

EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

8ο Τεύχος (2022)



EXPRESSIS VERBIS
Law Journal

elsa

The European Law Students' Association

THESSALONIKI



EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

ISSN: 2585-2558

Συντακτική Επιτροπή
Expressis Verbis Law Journal
Αρχισυντάκτης

Ζαχαριάδης Γιώργος

Βοηθοί Αρχισυντάκτη

Αθανασίου Γιώργος

Μακατουνάκη Χρυσούλα

Συντάκτες (κατά αλφαβητική σειρά)

Ανδρουλάκη Μαρίνα

Δεββέ Αναστασία

Κουτίβα Μαρκέλλα

Πανοπούλου Δήμητρα

Παπαδοπούλου Σοφία

Ποιμενίδου Κυριακή

Ποντικίδου Μόνικα

Ράπτη Χριστίνα

Τσιαδήμου Αναστασία

Διοικητικό Συμβούλιο

ELSA Thessaloniki

Πρόεδρος

Μπαρμπούνης Μάκης

Γενικός Γραμματέας

Βαρνά Δανάη

Ταμίας

Δημουλιός Δημήτρης

Αντιπρόεδρος Marketing

Χατζησολωμού Θεοδώρα

Αντιπρόεδρος Ακαδημαϊκών

Δραστηριοτήτων

Φεσατίδου Θεοδώρα

Αντιπρόεδρος Σεμιναρίων και Συνεδρίων

Καρατζιά Μαρία

Αντιπρόεδρος STEP

Ζάραγκα Κατερίνα

Επιμέλεια Έκδοσης - Εκτύπωση



Εκδόσεις Ροτόντα

Καμβουνίων 8, 54621 Θεσσαλονίκη

Τηλ: 2310212212

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

elsa

The European Law Students' Association

THESSALONIKI

Προλογικό Σημείωμα

ΤΙ ΕΙΝΑΙ ΤΟ EXPRESSIS VERBIS LAW JOURNAL ΓΙΑ ΕΜΑΣ;

Παρά τη σημασία τους για την νομική επιστήμη, τα επιστημονικά περιοδικά είναι πολλές φορές άγνωστα στους φοιτητές της σχολής μας. Το Expressis Verbis φιλοδοξεί να χτίσει μια γέφυρα, να ενώσει του φοιτητές με τον κόσμο της ακαδημαϊκής δημοσίευσης. Στόχος είναι οι φοιτητές να γνωρίσουν το χώρο των επιστημονικών περιοδικών, να αναγνωρίσουν την αξία τους και να συνεισφέρουν σε αυτόν.

Το περιοδικό δίνει την ευκαιρία τόσο σε προπτυχιακούς και μεταπτυχιακούς φοιτητές της Νομικής Σχολής, όσο και σε ασκούμενους δικηγόρους να εκφράσουν και να αναπτύξουν τις απόψεις και τους προβληματισμούς τους πάνω σε επίκαιρα νομικά ζητήματα, οξύνοντας έτσι έντονα το νομικό τους αισθητήριο. Στα 6 χρόνια κυκλοφορίας του το περιοδικό έχει φιλοξενήσει άρθρα και σχολιασμούς δικαστικών αποφάσεων από περισσότερους από 200 φοιτητές και ασκούμενους δικηγόρους, ενώ ακόμα είχε την τιμή να φιλοξενήσει συνεντεύξεις από άτομα υψηλού νομικού κύρους. Μαζί με την Συντακτική Επιτροπή και την υπέροχη ομαδική δουλειά που γίνεται, επιδιώκουμε να κρατήσουμε όσο γίνεται πιο ζωντανή και διαρκή την επαφή του νομικού κόσμου με την μοναδικότητα της νομικής επιστήμης.

Το νομικό περιοδικό Expressis Verbis Law Journal, ήδη από την πρώτη χρονιά κυκλοφορίας του, φιλοξενεί συνεντεύξεις νομικού περιεχομένου από διακεκριμένους Έλληνες και Ελληνίδες νομικούς. Ενδεικτικά, συνέντευξη έχουν παραχωρήσει ο πρώην Πρόεδρος του Αρείου Πάγου και Πρόεδρος του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης Αθανάσιος Κουτρομάνος, ο πρώην Αντιπρόεδρος της Κυβέρνησης και Καθηγητής Συνταγματικού Δικαίου Ευάγγελος Βενιζέλος και ο Πρόεδρος του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και Καθηγητής Διεθνούς Δικαίου Λίνος-Αλέξανδρος Σισιλιάνος. Ιδιαίτερη τιμή αποτέλεσε η παραχώρηση συνέντευξης στο περιοδικό μας από την αξιότιμη Πρόεδρο της Δημοκρατίας, κυρία Αικατερίνη Σακελλαροπούλου, κατά το περασμένο ακαδημαϊκό έτος.

Σε αυτό το τεύχος έχουμε τη χαρά και τη τιμή να φιλοξενούμε τη συνέντευξη του Δικηγόρου κ. Βασιλείου Σωτηρόπουλου.

Σας ευχόμαστε καλή ανάγνωση!

Η Συντακτική Επιτροπή

EXPRESSIS VERBIS

Law Journal

Τεύχος 8 (2022) ISSN: 2585-2558

Περιεχόμενα

Αστικό Δίκαιο	7	Ο θεσμός του ευεργετήματος της απογραφής ως μέσο περιορισμού της ευθύνης του κληρονόμου Γιουμίδης Σ. Βασίλειος
	12	Η διεπιστημονική όψη της προβληματικής για την έναρξη της ανθρώπινης ζωής και τα απορρέοντα αστικά και ποινικά ζητήματα στο εθνικό δίκαιο Μαρία Μπομποτά
	17	Το ζήτημα της «υποχρεωτικής συνεπιμέλειας» υπό το πρίσμα του Ν.4800/2021 Καλλιόπη Καμμένου, Θεοδώρα Μοτάκη
	21	Ν.4356/2015: Σύμφωνο Συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών ως απότοκο της απόφασης του ΕΔΔΑ στην υπόθεση Βαλλιανάτος κατά Ελλάδος Μουρδουκούτα Εργίνα, Πατεράκη Ιωάννα Γεωργία
	26	Σύναψη συμβάσεων μέσω διαδικτύου και προστασία του καταναλωτή Δημήτρης Πλιάτσικας
	30	Η αγωγή διάρρηξης καταδολιευτικής δικαιοπραξίας με δικαστική απόφαση Νταρλίνα Τζελίλι, Ιωάννης Αραμπατζής
Εμπορικό δίκαιο	35	Οι εταιρικοί μετασχηματισμοί μετά τον ν.4601/2019 Μαρία Ελένη Μπάτου, Μαρία Γεωργαντζίδου
	40	Η συγκριτική διαφήμιση στη νομολογία του ΔΕΚ Φανή Μαρμαρέλλη, Κουίδη Ελπινίκη Ευαγγελία

	45	The prohibition of anti-competitive agreements under EU law Apostolos Karasakalidis, Maria G. Boulieri
Εργατικό Δίκαιο	50	Η θέση και τα δικαιώματα των ΑμεΑ στον εργασιακό χώρο: Η Οδηγία 2000/78 για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω αναπηρίας Ιωάννης Γερέλκης
	56	Η προστασία της τηλεργασίας Μαντζούφα Πολυξένη, Τσιακανίκα Γεωργία
	61	Mobbing: Θεμελίωση της ευθύνης και προστασία του εργαζομένου Τσιότσης Κωνσταντίνος-Σπυρίδων, Βασιλειάδου Δήμητρα, Αναγνωστοπούλου Χρυσούλα
	65	Η υποκρυπτόμενη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας Μαρία Πετρίδου, Ράνια Βασιλειάδου
	70	Η προστασία και τα δικαιώματα των freelancers υπό τον νόμο 4808.2021 Μαρία Καρατζιά, Μαριλένα Πνευματικού, Στελίνα Τσουτρή
Ιατρικό Δίκαιο	75	Σχόλιο επί της ΣΤΕ 622/2021 Αναστασία Γεωργιάδου, Νούσκα Ελένη
	81	Η ευθύνη των Δημόσιων Νοσοκομείων από πρόκληση βλάβης στην υγεία των ασθενών Αποστόλου Στυλιανή και Μπανιά Διονυσία
	86	Σύμβαση Οβιέδο: Σημασία, προκλήσεις και εφαρμογές στη σύγχρονη ιατρική Βαρνά Δανάη, Δημουλιός Δημήτρης
	91	Η νομιμοποίηση της ιατρικής/φαρμακευτικής κάνναβης στην Ελλάδα Σωτηρία Νατσιοπούλου

Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο & Διεθνής Διαιτησία	96	Η δημόσια τάξη ως λόγος ακύρωσης ή άρνησης εκτέλεσης διαιτητικών αποφάσεων Τσακαλέρη Νικολέτα Σταυρούλα
	101	Arbitration in International Investment Law - Republic of Slovakia v. Achmea BV Haris Papagiannis
Συνεντεύξεις	104	Συνέντευξη από τον κύριο Βασίλειο Σωτηρόπουλο, Δικηγόρο

Ο θεσμός του ευεργετήματος της απογραφής ως μέσο περιορισμού της ευθύνης του κληρονόμου

Γιουμίδης Σ. Βασίλειος
Δικηγόρος, ΠΜΣ Αστικού Δικαίου

Προδιάθεση

Η αποδοχή δια του ευεργετήματος της απογραφής συνιστά τρόπο μετριασμού της απεριόριστης ευθύνης του κληρονόμου για τις υποχρεώσεις της κληρονομίας (ΑΚ 1901 εδ.α'). Ο κληρονόμος συνεχίζει να ευθύνεται περιορισμένα με τα κληρονομιαία *per se*, και όχι απλώς μέχρι την αξία τους, ώστε επί τυχαίας καταστροφής τους να απαλλάσσεται (*cum viribus hereditatis*)¹. Πρόκειται για περιορισμό

ποσοτικό και κατ' αντικείμενο², που προϋποθέτει την ύπαρξη χωριστής ομάδας δικαίου³, όπως προβλέπει η ΑΚ 1905, ήτοι το χωρισμό κληρονομιαίας και ατομικής περιουσίας κληρονόμου⁴. Ο περιορισμός⁵ συνεπάγεται ότι οι κληρονομικοί δανειστές

S.54 επ..

² Βουζίκας, ΚληρΔ III (1983), §161 Δ I 2 α) (σελ.1078-9)· Σπυριδάκης/Περάκης, ΑΚ, 1904 αρ.1· Σπυριδάκης, ΚληρΔ αρ.156.6· Παντελίδου, Η ευθύνη σελ.155-156· Σταμπέλου, Ευθύνη σελ.37· H.L. et J.Mazeaud/Chabas(-L.Leveneur/S.Leveneuer), Leçons de Droit Civil IV/2⁵ (1999), n.1123· Grimaldi, Droit des Successions³ (1995), n.564.

³ Αρχανιωτάκης, Μεταβίβαση περιουσίας ή επιχείρησης (1997), σελ.388 σημ.18.

⁴ Μπαλής, ΚληρΔ §194 αρ.2· Παντελίδου, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1904-1905 αρ.2· Σταμπέλου, Ευθύνη σελ.37.

⁵ Ως προς το περιεχόμενο του περιορισμού κατά κρατούσα γνώμη[Φραγκίστας, σε ΕρμΑΚ, I-Ia(1949) ΓενΕισαγ ΕνοχΔ αρ.47· Βουζίκας, ΚληρΔ III §161 Δ I 2 (σελ.1078 επ., σημ.47)· Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ⁵(2018) §2 αρ.94 (σημ.67)· Δεληγιάννης, ΕνοχΔ - Εισαγωγή, (1976) σελ.29· Ποδηματά, Δεδικασμένο I σελ.190· Σταμπέλου, Ευθύνη σελ. 36· Κύριος εκφραστής του διπλού περιορισμού ο Siber, Haftung für Nachlassschulden nach geltendem und künftigen Recht mit einem Gesetzentwurf (1937) *passim*. Πρβλ. και ΕφΑθ 6188/1995 ΕλλΔνη 1998.792 επ.(794)] δεν νοείται διάσταση οφειλής/χρέους και ευθύνης, ώστε να προκρίνεται ο «διπλός περιορισμός», και ο κληρονόμος να υπεισέρχεται στο παθητικό μόνο μέχρι το ύψος του ενεργητικού. Κατά δεύτερη γνώμη περιορίζεται μόνο η ευθύνη και όχι η οφειλή. [Παντελίδου, Η ευθύνη σελ.157· Χρ.Φίλιος, Περιουσία και Χωριστές περι-

¹ Περιορισμός όχι απλώς ποσοτικός αλλά κατ' αντικείμενο, Μπαλής, ΚληρΔ⁵(1965), §194 αρ.2· Μιχαηλίδης-Νουάρος, σε ΕρμΑΚ, IIβ (1949), 479 αρ.22· Παπαντωνίου, ΚληρΔ⁵ (1989), §18γ I (*in fine*)· Απ. Γεωργιάδης, ΚληρΔ² (2013), §43 αρ.32· Σπυριδάκης/Περάκης, ΑΚ τ.Ε' (1977), 1904 αρ.1· Σπυριδάκης, ΚληρΔ⁴ (2018), αρ.156.6 (ε)· Φίλιος, ΚληρΔ⁸(2011), §82 Β· Ψούνη, ΚληρΔ I⁵ (2016), σελ.134· Παντελίδου, Η ευθύνη του κληρονόμου για τις υποχρεώσεις της κληρονομίας (1997), σελ.156· η ίδια, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου Χ (1998), 1904-1905 αρ.2· Ποδηματά, Δεδικασμένο, αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων I (1995) σελ.189· Σταμπέλου, Ευθύνη του κληρονόμου με απογραφή (2004), σελ.38· Παναγιωτόπουλος, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ II (2013), 1904-5 αρ.3· Καρακώστας(-Μαυρομιχάλης), ΑΚ, τ.9^{ος} (2008), 1904 αρ.1236· Muscheler, ErbR II (2010), αρ. 3489· Koutsouradis, Griechisches Erbrecht, insbesondere Ehegattenerbrecht und Pflichtteilsrecht, Tijdschrift Erfrecht 2019.126 επ. (128)· Gailard, Le droit grec des successions, Successio 2016 48 επ. (62) ΑΠ 1202/2018 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 750/2011 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1311/2011 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1163/1981 ΕΕΝ 1982.780· ΕφΛαμ 32/2000 ΝοΒ 2001.656· ΠΠρΑθ 170/2016 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΚαλυμν 10/2014 ΝΟΜΟΣ· ΔΠρΑθ 65/2019 ΝΟΜΟΣ. Αντίθετα υπέρ της *pro viribus* ευθύνης Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung (1927),

μπορούν να στραφούν έναντι του κληρονόμου, δύνανται όμως να επιληφθούν μόνο της κληρονομιάς χωριστής περιουσίας⁶ και όχι της ατομικής του κληρονόμου⁷. Ο τελευταίος διαθέτει την ανατρεπτική, γνήσια, αυτοτελή ένσταση περιορισμού της ευθύνης του⁸.

Ερμηνευτική προσέγγιση της κατ'ΑΚ 1904 εδ.β' ένστασης

Πρόκειται περί ένστασης και όχι άρνησης, διότι η περιορισμένη ευθύνη αποτελεί εξαίρεση στον κανόνα ότι *κάθε κοινωνός του δικαίου ευθύνεται απεριόριστα για τα χρέη του*, έχοντας υπέγγραφα άπασα την περιουσία του⁹. Έτσι και ο κληρονόμος ευθύνεται κατ' αρχήν απεριόριστα κατά τον βασικό κανόνα (*Grundnorm*) ΑΚ 1901 εδ. α', ενώ η ΑΚ 1904 εδ.β' εισάγει εξαίρεση, ήτοι μια αυτοτελή ρύθμιση αντίθετη προς το βασικό κανόνα (*Gegennorm*)¹⁰. Ο αντίθετος κανόνας (ΑΚ 1904 εδ.β') προϋποθέτει το πραγματικό του βασικού, εμπεριέχοντας ορισμένα πρόσθετα στοιχεία που ματαιώνουν την έννομη

του συνέπεια¹¹. Θεμελιώνεται λοιπόν γνήσια ένσταση, αντιδικαίωμα του κληρονόμου να επικαλεστεί την περιορισμένη ευθύνη του έναντι των κληρονομικών δανειστών επί ανεπάρκειας της κληρονομίας¹².

Υποστηρίχθηκε¹³ για το ορισμένο της ένστασης ότι ο φέρων το βάρος απόδειξης κληρονόμος (ΚΠολΔ 338), οφείλει να αναφέρει το ενεργητικό αλλά και το παθητικό της κληρονομιάς¹⁴, ώστε να προκύπτει η ανεπάρκεια της, και ο καθ' ου η ένσταση δανειστής να μπορεί να ανταποδείξει, ότι εν τέλει η αξία του ενεργητικού υπερβαίνει του παθητικού. Νομολογήθηκε¹⁵ σε περίπτωση εκδοθείσας διαταγής πληρωμής για χρέος από εγγύηση σε αλληλόχρεο λογαριασμό, ότι δεν θεωρείται ορισμένος ο ισχυρισμός των ανακοπτόντων κληρονόμων (ΚΠολΔ 632 επ.) ότι *οι ίδιοι έχουν αποδεχτεί με το ευεργέτημα και ευθύνονται περιορισμένα*. Οι ανακόπτοντες πρέπει να αναφέρουν το παθητικό και την αξία του ενεργητικού, ώστε να προκύπτει η ανεπάρκεια.

Χρόνος προβολής

Αναφορικά με το χρόνο προβολής της ένστασης, κατά μια γνώμη¹⁶, προβάλλεται στο πλαίσιο

ουσίες (2015), αρ.197 · *Muscheler*, ErbR II αρ. 3384 · *Staudinger*²⁰¹⁷/*Kunz*, vor BGB §§ 1967 ff αρ. 100 · Έτσι και ΑΠ 1202/2018 ΝΟΜΟΣ:

⁶ Βλ. ΕφΑθ 5097/2001 ΑρχΝ 2002.181 · ΕφΘεσσ 2895/1987 Αρμ 1989.140 · ΜΠρΠειρ 6396/2000 ΝοΒ 2001.424.

⁷ *Μπαλής*, ΚληρΔ §194 αρ.2 (*in fine*)· *Ψούνη*, ΚληρΔ Ι σελ. 134· *Παντελίδου*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1904-1905 αρ.2 · *Σταμπέλου*, Ευθύνη σελ.39 · *Καράκωστας*(-*Μαυρομιχάλης*), ΑΚ, 1905 αρ.1239 · *Δανηλάτου*, σε ΔΕΑΚ ΙΙ (2020), 1905 αρ.2 · Πρβλ. από νομολογία ΕφΑθ 3791/1982 Δίκη 1983.195 · ΕφΑθ 2778/1981 Αρμ 1981.938.

⁸ *Ψούνη*, ΚληρΔ Ι σελ. 134 · *Παντελίδου*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1904-1905 αρ.3 · *Ποδηματά*, Δεδικασμένο Ι σελ.190 επ.· *Παναγιωτόπουλος*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ ΙΙ, 1904-5 αρ.6 · ΕφΛαμ 32/2000 ΝοΒ 2001.656 · ΕφΛωανν 126/1978 ΕλλΔνη 1979.255.

⁹ *A.N. Yiannopoulos*, Louisiana Civil Law Treatise, vol.2 Property (2015), §8:4 (σελ. 404), με αναφορά του άρθρ.2285 (τέως 2092) γαλλΑΚ ("*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*"). Κατά τον ίδιο (ό.π.) ο εν λόγω κανόνας ισχύει για δίκαια στερούμενα ad hoc ρύθμισης, π.χ. ελληνικό και γερμανικό.

¹⁰ *Νίκας*, ΠολΔ ΙΙ² (2021), §68 αρ.3.

¹¹ Για τη διάκριση αιτιολογημένης άρνησης και ένστασης βλ. *Νίκα*, ό.π. §68 αρ.16.

¹² *Απ. Γεωργιάδης*, ΚληρΔ §43 αρ.33 · *Φίλιος*, ΚληρΔ §82 Β 3 · *Ψούνη*, ΚληρΔ Ι σελ. 134 · *Παντελίδου*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1904-1905 αρ.3 · *Ποδηματά*, Δεδικασμένο Ι σελ.190 επ.· ΕφΑθ 5097/2001 ΑρχΝ 2002.181 · ΕφΛαμ 32/2000 ΝοΒ 2001.480 · ΕφΘεσσ 827/1997 Αρμ 1997.1005 · ΕφΛωανν 116/1978 ΕλλΔνη 1979.255.

¹³ ΕφΛαμ 32/2000 ΝοΒ 2001.480 · ΕφΛωανν 116/1978 20/1979.255 · *Απ.Γεωργιάδης*, ΚληρΔ §43 αρ.33 · *Παντελίδου*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1904-1905 αρ.3.

¹⁴ Ακόμη και τα χρέη που καταβλήθηκαν ήδη, βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, ΚληρΔ §43 αρ.33 · *Παντελίδου*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1904-1905 αρ.3 · ΕφΛωανν 126/1978 ΕλλΔνη 1979.255 · ΠρΛαμ 214/1985 ΑρχΝ 1987.207.

¹⁵ ΕφΛωανν 116/1978 ΕλλΔνη 1979.255.

¹⁶ *Βουζίκας*, ΚληρΔ ΙΙΙ §161 Δ Ι 2 (σελ.1079) · *Σταμπέλου*, Η ευθύνη σελ.37 · Με τη γνώμη αυτή φαίνεται συντάσσεται και η *Παντελίδου*, Η ευθύνη σελ.158 («*Εάν ο κληρονόμος ενάγεται...*») · Βλ. επίσης ΕφΛαμ 32/2000 ΝοΒ 2001.656 επ.

της διαγνωστικής δίκης, διότι δεν μπορεί να καταδικαστεί ή να γίνει δεκτή αναγνωριστική αγωγή κατά του κληρονόμου, με την οποία θα καταφάσκεται ότι ο τελευταίος οφείλει πέραν του ενεργητικού της κληρονομίας. Η γνώμη αυτή, προϋποθέτει ότι ο κληρονόμος έχει διενεργήσει την απογραφή, γνωρίζει το ενεργητικό και παθητικό (καθώς και όσες απαιτήσεις ικανοποιήθηκαν), και μπορεί να αποδείξει την ανεπάρκεια¹⁷. Ωστόσο, η γνώμη αυτή θα είχε νόημα μόνο αν η κληρονομιά είχε μηδενικό ενεργητικό¹⁸, οπότε και εξ' αρχής θα ήταν προδιαγεγραμμένο ότι δεν θα υπάρχει περιθώριο ικανοποίησης για κανένα δανειστή¹⁹. Γενομένης δεκτής της ένστασης, θα απορρίπτεται η αγωγή και θα διαγιγνώσκεται ο περιορισμός της ευθύνης. Το εν λόγω δεδικασμένο δεν θα ασκεί επιρροή σε μελλοντικές δίκες - αφορώσες την ίδια απαίτηση του κληρονομικού δανειστή - εναντίον τρίτων, λχ εγγυητών²⁰. Οι τελευταίοι, αδυνατούν να προτείνουν την προσωποπαγή ένσταση περιορισμού ευθύνης του πρωτοφειλέτη κληρονόμου²¹. Επανέρχόμενοι στο χρόνο προβολής της ένστασης, σε κάθε άλλη περίπτωση πλην της πλήρους ανυπαρξίας ενεργητικού στην κληρονομία, τυχόν προβολή της ένστασης στη διαγνωστική δίκη θα αποβαίνει αλυσιτελής²². Απλώς το δικαστήριο θα «φωτογραφίζει» το συντελεσθέν του χωρισμού (ΑΚ 1905), το αν θα υπήρχε εν τέλει ενεργητικό για να ικανοποιηθεί ο κατά περίπτωση ενάγων-δανειστής δεν μπορεί να διαγνωσθεί *a priori*, αφού δεν είναι γνωστό εκ των προτέρων το ακριβές ύψος του πλειστηριάσματος που μπορεί να προκύψει από τον πλειστηριασμό των κληρονομιών. Πολύ περισσότερο, δεν είναι γνωστό εξ αρχής ποιοι δανειστές θα επιλέξουν να προβούν σε κατάσχεση ή αναγγελία²³. Συνεπώς,

ο μεν κληρονόμος με απογραφή ενάγεται κανονικά²⁴, η δε προβολή της ένστασης κατ' ορθότερη γνώμη²⁵ ερευνάται κατά το χρόνο επίσπευσης εκτέλεσης, καθ' ότι η ένσταση συνίσταται στον αποκλεισμό υπεγγυότητας της ατομικής του περιουσίας²⁶. Χρόνο διαπίστωσης της εξάντλησης του ενεργητικού, αποτελεί όχι το πρότερο στάδιο διάγνωσης της υποχρέωσης και του ύψους αυτής, αλλά της επίσπευσης εκτέλεσης²⁷.

Κατά το Ακυρωτικό²⁸, δεν εμποδίζεται ο κληρονομικός δανειστής να επιδιώξει την έκδοση εκτελεστού τίτλου για το όλον του χρέους π.χ. ανοίγοντας

1163/1981 ΕΕΝ 1982.780 επ.(781) · ΕφΘεσσ 2895/1987 Αρμ 1989.140.

²⁴ Βλ. Β/βάθμιο ΦορολΔικΑθηνών 2420/1963 ΑρχΝ 1964.139-140.

²⁵ ΑΠ 1311/2011 ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 630/2009 ΝΟΜΟΣ · 631/2009 ΝΟΜΟΣ · ΜΠρΛαμ 214/1985 ΑρχΝ 1987.207 · ΠρΦλωρ 48/1969 ΕΕΝ 1969.772 · ΕφΑΘ 6188/1995 ΕλλΔνη 1998.792 επ.(793-794) · Φίλιος, ΚληρΔ §82 Α 1 (σημ.1) · Ποδηματά, Δεδικασμένο Ι σελ.190 (η οποία όμως δέχεται και περιορισμό οφειλής) · Αρχανιωτάκης, Μεταβίβαση περιουσίας ή επιχείρησης σελ.387 · Φίλιος, ΚληρΔ § 82 Α 1 (σημ.1) · Χρ.Φίλιος, Περιουσία και χωριστές περιουσίες (2015) αρ.197 · Καράκωστας (-Μαυρομιχάλης), ΑΚ, 1904 αρ.1235.

²⁶ Ορθά Φίλιος, ΚληρΔ §82 Α 1 (σημ. 1) · Χρ.Φίλιος, Χωριστές περιουσίες αρ.197.

²⁷ ΑΠ 1311/2011 ΝΟΜΟΣ · 630/2009 ΝΟΜΟΣ · ΜΠρΡοδ 123/2018 ΝΟΜΟΣ · ΜΠρΑΘ 2807/2013 ΝΟΜΟΣ · ΠρΦλωρ 48/1969 ΕΕΝ 1969.772 επ.(773).

²⁸ Κατά τη νομολογία [ΑΠ 1202/2018 ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 1311/2011 ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 750/2011 ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 631& 630/2009 ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 638/1997 ΕλλΔνη 1998.124-5 (αφορά περίπτωση όπου κληρονόμος είναι το Δημόσιο) · ΑΠ 1163/1981 ΝΟΜΟΣ]: αν η κληρονομία δεν επαρκεί, αυτό δεν επιδρά επί της βασιμότητας της αγωγής του δανειστή, αφού αν δεν επιληφθούν εν τέλει όλοι οι δανειστές, ο ενάγων δεν αποκλείεται να ικανοποιηθεί, έστω και μερικώς · Ομοίως ΕφΛαρ 168/2013 ΝΟΜΟΣ · ΕφΛαρ 96/2016 Δικογραφία 2017, διαθέσιμη στο σύνδεσμο <https://www.dsar.gr/2018/03/962016-treflar-efthyni-klironomou-ep-ofeleia-apografis-synepeies-agogis-kat-aftou/> (ανάκτηση 05/03/2022) · ΜΠρΡοδ 123/2018 ΝΟΜΟΣ · ΜΠρΑΘ 2807/2013 ΝΟΜΟΣ · ΜΠρΠειρ 6396/2000 ΔΕΕ 2001.398 · ΔΠρΑΘ 65/2019 ΝΟΜΟΣ.

¹⁷ Σταμπέλου, Ευθύνη σελ.38 · H.L. et J.Mazeaud/Chabas(-L.Leveneur/S.Leveneuer), Leçons de Droit Civil IV/2 n.1123.

¹⁸ Βλ. Ποδηματά, Δεδικασμένο αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων ΙΙ, 2002, σελ. 182.

¹⁹ Βλ. Ποδηματά, Δεδικασμένο ΙΙ σελ. 185 επ.

²⁰ Ποδηματά, Δεδικασμένο ΙΙ σελ. 186.

²¹ Παντελίδου, Η ευθύνη σελ.161,175 · Ποδηματά, Δεδικασμένο Ι σελ.192 · Ομοίως Μαντζούφας, ΕνοχΔ³, 1959 §37 ΙΙ 2 (σημ.22) · Απ.Γεωργιάδης, Εξασφάλιση των πιστώσεων², 2008, §3 αρ.208 · Φίλιος, ΕνοχΔ Ειδικό μέρος ΙΙ⁷, 2011, §127β Β β) *in fine* · Ομοίως ΕφΑΘ 14319/1987 ΝΟΜΟΣ.

²² Ποδηματά, Δεδικασμένο ΙΙ σελ. 183.

²³ Ποδηματά, Δεδικασμένο ΙΙ σελ. 183 · ΑΠ

διαγνωστική δίκη^{29,30}. Απλώς δεν θα μπορεί να επιληφθεί των στοιχείων της ατομικής περιουσίας του κληρονόμου. Άλλωστε η ένσταση δεν παρालύει συλλήβδην τη δυνατότητα δικαστικής επιδίωξης της απαίτησης, αλλά συντελεί στην παράλυση επιβολής εκτέλεσης πέραν των κληρονομιών. Ο περιορισμός ενεργοποιείται, μόνο όταν ο δανειστής επιχειρεί να επιληφθεί στοιχείου της ατομικής περιουσίας του κληρονόμου³¹. Το δεδικασμένο της δίκης από την οποία προήλθε ο εκτελεστός τίτλος δεν εμποδίζει (ΚΠολΔ 330), την προβολή το πρώτον με τις αντιρρήσεις κατά της εκτέλεσης³², καθ' ότι εκφεύγει των *συμπληγάδων* του δεδικασμένου. *Argumentum* της τελευταίας λύσης, αντλείται από την ΚΠολΔ 330 εδ.α' *in fine*, το οποίο προβλέπει την κάλυψη από το δεδικασμένο όσων καταχρηστικών και γνήσιων αυτοτελών ενστάσεων προβλήθηκαν ή δεν προβλήθηκαν, πλην όμως μπορούσαν να προταθούν. Η κατ' ΑΚ 1904 γνήσια-αυτοτελής³³ ένσταση προτείνεται εφόσον καταφάσκει με ασφάλεια η ανεπάρκεια, ήτοι κατά το στάδιο εκτέλεσης, εκτός κι αν κληρονομιά στερείται εντελώς ενεργητικού, οπότε και τα πράγματα είναι ξεκάθαρα εξ' αρχής. Έτσι, η ένσταση θα προβληθεί με τις αντιρρήσεις της εκτέλεσης, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει μνεία στον εκτελεστό τίτλο της ιδιότητας του κληρονόμου με απογραφή.

Δικονομικό μέσο προβολής

Αμφισβητείται το ποια ανακοπή θα ασκήσει κληρονόμος: 933 ή 936 ΚΠολΔ; Κατά πρώτη γνώμη³⁴, η

νομιμοποίηση του κληρονόμου για την ανακοπή της ΚΠολΔ 933 συντρέχει εφόσον η εκτέλεση αφορά την υπέγγρα χωριστή κληρονομιαία περιουσία. Αν ο δανειστής επιληφθεί της ατομικής του περιουσίας, τότε θεωρείται *τρίτος* και ασκεί την ανακοπή της ΚΠολΔ 936. Η γνώμη αυτή θεωρεί ότι δια της *seperatio bonorum* πέραν του χωρισμού περιουσιών υπάρχουν στην ουσία «*δύο διάδικοι*»³⁵. Κατά ορθότερη γνώμη³⁶, προκρίνεται η ανακοπή της ΚΠολΔ 933. Ειδικότερα, ο κληρονόμος υπεισέρχεται εν τω συνόλω στα κληρονομικά χρέη (ΑΚ 1851 *in fine*), και απλώς ο νόμος προβλέπει τον χωρισμό περιουσιών ώστε να περιοριστεί η ευθύνη του. Δεν αποτελεί άτομο ξένο προς την συντελούμενη εκτέλεση, αλλά νομιμοποιείται παθητικά ως προς αυτή. Ήδη δεχθήκαμε ότι η ένσταση δεν προβάλλεται στη διαγνωστική δίκη, ώστε ο δανειστής μπορεί να ασκήσει αγωγή το πρώτον κατά του κληρονόμου και ο εκτελεστός τίτλος ενδέχεται να αναφέρει απευθείας το όνομα του. Η μνεία του τελευταίου στον τίτλο ως εξ απογραφής ορθώς επισημαίνεται ως «*πλεοναστική*»³⁷ και δεν δημιουργεί δεδικασμένο³⁸. Επιπρόσθετα, η λύση της ανακοπής της ΚΠολΔ 936, δεν μπορεί να ακολουθηθεί, αφού με βάση την παρ.ΙΙ, ο ανακόπτων στρέφει την ανακοπή του εναντίον του επισπεύδοντος και του καθ' ου εκτέλεση³⁹. Αν γινόταν δεκτό ότι ο κληρονόμος με απογραφή δεν αποτελεί καθ' ου η εκτέλεση αλλά

(Σ.100-101).

³⁵ Γέσιου-Φαλτσή, ΑνΕκτ Ι §42 αρ.38 (σημ. 122) · η ίδια, Η ομοδικία εις την πολιτική δίκην (1970, ανατύπωση 1998) σελ.28/29 · Παρομοίως στο πλαίσιο του γαλλικού δικαίου *Terré/Lequette(-Gaudemet)*, *Les Successions-Les libéralités*³ (2013), ν.979, οι οποίοι μιλούν για *dédoublement de la personnalité*.

³⁶ ΑΠ 1202/2018 ΝΟΜΟΣ. Ομοίως και από θεωρία αλλά με διαφορετική αιτιολογία *Αρχανιωτάκης*, *Μεταβίβαση περιουσίας ή επιχείρησης* σελ.387 · *Ποδηματά*, *Δεδικασμένο ΙΙ* σελ. 184 · *Μπέης*, *Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και ερμηνεία άρθρων, τ.ΧΙ, (1977), άρθρ. 583, σελ.2429, στο πλαίσιο της έννοιας του τρίτου κατ' άρθρ.73 ΚΕΔΕ (αντίστοιχη της ΚΠολΔ 936).*

³⁷ *Παναγιωτόπουλος*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ ΙΙ, 1904-1905 αρ.9.

³⁸ ΑΠ 1202/2018 ΝΟΜΟΣ · ΠΠρΑθ 170/2016 ΝΟΜΟΣ.

³⁹ Αναγκαία ομοδικία λόγω υποχρεωτικής κοινής νομιμοποίησης (ΚΠολΔ 76 Ι γ'), βλ *Νίκα*, ΑνΕκτ Ι² (2017), §30 αρ. 16 επ.

²⁹ Κατά την ΕφΛαρ.168/2013 Δικογραφία 2014.14 επ. (17).

³⁰ Η επιδιώκοντας την έκδοση διαταγής πληρωμής, ΕφΘεσσ 2895/1987 Αρμ 1989.140.

³¹ *Ποδηματά*, *Δεδικασμένο Ι* σελ.191.

³² *Ποδηματά*, *Δεδικασμένο ΙΙ* σελ. 183, σημ.178.

³³ Μιας και δεν θεμελιώνει αυτοτελές αγωγίμο δικαίωμα.

³⁴ Γέσιου-Φαλτσή, ΑνΕκτ Ι²(2017) §42 αρ.38 · Παρομοίως *Μπρίνιαν*, ΑνΕκτ Ι²(1985) ΚΠολΔ 936 §176 ΙΙ· *Κουσούλης*, Η κυρία παρέμβαση στην πολιτική δίκη (1987), σελ.286 · *Σταματόπουλος*, Η δικαστική προστασία του τρίτου στην αναγκαστική εκτέλεση κατά την ΚΠολΔ 936 (1994), σελ.257 · *Παντελίδου*, Η ευθύνη σελ.158· Πρβλ. υπό το γερμανικό δίκαιο *Dauner-Lieb*, *Zwangsvollstreckung bei Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs*, in FS für Gaul H-F. zum 70.Geburtstag (1997), S.93 επ.

τρίτο κατά την έννοια της ΚΠολΔ 936, προκύπτει το ζήτημα: εναντίον ποιου θα στρέψει ο κληρονόμος την ανακοπή της ΚΠολΔ 936, καθώς και εναντίον ποιου θα στρέφεται η εκτέλεση; Αν δεχόμασταν ότι η εκτέλεση στρέφεται εναντίον της ίδιας της κληρονομιάς, τότε θα αντιμετωπίζαμε την κληρονομιά ως *sui generis* αντικείμενο δικαίου, λχ οιονεί νομικό πρόσωπο, ώστε να ευθυνεται «η ίδια» για τα χρέη της. Φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, είναι μόνο φ.πρ. ή ν.πρ.. Έτσι, η αντίθετη γνώμη⁴⁰, καταλήγει σε «αδιέξοδο» αφού δεν μας διευκρινίζει ποιος είναι ο καθ' ού η εκτέλεση.

Οφειλέτης και καθ' ου η εκτέλεση, με δικονομικά και ουσιαστικά κριτήρια, είναι ο κληρονόμος. Ο περιορισμός της ευθύνης δεν αλλοιώνει την ιδιό-

⁴⁰ Γέσιου-Φαλτσή, Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκην σελ.28-29.

τητα του ως φορέα δικαιωμάτων-υποχρεώσεων της κληρονομιάς. Άλλωστε η επιταγή αναγράφει το όνομα του ως καθ' ου⁴¹, ώστε να ασκεί την ανακοπή της ΚΠολΔ 933, προβάλλοντας την ένσταση περιορισμού της ευθύνης, ως μομφή κατά της απαίτησης. Συνεπώς, ανεξάρτητα αν η εκτέλεση αφορά την υπέγγρα κληρονομιάς περιουσία, η ένσταση θα προβάλλεται μέσω της ανακοπής της ΚΠολΔ 933.

⁴¹ Έτσι - υπέρ της κρατούσας γνώμης - από γενική βιβλιογραφία Νικολόπουλος, ΑνΕκτ² (2012), σελ.216 (πρβλ. συγγραφείς σημ.267) · Νίκας, ΑνΕκτ Ι §30 αρ. 15. · Πρβλ. ορθή δικονομική σύλληψη έννοιας του τρίτου σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα(-Μάζη) ,ΕρμΚΠολΔ² (2021), άρθρ.936 αρ.5.

Η διεπιστημονική όψη της προβληματικής για την έναρξη της ανθρώπινης ζωής και τα απορρέοντα αστικά και ποινικά ζητήματα στο εθνικό δίκαιο

Μαρία Μπομπότα

Τελείοφοιτη φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Πρόλογος

Η ανθρώπινη ζωή αποτελεί υπέρτατη αξία για το Δίκαιο και χαίρει ανάλογης προστασίας από αυτό. Το χρονικό σημείο έναρξής της, ωστόσο, από το οποίο εξαρτάται πλήθος βαρυσήμαντων νομικών ζητημάτων, παραμένει διεπιστημονικό αίνιγμα. Δεν είναι τυχαίο, άλλωστε, το γεγονός ότι καμία από τις μέχρι σήμερα υπάρχουσες διακηρύξεις για τα ανθρώπινα δικαιώματα δεν έχει καταφέρει να το καθορίσει.

Φιλοσοφικές, θρησκευτικές και επιστημονικές απόψεις

Ήδη από την αρχαιότητα, η φιλοσοφία αναζητά την αφετηρία της ζωής του ανθρώπου στη βάση μιας κοινωνικο-ηθικής θεώρησης για την ουσία της ύπαρξής του - που τότε εντοπιζόταν στην «ψυχή». Ο Πλάτωνας, αντίθετος με τις ιδέες του Ιπποκράτη¹, αρνούνταν να μιλήσει για ανθρώπινο ον, προτού αυτή «εισέλθει» στο σώμα με τη γέννηση, ενώ ο Αριστοτέλης εντόπιζε διαφορετικές στιγμές «εμφύχωσης» κατά τη διάρκεια της κύησης². Η σύγχρονη, όμως, φιλοσοφική σκέψη μεταστρέφεται από την «ψυχή» στη «νόηση», εξαρτώντας την χρονικά από τη διαμόρφωση του εμβρυακού εγκεφάλου ή την απόκτηση συνείδησης στη βρεφική ηλικία (πχ. Brody, Summer, Tooley, Warren, Singer κ.ά.)³

Στο χώρο της θεολογίας, ο άνθρωπος προστατεύεται ως θείο δημιούργημα συνήθως από την στιγμή της σύλληψης (Χριστιανισμός, Βουδισμός) ή λίγο μετά από αυτή (Ισλαμισμός). Ιδίως η χριστιανική ηθική επηρεάστηκε σημαντικά επί του θέματος από την ιπποκρατική φιλοσοφία⁴, παρά την έλλειψη σαφούς σχετικής αναφοράς στην Αγία Γραφή και την ύπαρξη αντιφατικών βιβλικών αποσπασμάτων⁵. Στην Καθολική Εκκλησία, ειδικότερα, η θέση πως η ανθρώπινη ζωή ξεκινά με τη σύλληψη καθιερώθηκε από τον Πάπα Πίο Θ' το 1869, απαγορεύοντας έως και σήμερα την διακοπή της κύησης, ακόμη και όταν από αυτήν εξαρτάται η ζωή της μητέρας (Donum Vitae 1987). Ανάλογες δε απόψεις απηχούν και τα διδάγματα Πατέρων της Ορθόδοξης Εκκλησίας, όπως αυτά του Μεγάλου Βασιλείου, του Κλήμη Αλεξανδρείας κ.ά.⁶

Στον αντίποδα του φιλοσοφικού στοχασμού και των μεταφυσικών θρησκευτικών θεάσεων, η επιστήμη επικεντρώνεται στην εξονυχιστική μελέτη της ανθρώπινης βιολογίας, πολλαπλασιάζοντας, ωστόσο, τις διαφωνίες επί του ερευνώμενου ζητήματος. Πιο συγκεκριμένα, η ζωή του ανθρώπου, κατά τη Γενετική, ξεκινά με τη γονιμοποίηση, ήτοι τον σχηματισμό ενός νέου μοναδικού γονιδιώμα-

σσ.22, 24-25 και 49-53

⁴ E. Poulakou-Rebelakou, J. Lascaratos, S.G. Marketos, Abortions in Byzantine times (325 -1453 AD), Vesalius, II, 1, 1996, σσ.19-25. Διαθέσιμο σε: https://www.researchgate.net/publication/11731907_Abortions_in_Byzantine_times_325-1453_AD

⁵ Βλ.ενδεικτικά Ιερεμίας 1:5 αλλά και Γένεσις 2:7, Σαμουήλ 1:11-17 αλλά και Έξοδος 21:22-23

⁶ Χριστίνα-Μαρία Ε.Πατσάκα, ό.π., σσ.11-12

¹ Βλ. Όρκος Ιπποκράτους

² Sahin Aksoy, Personhood: A Matter of Moral Decisions, Eubios Journal of Asian and International Bioethics 7 (1997), σσ.3-4. Διαθέσιμο σε: <https://www.eubios.info/EJ71/EJ71B.htm>

³ Χριστίνα-Μαρία Ε.Πατσάκα σε διπλωματική εργασία «Η Ηθική Αξία της Αγέννητης Ζωής», 2017,

τος που συγκεντρώνει όλα τα ανθρώπινα γενετικά χαρακτηριστικά⁷. Οι περισσότεροι εμβρυολόγοι, τουναντίον, υποστηρίζουν πως μόνον μετά την εμφύτευσή του στη μήτρα, το ζυγωτό ισοδυναμεί με μία μοναδική ανθρώπινη οντότητα, οπότε έχει (σχεδόν) αποκλειστεί η πιθανότητα περαιτέρω διαίρεσής του σε δίδυμα ή τρίδυμα, καθώς και αποβολής του από τον γυναικείο οργανισμό⁸. Σύμφωνα, τέλος, με πορίσματα της Νεογνολογίας, ανθρώπινη υπόσταση αποκτά το έμβρυο χάρη στη βιωσιμότητά του εκτός μήτρας από τον έκτο περίπου μήνα, εφόσον μεταξύ αυτού και ενός νεογν-νητου μωρού δεν υφίστανται ουσιαστικές βιολογικές διαφορές⁹.

Νομικές απόψεις

Στο σημείο αυτό, απαραίτητη κρίνεται η αναφορά στην εύστοχη διάκριση του Μανιτάκη¹⁰ μεταξύ της έννοιας του ανθρώπου υπό τη βιολογική του υπόσταση, η οποία ενδιαφέρει τις φυσικές επιστήμες, και υπό την κοινωνικο-ηθική του υπόσταση, την οποία μελετούν οι κοινωνικές επιστήμες, αποδίδοντάς της τον όρο «πρόσωπο». Όπως γίνεται αντιληπτό, το «πρόσωπο» δεν είναι έννοια ταυτόσημη με αυτήν του ανθρώπου αλλά περιεχόμενη της, εφόσον μόνο τα ανθρώπινα εκείνα όντα που διαθέτουν όχι μόνο βιολογικές, αλλά και διανοητικές ιδιότητες εκλαμβάνονται ως «πρόσωπα»,

φορείς, δηλαδή, δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Το ζήτημα, συνεπώς, που ενδιαφέρει πραγματικά το Δίκαιο δεν είναι η έναρξη της ανθρώπινης ζωής, αλλά η στιγμή εκείνη κατά την οποία εντοπίζεται στον άνθρωπο η απαραίτητη σύμπτωση του βιολογικού και διανοητικού στοιχείου που του επιτρέπει να αποκτήσει την ιδιότητα του προσώπου.

Κατά την κρατούσα γνώμη, την εν λόγω «οντολογική ενότητα» παρουσιάζει ο άνθρωπος από τη γέννησή του, όταν παύουν ο ετεροκαθορισμός και η οργανική του εξάρτηση από την μητέρα και αρχίζει σταδιακά να διαμορφώνει συνείδηση¹¹. Μερίδα, όμως, νομικών μεταφράζει την παραπάνω εξάρτηση ως έναν ιδιαίτερο δεσμό που δεν συνεπάγεται μία σχέση «ταυτότητας» μεταξύ μητέρας και εμβρύου· αντιθέτως, αυτό αποτελεί ξεχωριστό οργανισμό με δική του - αναλλοίωτη διαρκούσης της κύησης - γενετική και βιολογική υπόσταση¹². Έτσι ιδωμένα τόσο το έμβρυο, όσο και το γενετικό υλικό, ως «εν δυνάμει» πρόσωπα¹³, αδικαιολόγητα, σύμφωνα με την ως άνω άποψη, αποκλείονται από την ιδιότητα των δικαιικών υποκειμένων, στερούμενα κατ'επέκταση την απόλαυση ακόμη και στοιχειωδών συνταγματικών δικαιωμάτων.

Το γεγονός, ωστόσο, ότι η «αγέννητη ζωή» δε συγκεντρώνει τα απαιτούμενα από την ιδέα της «οντολογικής ενότητας» χαρακτηριστικά, ώστε να χαίρει όμοιας δικαιοκτικής μεταχείρισης με τον άνθρωπο, δε συνεπάγεται την απόλυτη αδιαφορία του Δικαίου απέναντί της. Ο νομοθέτης έχει φιλοτεχνήσει ένα ιδιάζον καθεστώς προστασίας της, εδραιωμένο στην ερμηνευτική της προσέγγιση ως αξιολογικά ανώτερης των λοιπών δικαιικών αντικειμένων εξαιτίας της εγγενούς σύνδεσής της με την έννοια και τα συμφέροντα του «προσώπου»¹⁴. Έτσι, έστω και κατ'αντανάκλαση¹⁵, μετέχει των δικαιωμάτων στην ανθρώπινη ζωή και αξία (αρ.2§1 και 5§2 Σ), επωφελούμενη των συνταγματικών περιορισμών και σταθμίσεων που αυτά εφελκύουν για την κοινή νομοθετική δραστηριότητα.

⁷ Dianne N. Irving, WHEN DO HUMAN BEINGS BEGIN?"SCIENTIFIC" MYTHS AND SCIENTIFIC FACTS, International Journal of Sociology and Social Policy, 1999. Διαθέσιμο σε: <https://www.princeton.edu/~prolife/articles/wdhbb.html>

⁸ Ελένη Καλοκαιρινού, Πειραματισμός πάνω σε ανθρώπινα έμβρυα: μία φιλοσοφική θεώρηση, (2002), σ.31. Διαθέσιμο σε: <https://ejournals.epublishing.ekt.gr/index.php/sas/article/view/716/714>

⁹ Ό.π., σ.33, Peter Singer, Practical Ethics, Third Edition, Cambridge University Press, 2011, σ.126

¹⁰ Όπως διατυπώνεται από την Μαρία Μ. Μηλαπίδου, Νομικά ζητήματα στην αρχή της ζωής (υπό το πρίσμα της νομολογίας του ΕΔΔΑ), Εργαστήριο Μελέτης Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής ΑΠΘ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2021, σ.13, όπου παραπ. σε Μανιτάκης Α., Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων κατά το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος, Εκδόσεις Αντ. Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1981, σ.113επ. (υποσ.29)

¹¹ Ό.π., σ.11, Χριστίνα-Μαρία Ε.Πατσάκα ό.π, σσ.32-33

¹² Μαρία Μηλαπίδου, ό.π., σ.10, Χριστίνα-Μαρία Ε.Πατσάκα, ό.π., σ.38 και επ.

¹³ Μαρία Μηλαπίδου, ό.π., σσ.14-15.

¹⁴ Ό.π., σσ.12-14, όπου παραπ. σε Μανιτάκης Α., Η βιολογική υπόσταση του ανθρώπου αντιμέτωπη με την ηθική και δικαιοκτική σύλληψή του ως προσώπου, ΤοΣ 2000, 619.επ (υποσ.30)

¹⁵ Ό.π., σ.14.

Αστικό Δίκαιο

Η άποψη του αστικού νομοθέτη για την αρχή του φυσικού προσώπου παρουσιάζεται αποκρυσταλλωμένη στο άρθρο 35 ΑΚ, όπου απαιτείται η γέννηση - με τον εξ ολοκλήρου αποχωρισμό του σώματος του νεογνού από την μητέρα - ενός ζωντανού, αλλά όχι απαραίτητα βιώσιμου, ανθρώπου¹⁶. Καθίσταται, λοιπόν, σαφές ότι τόσο το κυοφορούμενο, όσο και το εκτός γυναικείου σώματος (απλό ή γονιμοποιημένο) γενετικό υλικό δεν ταυτίζονται με το «πρόσωπο».

Στο τελευταίο η πλειοψηφία αποδίδει μία διττή φύση¹⁷, συνδεόμενη αφενός με την απρόσωπη υλική του υπόσταση και αφετέρου με την ιδιαίτερη σχέση του με την προσωπικότητα του δότη του. Εξ ου και ο Ν 3089/2002 το αντιμετωπίζει μεν ως δεκτικό εξουσίασης «πράγμα», ικανό να αποτελέσει αντικείμενο δωρεάς (496ΑΚ)¹⁸ ή επιστημονικής έρευνας¹⁹, καθώς και να καταστραφεί²⁰, επιβάλλει όμως αυστηρούς περιορισμούς στη χρήση του, προβάλλοντας σε αυτό την απορρέουσα από το άρθρο 5§2 του Συντάγματος προσδοκία των δωτών του για απόκτηση (υγιών) φυσικών απογόνων. Επί της ίδιας προβολής θεμελιώνεται και η δυνατότητα προγεννητικού ή προεμφυτευτικού²¹ ελέγχου, η οποία από πολλούς έχει κατακριθεί ως αντιβαίνουσα στην προστασία της ανθρώπινης αξίας ταυτόχρονα γεννά μείζονα ηθικά διλήμματα σχετικά με την υπεροχή ή μη του - πολυπλόκτου και συχνά εργαλειοποιημένου - δικαιώματος αυτοδιάθεσης της γυναίκας αναφορικά με τον τρόπο διαβίωσής της, την άρνηση ιατρικής βοήθειας στο έμβρυο ή και την αποβολή του, έναντι της προστασίας του τελευταίου²².

Στο κυοφορούμενο, αντιθέτως, από τη στιγμή της φυσικής του σύλληψης (1468 ΑΚ) ή της εμφύτευσής²³ του στη μήτρα κατά τη διαδικασία της ΙΥΑ, ο νομοθέτης αποδίδει μία «ατελή» νομική προσωπικότητα με την επινόηση του δικαιοκού «πλάσματος» της 36 ΑΚ, όπου αυτό εξισώνεται με φυσικό πρόσωπο «ως προς τα δικαιώματα που του επάγονται», υπό τη νομική αίρεση (condition juris) να γεννηθεί ζωντανό· παρόμοια προστασία παρέχει και στο «μήπω συνειλημμένο» (πχ. 1924 ΑΚ) υπό τους ίδιους όρους²⁴. Η ευρεία - κατά την ορθότερη άποψη²⁵ - εφαρμογή της εν λόγω διατάξεως σε δικαιώματα πέραν των ρητά αναφερόμενων στο νόμο παρουσιάζει ενδιαφέρον κυρίως σε ζητήματα αστικής ιατρικής ευθύνης, όπου αξιώσεις για αποζημίωση διαθέτει και το κυοφορούμενο.

Γίνεται, λόγου χάριν, δεκτό πως σε περίπτωση πρόκλησης βλάβης στην εμβρυακή του υγεία από παράνομη και υπαίτια πράξη του ιατρού δικαιούται χρηματική ικανοποίηση προς αποκατάσταση ηθικής βλάβης (932 ΑΚ) και περιουσιακής ζημίας (929 ΑΚ)²⁶, ενώ αν δεν επιβιώσει, οι αξιώσεις του δεν μεταβιβάζονται κληρονομικά, εφόσον δεν υπήρξε ποτέ ως πρόσωπο. Δογματική ασυνέπεια ανακύπτει εδώ αναφορικά με αυτές των γονέων του, καθώς μέρος της νομολογίας²⁷ αυθαίρετα τους επιδικάζει αποζημίωση για *ψυχική οδύνη*, που, σύμφωνα με την ΑΚ 932 εδ.γ', ικανοποιεί τον συναισθηματικό πόνο των οικείων ενός θανόντος *προσώπου*. Αποδίδεται, έτσι, εμμέσως στο νεκρό έμβρυο προσωπική υπόσταση, αποξενώνοντάς την μητέρα από το σώμα της μέσω της αποστέρησης από αυτήν του δικαιώματος αποκατάστασης της ηθικής βλάβης που υπέστη στη σωματική της ακεραιότητα

¹⁶ Απόστολος Σ.Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Π.Ν. Σάκκουλας, Αθήνα, 2012, σ.135

¹⁷ Μαρία Μηλαπίδου, ό.π., σσ.16-18

¹⁸ Βλ. 1459 ΑΚ περ.α, αρ.8 Ν 3305/2005

¹⁹ Υπό αυστηρότατους όμως όρους, βλ.1459 ΑΚ περ.β, αρ. 11 Ν 3305/2005. Για την ηθική θεώρηση του ζητήματος βλ.ενδεικτικά Ελένη Καλοκαιρινού, ό.π., σ.39 και επ.

²⁰ Βλ. 1459 ΑΚ περ.γ και επ.

²¹ Για τη διενέργειά του απαιτείται άδεια της Αρχής Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής και γενετική συμβουλευτική, βλ.αρ.3 και 10 Ν 3305/2005.

²² Αθηνά Κοτζιάμπαση, Ισότητα των φύλων και Ιδιωτική Αυτονομία στις οικογενειακές σχέσεις, Σάκκουλα, 2011, σσ.133-136, όπου παραπ. σε υποθέσεις Re MB (Cesarean Section) 1990 και Re Fetus

Brown 1997.

²³ Αντίθετα βλ. μεταξύ άλλων Απόστολος, Σ.Γεωργιάδης, ό.π., σ.138 όμως βλ. αρ.9 παρ.5 Ν 3305/2005.

²⁴ Απόστολος Σ.Γεωργιάδης, ό.π., σσ.135-137

²⁵ Ό.π., σσ.136-137.

²⁶ Οι περισσότεροι εντοπίζουν και ενδοσυμβατική ιατρική ευθύνη, μεταφράζοντας τη σύμβαση που καταρτίζεται μεταξύ μητέρας και ιατρού ως γνήσια (411 ΑΚ) ή προστατευτική (σε συνδυασμό 288 ΑΚ) υπέρ τρίτου, βλ. Μαρία Κ.Κολυβά, σε διπλωματική εργασία «Κυοφορούμενο και Αστική Ιατρική Ευθύνη, 2018, σσ.52-62

²⁷ Ενδεικτικά Εφίωαν 439/2005, ΕφΑθ 7041/1996, κ.ά., ό.π. σ.69 (υποσ.293)

(ΑΚ 299, 932)²⁸. Προβληματική κρίνεται, τέλος, και η δυνατότητα ικανοποίησης των αξιώσεων του κυοφορούμενου σε περιπτώσεις *παράλειψης* διάγνωσης από τον ιατρό γενετικής του παθολογικότητας κατά τον προγεννητικό ή προεμφυτευτικό έλεγχο (γνωστές και ως «wrongful life/birth»)²⁹. αφενός η αντιμετώπιση της ζωής του ως ζημίας θα παραβίαζε την αρχή της προστασίας της ανθρώπινης αξίας, αφετέρου αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και της βλάβης της υγείας του δεν υφίσταται, καθώς η τελευταία προϋπήρχε³⁰.

Ποινικό Δίκαιο

Ο ελληνικός Ποινικός Κώδικας αναφέρει ρητά στο άρθρο 303 ΠΚ ότι το έγκλημα της παιδοκτονίας μπορεί να τελεστεί και «κατά τον τοκετό», υπονοώντας μεν ότι ο άνθρωπος υπάρχει ήδη πριν την ολοκλήρωση του τελευταίου, μη προσδιορίζοντας όμως το χρόνο έναρξης της ύπαρξής του, για τον οποίο επικρατεί διχογνωμία. Μέρος της θεωρίας (Ανδρουλάκης, Μαργαρίτης, Μπέκας κ.ά.)³¹, επηρεασμένο από γερμανικές νομικές αντιλήψεις, εντοπίζει το εν λόγω σημείο στην αφετηρία του τοκετού, είτε αυτή επέρχεται με ωδίνες είτε με άλλον αντίστοιχο, κατά την ιατρική επιστήμη, τρόπο. Πειστικότερη, ωστόσο, κρίνεται η άποψη που υιοθετείται και σε πρόσφατα τροποποιημένες ποινικές διατάξεις (ΠΚ 304§5, 304Α§2), σύμφωνα με την οποία το έμβρυο αποκτά ανθρώπινη υπόσταση μόνον όταν εμφανιστεί ζωντανό στον εξωτερικό κόσμο, έστω και κατά ένα μέρος του³².

Ούτε στο χώρο του ποινικού δικαίου γίνεται, λοιπόν, δεκτή η ποιοτική εξομοίωση της «αγέννητης ζωής» με την ήδη γεννημένη, κάτι που αποτυπώνεται τόσο στην επιεικέστερη μεταχείριση των προσβολών κατά της πρώτης, όσο και στην μη ποινικοποίηση αυτών, όταν τελούνται εξ αμελείας (εξαιρούνται ΠΚ 304§5, 304Α§2)³³. Η εν λόγω νομική

στάση φαίνεται να επιβάλλεται από την «κοινωνική» φύση των εννόμων αγαθών, αφού, όπως χαρακτηριστικά επισημαίνει η Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, μεταξύ εμβρύου και γεννημένου ανθρώπου παρατηρείται «σημαντικά διαφορετική συχνότητα προσβολών» και «αντιστρόφως ανάλογο ενδιαφέρον των μηχανισμών καταστολής» για αυτές.

Ωστόσο, ούτε οι ανωτέρω διαπιστώσεις, ούτε και η φανερή αδυναμία του ΕΔΔΑ να προσδιορίσει με σαφήνεια την έννομη θέση του εμβρύου στα πλαίσια της ΕΣΔΑ³⁴ αναιρούν την εξής παραδοχή: ότι, δηλαδή, στη νομική αξιολόγηση της ανθρώπινης ζωής, τόσο σε εθνικό όσο και σε υπερεθνικό επίπεδο, *οφείλει* να συμπεριλαμβάνεται - παραμένοντας ποιοτικά διάφορο του ανθρώπου μέγεθος - και το έμβρυο από τη σύλληψή του³⁵. Ως εκ τούτου, οι εθνικές ποινικές διατάξεις (ΠΚ 304, 304Α) που σκιαγραφούν την ευθύνη ιατρού ή τρίτου ή ακόμη και της ίδιας της μητέρας απέναντί του, θεσπίζουν μία χρονικώς βαθμιαία δικαιοτική προστασία που κορυφώνεται από την 24^η εβδομάδα κύησης και έπειτα³⁶. Ειδικότερα, η σχετική με την άμβλωση διάταξη του 304 ΠΚ αποτελεί, στην πραγματικότητα, για το νομοθέτη ένα παιχνίδι ισορροπίας μεταξύ της προστασίας του εννόμου αγαθού του εμβρύου - είτε θεωρείται το ίδιο φορέας του είτε όχι³⁷ - και αυτών της εγκύου. Μελετώντας, μάλιστα, κανείς τους ειδικούς λόγους άρσης του αδίκου («ενδείξεις» 304§4 ΠΚ) εύκολα συμπεραίνει πως, ενώ η ζωή και η υγεία της τελευταίας υπερτερούν σε κάθε περίπτωση, η προσωπική της ελευθερία να επιλέξει την μη συνέχιση της κύησης για ευγονικούς ή άλλους λόγους περιορίζεται από αυστηρότατες προϋποθέσεις που μαρτυρούν τη σαφή νομοθετική προτεραιότητα εδώ στο έμβρυο και την προστασία του³⁸.

ματα στην αρχή της ζωής (υπό το πρίσμα της νομολογίας του ΕΔΔΑ), ό.π., σσ.19-21

³⁴ Βλ.ενδεικτικά υπόθεση *Vo κατά Γαλλίας*. Διαθέσιμη σε: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-4246%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-4246%22]}) Για τον σχολιασμό της βλ.ενδεικτικά *Μαρία Μηλαπιδου*, ό.π., σσ.21-36

³⁵ Διαφορετικά θα ποινικοποιούνταν το «χάπι της επόμενης ημέρας», ό.π.

³⁶ Ό.π., σσ.19-21

³⁷ *Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου*, ό.π., σσ.76-78, *Μαρία Μηλαπιδου*, ό.π. σσ.19-36

³⁸ *Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου*, ό.π., σ.79 και επ., *Μαρία Μηλαπιδου*, ό.π., ΑΠ 10/2013 (διαθέσιμη σε areiospagos.gr) κ.ά.

²⁸ *Αθηνά Κοτζάμπαση*, ό.π., σσ.130-133

²⁹ Για τις αξιώσεις των γονέων βλ.ενδεικτικά *Μαρία Κ.Κολυβά*, ό.π., σσ.77-92

³⁰ *Αθηνά Κοτζάμπαση*, ό.π., σσ.125-129, όπου και προτεινόμενη λύση από *Σταθόπουλο* (υποσ.166-167)

³¹ *Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου*, *Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2020, σσ.7-9

³² Ό.π., σ.10, όπου παραπ. σε *Χωραφά, Μανωλεδάκη* κ.ά.(υποσ.15), ενδεικτική νομολογία ΑΠ 1033/2016 (διαθέσιμη σε areiospagos.gr)

³³ Ό.π., σ.3-5, *Μαρία Μηλαπιδου*, *Νομικά ζητή-*

Αντί επιλόγου

Χρήσιμο κρίνεται το εν λόγω άρθρο να «κλείσει» με τις πολύτιμες σκέψεις της αμερικανίδας καθηγήτριας Φιλοσοφίας και Βιοηθικής *Bonnie Steinbock*, πως ακόμη και αν σε κάποια χωρίς συνείδηση όντα δεν αποδίδεται *ηθική υπόσταση*, αυτά εξακολου-

θούν να διαθέτουν *ηθική αξία*, η οποία υποδεικνύει την *υποχρέωση του σεβασμού της ύπαρξής τους* και της αντιμετώπισής τους με ανάλογο τρόπο³⁹.

³⁹ *B.Steinbock*, *Moral Status, Moral Value, and Human Embryos: Implication for Stem Cell Research*, σ. 433.

Το ζήτημα της «υποχρεωτικής συνεπιμέλειας» υπό το πρίσμα του Ν.4800/2021

Καλλιόπη Καμμένου

Τριτοετής φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Θεοδώρα Μοτάκη

Τριτοετής φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Η συνεπιμέλεια του παιδιού υπήρξε τον τελευταίο χρόνο στο επίκεντρο των συζητήσεων, τόσο σε κοινωνικό όσο και σε νομικό επίπεδο, καθώς με τον Νόμο 4800/2021 τροποποιήθηκαν ορισμένες διατάξεις του Αστικού μας Κώδικα, που αφορούν στο οικογενειακό δίκαιο. Καταρχάς, η πρόθεση του νομοθέτη φαίνεται να ήταν ο εκσυγχρονισμός του ελληνικού οικογενειακού δικαίου, που συχνά χαρακτηριζόταν ως αναχρονιστικό, καθώς και η συμβατότητά του με τις διεθνείς τάσεις και επιταγές. Ωστόσο, μπορεί ο νέος αυτός νόμος να είχε ως στόχο να εφαρμόσει τη διεθνή νοοτροπία της αποδραματοποίησης του διαζυγίου και των συνεπειών του και να επιτύχει πολιτισμένη εξέλιξη, τόσο στις σχέσεις μεταξύ τέκνων και διαζευγμένων γονέων, όσο και στις σχέσεις των τελευταίων μεταξύ τους, όμως οι τεράστιες αντιδράσεις που έχει προκαλέσει στην κοινή γνώμη, αλλά και στον νομικό κόσμο, αποδεικνύουν ότι η προσέγγισή του είναι μάλλον εσφαλμένη.

Όμως, πριν προχωρήσουμε στην ανάλυση του θέματος, καλό θα ήταν να διασαφηνιστούν ορισμένοι όροι. Ένας εξ αυτών είναι ο όρος “συνεπιμέλεια”. Σύμφωνα, λοιπόν, με τις γενικές παραδοχές του οικογενειακού δικαίου, “συνεπιμέλεια” είναι η ισότιμη συναπόφαση και σύμπραξη των γονέων στα ζητήματα που αφορούν στην ανατροφή του παιδιού, ενώ θα πρέπει να καταστεί σαφές ότι η επιμέλεια δεν ταυτίζεται με τη γονική μέριμνα. Πιο συγκεκριμένα, η επιμέλεια, η διοίκηση της περιουσίας του τέκνου και η εκπροσώπησή του αποτελούν ειδικότερες εκφάνσεις της γονικής μέριμνας.¹ Επιπλέον, ο όρος αυτός συχνά παρερμηνεύεται και

θεωρείται, εσφαλμένα, ως η διαμοιρασμένη επιμέλεια του παιδιού μεταξύ των δύο γονέων. Εν συνεχεία, θα πρέπει να διευκρινιστεί ο όρος “υποχρεωτική”, χαρακτηρισμός ο οποίος δόθηκε στο είδος της συνεπιμέλειας, που ο Ν.4800/2021 επιδιώκει να παγιώσει, χωρίς βέβαια να το αναφέρει ρητά. “Υποχρεωτική συνεπιμέλεια” είναι η εκ του νόμου ανάληψη της επιμέλειας του τέκνου, από κοινού και από τους δύο γονείς, χωρίς κανένα άλλο μέτρο και κριτήριο. Με τον τρόπο αυτόν, ο νόμος επιθυμεί να εξυπηρετήσει το συμφέρον του παιδιού, μόνο μέσω της ενεργής συμμετοχής των γονέων στην ανατροφή του.

Ένα σημαντικό ερώτημα επί της παρούσης είναι: “Τι ίσχυε πριν την έκδοση του νόμου 4800/2021, ώστε να κρίνει ο νομοθέτης ότι έπρεπε να τροποποιηθεί το οικογενειακό δίκαιο της χώρας;” Η απάντηση του ερωτήματος δεν μπορεί να ανευρεθεί χωρίς να δούμε πρώτα τον Αστικό Κώδικα (εφεξής ΑΚ), όπως ίσχυε πριν την αλλαγή. Σύμφωνα, λοιπόν, με τον ΑΚ και ειδικότερα το άρθρο 1510, όπως ίσχυε πριν την τροποποίηση, οι γονείς ασκούσαν από κοινού τη γονική μέριμνα, τμήμα της οποίας, όπως προαναφέρθηκε, συνιστά και η επιμέλεια. Ωστόσο, σε περίπτωση διαζυγίου, λύσης ή ακύρωσης του γάμου, σύμφωνα με το άρθρο 1513 ΑΚ, η άσκηση της γονικής μέριμνας ρυθμιζόταν από το δικαστήριο και μπορούσε να ανατεθεί στον έναν από τους δύο γονείς ή αν αυτοί συμφωνούσαν, ορίζοντας συγχρόνως τον τόπο διαμονής του τέκνου, στους δύο από κοινού. Αντιθέτως, υπό το νέο νομοθετικό καθεστώς, ακόμη και μετά τη λύση του γάμου, οι γονείς εξακολουθούν να ασκούν από κοινού τη γονική μέριμνα (ΑΚ 1513), ενώ σε περίπτωση που αυτό δεν καταστεί εφικτό, έχουν τη δυνατό-

¹ Γεωργιάδης Α., Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, Σάκκουλας, 2017, σ. 409-449

τητα να προσφύγουν, αρχικά, στη διαμεσολάβηση και εν συνεχεία (εφόσον η διαμεσολάβηση αποτύχει) να ακολουθήσουν τη δικαστική οδό (ΑΚ 1514).

Ακόμη, με τον νέο νόμο, προστέθηκε στην “από κοινού άσκηση της γονικής μέριμνας” η λέξη “εξίσου” (άρθρα 1510, 1513 ΑΚ). Η λέξη αυτή προσδίδει στον όρο της “συνεπιμέλειας” και την έννοια της “ίσης επιμέλειας”, που πέρα από την ισότητα στις αποφάσεις, που αφορούν στο παιδί, μπορεί να σημαίνει και την ισόχρονη διαμονή του παιδιού και με τους δύο γονείς. Πιο συγκεκριμένα, όταν οι γονείς δεν διαμένουν μαζί, σε περιπτώσεις λύσης ή ακύρωσης του γάμου, τότε ενδέχεται το παιδί να έχει εναλλασσόμενη κατοικία, κάτι το οποίο, βέβαια, ούτε από τον προηγούμενο ΑΚ απαγορευόταν.

Επιπροσθέτως, οι διατάξεις σχετικά με την επικοινωνία του τέκνου και την κατοικία αυτού σε περίπτωση διαζευγμένων γονέων, επίσης τροποποιήθηκαν, προκαλώντας έντονες αντιδράσεις. Στόχος των νέων διατάξεων είναι η πιο ενεργή συμμετοχή των γονέων στην καθημερινότητα και την ανατροφή του παιδιού, κυρίως δε του γονέα με τον οποίον αυτό δεν διαμένει. Εκ πρώτης όψης, η τροποποίηση του άρθρου 1520 ΑΚ, το οποίο πλέον προβλέπει ότι: *“Ο χρόνος επικοινωνίας του τέκνου με φυσική παρουσία με τον γονέα, με τον οποίο δεν διαμένει, τεκμαίρεται στο ένα τρίτο (1/3) του συνολικού χρόνου”* φαίνεται να είναι στη σωστή κατεύθυνση. Ωστόσο, το πρόβλημα που δημιουργείται δεν έχει εύκολη λύση, καθώς δεν υπάρχει καμία ειδικότερη πρόβλεψη για τα όρια που θα πρέπει να τίθενται στην επικοινωνία, ώστε να ικανοποιείται πρώτο απ’ όλους το ίδιο το παιδί. Μάλιστα, επειδή ακριβώς ήταν τόσο δύσκολο να καθοριστεί ο κατάλληλος χρόνος επικοινωνίας, η νομοπαρασκευαστική επιτροπή είχε απορρίψει, κατά πλειοψηφία, την τροποποίηση του άρθρου αυτού.

