

NOMOMACHIA

Περιεχόμενα (Contents)

<p>Χαιρετισμός Ακαδημαϊκού Επόπτη (<i>Editorial Note by the Academic Supervisor</i>)</p> <p>Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια, Τμήμα Νομικής Π.Κ., Ακαδημαϊκή Σύμβουλος του Νομικού Ομίλου και της «Νομομάχειας» (<i>Tatiani Eleni Synodinou, Associate Professor of the Department of Law of the University of Cyprus, Academic Supervisor of the Group of Legal Education UCY and of «Nomomachia»</i>)</p> <p>Χαιρετισμός Προέδρου Νομικού Ομίλου (<i>Editorial Note by the President of the Group of Legal Education</i>).....</p> <p>Θεοδοσία Αναγνωστοπούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πρόεδρος Νομικού Ομίλου (<i>Theodosia Anagnostopoulou, Law Student, President of the Group of Legal Education</i>)</p>	5	<p>Θωμά v. Τράπεζας Κύπρου Δημόσια Εταιρεία Λτδ, Πολιτική Αίτηση Αρ. 22/18, 10/5/2018 (υπολογισμός χρονικών προθεσμιών)</p> <p>(<i>Thoma v. Bank of Cyprus, Civil Appeal N.22/18, 10 May 2018</i>)</p> <p>Ερωτοκρίτου v. Elva Medical Imports Ltd κ.α., Πολιτική Έφεση Αρ. 289/2011, 4/4/2018 (εταιρική δομή και παράνομη απόλυση)</p> <p>(<i>Erotokritou v. Elva Medical Imports Ltd and Others, Civil Appeal N. 289/2011, 4 April 2018</i>)</p> <p>Κυπριακή Δημοκρατία μέσω Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος v. The Cyprus Phassouri Plantations Co Public Ltd K.A., Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 31/11, 26/4/2018 (διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης)</p> <p>(<i>The Republic of Cyprus via the Ministry of Agriculture, Rural Development and Environment v. The Cyprus Phassouri Plantations Co Public Ltd and Others, Review Appeal, N.31/11, 26 April 2018</i>)</p> <p>Ορφανού v. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Επιτροπής Δημοσίας Υπηρεσίας, Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 131/2012, 19/4/201 (Αξιολόγηση Προσόντων Για Σκοπούς Προαγωγής).....</p> <p>(<i>Orphanou v. The Republic, via Public Service Committee, Review Appeal N. 131/2012, 19 April 2018</i>)</p> <p>Χαραλάμπους v. Γεωργίου, Πολιτική Έφεση Αρ. 185/2017, 18/4/2018 (ερμηνεία του όρου συμπλήρωση των δικογράφων).....</p> <p>(<i>Charalambous v. Georgiou, Civil Appeal N. 185/2017, 18 April 2018</i>)</p> <p>Ιωαννίδη και Γεωργίου ως Διαχειριστών της περιουσίας του αποβιώσαντος Ιωαννίδη κ.α. v. Χριστόφια, Πολιτική Έφεση Αρ. 492/2012, 23/4/2018 (εύρος προεδρικής ασυλίας)</p> <p>(<i>Ioannides and Georgiou as Administrator of the deceased Ioannide v. Christofia, Civil Appeal N. 492/2012, 23 April 2018</i>)</p> <p>Κέκκου v. Υπηρεσίας Ανθρωπιστικών Θέματων κ.α., Αναθεωρητικές Εφέσεις Αρ. 112/12, 114/12 και 115/12, 24/4/2018 (εκτελεστότητα διοικητικής απόφασης).....</p> <p>(<i>Kekkou v. Office of Humanitarian Affairs and others, Review Appeals N. 112/12, 114/12 And 115/12, 24 April 2018</i>)</p> <p>Χαραλαμπίδης κ.α. v. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Διευθυντή Τμήματος Κοινωνικών Ασφαλίσεων κ.α., Έφεση κατ' Απόφασης Διοικητικού Δικαστηρίου Αρ. 99/2016, 4/4/2018 (συνταγματικότητα των νόμων που σύστησαν το Διοικητικό Δικαστήριο)</p> <p>(<i>Charalambides and others v. The Republic via The Director of The Social Security Department, Appeal against decision of The Administrative Court N. 99/2016, 4 April 2018</i>)</p> <p>Μιχαηλίδη κ.α. v. Γενικού Εφόρου Εκλογής κ.α., Εκλογική Αίτηση Αρ. 1/2017, 30/4/2018 (πλήρωση μη καταληφθείσας βουλευτικής έδρας)</p> <p>(<i>Michaelide and others v. General Electoral Commissioner and others, Electoral Application. 1/2017, 30 April 2018</i>)</p> <p>Μελίνα Χατζηχρυσάνθου (<i>Melina Hadjichrysanthou</i>)</p> <p>Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) Court of Justice of the European Union (CJEU)</p> <p>Société des produits Nestlé SA and Others v. Mondelez UK Holdings & Services Ltd (Απόφ. 25 Ιουλίου 2018, Υπόθ. C-84/17 P, C-85/17 P και C-95/17 P)</p>	14 15 15 16 16 17 17
<p>Εκδηλώσεις (Events)</p> <p>Θερινό σχολείο στο «Ευρωπαϊκό Εμπορικό Δίκαιο» από το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου.....</p> <p>(<i>Summer school in «European Business Law» held by the Department of Law of University of Cyprus</i>)</p> <p>Εκδήλωση ενημέρωσης για την ολοκλήρωση μεταφοράς αδειών Creative Commons 4.0 στα ελληνικά από το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου</p> <p>(<i>Event held by the Department of Law, University of Cyprus for the Completion of Transfer of the Creative Commons 4.0 License in Greek Language</i>)</p> <p>Διεθνές Συνέδριο «Pluralism or universalism» in international copyright law</p> <p>(<i>International Conference on «Pluralism or Universalism in International Copyright Law» held by the Department of Law of University of Cyprus</i>)</p> <p>«Πρόσφατες Εξελίξεις στο Δίκαιο της ΕΕ: Διαλέξεις από τους Κύπριους Δικαστές στο ΔΕΕ», Τρίτη Διάλεξη «Η Δικαστική Αρχιτεκτονική της ΕΕ»</p> <p>(<i>«Recent Developments in EU Law: Lectures by Cypriot Judges at the CJEU», Third Lecture «The Judicial Structure of EU» held by the Department of Law, University of Cyprus</i>)</p> <p>Η πνευματική ιδιοκτησία μεταξύ πολιτισμού και εμπορίου ..</p> <p>(<i>Intellectual Property between Culture and Trade</i>)</p>	7 7 9 10 11		
Επικαιρότητα (Legal News)			
Νομολογία			
Ανώτατο Δικαστήριο της Κύπρου (ΑΔ) Supreme Court of Cyprus			
<p>Πίσσας v. Δημοκρατίας, Ποινική Έφεση Αρ. 229/2016, 14/3/2018 (κατοχή και διακίνηση παράνομων ουσιών) ..</p> <p>(<i>Pissas v. The Republic, N. 229/2016, 14/4/2018</i>)</p> <p>Bistriceanu v. Δημοκρατίας, Ποινική Έφεση Αρ. 76/2017, 26/4/2018 (ανθρωποκτονία)</p> <p>(<i>Bistriceanu v. The Republic, N. 76/2017, 26/4/2018</i>)</p> <p>Θεοδοσία Αναγνωστοπούλου (<i>Theodosia Anagnostopoulou</i>)</p> <p>Suphired (Finance) Limited v. Φωτίου, Πολιτική Έφεση Αρ. 266/2011, 24/4/2018 (διάκριση μεταξύ διατάγματος εκκαθάρισης και διάλυσης)</p> <p>(<i>Suphired (Finance) Limited v. Photiou, Civil Appeal, N. 226/2011, 24 April 2018</i>)</p>	13 13 14		

ECLI:EU:C:2018:596 (εμπορικά σήματα).....	19	M.L και W.W. κ. Γερμανίας Αιτ. Αρ. 60798/10 και 65599/10, 28 Ιουνίου 2018 (προσωπικά δεδομένα)	26
((CJEU, Decision 25 July 2018, Joined Cases C-84/17 P, C-85/17 P και C-95/17 P) ECLI:EU:C:2018:596)		(M.L and W.W. v. Germany App. No. 60798/10 and 65599/10, 28 June 2018)	
Christian Louboutin and Christian Louboutin Sas v. van Haren Schoenen BV (Απόφ. 12 Ιουνίου 2018, Υπόθ. C-163/16) ECLI:EU:C:2018:423 (εμπορικά σήματα).....	19	Θεοδοσία Αναγνωστοπούλου (Theodosia Anagnostopoulou)	
(CJEU, Decision 12 June 2018, Case C-163/16) ECLI:EU:C:2018:423)			
Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff (Απόφ. 7 Αυγούστου 2018, Υπόθ. C-161/17) ECLI:EU:C:2018:634 (πνευματικά δικαιώματα δημιουργού).....	20	Αρθρογραφία (Scholar Articles)	
((CJEU, Decision 7 August 2018, Case C-161/17) ECLI:EU:C:2018:634)		I. Δίκαιο των Χρηματαγορών (Capital Market Law)	
Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v. Susan Romy Jozef Kuijpers (Απόφ. 17 Μαΐου 2018, Υπόθ. C-147/16) ECLI:EU:C:2018:320 (παράβαση σύμβασης - καταχρηστικές ρήτρες).....	20	Τα παράγωγα χρηματοπιστωτικά μέσα υπό το πρίσμα του Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου.....	27
((CJEU, Decision 17 May 2018, Case C-147/16) ECLI:EU:C:2018:320)		(Derivative financial instruments in the light of Private International Law)	
Sadikou Gnandi v. État belge (Απόφ. 19 Ιουνίου 2018, Υπόθ. C-181/16) ECLI:EU:C:2018:465 (αναστολή απόφασης επαναπατριsmού πολιτικού ασύλου).....	21	Σωτήρης Χριστοφή (Sotiris Christofi)	
((CJEU, Decision 19 June 2018, Case C-181/16) ECLI:EU:C:2018:465)		II. Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (European Union Law)	
Lionel Andrés Messi Cuccittini v. European Union Intellectual Property Office (Απόφ. 26 Απριλίου 2018, Υπόθ. T-554/14) ECLI:EU:T:2018:230 (εμπορικά σήματα)....	21	Η εφαρμογή της Οδηγίας 2006/123/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Δεκεμβρίου 2006, σχετικά με τις υπηρεσίες στην εσωτερική αγορά στην Κύπρο	35
((CJEU, Decision 26 April 2018, Case T-554/14) ECLI:EU:T:2018:230)		(Implementation of Directive 2006/123 / EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market in Cyprus)	
Ζήνωνας Χατζηκόστας (Zenonas Hadjicostas)		Χριστιάνα Κυριάκου (Christiana Kyriakou)	
Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ)		III. Δίκαιο εταιρειών (Company Law)	
European Court of Human Rights (ECtHR)		Η νομική προσωπικότητα και η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στην ελληνική έννομη τάξη.....	42
Al Nashiri κ. Ρουμανίας, Αιτ. Αρ. 33234/12, 31 Μαΐου 2018 (Άρθρα 2, 3, 5, 8, 13, 6(1) ΕΣΔΑ)	22	(The legal personality and the lifting of the legal entity independence in the Greek legal order)	
(Al Nashiri v. Romania, App. No. 33234/12, 31 May 2018)		Βασίλης Π. Αντωνίου (Vasilis P. Antoniou)	
Chowdury και άλλοι κ. Ελλάδας, Αιτ. Αρ. 21884/15, 30 Μαρτίου 2017 (Άρθρο 4(2) ΕΣΔΑ).....	22	IV. Δίκαιο των συμβάσεων (Contract Law)	
(Chowdury and Others v. Greece, App. No. 21884/15, 30 March 2017)		Το χρονικό σημείο μετάθεσης του κινδύνου στη σύμβαση πώλησης αγαθών: Μια συγκριτική προσέγγιση του Αγγλικού δικαίου, της Σύμβασης της Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Αγαθών με παράλληλη αναφορά στους Κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου (INCOTERMS 2010)	50
Enver Şahin κ. Τουρκίας, Αιτ. Αρ. 23065/12, 30 Ιανουαρίου 2018 (Άρθρο 14 ΕΣΔΑ).....	22	(The time point at which risk in contract for sale of goods is transferred: A comparative approach of English law, the Vienna Convention on the International Sale of Goods, with parallel reference to the Rules of the International Chamber of Commerce (INCOTERMS 2010))	
(Enver Şahin v. Turkey, App. No. 23065/12, 30 January 2018)		Χρυστάλλα Χατζηγεωργίου (Chrystalla Hadjigeorgiou)	
J.R. και άλλοι κ. Ελλάδας, Αιτ. Αρ. 22696/16, 25 Ιανουαρίου 2018 (Άρθρο 5(2) ΕΣΔΑ).....	23	V. Ποινικό Δίκαιο (Criminal Law)	
(J.R. and Others v. Greece, App. No. 22696/16, 25 January 2018)		Συνωμοσία: Νομοθετική, Νομολογιακή Ανάλυση και η Προβληματική για το Πεδίο Εφαρμογής. Είναι τελικά, η Συνωμοσία, ένα Περττό Αδίκημα;.....	59
Tchokholidze κ. Γεωργία, Αιτ. Αρ. 31536/07, 28 Ιουνίου 2018 (Άρθρο 6(1) ΕΣΔΑ).....	23	(Conspiracy: Legislative, judicial analysis and the problem for the scope of application. Is it after all, conspiracy an unnecessary offense)	
(Tchokholidze v. Georgia, App. No. 31536/07, 28 June 2018)		Κατερίνα Σοφοκλέους (Katerina Sofokleous)	
Νάγια Χριστοδούλου (Nayia Christodoulou)		VI. Διεθνές Δίκαιο (International Law)	
Hülya Ebru Demirel κ. Τουρκίας Αιτ. Αρ. 30733/08, 19 Ιουνίου 2018 (απαγόρευση διακρίσεων - χρηστή απονομή δικαιοσύνης).....	23	Δικαίωμα Άμυνας κατά της Τρομοκρατίας: Προϋποθέσεις και Όρια	67
(Hülya Ebru Demirel v. Turkey App no. 30733/08, 19 June 2018)		(Right to defence against terrorism: Preconditions and limits)	
Khani Kabbara κ. Κύπρου Αιτ. Αρ. 24459/12, 5 Ιουνίου 2018 (απαγόρευση βασανιστηρίων)	24	Κωνσταντίνος Γιώρκας (Konstantinos Giorkas)	
(Khani Kabbara v. Cyprus App No. 24459/12, 5 June 2018)		Η Σύμβαση του Οργανισμού των Ηνωμένων Εθνών για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία και τα καινοτόμα χαρακτηριστικά της	73
Παρασκευόπουλος κ. Ελλάδας Αιτ. Αρ. 64184/11, 28 Ιουνίου 2018 (ελευθερία έκφρασης)	24	(The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its innovative characteristics)	
(Paraskevopoulos v. Greece App No. 64184/11, 28 June 2018)		Μαρία Παναγιώτου (Maria Panagiotou)	
Sarishvili-Bolkvadze κ. Γεωργίας Αιτ. Αρ. 58240/08, 19 Ιουλίου 2018 (δικαίωμα στη ζωή).....	25		
(Sarishvili-Bolkvadze v. Georgia App No. 58240/08, 19 July 2018)			
Αρίνα Αηδονίδου (Arina Aidonidou)			

