

No 15
2021

ένθα

Διατίθεται
δωρεάν

Επίκαιρα Νομικά θέματα και Αναλύσεις

Προλογικό Σημείωμα

Σ. Γιαννακούρου

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος: Μια προβληματική προσέγγιση του ποινικού δικαίου

Ν. Ζένιου

ΕΠΙΚΑΙΡΟΤΗΤΑ

Το Ελληνικό #MeToo: Ποινικές, εργασιακές και κοινωνικές διαστάσεις

Ν. Καραγιάννη και Γ. Παναγιώτου

Ο αναχρονιστικός θεσμός της χαρτοσήμανσης και καταχώρισης των δικογράφων στην κυπριακή δικαστηριακή πρακτική και η ανάγκη εξέλιξής του: Η ευκαιρία που έδωσε ο κορωνοϊός

Ν. Σταύρου

ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΗ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑ

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

Ν. Ζέρβας

ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου: Σχέση Δικαίου και Οικονομίας

Σ. Αλευρογιάννης

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας: Νομική υποχρέωση ή ηθικό καθήκον;

Α. Καλαϊτζίδης

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Τηλεργασία και smart working: Νέες νομικές προκλήσεις

Β. Κωτούλα και Π. Μήτσης



Πίνακας Περιεχομένων

	ΣΕΛΙΔΑ
Νέα και Ανακοινώσεις	
• Προλογικό σημείωμα	2
• Επικαιρότητα εν συντομία...	3
Ποινικό Δίκαιο	
• Νίκος Ζένιου, Η απόρριψη της συναίνεσης ως υπεράσπισης στις περιπτώσεις μετατροπών του σώματος: Μια προβληματική προσέγγιση του ποινικού δικαίου	6
Επικαιρότητα	
• Νίκη Καραγιάννη και Γιάννης Παναγιώτου, Το Ελληνικό #MeToo: Ποινικές, εργασιακές και κοινωνικές διαστάσεις	17
• Νίκος Γ. Σταύρου, Ο αναχρονιστικός θεσμός της χαρτοσήμανσης και καταχώρισης των δικογράφων στην κυπριακή δικαστηριακή πρακτική και η ανάγκη εξέλιξής του: Η ευκαιρία που έδωσε ο κορωνοϊός	22
Πνευματική Ιδιοκτησία	
• Νικόλας Ζέρβας, Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση	28
Φιλοσοφία του δικαίου	
• Σωκράτης Αλευρογιάννης, Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου: Σχέση Δικαίου και Οικονομίας	43
Συνταγματικό Δίκαιο	
• Αλέξανδρος Καλαϊτζίδης, Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας: Νομική υποχρέωση ή ηθικό καθήκον;	49
Εργατικό Δίκαιο	
• Βάγια Κωτούλα και Πέτρος Μήτσης, Τηλεργασία και smart working: Νέες νομικές προκλήσεις	60

Προλογικό σημείωμα

Σταματίνα Γιαννακούρου, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Νομικής Σχολής
Ευρωπαϊκού Πανεπιστήμιου Κύπρου

Σε λίγες μέρες συμπληρώνονται δεκατέσσερις μήνες από την ημέρα (11/3/20) που ο Παγκόσμιος Οργανισμός Υγείας ανακήρυξε επίσημα τον κορονοϊό Covid-19 σε πανδημία. Αυτή τη μακριά περίοδο κοινωνικής απομόνωσης, εργασίας στο σπίτι και εσωστρέφειας, εμείς οι πανεπιστημιακοί δάσκαλοι κληθήκαμε να προσαρμοστούμε ταχύτατα σε νέα πρότυπα εξ αποστάσεως μαθησιακής διαδικασίας που αποκλίνουν ριζικά από την παραδοσιακή δια ζώσης διδασκαλία. Κληθήκαμε να εξασφαλίσουμε στους φοιτητές μια νησίδα κανονικότητας και συνάμα δημιουργικότητας, που απουσίαζε από τις υπόλοιπες εκφάνσεις της καθημερινότητάς μας. Ο ρόλος μας τη δύσκολη αυτή περίοδο ήταν πολύπλοκος, γιατί έπρεπε -τόρα περισσότερο από ποτέ- να καταστήσουμε «μέντορες» και να μην παραμείνουμε απλοί μεταδότες γνώσεων. Να καθησυχάσουμε, να υποστηρίξουμε, να εμπνεύσουμε, να απορροφήσουμε την αβεβαιότητα και τη στασιμότητα της παράλυσης της πανδημίας και να εμφυσήσουμε αισιοδοξία για το μέλλον και κίνητρα για πρόοδο. Ειδικότερα εμείς οι διδάσκοντες της Νομικής κληθήκαμε να ανοίξουμε νέους δρόμους για την απόκτηση νομικής σκέψης και νομικών γνώσεων, λαμβάνοντας υπόψη την καταλυτική επίδραση της πανδημίας σε όλους τους κλάδους του δικαίου. Πυκνή ειδησεογραφία με νομικό ενδιαφέρον, σύγχρονα διαδικτυακά διδακτικά εργαλεία ελεύθερα προσβάσιμα και αξιοποιήσιμα εδώ και τώρα (podcasts, webcasts, webinars), μα πάνω απ' όλα η ίδια η επικαιρότητα της πανδημίας που ανέδειξε πρωτότυπα νομικά ζητήματα μας προέτρεψαν και συνεχίζουν να μας προτρέπουν να σκεφτόμαστε τη διδασκαλία και την έρευνα «outside the box».

Μια τέτοια πρόκληση αποτέλεσε και το παρόν τεύχος, που αποτυπώνει τη γεμάτη φαντασία και καινοτομία προσέγγιση του παρόντος και του μέλλοντος της νομικής επιστήμης από τους φοιτητές μας, που επέλεξαν -υπό την καθοδήγησή μας- να προβληματιστούν αντισυμβατικά (out of the box). Η αρθρογραφία απαρτίζεται από δύο κατηγορίες θεμάτων. Η πρώτη αφορά θεματικές που απασχόλησαν την επικαιρότητα κατά τη διάρκεια της πανδημίας ή αναδείχθηκαν λόγω αυτής, όπως οι νομικές και κοινωνικές διαστάσεις του κινήματος #Metoo Greece (Νίκη Καραγιάννη και Γιάννης Παναγιώτου), οι νομικές προκλήσεις της τηλεργασίας και της ευφυούς εργασίας (smart working) (Βάια Κωτούλα και Πέτρος Μήτσης), η συνταγματικότητα του θεσμού της επίταξης κλινικών και ιατρικών υπηρεσιών για την αντιμετώπιση των επειγουσών αναγκών στα νοσοκομεία (Αλέξανδρος Καλαϊτζίδης) και ο ψηφιακός εκσυγχρονισμός των δικαστηρίων στην Κύπρο με τη θέσπιση του συστήματος ηλεκτρονικής καταχώρισης εγγράφων i-justice ((Νίκος Σταύρου). Η δεύτερη κατηγορία αφορά σύγχρονες νομικές θεματικές που κείνται εκτός και πέραν την πανδημίας, όπως ο ρόλος της συναίνεσης ως κριτηρίου νομιμοποίησης των παρεμβάσεων στο ανθρώπινο σώμα (body modification), η νομική διάσταση του φαινομένου της οικειοποίησης της τέχνης (appropriation art) (Νικόλας Ζέρβας) και η χρησιμότητα της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου για την ερμηνεία και εφαρμογή των κανόνων δικαίου (Σωκράτης Αλευρογιάννης). Στο τεύχος αυτό αποχαιρετούμε τη συνάδελφο Θάλεια Πραστίτου, η οποία μετά από ενεργό πολυετή προσφορά στο περιοδικό, αποχωρεί λόγω φόρτου εργασίας για να αντικατασταθεί από τη συνάδελφο Αθηνά Κοντογιάννη η οποία αναμένεται να συμβάλει στην περαιτέρω αναβάθμιση του περιοδικού. Τέλος, καλωσορίζουμε τη νέα βοηθό της συντακτικής ομάδας, τη δευτεροετή φοιτήτρια Νίκη Καραγιάννη, στο πλάι του έτερου άξιου βοηθού, του τελειόφοιτου Γιάννη Παναγιώτου. Χρόνια Πολλά και καλή ανάγνωση!

Επικαιρότητα εν συντομία...

Επικαιρότητα εν συντομία...

Στην υπόθεση VG Krunst, το ΔΕΕ κλήθηκε να εξετάσει εκ νέου το ακανθώδες ζήτημα της εφαρμογής του δικαιώματος παρουσίας στο κοινό στο ψηφιακό περιβάλλον. Στην υπόθεση Svensson το ΔΕΕ είχε αποφανθεί ότι η τοποθέτηση ενός υπερσυνδέσμου συνιστά παρουσίαση στο κοινό όταν οδηγεί σε ένα προστατευόμενο έργο το οποίο δεν διατίθεται διαδικτυακά σε ελεύθερη πρόσβαση. Το ΔΕΕ δεν είχε, ωστόσο, αποφανθεί εάν θα μπορούσε ο δικαιούχος να περιορίσει την ελεύθερη πρόσβαση μέσω σύμβασης. Στην VG Krunst, το ΔΕΕ, επικαλούμενο την ανάγκη ασφάλειας δικαίου στο διαδίκτυο, δίνει αρνητική απάντηση. Μόνο μέσω τεχνικών μέτρων προστασίας μπορεί πρακτικά ο δικαιούχος να περιορίσει το κοινό το οποίο αποτελεί αποδέκτη της ανάρτησης στο διαδίκτυο.

Ph. Jouglaux

Την 8η Απριλίου 2021 δημοσιεύθηκε η πρώτη απόφαση του ΕΔΔΑ που αφορά υποχρεωτικό εμβολιασμό, εν προκειμένω ανηλίκων στην Τσεχία για εννέα ασθένειες, τον οποίο το Δικαστήριο, με ευρεία σύνθεση, έκρινε κατά πλειοψηφία σύμφωνο με το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ (υπόθεση Vavříčka and Others v. The Czech Republic). Η απόφαση είναι ιδιαίτερα σημαντική, διότι είναι η πρώτη που εκδίδεται αναφορικά με τον υποχρεωτικό εμβολιασμό των πολιτών μετά την έναρξη της πανδημίας, αν και αφορά την προ COVID -19 περίοδο (αρ. αιτήσεως 47621/13). Ειδικότερα, στην Τσεχία είχε θεσπισθεί η υποχρεωτικότητα του εμβολιασμού για να εγγραφούν τα παιδιά σε προσχολικές δομές. Παραβίαση της διάταξης από τους γονείς συνεπαγόταν, αφενός τη μη εγγραφή του παιδιού, και, αφετέρου, την επιβολή προστίμου στους γονείς, όχι, πάντως, τον εμβολιασμό των παιδιών χωρίς τη συναίνεση των γονέων. Γονείς στους οποίους είχε επιβληθεί πρόστιμο προσέφυγαν κατά του ανωτέρω νόμου, επικαλούμενοι το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ και ιδίως το δικαίωμα σεβασμού του ιδιωτικού βίου.

Το Δικαστήριο απέρριψε την προσφυγή, στηριζόμενο στις εξής βασικές διαπιστώσεις:

- α) Ο υποχρεωτικός εμβολιασμός, ως ιατρική πράξη που επιβάλλεται χωρίς τη συναίνεση του ατόμου, εμπίπτει καταρχήν στο προστατευτικό πεδίο του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Ωστόσο, δεν παραβιάζει το άρθρο αυτό, στο μέτρο που γίνεται κατά τρόπο που προστατεύει τη δημόσια υγεία και, ειδικότερα, την υγεία τόσο των ατόμων που εμβολιάζονται όσο και ατόμων, τα οποία για ιατρικούς λόγους δεν μπορούν να εμβολιαστούν και τα οποία, έως ότου επιτευχθεί συλλογική ανοσία, βρίσκονται σε κίνδυνο.
- β) Το συμφέρον των παιδιών υπηρετείται από την πολιτική υποχρεωτικού εμβολιασμού της Τσεχίας, η οποία εντάσσεται στην υποχρέωση της Πολιτείας να λαμβάνει μέτρα προστασίας της υγείας των πολιτών της από σοβαρές μεταδοτικές ασθένειες.
- γ) Αν και η ασφάλεια και αποτελεσματικότητα των εμβολίων δεν είναι δεδομένη σε όλες τις περιπτώσεις (η τσεχική κυβέρνηση αναφέρει ότι στους 100.000 εμβολιασμούς παιδιών που πραγματοποιούνται κατ' έτος αναφέρονται περίπου 5-6 περιπτώσεις σοβαρών βλαβών υγείας), οι κυρώσεις που θεσπίζονται από την τσεχική νομοθεσία είναι αναλογικές προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της προστασίας της δημόσιας υγείας και, συνεπώς, συνιστούν περιορισμό αναγκαίο σε μια δημοκρατική κοινωνία, κατά την έννοια του άρθρου 8 παρ. 2 της ΕΣΔΑ.

A. I. Κοντογιάννη

Ανάρτηση στο διαδίκτυο: πότε περιορίζεται η ελεύθερη πρόσβαση;

ΔΕΕ, VG Krunst
(C 392/19,
09/03/2021)

Συμβατός με την ΕΣΔΑ ο υποχρεωτικός εμβολιασμός των παιδιών κατά το ΕΔΔΑ

ΕΔΔΑ, Vavříčka and Others v. The Czech Republic,
(αρ. αιτήσεως
47621/13,
08/03/2021)

Νέα και ανακοινώσεις

Μόνιμη η τηλεργασία στο ελληνικό Δημόσιο μετά την πανδημία

Τη θεσμοθέτηση της τηλεργασίας στο Δημόσιο σε μόνιμη βάση προωθεί το ελληνικό Υπουργείο Εσωτερικών με νομοσχέδιο που τέθηκε σε δημόσια διαβούλευση. Σε καθεστώς τηλεργασίας θα μπορούν να υπάγονται, σε ποσοστό μέχρι 25% για κάθε υπηρεσία, όλοι οι μόνιμοι δημόσιοι υπάλληλοι και οι υπάλληλοι με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου ή ορισμένου χρόνου, πλην των εκπαιδευτικών, συμπεριλαμβανομένων και των δικηγόρων με έμμισθη εντολή, εφόσον η φύση των καθηκόντων τους το επιτρέπει. Η ανώτατη χρονική διάρκεια της τηλεργασίας θα είναι μέχρι σαράντα (40) ημέρες ανά έτος για κάθε εργαζόμενο. Το μέτρο θα έχει κατά κανόνα οικειοθελή χαρακτήρα, κατ' εξαίρεση δε υποχρεωτικό σε περίπτωση κινδύνου για τη δημόσια υγεία και εκτάκτων συνθηκών και αναγκών. Η τηλεργασία θα παρέχεται είτε στην οικία του υπαλλήλου είτε σε άλλο σταθερό χώρο εκτός των εγκαταστάσεων του φορέα, εντός όμως της ορίων της ελληνικής επικράτειας. Οι τηλεεργαζόμενοι θα έχουν τα ίδια δικαιώματα και τις ίδιες υποχρεώσεις με τους υπαλλήλους με φυσική παρουσία. Η υπηρεσία θα είναι υποχρεωμένη να παρέχει τον τηλεπικοινωνιακό εξοπλισμό που απαιτείται και θα είναι υπεύθυνη για την εγκατάσταση, τη συντήρηση και την αναβάθμισή του, καθώς και για την εν γένει πληροφοριακή υποστήριξη του τηλεεργαζόμενου προσωπικού. Η υιοθέτηση ενός τέτοιου μέτρου συνιστά αναμφίβολα τεκτονική αλλαγή για την ελληνική δημόσια διοίκηση· πρέπει, ωστόσο, να σχεδιαστεί προσεκτικά ώστε να συμβάλει ουσιαστικά στη βελτίωση της λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών και της εξυπηρέτησης των πολιτών, χωρίς να θίγει την ιδιωτική ζωή των τηλεεργαζομένων.

Σ. Γιαννακούρου

Έννοια του «καταναλωτή»

(ΔΕΕ, C 774/19, 10/12/2020)

Το ΔΕΕ είχε πρόσφατα την ευκαιρία να αποφανθεί επί της έννοιας του "καταναλωτή" στο πλαίσιο του Κανονισμού 44/2001 για τη διεθνή δικαιοδοσία και την αναγνώριση αλλοδαπών αποφάσεων (γνωστού ως Κανονισμού Βρυξέλλες Ι). Η υπόθεση αφορούσε σύμβαση παροχής υπηρεσιών διαδικτυακού πόκερ και ο συμβαλλόμενος-παίκτης είχε εκτενείς γνώσεις στο πόκερ και κέρδιζε ιδιαίτερα υψηλά ποσά. Το ΔΕΕ αποφάσισε ότι τα στοιχεία αυτά δεν αποστερούν από ένα φυσικό πρόσωπο την ιδιότητα του "καταναλωτή". Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, σημασία έχει το κατά πόσο η σύμβαση γίνεται προς κάλυψη προσωπικών και όχι επαγγελματιών αναγκών και είναι αδιάφορο εάν αφορά μεγάλα ή μικρά ποσά ή εάν το φυσικό πρόσωπο έχει ιδιαίτερες γνώσεις στον συγκεκριμένο τομέα ή όχι. Τα τελευταία αυτά στοιχεία σχετίζονται με την υποκειμενική υπόσταση του προσώπου η οποία δεν είναι σχετική με το κατά πόσο ένα πρόσωπο είναι ή όχι καταναλωτής για σκοπούς του Κανονισμού.

Χ. Μάρκου

Νέος Κώδικας Δικαστικών Υπαλλήλων και «βοηθοί δικαστών»

Κατατέθηκε στην Βουλή το νέο νομοσχέδιο του Υπουργείου Δικαιοσύνης «Κώδικας Δικαστικών Υπαλλήλων», το οποίο αντικαθιστά και καταργεί τις διατάξεις του υφιστάμενου Ν. 2821/2000, σχετικά με την οργάνωση της λειτουργίας του σώματος των δικαστικών υπαλλήλων. Ο νέος Κώδικας περιλαμβάνει 234 άρθρα και, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση, αποσκοπεί στην ουσιαστική βελτίωση της ποιότητας του συστήματος απονομής δικαιοσύνης, μέσω της αναβάθμισης και του εκσυγχρονισμού της διοικητικής της υποστήριξης από το σώμα των δικαστικών υπαλλήλων. Επιδιώκεται, επίσης, η εναρμόνιση εθνικών ρυθμίσεων προς το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την ΕΣΔΑ και τις αντίστοιχες νομολογιακές εξελίξεις. Νέα διαδικασία προβλέπεται σχετικά με την αξιολόγηση των δικαστικών υπαλλήλων και την επιλογή προϊσταμένων οργάνων μονάδων, ενώ επιτεύχθηκε η απουσία νομοθετικών εξουσιοδοτήσεων που δυσχεραίνουν την εφαρμογή των ρυθμίσεων του νέου Κώδικα. Σημαντική καινοτομία του Κώδικα είναι η θέσπιση των «βοηθών δικαστών», με τη σύσταση δύο καινούργιων κλάδων δικαστικών υπαλλήλων, του κλάδου ΠΕ Τεκμηρίωσης και Επικουρίας Δικαστικού Έργου αφενός και κλάδου ΠΕ Δικαστικής Επικοινωνίας και Διεθνών Σχέσεων αφετέρου. Έργο τους θα είναι η επεξεργασία των πραγματικών και νομικών ζητημάτων των υποθέσεων, όπως ιδίως η αναζήτηση κρίσιμων στοιχείων προς συμπλήρωση του φακέλου, η ταξινόμηση και παρουσίαση των

Επικαιρότητα εν συντομία...

στοιχείων της διογραφίας, ο εντοπισμός αναφυόμενων νομικών ή πραγματικών ζητημάτων, η έρευνα και συλλογή της νομοθεσίας, νομολογίας και ενδεχομένως βιβλιογραφίας και αρθρογραφίας, η σύνταξη σχεδίων νομικών κειμένων και η διεξαγωγή ελέγχων. Τέλος, αξιοσημείωτο είναι ότι το άρθρο 144 του νέου Κώδικα σχετικά με τα κριτήρια επιλογής των προϋσταμένων υπέστη δριμύτατη κριτική από τη νομική κοινότητα στον διαδικτυακό τόπο διαβουλεύσεων του Υπουργείου Δικαιοσύνης.

Γ. Παναγιώτου

Στις 17 Φεβρουαρίου 2021, δημοσιεύτηκε στην Εφημερίδα της Ελληνικής Κυβερνήσεως (Αρ. Φύλλου 25) ο νόμος υπ' αριθμ. 4777 για τη διευθέτηση ζητημάτων των ελληνικών ακαδημαϊκών ιδρυμάτων. Πιο συγκεκριμένα η ψήφισή του αποσκοπούσε στην εξάλειψη της ανομίας εντός των ΑΕΙ και στην αποκατάσταση του πανεπιστημιακού ασύλλου. Σύμφωνα με αυτόν, προβλέπονταν η σύσταση ειδικής Ομάδας Προστασίας Πανεπιστημιακού Ιδρύματος (Ο.Π.Π.Ι.), η σύσταση δομών και η διεύρυνση των μέτρων ασφαλείας στον χώρο του πανεπιστημίου, συμπεριλαμβανομένης της ελεγχόμενης εισόδου στα ΑΕΙ, καθώς και η ενίσχυση διατάξεων πειθαρχικού και ποινικού Δικαίου. Στο ίδιο πλαίσιο, καθίσταται πλέον επιτρεπτή και νόμιμη η τήρηση/εγκατάσταση μέσων, ηλεκτρονικών συστημάτων και τεχνολογικού εξοπλισμού ασφάλειας στους χώρους των ΑΕΙ, όπως και η σύσταση Επιτροπής Ασφάλειας και Προστασίας (Ε.Α.Π.) του ΑΕΙ με διετή θητεία άμεσα ελεγχόμενη από τη Σύγκλητο της εκάστοτε σχολής. Ουσιαστικά, τα προαναφερθέντα μέτρα αποτυπώνουν το κυβερνητικό σχέδιο για την ενίσχυση της ασφάλειας των πανεπιστημίων. Αν και το περιεχόμενο του νόμου πυροδότησε πλήθος συζητήσεων από τα μέλη της Βουλής και ποικίλες αντιδράσεις της κοινής γνώμης, κρίθηκε εν τέλει ότι δεν έθιγε τα κατοχυρωμένα δικαιώματα σπουδαστών και ακαδημαϊκών· αντιθέτως, η αστυνόμευση των ΑΕΙ θεσμοθετήθηκε για την καταστολή περιστατικών παραβατικότητας ώστε τα ελληνικά πανεπιστήμια να γίνουν ξανά χώροι ελεύθερης διακίνησης ιδεών και απρόσκοπτης διδασκαλίας και έρευνας που καλλιεργούν το πνεύμα των πολιτών.

Ν. Καραγιάννη

.....

Ο Ν. 4777/2021
για την πανεπιστη-
μιακή αστυνομία

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 συναινετικής 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 συναινετική 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 πώς εκλαμβάνεται 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 αφαιρέσης θηλής, ώτων και διαχωρισμού γλώσσας πελατών, για να προσομοιάζει με ερπετού. Το Δικαστήριο, υιοθετώντας απαρεγκλίτως 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, παρότι 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 δίκαιο 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 απαρεγκλίτως 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 adornment*».^[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 ουσιώδης 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 ουσιωδώς 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] παρότι 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 εμπλεκόμενων 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 περιβάλλων 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 δύνατο 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 *BM* 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 ζημία 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 ζημία 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 *BM*, 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 ζημιόγono 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 ζημιόγono 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 μίας 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 μίας 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 «*cursory 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

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

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.

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 BM 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 στο δημόσιο συμφέρον, παραμένει αίολη.

3. Το ζήτημα του νομικού πατερνλισμού, 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 παραγράφων 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

ντα, 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 επιζημίες 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 ανθρώπινη 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 ανθρώπινη 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

συναινούτων 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 θεωρήσαν 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 ανθρώπινη 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 ορθότητά 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 δύναιο 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 δύναιο 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 «*δημόσιου 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 ιδίας 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 περιστάσεων 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 «*δημόσιου 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 σύμπτωση με το κριτήριο αυτό. Ακόμη, προσφέρει τη δυνατότητα νομικών πατερναλιστικών παρεμβάσεων, υποβοηθιά, 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 ανθρωπίνης 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»

Το Ελληνικό #MeToo

Ποινικές, εργασιακές και κοινωνικές διαστάσεις

Νίκη Καραγιάννη και Γιάννης Παναγιώτου, Βοηθοί συντακτικής ομάδας ΕΝΘΑ, προπτυχιακοί φοιτητές Νομικής Σχολής Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου

Η συνταγματική κατοχύρωση διευρυμένου φάσματος δικαιωμάτων και η αναγνώριση ελευθεριών καθιστούν την Ελλάδα μια ευνομούμενη χώρα που σέβεται και προωθεί τα έννομα συμφέροντα όλων ανεξαιρέτως των πολιτών της. Θα έλεγε κανείς πως μέσα σε μια χώρα με κατεξοχήν δημοκρατικούς θεσμούς και διαρκώς αναπτυσσόμενο νομικό σύστημα είναι σχεδόν απίθανη η καταπάτηση των ατομικών δικαιωμάτων. Προς απογοήτευση, όμως, όλων η χώρα μας δοκιμάζεται ακόμα μια φορά σε αυτόν τον τομέα αντιμετωπίζοντας σοβαρές παραβιάσεις των δικαιωμάτων των γυναικών. Συγκεκριμένα, καταγγελίες που έγιναν το τελευταίο διάστημα ανέδειξαν την κοινωνική παθολογία της κακοποίησης σε βάρος γυναικών αλλά και τα ελλείμματα της ελληνικής έννομης τάξης. Κοινωνία και θεσμοί οφείλουν να δράσουν με σκοπό την καταπολέμηση αλλά και την πρόληψη των περιστατικών βίας κατά των γυναικών. Στο πλαίσιο αυτό εμφανίστηκε και στην Ελλάδα μια μορφή του κινήματος «MeToo», οι νομικές και κοινωνικές διαστάσεις της οποίας συζητήθηκαν σε μια ενδιαφέρουσα διαδικτυακή εκδήλωση στις 25/2/2021. Τα κύρια σημεία της συζήτησης αναλύονται και σχολιάζονται παρακάτω.

Στις αρχές του 2021, η ελληνική κοινή γνώμη συγκλονίστηκε από τις αποκάλυψεις της αθλήτριας Σοφίας Μπεκατώρου, όταν η ίδια παραδέχτηκε δημόσια πως είχε υποστεί σεξουαλική παρενόχληση το 1998 από παράγοντα της Ελληνικής Ομοσπονδίας Ιστιοπλοΐας. Παρόλο που το ποινικό αδίκημα έχει παραγραφεί, η χρυσή ολυμπιονίκης μιλώντας στις εισαγγελικές αρχές και στα μέσα ενημέρωσης για τη συμπεριφορά της οποίας υπήρξε θύμα ώθησε αρκετές γυναίκες να καταγγείλουν επώνυμα περιστατικά βίας και κακοποίησης σε βάρος τους, καθώς και τους δράστες αυτών. Οι πολυάριθμες υποθέσεις – αρχικά από τον αθλητισμό και μετέπειτα τον καλλιτεχνικό χώρο – που ήρθαν στο φως και ακολούθησαν το δρόμο της δικαιοσύνης αποτέλεσαν το εφαλτήριο για να εμφανιστεί το κίνημα #MeToo και στην Ελλάδα. Πρόκειται για ένα κοινωνικό κίνημα με

παγκόσμια δράση^[1] κατά της σεξουαλικής κακοποίησης και της παρενόχλησης οποιασδήποτε μορφής. Αποτελεί τομή στο χώρο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και ο στόχος του είναι η ευαισθητοποίηση όλο και περισσότερων προσώπων απέναντι στη βία και την κακοποίηση γυναικών, ειδικά στους χώρους εργασίας, μέσω της σύμπραξης τους με τους αρμοδίους νομικούς θεσμούς.

Το εν λόγω κίνημα, από το ξεκίνημά του, εστιάζει σε θέματα που αφορούν την έμφυλη βία και τις εξουσιαστικές σχέσεις, τα οποία για να αντιμετωπιστούν χρειάζονται συνεχή διάλογο. Με αφορμή αυτό, το Ίδρυμα Τσάτσου και το Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου οργάνωσαν από κοινού στις 25 Φεβρουαρίου 2020 τη διαδικτυακή εκδήλωση με θέμα "Το ελληνικό #MeToo: Ποινικές, εργασιακές και κοινωνικές διαστάσεις"^[2], προκειμένου τα ζητήματα αυτά να

«Οι πολυάριθμες υποθέσεις – αρχικά από τον αθλητισμό και μετέπειτα τον καλλιτεχνικό χώρο – που ήρθαν στο φως και ακολούθησαν το δρόμο της δικαιοσύνης αποτέλεσαν το εφαλτήριο για να εμφανιστεί το κίνημα #MeToo»

^[1] Περισσότερες πληροφορίες σχετικά αναγράφονται στην ιστοσελίδα <http://www.kathimerini.gr/society/561261961/to-elliniko-metoo-me-to-vlemma-stis-ipa/> (τελευταία επίσκεψη 26/3/2021).

^[2] Η εκδήλωση είναι προσβάσιμη στον παρακάτω σύνδεσμο <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/live-webcast-to-elliniko-metoo-poinikes-issues/>

Επικαιρότητα

πάφουν να αντιμετωπίζονται απλώς ως δημοσιογραφική «επικαιρότητα» αλλά να εξεταστούν σε βάθος και να δοθούν τα απαιτούμενα νομικά και κοινωνικά ερείσματα για την προστασία των θυμάτων.

Τον εναρκτήριο χαιρετισμό απηύθυνε η εκτελεστική διευθύντρια του ιδρύματος Τσάτσου, Μαρία Μουσμότη. Καλωσορίζοντας όλους τους ομιλητές δήλωσε απερίφραστα τους στόχους που πρέπει να υλοποιηθούν για να εξαλειφθούν αδυναμίες του κινήματος και τρωτά σημεία στη δράση του. Η νομοθεσία θα πρέπει να δημιουργήσει μια ασφαλή ατμόσφαιρα, ένα ασφαλές πλαίσιο όπου τα θύματα θα αισθάνονται προστατευμένα ώστε να καταγγείλουν περιστατικά παράνομα και συμπεριφορές ποινικά κολάσιμες. Ένα τέτοιο περιβάλλον θα πρέπει να είναι απαγκιστρωμένο από αίσθημα ντροπής, φόβου και έλλειψη εμπιστοσύνης, ώστε το #MeToo να τελεσφορήσει και τα θύματα να τολμούν να απευθύνονται τελικά στις αρχές για την αναφορά περιστατικών βίας και κακοποίησης.

Στη συνέχεια, ως πρώτη ομιλήτρια της εκδήλωσης τον λόγο έλαβε η Υφυπουργός Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων, κα Μαρία Συρεγγέλα, διευκρινίζοντας εξ αρχής πως υπάρχουν ακόμα ζητήματα ανισότητας αντρών και γυναικών. Ωστόσο, σύμφωνα με την Υφυπουργό οι κοινωνικοπολιτικές συνθήκες έχουν γίνει πλέον γόνιμες για να σπάσει η σιωπή των θυμάτων, δεδομένων των αλλαγών που επέρχονται στο ελληνικό νομικό σύστημα. Συγκεκριμένα, η τροποποίηση του ποινικού κώδικα για την αυστηροποίηση των ποινών του βιασμού, η θέσπιση πλαισίου δεοντολογίας στον καλλιτεχνικό χώρο και τον αθλητισμό, η κάλυψη κενών στη νομοθεσία, η επανεξέταση του χρόνου παραγραφής των σεξουαλικών αδικημάτων σε βάρος ανηλίκων αποτελούν σημαντικά βήματα για την διαμόρφωση του ζητούμενου ασφαλούς περιβάλλοντος για όλους και σε όλους τους εργασιακούς χώρους. Η Υφυπουργός χαρακτήρισε σύνθετο και ευρύ το πρόβλημα που καλείται να αντιμετωπίσει το κίνημα #MeToo, διότι δεν είναι μόνο νομικό,

επηρεάζει ολόκληρη την κοινωνία και μόνο με έμπρακτη πολιτική και κοινωνική συνείδηση θα εξαλειφθεί.

Εξίσου σημαντική ήταν η αναφορά της στο εθνικό σχέδιο του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων. Σύμφωνα με αυτό, προτεραιότητα για το Υπουργείο είναι η προσαρμογή της νομοθεσίας ώστε οι γυναίκες να απολαμβάνουν ίσα δικαιώματα σε ένα αξιοπρεπές εργασιακό περιβάλλον. Κάτι τέτοιο θα επιτευχθεί με την κύρωση της Συμβάσης 190 της Διεθνούς Οργάνωσης Εργασίας (ΔΟΕ) του 2019^[3]. Η εν λόγω Σύμβαση προστατεύει τα φυσικά πρόσωπα από τις βίαιες και παρενοχλητικές συμπεριφορές στο χώρο εργασίας. Αποτελεί το πρώτο διεθνές νομικό μέσο που καθορίζει τα διεθνή πρότυπα για την παρενόχληση και τη βία που σχετίζονται με την εργασία. Η κύρωση της αποδεικνύεται περισσότερο αναγκαία σήμερα από κάθε άλλη χρονική στιγμή και είναι μια απτή απόδειξη ότι η ελληνική νομική πραγματικότητα δεν μένει απαθής μπροστά σε αξιόποινες πράξεις, αλλά αντιμάχεται πάσης φύσεως διακρίσεις και ταπεινωτικές συμπεριφορές σε βάρος των εργαζομένων. Αντίστοιχα, τόνισε πως η ευρεία εφαρμογή του άρθρου 12 του ν. 4604/2019^[4] θεωρείται αρκετά επωφέλης για την προώθηση της ουσιαστικής ισότητας των φύλων, μέσω της επιβράβευσης που προβλέπει για όσες επιχειρήσεις αναπτύσσουν δράσεις προώθησης της ουσιαστικής ισότητας των φύλων. Έγινε, επίσης, αναφορά στο επιμορφωτικό πρόγραμμα που σχεδιάζεται με πόρους του Ταμείου Ανάκαμψης για εργαζομένους και εργοδότες του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα με στόχο την ευαισθητοποίηση και την απενοχοποίηση των ομάδων που βιώνουν διακρίσεις, ενθαρρύνοντας επιχειρήσεις στην απορρόφηση αυτών των εργαζομένων. Η εκπαίδευση και ενημέρωση των νέων δεν θα μπορούσε να λείπει από τον γενικότερο σχεδιασμό· γι' αυτό και αναμένεται το μάθημα της σεξουαλικής αγωγής να ενταχθεί στο υποχρεωτικό πρόγραμμα διδασκαλίας των σχολείων της ελληνικής επικράτειας. Η

« Η νομοθεσία θα πρέπει να δημιουργήσει μια ασφαλή ατμόσφαιρα, ένα ασφαλές πλαίσιο όπου τα θύματα θα αισθάνονται προστατευμένα ώστε να καταγγείλουν περιστατικά »

ergasiakes-kai-koinwnikes-diastraseis/ (τελευταία επίσκεψη 26/3/2021).

^[3] Ολόκληρο το κείμενο <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0024> (τελευταία επίσκεψη 26/3/2021).

^[4] Νόμος υπ' αριθμ. 4604/2019, ΦΕΚ 50/Α/26-3-2019 <https://www.e-nomothesia.gr/autodioikese-demosi/nomos-4604-2019-phkek-50a-26-3-2019.html> (τελευταία επίσκεψη 26/3/2021).

Το Ελληνικό #MeToo

Υφυπουργός επιστέγασε την ομιλία της υπογραμμίζοντας πως το κύριο αντίμετρο στη βία και τον εκφοβισμό είναι η γνώση των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων από τους πολίτες.

Ακολούθως, το βήμα έλαβε η κα Μαρία Γαβουνέλη, Προέδρος της Εθνικής Επιτροπής Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΕΔΑ) και Αναπληρώτρια Καθηγήτρια της Νομικής Σχολής του ΕΚΠΑ. Η ίδια δήλωσε πως το ελληνικό νομοθετικό πλαίσιο «αποδεικνύεται αρκούντως στιβαρό» ώστε να αντιμετωπίζονται ανάλογα περιστατικά βίας και γι' αυτό είναι υποχρέωση των θυμάτων να επιλέγουν την θεσμική προσέγγιση, τη νομική οδό εφόσον έχουν λειτουργούν στην Ελλάδα θεσμικοί μηχανισμοί που μπορούν να δώσουν λύσεις. Ωστόσο, η μεγάλη πρόκληση που θα κληθεί να διαχειριστεί η Πολιτεία δεν είναι η ψήφιση νέας νομοθεσίας αλλά ο έλεγχος της πρακτικής εφαρμογής αυτής για να διαπιστωθεί αν και κατά πόσο το νομικό σύστημα της Ελλάδας λειτουργεί σωστά στην καθημερινή πρακτική. Η κα Γαβουνέλη εστίασε στη σημασία της επεξεργασίας Κωδίκων Δεοντολογίας για τον σκοπό αυτό. Το γεγονός πως είναι κείμενα χωρίς κανονιστική δέσμευση δεν μειώνει τη σημασία τους ως μηχανισμών πρόληψης της βίας και των παρενοχλήσεων, ιδίως αν γίνει με τη συμμετοχή των ατόμων που καλούνται να τους εφαρμόσουν. Επομένως, αν η πρωτοβουλία αυτή υλοποιηθεί κατόπιν εσωτερικής διεργασίας σε όλους τους τομείς που υφίστανται εξουσιαστικές σχέσεις, τότε η ίδια η διαμόρφωση του Κώδικα θα καθίσταται μια μεγάλη άσκηση ευαισθητοποίησης.

Επόμενος ομιλητής ήταν ο κ. Θεόδωρος Παπαθεοδώρου, Καθηγητής Αντεγκληματικής Πολιτικής στο Πανεπιστήμιο Πελοποννήσου

και πρώην Υφυπουργός Παιδείας, ο οποίος ασχολήθηκε με την ποινική πλευρά του #metoogreece, επισημαίνοντας ότι ο ελληνικός Ποινικός Κώδικας δεν περιέχει σε κανένα άρθρο του τον όρο 'σεξουαλική παρενόχληση'. Το έγκλημα αυτό δεν αναγνωρίζεται ως αυτοτελές αδίκημα. Περιγράφεται στη παράγραφο 4 του άρθρου 337 του Ποινικού Κώδικα (ΠΚ) - «Προσβολή της γενετήσιας αξιοπρέπειας»^[5], ωστόσο δεν κατονομάζεται, γεγονός το οποίο δημιουργεί προβληματισμό. Αντίθετα, στην νομοθεσία άλλων Ευρωπαϊκών κρατών το έγκλημα της σεξουαλικής παρενόχλησης περιγράφεται ρητώς με βάση τον ορισμό που δίνει η Οδηγία 2006/54/ΕΚ^[6]. Βάσει της Οδηγίας αυτής, σεξουαλική παρενόχληση υφίσταται όταν εκδηλώνεται οιαδήποτε μορφή ανεπιθύμητης λεκτικής, μη λεκτικής ή σωματικής συμπεριφοράς σεξουαλικού χαρακτήρα, με σκοπό ή αποτέλεσμα την προσβολή της αξιοπρέπειας ενός ατόμου, ιδίως με τη δημιουργία εκφοβιστικού, εχθρικού, εξευτελιστικού, ταπεινωτικού ή επιθετικού περιβάλλοντος.

Επίσης απαιτείται, κατά τον κ. Παπαθεοδώρου, αυστηροποίηση της ποινής που προβλέπεται στο άρθρο 343 ΠΚ- «Κατάχρηση σε γενετήσια πράξη»^[7], καθότι η δυσαναλογία μεταξύ της βαρύτητας της πράξης και της προβλεπόμενης ποινής όχι μόνο δεν αποθαρρύνει τον δράστη από την κατάχρηση εξουσίας που πηγάζει από τη θέση ισχύος που έχει έναντι του θύματος, αλλά ούτε και περνάει το σωστό μήνυμα στην κοινωνία. Με αυτόν τον τρόπο δύναται να ενισχυθεί τόσο η πρόληψη όσο και η καταστολή των εγκλημάτων μέσω των κυρώσεων που θα επιβάλλονται. Ο κ. Παπαθεοδώρου υπογράμμισε, επιπλέον, ότι η Ελλάδα απέχει, ως προς τα θέματα αυτά, του-

«ο ελληνικός Ποινικός Κώδικας δεν περιέχει σε κανένα άρθρο του τον όρο 'σεξουαλική παρενόχληση'.»

^[5] Όποιος προβαίνει σε χειρονομίες γενετήσιου χαρακτήρα ή διατυπώνει προτάσεις για τέλεση γενετήσιων πράξεων σε πρόσωπο που εξαρτάται εργασιακά από αυτόν ή εκμεταλλεόμενος την ανάγκη ενός προσώπου να εργαστεί, τιμωρείται με φυλάκιση έως τρία έτη ή χρηματική ποινή.

^[6] Οδηγία 2006/54/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 5ης Ιουλίου 2006, για την εφαρμογή της αρχής των ίσων ευκαιριών και της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας και απασχόλησης (αναδιτύπωση).

^[7] Με φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών και χρηματική ποινή τιμωρούνται: α) όποιος υποχρεώνει άλλον σε επιχείρηση ή ανοχή γενετήσιας πράξης, με κατάχρηση

σχέσης εργασιακής εξάρτησης οποιασδήποτε φύσης, β) όποιος υποχρεώνει άλλον σε επιχείρηση ή ανοχή γενετήσιας πράξης, εκμεταλλεόμενος την άμεση ανάγκη του να εργασθεί, γ) οι διορισμένοι ή οπωσδήποτε εργαζόμενοι σε φυλακές ή άλλα κρατητήρια, σε αστυνομικές υπηρεσίες, σε σχολές, παιδαγωγικά ιδρύματα, νοσοκομεία, κλινικές ή κάθε είδους θεραπευτικά καταστήματα ή σε άλλα ιδρύματα προορισμένα να περιθάλπουν πρόσωπα που έχουν ανάγκη από βοήθεια αν, με κατάχρηση της θέσης τους, υποχρεώσουν σε γενετήσια πράξη πρόσωπο που έχει εισαχθεί σε αυτά τα ιδρύματα.

Επικαιρότητα

λάχιστον κατά είκοσι έτη δικαιοπολιτικής ωρίμανσης από άλλα ευρωπαϊκά κράτη και ότι δεν έχουν αποκρυσταλλωθεί ακόμη οι διαστάσεις που θα προσλάβει το #MeToo στην ελληνική κοινωνία. Κατά τη γνώμη του, είναι πρόωρο να μιλάμε για κοινωνικό κίνημα το οποίο θα οδηγήσει σε κανονιστικού χαρακτήρα νομικές μεταρρυθμίσεις. Προς το παρόν αναμένονται ήπιοι χαρακτήρα ρυθμιστικές πρωτοβουλίες με τη μορφή κωδίκων συμπεριφοράς στο δημόσιο και ιδιωτικό βίο.

