

ένθα

No 8

2017

Διατίθεται
δωρεάν

Επίκαιρα Νομικά θέματα και Αναλύσεις

ΝΕΑ ΚΑΙ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΕΙΣ

Προλογικό σημείωμα
Χ. Μάρκου

ΑΝΘΡΩΠΙΝΑ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ

Penalization of blasphemy and religious insults as an
infringement of freedom of expression in Europe
Ι. Ιγγλεζάκης

ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Εμβόλια: Μύθοι και Πραγματικότητες
Π. Λεάνδρου

ΔΙΕΘΝΕΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας
Π. Γιαννακάς

ΕΛΛΗΝΙΚΟ ΙΑΤΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Ηθικά και νομικά ζητήματα της χρήσης των
βλαστοκυττάρων
Μ. Μακρή

ΚΥΠΡΙΑΚΟ ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές
υποθέσεις βιασμού
Γ. Πασιάς

ΕΣΩΤΕΡΙΚΗ ΑΓΟΡΑ

Θεμελιώδη Ανθρώπινα Δικαιώματα και Θεμελιώδεις
Ελευθερίες στο Ενωσιακό Δίκαιο: Ποιο από τα δυο είναι
(αν είναι) «πιο θεμελιώδες»;
Σ. Αναστάση



Πίνακας Περιεχομένων

	ΣΕΛΙΔΑ
Νέα και Ανακοινώσεις	
• Χριστιάνα Μάρκου, Προλογικό σημείωμα.	2
• Επικαιρότητα εν συντομία...	3
Ανθρώπινα Δικαιώματα	
• Ιωάννης Ιγγλεζάκης, Penalization of blasphemy and religious insults as an infringement of freedom of expression in Europe	5
Αστικό Δίκαιο	
• Παναγιώτα Λεάνδρου, Εμβόλια: Μύθοι και Πραγματικότητες, Σχολιασμός της υπ' αριθμόν C-621/15 απόφασης του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης	9
Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο	
• Παναγιώτης Γιαννακάς, Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας	17
Ιατρικό Δίκαιο	
• Μαρία Μακρή, Ηθικά και νομικά ζητήματα της χρήσης των βλαστοκυττάρων	34
Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο	
• Γεώργιος Πασιάς, Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές υποθέσεις βιασμού	39
Εσωτερική Αγορά	
• Στέλλα Αναστάση, Θεμελιώδη Ανθρώπινα Δικαιώματα και Θεμελιώδεις Ελευθερίες στο Ενωσιακό Δίκαιο: Ποιο από τα δυο είναι (αν είναι) «πιο θεμελιώδες»;	51

Προλογικό σημείωμα.

Χριστιάνα Μάρκου, Λέκτορας Νομικής Σχολής
Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου, Δικηγόρος

Το όγδοο τεύχος του ΕΝΘΑ έρχεται να επιβεβαιώσει την επιτυχημένη πορεία του περιοδικού το οποίο φιλοξενεί νομικά άρθρα κυρίως φοιτητών οι οποίοι εκφράζοντας την αγάπη τους για τη νομική επιστήμη, καταβάλλουν έμπρακτη προσπάθεια να την υπηρετήσουν προσθέτοντας το δικό τους λιθαράκι. Το τεύχος αυτό του περιοδικού περιέχει άρθρα επί σύγχρονων αλλά και διαχρονικών θεμάτων από διάφορους κλάδους δικαίου ώστε αυτό να αξίζει μια θέση σε αρκετές βιβλιοθήκες νομικών επαγγελματιών και όχι μόνο.

Αυτό το τεύχος τιμάται από τον Αναπληρωτή Καθηγητή Ιωάννη Ιγγλεζάκη, ο οποίος έχει παραχωρήσει το πρώτο άρθρο του τεύχους επί του θέματος της ποινικοποίησης της βλασφημίας και της προσβολής θρησκευύματος. Το άρθρο απαντά στο πολύ ενδιαφέρον αλλά και από μια άποψη, επίκαιρο ερώτημα κατά πόσο μια τέτοια ποινικοποίηση συνιστά απαράδεκτο περιορισμό της ελευθερίας της έκφρασης. Δύο άλλα άρθρα του τεύχους καταπιάνονται με θέματα κυρίως του ιατρικού δικαίου. Το ένα από αυτά αναδεικνύει όμορφα τη σχέση μεταξύ ιατρικού δικαίου και δικαίου προστασίας καταναλωτή η οποία δεν είναι σε όλους πάντοτε διακριτή. Συγκεκριμένα, επικεντρώνεται στα εμβόλια τα οποία συνιστούν 'προϊόντα' και ως τέτοια, δυνατόν να είναι ελαττωματικά προκαλώντας νόσο και ενεργοποιώντας έτσι, την ευθύνη του παραγωγού που καθιερώνει η σχετική Ευρωπαϊκή Οδηγία 85/374/ΕΟΚ. Το άλλο εξετάζει τη χρήση βλαστοκυττάρων στο τομέα της ιατρικής και της ιατρικής έρευνας από νομικο-ηθική σκοπιά σχολιάζοντας ζητήματα τα οποία είναι ιδιαιτέρως ενδιαφέροντα και συνάμα, αμφιλεγόμενα.

Ένα τέταρτο άρθρο του τεύχους καταπιάνεται με έναν εντελώς διαφορετικό κλάδο δικαίου, συγκεκριμένα εκείνον του φορολογικού δικαίου και αποτελεί μια αναλυτική και συνάμα κριτική ματιά σε βασικές αρχές και μηχανισμούς του συστήματος διεθνούς φορολόγησης. Εμπλουτίζοντας τη ποικιλία του περιεχομένου του περιοδικού, το τελευταίο άρθρο ασχολείται με το ποινικό δίκαιο και δη, με το αδίκημα του βιασμού επικεντρωνόμενο στην επάρκεια (ή ποιότητα) της συναίνεσης του παρhapνουμένου σε ορισμένες ειδικές περιπτώσεις, όπως είναι η περίπτωση στην οποία ο φερόμενος ως δράστης αφαιρεί ή καταστρέφει το προφυλακτικό κατά τη διάρκεια της συνουσίας.

Το παρόν τεύχος ολοκληρώνεται από τη καθιερωμένη πλέον στήλη στην οποία τα μέλη της εκδοτικής επιτροπής του περιοδικού καταγράφουν σε συντομία σημαντικά γεγονότα της νομικής επικαιρότητας. Ανθρώπινα δικαιώματα, ποινικό δίκαιο, ιατρικό δίκαιο, δίκαιο προστασίας καταναλωτή και διεθνές φορολογικό δίκαιο. Αυτά και ακόμη περισσότερα, (αν συνυπολογίσει κανείς και τη στήλη 'επικαιρότητα εν συντομία') θέτει στη διάθεση των αναγνωστών του το όγδοο τεύχος του περιοδικού ευελπιστώντας ότι θα γεμίσει εποικοδομητικά ορισμένες από τις ώρες τους ωφελώντας τους όπως ωφελούνται κάθε φορά όσοι φροντίζουν να γεμίζουν τις σελίδες του.

Επικαιρότητα εν συντομία...

Επικαιρότητα εν συντομία...

Το Αγγλικό Εφετείο προέβη πρόσφατα σε μια ιδιαιτέρως στενή ερμηνεία του Άρθρου 3(3) του Κανονισμού Ρώμη Ι για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές. Η διάταξη αυτή διαλαμβάνει ότι όταν όλα τα σχετικά με την υπόθεση στοιχεία εντοπίζονται σε μια μόνο χώρα, τότε οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου της χώρας εκείνης υπερέχουν των αντίστοιχων του δικαίου της επιλογής των μερών. Σύμφωνα με το Εφετείο, η συγκεκριμένη υπεροχή η οποία αποτελεί εξαίρεση στην αρχή του σεβασμού της αυτονομίας των μερών πρέπει να αναγνωρίζεται μόνο στις περιπτώσεις όπου όχι μόνο ελλείπει οποιοδήποτε στοιχείο το οποίο συνδέει την επίδικη σύμβαση με μια άλλη χώρα αλλά απουσιάζει επίσης οποιοδήποτε διεθνές στοιχείο στην φύση της όλης συναλλαγής και σχετικής αγοράς. Κατ' επέκταση, στις σχετικές δύο υποθέσεις, το Εφετείο δεν αναγνώρισε την εφαρμογή του αναγκαστικού δικαίου της Ιταλίας και Πορτογαλλίας αντίστοιχα σε διαφορές που αφορούσαν συμβάσεις ανταλλαγής επιτοκίου (interest swap agreements) αποδεχόμενο έτσι ως εφαρμοστέο το επιλεγέν από τα μέρη δίκαιο καθότι η συμβαλλόμενη τράπεζα σύναπτε τέτοιου είδους συμφωνίες σε διάφορα νομίσματα και σε διάφορες χώρες του κόσμου και η σχετική αγορά γενικότερα έχει διεθνή χαρακτηριστικά (Banco Santander Totta SA v Companhia de Carris de Ferro De Lisboa SA [2016] EWCA Civ 1267 και Dexia Crediop SPA v Comune di Prato [2017] EWCA Civ 428). Δεν υπάρχει σχετική απόφαση του ΔΕΕ επί της συγκεκριμένης διάταξης του Κανονισμού, ωστόσο η προσέγγιση του Αγγλικού Εφετείου φαίνεται να συνάδει με τον κανόνα που θέλει τις εξαιρέσεις στους κανόνες να ερμηνεύονται στενώς ώστε οι δεύτεροι να μην καταργούνται (έμμεσα) από τις πρώτες.

X.M.

Η ΟΛΑΠ 1/2017 ασχολήθηκε με το ζήτημα της νομιμότητας της δικαστικής χρήσης μηνυμάτων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπαλλήλων μιας επιχείρησης, οι οποίοι χρησιμοποιούσαν υπολογιστές που τους είχαν δοθεί από την επιχείρηση προς άσκηση ανταγωνιστικών, βλαπτικών για την επιχείρηση δραστηριοτήτων. Η Ολομέλεια του Ακυρωτικού έκρινε αρχικά ότι η προστατευτική εμβέλεια της διάταξης του άρθρου 19 § 1 Σ, που κατοχυρώνει το απόρρητο των επικοινωνιών, καλύπτει μόνο την επικοινωνία τη στιγμή που τελείται και δεν εκτείνεται και στο μετά την ολοκλήρωση της επικοινωνίας διάστημα (το οποίο μπορεί να εμπίπτει στην προστατευτική εμβέλεια των 9 και 9Α Σ). Στην ίδια απόφαση κρίθηκε ότι ήταν νόμιμη η χρήση των παραπάνω μηνυμάτων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από τον εργοδότη, κατόπιν ανασυρής τους από τους σκληρούς δίσκους των υπολογιστών που είχε παραχωρήσει στους εν λόγω υπαλλήλους, προκειμένου να αποδειχθεί η παραβίαση των υποχρεώσεων πίστης των τελευταίων.

E.P.

Δεν παραβιάζει την ελευθερία της έκφρασης (άρθρο 10 ΕΣΔΑ) απόφαση δικαστηρίου η οποία απαγορεύει την δημοσίευση της φωτογραφίας ενός άντρα ο οποίος κατηγορείται για φόνο. Το γερμανικό δικαστήριο είχε αποφασίσει ότι μόνο οι δημοσιογράφοι οι οποίοι δεσμεύονται να μην φωτογραφήσουν το πρόσωπο του κατηγορούμενου δικαιούνται να τραβούν φωτογραφίες κατά τη διάρκεια της ακρόασης. Αιτιολογία του ήταν η προστασία της προσωπικότητας του κατηγορουμένου, ο οποίος ρητά δήλωσε ότι δεν ήθελε να φωτογραφηθεί. Το ΕΔΔΑ θεωρεί ότι αυτό το σκεπτικό ακολουθεί την αρχή της αναλογικότητας, καθώς αφενός ο περιορισμός στην άσκηση της δημοσιογραφικής εργασίας δεν ήταν και τόσο σημαντικός, ενώ αφετέρου το τεκμήριο αθωότητας έπρεπε να προστατευτεί.

P.J.

Banco Santander Totta SA v Companhia de Carris de Ferro De Lisboa SA [2016] EWCA Civ 1267 και Dexia Crediop SPA v Comune di Prato [2017] EWCA Civ 428

ΟΛΑΠ 1/2017

ΕΔΔΑ, Axel Springer SE et RTL Television GmbH c. Allemagne (requête no 51405/12).

Νέα και ανακοινώσεις

**ΕΔΔΑ,
D.M.D. v. Ρουμανίας
(Αίτηση αρ.
23022/13)**

Η υπόθεση D.M.D. v. Ρουμανίας (Αίτηση αρ. 23022/13) αφορούσε διαδικασίες εναντίον πατέρα για ενδοοικογενειακή βία εναντίον του γιού του. Το ΕΔΔΑ αποφάσισε ότι η εθνική νομοθεσία και οι διαδικασίες που ακολουθήθηκαν δεν προστάτευαν την αξιοπρέπεια του παιδιού και παραβιάστηκε ο άρθρο 3 και 6(1) της ΕΣΔΑ. Συγκεκριμένα η διάρκεια της ανάκρισης καθώς και της δικαστικής διαδικασίας (8 χρόνια και 4 μήνες) ήταν υπερβολική υπό τις περιστάσεις. Μάλιστα το γεγονός αυτό λήφθηκε υπόψιν ως ελαφρυντικό για τον πατέρα και του επιβλήθηκε ποινή φυλάκισης με αναστολή. Επίσης, σύμφωνα το λεκτικό της απόφασης του εθνικού δικαστηρίου, μεμονωμένες ή ασυνήθεις πράξεις βίας μπορούν να δικαιολογηθούν εντός της οικογένειας όταν οι γονείς προσπαθούν απλώς να τιμωρήσουν τα παιδιά τους, κάτι που είναι ασυμβίβαστο τόσο με το εθνικό δίκαιο όσο και με την Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Οποιαδήποτε μορφή αιτιολόγησης κακομεταχείρισης παιδιού υποβιβάζει την προστασία της αξιοπρέπειας του και δεν είναι επιτρεπτή.

M.Π.

**ΔΕΕ, C-295/16,
Europamur Alimentación SA κατά
Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 19/10/2017**

Στις 19 Οκτωβρίου 2017 το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) εξέδωσε μια πολύ ενδιαφέρουσα απόφαση αναφορικά με το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2005/29/EK για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές. Ειδικότερα στο πλαίσιο της εν λόγω υπόθεσης το ΔΕΕ κλήθηκε, σε πρώτο στάδιο, να εξετάσει κατά πόσο η Οδηγία αυτή μπορούσε να εφαρμοστεί αναφορικά με αθέμιτη εμπορική πρακτική μεταξύ επαγγελματιών και κατά συνέπεια κατά πόσο είχε το ίδιο αρμοδιότητα να την ερμηνεύσει υπό τις περιστάσεις. Το ΔΕΕ υιοθετώντας τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα ανέφερε ότι παρόλο που η εν λόγω Οδηγία έχει εφαρμογή μόνο στις πρακτικές που θίγουν άμεσα τα οικονομικά συμφέροντα καταναλωτών και, ως εκ τούτου, δεν έχει εφαρμογή σε εμπορικές συναλλαγές μεταξύ επαγγελματιών, εξ αυτού δεν μπορεί να συναχθεί ότι το ίδιο δεν είναι αρμόδιο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου. Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο ανέφερε ότι έχει επανειλημμένως δεχθεί ότι είναι αρμόδιο να αποφαινεται επί αιτήσεων προδικαστικών αποφάσεων σε περιπτώσεις στις οποίες ενώ τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης, οι σχετικές διατάξεις του δικαίου αυτού εφαρμόζονται δυνάμει εθνικής νομοθεσίας, η οποία εναρμονίστηκε προς τις λύσεις που έχει προκρίνει το δίκαιο αυτό. Σύμφωνα με το ΔΕΕ σε μια τέτοια κατάσταση, υπάρχει ένα βέβαιο συμφέρον της Ένωσης να δίδεται ομοιόμορφη ερμηνεία στις διατάξεις του δικαίου της προκειμένου να αποφεύγονται στο μέλλον αποκλίνουσες ερμηνείες.

Θ.Π.-Μ.

.....

Penalization of blasphemy and religious insults as an infringement of freedom of expression in Europe*

Ιωάννης Ιγγλεζάκης, Αναπληρωτής Καθηγητής, Νομική Σχολή,
Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης.

Despite the commitment to freedom of expression of European States, which are members of the EU and of the Council of Europe, the penalization of blasphemy persists in some European countries, which provide for criminal charges for blasphemy or defamation of religion. However, these laws have a chilling effect on free speech. The European Court of Human Rights has considered that these laws do not infringe the ECHR, as it assumed a right not to be insulted in religious beliefs which must be balanced with the right to freedom of speech. This paper discuss the necessity for having laws prohibiting religious insults and defamation of the divine. It is argued that such laws constitute absolute restrictions of the right to freedom of expression and it is proposed to abolish such laws.

Laws on blasphemy have proliferated in certain Islamic countries, in which also violent acts were performed in the name of Islam, but they are also not foreign in Christian tradition.^[1] However, the separation of church and state, and the creation of secular states, in Europe have resulted into the abolishment of blasphemy laws, in many, though not all European countries. Some European states still provide for criminal charges for blasphemy or defamation of religion.^[2] However, laws on blasphemy and defamation of religion have a serious impact on freedom of expression and thus, their existence is creating ambiguity, to say the least.

This is not the case in the U.S. Notably, the U.S. Supreme Court has held in 1952 that “the state has no legitimate interest in protecting any or all religions from views distasteful to them which is sufficient to justify prior restraints upon the expression of those views. It is not the business of government in our nation to suppress real or imagined attacks upon a particular religious doc-

trine”.^[3] In Europe, however, many European states still punish blasphemy and the case law of the European Court of Human Rights does not preclude restrictions of freedom of expression in case of religious insults.

Various incidents in the past and in recent years have cast light on the expression of statements insulting religious beliefs. In particular, violent reactions of Muslims erupted because of the publication of Salman Rushdie’s novel “the Satanic Verses” in 1988, and in 2005 the publication of Prophet Mohammed cartoons in a Danish newspaper sparked violent reactions which culminated in the terrorist attack against satirical magazine Charlie Hebdo which left twelve people killed and eleven injured.^[4] Consequently, a social media campaign was launched, i.e., the #jesuischarlie campaign, which symbolized the adherence with freedom of expression and the denunciation of the terrorist attacks.^[5]

These incidents bring forward the tension between the right to freedom of expression and the forbiddance of speech that offends

«many European states still punish blasphemy and the case law of the European Court of Human Rights does not preclude restrictions of freedom of expression in case of religious insults»

* Paper presented in the International workshop “From Online Hate Speech to cyberterrorism: Freedom of expression VS Security: what regulations are possible?”, Montpellier, February 8th, 2017.

[1] M. Gatti, Blasphemy in European Law, in M. Díez Bosch and J. Sánchez Torrents (eds), On Blasphemy (Blanquerna, 2015), pp. 49-64.

[2] J. Temperman, Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights law, 26(4) NETH. Q. HUM. RTS. 517, 530-533 (2008).

[3] Judgement of the U.S. Supreme Court, Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 26 May 1952, 343 U.S. 495.

[4] See The Telegraph, 04 May 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/11341599/Prophet-Muhammad-cartoons-controversy-timeline.html>

[5] M. Groppo, To Be or Not to Be Charlie?, <http://www.booksandideas.net/To-Be-or-Not-to-Be-Charlie.html#nb1>

Ανθρώπινα Δικαιώματα

religious beliefs. On the one hand, in the occasion of the publication of the Danish cartoons various legal proceedings were brought at national level complaining that this publication violated the right to freedom of religion of Muslims, and religious organizations called for stricter regulations of speech that offends religious beliefs. On the other hand, liberals have advocated in favor of the freedom of expression, condemning the penal sanctions against blasphemy.^[6]

I. The purpose of blasphemy laws

The question which comes first into mind is what is the purpose of penalizing blasphemy. Legal sanctions against defamation of religion exist in states in which there is one predominant religion and where politics and religion remain intertwined. They have been enacted and enforced in order to protect the dominant religion and evidently, they stress the importance of the state church system in one country.

More particularly, the purpose of such laws is to limit the freedom of speech and expression related to blasphemy in order to protect God or a particular religion, seemingly. For instance, the Greek Penal law provides for a penalty to insulting publicly and maliciously, God, and the divinity or the Greek orthodox Church as such or any other religion, tolerable in Greece. The justification for prohibiting blasphemy cannot be, however, the fear of punishment by an angry God as the one depicted in the Old Testament. The actual purpose is rather to protect the religious feelings of the majority of the population and rarely, the religious beliefs of minorities. Since blasphemy may upset religious believers, it could cause violent reactions and lead to social unrest and breach of the peace. Thus, the need to protect freedom of religion and preserve peace seems to be the justification for preserving sanctions

against blasphemy and not the protection of religion.^[7]

Since laws imposing legal sanctions on blasphemy may have a chilling effect on freedom of expression, the right of freedom of religion must be balanced against the first right. It must be borne into mind that freedom of expression is a fundamental cornerstone of democracy and it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive or indifferent, but also to those that offend, shock or disturb.^[8] Therefore, any society must permit open discussions on issues related to religion. It is notable that according to the Venice Commission, in a democratic society, religious groups must tolerate, as must other groups, critical public statements and debate about their activities, teachings and beliefs, provided that such criticism does not amount to intentional and gratuitous insult and does not constitute incitement to disturb the public peace or to discriminate against adherents of a particular religion.^[9]

Limitations of the right to freedom of expression may only be legitimate if they fall within the conditions defined in Article 10 para. 2 ECHR, i.e. they must be prescribed by law and be necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, and so forth. It should be, therefore, scrutinized whether national laws of European countries on blasphemy pass this test.

There is evidently no generally accepted definition of blasphemy. According to the definition provided by the Committee on Culture, Science and Education of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, it is the offence of insulting or showing contempt or lack of reverence for God

«Since blasphemy may upset religious believers, it could cause violent reactions and lead to social unrest and breach of the peace»

^[6] Letsas, Is there a right not to be offended in one's religious beliefs?, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1500291>

^[7] J. Patrick, The Curious Persistence of Blasphemy, Florida Journal of International law vo. 23 (2011), pp. 187-220.

^[8] ECtHR, Handyside v. the United Kingdom, § 49.

^[9] Preliminary Report adopted on 16-17 March 2007 by the Venice Commission.

Penalization of blasphemy

and, by extension, towards anything considered sacred. Relevant criminal law provisions exist in six EU member states: Austria, Denmark, Finland, Greece, Ireland and Italy. The punishment for blasphemy varies; countries such as Italy and Ireland impose a fine, while Denmark, Austria and Finland impose imprisonment extended to a few months, and only in Greece the sanction is up to years of prison.

Religious insult is a similar offence which takes different forms in various EU countries; it is defined as an insult based on a particular religion or an insult to religious feelings and it incurs a penalty of imprisonment from a few months up to five years and/or a pecuniary fine.

In most EU countries incitement to religious hatred is punished as a specific instance of incitement to general hatred. In some countries, however, it is required that incitement is likely to create discrimination or violence. It is also noted in many states in case incitement to hatred was committed or provoked through violence, this constitutes an aggravating circumstance.

II. The case law of the European Court of Human Rights

The European Court of Human Rights addressed the issue of the speech that offends religious feelings in a series of decisions, beginning in the late 80s. In the leading judgement in the case of *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, the Court held that the responsibility to ensure the peaceful enjoyment of freedom of religion lies with the state and that a State may legitimately consider it necessary to take measures aimed at repressing certain forms of conduct, including the imparting of information and ideas, judged incompatible with the respect for the freedom of thought, conscience and religion of others, as was held in the *Kokkinakis* judgement.^[10] Thus, the respect for the religious

feelings of believers would be violated by provocative portrayals of objects of religious veneration and such portrayals can be considered as a violation of tolerance, which is a constituent of a democratic society.

Furthermore, in the case of *Wingrove v United Kingdom*, a complaint was submitted by a film director whose film 'Visions of Ecstasy' was denied a certificate because it showed St Teresa of Avila having ecstatic visions of Jesus Christ and being engaged in acts of sexual nature. The applicant complained that this denial amounted to a violation of freedom of expression, however, the Court found that the English law on blasphemy, which was the legal basis for this limitation, pursued a legitimate aim, which was to protect the right of citizens not to be offended in their religious beliefs. It reiterated the doctrine of the *Otto-Preminger-Institut* that there is a duty to avoid so far as possible an expression that is, in regard to objects of veneration, gratuitously offensive to others and profanatory.

It is, thus, argued that this case law brings forward the claim that there is a right not to be insulted in one's religious beliefs and this claim clashes with freedom of speech.^[11] Moreover, in the particular cases, it is reasoned that the European Court carried out the balancing of the right to freedom of religion and the right to freedom of expression erroneously, because the limitation was actually disproportionate to the legitimate aim and freedom of artistic expression should have prevailed.^[12]

In our view, this reasoning of the Court is wrong, since it introduces an absolute limitation of the right to freedom of expression; in our view, it should rather carry out a balancing of rights, in accordance with the theory of practical concordance applied by the German Federal Constitutional Court, which seeks to avoid sacrificing one right against the other.^[13] Instead, it tries to find a

«a State may legitimately consider it necessary to take measures aimed at repressing certain forms of conduct, including the imparting of information and ideas, judged incompatible with the respect for the freedom of thought, conscience and religion»

^[10] *Otto-Preminger-Institut*, para. 47; *Kokkinakis v Greece*, 1993, para. 48.

^[11] *Letsas*, *ibid.*

^[12] *Letsas*, *ibid.*

^[13] See *Kommers & Miller*, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed., 2012, p. 67-68: "Practical Concordance is a

"canon that holds that protected constitutional values must be harmonized with one another when they conflict, it requires the optimization of competing rights. In short, one constitutional value may not be realized at the expense of a competing constitutional value. In the German view, constitutional interpretation is not a zero-sum game"... Professor Hesse

Ανθρώπινα Δικαιώματα

compromise between the conflicting rights by limiting the exercise of both rights.

III. Further initiatives of the Council of Europe

The debate in Europe on the essence of blasphemy offences is quite interesting and despite the ECtHR's case law the incompatibility of such offences with the protection of the right to freedom of expression has been demonstrated.

The Council of Europe issued the Report of the Committee on Culture, Science and Education of 8 June 2007, in which it highlighted that it should be ensured that national law and practice:^[14]

- permit open debate on matters relating to religion and beliefs and do not privilege a particular religion in this respect, which would be incompatible with Articles 10 and 14 of the European Convention on Human Rights;
- penalise statements that call for a person or a group of persons to be subjected to hatred, discrimination or violence on grounds of their religion as on any other grounds;
- prohibit acts which intentionally and severely disturb the public order and call for public violence by references to religious matters, as far as it is necessary in a democratic society in accordance with Article 10, paragraph 2 of the European Convention on Human Rights.

Subsequently, the Venice Commission has examined the relevant European legislation and researched the issue whether there is a need for specific supplementary legislation in this area. The conclusions of the Report by the Venice Commission, *inter alia*,^[15] are the following:

- a. That incitement to hatred, including religious hatred, should be the object of crimi-

nal sanctions as is the case in almost all European states, with the exception only of Andorra and San Marino.

b. That it is neither necessary nor desirable to create an offence of religious insult (that is, insult to religious feelings) simpliciter, without the element of incitement to hatred as an essential component.

c. That the offence of blasphemy should be abolished (which is already the case in most European states) and should not be reintroduced.

This is an important policy statement, as it recommends clearly the abolishment of blasphemy offence, since it is considered that criminal charges are inappropriate in respect of insult to religious feelings. This does not include hate crimes and it is affirmed that criminal charges related to incitement to religious hatred are appropriate.

Conclusion

In our view, it must be considered that speech which contributes to a debate of general interest is protected under the right to freedom of expression, which is established in Article 10 ECHR and in the Constitutions of European countries.^[16] Thus, theatrical and cinema plays, satirical presentations and illustrations, cartoons, etc., which are mainly the target of blasphemy laws, should not be prohibited and sanctioned, even if they touch upon religiously sensible issues. This calls essentially for the abolishment of blasphemy laws, which constitute absolute restrictions of the right to freedom of expression, but with the exception of the offence of incitement to religious hatred, which must be retained, since behavior that constitutes such incitement goes beyond the realm of free speech and cannot be protected under such right.

♦♦♦♦

«it is considered that criminal charges are inappropriate in respect of insult to religious feelings»

wrote, "The principle of the Constitution's unity requires the optimization of [values in conflict]: Both legal values need to be limited so that each can attain its optimal effect. In each concrete case, therefore, the limitations must satisfy the principle of proportionality; that is, they may not go any further than necessary to produce a concordance of both legal values."

^[14] Parliamentary Assembly, doc. 11296, 8 June 2007, Blasphemy, religious insults and hate speech against

persons on grounds of their religion, Report Committee on Culture, Science and Education

Rapporteur: Mrs Sinikka Hurskainen, Finland, Socialist Group, <http://www.assembly.coe.int/>

^[15] Venice Commission, Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society, Science and technique of democracy, No. 47, 2010.

^[16] See ECtHR, *Von Hannover v. Germany*, 24.9.2004, application no. 59320/00.

Εμβόλια: Μύθοι και Πραγματικότητες

Σχολιασμός της υπ' αριθμόν C-621/15 απόφασης του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Παναγιώτα Λεάνδρου, Φοιτητριά, Νομική Σχολή,
Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου

Στον ακόλουθο σχολιασμό της απόφασης του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, περί της ευθύνης λόγω ελαττωματικού προϊόντος και συγκεκριμένα ελαττωματικού εμβολίου, επιχειρείται να αναλυθούν αρχικά τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης και να εξετασθεί κατά πόσο είναι εύκολο να αποδειχθεί η ευθύνη του παραγωγού, ιδιαίτερα όταν υπάρχουν σοβαρές και συγκλίνουσες ενδείξεις εναντίον του. Στη συνέχεια, εξετάζεται ο τρόπος με τον οποίο η κοινή γνώμη αντιμετωπίζει σήμερα τα εμβόλια και οι εκτιμήσεις της ως προς την ασφάλειά τους. Τέλος, καταγράφονται κάποιες προσπάθειες που γίνονται από αρμόδιους φορείς στην Κύπρο για την ρύθμιση ειδικής νομοθεσίας σχετικά με τα εμβόλια.

Υγεία τίμιον αλλ' ευμετάστατον»
Η υγεία είναι πολύτιμη αλλά ευμετάβλητη, όπως ακριβώς ανέφερε ο αρχαίος Έλληνας ιστορικός Πλούταρχος. Είναι γνωστό ότι ο άνθρωπος φροντίζει για την υγεία του και ότι θεωρεί την πρόληψη ως την καλύτερη θεραπεία. Αποτελεί όμως, όντως, η πρόληψη την καλύτερη θεραπεία; Στη σύγχρονη εποχή, με την ιατρική επιστήμη να αναπτύσσεται και να εξελίσσεται καθημερινά, πολλοί είναι αυτοί που διερωτώνται αν όντως τα επιτεύγματά της είναι ασφαλή για την υγεία τους. Ένα φλέγον θέμα που έχει ανακύψει είναι και αυτό που αφορά τα εμβόλια, εφόσον οι μύθοι και οι πραγματικότητες σχετικά με αυτά ποικίλουν και ο Παγκόσμιος Οργανισμός Υγείας προωθεί το σύνθημα «Προστατεύσου – Εμβολιάσου – εμβολίασε το παιδί σου»^[1].

Κατά πόσο τα εμβόλια είναι ασφαλή για την υγεία του ανθρώπου και συνεισφέρουν στην πρόληψη και κατά πόσο μπορούν να θεωρηθούν μέχρι και θανάσιμα; Όντως εξασφαλίζει κανείς μια πιο υγιή ζωή εμβολιαζόμενος ή οι ζημιές που αυτό μπορεί να προκαλέσει καθίστανται μέχρι και ανεπανόρθωτες; Φαίνεται να απαντάται αυτό το ζήτημα με την πρόσφατη απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση υπ' αριθμόν C-

621/15^[2]. Για τη συγκεκριμένη απόφαση έχουν γραφτεί αρκετά στον τύπο όπου και θεωρήθηκε ότι εισάγει πλέον ένα «δίχτυ προστασίας για τα ελαττωματικά εμβόλια»^[3].

Η παρούσα μελέτη αποσκοπεί στην ανάδειξη των πραγματικών διαστάσεων της παραπάνω απόφασης. Σε πρώτο στάδιο γίνεται αναφορά στα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης C-621/15 ενώ στη συνέχεια εξετάζεται η κρίση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου αναφορικά με την ευθύνη του παραγωγού και του τρόπου απόδειξης της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ πάθησης και εμβολίου. Σημαντικό σημείο ανάλυσης αποτελεί, τέλος, ο τρόπος αντίδρασης της κοινωνίας σήμερα απέναντι στον εμβολιασμό καθώς και η σκιαγράφηση των προς λήψη μέτρων.

I. Μια απόφαση σταθμός για την ευθύνη του παραγωγού εμβολίου

A) Τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης C-621/15

Στη συγκεκριμένη υπόθεση ο M.W έλαβε τρεις δόσεις του εμβολίου κατά της ηπατίτιδας B, που κατασκευάζεται από την εταιρεία Sanofi. Μετά την τελευταία δόση του εμβολίου, άρχισε να παρουσιάζει διάφορα συμπτώματα, ενώ λίγους μήνες αργότερα διαγνώστηκε με σκλήρυνση κατά πλάκας και, εν

« Μετά την τελευταία δόση του εμβολίου, άρχισε να παρουσιάζει διάφορα συμπτώματα, ενώ λίγους μήνες αργότερα διαγνώστηκε με σκλήρυνση κατά πλάκας »

^[1] Δώδεκα μύθοι για τα εμβόλια – Όσα πρέπει να ξέρετε, Παναγιώτα Καρλατήρα, 26/04/2017, <http://www.protothema.gr>

^[2] Υπόθεση C-621/15, N. W, L. W, C. W κατά Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Carpiniko, της 21^{ης} Ιουνίου 2017.

^[3] Ευρωπαϊκό Δικαστήριο: Δίχτυ προστασίας για τα ελαττωματικά εμβόλια, Πηγή: ΚΥΠΕ, 21/07/2017, <http://www.cna.org.cy/index.aspx>

Αστικό Δίκαιο

τέλει, απεβίωσε. Η οικογένεια άσκησε αγωγή αποζημίωσης κατά της Sanofi, θεωρώντας ότι το εμβόλιο ήταν αυτό που προκάλεσε την ασθένεια και εν συνεχεία το θάνατο του M.W, λόγω του σύντομου χρόνου μεταξύ του εμβολιασμού και της εμφάνισης των πρώτων συμπτωμάτων της σκληρύνσεως κατά πλάκας. Ένα επιπρόσθετο γεγονός που ενίσχυε τους ισχυρισμούς της οικογένειας ήταν η απουσία οικογενειακού και προσωπικού ιστορικού, όσον αφορά την εν λόγω ασθένεια. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, λοιπόν, κλήθηκε να αποφασίσει κατά πόσο το εμβόλιο μπορούσε να θεωρηθεί ελαττωματικό αλλά και κατά πόσο μπορούσε να υπάρξει εύλογη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του ελαττώματος και της βλάβης.

Β) Οι ισχυρισμοί των εναγόντων στην υπόθεση C-621/15

Στην περίπτωση του M.W, ασκήθηκε αγωγή αποζημίωσης κατά της Sanofi για τη βλάβη που υπέστη ο M.W εξαιτίας των εμβολίων που έλαβε. Όπως προαναφέρθηκε, η οικογένεια στήριζε τους ισχυρισμούς της στο σύντομο χρόνο μεταξύ του εμβολιασμού και της εμφάνισης των πρώτων συμπτωμάτων σκληρύνσεως κατά πλάκας. Οι ισχυρισμοί τους ενισχύονταν με την απουσία οποιουδήποτε προηγούμενου ιστορικού όσον αφορά τη συγκεκριμένη ασθένεια, γεγονός που ενίσχυε και δημιουργούσε σοβαρά, συγκεκριμένα και συγκλίνοντα στοιχεία για την ύπαρξη ελαττώματος στο εμβόλιο και αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του εν λόγω ελαττώματος και της ασθένειας του M.W.

« όλες οι διεθνείς και εθνικές υγειονομικές υπηρεσίες είχαν απορρίψει τη συσχέτιση αυτή και ακόμη η αιτία της συγκεκριμένης ασθένειας παρέμενε και παραμένει μέχρι σήμερα άγνωστη »

^[4] Τα προδικαστικά ερωτήματα που τέθηκαν ενώπιον του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου όπως αυτά αναφέρονται στην υπόθεση είναι τα εξής:

« 1) Αντιτίθεται το άρθρο 4 της οδηγίας [85/374], στο πλαίσιο υποθέσεων που αφορούν την ευθύνη των φαρμακευτικών εργαστηρίων για τα εμβόλια που παρασκευάζουν, στον τρόπο αποδείξεως κατά τον οποίο ο δικαστής της ουσίας μπορεί, κατά την άσκηση της μη υποκείμενης σε έλεγχο εξουσίας εκτιμήσεως την οποία έχει, να κρίνει ότι τα πραγματικά στοιχεία που επικαλείται ο ενάγων συνιστούν σοβαρά, συγκεκριμένα και συγκλίνοντα τεκμήρια, ικανά να αποδείξουν το ελάττωμα του εμβολίου και την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ αυτού και της ασθένειας του ενάγοντος, παρότι η διαπίστωση ότι η ιατρική έρευνα δεν αποδεικνύει σχέση μεταξύ του εμβολιασμού και της εκδήλωσης της ασθένειας;

Παρόλο που το Γαλλικό Πρωτοδικείο αρχικά αποδέχτηκε τους ισχυρισμούς της οικογένειας, εν συνεχεία το Εφετείο αναίρεσε την απόφαση υποστηρίζοντας πως τα τεκμήρια ήταν ανεπαρκή. Ωστόσο, μετά από άσκηση αναιρέσεως το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο έκρινε ότι η απόφαση του Εφετείου στερείτο νομικής βάσεως και έτσι αναίρεσε την απόφαση και υπέβαλε στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο προδικαστικά ερωτήματα^[4].

Το γεγονός που οδήγησε το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο στην υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων ήταν το η πρωτόδικη αναγνώριση της ύπαρξης αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του εμβολίου και της ασθένειας του M.W, ενώ κατ' έφεση αναφέρθηκε ότι δεν υπήρχε ομοφωνία στην επιστημονική κοινότητα υπέρ της υπάρξεως αιτιώδους συνάφειας του εμβολιασμού κατά της ηπατίτιδας Β και της σκληρύνσεως κατά πλάκας. Συγκεκριμένα όλες οι διεθνείς και εθνικές υγειονομικές υπηρεσίες είχαν απορρίψει τη συσχέτιση αυτή και ακόμη η αιτία της συγκεκριμένης ασθένειας παρέμενε και παραμένει μέχρι και σήμερα άγνωστη. Επιπρόσθετα, η παθοφυσιολογική διαδικασία πρόκλησης της νόσου έχει πιθανόν αρχίσει πριν από πολλούς μήνες ή ακόμη και έτη πριν από τη στιγμή που εμφανίζονται τα πρώτα συμπτώματα της σκληρύνσεως κατά πλάκας. Τέλος, αλλά εξίσου σημαντικό, είναι το γεγονός ότι σύμφωνα με μελέτες το 92% μέχρι 95% των ασθενών που πάσχουν από τη συγκεκριμένη ασθένεια δεν έχουν κάποιο προηγούμενο προσωπικό ή οικογενειακό ιστορικό.

Τα ανωτέρω στοιχεία ήταν και αυτά που οδήγησαν το γαλλικό Εφετείο να αποφασίσει την

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο ερώτημα 1, αντιτίθεται το άρθρο 4 της οδηγίας [85/374], σε σύστημα τεκμηρίων κατά το οποίο η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του ελαττώματος που αποδίδεται σε εμβόλιο και της βλάβης που υπέστη ο ζημιωθείς θεωρείται πάντοτε αποδεδειγμένη όταν συντρέχουν ορισμένες ενδείξεις αιτιώδους συνάφειας;

3) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1, έχει το άρθρο 4 της οδηγίας [85/374] την έννοια ότι η απόδειξη, της οποίας το βάρος φέρει ο ζημιωθείς, της υπάρξεως αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του ελαττώματος που αποδίδεται σε εμβόλιο και της βλάβης που υπέστη ο ζημιωθείς μπορεί να θεωρηθεί ότι παρασχεθήκε μόνον αν η συνάφεια αποδειχθεί με επιστημονικό τρόπο;

Εμβόλια: Μύθοι και Πραγματικότητες

έλλειψη εγγύτητας και συνένωσης των τεκμηρίων που παρουσίασαν οι εφεσείοντες και να απορρίψει την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ εμβολιασμού και ασθένειας, κάτι που πρωτόδικα είχε γίνει αποδεκτό.

Γ) Καταμερισμός ευθύνης λόγω ελαττωματικού προϊόντος

Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο για την έκδοση της απόφασης του στηρίχθηκε και στην Οδηγία 85/374/ΕΟΚ^[5] η οποία αφορά θέματα ευθύνης λόγω ελαττωματικών προϊόντων. Βάσει της Οδηγίας, ο παραγωγός δηλαδή ο κατασκευαστής ενός τελικού προϊόντος ή ακόμη και ενός συστατικού μπορεί να θεωρηθεί υπεύθυνος, ακόμα και χωρίς υπαιτιότητα από την πλευρά του, εάν το προϊόν του προκαλέσει τέτοιου είδους ζημία, όπως σωματική βλάβη ή ακόμη και θάνατο στον καταναλωτή. Στην προκειμένη περίπτωση, τίθεται το ζήτημα της σχέσης μεταξύ θανάτου του ζημιωθέντος και ελαττώματος του εμβολίου που «καταναλώσε».

Πρέπει να αποδειχθεί, στο πλαίσιο της αντικειμενικής ευθύνης του παραγωγού, η ζημία, το ελάττωμα αλλά και η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του ελαττώματος και της ζημίας. Συγκεκριμένα, ο ζημιωθείς, ως το πρόσωπο που δεν έλαβε την αναμενόμενη από το προϊόν ασφάλεια είτε αυτή αφορά την εξωτερική εμφάνιση του προϊόντος, την εύλογη αναμενόμενη χρησιμοποίησή του ή τον χρόνο κατά τον οποίο το προϊόν ετέθη σε κυκλοφορία και ως το πρόσωπο που φέρει το βάρος της απόδειξης, έχει την υποχρέωση να αποδείξει την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ ελαττώματος και ζημίας. Αντίθετα, δεν χρειάζεται να αποδείξει πταίσμα εκ μέρους του παραγωγού. Ευθύνη άνευ πταίσματος σημαίνει ότι ακόμα και εάν ο παραγωγός ακολούθησε όλα τα σχετικά πρότυπα ή κανόνες ασφαλείας ή τις συνήθειες πρακτικές στο συγκεκριμένο τομέα κατά την κατασκευή του προϊόντος, είναι δυνατό να κριθεί υπεύθυνος για την καταβολή αποζημίωσης για ζημία που προκλήθηκε σε καταναλωτή με βάση την Οδηγία 85/374/ΕΟΚ.