NOMOMACHIA

Συντελεστές

Διευθύντρια Έκδοσης/
Επιστημονική εποπτεία περιοδικού
ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ ΤΑΤΙΑΝΑ-ΕΛΕΝΗ

*Αναπληρώτρια Καθηγήτρια
Νομικής Πανεπιστημίου Κύπρου,
Ακαδημαϊκή Σύμβουλος Νομικού Ομίλου*

Συντονισμός Έκδοσης
ΙΒΑΝΟΒΑ ΔΕΣΠΟΙΝΑ

Επιμέλεια Έκδοσης
ΑΗΔΟΝΙΔΟΥ ΑΡΙΝΑ
ΑΝΑΓΝΩΣΤΟΠΟΥΛΟΥ ΘΕΟΔΟΣΙΑ
ΑΝΤΩΝΙΟΥ Π. ΒΑΣΙΛΗΣ
ΙΩΑΝΝΟΥ ΙΩΑΝΝΑ
ΜΟΔΕΣΤΟΥ ΑΝΝΑ ΜΑΡΙΑ
ΝΑΖΙΡΗ ΜΑΡΙΑ
ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ ΣΑΒΒΑΣ
ΠΠΑΣΙΟΥ ΜΑΙΡΗ
ΡΟΔΟΣΘΕΝΟΥΣ ΠΑΡΑΣΚΕΥΑΣ
ΣΤΑΜΑΤΑ ΜΑΡΙΑ
ΧΑΤΖΗΚΩΣΤΑΣ ΖΗΝΩΝΑΣ
ΧΑΤΖΗΧΡΥΣΑΝΘΟΥ ΜΕΛΙΝΑ

Τεύχος Έξι, 2019 - Λευκωσία, Κύπρος
Ψηφιακή μορφή:
www.ucy.ac.cy/nomomachia

Επιμέλεια - Παραγωγή
ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ Α.Ε.

ISSN: 2421 - 8278 (Εντυπη μορφή)
ISSN: 2421 - 8286 (Ψηφιακή μορφή)

Contributors

Chief Editor/Scientific supervision
of the Journal

SINODINOU TATIANA-ELENI
*Associate Professor of Department
of Law of the University of Cyprus,
Academic Advisor of the Law Society*

Publishing Coordinator
IVANOVA DESPINA

Magazine Editors
AIDONIDOU ARINA
ANAGNOSTOPOULOU THEODOSIA
ANTONIOU P. VASILIS
IOANNOU IOANNA
MODESTOU ANNA MARIA
NAZIRI MARIA
PAPAGEORGIOU SAVVAS
PASIOU MARY
RODOSTHENOUS PARASKEVAS
STAMATA MARIA
HADJICOSTAS ZENONAS
HADJICHRYSANTHOU MELINA

Issue Six, 2019 - Nicosia, Cyprus
Digital Form:
www.ucy.ac.cy/nomomachia

Editing - Production
SAKKOULAS PUBLICATIONS S.A.

ISSN: 2421 - 8278 (Printed form)
ISSN: 2421 - 8286 (Digital Form)

Χορηγοί
(Sponsors)



ΚΟΥΣΗΟΣ ΚΟΡΦΙΟΤΗΣ ΠΑΠΑΧΑΡΑΛΑΜΒΟΥΣ LLC
ADVOCATES & LEGAL CONSULTANTS

GALAXY LAW
BOOKSHOP



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

Συντομογραφίες

ΑΔ	Ανώτατο Δικαστήριο	DAT	Delivered at place
ΑΕΠ	Ακαθάριστο Εγχώριο Προϊόν	ECHR	European Court of Human Rights
ΑΚ	Αστικός Κώδικας	EMIR	European Market Infrastructure Regulation
ΔΔ	Διεθνές Δικαστήριο της Χάγης	EU	European Union
ΔΕΕ	Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης	EUIPO	European Union Intellectual Property Office
ΕΔΔΑ	Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου	EXW	Ex Works
ΕΕ	Ευρωπαϊκή Ένωση	FOB	Free on Board
ΕΚ	Ευρωπαϊκή Κοινότητα	ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ΕΚΕ	Ενιαίο Κέντρο Εξυπηρέτησης	ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ΕΣΔΑ	Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου	INCOTERMS	International Commercial Terms
ΙΔΔ	Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο	IQ	Intelligence Quotient
ΚΑ	Κατηγορούσα Αρχή	ISDA	International Swaps and Derivatives Association Inc
ΜΜΕ	Μέσα Μαζικής Ενημέρωσης	ISIS	Islamic State of Iraq and Syria
NATO	North Atlantic Treaty Organization	MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
ΟΕ	Οργανωμένο Έγκλημα	MTF	Multilateral Trading Facility
ΟΗΕ	Οργανισμός Ηνωμένων Εθνών	PRIMA	Place of the Relevant Intermediary Approach
ΟΛΑΠ	Ολομέλεια Αρείου Πάγου	SOGA	Sale of Goods Act
ΣΑ	Συμβούλιο Ασφαλείας	UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
ΣΔΕΕ	Σύμβαση Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης	USA	United States of America
ΦΠΑ	Φόρος Προστιθέμενης Αξίας		
ΧΗΕ	Χάρτης Ηνωμένων Εθνών		
CIA	Central Intelligence Agency		
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods		

Και ναι! Το 6ο τεύχος της Νομομάχειας είναι εδώ. Συμπληρώνονται με αυτό τρία χρόνια λειτουργίας του περιοδικού. Η πορεία δεν ήταν πάντα εύκολη. Για τον Γάλλο ποιητή και συγγραφέα Louis Aragon, «*το να γράφεις καλά είναι σαν να περπατάς ευθεία*». Από την ίδρυση της Νομομάχειας προσπαθήσαμε η πορεία μας να είναι ευθεία και όσο πιο ομαλή γίνεται, χαρτογραφώντας τα δυνατά σημεία αλλά και τις αδυναμίες μας. Επιπλέον, το εγχείρημα της συγγραφής σε ένα περιοδικό χαρακτηρίζεται από το εξής παράδοξο: την αρμονική συνύπαρξη της ιδιαίτερης ατομικότητας του κάθε συντελεστή με την συλλογικότητα του έργου.

Στο παρόν τεύχος συμπεριλαμβάνονται κλασικά και επίκαιρα ζητήματα του κυπριακού, ευρωπαϊκού, διεθνούς και ελληνικού δικαίου, ενώ έμφαση, για μια ακόμη φορά, δόθηκε στην παρουσίαση σημαντικών αποφάσεων του Ανωτάτου Δικαστηρίου, του ΔΕΕ και του ΕΔΔΑ.

Θα ήθελα να ευχαριστήσω θερμά όλους τους συγγραφείς των άρθρων, τα μέλη της εκδοτικής ομάδας και τους λοιπούς συντελεστές, καθώς και τους χορηγούς της Νομομάχειας, τη δικηγορική εταιρία «*Κούσιος Κορφιώτης Παπαχαραλάμπους ΔΕΠΕ*» και το νομικό βιβλιοπωλείο Galaxy για τη σταθερή και πολύτιμη στήριξή τους. Τέλος, τις Εκδόσεις Σάκκουλα (Αθήνα-Θεσσαλονίκη), για την διαχρονικά άψογη συνεργασία.

Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού,

Αναπληρώτρια Καθηγήτρια

Ιδιωτικού Δικαίου,

Τμήμα Νομικής,

Πανεπιστήμιο Κύπρου,

Ακαδημαϊκή Σύμβουλος του

Νομικού Ομίλου

και της Νομομάχειας

Αγαπητοί Αναγνώστες,

Το ταξίδι προς τη δική μας Ιθάκη συνεχίζεται... Βρίσκομαι στην ευχάριστη θέση να προλογίζω, με την ανάληψη των νέων μου καθηκόντων, το έκτο τεύχος της Νομομάχειας, ενός νομικού περιοδικού που ξεκίνησε να γράφει τη δική του ιστορία από το 2016, αποδεικνύοντας περίτρανα πως μέσω μίας δημιουργικής συνύπαρξης, καθώς και μίας εποικοδομητικής συλλογικής συνεργασίας, επιτυγχάνονται τα πιο δύσκολα εγχειρήματα. Ως ένα ζωντανό κύτταρο του νομικού κόσμου, η Νομομάχεια αφουγκράζεται τους προβληματισμούς και τα ενδιαφέροντα των αναγνωστών, έχοντας ως απώτερο στόχο την προώθηση του νομικού πνεύματος.

Ακολουθώντας τη δομή των προηγούμενων τευχών, στην παρούσα έκδοση αναπτύσσονται επίκαιρα νομικά ζητήματα εθνικής, ευρωπαϊκής και διεθνούς εμβέλειας. Συγκεκριμένα, το παρόν τεύχος περιλαμβάνει αρθρογραφία, αναφερόμενη σε ένα ευρύ φάσμα δικαιοτικών τομέων, την κλασική, αλλά εξίσου σημαντική, ενότητα της νομολογιακής επικαιρότητας από το Ανώτατο Δικαστήριο της Κύπρου, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, καθώς και την παρουσίαση των δραστηριοτήτων τόσο του Νομικού Ομίλου, όσο και του ευρύτερου νομικού κόσμου της Κύπρου. Παράλληλα το νέο τεύχος, εμπλουτίζεται με την παρουσίαση διπλωματικών εργασιών των αποφοίτων του Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου.

Θα ήθελα να εκφράσω τις θερμές μου ευχαριστίες εκ μέρους του Διοικητικού Συμβουλίου, στον βασικό χορηγό του περιοδικού, το δικηγορικό γραφείο Κούσιος Κορφιώτης Παπαχαραλάμπους Δ.Ε.Π.Ε. και στο βιβλιοπωλείο Galaxy Law Bookshop για την αμέριστη στήριξη και εμπιστοσύνη τους, αλλά και τον Εκδοτικό Οίκο Σάκκουλα για την αγαστή συνεργασία κατά την ψηφιακή διαμόρφωση του τεύχους. Παράλληλα, οφείλω να ευχαριστήσω για την πολύτιμη και άρτια συνεργασία και την συλλογική τους προσπάθεια, την ακαδημαϊκή σύμβουλο του Νομικού Ομίλου Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Ιδιωτικού-Εμπορικού Δικαίου κ. Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού, τους αρθρογράφους αλλά και τα μέλη της εκδοτικής ομάδας του περιοδικού. Εύχομαι σε όλους τους αναγνώστες γόνιμους προβληματισμούς και νομικές συζητήσεις.