Η κα Διονυσία Πετράκου, ως εργατολόγος, επικεντρώθηκε στην αστική και εργασιακή φύση του ζητήματος της σεξουαλικής παρενόχλησης, παρουσιάζοντας τα πολύ ενδιαφέροντα αποτελέσματα της έρευνας του Οργανισμού Θεμελιωδών δικαιωμάτων (Fundamental Rights Agency-FRA) της Ε.Ε. Σύμφωνα με την έρευνα αυτή, το 37% των ατόμων που έχουν υποστεί σεξουαλική παρενόχληση δεν έχουν μιλήσει σε κανέναν ούτε από το συγγενικό ούτε από το φιλικό τους περιβάλλον, το 4% έκανε καταγγελία στις αστυνομικές αρχές, ενώ μόνο το 1% ζήτησε νομική βοήθεια. Η προστασία που παρέχεται από την ελληνική εργατική νομοθεσία περιλαμβάνεται στον Ν. 3896/2010^[8], ενώ η νομολογία σε θέματα εργατικού δικαίου είναι αρκετά προστατευτική, όπως φανερώνουν δύο αποφάσεις, η υπ' αριθμ. 1655/1999 του Αρείου Πάγου και η 1936/2005 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης^[9], στις οποίες αναφέρθηκε η ομιλήτρια. Η κ. Πετράκου παρουσίασε στη συνέχεια τα δικαιώματα των εργαζομένων σε περιπτώσεις απόλυσης οφειλόμενης σε λόγους σεξουαλικής παρενόχλησης, στα οποία περιλαμβάνονται: (i) η δικαστική κύρωση της απόλυσης και η επαναπασχόληση, (ii) η αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας, καθώς και η αποζημίωση λόγω ηθικής βλάβης και (iii) η θεώρηση της απόλυσης ως μονομερούς βλαπτικής μεταβολής, η οποία εξομοιώνεται

με καταγγελία της σύμβασης εργασίας του εργαζομένου και αξίωση αποζημίωσης απόλυσης. Μάλιστα σε περίπτωση σεξουαλικής παρενόχλησης από άλλον εργαζόμενο τότε το θύμα δικαιούται να ενημερώσει εγγράφως τον εργοδότη, ο οποίος υποχρεούται να λάβει τα απαραίτητα μέτρα στο πλαίσιο της υποχρέωσης πρόνοιας έναντι των εργαζομένων του, η οποία είναι παρεπόμενη υποχρέωση απορρέουσα από την ατομική σύμβαση εργασίας. Τα δίκονομικά όπλα που παρέχονται εκ του νόμου είναι η απαγόρευση αντιποίνων αφενός και η αντιστροφή του βάρους της απόδειξης αφετέρου, όπου δηλαδή έγκριται στον εργοδότη να αποδείξει ότι δεν έλαβε χώρα τέτοια συμπεριφορά και, ειδικά για την περίπτωση απόλυσης, ότι αυτή δεν οφείλεται σε σεξουαλική παρενόχληση. Τέλος, έκρινε απαραίτητη την επιδίκαση «γενναίων» αποζημιώσεων σε άτομα που έχουν υποστεί σεξουαλική παρενόχληση, όπως συμβαίνει σε χώρες όπως η Αμερική και η Δανία, όπου τα ποσά που επιδικάζονται είναι σαφώς υψηλότερα σε σύγκριση με την Ελλάδα.

Τέλος, η κα Φωτεινή Τσαλίκου, με την ιδιότητα της Ομότιμης Καθηγήτριας Ψυχολογίας του Παντείου Πανεπιστημίου, διασαφήνισε ότι στο έγκλημα του βιασμού το θύμα στιγματίζεται περισσότερο από τον θύτη. Για τον λόγο αυτό απαιτείται η καλλιέργεια ενσυναίσθησης στην κοινωνία και ο καλύτερος τρόπος να επιτευχθεί αυτό είναι με την βοήθεια των Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης (ΜΜΕ). Τα ΜΜΕ είναι σε θέση να ευαισθητοποιήσουν τους πολίτες ώστε να αγκαλιάσουν τα θύματα τα οποία βρήκαν το σθένος να σπάσουν τη σιωπή τους και να φέρουν τους θύτες αντιμέτωπους με τις συνέπειες των πράξεών τους. Η πανδημία μετέβαλλε τη σχέση του αποστασιοποιημένου μέχρι τότε θεατή με την τηλεοπτική εικόνα, συμβάλλοντας στην αύξηση της ενσυναίσθησής του. Δεν είναι τυχαίο, άλλωστε, ότι μεταξύ των (κατά κύριο λόγο αρνητικών) επιπτώσεων της πανδημίας

« σε περίπτωση σεξουαλικής παρενόχλησης από άλλον εργαζόμενο τότε το θύμα δικαιούται να ενημερώσει εγγράφως τον εργοδότη, ο οποίος υποχρεούται να λάβει τα απαραίτητα μέτρα»

[8] ΦΕΚ Α' 207/8.12.2010- Εφαρμογή της αρχής των ίσων ευκαιριών και της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας και απασχόλησης Εναρμόνιση της κείμενης νομοθεσίας με την Οδηγία 2006/54/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 5ης Ιουλίου 2006 και άλλες συναφείς διατάξεις. <https://www.e-nomothesia.gr/kat-ergasia-koinonike-asphalise/n-3896-2010.html> (τελευταία επίσκεψη 26/3/2021).

[9] Η πρώτη απόφαση έκρινε καταχρηστική την απόλυση εργαζομένης ως αντίποινα στην άρνηση αποδοχής της σεξουαλικής παρενόχλησης που δέχθηκε, ενώ η δεύτερη επιδίκασε στο θύμα σεξουαλικής παρενόχλησης αποζημίωση για ηθική βλάβη, θεωρώντας τη συμπεριφορά του εργοδότη προσβολή της προσωπικότητας της εργαζομένης.

Το Ελληνικό #MeToo

στην ψυχική υγεία των πολιτών καταγράφεται και μία θετική, η αύξηση κατά 30% των συμπεριφορών αλληλεγγύης σε σχέση με την προ κορωνοϊού εποχή. Αυτό που έχει ενδιαφέρον να μελετηθεί είναι το κατά πόσον η πανδημία και η αμεσότητα των εικόνων των ΜΜΕ επηρέασαν τα αντανάκλαστικά της κοινωνικής γνώμης απέναντι στην καταγγελία της Σοφίας Μπεκατώρου και των υπολοίπων θυμάτων, τη δεδομένη χρονική στιγμή.

Εκ των ανωτέρω, καθίσταται σαφές πως οι απόψεις των συμμετεχόντων στην εκδήλωση αυτή συγκλίνουν στο εξής: η αναγκαιότητα προβολής, εντοπισμού, καταστολής και εν τέλει καθολικής εξάλειψης φαινομένων διακρίσεων και βίας σε βάρος των γυναικών έχει καταστεί άμεση προτεραιότητα. Το ζήτημα αυτό ξεπερνά τα όρια της απλής ηθικής και του κοινού περί δικαίου αισθήματος των πολιτών και φτάνει να προσβάλλει τον πυρήνα συνταγματικά – και όχι μόνο – κατοχυρωμένων δικαιωμάτων. Η κοινωνία ισότητας που πασχίζουμε να δημιουργηθεί δεν συνάδει με περιστατικά βίας και κακοποίησης ούτε και με την περιθωριοποίηση των αδυνάτων.

Το κίνημα #MeTooGR, με την πληθώρα δημόσιων αποκαλύψεων περιστατικών σεξουαλικής κακοποίησης, θέτει γερά θεμέλια ώστε η Ελλάδα να μπορέσει επιτέλους να θεσπίσει ένα ολοκληρωμένο θεσμικό πλαίσιο προστασίας των προσώπων που αναφέρουν κάθε είδους κακοποιητική και παράνομη πράξη στον εργασιακό τους χώρο εγείροντας τις ανησυχίες τους με ασφάλεια και δίχως τον φόβο επικείμενων αντιποίνων λόγω της δράσης τους αυτής^[10]. Πρόκειται για το φαινόμενο-παγκόσμιας εμβέλειας- Whistleblowing, που στην ελληνική νομική ορολογία αποτυπώνεται με τον όρο «Μάρτυρας Δημοσίου Συμφέροντος»^[11]. Αυτό το θεσμικό πλαίσιο έχει ήδη προβλεφθεί στην οδηγία της Ε.Ε. 1937/2019^[12] και το ζητούμενο είναι να αρχίσει, με αφορμή το κίνημα #MeTooGR, ο δημόσιος διάλογος για τη βέλτιστη δυνατή ενσωμάτωση της προαναφερθείσας Οδηγίας

στην εθνική έννομη τάξη. Συμπερασματικά, το βασικό έννομο αγαθό που καλούμαστε σαν κοινωνία να διαφυλάξουμε είναι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια, για την οποία το κράτος οφείλει να παρέχει πολυσχιδή πρόνοια μέσω των αντίστοιχων φορέων του. Όπως, εξάλλου, πολύ εύστοχα το έθεσε στη διαδικτυακή εκδήλωση η Σοφία Μπεκατώρου: «τον αγώνα τον δίνουμε γιατί πρέπει να αγωνιστούμε, όχι γιατί γνωρίζουμε εκ των προτέρων πως θα κερδίσουμε».

•••••

« Πρόκειται για το φαινόμενο-παγκόσμιας εμβέλειας- Whistleblowing, που στην ελληνική νομική ορολογία αποτυπώνεται με τον όρο 'Μάρτυρας Δημοσίου Συμφέροντος'»

^[10] Περισσότερες πληροφορίες σχετικά αναγράφονται στην ιστοσελίδα

<https://www.protagon.gr/apopseis/i-kariera-tis-bekatwrou-den-kindynevei-pia-i-diki-sou-omws-44342240932> (τελευταία επίσκεψη 26/3/2021)

^[11] Στηρίζεται στο άρθρο 47 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (Νόμος 4620/2019) - Αποχή από την ποινική δίωξη μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος.

<https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/n-4620-2019/arthro-47-kodikas-poinikis-dikononias-nomos-4620-2019> (τελευταία επίσκεψη 26/3/2021).

^[12] Οδηγία(ΕΕ) 1937/2019 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23/10/2019 σχετικά με τη προστασία των προσώπων που αναφέρουν παραβιάσεις του δικαίου της Ένωσης.

Ο αναχρονιστικός θεσμός της χαρτοσήμανσης και καταχώρισης των δικογράφων στην κυπριακή δικαστηριακή πρακτική και η ανάγκη εξέλιξής του

Η ευκαιρία που έδωσε ο κορωνοϊός

Νίκος Γ. Σταύρου, Δικηγόρος & Πολιτικός Επιστήμων, Υποψήφιος Διδάκτωρ Νομικής Σχολής Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου

Το παρόν άρθρο έχει ως σκοπό να καταδείξει και να αναδείξει τις αδυναμίες και τις παρωχημένες πρακτικές που επικρατούν εισέτι στην κυπριακή έννομη τάξη και συγκεκριμένα στην χαρτοσήμανση και καταχώριση των δικογράφων. Παρουσιάζεται η ισχύουσα αναχρονιστική διαδικασία και η αδήριτη ανάγκη για εξέλιξη και αλλαγή, την οποία όμως δυστυχώς δεν επιτάχυνε η αδήριτη ανάγκη για μεταβολή της καθεστηκυίας τάξης πραγμάτων αλλά η εισβολή του απηνούς φαινομένου του κορωνοϊού. Η αλλαγή αυτή έχει πλέον δρομολογηθεί και αναμένεται όπως αποκτήσει υπόσταση και εφαρμογή. Με άλλα λόγια μιλάμε για το σύστημα ηλεκτρονικής δικαιοσύνης ή αλλιώς e-justice.

Αυτή η αναμφισβήτητα ανατρεπτική κατάσταση που επέφερε ο κορωνοϊός, δημιουργεί προϋποθέσεις και συνθήκες, ώστε πράγματα τα οποία θα απλούστευαν διαδικασίες και θα εξοικονομούσαν χρόνο, να γίνουν επιτέλους πράξη. Με άλλα λόγια, η έκρυθμη αυτή κατάσταση που βιώνουμε, ίσως μας «αναγκάσει» να ξεφύγουμε από αναχρονιστικές πρακτικές και συνήθειες. Ένα τέτοιο παράδειγμα αποτελεί το σύστημα χαρτοσήμανσης και καταχώρισης των δικογράφων στην κυπριακή δικαστηριακή πρακτική.

Για δεκαετίες ολόκληρες το σύστημα της χαρτοσήμανσης παρέμενε αμετάβλητο. Οι δικηγόροι μετέβαιναν στις γραμματείες των δικηγορικών συλλόγων, ούτως ώστε να προμηθευτούν τα απαραίτητα χαρτόσημα, τα οποία χρειάζονται για να επικολλήσουν και να συνοδεύσουν τα δικόγραφα τους.

Την ίδια στιγμή που σε πολλά, αν όχι σε όλα τα δυτικότροπα κράτη, η χαρτοσήμανση και καταχώριση δικογράφων στην δικαστηριακή πρακτική γίνεται επί δεκαετίες ηλεκτρονικά, μέσω ειδικών διαδικτυακών ιστοτόπων, η Κύ-

προς ενέμενε σε μία απαρχαιωμένη και παρωχημένη πρακτική, αυτή που εξετάθη ανωτέρω. Στην Ιταλία, επί παραδείγματι, η κίνηση δικαστικής διαδικασίας μέσω του διαδικτύου είναι δυνατή για τις διαδικασίες σε αστικές υποθέσεις ενώπιον όλων των πρωτοδικείων και των εφετείων. Είναι υποχρεωτική για την έκδοση ασφαλιστικών μέτρων πριν τη δίκη σε όλα τα πρωτοδικεία.^[1] Το ίδιο και στη Φινλανδία.^[2]

Στο παρόν άρθρο γίνεται μια προσπάθεια καταγραφής και ανάλυσης του ζητήματος αυτού. Πιο συγκεκριμένα, στο πρώτο μέρος που έπεται, θα εξεταστεί ο υφιστάμενος θεσμός της καταχώρισης στην Κυπριακή πολιτική δικονομία, με απώτερο σκοπό όπως καταστεί σαφής η πρακτική που επί δεκαετίες ακολουθείται στο Κυπριακό νομικό γίγνεσθαι.

Ακολουθώντας, θα παρουσιαστεί, ως παράδοξη ευκαιρία, η συμβολή του κορωνοϊού. Με άλλα λόγια θα γίνει μια ανάλυση, βάσει της οποίας θα καταδειχθεί ότι η απηνής αυτή κατάσταση που βιώνει ολόκληρος ο πλανήτης συνέδραμε τα μέγιστα και αποτέλεσε το εφαλτήριο, εν μέρει, για τον εκσυγχρονισμό του συστήμα-

« Για δεκαετίες ολόκληρες το σύστημα της χαρτοσήμανσης παρέμενε αμετάβλητο »

^[1] https://e-justice.europa.eu/content_automatic_processing-280-it-el.do?member=1

^[2] https://e-justice.europa.eu/content_automatic_processing-280-fi-el.do?member=1

Ο αναχρονιστικός θεσμός της χαρτοσήμανσης

τος καταχώρισης και χαρτοσήμανσης. Κατόπιν, στο τρίτο μέρος, καταγράφονται τα αίτια και οι λόγοι για τους οποίους το ηλεκτρονικό σύστημα δικαιοσύνης καθυστερεί ως προς την εφαρμογή του. Προσέτι παρατίθενται και ορισμένοι προβληματισμοί. Προτού ολοκληρωθεί η παρουσίαση του θέματος, θα παρατεθεί μια παράγραφος αναφορικά με την οικονομική διαχείριση του συστήματος ηλεκτρονικής δικαιοσύνης (i-justice). Στο τελευταίο μέρος παρατίθενται κάποιες τελικές σκέψεις του γράφοντος.

1. Ο υφιστάμενος θεσμός της καταχώρισης στην Κυπριακή πολιτική δικονομία.

Δυστυχώς, η κυπριακή δικαστηριακή πρακτική και οι ιθύνοντές της έπνεαν μένεα κατά της εξέλιξης και της προόδου, καθώς μέχρι και εχθές δεν εβούλυντο να εκσυγχρονιστούν και να υιοθετήσουν έναν νέο τρόπο χαρτοσήμανσης και καταχώρισης δικογράφων, ο οποίος αναντίρρητα θα γλύτωνε τους δικηγόρους από χρονοβόρες διαδικασίες και σε τελική ανάλυση θα απλούστευε μια διαδικασία, η οποία ταλάνιζε αντί να διευκολύνει. Ουδείς είχε το δικαίωμα να απαμβλύνει και να αποπειραθεί να βελτιώσει μια καθεστηκυία τάξη πραγμάτων, την οποία οι ιθύνοντες διατηρούσαν αμετάβλητη. Επικρατούσε με άλλα λόγια ένα είδος αλλεργίας στο άκουσμα της αλλαγής. Το υφιστάμενο καθεστώς εδράζεται στον Περί Χαρτοσήμων Νόμο (Ν. 19/1963) με τις τροποποιήσεις που έχουν επέλθει. Ακολούθως καταγράφεται σχοινοτενώς η πάγια τακτική που ακολουθείται και διαφαίνεται πόσο απαρχαιωμένη είναι από το γεγονός ότι προκαλεί δυσκολίες στα εμπλεκόμενα μέρη, ιδίως στους δικηγόρους.

2. Η πανδημία ως παράδοξη ευκαιρία: η προσπάθεια εκσυγχρονισμού της Κυπριακής δικαιοσύνης.

Η αναφορά στον κορωνοϊό μόνο τυχαία δεν είναι, καθώς πλέον επήλθε η επιτακτική αλλαγή. Με άλλα λόγια έγινε επιτέλους πράξη αυτός ο εκσυγχρονισμός της ψηφιοποίησης των δικαστηρίων, ο οποίος πραγματοποιείται μέσω μιας διαδικτυακής πλατφόρμας (i-justice), όπου οι δικηγόροι δύνανται να καταχωρίζουν άνετα και χωρίς ταλαιπωρία δικόγραφα, αιτήσεις κλπ. Σε νομικό πλαίσιο το σύστημα αυτό προβλέπεται τουλάχιστον στο παρόν στάδιο στον Διαδικαστικό Κανονισμό^[3] που φέρει τον τίτλο «Περί της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης (ηλεκτρονική καταχώριση) Διαδικαστικός Κανονισμός του 2021». Το λογισμικό έχει αναπτυχθεί από πάροχο, αλλά η όλη διαδικασία, (σχεδιασμός, συντονισμός και σχεδιασμός της ανάπτυξης έγινε από το Υφυπουργείο Έρευνας και Καινοτομίας σε συνεργασία με όλους τους εμπλεκόμενους (Πρωτοκολλητεία, δικαστήρια, Παγκύπριο Δικηγορικό Σύλλογο και εταιρεία Data tech IT solutions).^[4] Μένει να διαπιστώσουμε ότι αυτή η αναμόρφωση του συστήματος θα λειτουργήσει εν έργω. Πριν από μερικούς μήνες αυτή η ιδέα ήταν απλά ένα ενδεχόμενο, μια ουτοπική σκέψη Ένεκα του φαινομένου του κορωνοϊού, και υπό τον φόβο εξάπλωσης και μετάδοσής του, δημιουργήθηκε ένας ηλεκτρονικός ιστότοπος^[5], βάσει του οποίου η διαδικασία καταχώρισης δικογράφων και χαρτοσήμων γίνεται ηλεκτρονικά. Είναι ένα αίτημα χρόνων, από άπαντες τους νουνεχείς δικηγόρους και όχι μόνο. Συνεπώς, με την τοποθέτηση η οποία διαλαμβάνεται στο παρόν άρθρο δεν κομίζεται Γλαύκα εις Αθήνας, απλά υπερτονίζεται η μετ' επιτάσεως ανάγκη για άμεση και λειτουργική αναδιοργάνωση του υφισταμένου συστήματος. Για την ακρίβεια μάλιστα η πρόταση αυτή έχει τεθεί στο τραπέζι χρόνια πριν και συζητείται από το 2013, όταν ο τότε υπουργός της δικαιοσύνης κ. Ιωάνς Νικολάου ανεφέρθη στην ηλεκτρονική απονομή της δικαιοσύνης και εν γένει στο σύστημα ηλεκτρονικής δικαιοσύνης.^[6]

«η πρόταση αυτή έχει τεθεί στο τραπέζι χρόνια πριν και συζητείται από το 2013»

[3]

http://www.cyprusbarassociation.org/files/ANNO_UNCEMENT'S/2021/I-JUSTICE/4131_15_1_2021_PARARTIMA_2o_MEROS_I.pdf

[4] <https://www.offsite.com.cy/eidiseis/topika/i-justiceetoimo-systima-anetoimoi-oi-dikigoroi>

[5]

<https://ijustice.judicial.gov.cy/#/login/:i8g04h6cxf>

[6] «Ηλεκτρονική δικαιοσύνη» προτείνει ο Ιωάνς Νικολάου, <https://www.sigmalive.com/news/local/46568/ilektroniki-dikaio-syni-proteinei-o-ionas-nikolaou>

Επικαιρότητα

Συνεπώς διαπιστώνει κανείς ότι η ιδέα και η σκέψη για εφαρμογή του συστήματος i-justice υπήρχε αρκετό καιρό πριν σε πολύ πρώιμο στάδιο, αλλά για διάφορους λόγους δεν υλοποιούνταν. Είναι προφανές λοιπόν ότι η εξάπλωση του απηνοῦς ιού συνέβαλε και ανάγκασε τους ιθύνοντες να επισπεύσουν και να θέσουν σε εφαρμογή το πρόγραμμα.

Αξίζει να σημειωθεί στο σημείο αυτό, ότι το σύστημα της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης (i-justice), στην Κυπριακή Δημοκρατία, έτσι όπως αναμένεται να εφαρμοστεί, επηρεάστηκε από το αντίστοιχο σύστημα δύο χωρών, της Αγγλίας και της Ουαλίας. Με άλλα λόγια η Κύπρος άντλησε τεχνογνωσία και εμπειρία από την εφαρμοσθείσα ηλεκτρονική δικαστηριακή πρακτική των δύο αυτών χωρών.^[7]

Πρέπει να τονιστεί ότι η λύση αυτή του συστήματος i-justice συνιστά μια μερική, μια ενδιάμεση λύση στα αλληπάλλληλα προβλήματα που συναντώνται στις δικαστικές διαδικασίες. Συνεπώς, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι με την εφαρμογή του συστήματος της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης θα λυθεί το χρόνιο πρόβλημα της καθυστέρησης των δικαστηριακών υποθέσεων. Στις 18-01-2021 αναμένετο να εφαρμοσθεί το σύστημα της ενδιάμεσης λύσης της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης, το οποίο θα ίσχυε έως ότου να υλοποιηθεί και να εφαρμοσθεί το τελικό σχέδιο του συστήματος i-justice, το οποίο έχει ήδη δρομολογηθεί και αναμένεται να τεθεί σε πλήρη εφαρμογή σε δύο χρόνια. Ωστόσο το σύστημα δεν εφηρμόσθη εν τέλει ως αναμένετο. Μολαταῦτα η πλατφόρμα i-justice ετέθη σε εφαρμογή στις 8 Φεβρουαρίου 2021, βάσει σχετικής επιστολής που εστάλη από τον Παγκύπριο Δικηγορικό Σύλλογο προς άπαντα τα μέλη του, με θέμα «Πρώτο εκπαιδευτικό σεμινάριο για παρουσίαση της πλατφόρμας i-justice».^[8]

3. Καθυστέρηση της εφαρμογής του i-justice: αίτια και προβληματισμοί

Οι βασικοί λόγοι για την καθυστέρηση στην εφαρμογή του ήταν ενδεικτικά οι ακόλουθοι:

Ανυπαρξία διαδικασίας ανοίγματος φακέλου για υφιστάμενες υποθέσεις, ανυπαρξία επιλογής για να δηλωθεί εκπροσώπηση από δικηγόρο, μη ενιαία καταχώριση τεκμηρίων, μη πρόβλεψη καταχώρισης υπόθεσης εκ μέρους διαδικίου – πελάτη ο οποίος διαμένει μόνιμα στο εξωτερικό, ανυπαρξία επιλογής καταχώρισης Σύνοψης Μαρτυρίας & Καταλόγου Μαρτύρων, καθώς και Παραρτήματος βάσει της Διαταγής 30 των Θεσμών Πολιτικής Δικονομίας (Κλήση για Οδηγίες), ημιτελής διαδικασία στην έκδοση κλήτευσης μάρτυρα, ελλείψεις επιλογές στις καταχωρίσεις ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου, απουσία των δικαστηρίων εργατικών διαφορών στις επαρχίες Λεμεσού, Λάρνακας, Αμμοχώστου και Πάφου, προβλήματα σχετικά με την ειδοποίηση στις αιτήσεις που απευθύνονται και καταχωρίζονται μονομερώς και δεν κοινοποιούνται στους αντιδίκους, ανυπαρξία επιλογής στην καταχώριση, ενημέρωση, πρόσβαση σε φάκελο Προσφυγής από το Ενδιαφερόμενο Μέρος^[9].

Αφ' ης στιγμής που επήλθαν οι απαραίτητες διορθώσεις στα ανωτέρω ανακλύπτοντα προβλήματα, το σύστημα ηλεκτρονικής δικαιοσύνης ετέθη σε λειτουργία.

Με την αλλαγή αυτή, ήτοι με την εγκαθίδρυση της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης θα είναι και μια πρώτης τάξεως ευκαιρία να συνταχθούν και να εκδοθούν νέοι δικαστικοί κανονισμοί, καθώς επίσης και να υιοθετηθούν νέες διαδικασίες, που όπως προαναφέρθη θα απλουστεύσουν τις ήδη βεβαρημένες πρακτικές. Ουσιαστικά πρόκειται για ένα εγχείρημα, το οποίο θα επιφέρει αναπόδραστα ριζικές αλλαγές στην εν γένει διαδικασία των δικαστηρίων.

Προσέτι, ο χρόνος εκδίκασης των υποθέσεων θα περιοριστεί σημαντικά, αφ' ης στιγμής που οι διαδικασίες θα είναι δυνατό και εφικτό να επιβλέπονται και να διεκπεραιώνονται ηλεκτρονικά από τα δικαστήρια που επιλαμβάνονται επί αυτών, με αποτέλεσμα την γρηγορότερη έκβαση και ολοκλήρωση της εκάστοτε

«η λύση αυτή του συστήματος i-justice συνιστά μια μερική, μια ενδιάμεση λύση στα αλληπάλλληλα προβλήματα που συναντώνται στις δικαστικές διαδικασίες»

^[7] Το e-justice στα κυπριακά δικαστήρια σε webinar με συμμετοχή Υπ. Δικαιοσύνης – Υφυπ. Καινοτομίας, <https://dikaiosyni.com/enimerwsi/to-e-justice-sta-kypriaka-dikastiria-se-webinar-me-simmetoxi-yp-dikaiosynis-yfyp-kainotomias/>

^[8] Πρόκειται για ανακοίνωση ημερομηνίας 25-01-2021 με την οποία γνωστοποιούταν στα μέλη του

Συλλόγου ότι θα διεξαχθεί το πρώτο διαδικτυακό σεμινάριο για την παρουσίαση του συστήματος i-justice. ^[9] Βλ. Προκαταρκτικές παρατηρήσεις ομάδας εργασίας για ηλεκτρονικό σύστημα καταχώρισης i-Justice ημερομηνίας 13-01-2021.

Ο αναχρονιστικός θεσμός της χαρτοσήμανσης

υπόθεσης. Μέσω του συστήματος της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης παρέχεται η δυνατότητα στον εκάστοτε δικηγόρο να καταχωρίζει την αγωγή του, την αίτησή του και γενικότερα τα δικόγραφά του και να προμηθεύεται ηλεκτρονικά τα απαιτούμενα και απαραίτητα χαρτόσημα που θα συνοδεύουν τα δικόγραφά του, από το σπίτι του, από το δικηγορικό του γραφείο και γενικά από οπουδήποτε και αν βρίσκεται, αρκεί να έχει πρόσβαση στο διαδίκτυο.

Φυσικά τίθεται η προβληματική και το ερώτημα αν ελλοχεύει κίνδυνος για παραβίαση ιδιωτικών πληροφοριών και προσωπικών δεδομένων (General Data Protection Regulation); Δυστυχώς δεν έχει γίνει εισέτι κάποια ρητή μνεία ή εισήγηση στο εν λόγω ανακλύπτον σοβαρότατο ζήτημα. Ζητήματα αναφορικά με τη ευθύνη που προκύπτει σε περίπτωση παραβίασης ή της άμεσης ενημέρωσης και πληροφόρησης των ενδιαφερομένων μερών, πρέπει να τύχουν άμεσης εξέτασης και ταχείας αντιμετώπισης, ούτως ώστε να αποφευχθούν ενδεχόμενες ανεπιθύμητες καταστάσεις. Ασφαλώς και πρέπει να εξεταστούν και να υιοθετηθούν πάγιες πρακτικές, εφαρμόζουσες και στο GDPR, όπως η αρχή της χρονικά περιορισμένης διατήρησης, η οποία με απλά λόγια σημαίνει πως τα στοιχεία των εμπλεκομένων προσώπων σε μια υπόθεση, δεν μπορούν να παραμένουν καταχωρισμένα εσαεί.

Βάσει του Κανονισμού ΕΕ 2016/679, τα αρχεία αυτά στα οποία θα εμφανίζονται προσωπικά δεδομένα, θα τυγχάνουν αυστηρής και περιορισμένης πρόσβασης. Με άλλα λόγια, πρόσβαση στα εν λόγω αρχεία θα έχουν μόνο οι αρμόδιοι υπάλληλοι και φυσικά οι δικηγόροι των διαδίκων. Βέβαια πρέπει να τονιστεί ότι αφ' ης στιγμής που τα δεδομένα μιας υπόθεσης (ονόματα και διευθύνσεις) θα αναρτώνται και θα καταχωρίζονται σε μια ηλεκτρονική πλατφόρμα, ελλοχεύει πάντα ο κίνδυνος παραβίασης τους. Σε εθνικό επίπεδο έχει ψηφιστεί ο περί της Προστασίας των Φυσικών Προσώπων Έναντι της Επεξεργασίας των Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα και της Ελεύθερης Κυκλοφορίας των Δεδομένων αυτών Νόμος του 2018 (Ν. 125(Ι)/2018), ο οποίος ουσιαστικά υιοθέτησε πλήρως τις διατάξεις περί προστασίας προσωπικών δεδομέ-

νων που διαλαμβάνει ο προαναφερθείς Κανονισμός. Γίνεται εύκολα αντιληπτό λοιπόν ότι μέσω αυτού του νομικού πλαισίου και της συνδρομής της εποπτικής αρχής αυτής, θα μπορούν να προστατευτούν τα προσωπικά δεδομένα. Συγκεκριμένα το άρθρο 6 του νόμου αυτού προβλέπει τότε η επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα επιτρέπεται και είναι νόμιμη. Επιτρέπεται μόνο όταν διενεργείται για το σκοπό δημοσίευσης ή έκδοσης απόφασης οποιουδήποτε δικαστηρίου ή όταν είναι αναγκαία για τους σκοπούς απονομής της δικαιοσύνης. Το άρθρο αυτό αναφέρεται στο άρθρο 9 του Κανονισμού (ΕΕ) αρ. 2016/679 και στην απαγόρευση επεξεργασίας ειδικών κατηγοριών δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, όπως π.χ. τις θρησκευτικές ή φιλοσοφικές πεποιθήσεις, την επεξεργασία γενετικών δεδομένων, βιομετρικών δεδομένων με σκοπό την αδιαμφισβήτητη ταυτοποίηση προσώπου κ.α. Η παράγραφος 2 εδ' στ' του άρθρου 9 του Κανονισμού 2016/679, αναφέρεται στην άρση της εν λόγω απαγόρευσης, όταν δηλαδή η επεξεργασία λαμβάνει χώρα και διενεργείται όταν κρίνεται απαραίτητη για τη θεμελίωση, άσκηση ή υποστήριξη νομικών αξιώσεων ή όταν τα δικαστήρια ενεργούν υπό τη δικαιοδοτική τους ιδιότητα.

Μέσω του συστήματος της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης, ο δικηγόρος δύναται επίσης να παρακολουθεί το προσωπικό του ημερολόγιο, να ελέγχει την εξέλιξη και την πορεία της υπόθεσής που χειρίζεται, και γενικότερα να μπορεί να οργανώνει το χρόνο του, ώστε να διευκολύνεται στο να επιτελέσει το έργο του σε πραγματικό χρόνο. Ας φανταστούμε πόσο θα βοηθήσει πρακτικά η υλοποίηση και η εφαρμογή του συστήματος της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης, όταν τα δικαστήρια θα δύνανται να έχουν πρόσβαση σε όλες τις υποθέσεις, μέσω μιας διαδικτυακής βάσης δεδομένων και ως εκ τούτου να προγραμματίζουν έγκαιρα τον δικαστηριακό τους σχεδιασμό. Με την εφαρμογή του συστήματος αυτού, θα μειωθεί, θα ελαχιστοποιηθεί και με τον καιρό θα εξαλειφθεί ίσως και το πλήθος εγγράφων, κοινώς η χαρτούρα, που αναντίρρητα ταλανίζει τους δικαστές και τους δικηγόρους, αλλά και τους υπαλλήλους των γραμματειών των δικαστηρίων και παρακωλύει, εμποδίζει και συχνά καθυστερεί την ταχεία έκβαση των δικαστικών υποθέσεων.

«Ζητήματα αναφορικά με τη ευθύνη που προκύπτει σε περίπτωση παραβίασης ή της άμεσης ενημέρωσης και πληροφόρησης των ενδιαφερομένων μερών, πρέπει να τύχουν άμεσης εξέτασης και ταχείας αντιμετώπισης»

Επικαιρότητα

Ένα εξαιρετικής σημασίας νεοφανές και καινοτόμο στοιχείο της πλατφόρμας i-Justice, είναι ότι παρέχεται η δυνατότητα απευθείας επικοινωνίας των δικηγόρων που χειρίζονται μια υπόθεση με τον δικαστή που επιλαμβάνεται επί αυτής και το αντίστροφο. Στην περίπτωση που κάποιος από τους δικηγόρους επικοινωνήσει με τον δικαστή, το σύστημα κοινοποιεί αυτομάτως την επικοινωνία αυτή στον έτερο διάδικο. Όπως προαναφέρθη, ένας εκ των λόγων που δεν έχει τεθεί ακόμη σε εφαρμογή το σύστημα είναι και οι μονομερείς αιτήσεις. Γενικώς όταν γίνεται λόγος για αυτόματη κοινοποίηση στον έτερο διάδικο μιλάμε καταρχήν για τις δια κλήσεως αιτήσεις. Άρα είναι ένα επιπλέον ζήτημα που πρέπει να εξεταστεί και να ληφθεί υπόψιν από τους ιθύνοντες.

Ένα άλλο πολύ κομβικής σημασίας ζήτημα είναι η συζήτηση αν το σύστημα μπορεί να λειτουργήσει ή πρέπει να λειτουργήσει, τουλάχιστον για ένα διάστημα, παράλληλα με την φυσική και αυτοπρόσωπη καταχώριση στις γραμματείες των δικαστηρίων (Πρωτοκολλητεία). Πρόκειται για μια συζήτηση η οποία κατά τη γνώμη του γράφοντος γίνεται επειδή οι εφαρμόζοντες το σύστημα δεν είναι ακόμη έτοιμοι. Σε σύσκεψη που διημείφθη μεταξύ του Υφυπουργού Έρευνας και Καινοτομίας, κυρίου Κυριάκου Κόκκινου, και εκπροσώπων του Παγκυπρίου Δικηγορικού Συλλόγου και του Ανωτάτου Δικαστηρίου διεφάνη ακριβώς αυτό. Ότι δηλαδή το σύστημα έστω και με τα κενά του, τα οποία θα μπορούν να επιδιορθώνονται και να καλύπτονται σταδιακά, είναι σε θέση να λειτουργήσει, μολταυτά οι εφαρμόζοντες δεν είναι έτοιμοι.^[10] Αυτός είναι και ο λόγος που ουσιαστικά ζητήθηκε και προτάθηκε η παράλληλη καταχώριση.^[11]

Μέσω του συστήματος της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης (i-justice), θα πρέπει, εφόσον αυτή είναι η βασική φιλοσοφία του συστήματος, να μπορεί να γίνεται ταχεία και αποτελεσματική διαχείριση των δικαστικών υποθέσεων όλων

των δικαιοδοσιών. Είναι καταγεγραμμένο ως γεγονός ότι εδώ και μια δεκαετία σχεδόν παρατηρείται αύξηση κατά 20% στην καθυστέρηση του χρόνου εκδίκασης υποθέσεων στα επαρχιακά δικαστήρια της Κύπρου.^[12] Αυτή η αύξηση όμως δεν αφορά μόνο στην πρωτοβάθμια εκδίκαση των υποθέσεων, αλλά και στον χρόνο εκδίκασης πολιτικών εφέσεων, από τη στιγμή που ο ελάχιστος χρόνος εκδίκασής τους είναι τα 5 χρόνια κατά μέσο όρο, ενώ το 2008 για παράδειγμα ο μέσος χρόνος εκδίκασης ήταν 1,5 χρόνος.^[13] Η αύξηση της καθυστέρησης στην εκδίκαση των υποθέσεων παρατηρείται όμως και στις ποινικές υποθέσεις, αν και στην ποινική δικαιοδοσία, λόγω της φύσης της, οι διαδικασίες τρέχουν ταχύτερα από ότι στις αστικές – πολιτικές υποθέσεις.^[14]

Όσον αφορά στο μέρος των χαρτοσήμων και στο πώς το νέο σύστημα ηλεκτρονικής δικαιοσύνης το αντιμετωπίζει, πρέπει να αναφερθεί πως υπάρχει συγκεκριμένη – αυτοτελής καρτέλα (αποδείξεις) στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του συστήματος και αυτή περιλαμβάνει λεπτομερώς τα χαρτόσημα (δικηγορόσημα, εφάπαξ, πληροφορική, ένσημα ασικυμένων και το σύνολο το οποίο έχει καταβληθεί ανά καταχώριση). Προσέτι στο νέο ενδιάμεσο σύστημα υπάρχουν και δύο άλλες καρτέλες, η μια αφορώσα τις επιδόσεις και η άλλη που έχει να κάνει με τα τεκμήρια. Βέβαια αυτό ισχύει μόνο την περίπτωση στην οποία έχουν ήδη καταχωρισθεί χαρτόσημα.

Στην περίπτωση που επιθυμεί ένας δικηγόρος να προσθέσει κάποιο δικόγραφο ή επιθυμεί να καταχωρίσει μία νέα αγωγή, τότε το σύστημα παρέχει τη δυνατότητα στον δικηγόρο που ενεργεί εκ μέρους του ενάγοντα – αιτούντα, να καθορίσει την κλίμακα του ποσού στην οποία θέλει να εντάξει την υποθέσή του. Άρα το σύστημα «ζητά» να καθοριστεί το αν και κατά πόσο υπάρχει χρηματική απαίτηση. Αφού καθοριστεί αυτό, αυτομάτως το σύστημα συμπληρώνει το κόστος των χαρτοσή-

«παρέχεται η δυνατότητα απευθείας επικοινωνίας των δικηγόρων που χειρίζονται μια υπόθεση με τον δικαστή που επιλαμβάνεται επί αυτής και το αντίστροφο»

^[10] <https://www.offsite.com.cy/eidiseis/topika/i-justiceetoimo-systima-anetoimoi-oi-dikigoroi>

^[11]

<http://www.cyprusbarassociation.org/index.php/el/news/9621-i-justice-7>

^[12] (ΔΕΙΤΕ ΥΠΟΣΗΜΕΙΩΣΗ 10)

^[13] [Έρχεται η Ηλεκτρονική Δικαιοσύνη στην Κύπρο: Συντομεύει ο χρόνος εκδίκασης των υποθέσεων](#)

[\(legalnews24.gr\)](#) -

http://www.legalnews24.gr/2016/09/blog-post_86.html

^[14] [Δικαιοσύνη στοιβαγμένη σε φακέλους \(philenews.com\)](#) -

<https://archive.philenews.com/el-gr/koinonia-eidiseis/160/332913/dikaioisyni-stoivagmeni-se-fakelous>

Ο αναχρονιστικός θεσμός της χαρτοσήμανσης

μων, το οποίο πρέπει να καταβληθεί. Ακολουθώντας ο δικηγόρος θα επιλέξει το σημείο «υποβολή» και το σύστημα θα αποστέλλει τα συγκεκριμένα στοιχεία της πληρωμής στο ηλεκτρονικό σύστημα «ΑΡΙΑΔΝΗ» για να πραγματοποιηθεί η πληρωμή. Αφού ολοκληρωθεί και η πληρωμή, τότε αποστέλλεται ο μοναδικός αριθμός καταχώρισης, τον οποίο έχει λάβει η υπόθεσή του.

4. Οικονομική διαχείριση του συστήματος ηλεκτρονικής δικαιοσύνης (i-justice).

Αφού εξετάστηκαν τα ανωτέρω ζητήματα, στο σημείο αυτό θα γίνει μια αναφορά και στο οικονομικό σκέλος, με άλλα λόγια ποιος ή ποιοι φορείς θα επωμιστούν το κόστος του εν λόγω συστήματος;

Ο Παγκύπριος Δικηγορικός Σύλλογος (ΠΔΣ) και το Ταμείο Συντάξεως Δικηγόρων, έχουν ήδη λάβει μια αποικρυσταλλωμένη και ξεκάθαρη θέση, ότι δηλαδή δεν πρόκειται να αναλάβουν το χρηματικό κόστος, και μετακυλούν την ευθύνη στο κράτος.

Ο ΠΔΣ με ανακοίνωσή^[15] του δηλοί ότι δεν θα προβεί σε οιαδήποτε κάλυψη του κόστους για τη λειτουργία του συστήματος, παρόλο που την επιθυμεί διακαώς, καθώς όπως υποστηρίζει, τα μέλη του, και κατ' επέκταση μέλη του Ταμείου Συντάξεως, δεν μπορούν να επιβαρυνθούν επιπλέον.

Από την άλλη πλευρά, το κράτος μέσω της Νομικής του Υπηρεσίας, επικαλείται αφενός το άρθρο 28 του Κεφ 2 (Περί Δικηγόρων Νόμου) και αφετέρου τον Περί Ελέγχου των Δημοσίων Ενισχύσεων Νόμος του 2001 (Ν. 30(Ι)/2001) για να απαλλαγεί των ευθυνών του^[16]. Ουσιαστικά διαπιστώνεται μια αντιπαράθεση, όπου κανείς δεν επιθυμεί να δώσει λύση στο οικονομικό αυτό ανακύπτον και βασικότατο πρόβλημα.

Η θέση του ΠΔΣ και το επιχείρημα που προβάλλει είναι ότι τις ενέργειες για την υλοποίηση του εν λόγω συστήματος, τις έχει διενεργήσει το ίδιο το Κράτος. Ως εκ τούτου, δεν

είναι λογικό να αναλάβει το κόστος ο ΠΔΣ και τα μέλη αυτού, ήτοι οι ίδιοι οι δικηγόροι, αλλά το κράτος, μέσω της Νομικής Υπηρεσίας.

Καθίσταται σαφές και προφανές βέβαια, ότι αν δεν βρεθεί μια λυσιτελής τομή και τελεσφόρα λύση στο ζήτημα αυτό της οικονομικής διαχείρισης, το σύστημα της ηλεκτρονικής δικαιοσύνης δεν θα τεθεί ποτέ σε λειτουργία.

