμαστε στην πληροφόρηση σχετικά με το είδος των

προσωπικών δεδομένων, τον σκοπό χρήσης και το αποτέλεσμα που απέφερε ο αλγόριθμος, αντί για την «λογική» της αυτοματοποιημένης διαδικασίας<sup>11</sup>.

Το AI όμως βρίσκεται παντού γύρω μας, από το «έξυπνο τηλέφωνο» που τείνει να καταστεί φυσική προέκταση του χεριού μας, το σπίτι και την εργασία μας. Εν πρώτοις, και έχοντας εξετάσει σε αδρές γραμμές τον νόμο 2016/679 θα ήταν ορθό να αναλύσουμε περαιτέρω τον τρόπο ενσωμάτωσης αυτού στο εσωτερικό μιας απλής επιχείρησης(γνωστή και ως μέλος της κατηγορίας των Small and Medium Enterprises) υπό το πρίσμα των «7 βημάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>12</sup>». Σε πρώτο στάδιο πρέπει υπογραμμίσουμε πως η διαδικασία συλλογής και επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων πρέπει να είναι ελεγχόμενη και να φέρει συγκεκριμένο σκοπό και νομική βάση. Η ενημέρωση των υποκειμένων, η προσωρινότητα διατήρησης των δεδομένων, η προστασία αυτών και η παράλληλη τήρηση αρχείου κρίνονται ζωτικής σημασίας. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ο κίνδυνος συνεργασίας με άλλες εταιρίες-παρόχους στις οποίες δίνεται η πρόσβαση σε όλα τα συναχθέντα προσωπικά δεδομένα, καθώς αυτές είναι που παρέχουν την κατάλληλη τεχνική υποστήριξη, όπως και τον αλγόριθμο επεξεργασίας των δεδομένων για επιχειρηματικούς σκοπούς (βλέπε στοχευμένες διαφημίσεις). Εδώ καλούμαστε να αντιμετωπίσουμε το λεγόμενο «Μαύρο Κουτί<sup>13</sup>» του AI, όρος που περιγράφει ένα πρόγραμμα με λειτουργία την πραγματοποίηση προβλέψεων και αποφάσεων βασισμένων στα πρότυπα των προσωπικών δεδομένων, αλλά μη δυνάμενο να εξωτερικεύσει τον λόγο που προχώρησε σε αυτές. Συνεπώς, κάθε εταιρία οποιουδήποτε μεγέθους πρέπει να είναι αρκετά προσεκτική με τα δεδομένα τα οποία εμπιστεύεται σε τρίτες εταιρίες, με σκοπό είτε μόνο την αποθήκευση ή την διαχείριση, είτε ακόμη και την

<sup>11</sup> [https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/rights-related-to-automated-decision-making-including-profiling/?fbclid=IwAR1sf25PIDyq6GpbbrhTV87jJS4IUo6SX2Qh2EiZpel0e8\\_qgLWNn9klqM](https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/rights-related-to-automated-decision-making-including-profiling/?fbclid=IwAR1sf25PIDyq6GpbbrhTV87jJS4IUo6SX2Qh2EiZpel0e8_qgLWNn9klqM)

<sup>12</sup> Seven Steps for businesses - European Commission

<sup>13</sup> Harvard Journal of Law & Technology Volume 31, Number 2 Spring 2018 the artificial intelligence black box and the failure of intent and causation

<sup>10</sup> Καλλιόπη Σπυριδάκη, Chief Privacy Strategist of SAS EUROPE GDPR and AI: Friends, foes or something in between?

επεξεργασία αυτών, καθώς ο περίπλοκος τρόπος λειτουργίας του AI το καθιστά επισφαλές στα χέρια μη αξιόπιστων επιχειρήσεων.

Μόνο επίτευγμα του νόμου 2016/679 πρέπει να θεωρήσουμε το γεγονός πως κατάφερε να ενσωματώσει στο ρυθμιστικό του πεδίο το AI, ενώ παράλληλα πραγματοποίησε την αρχή, έδωσε το βήμα για ακόλουθες νομοθετικές πρωτοβουλίες. Στο άρθρο 5 τίθενται αναλυτικά οι αρχές που περικλείουν την προστασία των προσωπικών δεδομένων όπως η αρχή της νομιμότητας, της αντικειμενικότητας και της διαφάνειας. Με τον τρόπο αυτό κατόρθωσε να θέσει τις βάσεις για μια εναρμονισμένη, δίκαιη «αγορά δεδομένων», όπου κυριαρχούν η ισότητα και η συναλλακτική ηθική. Και καθώς η ηθική είναι ένα μέτρο καθαρά υποκειμενικό, και όπως και στην περίπτωση του «μέσου συνετού συναλλασσόμενου» δε μπορούμε να την ορίσουμε επακριβώς, ώστε κάθε φορά να οδηγούμαστε σε μια δίκαιη εφαρμογή του νόμου, κρίνεται αναγκαία η αναγωγή της σε πραγματιστικές συναλλακτικές συμπεριφορές. Έτσι, αναμφίβολα καταδικαστέα πρέπει να κρίνεται η χρήση και η συλλογή προσωπικών δεδομένων για σκοπούς πέραν των συμφωνημένων με τον αντισυμβαλλόμενο -είτε αυτούς που επιτάσσει ο νόμος-, η παραπλάνηση του παρόχου των προσωπικών δεδομένων και η ασύμφωνη με τη καλή πίστη και τα εκάστοτε συναλλακτικά ήθη επεξεργασία τους. Μοναδική εξαίρεση οφείλουμε να αναγνωρίσουμε μόνο σε περίπτωση που μια τέτοια «ανήθικη συμπεριφορά» γίνεται για την προαγωγή του αξιολογικά ανώτερου δημοσίου και επιστημονικού συμφέροντος, φυσικά κάτω από τις ανάλογες θεσμικές εγγυήσεις.

Ωστόσο, παρά το γεγονός ότι ο νόμος αυτός όντως ενίσχυσε την εμπιστοσύνη των υποκειμένων των δεδομένων -ενώ παράλληλα κατόρθωσε να κάμψει αν όχι συνολικά, τουλάχιστον εν μέρει την καχυποψία και την επιφύλαξη των πολιτών απέναντι στην τεχνητή νοημοσύνη και το μυστήριο που την περιβάλλει- είναι αναγκαίο να γίνουν και άλλες προσπάθειες ακόμη πιο προσανατολισμένες στο AI και τις πρακτικές εφαρμογές του. Στο πνεύμα αυτό κινείται η ευρωπαϊκή κοινότητα μέσω παρακίνησης της Κομισιόν (μέσα από την διακήρυξη Communication Artificial Intelligence<sup>14</sup>) προς τα

αρμόδια όργανα να λάβουν τα απαραίτητα μέτρα για την ενημέρωση των πολιτών σχετικά με το AI, για την εδραίωση της ευρωπαϊκής κυριαρχίας στον επιχειρησιακό τομέα που αφορά την τεχνητή νοημοσύνη και τις δυνατότητες που αυτή παρέχει, ούσα η πιο στρατηγική ανακάλυψη του αιώνα μας, καθώς και για την νομοθετική ρύθμιση αυτής.

### Τεχνητή νοημοσύνη στον τομέα της δημόσιας ασφάλειας

Μιλώντας βέβαια για προσωπικά δεδομένα ξεχνάμε ότι το μεγαλύτερο ίσως μέρος αυτών αποτελεί η φυσική μας παρουσία στο χώρο, η αλληλεπίδραση μας με τους υπόλοιπους ανθρώπους και η εξωτερίκευση της σκέψης μας με την κινησιολογία μας. Η τεχνητή νοημοσύνη ούσα σκέλος ενός ισχυρού υπολογιστικού συστήματος που έχει πρόσβαση σε δίκτυο καμερών και drone, δυνητικά είναι ικανή να λύσει το πρόβλημα της ελλιπούς αστυνόμευσης - που απορρέει από την πραγματιστική αδυναμία του να υπάρχει παντού ένα όργανο επιβολής της τάξης -. Το δίλημμα όμως για ακόμα μια φορά είναι το τι ποσοστό ελευθερίας θυσιάζουμε για την παροχή μιας τέτοιας ασφάλειας. Είναι ο άνθρωπος διατεθειμένος άραγε να νιώθει ότι παρακολουθείται;

Το ζήτημα όμως αυτό ανακύπτει μάλλον από ελλιπή κατανόηση της λειτουργίας ενός τέτοιου συστήματος και απουσία νομοθετημάτων πάνω στο θέμα. Το σύστημα λοιπόν αποτελείται από ένα σύνολο καμερών επιτήρησης που σε συνεργασία συλλέγουν, ανταλλάσσουν και επεξεργάζονται το υλικό τους με σκοπό όχι μόνο την ταχύτερη αναγνώριση και εντοπισμό ατόμων που φαίνεται να παραβαίνουν με την συμπεριφορά τους την έννομη τάξη, αλλά και την άμεση κλήση των αρμόδιων αρχών, ώστε να αναλάβουν δράση. Σε επόμενο στάδιο αν και βρίσκονται ακόμα σε ερευνητικό επίπεδο τα drones, που όχι μόνο ανιχνεύουν αλλά εντοπίζουν τον στόχο και μέσα από μια επεξεργασία κρίνουν αν είναι αναγκαίο να ανοίξουν πυρά, αποτελούν το επόμενο βήμα στην στρατιωτική βιομηχανία. Χαρακτηριστική είναι η χρηματοδότηση της Μεγάλης Βρετανίας<sup>15</sup> για την

<sup>14</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions

<sup>15</sup> Jamie Doward, Britain funds research into drones that decide who they kill, says report, Διαθέσιμο στο <https://www.theguardian.com/world/2018/nov/10/autonomous-drones-that-decide-who-they-kill-britain-funds>

τελειοποίηση των μη επανδρωμένων εναέριων σκαφών. Ποιος όμως θα ευθύνεται στην περίπτωση που, είτε έχει «πατηθεί εκ παραδρομής η σκανδάλη», είτε η σφαίρα δε βρήκε τον στόχο της; Και αν ακόμα δεν ακολουθηθεί αυτή η οδός και έχουμε απλώς ένα «ψηφιακό μάτι» να επιβλέπει την πόλη, ποιες συμπεριφορές μπορούν να νομοθετηθούν ως επικίνδυνες για τη δημόσια τάξη και ασφάλεια; Δεν θα ήταν επικίνδυνο ένα φιλικό σπρώξιμο ή ένας έντονος διαπληκτισμός να πυροδοτήσουν μια σειρά ανεπιθύμητων συνεπειών;<sup>16</sup>

[research?CMP=Share\\_AndroidApp\\_Messenger&fbclid=IwAR2vqXYwzmKJfuXIEla10bezN7X-FfbE-0IRo2vJ-YdK9LpUL\\_256B1IS-c](https://www.research?CMP=Share_AndroidApp_Messenger&fbclid=IwAR2vqXYwzmKJfuXIEla10bezN7X-FfbE-0IRo2vJ-YdK9LpUL_256B1IS-c)

<sup>16</sup> Zak Doffman Smarter Cities: Will Autonomous AI Surveillance And IoT Now Automate Law Enforcement? Διαθέσιμο στο <https://www.forbes.com/sites/zakdoffman/2018/12/15/smarter-cities-will-autonomous-ai-surveillance-and-iot-now-automate-law-enforcement/#5cc1806e1d55>

<sup>17</sup> Ted Talk, Can we build AI without losing control over it?

Διαθέσιμο στο <https://www.youtube.com/watch?v=8nt3edWLglg>

<sup>18</sup> Ted Talk, The Real Reason to be Afraid of Arti-

## Επίλογος

Με αυτές τις ερωτήσεις αξίζει να συνοψίσουμε τονίζοντας emphaticά ότι η λύση δεν είναι η επιστήμη ή οι κυβερνήσεις να τραβήξουν την πρίζα. Αλήθεια είναι, ότι πολλά σενάρια έχουν ακουστεί για την επόμενη δεκαετία, από έναν στόλο “self-driving taxis”, μέχρι τις εμφυτεύσεις μοσχευμάτων περιεχόντων τεχνητή νοημοσύνη σε ανθρώπινο εγκέφαλο. Σενάρια που όντως ίσως και να είναι εφικτά. Το σημαντικό είναι επιτέλους οι ιθύνοντες να αρθούν στο ύψος των περιστάσεων και να ασχοληθούν σοβαρά με την παραγωγή νομοθετικού έργου που να καλύπτει επαρκώς το AI και τις εφαρμογές του. Η τεχνητή νοημοσύνη ακόμα και αν δε το αντιλαμβανόμαστε έχει αναβαθμίσει σε μεγάλο ποσοστό το βιοτικό μας επίπεδο· και αυτό αποτελεί γεγονός που δεν πρέπει να παραγνωρίζουμε!

cial Intelligence | Peter Haas, Διαθέσιμο στο [https://www.youtube.com/watch?v=TRzBk\\_KulaM](https://www.youtube.com/watch?v=TRzBk_KulaM)

<sup>19</sup> Conference at Vanderbilt Law School, Richard Susskind: Artificial Intelligence and the Law, Διαθέσιμο στο <https://www.youtube.com/watch?v=xs0iQSyBoDE>

## Διαθήκες Ζωής: κεκαλυμμένη ευθανασία, ή πεμπτούσια του δικαιώματος αυτοκαθορίζεσθαι;

Τσιριγώτη Καλλιόπη-Αργυρώ

Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια του ΔΠΜΣ Ιατρικής Α.Π.Θ. & Ασκούμενη Δικηγόρος

**« [...] οι οριακές περιπτώσεις, οι κυριολεκτικά μεταξύ ζωής και θανάτου, δεν απαλλάσσουν τον νομοθέτη από την υποχρέωση λήψης μέτρων.»**

### Εισαγωγή

Η προϊούσα εξέλιξη της ιατρικής επιστήμης, που όχι μόνον επιτρέπει την διατήρηση στη ζωή ασθενών ακόμα και σε κωματώδη κατάσταση, αλλά παρέχει ολοένα και περισσότερα μέσα προς αντιμετώπιση νοσημάτων και ανακούφιση του πόνου, έχει θέσει εν αμφιβόλω το απώτατο όριο του φυσικώς δυνατού, έχει εισφέρει νέα ερωτήματα σχετικά με τη νομική μεταχείριση ακροβατούντων στα δυσδιάκριτα όρια μεταξύ ζωής και θανάτου ασθενών, και εισέφερε νέες προβληματικές, όπως το αν υπάρχει κατοχυρωμένο δικαίωμα στον θάνατο, αντιπαραβαλλόμενο προς το δικαίωμα στη ζωή όπως αυτό προβλέπεται στο ελληνικό Σύνταγμα<sup>1</sup>.

Η σύγχρονη σχέση ιατρού-ασθενούς μοιάζει να αφήνει σταδιακά στο παρελθόν το πατερναλιστικό<sup>2</sup> μοντέλο άσκησης της ιατρικής, και να δίνει τη θέση της σε ένα περισσότερο φιλελεύθερο σύστημα «σύμπραξης» ιατρού-ασθενούς, που διαπνέεται από περισσότερη εμπιστοσύνη και συνεργατικότητα. Κατ' επέκταση ο ιατρός δεν λειτουργεί πια ως

επιστημονική αυθεντία, ως είθιστο, αλλά διατηρεί στενότερη σχέση με τον ασθενή, καθιστώντας τον ενεργό συμμετόχο στην ιατρική σχέση.

Στην πλειονότητα των περιπτώσεων, ο ασθενής συγκατατίθεται σε μια εκφρασθείσα ιατρική πρόταση ή συγκαθορίζει, στο βαθμό του εφικτού, μια ιατρική ενέργεια *αφότου* έχει περιέλθει σε κατάσταση χειροτέρευσης της υγείας του. Πλέον διαφαίνεται και μια ακόμα περίπτωση. Αυτή κατά την οποία ο άνθρωπος, *προτού* ασθενήσει, επιθυμεί να καθορίσει το αν και τί είδους ιατρική μεταχείριση θα λάβει, το μέτρο αυτής, καθώς και τις θεραπευτικές ενέργειες που δεν επιθυμεί να εφαρμοσθούν, στο οποίο χρονικό σημείο εμφανισθεί κάποια συγκεκριμένη επιδείνωση της υγείας του. Όπως είναι φυσικό, μια τέτοια πρόθεση δεν θα μπορούσε να αφήσει «αδιάφορη» την νομική επιστήμη, καθότι εγείρει ζητήματα νομιμότητας και δεσμευτικότητας των εκ των προτέρων εκφρασθεισών επιθυμιών θεραπευτικής μεταχείρισης. Παράλληλα υπογραμμίζει την κοινωνικοηθική διάσταση του ζητήματος, καθώς οι οριακές περιπτώσεις δοκιμάζουν συνήθως τόσο το δίκαιο, όσο και τις κοινωνίες.

**«Ου δώσω δε ουδέ φάρμακον ουδενί αιτηθείς θανάσιμον ουδέ υφηγήσομαι συμβουλήν τοιήνδε» - σύνδεση με την προβληματική της ευθανασίας: από τον Όρκο του Ιπποκράτη, στον νέο Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας**

Στο ανωτέρω απόσπασμα του Ιπποκρατικού Όρκου υποδεικνύεται η θεμελιώδης αρχή πως ως γιατρός, είναι κανείς υπεύθυνος να αρνηθεί την χορήγηση θανατηφόρου φαρμάκου, ή την κατάπειση

<sup>1</sup> Άρθρο 5 παρ. 2 του Συντάγματος της Ελλάδας 1975/1986/2001/2008

<sup>2</sup> Feinberg J, Legal Paternalism, *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 1, No. 1 (Sep. 1971), σελ.105, όπου ως (κρατικό, βέβαια) πατερναλισμό ορίζει «[...] τον εξαναγκασμό για την προστασία του ατόμου από μια βλάβη δημιουργούμενη από αυτό, ή, στην ακραία της εκδοχή, την καθοδήγησή του, είτε το επιθυμεί είτε όχι, προς το δικό του συμφέρον», σε ανάλογη περίπτωση εφαρμοσμένο στη σχέση ιατρού ασθενούς, όπου ο ασθενής αντιμετωπίζεται ως «αντικείμενο» των επιλογών του ιατρού, με εκείνον να λαμβάνει έναν ρόλο οιονεί «αυθεντίας».