Καλή ανάγνωση!

Θεοδοσία

Αναγνωστοπούλου,

Τεταρτοετής Φοιτήτρια

Τμήματος Νομικής,

Πανεπιστημίου Κύπρου,

Πρόεδρος Νομικού Ομίλου

Πανεπιστημίου Κύπρου

Εκδηλώσεις

Θερινό σχολείο στο «Ευρωπαϊκό Εμπορικό Δίκαιο» από το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου

Με ιδιαίτερη επιτυχία διοργανώθηκε για τρίτη συνεχόμενη χρονιά το θερινό σχολείο στο «Ευρωπαϊκό Εμπορικό δίκαιο» («European Commercial Law») στο Πανεπιστήμιο Κύπρου, το οποίο παρακολούθησαν φοιτητές της Νομικής σχολής «The Heim Striks School of Law» από το Ισραήλ και του Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου.

Συγκεκριμένα, το πρόγραμμα που προσέφερε το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου ξεκίνησε τη Δευτέρα, 18 Ιουνίου 2018 και ολοκληρώθηκε την Πέμπτη, 28 Ιουνίου 2018. Ειδικότερα, οι 42 συμμετέχοντες του Θερινού Σχολείου παρακολούθησαν στην αγγλική γλώσσα 57 ώρες διαλέξεων στα μαθήματα «Βασικές Αρχές Ευρωπαϊκού Δικαίου», «Ευρωπαϊκό Δίκαιο Ανταγωνισμού», «Ευρωπαϊκό και Συγκριτικό Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας», «Ευρωπαϊκό και Συγκριτικό Δίκαιο Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας και Εμπορικών Αδικοπραξιών», «Ευρωπαϊκό Εταιρικό Δίκαιο», «Ευρωπαϊκό Δίκαιο Καταναλωτή» και «Διεθνείς Εμπορικές Διαφορές». Σημειώνεται πως οι φοιτητές παρακολούθησαν επίσης, δύο εξειδικευμένα σεμινάρια στις θεματικές «Νομικές Πτυχές της Κυπριακής Διένεξης» και «Η τράπεζα ως εταιρία». Επιπλέον, πραγματοποιήθηκε σεμινάριο σχετικά με το επάγγελμα του δικηγόρου στην Κύπρο από τη Δικηγορική Εταιρία «Κούσιος Κορφιώτης Παπαχαραλάμπους Δ.Ε.Π.Ε.».

Την ακαδημαϊκή και οργανωτική εποπτεία του θερινού σχολείου έχει η Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Ιδιωτικού/Εμπορικού δικαίου του Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου κ. Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού. Επιπρόσθετα, τους Ισραηλινούς φοιτητές συνόδευαν η κ. Yifat Holzman-Gazit, Καθηγήτρια στη Νομική Σχολή The Heim Striks και ο κ. Nir Eisenberg, Βοηθός Έρευνας και Διδασκαλίας στη Νομική Σχολή The Heim Striks.

Κατά τη διάρκεια του θερινού σχολείου ο ραδιοφωνικός σταθμός του Πανεπιστημίου Κύπρου UCY



Voice, φιλοξένησε ορισμένους από τους φοιτητές της Νομικής Σχολής «The Heim Striks School of Law» μαζί με την ακαδημαϊκή και οργανωτική επόπτρια του θερινού σχολείου κ. Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού και την επιβλέπουσα των Ισραηλινών φοιτητών κ. Yifat Holzman-Gazit. Στη συνέντευξη συζητήθηκαν, μεταξύ άλλων, τα πλεονεκτήματα συμμετοχής στο διεθνές θερινό σχολείο, καθώς και οι εντυπώσεις και τα εφόδια που αποκόμισαν οι φοιτητές.

Κατά τη διάρκεια της τελετής υποδοχής των φοιτητών, που σηματοδότησε και την έναρξη του θερινού σχολείου, απηύθυνε χαιρετισμό ο Πρόεδρος του Τμήματος Νομικής, Αναπληρωτής Καθηγητής Αριστοτέλης Κωνσταντινίδης. Χορηγός της δεξίωσης που ακολούθησε ήταν ο Κυπριακός Οργανισμός Τουρισμού (ΚΟΤ).

Το πρόγραμμα ολοκληρώθηκε στις 28 Ιουνίου 2018 με επίσκεψη στο Ανώτατο Δικαστήριο και στο Επαρχιακό Δικαστήριο Λευκωσίας, κατά τη διάρκεια της οποίας πραγματοποιήθηκε ξενάγηση από την κ. Μαρίλια Χατζηπροδρόμου, Νομική Λειτουργό στο Ανώτατο Δικαστήριο, και τον Πρωτοκολλητή κ. Παύλο Τερλά, καθώς και συνάντηση με τον Πρόεδρο του Επαρχιακού Δικαστηρίου Λευκωσίας κ. Χάρη Πογιατζή.

Εκδήλωση ενημέρωσης για την ολοκλήρωση μεταφοράς αδειών Creative Commons 4.0 στα ελληνικά από το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου

Με ιδιαίτερη επιτυχία ολοκληρώθηκε από το Τμήμα Νομικής Πανεπιστημίου Κύπρου η διαδικασία μεταφοράς της τέταρτης έκδοσης των αδειών ελεύθερης χρήσης Creative Commons στην ελληνική

γλώσσα, με τη σύμπραξη και την υποστήριξη του Παιδαγωγικού Ινστιτούτου Κύπρου και της δικηγορικής εταιρείας Ιωαννίδης και Δημητρίου Δ.Ε.Π.Ε.

Με αφορμή την ολοκλήρωση του έργου διεξήχθη

στις 26 Νοεμβρίου 2018 στο Πανεπιστήμιο Κύπρου εκδήλωση για την προσαρμογή των αδειών Creative Commons 4.0 στα ελληνικά, υπό την αιγίδα του Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου, σε συνδιοργάνωση με το Παιδαγωγικό Ινστιτούτο Κύπρου και τη Δικηγορική Εταιρεία «Ιωαννίδης Δημητρίου Δ.Ε.Π.Ε.».

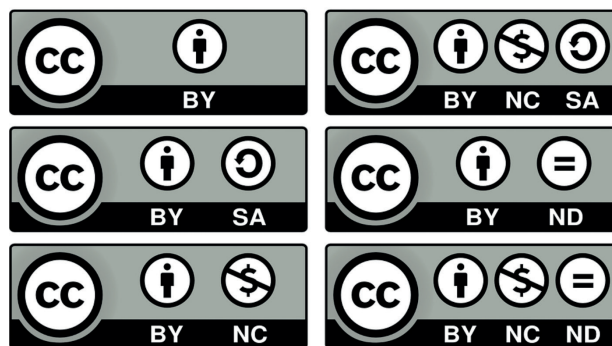
Χαιρετισμούς απηύθυναν ο Πρύτανης του Πανεπιστημίου Κύπρου Δρ. Κωνσταντίνος Χριστοφίδης και η κ. Αναστασία Οικονόμου, Προϊσταμένη στον Τομέα της Εκπαιδευτικής Τεχνολογίας του Παιδαγωγικού Ινστιτούτου εκ μέρους της Διευθύντριας Παιδαγωγικού Ινστιτούτου, Δρ. Αθηνάς Μιχαηλίδου-Ευριπίδου. Επιπρόσθετα, η Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου και επικεφαλής της Κυπριακής Νομικής Ομάδας Creative Commons, κ. Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού, αναφέρθηκε στην όλη πορεία και το έργο της ομάδας, καθώς και στην σημασία των εν λόγω αδειών. Στην συνέχεια, ακολούθησε η απονομή χρηματικών βραβείων στα μέλη της Κυπριακής Ομάδας Creative Commons από τη δικηγορική εταιρία Ιωαννίδης Δημητρίου Δ.Ε.Π.Ε.

Κατά το δεύτερο μέρος της εκδήλωσης ακολούθησε ομιλία από τον Δρ. Ole Andreas Rognstad, Καθηγήτη Νομικής του Πανεπιστημίου του Όσλο, ο οποίος αποτέλεσε και τον ομιλητή-κλειδί της εν λόγω εκδήλωσης. Το θέμα που έθεσε επί τάπητος αφορούσε τις νομικές θεραπείες, οι οποίες σχετίζονται με περιπτώσεις παραβίασης των αδειών Creative Commons. Ακολούθως, η Δρ. Κρυσταλένια Κολοτούρου, Διδάκτορ Νομικής, παράθεσε τις δικές τις σκέψεις και προβληματισμούς σχετικά με τα ηθικά δικαιώματα και τις άδειες coryleft. Τέλος, το πάνελ των ομιλητών έκλεισε η κ. Ιωάννα Τζαγκαράκη, απόφοιτος του Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου και επικεφαλής της μεταφραστικής ομάδας Creative Commons, η ομιλία της οποίας επικεντρωνόταν στις άδειες Creative Commons και την συλλογική διαχείριση της πνευματικής ιδιοκτησίας.

Με το πέρας της εκδήλωσης οι ακροατές είχαν την δυνατότητα να υποβάλουν ερωτήσεις στους ομιλητές, δίνοντας την ευκαιρία για ανάπτυξη ενδιαφέρουσας συζήτησης και παράθεσης των δικών τους προβληματισμών σχετικά με τις άδειες Creative Commons.

Οι άδειες Creative Commons

Οι άδειες Creative Commons αποτελούν συμβατικά εργαλεία ελεύθερης διαδικτυακής χρήσης ψηφιακών έργων, σύμφωνα με τις αρχές του coryleft. Είναι συνεταγμένες στην αγγλική γλώσσα και υπακούν στις επιταγές της αμερικανικής νομικής παράδοσης. Τα συμβατικά εργαλεία Creative Commons χρησιμοποιούνται ήδη από πλήθος δημιουργών και χρηστών, δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς, ακαδημαϊκούς, βιβλι-



οθηκονόμους, δημοσιογράφους και καλλιτέχνες για να διαθέσουν διαδικτυακά τα έργα τους δίχως κόστος και ελεύθερα τεχνολογικών περιορισμών. Η μεταφορά των αδειών Creative Commons 4.0 στα ελληνικά ήρθε να ικανοποιήσει την επιτακτική ανάγκη των παραγόντων του ελληνόφωνου κυβερνοχώρου, για την δημιουργία ενός κατανοητού θεσμικού πλαισίου ελεύθερης διάθεσης ψηφιακών έργων.

Εφαρμόζοντας μία από τις έξι τυποποιημένες άδειες Creative Commons, μοναδική υποχρέωση των μερών είναι η συμμόρφωση με τους όρους και τις προϋποθέσεις του Νομικού της Κώδικα. Παραβίαση των όρων μίας άδειας Creative Commons συνιστά παραβίαση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας του αδειοδότη-δημιουργού.

Η Κυπριακή Ομάδα Creative Commons

Το δύσκολο εκπόνημα της μεταφραστικής διαδικασίας έφερε εις πέρας η Κυπριακή Ομάδα Creative Commons η οποία δραστηριοποιείται ήδη από το 2015. Η Κυπριακή Ομάδα Creative Commons αποτελεί μέλος ενός διεθνούς εθελοντικού δικτύου το οποίο δρα σε περισσότερες από 70 χώρες με περίπου 1,2 δισεκατομμύρια αδειοδοτημένα έργα στις μεγαλύτερες διαδικτυακές μηχανές αναζήτησης (YouTube, Wikipedia, Flickr κ.α.). Επικεφαλής της μεταφραστικής διαδικασίας είναι το Πανεπιστήμιο Κύπρου (Legal and Public Lead), το οποίο με την υπογραφή μνημονίων συνεργασίας, εξασφάλισε το 2016 τη συνεργασία πολύτιμων αρωγών του προγράμματος, του Παιδαγωγικού Ινστιτούτου Κύπρου του Υπουργείου Παιδείας και Πολιτισμού και της δικηγορικής εταιρείας «Ιωαννίδης και Δημητρίου Δ.Ε.Π.Ε.».

Την επίβλεψη και τον συντονισμό του προγράμματος έχει η επικεφαλής της νομικής-μεταφραστικής ομάδας των αδειών Creative Commons 4.0 στα ελληνικά, η Δρ. Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια στο Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου.