Συμπέρασμα

Αναντίρρητα το σύστημα ηλεκτρονικής δικαιοσύνης απαλλαγμένο από τα προαναφερθέντα προβλήματα που είχαν εντοπιστεί, αποτελεί και συνιστά δίχως άλλο το εφελτήριο για μια νέα αρχή στην Κυπριακή Δικαιοσύνη.

Ευλόγως λοιπόν ανακύπτει το ερώτημα: Έπρεπε να εισβάλει στις ζωές μας ένα τέτοιο δραματικό φαινόμενο, ώστε να μας φέρει προτετελεσμένων γεγονότων και υπό την απειλή φόβου, να ειςυγχρονιστούμε; Η απάντηση δυστυχώς μάλλον είναι καταφατική. Το παρόν αποτελεί συν τοις άλλοις και μια μομφή στο οπισθοδρομικό σύστημα χαρτοσήμανσης που επικρατούσε και δέσποζε στο κυπριακό νομικό γίγνεσθαι μέχρι πρότινος. Προσβλέπουμε σε μία εξέλιξη του συστήματος αυτού. Το αναχρονιστικό και παρωχημένο σύστημα που επικρατούσε φαίνεται ότι επιτέλους έπνευσε τα λοίσθια. Τη θέση του έλαβε τώρα ένα εξελιγμένο σύστημα, το οποίο θα καταστήσει την κυπριακή δικαστηριακή πρακτική περισσότερο ανεπτυγμένη, ανελιγμένη και λειτουργική. Η λειτουργία του συστήματος i-Justice καθίσταται επιτακτική. Μένει να δούμε βέβαια στην πράξη, πώς αυτό θα λειτουργήσει, καθώς πρόκειται για ένα εντελώς καινούριο σύστημα το οποίο θα επιδέχεται για αρκετό διάστημα τροποποιήσεις και διορθώσεις. Ωστόσο είναι αναμφισβήτητη η βάση για μια νέα αρχή.

•••••

«Το αναχρονιστικό και παρωχημένο σύστημα που επικρατούσε φαίνεται ότι επιτέλους έπνευσε τα λοίσθια»

[15]

<https://www.cyprusbarassociation.org/index.php/e1/news/12055-i-justice-6>

[16]

http://www.cyprusbarassociation.org/files/jcc_final.pdf

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

Νικόλας Ζέρβας, Μεταπτυχιακός φοιτητής Νομικής Σχολής
Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου

Το παρόν άρθρο πραγματεύεται το άλυτο νομικό «φαινόμενο» της οικειοποίησης της τέχνης, καθώς αποτελεί ένα «αχατογράφητο» νομικό πλαίσιο το οποίο υιοθετεί την οπτική της μη ύπαρξης πατρότητας του έργου, παρουσιάζοντας με τον τρόπο αυτό κενό στο νομοθετικό πλαίσιο της πνευματικής ιδιοκτησίας. Η περιορισμένη εμφάνιση του φαινομένου σε εθνικό επίπεδο δεν αποκλείει την υποχρέωση θέσπισης ενός ολοκληρωμένου πλαισίου προστασίας για τον δημιουργό. Διαφαίνεται πως το φαινόμενο της οικειοποίησης της τέχνης έχει δυο εκφάνσεις για τους καλλιτέχνες καθώς δύναται να αξιοποιηθεί ως «πειρατεία» της τέχνης που αποσκοπεί στο οικονομικό όφελος προϋφισταμένου έργου με αποτέλεσμα να μην υφίσταται πρωτοτυπία έκφρασης ενώ παράλληλα θεμελιώνεται μια ενθάρρυνση για τη δημιουργία ενός νέου και πρωτότυπου έργου μέσα από το οποίο αντανακλώνται πολιτισμικές ιδέες και συμπεριφορές. Η ανάγκη της ύπαρξης ενός πλαισίου προστασίας για τον προσδιορισμό και την εξισορρόπηση των ανωτέρω δύο παραγόντων, παραπέμπει την αναζήτηση στο νομικό σύστημα της Αμερικής και στην χρήση του ευέλικτου μηχανισμού του «Fair Use», μέσο το οποίο θέτει τις βασικές αρχές για τον προσδιορισμό της ύπαρξης αντιγραφής προϋφισταμένου έργου. Γίνεται τέλος σκιαγράφηση του ευέλικτου μηχανισμού του «Fair Use», και του κατά πόσο αυτό εφαρμόστηκε από τα Ευρωπαϊκά κράτη μέλη καθώς και αν δύναται να υιοθετηθεί από το εθνικό σύστημα της Ελλάδας.

Η οικειοποίηση της τέχνης (appropriation art) εμφανίστηκε στις αρχές του 20^{ου} αιώνα με τον μεταμοντερνισμό και βασίζεται στην αντίληψη αξιοποίησης του παραδοσιακού υλικού ως μέρους ενός νέου έργου έτοιμου προς κατανάλωση και άμεση χρήση, απαλλαγμένου από οιοσδήποτε περιορισμούς, όπως η πατρότητα, η πρωτοτυπία και η ιδιοκτησία του έργου. Η εν λόγω μορφή τέχνης αποτελεί μια ιδιάζουσα καλλιτεχνική έκφραση, της οποίας η ερμηνεία καθίσταται μετέωρη, στερούμενη της ύπαρξης ενός νομοθετικού πλαισίου επαρκώς θεμελιωμένου, για τον προσδιορισμό της ουσίας και της αποσαφήνισής της. Το νομοθετικό αυτό κενό αποτελεί έρεισμα για κατάχρηση των δικαιωμάτων υφιστάμενων έργων τέχνης και κατ' επέκταση των πνευματικών δικαιωμάτων των δημιουργών αυτών και ενδυναμώνει την επικρατούσα αντίληψη ότι το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας θέτει σε δευτερεύοντα ρόλο των δημιουργό και ενισχύει την καλλιτεχνική έκφραση. Απότοκο αυτού αποτελεί η ύπαρξη της ανάγκης κατοχύρωσης των δικαιωμάτων των καλλιτεχνών

επί των έργων τους καθώς η ολοένα αυξανόμενη κοινωνική ανάπτυξη και η είσοδος σε μια νέα ψηφιακή εποχή παρουσιάζει την ανάγκη συμβατότητας του δικαίου με το κοινωνικό κεκτημένο, διότι το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας αποτελείται από έννοιες οι οποίες παρουσιάζουν αοριστία, όπως είναι η έννοια της πρωτοτυπίας, της τέχνης, της ιδέας κ.λπ. Επομένως η αποκρυσταλοποίηση μιας μορφής τέχνης η οποία αποδυναμώνει τον δημιουργό υφιστάμενου έργου, φαντάζει αναγκαία.

Ωστόσο παρά το ότι σε εθνικό και ευρωπαϊκό πλαίσιο η αποσαφήνιση του φαινομένου της οικειοποίησης της τέχνης δεν κατέστη δυνατή, ο Αμερικανός νομοθέτης προσέβη στη δημιουργία ενός μηχανισμού ο οποίος, εξετάζει βασιζόμενος σε συγκεκριμένους παράγοντες το νόμιμο ή παράνομο χαρακτήρα της οικειοποίησης της τέχνης δίνοντας με τον τρόπο αυτό την ώθηση στα ευρωπαϊκά κράτη να λάβουν υπόψη τους με μεγαλύτερη προσοχή το εν λόγω φαινόμενο ακολουθώντας

«ο Αμερικανός νομοθέτης προσέβη στη δημιουργία ενός μηχανισμού ο οποίος εξετάζει βασιζόμενος σε συγκεκριμένους παράγοντες το νόμιμο ή παράνομο χαρακτήρα της οικειοποίησης της τέχνης»

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

την μέθοδο της δίκαιης χρήσης και βασιζόμενα στα όσα ορίζει το νομοθετικό τους πλαίσιο.

Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου και για την καλύτερη ανάπτυξη και τεκμηρίωση των όσων θα αναλυθούν κατωτέρω οι πηγές της έρευνας δεν περιορίστηκαν μόνο στη νομοθεσία και τη νομολογία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και στην αντίστοιχη νομολογία των κρατών μελών της, καθώς ο περιορισμένος αριθμός των πηγών σε Ευρωπαϊκό επίπεδο παρουσιάζει την έλλειψη θέσπισης ενός πλαισίου αποσαφήνισης της εν λόγω έννοιας. Παρατηρείται πως η μη αποκρυσταλλοποίηση του ορισμού σε Ευρωπαϊκό επίπεδο οφείλεται στο γεγονός ότι τα θεωρητικά εθνικά κριτήρια για την οικειοποίηση της τέχνης δεν δημιουργούν εμπόδια στο εμπόριο ανάμεσα στα κράτη μέλη της, και δη στην εσωτερική αγορά με αποτέλεσμα να μην έχει καταστεί αναγκαία μια πράξη οριοθέτησης του νομικού πλαισίου της οικειοποίησης^[1]. Με τον τρόπο αυτό οδηγούμαστε στην αναζήτηση υφιστάμενων μηχανισμών προστασίας άλλων χωρών. Αποτέλεσμα αυτού ήτο σε μεγάλο βαθμό η έρευνα να επικεντρωθεί στο νομοθετικό πλαίσιο των Η.Π.Α. καθώς και σε αποφάσεις που σχετίζονται με την οικειοποίηση της τέχνης και την χρήση του fair use. Με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται μια καλύτερη κατανόηση του υπάρχοντος πλαισίου προστασίας αλλά και πως αυτό επηρεάζεται από τα νομικά συστήματα άλλων χωρών και σε ποιο βαθμό καταληκτικά θεσπίζεται ένα ολοκληρωμένο πλαίσιο προστασίας.

Επομένως, στο πρώτο κεφάλαιο του παρόντος άρθρου, θα γίνει μια ανάλυση της νομοθετικής προσέγγισης του φαινομένου της οικειοποίησης της τέχνης και πώς αυτή ή αν παρουσιάζεται σε εθνικό επίπεδο. Ακολούθως στο δεύτερο κεφάλαιο θα γίνει ανάλυση της έννοιας της οικειοποίησης της τέχνης και πώς αυτή παρουσιάστηκε σε αποφάσεις εθνικών δικαστηρίων και θα εστιάσει στην ανάλυση του μηχανισμού της δίκαιης χρήσης και κατ'επέκταση στο πως εφαρμόστηκε σε υποθέσεις

της αμερικανικής νομολογίας και σε αποφάσεις των κρατών μελών της Ένωσης.

1. Νομοθετική Προσέγγιση της Appropriation Art

Στο πρώτο κεφάλαιο του εν λόγω άρθρου θα επιχειρηθεί, η οριοθέτηση των βασικών στοιχείων που θεμελιώνουν την «appropriation art» ή αλλιώς «οικειοποίηση της τέχνης», για την κατανόηση της ιδιαίτερης φύσης του φαινομένου. Η νομοθετική προσέγγιση του φαινομένου της appropriation art, δεν τυγχάνει μιας επαρκούς θεμελιωμένης προστασίας. Επομένως σε εθνικό αλλά και σε Ενωσιακό επίπεδο ο νομοθέτης επικεντρώνεται στην ερμηνεία των στοιχείων που απαρτίζουν την appropriation art. Με αυτόν τον τρόπο, παρουσιάζεται μια ερμηνεία των στοιχείων της ελευθερίας της έκφρασης, της έννοιας του έργου, της πρωτοτυπίας καθώς και των παραγωγών έργων.

1.1 Καλλιτεχνική Έκφραση

Σε Ευρωπαϊκό επίπεδο η ελευθερία της έκφρασης προστατεύεται από το άρθρο 10 της ΕΣΔΑ, το οποίο προβλέπει ότι δυνατότητα ύπαρξης περιορισμού της ελευθερίας της έκφρασης υπάρχει στην περίπτωση που ο περιορισμός επιδιώκει έναν νόμιμο σκοπό. Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι για να διαπιστωθεί, το απαραίτητο του περιορισμού, πρέπει να εξετάζεται αναλογικά στη βάση του επιδιωκόμενου σκοπού, καθώς κάθε επέμβαση η οποία θεωρείται δυσανάλογη με τον επιδιωκόμενο σκοπό παραβιάζει το άρθρο 10 της ΕΣΔΑ^[2]. Συγκεκριμένα στις αποφάσεις *Ashby Donald και Pirate Bay*^[3] το ΕΔΔΑ έκρινε ότι η προστασία του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και οι περιορισμοί που αυτή επιφέρει μπορεί να αποτελέσει επέμβαση στην ελευθερία έκφρασης. Το ζήτημα όμως που προκύπτει θεμελιώνεται στο ότι και στις δύο υποθέσεις τα πραγματικά περιστατικά δεν επέτρεψαν στο ΕΔΔΑ να προβεί σε μια αναλυτική

«Η νομοθετική προσέγγιση του φαινομένου της appropriation art δεν τυγχάνει μιας επαρκούς θεμελιωμένης προστασίας»

^[1] Αντίστοιχα με την έννοια της πρωτοτυπίας, Ε. Σταματούδη, *Η πρωτοτυπία στο Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, ΔΙΤΕ(Π/ΔΙΜΕΕ), τ1/2016, σελ.49 και 19 July 2004, SEC (2004) 995

^[2] Μαρία Δ. Παπαδοπούλου, *ΕΔΔΑ*, 19.2.2013., *Neij and Sunde Kolmisoppa v. Sweden* προσφ. No 40397/2012

[Ανταλλαγή αρχείων στο Διαδίκτυο], ΔΙΤΕ (π. ΔΙΜΕΕ), T 1/2013, σελ. 100

^[3] Βλ. *Ashby Donald and others v. France* App No. 36769/08 ECtHR (5th Section) 10/01/2013, 58 και *ECtHR, Neij and Sunde Kolmisoppa v. Sweden* [“The Pirate Bay”] (dec.), no. 40397/12, 19/02/2013, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712.

Πνευματική Ιδιοκτησία

εξέταση με αυστηρά κριτήρια καθώς στην περίπτωση που ο περιορισμός δεν αφορούσε «εμπορικό λόγο» ή διαμοιρασμό και αφορούσε ζήτημα γενικότερου κοινωνικού ενδιαφέροντος το αποτέλεσμα θα μπορούσε να είναι διαφορετικό. Είναι δε επόμενο, ότι σε περιπτώσεις μελλοντικών παρόμοιων υποθέσεων θα καθίσταται αβέβαιη η έκβαση καθώς δεν θα υφίστανται σαφή κριτήρια στη βάση των οποίων να αιτιολογείται η εφαρμογή του άρθρου 10 ΕΣΔΑ σε θέματα επιβολής δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας που επεμβαίνουν στην ελευθερία της έκφρασης^[4]. Αποτελεί επομένως παραδεκτό ότι το ΕΔΔΑ αφήνει στην διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών το πως θα προστατέψουν την πνευματική ιδιοκτησία η οποία θεωρείται ανθρώπινο δικαίωμα.

Κατά αυτόν τον τρόπο παρατηρείται ότι δεν υφίσταται διαχωρισμός για το ποτέ θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι η οικειοποίηση της τέχνης αποτελεί μέρος της ελευθερίας της έκφρασης ή αποτελεί παραβίαση των πνευματικών δικαιωμάτων.

Σε εθνικό επίπεδο η Πνευματική Ιδιοκτησία και κατ' επέκταση ο δημιουργός προστατεύονται από το Σύνταγμα. Συγκεκριμένα στο άρθρο 5 Σ κατοχυρώνεται η προστασία της ανάπτυξης της προσωπικότητας του ατόμου ενώ στο άρθρο 17 Σ, θεσπίζεται το δικαίωμα στην ιδιοκτησία, μια έννοια η οποία προσεγγίζεται πιο ευρέως, καθώς περιλαμβάνει όχι μόνο εμπράγματα δικαιώματα αλλά και δικαιώματα περιουσιακής φύσης, όπως είναι το δικαίωμα του δημιουργού^[5].

Αναφορικά με το άρθρο 14 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρώνεται όχι μόνο η ελευθερία της έκφρασης αλλά θεσπίζεται μια ευρεία προστασία της διάδοσης των στοχασμών. Ratio της διάταξης αυτής είναι η ελεύθερη και πλουραλιστική διαμόρφωση της κοινής γνώμης^[6]. Οι στοχασμοί και οι γνώμες δεν αναφέρονται μόνο σε διανοητική εργασία, αλλά

και σε αισθήματα, που περιλαμβάνουν ό,τι εκφράζεται ιδεολογικά, ακόμη και με κερδοσκοπικά κίνητρα^[7]. Επομένως στο άρθρο 14 παρ. 1 Σ κατοχυρώνεται η ελευθερία έκφρασης του διανοητικού, του συναισθηματικού, του ψυχικού και γενικά του εσωτερικού κόσμου του ανθρώπου, όπου βρίσκει έρεισμα και η προστασία της ελευθερίας της τέχνης.

Η αναφορά στην τέχνη από το Σύνταγμα δημιουργεί μια «αμηχανία» στον ερμηνευτή και εφαρμοστή του δικαίου όταν τίθενται ζητήματα περιορισμών σε ανεπιφύλαχτα ατομικά δικαιώματα στο πλαίσιο της ελευθερίας της τέχνης^[8]. Μέσα από την διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ διαφαίνεται πως η ύπαρξη του όρου «τέχνη» εμπίπτει σε μια ασάφεια ορισμών και μη θεμελιωμένων επι της ουσίας νομικών εννοιών. Αποτελεί παραδεκτό πως δεν θα μπορούσε να υπάρξει ένας αποδεδειγμένος ορισμός, ο οποίος να καλύπτει όλες τις μορφές της τέχνης, εξαιτίας του πολυδιάστατου και δυναμικού της χαρακτήρα^[9]. Ο κάθε ένας ορισμός αποτυπώνει και μια πτυχή της, όμως κανένας δε μπορεί να είναι πλήρης καθώς δεν δύναται να αποτυπωθεί το φάσμα της καλλιτεχνικής δημιουργίας.

Ζήτημα επομένως αποτελούν πρακτικές οι οποίες εμπίπτουν στην ελευθερία της καλλιτεχνικής έκφρασης αλλά προσβάλλουν τον δημιουργό και δημιουργούν καταχρηστικές πρακτικές, όπως αποτελεί η οικειοποίηση της τέχνης.

1.2. Ο προσδιορισμός του έργου τέχνης

Ένα άυλο αγαθό του οποίου η υπόσταση υφίσταται στον πνευματικό κόσμο, στον χώρο των νοημάτων και των αισθήσεων, αρχίζει να λαμβάνει προστασία από την στιγμή που εξωτερικεύεται και συγκεκριμένα όταν αποκτήσει ένα αισθητό υπόστρωμα^[10]. Βάσει του ισχύοντα νόμου 2121/1993 ο οποίος ακολουθεί την Διεθνή Σύμβαση της Βέρνης – Παρισιού άρθρο 2 και το Σχέδιο Προτύπων Διατάξεων

«δεν υφίσταται διαχωρισμός για το ποτέ θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι η οικειοποίηση της τέχνης αποτελεί μέρος της ελευθερίας της έκφρασης ή αποτελεί παραβίαση των πνευματικών δικαιωμάτων»

^[4] Benjamin Sutton, *Luc Thymans Found Guilty of Plagiarism for Painting Photo of Politician*, Hyperallergic 20/01/2015, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>

^[5] ΟΛΑΠ 6/2007

^[6] Κώστας Χρυσόγονος, Σπύρος Β. Βλαχόπουλος *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 4^η Έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη σελ. 331

^[7] Π. Δ. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα*, τόμος Α', Εκδόσεις Σάκουλα σελ. 406

^[8] Σπύρος Βλαχόπουλος, *Η ελευθερία της Τέχνης – Τα όρια ενός ανεπιφύλαχτου ατομικού δικαιώματος*, περιοδικό Δικαιώματα του Ανθρώπου 1/1999, σελ. 73 επ.

^[9] Σπύρος Βλαχόπουλος, *op.cit.*, σελ. 73.

^[10] Γιώργος Κουμάντος, *Πνευματική Ιδιοκτησία*, 8^η Έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σελ. 101

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

περί πνευματικής ιδιοκτησίας του Παγκόσμιου Οργανισμού Διανοητικής Ιδιοκτησίας (WIPO), δίδετε ο ορισμός του έργου ως «κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή». Ο εν λόγω ορισμός διακρίνει αφενός δύο βασικά στοιχεία του έργου, την πρωτοτυπία και την μορφή, και αφετέρου απαρτιμεί ενδεικτικά τα έργα τα οποία εμπίπτουν στο πλαίσιο προστασίας του νόμου, αφήνοντας το ενδεχόμενο της ένταξης στην προστασία του νόμου έργων νέων, «μοντέρνων» κατηγοριών τα οποία ενδεχομένως θα δημιουργηθούν στο μέλλον. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ *Levola Hengelo BV κατά Smilde Foods BV* σύμφωνα με την οποία το Δικαστήριο έκρινε πως η γεύση ενός τροφίμου δεν προστατεύεται από το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας. Η αιτιολογία που προσέδωσε το Δικαστήριο βασίστηκε στο γεγονός ότι οι γευστικές αισθήσεις και εμπειρίες είναι υποκειμενικές και μεταβλητές καθώς εξαρτώνται κυρίως από παράγοντες οι οποίοι σχετίζονται με το πρόσωπο που δοκιμάζει το προϊόν^[11]. Επομένως παρατηρείται ότι το ΔΕΕ παρουσίασε ακόμα μια παράμετρο, όπου, ένα έργο πρέπει να προσδιορίζεται με ακρίβεια και αντικειμενικότητα και να είναι πρωτότυπο, για να εμπίπτει στο πλαίσιο προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας. Ωστόσο η νέα αυτή οπτική του ΔΕΕ δεν προβαίνει σε έναν ακριβή προσδιορισμό καθώς πλείστα εικαστικά ή μουσικά έργα εικλαμβάνονται υποκειμενικά καθώς οι παράγοντες προσδιορισμού διαμορφώνονται ανάλογα με τον αποδέκτη. Το Δικαστήριο όμως, δεν αποκλείει το ενδεχόμενο να προστατεύονται μελλοντικά οι γεύσεις των τροφίμων από το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας^[12].

Είναι αξιοσημείωτο πως η τέχνη παρουσιάζει μια τάση απομάκρυνσης από το παραδοσιακό και ωθείται στην υιοθέτηση νέων τεχνικών και μέσων έκφρασης μέσα από τα οποία οι καλλιτέχνες απολαμβάνουν την ελευθερία της έκφρασης. Είναι πλείστες οι περιπτώσεις όπου το παραδοσιακό ενσωματώνεται στο μοντέρνο για να παραχθεί ένα πρωτότυπο δημιούργημα. Στη περίπτωση αυτή εμπίπτει και

η μέθοδος της appropriation art, η οποία αποτελεί μέθοδο ένωσης του παραδοσιακού με το μοντέρνο, και προσπαθεί να φέρει σε ένα κοινό πλαίσιο την καλλιτεχνική ελευθερία με το δίκαιο.

Αναλύοντας το άρθρο 2 παρ. 1 του Ν. 2121/1993 εξάγεται το συμπέρασμα ότι ως έργο τέχνης προστατεύεται το προϊόν ανθρωπίνης δημιουργίας και δη πνευματικής. Επομένως το έργο τέχνης πρέπει να είναι αποτέλεσμα έμπνευσης και δημιουργικής διεργασίας έννοιες αφηρημένες μεν που όμως παρουσιάζουν ένα πλαίσιο μέσα στο οποίο προβάλλεται ένας μηχανισμός προστασίας από το νόμο. Ωστόσο στην παρ. 1 του ίδιου άρθρου γίνεται αναφορά στα προστατευόμενα έργα ενώ στην παράγραφο 2 εδάφιο α, ορίζεται ότι ως έργα νοούνται μεταξύ άλλων και οι διασκευές, προσαρμογές και μετατροπές έργων ή εκφράσεων της λαϊκής παράδοσης. Τα εν λόγω έργα προστατεύονται όπως θα αναλυθεί κατωτέρω με την επιφύλαξη των δικαιωμάτων στα προϋπάρχοντα έργα που χρησιμοποιήθηκαν ως αντικείμενο μετατροπής.

Απότοκο των ανωτέρω αποτελεί ότι στην έννοια των έργων δύναται να συμπεριληφθούν δημιουργήματα τα οποία δεν εντάσσονται σε καμία από τις προβλεπόμενες από το νόμο κατηγορίες, ή έργα νέων κατηγοριών που γεννώνται από τις τεχνολογικές εξελίξεις^[13], καθώς η διάταξη του νόμου προστατεύει το έργο που εκφράζεται με «οποιαδήποτε μορφή» ανεξαρτήτως του τρόπου έκφρασης.

1.3. Η έννοια της Πρωτοτυπίας

Η πρωτοτυπία, αποτελεί το κυριότερο και βασικότερο κεφάλαιο για την καλύτερη ερμηνεία της οικειοποίησης της τέχνης, καθώς είναι η αφετηρία για την εξακρίβωση ζητημάτων που εμπίπτουν στο δίκαιο της Πνευματικής Ιδιοκτησίας. Η σπουδαιότητα του εν λόγω όρου, εμπίπτει στο παραδεκτό ότι χωρίς αυτήν δεν υπάρχει δημιουργία. Ο διάχυτος χαρακτήρας της πρωτοτυπίας, μας δίνει δύο κύρια χαρακτηριστικά, αφενός αποτελεί το βασικό κριτήριο για να μπορέσει να χαρακτηριστεί ένα δημιούργημα ως έργο πνευματικής ιδιοκτησίας και αφετέρου προβαίνει σε μια

«η τέχνη παρουσιάζει μια τάση απομάκρυνσης από το παραδοσιακό και υιοθέτησης νέων τεχνικών και μέσων έκφρασης μέσα από τα οποία οι καλλιτέχνες απολαμβάνουν την ελευθερία της έκφρασης»

^[11] Βλ. C-310/17, *op.cit.*, αιτ. σκέψη 42

^[12] Βλ. C-310/17, *op.cit.*, αιτ. σκέψη 43

^[13] Χάρις Τσίγκου, *Πνευματική ιδιοκτησία, Δημιουργήματα, Νομική Βιβλιοθήκη*, Έκδοση 2008 σελ.230

Πνευματική Ιδιοκτησία

διάκριση των στοιχείων που μπορούν να προστατευτούν.

Η έννοια της πρωτοτυπίας προσδιορίζεται στο ελληνικό δίκαιο στο άρθρο 2 παρ. 1 του ν. 2121/1993 ο οποίος ορίζει ότι «*ως έργο νοείται κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης που εκφράζεται με κάθε μορφή*». Αποτελεί μια εύπλαστη έννοια η οποία προσδιορίζεται από τις εκάστοτε κοινωνικές, ιδεολογικές, αισθητικές και πολιτισμικές αντιλήψεις και από την φύση του έργου. Ωστόσο, η ψηφιακή εποχή έχει επηρεάσει αισθητά την έννοια της πρωτοτυπίας καθώς χαρακτηρίζεται ως «*ο κόσμος της γρήγορης αντιγραφής*»^[14], με αποτέλεσμα ο προσδιορισμός μιας ήδη υφιστάμενης αόριστης και γενικής έννοιας να παρουσιάζει δυσκολίες ως προς την αποσαφήνιση της.

Η έννοια της πρωτοτυπίας δεν ορίζεται από την Συνθήκη της Βέρνης, γεγονός που αποτέλεσε αφορμή για την δημιουργία δύο προσεγγίσεων για τον ορισμό της πρωτοτυπίας. Επομένως αφενός υφίσταται η αντικειμενική προσέγγιση της πρωτοτυπίας η οποία ήταν απόρροια από τις χώρες του κοινοδικαίου, και αφετέρου η υποκειμενική προσέγγιση η οποία ήταν απόρροια των χωρών του ηπειρωτικού δικαίου. Με την αντικειμενική προσέγγιση η πρωτοτυπία αναλύεται, υπό το φως του έργου, ως αποτέλεσμα προσπάθειας και αναζητείται κατά πόσο αποτελεί ένα νέο και ξεχωριστό άυλο αγαθό^[15]. Άξιο αναφοράς, αποτελεί ο μηχανισμός της αναζήτησης της πρωτοτυπίας, με το εργαλείο της «στατικής μοναδικότητας», ως έκφραση της προσωπικότητας του δημιουργού, δηλαδή η πρωτοτυπία αποτελεί κρίση, ότι κάτω από τις ίδιες συνθήκες κανένας άλλος δημιουργός δεν θα μπορούσε να δημιουργήσει ένα όμοιο έργο με το ήδη υφιστάμενο^[16]. Αντίθετα η υποκειμενική προσέγγιση απαιτεί να αποσαφηνιστεί μια ειδική σχέση, οργανικής φύσης, μεταξύ δημιουργού και έργου. Επομένως, στην περίπτωση αυτή δίνεται έμφαση στην προστασία του δημιου-

ργού και όχι του έργου, ο οποίος δικαιούται αμοιβή για την προσφορά του στην κοινωνία. Συνεπώς μόνο το αποτέλεσμα μιας πνευματικής προσπάθειας δικαιούται προστασία, εφόσον αυτό κατέχει ένα μήνυμα, συναισθημα, μια άποψη, ή απλές προσωπικές αισθήσεις^[17]. Σε Ευρωπαϊκό επίπεδο το βασικό κριτήριο που προβλέφθηκε είναι ότι το έργο είναι αποτέλεσμα προσωπικής πνευματικής εργασίας του δημιουργού του^[18]. Ωστόσο από το 2009 το ΔΕΕ έχει παρουσιάσει αποφάσεις ορόσημο για την αποσαφήνιση της έννοιας της πρωτοτυπίας. Συγκεκριμένα η υπόθεση «*Infopaq*» της 16^{ης} Ιουλίου του 2009 (C-5/08) η οποία βασίσθηκε στην οδηγία για τα προγράμματα ηλεκτρονικού υπολογιστή, αν και δεν συζητήθηκε ευθέως ο ορισμός της πρωτοτυπίας, καθώς αντικείμενο ήτο ο ορισμός της έννοιας, της εν μέρει αναπαράγωγής ενός έργου, υποστηρίχθηκε ότι «*η σώρευση των αποσπασμάτων αυτών μπορεί να συνεπάγεται την ανασύσταση εκτεταμένων τμημάτων δυνάμεων που να αντανakλούν την πρωτοτυπία του οικείου έργου, εφόσον περιλαμβάνουν πολλά στοιχεία τα οποία συναντάται να εκφράζουν την προσωπική πνευματική εργασία του δημιουργού του έργου αυτού*». Περαιτέρω στην υπόθεση «*Rainer*» της 1^{ης} Δεκεμβρίου του 2011 (C-145/10) αντικείμενο της οποίας ήτο η προστασία βάσει των κανόνων πνευματικής ιδιοκτησίας ενός απλού φωτογραφικού πορτραίτου όπου υποστηρίχθηκε ότι μια φωτογραφία είναι πρωτότυπη εφόσον «*είναι αποτέλεσμα προσωπικής πνευματικής εργασίας του δημιουργού του*». Αντίστοιχα και σε άλλες αποφάσεις του ΔΕΕ^[19], παρατηρήθηκε ότι η έννοια της πρωτοτυπίας αντίκειται σε μια προσπάθεια συμβιβασμού της υποκειμενικής και αντικειμενικής προσέγγισης επι του θέματος, καθώς η αναφορά σε πνευματική εργασία ενάποκειται στην αντικειμενική θεωρία, ενώ η αναφορά σε προσωπική προσπάθεια του δημιουργού συνδέεται με την υποκειμενική θεωρία^[20].

«ένα έργο αποτελεί πρωτότυπο δημιούργημα στη βάση της προσωπικής συμβολής του δημιουργού επί του έργου»

[14] Philippe Jougoux, *Ευρωπαϊκό Δίκαιο του Διαδικτύου, Νομικές πτυχές του Διαδικτύου στην Ένωση*, εκδόσεις Σάκκουλας 2016 σελ. 158

[15] Ε. Σταματούδη, *Η πρωτοτυπία στο Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, ΔΙΤΕ(Π/ΔΙ-ΜΕΕ), τ 1/2016, σελ.49

[16] ΑΠ 537/2010

[17] Philippe Jougoux, *op.cit.* σελ. 159

[18] Ε. Σταματούδη, *op.cit.*

[19] C-604/10 «FootballDataCo», C-403/2008 και C-429/2008 Football Association Premier League Ltd and Karen Murphy, C-406/10 «SAS», «Nintendo» (C-355/12)

[20] Philippe Jougoux, *op.cit.* σελ. 159

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

Γίνεται λόγος δηλαδή ότι ένα έργο αποτελεί πρωτότυπο δημιούργημα στη βάση της προσωπικής συμβολής του δημιουργού επί του έργου. Αποτελεί δηλαδή πρόνοια η οποία εστιάζει περισσότερο στην έκφραση του δημιουργού παρά στην ουσία του έργου. Αποδίδεται επομένως με μια γενικευμένη κατεύθυνση ότι στην περίπτωση της καλλιτεχνικής οικειοποίησης ο δικαστής θα αναζητήσει την προσωπική συμβολή του καλλιτέχνη για να προσδιορίσει αν το έργο αποτελεί αντικείμενο λογοκλοπής και αν εφαρμόζονται οι πρόνοιες του νόμου.

1.4. Παράγωγα Έργα

Όπως προαναφέρθηκε ανωτέρω στο άρθρο 2 παρ. 2 του Ν. 2121/1993, ορίζονται τα παράγωγα έργα, δηλαδή έργα τα οποία έχουν προέλθει από τη μετατροπή είτε προστατευμένων πρωτότυπων έργων είτε μη προστατευμένων εκφράσεων της λαϊκής παράδοσης, με την επιφύλαξη όμως των δικαιωμάτων των αρχικών δημιουργών. Δηλαδή κάθε παράγωγο έργο απαιτεί την εξασφάλιση της συναίνεσης του αρχικού δημιουργού. Η εν λόγω εξασφάλιση απαιτείται σε περίπτωση παρουσίας του παράγωγου έργου στο κοινό και την περαιτέρω οικονομική του εκμετάλλευση, καθώς δεν απαιτείται η σχετική άδεια για την δημιουργία ενός παράγωγου έργου^[21].

Η μετατροπή, ως παράγωγο έργο αποτελεί μια ευρύτερη έννοια που ενέχει κάθε μορφή τροποποίησης που μπορεί να επέλθει σε ένα υφιστάμενο έργο. Η έννοια της μετατροπής έχει ιδιαίτερη εφαρμογή στην οικειοποίηση της τέχνης, και καλείται το δικαστήριο να εξετάσει κατά πόσο το νεότερο έργο είναι παράλληλο με το αρχικό. Στο σημείο αυτό το δικαστήριο εξετάζει κατά πόσο το παράγωγο έργο προσθέτει κάτι νέο στο παλιότερο, αποδίδοντας του μια νέα καλλιτεχνική έκφραση και οπτική, η οποία παρέχει στον αποδέκτη νέες πληροφορίες διαφορετικές από τις υφιστάμενες του αρχικού έργου. Στην υπόθεση «*Metall auf Metall*» το ΔΕΕ αποφάνθηκε ότι το άρθρο 2 στοιχείο γ' της Οδηγίας

2001/29/EK απονέμει αποκλειστικό δικαίωμα στον παραγωγό φωνογραφημάτων να επιτρέπει ή να απαγορεύει την αναπαραγωγή φωνογραφήματος του. Υποστηρίχθηκε δηλαδή ότι ο παραγωγός φωνογραφημάτων μπορεί να αντιταχθεί στη χρήση ενός ηχητικού sample από τρίτο με σκοπό την ενσωμάτωσή του σε άλλο φωνογράφημα. Επίσης υποστήριξε ότι ο δημιουργός δεν δύναται να αντιταχθεί, στην περίπτωση που το sample ενσωματώθηκε σε άλλο φωνογράφημα με μορφή τροποποιημένη και μη αναγνωρίσιμη κατά την ακρόαση^[22]. Επίσης έκρινε ότι τα μουσικά samples που ελήφθησαν από άλλο φωνογράφημα δεν αποτελούν «αντίγραφο» του άλλου φωνογραφήματος εφόσον δεν το ενσωματώνουν ολόκληρο αλλά ένα μικρό μέρος αυτού^[23].

Επίσης αντιπροσωπευτική υπόθεση στην περίπτωση αυτή αποτελεί η απόφαση *Campbell vs Acuff-Rose Music*^[24] του Ανώτατου Δικαστηρίου των ΗΠΑ, το οποίο κλήθηκε να κρίνει αν το κριτήριο της «μετάπλασης» εμπίπτει στην περίπτωση του «Fair Use». Το δικαστήριο επικεντρώθηκε στην διεργασία που έκανε ο δημιουργός για την «γέννηση» του νέου έργου. Το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε ήταν πως το τραγούδι που χρησιμοποίησε ως αφετηρία, «*Pretty Woman*», για να αναπτύξει και να παρουσιάσει την δικιά του καλλιτεχνική οπτική με μικρές φαινομενικές αλλαγές, αποτελεί μια εμπορική παρωδία προγενέστερου έργου^[25].

Η παρωδία η οποία θεμελιώνεται στο άρθρο 5 παρ. 3 της Οδηγίας 2001/29, αποτελεί έναν περιορισμό εξουσίας αναπαραγωγής. Στην εθνική νομοθεσία δεν υφίσταται ρητή νομοθετική πρόβλεψη για την παρωδία ως παράγωγο έργο, ωστόσο προβλέπεται μέσα από το Συνταγματικό θεμελιωμένο δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης και της ανάπτυξης της προσωπικότητας αλλά και ως μέσο άσκησης κριτικής στο βαθμό που δεν αντίκειται στην κανονική εκμετάλλευση του έργου και δεν θίγει αδικαιολόγητα έννομα συμφέροντα του δημιουργού (άρθρο 28 Γ του ν. 2121/1993

«Η μετατροπή ως παράγωγο έργο αποτελεί μια ευρύτερη έννοια που ενέχει κάθε μορφή τροποποίησης που μπορεί να επέλθει σε ένα υφιστάμενο έργο»

^[21] X. Τσίγκου op.cit σελ.366

^[22] C-476/17, Pelham GmbH κ.λπ. κατά Ralf Hütter και Florian Schneider-Esleben αιτ. σκέψη 39

^[23] C-476/17, op.cit. αιτ. σκέψη 55

^[24] Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

^[25] Campbell vs Acuff-Rose Music, Inc., op.cit. - Laura A. Heymann, *Everything Is Transformative: Fair Use and Reader Response*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 445, 447-48 (2008)

Πνευματική Ιδιοκτησία

και άρθρο 5 παρ. 5 Οδηγία 2001/29). Σε ευρωπαϊκό επίπεδο σημαντικό ρόλο για την έννοια της παρωδίας αποτελεί η απόφαση *Deckmyn v. Vandersteen* η οποία παρουσίασε ότι η παρωδία δεν χρειάζεται να είναι πρωτότυπη. Για τον λόγο αυτό έκρινε πως πρέπει να επιτυγχάνεται μια δίκαιη εξισορρόπηση μεταξύ των δικαιωμάτων των αρχικών δημιουργών και της ελευθερίας της έκφρασης του παρωδού^[26]. Επομένως η παρωδία αποτελεί διασκευή πρωτότυπου γνωστού έργου στο οποίο ο παρωδός παραπέμπει με σιωπητικό τρόπο προκειμένου οι αποδέκτες της παρωδίας να μπορούν εύκολα να διακρίνουν το συσχετισμό της με το αρχικό έργο^[27].

2. Ο προσδιορισμός της έννοιας της Appropriation Art

Η έννοια της οικειοποίησης αποτελεί μια κοινή ανθρώπινη τεχνική, καθώς θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως ο κάθε άνθρωπος θα μπορούσε να οικειοποιηθεί αντικείμενα τα οποία αγοράζει ή αποκτά, ακόμη και στην περίπτωση των άυλων αγαθών όπως οι γνώσεις. Επομένως στην έννοια της καλλιτεχνικής οικειοποίησης, εμπίπτει η χρήση στην τέχνη, υφιστάμενων αντικειμένων ή εικόνων τα οποία τίθενται σε μια τεχνική επανάχρησης ή ανακύκλωσης για την σύνθεση ενός νέου έργου τέχνης^[28].

Επομένως η καλλιτεχνική οικειοποίηση αποτελεί μια πρακτική η οποία δημιουργεί αμφιβολία για βασικές νομικές έννοιες όπως η δημιουργία, η πρωτοτυπία και η πατρότητα ενός έργου τέχνης. Αποτέλεσμα αυτού του γεγονότος αποτελούν αντικρουόμενες απόψεις στον χώρο της πνευματικής ιδιοκτησίας περί της αναγνώρισης ή μη, της συγκεκριμένης καλλιτεχνικής μεθόδου. Ωστόσο αποτελεί θεμελιώδη αρχή της τέχνης ότι ο καλλιτέχνης δημιουργεί και αποτέλεσμα αυτής της δημιουργίας εί-

ναι η ιδέα της πρωτοτυπίας^[29]. Επομένως είναι εύλογο πως μέσα από έναν γενικό ορισμό, ως είναι η έννοια της πρωτοτυπίας, να γεννάται μια μέθοδος η οποία να διευρύνει το ερώτημα για το πως ένα έργο καθίσταται δημιουργήμα του καλλιτέχνη. Η ύπαρξη της οικειοποίησης δεν αποτελεί παράδοξο φαινόμενο, καθώς, ως έχει παρατηρηθεί και μέσα από δικαστικές αποφάσεις υφίσταται η ύπαρξη δανεισμού ιδεών μεταξύ των καλλιτεχνών. Το ζήτημα όμως εναπόκειται στο πως γίνεται να καθοριστούν τα όρια και κάτω από ποιες παραμέτρους δύναται να εφαρμόζεται η οικειοποίηση της τέχνης και το κατά πόσο αυτή αποτελεί έμπνευση ή αντιγραφή.

Τα αναπάντητα ερωτήματα, τεκμηριώνονται από τους εκφραστές του κινήματος της appropriation art, ή όπως ονομάζονται «appropriationistes», οι οποίοι θέλουν να εκφράσουν μέσα από το έργο τους την παραίτηση της ιδιοκτησίας στη δημιουργία ή την αμφισβήτηση της πρωτοτυπίας. Θεωρείται ορθό και σημαντικό για το παρόν άρθρο να γίνει αναφορά στην θέση που εξέφρασε η εμβληματική φωτογράφος Sherrie Levine, η οποία υποστήριξε πως «Οι φωτογραφίες που βγάζω αποτελούν φαντάσματα φαντασμάτων; Ο δεσμός τους με τις εικόνες προέλευσης είναι τριτεύων, δηλαδή τρεις ή τέσσερις φορές μακρινότερος (...)^[30]». Την εν λόγω θέση υποστήριξαν καλλιτέχνες οι οποίοι θεώρησαν πως το πρωτότυπο δεν είναι παρά ένα παγκοσμιοποιημένο αντίγραφο^[31] ή πως, η αναζήτηση ύπαρξης πρωτοτυπίας σε μη πρωτότυπο έργο αποτελεί πρωτοτυπία^[32]. Οι σκέψεις αυτές, όμως, δεν αποτελούν παρά μια προσωπική άποψη καλλιτεχνών, που προσπαθούν να παρουσιάσουν τα έργα τους στο κοινό για εμπορικούς σκοπούς. Στην νομική επιστήμη όμως το αναπάντητο ερώτημα για το αν η δημιουργία επιτελείται πλέον με αντιγραφή και οικειοποι-

«πως γίνεται να καθοριστούν τα όρια και κάτω από ποιες παραμέτρους δύναται να εφαρμόζεται η οικειοποίηση της τέχνης και το κατά πόσο αυτή αποτελεί έμπνευση ή αντιγραφή»

[26] C-201/13 Johan Deckmyn και Vrijheidsfonds VZW κατά Helena Vandersteen κ.λπ. αιτ. σκέψη 32-35

[27] Ειρήνη Σταματούδη, *Νόμος για την Πνευματική Ιδιοκτησία, Κατ' άρθρο ερμηνεία*, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2012, σελ.61-62

[28] Chilvers, Ian & Graves-Smith, John eds., *Dictionary of Modern and Contemporary Art*, Oxford: Oxford University Press, 2009. Pp. 27-28

[29] Ally McGin, *Research - Authorship, creation, originality, appropriation, authenticity and ownership*, 10/12/2017

[30] “After Sherrie Levine (Interview),” in Jeanne Siegel, ed., *Art Talk: The Early 80s*, New York, Da Capo Press, 1988, σελ. 247.