Όπως προβλέπεται και στην Κυπριακή νομοθεσία^[6], στις περιπτώσεις όπου αποδεικνύεται από τον ζημιωθέντα ότι οποιαδήποτε ζημία προκλήθηκε ολικώς ή μερικώς από ελαττωματικό προϊόν, ο παραγωγός του προϊόντος ευθύνεται για τη ζημία. Επιπρόσθετα προβλέπονται και οι περιπτώσεις όπου μπορεί να ευθύνονται άλλα πρόσωπα πέραν του παραγωγού, χωρίς βέβαια αυτό να επηρεάζει την αρχική ευθύνη του παραγωγού. Τέτοια πρόσωπα θεωρούνται αυτά που εισήγαγαν ή προμήθευσαν το προϊόν, κατά τη διεξαγωγή των εργασιών τους, εντός της Δημοκρατίας.

Δ) Οι υπερασπίσεις του παραγωγού

Το Δικαστήριο δύναται να απαλλάξει τον παραγωγό, ολικά ή μερικώς, από την υποχρέωση προς αποκατάσταση της ζημίας, εάν αυτός αποδείξει κάποια ουσιώδη στοιχεία, όπως για παράδειγμα ότι, όταν έθεσε το προϊόν σε κυκλοφορία, το επίπεδο επιστημονικών και τεχνικών γνώσεων δεν επέτρεπε να διαπιστωθεί η ύπαρξη του ελαττώματος^[7]. Ωστόσο, αναφορικά με τη συγκεκριμένη υπεράσπιση, κριθηκε στην υπόθεση C-621/15 ότι «δεν υπάρχει άμεση σχέση με την υπόθεση»^[8] και συγκεκριμένα αναφέρθηκε ότι «ρύθμιση απαλλάσσει τον παραγωγό από την ευθύνη σε περίπτωση που δεν υπάρχει ιατρική έρευνα αποδεικνύουσα αιτιώδη συνάφεια θα συνιστούσε παράβαση του άρθρου 4 της Οδηγίας, επειδή όντως θα επέκτεινε τον κατά το άρθρο 7 της Οδηγίας κατάλογο των εξαιρέσεων από την ευθύνη. Το άρθρο 7, στοιχείο ε', προβλέπει ρητώς και ειδικώς ότι η ευθύνη δύναται να αποκλειστεί όταν αποδεικνύεται ότι, κατά τον χρόνο διαθέσεως του προϊόντος στην αγορά, δεν ήταν επιστημονικώς δυνατό να αποδειχθεί η ύπαρξη ελαττώματος. Αν ο νομοθέτης είχε τη βούληση να προσθέσει παραδείγματα καταστάσεων στις οποίες η ύπαρξη (ή η έλλειψη) ιατρικής έρευνας πρέπει να αποκλείει την ευθύνη, θα το είχε πράξει».^[9]

Με βάση το κοινοδίκαιο (common law), αν ο παραγωγός αποδείξει ότι συντρέχει ένα από

« η ευθύνη δύναται να αποκλειστεί όταν αποδεικνύεται ότι, κατά τον χρόνο διαθέσεως του προϊόντος στην αγορά, δεν ήταν επιστημονικώς δυνατό να αποδειχθεί η ύπαρξη ελαττώματος »

^[5] Οδηγία 85/374/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25^{ης} Ιουλίου 1985, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σε θέματα ευθύνης λόγω ελαττωματικών προϊόντων

^[6] Ο Περί ελαττωματικών προϊόντων (Αστική Ευθύνη) Νόμος του 1995 (105(I)/1995)

^[7] Άρθρο 7 παράγραφος (ε) της Οδηγίας 85/374/ΕΟΚ

^[8] Υπόσημειωση υπ' αριθμόν 9 της απόφασης του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στην υπόθεση C-621/15

^[9] Απόσπασμα από την απόφαση τους Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στην υπόθεση C-621/15, σημείο 47,

Αστικό Δίκαιο

τα παρακάτω μέσα άμυνας, δηλαδή α) ανωτέρα βία, β) συντρέχουσα αμέλεια του ενάγοντος ή γ) η αρχή *volenti non fit injuria*, τότε μπορεί να προβάλλει ένα από αυτά ως υπεράσπιση.

Στην προκειμένη περίπτωση, και υποθέτοντας προσωρινά ότι η αιτιώδης συνάφεια έχει αποδειχθεί, η υπεράσπιση που μπορεί να προταθεί είναι αυτή της ανωτέρας βίας εφόσον «η ιδέα είναι ότι σε κάποιες περιπτώσεις δεν ευθύνεται κάποιος διότι απλά δεν είχε τον έλεγχο της κατάστασης ή είναι μόνο... το εργαλείο του πεπρωμένου»^[10]. Για την εφαρμογή του συγκεκριμένου μέσου άμυνας πρέπει να αποδειχθεί ότι συντρέχουν σωρευτικά οι προϋποθέσεις του και, ειδικότερα, το γεγονόςός πρέπει να είναι απρόβλεπτο, αναπόφευκτο και ασύνηθες φυσικό (εξωτερικό). Εν προκειμένω, η εμφάνιση της σκληρόνσεως κατά πλάκας θα πρέπει να οφείλεται σε ένα φυσικό συμβάν το οποίο δε θα μπορούσε να προβλεφθεί από το μέσο λογικό άνθρωπο, ο οποίος ακόμμη και εάν έδειχνε την εύλογη επιμέλεια δε θα μπορούσε να αποφύγει τις συνέπειες τις ασθένειας. Αν, επομένως, αποδειχθεί ότι η αιτία της εμφάνισης της ασθένειας δεν σχετιζόταν με τη χορήγηση του εμβολίου και ήταν ένα απρόβλεπτο και αναπόφευκτο γεγονός που θα επερχόταν είτε ο M.W λάμβανε το εμβόλιο κατά της Ηπατίτιδας Β είτε όχι, τότε ο παραγωγός, και συνεπώς η εταιρεία Sanofi, απαλλάσσεται από οποιαδήποτε ευθύνη.

Ενδεικτικά, τα άλλα δύο μέσα άμυνας αφορούν τη συντρέχουσα αμέλεια του ενάγοντος, η οποία αφορά περιπτώσεις όπου η επέλευση του ζημιογόνου γεγονός οφείλεται εν μέρει και στον ίδιο τον ενάγοντα, ενώ η αρχή *volenti non fit injuria* αφορά τις περιπτώσεις όπου ο ενάγων έχει τη γνώση του κινδύνου και των επιπτώσεων που μπορεί να επέλθουν και παρ' όλα αυτά αποφασίζει να συμμετέχει στην εκάστοτε επικίνδυνη δραστηριότητα.

«ο δικαστής δικαιούται να 'επαναστατεί', δηλαδή μπορεί να μην ακολουθεί τυφλά και πιστά τις γνώμες και τα αποτελέσματα των εμπειρογνώμων όταν αντιτίθενται κατά τη γνώμη του στην κοινή λογική»

II. Η αιτιώδης συνάφεια: μια διακριτική ευχέρεια εκτίμησης του δικαστή

A) Μια γνωστή λύση στην Αγγλική Νομολογία

Μέχρι ποιο σημείο, λοιπόν, δίνεται η ευχέρεια σε έναν Δικαστή να κρίνει και να αποφασίζει ότι υπάρχει συσχέτιση των στοιχείων, όταν ειδικά η συσχέτιση αυτή έχει ομόφωνα απορριφθεί από την επιστημονική κοινότητα; Παραβιάζει ο Δικαστής την Οδηγία 85/374/ΕΟΚ και τους κανόνες αποδείξεως όταν στηρίζεται σε σοβαρές, ακριβείς και συγκλίνουσες ενδείξεις, παρὰ την οποιαδήποτε απόρριψη τους από την επιστημονική κοινότητα;

Τραναχτό παράδειγμα αποτελεί η υπόθεση *Bolitho*^[11] μέσω της οποίας κρίθηκε από το Αγγλικό Ανώτατο Δικαστήριο ότι ο δικαστής δικαιούται να «επαναστατεί», δηλαδή μπορεί να μην ακολουθεί τυφλά και πιστά τις γνώμες και τα αποτελέσματα των εμπειρογνώμων όταν αντιτίθενται κατά τη γνώμη του στην κοινή λογική. Ο Δικαστής έχει κάθε ελευθερία να κρίνει τα πραγματικά περιστατικά της κάθε υπόθεσης από τη δική του οπτική γωνία και να αποφασίσει όπως αυτός κρίνει ορθά και δίκαια.

Ένα γνωστό «τεστ» στο αγγλοσαξονικό σύστημα είναι το «but for test»^[12]. Συγκεκριμένα, σε πρώτο στάδιο ανάλυσης αποκλείονται οποιαδήποτε γεγονότα σχετικά με τα οποία δεν μπορεί να αποδειχθεί οποιαδήποτε συσχέτιση με τη ζημία. Ένα απλό ερώτημα που μπορεί να υποβάλλει κανείς για να δώσει απάντηση στο συγκεκριμένο τεστ είναι: «Αν ο εναγόμενος δεν είχε τελέσει την πράξη, η ζημία θα επερχόταν;»^[13], ή από την άλλη πλευρά «Αν ο M.W δεν εμβολιαζόταν, θα εμφανιζόταν η ασθένεια που τον οδήγησε στο θάνατο;» ή «Ήταν το εμβόλιο η ασημαντή ή η οριακή συμβολή για το θάνατο του M.W;». Για παράδειγμα, στην υπόθεση *Barnett*^[14], ένας γιατρός διώχνει τον ασθενή του και τον προτρέπει να ξαναπεράσει την επόμενη μέρα.

^[10] Philippe Jougoux, Στοιχεία Κυπριακού Ενοχικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκουλα 2011, σελ.149

^[11] *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* (1996), https://en.wikipedia.org/wiki/Bolitho_v_City_and_Hackney_HA

^[12] Philippe Jougoux, Στοιχεία Κυπριακού Ενοχικού Δικαίου, σελ. 106

^[13] "the harm would not have occurred but for the conduct".

^[14] *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* (1969), 1 QB 428.

Εμβόλια: Μύθοι και Πραγματικότητες

Ο ασθενής πέθανε κατά τη διάρκεια της νύχτας από δηλητηρίαση που προέρχεται από αρσενικό. Με βάση το but for test ο γιατρός δεν κατηγορήθηκε γιατί όπως φάνηκε, ακόμη και αν δεν έδωχε τον ασθενή, αυτός θα πέθαινε ούτως ή άλλως πριν καν διαγνωστεί η αιτία της πάθησής του.

Παρόλα αυτά, η δυσκολία στην εφαρμογή του παραπάνω «τεστ» παρουσιάζεται στις περιπτώσεις εκείνες όπου πιθανολογείται ότι η ζημία προκλήθηκε από αδικοπράξια, αλλά δεν υπάρχει τρόπος αυτό να επιβεβαιωθεί με βεβαιότητα. Έτσι και στην παρούσα περίπτωση, πιθανολογείται ότι η πάθηση προκλήθηκε εξαιτίας ελαττωματικού εμβολίου αλλά κάτι τέτοιο δεν μπορεί να αποδειχθεί με απόλυτη βεβαιότητα. Ωστόσο, η πάγια νομολογία ήρθε να δώσει τη λύση σε τέτοια ζητήματα. Στην υπόθεση McGhee^[15], ο δικαστής απέρριψε την εφαρμογή του but for test, και αποδέχθηκε την ευθύνη που είχε ο εργοδότης για την ασθένεια του εργαζομένου του, η οποία πιθανότατα είχε προκληθεί λόγω των συνθηκών εργασίας και της έλλειψης απαραίτητων εγκαταστάσεων. Ο Δικαστής έκρινε ότι η αιτιώδης συνάφεια τεκμαιρόταν, καθώς πληρούνταν οι δύο απαιτούμενες προϋποθέσεις, δηλαδή α) άγνωστη ακριβής αιτία της ζημίας και β) αποδεδειγμένη σχέση μεταξύ αιτίας και ζημίας από την επιστημονική κοινότητα. Στην περίπτωση, βέβαια, της υπόθεσης C-621/15, η δεύτερη προϋπόθεση δεν υπήρχε, καθώς η αίτια που προβλήθηκε, το ελαττωματικό εμβόλιο, έχει απορριφθεί από την επιστημονική κοινότητα.

Η αρχή αυτή επιβεβαιώθηκε και μετέπειτα από την υπόθεση Fairchild^[16], βάση της οποίας «όταν τίθεται θέμα μιας αντικειμενικής αβεβαιότητας σχετικά με την αιτία μιας ασθένειας, η απλή έλλειψη μέτρων περιορισμού της έκθεσης σε επικίνδυνη ουσία αρκεί ως απόδειξη μιας αιτιώδους

συνάφειας μεταξύ των συνθηκών εργασίας και της ασθένειας»^[17].

Σχετικά με το παρόν ζήτημα, αξίζει να αναφερθεί και μια πιο πρόσφατη υπόθεση, συγκεκριμένα η Barker^[18]. Αυτό που την διακρίνει από την υπόθεση Fairchild είναι το γεγονός ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση αναγνωρίστηκε η ευθύνη των εναγόμενων μέχρι το σημείο της συμβολής τους και δεν καταλογίστηκε ευθύνη σε όλους από κοινού. Αντιθέτως ορισμένοι εναγόμενοι κρίθηκαν ως αφερέγγυοι και όπως ανέφερε το Δικαστήριο *«in my opinion, the attribution of liability according to the relative degree of contribution to the chance of the disease being contracted would smooth the roughness of the justice which a rule of joint and several liability creates. The defendant was a wrongdoer, it is true, and should not be allowed to escape liability altogether, but he should not be liable for more than the damage which he caused...»*^[19].

Β) Η απόφαση του ΔΕΕ

Σε ένα από τα πιο ουσιώδη ερωτήματα της υπόθεσης, κατά πόσο δηλαδή ο Δικαστής παραβιάζει την Οδηγία 85/374/ΕΟΚ όταν επικαλείται κανόνες αποδείξεως που του επιτρέπουν να συναγάγει την ύπαρξη ελαττώματος του εμβολίου και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ αυτού και της ασθένειας, η απάντηση είναι αρνητική. Ο Δικαστής, έχει διακριτική ευχέρεια εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών. Όταν έχει ενώπιον του σοβαρές, συγκλίνουσες και ακριβείς ενδείξεις και σχηματίσει τη γνώμη ότι οι ενδείξεις αυτές σχετίζονται μεταξύ τους και υπάρχει αιτιώδης συνάφεια, ενώ είναι δυνατό να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η ύπαρξη ελαττώματος του προϊόντος, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που προσκόμισε ο παραγωγός, είναι η πλέον εύλογη εξήγηση για την επέλευση της ζημίας, τότε μπορεί να αποφασίσει υπέρ του

« Όταν έχει ενώπιον του σοβαρές, συγκλίνουσες και ακριβείς ενδείξεις και σχηματίσει τη γνώμη ότι οι ενδείξεις αυτές σχετίζονται μεταξύ τους και υπάρχει αιτιώδης συνάφεια, (...), τότε μπορεί να αποφασίσει υπέρ του ενάγοντα »

^[15] McGhee v. National Coal Board (1973), 3 All E.R. 1008, 1 WLR 1

^[16] Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others etc.(2002), https://en.wikipedia.org/wiki/Fairchild_v_Glenhaven_Funeral_Services_Ltd

^[17] Philippe Jouglaux, Η αστική ευθύνη του Κράτους – Αναλύσεις του Κυπριακού Δικαίου, σελ.214 §502.

^[18] Barkat v Corus (UK) plc, 2006, [https://en.wikipedia.org/wiki/Barker_v_Corus_\(UK\)_plc](https://en.wikipedia.org/wiki/Barker_v_Corus_(UK)_plc)

^[19] Απόσπασμα από την απόφαση του Δικαστή Lord Hoffman, [https://en.wikipedia.org/wiki/Barker_v_Corus_\(UK\)_plc](https://en.wikipedia.org/wiki/Barker_v_Corus_(UK)_plc), Μετάφραση: «Κατά τη γνώμη μου, η κατανομή της ευθύνης σύμφωνα με το σχετικό βαθμό συμβολής στην πιθανότητα εμφάνισης της ασθένειας, θα αμβλύνει τη τραχύτητα της δικαιοσύνης, την οποία δημιουργεί ένας κανόνας αλληλέγγυας ευθύνης. Ο κατηγορούμενος ήταν ένοχος, είναι αλήθεια, και δεν πρέπει να απαλλαγεί από την ευθύνη εντελώς, αλλά δεν πρέπει να ευθύνεται για περισσότερο από τη ζημία που προκάλεσε...»

Αστικό Δίκαιο

ενάγοντα ανεξαρτήτως οποιασδήποτε γνώμης εμπειρογνώμονα.

Επί των πραγματικών περιστατικών στην υπόθεση C-621/15 και των όσων έχουν προαναφερθεί, γίνεται αντιληπτό ότι το ΔΕΕ δεν αποφασιίζει σχετικά με την ελαττωματικότητα του εμβολίου. Το ΔΕΕ απαντά στα προδικαστικά ερωτήματα που έχουν τεθεί ενώπιον του και επιπλέον δίνει εξηγήσεις μόνο στα τεχνικά ζητήματα που σχετίζονται με τον τρόπο απόδειξης της αιτιώδους συνάφειας.

III. Επιπρόσθετες σκέψεις σχετικά με το νομικό πλαίσιο των εμβολίων

A) Οι επιφυλάξεις κατά των εμβολίων: Μια μεγάλη υγειονομική κρίση

Είναι όμως όντως τα εμβόλια τόσο επικίνδυνα ή υπάρχουν οι «καλοπροαίρετοι» που μεγαλοποιούν τα πράγματα και προσπαθούν να φοβίσουν τον υπόλοιπο κόσμο; Είναι γεγονός πως στις μέρες μας τα άτομα που αποφεύγουν να εμβολιασθούν ή δεν εμβολιάζουν τα παιδιά τους αυξάνονται καθημερινώς όλο και περισσότερο ανά το παγκόσμιο. Τι είναι αυτό όμως που τους οδηγεί σε μια τόσο καθοριστική για την υγεία τους απόφαση;

Αρχικά, πρέπει να υπενθυμίσουμε ότι ο εμβολιασμός αποτελεί μια από τις πιο αποτελεσματικές μεθόδους προλήψεως, καθώς ετησίως προλαμβάνει περίπου 2 με 3 εκατομμύρια θανάτους. Παρ' όλα αυτά, ακόμη μέχρι και σήμερα «περίπου 22 εκατομμύρια βρέφη παγκοσμίως δεν εμβολιάζονται με τα προτεινόμενα εμβόλια, ενώ πάνω από 1,5 εκατομμύριο παιδιά κάτω των 5 ετών πεθαίνουν από ασθένειες που θα μπορούσαν να αποφευχθούν με τον εμβολιασμό»^[20].

Ένα μέρος της ευθύνης θα μπορούσε να καταλογισθεί στο «κίνημα κατά των εμβολίων», που τα τελευταία χρόνια έχει πάρει τεράστιες διαστάσεις και τα άτομα που εντάσσονται σε αυτό αυξάνονται καθημερινά. Το κίνημα αυτό έκανε την εμφάνισή του και στις δικές μας χώρες, καθώς, σύμφωνα με έρευνες, ένας στους

τέσσερις Έλληνες πιστεύει ότι τα εμβόλια δεν είναι ασφαλή για την υγεία και αρνείται να εμβολιασθεί ο ίδιος ή τα παιδιά του. Το κρούσμα αυτό έκανε την εμφάνισή του και στην Κύπρο, σε ένα μικρό, προς το παρόν, ποσοστό, εφόσον σύμφωνα με τον τέως Πρόεδρο της Παιδιατρικής Εταιρείας Κύπρου^[21], μέχρι το Μάιο του 2017, ένα ποσοστό του πληθυσμού μας, περί το 4-5%, δεν εμβολιάζεται. Η αντιπαράθεση μεταξύ των δύο πλευρών οξύνεται συνεχώς.

Ο φόβος κατά των εμβολίων ξεκίνησε γύρω στο 1998 όταν το εμβόλιο «Μμπ» συνδέθηκε με την εμφάνιση αυτιστικών συμπεριφορών σε παιδιά^[22] με αποτέλεσμα η «εμβολιοφοβία» να αρχίζει να γίνεται άκρως «μεταδοτική», παρόλο που δεν υπάρχουν επιστημονικά δεδομένα που να αποδεικνύουν τη σύνδεση αυτή και παρόλο που οι δημοσιεύσεις των προηγούμενων χρόνων κρίθηκαν ως ανυπόστατες και παραπλανητικές από τις νέες και σύγχρονες μελέτες και έρευνες.

Μια από τις επιπτώσεις που επέφερε το συγκεκριμένο κίνημα ήταν και η επανεμφάνιση ασθeneιών που είχαν για χρόνια εξαφανιστεί. Για παράδειγμα στις ΗΠΑ, το 2014, είχαν σημειωθεί 19 περιπτώσεις ιλαράς^[23], παρόλο που η ασθένεια είχε εξαλειφθεί από το 2000. Ομοίως, στην Ελλάδα τον Μάρτιο του 2017 παρουσιάστηκαν κρούσματα ιλαράς, κυρίως λόγω της άρνησης μερίδας του πληθυσμού προς εμβολιασμό. Είναι σημαντικό, ωστόσο, να σημειωθεί ότι σύμφωνα με τον Παγκόσμιο Οργανισμό Υγείας, το αντίστοιχο εμβόλιο κατά της ιλαράς, έχει σώσει διεθνώς 17,1 εκατομμύρια ανθρώπους από το 2000 έως το 2015 ενώ γενικά στις ΗΠΑ από το 1994 έως το 2004 εκτιμάται ότι οι εμβολιασμοί έσωσαν 732,000 παιδιά^[24].

Αξίζει να επισημανθούν κάποια σημεία από τον κατάλογο που έχει δημοσιεύσει το

«ένας στους τέσσερις Έλληνες πιστεύει ότι τα εμβόλια δεν είναι ασφαλή για την υγεία και αρνείται να εμβολιασθεί ο ίδιος ή τα παιδιά του»

^[20] Εμβολιασμός στην Ευρώπη και στην Ελλάδα, Κέντρο Ελέγχου και Πρόληψης Νοσημάτων, <http://www.keelpno.gr/el-gr>

^[21] Εξαπλώνεται παγκοσμίως το κίνημα κατά των εμβολίων – Έφτασε και στην Κύπρο, Άντρη Θραυσούλου, 15/05/2017, <http://www.offsite.com.cy>

^[22] Έρευνα: Βαρέα μέταλλα, εμβόλιο MMR συσχετίζονται με τον αυτισμό; , Άγγελος Κουτουμάνος,

06/10/2017 (τελευταία πρόσβαση), <https://www.noesi.gr>

^[23] Μαριαλένα Περίπιακη, Έφτασε το κίνημα κατά των εμβολίων (και) στην Ελλάδα;, 06/05/2016, <http://www.huffingtonpost.gr>

^[24] Έφτασε το κίνημα κατά των εμβολίων (και) στην Ελλάδα; Ορ cit

Εμβόλια: Μύθοι και Πραγματικότητες

ΚΕΛΠΙΝΟ^[25], σχετικά με τους μύθους και της πραγματικότητες που υπάρχουν γύρω από τα εμβόλια. Αρχικά, είναι μύθος η εντύπωση ότι τα εμβόλια δεν είναι ασφαλή, καθώς το Κέντρο δηλώνει ότι «η κυκλοφορία των εμβολίων επιτρέπεται εφόσον διασφαλιστεί ότι πληρούνται προδιαγραφές ασφαλείας και ποιότητας, όπως αυτές ορίζονται από τους αρμόδιους εθνικούς και διεθνείς οργανισμούς (WHO, FDA, ΕΟΦ)». Παράλληλα ένας ακόμη μύθος που κυκλοφορεί είναι ότι τα νοσήματα έχουν σχεδόν εξαλειφθεί και έτσι δεν υπάρχει λόγος για εμβολιασμός, κάτι που φυσικά και είναι λάθος, καθώς μπορεί κάποια νοσήματα να εμφανίζονται πιο σπάνια ωστόσο δεν παύουν να υπάρχουν. Τέλος, ένα ακόμη σημαντικό στοιχείο που καταγράφεται στο συγκεκριμένο κατάλογο και σχετίζεται κυρίως με τα παιδιά και την ανησυχία των γονέων τους, αφορά την ταυτόχρονη χορήγηση περισσότερων του ενός εμβολίου και την αύξηση του κινδύνου εκδήλωσης ασθενειών. Η αλήθεια είναι ότι τέτοιος κίνδυνος δεν υφίσταται εφόσον επιστημονικά δεδομένα αποδεικνύουν ότι ταυτόχρονη χορήγηση εμβολίων δεν επιβαρύνει το ανοσοποιητικό σύστημα του παιδιού ή του ενήλικα^[26].

Β) Εμβόλια και Νομοθεσία

Το τελευταίο διάστημα, όσον αφορά την Κύπρο, ο Παγκύπριος Ιατρικός Σύλλογος και η Παιδιατρική Εταιρεία κρούουν τον κώδικα του κινδύνου, καθώς, όπως φαίνεται, τόσο το κίνημα των «αντιεμβολιστών» όσο και η παραπληροφόρηση, είτε αυτή γίνεται μέσω των κοινωνικών μέσων δικτύωσης και της τεχνολογίας είτε ακόμη και μετά από προτροπές γιατρών, αυξάνουν όλο και περισσότερο το πλήθος των ατόμων που δεν εμβολιάζονται. Πράγματι υπάρχουν γιατροί που προτρέπουν τους ασθενείς τους να μην εμβολιασθούν και ασκούν την εναλλακτική/ομοιοπαθητική ιατρική, προτείνοντας στους ασθενείς τους θεραπείες με «μαγικές συνταγές», με τις πρώτες καταγγελίες να έχουν ήδη φτάσει στα γραφεία

του Παγκύπριου Ιατρικού Συλλόγου, ενώ ο Σύλλογος απέστειλε αυστηρές προειδοποιήσεις στα μέλη του αναφέροντας τους πως «η αμφισβήτηση των εμβολίων δε θεωρείται μια αποδεκτή επιστημονική άποψη» και απείλησε για δίωξη πειθαρχικού αδικήματος^[27].

Κατά συνέπεια, ο Παγκύπριος Ιατρικός Σύλλογος μαζί με την Παιδιατρική Εταιρεία ζητούν από τη Βουλή θέσπιση συγκεκριμένης νομοθεσίας. Σε πρώτο στάδιο ζητήθηκε «...ως πρώτο μέτρο...έντυπο ανάληψης ευθύνης από μέρους των γονιών που αρνούνται να εμβολιάσουν τα παιδιά τους». Σχετικά με την ιατρική αμέλεια, η υπόθεση Bolam^[28] ήρθε να καθιερώσει στο κοινοδίκαιο ένα ειδικό τεστ, το Bolam Test^[29]. Με βάση το συγκεκριμένο τεστ εάν τηρούνται τρεις ουσιαστικές προϋποθέσεις τότε ο γιατρός απαλλάσσεται από οποιαδήποτε ευθύνη. Ειδικότερα οι συνιστώσες του είναι : α) η ενέργεια του ιατρού σύμφωνα με μια τακτική που είναι αποδεκτή ως ορθή από ένα υπεύθυνο σώμα εξειδικευμένων ιατρικών λειτουργιών ανεξάρτητα αν ένα άλλο εξειδικευμένο σώμα διατηρεί διαφορετική άποψη, β) η έλλειψη υποχρέωσης ενημέρωσης εφόσον ο ιατρός πιστεύει ότι οι πιθανότητες κινδύνου σε μια συγκεκριμένη θεραπεία είναι μηδαμινές και γ) το βάρος απόδειξης του ασθενούς ότι ακόμη και εάν ο γιατρός τον προειδοποιούσε για τα πιθανά επακόλουθα, δε θα έδινε τη συγκατάθεσή του για τη συγκεκριμένη θεραπεία.

Στηριζόμενοι λοιπόν στο συγκεκριμένο τεστ, μπορούμε να πούμε ότι οι ιατροί δεν έχουν οποιαδήποτε ευθύνη εξ αρχής, εφόσον ο εμβολιασμός είναι μια προληπτική μέθοδος αποδεκτή από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Υγείας αλλά και από τον Παγκύπριο Ιατρικό Σύλλογο και παράλληλα θεωρείται μια ασφαλής μέθοδος.

Επιπρόσθετα, στην περίπτωση θέσπισης της συγκεκριμένης πρότασης νόμου, οι παιδίατροι υποστηρίζουν ότι πρέπει να αναφέρει και ότι η «καταγραφή των δεδομένων υποχρεωτικής εμβολιαστικής κάλυψης [πρέπει] να είναι

« στην Κύπρο, υφίσταται ένα νομοθετικό κενό καθώς δεν υπάρχει συγκεκριμένος νόμος σχετικά με τη χορήγηση των εμβολίων »

^[25] ΚΕΕΛΠΙΝΟ: Μύθοι & αλήθειες για τα εμβόλια, ONMED, 26/04/2017, <http://www.onmed.gr>

^[26] Έφτασε το κίνημα κατά των εμβολίων (και) στην Ελλάδα; Ορ cit

^[27] Απειλή από επιδημίες λόγω άρνησης για εμβολιασμό, Μαριλένα Παναγή, 03/10/2017 <http://www.philenews.com>

^[28] Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1957) 1 WLR 582

^[29] Philippe Jouglaux, Στοιχεία Κυπριακού Ενοχικού Δικαίου, σελ. 146

Αστικό Δίκαιο

υποχρεωτική κατά την εγγραφή των παιδιών στην Πρώτη τάξη του Δημοτικού».

Παράλληλα, η θέσπιση αυτού του συγκεκριμένου νόμου μπορεί να λειτουργήσει προληπτικά ως μια πιο αποτελεσματική μέθοδος καταπολέμησης των επιδημιών.

Πράγματι, όμως, στην Κύπρο, υφίσταται ένα νομοθετικό κενό καθώς δεν υπάρχει συγκεκριμένος νόμος σχετικά με τη χορήγηση των εμβολίων. Η μόνη ρύθμιση που υπάρχει μέχρι στιγμής, χωρίς να είναι υποχρεωτική, είναι ένα Πρόγραμμα του Υπουργείου Υγείας με τίτλο «Σχήμα Εμβολιασμών» του 2012, το οποίο αφορά τα εμβόλια για βρέφη από 2 μηνών μέχρι νέους 16 ετών, το οποίο καταρτίστηκε σύμφωνα με τις προτάσεις του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας. Με βάση το πρόγραμμα αυτό, παιδιά προσχολικής και σχολικής ηλικίας καλύπτονται με εμβόλια κατά των μεταδοτικών ασθενειών που μπορούν να αποτελέσουν σοβαρή απειλή για τη Δημόσια Υγεία^[30].

Τι σημαίνει, όμως, πραγματικά η ανάληψη ευθύνης από το γονέα για την περίπτωση που αυτός αποφασίσει να μην εμβολιάσει το παιδί του και αυτό πεθάνει από κάποια ασθένεια; Ίσως η απόφαση αυτή του γονέα να ήταν που θα οδήγησε και το παιδί του στο θάνατο. Το ζήτημα φυσικά χρήζει συζήτησης εφόσον τίγονται πολλά ζητήματα και προπάντων ζητήματα της δημόσιας υγείας εφόσον εύκολα μια ασθένεια μπορεί να κριθεί ως μεταδοτική και απειλητική για όλη τη κοινωνία. Σύμφωνα με τον Ποινικό Κώδικα^[31], «(1) Κάθε πρόσωπο το οποίο επιφέρει το θάνατο άλλου προσώπου με παράνομη πράξη ή παράλειψη, είναι ένοχο του κακούργηματος της ανθρωποκτονίας. (2) Παράνομη παράλειψη είναι εκείνη που συνιστά υπαίτια αμέλεια παράλειψης εκτέλεσης καθήκοντος αν και δεν υφίσταται πρόθεση πρόκλησης θανάτου».^[32] Όπως συνάγεται, λοιπόν, η απόφαση ενός ατόμου να μην εμβολιαστεί και εξ αμελείας του μεταδώσει επικίνδυνη ασθένεια εξαιτίας της απόφασης του αυτής, μπορεί να οδηγήσει στην ποινική δίωξη εναντίον του εφόσον η παράλειψη του θεωρείται κακούργημα.

Αναμένεται, λοιπόν, μια τοποθέτηση της Βουλής, λαμβάνοντας υπόψη ότι ευρωπαϊκές χώρες όπως η Γαλλία και η Ιταλία, έχουν ήδη προνοήσει για ειδική νομοθεσία. Συγκεκριμένα η Ιταλική νομοθεσία προνοεί ότι υπάρχουν υποχρεωτικά εμβόλια για 12 λοιμώδη νοσήματα ενώ παράλληλα για την εγγραφή παιδιών σε σχολεία «θα πρέπει αυτά να έχουν εμβολιαστεί με 10 υποχρεωτικά εμβόλια ειδικά τους (στους γονείς) επιβάλλεται πρόστιμο»^[33].

Επίλογος

Η απόφαση στην υπόθεση C-621/15 δεν πρέπει να θεωρηθεί ότι τάσσεται ως επιχείρημα υπέρ των αντιεμβολιστών. Αντιθέτως, αποτελεί μια τεχνική απόφαση σχετικά με το πώς αποδεικνύεται η αιτιώδης συνάφεια στο αστικό δίκαιο και με την διακριτική ευχέρεια εκτίμησης του δικαστή. Ας μη ξεχνάμε άλλωστε, πως «υγεία τίμιον αλλ' ευμετάστατον».^[34]

.....

« μια ασθένεια μπορεί να κριθεί ως μεταδοτική και απειλητική για όλη τη κοινωνία »

^[30] Υπουργείο Υγείας – Προγράμματα – Σχήμα Εμβολιασμών 2012, <https://www.moh.gov.cy>

^[31] Ποινικός Κώδικας Κεφ.154

^[32] Άρθρο 205 του Ποινικού Κώδικα Κεφ.154

^[33] Ιταλία: Δέκα υποχρεωτικά εμβόλια για τα παιδιά – Πρόστιμο 500 ευρώ για μη εμβολιασμό, 28/07/2017, Euronews, <http://gr.euronews.com>

^[34] Πλούταρχος, 47-120 μ.Χ, Αρχαίος Έλληνας ιστορικός

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας*

Παναγιώτης Γιαννακάς, Φοιτητής, Νομική Σχολή,
Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου.

Παρατηρώντας το Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο, διαπιστώνουμε έναν υπερβάλλοντα ζήλο μόνο στον τομέα της αποφυγής της διπλής φορολόγησης του ίδιου υποκειμένου, παρόλο που η επιχειρηματική πραγματικότητα μακροχρόνως σφυρηλατεί μια άλλη σειρά από ζητήματα που χρίζουν άμεσης διευθέτησης, όπως η φοροδιαφυγή ή η ακαταλληλότητα απαρχαιωμένων εθνικών νόμων. Ο συγγραφέας επιδιώκει να αναδείξει ότι, αν και οι κύριοι διεθνείς φορολογικοί κανονισμοί τυπικά επικεντρώνονται στην αποφυγή της διπλής φορολογίας, ωστόσο, σε ένα δεύτερο επίπεδο, οι κανόνες αυτοί πραγματεύονται ιδιαίτερα πολύπλοκα οικονομικά φαινόμενα και, με τη δέουσα πολιτική βούληση, το τωρινό πλαίσιο είναι ικανό να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις των καιρών μας.

Στην πρώτη ενότητα, θα εξεταστεί το πώς το Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο εισέρχεται στην καθεαυτή νομική θεωρία, αλλά και το πώς επηρεάζεται από το περιβάλλον που το ίδιο επιδιώκει να ρυθμίσει. Στην ενότητα αυτή αναδεικνύεται η επιρροή που ασκούν τα πολιτικά δρώμενα και το ότι σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να υποτιμηθεί η σχέση της Διεθνούς Φορολογίας με το Δημόσιο και Ιδιωτικό Δίκαιο.

Στην ενότητα «Τεχνικές αποφυγής διπλής φορολογίας» επεξηγούνται οι επικρατέστερες μέθοδοι, τις οποίες χρησιμοποιούν τα κράτη στο πλαίσιο του διεθνούς εμπορίου. Οι μέθοδοι αυτοί στη συνέχεια υπάγονται σε οικονομική θεώρηση ώστε να διαπιστωθούν τα σημεία στα οποία υπάρχουν αποκλίσεις, λόγω πολιτικών σκοπιμοτήτων. Έπειτα ακολουθεί μια συγκριτική θεώρηση των πολιτικών λύσεων που έχουν προταθεί.

Στην τέταρτη ενότητα επιδιώκει μια απτή και εμπειρική διασύνδεση των παραδοσιακών φορολογικών αρχών με τις Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας και εξετάζει πώς το μοντέλο του OECD τις εξελίσσει, τις προσαρμόζει και εν τέλει τις υιοθετεί. Στο τέλος παρουσιάζονται οι (α) επιβλαβείς συμπεριφο-

ρές και πρακτικές των επιχειρήσεων, (β) η αποφασιστικότητα των Κυπριακών Αρχών και Δικαστηρίων αλλά και (γ) οι πρόσφατες εξελίξεις.

1. Ζητήματα ταξινόμησης

Το βασικότερο ζήτημα που πρέπει να αντιμετωπιστεί, αναφορικά με το Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο, δεν είναι άλλο από το ζήτημα της ταξινόμησης. Μια εύκολη και μάλλον απλοποιημένη απάντηση είναι ότι πρόκειται για μια «εξειδικευμένη κατηγοριοποίηση», που εξυπηρετεί κυρίως ερευνητικούς και ακαδημαϊκούς σκοπούς, ενώ το εγχείρημα της οριοθέτησης συμβάλλει και στην ιστορική πλαίσιση που είναι απαραίτητη για την αναζήτηση ερμηνειών όρων και θεωριών. Υπάρχουν, λόγου χάρη, απτά παραδείγματα, τα οποία μαρτυρούν ότι η εξέλιξη του Δικαίου αυτού δεν ακολούθησε την παραδοσιακή συστημική και αναμενόμενη εξέλιξη των Δικαίων.

Ακαδημαϊκοί και διπλωμάτες έχουν τονίσει μια σειρά από θεμελιακές αδυναμίες και, παρόλα αυτά, κάθε διαδικασία εξέλιξης φαίνεται να αδιαφορεί ή να τις λύνει αναποτελεσματικά. Εξάλλου, ακόμη και σήμερα, το να απαντηθεί ένα απλό ερώτημα, όπως το από πού

«Το βασικότερο ζήτημα που πρέπει να αντιμετωπιστεί, μιλώντας για Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο, δεν είναι άλλο από το ζήτημα της ταξινόμησης»

* Θα ήθελα επίσης να εκφράσω θερμές ευχαριστίες: α) στην Δρα Μάρκου Χριστιάνα, καθώς οι καθοδηγήσεις, αλλά και η διαρκής ενθάρρυνσή της, καθόρισαν το πνεύμα και την ουσία της παρούσας μελέτης, β) στον Δρα Φουφόπουλο Γεώργιο, για τις πολύτιμες συμβουλές του, γ) στον κ. Γκουζούρη Μιλτιάδη, για την καθοδήγηση του έναντι των οικονομικών πτυχών της μελέτης και τέλος δ) στους αγαπημένους συμφοιτητές Πασιά Γεώργιο, πρόθυμο να συζητήσει κάθε προβληματισμό, και Γεωργίου Αναστάσιο για τη συνδρομή του στη γλωσσική επimέλεια του κειμένου.

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

πηγάζει η ισχύς του, δεν είναι καθόλου εύκολο.

Με την παραδοχή και εκτίμηση ότι πρόκειται για ένα ενιαίο σύστημα, θα πρέπει να υιοθετηθούν νεωτεριστικές νομικές τάσεις, ώστε εν τέλει να αποδεχτεί ότι είναι εφικτό να υπάρχει ένα σύστημα κανόνων, το οποίο θα εδράζεται κυρίως σε συνθήκες. Εν προκειμένω και ως μια απλοϊκή χαρτογράφηση, μπορεί να ειπωθεί ότι το ουσιαστικό μέρος των διεθνών φορολογικών κανόνων το βρίσκουμε κυρίως στις «Διεθνείς Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας»^[1].

Η ιδιαίτερη μορφή και φύση του Δικαίου αυτού έχει ήδη απασχολήσει ακαδημαϊκούς σχολιαστές. Μία από αυτές τους τις παρατηρήσεις, η οποία επιλέχθηκε να αναδειχθεί, είναι ότι συχνά παρουσιάζουν το σύνολο των υπό εξέταση κανόνων ως ένα «προϊόν δικτύου». Ο T. Dagan προβαίνει σε μια ενδιαφέρουσα παρομοίωση, δηλαδή προσομοιάζει το δικτυο των φορολογικών συνθηκών με το τηλεφωνικό δίκτυο^[2]. Με αυτό τον τρόπο επιδιώκει να μας εξηγήσει παραστατικά ότι η περαιτέρω ανάπτυξη του Διεθνούς Φορολογικού Δικαίου θα έπεται της αύξησης της χρησιμότητάς του, ακριβώς όπως έδωσαν προστιθέμενη αξία στο τηλεφωνικό δίκτυο οι τηλεφωνικές συσκευές ή οι συσκευές ΦΑΞ. Απλά «ξεφυλλίζοντας» μερικές από αυτές τις συνθήκες,

γίνεται εύκολα αντιληπτό ότι όχι μόνο επικεντρώνονται κυρίως στους φόρους εισοδημάτων και παρόμοιων συναλλαγών (μερίσματα, δικαιώματα κ.τ.λ.), αλλά και ότι ο σκοπός τους είναι πρωτίστως να «ξεκαθαρίσουν» την πολιτεία στην οποία ένα εισόδημα θα υπαχθεί σε φορολόγηση, παρέχοντας και κάποιες διευκρινίσεις για το πώς θα επιλυθούν σχετικές διαφωνίες.

Σε μια πρόχειρη απαρίθμηση των σημαντικών διεθνών επιχειρηματικών γεγονότων που έλαβαν χώρα, π.χ. από το 2010, μάλλον λίγο-πολύ όλοι μας θα συμπεριλάβουμε: π.χ. την επιβολή ποινής στην αμερικανική Apple από την Ευρωπαϊκή Ένωση (για λόγους φοροδιαφυγής)^[3] ή τις απειλές του D. Trump^[4] για περιορισμό στις εισαγωγές σιδήρου^[5] ή την ακόμη και σήμερα αδυναμία των κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά και της διεθνούς κοινότητας, να αντιμετωπίσουν φορολογικές υποθέσεις μεγάλης έντασης και πολυπλοκότητας, με άμεσο αντίκτυπο πολυεθνικές επιχειρήσεις να αποδίδουν ελάχιστους ή και καθόλου φόρους.