σε αυτοκτονία, η απαγόρευση της οποίας χρονολογείται στους Πυθαγόρειους φιλοσόφους<sup>3</sup>.

Στο πεδίο του ποινικού δικαίου, οι διατάξεις που αφορούν στο τέλος της ζωής είναι αυτές των άρθρων 300 Ποινικού Κώδικα (εφεξής ΠΚ), και 301 αυτού. Στο 300 ΠΚ απαξιώνεται ποινικά ως πλημμέλημα η ευθεία διενέργεια ευθανασίας κατόπιν απαίτησης του θύματος και από οίκτο προς το πρόσωπό του, ενώ στο άρθρο 301 ΠΚ τιμωρείται με φυλάκιση η με πρόθεση προτροπή ή και συμμετοχή σε αυτοκτονία, που εδώ ενδιαφέρει όταν ο δράστης τυγχάνει να φέρει την ιδιότητα του ιατρού.<sup>4</sup> Σκοπός του ποινικού κολασμού είναι σαφώς η τιμώρηση πράξεων που θέτουν εν κινδύνω την ίδια τη ζωή, καθώς προσβολές αυτής της φύσεως νοούνται μόνον κατόπιν στάθμισης, και κατ' επέκταση ύπαρξης υπέρτερου αγαθού από αυτό που προσβάλλεται εδώ, δηλαδή υπέρτερου της ζωής<sup>5</sup>.

Ο νέος Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας (εφεξής ΚΙΔ), ν. 3418/2005, κάνει ειδική μνεία για τις αποφάσεις στο τέλος της ζωής, όταν πλέον ο θάνατος είναι, βάσει ιατρικών δεδομένων, αναπόφευκτος. Στο άρθρο 29 παρ. 1 προβλέπεται αυτό που στην ποινική βιβλιογραφία αναφέρεται ως «γνήσια ή κυρίως ευθανασία»<sup>6</sup>. Ως τέτοια λογίζεται η υποχρέωση του ιατρού να παράσχει κάθε δυνατή αρωγή στον ασθενή κατά το τελικό στάδιο ανιάτου ασθένειας, χωρίς να συνεπάγεται επίσπευση θανάτου, προκειμένου να μειώσει τον σωματικό αλλά και ψυ-

χικό πόνο του (παρηγορητική αγωγή). Πρόκειται ακριβώς για την κυριολεκτική της λέξης «ευθανασία» σημασία, την πρόκληση ενός ανώδυνου θανάτου (ευ+ θνήσκω), που λαμβάνει χώρα όταν έχουν εξαντληθεί τα θεραπευτικά μέσα ή διαπιστώνεται από τον θεράποντα η ανώφελη θεραπεία (futile treatment), ιδίως επί ανίατης ασθένειας τελικού σταδίου. Έτσι το κέντρο βάρους της ιατρικής πράξης μετατοπίζεται στην παρηγορητική αγωγή (palliative care), ήτοι στην ανακούφιση του πόνου που προκαλεί η ίδια η ασθένεια, ή του πόνου που προκαλείται ως παρενέργεια από τη θεραπεία αυτής. Όπως ορθά παρατηρείται, η δράση του ιατρού αυτή, που μόνο σωματικές βλάβες μπορεί τυχόν να προκαλέσει, δεν αποκτά ποινικό ενδιαφέρον, εάν τηρούνται τα όρια της επιτρεπόμενης κινδυνώδους δράσης, καθώς κατατείνει στην ανακούφιση του ασθενούς που βιώνει το τέλος. Τα όρια αυτά τηρούνται όταν «η υιοθέτηση των συγκεκριμένων μέσων θεωρείται γενικά επιτρεπτή σε ασθενείς που πεθαίνουν με επώδυνο τρόπο και έχει προηγηθεί πλήρους ενημέρωσης του ενδιαφερομένου και συναίνεσής του στην υιοθέτησή τους, [...] η πρόκληση των σωματικών βλαβών μπορεί πράγματι να δικαιολογηθεί, και να αρθεί έτσι ο αρχικά άδικος χαρακτήρας<sup>7</sup>». Δίδεται συνεπώς βαρύνουσα σημασία στην έννοια της προηγούμενης ενημέρωσης και συναίνεσης<sup>8</sup> από πλευράς του ασθενούς, προκειμένου για τα όρια της επιτρεπόμενης κινδυνώδους δράσης.

Στο ίδιο άρθρο η 2<sup>η</sup> παράγραφος ορίζει πως «ο ιατρός λαμβάνει υπόψη τις επιθυμίες που είχε εκφράσει ο ασθενής, ακόμη και αν, κατά το χρόνο της επέμβασης, ο ασθενής δεν είναι σε θέση να τις επαναλάβει». Ακριβώς η πρόβλεψη αυτή γεφυρώνει το ζήτημα του τέλους της ζωής με την ευρύτερη προβληματική της ευθανασίας, κι ειδικότερα με την προγενέστερη έκφραση επιθυμιών του ασθενούς επί του ζητήματος. Στο ευρύ πεδίο αυτό εντάσσονται και οι Διαθήκες Ζωής ως μορφή προγενέστερης βούλησης.

<sup>3</sup> Δ. Λυπουρλής, «Ου δώσω δε ουδέ φάρμακον ουδενί αιτηθείς θανάσιμον ουδέ υφηγήσομαι συμβουλήν τοιήνδε»: Η «ευθανασία» στην καθημερινή ζωή της αρχαιότητας, στο βιβλίο ΕΥΘΑΝΑΣΙΑ, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Σάκκουλας, 2007, σελ. 15 επ.

<sup>4</sup> Άρθ. 300-Ανθρωποκτονία με συναίνεση: «Όποιος αποφάσισε κι εκτέλεσε ανθρωποκτονία ύστερα από σπουδαία κι επίμονη απαίτηση του θύματος κι από οίκτο γι' αυτόν που έπασχε τιμωρείται με φυλάκιση», και, Άρθ. 301- Συμμετοχή σε αυτοκτονία: «Όποιος με πρόθεση κατέπεισε άλλον να αυτοκτονήσει, αν τελέστηκε η αυτοκτονία ή έγινε απόπειρά της, καθώς και όποιος έδωσε βοήθεια κατ' αυτήν, τιμωρείται με φυλάκιση».

<sup>5</sup> Ι. Μανωλεδάκης, Ποινικό Δίκαιο, Γενική Θεωρία, Σάκκουλας, 2004, σ.763

<sup>6</sup> Ε. Συμεωνίδου -Καστανίδου, Η ευθανασία στο ποινικό δίκαιο, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής: 3. Ευθανασία, Σάκκουλας, 2007, σελ. 138

<sup>7</sup> Ε. Συμεωνίδου -Καστανίδου, Η ευθανασία στο ποινικό δίκαιο, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής: 3. Ευθανασία, Σάκκουλας, 2007, σελ. 139

<sup>8</sup> Η ενημέρωση και λήψη ενημερωμένης συναίνεσης ασθενών, ως βασική υποχρέωση του ιατρού, ορίζονται στα άρθρα 11 και 12 αντίστοιχα Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, ν. 3418/2005, ΦΕΚ 287 Α', 28-11-2005



## Η προβληματική της παθητικής ευθανασίας και οι Διαθήκες Ζωής

Με τον όρο παθητική ευθανασία περιγράφεται η κατάσταση εκείνη, κατά την οποία ασθενής αφήνεται να πεθάνει φυσικά, κάτι που επιτυγχάνεται είτε με την μη επιχείρηση θεραπευτικής μεθόδου, είτε με την παύση αυτής, εάν θα συνέβαλλε στην διατήρησή του στη ζωή<sup>9</sup>. Για την περίπτωση της παθητικής ευθανασίας φθάνει να γίνεται λόγος ύστερα από τρία πιθανά ενδεχόμενα: 1) ο ίδιος ο ασθενής να μην επιθυμεί την έναρξη ή συνέχιση αγωγής που μπορεί ν' ανακόψει τον κίνδυνο για τη ζωή του, 2) να μην είναι σε θέση να εκφράσει την βούλησή του, ή 3) να ζητά ο ίδιος ή οι οικείοι του την λήψη μέτρων αναγκαίων για την διατήρηση στη ζωή, παρότι αυτά ίσως μοιάζουν περιττά.

Στην πρώτη περίπτωση, η κατάσταση είναι αρκούτως ξεκάθαρη: κάθε ασθενής διατηρεί το δικαίωμα άρνησης θεραπείας, νομοθετικά κατοχυρωμένο στην Ελλάδα ήδη από το έτος 1992 (ν. 2071/1992<sup>10</sup> «Περί εκσυγχρονισμού και οργάνωσης του Συστήματος Υγείας»), μετέπειτα με την κυρωθείσα Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική, ευρύτερα γνωστή ως σύμβαση του Οβιέδο (ν. 2619/1998<sup>11</sup>), και τέλος ρητά με αντίθετη ερμηνεία από τον ΚΙΔ στο άρθρο 12 αυτού, όπου στην 1<sup>η</sup> παράγραφο ορίζεται πως «ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή».

<sup>9</sup> Ε. Συμεωνίδου -Καστανίδου, Η ευθανασία στο ποινικό δίκαιο, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής: 3. Ευθανασία, Σάκκουλα, 2007, σελ. 148 επ.

<sup>10</sup> Ιδίως στην παράγραφο 3 αυτού, όπου ορίζεται ότι «Ο ασθενής έχει το δικαίωμα να συγκατατεθεί ή να αρνηθεί κάθε διαγνωστική ή θεραπευτική πράξη του πρόκειται να διενεργηθεί σε αυτόν. Σε περίπτωση ασθενούς με μερική ή πλήρη διανοητική ανικανότητα, η άσκηση αυτού του δικαιώματος γίνεται από το πρόσωπο που κατά νόμο ενεργεί για λογαριασμό του»

<sup>11</sup> Στο άρθρο 5 αυτής, όπου αναφέρεται πως «επέμβαση σε θέματα υγείας μπορεί να υπάρξει μόνον αφού το ενδιαφερόμενο πρόσωπο δώσει την ελεύθερη συναίνεσή του, κατόπιν προηγούμενης σχετικής ενημέρωσής του» (εδ. 1), και «το ενδιαφερόμενο πρόσωπο μπορεί ελεύθερα και οποτεδήποτε να ανακαλέσει την συναίνεσή του» (εδ. 2)

Κατά την τρίτη περίπτωση, όπου και ζητάται η λήψη μέτρων, καθίσταται σαφές πως ο ιατρός είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα που είναι, φυσικά, εντός των ορίων του ενδεξιγμένου, προκειμένου να ανακοπεί - κατά το δυνατόν - η επέλευση του θανάτου.

Με την δυσχερέστερη ίσως περίπτωση, όπου ο ασθενής δεν είναι σε θέση ν' αποφασίζει ή να εκφράσει έγκυρα τη συναίνεσή του σε ιατρική πράξη, όπως ορίζεται στην παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου, συνυφαίνεται κι η όλη προβληματική των προγενέστερων οδηγιών (advance directives). Η περιέλευση ενός ασθενούς στην κατάσταση αυτή προκύπτει από ανίατη ασθένεια, είτε από επιδείνωση ικανή να οδηγήσει σε διαταραχή ή ακόμα και απώλεια των διανοητικών λειτουργιών<sup>12</sup>, και δυσχεραίνει σαφώς την ανίχνευση της αληθούς βούλησής του. Καταρχήν γίνεται δεκτό ότι σε αυτές τις περιπτώσεις υφίσταται υποχρέωση του ιατρού να λάβει όλα εκείνα τα αναγκαία μέσα ώστε να ανακοπεί η πορεία προς το θάνατο, καθώς αυτό προβλέπεται και στις περιπτώσεις επείγοντος, κατά το άρθρο 12 παρ. 3 ΚΙΔ. Ο γιατρός δηλαδή οφείλει να πράξει ό, τι είναι αναγκαίο, ακόμα κι αν ο ασθενής δεν δύναται να εκφραστεί, καθώς υφίσταται κίνδυνος ζωής του<sup>13</sup>.

Οι προγενέστερες οδηγίες διακρίνονται σε δύο κατηγορίες<sup>14</sup>. Η πρώτη περίπτωση έχει την φύση οιονεί υποκατάστασης του ασθενούς από κάποιο τρίτο πρόσωπο, να ρυθμίσει θέματα αντ' αυτού ή ακόμα και να συγκατατεθεί για ζητήματα που ο ίδιος δε θα είναι σε θέση να ρυθμίζει ή να κατανοεί (proxy directives), ενώ η δεύτερη έχει τη φύση κατευθυντήριων οδηγιών μεταχείρισης του ασθενούς απευθυνόμενες τόσο στους οικείους του, όσο και στον εκάστοτε ιατρό που θα κληθεί να καθορίσει το ακολουθητέο θεραπευτικό σχήμα (instructive directives). Η τελευταία εκ των δύο περίπτωση περιγράφει τις λεγόμενες «διαθήκες ζωής» (living wills).

<sup>12</sup> Τ. Κ. Βιδάλης, ιατρική δεοντολογία- κατ' άρθρο ανάλυση του νόμου 3418/2005, Σάκκουλας, σελ. 336

<sup>13</sup> Ε. Συμεωνίδου -Καστανίδου, Η ευθανασία στο ποινικό δίκαιο, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής: 3. Ευθανασία, Σάκκουλα, 2007, σελ. 153

<sup>14</sup> Τ. Κ. Βιδάλης, ιατρική δεοντολογία- κατ' άρθρο ανάλυση του νόμου 3418/2005, Σάκκουλας, σελ. 336 επ.

## Οι διαθήκες ζωής ως κατεύθυνση θεραπευτικής μεταχείρισης

Σε περιπτώσεις αδυναμίας επικοινωνίας του ασθενή με το περιβάλλον του, αποφάσεις λαμβάνονται από τρίτο πρόσωπο, σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπει η εθνική νομοθεσία<sup>15</sup>. Οι εκφρασθείσες από οικείου/τρίτους απόψεις, εν προκειμένω, στην καλύτερη περίπτωση θα κατοπτρίζουν επιθυμίες του ασθενούς, αναφερθείσες προγενέστερα σε αυτούς, είτε αντίθετα λαμβάνονται υπό το κράτος συναισθηματικής φόρτισης, τυχόν άγνοιας, πίεσης χρόνου, αλλά και απόκλισης από τις αληθείς επιθυμίες του ασθενούς. Στο πλαίσιο αυτό εκδηλώνεται κι η ανάγκη των επαγγελματιών υγείας για ασφαλέστερη γνώση της βούλησης ασθενών, αλλά κι η από πλευράς των τελευταίων επιθυμία καθορισμού εκ των προτέρων της θεραπευτικής μεταχείρισης που θα ήθελαν ή όχι να λάβουν, κάτι που επιτυγχάνεται σε μεγάλο βαθμό με τις προγενέστερες οδηγίες.

Οι προγενέστερες οδηγίες εν γένει είναι επίσημα έγγραφα, με τα οποία κάθε ενήλικος με ικανότητα να δώσει συναίνεση κατόπιν ενημέρωσης, δύναται να περιγράψει το είδος ιατρικής φροντίδας που επιθυμεί να λάβει στην περίπτωση που εξ ατυχήματος ή νόσου καταστεί αδύνατη η επικοινωνία με το περιβάλλον του, και κατ' επέκταση η συμμετοχή του σε λήψη απόφασης. Μέσω αυτών δίδεται η δυνατότητα να εκφραστούν οι αληθείς επιθυμίες κι ο αξιακός κώδικας του ατόμου, μέχρι και να ορισθούν τρίτοι ως εκπρόσωποί του στη διαδικασία λήψης μελλοντικών αποφάσεων.

Πιο πολυσυζητημένη μορφή των προγενέστερων οδηγιών αποτέλεσαν οι διαθήκες ζωής. Οι Διαθήκες Ζωής ως όρος προτάθηκαν για πρώτη φορά από δικηγόρο του Illinois, τον Luis Kutner, το 1969 σε νομική εφημερίδα<sup>16</sup>. Παρότι για την ελληνική έννομη τάξη ο όρος διαθήκες είναι αδόκιμος, εφόσον δεν «διατίθεται» κάτι με τα έγγραφα αυτά<sup>17</sup>, εντού-

τοις το κληρονομικό δίκαιο αποτέλεσε τωόντι την έμπνευση του Kutner, ώστε το μοντέλο της διαθήκης που αφορά διάθεση περιουσιακών στοιχείων μετά θάνατον, να αποτελέσει βάση και για έγγραφο που αφορά «διάθεση» επιθυμιών του ατόμου για τη θεραπευτική μεταχείριση που θα λάβει μελλοντικά<sup>18</sup>. Σύνηθες, αλλά όχι και αποκλειστικό, περιεχόμενο αυτών είναι η προτροπή παύσης όλων των μέσων που διατηρούν κάποιον στη ζωή και οι οποίες απλώς παρατείνουν την επέλευση ενός (σίγουρου) θανάτου, στις περιπτώσεις ανίατης και μη αναστρέψιμης ασθένειας, αλλά και ειδικότερες ρυθμίσεις επί τη βάσει επέλευσης διάφορων ιατρικών σεναρίων<sup>19</sup>.

