

Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος

Μία προβληματική προσέγγιση του ποινικού δικαίου

Νίκος Ζένιου, Δικηγόρος, LLM (Merit) Criminal Law & Criminal Justice, The University of Edinburgh

Το παρόν άρθρο καταπιάνεται με το ισχύον νομικό πλαίσιο που διέπει τη ρύθμιση της συναίνεσης ως υπεράσπισης σε υποθέσεις συναίνετικής πρόκλησης σωματικής βλάβης, με έμφαση στο «body modification». Στην ανάλυση που ακολουθεί, διά της συγκριτικής θεώρησης της νομολογίας σε παρόμοιες περιπτώσεις και των συγκεκριμένων αναφορών στη νομολογιακή πρακτική και σκέψη, επιχειρείται η εξαγωγή του συμπεράσματος πως το ποινικό δίκαιο ακολουθεί μία προβληματική προσέγγιση στο θέμα αυτό, με αποτέλεσμα να απαιτούνται αλλαγές, προς βελτίωση και εξισορρόπηση της υφιστάμενης νομικής κατάστασης.

Πριν από 25, περίπου, χρόνια, το αγγλικό Δικαστήριο στη θεμελιώδη υπόθεση *R v Brown*^[1] καθιέρωσε τη γενική νομολογιακή αρχή, που ισχύει μέχρι και σήμερα, σύμφωνα με την οποία, οποιοδήποτε πρόσωπο προβαίνει στη διενέργεια πράξεων που προκαλούν πραγματική ή μεγαλύτερης μορφής, σωματική βλάβη, σε άλλο πρόσωπο, μετά από συναίνεση του τελευταίου, είναι παράνομη και η συναίνεση αυτή δεν προσφέρει υπεράσπιση στον Κατηγορούμενο, εκτός κι αν η συναίνετική πράξη που οδηγεί στην πρόκληση της ζημιάς εμπίπτει σε εκείνες τις Κατηγορίες των πράξεων που εξυπηρετούν το «δημόσιο συμφέρον» και βασιίζεται σε «καλό λόγο»^[2]. Σε τέτοια περίπτωση, αποτελεί εξαίρεση της γενικής αρχής και, συνεπώς, η συναίνεση που εδόθη λειτουργεί ως υπεράσπιση προς όφελος του Κατηγορουμένου. Στην κατηγορία των εν λόγω εξαιρέσεων, εμπίπτουν, inter alia, τα τατουάζ, το piercing,

οι εγχειρήσεις, αισθητικές και μη, τα αθλήματα, όπως η πυγμαχία και το «horseplay»^[3]. Μολονότι η *Brown* απεφάνθη επί ενός πρωτοφανούς, για τα δεδομένα της εποχής εκείνης, ζητήματος, δηλαδή του σαδομαζοχισμού, εντούτοις, μέχρι και το 2018, ήταν άγνωστη προς τη δικαστική πραγματικότητα μία άλλη πτυχή της συναίνεσης ως υπεράσπισης σε πράξεις που προκαλούν ζημιά, ήτοι η περίπτωση του «body modification»^[4]. Γενικότερα, το «body modification» αποτελεί μία μορφή υπηρεσίας^[5], που παρέχεται ολοένα και περισσότερο από piercing και tattoo artists^[6] και περιλαμβάνει τη διενέργεια πολυάριθμων πράξεων στο σώμα ενός ανθρώπου, όπως τον διαχωρισμό της γλώσσας στα δύο για να μοιάζει με ερπετού, τη χάραξη ή αφαίρεση στρωμάτων του δέρματος με ποικίλα εργαλεία, όπως νυστεριού, για τη δημιουργία σχεδίου («scarification») κι άλλες παρεμφερείς ενέργειες^[7]. Ωστόσο, θρυαλλίδα για τη μεταβολή της κατάστασης αποτέλεσε, το έτος

«οποιοδήποτε πρόσωπο προβαίνει στη διενέργεια πράξεων που προκαλούν πραγματική ή μεγαλύτερης μορφής, σωματική βλάβη, σε άλλο πρόσωπο, μετά από συναίνεση του τελευταίου, είναι παράνομη»

[1] [1993] 97 Cr. App. R. 44.

[2] Marianne Giles, “R v. Brown: Consensual Harm and the Public Interest” (1994) 57 (1) *The Modern Law Review*, σελ. 106; R v Coney (1882) 8 QBD 534; R v Donovan [1934] 2 KB 498.

[3] Rachel Clement, “Consent to Body Modification in Criminal Law” (2018) 77 (3) *Cambridge Law Journal*, σελ.451.

[4] Για σκοπούς αναφορών, θα χρησιμοποιείται η διεθνής ορολογία «body modification», αντί η αντίστοιχη ελληνική.

[5] Σημειώνεται, ότι δεν υπάρχει νομολογιακός ορισμός για το «body modification». Επομένως, η εξήγηση του όρου βασιίζεται στο πως ελλαμβάνεται από τους tattoo και piercing artists.

[6] Samantha Pegg, “The New Tattoo: Is body branding legal?” (2015) *The Conversation* (28 Ιουλίου 2015).

[7] Samantha Pegg, “Not so clear cut: The Lawfulness of Body Modifications” (2019) 7 *Criminal Law Review*, σελ. 579.

Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος

2018, η υπόθεση *R v BM*^[8]. Στην υπόθεση αυτή, στον Κατηγορούμενο, ο οποίος επαγγελλόταν tattoo και piercing artist, αποδιδόταν Κατηγορίες επίθεσης προκαλούσας βαριά σωματική βλάβη στους πελάτες του, κατά την επενέργεια στο σώμα τους, συμφώνως προς τη δική τους ελεύθερη συναίνεση. Οι εν λόγω επενέργειες, διεπράχθησαν σε τρεις διαφορετικές περιπτώσεις και άπτονταν της αφαίρεσης θηλής, ώτων και διαχωρισμού γλώσσας πελατών, για να προσομοιάζει με ερπετού. Το Δικαστήριο, υιοθετώντας απαρεγγλίτως τις αρχές της *Brown* και θεωρώντας πως οι πράξεις αυτές δεν εμπίπτουν σε καμία από τις θεσμοθετημένες εξαιρέσεις που εξυπηρετούν το «δημόσιο συμφέρον» και δεν βασίζονται σε «καλό λόγο», προέβη σε εύρημα ενοχής του Κατηγορουμένου, απορρίπτοντας την υπεράσπιση της συναίνεσης των πελατών του, παρά το ότι δεν αμφισβητήθηκε, κατά τη διάρκεια της δίκης, πως πράγματι υπήρχε. Το δικαστικό αποτέλεσμα της υπόθεσης *BM* πυροδότησε έναν ενδιαφέροντα νομικό διαζυγισμό, αναφορικά με τη νομική ορθότητα των επιχειρημάτων που προωθήθηκαν από το Δικαστήριο, προς τεκμηρίωση της καταδικαστικής του απόφασης.

Επί τη βάση αυτή, το παρόν άρθρο, προκειμένου να καταδείξει τον εσφαλμένο χαρακτήρα του διαμορφωθέντος νομικού πλαισίου, προβαίνει στην ανάδειξη συγκεκριμένων προβληματικών, που αναδύονται από το σκεπτικό της εν λόγω απόφασης, αλλά και στην παράθεση επιχειρημάτων, που συνηγορούν υπέρ της θέσης αυτής. Πρώτον, καταγράφεται μία συγκριτική επισκόπηση της νομολογίας, που αφορά την έγερση παρόμοιων νομικών ζητημάτων και τη διαφορετική δικαστική κατάληξη που παρατηρείται. Μέσω αυτής, επιδιώκεται να υπογραμμιστούν οι αρνητικές συνέπειες που προάγονται, όπως η ανακολούθια και αβεβαιότητα που διέπουν το ποινικό δικαιο σε αυτήν την περίπτωση και η συνεπακόλουθη καταστρατήγηση της αρχής της νομιμότητας και της αρχής που απαιτεί την ισότητα των πολιτών ενώπιον του νόμου. Δεύτερον, επισημαίνονται οι προβληματισμοί, οι οποίοι αφορούν την ανεπαρκή αιτιολόγηση που προβάλλεται για τη συμπερίληψη μίας πράξης στις θεσμοθετημένες εξαιρέσεις της