Η πιο χαρακτηριστική περίπτωση ότι είναι η περίπτωση της IKEA, που, με όχημα εταιρικούς σχηματισμούς in group structure και με πρόσχημα τα δικαιώματα^[6] έναντι των σχεδίων των επίπλων, καταλόγων, brand name κ.τ.λ., μεταφέρει ένα μεγάλο μέρος της προστιθέμενης αξίας που δημιουργείται στα 300

« η περαιτέρω ανάπτυξη του Διεθνούς Φορολογικού Δικαίου θα έπεται της αύξησης της χρησιμότητάς του, ακριβώς όπως έδωσαν προστιθέμενη αξία στο τηλεφωνικό δικτυο οι τηλεφωνικές συσκευές »

^[1] Δεν θα ήταν ιδιαίτερα τολμηρή η απόπειρα για μια περαιτέρω ταξινόμηση του Διεθνούς Φορολογικού Δικαίου και του διαχωρισμού του σε ουσιαστικούς κανόνες και σε κανόνες διαδικασιών. Τις «Διεθνείς Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας» τις χαρακτηρίζουμε ως κανόνες ουσίας, παρόλο που εμπεριέχουν και διατάξεις για την επίλυση διαφορών. Ωστόσο, η έτερη κύρια πηγή από την οποία αντλούμε πρωτογενές περιεχόμενο διεθνούς φορολογίας είναι οι διακρατικές συνθήκες ανταλλαγής φορολογικών πληροφοριών μεταξύ των κρατών. Λαμβάνοντας υπόψη την αύξηση της επιρροής των διεθνών συναλλαγών, το ρυθμό ανάπτυξης των υπαρχόντων ή εμφάνισης νέων οργανισμών και ινστιτούτων, διεθνούς εμβέλειας, είναι μάλλον αναμενόμενη η μελλοντική προσθήκη στην ατζέντα των νομικών στοχασμών ακόμη και ζητημάτων εφαρμογής και επιβολής των συμφωνηθέντων, και είναι επίσης μάλλον αναμενόμενο εν τέλει να οδηγηθούμε στην ανάγκη να τυποποιούμε όλο και περισσότερες διαδικασίες. Αυτήν τη φορά μάλιστα θα πρέπει ταυτόχρονα να μπορούν να εξυπηρετήσουν, και να υπηρετήσουν, όχι μόνο τις δύσκολες πτυχές επιχειρηματικών και οικονομικών συμβάντων, αλλά ταυτόχρονα θα πρέπει να λαμβάνουν υπόψη ένα πραγματικά υψηλό diversity στους πιθανούς χρήστες του συστήματος.

^[2] Tsilly Dagan (2016). Tax Treaties as a Network Product. Brooklyn Journal of International Law. Vol 41, Issue 3. page 1082

^[3] Vivienne Walt, "Apple Is Just the Beginning of EU's New War on U.S. Business," Fortune, 2016, <http://for.tn/2vYpAOd>.

^[4] David Francis, "EU Promises Trade War If Trump Imposes Steel Restrictions," Foreign Policy, 2017, <http://atfp.co/2uxTsAP>.

^[5] Ακόμη και αν κρίναμε ατελέσφορες τις απειλές, και ανίκανες να πλήξουν απευθείας και σημαντικά την Ενωσιακή οικονομία, τουλάχιστον ήταν «Ενωσιακά προκλητικοί» αφού η αφορμή ήταν ο «[t]he Trade Expansion Act of 1962», ο οποίος προνοεί την προστασία των εισαγωγών σιδήρου για λόγους «εθνικής ασφάλειας» - βλ.: α) Office of the U.S. Press Secretary, "Presidential Memorandum for the Secretary of Commerce," The White House, 2017, <http://bit.ly/2hU9IMb> και β) John Micklethwait, Jonathan Stearns, and Nikos Chrysoloras, "Trump's Steel-Import Threat Prompts EU to Warn of Retaliation," Bloomberg, 2017, <https://bloom.bg/2vsjcNY>.

^[6] Αγγλικός όρος, royalties

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

τοπικά καταστήματα στα κράτη-μέλη, σε δύο «secret foundations» στην Ολλανδία και το Λουξεμβούργο, με αποτέλεσμα να αποδοθούν σημαντικά λιγότεροι φόροι, αφού η Ολλανδία δεν φορολογεί τις εισπράξεις μερισμάτων και δικαιωμάτων από πηγή εκτός της επικράτειάς της. Όμοια, ότι τον Ιούνιο του 2013 ο Πρόεδρος Barack Obama άσκησε βέτο^[7] στην υπ' αριθμόν 337-794 απόφαση του φορέα «United State International Trade Commission» αναφορικά με την απαγόρευση κυκλοφορίας συσκευών iPhone και iPad, καθώς παρβίαζαν πατέντες υπέρ της Κορεάτικης Samsung. Το σχόλιο από πλευράς της κυβέρνησης και δια στόματος του κου Michael Froman^[8] ήταν ότι η απόφαση εν μέρει λήφθηκε επειδή επηρέαζε τις συνθήκες ανταγωνισμού της οικονομίας της Αμερικής και είχε επίδραση στους Αμερικανούς καταναλωτές. Το σχόλιο της Apple ήταν χαρακτηριστικό, «We applaud the Administration for standing up for innovation in this landmark case». Τέλος, η περίπτωση της Amazon στην Αγγλία, η οποία εκμεταλλευόμενη το άρθρο που ορίζει την έννοια της μόνιμης εγκατάστασης με όρους σταθερής έδρας ή εξααρθρωμένου αντιπροσώπου, ισχυρίζεται ότι η Βρετανική Κυβέρνηση δεν έχει κανένα δικαίωμα φορολόγησης^[9], ενώ παρόμοια είναι και η περίπτωση της Alphabet Inc.^[10] το μεγαλύτερο γραφείο της έξω από την Καλιφόρνια είναι το Google Ireland Ltd^[11], ενώ διαθέτει μεταξύ των άλλων την Google Netherlands Holdings BV αλλά και μια εταιρεία στις Βερμούδες^[12].

Κάποια από τα παραπάνω ενδεικτικά γεγονότα μοιάζουν να είναι συνυφασμένα περισσότερο με εθνικά ζητήματα και ζητήματα διπλωματίας και διεθνών σχέσεων. Άλλα μοιάζουν περισσότερο επιχειρησιακά και λιγότερο φορολογικά. Αυτές όμως οι πρώτες διαπιστώσεις, το μόνο που μπορούν να καταδείξουν είναι ότι στην εξέλιξη του φορολογικού δικαίου

θα πρωταγωνιστούν σειρά από ισχυρούς παίκτες (factors), όπως Κράτη και Κυβερνήσεις, πολιτικοί παράγοντες, αλλά και ισχυρά ιδιωτικά και διπλωματικά συμφέροντα.

Εμβαθύνοντας λίγο περισσότερο στην υπόθεση της ΙΚΕΑ, άξιο αναφοράς είναι το πολιτικό σχόλιο του πολιτικού σχηματισμού των Οικολόγων Πράσινων του Ευρωκοινοβουλίου, ότι «The worst part is that IKEA isn't actually doing anything illegal»^[13]. Σε μια τόσο «καλειδοσκοπική» πραγματικότητα είναι απολύτως εύλογο να αναρωτηθεί κανείς κατά πόσον ένα τέτοιο δίκτυο συνθηκών και με τόσο περιορισμένη διορατικότητα είναι αρκετό για να αντιμετωπιστούν «οικονομικές φιλονικίες» τέτοιας έντασης και υφής.

Η επόμενη μεγάλη πρόκληση που πρέπει να αντιμετωπιστεί είναι η εξεύρεση της αναγκαίας πειθούς που θα πρέπει να επιδειχθεί ώστε χώρες με αυξημένους φορολογικούς συντελεστές να έχουν ενδιαφέρον να συνομολογούν με χώρες χαμηλότερων συντελεστών *Διεθνείς Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας*. Η τάση είναι πρωτίστως οι χώρες με αυξημένες φορολογικές απαιτήσεις να υπογράψουν μεταξύ τους τέτοιες συνθήκες, κάτι το οποίο δεν θα πρέπει να μας εκπλήσσει. Μια πολιτεία με αυξημένους φορολογικούς συντελεστές σαφώς και δεν θέλει να παρέχει διευκολύνσεις κατά την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας σε μέρη με ευνοϊκότερες φορολογικές συνθήκες. Θα ήταν σαν να τους ενθαρρύνει στην έμφυτη αποστροφή τους για φορολογία.

Πράγματι, μια άλλη σχετική τάση που πρέπει να σημειώσουμε είναι ότι οι επιχειρηματίες είναι απρόθυμοι να πληρώσουν τον αυξημένο φόρο οποιασδήποτε πολιτείας. Αντ' αυτού, είναι πρόθυμοι να εξετάσουν ως κύρια έδρα, ή ως δεύτερη έδρα ή άλλως, χώρες με γνώμονα διάφορο από γεωγραφικά κριτήρια, όπως την

«στην εξέλιξη του φορολογικού δικαίου θα πρωταγωνιστούν σειρά από ισχυρούς παίκτες (factors), όπως Κράτη και Κυβερνήσεις, πολιτικοί παράγοντες, αλλά και ισχυρά ιδιωτικά και διπλωματικά συμφέροντα»

[7] “Obama Vetoes ITC Ban against Apple,” Managing Intellectual Property 232 (2013): page 10, <http://bit.ly/2woN62K>.

[8] Την περίοδο εκείνη διατελούσε κυβερνητικός εκπρόσωπος των ΗΠΑ για το εμπόριο.

[9] Hugh J. Ault, “Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles International Tax Principles,” Tax Notes International 70, no. 12 (2013): page 1197, doi:10.2139/ssrn.2287834.

[10] Το πρόσφατο εταιρικό όχημα της Google

[11] Nick Webb, “Google Was Never Meant to Be This Big in Ireland – but Plans Change,” Independent Ireland, 2014, <http://bit.ly/2fAyL0t>.

[12] Robert Wood, “How Google Saved \$3.6 Billion Taxes From Paper ‘Dutch Sandwich,’” Forbes, 2016, <http://bit.ly/2vYxuaJ>.

[13] “IKEA Avoided €1 Billion in Taxes by Using the European Taxation System to Its Own Benefit | European Greens,” European Greens, 2016, <http://bit.ly/2hVb1VM>.

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

τοποθεσία των βασικών προμηθευτών και πελατών τους. Μην λησμονούμε ότι οι διάφορες τεχνικές *in group structure* της οργάνωσης επιχειρήσεων είναι πια ευρέως γνωστές και σχετικά εύκολα προσβάσιμες από το ευρύ κοινό. Στην πραγματικότητα οι εταιρίες έχουν την απαραίτητη τεχνογνωσία και κατάρτιση να επιμερίζουν το φόρτο εργασίας τους εντέχνως και κατά το δοκούν, και με μοναδικό γνώμονα την αποκόμιση των μέγιστων πλεονεκτημάτων, διατηρώντας παράλληλα τα λειτουργικά έξοδα σε αποδοτικά ή/και κερδοφόρα επίπεδα.

Κανένα από τα προαναφερθέντα σημεία δεν θα μπορούσε να απουσιάζει από οποιαδήποτε επισκόπηση Διεθνούς Φορολογίας, αφού σχηματοποιούν επακριβώς την αρένα στην οποία έχει οικοδομηθεί ο ακρογωνιαίος λίθος της επιχειρηματικότητας της Κύπρου. Συνοψίζοντας, πολλές χώρες είναι λοιπόν απρόθυμες να υπογράψουν τις *Διεθνείς Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας* με χώρες όπως οι Μπαχάμες και έχουν κάθε λόγο να προτιμούν να φορολογούν κάθε εισόδημα που προέρχεται από αυτές, ανεξαρτήτως του αν αυτό το εισόδημα έχει ήδη φορολογηθεί εκτός της επικράτειάς τους. Αντίθετα, μελετώντας το περιβάλλον της Κύπρου, και παρόλο τους χαμηλούς φορολογικούς συντελεστές, το ώριμο πολιτειακό Κράτος Δικαίου και η αποδοχή του ευρωπαϊκού κεκτημένου φαίνεται να συνθέτουν τελικά εκείνη την προαναφερθείσα και αναγκαία πειθώ, ώστε κάθε κράτος να επιδιώκει την συνομολόγηση τέτοιων συνθηκών με την Κύπρο.

Παρά ταύτα, υπήρξαν και υπάρχουν κάποια σημαντικά εμπόδια στην υπογραφή τέτοιων συνθηκών με την Κύπρο, τα οποία έχουν μια ιδιαίτερη «οφρή» και διαφεύγουν του πεδίου ορατότητας μιας αυστηρής οριοθέτησης Δημοσίου και Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου. Η Κύπρος δεν είναι μέλος, για παράδειγμα, του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης^[14], παρά τα πολλαπλά αιτήματα ένταξης από την πλευρά της. Το Υπουργείο Εξωτερικών της Κυπριακής Δημοκρατίας έχει

διατυπώσει: «Η [αρχική] αίτηση της Κύπρου απορρίφθηκε με βέτο της Τουρκίας το 1995 και εξακολουθεί να απορρίπτεται κατά τον ίδιο τρόπο».^[15]

2. Τεχνικές αποφυγής διπλής φορολογίας

Λόγω α) της ιδιαιτερότητας των Διεθνών Συνθηκών Αποφυγής Διπλής Φορολογίας, β) της απουσίας κάποιου διεθνούς οργανισμού που θα μπορούσε να λειτουργήσει ως ένα «hub» που εξυπηρετεί φορολογικές πτυχές των διεθνών ή υπερεθνικών εισοδημάτων και γ) πρωτίστως λόγω της πολιτικής πραγματικότητας, κατά την οποία φαίνεται ότι τα κράτη είναι απρόθυμα να συνεργαστούν για μια φορολογική εναρμόνιση, αφού οι συνθήκες αυτές αποσκοπούν μόνο σε αυτό που προδίδει το όνομά τους, την αποφυγή διπλής φορολογίας, η ελάχιστη εναρμόνιση που προνοείται και επιτυγχάνεται περιορίζεται στο στενό πεδίο των ορισμών.

Το παρόν πόνημα επικεντρώνεται στο μοντέλο συνθηκών του OECD για την αποφυγή διπλής φορολογίας. Μελετώντας όμως και το μοντέλο συνθηκών των Ηνωμένων Εθνών στο πλαίσιο του Conference on Trade and Development παρατηρούμε ακριβώς το ίδιο φαινόμενο, μια ελάχιστη δηλαδή προσπάθεια φορολογικής εναρμόνισης, η οποία και αυτή περιορίζεται στους ορισμούς και στις έννοιες, ή αλλιώς στην «γλώσσα της σύμβασης», εξάλλου και το μοντέλο αυτό βασίζεται στο μοντέλο του OECD^[16].

Μελετώντας την ιστορία της διεθνούς φορολογίας, παρατηρούμε ότι έχει γίνει συστηματικά λόγος για τρεις τεχνικές: α) Έκπτωση (deductions), β) Πίστωση (credits) και γ) Εξαιρέση (exemptions).

Στην πρώτη τεχνική (α), αυτή της έκπτωσης, η πολιτεία από την οποία προέρχεται το εισόδημα ή το κεφάλαιο αναγνωρίζει ως έξοδα τους φόρους που επιβλήθηκαν από τρίτη πολιτεία. Στην δεύτερη περίπτωση της πίστωσης (β), η χώρα προέλευσης του εισοδήματος παρέχει πίστωση, συνήθως περιορισμένη και όχι

« Το παρόν πόνημα επικεντρώνεται στο μοντέλο συνθηκών του OECD για την αποφυγή διπλής φορολογίας »

[14] Στο εξής OECD

[15] «Η Επιμονή Της Τουρκίας Να Προβάλλει Βέτο Στη Συμμετοχή Της Κύπρου Σε Διεθνούς Οργανισμούς, Συμφωνίες Και Συνθήκες,» Υπουργείο

Εξωτερικών Της Κυπριακής Δημοκρατίας, 2016, <http://bit.ly/2vs9vPy>.

[16] Mitchael Kobetsky, “International Taxation of Permanent Establishments : Principles and Policy,” 2011, page 460, doi:10.1017/CBO9780511977855.

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

κατ' ανάγκη ολόκληρο το ποσό, για τους φόρους που επέβαλε η τρίτη πολιτεία^[17]. Στην τρίτη περίπτωση (γ), η πολιτεία προέλευσης εξαιρεί το φορολογούμενο για το εισόδημα που απέκτησε στην τρίτη χώρα, όπου εν τέλει «φιλοξενήθηκε» και «δραστηριοποιήθηκε» το εισόδημα. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι ο βαθμός εξάσκησης των τεχνικών αυτών, μπορεί να περιορίζεται ή να ρυθμίζεται λεπτομερειακά, τόσο στη εθνική νομοθεσία, συμπεριλαμβανομένου και των διακρατικών «Συνθηκών Αποφυγής Διπλής Φορολογίας», όσο και από λοιπές πράξεις^[18] του OECD.

Παράδειγμα κατανόησης				
Εθνικός συντ.	35%	Συντ. εξ.	15%	Εισόδημα εξ. 1.000
Περιπτώσεις	Εθν. φόρος	Φόρος εξ.	Σύνολο	
Έκπτωση	€ 150	€ 297,5	€ 447,5	
Πίστωση (π.χ. 100%)	€ 150	€ 200	€ 350	
Εξάλειψη	€ 150	€ 0	€ 150	

Αν μέχρι τώρα και στην παρούσα μελέτη έχει σκιαγραφηθεί η παραδοχή ότι στα ζητήματα διεθνούς φορολογίας εμπλέκονται και ζητήματα εθνικής κυριαρχίας, αφού παρατηρείται ότι τα κράτη συχνά αντιλαμβάνονται την εθνική τους περιουσία σε άμεση συνάρτηση με τα διεθνή εισοδήματα των πολιτών τους, τότε για να δικαιολογηθεί αυτή η θέση θα πρέπει να επιστρατευτούν τουλάχιστον δύο φορολογικά επιχειρήματα. Καταρχάς, ο αντικειμενικός σχολιασμός, από πληθώρα scholars, ότι τα εθνικά φορολογικά συστήματα είνισται να επικεντρώνονται στην ιδιότητα του πολίτη και λιγότερο στον ακριβή τόπο δημιουργίας του

εισοδήματος. Κατά δεύτερον, αρκεί να παρατηρηθεί η ορθότητα της διατύπωσης της Peggy Musgrave: «[T]he home country also experiences a loss of revenue or 'treasury loss' depends on the method to prevent double taxation. If the home country uses the exemption method or credit method, the host country's tax diminished the home country's treasury thus resulting in national loss. The home country's national loss is a national gain to the host country».

Παρόλα αυτά, τα άρθρα 23Α και 23Β του μοντέλου του OECD περιορίζουν τις συμβαλλόμενες χώρες είτε να χρησιμοποιούν την μέθοδο της πίστωσης είτε την μέθοδο της εξάλειψης^[19], αν και, όπως ήταν αναμενόμενο, κανένας περιορισμός δεν επιβάλλεται για τους καθυποτάκτους φορολογικούς συντελεστές^[20].

Από τη μελέτη του Davies, το πρώτο πράγμα που πρέπει να συγκρατηθεί είναι ότι η μονοδιάστατη αντιμετώπιση και μελέτη του θέματος ελλοχεύει απτούς κινδύνους. Συγκεκριμένα, αφού μας παραθέσει τις απαραίτητες στατιστικές, προχωρεί στη διαπίστωση ότι στις πλείστες των περιπτώσεων οι χώρες έχουν εξίσου σημαντικές δραστηριότητες εισαγωγής, αλλά και εξαγωγής. Σε μια πιο μαθηματική θεώρηση, και αν αναλογιστούμε την «αρένα» του Διεθνούς Φορολογικού Δικαίου ως ένα ανταγωνιστικό περιβάλλον όπου τα κράτη επιδιώκουν να προσελκύσουν επενδύσεις ή να βελτιώσουν την εισαγωγική τους δύναμη (Α) ή όπου οι επιχειρηματίες ζυγίζουν τον τόπο και τρόπο επέκτασης των επιχειρηματικών τους δραστηριοτήτων βάσει της προσδοκώμενης αποτελεσματικότητας της εκάστοτε επιλογής (Β), τότε τα ικανοποιητικά εργαλεία μέτρησης και αξιολόγησης της εκάστοτε μεθόδου θα πηγάζουν από την θεωρία παιγνίων^[21] (π.χ. ισορροπία κατά Nash).

«στα ζητήματα διεθνούς φορολογίας εμπλέκονται και ζητήματα εθνικής κυριαρχίας»

^[17] Στην περίπτωση που η πολιτεία που φιλοξενεί την επένδυση έχει χαμηλότερο φορολογικό συντελεστή από τη χώρα κατοικίας, τότε η δεύτερη μπορεί να θέσει και να απαιτήσει τη διαφορά του φόρου αυτού σε μια απόπειρα να διασφαλίσει την εθνική κοινωνική συνοχή και να προασπίζει την αρχή ότι καθένας συμμετέχει στα κοινά σε ευθεία συνάρτηση με την οικονομική του ευχέρεια.

^[18] Βλ. τη δράση για την «Διάβρωση της Φορολογικής Βάσης και Μεταφοράς Κερδών» - link: <http://www.oecd.org/tax/beps.htm>

^[19] Ronald B. Davies, "The OECD Model Tax Treaty: Tax Competition and Two-Way Capital Flows," International Economic Review 44, no. 2

(2003): page 727, <http://www.jstor.org/stable/3663485>.

^[20] Εξάλειψη σε αυτή τη διαπίστωση αποτελούν τα άρθρα 10 και 11, τα οποία θέτουν όρια στο ύψος των φόρων έναντι μερισμάτων και τόκων. Στο μοντέλο των Ηνωμένων Εθνών περιορίζονται μόνο τα μερίσματα.

^[21] Δεν πρέπει να εντυπωσιάζει η άμεση σύνδεση του ζητήματος με τη θεωρία των παιγνίων. Αν και είναι ένα μαθηματικό εργαλείο, ωστόσο κυρίως χρησιμοποιείται στις κοινωνικές και χρηματοοικονομικές επιστήμες, αφού είναι ικανό να χαρτογραφήσει και να επιλύσει σχεδόν κάθε καθημερινό δίλημμα. Για παράδειγμα τη δυσκολία που καμιά φορά έχουν τα ζευγάρια να αποφασίσουν πώς θα περάσουν το βράδυ τους. Αν για παράδειγμα υποθέσουμε ότι κανένας τους δεν επιθυμεί να

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

Εστιάζοντας την προσοχή μας στην πρώτη περίπτωση, δηλαδή αναζητώντας τη μέγιστη ευημερία που μπορεί να επιτευχθεί μεταξύ δύο συμβαλλόμενων κρατών μέσα από τις τρεις υπό εξέταση μεθόδους, την προσοχή μας σίγουρα θα τραβήξει η ανάλυση του 1989 από τους E. Bond και L. Samuelson, οι οποίοι αντιπαρέθεσαν τη μέθοδο της έκπτωσης με αυτήν της πίστωσης. Έτσι, διαπίστωσαν για παράδειγμα ότι η μέθοδος της πίστωσης είναι προτιμητέα για τον εξαγωγέα και, πιο γενικά, ότι η μέθοδος της έκπτωσης μπορεί να χαρακτηριστεί ως αντι-εμπορική.^[22]

Παρά τα σαφή και ξεκάθαρα ανωτέρω ευρήματα, στην πράξη παρέμενε ένα θολό και αχαρτογράφητο πεδίο. Το 1979, οι Feldstein και Hartman είχαν καταλήξει στο ότι προτιμητέα είναι η μέθοδος της έκπτωσης. Το 1995 μια άλλη έρευνα έδειχνε ότι ο εξαγωγέας είναι αδιάφορος για τη μεθοδολογία αποφυγής διπλής φορολογίας, ενώ μια άλλη έρευνα έδειχνε ότι η προτίμησή του είναι μια «τυχαία παλινδρόμηση» βάσει ποσοστού φορολόγησης, ανάγοντας έτσι τη βελτιστοποίηση της διεθνούς φορολογικής πραγματικότητας σε ζήτημα εναρμόνισης των συντελεστών. Ο Davies διαφοροποιείται και επιμένει να αναρωτιέται ποια είναι η βέλτιστη μέθοδος αποφυγής διπλής φορολογίας σε μη εναρμονισμένο φορολογικό καθεστώς.

Δεν είναι ο πρώτος που προβαίνει σε «two-way capital flows» ανάλυση του ζητήματος, δηλαδή στην υιοθέτηση της αντίληψης ότι κάθε κράτος έχει ταυτόχρονα εισαγωγικές και εξαγωγικές δραστηριότητες. Αντίθετα, κατά κάποιον τρόπο διορθώνει τους προκατόχους του που επιδιώξαν μια παρόμοια ανάλυση. Για παράδειγμα, το 1996, ο Yang βεβαιωμένα συνένωσε τις χρηματικές ροές των εισαγωγών και εξαγωγών σε μια ενιαία μεταβλητή καθαής αξίας και, επί της ουσίας, λανθασμένα δημιουργήσε την ψευδαίσθηση ότι πρόκειται για δυσδιάστατη ανάλυση. Το μοντέλο του Davies μελετά τις δύο χρηματικές ροές ξεχωριστά και ταυτόχρονα. Με αυτόν τον τρόπο,

διαπίστωσε ότι μεγάλη επίδραση έχει η παράμετρος αν οι χώρες είναι συμμετρικές, αναφορικά με το επιχειρηματικό και τεχνολογικό τους υπόβαθρο. Πιο συγκεκριμένα διαπιστώνει ότι σε ασύμμετρες χώρες, το μοντέλο του OECD αποτυγχάνει να προσφέρει κάποιου είδους βελτιστοποίηση δίχως πρώτα να εξασφαλίσει μια εξίσωση των φόρων των δύο συμβαλλόμενων χωρών. Στην περίπτωση των συμμετρικών συμβαλλομένων, τότε είναι πιθανό να έχουμε μια «τέλεια ισορροπία κατά Nash», όταν πληρούνται η αναγκαία συνθήκη σύμφωνα με την οποία είτε (α) τουλάχιστον ένα από τα δύο κράτη χρησιμοποιεί τη μεθοδολογία της έκπτωσης είτε (β) και τα δύο χρησιμοποιούν την μεθοδολογία της πίστωσης.

3. Υπάρχει πολιτική διάσταση;

Ανακεφαλαιώνοντας μερικώς, στο παρόν πόνημα και μόλις στην προηγούμενη παράγραφο ειπώθηκε ότι στις πλείστες των περιπτώσεων το μοντέλο του OECD αποτυγχάνει να προσφέρει κάποια ωφέλεια. Παρατηρήθηκαν επίσης μια σειρά αδυναμιών, απουσία χρήσης μιας πραγματικά κοινής αντίληψης και μη εναρμονισμένες πρακτικές, απόψεις, όπως επίσης και μη εναρμονισμένοι φορολογικοί συντελεστές ή αναπάντητα ερωτήματα, ενώ έχουν καταγραφεί σκάνδαλα και έχουν διαπιστωθεί ζημιογόνα και άδικα αποτελέσματα.

Αναφέρθηκε ήδη και η οπτική, όπως αυτή διατυπώθηκε από την οικονομολόγο Peggy Musgrave, σύμφωνα με την οποία στις μεθόδους της *εξάιρεσης* και *πίστωσης*, τα εθνικά οφέλη της χώρας φιλοξενίας της επένδυσης βρίσκονται σε αντίρροπη σχέση με την εθνική απώλεια για τη χώρα προέλευσης. Διαισθητικά έστω, θα μπορούσε κάποιος να ισχυριστεί και ότι το παγκόσμιο χάσμα στην ευπορία των κρατών είναι τόσο μεγάλο που όντως, εκ των πραγμάτων, η πλειονότητα των διεθνών συναλλαγών είναι μεταξύ «άνισων κρατών».

«σε ασύμμετρες χώρες, το μοντέλο του OECD αποτυγχάνει να προσφέρει κάποιου είδους βελτιστοποίηση δίχως πρώτα να εξασφαλίσει μια εξίσωση των φόρων των δύο συμβαλλόμενων χωρών»

περάσει το βράδυ μόνος του (αρνητική ωφέλεια) και στη συνέχεια καταφέρουμε να προσδώσουμε μια ωφέλεια για κάθε έναν από τους δύο ερωτευμένους, τότε μπορούν να υπολογιστούν διάφορες «ισορροπίες». Το ζευγάρι βρίσκεται π.χ. σε ισορροπία κατά Nash αν ο καθένας μπορεί να διαλέξει την καλύτερη απόφαση λαμβάνοντας υπόψιν ωστόσο την απόφαση του συμπαί-

κτη του. Ένα παίγνιο είναι παίγνιο μηδενικού αθροίσματος όταν η ωφέλεια του ενός αντιστοιχεί σε απώλεια του άλλου (π.χ. σκάκι, poker κ.τ.λ.).

[22] Eric W Bond and Larry Samuelson, “Strategic Behaviour and the Rules for International Taxation of Capital,” *Economic Journal* 99, no. 398 (1989): page 1100, doi:10.2307/2234090.

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

Φαίνεται όμως ότι πολλοί θεωρητικοί σχολιαστές έχουν παρασυρθεί και κατά το στοχασμό τους προτείνουν βεβιασμένες λύσεις. Για παράδειγμα, η Δρ Jinyan Li, με τις συνεχείς επιλήψεις στο έργο του ζεύγους Peggy και Richard Musgrave, μάλλον ωραιοποιεί την εκδοχή που μιλά για ένα διεθνές σύστημα αναδιανομής (redistribution) του παγκόσμιου πλούτου και της παγκόσμιας φορολογίας. Κατά τη σύνταξη του ανά χειρας πονήματος, και παρόλο που ευθύς εξαρχής διατυπώθηκαν διάφορες αμφιβολίες (π.χ. κατά πόσον η ήδη διαμορφωμένη κατεύθυνση του Διεθνούς Φορολογικού Δικαίου είναι ικανή να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις της πραγματικότητας), ήταν ιδιαίτερα επίπονη η διαδικασία επιλογής της κατευθυντήριας πρότασης για «*διεθνείς οργανισμούς*» μορφής «*hub*», γιατί ακριβώς το Φορολογικό Δίκαιο δεν πρέπει να αποτελεί πρόσφορο έδαφος για πολιτικές παρεμβάσεις. Αυτό καταδεικνύει τόσο η ίδια η ιστορία του μοντέλου, όσο και παρόμοιες επιδιώξεις του παρελθόντος.

Η επιδίωξη ενός διεθνούς συστήματος του παγκόσμιου εισοδήματος προϋποθέτει και ένα βαθμό παγκόσμιας διακυβέρνησης, και αυτό το επισημαίνει και η ίδια Δρ Jinyan Li^[23] – απλώς είναι περισσότερο αισιόδοξη στην περιγραφή του^[24]. Η θέση αυτή ενισχύεται και μπορεί να υποστηριχθεί (α) από την αποτυχία για ένα Ευρωπαϊκό Σύνταγμα. (β) Ενδεικτική είναι και μια διαρροή στο WikiLeaks το 2011, αναφορικά με μια ενδιαφέρουσα επιστολή που έφθασε από τη Βραζιλία στο Υπουργείο Εμπορίου, στο Υπουργείο Οικονομίας και στη Γραμματεία των ΗΠΑ. Στο πλαίσιο της συζήτησης για τα αρνητικά αποτελέσματα των Διμερών Συνθηκών της με την Νότια Αμερική, χώρες του BRIC, αλλά και με τις ΗΠΑ, παρατίθενται κάποιες ενδιαφέρουσες διαπιστώσεις του Michael Lehman, στελέχους των headquarters της Volkswagen

στη Βραζιλία, για παράδειγμα ότι, «*αν και έχουν πληρώσει περίπου 2,2 δις φόρους στη Βραζιλία, παρόλα αυτά συνεχίζουν να μην είναι ποτέ σίγουροι ποιον κανόνα να ακολουθήσουν και τους είναι ιδιαίτερα επίπονο να ενημερώνονται για τις φορολογικές αλλαγές*»^[25]. Αυτό μαρτυρά ότι πολλές φορές τα στοιχεία εκείνα που αποτελούν τροχοπέδη στην διεθνή επιχειρηματικότητα είναι παθογένειες των εθνικών φορολογικών συστημάτων. Επιπρόσθετα (γ), όταν, κατά την άποψη και πρακτική κρατών, προμετωπίδα μιας υγιούς οικονομικής συνεργασίας είναι η επίλυση πολύπλοκων ζητημάτων διεθνούς δικαίου^[26], τότε εύκολα μπορεί να γίνουν κατανοητές οι τρομακτικές διαστάσεις του ζητήματος και ο βαθμός ενοποίησης που θα πρέπει να διακρίνει οποιοδήποτε μόρφωμα παγκόσμιας διακυβέρνησης, το οποίο με τη σειρά του θα είναι ικανό να φέρει εις πέρας αποτελεσματικά ένα διεθνές σύστημα αναδιανομής του παγκόσμιου εισοδήματος.

4. Πώς λειτουργεί η Διεθνής Φορολογία

Τα περισσότερα κράτη ορίζουν τη φορολογική τους δικαιοδοσία βάσει δύο αρχών: (α) την αρχή της πηγής και (β) την αρχή της κατοικίας. Μάλιστα δεν φαίνεται να υπάρχει κάποια προτίμηση μεταξύ των δύο, και πράγματι, στις πλείστες των περιπτώσεων χρησιμοποιούνται ταυτόχρονα.^[27]

Στην περίπτωση της φορολόγησης βάσει κατοικίας (β) ενδέχεται να προκύψει για έναν/μία κάτοικο φόρος ακόμη και για κάποιο εισόδημα που απέκτησε σε τρίτη χώρα, ενώ στην πρώτη περίπτωση (α) μπορεί να προκύψει φόρος ακόμη και για κάποιον/α που δεν είναι κάτοικος, αλλά δραστηριοποιείται στην χώρα αυτή. Ακριβώς αυτήν την υπερκάλυψη,

« το Φορολογικό Δίκαιο δεν πρέπει να αποτελεί πρόσφορο έδαφος για πολιτικές παρεμβάσεις »

^[23] Jinyan Li, “Improving Inter-Nation Equity through Territorial Taxation and Tax Sparing,” in *Globalization and Its Tax Discontents*, Tax Policy and International Investments (University of Toronto Press, 2010), page 121, <http://www.jstor.org/stable/10.3138/9781442660021.9>.

^[24] «Some legal scholars recognize that globalization has increased the need for inter-nation redistribution

and argue that there appears to be no sound theoretical reason to restrict redistribution to members of any single tax jurisdiction» (Li; 2010)

^[25] Amembassy of Brazil, “Brazil’s Tax Collection Agency Not a Constructive Partner on BIT,” Wikileaks, 2011, <http://bit.ly/2vUdKAY>.

^[26] Βλ. το βέτο της Τουρκίας έναντι της ένταξης της Κύπρου στον OECD (Υποσ. 10)

^[27] Kobetsky, “International Taxation of Permanent Establishments : Principles and Policy,” page 12.

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

που εύκολα μπορεί να παρατηρηθεί^[28], καλούμαστε να επιλύσουμε βάσει των υπό εξέταση διεθνών φορολογικών συνθηκών.

Ο Δρ Michael Kobetsky δεν παραλείπει να τονίσει ότι οι *Διεθνείς Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας* έχουν τις ρίζες τους στην δεκαετία του '20, την εποχή της Κοινωνίας των Εθνών και του πρώτου παγκοσμίου πολέμου.^[29] Την εποχή εκείνη οι επιχειρήσεις ήταν αυστηρά περιορισμένες σε εθνικές δραστηριότητες, και τυχόν διεθνείς επενδύσεις και εμπόριο αποτελούσαν την εξαίρεση και πάντοτε πλαισιώνονταν από λεπτομερή νομοθετήματα και λοιπές κυβερνητικές πράξεις. Συνοψίζοντας, η γέννηση του υπό κρίση «*προϊόντος δικτύου*» βασίζεται σε μεσοπολεμικές αρχές, πολιτικές και ιδεολογίες, και κατ'επέκταση έχουμε τον πρώτο «*οιωνό*» ότι το Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο δεν πρέπει να θεωρείται κάτι περισσότερο από έναν ειδικό «σπόνδυλο» του Εθνικού Φορολογικού Δικαίου.

Ο Δρ Φουφόπουλος Γεώργιος προχωρά σε περαιτέρω εμβάθυνση^[30] και διακρίνει τις περιπτώσεις διπλής φορολογίας στην (α) υποκειμενική μορφή, όπως αυτή εκτέθηκε ανωτέρω, και στην (β) αντικειμενική μορφή, κατά την οποία επιβάλλεται σε δύο διαφορετικά πρόσωπα φόρος για το ίδιο φορολογικό αντικείμενο.

Χαρακτηριστικότερο παράδειγμα είναι η πιθανότητα φορολόγησης μερίσματος, εννοώντας ότι φόρος μπορεί να επιβληθεί τόσο στην εταιρεία για το κέρδος της, όσο και στο μέτοχο για την εισπραξη του μερίσματος. Περαιτέρω παρατηρείται ότι ειδικά η αντικειμενική μορφή του φαινομένου ενδέχεται να εκδηλωθεί και εντός του εθνικού φορολογικού δικαίου, επιβεβαιώνοντας για ακόμη μια φορά^[31] την άποψη ότι πολλά από τα προβλήματα της Διεθνούς Φορολογίας

είναι αποτέλεσμα εθνικών παθογενειών, παρεμβάσεων ή και κακών πρακτικών.

Μιλώντας για πλούτο, οικονομία, επιχειρηματικότητα και φορολογία, δεν αρκεί να υπάρχουν προϊόντα και υπηρεσίες. Το προϊόν προϋποθέτει ένα κεφάλαιο και μια παραγωγική διαδικασία. Απαιτεί συσκευασία, εντοπισμό της ζήτησης και κανάλια διανομής στον τόπο της ζήτησης, και εν τέλει τους καταναλωτές που θα συμφωνήσουν ρητώς στην απόκτησή του. Το πρόβλημα άρχεται από την σύγχρονη καθημερινότητα, καθώς τα γεγονότα και η πρακτική καταδεικνύουν ότι όχι μόνο οι εταιρείες διασπούν την στρατηγική τους σε καθετοποιημένα διακριτά τμήματα, αλλά και αυτά τα διακριτά τμήματα ενδέχεται να εκτελεστούν σε διαφορετικές χώρες. Πρέπει όμως να γίνει αντιληπτό και κάτι ακόμη, ότι η ισχύς των κρατών για εισπραξη φόρων αντλείται από την εθνική τους κυριαρχία (sovereignty), εν τέλει όμως προσομοιάζει με μια «*τεχνητή*» φορολογική κυριαρχία^[32], που τα όριά της δεν είναι γεωγραφικά. Αντίθετα, αναφερόμαστε σε μια απεριορίστη και εικονική κυριαρχία με μοναδικά όρια το εκάστοτε Εθνικό Σύνταγμα^[33].

Συμπερασματικά λοιπόν, δεν είναι μόνο θεμιτό μια πολιτεία να φορολογεί, τόσο βάσει της «*αρχής της κατοικίας*», αλλά όσο και βάσει της «*αρχής της πηγής*», πρέπει επιπλέον να εξασφαλίσουν ακόμη δύο διατυπώσεις: Α) Με τις παραπάνω διατυπώσεις μπορούμε να ψηλαφίσουμε και την ηθική αλήθεια, και σε μια σειρά από άλλες παραδοσιακές αρχές και δόγματα, όπως η «*φοροδοτική ικανότητα*»^[34]. Β) Μέχρι αποδείξεως του αντιθέτου δεν υπάρχουν ιδιαίτερα νομικά επιχειρήματα ότι όλες οι προαναφερθείσες φορολογικές αρχές και τα δόγματα περιορίζονται μόνο σε μια μονόδρομη και «*κάθετη*» επίκληση, δηλαδή από την Πολιτεία προς τον/την εκάστοτε

«όχι μόνο οι εταιρείες διασπούν την στρατηγική τους σε καθετοποιημένα διακριτά τμήματα, αλλά και αυτά τα διακριτά τμήματα ενδέχεται να εκτελεστούν σε διαφορετικές χώρες»

[28] Ας φανταστούμε λοιπόν έναν νεαρό προγραμματιστή που κατοικεί στην Ελλάδα και αναλαμβάνει τον σχεδιασμό μιας ιστοσελίδας για λογαριασμό ενός ελεύθερου επαγγελματία στην Κύπρο. Αν η Κύπρος ως τρίτη χώρα και βάσει της αρχής της πηγής του εισοδήματος φορολογήσει τον νεαρό προγραμματιστή και αν η Ελλάδα επικαλεστεί την αρχή της φορολόγησης βάσει κατοικίας και φορολογήσει το εισόδημα αυτό, τότε προκύπτει μια κλασική περίπτωση διπλής φορολογίας.
[29] Kobetsky, "International Taxation of Permanent Establishments : Principles and Policy," page. 11.

[30] Γιώργος Φουφόπουλος, Σημειώσεις Σεμιναρίου: «Διεθνές Και Ενωσιακό Φορολογικό Δίκαιο» (Νομική Βιβλιοθήκη Αθήνας, 2016), σελ. 6.

[31] Βλ. υποσ. 17

[32] Βλ. The economic allegiance doctrine

[33] Tulio Rosembuj, "Personal and Economic Allegiance under the Personal Income Tax and the Corporate Tax in Spain" 26, no. 1 (1995): page 4.

[34] Αγγλικός όρος: Faculty theory ή ability-to-pay

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

πολίτη. Παρόλο που μιλώντας για μια φορολογική κυριαρχία αποδεσμευμένη από γεωγραφικά όρια, αναφερόμαστε σε μια κυριαρχία που βασίζεται σε πολιτικά, κοινωνικά και οικονομικά στοιχεία, ωστόσο το καθήκον του πολίτη για συμμετοχή στις δημόσιες δαπάνες πηγάζει από την λήψη πλεονεκτημάτων από την συμμετοχή στην εκάστοτε «*συλλογική οικονομική ζωή*»^[35].

Δεν καταρρίπονται απλώς οι επιδιώξεις ή οι ενθουσιασμοί για παγκόσμια αναδιανομή φόρων, είναι σαφές ότι κανένα επιχείρημα δεν συνηγορεί στην κοινωνικοπολιτική σταθερότητα του εν λόγω εγχειρήματος.

4.1. Φορολογική Κυριαρχία

Είναι «*η καταλληλότερη στιγμή*» να «*περιπλανηθούμε ιστορικά*» στην διαδικασία που «*έπλασε*» την σημερινή ερμηνεία της βασικής ιδέας του Διεθνούς Φορολογικού Δίκαιου, αλλά και στην συλλογιστική που θα συμβάλλει καθοριστικά στην απορρόφηση σχεδόν κάθε διένεξης ισχύος μεταξύ των εθνικών φορολογικών συστημάτων.

Ψηλαφίζοντας περαιτέρω την επιχειρηματικότητα και την οικονομία, ας φανταστούμε έναν Ιταλό επιπλοποιό, ο οποίος αποφασίζει να τυποποιήσει τα σχέδιά του και να επιδιώξει εξαγωγές και διεθνές εμπόριο και ας φανταστούμε ότι ο πρωταγωνιστής μας π.χ. το πρόβλημα της μικρής δυναμικότητας του εργαστηρίου του, το έλυσε με ανάθεση βάσει μιας χρονομισθωσης σε μια υπερσύγχρονη παραγωγική μονάδα στην Ολλανδία και για τον σκοπό αυτό σύστησε εκεί και ένα γραφείο, ώστε να διευθύνει τους τομείς πρώτες ύλες, παραλαβή και αποθήκευση των προϊόντων. Τα προϊόντα του έχουν αγαπηθεί ιδιαίτερα στην Ισπανία, στην οποία εντοπίζεται η συντριπτική πλειονότητα των συνολικών του πωλήσεων. Γι' αυτό το λόγο σύστησε εκεί ένα δεύτερο γραφείο, ώστε να εξυπηρετεί γρήγορα και αποτελεσματικά τους πελάτες του. Πώς και σε ποιο ύψος αναμένουμε ότι θα

ερμηνεύσει η Ιταλική Κυβέρνηση την φοροδοτική ικανότητα του επιπλοποιού; Η απάντησή μας θα πρέπει να εξαρτηθεί αναλογικά με το αν τα κέρδη της ισπανικής μονάδας τα εισπράττει απευθείας ο επιχειρηματίας-επιπλοποιός ή αν αντίθετα τα εισπράττει διαμέσου της πρώτης του επιχείρησης στην Ιταλία. Ερωτήματα όμοια με αυτά ήταν η αφορμή για την οποία η Κοινωνία των Εθνών ανησυχούσε ότι το φαινόμενο της διπλής φορολογίας θα πλήξει την αυξανόμενη τάση για διεθνές επενδύσεις και εμπόριο.