Μια πρώτη μνεία για τη σημασία και τη δεσμευτικότητα των προγενέστερων οδηγιών γίνεται στη Σύμβαση του Οβιέδο<sup>20</sup>, στο άρθρο 9 της οποίας αναφέρεται πως τυχόν προγενέστερες της ιατρικής πράξης οδηγίες του ασθενούς, ο οποίος κατά το χρόνο της διενέργειας ιατρικής πράξης δεν διαθέτει την ικανότητα να εκφρασθεί, λαμβάνονται υπόψιν από τον ιατρό. Κάτι τέτοιο όμως δεν συνεπάγεται και άμεση δεσμευτικότητα των προγενέστερων οδηγιών, καθώς ο ιατρός διατηρεί παράλληλα το δικαίωμα να επιλέξει διαφορετική θεραπευτική προσέγγιση<sup>21</sup>, από αυτήν που προτείνεται από τον

ση, έτσι *Ε. Ρεθυμιωτάκη* σε άρθρο «Ευθανασία και διαθήκες ζωής», δημοσιευμένο σε : <https://www.constitutionalism.gr/%CE%B5%CF%85%CE%B8%CE%B1%CE%BD%CE%B1%CF%83%CE%AF%CE%B1-%CE%BA%CE%B1%CE%B9-%CE%B4%CE%B9%CE%B1%CE%B8%CE%AE%CE%BA%CE%B5%CF%82-%CE%B6%CF%89%CE%AE%CF%82>

<sup>18</sup> *Β. Μαυρίδου*, (2015), «Διαθήκη Ζωής: προγενέστερες οδηγίες για το τέλος της ζωής» (Διπλωματική Εργασία), Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Θεσσαλονίκη, σελ. 25, διαθέσιμη σε <https://ikee.lib.auth.gr>

<sup>19</sup> Βλ. Generic Living Will, διαθέσιμο σε [www.health.harvard.edu/media/content/files/health-report-pdfs](http://www.health.harvard.edu/media/content/files/health-report-pdfs)

<sup>20</sup> Άρθρο 9 ν. 2619/1998, «Κύρωση της Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της αξιοπρέπειας του ατόμου σε σχέση με τις εφαρμογές της βιολογίας και της ιατρικής: Σύμβαση για τα ανθρώπινα δικαιώματα και τη βιοϊατρική, ΦΕΚ Α' 132/15-6-1998

<sup>21</sup> *Τ. Κ. Βιδάλης*, Ιατρική Δεοντολογία- κατ' άρθρο ανάλυση του νόμου 3418/2005, Σάκκουλας, σελ.

<sup>15</sup> Άρθρο 12 παρ. 2 περίπτωση ββ), ν. 3418/2005, ΦΕΚ 287 Α', 28-11-2005

<sup>16</sup> *Β. Μαυρίδου*, Διαθήκη Ζωής - Προγενέστερες Οδηγίες για το τέλος της ζωής (Διπλωματική Εργασία), 2015, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Θεσσαλονίκη, σελ. 25, διαθέσιμη σε <https://ikee.lib.auth.gr>

<sup>17</sup> Πολλώ δε μάλλον η ίδια η ζωή, αφού παγίως γίνεται δεκτό στο ποινικό δίκαιο πως η ζωή διαθέτει απόλυτη αξία, και δεν είναι αγαθό προς διάθε-

ασθενή σε στάδιο προγενέστερο της εμφάνισης ασθένειας.

Η ελληνική έννομη τάξη δεν έχει προσδώσει αυξημένη δεσμευτικότητα σε τέτοιου είδους εκφρασθείσα βούληση, όπως διάφορες πολιτείες των ΗΠΑ, ή άλλες χώρες της Ευρώπης. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι το Βέλγιο, όπου οι προγενέστερες οδηγίες περιλαμβάνουν, υπό προϋποθέσεις, είτε αίτημα άρνησης σε θεραπεία, είτε αίτημα ευθανασίας στον θεράποντα ιατρό. Στη δεύτερη και ίσως σοβαρότερη περίπτωση πιστοποιείται η ύπαρξη ανιάτου ασθενείας, η μη ύπαρξη νοητικής ικανότητας και το μη αναστρέψιμο της κατάστασης υγείας του ασθενούς. Χάριν εξασφάλισης τυπικότητας συντάσσονται ενώπιον δύο μαρτύρων και σε χρόνο μέχρι πέντε έτη πριν το χρονικό σημείο που εμφανίζεται η απώλεια συναίνεσης του ασθενούς<sup>22</sup>.

Τα νομικά και ηθικά ζητήματα που εγείρονται είναι πολυάριθμα. Κυριότερο, το κατά πόσον θα μπορούσε να αναγνωρισθεί δεσμευτική ισχύς στο περιεχόμενο μιας βούλησης ασθενούς, όπως περιγράφηκε ανωτέρω, όταν αυτή διατυπώνεται σε χρόνο προγενέστερο της εμφάνισης του διλήμματος διατήρησής του στη ζωή, ή έστω τον βαθμό ιατρικής φροντίδας που θα λάβει σε μια οριακή κατάσταση.

### Αναγνώριση δεσμευτικής ισχύος - Στάθμιση

Στη συζήτηση περί του αν και σε ποιο βαθμό οι διαθήκες ζωής οφείλουν να θεωρούνται ασφαλές μέσον προς κατανόηση της αυθεντικής βούλησης του ασθενούς, έχουν διατυπωθεί επιχειρήματα εκατέρωθεν. Παρά την μη δεσμευτικότητά τους *de lege lata*, μπορούν να χρησιμοποιηθούν εντούτοις ως *τεκμήρια εικαζόμενης συναίνεσης*<sup>23</sup>.

#### 1. Υπέρ της αναγνώρισης δεσμευτικής ισχύος

Πρώτο βασικό επιχείρημα των υπέρμαχων αναγνώρισης δεσμευτικότητας στις διαθήκες ζωής

είναι το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος<sup>24</sup>, όπου και προβλέπεται το δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας του ατόμου. Βάσει αυτού, το άτομο διαθέτει το δικαίωμα αυτοκαθορισμού και ελεύθερης ανάπτυξης όλων των πτυχών του βίου και της προσωπικότητάς του, υπό τους περιορισμούς προσβολής των δικαιωμάτων τρίτων και των χρηστών ηθών. Συμπληρωματικά μπορεί να αναφερθεί και η παράγραφος 5 του ιδίου άρθρου, βάσει της οποίας «*καθένας έχει δικαίωμα στην προστασία της υγείας και της γενετικής του ταυτότητας. [...]*», ως «όπλο» του ατόμου-ασθενούς έναντι του ιατρικού πατερναλισμού. Με το επιχείρημα αυτό προβάλλεται η αξία του αυτοκαθορισμού του ατόμου, ως μέγιστη αξία προστασίας της προσωπικότητάς του, και εν γένει κάθε πτυχής αυτής, ιδίως ζητημάτων που άπτονται της υγείας του. Κατά συνέπεια είναι προσωπική επιλογή του καθενός να δεσμεύει μέσω των επιθυμιών του, για ζητήματα ουσιώδους σημασίας για τη ζωή του, όπως η υγεία.

Επόμενο επιχείρημα «υπέρ», είναι το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος, στο οποίο εδράζεται η αξίωση του ατόμου για σεβασμό και προστασία της αξιοπρέπειάς του, ως «*πρωταρχικής υποχρέωσης της Πολιτείας*». Το άρθρο 2 συνηγορεί εξίσου στην παραδοχή της αυξημένης σημασίας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, ιδίως με το θάνατο *ante portas*. Η προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας στο υπό κρίσιν θέμα έχει το περιεχόμενο να μην αντικειμενοποιείται ο άνθρωπος<sup>25</sup>, να μην αντιμετωπίζεται ως μέσον προς εξυπηρέτηση συμφερόντων- αντ' αυτού να προάγεται η σημασία του αυτοκαθορισμού του. Στην περίπτωση που απασχολεί, τυχόν λήψη μέτρων που θα επέτρεπαν να διατηρηθεί κανείς στη ζωή, παρά την προγενέστερη και ρητώς εκπεφρασμένη άποψη του ιδίου του ασθενούς περί του αντιθέτου, θα υποβίβαζε τον ίδιο, αλλά και θα υποτιμούσε το δικαίωμά του ν' αυτοκαθορίζεται<sup>26</sup>. Παράλληλα, δεν είναι δυνατό να

337

<sup>22</sup> Β. Μαυρίδου, «Διαθήκη Ζωής - Προγενέστερες Οδηγίες για το τέλος της ζωής» (Διπλωματική Εργασία), 2015, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Θεσσαλονίκη, σελ. 76, διαθέσιμη σε <https://ikee.lib.auth.gr>

<sup>23</sup> Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου: Η ευθανασία στο ποινικό δίκαιο, στο βιβλίο ΕΥΘΑΝΑΣΙΑ, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Σάκκουλας, 2007, σελ. 151

<sup>24</sup> Άρθ. 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»

<sup>25</sup> Π. Μαντζούφας, Συνταγματική προστασία των δικαιωμάτων στην κοινωνία της διακινδύνευσης: υγεία, ιδιωτικότητα, περιβάλλον, Σάκκουλα, 2006, σελ. 190 επ.

<sup>26</sup> Α. Σαχουλίδου, «Η εξωτερίκευση της βούλη-

νοηθεί το αγαθό της ζωής ανεξάρτητο από την αξιοπρέπεια του φορέα του. Και η αξιοπρέπεια ως μέγεθος αξιολογείται, κυρίως, από τον φορέα αυτής.

Επόμενο επιχείρημα αποτελεί η ήδη κατοχυρωμένη δυνατότητα ασθενούς να αρνηθεί την οποιαδήποτε ιατρική πράξη, ακόμα και σωτήρια για τη ζωή του. Εφόσον η συναίνεση <sup>27</sup> κατόπιν προηγούμενης ειδικής και σαφούς ενημέρωσης, αποτελεί νομιμοποιητική της ιατρικής παρέμβασης ενέργεια, κάθε αυθαίρετη πράξη που διενεργείται χωρίς αυτή να δοθεί, -ακόμα κι αν πρόκειται για σωτήρια της ζωής ενέργεια-, καθίσταται παράνομη. Η ως άνω «επιταγή» επαναλαμβάνεται σε ρυθμίσεις του εθνικού δικαίου, όπως ο ΚΙΔ στο άρθρο 12<sup>28</sup> αυτού, αλλά και στον ν. 2071/1992 («Εκσυγχρονισμός και Οργάνωση Συστήματος Υγείας») στο άρθρο 47<sup>29</sup> παρ. 3 αυτού. Εφόσον, λοιπόν, δίδεται αυτή η δυνατότητα σε ασθενή που νοσεί κι έχει την ικανότητα συναίνεσης, είναι λογικό επακόλουθο να καταστεί επιτρεπτή και η εκ των προτέρων επιθυμία αποδοχής ή μη ορισμένων ιατρικών ενεργειών, υπό την αίρεση επέλευσης της οριακής για τη ζωή του ασθενούς κατάσταση.

## 2. Κατά της αναγνώρισης δεσμευτικής ισχύος

Ακρογωνιαίος λίθος για την αρνητική θέση της δεσμευτικότητας των διαθηκών ζωής, αποτελεί παγίως το επιχείρημα περί απόλυτης αξίας της ζωής, όπως περιγράφεται στο άρθρο 5 παρ. 2 του Συντάγματος, αλλά και στο άρθρο 2 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου <sup>30</sup>. Από τις διατάξεις αυτές αντλείται το επιχείρημα πως, όταν υφίσταται προηγούμενη βούληση περί

σης του ασθενή σε ζητήματα που αφορούν στο τέλος της ζωής- Διαθήκες ζωής: μεταξύ ρύθμισης και απορρύθμισης», στη σειρά «Ερευνητικό Δίκτυο Α.Π.Θ., Ιατρική πράξη, βιοϊατρική και δίκαιο- 4 : Η αρχή και το τέλος της ζωής», Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 145

<sup>27</sup> Βάσει του άρθρου 5 της Σύμβασης του Οβιέδο, βλ. Κ. Φουντεδάκη, Αστική Ιατρική Ευθύνη, Σάκκουλας, 2004, σελ. 175 επ.

<sup>28</sup> «Ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή»

<sup>29</sup> «Ο ασθενής έχει δικαίωμα να συγκατατεθεί ή να αρνηθεί κάθε διαγνωστική ή θεραπευτική πράξη που πρόκειται να διενεργηθεί σε αυτόν»

<sup>30</sup> «Το δικαίωμα εκάστου προσώπου εις την ζωήν προστατεύεται υπό του νόμου. [...]»

μη λήψης μέτρων παράτασης ζωής ενός ασθενούς, διευκολύνεται ενδεχομένως η νομιμοποίηση μορφών ευθανασίας, ακόμα κι αν πρόκειται για αυθεντική βούλησή του. Παράλληλα ελλοχεύει πάντοτε ο κίνδυνος να μην αποτυπώνεται η αληθής βούληση σε προγενέστερο χρόνο, καθώς το άτομο δεν έχει ακόμα εισέλθει σε επιθανάτιο φάση και τέτοιου είδους αποφάσεις, εν γένει, ερείδονται σε σκέψεις υπαρξιακής φύσεως<sup>31</sup> που είναι συνήθως λιγότερο πιθανό να κάνει ένας υγιής άνθρωπος.

Επόμενο επιχείρημα της άποψης «κατά» είναι το ζήτημα ερμηνείας των διαθηκών ζωής. Αναφέεται, κι εύλογα, το ζήτημα ποιός και υπό ποία ιδιότητα ή ρόλο θα κληθεί να αποδώσει την αληθή βούληση του συντάκτη αυτών. Η ύπαρξη γενικόλογων εκφράσεων (λ.χ. «αφόρητος πόνος»), αλλά και η μη πρόβλεψη ιεράρχησης των οικείων του ασθενούς δυσχεραίνουν την διαδικασία. Ιδίως στην εμπλοκή αυτών, είναι πιθανός ο κίνδυνος παραποίησης της αληθούς βούλησης, προκειμένου για ικανοποίηση ιδίου οφέλους. Στην περίπτωση, αντίθετα, που ο ρόλος της ερμηνείας ανατεθεί στον θεράποντα ιατρό, τείνει να ενισχύει τον ιατρικό πατερναλισμό, αφού θα συνίσταται σε κρίση της ιατρικής αυθεντίας<sup>32</sup>. Συναφές με τα ανωτέρω είναι και το ζήτημα διασφάλισης ενημέρωσης του ασθενούς στον προγενέστερο αυτόν χρόνο που θα επιθυμήσει να διατυπώσει την βούλησή του. Εκφράζεται η άποψη ότι κατά τον χρόνο διατύπωσης, το πρόσωπο ίσως δεν έχει λάβει πλήρη ενημέρωση για τις συνέπειες των επιθυμιών του, και η πρακτική των διαθηκών ζωής ουσιαστικά ελαφραίνει τον περίγυρο του ασθενούς από την υποχρέωση απάντησης σε ένα οριακό δίλημμα<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Α. Σαχουλίδου, «Η εξωτερίκευση της βούλησης του ασθενή σε ζητήματα που αφορούν στο τέλος της ζωής- Διαθήκες ζωής: μεταξύ ρύθμισης και απορρύθμισης», στη σειρά «Ερευνητικό Δίκτυο Α.Π.Θ., Ιατρική πράξη, βιοϊατρική και δίκαιο- 4 : Η αρχή και το τέλος της ζωής», Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 150

<sup>32</sup> Π. Βούλτσος, Η ποινική προβληματική της ευθανασίας, Σάκκουλας, 2006, σελ. 773 επ.

<sup>33</sup> Κ. Φουντεδάκη, Πληρεξούσιοι Υγείας και Διαθήκες Ζωής- Το ρυθμιστικό έλλειμμα του ελληνικού δικαίου, σε Επιλογές του ασθενούς και ιατρικές αποφάσεις στο τέλος της ζωής - Διαθήκες ζωής και πληρεξούσιοι υγείας, Σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής 22, Σάκκουλας, 2016, σελ. 28

Άλλες παράμετροι που συνυπολογίζονται για την άρνηση στην αναγνώριση δεσμευτικότητας, είναι ο φόβος για την αλλαγή γνώμης, αφού επέλθει η επίμαχη δυσμενής κατάσταση υγείας, και προτού ο ασθενής προλάβει να επαναδιατυπώσει την αλλαγμένη βούλησή του. Πράγματι σε έννομες τάξεις του εξωτερικού υπάρχει υποχρέωση επικαιροποίησης των διαθηκών ζωής έπειτα από ορισμένο διάστημα, όπως λ.χ. η Ουγγαρία<sup>34</sup>, που υποχρεώνει σε επικαιροποίηση προγενέστερων οδηγιών ανά διετία. Σε περίπτωση που η συνθήκη μη επικοινωνίας ασθενούς με το περιβάλλον πληρωθεί στο μεσοδιάστημα μεταξύ διαθήκης ζωής εν ισχύ και χρονικού σημείου υποχρέωσης επικαιροποίησής της, θα είναι ίσως η δυσχερέστερη κατάσταση για τον θεράποντα ιατρό.

Το κυριότερο δογματικό ζήτημα είναι το ερώτημα αν υπάρχει δικαίωμα στο θάνατο. Εκκινώντας από την παραδοχή πως *δικαίωμα είναι η παρεχόμενη από την έννομη τάξη εξουσία σε πρόσωπο για την πραγμάτωση βιοτικού συμφέροντος*<sup>35</sup> καταλήγει κανείς πως δικαίωμα δεν μπορεί να νοηθεί έξω από μια έννομη τάξη, το κράτος. Συνεπώς, έχει δικαίωμα ένας άνθρωπος, ν' αξιώνει από το κράτος να συμπράξει ώστε να πεθάνει; Σύμφωνα με νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, στην υπόθεση *Pretty v. The United Kingdom*<sup>36</sup>, το δικαίωμα στη ζωή δεν εμπεριέχει και την αρνητική του όψη, το δικαίωμα στο θάνατο. Στην ελληνική έννομη τάξη η ανωτέρω άποψη υιοθετήθηκε κι από τον Ι. Μανωλεδάκη, ο οποίος υποστήριξε πως το δικαίο είναι *έλλογο κατασκεύασμα* και δεν δύναται να προσφέρει απαντήσεις σε όλα τα ζητήματα του βίου<sup>37</sup>, ούτως ώστε είναι εννοιολογικά αδύνατο να κατοχυρωθεί ένα δικαίωμα στο θάνατο, διότι αντιτίθεται στο θεμέλιο των εννόμων

τάξεων, που είναι η ζωή<sup>38</sup>.