Τα μέλη της νομικής ομάδας είναι οι παρακάτω φοιτητές και απόφοιτοι του Τμήματος Νομικής Πανεπιστημίου Κύπρου:

- Ιωάννα Τζαγκαράκη, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου, επικεφαλής της φοιτητικής νομικής ομάδας

- Αλέξανδρος Πουμουξούζης, *Φοιτητής Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου, ΒΑ Τμήμα Αγγλικών Σπουδών Πανεπιστημίου Κύπρου*
- Τζωρτζίνα Αθανασίου, *Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου*
- Ιωάννα Γεωργίου, *Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, European Master's Degree on Human Rights and Democratisation, European InterUniversity Center*
- Ελένη Κουμίδου, *Νομικός Σύμβουλος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου, LL.M. Queen Mary University*
- Κωνσταντίνα Μάρκου, *Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου*
- Μαρία Σπύρου, *Δικηγόρος, Νομικός Σύμβουλος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου*

Για την οριστικοποίηση των κειμένων των αδειών και την μεταφορά τους στην ελληνική έννομη τάξη, η νομική ομάδα του Τμήματος Νομικής Πανεπιστημίου Κύπρου έδρασε σε συνεργασία με τον Οργανισμό Ανοικτών Τεχνολογιών - ΕΕΛΛΑΚ, τον οποίο εκπροσώπησε ο κ. Αλέξανδρος Νούσιας. Ακόμη, επιδίωξε την ενεργή συμμετοχή του κοινού στη μεταφραστική διαδικασία με την διάθεση του ελληνικού Νομικού Κώδικα των αδειών σε δημόσια διαβούλευση από τις 23 Φεβρουαρίου έως τις 31 Μαρτίου 2018 σε ειδικά διαμορφωμένη πλατφόρμα του Παιδαγωγικού Ινστιτούτου.

Πέρα από την μετάφραση των αδειών, κύριος στόχος της Κυπριακής Ομάδας Creative Commons είναι η εκπαίδευση του κυπριακού κοινού στη χρήση των αδειών Creative Commons κι εν γένει στις αρχές της ανοικτής πρόσβασης, της ελεύθερης χρήσης και της φιλοσοφίας του copyleft.

Ένα βήμα εκσυγχρονισμού

Οι δημόσιες άδειες Creative Commons 4.0 αποτελούν την πρώτη διεθνοποιημένη έκδοση ανοικτών αδειών ελεύθερης χρήσης του Οργανισμού Creative Commons και συνιστούν ένα ρηξικέλευθο βήμα στην προσπάθεια εκσυγχρονισμού του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας κι εν γένει του κυπριακού νομικού συστήματος. Με την ενσωμάτωση διεθνούς νομικής ορολογίας του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας, επιδιώκεται η εκτελεστότητα των αδειών Creative Commons 4.0 σε κάθε έννομη τάξη ανά το παγκόσμιο δίχως την προ-

ηγούμενη ενσωμάτωσή τους. Ακόμη, ο Νομικός Κώδικας των αδειών Creative Commons χρησιμοποιεί απλή νομική ορολογία στοχεύοντας στην δημιουργία ενός προσφιλούς και εύχρηστου εργαλείου στα χέρια του μη νομικού χρήστη και δημιουργού. Τέλος, ο ελληνικός Νομικός Κώδικας των αδειών Creative Commons 4.0, αποτελεί το πρώτο νομικό κείμενο στην κυπριακή δικαιοδοσία το οποίο υιοθετεί τη θεωρία της γλωσσικής σχετικότητας, αποτασσόμενο τις διακρίσεις φύλου με τη γλωσσική χρήση μονάχα του αρσενικού γένους.

Ο Νομικός Κώδικας των αδειών Creative Commons διατίθενται ελεύθερος προς χρήση στους παρακάτω υπερσυνδέσμους:

1. Δημόσια Αδεία Creative Commons Αναφορά 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.el>
2. Δημόσια Αδεία Creative Commons Αναφορά Μη Εμπορική Χρήση 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.el>
3. Δημόσια Αδεία Creative Commons Αναφορά Όχι Παράγωγα Έργα 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode.el>
4. Δημόσια Αδεία Creative Commons Αναφορά Παρόμοια Διανομή 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.el>
5. Δημόσια Αδεία Creative Commons Αναφορά Μη Εμπορική Χρήση Όχι Παράγωγα Έργα 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.el>
6. Δημόσια Αδεία Creative Commons Αναφορά Μη Εμπορική Χρήση Παρόμοια Διανομή 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.el>

Η μετάφραση των αδειών Creative Commons στην ελληνική γλώσσα εξασφαλίζει τη δημιουργία ενός περισσότερο κατανοητού και ανταγωνιστικού περιβάλλοντος διαχείρισης πολιτισμικών αγαθών για τον κύπριο δημιουργό και χρήστη και την απρόσκοπτη πρόσβασή του στο μεγαλύτερο ανοικτό ψηφιακό αποθετήριο έργων πνευματικής ιδιοκτησίας. Η μετάφραση και η διάδοση των αδειών Creative Commons είναι μία προσφορά του Πανεπιστημίου Κύπρου στην κυπριακή, την ελληνική και την ευρύτερη ευρωπαϊκή κοινωνία στα πλαίσια της προώθησης της κυπριακής επιστημονικής έρευνας και του πολιτισμού.

Διεθνές Συνέδριο «Pluralism or universalism» in international copyright law

Με ιδιαίτερη επιτυχία ολοκληρώθηκε από το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου το Διεθνές Συνέδριο Δικαίου Πνευματικής Ιδιοκτησίας «Pluralism or Universalism dilemma in International Copyright Law», υπό την επιστημονική και οργανωτι-

κή εποπτεία της Αναπληρώτριας Καθηγήτριας Ιδιωτικού Δικαίου, κ. Τατιάνας- Ελένης Συνοδινού. Το συνέδριο πραγματοποιήθηκε στις 31 Μαΐου - 1 Ιουνίου 2018 στις εγκαταστάσεις του Πανεπιστημίου Κύπρου και σε αυτό συμμετείχαν 23 διακεκριμένοι ομιλητές,

τόσο από την Κύπρο, όσο και από 14 άλλες χώρες.

Σε σύντομο χαιρετισμό ο κ. Σπύρος Κόκκινος, Έφορος Εταιρειών και Επίσημος Παραλήπτης της Κυπριακής Δημοκρατίας τόνισε τη σημασία του εν λόγω συνεδρίου για τη σύγχρονη κοινωνία, καθώς η πνευματική ιδιοκτησία αποτελεί σημαντικό παράγοντα στην προώθηση της καινοτομίας, στην ανάπτυξη της τέχνης αλλά και της τεχνολογίας. Επιπρόσθετα, ο κ. Αριστοτέλης Κωνσταντινίδης, Αναπληρωτής Καθηγητής Διεθνούς Δικαίου και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, Πρόεδρος του Τμήματος Νομικής Πανεπιστημίου Κύπρου στο σύντομο χαιρετισμό του συνεχάρη θερμά την Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Τατιάνα Ελένη Συνοδινού για τη διοργάνωση του διεθνούς συνεδρίου.

Σκοπός του συνεδρίου ήταν η ανάλυση και ο σχολιασμός των σύγχρονων εξελίξεων του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας υπό μια συγκριτική προσέγγιση. Με την υιοθέτηση της Σύμβασης της Βέρνης πραγματοποιήθηκε μια βασική εναρμόνιση των εθνικών νομοθετικών πλαισίων περί πνευματικής ιδιοκτησίας. Στο συνέδριο συζητήθηκε, μεταξύ άλλων, κατά πόσο η επιρροή νέων τεχνολογιών και φαινόμενα περιφερειακών εναρμονίσεων θέτουν σε κίνδυνο το ιδεώδες ενός καθολικά εναρμονισμένου δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας.

Αναλυτικότερα, το συνέδριο αναπτύχθηκε σε τρία μέρη, τα οποία αποτελούνταν από επτά επιμέρους συνεδρίες, ενώ στο τέλος της καθεμιάς, η συζήτηση ανατροφοδοτούνταν από ερωτήσεις του κοινού. Συγκεκριμένα, στο πρώτο μέρος με τίτλο «*Regional copyright law harmonization: Necessary diversity or incompatibility with international copyright law standards?*» συζητήθηκαν θέματα όπως οι εξελίξεις του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας στην Αφρική, η συμβατότητα του αμερικανικού, του καναδικού και του ενωσιακού δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας με τα πρότυπα της Σύμβασης της Βέρνης, αλλά και η εναρμόνιση του δικαίου με την ενιαία ψηφιακή αγορά στην Ε.Ε.

Ακολουθώντας, κατά το δεύτερο μέρος, «*The Universalism or Pluralism dilemma in international copyright law making*» αναλύθηκε κατά πόσο η καθολικότητα στο διεθνές δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας αποτελεί μια επαρκή λύση. Εξετάστηκε, επίσης, το δι-



εθνές κεκτημένο για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας ως βασικό θεμέλιο μιας οικουμενικής προσέγγισης στην κοινωνία της πληροφορίας, καθώς επίσης συζητήθηκε το εάν η Σύμβαση της Βέρνης αποτελεί το επίκεντρο του οικουμενισμού ή το αντίθετο.

Στο τρίτο μέρος με τίτλο «*Do the knowledge economy and information society call for a uniform international copyright approach and why?*», οι παρουσιάσεις εστίασαν σε θέματα που αφορούσαν τις περιουσιακές εξουσίες του δημιουργού, την εναρμόνιση του ηθικού δικαιώματος, την έννοια του δημιουργού και τις προκλήσεις της τεχνητής νοημοσύνης, το ενδεχόμενο νέων εξαιρέσεων και περιορισμών στο διεθνές δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας, το ζήτημα των συμβάσεων πνευματικής ιδιοκτησίας, το καθεστώς των βάσεων δεδομένων και τη διάρκεια των πνευματικών δικαιωμάτων. Η προβληματική επιπρόσθετα επεκτάθηκε και σε ειδικότερα ζητήματα περί της προστασίας και επιβολής των πνευματικών δικαιωμάτων στο διαδίκτυο, την ρύθμιση της πρόσβασης στα έργα μέσω της πνευματικής ιδιοκτησίας, καθώς και στην ιδιαίτερη σχέση του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας με το δίκαιο ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Η επιτυχής διοργάνωση του συνεδρίου πραγματοποιήθηκε με την πολύτιμη συνδρομή του Κυπριακού Οργανισμού Τουρισμού (ΚΟΤ), που διετέλεσε ως ο κύριος χορηγός, ενώ επίσης ευχαριστούμε θερμά την Ένωση Δικαίου Πνευματικής Ιδιοκτησίας (ΕΔΠΙ), τη νομική ιστοσελίδα Lawspot, τις νομικές Εκδόσεις Σάκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη και το Κυπριακό Πρακτορείο Ειδήσεων (ΚΥΠΕ) που διετέλεσαν χορηγοί επικοινωνίας.

«Πρόσφατες Εξελίξεις στο Δίκαιο της ΕΕ: Διαλέξεις από τους Κύπριους Δικαστές στο ΔΕΕ», Τρίτη Διάλεξη «Η Δικαστική Αρχιτεκτονική της ΕΕ»

Σε συνέχεια της επιτυχημένης πλέον σειράς διαλέξεων που διοργάνωσε για το 2018 το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου με θέμα «Πρόσφατες Εξελίξεις στο Δίκαιο της ΕΕ: Διαλέξεις από τους Κύπριους Δικαστές στο ΔΕΕ», έλαβε χώρα και η τρίτη διάλεξη με τίτλο: «Η Δικαστική Αρχιτεκτονική της ΕΕ»,

υπό την επιστημονική και οργανωτική εποπτεία του Αναπληρωτή Καθηγητή Δημοσίου Δικαίου, κ. Κωνσταντίνου Κόμπου.

Η διάλεξη πραγματοποιήθηκε στις 31 Οκτωβρίου 2018 στην αίθουσα εκδηλώσεων της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος (Κύπρου) και σε αυτή χαιρετισμούς

απηύθυναν ο κ. Αλέκος Μαρκίδης, πρώην Γενικός Εισαγγελέας της Κυπριακής Δημοκρατίας, ο κ. Ιωάννης Παπιντζάκης, Αντιπρύτανης Διεθνών Σχέσεων, Οικονομικών και Διοίκησης, καθώς και ο Αναπληρωτής Καθηγητής Διεθνούς Δικαίου και Δικαίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Πρόεδρος του Τμήματος Νομικής κ. Αριστοτέλης Κωνσταντινίδης.

Κατά τη διάρκεια της διάλεξης ο Δρ. Μιχάλης Χατζηπαναγιώτης, Επισκέπτης Λέκτορας στο Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου, ανέπτυξε το θέμα

της εξωσυμβατικής ευθύνης της Κυπριακής Δημοκρατίας και ακολούθως, η Δικαστής του Γενικού Δικαστηρίου της ΕΕ, κ. Άννα Μαρκουλλή αναφέρθηκε στο ρόλο του Δικαστή της ΕΕ και στην εξωσυμβατική ευθύνη της ΕΕ.

Τη διάλεξη συντόνισε ο Αναπληρωτής Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου και Δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης του Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου, κ. Κωνσταντίνος Κόμπος.