Ο νόμος 4800/2021 επέφερε πολλές αλλαγές στο οικογενειακό δίκαιο, με πιο σημαντικές και αμφιλεγόμενες εκείνες που αναφέρονται ανωτέρω. Όπως αναλύεται και παρακάτω, ήδη πριν από τη ψήφιση του νέου νόμου οι αντιδράσεις των νομικών επιστημόνων, αλλά και της κοινωνίας, εν γένει, ήταν έντονες και η κριτική που ασκήθηκε πολύ αυστηρή. Ειδικότερα, πολλοί Έλληνες νομικοί εξέφρασαν την άποψη ότι ο νέος νόμος αποτελεί ένα κείμενο με σοβαρά λάθη ουσίας, που δεν βελτίωσε, αλλά αλλοίωσε το προτεινόμενο από τη νομοπαρασκευαστική επιτροπή σχέδιο. Σε πρώτο στάδιο, ένα από τα κυριότερα τρωτά σημεία είναι η

μετατόπιση του επικέντρου από το συμφέρον του τέκνου, στις επιδιώξεις και επιθυμίες των γονέων, γεγονός που διαφαίνεται από την πλειονότητα των αναφορών του νόμου στους γονείς και όχι στο τέκνο. Επιπλέον, το εν λόγω συμφέρον του παιδιού δεν εξυπηρετείται μόνο και πάντοτε με την ενεργό παρουσία των γονέων, στην οποία και μόνο δίδεται έμφαση.² Σχετικά με την έννοια της συνεπιμέλειας, ο όρος αυτός δεν σημαίνει 50-50 σε όλα γενικά τα ζητήματα, αλλά σύμπραξη και συναπόφαση μόνο στα θέματα που αφορούν την ανατροφή, τη μόρφωση και την επίβλεψη του παιδιού (ΑΚ 1518), όπως αναφέρθηκε και παραπάνω. Η επιμέλεια μπορεί να δοθεί και στον έναν μόνο γονέα με δικαστική απόφαση (ΑΚ 1514 παρ.2 και 3), όμως από τις φράσεις “από κοινού” και “εξίσου”, συνάγεται ο καταρχήν υποχρεωτικός ο χαρακτήρας της συνεπιμέλειας. Στο σημείο αυτό, αξίζει να ερμηνευθεί η έννοια του όρου “εξίσου”. Η λέξη αυτή μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τη σημασία του “ισότιμα”, γεγονός που δεν διαφοροποιεί το ήδη υπάρχον καθεστώς, καθώς οι γονείς αντιμετωπίζονται ως ισότιμοι ήδη από το 1983 με τον Ν. 1329, ο οποίος μεταρρύθμισε σημαντικά το μέχρι τότε ισχύον ελληνικό οικογενειακό δίκαιο.³ Αν ερμηνευθεί ως “ισόχρονη κατοικία”, τότε ανακύπτουν ζητήματα πρακτικής εφαρμογής, διότι με αυτόν τον τρόπο, σε περίπτωση λύσης του γάμου, το παιδί διαμένει το μισό χρόνο με τον ένα γονέα και τον έτερο μισό με τον άλλον. Σε κάθε περίπτωση, η εναλλασσόμενη κατοικία θα πρέπει να νοείται μόνο υπό την προϋπόθεση ότι προάγεται το συμφέρον του παιδιού. Αν δεν προάγεται, (π.χ. διότι οι γονείς ζουν σε διαφορετική πόλη, το παιδί δεν είναι εξοικειωμένο με τον ένα γονέα, ο γονέας βρίσκεται μακριά από τις δραστηριότητες του παιδιού), συμπληρωματικό πυλώνα της άσκησης της

² Κατερίνα Φουντεδάκη, Το ΣχΝ του Υπουργείου Δικαιοσύνης για τη μεταρρύθμιση του δικαίου των σχέσεων γονέων και παιδιών: Βρείτε τα λάθη!, 19/03/2021, διαθέσιμο σε: <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/to-sxedio-nomou-tou-ypourgeiou-dikaio-synhs-gia-th-metarrythmish-tou-dikaio-u-twn-sxesewn-gonewn-kai-paidiwn-vreite-ta-lathi/>

³ Κατερίνα Φουντεδάκη, Γονική μέριμνα μετά τον χωρισμό των γονέων: Κάποιες επισημάνσεις, 17/12/2020, διαθέσιμο σε: <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/goniki-merimna-meta-ton-xorismo-kapoies-epishmanseis/>

επιμέλειας αποτελεί η ενίσχυση του δικαιώματος της επικοινωνίας με τον γονέα με τον οποίον δεν διαμένει το παιδί (ΑΚ 1520).

Για το ως άνω ζήτημα έχουν διατυπωθεί δύο αντίρροπες απόψεις. Από τη μία πλευρά, κατά τους υποστηρικτές της εναλλασσόμενης κατοικίας, μόνο έτσι εξασφαλίζεται η ισότιμη συμμετοχή των γονέων στην ανατροφή του τέκνου. Από την άλλη, οι πολέμιοι της εναλλασσόμενης κατοικίας υποστηρίζουν ότι ο εν λόγω θεσμός ενέχει τον κίνδυνο της αποσταθεροποίησης του παιδιού, καθώς και ότι με τον τρόπο αυτόν ικανοποιείται περισσότερο το δικαίωμα των γονέων για ισότητα στην ανατροφή, παρά το βέλτιστο συμφέρον του. Επιπλέον, σύμφωνα με μία τρίτη άποψη, η εναλλαγή διαμονής θα μπορούσε να υιοθετηθεί ως προσωρινό μέτρο και στη συνέχεια να κρίνεται οριστικά η κατοικία του παιδιού, λαμβάνοντας υπόψη το συμφέρον του.⁴ Στον Ν. 4800/2021 δεν γίνεται ρητή αναφορά στον όρο “εναλλασσόμενη κατοικία”, ενώ σε κάθε περίπτωση, εναλλασσόμενη κατοικία δεν θα πρέπει να σημαίνει ισόχρονη διαμονή του παιδιού με καθέναν από τους δύο γονείς, αλλά ο χρόνος διαμονής επιβάλλεται να καθορίζεται με βάση τις ανάγκες και τις επιθυμίες του.

Σε αυτό το σημείο, θα πρέπει να υπογραμμισθεί, ότι η πλειοψηφία του νομικού κόσμου δεν αντιτίθεται στη συνεπιμέλεια αυτή καθαυτή, αλλά στον τρόπο με τον οποίον αυτή προβλέπεται στο νόμο και στο πώς αυτή θα “χωνευτεί” από την πατριαρχικά δομημένη ελληνική κοινωνία. Επίσης, έχει ασκηθεί κριτική και στις ασάφειες του ίδιου του νόμου, όπως για παράδειγμα, στο τεκμήριο του 1/3 του συνολικού χρόνου επικοινωνίας. Αντιθέτως, πολλοί είναι ευνοϊκά διακείμενοι στη συναινετική συνεπιμέλεια, δηλαδή στην από κοινού άσκηση της επιμέλειας, κατόπιν συμφωνίας των διαζευγμένων γονέων. Εξάλλου, επί του παρόντος, η υποχρεωτική συνεπιμέλεια αφορά στο γενικό νομικό πλαίσιο, που τυγχάνει εφαρμογής, ανεξαρτήτως σχετικής συνεννόησης των γονέων.⁵ Επιπλέον, αντιρρήσεις έχουν διατυπωθεί για την οριζόντια, ισοπεδωτική υιοθέτηση της υποχρεωτικής συνεπιμέλειας για κάθε παιδί, χωρίς να γίνεται εξειδίκευση και χωρίς να λαμβάνονται υπόψη οι ιδιαίτερες συνθήκες που ενδέχεται να επικρατούν *in concreto*, πάντα με

βάση το βέλτιστο συμφέρον του, που ως αόριστη νομική έννοια θα πρέπει να εξειδικεύεται.

Επιπροσθέτως, η υποχρεωτική συνεπιμέλεια, παρόλο που αποτελεί αντικείμενο νομοθετικής ρύθμισης, πυροδότησε τη σύσσωμη αντίδραση της ελληνικής κοινωνίας. Από τη μία πλευρά, υπάρχουν γυναικείες οργανώσεις, οι οποίες δίδουν έμφαση στην πατριαρχικά δομημένη ελληνική οικογένεια, ως προέκταση της ελληνικής κοινωνίας και στην ενδοοικογενειακή βία, κυρίως με αποδέκτες γυναίκες, ενώ υποστηρίζουν τη λύση της δημιουργίας οικογενειακών δικαστηρίων με ειδικά εκπαιδευμένους δικαστές, ψυχολόγους και κοινωνικούς λειτουργούς, οι οποίοι θα ασχολούνται αποκλειστικά με τέτοιες υποθέσεις, ώστε να επισπεύδονται οι διαδικασίες. Από την άλλη πλευρά, κατά μία άποψη, η όλη μεταρρύθμιση του οικογενειακού δικαίου αποτελεί απόρροια κινημάτων διαζευγμένων πατέρων, όπως οι «Ενεργοί μπαμπάδες», που στηρίχθηκαν στο επιχείρημα της γονικής αποξένωσης. Αναλυτικότερα, υποστηρίχθηκε ότι πολλές φορές ο ένας γονέας (συνήθως η μητέρα, αφού αυτή αναλαμβάνει κατά πλειοψηφία την επιμέλεια) αποξενώνει το παιδί από τον άλλον (πατέρα), ο οποίος έτσι περιέρχεται σε ευάλωτη και δυσμενή θέση. Στο σημείο αυτό, δέον να σημειωθεί, ότι μετά τον Ν.1329/83-μέχρι τότε την επιμέλεια των κοριτσιών, αλλά και των αγοριών έως 12 ετών αναλάμβανε υποχρεωτικά η μητέρα - ο πατέρας είναι πιο πιθανό να αποκτήσει την επιμέλεια, ωστόσο πολλοί αποθαρρύνονται λόγω της υφιστάμενης νομολογιακής πρακτικής, σύμφωνα με την οποία, στις περισσότερες περιπτώσεις, η επιμέλεια ανατίθεται στη μητέρα. Είναι αλήθεια βέβαια, ότι ως φαινόμενο νοείται ο πιο ισχυρός γονέας (οικονομικά, κοινωνικά, ταξικά, συναισθηματικά) συχνά, να αποξενώνει και να συκοφαντεί τον άλλον, όμως σε καμία περίπτωση αυτό δεν είναι ζήτημα φύλου!

Ακόμη, στο νομοσχέδιο που είχε κατατεθεί αρχικά, φαινόταν να παραγνωρίζεται το φαινόμενο της ενδοοικογενειακής βίας, που λαμβάνει χώρα με τη μορφή της κακοποίησης τόσο προς το παιδί, όσο και προς τον σύντροφο-κυρίως δε τη γυναίκα- και το οποίο βρίσκεται σε έξαρση στην ελληνική κοινωνία. Αυτό κατέστη εμφανές, από το γεγονός ότι για την αφαίρεση της γονικής μέριμνας, σε περιπτώσεις ενδοοικογενειακής βίας, ήταν απαραίτητη η αμετάκλητη καταδίκη του γονέα για κακοποιητική συμπεριφορά. Ωστόσο, είναι ευρέως γνωστό ότι το “αμετάκλητο” στην Ελληνική Δικαιοσύνη συνε-

⁴ Λέκκας Γ., Η επιμέλεια κατά τον ΑΚ, 2021, Σάκκουλας, σ.161-256

⁵ Κοτζάμπαση Α., Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, Σάκκουλας, 2021, σ.243-269

πάγεται την πάροδο τουλάχιστον 10 ετών, γεγονός που σήμαινε ότι όλο αυτό το χρονικό διάστημα, σύντροφος και τέκνο θα ήταν εκτεθειμένοι σε κακοποιητική συμπεριφορά. Έτσι, είναι πολύ σημαντικό το γεγονός ότι εν τέλει, σύμφωνα με τον Ν. 4800/2021, δεν απαιτείται αμετάκλητη καταδίκη, αλλά αρκεί η οριστική δικαστική απόφαση για την αφαίρεση της γονικής μέριμνας (ΑΚ 1532).

Τέλος, εκτός από τους διαζευγμένους πατέρες, την υποχρεωτική συνεπιμέλεια έχει υποστηρίξει και μία άλλη μερίδα ανθρώπων, που πιστεύει ότι πρόκειται για παιδοκεντρική ρύθμιση, με μοναδικό στόχο τη διασφάλιση των συμφερόντων και της ψυχικής υγείας του παιδιού, μετά το διαζύγιο των γονέων του. Αναλυτικότερα, η εν λόγω μερίδα διατείνεται ότι ο συγκεκριμένος νόμος θέτει ένα σύγχρονο πλαίσιο αρμονικής επίλυσης περιπτώσεων, όπου γονείς αποκλείονταν αναίτια, για χρόνια ολόκληρα, από την επαφή με το παιδί τους, με δυσμενείς συνέπειες για την ψυχολογία, την ισορροπία και τη συναισθηματική ανάπτυξη των παιδιών, καθώς και ότι εδράζεται στις αρχές της μη διάκρισης των γονέων και της ισότητας των φύλων.

Συμπερασματικά, ο νόμος 4800/2021 έχει πολλάκις χαρακτηριστεί ως νομικά προβληματικό κείμενο, με ουσιωδώς άστοχες δικαιοπολιτικά επιλογές, αλλά και ως κακώς διατυπωμένο νομοθέτημα, με πιο σοβαρή αστοχία τη μετατόπιση του επικέντρου από το συμφέρον του παιδιού στη διασφάλιση των δικαιωμάτων των γονέων. Κρίσιμο είναι να γίνει γνωστό ότι το σχέδιο της νομοπαρασκευαστικής επιτροπής δεν δημοσιεύθηκε ποτέ. Επιπλέον, οι νέες ρυθμίσεις αποτέλεσαν και αιτία κατακραυγής της χώρας μας στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο. Πιο συγκεκριμένα, η Ευρωπαϊκή Ένωση τάχθηκε σθεναρά κατά της υποχρεωτικής συνεπιμέλειας, που καθιερώνεται μέσω των τροποποιήσεων, που προαναφέρθηκαν, και επεσήμανε την προτεραιότητα που έχει το συμφέρον του παιδιού έναντι της οικογενειακής ζωής των γονέων του. Μάλιστα, είναι πολύ πιθανόν η Ελλάδα να αντιμετωπίσει σοβαρές κυρώσεις εάν δεν αλλάξει σύντομα το εν λόγω νομοθετικό πλαίσιο. Έτσι, γεννάται και ο προβληματισμός κατά πόσον ο Ν.4800/2021 θα επιφέρει πράγματι την πρόοδο που ευαγγελίζεται ή αποτελεί οπισθοδρόμηση του Έλληνα νομοθέτη...

N.4356/2015: Σύμφωνο Συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών ως απότοκο της απόφασης του ΕΔΔΑ στην υπόθεση Βαλλιανάτος κατά Ελλάδος

Μουρδουκούτα Εργίνα
Ασκούμενη Δικηγόρος ΔΣΑ
Πατεράκη Ιωάννα Γεωργία
Φοιτήτρια Νομικής ΕΚΠΑ

Πρόλογος

Στην εποχή μας, η «ελεύθερη συμβίωση», δηλαδή η συμβίωση χωρίς γάμο, αποτελεί μια κοινωνική πραγματικότητα, καθώς όλο και περισσότερα ζευγάρια επιλέγουν αυτή την εναλλακτική μορφή οικογένειας. Η τυπική και νομική αναγνώριση του κοινωνικού φαινομένου της «ελεύθερης ένωσης» ήρθε με την καθιέρωση του συμφώνου συμβίωσης¹. Το τελευταίο, είναι μια αμιγώς συμβατική σχέση, που συστήνεται αυτοπροσώπως και μάλιστα υπό τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου (άρθρο 1 ν. 4356/2015), χωρίς την ανάμειξη θρησκευτικού ή πολιτειακού λειτουργού².

Το σύμφωνο συμβίωσης υπό τον νόμο 3719/2008

Με τον νόμο 3719/2008, υπό τον τίτλο «μεταρρυθμίσεις για την οικογένεια, το παιδί, την κοινωνία και άλλες διατάξεις», κατοχυρώθηκε νομοθετικά το σύμφωνο συμβίωσης και επιχειρήθηκε για πρώτη φορά μια συνολική ρύθμιση αυτού.

Επρόκειτο για σημαντική καινοτομία για την ελληνική έννομη τάξη, καθώς παλαιότερα, η εξώγαμη συμβίωση αποδοκιμαζόταν κοινωνικά, νομοθετικά, αλλά και νομολογιακά. Ο Άρειος Πάγος³

μάλιστα είχε κρίνει ότι σε περίπτωση θανάτου του ενός συντρόφου λόγω αδικοπραξίας, ο επιζών σύντροφος δεν δικαιούται χρηματική ικανοποίηση λόγω ψυχικής οδύνης κατ' άρθρο 932 εδ. γ' ΑΚ, καθώς η ελεύθερη ένωση δεν συνιστά οικογένεια. Λόγω, λοιπόν, της ανάγκης να μην επικρατήσουν οι αναχρονιστικές νομολογιακές απόψεις σε νομικό επίπεδο, αλλά και για να διασφαλιστούν τα πρόσωπα που τελούν σε ελεύθερη ένωση, χρειάστηκε η νομοθετική αναγνώριση και κατοχύρωσή της⁴. Εξάλλου, με το πέραςμα του χρόνου, οι κοινωνικές αντιλήψεις και τα ήθη εξελίσσονται και υπάρχει περισσότερη ανεκτικότητα και σεβασμός στις επιλογές, στις ελευθερίες και στα δικαιώματα. Η ελεύθερη συμβίωση κατέστη συχνή επιλογή για όλο και περισσότερα ζευγάρια, ομόφυλα ή ετερόφυλα, που επιθυμούν μια μόνιμη συμβίωση, αλλά πιο χαλαρή από το γάμο, χωρίς την ανάμειξη της πολιτείας στην προσωπική τους σχέση, παρά μόνο στο μέτρο που τους παρέχει τη δυνατότητα να συνάψουν μια σύμβαση, το περιεχόμενο της οποίας θα προσδιορίζεται κατεξοχήν από αυτά. Και η κοινωνία, πλέον, αναγνωρίζει την ελεύθερη συμβίωση ως μια διαφορετική μορφή κοινωνικής ζωής⁵.

Ωστόσο, ούτε το Σύνταγμα ούτε το άρθρο 8

¹ Σπυριδάκης Ι., Το Σύμφωνο συμβίωσης κατά το νόμο 3719/2008, Αντ.Ν. Σάκκουλα, 2009, Πρόλογος

² Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Οικογενειακό Δίκαιο, Επιτομή, Σάκκουλα, 2016, σ. 572-573

³ 1735/2006 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου 2007, 131 και 434/2005 Αρείου

Πάγου, διαθέσιμη σε Επιθεώρηση Δικαίου Ιδιωτικής Ασφαλίσεως 2005, σ. 257

⁴ Παπαχρίστου Θ.-Κουμουτζής Ν. - Τσούκα Χ., Το Σύμφωνο Συμβίωσης, Ερμηνευτικός Οδηγός στα 1-13 του ν. 3719/2008, Π.Ν. Σάκκουλα, 2009, Πρόλογος και σ. 4

⁵ Αιτιολογική έκθεση νόμου 3719/2008

της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) δεν επιβάλλουν την νομοθετική κατοχύρωση της ελεύθερης συμβίωσης. Ο κοινός νομοθέτης είναι καταρχήν ελεύθερος να θεσπίσει ή όχι διατάξεις για κάποιο τύπο ελεύθερης συμβίωσης⁶. Βεβαίως, κατά γενική ομολογία, το άρθρο 21§1 του Συντάγματος για την προστασία του γάμου και της οικογένειας, δεν απαγορεύει την ελεύθερη συμβίωση, καθώς η τελευταία δεν θίγει τον θεσμό του γάμου. Κατά μία άποψη⁷, όμως, το άρθρο 21§1, όπως και το άρθρο 9§1α' του Συντάγματος για το απαραβίαστο της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, δεν παρέχει προστασία στους συμβίους και δεν εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις για το γάμο. Καί' άλλη ερμηνεία, η οικογένεια χωρίς γάμο προστατεύεται από το άρθρο 21§1 Σ, ως εμπίπτουσα στην έννοια της οικογένειας, αλλά και από το γενικότερο άρθρο 5§1 Σ που κατοχυρώνει την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας⁸. Στην ίδια κατεύθυνση πάντως, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ)⁹, χρόνια πριν, είχε κρίνει πως στο άρθρο 8 της ΕΣΔΑ για την προστασία της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής υπάγεται και η συμβίωση χωρίς γάμο.

Παρότι, όμως, στόχος του συμφώνου συμβίωσης ήταν να θεσπιστεί ένα πλέγμα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων παρόμοιο με αυτό του γάμου, και ενώ στο προοίμιο του νόμου 3719/2008 το σύμφωνο συμβίωσης αναγνωρίστηκε ως μια εναλλακτική μορφή συμβίωσης, η ρύθμιση ήταν ελλειπτική και παρουσίασε δύο σημαντικά μειονεκτήματα. Πρώτον, όρισε σαφώς το σύμφωνο συμβίωσης ως υποδεέστερο του γάμου¹⁰ και δεύτερον, δεν συμπεριέλαβε τις ομόφυλες συμβιώσεις.

Κι ενώ πολλές ευρωπαϊκές χώρες είχαν ήδη αναγνωρίσει κάποιο τύπο συμφώνου συμβίωσης

για τους άγαμους ομόφυλους συντρόφους, ώστε να ρυθμιστούν οι έννομες σχέσεις τους, παρέχοντάς τους τη δυνατότητα να καταχωρήσουν τη συντροφική τους σχέση στα δημόσια βιβλία και να διασφαλιστούν οικονομικά¹¹, στην Ελλάδα, έμειναν ακάλυπτοι. Ενώ, δηλαδή, ο λόγος ύπαρξης του συμφώνου συμβίωσης ήταν ακριβώς η κατοχύρωση των ομόφυλων ζευγαριών, στην Ελλάδα συνέβη το παράδοξο να αναγνωρίζεται πρώτη φορά το σύμφωνο συμβίωσης και να εξαιρούνται αυτά τα ζευγάρια για τα οποία θεσπίστηκε!

Κατά μία άποψη¹², ο Έλληνας νομοθέτης αναγνώρισε τη δυνατότητα σύναψης του συμφώνου μόνο για τα ετερόφυλα ζευγάρια, ακολουθώντας τη νομοθετική γραμμή του θεσμού του γάμου, στον οποίο η διαφορά φύλου είναι προϋπόθεση του υποστατού¹³. Έτσι και το σύμφωνο συμβίωσης που συναπτόταν από συντρόφους του ίδιου φύλου κατά τον ν. 3719/2008, σύμφωνα με την κρατούσα άποψη¹⁴, ήταν ανυπόστατο. Υποστηρίζεται¹⁵, βέβαια, κι ότι ο νομοθέτης ήταν απλώς επηρεασμένος από τις ομοφοβικές τάσεις που ήταν διάχυτες στην κοινωνία.

Η καταδίκη της Ελλάδος από το ΕΔΔΑ στην υπόθεση «Βαλλιανάτος κατά Ελλάδος»¹⁶

Υπόθεση σταθμός για την επέκταση και εγκαθίδρυση του συμφώνου συμβίωσης στη χώρα μας και στα ομόφυλα ζευγάρια ήταν η «Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδας». Το ΕΔΔΑ στις 7 Νοεμβρίου του 2013 με πλειοψηφία του Τμήματος Ευρείας Συνθέσεως του, διαπίστωσε παράβαση των άρθρων 8 και 14 της ΕΣΔΑ από την Ελλάδα λόγω του επίμαχου νόμου 3719/2008 για το σύμφωνο συμβίωσης το οποίο εξαιρούσε τα ομόφυλα ζευγάρια από το πεδίο εφαρμογής του.

Οι προσφεύγοντες, μεταξύ των οποίων και ένα σωματείο ψυχολογικής υποστήριξης για ομόφυλους άνδρες και γυναίκες, κατέφυγαν στο ΕΔΔΑ για τη διαπίστωση της παραβίασης αυτής. Το Δι-

⁶ Χρυσόγονος Κ.- Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ. 563

⁷ Πιτσιρίκος Γ., Σύμφωνο Συμβίωσης, Συγκριτική και Ερμηνευτική Προσέγγιση με το Θεσμό του Γάμου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σ. 26- 27, Χρυσόγονος Κ., Βλαχόπουλος Σ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ. 563

⁸ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Οικογενειακό Δίκαιο, Επιτομή, Σάκκουλα, 2016, σ. 569

⁹ Υπόθεση Johnston 18.12.1986, Υπόθεση Saucedo Gomez 26.01.1999

¹⁰ Κοτζάμπαση Α., Εγχειρίδιο Οικογενειακού Δικαίου, Σάκκουλα, 2021, σ. 81

¹¹ Πιτσιρίκος Γ., ό.π., σ. 86

¹² Πιτσιρίκος Γ., ό.π., σ. 60

¹³ ΠΠρΡοδ 114/2009, ΠΠρΡοδ 115/2009, Εγκύκλιος Εισαγγελέα Αρείου Πάγου 5/2008

¹⁴ Πιτσιρίκος Γ., ό.π., σ. 60

¹⁵ Παπαχρίστου Θ. - Κουμουτζής Ν.- Τσούκα Χ., ό.π., Πρόλογος και σ. 4

¹⁶ ΕΔΔΑ, Βαλλιανάτος και άλλοι κατά Ελλάδος, 2013, διαθέσιμη σε HUDOC

καστήριο λόγω της ομοιότητας των προσφυγών και των ουσιωδών ζητημάτων που αυτές εγείρουν, προχώρησε στην ένωση και συνεκδίκασή τους. Οι προσφεύγοντες επικαλέστηκαν ότι με την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του νόμου 3719/2008, είχε παραβιαστεί το δικαίωμα τους στον σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής τους (άρθρο 8 ΕΣΔΑ), καθώς και ότι είχε δημιουργηθεί αδικαιολόγητη διάκριση σε βάρος τους λόγω του σεξουαλικού προσανατολισμού τους (άρθρο 14 ΕΣΔΑ).

Όσον αφορά στο παραδεκτό των προσφυγών, η υπερασπιστική γραμμή της ελληνικής Κυβέρνησης αμφισβήτησε το αν οι προσφεύγοντες μπορούσαν να θεωρηθούν θύματα των προβαλλόμενων παραβιάσεων, γιατί δεν υπέστησαν άμεσα αρνητικές συνέπειες λόγω του αποκλεισμού σύναψης συμφώνου συμβίωσης που να δικαιολογούν προσωπικό έννομο συμφέρον προσφυγής στο Δικαστήριο. Επίσης, αναφέρθηκε ότι δεν συντρέχει το αναγκαίο στοιχείο της εξάντλησης των εσωτερικών έννομων μέσων λόγω έλλειψης ενός αποτελεσματικού ένδικου μέσου στην ελληνική έννομη τάξη, διότι οι προσφεύγοντες θα μπορούσαν να είχαν θέσει το ζήτημα ενώπιον της ελληνικής δικαιοσύνης μέσα από τα άρθρα 57, 914, 932 του Αστικού Κώδικα και 105 ΕισΝΑΚ, ώστε να διεκδικήσουν αποζημίωση. Οι προσφεύγοντες προέβαλαν κυρίως το επιχείρημα ότι η αγωγή αποζημίωσης με επίκληση του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ δεν ήταν ένα αποτελεσματικό ένδικο μέσο, διότι καμία αποζημίωση δεν θα μπορούσε να αποκαταστήσει το αίσθημα αποκλεισμού και κοινωνικής περιθωριοποίησης εκτός από μια καταδικαστική απόφαση του Δικαστηρίου, που θα αποτελούσε πραγματική δικαίωση. Τέλος, τέθηκε το ζήτημα της επιφυλακτικότητας των εσωτερικών δικαστηρίων για την έγερση αγωγής αποζημίωσης επί σιωπής του νομοθέτη και τη νομολογιακή πρακτική το Κράτος να μη θεωρείται αστικά υπεύθυνο όταν ο νόμος αντιτίθεται σε κανόνα αυξημένης τυπικής ισχύος, καθώς προστατεύεται γενικά η δυνατότητα ελεύθερης εκτίμησης του νομοθέτη.

Από τα παραπάνω, το Δικαστήριο έκρινε ότι οι προσφεύγοντες, εκτός του σωματίου του οποίου έκρινε απαράδεκτη την προσφυγή, πράγματι έφεραν την ιδιότητα του (άμεσου) θύματος με προσωπικό έννομο συμφέρον με βάση το άρθρο 34 της ΕΣΔΑ. Για την εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι το ένδικο μέσο που πρότεινε η Κυβέρνηση για την επιδίκαση

αποζημίωσης δεν θα ήταν αποτελεσματικό, γιατί αφενός, το Κράτος δεν θα είχε τη νομική υποχρέωση τροποποίησης της επίμαχης νομοθεσίας και αφετέρου, σύμφωνα με τη δικαστηριακή πρακτική δεν αποδεικνυόταν έμπρακτα ότι η αγωγή με βάση το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ θα μπορούσε να αποκαταστήσει τα αιτήματα των προσφευγόντων, βάσει των άρθρων 8 και 14 της Σύμβασης. Συνεπώς, σύμφωνα με το άρθρο 35 της ΕΣΔΑ η αγωγή του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ δεν θεωρείται ένδικο μέσο που θα έπρεπε να είχε εξαντληθεί.

Στην ουσία της υπόθεσης, η Κυβέρνηση αρχικά υποστήριξε ότι ο στόχος του νόμου 3719/2008 ήταν να επιτραπεί σε γονείς να μεγαλώσουν τα βιολογικά τους τέκνα με ίσους όρους (π.χ άσκηση γονικής μέριμνας), χωρίς να απαιτείται η σύναψη γάμου για να μην καταλήγει το παιδί νομικά να χαρακτηρίζεται ως τέκνο γεννημένο εκτός γάμου. Δηλαδή, αποτελούσε ένα νέο νομικό μόρφωμα προστασίας της παραδοσιακής μορφής της οικογένειας και των παιδιών που γεννιούνται στο πλαίσιο της απλής συμβίωσης, γιατί ο αριθμός των άγαμων ετερόφυλων ζευγαριών με παιδιά και των μονογονεϊκών οικογενειών, αυξανόταν όλο και περισσότερο. Ως επιχείρημά της, προέβαλε ακόμη το γεγονός ότι η περιουσιακή και προσωπική κατάσταση των προσφευγόντων, οι κληρονομικές και κοινωνικοασφαλιστικές υποθέσεις τους δεν επηρεάζονταν από την εξαίρεσή τους από το πεδίο του νόμου, γιατί θα μπορούσαν να ρυθμιστούν με κάποια σύμβαση και ζήτησε να γίνει διαχωρισμός των προσφευγόντων σε εκείνους που συγκατοικούν, ώστε η εξέταση της περίπτωσης τους να γίνει υπό το πρίσμα της οικογενειακής ζωής, ενώ στην αντίθετη περίπτωση υπό το πρίσμα της ιδιωτικής ζωής.

Οι προσφεύγοντες αντέκρουσαν τους ισχυρισμούς της Κυβέρνησης, αναφέροντας τη γενικότερη τάση στα ευρωπαϊκά κράτη να αναγνωρίζεται νομικά, τουλάχιστον, η συμβίωση των ομόφυλων ζευγαριών, τονίζοντας ότι η Ελλάδα επέμενε ακόμη σθεναρά στην παραδοσιακή μορφή της ετεροφυλικής οικογένειας, αποκλείοντας τους ομοφυλόφιλους και ενισχύοντας τις προκαταλήψεις απέναντί τους, καθώς η εξαίρεσή τους συμβόλιζε μια αρνητική ηθική κρίση για τον σεξουαλικό τους προσανατολισμό. Τέλος, παρατήρησαν ότι από το γράμμα του νόμου ήταν φανερό ότι αυτός κατασκευάστηκε για να ρυθμίσει την κατάσταση των ζευγαριών που δεν επιθυμούσαν γενικότερα να παντρευτούν, ανεξάρτητα από το αν είχαν ή ήθελαν να αποκτή-

σουν παιδί, άρα ο αποκλεισμός τους ήταν προδήλως αδικαιολόγητος.

Το Δικαστήριο, μελετώντας τα παραπάνω, έκρινε ότι η συμβίωση των ζευγαριών εκτός από την έννοια της ιδιωτικής ζωής, υπαγόταν και σε εκείνη της οικογενειακής ζωής, συνεπώς θεωρείται σωστή η εφαρμογή των άρθρων 8 και 14 της Σύμβασης. Έτσι, χαρακτήρισε το αίτημα της Κυβέρνησης για διαχωρισμό συγκατοικούντων και μη προσφευγόντων ως αβάσιμο, ενώ αναγνώρισε την ύπαρξη δυσμενούς διάκρισης εις βάρος των ομόφυλων ζευγαριών. Για να είναι δικαιολογημένη κάποια διαφορετική μεταχείριση προσώπων σε συγκρίσιμες περιστάσεις, θα πρέπει να υπάρχει αντικειμενικός και εύλογος λόγος. Με τον αποκλεισμό των ομόφυλων από τη δυνατότητα σύναψης συμφώνου συμβίωσης δημιουργείται αρνητική διάκριση με την έννοια του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ, διότι ο σεξουαλικός προσανατολισμός περιλαμβάνεται στο προστατευτικό πεδίο της διάταξης, άρα οποιαδήποτε διαφορετική νομική αντιμετώπιση λόγω του τελευταίου καταλήγει να θεωρείται απαράδεκτη από τη Σύμβαση, καθώς στις περιπτώσεις αυτές η ελεύθερη εκτίμηση των Κρατών για την εσωτερική τους νομοθεσία περιορίζεται αυστηρά.

Κατά το Δικαστήριο, τα ομόφυλα ζευγάρια είναι εξίσου ικανά για τη σύναψη σταθερών σχέσεων αφοσίωσης. Συνεπώς υπάρχει συγκρίσιμη κατάσταση τους με τα ετερόφυλα ζευγάρια για την ανάγκη νομικής αναγνώρισης της συμβίωσης τους. Έκρινε, περαιτέρω, ότι η δυνατότητα που δίνει το κοινό ελληνικό δίκαιο για ρύθμιση προσωπικών θεμάτων με σύμβαση σύμφωνα με το επιχείρημα της Κυβέρνησης δεν ήταν ισχυρό, διότι ο νόμος 3719/2008 πρόσφερε γενικά μια αναγνωρισμένη εναλλακτική μορφή οικογένειας με αυταξία που θα ήταν ιδιαίτερα ωφέλιμη στα ομόφυλα ζευγάρια, ώστε να αναγνωριστούν νομικά από την ελληνική έννομη τάξη και να ρυθμίσουν την αστική τους κατάσταση επίσημα, διότι σε αντίθεση με τα ετερόφυλα ζευγάρια η έννοια των ελεύθερων ενώσεων του Αστικού Κώδικα δεν τους περιελάμβανε.

Αποδέχτηκε ότι η θεσμοθέτηση του συμφώνου συμβίωσης για την προστασία της παραδοσιακής μορφής της οικογένειας ήταν ο κύριος λόγος δημιουργίας του, όμως με βάση την αρχή της αναλογικότητας, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η διάκριση λόγω του σεξουαλικού προσανατολισμού κρίνεται αδικαιολόγητη. Όταν επιλέγεται κάποιο μέσο για την προστασία ενός εννόμου αγαθού από το

Κράτος, θα πρέπει να γίνεται σε συνάρτηση με τις κοινωνικές εξελίξεις. Συνεπώς, η προστασία της οικογένειας του άρθρου 8 της Σύμβασης θα έπρεπε να γίνει υπό το πρίσμα αυτό. Ακόμα, το μέσο θα πρέπει να είναι κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου και η ελληνική Κυβέρνηση δεν έπεισε το Δικαστήριο ότι επιτυγχανόταν ο στόχος αυτός, αλλά ότι στην πραγματικότητα δόθηκε απλώς η δυνατότητα αναγνώρισης της συμβίωσης μεταξύ δύο ανθρώπων και συγκεκριμένα, μόνο ετερόφυλων. Αυτό συνάγεται από την ανάγνωση του άρθρου 1 του νόμου 3719/2008, ενώ τα υπόλοιπα άρθρα μάλιστα δεν αφορούν αποκλειστικά συμβιούντες με παιδί.

Το σύμφωνο συμβίωσης υπό τον νόμο 4356/2015

Ενόψει της καταδίκης αυτής, αποφασίστηκε η θέσπιση του νόμου 4356/2015, με τίτλο «Σύμφωνο συμβίωσης, άσκηση δικαιωμάτων, ποινικές και άλλες διατάξεις», με σκοπό τον εκσυγχρονισμό της σχετικής νομοθεσίας, σύμφωνα με τον οποίο δίνεται η δυνατότητα και στα ομόφυλα ζευγάρια να συνάψουν σύμφωνο συμβίωσης, διασφαλίζοντας τον σεβασμό της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως σεξουαλικού προσανατολισμού, σύμφωνα με το διεθνές και ευρωπαϊκό δίκαιο.

Επιπλέον, οι σύντροφοι που συνάπτουν σύμφωνο, ανεξαρτήτως φύλου, εμπίπτουν στην έννοια της «οικογένειας» και των «οικείων». Έτσι, επιδιώκεται μια ισορροπία μεταξύ της ανάγκης προστασίας της οικογένειας και της ιδιωτικής αυτονομίας, αφού το σύμφωνο συμβίωσης αποτελεί μεν μια σύμβαση, με την οποία όμως δημιουργούνται οικογενειακοί δεσμοί. Επίσης, ενισχύεται περαιτέρω η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, ιδίως στις περιουσιακές σχέσεις των μερών, τα οποία είναι ελεύθερα να τις ρυθμίσουν όπως επιθυμούν, εν αντιθέσει με το γάμο, διατηρώντας, αν θέλουν, σε μεγαλύτερο βαθμό την περιουσιακή τους αυτοτέλεια, ακόμη και σε κληρονομικά ζητήματα. Διαφορετικά, έχουν πλήρη δικαιώματα, περιουσιακά και κληρονομικά¹⁷.

Είναι χαρακτηριστικό, ότι με το νόμο αυτό επήλθε η ανύψωση του συμφώνου συμβίωσης, το οποίο εξομοιώθηκε σε μεγαλύτερο βαθμό με το γάμο, χωρίς ποτέ ο τελευταίος να χάνει την «πρωτοκαθεδρία» του. Οι διατάξεις για το γάμο εφαρμόζονται αναλογικά όπου τα μέρη του συμφώνου

¹⁷ Αιτιολογική Έκθεση ν. 4356/2015

χρειάζονται περισσότερη προστασία, παρόμοια με αυτή που απολαμβάνουν οι σύζυγοι¹⁸.

Επίλογος

Οι αλλαγές που επήλθαν με τον νόμο 4356/2015 οδήγησαν στην αναβάθμιση και τον εκσυγχρονισμό του συμφώνου συμβίωσης και βρίσκονται σε αρμονία με μια σύγχρονη θεώρηση του οικογενειακού δικαίου, το οποίο αντιλαμβάνεται τα άτομα

ως ισότιμα και ικανά να αυτοκαθορίζονται και να ρυθμίζουν τις μεταξύ τους σχέσεις, χωρίς περιττές παρεμβάσεις του νομοθέτη. Σημαντικό είναι ότι όλα αυτά αφορούν πλέον σε όλα τα ζευγάρια, ανεξαρτήτως σεξουαλικού προσανατολισμού, περιορίζοντας τις κοινωνικές προκαταλήψεις και την άνιση μεταχείριση σε βάρος των ομόφυλων ζευγαριών. Ανοιχτό παραμένει το ζήτημα τυχόν νομοθετικής παρέμβασης, ώστε να επέλθει πλήρης ισότητα μεταξύ ομόφυλων και ετερόφυλων ζευγαριών, όσον αφορά και σε άλλους θεσμούς, όπως ο πολιτικός γάμος και η υιοθεσία.

¹⁸ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., ό.π., σ. 571

Σύναψη συμβάσεων μέσω διαδικτύου και προστασία του καταναλωτή

Του Δημήτρη Πλιάτσικα,
Τεταρτοετή φοιτητή Νομικής

Εισαγωγή

Τα τελευταία χρόνια, και ιδίως εν καιρώ πανδημίας λόγω της Covid-19, η κατάρτιση συμβάσεων μέσω Διαδικτύου έχει γνωρίσει μεγάλη άνθιση. Πρόκειται αναμφισβήτητα για μια νέα μορφή σύμβασης που παρουσιάζει ιδιαιτερότητες, με το νομοθετικό πλαίσιο που την καλύπτει να μην κρίνεται ιδιαίτερα επαρκές, εγείροντας συζητήσεις για την περαιτέρω αναβάθμιση και βελτίωση του. Η αύξηση των ηλεκτρονικών συναλλαγών ανέδειξε όμως και περιστατικά όπου τα δικαιώματα των καταναλωτών παραβιάστηκαν άρδην λόγω ελλειπών ενημέρωσης τους, με πολλά ηλεκτρονικά καταστήματα και εμπόρους να επιδεικνύουν αντισυμβατική συμπεριφορά όπως παρακράτηση του τιμήματος χωρίς παράδοση του προϊόντος ή αναποτελεσματική άσκηση του δικαιώματος υπαναχώρησης εκ μέρους των καταναλωτών. Ενδεικτικό της κατάστασης είναι και οι καταγγελίες στο Συνήγορο του Καταναλωτή, Ανεξάρτητης Αρχής, που αυξήθηκαν κατακόρυφα τους πρώτους μήνες του 2020, καθιστώντας πιο επιτακτική από ποτέ την παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας.

Η κατάρτιση ηλεκτρονικών συμβάσεων- συμβάσεων από απόσταση

Το π.δ.131, με το οποίο γίνεται Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/31ΕΚ σχετικά με το ηλεκτρονικό εμπόριο, ρυθμίζει ζητήματα κατάρτισης συμβάσεων με ηλεκτρονικά μέσα, από κοινού με τις γενικές διατάξεις του ΑΚ.¹ Σύμφωνα με το άρθρο 8§1 του π.δ.131/2003 επιτρέπεται η σύναψη τέτοιων συμβάσεων με την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου να προβλέπει εξαιρέσεις σε ορισμένους τομείς, όπως

για παράδειγμα την απαγόρευση συμβάσεων που θεμελιώνουν ή μεταβιβάζουν εμπράγματα δικαιώματα ή εκείνες που σχετίζονται με διαφορές οικογενειακού ή κληρονομικού δικαίου.

Τα άρθρα 8 με 11 του διατάγματος αναφέρουν ειδικότερα ποιες προϋποθέσεις θα πρέπει να πληρούν οι ηλεκτρονικές συμβάσεις ώστε να είναι έγκυρες. Ενδεικτικά, το άρθρο 9, συμπληρωματικά προς τις διατάξεις των άρθρων 4 και 5 του π.δ. θεσπίζει υποχρέωση του φορέα παροχής υπηρεσιών να παρέχει κάποιες αναγκαίες πληροφορίες κατά τρόπο «σαφή, κατανοητό και αδιαφιλονίκητο», πριν από την ανάθεση της παραγγελίας από τον αποδέκτη της υπηρεσίας όπως τα διάφορα τεχνικά στάδια έως τη σύναψη της σύμβασης, εάν ο φορέας παροχής υπηρεσιών θα αρχειοθετήσει ή όχι τη σύμβαση μετά τη σύναψή της καθώς και εάν προβλέπεται δυνατότητα πρόσβασης σε αυτήν, τα τεχνικά μέσα που θα επιτρέπουν τον εντοπισμό και τη διόρθωση σφαλμάτων ηλεκτρονικού χειρισμού πριν από την ανάθεση της παραγγελίας, τις γλώσσες στις οποίες μπορεί να συναφθεί η σύμβαση κ.ο.κ. Το ά.4 του π.δ.131/2003 υποχρεώνει τους φορείς παροχής υπηρεσιών να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με το ηλεκτρονικό εμπόριο όπως η επωνυμία του φορέα της παροχής της υπηρεσίας, η γεωγραφική διεύθυνση, στην οποία είναι εγκατεστημένος, τα στοιχεία που επιτρέπουν την άμεση και ταχεία επικοινωνία του καταναλωτή με το φορέα παροχής της υπηρεσίας (διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, τηλέφωνο κ.ο.κ), τις τιμές των προϊόντων με διευκρίνιση του φόρου και των δαπανών μεταφοράς κ.ο.κ. Πιο τεχνικά ζητήματα διευθετεί το άρθρο 10 αναφορικά με την κατάρτιση της σύμβασης όπως την υποχρέωση του φορέα παροχής υπηρεσιών να αποστέλλει αποδεικτικό παραλαβής της παραγγελίας του αποδέκτη χωρίς

¹ Ιγγλεζάκη, Δίκαιο Πληροφορικής, Σάκκου-λα, 2020, σελ. 218-220

περιττή καθυστέρηση και με ηλεκτρονικά μέσα ή την υποχρέωση του να διαμορφώνει τεχνικά τη διαδικασία παραγγελίας προϊόντων ή υπηρεσιών έτσι, ώστε η παραγγελία να πραγματοποιείται σε διακριτά μεταξύ τους στάδια, να παρέχει τη δυνατότητα στον αποδέκτη της υπηρεσίας για διόρθωση ενδεχόμενων σφαλμάτων χειρισμού και να ζητεί επιβεβαίωση της παραγγελίας από τον χρήστη σε κάθε επόμενο στάδιο.

Έννοια του καταναλωτή στο ηλεκτρονικό εμπόριο-Συμβάσεις από απόσταση

Η προστασία των χρηστών στο Διαδίκτυο και πιο συγκεκριμένα στις ηλεκτρονικές συναλλαγές, συμπληρώνεται με τον ν.2251/1994, όπου οι χρήστες φέρουν την ιδιότητα του καταναλωτή. Σύμφωνα με το άρθρο 1^α του ν.2251/1994, καταναλωτής είναι κάθε φυσικό πρόσωπο το οποίο ενεργεί για λόγους οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα. Οι διατάξεις του δικαιού της προστασίας του καταναλωτή που βρίσκουν εν προκειμένω εφαρμογή αφορούν τους γενικούς όρους συναλλαγών, τις συμβάσεις από απόσταση, τη διαφήμιση και την πώληση καταναλωτικών αγαθών.²

Ως σύμβαση από απόσταση ορίζεται, βάσει του άρθρου 3§1 του ν.2251/1994, κάθε σύμβαση η οποία συνάπτεται μεταξύ του προμηθευτή και του καταναλωτή στο πλαίσιο ενός οργανωμένου συστήματος πωλήσεων από απόσταση ή παροχής υπηρεσιών χωρίς την ταυτόχρονη φυσική παρουσία του προμηθευτή και του καταναλωτή, με αποκλειστική χρήση ενός ή περισσότερων μέσων επικοινωνίας από απόσταση, όπως το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, το τηλέφωνο, η τηλεομοιοτυπία ή το διαδίκτυο, μέχρι και τη στιγμή σύναψης της σύμβασης. Σε αυτού του είδους τις συμβάσεις, πολύ σημαντικά θεωρούνται το δικαίωμα ενημέρωσής και το δικαίωμα υπαναχώρησης του καταναλωτή· γίνεται επομένως αντιληπτό του πόση σημασία δίνει ο νομοθέτης στην έγκαιρη και ολιστική ενημέρωση του καταναλωτή προτού αποφασίσει να συμβληθεί με τον προμηθευτή, λαμβάνοντας υπόψη ότι και το π.δ.131/2003 προβλέπει αντίστοιχες διατάξεις.

Ειδικότερα, τα άρθρα 3β και 3δ του ν.2251/1994 προβλέπουν ποιες πληροφορίες πρέπει να παρέχει

ο προμηθευτής πριν την κατάρτιση της σύμβασης, επί ποινή ακυρότητας της τελευταίας, όπως τα κύρια χαρακτηριστικά των αγαθών ή υπηρεσιών, τη συνολική τους τιμή, το κόστος χρησιμοποίησης του μέσου επικοινωνίας από απόσταση, τις διευθετήσεις παράδοσης, πληρωμής, εκτέλεσης κ.κ. Το άρθρο 3δ δε, καθορίζει τον τρόπο και το χρόνο παροχής των πληροφοριών στις συμβάσεις από απόσταση, στο προσυμβατικό και το συμβατικό στάδιο. Όσον αφορά το δικαίωμα υπαναχώρησης που κατοχυρώνεται στο άρθρο 3 ε' ν.2251/1994, στην παράγραφο 1 προβλέπεται ότι ο καταναλωτής έχει προθεσμία 14 ημερολογιακών ημερών για να υπαναχωρήσει από την καταρτισθείσα σύμβαση, και μάλιστα ανατιολόγητα, με μόνη επιβάρυνση τα έξοδα επιστροφής του προϊόντος, άλλως, εάν δηλαδή ο προμηθευτής δεν ενημερώσει τον καταναλωτή για το δικαίωμα υπαναχώρησης, η προθεσμία αυτή ορίζεται σε 12 μήνες μετά το τέλος της αρχικής προθεσμίας υπαναχώρησης. Ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα είναι η διάταξη του άρθρου 3ι που διαμορφώνει την ευθύνη του καταναλωτή σε περίπτωση μείωσης της αξίας του προϊόντος. Ο καταναλωτής μπορεί να προβεί σε όλες εκείνες τις πράξεις που θα του επιτρέψουν να δοκιμάσει το προϊόν, όπως ακριβώς θα έκανε και σε ένα φυσικό κατάστημα, ωστόσο εάν υπερβεί το αναγκαίο μέτρο, οφείλει να καταβάλει αποζημίωση στον προμηθευτή.³

Γενικοί όροι Συναλλαγών (ΓΟΣ)

Στις συμβάσεις που καταρτίζονται από απόσταση, περιλαμβάνονται αρκετά συχνά Γενικοί όροι Συναλλαγών (ΓΟΣ), οι οποίοι είναι προδιατυπωμένοι και εφαρμόζονται σε αόριστο αριθμό αυτών. Οι ΓΟΣ καθορίζουν το εκάστοτε περιεχόμενο της συναλλαγής καθώς και τα δικαιώματα ή τις υποχρεώσεις που έχει ο καταναλωτής σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξής της. Οι διατάξεις του ν.2251/1994 έχουν εφαρμογή και εδώ. Ειδικότερα, στο άρθρο 2§§ 6 και 7 του ν.2251/1994 μνημονεύεται ότι οι ΓΟΣ πρέπει να υπόκεινται σε έλεγχο καταχρηστικότητας, με την έκτη παράγραφο να επισημαίνει ότι οι ΓΟΣ που έχουν ως αποτέλεσμα την σημαντική διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή να απαγορεύονται και να θεωρούνται

² Ιγγλεζάκη, Δίκαιο Πληροφορικής, Σάκκου-λα, 2020, σελ. 233

³ Τσότσου Α., Η προστασία του καταναλωτή στο ηλεκτρονικό εμπόριο, Lawyer, 2020, σελ. 35.

άκυροι.⁴ Η παράγραφος 7 αναφέρει ενδεικτικές περιπτώσεις καταχρηστικών ΓΟΣ όπως α) παρέχουν στον προμηθευτή, χωρίς εύλογη αιτία, υπερβολικά μεγάλη προθεσμία αποδοχής της πρότασης του καταναλωτή για σύναψη σύμβασης, β) περιορίζουν τις ανειλημμένες συμβατικές υποχρεώσεις και ευθύνες των προμηθευτών, γ) προβλέπουν προθεσμία καταγγελίας της σύμβασης υπερβολικά σύντομη για τον καταναλωτή ή υπερβολικά μακρά για τον προμηθευτή κοκ.

Δικαστική - Εξώδικη επίλυση διαφορών μεταξύ καταναλωτή και προμηθευτή

Όλες αυτές οι διατάξεις και τα νομοθετήματα θα ήταν κενά περιεχομένου χωρίς την δυνατότητα δικαστικής επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν μεταξύ καταναλωτή και προμηθευτή, ειδικά αν λάβει κανείς υπόψη τα μεγάλα ποσοστά αντισυμβατικής συμπεριφοράς πολλών προμηθευτών τα τελευταία χρόνια, ειδικά κατά την διάρκεια της πανδημίας. Ο καταναλωτής μπορεί να επιτύχει αποτελεσματική έννομη προστασία τόσο σε ατομικό όσο και σε συλλογικό επίπεδο. Πιο συγκεκριμένα σε ατομικό επίπεδο, με τα άρθρα 15 - 19 του π.δ.131/2003, έχει δικαστική αξίωση αποζημίωσης είτε λόγω ενδοσυμβατικής είτε λόγω αδιοπρακτικής ευθύνης ενώ το άρθρο 17 προβλέπει και την λήψη ασφαλιστικών μέτρων· το Μονομελές Πρωτοδικείο διατάσσει ως ασφαλιστικό μέτρο οποιοδήποτε πρόσφορο μέτρο, ιδίως τη συντηρητική κατάσχεση των αντικειμένων που κατέχονται από τον καθ' ου ή από τρίτον και αποτελούν μέσο τέλεσης ή προϊόν ή απόδειξη της προσβολής. Σε συλλογικό δε επίπεδο, θα πρέπει να επισημανθεί η δικαστική προστασία που παρέχει το άρθρο 10 του ν.2251/1994 με την παράγραφο 16 να προβλέπει την δυνατότητα άσκησης συλλογικής αγωγής μέσω ενώσεων καταναλωτών για την προστασία των γενικότερων συμφερόντων του καταναλωτικού κοινού. Το άρθρο 19 του π.δ, προβλέπει και την επιβολή ποινικών και διοικητικών κυρώσεων από τον Υπουργό Ανάπτυξης ύστερα από καταγγελία των καταναλωτών ή των ενώσεων καταναλωτών.⁵

Στον αντίποδα, το προεδρικό διάταγμα και ο νόμος περί προστασίας των καταναλωτών περιλα-

βάνουν διατάξεις και για την εξωδικαστική επίλυση των διαφορών μεταξύ καταναλωτών και προμηθευτών. Ειδικότερα το άρθρο 16 του π.δ.131/2003 παραπέμπει στο άρθρο 11 του ν.2251/1994 που αναφέρει τις Επιτροπές Φιλικού Διακανονισμού, η συγκρότηση και η λειτουργία των οποίων έχει ανατεθεί στους δήμους και στις οποίες οι υποθέσεις εισάγονται κατόπιν αίτησης του καταναλωτή ή της καταναλωτικής ένωσης ή έπειτα από παραπομπή του Συνηγόρου του Καταναλωτή.

Πολύ σημαντικός θεσμός είναι και ο Συνήγορος του Καταναλωτή, Ανεξάρτητη Αρχή η οποία συστάθηκε με τον νόμο 3297/2004. Ο Συνήγορος του Καταναλωτή επιλαμβάνεται υποθέσεων αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν αναφοράς από τον άμεσα ενδιαφερόμενο, προβαίνει σε έρευνα και αξιολόγηση των στοιχείων της διαφοράς, ενώ μπορεί να καλέσει και τους άμεσα ενδιαφερόμενους σε ακρόαση με στόχο το φιλικό διακανονισμό. Δεν αποτελεί δικαιοδοτικό όργανο, κατ' επέκταση δεν επιλαμβάνεται υποθέσεων ενώπιον δικαστικών αρχών. Ως θεσμός, αποδεικνύεται ιδιαίτερα χρήσιμος με τις συστάσεις του προς τους καταναλωτές, ειδικά όσον αφορά τις ηλεκτρονικές συναλλαγές, ώστε να αποφευχθούν φαινόμενα εξαπάτησης αυτών. Ενδεικτικά, πάνω από το 80% των υποθέσεων αρμοδιότητας της Ανεξάρτητης αυτής Αρχής διευθετήθηκαν φιλικά-εξωδικαστικά, με το 82,74% των αναφορών να καταλήγει σε επίλυση, εκ των οποίων το 71,12% υπέρ των καταναλωτών και το 11,62% υπέρ των προμηθευτών, μέσα σε σύντομο χρονικό διάστημα. Το επίπεδο αποτελεσματικότητας της διαιεσολάβησης παραμένει υψηλό, με αποτέλεσμα να μην επιβαρύνονται τα Δικαστήρια παρά μόνο σε ελάχιστες περιπτώσεις που αφορούν κυρίως καταναλωτικές διαφορές με Τράπεζες ή Ασφαλιστικές Εταιρίες.⁶

Τέλος, ο Κανονισμός 524/2013 μέσω της προβλεπόμενης ευρωπαϊκής πλατφόρμας ηλεκτρονικής επίλυσης διαφορών (ΗΕΔ) αποβλέπει στην αμερόληπτη και ταχεία διευθέτηση τους στα πλαίσια του ηλεκτρονικού εμπορίου. Το πεδίο του Κανονισμού είναι περιορισμένο, καλύπτοντας διαφορές που αναφέρονται μόνο μεταξύ καταναλωτών που μένουν στην Ένωση και εμπόρων εγκατεστημένων σε αυτή αλλά και σε συμβάσεις πώλησης ή παροχής υπηρεσιών στις οποίες ο έμπορος προσφέρει αγαθά ή υπηρεσίες μέσω ιστότοπου ή άλ-

⁴ Ιγγλεζάκη, Δίκαιο Πληροφορικής, Σάκκου-λα, 2020, σελ. 235.

⁵ Τσότσου Α., Η προστασία του καταναλωτή στο ηλεκτρονικό εμπόριο, Lawyer, 2020, σελ. 37.

⁶ Ζαγορίτης Α., Η προστασία του καταναλωτή στο ηλεκτρονικό εμπόριο, Lawyer, 2020, σελ. 41.

λου ηλεκτρονικού μέσου και αντίστοιχα ο καταναλωτής αγοράζει αγαθά μέσω του ιστότοπου ή άλλου ηλεκτρονικού μέσου. Η πλατφόρμα παρέχει πρότυπα ηλεκτρονικά έντυπα υποβολής καταγγελιών, ενημερώνει τον καταγγελλόμενο σχετικά με την καταγγελία και προσδιορίζει τον αρμόδιο φορέα εξωδικαστικής επίλυσης διαφορών (ΕΕΔ) και διαβιβάζει την καταγγελία στον φορέα ΕΕΔ.⁷

Κώδικας Καταναλωτικής δεοντολογίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο

Στη χώρα μας, από 23.03.2017 τέθηκε σε ισχύ ο Κώδικας Καταναλωτικής Δεοντολογίας για το Ηλεκτρονικό Εμπόριο ο οποίος και εφαρμόζεται στις καταναλωτικές συμβάσεις και γενικότερα στις συμβάσεις από απόσταση. Ο Κώδικας δεν είναι νομικά δεσμευτικός, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 στοιχείο ε' π.δ.131/2003, ωστόσο θέτει κατευθυντήριες γραμμές και κανόνες επαγγελματικής δεοντολογίας και ηθικής συμπεριφοράς που πρέπει να τηρούνται απέναντι στους καταναλωτές. Περιέχει διατάξεις για την προσυμβατική ενημέρωση του καταναλωτή αλλά και την ενημέρωση για την

πορεία της παραγγελίας του, διατάξεις για υποχρέωση σαφήνειας, αποχής από παραπλανητικές ή επιθετικές πρακτικές, διατάξεις για την προστασία των ανηλίκων κοκ. Οι επιχειρήσεις, εξάλλου, που εφαρμόζουν το περιεχόμενό του οφείλουν να εναρμονίζονται με την νομοθεσία για την προστασία προσωπικών δεδομένων, να ενημερώνουν για τη χρήση cookies και να τηρούν τους κανόνες που αφορούν την πραγματοποίηση μη ζητηθέντων εμπορικών επικοινωνιών.⁸

Συμπερασματικά

Εν κατακλείδι, δεν μπορούμε να αγνοήσουμε πως οι ηλεκτρονικές συναλλαγές και το ηλεκτρονικό εμπόριο εν γένει αποτελούν την νέα κοινωνική πραγματικότητα. Η ύπαρξη ενός αυστηρότερου και πλέον ενιαίου νομοθετικού πλαισίου, που θα γίνεται πραγματικά σεβαστό από τους εμπόρους-προμηθευτές, κρίνεται ως η πλέον ενδεδειγμένη λύση ώστε να μειωθούν τα φαινόμενα αντισυμβατικής συμπεριφοράς και εξαπάτησης των καταναλωτών αλλά και συγχρόνως να εδραιωθούν ουσιαστικές σχέσεις εμπιστοσύνης μεταξύ των μερών.

⁷ Ιγγλεζάκη, Δίκαιο Πληροφορικής, Σάκκου-λα, 2020, σελ. 244-245.

⁸ Ιγγλεζάκη, Δίκαιο Πληροφορικής, Σάκκου-λα, 2020, σελ. 248-249.

⁴ 757/2010, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=J4Q6QG971K3JY8YNNND4Q1JZ99ICQI4&apof=757_2010&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C4

άλλα λόγια, μεταξύ των δύο αυτών στοιχείων είναι απαραίτητη η ύπαρξη σχέσης αιτιώδους συνάφειας. Οι διαθετικές αυτές πράξεις του οφειλέτη άλλοτε εκδηλώνονται με τη μορφή ενέργειας (λ.χ. κατάρτιση εκπαιδευτικής δικαιοπραξίας) και άλλοτε με τη μορφή παράλειψης (λ.χ. παράλειψη διακοπής του χρόνου παραγραφής)⁵. Αναφορικά με την παράλειψη, κρίσιμη είναι η επισήμανση ότι αυτή πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την απώλεια ήδη κεκτημένου δικαιώματος, ώστε να εμπίπτει στη ρύθμιση του άρ. 939ΑΚ.

Όσον αφορά το πρόσωπο που διενεργεί τις απαλλοτριωτικές πράξεις, έχει καταστεί εναργές ότι αυτό θα πρέπει να είναι το πρόσωπο του οφειλέτη. Ο τελευταίος, μάλιστα, είτε αυτοπροσώπως είτε μέσω άμεσου αντιπροσώπου (άρ. 211ΑΚ) απαιτείται να διαθέτει περιουσιακά του στοιχεία εκουσίως. Εξάλλου, όπως επιρρωννύεται από τη νομολογία, σε διάρρηξη [...] υπόκεινται μόνο οι απαλλοτριώσεις των μοναδικών περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη, οι οποίες γίνονται από αυτόν όχι αναγκαστικά αλλά εκουσίως⁶.

Εξαιρέσεις από την έννοια της απαλλοτρίωσης

Προσεγγίζοντας δικαιοπολιτικά τον θεσμό της διάρρηξης ο νομοθέτης προέβη σε στάθμιση των συμφερόντων του δανειστή και του οφειλέτη περιορίζοντας τις περιπτώσεις που υπάγονται στην έννοια της απαλλοτρίωσης. Κρίθηκαν, λοιπόν, ως νομικά αδιάφορες: η αποποίηση κληρονομίας και κληροδοσίας, η καταβολή ληξιπρόθεσμου χρέους (άρ. 940ΑΚ) και η κατάρτιση υποσχετικών συμβάσεων. Ως προς τις υποσχετικές συμβάσεις, εφόσον η συνομολόγηση αυτών επαυξάνει αποκλειστικά το παθητικό σκέλος της περιουσίας του οφειλέτη, υποστηρίζεται ότι αυτές δεν καταλαμβάνονται από την έννοια της απαλλοτρίωσης⁷. Ιδιαίτερα απαισχόλησε τη θεωρία και τη νομολογία η περίπτωση του προσυμφώνου (άρ.166ΑΚ), το οποίο μολονότι αποτελεί υποσχετική δικαιοπραξία, όταν φέρει ρή-

τρα αυτοσύμβασης, γεννά αμφισβήτηση ως προς τον τρόπο αντιμετώπισής του. Διατυπώθηκε ειδικότερα η άποψη ότι η εν λόγω ρήτρα περιορίζει άμεσα την εξουσία διάθεσης του οφειλέτη επί του αντικειμένου του και, κατά συνέπεια, ορθότερο είναι να συγκαταλέγεται στις περιπτώσεις απαλλοτρίωσης, άποψη η οποία πάντως δεν υιοθετήθηκε από τη νομολογία⁸.

Πρόθεση βλάβης των δανειστών- Δόλος του οφειλέτη

Από την ερμηνεία των άρ. 939 και 941ΑΚ προκύπτει ότι ο οφειλέτης θα πρέπει να διαθέτει στοιχεία της περιουσίας του με πρόθεση βλάβης των δανειστών του. Πιο συγκεκριμένα, η ύπαρξη δόλου στο πρόσωπο του οφειλέτη σημαίνει τη γνώση και τουλάχιστον την αποδοχή της μείωσης της περιουσίας του με αποτέλεσμα την αδυναμία εκπλήρωσης των υποχρεώσεων του απέναντι στους δανειστές⁹. Συνεπώς, η έστω και υπαίτια άγνοια εκ μέρους του οφειλέτη της προκαλούμενης στους δανειστές βλάβης δεν αρκεί για την πλήρωση του υποκειμενικού στοιχείου που απαιτείται για τη γένεση του δικαιώματος διάρρηξης. Η διαπίστωση αυτή, ωστόσο, δεν πρέπει να οδηγήσει στη λανθασμένη εντύπωση ότι αυτοσκοπός του οφειλέτη πρέπει να είναι η βλάβη των δανειστών υπό την παραπάνω έννοια· αντιθέτως, είναι πιθανό η απαλλοτρίωση να εξυπηρετεί παράλληλα κι άλλους σκοπούς του οφειλέτη. Ακολούθως, κρίσιμος χρόνος για την ύπαρξη του δόλου κρίνεται ο χρόνος διενέργειας της απαλλοτρίωσης¹⁰. Τυχόν μεταγενέστερος δόλος του οφειλέτη δεν βλάπτει. Σε περίπτωση, τέλος, άμεσης αντιπροσώπευσης του οφειλέτη στη συντελεσθείσα απαλλοτρίωση, γίνεται δεκτό ότι η ύπαρξη του δόλου, σε αντίθεση με το γράμμα της διάταξης του άρθρου 212ΑΚ, θα πρέπει να κρίνεται στο πρόσωπο του αντιπροσωπευόμενου- οφειλέ-

⁵ Γεωργιάδης Απ., ό.π., σελ. 750· Κορνηλάκης Π., ό.π., σελ. 848.

⁶ 12/2008, Ολομέλεια Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=ejNAAzO29m9c9f3RIYQNW9HFqWmC7&apof=12_2008&info=%D0%CF%CB%CF%D4%CA%5%D3%20-%20%20%CF%CB%CF%CC%5%CB%5%9%CF

⁷ Γεωργιάδης Απ., ό.π., σσ. 749-750· Κορνηλάκης Π., ό.π., σελ.849.

⁸ Γεωργιάδης Απ.,ό.π., σελ. 750· βλ. όμως και 3349/2001, Εφετείου Αθηνών, διαθέσιμη σε ΝοΒ 50, 123.

⁹ 1824/2012, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=9K3AH0XJPNBPJNNWIWVMH1IL3STFQT&apof=1824_2012&info=%D0%CF%CB%CF%D4%CA%5%D3%20-%20%20%CF%CB%CF%CC%5%CB%5%9%CF

¹⁰ 1654/2008, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=QtEwltQ2n0nie8XhHkSs5dCighbv4r&apof=1654_2008&info=%D0%CF%CB%CF%D4%CA%5%D3%20-%20%20%CF%CB%CF%CC%5%CB%5%9%CF

Η γνώση του τρίτου ρυθμίζεται από τις διατάξεις των άρ. 941-942ΑΚ, στις οποίες η γνώση αξιολογείται σε συνάρτηση με τον επαχθή ή χαριστικό χαρακτήρα της απαλλοτρίωσης. Ειδικότερα, το άρ. 941ΑΚ αναφέρεται στην περίπτωση κατά την οποία ο τρίτος για την απόκτηση του περιουσιακού στοιχείου του οφειλέτη καταβάλλει αντάλλαγμα ορίζοντας ότι για την ύπαρξη δικαιώματος διάρρηξης στο πρόσωπο του δανειστή απαραίτητη είναι η θετική γνώση του τρίτου σχετικά με τον δόλο του οφειλέτη. Περιεχόμενο της τελευταίας απαιτείται να είναι η επίγνωση του τρίτου ότι η συντελεσθείσα απαλλοτρίωση κατατείνει στη ζημία των δανειστών του αντισυμβαλλομένου του. Από το πνεύμα της διάταξης του άρ. 941ΑΚ συνάγεται ότι δεν είναι αναγκαία η συμπαιγνία οφειλέτη- τρίτου, ωστόσο, αν αυτή στοιχειοθετείται, κατά την κρατούσα άποψη¹², θεμελιώνει αξίωση αποζημίωσης των δανειστών κατ' άρ. 919ΑΚ κι αυτό γιατί *η συμπαιγνία αποτελεί περιστατικό το οποίο βρίσκεται πέρα από το «δόλο του οφειλέτη» και τη «γνώση του τρίτου», [...], εμφανίζει δε την συμπεριφορά αυτών ιδιαίτερα αξιόμμεμπη*¹³. Για τον χρόνο κατά τον οποίο είναι κρίσιμη η ύπαρξη γνώσης του τρίτου ισχύουν mutatis mutandis όσα αναφέρθηκαν περί του δόλου του οφειλέτη. Επιπλέον, προς διευκόλυνση του δανειστή, ο νόμος εγκαθιδρύει στο άρ. 941§2ΑΚ μαχητό τεκμήριο γνώσης του τρίτου με περιορισμένη χρονική ισχύ (έως ένα έτος από τη διενέργεια της απαλλοτρίωσης), αν ο ίδιος είναι σύζυγος ή συγγενής- μέχρι τον προβλεπόμενο στη διάταξη βαθμό- με τον οφειλέτη που απαλλοτριώνει. Από την άλλη πλευρά, ο νομοθέτης, αντιμετωπίζοντας επιφυλακτικά τις χαριστικές παροχές, ορίζει στο άρ. 942ΑΚ ότι η γνώση ή άγνοια του τρίτου [που δεν κατέβαλε αντάλλαγμα] είναι νομικά αδιάφορη, υπό την έννοια ότι το συμφέρον των δανειστών επικρατεί

Ανεπάρκεια της υπολειπόμενης περιουσίας του οφειλέτη

Η ανεπάρκεια του ενεργητικού της περιουσίας του οφειλέτη ως αυτοτελής προϋπόθεση προκύπτει από το άρ. 939ΑΚ, όπου ορίζεται ότι το δικαίωμα διάρρηξης των δανειστών γεννάται μόνο εφόσον το μετά την απαλλοτρίωση περιουσιακό status quo του οφειλέτη καθιστά αδύνατη την ικανοποίηση τους. Καταδεικνύεται έτσι η αναγκαιότητα να περιέλθει ο οφειλέτης σε κατάσταση αφεργγυότητας, η οποία πρέπει να απορρέει από την πραγματοποιηθείσα εκ μέρους του απαλλοτρίωση (σχέση αιτιώδους συνάφειας). Ο έλεγχος της υπόλοιπης περιουσίας του οφειλέτη για την απόφασή περί επάρκειας ή μη του ενεργητικού της διενεργείται αποκλειστικά επί του εμφανούς τμήματος αυτής, καθώς η αφανής περιουσία του οφειλέτη (λ.χ. τραπεζικές καταθέσεις καλυπτόμενες από το τραπεζικό απόρρητο) δεν υπόκειται σε αναζήτηση από τους δανειστές¹⁴. Με τη θέσπιση, τελικά, της παραπάνω προϋπόθεσης ο νομοθέτης αποβλέπει στην περιφρούρηση της ελευθερίας των συμβάσεων, ειδάλλως η ιδιωτική αυτονομία του οφειλέτη θα καθίστατο έρμαιο του δικαιώματος διάρρηξης των δανειστών του.

Δικονομικά ζητήματα

Το δικαίωμα διάρρηξης των δανειστών, εφόσον πληρούνται οι προαναφερθείσες προϋποθέσεις, ασκείται είτε εξώδικα είτε δικαστικά με αγωγή, κύρια παρέμβαση ή ένσταση.

Ενεργητική νομιμοποίηση

Νόμιμοι δικαιούχοι της αγωγής διάρρηξης είναι καταρχήν οι δανειστές του οφειλέτη με προγενέστερη, ήδη γεγεννημένη αξίωση περιουσιακής φύσεως¹⁵. Ωστόσο, κατά την κρατούσα στη θεωρία

¹¹ Γεωργιάδης Απ.,ό.π., σελ.751. Κορνηλάκης Π.,ό.π., σελ.851.

¹² Γεωργιάδης Απ.,ό.π., σελ.748. Κορνηλάκης Π.,ό.π., σελ. 851.