Το 1921 η Κοινωνία των Εθνών προσκαλεί τέσσερις επιφανείς οικονομολόγους^[36] να ετοιμάσουν μία αναφορά σχετικά με τη διπλή φορολογία. Η σύντομη αναφορά που τους δόθηκε συμπεριελάμβανε, για πρώτη φορά^[37], και την τυποποίηση των «*γενικών αρχών ως μια βάση για διεθνή συνθήκη η οποία θα αφαιρεί την διαβολική σύμπτωση της διπλής φορολόγησης*»^[38]. Ένα από τα κυριότερα συμπεράσματα ήταν ότι: «*[Ο]λόκληρη η περιουσία ενός ιδιώτη πρέπει να φορολογηθεί, απλώς πρέπει μόνο φορολογηθεί μόνο μία φορά, και αυτή η υποχρέωση του ιδιώτη πρέπει να διαιρεθεί ανάμεσα στις φορολογικές περιοχές βάσει των συμφερόντων σε αυτές*»^[39]. Μάλιστα δώσανε και το απαραίτητο περιγράμμα συλλογιστικής μέσα από τέσσερα καθοδηγητικά ερωτήματα:

- (1) Σε ποιον τόπο παράχθηκε φυσικά ή οικονομικά το εισόδημα;
- (2) Σε ποιον τόπο μπορούν να εντοπιστούν τα τελικά αποτελέσματα της παραγωγής, εκφρασμένης ως μια ολοκληρωμένη διαδικασία παραγωγής πλούτου;
- (3) Σε ποιον τόπο μπορεί να εξασκηθεί το δικαίωμα της κατοχής, του αποτελέσματος της παραγωγής;
- ...και (4) σε ποιον τόπο αυτός ο πλούτος ξοδεύτηκε, καταναλώθηκε, ή άλλως πως εκποιήθηκε;

Η Δρ Jinyan Li σχολιάζει για την φοροδοτική ικανότητα ότι, «*η άσκηση της φορολογικής κυριαρχίας στα εισοδήματα του εξωτερικού είναι*

« Δεν καταρρίπτονται απλώς οι επιδιώξεις ή οι ενθουσιασμοί για παγκόσμια αναδιανομή φόρων, είναι σαφές ότι κανένα επιχείρημα δεν συνηγορεί στην κοινωνικοπολιτική σταθερότητα του εν λόγω εγχειρήματος »

[35] Βλ. The Benefit/Entitlement doctrine

[36] Τους Professors Bruins (Ολλανδία), Einaudi (Ιταλία), Seligman (ΗΠΑ) και τον Sir Josiah Stamp (ΗΒ).

[37] Niv Tadmor, "The Interaction between Tax Treaties and E-Commerce Re-Examined" (Deakin University, 2014), Page 25.

[38] Prof. Bruins et al., "Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee" (Geneva, 1923), page 2, <http://adc.library.usyd.edu.au/>

[39] Ελεύθερη μετάφραση: «[T]he individual's whole faculty should be taxed, but that it should be taxed only once, and that liability should be divided among the tax districts according to his relative interests in each». (Prof. Bruins et al; 1923)

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

απαραίτητη, ώστε να επιτευχθεί μια δίκαια φορολογική αντιμετώπιση για όλους τους φορολογούμενους, φορολογώντας όλα τους τα εισοδήματα, ανεξαρτήτως του τόπου απόκτησής τους»^[40]. Γίνεται αντιληπτό πια ότι ο φορολογικός μας πολιτισμός συντίθεται και διαμορφώνεται από ένα πολύπλοκο μείγμα ισορροπιών και αλληλεπίδρασης αποτελούμενο από παραδοσιακά φορολογικά δόγματα, όπως αυτά εξελίχθηκαν με την πάροδο του χρόνου. Ακριβώς επειδή είναι αδύνατο, ή και άδικο, να διανοηθούμε ένα φορολογικό σύστημα, το οποίο π.χ. ασκεί την εξουσία του μόνο βάσει της θεωρίας της πηγής ή της κατοικίας, είναι εύλογο να ισχυριστεί κάποιος ότι, σε μια εκ των υστέρων θεώρηση, η ουσιαστική παρέμβαση της τότε Κοινωνίας των Εθνών, και διαμέσου των τεσσάρων εντεταλμένων οικονομολόγων, ήταν να τυποποιήσει, αν όχι απλώς να προωθήσει, την ιδέα της φορολογικής κυριαρχίας, η οποία χαρακτηρίστηκε ως «σημείο εκκίνησης για μια μοντέρνα θεωρία»^[41]. Αξίζει πάντως να σημειωθεί ότι η θεωρία αναπτύχθηκε πρώτα από τον γερμανό οικονομολόγο Georg von Schanz, το 1892^[42].

Επιμένοντας, παρατηρούμε ότι η φορολογική κυριαρχία έχει στοιχεία μιας γενικευμένης πλειάδας επιμέρους κρίσεων. Ο Adams Thomas είχε σχολιάσει ότι, αν και συμφωνεί με τις περισσότερες από αυτές τις κρίσεις, χαρακτηρίζει την φορολογική κυριαρχία ως κάτι που πρακτικά δεν είναι «επιστημονικό», και γι' αυτό η ερμηνεία της διαφέρει στις διάφορες πολιτείες^[43].

Η αστάθεια και τα αδύναμα σημεία της φορολογικής κυριαρχίας ήταν κάτι που ήταν αντιληπτό ακόμη και κατά την συγγραφή της αναφοράς για λογαριασμό της Κοινωνίας των Εθνών. Λίγο αργότερα, το 1928, ο ένας εκ

των τεσσάρων οικονομολόγων είχε σχολιάσει ότι «we must select two major considerations, and then attempt to ascertain how each of these is influenced by the lesser considerations»^[44]. Οι δύο λόγοι για τους οποίους παραγκωνίζει δύο από τα τέσσερα σημεία του περιγράμματος, το οποίο πρότεινε και ο ίδιος, είναι η πολυπλοκότητα αλλά και η πίστη του ότι καταλληλότερες για φορολογικά θέματα είναι οι διακρατικές συνθήκες, και όχι οι πολυκρατικές.

Η αγορά, σε όρους υποδομών, τεχνογνωσίας κ.τ.λ., είναι πια καθοριστικός παράγοντας στην παραγωγή πλούτου. Ακόμη και παλιότερα, η εξίσωση περιείχε τουλάχιστον δύο αντίρροπες δυνάμεις, την ζήτηση και την προσφορά. Χρειάζομαστε κάθε άλλο παρά ποτέ τα επιχειρήματα εκείνα τα οποία θα μας επιτρέπουν να φορολογούμε χωρίς την απαίτηση της φυσικής παρουσίας και, ακριβώς επειδή το δόγμα της φορολογικής κυριαρχίας δεν είναι κάτι περισσότερο από ένας φάκελος άλλων αρχών, κάποια όρια στην καταχρηστική του επίκληση ήδη έχουν τεθεί ενδογενώς (βλ. *The Benefit/Entitlement doctrine*).

4.2. Η γλώσσα του μοντέλου του OECD

Ο Δρ Φουφόπουλος δεν παραλείπει να μας υπενθυμίσει και ένα ακόμη νομικό σημείο. Συγκεκριμένα ότι, όπως κάθε συνθήκη, έτσι και οι Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας διέπονται από την Συνθήκη της Βιέννης του 1969^[45]. Στην Συνθήκη της Βιέννης ορίζεται ότι οι συνθήκες πρέπει να ερμηνεύονται υπό το φως των σκοπών τους, εν προκειμένω υπέρ του φορολογούμενου και κατά της διπλής φορολογίας^[46].

Χωρίς καμία αμφισβήτηση, τεχνικά, ο σκοπός των υπό μελέτη συνθηκών, είναι η απλή και στενή επιδίωξη της καταπολέμησης

«ο φορολογικός μας πολιτισμός συντίθεται και διαμορφώνεται από ένα πολύπλοκο μείγμα ισορροπιών και αλληλεπίδρασης αποτελούμενο από παραδοσιακά φορολογικά δόγματα»

[40] Li, "Improving Inter-Nation Equity through Territorial Taxation and Tax Sparing," page 120.

[41] Prof. Bruins et al., "Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee" (Geneva, 1923), page 20, <http://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=split/law/xml-main-texts/brulegi-source-bibl-1.xml>.

[42] Niv Tadmore, "The interaction between tax treaties and e-commerce re-examined" (Deaking University, 2014), page 25.

[43] Όπως παρατέθηκε: Tadmore, "The interaction between tax treaties and e-commerce re-examined", page 29.

[44] Tadmore, "The interaction between tax treaties and e-commerce re-examined", page 25.

[45] Η διάταξη 31(1) ορίζει: «[Η] διεθνής συνθήκη πρέπει να ερμηνεύεται με καλή πίστη, σύμφωνα με την συνήθη έννοια που δίνεται στους όρους που περιλαμβάνει η συνθήκη στο σύνολό της και κάτω από το φως του αντικειμένου και του σκοπού της».

[46] Γιώργος Φουφόπουλος, "Σημειώσεις σεμιναρίου: «Διεθνές και Ενωσιακό Φορολογικό Δίκαιο»", Νομική Βιβλιοθήκη Αθήνας, 2016, page 9.

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

της διπλής φορολόγησης. Κοινωνικοπολιτικά όμως, θα πρέπει να αντιληφθούμε ότι η πρόθεση αυτής της επιδίωξης δεν είναι άλλη από την ενίσχυση των διεθνών συναλλαγών. Δύο από τους τρόπους με τους οποίους υλοποιείται αυτή η πρόθεση, (α) είναι η εγκαθίδρυση της έννοιας της φορολογικής κυριαρχίας, ως ένα καθοριστικό κριτήριο επίλυσης κάθε φορολογικής διένεξης μεταξύ των κρατών, και (β) η αρχή των ίσων αποστάσεων, την οποία θα εξετάσουμε στην συνέχεια, ως μια απόπειρα επιβολής κουλτούρας στην επιδιωκόμενη παγκόσμια οικονομική συνεργασία.

Στην «Συνθήκη των Συνθηκών»^[47] επίσης βρίσκουμε σαφή διασύνδεση κάθε συνθήκης με τους κανόνες Διεθνούς Δικαίου.^[48] Εξάλλου και βάσει της ιστορικής διαδρομής του μοντέλου, είναι αναμενόμενο ότι η ομάδα των τεσσάρων εμπειρογνομώνων, οικονομολόγων στο σύνθητες επάγγελμά τους, λίγο-πολύ θα επιδίωκαν να αποτυπώσουν την επικρατούσα τάση της εποχής, ως αποδοτικότερο τρόπο λειτουργίας των αγορών. Σύμβουλος Επιχειρήσεων είχε προβεί σε παρόμοια κρίση από το 2006, εξειδικεύοντας τη διασύνδεση με το Διεθνές Εθνικό Δίκαιο.^[49]

Αναφορικά με την διάταξη 31(2), νομική αξία έχει και η διατύπωση ότι, για σκοπούς ερμηνείας, το σύνολο της συνθήκης θα πρέπει να συμπεριλαμβάνει κάθε παράρτημα, κάθε άλλης σχετικής συμφωνίας, αλλά και κάθε μεταγενέστερη πρακτική των συμβαλλόμενων μερών. Μια χαρακτηριστική πρακτική των συμβαλλόμενων μερών είναι ότι κατά την σύναψη τέτοιων διακρατικών συμβάσεων, δεν γίνονται μόνο αναφορές στο μοντέλο του OECD, αλλά και στα «Ερμηνευτικά Σχόλια»^[50]

του προαναφερόμενου μοντέλου. Τα σχόλια αυτά έχουν ομοιότητες με μια πολυκρατική συμφωνία^[51] με σκοπό να διαμορφώσουν μια κοινή γλώσσα ερμηνείας του μοντέλου.^[52]

Οι παρεκκλίσεις ήταν, ή έστω θα έπρεπε να ήταν, αναμενόμενες. Το 1917, ο Adams Smith είχε προειδοποιήσει^[53], μάλλον καυστικά, σχολιάζοντας ότι ένα μεγάλο μέρος των κρατικών δαπανών θα δρομολογούνται για την συντήρηση ενός αποδοτικού οικοσυστήματος επιχειρηματικότητας, και είχε συμπεράνει ότι η συζυγία ιδιωτικής επιχειρηματικότητας και κρατικών δαπανών είναι μια ζημιόγonos συζυγία. Σε μια σύγχρονη θεώρηση, θα πρέπει να (α) παραδεχτούμε ότι η αντίληψη ότι το εισόδημα έχει μια εντοπίσιμη προέλευση δεν είναι μια καλώς οικονομικά ορισμένη ιδέα, όπως επίσης ότι (β) δεν υπάρχει κανένα Φυσικό Δίκαιο για την παγκόσμια ανακατανομή του εισοδήματος^[54], ενώ (γ) δεν θα έπρεπε να παραβλέψουμε και τα φαινόμενα υψηλού επιχειρηματικού συγκεντρωτισμού^[55]. Κατάληξη δεν μπορεί να είναι άλλη από το ότι η διεθνής επιδίωξη για αποφυγή διπλής φορολογίας είναι ένα ευαίσθητο πολιτικό ζήτημα, αφού οι διενέξεις δικαιοδοσίας και υποχρέωσης ανάγονται σε παίγνιο λεπτών ισορροπιών μεταξύ των εθνικών συμφερόντων και της ανεπιθύμητης κατάστασης της μη εναρμονισμένης διεθνούς αγοράς.

5. Εμβαθύνοντας στην Φορολογική Κυριαρχία

Παρατηρώντας προσεκτικά, για παράδειγμα, την ακρόαση στελέχους της Google σε επιτροπή της Βρετανικής Βουλής των Κοινοτήτων^[56] βλέπουμε την αντιπαράθεση

«η αντίληψη ότι το εισόδημα έχει μια εντοπίσιμη προέλευση δεν είναι μια καλώς οικονομικά ορισμένη ιδέα»

^[47] «Ψευδώνυμο» της Συνθήκης της Βιέννης του 1969 – Σε αγγλική βιβλιογραφία εντοπίζεται και ως Law of treaties.

^[48] Η διάταξη 31(3)(c) διασφαλίζει ότι, «[κ]άθε σχετικός κανόνας του Διεθνούς Δικαίου βρίσκει εφαρμογή στις σχέσεις των μερών».

^[49] Βορίσης Α Βινιέρη, «Ερμηνεία Των Συμβάσεων Για Την Αποφυγή Διπλής Φορολογίας Εισοδήματος», *Επιχείρηση* 41, no. 247 (2006): 266–70, <http://bit.ly/2y8btX3>.

^[50] Αγγλικός όρος, commentaries.

^[51] Εν αντιθέσει με το γεγονός ότι το επιδιωκόμενο νομικό αποτέλεσμα είναι διακρατικές πανομοιότυπες συμβάσεις.

^[52] Βινιέρη, «Ερμηνεία Των Συμβάσεων Για Την Αποφυγή Διπλής Φορολογίας Εισοδήματος».

^[53] Tadmore, 'The interaction between tax treaties and e-commerce re-examined', page 21.

^[54] Hugh J. Ault, "Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles International Tax Principles," *Tax Notes International* 70, no. 12 (2013): page 9, doi:10.2139/ssrn.2287834.

^[55] Βλ. John Oliver, "Episode 113 (24/09) on Last Week Tonight" (HBO, 2017), <http://bit.ly/2y41wum>.

^[56] The House of Commons Public Accounts Committee (chaired by Labour MP Margaret

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

να ανάγεται σε ζητήματα π.χ. (α) της σπουδαιότητας του ρόλου της εκάστοτε υποδραστηριότητας που λαμβάνει χώρα στην εθνική επικράτεια ή στο ερώτημα (β) αν πιο καθοριστική σημασία έχει η χώρα που δημιουργεί την οικονομική αξία ή η χώρα που δημιουργεί την οικονομική δραστηριότητα, ενώ δεν έλειψαν τα υπονοούμενα περί ηθικής και «*don't be evil*». Τα επιχειρήματα από πλευράς της Google δεν είναι και τόσο εύκολο να καταρριφθούν. Ενδεικτικά, η Google είναι μια εταιρεία πληροφορικής με προϊόντα και υπηρεσίες υψηλής τεχνολογίας, και δεν είναι λογικό την προέλευση του εισοδήματος^[57] να την απορροφά η χώρα όπου βρίσκονται οι υπάλληλοι που απασχολούνται σε δευτερεύουσες εργασίες, όπως στην καθοδήγηση των χρηστών στον χειρισμό των ψηφιακών της προϊόντων. Εξίσου λογικό είναι και το επίχειρημα ότι μια εταιρεία μπορεί να οργανώνει τις δραστηριότητές της με τον πιο αποδοτικό τρόπο ή ότι οι εταιρίες της Google στην ενωσιακή επικράτεια δεν είναι παρά επικουρικά οχήματα και γι' αυτό στο χρηματιστήριο δραστηριοποιείται μόνο η μητρική στην Καλιφόρνια.

Παρόλα αυτά, ήδη έχουμε αναφερθεί στο *The Benefit/Entitlement doctrine* και στο ότι οι αγορές είναι καθοριστικός παράγοντας στις επιχειρηματικές δραστηριότητες αφού συμπεριλαμβάνουν τις υποδομές, την τεχνογνωσία, την πελατεία κ.τ.λ. Αν αναλογιστούμε το σενάριο η Alphabet Inc να μην ήταν η «διαδικτυακή αυτοκρατορία» του σήμερα, αλλά μια μικρή εξειδικευμένη εταιρεία στην Καλιφόρνια, με servers που «σάρωναν» το διαδίκτυο και μέσα από πολύπλοκους αλγόριθμους ήταν σε θέση να παρέχει σε «τιμές αγοράς», σε διάφορες ευρωπαϊκές εταιρίες, τη δυνατότητα να παρέχουν τις αντίστοιχες διαδικτυακές υπηρεσίες, τότε μάλλον εξανεμίζεται κάθε ηθικό ζήτημα. Θα μπορούσε όμως ένα

δικαστήριο να διατάξει τη διάσπαση μιας πολυεθνικής επειδή, νομικά τουλάχιστον, ο τρόπος που έχει οργανώσει τις δραστηριότητες κρίνεται ως καταβολή του νόμου και της αγοράς; Αν και ποτέ δεν τηρήθηκε το διάταγμα αυτό, Ανώτατο Δικαστήριο της Αμερικής είχε διατάξει την διάσπαση της Microsoft, σε «*εταιρία του λειτουργικού*» και σε «*εταιρία των προγραμμάτων*», με σκοπό την αντιμετώπιση των αρνητικών συνεπειών του μονοπωλίου της Microsoft στην αγορά των λειτουργικών^[58].

5.1. Η αρχή των ίσων αποστάσεων

Μια τοπική βιοτεχνία που εισάγει και παράγει έτοιμα σχέδια προϊόντων ή απλώς επανασυσκευάζει προϊόντα εταιρειών τρίτων χωρών στις μέρες μας δεν θεωρείται κάτι το ηθικά μεμπτό, ανεξάρτητα από το ύψος του φορολογικού κέρδους που απομένει στο εν λόγω κράτος, σε σχέση με την αθροιστική κερδοφορία της αλυσίδας των εμπλεκόμενων επιχειρησιακών δραστηριοτήτων, με την προϋπόθεση βέβαια ότι όλα γίνανε σε «*τιμές αγοράς*» ή ότι δεν υπήρξαν άλλες αθέμιτες πρακτικές.

Η αρχή των ίσων αποστάσεων^[59] επιβάλλει στις οικονομικές σχέσεις μεταξύ δύο επιχειρήσεων τους όρους που επικρατούν στην αγορά βάσει του εξής κριτηρίου: τι θα είχαν συμφωνήσει δύο ανεξάρτητες επιχειρήσεις σε μια όμοια περίπτωση. Απαραίτητη συνθήκη που θα πρέπει να πληρείται ώστε να ενεργοποιηθεί η αρχή, είναι οι δύο επιχειρήσεις να κρίνονται ως συνδεδεμένες.^[60]

Αν λοιπόν έχουμε δύο επιχειρήσεις που κρίνονται ως συνδεδεμένες, τότε η αρχή των ίσων αποστάσεων, και βάσει του άρθρου 9 του πρότυπου μοντέλου του OECD, μπορεί να επιβάλει να συμπεριληφθούν τα κέρδη που θα είχαν πραγματοποιηθεί, αλλά λόγω της ιδιαίτερης σχέσης των δύο επιχειρήσεων δεν έχουν πραγματοποιηθεί, δηλαδή να επιβάλει

« Η αρχή των ίσων αποστάσεων επιβάλλει στις οικονομικές σχέσεις μεταξύ δύο επιχειρήσεων τους όρους που επικρατούν στην αγορά βάσει του εξής κριτηρίου: τι θα είχαν συμφωνήσει δύο ανεξάρτητες επιχειρήσεις σε μια όμοια περίπτωση»

Hodge), "Taxation of Multinational Corporations" (BBC, 2012), <http://bit.ly/2fwqA1R>.

[57] Βλ. σελ. 16.

[58] "Microsoft Ordered to Split into Two Companies," The Guardian, 2000, <http://bit.ly/2fwZWpN>.

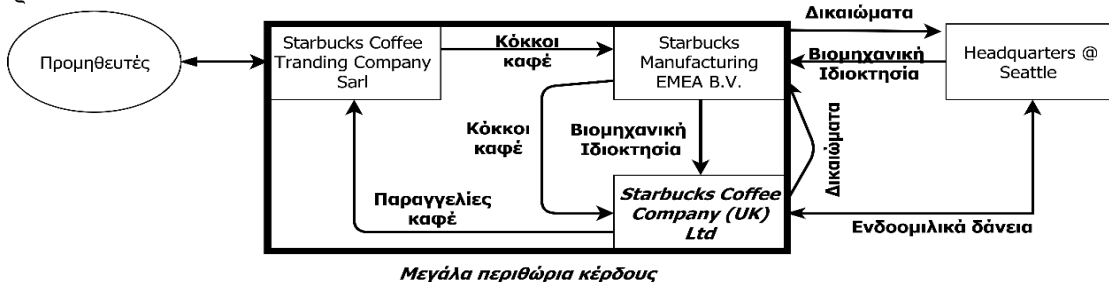
[59] Αγγλικός όρος, arm's length.

[60] Η διάταξη 9(1) του μοντέλου του OECD για την αποφυγή της διπλής φορολογίας ορίζει δύο διαζευκτικές προϋποθέσεις ώστε δύο επιχειρήσεις να κριθούν ως συνδεδεμένες. Η πρώτη προϋπόθεση είναι η μία επιχείρηση να συμμετέχει άμεσα ή έμμεσα, είτε στη διοίκηση, είτε στον έλεγχο είτε στο κεφάλαιο της άλλης επιχείρησης. Το δεύτερο κριτήριο είναι τα ίδια πρόσωπα να συμμετέχουν άμεσα ή έμμεσα στην διοίκηση ή στον έλεγχο ή στο κεφάλαιο των δύο επιχειρήσεων.

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

στις φορολογικές αρχές την υποχρέωση να αναμορφώσουν τα κέρδη κατά ανάλογο τρόπο.

μειώνει τα φορολογητέα κέρδη σε αντίστροφη συνάρτηση με το «συμφωνημένο» επιτόκιο.^[61]



Μεγάλα περιθώρια κέρδους

Περνώντας στα αρνητικά της αρχής αυτής, είναι σημαντικό να αναγνωριστούν οι ιδιαίτερα αυξημένες απαιτήσεις σε ανθρώπινο δυναμικό. Οι φορολογικές αρχές, και των δύο κρατών, θα πρέπει να καταβάλουν ιδιαίτερο κόπο στην απόπειρά τους να εντοπίσουν το μέγιστο ποσό των κερδών που δύνανται να φορολογήσουν. Ο ελεγκτής θα πρέπει να είναι σε θέση να κατανοεί την εκάστοτε επιχειρηματική αλυσίδα διεργασιών και να είναι σε θέση να προβαίνει σε καίριες και αδέκαστες κρίσεις, προτού προβεί στις επιδιωκόμενες αναμορφώσεις στα κέρδη των εταιρειών. Παράλληλα απαιτείται και συνεχής και άρτια διακρατική επικοινωνία των φορολογικών αρχών. Ένας όμως τρόπος επίλυσης αυτών των ζητήματων είναι η επίλυση στην βάση της βελτιστοποίησης των κυβερνητικών πρακτικών και της πολιτικής βούλησης.

5.2. Υποκεφαλαιοδότηση

Ένα άλλο ζήτημα, που προκύπτει στα πλαίσια παρατήρησης της συνεχούς εξάσκησης της κουλτούρας των «in group structures», δεν είναι άλλο από το ερώτημα ποιο είναι το κεφάλαιο που απαιτείται, ώστε μια εταιρεία να ιδρύσει εταιρεία σε άλλη χώρα με σκοπό να διοικεί αποτελεσματικότερα τις δραστηριότητες στην χώρα αυτή ή σε γειτονικές περιοχές. Συχνό φαινόμενο είναι οι υποβοηθούμενες αυτές εταιρείες να είναι υπερφορτωμένες με δάνεια προς τις μητρικές τους εταιρείες, κάτι το οποίο

Προτεινόμενη λύση βάσει των ερμηνευτικών σχολίων του OECD για το 9ο άρθρο^[62] της συμβάσεως είναι και πάλι η αρχή των ίσων αποστάσεων που εξετάστηκε προηγουμένως. Αυτή την φορά αναφορικά όχι μόνο με το αν το επιτόκιο δανειοδοτήσεων είναι καθορισμένο σε όρους αγοράς, αλλά και με το αν σε μια prima facie θεώρηση, το δάνειο πρέπει να χαρακτηριστεί ως δάνειο ή ως εταιρικό κεφάλαιο.

Στο παραπάνω σχεδιάγραμμα (Ταμειακές ροές των δραστηριοτήτων της Starbucks για την αγορά του Ηνωμένου Βασιλείου - Δεδομένα από Sari N & Hunar; 2015)^[63] αποτυπώνεται αφαιρετικά το επιχειρησιακό σχήμα των δραστηριοτήτων της Starbucks στην επικράτεια του Ηνωμένου Βασιλείου, ως ένα υπαρκτό παράδειγμα για το πώς είναι εφικτό να έχουμε μεταφορά κερδών στην επιθυμητή φορολογική κυριαρχία, αξιοποιώντας α) τις λειτουργικές δαπάνες, β) έξοδα βιομηχανικής ιδιοκτησίας, αλλά και γ) δαπάνες επιτοκίων ως προς τα ενδοομιλικά δάνεια. Οι ερευνητές της πρωτογενούς μελέτης αναφέρουν ότι η νομική οντότητα στο Ηνωμένο Βασίλειο παρουσιάζει επί 15 χρόνια κατ'επανάληψη σημαντικές ζημιές με αποτέλεσμα να έχει αποδώσει στο ίδιο δεκαπενταετές διάστημα 12 εκατομμύρια δολάρια σε βρετανικούς φόρους, όταν για το 2011 απέδωσε στην Ελβετία 10 εκατομμύρια σε αντίστοιχους φόρους.

«Παράλληλα απαιτείται και συνεχής και άρτια διακρατική επικοινωνία των φορολογικών αρχών»

^[61] Για παράδειγμα, στην ενωσιακή πραγματικότητα και από την απόφαση C324/00, παρατηρείται ότι συχνά τα κράτη-μέλη χαρακτηρίζουν το μεγαλύτερο μέρος του επιτοκίου ως επίπλαστο και το φορολογούν ως «συγκυαλυμένο μέρισμα», αξιοποιώντας έτσι μεγαλύτερους συντελεστές.

^[62] OECD, “Commentary on Article 9: Concerning the Taxation of Associated Enterprises,” in Model Tax Convention on Income and on Capital:

Condensed Version (OECD Publisher, 2014), 183–186, doi:http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-43-en.

^[63] Nuraini Sari & Ririn Susanti Hunar, “Analysis Method of Transfer Pricing Used by Multinational Companies Related to Tax Avoidance and Its Consistencies to the Arm’s Length Principle,” Binus Business Review 6, no. 3 (2015): page 344, doi:http://dx.doi.org/10.21512/bbr.v6i3.944.

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

5.3. Κυπριακή Νομολογία

Μια ενδιαφέρουσα νομολογία που καταπιάνεται με πολλές πτυχές όσων παρουσιάστηκαν ανωτέρω είναι η υπόθεση υπ' αριθμόν 1906/2006, SITA SC v. Κυπριακής Δημοκρατίας.

Η SITA είναι ένας πολυεθνικός όμιλος που δραστηριοποιείται στην αγορά των υπηρεσιών τηλεπικοινωνίας αερολιμένων. Από τον κοινωνικό ισολογισμό του ομίλου για το έτος 2015^[64], παρατηρείται μια αρκετά πολύπλοκη εταιρική δομή, η οποία, μεταξύ άλλων, περιλαμβάνει εταιρεία στο Βέλγιο ή στην Ολλανδία, αλλά και το trust, «*The SITA Trust Foundation*», για την απόδοση μερισμάτων στο προσωπικό.^[65]

Στην Κύπρο τα πράγματα περιπλέχτηκαν ακόμη περισσότερο, αφού δημιουργήθηκε μια ιδιαίτερα επιχειρηματική σχέση στη βάση μιας σύμβασης κοινών υπηρεσιών^[66], μεταξύ της ΑΤΗΚ, του ομίλου Equant^[67] και της «SITA SC»^[68]. Μάλιστα ο Διευθυντής του Τμήματος των Εσωτερικών Προσόδων είχε χαρακτηρίσει τις σχέσεις των εταιριών Equant και SITA σχέσεις αντιπροσωπείας^[69]. Η Σύμβαση Κοινών Υπηρεσιών^[70] μεταξύ άλλων προνοούσε τη δωρεά router από το Equant στην ΑΤΗΚ, ώστε οι πελάτες της πρώτης να μπορούν να συνδεθούν στο δίκτυό της μέσα από τα κυλώματα της ΑΤΗΚ. Η SITA προωθούσε τα αιτήματα πελατών στο εξωτερικό και συγκεκριμένα στην κατάλληλη εταιρεία του συγκροτήματος Equant. Τον Σεπτέμβριο του 2009, ο Έφορος Φόρου Εισοδήματος^[71] έκρινε ότι η Equant υπάγεται σε φορολογία εισοδήματος, επειδή τα παρακάτω στοιχεία προσδίδουν σε αυτήν μόνιμη εγκατάσταση στην επικράτεια της Δημοκρατίας της Κύπρου. Τα στοιχεία αυτά ήταν η αναφορά κυπριακής διεύθυνσης στην ιστοσελίδα της Equant.

Η SITE SC δήλωνε ότι εργοδοτούσε προσωπικό για όφελος της Equant. Η δωρεά του router στην ΑΤΗΚ. Ότι ίδια επωμιζόταν ετησίως δαπάνες 1,3 εκατομμύρια λόγω αυτών των διεργασιών στη Δημοκρατία της Κύπρου.

Η Equant, παραπέμποντας στο μοντέλο του OECD, αρνήθηκε την ύπαρξη μόνιμης εγκατάστασης και δήλωσε ότι η δωρεά στην ΑΤΗΚ αντιπροσωπεύει το κόστος των υπηρεσιών που τις παρέχονται στην Κύπρο. Την επίδικη σχέση την χαρακτηρίζει λειτουργική συνεργασία και είναι μια πρακτική που η ίδια ακολουθεί σε διάφορες χώρες, δίχως όμως οι εκεί αρχές να επικαλεστούν την ύπαρξη μόνιμης εγκατάστασης. Ισχυρίζονται επίσης ότι το μεγαλύτερο μέρος των εισοδημάτων αυτών έχουν ήδη φορολογηθεί στο εξωτερικό. Σε σημείο της εισήγησής τους παραδέχονται ωστόσο ότι δίχως αυτό το επιχειρηματικό μόρφωμα, δεν θα μπορούσαν να εξυπηρετούν τους πελάτες τους, π.χ. τις Κυπριακές Αερογραμμές.

Το Δικαστήριο έκρινε ότι η κρίση των δημόσιων αρχών για την ύπαρξη μόνιμης εγκατάστασης ήταν πλήρως εναρμονισμένη με την ουσία και το πνεύμα του μοντέλου του OECD για τις Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας, παραπέμποντας μάλιστα όχι μόνο σε συγκεκριμένα άρθρα, αλλά και στα επίσημα «*Ερμηνευτικά Σχόλια*» και λοιπές κατευθυντήριες του μοντέλου. Αν και το Δικαστήριο κράτησε σημαντικές αποστάσεις, λέγοντας π.χ. ότι ένα ακυρωτικό δικαστήριο δεν επεμβαίνει σε κρίσεις της δημόσιας διοίκησης αναφορικά με τεχνικά θέματα, ωστόσο και (α) αναγνώρισε ότι η υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στους, ενίοτε ιδιαίτερα πολύπλοκους, κανόνες φορολογίας είναι μια επίπονη διαδικασία, και (β) επιφόρτισε εξολοκλήρου τον κάθε εν δυνάμει φορολογούμενο με το καθήκον αυτό. Η σχετική άποψη του Δικαστή Κράμβη είναι αποκρουσταλλωμένη και σαφής και επί λέξει διατυπώνει ότι «*[δ]εν είναι υποχρέωση των φορολογικών αρχών να αναζητούν αποδεικτικά στοιχεία αναφορικά με τα εισοδήματα, αλλά του φορολογούμενου που πρέπει να αποκαλύπτει όλα τα στοιχεία και στην απουσία τέτοιων, η διοίκηση προβαίνει στα δικά της συμπεράσματα*»^[72], εννοώντας προφανώς είτε την αναμόρφωση του δηλωμένου εισοδήματος είτε,

« Μια ενδιαφέρουσα νομολογία που καταπιάνεται με πολλές πτυχές όσων παρουσιάστηκαν ανωτέρω είναι η υπόθεση υπ' αριθμόν 1906/2006, SITA SC v. Κυπριακής Δημοκρατίας»

[64] Αγγλικός όρος, corporate social responsibility report (CSR)

[65] SITA, "Sita Group CSR Report 2015," 2015, <https://www.sita.aero/about-us/corporate-social-responsibility/csr-report>.

[66] Αγγλικός όρος, Joint-Service Agreement.

[67] Στο εξής, Equant.

[68] Στο εξής, SITA.

[69] Βλ. και υπόθεση υπ' αριθμόν 1303/2006.

[70] Στο εξής, Σύμβαση.

[71] Στο εξής Έφορος.

[72] Η υπογράμμιση του συγγραφέα.

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

στην περίπτωση απουσίας δήλωσης, τη συμπλήρωση από πλευράς του εφόρου.

5.4. Δράση BEPS: Διαχειρίζοντας την «φορολογική βαβέλ»

Τον Νοεμβρίου του 2012, σε σύνοδο των Χωρών των G20, οι Υπουργοί Οικονομικών και οι Προέδροι των Κεντρικών Τραπεζών καλώσορισαν την πρωτοβουλία του OECD να αναλάβει τη διευθέτηση του ραγδαία αναπτυσσόμενου φαινομένου της «*Διάβρωσης της Φορολογικής Βάσης και Μεταφοράς των Κερδών*» (*Base Erosion and Profit Shifting*)^[73], ενώ επίσης δήλωσαν ότι αναμένουν αναφορά προόδου.^[74] Σε μια περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης, αυτή η δήλωση κρίθηκε ότι σηματοδοτεί την καθίδρυση της ομώνυμης δράσης του OECD.

Στις 7 Ιουλίου του 2017 και αφού μεσολάβησαν επίπονες διεργασίες και διαπραγματεύσεις, 68 χώρες, συμπεριλαμβανομένης και της Κύπρου, συνομολόγησαν μια πολυκρατική Σύμβαση αναφορικά με την εφαρμογή μέτρων, καταπολέμησης του φαινομένου BEPS, στις «*Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας*»^[75]. Απώτερος σκοπός η αυτόματη μεταρρύθμιση, ή ο ταυτόχρονος μετασχηματισμός, του υπό κρίση «προϊόντος δικτύου», δηλαδή των «*Συνθηκών Αποφυγής Διπλής Φορολογίας*»^[76]. Ευθύς εξ αρχής και από τη αιτιολογική έκθεση διευκρινίζεται ότι, «*δεν θα λειτουργεί όπως ένα πρόσθετο πρωτόκολλο, το οποίο θα επενεργούσε απευθείας στο περιεχόμενο των καλυπτόμενων ή διεπομένων συνθηκών. Αντίθετα τοποθετείται στο «πλάι» και θα παρεμβάλλεται στα αποτελέσματα των Φορολογικών Συνθηκών με σκοπό να παρεισφρήσουν τα μέτρα δράσης BEPS*»^[77].

Κοινή πρακτική των πρόσθετων πρωτοκόλλων είναι η χρήση της λέξης τροποποίησης (amendment), ενώ στη «*Συνθήκη MLI*» και από το πρώτο άρθρο πρέπει να προσέξουμε τη λέξη μεταρρύθμιση (modify) και συγκεκριμένα πως διατυπώνει ότι, η «*συνθήκη αυτή*

μεταρρυθμίζει όλες τις διεπόμενες φορολογικές συνθήκες και όπως αυτές καθορίζονται στη διάταξη 2(1)(a)».

Ο Allison Christians περιγράφει τη δράση του OECD ως μια συνεχή διεργασία προς την κατεύθυνση ενός «*Παγκόσμιου Φορολογικού Συστήματος*», το οποίο καθοδηγείται και περιφρουρείται από την «*επικρατούσα τάση*» κατά τον, ομολογουμένως επίπονο, συσχετισμό δυνάμεων. Δεν παραβλέπει να μας επισημάνει την προσοχή στον παράγοντα της εθνικής κυριαρχίας, και ως προς τούτο, διακρίνει τον ρόλο του διαχειριστή ενός δικτύου από την εξουσία μιας *Υπερεθνικής Αρχής*.

Δεν είναι η πρώτη φορά που ο OECD προβαίνει σε «*νομικούς ακτιβισμούς*». Όμοιο σχέδιο δράσης είδαμε τόσο στα «*Ερμηνευτικά Σχόλια*» και στις λοιπές επίσημες κατευθυντήριες γραμμές, όσο και σε λοιπές δράσεις του OECD. Στη δράση της «ομότιμης αξιολόγησης»^[78] αναφορικά με την απόδοση και την πρακτική ενός κράτους, παρατηρούμε τον οργανισμό να αυτοπροσδιορίζεται σε όρους ενδιάμεσου παρατηρητή και επόπτη. Ο στόχος της προαναφερθείσας δράσης είναι η δημοσίευση των «*κακώς κειμένων*» και κυρίως η παρακίνηση των εθνικών αρχών για νομοθετική αναμόρφωση.

Η «*Συνθήκη MLI*» θα πρέπει να διαβάζεται παράλληλα με τις *Φορολογικές Συνθήκες*, αν και παραμένει το χρόνιο πρόβλημα της ασυνεπούς ερμηνείας και μη απόλυτα εναρμονισμένης εξάσκησης της ρυθμιστικής δραστηριότητας του OECD, ωστόσο είναι μια εξαιρετική ευκαιρία για κωδικοποίηση και αύξηση της δεσμευτικότητας καίριων φορολογικών αρχών και γενικών αρχών δικαίου.

Το περιεχόμενο της «*Συνθήκη MLI*» ευδιάκριτα διακρίνεται σε τρεις βαθμίδες ή κατηγορίες, (α) στην ελάχιστη τυποποίηση, (β) στις προτάσεις και (γ) στις βέλτιστες πρακτικές. Η πρώτη βαθμίδα εσωκλείει, εκ πρώτης όψεως δεσμευτικές, διατάξεις αναφορικά με την αποκάλυψη οικονομικών δεδομένων των

«*Η 'Συνθήκη MLI' θα πρέπει να διαβάζεται παράλληλα με τις Φορολογικές Συνθήκες, αν και παραμένει το χρόνιο πρόβλημα της ασυνεπούς ερμηνείας και μη απόλυτα εναρμονισμένης εξάσκησης της ρυθμιστικής δραστηριότητας του OECD*»

[73] Στο εξής BEPS

[74] G20's Finance Ministers and Central Bank Governors, "Final Communiqué: Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors," 2012, page 6, <http://bit.ly/2zEQglM>.

[75] Επίσημος τίτλος, «Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures» - Στο εξής «*Συνθήκη MLI*»

[76] Allison Christians, "BEPS and the New International Tax Order," Brigham Young University Law Review 2016, no. 6 (March 2017): page 1642.

[77] OECD, "Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting" (2016), page 3, <http://bit.ly/2yFBA7v>.

[78] Βλ. [link:http://www.oecd.org/site/peerreview/](http://www.oecd.org/site/peerreview/)

Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο

πολυεθνικών επιχειρήσεων, τις επιβλαβείς φορολογικές πρακτικές, την κατάχρηση των φορολογικών συνθηκών αλλά και την επίλυση διασυννοριακών διενέξεων. Η συγκεκριμένη επίλυση των διενέξεων αυτών δεν είναι παρά μια εξάσκηση της πρόνοιας στο άρθρο 25 του μοντέλου του OECD, η οποία προνοούσε τη λεπτομερειακή θέσπιση κανόνων διαιτησίας, μέσα από αμοιβαίες συμφωνίες διαδικασιών. Η έντονη ευελιξία της «Συνθήκης MLI» δεν είναι μόνο μια φυσική συνέπεια των εδώ και δεκαετιών διαμορφωμένων Διεθνών Σχέσεων και Διπλωματίας, αλλά και ένα τεχνικό χαρακτηριστικό που διέπει λίγο-πολύ το σύνολο της Σύμβασης. Ακόμη και οι διατάξεις της πρώτης βαθμίδας, μπορούν να παραμεριστούν π.χ. όταν οι μηχανισμοί που προνοούνται, διαφορετικά μπορούν να εκπληρωθούν^[79]. Για παράδειγμα η πρόνοια του Άρθρου 13 της «Συνθήκης MLI», καθορίζει τις ελάχιστες φορολογικές πληροφορίες που μια πολυεθνική επιχείρηση οφείλει να αποτυπώνει (π.χ. τους πληρωτέους φόρους) και κάθε συμβαλλόμενη χώρα, στην οποία δραστηριοποιείται η εκάστοτε επιχείρηση, δικαιούται πρόσβαση σε αυτά τα δεδομένα. Παρόμοιος μηχανισμός προνοείται στη ενωσιακή οδηγία 2013/34/EU, όπου καθορίζεται η δημοσιοποίηση φορολογικών στοιχείων των πολυεθνικών επιχειρήσεων. Το άρθρο 5 αφορά το βαθμό, την έκταση και τον τρόπο με τον οποίο κάθε συμβαλλόμενο κράτος δικαιούται να απαλλάσσει το φορολογικό υποκείμενο^[80]. Παρόλο που τα όρια είναι ιδιαίτερα λεπτομερικά διατυπωμένα, παρέχεται στους συμβαλλομένους η δυνατότητα να επιλέξουν ανάμεσα σε τρεις ομάδες επιμέρους ρυθμίσεων. Η ευελιξία δεν περιορίζεται μόνο σε τεχνικές λεπτομέρειες, για παράδειγμα το άρθρο 3, το

οποίο φαίνεται να ήταν το αποτέλεσμα μιας επίπονης διαπραγματεύσεως και με κύριο σκοπό να επέλθει η εν τέλει συμφωνία στη αίθουσα των διαπραγματεύσεων· επιτρέπει στα συμβαλλόμενα Κράτη να επιφυλάσσονται της εφαρμογής άρθρων, και οι υπόλοιποι συμβαλλόμενοι να μην επιτρέπεται να αντιτάσσουν τα εν λόγω άρθρα στις οικονομικές σχέσεις τους, με το κράτος αυτό. Επιπλέον κάθε συμβαλλόμενη χώρα δεν αρκεί να συνθηκολογήσει, αλλά χρειάζεται και να υποδείξει μια-προς-μια τις «Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας» που επιθυμεί να διέπονται από τη δράση BEPS, αλλά και ποιες επιλογές έκανε, στο εσωτερικό της ίδιας της συνθήκης, στα πολλαπλά προαιρετικά, διαζευκτικά ή ανοιχτά σημεία.