Η πνευματική ιδιοκτησία μεταξύ πολιτισμού και εμπορίου

Με ιδιαίτερη επιτυχία πραγματοποιήθηκε στις 12 Νοεμβρίου 2018 η εκδήλωση «Η πνευματική ιδιοκτησία μεταξύ πολιτισμού και εμπορίου», την οποία συνδιοργάνωσαν οι Πολιτιστικές Υπηρεσίες του Υπουργείου Παιδείας και Πολιτισμού και η Ένωση Δικαιωμάτων Πνευματικής Ιδιοκτησίας Κύπρου (ΕΔΠ) σε συνεργασία με το Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου.

Στον χαιρετισμό που απήθυνε στην εκδήλωση, ο κ. Παύλος Παρασκευά, Διευθυντής Πολιτιστικών Υπηρεσιών, Γενικός Γραμματέας της Κυπριακής Εθνικής Επιτροπής UNESCO, αναφέρθηκε στην σημασία της πνευματικής ιδιοκτησίας ως παράγοντα ενδυνάμωσης της πολιτιστικής ποικιλομορφίας και στην ανάγκη ευαισθητοποίησης του κοινού σε θέματα προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας, καθώς και στις δράσεις των Πολιτιστικών Υπηρεσιών για την ενίσχυση των δημιουργών και καλλιτεχνών σε όλα τα επίπεδα.

Ο κ. Σπύρος Κόκκινος, Έφορος Εταιριών και Επισήμου Παραλήπτη, στο δικό του χαιρετισμό σημείωσε την αυξημένη σημασία που απέκτησε ο κλάδος της πνευματικής ιδιοκτησίας ιδιαίτερα τα τελευταία 10 χρόνια στην κυπριακή έννομη τάξη, στη διττή φύση της πνευματικής ιδιοκτησίας μεταξύ πολιτισμού και εμπορίου, καθώς και σε πρόσφατες νομοθετικές εξελίξεις, ενώ εστίασε στην προστασία του έργου ως άυλο εμπορικό αγαθό ιδιαίτερης αξίας στη σύγχρονη οικονομία.

Η κ. Έλενα Θεοδούλου-Χαραλάμπους, Μορφωτική Λειτουργός Α΄ Π.Υ., Σημείο Επαφής για την Σύμβαση της UNESCO για την Προστασία και Προώθηση της Πολυμορφίας των Πολιτιστικών Εκφράσεων, τόνισε το ρόλο της πνευματικής ιδιοκτησίας στη σύγχρονη εποχή και την ανάγκη αποτελεσματικής και ουσιαστικής προστασίας των δημιουργών, καθώς και την αυξημένη σημασία της πνευματικής ιδιοκτησίας στον πολιτισμό και την παιδεία.

Η κ. Τατιάνα Ελένη Συνοδινού, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια του Τμήματος Νομικής του Πανεπιστημίου Κύπρου και Πρόεδρος της ΕΔΠ σημείωσε στον χαιρετισμό της ότι η ανάδειξη της μοναδικότητας της

πνευματικής ιδιοκτησίας, ως μιας ιδιαίτερης μορφή ιδιοκτησίας που, μεταξύ πολιτισμού και εμπορίου, στοχεύει παράλληλα στην οικονομική

αξιοποίηση των έργων του πνεύματος και στην επίτευξη ευρύτερων πολιτιστικών στόχων, κρίνεται σήμερα περισσότερο αναγκαία από ποτέ γιατί κυρίαρχα τεχνολογικά πρότυπα και οι συνήθειες του Διαδικτύου, εμφανίζουν την πνευματική ιδιοκτησία μια «ενοχλητική πολυτέλεια», ενώ συχνά καταγγέλλεται ότι η π.ι., με τους περιορισμούς που επιβάλλει, λειτουργεί ως φρένο στην ελευθερία της διαδικτυακής έκφρασης, στο δικαίωμα στην παιδεία και στο δικαίωμα συμμετοχής στον πολιτισμό, αλλά ακόμη και ως εμπόδιο στην επιχειρηματική ελευθερία των παρόχων διαδικτυακών υπηρεσιών.

Στο πρώτο μέρος της εκδήλωσης, το οποίο συντόνισε ο κ. Philippe Jougleux, Αναπληρωτής Καθηγητής, Νομική Σχολή, Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου, Ίδρυτικό Μέλος ΕΔΠ, αναπτύχθηκαν θεματικές που άπτονται της πολιτιστικής και ηθικής διάστασης της προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας, με επίκεντρο τη σύζευξη ή τη σύγκρουση οικονομικών και πολιτιστικών επιδιώξεων.

Ο κ. Σώζος Θεοδούλου, Πρόεδρος ECTA, Ειδικός Επιστήμονας - Πανεπιστήμιο UCLan Cyprus, Μέλος ΕΔΠ, ανέπτυξε το ζήτημα των εξαιρέσεων ως μοχλό ανάπτυξης πολιτισμικής παραγωγής. Ειδικότερα, ανέπτυξε το εθνικό πλαίσιο και τις προτεινόμενες από την Πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην ψηφιακή ενιαία αγορά εξαιρέσεις, ενώ τόνισε την ανάγκη καθιέρωσης υποχρεωτικών εξαιρέσεων και περιορισμών.

Στη συνέχεια ο κ. Κωνσταντίνος Παπαντωνίου, Δικηγόρος, Μέλος ΕΔΠ, παρουσίασε τις εξαιρέσεις



του Ν. 59/1976 που δύναται να αποτελέσουν βάση για αναπαραγωγή έργων με στόχο τη διατήρηση της πολιτιστικής κληρονομιάς, τις προτεινόμενες από την Πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην ψηφιακή ενιαία αγορά εξαιρέσεις και την ανάγκη αρμονικής εξισορρόπησης της πνευματικής ιδιοκτησίας με το δικαίωμα στην παιδεία και στον πολιτισμό. Κατόπιν η κ. Νικολέττα Επαμεινώνδα, Δικηγόρος, Ιδρυτικό Μέλος ΕΔΠΙ παρουσίασε τις εξουσίες του ηθικού δικαιώματος του δημιουργού, αναλύοντας τη δικαιολογητική και νομική του βάση, με έμφαση στο πως η αναγνώριση της πατρότητας και η ακεραιότητα του έργου προστατεύονται στην Κύπρο και ευρύτερα σε χώρες του κοινοδικαίου.

Στο τέλος της πρώτης ενότητας, η κ. Τατιάνα Ελένη Συνοδινού, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια, Τμήμα Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου, Ιδρυτικό μέλος/Πρόεδρος της ΕΔΠΙ ανέπτυξε εάν το νέο συγγενικό δικαίωμα των εκδοτών τύπου που προτείνεται στο άρθρο 11 της Πρότασης Οδηγίας για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην ψηφιακή ενιαία αγορά μπορεί να δώσει μια ικανοποιητική απάντηση στο πρόβλημα της βιωσιμότητας του διαδικτυακού τύπου, εξασφαλίζοντας συνθήκες πολυφωνίας, ή εάν, αντίθετα θα λειτουργήσει ως φρένο στη ελευθερία της πληροφόρησης εις βάρος του πλουραλισμού.

Στο δεύτερο μέρος, το οποίο συντόνισε η κ. Ελένη Παπαχαράλαμπος, Δικηγορική Εταιρία «Κούσιος Κορφιώτης Παπαχαράλαμπος ΔΕΠΕ», Δικηγόρος, μέλος ΕΔΠΙ, παρουσιάστηκαν οι εξελίξεις του κυπριακού και ευρωπαϊκού δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας με έμφαση στο έργο ως οικονομικό και εμπορικό αγαθό.

Ο κ. Ανδρέας Χριστοφόρου, Δικηγόρος, Ιδρυτικό Μέλος ΕΔΠΙ, ανέπτυξε την προστασία της φωτογραφίας στο κυπριακό και ευρωπαϊκό δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας, εστιάζοντας στις προϋποθέσεις προστασίας αλλά και στο ποιος είναι ο δικαιούχος. Κατόπιν, ο κ. Αχιλλέας Δημητριάδης, Δικηγόρος, Ιδρυτικό Μέλος ΕΔΠΙ παρουσίασε την προστασία του λογισμικού στη νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ. Ο κ. Δημητριάδης ανέπτυξε τις ιδιαιτερότητες του λογισμικού ως έργο με

μεγάλη οικονομική αξία, τα δικαιώματα και τις εξαιρέσεις, καθώς και αναφέρθηκε εκτενώς σε σχετική ενωσιακή νομολογία.

Ο κ. Philippe Jougleux, Αναπληρωτής Καθηγητής, Νομική Σχολή, Ευρωπαϊκό Πανεπιστήμιο Κύπρου, Ιδρυτικό Μέλος ΕΔΠΙ, παρουσίασε το επικείμενο άρθρο 13 της Πρότασης Οδηγίας για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην ψηφιακή ενιαία αγορά. Στην ομιλία του με τίτλο «Χρήση προστατευόμενου περιεχομένου από παρόχους υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας» ο κ. Jougleux αναφέρθηκε στις προκλήσεις από την εισαγωγή της νέας διάταξης και τις έντονες αντιπαραθέσεις σχετικά με το εάν αυτή είναι αναγκαία ή εάν, αντίθετα, θα επιβαρύνει υπερβολικά τους παρόχους υπηρεσιών φιλοξενίας και θα περιορίσει την ελευθερία της διαδικτυακής έκφρασης, ενώ σημείωσε ότι μηχανισμοί αναγνώρισης περιεχομένων που προστατεύονται με πνευματικά δικαιώματα χρησιμοποιούνται ήδη από παρόχους όπως η Youtube.

Κατόπιν, η κ. Πολύμνια Λευτέρη, Δικηγόρος, Ιδρυτικό Μέλος ΕΔΠΙ, αναφέρθηκε στο ενωσιακό και εθνικό πλαίσιο για τη συλλογική διαχείριση της πνευματικής ιδιοκτησίας και σημείωσε ότι η συλλογική διαχείριση των δικαιωμάτων, διευκολύνει την παρακολούθηση των χρήσεων των δικαιωμάτων που γίνεται, επιβάλλει τους όρους της αδειοδότησης της χρήσης, διαπραγματεύεται και εισπράττει τα αντίστοιχα δικαιώματα και τα διανέμει στους δικαιούχους. Όπως τόνισε, η πνευματική ιδιοκτησία μπορεί ευκολότερα σήμερα από ποτέ, να γίνει αντικείμενο κλοπής, ιδιοποίησης και παράνομης χρήσης. Για να μπορέσει να συνεχίσει να υπάρχει, να παράγεται και να προάγεται, απαιτείται από όλους μας ο σεβασμός, η προστασία και η νενομισμένη χρήση της, μέσω της αδειοδότησης και της καταβολής εύλογης αμοιβής στους δικαιούχους της.

Τέλος, η κ. Χαρά Τόκα, Δικηγόρος Αθηνών, Μέλος ΕΔΠΙ, ανέπτυξε το ζήτημα της χρονικής διάρκειας της πνευματικής ιδιοκτησίας. Η κ. Τόκα αναφέρθηκε ευρύτερα στην προβληματική της κατάλληλης χρονικής διάρκειας προστασίας και στην τάση επέκτασης της διάρκειας που επικράτησε διεθνώς τα τελευταία χρόνια, ενώ ανέλυσε τις σχετικές διατάξεις του Ν. 59/1976.

Νομολογία

Ανώτατο Δικαστήριο της Κύπρου (ΑΔ)

Πίσσας ν. Δημοκρατίας, Ποινική Έφεση Αρ. 229/2016, 14/3/2018 (κατοχή και διακίνηση παράνομων ουσιών)

Θεοδοσία Αναγνωστοπούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η εν λόγω υπόθεση αναφέρεται στην ενοχή του κατηγορουμένου, όπερ εκρίθη ενώπιον του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Λευκωσίας, η οποία βασίζεται σε τρεις κατηγορίες που εδράζονται στον Περί Ναρκωτικών, Φαρμάκων και Ψυχοτρόπων Ουσιών Νόμο του 1977 (Ν. 29/77). Συγκεκριμένα, οι κατηγορίες αναφέρονται στην κατοχή κάνναβης και άλλων παρεμφερών ουσιών με σκοπό την προμήθεια σε άλλα πρόσωπα, καθώς και στη συνωμοσία με άλλο πρόσωπο ως προς τη διάπραξη κακουργήματος. Ο κατηγορούμενος αμφισβήτησε ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου (εφεξής ΑΔ) την πρωτόδικη κρίση, τόσο επί της καταδίκης όσο και επί της ποινής. Επεσήμανε, ότι το πρωτόδικο δικαστήριο εσφαλμένα αποδέχθηκε τη μαρτυρία ενός πρώην συγκαταούμενου του κατηγορουμένου, δίχως την αναζήτηση ενισχυτικής μαρτυρίας. Υποστηρίχθηκε πως η ποιότητα της εν λόγω μαρτυρίας ήταν τέτοιας φύσεως όπου λόγω αντιφάσεων έπλητταν την αξιοπιστία της σε σημείο που δεν θα έπρεπε το Κακουργιοδικείο να κρίνει τον μάρτυρα ως

αξιόπιστο και να στηριχθεί κατ' επέκταση στα λεγόμενα του, προκειμένου να οδηγηθεί σε συμπεράσματα ενοχής του κατηγορουμένου, πέραν πάσης λογικής αμφιβολίας.