¹³ όπως ακριβώς, 12/2008, Ολομέλεια Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=ejNAAzO29m9c9f3RIYQNw9HFqWMcE7&apof=12_2008&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%CF%CB%CF%CC%C5%CB%C5%C9%C1

¹⁴ 941/2007, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=BBYMNTRdu3RIUdvqvqfANfXUmfBiqVm&apof=941_2007&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C1

¹⁵ 1825/2009, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=K4YC5WBHG07IIM103XIU9TVZl6JYX8&apof=1825_2009&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C3

άποψη, η ρύθμιση των άρ.939 επ. ΑΚ περιλαμβάνει και τους δανειστές εκείνους των οποίων οι αξιώσεις δεν έχουν ακόμη γεννηθεί, εφόσον προκύπτει δόλος του οφειλέτη για ματαίωση της ικανοποίησης των δανειστών σε όσες απαλλοτριώσεις προηγήθηκαν της μελλοντικής γένεσής τους¹⁶. Περαιτέρω, ενεργητικά νομιμοποιούνται και οι δανειστές εκείνοι των οποίων οι αξιώσεις κατά τη διενέργεια της απαλλοτρίωσης δεν ήταν ήδη γεγεννημένες, ωστόσο η έννομη σχέση από την οποία πηγάζουν υφίσταται κατά τον επίμαχο χρόνο. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν οι αξιώσεις οι απορρέουσες από συμβάσεις αλληλόχρεου λογαριασμού¹⁷, στις οποίες, μολονότι δεν έχει επέλθει ο συμφωνημένος χρόνος κλεισίματος του λογαριασμού (ληξιπρόθεσμο της αξίωσης), ο δανειστής λαμβάνει γνώση της καταδολιευτικώς καταρτισθείσας δικαιοπραξίας και για την προστασία των αξιώσεών του νομιμοποιείται στην άσκηση της αγωγής διάρρηξης. Τέλος, το ίδιο δικαίωμα αναγνωρίζεται και στους δανειστές των δανειστών του οφειλέτη, οι οποίοι νομιμοποιούνται πλαγιαστικώς στην άσκηση της αγωγής κατά το άρ. 72ΚΠολΔ¹⁸.

Παθητική νομιμοποίηση

Η αγωγή διάρρηξης στρέφεται, όπως ορίζει το άρ. 944ΑΚ, κατά του υπέρ ου η απαλλοτρίωση καθώς και κατά των διαδόχων του. Πιο συγκεκριμένα, ενώ για τους καθολικούς διαδόχους του τρίτου εφαρμόζονται οι γενικές διατάξεις του κληρονομικού δικαίου (άρ. 1710ΑΚ και 1901ΑΚ), για τους ειδικούς διαδόχους ισχύουν τα άρ. 944 και 945ΑΚ. Έτσι, αν αυτοί απέκτησαν από επαχθή αιτία, προκειμένου να νομιμοποιούνται παθητικά, απαιτείται από το άρ. 944ΑΚ η απόδειξη από τους δανειστές της γνώσης τους για τον δόλο του οφειλέτη. Αξίζει να επισημανθεί ότι το ίδιο άρθρο παραπέμπει ρητά στο μαχητό τεκμήριο γνώσης που εγκαθιδρύει το άρ. 941§2ΑΚ προβλέποντας την αναλογική εφαρμογή του. Αντιθέτως, το άρ. 945ΑΚ παρέχει το δικαίωμα στους δανειστές να στραφούν κατά των ειδικών διαδόχων του τρίτου που αποκτούν από χαριστική αιτία ανεξαρτήτως της γνώσης ή άγνοιάς

τους για τον δόλο του οφειλέτη.

Αποτελέσματα της διάρρηξης- Η θεωρία της μη αντιταξιμότητας

Τα αποτελέσματα της επιτυχούς διάρρηξης απαγγέλλονται από τον νομοθέτη του ΑΚ στο άρ. 943§1. Από την ερμηνεία της διάταξης αυτής προκύπτει τόσο η διαπλαστική ενέργεια της διάρρηξης, όσο και ο σχετικός χαρακτήρας αυτής. Ειδικότερα, ο νομοθέτης κάνει λόγο για υποχρέωση επαναφοράς των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση εκ μέρους του τρίτου, ενώ ορίζει ότι από την επαναφορά αυτή επωφελούνται μόνο όσοι από τους δανειστές του οφειλέτη προσέβαλαν την απαλλοτρίωση. Ωστόσο, η ασάφεια αυτή του ΑΚ οδήγησε στην ανάπτυξη πληθώρας θεωριών αναφορικά με την ενέργεια της διάρρηξης, εκ των οποίων επικράτησε η θεωρία της μη αντιταξιμότητας. Σύμφωνα με τη θεωρία αυτή, η απαλλοτρίωση διατηρεί την ισχύ της, εν τούτοις ο τρίτος δεν μπορεί να αντιτάξει το αποκτηθέν δικαίωμα απέναντι στους δανειστές που πέτυχαν τη διάρρηξη της καταδολιευτικής δικαιοπραξίας. Οι τελευταίοι, δηλαδή, *μπορούν να επισπεύσουν αναγκαστική εκτέλεση στο αντικείμενο της απαλλοτρίωσης «σαν να εξακολουθεί να ανήκει στην περιουσία του οφειλέτη»*¹⁹. Ο ΚΠολΔ μετουσίωσε την παραπάνω θεωρία στα άρθρα 936§3, 953§2 στοιχ. γ' και 992§1 εδ. β'. Ιδιαίτερα, από το πνεύμα των προαναφερθεισών διατάξεων διαφαίνεται ότι ο νομοθέτης παραγκώνισε την ενοχική ενέργεια της διάρρηξης που προκρίνει ο ΑΚ (αναγκαιότητα αναμεταβίβασης του πράγματος από τον τρίτο στον οφειλέτη) και τάχθηκε υπέρ της άμεσης (οιονεί εμπράγματος) ενέργειάς της²⁰. Πιο συγκεκριμένα, προκειμένου για την ανάπτυξη της άμεσης ενέργειας της διάρρηξης απαιτείται η έκδοση διαπλαστικής δικαστικής απόφασης, η οποία, μάλιστα, επί απαλλοτριωθέντων ακινήτων θα πρέπει να σημειώνεται στο περιθώριο της μεταγραφής της απαλλοτριωτικής πράξης (άρ. 992§1 εδ. β'). Αφ' ής στιγμής ο δανειστής έχει στα χέρια του τη δικαστική αυτή απόφαση, δύναται να κατάσχει το αντικείμενο που διατέθηκε καταδολιευτικά ως περιουσιακό στοιχείο του οφειλέτη *σαν να μη είχε υπάρξει η απαλλοτρίωση που διαρρήχθηκε*²¹. Πα-

¹⁶ Ρίζος Ε., σε διπλωματική εργασία «Οι προϋποθέσεις διάρρηξης της καταδολιευτικής απαλλοτρίωσης (Με έμφαση στην αξίωση του δανειστή)», ακαδημαϊκό έτος 2011-2012, σελ. 258.

¹⁷ Καλπακίδη Ο., σε διπλωματική εργασία «Δικονομικά ζητήματα από την καταδολίευση δανειστών», ακαδημαϊκό έτος 2016-2017, σελ. 22.

¹⁸ Καλπακίδη Ο., ό.π., σελ. 23.

¹⁹ όπως ακριβώς, Γεωργιάδης Απ., ό.π., σελ.759.

²⁰ Γεωργιάδης Απ., ό.π., σελ.760· Κορνηλάκης Π., ό.π., σελ. 859.

²¹ όπως ακριβώς, 1174/2007, Αρείου Πάγου, δι-

ράλληλα, μολονότι ο τρίτος διατηρεί το δικαίωμα το απορρέον από τη διαρραγείσα δικαιοπραξία, δεν μπορεί να το αντιτάξει κατά του επισπεύδοντος δανειστή, ούτε νομιμοποιείται στην άσκηση της ανακοπής του άρ. 936 ΚΠολΔ. Από τα παραπάνω, εξάλλου, συνάγεται ότι τυχόν σώρευση αίτησης του δανειστή για καταδίκη του τρίτου σε αναμεταβίβαση του απαλλοτριωθέντος στον οφειλέτη θα απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος. Κατά συνέπεια, ως μοναδικό παραδεκτό αίτημα της σχετικής αγωγής νοείται η απαγγελία της διάρρηξης²². Κρίσιμη, καταληκτικά, αποβαίνει και η επισήμανση ότι τα αποτελέσματα της διάρρηξης της καταδολιευτικής δικαιοπραξίας πρέπει να περιορίζονται στο μέτρο που η αξία του αντικειμένου που απαλλοτριώνεται καλύπτει την αξία της απαίτησης του δανειστή²³.

Επιμέρους ζητήματα

Ευθύνη του τρίτου

Ο νομοθέτης μερίμνησε ειδικά για τις περιπτώσεις που το απαλλοτριωθέν καταστράφηκε, αναλώθηκε, χειροτέρευσε ή απωλέσθηκε στα χέρια του τρίτου ή μεταβιβάσθηκε περαιτέρω χωρίς να πληρούνται οι προϋποθέσεις των άρ. 944-945ΑΚ. Πιο αναλυτικά, προέβλεψε στα άρ. 943§2 και 945 εδ. β' ΑΚ ότι ο τρίτος και ο ειδικός διάδοχός του αντίστοιχα, εφόσον απέκτησαν από χαριστική αιτία και ήταν καλόπιστοι, ευθύνονται μόνο κατά τα άρ. 908-909ΑΚ. Αντίθετα, η παράλειψη ρύθμισης της ευθύνης των ανωτέρω προσώπων, όταν αποκτούν από επαχθή ή χαριστική αιτία και συντρέχει το στοιχείο της κακοπιστίας στο πρόσωπό τους, επιχειρείται να αναπληρωθεί μέσα από ποικίλες από-

αθέσιμη σε

http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=CZemZA57uJQyxcSJpXLz5AKX6l hRZa&apof=1174_2007&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%C12

²² 554/2005, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=/areiospagos/1/2005/2005_1_0554.html

²³ 15/2012, Ολομέλεια Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε

http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=GP1T799Q2EYEX8G62QDJZBZXDLMKG&apof=15_2012&info=%D0%CF%CB%C9%D4%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%CF%CB%CF%CC%C5%CB%C5%C9%C1

ψεις που έχουν διατυπωθεί. Μία εξ αυτών διάκειται υπέρ της αναλογικής εφαρμογής των άρ.1096 επ. ΑΚ²⁴, ενώ μία άλλη προτάσσει την εφαρμογή των άρ. 914, 919ΑΚ²⁵. Ελλείψει σχετικής νομολογίας, πάντως, το ζήτημα εξακολουθεί να στασιάζεται.

Κατά το άρ. 946ΑΚ, «η αγωγή διάρρηξης παραγράφεται όταν περάσουν πέντε έτη από την απαλλοτρίωση». Η χρήση του όρου «παραγραφή» κρίνεται αδόκιμη· ορθότερη, αντίθετα, επιλογή θα αποτελούσε η χρήση του όρου «αποσβεστική προθεσμία» λόγω της φύσης του δικαιώματος διάρρηξης ως διαπλαστικού. Ως προς τον χρόνο εκκίνησης της «παραγραφής» επικρατεί διχογνωμία μεταξύ νομολογίας και θεωρίας: η πρώτη, προσηλωμένη στη γραμματική ερμηνεία του νόμου, δέχεται ως χρόνο εκκίνησης την κατάρτιση της απαλλοτριωτικής δικαιοπραξίας χωρίς να λαμβάνει υπόψη τον χρόνο της μεταγραφής της²⁶. Από την άλλη, η θεωρία προασπιζόμενη την προστατευτική λειτουργία της αρχής της δημοσιότητας αντιτείνει ότι ως χρόνος έναρξης της «παραγραφής» θα πρέπει να νοηθεί, πέρα από την κατάρτιση, και η τυχόν αναγκαία μεταγραφή της εκποιητικής δικαιοπραξίας²⁷.

Αντί επιλόγου: σύντομη κριτική των εισαχθέντων με τον ΚΠολΔ ρυθμίσεων

Σκοπός του νομοθέτη, με την εισαγωγή των διατάξεων του ΚΠολΔ, ήταν ο τερματισμός της θεωρητικής διαμάχης αναφορικά με την ενέργεια της διάρρηξης. Ο ανωτέρω σκοπός, αναμφίβολα, επετεύχθη, ωστόσο, νέα ζητήματα αναδύθηκαν εξαιτίας της διάσπασης της οργανικής ενότητας της ρύθμισης του θεσμού. Εύλογα, λοιπόν, ανακύπτει το ερώτημα αν οι διατάξεις αυτές κατήργησαν σιωπηρά το άρ. 943§1ΑΚ ή παρέχουν ερμηνευτική επεξήγηση σε αυτό. Όσο, όμως, ο νομοθέτης σιωπά κανένα συμπέρασμα δεν μπορεί να εξαχθεί με ασφάλεια.

²⁴ Κορνηλάκης Π., ό.π., σελ. 857.

²⁵ Γεωργιάδης Απ., ό.π., σελ. 762.

²⁶ 239/1962, Αρείου Πάγου, διαθέσιμη στο ΝοΒ, 10, 895.

²⁷ Γεωργιάδης Απ., ό.π., σελ.757· Κορνηλάκης Π., ό.π., σσ. 857-858.

Οι εταιρικοί μετασχηματισμοί μετά τον ν.4601/2019

Μαρία Ελένη Μπάτου & Μαρία Γεωργαντζίδου

Ζετής Φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ & Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια και Ασκούμενη Δικηγόρος

I. Εισαγωγή

Η εμπορική νομοθεσία προβλέπει και ρυθμίζει ποικίλα είδη εταιρικών μορφωμάτων (Ο.Ε., Α.Ε., Ε.Π.Ε., κτλ), με διαφορετική δομή το καθένα, ώστε οι επιχειρήσεις να δύνανται να επιλέξουν εκείνο που ανταποκρίνεται καλύτερα στις ανάγκες και στα συμφέροντά τους. Κατά τη διάρκεια της ζωής μίας εταιρίας όμως, μπορεί να μεταβληθούν οι συνθήκες που ίσχυαν κατά το ιδρυτικό της στάδιο και ως αποτέλεσμα να κρίνεται σκόπιμη ή και αναγκαία η μεταβολή της εταιρικής μορφής που είχε επιλεγεί αρχικά¹. Έτσι, οι επιχειρήσεις προκειμένου να ανταποκριθούν και να προσαρμοστούν στις οικονομικές, φορολογικές και αναπτυξιακές προκλήσεις που αντιμετωπίζουν στην σημερινή κοινωνία, διαθέτουν στην φαρέτρα τους τον μηχανισμό των εταιρικών μετασχηματισμών.

Με βάση την ορολογία ως «μετασχηματισμός μιας εμπορικής εταιρίας» νοείται η, κατόπιν απόφασης των εταίρων, μεταβολή του τύπου ή του επιχειρηματικού σχήματος της εταιρίας, ώστε να προκύπτει άλλος τύπος ή να δημιουργούνται, αντίστοιχα, άλλοι υφιστάμενοι ή νέοι εταιρικοί τύποι, προς τους οποίους μεταβιβάζονται ή περιέρχονται, αυτοδικαίως, το σύνολο ή τμήματα εταιρικής περιουσίας, χωρίς να προηγείται ούτε εκκαθάριση ούτε λύση της μετασχηματιζόμενης εταιρίας. Η τελευταία είτε συνεχίζεται, απλώς, υπό τον νέο τύπο της, είτε συνεχίζεται με τον ίδιο τύπο, αλλά με μειωμένο επιχειρηματικό εύρος, είτε παύει να υπάρχει.²

Η κατάσταση η οποία προέκυπτε μέχρι το 2019 με την προϊσχύουσα νομοθεσία των εταιρικών μετασχηματισμών, αντιμετώπιζε πολλές δυσχέρειες και σε καμία περίπτωση δεν θεωρούταν ικανοποι-

ητική, κυρίως λόγω της διάσπαρτης νομοθέτησης, της πολυδιάστατης ύλης της, της ελλειμματικής κάλυψης περιπτώσεων³, της ασάφειας και ασυμβατότητας με την φορολογική νομοθεσία. Η θέσπιση του ν.4601/2019 ήρθε και έδωσε την λύση στον νομοθετικό λαβύρινθο των διατάξεων των εταιρικών μετασχηματισμών, καθώς επιδιώκει να αναμορφώσει και για πρώτη φορά να συστηματοποιήσει σε ένα ενιαίο νομοθετικό κείμενο το δίκαιο των εταιρικών μετασχηματισμών. Οι βασικές κατηγορίες μετασχηματισμών που θα αποτελέσουν και το επίκεντρο μελέτης αυτού του άρθρου είναι η συγχώνευση, η διάσπαση και η μετατροπή. Στόχος, λοιπόν, αυτού του άρθρου είναι να αναδείξει την νομοθετική μεταβολή που επέφερε ο ν.4601/2019 στους εταιρικούς μετασχηματισμούς και να θέσει αξιολογικές κρίσεις για τις νέες προβλεπόμενες αυτές επιλογές το νομοθέτη.

II. Συγχώνευση

Η συγχώνευση αποτελεί την πρώτη μορφή εταιρικού μετασχηματισμού και ρυθμίζεται στο Β' Μέρος του ν.4601/2019 (άρθρα 6-53).

Ως συγχώνευση νοείται η πράξη με την οποία συνεννώνονται τα περιουσιακά στοιχεία δύο τουλάχιστον εταιριών που λύνονται, χωρίς να ακολουθήσει εκκαθάριση, και τα οποία ως συνολική περιουσία μεταβιβάζονται με οιονεί καθολική διαδοχή σε μια υφιστάμενη ή νεοϊδρυόμενη εταιρία.⁴ Συνεπεία της συγχώνευσης οι συγχωνευόμενες εταιρίες λύνονται και χάνουν την νομική προσωπικότητά τους.⁵

Στην περίπτωση που τα περιουσιακά στοιχεία

¹ Ν. Ρόκας, Εμπορικές Εταιρίες, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2019, 9^η έκδ., σ. 625

² Σ. Ψυχομάνης, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, Δ' τεύχος, σ.63

³ Αιτιολογική Έκθεση ν.4601/2019, σελ.2

⁴ Α. Σινανιώτη - Μαρούδη, Εταιρίες, 2012, σελ. 372

⁵ Κιάντου - Παμπούκη, Συγχώνευση Εμπορικών εταιρειών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 1963, σελ.39

των λυθισών εταιριών μεταβιβάζονται σε μια ήδη υφιστάμενη εταιρία (απορροφώσα εταιρία), πρόκειται για συγχώνευση με απορρόφηση, ενώ στην περίπτωση που το σύνολο του ενεργητικού και οι υποχρεώσεις των λυθισών εταιριών μεταβιβάζονται σε μια νεοσυσταθείσα εταιρία, πρόκειται για συγχώνευση με σύσταση νέας εταιρίας.⁶ Σε αντάλλαγμα αυτής της μεταβίβασης οι μέτοχοι ή οι εταίροι των απορροφώμενων εταιριών λαμβάνουν εταιρικές συμμετοχές της απορροφώσας εταιρίας και ενδεχομένως κάποιο χρηματικό ποσό.⁷ Σήμερα, η διαδικασία της συγχώνευσης γίνεται με βάση τις γενικές διατάξεις περί συγχώνευσης (άρ. 6-22 ν.4601/2019), τις ειδικές διατάξεις για τους επιμέρους εταιρικούς τύπους (άρ.30-46 ν.4601/2019), το ν.δ.1297/72, τα άρθρ.1-5 ν.2166/1993 όπως ισχύουν μέχρι και σήμερα, και τέλος λοιπές σχετικές διατάξεις του φορολογικού και εταιρικού δικαίου⁸ (ενδεικτικά αναφέρονται οι διατάξεις του αναπτυξιακού νόμου, ΝΔ 1297/1972, ή ο Ν 4172/2013, που εξακολουθούν να ισχύουν για όσους μετασχηματισμούς δεν καταλαμβάνονται από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 4601/2019⁹ και οι διατάξεις του έβδομου Μέρους του ν.4072/12)

Ο ν.4601/2019 επέφερε οριστική λύση σε πολλά από τα ζητήματα του προϊσχύσαντος δικαίου, ήτοι του κ.ν. 2190/1920. Πλέον ρυθμίζεται ρητά στο άρθρο 18 παρ. 2 ν.4601/2019 ότι η συγχώνευση πραγματοποιείται με οιονεί καθολική διαδοχή¹⁰, ήτοι με αυτοδίκαιη υπεισέλευση της νέας εταιρίας στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των συγχωνευόμενων εταιριών χωρίς να χρειάζεται να μεσολαβήσει εκκαθάριση. Εξαίρεση αποτελούν μόνο οι καταχρηστικές συγχωνεύσεις¹¹. Βέβαια, ακόμα

και οι τελευταίες έχουν ελαττωθεί αισθητά με την πρόβλεψη περισσότερων μορφών συγχωνεύσεων στον ν.4601/2019. Στο προϊσχύσαν δίκαιο η συγχώνευση ήταν δυνατή μόνο μεταξύ εταιριών της ίδιας νομικής μορφής. Η συγχώνευση μπορούσε να πραγματοποιηθεί μόνο μεταξύ ΑΕ (άρ. 68 έως 80 κ.ν. 2190/1920) ή μεταξύ ΕΠΕ (άρ.54 και 55 ν. 3190/1955). Ο ν.4601/2019 δεν ενστερνίζεται τον νομοθετικό αποκλεισμό συγχωνεύσεων εταιριών διαφορετικής νομικής μορφής. Έτσι, σήμερα, οι περισσότεροι εταιρικοί μετασχηματισμοί καθίστανται γνήσιοι.¹² Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν.4601/2019, σκοπός της νέας ρύθμισης είναι να καταργήσει τον λεγόμενο κλειστό αριθμό (numerus clausus) των εταιρικών μετασχηματισμών και να καταστήσει δυνατή τη συγχώνευση εταιριών διαφορετικών μορφών, ενισχύοντας έτσι την ευελιξία στους εταιρικούς μετασχηματισμούς. Πλέον, λόγω της αναλυτικής αναφοράς των πιθανών μορφών συγχώνευσης, “κλειδί” για τις συγχωνεύσεις είναι ο ίδιος ο νόμος και όχι η εκάστοτε ερμηνεία της νομολογίας ή της θεωρίας.¹³

Ωστόσο, το πεδίο εφαρμογής του ν.4601/2019 (άρ.1) αναφέρεται μόνο σε εταιρίες και όχι σε επιχειρήσεις που ασκούν εμπορική δραστηριότητα. Το στενό αυτό πεδίο εφαρμογής έχει ως συνέπεια να μην καλύπτονται άτυπες ενώσεις προσώπων με επιχειρηματική δραστηριότητα και κατ’ επέκταση να διατηρούνται σε έναν βαθμό οι καταχρηστικές συγχωνεύσεις, που ο νομοθέτης προσπάθησε με άλλα μέσα να περιορίσει, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω.¹⁴ Μάλιστα, η “δυσκαμψία” αυτή ενισχύεται και από την φύση του άρθρου 1 ως διάταξη αναγκαστικού δικαίου. (άρ. 1 παρ.5 ν.4601/2019).

Τέλος, ένα ζήτημα που παραμένει ακόμα σε εκκρεμότητα αφορά την έκταση της ευθύνης της νέας εταιρίας ή και της παλαιάς μετασχηματιζόμενης εταιρίας έναντι των πιστωτών.¹⁵

⁶ άρθρο 6 του ν.4601/2019

⁷ άρθρο 6 παράγραφος 2 ν.4601/2019

⁸ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ.165

⁹ όπως διευκρινίστηκε με την υπ’αριθ. 2048/2019 εγκύκλιο που εξέδωσε η ΑΑΔΕ

¹⁰ ομοίως, σ. 155

¹¹ **Γνήσιες συγχωνεύσεις** ονομάζονται οι ρυθμιζόμενες από τον νόμο μορφές συγχώνευσης για τις οποίες είναι δυνατή η οιονεί καθολική διαδοχή των περιουσιακών στοιχείων, χωρίς εκκαθάριση. **Καταχρηστικές συγχωνεύσεις** ονομάζονται οι μορφές εκείνες συγχώνευσης που δεν προβλέπονται από τον νόμο. Πρόκειται δηλαδή για αρρύθμιστες από τον νόμο μορφές συγχώνευσης που

αφορούν κυρίως τις προσωπικές εταιρίες.

¹² Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ.154

¹³ Αιτιολογική Έκθεση ν.4601/2019, σελ.3

¹⁴ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020,σ.156

¹⁵ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ.155

III. Διάσπαση

Η διάσπαση αποτελεί την δεύτερη μορφή εταιρικού μετασχηματισμού και ρυθμίζεται στο Γ' Μέρος του ν.4601/2019 (άρθρα 54-103).

Ως διάσπαση ορίζουμε την πράξη με την οποία μια εταιρία υπό λύση μεταβιβάζει με οιονεί καθολική διαδοχή το σύνολο της περιουσίας της σε (τουλάχιστον δύο) άλλες εταιρίες, χωρίς να ακολουθήσει εκκαθάριση.¹⁶

Κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, η διάσπαση αφορούσε αποκλειστικά την κοινή διάσπαση και ρυθμιζόταν στο άρ. 84 παρ.1-4 ν.2190/1920. Ο ν.4601/2019 αντικατέστησε με το άρ. 55 την διάταξη του ν.2190/1920 και διέυρνε το περιεχόμενο της με την εισαγωγή δύο νέων μορφών διάσπασης, τη μερική διάσπαση και την απόσχιση κλάδου. Ως κοινή διάσπαση χαρακτηρίζεται η πράξη με την οποία η λυθείσα εταιρία (διασπώμενη) μεταβιβάζει σε άλλες εταιρίες (επωφελούμενες) το σύνολο των περιουσιακών στοιχείων και των υποχρεώσεων της. Η μεταβίβαση της περιουσίας της διασπώμενης εταιρίας γίνεται με μία ενιαία πράξη, χωρίς να χρειάζεται ξεχωριστή εκπονητική δικαιοπραξία για κάθε στοιχείο της εταιρικής περιουσίας.¹⁷ Σε αντάλλαγμα αυτής της μεταβίβασης οι μέτοχοι ή οι εταίροι της διασπώμενης εταιρίας λαμβάνουν εταιρικές συμμετοχές των επωφελούμενων εταιριών και ενδεχομένως κάποιο χρηματικό ποσό.¹⁸ Στην μερική διάσπαση η διασπώμενη εταιρία, χωρίς να λυθεί, μεταβιβάζει στις επωφελούμενες εταιρίες, έναν ή περισσότερους κλάδους δραστηριότητας, με τους μετόχους ή εταίρους να λαμβάνουν εταιρικές συμμετοχές, όπως προελέχθη για την κοινή διάσπαση.¹⁹ Στην απόσχιση κλάδου ισχύει ότι ακριβώς και στην μερική διάσπαση, με την διαφορά ότι τα εταιρικά δικαιώματα τα λαμβάνει η διασπώμενη εταιρία ως νομικό πρόσωπο και όχι οι επιμέρους μέτοχοι ή εταίροι της.²⁰

Το τρίπτυχο αυτό, το οποίο επηρεάστηκε σημαντικά από τον αντίστοιχο γερμανικό νόμο περί μετασχηματισμών (UmwG), άλλαξε ριζικά τα μέχρι

τώρα δεδομένα για τη διάσπαση εταιριών.

Τα τρία πλέον είδη διάσπασης διακρίνονται σε τρεις επιμέρους τύπους. Εάν οι επωφελούμενες εταιρίες προϋπήρχαν της διάσπασης, πρόκειται για διάσπαση με απορρόφηση, ενώ εάν οι επωφελούμενες εταιρίες ιδρύθηκαν στο πλαίσιο της διάσπασης, τότε πρόκειται για διάσπαση με σύσταση νέας εταιρίας (διάσπαση υπό στενή εννοία). Στην περίπτωση που μία τουλάχιστον από τις επωφελούμενες εταιρίες προϋπήρχε της διάσπασης και μία τουλάχιστον ιδρύεται για τους σκοπούς της διάσπασης, πρόκειται για μια μικτή διάσπαση, δηλαδή για ένα συνδυασμό διάσπασης με απορρόφηση και με σύσταση νέας εταιρίας (διάσπαση υπό ευρεία εννοία).²¹

Μια άκρως σημαντική εξέλιξη του ν. 4601/2019 αποτελεί το γεγονός ότι έχει καταστήσει υποκείμενα διάσπασης δέκα εταιρικά μορφώματα, όπως αυτά περιγράφονται στο άρθρο 2 παρ. 1 του αυτού νόμου. Αντιθέτως, κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, η διάσπαση εταιριών αφορούσε μόνο μία εταιρική μορφή, την ΑΕ.²²

Επιπλέον, ο ν.4601/2019 εισήγαγε νέες έννοιες, όπως αυτή του «κλάδου δραστηριότητας» (αρ. 54 παρ.3). Ως κλάδος δραστηριότητας ορίζεται πλέον «το σύνολο των στοιχείων τόσο του ενεργητικού όσο και του παθητικού, τα οποία συνιστούν από οργανωτική άποψη αυτόνομη εκμετάλλευση, δηλαδή σύνολο ικανό να λειτουργήσει αυτοδύναμα».²³ Η ως άνω έννοια βρίσκεται σε πλήρη συμφωνία με τον ορισμό της Οδηγίας 2009/133/ΕΚ και συμπληρώνει εννοιολογικά τα δύο νέα είδη διάσπασης.

Για την διάσπαση ακολουθείται ειδική διαδικασία, η οποία ρυθμίζεται αναλυτικά στα άρ.59 επ. ν.4601/2019, με βασικό στοιχείο τη σύνταξη του σχεδίου σύμβασης διάσπασης από το Διοικητικό Συμβούλιο ή τους διαχειριστές της εκάστοτε εταιρίας.

Παρά την απaráβλεπτη εξέλιξη της εν λόγω μορφής εταιρικού μετασχηματισμού, το νέο νομοθέτημα παρουσιάζει μερικά κενά. Όσον αφορά τη διάσπαση με αύξηση κεφαλαίου ο ν.4601/2019

¹⁶ Α. Σινανιώτη - Μαρούδη, Εταιρίες, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σελ. 385

¹⁷ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ. 197

¹⁸ Άρθρο 55 ν. 4601/2019

¹⁹ Άρθρο 56 ν. 4601/2019

²⁰ Άρθρο 57 ν.4601/2019

²¹ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ.207

²² Γ. Ψαρουδάκης, Η τυπολογία της διάσπασης στον ν.4601/2019, Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών, Τεύχος 7/2019, παρ. 1.1

²³ Τμήμα Α - Μέρος Γ Διάσπαση, αιτιολογικής έκθεσης ν. 4601/2019

σιωπά και συνεπώς τυγχάνουν αναλογικής εφαρμογής οι σχετικές διατάξεις της συγχώνευσης.²⁴ Ομοίως, το άρθρ. 65 ν. 4601/2019 δεν παρέχει επαρκή ρύθμιση των θεμάτων σχετικά με την ευθύνη έναντι των δανειστών και συνεπώς γίνεται λόγος για μια μη ολοκληρωμένη διάταξη που χρήζει επικουρίας από τη διάταξη ΑΚ 479.²⁵

IV. Μετατροπή

Η μετατροπή αποτελεί την τρίτη μορφή εταιρικού μετασχηματισμού και ρυθμίζεται στο Δ' Μέρος του ν.4601/2019 (άρθρα 104-139).

Ως μετατροπή ορίζουμε την μεταβολή της νομικής μορφής μιας εταιρίας, με την διατήρηση και συνέχιση της νομικής προσωπικότητας, ώστε η εταιρία να συνεχίζεται υπό την νέα μορφή, παραμένοντας, όμως, το ίδιο νομικό πρόσωπο, χωρίς να λυθεί και να τεθεί υπό εκκαθάριση. Οι λόγοι για τους οποίους μία εταιρία κρίνει σκόπιμο την μεταβολή της νομικής εταιρίας αποτελούν κυρίως η δημιουργία ισχυρότερων επιχειρήσεων, η γρηγορότερη ανάπτυξη, η απόσπαση κεφαλαίων ή η μείωση φορολογικής επιβαρύνσεως.²⁶

Οι σχετικές με την μετατροπή διαδικασίες ορίζονται στα άρθρα 104 επ. του ν.4601/2019. Απαραίτητη προϋπόθεση για την μετατροπή αποτελεί η τήρηση διαδικασίας ίδρυσης της προσλαμβανόμενης νέας νομικής μορφής της εταιρίας²⁷. Η μετατροπή υποβάλλεται στις διατυπώσεις δημοσιότητας του ν. 3419/2005. Σε δημοσιότητα υποβάλλεται η απόφαση της συνέλευσης ή των εταίρων της υπό μετατροπή εταιρίας, η οποία λαμβάνεται σύμφωνα με τα άρθρα 108 και 109 και εφόσον συντρέχει περίπτωση, το συμβολαιογραφικό έγγραφο στον τύπο του οποίου έχει υποβληθεί το καταστατικό της εταιρίας με τη νέα νομική της μορφή, καθώς και η εγκριτική απόφαση που προβλέπεται στην παράγραφο 2 του άρθρου 112.

Βασικό χαρακτηριστικό της μετατροπής αποτελεί το ότι δεν ακολουθείται από λύση ή εκκαθάριση

της εταιρίας, ούτε ίδρυση νέας εταιρίας, απλώς συνέχιση της υπό άλλη νομική εταιρική μορφή. Αυτό αποτελεί ένα ζήτημα που υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς είχε μείνει αδιευκρίνιστο, με αποφάσεις της νομολογίας που εξέφραζαν την αντίθετη άποψη από αυτήν που μετέπειτα υιοθέτησε ο ν.4601/2019²⁸, ότι δηλαδή η νέα εταιρία συνιστούσε νέο νομικό πρόσωπο²⁹. Έτσι, εκκρεμείς δίκες της μετατραπείσας εταιρίας συνεχίζονται αυτοδίκαια χωρίς άλλη διατύπωση σύμφωνα με το άρθρο 113 παρ.4³⁰ στο όνομα της μετατραπείσας. Μία άλλη σχετική βασική διευκόλυνση του νομοθέτη για την μετατροπή αποτελεί η απαλλαγή της εταιρίας από κάθε φόρο ή τέλος υπέρ του Δημοσίου ή Τρίτου, καθώς ο νομοθέτης μετέφερε τα οφέλη των αναπτυξιακών νόμων (ν.δ. 1297/72 και 2166/93) στις μετατραπείσες εταιρίες.³¹ Παρόλα αυτά, από τα ζητήματα που παραμένουν ακόμη αδιευκρίνιστα και αμφισβητούμενα αποτελούν αυτά που αφορούν την μετατροπή ατομικής επιχείρησης που σε ορισμένες περιπτώσεις μένει αρρυθμιστή στο νόμο, καθώς ικανότητα μετατροπής έχουν μόνο τα νομικά πρόσωπα με εμπορική ιδιότητα.

Επίλογος

Καταληκτικά, ο ν. 4601/2019 κωδικοποιεί το δίκαιο των εταιρικών μετασχηματισμών και αποτελεί νομοθετική εναρμόνιση με την ευρωπαϊκή οδηγία 2017/1132/ΕΕ. Οι εταιρικοί μετασχηματισμοί πλέον, οργανώνονται μεθοδολογικά και νομοτεχνικά σε ενιαίο νομοθέτημα, που επιτρέπει την συστηματικότερη μελέτη τους. Μάλιστα, έχοντας ως πρότυπο τον υποδειγματικό γερμανικό νόμο περί μετασχηματισμών (Umwandlungsgesetz της 28-10-1994, όπως ισχύει) και λαμβάνοντας παράλληλα υπόψη ευρωπαϊκά σχήματα, όπως η πρόταση Οδηγίας της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 25.4.18 [COM(2018) 241 τελικό]³², ο ν.4601/2019 εκσυγχρονίζει και αναβαθμίζει το πλαίσιο σχετικά με τους εταιρικούς

²⁴ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ.254

²⁵ ομοίως

²⁶ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών των επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ.109

²⁷ Σ. Ψυχομάνης, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, Δ' τεύχος, σ.63

²⁸ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών των επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ. 114

²⁹ ΑΠ2760/1996,

³⁰ Σ. Ψυχομάνης, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, Δ' τεύχος, σ.63

³¹ Π.Κ. Παναγιώτου, Το δίκαιο των μετασχηματισμών των επιχειρήσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ.109

³² Αιτιολογική Έκθεση ν.4601/2019, σελ.6

μετασχηματισμούς αποτελώντας έναν καλό οiwνό για την επίλυση διαφόρων σχετικών ζητημάτων που αναφέρθηκαν και για τα οποία οι ρυθμίσεις, μέχρι την εισαγωγή του νέου νομοθετήματος, ήταν διάσπαρτες και ελλειμματικές. Οι προϋποθέσεις και οι έννομες συνέπειες που τέθηκαν στο νέο νομοθετικό πλαίσιο καθιστούν πλέον το δίκαιο των μετασχηματισμών ένα σύστημα στεγανό και αυτόρκες, εμπλουτισμένο με πολλές διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες μπορεί κανείς να αποκλίνει μόνο όπου ο νόμος το επιτρέπει. Ακόμα, ο ν.4601/2019 ρυθμίζει το πρώτον καίρια ζητήματα, αίροντας την ανασφάλεια δικαίου που το προϊσχύσαν δίκαιο δημιούργησε. Ωστόσο, παρά την δημιουργία ενός ευρωπαϊκού προσανατολισμού, ο νέος νόμος, παρουσιάζει ορισμένα νομοθετικά προβλήματα, τα οποία είναι φρόνιμο να εκτιμηθούν και

να επιλυθούν από τις αρμόδιες αρχές και με τους καταλληλότερους τρόπους. Πράγματι, ο έλληνας νομοθέτης στην αιτιολογική έκθεση εκφράζει την πρόθεσή του να «επανεκτιμηθεί από τον φορολογικό νομοθέτη το σημερινό καθεστώς παροχής φορολογικών κινήτρων σε εταιρικούς μετασχηματισμούς, μέσω αφενός του εξορθολογισμού τους και αφετέρου της πλήρους ευθυγράμμισής τους με το σύστημα του παρόντος νόμου»³³ Τέλος, αν και ο νέος νόμος έχει καλύψει ένα υπερ-ευρύ φάσμα αποδεκτών διευκολύνοντας την επιχειρηματική δραστηριότητα, αφήνει εκτός πεδίου εφαρμογής τις επιχειρήσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται ένα κενό νόμου και να διαιωνίζονται οι καταχρηστικοί μετασχηματισμοί.

³³ Δ. Αυγητίδης, Το νέο δίκαιο των εταιρικών μετασχηματισμών, 2019, σελ. 47 - 48

Η συγκριτική διαφήμιση στη νομολογία του ΔΕΚ

Φανή Μαρμαρέλλη

Φοιτήτρια 5^{ου} έτους Νομική Σχολή ΑΠΘ

Κουίδη Ελπινίκη Ευαγγελία

Φοιτήτρια 4^{ου} έτους Νομική Σχολή ΑΠΘ

Ένας από τους κύριους στόχους που έθεσε η Συνθήκη της Ευρωπαϊκής Ένωσης ήταν η δημιουργία εσωτερικής αγοράς, «ενός χώρου δηλαδή χωρίς εσωτερικά σύνορα, μέσα στον οποίο εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων»[1]. Ήδη, βέβαια, από τις αρχές του 1960, παρατηρείται στον Ενωσιακό χώρο έντονη προσπάθεια εναρμόνισης των δικαίων των κρατών μελών στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού, του οποίου βασικό περιεχόμενο αποτελεί η διαφήμιση[2]. Το πρώτο νομικό κείμενο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων που αναφερόταν ρητά στη συγκριτική διαφήμιση ήταν η Οδηγία 97/55/ΕΟΚ, η οποία τροποποίησε την Οδηγία 84/450/ΕΟΚ, προκειμένου να συμπεριληφθεί και η συγκριτική διαφήμιση πέραν της παραπλανητικής. Η υιοθέτηση της παραπάνω Οδηγίας κρίθηκε απαραίτητη για την εναρμόνιση των εθνικών δικαίων στο ζήτημα του επιτρεπτού ή μη της συγκριτικής διαφήμισης, καθώς η ανομοιογένεια των δικαίων των κρατών μελών των Ευρωπαϊκών τότε Κοινοτήτων συνεπαγόταν τη στρέβλωση του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού και έθετε περιορισμούς στην ελεύθερη κυκλοφορία αγαθών και υπηρεσιών[3]. Το άρθρο 2 στ. α' της νέας αυτής Οδηγίας περιλάμβανε τον ορισμό της συγκριτικής διαφήμισης κατά τον οποίο «συγκριτική διαφήμιση αποτελεί κάθε διαφήμιση που κατονομάζει ρητά ή υπονοεί έναν ανταγωνιστή ή τα αγαθά και τις υπηρεσίες που προσφέρονται από έναν ανταγωνιστή»[4]. Τέλος στις αλληπάλληλες τροποποιήσεις του δικαίου για τη συγκριτική διαφήμιση έθεσε η Οδηγία 2006/114/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου με την κωδικοποίηση διατάξεων που αφορούν τόσο την παραπλανητική όσο και τη συγκριτική διαφήμιση. Αξίζει να σημειωθεί πως η Οδηγία αυτή δεν επέφερε καμία αλλαγή στο ισχύ-

ον νομοθετικό καθεστώς και δεν εισήγαγε καμία νέα ρύθμιση[5].

Όσον αφορά στη παρεχόμενη προστασία που προκύπτει εκ των διατάξεων για τη συγκριτική διαφήμιση, αυτή αφορά τόσο τις κάθετες σχέσεις μεταξύ επιχειρήσεων και καταναλωτών (Business-to-Consumer, B2C), όσο και τις οριζόντιες σχέσεις μεταξύ των επιχειρήσεων (Business-to-Business, B2B). Το πεδίο δηλαδή εφαρμογής των διατάξεων αυτών καταλαμβάνει την προστασία και των εμπορευόμενων και των καταναλωτών[6]. Λανθασμένα μάλιστα στο ελληνικό δίκαιο έχει διατυπωθεί η γνώμη πως η προστασία από την Οδηγία 2006/114 περιορίζεται μόνο στις σχέσεις μεταξύ των επιχειρήσεων ενώ οι καταναλωτές προστατεύονται μόνο από την Οδηγία 2005/29, εφόσον δηλαδή η συγκριτική διαφήμιση είναι και παραπλανητική, γεγονός το οποίο οφείλεται κυρίως στην απόδοση της Οδηγίας στο ελληνικό δίκαιο[7].

Ο ορισμός της «συγκριτικής διαφήμισης»

Κρίσιμο να αναφερθεί στο σημείο αυτό είναι το κατά πόσο είναι αναγκαίο το στοιχείο της «σύγκρισης» και αν αυτό αποτελεί ή όχι άγραφο στοιχείο του νομοθετικού ορισμού της συγκριτικής διαφήμισης. Ο ορισμός δίνεται από την Οδηγία 2006/114 στο άρθρο 2 στοιχείο γ', όπως προαναφέρθηκε, αλλά δεν διευκρινίζεται αν το στοιχείο της «σύγκρισης» περιλαμβάνεται στον ορισμό αυτό. Στην 8η αιτιολογική σκέψη του Προοιμίου της Οδηγίας αναγράφεται πως «η έννοια της συγκριτικής διαφήμισης καλό είναι να είναι ευρεία ώστε να καλύπτει όλους τους τρόπους συγκριτικής διαφήμισης»[8]. Η επιλογή αυτή του ενωσιακού νομοθέτη σε συνδυασμό με τη μη αναγραφή του όρου «σύγκριση» στο άρθρο 2 στ. γ' της Οδηγίας, οδηγεί στο συμπέρασμα πως

ο όρος αυτός δεν απαιτείται για τον ορισμό της συγκριτικής διαφήμισης. Έχει όμως υποστηριχθεί και η αντίθετη άποψη. Συγκεκριμένα, υποστηρίζεται πως ο όρος «σύγκριση» αποτελεί άγραφο στοιχείο του ορισμού της συγκριτικής διαφήμισης, άποψη που ενισχύεται και από το άρθρο 4 της Οδηγίας 2006/114 το οποίο αναφέρει πως «η συγκριτική διαφήμιση επιτρέπεται, όσον αφορά τη σύγκριση, όταν...»[9]. Παρόλο δηλαδή που δεν αναφέρεται στο άρθρο 2, αποτελεί προϋπόθεση του άρθρου 4, οπότε δεν είναι δυνατό να μην αποτελεί στοιχείο του ορισμού της έννοιας που εξετάζεται.

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) με την απόφαση Toshiba Europe/Katun, την πρώτη απόφαση που εξέδωσε η οποία αφορούσε την ερμηνεία της Οδηγίας 84/450, ερμήνευσε και τον ορισμό της συγκριτικής διαφήμισης, τασσόμενο υπέρ της άποψης σύμφωνα με την οποία το στοιχείο της σύγκρισης δεν περιλαμβάνεται στον ορισμό της συγκριτικής διαφήμισης[10]. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή, για να υπάρχει συγκριτική διαφήμιση αρκεί «να υπάρχει γνωστοποίηση με οποιονδήποτε τρόπο που να αναφέρεται, έστω και έμμεσα, σε ανταγωνιστή ή στα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αυτός προσφέρει. Δεν έχει σημασία, συναφώς, αν γίνεται σύγκριση μεταξύ των αγαθών και των υπηρεσιών που προσφέρει ο διαφημιζόμενος και αυτών του ανταγωνιστή»[11]. Στην ίδια απόφαση το Δικαστήριο διέκρινε μεταξύ του ορισμού της συγκριτικής διαφήμισης και των προϋποθέσεων επιτρεπτού αυτής. Σύμφωνα με όσα δέχτηκε το ΔΕΕ, αν τα άρθρα 2 στ. γ' και 4 της Οδηγίας ερμηνεύονταν γραμματικώς «θα συνεπαγόταν το ανεπίτρεπτο κάθε μνείας επιτρέπουσας την εξατομίκευση ενός ανταγωνιστή ή των αγαθών και των υπηρεσιών που αυτός προσφέρει, σε γνωστοποίηση μη περιλαμβάνουσα σύγκριση»[12]. Έτσι, κρίθηκε πως η γραμματική ερμηνεία των άρθρων δεν είναι δυνατό να γίνει δεκτή, σε αντίθεση με την τελεολογική ερμηνεία βάσει της οποίας το Δικαστήριο αποφάνθηκε πως «οι προϋποθέσεις που τίθενται για τη συγκριτική διαφήμιση πρέπει να ερμηνεύονται κατά τον ευνοϊκότερο γι' αυτήν τρόπο»[13].

Στην απόφαση Pippig Augenoptik/Hartlauer[14], τη δεύτερη χρονολογικά απόφαση του ΔΕΕ, το τελευταίο επανέλαβε τη θέση που είχε διατυπώσει με την απόφαση Toshiba Europe/Katun. Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ δέχτηκε πως εφόσον πρόκειται για έναν ευρύ ορισμό, με το άρθρο 2 στοιχείο γ' «καλύπτονται όλοι οι τρόποι συγκριτικής διαφήμισης, κατά τρόπο ώστε, για να υπάρχει συγκριτική διαφή-

μιση, αρκεί να υπάρχει γνωστοποίηση που να αναφέρεται, έστω και έμμεσα, σε ανταγωνιστή ή στα αγαθά ή στις υπηρεσίες που αυτός προσφέρει»[15]. Η ίδια απόφαση διέκρινε επίσης μεταξύ των διαφόρων στοιχείων της σύγκρισης, δηλαδή των στοιχείων που αφορούν την προσφορά του διαφημιζόμενου, την προσφορά του ανταγωνιστή και την σχέση των δύο αυτών προσφορών μεταξύ τους[16]. Οι αναφορές τις απόφασης αυτής στο στοιχείο της σύγκρισης θα μπορούσαν λανθασμένα να οδηγήσουν στη διαπίστωση πως η απόφαση Pippig Augenoptik/Hartlauer απέκλινε από τα όσα δέχτηκε και θεμελίωσε το δικαστήριο με την απόφαση Toshiba Europe/Katun, καθώς μάλιστα η μεταγενέστερη χρονικά απόφαση έκανε λόγο για απαίτηση σύγκρισης. Κάτι τέτοιο δεν φαίνεται να ισχύει καθώς οι αναφορές στα στοιχεία της σύγκρισης σχετίζονται με την ερμηνεία των άρθρων 4 και 8 παρ. 1 εδ. β' της Οδηγίας 2006/114, και όχι με τον νομοθετικό ορισμό της συγκριτικής διαφήμισης. Επομένως, οι δύο αυτές αποφάσεις, όπως προκύπτει, κατέληξαν στο ίδιο συμπέρασμα[17]. Σύμφωνα, λοιπόν, με τις παραπάνω, και όχι μόνο, αποφάσεις, έχει κυριαρχήσει στη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης η άποψη πως το στοιχείο της σύγκρισης δεν αποτελεί απαραίτητο στοιχείο του ορισμού της συγκριτικής διαφήμισης, έτσι όπως αυτός διατυπώνεται στο άρθρο 2 στ. γ' της Οδηγίας 2006/114[18].

Οι προϋποθέσεις νομιμότητας

Το άρθρο 4 της Οδηγίας 2006/114/EK παραθέτει οκτώ προϋποθέσεις, η πλήρωση των οποίων συνεπάγεται την νομιμότητα της συγκριτικής διαφήμισης. Οι τρεις πρώτες προϋποθέσεις, ήτοι οι προϋποθέσεις της μη παραπλάνησης, της συγκρισιμότητας των προϊόντων και της αντικειμενικής σύγκρισης, αποτελούν μία ομάδα όρων νομιμότητας που έχουν σκοπό να προσδιορίσουν κυρίως ποιες πληροφορίες πρέπει (ή δεν πρέπει) να περιλαμβάνει μία συγκριτική διαφήμιση, ώστε να είναι κατάλληλη για να λάβει ο καταναλωτής τεκμηριωμένη απόφαση συναλλαγής. Οι πέντε υπόλοιπες έχουν σκοπό να προσδιορίσουν το θεμιτό τρόπο ανταγωνισμού στην περίπτωση της συγκριτικής διαφήμισης, δηλαδή με ποιο τρόπο δεν προσβάλλονται τα δικαιώματα του ανταγωνιστή περισσότερο απ' όσο είναι απαραίτητο για να λάβει ο καταναλωτής τεκμηριωμένη απόφαση.

Για την ερμηνεία της πρώτης προϋπόθεσης

απαραίτητη κρίνεται η αποκρυστάλλωση του όρου “παραπλάνηση”. Αξιοσημείωτο είναι ότι ως προς τη ρύθμιση της παραπλανητικής διαφήμισης η οδηγία είναι ελάχιστης εναρμόνισης. Με βάση τις σχέσεις B2B και B2C μια διαφήμιση αξιολογείται ως παραπλανητική όταν είναι ικανή να επηρεάσει τόσο την οικονομική συμπεριφορά όσο και τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών ή των επιχειρήσεων. Σε θεωρητικό επίπεδο, μπορεί να χαρακτηριστεί ως παραπλανητική για τους καταναλωτές και ως μη παραπλανητική για τις επιχειρήσεις ή και το αντίστροφο. Αξίζει να επισημανθεί ότι η παραπλανητική διαφήμιση δεν πρέπει να ταυτίζεται με την μη νόμιμη συγκριτική διαφήμιση. Η θέση αυτή του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) έγινε ευδιάκριτη μέσα από την απόφαση Posteshop/Autorità[19].

Για να διαπιστωθεί, αν μία συγκριτική διαφήμιση είναι παραπλανητική, καθοριστικό είναι το «κοινοτικό κριτήριο της παραπλάνησης», καθώς σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 8 της Οδηγίας 2006/114 δεν επιτρέπεται στην συγκριτική διαφήμιση η εφαρμογή αυστηρότερων εθνικών διατάξεων περί προστασίας από την παραπλανητική διαφήμιση όσον αφορά τη μορφή και το περιεχόμενο της σύγκρισης. Αυτό προκύπτει και από τα παραπεμπτικά ερωτήματα που τέθηκαν στην απόφαση Pippig Augenoptik/Hartlauer[20], με την οποία το ΔΕΕ δέχθηκε, ότι το επιτρεπτό της συγκριτικής διαφήμισης «σε ολόκληρη την Κοινότητα πρέπει να εκτιμάται μόνον υπό το πρίσμα των κριτηρίων που θέτει ο κοινοτικός νομοθέτης. Κατά συνέπεια, οι αυστηρότερες εθνικές διατάξεις περί προστασίας από την παραπλανητική διαφήμιση δεν έχουν εφαρμογή επί της συγκριτικής διαφήμισης όσον αφορά τη μορφή και το περιεχόμενο της συγκρίσεως».

Η έννοια της παραπλανητικής διαφήμισης κρίνεται πάντα σε συνάρτηση με τον αποδέκτη της διαφήμισης ή αλλιώς τον “μέσο καταναλωτή”[21], όρο που έχει υιοθετήσει το ΔΕΕ. Μέσα από την απόφαση Toshiba Europe/Katun[22], το ΔΕΕ έκανε δεκτό ότι ο εθνικός δικαστής «πρέπει να λάβει υπόψη την αντίληψη του μέσου ατόμου, που έχει τη συνήθη πληροφόρηση και είναι ευλόγως προσεκτικό και ενημερωμένο», καθώς επίσης και ότι «πρέπει να λάβει υπόψη το είδος του κοινού στο οποίο απευθύνεται η διαφήμιση», προσδιορίζοντας έτσι την έννοια του μέσου καταναλωτή.

Η διάταξη του άρθρου 4 στοιχ. β΄ της Οδηγίας

2006/114 θεσπίζει την προϋπόθεση της συγκρισιμότητας των προϊόντων, που είναι γνωστή με βάση την ενωσιακή νομολογία και ως «κριτήριο της λειτουργικής εναλλαξιμότητας» των προϊόντων. Σύμφωνα με την ερμηνεία του ΔΕΕ η εν λόγω προϋπόθεση συνεπάγεται ότι τα αγαθά ή οι υπηρεσίες που συγκρίνονται μεταξύ τους ικανοποιούν την ίδια ανάγκη ή έχουν τον ίδιο σκοπό. Για τον λόγο αυτό απαιτείται η σύγκριση των προϊόντων που αποτελούν το αντικείμενο της διαφήμισης να είναι συγκεκριμένη και εξατομικευμένη, να λαμβάνεται υπόψη η αντίληψη του μέσου καταναλωτή ενώ για να πληρούται η προϋπόθεση της συγκρισιμότητας δεν απαιτείται να υπάρχει πλήρης λειτουργική ταυτότητα των προϊόντων. Χάρη στις υποθέσεις Lidl Belgium/Colruyt, De Landtsheer/CIVC και Lidl SNC/Vierzon Distribution η έννοια της “εναλλαξιμότητας” έχει διευκρινιστεί σε ικανοποιητικό πλέον βαθμό[23].

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 στοιχ. γ΄ της Οδηγίας 2006/114, η διαφήμιση θα πρέπει να «συγκρίνει κατά τρόπο αντικειμενικό ένα ή περισσότερα χαρακτηριστικά που είναι ουσιώδη, συναφή, εξακριβώσιμα και αντιπροσωπευτικά των εν λόγω αγαθών και υπηρεσιών, στα οποία μπορεί να συμπεριλαμβάνεται και η τιμή». Ο σκοπός της διάταξης αυτής είναι να παρέχει την πληρέστερη πληροφόρηση στον καταναλωτή μέσω της αντικειμενική προβολής των πλεονεκτημάτων των διαφόρων συγκρίσιμων προϊόντων προκειμένου ο καταναλωτής να λάβει μία τεκμηριωμένη και συνετή απόφαση συναλλαγής.

Για την ερμηνεία του άρθρου 4 απαραίτητη είναι η διευκρίνιση του όρου “χαρακτηριστικό”. Πιο συγκεκριμένα στο άρθρο 6 της Οδηγίας απαριθμούνται ενδεικτικά τα στοιχεία, τα οποία μπορούν να ενταχθούν στην έννοια του “χαρακτηριστικού”, ενώ κρίσιμο είναι το αν το εκάστοτε στοιχείο μπορεί να προσφέρει στον μέσο καταναλωτή μία πληροφορία η οποία να επηρεάσει την απόφασή του για την αγορά του προϊόντος. Ο διαφημιζόμενος ωστόσο δεν έχει υποχρέωση να αναφέρει το σύνολο των χαρακτηριστικών των συγκρίσιμων προϊόντων καθώς η σύγκριση μπορεί να είναι επαρκής ακόμη κι αν αφορά ένα μόνο χαρακτηριστικό των συγκρινόμενων προϊόντων. Η προϋπόθεση της αντικειμενικότητας ερμηνεύθηκε από το ΔΕΕ στην απόφαση Lidl Belgium/Colruyt, ορίζοντας ότι δεν είναι αντικειμενική μία σύγκριση, όταν βασίζεται στην υποκειμενική εκτίμηση του συγκρινόντος.

Όσον αφορά την σύγκριση των τιμών το ΔΕΕ στην ίδια απόφαση δέχθηκε ότι «η αντιπαράβολή των ανταγωνιστικών προσφορών, ιδίως όσον αφορά τις τιμές, ανάγεται στην ίδια τη φύση της συγκριτικής διαφημίσεως». Εξάλλου, σύμφωνα με την ίδια απόφαση, στοιχείο όπως η τιμή ενός προϊόντος δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο υποκειμενικής εκτίμησης. Προκύπτει, λοιπόν, ότι στην ενωσιακή νομολογία, οι συγκρίσεις τιμών θεωρούνται κατά κανόνα αντικειμενικές.

Για την πληρέστερη κατανόηση του άρθρου 4 σημασία έχει και το κριτήριο επαληθευσιμότητας, το οποίο πληρείται όταν μία συγκριτική διαφήμιση “θεμελιώνεται σε ισχυρισμούς πραγματικών γεγονότων”. Την προϋπόθεση αυτή, το ΔικΕΕ είχε κληθεί να την ερμηνεύσει για πρώτη φορά στην υπόθεση Toshiba Europe/Katun¹⁰ χωρίς ωστόσο να μπορέσει να καταλήξει σε κάποιο επαρκές συμπέρασμα. Προκειμένου, λοιπόν, το ΔΕΕ να ερμηνεύσει την προϋπόθεση της επαληθευσιμότητας, χρησιμοποίησε την ερμηνευτική συνδρομή της διάταξης του άρθρου 7 της Οδηγίας. Ειδικότερα, το άρθρο 7 της Οδηγίας υποχρεώνει τα κράτη-μέλη να παρέχουν στα αρμόδια για την εφαρμογή της Οδηγίας δικαστήρια ή διοικητικά όργανα την εξουσία να

απαιτούν από τον διαφημιζόμενο να προσκομίζει αποδείξεις για την αντικειμενική ακρίβεια των πραγματικών ισχυρισμών που περιέχονται στη διαφήμιση. Όσον αφορά το βάρος απόδειξης της βασιμότητας και της ακρίβειας των ισχυρισμών, το φέρει ο ενάγων.

Επίλογος

Μέχρι σήμερα έχουν εκδοθεί από το ΔΕΕ συνολικά δέκα αποφάσεις, που αφορούν στην ερμηνεία των κανόνων της συγκριτικής διαφήμισης. Με την ενωσιακή νομολογία έχουν αποσαφηνιστεί σε σχετικά ικανοποιητικό βαθμό κάποιες από τις αόριστες έννοιες που περιλαμβάνουν οι προϋποθέσεις νομιμότητας του άρθρου 4 της Οδηγίας. Οι ερμηνευτικές κατευθύνσεις του ΔΕΕ διαδραματίζουν καθοριστικό ρόλο στην πλήρη νομοθετική εναρμόνιση, δεδομένου ότι το ΔΕΕ είναι το μόνο αρμόδιο όργανο να ερμηνεύσει αυθεντικά την Οδηγία. Η σημασία της ενωσιακής νομολογίας στο έργο αυτό είναι καταλυτική, αφού μόνο μέσω αυτής δύναται τα κράτη-μέλη να «συντονίσουν» την ερμηνεία των εθνικών τους κανόνων υπό το πρίσμα του ενωσιακού δικαίου.

[1] Ενιαία Ευρωπαϊκή Πράξη, άρθρο 13, διαθέσιμη στο: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1987:169:FULL&from=EL>.

[2] Kirsten Sassmann, *Das Binnenmarktrecht der vergleichenden Werbung*, σελ. 21.

[3] 5η αιτιολογική σκέψη του Προοιμίου της Οδηγίας 84/450/ΕΟΚ.

[4] Οδηγία 97/55/ΕΟΚ, διαθέσιμη στο: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0055>.

[5] Ευθυμίου Αμαλία σε μεταπτυχιακή εργασία, «Η συγκριτική διαφήμιση», ακαδημαϊκό έτος 2014-2015, σελ. 83.

[6] Ευθυμίου Αμαλία σε μεταπτυχιακή εργασία, «Η συγκριτική διαφήμιση», ακαδημαϊκό έτος 2014-2015, σελ. 86.

[7] Δούβλης Β. και Μπώλος Α., *Δίκαιο προστασίας των καταναλωτών*, 2008, σελ. 621-622 και 631 επ.

[8] Όπως ακριβώς 8^η αιτιολογική σκέψη Οδηγίας 2006/114/ΕΚ, διαθέσιμη στο: EUR-Lex - 32006L0114 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

[9] Άρθρο 4, Οδηγία 2006/114/ΕΚ, διαθέσιμη

στο: EUR-Lex - 32006L0114 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

[10] Απόφαση ΔικΕΕ υπόθεση C-112/99 (Toshiba Europe/Katun), διαθέσιμη στο: CURIA - Πίνακας αποτελεσμάτων (europa.eu).

[11] Απόφαση ΔικΕΕ υπόθεση C-112/99 (Toshiba Europe/Katun), όπως ακριβώς σκέψη 31

[12] Απόφαση ΔικΕΕ υπόθεση C-112/99 (Toshiba Europe/Katun), όπως ακριβώς σκέψη 33.

[13] Απόφαση ΔικΕΕ υπόθεση C-112/99 (Toshiba Europe/Katun), όπως ακριβώς σκέψη 37.

[14] Απόφαση ΔικΕΕ υπόθεση C-44/01 (Pippig Augenoptik/Hartlauer), διαθέσιμη στο: CURIA - Πίνακας αποτελεσμάτων (europa.eu).

[15] Απόφαση ΔικΕΕ υπόθεση C-44/01 (Pippig Augenoptik/Hartlauer), όπως ακριβώς σκέψη 33.

[16] Απόφαση ΔικΕΕ υπόθεση C-44/01 (Pippig Augenoptik/Hartlauer), όπως ακριβώς σκέψη 37.

[17] Ευθυμίου Αμαλία σε μεταπτυχιακή εργασία, «Η συγκριτική διαφήμιση», ακαδημαϊκό έτος 2014-2015, σελ. 91.

[18] Ευθυμίου Αμαλία σε μεταπτυχιακή εργασία, «Η συγκριτική διαφήμιση», ακαδημαϊκό έτος 2014-

2015, σελ 93.

[19] Βλ. απόφ. ΔικΕΕ της 13.3.2014 υπόθ. C-52/13 (Posteshop/Autorità), αδημ. στη Συλλογή (ECLI:EU:C:2014:150)

[20] Βλ. απόφ. ΔικΕΕ υπόθ. C-44/01 (Pippig Augenoptik/Hartlauer)

[21] Βλ. απόφ. ΔικΕΕ της 16.1.1992 υπόθ. C-373/90 (Nissan), Συλλογή 1992 σελ. I-00131, σκέψεις 15-16, απόφ.

ΔικΕΕ της 16.7.1998 υπόθ. C-210/96 (Gut Springenheide και Tuský), Συλλογή 1998 σελ. I-04657, σκέψη 31,

απόφ. ΔικΕΕ της 13.1.2000 υπόθ. C-220/98 (Estée Lauder/Lancaster), Συλλογή 2000 σελ. I-00117, σκέψη 27,

απόφ. ΔικΕΕ της 24.10.2002 υπόθ. C-99/01 (Linhart και Biffi), Συλλογή 2002 σελ. I-9375, σκέψη 31, απόφ.

ΔικΕΕ της 8.4.2003 υπόθ. C-44/01 (Pippig Augenoptik/Hartlauer), Συλλογή 2003, σελ. I-3095 = Αρμ 2004,616 =

ΕΕμπΔ 2004,441, σκέψη 55, απόφ. ΔικΕΕ της 19.9.2006 υπόθ. C-356/04 (Lidl Belgium/Colruyt), Συλλογή

2006, σελ. I-08501 = ΕΕμπΔ 2006,1056 = Αρμ 2007,2000 = ΧρΙΔ 2007,353, σκέψη 78 και απόφ. ΔικΕΕ της

18.11.2010 υπόθ. C-159/09 (Lidl SNC/Vierzon Distribution), Συλλογή 2010 σελ. I-11761 = ΕφΑΔ 2010,1246,

σκέψη 47

[22] Βλ. απόφ. ΔικΕΕ. υπόθ. C-112/99 (Toshiba Europe/Katun)

[23] Ευθυμίου Αμαλία σε μεταπτυχιακή εργασία, «Η συγκριτική διαφήμιση», ακαδημαϊκό έτος 2014-2015, σελ.231

The prohibition of anti-competitive agreements under EU law

Apostolos Karasakalidis

4-year undergraduate law student at AUTH

Maria G. Boulieri

Trainee Lawyer, LL.M.

Introduction to the EU antitrust legal framework

One of the most fundamental objectives of the European Union (EU) is to create an internal market¹ between the Member States (MS) in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured, without internal frontiers of any kind².

The creation of a common competition policy within the Union is regarded as necessary for the proper development of the internal market. **The workable competition**³ encourages companies to offer goods and services to their customers on the most favorable terms. Moreover, it leads to market efficiency, increases innovation and reduces prices. However, to be effective, competition between companies must be conducted in a way that each one acts independently⁴. This is why the MS have conferred an exclusive competence to the EU to establish common rules on competition⁵.

EU antitrust policy is based on Articles 101 and 102 TFEU (ex Articles 81 and 82 TEC). The first article,

of those mentioned above, prohibits agreements between two or more market operators, which restrict competition, while the second one prohibits the abuse of a powerful position within the internal market by companies holding a dominant position in a relative market⁶. The following research focuses on the prohibition of anti-competitive agreements and the mechanisms utilized by EU institutions, so that they restore the function of the competition in such cases.

Legislative framework

The prohibition of anti-competitive agreements

According to Article 101 para.1 TFEU, *"all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between the MS and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market"* are prohibited. The most common example of such anti-competitive behavior is the one of the **"cartel"**, that can be defined as *"a group of independent companies which join together to fix prices, to limit production or to share markets or customers between them."*⁷

More specifically, an **"agreement"** is a contract between two or more economic operators, who

¹ Article 3 para. 3 of the Treaty on European Union (TEU). For further analysis of the **"internal market"** see Barnard, C., *The Substantive Law of the EU: The four freedoms*, Oxford, 2019, pp. 559-612

² Article 26 para. 2 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

³ For this theory see Clark, J.M., *Towards a concept of workable competition*, *American Economic Review*, 1940, p. 241

⁴ https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/antitrust-overview_en

⁵ Article 3 para. 1(b) of TFEU

⁶ For the definition of **"relevant market"**, see: Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law

⁷ https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels_en

accept to act in a certain way in the market or refrain from acting according to a common plan⁸. This agreement may not only be written, but also inferred⁹, while at the same time, it is not necessary to be legally binding (e.g. gentlemen's agreements¹⁰). Furthermore, this kind of agreement refers both to those conducted between companies that operate at the same level of the supply chain (**horizontal agreements**) and at different levels (**vertical agreements**)¹¹.

On the other hand, a "**concerted practice**" is based on two conditions: the common behavior of more companies in the same relevant market (**objective**) and their willingness to act in common-sense, pursuing to affect the behavior of their competitors (**subjective**)¹². The existence of this subjective criterion makes the behavior suspicious under article 101 TFEU. The companies participating in such practices, aim to reduce or eliminate the risk that any competitive market includes¹³. It must be mentioned that the existence of a concerted practice does not necessarily require a common plan between the companies involved¹⁴, as it may be based only on the information given from one party to the others about its future business moves. According to the Court's case-law, it is not vital that a specific distinction between "agreement" and "concerted practice" is made, if there is enough evidence that some kind of cooperation has been developed among the parties concerned¹⁵.

The European Court of Justice (ECJ) has clarified¹⁶ that the provision of article 101 para.1 TFEU does not apply where the impact of the agreement

on trade between the MS or on competition is not appreciable (**De minimis Principle**). More specifically, an agreement that has as its object the prevention, distortion or restriction of competition within the internal market "*constitutes, by its nature and independently of any concrete effects that it may have, an appreciable restriction of competition*"¹⁷.

On the contrary, behaviors that result in negative effects on workable competition are not prohibited when the aggregate market share held by the parties to the agreement does not exceed 10 % (for agreements between competitors) or the individual market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15% on any of the relevant markets (for agreements between non-competitors)¹⁸.

The exceptions

Agreements, decisions and concerted practices restricting competition according to article 101 para. 1 TFEU are exceptionally allowed under para. 3 when the pro-competitive advantages outweigh the restrictive effects on competition. Four cumulative conditions must be met for cooperation agreements to be exempted. More specifically, they must contribute to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress and let consumers gain a fair share of the resulting benefit (**positive conditions**). At the same time, they must not impose on the undertakings concerned restrictions that are not indispensable to the attainment of these objectives and not allow undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question (**negative conditions**).

According to article 1 para. 2 of the Council Regulation (EC) 1/2003, when the conditions laid down in para. 3 of article 101 TFEU are satisfied, the agreement/decision/concerted practice is allowed without any prior decision. The Commission may find that article 101 para. 1 TFEU is not applicable to an agreement either, because it does not fulfill the conditions of article 101 para. 1 or because it satisfies the conditions of 101 para. 3. In this sense, there is a prohibited agreement under article 101 and it is **automatically void** only when the conditions of para. 1 are satisfied and

⁸ Kotsiris, L., Competition Law, Sakkoulas, 2015, pp. 439-467

⁹ C-260/09 P- Activision Blizzard Germany v Commission

¹⁰ C-45/69 ACF Chemiefarma NV v Commission

¹¹ https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2020-12/antitrust_procedures_101_en.pdf

¹² Zeugolis, N., The Cartel in Competition Law, Nomiki Bibliothiki, 2008, pp. 42-44

¹³ C-48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission

¹⁴ C-114/73 Suiker Unie UA and others v Commission

¹⁵ C-107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v Commission

¹⁶ C-226/11 Expedia, paragraphs 16 and 17.

¹⁷ C-226/11 Expedia, paragraphs 35, 36 and 37

¹⁸ European Commission, De Minimis Notice, (2014/C 291/01)

the conditions of para 3 are not. The **burden of proving** that there has been an infringement of article 101 para. 1 TFEU belongs to the party or the authority alleging the infringement¹⁹.

Investigation procedure

Article 101 cases can originate via a complaint made by natural or legal persons, who can show a legitimate interest and the MS²⁰, an own-initiative investigation by the EU Commission after having noticed circumstances suggesting that competition may be restricted within the common market or a leniency application from one of the participants of a cartel.

In order to enforce article 101, the Commission can require all the necessary information from undertakings and associations of undertakings setting a time limit within which the information is to be provided and specifying the penalties in case of providing misleading or incorrect information²¹. In addition, according to article 20 of the Council Regulation (EC) 1/2003, the officials and other accompanying persons, authorized by the Commission are empowered to: 1. **enter** the premises of the companies, 2. **examine** the relevant records, 3. **make copies** of those records, 4. **seal** the business premises and records and 5. **ask** members of staff or company representatives questions relating to the subject matter and purpose of the inspection and record their answers. However, they should **never exceed what is necessary** to achieve the investigation's goals. During this process, the Commission and the competition authorities of the MS cooperate by exchanging confidential information in order to detect and finish the anti-competitive conduct quickly²².

Fines

A company that has infringed competition law by participating in an anti-competitive agreement and that has been discovered by the Commission may have to pay a fine. The purpose of this fine is to **punish** the company and to **deter** other companies from acting in a similar way in the future. In order to calculate it, different factors are taken into account, like the gravity and the duration of the infringement. In any case, the Commission has already set a specific framework for the calculation under its Guidelines²³. In order to talk with more concrete numbers, the starting point for a fine is the percentage of a company's annual sales of the product concerned in the infringement (up to 30%)²⁴. This is then multiplied by the number of years and months the infringement lasted. Then some **aggravating factors** are also considered, for example, if the company repeats the infringement or attenuating factors, such as the ones limited involvement, that could lead to an increase or decrease accordingly, to the final sanction.