Συνέπεια της προαναφερθείσας ελαστικότητας, στη διακριτική ευχέρεια των Κρατών είναι το ζήτημα της «περιπλοκότητας» και οπτικοποιείται εύκολα στα σχετικά εργαλεία που προσφέρονται από τον OECD στο κοινό^[81], ενώ ακαδημαϊκοί προέβησαν στον προσδιορισμό ότι πρόκειται για έναν «κύβο του Rubik»^[82].

Παρά τις ανωτέρω διατυπώσεις και κρίσεις, ούτε η δράση BEPS, ούτε η «Συνθήκη MLI» πρέπει να υποτιμηθούν. Κατά κύριο λόγο επειδή, και χωρίς να ανατρέπονται τα μέχρι τώρα εργαλεία αντιμετώπισης της διπλής φορολογίας (π.χ. η αρχή των ίσων αποστάσεων^{[83], [84]}), παρεισφρέουν διάφορα βοηθητικά κριτήρια, όπως η προτροπή για καθορισμό συγκεκριμένου επιτρεπτού επιτοκίου στα ενδοομιλικά δάνεια^[85], όσο και νέα εργαλεία, όπως η «αρχή ελέγχου του σκοπού»^[86] της εκάστοτε επιχειρησιακής πράξης^[87].

Συνοπτικά, το «Principal Purpose Test» προτρέπει τις φορολογικές αρχές να διερωτώνται

«στη διακριτική ευχέρεια των Κρατών είναι το ζήτημα της ‘περιπλοκότητας’ και οπτικοποιείται εύκολα στα σχετικά εργαλεία που προσφέρονται από τον OECD στο κοινό»

[79] Peter Godber, Grant Thornton, and Miranda Stewart, “Speed Dating in the New Tax Era: The BEPS Convention Kicks Off,” Tax Specialist (1329-1203) 21, no. 1 (August 2017): page 22.

[80] Βλ. ενότητα «Τεχνικές αποφυγής διπλής φορολογίας».

[81] Βλ. τον πίνακα επιλογών και επιφυλάξεων – link: <http://bit.ly/2itwBRH>

[82] Peter Godber, Grant Thornton, and Miranda Stewart, “Speed Dating in the New Tax Era: The BEPS Convention Kicks Off,” Tax Specialist (1329-1203) 21, no. 1 (August 2017): page 21.

[83] Peter Godber, Grant Thornton, and Miranda Stewart, “Speed Dating in the New Tax Era: The

BEPS Convention Kicks Off,” Tax Specialist (1329-1203) 21, no. 1 (August 2017): page 17.

[84] Allison Christians, “BEPs and the New International Tax Order,” Brigham Young University Law Review 2016, no. 6 (March 2017): page 1630.

[85] Raffaele Russo, “Base Erosion and Profit Shifting BT - The Challenge of the Digital Economy: Markets, Taxation and Appropriate Economic Models,” ed. Francesco Boccia and Robert Leonardi (Cham: Springer International Publishing, 2016), 39–54, doi:10.1007/978-3-319-43690-6_3.

[86] Στη αγγλική βιβλιογραφία συναντιέται ως «Principal Purpose Test».

[87] Βλ. «Συνθήκη MLI», άρθρο 7

Η υφή της Διεθνούς Φορολογίας

ποια είναι η πραγματική επιδίωξη της εκάστοτε πράξης της εταιρείας, ώστε να διαπιστωθεί αν είναι «εύλογος» ο ισχυρισμός, ότι η επιδίωξη της εταιρείας ήταν η άντληση οποιουδήποτε πλεονεκτήματος από τις Φορολογικές Συνθήκες. Για το υποθετικό σενάριο, «ότι μια εταιρεία έχει την ανάγκη κατασκευής ενός εργοστασίου, και επιλεχθεί εκείνη η χώρα, η οποία στο «φορολογικό της χαρτοφυλάκιο» διαθέτει φορολογικές συμβάσεις, οι οποίες τυγχάνει να είναι ευνοϊκές προς τις περιστάσεις της συγκεκριμένης εταιρείας», ο Ολλανδικής καταγωγής Δρ R. Kok διατυπώνει ότι ικανοποιείται η αρχή του ελέγχου, επειδή υπερσχύει η ανάγκη για την κατασκευή εργοστασίου, και όχι, η κατά σύμπτωση, απόκτηση φορολογικών πλεονεκτημάτων.^[88]

Στους ουσιώδεις λόγους, για το μη παραγκωνισμό αυτής της φιλότιμης προσπάθειας, θα πρέπει να συμπεριλάβουμε και το ότι λήφθηκαν υπόψιν όλες οι πτυχές της εθνικής κυριαρχίας και ενστερνίστηκε τους σχετικούς στοχασμούς της ακαδημαϊκής κοινότητας.^[89] Επιπλέον, δικαίως η «Συνθήκη MLI» διεκδικεί τον τίτλο ενός «βαρυσήμαντου οροσήμου» στη «Διεθνή Φορολογική Διακυβέρνηση», αφού δόθηκε «βήμα» σε μη κυβερνητικούς παράγοντες αλλά και σε μη-κράτη μέλη του OECD, υπό το καθεστώς του «BEPS Associates», ενώ αναγνωρίζει ότι οι επιβλαβείς πρακτικές δεν εντοπίζονται μόνο στη συμπεριφορά των επιχειρήσεων αλλά και στη συμπεριφορά των ίδιων των Κρατών. Ο A. Christians προσδοκιά τη συνέχιση της προσπάθειας και ότι πολλές από τις παρατηρούμενες αδυναμίες θα επιλυθούν στη δράση «BEPS 2.0».^[90]

6. Επιλογικά σχόλια

Η καλειδοσκοπική πραγματικότητα και η ισορροπία πολιτικών και εθνικών συμφερόντων καθιστούν μοναδική διέξοδο ένα σύστημα ή ένα δίκτυο από διακρατικές «Συνθήκες Αποφυγής Διπλής Φορολογίας». Η πολυπλοκότητα που προσδίδει μια τέτοια υφή αντισταθμίζεται από τα ουσιαστικά διαβήματα

του Οργανισμού Οικονομικής Ανάπτυξης και Συνεργασίας για την υιοθέτηση κοινής αντίληψης αναφορικά με τον τρόπο αντιμετώπισης και ερμηνείας των διεθνών επιχειρηματικών επιδιώξεων. Ενδεικτικό τέτοιο διάβημα δεν είναι άλλο από τα περιοδικά «Ερμηνευτικά Σχόλια» και τις λοιπές καθοδηγήσεις του μοντέλου, που υιοθετεί η συντριπτική πλειονότητα των συμβάσεων αυτών. Τα «Ερμηνευτικά Σχόλια», εν αντιθέσει με τις υπό κρίση διεθνείς συμβάσεις, είναι πολυκρατικές συμφωνίες και τυχόν αποκλίσεις επιτρέπονται μόνο υπό αυστηρούς όρους. Όμοια στρατηγική παρατηρήθηκε και στη δράση BEPS.

Το σχηματοποιημένο πια Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο φαίνεται πρόθυμο να παροπλιστεί με όλες εκείνες τις τεχνικές, τις αρχές και πρακτικές του νομικού και πολιτικού κόσμου, ώστε να είναι εφικτή η εξάσκηση φορολογικής εξουσίας, δίχως τυπικά κωλύματα, όπως η έλλειψη συνεχούς φυσικής παρουσίας του φορολογικού υποκειμένου.

Οι αστοχίες και οι αδυναμίες του Διεθνούς Φορολογικού Δικαίου, δηλαδή τα ολοένα και πιο συχνά εμφανιζόμενα επιχειρηματικά περιστατικά τα οποία αδυνατεί το Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο να υπαγάγει και να ρυθμίσει ορθά και ηθικά, έχουν κάποια αίτια. Τα αίτια αυτά πρέπει να αναζητηθούν στην έντονη ποικιλομορφία των διάφορων εθνικών φορολογικών συστημάτων, αλλά και στις παθογένειες αυτών. Ενδεικτικό επιχείρημα, οι Φορολογικές Αρχές της Κυπριακής Δημοκρατίας και τα Κυπριακά Δικαστήρια που στην υπόθεση υπ' αριθμόν 1906/2006, SITA SC v. Κυπριακής Δημοκρατίας, δεν δίστασαν να επιφορτίσουν τους πολυεθνικούς ομίλους με την ευθύνη της ορθής και δίκαιης ερμηνείας των Διεθνών Φορολογικών Συμβάσεων, υπό την απειλή ότι, διαφορετικά, οι φορολογικές αρχές θα προβούν σε μονομερή αναμόρφωση των φορολογικών τους δηλώσεων.

•••••

«τα ολοένα και πιο συχνά εμφανιζόμενα επιχειρηματικά περιστατικά τα οποία αδυνατεί το Διεθνές Φορολογικό Δίκαιο να υπάξει και να ρυθμίσει ορθά και ηθικά έχουν κάποια αίτια»

^[88] Reinout Kok, “The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6,” Intertax 44, no. 29 (2016): pages 408–9.

^[89] Βλ. το «διάλογο» με αφορμή τη θέση όροσημο των Peggy και Richard Musgrave στην ενότητα «Υπόγειη πολιτική διάσταση».

^[90] Allison Christians, “BEPS and the New International Tax Order,” Brigham Young University Law Review 2016, no. 6 (March 2017): 1645.

Ηθικά και νομικά ζητήματα της χρήσης των βλαστοκυττάρων

Μαρία Μακρή, Φοιτήτρια, Νομική Σχολή,
Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το παρόν άρθρο πραγματεύεται τα ηθικά και νομικά ζητήματα που εγείρονται γύρω από το επίκαιρο θέμα των βλαστοκυττάρων. Εξετάζονται ορισμένα ηθικά ζητήματα, όπως η ηθική αποδοχή της έρευνας των βλαστοκυττάρων, η επιλογή της φύλαξης τους σε δημόσια ή ιδιωτική τράπεζα. Ακολούθως, αναπτύσσονται νομικά ζητήματα, σχετικά με τις επιτρεπτές πηγές βλαστοκυττάρων, το οικονομικό αντάλλαγμα ως προς τη φύλαξη τους και την προστασία της ιδιωτικής ζωής των ασθενών καθώς και την εμπιστευτικότητα των δεδομένων που παρέχουν.

Τα τελευταία δεκαπέντε χρόνια, τα αιμοποιητικά βλαστικά κύτταρα του ομφαλοπλακουντικού αίματος έχουν χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία ασθενειών, όπως κακοήθειες του αιμοποιητικού και λεμφικού συστήματος, μεταβολικές διαταραχές, αιμοσφαιρινοπάθειες, ανεπάρκειες του ανοσοποιητικού συστήματος και ορισμένες περιπτώσεις συμπαγών όγκων. Τα βλαστικά κύτταρα είναι αρχέγονα κύτταρα, τα οποία αποτελούν πρώιμες μορφές όλων των κυττάρων του ανθρώπινου σώματος και υπό κατάλληλες συνθήκες μπορούν να μετατραπούν σε όλους τους τύπους κυττάρων του οργανισμού. Οι θεραπευτικές δυνατότητες των κυττάρων αυτών αποτελούν σήμερα αντικείμενο εντατικής έρευνας, καθώς ένας σπουδαίος αριθμός κλινικών δοκιμών βρίσκονται παγκόσμια σε εξέλιξη για τη διερεύνηση της χρήσης των κυττάρων αυτών, ώστε να θεραπεύονται επιπλέον ασθένειες όπως ο διαβήτης τύπου I και II. Με όραμα τη θεραπεία αυτή, επιστήμονες από το Πανεπιστήμιο της Κοπεγχάγης ανακάλυψαν πως τα πολυδύναμα ανθρώπινα βλαστοκύτταρα μπορούν να καταστούν μια απεριόριστη πηγή ινσουλίνης για τη ίαση των ασθενών με

διαβήτη τύπου I^[1]. Παράλληλα, Σουηδοί επιστήμονες έκαναν σημαντική πρόοδο στη θεραπεία της νόσου Πάρκινσον, καθώς κατάφεραν, με τη βοήθεια βλαστικών κυττάρων, να αναστρέψουν στον εγκέφαλο πειραματόζων βλάβες ανάλογες με αυτές που προκαλεί η νευροεκφυλιστική ασθένεια. Η εξέλιξη αυτή ανοίγει τον δρόμο για την πρώτη μεταμόσχευση βλαστικών κυττάρων στον εγκέφαλο ασθενών με Πάρκινσον κάποια στιγμή στο μέλλον^[2]. Τα βλαστοκύτταρα έχουν επίσης χρησιμοποιηθεί στον τομέα της Νευρολογίας, με χαρακτηριστικό παράδειγμα αυτό του Πανεπιστημίου του Σαπόρο της Ιαπωνίας, όπου σε 12 περιπτώσεις ασθενών με εγκεφαλικά επεισόδια παρατηρήθηκε σημαντική βελτίωση μετά τη χορήγηση αυτόλογων βλαστοκυττάρων^[3].

Με την πρόοδο λοιπόν της επιστημονικής έρευνας, ένας μεγάλος αριθμός ηθικών και νομικών ζητημάτων άρχισε να εγείρεται γύρω από το ζήτημα της χρήσης των βλαστοκυττάρων για θεραπευτικούς σκοπούς.

I. Ηθικά ζητήματα

« Τα βλαστικά κύτταρα είναι αρχέγονα κύτταρα, τα οποία αποτελούν πρώιμες μορφές όλων των κυττάρων του ανθρώπινου σώματος και υπό κατάλληλες συνθήκες μπορούν να μετατραπούν σε όλους τους τύπους κυττάρων του οργανισμού»

[1] "Towards a Safe and Scalable Cell Therapy for Type 1 Diabetes by Simplifying Beta Cell Differentiation", <http://www.eurostemcell.org/>

[2] "Reconstructing the brain: approaches to treating Parkinson's disease". <http://www.eurostemcell.org/reconstructing-brain-approaches-treating-parkinsons-disease>

[3] Ελένη Δεληγεώργη-Πολίτη, 2003, Βλαστοκύτταρα: η μεγάλη ελπίδα της ιατρικής για τον 21^ο αιώνα, σελ.19.

Η χρήση των βλαστοκυττάρων

Η έρευνα πάνω στα ανθρώπινα βλαστοκύτταρα αποτελεί ένα τυπικό παράδειγμα αντιπαράθεσης στο πεδίο της βιοηθικής. Από τη μία πλευρά, η προσδοκία νέων θεραπειών, ακόμη και στο απώτερο μέλλον, καθιστά ελκυστική την προοπτική εναλλακτικών μορφών δωρεάς ανθρώπινων οργάνων και ιστών. Απεναντίας, όταν στην έρευνα αυτή εμπλέκεται το στοιχείο της χρήσης εμβρύων εγείρονται ερωτήματα τα οποία αφορούν την ηθική αποδοχή, τα όρια και τις συνθήκες της έρευνας αυτής. Η ηθική αποδοχή της έρευνας των βλαστοκυττάρων δεν εξαρτάται μόνο από τους στόχους αλλά και από τις πηγές των κυττάρων αυτών, καθώς κάθε πηγή εγείρει και διαφορετικά ηθικά ζητήματα. Όσοι αντιτίθενται στην έρευνα γενικά δεν επισημαίνουν τη διαφορά, αλλά για όσους την αποδέχονται αποτελεί μια σοβαρή υπόθεση^[4]. Το ζήτημα των πηγών των βλαστοκυττάρων θα αναλυθεί εκτενέστερα παρακάτω. Η ηθική νομιμότητα της έρευνας εξαρτάται και σε μεγάλο βαθμό από το καθεστώς το οποίο θα αποδοθεί στο έμβρυο. Αν θεωρήσουμε το έμβρυο ως άνθρωπο-άτομο, τότε περιοριζόμαστε μόνο στο τι επιτρέπεται να κάνουμε πάνω σε έναν άνθρωπο. Αντιθέτως, αν θεωρήσουμε πως δεν είναι τίποτα παραπάνω από μια συλλογή κυττάρων τότε οι περιορισμοί μειώνονται^[5]. Ένα σοβαρό λοιπόν ηθικό ενδοιασμό αποτελεί η ιδέα της θανάτωσης ενός «δυνάμει» ανθρώπου.

Σύμφωνα με την ιατρική επιστήμη το γονιμοποιημένο ωάριο των δεκατεσσάρων πρώτων ημερών μπορεί να χρησιμοποιηθεί στη έρευνα, καθώς δεν αποτελεί εξατομικευμένη ανθρώπινη ζωή, δεν έχει αποκτήσει οντολογική ενότητα και είναι αδύνατο να αναπτυχθεί μόνο του έξω από τη μήτρα της μητέρας. Το σύνολο των ανθρώπων, που υποστηρίζει την άποψη αυτή, προτείνει ορθολογικά επιχειρήματα τα οποία συνδέονται κυρίως με τη σπουδαιότητα των επιστημονικών ανακαλύψεων, οι

οποίες θα ανακουφίσουν αναρίθμητους ασθενείς που πάσχουν από σοβαρότατες ασθένειες^[6]. Στον αντίποδα, συντηρητικοί κυρίως κύκλοι, οι οποίοι εμφανίζονται επηρεασμένοι από θρησκευτικές προδιαθέσεις, συνηθίζουν να αποκαλούν τα εξωσωματικά γονιμοποιημένα ωάρια «έμβρυα». Υποστηρίζουν πως το έμβρυο από τη στιγμή της σύλληψης του αρχίζει να φέρει ανθρώπινο status και συνεπώς δεν επιτρέπεται καμία παρέμβαση σε αυτό. Κατ'επέκταση, ισχυρίζονται ακόμη πως δεν είναι ηθικά παραδεκτή ούτε καν η ίδια η χρήση τους^[7]. Τα βλαστικά κύτταρα είναι αρχέγονα κύτταρα, τα οποία αποτελούν πρώιμες μορφές όλων των κυττάρων του ανθρώπινου σώματος και υπό κατάλληλες συνθήκες μπορούν να μετατραπούν σε όλους τους τύπους κυττάρων του οργανισμού.

Πολλοί ακόμη συνηθίζουν να αποκαλούν το έμβρυο «άτομο». Άτομο είναι μια ύπαρξη η οποία είναι ικανή να σκέφτεται, να δρα και να επικοινωνεί. Το έμβρυο συνεπώς δεν είναι άτομο, αλλά έχει τη δυνατότητα να εξελιχθεί σε αυτό. Λέξεις σαν αυτή δεν θα έπρεπε να χρησιμοποιούνται, έχουν σκληρό απόηχο και τείνουν να αποσπούν την προσοχή μας από σοβαρούς προβληματισμούς^[8]. Στο πρώιμο αυτό στάδιο θα πρέπει να γίνεται λόγος για «προέμβρυα» και πιο συγκεκριμένα «γονιμοποιημένα ωάρια» ή «βλαστοκύστες», καθώς τις 14 πρώτες ημέρες από την γονιμοποίηση τα βλαστοκύτταρα αυτά είναι ολοδύναμα ή πολυδύναμα και αναπτύσσονται σε όργανα και ιστούς αναγκαίους για την ανθρώπινη ζωή^[9]. Αν τελικώς, η έρευνα με σκοπό την αποκόμιση εμβρυικών βλαστοκυττάρων, επιτραπεί, τότε θα πρέπει να υπόκειται σε αυστηρή εποπτεία και βασικούς περιορισμούς. Αυτοί περιλαμβάνουν την πλήρη συγκατάθεση των δωρητών και την απαίτηση να βασίζεται η έρευνα σε όρους οι οποίοι προωθούν το καλό της ανθρωπότητας. Η Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής θεωρεί πως η έρευνα με μη ιατρικούς σκοπούς θα πρέπει να αξιολογείται

«Ένα σοβαρό λοιπόν ηθικό ενδοιασμό αποτελεί η ιδέα της θανάτωσης ενός 'δυνάμει' ανθρώπου.»

^[4] Anne McLaren- Goran Hermeren, 2000, Ethical aspects of human stem cell research and use, σελ. 13-14.

^[5] Alexander McCall Smith-Michel Revel, 2001, The use of embryonic stem cells in therapeutic research, σελ. 7-8.

^[6] Μυρτώ Δράγωνα-Μονάχου, Η βιοηθική ανάμεσα στην επιστήμη και τη φιλοσοφία- Βλαστοκύτταρα, σελ. 12-16.

^[7] Καϊάφα- Γκιμπάντι Μ., Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου- Καστανίδου Ε., 2009, Βλαστοκύτταρα, σελ.17-18.

^[8] Lars Ostnor, 2008, Stem Cells, Human Embryos and Ethics, σελ.141.

^[9] Μυρτώ Δράγωνα-Μονάχου, op.cit. σελ.7.

Ιατρικό Δίκαιο

ως ανήθικη όπως επίσης και η έρευνα που εξελίσσεται πέρα από τα πρώιμα στάδια της εμβρυικής ανάπτυξης. Η έρευνα πάνω στα βλαστοκύτταρα θα πρέπει να έχει ως μοναδικό σκοπό τη θεραπεία και όχι ασήμαντους ή κοσμητικούς σκοπούς. Οι απαιτήσεις της κοινωνικής δικαιοσύνης θα πρέπει να επικυρωθούν, καθώς και να αναγνωριστεί επαρκώς η αλτρουιστική φύση της έρευνας, τόσο στη διαδικασία της εμβρυικής δωρεάς όσο και στις εμπορικές εφαρμογές των νέων θεραπευτικών μέσων. Σε καμία περίπτωση δεν πρέπει η δωρεά βλαστοκυττάρων να καταστεί εμπορική συναλλαγή και πρέπει να ληφθούν μέτρα ώστε να αποθαρρυνθούν οικονομικά κίνητρα^[10].

Το ηθικό ζήτημα το οποίο αφορά όχι μόνο τον επιστημονικό αλλά και τον επιχειρηματικό κοινωνικό κύκλο παριστά η επιλογή της φύλαξης του ομφαλοπλακουντικού αίματος (ΟΠΑ) σε ιδιωτική ή σε δημόσια τράπεζα. Η κρατούσα στους ειδικούς άποψη ενθαρρύνει την ετερόλογη μεταμόσχευση, δηλαδή τη φύλαξη του ΟΠΑ σε δημόσιες τράπεζες και την αξιοποίησή του από τρίτους λήπτες. Με τη δημόσια δωρεά το ομφαλοπλακουντικό αίμα φυλάσσεται ανώνυμα σε δημόσιες τράπεζες και παρέχεται δωρεάν σε οποιοδήποτε πρόσωπο το έχει ανάγκη. Προωθείται έτσι η αρχή της αλληλεγγύης που διέπει τη μέθοδο της δωρεάς. Μια δεύτερη, μειοψηφική σήμερα άποψη, δικάζεται υπέρ της χρήσης των κυττάρων από τον ίδιο το δότη και συνεπώς προάγει την αυτόλογη κυρίως μεταμόσχευση και τη λειτουργία των ιδιωτικών τραπεζών^[11]. Ως βασικότερο προτέρημα της ιδιωτικής φύλαξης εμφανίζεται η δυνατότητα αξιοποίησης του δείγματος μόνο από το δωρητή και η μηδαμινή πιθανότητα απόρριψής του από τον οργανισμό του. Το ενδεχόμενο, όμως, αξιοποίησής του αποκλειστικά από το δότη είναι αμελητέο και η επιμονή στην αυτόλογη μεταμόσχευση αδρανοποιεί την συνεισφορά του εκάστοτε πολίτη στην ευμάρεια της κοινωνίας μας^[12].

« Ως βασικότερο προτέρημα της ιδιωτικής φύλαξης εμφανίζεται η δυνατότητα αξιοποίησης του δείγματος μόνο από το δωρητή και η μηδαμινή πιθανότητα απόρριψής του από τον οργανισμό του»

Άξιο αναφοράς είναι επίσης και το ηθικό ζήτημα του ιδιοκτησιακού καθεστώτος του ΟΠΑ. Παραδοσιακά, το ΟΠΑ αποτελούσε ιδιοκτησία του νοσοκομειακού ιδρύματος ή της κλινικής όπου γεννιόταν το βρέφος. Τα κύτταρα αυτά χρησιμοποιούνταν από το ιατρικό ανθρώπινο δυναμικό χωρίς κάποια ειδική συγκατάθεση των γονέων. Με την εξέλιξη όμως της επιστήμης και την ανακάλυψη της αξίας των βλαστοκυττάρων για τον ανθρώπινο οργανισμό οι συνθήκες αυτές μεταβλήθηκαν. Το 2001 οι *Munzer και Smith* έκαναν λόγο για «περιορισμένα δικαιώματα» πάνω στο ΟΠΑ, τα οποία ανήκουν στο νεογέννητο, αλλά τη θέση του διαχειριστή αναλαμβάνουν οι γονείς. Βασικό τους επιχείρημα αποτέλεσε πως «το ΟΠΑ είναι πολύτιμο και δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο αγοραπωλησίας». Τα παραπάνω αφορούν τις ιδιωτικές τράπεζες. Όσον αφορά τις δημόσιες, η Sugarman πρότεινε το ΟΠΑ να έχει το ίδιο ιδιοκτησιακό καθεστώς με τα όργανα ή τους ιστούς οι οποίοι προορίζονταν για μεταμόσχευση και συνεπώς η διάθεση του να ανήκει στη δικαιοδοσία της κάθε δημόσιας τράπεζας. Η πρότασή τους εφαρμόστηκε και έγινε ευρέως αποδεκτή^[13].

II. Νομικά ζητήματα

Μέχρι το 2002 η Ελλάδα δεν διέθετε ιδιαίτερο νόμο ο οποίος να καθορίζει το πλαίσιο της έρευνας στα έμβρυα και στα βλαστοκύτταρα. Έως τότε τα όποια προβλήματα λύνονταν με βάση το Σύνταγμα και τη Σύμβαση του Οβιέδο η οποία απαγορεύει τη δημιουργία ανθρώπινων εμβρύων για ερευνητικούς σκοπούς. Ενόψει του νομοθετικού κενού, ψηφίστηκαν δύο νόμοι οι οποίοι ρυθμίζουν επαρκώς την έρευνα στα βλαστοκύτταρα. Οι νόμοι αυτοί είναι ο ν. 3089/2002 με τίτλο «Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή» και ο ν. 3305/2005 με τίτλο «Εφαρμογή της ιατρικής υποβοηθούμενης αναπαραγωγής».

Ένα σοβαρό νομικό ζήτημα, το οποίο έχει απασχολήσει κατά καιρούς τόσο νομικούς

^[10] Alexander McCall Smith-Michel Revel, 2001, The use of embryonic stem cells in therapeutic research, σελ. 12.

^[11] Παπαχρίστου Θ. Κ., Μήτρου Α., Βιδάλης Τ., Ξηρός Θ., 2010, Τράπεζες βλαστοκυττάρων, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 7-8.

^[12] Παπαχρίστου Θ. Κ., Μήτρου Α., Βιδάλης Τ., Ξηρός Θ., op.cit., σελ. 151-156.

^[13] Παπαχρίστου Θ. Κ., Μήτρου Α., Βιδάλης Τ., Ξηρός Θ., op.cit., 133-136.

Η χρήση των βλαστοκυττάρων

αλλά και ιατρικούς επιστήμονες, είναι αυτό των πηγών λήψης βλαστοκυττάρων. Οι πιθανές πηγές λήψης βλαστοκυττάρων είναι τόσο ενήλικες όσο και έμβρυα. Πρώτη και καλύτερη πηγή λήψης βλαστοκυττάρων αποτελεί αυτή των γονιμοποιημένων ωαρίων από εξωσωματική γονιμοποίηση. Ήδη από το ν. 3089/2002 όπως και από τη διάταξη 1459§1 εδ. β' του Αστικού Κώδικα προκύπτει πως είναι επιτρεπτή η λήψη βλαστοκυττάρων από πλεονάζοντα γονιμοποιημένα ωάρια. Η άδεια όμως για έρευνα στα γονιμοποιημένα αυτά ωάρια παραχωρείται μόνο για τις 14 πρώτες ημέρες από τη γονιμοποίηση τους. Το όριο των δεκατεσσάρων ημερών γίνεται αποδεκτό από πολλές εθνικές νομοθεσίες, όπως και από την ελληνική (ν.3305/2005). Στον νόμο αυτό, και συγκεκριμένα στο άρθρο 11§2, προβλέπεται ρητά το δικαίωμα έρευνας σε πλεονάζοντα ωάρια με σκοπό να μελετηθεί η βιολογία των εμβρυϊκών βλαστικών κυττάρων και οι πιθανές θεραπευτικές χρήσεις τους.

Δεύτερη πηγή αποτελεί η λήψη βλαστοκυττάρων από πρώιμους ανθρώπινους οργανισμούς που έχουν δημιουργηθεί με κλωνοποίηση και έχουν ληφθεί πριν την 14^η ημέρα από τη δημιουργία τους. Το ζήτημα όμως παραμένει αμφιλεγόμενο, καθώς η μία πλευρά υποστηρίζει πως το άρθρο 18§2 της Σύμβασης του Οβιέδο, σύμφωνα με το οποίο απαγορεύεται η δημιουργία εμβρύων για ερευνητικούς σκοπούς, δεν επιτρέπει τη δημιουργία εμβρύων για ερευνητικούς σκοπούς και συνεπώς αντιτίθεται και στην θεραπευτική κλωνοποίηση. Κατά τη γνώμη όμως της *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*^[14], στην ελληνική νομοθεσία για την ιατρικώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, και συγκεκριμένα στα άρθρα 1455§1 εδ. γ' ΑΚ και άρθρο 2§3 εδ. γ' ν. 3305/2005, υπάρχει ρητή απαγόρευση μόνο της αναπαραγωγικής και όχι της θεραπευτικής κλωνοποίησης. Επιπλέον, το άρθρο 18§2 της Σύμβασης του Οβιέδο, όπου ορίζεται πως απαγορεύεται η δημιουργία εμβρύων για θεραπευτικούς σκοπούς, αναφέρεται μόνο στην κλασική ένωση γαμετών και όχι στη θεραπευτική κλωνοποίηση. Τέλος, πειστική φαίνεται και η άποψη η

οποία υποστηρίζεται από την Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής, η οποία επισημαίνει ότι παράλληλα με το άρθρο 18§2 ισχύει και το Πρόσθετο Πρωτόκολλο της Σύμβασης αυτής, το οποίο αναφέρει πως «ορισμένες τεχνικές κλωνοποίησης μπορούν να προσφέρουν στην επιστημονική γνώση και την ιατρική της εφαρμογή» και συνεπώς θεωρεί πως η θεραπευτική κλωνοποίηση εξαιρείται από τη γενική απαγόρευση του άρθρου 18^[15].

Ως τρίτη πηγή εμφανίζονται τα λεγόμενα «ενήλικα βλαστοκύτταρα». Πρόκειται για βλαστοκύτταρα τα οποία λαμβάνονται από ανθρώπους οι οποίοι έχουν ήδη γεννηθεί. Μολονότι πολυδύναμα βλαστοκύτταρα υπάρχουν στα έμβρυα, δεν έχει διευκρινιστεί αν τέτοιου είδους κύτταρα υπάρχουν επίσης και σε νεογέννητα, σε παιδιά, σε ενήλικες ή σε ιστούς οι οποίοι αποβλήθηκαν φυσιολογικά κατά τη γέννα. Παρόλα αυτά, αρκίετες αναφορές κατά τη διάρκεια των τελευταίων ετών υποδεικνύουν πως τα πολυδύναμα βλαστοκύτταρα ενδέχεται να υπάρχουν και σε ενήλικα άτομα. Πολυδύναμα κύτταρα έχουν απομονωθεί τόσο από τον μυελό των οστών όσο και από τους όρχεις ενήλικων ατόμων. Περαιτέρω αποτελέσματα υποδεικνύουν πως τέτοιου είδους κύτταρα ενδεχομένως να υπάρχουν στο αμνιακό υγρό, στο αίμα του ομφάλιου λώρου και στον πλακούντα κατά τη διάρκεια της γέννας. Τα πιο διαδεδομένα στη χώρα μας βλαστικά κύτταρα είναι αυτά του ομφαλοπλακουντικού αίματος, τα οποία λαμβάνονται από το παιδί αφού αυτό γεννηθεί. Γενικά, τα διάφορα αυτά είδη πολυδύναμων βλαστοκυττάρων δεν έχουν ερευνηθεί διεξοδικά ώστε να παγιωθεί χωρίς αμφιβολία ότι είναι συγκρίσιμα με αυτά των εμβρυϊκών βλαστοκυττάρων.^[16]

Τελευταία πηγή είναι αυτή των αρχέγονων βλαστοκυττάρων, δηλαδή των πτωματικών εμβρυϊκών ιστών μετά από αποβολή ή άμβλωση. Η άμβλωση, σύμφωνα με το άρθρο 304§4 εδ. γ' του Ποινικού Κώδικα επιτρέπεται καταρχήν τους τρεις πρώτους μήνες της εγκυμοσύνης^[17]. Από βιολογικής άποψης, η εναλλακτική αυτή μορφή πηγής βλαστοκυττάρων ίσως αποδειχθεί προβληματική, καθώς

« Το όριο των δεκατεσσάρων ημερών γίνεται αποδεκτό από πολλές εθνικές νομοθεσίες »

[14] Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., 2009, op.cit., σελ. 24-26.

[15] Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., op.cit., σελ. 26.

[16] Lars Ostnor, 2008, Stem Cells, Human Embryos and Ethics, σελ. 50.

[17] Καϊάφα-Γκμπάντι Μ., Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου-Καστανίδου Ε., op.cit., σελ. 17 επ.

Ιατρικό Δίκαιο

είναι πολύ πιθανό πως οι λόγοι, οι οποίοι απέτρεψαν την περαιτέρω ανάπτυξη του εμβρύου, να καταστήσουν τα βλαστοκύτταρα άνευ αξίας μπροστά σε αυτά ενός υγιούς οργανισμού (π.χ. μπορεί να εμφανίζουν διάφορες γενετικές ανωμαλίες). Για την αναμφίβολη απόδειξη ότι ένα έμβρυο είναι από μόνο του ανίκανο να αναπτυχθεί περαιτέρω απαιτούνται ασφαλή κριτήρια. Τέτοια κριτήρια μέχρι στιγμής δεν υφίστανται και ενδεχομένως να χρειαστεί έρευνα πάνω σε έναν αριθμό από φυσιολογικά έμβρυα ώστε να καθοριστούν τα κριτήρια αυτά. Μια ευέλικτη και λιγότερο αυστηρή μέθοδος αναγνώρισης εμβρύων, τα οποία δεν είναι σε θέση να αναπτυχθούν, θα μπορούσε να αποτελέσει η αξιοποίηση ενός έμπειρου εμβρυολόγου με σκοπό να διακρίνει τα υγιή από τα μη υγιή έμβρυα^[18].

Ως προς το οικονομικό αντάλλαγμα, το άρθρο 12 π.δ. 26/2008 ορίζει πως οι δωρεές των κυττάρων είναι εθελοντικές και μη αμειβόμενες^[19]. Είναι ευρέως γνωστό πως το ανθρώπινο σώμα και τα συστατικά του δεν είναι δεκτικά εμπορευματοποίησης. Κατά το ελληνικό δίκαιο, η αρχή αυτή διατυπώνεται μέσα στη νομοθεσία για τη διαχείριση του αίματος κατά το άρθρο 1 ν. 3402/2005, στο άρθρο 2 ν. 2737/1999 για τις μεταμοσχεύσεις, στο άρθρο 1459 ΑΚ για την τεχνητή γονιμοποίηση και στο άρθρο 21 της Σύμβασης Οβιέδο όπου αναφέρεται ότι «το ανθρώπινο σώμα και τα τμήματά του δεν αποτελούν, ως τέτοια, πηγή οικονομικού οφέλους». Στην περίπτωση όμως της απλής παροχής υπηρεσιών υγείας, οι οποίες προσφέρονται έναντι οικονομικού ανταλλάγματος, και οι οποίες σχετίζονται με το ανθρώπινο σώμα και τα τμήματά του, δεν μπορεί να γίνει λόγος για εμπορευματοποίηση. Κατά την ιδιωτική φύλαξη ομφαλοπλακουντικού αίματος, ο ομφάλιος λώρος και ο πλακούντας αποχωρίζονται από το σώμα μετά την ολοκλήρωση του τοκετού και συνεπώς δεν τίθεται θέμα ανηθικότητας ή παραβίασης του νόμου (αρ. 5 παρ. 3 Σ, αρ. 178 ΑΚ περί χρηστών ηθών). Η καταβολή οικονομικού ανταλλάγματος προορίζεται μόνο για τις

απαιτούμενες ενέργειες της τράπεζας γύρω από το ΟπΑ και όχι τα κύτταρα καθαυτά^[20]. Η προστασία επιπλέον της ιδιωτικής ζωής των επιμέρους ασθενών και η εμπιστευτικότητα των δεδομένων που διαθέτουν αποτελεί ευθύνη όλων των προσώπων που τα διαχειρίζονται και είναι απαραίτητη για την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων και των κοινών προσδοκιών^[21]. Στην περίπτωση συλλογής και αποθήκευσης του ΟπΑ, η ανάγκη προστασίας της ιδιωτικότητας των δεδομένων καθίσταται επιτακτικότερη, κυρίως ως προς τα δείγματα αίματος που λαμβάνονται από τη μητέρα αλλά και το λεπτομερειακό οικογενειακό ιστορικό το οποίο αποκτάται από τους γονείς. Κάθε ιατρική πληροφορία που χορηγείται πρέπει να αντιμετωπίζεται με άκρως εμπιστευτικό τρόπο και ποτέ να μην ανακοινώνεται σε τρίτα άτομα. Η αρχή επιπλέον ανωνυμίας του δότη επιβάλλει την απόκρυψη της ταυτότητας του αλλά και κάθε άλλης πληροφορίας που τον αφορά, ακόμα και αν προβάλλονται ισχυροί λόγοι για την αποκάλυψη τους^[22]. Η ασφάλεια των παραπάνω δεδομένων πρέπει να πληροί τις προδιαγραφές του άρθρου 14 π.δ. 26/2008, ενώ τυχόν μεταβίβαση σε τρίτους επιτρέπεται μόνο κατόπιν ανωνυμοποίησης. Σύμφωνα με το ίδιο άρθρο, σε περίπτωση που κοινοποιούνται σε τρίτους τα σχετικά δεδομένα, συμπεριλαμβανομένων των γενετικών πληροφοριών, πρέπει να καθίστανται ανώνυμα, ώστε να μην είναι δυνατή πλέον η αναγνώριση ούτε του δότη ούτε του λήπτη.

Επίλογος

Παρά τα υπεράριθμα ηθικά και νομικά προβλήματα τα οποία εγείρονται γύρω από το ζήτημα των βλαστοκυττάρων, το αισιόδοξο μήνυμα είναι ότι οι επιστημονικές έρευνες και ο τομέας της ιατρικής εξελίσσονται με ιδιαίτερα ταχύτατους ρυθμούς, γεγονός που αποδεικνύει ότι στα επόμενα χρόνια θα υπάρξουν θεαματικές εξελίξεις και τα μελλοντικά βλαστοκύτταρα θα μπορούν να αξιοποιηθούν σε άγνωστες μέχρι σήμερα περιπτώσεις.

♦♦♦♦

« Κάθε ιατρική πληροφορία που χορηγείται πρέπει να αντιμετωπίζεται με άκρως εμπιστευτικό τρόπο και ποτέ να μην ανακοινώνεται σε τρίτα άτομα »

[18] Lars Ostnor, op.cit., σελ.15.

[19] Καϊάφα- Γκιμπάντι Μ., Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ε., Συμεωνίδου- Καστανίδου Ε., op.cit., σελ.32.

[20] Παπαχρίστου Θ. Κ., Μήτρου Λ., Βιδάλης Τ., Ξηρός Θ., op.cit. , σελ. 189-191.

[21] « Ethical and legal issues », nap.edu/read/11269/chapter/7#116

[22] Παπαχρίστου Θ. Κ., Μήτρου Λ., Βιδάλης Τ., Ξηρός Θ., op.cit., Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 147-150.

Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές υποθέσεις βιασμού*

Γεώργιος Πασιάς, Φοιτητής, Νομική Σχολή,
Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το ποινικό αδίκημα του βιασμού προστίθεται στην κυπριακή έννομη τάξη ως ένα παραδοσιακό όπλο στο οπλοστάσιο των αδικημάτων κατά προσώπου στον Κυπριακό Ποινικό Κώδικα. Ωστόσο ακόμη και σήμερα η ερμηνεία και η πρακτική εφαρμογή του αδικήματος διχάζει τους σχολιαστές. Το παρόν άρθρο πραγματεύεται την προβληματική της απουσίας του συστατικού στοιχείου της συναίνεσης, ενώ προβαίνει στη διαπίστωση ότι ενίοτε το στοιχείο αυτό αξιολογείται λανθασμένα από τα Δικαστήρια. Στην συνέχεια αναλύονται ειδικότερα ζητήματα σχετικά με το εν λόγω αδίκημα.