γενικής αρχής της *Brown*, ως τέτοιας που ικανοποιεί το κριτήριο του «δημοσίου συμφέροντος», αλλά και τον αόριστο χαρακτήρα του κριτηρίου αυτού. Τρίτον, τονίζεται η εσφαλμένη ροπή του ισχύοντος δικαίου προς την υιοθέτηση του νομικού πατερναλισμού, το ενδεχόμενο χρήσης της ηθικής, μέσω αυτού, ως βάσης ποινικοποίησης και την τάση θεμελίωσης αντιλήψεων πως πράξεις όπως το «*body modification*» κατακερματίζουν, ως εκ της φύσης τους, την έννοια της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Εν συνεχεία, υπό το φως των προαναφερθέντων προβληματισμών, παρατίθενται κριτικές εισηγήσεις, διά των οποίων προτείνεται η διαφοροποίηση του δικαστικού σκεπτικού, μέσω της εστίασης σε συγκεκριμένα στοιχεία εκάστης υπόθεσης, αντί στην προσκόλληση στις υφιστάμενες κατηγορίες του «δημοσίου συμφέροντος», με σκοπό να υπάρξει μία ουσιαστικότερη προστασία της αυτονομίας των ανθρώπων και του δικαιότερου χαρακτήρα της ποινικής διαδικασίας. Τέλος, το παρόν άρθρο ολοκληρώνεται με την εξαγωγή ενός συμπεράσματος επί του θέματος, που υπερθεματίζει το εσφαλμένο της προσέγγισης του ποινικού δικαίου στις υποθέσεις αυτές και την επιτακτική ανάγκη εφαρμογής των προτεινόμενων εισηγήσεων.

1. Υπεράσπιση της συναίνεσης και νομολογία: Η ανακολούθια και αβεβαιότητα του Ποινικού Δικαίου

Ο πρώτος παράγοντας που καταδεικνύει αυτήν ακριβώς την ανακολούθια και αβεβαιότητα, έγκειται στο ότι σε κάποιες υποθέσεις το Δικαστήριο αναγνωρίζει και προστατεύει την προσωπική ελευθερία και αυτονομία των συμμετεχόντων, ενώ, σε κάποιες άλλες, αποφασίζει να μην προσδώσει βαρύτητα, δίχως την παράθεση πειστικών επιχειρημάτων προς τούτο. Η θεώρηση αυτή επιβεβαιώνεται, εάν συγκρίνει κανείς τον διαφορετικό τρόπο σκέψης που ακολούθησε το Δικαστήριο στην υπόθεση *BM* και στην *R v. Wilson*^[9], στην οποία ο Κατηγορούμενος, σύζυγος της συναινούσας, που αποτύπωσε στα οπίσθιά της συγκεκριμένο σχέδιο, με ένα πολύ καυτό αντικείμενο («*branding*»), απηλλάγη από τις Κατηγορίες, επειδή εκείνη συναίνεσε στις πράξεις

« Το Δικαστήριο, υιοθετώντας απαρεγγλίτως τις αρχές της *Brown* και θεωρώντας πως οι πράξεις αυτές δεν εμπίπτουν σε καμία από τις θεσμοθετημένες εξαιρέσεις που εξυπηρετούν το «δημόσιο συμφέρον» και δεν βασίζονται σε «καλό λόγο» (...) »

[8] [2018] EWCA Crim. 560.

[9] [1996] Crim LR 573.

Ποινικό Δίκαιο

του. Στην υπόθεση αυτή, η συναίνεση της συζύγου του Κατηγορουμένου εκλήφθηκε κι ερμηνεύθηκε ως μία πτυχή της προσωπικής της ελευθερίας, που χαρακτήριζε την πράξη του Κατηγορουμένου συζύγου της ως «*personal piece of personal adornments*».^[10] Εκ διαμέτρου αντίθετο ήταν το σκεπτικό του στην *BM* και *Brown*, καθότι το Δικαστήριο επέλεξε να παραμείνει προσηλωμένο σε εκείνη την οπτική, που του υπαγόρευε ότι οι Κατηγορούμενοι επιτίθενται στους συμμετέχοντες, χωρίς να λαμβάνεται υπόψιν, στο βαθμό της *Wilson*, πως οι τελευταίοι δεν ένιωθαν θύματα επίθεσης, αφού κι εκεί υπήρχε η συναίνεσή τους, αλλά εξασκούσαν την προσωπική τους ελευθερία^[11], προς τέρψη των επιθυμιών τους.

Προσέτι, σχετικό σημείο με την προσωπική ελευθερία και αυτονομία εκάστου ατόμου, στο πλαίσιο, πάντοτε, της ανακολουθίας, αποτελεί η ιδιωτικότητα και η δυσμενής διάκριση των Κατηγορουμένων κατά την εφαρμογή του στοιχείου αυτού από το Δικαστήριο. Στην *Wilson*, η δικαστική επιταγή επικεντρώθηκε και στο κομμάτι της ιδιωτικότητας, προβαίνοντας, μάλιστα, και σε ιδιαίτερη μνεία, αφού κατέδειξε πως το «*branding*» ήταν νόμιμο, καθώς διενεργήθηκε μεταξύ ενός συζυγικού ζευγαριού, εντός του ιδιωτικού χώρου του σπιτιού τους και, συνεπώς, το ποινικό δίκαιο δεν δύναται να εκτείνεται σε παρεμβάσεις και ρυθμίσεις τέτοιων πράξεων, που λαμβάνουν χώρα σε μία ιδιωτική, συζυγική κρεβατοκάμαρα. Τουναντίον, στην *BM*, που οι πράξεις του «*body modification*» διενεργήθηκαν σε επαγγελματικό studio και όχι σε κάποιο δημόσιο χώρο, το Δικαστήριο δεν σχολίασε, αλλά ούτε και επεδίωξε να εξετάσει το ζήτημα της ιδιωτικότητας, όπως έπραξε στη *Wilson*. Ως άμεση απόρροια, η ουσιαστική διαφορά που προκύπτει εδώ, δεν υπερθεματίζει μόνον την ανακολουθία της νομολογίας, που διαφαίνεται πως ενεργεί κατά το δοκούν, διακρίνοντας τους Κατηγορουμένους, άλλοτε αναγνωρίζοντας κι άλλοτε παραγνωρίζοντας το στοιχείο

της ιδιωτικότητας, αλλά πολύ περισσότερο αφήνει το ποινικό δίκαιο σε μία μετέωρη κι αβέβαιη κατάσταση, αναφορικά με το τι θα ελαμβάνεται ως ιδιωτικός χώρος σε μελλοντικές υποθέσεις και αν, τελικά, θα λαμβάνεται υπόψιν, επηρεάζοντας ουσιαστικά την δυνατότητα ενός προσώπου να μπορεί να προβλέψει τις νομικές συνέπειες των πράξεών του^[12]. Επιπροσθέτως, κατά την κρίση του γράφοντος, δυσκολία πρόβλεψης του αξιόποινου της πράξης, φαίνεται πως υπάρχει και σχετικά με το ποια θα είναι η ποινική αντιμετώπιση και αν θα υπάρχει διαφοροποίηση του δικαίου, ενός tattoo και piercing artist^[13], ο οποίος είναι νυμφευμένος/παντρεμένος και ενεργεί με τον τρόπο αυτό στη/στο σύζυγό του, σε μία περίπτωση σε επαγγελματικό studio, ενώ σε μία άλλη στην κρεβατοκάμαρα του σπιτιού του. Βέβαια, σε περίπτωση που ακολουθηθεί η προσέγγιση της *Wilson* σε νυμφευμένο/παντρεμένο tattoo και piercing artist, οδηγώντας τον σε αθώωση με το ίδιο αιτιολογικό σκεπτικό, θα ανακύψουν κι εύλογα ερωτήματα, ως προς το λόγο που η οικογενειακή κατάσταση αίρει το αξιόποινο της πράξης, διακρίνοντας, κατ'αυτόν τον τρόπο, Κατηγορουμένους που διαπράττουν τις ίδιες ακριβώς ενέργειες. Επί τη βάση των πιο πάνω, θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως, εάν το στοιχείο της ιδιωτικότητας χρησιμοποιείται ως επιχείρημα που δικαιολογεί τις πράξεις αυτές, όπως στη *Wilson*, τότε θα πρέπει να εφαρμοστεί και να τύχει σεβασμού και σε όλες τις άλλες παρόμοιες υποθέσεις, που περιλαμβάνουν ίδιες πράξεις, χωρίς να προσμετρά το αν οι εμπλεκόμενοι έχουν συζυγική σχέση ή, εν τη απουσία τέτοιας σχέσης, ενεργούν επαγγελματικά^[14], καθότι η εφαρμογή του δικαίου οφείλει να είναι ίση προς όλους τους πολίτες^[15]. Ένας ακόμη παράγοντας, που συμβάλλει στην προώθηση της αβεβαιότητας του δικαίου, εντοπίζεται και στην απουσία νομολογικού προσδιορισμού, αναφορικά με το ακριβές περιεχόμενο του «*body modification*».

«θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως, εάν το στοιχείο της ιδιωτικότητας χρησιμοποιείται ως επιχείρημα που δικαιολογεί τις πράξεις αυτές, όπως στη *Wilson*, τότε θα πρέπει να εφαρμοστεί και να τύχει σεβασμού και σε όλες τις άλλες παρόμοιες υποθέσεις»

[10] Andrew Beetham, “Body Modification: A Case of Modern Maiming?: R v BM [2018] EWCA Crim 560; [2018] WRL (D) 187” (2018) 82 (3) *The Journal of Criminal Law*, σελ. 207.

[11] Βλ. σημείωση 10.

[12] Βλ. σημείωση 4, σελ. 454.

[13] Για σκοπούς αναφοράς και μόνον, η έννοια του tattoo και piercing artist καταγράφεται με το γένος του αρσενικού.

[14] William Wilson, “Consenting to a Personal Injury” στο Alan Reed et al. (eds), *Consent: Domestic and Comparative Perspectives* (Routledge 2017), σελ. 78.

[15] Karen Steyn, “Consistency – A principle of Public Law?” (1997) 2 (1) *Judicial Review*, σελ.22.

Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος

Στην *Wilson*, το Δικαστήριο προέβη στην εσφαλμένη θεώρηση, ότι η μέθοδος του «branding» προσομοίαζε με αυτή του τατουάζ,^[16] παρά το γεγονός πως δεν υπάρχει ομοιότητα μεταξύ τους, ένεκα των ουσιωδών διαφορών ως προς τη φύση τους. Οι διαφορές αυτές προσδίδουν μία άλλη διάσταση στην πρακτική του «branding» προσδιορίζοντάς το, όπως η Pegg καταγράφει, «rather than the cosmetic piercing of the skins»^[17], ως τη δημιουργία ουλών, διά της χρήσεως καυτών εργαλείων, αντί βελόνας, που προκαλεί, μερικές φορές, σοβαρές ζημιές, λόγω των εγκαυμάτων^[18]. Κατά συνέπεια, η απουσία νομολογιακού προσδιορισμού για το ακριβές περιεχόμενο του «body modification», μετά την *BM*, οδηγεί αναπόδραστα στη σκέψη, ότι οι πολίτες δεν μπορούν να γνωρίζουν αν το «branding» ή άλλες παρόμοιες με αυτό πρακτικές όπως το «scarification»^[19], θα θεωρηθούν ως εμπίπτουσες στην κατηγορία του τατουάζ χωρίς να επιφέρουν ποινικές συνέπειες ή αν θα ελληφθούν από το Δικαστήριο ως «body modification» και, ως εκ τούτου, θα αντιμετωπίζονται ως ποινικά κολάσιμες^[20].

Επιπλέον, οι σκέψεις περί ανακολουθίας κι αβεβαιότητας που παράγονται από τις νομολογιακές κρίσεις, ενισχύονται περισσότερο, εάν αναλογιστεί κανείς και τις αποκλίνουσες δικαστηριακές θέσεις κι ανησυχίες για την υγεία των συμμετεχόντων. Στην *BM*, προσέγγισαν το κεφάλαιο της υγείας των εμπλεκομένων με διττό τρόπο. Αφενός, εξέτασαν και ανέλυσαν εμβριθώς ζητήματα που αφορούσαν την επάρκεια των προσωπικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του Κατηγορουμένου, όπως το επαρκές ή όχι της εκπαίδευσής και της πείρας του προς τη διενέργεια των ανωτέρω πράξεων, όπως επίσης και το κατά πόσο ο περιβάλλον χώρος, εντός του οποίου ενήργησε, αλλά και τα εργαλεία ήταν επαρκώς αποστειρωμένα για να διασφαλίσουν την υγεία των πελατών του.

Αφετέρου, επικεντρώθηκαν στη σοβαρότητα των σωματικών ζημιών που απορρέουν από αυτές τις μεθόδους. Όμως, στην *Wilson*, τα ζητήματα αυτά δεν απασχόλησαν το Δικαστήριο, το οποίο δεν τα εξέτασε, αλλά ούτε και επεσήμανε ότι ο εκεί Κατηγορούμενος που διέπραξε το «branding» αποστερούνταν της οποιασδήποτε επαγγελματικής εμπειρίας και ιδιότητας, αφού δεν ήταν tattoo και piercing artist.^[21] Άρα, υπάρχει αδιαμφισβήτητα μία καταφανής ασάφεια, ως προς το ποια στοιχεία θα λάβει υπόψιν του το Δικαστήριο σε μελλοντικές υποθέσεις. Δηλαδή, προκύπτει ένα λογικό ερώτημα, για το αν θα ακολουθήσει την προσέγγιση της *BM*, εξετάζοντας και τους παράγοντες που συνθέτουν τη διενέργεια των πράξεων, όπως την πείρα εκάστου Κατηγορουμένου και το αποστειρωμένο περιβάλλον κι εργαλεία ή θα ασχοληθεί αποκλειστικά και περιοριστικά μόνο με το ενδεχόμενο επικινδυνότητας των πράξεων, όπως στη *Wilson*.^[22]

Πάντως, στο πλαίσιο της υγείας των συμμετεχόντων, πρέπει να τονιστεί κι ακόμη ένα σημείο, που καταδεικνύει την αντιφατικότητα της δικαστικής προσέγγισης. Στην *BM*, το Δικαστήριο αποφάσισε ότι το «body modification» προσομοίαζε περισσότερο με τις εγχειρήσεις παρά με το τατουάζ, αλλά, συγχρόνως, δεν δύνάτο να ενταχθεί σε αυτή την Κατηγορία της εξαίρεσης, διότι εξέλειπε το στοιχείο της ιατρικής αναγκαιότητας.^[23] Ωστόσο, το εν λόγω επιχείρημα στερείται πειστικού υποβάθρου και αυτό, γιατί υπάρχουν πολυάριθμες πρακτικές, που δεν απαιτούν την ιατρική αναγκαιότητα, αλλά επιτρέπονται, καθιστώντας τη συναίνεση ως υπεράσπιση του Κατηγορουμένου. Ένα από τα πιο χαρακτηριστικά παραδείγματα, πέραν των αισθητικών εγχειρήσεων σε κάποιες περιπτώσεις, αποτελεί η πε-

«το ‘body modification’ προσομοίαζε περισσότερο με τις εγχειρήσεις παρά με το τατουάζ»

[16] Alan Davenport, “Assault and Consent” (1996) 60 (3) *Journal of Criminal Law*, σελ. 292-293.

[17] Samantha Pegg, “Body Branding: Should the Police Be Snooping on our Skin?” *The Independent* (28 Ιουλίου 2015).

[18] Raza Shahzad et al., “Adverse Clinical Sequelae after Skin Branding: A Case Series” (2009) 3 (1) *Journal of Medical Case Reports*, σελ. 25.

[19] Vincent Gabriel et al., “Response of Human Skin to Esthetic Scarification” (2014) 40 (7) *Burns*, σελ.1338.

[20] Βλ. σημείωση 12.

[21] Βλ. Σημείωση 10, σελ. 208.

[22] Karl Laird, Dilys Tausz “Wounding with intent to do grievous bodily harm- appellant tattoo artist modifying bodies with consent of customers- whether consent to procedures providing defence (United Kingdom)” (2018) 10 *Criminal Law Review*, σελ. 849.

[23] Βλ. Σημείωση 4, σελ. 452.