However, the **maximum percentage** of an imposed fine cannot overpass the **10% of the overall annual turnover** of a company. The purpose of this sanction is not to eliminate the company from the market, but to punish it in a way that it will be compliant with the competition rules in the future. This is why, in exceptional circumstances, the Commission may reduce the fine, if the company provides sufficiently clear and objective evidence that the fine is likely to seriously affect the economic viability of the undertaking.²⁵

A very recent fine imposition example is the one of a foreign-exchange ('Forex') trading cartel.

¹⁹ Article 2 of the Council Regulation (EC) 1/2003

²⁰ Article 7 para. 2 of the Council Regulation 1/2003. For further detail see Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty (2004/C 101/05)

²¹ Article 18 para. 2 of the Council Regulation 1/2003

²² Articles 12 and 22 of the Council Regulation 1/2003

²³ Guidelines for setting fines, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26118>

²⁴ Fines for breaking EU Competition Law - European Commission, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj8vt3YyoL3AhU6gP0HHbm8C5IQFnoECAYQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fcompetition%2Fcartels%2Foverview%2Ffactsheet_fines_en.pdf&usq=AOvVaw3Eh3Pep6PEbUzvVZpRiLYS

²⁵ Point 35 of the Guidelines (2006)

The Commission, after completing its investigation, imposed a fine of **€344 million** on five of Europe's biggest banks; UBS, Barclays, RBS, HSBC and Credit Suisse. This fine was based on the gravity of the finding and more specifically, on the fact that some traders at these banks exchanged sensitive information and trading plans in a chatroom called "Sterling Lads." In some cases, they even coordinated trading strategies.

Price Reduction

Leniency Programme

As we can understand, even though the purpose of the fine is not to destroy the company, it can be quite exhaustive. Thus, the Commission offers two ways of reducing the price among the involved companies; the **leniency programme** and the **settlement**.

On the one hand, proving the existence of an agreement between companies which prevents, restricts or distorts competition in the EU and which may affect trade between MS is, maybe, one of the hardest cases. Therefore, the Commission offers the so-called "Leniency programme" that is one of the ways, as we have previously mentioned, where a case of an anti-competitive agreement under Article 101 TFEU can originate. In brief, it functions as a "**second chance**" aiming to motivate firms that take part in such agreements, to bring them to the light and to support the unfettered functioning of competition.

Leniency programme is a way to avoid or to reduce the fine, by giving the opportunity to the engaged firm to reveal useful information from the inside in exchange with immunity or price reduction to the fines that could be imposed in case the anti-competitive practice was revealed by an external factor. In principle, it can be characterized as a **win - win situation**, as it protects the interests of consumers that would have been damaged otherwise, while it benefits the whistle-blower too.

More specifically, the first firm to approach the Commission and submit evidence that is sufficient for the launching of an inspection or for the actual finding of an infringement would enjoy **total immunity**. That fact proves how economically destructive is the existence of such agreement for the market, that it is balanced with a full exemption from the fine. Of course, it is not enough that the firm omits its engagement, but it must also end its

participation in the infringement.

Moreover, the Commission offers this programme not only to the first firm, as the purpose of this measure is to truly benefit the market. Therefore, additional firms that approach the Commission at a later stage and contribute a real "**added value**" to the investigation are also eligible for a fine reduction. The key notion of "added value" is very important in the case of fine reduction. The Commission in its Notice²⁶ specified that this term "*refers to the extent to which the evidence provided strengthens, by its very nature and / or its level of detail, the Commission's ability to prove the alleged cartel*".

At the end of the procedure, the Commission decides the percentage of reduction, based on a **chronological priority** of the companies to provide significant added value. With numbers, the 1st company can benefit from a reduction of 30-50%, the 2nd of 20-30% and the subsequent undertakings of up to 20%.

The leniency programme is frequently used in the internal market. A recent example is the case of **Canned Vegetables**.²⁷ On 27 September 2019, the Commission announced a €31.6 million settlement decision with Cooros, Groupe CECAB, and Bonduelle. These companies have been charged with cartel infringement in the canned vegetables market. The outcome of this settlement was that Bonduelle received total immunity for revealing both cases to the Commission, while Groupe CECAB and Cooros received a fine reduction of 30% and 15%, respectively.

In the direction of the **soft-harmonization approach** of the European Union, the MS aligned the basic rules of their legislations in, so that an applicant can surpass the burden of complying with different rules and mechanisms and benefit of a leniency programme both in EU and national level. For example, in Greece, the Hellenic Competition Commission issued the 299/2006 Decision regulating Greek programme of leniency. Settlement

On the other hand, there is the option of the settlement that is applicable only to **cartel** cases. The difference between settlement and leniency

²⁶ Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, C 298/11, 2006

²⁷ Case COMP/AT.40127

is that settlement is a **procedural efficiency instrument**, while leniency is an instrument to gather evidence. In that case, the parties involved acknowledge upfront their participation in the cartel in return for a faster, more streamlined procedure and an up to 10% reduction in the fines. First, the Commission presents parties with the evidence and notifies them of its conclusions as to duration, seriousness, liability and likely fine. Then, the parties have to submit in writing the acknowledgment of their liability - that can also be made in oral - and to state that they accept the Commission's statement of objections. However, the fact that a company asks for a settlement is not binding for the Commission, which may reject the settlement route for cases, if it is considered as not suitable enough.

Epilogue

The EU antitrust policy aims to ensure the proper functioning of the internal market. The effective competition enables businesses to compete under **equal terms** within the MS and at the same time

puts pressure on them to strive continuously to make the **best possible offers** for customers as far as the price and the quality are concerned. As a result of this mechanism, the well-being of EU citizens, businesses and society is enhanced²⁸. A **key factor** for this outcome to be achieved is the exclusive competence that the EU has acquired by the MS in order to set common competition rules and the powers of the Commission to detect and finish any anti-competitive behavior taking place within the internal market. It is essential that all EU Institutions act with respect to the **Principle of Proportionality** and "*not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties*"²⁹. This principle can affect every part of the EU antitrust policy, as previously analyzed, meaning the investigation, fines and their reduction or even simply the way of characterizing an agreement as anti-competitive.

²⁸ https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_2.6.12.pdf

²⁹ Article 5 para. 4 TEU

Η θέση και τα δικαιώματα των ΑμεΑ στον εργασιακό χώρο: Η Οδηγία 2000/78 για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω αναπηρίας

Ιωάννης Γερέλκης
Τριτοετής φοιτητής Νομικής

Εισαγωγή

Η δυσμενής μεταχείριση εργαζομένων λόγω ενός ιδιαίτερου χαρακτηριστικού τους, όπως η αναπηρία, αποτελεί ένα σύνθετο φαινόμενο στη σύγχρονη αγορά εργασίας. Στερεοτυπικές αντιλήψεις κατισχύουν, γεγονός που προκαταλαμβάνει τον εργοδότη ως προς την παραγωγικότητά τους, με αποτέλεσμα να μην αντιμετωπίζονται ισότιμα με τους λοιπούς εργαζόμενους, κατά παράβαση των επιταγών της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Το ζήτημα των ατόμων με αναπηρία λαμβάνει πλέον διαστάσεις ιδιαίτερα ευρείες. Αντιμετωπίζεται ως ένα πρόβλημα κοινωνικού αποκλεισμού, ιδιαίτερη έκφανση του οποίου αποτελεί η πρόσβασή τους στην εργασία¹. Η παρούσα μελέτη πραγματεύεται ακροθιγώς την Οδηγία 2000/78, ως μια προσπάθεια του ενωσιακού νομοθέτη με σκοπό την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω αναπηρίας και την ισότιμη ένταξη των ατόμων με ειδικές ανάγκες στην εργασία.

Ενωσιακό Δίκαιο. Η Οδηγία 2000/78 για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης αποτελεί θεμελιώδη αρχή του ενωσιακού δικαίου. Κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, ο οποίος διαθέτει ισχύ πρωτογενούς δικαίου

κατά τη ρητή διάταξη του άρθρου 6 Ι της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση². Ασφαλώς, δεν απαιτεί την απόλυτη ισοπέδωση των εργαζομένων, αλλά απαγορεύει τις αυθαίρετες διαφοροποιήσεις³. Επιδράσει οι όμοιες περιπτώσεις να αντιμετωπίζονται με όμοιο τρόπο, εκτός αν η διαφοροποίηση δύναται να δικαιολογηθεί αντικειμενικά⁴. Εξειδίκευση της γενικής αρχής αποτελούν οι ειδικές απαγορεύσεις διακρίσεων, οι οποίες στοχεύουν αποκλειστικά στην καταπολέμηση διακρίσεων, αφορώσες σε συγκεκριμένα χαρακτηριστικά γνωρίσματα, όπως η αναπηρία, η οποία αποτελεί κεντρική έννοια της παρούσας μελέτης.

Το άρθρο 19 παρ. 1 ΣΛΕΕ (πρώην 13 παρ. 1 ΣΕΚ)⁵ θεμελιώνει την αρμοδιότητα της Ένωσης

² Το άρθρο 6 παρ. 1 της ΣΕΕ αναφέρει πως «Η Ένωση αναγνωρίζει τα δικαιώματα, τις ελευθερίες και τις αρχές που περιέχονται στον Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 7ης Δεκεμβρίου 2000, όπως προσαρμόσθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2007, στο Στρασβούργο, ο οποίος έχει το ίδιο νομικό κύρος με τις Συνθήκες.»

³ ΑΠ 662/1980, ΔΕΝ 36, 753.

⁴ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-406/15 Milkova, σκέψη 55 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία· ΔΕΕ C-356/12, Glatzel, σκέψη 43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

⁵ Το άρθρο 19 παρ. 1 ΣΛΕΕ αναφέρει πως «Με την επιφύλαξη των άλλων διατάξεων των Συνθηκών και εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων που παρέχουν στην Ένωση, το Συμβούλιο, αποφασίζοντας ομόφωνα, σύμφωνα με ειδική νομοθετική διαδικασία, και μετά την έγκριση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, μπορεί να αναλάβει δράση για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φύλου, φυλε-

¹ Αναλυτικότερα Κουκιάδης, Εργατικό Δίκαιο. Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις και το Δίκαιο της Ευελιξίας της Εργασίας, Εκδ.Σάκκουλα, 2017, σελ. 370-373.

να λαμβάνει μέτρα, με σκοπό την καταπολέμηση διακρίσεων εξαιτίας ορισμένων περιοριστικά απαριθμούμενων χαρακτηριστικών γνωρισμάτων⁶. Σε αυτά, περιλαμβάνεται και η αναπηρία. Έχοντας ως νομική βάση το άρθρο 19 ΣΛΕΕ, ο ενωσιακός νομοθέτης εξέδωσε την Οδηγία 2000/78 «για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία». Σκοπό της Οδηγίας αποτελεί κατά το άρθρο 1 «η καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω θρησκείας ή πεποιθήσεων, **ειδικών αναγκών**, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού στον τομέα της απασχόλησης και της εργασίας [...]». Όπως γίνεται αντιληπτό και από το άρθρο 19 ΣΛΕΕ, που αποτελεί μέρος των γενικών αρχών της Συνθήκης, η απαγόρευση των διακρίσεων στην εργασία διαδραματίζει εξέχοντα ρόλο στην πλήρη συμμετοχή των πολιτών στην οικονομική, πολιτιστική και κοινωνική ζωή καθώς και στην προσωπική ανέλιξη⁷. Άλλωστε, πρωταρχικό στόχο της Ένωσης αποτελεί η βελτίωση του βιοτικού επιπέδου και της ποιότητας ζωής των πολιτών, η κοινωνική συνοχή και η αλληλεγγύη⁸. Συνεπώς, η επέμβαση του νομοθέτη ήταν ιδιαίτερα κρίσιμη. Το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας

Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 της Οδηγίας 2000/78, αυτή εφαρμόζεται σε περιπτώσεις τόσο άμεσων⁹, όσο και έμμεσων διακρίσεων¹⁰, καθώς και σε περιπτώσεις παρενόχλησης¹¹. Ως προς το προ-

τικής ή εθνικής καταγωγής, θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού».

⁶ Βλ. ΔΕΕ C-13/05 Chacon Navas, σκέψεις 46-47, 55-56, όπου το δικαστήριο τονίζει πως το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2000/78 δεν πρέπει να επεκταθεί πέραν των περιπτώσεων δυσμενούς διακρίσεως για έναν από τους λόγους που εξαντλητικά απαριθμούνται στο άρθρο 1 αυτής.

⁷ Βλ. αιτιολογική σκέψη 9 της Οδηγίας 2000/78.

⁸ Βλ. αιτιολογική σκέψη 11 της Οδηγίας 2000/78.

⁹ Άμεση διάκριση συντρέχει, όταν ένα πρόσωπο υφίσταται μεταχείριση λιγότερο ευνοϊκή από αυτήν, την οποία υφίσταται, υπέσθη, ή θα υφίστατο σε ανάλογη κατάσταση ένα άλλο πρόσωπο. (άρθρο 2 παρ. 2 περ. α' της Οδ. 2000/78).

¹⁰ Έμμεση διάκριση συντρέχει, όταν μια εκ πρώτης όψεως ουδέτερη διάταξη, ενδέχεται να προκαλέσει μειονεκτική μεταχείριση ενός προσώπου με ειδικές ανάγκες σε σχέση με άλλα άτομα. (άρθρο 2 παρ. 2 περ. β' της Οδ. 2000/78)

¹¹ Βλ. άρθρο 2 παρ. 1-3 της Οδηγίας 2000/78.

σωπικό πεδίο εφαρμογής, αφορά εργαζόμενους τόσο στον ιδιωτικό, όσο και στον δημόσιο τομέα για ζητήματα που διατρέχουν όλη τη διάρκεια της σχέσης εργασίας, από τη διαδικασία της επιλογής του εργαζομένου, τον καθορισμό των όρων της εργασίας, ως και την απόλυσή του. Τέλος, το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας δεν περιορίζεται μόνο στην απασχόληση, αλλά επεκτείνεται και στην επαγγελματική κατάρτιση και στη συμμετοχή σε συνδικαλιστικές οργανώσεις¹². Από το γράμμα της διάταξης, δηλαδή, αντιλαμβανόμαστε την ευρύτητα του *ratione personae* της Οδηγίας.

Προκειμένου να εφαρμοστεί, ωστόσο, η Οδηγία, κρίσιμο είναι η διάκριση να οφείλεται σ' έναν από τους περιοριστικά απαριθμούμενους σε αυτή λόγους. Κεντρική έννοια της παρούσας μελέτης αποτελεί η έννοια της «αναπηρίας», η οποία και θα αναλυθεί στη συνέχεια.

Η έννοια της «αναπηρίας»: Το ιατρικό μοντέλο της αναπηρίας

Ελλείπει ορισμού της έννοιας της αναπηρίας στην Οδηγία 2000/78, το Δικαστήριο της Ένωσης προέβη σε ερμηνεία του όρου, η οποία και θα ακολουθείται από όλα τα κράτη - μέλη. Η αρχική θέση της νομολογίας του Δικαστηρίου, ακολουθούσε τη θεωρία του «ιατρικού μοντέλου της αναπηρίας». Κατά την τότε πάγια νομολογία του δικαστηρίου, η έννοια των ειδικών αναγκών υποδήλωνε «μακροχρόνια μειονεκτικότητα, οφειλόμενη, ιδίως, σε πάθηση φυσική, διανοητική ή ψυχική, κωλύουσα τη συμμετοχή του συγκεκριμένου ατόμου στον επαγγελματικό βίο»¹³. Το δικαστήριο της Ένωσης επικρίθηκε για την προσέγγισή του στην έννοια της αναπηρίας¹⁴, καθώς προκρίνει το «ιατρικό μοντέλο», περιορίζοντας αδικαιολόγητα το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας.

¹² Βλ. άρθρο 3 της Οδηγίας 2000/78.

¹³ ΔΕΕ C-13/05, Chacon Navas, σκ. 43.

¹⁴ Αναλυτικότερα Γαβαλάς, Η προστασία των ατόμων με αναπηρίες από τις διακρίσεις και η ενσωμάτωσή τους στην εργασία και την απασχόληση ως ανθρωπινό δικαίωμα — Με αφορμή πρόσφατες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΕΕργΔ, 2013, σελ. 798-821 (813). Του ίδιου, Η έννοια της «αναπηρίας» στο περιβάλλον της προστασίας από τις διακρίσεις - Επ' αφορμή της απόφασης του Δ.Ε.Ε. της 1ης Δεκεμβρίου 2016 στην υπόθεση C-395/15, Mohamed Daouidi, ΕΕργΔ, 2016, σελ. 1203-1214.

Η κριτική που ασκείται στο ιατρικό μοντέλο της αναπηρίας είναι δικαιολογημένη, διότι το επίκεντρο της αξιολόγησης αποτελεί αποκλειστικά η βλάβη που προκαλείται και δυσχεραίνει την ισότιμη πρόσβαση στην εργασία¹⁵. Αντίθετα, το κοινωνικό μοντέλο της αναπηρίας, όπως θα παρατεθεί στη συνέχεια, θέτει ως επίκεντρο την αλληλεπίδραση της μειονεκτικότητας με τους περιοριστικούς παράγοντες που η ίδια η κοινωνία θέτει στα άτομα με ειδικές ανάγκες.

Το κοινωνικό μοντέλο της αναπηρίας: η στροφή της νομολογίας

Για τη μεταβολή της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ένωσης, καθοριστικό ρόλο διαδραμάτισε η υπογραφή της Διεθνούς Σύμβασης των Δικαιωμάτων των Ατόμων με Αναπηρία. Η Σύμβαση ορίζει ρητά στο άρθρο 1 πως «στα άτομα με αναπηρία περιλαμβάνονται τα άτομα με μακροχρόνιες σωματικές, ψυχικές, νοητικές ή αισθητηριακές αναπηρίες, οι οποίες, **σε συνδυασμό με διάφορα εμπόδια**, μπορεί να δυσχεραίνουν την πλήρη και αποτελεσματική συμμετοχή τους στην κοινωνία σε ισότιμη βάση με τα άλλα άτομα».

Κατά την αιτιολογική σκέψη ε' της εν λόγω Σύμβασης, «η αναπηρία είναι έννοια που εξελίσσεται και είναι αποτέλεσμα της αλληλεπίδρασης ανάμεσα στα άτομα με μειωμένες δυνατότητες και στα συμπεριφορικά και περιβαλλοντικά εμπόδια που δυσχεραίνουν την πλήρη, πραγματική και ισότιμη συμμετοχή των ατόμων με αναπηρία στην κοινωνία». Επομένως, η Σύμβαση υιοθετεί ευθέως την κοινωνική έννοια της αναπηρίας, καθώς εστιάζει όχι στις βλάβες, όπως υπογραμμίστηκε και ανωτέρω, αλλά στην αλληλεπίδρασή τους με άλλους περιβαλλοντικούς παράγοντες, που δύνανται να δράσουν ανασταλτικά.

Εφόσον, λοιπόν, η Ένωση έχει προσχωρήσει στη Διεθνή Σύμβαση και αυτή αποτελεί πλέον μέρος του Ενωσιακού δικαίου, η έννοια της αναπηρίας στην Οδηγία 2000/78 θα πρέπει να ερμηνεύεται

¹⁵ Κριτική ασκείται σε *Τραύλο - Τζανετάτο*, Απόλυση εργαζομένου λόγω ασθένειας, ΕΕργΔ, 2011, 321-346 (335). *Γαβαλά*, Η έννοια της «αναπηρίας» στο περιβάλλον της προστασίας από τις διακρίσεις - Επ' αφορμή της απόφασης του Δ.Ε.Ε. της 1ης Δεκεμβρίου 2016 στην υπόθεση C-395/15, Mohamed Daouidi, ΕΕργΔ, 2016, σελ. 1203-1214 (1207). Για το ιατρικό μοντέλο της αναπηρίας βλ. και *Ζερδελή*, Ευρωπαϊκό Εργατικό Δίκαιο, Εκδ. Σάκκουλα, 2019, σελ. 107.

υπό το πρίσμα του ορισμού της Διεθνούς Σύμβασης¹⁶. Με βάση τα προεκτεθέντα, το Δικαστήριο της Ένωσης προκρίνει πλέον το κοινωνικό μοντέλο¹⁷ και έκτοτε έχει υιοθετήσει πάγια τον ορισμό της Σύμβασης.

Για την υπαγωγή του ενδιαφερόμενου προσώπου στο προστατευτικό πεδίο της Οδηγίας 2000/78, δεν απαιτείται πλήρης αποκλεισμός από την εργασία. Αρκεί και η δυσχέρεια στην άσκηση των επαγγελματικών καθηκόντων¹⁸. Δεν ενδιαφέρει τη νομολογία του δικαστηρίου η προέλευση της αναπηρίας¹⁹, ούτε η συμβολή του εργαζόμενου στην επέλευσή της²⁰. Ωστόσο, είναι ιδιαίτερα κρίσιμο το στοιχείο της «μακροχρόνιας» μειονεκτικότητας. Δε δίδεται σαφής ορισμός της έννοιας ούτε από την Οδηγία, ούτε όμως και από το Δικαστήριο, το οποίο επισημαίνει πως ο εθνικός δικαστής οφείλει να διαγνώσει τη συνδρομή του «μακροχρόνιου της μειονεκτικότητας, συνεκτιμώντας το σύνολο των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης. Ένδειξη, μα όχι και αδιάσειστη απόδειξη, θα μπορούσε να αποτελέσει κατά την άποψη του δικαστηρίου το γεγονός πως τη στιγμή της εφαρμογής του δυσμενούς μέτρου, «δε διαφαίνεται σαφής προοπτική να παύσει σύντομα η ανικανότητα του προσώπου»²¹.

Περιπτώσιολογία διακρίσεων:

Τόσο το Δικαστήριο της Ένωσης, όσο και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, διαθέτει πλούσια νομολογία διακρίσεων λόγω αναπηρίας, οι πιο ενδιαφέρουσες από τις οποίες παρατίθενται στην παρούσα μελέτη. Με την απόφασή του C-354/13 FOA²², το δικαστήριο

¹⁶ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-335/11, HK Danmark, σκέψεις 28-33· C-356/12, Glatzel σκέψεις 45, 70· C-395/15, Daouidi, σκέψεις 40-41· C-354/13, FOA, σκέψη 56.

¹⁷ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-335/11, HK Danmark, σκέψη 38· C-356/12, Glatzel σκέψη 46· C-395/15, Daouidi, σκέψη 42· C-354/13, FOA, σκέψη 53.

¹⁸ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-335/11, HK Danmark, σκέψη 42.

¹⁹ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-354/13, FOA, σκέψη 55· C-335/11, HK Danmark, σκέψη 40. Επίσης, C-395/15, Daouidi, σκέψεις 44-45, όπου επισημαίνεται πως η αναπηρία μπορεί να οφείλεται και σε ατύχημα.

²⁰ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-354/13, FOA, σκέψη 56.

²¹ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-395/15, Daouidi, σκέψη 55-56.

²² Η υπόθεση C-354/18, FOA, αφορούσε σε παχύσαρκο παιδοκόμο, ο οποίος απολύθηκε από την

εντάσσει την **παχυσαρκία** στο προστατευτικό πεδίο των διακρίσεων λόγω αναπηρίας. Δεδομένου ότι πλέον η ασθένεια εντάσσεται στην έννοια της αναπηρίας, εάν η παχυσαρκία του εργαζομένου παρακωλύει την αποτελεσματική συμμετοχή του στον επαγγελματικό βίο σε ισότιμη βάση με τους λοιπούς εργαζόμενους, τότε κατά το δικαστήριο, συντρέχει μειονεκτικότητα, η οποία σε συνδυασμό με τα λοιπά κριτήρια που αναφέρθηκαν ανωτέρω, εμπίπτει στην έννοια της «αναπηρίας» και θεμελιώνει διάκριση λόγω αυτής²³.

Για τη συνδρομή διάκρισης δεν είναι απαραίτητο η αναπηρία να πλήττει το πρόσωπο που είναι αποδέκτης της δυσμενούς μεταχείρισης, αλλά **δύνανται να αφορά και πρόσωπο, με το οποίο ο εργαζόμενος σχετίζεται**. Όπως επεσήμανε το δικαστήριο στην υπόθεση C-303/06 Coleman²⁴, η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν περιορίζεται μόνο στα πρόσωπα που έχουν καθαυτά «ειδικές ανάγκες». Ο ίδιος ο σκοπός της Οδηγίας αποβλέπει στην διαμόρφωση ενός πεδίου ισότητας στον τομέα της απασχόλησης και της εργασίας²⁵, συνεπώς μια συστατική ερμηνεία της γενικής αρχής θα καθιστούσε κενό περιεχομένου τον παραπάνω σκοπό. Επομένως, δυσμενής μεταχείριση εργαζομένου λόγω των ειδικών αναγκών του τέκνου του προσκρούει στην Οδηγία 2000/78,

εργασία του λόγω μείωσης του αριθμού των παιδιών προς φύλαξη. Ο ίδιος, εκπροσωπούμενος από το σωματείο των εργαζομένων, υποστήριξε πως η απόλυσή του στοιχειοθετεί διάκριση λόγω παχυσαρκίας και προέβαλε αξιώσεις για αποζημίωση.

²³ ΔΕΕ C-354/18, FOA, σκέψεις 59-60. Αναλυτικότερα για το συλλογισμό του δικαστηρίου, Γαβαλάς, Το Δ.Ε.Ε. εντάσσει την χρόνια παχυσαρκία στην έννοια της αναπηρίας. Σχόλιο στην απόφαση του Δ.Ε.Ε. της 18.12.2014 επί της υποθέσεως C-354/13, Fag og Arbejde (FOA), ΕΕργΔ, 2015, 432-434.

²⁴ Στην υπόθεση C-303/06 Coleman, η προσφεύγουσα, εργαζόμενη ως γραμματέας σε δικηγορικό γραφείο, ήταν μητέρα τέκνου που έπασχε από κρίσεις άπνοιας και συγγενή λαρυγγομαλακία και βρογχομαλακία. Η πάθηση του υιού της απαιτούσε ιδιαίτερη φροντίδα, την οποία παρέσχε η ίδια. Η εργαζόμενη τερμάτισε τη σύμβασή της με τον εργοδότη, όμως προσέφυγε ενώπιον του δικαστηρίου, ισχυριζόμενη πως η απόφασή της ήταν αποτέλεσμα πιέσεων, δυσμενούς μεταχείρισης και παρενοχλήσεων λόγω της κατάστασης της υγείας του υιού της.

²⁵ Αιτιολογική σκέψη 37 της Οδηγίας 2000/78.

διότι σε αντίθετη περίπτωση θα υπονομευόταν η πρακτική αποτελεσματικότητά της.

Στο πεδίο εφαρμογής των διακρίσεων λόγω αναπηρίας δύνανται να συμπεριληφθούν και περιπτώσεις ασθενών που δεν εμφανίζουν συμπτώματα, όπως οι **οροθετικοί εργαζόμενοι**, όμως λαμβάνουν φαρμακευτική αγωγή ως το τέλος της ζωής τους. Μια τέτοια περίπτωση ελληνικού μάλιστα ενδιαφέροντος, αντιμετώπισε το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, στο οποίο προσέφυγε εργαζόμενος, ο οποίος απολύθηκε διότι ήταν φορέας του ιού HIV, χωρίς ωστόσο να εκδηλώνει συμπτώματα της νόσου²⁶. Το δικαστήριο κατέκρινε την αναιρετική απόφαση του Άρειου Πάγου, επισημαίνοντας πως η πίεση που ασκήθηκε από τους λοιπούς εργαζόμενους ήταν καταλυτική για την απόλυση του εργαζομένου. Συντάσσεται με τα δικαστήρια ουσίας, που επιλήφθηκαν της υπόθεσης και συνήγαγαν πως οι αντιδράσεις των εργαζομένων ήταν αβάσιμες και η ασθένεια του εργαζομένου δε δημιουργούσε επιπτώσεις στην εύρυθμη λειτουργία της επιχείρησης, ούτε περιοριζε την εργασιακή ικανότητα του προσφεύγοντος. Έτσι, κρίνει πως υφίσταται δυσμενής διάκριση, κατά παράβαση των άρθρων 8 και 14 της ΕΣΔΑ²⁷.

Είναι απαραίτητο να επισημανθεί πως διάκριση δύναται να επέλθει και από μια φαινομενικά ουδέτερη διάταξη, η οποία εν τέλει επιφυλάσσει δυσμενή μεταχείριση ορισμένων εργαζομένων. Πρόκειται για τις λεγόμενες «έμμεσες διακρίσεις». Κρισιμότερη περίπτωση έμμεσων διακρίσεων αποτελεί η θεμελίωση λόγου απόλυσης, λόγω επαναλαμβανόμενων απουσιών. Η συγκεκριμένη ρύθμιση εκ πρώτης όψεως δε θεωρείται πως θεμελιώνει λόγο διάκρισης. Ωστόσο, οι εργαζόμενοι με αναπηρία διατρέχουν μεγαλύτερο κίνδυνο απόλυσης για το συγκεκριμένο λόγο, διότι είναι πιθανό να απουσιάσουν επιπροσθέτως και για λόγους σχετιζόμε-

²⁶ Η προσφυγή 552/10, I.M. κατά Ελλάδας ενώπιον του ΕΔΔΑ αφορά σε εργαζόμενη, η οποία απολύθηκε από την εργασία της, έπειτα από πιέσεις που άσκησαν οι συνάδελφοί της, λόγω του γεγονότος ότι έπασχε από τον ιό HIV. Αναλυτικότερα, Γαβαλάς, Το Ε.Δ.Δ.Α. αποδομεί το καθεστώς της «ανατιώδους» εργοδοτικής καταγγελίας - Η απόφαση I.B. κατά Ελλάδος επί απολύσεως οροθετικού εργαζομένου, ΕΕργΔ, 2015, σελ. 281-300.

²⁷ Ε.Δ.Δ.Α, απόφαση επί της προσφυγής 552/10, I.B. κατά Ελλάδας, σκέψεις 88-91.

νους με την αναπηρία τους²⁸.

Τέλος, ιδιαίτερο ενδιαφέρον προκαλεί το ερώτημα, αν **ο κορωνοϊός** θα μπορούσε να θεμελιώσει διάκριση λόγω αναπηρίας και ως εκ τούτου να ενεργοποιήσει την Οδηγία 2000/78. Για να συμβεί αυτό, θα πρέπει ο COVID-19 να εμπίπτει στην έννοια της αναπηρίας, όπως αυτή παρατίθεται ανωτέρω. Το Δικαστήριο της Ένωσης απαιτεί «μακροχρόνια μειονεκτικότητα», υπό την έννοια ότι δεν διαφαίνεται τη στιγμή της δυσμενούς μεταχείρισης σαφής προοπτική, για να παύσει σύντομα η ανικανότητα²⁹. Εκ πρώτης όψεως, δε διαφαίνεται δυνατότητα του κορωνοϊού να προκαλέσει τέτοια μακροχρόνια βλάβη³⁰. Ωστόσο, το ερώτημα παραμένει για τις εμμένουσες συνέπειες που δύνανται να επέλθουν στην υγεία του εργαζομένου από τη νόσηση με κορωνοϊό (long covid), οι οποίες πλήττουν ιδιαίτερα τους εργαζόμενους με υποκείμενα νοσήματα. Γι' αυτές, είναι δυνατό να στοιχειοθετείται υποχρέωση του εργοδότη σε «εύλογες προσαρμογές».

Το άρθρο 5 της Οδηγίας 2000/78: Η υποχρέωση «εύλογων προσαρμογών» του εργοδότη

Προκειμένου να διασφαλιστεί η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, ο εργοδότης υποχρεούται να προβεί σε «εύλογες προσαρμογές» για τους εργαζόμενους με αναπηρία. Ο εργοδότης, δηλαδή, οφείλει κατά το άρθρο 5 της Οδηγίας «να λαμβάνει τα ενδεδειγμένα μέτρα, ανάλογα με τις ανάγκες που παρουσιάζονται σε μια συγκεκριμένη κατάσταση, ώστε το πρόσωπο με ειδικές ανάγκες να μπορεί να έχει πρόσβαση σε θέση εργασίας, να ασκεί ή να προάγεται στο επάγγελμά του, ή προκειμένου να του παρέχεται εκπαίδευση». Ενδεικτικά, η Οδηγία

προβλέπει ως μέτρα εύλογων προσαρμογών «τη διαμόρφωση του χώρου ή την προσαρμογή του εξοπλισμού, του ρυθμού εργασίας, της κατανομής καθηκόντων ή της παροχής μέσων κατάρτισης ή πλαισίωσης»³¹.

Η παραπάνω έννοια ερμηνεύεται διασταλτικά³² και δύναται να αφορά κάθε μέτρο πρακτικής, οργανωτικής ή/και εκπαιδευτικής φύσεως³³. Το δικαστήριο της Ένωσης έχει συναφώς κρίνει σε υποθέσεις του, πως μέτρα εύλογων προσαρμογών αποτελούν ενδεικτικά η μείωση του ωραρίου εργασίας³⁴ ή η μετακίνηση και ανατοποθέτηση σε άλλη θέση εργασίας εντός της ίδιας επιχείρησης³⁵. Άρνηση του εργοδότη να προβεί σε εύλογες προσαρμογές, στοιχειοθετεί απαγορευμένο λόγο διάκρισης³⁶.

Ασφαλώς, ο εργοδότης προβαίνει στις απαραίτητες μεταβολές, εφόσον δε συνεπάγονται δυσανάλογη επιβάρυνση γι' αυτόν³⁷. Κατά την αιτιολογική σκέψη 21 της Οδηγίας, «για να διαπιστώνεται αν τα εν λόγω μέτρα συνεπάγονται δυσανάλογη επιβάρυνση, πρέπει να λαμβάνεται ιδίως υπόψη το οικονομικό και άλλο κόστος που επιφέρουν, το μέγεθος και οι οικονομικοί πόροι του οργανισμού ή της επιχείρησης και η διαθεσιμότητα δημόσιων πόρων ή οιασδήποτε άλλης ενίσχυσης».

Στην περίπτωση του covid-19, τα ελληνικά δικαστήρια έκριναν πως ο εργοδότης όφειλε, ήδη από

³¹ Αιτιολογική σκέψη 20 της Οδηγίας 2000/78.

³² Αυτό προκύπτει και από το άρθρο 2 παρ. 4 της Σύμβασης του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία, όπου ως «εύλογη διευκόλυνση» νοείται η «απαραίτητη και κατάλληλη τροποποίηση ή προσαρμογή, η οποία δεν επιφέρει δυσανάλογο ή περιττό φόρτο εργασίας, όταν αυτό είναι απαραίτητο σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, προκειμένου να μπορέσουν άτομα με αναπηρία να απολαύσουν ή να ασκήσουν όλα τα ανθρώπινα δικαιώματα και τις θεμελιώδεις ελευθερίες τους σε ισότιμη βάση με τα άλλα άτομα». Το γεγονός ότι η ανωτέρω σύμβαση αποτελεί πλέον πρωτογενές δίκαιο της Ένωσης απαιτεί η έννοια των εύλογων προσαρμογών της Οδηγίας 2000/78 να ερμηνεύεται με αντίστοιχη ευρύτητα.

³³ ΔΕΕ, C-335/11, HK Danmark, σκέψη 49.

³⁴ ΔΕΕ, C-335/11, HK Danmark, σκέψη 56.

³⁵ ΔΕΕ, C-485/20, HR Rail SA, σκέψεις 41-43.

³⁶ Βλ. άρθρο 2 της Σύμβασης του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία, όπου τυποποιείται ως αυτοτελής λόγος διάκρισης η άρνηση εύλογων προσαρμογών.

³⁷ Άρθρο 5 της Οδηγίας 2000/78.

²⁸ ΔΕΕ C-335/11, HK Danmark, σκέψεις 75-76, C-270/16, Ruiz Conejero, σκέψεις 36-38. Επίσης, βλ. και ΜονΠρωτΠειρ 1476/2021, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, όπου το δικαστήριο υπογράμμισε πως αποχή μισθωτού λόγω ασθένειας, καθ' υπέρβαση των τιθέμενων από τις κείμενες διατάξεις ορίων, δε δύναται από μόνη της να δημιουργήσει την εύλογη πεποίθηση, ότι ο εργαζόμενος κατήγγειλε σιωπηρά τη σύμβαση. Η λύση ή μη της σύμβασης θα κριθεί σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση από το δικαστή, με βάση την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, ώστε να κριθεί κατ' αντικειμενική κρίση, αν όντως πρέπει να θεωρηθεί σιωπηρή καταγγελία.

²⁹ ΔΕΕ C-395/15, Daouidi, σκέψεις 55-56.

³⁰ Υπέρ αυτής της άποψης, Γούλας, COVID-19 και απαγόρευση διακρίσεων στις εργασιακές σχέσεις, ΕΕργΔ, 2022, σελ. 69-82.

την έναρξη της πανδημίας, να προβεί στη λήψη μέτρων εύλογης προσαρμογής, προκειμένου να διευκολύνει την πρόσβαση των εργαζομένων, οι οποίοι βρίσκονται σε αυξημένο κίνδυνο λόγω υποκείμενων νοσημάτων, στην εργασία τους. Τα μέτρα αυτά δύνανται να αφορούν είτε εργασία εξ' αποστάσεως, είτε ανάθεση άλλων καθηκόντων, είτε λήψη άδειας ειδικού σκοπού. Τα μέτρα αυτά δεν αποτελούν δυσανάλογη οικονομική επιβάρυνση, διότι υφίστατο κρατική επιχορήγηση³⁸.

Η ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/78 στο ελληνικό δίκαιο: Ο Νόμος 4443/2016

Η Οδηγία 2000/78 ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το Νόμο 3304/2005, ο οποίος και αντικαταστάθηκε από τον Νόμο 4443/2016. Με τη νέα αυτή νομοθετική πρωτοβουλία, διευρύνθηκε το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας με νέους λόγους θεμελίωσης διακρίσεων³⁹. Ωστόσο, στο πεδίο των διακρίσεων λόγω αναπηρίας δημιουργεί ερωτήματα η προσθήκη από τον Έλληνα νομοθέτη της "χρόνιας πάθησης", ως αυτοτελούς λόγου διάκρισης. Όπως κατέστη σαφές και ανωτέρω, ο ορισμός που υιοθετεί το Δικαστήριο της Ένωσης για την έννοια της αναπηρίας αφορά σε "μακροχρόνια μειονεκτικότητα"⁴⁰. Υπό το πρίσμα του κοινωνικού μοντέλου της αναπηρίας, πλέον και η ειδική ανάγκη προερχόμενη από ασθένεια εμπίπτει στο προστατευτικό πε-

δίο της Οδηγίας. Επομένως, η χρόνια πάθηση αποτελεί ήδη μια από τις συνιστώσες της αναπηρίας, γεγονός που καθιστά την προσθήκη της περιττή⁴¹. Παράλληλα, κατοχυρώνεται ως λόγος δυσμενούς μεταχείρισης η διάκριση "λόγω σχέσης", που απασχόλησε την υπόθεση Coleman⁴², στην οποία έγινε αναφορά ανωτέρω. Τέλος, αναγνωρίζεται ως λόγος διάκρισης και η "άρνηση εύλογων προσαρμογών", στις οποίες οφείλει να προβαίνει ο εργοδότης με σκοπό την ισότιμη πρόσβαση του εργαζομένου με ειδικές ανάγκες στην απασχόληση.

Επίλογος

Περίπου το 15% του συνολικού ενήλικου πληθυσμού της γης εμφανίζει κάποια μορφή αναπηρίας⁴³. Η αξίωση για ισότιμη πρόσβασή τους σε κάθε τομέα της ανθρώπινης δραστηριότητας είναι ενεστώσα. Προς αυτή την κατεύθυνση, η Ένωση με τη "Στρατηγική για τα δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία 2021-2030"⁴⁴ φιλοδοξεί να επιτύχει μια ουσιαστική ισότητα, εξασφαλίζοντας την ανεμπόδιστη πρόσβαση στη δικαιοσύνη, τον πολιτισμό, την απασχόληση, τον αθλητισμό. Η ισότιμη συμμετοχή των ΑμεΑ στην κοινωνία δεν είναι δυνατή, όταν εγγενείς φραγμοί την εμποδίζουν. Γι' αυτό, οφείλουμε να υπερφαλαγγίσουμε αυτά τα εμπόδια και να εξασφαλίσουμε για όλους τους πολίτες ισότητα ευκαιριών, χωρίς διακρίσεις.

³⁸ Βλ. ΜονΠρωτΠειρ 1476/2021, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, η οποία αφορούσε εργαζόμενη με αυτοάνοσο νόσημα, το οποίο κατά την έναρξη της πανδημίας του κορωνοϊού βρισκόταν σε υποτροπή. Η εργαζόμενη έλαβε άδεια ειδικού σκοπού, ως πάσχουσα από υποκείμενο νόσημα και ο εργοδότης, υποκινούμενος από τη μακρά αποχή της από την εργασία, προχώρησε σε καταγγελία της σύμβασής. Το δικαστήριο υποστήριξε πως ο εργοδότης άσκησε καταχρηστικά το διευθυντικό του δικαίωμα, αφού βάσει των 288, 652 ΑΚ όφειλε να λάβει πρόνοια υπέρ του μισθωτού, προβαίνοντας σε εύλογες προσαρμογές, προτού καταγγείλει τη σύμβαση εργασίας.

³⁹ Με το Νόμο 4443/2016 προστίθενται ως αυτοτελείς λόγοι διάκρισης η "οικογενειακή κατάσταση", η "κοινωνική κατάσταση", η "χρόνια πάθηση", ο "σεξουαλικός προσανατολισμός", η "ταυτότητα φύλου" και τα "χαρακτηριστικά φύλου", που δεν προβλέπονται στην Οδηγία 2000/78.

⁴⁰ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-395/15, Daouidi, σκέψη 55-56.

⁴¹ Βλ. Γούλας, Κοφίνης, Ο νέος νόμος 4443/2016 για την απαγόρευση των διακρίσεων: Μια πρώτη ερμηνευτική και κριτική προσέγγιση, ΕΕργΔ, 2016, σελ. 1303-1329 (1317-1319), όπου παρατίθεται και η ερμηνευτική άποψη πως είναι δυνατό η χρήση του όρου "χρόνια πάθηση" ως αυτοτελούς λόγου διάκρισης αποβλέπει στην ένταξη στο προστατευτικό πεδίο του νόμου και περιπτώσεων μακροχρόνιων ασθενειών, οι οποίες ωστόσο δεν εμφανίζουν μειονεκτικότητα και παρακώλυση στον επαγγελματικό βίο, ώστε να ενταχθούν στην έννοια της αναπηρίας.

⁴² ΔΕΕ, C-303/06.

⁴³ World Health Organization & World Bank. (2011). World report on disability 2011, σελ. 27 διαθέσιμο στο: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/44575>

⁴⁴ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, (2021) *Union of equality: strategy for the rights of persons with disabilities 2021-2030*. Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2767/31633>

Η προστασία της τηλεργασίας

Μαντζούφα Πολυξένη

2ης φοιτήτρια νομικής Α.Π.Θ.

Τσιακανίκα Γεωργία

3ης φοιτήτρια νομικής Α.Π.Θ.

Εισαγωγή- Ορισμός

Η έξαρση της πανδημίας και η συνεπακόλουθη ανατροπή όσων μέχρι πρότινος θεωρούνταν δεδομένα οδήγησε - ή κατ' άλλους επιτάχυνε - σε ριζικές ανακατατάξεις στον χώρο της εργασίας. Ιδιαίτερη άνθηση, λαμβανομένων υπόψιν των αναγκών κοινωνικής αποστασιοποίησης, γνώρισε κατ' εξοχήν η εργασία εξ αποστάσεως ή τηλεργασία. Αναγκαίο προαπαιτούμενο για την κατανόηση του νέου αυτού φαινομένου είναι η οριοθέτηση αυτού. Αν και είναι δύσκολο να οριοθετηθεί επακριβώς το εύρος των μορφών παροχής εξαρτημένης εργασίας που εμπίπτει στο ρυθμιστικό πλαίσιο της τηλεργασίας, ο νόμος επιχειρεί να θέσει ένα ευρύ περίγραμμα του όρου αυτού. Ως τηλεργασία, επομένως, νοείται η εξ αποστάσεως παροχή εξαρτημένης εργασίας, μέσω της χρήσης τεχνολογίας¹. Αναγκαίο δε χαρακτηριστικό αυτής της μορφής παροχής εργασίας είναι η ύπαρξη σύμβασης εργασίας μερικής ή ολικής ή άλλης μορφής απασχόλησης, αφορώσα εργασία δυνάμενη να παρασχεθεί και στις εγκαταστάσεις του εργοδότη. Με άλλα, δηλαδή, λόγια, τηλεργασία είναι η εργασία που θα μπορούσε να παρασχεθεί και στον χώρο εργασίας, όπως αυτός ορίζεται από τον εργοδότη, πλην όμως τα μέρη συμφώνησαν στην εξ αποστάσεως παροχή αυτής.

Το εύρος με το οποίο ο νόμος καθορίζει την έννοια της τηλεργασίας καθίσταται επί της ουσίας αντιληπτό από την ανάγκη προστασίας του τηλεργαζόμενου, ο οποίος ως εκ της φύσης της παροχής εξαρτημένης εργασίας βρίσκεται σε δυσμενή έναντι του εργοδότη θέση, και, ως εκ τούτου, είναι αναγκαίο να συμπεριληφθεί κάθε μορφή παροχής

εξαρτημένων υπηρεσιών εξ αποστάσεως στο προστατευτικό πλαίσιο που θέτει ο νόμος.

Ρυθμιστικό πλαίσιο

Ήδη από το 1998² ο νομοθέτης είχε ρυθμίσει τα σχετικά με την παροχή εξαρτημένης εργασίας εξ αποστάσεως. Ακολούθως ο Ν. 3846/2010 έθεσε σε νέες βάσεις το ισχύον θεσμικό πλαίσιο, περιέχων σχολαστικές ρυθμίσεις, διευρύνοντας παράλληλα την προστασία των τηλεργαζομένων³. Η Ελλάδα βέβαια ακολουθούσε ασθμαίνοντας τους αντίστοιχους Ευρωπαϊκούς ρυθμούς, όπου λόγω της εξέλιξης της τεχνολογίας η τηλεργασία γνώριζε εκθετικά αυξανόμενη διάδοση. Οι έκτακτες, ωστόσο, συνθήκες των τελευταίων ετών και η εν πολλοίς κατ' ανάγκην διεύρυνση του αριθμού των εξ αποστάσεως εργαζομένων οδήγησαν στην εκ νέου επανεξέταση του υπάρχοντος ρυθμιστικού πλαισίου, το οποίο τελικώς τροποποίησε ο Ν. 4808/2021, και ειδικότερα το άρθρο 67. Πέραν τούτου, ειδικές διατάξεις για την προστασία της τηλεργασίας προβλέπεται και από την ευρωπαϊκή νομοθεσία, και ειδικότερα στην Ευρωπαϊκή συμφωνία-πλαίσιο για την προστασία της τηλεργασίας⁴, η οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο το 2006⁵.

Ειδικότερα, όσον αφορά το άρθρο 67 του Ν.4808/2021, προβλέπεται ειδικά στην παράγραφο 2 πως η παροχή της εξαρτημένης εργασίας εξ αποστάσεως είναι απόρροια της συμφωνίας μεταξύ εργοδότη και εργαζόμενου, η οποία, εφόσον δεν ορίζεται άλλως, δύναται να είναι και προφορική.

¹ Άρθρο 67 Ν. 4808/2021 ΦΕΚ Α' 101/19-06-2021

² Άρθρο 1 νόμου 2639/1998 ΦΕΚ 205/2-9-1998

³ Βλ. παραπομπή 1

⁴ Ευρωπαϊκή συμφωνία-πλαίσιο 16.7.2002

⁵ Προσάρτημα Β' στην Ε.Γ.Σ.Σ.Ε. 2006-2007

Αξίζει δε να σημειωθεί πως το νέο νομοθετικό πλαίσιο δεν προβλέπει την ύπαρξη δικαιώματος «μεταμέλειας» ή «ανάκλησης», όπως ίσχυε στο προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς. Επρόκειτο δηλαδή, για δυνατότητα ενός εκ των μερών να ζητήσει την επαναφορά του καθεστώτος παροχής εργασίας στις φυσικές εγκαταστάσεις της επιχείρησης.

Επιπρόσθετα, στην παράγραφο 5 του αυτού άρθρου ορίζεται η υποχρέωση έγγραφης γνωστοποίησης όλων των τυχόν νέων όρων παροχής της τηλεργασίας, ενώ η γνωστοποίηση των τροποποιούμενων όρων δύναται να είναι και ομαδική. Βέβαια, ισχύει και εν προκειμένω η απαγόρευση της δυσμενούς διάκρισης σε βάρος των τηλεεργαζομένων⁶. Εξαίρεση όμως, από τον οικειοθελή χαρακτήρα της παροχής εξαρτημένης εργασίας μέσω τηλεργασίας εισάγει η παράγραφος 3, όπου ορίζεται πως δύναται να επιβληθεί η τηλεργασία για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας με απόφαση του εργοδότη. Για την άσκηση της ευχέρειας αυτής εντούτοις απαιτείται η προγενέστερη έκδοση σχετικής ΚΥΑ⁷. Η δυνατότητα βέβαια αυτή προβλέπεται και από την μεριά του εργαζομένου, χωρίς ωστόσο να έχει εκδοθεί μέχρι στιγμής η αναγκαία για την εξειδίκευση της σχετικής διάταξης ΚΥΑ. Πέραν τούτου, η τηλεργασία προβλέπεται και σε περιπτώσεις φροντίδας τέκνου ηλικίας έως 12 ετών, κατόπιν αίτησης του εργαζομένου, εφόσον ο εργαζόμενος απασχολείται για τουλάχιστον έξι μήνες στον ίδιο εργοδότη⁸. Σε περίπτωση διαφωνίας του εργοδότη η διαφορά επιλύεται σύμφωνα με το άρθρο 32 του αυτού νόμου. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 19 παρ. 3 δύναται να επιβληθεί η τηλεργασία κατόπιν εντολής του ΣΕΠΕ ως μέτρο προστασίας έναντι κινδύνου βίας ή παρενόχλησης.

Όσον αφορά δε στην κάλυψη των αναγκών για την παροχή της τηλεργασίας δαπανών ορίζεται στο άρθρο 79 του ίδιου νόμου, όπως αυτό εξειδικεύεται με Υ.Α.⁹, πως το ελάχιστο ποσό εξόδων του τηλεεργαζόμενου ανέρχεται στα 28 ευρώ μηνιαίως, το οποίο αναλύεται ως εξής: 13 ευρώ ως ελάχιστο κόστος χρήσης του χώρου, 10 ευρώ ως ελάχιστο κόστος επικοινωνιών αν δεν παρέχει σύνδεση ο

εργοδότης και 5 ευρώ ως ελάχιστο κόστος συντήρησης εξοπλισμού όταν επίσης δεν παρέχεται από τον εργοδότη. Η αξίωση αυτή του εργαζομένου έναντι του εργοδότη είναι μη μισθολογική, δηλαδή δεν εμπίπτει στις περί προστασίας του μισθού διατάξεις, ενώ επιτρέπεται ο συμψηφισμός ή και η κατάσχεση αυτής.

Προστασία τηλεεργαζομένου: Το δικαίωμα στην αποσύνδεση - Η προστασία από τα εργατικά ατυχήματα κατά την κατ'οίκον τηλεργασία

Αναφορικά με τα δικαιώματα των τηλεεργαζομένων, αυτά κάθε άλλο παρά απέχουν από τα αντίστοιχα δικαιώματα των ατόμων που παρευρίσκονται στην εργασία τους με φυσική παρουσία. Βασική διαφορά αποτελεί η χρήση τεχνολογικών μέσων, τα οποία και ο τηλεεργαζόμενος έχει την υποχρέωση να χρησιμοποιεί μέχρι και το πέρας του νομίμου ωραρίου τους. Το δικαίωμα στην αποσύνδεση¹⁰, λοιπόν, συνιστά αναφαίρετο δικαίωμα ατόμων που τηλεεργάζονται και είναι το δικαίωμα πάνω στο οποίο ερείδεται η νομιμότητα τηλεργασίας¹⁰. Το εν λόγω δικαίωμα θεμελιώνεται στο Σύνταγμα, στο ευρωπαϊκό αλλά και το διεθνές εργατικό δίκαιο, ωστόσο σημαντική υπήρξε η ρητή κατοχύρωσή του με το άρθρο 67 του Ν.4808/2021, καθιστώντας το αδιαμφισβήτητο στη νέα εποχή της τηλεργασίας. Ο τηλεεργαζόμενος έχει, δηλαδή, το δικαίωμα άρνησης παροχής εργασίας, με τη χρήση των τεχνικών μέσων, μετά το πέρας του ημερήσιου νομίμου ωραρίου του αλλά και προστατεύεται από την απόλυση¹¹ που γίνεται ως αντίδραση στην άσκηση του δικαιώματός του αυτού. Φυσικά, η απόλυτη ερμηνεία του δικαιώματος- με την έννοια πως ο τηλεεργαζόμενος μπορεί να αρνηθεί οποιασδήποτε μορφής επικοινωνία με τον εργοδότη -δεν φαίνεται να οδηγεί σε ορθά συμπεράσματα, καθώς αναιρεί την παράλληλη υποχρέωση του εργαζόμενου σε πληροφόρηση του εργοδότη για οποιονδήποτε κίνδυνο, επελθούσες ή επικείμενες ζημιές όσον αφορά στα συμφέροντα της επιχείρησης¹². Η ανάγκη αποτελεσματικής προστασίας του δικαιώματος κατατείνει, επιπροσθέτως, στην αναγκαιότητα θέσπισης μιας ειδικής διαδικασίας προσφυγής

⁶ Άρθρο 67 παρ. 7 Ν. 4808/2021 ΦΕΚ Α' 101/19-06-2021

⁷ Πρβλ. ΚΥΑ Δ1α/ΓΠ.οικ.10343/22 ΦΕΚ 766,Β' 18.02.2022

⁸ Άρθρο 31 Ν. 4808/2021 ΦΕΚ Α' 101/19-06-2021

⁹ Υ.Α. οικ. 98490/2021 ΦΕΚ 5646/Β' 3.12.2021

¹⁰ Παυλόπουλος, ΕΕργΔ 2021, 869

¹¹ Άρθρο 66, Ν. 4808/2021

¹² Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο- Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, εκδ. Σάκκουλα, 2019, σ. 735-736

του τηλεεργαζομένου ενώπιον της Επιθεώρησης Εργασίας, στις περιπτώσεις που αυτό παραβιάζεται από τα εργοδοτικά συμφέροντα¹³.

Είναι, ακόμη, αναμφίβολο πως μέσω της τηλεεργασίας ο εργοδότης χάνει σημαντικές πτυχές ελέγχου και εποπτείας, εφόσον η εργασία παρέχεται εξ αποστάσεως και όχι στις εγκαταστάσεις του, με αποτέλεσμα να αυξάνονται οι κίνδυνοι για ατυχήματα στο οικιακό περιβάλλον όπου και πραγματοποιείται η εργασία. Ως εκ τούτου, προκύπτει σαφές ζήτημα όσον αφορά στην εφαρμογή εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, για περιπτώσεις κατ' οίκον ατυχημάτων κατά την τηλεεργασία, πεδίο προστασίας που δεν έχει ακόμα σαφώς και πλήρεια προσδιοριστεί στη ελληνική νομοθεσία και νομολογία, συγκριτικά με άλλες ευρωπαϊκές χώρες¹⁴. Το εργατικό ατύχημα κατά το ελληνικό δίκαιο ορίζεται στον Ν. 551/1915 και στην κοινωνικοασφαλιστική νομοθεσία με τον Ν.1846/1951¹⁵, ως κάθε βίαιο συμβάν που πλήττει τον μισθωτό κατά την εκτέλεση της εργασίας του ή εξ αφορμής αυτής, επιφέροντας τον θάνατο ή της αδυναμίας προς παροχή εργασίας για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των τεσσάρων ημερών, με εξαίρεση την περίπτωση που ο παθών προκάλεσε το ατύχημα με δόλο. Η βλάβη του εργαζομένου πρέπει να συνδέεται απαραίτητως και αιτιωδώς με την εργασία, με την έννοια ότι οι συνθήκες εργασίας οδήγησαν σε πραγματικές περιστάσεις ικανές να επιφέρουν την επέλευση ατυχήματος, το οποίο δεν θα συνέβαινε εκτός των περιστάσεων της εργασίας. Με δεδομένο, έτσι, πως στην τηλεεργασία εφαρμόζεται κανονικά το εργατικό δίκαιο κρίνεται απαραίτητο οποιαδήποτε βλαπτική για τον τηλεεργαζόμενο διαφοροποίηση όσον αφορά το μέτρο ευθύνης του εργοδότη, τεκμηριώνεται δε η αντικειμενική ευθύνη του εργοδότη και των προστηθέντων σε αυτόν πρόσωπα, με τα οποία συνευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, με το βάρος απόδειξης, μολαταύτα, της βλάβης να βαραίνει τον τηλεεργαζόμενο. Ο εργοδότης οφείλει να αποζημιώσει τον εργαζόμενο ανεξάρτητα από το αν τον βαρύνει υπαιτιότητα, με εξαιρέσεις ορισμένων περιορισμούς που τίθεται από την κοινωνικοασφαλιστική νομοθεσία. Σε κάθε περίπτωση πάντως, ο εργαζόμενος τηρώντας τις επιταγές της καλής πίστης, θα πρέπει να αποφεύγει πράξεις που θέτουν σε κίνδυνο τα έν-

νομα αγαθά του εργοδότη και να τηρεί τα μέτρα πρόληψης και αποφυγής των κινδύνων που ο τελευταίος λαμβάνει¹⁶. Επιμέρους μέτρα και υποχρεώσεις εργαζομένων και εργοδοτών για την υγεία και την ασφάλεια στην εργασία παρατίθενται και στον νεοσυνταχθέντα νόμο 4808/2021, στο άρθρο 67 παρ.9 για την τηλεεργασία.

Τα νέα δεδομένα της τηλεεργασίας στη μετά το covid εποχή

Το ξέσπασμα της πανδημικής κρίσης και τα περιοριστικά μέτρα που ελήφθησαν και στον εργασιακό τομέα λόγω της μεγάλης μεταδοτικότητας του ιού σε χώρους εργασίας όπου αναγκαστικά συγχρωτίζονται οι εργαζόμενοι, όπως ήδη ειπώθηκε, υπήρξαν καθοριστικά για την μετεξέλιξη της τηλεεργασίας. Έτσι από μια περιστασιακή, σταδιακά αυξανόμενη λόγω του ψηφιακού μετασχηματισμού της οικονομίας¹⁷ μορφή εργασίας, εξελίχθηκε σε μια σταθερή και τακτική εργασιακή πραγματικότητα, αναγκαία να ενσωματωθεί στις υβριδικές πλέον εργασιακές πρακτικές που επιτάσσει η μετά covid εποχή. Το διακύβευμα αλλάζει και χρειάζεται να προσαρμοστεί στα δεδομένα αυτής της νέας εποχής. Ειδικότερα, οι επιχειρήσεις από τη μία μεριά οφείλουν να επενδύσουν σε τεχνολογικές υποδομές και να διασφαλίσουν ότι οι εργαζόμενοι έχουν πρόσβαση σε πόρους, συμπεριλαμβανομένου του εργονομικού εξοπλισμού για να διατηρούνται σωματικά υγιείς, αλλά και σε οργανωτικές διαδικασίες προκειμένου να παραμείνουν συνδεδεμένοι στο εργασιακό τηλε-περιβάλλον και παραγωγικοί¹⁸. Από την άλλη οφείλουν να προχωρήσουν και σε εκτεταμένες αλλαγές στην οργάνωση της εργασίας στο εσωτερικό τους σύμφωνα με ένα γενικότερο ρυθμιστικό-θεσμικό πλαίσιο που έχει τεθεί σε ευρωπαϊκό και εθνικό επίπεδο. Είναι βέβαιο ότι οι προκλήσεις που τίθενται για την υγεία και την ασφάλεια των τηλεεργαζόμενων κατά την διάρκεια αυτής της περιόδου θα προβληματίσουν και πέρα από την πανδημία του covid-19. Η περίοδος «υποχώρησης» του ιού που βιώνουμε τώρα μας επιτρέπει ενδεχομένως να προβλέψουμε ότι τα διαρκή

¹⁶ Βλ. υποσημείωση 14

¹⁷ Παυλόπουλος ΕΕργΔ 2021, σ.869

¹⁸ European Agency for Safety and Health at Work 26.5.2021 report, Teleworking during the COVID-19 pandemic: risks and prevention strategies, osha.europa.eu

¹³ Βλ. υποσημείωση 10

¹⁴ Πολυχρονιάδου, ΕΕργΔ 2021, 881

¹⁵ Άρθρα 8 παρ.4 και 34 παρ.1

αποτελέσματα που επέφερε θα περιλαμβάνουν μια μόνιμη εργασιακή μετατόπιση σε μεγαλύτερη συχνότητα στην εξ αποστάσεως εργασία και παράλληλα θα ενισχύσουν την ευελιξία ως προς την οργάνωση και τον τόπο της εργασίας. Ωστόσο, οι συνθήκες πίεσης, υπό τις οποίες συντελείται αυτή η μεταβολή στον τρόπο εργασίας καταδεικνύει τις εγγενείς αδυναμίες του αλλά και τα κενά στο νομοθετικό καθεστώς που τον περιβάλλει¹⁹.

Η πρώτη καταγραφή του ποσοστού τηλεργασίας κατά το αρχικό κύμα της πανδημίας πραγματοποιήθηκε με μια πανευρωπαϊκή έρευνα από το Eurofound, κύριο πόρισμα της οποίας είναι ότι πάνω από το 1/3 των εργαζομένων στην Ε.Ε, που προηγουμένως απασχολούνταν δια ζώσης στο χώρο εργασίας τους, εντάχθηκε σε καθεστώς τηλεργασίας λόγω της κρίσης covid-19. Τα μεγαλύτερα ποσοστά σημειώθηκαν στις Σκανδιναβικές χώρες και στις χώρες Benelux, ενώ μικρότερα ποσοστά καταγράφηκαν σε Ρουμανία, Ελλάδα, Κροατία, Ουγγαρία και Βουλγαρία. Πιο πρόσφατες έρευνες, όπως οι Μελέτες Joint Research Centre της Ε.Ε μαρτυρούν ότι το 25% των απασχολούμενων συνολικά εργάζεται ήδη εξ αποστάσεως σε σχετικά σταθερή βάση²⁰. Η χώρα μας και ίσως αυτό μας ξαφνιάσει, κατατάσσεται αρκετά υψηλά στις χώρες όπου η τηλεργασία ως τεχνικά εφικτή δυνατότητα προσεγγίζει το 40% του συνόλου των εργαζόμενων μισθωτών. Τα στοιχεία αυτά και σε ότι αφορά την Ελλάδα, επικυρώνονται και από μία αρκετά πρόσφατη μελέτη του Institute of Labour Economics (IZA) σύμφωνα με την οποία στο σύνολο της απασχόλησης (μισθωτοί και αυτοαπασχολούμενοι), δείχνει ότι έως και το 25% των απασχολούμενων θα μπορούσαν πλήρως να εργαστούν με τηλεργασία.²¹ Διαφαίνεται, λοι-

πόν, καθαρά ότι μία από τις επιπτώσεις της πανδημίας θα είναι η σημαντική αύξηση της τηλεργασίας σε μια περισσότερο μόνιμη βάση σε μια σειρά από επαγγέλματα και κλάδους οικονομικής δραστηριότητας που να μπορούν όμως να ανταποκριθούν στα νέα δεδομένα.

Η χρήση επομένως της τηλεργασίας ως μέσο αντιμετώπισης των προβλημάτων που γεννήθηκαν από την πανδημία οδήγησε στο να αναδυθεί εκ νέου το νομικό ενδιαφέρον γι' αυτήν την μορφή εργασίας²². Το αίτημα σύζευξης ευελιξίας και ασφάλειας στο πλαίσιο της τηλεργασίας²³ επανέρχεται στο προσκήνιο και η ικανοποίησή του κρίνεται αναγκαία περισσότερο από ποτέ.

Καθοριστικό στοιχείο στην ελληνική νομολογία, το οποίο κατατείνει στο χαρακτηρισμό μιας σχέσης ως «σύμβασης εξαρτημένης εργασίας» συνιστά το στοιχείο της προσωπικής εξάρτησης²⁴. Ο εργαζόμενος υπόκειται στις υποδείξεις του εργοδότη του κατά τρόπο τέτοιο που εργοδότης είναι σε θέση, βάσει του διευθυντικού πάντα δικαιώματός του να καθορίζει μονομερώς τον τρόπο, τον τόπο και τον χρόνο της εργασίας. Δικαιούται ακόμα να προβαίνει και σε έλεγχο του εργαζομένου και να δίνει εντολές, στις οποίες ο τελευταίος υποχρεούται να υπακούσει. Η τηλεργασία όμως εξασθενίζει εξ αντικειμένου το στοιχείο της εξάρτησης εξαιτίας της απόστασης της θέσης εργασίας του τηλεεργαζόμενου από τις εγκαταστάσεις της επιχείρησης, με αποτέλεσμα να αμβλύνεται αυτή η δυνατότητα άσκησης εποπτείας του εργοδότη επί του εργαζομένου. Κρίσιμο δε, είναι ότι ο εργαζόμενος απασχολείται στο χώρο εργασίας δικής του επιλογής δηλαδή στο χώρο που οργανώνει πλήρως την ιδιωτική του ζωή, η οποία προστατεύεται από το αρ. 9 παρ. 1 του Συντ.. Σε καμία περίπτωση όμως δεν θα πρέπει να οδηγούμαστε εσφαλμένα στο συμπέρασμα ότι η τηλεργασία ισοδυναμεί με απελευθέρωση από το διευθυντικό δικαίωμα, αλλά θα πρέπει να νοείται ως μία διαφορετική νομοθετική αντίληψη στην παροχή της εργασίας. Περαιτέρω, η άμεση ανάγκη για εντατικοποίηση της τηλεργασίας λόγω της παν-

¹⁹ Γερέλκης Ι. Η τηλεργασία στην μετά Covid-19 εποχή 3.8.2021 σε <https://projectunfiltered.gr>

²⁰ Κυριακούλας Π. Η τηλεργασία στην Ε.Ε. πριν και μετά την πανδημία COVID 19 Θεματικό Δελτίο Ενημέρωσης Νο 3 Νοέμβριος 2020 σε www.eiead.gr

Eurofound 2020, Living, working and COVID-19, COVID 19 series, Publications Office of the Europe Union, Luxembourg (<https://www.eurofound.eurpra.eu/publications/report/2020/living-working-and-covid-19>)

²¹ Κυριακούλας Π. Η τηλεργασία στην Ε.Ε. πριν και μετά την πανδημία COVID 19 Θεματικό Δελτίο Ενημέρωσης Νο 3 Νοέμβριος 2020 σε www.eiead.gr

²² Ληξουριώτης Τηλεργασία: Μια «εισαγωγή» για το μέλλον της εργασίας Δεκέμβριος 2021 σε eergd.gr

²³ Παυλόπουλος ΕΕργΔ 2021, σ.869

²⁴ Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο- Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, εκδ. Σάκκουλα, 2019, Στ Έκδοση σ. 74 επ.

δημικής κρίσης στέρησε την δυνατότητα να δοθεί η αρμόζουσα βαρύτητα στην προστασία των προσωπικών δεδομένων. Μη επαρκώς προετοιμασμένες οι επιχειρήσεις δεν μπόρεσαν σε μεγάλο βαθμό να αντιμετωπίσουν τους κινδύνους που ελλοχεύει η εκτεταμένη χρήση της τεχνολογίας στην εργασία, με αποτέλεσμα να παρατηρηθούν φαινόμενα μη εξουσιοδοτημένης χρήσης και επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων, χωρίς οι εργαζόμενοι να έχουν συναινέσει και να χαίρουν της απαιτούμενης προστασίας²⁵.

Η έλλειψη ετοιμότητας και τα προβλήματα οργάνωσης και διασφάλισης των όρων και των συνθηκών της τηλεργασίας οφείλονται κυρίως στην απουσία, μέχρι πρότινος, εκτενούς και σαφούς νομοθετικής πρόβλεψης²⁶. Η γενέθλιος διάταξη του άρθρου 5 του Ν. 3846/2010 τροποποιείται με το άρθρο 67 του Ν. 4808/2021, το οποίο ρυθμίζει το καθεστώς της τηλεργασίας θεσμοθετώντας ρητά την αναγνώριση του δικαιώματος αποσύνδεσης, δηλαδή του δικαιώματος κάθε τηλεεργαζόμενου να απέχει από την παροχή εργασίας με τηλεφωνικό, ηλεκτρονικό ή ψηφιακό τρόπο, εκτός ωραρίου εργασίας και κατά την διάρκεια των αδειών του. Ακόμη, μεταξύ των σημαντικότερων ρυθμίσεων συγκαταλέγεται η απαγόρευση ελέγχου με τη χρήση βιντεοκάμερας, ως κατεχοχήν παραβιαστικό της ιδιωτικότητας μέσω ελέγχου, η κατοχύρωση των ίδιων δικαιωμάτων με τους λοιπούς «συγκρίσιμους» εργαζομένους (αρχή της ίσης μεταχείρισης) με επιφύλαξη ορισμένων διαφοροποιήσεων που οφείλονται στην ίδια τη φύση της τηλεργασίας, ώστε να αποφευχθεί η συχνή περίπτωση διακρίσεων, ενώ καθιερώνεται ευρεία υποχρέωση ενημέρωσης από τον εργοδότη με ζητήματα που αφορούν την εργασία του.

Επίλογος

Θα ήταν ατόπημα αν κατόπιν αυτής της ανάλυσης για την προστασία της τηλεργασίας, αρνούμασταν ότι η προσφυγή σε αυτή, ιδίως κατά την διάρκεια της πανδημίας έδωσε λύσεις στις κρίσεις που ανέκυψαν και απέδειξε ότι η διεύρυνση και εδραίωσή της δύναται να ωφελήσει εργαζόμενους αλλά και εργοδοτικές επιχειρήσεις. Οι νομοθετικές πρωτοβουλίες που πάρθηκαν για την κανονιστική περιχαράκωση της τηλεργασίας κατάφεραν σε μεγάλο βαθμό να καταστήσουν, νομικά τουλάχιστον, διασφαλισμένα δικαιώματα που αξιώνουν να πραγματοποιούν το αίτημα που προαναφέρθηκε για συνδυασμό ευελιξίας, και κυρίως διατήρησης της ασφάλειας, χωρίς να παραγνωρίζονται τα κωλύματα της πρακτικής τους εφαρμογής. Η επέκταση της τηλεργασίας ακόμη και κατά την περίοδο του covid-19 δεν θα ήταν δεδομένη φυσικά χωρίς το προηγούμενο πάντρεμα πληροφορικής και τηλεπικοινωνίας και την εξέλιξη αυτού σε όλο τον κόσμο. Αυτή όμως η εξέλιξη παράλληλα με την εξάπλωση της τηλεργασίας συνέβαλαν στην αύξηση μηχανισμών παρακολούθησης των τηλεεργαζόμενων, απειλώντας και τα προσωπικά τους δεδομένα.

Η τηλεργασία μπορεί να συμβαδίσει με την ασφάλεια των εργαζομένων αν τηρείται η αρχή της αναλογικότητας σε σχέση με την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και οι κατευθυντήριες γραμμές των νέων νομοθετημάτων²⁷. Σε κάθε περίπτωση, η τηλεργασία θα εγείρει το νομικό ενδιαφέρον και ένα φάσμα προκλήσεων που ως επιχειρηματική κοινότητα θα καλούμαστε να αντιμετωπίσουμε σεβόμενοι τα κατοχυρωμένα δικαιώματα των εργαζομένων και λαμβάνοντας πλέον υπόψιν ότι η τάση καθιέρωσης της σε μόνιμη βάση είναι η σύγχρονη εργασιακή πραγματικότητα.