1. Η παρότρυνση του θύματος για χρήση προφυλακτικού ως υπεράσπιση στο αδίκημα του βιασμού

1.2. Εισαγωγικές σκέψεις

Ωρα 3:00 τα μεσάνυχτα, ο κατηγορούμενος Joel Rene Valdez αποφασίζει να διαρρήξει το διαμέρισμα μίας γυναίκας, παραβιάζοντας το παράθυρο του μπαλκονιού της. Με την είσοδό του στο διαμέρισμα εντόπισε και πήρε ένα μαχαίρι το οποίο βρισκόταν πάνω στον πάγκο της κουζίνας. Ακολούθως, κρατώντας το μαχαίρι οδηγήθηκε προς το υπνοδωμάτιο του θύματος. Υπό την απειλή του μαχαριού εξανάγκασε την γυναίκα να αποδεχθεί τις σκοπούμενες από αυτόν ασελγείς πράξεις. Το θύμα ικέτευε τον δράστη να χρησιμοποιήσει προφυλακτικό. Ο ίδιος της απάντησε πως δεν είχε κάποια προφύλαξη στην κατοχή του, αλλά να μην φοβάται γιατί δεν έχει AIDS. Η απάντηση της γυναίκας ήταν άμεση και μη αναμενόμενη, δίνοντας η ίδια προφυλακτικό στον δράστη, λέγοντάς του ότι δεν μπορεί να

είναι σίγουρος για την ίδια. Κάποια στιγμή κατάφερε να αποσπάσει το μαχαίρι από τον δράστη και έτρεξε στο διαμέρισμα του γείτονα ζητώντας βοήθεια. Αξίζει να σημειωθεί ότι σε μετέπειτα στάδιο της ποινικής διαδικασίας, ο κατηγορούμενος επικαλέστηκε ότι πριν το συμβάν είχε καταναλώσει μεγάλη ποσότητα αλκοόλ ισχυριζόμενος ότι βρισκόταν σε κατάσταση μέθης.^[1]

Το ενδιαφέρον στην υπόθεση αυτή είναι ότι Δικαστήριο άλλης χώρας, και συγκεκριμένα των Η.Π.Α. στην πολιτεία του Texas, μαζί με τους ενόρκους θεώρησε ότι η πράξη της γυναίκας, δηλαδή το να εφοδιάσει με προφυλακτικό τον κατηγορούμενο, μπορούσε να επηρεάσει το ζήτημα ύπαρξης ή απουσίας της συναίνεσης του θύματος στην πράξη αυτή. Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι: «*the women's act of self-protection might have implied her consent*»^{[2], [3]} Η προσφορά του θύματος για χρήση προφυλακτικού ερμηνεύτηκε από το Δικαστήριο ως συναίνεση για την ερωτική πράξη που θα επακολουθούσε. Όσο περριεργη και να φαίνεται η υπόθεση, δεν είναι

« Η προσφορά του θύματος για χρήση προφυλακτικού ερμηνεύτηκε από το Δικαστήριο ως συναίνεση »

* Θέλω να εκφράσω εγκάρδιες ευχαριστίες στην Δρ. Παπαντωνίου Μαργαρίτα για την συνεχή υποστήριξη, ενθάρρυνση και ώθηση στα μονοπάτια του Ποινικού Δικαίου. Τον φίλο και συμφοιτητή Γιαννάκη Παναγιώτη για τις όμορφες συζητήσεις μας καθώς και την αγαπητή Δρ. Μάρκου Χριστιάνα για την ευγενή άμυλλα που πρόσφερε η ομάδα της στο ΕΝΘΑ. Τον Δρ. Jouglaux Philippe που δίχως την συμβολή του μάλλον δεν θα υπήρχε αυτό το εξαιρετικό βήμα έκφρασης και αντιπαράθεσης νομικών απόψεων και προβληματισμών.

[1] Da Luz C, Weckerly P (1993). The Texas 'Condom-Rape' Case: Caution Construed as Consent.

[2] Πρωτότυπη διατύπωση (Second Jury to Hear Condom Rape Case, St. PETERSBURG TIMES, Oct. 25, 1992, at A10).

[3] Σε ελεύθερη μετάφραση: «Η πράξη αυτοάμυνας της γυναίκας είναι ικανή να υπονοήσει συναίνεση».

Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο

σπάνιο να εμφανιστεί στην πράξη, καθώς δεν είναι η πρώτη φορά^[4] όπου κατηγορούμενος για βιασμό χρησιμοποιεί την χρήση του προφυλακτικού ως σωσίβια λέμβο για να αποσείσει την ποινική του ευθύνη με επιχείρημα την ύπαρξη συναίνεσης του θύματος. Πρέπει να υπογραμμιστεί ότι η «συναίνεση» είναι το κλειδί σε αριετές υποθέσεις βιασμού. Όπως ανέμενε κανείς, ασκήθηκε επιτυχώς έφεση και ο κατηγορούμενος καταδικάστηκε σε 40 χρόνια φυλάκιση με δικαίωμα αιτήματος αποφυλάκισης μόλις εκτίσει το 1/4 της ποινής του.

Κατά την πρωτόδικη ακρόαση, η υπεράσπιση επικαλέστηκε ύπαρξη συναίνεσης, με τον δικηγόρο του κατηγορούμενου να αναφέρει ότι η συναίνεση είναι το μείζον ζήτημα σε υποθέσεις βιασμού και πως ο πελάτης του ερμήνευσε την πράξη του θύματος ως συγκατάθεση από μέρους της. Μάλιστα, ο ίδιος ο κατηγορούμενος δήλωσε πως αν όντως η ίδια δεν επιθυμούσε, αντί να του δώσει προφυλακτικό μπορούσε να προβάλει αντίσταση. Το σκεπτικό του Δικαστηρίου προβληματίσε αρκετά τη νομική κοινότητα, καθώς μία πράξη που θα προστάτευε το θύμα από μεταγενέστερες πιθανές αρνητικές επιπτώσεις βιασμού έδωσε το έναυσμα για την έγερση προβληματισμού ως προς την άρση της ποινικής ευθύνης του κατηγορουμένου. Στην κατάθεσή του το θύμα ανέφερε πως είχε συνειδητοποιήσει ότι δεν μπορούσε να ξεφύγει χωρίς το ελάχιστο ρίσκο για την ίδια της την ζωή. Η ενέργειά της να παρέχει στον κατηγορούμενο προφυλακτικό αποσκοπούσε ξειάθαρα στην προστασία της από τυχόν ασθένεια του δράστη, κυρίως από σεξουαλικά μεταδιδόμενα νοσήματα.

Επιστρέφοντας στα περιστατικά, παρατηρούμε ότι στη συνομιλία του θύματος με τον δράστη, τη στιγμή που αυτός είχε εκδηλώσει τις προθέσεις του και αυτή τον εκλιπαρούσε να χρησιμοποιήσει το προφυλακτικό, εντοπίζεται μία πρακτική την οποία θα ονομάζαμε *αντίστροφη ψυχολογία*^[5], καθώς το θύμα είπε στον δράστη ότι, παρά τις πιθανότητες ο ίδιος να μην

είναι φορέας, δεν θα μπορούσε ποτέ να είναι σίγουρος για την ίδια, προσπαθώντας να τον ωθήσει συνειδητά στην χρήση του προφυλακτικού ή ακόμα και στην εγκατάλειψη των προσχεδιασμένων πράξεων του. Θα μπορούσαμε να σκιαγραφήσουμε αρκετά παραδείγματα τα οποία προσομοιάζουν στην υπόθεση αυτή, όπως π.χ. την περίπτωση που το θύμα κατόπιν απειλών ζητά από τον δράστη να μην το σκοτώσει και θα κάνει ό,τι εκείνος επιθυμεί. Θα μπορούσε ο κατηγορούμενος να αθωωθεί παρουσιάζοντας ως επιχείρημα ότι εφόσον δεν κινδύνεψε η ζωή του θύματος, ενήργησε βάσει της συναίνεσης του ακόμη και για βιασμό;

Η ενέργεια του θύματος φανερώνει την αντίστασή του προς αποτροπή δυσμενών επιπτώσεων στην υγεία και σωματική του ακεραιότητα, ήτοι: α) μίας ανεπιθύμητης εγκυμοσύνης, β) μίας μόλυνσης από σεξουαλικά μεταδιδόμενο νόσημα (π.χ. Aids). Το Δικαστήριο δεν συμμερίστηκε την οπτική αυτή, αλλά αντίθετα έκανε δεκτή μια θέση δυνητικά επικίνδυνη. Ειδικότερα, επί της συγκεκριμένης υπόθεσης το Δικαστήριο διατύπωσε τη θέση ότι σε περιπτώσεις βιασμού, το θύμα *πρέπει* να εξωτερικεύει τη μη συναίνεση του προς την επικείμενη σεξουαλική πράξη. Μάλιστα δίνει την κατευθυντήρια ότι ο τρόπος εναντίωσης του θύματος θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να είναι έντονος. Εντούτοις, θα είχε ενδιαφέρον να εξετασθούν οι θέσεις εμπειρογνομόνων (π.χ. εγκληματολόγων, ψυχολόγων κτλ.) ως προς το ζήτημα αν είναι σε κάθε περίπτωση είναι ορθό το θύμα να αντιμετωπίζει τον δράστη με έντονο, μαχητικό τρόπο, όπως π.χ. συνέβη στην υπόθεση *Lemonas*^[6] όπου η αντίδραση του θύματος είχε ως αποτέλεσμα τη φόνευσή του.

1.2 Εξωτερίκευση της Άρνησης: Ο τρόπος αντίστασης του θύματος στο στόχαστρο της Δικαιοσύνης.

Το στοιχείο της συναίνεσης είναι πράγματι σημείο αναφοράς στις υποθέσεις βιασμού και αποτελεί συστατικό στοιχείο του αδικήματος.

« το Δικαστήριο διατύπωσε τη θέση ότι σε περιπτώσεις βιασμού, το θύμα πρέπει να εξωτερικεύει τη μη συναίνεση του προς την επικείμενη σεξουαλική πράξη»

^[4] Παρόμοια υπόθεση πιο πρόσφατη στις ΗΠΑ (Pinellas County, Florida), θύμα βιασμού είχε ζητήσει από τον δράστη να χρησιμοποιήσει προφυλακτικό, πράγμα που εκείνος αρνήθηκε. Στη δίκη ο κατηγορούμενος επικαλέστηκε ότι το αίτημα της γυναίκας για χρήση προφυλακτικού το έλαβε ως συναίνεση της για την ερωτική πράξη. Το Δικαστήριο δεν πείστηκε και

καταδίκασε τον κατηγορούμενο. Laura Griffin, Condom Figures in Rape Verdict, St. PETERSBURG TIMES, Nov. 20, 1992, at 11.

^[5] Στα αγγλικά χρησιμοποιείτε ο όρος *reverse psychology*.

^[6] *Lemonas v. The Republic* (1986) 2 C.L.R. 25

Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές υποθέσεις βιασμού

Κύριο μέλημα του Δικαστηρίου είναι να εξακριβώσει εάν υπήρχε ή όχι η απαιτούμενη συγκατάθεση από πλευράς του φερόμενου θύματος ως προς την σεξουαλική πράξη καθώς και αν ο κατηγορούμενος ήταν σε γνώση της απουσίας συναίνεσης. Η αποτυχία ενός θύματος να δείξει την αντίστασή του, με τρόπο που να ικανοποιεί το εκάστοτε Δικαστήριο, δεν πρέπει να ελκλαμβάνεται ως άμεση ένδειξη της συναίνεσης του, καθώς υπάρχουν και άλλα στοιχεία που πρέπει να προσμετρηθούν, όπως π.χ. ο εκφοβισμός ή οι απειλές εναντίον του θύματος. Η θεματική αυτή απασχόλησε αρκετά τους νομικούς κύκλους ως προς την διεύρυνση και τη νομοθετική προστασία του συστατικού στοιχείου της «συναίνεσης».

Κάθε θύμα αντιδρά ή πιθανόν να αντιδράσει διαφορετικά, χωρίς αυτό να ακυρώνει την κοινή τους προσπάθεια για αντίσταση και επιβίωση. Ορισμένα από τα θύματα προσπαθούν να συγκινήσουν τον δράστη, ενώ κάποια από το σοκ που υπόκεινται χάνουν τις αισθήσεις τους. Σε άλλα, ο ανείπωτος φόβος που τα διακατέχει προκαλεί σοβαρή ναυτία και σωματική παράλυση καθιστώντας τα ανήμπορα να αντισταθούν, ενώ σε μερικά κυριαρχεί το ένστικτο της επιβίωσης το οποίο τα ωθεί να αμυνθούν μέσω της αντεπίθεσης – χτυπώντας, δηλαδή, το δράστη για να διαφύγουν. Ενδιαφέρον συγκεντρώνει μία αρκετά μεγάλη κατηγορία γυναικών, οι οποίες ανέφεραν ότι κατά την διάρκεια του συμβάντος προσπαθούσαν να συγκεντρώσουν τη σκέψη τους σε κάτι διαφορετικό ενεργώντας με άρνηση της πραγματικότητας που ζούσαν. Σε αυτές τις περιπτώσεις τα θύματα παραμένουν ήρεμα ή αδυνατούν να δείξουν έντονα σημάδια αντίστασης κυρίως για να μην προκαλέσουν περισσότερη οργή ή θυμό στο δράστη, ο οποίος μετέπειτα μπορεί να ασκήσει περισσότερη βία εναντίον τους^[7].

Η όποια «σιγή» ή αδράνεια των θυμάτων, δεν είναι ηθικά ορθό να ερμηνεύεται ως αυτόματη συναίνεση. Στην υπόθεση *Doyle* το θύμα βίωσε τη σεξουαλική και σωματική κακοποίησή της από τον σύντροφό της. Συγκεκριμένα, αρχικά ενώ την χτύπησε επανειλημμένα, ακολούθως, με βίαιο τρόπο έβαλε το κεφάλι της

κάτω από το νερό, ενώ μετά την έδεσε και της ζήτησε να έρθουν σε επαφή. Όμως, παρόλο που η γυναίκα αρνήθηκε διαμαρτυρούμενη έντονα, ο κατηγορούμενος, παραβλέποντας την θέληση της, προέβη σε διείσδυση. Το νομικό ζήτημα που εγείρεται είναι κατά πόσο στοιχειοθετείται το αδίκημα του βιασμού, εφόσον μετά την αρχική διείσδυση, η ίδια σταμάτησε να διαμαρτύρεται. Αν και απασχόλησε αρκετά τους Δικαστές η σιωπή του θύματος, εν τέλει προσμετρώντας το γεγονός ότι δέχτηκε μεγάλο βαθμό βίας αρχικά, το Δικαστήριο καταδίκασε τον κατηγορούμενο. Όπως ορθά κρίθηκε της δημιουργήθηκε εύλογος φόβος για τη ζωή της, κατόπιν των βιαιών πράξεων που υπέστη πριν από τη διείσδυση, με αποτέλεσμα την κάμψη όλων των πιθανοτήτων αντίδρασης.

Η εν λόγω θεματική σχετίζεται άμεσα με την κατάσταση των θυμάτων και τον τρόπο με τον οποίο βιώνουν τον βιασμό. Η ουσιαστική προστασία των θυμάτων υποβιβάζεται από λανθασμένα πρότυπα που αποτυπώνονται σε δικαστικές αποφάσεις, οι οποίες αποδέχονται μόνο ορισμένες συμπεριφορές του θύματος ως αντίδραση ή αντίσταση στο βιασμό. Χαρακτηριστικό παράδειγμα, η υπόθεση *Howard*^[8] στο Ηνωμένο Βασίλειο, όπου κρίθηκε ότι «το Δικαστήριο πρέπει να λαμβάνει υπόψη του για να καταδικάσει κάποιον για βιασμό το κατά πόσο η παραπονούμενη έδειξε με οποιαδήποτε πράξη ή ενέργεια την έλλειψη συναίνεσης και κατά πόσο αυτή επικοινωνήθηκε στον κατηγορούμενο^[9]». Από αυτό προέκυψε ότι το θύμα «υποχρεούται» αν δεν συναινεί, να υποδείξει τη μη συναίνεσή του με έντονο τρόπο στον κατηγορούμενο. Ένα παρόμοιο σκεπτικό γινόταν δεκτό και στις ΗΠΑ την ίδια περίοδο μέχρι και το 1970^[10]. Για να θεωρηθεί μία γυναίκα θύμα βιασμού έπρεπε να φέρει αποδεικτικά στοιχεία, όπως μελανιές, εμφανή σημάδια στην περιοχή των γεννητικών οργάνων ή ακόμη και αυτόπτη μάρτυρα. Διαφορετικά, στις πλείστες των περιπτώσεων η κατηγορούσα αρχή δεν παρουσίαζε την υπόθεση ενώπιον Δικαστηρίου, καθώς συνήθιζαν να αποσύρουν τις κατηγορίες υπό την αιτιολό-

« Η ουσιαστική προστασία των θυμάτων υποβιβάζεται από λανθασμένα πρότυπα που αποτυπώνονται σε δικαστικές αποφάσεις »

^[7] Οι Βιαστές & Τα Θύματα Τους, Λάμπρου Δ. Καρράμπελα, (1η έκδ, Νομική βιβλιοθήκη 2001), σελ.362

^[8] R v Howard 50 Cr App R 56

^[9] R. v Howard (Robert Lesarian) [1965] 3 All E.R. 684

^[10] Encyclopedia of Rape σελ. 56

Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο

γηση της έλλειψης στοιχείων. Στο συναρπαστικό κόσμο του Κοινοδικαίου αυτό το σκεπτικό δεν θα έμενε για πολύ καιρό αλώβητο.

Λίγα χρόνια αργότερα στο Ηνωμένο Βασίλειο, η υπόθεση *Howard* έτυχε έντονων επικρίσεων και ανατράπηκε με την υπόθεση *Malone*^[11], στην οποία το θύμα, λόγω της κατάστασης μέθης που ευρίσκετο, δεν είχε όλες του τις αισθήσεις και συνεπώς δεν μπορούσε να υποδείξει με έντονο τρόπο στον κατηγορούμενο την έλλειψη συναίνεσης. Χαρακτηριστικά λέχθηκε ότι «*πλέον δεν είναι ανάγκη να επικοινωνήσει η παραπονούμενη την έλλειψη συναίνεσής της, αν είναι σε θέση που δεν έχει την ικανότητα να προβεί σε κάποια ενέργεια*». Στα Κυπριακά Δικαστήρια, αν και ακόμα η υπόθεση *Howard* θεωρείται καθοδηγητική σε κάποια σημεία, δεν ακολουθείται πάντοτε το σκεπτικό της, καθώς υιοθετείται το σκεπτικό της υπόθεσης *Malone* ως πιο ανθρωπιστικό και θυματοκεντρικό.

Άξιο αναφοράς είναι το συλλογικό έργο *Archbold*, όπου αναφέρεται ότι «έστω και αν υπήρχε αρχική συγκατάθεση στις ερωτικές περιπτώσεις, το αδίκημα του βιασμού συντελείται μόλις αποσυρθεί η εν λόγω συγκατάθεση ή σε περιπτώσεις όπου για να δοθεί συγκατάθεση χρησιμοποιείται βία, απειλή ή υπάρχουν άλλες παράμετροι που επηρεάζουν ή κάμπτουν την αντίδραση του θύματος». Ενδιαφέρον το ζήτημα ότι εκτός της Νομολογίας, τα Δικαστήρια χρησιμοποιούν ως καθοδηγητικά στοιχεία, για να αξιολογήσουν το κατά πόσο υπήρχε συνειδητή ή γνήσια συναίνεση, τα εξής: *Ελευθερία, ικανότητα και επιλογή*. Τα τρία στοιχεία χρησιμοποιούνται ως ερωτήματα σκιαγραφώντας την πραγματική κατάσταση του θύματος, υπό το φως των γεγονότων της υπόθεσης.

Επιπλέον παράμετρους συνιστούν επιμέρους στοιχεία όπως : Αν χρησιμοποιήθηκε βία, αν υπήρχαν απειλές, αν υπήρχε παράνομη κράτηση του θύματος, αν το θύμα κοιμόταν ή δεν είχε τις αισθήσεις του, αν το θύμα πάσχει από σωματική, νοητική ή ψυχολογική ασθένεια

και λόγω αυτού δεν μπορεί να επικοινωνήσει την επιλογή του, καθώς και αν το θύμα είναι υπό την επήρεια ουσιών όπως αλκοόλ ή άλλων ψυχοτρόπων ουσιών. Όλα τα προαναφερόμενα στοιχεία αναλύονται σε πληθώρα υποθέσεων και λαμβάνονται υπόψη για να καθοριστεί κατά πόσο το θύμα είχε την *ικανότητα, την επιλογή ή την ελευθερία* για να συναινέσει ως προς την πράξη.

Ολοκληρώνοντας την παρούσα ενότητα, και ειδικά για τα σεξουαλικά αδικήματα, παρατηρείται ότι η ερμηνεία των σχετικών διατάξεων μέχρι και σήμερα γίνεται αρκετά στενά, τυφλά καθοδηγούμενα από το εκάστοτε εθνικό Ποινικό Νομοθέτημα. Νομοθετήματα όπως για παράδειγμα ο Κυπριακός Ποινικός Κώδικας χρήζουν τροποποίησης προς όφελος της ορθής απονομής δικαιοσύνης, ώστε να δώσουν πιο σαφείς κατευθυντήριες γραμμές στους δικαστές, οι οποίοι θα έχουν το εύρος της επιλογής ανάλογα με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης ώστε να εφαρμόσουν το Νόμο, ανεξάρτητα από προσωπικές πεποιθήσεις. Το θετικό στοιχείο είναι ότι, μέσω του Common Law οι λειτουργοί της δικαιοσύνης έχουν στην διάθεση τους το οπλοστάσιο, το γνωστό Δικαστικό Προηγούμενο, μέσω του οποίου μπορεί να δίνεται νέα πνοή στις σύγχρονες δικαστικές αποφάσεις. Συνέπεια κάποιων λανθασμένων αποφάσεων τηρείται πολλές φορές μια άδικη στάση προς τα θύματα σεξουαλικών αδικημάτων και βιασμού. Δεν θα ήταν υπερβολή να αναφερθεί ότι εν μέρει αυτός είναι και ο λόγος που συχνά το έγκλημα αυτό παραμένει στην αφάνεια^[12] και δεν καταγγέλλεται, διότι η στάση της Πολιτείας αποθαρρύνει τα θύματα. Η θεραπεία που πρέπει να λάβουν τα θύματα συνιστά παράλληλα θεραπεία και για την κάθε κοινωνία η οποία θα προβληματιστεί από την έξαρση των σεξουαλικών αδικημάτων και παράλληλα, μέσω των ποινών, θα παραδειγματίσει εντός ενός περιβάλλοντος αποτροπής. Ένα ορθό σκεπτικό εντοπίζεται στην υπόθεση *Depo Supo Fuwokan v. Δημοκρατίας*^[13], όπου γίνεται δεκτό ότι «αδικήματα σε-

« τα Δικαστήρια χρησιμοποιούν ως καθοδηγητικά στοιχεία, για να αξιολογήσουν το κατά πόσο υπήρχε συνειδητή ή γνήσια συναίνεση, τα εξής: Ελευθερία, ικανότητα και επιλογή»

[11] R v. Malone [1998] EWCA Crim 1462

[12] Βάσει των στατιστικών στοιχείων της Αστυνομίας της Κυπριακής Δημοκρατίας, στην λίστα «Σοβαρό Έγκλημα για το πρώτο εξάμηνο του 2017», αναφορικά με τα σεξουαλικά αδικήματα καταγράφονται τα εξής: «Βιασμοί: Λευκωσία 0, Λεμεσός 0, Αμμόχωστος 4, Πάφος 1, Λάρνακα 2, σύνολο 7» περιστατικά τα οποία

καταγγέλθηκαν στις Αρχές. Ανησυχητικά τα μηδενικά ποσοστά των μεγαλουπόλεων Λευκωσίας και Λεμεσού. <http://www.police.gov.cy/police/police.nsf/All/47E61FA1B8741FFEC22581770031A2AF?OpenDocument>

[13] Ποινική Έφεση Αρ. 246/2012.

Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές υποθέσεις βιασμού

ξουαλικής φύσεως τιμωρούνται από τα Δικαστήρια με αποτρεπτικές ποινές σε μια προσπάθεια καταστολής τους, εφόσον πρόκειται για εγκλήματα ιδιαίτερης σοβαρότητας τα οποία δεν στρέφονται μόνο κατά των ηθών αλλά προσβάλλουν ταυτόχρονα και την προσωπικότητα του θύματος.

1.3 Mens Rea κατηγορουμένου: Η εύλογη λανθασμένη πεποίθηση αίρει την ποινική του ευθύνη;

Στην ανατομία του εγκλήματος του βιασμού, το τί «εύλογα» πίστευε ο δράστης τη δεδομένη στιγμή είναι όντως καθοριστικό και επηρεάζει την νοητική του κατάσταση κατά την διάπραξη του αδικήματος. Η πρόθεση^[14] του δράστη είναι απαραίτητο συστατικό στοιχείο του αδικήματος και χρήζει εξακριβώσης από το Δικαστήριο. Η Δικαιοσύνη οφείλει να καταλήξει σε ασφαλή ευρήματα τα οποία θα οδηγήσουν στην εξακριβώση της αλήθειας αναφορικά με το ποια ήταν η πραγματική πρόθεση του δράστη, η οποία αποτελεί εσωτερικό γεγονός το οποίο εξωτερικεύεται με βάση τα γεγονότα.

Επίσης, δύσκολο σημείο προς εξέταση είναι το κατά πόσον το θύμα κατά τη διάρκεια του συμβάντος προέβαλε οποιαδήποτε φυσική αντίσταση (φώναζε ή κλωτσούσε) ή βρισκόταν σε ευάλωτη θέση και με τη σιγή του εξαγόραζε «πιο ευνοϊκή συμπεριφορά από τον δράστη». Σε ευρήματα αντίστασης του θύματος το Δικαστήριο θα αξιολογήσει πολύ πιο αυστηρά τον ισχυρισμό του κατηγορουμένου, περί απουσίας γνώσης ότι το θύμα δεν συναινούσε και κατά πόσον η πεποίθηση του ήταν λογική βάσει των εν λόγω περιστάσεων. Σχετικώς, το αγγλικό ποινικό νομοθέτημα^[15] προβλέπει τρεις συνιστώσες:

α) η διείσδυση πρέπει να είναι εκ προθέσεως^[16], β) ο βιαστής δεν έχει εύλογο λόγο να πιστεύει στη συναίνεση του θύματος^[17], και γ) η ύπαρξη ή όχι εύλογου λόγου προς την παρὰνω πεποίθηση διαπιστώνεται αφού ληφ-

θούν υπόψη όλες οι περιστάσεις, συμπεριλαμβανομένων των ενεργειών του κατηγορούμενου προκειμένου να διαπιστώσει αν το θύμα συναινεί προς την σεξουαλική πράξη^[18]. Το mens rea του κατηγορουμένου μπορεί να είναι τόσο πρόθεση, όσο και απειρισκεψία ή παράλειψη^[19]. Μοναδική εξαίρεση η περίπτωση όπου η εσφαλμένη πεποίθηση του κατηγορουμένου αποδεικνύεται εύλογη.

Για την καλύτερη αντίληψη της εξαίρεσης αυτής, σκόπιμη κρίνεται η αναφορά του νομολογιακού παραδείγματος της υπόθεσης Morgan^[20], όπου ένας σύζυγος μετά από καταναλωση αλκοολούχων ποτών σε κάποια pub με τρεις συναδέλφους, τους προσκαλεί στο σπίτι του ώστε να έχουν ερωτική επαφή με τη σύζυγό του. Μάλιστα τους ενημέρωσε ότι πιθανόν αρχικά να είναι «ανένδοτη», σκόπιμα για να αυξήσει την «ερωτική ένταση». Οι τρεις άντρες καταδικάστηκαν για βιασμό, ενώ ο σύζυγος για συνέργεια, καθώς τον «προστάτευε» το τότε ποινικό νομοθέτημα αναφορικά με το αδικήμα του βιασμού εντός γάμου. Ενδιαφέρον, όμως, εμφανίζει το γεγονός ότι το House of Lords ανέτρεψε την καταδίκη των τριών ανδρών καθώς, και μεν η πεποίθηση τους ίσως να μην ήταν εύλογη, αλλά ήταν ειλικρινής. Μάλλον ορθός ήταν ο χαρακτηρισμός της απόφασης αυτής από την ακαδημαϊκό Jennifer Temkin ότι πρόκειται για ένα “rapist's charter”» (σε ελεύθερη μετάφραση «εγχειρίδιο βιαστή»)^[21].

2. Το Φαινόμενο του Stealthing (ανεπιθύμητη επέμβαση σε μέθοδο προφύλαξης): Νομικές προσεγγίσεις σε άλλες χώρες.

2.1 Εισαγωγικές σκέψεις

Δυστυχώς σήμερα, πλεονεκτήματα που εμφανίζει το διαδίκτυο (ανωνυμία, νέες γνωριμίες κτλ.) ενίοτε μετατρέπονται σε βοηθητικά εργαλεία αποτροπών εγκλημάτων, όπως είναι ο βιασμός. Πλέον ο κάθε χρήστης, με την δη-

« Το mens rea του κατηγορουμένου μπορεί να είναι τόσο πρόθεση, όσο και απειρισκεψία ή παράλειψη »

^[14] Mens Rea.

^[15] Sexual Offence Act 2003.

^[16] 1(1)(a).

^[17] 1(1)(c).

^[18] 1(2).

^[19] In R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330, this Court set out the governing framework for analysing whether the elements of sexual assault are met in a

given case. The mens rea for sexual assault requires the accused to have knowledge of, or be wilfully blind to, the complainant's lack of consent.

^[20] DPP v. Morgan [1975] 2 All ER 347 HL

^[21] Εργασία Ποινικό Δίκαιο II, Γιώργος Πασιάς, Παναγιώτης Γιαννακάς, Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου, (2017) <http://bit.ly/2yt7CRs>

Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο

μιουργία ενός ψηφιακού λογαριασμού, μπορεί να αναρτήσει πάσης φύσεως υλικό. Κάπως έτσι αναπαράγονται και δημιουργούνται πιο γρήγορα από ποτέ λανθασμένα στερεότυπα, τα οποία με τη σειρά τους ευνοούν το σχηματισμό λανθασμένων συμπεριφορών. Στο σημείο αυτό αξίζει να παρατεθεί ένα απόσπασμα από την υπόθεση *A.K. v Δημοκρατίας του 2015* η οποία αφορά την καταγγελία 2 κοριτσιών για βιασμό από τον πατέρα τους. Ο κατηγορούμενος ανέφερε απελπισμένος στην ομολογία του, ότι «ο λόγος που άρκεψεν τούτο το πράγμα μες τον νου μου και πείραξα τα μωρά ήταν που τον καιρό που έβαλα internet έσσο και έπιαν με όπως την αρρώσκια. Εγώ θέλω βοήθεια ψυχολογική και το μόνο που με ενδιαφέρει είναι να μην πάθουν άλλο κακό οι κόρες μου».

Στο «δημόσιο web» υπάρχει ιστότοπος, στον οποίο υπάρχει μια δημοσίευση κάποιου χρήστη με τίτλο «*I Remove The Condom Without Them Knowing During "stealth" Sex*»^[22]. Η συγκεκριμένη δημοσίευση έχει αρκετή επισκεψιμότητα και έχει συγκεντρώσει το ενδιαφέρον αρκετών ερευνητών στο εξωτερικό αναμένοντάς μια νέα τάση εκδήλωσης συμπεριφοράς σε σεξουαλικές δραστηριότητες, ενώ εγείρονται και νομικά ζητήματα ως προς το αδίκημα του βιασμού και ειδικότερα το στοιχείο της συναίνεσης. Το θέμα αυτό συνδέεται με τρεις διαφορετικές μεθόδους εξαπάτησης ερωτικού συντρόφου, οι οποίες κατονομάζονται ως εξής: condom removal, condom sabotage^[23] & the late pullout. Το νομικό ζήτημα που αναδύεται σχετίζεται με την συναίνεση σε περιπτώσεις του φαινόμενου «condom removal», γνωστού ως «stealthing», το οποίο αποτελεί μία πρακτική όπου, ενώ το θύμα αρχικά δίνει την συγκατάθεση του για

«ασφαλή σεξουαλική επαφή», μετέπειτα ο ερωτικός σύντροφος αφαιρεί το προφυλακτικό εν αγνοία του θύματος και συνεχίζει την σεξουαλική πράξη. Έχοντας υπόψη μας όσα αναφέρθηκαν σε προηγούμενα μέρη της εργασίας, ο πρώτος και κύριος προβληματισμός αφορά την κάλυψη από την αρχική συναίνεση του θύματος και της μεταγενέστερης σεξουαλικής πρακτικής.

2.2 Τα πρώτα «stress-test» των Δικαστηρίων: Πρώτες νομολογιακές εφαρμογές δείχνουν διστακτικότητα στην αναγνώριση του stealthing ως βιασμού.

Το stealthing απασχόλησε αρχικά τα ποινικά δικαστήρια της Λωζάνης^[24], όπου κατηγορούμενος 47 ετών, γνώρισε μία κοπέλα μέσω μιας εφαρμογής γνωριμιών. Στο δεύτερο ραντεβού προχώρησαν σε σεξουαλική επαφή με προφυλακτικό με τη συναίνεση της κοπέλας. Κατά τη διάρκεια της επαφής, ο κατηγορούμενος αφαίρεσε το προφυλακτικό χωρίς να ενημερώσει την ερωτική του σύντροφο, η οποία αντιλήφθηκε την πράξη του μετά την ολοκλήρωση της συνουσίας. Το πρωτόδικο Δικαστήριο έκρινε ότι η γυναίκα θα μπορούσε ενδεχομένως να αρνηθεί την ερωτική συνεύρεση αν γνώριζε ότι το προφυλακτικό θα αφαιρείτο. Το αξιοσημείωτο σε αυτή την υπόθεση ήταν η απόφαση του Δικαστηρίου ότι η πρακτική του *stealthing* μεταμορφώνει μία συναινετική πράξη σε μη συναινετική^[25]. Μάλιστα, στην υπόθεση ο δικηγόρος του θύματος παρουσίασε ενώπιον του Δικαστηρίου μία έρευνα από το *Columbia Journal of Gender and Law* με τίτλο «*Rape-Adjacent: Imagining legal responses to non-consensual condom removal*»^[26]. Η εν λόγω έρευνα αποτυπώνει το σκεπτικό της Dr. Alexandra Brodsky ότι η πρακτική αυτή με-

« Κατά τη διάρκεια της επαφής, ο κατηγορούμενος αφαίρεσε το προφυλακτικό χωρίς να ενημερώσει την ερωτική του σύντροφο»

[22]

<http://www.experienceproject.com/stories/Remove-The-Condom-Without-Them-Knowing-During-Stealth-Sex/2441931>

[23] Μία πρακτική η οποία αποσκοπεί στην καταστροφή του προφυλακτικού ως δικαιολογία για να μην χρησιμοποιηθεί μετέπειτα στην πράξη, απόσπασμα από την ιστοσελίδα : «Poking a needle through the wrapper focusing on the tip of the condom is a huge help if you have the opportunity to use your own condom. If she insist on using hers (and some do) simply **** with it for a while, reposition yourself and upon inserting your **** in her, pull the condom very hard over the head of your **** as if your trying to force

it through the condom. It may take a few tries but eventually the condom will give and you'll have an open road to inject your *** deep inside her. Once you've done that dispose of the evidence quickly»

[24] <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/man-remove-condom-sex-stealthing-no-conviction-rape-consent-switzerland-lausanne-a7729656.html>

[25] Πρωτότυπη Διατύπωση: «The practice, known as “stealthing”, can transform a consensual act into a non-consensual one».

[26] https://cjlj.journals.cdrs.columbia.edu/wp-content/uploads/sites/18/2017/04/Brodsky_Final_PRINT.pdf

Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές υποθέσεις βιασμού

τατρέπει την αρχική συναινετική ερωτική επαφή σε επαφή χωρίς συναίνεση. Ο κατηγορούμενος αρχικά καταδικάστηκε σε 12 μήνες φυλάκιση, αλλά κατ' έφεση ανατράπηκε η κατηγορία για βιασμό, λανθασμένα κατά την προσωπική μου κρίση, με αυτή του «defilement» (διαφθορά). Στο εφετείο ο κατηγορούμενος ισχυρίστηκε ότι ουδέποτε αφαίρεσε το προφυλακτικό εσκεμμένα, επιχειρηματολογώντας ότι το προφυλακτικό είτε σκιστηκε είτε χάθηκε κατά τη διάρκεια της επαφής. Το Εφετείο δέχθηκε ότι, αν και ποινικά κολάσιμη, η πρακτική του *stealth* δεν συνιστά βιασμό.

Στην υπόθεση *Julian Assange v Swedish Prosecution Authority*^[27] ο κατηγορούμενος, δημοσιογράφος και ιδρυτής του *WikiLeaks*, επισκέφτηκε την Σουηδία για να παρουσιάσει μία διάλεξη. Μεταξύ του διαστήματος 13-18 Αυγούστου του 2010, ο ίδιος είχε ερωτική επαφή με 2 γυναίκες. Αργότερα, υποβλήθηκαν εις βάρος του μηνύσεις για σεξουαλικά αδικήματα και, ειδικότερα, βιασμό και από τα δύο θύματα. Ανάμεσα στις κατηγορίες, ξεχωρίζει αυτή ενός θύματος, σύμφωνα με την οποία ο κατηγορούμενος, ενώ γνώριζε ότι τα θύματα συμφώνησαν για σεξουαλική επαφή εφόσον όμως θα χρησιμοποιείτο προφυλακτικού, ο ίδιος προχώρησε στην αφαίρεση του προφυλακτικού χωρίς να ενημερώσει γι' αυτό^[28]. Πρόσφατα οι κατηγορίες εναντίον του Julian Assange αποσύρθηκαν από την Εισαγγελία της Σουηδίας.^[29]

Μέσω πολυάριθμων συνεντεύξεων από θύματα αυτής της εμπειρίας, είτε επίσημες καταθέσεις τους είτε μία αφήγηση των προσωπικών τους βιωμάτων σε απρόσωπες ιστοσελίδες διαδικτύου, καταλήξαμε στο συμπέρασμα ότι η συγκεκριμένη πρακτική είναι ευρέως διαδεδομένη σε ενεργά σεξουαλικά άτομα, κυρίως νέων ηλικιών (εφήβων). Διαβάζοντας τις συνεντεύξεις των θυμάτων,^[30] αυτό που επισπράττεται εκ πρώτης όψεως είναι συναισθήματα όπως η παραβίαση/κατάχρηση εμπιστοσύνης^[31] και η εκμηδένιση της αυτονομίας^[32] τους, συναισθήματα όχι και τόσο ανόμοια με αυτά του βιασμού.

Η κατηγοριοποίηση των περιπτώσεων *stealth* με βάση το χρόνο γνώσης των θυμάτων αναφορικά με την αφαίρεση του προφυλακτικού είναι:

- α) την ώρα της επανεισδοχής του πέους (repenetration),
- β) αφού ολοκληρωνόταν η πράξη
- γ) έπειτα από την πράξη ή και το πιο ακραίο την επόμενη ημέρα έπειτα από εξομολόγηση του σεξουαλικού συντρόφου^[33].

Για την καλύτερη κατανόηση των ποινικών προεκτάσεων του *stealth* κρίνεται σκόπιμη η ανάλυση του ονόματος, με το οποίο αποδίδεται η εγκληματική αυτή πράξη: «a *movement that is quiet and careful in order to avoid notice or secretor indirect action*»^[34]. Θα μπορούσαμε να πούμε ότι πρόκειται για μία ύπουλη μορφή «κλοπής» της αρχικής συναίνεσης του θύματος, δίνοντας ψεύτικη εντύπωση στο θύμα ότι

[27] *Julian Assange v Swedish Prosecution Authority* [2011] EWHC 2849 (Admin)

[28] On the specific facts the President said: "It would plainly be open to a jury to hold that if AA had made clear that she would only consent to sexual intercourse if Mr Assange used a condom, then there would be no consent if, without her consent, he did not use a condom, or removed or tore the condomHis conduct in having sexual intercourse without a condom in circumstances where she had made clear she would only have sexual intercourse if he used a condom would therefore amount to an offence under the Sexual Offences Act 2003...."

[29] <https://www.theguardian.com/media/2017/may/19/swedish-prosecutors-drop-julian-assange-investigation>

[30] Brodsky, Alexandra, 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Non-consensual Condom Removal (2017). *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 32, No. 2, 2017.

[31] Απόσπασμα που έλαβε η Dr. Alexandra Brodsky από την Irin (φοιτήτρια): «He saw the risk as zero for

himself and took no interest in what it might be for me and from a friend and sexual partner».

[32] Απόσπασμα από τηλεφωνική συνέντευξη μεταξύ της Dr. Alexandra Brodsky και της Rebecca (η οποία διέμενε σε φοιτητικές εστίες κολλεγίου και βίωσε την εμπειρία του *stealth* ως πρωτοετής από κάποιον συμφοιτητή της μεγαλύτερο):

«Rebecca described her experience as a "consent violation." She agreed to have sexual intercourse with him, with a condom, not without it».

[33] Απόσπασμα που έλαβε η Dr. Alexandra Brodsky από την Irin (φοιτήτρια): «The next morning we woke up and we after a couple of awkward moments during which I told him about a weird dream I had, he said, 'Wait, so you know I came inside of you last night, right?' To which I replied, having ensured he was wearing a condom... 'Uh..What? Weren't you wearing a condom?' 'to which he said something like 'I took it off'»

[34] <http://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/stealth>

« πρόκειται για μία ύπουλη μορφή 'κλοπής' της αρχικής συναίνεσης του θύματος, δίνοντας ψεύτικη εντύπωση στο θύμα ότι υπάρχει μια αμοιβαία συμφωνία με τους όρους της ασφαλούς προφύλαξης κατά τη διάρκεια της ερωτικής επαφής»

Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο

υπάρχει μια αμοιβαία συμφωνία με τους όρους της ασφαλούς προφύλαξης κατά τη διάρκεια της ερωτικής επαφής, ενώ στη συνέχεια οι θύτες αποπειρώνται ή πραγματώνουν τις σεξουαλικές τους επιθυμίες. Προφανώς, η συναίνεση για ασφαλή σεξουαλική δραστηριότητα δεν καλύπτει το αποτέλεσμα της μη-ασφαλούς σεξουαλικής δραστηριότητας, στην οποία περίπτωση πιθανόν το αρχικώς συναινέσαν μέρος να μην έδινε τη συναίνεση του. Επίσης σε περίπτωση που κάποιος προχωρεί με αφαίρεση του προφυλακτικού εν αγνοία του συντρόφου του, ο τελευταίος επωμίζεται επίσης αυτό το ρίσκο^[35].

Μία σκέψη, η οποία θα οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι το *stealthing* παραβιάζει την δοθείσα αρχική συναίνεση του θύματος προς την ερωτική πράξη, βασίζεται στο γεγονός ότι οι άνθρωποι λαμβάνουμε αποφάσεις βάσει της αυτονομίας μας, ζυγίζοντας τα οφέλη και τα ρίσκα. Σε μία πράξη, όπως την αφαίρεση του προφυλακτικού χωρίς την ενημέρωση του ερωτικού συντρόφου για μια εκ νέου συναίνεση, στην ουσία παραβιάζεται η αυτονομία του προσώπου. Το να συναινεί κάποιος για ερωτική επαφή χωρίς την χρήση του προφυλακτικού σημαίνει ότι επωμίζεται το ρίσκο για ό,τι επακολουθεί^[36], καθώς μια τέτοια επαφή επιφυλάσσει πιθανότητες:

- α) για μια *ανεπιθύμητη εγκυμοσύνη*
- β) για μετάδοση σεξουαλικώς μεταδιδόμενου νοσήματος.

Ειδικότερα για την τελευταία κατηγορία, εύλογος είναι ο φόβος των θυμάτων σχετικά με την έκθεση σε κάποιο σεξουαλικώς μεταδιδόμενο νόσημα^[37] (STD), όπως είναι ο ιός HIV.

«τα θύματα μπορούν να επικαλεστούν μόνο πρόκληση σωματικής βλάβης»

[35] Rapist discovers he may have contracted HIV from victim. <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/crime/10281643/Rapist-discovers-he-may-have-contracted-HIV-from-victim.html>

[36] R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330

[37] «A sexually transmitted disease (STD) is an illness caused by an infectious pathogen that has a significant probability of transmission between humans by means of sexual contact, including vaginal intercourse, oral sex, and anal sex». LECTURE NOTES OF FORENSIC MEDICINE Péter Sótónyi and Eva Keller p.118

[38] «Violent or forced sex can increase the risk of transmitting HIV. In forced vaginal penetration, abrasions and cuts commonly occur, thus facilitating the entry of the virus - when it is present- through

Σύμφωνα με πολλές διασταυρωμένες πηγές, ο βιασμός^[38] είναι μία από τις οδούς μετάδοσης του ιού αυτού.