### Αντί Επιλόγου

Στο ελληνικό δίκαιο ο θεσμός των διαθηκών ζωής δεν αναγνωρίζεται, και το περιεχόμενο αυτών δεν λειτουργεί δεσμευτικά. Στο ερώτημα αν το δικαίο καλείται να πράξει περισσότερο και να απαντήσει στο αν πρέπει να αναγνωρισθούν ως ασφαλή κριτήρια για οριοθέτηση της αυθεντικής βούλησης του ασθενούς, ο νομικός κόσμος διχάζεται.

Όπως έχει σημειώσει ο Χ. Γιανναράς<sup>39</sup>, «αφού το πέραςμα είναι δεδομένο, ποιος ο λόγος να μην το επισπεύδει η ιατρική, όταν πρόκειται να απαλλάξει το άτομο από πόνους, ταλαιπωρίες και βασανιστικό άγχος». Πράγματι, πώς μπορεί ν' απορρίπτεται η πιθανή δεσμευτικότητα των διαθηκών ζωής, αφ' ης στιγμής ο πόνος είναι μια αμιγώς προσωπική υπόθεση, κι η αξιοπρέπεια σταθμίζεται πρωτίστως από το πρόσωπο-φορέα του δικαιώματος σε αυτήν. Η αντιμετώπιση του τέλους της ζωής, πέραν από βαθιά προσωπική, συνδέεται βαθύτατα με ατομικές, θρησκευτικές και φιλοσοφικές αντιλήψεις, αλλά και επηρεάζεται από όλα τα βιώματα εκάστου ανθρώπου. Συνεπώς κανείς θα όφειλε να είναι ελεύθερος ν' αποφασίζει για όλες τις πτυχές του βίου του, ακόμα και γι' αυτές που είναι αβέβαιο αν ή σε ποια χρονική στιγμή θα επέλθουν, εάν γίνεται λόγος για ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας.

Το δικαίο όντως δοκιμάζεται σε οριακές καταστάσεις. Άποψη της γράφουσας είναι ότι η μη ρύθμιση συντείνει στη δημιουργία ανασφάλειας δικαίου, και οι οριακές περιπτώσεις, οι κυριολεκτικά μεταξύ ζωής και θανάτου, δεν απαλλάσσουν τον νομοθέτη από την υποχρέωση λήψης μέτρων. Ένα προτεινόμενο από υπέρμαχους των διαθηκών ζωής σχήμα είναι η παραχώρηση δυνατότητας σε ενήλικα, και ικανά να εξωτερικεύσουν την βούλησή τους άτομα, να προβούν σε σύνταξη διαθήκης ζωής κατόπιν ενδελεχούς προηγούμενης ενημέρωσης, τήρησης συμβολαιογραφικού τύπου, δυνατότητας ελεύθερης ανάκλησης, υποχρέωσης επικαιροποίησής της και εν αμφιβολία κατά το χρόνο χρήσης της, ενεργοποίηση ιατρικού συμβουλίου.

<sup>34</sup> Β. Μαυρίδου., (2015), Διαθήκη Ζωής - Προγενέστερες Οδηγίες για το τέλος της ζωής (Διπλωματική Εργασία), Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Θεσσαλονίκη, σελ. 77

<sup>35</sup> Γ. Μπαλής, Γενικά Αρχαία Αστικού Δικαίου, έκδ. η' 1961, Σάκκουλας, παρ. 22

<sup>36</sup> Απόφαση No. 2346/2002 από 29/4/2002, ECHR (European Court of Human Rights), διαθέσιμη σε: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?=001-60448>

<sup>37</sup> Ι. Μανωλεδάκης, «Ευθανασία: υπαρξιακή κατάσταση πέρα από τα όρια του θετικού δικαίου», στο βιβλίο ΕΥΘΑΝΑΣΙΑ, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Σάκκουλας, 2007, σελ. 166 επ.

<sup>38</sup> Ι. Μανωλεδάκης, «Υπάρχει δικαίωμα στο θάνατο;», Ποινικά Χρονικά, 54 .2 ΝΔ/2004

<sup>39</sup> Όπως ακριβώς Χ. Γιανναράς, «Ευθανασία: Πρόβλημα νοήματος του πόνου», στο βιβλίο ΕΥΘΑΝΑΣΙΑ, σειρά Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Σάκκουλας, 2007, σελ. 53

Πρώτο μέλημα οφείλει να είναι η διερεύνηση του αληθούς συμφέροντος ενός ασθενή, ακόμα κι αν αυτό συνεπάγεται την λήψη υπόψιν και τεκμηρίων εικαζόμενης συναίνεσης, όπως λειτουργούν de lege lata στη χώρα μας οι τυχόν προγενέστερες οδηγίες. Σε κάθε περίπτωση οφείλει να εξασφαλίζεται και να διαφυλάσσεται η αυτονομία του ασθενούς, κι η ελευθερία του προς αυτοκαθορισμό. Η επίδειξη σεβασμού στο δικαίωμα επιλογής του ατόμου ακόμα και στο ευ θνήσκειν, πέραν του ευ ζην.

Κι όπως πολύ όμορφα εξέφρασε τις πιο βαθιές επιθυμίες της καρδιάς, στο παρακάτω ποίημα<sup>40</sup> η Αμερικανίδα ποιήτρια Emily Dickinson...

"The Heart asks Pleasure - first -  
And then - Excuse from Pain -  
And then - those little Anodynes  
that deaden suffering -  
And then - to go to sleep -  
And then - if it should be  
the will of its Inquisitor

### ***The liberty to die -"***

(Η καρδιά ζητά απόλαυση πρώτα  
κι έπειτα, να εξαιρεθεί από τον πόνο  
κι έπειτα, αυτά τα μικρά αναλγητικά  
που παύουν την ταλαιπωρία

κι έπειτα, να κοιμηθεί  
κι έπειτα, αν πρέπει  
την επιθυμία του εξεταστή της

***την ελευθερία να πεθάνει)***

<sup>40</sup> Διαθέσιμο σε: <https://interestingliterature.com/2016/10/11/a-short-analysis-of-emily-dickinsons-the-heart-asks-pleasure-first>

## Συνέντευξη από τον Βενιζέλο Ευάγγελο, Καθηγητή Συνταγματικού Δικαίου στο τμήμα Νομικής του ΑΠΘ, Γενικό Εισηγητή στην αναθεωρητική διαδικασία της περιόδου 1995-2001 και τέως Προέδρου ΠΑΣΟΚ και Υπουργού

Στους

Γούλα Γιώργο, 3<sup>ο</sup> ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

& Χριστοδουλάκη Στέλιο, 3<sup>ο</sup> ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

**Υποστηρίζεται πως το άρθρο 86, όπως αναθεωρήθηκε το 2001, συνδυάζει όλες τις προστατευτικές ρήτρες που διαθέτουν τα ευρωπαϊκά συντάγματα και ότι είναι μεγάλης έκτασης. Αποκλίνει η ελληνική συνταγματική πρακτική στο άρθρο της υπουργικής ευθύνης σε σχέση με τα υπόλοιπα ευρωπαϊκά συντάγματα; Χωρεί συνταγματική αναθεώρηση στο άρθρο 86; Και αν ναι, προς ποια κατεύθυνση;**

Έπειτα από μακρά συζήτηση που έχει γίνει στη Βουλή κρίνεται επιβεβλημένη η αναθεώρηση του άρθρου 86. Άλλωστε ήδη στην πρώτη φάση της αναθεωρητικής διαδικασίας, συγκεντρώθηκε μεγάλη πλειοψηφία υπέρ της ανάγκης αναθεώρησης της παραγράφου 3 που αφορά την αποσβεστική προθεσμία, η οποία παρέρχεται με την ολοκλήρωση της δεύτερης τακτικής συνόδου της Βουλής που ακολουθεί την τέλεση της πράξης. Αρά, η επόμενη Βουλή, μπορεί να διαμορφώσει με 151 ψήφους το περιεχόμενο της παραγράφου 3. Αντιθέτως, η δεύτερη πρόταση της κυβέρνησης για προσθήκη ερμηνευτικής δήλωσης με την οποία θα ορίζεται ότι περιλαμβάνονται μόνο πράξεις που τελούνται κατά την άσκηση των καθηκόντων και όχι επ' ευκαιρία της άσκησης συνιστά

αυθεντική ερμηνεία που δεν ερείδεται ούτε στο Σύνταγμα αλλά ούτε και στη νομολογία των ποινικών δικαστηρίων με αποτέλεσμα να έχουμε μια αυθαίρετη μεθόδευση. Αυτό τείνει προς απόρριψη και άρα η απόφαση της πλειοψηφίας της παρούσας Βουλής να την αποδεχθεί καθίσταται αναδρομικά έωλη στην περίπτωση που εφαρμόστηκε, δηλαδή στην περιβόητη περίπτωση της Novartis. Όπως υποστηρίζουν οι πλέον έγκυροι θεωρητικοί η διάκριση ήταν πάντοτε μεταξύ πράξεων σχετικών και ασχέτων με την τέλεση των καθηκόντων, με αποτέλεσμα η όποια «νεωτερική» ερμηνεία να αυτο-

αναιρείται και να οδηγεί σε έωλες καταστάσεις και σκευωρίες. Σκεφθείτε μόνο ότι υπό το καθεστώς του άρθρου 86 τιμωρήθηκαν αυστηρά σημαντικά πρόσωπα της κεντρικής πολιτικής σκηνής. Ως προς τα δικαιιοσυγκριτικά δεδομένα, η Επιτροπή της Βενετίας του Συμβουλίου

*Πρόκειται για μια εντυπωσιακή πρωτοβουλία της ELSA-Thessaloniki η οποία δίνει βήμα από πολύ νωρίς στους φοιτητές να εξοικειωθούν με τον υπεύθυνο και επώνυμο νομικό λόγο, ιδίως όμως με την έρευνα. Σας συγχαίρω και σας εύχομαι από καρδιάς κάθε επιτυχία.*

της Ευρώπης μελετά και παραθέτει τις ρυθμίσεις για την ποινική ευθύνη πολιτικών προσώπων στις 47 χώρες - μέλη του Συμβουλίου αποδεικνύοντας πως η Ελλάδα κινείται στο μέσο όρο των λύσεων που έχουν δοθεί. Η Ελλάδα προβλέπει αμιγώς δικαστική κρίση των περιπτώσεων αυτών από δικα-

στήριο που συγκροτείται από τακτικούς δικαστές, γιατί μην παραγνωρίζετε πως έχουμε χώρες που το δικαστήριο συγκροτείται από πολιτικά πρόσωπα, δηλαδή μέλη Βουλής ή Γερουσίας. Επίσης, δεν αναγνωρίζονται στην νομοθεσία μας ιδιώνυμα υπουργικά αδικήματα που υπάρχουν σε άλλες χώρες και έτσι το μόνο στασιαζόμενο ζήτημα είναι η σύντομη αποσβεστική προθεσμία. Τέλος, να προσθέσω πως παρότι εδώ και χρόνια προβλέπεται η δυνατότητα συγκρότησης γνωμοδοτικού συμβουλίου από έναν αντεισαγγελέα του Αρείου Πάγου και δύο εισαγγελείς Εφετών, προκειμένου να ελέγχονται τα στοιχεία και να μην αποφασίζονται με αυθαίρετα και πολιτικά κριτήρια από μια κοινοβουλευτική επιτροπή διενέργειας προκαταρκτικής εξέτασης, η εν λόγω ευχέρεια δεν έχει αξιοποιηθεί. Αυτό είναι ενδεικτικό της διαχείρισης της παρούσας διάταξης.

**Θα είχε νόημα η αντικατάσταση της τυπικής αναθεωρητικής διαδικασίας από άτυπες συνταγματικές μεταβολές λαμβάνοντας υπόψη την θέση της χώρας μας στην Ευρωπαϊκή Ένωση και την εντατικοποίηση του δικαστικού ελέγχου συνταγματικότητας; Τι θα μπορούσε να αλλάξει στον τρόπο αναθεώρησης του Συντάγματος μας;**

Το άρθρο 110 του Συντάγματος περικλείει την εθνική συνταγματική μας ταυτότητα και πρόκειται για μια αναντικατάστατη και αποκλειστική διαδικασία. Ωστόσο έχουμε πολλές άτυπες μεταβολές ιδίως σε χώρες με μεγάλης ηλικίας συνταγματικά κείμενα που έχουν τις ρίζες τους στα αρχαϊκά κείμενα του 18<sup>ου</sup> και 19<sup>ου</sup> αιώνα. Βεβαίως, στην Ελλάδα και στις περισσότερες χώρες-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης που πρέπει να παρακολουθούν τις καθημερινές και γρήγορες εξελίξεις του ενωσιακού δικαίου, δεν υπάρχουν μεγάλα περιθώρια να διατηρηθούν σε ισχύ αρχαϊκά κείμενα, όπως ας πούμε το Σύνταγμα των ΗΠΑ. Πάντως στην Ευρώπη και εν γένει στον δυτικό κόσμο οι άτυπες μεταβολές κλιμακώνονται καθώς εντείνεται ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων και η δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος, ζητήματα που είναι κομβικής σημασίας για τον προσδιορισμό του κανονιστικού του περιεχομένου. Επιπλέον, η ανάγκη εναρμόνισης των εννόμων τάξεων οδηγεί στη σύμφωνη με το ευρωπαϊκό δίκαιο ή με την ΕΣΔΔΑ ερμηνεία του Συντάγματος ώστε να οδηγούμαστε διαρκώς σε πρακτικές εναρμονίσεις και να επιλύουμε έτσι προβλήματα φαινομενικών αντινομιών

που ανακύπτουν. Το παραπάνω είναι εμφανές στην ελληνική συνταγματική τάξη π.χ. στο άρθρο 14 παρ.9 για τον «βασικό μέτοχο» το οποίο μπορεί να ερμηνευθεί μόνο υπό το πρίσμα του ευρωπαϊκού δικαίου και της νομολογίας του ΔΕΕ. Το ίδιο συμβαίνει και με το άρθρο 16 παρ.5 του Συντάγματος και ιδίως με την παράγραφο 8 του ίδιου άρθρου για την απαγόρευση ιδιωτικών εκπαιδευτήριων τρίτοβάθμιας εκπαίδευσης. Με βάση το ευρωπαϊκό δίκαιο και την ελευθερία εγκατάστασης και παροχής υπηρεσιών πρακτικά ισχύουν σε κάθε χώρα μέλος και τα 28 εκπαιδευτικά συστήματα. Αρά, προφανώς διατηρεί τη σπουδαιότητα της η τυπική αναθεώρηση που μεταβάλλει το γράμμα και προβαίνει σε καταλυτική μεταβολή του συνταγματικού κειμένου, αλλά αυτό δε σημαίνει ότι διαθέτει την αποκλειστικότητα των μεταβολών. Η «διάτρηση του Συντάγματος» ήταν φαινόμενο του μεσοπολέμου, ήταν τροποποίηση του γραπτού Συντάγματος με την κοινή νομοθεσία και συμβαίνει σε περιπτώσεις Συνταγμάτων χωρίς εγγυήσεις αустηρότητας, όταν τροποποιείται το Σύνταγμα χωρίς αυτό να δηλώνεται ρητά. Πολλές φορές χρησιμοποιείται ο ορός διάτρηση για να υποδηλώσει παράπλευρα φαινόμενα, ωστόσο η έννοια της διάτρησης χρονολογείται από την περίοδο του μεσοπολέμου. Η αφορμή ήταν το Σύνταγμα της Βαϊμάρης που δεν ήταν ένα ήπιο σύνταγμα, είχε ειδικές προϋποθέσεις αναθεώρησης αλλά όχι και ουσιαστικά όρια στην αναθεώρηση αυτή. Τα δε διαδικαστικά όρια ήταν καταστρατηγήσιμα διότι η αναθεώρηση συντελούνταν σε μια Βουλή και ο τρόπος υπολογισμού της αυξημένης πλειοψηφίας επί των παρόντων ήταν τέτοιος που θα μπορούσε να διαμορφωθεί με βίαιες και συγκυριακές ενέργειες και αρά ήταν ανοιχτό σε αντιδημοκρατικά φαινόμενα.

**Η μετεξέλιξη του ΑΕΔ σε Συνταγματικό Δικαστήριο θα μπορούσε να λειτουργήσει ως θεσμική εγγύηση ορθότερης τήρησης του Συντάγματος;**

Το ΑΕΔ είναι ένα δικαστήριο που έχει έναν εξισορροπητικό χαρακτήρα και κάνει ένα είδος arbitrage μεταξύ των τριών ανώτατων δικαστηρίων γι' αυτό και το αντίστοιχο βέλγικο δικαστήριο λέγεται Cour d'arbitrage. Είναι ένα δικαστήριο που προσπαθεί να συναιρέσει και να συμβιβάσει τις τάσεις των 3 ανωτάτων δικαστηρίων. Εάν κάναμε την επιλογή ενός συγκεντρωτικού συστήματος με συνταγματικό δικαστήριο θα έπρεπε αυτό το



δικαστήριο να έχει μόνιμη σύνθεση που παρέχει εγγύα αντικειμενικότητας, αμεροληψίας, κύρους, ορθοκρισίας και ευρύτατης πολιτικής συναίνεσης. Ως εκ τούτου η επιλογή των δικαστών θα έπρεπε να γίνεται από τη Βουλή με αυξημένη πλειοψηφία 2/3 ώστε να μην δημιουργούνται συσχετισμοί που έχουν κομματικό πρόσημο. Επιπλέον δε, το σύστημα δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας ενώ φαινομενικά είναι σύστημα διάχυτου, παρεμπιπτόντως και συγκεκριμένου ελέγχου, στην πράξη λειτουργεί ως ένα σύστημα αφηρημένου, ευθύ και συγκεντρωτικού ελέγχου μέσα από διάφορους δικονομικούς μηχανισμούς όπως της πιλοτικής δίικης, της απευθείας εισαγωγής στην Ολομέλεια, του ενδίκου βοηθήματος της αίτησης ακύρωσης που αφορά αυτή καθαυτή τη συνταγματικότητα ή της αναίρεσης υπέρ του νομού. Όλα αυτά, σε συνδυασμό με την υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων στο ΔΕΕ και με το πρωτόκολλο 16 της ΕΣΔΑ, που προβλέπει δυνατότητα των ανώτατων δικαστηρίων των κρατών μελών να απευθύνουν αιτήματα γνωμοδότησης στην Ολομέλεια του ΕΔΔΑ, οδηγούν σε συγκεντροποίηση του ελέγχου.