²⁵ Γερέλκης Ι. Η τηλεργασία στην μετά Covid-19 εποχή 3.8.2021 σε <https://projectunfiltered.gr>

²⁶ Γερέλκης Ι. Η τηλεργασία στην μετά Covid-19 εποχή 3.8.2021 σε <https://projectunfiltered.gr>

²⁷ Λαράτσικα Κ. Τηλεργασία και προστασία προσωπικών δεδομένων των εργαζομένων 2021 σε <https://ejournalis.lib.auth.gr>

Mobbing: Θεμελίωση της ευθύνης και προστασία του εργαζομένου

Τσιότσης Κωνσταντίνος-Σπυρίδων, Βασιλειάδου Δήμητρα
& Αναγνωστοπούλου Χρυσούλα
3ετής Φοιτητές ΑΠΘ

Πρόλογος

Η Διεθνής Οργάνωση Εργασίας το 2019 ψήφισε τη Σύμβαση 190 για τη βία και την παρενόχληση. Σε αυτή ορίζεται ως βία και παρενόχληση στον κόσμο της εργασίας μια σειρά απαράδεκτων συμπεριφορών και πρακτικών ή απειλών αυτών, είτε μεμονωμένα είτε επαναλαμβανόμενα, που στοχεύουν ή έχουν ή είναι πιθανό να έχουν ως αποτέλεσμα σωματική, ψυχολογική, σεξουαλική ή οικονομική βλάβη. Παράλληλα, η σύμβαση αναφέρεται και στη βία και την παρενόχληση με βάση το φύλο. Η σύμβαση κυρώθηκε στην Ελλάδα με το νόμο 4808/21 και αποτυπώνει για πρώτη φορά στο ημεδαπό δίκαιο σε νομικό κείμενο το φαινόμενο του mobbing, γνωστό μέχρι πρότινος στην ελληνική θεωρία με τον όρο «ηθική παρενόχληση».

Θεμελίωση της ευθύνης του εργοδότη

Αρχικά, κατά λογική αναγκαιότητα «πρώτος» υπαίτιος είναι ο εργοδότης. Η ευθύνη του θεμελιώνεται στα άρθρα 57επ. ΑΚ για τη προσβολή της προσωπικότητας¹. Αμφισβήτηση ανακύπτει γύρω από την έννοια του «παράνομου», που απαιτεί η διάταξη να πληρούται ως όρος. Η θεωρία υποστηρίζει ότι κάθε προσβολή είναι παράνομη εκτός αν υφίσταται λόγος άρσης του αδικού, ενώ η νομολογία εντοπίζει το παράνομο στην καταχρηστική άσκηση δικαιώματος που διολισθαίνει σε προσβολή της προσωπικότητας ή σε παράβαση κανόνα δικαίου. Ο εργοδότης, ασκώντας το διευθυντικό

του δικαίωμα, δηλαδή την εξουσία του για τη διαμόρφωση των όρων της εργασίας κατά το είδος, τον τόπο και τον χρόνο, οφείλει να λαμβάνει υπόψη την αξία του προσώπου του εργαζομένου και να ρυθμίζει την εργασία με βάση αυτή και τα ιδιαίτερα γνωρίσματα του αντισυμβαλλομένου του. Υπέρβαση της εξουσίας του διευθυντικού δικαιώματος εκ μέρους του εργοδότη αποτελεί αναμφίβολα καταχρηστική συμπεριφορά, που σημαίνει και παράνομη προσβολή της προσωπικότητας. Τέλος, αξίζει να δίδεται προσοχή στη συνολική εκτίμηση των εργοδοτικών επιλογών και του πλέγματος παροχής εργασίας που δημιουργούν, διότι αυτοτελώς ορώμενες αυτές ενδέχεται να μην αποτελούν μη επιτρεπτή άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος, αλλά η συνολική ad hoc αξιολόγηση να οδηγεί στην κατάφαση της καταχρηστικότητας και ως εκ τούτου του παρανόμου.

Οι αξιώσεις που διαθέτει το θύμα/ δικαιούχος βάσει των 57επ. έναντι του εργοδότη, είτε ο ίδιος λειτουργεί ως δράστης, είτε παραλείπει να λάβει τα κατάλληλα μέτρα προστασίας είναι η αξίωση για άρση της προσβολής και επανάληψή της στο μέλλον, εφόσον υπάρχει βάσιμη απειλή. Ο τρόπος άρσης της προσβολής κρίνεται κατά περίπτωση, αλλά συνήθως συνίσταται σε ανατροπή των δυσμενών εργοδοτικών πρακτικών και αποφάσεων ή του εχθρικού κλίματος γενικότερα. Ωστόσο, δεν επιβάλλει την υποχρέωση φιλικής συμπεριφοράς από τον εργοδότη, ούτε του επιτρέπει να περιορίσει υπέρμετρα το δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της κοινωνικής συμπεριφοράς των άλλων εργαζομένων. Απαιτητή είναι μία ουδέτερη στάση. Ιδιαίτερότητα παρουσιάζει η αξίωση παράλειψης της «πρώτης προσβολής», που μπορεί να αξιωθεί, όταν η συμπεριφορά που εκδηλώνεται από τον δράστη δεν διαθέτει εκείνη τη στιγμή νομική απαξία, αλλά

¹ Παναγιώτης Σ. Μπουμπουχερόπουλος, σε διπλωματική εργασία

««Mobbing»: Ζητήματα ευθύνης λόγω ηθικής παρενόχλησης στην εργασία», έτος 2014, σ. 120-121 διαθέσιμο στο: <https://www.didaktorika.gr/eadd/handle/10442/41081>

η συστηματική εξακολούθησή της θα οδηγήσει με βεβαιότητα σε προσβολή. Η παραπάνω αξίωση ισχύει και όταν ο εργοδότης υπαίτια παραλείπει να λάβει τα αναγκαία προστατευτικά μέτρα για την αποτροπή της προσβολής, παραβιάζει δηλαδή την υποχρέωση πρόνοιας. Συντρέχει, ακόμη, και αξίωση αποζημίωσης λόγω ηθικής βλάβης σύμφωνα με το άρθρο 59ΑΚ και σύμφωνα με τις διατάξεις για την αδικοπρακτική ευθύνη του άρθρου 932 ΑΚ. Η χρηματική ικανοποίηση επιδικάζεται λόγω σημαντικής προσβολή της προσωπικότητας, ακόμη και όταν συντρέχει προσβολή της σωματικής ή ψυχικής υγείας του εργαζομένου ως επιμέρους εκφάνσεις της προσωπικότητας του ατόμου.

Υποχρέωση πρόνοιας του εργοδότη

Ο εργοδότης όπως γίνεται πάγια δεκτό έχει την γενική υποχρέωση πρόνοιας και προστασίας προσωπικότητας του εργαζομένου και οφείλει να μεριμνά για τη διαμόρφωση συνθηκών απρόσκοπτης παροχής της εργασίας και την ηθική υπόσταση των μισθωτών². Η υποχρέωση εξειδικεύεται σε λήψη μέτρων in abstracto, καθώς και in concreto από τη στιγμή που εκδηλώνεται μια προσβολή. Μάλιστα, γίνεται δεκτό, ότι η υποχρέωση πρόνοιας του εργοδότη εκτείνεται και στην προστασία της ψυχικής υγείας των εργαζομένων³. Ρητά άλλωστε τονίζεται πλέον και στο άρθρο 5 ν. 4808/21 η υποχρέωση λήψης μέτρων πρόληψης της βίας και της παρενόχλησης, ενώ οι επιχειρήσεις που απασχολούν περισσότερους των 20 εργαζομένων υπέχουν και υποχρέωση υιοθέτησης αντίστοιχων πολιτικών (αρ. 9 παρ. 1,2 ν. 4808/21). Συνεπώς, η υπαίτια παραμέληση της υποχρέωσης πρόνοιας προσβάλλει την προσωπικότητα όταν συνδέεται αιτιωδώς με την προσβολή. Βέβαια, η λήψη προληπτικών μέτρων δεν πρέπει να θεωρηθεί ότι αποκλείει άνευ ετέρου την ευθύνη του εργοδότη όταν εκδηλώνεται ανάρμοστη συμπεριφορά. Όσον αφορά στα κατασταλτικά μέτρα, ευθύνεται ο εργοδότης που γνωρίζει ή υπαίτιως αγνοεί ότι εκδηλώνονται παρενοχλητικές συμπεριφορές στην οργάνωση εργασίας του. Η γνώση προκύπτει είτε άμεσα, που συνήθως σπανίζει, είτε με καταγγελία εκ μέρους του εργαζομένου, την οποία οφείλει να επεξεργάζεται ο εργοδότης και να μεριμνά για την επίλυση του

ζητήματος. Η κρίση για την καταλληλότητα των μέτρων κρίνεται τη στιγμή της υιοθέτησής τους και θεωρούνται επαρκή όταν πιθανολογείται βάσιμα με τη μέθοδο της θετικής πρόγνωσης ότι θα οδηγήσουν στην άρση της δυσμενούς κατάστασης και στην αποτροπή επανάληψής της στο μέλλον.

Αδικοπρακτική ευθύνη

Η παρενόχληση στο χώρο εργασίας ενδέχεται να γεννά ευθύνη προς αποκατάσταση όχι μόνο της ηθικής βλάβης, αλλά και της περιουσιακής ζημίας με βάση τις περί αδικοπραξιών διατάξεις, αν και σπανίως επιλέγεται αυτή η νομική βάση⁴. Αυτό που συνήθως καλείται σε εφαρμογή είναι το άρθρο 920ΑΚ, ενώ σε ιδιαίτερα βαριές περιπτώσεις ενδέχεται η συμπεριφορά να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 928, 929, 931 ΑΚ. Το κρίσιμο θεωρητικό ζήτημα που έχει απασχολήσει τη θεωρία αφορά στη θέαση της θέσης εργασίας ως αυτοτελούς περιουσιακού αγαθού. Με άλλα λόγια, αν η παρενόχληση έχει ως έσχατο αποτέλεσμα την απώλεια της θέσης εργασίας, αξίζει αυτή να προστατευθεί ως προσβληθέν απόλυτο δικαίωμα; Η γερμανική θεωρία⁵ έχει απαντήσει αρνητικά μη θεωρώντας τη θέση προστατευτέα erga omnes, ενώ η ελληνική υπογραμμίζει ότι πρόκειται για «υλικό-ηθικό συμφέρον» και όχι απόλυτο περιουσιακό δικαίωμα. Καταληκτικά, η ευρύτατη προστασία που παρέχει ο μηχανισμός των άρθρων 57επ. φαίνεται ότι είναι επαρκής για την προστασία των εργαζομένων και η εφαρμογή των άρθρων παρέλκει ούσα ιδιαιτέρως δύσκαμπτη.

Άλλες περιπτώσεις

Στις περιπτώσεις που εργοδότης εμφανίζεται το νομικό πρόσωπο, η πράξη παρενόχλησης ή ενδεχομένως η παράλειψη λήψης των κατάλληλων μέτρων για την αντιμετώπιση αυτής θα γίνεται κατά κανόνα από όργανο του προσώπου και η ευθύνη θα είναι εις ολόκληρον, με βάση το 71 ΑΚ. Τέλος, όταν εργοδότης είναι το Δημόσιο ή ΝΠΔΔ η παρενόχληση μπορεί να θεμελιώσει σε ορισμένες περιπτώσεις ευθύνη με βάση τα 105, 106 ΑΚ αν αυτή προέρχεται από ενέργεια αναγόμενη στα καθήκοντα του δράστη ή στην άσκηση δημόσιας εξουσίας, η οποία εν προκειμένω θα γίνεται συνήθως καταχρηστικά⁶.

² Παναγιώτης Σ. Μπουμπουχερόπουλος, ο.π., σ. 122-129

³ Κουκιάδης, Σχέσεις συντάγματος και εργατικού δικαίου, Δημοσιεύματα εταιρίας δικαίου εργασίας και κοινωνικής ασφαλίσεως, Αθήνα 1982, σ. 28

⁴ Παναγιώτης Σ. Μπουμπουχερόπουλος, ο.π., σ. 157-160

⁵ Παναγιώτης Σ. Μπουμπουχερόπουλος, ο.π., σ. 158-159

⁶ Παναγιώτης Σ. Μπουμπουχερόπουλος, ο.π., σ.

Αξιώσεις και δικαιώματα των θυμάτων της παρενόχλησης

Πριν από την παράθεση των ειδικότερων δικαιωμάτων, αναγκαία κρίνεται η αναφορά στη μερική αντιστροφή του βάρους απόδειξης της παρενόχλησης, όπως διαφαίνεται χαρακτηριστικά στα άρθρα 15 ν. 4808/21, που συνιστά τον πρόσφατο ψηφισθέντα εργατικό νόμο επιφέροντα πολλές αλλαγές στο εργατικό δίκαιο, και 24 ν. 3896/2010. Συγκεκριμένα, όταν ο θιγόμενος παραθέτει στοιχεία στο δικαστήριο από τα οποία πιθανολογείται άμεσα ή έμμεσα η εκδήλωση παρενόχλησης τότε ο εργοδότης φέρει το δικονομικό βάρος της απόδειξης ότι ουδέποτε έλαβε χώρα τέτοια συμπεριφορά.

Παράλληλα, με το ν. 4808/21 κατοχυρώνονται, επίσης, στο άρθρο 12 οι εξωδικαστικές δυνατότητες της προσφυγής στην Επιθεώρηση Εργασίας και τον Συνήγορο του Πολίτη, ακόμη και μετά τη λήξη της σχέσης εργασίας. Τέλος, το άρθρο 16 εγκαθιδρύει αυτοτελές τμήμα εντός του πλαισίου του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, ασχολούμενο αποκλειστικά με υποθέσεις βίας και παρενόχλησης⁷.

Ο εργαζόμενος-θύμα ηθικής παρενόχλησης, αρχικά, διαθέτει το δικαίωμα επίσχεσης εργασίας (325ΑΚ) έναντι του εργοδότη τόσο όταν ο ίδιος είναι άμεσα δράστης όσο κι όταν παραβιάζει την υποχρέωση πρόνοιας, τη λήψη δηλαδή των αναγκαίων αποτρεπτικών ή κατασταλτικών μέτρων. Συνεπώς, ο εργαζόμενος μπορεί να αρνηθεί την παροχή εργασίας μέχρι ο εργοδότης να αποκαταστήσει την προσβολή, διατηρώντας ταυτόχρονα την αξίωση για μισθό. Ο εργοδότης καθίσταται υπερέμμερος ως προς την υποχρέωση λήψης των κατάλληλων μέτρων από τη στιγμή που έλαβε γνώση της ή που όφειλε να γνωρίζει την προσβολή.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει και η δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων για το εργατικό ατύχημα. Σύμφωνα με το άρθρο 1 Ν 551/1915: «εργατικό ατύχημα» νοείται η περίπτωση πρόκλησης βλάβης σε εργαζόμενο, ως συνέπειας «βίαιης» επενέργειας κατά την εκτέλεση ή με αφορμή την εργασία, το οποίο δεν θα είχε λάβει χώρα αν δεν συνέτρεχαν οι συγκεκριμένες συνθήκες εργασίας. Ως βίαιο συμβάν ορίζεται από τη νομολογία η πρόκληση νόσου ή η επιδείνωση ήδη υπάρχουσας νοσηρής κατάστασης ή της ψυχικής υγείας του ερ-

γαζομένου λόγω δυσχερών ή ανώμαλων συνθηκών εργασίας, που δεν συνάδουν με τους συνθήκες όρους παροχής της. Αναμφίβολα, η παρενόχληση μπορεί να οδηγήσει σε έντονο στρες και σε πληθώρα ψυχολογικών και ψυχοσωματικών επιπτώσεων που δικαιολογούν, σε ορισμένες περιπτώσεις την εφαρμογή της σχετικής νομοθεσίας, η οποία εκ πρώτης όψεως φαίνεται παράταιρη. Οι αξιώσεις, ωστόσο, για την αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας, στρεφόμενες είτε σε συνάδελφο, είτε στον εργοδότη του θύματος, από τον χαρακτηρισμό της βλάβης της ψυχικής ή σωματικής υγείας ως αποτελέσματος της ηθικής παρενόχλησης, ως εργατικού ατύχηματος είναι περιορισμένης σημασίας. Εύλογα μπορεί να διερωτηθεί κανείς ποια θα είναι η νομική αντιμετώπιση της ακραίας, αλλά υπαρκτής μεν περίπτωσης του αυτόχειρα εργαζομένου. Δεδομένου ότι αυτοκτονία συνιστά εκούσια ενέργεια του θύματος της ηθικής παρενόχλησης και δεν χαρακτηρίζεται ως εργατικό ατύχημα, η εφαρμογή του ν. 551/15 εκτοπίζεται, εκτός αν κατά την τέλεσή της ο εργαζόμενος βρισκόταν σε έλλειψη καταλογισμού και η πράξη τελέστηκε κάτω από εξαιρετικές συνθήκες που προέκυψαν κατά την εκτέλεση ή με αφορμή την εργασία.

Η συνέπεια με την πιθανώς πιο βαρύνουσα σημασία είναι το θεμέλιο που παρέχει η παρενοχλητική συμπεριφορά για τη στοιχειοθέτηση της έννοιας του σπουδαίου λόγου και των εννόμων δυνατοτήτων που αυτή διανοίγει⁸. Ως γνωστό, η σύμβαση εργασίας αποτελεί διαρκή έννομη σχέση κι έτσι τα μέρη διατηρούν το δικαίωμα μονομερούς λύσης αυτής, το οποίο αποτυπώνεται στο δικαίωμα καταγγελίας για σπουδαίο λόγο. Η περίπτωση της ηθικής παρενόχλησης πληροί τις προϋποθέσεις χαρακτηρισμού της ως σπουδαίου λόγου, όταν λόγω της συχνότητας των προσβολών πιθανολογείται βάσιμα ο κίνδυνος επανάληψης της και η εργασιακή σχέση βλάπτεται ανεπανόρθωτα, διότι προσβάλλεται η προσωπικότητα του μισθωτού, καθιστώντας αδύνατη τη συνέχιση της και υπερβαίνοντας το «όριο θυσίας» που μπορεί να αξιωθεί από τον εργαζόμενο⁹. Οι προσβολές μπορούν να συνίστανται σε αυτοτελή εσωτερικά συναφή ή μη συναφή συμβάντα. Όπως προαναφέρθηκε και για την περίπτωση της στοιχειοθέτησης της κατα-

161-166

⁷ Δημήτρης Ζερδελής, Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου: ατομικές εργασιακές σχέσεις, Σάκκουλας, 2021, σ. 582-587

⁸ Παναγιώτης Σ. Μπουμπουχερόπουλος, ο.π., σ. 220-223

⁹ Ζερδελής Δ., Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Σάκκουλας, 2019, σ. 812-830

χρηστικής συμπεριφοράς, απαιτείται κι εδώ μια συνολική εκτίμηση της συγκεκριμένης περίπτωσης. Αυτοτελώς ορώμενο ένα συμβάν πολύ σπάνια θεμελιώνει αυτό καθαυτό την έννοια του σπουδαίου λόγου, διότι δεν διαθέτει κατά κανόνα την απαιτούμενη βαρύτητα. Έτσι, τα ποικίλα συμβάντα και οι συμπεριφορές απαιτείται να τίθενται υπό ένα ενιαίο πρίσμα νομικής αξιολόγησης, ώστε να μην καταλύεται η προστασία του διαπραγματευτικά αδυνάμου εργαζομένου. Αναφορικά με την περίπτωση που ο εργοδότης ανυπαίτια αγνοεί τη νοσηρή εργασιακή πραγματικότητα, υποστηρίζεται, ότι προτιμητέο θα ήταν να αιτηθεί το θύμα εργοδοτικής προστασίας προς διάσωση της εργασιακής σχέσης αντί της καταγγελίας της σύμβασης, όπως απαιτεί η αρχή της αναλογικότητας με τη λήψη κλιμακούμενων μέτρων από τα ηπιότερα στα σκληρότερα. Στην περίπτωση, όμως, που μέτρα εργοδοτικής προστασίας έχουν ήδη τεθεί χωρίς να ευδοκιμήσουν, είναι δυνατόν να συναχθεί πλημμελής ή μη εκπλήρωση της υποχρέωσης πρόνοιας εκ μέρους του εργοδότη, καθιστώντας την παραβίαση συμβατικής υποχρέωσης, σπουδαίο λόγο.

Βέβαια, από την απλή παραβίαση των όρων της σύμβασης εργασίας οφείλουμε να διακρίνουμε τη μονομερή βλαπτική μεταβολή των συνθηκών του άρθρου 7 του ν. 2112/1920¹⁰. Εάν λοιπόν κριθεί ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις χαρακτηρισμού μιας συμπεριφοράς ως ηθικής παρενόχλησης, η ίδια συμπεριφορά είτε απορρέει από πράξη του εργοδότη είτε από παράλειψή του να λάβει τα κατάλληλα προστατευτικά μέτρα, συνιστά κατά την νομολογία και μονομερές βλαπτική μεταβολή των συνθηκών. Η παραπάνω συνθήκη παρέχει στον μισθωτό πλήθος δικαιωμάτων -με ουσιωδέστερα τα σχετικά με την καταγγελία- ωστόσο γίνεται δεκτό ότι η συνέχιση της εργασίας κάτω από το νέο βλαπτικό καθεστώς άνευ διαμαρτυρίας εντός ευλόγου χρόνου συνιστά αποδοχή της βλαπτικής μεταβολής. Αξίζει,

όμως, να επισημανθεί ότι όταν εξετάζεται η ίδια η παρενόχληση και μόνο δεν μπορεί να ισχύουν τα παραπάνω επακριβώς. Δεν δυνάμεθα να κάνουμε λόγο ούτε για συναίνεση ούτε για άρση του παράνομου χαρακτήρα της προσβολής. Συνεπώς, η αδράνεια του θύματος δεν νομιμοποιεί το νέο εχθρικό εργασιακό περιβάλλον που έχει διαμορφωθεί.

Επίλογος

Την ελληνική νομολογία έχουν απασχολήσει πολλές περιπτώσεις παρενόχλησης που εμπίπτουν στην έννοια του «mobbing», έστω κι αν όταν κρίθηκαν δεν είχε θεσπιστεί νομικά η έννοια. Έτσι, εδώ ανήκουν συμπεριφορές όπως: η μη ανάθεση εργασίας ή ανάθεση εργασίας μη ανταποκρινόμενης στα προσόντα και την εμπειρία του εργαζομένου¹¹, η εργασία σε ακατάλληλο χώρο εργασίας¹² (π.χ. αποθήκη, υπόγειο), μειωτικοί και χλευαστικοί χαρακτηρισμοί¹³, περιθωριοποίηση από τους συναδέλφους και «καψόνια». Αξίζει να επισημανθεί ότι κρίσιμη είναι η διαπίστωση αν οι συμπεριφορές και η αλληλεπίδραση των εργαζομένων μεταξύ τους ή με τον εργοδότη εντάσσονται στο πλαίσιο του κοινωνικού συγχρωτισμού, που αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι της ελευθερίας ανάπτυξης της προσωπικότητας ή αν πληρούν την έννοια της παρενόχλησης. Καταληκτικά, η εμπειρία και το νομολογιακό προηγούμενο έχουν καταδείξει την αποδεικτικά δυσκολία που βαίνει παράλληλα με αυτό το φαινόμενο, οπότε απαιτείται ιδιαίτερη προσοχή από αυτόν που εξετάζει την εκάστοτε περίπτωση οφείλοντας να καταβάλλει κάθε δυνατή προσπάθεια διαμόρφωσης σφαιρικής άποψης.

¹¹ 83/1964, ΟΛΑΠ, διαθέσιμη στο <http://www.areiospagos.gr/>

¹² 1875/1988, ΑΠ, διαθέσιμη στο <http://www.areiospagos.gr/>

¹³ 967/1991, ΑΠ, διαθέσιμη στο <http://www.areiospagos.gr/>

¹⁰ Παναγιώτης Σ. Μπουμπουχερόπουλος, ο.π., σ. 224-227

Η υποκρυπτόμενη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας

Μαρία Πετρίδου & Ράνια Βασιλειάδου
Ζετής Φοιτήτριες Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Υποκρυπτόμενη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας: μια έννοια άγνωστη σε πολλούς εργαζόμενους οι οποίοι αγνοούν τον τρόπο με τον οποίο αυτή καταστρατηγεί τα δικαιώματά τους. Κρίνεται απαραίτητο να καταστεί, εξ αρχής, σαφές πως το εργατικό δίκαιο και η δέσμη των προστατευτικών του διατάξεων, πραγματεύεται, αποκλειστικά, την παροχή εξαρτημένης εργασίας προς τίνε εργοδότη, δεν επεκτείνεται, δηλαδή, σε οποιαδήποτε έννομη σχέση έχει ως αντικείμενο την παροχή εργασίας¹. Οι υπέρ της προστασίας του εργαζομένου διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, δεν είναι ιδιαίτερα ελκυστικές σε ορισμένους εργοδότες, οι οποίοι, προκειμένου να αποτρέψουν την εφαρμογή τους, καταφεύγουν στην πρακτική της «υποκρυπτόμενης» σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, η οποία θα αναλυθεί στο παρόν άρθρο. Για να μπορέσει ο αναγνώστης να λάβει πληρέστερη εποπτεία επί του θέματος, καθίσταται απαραίτητη η διερεύνηση, αρχικά, των στοιχείων που χαρακτηρίζουν μια σύμβαση ως εξαρτημένη και, έπειτα, της σχέσης της με τις συγγενείς συμβάσεις καθώς και η ανάλυση των περιπτώσεων που οι τελευταίες μπορεί να «υποκρύπτουν» σύμβαση εξαρτημένης εργασίας.

Εννοιολογικά στοιχεία της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας

Προκειμένου να μπορούμε να διακρίνουμε τις περιπτώσεις στις οποίες υπό τον «μανδύα» των συγγενικών συμβάσεων, ιδίως των συμβάσεων έργου και ανεξαρτήτων υπηρεσιών, υποκρύπτεται εξαρτημένη εργασία, είναι πρωτίστης σημασίας να απαντηθούν τα εξής ερωτήματα: Τι είναι, αλήθεια, αυτή η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας; Και ποιο είναι, άραγε, το εννοιολογικό περιεχόμενο της «εξάρτησης»;

Ως σύμβαση, λοιπόν, εξαρτημένης εργασίας εννοούμε «εκείνη δύναμει της οποίας ένα πρόσωπο υποχρεούται να παρέχει έναντι αμοιβής την εργασία του στην υπηρεσία ενός άλλου προσώπου»². Αναλύοντας, συνακολούθως, τα στοιχεία του άνωθεν ορισμού διαπιστώνουμε, πως συμβατική υποχρέωση του εργαζομένου, η οποία πηγάζει από σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, είναι η παροχή της εργασίας αυτής καθ'αυτής, ανεξαρτήτως του αποτελέσματος της³ και πως η εργασία είναι αμειβόμενη.

Το πιο ουσιώδες και, παράλληλα, ακανθώδες γνώρισμα της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, το οποίο αποτελεί και την αφορμή για την ονομασία της, είναι η «εξάρτηση». Το περιεχόμενο της έννοιας αυτής έχει νομολογιακά θεμέλια, καθώς ο δικαστής είναι αυτός που κρίνει, εν τέλει, μια σύμβαση ως εξαρτημένης εργασίας. Αντιθέτως, ο νομοθέτης δεν έχει προβεί σε κάποιον ορισμό, παρά το γεγονός ότι το στοιχείο της εξάρτησης συνιστά προϋπόθεση εφαρμογής του εργατικού δικαίου⁴. Τα πολιτικά δικαστήρια, σχεδόν πάγια, αναπαράγουν την ερμηνεία ότι «από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 648 επ. ΑΚ και 6 Ν.756/43... προκύπτει ότι σύμβαση εξαρτημένης εργασίας υπάρχει όταν ο εργοδότης καθορίζει κατά τρόπο δεσμευτικό, σύμφωνα με τους συμβατικούς ή νόμιμους όρους, τον τόπο, τον χρόνο, τον τρόπο και την έκταση της εργασίας που θα παρέχει ο μισθωτός, ο οποίος υποχρεούται να ακο-

¹ Κουκιάδης Ι. Δημήτριος, ό.π, σ. 17

² όπως ακριβώς Ζερδελής Δ., Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου - Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Σάκκουλας, 2021, σ.1

³ Όταν αντικείμενο της συμβατικής υποχρέωσης δεν είναι η ίδια η εργασία αλλά το αποτέλεσμα της, τότε γίνεται λόγος για σύμβαση έργου - Κορνηλάκης Π., Επίτομο Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Σάκκουλας, 2020, σ.309

⁴ Ζερδελής Δ., ό.π, σ.2

λουθεί τις οδηγίες του εργοδότη»⁵. Γίνεται, λοιπόν, κατανοητό ότι κρατούσα στη νομολογία- αλλά και στην θεωρία- είναι η έννοια της «προσωπικής εξάρτησης»⁶. Αυτή η προσωπική εξάρτηση επαφίεται στην ουσιώδη υποχρέωση του εργαζομένου να συμμορφώνεται με τις κατευθύνσεις του εργοδότη ως προς τους όρους προσπόρισης της εργασίας. Η εξουσία του εργοδότη να δεσμεύει, μονομερώς, με τις οδηγίες του τον εργαζόμενο σχετικά με τον τόπο, τον χρόνο και τον τρόπο παροχής της εργασίας καλείται «διευθυντικό δικαίωμα» και χωρίς την ύπαρξη αυτού δεν στοιχειοθετείται εξαρτημένη εργασία⁷. Σε κάθε περίπτωση, όμως, πρέπει να επισημανθεί πως η «προσωπική εξάρτηση» και άρα το «διευθυντικό δικαίωμα», αποτελεί σχετικό κριτήριο ως προς την κατάφαση της ύπαρξης ή μη σύμβασης εξαρτημένης εργασίας. Συμπερασματικά, ο βαθμός και η ποιότητα της δέσμευσης είναι τα αξιολογικά κριτήρια για να διακρίνουμε τις περιπτώσεις που υπάρχει σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, ώστε να μην παρασυρόμαστε από τον διαφορετικό νομικό χαρακτηρισμό⁸ που της προσδίδουν, ενδεχομένως, ορισμένοι εργοδότες με σκοπό να την «υποκρύψουν»⁹.

Διάκριση από συγγενείς συμβάσεις

Αξιοσημείωτη κρίνεται η επισήμανση εκείνων των διακριτών χαρακτηριστικών και εννοιών άλλων εννόμων σχέσεων που παρουσιάζουν ομοιότητες

⁵ Στεργίου Α., Αυτοαπασχολούμενος και μισθωτός στην κοινωνική ασφάλιση, Σάκκουλας, 2005, σ.153

⁶ Αντίθετα, η θεωρία της οικονομικής εξάρτησης, με βάση την σταθερή θέση της ελληνικής θεωρίας και νομολογίας, δεν τυγχάνει εφαρμογής, διότι σημασία έχουν οι συμφωνημένοι όροι και οι συνθήκες υπό τις οποίες προσπορίζεται η εργασία και όχι εάν ο εργαζόμενος είναι οικονομικά ευκατάστατος ή μη - Ζερδελής Δ., ό.π, σ. 4

⁷ Ενδεικτικά: 372/2014 Αρείου Πάγου

⁸ Για την κατάφαση της ύπαρξης σύμβασης εξαρτημένης εργασίας είναι αδιάφορος ο χαρακτηρισμός που έδωσαν οι αντισυμβαλλόμενοι, ενδεικτικά: 1026/1990 Αρείου Πάγου

⁹ Μαρμαράς Τ., Η υποκρυπτόμενη σύμβαση εργασίας και οι έννομες συνέπειες της, 31 Ιανουαρίου 2022, διαθέσιμο σε: <https://hrpro.gr/i-ypokryptomeni-symvasi-ergasias-kai-oi-ennomes-synepeies-tis/>

με την σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, προκειμένου να αποτραπεί ενδεχόμενη σύγχυση καθώς και καταστρατήγηση των εργασιακών συμφερόντων¹⁰. Από όλες τις συμβάσεις που παρουσιάζουν συγγενικούς δεσμούς με την σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, η σύμβαση έργου και η σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών συνιστούν, ασφαλώς, τις πιο συναφείς¹¹. Δυνάμενη κρίνεται η επισήμανση ότι ο δικαστής δεν δεσμεύεται από τον χαρακτηρισμό που δίνουν τα αντισυμβαλλόμενα μέρη της σύμβασης στην ίδια. Δεν λαμβάνονται υπόψη οι επιθυμίες και τα συμφέροντα των μερών, αλλά ο χαρακτηρισμός γίνεται στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων. Στο σημείο αυτό, οφείλεται αρχικά να διευκρινιστεί ότι ειδοποιός διαφορά της εξαρτώμενης εργασίας από τις δύο προαναφερθείσες συγγενείς της συμβάσεις αποτελεί ο σκοπός στον οποίο αποβλέπουν. Συγκεκριμένα, ενώ στην περίπτωση της εξαρτημένης εργασίας ο εργοδότης στοχεύει στην παροχή της εργασίας από το πρόσωπο του εργαζομένου, από την πλευρά της σύμβασης έργου και ανεξαρτήτων υπηρεσιών ο δανειστής επικεντρώνεται στο επιδιωκόμενο από τη σύμβαση αποτέλεσμα¹².

Σύμβαση έργου

Λαμβάνοντας υπόψη την καθεμία από τις συγγενείς συμβάσεις ξεχωριστά και ξεκινώντας με αυτή της σύμβασης έργου, κρίνεται σημαντική η επισήμανση ότι στη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας στοιχεία όπως ο χρόνος, η ποσότητα, ο τόπος, ο τρόπος παροχής της προβλεπόμενης εργασίας διαδραματίζουν καθοριστικό ρόλο, εφόσον εμπίπτουν στο εύρος του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη¹³. Αντίθετα, στη σύμβαση έργου ο κανόνας αυτός δεν υφίσταται, διότι πρόκειται για μια σχέση παροδική, της οποίας η περάτωση επέρχεται με την ολοκλήρωση του σκοπού της, του συμφωνημένου δηλαδή έργου. Μια περαιτέρω διάκριση που πρέπει να γίνει μεταξύ τους είναι ότι στην εξαρτημένη εργασία, αυτή παρέχεται αυτοπρόσωπα, λόγω του στοιχείου της εξάρτησης που κυριαρχεί στις εργασιακές σχέσεις μεταξύ των δύο μερών, ενώ στη σύμβαση έργου η εκτέλεση

¹⁰ Ινστιτούτο εργασίας ΓΣΕΕ, Μορφές απασχόλησης πέραν της εξαρτημένης εργασίας και διάκριση τους από αυτή, διαθέσιμο σε: <https://www.stye.gr/img/MORFES%20APASXOLISIS%20PERAN%20THS%20EKSARTIMENHS%20ERGASIAS.pdf>

¹¹ Κουκιάδης Ι. Δημήτριος, ό.π, 2019, σ.5

¹² Μαρμαράς Τ, ό.π.

¹³ Ζερδελής Δ., ό.π, σ.25 και 26

της εργασίας δεν γίνεται αποκλειστικά από τον εργολάβο, ο οποίος διαθέτει δικό του προσωπικό¹⁴. Ολοκληρώνοντας, είναι άξια η αναφορά στην ανάληψη των κινδύνων της εργασίας, τους οποίους και αναλαμβάνει να αντιμετωπίσει ο εργοδότης στην σχέση εξαρτημένης εργασίας, χωρίς να μπορεί να τους μετακυλήσει στον εργαζόμενο, συντρέχοντος του λόγου ότι η αρμοδιότητα αυτή του εργοδότη εντάσσεται στο περιεχόμενο του διευθυντικού του δικαιώματος, γεγονός το οποίο δεν ισχύει στην σύμβαση έργου.

Σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών

Συνεχίζοντας με τη σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών, αξιοπρόσεκτη είναι η αναφορά στο κοινό γνώρισμα της τίνος σύμβασης με την εξαρτημένη εργασία, καθώς αμφότερες έχουν ως αντικείμενο τους την παροχή εργασίας έναντι αμοιβής¹⁵. Ωστόσο, το στοιχείο της εξάρτησης απουσιάζει από τη σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών, δηλαδή η εργασία δεν εκτελείται κάτω από το καθεστώς κάποιου άλλου προσώπου, αλλά υπάρχει ανεξαρτησία όσον αφορά τα βασικά στοιχεία που συνθέτουν την παρεχόμενη εργασία, εφόσον στην εργασιακή αυτή σχέση ενδιαφέρει απλώς η επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος. Επιπροσθέτως, σημαντικό είναι να προστεθεί το στοιχείο ότι οποιοδήποτε είδος εργασίας μπορεί να υπαχθεί είτε στο πλαίσιο της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, είτε σε αυτό της σύμβασης ανεξάρτητων υπηρεσιών, γεγονός το οποίο οδηγεί στο συμπέρασμα ότι το είδος της εργασίας δεν συνιστά διακριτικό γνώρισμα των δύο ειδών εργασιακής σχέσης. Επομένως, ο βαθμός πρωτοβουλίας του παρέχοντος τις υπηρεσίες του στον αντισυμβαλλόμενο κατά την εκτέλεση της εργασίας συνιστά το κατεξοχήν καθοριστικό στοιχείο, το οποίο αποκαλύπτει το βαθμό εξάρτησης που επικρατεί στην εκάστοτε σύμβαση και αποκρυσταλλώνει πιθανή σύμβαση εξαρτημένης εργασίας¹⁶.

Το φαινόμενο της υποκρυπτόμενης σύμβασης εξαρτημένης εργασίας

Λόγω της ενισχυμένης προστασίας που εγγυάται το εργατικό δίκαιο προς τον μισθωτό, εντοπι-

ζεται στη σύγχρονη οικονομική πραγματικότητα, το φαινόμενο της «υποκρυπτόμενης» σύμβασης εξαρτημένης εργασίας. Ειδικότερα, δεν είναι σπάνια η πρακτική ορισμένων εργοδοτών οι οποίοι, προκειμένου να αναχαιτίσουν την εφαρμογή της προστατευτικής εργατικής νομοθεσίας, προσφεύγουν στην καταστρατήγηση των διατάξεων της, παρόλο που οι τελευταίες τυγχάνουν εφαρμογής βάσει των συνθηκών παροχής της εργασίας. Εν τοις πράγμασι, δηλαδή, επιδιώκουν τον χαρακτηρισμό της έννομης σχέσης μεταξύ εργοδότη και εργαζόμενου, όχι ως σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, αλλά ως κάποια συναφή σύμβαση με αυτήν, με τα πιο συχνά εμφανιζόμενα στην πράξη παραδείγματα, τη σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών και τη σύμβαση έργου¹⁷. Ο παραπλανητικός νομικός χαρακτηρισμός της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας εγκυμονεί αξιοσημείωτους κινδύνους για τα δικαιώματα των εργαζομένων, διότι το στοιχείο της εξάρτησης είναι αυτό που θέτει τους μισθωτούς υπό την αιγίδα του εργατικού δικαίου¹⁸.

Για την καταπολέμηση του φαινομένου αυτού και των δυσμενών συνεπειών του για τον εργαζόμενο, ο νομοθέτης θέσπισε ορισμένα τεκμήρια υπέρ της ύπαρξης εξαρτημένης εργασίας. Ο νόμος 3846/2010 στο αρ.1 παρέχει τεκμήριο υπέρ της εξαρτημένης εργασίας και ορίζει ότι σε περίπτωση που μεταξύ του εργοδότη και του απασχολούμενου έχει συμφωνηθεί η παροχή εργασίας στα πλαίσια σύμβασης έργου ή σύμβασης ανεξάρτητων υπηρεσιών και η εργασία αυτή παρέχεται αυτοπροσώπως για εννέα τουλάχιστον συνεχόμενους μήνες, τότε υποκρύπτεται σύμβαση εξαρτημένης εργασίας. Επιπροσθέτως, θεσπίζεται νομοθετικά και η υποχρέωση του εργοδότη να υποβάλλει στην οικεία Επιθεώρηση Εργασίας συγκεντρωτική κατάσταση με τις συμφωνίες που έγιναν μεταξύ του ίδιου και του παρέχοντος την εργασία, στα πλαίσια της σύμβασης έργου και ανεξάρτητων υπηρεσιών. Η παράλειψη υποβολής συνεπάγεται τη γέννηση τεκμηρίου υπέρ της εξαρτημένης εργασίας και

¹⁷ Ζερδελής Δ., ό.π, σ.17 ; Βλ. και προηγούμενο κεφάλαιο.

¹⁸ Κουμεντάκης Σ., Σύμβαση Εξαρτημένης Εργασίας (Διάκριση Από Συγγενείς Έννοιες και Η Προστασία Της Επιχείρησης), 5 Ιουλίου 2020, διαθέσιμο σε: <https://koumentakislaw.gr/arhra/symbash-exarthmenhs-ergasias-syggeneis-ennoies-prostasia-epixeirhshs/>

¹⁴ Πατεράκης Ι., σε μεταπτυχιακή εργασία «Συμβάσεις Έργου που υποκρύπτουν προσωρινή απασχόληση», ακαδημαϊκό έτος 2017-2018

¹⁵ Ζερδελής Δ., ό.π, σ.25

¹⁶ Ενδεικτικά: 297/2012 Αρείου Πάγου

επομένως την υπόκρυψη αυτής¹⁹.

Ανιχνεύοντας τα αίτια εξάρσης του φαινομένου αυτού, της σύναψης υποκρυπτόμενης σύμβασης εργασίας, συνάγεται η διαπίστωση ότι ο εργοδότης αντλεί πιο πολλά οφέλη συνάπτοντας μια σύμβαση έργου ή μια σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών, ενώ αντιστρόφως, ο εργαζόμενος αποκτά πιο πολλά δικαιώματα από τη σύναψη σύμβασης εξαρτημένης εργασίας. Από τη μία, στα πλαίσια της εξαρτημένης εργασίας, ο εργαζόμενος, αρχικά, δεν αναλαμβάνει τους κινδύνους της παρεχόμενης εργασίας και επιπλέον, προστατεύεται από την εργατική νομοθεσία. Από την άλλη, ο εργοδότης, αν και συνιστά το πιο ισχυρό μέρος της σύμβασης, δεσμεύεται τόσο από το νόμο όσο και από συλλογικές συμβάσεις εργασίας που οριοθετούν τη συμπεριφορά του και το εύρος του διευθυντικού του δικαιώματος. Επομένως, η υπόκρυψη της εξαρτημένης εργασίας συνιστά μια οικονομικώς συμφέρουσα επιλογή, κυρίως για την εργοδοτική πλευρά, ως οικονομικά ισχυρότερης και για αυτόν ακριβώς τον λόγο επιβεβαιώνεται η γέννηση της στρατηγικής αυτής.

Νομολογιακή προσέγγιση του φαινομένου

Προς επίρρωση και περαιτέρω διευκρίνιση των όσων προαναφέρθηκαν, ωφέλιμη κρίνεται μια πιο ενδελεχής θεώρηση ορισμένων δικαστικών αποφάσεων. Η υπ' αριθμόν 477/2010 απόφαση του Εφετείου Πειραιώς²⁰ συνιστά μια κατεξοχήν περίπτωση που το δικαστήριο πραγματεύθηκε την υποκρυπτόμενη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, καθώς σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά, τα μέρη είχαν εικονικά χαρακτηρίσει ως διαδοχικές συμβάσεις έργου, την έννομη σχέση που στην πραγματικότητα επρόκειτο για σύμβαση εξαρτημένης εργασίας. Στην απόφαση αυτή, υπογραμμίζεται ο ακρογωνιαίος κανόνας ότι ο σωστός νομικός χαρακτηρισμός είναι αρμοδιότητα του δικαστή, τον οποίο σε καμία περίπτωση δεν δεσμεύει ο νομικός χαρακτηρισμός που απένειμαν οι αντισυμβαλλόμενοι²¹. Συνακολούθως, η απόφαση 297/2012 του Αρείου Πάγου²² -ομοίως και η προα-

ναφερθείσα του Εφετείου- αποτυπώνει την ευρέως υποστηριζόμενη άποψη ότι κριτήριο για να μπορέσει το δικαστήριο να προβεί στο νομικό αυτό χαρακτηρισμό είναι η ποιότητα της δέσμευσης και της εξάρτησης και όχι σαφώς η απλή ύπαρξη πολλών ενδείξεων, δηλαδή το βάρος κατανέμεται στο ποιοτικό και όχι στο ποσοτικό στοιχείο. Ειδικότερα, όπως καταγράφεται χαρακτηριστικά «το ποιοτικό αυτό στοιχείο συνάγεται από την εκτίμηση των όρων και εν γένει συνθηκών παροχής της εργασίας και δι-αφέρει κατά περίπτωση ανάλογα με το είδος και τη φύση της εργασίας, συνδυαζόμενο δε με τις υφιστάμενες ενδείξεις εξάρτησης παρέχει ασφαλέστερο κριτήριο...»²³. Επιπροσθέτως, μολονότι στη σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών είναι αυτονόητο, ο Άρειος Πάγος στην υπ' αριθμόν 1133/2015²⁴ απόφαση του επισημαίνει πως το στοιχείο της εξάρτησης απουσιάζει εξίσου και από την σύμβαση έργου²⁵. Επιπλέον, η συγκεκριμένη απόφαση -ομοίως και η ΑΠ 297/2012- διατείνεται και το στοιχείο της ανάληψης πρωτοβουλιών ως κριτήριο διάκρισης. Βάσει αυτής, ενώ, καταρχήν, η ανάληψη πρωτοβουλιών συνηγορεί υπέρ της έλλειψης της εξάρτησης, αυτή η θεωρητική άποψη δεν πρέπει να είναι απόλυτη, καθώς «η υποχρέωση του εργαζομένου να δέχεται τον έλεγχο του εργοδότη αποτελεί το βασικό γνώρισμα της εξάρτησης, η οποία μπορεί να είναι χαλαρότερη σε περιπτώσεις που ο εργαζόμενος αναπτύσσει πρωτοβουλία κατά την εκτέλεση της εργασίας του, λόγω των επιστημονικών ή τεχνικών του γνώσεων, αλλά πρέπει να υπάρχει για να θεωρηθεί η εργασία του ως εξαρτημένη»²⁶. Συμπερασματικά, ο δικαστής καλείται να εκτιμήσει την ποιότητα μιας πληθώρας ενδείξεων, ώστε να μπορέσει να αποφανθεί υπέρ του κατάλληλου νομικού χαρακτηρισμού της σύμβασης, αναχαιτίζοντας την τυχόν συγκάλυψη της πραγματικά υφιστάμενης εξαρτημένης εργασίας.

καιο Επιχειρήσεων & Εταιρειών, τεύχος 4, 2013

²³ ό.π., 297/2012

²⁴ 1133/2015 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε: Επιχείρηση, τεύχος 122, 2016

²⁵ «μίσθωση έργου χαρακτηρίζει η έλλειψη εξάρτησης από τον κύριο του έργου, αφού ο εργολάβος έχει την πρωτοβουλία στην εκτέλεση αυτού, επιλέγοντας το χρόνο και τον τρόπο εκτέλεσης του μέσα στις συμβατικές προθεσμίες, χωρίς να είναι υποχρεωμένος να συμμορφώνεται προς τις οδηγίες και εντολές του κυρίου του έργου, μη υποκείμενος στον έλεγχό του»

²⁶ ό.π., 1133/2015

¹⁹ Μαρμαράς Τ, ό.π.

²⁰ 477/2010 Εφετείου Πειραιώς, διαθέσιμη σε: Πειραιϊκή Νομολογία, τεύχος 4, 2010

²¹ Ενδεικτικά: 694/2014 Αρείου Πάγου και 219/2002 Αρείου Πάγου

²² 297/2012 Αρείου Πάγου, διαθέσιμη σε: Δί-

Συμπεράσματα

Από όσα εκτέθηκαν στις προηγούμενες παραγράφους, εύλογα οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι η σύναψη σύμβασης που υποκρύπτει εξαρτημένη εργασία, αν και φαίνεται ως οικονομικά συμφέρουσα κίνηση, εγκυμονεί νομικούς κινδύνους, τόσο για τον εργαζόμενο, όσο και για τον εργοδότη. Ο παρέχων, λοιπόν, την εργασία αν και αμείβεται κάθε φορά για το εκάστοτε έργο του και τις υπηρεσίες του, στερείται της απόλαυσης ενός πλήθους δικαιωμάτων και διευκολύνσεων που του παρέχει η εργατική νομοθεσία και διασφαλίζουν την αξιοπρέπεια του. Χαρακτηριστική αναφορά πρέπει να γίνει στο δικαίωμα λήψης ορισμένης άδειας μετ' αποδοχών, σε αυτό της λήψης αποζημίωσης σε περίπτωση καταγγελίας της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, όπως και στο δικαίωμα του εργαζομένου να συνδικαλίζεται και να απεργεί. Αυτά και πλήθος άλλων μπορεί να απολαύσει

ο εργαζόμενος, μόνο όταν βρίσκεται σε καθεστώς εξάρτησης. Αξιοσημείωτο κρίνεται να αναφερθεί, ότι η υποκρυπτόμενη σύμβαση εργασίας εγκυμονεί δυσμενή αποτελέσματα και για τον εργοδότη, ο οποίος, παρόλο που αντλεί πολλά οφέλη μέσω αυτής, όπως μια πιθανώς «ανεξέλεγκτη» ελευθερία, διατρέχει τον κίνδυνο να εμπλακεί δικαστικώς σε εργατικές διαφορές, υποχρεωμένος να καταβάλει εργατικές και εργοδοτικές εισφορές και τελικώς να υποστεί ποινικές κυρώσεις²⁷. Σε κάθε περίπτωση, όμως, ευχής έργο θα ήταν, το φαινόμενο της υποκρυπτόμενης σύμβασης εξαρτημένης εργασίας να μην οδηγήσει σ' έναν γενικό και αόριστο αφορισμό των συναφών συμβάσεων. Κάτι τέτοιο θα έπληττε σοβαρά την ιδιωτική αυτονομία και ενδεχομένως, *in concreto*, μια σύμβαση έργου ή ανεξάρτητων υπηρεσιών να εξυπηρετεί καλύτερα τα συμφέροντα των μερών.

²⁷ Μαρμαράς Τ, ό.π.

Η προστασία και τα δικαιώματα των freelancers υπό τον νόμο 4808.2021

Μαρία Καρατζιά, Μαριλένα Πνευματικού & Στελίνα Τσουτρή
3ετής Φοιτήτρια & 4ετής Φοιτήτριες Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Το νομοθετικό καθεστώς ως προς τη freelance εργασία μεταβλήθηκε τον Ιούνιο του 2021, με τον νόμο 4808/2021. Οι σχετικές διατάξεις αναφέρονται στην παροχή υπηρεσιών μέσω ψηφιακής πλατφόρμας, γεγονός εύλογο, αν αναλογιστούμε την επίδραση των σύγχρονων τεχνολογιών στον τρόπο εργασίας και την καθιέρωση της gig οικονομίας¹. Στο πλαίσιο αυτό και στο μέτρο που στην ελληνική έννομη τάξη δεν υπήρχαν συγκεκριμένες νομοθετικές προβλέψεις επί του νέου αυτού τρόπου εργασίας, όλο και περισσότερα εργαζόμενα άτομα παρέμεναν σε μια γκρίζα ζώνη όσον αφορά την προστασία και τα εργασιακά τους δικαιώματα. Χρήζει ελέγχου, όμως, κατά πόσο ο νέος νόμος επιτελεί αποτελεσματικά αυτή τη λειτουργία, δεδομένης και της πολύκροτης υπόθεσης γνωστής ψηφιακής πλατφόρμας², η οποία προκάλεσε συζήτηση για τον νόμο τόσο στο νομικό, όσο και στο εξωνομικό κοινό.

Προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς

Για την προστασία των freelancers³ κρίσιμος

ήταν ο νομικός χαρακτηρισμός της συμβατικής τους σχέσης ως μισθωτών, «παραμισθωτών» ή αυτοαπασχολούμενων.

Λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι ο freelancer καθορίζει ο ίδιος τον τόπο και τον χρόνο εργασίας του, χωρίς να εκπληρώνει τις οδηγίες κάποιου προσώπου, ο νομικός χαρακτηρισμός του θεωρήθηκε ότι βρισκόταν εγγύτερα στην έννοια του αυτοαπασχολούμενου, είτε ως ανεξάρτητου επιχειρηματία είτε με τη μορφή σύμβασης έργου. Έτσι, ωστόσο, ο εργοδότης μπορούσε να παρακάμπτει την προστατευτική εργατική νομοθεσία, καθώς στην περίπτωση της ψηφιακής τεχνολογίας και οικονομίας ο εντοπισμός του στοιχείου της εξάρτησης ήταν αρκετά ασαφής και δυσχερής. Συνεπώς, ο ορθός χαρακτηρισμός της εργασίας ενός freelancer γινόταν κατά περίπτωση⁴.

Υπέρ της άποψης ότι πληρείτο το στοιχείο της εξάρτησης συνηγορούσε η ύπαρξη σύμβασης, η οποία περιείχε οδηγίες και λεπτομέρειες αναφορικά με την εκτέλεση εργασίας. Σε περίπτωση που, ενδεχομένως, στη σύμβαση υπήρχε συμβατικός αποχαρακτηρισμός, αυτός δεν ήταν δεσμευτικός. Ως γνωστόν, το πραγματικά κρίσιμο στοιχείο είναι ο τρόπος με τον οποίο εκτελείται η σύμβαση εργασίας στην πράξη και το περιεχόμενό αυτής, σε καμία περίπτωση ο τίτλος που τα μέρη έχουν επιλέξει να προσδώσουν στη σύμβαση.

Εφόσον αδυνατούσε να χαρακτηρισθεί ο freelancer ως μισθωτός, εξεταζόταν το ενδεχόμενο χαρακτηρισμού του ως οικονομικά εξαρτημένου αυτοαπασχολούμενου, ή αλλιώς «παραμισθωτού», γεγονός που συνεπαγόταν τη μερική εφαρμογή της

ή gig workers

⁴ Τραυλός-Τζανετάτος Δ., Επιθεώρησης Εργατικού Δικαίου, Δεκέμβριος 2016, σελ.1294-1295

¹ Για την έννοια της gig οικονομίας, βλ. V. De Stefano, The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowd work and labour protection in the "gig-economy", 2016, Διαθέσιμο σε https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682602

² "Efood: Αλλάζει εργασιακό καθεστώς των διανομέων - «Freelancer ή διακοπή συνεργασίας», 17 Σεπτεμβρίου 2021, Διαθέσιμο σε <https://www.news247.gr/epixeiriseis/e-food-allazei-to-ergasiako-kathestos-ton-dianomeon-terasties-antidraseis.9358337.html>

³ Συναντάται και υπό τους όρους crowdworkers

εργατικής νομοθεσίας, καθώς το υψηλό επίπεδο οικονομικής εξάρτησης απαιτεί την παροχή ανάλογης προς τους μισθωτούς προστασίας. Εν προκειμένω, ο *freelancer* θα έπρεπε να εξαρτάται οικονομικά από έναν συγκεκριμένο επιχειρηματία ή το καθεστώς της διαμεσολαβούσας πλατφόρμας να είναι τέτοιο, ώστε το εισόδημά του να αποτελούσε για τον ίδιο την κυριότερη πηγή βιοπορισμού του.

Τέλος, αν ήταν αδύνατος ο χαρακτηρισμός του τόσο ως μισθωτού όσο και ως «παραμισθωτού», προστατευόταν ως αυτοαπασχολούμενος. Ουσιαστικά, η προστασία του ενέπιπτε στο αστικό και οικονομικό δίκαιο με τον δικαστικό έλεγχο των γενικών όρων συναλλαγών, στους οποίους εξέχουσα θέση κατέχει η αρχή προστασίας του ασθενέστερου μέρους εξαιτίας της διαπραγματευτικής του μειονεξίας.

Συνεπώς, οι *freelancers* αποτελούσαν ένα είδος «ψηφιακών κρυπτομισθωτών»⁵, γεγονός που καθιστούσε αδήριτη την ανάγκη αφενός για μεταστροφή της νομολογίας κι αφετέρου για νομοθετικές αλλαγές και παρεμβάσεις, προκειμένου να συμπεριληφθούν στην έννοια των μισθωτών και να χαιρούν της αντίστοιχης προστασίας. Προς την ίδια κατεύθυνση, φυσικά, μπορούσε να συμβάλει τόσο η στήριξη τους από τις υπάρχουσες συνδικαλιστικές οργανώσεις, όσο και το δικαίωμα σύστασης νέων συνδικαλιστικών οργανώσεων, από τη στιγμή, μάλιστα, που η φύση και η λογική των ψηφιακών πλατφορμών δεν ευνοεί τη συλλογική διεκδίκηση των δικαιωμάτων τους, αλλά αντιθέτως υποσκάπτει την επικοινωνία μεταξύ τους και καλλιεργεί τον ανταγωνισμό.

Νέο νομοθετικό καθεστώς

Τα κρίσιμα άρθρα είναι τα 68 έως 72. Οι εργαζόμενοι ως *freelancers* μέσω ψηφιακής πλατφόρμας κατονομάζονται στο νομοθετικό κείμενο ως «πάροχοι ανεξάρτητων υπηρεσιών», ενώ στο αρ. 68 του ν. 4808/2021 ορίζεται ότι «Ψηφιακές πλατφόρμες» καλούνται οι επιχειρήσεις που ενεργούν είτε απευθείας είτε ως μεσάζοντες και μέσω διαδικτυακής πλατφόρμας συνδέουν παρόχους υπηρεσιών ή επιχειρήσεις ή τρίτους με χρήστες ή πελάτες ή καταναλωτές και διευκολύνουν τις μεταξύ τους συναλλαγές ή συναλλάσσονται απευθείας μαζί τους». Κεντρική είναι η έννοια των παρόχων υπηρεσιών,

που εδώ δεν υπολαμβάνεται εν στενή εννοία, καθώς στο αρ. 69 παρ. 1 προβλέπεται ότι οι πάροχοι υπηρεσιών μπορεί να συνδέονται με την ψηφιακή πλατφόρμα ή με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας ή ανεξάρτητων υπηρεσιών ή έργου.

Η σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών γενικά διαφοροποιείται από τη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, τόσο ως προς το περιεχόμενο, όσο και ως προς την έννομη προστασία των εργαζομένων σε κάθε περίπτωση. Το κρίσιμο σημείο διαφοροποίησης είναι η εξάρτηση του εργαζομένου από τον εργοδότη που συναντάται στην περίπτωση της εξαρτημένης εργασίας και το οποίο απουσιάζει από την παροχή ανεξάρτητων υπηρεσιών⁶. Όσον αφορά τις συνέπειες αυτής της διάκρισης, το εργαζόμενο με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας πρόσωπο χαιρεί μεγαλύτερης προστασίας από τους/τις *freelancers*⁷. Είναι επίσης σημαντικό ότι αντίστοιχη διάκριση υφίσταται και στην προστασία των παραπάνω σε επίπεδο ενωσιακού δικαίου, αλλά και ότι το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει κρίνει ότι η εργασία που χαρακτηρίζεται λανθασμένα ως παροχή ανεξάρτητων υπηρεσιών από το εθνικό δίκαιο, εξακολουθεί να προστατεύεται ως εξαρτημένη από το ενωσιακό δίκαιο⁸. Σκόπιμο είναι, λοιπόν, να ορίσουμε τη σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών, με τη στενή, πλέον, έννοια, και πώς αντιδιαστέλλεται από την παροχή εξαρτημένης εργασίας, στο πλαίσιο της ψηφιακής πλατφόρμας.

Ειδικότερα, ως προς τη σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών στο πλαίσιο ψηφιακής πλατφόρμας, το αρ. 69 του παραπάνω νόμου θεμελιώνει μαχητό τεκμήριο υπέρ της παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, εφόσον πληρούνται σωρευτικά τέσσερις προϋποθέσεις, οι οποίες αφορούν σε δικαιώματα που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών από τη σύμβασή του με τον εργοδότη: χρήση υπεργολάβων για την παροχή των συμφωνημένων υπηρεσιών, επιλογή από τον ίδιο των έργων ή του μέγιστου αριθμού αυτών που θα αναλάβει κατόπιν πρότα-

⁶ Ζερδελής Δ., Εγχειρίδιο Εργατικού Δικαίου: Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Σάκκουλας, 2019, σελ. 24

⁷ Ζερδελής Δ., ό.π., σελ. 24

⁸ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, 9 Δεκεμβρίου 2021, Διαθέσιμο σε: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605, σελ. 9

⁵ Τραυλός-Τζανετάτος Δ., Επιθεώρησης Εργατικού Δικαίου, Δεκέμβριος 2016, σελ. 1301

σης της ψηφιακής πλατφόρμας, παροχή υπηρεσιών και σε οποιονδήποτε τρίτο, ακόμα και ανταγωνιστή της ψηφιακής πλατφόρμας, και, τέλος, παροχή των υπηρεσιών σε χρόνο που ο ίδιος επιλέγει, εντός δοθέντος χρονικού πλαισίου. Οι προϋποθέσεις αυτές αντιδιαστέλλονται κατά περιεχόμενο από τα στοιχεία που εξετάζονται κλασικά για να διαπιστωθεί εξάρτηση εργαζομένου - εργοδότη και να καταφαθεί έτσι σχέση εξαρτημένης εργασίας⁹. Εκ πρώτης όψεως, η αναλυτική νομοθετική ρύθμιση μοιάζει θεμιτή, αφού θα λέγαμε ότι εξειδικεύει τα στοιχεία της παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών με τέτοιο τρόπο, ώστε να μην αφήνονται περιθώρια για εσκεμμένες παρανοήσεις και κάλυψη εξαρτημένης εργασίας υπό τον μανδύα των ανεξάρτητων υπηρεσιών. Ωστόσο, η καθιέρωση μαχητού τεκμηρίου υπέρ της παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών είναι προβληματική, διότι το εργαζόμενο άτομο, δηλαδή το αδύναμο και προστατευτέο μέρος της σύμβασης, είναι αυτό που επωμίζεται το βάρος να αποδείξει ότι στην πραγματικότητα εργάζεται με τρόπο εξαρτημένο¹⁰. Αυτό σε καμία περίπτωση δεν ευνοεί την προστασία του εργαζομένου ως αδύναμου μέρους της διαπραγματευτικής και εργασιακής εξίσωσης.

Για τον λόγο αυτό, ουσιώδης είναι και σε αυτήν την περίπτωση η έννοια της (προσωπικής) εξάρτησης¹¹, η οποία, στο πλαίσιο ψηφιακής πλατφόρμας, δεν μπορεί να υπολαμβάνεται με τον ίδιο ακριβώς τρόπο όπως στις κλασικές μορφές εργασίας. Η δέσμευση του εργαζομένου αναφορικά με τον χρόνο και τόπο της παροχής εργασίας καθίσταται περισσότερο ρευστή, αφού μπορεί να υπάρχει ένα χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου ο εργαζόμενος δύναται να εκπληρώσει την παροχή και η εργασία μπορεί να παρέχεται απομακρυσμένα¹². Επιπλέον, το κριτήριο της δέσμευσης του εργαζομένου από εντολές και οδηγίες δεν είναι απολύτως απαραίτητο, καθώς μπορεί, για παράδειγμα, ο εργαζόμενος

να είναι ειδικός στο αντικείμενο εργασίας του, ενώ αρκεί αυτές οι εντολές και οδηγίες να είναι προκαθορισμένες και καταγεγραμμένες, αντί να εκδηλώνονται ως συνεχείς παρεμβάσεις του εργοδότη¹³. Καθοριστικό παραμένει το στοιχείο του ελέγχου ως προς την ποιότητα της παρεχόμενης υπηρεσίας, που συνήθως εκτελείται μέσω συστήματος αξιολόγησης που η ψηφιακή πλατφόρμα διαχειρίζεται και παρέχει στον καταναλωτή και ασκεί άμεση επιρροή στο μέλλον της σύμβασης του εργαζομένου¹⁴. Σημαντικό είναι, ακόμη, η εργασία να παρέχεται στο πλαίσιο μιας οργανωτικής δομής που καθορίζεται από τρίτο και όπου εντάσσεται το εργαζόμενο άτομο. Αυτός ο ετεροκαθορισμός¹⁵ του εργαζομένου γίνεται αντιληπτός πρακτικά με την έλλειψη επιρροής του ατόμου στον καθορισμό της αμοιβής του, που εναπόκειται στην ψηφιακή πλατφόρμα¹⁶, και γενικά την "έλλειψη ελευθερίας ως προς τη λήψη επιχειρηματικών αποφάσεων για ίδιον όφελος"¹⁷, ακόμα και με ρήτρες απαγόρευσης ανταγωνισμού με ισχύ ήδη κατά τη συνεργασία του ατόμου με την πλατφόρμα, σε αντιδιαστολή με έναν πάροχο ανεξάρτητων υπηρεσιών¹⁸.

Η διαπίστωση ή μη εξάρτησης και η αντίστοιχη κατηγοριοποίηση της σύμβασης του εργαζομένου μέσω ψηφιακής πλατφόρμας σε εξαρτημένης εργασίας ή ανεξάρτητων υπηρεσιών ή έργου έχουν συνέπειες ως προς την εφαρμοστέα νομοθεσία. Είναι προφανές ότι επί εργαζομένων με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας καλείται σε εφαρμογή το σύνολο της προστατευτικής εργατικής νομοθεσίας, ενώ για εκείνους με σύμβαση ανεξάρτητων υπηρεσιών ή έργου ακολουθούνται οι ειδικότερες διατάξεις του νέου νόμου (αρ. 70-72).

Συγκεκριμένα, τους παρέχεται πλέον το δικαίωμα σύστασης συνδικαλιστικών οργανώσεων, οι

⁹ Ζερδελής Δ., ό.π. σελ. 4-6

¹⁰ Γιαννακούρου Μ., Πίσω από τον αλγόριθμο της ψηφιακής πλατφόρμας: ανακαλύπτοντας τη σύγχρονη σχέση εξάρτησης, Επιθεώρησις Εργατικού Δικαίου, Τεύχος Σεπτεμβρίου-Οκτωβρίου 2021, σελ. 998

¹¹ Ζερδελής Δ., ό.π., σελ. 4-6

¹² Wank R., Ο πάροχος υπηρεσιών σε ψηφιακή πλατφόρμα (crowdworker) ως εξαρτημένος, Επιθεώρησις Εργατικού Δικαίου, Τεύχος Σεπτεμβρίου-Οκτωβρίου 2021, σελ. 1006

¹³ Wank R., ό.π., σελ. 1004-1006, Δημαρέλλης Κ., Προβληματισμοί σχετικά με την έννοια της εξάρτησης στη συνεργατική οικονομία, Οικονομία - Τεχνολογία - Δίκαιο και Εργασία: Τιμητικός Τόμος Δημήτρη Α. Τραυλού-Τζανετάτου, Σάκουλας, 2020, σελ. 170, Τσιμπούκης Χ., Η έννοια της εξαρτήσεως - Σύμβαση παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών από επιστήμονα - Σχόλιο στην Α.Π. 1260/2009, Επιθεώρησις Εργατικού Δικαίου, 2010, σελ. 277-278

¹⁴ Δημαρέλλης Κ., ό.π., σελ. 172

¹⁵ Wank R., ό.π., σελ. 1010-1011

¹⁶ Δημαρέλλης Κ., ό.π., σελ. 172-173

¹⁷ όπως ακριβώς Wank R., ό.π., σελ. 101

¹⁸ Δημαρέλλης Κ., ό.π., σελ. 17

οποίες, εν συνεχεία, μπορούν να προβαίνουν σε διαπραγμάτευση και σύναψη συλλογικών συμφωνιών, κατ'εφαρμογή του αρ. 1 παρ. 2 του ν. 1876/1990 (αρ. 70 παρ. 1 και 3) και το δικαίωμα απεργίας (αρ. 70 παρ. 2), με τα οποία αναγνωρίζεται η εγγύτητα των συνθηκών εργασίας και της ανάγκης προστασίας των freelancers μέσω ψηφιακής πλατφόρμας με εκείνο των εξαρτημένων εργαζομένων¹⁹. Το ίδιο συμβαίνει με την πρώτη παράγραφο του άρθρου 71, που επιβάλλει στις ψηφιακές πλατφόρμες τις ίδιες υποχρεώσεις πρόνοιας, υγιεινής και ασφάλειας έναντι των freelancers με εκείνες που θα είχαν και έναντι των εργαζομένων με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, με ρητή αναλογική εφαρμογή της σχετικής νομοθεσίας, όπως με τη δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου, όπου επίσης προβλέπεται αναλογική εφαρμογή της ρύθμισης του άρθρου 56 του ν. 4611/2019. Αυτή η σύγκλιση ως προς την αντιμετώπιση των δύο κατηγοριών κρίνεται κατ'αρχήν θετική, δεδομένης και της αποδεικτικής δυσχέρειας του εργαζομένου όσον αφορά το είδος της σύμβασής του ως εξαρτημένης εργασίας. Όμως, η προβληματική αυτή δυσχέρεια, που εκτέθηκε παραπάνω, θα μπορούσε να έχει αποφευχθεί πλήρως, αντί να γίνεται εκ των υστέρων προσπάθεια να διασωθεί εν μέρει η προστασία των λανθασμένα υπηγμένων στην κατηγορία των παρόχων ανεξάρτητων υπηρεσιών ή έργου.

Νομολογιακά Παραδείγματα

Έγινε ήδη αντιληπτό πως το ζήτημα του χαρακτηρισμού της παρεχόμενης κάθε φορά εργασίας, και εμμέσως της προστασίας που απορρέει από αυτήν, αποτελεί σημείο αμφισβήτησης ακόμη και για τα ίδια τα Δικαστήρια. Τόσο τα εθνικά Δικαστήρια, όσο και το ΔΕΕ έχουν έρθει πολλές φορές αντιμέτωπα με την παραπάνω κρίση. Αν και στην χώρα μας προσφάτως δημιουργήθηκε έντονος σχετικός προβληματισμός, το ΔΕΕ έχει ήδη αποφανθεί σχετικώς για παρόμοια ζητήματα.

Yodel-Ηνωμένο Βασίλειο

Στην εν λόγω υπόθεση²⁰ το επιληφθέν δικαστή-

ριο του Ηνωμένου Βασιλείου κλήθηκε να αναγνωρίσει και να χαρακτηρίσει το είδος της εργασιακής σχέσης μεταξύ της Yodel και του «B», ενός ιδιοκτήτη-συνεργάτη τοπικής επιχείρησης delivery. Η σχέση που συνέδεε τα μέρη χαρακτηρίστηκε από αυτά ως σύμβαση «παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών», η οποία παραχωρεί εκατέρωθεν ιδιαίτερη ευελιξία, ιδίως στον «B», αφού προβλέπεται η χρήση δικών τους μέσων, η δυνατότητα εκπλήρωσης μέσω τρίτου, η συνεργασία και με ανταγωνιστικές επιχειρήσεις κ.ά.. Η ευελιξία αυτή αποτέλεσε και το σημείο αμφισβήτησης του είδους της εξάρτησης του «B» από τον εργοδότη του, καθώς ο πρώτος θεώρησε ότι οι πραγματικές συνθήκες εργασίας του πληρούσαν τις προϋποθέσεις, ώστε η σύμβασή του να καλυφθεί από την έννοια του «εργαζομένου» (*worker*, Οδηγία 2003/88²¹), με τα αντίστοιχα δικαιώματα και προστασία. Στο προδικαστικό ερώτημα το ΔΕΕ συνεκτιμώντας τον «χαλαρό» εργασιακό δεσμό, καθώς και την ευελιξία των μερών, έκρινε ότι εν προκειμένω δεν υφίσταται σχέση εξάρτησης που να περιλαμβάνεται στην έννοια *worker*, όπως αυτή ορίζεται στην Οδηγία 2003/88. Συνεπώς, προέτρεψε το επιληφθέν δικαστήριο να λάβει υπόψη του την θέση αυτή προτού προχωρήσει στην αποφαντική του κρίση.

Uber-Ηνωμένο Βασίλειο

Αντιμέτωποι με τον ίδιο προβληματισμό βρέθηκαν και οι οδηγοί της πλατφόρμας Uber, και δη της Uber BV²², παραρτήματος δραστηριοποιούμενο στο Ηνωμένο Βασίλειο. Οι πρώτοι θεώρησαν πως η πραγματική σχέση εργασίας εμφανίζει μεγαλύτερη εξάρτηση από αυτήν που συνάγεται από τον συμβατικό τύπο της παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, αλλά αντίθετα εντάσσεται στην έννοια του «εργαζομένου» (*worker*) υπό την Οδηγία 2003/88. Η σύμβαση εργασίας χαρακτηρίστηκε και πάλι από τα μέρη ως σύμβαση «παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών», βάσει κριτηρίων που παρέχουν αυτονομία και ευελιξία στους οδηγούς, όπως η χρήση δικού τους οχήματος, ανάληψη εξόδων, χρήση προσωπικού τηλεφώνου για την σύνδεση στην εφαρμογή κ.ά.. Ωστόσο, κατά την εξέταση της υπόθεσης το επιληφθέν δικαστήριο κατέληξε σε μία σειρά

¹⁹ "Ιω. Ληξουριώτης, καθ. Εργατικού Δικαίου: Τι ορίζει ο νόμος Χατζηδάκη για τους delivery", 21 Σεπτεμβρίου 2021, Διαθέσιμο σε https://www.imerisia.gr/ergasia/23044_io-lixoyriotis-kath-ergatikoy-dikaioy-ti-orizei-o-nomos-hatzidaki-gia-toys-delivery

²⁰ C-692/19, Eighth Chamber, διαθέσιμη σε Επι-

θεώρησις Εργατικού Δικαίου, Τόμος 80ός, Τεύχος 9, 2021

²¹ Όπως ακριβώς, Οδηγία Ευρωπαϊκής Ένωσης: 2003/88

²² UKSC 5, The Supreme Court U.K., διαθέσιμη σε Curia

παρατηρήσεων- κρίσεων που δεν συμφωνούν με τον παραπάνω χαρακτηρισμό, καθώς, πραγματικά, λανθάνει μεγαλύτερη εξάρτηση κατά την εφαρμογή των προβλεπόμενων όρων. Καθοριστικό ήταν, κυρίως, το γεγονός ότι προβλέπεται αυστηρό σύστημα αξιολόγησης της απόδοσής των οδηγών. Συνεπώς κρίθηκε πως λανθάνει εξαρτημένη εργασία, και όχι σύμβασης παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών.