Το ΑΔ, στον προαναφερθέντα λόγο έφεσης, έκρινε ότι το Κακουργιοδικείο εξέτασε με τον καλύτερο δυνατό τρόπο την αξιοπιστία της μαρτυρίας, με αποτέλεσμα να μην τίθεται ζήτημα αμφισβήτησης. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο έφεσης, σχετικά με το ύψος της ποινής φυλάκισης για την κατηγορία κατοχής της επίδικης ναρκωτικής ουσίας, χαρακτηρίστηκε από τον εφεσεύοντα, ως έκδηλα υπερβολική υπό τις περιστάσεις. Εντούτοις και στον δεύτερο λόγο έφεσης, το ΑΔ δεν εντόπισε οποιοδήποτε σφάλμα αρχής, ούτε και είχε καταδεχθεί ότι η υπό κρίση ποινή ήταν έκδηλα υπερβολική, δεδομένης της σοβαρότητας των κατηγοριών, αλλά και των σχετικών γεγονότων, τονίζοντας ιδιαίτερως την εγκληματική συμπεριφορά του εφεσεύοντα και της σημαντικής ποσότητας ναρκωτικών.

Bistriceanu ν. Δημοκρατίας, Ποινική Έφεση Αρ. 76/2017, 26/4/2018 (ανθρωποκτονία)

Θεοδοσία Αναγνωστοπούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η πιο πάνω υπόθεση αφορά το ποινικό αδίκημα της ανθρωποκτονίας, όπως εντοπίζεται στο άρθρο 205(1)(3) του Ποινικού Κώδικα, Κεφάλαιο 154. Εν προκειμένω ο κατηγορούμενος επέφερε τον θάνατο της συντρόφου του, ρίχνοντας καυστική σόδα στο πρόσωπο και στο σώμα της και η υπόθεση κρίθηκε ενώπιον του Μόνιμου Κακουργιοδικείου Λευκωσίας, όπου ο κατηγορούμενος εθεωρήθη ένοχος. Εν συνέχεια, ασκήθηκε έφεση έναντι της πρωτόδικης απόφασης, με αντικείμενο το ύψος της ποινής, με την αιτιολογία πως είναι έκδηλα υπερβολική και δεν συνάδει με την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, καθώς και με τη σοβαρότητα του εγκλήματος που

διέπραξε. Ο συνήγορος του εφεσεύοντα εισηγήθηκε ότι το Κακουργιοδικείο έδωσε υπέρμετρη βαρύτητα στους επιβαρυντικούς παράγοντες, εκμηδενίζοντας ουσιαστικά και εξουδετερώνοντας ελαφρυντικούς παράγοντες που δικαιολογούσαν μείωση της ποινής. Ως τέτοιους προέβαλε το λευκό ποινικό μητρώο του εφεσεύοντα, την παραδοχή του στο Δικαστήριο, την κατάσταση μέθης και την δυσχερή ψυχολογική κατάσταση που βρισκόταν κατά τον επίδικο χρόνο.

Το Δικαστήριο κατά την εξέταση της προαναφερθείσας έφεσης, έκρινε σκόπιμο να υπενθυμίσει τις βασικές αρχές που διέπουν το ζήτημα της εξουσίας επέμβασης του Εφετείου επί επιβληθείσας πρωτοδι-

κως ποινής διευκρινίζοντας πως βάσει πάγιας νομολογίας το Εφετείο δεν κρίνει πρωτογενώς το ύψος της ποινής, καθότι αποτελεί ευθύνη του πρωτόδικου δικαστηρίου. Αναφέρει δέ χαρακτηριστικά πως η έφεση δεν αποσκοπεί στον επανακαθορισμό της ποινής, αλλά στον έλεγχο της ορθότητας της. Το Εφετείο έχει

εξουσία επέμβασης μόνο όπου η επιβληθείσα ποινή αντικειμενικά κρινόμενη είναι είτε έκδηλα ανεπαρκής, είτε έκδηλα υπερβολική. Κατόπιν συνεκτίμησης όλων των δεδομένων, καθώς και δια μέσου λεπτομερούς και εμπεριστατωμένης επιχειρηματολογίας του Ανωτάτου Δικαστηρίου, η έφεση απορρίφθηκε.

Suphure (Finance) Limited v. Φωτίου, Πολιτική Έφεση Αρ. 266/2011, 24/4/2018 (διάκριση μεταξύ διατάγματος εκκαθάρισης και διάλυσης)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το κύριο ζήτημα που απασχόλησε το Ανώτατο Δικαστήριο στην προκείμενη έφεση ήταν κατά πόσο το πρωτόδικο Δικαστήριο ορθά εξέδωσε διάταγμα εκκαθάρισης εναντίον της εφεσείουσας εταιρείας. Το ζήτημα προέκυψε όταν ο εφεσίβλητος πρωτόδικα αιτήθηκε διάλυση της εταιρείας βασιζόμενος όμως στα άρθρα 203, 209, 211(ε), 212 (α), 213, 214 και όχι στο άρθρο 260 του περί Εταιρειών Νόμου, Κεφ. 113, που διέπει τη διάλυση.

Αρχικά, το Δικαστήριο έκρινε επιτακτική την επεξήγηση της διαφοράς μεταξύ του διατάγματος εκκαθάρισης και διάλυσης. Περιέγραψε το διάταγμα εκκαθάρισης, στη βάση του Άρθρου 214 του Κεφ. 113, ως το μέσο που ενεργοποιεί τη διαδικασία συγκέντρωσης και προστασίας των περιουσιακών στοιχείων της εταιρείας. Αντίθετα, το διάταγμα διάλυσης που διέπεται από το Άρθρο 260 του Κεφ. 113, αναφέρθηκε πως έπεται του διατάγματος εκκαθάρισης και συνεπάγεται

οριστική διάλυση της εταιρείας.

Το Ανώτατο Δικαστήριο κατέληξε πως ορθά το πρωτόδικο Δικαστήριο εξέδωσε διάταγμα εκκαθάρισης καθώς με βάση τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης αυτό που επιζήτητο ήταν διάταγμα εκκαθάρισης και όχι διάλυσης και ότι λανθασμένα είχε χρησιμοποιηθεί η λέξη διάλυση στην αίτηση. Τα πραγματικά περιστατικά που δικαιολογούσαν το διάταγμα εκκαθάρισης ήταν η ανικανότητα της εφεσείουσας να αποπληρώσει τα χρέη της δυνάμει του άρθρου 211 (ε) Κεφ. 113, κάτι που απεδείχθη ακολουθήθηκε η διαδικασία του άρθρου 212 (α) Κεφ. 113.

Τέλος, το Δικαστήριο επικυρώνοντας την πρωτόδικη απόφαση παρατήρησε ότι δεν προέκυπτε ουδεμία βλάβη για την εφεσείουσα από τη χρήση του όρου διάλυση στην αίτηση, καθώς αυτή γνώριζε τη φύση της αίτησης και ως εκ τούτου δεν προέκυπτε λόγος ακύρωσης του διατάγματος.

Θωμά v. Τράπεζας Κύπρου Δημόσια Εταιρεία Λτδ, Πολιτική Αίτηση Αρ. 22/18, 10/5/2018 (υπολογισμός χρονικών προθεσμιών)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Στην προκείμενη αίτηση για έκδοση εντάλματος Certiorari, το ζήτημα που απασχόλησε το Δικαστήριο ήταν η ερμηνεία του άρθρου 44 Γ(3) του περί Μεταβιβάσεως και Υποθηκεύσεως Ακινήτων Νόμου, Ν. 9/65.

Τα άρθρα 44B και 44Γ του Νόμου 9/65 προβλέπουν συνδυαστικά την διαδικασία πώλησης με πλειστηριασμό ενυπόθηκου ακινήτου. Το επίδικο άρθρο 44Γ (3) δίνει τη δυνατότητα στον ενυπόθηκο οφειλέτη, να καταχωρίσει έφεση στο Επαρχιακό Δικαστήριο για παραμερισμό της ειδοποίησης για τη σκοπούμενη πώληση του ακινήτου, εντός τριάντα ημερών από την ημερομηνία παραλαβής της ειδοποίησης για μια σειρά λόγων.

Το ζήτημα που απασχόλησε το Δικαστήριο ήταν κατά πόσο η προθεσμία των τριάντα ημερών αρχίζει να προσμετράται από την ημερομηνία παραλαβής της

ειδοποίησης ή από την επομένη μέρα. Για να αποφασισθεί το ανωτέρω ζήτημα θα έπρεπε να κριθεί κατά πόσο για την ερμηνεία του εν λόγω άρθρου έπρεπε να τύχει εφαρμογής το Άρθρο 31 του περί Ερμηνείας Νόμου Κεφ. 1, το οποίο εξαιρεί από τον υπολογισμό του χρόνου την ημέρα που πραγματοποιείται ένα συμβάν/ πράξη, ή αν από το λεκτικό της πρόνοιας προέκυπτε αντίθετη πρόβλεψη.

Το Δικαστήριο έχοντας εξετάσει τη νομολογία και τα επιχειρήματα που παρέθεσαν τα διάδικα μέρη, έκρινε ότι η ερμηνεία που προσέδωσε το πρωτόδικο δικαστήριο στην επίμαχη πρόνοια ήταν λανθασμένη. Ειδικότερα, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν περιεχόταν κάτι στην επίμαχη πρόνοια που να αποκλείει την εφαρμογή του περί Ερμηνείας Νόμου και ως εκ τούτου η προθεσμία των τριάντα ημερών άρχιζε να προσμετράται από την επόμενη μέρα της παραλαβής της ειδοποίησης.

Ερωτοκρίτου ν. Elva Medical Imports Ltd κ.α., Πολιτική Έφεση Αρ. 289/2011, 4/4/2018 (εταιρική δομή και παράνομη απόλυση)**Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου**

Η παρούσα υπόθεση αποτελεί έφεση εναντίον απόφασης του Δικαστηρίου Εργατικών Διαφορών στην οποία τέθηκαν δύο ζητήματα. Πρώτο ζήτημα ήταν κατά πόσο η εφεσείουσα θα έπρεπε να θεωρηθεί εργοδοτούμενη της εταιρείας, μιας και εργαζόταν εντός αυτής αλλά συνιστούσε και την μοναδική μέτοχο της μαζί με την εφεσίβλητη 2.

Το Ανώτατο Δικαστήριο απορρίπτοντας την προσέγγιση του πρωτόδικου δικαστηρίου, υπενθύμισε πως δυνάμει καλά θεμελιωμένων αρχών της νομολογίας, του άρθρου 29(1) (β) του περί Εταιρειών Νόμου (Κεφ. 113) αλλά και της επιφύλαξης του Άρθρου 2 του περί Τερματισμού Απασχολήσεως Νόμου του 1967 (Ν. 24/1967) μέτοχος σε ιδιωτική εταιρεία δύναται να βρίσκεται και στην υπηρεσία της. Έτσι, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η εφεσείουσα ήταν εργοδοτούμενη της εταιρείας.

Δεύτερο ζήτημα που απασχόλησε το Δικαστήριο ήταν το εύρημα του πρωτόδικου Δικαστηρίου ως προς το ότι η εφεσείουσα δεν είχε απολυθεί παράνομα. Απο-

τέλεσε ισχυρισμό της εφεσείουσας το γεγονός ότι της ασκείτο ψυχολογική βία από την εφεσίβλητη 2 και το σύζυγό της, με αποτέλεσμα να αναγκαστεί να εγκαταλείψει την εργασία της στο φαρμακείο.

Το Δικαστήριο για να αποφασίζει επί του ζητήματος επικεντρώθηκε στην εταιρική δομή της εταιρείας. Όπως έχει αναφερθεί, η εφεσείουσα μαζί με την εφεσίβλητη 2 συνιστούσαν τις μοναδικές μετόχους της εταιρείας και ως εκ τούτου ήταν και οι εξουσιοδοτημένοι αντιπρόσωποι της εταιρείας. Εν τι απουσία ειδικής πρόβλεψης στο καταστατικό της εταιρείας που να αναθέτει εξουσία σε αυτές να δρουν ατομικά, ως αντιπρόσωποι της εταιρείας, έπρεπε και οι δύο να αποφασίζουν συλλογικά ως ένα σώμα.

Έχοντας υπόψη τα ανωτέρω, το Δικαστήριο έκρινε πως η εφεσίβλητη 2 δεν είχε την εξουσία να τερματίσει την σχέση εργασίας της εφεσείουσας με την εταιρεία και οι ενέργειες την δεν μπορούσαν να αποδοθούν στην εταιρεία. Ως εκ τούτου, η εφεσείουσα δεν μπορούσε να θεωρηθεί ότι είχε απολυθεί παράνομα.