**Υπάρχει κίνδυνος υποβάθμισης του επιπέδου σπουδών των ανώτατων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων από ενδεχόμενο ίδρυσης ιδιωτικών πανεπιστημίων; Υπάρχει περιθώριο αναθεώρησης του άρθρου 16 του Συντάγματος; Αν ναι, προς ποια κατεύθυνση;**

Το άρθρο 16 δεν εισάγεται για αναθεώρηση καθώς απορρίφθηκε η πρόταση της αξιωματικής αντιπολίτευσης. Συνεπώς το ζητούμενο είναι η ερμηνεία του άρθρου 16 ως την επόμενη αναθεώρηση και αρά το πώς συνδέεται το άρθρο αυτό με το ευρωπαϊκό δίκαιο, όπως ανέφερα προηγουμένως. Ιδιωτικά πανεπιστήμια με την έννοια των επιχειρήσεων δεν έχουμε πολλά στην Ευρώπη. Εμφανίζονται όμως σε χώρες ενδιαφέροντος μας όπως η Κύπρος και το επίπεδο των σπουδών είναι αξιοπρεπές και το προσωπικό είναι εξαιρετικά αξιοπρεπές, προέρχεται άλλωστε από τα ελληνικά και ευρωπαϊκά πανεπιστήμια που είναι σε μεγάλο βαθμό δημόσια. Πιστεύω ότι στη φάση που βρισκόμαστε και λαμβάνοντας υπόψιν το επίπεδο των ελληνικών πανεπιστημίων (αρκετές σχολές και ιδίως η Νομική Σχολή αποτελούν εξαίρεση - υπάρχει πολύ υψηλό επίπεδο νομικών σπουδών τόσο στο ΑΠΘ όσο και στο ΕΚΠΑ και στο ΔΠΘ) ο ανταγωνισμός θα βοηθήσει και το δημόσιο πανεπιστήμιο και θα προκύψει

αναβάθμιση του επιπέδου των σπουδών. Σε κάθε περίπτωση, σημασία έχει η αξιολόγηση, ο διεθνής έλεγχος, η αναγνώριση από τα άλλα ιδρύματα, η συμμετοχή στο ερευνητικό έργο αλλά και τα κριτήρια εισόδου.

**Αναμφιβόλως, η δημοσιονομική λαίλαπα συνιστά κορυφαίο γεγονός στο πλαίσιο της ελληνικής έννομης τάξης τα τελευταία χρόνια. Το Σύνταγμα, ωστόσο, δεν διέθετε προληπτικούς μηχανισμούς ώστε να αποφύγουμε τον εν λόγω εκτροχιασμό. Τα κοινωνικά δικαιώματα θα μπορούσαν να λειτουργήσουν ως ρήτρα δημοσιονομικής δυνατότητας για να μην βιώσουμε παρόμοιες ημέρες με την πρόβλεψη θεσμικών εγγυήσεων;**

Το Σύνταγμα μας, όπως και τα περισσότερα συντάγματα, σε εθνικό επίπεδο δεν περιείχε μηχανισμούς προειδοποίησης. Βέβαια οι μηχανισμοί προειδοποίησης είναι ιδίως οικονομικοί και πολιτικοί. Φορείς όπως η Τράπεζα της Ελλάδας, η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα, το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο, ο Ο.Ο.Σ.Α και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή είχαν εκφράσει φόβους για τη δυναμική του χρέους. Ωστόσο το ζητούμενο είναι να ακούσουν οι κυβερνήσεις, τα κόμματα, τα ΜΜΕ και οι πολίτες. Βεβαίως μετά από 10 χρόνια κρίσης στην Ελλάδα θα έπρεπε να εισαχθούν μηχανισμοί δημοσιονομικής προειδοποίησης και επίγνωσης. Άλλωστε, αυτό είναι υποχρέωση της χώρας ψηφισμένη και ισχύουσα, καθώς προβλέπεται ρητή διάταξη για το όριο του ελλείμματος και άρα του χρέους στη νέα Συνθήκη για τη Συνεργασία, τη Σταθερότητα και τη Διακυβέρνηση του 2012. Τα δε κράτη-μέλη έχουν αναλάβει μέσω αυτής της πολυμερούς συνθήκης διεθνούς οικονομικού δικαίου την υποχρέωση να εισάγουν στην εθνική έννομη τάξη αυτές τις ρυθμίσεις σε επίπεδο Συντάγματος ή σε επίπεδο δικαίου του προϋπολογισμού. Έτσι αυτό ισχύει νομικά και μάλιστα διαθέτει αυξημένη τυπική. Ως προς τα κοινωνικά δικαιώματα, όπου υπάρχει έντονη ρητορική, η αλήθεια είναι πως ο συνταγματικός βερμπαλισμός δεν οδηγεί πουθενά, αν δεν υπάρχουν οι δημοσιονομικές προϋποθέσεις. Έτσι, η ρήτρα δημοσιονομικής δυνατότητας είναι αυτονόητη καθώς αν δεν υπάρχουν οι δημοσιονομικές προϋποθέσεις τότε δεν μπορείς να εκπληρώσεις τις συνταγματικές υποσχέσεις ως προς τα κοινωνικά δικαιώματα. Βεβαίως, το έσχατο κριτήριο είναι πάντα η αρχή της αναλογικής ισότητας, η προστασία της ανθρωπίνης

αξιοπρέπειας και αυτά ελέγχονται από το ενωσιακό δίκαιο και την ΕΣΔΑ. Δεν είναι τυχαίο πως όλες οι ενστάσεις κατά του μνημονίου απορρίφθηκαν στο επίπεδο του ΔΕΕ και του ΕΔΔΑ. Ωστόσο αυτά είναι ζητήματά ανοιχτά που στην πραγματικότητα συνοψίζονται σε μια σύγκρουση ανάμεσα στον συνταγματικό βολонταρισμό και την δυνατότητα επιβολής του. Εάν βλέπουμε το κείμενό του Συντάγματος σαν διακήρυξη ή εάν έχουμε την ψευδαίσθηση ότι μπορεί με ρητορικές μεταβολές να λυθούν μεγάλα προβλήματα ανάπτυξης, κοινωνικής συνοχής, προόδου και ανταγωνιστικότητας, τότε ζούμε σε μια συνταγματική ψευδαίσθηση. Με αυτό τον τρόπο φαλκιδεύεται η αξιοπιστία και η κανονιστική ισχύς του συνταγματικού κειμένου.

**Πολλές φορές συνηθίζουμε να κάνουμε λόγο για συνταγματική αυτοπεποίθηση. Θεωρείται πως η Ελλάδα είναι μια χώρα που διαπνέεται από τον ανωτέρω χαρακτηρισμό; Επίσης, αναλογιζόμενοι δια της δικαιοσυγκριτικής μελέτης συντάγματα αλλοδαπών έννομων τάξεων, το ελληνικό σύνταγμα οφείλει να προσλάβει αλλότρια ερεθίσματα; Ποια είναι η θέση του συνταγματικού λαϊκισμού στα όσα έχουν λεχθεί έως τώρα;**

Ο συνταγματικός λαϊκισμός είναι η πιο επικίνδυνη μορφή λαϊκισμού. Τα δε συντάγματα είναι επιρρεπή σε λαϊκιστικού χαρακτήρα υποσχέσεις και απλουστεύσεις καθώς από τη φύση τους είναι κείμενα ολιγόλογα, ελλειπτικά και αφαιρετικά. Εκ γενετής είχαν υποσχετικό και διακηρυκτικό χαρακτήρα που βέβαια με τον καιρό έχει αλλάξει μέσα από την συνάφεια του Συντάγματος με το ευρωπαϊκό και το διεθνές δίκαιο και μέσα από την λειτουργία και πολυπλοκότητα της οικονομικής διακυβέρνησης. Το Σύνταγμα δεν ρυθμίζει μόνο την πολιτική εξουσία ή το κράτος αλλά και την λειτουργία της οικονομίας, της αγοράς, σε ένα διεθνές πλαίσιο πέρα από τον έλεγχο κάθε εθνικού κράτους ή διεθνούς οργανισμού. Αρά υπάρχει εμφανής κίνδυνος συνταγματικού λαϊκισμού. Συνταγματική αυτοπεποίθηση η Ελλάδα δεν έχει επειδή δεν έχει και συνταγματικό πατριωτισμό. Δεν εμπιστεύεται το Σύνταγμα της παρότι ήταν μια χώρα με πρώιμο συνταγματικό κείμενο, ήδη από το 1822. Οι δε συνταγματικοί θεσμοί και η κοινοβουλευτική δημοκρατία εισήχθησαν προώρως σε σχέση με το επίπεδο ανάπτυξης της όπως και η καθολική ψηφοφορία. Όμως πάντα έχουμε μια αίσθηση αβεβαιότητας και ιδίως την

αίσθηση μιας ατελούς, μιας ανολοκλήρωτης κατάστασης και αυτό είναι μεγάλο ιστορικό σύμπλεγμα κατωτερότητάς της χώρας. Παρότι σε σχέση με πολλές χώρες της ευρύτερης περιοχής και του κόσμου είμαστε και μια παλιά/ώριμη χώρα (από τα 200 κράτη του ΟΗΕ μόνο 40 υπήρχαν το 1830), δεν έχουμε το συνταγματικό πατριωτισμό που διαθέτουν χώρες, κυρίως ομοσπονδιακές, που δια του συντάγματος αποκτούν και ταυτότητα, όπως οι ΗΠΑ και η Γερμανία. Τα προβλήματα που αντιμετωπίσαμε τα τελευταία χρόνια πρέπει να μας κάνουν πιο επιφυλακτικούς και σοφούς για το τι μπορείς να κάνεις με το Σύνταγμα και τι πέραν του Συντάγματος. Το πρόβλημα της χώρας δεν είναι συνταγματικό αλλά ευρύτερα θεσμικό και αφορά τη νομοθεσία, τη λειτουργία της δικαιοσύνης, της Βουλής, των κομμάτων, της διοίκησης και της αυτοδιοίκησης. Είναι πρόβλημα κοινωνικής νοοτροπίας και συμπεριφοράς, ιστορικής αυτοσυνειδησίας, θα λέγαμε, εν ολίγοις. Το Σύνταγμα χωρίς αυτά τα στοιχεία είναι ένα κείμενο άνευ περιεχομένου. Αυτό που καθιστά το Σύνταγμα ουσιαστικό και πραγματικό είναι το σύνολο όσων ελέγχθησαν παραπάνω.

## Συνέντευξη από τον Μπιτζιλέκη Νικόλαο, Καθηγητή Ποινικού Δικαίου στο τμήμα Νομικής του ΑΠΘ

Στους

Κυτταρούδη Τατιάνα, 3<sup>ο</sup> ετή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

& Μυλωνά Κωστή, 2<sup>ο</sup> ετή φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

**Αρκετά συχνά γινόμαστε κοινωνοί φαινομένων ρατσιστικού και μισαλλόδοξου λόγου. Είναι γνωστό πως η αμερικανική έννομη τάξη υιοθετεί το σύστημα της άκρατης ελευθερίας λόγου και δεν ποινικοποιεί τέτοια φαινόμενα παρά μόνο εάν είναι ικανά να προκαλέσουν σαφή και παρόντα κίνδυνο για την διατάραξη της δημόσιας τάξης. Από την άλλη πλευρά στη χώρα μας παρατηρείται η τάση να απαιτείται είτε μισαλλόδοξος λόγος, είτε επικίνδυνος για τη δημόσια ασφάλεια, για τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος. Τελικά, ποιο σύστημα υιοθετούμε; Κρίνετε πως η πρόσφατη τροποποίηση κινείται προς τη σωστή κατεύθυνση;**

Αρχικώς θα ήθελα να ορίσουμε τον ρατσιστικό λόγο. Ως τέτοιος χαρακτηρίζεται ο δημόσιος λόγος που απαξιώνει πρόσωπα ή ομάδες προσώπων για λόγους εθνικούς, φυλετικούς, θρησκευτικούς, σεξουαλικού προσανατολισμού και φυσικής αναπηρίας. Μπορεί αυτός ο λόγος να ποινικοποιηθεί; Το μεγάλο πρόβλημα εδώ είναι ότι η απαγόρευση του ρατσιστικού λόγου έρχεται σε σύγκρουση με την ελευθερία έκφρασης, η οποία συνιστά θεμελιώδες ατομικό δικαίωμα, κατοχυρωμένο στο Σύνταγμά μας αλλά και σε διεθνή κείμενα. Αυτή η σχέση-σύγκρουση εκφράζεται σήμερα παγκοσμίως με δύο διαφορετικά μοντέλα: το αμερικανικό και το ευρωπαϊκό. Το αμερικανικό μοντέλο, πιστό στην ελευθερία του λόγου, θεωρεί ότι δεν μπορεί να θέσει περιορισμούς στη ελευθερία έκφρασης και

να ποινικοποιήσει τον ρατσιστικό λόγο, ενώ από την άλλη το ευρωπαϊκό μοντέλο σχετικοποιεί τα πράγματα, βλέποντας παράλληλα και την ανάγκη να προστατευθούν ευάλωτες ομάδες ανθρώπων, οι οποίες βάλλονται από έναν μισαλλόδοξο λόγο. Μην ξεχνάμε άλλωστε ότι οι Ευρωπαίοι είχαν και τις αρνητικές ιστορικές εμπειρίες από έναν διχαστικό και μισαλλόδοξο λόγο που προκάλεσε αιματηρές καταστάσεις και νιώθουν περισσότερο την ανάγκη να προστατεύσουν τις ευάλωτες ομάδες, οι οποίες ενδεχομένως απειλούνται από αυτή τη ρητορική μίσους. Διερωτάται πάντως κανείς ποιο τελικά είναι το ορθό μοντέλο. Θα έλεγα ότι σημασία έχουν τα εξής: Είναι σαφές ότι δεν μπορεί να ποινικοποιηθεί κανείς την ελεύθερη έκφραση λόγου, πολλώ μάλλον την αμφισβήτηση ιστορικών γεγονότων. Το αξιόπιστο του «φεύδους του Άουσβιτς» στη Γερμανία εξηγείται ιστορικά από το αίσθημα της ενοχής που διακατείχε τη χώρα εξαιτίας της γενοκτονίας σε βάρος των Εβραίων και άλλων ευάλω-

των ομάδων κατά τον δεύτερο Παγκόσμιο Πόλεμο. Μια τέτοια όμως ποινικοποίηση του μισαλλόδοξου λόγου δύσκολα είναι συμβατή με τις φιλελεύθερες αρχές του κράτους δικαίου. Εκεί που θα μπορούσε να δει κανείς μια ανάγκη ποινικοποίησης θα ήταν στην περίπτωση κατά την οποία ο ρατσιστικός

*Ήμουν πάντοτε ένθερμος υποστηρικτής κάθε προσπάθειας που εκφεύγει των στενών πλαισίων της εκπαίδευσης και αναζητά μια πολύπλευρη μάθηση. Ο homo universalis υπήρξε ανέκαθεν για μένα ελκυστικό πρότυπο. Είναι χαρά μου να σας βλέπω να τον ακολουθείτε. Θερμά συγχαρητήρια στην ELSA-Thessaloniki.*

λόγος φτάνει στο σημείο να αποτελεί πραγματική απειλή για την ύπαρξη των ομάδων εναντίον των οποίων στρέφεται. Συγκεκριμένα, πρόβλημα υπάρ-

χει όταν με αυτόν τον λόγο τίθενται σε κίνδυνο ατομικά αγαθά, όπως η ζωή, η σωματική ακεραιότητα, η ελευθερία ή η ιδιοκτησία των ευαίσθητων αυτών ομάδων. Αυτό είναι το κρίσιμο σημείο για να διαβεί κανείς τον Ρουβίκωνα του αξιοποίνου: να διαπιστώσει την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ του ρατσιστικού λόγου και του κινδύνου να προκληθούν από αυτόν βλάβες σε ατομικά δικαιώματα και έννομα αγαθά των ομάδων, εναντίον των οποίων στρέφεται ο ρατσιστικός λόγος. Ο ν. 4285/2014 συνδέει εξάλλου την ποινικοποίηση του ρατσιστικού λόγου με τον κίνδυνο να δημιουργηθεί πρόβλημα σε αυτά τα άτομα, όπως η πρόκληση μίσους ή βίας σε βάρος τους και να απειληθούν έτσι τα έννομα αγαθά και οι ελευθερίες τους. Κατά τούτο λοιπόν θεωρώ ότι ο νόμος αυτός δεν προσκρούει στον αναγκαίο σεβασμό της ελευθερίας του λόγου.

**Πιστεύετε πως κάποια πταίσματα πρέπει να αποποινικοποιηθούν, ώστε η ρύθμιση αυτή να ανταποκρίνεται στη σύγχρονη κοινωνική πραγματικότητα; Θα μπορούσατε να μας παρουσιάσετε κάποια παραδείγματα;**

Πάγια θέση πολλών θεωρητικών του Ποινικού Δικαίου υπήρξε η αποποινικοποίηση των πταισμάτων. Μάλιστα, η θέση αυτή είχε προταθεί και από την πρώτη επιτροπή για τη σύνταξη ενός νέου Ποινικού Κώδικα το 2004, υπό τον καθηγητή Ανδρουλάκη, αλλά και από τη δεύτερη επιτροπή υπό τον καθηγητή Μανωλεδάκη, και φαίνεται πως τελικά υιοθετήθηκε και από το νέο σχέδιο του Ποινικού Κώδικα, το οποίο τέθηκε προσφάτως σε δημόσια διαβούλευση. Κάτι ανάλογο είχαν εξάλλου κάνει πριν από πολλά χρόνια και οι Γερμανοί, εξαλείφοντας πλήρως τα πταίσματα από τον Ποινικό τους Κώδικα και εντάσσοντάς τα στις παραβάσεις τάξεως. Ως εκ τούτου, θεωρώ ότι όταν κάποιες πράξεις λαμβάνουν τον χαρακτήρα των πταισμάτων (των παραβάσεων τάξεως), δεν έχουν την βαρύτητα εκείνη, για την οποία θα όφειλε να ενδιαφερθεί το Ποινικό Δίκαιο και να κινηθεί αναλόγως ο ποινικός κατασταλτικός μηχανισμός. Το κρίσιμο όμως εν προκειμένω είναι η διάγνωση της ηθικοκοινωνικής εκείνης απαξίας που έχει μια πράξη και διεγείρει το ποινικό ενδιαφέρον της Πολιτείας, κάτι βεβαίως που από εποχή σε εποχή αλλάζει.