E-food-Ελλάδα

Η υπόθεση της e-food αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα της ως άνω προβληματικής στην χώρα μας. Αν και δεν έλαβε χώρα δικαστική διαμάχη, και άρα δικαστική απόφαση που να διευκρινίζει σχετικά, και να διαλευκάνει το θολό τοπίο των εργασιακών σχέσεων, αξίζει να σημειωθούν τα πραγματικά περιστατικά για προβληματισμό.

Η e-food αποτελεί μια πλατφόρμα διανομής φαγητού (delivery), η οποία συνεργάζεται με τοπικά καταστήματα στον χώρο της εστίασης, μέσω των διανομέων της (γνωστοί και ως «riders»). Η εταιρεία συμβάλλεται²³ με τους «riders» με συμβάσεις αορίστου ή και ορισμένου χρόνου, αλλά και με συμβάσεις παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών (ως «freelancers»). Ανάλογα με την εξάρτηση που παρουσιάζει η κάθε μορφή εργασίας οι συμβαλλόμενοι διανομείς απολαμβάνουν και αντίστοιχα δικαιώματα.

Τον Σεπτέμβριο του 2021 115 διανομείς, που συμβάλλονταν με την e-food, έλαβαν ένα μήνυμα με το οποίο η εταιρεία τους καλούσε σε ανανέωση της συνεργασίας τους, όχι μέσω συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας, αλλά μέσω συμμετοχής σε ένα σχήμα freelancing (το οποίο αιτιολογούσε αόριστα), διαφορετικά δεν προέβλεπε δυνατότητα συνέχισης της συνεργασίας. Η απόφαση αυτή της εταιρείας θεωρήθηκε από τους διανομείς ως μία απόπειρα επέκτασης του καθεστώτος ανεξαρτήτων υπηρεσιών, στηριζόμενη στις προβλεπόμενες στον νόμο 4808/2021 αλλαγές, σε βάρος των εργαζομένων που μέχρι τότε συμβάλλονταν ως μισθωτοί, και απολάμβαναν στην ανάλογη και προβλεπόμενη προστασία. Η απάντηση της εταιρείας χαρακτήρισε την προσφορά αυτή ως ένα «επικοινωνιακό λάθος, αντίθετο με την πολιτική και

την στάση της εταιρείας». Η κινητοποίηση, ωστόσο, τόσο των εργαζομένων και των Συνδικαλιστικών Ενώσεων, όσο και του κόσμου που τάχθηκε υπέρ των εργαζομένων, ήταν αξιοσημείωτη.

Το ζήτημα, και εν προκειμένω, είναι να διαπιστωθεί εάν οι πραγματικές συνθήκες συνεργασίας της πλατφόρμας με τους διανομείς αντιστοιχούν σε μορφές εξαρτημένης εργασίας ή σε παροχή ανεξαρτήτων υπηρεσιών, ώστε να εφαρμοστεί το ανάλογο δίκαιο προστασίας των συμβαλλομένων μερών (συνεκτιμώντας τον τρόπο εκτέλεσης, τον βαθμό επικινδυνότητας, των εξόδων και των μέσων μετακίνησης των διανομέων, τον μισθό κ.ά.).

Συμπεράσματα

Αναμφισβήτητα, οι ραγδαίες τεχνολογικές εξελίξεις και η συνακόλουθη ψηφιοποίηση των οικονομικο-κοινωνικών σχέσεων επέδρασαν δραστικά και στις εργασιακές σχέσεις. Είναι σημαντικό να αναγνωρίσουμε το γεγονός ότι οι διαφορές των συμβατικών εργασιακών τύπων, αν και εύκολα διακρινόμενες σε θεωρητικό επίπεδο, παρουσιάζουν δυσχέρειες κατά την πρακτική εφαρμογή τους. Για τον προσδιορισμό της μετέωρης και κατ' επέκταση ευκόλως χειραγωγήσιμης κατάστασης που χαρακτήριζε το καθεστώς εργασίας στις ψηφιακές πλατφόρμες και συγχρόνως για την κάλυψη του ρυθμιστικού αυτού κενού, η ανάγκη για νομοθετική παρέμβαση και αναπροσαρμογή ήταν άκρως αναγκαία και απαραίτητη. Με τον νέο Νόμο 4808/2021 αναμφισβήτητα πραγματοποιήθηκε το πρώτο βήμα προς αυτόν τον στόχο, ως όφειλε να γίνει, δεδομένου ότι ενσωματώθηκε μεταξύ άλλων η Οδηγία (ΕΕ) 2019/1158 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 20ής Ιουνίου 2019 για την ισορροπία μεταξύ της επαγγελματικής και της ιδιωτικής ζωής. Βέβαια, πρέπει να τονιστεί ότι με το νέο νομοθετικό καθεστώς μπορεί εκ πρώτης όψεως να δημιουργείται η εντύπωση παροχής ενός ικανοποιητικού πλαισίου προστασίας, ωστόσο δεν πρόκειται παρά για ψευδαίσθηση, καθώς η προστασία είναι ανεπαρκής, ενώ η λύση που προτείνεται δεν επιλύει τη ρίζα του προβλήματος, αλλά περιορίζεται στην επιδερμική και καταχρηστική επίλυσή του. Κρίσιμο είναι, τελικά, να εξετάζονται και να λαμβάνονται υπόψη οι ιδιαιτερότητες κάθε περίπτωσης, ώστε να εξαγονται ορθές, νομικά και δικαιολογικά, λύσεις.

²³ Κώστας Καντούνης, Efood: Αλλαγή στα εργασιακά των διανομέων -Έντονες αντιδράσεις στα social media, διαθέσιμη σε <https://www.iefimerida.gr/ellada/efood-dianomeis-allagi-ergasiaka-cancel-twitter>

Σχόλιο επί της ΣτΕ 622/2021

Αναστασία Γεωργιάδου & Νούσκα Ελένη
Ασκούμενες Δικηγόροι

Η υπ' αριθμ. 622/2022 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ στο εξής) αναιρώντας την υπ' αριθμ. 451/2015 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, εφαρμόζει για πρώτη φορά τον κανόνα σύμφωνα με τον οποίο στοιχειοθετείται ευθύνη του Δημοσίου από νόμιμη πράξη, εν προκειμένω την πράξη του εμβολιασμού.

Πιο συγκεκριμένα, η Μ.Σ. γεννηθείσα 25-11-1994 υποβλήθηκε στην πρώτη δόση υποχρεωτικού εμβολιασμού MMR-II, τριδύναμο εμβόλιο ιλαράς, παρωτίτιδας και ερυθράς, στις 4-9-2001. Στη συνέχεια, υποβλήθηκε στη δεύτερη δόση του ανωτέρω εμβολίου στις 30-3-2006. Μετά τη δεύτερη δόση εκδήλωσε επιδεινούμενα νευρολογικά συμπτώματα και ειδικότερα, αιφνίδιες πτώσεις στο έδαφος, αστάθεια στη βάδιση, κολλώδη ομιλία, σύγχυση, αδυναμία συγκέντρωσης και δυσκολία αντίληψης του περιβάλλοντος. Λόγω της εκδήλωσης των συμπτωμάτων αυτών υπεβλήθη σε αξονική τομογραφία εγκεφάλου στις 8-5-2006, καθώς και σε σωρεία εργαστηριακών και κλινικών εξετάσεων κατά τη διάρκεια νοσηλείας της στο Γενικό Νοσοκομείο Παίδων «Παναγιώτη και Αγλαΐας Κυριακού» από 23-5-2006 έως 9-6-2006. Κατόπιν αυτών, διαγνώσθηκε η Μ.Σ. με υποξεία σκληρυντική παρεγκεφαλίτιδα μετά από ιλαρά (van Bogaert).

Στις 25-5-2006 της χορηγήθηκε θεραπευτική αγωγή, ενώ στις 20-6-2006 της τοποθετήθηκε κοιλοστομία (reservoir), προκειμένου να διευκολυνθεί η έγχυση της φαρμακευτικής ουσίας ιντερφερόνης στο πάσχον όργανο του εγκεφάλου, με σκοπό την επιβράδυνση της νόσου. Παρόλα αυτά η κατάσταση της υγείας της επιδεινώθηκε προοδευτικά τα επόμενα τέσσερα χρόνια με τακτές εισαγωγές στο νοσοκομείο και ενώ υποβαλλόταν σε επαναλαμβανόμενες εργαστηριακές και αιματολογικές εξετάσεις. Τελικώς, η ασθενής απεβίωσε στις 23-9-2010, όπως αναγράφεται στη ληξιαρχική πράξη θανάτου, από σκληρυντική παρεγκεφαλίτιδα, τετραπληγία και ανακοπή.

Στις 26-6-2008 η Ε.Σ., μητέρα και νόμιμη κληρονόμος της Μ.Σ.- ασθενούς, άσκησε αγωγή επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 11397/2012 απόφαση του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών, σύμφωνα με την οποία η αγωγή έγινε εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που στρεφόταν κατά του Ελληνικού Δημοσίου, ενώ απερρίφθη κατά το μέρος που στρεφόταν κατά του ΝΠΔΔ «Δήμος Χολαργού», στου οποίου τα δημοτικά ιατρεία διενεργήθηκε ο εν λόγω εμβολιασμός. Το αίτημα της αγωγής αφορούσε χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης ύψους ενός εκατομμυρίου ευρώ, η οποία συνίσταται σε βλάβη της υγείας της ασθενούς που προκλήθηκε κατόπιν του εμβολιασμού της με το εμβόλιο MMR-II, αίτημα το οποίο έγινε δεκτό κατά το ποσό των 200.000 ευρώ, νομιμοτόκως από την επίδοση της αγωγής.

Κατά της πρωτόδικης αυτής απόφασης ασκήθηκαν δύο αντίθετες εφέσεις, της Ε.Σ. (αναίρεσιούσης) και του Ελληνικού Δημοσίου (αναίρεσιβλήτου), οι οποίες συνεκδικάστηκαν και δεκτή έγινε η έφεση του Ελληνικού Δημοσίου, με την υπ' αριθμ. 451/2015 αναίρεσιβαλλόμενη απόφαση του διοικητικού Εφετείου Αθηνών, εξαφανίζοντας την πρωτόδικη. Η υπ' αριθμ. 451/2015 δευτεροβάθμια απόφαση έκρινε ότι το πρωτοδίκως δικάσαν δικαστήριο προέβη σε ανεπίτρεπτη μεταβολή της ιστορικής και νομικής βάσης, επικαλούμενο ως βάση της αποζημιωτικής ευθύνης του Δημοσίου το άρ. 4 παρ. 5 του Συντάγματος (Σ. στο εξής), ενώ η αγωγή θεμελιώθηκε στα άρ. 105 και 106 ΕισΝΑΚ και 932 ΑΚ. Επίσης, κρίθηκε ότι δεν θεμελιώνεται παράλειψη νομοθετήσεως από τη μη ίδρυση στη χώρα ενός ειδικού οργανισμού για τη χορήγηση αποζημίωσης για σωματική βλάβη προκαλούμενης από εμβολιασμό, εφόσον το Σύνταγμα περιέχει κατευθυντήριες γραμμές προς τη λήψη θετικών μέτρων από τον κοινό νομοθέτη. Εν συνεχεία, κατά της δευτεροβάθμιας απόφασης αυτής, ασκήθηκε αναίρεση ενώπιον του ΣτΕ από την αναίρεσίουςα

Ε.Σ., επί της οποίας εκδόθηκε η εν προκειμένω υπό σχολιασμό υπ' αριθμ. 622/2021 απόφαση.

Το κρίσιμο νομικό ζήτημα που εξετάζεται στη συγκεκριμένη απόφαση είναι η ευθύνη του Δημοσίου προς αποκατάσταση ζημίας που υπέστη η διοικούμενη χάριν του δημοσίου συμφέροντος, της δημόσιας υγείας, όταν αυτή υπερβαίνει το σύνηθες και προσήκον μέτρο και έχει προκληθεί από νόμιμη ενέργεια των οργάνων του Δημοσίου. Εκτός της ευθύνης του Δημοσίου προς αποκατάσταση ζημίας με αναλογική εφαρμογή του άρθρου 932 ΑΚ¹ καλύπτεται και η περίπτωση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης.

Η κρισιμότητα του συγκεκριμένου νομικού ζητήματος εντοπίζεται στο γεγονός ότι για πρώτη φορά αναγνωρίζεται ευθύνη του Δημοσίου προς αποκατάσταση ζημίας ή χρηματική ικανοποίηση από ευθεία βλάβη της υγείας προσώπου συνεπεία συνταγματικώς θεμιτού και νόμιμου εμβολιασμού, μη οφειλόμενου σε παρεμβαλλόμενη παράνομη πράξη ή παράλειψη δημοσίου οργάνου. Την ευθύνη αυτή θεμελιώνει στη συγκεκριμένη απόφαση το ΣΤΕ στην αρχή της εθνικής και κοινωνικής αλληλεγγύης των πολιτών κατά το άρ. 4 παρ. 5 Σ², σε συνδυασμό με το άρ. 25 παρ. 4 Σ³, ενώ κατά κανόνα ευθύνη του Δημοσίου προκύπτει από παράνομη πράξη ή παράλειψη δημοσίου οργάνου κατά τα άρ. 105-106 ΕισΝΑΚ⁴.

¹ **Άρθρο 932ΑΚ:** «Σε περίπτωση αδικοπραξίας, ανεξάρτητα από την αποζημίωση για την περιουσιακή ζημία, το δικαστήριο μπορεί να επιδικάσει εύλογη κατά την κρίση του χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης. Αυτό ισχύει ιδίως για εκείνον που έπαθε προσβολή της υγείας, της τιμής ή της αγνείας του ή στερήθηκε την ελευθερία του. Σε περίπτωση θανάτωσης προσώπου η χρηματική αυτή ικανοποίηση μπορεί να επιδικαστεί στην οικογένεια του θύματος λόγω ψυχικής οδύνης».

² **Άρθρο 4 παρ. 5 Σ.:** «Οι Έλληνες πολίτες συνεισφέρουν χωρίς διακρίσεις στα δημόσια βάρη, ανάλογα με τις δυνάμεις τους».

³ **Άρθρο 25 παρ. 4 Σ.:** «Το Κράτος δικαιούται να αξιώνει από όλους τους πολίτες την εκπλήρωση του χρέους της κοινωνικής και εθνικής αλληλεγγύης».

⁴ **Άρθρο 105 ΕισΝΑΚ:** «Για παράνομες πράξεις ή παράλειψης των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος. Μαζί

Κατά το σκεπτικό της απόφασης, το δικαίωμα στην υγεία είναι ταυτόχρονα ένα ατομικό και κοινωνικό δικαίωμα, σύμφωνα με τα άρ. 5 παρ. 5⁵ και 21 παρ. 3 Σ., αντίστοιχα. Από το άρ. 21 παρ. 3 του Σ⁶, γεννάται ευθεία υποχρέωση του κράτους για λήψη θετικών μέτρων για την προστασία της δημόσιας υγείας, με αποτέλεσμα να περιορίζεται θεμιτά το αντίστοιχο ατομικό δικαίωμα που θεμελιώνεται στο άρ. 5 παρ. 5 του Σ. Ο εμβολιασμός ως θετικό μέτρο της πολιτείας εξυπηρετεί σκοπό υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος συνίσταται στην προστασία της δημόσιας υγείας από την ανεξέλεγκτη εκδήλωση νόσων και των επιπλοκών τους και ως εκ τούτου, υποχρεώνεται ο πολίτης χωρίς περιθώριο επιλογής. Όπως προαναφέρθηκε όμως, η προκαλούμενη από την πραγματοποίηση του υποχρεωτικού εμβολιασμού βλάβη της υγείας του πολίτη, συνιστά υπέρμετρη θυσία του παθόντος, χάριν του κοινωνικού συνόλου κατ' εφαρμογή της αρχής της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών (άρ. 4 παρ. 5 Σ.) και της εκπλήρωσης του χρέους κοινωνικής αλληλεγγύης (άρ. 25 παρ. 4 Σ.).

Επίσης, δεν επιτάσσεται η πρόβλεψη ειδικού αποζημιωτικού καθεστώτος για τις περιπτώσεις βλάβης συνεπεία εμβολιασμού. Ο νομοθέτης σύμφωνα με τα άρ. 19,23,24,26 και 39 του ν.2101/92 (ΦΕΚ 192/Α/2-12-1992)⁷, με τον οποίο εισήχθη

με το δημόσιο ευθύνεται εις ολόκληρον και το υπαίτιο πρόσωπο, με την επιφύλαξη των ειδικών διατάξεων για την ευθύνη των υπουργών».

Άρθρο 106 ΕισΝΑΚ: «Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων άρθρων εφαρμόζονται και για την ευθύνη των δήμων, των κοινοτήτων ή των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων που βρίσκονται στην υπηρεσία τους».

⁵ **Άρθρο 5 παρ. 5 Σ.:** «Καθένας έχει δικαίωμα στην προστασία της υγείας και της γενετικής του ταυτότητας. Νόμος ορίζει τα σχετικά με την προστασία κάθε προσώπου έναντι των βιοϊατρικών παρεμβάσεων».

⁶ **Άρθρο 21 παρ. 3 Σ.:** «Το Κράτος μεριμνά για την υγεία των πολιτών και παίρνει ειδικά μέτρα για την προστασία της νεότητας, του γήρατος, της αναπηρίας και για την περίθαλψη των απόρων».

⁷ **Άρθρο 19 Ν.2101/1992:** «1. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη λαμβάνουν όλα τα κατάλληλα νομοθετικά, διοικητικά, κοινωνικά και εκπαιδευτικά μέτρα, προκειμένου να προστατεύσουν το παιδί από κάθε μορφή βίας, προσβολής ή βιαιοπραγιών σωματικών ή πνευματι-

στην ελληνική έννομη τάξη η Διεθνής Σύμβαση

κών, εγκατάλειψης ή παραμέλησης, κακής μεταχείρισης ή εκμετάλλευσης, συμπεριλαμβανομένης της σεξουαλικής βίας, κατά το χρόνο που βρίσκεται υπό την επιμέλεια των γονέων του ή του ενός από τους δύο, του ή των νόμιμων εκπροσώπων του ή οποιουδήποτε άλλου προσώπου στο οποίο το έχουν εμπιστευθεί.

2. Αυτά τα προστατευτικά μέτρα θα πρέπει να περιλαμβάνουν, όπου χρειάζεται, αποτελεσματικές διαδικασίες για την εκπόνηση κοινωνικών προγραμμάτων, που θα αποσκοπούν στην παροχή της απαραίτητης υποστήριξης στο παιδί και σε αυτούς οι οποίοι έχουν την επιμέλεια του, καθώς και για άλλες μορφές πρόνοιας και για το χαρακτηρισμό, την αναφορά, την παραπομπή, την ανάκριση, την περίθαλψη και την παρακολούθηση της εξέλιξης τους στις περιπτώσεις κακής μεταχείρισης του παιδιού που περιγράφονται πιο πάνω, και, όπου χρειάζεται, για διαδικασίες δικαστικής παρέμβασης».

Άρθρο 23 Ν.2101/1992: «1. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη αναγνωρίζουν ότι τα πνευματικώς ή σωματικώς ανάπηρα παιδιά πρέπει να διάγουν πλήρη και αξιοπρεπή ζωή, σε συνθήκες οι οποίες εγγυώνται την αξιοπρέπεια τους, ευνοούν την αυτονομία τους και διευκολύνουν την ενεργό συμμετοχή τους στη ζωή του συνόλου.

2. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη αναγνωρίζουν το δικαίωμα των ανάπηρων παιδιών να τυγχάνουν ειδικής φροντίδας και ενθαρρύνουν και εξασφαλίζουν, στο μέτρο των διαθέσιμων πόρων, την παροχή, μετά από αίτηση, στα ανάπηρα παιδιά που πληρούν τους απαιτούμενους όρους και σε αυτούς που τα έχουν αναλάβει, μιας βοήθειας προσαρμοσμένης στην κατάσταση του παιδιού και στις περιστάσεις των γονέων του ή αυτών στους οποίους τα έχουν εμπιστευθεί.

3. Εν όψει των ειδικών αναγκών των ανάπηρων παιδιών, η χορηγούμενη σύμφωνα με την παράγραφο 2 του παρόντος άρθρου βοήθεια παρέχεται δωρεάν, εφόσον αυτό είναι δυνατό, κατόπιν υπολογισμού των οικονομικών πόρων των γονέων τους και αυτών στους οποίους έχουν εμπιστευθεί Το παιδί, και σχεδιάζεται κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα ανάπηρα παιδιά να έχουν αποκλειστική πρόσβαση στην εκπαίδευση, στην επιμόρφωση, στην περίθαλψη, στην αποκατάσταση αναπήρων, στην επαγγελματική εκπαίδευση και στις ψυχαγωγικές δραστηριότητες, έτσι που να επιτυγχάνεται η όσο το δυνατόν πληρέστερη κοινωνική ένταξη και προσωπική τους ανάπτυξη, συμπεριλαμβανομένης της πολιτιστικής και πνευματικής τους εξέλιξης.

για τα Δικαιώματα του Παιδιού, δύναται μεν, αλλά

4. Μέσα σε πνεύμα διεθνούς συνεργασίας, τα Συμβαλλόμενα Κράτη προωθούν την ανταλλαγή κατάλληλων πληροφοριών στον τομέα της προληπτικής περίθαλψης και της ιατρικής, ψυχολογικής και λειτουργικής θεραπείας των ανάπηρων παιδιών, συμπεριλαμβανομένης της διάδοσης και της πρόσβασης στις πληροφορίες που αφορούν τις μεθόδους αποκατάστασης αναπήρων και τις υπηρεσίες επαγγελματικής κατάρτισης, με σκοπό να επιτραπεί στα Συμβαλλόμενα Κράτη να βελτιώσουν τις δυνατότητες και τις αρμοδιότητες τους και να διευρύνουν την πείρα τους σε αυτούς τους τομείς. Σ' αυτό το πεδίο λαμβάνονται ιδιαίτερα υπόψη οι ανάγκες των υπό ανάπτυξη χωρών».

Άρθρο 24 Ν.2101/1992: «1. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη αναγνωρίζουν το δικαίωμα του παιδιού να απολαμβάνει το καλύτερο δυνατόν επίπεδο υγείας και να επωφελείται από τις υπηρεσίες ιατρικής θεραπείας και αποκατάστασης αναπήρων. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη επιδιώκουν να διασφαλίσουν το ότι κανένα παιδί δεν θα στερείται το δικαίωμα πρόσβασης στις υπηρεσίες αυτές.

2. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη επιδιώκουν να εξασφαλίσουν την πλήρη εφαρμογή του παραπάνω δικαιώματος και ιδιαίτερα παίρνουν τα κατάλληλα μέτρα για:

α) Να μειώσουν τη βρεφική και παιδική θνησιμότητα.

β) Να εξασφαλίσουν σε κάθε παιδί την απαραίτητη ιατρική αντίληψη και περίθαλψη δίνοντας έμφαση στην ανάπτυξη της στοιχειώδους περίθαλψης.

γ) Να αγωνιστούν κατά της ασθένειας και της κακής διατροφής και μέσα στα πλαίσια της στοιχειώδους περίθαλψης, με την εφαρμογή ανάμεσα στα άλλα της ήδη διαθέσιμης τεχνολογίας και με την παροχή θρεπτικών τροφών και καθαρού πόσιμου νερού, λαμβάνοντας υπόψη τους κινδύνους της μόλυνσης του φυσικού περιβάλλοντος.

δ) Να εξασφαλίσουν στις μητέρες κατάλληλη περίθαλψη πριν και μετά από τον τοκετό.

ε) Να μπορούν όλες οι ομάδες της κοινωνίας, ιδιαίτερα οι γονείς και τα παιδιά, να ενημερώνονται για τα θέματα της υγείας και της διατροφής του παιδιού, για τα πλεονεκτήματα του φυσικού θηλασμού, την υγιεινή και την καθαριότητα του περιβάλλοντος και την πρόληψη των ατυχημάτων και να βρίσκουν υποστήριξη στη χρήση των παραπάνω βασικών γνώσεων.

στ) Να αναπτύξουν την προληπτική ιατρική φροντίδα, την καθοδήγηση των γονέων και την εκπαίδευση

δεν υποχρεούνται στη θέσπιση νομοθετικών διατάξεων που να υπαγάγουν τις περιπτώσεις αυτές σε ένα ειδικό αποζημιωτικό ή εγγυητικό καθεστώς. Η πρόβλεψη αυτού του καθεστώτος εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του νομοθέτη και η μη θεσμοθέτησή του δεν αποτελεί παράλειψη νομοθετήσεως, η οποία θα στοιχειοθετούσε δυνητικά αξίωση αποζημίωσης κατά το άρ. 105 ΕισΝΑΚ.

Επιπροσθέτως, το δικαστήριο αποφαίνεται ότι δεν παραβιάζεται η υποχρέωση συναίνεσης του ενημερωμένου ασθενούς, όπως προβλέπεται στα

ση και τις υπηρεσίες του οικογενειακού προγραμματισμού.

3. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη παίρνουν όλα τα κατάλληλα και αποτελεσματικά μέτρα για να καταργηθούν οι παραδοσιακές πρακτικές που βλάπτουν την υγεία των παιδιών.

4. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να προωθήσουν και να ενθαρρύνουν τη διεθνή συνεργασία, ώστε να επιτύχουν σταδιακά την πλήρη πραγματοποίηση του δικαιώματος που αναγνωρίζεται στο παρόν άρθρο. Εν όψει αυτού, λαμβάνονται ιδιαίτερα υπόψη οι ανάγκες των υπό ανάπτυξη χωρών».

Άρθρο 26 Ν.2101/1992: «1. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη αναγνωρίζουν σε κάθε παιδί το δικαίωμα να επωφελείται από την κοινωνική πρόνοια, συμπεριλαμβανομένων των κοινωνικών ασφαλίσεων, και παίρνουν τα απαραίτητα μέτρα για να εξασφαλίσουν την πλήρη πραγματοποίηση του δικαιώματος αυτού, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία τους.

2. Τα ωφελήματα, όπου είναι αναγκαία, πρέπει να δίνονται, αφού ληφθούν υπόψη οι πόροι και η κατάσταση του παιδιού και των προσώπων που έχουν αναλάβει την ευθύνη της συντήρησής του, καθώς και κάθε άλλη εκτίμηση σχετιζόμενη με την αίτηση παροχής ωφελημάτων που γίνεται από το παιδί ή για λογαριασμό του».

Άρθρο 39 Ν.2101/1992: Τα Συμβαλλόμενα Κράτη παίρνουν όλα τα κατάλληλα μέτρα για να διευκολύνουν τη σωματική και ψυχολογική ανάρρωση και την κοινωνική επανένταξη κάθε παιδιού θύματος: οποιασδήποτε μορφής παραμέλησης, εκμετάλλευσης ή κακοποίησης, βασανισμού ή κάθε άλλης μορφής σκληρής, απάνθρωπης ή εξευτελιστικής μεταχείρισης ή τιμωρίας ή ένοπλης σύρραξης. Η ανάρρωση αυτή και η επανένταξη γίνονται μέσα σε περιβάλλον, που ευνοεί την υγεία, τον αυτοσεβασμό και την αξιοπρέπεια του παιδιού.

άρθρα 11⁸ και 12⁹ του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολο-

⁸ **Άρθρο 11 ΚΙΔ:** «1. Ο ιατρός έχει καθήκον αλήθειας προς τον ασθενή. Οφείλει να ενημερώνει πλήρως και κατανοητά τον ασθενή για την πραγματική κατάσταση της υγείας του, το περιεχόμενο και τα αποτελέσματα της προτεινόμενης ιατρικής πράξης, της συνέπειες και τους ενδεχόμενους κινδύνους ή επιπλοκές από την εκτέλεση της, τις εναλλακτικές προτάσεις καθώς και για τον πιθανό χρόνο αποκατάστασης, έτσι ώστε ο ασθενής να μπορεί να σχηματίζει πλήρη εικόνα των ιατρικών, κοινωνικών και οικονομικών παραγόντων και συνεπειών της κατάστασης της κατάστασης του και να προχωρεί, ανάλογα, στη λήψη αποφάσεων. 2. Ο ιατρός σέβεται την επιθυμία των ατόμων τα οποία επιλέγουν να μην ενημερωθούν. Στις περιπτώσεις αυτές, ο ασθενής έχει δικαίωμα να ζητήσει από τον ιατρό να ενημερώσει αποκλειστικά άλλο ή άλλα πρόσωπα, που ο ίδιος θα υποδείξει, για την κατάσταση της υγείας του, το περιεχόμενο και τα αποτελέσματα της προτεινόμενης ιατρικής πράξης, τις συνέπειες ή και τους κινδύνους από την εκτέλεση της, καθώς και για το βαθμό πιθανολόγησής τους.

3. Ιδιαίτερη προσοχή πρέπει να καταβάλλεται κατά την ενημέρωση που αφορά σε ειδικές επεμβάσεις, όπως μεταμοσχεύσεις, μεθόδους ιατρικής υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, επεμβάσεις αλλαγής ή αποκαταστάσεως φύλου, αισθητικές ή κοσμητικές επεμβάσεις.

4. Αν τα πρόσωπα δεν έχουν την ικανότητα να συναινέσουν για την εκτέλεση ιατρικής πράξης, ο ιατρός τα ενημερώνει στο βαθμό που αυτό είναι εφικτό. Ενημερώνει επίσης τα τρίτα πρόσωπα που έχουν την εξουσία να συναινέσουν για την εκτέλεση της πράξης αυτής, κατά τις διακρίσεις του επόμενου άρθρου».

⁹ **Άρθρο 12 ΚΙΔ:** «1. Ο ιατρός δεν επιτρέπεται να προβεί στην εκτέλεση οποιασδήποτε ιατρικής πράξης χωρίς την προηγούμενη συναίνεση του ασθενή.

2. Προϋποθέσεις της έγκυρης συναίνεσης του ασθενή είναι οι ακόλουθες:

α) Να παρέχεται μετά από πλήρη, σαφή και κατανοητή ενημέρωση, σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο.

β) Ο ασθενής να έχει ικανότητα για συναίνεση.

αα) Αν ο ασθενής είναι ανήλικος, η συναίνεση δίδεται από αυτούς που ασκούν τη γονική μέριμνα ή έχουν την επιμέλεια του. Λαμβάνεται, όμως, υπόψη και η γνώμη του, εφόσον ο ανήλικος κατά την κρίση του ιατρού, έχει την ηλικιακή, πνευματική και συναισθηματική ωριμότητα να κατανοήσει την κα-

γίας (ν. 3418/2005) , καθώς πρόκειται για μία εξαιρετικά σπάνια παρενέργεια προκαλούμενη εκ του ως άνω εμβολιασμού σε ποσοστό 1 προς 1.000.000 χορηγηθεισών δόσεων εμβολίου, στην αναφορά της οποίας δεν είναι υποχρεωμένος να προβεί ο διενεργών τον εμβολιασμό ιατρός. Ωστόσο, ούτε η Ε.Σ. προέβη σε αναλυτική ενημέρωση σχετικά με το ιατρικό ιστορικό της Μ.Σ., ούτως ώστε να λάβει γνώση ο διευθυντής του σχολείου και ο διενεργών ιατρός, αλλά ισχυρίσθηκε ότι η έλλειψη της συναίνεσής της απορρέει από την υποχρέωση προσκόμισης βιβλιαρίου υγείας με τη βεβαίωση ότι έχει εμβολιασθεί η Μ.Σ. με το εμβόλιο MMR-II, προκει-

τάσταση της υγείας του , το περιεχόμενο της ιατρικής πράξης και τις συνέπειες ή τα αποτελέσματα ή τους κινδύνους της πράξης αυτής. Στην περίπτωση της παραγράφου 3 του άρθρου 11 απαιτείται πάντοτε η συναίνεση των προσώπων που ασκούν τη γονική μέριμνα του ανηλίκου.

ββ) Αν ο ασθενής δεν διαθέτει ικανότητα συναίνεσης, η συναίνεση για την εκτέλεση ιατρικής πράξης δίδεται από τον δικαστικό συμπαραστάτη, εφόσον αυτός έχει ορισθεί. Αν δεν υπάρχει δικαστικός συμπαραστάτης, η συναίνεση δίδεται από τους οικείους του ασθενή. Σε κάθε περίπτωση, ο ιατρός πρέπει να προσπαθήσει να εξασφαλίσει την εκούσια συμμετοχή, σύμπραξη και συνεργασία του ασθενή, και ιδίως εκείνου του ασθενή που κατανοεί την κατάσταση της υγείας του, το περιεχόμενο της ιατρικής πράξης, τους κινδύνους, τις συνέπειες και τα αποτελέσματα της πράξης αυτής.

γ) Η συναίνεση να μην είναι αποτέλεσμα πλάνης, απάτης ή απειλής και να μην έρχεται σε σύγκρουση με τα χρηστά ήθη.

δ) Η συναίνεση να καλύπτει πλήρως την ιατρική πράξη και κατά το συγκεκριμένο περιεχόμενό της και κατά το χρόνο της εκτέλεσής της.

3. 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 ανηλίκου ασθενή ή οι συγγενείς ασθενή που δεν μπορεί για οποιονδήποτε λόγο να συναινέσει 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».

μένου να φοιτήσει στην πρωτοβάθμια εκπαίδευση αποφοιτώντας με τίτλο σπουδών και όχι απλή βεβαίωση φοίτησης .

Τέλος, το ΣτΕ δέχεται την επικουρική βάση της αγωγής, ήτοι την ευθύνη του Δημοσίου για αποκατάσταση ηθικής, εν προκειμένω, βλάβης, προκαλούμενης από νόμιμη και όχι παράνομη πράξη δημοσίου οργάνου. Εν αντιθέσει με το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, το οποίο έκρινε ότι η αγωγή δεν στηρίζεται στην επικουρική αυτή βάση και ότι το Διοικητικό Πρωτοδικείο είχε ανεπίτρεπτα μεταβάλει τη νομική βάση της αγωγής. Το ΣτΕ κατ'ερμηνεία των άρ. 71-73 ΚΔΔ¹⁰, έκρινε ότι αρκεί η μνεία των πραγματικών περιστατικών, ενώ η υπαγωγή τους σε συγκεκριμένες νομικές διατάξεις, δεν είναι δεσμευτική για το επιλαμβανόμενο δικαστήριο, το οποίο πρέπει να προβεί αυτεπαγγέλτως στην ορθή νομική υπαγωγή αυτών, σύμφωνα με την αρχή *iura novit curia*. Αυτό ακριβώς θεώρησε και το ακυρω-

¹⁰ **Άρθρο 71 ΚΔΔ:** «1. Αγωγή μπορεί να ασκήσει εκείνος ο οποίος έχει, κατά του Δημοσίου ή άλλου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, χρηματική αξίωση από έννομη σχέση δημοσίου δικαίου.

2. Σε άσκηση της κατά την προηγούμενη παράγραφο αγωγής νομιμοποιούνται και οι κάθε είδους καθολικοί ή ειδικοί διάδοχοι.

3. Αγωγή μπορούν να ασκήσουν και οι δανειστές των, κατά τις προηγούμενες παραγράφους, δικαιούχων εφόσον οι τελευταίοι δεν την ασκούν, εκτός αν πρόκειται για προσωποπαγείς αξιώσεις (πλαγιαστική αγωγή).

4. Η κατά τις προηγούμενες παραγράφους αγωγή είναι απαράδεκτη αν πρόκειται για αξίωση φορολογικού εν γένει περιεχομένου.

Άρθρο 72 ΚΔΔ: Η αγωγή ασκείται κατά του Δημοσίου ή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου , που είναι υπόχρεο προς ικανοποίηση της κατά την παρ. 1 του προηγούμενου άρθρου αξίωσης.

Άρθρο 73 ΚΔΔ: 1. Το δικόγραφο της αγωγής, εκτός από τα στοιχεία που προβλέπει το άρθρο 45, πρέπει να περιέχει και:

α) καθορισμό της έννομης σχέσης από την οποία απορρέει η αξίωση,

β) σαφή έκθεση των πραγματικών περιστατικών, καθώς και τους λόγους που θεμελιώνουν κατά νόμο την αξίωση και

γ) σαφώς καθορισμένο αίτημα.

2. Αίτημα της αγωγής μπορεί να είναι:

α) η καταψήφιση της αξιούμενης παροχής, ή

β) η αναγνώριση της αντίστοιχης αξίωσης».

τικό δικαστήριο ότι συνέτρεχε στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Κλείνοντας, μία σκέψη που θα θέλαμε να εκφράσουμε είναι ότι η αδράνεια του νομοθέτη να θεσμοθετήσει έναν τέτοιο αποζημιωτικό μηχανισμό θα μπορούσε να θεωρηθεί παράνομη παράλειψη εκ μέρους του, ερειδόμενη στα άρ. 105-106 ΕισΝΑΚ. Αυτό γιατί στην περίπτωση αυτή πρόκειται για υποβολή του πολίτη σε υπέρμετρη θυσία από την οποία γεννάται υποχρέωση αποκατάστασης της ζημίας. Το ΣτΕ λοιπόν, θα μπορούσε να επικαλεστεί παράνομη παράλειψη νομοθέτησης και να θεμελιώσει την αξίωση αποζημίωσης στα άρ. 105-106 ΕισΝΑΚ, καθώς φαίνεται με τον τρόπο αυτό να πληρούται η βασική προϋπόθεση επίκλησης των άρθρων αυτών¹¹, ήτοι η παρανομία. Τουναντίον το

Δικαστήριο επέλεξε να επικαλεστεί τα άρ. 4 παρ. 5 και 25 παρ. 4 Σ.

3. Ένταξη αυτής στο πλαίσιο άσκησης δημόσιας εξουσίας

4. Παράνομος χαρακτήρας της ζημιογόνου πράξης, παράλειψης ή υλικής ενέργειας του οργάνου του δημοσίου ή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου

5. Αρνητική προϋπόθεση: Ανυπαρξία υποχρέωσης αποζημίωσης αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης κείμενης χάριν του γενικού συμφέροντος

6. Πρόκληση ζημίας

7. Αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της παρανομίας της πράξης, παράλειψης ή υλικής ενέργειας και του ζημιογόνου αποτελέσματος.

(Διοικητικό Δίκαιο, Δ' Έκδοση 2018, σελ. 448 - 464, Απόστολος Γέροντας, Σωτήρης Λύτρας, Πρόκοπης Παυλόπουλος, Γλυκερία Σιούτη, Σπυρίδων Φλογαΐτης)

¹¹ Προϋποθέσεις της αστικής ευθύνης του δημοσίου κατά τους κανόνες του δημόσιου δικαίου:

1. Πράξη, παράλειψη ή υλική ενέργεια
2. Προερχόμενη από όργανο του δημοσίου ή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου

Η ευθύνη των Δημόσιων Νοσοκομείων από πρόκληση βλάβης στην υγεία των ασθενών

Των Αποστόλου Στυλιανής και Μπανιά Διονυσίας

Φοιτήτριας 4ου έτους Νομικής ΑΠΘ και Ασκούμενης δικηγόρου

Εισαγωγή

Είναι αδιαμφισβήτητο ότι ο ρόλος του ιατρού είναι να προστατεύει την υγεία των πολιτών και να ασκεί το επάγγελμά του με γνώμονα το συμφέρον του ασθενούς, όπως αποδεικνύεται από τα άρθρα 3 και 24 του α.ν 1565/1939 «Περί κώδικος ασκήσεως του ιατρικού επαγγέλματος». Εντούτοις, ένα από τα ζητήματα που έχει απασχολήσει σφόδρα την ελληνική έννομη τάξη αποτελεί το γεγονός ότι κατά την παροχή των ιατρικών υπηρεσιών προκύπτουν ζητήματα ιατρικής αστικής ευθύνης εξαιτίας παράνομων πράξεων ή παραλείψεων των ιατρών που στελεχώνουν τα Δημόσια Νοσοκομεία. Σε αυτές τις περιπτώσεις, οι ασθενείς ή οι οικείοι τους οδηγούνται όλο και πιο συχνά στην αναζήτηση των ευθυνών με σκοπό την αποκατάσταση της προξηνηθείσας ζημίας, με αποτέλεσμα η ιατρική αστική ευθύνη να έχει αποτελέσει αντικείμενο συχνής αντιμετώπισης από τα διοικητικά δικαστήρια της χώρας μας και να έχει οδηγήσει σε πολυετείς δικαστικές διαμάχες. Με το παρόν άρθρο, λοιπόν, επιδιώκεται να διερευνηθούν, αφενός, το ποιος θα επωμιστεί την ευθύνη στις περιπτώσεις που προξενείται βλάβη με βαρύτατες συνέπειες στην υγεία των ασθενών και αφετέρου οι προϋποθέσεις θεμελίωσής της με σκοπό την αποκατάσταση του ζημιωθέντος.

Το δικαίωμα στην υγεία και τα ειδικότερα δικαιώματα των ασθενών

Ένα από τα συνταγματικώς προστατευόμενα δικαιώματα είναι το δικαίωμα στην υγεία, το οποίο κατοχυρώνεται στο άρθρο 25 § 5 Σ, στο πρώτο εδάφιο του οποίου ορίζεται ότι «Καθένας έχει δικαίωμα στην προστασία της υγείας...». Ειδικότερα, η διάταξη αυτή διασφαλίζει το ατομικό δικαίωμα του ατό-

μου στην υγεία μέσω της αποχής τρίτων από το να βλάψουν με τις πράξεις τους την υγεία του ασθενούς¹. Ο επικρατέστερος ορισμός της υγείας είναι ότι αποτελεί «την φυσική κατάσταση του ατόμου που αποκλείει κάθε μορφή ασθένειας ή αναπηρίας ικανής να μειώσει τη φυσιολογική δραστηριότητά του»². Από την άλλη, το άρθρο 21 § 3 Σ προστατεύει το κοινωνικό δικαίωμα στην υγεία ορίζοντας ότι «Το κράτος μεριμνά για την υγεία των πολιτών» υπό την έννοια ότι οι πολίτες έχουν την αξίωση να διασφαλίζει το κράτος υποδομές υψηλού επιπέδου για την πρόληψη των ασθενειών και την περίθαλψη της υγείας³.

Πέρα από τα προαναφερθέντα, ειδικότερα δικαιώματα του ασθενούς κατοχυρώνονται και από άλλες συνταγματικές διατάξεις και ειδικούς νόμους⁴, με χαρακτηριστικότερα το δικαίωμα του άρθρου 25 § 1 Σ που υπαγορεύει ότι δεν πρέπει οι ιατρικές μέθοδοι να υποβαθμίζουν την ανθρώπινη αξία, το δικαίωμα επιλογής του ιατρού και της υγειονομικής μονάδας, το δικαίωμα της ισότιμης αντιμετώπισης των ασθενών και το δικαίωμα ενημέρωσης πριν από κάθε ιατρική πράξη.

Αστική ευθύνη των Δημοσίων Νοσοκομείων

Ειδικότερα, όσον αφορά το ζήτημα της αστικής ευθύνης των Δημοσίων νοσηλευτικών ιδρυμάτων⁵

¹ Κ.Χ.Χρυσόγονος - Σπ.Β.Βλαχόπουλος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, ΝΒ, 4η έκδοση, σ.268

² Κ.Χ.Χρυσόγονος - Σπ.Β.Βλαχόπουλος, ό.π, σ.575

³ Κ.Χ.Χρυσόγονος - Σπ.Β.Βλαχόπουλος, ό.π σ.575 και Δεφθερ 991/2021, Quallex

⁴ Κ.Κρεμαλής, Δίκαιο της Υγείας, Γενικές Αρχές των Κοινωνικών Υπηρεσιών Υγείας, 2011, σ.102-115

⁵ Ως τέτοια νοούνται τα νοσοκομεία που εντάσσονται στο Εθνικό Σύστημα Υγείας του

από την πρόκληση βλάβης στην υγεία του ασθενούς, εκτός από το συνταγματικό έρεισμα στο ά.4§1,5 Σ και στον υπερνομοθετικής ισχύος κανόνα του ά.24 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική (Ν.2619/1998-Σύμβαση Οβιέδο), νομική θεμελίωση μπορεί να υπάρξει και μέσω της προσφυγής στα **ά.105 και 106 ΕισΝΑΚ** που προβλέπουν την αστική ευθύνη του κράτους. Συγκεκριμένα, στο **ά.105** ορίζεται ότι: «Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος. Μαζί με το δημόσιο ευθύνεται εις ολόκληρον και το υπαίτιο πρόσωπο, με την επιφύλαξη των ειδικών διατάξεων για την ευθύνη των υπουργών» και στο **ά.106** ότι «Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων άρθρων εφαρμόζονται και για την ευθύνη των δήμων, των κοινοτήτων ή των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων που βρίσκονται στην υπηρέσιά τους».

Η προσφυγή στις διατάξεις αυτές αιτιολογείται από το γεγονός ότι τα Δημόσια Νοσοκομεία αποτελούν, σύμφωνα με τον νομοθέτη, **Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου** και ως τούτα ευθύνονται για τις παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων τους, όπως ακριβώς δηλαδή ευθύνεται και το κράτος. Η ευθύνη τους, μάλιστα, είναι αντικειμενική, δηλαδή δεν απαιτείται δόλος ή αμέλεια του οργάνου και ο ασθενής φέρει το βάρος απόδειξης του παρανόμου της ιατρικής πράξης ή παράλειψης⁶. Αντιθέτως, βάσει της κρατούσας άποψης, οι γιατροί του ΕΣΥ ως μόνιμοι δημόσιοι λειτουργοί που οι ιατρικές τους πράξεις διενεργούνται στο πλαίσιο του νοσοκομείου και συνδέονται αιτιωδώς με την οργάνωση και τη λειτουργία του⁷ ευθύνονται για τις πράξεις ή παραλείψεις τους μόνο έναντι του κράτους και όχι έναντι ασθενών ή τρίτων, εφόσον μάλιστα βαρύνονται με δόλο ή βαριά αμέλεια. Το Δημόσιο, βέβαια, δύναται να στραφεί αναγωγικά εντός προθεσμίας πέντε ετών έναντι του

υπευθύνου υπαλλήλου, με εξαίρεση περιπτώσεις ελαφράς αμέλειας, όπου παρόλο που το Ν.Π.Δ.Δ. ευθύνεται απέναντι στους ασθενείς ή τρίτους, δεν μπορεί να αναζητήσει την αποζημίωση από τους επαγγελματίες υγείας⁸.

Συμπληρωματικά γίνεται δεκτό ότι για την ευθύνη των δημόσιων νοσοκομείων εφαρμόζονται και οι διατάξεις της ευθύνης από αδικοπραξίες, το ά.38 ΥΚ περί ευθύνης των δημοσίων υπαλλήλων έναντι του κράτους, όπως και σχετικές ειδικές διατάξεις για την προσωπική αστική ευθύνη των δημοσίων υπαλλήλων, γεγονός που επιβεβαιώνεται και από την νομολογία του ΣτΕ⁹. Υποστηρίζεται, επιπλέον, ελλείψει ειδικής νομοθετικής πρόβλεψης, ότι τα ά.105-106 ΕισΝΑΚ μπορούν να εφαρμοστούν συνδυαστικά με το ά.8 του Ν. 2251/1994 για την ειδική ρύθμιση της ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες, θέση συμφέρουσα για τους ασθενείς λόγω της ευνοϊκότερης για αυτούς αποδεικτικής διαδικασίας¹⁰.

Προϋποθέσεις θεμελίωσης της αστικής ευθύνης

Σωρευτικές προϋποθέσεις θεμελίωσης της αστικής ευθύνης του κράτους και κατ' επέκταση των δημόσιων νοσοκομείων αποτελούν η ύπαρξη παράνομης πράξης ή παράλειψης που να προέρχεται από όργανο Δημοσίου ή Ν.Π.Δ.Δ ούσα σε εσωτερική συνάφεια με τα καθήκοντά του και η ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου ανάμεσα στην παράνομη συμπεριφορά και τη ζημία.

Πράξη ή παράλειψη και η προέλευσή της

Στις **πράξεις ή παραλείψεις** του ιατρικού, νοσηλευτικού και λοιπού προσωπικού, το οποίο μπορεί να συνδέεται με το νοσοκομείο με σχέση είτε δημοσίου είτε ιδιωτικού δικαίου (**όργανο με ευρεία έννοια**), περιλαμβάνονται οι ιατρικές ή υλικές ενέργειες ή παραλείψεις που σύμφωνα με τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας αποσκοπούν με επιστημονικές μεθόδους στη πρόληψη, διάγνωση, θεραπεία και αποκατάσταση της υγείας του ανθρώπου, συμπεριλαμβανομένων δηλαδή των θεραπευτικών και μη αλλά και των επεμβατικών και μη ιατρικών πράξεων¹¹. Οι εν λόγω πράξεις ή παραλείψεις θα πρέπει να προέρχονται από όργανο του

Ν.1397/1983, τα στρατιωτικά νοσοκομεία και τα πανεπιστημιακά νοσοκομεία.- Β.Κοκότα-Σ.Κύβελος, Η ιατρική ευθύνη στην πράξη, ΝΒ, 2010, σ.78

⁶ Κ. Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη, Σάκκουλας, 2003, σ.111

⁷ Μ. Μητροσύλη, Δίκαιο της υγείας, Εκδόσεις Παπαζήση, 2009, σ.246

⁸ Μ. Μητροσύλη, ό.π, σ.248

⁹ Μ.Μητροσύλη, ό.π, σ.247

¹⁰ Κ. Φουντεδάκη, ό.π, 112

¹¹ Χ. Χρυσανθάκης, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου Νοσοκομείου, ΝΒ, 2020, σ.16

Δημόσιου Νοσοκομείου, το οποίο ενήργησε **στο πλαίσιο των καθηκόντων του**, κατ'ενάσκηση δηλαδή δημόσιας εξουσίας, έστω και κατά παράβαση υπηρεσιακών οδηγιών. Απαιτείται, δηλαδή, οι πράξεις ή παραλείψεις να συνδέονται με τα καθήκοντα του οργάνου ή την οργάνωση και λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας και όχι με την ιδιωτική διαχείριση του Δημοσίου ή με προσωπικό πταίσμα του οργάνου που ενήργησε εκτός του κύκλου των αρμοδιοτήτων του. Βάσει την νομολογίας, πάντως, αρκεί η παροχή γενικών και όχι απαραίτητως ειδικών οδηγιών από το νοσοκομείο προς τον ιατρό για τον χρόνο και τους όρους εργασίας ώστε να υφίσταται η παράμετρος αυτή¹².

Το στοιχείο του παρανόμου

Επιπλέον προϋπόθεση βαρύνουσας σημασίας θεωρείται το στοιχείο του παρανόμου της πράξης ή παράλειψης. Στην **έννοια του παρανόμου** περιλαμβάνονται ενέργειες οι οποίες προκαλούν βλάβες (**ζημία**) στον ιδιώτη κατά την παραμονή του στο ίδρυμα και θίγουν συγκεκριμένα ιδιωτικά δικαιώματα ή εκφάνσεις της προσωπικότητάς του, ενώ ταυτόχρονα οι εν λόγω ενέργειες δεν θεμελιώνονται σε κανόνα που έχει τεθεί προς την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος¹³. Ουσιαστικά, βάσει της κείμενης νομολογίας, η θεμελίωση της παρανομίας προκύπτει από την παράβαση των υποχρεώσεων επιμέλειας του ιατρού¹⁴.

Στο πλαίσιο αυτό, η θεωρία προέβη σε ευρεία συστηματοποίηση των περιπτώσεων που συνιστούν την έννοια του παρανόμου της ιατρικής πράξης, στηρίζοντάς την είτε αφενός στο συνηθέστατο **ιατρικό σφάλμα** είτε αφετέρου στην **πλημμελή οργάνωση του νοσοκομείου ως δημόσιας υπηρεσίας**.

Ιατρικά σφάλματα

Στην **έννοια του ιατρικού σφάλματος** περιλαμβάνονται ενέργειες ή παραλείψεις κατά την παροχή νοσηλείας στους ασθενείς εκ μέρους του ιατρικού και νοσηλευτικού προσωπικού που συνιστούν **πλημμελή τήρηση των κανόνων της ιατρικής επιστήμης** (state of the art)¹⁵. Τέτοια πλημμελής τήρηση υφίσταται στις περιπτώσεις

αδυναμίας έγκαιρης και ορθής διάγνωσης που συχνά συνεπάγεται και λανθασμένη επιλογή θεραπευτικής αγωγής ή ακόμα και καθόλου θεραπεία με σοβαρότατη αρνητική εξέλιξη για τον ασθενή, της αθέτησης θεσμοθετημένης υποχρέωσης ή καθηκόντων βάσει της κείμενης νομοθεσίας, τους οικείου κανονισμούς, τα διδάγματα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστης, της πλημμελούς εκτέλεσης της ιατρικής πράξης, της μη ή πλημμελούς ενημέρωσης του ασθενούς και της πλημμελούς τήρησης του ιατρικού αρχείου. Πρόκειται, δηλαδή, για βλάβες που συνδέονται με το διαγνωστικό, θεραπευτικό, προεγχειρητικό, εγχειρητικό και μετεγχειρητικό στάδιο, καθώς και με τη λανθασμένη επιλογή θεραπευτικής αγωγής έναντι άλλων ενδεδειγμένων¹⁶.

Αθέτηση ρητώς ρυθμισμένης υποχρέωσης του ιατρικού προσωπικού, παραδείγματος χάριν, θεωρείται η μη τήρηση του θεσμού της εφημερίας ή της υποχρέωσης προηγούμενης ενημέρωσης και εξασφάλισης της συναίνεσης του ασθενούς, υποχρεώσεις συνδεδεμένες άρρηκτα με την τήρηση της αρχής της συνέχειας της δημόσιας υπηρεσίας και το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης του ασθενούς αντιστοίχως. Επιπρόσθετα, ιατρικό σφάλμα θεωρείται και η έλλειψη της προσήκουσας προσοχής κατά την άσκηση των ιατρικών-νοσηλευτικών καθηκόντων, όπως συνέβη στο νομολογιακό παράδειγμα παράλειψης ελέγχου, παρά την υφιστάμενη υποχρέωση, μεταγγισθέντος αίματος με αποτέλεσμα την μόλυνση ασθενούς από τον ιό του AIDS και τον συνακόλουθο θάνατό του. Τέλος, σφάλματα σχετικά με το προεγχειρητικό εγχειρητικό και μετεγχειρητικό στάδιο, συνιστούν βλάβες ζωτικών οργάνων ή επιπλοκές στην υγεία λόγω ακούσιας εναπόθεσης ή εγκατάλειψης εργαλείου ή υλικών στο σώμα του ασθενούς, ζητήματα που προκύπτουν ιδίως από τον ακατάλληλο χειρισμό των ιατρικών εργαλείων καθώς και λάθη κατά την αναισθησία ή την ανάνηψη, ζητήματα ιδιαίτερα σοβαρά αν αναλογιστούμε τις κατά πλειοψηφία μη αναστρέψιμες βλάβες στην υγεία ενός ανθρώπου¹⁷.

Θα πρέπει, ωστόσο, να επισημανθεί πως δεν υφίσταται ευθύνη στις παραπάνω περιπτώσεις αν

¹² Χ. Χρυσανθάκης, ό.π, σ.18

¹³ Χ. Χρυσανθάκης, ό.π, σ.18

¹⁴ Φουντεδάκη, ό.π, σ.111 και ΣτΕ 1471/2008, ΣτΕ 3457/2003

¹⁵ Χ. Χρυσανθάκης, ό.π, σ.20

¹⁶ Ε. Πιστόλα, σε μεταπτυχιακή Διπλωματική Εργασία «Προϋποθέσεις αστικής ευθύνης του Δημοσίου στο πλαίσιο της παροχής ιατρικών υπηρεσιών από τα δημόσια νοσοκομεία», 2017, σ.23

¹⁷ Β.Κοκότα-Σ.Κύβελος, σ.84

ο γιατρός ενήργησε όπως θα έπραττε υπό τις ίδιες συνθήκες και περιστάσεις και με τα μέσα που είχε στη διάθεσή του ένας συνετός και επιμελής γιατρός. Πάντως, νομοθέτης και νομολογία αντιμετωπίζουν με επιφυλακτικότητα την επιλογή εκ μέρους του ιατρικού προσωπικού φαρμάκων σε πειραματικό ή πρώιμο στάδιο, γεγονός το οποίο επιβεβαιώνεται και από το ά.25§3 του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας¹⁸.

Πλημμελής οργάνωση του νοσοκομείου ως δημόσιας υπηρεσίας

Παράλληλα, εν δυνάμει γενεσιουργό αιτία βλαβών στην υγεία των ασθενών αποτελεί και η **πλημμελής οργάνωση του νοσοκομείου ως δημόσιας υπηρεσίας** και αυτό διότι η οργάνωση αυτή συνυφάνεται με τη σχετική υποχρέωση του Κράτους για παροχή υγείας κατά το ά.21§3 Σ¹⁹. Η πλημμέλεια μπορεί να συνίσταται σε υλικές ενέργειες ή παραλείψεις του νοσηλευτικού, τεχνικού ή διοικητικού προσωπικού κατά τη νοσηλεία, όπως η παραμέληση της εποπτείας ασθενών, η μετάδοση μολυσματικών ασθενειών εξαιτίας πλημμελούς ελέγχου, η πλημμελής συντήρηση του νοσοκομειακού εξοπλισμού ή η έλλειψη διοικητικής οργάνωσης του νοσηλευτικού ιδρύματος²⁰.

Χαρακτηριστικό νομολογιακό παράδειγμα αποτελεί η κατάφαση της παρανομίας εκ μέρους του ΣτΕ στην περίπτωση των παραλείψεων του προσωπικού ορθοπεδικής κλινικής δημόσιου νοσοκομείου να λάβει τα κατάλληλα μέτρα για την αποτροπή απόπειρας αυτοκτονίας ασθενούς με γνωστό ιστορικό ψυχικής νόσου και γνωστές απόπειρες αυτοκτονίας στο παρελθόν, με αποτέλεσμα ο νοσηλευόμενος να πηδήξει από τον εξώστη του θαλάμου νοσηλείας του και να τραυματιστεί θανάσιμα²¹. Έτσι, έγινε δεκτό ότι παρόλο που το προσωπικό ορθοπεδικής κλινικής δεν είναι ειδικευμένο στη νοσηλεία ασθενών πασχόντων από ψυχική νόσο, αυτό δεν αναιρεί βάσει των ά. 105 και 106 ΕισΝΑΚ, την υποχρέωσή του για τη λήψη των στοιχειωδών

κατάλληλων μέτρων για την ασφάλεια των ιδίων και των προσώπων που τους περιβάλλουν κατά τη νοσηλεία τους. Περαιτέρω και με τις αποφάσεις του ΣτΕ 1221-24/2002, κρίθηκε ότι το Δημόσιο Νοσοκομείο, ως δημόσια υπηρεσία είναι υποχρεωμένο να ελέγχει και να λαμβάνει επιμελώς τα απαραίτητα μέτρα για την καλή και ασφαλή λειτουργία των μηχανημάτων και των εγκαταστάσεών του²². Στην προκειμένη υπόθεση, αποφασίστηκε ότι θεμελιώνεται ευθύνη του νοσοκομείου για χρηματική ικανοποίηση λόγω ψυχικής οδύνης στους οικείους βρεφών που απεβίωσαν στις θερμοκοιτίδες τους εξαιτίας καθολικών εγκαυμάτων, ως αποτέλεσμα των παραλείψεων διενέργειας ελέγχων από την αρμόδια υπηρεσία του νοσοκομείου και κατ' επέκταση της πρόκλησης πυρκαγιάς στη Νεογνολογική Κλινική του νοσοκομείου.

Αιτιώδης σύνδεσμος

Τελευταία προϋπόθεση για την στοιχειοθέτηση της αστικής ευθύνης των δημοσίων νοσοκομείων είναι η **ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου** ανάμεσα στην παράνομη πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια του ιατρού και στη ζημία που επήλθε. Ειδικότερα, με βάση την κρατούσα **θεωρία της πρόσφορης αιτίας**, υπάρχει αιτιώδης συνάφεια, όταν η πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια του γιατρού ήταν ικανή, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και μπορεί κατά την κανονική πορεία των πραγμάτων να οδηγήσει στην επέλευση της ζημίας, χωρίς να συντρέχει περιστατικό ανωτέρας βίας ή κάποιο τυχερό²³. Για παράδειγμα, στην ΣτΕ 1943/2020 κρίθηκε ότι υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος ανάμεσα στην παράλειψη των ιατρών να πραγματοποιήσουν οφθαλμολογική εξέταση και στην μείωση της όρασης ή της ολικής τύφλωσης του ασθενούς, διότι δεν διαγνώστηκε πρόωρα η νόσος με σκοπό την ταχύτερη θεραπεία της. Αντίθετα, στην ΔΕφΑΘ 1975/2015 κρίθηκε ότι η καθυστέρηση άφιξης στον τόπο του τροχαίου του ασθενοφόρου του Ε.Κ.Α.Β δεν μπορούσε με βεβαιότητα κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων να οδηγήσει στον θάνατο, γιατί η εκτροπή του αυτοκινήτου και η πρόσκρουσή του σε σταθερή επιφάνεια ήταν αυτές που οδήγησαν στον θάνατο²⁴.

¹⁸ Χ. Χρυσανθάκης, ό.π, σ.23-24

¹⁹ Χ. Χρυσανθάκης, ό.π, σ.29

²⁰ Β.Κοκότα-Σ.Κύβελος, ό.π, σ.86 και ΣτΕ 2727/2003 (παράλειψη διενέργειας εξετάσεων) και ΣτΕ 1221/2002 (αμελή συντήρηση ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και μη προσήκουσα ενημέρωση προσωπικού στη χρήση του)

²¹ ΣτΕ 1977/2012, ΤΠΝ ΝΟΜΟΣ

²² Ε. Πιστόλα, ό.π, σ.35-36

²³ Α.-Ν. Κουκούλης, Εγχειρίδιο Ιατρικής Ευθύνης & Δεοντολογίας, 2020, σ.61 και ΣτΕ 582/2020, Quallex

²⁴ Χ. Χρυσανθάκης, ό.π, σ.30-31

Αποζημίωση

Εφόσον, λοιπόν, συντρέχουν σωρευτικά οι προαναφερθείσες προϋποθέσεις, θεμελιώνεται η αστική ευθύνη των Δημοσίων Νοσοκομείων και ο ζημιωθείς δικαιούται αποζημίωση, την οποία επιδικάζουν τα διοικητικά δικαστήρια προσανατολισμένα σε αυστηρά πλαίσια όσον αφορά τον έλεγχο των απορρεουσών από τον νόμο υποχρεώσεων του ιατρικού προσωπικού και σεβόμενα την επιστημονική ελευθερία του ιατρού. Για την αποκατάσταση της ζημίας, ήτοι της προσβολής της υγείας του ασθενούς, εφαρμόζονται αναλογικά τα άρθρα 927 επ. ΑΚ βάσει των άρθρων 105, 106 ΕισΝΑΚ. Παρατηρείται ότι με το άρθρο 929 ΑΚ αποκαθίσταται **η θετική ζημία**, δηλαδή η επελθούσα μείωση της περιουσίας, όπως για παράδειγμα τα πρόσθετα έξοδα θεραπείας ή φυσικοθεραπείας ή κηδείας²⁵ και **η αποθετική ζημία**, δηλαδή το κέρδος που θα λάμβανε κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, όπως για παράδειγμα τα διαφυγόντα κέρδη από την αδυναμία παροχής εργασίας. Ακόμη, δύναται το δικαστήριο να επιδικάσει **χρηματική ικανοποίηση** λόγω ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης εφαρμόζοντας το άρθρο 932 ΑΚ²⁶. Μάλιστα, στην περίπτωση που ο ζημιωθείς με την συμπεριφορά του συνέβαλε στη ζημία και υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος ανάμεσα στην συμπεριφορά του ζημιωθέντος και στη ζημία, εφαρμόζεται το άρθρο 300 ΑΚ που αναφέρεται στο **συντρέχον πταίσμα** του ζημιωθέντος²⁷. Τελική παρατήρηση αποτελεί το γεγονός ότι η αξίωση αποζημίωσης υπόκειται σε πενταετή παραγραφή που εκκινεί από την λήξη του οικονομικού έτους εντός του οποίου γεννήθηκε η αξίωση και πιο συγκεκρι-

μένα το κρίσιμο στοιχείο εδώ είναι το χρονικό σημείο που έγινε αντιληπτή η ζημία.²⁸

Επίλογος

Συγκεφαλαιώνοντας, γίνεται αντιληπτό ότι ο θεσμός της αστικής ευθύνης του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. από παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων τους, κατά την παροχή υπηρεσιών υγείας αποτελεί πολύτιμη ασφαλιστική δικλείδα των ασθενών και των οικείων τους που ανατρέπει το «απυρόβλητο» της Διοίκησης και εμπεδώνει στα σύγχρονα δικαϊκά συστήματα τις αρχές της νομιμότητας και του κράτους δικαίου. Μάλιστα, η ιδιαίτερη σημασία του γίνεται αντιληπτή αν αναλογιστούμε την υπαρξιακή αξία των εννόμων αγαθών που διακυβεύονται στις περιπτώσεις ιατρικής ευθύνης, δηλαδή της σωματικής και ψυχικής υγείας και κυρίως των ύψιστων αγαθών της ανθρώπινης ζωής και αξίας. Αναντίρρητα, όμως, δεν θα πρέπει να παραβλέπουμε τη φύση του ιατρικού λειτουργήματος, το οποίο ενέχει υψηλά ποσοστά διακινδύνευσης με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη η πλήρης απαλλαγή από το ακούσιο ιατρικό σφάλμα. Άλλωστε, δεν σφάλει μόνο όποιος δεν πράττει και στην ιατρική επιστήμη η πράξη είναι αυτή που στη πλειοψηφία των περιπτώσεων σώζει παρά σφάλλει. Το διακύβευμα, λοιπόν, είναι η μείωση των πιθανοτήτων του σφάλματος και κατ' επέκταση των προσφυγών ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων μέσω του σταθερού προσανατολισμού του ιατρικού προσωπικού στην τήρηση των κανόνων της ιατρικής δεοντολογίας, στην ουσιαστική κατανόηση του σχετικού νομικού πλαισίου, στην ανάπτυξη σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ ιατρού και ασθενή και στην γενικότερη προάσπιση της ανθρώπινης υγείας και ζωής.

²⁵ ΔΕφΑθ 855/2021, Qualex

²⁶ Χ.Χρυσανθάκης, ό.π, σ.34-35

²⁷ ΣτΕ 2539/2008 για απόκρυψη τεχνητής διακοπής κύησης

²⁸ Χ.Χρυσανθάκης, ό.π, σ.53

Σύμβαση Οβιέδο: Σημασία, προκλήσεις και εφαρμογές στη σύγχρονη ιατρική

Της Βαρνά Δανάης και του Δημουλίου Δημήτρη

Φοιτητές 3ου έτους Νομικής Σχολής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική (Σύμβαση), ευρύτερα γνωστή ως Σύμβαση του Οβιέδο, αποτελεί το κατεξοχήν διεθνές νομικό κείμενο για την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου και της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας στους τομείς της ιατρικής και της βιολογίας. Η Σύμβαση, που δημιουργήθηκε στα πλαίσια του Συμβουλίου της Ευρώπης, τέθηκε προς υπογραφή τον Απρίλιο του 1997 και σε ισχύ τον Δεκέμβριο του 1999, ενώ πλέον αριθμεί 36 υπογραφές και 29 κυρώσεις από κράτη-μέλη, ανάμεσα στα οποία συγκαταλέγεται και η Ελλάδα.

Ουσιαστικές Ρυθμίσεις & Ερμηνεία

Η Σύμβαση του Οβιέδο, αν και επεκτείνεται σε μια πληθώρα ιατρικών διαδικασιών, θεμελιώνοντας και ενισχύοντας ένα εύρος δικαιωμάτων σχετικών με την εφαρμογή τους, έχει ως κύριο άξονα και ακρογωνιαίο λίθο την έννοια και την προστασία της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας. Ο ίδιος ο στόχος της Σύμβασης, όπως *expressis verbis* καταγράφεται στο άρθρο 1, είναι *“να προστατεύει την αξιοπρέπεια και την ταυτότητα κάθε ανθρώπινου όντος [...] σε σχέση με την εφαρμογή της βιολογίας και της ιατρικής”*¹.

¹ όπως ακριβώς, Νόμος 2619/1998 (ΦΕΚ Α'132), 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. Διαθέσιμο στο http://fst.aua.gr/sites/fst.aua.gr/files/oviedo_convention_gr.pdf.

Συμπληρώνεται και εξειδικεύεται από τα άρθρα 2 και 3, που αναφέρονται στην υπεροχή της ευημερίας και των συμφερόντων του ανθρώπου έναντι του κοινωνικού συμφέροντος ή της επιστημονικής προόδου, και την παροχή ίσης πρόσβασης στην ιατροφαρμακευτική περίθαλψη, αντίστοιχα. Διαφαίνεται, λοιπόν, ότι αυτοσκοπός της Σύμβασης, αλλά και κρίσιμο στοιχείο της ερμηνευτικής προσέγγισης των διατάξεων που ακολουθούν, είναι η αρχή της αξίας του ανθρώπου, ως ο μη υποβιβασμός του ανθρώπινου όντος σε απλό μέσο για την εξυπηρέτηση οικονομικών ή στείρα αναπτυξιακών σκοπών.

Στο δεύτερο κεφάλαιο της Σύμβασης, τίθεται το πλαίσιο για τη συναίνεση των προσώπων σε βιοϊατρικές επεμβάσεις. Το άρθρο 5 κατοχυρώνει την απαίτηση για παροχή ελεύθερης συναίνεσης, κατόπιν κατάλληλης ενημέρωσης για το σκοπό και τη φύση της επέμβασης, τους κινδύνους και τα αποτελέσματα αυτής, καθώς και οποιαδήποτε άλλη πληροφορία σχετική με την κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ενώ το άρθρο 6 μεριμνά για την προστασία των προσώπων που, σύμφωνα με την εκάστοτε εθνική νομοθεσία, δεν έχουν ικανότητα συναίνεσης. Ως προς τα άτομα αυτά, προβλέπεται η συναίνεση των νόμιμων αντιπροσώπων τους, που μπορεί να ζητηθεί και να δοθεί μόνο για επεμβάσεις άμεσα επωφελείς για τα ανάκτα προς συναίνεση άτομα, αποκλείοντας, μ' αυτόν τον τρόπο, τις επεμβάσεις προς όφελος τρίτων προσώπων, εκτός από τις περιπτώσεις που ρητά ορίζονται στην ίδια τη Σύμβαση. Αξίζει εδώ να σημειωθεί ότι, αν και η ελεύθερη και ενημερωμένη συναίνεση δεν αποτελεί προϊόν παρθενογένεσης, καθώς ήδη από το τέλος του Β' Παγκοσμίου Πολέμου, είχε αναδυθεί ως θεμελιώδης αρχή της βιοϊατρικής έρευνας μέσα

από τον Κώδικα της Νυρεμβέργης² και την Διακήρυξη του Ελσίνκι³, η Σύμβαση του Οβιέδο την ανάγει για πρώτη φορά σε νομικά δεσμευτική αρχή σε όλο το φάσμα πρακτικής εφαρμογής της βιολογίας και της ιατρικής.