Ποινικό Δίκαιο

ριτομή, που επιβάλλεται για ηθικούς και θρησκευτικούς λόγους,^[24] ακόμα και σε ανήλικα παιδιά^[25], που θεωρούνται ευάλωτα.^[26] Συνεπώς, αναφύεται ακόμη ένα ερώτημα, σχετικά με το πώς ερμηνεύεται η έννοια της κατηγορίας της εγγείρωσης και αν η ιατρική αναγκαιότητα διαδραματίζει τον οποιονδήποτε ουσιώδη ρόλο, για την ένταξη μίας πράξης σε αυτήν, που θα οδηγήσει στο διαθέσιμο της συναίνεσης ως υπεράσπισης του Κατηγορουμένου.

Νωρίτερα, επισημάνθηκε πως και στη ΒΜ το Δικαστήριο ανέλυσε τη σοβαρότητα των ζημιών που προκαλεί το «*body modification*», ως έναν από τους αποτρεπτικούς παράγοντες ένταξης του στις εξαιρέσεις. Πράγματι, το απαύγασμα της νομολογίας καθορίζει πως οτιδήποτε προκαλεί πραγματική σωματική ζημιά, ήτοι κάτι «*more than transient or trifling*»^[27] ή ζημιά σοβαρότερης μορφής^[28], η συναίνεση δεν θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψιν, για σκοπούς υπεράσπισης. Μάλιστα, κάποιοι θεωρητικοί υπερθεματίζουν αυτή τη θέση και υποστηρίζουν πως η ύπαρξη της συναίνεσης θα πρέπει να εξακολουθεί να μην προσφέρει υπεράσπιση, όταν η ζημιά είναι τέτοιας ισχύος, που την καθιστά μη αναστρέψιμη.^[29] Παρόλα αυτά, πρόκειται και πάλι για μία προσέγγιση που δεν ανταποκρίνεται σε διαμορφωμένες νομολογιακές αρχές, παρόμοιων περιπτώσεων. Συγκεκριμένα, στην υπόθεση *R v Konzani*,^[30] το Δικαστήριο έκρινε πως όταν τα θύματα πληροφορούνται, πριν τη σεξουαλική δραστηριότητα, ότι ο σεξουαλικός τους σύντροφος είναι φορέας του HIV και, μολαταύτα, συναινούν στη σεξουαλική πράξη μαζί του, σε περίπτωση που τους μεταδοθεί, η συναίνεση που έδωσαν αποτελεί υπεράσπιση του Κατηγορουμένου. Παρομοίως, στην υπόθεση *R v Dica*,^[31] το Δικαστήριο απεφάνθη

πως η συναίνεση σε σεξουαλική δραστηριότητα, χωρίς προφυλάξεις, οδηγεί αναπόφευκτα στο ότι οι συμμετέχοντες αποδέχονται τους κινδύνους να τους μεταδοθεί HIV και, επομένως, αυτή τους η συναίνεση αποτελεί και σε αυτή την περίπτωση, υπεράσπιση του Κατηγορουμένου. Εδώ, παρατηρείται το εξής. Από τη μία πλευρά, το ποινικό δίκαιο επεμβαίνει και εξοβελίζει τη συναίνεση των συμμετεχόντων ως υπεράσπιση του Κατηγορουμένου σε πράξεις που τους προκαλούν πραγματική ή βαριά σωματική βλάβη, όπως στη ΒΜ, ενώ, από την άλλη πλευρά, επιτρέπει την υπεράσπιση σε περιπτώσεις σοβαρών και μη αναστρέψιμων ζημιών/ασθενειών, που ενέχουν και το ενδεχόμενο του θανάτου, όπως στις *Kozani* και *Dica*. Άρα, δεν δύναται να καταστεί πλήρως αντιληπτό το εάν, σε τελική ανάλυση, το ζημιογόνο της πράξης αποτελεί κύριο παράγοντα ή όχι, που θα καθορίσει τη δυνατότητα προσφοράς της υπεράσπισης της συναίνεσης.

Στο σημείο αυτό, πρέπει να γίνουν οι εξής κριτικές επισημάνσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν παρατεθεί μέχρι στιγμής. Κατά την κριτική σκέψη του γράφοντος, μπορεί να διαφανεί πως, με έναυσμα αυτού του είδους τις υποθέσεις που τίθενται ενώπιον του Δικαστηρίου, αντί να επιδιώκεται ο καθορισμός και θεμελίωση ξεκάθαρων αρχών και προσεγγίσεων, με σαφές και συνεκτικό περιεχόμενο, ως απαιτεί ο τομέας του ποινικού δικαίου,^[32] που θα μπορούσαν, δυνητικά, να τροφοδοτήσουν τους πολίτες με συγκεκριμένες κατευθυντήριες γραμμές και οδηγίες,^[33] υπερισχύει η ανισότητα μεταξύ των Κατηγορουμένων, γεγονός που, αναπόφευκτα, δημιουργεί προσοδofόρο έδαφος για την ανάπτυξη μίας διακριτικής κι άδικης ποινικής τους μεταχείρισης.^[34]

«δεν δύναται να καταστεί πλήρως αντιληπτό το εάν, σε τελική ανάλυση, το ζημιογόνο της πράξης αποτελεί κύριο παράγοντα ή όχι.»

[24] Abdul Gatrad et al., “Religious Circumcision and the Human Rights Act” (2002) 86 (2) BMJ Publishing Group Ltd and Royal College of Paediatrics and Child Health Archives of Disease in Childhood, σελ. 77.

[25] Mohammed Saqib Anwar et al., “Circumcision: A Religious Obligation or “The Cruellest of Cuts?”” (2010) 60 (570) The British Journal of General Practice: The Journal of the Royal College of General Practitioners, σελ. 60.

[26] Catherine Ross, “From Vulnerability to Voice: Appointing Counsel for Children in Civil Litigation” (1996) 64 (4) Fordham Law Review, σελ. 1571.

[27] *R v. Miller* [1954] 2 QB 282.

[28] *DPP v. Smith* [1961] AC 290; *R v Cunningham* [1982] AC 566.

[29] Daniel Bansal, “Bodily Modifications and the Criminal Law” (2018) 82 (6) The Journal of Criminal Law, σελ. 497.

[30] [2005] EWCA Crim. 706.

[31] [2004] 3 ALL ER 593.

[32] Cass Sunstein et al., “Predictably Incoherent Judgments” (2002) 54 Stanford Law Review, σελ. 1154.

[33] Henry Hart, “The Aims of Criminal Law” (1958) 23 (3) Law and Contemporary Problems, σελ. 403.

[34] Andrew Ashworth, “Four Techniques for Reducing Sentence Disparity” στο Andrew Von Hirsch και

Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος

Πέραν τούτου, οι δικαστικές σκέψεις που περιεγράφησαν φαίνεται πως διαμόρφωσαν έναν αβέβαιο και απρόβλεπτο χαρακτήρα του δικαίου, υπό την έννοια ότι οι πολίτες δεν είναι σε θέση να γνωρίζουν, προτού ενεργήσουν, τις συνέπειες των πράξεών τους,^[35] προκειμένου να διαμορφώσουν και οριοθετήσουν τη συμπεριφορά τους εντός των καθορισμένων νομίμων ορίων.^[36] Δεν θα πρέπει να λησμονείται, πως πρόκειται για ένα σημείο ζωτικής σημασίας, καθότι η πρότερη γνώση των συνεπειών μιας πράξης αποτελεί κατοχυρωμένο δικαίωμα των πολιτών,^[37] η καταστρατήγηση του οποίου επιδρά καταλυτικά, περιορίζοντας την αρχή της νομιμότητας,^[38] αφού, ελλοχεύει ο κίνδυνος της σύλληψής τους, δίχως να γνωρίζουν επακριβώς τους λόγους αυτής και το μεμπτό της συμπεριφοράς τους.