Κυπριακή Δημοκρατία μέσω Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος ν. The Cyprus Phassouri Plantations Co Public Ltd K.A., Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 31/11, 26/4/2018 (διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης)**Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου**

Στην παρούσα έφεση το ζήτημα που απασχόλησε το Ανώτατο Δικαστήριο ήταν κατά πόσο ο καθορισμός του ανωτάτου ορίου των €90.000 στην επείγουσα συμπληρωματική κρατική ενίσχυση που δόθηκε από το κράτος στο γεωργικό τομέα, εξαιτίας ακραίας ανομβρίας που επηρέασε την Κύπρο το 2008, υπερέβαινε τα ακραία όρια της διακριτικής του ευχέρειας.

Αφετηρία για την επίλυση του πιο πάνω ζητήματος αποτελούσε η διαπίστωση πως όσο πιο σαφής και καθορισμένος είναι ο κανόνας δικαίου, τόσο πιο δεσμευμένη είναι η Διοίκηση. Στην προκείμενη υπόθεση δεν υπήρχε κανόνας που να ορίζει επακριβώς τις ενέργειες της Διοίκησης με αποτέλεσμα να της παραχωρηθεί ευρεία διακριτική ευχέρεια χωρίς να τίθενται περιορισμοί. Μόνη εξαίρεση ήταν το συνολικό ύψος του ποσού που αποδεσμεύτηκε προς διάθεση. Ως εκ τούτου, η μόνη υποχρέωση της Διοίκησης περιοριζόταν στην τήρηση των γενικών αρχών που προτάσσει το Σύ-

νταγμα και το Διοικητικό Δίκαιο, ήτοι των αρχών της ισότητας, της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας και της προστατευόμενης δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου.

Το Δικαστήριο υπενθυμίζοντας ότι αυτό που καλείται να αξιολογήσει είναι η νομιμότητα της διοικητικής πράξης και όχι η ουσιαστική τεχνική κρίση της διοίκησης, έκρινε ότι δεν παραβιάστηκαν τα ακραία όρια της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης. Ο καθορισμός του ανωτάτου ορίου σε €90.000 αναγόταν σε μαθηματικούς υπολογισμούς ούτως ώστε να βοηθηθεί το σύνολο των επιχειρήσεων που επλήγησαν, καθώς το συνολικό ποσό δεν επαρκούσε για πλήρη κάλυψη των πληγέντων. Επίσης, κρίθηκε ότι τα κριτήρια που τέθηκαν για καθορισμό των δικαιούχων ήταν ουδέτερα, απρόσωπα, γενικά και ομοιόμορφα και δεν οδηγούσαν σε άνιση/δυσμενή μεταχείριση.

Ορφανού ν. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Επιτροπής Δημοσίας Υπηρεσίας, Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 131/2012, 19/4/201 (Αξιολόγηση Προσόντων Για Σκοπούς Προαγωγής)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα υπόθεση στρέφεται κατά της απόφασης της Επιτροπής Δημοσίας Υπηρεσίας με την οποία προήχθη το ενδιαφερόμενο μέρος στη θέση του Μετεωρολογικού Λειτουργού Α' αντί η εφεσείουσα.

Το Ανώτατο Δικαστήριο προσεγγίζοντας την υπόθεση, υπενθύμισε ότι, κατά πάγια νομολογιακή αρχή, η ερμηνεία των σχεδίων υπηρεσίας και η αξιολόγηση των προσόντων που κατέχουν οι υποψήφιοι, ανήκει στο διορίζον όργανο. Το Δικαστήριο μπορεί να επεμβαίνει μόνο όταν η ερμηνεία που δίνεται δεν προκύπτει εύλογα αλλά και όταν υπερβαίνονται άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου. Στην προκειμένη περίπτωση, το Δικαστήριο έκρινε ότι με τα στοιχεία που κατείχε ο Διευθυντής προέκυψε εύλογα στο συμπέρασμα ότι ο μεταπτυχιακός τίτλος του ενδιαφερόμενου μέρους ήταν σχετικός με την εν λόγω θέση, η απόφαση του ήταν δεόντως αιτιολογημένη και δεν χωρούσε περιθώρια επέμβασης.

Όσον αφορά τον ισχυρισμό ότι ο μεταπτυχιακός

τίτλος δεν μπορούσε να επαναχρησιμοποιηθεί για την προαγωγή, το Δικαστήριο υπενθύμισε πως αποτελεί νομολογιακή αρχή ότι προσόντα που απαιτούνται κατά τον διορισμό, μπορούν να χρησιμοποιηθούν μετέπειτα ως επιπρόσθετα προσόντα με σκοπό την προαγωγή και επομένως δεν εμπεριεχόταν κάτι μεμπτό στην απόφαση του Διευθυντή.

Τέλος, το Δικαστήριο επεσήμανε ότι το αποφασίζον όργανο, στην προκειμένη περίπτωση η ΕΔΥ, δεν δεσμευόταν να διεξάγει τη δική της έρευνα αλλά μπορούσε να την αναθέσει σε άλλο όργανο με απώτερο σκοπό να διαπιστωθούν τα ουσιώδη στοιχεία που θα οδηγούσαν στην λήψη ασφαλών συμπερασμάτων. Το αποφασίζον όργανο καλείται να αξιολογήσει τα στοιχεία που του δίνονται και βάσει αυτών να λάβει την τελική απόφαση. Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι αυτό συνέβη στην προκειμένη περίπτωση, κρίνοντας έτσι την απόφαση της ΕΔΥ ως ορθή.

Χαραλάμπους ν. Γεωργίου, Πολιτική Έφεση Αρ. 185/2017, 18/4/2018 (ερμηνεία του όρου συμπλήρωση των δικογράφων)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Στην παρούσα έφεση το ζήτημα που απασχόλησε το Ανώτατο Δικαστήριο ήταν ο ισχυρισμός του εφεσείοντος ότι η αγωγή του δεν θα έπρεπε να θεωρηθεί εγκαταληφθείσα και να απορριφθεί. Ο λόγος που προέβαλε ήταν ότι δεν προχώρησε σε έκδοση κλήσης για οδηγίες κατά την προβλεπόμενη προθεσμία καθώς επίσης ότι η έναρξη της προθεσμίας θα έπρεπε να αρχίσει όταν είχαν συμπληρωθεί τα δικόγραφα και σε σχέση με τη διαδικασία τριτοδιαδικου. Επίσης, τα μέρη συμφωνώντας επί του εν λόγω ζητήματος, προέβαλαν την ομοφωνία τους για να γίνει δεκτή η εισήγηση του εφεσείοντος από το Δικαστήριο.

Για την επίλυση του πιο πάνω ζητήματος το Δικαστήριο θα έπρεπε να ερμηνεύσει τον όρο «συμπλήρωση των δικογράφων» ο οποίος προβλέπεται στη Δ.30, θ.1(α).

Το Δικαστήριο έκρινε ότι ανέκαθεν ο όρος ερμηνευόταν δυνάμει των όσων αναφέρονται στη Δ.26, θ.11, κάτι το οποίο επιβεβαιώνει και η Οδηγία Πρακτικής

ημερ. 28.7.2017. Με βάση την λόγω διάταξη ο χρόνος συμπλήρωσης της δικογραφίας είναι μεταξύ των αρχικών διαδίκων, ήτοι του ενάγοντος και εναγομένου ή εναγομένων.

Το πιο πάνω δεδομένο παρέμεινε αμετάβλητο μετά την τροποποίησης της Δ.30 κατά την ημερομηνία 28.7.2017 με μόνη διαφορά ότι δυνάμει της προαναφερθείσας Οδηγίας Πρακτικής, το Δικαστήριο διατηρεί την ευχέρεια κατά την πρώτη εμφάνιση για οδηγίες να αναβάλει την υπόθεση μέχρι την συμπλήρωση όλης της δικογραφίας.

Ως αποτέλεσμα, η μη τήρηση των προβλεπόμενων προθεσμιών αναπόφευκτα οδηγεί στην ενεργοποίηση των όσων προβλέπονται στη Δ.30, θ 1 (γ) ήτοι η αγωγή να θεωρηθεί εγκαταληφθείσα και να απορριφθεί. Τέλος, το Δικαστήριο τόνισε πως δεν αρκούσε η ομοφωνία των μερών ως προς το επίδικο ζήτημα, καθώς κάτι τέτοιο θα ισοδυναμούσε με μεταβολή του κανόνα, πράγμα το οποίο δεν επιτρέπεται.

Ιωαννίδη και Γεωργίου ως Διαχειριστών της περιουσίας του αποβιώσαντος Ιωαννίδη κ.α. ν. Χριστόφια, Πολιτική Έφεση Αρ. 492/2012, 23/4/2018 (εύρος προεδρικής ασυλίας)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα έφεση στρέφεται κατά της απόφασης του πρωτόδικου δικαστηρίου να παραμερίσει το κλητήριο ένταλμα και να διαγράψει από διάδικο τον πρώην Πρόεδρο της Κυπριακής Δημοκρατίας, σε αγωγή που αφορούσε πράξεις ή και παραλείψεις που οδήγησαν στο θάνατο του Πλοιάρχου Ιωαννίδη, κατά τα τραγικά γεγονότα της φονικής έκρηξης που συνέβη στο χωρίο Μαρί το 2011.

Συγκεκριμένα, οι εφεσεύοντες ισχυρίστηκαν ότι ο τότε Πρόεδρος της Δημοκρατίας δεν θα έπρεπε να προστατεύεται από την ασυλία που παρέχει το Άρθρο 45.6 του Συντάγματος καθώς αποδεχόμενος τη κράτηση και φύλαξη του φορτίου που εν συνεχεία εξεργάγη προκαλώντας τον θάνατο 13 προσώπων, λάμβανε μια απόφαση εξωτερικής πολιτικής, ασφάλειας, διαχείρισης και εποπτείας περιουσίας της Δημοκρατίας που

άνηκε στην αρμοδιότητα του Υπουργικού Συμβουλίου και επομένως ενεργούσε καθ' υπέρβαση εξουσιών.

Το Δικαστήριο, ανέτρεξε στο ίδιο το λεκτικό του Άρθρου 45.6 παρατηρώντας ότι παρέχεται ασυλία στον Πρόεδρο της Δημοκρατίας για οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη που γίνεται «εν τη εκτελέσει του λειτουργήματος» του. Αυτό το ερμήνευσε ως μια έννοια ευρύτερη από πράξεις ή παραλείψεις που γίνονται «εν τη εκτελέσει των καθηκόντων» του Προέδρου. Έμπρακτα αυτό συνεπάγεται ότι ο Πρόεδρος προστατεύεται για κάθε πράξη ή παράλειψη που διενεργείται υπό την ιδιότητά του ως Πρόεδρος της Δημοκρατίας και εξαιρούνται μόνο οι πράξεις και παραλείψεις οι οποίες αφορούν συναλλαγές ιδιωτικής-προσωπικής φύσης. Έχοντας τα ανωτέρω ως δεδομένα το Δικαστήριο απέρριψε την έφεση και επικύρωσε την πρωτόδικη απόφαση.

Κέκκου ν. Υπηρεσίας Ανθρωπιστικών Θέματων κ.α., Αναθεωρητικές Εφέσεις Αρ. 112/12, 114/12 και 115/12, 24/4/2018 (εκτελεστότητα διοικητικής απόφασης)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα έφεση θέτει στο επίκεντρο το σχέδιο παραχώρησης οικονομικής βοήθειας στους εγκλωβισμένους που θεσπίστηκε με σκοπό την άμβλυση των ειδικών προβλημάτων που αντιμετωπίζουν στις γεωργικές τους εργασίες. Το 2008 με απόφασή του το Υπουργικό Συμβούλιο έκρινε πως έπρεπε να παρασχεθεί επιδότηση αυξημένη κατά 10 % στη βάση των δηλωθέντων στοιχείων του 2007 και όχι στη βάση των νέων δηλωθέντων στοιχείων του 2008.

Οι εφεσεύοντες προβάλλοντας μια σειρά από λόγους προσέβαλαν την απόφαση δυνάμει της οποίας έλαβαν επιδότηση χαμηλότερη από αυτή που είχαν αιτηθεί. Οι καθ'ών η αίτηση με προδικαστική ένσταση προέβλεπε ότι η εν λόγω πράξη δεν είναι εκτελεστή και έτσι δεν μπορούσε να προσβληθεί δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος.

Το Ανώτατο Δικαστήριο αναγνωρίζοντας ότι αποτελεί εννοιολογικό στοιχείο της εκτελεστής πράξης αυτή να εκδίδεται δυνάμει και εντός του πλαισίου ενός νόμου, ο οποίος δίδει στο όργανο της διοίκησης την αρμοδιότητα να δημιουργεί δικαιώματα ή να επιβάλλει υποχρεώσεις, παρατήρησε ότι στην παρούσα περίπτωση η εν λόγω οικονομική βοήθεια παρασχέθηκε χارιστικά με απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου, πραγματώθηκε με βάση το προαναφερόμενο Σχέδιο και όχι δυνάμει Νόμου.