Προχωρώντας, το άρθρο 10 αναφέρεται στην προστασία της προσωπικής ζωής και των ιατρικών πληροφοριών, συγκεκριμενοποιώντας το δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του άρθρου 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στον τομέα της ιδιωτικότητας των ιατρικών δεδομένων. Αν και η Σύμβαση δεν αναλώνεται σε ακριβή προσδιορισμό του περιεχομένου και της προστασίας των δεδομένων αυτής της κατηγορίας, μπορούμε να ορίσουμε τα δεδομένα που αφορούν την υγεία *“ως δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα τα οποία σχετίζονται με τη σωματική ή ψυχική υγεία ενός φυσικού προσώπου, περιλαμβανομένης της παροχής υπηρεσιών υγειονομικής φροντίδας, και τα οποία αποκαλύπτουν πληροφορίες σχετικά με την κατάσταση της υγείας του”*⁴, και να παραπέμψουμε στο προστατευτικό πλαίσιο που τίθεται, από την Σύμβαση για την Προστασία των Προσώπων σε σχέση με την Αυτόματη Επεξεργασία Προσωπικών Δεδομένων⁵, αλλά και από τις

εθνικές νομοθεσίες. Όσον αφορά την ενημέρωση του ίδιου του ενδιαφερόμενου προσώπου, η Σύμβαση του Οβιέδο ρητά προβλέπει το δικαίωμα να λαμβάνει γνώση κάθε πληροφορίας σχετικής με την κατάσταση της υγείας του, ώστε να καταλήγει σε ενημερωμένες αποφάσεις κατ’ ενάσκηση της αυτονομίας του. Παράλληλα, κατοχυρώνεται και η αρνητική όψη του δικαιώματος στη πληροφόρηση, ως σεβασμός στις επιθυμίες του προσώπου που, αυτόνομα, επιλέγει να μην ενημερώνεται σχετικά, συνοδευόμενη πάντα από τον θεμιτό περιορισμό του δικαιολογημένου υπέρτερου συμφέροντος κάποιου ατόμου -συνήθως, αλλά όχι αποκλειστικά, συγγενούς- που τίθεται σε επισφαλή θέση λόγω της μη ενημέρωσης⁶.

Στο τέταρτο κεφάλαιο, η Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική εστιάζει στις επεμβάσεις στο ανθρώπινο γονιδίωμα και τη γενετική, για την οποία συνήφθει Πρόσθετο Πρωτόκολλο το 2008, ενώ δέκα χρόνια νωρίτερα, το 1998, είχε συναφθεί το Πρόσθετο Πρωτόκολλο για την Απαγόρευση της Κλωνοποίησης, το οποίο απορρέει, εντάσσεται νοηματικά, και συμπληρώνει το υπό εξέταση κεφάλαιο. Ειδικότερα, το άρθρο 11 της Σύμβασης εισάγει την απαράβατη αρχή της μη διάκρισης βάσει του κληρονομικού γενετικού υλικού, καθορίζοντας ρητά έναν λόγο απαγορευμένης διάκρισης προς συμπλήρωση της ενδεικτικής απαρίθμησης του άρθρου 14 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Πρόκειται, όπως εξηγείται στην Αιτιολογική Έκθεση της Σύμβασης του Οβιέδο, για απαγόρευση δυσμενών διακρίσεων, που δεν καθιστά αθέμιτη τη λήψη θετικών μέτρων για τη διευκόλυνση όσων βρίσκονται σε μειονεκτική θέση λόγω γενετικής πάθησης⁷. Συνεχίζοντας, το άρθρο 12 επιτρέπει την διεξαγωγή γενετικών εξετάσεων που έχουν τη δυνατότητα πρόβλεψης αποκλειστικά για λόγους υγείας ή ως τμήμα επιστημονικής έρευνας σχετικής με αυτούς,

² British Medical Journal No 7070, 1996, σ. 1148. Διαθέσιμο στο https://media.tghn.org/medialibrary/2011/04/BMJ_No_7070_Volume_313_The_Nuremberg_Code.pdf.

³ World Medical Association Declaration of Helsinki, Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, 1964, Articles 20-26. Διαθέσιμο στο <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/DoH-Oct2000.pdf>.

⁴ όπως ακριβώς, Κανονισμός (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 27ης Απριλίου 2016 για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ (Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων), άρθρο 4. Διαθέσιμο στο <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

⁵ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 1981, άρθρα 5-8. Διαθέσιμο στο <https://rm.coe.int/1680078b37>.

⁶ Andorno R., The right not to know: an autonomy based approach, Journal of Medical Ethics, 2004, volume 30, issue 5. Διαθέσιμο στο <https://jme.bmj.com/content/30/5/435>.

⁷ Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 1997, παράγραφος 77. Διαθέσιμο στο <https://rm.coe.int/16800ccde5>.

θέτοντας εκτός επιτρεπτού πλαισίου τέτοιου είδους εξετάσεις σε περιπτώσεις που εξυπηρετείται κατά κόρον οικονομικό συμφέρον, επί παραδείγματι στην ασφάλιση ή στη σύναψη και λύση εργασιακών σχέσεων. Συμπληρωματικά, το άρθρο 13 περιορίζει τη δυνατότητα επέμβασης στο ανθρώπινο γονιδίωμα μόνο σε περιπτώσεις προληπτικών, διαγνωστικών ή θεραπευτικών σκοπών, αποκλείοντας κάθε επέμβαση που στοχεύει στην τροποποίηση του γονιδιώματος των απογόνων και την υιοθέτηση μιας ευγονικής τάσης αναπαραγωγής, ενώ το άρθρο 14 επεκτείνει την απαγόρευση και στην επιλογή του βιολογικού φύλου του εμβρύου, που σχετικοποιείται μόνο σε περιπτώσεις αποφυγής κληρονομικής νόσου που σχετίζεται με το φύλο.

Τέλος, τα κεφάλαια πέντε και έξι της Σύμβασης του Οβιέδο είναι αφιερωμένα στην επιστημονική έρευνα και την μεταμόσχευση οργάνων και ιστών, αντίστοιχα, με τα οριζόμενα στις διατάξεις του πέμπτου κεφαλαίου να τυγχάνουν λεπτομερέστερης ρύθμισης στο Πρόσθετο Πρωτόκολλο για την Βιοϊατρική Έρευνα, και του έκτου κεφαλαίου στο Πρόσθετο Πρωτόκολλο για την Μεταμόσχευση Οργάνων και Ιστών Ανθρώπινης Προέλευσης. Στα άρθρα 15 έως 17 προβλέπεται η ελεύθερη διεξαγωγή επιστημονικών ερευνών, με απαραίτητη προϋπόθεση ότι διασφαλίζεται η προστασία του ανθρώπινου όντος, και ρυθμίζονται θέματα συναίνεσης, ενώ ανάλογες διατάξεις εμπεριέχουν τα άρθρα 19 και 20 για την προς όφελος του λήπτη αφαίρεση οργάνου από ζώντα δότη. Άξιο ιδιαίτερης αναφοράς είναι το άρθρο 18, που επιτρέπει, σε περιπτώσεις που προβλέπεται σε εθνικές νομοθεσίες και εξασφαλίζεται επαρκής προστασία, την έρευνα σε έμβρυα *in vitro*, απαγορεύει ωστόσο ρητά την σκοπούμενη δημιουργία εμβρύων για ερευνητικές ανάγκες, γεγονός που, όπως θα αναφέρουμε παρακάτω, παρεμποδίζει την ανάπτυξη, την υλοποίηση και την εφαρμογή πιθανώς σωτήριων ιατρικών πρακτικών.

Νομικά Χαρακτηριστικά & Σημασία

Έχοντας διατρέξει το περιεχόμενο και την ερμηνεία των διατάξεων της Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική, γίνεται αντιληπτό πως πρόκειται για μια σύμβαση-πλαίσιο, που ενσωματώνει ευρείες, γενικές αρχές για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων κατά την εφαρμογή βιοϊατρικών πρακτικών, χωρίς να υπεισέρχεται σε εξαντλητική ρύθμιση των επιμέρους θεμάτων ή να προσφέρει στοιχειοθετημένες νομοθετικές λύσεις

σε καίρια και αμφιλεγόμενα ζητήματα βιοηθικής, όπως η υπόσταση και η έκταση της προστασίας του εμβρύου, η ευθανασία, ή η συνεχώς εξελισσόμενες μορφές τεχνητής αναπαραγωγής και γονιδιακής τροποποίησης. Η προσέγγιση αυτή, αν και ενδεχομένως να μην επαρκεί για την οριστική επίλυση πολύπλοκων βιοηθικών διλημάτων, είναι, επί του παρόντος, η ιδανικότερη, καθώς επιτρέπει όχι μόνο την ευρύτερη δυνατή ομοφωνία σε επίπεδο κρατών-μελών, που καταδεικνύεται από τον συνεχώς αυξανόμενο αριθμό χωρών που υπογράφουν ή επικυρώνουν τη Σύμβαση, αλλά και την δυναμική ερμηνεία των διατάξεων, με στόχο την ευχερή προσαρμογή τους στα ταχέως εξελισσόμενα επιστημονικά δεδομένα⁸. Παράλληλα, η Σύμβαση του Οβιέδο αποτελεί την πρώτη επιτυχημένη προσπάθεια για μια συνολική ρύθμιση που καλύπτει όλο το φάσμα των βιοϊατρικών πρακτικών, σε αντίθεση με άλλα διεθνή κείμενα, που εστιάζουν στην αποσπασματική ρύθμιση συγκεκριμένων βιοηθικών ζητημάτων.

Το μεγαλύτερο και σπουδαιότερο, ωστόσο, επίτευγμα της Σύμβασης του Οβιέδο, που την ανάγει σε κορωνίδα της προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου σχετικά με τις εφαρμογές της ιατρικής και της βιολογίας, είναι η νομική δεσμευτικότητα. Πράγματι, πρόκειται για το πρώτο και μοναδικό διεθνές κείμενο στον τομέα της βιοηθικής που εισάγει πολυμερώς δεσμευτικό δίκαιο (*hard law*)⁹, διαφοροποιημένο εκ διαμέτρου από άλλα, μη νομικά δεσμευτικά κείμενα παρόμοιου περιεχομένου, όπως η Διακήρυξη της UNESCO για την Βιοηθική και τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και η Διακήρυξη του Ελσίνκι, που εισάγουν μαλακό δίκαιο (*soft law*). Ως αποτέλεσμα της νομικής δεσμευτικότητας, τα κράτη που επικυρώνουν τη Σύμβαση είναι υποχρεωμένα να εισάγουν στο εθνικό τους δίκαιο ρυθμίσεις σύμφωνες με τα προβλεπόμενα σε αυτή. Επιτυγχάνεται, με αυτό τον τρόπο, ένα ελάχιστο κοινό πλαίσιο προστασίας, υπό την έννοια ότι τα κράτη-μέρη δεν μπορούν, στις εθνικές τους νομοθεσίες, να αποκλίνουν επί τα χείρω των διατάξεων της Σύμβασης, μειώνοντας το προστατευτικό των ανθρωπίνων δικαιωμάτων πλαίσιο, έχουν όμως

⁸ Schauer A., Schreiber H.-L., Ryn Z., Andres J., *Ethics in Medicine*, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001, σ. 242

⁹ Council of Europe, διαθέσιμο στο <https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>

τη δυνατότητα να θεσπίσουν αυστηρότερους κανόνες δικαίου, που ενισχύουν την προστασία¹⁰. Τα κράτη έχουν, επίσης, την υποχρέωση να παρέχουν κατάλληλη, ταχεία και αποτελεσματική δικαστική προστασία για τις παραβιάσεις των δικαιωμάτων και των αρχών της Σύμβασης¹¹.

Κλείνοντας την παρούσα ενότητα, θεμιτό θα ήταν να αναφερθούμε εκτενέστερα στη σχέση της Σύμβασης του Οβιέδο με την Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), το σημαντικότερο όργανο προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων σε πανευρωπαϊκό επίπεδο. Οι δύο Συμβάσεις είναι άμεσα συνδεδεμένες, καθώς βασίζονται στις κοινές αξίες του Συμβουλίου της Ευρώπης και αποτελούν τμήμα μιας ενιαίας έννομης τάξης, χρειάζεται επομένως να ερμηνεύονται συστηματικά. Όσον αφορά στην ουσία τους, η Σύμβαση του Οβιέδο εξειδικεύει και ενισχύει το περιεχόμενο των κατοχυρωμένων στην ΕΣΔΑ δικαιωμάτων στον τομέα της ιατρικής και της βιολογίας, φέρνοντας στο προσκήνιο οπτικές που δεν καλύπτονται *per se* από αυτή, και διευκολύνοντας την επέκταση του ευρύτερου προστατευτικού πλαισίου στις διαρκώς ανακλύπτουσες επιστημονικές εξελίξεις¹².

Προκλήσεις & Προβληματισμοί

Αδιαμφισβήτητα, η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική αποτελεί ένα ιστορικό και ουσιώδες βήμα προς την διαμόρφωση ενός πολυμερούς, κοινού συστήματος αξιών και αρχών βιοηθικής. Παρόλα αυτά, τόσο η φύση, η πολυπλοκότητα και τα λεπτά όρια του υπό ρύθμιση θέματος, όσο και η -εσκεμμένη- αοριστία κάποιων διατάξεων, οδηγούν εύλογα στην ανάδειξη ορισμένων προβληματισμών, που συνοπτικά θα προσπαθήσουμε να διατρέξουμε.

Όπως προαναφέρθηκε, ακρογωνιαίο λίθο της Σύμβασης του Οβιέδο αποτελεί η ανθρώπινη αξιοπρέπεια¹³. Πως ορίζουμε, ωστόσο, επαρκώς μια

έννοια εξ ορισμού αόριστη, που μεταβάλλεται στο χωροχρόνο, ώστε να την ανάγουμε σε νομικό κριτήριο του ηθικού και του ανήθικου; Ξεκινώντας τη φιλοσοφική προσέγγιση του ζητήματος από την κλασική αρχαιότητα, παρατηρούμε ότι η αξιοπρέπεια συνδέεται αδιάρρηκτα με την τιμή και το κύρος, την αριστεία και τη διάκριση. Αυτή όμως η έννοια καθεαυτή είναι που έχει μεταβληθεί κατά την διάρκεια των αιώνων, καταλήγοντας στο σημερινό συμπέρασμα, βάσει της καθημερινής βέβαια πρακτικής και όχι κάποιου καταγεγραμμένου ορισμού. Επομένως, σε πολλές περιπτώσεις τίθεται το ερώτημα αν υπάρχει προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας σε ένα πλάσμα δικαίου όπως είναι το έμβρυο. Θεωρείται λοιπόν το έμβρυο μορφή ζωής; Από ποιο σημείο και έπειτα ξεκινάει η προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας; Πώς μπορούμε να διασφαλίσουμε στο έπακρο την ιδιωτική αυτονομία;

Αντιλαμβανόμαστε λοιπόν ότι η εξέλιξη της βιοηθικής είναι και θα πρέπει να είναι ανάλογη με την εξέλιξη της βιοτεχνολογίας. Έχοντας αυτήν την άποψη ως κατευθυντήρια, συνάγουμε το συμπέρασμα ότι η συνεχόμενη και ραγδαία ανάπτυξη της ιατρικής επιστήμης έχει δημιουργήσει μία μορφή νομικών προβληματισμών οι οποίοι θα πρέπει να καλυφθούν. Ειδικότερα, όσον αφορά στο πάντα επίκαιρο ζήτημα της κλωνοποίησης πρέπει να ξεκαθαρίσουμε τις διαφορές μεταξύ αναπαραγωγικής και θεραπευτικής κλωνοποίησης και τα όρια που θα διαθέτει η κάθε κατηγορία. Επιτρέπεται η θεραπευτική κλωνοποίηση για παράδειγμα μέσω βλαστοκυττάρων για την αντικατάσταση ιστών. Συνάμα όμως τίθεται το ερώτημα από ποιο σημείο και έπειτα ένας οργανισμός θεωρείται έμβρυο και άρα μελλοντικά μία υπαρκτή μορφή ζωής. Από την άλλη πλευρά, στο στάδιο της αναπαραγωγικής κλωνοποίησης, υπάρχει η ρητή απαγόρευση του άρθρου 18 της Σύμβασης που προστατεύει την ανθρώπινη μοναδικότητα, ενώ ταυτόχρονα υπάρχουν φόβοι περί μιας μελλοντικής εμπορευματοποίησης της ανθρώπινης υπόστασης, λόγω χάριν με το εμπόριο οργάνων το οποίο θα διογκωθεί εις βάρος πολλών περισσότερων ασθενών και θυμάτων. Βέβαια οφείλουμε να αναφέρουμε και τις φωνές που τάσσονται υπέρ της αναπαραγωγικής κλωνοποίησης, παρέχοντας έναν εναλλακτικό τρόπο υποβοηθούμενης αναπαραγωγής για στεί-

researchgate.net/publication/302397311_Human_Dignity

¹⁰ Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική, Άρθρο 27

¹¹ Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική, Άρθρο 23

¹² *Serghides G.*, The Oviedo Convention in the case-law of the European Court of Human Rights, Βιο-νομικά, 2019, σ. 2-3. Διαθέσιμο στο <https://ejournals.lib.auth.gr/bionomika/article/view/7488>.

¹³ Roberto Andorno, Antonio Pele, Human Dignity, Ιανουάριος 2015, Διαθέσιμο σε: <https://www>.

ρα ζευγάρια. Πιο συγκεκριμένα, θεωρούν ότι από την στιγμή που η ανθρώπινη προσωπικότητα διαμορφώνεται με βάση εξωγενείς και περιβαντολογικούς παράγοντες, τότε δεν προσβάλλεται και η ανθρώπινη αξιοπρέπεια αφού ακόμη και ένας άνθρωπος με ίδια γενετικά γνωρίσματα θα έχει διαφορετική προσωπικότητα βάσει των κοινωνικών ερεθισμάτων¹⁴.

Στο πεδίο της γενετικής, ευρύτερα, είναι επιτρεπτή και θεμιτή η παρέμβαση στο ανθρώπινο γονιδίωμα με στόχο την θεραπεία κάποιας κληρονομικής ασθένειας αλλά δεν θα πρέπει να είναι επιτρεπτή η παρέμβαση ώστε να καθορίζονται εκ των προτέρων άλλα γενετικά χαρακτηριστικά του παιδιού, χάριν παραδείγματος το χρώμα ματιών ή δέρματος. Διότι ακριβώς εκεί έγκειται το δίλημμα των ορίων. Μπορούμε και πρέπει να βάλουμε όρια στην επιστήμη αφήνοντας την ακατανόητη τυχαιότητα αλλά και αρμονία της φύσης να κάνει τα δικά της μαγικά; Έχουμε εμείς ως ανθρώπινα όντα την δύναμη να αποφασίσουμε για τα γενετικά γνωρίσματα μιας άλλης ανθρώπινης ύπαρξης ακόμα και αν έχουμε συγγενικό δεσμό με την τελευταία¹⁵;

Φυσικά, δεν θα μπορούσαμε να αφήσουμε εκτός του νομικού μας προβληματισμού το ζήτημα των μεταμοσχεύσεων. Και σε αυτό το κρίσιμο ζήτημα μεταξύ ζωής και θανάτου παρουσιάζονται πολλές ενδιαφέρουσες περιπτώσεις. Ποιος είναι αυτός που θα αποφασίζει για την τύχη των οργάνων του στην περίπτωση που αυτά μπορούν να δοθούν ως μόσχευμα και ειδικότερα στις περιπτώσεις όπου ένας ασθενής βρίσκεται σε μεγάλη περίοδο κόμματος με την υποστήριξη μηχανημάτων. Αρχικά, μας δίνεται το δικαίωμα να αποφασίζουμε μόνοι μας για το σώμα μας όντας ενήλικες αλλά αν δεν μπορούμε εμείς οι ίδιοι να αποφασίσουμε; Νομιμοποιούνται οι γονείς να αποφασίσουν και αν ναι μπορεί ένας άνθρωπος να κρίνει ότι ένας ασθενής που είναι εγκεφαλικά νεκρός είναι και συνολικά νεκρός χωρίς καμία δυνατότητα επαναφοράς; Είναι θεμιτό λοιπόν να υπάρξει επικαιροποίηση της σύμβασης του Οβιέδο. Δεδομένου πως πλέον δεν

υπάρχει μόνον ο φυσικός θάνατος καθώς λόγω των τεχνολογικών εξελίξεων ένας ασθενής που φαινομενικά πριν από δεκαετίες θα καθίστατο νεκρός, σήμερα θα βρίσκεται στην ζωή μέσω υποστηρικτικής τεχνολογίας.

Ταυτόχρονα, αξίζει να γίνει μνεία στην εμπορευματοποίηση των μεταμοσχεύσεων και στο εμπόριο οργάνων, φαινόμενα που συνδέονται άρρηκτα μεταξύ τους και ταλανίζουν, δυστυχώς, δεκάδες χώρες. Σε αυτό το σημείο υπάρχει η δυνατότητα συντονισμού από διεθνείς οργανισμούς όπως το Συμβούλιο της Ευρώπης μέσω της ίδιας της Σύμβασης, να θέσει ως στόχο την δημιουργία ενός σοβαρού και αξιόπιστου συστήματος μεταμοσχεύσεων σε όλες τις χώρες της Ευρώπης, ώστε να υπάρχει πραγματική εξυπηρέτηση των ασθενών και γρήγορη ανταπόκριση στα αιτήματά τους για μόσχευμα χωρίς να πλουτίζουν όμως παρακρατικά κυκλώματα εμπορίας.

Περαιτέρω, εφόσον αναζητούμε μία καθολική και πιστή εφαρμογή της Σύμβασης Οβιέδο θα ήταν εφικτή η επιβολή αυστηρότερων προστίμων στους παραβάτες, με στόχο την την πλήρη αφοσίωση της στους τομείς των επιστημών της βιοηθικής και ιατρικής ευρύτερα. Έπειτα, για καλύτερο έλεγχο των κρατών για την τήρηση ή μη της σύμβασης το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) θα μπορούσε να αναλάβει τον ρόλο του “ελεγκτή”¹⁶.

Συμπεράσματα

Η αλήθεια είναι πως τα νομικά ζητήματα γύρω από τον κλάδο της βιοηθικής θα γίνονται διαρκώς πιο σύνθετα όσο η τεχνολογία εξελίσσεται με γοργούς ρυθμούς. Είναι εξαιρετικά δύσκολο για το δικαιο να προβλέψει και κατ'επέκταση να ρυθμίσει μελλοντικές εξελίξεις. Αυτό όμως που μπορεί να κάνει είναι να προσαρμόζεται όσο το δυνατόν γρηγορότερα στις εξελίξεις αυτές ώστε η κοινωνία μας να συνεχίσει να λειτουργεί αρμονικά σαν ένα καλοκουρδισμένο ρολόι.

¹⁴ Μαλάμη Νικολέττα,σε διπλωματική εργασία,“Η νομική και ηθική διάσταση της γενετικής ταυτότητας αναφορικά με την κλωνοποίηση και τις μεταμοσχεύσεις”, ακαδημαϊκό έτος 2011-12, σ. 37-46

¹⁵ Laura Palazzani, Person and Human Being in Bioethics and Biolaw, 24 Μαρτίου 2017, Διαθέσιμο σε: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-53462-6_7

¹⁶ Μαλάμη Νικολέττα,σε διπλωματική εργασία,“Η νομική και ηθική διάσταση της γενετικής ταυτότητας αναφορικά με την κλωνοποίηση και τις μεταμοσχεύσεις”, ακαδημαϊκό έτος 2011-12, σ. 60-72

Η νομιμοποίηση της ιατρικής/φαρμακευτικής κάνναβης στην Ελλάδα

Σωτηρία Νατσιοπούλου
Τελεόφοιτη Φοιτήτρια Νομικής ΑΠΘ

Εισαγωγή

Η νομιμοποίηση της φαρμακευτικής κάνναβης στην Ελλάδα αποτελεί μια πρόσφατη νομική μεταβολή. Μπορεί η χρήση της κάνναβης να ξεκίνησε περίπου πριν από 4.000 χρόνια αλλά οι απόψεις ως προς την χρήση και τα οφέλη της ακόμα δίστανται. Κάποιοι τάσσονται υπέρ της θεραπευτικής της δράσης και της νομιμοποίησης της ενώ άλλοι τάσσονται σταθερά κατά της αποποινικοποίησης τονίζοντας την επικινδυνότητα της εθιστικής αυτής ουσίας. Σήμερα στο ελληνικό νομικό σύστημα έχει τεθεί σε εφαρμογή ο Ν. 4523/2018 ο οποίος νομιμοποίησε την παραγωγή και την διακίνηση κάνναβης για φαρμακευτικούς σκοπούς. Ο νόμος αυτός τροποποίησε τον Ν. 4139/2013 περί εξαρτησιογόνων ουσιών και προσφάτως ο Ν. 4801/2021 έθεσε τις τελευταίες τροποποιήσεις.¹

Κατηγορίες Κάνναβης

Το φυτό της κάνναβης αποτελείται από περισσότερες από 480 ενώσεις, που περιλαμβάνουν περισσότερα από 100 κανναβινοειδή.² Βιομηχανική - κλωστική κάνναβη ονομάζεται το φυτό Cannabis sativa με συστατικό την κανναβιδιόλη(CBD). Είναι ευρέως γνωστή για την χρήση της στην βιομηχανία, στα προϊόντα ένδυσης και διατροφής(έχει θεωρη-

θεί και υπερτροφία). Ινδική κάνναβη ονομάζεται το φυτό Cannabis sativa με συστατικό την ψυχοτρόπο ουσία, τετραϋδροκανναβινόλη(THC), το οποίο εμφανίζει θεραπευτικές ιδιότητες σε ασθενείς καθώς θεραπεύει σωματικά συμπτώματα χρόνιων παθήσεων μέσω της προκαλούμενης μυοχάλασης και αναλγησίας, αλλά εμφανίζει και ψυχοτρόπο δράση μέσω της ευφορίας, της γαλήνης αλλά και της ηρεμίας που επιφέρει. Γι' αυτό ονομάζεται και ιατρική ή φαρμακευτική.³

Δράσεις

Από την αρχαιότητα είναι γνωστή η χρήση της κάνναβης για ψυχαγωγικούς σκοπούς. Η κάνναβη δρα μέσω του ενδοκανναβινοειδούς συστήματος(ECS) στον ανθρώπινο οργανισμό καθώς εκεί παράγονται παρόμοιες ενώσεις με αυτές που βρίσκονται στο φυτό της κάνναβης. Στο σύστημα αυτό ενεργοποιούνται οι κυτταρικοί υποδοχείς που βρίσκονται στο κεντρικό νευρικό σύστημα αλλά και σε άλλους ιστούς.⁴

Μετά από μελέτες έχει αποδειχθεί παγκοσμίως ότι τα συστατικά της κάνναβης - CBD και THC - μπορούν να λειτουργήσουν ευεργετικά για την υγεία. Τα συστατικά αυτά αλληλεπιδρούν με τον εγκέφαλο και αντιμετωπίζουν την ψύχωση, την κατάθλιψη, την φλεγμονή, το άγχος αλλά και την

¹ Παπαρρηγόπουλος Θ., Δάλλα Χ., Οι εξαρτήσεις: αίτια, μηχανισμοί, εκδηλώσεις, αντιμετώπιση, Πανεπιστημιακές Εκδόσεις Κρήτης, 2018, σ. 111

² Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, Φαρμακευτική κάνναβη: Το ΕΚ ζητά την προώθηση της έρευνας και της καινοτομίας, Διαθέσιμο στο <https://www.europarl.europa.eu/news/el/headlines/society/20190207STO25316/farmakeutiki-kannavi-to-ek-zita-tin-proothisi-tis-ereunas-kai-tis-kainotomias>

³ Καϊάφα - Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου - Καστανίδου Ε., Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής: Φαρμακευτική κάνναβη και ο νόμος 4523/2018, Σάκκουλα, 2019, σ. 1

⁴ Κολιάδου Α. Α., Σε διπλωματική εργασία «Κάνναβη και Οδήγηση, Ελληνική Και Ευρωπαϊκή Νομοθεσία - Τοξικολογικός Έλεγχος», 2020, σ.24, Διαθέσιμο στο <https://ikee.lib.auth.gr/record/317324/files/GRI-2020-27064.pdf>

επιληψία και τον παιδικό αυτισμό μέσω της χαλαρωτικής της δράσης.⁵ Επομένως, η ιατρική κάνναβη φέρεται να μπορεί να χρησιμοποιηθεί για την αντιμετώπιση και την βελτίωση των συμπτωμάτων στους ασθενείς διαφόρων παθήσεων, όπως οι ψυχικές διαταραχές, το Αλτσχάιμερ, η αρθρίτιδα, το άσθμα, ο καρκίνος αλλά και η παχυσαρκία και ο διαβήτης.⁶ Είναι σημαντικό να αναφερθεί ότι περίπου το 4% των ενηλίκων του κόσμου, δηλαδή 160 εκατομμύρια άνθρωποι, κάνουν χρήση της κάνναβης ετησίως.⁷

Νομικό πλαίσιο

Νομιμοποίηση της φαρμακευτικής κάνναβης παγκοσμίως

Η χρήση της κάνναβης για ψυχαγωγικούς σκοπούς απαγορεύεται στις περισσότερες χώρες του κόσμου παρόλο που ορισμένες έχουν προχωρήσει στην αποποινικοποίησή της ή συζητούν την διαδικασία αυτή. Όσον αφορά όμως την θεραπευτική κατηγορία της κάνναβης παρατηρείται μια προσπάθεια νομιμοποίησής της μετά από έρευνες και δεδομένα που αποδεικνύουν την θεραπευτική της δράση. Η προσπάθεια αυτή έχει ξεκινήσει τα τελευταία χρόνια σε ΗΠΑ και Ευρώπη.⁸

Συγκεκριμένα στις ΗΠΑ ήδη από την δεκαετία του '70 τέθηκαν σε εφαρμογή τα προϊόντα Dronabinol και Nabilone με συστατικό την τετραϋδροκανναβινόλη(THC) με αντιεμετική δράση σε ασθενείς που είχαν διαγνωστεί με καρκίνο και λάμβαναν κυτταροστατικά φάρμακα. Τα φάρμακα αυτά εγκρίθηκαν και σε χώρες της Ευρώπης αλλά χρησιμοποιούνται περιορισμένα λόγω των ανεπι-

θύμητων ενεργειών που φαίνεται να προκαλούν.⁹ Νομιμοποίηση της φαρμακευτικής κάνναβης στην Ελλάδα

Κι η Ελλάδα αποτελεί μία από τις χώρες που προχώρησε στην αποποινικοποίηση της ιατρικής κάνναβης με τον νόμο 4523/2018(διατάξεις για την παραγωγή τελικών προϊόντων φαρμακευτικής κάνναβης και άλλες διατάξεις). Ο νόμος αυτός ορίζει την δυνατότητα παραγωγής και διακίνησης κάνναβης για φαρμακευτικούς σκοπούς.¹⁰ Με τις διατάξεις του ο ν.4523/2018 τροποποίησε τον ν.4139/2013 περί εξαρτησιογόνων ουσιών προσθέτοντας το άρθρο 2Α και τροποποιήθηκε στη συνέχεια με το άρθρο 58 του ν.4554/2018 (Α'130) και το άρθρο 155 του ν. 4601/2019 και ορίζει τις εξαιρέσεις κατά τις οποίες δεν υπάρχει ποινική μεταχείριση.¹¹

Στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 1 του ν.4139/2013 ορίζεται ο όρος «ναρκωτικά» ως ουσίες με διαφορετική χημική δομή και διαφορετική δράση στο κεντρικό νευρικό σύστημα και με κοινά χαρακτηριστικά γνωρίσματα τη μεταβολή της θυμικής κατάστασης του χρήστη και την πρόκληση εξάρτησης διαφορετικής φύσης, ψυχικής ή και σωματικής και ποικίλου βαθμού, καθώς και την ανακούφιση των χρονίως πασχόντων από τα συμπτώματα συγκεκριμένης νόσου, για την οποία αυτές κρίνονται ιατρικά επιβεβλημένες. Στην τρίτη παράγραφο του ίδιου άρθρου εξαιρούνται από την παραπάνω κατηγορία τα ακατέργαστα συγκομιζόμενα προϊόντα που προκύπτουν από την καλλιέργεια ποικιλιών κάνναβης του είδους *Cannabis sativa* L περιεκτικότητας σε τετραϋδροκανναβινόλη(THC) έως 0,2%. Επομένως η ινδική κάνναβη δεν θεωρείται ναρκωτικό εφόσον δεν ξεπερνά σε περιεκτικότητα το 0,2%.¹²

Εδώ πρέπει να γίνει μια επισήμανση: οι ειδικοί ποινικοί νόμοι εξακολουθούν να τιμωρούν κάθε πράξη διακίνησης κάνναβης με βαρύτατες ποινές είτε πρόκειται για καλλιέργεια είτε για κατοχή ή εν γένει διακίνηση. Με τον ν.4523/2018 ουσιαστικά

⁵ Καϊάφα - Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου - Καστανίδου Ε., ό.π., 2019, σ. 7

⁶ Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, Φαρμακευτική κάνναβη: Το ΕΚ ζητά την προώθηση της έρευνας και της καινοτομίας, Διαθέσιμο στο <https://www.europarl.europa.eu/news/el/headlines/society/20190207STO25316/farmakeutiki-kannavi-to-ek-zita-tin-proothisi-tis-ereunas-kai-tis-kainotomias>

⁷ Παπαρρηγόπουλος Θ., Δάλλα Χ., ό.π., σ. 111

⁸ Παγανόπουλος Σ., σε διπλωματική εργασία «Οι θεραπευτικές εφαρμογές και η κατάχρηση των κανναβινοειδών», ακαδημαϊκό έτος 2020, σ. 2, Διαθέσιμο στο <https://ikee.lib.auth.gr/record/317648/files/GRI-2020-27103.pdf>

⁹ Μαρσέλος Μ., Εξαρτησιογόνες Ουσίες, Εκδόσεις Τυπωθήτω, 2004, σ. 155

¹⁰ Καϊάφα - Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου - Καστανίδου Ε., ό.π., σ.7

¹¹ Καϊάφα - Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου - Καστανίδου Ε., ό.π., σ.8

¹² Καϊάφα - Γκμπάντι Μ., Συμεωνίδου - Καστανίδου Ε., Νομολογιακές Εφαρμογές Ειδικών Ποινικών Νόμων, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σ.195 - 196

εισάγονται κάποιες εξαιρέσεις που αφορούν την Cannabis Sativa L με περιεκτικότητα σε τετραϋδροκανναβινόλη (THC) μέχρι 0,2%. Στην περίπτωση αυτή δεν στοιχειοθετείται πράξη διακίνησης καθώς δεν πρόκειται για ναρκωτική ουσία σύμφωνα με το άρθρο 1 παράγραφος 3 ν.4139/2013 όπως ισχύει μετά το άρθρο 28 ν.4509/2017 και το άρθρο 58 παρ. 1 Ν.4554/2018. Κατά το άρθρο αυτό η κάνναβη δεν αποτελεί ναρκωτική ουσία αλλά επιτρέπεται κατ' εξαίρεση η διακίνηση της ουσίας για φαρμακευτική χρήση.¹³

Συγκεκριμένα οι εξαιρέσεις σύμφωνα με τον ν. 4523/2018 αφορούν την παραγωγή, κατοχή, μεταφορά, αποθήκευση, προμήθεια των πρώτων υλών και των ουσιών των ποικιλιών κάνναβης του είδους Cannabis Sativa L περιεκτικότητας σε τετραϋδροκανναβινόλη (THC) άνω του 0,2% και την εγκατάσταση και λειτουργία μεταποιητικής μονάδας επεξεργασίας και παραγωγής τελικών προϊόντων φαρμακευτικής κάνναβης με αποκλειστικό σκοπό είτε την προμήθεια του κρατικού μονοπωλίου και την διάθεσή τους για ιατρικούς σκοπούς, είτε την εξαγωγή τους. Επομένως, επιτρέπεται η εξαγωγή τελικών προϊόντων φαρμακευτικής κάνναβης για ιατρικούς σκοπούς εφόσον η περιεκτικότητα σε τετραϋδροκανναβινόλη (THC) δεν ξεπερνά το 0,2%. Απαιτείται ωστόσο άδεια των αρμοδίων αρχών της χώρας στην οποία πρόκειται να αποσταλούν, θεωρημένη από τις ελληνικές προξενικές αρχές, η οποία να αναφέρει ότι επιτρέπεται η εισαγωγή τους σε αυτή τη χώρα, ότι αυτά πρόκειται να χρησιμοποιηθούν για ιατρικούς σκοπούς, το όνομα και τη διεύθυνση του παραλήπτη, την ποσότητα αυτών και την προθεσμία μέσα στην οποία πρέπει να γίνει η εισαγωγή.

Στην παρ. 3 ορίζεται ότι οι αρμόδιοι υπουργοί της παρ. 2 ανακαλούν την έγκριση σε περίπτωση παραβίασης των όρων και των προϋποθέσεων παροχής της, ενώ στην παρ. 4 ότι με απόφαση των αρμόδιων υπουργών «καθορίζονται περαιτέρω όροι και προϋποθέσεις που αφορούν ιδίως τη χορήγηση της έγκρισης, την υποβολή επιπλέον δικαιολογητικών, το ύψος του παραβόλου, τις προδιαγραφές φύλαξης και ασφάλειας των περιοχών καλλιέργειας, των σημείων αποθήκευσης και των μεταποιητικών μονάδων, τις διαδικασίες μεταφοράς, το χρονικό όριο φύλαξης και αποθήκευσης που δεν μπορεί να υπερβαίνει τα πέντε έτη, τον τρόπο έγκρισης εισαγωγής σπόρων προς σπορά, τη διαδικασία ελέγχου για την τήρηση

των όρων και προϋποθέσεων παροχής έγκρισης, τη διαδικασία των τακτικών και έκτακτων ελέγχων για τη συνέχιση πλήρωσης των όρων και προϋποθέσεων παροχής της έγκρισης σε οποιοδήποτε στάδιο της καλλιεργητικής και μεταποιητικής διαδικασίας, καθώς και κάθε άλλο σχετικό θέμα.

Όσον αφορά τις προϋποθέσεις για την καλλιέργεια ορίζεται ότι η έκταση εντός της οποίας λαμβάνει χώρα το σύνολο των δραστηριοτήτων για τις οποίες χορηγείται η έγκριση είναι ενιαία και εμβαδού τουλάχιστον 4 στρεμμάτων και η ενιαία έκταση της δραστηριότητας είναι περικλειστή και η καλλιεργούμενη περιοχή είναι κλειστή.

Για την περιμετρική προστασία της εγκατάστασης θα πρέπει να τηρούνται τουλάχιστον οι προδιαγραφές φύλαξης και ασφάλειας του άρθρου 3 της ΚΥΑ οικ. 51483/700/Φ15/2018. Η εποπτεία τήρησης των όρων φύλαξης και ασφάλειας γίνεται από τη Διεύθυνση Δημόσιας Ασφάλειας της Ελληνικής Αστυνομίας (ΔΔΑ/ΑΕΑ) ενώ η διενέργεια σχετικών ελέγχων γίνεται από τις οικείες Υπηρεσίες της Ελληνικής Αστυνομίας. Αν παραβιαστούν οι όροι ασφάλους φύλαξης, η έγκριση μπορεί να ανακληθεί χωρίς προθεσμία συμμόρφωσης.

Τα κωλύματα που ισχύουν για την αδειοδότηση των προσώπων είναι η καταδίκη για κακούργημα σε οποιαδήποτε ποινή ή παραπομπή με τελεσίδικο βούλευμα για κακούργημα ή παραπομπή για πλημμέλημα για τα αδικήματα της παρ. 5 του άρθρου 2Α του ν.4139/2013 ή η στερητική ή/και επικουρική δικαστική συμπαράσταση (πλήρη ή μερική). Αυτά ισχύουν και για όσους εργάζονται στους χώρους της εγκατάστασης καθώς και για τους οδηγούς μεταφορικών μέσων που χρησιμοποιούνται για τη μεταφορά.¹⁴

Η πιο πρόσφατη νομοθετική μεταβολή σχετικά με την νομιμοποίηση της φαρμακευτικής κάνναβης στην Ελλάδα αποτελεί ο ν. 4801/2021 που αφορά

¹³ Καϊάφα - Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου - Καστανίδου Ε., ό.π., σ.14-17

¹⁴ Γεώργιας Ο., Θεσμικό Πλαίσιο και Επενδυτικές Προοπτικές της Αδειοδότησης Μονάδων Παραγωγής Τελικών Προϊόντων Φαρμακευτικής Κάνναβης, Διαθέσιμο στο <https://www.ebeth.gr/userdata/modules/Pages/3/4/34103/%CE%A0%CE%B1%CF%81%CE%BF%CF%85%CF%83%CE%AF%CE%B1%CF%83%CE%B7%20%CE%A6%CE%B1%CF%81%CE%BC%CE%B1%CE%BA%CE%B5%CF%85%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE%CF%82%20%CE%9A%CE%AC%CE%BD%CE%BD%CE%B1%CE%B2%CE%B7%CF%82%20%CF%84%CE%B5%CE%BB%CE%B9%CE%BA%CE%B7.pdf>

την παραγωγή, εξαγωγή και διάθεση τελικών προϊόντων φαρμακευτικής κάνναβης του είδους *Cannabis Sativa L* περιεκτικότητας σε τετραϋδροκανναβινόλη (THC) άνω του 0,2%. Οι διατάξεις του νόμου συμπληρώνουν τον ν. 4523/2018.¹⁵ Το Υπουργείο Ανάπτυξης και Επενδύσεων με την ρύθμιση αυτή αποσκοπεί στην δημιουργία του νομοθετικού πλαισίου για όσους ενδιαφέρονται να επενδύσουν στην καλλιέργεια της φαρμακευτικής κάνναβης αλλά και στην διευκόλυνση εξαγωγής των προϊόντων σε άλλες χώρες στα πρότυπα της διαδικασίας εξαγωγής που ισχύει για τα γενόσημα φαρμακευτικά προϊόντα που παράγονται στην Ελλάδα. Συγκεκριμένα, ένα προϊόν φαρμακευτικής κάνναβης μπορεί να κυκλοφορήσει στη χώρα όπου πρόκειται να εισαχθεί με βάση απόφαση της αλλοδαπής αρμόδιας αρχής χωρίς να είναι απαραίτητη και η έγκριση κυκλοφορίας του στην Ελλάδα. Όσον αφορά την κυκλοφορία του στην Ελλάδα ισχύει το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο που προβλέπει την έκδοση ειδικής έγκρισης κυκλοφορίας από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.) πριν τη διάθεσή του σε ασθενείς.

Η κάνναβη επομένως θεωρείται νόμιμη όταν η καλλιέργεια αφορά ποικιλίες που η περιεκτικότητά τους σε THC δεν υπερβαίνει το όριο του 0,2% και γίνεται σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που ορίζει ο νόμος. Αν όμως η περιεκτικότητα ξεπερνάει το όριο του 0,2%, αλλά δεν εκτείνεται πέραν του 0,3%, τότε ασκείται ποινική δίωξη μόνο μετά από αίτηση του Προϊσταμένου της Αρχής που διεξήγαγε τον έλεγχο προς τον κατά τόπον αρμόδιο

Εισαγγελέα Πρωτοδικών. Στην αίτηση πρέπει να αιτιολογείται ειδικά και εμπεριστατωμένα ότι: α) η υπέρβαση του νομίμου ορίου σε τετραϋδροκανναβινόλη δεν οφείλεται στις ειδικές περιβαλλοντικές συνθήκες ή άλλους παράγοντες που ήταν άγνωστοι στον παραγωγό και β) ότι η συγκομιδή είναι πρόσφορη να οδηγήσει στην παραγωγή ουσίας που προκαλεί ψυχική ή σωματική εξάρτηση. Πριν υποβληθεί η αίτηση, πραγματοποιείται ακρόαση του ελεγχόμενου και προβαίνει σε παροχή εξηγήσεων.

Η διαδικασία αυτή δεν ακολουθείται όταν στοχεύει αποκλειστικά στη διάθεση των τελικών προϊόντων στο κρατικό μονοπώλιο για ιατρικούς σκοπούς ή την εξαγωγή τους και όλη αυτή η διαδικασία γίνεται σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέ-

σεις που ορίζει ο νόμος. Ακόμα, θεωρείται νόμιμη η χρήση για ιατρικούς λόγους εφόσον όλες οι διαδικασίες της παραγωγής, κατοχής, μεταφοράς, αποθήκευσης, επεξεργασίας γενικά των πρώτων υλών και των έτοιμων προϊόντων που εισάγονται από το εξωτερικό, καθώς και η διακίνηση, γίνονται μόνο από το κρατικό μονοπώλιο, αφού γνωμοδοτήσει η Επιτροπή Ναρκωτικών, με ευθύνη του Ε.Ο.Φ., ο οποίος εκδίδει και τη σχετική άδεια.

Επομένως, παράνομη θεωρείται η πράξη μόνο αν η περιεκτικότητα THC ξεπεράσει το όριο του 0,3%. Αν όμως αποδειχθεί ότι ενυπάρχει δόλος διακίνησης ή δόλος χρήσης της κάνναβης ως ναρκωτικού και όχι δόλος για χρήση για ιατρικό σκοπό, η πράξη καθίσταται παράνομη.¹⁶

Αντιθέτως, όσον αφορά την εισαγωγή τελικών προϊόντων φαρμακευτικής κάνναβης, αναφέρεται ρητά στον Ν. 4864/2021 (ΦΕΚ Α' 237) με το άρθρο 71 που τέθηκε σε ισχύ από τις 02/12/2021 και προστίθεται στον Ν. 4139/2013 (ΦΕΚ Α' 74) άρθρο 21Ζ, σύμφωνα με το οποίο δεν επιτρέπεται η εισαγωγή τελικών προϊόντων φαρμακευτικής κάνναβης του είδους *Cannabis Sativa L* περιεκτικότητας σε τετραϋδροκανναβινόλη (THC) άνω του μηδέν κόμμα δύο τοις εκατό (0,2%) που προορίζονται για εγχώρια κατανάλωση. Επομένως, η Ελλάδα δεν έχει την δυνατότητα εισαγωγής φαρμακευτικής κάνναβης αλλά αποσκοπεί μόνο στην κάλυψη των αναγκών από την εγχώρια αγορά.¹⁷

Οφέλη που απορρέουν από την νομιμοποίηση

¹⁶ Φακάρου Λ., σε διπλωματική εργασία «Νομική και Ποινική Αντιμετώπιση της Κάνναβης: Συνέπειες στην Πρόληψη και τη Θεραπευτική Αντιμετώπιση των Εξαρτήσεων», Έτος 2019, σ. 40 - 42, Διαθέσιμο στο <http://ikee.lib.auth.gr/record/321640/files/GRI-2020-28665.pdf>

¹⁷ ΕΟΦ, Απαγόρευση Εισαγωγής Τελικών Προϊόντων Φαρμακευτικής Κάνναβης, Διαθέσιμο στο https://www.eof.gr/web/guest/home?p_p_id=62_INSTANCE_0eNL&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=11&_62_INSTANCE_0eNL_struts_action=%2Fjournal_articles%2Fview&_62_INSTANCE_0eNL_groupId=12225&_62_INSTANCE_0eNL_articleId=6893385&_62_INSTANCE_0eNL_version=1.0

¹⁵ Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ Α' 83/24-5-2021)

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι στόχος της νομοθετικής μεταβολής είναι η δημιουργία ενός εύφορου χώρου για επενδύσεις με την προσέλευση επενδυτών, από τις οποίες θα προκύψουν νέες θέσεις εργασίας για το προσωπικό των μονάδων που θα λάβουν την άδεια λειτουργίας. Αποσκοπεί πρωτίστως όμως το μέτρο αυτό στην αύξηση την εξαγωγών προς άλλες Ευρωπαϊκές χώρες στις οποίες έχει θεσπιστεί η νομιμότητα της κάνναβης. Το κράτος στοχεύει στην αύξηση των κρατικών εσόδων μέσω της φορολόγησης των εν λόγω φαρμακευτικών προϊόντων.¹⁸

Κίνδυνοι που συντρέχουν από την νομιμοποίηση

Σε έκθεση της Διεθνούς Επιτροπής του ΟΗΕ για τον Έλεγχο των Ναρκωτικών (INCB), η οποία δημοσιεύτηκε το 2018, αναφέρεται ότι τα προγράμματα για την ιατρική χρήση της κάνναβης πρέπει να ελέγχονται αυστηρώς ώστε να προφυλαχθεί η δημόσια υγεία και σε κάθε περίπτωση να αποφευχθεί η παράνομη χρήση άλλων ειδών κάνναβης, τα οποία είναι παρανόμως διαθέσιμα. Επομένως, τα κράτη οφείλουν να τηρούν τις διεθνείς συμβάσεις και να θεσπίζουν αυστηρό ρυθμιστικό πλαίσιο για την εφαρμογή της ιατρικής χρήσης των κανναβινοειδών. Γι' αυτό και στις νομοθετικές ρυθμίσεις των τελευταίων ετών στην χώρα μας αναφέρεται ρητά ο έλεγχος της παραγωγής αλλά και της προμήθειας της ιατρικής κάνναβης στους ασθενείς κατά ιατρική παρακολούθηση. Όπως και για τα υπόλοιπα φαρμακευτικά προϊόντα που διατίθενται στην αγορά, έτσι και για την φαρμακευτική κάνναβη οφείλουν να τηρούνται οι απαραίτητες προϋποθέσεις και να υπάγονται στους ελέγχους. Γενικότερα, η κάνναβη παραμένει ένα ναρκωτικό κατά τους ειδικούς ποινικούς νόμους κι, αν δεν εμπίπτει στους παραπάνω κανόνες, η χρήση της διώκεται ποινικά.¹⁹

¹⁸ Γεώργιας Ο., ό.π.

¹⁹ Φακάρου Λ., ό.π., σ.18 - 19

Συνέπειες

Η νομιμοποίηση της φαρμακευτικής κάνναβης είναι ένα πολύ πρόσφατο νομικό γεγονός στην Ελλάδα, συνεπώς δεν έχουν ακόμα καταγραφεί τα αποτελέσματα της προσπάθειας αυτής για να εξαχθούν τα απαραίτητα συμπεράσματα. Καθώς όμως σε άλλες χώρες η αποποινικοποίηση της ιατρικής κάνναβης ξεκίνησε νωρίτερα, μπορούν να χρησιμοποιηθούν ορισμένα δεδομένα συγκριτικά. Στις χώρες αυτές η χρήση κάνναβης από έφηβους δεν έχει αυξηθεί αλλά παρατηρείται σχετική αύξηση στους ενήλικες άνω των 21 ετών για καθημερινή χρήση, με αποτέλεσμα πολλοί να επιζητούν την ιατρική κάνναβη ως θεραπεία σε συμπτώματα ασθενειών που αντιμετωπίζουν. Η χρήση, κατάχρηση αλλά και εξάρτηση ακόμα και από την ιατρική κάνναβη συμβάλλει και στην πρόκληση αυτοκινητιστικών ατυχημάτων κατά τα οποία οι οδηγοί οδηγούν υπό την επήρεια του φαρμάκου. Φυσικά έχουν παρατηρηθεί και αντίθετα αποτελέσματα.²⁰

Επίλογος

Τα τελευταία χρόνια ο νομικός κόσμος έχει ασχοληθεί ιδιαιτέρως με την ιατρική χρήση της κάνναβης και έχει οδηγηθεί στις παραπάνω νομοθετικές μεταβολές. Οι νομικές μεταρρυθμίσεις στο ποινικό σύστημα που αφορούν την ιατρική κάνναβη δημιουργούν ένα πλαίσιο για να επέλθει στην συνέχεια και η αποποινικοποίηση της κάνναβης για εμπορικούς σκοπούς. Καθώς όμως η ελληνική κοινωνία τηρούσε μέχρι προσφάτως μια αρνητική στάση ως προς την χρήση της κάνναβης, το κράτος, οι επιχειρήσεις αλλά και τα ΜΜΕ έχουν προσπαθήσει να μεταβάλλουν την άποψη της κοινής γνώμης επιδεικνύοντας τα οφέλη.²¹

²⁰ Φακάρου Λ., ό.π., σ.54

²¹ Φακάρου Λ., ό.π., σ.78

Η δημόσια τάξη ως λόγος ακύρωσης ή άρνησης εκτέλεσης διαιτητικών αποφάσεων

Τσακαλέρη Νικολέτα Σταυρούλα
Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια ΑΠΘ, ΔΠΘ

Εισαγωγικά

Η διαιτησία αποτελεί έναν από τους λεγόμενους «εναλλακτικούς τρόπους επίλυσης ιδιωτικών διαφορών» και είναι ιδιαίτερα διαδεδομένος θεσμός στο πεδίο των διεθνών συναλλαγών.

Τα ένδικα βοηθήματα που οδηγούν τη διαιτητική απόφαση ενώπιον ενός κρατικού δικαστηρίου είναι αφενός η αγωγή ακύρωσης της απόφασης, η οποία ασκείται κατά διαιτητικών αποφάσεων με έδρα στην Ελλάδα, και η αίτηση για κήρυξη αλλοδαπής διαιτητικής απόφασης εκτελεστής σύμφωνα με όσα προβλέπει η Σύμβαση της Νέας Υόρκης. Κοινός τόπος των ανωτέρω, μεταξύ άλλων, είναι η πρόβλεψη για δυνατότητα ακύρωσης ή μη εκτέλεσης από το κρατικό δικαστήριο της διαιτητικής απόφασης σε περίπτωση που αυτή αντίκειται στη δημόσια τάξη. Αντικείμενο της παρούσας εισήγησης αποτελεί τόσο η έννοια της δημόσιας τάξης όπως αυτή ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του θεσμού της διαιτησίας, όσο και ο τρόπος με τον οποίο η ελληνική νομολογία εξετάζει και ερμηνεύει την παραβίαση της δημόσιας τάξης.

Έννοια της δημόσιας τάξης κατά τις διατάξεις των άρθρων 3 ΑΚ και 33 ΑΚ

Με τον όρο «δημόσια τάξη» αποδίδεται γενικά η έννοια του δημοσίου συμφέροντος, της ευταξίας, της ειρήνης, της σωστής συμπεριφοράς κ.λπ.¹ Η έννοια της δημόσιας τάξης συναντάται στα άρθρα

3 ΑΚ και 33 ΑΚ, χωρίς όμως το περιεχόμενο των διατάξεων να συμπίπτει, καθώς η δεύτερη είναι στενότερη της πρώτης, καθώς δεν αποτελούν όλοι οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου της διάταξης 3 ΑΚ ταυτόχρονα και κανόνες δημόσιας τάξης με την έννοια του άρθρου 33 ΑΚ.

Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 3 ΑΚ «η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή κανόνων δημόσιας τάξης». Ως τέτοιοι, σύμφωνα με την ερμηνεία της διάταξης, νοούνται οι αναγκαστικού δικαίου κανόνες, οι οποίοι εξυπηρετούν το γενικό συμφέρον της κοινωνίας, και για αυτόν ακριβώς τον λόγο αποκλείεται η μη εφαρμογή τους λόγω υπέρσχυσης της ιδιωτικής αυτονομίας έναντι αυτών.² Κατά τη διάταξη αυτή, λοιπόν, η δημόσια τάξη αποκτά νόημα ταυτόσημο με αυτό των κανόνων αναγκαστικού δικαίου (*jus cogens*). Από την άλλη, στην έννοια της «δημόσιας τάξης» της διάταξης του άρθρου 33 ΑΚ - η οποία τιτλοφορείται «επιφύλαξη της δημόσιας τάξης» κατ' αντιδιαστολή με την προαναφερθείσα διάταξη - εντάσσεται η διεθνής δημόσια τάξη, η οποία περιλαμβάνει τους θεμελιακούς κανόνες και αρχές που κυριαρχούν σε συγκεκριμένο χρόνο στο κράτος και οι οποίοι αποτελούν αντανάκλαση των κοινωνικών, πολιτικών, ηθικών, οικονομικών κ.λπ. αντιλήψεων που επικρατούν,³ με συνέπεια να αποτρέπεται η εφαρμογή στην ημεδαπή αλλοδαπών κανόνων δικαίου, οι οποίοι θα αποτελέσουν έναυσμα για αναταραχή στις ανωτέρω αρχές της χώρας.⁴ Καθίσταται, συνεπώς, σαφής η διάσταση περιεχομένου των

¹ Βασιλακάκης / Γραμματικάκη - Αλεξίου / Παπasiώπη - Πασιά, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, 5^η έκδοση, 2012, σελ. 96 - 97· για την έννοια της δημόσιας τάξης γενικώς κατά τη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων πρβλ. ενδεικτικά και ΟΛΑΠ 4/2012, ΝΟΜΟΣ· ΟΛΑΠ 20/2011, ΝΟΜΟΣ· ΟΛΑΠ 15/2000, Δ/νη, 2000, σελ. 955.

² Βαθρακοκόιλης, ΕΡΝΟΜΑΚ - Γενικές Αρχές (Άρθρα 1 - 286), τόμος 1, 2001, σελ. 67 - 69.

³ Έτσι και στη νομολογία: ΟΛΑΠ 17/1999, ΕΛ-ΛΔνη, 1999, σελ. 1288.

⁴ Βαθρακοκόιλης, ό.π., σελ. 213 - 218.

δύο διατάξεων, με την πρώτη να έχει μεγαλύτερο εύρος, συνεπεία του ότι δεν εξυπηρετούν όλοι οι κανόνες δημόσιας τάξης του άρθρου 3 ΑΚ την επιφύλαξη υπέρ της δημόσιας τάξης του άρθρου 33 ΑΚ. Μάλιστα, για τη δημόσια τάξη, όπως αυτή εννοείται στο άρθρο 33 ΑΚ έχει επικρατήσει διεθνώς η χρήση του όρου «ordre public», όρος προερχόμενος από το γαλλικό δίκαιο, ο οποίος δεν ταυτίζεται βεβαίως με τους κανόνες αναγκαστικού δικαίου που απαρτίζουν τη «δημόσια τάξη» του άρθρου 3 ΑΚ. Θα ήταν, λοιπόν, ευχερέστερη η διάκριση των δύο διατάξεων και του ρυθμιστικού βεληνεκούς αυτών, εάν ο Έλληνας νομοθέτης είχε αποφύγει τη χρήση του όρου «δημόσια τάξη» στη διάταξη του άρθρου 3 ΑΚ, επιλέγοντας τον όρο μόνον για τις διατάξεις όπου αποδίδεται με το πραγματικό του περιεχόμενο.⁵

Ζήτημα εφαρμογής της δημόσιας τάξης εν στενή έννοια μόνο στις διεθνείς διαιτητικές αποφάσεις - Η ΟΛΑΠ 14/2015

Ζήτημα ετίθετο αναφορικά με τη διαφορετική νομολογιακή αντιμετώπιση της οποίας ετύγχαναν οι ημεδαπές διαιτητικές αποφάσεις σε σχέση με τις αλλοδαπές. Στις μεν πρώτες, η δημόσια τάξη ερμηνευόταν από τα δικαστήρια της χώρας κατά τη διάταξη του άρθρου 3 ΑΚ, ενώ στις δεύτερες σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 33 ΑΚ. Αυτή η νομολογιακή πρακτική, η οποία επικρατούσε επί σειρά ετών στη νομολογία του Αρείου Πάγου, οδηγούσε σε προφανώς δυσμενέστερη μεταχείριση των ημεδαπών διαιτητικών αποφάσεων. Μεταβολή της ανωτέρω στάσης των εθνικών δικαστηρίων επήλθε με την απόφαση 14/2015 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου, απόφαση - σταθμό στον χώρο της διαιτησίας, με την οποία κρίθηκε ότι τόσο στις ημεδαπές διαιτητικές αποφάσεις, όσο και στις αλλοδαπές, η δημόσια τάξη προσομοιάζει σε εκείνη του άρθρου 33 ΑΚ.

Διαδικασία ελέγχου της παραβίασης της δημόσιας τάξης από τα κρατικά δικαστήρια

Ακανθώδες ζήτημα αποτελεί ο τρόπος με τον οποίο τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να εξετάσουν την αντίθεση μίας διαιτητικής απόφασης στη

δημόσια τάξη. Απάντηση στο ερώτημα αυτό επιχείρησε να δώσει ο Διεθνής Σύνδεσμος Δικαίου⁶ στην έκθεση που συνέταξε το 2002. Σύμφωνα με αυτή, προκρίνονται τρεις δυνατές λύσεις⁷. Πρώτον, τα εθνικά δικαστήρια να εξετάζουν μόνον το διατακτικό της διαιτητικής απόφασης και να ακυρώνουν/μην αναγνωρίζουν μόνο σε περίπτωση που η παραβίαση της δημόσιας τάξης προκύπτει από αυτό. Δεύτερον, τα εθνικά δικαστήρια να δύνανται να ελέγξουν και το πραγματικό και τις αιτιολογίες της απόφασης πέραν του διατακτικού, πλην, όμως χωρίς να μπορούν να αμφισβητήσουν τις πραγματικές παραδοχές των διαιτητών (με συνέπεια στον κανόνα της μη αναδίκασης - *révision au fond* - της υπόθεσης από το κρατικό δικαστήριο) και τρίτον, τα εθνικά δικαστήρια να δύνανται να δικάζουν εκ νέου σε εξαιρετικές περιπτώσεις κατά τις οποίες υπάρχει μία εκ πρώτης όψεως (*prima facie*) παραβίαση της δημόσιας τάξης.

Κρατούσα στη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων είναι η δεύτερη λύση.⁸ Κατά τον Άρειο Πάγο, τυχόν αντίθεση της διαιτητικής απόφασης στη δημόσια τάξη πρέπει να προκύπτει από το σύνολο αυτής, δηλαδή τόσο από τις αιτιολογίες όσο και από το διατακτικό της.⁹

Παραβίαση της δημόσιας τάξης κατά την ελληνική νομολογία

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει ο τρόπος με τον οποίο έχει αντιμετωπίσει η ελληνική νομολογία την αντίθεση διαιτητικών αποφάσεων στη δημόσια τάξη. Στη συνέχεια θα επιχειρήσουμε μία σύντομη επισκόπηση των δεδομένων που προκύπτουν εκ της μελέτης των αποφάσεων των ελληνικών δικαστηρίων.

Έλλειψη της υπογραφής της διαιτητικής απόφασης από έναν ή περισσότερους εκ των διαιτητών

⁶ International Law Association (ILA).

⁷ Mayer / Sheppard, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, *Arbitration International*, τεύχος 3, αριθ. 2, 2003, σελ. 249 - 263.

⁸ Κριτική στην ανωτέρω νομολογία ασκεί ο Καλαβρός, ο οποίος τάσσεται υπέρ της πρώτης λύσης, σε Ακύρωση και ανυπαρξία Διαιτητικών Αποφάσεων κατά τον ΚΠολΔ και τον ν. 2735/1999, 2017, σελ. 362 - 370.

⁹ ΑΠ 350/1979, Διαιτησία, 1992, σελ. 655· ΟΛΑΠ 13/1995, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1548/2014, ΝΟΜΟΣ.

⁵ Σταθόπουλος, Η έννοια της δημόσιας τάξης κατά την ΚΠολΔ 897 αρ. 6 και η νομολογία του Αρείου Πάγου, σε Τιμητικό Τόμο Νικολάου Κ. Κλαμαρή, τόμος 1, 2016, σελ. 1119 - 1130.

Προκειμένου να θεωρηθεί πως μία διαιτητική απόφαση αποτελεί προϊόν ορθώς τηρημένης διαδικασίας,¹⁰ το άρθρο 892 ΚΠολΔ απαιτεί αυτή να «συντάσσεται εγγράφως και να υπογράφεται ιδιοχείρως από τους διαιτητές».¹¹ Το ζήτημα που κλήθηκε να αντιμετωπίσει η ελληνική νομολογία, αφορούσε το είδος της πλημμέλειας που συνεπάγεται η έλλειψη της υπογραφής ενός εκ των διαιτητών, αλλά και η συνέπεια αυτού στη διαιτητική απόφαση.

Στην ΑΠ 221/2004¹², το διαιτητικό δικαστήριο προχώρησε στην έκδοση μη οριστικής απόφασης η οποία υπεγράφη μόνον από τον Επιδιαιτητή, παρά το γεγονός ότι το διαιτητικό δικαστήριο απαρτιζόταν σύμφωνα και με τα όσα είχαν οριστεί στην ρήτρα διαιτησίας από τρία μέλη. Εν συνεχεία, εξεδόθη η οριστική απόφαση του διαιτητικού δικαστηρίου, στο οποίο πλέον είχε αντικατασταθεί το πρόσωπο του Επιδιαιτητή, πλην, όμως, και η απόφαση αυτή έφερε μόνον την υπογραφή του Επιδιαιτητή. Για την άρση της πλημμέλειας επιχειρήθηκε η έκδοση διορθωτικής απόφασης, στην οποία τέθηκαν υπογραφές από όλα τα μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου. Όταν η υπόθεση έφτασε στον Άρειο Πάγο, το Ανώτατο Ακυρωτικό έκρινε πως οι υπογραφές των διαιτητών δε μπορούν να αποτελέσουν περιεχόμενο της διορθωτικής απόφασης και συνεπώς δεν έχει επέλθει διόρθωση των διαιτητικών αποφάσεων στις οποίες ελλείπουν οι υπογραφές.

Από την άλλη, στην ΟΛΑΠ 11/2009¹³ μετά τη γέννηση διαφοράς μεταξύ των δύο συμβαλλομένων εταιρειών, πράγματι τα μέρη προσέφυγαν στη διαιτησία, πλην, όμως, μετά τη διεξαγωγή της διαιτητικής διαδικασίας και πριν τη διάσκεψη του διαιτητικού δικαστηρίου, ένας εκ των διαιτητών κωλυόταν να εξακολουθήσει να ασκεί τα καθήκοντά του ως διαιτητής. Διορίσθηκε, συνεπώς, νέος διαιτητής, ο οποίος αρνούνταν εξακολουθητικά να λάβει μέρος στις εργασίες του διαιτητικού δικαστηρίου - και συγκεκριμένα στις διασκέψεις που ορίσθηκαν - παρά το γεγονός ότι είχε ειδοποιηθεί προσηκόντως. Αποτέλεσμα αυτού, ήταν το διαιτη-

τικό δικαστήριο να προχωρήσει και στην τελική διάσκεψη χωρίς της συμμετοχή αυτού. Σε αντίθεση με την πρώτη απόφαση, στην υπόθεση αυτή τόσο το Εφετείο όσο και ο Άρειος Πάγος έκρινε πως δεν υπάρχει αντίθετη στη δημόσια τάξη λόγω της έλλειψης υπογραφής του συγκεκριμένου διαιτητή.

Διαπιστώνουμε εκ των ανωτέρω πως η ελληνική νομολογία αντιμετωπίζει κατ' αρχήν με αυστηρότητα την προϋπόθεση ύπαρξης υπογραφών από όλους τους διαιτητές στην εκδοθείσα διαιτητική απόφαση, καθώς δεν επιτρέπει τη διόρθωση και κάλυψη αυτής της πλημμέλειας μέσω νέας απόφασης. Πράγματι, η υπογραφή της απόφασης από τους διαιτητές διαδραματίζει σημαντικό ρόλο στην τήρηση των αρχών των άρθρων 20 Σ και 6 ΕΣΔΑ, αφού λαμβάνει χώρα στο τέλος της διαιτητικής διαδικασίας και αποτελεί τεκμήριο της έγκρισης αυτής από τα πρόσωπα που έχοντας αναλάβει δικαιοδοτικό ρόλο συγκρότησαν το διαιτητικό δικαστήριο.

Δε θα μπορούσαν, όμως, τόσο ο νόμος όσο και η νομολογία να μείνουν αμέτοχοι μπροστά στην καταστρατήγηση των νομικών διατάξεων οι οποίες θεοπίστηκαν ακριβώς για να αναβαθμίσουν το θεσμό της διαιτησίας. Συγκεκριμένα, σύνηθες φαινόμενο αποτελεί η σκόπιμη παρακώλυση της διαδικασίας από τους διαιτητές μέρους, οι οποίοι έχοντας αντιληφθεί πως το μέρος που τους διόρισε - και με το οποίο διατηρούν παρά τη ρητή απαγόρευση πελατειακές σχέσεις - κινδυνεύει να ηττηθεί, αρνούνται τη συμμετοχή τους στη διάσκεψη, αλλά και την υπογραφή της διαιτητικής απόφασης, ούτως ώστε να απονεκρώσουν τον διαιτητικό μηχανισμό.

Αυτές ακριβώς τις καταχρηστικές συμπεριφορές επιδιώκει να αποδυναμώσει τόσο η διάταξη του άρθρου 892 παρ. 1 εδ. β ΚΠολΔ, όσο και η ανωτέρω παρατεθείσα νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, κρίνοντας πως δεν αντίκειται στην ελληνική δημόσια τάξη η απόφαση που εξεδόθη χωρίς τη σύμπραξη ενός διαιτητή που ακολουθεί τέτοιες πρακτικές.

Δικαστικά έξοδα της διαιτησίας

Η απονομή της δικαιοσύνης αποτελεί μία πολύπλοκη διαδικασία, για την χρηστή και ορθή λειτουργία της οποίας είναι αναγκαία η σύμπραξη πολλών διαφορετικών παραγόντων.¹⁴ Φυσικά, αυτό έχει συνέπεια και τις αυξημένες δαπάνες της. Σε κρατικό επίπεδο, το σημαντικότερο κομμάτι των δαπανών

¹⁰ Καλαβρός, Ακύρωση και ανυπαρξία Διαιτητικών Αποφάσεων κατά τον ΚΠολΔ και τον ν. 2735/1999, 2017, σελ. 318 - 320.

¹¹ Μάλιστα, με τον Ν. 4842/2021 (ΦΕΚ Α 130/13-10-2021) προστέθηκε η δυνατότητα ηλεκτρονικής υπογραφής.

¹² Πρώτη δημοσίευση ΝΟΜΟΣ.

¹³ Πρώτη δημοσίευση ΝΟΜΟΣ.

¹⁴ Νίκας, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, 3^η έκδοση, 2018, σελ. 599.

αυτών επωμίζεται ο κρατικός μηχανισμός και μέρος μόνο αυτών να βαραίνει τα πρόσωπα που προκαλούν τη διεξαγωγή της δίκης ενώπιον του κρατικού δικαστηρίου.¹⁵ Κάτι τέτοιο, όμως, δε συμβαίνει στη διαιτητική δίκη, η οποία έχει ως θεμέλιο την ιδιωτική αυτονομία των μερών και λαμβάνει χώρα με αποκλειστική μέριμνα και επιμέλεια αυτών.¹⁶

Το ζήτημα της αντίθεσης μίας διαιτητικής απόφασης στη δημόσια τάξη λόγω των υψηλών δικαστικών εξόδων που επιδικάστηκαν με αυτή κλήθηκε να αντιμετωπίσει η ΑΠ 1066/2007.¹⁷ Στην κρίση του το Ανώτατο Ακυρωτικό τόνισε το εκούσιο της υπαγωγής της διαφοράς σε διαιτησία, υπολαμβάνοντας και το εκούσιο της υψηλότερης δικαστικής δαπάνης που συνεπάγεται η κίνηση του συγκεκριμένου δικαιοδοτικού μηχανισμού.¹⁸

Συμπεραίνουμε, λοιπόν, πως παρόλο που κατ' αρχήν η νομολογία αναγνωρίζει, όπως οφείλει, ότι τα υπέρογκα δικαστικά έξοδα εντάσσονται στις παραβιάσεις τις δικονομικής δημόσιας τάξης, στο πλαίσιο της διαιτητικής δίκης δε μπορεί παρά να συνεκτιμηθεί η αναγκαιότητα μεγαλύτερων δαπανών, καθώς όλα τα έξοδα καλούνται να καλυφθούν από τα διάδικα μέρη, τα οποία σημειώνεται πως εκουσίως έχουν επιλέξει την υπαγωγή της διαφοράς τους σε έναν δικαιοδοτικό μηχανισμό με αυτά τα χαρακτηριστικά. Έτσι, τα υψηλά έξοδα της διαδικασίας δε συνεπάγονται καθεαυτά αντίθεση προς τη δημόσια τάξη, αλλά πρέπει να εξετάζονται οι ιδιαίτερες συνθήκες της συγκεκριμένης υπόθεσης.

¹⁵ Μάλιστα, στο πεδίο και πάλι της διαιτησίας, η ΣΝΥ προβλέπει ότι κατά το άρθρο 3 αυτής «Σε κάθε περίπτωση, δεν θα επιβάλλονται, για την αναγνώριση ή εκτέλεση των διαιτητικών αποφάσεων στις οποίες εφαρμόζεται η παρούσα σύμβαση, προϋποθέσεις που είναι αισθητά αυστηρότερες, ούτε δικαστικά έξοδα που είναι αισθητά ανώτερα από εκείνα, τα οποία επιβάλλονται για την αναγνώριση ή εκτέλεση ημεδαπών διαιτητικών αποφάσεων» (ΜΠρΠειρ 511/2020, ΠΕΙΡΝΟΜ, 2020, σελ. 341), επιβάλλοντας περιορισμό στη δυνατότητα επιδίκασης δικαστικών εξόδων.