Συνακόλουθα, το νομικό πλαίσιο γίνεται σύνθετο, δεδομένου ότι οι πιο πάνω αποφάσεις σε παρόμοια ζητήματα, στηρίζονται σε διαφορετικές οπτικές τις περισσότερες φορές.^[39] Αναπόφευκτα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως και η αρχή που ανέπτυξε ο Dicey, ότι όλοι είναι ίσοι ενώπιον του νόμου,^[40] δεν τηρείται απαρέγκλιτα, λόγω της διαφορετικής μεταχείρισης των Κατηγορουμένων που παρατηρείται. Βέβαια, η επικρατούσα συνθήκη ενδεχομένως να επιφέρει επιπτώσεις και στο σύστημα της ποινικής δικαιοσύνης συλλήβδην, κατακερματίζοντας την εμπιστοσύνη των πολιτών στους νόμους^[41], με ό,τι αυτό συνεπάγεται για τις δυσκολίες που δημιουργούνται, ως προς τη ρύθμιση της ποινικά κολάσιμης

συμπεριφοράς^[42], εν τη απουσία της εμπιστοσύνης αυτής.

2. Η προβληματική του δημοσίου συμφέροντος

Ακόμη ένας σημαντικός προβληματισμός, σχετίζεται με τη διευρυμένη χρήση του «*δημοσίου συμφέροντος*», ως κριτηρίου ένταξης μιας πράξης στις εξαιρέσεις^[43]. Σε αυτό το πλαίσιο, δεν θα ήταν εσφαλμένο να προβληθεί η θέση, πως η έννοια «*δημόσιο συμφέρον*» είναι, νομικά, εξαιρετικά αόριστη κι ευρεία,^[44] χωρίς να υπάρχει ειδική νομολογιακή καθοδήγηση ως προς το περιεχόμενο και όριά της^[45], με αποτέλεσμα, κάποιες φορές, η Κατηγοριοποίηση που ισχύει να έχει χαρακτηριστεί από ορισμένους θεωρητικούς ως «*cursorry and, at times, illogical*».^[46]

Πράγματι, υπάρχουν αναπάντητα ερωτήματα για την λογική διεργασία που ακολουθείται και οδηγεί στην ικανοποίηση του κριτηρίου του «*δημοσίου συμφέροντος*», αφού και τα Δικαστήρια, στις πιο πάνω αποφάσεις, δεν εξήγησαν το οτιδήποτε σχετικό περί αυτού, ακόμα και στις περιπτώσεις, σύμφωνα με την Tolmie, που η πράξη που απαγορεύτηκε δεν ήταν τόσο σοβαρή όσο εκείνες που επιτρέπονται^[47]. Υπό τούτο το πρίσμα, κατά την κρίση του γράφοντος, μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι αποφάσεις κατηγοριοποίησης των πράξεων, συμφώνως προς το «*δημόσιο συμφέρον*», προέρχεται από γενικές αντιλήψεις και απόψεις, οι οποίες διέπονται από άκρατη υποκειμενικότητα ως προς το τι θεωρείται φυσιολογικό και

Andrew Ashworth (eds), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy* (2^η εκδ, Hart Publishing 1998), σελ. 227, 236.

[35] Tom Baker et al., “The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach” (2004) 89 (2) Iowa Law Review, σελ. 479.

[36] Ben Emerson et al., *Human Rights and Criminal Justice* (3^η εκδ, Sweet & Maxwell 2012), σελ. 115.

[37] Silver v. United Kingdom (1983) 5 EHRR 347; Sunday Times v. United Kingdom [1979] 2 EHRR 245.

[38] Justice Mary Arden, “Criminal Law at the Crossroads: The Impact of Human Rights from the Law Commission’s Perspective and the Need for a Code” (1999) Criminal Law Review, σελ. 439.

[39] Peter Schuck, “Legal Complexity: Some Causes, Consequences and Cures” (1992) 42 (1) Duke Law Journal, σελ. 3.

[40] Albert Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8^η εκδ, MacMillan, 1915), σελ. 120.

[41] North Wiltshire District Council v. Secretary of State for the Environment [1992] 3 PLR 113.

[42] Gary Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach” (1968) 76 (2) Journal of Political Economy, σελ. 177.

[43] David Ormerod και Karl Laird, Smith, Hogan and Ormerod’s *Criminal Law* (15^η εκδ, Oxford University Press 2018), σελ. 667.

[44] Hamilton Walton, “Affectation with Public Interest” (1930) 39 Yale Law Journal, σελ. 1100.

[45] Erwin Krasnow και Jack Goodman, “The Public Interest Standard: The Search for the Holy Grail” (1998) 50 (3) Federal Communications Law Journal, σελ. 606.

[46] David Kell, “Social Disutility and the Law of Consent” (1994) 14 (1) Oxford Journal of Legal Studies, σελ. 121.

[47] Julia Tolmie, “Consent to Harmful Assaults: The Case for Moving Away from Category Based Decision Making” (2012) 9 Criminal Law Review, σελ. 662.

« υπάρχουν αναπάντητα ερωτήματα για την λογική διεργασία που ακολουθείται και οδηγεί στην ικανοποίηση του κριτηρίου του «δημοσίου συμφέροντος» »

Ποινικό Δίκαιο

τι όχι.^[48] Εξάλλου, όπως εύστοχα επισημαίνει και ο Jeremy Horder, κάποιες πράξεις τυγχάνουν ενδεχομένως της «*judicial disgust...compared with the view that the armed forces consist of decent people*»^[49]. Στην προκειμένη περίπτωση, ίσως το Δικαστήριο να θεώρησε το «*branding*» μίας ετεροφυλοφιλικής σεξουαλικής σχέσης και την πυγμαχία, παρά τις ζημιογόνες τους επιπτώσεις, ως φυσιολογικές, ανταποκρινόμενες στο «*δημόσιο συμφέρον*» και το «*body modification*» ως παράλογη. Η σκέψη αυτή επιρρωνύεται κι από το αν αναλογιστεί κανείς πως στην ΒΜ το Δικαστήριο επανειλημμένως ανέφερε πως σημαντικός αριθμός ανθρώπων, αν όχι όλοι, που καταφεύγουν σε τέτοιες μεθόδους, ενδεχομένως αντιμετωπίζουν ψυχιατρικές διαταραχές^[50]. Ωστόσο, η δικαστική κρίση επεκτάθηκε και αφέθηκε σε μία γενική αντίληψη ή πεποίθηση περί ανθρώπων, θεωρώντας ότι ισχύει αόριστα, δίχως να περιοριστεί στα επίδικα ζητήματα και στο κατά πόσο οι συγκεκριμένοι πελάτες, στη συγκεκριμένη υπόθεση, αντιμετώπιζαν το οποιοδήποτε τέτοιο πρόβλημα.

Περαιτέρω, κάποιοι θεωρητικοί υποστηρίζουν πως η κατηγοριοποίηση στη βάση του «*δημοσίου συμφέροντος*», δημιουργεί έναν συγκεκριμένο τρόπο λήψης απόφασης για την ικανοποίησή του, γνωστό στην αγγλική βιβλιογραφία ως «*social utility model*», που υπογορεύει πως, όταν η ζημιά φτάσει στο επίπεδο της πραγματικής σωματικής ζημιάς ή περισσότερο, τότε εναπόκειται στην υπεράσπιση να καταδείξει ότι η συγκεκριμένη δραστηριότητα εξυπηρετεί το «*δημόσιο συμφέρον*», για να επιτραπεί^[51]. Βέβαια, πρόκειται για έναν προβληματικό τρόπο διαμόρφωσης απόφασης, λόγω ακριβώς του αόριστου περιεχομένου

του «*δημοσίου συμφέροντος*» που καλείται να αντιμετωπίσει η πλευρά του Κατηγορουμένου, λαμβανομένου υπόψιν πως ακόμα και για τις πράξεις του τατουάζ ή του piercing δεν έχει ξεκαθαριστεί νομολογιακά ποιον ακριβώς σκοπό εξυπηρετούν, για να θεωρούνται συμβατές προς αυτό^[52].