**Το κυβερνοέγκλημα συναντά όλο και μεγαλύτερη απήχηση στον χώρο του Ποινικού Δικαίου. Η ελληνική έννομη τάξη, θεωρείτε**

**πως αντιμετωπίζει επαρκώς τα διλήμματα που διαρκώς ανακύπτουν; Ποια πρέπει να είναι η στάση του εφαρμοστή του δικαίου επί τέτοιων ζητημάτων;**

Τα τελευταία χρόνια έχουν γίνει πολλά βήματα στην προστασία των εννόμων αγαθών, τα οποία απειλούνται από το λεγόμενο κυβερνοέγκλημα. Συμβάσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης όσο και οδηγίες της Ευρωπαϊκής Ένωσης οδήγησαν την ελληνική Πολιτεία να εντάξει ποικίλες αξιόποινες διατάξεις στην ελληνική έννομη τάξη. Θα απαριθμήσω τρεις κατηγορίες για να καταστεί αντιληπτό το εύρος αυτής της ποινικής προστασίας. Αρχικά, εντοπίζει κανείς στον χώρο των κοινώς επικινδύνων εγκλημάτων, όπως αυτών λ.χ. κατά των συγκοινωνιών και των τηλεπικοινωνιών, να εντάσσονται διατάξεις (άρθρα 292B και Γ ΠΚ), οι οποίες αναφέρονται σε αξιόποινες πράξεις που παρακωλύουν τα πληροφοριακά συστήματα και την παροχή του διαδικτύου, ως δημοσίου αγαθού. Πέραν τούτου ποινική προστασία υπάρχει και στον χώρο των απορρήτων (άρθρα 370Γ-Δ-Ε ΠΚ), όπου προστατεύεται το πληροφοριακό απόρρητο ή τα απόρρητα, τα οποία εμπεριέχονται στο λειτουργικό σύστημα ή στα πληροφοριακά συστήματα, από επεμβάσεις που αποσκοπούν στην παραβίαση του απορρήτου που περιέχουν τα συστήματα αυτά. Τέλος, τα πληροφοριακά συστήματα και εν γένει το πληροφοριακό υλικό προστατεύονται και ως αντικείμενα ιδιοκτησίας, όπως μπορεί να διαπιστώσει κανείς με τις καινούριες διατάξεις των άρθρων 381Α και Β ΠΚ. Επιπροσθέτως οφείλω να αναφέρω και τα εγκλήματα του χώρου των γενετήσιων εγκλημάτων, τα οποία πραγματώνονται μέσω διαδικτύου, όπως για παράδειγμα η πορνογραφία ανηλίκου, η προσέγγιση ανηλίκου μέσω διαδικτύου με σκοπό την τέλεση ασελών πράξεων κ. ά. Και εδώ υπάρχει μια σημαντική διεύρυνση του αξιοποίνου, ώστε να ελέγχονται ποινικά οι νέες δυνατότητες διάπραξης ποινικών αδικημάτων που προσφέρει το διαδίκτυο. Χρήζει ωστόσο επισήμανσης μια ιδιαίτερα προβληματική διεύρυνση που εισάγει το άρθρο 5 παράγραφος 3 ΠΚ αναφορικά με τον τόπο τέλεσης του κυβερνοεγκλήματος. Συγκεκριμένα, ως τόπος τέλεσης του εγκλήματος θεωρείται και η ελληνική επικράτεια, εφόσον από αυτή ο δράστης έχει δυνατότητα πρόσβασης στο διαδίκτυο. Δηλαδή, δεν αναγνωρίζεται μόνο εκείνος ο τόπος, στον οποίο υπάρχει το server σύνδεσης, αλλά και εκείνος από όπου κάποιος έχει πρόσβαση στο διαδίκτυο. Με

ένα παράδειγμα μπορεί να κατανοήσει κανείς το ζήτημα: Ας πούμε ότι το server βρίσκεται στην Κίνα ή στην Αμερική. Τόπος τέλεσης του εγκλήματος καθίσταται τελικά όχι μόνο ο τόπος που υπάρχει το server αλλά και η Ελλάδα, από την οποία ο δράστης έχει πρόσβαση στη σύνδεση αυτή. Με αυτόν τον τρόπο θα έλεγε κανείς ότι παγκοσμιοποιείται ο τόπος τέλεσης του κυβερνοεγκλήματος, με ό,τι αυτό περαιτέρω σημαίνει για τη σύγκρουση των αρμοδιοτήτων.

**Ως γνωστόν, μία επιδίωξη της ποινικής θεωρίας είναι να επηρεάζει τη νομολογία, θέτοντας εύλογους προβληματισμούς στο δικαστή. Παρόλο που οι ποινικές θεωρίες ποικίλουν, παρατηρούμε πολλές φορές ότι οι δικαστικές αποφάσεις αποπνέονται από προχειρότητα και προβληματικές θεμελιώσεις. Κρίνετε πως οι φωνές της ποινικής θεωρίας λαμβάνονται εν τέλει υπόψιν από τον εφαρμοστή του δικαίου; Τι καταδεικνύει η –ως τώρα– εμπειρική πραγματικότητα;**

Αποστολή της θεωρίας είναι να διευκολύνει και να βοηθήσει τη δικαστική εφαρμογή του νόμου και γενικά την απονομή της δικαιοσύνης. Προκειμένου να επιτευχθεί αυτός ο στόχος με τον καλύτερο δυνατό τρόπο είναι απαραίτητος ο επιστημονικός διάλογος μεταξύ θεωρίας και πράξης. Ενώ τα δικαστήρια της ουσίας, ιδίως τα τελευταία χρόνια, επιχειρούν έναν αξιοπρόσεκτο διάλογο με τη θεωρία, το ίδιο δεν θα έλεγε κανείς και για το Ανώτατο Ακυρωτικό. Ο Άρειος Πάγος νιώθει συχνά μια αίσθηση αυθεντίας, η οποία ενίοτε φθάνει έως το σημείο απαξίωσης των θέσεων της θεωρίας. Υπάρχουν περιπτώσεις, παραδείγματος χάριν, όπου η θεωρία ενώ ομόφωνα ή σχεδόν ομόφωνα υποστηρίζει μια θέση, ο Άρειος Πάγος εξακολουθεί να εμμένει στην αντίθετη, δίχως ωστόσο να αισθάνεται την ανάγκη να προβάλει συγκεκριμένα αντεπιχειρήματα που να δικαιολογούν αυτή την εμμονή. Το γεγονός αυτό καταδεικνύει μία απαξίωση της θεωρίας. Ένα από τα πιο χαρακτηριστικά παραδείγματα είναι η γνωστή θέση του Αρείου Πάγου στο θέμα της επιμέτρησης της ποινής, βάσει της οποίας η επιμέτρηση της ποινής εντάσσεται στην αποκλειστική αρμοδιότητα του δικαστή της ουσίας και ως εκ τούτου δεν ελέγχεται αναιρετικά. Ωστόσο κατά τη θεωρία ο κανόνας του άρθρου 79 ΠΚ περιγράφει συγκεκριμένα κριτήρια, τα οποία πρέπει να εφαρμόζονται σε κάθε περίπτωση. Το αν εφαρμόζονται σωστά ή

όχι, είναι ζήτημα ορθής εφαρμογής του νόμου και, συνεπώς, θα πρέπει να εμπίπτει στον αναιρετικό έλεγχο του Αρείου Πάγου. Ένα ακόμη παράδειγμα αξίζει να αναφέρει κανείς από τον χώρο των περιουσιακών αδικημάτων. Εδώ, ο Άρειος Πάγος εμμένει στη θέση ότι ο έλεγχος για την κρίση ως προς το αν υφίσταται κλοπή ή υπεξαίρεση αντικειμένου ιδιαίτερα μεγάλης ή ευτελούς αξίας ανήκει στο δικαστήριο της ουσίας και δεν υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο. Εδώ και χρόνια η θεωρία επικρίνει ομόφωνα αυτή τη θέση ως λανθασμένη, υποστηρίζοντας ότι πρέπει να διακρίνει κανείς μεταξύ του πραγματικού γεγονότος, αυτού της αξίας του συγκεκριμένου αντικειμένου της κλοπής ή υπεξαίρεσης ή της έκτασης της ζημίας στην απάτη, και της αξιολόγησης σχετικά με το αν η συγκεκριμένη αξία υπάγεται στον χώρο εφαρμογής του βασικού ή του διακεκριμένου εγκλήματος. Το πραγματικό γεγονός της αξίας είναι διαφορετικό από το νομικό ερώτημα ως προς το τι είναι ιδιαίτερα μεγάλη ή ευτελής αξία. Το δεύτερο συνιστά νομικό ζήτημα και ως τέτοιο πρέπει να υπόκειται στον αναιρετικό έλεγχο του Αρείου Πάγου για να υπάρχει ενότητα στη νομολογία και ασφάλεια ως προς την ερμηνεία. Άλλως οι πολίτες δεν γνωρίζουν από ποιο σημείο και μετά η συμπεριφορά τους δεν υπόκειται πλέον στο βασικό αλλά στο διακεκριμένο έγκλημα. Κατανοεί λοιπόν κανείς ότι η αντίληψη «άλλο θεωρία και άλλο πράξη» είναι μια καταστροφική αντίληψη που και τη Θεωρία απαξιώνει και την Πράξη υποβαθμίζει.

**Γνωρίζουμε ότι τα εγκλήματα που καταγράφονται στο Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου απαριθμούνται περιοριστικά. Ωστόσο, το φαινόμενο της τρομοκρατίας συναντά αλματώδεις ρυθμούς και απειλεί τη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της. Θεωρείτε πως η ένταξη της τρομοκρατίας στο Καταστατικό, θα περιορίζει το φαινόμενο αυτό; Πόσο εύκολο είναι κάτι τέτοιο στην πράξη;**

Πρωτίστως θα πρέπει κανείς να κάνει κάποιες σημαντικές διακρίσεις. Η τρομοκρατία αποτελεί ασφαλώς ένα παγκοσμιοποιημένο ποινικό πρόβλημα, το οποίο και αντιμετωπίζεται σε διεθνές επίπεδο. Το στίγμα δίνεται ήδη στο άρθρο 8, περ. α' ΠΚ, το οποίο αναφέρεται στο λεγόμενο χώρο του ποινικού διεθνούς δικαίου και ρυθμίζει τα της αρμοδιότητας των ελληνικών ποινικών δικαστηρίων. Σύμφωνα με αυτή τη διάταξη τα ελληνικά δικαστήρια είναι αρμόδια να εκδικάζουν οποιαδήποτε

τρομοκρατική πράξη, όπως την προσδιορίζει το άρθρο 187Α του ελληνικού Ποινικού Κώδικα (αρχή παγκόσμιας δικαιοδοσίας). Προφανώς όμως δεν εννοείτε μόνο αυτό. Το δεύτερο ερώτημα που τίθεται είναι εάν η όποια διεθνοποίηση θα φθάσει μέχρι το σημείο εκείνο ώστε να επιληφθεί των εγκλημάτων τρομοκρατίας ένα υπερεθνικό δικαιοδοτικό όργανο. Αυτή η τάση διαφαίνεται σήμερα λ.χ. και στον χώρο του Ευρωπαϊκού Ποινικού Δικαίου όπου, με το νεοσύστατο θεσμό του Ευρωπαίου Εισαγγελέα, προτείνεται ο Ευρωπαίος Εισαγγελέας να μην επιλαμβάνεται μόνο των οικονομικής φύσεως εγκλημάτων, αλλά να ενταχθούν στην αρμοδιότητά του και οι πράξεις τρομοκρατίας. Πρόκειται για την πρόταση διεύρυνσης της αρμοδιότητας του Ευρωπαίου Εισαγγελέα (άρθρο 86 της Σύμβασης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης), ώστε ένα υπερεθνικό όργανο να επιλαμβάνεται και του σοβαρού ζητήματος της τρομοκρατίας. Μία τρίτη όμως σημαντικότερη διάσταση παγκοσμιοποίησης συνιστά η ενεργοποίηση ενός διεθνούς ποινικού δικαστηρίου με τον χαρακτηρισμό του εγκλήματος της τρομοκρατίας ως διεθνούς και την ένταξή του έτσι στο Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου. Αυτό είναι ένα δύσκολο προς απάντηση ερώτημα, διότι όλα τα διεθνή εγκλήματα είναι περιπτώσεις κρατικής εγκληματικότητας, της λεγόμενης macro-criminality. Τα διεθνή εγκλήματα προ-

έρχονται από πρόσωπα τα οποία ασκούν κρατική εξουσία ή οιονεί κρατική εξουσία. Πληροί άραγε η τρομοκρατία αυτό το κριτήριο; Εξαρτάται. Δεν θα έλεγα ότι όλες οι περιπτώσεις τρομοκρατίας εντάσσονται εδώ, ωστόσο δεν αποκλείω ορισμένες από αυτές να πληρούν το παραπάνω κριτήριο. Παραδείγματος χάριν μια μορφή κρατικής εγκληματικότητας, εγκληματικότητας δηλαδή προερχόμενης από φορείς κρατικής εξουσίας ή οιονεί κρατικής εξουσίας, θα ήταν οι περιπτώσεις του ISIS ή αυτές των όποιων αυτονομιστικών κινημάτων, όπως του ιρλανδικού IRA, της παλαιστινιακής PLO ή της αυτονομιστικής βασικής οργάνωσης ETA. Τέτοιου είδους τρομοκρατικές πράξεις προέρχονται από οιονεί κρατικής φύσεως οντότητες και θα μπορούσαν να πληρούν το στοιχείο της κρατικής εγκληματικότητας, και άρα να χαρακτηριστούν διεθνή εγκλήματα σύμφωνα με το Καταστατικό του ΔΠΔ. Επιθέσεις λ.χ. του ISIS σε βάρος πληθυσμών στη βόρεια Συρία ή στο Ιράκ, πράξεις ανθρωποκτονίας, σωματικών βλαβών, βιασμού, συστηματικές προσπάθειες εξαναγκασμού ομάδων πληθυσμού να εγκαταλείψουν τον χώρο διαμονής τους, διαθέτουν τα χαρακτηριστικά εγκλημάτων γενοκτονίας ή εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας. Με αυτά τα δεδομένα θα μπορούσαμε να έχουμε τρομοκρατικές πράξεις ως διεθνή εγκλήματα υπαγόμενα στη δικαιοδοσία του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου.

## Συνέντευξη από τον Αδάμη Πάρη, Εθνικό Μέλος για την Ελλάδα στην Eurojust, πρώην επικεφαλής του Τμήματος Διεθνούς Αστυνομικής Συνεργασίας S.I.Re.N.E και Εισαγγελέα της χρονιάς (2011) από τη Διεθνή Ένωση Εισαγγελέων

Στους

Μαυρομάτη Νικολέτα, 3<sup>ο</sup> ετή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ & Πετρίκη Βησσαρίωνα, τελειόφοιτο φοιτητή Νομικής ΑΠΘ

**Ποιος είναι ο ρόλος της Eurojust στην καταπολέμηση του οργανωμένου διασυνοριακού εγκλήματος; Με ποια διαδικασία ο οργανισμός επιλαμβάνεται συγκεκριμένων υποθέσεων και τι ακολουθεί μετά το κλείσιμο μιας υπόθεσης;**

Η Eurojust είναι ένας ευρωπαϊκός οργανισμός δικαστικής συνεργασίας και σκοπός της είναι η καταπολέμηση του οργανωμένου διασυνοριακού εγκλήματος. Προς την επίτευξη του σκοπού αυτού επιστρατεύονται διάφορα μέσα-όργανα, με βασικό χαρακτηριστικό τους την κοινή δράση των εθνικών μελών. Ένα από αυτά είναι οι «συντονιστικές συναντήσεις» (coordination meetings), όπου εκπρόσωποι εθνικών δικαστικών αρχών συζητούν την εκάστοτε υπόθεση που αφορά τις χώρες τους. Έχει προηγηθεί ένα αίτημα δικαστικής συνδρομής, ένα αίτημα δηλαδή μιας δικαστικής αρχής ενός κράτους μέλους, το οποίο απευθύνεται σε δικαστική αρχή ενός άλλου κράτους μέλους ζητώντας τη συνδρομή του. Αυτό μπορεί να είναι π.χ. η εξέταση ενός μάρτυρα, μια έρευνα σε μια οικία ή ακόμη και το πάγωμα ενός τραπεζικού λογαριασμού. Το κράτος έκδοσης συμπληρώνει μια φόρμα που περιλαμβάνει τα στοιχεία του κράτους έκδοσης, αυτά του κράτους