Η μετάδοση του HIV είναι πιθανότερη σε μη συναινετική σεξουαλική πράξη^[39] η οποία ενέχει στοιχεία βιαιότητας και δεν συνοδεύεται από ασφαλή χρήση προφυλακτικού. Επί της ουσίας και με ποιο ρεαλιστική προσέγγιση, το θύμα συναινέσει για μία ερωτική επαφή ασφαλή, νιώθοντας την αίσθηση του προφυλακτικού και όχι την δερματική επαφή, η οποία ελλοχεύει κινδύνους. Με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο, τα θύματα μπορούν να επικαλεστούν μόνο πρόκληση σωματικής βλάβης, κάτι το οποίο θα πρέπει φυσικά να αποδειχθούν, ιδιαίτερα αν ο θύτης γνώριζε ότι ήταν φορέας συγκεκριμένου ιού. Όμως, το ερώτημα παραμένει κατά πόσο θα μπορούσε σε τέτοιες περιπτώσεις κάποιος να κατηγορηθεί και για βιασμό, άσχετα αν ο ίδιος γνώριζε ή όχι ότι ήταν φορέας συγκεκριμένου ιού. Αποφή μας είναι ότι η επιθυμία των εμπλεκόμενων για χρήση ή όχι του προφυλακτικού είναι θεμελιώδες ζήτημα της συναίνεσης.

Το φαινόμενο του *stealthing* αποτελείται από δύο ξεχωριστές πράξεις, λόγω του γεγονότος ότι ο θύτης α) είναι αναγκασμένος να σταματήσει την εισχώρηση για να αφαιρέσει το προφυλακτικό (1^η πράξη) και β) έπειτα επαναδιδεί στο θύμα (2^η πράξη).

Κατά τη δεύτερη πράξη δεν υπάρχει συναίνεση από την πλευρά του θύματος. Είναι μία *αυθαίρετη* ερωτική πράξη και μια μορφή εξαπάτησης του θύματος, με στόχο τη λήψη της αρχικής συγκατάθεσης και έπειτα της πραγμάτωσης του σκοπού του δράστη. Ο γενικός

the vaginal mucosa». WORLD REPORT ON VIOLENCE AND HEALTH, CHAPTER 6 SEXUAL VIOLENCE, p.164 http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/global_campaign/en/chap6.pdf

[39] It is possible that the threat of HIV transmission is greater in nonconsensual intercourse, or sexual assault, due to potential injuries sustained by the victim. Sexual Violence and HIV

A Technical Assistance Guide for Victim Service Providers, p.8

http://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Guides_Sexual-Violence-and-HIV_A-Technical-Assistance-Guide-for-Victim-Service-Providers.pdf

Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές υποθέσεις βιασμού

κανόνες που απορρέει από τον Κυπριακό Ποινικό Κώδικα είναι ότι, σεξουαλική πράξη χωρίς την πραγματική/γνήσια συναίνεση είναι βιασμός. Συγκεκριμένα το άρθρο 144^[40] του Κεφαλαίου 154 της Δημοκρατίας ορίζει ότι στοιχεία του βιασμού είναι : α) συνουσία^[41], β) έλλειψη συναίνεσης του θύματος και γ) πρόθεση του δράστη, τα οποία εν προκειμένω πληρούνται.

Όπως προαναφέρθηκε (υπό 1.1), έχουν τεθεί νομολογιακά κάποια κριτήρια βάσει των οποίων κρίνεται αν υπήρξε ή όχι συναίνεση και ειδικότερα : α) ελευθερία συναίνεσης^[42], β) ικανότητα συναίνεσης^[43] (ζήτημα που ανακύπτει π.χ. σε περιπτώσεις ανηλίκων, προσώπων με νοητική ή σωματική αναπηρία, ή υπό την επήρεια ουσιών όπως αλκοόλ και ναρκωτικά), γ) επιλογή συναίνεσης. Εν προκειμένω, το θύμα δεν είχε ποτέ την επιλογή για να συναινέσει στην σεξουαλική επαφή υπό τους νέους όρους. Δεν έγινε ποτέ γνωστοποίηση της αφαίρεσης του προφυλακτικού και η πράξη συνεχιζόταν εν αγνοία του θύματος.

2.3 Condom Sabotage

Περαιτέρω, άξια μιας σύντομης αναφοράς είναι μια υπόθεση που απασχόλησε τα Δικαστήρια του Καναδά, η οποία αφορά περιστατικά όμοια με την πρακτική του *stealth*.

Στην υπόθεση *Queen v. Hutchinson*^[44], ο κατηγορούμενος είχε κοινοποιήσει στην κοπέλα του την επιθυμία του να αποκτήσουν ένα παιδί, κάτι για το οποίο η τελευταία ήταν αντίθετη. Ο κατηγορούμενος, εν αγνοία της συντρόφου του, τρύπησε το προφυλακτικό προτού προβούν σε ερωτική πράξη. Αφού ολοκληρώθηκε η πράξη, της εκμυστηρεύτηκε το μυστικό του, το οποίο την οδήγησε σε ανεπιθύμητη εγκυμοσύνη και εν τέλει στην επιλογή μίας επίπονης έκτρωσης. Το γεγονός ότι η ίδια δεν γνώριζε την αυθαίρετη και ποινικά κολάσιμη τακτική του αγοριού της, εκμηδένισε την σεξουαλική αυτονομία^[45] της.

Το Δικαστήριο έκρινε ότι η χρήση προφυλακτικού ήταν απαραίτητη προϋπόθεση της ερωτικής πράξης εκ πλευράς του θύματος και, ειδικότερα, ορθά κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η συναίνεση ενός προσώπου για ασφαλή ερωτική επαφή είναι εντελώς διαφορετική από συναίνεση για μη ασφαλή ερωτική επαφή. Η

^[40] Άρθρο 144: Όποιος έρχεται σε παράνομη συνουσία με γυναίκα, χωρίς τη συναίνεση της παθούσας ή με τη συναίνεση της εφόσον η συναίνεση για αυτό δόθηκε υπό το κράτος βίας ή φόβου σωματικής βλάβης ή προκειμένου για παντρεμένη γυναίκα, με την πλαστοπροσωπία του συζύγου της, είναι ένοχος κακούργηματος το οποίο καλείται βιασμός.

^[41] In *Reg v. Stanton* 1 Car. & Kir. 415 «...και η ελάχιστη είσοδος στον κόλπο της παραπονούμενης είναι αρκεί για να στοιχειωθεθεί η συνουσία.»

^[42] *Commonwealth of Massachusetts v. Cordeira*, Το Θύμα πήγε σε ένα τοπικό Μπαρ της περιοχής για να αγοράσει τσιγάρα. Εκεί συνάντησε κατά τύχη μία φίλη της οποίας και έκανε παρέα για λίγο. Τη στιγμή που αποχώρησε η φίλη της την πλησίασαν δύο άντρες και τις ζήτησαν να φύγει μαζί τους. Όταν η ίδια αρνήθηκε ένας τρίτος άντρας την έπιασε και την πέταξε πάνω στο τραπέζι του μπιλιάρδου. Ενώ η ίδια φώναζε και παρακαλούσε να σταματήσουν οι θαμώνες του μπαρ προέτρεπαν τους κατηγορούμενους μέσω επιφωνημάτων να προβούν στην αποτρόπαια πράξη και να βιάσουν την γυναίκα. Στο περιστατικό αυτό που διήρκεσε δύο ώρες, υπήρχαν μαρτυρίες ότι το θύμα το κρατούσαν ακινητοποιημένο οι θαμώνες του μπαρ μέχρι οι τέσσερις κατηγορούμενοι να ολοκληρώσουν την αποτρόπαια πράξη τους.

^[43] *People of the State of California v. Brock Allen Turner* (2015). Το θύμα είχε παρעυρεθεί σε ένα φοιτητικό πάρτυ. Λόγω μέθης της κατέληξε να βρίσκεται αναίσθητη πίσω από κάτι κάδους σκουπιδιών, σε ένα στενό δρομάκι κοντά στο σπίτι που διεξάχονταν το πάρτυ. Περαιτέρω είδαν μία φιγούρα ζευγαριού να ερωτοτροπεί στο σκοτάδι πίσω από τον κάδο σκουπιδιών ενισχύοντας την μαρτυρία τους ανέφεραν ότι η κοπέλα φαινόταν να μην έχει καθόλου τις αισθήσεις της. Το θύμα βρέθηκε αναίσθητο σε άσχημη κατάσταση, με το φόρεμα της ανεβασμένο και το εσώρουχο της εκτός. Το θύμα όντας αναίσθητο ασφαλώς και δεν είχε την ικανότητα να συναινέσει στην πράξη. Ακόμη και να μην ήταν λιπόθυμη σε αρχικό στάδιο από την στιγμή που γνωστοποιείται ότι είναι αναίσθητη και ο άντρας συνεχίζει την ερωτική πράξη και τότε αντιμετωπίζει την κατηγορία του βιασμού. Η υπόθεση αυτή έφερε πολλές αντιδράσεις καθώς η ποινή που επιβλήθηκε ήταν χάδι λόγω κοινωνικής θέσης του κατηγορούμενου.

^[44] *Queen v. Hutchinson*, 2010 NSCA 3 (Nova Scotia Ct. App.2010)

^[45] *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, Society's commitment to protecting a person's autonomy and dignity requires that individuals have the right to determine who touches their body, and how the touching will occur.

« Ο κατηγορούμενος, εν αγνοία της συντρόφου του, τρύπησε το προφυλακτικό προτού προβούν σε ερωτική πράξη »

Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο

κατηγορία που απαγγέλθηκε σε βάρος του ήταν «*aggravated sexual assault*»^{[46],[47]}. Η ενοχή του κατηγορούμενου βασίστηκε σε δύο σκέψεις. Πρώτον, ότι η συναινεση του θύματος παραβιάστηκε μέσω εξαπάτησης («*initiated through fraud*») και δεύτερον ότι το θύμα όχι μόνο δεν έδωσε την συγκατάθεση του ως προς την συγκεκριμένη φύση της πράξεως αυτής, αλλά δεν του δόθηκε καν η επιλογή/ γνωστοποίηση για την γνήσια συναινεση του.

Στην απαραίτητη εγκληματολογική σκιαγράφηση του προφίλ των δράστων, αναφέρεται ότι τα πρόσωπα αυτά αρέσκονται αφενός στο αίσθημα της παραπλάνησης του θύματός τους και αφετέρου στο αίσθημα ελέγχου και καθοδήγησης της πράξης βάσει σχεδίου. Το αίσθημα που απολαμβάνουν είναι να έχουν τον απόλυτο έλεγχο επί του θύματος τους. Δεν μπορεί να θεωρηθεί ιδιαίτερα τολμηρό το συμπέρασμα ότι πρόκειται για άνδρες με προβληματικώς αναπτυγμένα τα σεξουαλικά τους «συναισθήματα», αφού εν ολίγοις «αψηφούν» την αυτοδιάθεση της ερωτικής συντροφού τους, και κατ' επέκταση την ελευθερία να συναινεί και να παίρνει αποφάσεις. Σχετικώς, ο εγκληματολόγος A.Nicholas Groth σχολίασε: «every rape encounter contains at least one of these three elements: anger, power, and sadism»^[48].

Τα θύματα του φαινομένου αυτού που στατιστικώς αυξάνονται λόγω της ραγδαίας μετάδοσης του, τις πλείστες των περιπτώσεων δεν μπορούν να αναγνωρίσουν ότι όντως έχουν υποστεί θύματα βιασμού. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να αποσιωπώνται τέτοιου είδους περιστατικά, γεγονός που οδηγεί στην έλλειψη

«τα πρόσωπα αυτά αρέσκονται αφενός στο αίσθημα της παραπλάνησης του θύματός τους και αφετέρου στο αίσθημα ελέγχου και καθοδήγησης της πράξης βάσει σχεδίου»

[46] Defined in the Canadian Criminal Code in s. 273 as: Every one commits an aggravated sexual assault who, in committing a sexual assault, wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant. http://www.justice.gc.ca/eng/tp-pr/cj-jp/victim/rr14_01/p10.html

[47] Ο Καναδικός Ποινικός Κώδικας δεν περιέχει καμία διάταξη που να αναφέρει το αδίκημα του βιασμού ως rape, τουναντίον περιέχει μία λίστα με τρία επίπεδα κατηγοριών sexual assault (Level 1,2 &3) και ορισμένα sexual offences. Η κατηγορία που έλαβε ο κατηγορούμενος είναι η πιο βαριά για σεξουαλικής φύσης αδίκημα στον Καναδά (Level 3). <https://www.sexassault.ca/criminalprocess.htm>

[48] Siegel, Larry J. 2010. Criminology: theories, patterns, and typologies. Belmont, CA: Wadsworth/Cengage Learning

αρκιτών καταγεγραμμένων επίσημων στοιχείων για το εν λόγω ζήτημα.

Ορισμένες χώρες ήδη ευαισθητοποιήθηκαν, αφού όπως αναφέρει το Δίκτυο Αντιμετώπισης της Κρίσης των Βιασμών στην Ιρλανδία (RCNI), το σύστημα δικαιοσύνης εξισώνει την εν λόγω πράξη με σεξουαλικό αδίκημα και συγκεκριμένα με βιασμό. Επίσης, στην Καλιφόρνια η λέξη «*stealththing*» προστέθηκε στον ευρύτερο ορισμό της έννοιας βιασμός. Εξετάζοντας το νομικό πλαίσιο του φαινομένου αυτού στην Πενσυλβανία, τα Δικαστήρια φαίνεται να συμφωνούν με το ότι πρόσωπο μπορεί να δώσει την συναινεση του σε μία μορφή σεξουαλικής επαφής, χωρίς να σημαίνει αυτόματα ότι παρέχει πλήρη συναινεση και για οτιδήποτε επακολουθεί εντός της ερωτικής συνεύρεσης^[49].

Έναντι επίλογου: Το *stealththing*, κοινωνική πληγή και νομική πρόκληση

Σκοπός αυτής της ενότητας είναι να εξετάσουμε πώς το νομικό σύστημα της Κυπριακής Δημοκρατίας θα μπορούσε να ρυθμίσει το φαινόμενο του *stealththing*. Παρότι το ζήτημα δεν έχει ακόμη αντιμετωπιστεί νομολογιακά στην κυπριακή έννομη τάξη, κατά την κρίση μας οι Δικαστές είναι αρκετά ευαισθητοποιημένοι *αναφορικά* με το ζήτημα της χρήσης προφυλακτικού ή όχι. Πράγματι, σε δύο πρόσφατες υποθέσεις, στην *Δημοκρατία v. Ciubotariou*^[50] και στην *Δημοκρατία v. Παναγιώτου*^[51] η μη χρήση προφύλαξης εκλήφθηκε ως *επιβαρυντικός παράγοντας*^[52] για το αδίκημα του βιασμού. Η στάση αυτή θα μπορούσε να ερμηνευτεί ως σεβασμός του Δικαστηρίου προς

[49] Commonwealth v. Fischer (721 A.2d 1111, 1998 Pa. Super. 3812)

[50] Δημοκρατία v. Mircea Florin Ciubotariou, Αρ. Υπόθεσης: 3021/15, 17/11/2015.

[51] Δημοκρατία v. Χρήστου Παναγιώτου, Αρ. Υπ.: 2913/13, 8/10/2013.

[52] Παράγοντες οι οποίοι μεγιστοποιούν την ευθύνη του κατηγορούμενου. Στην προσμέτρηση των παραγόντων από το Δικαστήριο λαμβάνονται υπόψιν στοιχεία όπως π.χ. επαναλαμβανόμενος βιασμός, ο σεξουαλικώς εξευτελισμός του θύματος, διείσδυση αντρικού μορίου χωρίς προφύλαξη κλπ. βλ. Στέλιος Στυλιανού v. Δημοκρατία, Ποινική Έφεση αρ.73/2012,13/10/15

Ζητήματα σχετικά με την συναίνεση σε ποινικές υποθέσεις βιασμού

την ανθρώπινη ζωή, την αυτονομία και την αυτοδιάθεση εκάστοτε προσώπου.

Καθώς το αδίκημα του βιασμού βρίσκεται σε έξαρση^[53], το ηχηρό μήνυμα που πρέπει να σταλεί στους αδικοπράγουντες είναι ότι η σεξουαλική πράξη χωρίς την συναίνεση άλλου προσώπου αποτελεί βίαιη και καταχρηστική πράξη, η οποία καταλήγει πολλές φορές να στιγματίζει ή να απειλεί την υγεία του θύματος λόγω της έκθεσης του σε παράνομη σεξουαλική επαφή χωρίς οποιαδήποτε προφύλαξη. Η αναγνώριση της χωρίς προφύλαξη επαφής ως επιβαρυντικού παράγοντα στο αδίκημα του βιασμού συνιστά σαφή ένδειξη περί της σοβαρότητας της πράξης και της ζημίας του θύματος, η οποία θα μπορούσε να αποτελέσει «καλό» προηγούμενο για την ποινική αντιμετώπιση του φαινομένου του Stealthing στην Κύπρο.

Επίσης, οι μέθοδοι condom removal (stealthing) & condom sabotage θα ήταν δυνατό να ερμηνευθούν από τα Κυπριακά Δικαστήρια ως προσχεδιασμένο έγκλημα, το οποίο αποτελεί ένδειξη ψυχρότητας και κοροβουλίας και μοχθηρίας. Όπως, σημειώθηκε από το Δικαστήριο στην υπόθεση *Michaelides* (1965) «όσο μεγαλύτερος είναι ο προσχεδιασμός τόσο σοβαρότερο καθίσταται το αδίκημα και συνεπακόλουθα επιβάλλεται αυστηρότερη ποινή». Σε κάθε περίπτωση, αναμένεται να εξαχθεί από τα περιστατικά της κάθε υπόθεσης κατά πόσο η αφαίρεση του προφυλακτικού ήταν αυθόρμητη ή προσχεδιασμένη.

Είναι σημαντικό να καταστεί σαφές ότι το δικαίωμα της ζωής και αυτοδιάθεσης^[54] είναι υπέρτατο ανθρώπινο δικαίωμα, το οποίο χρήζει απολύτου σεβασμού. Τα Δικαστήρια αναφέρουν ότι «Ο Βιασμός αποτελεί τη χειρότερη μορφή εξευτελισμού και κακοποίησης που μπορεί να υποστεί ένας άνθρωπος^[55]». Και εδώ προκύπτει ευρύτερα το ερώτημα γιατί στις μέρες μας έχει

τόσο μεγάλη απήχηση η υιοθέτηση λανθασμένων συμπεριφορών από ασυνείδητους οι οποίοι προβάλλουν υποκουλτούρες^[56] που θίγουν βάνουσα και κατάφωρα θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα; Μήπως η ανεπαρκής παιδεία και λανθασμένα πρότυπα σχετικά με την σεξουαλική αγωγή που αναπαράγονται μέσα από κλασικούς και σύγχρονους διαύλους επικοινωνίας συμβάλλουν στη μεγέθυνση του προβλήματος;

Η κοινωνία αποτελεί καθρέφτη της Πολιτείας. Τα κοινωνικά σύνολα που καλούνται να συμβιώσουν στο νομικά πλαίσιο ενός κράτους οφείλουν να ακολουθούν ορισμένους κανόνες για την ομαλή και δίκαιη συμβίωση μεταξύ τους, οι οποίοι δεν είναι απαραίτητο να έχουν θεσπιστεί ως κανόνες του θετού δικαίου για να τυγχάνουν αναγνώρισης, αλλά είναι άγραφοι και ενεργοποιούνται στην βάση της «συνείδησης» και της ηθικής.

Συχνά οι διαπράξαντες το έγκλημα του βιασμού προσπαθούν να δικαιολογήσουν την αποτρόπαια αυτή πράξη τους με το σκεπτικό ότι το θύμα έδωσε αρχικά την συναίνεση του για σεξουαλική επαφή. Άλλες παρόμοιες υπερασπίσεις που ακούστηκαν μέχρι σήμερα και πιθανό να χρησιμοποιηθούν μελλοντικά από τους δράστες είναι η ευαισθησία του υλικού φορέα των προφυλακτικών. Ανά περιπτώσεις ισχυρίζονται ότι ίσως έπεσε ή χάθηκε το προφυλακτικό ή ότι αυτό καταστράφηκε. Άλλες φορές λανθασμένα επικαλούνται την μέθη ως ελαφρυντικό παράγοντα για τη διαμόρφωση της επιβληθείσας ποινής. Το προφυλακτικό όντως μπορεί να υποστεί ζημία, για παράδειγμα να σπάσει, σε μία ερωτική συνένωση. Άλλωστε και οι κατασκευάστριες εταιρείες σημειώνουν ότι αυτό δεν είναι 100% ασφαλές. Βεβαίως, το κομβικό ζήτημα είναι να μην αποτελεί αυτό μία εύκολη επιχειρηματολογία για τους δράστες στο πλαίσιο της υπεράσπισής τους.

« Αν το stealthing ρυθμιστεί ως ποινικά κολάσιμη πράξη, αυτό θα αποτελέσει έναν σημαντικό παράγοντα αποτροπής τυχόν μελλοντικών δράστών»

[53] «το ύψος της ποινής αντανάκλα την σοβαρότητα των αδικημάτων για τα οποία βρέθηκε ένοχος ο κατηγορούμενος. Αυτά τα αδικήματα βρίσκονται σε έξαρση και οι ποινές που επιβάλλονται πρέπει να είναι αυστηρές και αποτρεπτικές» βλέπε Σοφρώνης Μ. Κλείτου ν. Δημοκρατίας, Ποινική Έφεση Αρ. 173/2009, 17/07/2014

[54] Άρθρο 7 του Σύνταγμα της Κυπριακής Δημοκρατίας.

[55] Patrik Ivar Ivansson ν. Δημοκρατίας, Ποινική Έφεση Αρ. 159/2015, 29/11/2016.

[56] Παράδειγμα ακραίας υποκουλτούρας στα πλαίσια τις έρευνας μας άμεσα συνδεδεμένο με τα ανθρώπινα δικαιώματα και το αδίκημα του βιασμού είναι η μέθοδος του «corrective rape» το οποίο πλέον έχει λάβει την μορφή κινήματος με αρκετούς υποστηρικτές. Η αποτρόπαια αυτή πρακτική εφαρμόζεται στη Νότια Αφρική όπου ομοφυλόφιλες γυναίκες καθίστανται θύματα βιασμού με την αιτιολόγηση ότι είναι για το καλό τους για να τους αφυπνίσουν τη «θλυκότητά».

Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο

Αν το *stealth* ρυθμιστεί ως ποινικά κολάσιμη πράξη, αυτό θα αποτελέσει έναν σημαντικό παράγοντα αποτροπής τυχόν μελλοντικών δραστών. Η αποτροπή μέσω της πληροφόρησης – σχετικά με την ποινικοποίηση της εν λόγω πρακτικής υπό κανονικές συνθήκες δύναται να ενεργήσει ως αφύπνιση στο μυαλό του κάθε προσώπου βοηθώντας το να αντιληφθεί την επιγενόμενη πράξη, καθώς και τις συνέπειες της ή ακόμη να λειτουργήσει αποτρεπτικά μόνο στη βάση εκφοβισμού όταν οι κυρώσεις είναι ιδιαίτερα αυστηρές, όταν το άτομο δεν έχει το ηθικό υπόβαθρο ώστε να κατανόησει το αποτρόπαιο της πράξης αυτής.

Στο σημείο αυτό, αξίζει να σημειωθεί μία ενδιαφέρουσα έρευνα^[57] η οποία διεξήχθη από το *Sentencing Council* της Μεγάλης Βρετανίας και η οποία καταλήγει ότι κατά τη γνώμη των ερωτηθέντων (γενικά το κοινό και θύματα βιασμού) ότι οι ποινές αναφορικά με σεξουαλικά αδικήματα είναι αρκετά επεικείς. Έναυσμα για την διεξαγωγή αυτής της έρευνας αποτέλεσε ο γενικός προβληματισμός σχετικά με

το κατά πόσο η ποινή ενεργεί αποτρεπτικά ή όχι. Μεταξύ άλλων, υποστηρίχθηκε η θέση ότι τα θύματα σεξουαλικών αδικημάτων θα πρέπει να λαμβάνονται περισσότερο υπόψη κατά τη διαδικασία επιβολής της ποινής. Η πλειοψηφία επέδειξε την αποστέρωση του δικαίωματος της ελευθερίας ως την *καταλληλότερη κώρωση* επιδιώκοντας μέσω της γενικής αποτροπής να διασφαλιστεί, η αποτελεσματικότερη προστασία της κοινωνίας και να σταλεί ένα ηχηρό μήνυμα προς το κοινωνικό σύνολο για το αποτρόπαιο της πράξης, καθώς και να ικανοποιηθούν ηθικά τα θύματα. Είναι χαρακτηριστικό ότι για τα θύματα σεξουαλικών αδικημάτων το αποτρόπαιο της πράξης δικαιολογεί ισόβια κάθειρξη^[58], ενώ προτεινόμενη ποινή για το αδίκημα του βιασμού κατά τη γνώμη του κοινού είναι φυλάκιση από 10 έως 20 έτη.

•••••

« οι ποινές αναφορικά με σεξουαλικά αδικήματα είναι αρκετά επεικείς »

^[57] Sentencing Council. Attitudes to Sentencing Sexual Offences. (March 2012) <http://natcen.ac.uk/media/24273/attitudes-sentencing-sexual-offences.pdf>.

^[58] Βλέπε υποσημείωση 55 σελ.34.

Θεμελιώδη Ανθρώπινα Δικαιώματα και Θεμελιώδεις Ελευθερίες στο Ενωσιακό Δίκαιο:

Ποιο από τα δυο είναι (αν είναι) «πιο θεμελιώδες»;

Στέλλα Αναστάση, Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια, Νομική Σχολή, Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου, Νομικός σύμβουλος

Τα θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα και οι θεμελιώδεις ελευθερίες στο ενωσιακό δίκαιο, δικαίως χαρακτηρίζονται ως θεμελιώδη, διότι πριν την κατοχύρωσή τους σε ενωσιακό επίπεδο, διήλθαν μέσω μιας μακράς εξελικτικής πορείας, στην οποία συνέδραμε κατά πολύ η νομολογία του ΔΕΕ. Ωστόσο τα διαφορετικά συμφέροντα που εκπροσωπούν συχνά οδηγούν στη σύγκρουση μεταξύ των δυο θεμελιωδών ειδών δικαιωμάτων και τότε τίθεται ζήτημα «ιεράρχησής» τους. Αυτό συμβαίνει όταν τίθεται θέμα περιορισμού του ενός προς προστασία του άλλου και αντίστροφα. Η παρούσα μελέτη θα επιχειρήσει να περιγράψει, μέσω της εξελικτικής τους πορείας και των κυριότερων αποφάσεων που εμπλέκουν συγκρούσεις μεταξύ των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών, κατά πόσο ένα από τα δύο συγκρουόμενα συμφέροντα είναι πιο θεμελιώδες από το άλλο και αν όχι να καταλήξει σε συμπέρασμα γύρω από τον τρόπο προσέγγισής τους από το ΔΕΕ, ώστε να διαπιστωθεί αν τα αντιμετωπίζει ως ίσου επιπέδου θεμελιώδεις αξίες.

Τα θεμελιώδη δικαιώματα, τα οποία είναι μη οικονομικού χαρακτήρα, κατοχυρωμένα είτε στα συντάγματα των κρατών μελών, είτε στην ΕΣΔΑ ή στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προστατεύουν τα άτομα ενάντια σε παραβάσεις της ίδιας της κοινότητας ή των κρατών μελών. Γι' αυτό χρησιμοποιούνται συχνά ως λόγοι δικαιολόγησης μέτρων που περιορίζουν την άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών. Η εξέλιξή τους από την νομολογική τους αναγνώριση ως γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου μέχρι την κατοχύρωσή τους στο άρθρο 6 της ΣΕΕ το 2009, μέσω της Συνθήκης της Λισαβόνας, που τα κατέστησε σε ενωσιακό «επίπεδο» ίδια με τις οικονομικές ελευθερίες, δημιουργεί το εύλογο ερώτημα, ποια από τις δύο κατηγορίες είναι πιο θεμελιώδης. Το ερώτημα αυτό ανακύπτει όταν υπάρχει σύγκρουση μεταξύ των θεμελιωδών δικαιωμάτων και θεμελιωδών ελευθεριών. Από την άλλη πλευρά, οι θεμελιώδεις ελευθερίες, δηλαδή η ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, προσώπων, υπηρεσιών, κεφαλαίων και η ελευθερία εγκατάστασης, είναι «το κυριότερο εργαλείο οικονομικής φύσεως για την λειτουργία της εσωτερικής αγοράς» και η εγκαθίδρυσή τους είναι αποτέλεσμα πολλών προσπαθειών

των θεσμικών οργάνων της Ένωσης, τόσο με τη «θετική εναρμόνιση» όσο και με την «αρνητική εναρμόνιση» και η προστασία τους εκτός από το πρωτογενές δίκαιο είναι αποτέλεσμα νομολογιακής εξέλιξης από μέρους του ΔΕΕ. Οι θεμελιώδεις ελευθερίες δεν είναι όμως απόλυτες, αλλά υπόκεινται σε ορισμένες εξαιρέσεις που δικαιολογούνται βάσει του Πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου και των «επιτακτικών αναγκών». Όταν όμως ο λόγος περιορισμού είναι η προστασία ενός θεμελιώδους δικαιώματος, τίθεται το εύλογο ερώτημα ποιο από τα δύο συμφέροντα είναι πιο θεμελιώδες.

1. Θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα και θεμελιώδεις ελευθερίες στο Ενωσιακό δίκαιο: Έννοια και διακριτικά στοιχεία

1.1. Θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα

Τα θεμελιώδη δικαιώματα, τα οποία έχουν «αμυντικό χαρακτήρα», κατοχυρώνονται είτε από τα συντάγματα των κρατών μελών, είτε στην ΕΣΔΑ ή στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ε.Ε (στο εξής Χάρτης) και προστατεύουν τα άτομα ενάντια σε παραβάσεις της ίδιας της κοινότητας ή των κρατών

«οι θεμελιώδεις ελευθερίες, δηλαδή η ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, προσώπων, υπηρεσιών, κεφαλαίων και η ελευθερία εγκατάστασης, είναι «το κυριότερο εργαλείο οικονομικής φύσεως για την λειτουργία της εσωτερικής αγοράς»»

Εσωτερική Αγορά

μελών.^[1] Περαιτέρω, αποσκοπούν όχι σε οικονομικό στόχο, αλλά στην προστασία των ατόμων, ανεξάρτητου εθνικότητας.^[2]

Οι «ιδρυτικές» συνθήκες της Ε.Ε. δεν περιείχαν πάντοτε κατάλογο ανθρωπίνων δικαιωμάτων^[3], αλλά η θεμελίωση της νομικής τους βάσης σε ενωσιακό επίπεδο, πλέον στον Χάρτη και στην ΣΕΕ, όπως καταγράφεται κατωτέρω, ήταν αποτέλεσμα νομολογικής προστασίας, μέσω του τότε ΔΕΚ και νυν ΔΕΕ (στο εξής ΔΕΕ).^[4] Το ΔΕΕ από πολύ νωρίς αναγνώρισε ότι τα «θεμελιώδη δικαιώματα» του ατόμου, περιλαμβάνονται στις «Γενικές Αρχές του κοινοτικού δικαίου, των οποίων τον σεβασμό εξασφαλίζει το Δικαστήριο»^[5] και επιπρόσθετα ότι η «προάσπιση» τους «αν και εμπνέεται από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών, πρέπει να εξασφαλίζεται μέσα στο πλαίσιο της δομής και των στόχων της κοινότητας»,^[6] ως επίσης ότι «δεν μπορεί να κάνει δεκτά μέτρα τα οποία αντίκεινται στα ανθρώπινα δικαιώματα που αναγνωρίζονται και προστατεύονται από τα συντάγματα των κρατών μελών» και ότι «πρέπει να λαμβάνονται υπόψη διεθνείς συμβάσεις που αφορούν την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου», όπως η ΕΣΔΑ, η οποία «παρέχει ενδείξεις οι οποίες πρέπει να λαμβάνονται υπόψη εντός του πλαισίου του κοινοτικού δικαίου».^[7]

Το ΔΕΕ, όμως, δεν αρκέστηκε μόνο στην ανωτέρω νομολογική κατοχύρωση αλλά επιδίωξε εξελικτικά και τη νομολογική ενθάρρυνση των κρατών μελών, όπως κατά την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου να σέβονται τα θεμελιώδη δικαιώματα.^[8]

«η προάσπιση των θεμελιωδών δικαιωμάτων αποτελεί 'απαραίτητη προϋπόθεση για τη νομιμοποίηση της ευρωπαϊκής ένωσης'»

Η ανωτέρω εμπλοκή του ΔΕΕ στη νομολογική κατοχύρωση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων οδήγησε αφενός τον ενωσιακό νομοθέτη, δυνάμει της Συνθήκης του Μάαστριχτ, στη γραπτή κατοχύρωσή τους στο άρθρο 6 της ΣΕΕ, ως γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου και ακολούθως στη γραπτή «συγκέντρωση» των θεμελιωδών δικαιωμάτων σε ένα μόνο κείμενο, η οποία πραγματώθηκε στις 7/12/2000 στην Νίκαια με την προκήρυξη του Χάρτη. Παρόλο που μέχρι το 2009 ο Χάρτης «στερείτο νομικής δεσμευτικότητας»,^[9] το ΔΕΕ αφενός συνέχισε την ενθάρρυνση των κρατών μελών στην προστασία τους και αφετέρου λάμβανε σοβαρά υπόψη τα δικαιώματα που περιέχονται στον Χάρτη, όταν ετύγχανε να επιζητείται η προστασία τους, σε υποθέσεις ενώπιόν του.^[10]

Η αναγκαιότητα υιοθέτησης «ελάχιστων φραγμών» προς τον σκοπό «προστασίας του πολιτισμού της ένωσης»^[11] οδήγησε το 2009 στην τροποποίηση του άρθρου 6 της ΣΕΕ, δυνάμει της Συνθήκης της Λισαβόνας και πλέον στην παρ. 1 εδ. α' προβλέπεται ότι «η Ένωση αναγνωρίζει τα δικαιώματα, τις ελευθερίες και τις αρχές που περιέχονται...» στον Χάρτη, «...ο οποίος έχει το ίδιο νομικό κύρος με τις Συνθήκες». Συνεπώς, πλέον, η προστασία που παρέχει ο Χάρτης «αναβαθμίστηκε σε επίπεδο ίδιο από άποψη τυπικής ισχύος με αυτό των οικονομικών ελευθεριών».^[12] Πλέον η προάσπιση των θεμελιωδών δικαιωμάτων αποτελεί «απαραίτητη προϋπόθεση για τη νομιμοποίηση της ευρωπαϊκής ένωσης»,^[13] η οποία σύμφωνα με το προοίμιο του Χάρτη, τοποθετώντας «τον άνθρωπο στην καρδιά της δράσης της», «επιδιώκει να προαγάγει ισόρροπη και αειφόρο ανάπτυξη και εγγυάται την

^[1]Tichy, L. (n.d) Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: Short Remarks, Prague: University of Prague, σελ.5.

^[2]Westermarck, H. (2008) The Balance Between Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the European Community, Sweden: University of Lund, σελ.8.

^[3]Παπαγιάννης, Δ. (2016) *Ευρωπαϊκό Δίκαιο*, 5^η έκδ., Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 102.

^[4]Ανδρέου, Μ. Νικολαΐδου, Β. (2000) *Σύγκρουση Θεμελιωδών δικαιωμάτων και Οικονομικών Ελευθεριών*, Αθήνα: Νομικής Σχολής Αθηνών, σελ. 2 και 4.

^[5]C-29/69 Stauder v. Stadt Ulm [12/11/1969].

^[6]C-11/70 Internationale v. Einfuhr [17/12/1970]

^[7]C-4/73 J. Nold v. Επιτροπής Ε.Κ. [14/5/1974] & C-44/79 Hauer v. Ρηγανιάς-Παλατινάτου [13/12/1979]

^[8]Ανδρέου και Νικολαΐδου, 2000, σ. 5, C-5/88, C-260/89. Βλ. υποσ. 4, C-5/88 Wachauf v. Bundesamt [13/7/1989], C-260/89 EPT v. Π.Ο.Σ.Π. κ.α. [18/6/91], C-402/05

^[9]Σίμος, Α. (2007) *Τα θεμελιώδη δικαιώματα ως λόγος εξαίρεσης από τους κανόνες της Ελεύθερης Κυκλοφορίας*, Θεσσαλονίκη: Νομική Σχολή ΑΠΘ, σελ.30.

^[10]C-540/03 Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο v. Συμβουλίου της Ε.Ε. [27/6/06]

^[11]Παπαγιάννης, op.cit. σελ. 102.

^[12]Μαργαριτης, Κ. (2013) *Η Επιτροπή του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων σε τομείς πολιτικής της ΕΕ: Κάποια παραδείγματα*, Αθήνα: Κέντρο Ευρωπαϊκής Διακυβέρνησης, σελ.12.

^[13]Ανδρέου και Νικολαΐδου, op.cit, σελ. 2.

Θεμελιώδη Ανθρωπινά Δικαιώματα και Θεμελιώδεις Ελευθερίες στο Ενωσιακό

ελεύθερη κυκλοφορία των προσώπων, των εμπορευμάτων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων, καθώς και την ελευθερία εγκατάστασης».

Ο θεμελιώδης χαρακτήρας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων είναι τέτοιος που κάποιες φορές ενισχύει την άσκηση ακόμη και μιας θεμελιώδους ελευθερίας.^[14] Παραδείγματα τέτοιας περίπτωσης απαντώνται στη νομολογία του ΔΕΕ στις υποθέσεις C-260/89 EPT, C-159/90 Grogan, C-60/00 Mary Carpenter, C-70/10 Scarlet και άλλες νομολογιακές περιπτώσεις.^[15]

Στην βάση των ανωτέρω, τα θεμελιώδη δικαιώματα ασκούν επιρροή στην εξέλιξη του νομικού οικοδομήματος της Ένωσης και αντιπροσωπεύουν μια εξέχουσα συνεισφορά στην «ανθρωποκεντρική» ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης.^[16]

1.2. Θεμελιώδεις Οικονομικές ελευθερίες

Σύμφωνα με τον Παπαγιάννη,^[17] οι θεμελιώδεις ελευθερίες, αν και έχουν «ποιότητα ατομικού δικαιώματος», δεν «ταυτίζονται» με αυτά, διότι η άσκηση τους «εξαντλείται» στην εκπλήρωση ενός «συγκεκριμένου στόχου», που είναι η «πλήρης και απρόσκοπτη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς». Επιπρόσθετα προϋποθέτουν την ύπαρξη του «οικονομικού και διασυνοριακού στοιχείου», εντός της Ένωσης,^[18] ως επίσης «στρέφονται πρωτίτως κατά κρατών μελών απαγορεύοντας τα εθνικά μέτρα που εμποδίζουν με οποιοδήποτε τρόπο...την λειτουργία της εσωτερικής αγοράς».^[19] Συνεπώς, δικαίως οι θεμελιώδεις ελευθερίες έχουν χαρακτηριστεί ως το κυριότερο «εργαλείο οικονομικής φύσεως» για την λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.^[20]

Η εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς το 1992, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 26 της

ΣΛΕΕ,^[21] ήταν αποτέλεσμα ενός «οράματος» της ευρωπαϊκής ένωσης, που όπως αναφέρεται κατωτέρω, είχε ήδη προωθηθεί από πολύ προηγούμενος από τα θεσμικά όργανα της Ένωσης. Σύμφωνα με την Καρνάβου^[22] «ακρογωνιαίος λίθος» της εσωτερικής αγοράς είναι οι θεμελιώδεις ελευθερίες, δηλ. η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων, οι οποίες ενυπάρχουν σε ένα ευρωπαϊκό χώρο κατά κυριολεξία «κοινό».

Οι ανωτέρω θεμελιώδεις ελευθερίες είχαν τεθεί ως στόχος με τη συνθήκη της Ρώμης για την ίδρυση της Ε.Ο.Κ., που είχε ως βασική αποστολή την δημιουργία «κοινής αγοράς» μεταξύ των κρατών μελών και περιείχε μια σειρά από στόχους για την επίτευξή της.^[23] Μέχρι την εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς με τη Συνθήκη του Μάαστριχτ στις 7/2/1992 (ΣΕΕ και ΣΛΕΕ), όλες οι δραστηριότητες των Θεσμικών οργάνων της Ένωσης ήταν επικεντρωμένες, κατά κύριο λόγο, στην υλοποίηση των στόχων για την εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς, που είχε ως θεμέλιο τις οικονομικές ελευθερίες της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Δεδομένων των πιο πάνω, τόσο πριν όσο και μετά την εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς, τα θεσμικά όργανα της Ένωσης χρειάστηκε να προχωρήσουν τόσο σε «θετική εναρμόνιση» των κρατών μελών σε αυτούς τους στόχους με τη θέσπιση πληθώρας οδηγιών και κανονισμών από μέρους του τριγωνικού σχήματος του ευρωπαϊκού νομοθέτη,^[24] όσο και με την «αρνητική εναρμόνιση», μέσω της νομολογίας του ΔΕΕ, με τον περιορισμό ή την κατάργηση των «τεχνικών, ρυθμιστικών, νομικών και πολιτιστικών φραγμών».^[25]

«τα θεμελιώδη δικαιώματα ασκούν επιρροή στην εξέλιξη του νομικού οικοδομήματος της Ένωσης και αντιπροσωπεύουν μια εξέχουσα συνεισφορά στην «ανθρωποκεντρική» ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης»

^[14]Jakir, V. (2012) Human Rights – With or Without the Internal Market, Zagreb (Croatia): University of Zagreb, σελ.6.

^[15]C-413/99 Baumbast v. Secretary of State for the Home Department, Συν. Υποθ. C-401/15-C-403/15 Noémie Depesme κ.λπ. v. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche, C-71/02 Herbert v. Troostwijk

^[16]Tichy, n.d. op.cit. σελ. 3.

^[17]Παπαγιάννη, op.cit. σελ.105.

^[18]Westermarck, op.cit. σελ.8.

^[19]Σαχπεκίδου, Ε. Ρ. (n.d.) Θεμελιώδεις Κοινοτικές Ελευθερίες και Ανθρώπινη αξιοπρέπεια, {on line} Θεσσαλονίκη: Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, σελ.2.

^[20]Tichy, n.d. op.cit. σελ. 5.

^[21]στο οποίο ορίζεται ότι «η εσωτερική αγορά περιλαμβάνει χώρο χωρίς εσωτερικά σύνορα μέσα στον οποίο εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων, σύμφωνα με τις διατάξεις των συνθηκών».

^[22]Καρνάβου, Κ.Ε. (2013) Η συνάντηση των θεμελιωδών ελευθεριών με τα κοινωνικά δικαιώματα στη Ευρωπαϊκή ένωση, Αθήνα: Πάντειο Πανεπιστήμιο, σ.9.