[31] Marina Grzanic, *Une fiction reconstruite, Europe de l'Est, post-socialisme et rétro avant-garde* Paris, L'Harmattan, 2005, σελ. 96

[32] Michel Vivant, *Propriétés Intellectuelles*, 2005, no 15, Chronique «Autre Regard» με J-M. Bruguère, σελ. 225.

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

ηση και για το αν εκφεύγει του πλαισίου προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας, προκαλεί δυσχέρειες και παραμερίζει τα υφιστάμενα προστατευόμενα δικαιώματα των αρχικών δημιουργών.

Η απάντηση των ανωτέρω ερωτημάτων δεν διαφαίνεται μέσα από την θέσπιση νόμου ή ενός ευρωπαϊκού νομοθετήματος, το οποίο να ορίζει κάτω από ποιες συνθήκες και στη βάση ποιων παραμέτρων δύναται να γίνει η χρήση ή να θεωρηθεί νόμιμη η χρήση της οικειοποίησης της τέχνης. Άξιο αναφοράς αποτελεί η ρύθμιση που υιοθετήθηκε στην νομοθεσία του Καναδά η οποία όρισε έναν περιορισμό υπέρ της δημιουργικής επανάχρησης, την ρήτρα «*Non commercial-user generated content*»^[33]. Η ρύθμιση αυτή εισάγει ως περιορισμό τη μη χρησιμοποίηση νέου έργου για εμπορικό σκοπό. Δηλαδή το νέο έργο δεν δύναται να έχει αρνητικό αντίκτυπο σε βάρος του χρησιμοποιηθέντος έργου^[34]. Ωστόσο στην περίπτωση της εν λόγω ρυθμίσεως παρουσιάζεται το ζήτημα για το τι θα πρέπει να θεωρηθεί μη εμπορική χρήση καθώς δεν είναι πάντοτε δυνατό να διακριθεί από την εμπορική χρήση, δημιουργώντας με το τρόπο αυτό δυσκολία στην ερμηνεία όσο και στην εφαρμογή του εν λόγω περιορισμού.

Ως διαφαίνεται από την ανάλυση των ανωτέρω και ως θα προκύψει και από τα νομολογιακά παραδείγματα στο επόμενο κεφάλαιο δεν υφίσταται νομοθετικό πλαίσιο που να καλύπτει την οικειοποίηση της τέχνης σε ευρωπαϊκό και εθνικό επίπεδο. Η μόνη πρόνοια που υφίσταται είναι ο μηχανισμός της δίκαιης χρήσης που εφαρμόζεται στην αμερικανική νομοθεσία. Σε ευρωπαϊκό όμως επίπεδο διαφαίνεται ότι ο νομοθέτης προβαίνει στην ανάλυση του πλαισίου που καλύπτει τις γενικές αρχές πάνω στις οποίες βασίζεται και όχι στην ανάλυση και αναζήτηση της ουσίας της έννοιας. Εξάγεται επομένως το συμπέρασμα πως σύμφωνα με το Ν. 2121/1993 γίνεται μια «απομακρυσμένη» προσπάθεια ενσωμάτωσης της έννοιας της οικειοποίησης της τέχνης στο

άρθρο 2 παρ. 2 όπου γίνεται η αναφορά στα παράγωγα έργα. Ωστόσο η καλλιτεχνική οικειοποίηση μπορεί να αποτελεί, διασκευή, διόπλαση ή παρωδία αλλά έχει ως βάση την αποκήρυξη της ιδιοκτησίας σε αντίθεση με τα παράγωγα έργα όπου η άδεια για χρήση προϋφιστάμενου έργου αποτελεί βασική προϋπόθεση^[35].

2.1. Εθνική Νομολογία

Σε εθνικό πλαίσιο δεν υφίστανται παραδείγματα για την αντιμετώπιση της appropriation art καθώς είναι ελάχιστοι οι εκφραστές του κινήματος. Όμως η ύπαρξη δανεισμού στη τέχνη έχει παρουσιάσει αρκετές υποθέσεις, όπου τα δικαστήρια κλήθηκαν να αποφανθούν εάν οι ομοιότητες των επίδικων έργων αποτελούσαν προσβολή των δικαιωμάτων της πνευματικής ιδιοκτησίας. Στην υπόθεση 196/2010ΑΠ, το δικαστήριο κλήθηκε να εξετάσει εάν το επίμαχο σενάριο σειράς μπορεί να χαρακτηριστεί ως πνευματικό έργο από άποψη κεντρικού «μοτίβου» και γενικότερης πλοκής. Το Δικαστήριο απεφάνθη ότι το ένδικο σενάριο σειράς τηλεοπτικών επεισοδίων, δεν παρουσιάζει πρωτότυπα στοιχεία υπό την έννοια ότι αυτά παρουσιάζουν μια ατομική ιδιομορφία η οποία, κατ'εφαρμογή του μέτρου της στατικής μοναδικότητας, δεν θα απέκλειε κάθε άλλο σεναριογράφο να συγγράφει κάτω από τις ίδιες συνθήκες. Επομένως και στη βάση ότι το επίδικο σενάριο βασίζετο σε κοινότυπα στοιχεία κοινής θεματολογίας που περιέχουν οι περισσότερες σειρές και λόγω του ότι δεν παρουσίαζε το προσωπικό στοιχείο των δημιουργών του, δεν εμφανίζει κάποιο στοιχείο πρωτοτυπίας και δεν μπορεί να προστατευθεί από τον Ν. 2121/1993^[36]. Παράλληλα και στην υπόθεση 3859/2001 ΜΠρΑθ, κρίθηκε ότι η κεντρική ιδέα υπόθεσης θεατρικού έργου που αναφέρεται σε ζευγάρι, όπου ο σύζυγος ανακαλύπτει ότι ο καλύτερος του φίλος έχει ερωτική σχέση με την σύζυγο του και στη συνέχεια επέρχεται

«Η μόνη πρόνοια που υφίσταται είναι ο μηχανισμός της δίκαιης χρήσης που εφαρμόζεται στην αμερικανική νομοθεσία»

^[33] Section 29.21 (Non-commercial User-generated Content) of the Canadian Copyright, Modernization Act (S.C. 2012, c. 20)

^[34] Μ. Μαρκέλλου, «Καλλιτεχνική Οικειοποίηση»: δημιουργικός μετασχηματισμός ή απομίμηση; ΔΙΤΕ (π. ΔΙ-ΜΕΕ)

^[35] Εξάγερση αποτελούν τα samples, όπου το ΔΕΕ αποφάνθηκε ότι (βλ. ανωτέρω υπόθεση C-476/17, *Pelham*

GmbH κ.λπ. κατά *Ralf Hütter και Florian Schneider-Esleben*), η άδεια χρήσης δεν είναι αναγκαία στην περίπτωση όπου το sample ενσωματώνεται υπό μορφή τροποποιημένη και μη αναγνωρίσιμη κατά την ακρόαση.

^[36] Βλ. ΑΠ196/2010 όμοια και στην υπόθεση ΜΠρΑθ 18539/1996

Πνευματική Ιδιοκτησία

το σημείο της συγχώρεσης δεν αποτελεί πρωτοτυπία. Το εν λόγω μοτίβο συναντάται σε παρόμοια έργα άλλων δημιουργών και συνεπώς μπορεί να χρησιμοποιείται ελεύθερα από οποιονδήποτε δημιουργό. Συγκεκριμένα έκρινε ότι και τα δύο υπό κρίση έργα κινούνται φανταστικά στο επίπεδο προσωπικών συμπεριφορών των ηρώων τους και των διαπροσωπικών τους σχέσεων, και αποτελούν πρακτική η οποία δεν παρουσιάζει τα στοιχεία της στατικής μοναδικότητας άρα στερούνται πρωτοτυπίας^[37].

Επομένως τα Δικαστήρια ως διαφαίνεται από τα ανωτέρω προσπαθούν να εξακριβώσουν τι κάνει το έργο πρωτότυπο και ποια είναι η προσωπική συμβολή του δημιουργού πάνω στο νέο δημιούργημα, προσπάθεια η οποία εξωτερικεύεται στην αναζήτηση της εφαρμογής του μηχανισμού της δίκαιης χρήσης στην Αμερική.

2.2. Η χρήση του Fair Use

Ο μηχανισμός της «δίκαιης χρήσης», που χρησιμοποιείται στις Η.Π.Α αποτελεί ένα δόγμα που επιτρέπει τη χρήση ενός προστατευόμενου από την πνευματική ιδιοκτησία έργου χωρίς την προηγούμενη άδεια του δημιουργού. Ο νόμος της δίκαιης χρήσης εμφανίστηκε με την παράγραφο 107 του νόμου για την πνευματική ιδιοκτησία Copyright Act of 1976. Με τον τρόπο αυτό ορίστηκε ότι η χρήση ενός προστατευόμενου από την πνευματική ιδιοκτησία έργου μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο οικειοποίησης υπό τον όρο της πλήρωσης μιας σειράς παραγόντων όπως εξειδικεύονται στο άρθρο 107 του νόμου χωρίς την προηγούμενη άδεια του δημιουργού. Επομένως το δικαστήριο εξετάζει (σε ελεύθερη μετάφραση), 1) το σκοπό και το χαρακτήρα της χρήσης του προϋπάρχοντος έργου, συμπεριλαμβανομένης της εμπορικής εκμετάλλευσης ή του κριτικού σχολιασμού αυτού, 2) τη φύση του αρχικού έργου που προστατεύεται από την πνευματική ιδιοκτησία καθώς και αν περιέχει προστατευόμενα στοιχεία, 3) την ποσότητα και την ουσία του αρχικού έρ-

γου που χρησιμοποιήθηκε και 4) την επίδραση της χρήσης στην αγοραία αξία του πρωτότυπου-αρχικού έργου. Ωστόσο οι τέσσερις αυτοί παράγοντες δεν είναι αποκλειστικοί, καθώς κάθε ένας πρέπει να περιέχεται στην ανάλυση της δίκαιης χρήσης^[38].

Αν και ο νόμος κατευθύνει το δικαστήριο να εξετάσει εάν η χρήση του έργου έχει εμπορικούς σκοπούς, ο σκοπός και ο χαρακτήρας της χρήσης του έργου έχουν έναν πιο περίπλοκο χαρακτήρα για τον προσδιορισμό του. Το 1990 ο δικαστής Pierce N. Leval, σε άρθρο στο Harvard Law Review, υποστήριξε ότι η ανάλυση του σκοπού και του χαρακτήρα της χρήσης πρέπει να εστιάζουν στο κατά πόσο υφίσταται μετασχηματισμένη χρήση, δηλαδή κατά πόσο ο νέος δημιουργός διαπλάθει το προϋφιστάμενο έργο και κατά πόσο προσθέτει μια νέα οπτική η οποία δεν μπορεί να αιτιολογήσει την αντιγραφή^[39]. Η θεωρία του Leval, έτυχε ερμηνείας στην απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc.*, όπου το δικαστήριο υποστήριξε ότι το προϊόν της χρήσης πρέπει να είναι η παράθεση θέματος με έναν διαφορετικό τρόπο και σκοπό από αυτή που παρουσιάζεται στο αρχικό έργο^[40].

Ωστόσο για να διαπιστωθεί τότε μια χρήση είναι μετασχηματισμένη το δικαστήριο προσπαθεί να αποσαφηνίσει αφενός τις αλλαγές που έγιναν στο αρχικό έργο από τον μεταγενέστερο δημιουργό, και αφετέρου το περιεχόμενο μέσα στο οποίο το αρχικό έργο παρουσιάζεται στο νέο δημιούργημα, δηλαδή το πως παρουσιάζεται, (π.χ. αλλαγές των χρωμάτων), και εξετάζει κατά πόσο η επιδιωκόμενη εκφραστική αντίληψη του νέου καλλιτέχνη μπορεί να θεωρηθεί μετασχηματισμός. Πιο συγκεκριμένα πρέπει να θεμελιώνεται ότι ο σκοπός του δημιουργού είναι η μετατροπή, διάπλαση του έργου και κατ' επέκταση ό,τι αποτελεί δίκαιη χρήση.

Αναφορικά με το δεύτερο κριτήριο του άρθρου 107 του Copyright Act of 1976 πρέπει να τονιστεί ότι ένας δικαστής είναι πιο πιθανό να εφαρμόσει την δίκαιη χρήση εάν το υλικό

«πρέπει να θεμελιώνεται ότι ο σκοπός του δημιουργού είναι η μετατροπή, διάπλαση του έργου και κατ' επέκταση ότι αποτελεί δίκαιη χρήση.»

^[37]Βλ. 3859/2001 ΜΠρΑθ και Α. Χιωτέλλης, *Δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας επί οπτικοακουστικών έργων, ιδίως επί σεναρίων τηλεοπτικής σειράς* (γνωμ.) Εφαρμογές αστικού δικαίου & πολ.δίκ. Τ7/2008, σελ. 739

^[38] Niels Schaymann, *Fair Use and Appropriation Art*, CYBARIS, *an Intellectual Property Law Review*, vol. 6, N.1 Spring 2015

^[39] Niels Schaymann, *op.cit.*

^[40] *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, *op.cit.*

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

που αντιγράφηκε προέρχεται από ένα πραγματικό έργο όπως είναι η αυτοβιογραφία, παρά από ένα έργο φαντασίας. Το Ανώτατο Δικαστήριο υποστήριξε στην υπόθεση *SONY Corp. of America v. Universal City Studios Inc.*^[41], «Η δίκαιη χρήση είναι πιο πιθανό να εφαρμοστεί στην αντιγραφή μέσω ενήμερωσης παρά στην αντιγραφή ταινιών κινηματογράφου», με την αιτιολογία ότι η αντιγραφή έργων που περιέχουν πληροφορίες, όπως επιστημονικές μελέτες ενθαρρύνει την ελευθερία διάδοσης των ιδεών και την δημιουργία νέων επιστημονικών και διδακτικών έργων, από τα οποία το κοινό μπορεί να επωφεληθεί. Επίσης το Δικαστήριο θα λάβει υπόψη του εάν το έργο που αποτέλεσε αντικείμενο αντιγραφής έχει παρουσιαστεί στο κοινό, καθώς ο σκοπός της δίκαιης χρήσης έγκειται στο σεβασμό μη δημοσιευμένων έργων και στη παροχή του δικαιώματος της επιλογής στο δημιουργό για την πρώτη παρουσίαση στο κοινό των συναισθημάτων και ιδεών που ενσαρκώνει το δημιούργημά του. Στην υπόθεση *Salinger v. Random House*^[42], ένας βιογράφος δέχτηκε κατηγορίες για παράφραση μέρους γραμμάτων που γράφτηκαν από τον J.D. Salinger. Παρόλο που τα γράμματα ήταν προσιτά στο κοινό από την βιβλιοθήκη του πανεπιστημίου ο Mr. Salinger δεν είχε δώσει την δυνατότητα της αναπαραγωγής ή της δημοσιοποίησης τους. Παρά το γεγονός ότι η αντιγραφή ήταν για την βιογραφία του Salinger, το δικαστήριο δεν επέτρεψε ως δίκαιη χρήση την μη εγκεκριμένη παράφραση των μη δημοσιευμένων γραμμάτων.

Αναφορικά με το τρίτο κριτήριο, κανένα δικαστήριο δεν έχει προβεί στη διακρίβωση ενός καθορισμένου σημείου που να οριοθετεί το ποσοστό της αντιγραφής που μπορεί να παρασχεθεί από ένα υφιστάμενο έργο. Ξεκάθαρος όμως είναι ο συσχετισμός του ποσοστού με τον καθορισμό στο τι μπορεί να χρησιμεύει η εν λόγω αντιγραφή^[43], γεγονός που

συσχετίζεται με το πρώτο κριτήριο. Ο καλλιτέχνης δεν περιορίζεται στο να αντιγράψει μόνο ό,τι είναι αναγκαίο. Το Ανώτατο Δικαστήριο υποστήριξε ότι η αντιγραφή ολόκληρου έργου αποτελεί δίκαιη χρήση όταν η χρήση γίνεται από μαγνητοσκόπηση και αναπαράγεται από τηλεοπτικά προγράμματα για το σπίτι και όχι για εμπορικούς σκοπούς^[44]. Ωστόσο, όσο περισσότερο γίνεται αντιγραφή ενός έργου τόσο μειώνονται οι πιθανότητες να θεωρηθεί δίκαιη χρήση.

Το βασικότερο κριτήριο που εξετάζουν τα Δικαστήρια αναφορικά με την δίκαιη χρήση αποτελεί κατά πόσο επηρεάζεται η αγοραία αξία του έργου που αντιγράφηκε. Για την διακρίβωση της ύπαρξης κινδύνου στη αγορά για το αρχικό έργο, τα δικαστήρια εξετάζουν ποια θα ήταν η πιθανή αγορά για το εν λόγω έργο, και κατά πόσο είναι δυνατό η αντιγραφή του έργου να προκαλέσει βλάβη σε αυτή την αγορά και κατ' επέκταση κατά πόσο δύναται να προκληθεί υποκατάσταση του αρχικού έργου από το νέο στην εν λόγω αγορά^[45].

Η επίδραση της δίκαιης χρήσης επομένως έχει διαμορφωθεί από τον μετασχηματισμό. Η ανάλυση του μετασχηματισμού του έργου, που βασίζεται στο άρθρο του δικαστή Leval's, έχει επηρεάσει κάθε περιεχόμενο μέσα στο οποίο μπορεί να παρουσιασθεί η δίκαιη χρήση. Αποτέλεσμα είναι η ύπαρξη σύνδεσης της δίκαιης χρήσης και του μετασχηματισμένου έργου.

Παρατηρείται ότι η οικειοποίηση της τέχνης έχει επωφεληθεί από την προσθήκη του μετασχηματισμού στην ανάλυση της. Στις υποθέσεις όπου ο κατηγορούμενος (ο καλλιτέχνης που χρησιμοποίησε την οικειοποίηση της τέχνης) κέρδισε, ήτο εξαιτίας του μετασχηματισμού πάνω στο υποκείμενο έργο^[46]. Αυτή η πρόοδος παρατηρείται μετά την υπόθεση *Campbell v. Acuff-Rose, 510 U.S.*, καθώς αποφάνθηκαν τρεις υποθέσεις υπέρ της οικειοποίησης της τέχνης^[47]. Η οικειοποίηση της τέχνης όμως δεν αποτελεί πανάκεια για τους

«Το βασικότερο κριτήριο που εξετάζουν τα Δικαστήρια αναφορικά με την δίκαιη χρήση αποτελεί κατά πόσο επηρεάζεται η αγοραία αξία του έργου που αντιγράφηκε»

[41] Sony Corp. v Universal City Studios Inc etc., et al. «copying a news broadcast may have a stronger claim to fair use than copying a motion picture.»

[42] Jerome D. Salinger/k/a J.D. Salinger, v. RANDOM HOUSE, INC. and Ian Hamilton, No. 657, Docket 86-7957.

[43] Βλ. Campbell v. Acuff-Rose, 510 U.S. σε 589

[44] Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 496 (1984)

[45] Jennifer M. Urban, *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, Berkeley Technology Law Journal Vol. 27, No. 3, pp. 1379-1429

[46] Βλ. Cariou, 714 F.3d at 710; Blanch v. Koons, 467 F.3d 244, 253, 256–57, 259 (2d Cir. 2006); Mattel, 353 F.3d at 806, 811

[47] Βλ. Cariou, op.cit.

Πνευματική Ιδιοκτησία

καλλιτέχνες. Οι περισσότεροι εξ' αυτών τείνουν προς το μετασχηματισμό των έργων, και αναζητούν να παρουσιάσουν μια διαφορετική οπτική στον θεατή απ' ότι το αρχικό έργο. Όμως ένας δικαστής μπορεί να είναι απρόβλεπτος, διότι μπορεί να μην θεωρήσει το έργο μετασχηματισμένο ή αφετέρου να θέσει νέα όρια, όπως αν κατά την κρίση του δικαστή υπερέβη τον βαθμό της αντιγραφής που είναι αναγκαίος για τον σκοπό του καλλιτέχνη, ακόμη και αν αποτελεί μετασχηματισμένο έργο^[48].

2.3. Αμερικανική Νομολογία

Στην Αμερικανική νομολογία υπάρχουν πολλά παραδείγματα για το επιτρεπτό ή μη της καλλιτεχνικής οικειοποίησης τα οποία στηρίζονται στη δίκαιη χρήση. Στην υπόθεση *Rogers v. Koons*, όπου υπήρξε σύγκρουση των δικαιωμάτων της πνευματικής ιδιοκτησίας και της appropriation art, ο Jeff Koons εκφράστης του καλλιτεχνικού κινήματος της appropriation art, αποτύπωσε στο γλυπτό του με τίτλο "String of Puppies", την φωτογραφία του φωτογράφου Rogers με την ονομασία "Puppies". Ο Art Rogers είχε φωτογραφήσει ένα ζευγάρι με οχτώ κουτάβια στην αγκαλιά του και είχε παραχωρήσει τα δικαιώματα της φωτογραφίας σε εταιρεία παραγωγής καρτών για σημειώσεις. Ο Jeff Koons αποτύπωσε την εν λόγω φωτογραφία σε τρισδιάστατο γλυπτό, και κατηγορήθηκε από τον Art Rogers για αντιγραφή. Στην υπεράσπιση του ο Koons υποστήριξε πως ο σκοπός του γλυπτού ήταν ο σχολιασμός του οικονομικού και πολιτικού συστήματος που έδινε μεγάλη αξία στη μαζική παραγωγή και στις εικόνες των μέσων ενημέρωσης. Επίσης έφερε ως επιχείρημα ότι αποτελούσε δίκαιη χρήση και ότι το έργο του αποτελούσε είδος σάτιρας ή παρωδίας της κοινωνίας στο σύνολό της^[49]. Το δικαστήριο απορρίπτοντας το σκεπτικό του Koons βασίσθηκε στο ότι το προϋφιστάμενο έργο πρέπει να αποτελεί εν μέρει το αντικείμενο της παρωδίας και όχι να χρησιμοποιείται ως «όπλο» για το σχολιασμό της κοινωνίας γενικότερα. Επίσης έκρινε ότι γίνεται λόγος και για τον εμπορικό χαρακτήρα της χρήσης καθώς ο

Koons είχε σημαντικό αριθμό εσόδων γεγονός που μπορούσε να προκαλέσει βλάβη στην αγορά της χρησιμοποιηθείσας φωτογραφίας. Η υπόθεση του Rogers, αποτέλεσε την αρχή, και για άλλα έργα του Koons από την έκθεση του με την ονομασία "Banality", να πάρουν την δικαστική οδό. Το 1988 ο Koons έχασε ακόμη μια υπόθεση για το έργο του "Wild Boy and Puppy", στην οποία οικειοποιήθηκε καλλιτεχνικά τον χαρακτήρα κόμικς του Jim Davis's Garfield. Όμοια το Δικαστήριο βασισζόμενο στην υπόθεση *Koons v. Rogers* υποστήριξε ότι το γλυπτό αποτελεί παρωδία στο σύνολο του προϋφιστάμενου έργου και όχι εν μέρει^[50].

Ωστόσο στην υπόθεση *Blanch v. Koons*, ο Jeff Koons κέρδισε το 2006 επικαλούμενος την εξαίρεση τη δίκαιης χρήσης, όταν είχε εναχθεί από το φωτογράφο Andrea Blanch. Στην επίδικη υπόθεση ο Koons παρουσίασε ένα έργο με την τεχνική του κολλάζ οικειοποιώντας ένα μέρος του έργου του Andrea Blanch, σε συνδυασμό με άλλα έργα. Το έργο του Blanch αποτελούσε μια φωτογραφία η οποία εμφανίστηκε στο περιοδικό Allure με τίτλο "Silk Sandals by Gucci". Ο Koons αποτύπωσε ένα μέρος της φωτογραφίας στον πίνακα του με την ονομασία "Niagara". Αντίστοιχα όπως και στην υπόθεση Rogers, υπήρξε μια μεγάλη απόκλιση των εσόδων του Koons από τα έσοδα του Blanch. Όμως το δικαστήριο στην προκειμένη περίπτωση υποστήριξε πως η εξαίρεση της δίκαιης χρήσης έχει εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση. Ο Koons υποστήριξε πως ο σκοπός και ο χαρακτήρας του έργου ήταν μεταπλαστικός, και κατ' επέκταση το δικαστήριο έπρεπε να εξακριβώσει εάν ο Koons είχε επαρκή δικαιολογία να χρησιμοποιήσει το έργο του Blanch για να πετύχει το μεταπλαστικό σκοπό. Το δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ο μεταπλαστικός χαρακτήρας του έργου κρίνεται από το εάν απλά αντικαθιστά το προϋφιστάμενο έργο ή εάν το χρησιμοποιεί ως πρώτη ύλη και προσθέτει κάτι καινούργιο με απώτερο σκοπό να διαμορφώσει την έκφραση, το νόημα ή το μήνυμα. Το δικαστήριο υποστή-

«Στην Αμερικανική νομολογία υπάρχουν πολλά παραδείγματα για το επιτρεπτό ή μη της καλλιτεχνικής οικειοποίησης τα οποία στηρίζονται στη δίκαιη χρήση»

[48] Βλ. Warner Bros. Entm't Inc. v. RDR Books, 575 F. Supp. 2d 513, 544 (S.D.N.Y. 2008) και Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 251 (1903)

[49] Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)

[50] United Feature Syndicate v Jeff Koons. "at best, a parody of society at large, rather than a parody of the copyrighted 'Odie' character."

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

ριζε ότι όταν το προϋφιστάμενο έργο χρησιμοποιείται ως πρώτη ύλη σε μια απομακρυσμένη και διαφορετική δημιουργία που παρυσιάζει απολύτως διαφορετικό σκοπό και νόημα, η χρήση είναι μεταπλαστική (transformative)^[51].

Σημαντικής σημασίας είναι και η υπόθεση *Cariou v. Prince*, όπου ο εκφραστής του κινήματος της appropriation art Richard Prince, κατηγορήθηκε για παραβίαση πνευματικών δικαιωμάτων από τον φωτογράφο Patrick Carriou. Το 2000 ο Patrick Carriou δημοσίευσε ένα άλμπουμ με φωτογραφίες το οποίο είχε περιορισμένη επιτυχία καθώς τυπώθηκαν περίπου 7,000 αντίγραφα. Ο Prince χρησιμοποιώντας τις φωτογραφίες δημιούργησε μια σειρά από κολλάζ με την ονομασία «*Canal Zone*», όπου χρησιμοποιούσε μέρος ή ολόκληρες φωτογραφίες του Carriou. Το Δευτεροβάθμιο Δικαστήριο έκρινε πως έστω και οι απλές μεταβολές και προσθήκες του Prince υπάγονταν στην εξαίρεση της δίκαιης χρήσης. Έκρινε πως 25 έργα από τα 30 αποτελούσαν μετασχηματισμό, απόφαση η οποία επέκτεινε την εφαρμογή του δημιουργικού μετασχηματισμού και τον καθιέρωσε ως βασικό παράγοντα στην δίκαιη χρήση^[52].

Στην υπόθεση *Mattel Inc. v. Walking Mt. Prods.*, ο Tom Forsythe's παρουσίασε μια σειρά από φωτογραφίες με κούκλες Barbie τις οποίες απεικόνιζε σε κίνδυνο από τα «*vintage*» κουζινικά αντικείμενα, με τον τίτλο «*Food Chain Barbie*». Το Δικαστήριο υποστήριξε πως το έργο του Forsythe's αποτελούσε δίκαιη χρήση πάνω στο προϋφιστάμενο έργο του Mattel's. Συγκεκριμένα βασίσθηκε στο ότι οι φωτογραφίες του Forsythe's μετέτρεψαν το αρχικό έργο σε παρωδία και πως ο μετασχηματισμός και τα στοιχεία της παρωδίας κάλυπταν τις προσδοκίες του Forsythe's για την υπαρξη κέρδους. Επίσης υποστήριξε ότι η χρήση του προστατευόμενου από την πνευματική ιδιοκτησία έργου ήταν μέσα στα όρια του συνετού καθώς η παρωδία του διαφοροποίησε το αρχικό έργο δημιουργώντας ένα νέο έργο και πως οι φωτογραφίες του Forsythe's αποτελούν παρωδία και δεν έχουν

εμπορικό σκοπό και δεν θα αντικαταστήσουν το έργο του Mattel's στην αγορά. Επίσης το δικαστήριο απεφάνθη ότι ο νόμος για το εμπορικό σήμα που επικαλέστηκε ο Mattel's, δεν έχει εφαρμογή καθώς δεν δύναται να αποτρέψει την δημιουργία παρωδίας που αναφέρεται στις κούκλες Barbie^[53].

2.4. Ευρωπαϊκή Νομολογία

Η υιοθέτηση του μηχανισμού της δίκαιης χρήσης σε Ευρωπαϊκό επίπεδο αντιμετωπίζει την προβληματική ότι σε αντίθεση με το νομικό σύστημα της Αμερικής, δεν επικρατεί ένα πιο ευέλικτο σύστημα εξαιρέσεων. Οι περιορισμοί που τίθενται με την εφαρμογή της δίκαιης χρήσης, σε ευρωπαϊκό επίπεδο θα έρχονταν αντιμέτωποι με το θεμελιωμένο δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης. Στην απόφαση «*Funko Medien*» το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι οποιαδήποτε αναπαραγωγή του έργου θα πρέπει να συνάδει πλήρως με τα θεμελιώδη δικαιώματα που κατοχυρώνονται στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης^[54]. Επίσης υποστήριξε ότι σε περίπτωση σύγκρουσης θεμελιωδών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στον Χάρτη, θα πρέπει να εξετάζονται στην βάση της αρχής της αναλογικότητας (άρθρο 52(1)). Είναι επόμενο πως η οικειοποίηση της τέχνης αποτελεί σύγκρουση δύο δικαιωμάτων, της ελευθερίας της έκφρασης και της ελευθερίας της ιδιοκτησίας, επομένως με βάση την αρχή της αναλογικότητας και στην εξέταση της κάθε περίπτωσης ξεχωριστά και ad hoc μπορεί να διαπιστωθεί εάν ένας καλλιτέχνης έχει επαρκώς μετασχηματίσει δημιουργικά το οικειοποιημένο αρχικό έργο, γεγονός που παρέχει την δυνατότητα εφαρμογής σε Ευρωπαϊκό επίπεδο του μηχανισμού της δίκαιης χρήσης^[55].

Το ζήτημα της καλλιτεχνικής οικειοποίησης έτυχε εξέτασης από τα Γαλλικά Δικαστήρια και συγκεκριμένα στην υπόθεση η οποία αφορούσε την καλλιτεχνική πρακτική του Jeff

«η οικειοποίηση της τέχνης αποτελεί μια σύγκρουση των δύο δικαιωμάτων, της ελευθερίας της έκφρασης και της ελευθερίας της ιδιοκτησίας»

^[51] *Blanch v. Koons*, US Court of Appeal 467 F. 3rd 244 (2nd cir.), 25.10.2006

^[52] *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694 (2d Cir. 2013)

^[53] *Mattel Inc. v. Walking Mt. Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003)

^[54] C-469/17 *Funko Medien NRW GmbH κατά Bundesrepublik Deutschland*

^[55] Daniel Gervais, *The Derivative Right, or Why Copyright Law Protects Foxes Better than Hedgehogs*, 15 *Vanderbilt J. Entr. & Tech. L.* 785.

Πνευματική Ιδιοκτησία

Koons, με αφορμή το έργο «*Naked*»^[56]. Συγκεκριμένα ο Koons κατηγορήθηκε από τους κληρονόμους του φωτογράφου Jean-François Bauret, με την πρόφαση ότι το γλυπτό του Koons εμφάνιζε ομοιότητες με τη φωτογραφία «*Enfants*». Σύμφωνα με το Πρωτοβάθμιο Δικαστήριο των Παρισίων στη βάση του άρθρου L113-2, του Γαλλικού Κώδικα Πνευματικής Ιδιοκτησίας το σύνθετο έργο αποτελεί προσβολή των πνευματικών δικαιωμάτων, καθώς δεν πάροθηκε προηγούμενη σύμφωνη γνώμη επι της χρησιμοποίησης του αρχικού έργου. Παράλληλα το Δικαστήριο απέφανε ότι η ελευθερία της έκφρασης μπορεί να υπερισχύει του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας μόνο όταν υπάρχει ένομο και ανάλογο συμφέρον ενώ η παρωδία προϋποθέτει το σκοπό του παρωδού για να προκαλέσει κριτική ή γέλιο, στοιχεία τα οποία δεν εμφανίζονταν στο έργο. Η στενή ερμηνεία των εξαιρέσεων του γαλλικού νόμου, όπως αυτή της παρωδίας, δεν εμφανίζει περιθώρια στον Γάλλο δικαστή για να προβεί σε ένα πιο ευέλικτο συλλογισμό ώστε να επιτρέψει την άνευ συναίνεσης χρήση υπάρχουσας καλλιτεχνικής δημιουργίας^[57].

Προς την κατεύθυνση της δίκαιης χρήσης όμως κινήθηκε η δικαστική υπόθεση του Γαλλικού Cour de Cassation της 5^{ης} Μαΐου του 2015, αντικείμενο της οποίας ήταν η επανάχρηση χωρίς τη σχετική άδεια από τον ζωγράφο Peter Klasen τριών φωτογραφιών του φωτογράφου μόδας Alix Malka^[58]. Οι φωτογραφίες του Alix Malka, οι οποίες δημοσιεύθηκαν στο ιταλικό γυναικείο περιοδικό «*Flair*» χρησιμοποιήθηκαν από τον Klasen χωρίς την άδεια του πρώτου, σε πίνακες ζωγραφικής. Η αγωγή που άσκησε ο Alix Malka αφορούσε παραβίαση πνευματικών δικαιωμάτων. Ο Klasen έφερε ως ισχυρισμό ότι η πράξη του χρωματισμού και της ενσωμάτωσης των τριών φωτογραφιών στο δικό του κολλάζ προοριζόταν για να προκαλέσει μια αντίθεση αποδο-

μώντας τη θεματική των φωτογραφιών και αποδίδοντας σε αυτές ολότελα ξένο περιεχόμενο. Το Γαλλικό Δικαστήριο εξετάζοντας το ζήτημα του δημιουργικού μετασχηματισμού έκρινε, πως εναπόκειται στον διάδικο που επικαλείται την ελευθερία της έκφρασης να αποδείξει την αναγκαιότητα της καλλιτεχνικής οικειοποίησης του συγκεκριμένου έργου προς επανάχρηση και την υπερίσχυση της προστασίας της ελευθερίας της καλλιτεχνικής έκφρασης έναντι της προστασίας των δικαιωμάτων του αρχικού δημιουργού επί των χρησιμοποιηθέντων χωρίς άδεια έργων του, και ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση αυτό δεν επετεύχθη^[59].

Στην υπόθεση «*Power of Blue*», ο φωτογράφος Helmut Newton άσκησε αγωγή εναντίον του George Pusenkoff, διότι χρησιμοποίησε στο ζωγραφικό του πίνακα με τίτλο «*Power of Blue*» περίγραμμα από το γυμνό μοντέλο «*Miss Livingston I*» σε ένα μπλε φόντο. Το Εφετείο του Αμβούργου έκρινε ότι ο ως άνω πίνακας συνιστά ανεξάρτητη δημιουργία σε αντίθεση με την απόφαση του πρωτοβάθμιου βασιζόμενο στο άρθρο 24 του Γερμανικού Νόμου για την Πνευματική Ιδιοκτησία. Συγκεκριμένα έκρινε ότι η χρήση προϋφιστάμενου έργου είναι επιτρεπτή καθώς αποτελούσε για το νέο έργο δευτερεύον στοιχείο αυτού, και έχασε την ατομικότητα του ενώπιον του δεύτερου έργου^[60]. Στην αντίθετη όψη κινήθηκε το πρωτοβάθμιο δικαστήριο της Αμβέρσας στην υπόθεση *Katrijn Van Giel v. Luc Tuymans*, όπου ο τελευταίος κρίθηκε ένοχος για λογοκλοπή. Το δικαστήριο διαψώνησε με τον ισχυρισμό του δικηγόρου του Luc Tuymans ότι προσπάθησε να παρουσιάσει μέσα από το έργο του διαφορετική μορφή και διαφορετικές χρωματικές αντιθέσεις έτσι ώστε να αποφευχθεί η σύγχυση με το αρχικό. Το δικαστήριο έκρινε ότι αποτελούσε παραβίαση της πνευματικής ιδιοκτησίας του φωτογράφου Van Giel και επέβαλε πρόστιμο ύψους €500,000^[61].

«Η στενή ερμηνεία των εξαιρέσεων του γαλλικού νόμου, όπως αυτή της παρωδίας, δεν εμφανίζει περιθώρια στον Γάλλο δικαστή για να προβεί σε ένα πιο ευέλικτο συλλογισμό»

[56] TGI Paris, 9 mars 2017, RG no 15/01086

[57] Μ. Μαρκέλλου, «Καλλιτεχνική Οικειοποίηση: δημιουργικός μετασχηματισμός ή απομίμηση; ΔΙΤΕ (π. ΔΙ-ΜΕΕ) T1/2018, σελ. 24

[58] Cass. 1ère Civ. 15 mai 2015,

[59] CA Versailles, 16 mars 2018, no 15/06029, inédit. Και Μ. Μαρκέλλου, «Καλλιτεχνική Οικειοποίηση: δημιουργικός μετασχηματισμός ή απομίμηση; ΔΙΤΕ (π. ΔΙ-ΜΕΕ) T1/2018, σελ. 24

[60] William M. Landes *Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach* John M Olin Law & Economics working paper no113.

[61] Voorhoof D., Hoedt-Rasmussen I., *Copyright vs Freedom of Expression Judgment*, Kluwer Copyright Blogger, 22 Ιανουαρίου 2013, <https://hyperallergic.com/176138/luc-tuymans-convicted-of-plagiarism-for-painting-photo-of-politician/>

Appropriation art ως καλλιτεχνική έκφραση

Συμπεράσματα

Καταληκτικά η οικειοποίηση της τέχνης αποτελεί μια αφηρημένη έννοια η οποία δεν έχει μια ενιαία έννομη προστασία σε εθνικό και Ενωσιακό πλαίσιο. Η βάση της ερμηνείας της οικειοποίησης της τέχνης στηρίζεται στην ύπαρξη της πρωτοτυπίας η οποία ερμηνεύεται στην βάση της προσωπικής συμβολής του νέου δημιουργού πάνω στο υφιστάμενο πρωτότυπο έργο τέχνης και στην ύπαρξη του δημιουργικού μετασχηματισμού. Επομένως καθίσταται εμφανές ότι ο νομοθέτης κινείται «γύρω» από τις έννοιες αυτές για την αποκρυσταλλοποίηση της έννοιας της οικειοποίησης της τέχνης.

Τα αναπάντητα ερωτήματα που υφίστανται δεν μπορούν να τύχουν μιας τεκμηριωμένης απάντησης καθώς και ο σκοπός του παρόντος άρθρου βασίζεται στην σκιαγράφηση του υφιστάμενου νομοθετικού πλαισίου. Το νομοθετικό πλαίσιο που υφίσταται σε Ενωσιακό επίπεδο διακατέχεται από ανασφάλεια καθώς είναι εξαιρετικά δύσκολο να εξακριβωθεί η ερμηνεία του δημιουργικού μετασχηματισμού γεγονός που οδηγεί στην κατάληξη ότι κάθε περίπτωση καλλιτεχνικής οικειοποίησης θα πρέπει να κρίνεται ξεχωριστά και *ad hoc* για να μπορέσει να εξακριβωθεί εάν το έργο της οικειοποίησης έχει επιλέξει και επαρκώς μετασχηματίσει δημιουργικά το οικειοποιημένο αρχικό έργο.

Η καλλιτεχνική οικειοποίηση προσβάλλει τα δικαιώματα του δημιουργού αλλά αποτελεί συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα ως αυτό εκφράζεται στο άρθρο 16 του Συντάγματος για την ελευθερία της έκφρασης. Η τέχνη αποτελεί ένα ορισμό ο οποίος φέρνει σε αμηχανία τους εφαρμοστές του δικαίου, με αποτέλεσμα να προάγεται η ανάπτυξη νέων μορφών τέχνης. Όμως, όσο σημαντική και αν θεωρείται για το Σύνταγμα η καλλιτεχνική έκφραση δεν δύναται να ενσωματώνει και καταχρηστικά στοιχεία τα οποία επιδιώκουν την κατάργηση της ιδιοκτησίας και της πρωτοτυ-

πίας. Στην Αμερικανική νομολογία η εξαίρεση της δίκαιης χρήσης έθεσε τις βάσεις για την δημιουργία ενός νομοθετικού πλαισίου προστασίας των αρχικών δημιουργών το οποίο παρουσιάζει την οικειοποίηση της τέχνης ως "νόμιμη αντιγραφή", αναζητώντας το στοιχείο της προσωπικής συμβολής του δημιουργού, μέσα από το οποίο προσπαθεί να δικαιολογήσει την αντιγραφή του αρχικού έργου. Αποτελεί δηλαδή ένα μέσο ήπιας προστασίας το οποίο καθιστά νόμιμη την αντιγραφή για σκοπούς καλλιτεχνικής έκφρασης και προαγωγής της τέχνης και των νέων μορφών αυτής. Περαιτέρω η δίκαιη χρήση αποτελεί αντικείμενο εξέτασης και στα νομικά συστήματα της Ένωσης, καθώς παρατηρείται ότι ολοένα αυξάνεται η τάση προσδιορισμού και αναφοράς του κεντρικού στοιχείου της δίκαιης χρήσης, του δημιουργικού μετασχηματισμού.

Είναι εύλογο λοιπόν να γίνει η υπόθεση ότι η δίκαιη χρήση θα μπορούσε να εφαρμοστεί σε Ενωσιακό πλαίσιο και κατ' επέκταση τα κράτη μέλη να εναρμονίσουν τον εν λόγω μηχανισμό αντίστοιχα με τις ιδιαιτερότητες του νομικού πλαισίου κάθε χώρας. Ως διαφαίνεται και από το εθνικό νομικό σύστημα της Ελλάδας ο νόμος παρέχει μια ευρεία ερμηνεία για τα έργα τέχνης και τις μορφές έκφρασης αφήνοντας το ενδεχόμενο επέκτασης της προστασίας και σε νέες μεθόδους έκφρασης της τέχνης. Αποτέλεσμα αυτού θα ήταν να τίθενται τα θεμέλια αναγνώρισης της ύπαρξης του φαινομένου της οικειοποίησης και μια μερική προστασία των δημιουργών, καθώς αναγνωρίζοντας τον ορθό ή παράνομο χαρακτήρα της καλλιτεχνικής οικειοποίησης η προβληματική θα παρέμενε η ίδια καθώς η στασιμότητα στην ύπαρξη γενικών και αφηρημένων εννοιών όπως η τέχνη, και η πρωτοτυπία προσδίδει μια μερική και δυσνόητη προστασία στον δημιουργό.