¹⁶ Για περιπτωσιολογία από αποφάσεις διαιτητικών δικαστηρίων που κατένειμαν τα δικαστικά έξοδα βλ. Πλεύρη, Διαιτησία στον τομέα της ενέργειας, 2018, σελ 236 - 238, με περαιτέρω παραπομπές.

¹⁷ Πρώτη δημοσίευση ΝΟΜΟΣ· ομοίως και η ΕφΠειραιώς 30/2012, ΝΟΜΟΣ.

¹⁸ Βλ. και σχόλιο Γιαννόπουλου ΕΠολΔ, Τεύχος 1, 2008, σελ. 68 - 79.

Αιτιολογίες της διαιτητικής απόφασης

Η αιτιολόγηση των δικαστικών αποφάσεων αποτελεί θεμελιώδη κανόνα στο πεδίο της απονομής της δικαιοσύνης. Το άρθρο 93 παρ. 3 του Ελληνικού Συντάγματος ορίζει ότι «Κάθε δικαστική απόφαση πρέπει να είναι ειδικά και εμπειριστατωμένα αιτιολογημένη...», αρχή που αντανακλάται και στον ΚΠολΔ και συγκεκριμένα στη διάταξη του άρθρου 340 παρ. 2 εδ. β' όπου ορίζεται ότι «Στην απόφαση πρέπει να αναφέρονται οι λόγοι που οδήγησαν το δικαστή να σχηματίσει την πεποίθησή του». Οι αποφάσεις των κρατικών δικαστηρίων, λοιπόν, δεν αρκεί να καταλήγουν απλώς στο συμπέρασμα πως συντρέχει η νομοτυπική μορφή ενός κανόνα δικαίου, αλλά είναι αναγκαίο να εκθέτουν με επάρκεια τα κρίσιμα γεγονότα που οδήγησαν αιτιωδώς σε αυτό το συμπέρασμα.¹⁹ Η ύπαρξη αιτιολογίας στις δικαστικές αποφάσεις οδηγεί σε αποτροπή τυχούσας αυθαίρετης κρίσεως του δικαιοδοτικού οργάνου, αφού καθιστά εφικτό τον έλεγχο των πορισμάτων του²⁰ και η διαπίστωση ελλιπούς αιτιολογίας αποτελεί λόγο αναίρεσης κατά το άρθρο 559 αριθ. 19 ΚΠολΔ.

Τα παραπάνω δεν ισχύουν στο πεδίο των διαιτητικών αποφάσεων, αφού αυτές δεν αποτελούν αποφάσεις κρατικού δικαστηρίου και συνεπώς δεν εφαρμόζονται σε αυτές άνευ ετέρου τινός οι διατάξεις του ΚΠολΔ. Συγκεκριμένα, η ύπαρξη αιτιολογίας στις διαιτητικές αποφάσεις δεν αποτελεί ανάγκη, αλλά ενδοτικό δίκαιο από το οποίο τα μέρη δύναται να αποκλίνουν.²¹ Σύμφωνα με τον Άρειο Πάγο «Τέτοια όμως αντίθεση δε συνιστά η έλλειψη αιτιολογίας της αλλοδαπής αποφάσεως, αφού κατ' άρθρ. 892 παρ. 2 εδ. β' ΚΠολΔ, με τη συμφωνία διαιτησίας μπορεί να οριστή ότι η διαιτητική απόφαση αρκεί να αναφέρει τη συμφωνία διαιτησίας και το διατακτικό».²²

¹⁹ Μανιώτης, Αρχές του δικαίου της αποδείξεως στην πολιτική δίκη, 2013, σελ. 61 - 62.

²⁰ Δεληκωστόπουλος, Οι δικονομικοί λόγοι αναίρεσης, 2009, σελ. 625 - 629.

²¹ Κεραμεύς / Κονδύλης / Νίκας, Ερμηνεία ΚΠολΔ, τόμος 2, 2000, σελ. 1676 - 1677 · Κατράς, Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, 2^η έκδοση, 2017, σελ. 919 - 922.

²² ΑΠ 149/1986, Διαιτησία, 1992, σελ. 945· ΑΠ 537/2007, Ελλάδα, τόμος 4, 2008, σελ. 1014· ΑΠ 355/2018, ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 811/2019, ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 716/2019, ΝΟΜΟΣ · ΕφΘεσσ 73/2019 ΕΠΙΣΚΕΜΠΔ, 2019, σελ. 583· ΑΠ 366/2016, ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 40/2010, Ελλάδα, τόμος 2, 2011, σελ. 417 - 418 · ΕφΑΘ

Επίλογος

Η έννοια της δημόσιας τάξης ορθώς δεσμεύει και περιορίζει την ισχύ και τις έννομες συνέπειες των διαιτητικών αποφάσεων, καθώς αυτές οδηγούν σε δέσμευση των προσώπων που έχουν συμβληθεί στη συμφωνία διαιτησίας (και ενίοτε όχι μόνο αυτών) και οι συνέπειές τους στον νομικό κόσμο ομοιάζουν με εκείνες των αποφάσεων κρατικών δικαστηρίων. Η δημόσια τάξη, που πλέον ορθώς νοείται ως η δημόσια τάξη του άρθρου 33 ΑΚ τόσο για τις ημεδαπές όσο και για τις αλλοδαπές διαιτητικές αποφάσεις, έχει αποτελέσει αντικείμενο μελέτης και εμβάθυνσης από τη διεθνή νομική κοινότητα, πλην, όμως, φαίνεται πάντα το προβάδισμα για τον ορισμό της να δίνεται στον εθνικό νομοθέτη και ακόμα περισσότερο τον εθνικό δικαστή.

Κατά τη διαδικασία αυτή του ελέγχου, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να σέβονται τις ιδιαιτερότητες του θεσμού της διαιτησίας, γεγονός που δεν οδηγεί σε παραβίαση των δικαιωμάτων των διαδίκων, αφού η ιδιωτική αυτονομία αυτών οδή-

γησε το πρώτον σε εγκαθίδρυση της δικαιοδοσίας του διαιτητικού δικαστηρίου. Για αυτόν το λόγο, τα ελληνικά δικαστήρια ερευνώντας την ύπαρξη παραβίασης της δημόσιας τάξης έχουν επιλέξει να διεξάγουν έλεγχο των διαιτητικών αποφάσεων, ο οποίος προσομοιάζει στον αναιρετικό έλεγχο που ασκεί ο Άρειος Πάγος, αποκλείοντας την αναδίκαση της υπόθεσης.

Τέλος, επιχειρώντας μία ανασκόπηση της ελληνικής νομολογίας σε υποθέσεις όπου έχει κληθεί να κρίνει επί της ύπαρξης ή μη παραβίασης της δημόσιας τάξης παρατηρούμε σε γενικό πλαίσιο την κατάφαση της παραβίασης με φειδώ και την αντιμετώπιση των διαιτητικών αποφάσεων πιθανώς με μεγαλύτερη επιείκεια από αυτή που θα επεδείκνυε το κρατικό δικαστήριο σε κρατική δικαστική απόφαση. Πρόκειται επομένως για ένα έλεγχο ακραίων ορίων της διαιτητικής απόφασης, ο οποίος αρμόζει στην ίδια τη λειτουργία και τη φύση του θεσμού της διαιτησίας και επιβάλλεται λόγω της σημαντικά διαφορετικής διαδικασίας που ακολουθείται ενώπιον των διαιτητικών δικαστηρίων συγκριτικά με τις διαδικασίες ενώπιον των κρατικών δικαιοδοτικών οργάνων.

2061/2002, ΕλλΔνη, 4, 2002, σελ. 1069 - 1070.

Arbitration in International Investment Law - Republic of Slovakia v. Achmea BV

Haris Papagiannis

4th Year Student at the Faculty of Law, AUTH

Introduction

From the late 20th and through the 21st century, an unprecedented development has been witnessed in the fields of international capital mobility. Globalization undoubtedly played a significant role towards this direction; either through the spectrum of economic and political reform, with the establishment of the Eurozone and the end of the Cold War, or through the enormous technological advance, it is easily deduced that binational financial activities have been methodically facilitated. Investments occupy a significant part of the aforementioned financial activities, often having a big stake in the national economies due to their large scale, while the investor can either be a natural person, a corporation or even a state itself.

With this particular status quo expanding throughout the global economic scene, policies and measures on a regulatory basis were an inevitable, yet fundamental action on behalf of the states as well as international organizations, so as to ensure the capital stability on a worldwide level. One of those measures were Bilateral Investment Treaties (BITs), *which guarantee certain standards of treatment, that can be enforced via binding investor-to-state dispute settlement outside the domestic juridical system.*¹ Those Treaties mainly contribute towards the attraction of Foreign Direct Investments (FDI) between the participating states, under legal conditions which only apply *inter partes*, and might vitally differ from the national

legislation of each of the parties, a factor which ultimately renders the investments more lucrative and efficient.

The Achmea Case Record

In the Achmea Case, the Bilateral Investment Treaty, as defined beforehand, was contracted between the Netherlands and Czechoslovakia, already from 1991, with Slovakia becoming an official successor in 1993, while taking full responsibility for its adoption and continuation². On the other hand, Achmea was a private company, specializing in the field of insurance services in the Netherlands, while boasting of a significant number of other affiliated companies and collaborations throughout the European Union. The particular agreement between the two aforementioned parties, Slovakia and Achmea, regarded investments of the latter in the Slovakian public healthcare system; it was going through a process of partial privatization, in the echo of the country's successful accession to the European Union in 2004, an event which instantly enhanced its investment prospects, as well as creditworthiness.

However, a few years later, Slovakia went through a massive legislation reform regarding a wide range of legal fields. During this reform a law was passed, which prohibited the distribution of profits correlated to activities in the area of healthcare and insurance held by private companies. Consequently, the investor company Achmea insisted there had been a violation of the agreement terms, because of this excessively

¹ Eric Neumayer & Laura Spess, Do Bilateral Investment Treaties increase foreign direct investment to developing countries, LSE Research Online 2005.

² UN Conference of Trade and Development (UNCTAD), Netherlands- Slovakia BIT, Investment Policy Hub, 1991

restricting law, in lieu of the conducive legal conditions when the investment was agreed and the BIT was established. On the contrary, in accordance with the Article 4 of the BIT, *each contracting party guaranteed the free transfer in a freely convertible currency without undue restriction or delay of payments relating to an investment, such as profits, interest and dividends*.³ As a result, the company decided to initiate an arbitration process, a solution cited on the 8th Article of the BIT.

The Arbitration Tribunal, the Appeals and the Court of Justice of the European Union

Slovakia, from the beginning of the arbitration proceedings, raised an objection regarding the jurisdiction of the arbitral court. The chosen location for the arbitration process was Frankfurt in Mein, and as a result the applicable legislation was the German law. The arbitral court's decision, which was in favor of the private company, insisted that Slovakia violated the context of the BIT and ordered the state to compensate Achmea with an astonishing 22,1 million EUR, due to the prior inconvenience that the company had been through. Slovakia then made an appeal to the Higher Regional Court, before reaching Germany's supreme court, the Federal Court of Justice.

With the Supreme Court of Germany being on the same page with the court of first instance and the appeal court as well, part of the case was referred to the Court of Justice of the European Union (CJEU), so as the latter could express its opinion and issue a preliminary ruling; the judgment, which significantly differed to what had been expressed so far, was in favor of the Slovakian state!

The CJEU, along with its ruling, interpreted various points that led to the particular decision. First and foremost, the CJEU insisted that the arbitration clause in the BIT was not compatible with the European Union law. The arbitration process mentioned in the BIT only applies in disputes with a legislative basis, statement which only includes the interpretation and application of the EU law. On the contrary, it is not referred to

issues regarding neither the content nor the validity of the BIT. Furthermore, the CJEU declared once again the prescriptive supremacy of the European Union law, compared to the national legal systems of each of the member states, as an independent and objective legal source, based upon its funding Treaties. Finally, the court suggested to the arbitration tribunals in Germany, to adhere to the European legislation, or even the two parts' national legislation in a comparative scheme, while stemming from handling the clauses of the BIT as an independent regulatory source.

The Achmea Case: The Impact on Sustainable Development & Investments

The outcome of the Achmea case has definitely had a wide range of repercussions on the global economy. Nonetheless, it is the field of investments on sustainable energy that led to a position of significant jeopardy; for these investments, in most cases, require interstate capital transactions and agreements, sometimes even between more than two parts. As a result, the ambience around bilateral entrepreneurial agreements and treaties has become far more suspicious and uncertain than before, while the investment confidence has been remarkably reduced. For instance, in the recently contracted Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the European Union and Canada⁴, there was literal citation regarding the absolute adherence to the European Union law, with no exceptions possible, even in a potential arbitration process. Moreover, it contains provisions which aim to ensure that those investment tribunals, under CETA, will not have the fluency of interpretation of the EU law in their own terms. Last but not least, the Achmea Case and the CJEU judgment also influence the regulatory and legislative validity of other multilateral treaties, such as the Energy Charter Treaty (ECT), which was signed by the EU and more than 50 other states in

³ *Court of Justice of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber)- Case C-284/16, Legal Context, paragraph 3, 2018, www.curia.europa.eu*

⁴ *The European Commission, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Chapter by Chapter - Article 8.31, Applicable law and interpretation, ec.europa.eu*

- Further explanation provided in *Ankersmit, L. (2016). The compatibility of investment arbitration in EU trade agreements with the EU judicial system, 46-63.*

the 90s, to encourage investments in the energy sector. In the aftermath of the Achmea Case, many of the signatory member states of the ECT doubted the ability of this particular agreement to impose legal measures exclusively based on its own context, rather than on another independent legal source⁵.

Final Thoughts

In conclusion, the judgment of the Achmea case did not only concern the global legal industry; it profoundly altered the calculus in the field of

international investments as well. An involute combination of political, economic and legal facades, this landmark case provides a tangible instance of interference of the international law in the states' foreign policies, regardless of their social, financial or political substance. Moreover, a further discussion has been initiated, related to the ascendancy of the EU law to the detriment of each state's national legislation; a cohered regulatory scheme aiming towards fiscal safety and stability, or a looming source of authority, threatening for the future of the national economies and the development of the private sector? Nonetheless, the corpus of the European judicial system is, in the highest grade possible, a mutable, rapidly adapting mechanism, in a laborious endeavor to function towards the interests of each of the member-states individually, as well as for the union as a whole.

⁵ *Enric R. Bartlett*, Research Yearbook 2019-2020, The Achmea case aftermath is bad news for sustainable energy, ESADE Business and Law School, esade.eu

Συνέντευξη από τον κύριο Βασίλειο Σωτηρόπουλο, Δικηγόρο

Προς τον Αθανασίου Γιώργο - Φοιτητή 3^{ου} έτους, Παπαδοπούλου Σοφία - Ασκούμενη Δικηγόρο και Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια ΑΠΘ και Ποιμενίδου Κορίνα - Φοιτήτρια 3^{ου} έτους Νομικής ΑΠΘ.

1η Ερώτηση: Πριν από λίγο ,καιρό εκδώσατε το βιβλίο “Ελεύθερη Συμβίωση- Αυτοκρατορία των Συναινέσεων” από εκδόσεις «Πόλις», έργο για το οποίο μάλιστα βραβευτήκατε από την Ακαδημία Αθηνών. Τι σας ώθησε στην ενασχόληση με την θεματολογία αυτή;

Απάντηση: Γενικά, στα νομικά, για να είναι κανείς δημιουργικός αξίζει να ασχολείται με αντικείμενα που δεν είναι ρυθμισμένα ή δεν είναι πλήρως ρυθμισμένα από το θετικό δίκαιο. Νομίζω ότι όλη η γοητεία βρίσκεται στο να μπορείς ως επιστήμονας να δίνεις λύσεις εκεί που υπάρχει κενό. Αυτό είναι το πιο γοητευτικό απ’ όλα στη νομική επιστήμη, να βρεις τα πεδία αυτά των βιοτικών σχέσεων, που ο νόμος δεν έχει παρέμβει - είτε συνειδητά, επειδή δεν θέλουμε να το ρυθμίσει, είτε επειδή θέλει μεν να το ρυθμίσει αλλά ξέρει ότι υπάρχουν υπέρτεροι κανόνες όπως είναι ο σεβασμός της ιδιωτικής ζωής, που δεν επιτρέπουν στον κοινό νομοθέτη την υπέρμετρη ρύθμιση αποφάσεων που αφορούν δύο ή περισσότερους ανθρώπους στην καθαρά ιδιωτική τους ζωή. Αυτό που με ώθησε, βέβαια, περισσότερο στην ενασχόληση με το συγκεκριμένο θέμα που είναι η ελεύθερη συμβίωση, είναι ότι, ως δικηγόρος συνήθως ΛΟΑΤΚΙ+ ανθρώπων και ζευγαριών, για πολλά χρόνια βρέθηκα αντιμέτωπος με την ελεύθερη συμβίωση πριν να υπάρξει το σύμφωνο συμβίωσης. Που είναι μια ρύθμιση πρόσφατη, ενώ παλαιότερα τα ομόφυλα ζευγάρια δεν είχαν την δυνατότητα να ρυθμίσουν την κοινή τους ζωή. Οπότε, έπρεπε να αναζητήσουν την ρύθμιση στην αναλογία. Αλλά και πού επιτρεπόταν αυτή η αναλογία; Εκεί, λοιπόν, πολλοί καθηγητές μας, πολλοί καθηγητές νομικής για πολλά χρόνια - κυρίως του

αστικού δικαίου - είχαν ασχοληθεί με το θέμα της ελεύθερης συμβίωσης. Δεν θα μπω σε ονοματολογία, αλλά από την έρευνα που έκανα προέκυψε ότι οι σημαντικότεροι αστικολόγοι της χώρας μας, άλλος περισσότερο άλλος λιγότερο είχαν ασχοληθεί με το θέμα της ελεύθερης συμβίωσης, γιατί προφανώς ως δικηγόροι και οι ίδιοι είχαν αντιμετωπίσει στα γραφεία τους τέτοιες περιπτώσεις και υποθέσεις στις οποίες έπρεπε να δώσουν πρακτικές λύσεις σε ζητήματα πολύ συγκεκριμένα που τους έφεραν οι εντολές τους και που έπρεπε να ληφθούν αποφάσεις. Οπότε, όταν η Ακαδημία Αθηνών, το 2021 τον Ιανουάριο προκήρυξε ως θέμα για βράβευση μια νομική μελέτη με θέμα “Η Ελεύθερη Συμβίωση (χωρίς Γάμο και χωρίς Σύμφωνο Συμβίωσης) σε συγκριτική εξέταση”, εγώ ξαφνικά συνειδητοποίησα ότι είχα ένα τεράστιο υλικό ως δικηγόρος, αλλά και ως νομικός ότι είχα ήδη ένα μεγάλο αρχείο με τέτοιες υποθέσεις στο γραφείο μου. Καθώς και μια μεγάλη έρευνα που κρατούσε πάρα πολλά χρόνια, από την αρχή που πήρα την άδεια μου ως δικηγόρος το 2005, ενώ και από πιο πριν είχα ασχοληθεί με τα ζητήματα των ομόφυλων ζευγαριών καθώς και των ετερόφυλων ζευγαριών που επέλεγαν συνειδητά να μην τελέσουν γάμο για δικούς τους λόγους. “Συνειδητά” σημαίνει: είτε ελεύθερα, είτε όχι τόσο ελεύθερα, αλλά πιεσμένοι από καταναγκασμούς που είχαν λόγω ηλικίας λόγω παιδιών που είχαν από άλλους γάμους κτλ. Λοιπόν, όταν η Ακαδημία αποφάσισε να προκηρύξει ένα τόσο ενδιαφέρον και προχωρημένο θέμα, όσο και αν θεωρούμε την Ακαδημία έναν συντηρητικό θεσμό, εγώ θεώρησα ότι είναι και λίγο σαν καθήκον, να μην κρατήσεις την γνώση κλειδωμένη στα συρτάρια τα δικά σου, αλλά να την θέσεις σε κυκλοφορία πέρα

των στενών ορίων της δικηγορίας, της μίας υπόθεσης, του συγκεκριμένου δικαστηρίου που μπορεί εγώ να είχα κάποτε μπροστά μου. Οπότε στην δεύτερη καραντίνα, γιατί μιλάμε για το 2021, που ήταν και λίγο πιο καταπιεστική νομίζω γιατί στην πρώτη καραντίνα δεν ξέραμε ακριβώς και τι μας γίνεται, έγραψα το βιβλίο αυτό και το υπέβαλα στην ακαδημία Αθηνών. Ήταν βέβαια ένα απίστευτο ξάφνιασμα όταν με κάλεσε στο τηλέφωνο ο καθηγητής μου πριν από 25 χρόνια, ο Απόστολος Γεωργιάδης, ο οποίος είναι μέλος της Ακαδημίας Αθηνών. Δεν είχαμε όμως κάποια γνωριμία ειδικότερη ή κάποια άλλη σχέση, δεν θυμόταν καν ότι ήταν καθηγητής μου και μου είπε "θα σας φτιάξω την ημέρα, γιατί κερδίσατε το βραβείο της Ακαδημίας Αθηνών για την Ελεύθερη Συμβίωση". Σημειωτέον ότι ο Γεωργιάδης είχε ασχοληθεί εκτενώς με το θέμα. Υποψιάζομαι ότι μπορεί να ήταν δικιά του η πρόταση για την αθλοθέτηση του θέματος, γιατί από την έρευνα μου βρήκα πάρα πολλή αρθρογραφία του Απόστολου Γεωργιάδη πάνω σε θέματα ελεύθερης συμβίωσης, ο οποίος είναι βέβαια προσεκτικός δεν θέλει εκτεταμένη αναλογική εφαρμογή. Θα πω κάτι έμφυλο. Αυτή ήταν συνολικά η στάση των ανδρών νομικών, δηλαδή όχι πολύ αναλογική εφαρμογή των περί γάμου διατάξεων στην ελεύθερη συμβίωση. Οι γυναίκες, δεν ξέρω για ποιόν λόγο, υποστηρίζουν περισσότερο την αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του γάμου. Ενδεχομένως το βλέπουν ως πιο προστατευτικό αυτό, θεωρώντας τη γυναίκα ως πιο αδύναμο μέρος μέσα στην ελεύθερη συμβίωση. Αυτή είναι όμως μια συζήτηση με ετεροκα-
νονικούς όρους και με έντονα έμφυλους όρους που ποτέ δεν μπορούμε να ξέρουμε αν ισχύουν. Ας κρατήσουμε ότι αυτός είναι ο κεντρικός ο διαχασμός των νομικών επιστημόνων πάνω στο θέμα της ελεύθερης συμβίωσης. Οι μεν υποστηρίζουν έντονα την αναλογική εφαρμογή στο κενό δικαίου, οι δε λένε "όχι είναι επιλογή των ανθρώπων να μην ρυθμίσουν, παρόλο που μπορούν, τις σχέσεις τους με νομικές δεσμεύσεις και άρα πρέπει να σεβαστούμε την επιλογή των ανθρώπων και να μην αναζητάμε εκ των υστέρων αναλογικές εφαρμογές

γιατί δεν υφίσταται κενό δικαίου, όταν θέλεις να το αφήσεις κενό δεν υφίσταται κενό δικαίου, δεν έχεις ανάγκη την αναλογική εφαρμογή". Αυτά, βέβαια, όταν πάνε καλά τα πράγματα. Αν ο ένας από τους δύο φύγει από την ζωή, πολύ συχνά βλέπουμε ότι ο επιζών σύζυγος θα αναζητήσει και την αναλογική εφαρμογή και δεν μπορεί κανείς να εγγυηθεί ότι θα αποκλειστεί αυτή η δυνατότητα, όταν πια τα πράγματα φτάσουν στο δικαστήριο.

2η Ερώτηση: Ο όρος συναίνεση αποτελεί συχνά στους νομικούς κύκλους αντικείμενο συζήτησης, ενώ επίκαιρα κοινωνικά φαινόμενα, κυρίως όσον αφορά περιστατικά σεξουαλικής κακοποίησης, τον επαναφέρουν στο προσκήνιο. Εσείς πως προσεγγίζετε τον όρο αυτό και πως τον αντιμετωπίζει η ελληνική δικαιοσύνη μέσα από την εμπειρία σας;

Απάντηση: Η συναίνεση είναι ένα νομικό μέγεθος που γνωρίζει διαφορετική εννοιολόγηση από κλάδο δικαίου σε κλάδο δικαίου. Στο ποινικό δίκαιο, η συναίνεση αποτελεί λόγο άρσης αδικού. Αν κάποιος με εξυβρίσει, με πει "μαλάκα", αλλά υπάρχει η συναίνεση μου, γιατί έτσι επικοινωνούμε, δεν έχει τελέσει το αδίκημα της εξύβρισης. Στο δίκαιο των προσωπικών δεδομένων, η συγκατάθεση που προϋποθέτει ότι έχεις πλήρη γνώση του τι θα γίνουν τα προσωπικά σου δεδομένα αποτελεί την νομιμοποιητική βάση για την επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων, η συγκατάθεση. Υπάρχει όμως ένα όριο

«Το επάγγελμα του δικηγόρου είναι ελεύθερο επάγγελμα όποτε οι ενδιαφερόμενοι έχουν την δυνατότητα επιλογής μεταξύ πλειόνων. Οι δικηγόροι όμως που διακρίνονται σε μία κοινωνία και που αναγνωρίζονται με την ιδιότητα τους αυτή αντανakλούν την πνευματική και ηθική στάση της κοινωνίας στην οποία οι ίδιοι ευημερούν.»

πάντα το οποίο ποικίλει, μέχρι ποιο σημείο μπορώ να συγκαταθώ. Αν είμαι ένας άνθρωπος που συμμετέχω σε BDSM, δραστηριότητες, μπορώ να συναινέσω μέχρι την απλή σωματική βλάβη, να με χαστουκίσουν ή να με μαστιγώσουν, όχι όμως μέχρι την βαριά σωματική βλάβη που μπορεί να σημαίνει αχρήστευση κάποιου μέρους του σώματος ή κάτι τέτοιο. Εκεί δηλαδή ο νόμος θέτει ένα όριο καθώς υπάρχει η ανθρώπινη αξία, η οποία είναι υπέρτερη νομική έννοια από την συναίνεση και, πάντα το πού θα μπει η ανθρώπινη αξία (αρ 2 παρ. 1 Σ) και θα "κόψει" την συναίνεση είναι το κρίσιμο.

Πολύ πρόσφατα ήρθε στην επικαιρότητα αυτό το θέμα με το νόμο για την απαγόρευση των πρακτικών μεταστροφής, νόμο του Υπουργείου Υγείας, ο οποίος απαγορεύει τις πρακτικές μεταστροφής ως προς τον σεξουαλικό προσανατολισμό και την ταυτότητα φύλου ενός ανήλικου προσώπου. Αλλά έχει και το αρνητικό στοιχείο, ότι επιτρέπει σε κάποιον ενήλικο με τη συγκατάθεση -συναίνεση του να υποβληθεί σε θεραπείες μεταστροφής!. Και αυτό αποτέλεσε ένα μεγάλο ζήτημα, μήπως δεν έπρεπε να ανεχτούμε ούτε και για τους ενηλίκους, που είναι μια βαριά παρέμβαση αν θέλετε στην ιδιωτική τους ζωή, καθώς οι θεραπείες αυτές οι πρακτικές αυτές είναι αρκετά βίαιες, βάνουσες, αντιεπιστημονικές, αφήνουν έντονο στίγμα στο σώμα και στην ψυχή ενός ανθρώπου, μάλλον έντονες σοβαρές βλάβες. Και κάποιοι υποστηρίξαμε ότι είναι αντιφατικό ο νόμος στην αιτιολογική του έκθεση να λέει "κοιτάξτε είναι αντιεπιστημονικό πρέπει να απαγορευτεί αλλά για τους ενηλίκους θα επιτρέψουμε βάσει της συναίνεσης." Είναι συζήτηση όμως. Είναι ανοιχτό. Οι περισσότερες χώρες δεν επιτρέπουν πρακτικές μεταστροφής, ούτε και με την συναίνεση. Μπορεί να το θεωρήσεις και υποκριτικό. Και μην ξεχνάμε ότι η ενηλικότητα είναι στα 18. Και στα 18 ένα άτομο είναι ευάλωτο, είναι εξαρτώμενο από ένα περιβάλλον ενδεχομένως οικογενειακό που μπορεί να του επιβάλλει μία συναίνεση που μπορεί να μην την έχει στην πραγματικότητα, μια ψευδή συναίνεση, δηλαδή. Για αυτό είναι εξαιρετικά επικίνδυνο. Κατά την γνώμη μου δεν θα έπρεπε εκεί να υπάρχει ζήτημα συναίνεσης. Όμως το ερώτημα που έχετε κάνει θεωρώ ότι είναι ευρύτερο και σχετίζεται με την βάση της ίδιας της συμβίωσης που δεν είναι ρυθμισμένη νομοθετικά. Αυτό είναι μια παγίδα. Λέμε ότι η ελεύθερη συμβίωση είναι μια πραγματική κατάσταση που βασίζεται στην συναίνεση, κάτι το οποίο συμφωνούμε προφορικά και προχωράμε την ζωή μας μαζί. Στο σύμφωνο συμβίωσης δεν έχεις απλώς την συναίνεση, έχεις ένα έγγραφο συμβολαιογραφικό. Όπως και στον γάμο έχεις ένα έγγραφο το οποίο είναι ληξιαρχικό, η τέλεση του γάμου. Εκεί υπάρχει ο κίνδυνος να θεωρήσεις ότι με το σύμφωνο συμβίωσης και τον γάμο έχεις τελειώσει η υποχρέωση σου να αναζητάς και να λαμβάνεις την συναίνεση από τον / την σύντροφο. Αυτός είναι ο κίνδυνος και εκεί βρίσκεται και, αν θέλετε, ο πυρήνας της μεγάλης αυτής παρανόησης που υπάρχει στην ελληνική κοινωνία καθώς και σε άλλες κοινωνίες που θεωρούν ότι η νομική δέσμευ-

ση του οικογενειακού δικαίου και κυρίως η νομική δέσμευση του γάμου αλλά και του συμφώνου συμβίωσης υποκαθιστά την συναίνεση. Δεν την υποκαθιστά. Η ανάγκη να αναζητάς και να έχεις την συναίνεση είναι μια διαρκής ανάγκη. Η συναίνεση πρέπει να είναι ισχυρή ανά πάσα στιγμή για κάθε κοινή απόφαση και το πιο χαρακτηριστικό που μπορούμε να πούμε είναι ο βιασμός. Ο βιασμός είναι η πραγματοποίηση σεξουαλικών πράξεων χωρίς τη συναίνεση του ενός από τα δύο άτομα ή περισσότερα. Αυτό, ξέρετε, δεν τιμωρείτο από τον ποινικό κώδικα μέσα στον γάμο, μέχρι την θεσμοθέτηση του νόμου για την ενδοοικογενειακή βία το 2006, το οποίο σημαίνει ότι υπήρχε εξαίρεση. Αν ένας σύζυγος βίαζε τη σύζυγο του στο δικαστήριο για την ίδια την πράξη του βιασμού δεν υπήρχε ποινικό αδίκημα, μπορεί να υπήρχε για σωματικές βλάβες και για άλλες πράξεις, αλλά δεν ήταν "βιασμός". Δεν ήταν το κακούργημα του βιασμού. Από την θεσμοθέτηση του νόμου για την ενδοοικογενειακή βία έγινε σαφές ότι υπάρχει βιασμός και εντός του γάμου και όχι μόνο στον γάμο βέβαια αλλά και σε όλες τις υπόλοιπες μορφές σχέσεων. Αυτό είναι το πιο καθοριστικό πράγμα που η ίδια η έννομη τάξη πια επιβάλλει την συναίνεση. Σας παρουσιάζω το μάξιμουμ, το πιο χαρακτηριστικό από όλα, από το οποίο μπορούμε να αντλήσουμε επιχειρήματα και για ελάσσονα θέματα όπως καταλαβαίνετε. Επομένως η έννομη τάξη αφού και στον γάμο δεν θεωρεί ότι έχει υποκατασταθεί η συναίνεση για την σεξουαλική επαφή - που είναι ένα κεντρικό ζήτημα, ζητούμενο-αίτημα, και ο γάμος παρέχει την "λύση", αν θέλετε, ή την "απάντηση" σε αυτό το αίτημα - ακόμη και εκεί, πρέπει να υπάρχει συναίνεση-συγκατάθεση. Τιτλοφορώντας λοιπόν ως <<Αυτοκρατορία των Συναιnéσεων>> το δικό μου βιβλίο, μιλάω για όλες αυτές τις μορφές συναιnéσεων οι οποίες παραλλάσσουν από δίκαιο σε δίκαιο, από αντικείμενο σε αντικείμενο. Αλλά, πρέπει πάντα να αναζητώνται προκειμένου να έχουμε νόμιμη βάση και πραγματικά κοινές αποφάσεις, γιατί αν ελλείπει ή, τέλος πάντων, υπάρχει ελάττωμα στη συναίνεση κάποιου από τους δύο ή περισσότερους δεν μιλάμε πια για ελεύθερη συναπόφαση, και μπορεί να μην μιλάμε για ελεύθερη συναίνεση, στην ουσία του πράγματος.

3η Ερώτηση: Σε πρόσφατη υπόθεση σας ασχοληθήκατε με την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα οροθετικών ατόμων. Θε-

ωρείτε πως το υπάρχον ρυθμιστικό πλαίσιο προστατεύει επαρκώς από παραβιάσεις και δημοσιοποιήσεις δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ιδίως όσον αφορά τις ευάλωτες κοινωνικές ομάδες;

Απάντηση: Η Ευρώπη έχει την πρωτοκαθεδρία στην προστασία των προσωπικών δεδομένων. Από το 2018 που τέθηκε σε εφαρμογή ο Γενικός Κανονισμός 2019/679 - δηλ. ο GDPR - σε όλη την Ευρωπαϊκή Ένωση, απολαμβάνουμε το υψηλότερο δυνατό επίπεδο προστασίας προσωπικών δεδομένων που υπάρχει στον πλανήτη. Είμαστε οι πιο αυστηροί από κάθε άλλη ήπειρο, από κάθε άλλη ένωση κρατών, όσον αφορά την προστασία των προσωπικών δεδομένων. Όμως, υπάρχει ένα μεγάλο ερωτηματικό για την εφαρμογή. Διάβασα την ερώτησή σας και λέω "η ερώτηση δεν λέει το νομοθετικό αλλά το ρυθμιστικό πλαίσιο." Το ρυθμιστικό πλαίσιο είναι ένα σύνολο που δεν περιορίζεται στην ίδια την θετική κατοχύρωση των κανόνων του δικαίου, αλλά και στην θεσμική εγγύηση του να έχεις οργανώσει εκείνες τις υπηρεσιακές μονάδες αλλά και εκείνες τις διαδικασίες και την κουλτούρα κατ' επέκταση, τόσο στον ιδιωτικό όσο και στο δημόσιο τομέα, ώστε το νομοθετικό πλαίσιο να μην μένει ένα κενό γράμμα, αλλά να εφαρμόζεται στην πράξη. Ένα από τα πρώτα βήματα που έγιναν ακριβώς για να εμπεδωθεί η κουλτούρα της προστασίας των προσωπικών δεδομένων πέρα από τις νομοθετικές διατάξεις ήταν η υποχρέωση των μεγάλων επιχειρήσεων αλλά και κάθε δημόσιας υπηρεσίας να είχε ορίσει ένα άτομο ως υπεύθυνο της προστασίας των δεδομένων (DPO). Υπήρχε, λοιπόν ένας οργανισμός εκείνη την περίοδο 2017 - 2018. Που θα βρούμε DPO, τι στοιχεία θα έχει, ποιες θα είναι οι αρμοδιότητές του. Έτυχε, μάλιστα να έχω δημοσιεύσει ένα βιβλίο τότε με τίτλο "Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων", από τις εκδόσεις Σάκκουλα Θεσσαλονίκη και δεν μπορείτε να φανταστείτε πόσο μεγάλη επιτυχία είχε, γιατί όλοι ενδιαφέρονταν να δουν πως θα συγκροτηθεί αυτή η δομή μέσα στις επιχειρήσεις, στον ιδιωτικό και στο δημόσιο τομέα. Παρ' όλα αυτά, έχουν ατονήσει τα πράγματα.

Εγώ θεωρώ ότι μετά το αρχικό ντελίριο και την φρενίτιδα του να εφαρμόσουμε το GDPR, να πάρουμε συγκαταθέσεις, να βάλουμε τα κουμπάκια τα σωστά ότι αποδεχόμαστε τα cookies, εγώ θεωρώ ότι έχει ατονήσει το ουσιαστικό ενδιαφέρον. Έχουμε επίσης μια ανεξάρτητη αρχή προστασίας προσωπικών δεδομένων που λειτουργεί με εξαι-

ρητικά αργούς ρυθμούς. Έχει καταδικαστεί από την Ελληνική Δικαιοσύνη για υπέρβαση εύλογης διάρκειας για την εξέταση καταγγελιών και πολλές φορές έχει φανεί κατώτερη των περιστάσεων όπως στην υπόθεση με τις οροθετικές γυναίκες, επειδή με ρωτήσατε και για οροθετικότητα πριν. Θυμίζω το περιστατικό: είχε εκδοθεί διάταξη από τον Υπουργό Υγείας για διενέργεια ελέγχων για το ιό HIV, χωρίς την συναίνεση των ανθρώπων, με την πραγματοποίηση συλλήψεων ορισμένων γυναικών των οποίων τα στοιχεία στην συνέχεια δημοσίευσε το Υπουργείο Προστασίας του Πολίτη στην ιστοσελίδα της Ελληνικής Αστυνομίας. Φωτογραφίες τους και πλήρη στοιχεία ταυτοποίησης τους, δηλαδή ονοματεπώνυμο, πατρώνυμο, ταυτότητα, ημερομηνία γέννησης. Αυτή ήταν μία υπόθεση που είχε απασχολήσει όλο τον κόσμο. Πολλές διεθνείς οργανώσεις είχαν επικρίνει την Ελλάδα για την αθέμιτη παραβίαση των προσωπικών δεδομένων αυτών των ασθενών. Η ΑΠΔΠΧ σε μία πραγματικά θλιβερή απόφαση, με μία στενόμυαλη ανάγνωση του νόμου έκρινε ότι, αφού η δημοσιοποίηση των στοιχείων από την αστυνομία είχε βασιστεί σε μία εισαγγελική διάταξη, που πράγματι ο Ν. 2472/1997 επέτρεπε στον εισαγγελέα να εκδώσει μία τέτοια διάταξη, αν η ίδια η ΑΠΔΠΧ έκανε αυτή τη στάθμιση και διέτασσε την Αστυνομία να τα αφαιρέσει αυτό θα συνιστούσε παρέμβαση της διοίκησης στη Δικαιοσύνη. Αυτή η ερμηνεία έχει γίνει μόνο από την Ελληνική ΑΠΔΠΧ και δεν εδράζεται σε κάποια λογική, γιατί μπορεί ο εισαγγελικός λειτουργός να εξέδωσε την διάταξη αλλά η Αρχή αξιολογεί εκ των υστέρων αν ήταν σύννομο με την αρχή της αναλογικότητας αυτό που έγινε όσον αφορά την επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων ακόμη και από την Ελληνική Δικαιοσύνη.

Οπότε αυτή η αποποίηση της αρμοδιότητας με πρόσχημα την παραβίαση της αρχής της διάκρισης των λειτουργιών ήταν εξαιρετικά προβληματική και τελικώς διαψεύστηκε από την ίδια την Ε.Ε. καθώς μαζί με τον κανονισμό για τα προσωπικά δεδομένα εξέδωσε το 2016 και μία οδηγία για την προστασία προσωπικών δεδομένων στις αστυνομικές και σε άλλες διωκτικές αρχές, ορίζοντας ότι πρέπει η ΑΠΔΠΧ να είναι αρμόδια και για τους εισαγγελέες. Μετά το 2016 ακολούθησε η αναδίπλωση της ΑΠΔΠΧ και επειδή διαπίστωσε ότι, ακόμη και τότε, πολλά από τα προσωπικά δεδομένα των οροθετικών γυναικών εξακολουθούσαν να βρίσκονται σε ιστοσελίδες, εξέδωσε ένα δελτίο τύπου στο οποίο

τόνιζε πως δεν υφίσταται πλέον κανένας λόγος για την διατήρηση των προσωπικών δεδομένων των γυναικών αυτών στο διαδίκτυο. Αυτό, όμως, δε ήταν παραβίαση της διάκρισης των λειτουργιών καθώς έρχονταν σε αντίθεση με την διάταξη του εισαγγελέα που ουδέποτε ανακλήθηκε; Όχι βέβαια. Επομένως, η ίδια η αρχή αυτοαναίρεθηκε.

Είναι χαρακτηριστικό μάλιστα πως στην δική μας υπόθεση, όπου η αρμόδια υπάλληλος του δήμου Αθηναίων που ήταν υπεύθυνη για τα σοβαρά νοσήματα διέδωσε ότι ο εντολέας μας ήταν οροθετικός, ο δήμος Αθηναίων δεν κατόρθωσε μέσω των εσωτερικών του διαδικασιών, παρόλο που ήταν όλα αποδεδειγμένα, να παραπεμφθεί η αρμόδια υπάλληλος στο πειθαρχικό συμβούλιο. Αντίθετα, έπρεπε να προηγηθεί η καταδίκη της από τα ποινικά δικαστήρια σε πρώτο και δεύτερο βαθμό για παραβίαση προσωπικών δεδομένων. Τώρα, κατόπιν των αποφάσεων αυτών ο δήμος Αθηναίων άνοιξε πάλι τον φάκελο και περιμένουμε να δούμε πως θα εξελιχθεί το πειθαρχικό σκέλος της υπόθεσης.

Για αυτό τονίζω ότι μπορεί να έχουμε ένα εξαιρετικά αποτελεσματικό νομοθετικό πλαίσιο, αλλά υστερούμε στην εφαρμογή του, λόγω της επικρατούσας κουλτούρας και της έλλειψης ρυθμιστικών εγγυήσεων που θα εξασφαλίσουν την έμπρακτη εφαρμογή του.

4η Ερώτηση: Με αφορμή πρόστιμα που έχει επιβάλλει στο παρελθόν το ΕΣΡ σε τηλεοπτικά προγράμματα για σκηνές φιλιού μεταξύ ομοφυλόφιλων ατόμων και δεδομένου πως σήμερα το τηλεοπτικό τοπίο φαίνεται να αλλάζει ως προς θέματα που αφορούν ομοφυλόφιλα άτομα, θεωρείτε πως η σύγχρονη ελληνική κοινωνία είναι πλέον πιο ανοιχτή σε θέματα αποδοχής ατόμων της LGBTQ+ κοινότητας;

Απάντηση: Το ΕΣΡ στις αρχές της δεκαετίας του 2000 επέβαλε ένα πρόστιμο ύψους 100.000 ευρώ στο Mega Channel γιατί στην τηλεοπτική σειρά "Κλείσε τα μάτια" του Χρ. Παπακαλιάτη προβλήθηκε ένα φιλή ανάμεσα σε δύο άντρες. Αυτή η κυρωτική αρμοδιότητα του ΕΣΡ έδωσε την αφορμή στο ΣτΕ να εκδώσει μία σημαντική απόφαση η οποία, κατά την γνώμη μου, θεμελιώνει όλη την νομική συζήτηση για τα δικαιώματα των ΛΟΑΤΚΙ+ ατόμων στην Ελλάδα. Το ΣτΕ στην απόφαση του το 2006 έκρινε ότι η προβολή ενός φιλιού στην τηλεόραση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως μία σκηνή που υπο-

βαθμίζει την ποιότητα του προγράμματος, όπως είχε υποστηρίξει το ΕΣΡ. Αντίθετα, προβάλλει κατά το ΣτΕ, μία ερωτική πράξη ανάμεσα σε δύο ανθρώπους του ίδιου φύλου, γεγονός που απηχεί μία συγκεκριμένη κοινωνική πραγματικότητα και κοινωνική ομάδα, οι επιλογές της οποίας προστατεύονται σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ.1 και το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος. Αυτό το απόσπασμα από την κρίση του ΣτΕ ήταν εξαιρετικά σημαντικό γιατί συνέδεσε τα δικαιώματα που σχετίζονται με τον σεξουαλικό προσανατολισμό με το Σύνταγμα. Ήταν, δηλαδή, η πρώτη φορά που Ανώτατο δικαστήριο στην Ελλάδα αναγνώριζε την συνταγματική βάση των δικαιωμάτων αυτών. Παρ' όλα αυτά, υπήρξαν και άλλες αντίστοιχες αποφάσεις του ΕΣΡ π.χ. για την εμφάνιση τρανς ατόμου σε μεσημεριανή εκπομπή, ενώ υπήρχε και μία διαρκής άρνηση από το ΕΣΡ να εγκριθεί ως κοινωνικό μήνυμα, ώστε να προβληθεί δωρεάν από τα κανάλια, το βίντεο που υπέβαλε κάθε χρόνο το Athens pride. Μάλιστα όταν ήμουν Συμπαραστάτης του Δημότη και της Επιχείρησης στον Δήμο Αθηναίων είχα φτιάξει και εγώ ένα κοινωνικό ραδιοφωνικό μήνυμα το οποίο εγκρίθηκε από το ΕΣΡ και υποχρεώθηκαν οι ραδιοφωνικοί σταθμοί να το προβάλλουν. Όμως, όσον αφορά το Athens pride, το ΕΣΡ το απέρριπτε κάθε χρόνο το αίτημα έγκρισης κοινωνικού μηνύματος. Όταν όμως, έγιναν κάποιες αλλαγές στην σύνθεση του ΕΣΡ άρχισαν να εγκρίνονται τα μηνύματα αυτά και έγινε σαφές πια ότι μιλούμε για ανθρώπινα δικαιώματα και είναι κάτι που αφορά την κοινωνία και συνεπώς δε μπορεί να αποκλειστεί. Όλα αυτά έχουν συμβάλει στην εξέλιξη των αντιλήψεων για τον σεξουαλικό προσανατολισμό, την ταυτότητα φύλου και τα χαρακτηριστικά φύλου. Είναι κρίσιμο να έχουμε θεσμικές κρίσεις προς αυτή την κατεύθυνση γιατί μπορούν να γίνουν αντικείμενο επίκλησης ως ένα αντικειμενικό σημείο αναφοράς. Είναι δηλαδή μείζονος σημασίας για τον διάλογο που πραγματοποιείται εντός της κοινωνίας να προστατεύεται η ερωτική ζωή του ατόμου από το Σύνταγμα και αυτό να έχει αναγνωριστεί από το ΣτΕ. Το ίδιο ισχύει και για τον διάλογο με τους γονείς, καθώς μπορεί να μην έχουν οι γονείς τις αντίστοιχες παραστάσεις από ομόφυλα ζευγάρια ή γενικώς από ΛΟΑΤΚΙ+ άτομα. Είναι σημαντικό όταν ένα ΛΟΑΤΚΙ+ παιδί κάνει αυτή τη συζήτηση με τους γονείς του, να μπορεί να επικαλεστεί αποφάσεις στις οποίες ο νομοθέτης, η δικαιοσύνη, οι ανεξάρτητες αρχές επιβεβαιώνουν ότι μιλάμε για ανθρώπινα

δικαιώματα. Εξίσου σημαντική ήταν και η διεθνής ιατρική απόφαση της αφαίρεσης από τα νοσήματα του ομόφυλου σεξουαλικού προσανατολισμού και της αφαίρεσης της ταυτότητας φύλου από τις ψυχικές διαταραχές. Αυτές οι σημαντικές αποφάσεις παρέχουν επιχειρήματα όταν ανοίγονται τέτοιες συζητήσεις, προκειμένου να καταστεί αντιληπτό στους ενδεχομένως άπειρους, καλοπροαίρετους ή και κακοπροαίρετους συνομιλητές τους, ότι υπάρχει μία συζήτηση που έχει τελειώσει. Όταν επί παραδείγματι ο Παγκόσμιος Οργανισμός Υγείας έχει κρίνει ότι δεν πρόκειται για διαταραχή, δηλαδή οι γιατροί διεθνώς έχουν καταλήξει σε αυτό το συμπέρασμα, η συζήτηση έχει κλείσει. Δεν μπορούμε να αναλωνόμαστε σε συζητήσεις παρά μόνο να υπενθυμίζουμε ότι αυτό έγινε το 1990 και γι' αυτό το λόγο τιμάται η συγκεκριμένη ημέρα, η 17η Μαΐου, ως ημέρα κατά της ΛΟΑΤΚΙ+φοβίας. Όλες αυτές οι εξελίξεις και οι καταδίκες είναι σημαντικές. Φυσικά και η νομοθεσία είναι σημαντική, γιατί πρώτα έχουμε την δικαστική αναγνώριση και την θεμελίωση στο Σύνταγμα και μετά έχουμε και την νομοθετική αναγνώριση. Ο νόμος για το σύμφωνο συμβίωσης, παρόλο που έχει σημαντικά κενά στα θέματα της γονεϊκότητας και της ταυτότητας φύλου, αποτέλεσε μία μεγάλη μεταρρύθμιση. Έχω γράψει μάλιστα ένα αναλυτικό άρθρο για το ίδρυμα Heinrich Böll που αναφέρομαι στα «μισά» ΛΟΑΤΚΙ δικαιώματα που παρέχει η ελληνική νομοθεσία: «μισό» σύμφωνο συμβίωσης, «μισή» ταυτότητα φύλου, «μισός» αντιρατσιστικός νόμος, «μισή» απαγόρευση θεραπειών μεταστροφής, καθόλου γάμος. Υπάρχουν επομένως πολλά πράγματα ακόμη που πρέπει να γίνουν σε θεσμικό επίπεδο, αλλά όλα αυτά έχουν συμβάλει στο να διαμορφωθούν συνειδήσεις που μας απομακρύνουν από την παλαιότερη λογική του αποκλεισμού, του στιγματισμού και της περιθωριοποίησης των ΛΟΑΤΚΙ+ ατόμων.

5η Ερώτηση: Έχετε κατακρίνει την άποψη ότι η γυναικοκτονία θα έπρεπε να θεωρηθεί και να εξισώνεται με μία ανθρωποκτονία. Δεδομένης και της συνεχούς αύξησης των αριθμών των γυναικοκτονιών θεωρείτε πως και ο νομικός κόσμος αντίστοιχα όπως και η κοινωνία είναι διχασμένος ή πως επικρατεί η άποψη υπέρ της νομικής αναγνώρισης του φαινομένου της γυναικοκτονίας;

Απάντηση: Κάθε έμφυλη διατύπωση προκαλεί αυτόματες αντιδράσεις. Όταν η νομική γλώσσα χάρ-

νει την ουδετερότητα της και χρωματίζεται με ένα έμφυλο πρόσημο είναι αυτονόητο ότι θα έχουμε αντιδράσεις, διαφωνίες και κυρίως κινδυνολογία ότι πάμε να κάνουμε κάτι που, τελικά, εισάγει διάκριση. Δηλαδή ότι διαχωρίζοντας το ένα θέμα παραβιάζεται η αρχή της ισότητας. Αυτός είναι ο αντίλογος που υπάρχει. Ειδικά, όμως, όσον αφορά την γυναικοκτονία αξίζει να σημειωθεί πως ο όρος είναι πάρα πολύ παλιός. Εγώ μάλιστα, κάνοντας έρευνα, εντόπισα ότι είναι ένας όρος που χρησιμοποιείται επί δεκαετίες στην εγκληματολογία ενώ οι χώρες του ΟΗΕ έχουν υποχρέωση να γνωστοποιούν στα όργανα του ΟΗΕ τον αριθμό των εγκλημάτων που σχετίζονται με το φύλο και ειδικότερα εκείνα που σχετίζονται με το γυναικείο φύλο. Υπάρχει ακόμη η σύμβαση CEDAW του ΟΗΕ, που είναι η διεθνής σύμβαση για τα δικαιώματα των γυναικών, η οποία έχει κυρωθεί από την Ελλάδα και μας υποχρεώνει να παρουσιάζουμε σχετικές εκθέσεις, να συμμορφωνόμαστε με το περιεχόμενο της κ.α. Επίσης εξίσου σημαντική είναι και η Σύμβαση της Κωνσταντινούπολης για την προστασία των δικαιωμάτων των γυναικών και την καταπολέμηση της ενδοοικογενειακής βίας, που υπεγράφη στο πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρώπης. Και στις δύο αυτές συμβάσεις, κυρίως δε στα προπαρασκευαστικά τους έγγραφα που οδήγησαν στην σύναψη τους υπάρχει ο όρος femicide (γυναικοκτονία). Καθίσταται δηλαδή σαφές ότι ο διεθνής νομοθέτης έχει δείξει ιδιαίτερο ενδιαφέρον όχι για να το κατοχυρώσει ως ένα ειδικό ποινικό αδίκημα, αλλά κυρίως για να καταγραφεί ο όρος. Υπάρχουν άλλωστε δύο προσεγγίσεις στο ποινικό δίκαιο. Η μία είναι ότι τιμωρώ το έγκλημα χωρίς να με ενδιαφέρει το κίνητρο, η οποία είναι μία μηχανιστική αντίληψη του Ποινικού Δικαίου. Η άλλη προσέγγιση υποστηρίζει πως όταν το κίνητρο σχετίζεται τόσο έντονα με το δόλο έτσι ώστε να μην υφίστατο το έγκλημα αν δεν υπήρχε η συγκεκριμένη μορφή δόλου, τότε με ενδιαφέρει το κίνητρο. Δηλαδή, το άρθρο 82Α ΠΚ, το οποίο επαυξάνει το αξιόποιο των εγκλημάτων όταν ο δράστης έχει επιλέξει τα θύματα λόγω συγκεκριμένων ιδιοτήτων όπως είναι η φυλή, το θρήσκευμα κτλ., στα οποία όμως δεν περιλαμβάνεται το φύλο αλλά μόνο η ταυτότητα φύλου, γεγονός που πρέπει κατά την γνώμη μου να προστεθεί. Υπάρχει βέβαια ένας αντίλογος για την κατοχύρωση της γυναικοκτονίας ειδικά, που βασίζεται στο γεγονός ότι η ανθρωποκτονία τιμωρείται με την ανώτατη δυνατή ποινή και συνεπώς δε χωρεί περαιτέρω προσαύξηση. Η γνώ-

μη μου είναι ότι εάν συντρέχει η επιλογή του θύματος λόγω του φύλου του τότε μπορεί να ενταχθεί το αδίκημα σε εκείνο τον κύκλο αδικημάτων που η επαύξηση του αξιοποιήσιμου δεν επιτρέπει την εύκολη αναγνώριση ελαφρυντικών, το οποίο είναι πολύ σημαντικά τελικώς για την πραγματική ποινή που θα εκτίσει ο γυναικοκτόνος. Δεν ευσταθεί δηλαδή το επιχείρημα ότι αφενός όλες οι ανθρωποκτονίες είναι το ίδιο, όταν ταυτόχρονα σε κάποιες περιπτώσεις αποφυλακίζονται πολύ γρήγορα οι δράστες. Επομένως το ζητούμενο είναι να μην αποφυλακίζονται τόσο γρήγορα. Εγώ προσωπικά υποστηρίζω την ουδέτερη διατύπωση της προσθήκης του φύλου στο άρθρο 82Α ΠΚ ως λόγου επαύξεσης της ποινής. Με άλλα λόγια, δε χρειάζεται να δημιουργηθεί ένα έγκλημα με τον τίτλο γυναικοκτονία για να τηρηθεί η αρχή της ισότητας. Ο όρος γυναικοκτονία μπορεί να διατηρηθεί φυσικά για εγκληματολογικούς λόγους που αφορούν την καταγραφή των εγκλημάτων και την αναζήτηση των βαθύτερων αιτιών και των κινήτρων που οδηγούν στην έξαρση του φαινομένου. Επομένως στον Ποινικό Κώδικα μπορούμε να έχουμε επαύξηση του αξιοποιήσιμου και αποτροπή της αναγνώρισης ελαφρυντικών όταν έχει επιλεγεί το θύμα λόγω του φύλου. Η σχετική συζήτηση δεν έχει φυσικά ολοκληρωθεί, καθώς δεν έχει καταλήξει ακόμη την προσθήκη του φύλου στο άρθρο 82Α, σχετικά με τα εγκλήματα με ρατσιστικά χαρακτηριστικά.

6η Ερώτηση: Ποιος είναι ο ρόλος του σύγχρονου δικηγόρου στη προάσπιση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων; Πως πρέπει ένας δικηγόρος να προσεγγίζει τους εντολείς τους που ανήκουν σε μειονότητες και είναι θύματα διακρίσεων;

Απάντηση: Το επάγγελμα του δικηγόρου είναι ελεύθερο επάγγελμα όποτε οι ενδιαφερόμενοι έχουν την δυνατότητα επιλογής μεταξύ πλειόνων. Οι δικηγόροι όμως που διακρίνονται σε μία κοινωνία και που αναγνωρίζονται με την ιδιότητα τους αυτή αντανakλούν την πνευματική και ηθική στάση της κοινωνίας στην οποία οι ίδιοι ευημερούν. Τα ανθρώπινα δικαιώματα είναι ένας εκτεταμένος χώρος, που διευρύνεται ολοένα και περισσότερο, που ακόμα και σε υποθέσεις που δεν το περιμένουμε, όπως είναι το εμπορικό δίκαιο, εμφολχωρούν ζητήματα που αφορούν την απαγόρευση των διακρίσεων ή την προηγούμενη ακρόαση και στον ιδιωτικό τομέα, πριν ληφθεί ένα μέτρο αρνητικό, πράγματα που είχαμε συνηθίσει να τα ακούμε πε-

ρισσότερο στο δημόσιο δίκαιο. Επομένως, τα ανθρώπινα δικαιώματα είναι ένας ευρύτατος χώρος δικαίου, που διατρέχει το σύνολο των δικηγορικών αντικειμένων, και γι' αυτό θα πρέπει να έχουμε μια πάρα πολύ καλή εκπαίδευση πάνω σ' αυτό. Δεν είμαι σίγουρος ότι στις νομικές σχολές, ο τρόπος με τον οποίο διδάσκονται τα ανθρώπινα δικαιώματα, τους δίνεται η σημασία που πρέπει. Είναι σίγουρο ότι δεν αρκεί να διδάσκονται μόνο στις νομικές σχολές, αλλά πρέπει να διδάσκονται σε όλες τις σχολές και στο σχολείο. Κατά τη γνώμη μου, τα ανθρώπινα δικαιώματα θα έπρεπε να είναι ένα σχολικό μάθημα. Δεν μπορώ να φανταστώ πως βγαίνουμε στην κοινωνία, χωρίς να ξέρουμε τα στοιχειώδη, τις εξουσίες που έχουμε ως πολίτες λόγω χάρη. Γι' αυτό και ο δικηγόρος έχει κι έναν παιδευτικό ρόλο που δεν περιορίζεται στις παραστάσεις στο δικαστήριο και στην εκπροσώπηση των συμφερόντων των εντολέων μας. Αλλά έχουμε κι έναν ρόλο δευτερεύοντα, ο οποίος αναγράφεται όμως στον Κώδικα Δεοντολογίας και σχετίζεται με τη διαμόρφωση μιας αντίληψης για τον σεβασμό του άλλου και την αναγνώριση του δικαίου ως μιας αξίας καθοριστικής, τιθέμενης πάνω από τα συμφέροντα μας. Το δίκαιο δεν είναι πάντα ευχάριστο, μπορεί να είναι και σκληρό, "το δίκιο είναι ζόρικο πολύ", όπως είναι και ο τίτλος ενός πολύ σημαντικού μυθιστορήματος της Μάρως Δούκα. Το δίκαιο είναι δίκαιο, πρέπει να το συνειδητοποιήσουμε και να το σεβόμαστε. Ειδικά για την ελληνική κοινωνία, στην οποία ακούγεται παράξενη η φράση «δεν πρέπει να τα θυσιάζεις όλα, για να δικαιωθείς, να πέτυχεις την προάσπιση των συμφερόντων σου» είναι εξαιρετικά σημαντικός ο ρόλος ενός δικηγόρου, ο παιδευτικός του κυρίως ρόλος προς την κοινωνία. Ολοένα και περισσότερο ο ρόλος του δικηγόρου διευρύνεται από το στενό πλαίσιο της δικαστικής αίθουσας και επεκτείνεται και σε άλλους χώρους, όπως είναι η επικοινωνία. Ο ίδιος, για παράδειγμα, ασχολήθηκε τις προηγούμενες μέρες με ανακοινώσεις μιας εταιρίας που είχε θιγεί, ως προς τα πνευματικά της δικαιώματα, λειτουργώντας ως σύμβουλος επικοινωνίας, χωρίς να έχω τη σχετική εκπαίδευση, αλλά ούτε και την υποχρέωση αυτή, αυστηρά και τυπικά προς τους εντολείς μου, αλλά είναι ένας τρόπος να ασκήσει ένας δικηγόρος τον παιδευτικό ρόλο που έχει. Είναι πολύ συχνή η εμφάνιση των δικηγόρων τελευταία στα μέσα ενημέρωσης – δικτύωσης κι αυτό αποτελεί μέρος της δουλειάς μας. Πριν από δώδεκα χρόνια, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι δικηγόρος που

εμφανίστηκε στην τηλεόραση, για να υπερασπιστεί τον πελάτη του και μετά καταδικάστηκε ο ίδιος, όχι ο πελάτης του, για πράγματα που είπε στην τηλεόραση, δεν έπρεπε να καταδικαστεί, διότι αυτό το έκανε στο πλαίσιο της εντολής του προς υπεράσπιση. Διευρυμένη φαίνεται, λοιπόν, να είναι η ελευθέρια έκφρασης του δικηγόρου, γιατί, ακόμα και στην τηλεόραση μιλάει υπερασπιζόμενος τα δικαιώματα του εντολέα του. Αυτή η αναγνώριση του παιδευτικού και επικοινωνιακού τελικά ρόλου του δικηγόρου δημιουργεί νέα πεδία, στα οποία πρέπει να εκπαιδευτούμε. Κι αυτό αφορά και τις νομικές σχολές. Αλλά πρέπει και οι ίδιοι να αυτενεργήσουμε, προκειμένου να αναπτύξουμε τις δεξιότητες εκείνες, που θα μας κάνουν όντως ανταγωνιστικούς, με αποτέλεσμα να το δουν οι ενδιαφερόμενοι και να μας επιλέξουν ως εντολείς τους. Βέβαια, όταν μιλάμε για ευπαθείς κοινωνικές ομάδες, πρέπει να κάνουμε ορισμένες επιλογές και να αναγνωρίσουμε την ιδιαίτερη κοινωνική ευθύνη, πέρα από την αμειβομένη υπηρεσία, ιδιαίτερα όταν μια υπόθεση είναι πολύ σημαντική, ιδίως και για νομολογιακούς λόγους, αλλά και για έναν άνθρωπο που δεν θα είχε άλλη δυνατότητα. Υπάρχει βέβαια και ο θεσμός της νομικής βοήθειας, κατά τον οποίο το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως διορίζει δικηγόρους, που προσφέρονται να παρέχουν τις υπηρεσίες τους και να λάβουν την αμοιβή τους από το κράτος. Αλλά πέρα από τη θεσμική μορφή της νομικής βοήθειας, υπάρχει και το *pro bono*, όταν δηλαδή αναλαμβάνεται από τον δικηγόρο ο χειρισμός μιας υπόθεσης σημαντικής για λόγους γενικότερου κοινωνικού ενδιαφέροντος, στην οποία επιλέγει να συμβάλλει με τη νομική του γνώση, χωρίς να υπολογίζει το κομμάτι της αμοιβής. Αυτό επίσης είναι κάτι στο οποίο δεν έχουμε εκπαιδευτεί στις σχολές μας, ούτε υφίσταται κάποια πρακτική ούτε και ρύθμιση του ζητήματος, με αποτέλεσμα να καταστρατηγείται η ευχέρεια αυτή από ανθρώπους που την χρησιμοποιούν για σκοπούς διαφορετικούς από τη συμβολή στις κοινωνικές αντιλήψεις περί δικαίου. Σαφέστατα υπάρχει και το ενδεχόμενο να ζητείται από κάποιους να αναλάβει την υπόθεση του ο δικηγόρος *pro bono*, χωρίς να συντρέχουν γι' αυτό οι ειδικότεροι λόγοι. Εκεί χρειάζεται αισθητήριο, πρόκειται κι εδώ για μια δεξιότητα που αποκτάται μέσα από το επάγγελμα.

7η Ερώτηση: Τι θα λέγατε ότι σας έκανε περισσότερο εντύπωση όταν ξεκινήσατε τη καριέρα

σας στη δικηγορία σε σχέση με τις πανεπιστημιακές σας σπουδές; Δηλαδή, τι είναι για το οποίο δεν προετοιμάζουν καθόλου οι νομικές σχολές και συναντούν οι νέοι δικηγόροι στη πράξη; Τι θα συμβουλευάτε τους ασκούμενους και νέους δικηγόρους;

Απάντηση: Θα σας πω τη συμβουλή, που μας είχε δώσει μια φιλόλογος, όταν ετοιμαζόμουν για τις Πανελλήνιες εξετάσεις: «Μην περιμένετε να τελειώσετε και να δουλέψετε, όταν πάρετε το πτυχίο σας. Αλλά, ως φοιτητές, να ενεργοποιηθείτε και να μπείτε στην αγορά εργασίας». Εγώ, επειδή ήθελα να είμαι ανεξάρτητος, χτύπησα την πόρτα των δικηγορικών γραφείων και απασχολήθηκα εκεί, χωρίς να έχω το πτυχίο μου και χωρίς να είμαι ασκούμενος τυπικά. Έτσι, μπόρεσα να συμπληρώσω ένα μεγάλο κενό πρακτικών γνώσεων, που δεν διδασκόμαστε στις νομικές σχολές. Η σύνταξη δικογράφου, για παράδειγμα, δεν διδάσκεται σε καμία νομική σχολή στην Ελλάδα, διότι θεωρείται πολύ πρακτικό πράγμα και ότι ξεφεύγει από τη στάθμη του επιπέδου που πρέπει να διδάσκεται η νομική ως επιστήμη, κι όχι ως πράξη. Αυτό όμως είναι ένα μεγάλο κενό, που αναγκάζει τον ασκούμενο να εξαρτάται από τον δικηγόρο και από την καλή διάθεση αυτού προς εκπαίδευση, στον οποίο θα πραγματοποιήσει την πρακτική του άσκηση. Επίσης, υπάρχει δυστυχώς και μεγάλη εκμετάλλευση των ασκούμενων, διότι οι τελευταίοι συχνά απασχολούνται σε γραφεία χωρίς ωράρια, χωρίς αντιμισθία και χωρίς ασφάλιση. Είναι μια θλιβερή κατάσταση του κλάδου μας. Εγώ είχα την τύχη να διεκδικήσω αξιοπρεπείς όρους κατά την άσκηση μου και είναι κάτι που τηρώ απαρέγκλιτα και για τους δικούς μου συνεργάτες, διότι δεν θέλω, αλλά ούτε και πρέπει να εργάζονται πέραν του οκτώωρου (9.00 – 17.00), θέλω να λαμβάνουν τουλάχιστον την προβλεπόμενη μηνιαία ελάχιστη αντιμισθία (δηλαδή, τον βασικό μισθό) και φυσικά, την πλήρη κοινωνικοασφαλιστική κάλυψη. Θεωρώ ότι αν και μπορεί να είναι δαπανηρό για ένα μικρό δικηγορικό γραφείο, πρέπει να υπάρχει αξιοπρέπεια προς τους νεότερους συναδέλφους. Καλές σχέσεις συναδελφικές και συνεργατικές δεν μπορούν να οικοδομηθούν, εάν δεν τηρούνται τα ελάχιστα που είναι αυτονόητα για όλα τα υπόλοιπα επαγγέλματα. Το γνωσιολογικό κενό, λοιπόν, προσωπικά το κάλυψα, αλλά καθυστέρησα έτσι για τη λήψη του πτυχίου μου, καθώς οι νομικές σχολές της Ελλάδας είναι εξαιρετικά απαιτητικές και απαιτούν πάρα πολύ διάβασμα και δυστυχώς, στα δικά

μου χρόνια και πράγματα που έπρεπε να μάθει κανείς απέξω (όπως απόψεις ορισμένων καθηγητών που θα έπρεπε να ακούγονται στις εξετάσεις, αυτό ασφαλώς είναι μια παθογένεια για τη νομική σχολή, η οποία πάνω απ' όλα πρέπει να καλλιεργεί την κριτική σκέψη). Γιατί αν δεν καλλιεργεί την κριτική σκέψη, δεν θα μπορεί να εκκολάψει νομικούς που θα αναζητούν τη λύση "πέρα από το κουτί" και που θα αναζητούν την πλήρωση του κενού του δικαίου με ευρηματικούς τρόπους. Η αποστήθιση και η προσκόλληση στην κρατούσα άποψη είναι αντιεπιστημονικές πρακτικές, που κάποτε μπορεί να είναι χρήσιμες στην δικηγορία, όπου μπορεί να χρειάζεται να υποστηρίξουμε κάτι που είναι πάγια νομολογία, ακόμα κι αν είναι αντίθετο στις προσωπικές μας θέσεις με σκοπό την επίτευξη ενός καλού δικαστηριακού αποτελέσματος. Αυτό όμως δεν πρέπει να γίνεται στο πανεπιστήμιο, να μιλάμε δηλαδή εκεί για απόψεις που δεν επιδέχονται κριτικής και δεύτερης σκέψης και διαλόγου. Για μένα, το βασικότερο απ' όλα είναι ο διάλογος μέσα σ' ένα πανεπιστήμιο. Γιατί μέσα από την ανταλλαγή απόψεων είναι που συνειδητοποιούμε καλύτερη τη νομική κατάσταση. Άρα, η σύμβουλή θα ήταν όσο μπορείτε και αν επιθυμείτε να γίνετε δικηγόροι ή δικαστές, να βρείτε δικηγορικά γραφεία που σας ελκύει το αντικείμενο τους. Κι αυτό είναι θέμα προτιμήσεων και δεν διδάσκεται σε καμία σχολή. Για παράδειγμα, όταν εγώ σπούδαζα νομικά, εκείνη τη δεκαετία του

1990 ήταν αρρύθμιστο το Διαδίκτυο και εγώ έψαχνα να βρω τα πρώτα βιβλία που υπήρχαν σχετικά μ' αυτό. Ήταν όμως ένα σημαντικό κέρδος για τη δικηγορία έπειτα, καθώς μπόρεσα να το προβάλλω ως μια ικανότητα δική μου, ανταγωνιστική που δεν την είχαν άλλοι συνάδελφοι. Το ίδιο και με τα ΛΟ-ΑΤΚΙ+ δικαιώματα, καθώς κι εκεί υπάρχουν μεγάλα κενά δικαίου και πόσα άλλα αντικείμενα, που είναι ένα προνόμιο για έναν νομικό να είναι ενήμερος, προκειμένου να αναγνωρίζεται ως ειδικός και να μπορεί ευκολότερα να κερδίσει μια θέση εργασίας, ακόμα και ως φοιτητής. Άρα, μη μενετέ στο ένα και μόνο πανεπιστημιακό σύγγραμμα, όσο κι αν είναι σκληρό το ότι θα σας στοιχίσει μια χαμηλότερη βαθμολογία, που τελικά μπορεί να κλείσει μερικές πόρτες και μεταπτυχιακά. Ωστόσο, κι αυτό είναι μια επιλογή. Η διεκδίκηση μιας καλύτερης βαθμολογίας είναι κατανοητή στο πλαίσιο επιδίωξης ακαδημαϊκής καριέρας, για παράδειγμα, ενδεχομένως και σε βάρος του να μην ανοίξει κανείς τους ορίζοντες του πέραν των διδακτέων στη σχολή. Να βρείτε αυτό που σας αρέσει, να μη βασιστείτε σε γνωριμίες, που μπορεί να προσφέρουν θέση, αλλά όχι την ευκαιρία να αναπτύξετε τον εαυτό σας εκεί που σας αρέσει. Και καλή τύχη, γιατί κι αυτή είναι ένας παράγοντας, όχι βέβαια με την έννοια της μοίρας, αλλά ως το στοιχείο του αγνώστου, στο οποίο δεν μπορούμε να έχουμε γνωσιακή πρόσβαση.



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