^[23]Μούσης, Ν. (2013) Ευρωπαϊκή Ένωση, δίκαιο, οικονομία, πολιτική, 14^η εκδ., Αθήνα: Εκδόσεις Παπαζήση ΑΕΒΕ, σ. 22.

^[24]Επιτροπή, Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

^[25]Χριστιανός, Β. (2012) Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ κατ' άρθρο ερμηνεία, Αθήνα: Νομική βιβλιοθήκη, σελ.269.

Εσωτερική Αγορά

Στην ανωτέρω βάση, όπως στην εξέλιξη των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο ενωσιακό δίκαιο έτσι και στην εξέλιξη θεμελιωδών ελευθεριών, διαδραμάτισε σπουδαίο νομολογιακό ρόλο το ΔΕΕ.^[26] Το ΔΕΕ καθιέρωσε την προστασία των θεμελιωδών ελευθεριών πολύ πριν από την εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς.^[27]

Ωστόσο, οι θεμελιώδεις ελευθερίες τυγχάνουν περιορισμού από τα κράτη μέλη που επικαλούνται «θεμιτούς λόγους»,^[28] που άλλοτε δικαιολογούνται και άλλοτε όχι. Ωστόσο τι γίνεται όταν ο λόγος περιορισμού μια κοινοτικής ελευθερίας είναι η προστασία ενός θεμελιώδους δικαιώματος;

2. Σύγκρουση θεμελιωδών δικαιωμάτων με τις θεμελιώδεις ελευθερίες : Εξέταση πιθανότητας εξισορρόπησης μεταξύ τους

Τα θεμελιώδη δικαιώματα και οι θεμελιώδεις ελευθερίες εξυπηρετούν αντίστοιχα διαφορετικά συμφέροντα και, παρόλο που τα θεμελιώδη δικαιώματα μπορούν να αποτελέσουν σε πολλές περιπτώσεις μέσα ενίσχυσης και προστασίας των θεμελιωδών ελευθεριών, εντούτοις λόγω των διαφορετικών αξιών που προστατεύουν, μπορεί κάποιες φορές να συγκρούονται.^[29]

Αυτό συμβαίνει όταν τίθεται θέμα περιορισμού μίας θεμελιώδους ελευθερίας, προς τον σκοπό προστασίας ενός θεμελιώδους δικαιώματος ή το αντίθετο και τότε τίθεται το ζήτημα της ιεράρχησης ή της εξισορρόπησης τους.^[30]

Εν προκειμένω, τίθενται περαιτέρω δύο ζητήματα. Το πρώτο είναι κατά πόσο οι πιο πάνω περιορισμοί εμπίπτουν στην κατηγορία

«stricto sensu», δηλαδή δύο θεμελιωδών αξιών με ίσο επίπεδο ενωσιακής κατοχύρωσης.^[31] Το δεύτερο είναι κατά πόσο το θεμελιώδες δικαίωμα, ως λόγος περιορισμού μιας θεμελιώδους ελευθερίας, πρέπει να «ερμηνεύεται στενά», όπως συμβαίνει με τις εξαιρέσεις που δικαιολογούν λόγους περιορισμού των θεμελιωδών ελευθεριών.^[32] Η απάντηση στα πιο πάνω ζητήματα θα δοθεί αφού γίνει παράθεση της νομολογίας του ΔΕΕ.

2.1. Θεμελιώδη δικαιώματα ν. ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων

2.1.1. Familiapress^[33]

Η κύρια δίκη αφορούσε διαφορά της Familiapress, αυστριακής επιχείρησης εκδόσεων ημερησίων περιοδικών και της Heinrich, γερμανικής επιχείρησης εκδόσεων ημερησίων εφημερίδων, σε σχέση με αίτημα της τελευταίας να παύσει η πρώτη την πώληση εντύπων εντός της αυστριακής επικράτειας, τα οποία παρέχουν στους αναγνώστες δυνατότητα συμμετοχής σε παιχνίδια με βραβεία, κατά παράβαση του αυστριακού νόμου προς τον σκοπό την προστασία της πολυφωνίας του τύπου, που διασφαλίζει το θεμελιώδες δικαίωμα της εκφράσεως.

Το ΔΕΕ πρωτίστως ξεκαθάρισε ότι η απαγόρευση του αυστριακού δικαίου, επειδή αφορούσε το ίδιο το περιεχόμενο των προϊόντων, καθόσον τα παιχνίδια που απαγόρευε ήταν αναπόσπαστο μέρος του περιοδικού, αν και συνιστούσε μέθοδο προώθησής των πωλήσεων, ξέφευγε από τις αρχές της νομολογίας (συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-267/91 και C-268/91 Keck και Mithouard), και ως εκ τούτου ενέπιπτε στο άρθρο 30 (νυν 34) της ΣΛΕΕ. Έπειτα το ΔΕΕ επισήμανε ότι το εν

«Τα θεμελιώδη δικαιώματα και οι θεμελιώδεις ελευθερίες εξυπηρετούν αντίστοιχα διαφορετικά συμφέροντα»

^[26]Καρνάβου, op.cit., σ. 9.

^[27]C-8/74 Dassonville, C-120/78 Cassis de Dijon, C-177/83 Kohl, C-121/86 Conegate Ltd, C-344/90 Επιτροπή κατά Γαλλίας, για την ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, C-288/89 Gouda, C-204/90 Bachmann, και C-158/96 Kohll, C-154/89 Επιτροπή ν. Γαλλίας, C-220/83 Επιτροπή ν. Γαλλίας, για την ελευθερία παροχής υπηρεσιών, C-81/87 Daily Mail, C-330/91 Commerzbank, C-168/91 - Konstantinidis, C-340/89 Vlassopoulou για την ελευθερία εγκατάστασης, C-286/82 - Luisi και Carbone, C-157/85 - Brugnoni και Ruffinengo, για την ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων

^[28]Χρυσομάλλης, Μ. (2003) Το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης Ι.- Γενικές Αρχές του Δικαίου

^[29]Augenstein, D. , Roermund, B. V., (2013) Lisbon vs. Lisbon: Fundamental Rights and Fundamental Freedoms, German: German Law Journal, p. 1910-1911

^[30]Vries, S. A. (2013) Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice, Utrecht (the Netherlands) University School of Law: UtrechtLawReview, p176.

^[31]Carlberg, M. (2015) Conflicts between Fundamental Rights in Europe, Sweden: University of Lund, p 10-11.

^[32]Βουλγαράκης, Κ. (2012) Το Ευρωπαϊκό Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο στην μετά Viking και Laval Εποχή – Θεσμικές και Νομολογιακές Εξελίξεις, σ. 36.

^[33] C-368/95 Familiapress v. Heinrich

Θεμελιώδη Ανθρωπινά Δικαιώματα και Θεμελιώδεις Ελευθερίες στο Ενωσιακό

λόγω μέτρο συνιστούσε μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος προς ποσοτικό περιορισμό, διότι δυσχεραίνει την εισαγωγή του προϊόντος από την Γερμανία στην Αυστρία.

Στην συνέχεια, το ΔΕΕ εξέτασε κατά πόσο ο εν λόγω περιορισμός δικαιολογείται προς τον σκοπό διατήρησης της πολυφωνίας του τύπου, ως επιτακτικής ανάγκης, η οποία συμβάλλει στην προστασία του θεμελιώδους δικαιώματος της ελευθερίας της έκφρασης, η οποία προστατεύεται από το άρθρο 10 της ΕΣΔΑ, και κατέληξε στη διαπίστωση ότι το μέτρο αυτό αποτελεί θεμιτό περιορισμό, ικανό να δικαιολογήσει καταρχήν τον περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων.

Στην συνέχεια το ΔΕΕ, αφού εφάρμοσε την αρχή της αναλογικότητας, κατέληξε στην παραδοχή ότι το επιβαλλόμενο μέτρο για σκοπούς προστασίας της πολυφωνίας του τύπου ήταν τόσο πρόσφορο όσο και αναγκαίο, αφού διασφάλιζε την βιωσιμότητα των μικρών εκδοτικών επιχειρήσεων και της ποιότητας του εντύπου και δεν εμπόδιζε την διάθεση στο εμπόριο εφημερίδων.

2.1.2. Schmidberger^[34]

Τα γεγονότα της υπόθεσης, αφορούσαν το κλείσιμο του αυτοκινητόδρομου του Brenner για 30 ώρες, προς τον σκοπό πραγματοποίησης ειρηνικής συγκέντρωσης πολιτών, με την έγκριση των αυστριακών αρχών, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα γερμανική εταιρεία Schmidberger, που πραγματοποιούσε διεθνείς μεταφορές ξυλείας, χάλυβα από την Γερμανία στην Ιταλία και αντίστροφα και χρησιμοποιούσε συχνά τον εν λόγω αυτοκινητόδρομο, να υποστεί ζημιά.

Το ΔΕΕ, αφού επισήμανε τον θεμελιώδη χαρακτήρα της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων και την αναγκαιότητα εξάλειψης εμποδίων άμεσων ή εμμέσως πραγματικών ή εν δυνάμει και ότι ο περιορισμός υφίσταται όταν «ένα κράτος μέλος παραλείπει να λάβει τα απαιτούμενα μέτρα για την αντιμετώπιση των εμποδίων» αναφερόμενο στην υπόθεση *Dassonville* (C-8/74) και στην υπόθεση *Επιτροπή ν. Γαλλίας* (C-265/95) έκρινε ότι το εν λόγω κλείσιμο του αυτοκινητόδρομου και η παράλειψη της Αυστρίας να λάβει τα ανα-

γκαία μέτρα για την άρση του εμποδίου συνιστούσαν «μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος προς ποσοτικό περιορισμό».

Αντιστοίχως, όμως, αφού επισήμανε και τον θεμελιώδη χαρακτήρα του δικαιώματος του συνέρχεσθαι ως αναπόσπαστο μέρος των γενικών αρχών του δικαίου, επί τη βάση των κοινών συνταγματικών αρχών των κρατών μελών και της ΕΣΔΑ, κατέληξε ότι η προστασία του εν λόγω θεμελιώδους δικαιώματος αποτελούσε κατ'αρχήν «θεμιτό μέτρο», ικανό κατ'αρχήν να δικαιολογήσει το περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων. Ωστόσο, τόνισε ότι το εν λόγω θεμελιώδες δικαίωμα δεν είναι απεριορίστο και εφάρμοσε την αρχή της αναλογικότητας βασιζόμενο στα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης. Κατέληξε στη διαπίστωση ότι ο εν λόγω περιορισμός, χάριν της προστασίας του πιο πάνω θεμελιώδους δικαιώματος, ήταν πρόσφορος και αναγκαίος, διότι «εξυπηρετούσε τον σκοπό του γενικού συμφέροντος που επιδίωκε», δεν αποτελούσε «υπέρμετρη και απαράδεκτη παρέμβαση», αφού «η οδική κυκλοφορία εμποδίστηκε μόνο για 30 ώρες» που αντιστοιχούν μόνο «σε μια διαδρομή» και γι' αυτό η θεμελιώδης ελευθερία της κυκλοφορίας εμπορευμάτων δεν υπέστη «σοβαρή διαταραχή». Για τον εν λόγω περιορισμό, οι όμορες χώρες, συμπεριλαμβανομένης και της Γερμανίας, είχαν προειδοποιηθεί ένα μήνα πριν από τα μέσα μαζικής επικοινωνίας. Επιπρόσθετα, οι «πολίτες άσκησαν τα θεμελιώδη δικαιώματα της έκφρασης» ειρηνικά, εκφράζοντας τη «γνώμη τους δημοσίως και νομοτύπως», χωρίς να εμποδιστεί η ανταλλαγή εμπορευμάτων άλλων κρατών μελών και οι αυστριακές αρχές είχαν λάβει συνοδευτικά μέτρα προκειμένου να εμποδίσουν τυχόν διαταραχές. Την τελευταία θέση επεσήμανε το ΔΕΕ για να αντιδιαστείλει την παρούσα υπόθεση με τα γεγονότα που αφορούσαν την υπόθεση *Επιτροπής κατά Γαλλίας* (C-265/95), όπου εκεί η γαλλική κυβέρνηση ανέχθηκε εσκεμμένες φθορές που προξένησαν Γάλλοι πολίτες σε φρούτα ισπανικής προέλευσης..

Επιπρόσθετο σημαντικό στοιχείο που εξέτασε το ΔΕΕ για να καταλήξει στην αναγκαιότητα του μέτρου ήταν η σκέψη ότι οποιαδή-

«ο εν λόγω περιορισμός, χάριν της προστασίας του πιο πάνω θεμελιώδους δικαιώματος, ήταν πρόσφορος και αναγκαίος»

^[34] C-112/00 Schmidberger v. Republik Österreich [12/6/2003].

Εσωτερική Αγορά

ποτε άλλη λύση, πλην του συγκεκριμένου μέτρου, θα ενείχε τον κίνδυνο ανεξέλεγκτων αντιδράσεων που θα μπορούσαν να προκαλέσουν «σοβαρότερες διαταραχές στο ενδοκοινοτικό εμπόριο και την δημόσια τάξη».

2.1.3. Dynamic Medien^[35]

Η διαφορά της κύριας δίκης αφορούσε δικαστική διαδικασία από μέρους της Dynamic Medien εναντίον της Avides Media, επειδή η τελευταία επιχείρησε να εισαγάγει από το Η.Β. στην Γερμανία dvd που περιείχαν ιαπωνικά κινούμενα σχέδια, τα οποία ελέγχθησαν στο Η.Β. και τοποθετήθηκε ένδειξη ότι είναι ακατάλληλα για άτομα κάτω των 15 ετών, πλην όμως δεν ελέγχθησαν στην Γερμανία, κατά παράβαση του γερμανικού νόμου που προνοούσε ότι, προκειμένου να διατεθούν στο εμπόριο οπτικοακουστικές συσκευές προς πώληση σε ανηλίκους, θα έπρεπε «να υποβάλλονται σε μια διαδικασία ελέγχου και κατατάξεως, ανεξαρτήτως αν έχει προηγηθεί έλεγχος σε άλλο κράτος μέλος», για λόγους προστασίας των ανηλίκων.

Το ΔΕΕ άρχισε με τη διαπίστωση ότι η εν λόγω εθνική διάταξη, που είχε ως σκοπό την προστασία των ανηλίκων, θεωρείται μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος προς ποσοτικό περιορισμό, ο οποίος εφαρμόζεται αδιακρίτως είτε για τους ημεδαπούς προμηθευτές είτε για τους προμηθευτές, που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη, διότι το μέτρο μπορεί να «καταστήσει ακριβότερη και δυσχερέστερη την εισαγωγή» τέτοιων προϊόντων.

Το ΔΕΕ, εξετάζοντας αν αυτός ο περιορισμός δικαιολογείται, τον κατέταξε στο θεμελιώδες δικαίωμα της προστασίας του παιδιού, που συνδέεται στενά με την «εγγύηση του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας», ως κατοχυρωθέν μεταξύ άλλων και στον Χάρτη και συμπέρανε ότι αποτελεί «θεμιτό λόγο ικανό να δικαιολογήσει καταρχήν» την ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων.

Αφού επανέλαβε τις αρχές της Omega^[36] περί μη αναγκαιότητας «κοινών αντιλήψεων» μεταξύ των κρατών μελών, έκρινε ότι το συγκεκριμένο μέτρο δικαιολογείτο ως πρόσφορο και αναγκαίο, διότι δεν ήταν ούτε χρονοβόρο, ούτε είχε ψήλο κόστος.

2.2. Θεμελιώδη δικαιώματα ν. ελεύθερης παροχής υπηρεσιών

2.2.1. Omega^[37]

Τα γεγονότα της υπόθεσης αφορούσαν γερμανικό μέτρο που απαγόρευε, με την απειλή υψηλού προστίμου, στη γερμανική εταιρεία Omega τη συνέχιση διεξαγωγής «παιγνίου με εικονικούς φόνους» στις εγκαταστάσεις του ακτινοδρομίου της στη Βόννη, με εξοπλισμό και «τεχνογνωσία» της βρετανικής εταιρείας Pulsar. Ratio της εν λόγω απαγόρευσης ήταν ο κίνδυνος των εν λόγω παιγνίων για τη δημόσια τάξη, καθόσον «οι προσομοιώσεις φόνων» συνιστούν «εξοικείωση με την βία» και «προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας».

Το ΔΕΕ αφού διαπίστωσε ότι η εταιρεία Pulsar νομίμως εμπορευόταν και λειτουργούσε παρόμοιο εξοπλισμό και «ακτινοδρόμιο» στο Ηνωμένο Βασίλειο, κατέληξε στο ότι η απαγόρευση εκμετάλλευσης του «ακτινοδρομίου» από τις γερμανικές αρχές επηρέαζε τόσο την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών όσο και την ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων. Ωστόσο βασισόμενο σε πάγια νομολογία, δυνάμει της οποίας το περιοριστικό μέτρο εξετάζεται υπό το πρίσμα μιας από τις δύο θεμελιώδεις ελευθερίες εφόσον προκύπτει ότι η μια θεμελιώδης ελευθερία είναι «δευτερεύουσα σε σχέση με την άλλη», το ΔΕΕ κατέληξε ότι εν προκειμένω η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών υπερίσχυε της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων και ως εκ τούτου κατέληξε υπέρ του περιορισμού της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.

Ακολούθως, το ΔΕΕ αναγνωρίζοντας τον θεμελιώδη χαρακτήρα της προστασίας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, ως «αναπόσπαστο μέρος των γενικών αρχών του δικαίου» και της θεμελιώσής του στις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών, αρχικά έκρινε ότι είναι καταρχήν θεμιτός λόγος περιορισμού της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και εν τέλει ότι «δεν χωρεί αμφιβολία ότι ο σκοπός της προστασίας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο», ανεξάρτητα από το αν το θεμελιώδες αυτό δικαίωμα ανταποκρίνεται σε μια αντίληψη την οποία δεν συμμερίζονται όλα τα κράτη μέλη. Ως εκ τούτου, το ΔΕΕ

«εν προκειμένου η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών υπερίσχυε της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων και ως εκ τούτου κατέληξε υπέρ του περιορισμού της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών»

^[35]C-255/06 Dynamic Medien v. Avides Media

^[36] Βλ. υποσ. 37

^[37]C-36/02 Omega v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn [14/10/2004]

Θεμελιώδη Ανθρωπινά Δικαιώματα και Θεμελιώδεις Ελευθερίες στο Ενωσιακό

ανάγοντας την προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, ως μέσο προστασίας της δημόσιας τάξεως, έκρινε υπέρ της προσφορότητας και αναγκαιότητας του εν λόγω μέτρου.

2.2.2. Lavar^[38]

Η διαφορά της κύριας δίκης σχετιζόταν με αγωγή της Lavar, λετονικής κατασκευάστριας εταιρείας εναντίον των σουηδικών συνδικαλιστικών οργανώσεων Byggettan και Elektrikerna, ζητώντας να κηρυχθούν οι συλλογικές τους δράσεις παράνομες και να της επιδικασθούν αποζημιώσεις για ζημιά που υπέστη.

Η Lavar, που είχε αποσπάσει στην Σουηδία 35 Λετονούς εργαζόμενους για την κατασκευή ενός σχολικού κτιρίου, αν και ήταν ήδη συμβεβλημένη με λετονική συνδικαλιστική οργάνωση του οικοδομικού τομέα, ήλθε σε επαφές με τη συνδικαλιστική οργάνωση της Σουηδίας, Byggettan. Η Lavar ζήτησε να διαπραγματευτεί και να γίνει προκαθορισμός των μισθών ταυτόχρονα με την προσχώρησή της στη συλλογική σύμβαση, ενόψει του ότι στις εν λόγω συλλογικές συμβάσεις δεν περιλαμβανόταν πρόνοια για τον κατώτατο μισθό. Η Byggettan απαίτησε από την Lavar, όπως συμφωνήσει σε ένα ημερομίσθιο ψηλότερο από αυτό που κατέβαλλε στους Λετονούς εργάτες της και η Lavar αρνήθηκε. Η Byggettan, χωρίς να αφήσει άλλο περιθώριο στη Lavar για διαπραγμάτευση, απαίτησε την άμεση προσχώρησή της στην συλλογική σύμβαση με την απειλή της άμεσης συλλογικής δράσης.

Πράγματι, άρχισε ο αποκλεισμός του εργοταξίου της Lavar, που συνίστατο στην πλήρη παραικώλυσή της στην άσκηση οικοδομικών εργασιών. Ακολούθησε η επιστροφή των Λετονών εργατών στη Λετονία, ενώ επίσης ενεπλάκησαν στις εν λόγω δράσεις και άλλες συνδικαλιστικές οργανώσεις, με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό όλων των εργοταξίων της Lavar και τον πλήρη περιορισμό της άσκησης δραστηριοτήτων στην Σουηδία, τον τερματισμό της σύμβασης ανοικοδόμησης του σχολείου από τον Δήμο Valhomb και την κήρυξη σε πτώχευση της Baltic, η οποία ανήκε στη Lavar.

Στο πλαίσιο των προδικαστικών ερωτημάτων, το ΔΕΕ, αφού έκρινε ότι η Lavar συνιστούσε ένα «*ενιαίο οικονομικό φορέα*», διαπίστωσε ότι η

επιβολή της υποχρέωσης προς αυτή να προσχωρήσει στην συλλογική σύμβαση με τους όρους που έθεταν οι συνδικαλιστικές οργανώσεις της Σουηδίας αποτελούσε περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, διότι αφενός καθιστούσε λιγότερο «ελκυστική» και «δυσχερέστερη» την εκτέλεση κατασκευαστικών εργασιών στο σουηδικό έδαφος και αφετέρου συνιστούσε δυσμενή διάκριση εις βάρος της, σε σχέση με τους ημεδαπούς ανταγωνιστές της στη Σουηδία.

Το ΔΕΕ, μετά τη διαπίστωση ότι τόσο στο εθνικό δίκαιο της Σουηδίας όσο και στις αντίστοιχες συλλογικές συμβάσεις απουσίαζε οποιαδήποτε πρόνοια για τον κατώτατο μισθό, τόνισε ότι ο ενωσιακός νομοθέτης επιδίωξε τη θετική εναρμόνιση και συντονισμό των κρατών μελών μέσω της Οδηγίας 96/71, ώστε να επιτευχθεί σχετική ισορροπία μεταξύ της θεμελιώδους ελευθερίας παροχής υπηρεσιών από την μια και της προστασίας των εργαζομένων από την άλλη (αιτιολογική σκέψη και αρ. 3 της οδηγίας) δια του καθορισμού της ελάχιστης προστασίας των αποσπασθέντων εργαζομένων από τις νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις ή τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας.

Στην παρούσα υπόθεση εξέλειπε οποιαδήποτε βάση άσκησης του θεμελιώδους δικαιώματος αναλήψεως συλλογικής δράσης, καθ' ότι ούτε τα όρια κατώτατου μισθού δεν καθορίζονταν από το εθνικό δίκαιο της Σουηδίας, ούτε οι συλλογικές συμβάσεις στον συγκεκριμένο τομέα, που δεν ήταν υποχρεωτικές στην Σουηδία, προνοούσαν ελάχιστο μισθό.

Το ΔΕΕ επιπρόσθετα επισήμανε ότι με βάση την εν λόγω ευρωπαϊκή οδηγία, όταν ένα κράτος μέλος δεν καθορίζει στο δίκαιό του ή στις συλλογικές συμβάσεις (που καθιστά υποχρεωτικές), μεταξύ άλλων και τον κατώτατο μισθό, δεν δικαιούται να επιβάλει σε ένα άλλο κράτος μέλος την προσχώρηση σε συλλογική σύμβαση, δεδομένου του ότι κάτι τέτοιο θα διατάρασσε τον θεμιτό ανταγωνισμό και θα προκαλούσε «δυσμενή διάκριση» μεταξύ των ημεδαπών και των επιχειρήσεων άλλων κρατών μελών που ασκούν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στο κράτος μέλος υποδοχής, εξαιτίας της εξάρτησης της παροχής υπηρεσιών στο έδαφος ενός κράτους μέλους από την

«η επιβολή της υποχρέωσης προς αυτή να προσχωρήσει στην συλλογική σύμβαση με τους όρους που έθεταν οι συνδικαλιστικές οργανώσεις της Σουηδίας αποτελούσε περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών»

^[38] C-341/05 Laval v. Byggnad κ.α. [11/12/07]

Εσωτερική Αγορά

προσχώρηση σε συλλογικές συμβάσεις εργασίας.

Παρόλα αυτά, το ΔΕΕ εξετάζοντας αν ο εν λόγω περιορισμός που συνίστατο στην άσκηση συλλογικής δράσης συνδικαλιστικών δράσεων, προς τον σκοπό της προστασίας των εργαζομένων, έκρινε ότι είναι ήταν θεμιτός λόγος, ικανός να δικαιολογήσει καταρχήν τον περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών. Συγκεκριμένα αναγνώρισε το εν λόγω θεμελιώδες δικαίωμα ως κατοχυρωθέν και προστατευόμενο μεταξύ άλλων και από το άρθρο 28 του Χάρτη και τόνισε ότι η δράση και οι στόχοι της Κοινότητας δεν είναι μόνο οικονομικοί, αλλά και κοινωνικοί και περιλαμβάνουν εκτός από τη διασφάλιση της λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς και μια πολιτική στον κοινωνικό τομέα και κοινωνική προστασία. Επίσης, τόνισε ότι οι θεμελιώδεις ελευθερίες πρέπει να «σταθμίζονται με τους στόχους που επιδιώκει η κοινωνική πολιτική, όπως η βελτίωση των συνθηκών εργασίας, η κοινωνική προστασία και ο κοινωνικός διάλογος».

Το ΔΕΕ, αφού τόνισε ότι το εν λόγω θεμελιώδες δικαίωμα δεν είναι απεριοριστο, εφάρμοσε την αρχή της αναλογικότητας και δέχθηκε ότι ο εν λόγω περιορισμός δεν ήταν ούτε πρόσφορος ούτε αναγκαίος, καθώς η υποχρέωση της Lavar να προσχωρήσει στη συλλογική σύμβαση θα είχε ως αποτέλεσμα την οικονομική επιβάρυνσή της με μισθούς μεγαλύτερους από αυτούς που υποχρεώνονταν να καταβάλουν άλλες επιχειρήσεις στη Σουηδία, ελλείψει υποχρέωσής τους από το σουηδικό δίκαιο να το πράξουν. Συνεπώς δημιουργείτο δυσμενής διάκριση εις βάρος της Lavar έναντι των ημεδαπών επιχειρήσεων της Σουηδίας ενόψει της εξάρτησης της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών από την προσχώρηση στη συλλογική σύμβαση της Σουηδίας. Η πιο πάνω απόφαση έγινε αντικείμενο σχολιασμού σχετικά με την «προτίμηση» του ΔΕΕ στην «οικονομική πτυχή» της Ένωσης, με αποτέλεσμα αυτό να τύχει εκμετάλλευσης από επιχειρήσεις κρατών μελών προς τον σκοπό πάταξης της άσκησης του θεμελιώδους δικαιώματος της ανάληψης συλλογικής δρά-

σης, με την απειλή καταδίκης των συνδικαλιστικών σωματίων σε αποζημιώσεις λόγω «παράβασης των διατάξεων των Συνθηκών»^[39].

2.2.3. United Pan^[40]

Η διαφορά της κύριας δίκης αφορούσε εθνικά μέτρα, που υποχρέωναν επιχειρήσεις καλωδιακής αναμεταδόσεως που δραστηριοποιούνται στην περιφέρεια Βρυξελλών-Πρωτεύουσας, στην εφαρμογή «must-carry» («αναμεταδόσεως ορισμένων τηλεοπτικών προγραμμάτων»), προς τον σκοπό «διασφάλισης της πολυφωνίας σε δίγλωσση περιφέρεια», η οποία διασφάλιζε την προστασία του θεμελιώδους δικαιώματος εκφράσεως.

Με τα εν λόγω μέτρα, το ΔΕΕ διαπίστωσε ότι περιοριζόταν η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, πλην όμως αναγνώρισε ότι ο λόγος διατήρησης της πολυφωνίας σε δίγλωσση περιφέρεια, η οποία συνδεόταν με την ελευθερία εκφράσεως, ήταν λόγος ικανός να δικαιολογήσει καταρχήν τον εν λόγω περιορισμό και, παρέχοντας τα θεμέλια για την τεκμηρίωση της αναγκαιότητας του εν λόγω μέτρου, άφησε το εθνικό δικαστήριο να αποφασίσει αν το μέτρο αυτό ήταν αναγκαίο, αποφασίζοντας όμως ότι τέτοια μέτρα δεν αντίκεινται στο ενωσιακό δίκαιο.

2.3. Θεμελιώδη δικαιώματα ν. ελευθερίας εγκατάστασης

2.3.1. Viking^[41]

Τα γεγονότα της υπόθεσης αφορούσαν την συλλογική δράση συνδικαλιστικών οργανώσεων FSU και ITF, με έδρα τη Φινλανδία και H.B. προς τον σκοπό να πιέσουν την Viking, φινλανδική εταιρεία θαλασσιών μεταφορών, που είχε στην ιδιοκτησία της το πλοίο “Roselia” με σημαία της Φινλανδίας, να μην το μετανηολογήσει στην Εσθονία.

Η FSU είχε μέλη, μεταξύ άλλων, και τα μέλη του πλοίου “Roselia” και είχε ως κυριότερη πολιτική την «εκστρατεία καταπολέμησης των σημαιών ευκαιρίας». Η FSU εξήγγειλε απεργία. Το ΔΕΕ αρχικά εντόπισε ότι οι συγκεκριμένες συνδικαλιστικές δράσεις συνιστούσαν περιορισμό της ελευθερίας εγκατάστασης, καθώς εμπόδιζαν την Viking από το να έχει την ίδια μεταχείριση με τις άλλες επιχειρήσεις πλοίων στην Εσθονία. Ωστόσο, αναγνωρίζοντας τον κοινωνικό σκοπό της Ένωσης και το

«ο λόγος διατήρησης της πολυφωνίας σε δίγλωσση περιφέρεια, η οποία συνδεόταν με την ελευθερία εκφράσεως, ήταν λόγος ικανός να δικαιολογήσει καταρχήν τον εν λόγω περιορισμό»

^[39] Βουλγαράκης, 2012, σ. 12.

^[40] C-250/06 United Pan κ.α. v. Βελγίου [13/12/07]

^[41] C-438/05 I.T.W. F. v. Viking

Θεμελιώδη Ανθρωπινά Δικαιώματα και Θεμελιώδεις Ελευθερίες στο Ενωσιακό

θεμελιώδες δικαίωμα αναλήψεως συλλογικής δράσης ως κατοχυρωθέν μεταξύ άλλων και από τον Χάρτη, έκρινε ότι είναι ικανό να δικαιολογήσει κατ' αρχήν τον περιορισμό της ελευθερίας εγκατάστασης, ωστόσο τόνισε ότι η άσκηση του υπόκειται στους περιορισμούς της Αρχής της Αναλογικότητας.

Το ΔΕΕ, αφού επισήμανε ότι για να δικαιολογηθεί ο περιορισμός της ελευθερίας εγκατάστασης θα έπρεπε να εξεταστεί αν οι θέσεις ή οι όροι εργασίας θα διακυβεύονταν σοβαρά με την μετανολόγηση του πλοίου, άφησε στο εθνικό Δικαστήριο να κρίνει αν ο εν λόγω περιορισμός ήταν πρόσφορος και αναγκαίος.

2.4. Θεμελιώδη δικαιώματα ν. ελεύθερης κυκλοφορίας προσώπων

2.4.1. Wittgenstein^[42]

Η διαφορά της κύριας δίκης αφορούσε δικαστικά μέτρα μιας Αυστριακής εναντίον των αυστριακών αρχών, που με νόμο καταργούσαν τους τίτλους ευγενείας και δεν επέτρεπαν στους αυστριακούς πολίτες να φέρουν τέτοιους τίτλους, περιλαμβανομένων και αυτών της αλλοδαπής προελεύσεως, με σκοπό την προστασία του θεμελιώδους δικαιώματος της τυπικής ισότητας όλων των πολιτών ενώπιον του νόμου που θα παραβιάζετο αν ένας Αυστριακός πολίτης διακρινόταν χρησιμοποιώντας το όνομα του *«με τη μορφή βαθμών ευγενείας ή τίτλων ή αξιωμάτων»*.

Πριν τη θέσπιση του εν λόγω νόμου, η προσφεύγουσα είχε υιοθετηθεί νομότυπα στην Γερμανία, από Γερμανό υπήκοο και απέκτησε το επώνυμο του θετού πατέρα της με τη μορφή «Fürstin von Sayn-Wittgenstein», το οποίο είχε καταχωρηθεί στις αυστριακές ληξιαρχικές αρχές. Μετά τη θέσπιση του πιο πάνω νόμου, οι αυστριακές ληξιαρχικές Αρχές έκριναν ότι η καταχώριση του ονόματος της προσφεύγουσας, επειδή προσομοίαζε σε τίτλο ευγενείας, ήταν εσφαλμένη και την κάλεσαν να το διορθώσει.

Το ΔΕΕ κατ' αρχήν εντόπισε τον περιορισμό ως προς την ελεύθερη κυκλοφορία των προσώπων, διότι κατά πάγια νομολογία, μέτρα που έχουν ως αποτέλεσμα να υποχρεώνουν ένα άτομο να φέρει διαφορετικό επώνυμο συνιστούν περιορισμούς αυτής της ελευθερίας.

Ακολουθώντας, το ΔΕΕ αναγνώρισε την αρχή της ισότητας ως γενικής αρχής του δικαίου της Ένωσης και ως θεμελιώδους δικαιώματος κατοχυρωμένου στον Χάρτη και, αφού το ενέταξε στους θεσμούς δημοσίας τάξης, έκρινε ότι το μέτρο αυτό είναι ικανό να δικαιολογήσει καταρχήν τον περιορισμό της θεμελιώδους ελευθερίας κυκλοφορίας προσώπων.

Η προσφεύγουσα υποστήριξε ότι ενδεχόμενη υποχρέωσή της για αλλαγή του ονόματός της θα συνεπαγόταν δυσμενή διάκρισή της στη Γερμανία, όπου είχε δημιουργήσει κύκλο οικονομικών δραστηριοτήτων με το συγκεκριμένο όνομα και θα υφίστατο δυσμενή διάκριση, έναντι των άλλων Γερμανών πολιτών που ασκούσαν ελεύθερα τις ίδιες δραστηριότητες, εφόσον στη Γερμανία δεν υπάρχει ανάλογη νομοθετική απαγόρευση.

Ωστόσο, το ΔΕΕ, αφού επανέλαβε τις αρχές της Omega^[43] περί μη αναγκαιότητας «κοινωνικών αντιλήψεων» μεταξύ των κρατών μελών, αλλά και τονίζοντας τον σεβασμό της Ένωσης ως προς *«την εθνική ταυτότητα των κρατών μελών της»*, έκρινε ότι το μέτρο αυτό ήταν τόσο πρόσφορο όσο και αναγκαίο, για τον λόγο *«τηρήσεως της αρχής της ισότητας»*.

2.5. Ιεράρχηση ή εξισορρόπηση των συγκρουόμενων συμφερόντων

Με βάση την ανωτέρω ανασκόπηση της νομολογίας, προκύπτει ότι το ΔΕΕ εξετάζει τους περιορισμούς που δικαιολογούνται λόγω της προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων, *«κατά τον παραδοσιακό τρόπο ελέγχου»*, υπό το πρίσμα όμως της θεμελιώδους ελευθερίας, κάνοντας ειδική αναφορά στα θεμελιώδη δικαιώματα.^[44] Επιπρόσθετα, σημαντικό ρόλο για τη στάθμιση διαδραματίζουν τα πραγματικά περιστατικά της κάθε υπόθεσης και έτσι το ΔΕΕ επιδιώκει πάντοτε *«ad hoc ισορρόπηση της σύγκρουσης»*.^[45] Συγκεκριμένα λαμβανομένων υπόψη όλων των περιστάσεων, ελέγχεται πρωτίστως αν το συγκεκριμένο μέτρο έχει ως συνέπεια τον περιορισμό της θεμελιώδους ελευθερίας, αν ο περιορισμός αυτός και οι συ-

«σημαντικό ρόλο για τη στάθμιση διαδραματίζουν τα πραγματικά περιστατικά της κάθε υπόθεσης»

^[42] C-208/09 Wittgenstein v. Landeshauptmann [22/12/10].

^[43] Βλ. υποσ. 37

^[44] Σαχπειδου, n.d. op.cit. σ. 3.

^[45] Ανδρέου και Νικολαΐδου, 2000, op.cit. σ. 3.

Εσωτερική Αγορά

νέπειές του δικαιολογούνται και αν αυτό ισχύει «αδιακρίτως»,^[46] και όταν καταλήξει στη διαπίστωση ότι ο λόγος περιορισμού της θεμελιώδους ελευθερίας είναι η προστασία ενός θεμελιώδους δικαιώματος, το αναγάγει είτε στις γενικές αρχές του δικαίου της ένωσης, είτε σε επιτακτικές ανάγκες δημοσίου συμφέροντος, είτε σε λόγους δημοσίας τάξης, είτε σε συμφέρον κατοχυρωμένο από τις διεθνείς συμβάσεις ή τις συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών από τις οποίες «αντλεί έμπνευση» και από τον Χάρτη. Πάντοτε δε, καταλήγει υπέρ του ότι είναι θεμιτός λόγος, ικανός να δικαιολογήσει καταρχήν τον περιορισμό της θεμελιώδους ελευθερίας. Το κρισιμότερο σημείο του δικαστικού ελέγχου του ΔΕΕ είναι η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, με βάση την οποία διερευνάται αν το μέτρο που δικαιολογείται από την προστασία θεμελιώδους δικαιώματος είναι πρόσφορο, δηλαδή ικανό να προστατέψει το εν λόγω θεμελιώδες δικαίωμα και αναγκαίο, δηλαδή αν υπάρχει οποιοδήποτε άλλο μέσο λιγότερο περιοριστικό για την προστασία του θεμελιώδους δικαιώματος^[47].

Με τον έλεγχο της αναλογικότητας το ΔΕΕ επισημαίνει ότι ούτε μια συγκεκριμένη θεμελιώδης ελευθερία ούτε ένα συγκεκριμένο θεμελιώδες δικαίωμα είναι «απεριόριστα» ή «αξίες απόλυτες», αλλά επιδέχονται περιορισμούς^[48] και επιδιώκει την εξισορρόπηση μεταξύ τους, δίνοντας ιδιαίτερη σημασία στα δικαιώματα που έχουν περισσότερο «ανθρωποκεντρικό»^[49] χαρακτήρα και πρέπει να τυγχάνουν ιδιαίτερης προστασίας, όπως είναι η ανθρωπινή αξιοπρέπεια, η προστασία του παιδιού, η ελευθερία έκφρασης, η αρχή της ισό-

τητας.^[50] Σε σχέση με τα δικαιώματα που έχουν περισσότερο κοινωνικό χαρακτήρα, όπως το δικαίωμα της συλλογικής δράσης, το ΔΕΕ επιδιώκει περισσότερο την εξισορρόπηση τους με τις θεμελιώδεις ελευθερίες, κλείνοντας εν τέλει προς τις τελευταίες, εφόσον διαβλέπει ότι η εν λόγω κατηγορία θεμελιωδών δικαιωμάτων εκ της φύσεώς τους είναι περισσότερο περιοριστικά, σε σχέση με τον σκοπό που επιδιώκουν και συνήθως προκαλούν δυσμενή διάκριση εις βάρος των φορέων των θεμελιωδών ελευθεριών.^[51] Ακόμη και σε αυτή την περίπτωση, όμως, το ΔΕΕ δεν θεωρεί άνευ ετέρου τις θεμελιώδεις ελευθερίες πιο θεμελιώδεις από τα εν λόγω δικαιώματα, αλλά επιδιώκει τον συμβιβασμό τους ώστε να «μην βαίνουν πέραν του πρόσφορου και αναγκαίου σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό».^[52]

Κατά συνέπεια, δεν υπάρχει ζήτημα ιεράρχησης μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων και θεμελιωδών ελευθεριών καθώς το ΔΕΕ, βλέποντας τα δύο συγκρουόμενα συμφέροντα ως «ισότιμα» και «σοκώρια» και ευρισκόμενα στην ίδια βαθμίδα ιεραρχίας, επιδιώκει την εξισορρόπηση και τον συγκερασμό τους.^[53] Το ΔΕΕ διασφαλίζει με αυτό το τρόπο την ισοροπία μεταξύ των δύο συγκρουόμενων συμφερόντων, ώστε τόσο το εν λόγω θεμελιώδες δικαίωμα να μην καταργηθεί όσο και η θεμελιώδης ελευθερία να δεχθεί το λιγότερο δυνατό περιορισμό.

Κατά συνεπεία, όντας τα θεμελιώδη δικαιώματα σε επίπεδο ίδιο από απόψεως ενωσιακού δικαίου με τις θεμελιώδεις ελευθερίες, θεωρούνται περιορισμοί “*stricto sensu*” και εξετάζονται ως τέτοιοι^[54].

•••••

«Με τον έλεγχο της αναλογικότητας το ΔΕΕ επισημαίνει ότι ούτε μια συγκεκριμένη θεμελιώδης ελευθερία ούτε ένα συγκεκριμένο θεμελιώδες δικαίωμα είναι ‘απεριόριστα’ ή ‘αξίες απόλυτες’»

^[46]τόσο για την ημεδαπή όσο και για το άλλο κράτος που δέχεται τον περιορισμό.

^[47] Σαχπεκιδου, n.d. op.cit. σ. 3.

^[48]Ellis, R. (2014) The obligation to Respect Economic and Social Rights and EU Market Freedoms, Ireland: NUIG School of Law (Irish Centre for Human Rights), σελ.29-30

^[49]Tichy, n.d. p. 3.

^[50]Boer, N.J. (2013) Justice, Market Freedom and Fundamental rights: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on Political Theory of John Rawls into

whether there should be a Hierarchy between Fundamental rights and Treaty Freedoms Netherlands: University of Utrecht, σελ.41.

^[51]Veldman, A. (2013) The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context OF the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to ECHR, σελ.106.

^[52]Μαργαρίτης, 2013, σ. 5.

^[53]Ανδρέου και Νικολαΐδου, 2000, σ. 3, Σίμος, 2007, σ.43.

^[54]Ανδρέου και Νικολαΐδου, 2000, σ. 13.



Ένθα, Επίκαιρα Νομικά Θέματα και Αναλύσεις

Φοιτητικό 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 Jougleux**,
Αναπληρωτής Καθηγητής, Νομική Σχολή, EUC
- Δρ. **Χριστιάνα Μάρκου**,
Λέκτορας, Νομική Σχολή, EUC
- Δρ. **Θάλεια Πρασίτου-Μέρδη**,
Λέκτορας, Νομική Σχολή, EUC
- Δρ. **Ευριπίδης Ρίζος**,
Επίκουρος Καθηγητής, Νομική Σχολή, EUC
- **Μαργαρίτα Παπαντωνίου**,
Ειδική Επιστημών, Νομική Σχολή, EUC

Ηλεκτρονική μορφή :

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

Διεύθυνση :

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΥΠΡΟΥ
Διογένους 6, Έγκωμη, Τ.Θ. 22006,
1516 Λευκωσία, Κύπρος,
p.jougleux@euc.ac.cy <http://www.euc.ac.cy>
Τηλ.: +357.22.713000

Λευκωσία, 2017