•••••

«η δίκαιη χρήση αποτελεί αντικείμενο εξέτασης και των νομικών συστημάτων της Ένωσης, καθώς παρατηρείται ότι ολοένα αυξάνεται η τάση προσδιορισμού και αναφοράς του κεντρικού στοιχείου της δίκαιης χρήσης»

Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου

Σχέση Δικαίου και Οικονομίας

Σωκράτης Αλευρογιάννης, Προπτυχιακός φοιτητής Νομικής Σχολής
Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου

Η παρούσα μελέτη αποτελεί μια παρουσίαση της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, με άλλα λόγια της σχέσης του δικαίου με την οικονομική επιστήμη. Αρχικά οριοθετείται η σχέση αυτή και παρουσιάζονται οι βασικές υποθέσεις της και τα θεωρητικά της θεμέλια. Στη συνέχεια καταγράφονται πεδία δικαίου όπου βρίσκει εφαρμογή, καθώς και οι αποδέκτες της, και αναλύονται ενδεικτικά παραδείγματα. Τέλος, παρατίθεται μια συνοπτική κριτική, καθώς και η προσωπική θέση του συγγραφέως επί του θέματος.

Ι. Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου: εννοιολογική οριοθέτηση

Α. Έννοια

Η νομική ως επιστήμη ασχολείται με την έρευνα του δικαίου και των κανόνων οι οποίοι το απαρτίζουν. Είναι ανθρωπιστική επιστήμη, η οποία, προκειμένου να κατανοήσει καλύτερα το κοινωνικό περιβάλλον το οποίο υπηρετεί, επικουρείται και σχετίζεται με άλλες κοινωνικές επιστήμες που δεν έχουν μεν στο άμεσο αντικείμενό τους το δίκαιο, προσφέρουν όμως στον ασχολούμενο με αυτό γνώσεις απαραίτητες για την κατανόηση, θέσπιση, ερμηνεία και εφαρμογή του. Μεταξύ των επιστημών που συνδράμουν τη νομική^[1] είναι η οικονομική επιστήμη.

Οικονομική ονομάζεται η επιστήμη που μελετά το οικονομικό σύστημα και τις λειτουργίες του, αλλά και την οικονομική συμπεριφορά των κοινωνιών, δηλαδή την κάθε ενέργεια, μέσω της οποίας το άτομο επιδιώκει την εξασφάλιση των οικονομικών του αγαθών για την ικανοποίηση των αναγκών του^[2]. Το αντικείμενο της Οικονομικής επιστήμης διαφέρει από αυτό της Νομικής: η πρώτη επικε-

ντρώνεται στις συνέπειες, είτε θετικές είτε αρνητικές, των ανθρώπινων ενεργειών, ενώ η δεύτερη ερευνά εάν η ανθρώπινη συμπεριφορά συμμορφώνεται ή όχι στους ισχύοντες κανόνες δικαίου. Ωστόσο, μεταξύ των δύο επιστημών υπάρχει μια σχέση αλληλεπίδρασης: από την μία το δίκαιο αποτελεί προϊόν της εξέλιξης των οικονομικών συνθηκών. Για παράδειγμα, η εμφάνιση και διάδοση αρχικά των τηλεφωνικών πωλήσεων αγαθών και στη συνέχεια των ηλεκτρονικών πωλήσεων έκανε αναγκαία την θέσπιση νομοθετικού πλαισίου για την προστασία του καταναλωτή στις συμβάσεις από απόσταση και το ηλεκτρονικό εμπόριο. Από την άλλη, το δίκαιο επιδρά στην οικονομική πραγματικότητα με διάφορους τρόπους, όπως με την παροχή κινήτρων για την πραγματοποίηση επενδύσεων ή τη θέσπιση πλαισίου για την ανάπτυξη συγκεκριμένων οικονομικών δραστηριοτήτων, όπως για παράδειγμα η αγορά ηλεκτρικής ενέργειας ή τηλεπικοινωνιών.

Αυτή ακριβώς την αλληλεπίδραση εκφράζει η ερευνώμενη στην παρούσα εργασία «οικονομική ανάλυση δικαίου»^[3]· μια θεωρητική κίνηση που έχει τις ρίζες της σε αμερικανικά ρεύματα σκέψης και πιο συγκεκριμένα στη

«μεταξύ των δύο επιστημών υπάρχει μια σχέση αλληλεπίδρασης»

^[1] Άλλες βοηθητικές προς τη νομική επιστήμες είναι η εγκληματολογία, η ιατρική και η ψυχιατρική και η πληροφορική.

^[2] Γεωργιάδης, Απ., Εισαγωγή στη Νομική Επιστήμη, 2020, σ. 301 επ. Κατά τον Α. Κοτσίρη, “Οικονομική ανάλυση του δικαίου. Γενική Προσέγγιση”, Digesta 2006, σ. 333 επ. «τα οικονομικά είναι η επιστήμη της

ανθρώπινης επιλογής σε έναν κόσμο όπου οι πηγές πόρων είναι περιορισμένες σε σχέση με τις ανθρώπινες επιθυμίες».

^[3] Τις πρώτες σκέψεις για τη σχέση δικαίου και οικονομίας τις βρίσκουμε στο έργο των Adam Smith (1723-1790), David Hume (1711-1776) και Jeremy Bentham (1748-1832)

Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου

Σχολή του Σικάγο^[4], η οποία άσκησε σημαντική επιρροή στην απορρυθμιστική μονεταριστική πολιτική των ΗΠΑ (κατά την Προεδρία Νίξον και Ρήγκαν), στις πολιτικές οικονομικής ανόρθωσης της Χιλής κατά την δικτατορία του Augusto Pinochet (Chicago Boys), στις πολιτικές δημοσιονομικής προσαρμογής της Παγκόσμιας Τράπεζας και στην εμπέδωση των νεοφιλελεύθερων πολιτικών διεθνώς. Κύριοι εκπρόσωποι της υπήρξαν οι Ronald Coase^[5], Guido Calabrese^[6], Gary Becker^[7] και Richard Posner^[8]. Πρόκειται για την πιο στενή συνεργασία της νομικής και της οικονομικής επιστήμης, στο πλαίσιο της οποίας επιχειρείται η ερμηνεία, βελτίωση και αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας του δικαίου με την χρήση μεθόδων της οικονομικής επιστήμης. Ασχολείται με την οικονομική λειτουργία των επιμέρους κανόνων δικαίου και με την οικονομική τους σημασία. Λειτουργεί συγκριτικά, καθώς ερευνά ποια είναι κάθε φορά η συμφερότερη οικονομικά λύση ανάμεσα σε περισσότερες ή ποιες θα επιβαραυνθεί το κόστος της μιας ή της άλλης επιλογής. Και έχει διττό σκοπό: αφενός μεν να αποκαλύψει τις οικονομικές σκοπιμότητες που κρύβονται πίσω από τους κανόνες δικαίου ώστε να διευκολυνθούν οι δικαστές και εν γένει οι νομικοί κατά την ερμηνεία και την εφαρμογή του νόμου και αφετέρου να συμβάλλει σε μια ορθολογικότερη νομοθέτηση.

Β. Βασικές υποθέσεις

Η οικονομική ανάλυση δικαίου ξεκινά από δύο βασικές υποθέσεις^[9]:

(α) η ανθρώπινη δράση έχει ως στόχο το μεγαλύτερο δυνατό όφελος με το μικρότερο δυνατό κόστος (κλασική μικροοικονομική θεωρία) και

(β) οι κανόνες δικαίου λειτουργούν ως κίνητρα για την υιοθέτηση ή την αποτροπή συγκεκριμένων συμπεριφορών, καθώς αυξάνουν ή μειώνουν το «κόστος» ορισμένων συνεπειών. Με βάση αυτές τις υποθέσεις διαμορφώνονται τα βασικά θεμέλια πάνω στα οποία στηρίζεται η θεωρία της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, τα οποία είναι:

(α) *το πρότυπο του ορθολογικού ανθρώπου*: ο άνθρωπος από τις περισσότερες διαθέσιμες εναλλακτικές (συμπεριφορές, λύσεις κ.ά.) επιλέγει αυτή που θα του προσφέρει την μεγαλύτερη ικανοποίηση των αναγκών του ή, με άλλα λόγια, τη μεγαλύτερη δυνατή ωφέλεια με το μικρότερο δυνατό κόστος, και

(β) *η οικονομική αποτελεσματικότητα του δικαίου*: το δίκαιο έχει ως σκοπό τη μεγιστοποίηση της ωφέλειας ή την ελαχιστοποίηση του κόστους των ενεργειών των υποκειμένων του και σε αυτό πρέπει να αποβλέπει τόσο ο νομοθέτης όσο και ο δικαστής.

Περιλαμβάνει δε δύο άρρηκτα συνδεδεμένες μεταξύ τους κατευθύνσεις:

(α) τη θετική οικονομική ανάλυση, που επιδιώκει να ερμηνεύσει, εξηγήσει και προβλέψει την οικονομική πραγματικότητα, και

(β) την δεοντολογική οικονομική ανάλυση, που αξιολογεί τα οικονομικά φαινόμενα και μελετά με ποιους νομικούς κανόνες μπορεί να επιτευχθεί η αποτελεσματικότερη κάθε φορά κατανομή των κοινωνικών πόρων.

II. Θεωρητικά Θεμέλια

A. Το θεώρημα του Coase

Το θεώρημα του Coase, που αποτέλεσε τη θεμελιώδη λίθο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, αποτελείται από τρεις βασικούς άξονες: την σχέση αγοράς-δικαίου, τα συναλλακτικά έξοδα και την κανονιστική εκδοχή.

«επιχειρείται η ερμηνεία, βελτίωση και αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας του δικαίου με την χρήση μεθόδων της οικονομικής επιστήμης»

^[4] Σχολή οικονομικής σκέψης που υιοθετεί τη φιλελεύθερη θεώρηση της οικονομίας ως αντίβαρο στον κενστανισμό. Ξεκίνησε από το Τμήμα Οικονομικών Επιστημών του Πανεπιστημίου του Σικάγο με πρωτεργάτη τον Milton Friedman.

^[5] Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1–44.

^[6] Calabresi, G., *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 YALE L.J. (1961), Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yfj/vol70/iss4/1>

^[7] Becker G, Human Capital and the Personal Distribution of Income: An Analytical Approach. In *Human Capital*. 2nd edition. University of Michigan, Institute of Public Administration, Ann Arbor, MI, 1967; Becker G: *The Economic Approach to Human Behaviour*. University of Chicago Press, Chicago, 1976.

^[8] Posner, R., Economic Analysis of Law, Boston: Little Brown, 1st edition, 1973, Utilitarianism, Economics and Legal Theory, *Journal of Legal Studies*, 8 (1979), p. 103–140.

^[9] Τσιμπής, Μ., «Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου. Το επόμενο βήμα», Νομικό Βήμα, τόμος 37, σελίδα 574 επ.

Φιλοσοφία του δικαίου

Καταρχήν κατά τον Coase το δίκαιο δεν μπορεί να επηρεάσει την κατανομή των δικαιωμάτων. Κατ' αυτόν η αποτελεσματική κατανομή των δικαιωμάτων από την αγορά έχει μεγαλύτερη ισχύ απ' ό,τι η θεσμική κατανομή τους από τα όργανα του κράτους. Η αγορά είναι ισχυρότερη από το δίκαιο. Περιγράφοντας την πραγματικότητα, χωρίς να την αξιολογεί ως καλή ή κακή, καταγράφει: «Τα δικαιώματα καταλήγουν σε εκείνον που είναι διατεθειμένος να πληρώσει γι' αυτά περισσότερα χρήματα, δηλαδή τα αξιολογεί περισσότερο». Η αγορά καθορίζει την κατανομή των δικαιωμάτων, ωστόσο, το δίκαιο, οι κανόνες δικαίου, επηρεάζουν τη διανομή του πλούτου. Στο δεύτερο μέρος του θεωρήματός του, ο Coase εισάγει την έννοια των “εξόδων των συναλλαγών”. Ως τέτοια ορίζει το κόστος της ιδίας της συναλλαγής: τα έξοδα της γραφειοκρατίας, των συμβολαιογράφων, των δικηγόρων, των λογιστών, της εφορίας, τα έξοδα επικοινωνίας και μεταφοράς, αλλά και το κόστος του χρόνου που θα σπαταληθεί. Παρά το γεγονός ότι το πλεόνασμα αποτελεί ένα σοβαρό κίνητρο για συμφωνία, δεν την εξασφαλίζει, καθώς πολλές φορές το κόστος συναψής της είναι υψηλό. Κατά τον Coase “η αγορά έχει κόστος”, το οποίο μπορεί να κατηγοριοποιηθεί ως εξής: κόστος έρευνας, κόστος διαπραγμάτευσης και κόστος εφαρμογής. Κατά την θετική (περιγραφική) εκδοχή του θεωρήματός του τα μέρη με τη διαπραγμάτευση κατανέμουν τα δικαιώματα με αποτελεσματικότητα, ανεξαρτήτως της αρχικής κατανομής τους από το δίκαιο, σε περίπτωση που το συνολικό κόστος μιας συναλλαγής είναι μηδενικό ή τουλάχιστον χαμηλότερο από το κέρδος που θα προκύψει από τη συναλλαγή αυτή. Από την άλλη, όταν τα υψηλά έξοδα καθιστούν αδύνατη τη συμφωνία των μερών, τότε η αρχική κατανομή τους από το δίκαιο καθορίζει την αποτελεσματική κατανομή των δικαιωμάτων^[10].

Στο τρίτο μέρος της θεωρίας του ο Coase, έχοντας εντοπίσει μια αποτυχία της αγοράς, προτείνει λύσεις στο πρόβλημα. Πρόκειται για την κανονιστική εκδοχή του θεωρήματος,

που εμπεριέχει τη θεσμική λύση: “Θα ήταν επιθυμητό τα δικαστήρια να κατανοούν τις οικονομικές συνέπειες των αποφάσεών τους, όπως επίσης και να λαμβάνουν υπόψη τους αυτές κατά τη διαδικασία λήψης των αποφάσεων, όσο φυσικά αυτό είναι δυνατόν χωρίς να δημιουργούν ανασφάλεια δικαίου”.

Ο Μ. Τσιμπρής^[11] χρησιμοποιεί το εξής παράδειγμα για να εξηγήσει καλύτερα το θεώρημα του Coase: Έστω ότι ένα εργοστάσιο, που παράγει Α ποσότητα μεταλλουργικών προϊόντων, διοχετεύει ποσότητα ρύπανσης ύψους X στο περιβάλλον. Εάν αυξηθεί η παραγωγή του σε A+B, τότε θα προκληθεί επιπλέον ρύπανση Ψ, δηλαδή στο σύνολο X+Ψ. Σε μικρή απόσταση από το εργοστάσιο βρίσκεται μια κτηνοτροφική μονάδα εκτροφής προβάτων. Όσο το επίπεδο ρύπανσης του περιβάλλοντος από το εργοστάσιο ήταν το X (που αντιστοιχεί σε παραγωγή Α), τα πρόβατα δεν επηρεάζονταν καθόλου και δεν υπήρχαν επιπτώσεις. Αντίθετα, όταν το επίπεδο ρύπανσης έφτασε να είναι X+Ψ (δηλαδή η παραγωγή του εργοστασίου είχε αυξηθεί σε A+B), τότε το 50% του κοπαδιού πέθανε. Σύμφωνα με το θεώρημα του Coase εφόσον τα έξοδα συναλλαγής (δηλαδή τα έξοδα διαδικασίας διαπραγμάτευσης μεταξύ των μερών, τα έξοδα εύρεσης και συγκέντρωσης των ατόμων για την διενέργεια της συναλλαγής και τα έξοδα εφαρμογής της ενδεχόμενης συμφωνίας) είναι μηδέν, δηλαδή ο κτηνοτρόφος έχει την δυνατότητα να διαπραγματευτεί απευθείας με τον κάτοχο του εργοστασίου και να πετύχει μία σχετική συμφωνία, τότε ανεξαρτήτως του εάν ο κτηνοτρόφος έχει δικαίωμα αποζημίωσης για το μέρος του κοπαδιού του που πέθανε, θα υπάρχει αύξηση της παραγωγής εάν η αξία της επιπλέον Β παραγωγής (έστω 5.000 ευρώ) είναι μεγαλύτερη από την αξία του κοπαδιού που πέθανε (έστω 3.000 ευρώ), γιατί η συναλλαγή θα είναι συμφέρουσα και για τα δύο μέρη σε ποσό ανάμεσα στις 3.000 ευρώ και στις 5.000 ευρώ [πάνω από 3.000 ευρώ ο κτηνοτρόφος κερδίζει περισσότερα από την αξία του κοπαδιού

«Η αγορά καθορίζει την κατανομή των δικαιωμάτων, ωστόσο, το δίκαιο, οι κανόνες δικαίου, επηρεάζουν τη διανομή του πλούτου»

^[10] Χατζής, Α., “Το δίκαιο ως εργαλείο μείωσης του κόστους των συναλλαγών (το θεώρημα του Coase και η οικονομική ανάλυση του δικαίου)” στον τόμο «Ο ρόλος της δι-

καισύνης στην άσκηση της επιχειρηματικής δραστηριότητας (επιμ. Καλαμπούκα-Γιαννοπούλου), 2012, σελ. 46 επ.

^[11] Τσιμπρής, Μ., “Οικονομική ανάλυση του δικαίου. Το επόμενο βήμα”, Νομικό Βήμα 37, σελ. 574 επ.

Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου

που χάνεται, κάτω από 5.000 ευρώ η επιχείρηση κερδίζει το ποσό της διαφοράς ανάμεσα σε αυτό που καταβάλλει στον κτηνοτρόφο και την αξία της αυξημένης παραγωγής Β]. Από την άλλη, εάν η αξία του κοπαδιού που πέθανε είναι 6.000 ευρώ και είναι μεγαλύτερη από εκείνη της αξίας της παραγωγής Β (5.000 ευρώ), τότε δεν θα πραγματοποιηθεί η αύξηση της παραγωγής, γιατί η συναλλαγή δεν συμφέρει κανένα από τα μέρη. Ο κτηνοτρόφος δεν θα δεχθεί λιγότερα από την αξία της ζημίας του, που είναι 6.000 ευρώ, και η επιχείρηση δεν θα καταβάλει περισσότερα από τα αναμενόμενα από την αύξηση της παραγωγής κέρδη. Με άλλα λόγια και στις δύο περιπτώσεις το σύνολο των παραγωγικών συντελεστών “εργοστάσιο-εκτροφή προβάτων” θα τείνει προς τη χρήση εκείνη που μεγιστοποιεί την αξία της παραγωγής του (ως άθροισμα παραγωγής του εργοστασίου και παραγωγής της κτηνοτροφικής μονάδας), χωρίς να έχει σημασία εάν ο κτηνοτρόφος έχει δικαίωμα αποζημίωσης για την απώλεια που υφίσταται. Αντίστοιχο παράδειγμα χρησιμοποιεί και ο Π. Γέμπτος^[12].

Β. Η Προσέγγιση Posner

Ο Posner στηρίχτηκε στην κανονιστική εκδοχή του θεωρήματος του Coase για να εμβαθύνει στην οικονομική ανάλυση του δικαίου. Υποστήριξε ότι τα δικαστήρια θα πρέπει να “μιμηθούν”, όσο είναι δυνατόν, το αποτέλεσμα της αγοράς. Θα πρέπει, δηλαδή, να αναγνωρίσουν το δικαίωμα σε εκείνο το μέρος στο οποίο θα κατέληγε, αν δεν υπήρχαν τα έξοδα των συναλλαγών και τα μέρη μπορούσαν να διαπραγματευθούν ελεύθερα και να καταλήξουν σε συμφωνία. Η απόφαση του δικαστηρίου νομιμοποιείται από την υποθετική συναίνεση των μερών.

Η πρωτοπορία του θεωρήματος του Coase και της θέσης του Posner συνοψίζονται στις εξής θέσεις: “Οι κανόνες δικαίου, ιδίως αυτοί που προέρχονται από τα δικαστήρια, μπορούν να διευκολύνουν την αποτελεσματική κατανομή των πόρων υπερβαίνοντας έτσι τις αποτυχίες της αγοράς και ιδιαίτερα την υπαρξη του κόστους των συναλλαγών” και “Αναγκαία είναι η διαμόρφωση ενός νομικού

πλαίσιου που δεν θα επιλύει απλώς ad hoc αποτυχίες της αγοράς, αλλά θα είναι διαμορφωμένο έτσι ώστε να διευκολύνει την οικονομική ανάπτυξη”^[13].

III. Πεδίο Εφαρμογής

Α. Κλάδοι Δικαίου

Η οικονομική ανάλυση δικαίου εφαρμόστηκε σε όλους τους κλάδους του δικαίου χωρίς καμία διάκριση, ακόμη και σε αυτούς που δεν ρυθμίζουν, τουλάχιστον εκ πρώτης όψεως, οικονομικές σχέσεις. Οι πρώτες εφαρμογές ήταν στο χώρο του ποινικού και του οικογενειακού δικαίου από τον Gary Baker (1960) και στη συνέχεια στο δίκαιο των αδικοπραξιών από τους Guido Galabresi (1960) και Petro Trimarchi (1967). Ο Posner στο έργο του *Economic Analysis of Law* (1973) χρησιμοποίησε τα εργαλεία των οικονομικών σε όλους σχεδόν τους κλάδους δικαίου, από το δίκαιο προστασίας του ανταγωνισμού μέχρι το συνταγματικό δίκαιο. Ευρεία είναι η εφαρμογή του στο δίκαιο των συμβάσεων, στο εμπράγματο δίκαιο, αλλά και το δίκαιο προστασίας του περιβάλλοντος.

Β. Αποδέκτες: Νομοθέτης και Δικαστής

Κύριοι αποδέκτες της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου είναι τόσο ο νομοθέτης, όσο και ο δικαστής^[14]. Τους βοηθά να κατανοήσουν καλύτερα την λειτουργία και τις ανάγκες της αγοράς έτσι ώστε ο μεν πρώτος να μην την στρεβλώνει με τους κανόνες δικαίου που θεσπίζει, αλλά να οδηγείται σε μία ορθολογικότερη νομοθέτηση, ο δε δεύτερος να συνεκτιμά τους κανόνες λειτουργίας της και να λαμβάνει υπόψη του τις οικονομικές σκοπιμότητες που κρύβονται πίσω από το νόμο κατά την ερμηνεία και εφαρμογή του. Ιδιαίτερα στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο, από όπου και προέρχεται η συγκεκριμένη σχολή σκέψης, ο δικαστής καλείται να την εφαρμόσει ώστε να επιτύχει ορθές αποφάσεις, ιδιαίτερα σε σημαντικές υποθέσεις (hard cases), κατά τις οποίες δημιουργεί δίκαιο (judge made law) χωρίς να δεσμεύεται από γενικές διατάξεις (εκτός από τα δικαστικά προηγούμενα-precedents). Μάλιστα στις ΗΠΑ οι δικαστές διδάσκονται συστηματικά μικροοικονομική

«Θα πρέπει, δηλαδή, να αναγνωρίσουν το δικαίωμα σε εκείνο το μέρος στο οποίο θα κατέληγε, αν δεν υπήρχαν τα έξοδα των συναλλαγών και τα μέρη μπορούσαν να διαπραγματευθούν ελεύθερα και να καταλήξουν σε συμφωνία»

[12] Γέμπτος, Π., “Οι θεωρητικές βάσεις της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου”, Νομικό Βήμα 47, σελ. 1 επ

[13] Χατζής, Α., 2012, ό.π., υποσημ. 10.

[14] Γέμπτος, Π., ο.α., υπό σημ. 11

Φιλοσοφία του δικαίου

θεωρία και οικονομική ανάλυση δικαίου. Αξιοσημείωτο είναι το γεγονός ότι ο R. Posner διορίστηκε ανώτατος δικαστής.

Γ. Παραδείγματα

Ο καθηγητής Α. Χατζής σε άρθρο του^[15], παρουσιάζει τη λειτουργία της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου στο δίκαιο των συμβάσεων και προχωρά στην ερμηνεία της διάταξης ΑΚ 409 με τη βοήθεια της συγκεκριμένης ερμηνευτικής προσέγγισης. Πιο συγκεκριμένα, καταγράφει και αναλύει τις έξι προϋποθέσεις κατάρτισης και εκτέλεσης της τέλει σύμβασης, αυτής δηλαδή που αν εκτελεστεί κανονικά θα ικανοποιήσει πλήρως τους σκοπούς και τις ανάγκες όλων των συμβαλλόμενων. Οι προϋποθέσεις αυτές είναι α) η ατομική ορθολογικότητα, β) η ελευθερία επιλογής, γ) η απουσία εξόδων συναλλαγών, δ) η απουσία εξωτερικοτήτων, ε) η τέλεια πληροφόρηση και στ) ο τέλει ανταγωνισμός. Στη συνέχεια καταδεικνύει πώς το δίκαιο των συμβάσεων μπορεί με τους κατάλληλους κανόνες, τους οποίους το ελληνικό αστικό δίκαιο διαθέτει, να διορθώσει τις ατέλειες της αγοράς, έργο στο οποίο η οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορεί να βοηθήσει ουσιαστικά, ως εργαλείο επίλυσης ερμηνευτικών ή πρακτικών προβλημάτων. Παράθετε το παράδειγμα της λεγόμενης «αποτελεσματικής αθέτησης της σύμβασης», που αναδιατυπώθηκε το 1980 περίπου από τον Posner: τι πρέπει να συμβεί σε περίπτωση που ένα από τα μέρη, μετά την κατάρτιση της σύμβασης, μετανιώσει είτε γιατί δεν τον συμφέρει πια η εκτέλεσή της είτε γιατί κάποιος άλλος του προσφέρει συμφερότερους όρους. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου οδηγεί (όχι χωρίς κριτική, είναι η αλήθεια) στη λύση ότι το δίκαιο πρέπει να επιτρέπει την αθέτηση της σύμβασης στον συμβαλλόμενο που κρίνει ότι αυτή είναι οικονομικά πιο αποτελεσματική για τον ίδιο, αλλά θα πρέπει και ο αντισυμβαλλόμενός του να αποζημιωθεί πλήρως για να καθίσταται η αθέτηση της σύμβασης «αποτελεσματική». Η θεωρία αυτή έχει γίνει δεκτή από την αμερικανική θεωρία και πράξη γιατί εξασφαλίζει την καλύτερη δυνατή

κατανομή των οικονομικών δυνάμεων και είναι συμβατή με την ελεύθερη αγορά και τον ανταγωνισμό.

Όσον αφορά τη λειτουργία της ποινικής ρήτρας, η οποία αποτελεί χαρακτηριστικό σημείο διαφοροποίησης μεταξύ ηπειρωτικού και αγγλοσαξονικού δικαίου, ο καθηγητής αναδεικνύει τους οικονομικούς σκοπούς που εξυπηρετεί αυτή και προχωρεί στην ερμηνεία του άρθρου 409 ΑΚ με την χρήση της οικονομικής ανάλυσης διακρίνοντας τις ποινικές ρήτρες σε αυθαίρετες (που έχουν σκοπό να υποχρεώσουν τον οφειλέτη να εκπληρώσει τη σύμβαση σχεδόν ειβαστικά), σε αυτές που εξυπηρετούν κάποιον οικονομικό σκοπό (ασφάλιση, αξιοπιστία, κατανομή κινδύνου, υποκειμενικές αξιολογήσεις) και σε αυτές που είναι οικονομικά αποτελεσματικές, εξυπηρετούν ένα οικονομικό σκοπό και η αυξημένη προστασία που προσφέρουν στον δανειστή φαίνεται στο τίμημα. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου, με βάση αυτόν τον διαχωρισμό των ποινικών ρητρών, βοηθάει ουσιαστικά τον δικαστή στην ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 409 ΑΚ.

Ένα άλλο παράδειγμα είναι αυτό της παρένθετης μητρότητας^[16]. Με τον ν. 3089/2002 τέθηκε νέο κεφάλαιο στο οικογενειακό δίκαιο για την ιατρική υποβοήθηση στην ανθρωπίνη αναπαραγωγή (άρθρ. 1455-1460 ΑΚ). Κατά το άρθρο 1458 ΑΚ η κυοφορία πρέπει να γίνεται με έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία των προσώπων που επιδιώκουν να αποκτήσουν τέκνο και της γυναίκας που θα το κυοφορήσει. Κατά το χρονικό διάστημα από το 2003 έως το 2010 υποβλήθηκαν μόνο 120 αιτήσεις για σχετική δικαστική άδεια και μόνο στο 22 % αυτών η παρένθετη μητέρα φαίνεται να συνδέεται με τον/τους αιτούντες την άδεια (μητέρα, αδελφή, άλλος συγγενής). Στις υπόλοιπες περιπτώσεις προσφερόταν να φέρει στον κόσμο το παιδί η “καλύτερη φίλη” της συζύγου, η οποία στο 80 % των περιπτώσεων ήταν αλλοδαπή και 10-20 χρόνια μικρότερη. Η κατάσταση αυτή οδήγησε στη θέσπιση του ν. 3305/2005, όπου δίνεται η δυνατότητα να καλυφθούν οι οριζόμενες δαπάνες και αποζημιώσεις της παρένθετης μητέρας. Εάν ο δικα-

«Η οικονομική ανάλυση του δικαίου οδηγεί (όχι χωρίς κριτική, είναι η αλήθεια) στη λύση ότι το δίκαιο πρέπει να επιτρέπει την αθέτηση της σύμβασης στον συμβαλλόμενο που κρίνει ότι αυτή είναι οικονομικά πιο αποτελεσματική για τον ίδιο»

^[15] Χατζής, Α., “Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου των Συμβάσεων (Στο παράδειγμα της ποινικής ρήτρας, ΑΚ 409)”, *Digesta* 2003, σελ. 322 επ.

^[16] Χατζής, Α., “Δίκαιο και Οικονομικά – Σημειώσεις”, <http://www.phs.uoa.gr/ahatzis>

Η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου

στής είχε χρησιμοποιήσει την οικονομική ανάλυση του δικαίου και συγκεκριμένα την έννοια του “κόστους ευκαιρίας” (το κόστος της εναλλακτικής επιλογής που θα θυσιάσθει), θα μπορούσε (ακόμα και υπό την απαγόρευση της αμοιβής) να αποζημιώσει την παρένθετη μητέρα για τα είδη κόστους που ο νομικός φορμαλισμός, η νομική τυπολατρία αδυνατεί να δει, όπως για παράδειγμα ειδικό ρουχισμό, φαρμακευτικές αγωγές, ειδική διαίτα, αλλά ακόμα και για τον κίνδυνο θανάτου, που δεν είναι και τόσο αμελητέος.

Ακόμα πιο εντυπωσιακή είναι η περίπτωση της διατροφής της συζύγου. Η εμπειρική έρευνα της Ασπασίας Τσαούση το 2003 με βάση 600 αποφάσεις ελληνικών δικαστηρίων της περιόδου 1979-1999 κατέληξε στο συμπέρασμα ότι το ποσό που επιδικάζαν τα ελληνικά δικαστήρια στις διαζευγμένες συζύγους ήταν τουλάχιστον 60% μικρότερο από εκείνο που θα έπρεπε να επιδικάσουν αν χρησιμοποιούσαν τα εργαλεία της οικονομικής επιστήμης^[17].

Συμπέρασμα

Η οικονομική ανάλυση του δικαίου παρουσιάζει αναμφίβολα σημαντικά θετικά στοιχεία. Δεν είναι, άλλωστε, τυχαίο ότι πέντε βραβεία Νόμπελ στην οικονομική επιστήμη έχουν απονεμηθεί σε οικονομολόγους που με το έργο τους έχουν εισφέρει σε αυτήν^[18]. Συμβάλλει στην πληρέστερη κατανόηση του περιεχομένου των κανόνων δικαίου, στην επιλογή της προσφορότερης από άποψη κόστους-οφέλους λύσης, στη θέσπιση αποτελεσματικών κανόνων δικαίου. Ωστόσο, δέχεται (και όχι αβάσιμα) και σφοδρή κριτική. Καθ' εαυτήν δεν λαμβάνει υπόψη της καθόλου τους λοιπούς παράγοντες που επηρεάζουν την ανθρώπινη συμπεριφορά αλλά και την αγορά, ενώ παράλληλα το δίκαιο οφείλει να συνεκτιμά και άλλες αξιολογήσεις και να επιδιώκει πρωτίστως άλλους σκοπούς, όχι μόνον τους οικονομικούς, τους οποίους (σκοπούς και αξιολογήσεις) η ίδια ως μέθοδος παραβλέπει. Γι' αυτό είναι αναντίρροτο ότι δεν μπορεί να αποτελέσει αποκλειστική βάση αξιολόγησης,

ερμηνείας και διάπλασης των κανόνων δικαίου. Δεν μπορεί να αντικαταστήσει εξ ολοκλήρου την παραδοσιακή νομική προσέγγιση της δίκαιης κατανομής δικαιωμάτων και υποχρεώσεων.

Οι νομικοί της Ευρώπης φαίνονται γενικά επιφυλακτικοί. Στην Γερμανία, για παράδειγμα, οι αντιδράσεις είναι πιο ισχυρές στα θέματα που αφορούν την καταλληλότητα της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου να προσφέρει δίκαιες λύσεις σε νομικές διαφορές. Επιπροσθέτως, αμφισβητείται και η ικανότητα του δικαστή να εφαρμόζει ορθά μεθόδους που προϋποθέτουν ειδική εκπαίδευση, πληθώρα πληροφοριών και ευρεία εποπτεία των συνεπειών των νομικών ρυθμίσεων, υπόβαθρο το οποίο συχνά -αν όχι πάντα- δεν διαθέτει, ιδίως ενόψει της πολυπλοκότητας που εμφανίζει πλέον η αγορά. Έτσι, ενώ αναγνωρίζεται η θεωρητική της αξία, η εφαρμογή της ανατίθεται κατά πρώτο λόγο στα χέρια του νομοθέτη ο οποίος είναι σε θέση να κάνει δικαιολογικές επιλογές.

Παρά τις κριτικές είναι πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορεί να προσφέρει πολύτιμη συμβολή ώστε οι επιλογές τόσο του δικαστή όσο και του νομοθέτη να είναι διαφανέστερες και επιτυχεστερες. Στην ελληνική έννομη τάξη μπορεί να αποδειχθεί ιδιαίτερα χρήσιμη κατά την ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου και τη συγκεκριμενοποίηση αόριστων νομικών εννοιών σε εκείνους τους τομείς του δικαίου όπου η οικονομική εκτίμηση έχει κάποια βαρύτητα, ιδίως στο αστικό και εμπορικό δίκαιο, κάτι που ήδη γίνεται με σχετική επιτυχία, αν και όχι στην έκταση που θα ήταν επιθυμητό. Πρόκειται για ένα χρήσιμο, αλλά και αναγκαίο εργαλείο στα χέρια κάθε νομικού, ανάμεσα στα άλλα που διαθέτει, προϋποθέτει, όμως, πρωτίστως σχετική θεωρητική κατάρτιση και συνεχή επιμόρφωση και υποστήριξη.

•••••

«η οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορεί να προσφέρει πολύτιμη συμβολή ώστε οι επιλογές τόσο του δικαστή όσο και του νομοθέτη να είναι διαφανέστερες και επιτυχεστερες»

^[17] Χατζής, Α., “Το δίκαιο των βιβλίων και το δίκαιο της πράξης: το τέλος της αυτονομίας του δικαίου και η νομική εκπαίδευση στην Ελλάδα”, ΕφημΔΔ 2012. 250 επ.

^[18] Ο James Buchanan το 1986, ο Ronald Coase το 1991, ο Garry Baker το 1992, ο Douglass North το 1993 και ο Vernon Smith το 2002.

Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας: νομική υποχρέωση ή ηθικό καθήκον;

Αλέξανδρος Καλαϊτζίδης, Υποψήφιος διδάκτωρ Νομικής Σχολής
Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου.

Λόγω των δραματικών διαστάσεων που προσέλαβε η εξάπλωση της πανδημίας Covid-19, η ελληνική κυβέρνηση προσέφυγε στον θεσμό της επίταξης ιδιοκτησίας και προσωπικών υπηρεσιών. Αρχικά επιτάχθηκαν ιδιωτικές κλινικές για τη νοσηλεία ασθενών με Covid-19, καθώς και υγειονομικό προσωπικό για τη λειτουργία και παροχή ιατρικής φροντίδας από τις εν λόγω δομές, στη συμπρωτεύουσα, και, στη συνέχεια, υπηρεσίες ιατρών συγκεκριμένων ειδικοτήτων για να στελεχώσουν νοσοκομεία της πρωτεύουσας. Στο παρόν άρθρο αναλύεται το νομικό καθεστώς της επίταξης ως προς την κάμψη τόσο του δικαιώματος της ιδιοκτησίας όσο και του δικαιώματος της εργασίας και εξετάζονται ζητήματα συνταγματικότητας των πρόσφατων επιτάξεων. Ο συγγραφέας εκφράζει την άποψη ότι οι σχετικές ανάγκες σε ιατρικό προσωπικό πρέπει να καλύπτονται οικειοθελώς, και όχι μέσω νομικού καταναγκασμού, από εθελοντές ιατρούς που έχουν ηθικό καθήκον να υπηρετούν ένα σύστημα αξιών που βασίζεται στην κοινωνική αλληλεγγύη και τον αλtruισμό.

Τις τελευταίες τέσσερις δεκαετίες ο προβλεπόμενος στο Σύνταγμα θεσμός της επίταξης έγινε γνωστός από αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας (στο εξής «ΣτΕ») που αφορούσαν είτε την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών εργαζομένων σε περιπτώσεις απεργιακών κινητοποιήσεων είτε την επίταξη ακινήτων για προσωρινές εγκαταστάσεις προσφύγων. Πρόσφατα η επίταξη επανήλθε στο προσκήνιο με αποφάσεις του Υπουργού Υγείας που αφορούσαν αρχικά μεν την επίταξη ιδιωτικών κλινικών και υγειονομικού προσωπικού στη Θεσσαλονίκη^[1] και πιο πρόσφατα την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών ιατρών των ειδικοτήτων Παθολόγων, Πνευμονολόγων και Γενικών Ιατρών στην Αττική^[2] για την αντιμετώπιση της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19. Αυτή ήταν η αφορμή για συζητήσεις σχετικά με την συνταγματικότητα του θεσμού της επίταξης τόσο της ιδιοκτησίας όσο και της εργασίας.

Με το παρόν άρθρο εξετάζεται αν το δικαίωμα επίταξης τόσο πραγμάτων όσο και προσωπικών υπηρεσιών λόγω πανδημίας ενδέχεται να συγκρούεται με άλλα συνταγματικά κα-

τοχυρωμένα δικαιώματα, όπως αυτό της ιδιοκτησίας (άρθρο 17 παρ. 1 Σ.), της ζωής και της υγείας (άρθρο 5 παρ. 2 και 5 Σ), της ισότητας έναντι του νόμου (άρθρο 4 παρ. 1 και 2 Σ) και της προστασίας της αξίας του ανθρώπου (άρθρο 2 Σ) και πώς πρέπει να γίνεται η στάθμιση των προστατευόμενων συμφερόντων από τον νομοθέτη και τον δικαστή. Η πρώτη ενότητα θα αναφερθεί στον εννοιολογικό προσδιορισμό και την συνταγματική οριοθέτηση του θεσμού της επίταξης (I). Η δεύτερη ενότητα θα αναφερθεί στην έννοια του καθήκοντος στη νομική επιστήμη (II). Η τρίτη ενότητα θα αναφερθεί στη συνταγματικότητα του μέτρου της επίταξης και στην ηθική υποχρέωση των ιατρών να τιμήσουν τον όρκο τους και το λειτουργημά τους (III).

I. Έννοια και συνταγματική οριοθέτηση του θεσμού της επίταξης

A. Ορισμός Επίταξης

Ως επίταξη ορίζεται α) σε καιρό επιστράτευσης η αυθαίρετη κατάληψη από το κράτος κινητής ή ακίνητης περιουσίας ιδιωτών με αποζημίωση και β) η υποχρεωτική εισφορά των πολιτών σε είδος ή σε προσωπική εργασία,

«Πρόσφατα η επίταξη επανήλθε στο προσκήνιο με αποφάσεις του Υπουργού Υγείας που αφορούσαν αρχικά μεν την επίταξη ιδιωτικών κλινικών και υγειονομικού προσωπικού στη Θεσσαλονίκη»

^[1] Υπ'αριθμ. Δ4/Γ.Π./οικ.74407/19-11-2020 Απόφαση του Υπουργού Υγείας, ΦΕΚ 5148 Β'/20-11-2020.

^[2] ΚΥΑ αριθμ. Γ.Π./οικ.17711/2021 -ΦΕΚ 1079 Β'/22-3-2021.

Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας

που επιβάλλεται με κυβερνητική διαταγή για ικανοποίηση άμεσης κοινωνικής ανάγκης^[3]. Προέρχεται από την λέξη επιτάσσω που σημαίνει διατάσσω, προστάζω, επιβάλλω, ορίζω^[4].

Β. Το συνταγματικό πλαίσιο του θεσμού της επίταξης

Το Σύνταγμα προβλέπει τον θεσμό της επίταξης τόσο ως προς το δικαίωμα της ιδιοκτησίας (άρθρο 18 παρ. 3 Σ) όσο και ως προς το δικαίωμα της εργασίας (άρθρο 22 παρ. 4). Συγκεκριμένα, ως προς την επίταξη της ιδιοκτησίας, ορίζει με την παρ. 3 του άρθρου 18 του Συντάγματος ότι απαιτείται η έκδοση ειδικών νόμων οι οποίοι θα ρυθμίζουν τους όρους της επίταξης για την κάλυψη των αναγκών των ενόπλων δυνάμεων σε περίπτωση πολέμου ή επιστράτευσης, καθώς επίσης και για την αποκατάσταση αναγκών άμεσης κοινωνικής ανάγκης η οποία μπορεί να θέσει σε κίνδυνο την δημόσια τάξη ή υγεία. Περαιτέρω, ως προς την επίταξη εργασίας, ορίζεται με την παρ. 4 του άρθρου 22 του Συντάγματος ότι απαιτείται και στην περίπτωση αυτή έκδοση ειδικών νόμων οι οποίοι θα ρυθμίζουν την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών και πάλι για τις ίδιες περιπτώσεις δηλαδή περιπτώσεις πολέμου, θεομηνιών ή αναγκών που μπορεί να θέσουν σε κίνδυνο την δημόσια υγεία, στις οποίες προστίθεται και μια τέταρτη περίπτωση η κάλυψη αναγκών των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης.

Τα συνταγματικά δικαιώματα που περιορίζονται από την επίταξη είναι το δικαίωμα της ιδιοκτησίας, το οποίο ορίζεται ότι προστατεύεται στο άρθρο 17 παρ. 1 του Συντάγματος,

και το δικαίωμα της εργασίας, το οποίο προστατεύεται στο άρθρο 22 παρ. 1 του Συντάγματος.