Σχετικά με την ανυπαρξία επαρκούς αιτιολόγησης της κατηγοριοποίησης των πράξεων, με γνώμονα το «*δημόσιο συμφέρον*», ένα ενδιαφέρον παράδειγμα καταπιάνεται με το άθλημα της πυγμαχίας. Υπό το καθεστώς του ζημιογόνου της πράξης, είναι γνωστό ότι πληθώρα πυγμάχων υποφέρει από σοβαρούς τραυματισμούς, όπως εγκεφαλική διάσειση^[53] ή άλλες χρόνιες εγκεφαλικές βλάβες,^[54] με ορισμένους εξ αυτών να καταλήγουν, κάποιες φορές, σε κώμα^[55] ή ακόμη και στο θάνατο.^[56] Η ζημιά που προκαλείται στο εν λόγω άθλημα, εδράζεται σε δύο λόγους: πρώτον, στην ισχύ της γροθιάς των πυγμάχων^[57] και, δεύτερον, στην πρόθεσή τους, δηλαδή στο σκοπό και στόχο τους,^[58] να ζημιώσουν τον αντίπαλο για να κερδίσουν. Με αυτά τα δεδομένα, υποστηρίζεται ότι η κατάταξη της πυγμαχίας ως εξαίρεσης για λόγους «*δημοσίου συμφέροντος*», τη στιγμή που άλλες πρακτικές, όπως το «*body modification*», που δεν έχουν το σκοπό αυτό, αλλά θεωρούνται παράνομες, αντιβαίνουν το δημόσιο συμφέρον, παραμένει αίολη.

3. Το ζήτημα του νομικού πατερναλισμού, της ηθικής και της αξιοπρέπειας

Σε ό,τι αφορά αυτού του είδους τις υποθέσεις, δεν θα ήταν ασφαλές να επικαλεστεί κανείς εκείνες τις θεωρίες που υποστηρίζουν ακράδα-

«ένα ενδιαφέρον παράδειγμα καταπιάνεται με το άθλημα της πυγμαχίας»

[48] Βλ. Σημείωση 47, σελ. 663.

[49] Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law* (8^η εκδ, Oxford University Press 2016), σελ. 312.

[50] Βλ. σημείωση 8 παραγράφου 20, 39,43.

[51] Βλ. σημείωση 46, σελ.122; Βλ. σημείωση 29, σελ.505.

[52] Βλ. Bansal, σημείωση 51.

[53] Tsharni Zazryn et al, "A 16 Year Study of Injuries to Professional Boxers in the State of Victoria Australia" (2003) 37 (4) *British Journal of Sports Medicine*, σελ. 322.

[54] Clausen et al, "The Risk of Chronic Traumatic Brain Injury in Professional Boxing: Change in Exposure Variables over the Past Century" (2005) 39 (9) *British Journal of Sports Medicine*, σελ. 661.

[55] Jeremy Wilson, "The Boxer who Came Back from the Dead – How Nick Blackwell Survived Two Comas in Eight Months After Fighting Chris Eubank Jr" *The Telegraph* (23 Φεβρουαρίου 2019).

[56] Press Association, "Boxer Mike Towell dies after suffering severe bleeding to in bout" *The Guardian* (1 Οκτωβρίου 2016).

[57] Maurice Yeadon et al, "The Damaging Punch" (1985) 291 (6511) *British Medical Journal*, σελ. 1757.

[58] Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5^η εκδ, Oxford University Press 2006), σελ. 41.

Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος

να, ότι η προσωπική αυτονομία κάθε ανθρώπου πρέπει να διαδραματίζει έναν σημαίνοντα ρόλο, προτού το Δικαστήριο καταλήξει στην απόφασή του.^[59] Η έννοια της προσωπικής αυτονομίας, υπό αυτό το πρίσμα, σημαίνει πως τα άτομα ως υπεύθυνα κι ελεύθερα όντα^[60], θα πρέπει να έχουν το δικαίωμα να ενεργούν με τον τρόπο που πραγματικά επιθυμούν^[61], επιβάλλοντας τα δικά τους όρια και ηθικές αξίες^[62], προκειμένου να διαμορφώσουν τη ζωή τους με έναν επιθυμητό τρόπο^[63]. Όμως, η ρηθείσα προσέγγιση δεν φαίνεται πως εφαρμόζεται και αντανακλάται στα όσα ισχύουν μέχρι και σήμερα. Αντιθέτως, δημιουργείται η εντύπωση πως επιβάλλεται ένας νομικός πατερναλισμός, διά του οποίου περιορίζεται η προσωπική αυτονομία των προσώπων, μέσω του ποινικού δικαίου, με σκοπό να προστατευτεί η ακεραιότητά τους, αφού δεν είναι σε θέση να το πράξουν τα ίδια. Ως εκ τούτου, ο νόμος παρεμβαίνει ως ασπίδα για να τα προστατεύσει, διότι γνωρίζει καλύτερα τι είναι βέλτιστο για εκείνα^[64]. Πρόκειται για μία έκδηλη προσέγγιση και στην υπόθεση *BM*, όπου το Δικαστήριο, ξανά επί ενός αορίστου πλαισίου περί ευάλωτης θέσης ή ψυχικής διαταραχής κάποιων, και όχι των συγκεκριμένων πελατών της υπόθεσης που συναίνεσαν, ορίζει επί λέξει «*There is some need to protect from themselves those who have consented, most particularly because they may be vulnerable or even mentally unwell*»^[65]. Κατά την κρίση του γράφοντος, η προώθηση και χρησιμοποίηση του νομικού πατερναλισμού ως αιτιολογικής βάσης για την επιβολή της ποινικής ευθύνης, πρέπει να αποφεύγεται. Όπως επεσήμανε και ο Feinberg, η οντότητα του πατερναλισμού, τουλάχιστον θεωρητικά, δεν αναγνωρίζει όρια, έχοντας, κατ'αυτόν τον τρόπο, ένα εξαιρετικά ευρύ πεδίο εφαρμογής^[66]. Σήμερα, τόσο ο σαδομαζοχισμός, όσο και το «body

modification» έχουν κηρυχθεί διαπρυσίως ως αντιβαίνοντα τη νομοθετική επιταγή και επειδή οι συμμετέχοντες δεν ήταν σε θέση να προστατεύσουν τους εαυτούς τους από επιζήμιες για εκείνους πράξεις. Όμως, δυνάμει της κριτικής προσέγγισης του γράφοντος, ουδείς δύναται να προβλέψει με βεβαιότητα τι θα απαγορευθεί στο μέλλον, με τη χρήση νομικών πατερναλιστικών παρεμβάσεων. Για παράδειγμα, στην καθημερινή ζωή, οι άνθρωποι προβαίνουν σε σωρεία δραστηριοτήτων, ενεργειών, συμπεριφορών και συνηθειών, που παραβιάζουν τα συμφέροντα και την ακεραιότητά τους. Μπορεί να τρέφονται ανθυγιεινά, να επιλέγουν να μην μορφωθούν και να μην πηγαίνουν στο γυμναστήριο για να βελτιώσουν τη σωματική τους ευεξία. Επομένως, υιοθετώντας τις πατερναλιστικές θεωρήσεις, ενδέχεται, κάποια στιγμή στο μέλλον, οι άνθρωποι να εξαναγκαστούν, μέσω του ποινικού δικαίου, να ενεργούν με τον αντίθετο τρόπο, από αυτόν που παρατέθηκε στα παραδείγματα, επειδή αυτό θα θεωρείται από το νόμο καλύτερο για τους ίδιους^[67].

Η προβληματική του νομικού πατερναλισμού δεν σταματά στα όσα αναλύθηκαν παραπάνω. Δεν είναι λίγες οι φορές, που εργαλειοποιείται, για να αναδειχθεί το τι θεωρείται ηθικά αποδεκτό και τι όχι^[68]. Η εν λόγω θεωρία υποστηρίζει πως ο νομικός πατερναλισμός προστατεύει αυτό που οι άνθρωποι εκλαμβάνουν ως ηθικό, όταν έρχεται αντιμέτωπο με επιθέσεις κάποιας ανηθικότητας^[69]. Συνεπώς, στην *BM*, πιθανόν, να χρησιμοποιήθηκε, με έμμεσο τρόπο, μέσω της πρόφασης για την προστασία των συναινούντων, για να διακηρυχθεί πως το «*body modification*» είναι ανήθικο

« δημιουργείται η εντύπωση πως επιβάλλεται ένας νομικός πατερναλισμός, διά του οποίου περιορίζεται η προσωπική αυτονομία των προσώπων»

[59] Βλ. σημείωση 58.

[60] George Agich, “Key Concepts:Autonomy” (1994) 1 (4) Philosophy, Psychiatry & Psychology, σελ.267.

[61] Joel Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law: Harmless Wrongdoing* (Vol.4, Oxford University Press 1988), σελ. 322.

[62] Stanley Benn, “Freedom, Autonomy and the Concept of a Person” (1975) 76 Proceedings of the Aristotelian Society, σελ.126.