στο οποίο απευθύνεται, το υπό διερεύνηση αδίκημα, τα πραγματικά περιστατικά και το συγκεκριμένο αίτημα, ενώ το κράτος στο οποίο απευθύνεται είναι υποχρεωμένο να το απαντήσει. Πολλές φορές όμως αυτό δε συμβαίνει εξαιτίας νομικών ή πραγματικών κωλυμάτων, λόγου χάριν όταν το άλλο κράτος αδυνατεί να εντοπίσει τον μάρτυρα/δράστη, ή εξαιτίας της τυχόν ύπαρξης παράλληλης ποινικής διαδικασίας κρίνει ότι διακυβεύεται η εξιχνίαση του εγκλήματος, εάν δοθούν τα στοιχεία στο αιτών κράτος. Σε αυτές τις περιπτώσεις λοιπόν, πραγματοποιούνται οι συντονιστικές συναντήσεις ώστε να δοθούν λύσεις στα ανακύπτοντα προβλήματα. Ένα ακόμη μέσο είναι τα «κέντρα επιχειρήσεων» (coordination

centers), στο πλαίσιο των οποίων πολλές φορές πραγματοποιείται μια «κοινή ημέρα δράσης», μια ημέρα, δηλαδή, κατά την οποία θα διενεργηθούν από κοινού ερευνητικές πράξεις ή ακόμη και συλλήψεις. Αυτό γίνεται διότι, σε περίπτωση που δύο ή περισσότεροι

**Μπορώ να πω με ασφάλεια πως η ELSA-Thessaloniki καινοτομεί και βοηθά τους φοιτητές να κατανοήσουν από πρώιμο στάδιο την βαθύτερη ουσία της νομικής επιστήμης. Συνεχίστε με αμείωτο πάθος το αξιοσημείωτο έργο σας!**

υπόλοποι βρίσκονται σε διαφορετικά κράτη μέλη, η σύλληψη του ενός θα κινητοποιήσει τους υπόλοιπους, οι οποίοι θα «εξαφανιστούν». Έτσι, και εφόσον φυσικά έχει ωριμάσει η έρευνα και από τις δύο πλευρές και υπάρχουν επαρκή αποδεικτικά μέσα για τη

διενέργεια διαδικαστικών πράξεων, επιστρατεύεται μια κοινή ημέρα δράσης. Αυτή προετοιμάζεται μέσα από διαδοχικές συντονιστικές συναντήσεις και κατά την διάρκειά της πραγματοποιούνται δράσεις ταυτόχρονα σε όλα τα εμπλεκόμενα κράτη μέλη. Το συντονιστικό της κέντρο βρίσκεται στην Eurojust, όπου βέβαια δεν έχει πρόσβαση κανείς άλλος πέρα από τα εμπλεκόμενα εθνικά μέλη του οργανισμού. Από εκεί, τα τελευταία συντονίζουν τις εθνικές διωκτικές τους αρχές, είτε αστυνομικές, είτε δικαστικές/εισαγγελικές, και σε έναν κεντρικό υπολογιστή η κάθε χώρα αποστέλλει τις εξελίξεις που προκύπτουν, π.χ. την σύλληψη ενός υπόπτου ή την κατάσχεση ουσιωδών εγγράφων. Μετά το πέρας της ημέρας αυτής γίνεται μια συνολική αποτίμηση και αποστέλλεται δελτίο τύπου με τα αποτελέσματά της. Οι κοινές ημέρες δράσης αποτελούν το πιο ικανοποιητικό μέσο για να φτάσουμε εγγύτερα στην καταπολέμηση του διασυνοριακού εγκλήματος. Ένα ακόμη σημαντικό όργανο είναι οι «κοινές ομάδες έρευνας». Αυτές επίσης αποφασίζονται στις συντονιστικές συναντήσεις, όταν κρίνεται ότι υπάρχει ανάγκη περαιτέρω ερευνών. Συστήνεται λοιπόν τότε μια κοινή ομάδα έρευνας, η οποία επίσης ακολουθεί τον τύπο μιας φόρμας, μιας συμφωνίας που προβλέπεται από το ευρωπαϊκό νομοθετικό πλαίσιο. Η συμφωνία αυτή υπογράφεται από τους εισαγγελείς εφετών στη δικαιοδοσία των οποίων θα διεξαχθούν οι έρευνες, ενώ εάν εμπλέκονται περισσότερα εφετεία από τον εισαγγελέα του ανώτατου δικαστηρίου, και σε αυτή περιγράφεται το αδίκημα και τα πραγματικά περιστατικά του, καθώς και ποιοι θα είναι οι συμμετέχοντες, π.χ. ο ανακριτής, η αστυνομία, το λιμενικό κ.λ.π., οι οποίοι αποτελούν πλέον μια ομάδα. Ο σκοπός είναι η συλλογή στοιχείων, στο πλαίσιο της οποίας ενδεχομένως να χρειαστεί η πραγματοποίηση μιας κοινής ημέρας δράσης. Εάν αυτό δεν είναι απαραίτητο λόγω επάρκειας των στοιχείων, προχωρούμε στη σύλληψη των υπόπτων. Πρόκειται φυσικά για μια σύνθετη και χρονοβόρα διαδικασία, για την οποία ορίζεται εκ των προτέρων συγκεκριμένο χρονικό πλαίσιο, και η οποία χρηματοδοτείται εξ ολοκλήρου από τον οργανισμό. Τέλος, υπάρχουν και οι λεγόμενες «ομάδες εργασίας». Πρόκειται για επιστημονικές ομάδες που συζητούν σχετικά με τις μεθόδους αντιμετώπισης ενός συγκεκριμένου εγκλήματος. Για παράδειγμα, πέρυσι συστήθηκε μια τέτοια ομάδα για να συζητήσει την επιστροφή των μαχητών του ISIS από τα πεδία των μαχών, ένα εξαιρετικά επίκαιρο ζήτημα. Τα αποτελέσματα των συζητήσεων αποστέλλονται στις αρμό-

διες εθνικές αρχές, για να υποβοηθήσουν το έργο τους. Παράλληλα, ετοιμάζουμε διάφορα projects, όπως για παράδειγμα σχετικά με τη συλλογή ηλεκτρονικών αποδείξεων και την εισαγωγή αυτών σε εθνικά δικαστήρια. Όλες αυτές οι διαδικασίες είναι νέες, επομένως πρέπει να βρούμε τους τρόπους νομιμοποίησης τους. Όσον αφορά στο τι ακολουθεί το κλείσιμο μιας υπόθεσης, είναι σημαντικό να επισημάνουμε ότι εμείς δεν ασκούμε ποινική δίωξη, παρά μόνο διευκολύνουμε το έργο των εθνικών αρχών. Επιτελούμε δηλαδή ρόλο διαμεσολαβητικό. Επομένως, μετά το κλείσιμό της, η εκάστοτε υπόθεση μεταβιβάζεται στις επιμέρους εθνικές αρχές οι οποίες είτε την αρχειοθετούν, είτε κινούν την ποινική δίωξη. Φυσικά, εάν προκύψουν νέα στοιχεία, μια υπόθεση μπορεί να «ανοίξει» και πάλι, πάντα προσπαθώντας να αποφύγουμε την παραβίαση της αρχής του *ne bis in idem*.

**Θα συμφωνήσετε ίσως ότι στις σημαντικότερες προκλήσεις για τη σύγχρονη Ευρώπη συγκαταλέγονται αφενός το εγκλήματα της τρομοκρατίας και αφετέρου αυτό της εμπορίας ανθρώπων, γνωστό και ως human trafficking. Ποιοι παράγοντες πιστεύετε ότι συνέβαλαν στην έξαρση των ως άνω εγκληματικών τύπων τα τελευταία χρόνια και ποια η στρατηγική της Eurojust προς την αντιμετώπισή τους; Θα υποστηρίζατε ότι αρκεί η βελτίωση και ενίσχυση των ήδη υπάρχουσών πρακτικών ή απαιτείται μια στροφή σε νέες κατευθύνσεις;**

Η τρομοκρατία είναι πράγματι σε έξαρση, ωστόσο θα έλεγα όχι ιδεολογική. Δηλαδή, δεν παρατηρούνται πλέον πολλά τρομοκρατικά χτυπήματα ιδεολογικής φύσεως, σαν αυτά του παρελθόντος, από διάφορες ακροαριστερές ή ακροδεξιές ιδεολογικής προέλευσης οργανώσεις (left and right wing terrorists), όπως για παράδειγμα ο IRA στην Ιρλανδία ή η 17 Νοέμβρη στην Ελλάδα. Αυτό που είναι σε έξαρση είναι η θρησκευτική τρομοκρατία ή, καλύτερα, η νέα θρησκευτική τρομοκρατία. Οι παράγοντες που συνηγόρησαν σε αυτό ποικίλουν. Όσον αφορά το human trafficking, είναι γεγονός πως αρκετοί λόγοι συνετέλεσαν στην αύξησή του. Αν έπρεπε να τους ιεραρχήσουμε, σίγουρα θα προτάσσαμε τους οικονομικούς παράγοντες, καθώς η έξαρση του φαινομένου συμπίπτει με τη λεγόμενη αναδιάρθρωση της ανατολικής Ευρώπης. Εκεί χρειάστηκε ένα μεσοδιάστημα για να ορθοποδήσουν οι λαοί, οπότε η ένδεια έφερε και την εκμε-



τάλλευση, ακόμα και του ανθρώπου. Έτσι, πολλές γυναίκες και παιδιά μετακινήθηκαν στη Δύση και υπέστησαν σεξουαλική εκμετάλλευση. Πλέον, βέβαια, το φαινόμενο έχει μετατοπιστεί στη Μέση Ανατολή, λόγω των πολεμικών συρράξεων, όπου το human trafficking συνδέεται στενά με την παράνομη διακίνηση μεταναστών. Είναι ένα πρόβλημα που έχει σαφώς απασχολήσει την Eurojust, ενώ έχουμε κάνει και κάποια συνέδρια με ειδικούς στα οποία και εμείς ως Ελλάδα παρουσιάσαμε κάποιες υποθέσεις. Πρόκειται για ένα φαινόμενο που είναι δύσκολο να αντιμετωπιστεί καθώς εμπλέκονται και τρίτες χώρες, χώρες δηλαδή που δεν αποτελούν μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και συνεπώς χώρες με τις οποίες η συνεργασία παρουσιάζει διάφορες προκλήσεις, μεταξύ άλλων και λόγω των καθεστώτων που επικρατούν σε αυτές. Βέβαια, κάποιες πράγματα συνεργάζονται, όχι ίσως όμως στο βαθμό που θα επιθυμούσαμε. Ακόμη, η δυσκολία του εγχειρήματος εντοπίζεται στη δράση πολλών εγκληματικών οργανώσεων και στις μεθόδους με τις οποίες αυτές λειτουργούν, καθιστώντας δυσχερή τον εντοπισμό των «εγκεφάλων» που δρουν παρασκηνακά. Και οι ίδιοι οι παράτυποι μετανάστες δεν παρέχουν συχνά πληροφορίες, είτε λόγω άγνοιας, είτε λόγω απειλών που δέχονται για τη ζωή τους ή για τη ζωή μελών της οικογένειάς τους πίσω στις πατρίδες τους. Επιμένω ότι και εδώ οι πρωταρχικοί παράγοντες είναι οικονομικοί, καθώς οι περισσότεροι είναι οικονομικοί μετανάστες και όχι θύματα πολέμου, παρότι φυσικά υπάρχουν ανάμεσα τους και άνθρωποι που αναγκάστηκαν να εγκαταλείψουν τις χώρες τους λόγω πολεμικών συρράξεων. Άλλωστε, η οικονομική μετανάστευση αποτελεί και την παγκόσμια τάση, οι πολιτικοί πρόσφυγες και οι πρόσφυγες πολέμου είναι μειοψηφία. Αναφορικά με τη δράση του οργανισμού όμως, θεωρώ ότι η Eurojust έχει τη σωστή στρατηγική για την αντιμετώπιση του εγκλήματος της τρομοκρατίας. «Χτυπάμε» κυρίως στη χρηματοδότηση των εγκληματικών οργανώσεων, προσπαθώντας να ακολουθήσουμε τη ροή του χρήματος. Έχουμε μάλιστα εντοπίσει ότι άτομα από ευρωπαϊκές χώρες χρηματοδοτούν τέτοιες οργανώσεις στη Μέση Ανατολή και προσπαθούμε να σταματήσουμε ακριβώς αυτό. Γιατί σαφώς, αν διακοπεί αυτή η χρηματοδότηση δύσκολα θα έχουμε «μεγάλα» τρομοκρατικά χτυπήματα. Αντίθετα, δυστυχώς, πολύ πιο δύσκολα θα μπορούσαν να περιοριστούν τα τρομοκρατικά χτυπήματα μικρότερης εμβέλειας, καθώς είναι

πρακτικά πολύ εύκολο να πραγματοποιηθούν. Το να πάρει κάποιος π.χ. ένα μαχαίρι και να χτυπήσει σε ένα εστιατόριο ή μια αγορά είναι πολύ δύσκολο να προβλεφθεί και να αποτραπεί. Σε κάθε περίπτωση, όταν μπορούμε να κάνουμε κάτι το κάνουμε, αξιοποιώντας ιδιαίτερα τη βοήθεια της τεχνολογίας και παρακολουθώντας την ροή του παράνομου χρήματος, στο τέλος της οποίας συνήθως βρίσκεις και το δράστη. Τέλος, αναφορικά με την στροφή σε νέες κατευθύνσεις, πράγματι η ένδεια δημιουργεί μια αίσθηση αδικίας. Θα μπορούσαμε να πούμε ότι χρειάζονται παγκόσμιες κοινωνικές και οικονομικές μεταρρυθμίσεις, που θα εξυπηρετούν την ισότητα και δεν θα θέτουν ζητήματα βιωσιμότητας. Ας μην ξεχνάμε ότι η ένδεια δημιουργεί και ένα αίσθημα δυσφορίας και απογοήτευσης απέναντι στη Δύση, πράγμα που γίνεται εύκολα αντικείμενο εκμετάλλευσης από επιτήδειους που αποστρέφονται το δυτικό γίγνεσθαι και επιθυμούν την γένεση τρομοκρατικών χτυπημάτων. Η πλύση εγκεφάλου πάντοτε αποβαίνει μοιραία και η έως τώρα η πραγματικότητα δυστυχώς καταδεικνύει πως έχουμε μέλλον.

**Πόσο συχνά η Ελλάδα έχει ζητήσει τη συνδρομή της Eurojust και ποιος είναι γενικότερα ο ρόλος της χώρας μας ως κράτους μέλους στον Οργανισμό; Πώς αντιμετωπίζονται τυχόν προβλήματα αναφορικά με την καθυστέρηση απόκριση των εθνικών αρχών;**

Η Ελλάδα συμμετέχει ενεργά στην Eurojust. Προωθεί την δικαστική συνεργασία και πιστεύει στα αποτελέσματά της. Εξάλλου, προσπαθούμε όλα, ή τουλάχιστον τα περισσότερα αιτήματα δικαστικής συνδρομής να περνάνε από το γραφείο μας, ώστε να μπορούμε να τα παρακολουθούμε, να συνεργαζόμαστε με τα υπόλοιπα εθνικά γραφεία και φυσικά να τα ικανοποιούμε, με απώτερο στόχο να φτάσουμε στην εξιχνίαση των εγκλημάτων το ταχύτερο δυνατό. Πραγματοποιούνται συχνά συναντήσεις για να συλλέξουμε όσο το δυνατόν περισσότερα αποδεικτικά στοιχεία, ακόμη και κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, καθώς ρόλος μας είναι να διευκολύνουμε τις εθνικές αρχές. Πράγματι, ωστόσο, η Ελλάδα ανέκαθεν αντιμετώπιζε την βάση της γραφειοκρατίας, η οποία όμως πλέον έχει περιοριστεί. Εμείς, με τα εθνικά γραφεία δικαστικής συμπαράστασης και τη στελέχωσή τους είμαστε απόλυτα ευχαριστημένοι. Μπορούμε να πούμε ότι τα περισσότερα αιτήματα διεκπεραιώνονται αποτελεσματικά, και μάλιστα

σε σύντομο χρονικό διάστημα. Αν τώρα υπάρχει κάποια καθυστέρηση, επικοινωνούμε προσωπικά με τους υπεύθυνους. Πολλές φορές δεν πρόκειται για αμέλεια κάποιου συναδέλφου, καθώς συνηθέστερα η υπόθεση έχει κολλήσει «στα γρανάζια της γραφειοκρατίας», όπως για παράδειγμα όταν μια μετάφραση πρέπει να διαβιβαστεί από το Υπουργείο στην Εισαγγελία Εφετών και από εκεί στον ανακριτή κλπ. Το πρόβλημα αυτό συναντάται παντού, απλώς στην ελληνική έννομη τάξη είναι πιο εμφανές. Βέβαια, θα πρέπει να σημειώσουμε πως το οργανωτικό μας έλλειμα τις περισσότερες φορές αντισταθμίζεται με τον ενθουσιασμό και τα ιδιαίτερα ικανοποιητικά αποτελέσματα των επιχειρήσεων στις οποίες συμμετέχουμε.

**Η συνύπαρξη εκπροσώπων διαφορετικής νομικής κουλτούρας και φιλοσοφίας σίγουρα συγκαταλέγεται σε ένα από τα πιο θετικά στοιχεία της λειτουργίας του οργανισμού, όμως εύκολα αντιλαμβάνεται κανείς ότι θα δημιουργεί και κάποια προβλήματα. Ποια είναι αυτά και πως επιλύονται; Τι συμβαίνει ειδικότερα στην περίπτωση της σύγκρουσης δικαιοδοσιών;**

Η γοητεία της συνεργασίας έγκειται ακριβώς στην ανοχή της κουλτούρας του άλλου. Εν ολίγοις, τα θέματα επιλύονται με συνεννόηση και με προσήλωση στον κοινό στόχο, κάτι που δεν έχουμε συνηθίσει δυστυχώς στην Ελλάδα, γι' αυτό και πολλές φορές οι εκπρόσωποι των εθνικών αρχών που έρχονται στις συναντήσεις είναι επιφυλακτικοί με τους ξένους συναδέλφους. Η παρούσα «αντίληψη» είναι προδήλως εσφαλμένη και αυτό το έχουμε συνειδητοποιήσει στην Eurojust. Θα έλεγα πως αυτή ακριβώς η διάθεση συνεργασίας και εξάλειψης του εγωισμού συνιστά το μυστικό της επιτυχίας μας. Όσον αφορά το ζήτημα της σύγκρουσης δικαιοδοσιών, όπως αναφέραμε και στο διεθνές συνέδριο που πραγματοποιήθηκε στην Αθήνα με πρωτοβουλία της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου και συμμετοχή της Ευρωπαϊκής Εισαγγελίας, η καλύτερη λύση θα ήταν η δημιουργία ενός ευρωπαϊκού ποινικού δικαστηρίου, που θα επιλαμβάνεται υποθέσεων οργανωμένου διασυνοριακού εγκλήματος στις οποίες θα εμπλέκονται πολλές χώρες. Φυσικά αυτό ήταν μια δική μας πρόταση, καθώς κρίνουμε ότι θα λύσει ουσιαδώς το πρόβλημα της σύγκρουσης των δικαιοδοσιών. Μέχρι όμως να γίνει αυτό, εμείς έχουμε προετοιμάσει ένα βοηθητικό δίπτυχο με οδηγίες και προσπαθούμε να επιλύ-

σουμε αυτά τα προβλήματα μέσω συντονιστικών συναντήσεων, ακολουθώντας κάποια συγκεκριμένα κριτήρια, όπως για παράδειγμα την εθνικότητα των κατηγορουμένων ή τον τόπο τέλεσης του εγκλήματος. Οι συμβιβαστικές λύσεις πάντοτε προσδίδουν μια νέα προοπτική στην επίλυση αυτών των καίριων προβληματικών.