Η ιδιοκτησία, όπως και κάθε άλλο δικαίωμα οριοθετείται από τα δικαιώματα των άλλων, την απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, τα χρηστά ήθη, τη δημόσια υγεία, την εθνική οικονομία^[5] αλλά και την προστασία του φυσικού^[6] ή πολιτιστικού περιβάλλοντος.^[7] Πέρα όμως από τις ως άνω γενικές απαγορεύσεις, το ίδιο το Σύνταγμα εισάγει περιορισμούς του δικαιώματος της ιδιοκτησίας αφ' ενός μεν μέσω του άρθρου 17 παρ. 1 όπου αναφέρονται απαγορεύσεις για λόγους γενικότερου συμφέροντος, αφ' ετέρου δε μέσω του άρθρου 18 παρ. 3 του Συντάγματος όπου επιτρέπεται η επίταξη της ιδιωτικής περιουσίας για τις ανάγκες των ενόπλων δυνάμεων σε περίπτωση πολέμου ή επιστράτευσης ή για τη θεραπεία άμεσης κοινωνικής ανάγκης που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τη δημόσια τάξη ή υγεία.

Η επίταξη ιδιοκτησίας κατά το Σύνταγμα

Επίταξη πραγμάτων κατά το Σύνταγμα είναι η προσωρινή στέρηση της χρήσεως και καρπώσεως ιδιοκτησίας με μονομερή πράξη του Κράτους, με σκοπό να ικανοποιηθεί κάποια έκτακτη και άμεση δημόσια ανάγκη^[8]. Αποτελεί λειτουργικό περιορισμό τις ιδιοκτησίας^[9]. Ο όρος επίταξη έχει την έννοια της προσωρινής προσβολής της ιδιοκτησίας^[10] και γι' αυτό απαιτείται, με την διοικητική πράξη που επιβάλλεται να αναφέρεται και η συγκεκριμένη χρονική περίοδος για την οποία ενεργοποιείται, η δε παράταση της επίταξης νομιμοποιείται μόνο με νέα πράξη της Διοίκησης^[11]. Ως εύλογο διάστημα το ΣτΕ έκρινε το διάστημα μέχρι να αντιμετωπισθεί με τρόπο οριστικό η έκτακτη ανάγκη^[12], ενώ με

«Επίταξη πραγμάτων κατά το Σύνταγμα είναι η προσωρινή στέρηση της χρήσεως και καρπώσεως ιδιοκτησίας με μονομερή πράξη του Κράτους, με σκοπό να ικανοποιηθεί κάποια έκτακτη και άμεση δημόσια ανάγκη»

^[3] Το μεγάλο Λεξικό της Νεοελληνικής Γλώσσας, Α. Γεωργοπαπαδάκου, Εκδόσεις Μαλλιάρης Παιδεία, Η' έκδοση, σελ. 411-412.

^[4] Το μεγάλο Λεξικό της Νεοελληνικής Γλώσσας, Α. Γεωργοπαπαδάκου, Εκδόσεις Μαλλιάρης Παιδεία, Η' έκδοση, σελ. 412.

^[5] Γεωργιάδης Σταθόπουλος, ΑΚ, V 1985, σελ. 319 επ.

^[6] Ε. Βενιζέλος, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, 1990, σελ. 55 επ.

^[7] Σ. Μανωλάκης, Το δικαίωμα στην ιδιοκτησία και η εγγύηση προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος στη νομολογία σε Τιμ. Τομ. ΣτΕ 75 χρόνια, 2004, σελ. 1148.

^[8] Π.Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο Ατομικά Δικαιώματα Β 2005, σελ. 1126.

^[9] Για τις διακρίσεις των περιορισμών βλ. Ανδρέας Δημητρόπουλος Συνταγματικά Δικαιώματα Γενικό Μέρος 2005, σελ. 209-217.

^[10] Σε αραιότες αποφάσεις του το ΣτΕ έκρινε ότι στον ορισμό της επίταξης περιλαμβάνεται η προσωρινή στέρηση της χρήσης και καρπώσεως της ιδιοκτησίας με μονομερή πράξη του Κράτους, προς τον σκοπό της ικανοποίησης άμεσης δημόσιας ανάγκης (ΣτΕ 1131/50, 2615/73, 1776/93).

^[11] Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σελ. 383.

^[12] ΣτΕ 1036/98, 4106/81.

Συνταγματικό Δίκαιο

κάποιες αποφάσεις του όρισε ως ανώτατο εύλογο χρονικό διάστημα την πενταετία^[13]. Ως έκτακτη ανάγκη θεωρείται αυτή που εμφανίζεται για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, γι' αυτό με την υπ' αριθμ. 3385/1995 απόφασή του το ΣτΕ έκρινε ότι δεν είναι νόμιμη η επίταξη ακινήτου για την κάλυψη εκπαιδευτικών αναγκών. Με παρόμοια απόφαση του^[14] το ανώτατο δικαστήριο αποφάνθηκε ότι δεν ήταν νόμιμη η διατήρηση της επίταξης ακινήτου για την στέγαση σχολείου πέραν του ορισθέντος χρονικού διαστήματος και ότι το ζήτημα θα μπορούσε να διευθετηθεί μόνο με αναγκαστική απαλλοτρίωση.^[15] Σημαντικό ζήτημα που απασχόλησε το ανώτατο δικαστήριο είναι και αυτό της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος της επίταξης όταν από τα πραγματικά περιστατικά αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχει περίπτωση έκτακτης ανάγκης.^[16] Αντίθετη απόφαση^[17] που έκρινε νόμιμη την επίταξη ακινήτου παρ' ότι δεν υπήρχε επείγουσα και πρόσκαιρη ανάγκη αλλά μόνιμη και επιτακτική, θεωρήθηκε από τη θεωρία ότι δεν συμφωνεί με τον σκοπό του συντακτικού νομοθέτη^[18].

Η αναφορά του Συντάγματος, στο άρθρο 17 παρ. 1, στην έννοια του *γενικού συμφέροντος* είναι αυτή που καθιστά θεμιτή την επιβολή αυξημένων περιορισμών στο δικαίωμα της ιδιοκτησίας σε σχέση με άλλα συνταγματικά δικαιώματα. Απαραίτητη προϋπόθεση βέβαια, εκτός από την ύπαρξη δημοσίου συμφέροντος, είναι η έκδοση σχετικού τυπικού νόμου ή κανονιστικής πράξης η οποία θα ορίζει τα επιμέρους θέματα της επίταξης. Σε καμία περίπτωση η επίταξη δεν εξαφανίζει ή δεν αδρανοποιεί την ιδιοκτησία σε σχέση με τον περιορισμό της. Οι περιορισμοί που επιβάλλονται με την επίταξη αποσκοπούν στην προστασία του φυσικού ή ανθρωπογενούς περιβάλλοντος αλλά και άλλων εννόμων αγαθών όπως η δημόσια υγεία, η δημόσια τάξη, η ανάπτυξη της εθνικής οικονομίας κ.ά.^[19] Σε κάθε περι-

πτωση, θα πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ απλού περιορισμού του δικαιώματος της ιδιοκτησίας που αναφέρεται στο άρθρο 17 παρ. 1 του Συντάγματος από την ολοκληρωτική στέγηση της ιδιοκτησίας, η οποία προβλέπεται στο άρθρο 17 παρ. 2 έως 6 του Συντάγματος και ονομάζεται απαλλοτρίωση, είναι δε ανεκτή υπό συγκεκριμένους όρους και διαδικασίες.

Σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 3 του Συντάγματος, η επίταξη διακρίνεται σε αμυντική ή στρατιωτική ή πολεμική και διενεργείται για την κάλυψη των αναγκών των ενόπλων δυνάμεων σε περίπτωση πολέμου ή επιστράτευσης και σε ειρηνική ή κοινωνική ή πολιτική, η οποία επιβάλλεται για τη θεραπεία κάποιας άμεσης κοινωνικής ανάγκης που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τη δημόσια τάξη ή υγεία.^[20]

Η επίταξη εργασίας κατά το Σύνταγμα και τον νόμο

Ενώ το Σύνταγμα στο άρθρο 22 παρ. 4 εδ. α ορίζει ότι «Οποιαδήποτε μορφή αναγκαστικής εργασίας απαγορεύεται», στο εδ. β της ίδιας παραγράφου προβλέπει ότι ειδικοί νόμοι ορίζουν τα σχετικά με την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών τόσο σε περίπτωση πολέμου ή επιστράτευσης όσο και σε περίπτωση επείγουσας κοινωνικής ανάγκης από θεομηνία ή ανάγκη που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τη δημόσια υγεία, καθώς επίσης και ανάγκες στα πλαίσια της τοπικής αυτοδιοίκησης.

Ο ν. 3536/2007 με το άρθρο 41 περί ρυθμίσεων για την αντιμετώπιση εκτάκτων αναγκών σε περίοδο ειρήνης, συμπλήρωσε και εξειδίκευσε το συνταγματικό πλαίσιο της επίταξης τόσο των προσωπικών υπηρεσιών, όσο και των ακινήτων και κινητών πραγμάτων. Το άρθρο 4 του ν. 3536/2007 προσέθεσε τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ανάγκη λήψης σχετικής απόφασης από τον Πρωθυπουργό κατόπιν εισήγησης του αρμόδιου ανά περίπτωση Υπουργού, ή της εξουσιοδότησης από τον Πρωθυπουργό στον αρμόδιο Υπουργό για τη

«Σημαντικό ζήτημα που απασχόλησε το ανώτατο δικαστήριο είναι και αυτό της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος της επίταξης όταν από τα πραγματικά περιστατικά αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχει περίπτωση έκτακτης ανάγκης»

[13] ΣτΕ 605/1953, 940/1953..

[14] ΣτΕ 746/1984

[15] Παρόμοιες αποφάσεις για μη διατήρηση της επίταξης πέραν του ορισθέντος χρονικού διαστήματος ΣτΕ 1545/53, 1974/53, 4375/90, 4522/88, 3456/98.

[16] ΣτΕ 414/1963.

[17] ΣτΕ 1063/1998.

[18] Π.Δ.Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα Β 2005, σελ. 1129.

[19] Ε. Βενιζέλος, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων 1990, σελ. 55 επ.

[20] ΣτΕ 957/78 [Ολ.], ΤοΣ 1978, 516 η απειλή σοβαρής διαταραχής της οικονομικής ζωής της χώρας [όπως η εξαγγελία κινητοποιήσεων των οδηγών λεωφορείων ΚΤΕΛ] συνιστά κοινωνική ανάγκη που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τη δημόσια τάξη κατά το άρθρο 18 παρ. 3 του Συντάγματος

Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας

λήψη των σχετικών με την επίταξη μέτρων, β) την υλοποίηση της επίταξης υπηρεσιών δι' ειδικών "φύλλων επίταξης", που εκδίδουν αστυνομικές αρχές ή όργανα του κράτους, γ) την πρόβλεψη επιβολής ποινής φυλάκισης τουλάχιστον 3 μηνών σε περίπτωση άρνησης των προσώπων των οποίων θα γίνει επίταξη υπηρεσιών να παραλάβουν τα φύλλα επίταξης τους ή να επιτελέσουν την εντελλόμενη εργασία.

Μέχρι σήμερα οι αποφάσεις της Διοίκησης για επίταξη προσωπικών υπηρεσιών αφορούσαν, ως επί το πλείστον, επιτάξεις εργαζομένων σε απεργιακές κινητοποιήσεις. Το ΣτΕ εξέδωσε σχετικές αποφάσεις^[21] οι οποίες δέχθηκαν ως συνταγματική την επίταξη με ελλιπή όμως αιτιολογία και αναφορά στις διατάξεις του άρθρου 22 παρ. 4 του Συντάγματος, με αποτέλεσμα την έντονη κριτική της θεωρίας^[22]. Ως αποτέλεσμα των αντιδράσεων των νομικών της θεωρίας καθώς και των εργατικών συνδικάτων σχετικά με τις επιτάξεις απεργών ήταν να προβλεφθεί στον ν. 4325/2015 η απαγόρευση πολιτικής επιστράτευσης απεργών. Με την παρ. 2 του άρθρου 1 του ως άνω νόμου ορίστηκε ότι «...2. Σε καμιά περίπτωση δεν επιβάλλεται πολιτική επιστράτευση ή οποιαδήποτε μορφή επίταξης προσωπικών υπηρεσιών ως μέτρο αντιμετώπισης της απεργίας. Επίσης με την παρ. 6 του άρθρου 1 του ίδιου νόμου ορίστηκε 6. Οι διατάξεις του άρθρου 41 του ν. 3536/2007 [Α'42] και του άρθρου 23 του ν.δ 17/1974 [Α'236], όπως ισχύουν, καταργούνται».

Με την αιφνίδια όμως διάδοση της πανδημίας Covid-19, η Διοίκηση μεταξύ των άλλων έκτακτων μέτρων που έλαβε για την αντιμετώπισή του, προέβη και σε έκδοση Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου^[23] και με το άρθρο 12 αυτής όρισε ότι η παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 4325/2015 αναστέλλεται μέχρι την 30η-4-2020.

Η επίταξη προσωπικών υπηρεσιών μπορεί να αφορά οποιοδήποτε πρόσωπο ικανό για εργασία είτε αυτό εργάζεται είτε όχι, όμως ο περιορισμός στην ελευθερία της εργασίας πρέπει να έχει χαρακτήρα έκτακτο και παροδικό. Γι' αυτό και η Διοίκηση πρέπει να προσφύγει σ' αυτόν μόνο όταν άλλα ηπιότερα μέτρα είναι ανεπαρκή και αναποτελεσματικά. Και στην περίπτωση της επίταξης εργασίας απαραίτητη προϋπόθεση, βάσει του Συντάγματος, είναι η θέσπιση εκτελεστικού νόμου που θα ρυθμίζει με λεπτομέρεια τις προϋποθέσεις και τους όρους.

Οι ίδιες προϋποθέσεις ισχύουν και στους όρους που θέτει η ΕΣΔΑ. Συγκεκριμένα ενώ στο άρθρο 4 παρ. 2 της ΕΣΔΑ απαγορεύεται η αναγκαστική εργασία, στην παρ. 3 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι «δεν θεωρείται αναγκαστική ή υποχρεωτική εργασία κάθε υπηρεσία στρατιωτικής φύσεως και κάθε υπηρεσία ζητούμενη σε περίπτωση κρίσεων ή θεομηνιών οι οποίες αποτελούν τη ζωή ή την ευδαιμονία του συνόλου».

Οι αρχές οι οποίες πρέπει να διέπουν την επίταξη της εργασίας, στο πλαίσιο της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. 4 Σ) και του σεβασμού της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας (άρ. 5 παρ. 1 Σ), είναι οι εξής: α) δεν επιτρέπεται η κήρυξη επίταξης προσωπικών υπηρεσιών για αόριστο χρονικό διάστημα αλλά μόνο για συγκεκριμένο, β) δεν επιτρέπεται να επιβληθούν στους επιτασσόμενους υπηρεσίες και ωράρια εξαντλητικά και γ) η επίταξη δεν μπορεί να αφορά το σύνολο των εργαζομένων της εθνικής οικονομίας αλλά μόνο ορισμένο κλάδο ή κλάδους αυτής.

II. Η έννοια του καθήκοντος

«Καθήκον» στη νεοελληνική γλώσσα, κατά μία έννοια, σημαίνει ότι πρέπει να πράττει κάποιος έναντι του Θεού και ανθρώπων, άλλως χρέος, υποχρέωση^[24]. Καθήκον είναι μετοχή

«Μέχρι σήμερα οι αποφάσεις της Διοίκησης για επίταξη προσωπικών υπηρεσιών αφορούσαν, ως επί το πλείστον, επιτάξεις εργαζομένων σε απεργιακές κινητοποιήσεις. Το ΣτΕ εξέδωσε σχετικές αποφάσεις»

^[21] ΣτΕ Δ Τμ. 2960/1983, Επίταξη ιδιοκτητών βυτιοφόρων, ΣτΕ [Ολομ. 2290-91/1987 Επίταξη χειριστών και ιπτάμενων μηχανικών Ολυμπιακής Αεροπορίας, ΣτΕ [Ολομ.] 957/1978 επίταξη μεταφορικών μέσων του ΕΚΤΕΛ

^[22] Καρακατσάνης Α. Πολιτική επιστράτευση και εργασιακές σχέσεις, ΕΕργΔ 45, 1986, σελ. 738 επ., Μπέης Κ. Η επίταξη προσωπικών υπηρεσιών και η αναγκαστική εργασία ΕΕργΔ 39, 1980, σελ. 1 επ., Βενιζέλος Ε., Πολιτική επιστράτευση και απεργία,

ΕΕργΔ 45, σελ. 726 επ., Ντάσιος Λ., Η πολιτική επιστράτευση των απεργών σε περίοδο ειρήνης, ΕΕργΔ 45, 1986, σελ. 742 επ.

^[23] ΠΝΠ 20.3.2020 «Κατεπείγοντα μέτρα για την αντιμετώπιση των συνεπειών του κινδύνου διασποράς του κορονοϊού Covid-19, τη στήριξη της κοινωνίας και της επιχειρηματικότητας και τη διασφάλιση της ομαλής λειτουργίας της αγοράς και της Δημόσιας Διοίκησης» (ΦΕΚ 68/Α/20-3-2020).

^[24] Το Μεγάλο Λεξικό της Νεοελληνικής Γλώσσας, Εκδόσεις Μαλλιάρης Παιδεία, σελ. 490.

Συνταγματικό Δίκαιο

του ρήματος καθήκω [κατά' + ήκω] και σημαίνει κάτι που αρμόζει, μια ηθική υποχρέωση, ένα χρέος, ό,τι επιβάλλουν οι νόμοι του κράτους.^[25]

Η έννοια της ηθικής σύμφωνα με το νόμο, η επονομαζόμενη κοινωνική ηθική, δεν περιγράφεται και δεν αναφέρεται άμεσα στο νόμο και ειδικότερα στις διατάξεις των κανόνων των Γενικών Αρχών του Αστικού Δικαίου^[26]. Η σημαντικότερη ομοιότητα δικαίου και ηθικής έγκειται στο ότι και οι δυο αποσκοπούν στην βούληση των ατόμων με επιταγές και απαγορεύσεις. Κάποιοι ηθικοί κανόνες, όπως «...αγάπα τον πλησίον σου ως σ' εαυτόν ...», μπορεί να είναι κανόνες σωστής συμπεριφοράς του ατόμου προς τον συνάνθρωπό του αλλά δεν τυποποιούνται στο νόμο^[27]. Ωστόσο, ο νομοθέτης, θεωρώντας ότι απαραίτητα στοιχεία για την εύρυθμη λειτουργία της κοινωνίας είναι αυτά που προκύπτουν από την συνύπαρξη της θρησκείας, της ηθικής, της οικονομίας, της πολιτικής και του πολιτισμού, στοιχειοθέτησε τον όρο της κοινωνικής ηθικής^[28] στην οποία παρέπεμψε με την αναφορά στα χρηστά ήθη σε διάφορες διατάξεις νόμων^[29]. Η έννοια όμως των χρηστών ηθών δεν ορίζεται ρητά στο νόμο, καθ' όσον ο νομοθέτης θεωρεί ότι αλλάζοντας οι συνθήκες της κοινωνίας, αλλάζει και το περιεχόμενο των χρηστών ηθών. Επομένως, όπου στο νόμο γίνεται αναφορά και επίκληση των χρηστών ηθών, ο όρος ερμηνεύεται από τον εκάστοτε δικαστή^[30].

Κατ' άλλη ερμηνεία του καθήκοντος, πέραν αυτής που έμμεσα αναφέρει μέσω των χρηστών ηθών ο νόμος, είναι αυτή που προέρχεται από τους κανόνες της ηθικής και είναι η υποχρέωση ενός ατόμου προς άλλα άτομα, προς τον πλησίον, προς το κοινωνικό σύνολο. Ο Διονύσιος Σολωμός το ονομάζει χρέος. Το καθήκον καθορίζεται ή επιβάλλεται από θρησκευτικές επιταγές, από νόμους πολιτειακούς

ή από κοινωνικές συνθήκες. Έτσι το καθήκον παίρνει χαρακτηριστικά ηθικής ή νομικής υποχρέωσης, γίνεται κανόνας ζωής, περισσότερο ή λιγότερο επιτακτικός, σύμφωνα με τον οποίο ενεργούμε. Για ορισμένους φιλοσόφους, όπως ο Καντ, το καθήκον είναι απόλυτο, αιώνιο. Για μερικούς κοινωνιολόγους το καθήκον είναι μια σειρά ηθικών κανόνων οι οποίοι εκφράζονται σε μια ορισμένη εποχή και σε μια συγκεκριμένη ομάδα, γι αυτό και η έννοια είναι σχετική^[31]. Κατά τον Πλάτωνα [στο έργο του «Κρίτων»], το καθήκον ταυτίζεται με την ευπρέπεια και με τη λογική τάξη^[32]. Καθήκον είναι η συναίσθηση ότι πρέπει κάποιος να ενεργεί σύμφωνα με κάποια ηθική βούληση, με την οποία πρέπει να ταυτίζει τη δική του βούληση, καταπνίγοντας κάθε αντίθετη επιθυμία ή ροπή ή συμφέρον. Πολλές φορές για να εκτελέσει κάποιος ένα καθήκον πρέπει να παραιτείται ένα άλλο. Τότε έχουμε σύγκρουση καθηκόντων. Γίνεται δηλαδή στη συνείδηση του ατόμου πάλη ηθικών αξιών και το κάθε άτομο ανάλογα με την ηθική συγκρότηση επιλέγει την αξία που θεωρεί ανώτερη.^[33]

Γενικά το καθήκον είναι στάση ζωής, είναι πρωτίστως ηθική αρετή. Η έννοια του καθήκοντος εμπεριέχει μια σειρά από αξίες όπως η αξιοπρέπεια, ο σεβασμός, η ευθύνη, η εμπιστοσύνη, η αλληλεγγύη προς τον συνάνθρωπο, ο αλτρουισμός. Το καθήκον εμπεριέχει την έννοια της θυσίας.

Οι όροι υποχρέωση και καθήκον στην νομική επιστήμη τις περισσότερες φορές ταυτίζονται. Όπου απαντάται στον νόμο ο όρος υποχρέωση, αυτός σημαίνει εξαναγκασμός προερχόμενος από τον νόμο και η παράβαση αυτού επισύρει δικαστική επιβολή. Τις περισσότερες φορές στο δικαίωμα ενός προσώπου αντιστοιχεί η υποχρέωση ενός ή περισσότερων προσώπων για τέλεση, παράλειψη ή ανοχή μιας πράξης^[34].

«Η έννοια του καθήκοντος εμπεριέχει μια σειρά από αξίες όπως η αξιοπρέπεια, ο σεβασμός, η ευθύνη, η εμπιστοσύνη, η αλληλεγγύη προς τον συνάνθρωπο, ο αλτρουισμός.»

^[25] Ελληνικό Λεξικό Τεγόπουλος Φυτράκης, εκδόσεις Ελευθεροτυπία, 1993, σελ. 335.

^[26] Αρβαντινός, Εισαγωγή στην Επιστήμη του Δικαίου, 1983, σελ. 34

^[27] Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2007, σελ. 3.

^[28] Δημήτριος Παπαστερίου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 12]

^[29] Σύνταγμα άρθρο 5 παρ.1, ΑΚ άρθρα 33, 150, 178, 179, 200, 281, 919 1375 και 1782 και ΚΠολΔ 116

^[30] ΑΠ 1652/2006, ΧΡΙΑΔ 2007 σελ. 416, ΕφΑθ 36/1999, ΕλλΔνη 40[1999] σελ. 1574, ΠολΠρωτΗ-ρακλ 20/2007, Αρμ 61[2007] σελ. 1699 κ.ά.

^[31] Νέα εγκυκλοπαίδεια, εκδόσεις Μαλλιάρης παιδεία, 2006, τόμος 11, σελ. 216

^[32] Εγκυκλοπαίδεια δομή, εκδόσεις ΔΟΜΗ Α.Ε., τόμος 12, σελ. 705

^[33] Μεγάλη Σοβιετική Εγκυκλοπαίδεια, εκδόσεις ΑΚΑΔΗΜΟΣ Α.Ε, 1980, τόμος 15, σελ.460

^[34] Γεωργιάδης, Α., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα 2007, σελ. 169 .

Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας

Συνεπώς, η αναφορά της έννοιας του καθήκοντος στη νομοθεσία ερμηνεύεται ως υποχρέωση που πηγάζει από το νόμο και όχι ως ηθικό καθήκον. Μια από τις εξαιρέσεις στον ΑΚ που είναι όμως καθοριστική για την διαφοροποίηση του ηθικού καθήκοντος από την υποχρέωση του νόμου, είναι αυτή του άρθρου 1510 ΑΚ, το οποίο αναφέρει ότι «*Η μέριμνα για το ανήλικο τέκνο είναι καθήκον και δικαίωμα των γονέων, οι οποίοι την ασκούν από κοινού*». Στο άρθρο αυτό το καθήκον του γονέα για την μέριμνα του ανήλικου έχει ηθική διάσταση και όχι υποχρεωτική, καθ' όσον η επιβολή αυτής με δικαστική απόφαση σε έναν γονέα ο οποίος είναι αδιάφορος για την φροντίδα του παιδιού του, θα ήταν καταστροφική για τον ανήλικο. Η μέριμνα και η φροντίδα, με τα θετικά αποτελέσματα που πρέπει να παράγει στην φυσική και ψυχική κατάσταση του ανήλικου, δεν μπορεί να προέρχονται από καταναγκασμό αλλά να είναι προϊόν αγάπης από ένα σύστημα αξιών του γονέα προς το παιδί. Άρα, μόνο ως ηθικό καθήκον μπορεί να ερμηνευθεί.

Συμπερασματικά, οι έννοιες της υποχρέωσης και του καθήκοντος στη νομική επιστήμη ταυτίζονται. Κατά κανόνα αποδίδονται ως υποχρέωση η οποία πηγάζει, εξαρτάται αλλά και ελέγχεται από τον νόμο, με ορισμένες εξαιρέσεις όπου το καθήκον πηγάζει από την ηθική και τον πίνακα αξιών που αυτή εμπεριέχει.

III. Ζητήματα συνταγματικότητας

Σύμφωνα με όσα έχουν προεκτεθεί, για την αντιμετώπιση των οδυνηρών αποτελεσμάτων της πανδημίας Covid-19 που πλήττει ολόκληρο τον πλανήτη αλλά και την Ελλάδα, οι πράξεις της Διοίκησης για επίταξη πραγμάτων και προσωπικών υπηρεσιών έχουν νομικό έρεισμα σε άρθρα του Συντάγματος, ήτοι στα άρθρα 18 παρ. 3, για την επίταξη πραγμάτων, και 22 παρ. 4 εδ. β, για την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών.

Δημιουργείται όμως το ερώτημα αν η επίταξη πραγμάτων και προσωπικών υπηρεσιών, συνταγματικά προβλεπόμενη ως δικαίωμα του Κράτους, έρχεται σε σύγκρουση σε καιρό

πανδημίας με άλλα ατομικά δικαιώματα. Παρότι οι συνταγματικές διατάξεις είναι νομικώς ισοδύναμες, είναι ενδεχόμενο να εμφανιστεί περίπτωση σύγκρουσης δικαιωμάτων. Στην περίπτωση αυτή η σύγκρουση αίρεται σύμφωνα με την αρχή της πρακτικής αρμονίας ή πρακτικής εναρμόνισης των συγκρουόμενων δικαιωμάτων ή διατάξεων^[35]. Κατά την εφαρμογή της αρχής αυτής, απαιτείται σεβασμός της εύλογης σχέσης των απαιτούμενων μέσων προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ή της συνάφειας του μέσου με τον σκοπό^[36].

Στις περιπτώσεις, επομένως, που συνταγματικά δικαιώματα απαιτείται να εφαρμοστούν ταυτόχρονα, η δε ταυτόχρονη εφαρμογή τους δημιουργεί προβλήματα υπέρ του ενός και κατά του άλλου δικαιώματος, απαιτείται να διευκρινισθεί ποιο από τα δικαιώματα υπερτερεί και ποιο καλείται να εφαρμοσθεί και να προστατευθεί από το Κράτος.

Στην προκειμένη περίπτωση ερευνάται αν η επίταξη πραγμάτων [άρθρο 18 παρ. 3 Σ], ως περιορισμός της ιδιοκτησίας, και η επίταξη προσωπικών υπηρεσιών [άρθρο 18 παρ. 4 Σ], ως περιορισμός της εργασίας, έρχονται σε σύγκρουση με τα απαράβιαστα δικαιώματα του ατόμου ήτοι με τα ατομικά δικαιώματα του ανθρώπου στην ζωή και στην υγεία [άρθρο 5 παρ. 2], με το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας [άρθρο 5 παρ. 1], με την ισότητα έναντι του νόμου [άρθρο 4 παρ. 1 και 2] και με την προστασία της αξίας του ανθρώπου [άρθρο 2]. Η απάντηση όμως η απάντηση για το ποιο δικαίωμα υπερτερεί του άλλου, δεν είναι κατ' ανάγκην ίδια και για τις δυο επιτάξεις, γι αυτό και θα ερευνηθούν χωριστά.

A. Επίταξη ιδιοκτησίας και σύγκρουση δικαιωμάτων σε καιρό πανδημίας

Στην επίταξη πραγμάτων –δηλαδή των ιδιωτικών κλινικών που επιτάχθηκαν – αυτή προβάλλεται ως αναγκαία πράξη του Κράτους για την προάσπιση της ζωής και της υγείας των πολιτών του που πλήττονται από την πανδημία του Covid-19. Επομένως, γίνεται αποδεκτό ότι μεταξύ δυο δικαιωμάτων ήτοι αυτό της περιστολής του δικαιώματος της ιδιοκτη-

«απαιτείται σεβασμός της εύλογης σχέσης των απαιτούμενων μέσων προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ή της συνάφειας του μέσου με τον σκοπό»

[35] Χρυσανθάκης, Χ, Γαλάνη, Ε., Πανταζόπουλος, Π., Εισηγήσεις Συνταγματικού Δικαίου, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη 2007, σελ. 166

[36] Μανιτάκης Α., Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας 1994, σελ. 184

Συνταγματικό Δίκαιο

σίας και της προστασίας της ζωής και της υγείας των πολιτών, υπερτερεί το δεύτερο. Εξ' άλλου το ίδιο το Σύνταγμα θέτει ασφαλιστικές δικλείδες για τον περιορισμό και όχι για την απαλοιφή του δικαιώματος της ιδιοκτησίας, καθ' όσον ορίζει ότι η εφαρμογή της επίταξης θα θεσπισθεί κατόπιν ειδικών νομοθετημάτων τα οποία θα ορίζουν τον χρόνο αυτής, καθώς και την αποζημίωση για την βλάβη την οποία θα υποστεί ο ιδιοκτήτης.

Σύγκρουση δικαιωμάτων στον ίδιο φορέα αυτών, ήτοι εν προκειμένω του ιδιοκτήτη του ακινήτου που επιτάσσεται με τα अपαραβίαστα δικαιώματα της ζωής της υγείας, της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, της ισότητας απέναντι στο νόμο και της προστασίας της αξίας του ανθρώπου, δεν προκύπτει. Συνεπώς, δεν πλήττεται η νομιμότητα της επιβολής επίταξης ακινήτων.

Η μόνη ίσως παραβίαση του δικαιώματος της ιδιοκτησίας με την περιστολή αυτού μέσω του θεσμού της επίταξης που πρέπει να ερευνηθεί είναι αυτή της ενδεχόμενης παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας του άρθρου 25 αρ. 1 εδ. δ του Συντάγματος. Η ως άνω όμως παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας θα κριθεί κατά περίπτωση από τα δικαστήρια, τα οποία θα λάβουν υπ' όψιν τους τα προταθέντα πραγματικά περιστατικά.

Β.2. Επίταξη προσωπικών υπηρεσιών και σύγκρουση δικαιωμάτων σε καιρό πανδημίας

Στην επίταξη προσωπικών υπηρεσιών, το κράτος επιτάσσει μια συγκεκριμένη ομάδα πολιτών, τους ιατρούς, για να παρέχουν τις υπηρεσίες τους προς αντιμετώπιση της φονικής πανδημίας. Ως αγαθό το οποίο χρήζει προστασίας είναι αυτό της ζωής και της υγείας των

νοσούντων ασθενών και εν γένει η αποτροπή του κινδύνου της δημόσιας υγείας.

Τι γίνεται όμως στην περίπτωση που ο επιτασσόμενος πολίτης προβάλλει ως απειχέρισμα την προστασία της δικής του ζωής ή υγείας; Μπορεί άραγε να ευσταθεί το επιχείρημα ότι ο επιτασσόμενος στην περίπτωση που εκτελέσει την υποχρέωση του ως ιατρός ή νοσηλευτής, εν δυνάμει θα προστατεύσει και θα σώσει αριθμητικά περισσότερες ζωές από το να προστατέψει μόνο τη δική του; Μπορεί με βάση τους νομικούς κανόνες να κατηγορηθεί κάποιος επιτασσόμενος ότι η αγωνία και ο φόβος για την δική του ζωή και υγεία είναι υποδεέστερες αυτών των συμπολιτών του;

Για να απαντηθεί το ως άνω ερώτημα θα πρέπει πρώτα να γίνει αναφορά των δεσμεύσεων και υποχρεώσεων των ιατρών και των νοσηλευτών ενός νοσοκομείου ή μιας ιδιωτικής κλινικής και, κατά συνέπεια, να εξαχθεί συμπεράσμα για το αν οι δεσμεύσεις τους υπερτερούν των ατομικών τους δικαιωμάτων.

Αρμοδιότητες και υποχρεώσεις των ιατρών και νοσηλευτών

Σύμφωνα με την ελληνική νομοθεσία οι αρμοδιότητες καθώς και οι δεσμεύσεις των ιατρών προέρχονται απ' ενός μεν από τον Όρκο του Ιπποκράτη, αφετέρου δε από τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, σύμφωνα με τον ν. 3418/2005^[37].

Σημαντική αναφορά για τα καθήκοντα του ιατρού σύμφωνα με τον Όρκο του Ιπποκράτη είναι αυτή που αναφέρει, σε μετάφραση «...Θα χρησιμοποιώ την θεραπεία για να βοηθήσω τους ασθενείς κατά τη δύναμη και την κρίση μου, αλλά ποτέ για να βλάψω ή να αδικήσω ...»^[38].

«Τι γίνεται όμως στην περίπτωση που ο επιτασσόμενος πολίτης προβάλλει ως απειχέρισμα την προστασία της δικής του ζωής ή υγείας;»

[37] ΦΕΚ Α' 287/28-11-2005.

[38] Ολόκληρος ο Όρκος του Ιπποκράτη από το αρχαίο κείμενο μεταφρασμένος στα νέα ελληνικά. «Ορκίζομαι στο Θεό Απόλλωνα τον ιατρό και στον θεό Ασκληπιό και στην Υγεία και στην Πανάκεια και επικαλούμενος τη μαρτυρία όλων των θεών ότι θα εκτελέσω κατά τη δύναμη και την κρίση μου τον όρκο αυτόν και τη συμφωνία αυτή. Να θεωρώ τον διδάσκαλό μου της ιατρικής τέχνης ίσο με τους γονείς μου και τον κοινωνό του βίου μου. Και όταν χρειάζεται χρήματα να μοιράζομαι μαζί του τα δικά μου. Να θεωρώ την οικογένεια του αδελφού μου και να τους διδάσκω αυτήν την τέχνη αν θέλουν να την μάθουν χωρίς διδάκτρα ή άλλη συμφωνία. Να μεταδίδω τους κανόνες ηθικής, την προφορική διδασκαλία και όλες τις άλλες ιατρικές γνώσεις

στους γιούς μου, στους γιούς του δασκάλου μου και στους εγγεγραμμένους μαθητές που πήραν τον ιατρικό όρκο, αλλά σε κανένα άλλο. Θα χρησιμοποιώ τη θεραπεία για να βοηθήσω τους ασθενείς κατά τη δύναμη και την κρίση μου, αλλά ποτέ για να βλάψω ή να αδικήσω. Ούτε θα δίνω θανατηφόρο φάρμακο σε κάποιον που θα μου το ζητήσει, ούτε θα του κάνω μια τέτοια υπόδειξη. Παρομοίως, δεν θα εμπιστευτώ σε έγκυο μέσο που προκαλεί έκτρωση. Θα διατηρώ αγνή και άσπιλη και τη ζωή και την τέχνη μου. Δεν θα χρησιμοποιώ νυστέρι ούτε σε αυτούς που πάσχουν από λιθίαση, αλλά θα παραχωρώ την εργασία αυτή στους ειδικούς της τέχνης. Σε όσα σπίτια πηγαίνω, θα μπαίνω για να βοηθήσω τους ασθενείς και θα απέχω από οποιαδήποτε εσκεμμένη βλάβη και φθορά, και ιδίως από γενετήσιες

Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας

Διατάξεις οι οποίες καθορίζουν την ιατρική ως λειτούργημα εμπεριέχονται στο άρθρο 2 του ν. 3418/2005 και συγκεκριμένα: στην παρ. 1 του ως άνω άρθρου, όπου αναφέρεται ότι «*Η άσκηση της ιατρικής είναι λειτούργημα ...*», στην παρ. 2 όπου αναφέρεται ότι «*Ο ιατρός τηρεί τον Όρκο του Ιπποκράτη ...*», στην παρ. 3 όπου αναφέρεται ότι «*Το ιατρικό λειτούργημα ασκείται σύμφωνα με τους γενικά αποδεκτούς και ισχύοντες κανόνες της ιατρικής επιστήμης*», καθώς επίσης και στην παρ. 4, σύμφωνα με την οποία «*...Ο ιατρός σέβεται την ανθρωπινή ζωή ακόμη και κάτω από απειλή και δεν χρησιμοποιεί τις γνώσεις του ενάντια στις αρχές του ανθρωπισμού...*»,

Καθοριστικό, ωστόσο, άρθρο για τις υποχρεώσεις του ιατρού προς τον ασθενή είναι το άρθρο 9 του ν. 3418/2005, στο οποίο αναφέρονται οι επί μέρους ενέργειές του και συγκεκριμένα:

Στην παρ. 1: «*Ο ιατρός δίνει προτεραιότητα στην προστασία της υγείας του ασθενή*».

Στην παρ. 2: «*Ο ιατρός δεν μπορεί να αρνείται την προσφορά των υπηρεσιών του για λόγους άσχετους με την επιστημονική του επάρκεια ...*».

Στην παρ. 3: «*Ο ιατρός οφείλει να παρέχει τις υπηρεσίες του για την αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών ανεξάρτητα από την ειδικότητα του...*».

Στην παρ. 5: «*Ο ιατρός οφείλει, σε κάθε περίπτωση επέλευσης έκτακτης ανάγκης ή μαζικής καταστροφής, ανεξαρτήτως της ένταξής του σε σχέδιο αντιμετώπισης εκτάκτων αναγκών, να προσφέρει τις ιατρικές υπηρεσίες του, έστω και χωρίς αμοιβή ή αποζημίωση.*»

Από την ερμηνεία τόσο του Όρκου του Ιπποκράτη, όσο και των άρθρων 2 και 9 του ν. 3418/200, συνάγεται ότι η άσκηση της ιατρικής είναι λειτούργημα. Ο ιατρός δίνει προτεραιότητα στην προστασία της υγείας του ασθενή, δεν αρνείται την προσφορά των υπηρεσιών του, παρέχει τις υπηρεσίες του για την

αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών ανεξάρτητα από την ειδικότητα του και οφείλει σε περίπτωση εκτάκτου ανάγκης ή μαζικών καταστροφών να παρέχει τις υπηρεσίες του έστω και χωρίς αμοιβή ή αποζημίωση. Ωστόσο, από καμία διάταξη δεν προκύπτει ότι ο ιατρός οφείλει να προβαίνει στις ως άνω ενέργειες προς όφελος και για την προστασία της υγείας του ασθενή με κίνδυνο της δικής του ζωής ή υγείας. Εξάλλου, από το άρθρο 36 του Ν. 3418/2005, το οποίο αναφέρεται στην επιβολή κυρώσεων για τις παραβιάσεις του νόμου, αγνοήθηκε από τον νομοθέτη η επιβολή ποινών στις παραβιάσεις τόσο του άρθρου 2 – «*Η άσκηση της ιατρικής ως λειτούργημα*» – όσο και του άρθρου 9 – «*υποχρεώσεις του ιατρού προς τον ασθενή*» –, ενώ θεσπίστηκαν κυρώσεις για διατάξεις λιγότερο επιβλαβείς προς τον ασθενή^[39]. Απαραίτητη προϋπόθεση για να είναι ο ιατρός αποδοτικός στις ιατρικές του ενέργειες έναντι του ασθενή, είναι να είναι ο ίδιος υγιής τόσο σωματικά όσο και ψυχικά.

Τίθεται όμως το ερώτημα πώς ένας ιατρός ο οποίος έρχεται σε επαφή με τον ασθενή μπορεί να εξαλείψει τους κινδύνους, ώστε να μην μεταδοθεί και σ' αυτόν το νόσημα και να μπορεί να παρέχει τις υπηρεσίες του όντας ο ίδιος υγιής; Η απάντηση στο ως άνω ερώτημα είναι διττή. Πολλές ασθένειες, όπως οι παθήσεις του εγκεφάλου, της καρδιάς, ο καρκίνος, οι βλάβες εσωτερικών οργάνων [ήπατος, νεφρών, στομάχου κ.ά], οι ορθοπεδικές και οι οφθαλμολογικές βλάβες κ.ά., δεν έχουν κίνδυνο μετάδοσης. Στις περιπτώσεις αυτές ο ιατρός δεν διατρέχει κίνδυνο να μεταδοθεί σε αυτόν το νόσημα που καλείται να θεραπεύσει, ενώ αντίθετα πρέπει ο ίδιος να λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για μην μεταδώσει μικρόβια στον ασθενή και επιβαρύνει με τον τρόπο αυτόν την κατάσταση της υγείας του.

Υπάρχουν όμως και μεταδιδόμενα νοσήματα, όπως αυτά που μολύνουν τους πνεύμονες με

«*από καμία διάταξη δεν προκύπτει ότι ο ιατρός οφείλει να προβαίνει στις ως άνω ενέργειες προς όφελος και για την προστασία της υγείας του ασθενή με κίνδυνο της δικής του ζωής ή υγείας*»

πράξεις με άνδρες και γυναίκες, ελεύθερους και δούλους. Και όσα τυχόν βλέπω ή ακούω κατά τη διάρκεια της θεραπείας ή και πέρα από τις επαγγελματικές μου ασχολίες στην καθημερινή μου ζωή, αυτά που δεν πρέπει να μαθευτούν παραέξω δεν θα τα κοινοποιώ, θεωρώντας τα θέματα αυτά μυστικά. Αν τηρώ τον όρκο αυτό και δεν τον παραβώ, ως χαίρω πάντοτε υπολήψεως ανάμεσα στους ανθρώπους για την ζωή και για την τέχνη μου. Αν όμως τον παραβώ και επιοικήσω, ως πάθω τα αντίθετα». Ο Όρκος του Ιπποκράτη στην

αρχική του μορφή απαγόρευε την έκτρωση, την ευθανασία και την χειρουργική και έχει υποστεί σημαντικές αλλαγές στις περισσότερες χώρες

^[39] άρθρο 6 παρ. 4 – συμμετοχή του ιατρού σε επιχειρήσεις εμπορίας φαρμάκων, άρθρο 19 παρ. 5, 6 και 7 – παράνομη λήψη αμοιβής από ασθενή κ.α., άρθρο 24 παρ. 4 – παραβίαση πειραματικών μεθόδων, άρθρο 28 παρ. 9 – παραβίαση του ψυχιάτρου των προσωπικών του σχέσεων με ασθενή, και 30 παρ. 4 – κλωνοποίηση στην ανθρωπινή αναπαραγωγή.