[63] Thomas May, “The Concept of Autonomy” (1994) 31 (2) American Philosophical Quarterly, σελ.135.

[64] Eyal Zamir και Barak Medina, Law, Economics and Morality (Oxford Scholarship Online 2010), σελ.314.

[65] Βλ. σημείωση 8, παράγραφος 39.

[66] Joel Feinberg, “Legal Paternalism” (1971) 1 (1) Canadian Journal of Philosophy, σελ.106.

[67] Paul Roberts, “The Philosophical Foundations of Consent in the Criminal Law” (1997) 17 (3) Oxford Journal of Legal Studies, σελ. 399.

[68] Βλ. σημείωση 46, σελ. 134.

[69] Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford University Press 1965), σελ.12-13.

Ποινικό Δίκαιο

και, ως τέτοιο, κατάλληλο προς ποινικοποίηση.^[70] Σε κάθε περίπτωση, η ενδεχόμενη υιοθέτηση της όποιας τέτοιας προσέγγισης, δεν θα ήταν ορθή. Η ηθική είναι μία εξαιρετικά σύνθετη έννοια, ένεκα της υποκειμενικότητας που τη διέπει, αφού διαφέρει από πρόσωπο σε πρόσωπο. Ακόμη κι αν γίνει αποδεκτό, πως το ακριβές περιεχόμενο της καθορίζεται από τους συγκεκριμένους κανόνες και πεποιθήσεις που κάθε φορά ισχύουν σε μία κοινωνία^[71], εντούτοις, όπως τόνισε και ο Hart, η ποινικοποίηση των πράξεων επιβάλλεται να εδράζεται σε αντικειμενικά κριτήρια^[72], να είναι αιτιολογημένη^[73] και όχι να άγεται και να φέρεται από το πότε μία πράξη δεν είναι αρεστή στο μεγαλύτερο μέρος της κοινής γνώμης^[74], διότι το κοινό, όπως εξηγεί ο Lee, είναι *«interested in what appears to be persuasive, not in what is rigorously rational»*^[75].

Επιπλέον, κάποιος θα μπορούσε να υποστηρίξει πως η ποινικοποίηση του *«body modification»* είναι αιτιολογημένη, διότι καταβαρυνώνει, ως πρακτική, την ανθρωπινή αξιοπρέπεια, υπό την έννοια πως ο ενεργών εξευτελίζει τον αποδέκτη της ζημιάς, όπως υποστηρίχθηκε από κάποιους και στην *Brown*^[76].

Μάλιστα, ορισμένοι θεωρητικοί διατρανώνουν πως η ανθρωπινή αξιοπρέπεια είναι πιο σημαντική από την αυτονομία ενός προσώπου και ο μόνος τρόπος προστασίας της, σε κάποιες περιπτώσεις, επιτυγχάνεται μέσω της ποινικής παρέμβασης^[77]. Η εφαρμογή της θεωρίας αυτής στις περιπτώσεις του *«body modification»* φαίνεται να στερείται πειστικής υπόστασης. Η πρόθεση του Κατηγορουμένου στην *BM*, δεν συνίστατο στην πρόκληση ζημιών και τραυματισμών προς εξευτελισμό των

συναιούντων συμμετεχόντων, αλλά στην ικανοποίηση των επιθυμιών τους, όπως και στη *Brown*^[78]. Συνεπώς, η ζημιά δεν αποτελούσε τον σκοπό, αλλά το μέσο της επίτευξης του αποτελέσματος που επιθυμούσαν εκείνοι. Εξάλλου, και για το λόγο αυτό οι ίδιοι δεν θεώρησαν πως έτυχαν εξευτελιστικής μεταχείρισης ή ζημιώθηκαν από τις ενέργειες των Κατηγορουμένων^[79]. Πάντως, εάν κάποιος αποδεχθεί αναντίλεκτα ότι η έννοια της αξιοπρέπειας αποτελεί επαρκή αιτιολογική βάση ποινικοποίησης του *«body modification»*, τότε θα πρέπει να προβάλει και τους λόγους που η πυγμαχία, στην οποία αποσκοπεί η πρόκληση της όσο δυνατόν περισσότερης ζημιάς, δεν θεωρείται πως υποβιβάζει και εξαλείφει την ανθρωπινή αξιοπρέπεια^[80].

4. Κριτικές εισηγήσεις

Όπως διεφάνη, το πλαίσιο που συνθέτει τα νομικά ζητήματα της συναίνεσης ως υπεράσπισης σε περιπτώσεις πρόκλησης ζημιάς, έρχεται αντιμέτωπο με σωρεία ερωτημάτων και προβληματισμών, αναφορικά με την ορθότητα του. Η ύπαρξή τους, όμως, δεν συνεπάγεται πως είναι αδύνατον να εξευρεθούν λύσεις, υπό τη μορφή νέων προσεγγίσεων, που δύνανται να συμβάλουν στην άμβλυνσή τους. Επομένως, κατά την κρίση του γράφοντος, μία πρόσφορη λύση, η οποία θα δύναιτο να αποδειχθεί βοηθητική στη βελτίωση των κακώς κειμένων, είναι η απεμπόληση της τακτικής των Δικαστηρίων να προσπαθούν διαρκώς να καταλήξουν στο εάν η πράξη που τίθεται ενώπιον τους, μπορεί να ενταχθεί σε μία από τις Κατηγορίες των πράξεων, που συνθέτουν τις εξαιρέσεις του *«δημοσίου συμφέροντος»*. Αντί αυτού, τα δικαστήρια θα μπορούσαν να ενστερνιστούν και εφαρμόσουν την

«μία πρόσφορη λύση, η οποία θα δύναιτο να αποδειχθεί βοηθητική στη βελτίωση των κακώς κειμένων, είναι η απεμπόληση της τακτικής των Δικαστηρίων να προσπαθούν διαρκώς να καταλήξουν στο εάν η πράξη που τίθεται ενώπιον τους, μπορεί να ενταχθεί σε μία από τις Κατηγορίες των πράξεων»

[70] Andrew Simester και Robert G. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2^η εκδ, Hart Publishing 2003), σελ.16.

[71] Richard Arneson, “The Enforcement of Morals Revisited” (2013) 7 (3) *Criminal Law and Philosophy*, σελ. 437.

[72] Herbert Lionel Adolphus Hart, *Law, Liberty and Morality* (Stanford University Press 1963), σελ.53-55.

[73] Andrew von Hirsch και Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (Oxford University Press 2005), σελ.4.

[74] Dennis Baker, “The Moral Limits of Consent as a Defense in Criminal Law” (2009) 12 (1) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, σελ. 96.

[75] Harold Lee, “Morals, Morality and Ethics: Suggested Terminology” (1928) 38 (4) *International Journal of Ethics*, σελ. 465.

[76] Anthony Duff, “Harms and Wrongs” (2001) 5 (1) *Buffalo Criminal Law Review*, σελ.39.

[77] Jeremy Waldron, “How Law Protects Dignity” (2012) 71 (1) *The Cambridge Law Journal*, σελ. 200.

[78] Jonathan Herring, “R v Brown (1993)” στο Philip Handler et al. (eds) *Landmark Cases in Criminal Law* (Hart Law Publishing 2017), σελ. 345.

[79] Nicholas Bamforth, “Sado-Masochism and Consent” (1994) 0 *The Criminal Law Review*, σελ.663.

[80] Margo Kaplan, “Sex- Positive Law” (2014) 89 (1) *New York University Law*, σελ. 130.

Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος

προσέγγιση της υπόθεσης *Lee*^[81] της Νέας Ζηλανδίας. Σύμφωνα με τα όσα επιτάσσει η δικαστική σκέψη της *Lee*, το Δικαστήριο, όταν καλείται να αποφανθεί επί της απόρριψης της συναίνεσης του συμμετέχοντος, ως υπεράσπισης του Κατηγορουμένου σε υποθέσεις πρόκλησης ζημιάς, είτε εκ προθέσεως, είτε δι' απερισκεψίας, αντί να σκέπτεται το κατά πόσο η πράξη δύναται να ενταχθεί στις υφιστάμενες κατηγορίες των εξαιρέσεων στη βάση του «δημοσίου συμφέροντος», εξετάζει κι αξιολογεί επισταμένως συγκεκριμένα στοιχεία, όπως τη σοβαρότητα του τραύματος, την ευάλωτη θέση του θύματος, εάν υπάρχει, και το κατά πόσο η δοθείσα συναίνεση είναι απότοκη ελεύθερης και ίδιας βουλήσεως του συναινούντος, απογυμνωμένη από οιονδήποτε εξαναγκασμό^[82], υπό το πρίσμα των γεγονότων της υπόθεσης που τίθεται ενώπιόν του κάθε φορά, κι όχι κατηγοριών. Συνεπώς, δημιουργείται, όπως εξηγεί η *Tolmie*, ένα μαχητό τεκμήριο υπέρ της προσφοράς της συναίνεσης ως υπεράσπισης στον Κατηγορούμενο^[83].