**Αν σας ζητούσαμε να κάνετε μια σύντομη ανασκόπηση της ακαδημαϊκής και επαγγελματικής σας σταδιοδρομίας, ποιοι θεωρείτε ότι ήταν οι παράγοντες που οδήγησαν τελικά στην ανάδειξή σας ως Εθνικού Μέλους στην Eurojust; Ποιες είναι οι απαιτήσεις και οι προκλήσεις μιας τέτοιας θέσης και πόσο βοηθητική αποτέλεσε η εμπειρία σας ως εισαγγελέα;**

Αρχικά, οι εμπειρίες της ακαδημαϊκής ζωής μας ποτέ δεν πάνε χαμένες. Από εκεί και πέρα, προσωπικά θα ξεχώριζα τις μεταπτυχιακές μου σπουδές, καθώς εκεί είναι δυνατή η διαφοροποίηση από τους υπόλοιπους, κάτι το οποίο εκτιμάται πολύ. Αναμφιβόλως, και η πρότερη επαγγελματική μου εμπειρία εκτιμήθηκε σημαντικά, δεδομένου ότι ήμουν επικεφαλής του Τμήματος Διεθνούς Αστυνομικής Συνεργασίας σχετικά με θέματα νομιμότητας των ευρωπαϊκών ενταλμάτων σύλληψης στη ζώνη Σένγκεν, γνωστό ως S.I.Re.N.E., όπου και εξοικειώθηκα με τα ευρωπαϊκά εντάλματα σύλληψης και τη διεθνή συνεργασία. Επίσης, βοηθήθηκα πολύ από τη συμμετοχή μου στα διεθνή συνέδρια, τα οποία και συνιστώ σε όλους τους νομικούς. Είναι μια σπουδαία ευκαιρία να ανταλλάξεις απόψεις, αλλά και να γνωρίσεις συναδέλφους από άλλες χώρες, με διαφορετική νοοτροπία και διαφορετικές σκέψεις, προσπαθώντας να υιοθετήσεις τα θετικά από το κάθε νομικό σύστημα. Ακόμη και οι εργασίες που τυχόν θα δημοσιεύσεις διαδραματίζουν καθοριστικό ρόλο στην όξυνση της νομικής σκέψης. Τέλος, έχοντας διατελέσει και Γραμματέας της Ένωσης Ελλήνων Εισαγγελέων είχα την ευκαιρία να γνωρίσω τους περισσότερους συναδέλφους και να δημιουργήσουμε από κοινού ένα κλίμα ώσμωσης νομικών ζυμώσεων. Το πιο σημαντικό όμως είναι η διάθεση συνεργασίας και ο ήπιος, φιλικός και κοινωνικός χαρακτήρας, διότι εδώ η δουλειά είναι σε ένα βαθμό και διπλωματική, όπως και η εμπειρία σου, η οποία σε κάνει «ετοιμοπόλεμο» και περισσότερο ευέλικτο στα προβλήματα που τυχόν θα παρουσιαστούν.

## Συνέντευξη από τον Κουτρομάνο Αθανάσιο, Πρόεδρο του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης και τέως Πρόεδρο του Αρείου Πάγου

Στις

Βούζιου Δανάη, 3<sup>ο</sup> ετή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ,

Ζήση Άννα, 3<sup>ο</sup> ετή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ &

Γρίβα Μαρία, 2<sup>ο</sup> ετή φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

**Πώς θεωρείτε ότι οι Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές συντελούν στην προαγωγή του δημοκρατικού πολιτεύματος ενώ επίσης ποιοι είναι οι επόμενοι στόχοι του ΕΣΡ για την εκπλήρωση του έργου του όπως αυτό προσδιορίζεται συνταγματικά;**

Ιστορικά, οι Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές γενικώς και οι Ραδιοτηλεοπτικές Αρχές ειδικότερα δεν ήταν πάντοτε κάτι αυτονόητο. Στα ευρωπαϊκά κράτη άρχισαν βαθμιαία να εισάγονται ως θεσμός πριν από μισό περίπου αιώνα. Και, όπως συμβαίνει πάντα με τους δημόσιους θεσμούς, δεν προέκυψαν τυχαία και άνευ αιτίας, αλλά την εμφάνισή τους επέβαλαν συγκεκριμένοι λόγοι, συγκεκριμένες ανάγκες, συγκεκριμένες εξελίξεις. Ως βασικοί τέτοιοι παράγοντες μπορούν να αναφερθούν η ραγδαία τεχνολογική πρόοδος και η ανάγκη προστασίας σημαντικών ατομικών δικαιωμάτων των πολιτών, που τίθεται σε κινδύνους εξαιτίας των νέων τεχνολογιών.

Έτσι, όχι μόνο στον ευρωπαϊκό χώρο αλλά και ευρύτερα, η εποπτεία της δραστηριότητας των ΜΜΕ ανατέθηκε από τους νομοθέτες σε ειδικές Ρυθμιστικές Αρχές, που «προοικίσθηκαν» με θεσμική ανεξαρτησία και προβλέφθηκε η συγκρότησή τους με ανθρώπους που – κατά τεκμήριο τουλάχιστον

– παρέχουν εχέγγυα επαγγελματικής επάρκειας και έντιμης διαχείρισης.

Τούτο δε προφανώς δεν έγινε για να τιμηθούν με αξιώματα κάποια πρόσωπα «δί' εξαιρετικής υπηρεσίας» προς τις πατρίδες και τους λαούς. Έγινε για να υπηρετηθεί μείζον δημόσιο συμφέρον, ήτοι για να προστατευθούν καλύτερα και αποτελεσματικότερα σημαντικά δημοκρατικά κεκτημένα και αξίες, όπως είναι η ελευθερία του λόγου, το δικαίωμα στην ενημέρωση, στην ψυχαγωγία και στον πολιτισμό, αφενός, και τα δικαιώματα όσων θίγονται από τη συναφή δραστηριότητα, αφετέρου· δηλαδή για να χαράσσεται με ορθολογικά, νόμιμα και δίκαια κριτήρια η διαχωριστική γραμμή ανάμεσα στα αντιτιθέμενα κατά περίπτωση θεμιτά συμφέροντα.

Σε ό,τι αφορά τους «επόμενους στόχους του ΕΣΡ», νομίζω ότι στο ερώτημά σας εμπεριέχεται και η απάντηση! Διότι διαρκής στόχος του Συμβουλίου είναι η εκπλήρωση της θεσμικής του αποστολής, που με δυο λόγια – ή μάλλον με λίγα περισσότερα – μπορεί

***Το να βλέπετε φοιτητές να προσπαθούν μέσω της νομικής αρθρογραφίας να αποτυπώσουν τις δικές τους απόψεις και να καταστήσουν πλουσιότερη την επιστήμη μας είναι κάτι βαθιά ελπιδοφόρο. Συγχαρητήρια σε όλους τους συντελεστές!***

να αποδοθεί ως συμβολή στην ποιοτική αναβάθμιση του τηλεοπτικού και ραδιοφωνικού λόγου. Άλλωστε, αν έχει ένα λόγο ύπαρξης το ΕΣΡ, αυτός είναι η ποιότητα των προγραμμάτων.

**Τόσο παλιότερα στη νομολογία όσο και προσφάτως(ΣτΕ 82/2018) ήρθαμε αντιμέτωποι με την παράνομη συγκρότηση του ΕΣΡ. Τι προβλήματα δημιουργεί κάτι τέτοιο στην πράξη για την αξιοπιστία αλλά και για την εύρυθμη λειτουργία του;**

Κρίθηκε από το Δικαστήριο αντισυνταγματική η παράταση της θητείας μελών με τυπικό νόμο πέραν ενός χρονικού ορίου. Ζήτημα «αναξιопιστίας» εκ της αιτίας αυτής, κατά τη γνώμη μου, δεν τίθεται. Αρκετές όμως υποθέσεις πρέπει να κριθούν ξανά από το Συμβούλιο με τη νέα σύνθεση. Ανάλογες είναι οι περιπτώσεις δικαστικών υποθέσεων που επανεκδικάζονται όταν γίνεται δεκτό ένδικο μέσο. Δεν είναι κάτι πρωτοφανές.

**Με ποιον τρόπο θα μπορούσε να αντιμετωπίσει το ΕΣΡ τη στάση που διατηρούν ορισμένες πολιτικές δυνάμεις, συμπεριλαμβανομένων της κυβέρνησης και της αντιπολίτευσης, με την συνεχή απουσία τους από συγκεκριμένα τηλεοπτικά κανάλια, εν όψει και της αυξημένης ανάγκης του λαού για πληροφόρηση λόγω της προεκλογικής περιόδου που διανύουμε;**

Το θέμα φαίνεται να είναι προεχόντως πολιτικό και, ως εκ τούτου, μάλλον δεν πίπτει λόγος στο ΕΣΡ, που είναι αμιγώς θεσμικό όργανο. Ως θεσμικό όργανο, εκδίδει αποφάσεις και δίνει οδηγίες με την τεχνική-νομική έννοια του όρου, για παράδειγμα ως προς την ερμηνεία μιας νομικής διάταξης. Το ΕΣΡ μπορεί να έχει «πολιτικό χαρακτήρα» με την έννοια ότι η δράση του ενίοτε επάγεται πολιτικές συνέπειες, χωρίς όμως να συνιστά πολιτικό όργανο.

**Με τι κριτήρια διαμορφώνεται η τιμή εκκίνησης των τηλεοπτικών αδειών καθώς επίσης και τι θα απαντούσατε σε όσους κατηγορούν το θεσμό των τηλεοπτικών αδειών και τα υψηλά πρόστιμα που επιβάλλονται από το ΕΣΡ ως περιοριστικά της πολυφωνίας;**

Η τιμή εκκίνησης, όπως και η τελική τιμή, είναι προφανώς οικονομικό ζήτημα. Τα δε «πρόστιμα» δεν πρέπει να είναι ούτε «υψηλά» ούτε «χαμηλά», πρέπει να είναι δίκαια. Μεγάλη κουβέντα, θα μου πείτε! Και πάντως προβλέπονται από τους νόμους και επιβάλλονται από το Συμβούλιο, όχι για να περιορίσουν την πολυφωνία, αλλά για να προστατεύσουν την πολυφωνία και τις άλλες αξίες του δημοκρατικού πολιτεύματος.

**Πώς εκλαμβάνετε και κατά πόσο συμμερίζεστε την απαξίωση που εκφράζει ενίοτε η κοινή γνώμη απέναντι στη Δικαιοσύνη; Ιδίως όσον αφορά τον Άρειο Πάγο, ποια είναι η γνώμη σας για την απόδοσή του σε σχέση με τα ανώτατα δικαστήρια άλλων ευρωπαϊκών χωρών;**

Εδώ χρειάζεται κάποια ανάλυση: από τη φύση του πράγματος προκύπτει ότι το αποτέλεσμα μιας δίκης αναδεικνύει σχεδόν πάντοτε έναν νικητή και έναν ηττημένο. Ανθρώπινο είναι, στο μέτρο που ένας διάδικος ηττάται, να αισθάνεται δυσαρεστημένος (και) έναντι του Δικαστηρίου. Φυσικά η δυσαρέσκεια αυτή επιτείνεται όταν το Δικαστήριο έχει υποπέσει σε ουσιαστικό λάθος. Κάνουν λάθη και τα Δικαστήρια! Και βεβαίως το αν ένα Δικαστήριο υπέπεσε ή όχι σε ουσιαστικό λάθος, και ιδίως αν εκτίμησε ή όχι ορθά το αποδεικτικό υλικό, οι διάδικοι (και οι δυο διάδικοι) το γνωρίζουν καλύτερα από τον δικαστή. Ποιος από τους διαδίκους οδηγούς πέρασε με κόκκινο και ποιος με πράσινο προφανώς καλύτερα από τον δικαστή το γνωρίζουν οι οδηγοί! Με αυτά τα δεδομένα, και μέσα στο κλίμα της γενικής καχυποψίας όλων έναντι όλων, δεν είναι ιδιαίτερα δύσκολο ένα σφάλμα να αναβαθμίζεται σε σκάνδαλο, και έτσι να απαξιώνεται, όπως το θέτετε, το δικαστικό έργο.

Ειδικά για την «κοινή γνώμη» στην οποία αναφέρεστε, νομίζω ότι πρέπει να γίνει μια ουσιαστικής διάκριση: είναι διαφορετικό ζήτημα η γενική εικόνα που έχουν οι πολίτες για τα δρώμενα στο χώρο της δικαιοσύνης και διαφορετικό η εκτίμηση που πολλές φορές κάνει η κοινή γνώμη για συγκεκριμένη υπόθεση. Η άποψη που έχει η κοινή γνώμη για συγκεκριμένη υπόθεση δεν έχει τεκμήριο ορθότητας, για προφανείς λόγους. Άλλωστε η κοινή γνώμη πολλές φορές αλλάζει άποψη για ένα θέμα, οι δικαστικές αποφάσεις όμως δεν αλλάζουν. Έχει χαρακτηριστικά λεχθεί ότι το «ωσαννά» σε ελάχιστο χρόνο έγινε «σταύρωση». Όσον αφορά τη γενική εικόνα που έχουν οι πολίτες για την απονομή δικαιοσύνης, το ζήτημα της καθυστέρησης της απονομής δικαιοσύνης είναι κάτι που δε συμμερίζεται μόνο η κοινή γνώμη. Το φαινόμενο αυτό βέβαια δεν είναι καινούριο – και δεν είναι μόνο ελληνικό. Είναι διεθνές και διαχρονικό. Ωστόσο στη χώρα μας η καθυστέρηση είναι υπερβολική.

Όσον αφορά τον Άρειο Πάγο, πρέπει να πω ότι δεν έχω σαφή και πλήρη εικόνα για τις επιδόσεις των αντίστοιχων Δικαστηρίων άλλων χωρών ώστε

να μπορώ να κάνω συγκρίσεις ... ακινδύνως.

Έχοντας όμως βρεθεί σε ακροατήρια Δικαστηρίων άλλων ευρωπαϊκών χωρών, έχω σχηματίσει μια εικόνα. Είναι φανερό ότι λειτουργούν πρακτικώς καλύτερα. Καλύτερη είναι μάλλον η κατάσταση και σε σχέση με την ταχύτητα της απονομής δικαιοσύνης. Αυτό στο οποίο θα έδινα το περισσότερο βάρος είναι η σοβαρότητα που διέπει το σύνολο των διαδικασιών. Για παράδειγμα, μπαίνοντας κανείς στο Δικαστήριο ψυχολογικά έχει την αίσθηση ότι εισέρχεται σε ένα σοβαρό χώρο και συμπεριφέρεται αναλόγως. Αυτό βοηθά όλα τα πράγματα να λειτουργούν καλύτερα.

**Ποιες είναι οι συνήθειες ελλείψεις και τα νομικά σφάλματα που παρατηρούνται στις αποφάσεις που επιλαμβάνεται αναιρετικώς το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο της ποινικής και πολιτικής δικαιοσύνης της χώρας;**

Σε μια τόσο γενική ερώτηση φοβούμαι ότι η όποια απάντηση θα είχε στοιχεία αυθαιρεσίας. Επιπλέον, όταν κανείς μιλά για σφάλματα άλλων, καθόλου δεν αποκλείεται να σφάλει ο ίδιος!

Γενικώς, μπορούμε να παρατηρήσουμε ότι ο Άρειος Πάγος επιλαμβάνεται νομικών σφαλμάτων των ουσιαστικών Δικαστηρίων. Τα συνήθη σφάλματα που εντοπίζονται είναι διαδικαστικά, μοιραία, βέβαια, εφόσον δεν κρίνει επί της ουσίας. Χαρακτηριστικά παραδείγματα αποτελούν η πλημμελής αιτιολογία της απόφασης, ή σε ποινική δίκη, η στέρηση κάποιου δικαιώματος από διάδικο, ιδίως δε από τον κατηγορούμενο. Σπανιότερα, διαπιστώνονται νομικά σφάλματα ως προς την έννοια μιας διάταξης. Εξάλλου, η ερμηνεία του νόμου ενέχει πάντοτε τον κίνδυνο σφάλματος. Και ο Άρειος Πάγος μπορεί να κάνει λάθη. Δεσμεύονται οι πάντες από την κρίση του, αλλά κανείς δεν εξασφαλίζει ότι είναι πάντα σωστή.





The European Law Students' Association

THESSALONIKI

- Προετοιμασία υποψηφίων για Διαγωνισμό Εθνικής Σχολής Δικαστών
- Ακαδημαϊκή υποστήριξη προπτυχιακών και μεταπτυχιακών φοιτητών
- Προετοιμασία για τις εισαγωγικές εξετάσεις στα ΠΜΣ Νομικής ΑΠΘ και ΔΠΘ