Συνταγματικό Δίκαιο

εκδήλωση γρίπης διαφόρων ιών, η νόσος του AIDS, τα αφροδίσια νοσήματα κ.ά. Για τις παθήσεις αυτές υπάρχουν ειδικότητες ιατρών όπως ειδικών πνευμονολόγων, ειδικών παθολόγων, λοιμωξιολόγων, εντατικολόγων, αναισθησιολόγων κ.ά. Οι ιατροί αυτών των ειδικοτήτων γνωρίζουν και αποδέχονται ως ένα βαθμό τον κίνδυνο που διατρέχουν για τη μετάδοση ενός νοσήματος από τον ασθενή στους ίδιους. Ασφαλώς και λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα προφύλαξης, καθώς επίσης ενισχύουν τον οργανισμό τους με ειδικά εμβόλια, τουλάχιστον για νοσήματα που ήδη είναι γνωστά στην ιατρική κοινότητα. Μπορεί να ελαχιστοποιούν τον κίνδυνο μετάδοσης, ωστόσο ένα μικρό ποσοστό κινδύνου, αν και το απεύχονται, το αποδέχονται.

Για ορισμένα λοιμώδη νοσήματα υπάρχουν ειδικά νοσοκομεία^[40], για κάποια άλλα δε που σχετίζονται με λοιμώξεις του ανώτερου και κατώτερου αναπνευστικού, σε μεγάλα Νοσοκομεία και σε αυτά που ονομάζονται Πανεπιστημιακά, υπάρχουν οργανωμένες ειδικές πτέρυγες νοσηλείας, με ειδικούς ιατρούς, ειδικά εκπαιδευμένο νοσηλευτικό προσωπικό και με τον κατάλληλο τεχνικό εξοπλισμό στο θάλαμο εντατικής θεραπείας.

Η απάντηση επομένως στο ερώτημα που τέθηκε, πώς δηλαδή ένας ιατρός μπορεί να είναι υγιής ώστε να παρέχει τις ιατρικές του υπηρεσίες στον ασθενή, είναι ότι πολλές ιατρικές ειδικότητες δεν διατρέχουν τον κίνδυνο να τους μεταδοθεί το νόσημα (διότι αυτό δεν είναι μεταδιδόμενο), ενώ κάποιες άλλες ιατρικές ειδικότητες γνωρίζουν εκ των προτέρων τον κίνδυνο μετάδοσης, που όσο και αν τον ελαχιστοποιούν δεν τον εξαλείφουν και εκ του πράγματος τον αποδέχονται.

Ανάλογη επιχειρηματολογία, με πολύ υποδεέστερη όμως δέσμευση και απαίτηση ως προς την παροχή των καθηκόντων τους, αναπτύσσεται και στις περιπτώσεις των νοσηλευτών, ενώ ως προς τις απαιτήσεις για την επίταξη παροχής υπηρεσιών από το διοικητικό και λοιπό προσωπικό μιας ιδιωτικής κλινικής ή νοσοκομείου, η δέσμευση σχεδόν εξαλείφεται.

Τα όρια του νομοθετικού εξαναγκασμού στην επίταξη των ιατρών

Λαμβάνοντας υπ' όψιν αυτές τις παραμέτρους, το Κράτος προέβλεψε αρχικά Κέντρα νοσηλείας Covid -19 στα Πανεπιστημιακά Νοσοκομεία αλλά και σε μεγάλα Νοσοκομεία της Αθήνας, Θεσ/νίκης και Κρήτης^[41]. Η γρήγορη όμως και ανεξέλεγκτη μετάδοση της νόσου Covid-19 γέννησε την ανάγκη να δημιουργηθούν πτέρυγες νοσηλείας σε Νοσοκομεία της Περιφέρειας, καλούμενα Γενικά Νοσοκομεία, χωρίς να έχουν τις κατάλληλες υποδομές τόσο από ιατρικό και νοσηλευτικό προσωπικό όσο και από ειδικούς θαλάμους νοσηλείας. Λίγο αργότερα, με απόφαση του Υπουργού Υγείας (19.11.20), επιτάχθηκαν δυο ιδιωτικές κλινικές στην Θεσ/νίκη μαζί με το προσωπικό τους, ενώ με πρόσφατη (22.3.21) κοινή υπουργική απόφαση (ΚΥΑ) επιτάχθηκαν 206 ιδιώτες ιατροί διαφόρων ειδικοτήτων^[42]. Δεν καταλείπεται αμφιβολία ότι συνέτρεχε η προϋπόθεση της «ανάγκης που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τη δημόσια υγεία» σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 4 Σ. Οι αρχές αναφέρθηκαν σε στοιχεία που παραπέμπουν σε νοσοκομεία και προσωπικό που έχουν φθάσει στα όριά τους, γεγονός που αναμφίβολα δικαιολογεί προσφυγή στην επίταξη, εφόσον έχουν εξαντληθεί άλλα κατάλληλα μέσα^[43]. Ας μην παραβλέπεται ότι έγινε έκκληση για παροχή εθελοντικής εργασίας σε ειδικές ομάδες ιατρών, ήτοι Πνευμονολόγους, Παθολόγους και ιατρούς Γενικής Ιατρικής, ελάχιστοι από τους οποίους (μόνο 61) ανταποκρίθηκαν οικειοθελώς. Αν και ουδείς αμφισβητεί ότι η επίταξη δικαιολογείται υπό τις ειδικές αυτές περιστάσεις, δεν μπορεί να μην επισημανθεί η γενικότητα της διάταξης της ΚΥΑ, η οποία δεν κάνει καμία ειδικότερη αναφορά σε συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής των επιτασσομένων μεταξύ των ιατρών της Περιφέρειας Αττικής που έχουν τις ειδικότητες που ρητώς ορίζει η απόφαση, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατός ο έλεγχος για το αν τηρούνται τα κριτήρια της καταλληλότητας (άρθρο 25 παρ. 1 Σ) και της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Σ).

«Αν και ουδείς αμφισβητεί ότι η επίταξη δικαιολογείται υπό τις ειδικές αυτές περιστάσεις, δεν μπορεί να μην επισημανθεί η γενικότητα της διάταξης της ΚΥΑ»

[40] το Λοιμωδών στην Αθήνα κ.ά.

[41] Δηλαδή τη σωστή επάνδρωση από πλευράς ειδικών ιατρών, νοσηλευτών αλλά και την ενίσχυση των θαλάμων θεραπείας με τον κατάλληλο τεχνικό εξοπλισμό.

[42] Βλ. παραπάνω υποσημειώσεις 1 και 2.

[43] Μποτόπουλος, Κ., Επίταξη προσωπικών υπηρεσιών λόγω πανδημίας, 22.3.2021 <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/epitaksi-iatrikwn-yphresiwn-logw-pandhmias/> (τελευταία πρόσβαση 1.4.21).

Επίταξη ιατρικών υπηρεσιών σε καιρό πανδημίας

Στις επιφυλάξεις αυτές πρέπει να προστεθούν και το επιχείρημα που αναπτύχθηκε παραπάνω, σύμφωνα με το οποίο ούτε από το Σύνταγμα ούτε από τους ειδικούς νόμους προκύπτει ότι το δικαίωμα της ζωής και της υγείας του επιτασσόμενου γιατρού ή νοσηλευτή είναι υποδεέστερο από το αντίστοιχο δικαίωμα των συνανθρώπων του που καλείται να υπηρετήσει. Ο ιατρός δεν υποχρεούται ούτε από τον Όρκο του Ιπποκράτη ούτε από τον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας να παράσχει τις υπηρεσίες του εφ' όσον θεωρεί ότι τίθεται σε κίνδυνο η δική του ζωή ή υγεία, κάτι που είναι σφόδρα πιθανό όταν δεν είναι εκπαιδευμένος κατάλληλα και δεν έχει ειδική εμπειρία για την αντιμετώπιση των έκτακτων συνθηκών που έχουν προκύψει. Συνεπώς, όταν η επίταξη υπηρεσιών ιατρικού και νοσηλευτικού προσωπικού λόγω Covid-19 συγκρούεται με τα συνταγματικά δικαιώματα προστασίας της ζωής και της υγείας του επιτασσόμενου, ο τελευταίος δεν πρέπει να υποχρεούται στην παροχή υπηρεσιών με εξαναγκασμό.

Ακόμη όμως και αν προβούμε σε αντίθετη ερμηνεία και δεχτούμε ότι ο επιτασσόμενος είναι υποχρεωμένος από τον νόμο να παρέχει τις υπηρεσίες του -με όποια ποινή κι αν επισύρει η μη τήρηση της επίταξης-, δημιουργείται το ερώτημα κατά πόσο θα ήταν αποδοτικός, χρήσιμος και ωφέλιμος στην προστασία της ζωής και της υγείας των συμπολιτών του. Πόσο ασφαλής θα αισθανόταν και ο ασθενής γνωρίζοντας ότι ο ιατρός ή ο νοσηλευτής που του παρέχει φροντίδα εξαναγκάζεται να το κάνει παρά τη θέληση του;

Ένα άλλου είδους αλλά ίδιο κατά το αποτέλεσμα παράδειγμα είναι αυτό που προαναφέρθηκε για το καθήκον της μέριμνας και της φροντίδας του γονιού έναντι του παιδιού του. Πόσο αποτελεσματικός θα ήταν κάποιος γονιός όταν την φροντίδα και την μέριμνα απέναντι στο παιδί του θα την παρείχε δυνάμει μιας δικαστικής απόφασης, ενός δηλαδή καθήκοντος που προέρχεται από τον νόμο υπό μορφή υποχρέωσης και όχι στην εκπλήρωση ενός καθήκοντος που προέρχεται από τους ηθικούς κανόνες;

Η επίταξη προσωπικών υπηρεσιών λόγω της πανδημίας του Covid-19, δημιούργησε την αφορμή για να διαπιστωθεί ακόμη μια φορά στην ιστορία των νομοθεσιών ότι σε ένα κράτος δικαίου μόνο η εφαρμογή των νομικών

κανόνων και η ερμηνεία αυτών ως υποχρεωτικών διατάξεων δεν είναι ικανή να επιφέρει δικαία αποτελέσματα.

Συμπεράσματα

Από την πιο πάνω ανάλυση προκύπτει διαφορετική εκτίμηση για την επίταξη πραγμάτων που ορίζεται στο Σύνταγμα και διαφορετική εκτίμηση για την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών με αφορμή την πανδημία του Covid-19. Η επίταξη πραγμάτων, και εν προκειμένω των ιδιωτικών κλινικών υγείας που επιτάχθηκαν για την εξυπηρέτηση των αναγκών της πανδημίας, δεν προσκρούει στο Σύνταγμα. Ειδικότερα η επίταξη δεν προσκρούει στο δικαίωμα της ιδιοκτησίας του άρθρου 17 Σ διότι εναρμονίζεται με το άρθρο 18 παρ. 3 Σ, το οποίο έχει προβλέψει την εφαρμογή της επίταξης σε περιπτώσεις όχι μόνο πολέμου αλλά και έκτακτης κοινωνικής ανάγκης.

Γίνεται γενικά αποδεκτό ότι όταν υπάρχουν δικαιώματα του Συντάγματος τα οποία συγκρούονται μεταξύ τους υπερισχύουν αυτά τα οποία αφορούν την ζωή και την υγεία, ακόμη και αν η προστασία τους από το Κράτος είναι σχετική και όχι απόλυτη. Συνεπώς, οι όποιες νομικές επιφυλάξεις σχετικά με την επίταξη πραγμάτων την περίοδο της πανδημίας θα πρέπει να κριθούν κατά περίπτωση. Ειδικότερα πρέπει να κριθεί αν η επιλογή των επιτασσόμενων ιδιωτικών κλινικών στη συγκεκριμένη περίπτωση έχει γίνει καθ' υπέρβαση των κριτηρίων της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ του Συντάγματος), δηλαδή χωρίς να διασφαλιστεί η καταλληλότητα του συγκεκριμένου πράγματος για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, η αναγκαιότητα αυτού έναντι άλλου πράγματος εξίσου ή περισσότερο αποτελεσματικού, καθώς ότι το όφελος από την επίταξη δεν θα είναι δυσαναλόγο προς τη ζημία που θα υποστεί ο ιδιοκτήτης.

Δεν ισχύει όμως η ίδια κρίση και για την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών. Ουδείς μπορεί να αμφισβητήσει ότι η τεράστια πίεση που ασκείται στο σύστημα δημόσιας υγείας από την άνευ προηγουμένου πανδημία του Covid-19 εμπίπτει στην έννοια της έκτακτης κοινωνικής ανάγκης που δικαιολογεί την επίταξη εργασίας. Σε αυτήν την περίπτωση, όμως, πέραν του ελέγχου της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης που

«Η επίταξη πραγμάτων, και εν προκειμένω των ιδιωτικών κλινικών υγείας που επιτάχθηκαν για την εξυπηρέτηση των αναγκών της πανδημίας, δεν προσκρούει στο Σύνταγμα»

Συνταγματικό Δίκαιο

πρέπει να διασφαλίζονται στο στάδιο της επιλογής των επιτασσομένων, υπάρχει και μια άλλη διάσταση που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη: οι εργαζόμενοι ιατροί και νοσηλευτές των ιδιωτικών κλινικών ή/και οι ιδιώτες ιατροί που επιτάχθηκαν δεν είναι νομικά υποχρεωμένοι να εκτίθενται σε έναν προσωπικό κίνδυνο ζωής και υγείας.

Η περίπτωση της επίταξης των προσωπικών υπηρεσιών λόγω πανδημίας εμφανίζει ουσιώδη διαφορά από την περίπτωση της επίταξης προσωπικών υπηρεσιών λόγω οποιασδήποτε άλλης κοινωνικής ανάγκης. Εξαιτίας της επικινδυνότητας και της μεγάλης μεταδοτικότητας του κορωνοϊού Covid-19 και των μεταλλάξεών του, οι ιατροί που επιτάσσονται χωρίς την απαραίτητη ειδίευση και εμπειρία στη διαχείριση νοσούντων από θανατηφόρους ιούς μπορούν να προβάλλουν, τουλάχιστον ως ισοδύναμο αγαθό, την προστασία της δικής τους ζωής και υγείας έναντι της αναγκαστικής παροχής υπηρεσιών προς αποκατάσταση της υγείας τρίτων συνανθρώπων τους.

Υπάρχει τέλος και ένα άλλο στοιχείο που διαφοροποιεί αυτούς που επιτάσσονται υποχρεωτικά και με καταναγκασμό από τους ιατρούς και τους νοσηλευτές που βρίσκονται εδώ και μήνες στην πρώτη γραμμή της αντιμετώπισης της πανδημίας. Πρόκειται για το ηθικό καθήκον. Οι ιατροί και νοσηλευτές των δημοσίων νοσοκομείων υπερβαίνουν εαυτόν και με κίνδυνο της δικής τους ζωής εκτελούν το καθήκον τους το οποίο συναρτάται και με ένα σύστημα πανανθρώπινων αξιών όπως η αγάπη, η αλληλεγγύη, η αυτοθυσία, ο αλτρουισμός. Το ίδιο και οι 61 ιατροί που εμφανίστηκαν αυτοβούλως ανταποκρινόμενοι στην έκκληση της Πολιτείας κάνοντας το χρέος τους και τιμώντας το λειτούργημά τους και τον Όρκο του Ιπποκράτη. Η δύναμη που αναδύεται από την εκτέλεση του καθήκοντος συνιστά πρωτίστη ηθική αρετή, καθότι καθιστά τον άνθρωπο υπεύθυνο έναντι του εαυτού του και της κοινωνίας.

•••••

«Η περίπτωση της επίταξης των προσωπικών υπηρεσιών λόγω πανδημίας εμφανίζει ουσιώδη διαφορά από την περίπτωση της επίταξης προσωπικών υπηρεσιών λόγω οποιασδήποτε άλλης κοινωνικής ανάγκης»

Τηλεργασία και smart working:

νέες νομικές προκλήσεις

**Βάια Κωτούλα και Πέτρος Μήτσης, Προπτυχιακοί φοιτητές Νομικής Σχολής
Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου**

Τον τελευταίο χρόνο, εξαιτίας των νέων δεδομένων που επέβαλλε η πανδημία του κορωνοϊού, παρατηρήθηκε μια ραγδαία μεταστροφή από τις παραδοσιακές μορφές παροχής εργασίας σε άλλες λιγότερο συμβατικές και πιο σύγχρονες, όπως η παροχή της εργασίας εξ αποστάσεως με τη χρήση τεχνολογικών μέσων, οι οποίες κατόρθωσαν να αποτελέσουν τη λύση στα περιοριστικά μέτρα του κορωνοϊού. Οι πιο διαδεδομένες από αυτές είναι η τηλεργασία και το αποκαλούμενο «smart working», τα οποία ως έννοιες αλλά και ως μέθοδοι εργασίας, παρά την ταχεία παρείσφρησή τους στην παραγωγική διαδικασία ένεκα των έκτακτων συνθηκών, φαίνεται «πως ήρθαν για να μείνουν», καθώς αναμένεται τα επόμενα χρόνια να κυριαρχήσουν και να μεταλλάξουν τις εργασιακές σχέσεις όπως τις ξέραμε. Η πραγματικότητα αυτή καθιστά αναγκαία τη νομική τους ανάλυση και την ανάδειξη των νομικών ζητημάτων που αναφέρονται, έτσι ώστε να καταστεί εφικτή η ομαλή αφομοίωσή τους και η απόκρουση του κινδύνου παραβίασης των εργασιακών αλλά και των ατομικών δικαιωμάτων των εργαζομένων.

Η τηλεργασία, ως μορφή οργάνωσης της εργασίας απαντάται, για πρώτη φορά στα χρονικά, κατά τη δεκαετία του 1970 στις Η.Π.Α. και στην βόρεια Ευρώπη (αρχικά στις Σκανδιναβικές χώρες και αργότερα στην Μ. Βρετανία). Η τηλεργασία πρέπει να διακρίνεται ως όρος από το smart working. Η τηλεργασία ενσωματώνει ορισμένα αμετάβλητα και σταθερά «πρότυπα» παροχής της εργασίας, εν αντιθέσει με το smart working που εμφανίζεται ως «εργαλείο» οργανωτικής ευελιξίας τόσο για την επιχείρηση όσο και για τους εργαζομένους. Ενώ η εξέλιξη του θεσμού της τηλεργασίας ήταν ιδιαίτερος αργή στα λοιπά κράτη-μέλη της Ε.Ε., στις μέρες μας και ένεκα της καταστάσεως και των συνθηκών που επιβλήθηκαν «εν μία νυκτί» σε σημαντικό τμήμα της οικονομίας και στη χώρα μας λόγω της πανδημίας του κορωνοϊού, η τηλεργασία αποτέλεσε ραγδαίως απτή πραγματικότητα και αδήριτη ανάγκη για μια μεγάλη μερίδα της κοινωνίας, καθιστώντας την θεσμό ζωτικής σημασίας για την κοινωνικοοικονομική ζωή (και) της χώρας μας.

Με την παρούσα μελέτη θα επιχειρηθεί μια σύντομη και ευσύνοπτη αποσαφήνιση των όρων «τηλεργασία» και «smart working» και η παρουσίαση των διαφορών τους. Στη συνέχεια θα αναλυθεί το ελληνικό νομικό πλαίσιο της τηλεργασίας τόσο από την οπτική του εργατικού δικαίου όσο και ως έκτακτου μέτρου για την αντιμετώπιση των συνεπειών της Covid-19. Τέλος, ειδική αναφορά θα γίνει στο μείζονος σημασίας ζήτημα της προστασίας των προσωπικών δεδομένων και της ιδιωτικότητας του εργαζομένου.

I. Τι είναι η τηλεργασία και το Smart Working;

A. Ορισμός τηλεργασίας

Η τηλεργασία δεν είναι καινούρια έννοια, καθώς έχει εμφανιστεί ήδη από τη δεκαετία του 1970 στην Αμερική και τις Σκανδιναβικές χώρες και στη συνέχεια στη Μεγάλη Βρετανία. Όσον αφορά τον ορισμό της, δεν υπάρχει γενική συναίνεση σε διεθνές επίπεδο^{[1], [2]} και εμφανίζεται διεθνώς με διαφορετικούς ορισμούς οι οποίοι όμως έχουν κοινά δύο θεμελιώδη

«η τηλεργασία αποτέλεσε ραγδαίως απτή πραγματικότητα και αδήριτη ανάγκη για μια μεγάλη μερίδα της κοινωνίας»

^[1] I. Ληξουριώτης, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 243-244.

^[2] Μερικά παραδείγματα είναι τα εξής: e-work, work from home, virtual work, remote work, distance

Εργατικό Δίκαιο

στοιχεία· αφενός την παροχή εργασίας είτε συνολικά είτε εν μέρει σε διαφορετική τοποθεσία από τις εγκαταστάσεις της επιχείρησης και αφετέρου την εκτέλεση των καθηκόντων του εργαζομένου με τη χρήση ηλεκτρονικών συσκευών^[3]. Ένας ευρύτερα αποδεκτός και χρησιμοποιούμενος ορισμός τον οποίο έχουν υιοθετήσει πολλές ευρωπαϊκές χώρες μεταξύ των οποίων και η Ελλάδα, δίνεται από την Ευρωπαϊκή Συμφωνία- Πλαίσιο στο άρθρο 2^[4], η οποία υπογράφηκε τον Ιούλιο του 2002 και ορίζει την τηλεργασία ως «μία μορφή οργάνωσης ή και εκτέλεσης της εργασίας, στο πλαίσιο σύμβασης ή σχέσης εργασίας, με τη χρήση τεχνολογιών της πληροφορίας, η οποία, ενώ θα μπορούσε να παρέχεται στις εγκαταστάσεις του εργοδότη, παρέχεται αντ' αυτού σε σταθερή βάση, εκτός των εγκαταστάσεων αυτών κατά τακτικό τρόπο»^[5].^[6] Αυτόν τον ορισμό τον υιοθέτησε και η από 14/2/2006 Εθνική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (ΕΓΣΣΕ), η οποία ενσωμάτωσε το κείμενο της προαναφερθείσας συμφωνίας ως παράρτημα (άρθρο 4 της ΕΓΣΣΕ). Με δεδομένα τα προαναφερθέντα, μπορούμε να επισημάνουμε τα κύρια γνωρίσματα της τηλεργασίας τα οποία είναι: η εργασία η οποία παρέχεται γενικά εκτός από τις εγκαταστάσεις της επιχείρησης και όχι κατ' ανάγκην στην οικία· η απαραίτητη χρήση της τεχνολογίας από τον εργαζόμενο ώστε να μπορεί να εκπληρώσει τα καθήκοντά του· ο οικειοθελής χαρακτήρας της· η παροχή εργασίας εξ απο-

στάσεως σταθερά κι επαναλαμβανόμενα (θεωρητικά υπάρχει ενίοτε και η δυνατότητα παροχής της προαναφερθείσας εργασίας και στις εγκαταστάσεις της επιχείρησης, τηλεργασία εκ περιτροπής)· τέλος, ο καθορισμός των όρων παροχής της εργασίας με ατομική σύμβαση εργασίας. Οι προϋποθέσεις αυτές προκύπτουν από την Ευρωπαϊκή Συμφωνία-Πλαίσιο που θεωρείται βασική πηγή για την τηλεργασία δίνοντας κατευθυντήριες γραμμές για τον τρόπο διεκπεραίωσής της.

B. Ορισμός Smart Working

Το Smart Working ήρθε ως συμπλήρωμα, αλλά και ως μετεξέλιξη της τηλεργασίας. Το Smart Working (ή εν συντομία “SW”), το οποίο μεταφράζεται «ευφυής εργασία», δεν έχει κάποιον συγκεκριμένο νομικό ορισμό. Σύμφωνα όμως με τον τρόπο που χρησιμοποιείται, θα μπορούσε κανείς να πει ότι το SW είναι μία νέα μορφή τηλεργασίας, η οποία παρέχει στον εργαζόμενο μεγάλη ευελιξία στην ανάπτυξη της εργασιακής δραστηριότητας, είτε αναφορικά με τους τόπους είτε με τους χρόνους εργασίας^[7]. Το SW παρέχει στους εργαζομένους ευελιξία, αυτονομία αλλά και την επιλογή του χώρου, του χρόνου, των εργαλείων ακόμη και του ωραρίου τους έναντι μίας μεγαλύτερης ευθύνης στην επίτευξη των αποτελεσμάτων^[8]. Το SW επανασχεδιάζει την εργασιακή δραστηριότητα, εξυπηρετώντας κυρίως το νεότερο ηλικιακά εργατικό δυνα-

«το SW είναι μία νέα μορφή τηλεργασίας, η οποία παρέχει στον εργαζόμενο μεγάλη ευελιξία στην ανάπτυξη της εργασιακής δραστηριότητας»

working, distributed work, flexible working, telecommuting, telework, work shifting κλπ.

^[3] Γνώμη της Ο.Κ.Ε., «Τηλεργασία: προβλήματα και προοπτικές», Ιούλιος 2020 «<http://www.oke.gr/el/opinions/tilergasia-provlimata-kai-prooptikes>» (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021).

^[4] ΚΕΠΕΑ, Συμφωνία-Πλαίσιο για την τηλεργασία, <https://www.kepea.gr/aarticle.php?id=269> (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021), European Trade Union Confederation, Framework Agreement on Telework https://resourcecenter.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021).

^[5] European foundation for Improvement of living and working conditions – Telework in European Union, 2010.

^[6] Εδώ θα πρέπει να σημειωθεί ότι σύμφωνα με τον Ι. Ληξουριώτη, ό.π, σελ. 244, υποσημείωση 328, η Συμφωνία-Πλαίσιο για την τηλεργασία δεν έλαβε τη μορφή «Οδηγίας» και συνεπώς για να τεθεί σε εφαρμογή από

τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης θα έπρεπε να ληφθούν αντίστοιχες πρωτοβουλίες σε εθνικό επίπεδο. Στην Ελλάδα, η προαναφερθείσα συμφωνία ενσωματώθηκε με την από 24/5/2004 ΕΓΣΣΕ (άρθρο 14) στην έννομη τάξη, ενώ η άμεση εφαρμογή της έγινε με την επόμενη ΕΓΣΣΕ της 12/4/2006.

^[7] Γ. Καρούζος, «Γιατί smart working και όχι μόνο τηλεργασία», Εφημερίδα Καθημερινή της 5.6.2020, «<https://www.kathimerini.gr/economy/business/1081544/giati-smart-working-kai-ochi-mono-tilergasia/>» (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021).

^[8] Vector ITC, «Smart Working: Much more than telework», 23.12.2020, «<https://www.vectoritcgroup.com/en/tech-magazine-en/innovation-trends-en/smart-working-mucho-mas-que-teletrabajo/>» (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021), Mariano Corso, «Smart working during the time of the coronavirus», Politecnico di Milano, 25.3.2020 «<https://www.som.polimi.it/en/smart-working-during-the-time-of-the-coronavirus/>» (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021).

Τηλεργασία και smart working

μικό, όπως είναι οι Millennials (άτομα τα οποία έχουν γεννηθεί τις δεκαετίες του 1980, 1990 και αρχές του 2000) και η Generation Z (τα άτομα τα οποία έχουν γεννηθεί μετά το 2001).

Το SW, ακριβώς επειδή είναι τόσο ελαστικό ανάλογα με τις ανάγκες του κάθε εργαζομένου, δύναται να χρησιμοποιηθεί και για να διατηρηθεί το μεγαλύτερο ηλικιακά προσωπικό, να υποστηριχθούν οι ίσες ευκαιρίες στην εργασία, καθώς θα είναι πολύ πιο εύκολο σε εργαζόμενους οι οποίοι αντιμετωπίζουν δυσχέρειες, ενώ παράλληλα συμβάλλει στο να υπάρχει μία εξισορρόπηση ανάμεσα στην επαγγελματική και ιδιωτική ζωή. Επιπλέον, όντας ευπροσάρμοστο δίνει την ευκαιρία στον εργαζόμενο να επιλέξει ο ίδιος το ωράριό του, ενώ μπορεί να εργάζεται και σε παραπάνω από μία επιχειρήσεις. Το SW ως εναλλακτικός τρόπος εργασίας είναι πολύ εύκολο στη διαχείρισή του, έχει ελάχιστο κόστος όσον αφορά την αρχική του επένδυση και δύναται να χρησιμοποιηθεί για μεγάλες ροές εργασιακών αναλύσεων. Η ευμετάβλητη μορφή του επιτρέπει την εφαρμογή του σε κάθε μορφή επιχείρησης, από μεγάλες πολυεθνικές ή μικρομεσαίες επιχειρήσεις μέχρι τον δημόσιο τομέα, ακόμη και σε αυτοαπασχολούμενους.

Γ. Διαφορές μεταξύ τηλεργασίας και Smart Working

Με δεδομένα τα παραπάνω, γίνεται κατανοητό πως αν και συγγενείς όροι, το SW και η τηλεργασία διαφέρουν σημαντικά. Αρχικά, η τηλεργασία είναι μία απλή μεταφορά των εργασιακών μεθοδολογιών από το γραφείο στην οικία ή στον τόπο που ασχολείται ο εργαζόμενος. Αυτό σημαίνει ότι το μοντέλο εργασίας που ακολουθούσε ο εργαζόμενος δεν μεταβάλλεται, απλώς μεταφέρεται σε διαφορετικό χώρο. Αντίθετα, το SW δεν απαιτεί την παρουσία του εργαζομένου ούτε στο σπίτι ούτε στο γραφείο ούτε σε άλλο σταθερό χώρο. Αυτό σημαίνει ότι η παρουσία του εργαζομένου είναι προαιρετική και, συνεπώς, η

εργασία μπορεί να παρέχεται είτε εξ αποστάσεως είτε με φυσική παρουσία. Πρέπει να τονιστεί πως το smart working δεν ταυτίζεται με την κινήτη τηλεργασία (mobile teleworking), σύμφωνα με την οποία, το «πόστο» εργασίας δεν βρίσκεται στον χώρο μόνιμης κατοικίας του τηλεεργαζομένου, αλλά σε τόπο διαφορετικό και περιστασιακό (π.χ. ξενοδοχείο τόπος διακοπών κ.λπ.), ή ακόμα και μη σταθερό (π.χ. μέσα μεταφοράς)^[9]. Εκείνοι οι οποίοι εργάζονται σύμφωνα με αυτή τη μορφή τηλεργασίας, καταρχήν διατηρούν το ωράριο που θα είχαν κανονικά και στις εγκαταστάσεις της επιχείρησης και παράλληλα την παρέχουν βάσει της τυπικής σύμβασης εργασίας^[10].

Επίσης, η τηλεργασία ενέχει τον κίνδυνο του αποκλεισμού του τηλεεργαζομένου από τις εταιρικές δυναμικές, σύμφωνα με το κλασσικό πρότυπο και δομή που ακολουθεί η εταιρία. Δεν συμβαίνει όμως το ίδιο με το SW, το οποίο ενθαρρύνει τον εργαζόμενο να πραγματοποιήσει τους εργασιακούς του σκοπούς, ακόμη και εκτός των τετριμμένων χώρων ή θέσεων εργασίας, έχοντας έτσι τεράστιο περιθώριο (αυτό)οργάνωσης και υλοποίησης των στόχων εντός των συγκεκριμένων προθεσμιών.

Επιπλέον, το SW αναδεικνύει περισσότερη αποτελεσματικότητα στη μεθοδολογία της εργασίας αλλά και στην ευελιξία που παρέχει, καθώς δίνεται για πρώτη φορά η δυνατότητα στον εργαζόμενο να προγραμματίζει το ωράριό του με τέτοιο τρόπο ώστε να μπορεί να είναι απόλυτα παραγωγικός στην εργασία που παρέχει, ενώ, παράλληλα, να διατηρεί μια υγιή και ισορροπημένη προσωπική ζωή. Η τηλεργασία συνήθως δεν παρέχει κάτι παρόμοιο στον εργαζόμενο, καθώς πολλές φορές η κύρια δομή και το πρότυπο δεν αλλάζουν, απλώς μεταφέρονται. Είναι σύνηθες η οικία να μετατρέπεται στο νέο γραφείο (καθώς μόνο σπάνιες δεν είναι οι περιπτώσεις όπου η οικία του εργαζομένου επιλέγεται ως χώρος παροχής της τηλεργασίας), στο οποίο ούτε το ωράριο, ούτε ο τρόπος εκπλήρωσης της εργασίας αλλάζει. Γίνεται φανερό, πως η ειδοποιός

«Το SW ως εναλλακτικός τρόπος εργασίας είναι πολύ εύκολο στη διαχείρισή του, έχει ελάχιστο κόστος όσον αφορά την αρχική του επένδυση και δύναται να χρησιμοποιηθεί για μεγάλες ροές εργασιακών αναλύσεων»

^[9] Ι. Ληξουριώτης, ό.π., σελ. 245.

^[10] Θα πρέπει βέβαια να σημειωθεί πως σύμφωνα με το European Working Conditions Survey, περίπου το ένα τέταρτο των εργαζομένων με σύμβαση τηλεργασίας βρίσκονται σε ασταθείς συνθήκες, ο οποίος χαρακτηρίζονται από προσωρινές συμβάσεις εργασίας, εργασιακή ανασφάλεια, χαμηλότερο μισθό, ανεπαρκή

πρόσβαση σε εκπαίδευση όσον αφορά την τηλεργασία καθώς και δυσσιώνη σταδιοδρομία, σύμφωνα με την αναφορά του Eurofound με τίτλο «Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age»

«<https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-291423-ca.pdf>» (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021).

Εργατικό Δίκαιο

διαφορά της τηλεργασίας από το smart working είναι το αντικείμενο της εργασίας, ο τρόπος οργάνωσης και εκτέλεσής της, αλλά και ο χρόνος κατά τον οποίο πρέπει να εργάζεται ο τηλεεργαζόμενος^[11].

II. Μορφές τηλεργασίας και Smart Working

A. Μορφές τηλεργασίας

Θα αναφερθούν ενδεικτικά ειδικότερες μορφές τηλεργασίας και πώς μπορούν να χρησιμοποιηθούν.

Πρώτη μορφή είναι η τηλεργασία με έδρα το σπίτι, ήτοι η κατ' οίκον τηλεργασία (home-based teleworking), κατά την οποία ο εργαζόμενος χρησιμοποιεί την οικία του ως κύρια έδρα για την παροχή εργασίας. Υφίσταται, επίσης, η κινητή τηλεργασία (mobile teleworking) κατά την οποία ο εργαζόμενος δεν έχει μία σταθερή βάση και ο τρόπος παροχής εργασίας μεταβάλλεται διαρκώς. Στη συνέχεια, υπάρχουν τα τηλεκέντρα (Telecentres), τα οποία είναι συγκεκριμένοι χώροι με τον κατάλληλο εξοπλισμό για την διευκόλυνση της εργασίας και λειτουργούν ως υποκατάστατο των βασικών εγκαταστάσεων της επιχείρησης με αυτόν τον τρόπο οι εργαζόμενοι δεν χρειάζεται να πάνε στις εγκαταστάσεις της επιχείρησης, αλλά σε αυτούς τους περιφερειακούς χώρους. Μια εναλλακτική μορφή τηλεργασίας είναι οι τηλεκατοικίες (Telecottages), οι οποίες είναι μία μορφή τηλεκέντρων με τη διαφορά ότι οι χώροι αυτοί ανήκουν σε τοπικές κοινότητες και όχι στον εργοδότη· πρόκειται για άρτια εξοπλισμένα σπίτια που βρίσκονται σε απομακρυσμένες περιοχές. Ένα παρόμοιο, αλλά πιο σύγχρονο είδος τηλεργασίας, είναι και τα τηλεχωριά (Televillages), τα οποία είναι συσσωρευμένες τηλεκατοικίες οι οποίες απαρτίζουν μικρά χωριά, έχοντας ως στόχο αφενός την εκπαίδευση των κατοίκων που βρίσκονται σε άγονες περιοχές και αφετέρου την οικονομική ανάπτυξη της υπαίθρου^[12]. Ένα ακόμη είδος τηλεργασίας είναι

η νομαδική τηλεργασία (Nomadic Teleworking), η οποία αναφέρεται σε επαγγελματίες των οποίων η εργασία απαιτεί συνεχείς μετακινήσεις που συνδέονται με τις επιχειρήσεις που χρησιμοποιούν τις υπηρεσίες τους με τηλεπικοινωνιακά μέσα και πληροφοριακά συστήματα. Τέλος, η τηλεργασία δορυφορικών κέντρων (Satellite Centers) παρέχεται σε εγκαταστάσεις που ανήκουν στην εργοδότητρια επιχείρηση μέσω δορυφορικών κέντρων τα οποία είναι αυτόνομα από τις υπόλοιπες εγκαταστάσεις της^[13],^[14].

B. Μορφές Smart Working

Το smart working ενέχει αρκετές μεθόδους οι οποίες χωρίζονται σε τρεις βασικές κατηγορίες, το Flexible Working, το Home Working και το Remote Working. Αυτές οι κατηγορίες μπορούν να υιοθετηθούν με αρκετές παραλλαγές σύμφωνα με τον οδηγό του Transport for London^[15], ο οποίος είναι ένας Βρετανικός κυβερνητικός φορέας που είναι υπεύθυνος για το δίκτυο μετακινήσεων στο Λονδίνο.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει το *flexible working*, το οποίο ενθαρρύνει τον εργαζόμενο να διαμορφώσει το ωράριό του, ακόμη και τις ημέρες εργασίας του όπως εκείνος επιθυμεί, εντός των εύλογων ορίων που ενδεχομένως τίθενται από την επιχείρηση. Ο εργαζόμενος έχει τη δυνατότητα να ορίσει την έναρξη και το τέλος του ωραρίου του και σε ορισμένες περιπτώσεις τις ημέρες που θα παρέχει την εργασία του. Το πλεονέκτημα αυτής της μεθόδου είναι ότι το προσωπικό μπορεί πολύ πιο εύκολα να εξισορροπήσει την προσωπική του ζωή και άλλες υποχρεώσεις, χωρίς να επηρεάζεται η εργασία του. Αυτή η μορφή smart working προσφέρει ποικίλες εναλλακτικές, όπως για παράδειγμα το *flexi-time*, σύμφωνα με το οποίο ο εργαζόμενος δύναται να επιλέξει τον τρόπο με τον οποίο θα εκπληρώσει τις εργασιακές του υποχρεώσεις ως προς το ωράριο εργασίας σε εβδομαδιαία ή ετήσια βάση, το *flexi-hours*, κατά το οποίο ο

«Ένα ακόμη είδος τηλεργασίας είναι η νομαδική τηλεργασία (Nomadic Teleworking), η οποία αναφέρεται σε επαγγελματίες των οποίων η εργασία απαιτεί συνεχείς μετακινήσεις»

^[11] Γ. Καρούζος, «Γιατί smart working και όχι μόνο τηλεργασία, ό.π. (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021).

^[12] ΚΕΠΕΑ, Μορφές τηλεργασίας, «<https://www.kepea.gr/aarticle.php?id=1850>».

^[13] Γνώμη της Ο.Κ.Ε., ό.π. (τελευταία πρόσβαση 10/4/2021).

^[14] Παρόμοια μορφή των δορυφορικών κέντρων είναι και η λειτουργική μετεγκατάσταση (Functional Relo-

cation), κατά την οποία ολόκληρα τμήματα ή λειτουργίες της εργοδότητριας αποσπώνται από τα κεντρικά γραφεία και βρίσκονται σε ξεχωριστή τοποθεσία.

^[15] Smarter Working Guide, Transport for London, Νοέμβριος 2011, «<https://www.elts.org/sites/default/files/trainingmaterials/smarter-working-guide.pdf>» (τελευταία πρόσβαση 30/3/2021).

Τηλεργασία και smart working

εργαζόμενος έχει τη δυνατότητα να μεταβαίνει και να αποχωρεί από την εργασία του νωρίτερα ή αργότερα. Άλλη περίπτωση αποτελεί το *flexi-working*, το οποίο δίνει τη δυνατότητα στον εργαζόμενο να κάνει τις υπερωρίες του και στη συνέχεια αντί πρόσθετης αμοιβής, να λαμβάνει ημέρες αναπληρωματικής άδειας (ρεπό), ανάλογα προς τις ώρες που εργάστηκε. Τέλος, το *condensed hours*, ένα εργασιακό μοντέλο στο οποίο ο εργαζόμενος συγκεντρώνει τις καθιερωμένες ώρες εργασίας σε μόλις τέσσερις μέρες, λαμβάνοντας ρεπό την πέμπτη ημέρα της εβδομάδας (σε σύστημα πενθήμερης εργασίας). Σαφώς, υπάρχουν κι άλλες διαφορετικές παραλλαγές των παραπάνω, οι οποίες δύναται να ικανοποιήσουν ακριβώς τις ιδιαίτερες ανάγκες τόσο του εργοδότη όσο και του εργαζομένου.

Φαίνεται εξάλλου ότι κερδίζει έδαφος το *remote working*, δηλαδή η εργασία εν κινήσει με διάφορες μεθόδους, από τις οποίες αναφέρονται οι πιο διαδεδομένες. Αρχικά τα λεγόμενα *satellite offices* ή αλλιώς δορυφορικά γραφεία, είναι γραφεία στον κυβερνοχώρο που θυμίζουν το περιβάλλον ενός τυπικού γραφείου. Επόμενη μέθοδος είναι το *hot desking*, σύμφωνα με το οποίο υπάρχουν διάφοροι μόνιμοι σταθμοί εργασίας εκτός της μόνιμης έδρας της εταιρείας και είναι διαθέσιμοι για να χρησιμοποιούνται προσωρινά από διαφορετικούς εργαζομένους όταν και εφόσον χρειαστεί. Άλλη μέθοδος είναι οι *touch-down solutions*, δηλαδή για παράδειγμα τα *ι-ντερνετ καφέ* ή ένας διαθέσιμος χώρος από κάποιο εμπορικό κέντρο. Το πλεονέκτημα της συγκεκριμένης μεθόδου, είναι πως το τεχνολογικό κόστος είναι ελάχιστο για τον εργοδότη, καθώς συνήθως τέτοιου είδους χώροι τίθενται προς ενοικίαση για μικρό αντίτιμο. Τελευταία, και μάλλον πιο ασυνήθιστη μέθοδος είναι το αυτοκίνητο, εφόσον δεν είναι εν κινήσει, και παραμένει σταθμευμένο σε ειδικό χώρο εκτός δρόμου όπου δεν θέτει σε κίνδυνο άλλους οδηγούς ή τον ίδιο. Αυτό είναι δυ-

νατό, καθώς οι τελευταίες εξελίξεις στις τηλεπικοινωνίες επιτρέπουν στον εργαζόμενο να χρησιμοποιεί τα δεδομένα κινητής τηλεφωνίας μέσω του φορητού υπολογιστή του ή οποιασδήποτε άλλης ηλεκτρονικής συσκευής.