Με τον τρόπο αυτό, είναι δυνατή και η αντικατάσταση του «*social utility model*», που καλεί τον Κατηγορούμενο να καταδείξει πως η πράξη του εξυπηρετεί το «δημόσιο συμφέρον», με το ακριβώς αντίθετο σύστημα, το οποίο στην αγγλική βιβλιογραφία παρατίθεται ως «*social disutility model*», που ορίζει ότι, εκτός κι αν προβληθούν συγκεκριμένοι λόγοι αναφορικά με το γιατί το «δημόσιο συμφέρον» απαιτεί την απαγόρευση μίας πράξης, τότε η συναίνεση εξακολουθεί να λειτουργεί ως υπεράσπιση^[84]. Νοείται, πως σε τέτοια περίπτωση, το βάρος απόδειξης τέτοιων λόγων δεν φέρει ο Κατηγορούμενος, αλλά η Κατηγορούσα Αρχή.

Το σύστημα αυτό, ενδεχομένως, να προσφέρει οφέλη σε πολυσχιδή επίπεδα. Διά τούτου, το Δικαστήριο δεν θα χρειάζεται να καταφεύγει κάθε φορά στις υφιστάμενες Κατηγορίες εξαιρέσεων και να εξετάζει αν μπορεί να εντάξει σε κάποια εξ αυτών την πράξη που υπάρχει ενώπιόν του, γεγονός που θα πλήξει τον περίπλοκο χαρακτήρα των διαδικασιών που παρατηρείται σήμερα. Επομένως, δεν θα είναι σιδηροδέσμιο σε μία πάγια Κατηγοριοποίηση, αλλά θα είναι σε θέση να εστιάζει την

προσοχή του σε ειδικά σημεία, όπως παρατέθηκε προηγουμένως, της κάθε υπόθεσης ξεχωριστά και στη βάση των συγκεκριμένων γεγονότων και περιστάσεών της να καταλήγει στην απόφασή του. Περαιτέρω, ο πατερνάλισμός και τα όσα κυοφορεί, μπορεί να περιοριστούν σε σημαντικό βαθμό, αφού τα δικαστήρια θα οδηγούνται, αναπόδραστα, στην αξιολόγηση και ειδική αιτιολόγηση του σκεπτικού της απαγόρευσης μίας πράξης, καθότι η ουσιώδης ερώτηση που θα διαφεντεύει την σκέψη τους θα θέτει το ερώτημα, ως προς το ποιοι είναι οι συγκεκριμένοι, καταλυτικοί λόγοι, που το «δημόσιο συμφέρον» απαιτεί την απαγόρευση και δικαιολογεί την ποινική παρέμβαση^[85]. Ως εκ τούτου, δεν θα εμφιλοχωρούν στο δίκαιο γενικές και αόριστες προσεγγίσεις, δίχως επαρκείς και ουσιώδεις αιτιολογήσεις. Τέλος, δύναται να προάγει έναν δικαιότερο χαρακτήρα των διαδικασιών, αφού ο Κατηγορούμενος δεν θα χρειάζεται να επιχειρηματολογεί, με την, κατ'ουσίαν, μεταφορά του βάρους απόδειξης σε εκείνον, για να αιτιολογήσει πως η πράξη του εμπίπτει στο «δημόσιο συμφέρον», αλλά εναπόκειται στην Κατηγορούσα Αρχή να παραθέσει τους λόγους που δικαιολογούν την απαγόρευση, σύμφωνα με το «*social disutility model*».

Συμπέρασμα

Συμπερασματικά, παρατηρείται πως το ισχύον δίκαιο που περιβάλλει την υπεράσπιση της συναίνεσης σε πράξεις προκαλούσες σωματική ζημία, δημιουργεί ερωτήματα και προβληματισμούς, σχετικά με τη νομική του ορθότητα και το λογικό των επιχειρημάτων που το διανθίζουν. Οι νομολογιακές προσεγγίσεις, που άπτονται παρόμοιων ζητημάτων, δεν χαρακτηρίζονται από συνέχεια, αφού βασίζουν τις κρίσεις τους σε διαφορετικούς παράγοντες κάθε φορά, δημιουργώντας ανακολουθία και αβεβαιότητα δικαίου, ως προς τι τελικά θεωρείται νόμιμο ή παράνομο και καταστρατηγώντας, ως εκ τούτου, την αρχή της νομιμότητας και την αρχή που επιτάσσει την ισότητα των πολιτών ενώπιον του νόμου. Επίσης, η κατηγοριοποίηση των πράξεων με γνώμονα την αοριστολογία του «δημοσίου συμφέροντος», στερείται επαρκούς αιτιολόγησης και

« δημιουργείται, όπως εξηγεί η *Tolmie*, ένα μαχητό τεκμήριο υπέρ της προσφοράς της συναίνεσης ως υπεράσπισης στον Κατηγορούμενο »

[81] (2006) 22 C.R.N.Z. 568 CA.

[82] Βλ. σημείωση 47, σελ.659.

[83] Βλ. σημείωση 47, σελ.658.

[84] Βλ. σημείωση 29, σελ.505.

[85] Βλ. σημείωση 46, σελ. 128.

Ποινικό Δίκαιο

βασίζεται σε υποθετικές και γενικολογικές προσεγγίσεις, καλώντας έκαστο Κατηγορούμενο, μέσω του καθιερωμένου «*social utility model*» να αποδείξει ότι η πράξη του βρίσκεται σε σύμπνοια με το κριτήριο αυτό. Ακόμη, προσφέρει τη δυνατότητα νομικών πατερναλιστικών παρεμβάσεων, υποβοηθά, μέσω του νομικού πατερναλισμού, την καταφυγή σε υποκειμενικές αξίες, όπως της ηθικής, ως αιτιολογικού παράγοντα ποινικοποίησης πράξεων, που απαιτεί αντικειμενικό υπόβαθρο και συνδράμει στην ενίσχυση απόλυτων αντιλήψεων πως το «*body modification*» βρίσκεται σε αντίθεση με την έννοια της ανθρώπινης αξιοπρέπειας.

Ως εκ τούτων, καθίσταται αδήριτη η ανάγκη βελτιώσεων, κυρίως μέσω του επαναπροσδιορισμού της δικαστικής σκέψης στην εξέταση συγκεκριμένων στοιχείων, επί τη βάση των γεγονότων κάθε υπόθεσης, μακριά από την εξέταση ένταξης των πράξεων σε καθορισμένες κατηγορίες «*δημοσίου συμφέροντος*» και της εισαγωγής του «*social disutility model*», που θα απαιτεί την παράθεση ειδικών λόγων που δικαιολογούν την απαίτηση του «*δημοσίου συμφέροντος*» για την ποινικοποίηση της πράξης. Οι εν λόγω βελτιώσεις δύνανται να ενισχύσουν την προστασία της αυτονομίας των ανθρώπων, του σεβασμού στην ελεύθερη τους βούληση και του δικαιότερου χαρακτήρα των διαδικασιών. Τέλος, καθίσταται αντιληπτό πως χωρίς την άμεση αντιμετώπιση των προβλημάτων που αναδύονται στις περιπτώσεις του «*body modification*», το ποινικό δίκαιο, ως δαμόκλειος σπάθη, θα απειλεί να κατακεραυνώσει την ελευθερία των ανθρώπων, γεγονός που δεν συνάδει με τα σύγχρονα δημοκρατικά ιδεώδη και αξίες.

•••••

« Οι εν λόγω βελτιώσεις δύνανται να ενισχύσουν την προστασία της αυτονομίας των ανθρώπων, του σεβασμού στην ελεύθερη τους βούληση και του δικαιότερου χαρακτήρα των διαδικασιών»