III. Νομικό καθεστώς τηλεργασίας και smart working

A. Οι ρυθμίσεις της εργατικής νομοθεσίας

Στην Ελλάδα αρχικά η τηλεργασία ρυθμιζόταν νομοθετικά στον νόμο 2639/1998^[16] στις «ειδικές μορφές απασχόλησης». Η αλήθεια όμως είναι ότι ο εν λόγω νόμος δεν ήταν αρκετός να ρυθμίσει σε ικανοποιητικό βαθμό το εργασιακό καθεστώς της τηλεργασίας αλλά ούτε και να συμπλεύσει με τον ρυθμό ανάπτυξης και εξέλιξης της τεχνολογίας. Η ανάγκη μιας νέας αυτοτελούς νομοθετικής ρυθμίσεως ικανοποιήθηκε με τον Ν. 3846/2010 (άρθρο του 5), προκειμένου να εξειδικευτούν οι ρήτρες της Ευρωπαϊκής Συμφωνίας -πλαισίου για την Τηλεργασία^[17], η οποία προσαρτήθηκε στο κείμενο της Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας (ΕΓΣΣΕ) του έτους 2006^[18].

Είναι εξαιρετικά σημαντικό να τονισθεί ότι η τηλεργασία δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να επιβληθεί μονομερώς από πλευράς εργοδότη και θα πρέπει αυτή να αποτελεί προϊόν συμφωνίας των μερών (εργοδότη και εργαζομένου). Στον νόμο (άρθρο 5 παρ. 1 Ν. 3846/2010) υπάρχει ρητή πρόβλεψη υποχρέωσης του εργοδότη για έγγραφη πληροφόρηση του εργαζομένου, μέσα μάλιστα σε διάστημα οκτώ ημερών από την ημέρα κατά την οποία καταρτίστηκε η σύμβαση εργασίας, σχετικά με τους όρους αυτής, τον τρόπο που θα παράσχεται η ορισθείσα εργασία και τις συνθήκες που θα την περιβάλλουν (ωράριο, αποκατάσταση κόστους παροχής της, αμοιβή και τρόπος υπολογισμού της, ο τρόπος με τον οποίο επιτυγχάνεται η τηλεπικοινωνία, κόστος ενδεχόμενης βλάβης κλπ.).

«η τηλεργασία δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να επιβληθεί μονομερώς από πλευράς εργοδότη»

^[16] Άρθρο 1 («Ειδικές μορφές απασχόλησης»): «Η συμφωνία μεταξύ εργοδότη και απασχολούμενου για παροχή υπηρεσιών ή έργου, για ορισμένο ή αόριστο χρόνο, ιδίως στις περιπτώσεις αμοιβής κατά μονάδα εργασίας (φασόν), τηλεργασίας, κατ' οίκον απασχόλησης, τεκμαίρεται ότι υποκρύπτει σύμβαση εξαρτημένης

εργασίας, εφόσον η εργασία παρέχεται αυτοπροσώπως, αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο στον ίδιο εργοδότη για εννέα (9) συνεχείς μήνες».

^[17] ΚΕ.Π.Ε.Α, Περί τηλεργασίας, <https://www.kepea.gr/aarticle.php?id=2155> (τελευταία πρόσβαση 4/4/2021).

^[18] Ι. Κουιιάδης, Εργατικό Δίκαιο, Η Έκδοση, Σάκκουλας, σελ. 303-304.

Εργατικό Δίκαιο

Στην περίπτωση όπου στη σύμβαση περιλαμβάνεται η πρόληψη για «τηλε-ετοιμότητα» πρέπει να ορίζονται εναργώς τα χρονικά όρια διάρκειάς της και ο χρόνος που έχει στην διάθεσή του ο εργαζόμενος να ανταποκριθεί, ενώ σύμφωνα με την παράγραφο δύο (2) του εν λόγω άρθρου (5): *«Αν κανονική εργασία μετατρέπεται σε τηλεργασία, καθορίζεται στη συμφωνία αυτή μια περίοδος προσαρμογής τριών (3) μηνών, κατά την οποία οποιοδήποτε από τα μέρη, μετά από τήρηση προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερών, μπορεί να θέσει τέλος στην τηλεργασία και ο μισθωτός να επιστρέψει στην εργασία του σε αντίστοιχη θέση με αυτήν που κατείχε»*. Απώτερος σκοπός της συγκεκριμένης ρύθμισης είναι να αμβλυνθούν οι ενδοιασμοί, που ενδεχομένως υπάρχουν, για την στροφή στην τηλεργασία με την παροχή της αμφίδρομης δυνατότητας μεταγενέστερης υπαναχώρησης και επιστροφής στο προγενέστερο εργασιακό καθεστώς μετά το πέρας του σύντομου αυτού χρονικού διαστήματος των δεκαπέντε ημερών, που θα συνιστά, ίσως, απλώς ένα μεταβατικό και δοκιμαστικό στάδιο.

Ο νομοθέτης, με το παραπάνω νομοθέτημα (το άρθρο 5 του Ν.3846/2010), δίνει ιδιαίτερη σημασία στην «ανάληψη» του κόστους από πλευράς εργοδότη, κυρίως δε του κόστους των τηλεπικοινωνιών, δείχνοντας ότι δεν αποτελεί πτυχή δεκτική ρυθμίσεως που επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια των μερών κατά περίπτωση. Σε κάθε περίπτωση ο εργοδότης οφείλει να επωμίζεται τα ανακύπτοντα από την παροχή/εκτέλεση της τηλεργασίας οικονομικά βάρη. Τέλος, ιδιαίτερη μνεία γίνεται εν προκειμένω στην διασφάλιση και προάσπιση των συνδικαλιστικών δικαιωμάτων των εργαζομένων μέσω της τηλεργασίας. Συγκεκριμένα, στην παράγραφο 4 ορίζεται πως ο εργοδότης διαθέτει διάστημα δύο μηνών από την στιγμή της σύναψης της συμβάσεως εργασίας για έντυπη (γραπτή) ενημέρωση του (τηλ-)εργαζομένου σχετικώς με το πρόσωπο και τα απαραίτητα στοιχεία επικοινωνίας με τους συνδικαλιστικούς εκπροσώπους του προσωπικού της επιχείρησής του.^[19]

Ένα ζήτημα που ανακύπτει εύλογα είναι η αναγνώριση της ύπαρξης εξαρτημένης εργασίας στην περίπτωση της τηλεργασίας, η δια-

πίστωση της οποίας είναι εξαιρετικά σημαντική για την εφαρμογή του εργατικού δικαίου. Αποτελεί, θα λέγαμε, απαραίτητη συνθήκη, η αποδεδειγμένη ύπαρξη συμβάσεως εξαρτημένης εργασίας, για την εφαρμογή όλων των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας που έχουν ως έναν από τους βασικούς στόχους την προστασία του εργαζομένου, ως πιο «ευάλωτου» μέρους. Η τηλεργασία, βέβαια, μπορεί να παρέχεται και υπό το καθεστώς συμβάσεως έργου ή παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, σε αυτήν ωστόσο στην περίπτωση, δεν θα ισχύουν όλες εκείνες οι προστατευτικές διατάξεις που έχουν θεσπιστεί κατά καιρούς για την εξαρτημένη εργασιακή σχέση.

Παρατηρείται ότι υπό καθεστώς παροχής τηλεργασίας τα «κλασσικά στοιχεία» που χαρακτηρίζουν την εξαρτημένη εργασία είναι σαφώς αποδυναμωμένα και, ενδεχομένως, ακόμη και ακατάλληλα για τον προσδιορισμό της περιστάσεως, καθώς πολλά από αυτά προϋποθέτουν εξ ορισμού έναν παραδοσιακότερο τρόπο εργασίας, σε ορισθείσες σε πρότερο χρόνο εγκαταστάσεις του εργοδότη. Κριτήρια, όπως ο καθορισμός του τρόπου, του τόπου αλλά και του χρόνου της εργασίας εν τοις πράγμασι επαφίενται σε μεγάλο βαθμό στην ευχέρεια του εργαζομένου και επακολούθως αποδυναμώνεται η θεωρία της προσωπικής ή νομικής εξαρτήσεως. Παράλληλα το διευθυντικό δικαίωμα, δηλαδή η εξουσία του ελέγχου των παραπάνω όρων εργασίας από τον εργοδότη, δεν είναι ικανό να αποτελέσει, στην περίπτωση της τηλεργασίας, αξιόπιστο κριτήριο που θα αποδώσει με ευκρινή και ασφαλή τρόπο την πραγματική και υφιστάμενη σχέση εργασίας^[20]. Ωστόσο, το κριτήριο του επιχειρηματικού κινδύνου, δηλαδή, το εάν ο εργοδότης είναι αυτός ο οποίος εκτίθεται σε έναν επικείμενο οικονομικό κίνδυνο για την αποκόμιση μετέπειτα κερδών και την εκμετάλλευση και αξιοποίηση ευκαιριών, εν αντιθέσει με τον τηλ-εργαζόμενο, μπορεί να συνιστά έναν αρκετά ασφαλέστερο τρόπο αποσαφήνισης της σχέσεις των δύο μερών.

B. Οι «εξαιρετικές ρυθμίσεις» της πανδημίας

Κατά τη διάρκεια της πανδημίας του κορωνοϊού με το άρθρο 4 παρ. 2 της ΠΝΠ της

«ιδιαίτερη μνεία γίνεται εν προκειμένω στην διασφάλιση και προάσπιση των συνδικαλιστικών δικαιωμάτων των εργαζομένων μέσω της τηλεργασίας»

^[19] Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Σάκουλας, 2015, σελ. 104-106.

^[20] Δ. Ζερδελής, ό.π., σελ.4-11

Τηλεργασία και smart working

11.3.2020, η ισχύς του οποίου έχει διαδοχικά παραταθεί μέχρι και τις 30.4.21, δίνεται στον εργοδότη η δυνατότητα καθορισμού της παροχής της εργασίας εξ' αποστάσεως με μονομερή μεταβολή του τόπου εργασίας.^[21] Πρέπει να επισημανθεί ότι εδώ γίνεται λόγος για ένα καθαρά προσωρινό μέτρο, το οποίο αποσκοπεί αποκλειστικά στον περιορισμό της εξάπλωσης και στην εν γένει αντιμετώπιση της ασθένειας του κορωνοϊού (COVID-19). Ως εξ αποστάσεως νοείται η απασχόληση η οποία πραγματοποιείται σε χώρο διαφορετικό από εκείνον όπου είχε συνολοκληρωθεί εξ αρχής, κατά την κατάρτιση της συμβάσεως εργασίας^[22]. Τυπικά, δηλαδή, δεν απαιτείται η ταύτιση της «εξ αποστάσεως» εργασίας με την τηλεργασία. Αδιαμφισβήτητα όμως γίνεται αποδεκτό πως η εν λόγω ρύθμιση αποσκοπεί κυρίως (και όχι βεβαίως αποκλειστικώς) στην πραγμάτωση της αδήριτης ανάγκης για μεταστροφή, ένεκα των εκτάκτων συνθηκών που επιτάσσει η πανδημία του κορωνοϊού, στην παροχή της εργασίας με την μορφή της τηλεργασίας^[23]. Έτσι, δεν θα είναι δυνατό να υπαχθεί κάποιος στις ρυθμίσεις αυτές προσδιορίζοντας έναν νέο τόπο εργασίας, ο οποίος θα είναι μη κατάλληλος για την επίτευξη του στόχου του περιορισμού της ασθένειας^[24]. Από την γραμματική διατύπωση της διατάξεως δίνεται η εντύπωση ότι παρέχεται στον εργοδότη η δυνατότητα να αθετήσει τις συμβατικές ή γενικότερες υποχρεώσεις του ως προς τον τρόπο και τον τόπο απασχολήσεως του εργαζομένου^[25]. Κάτι τέτοιο γενικά θα ήταν απαράδεκτο και θα προσέκρουε ευθέως

στα συνταγματικώς κατοχυρωμένα δικαιώματα του εργαζομένου. Πράγματι με την εν λόγω ΠΝΠ δημιουργούνται οι προϋποθέσεις έτσι ώστε ο εργοδότης να θέτει μονομερώς τον εργαζόμενο σε καθεστώς εξ αποστάσεως εργασίας. Είναι, όμως, απαραίτητο να τονιστεί ότι οι προϋποθέσεις αυτές σε καμία περίπτωση δεν συστήνονται και δεν διαμορφώνονται για να αποτελέσουν ένα «δικαίωμα» του εργοδότη, μιας εξουσίας που έγκειται στην λειτουργική αναμόρφωση της επιχείρησης^[26]. Πρόκειται για μια έκτακτη λύση, έτσι ώστε η Πολιτεία και ο εργοδότης να εκπληρώσουν το καθήκον τους για «την προστασία της ζωής και της υγείας».^[27] Παρατηρείται έτσι μια απόκλιση από τον γενικό κανόνα που θέλει την τηλεργασία να μην επιβάλλεται από τον εργοδότη σε καμία περίπτωση, αλλά να απαιτείται συναίνεση και «εκούσια» μετάβαση σε καθεστώς τηλεργασίας. Μάλιστα, κι εφόσον κατ' αυτόν τον τρόπο αίρεται η υποχρέωση της αμοιβαίας συναίνεσης αμφοτέρων των μερών της εργασιακής σχέσεως για μετάβαση στο καθεστώς της τηλεργασίας, ενδεχόμενη (επίμονη) άρνηση παροχής της εργασίας εξ αποστάσεως, έπειτα από αίτημα του εργοδότη, και παροχή της με φυσική παρουσία, μπορεί να θεωρηθεί μη προσήκουσα προσφορά εργασίας.^[28]

Επιπλέον, δεν εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 του Ν. 3846/2010, και άρα ο εργαζόμενος δεν διαθέτει το περιθώριο των τριών μηνών από την έναρξη της τηλεργασίας (και έπειτα από διάστημα δεκαπέντε ημερών), ώστε να θέτει μονομερώς τέλος στο καθεστώς

«δεν θα είναι δυνατό να υπαχθεί κάποιος στις ρυθμίσεις αυτές προσδιορίζοντας έναν νέο τόπο εργασίας, ο οποίος θα είναι μη κατάλληλος για την επίτευξη του στόχου του περιορισμού της ασθένειας»

[21] Γνώμη της ΟΚΕ, ό.π.,

[22] Υπ' αριθμ. 12339/404/12.3.2020 εγκύκλιος της Γενικής Γραμματέως του Υπουργείου Εργασίας.

[23] Μάλιστα, στην υπ' αριθμ. οικ.12339/404/12.3.2020 (παρ. 2.2.) εγκύκλιο ορίζεται ότι: «Η κυριότερη μορφή της εξ αποστάσεως εργασίας είναι η τηλεργασία και στην εν λόγω περίπτωση η επιλογή αυτής της μορφής απασχόλησης αποτελεί διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη, το οποίο του δίνει την εξουσία να ρυθμίζει όλα τα θέματα που ανάγονται στην οργάνωση και λειτουργία της επιχείρησής του για την επίτευξη των σκοπών της».

[24] Έτσι, η συγκέντρωση των εργαζομένων σε έναν άλλο χώρο όπου θα εργάζονται μαζί, ακόμα και με την μορφή της τηλεργασίας (σε ένα «τηλεκέντρο») δεν θα ήτανε θεμιτή πρακτική και άρα δεν μπορούσε να υπαχθεί στις παραπάνω πρόνοιες, καθώς πρακτικά ουδεμία συμβολή στον περιορισμό της ασθένειας δεν φαίνεται να προκύπτει από το μέτρο αυτό. Πρακτικά, λοιπόν,

(χωρίς να αποκλείεται η περίπτωση όπου υπάρχουν ειδικά διαμορφωμένες εγκαταστάσεις από τις οποίες είναι δυνατό να τεκμαρθεί ότι αποκλείεται η μετάδοση της ασθένειας του κορωνοϊού), η εργασία εν προκειμένω παρέχεται από την οικία του εργαζομένου (ή σε χώρο που επιλέγει ο ίδιος να αποστασιοποιηθεί).

[25] Π. Μπουμπουχερόπουλος, Αδυναμία παροχής εργασίας, τηλεργασία και εναρμόνιση επαγγελματικής και οικογενειακής ζωής κατά την περίοδο ισχύος των μέτρων για τον περιορισμό της διάδοσης του κορωνοϊού SARS-CoV-2, ΕΕργΔ 2020, σελ.527-528.

[26] Π. Μπουμπουχερόπουλος, ό.π., σελ.527-528.

[27] Άρθρο 21 παρ. 3 Σ. και άρθρο 42 παρ.1 του «Κώδικα Νόμων για την υγεία και την ασφάλεια των εργαζομένων», Ν.3850/2010, όπου ορίζεται πως: Ο εργοδότης υποχρεούται να εξασφαλίζει την υγεία και την ασφάλεια των εργαζομένων ως προς όλες τις πτυχές της εργασίας και να λαμβάνει μέτρα που να εξασφαλίζουν την υγεία και ασφάλεια των τρίτων.

[28] Π. Μπουμπουχερόπουλος, ό.π., σελ.529-530.

Εργατικό Δίκαιο

της παροχής της εργασίας του με τηλεργασία, επιστρέφοντας στην αρχική του θέση. Βέβαια, είναι αυτονόητο ότι μετά το πέρας της ισχύος των μέτρων καταπολέμησης της ασθένειας του κορωνοϊού ο εργαζόμενος θα έχει το δικαίωμα να επιστρέψει αμέσως στην θέση που κατείχε^[29], χωρίς καμία περαιτέρω διατύπωση^[30]. Οι όποιες συνέπειες επήλθαν από την εφαρμογή των έκτακτων μέτρων αίρονται αυτοδικαίως μετά τη λήξη της ισχύος τους. Πάραυτα πρέπει να διευκρινιστεί ότι η πιθανότητα παραμονής σε καθεστώς τηλεργασίας, ακόμα και μετά τη λήξη της ισχύος των μέτρων, είναι υπαρκτή, αν συναχθεί από την βούληση των μερών τα οποία αποδέχονται τοιαύτη την αλλαγή έστω και σιωπηρώς (π.χ. ο εργοδότης συνεχίζει να αποδέχεται την προσφορά της εργασίας του εργαζομένου με τηλεργασία για εύλογο χρονικό διάστημα μετά την λήξη των έκτακτων μέτρων χωρίς να διατυπώνονται ενστάσεις και αντιρρήσεις από κάποια από τις δύο πλευρές). Σε αυτήν την περίπτωση εφαρμόζεται η ισχύουσα νομοθεσία για την τηλεργασία.

Επιπλέον, ο εργοδότης οφείλει κατά την περίπτωση όπου επιβάλλει μονομερώς εξ αποστάσεως στον εργαζόμενο να αναλάβει εξ ολοκλήρου τις όποιες δαπάνες ανακύψουν από την μεταβολή αυτή (καθώς και των όποιων εξόδων συνεπάγεται η τηλεργασία λ.χ. τεχνικής υποστήριξης ή επισκευής και αντικατάστασης των συσκευών, δαπάνες επικοινωνίας κ.ά.). Πρέπει, επίσης, να μεριμνά για την διασφάλιση των προσωπικών δεδομένων του εργαζομένου και της προάσπισης της ιδιωτικής του ζωής. Οφείλει δε να τον ενημερώσει για τις ισχύουσες διατάξεις τις σχετικές με τα προσωπικά του δεδομένα, όπως και για την πολιτική της επιχείρησης σχετικά με την υγεία και την ασφάλεια των εργαζομένων. Παράλληλα, ισχύει και η διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 του Ν. 3846/2010 απαρέγγιλα, ακόμα και κατά την περίοδο όπου εφαρμόζονται οι ειδικές πρόνοιες για την αντιμετώπιση του κορωνοϊού, καθώς από πουθενά δεν συνάγεται ότι αυτή αντίκειται στις επιδιώξεις των σχετικών ΠΝΠ. Έτσι, ο εργοδότης κανονικά

οφείλει, μέσα σε διάστημα οκτώ ημερών, να ενημερώσει τον εργαζόμενο για τα σχετικά με την εκτέλεση της εργασίας του^[31]. Σε περίπτωση όπου ο εργοδότης δεν τηρήσει τις παραπάνω επιταγές παραβιάζοντας τα δικαιώματα του εργαζομένου, ο δεύτερος δικαιούται να προβεί σε επίσχεση εργασίας^[32].

Τέλος, είναι σημαντικό να τονισθεί ότι ο εργοδότης δεν δικαιούται σε καμία περίπτωση να μεταβάλλει μονομερώς τους ήδη συμφωνημένους όρους με εργαζομένους που ήδη απασχολούνται με καθεστώς τηλεργασίας, σύμφωνα με τις ρυθμίσεις της από 11.3.2020 ΠΝΠ. Βάσει της αρχής της αναλογικότητας αλλά και ερμηνεύοντας τον σκοπό των έκτακτων αυτών μέτρων, δεν είναι δυνατόν να συναχθεί ότι τυχόν αλλαγές στον τρόπο παροχής της εργασίας, με τρόπο ίδιο ή παρόμοιο από αυτόν που ορίζεται στην παραπάνω ΠΝΠ, είναι ικανές να συμβάλλουν στην αντιμετώπιση της πανδημίας του COVID-19 και άρα δεν υπάρχει καμία σοβαρή αιτιολογία ώστε να παραβιαστούν τα δικαιώματα των εργαζομένων ή η αρχή *pacta sunt servanda* και να μην τηρηθούν τα συμφωνημένα^[33].

IV. Προστασία των προσωπικών δεδομένων και της ιδιωτικότητας

Ένα σημαντικό ζήτημα το οποίο ανακύπτει με τη διάδοση της τηλεργασίας είναι ο κίνδυνος σύγχυσης και υπέρβασης των ορίων που διακρίνουν την επαγγελματική από την ιδιωτική ζωή.^[34] Αποτελεί μείζονος σημασίας ζήτημα, στις περιπτώσεις όπου η εργασία παρέχεται εξ αποστάσεως (τηλεργασία), η διασφάλιση της ιδιωτικότητας των εργαζομένων.

Είναι γεγονός πως το διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη δύναται μέσω των νέων τεχνολογιών να προσλάβει διαστάσεις «ηλεκτρονικής επιτήρησης», σε τέτοιο βαθμό που να εισέρχεται εντός της ιδιωτικής σφαίρας του ατόμου και να πλήττει στον πυρήνα του το δικαίωμα της προστασίας της ιδιωτικής ζωής. Επιπλέον, σημαντικό ζήτημα είναι και το ποιος θα έχει δυνατότητα λήψης, επεξεργασίας και πρόσβασης στον τεράστιο αριθμό

«ο εργοδότης δεν δικαιούται σε καμία περίπτωση να μεταβάλλει μονομερώς τους ήδη συμφωνημένους όρους με εργαζομένους που ήδη απασχολούνται με καθεστώς τηλεργασίας»

[29] Π. Μπουμπουχερόπουλος, ό.π., σελ.531-532.

[30] Και σε αυτήν την περίπτωση, δηλαδή, δεν απαιτείται η τήρηση προθεσμίας δεκαπέντε ημερών, που υπό φυσιολογικές συνθήκες θα απαιτούνταν από τον νόμο (εάν η τηλεργασία παρεχόταν οικειοθελώς).

[31] Άρθρο 5 παρ.1 του ν. 3846/2010.

[32] Π. Μπουμπουχερόπουλος, ό.π., 531-534.

[33] Ο.π., σελ. 534.

[34] Ι. Κουιάδης, «Τηλεργασία. Νέες μορφές οργάνωσης της επιχείρησης», ΔΕΕ, τεύχος 1/1996, σ. 12 επ.

Τηλεργασία και smart working

δεδομένων που συσσωρεύονται κατά την διαδικασία της ηλεκτρονικής επιτήρησης. Η πιθανότητα διατήρησης και μεταφοράς των ηλεκτρονικών αρχείων από μια επιχείρηση σε μία άλλη μπορεί σε αρκετές περιπτώσεις να καθίσταται υπαρκτή. Έτσι δημιουργείται ο κίνδυνος μελλοντικοί εργοδότες του εργαζομένου να έχουν πρόσβαση στα εν λόγω αυτά αρχεία για την εξακρίβωση του επαγγελματικού παρελθόντος του, πράγμα που βεβαίως αντίκειται τόσο στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, όσο και στην προστασία των προσωπικών δεδομένων των εργαζομένων.

Βάσει του Γ.Κ.Π.Δ. 2016/679^[35], οι εργοδότες έχουν την δυνατότητα να συλλέγουν δεδομένα μόνο για νόμιμους λόγους και σκοπούς, ενώ και η επεξεργασία τους πραγματοποιείται υπό ορισμένες προϋποθέσεις. Πρέπει να υπάρχει νόμιμη αιτία για την επεξεργασία κάθε προσωπικού δεδομένου το οποίο συνιστά προϊόν της ηλεκτρονικής επικοινωνίας. Επισημαίνεται ότι οι εργαζόμενοι δύνανται να δώσουν ελεύθερα τη συγκατάθεσή τους σε ιδιαίτερες μόνο περιστάσεις, ήτοι στις περιπτώσεις εκείνες που καμία συνέπεια δεν θα επέλθει από την έγκρισή τους αυτή και ουδεμία σύνδεση παρατηρείται με την αποδοχή ή απόρριψη της συγκεκριμένης προσφοράς. Οφείλει, επιπροσθέτως, ο εργοδότης να τους ενημερώσει επαρκώς και να τους γνωστοποιήσει όλες εκείνες τις πληροφορίες που σχετίζονται με την επικείμενη παρακολούθηση και τις συνθήκες αυτής, αλλά και τη δυνατότητα των εργαζομένων να αποτρέπουν ανά πάσα στιγμή την καταγραφή των προσωπικών τους δεδομένων. Η Ομάδα Εργασίας του Άρθρου 29 του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου Προστασίας Δεδομένων, με την Γνώμη 2/2017 σχετικά με

την επεξεργασία των δεδομένων στην εργασία επισημαίνει πως τα όποια δεδομένα σχετίζονται με την επικοινωνία κατά την τηλεργασία περιβάλλονται από τα ίδια θεμελιώδη εκείνα δικαιώματα που συναντάμε και στην περίπτωση της αναλογικής επικοινωνίας.

Ο σκοπός και τρόπος με τον οποίο θα συντελεστεί η επεξεργασία και η αξιολόγηση του εργαζομένου, είναι απαραίτητο να έχει προγενέστερα οριστεί και γνωστοποιηθεί^[36] και εν συνεχεία εξασφαλισθεί η συναίνεση του^[37]. Παράγεται έτσι η υποχρέωση της μέριμνας για την περισυλλογή μόνο εκείνων των δεδομένων που κρίνονται απαραίτητα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αυτού στόχου.

Ειδικότερα, όταν παραβιάζονται οι οριζόμενες στο άρθρο 5 παρ.1 του ΓΚΠΔ «αρχές που διέπουν την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα», η επεξεργασία τεκμαίρεται μη νόμιμη, καθιστώντας μάλιστα την εξέταση του επόμενου άρθρου (6 ΓΚΠΔ) που πραγματεύεται τη νομιμότητα της επεξεργασίας περιττή^[38]. Εν συνεχεία, στην στ' παρ. του άρθρου 6 επισημαίνεται ότι η επεξεργασία είναι θεμιτή εφόσον ταυτίζεται με το ένομο συμφέρον του υπεύθυνου επεξεργασίας, υπό την αίρεση όμως να μην υπερσχύει «το ένομο συμφέρον ή τα θεμελιώδη δικαιώματα και οι ελευθερίες του υποκειμένου των δεδομένων που επιβάλλουν την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα». Ένομο συμφέρον εξεταζόμενο διασταλτικά^[39], δύναται να θεωρηθεί το οποιοδήποτε συμφέρον δεν κρίνεται ότι αντιβαίνει τον νόμο (φυσικά πρέπει να επισημανθεί ότι το ίδιο ισχύει και για τον εργαζόμενο ο οποίος έχει σε κάθε περίπτωση την αξίωση της υπεράσπισης των δικαιών του συμφερόντων με τους παραπάνω μονάχα περιορισμούς)^[40].

σύμφωνα με το άρθρο 89 παράγραφος 1 (περιορισμός του σκοπού)».

^[37] Αιτιολογικές σκέψεις 32 και 42 του Γ.Κ.Π.Δ.

^[38] Α. Πετρενίδου, ό.π., σελ.938.

^[39] Ομάδα εργασίας του άρθρου 29, στην Γνώμη 6/2014(σελ.38) (Οι όροι «συμφέροντα» και «δικαιώματα» χρήζουν διασταλτικής ερμηνείας.....), έκδοση στις 9 Απριλίου του 2014, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_el.pdf, με τελευταία πρόσβαση στις 19/3/2021

^[40] Α. Πετρενίδου, Το ένομο συμφέρον εργοδότη και εργαζομένου στον χώρο εργασίας- Διενέργεια

«οι εργοδότες έχουν την δυνατότητα να συλλέγουν δεδομένα μόνο για νόμιμους λόγους και σκοπούς, ενώ και η επεξεργασία τους πραγματοποιείται υπό ορισμένες προϋποθέσεις»

^[35] Γενικός Κανονισμός για την Προστασία των Προσωπικών Δεδομένων. Ο Γ.Κ.Π.Δ τέθηκε σε ισχύ στις 25-5-2018 σύμφωνα με το άρθρο του 99 και είναι δεσμευτικός και με άμεση ισχύ για όλα τα κράτη-μέλη της Ε.Ε..

^[36] Άρθρο 5 Γ.Κ.Π.Δ. και ιδίως στην παρ.1 β' όπου ορίζεται πως: «(τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα που) συλλέγονται για καθορισμένους, ρητούς και νόμιμους σκοπούς και δεν υποβάλλονται σε περαιτέρω επεξεργασία κατά τρόπο ασύμβατο προς τους σκοπούς αυτούς: η περαιτέρω επεξεργασία για σκοπούς αρχαιοθέτησης προς το δημόσιο συμφέρον ή σκοπούς επιστημονικής ή ιστορικής έρευνας ή στατιστικούς σκοπούς δεν θεωρείται ασύμβατη με τους αρχικούς σκοπούς

Εργατικό Δίκαιο

Η πραγματικότητα της ύπαρξης ενός εννόμου συμφέροντος, για την πραγμάτωση του οποίου απαιτείται επεξεργασία δεδομένων, δεν συνεπάγεται αυτομάτως ότι μπορεί να χρησιμοποιηθεί το άρθρο 6 Γ.Κ.Π.Δ. ως νομική βάση για τη νομιμοποίηση της επεξεργασίας αυτής. Αποτελεί, θα λέγαμε, μονάχα το πρώτο συστατικό στοιχείο που πρέπει να εξετάζεται για να θεμελιωθεί το εν λόγω δικαίωμα, ενώ τελικά, η δυνατότητα χρήσης ή όχι του εν λόγω άρθρου καταλήγει στην επιγενόμενη στάθμιση των δικαιωμάτων που οφείλει να πραγματοποιήσει ο όποιος υπεύθυνος επεξεργασίας^[41]. Καταδεικνύεται, τουτέστιν, η υποχρέωση προάσπισης της ιδιωτικής ζωής και η ιδιωτικότητα των εργαζομένων ως θεμελιώδη δικαιώματα^[42]. Μάλιστα, η έννοια της ιδιωτικής ζωής δεν θα πρέπει ουδόλως να ορίζεται μονοδιάστατα και φορμαλιστικά, αλλά αντιθέτως θα πρέπει να εγκολπώνονται εις αυτήν οι «εύλογες προσδοκίες» που ενδεχομένως διαθέτει το υποκείμενο για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, των ταυτιζόμενων με αυτήν^[43]. Σε κάθε, πάντως, περίπτωση η εξέταση του παραπάνω δικαιώματος (της προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα) εξετάζεται *ad hoc*, συνυπολογιζόμενων των υφιστάμενων κάθε φορά ειδικών συνθηκών και περιστάσεων^[44]. Εν κατακλείδι, οι αξιώσεις του εργοδότη για επεξεργασία των δεδομένων ερείδονται στα άρθρα 20 Σ (δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης), 5 Σ και 106 Σ όπου προστατεύεται το δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, στο άρθρο 17 Σ περί προστασίας της ιδιοκτησίας, όπως και στο άρθρο 5Α Σ με βάση το οποίο αξιώνει συμμετοχή στην «κοινωνία της πληροφορίας και της πληροφόρησης». Παρομοίως, αξίωση προάσπισης του εννόμου συμφέροντός του αποκτά ο εργοδότης και βάσει των άρθρων 6 (δικαίωμα στη

χρηστή απονομή της δικαιοσύνης) και 10 (δικαίωμα στην ελευθερία της έκφρασης) της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), καθώς και στα άρθρα 11 (δικαίωμα στην ελευθερία γνώμης, λήψης ή μετάδοσης πληροφοριών ή ιδεών, χωρίς την ανάμειξη δημοσίων αρχών και αδιακρίτως συνόρων), 17 (δικαίωμα ιδιοκτησίας) και 47 (δικαίωμα πραγματικής προσφυγής και αμερόληπτου δικαστηρίου) του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ε.Ε. (Χ.Θ.Δ.Ε.Ε.) .

Από την άλλη πλευρά, κάθε άτομο διαθέτει αναντίρρητα το δικαίωμα του πληροφοριακού αυτοπροσδιορισμού, ήτοι της διαχείρισης των προσωπικών του πληροφοριών ελεύθερα κατά τρόπον που επιθυμεί. Το εν λόγω δικαίωμα προστατεύεται βάσει του 9Α Σ, ενώ επίσης χρήζοντα προστασίας από το Σύνταγμα δικαιώματα σχετικά με την συλλογή και επεξεργασία προσωπικών δεδομένων είναι το δικαίωμα προασπίσεως της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του ατόμου (9 Σ) και το δικαίωμα προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών (19 Σ).

Γίνεται εμφανής η σύνδεση των παραπάνω δικαιωμάτων με τον καθ' εαυτόν σεβασμό της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας, την οποία η Πολιτεία όχι μόνο οφείλει να σέβεται αλλά και να προστατεύει. Παράλληλα, και στην ευρωπαϊκή έννομη τάξη εντοπίζονται ρυθμίσεις που προστατεύουν τα παραπάνω αναλυθέντα δικαιώματα των εργαζομένων. Ιδιαίτερη αναφορά πρέπει να γίνει στα άρθρα 8 ΕΣΔΑ, καθώς και 7 και 8 του Χ.Θ.Δ.Ε.Ε. Επίσης, στα άρθρα 5 και 6 της Σύμβασης 108 της 28.1.1981 του Συμβουλίου της Ευρώπης εισάγονται διατάξεις για την προστασία των προσώπων απέναντι στην αυτοματοποιημένη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων. Στο άρθρο 52 του Χ.Θ.Δ.Ε.Ε. συναντάμε για α-

«η έννοια της ιδιωτικής ζωής δεν θα πρέπει ουδόλως να ορίζεται μονοδιάστατα και φορμαλιστικά, αλλά αντιθέτως θα πρέπει να εγκολπώνονται εις αυτήν οι «εύλογες προσδοκίες»»

στάθμισης-Σχόλιο στην Α.Π.Δ.Π.Χ.44/2019, ΕΕργΔ 2020, σελ. 1415.

[41] Α. Πετρινίδου, ΕΕργΔ 2020, ό.π., σελ.1415.

[42] Άρθρο 6 Γ.Κ.Π.Δ. στην παρ. στ' του οποίου ορίζεται πως: «η επεξεργασία είναι απαραίτητη για τους σκοπούς των έννομων συμφερόντων που επιδιώκει ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή τρίτος, εκτός εάν έναντι των συμφερόντων αυτών υπερισχύει το συμφέρον ή τα θεμελιώδη δικαιώματα και οι ελευθερίες του υποκειμένου των δεδομένων που επιβάλλουν την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ιδίως εάν το υποκείμενο των δεδομένων είναι παιδί».

[43] Ομάδα εργασίας του άρθρου 29, στην Γνώμη 6/2014 (ΣΥΝΟΨΗ, σελ.3), («..... οι επιπτώσεις στο πρόσωπο στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα και οι εύλογες προσδοκίες σχετικά με την αντιμετώπιση των δεδομένων τους, καθώς και η φύση των δεδομένων και ο τρόπος με τον οποίο υποβάλλονται σε επεξεργασία»), έκδοση στις 9 Απριλίου του 2014, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_el.pdf, με τελευταία πρόσβαση στις 20/3/2021

[44] Αιτιολογική σκέψη 4 του Γ.Κ.Π.Δ.

Τηλεργασία και smart working

κόμη μία φορά την αρχή της αναλογικότητας^[45] κατά τον περιορισμό ενός δικαιώματος, διάταξη που φυσικά μπορεί να χρησιμοποιηθεί εν προκειμένω.

Ένα τελευταίο ζήτημα είναι η παρείσφρηση των εφαρμογών κοινωνικής δικτύωσης (social media) (π.χ. Facebook, Instagram, Twitter, TikTok, LinkedIn κ.ά.) στην εργασιακή καθημερινότητα των ανθρώπων^[46]. Όταν η εργασία παρέχεται σε εγκαταστάσεις του εργοδότη, πρέπει να επισημανθεί ότι αυτός διαθέτει το δικαίωμα να απαγορεύσει την ιδιωτική χρήση των μέσων κοινωνικής δικτύωσης, απαγόρευση που σε αυτήν την περίπτωση κρίνεται θεμιτή. Ωστόσο, πρόβλημα φαίνεται να ανακύπτει όταν ο χώρος εργασίας δεν ταυτίζεται με τις εγκαταστάσεις παρεχόμενες από τον εργοδότη, κι' αυτό γιατί μία εν τοις πράγμασι γενική απαγόρευση της χρήσης των «social media» στην ιδιωτική ζωή θα προσέκρουε ευθέως με το δικαίωμα του κάθε ατόμου στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητάς (το ίδιο φυσικά ισχύει και στην περίπτωση κατά την οποία απαγορεύεται στο άτομο η ελεύθερη έκφραση, μέσω των κοινωνικών δικτύων, ενώ επίσης αθέμιτη πρακτική κρίνεται και ο εξαναγκασμός σε χρήση των μέσων αυτών, ιδίως κατά ελεύθερο χρόνο).

Για το ζήτημα αυτό ο ΓΚΠΔ προβλέπει ότι στις περιπτώσεις που οι εργαζόμενοι κάνουν χρήση διαδικτυακών εφαρμογών, θα πρέπει να έχει πρώτα εξεταστεί από τον εργοδότη η εναλλακτική του ορισμού ιδιωτικών τμημάτων περιήγησης από τους εργαζομένους (π.χ. δημιουργία «ιδιωτικού φακέλου δεδομένων ή ιδιωτικής αλληλογραφίας κλπ.), όπου αυτός (ο εργοδότης) δεν θα έχει πρόσβαση σε καμία περίπτωση^[47]. Οι εργοδότες οφείλουν να αναζητούν εκείνη την λύση που συμφωνεί με την αρχή της ελαχιστοποίησης των δεδομένων, όταν επιλέγουν κάποια τεχνολογία προς

χρήση. Τονίζεται δε εντόνως, ότι πρέπει να διασφαλίζεται, ότι ο αριθμός των προσωπικών δεδομένων που διαβιβάζονται εκτός των κρατών-μελών της ΕΕ, οφείλεται να μετριάζεται κατά το μέγιστο, στο αναγκαίο εκείνο σημείο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου.

Συμπέρασμα

Σκοπός της παραπάνω μελέτης ήταν μια σφαιρική ανάδειξη του ρόλου που καλείται να διαδραματίσει στην ελληνική αγορά εργασίας η τηλεργασία και το νέο εργασιακό μοντέλο της ευέλικτης ευφυούς εργασίας (smart working). Επιχειρήθηκε η παράθεση τόσο των προϋποθέσεων για να καταστεί δυνατή η εφαρμογή αυτών των νέων εργασιακών μοντέλων, όσο και του νομικού καθεστώτος που τα διέπει (ή της απουσίας του στην περίπτωση του smart working). Επισημάνθηκαν ορισμένα από τα προβλήματα που γεννώνται και πώς θα μπορούσαν να αντιμετωπιστούν, αλλά και οι νομοθετικές προκλήσεις που μοιραία ανακύπτουν.

Θεωρούμε ότι στο μέλλον θα υπάρξουν μεγάλης έκτασης και δραστικές εξελίξεις που θα αναμορφώσουν και θα επηρεάσουν σε σημαντικό βαθμό το εργατικό (και όχι μόνο) δίκαιο, εξαιτίας της ραγδαίας τεχνολογικής προόδου. Η νομική κοινότητα οφείλει να προετοιμάζεται και να είναι διαρκώς σε επιφυλακή για την ρύθμιση των ζητημάτων που θα προκύψουν και για την έγκαιρη ανάλυση μιας νέας «εικονικής» πραγματικότητας που ενδεχομένως να μεταλλάξει τις εργασιακές σχέσεις όπως τις ξέραμε.

∴∴∴

«στο μέλλον θα υπάρξουν μεγάλης έκτασης και δραστικές εξελίξεις που θα αναμορφώσουν και θα επηρεάσουν σε σημαντικό βαθμό το εργατικό (και όχι μόνο) δίκαιο, εξαιτίας της ραγδαίας τεχνολογικής προόδου»

^[45] Όπως και στο άρθρο 25 παρ.1 του Συντάγματος.

^[46] Δ. Σιδέρης, Τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης στη σχέση εργασίας, ΕΕργΔ 2018, σελ.1184. Σ. Γιαννακούρου, Η προστασία του υποψήφιου εργαζόμενου, ΕΕΕυρΔ (4) 2019, σ. 461-470.

^[47] Γνώμη της Ο.Κ.Ε., ό.π. (τελευταία πρόσβαση στις 4/4/2021).



Ένθα, Επίκαιρα Νομικά Θέματα και Αναλύσεις

Νομικό περιοδικό το οποίο εκδίδεται από το Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου και εμπεριέχει άρθρα, μελέτες, νομολογιακά σχόλια και επισκόπηση της επικαιρότητας του ευρωπαϊκού, διεθνούς, ελληνικού και κυπριακού δικαίου.

ISSN 2357-1268 (Εντυπη Μορφή)

ISSN 2357-1276 (Ηλεκτρονική μορφή)

Εκδοτική Επιτροπή :

- Δρ. **Philippe Jougoux**,

Αναπληρωτής Καθηγητής, Νομική Σχολή, EUC

- Δρ. **Σταματίνα Γιαννακούρου**,

Αναπληρώτρια Καθηγήτρια, Νομική Σχολή, EUC

- Δρ. **Χριστιάνα Μάρκου**,

Επικουρη Καθηγήτρια, Νομική Σχολή, EUC

- Δρ. **Αθηνά Κοντογιάννη**,

Λέκτορας, Νομική Σχολή, EUC

Βοηθοί συντακτικής ομάδας :

- **Γιάννης Παναγιώτου και Νίκη Καραγιάννη**

Προπτυχιακοί φοιτητές, Νομική Σχολή, EUC

Ηλεκτρονική μορφή :

<http://entha.euc.ac.cy>

Διεύθυνση :

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΥΠΡΟΥ

Διογένους 6, Έγκωμη, Τ.Θ. 22006,

1516 Λευκωσία, Κύπρος,

p.jougoux@euc.ac.cy <http://www.euc.ac.cy>

Τηλ.: +357.22.713000

Λευκωσία, 2018

Όλα τα άρθρα και οι συμβολές στο περιοδικό διατίθενται με την άδεια Αναφορά Δημιουργού-Μη Εμπορική Χρήση-Όχι Παράγωγα Έργα 4.0 Διεθνές