Επομένως, έχοντας τα ανωτέρω ως οδηγό έκρινε ότι η απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου δεν συνιστούσε εκτελεστή διοικητική πράξη, αποδέχθηκε την προδικαστική ένσταση και απέρριψε τις συνεκδικασθείσες εφέσεις.

Χαραλαμπίδης κ.α. ν. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Διευθυντή Τμήματος Κοινωνικών Ασφαλίσεων κ.α., Έφεση κατ' Απόφασης Διοικητικού Δικαστηρίου Αρ. 99/2016, 4/4/2018 (συνταγματικότητα των νόμων που σύστησαν το Διοικητικό Δικαστήριο)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα υπόθεση, αποτελεί έφεση κατά της απόφασης της Ολομέλειας του Διοικητικού Δικαστηρίου και εκδικάστηκε από την Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου. Θέτει ως επίκεντρο τη συ-

νταγματικότητα του νομοθετικού πλαισίου που εγκαθίδρυσε το Διοικητικό Δικαστήριο.

Οι κυριότεροι ισχυρισμοί των εφεσεύοντων ήταν ότι ο νομοθέτης κατά παράβαση της αρχής της διάκρι-

σης των εξουσιών, επενέβη και αφαίρεσε τη δικαστική ύλη που είχε κατανεμηθεί από το Σύνταγμα και το Ν. 33/64 στα μέλη του Ανωτάτου Δικαστηρίου και την μετέφερε στο νεοϊδρυθέν Διοικητικό Δικαστήριο. Επίσης, οι εφεσείοντες ισχυρίστηκαν ότι λανθασμένα το Διοικητικό Δικαστήριο δεν παρέπεμψε το ζήτημα της συνταγματικότητας των εν λόγω Νόμων στο Ανώτατο Δικαστήριο δυνάμει του Άρθρου 144 του Συντάγματος και ότι οι εκκρεμούσες ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου αποφάσεις, λανθασμένα παραπέμφθηκαν στο νεοσύστατο Διοικητικό Δικαστήριο.

Αρχικά, επισημάνθηκε ότι δυνάμει του Δικαίου της Ανάγκης η Βουλή των Αντιπροσώπων διατηρεί την εξουσία να τροποποιεί μη θεμελιώδεις πρόνοιες του Συντάγματος, όπως έπραξε με τον περί της Όγδοης Τροποποίησης του Συντάγματος Ν. 130/2015, τροποποιώντας το Άρθρο 146 με απώτερο σκοπό την ταχύτερη απονομή της δικαιοσύνης και τη μείωση του όγκου εργασίας του Ανωτάτου Δικαστηρίου. Επομένως, η Βουλή ως το αρμόδιο πολιτειακό σώμα ψηφίζοντας κατά τύπον και με την ορθή διαδικασία τον εν λόγω νόμο όπως και τους Νόμους 131/2015 και 132/2015, δεν δημιούργησε θέμα διάκρισης εξουσιών. Για τους λόγους που αναφέρθηκαν, έκρινε αναγκαία τη δημιουργία του

Διοικητικού Δικαστηρίου και δεν καταστράτηγησε τις αρχές της ισότητας ή της δίκαιης δίκης ούτε αποστέρησε από τους πολίτες την πρόσβαση σε Δικαστήριο και τη διάγνωση των δικαιωμάτων τους.

Το Ανώτατο Δικαστήριο έκρινε ότι το Διοικητικό Δικαστήριο στη βάση της θεμελιακής υπόθεσης Imbrahim, μπορούσε να εξετάσει την ίδια αυτού νομιμότητα και τη συνταγματικότητα των Νόμων που το εγκαθίδρυσαν. Μάλιστα θα συνιστούσε άρνηση ανάληψης ίδιας ευθύνης αν δεν το έπραττε. Επίσης, δεν ήταν αναγκαία η παραπομπή των ζητημάτων αυτών στο Ανώτατο Δικαστήριο δυνάμει του Άρθρου 144 καθότι όλα τα Δικαστήρια, πλην του Οικογενειακού, δύνανται να αποφαινούνται επί ζητημάτων συνταγματικότητας.

Επιπρόσθετα, έκρινε ότι με την μεταφορά των εκκρεμούντων υποθέσεων στο Διοικητικό Δικαστήριο δεν επηρεάστηκε η φυσική δικαιοσύνη καθώς δεν μεταφέρθηκαν μεμονωμένες υποθέσεις αλλά όλες συλλογικά, οι οποίες διανεμήθηκαν απρόσωπα, καθώς και ότι αντίθετη προσέγγιση θα υπονόμει το λόγο δημιουργίας του Διοικητικού Δικαστηρίου.

Έχοντας τα ανωτέρω υπόψη, έκρινε συνταγματικό το νομοθετικό πλαίσιο που εγκαθίδρυσε το Ανώτατο Δικαστήριο και απέρριψε την έφεση.

Μιχαηλίδη κ.α. ν. Γενικού Εφόρου Εκλογής κ.α., Εκλογική Αίτηση Αρ. 1/2017, 30/4/2018 (πλήρωση μη καταληφθείσας βουλευτικής έδρας)

Μελίνα Χατζηχρυσάνθου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα υπόθεση συνιστά Εκλογική Αίτηση και θέτει στο επίκεντρο τα γεγονότα που ακολούθησαν μετά τις βουλευτικές εκλογές στις 22/5/2016, δηλαδή την εκλογή της κ. Θεοχάρους στην εκλογική περιφέρεια Λεμεσού και εν τέλει την αποποίηση της έδρας από μέρους της. Των γεγονότων αυτών ακολούθησε η ανακήρυξη από τον έφορο εκλογών, του επιλαχόντος βουλευτή του κόμματος που εξασφάλισε με τα νέα δεδομένα την έδρα. Επίσης, έκανε εκλογική αίτηση στην οποία κηρύχθηκε άκυρη η εν λόγω ανακήρυξη, κρίνοντας ότι στην απουσία σαφούς νομοθετικής πρόνοιας δεν ήταν δυνατή η κατ' αναλογία εφαρμογή του Άρθρου 35 (1) του περί εκλογής μελών της Βουλής των Αντιπροσώπων Νόμο, ο οποίος αναφέρεται σε πλήρωση κενωθείσων βουλευτικών εδρών. Ακολούθησε η ψήφιση του τροποποιητικού νόμου 82 (I)/2017 όπου στο Άρθρο 35 εισήχθη ένα νέο εδαφίο που προέβλεπε την πλήρωση μη καταληφθείσας θέσης, κατ' αναλογία του τρόπου πλήρωσης κενωθείσας έδρας.

Οι αιτητές ζήτησαν την κήρυξη του τροποποιητικού νόμου ως αντισυνταγματικό στη βάση του ότι ο τροποποιητικός νόμος έρχεται σε σύγκρουση με τις διατάξεις των Άρθρων 65, 66, 68, 69 και 71 του Συντάγματος, καθώς πρόβλεψη για πλήρωση γίνεται μόνο για κενωθεί-

σα βουλευτική έδρα και όχι για μη καταληφθείσα.

Αρχικά, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι η ιδιότητα του βουλευτού αποκτάται όχι από την ημερομηνία εκλογής αυτού, αλλά όπως προβλέπεται στο άρθρο 69 του Συντάγματος αφότου δοθεί η νενομισμένη διαβεβαίωση. Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση αφού δεν είχε δοθεί η προβλεπόμενη συνταγματικά διαβεβαίωση, δεν μπορούσε να γίνει λόγος για κενωθείσα θέση και χρήση των άρθρων 71, 66.2, 35 του Συντάγματος αλλά για μη καταληφθείσα, έννοια ξένη προς τη συνταγματική πραγματικότητα.

Εν συνεχεία, παρατήρησε ότι η διαδικασία του Άρθρου 35 του Συντάγματος είναι μια διαδικασία που κατ' εξαίρεση προς την δημοκρατική αρχή που επιβάλλει εκλογή των Βουλευτών, δίδει την έδρα στον πρώτο επιλαχόντα του κόμματος στο οποίο ανήκει αυτή. Επομένως, εφόσον η εν λόγω διαδικασία προβλέπεται μόνο για την περίπτωση των κενωθείσων εδρών και όχι των μη καταληφθεισών, για την τελευταία περίπτωση δεν θα πρέπει να επιφυλάσσεται η εξαίρεση αλλά ο γενικός κανόνας, ήτοι οι εκλογές. Αναλογιζόμενο τα ανωτέρω το Δικαστήριο έκρινε το Ν. 82/2017 ως αντισυνταγματικό και την πλήρωση της βουλευτικής έδρας δυνάμει αυτού, άκυρη.

Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ)

Société des produits Nestlé SA and Others v. Mondelez UK Holdings & Services Ltd (Απόφ. 25 Ιουλίου 2018, Υπόθ. C-84/17 P, C-85/17 P και C-95/17 P) ECLI:EU:C:2018:596 (εμπορικά σήματα)

Ζήνωνας Χατζηκώστας, Τεταρτοετής Φοιτητής Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η απόφαση έχει ως αντικείμενο την έφεση που είχε ασκήσει η εταιρεία Nestlé εναντίον της απόφασης του γενικού δικαστηρίου, να ακυρώσει την εγγραφή από τον EUIPO¹, ως εμπορική επωνυμία, του τρισδιάστατου σήματος που αντικατοπτρίζει, κατ' ισχυρισμό της εταιρείας, το προϊόν «4 Finger KitKat». Το Δικαστήριο, απαντώντας επί της έφεσης, αναγνώρισε ότι, ναι μεν η επωνυμία είχε αποκτήσει ένα διακριτό χαρακτήρα σε δέκα χώρες της Ένωσης², εντούτοις παρέμεναν ακόμα 4 κράτη μέλη³, τα οποία δεν λήφθηκαν υπόψη κατά την αξιολόγηση της εγγραφής του σήματος αυτού ως εμπορικής επωνυμίας από τον EUIPO. Πιο αναλυτικά, το δικαστήριο, ανατρέχοντας

στη δική του νομολογία, επιβεβαίωσε ότι, όταν ένα σήμα δεν έχει εγγενές διακριτό χαρακτήρα, μπορεί να εγγραφεί ως ενωσιακή εμπορική επωνυμία, μόνο εφόσον καταδειχθεί επαρκώς ο διακριτός του χαρακτήρας, αναφορικά με τα κράτη μέλη της ένωσης εντός των οποίων προηγουμένως το υπό κρίση σήμα στερείτο αυτής της διάκρισης. Τέλος, το δικαστήριο επικυρώνοντας την απόφαση του γενικού δικαστηρίου, σημείωσε ότι αυτή η εξέταση του διακριτού χαρακτήρα του σήματος θα πρέπει να περιλαμβάνει σφαιρικά όλη την επικράτεια της ένωσης, ιδιαίτερα τα κράτη μέλη όπου παλαιότερα το εκάστοτε σήμα στερείτο αυτής της διάκρισης. Συνεπώς, δίδεται έμφαση στα κράτη μέλη που μετέβαλαν την αντιμετώπισή τους προς το εν λόγω σήμα και όχι στην επιλεκτική εξέταση ορισμένων κρατών, που ενδεχομένως να αντιπροσωπεύουν ένα επαρκές-αντιπροσωπευτικό μέρος της ένωσης.

1. European Union Intellectual Property Office.

2. Δανία, Γερμανία, Ισπανία, Γαλλία, Ιταλία, Ολλανδία, Αυστρία, Φιλανδία, Σουηδία, Ηνωμένο Βασίλειο.

3. Βέλγιο, Ιρλανδία, Ελλάδα, Πορτογαλία.

Christian Louboutin and Christian Louboutin Sas v. van Haren Schoenen BV (Απόφ. 12 Ιουνίου 2018, Υπόθ. C-163/16) ECLI:EU:C:2018:423 (εμπορικά σήματα)

Ζήνωνας Χατζηκώστας, Τεταρτοετής Φοιτητής Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η απόφαση αφορούσε τον οίκο C. Louboutin και Christian Louboutin SAS ως ενάγοντα και την εταιρεία Van Haren ως εναγόμενο μέρος. Οι πρώτοι ισχυρίζονταν ότι ήταν έγκυρη η καταγραφή του σήματός τους, το οποίο χαρακτηριζόταν από το κόκκινο χρώμα της σόλας υποδήματος, που είχε λάβει χώρα το 2010 στην Μπενελούξ, και ότι, επομένως, συνιστά απομίμηση/παραποίηση η πώληση αντίστοιχων υποδημάτων από την εταιρεία Van Haren το 2012. Το ΔΕΕ αποφάνθηκε ότι η έννοια του «σχήματος» δεν περιλαμβάνει και το χρώμα, αποδίδοντας έτσι σύνθετες νόημα στην έννοια. Επίσης, ότι η καταχώρηση του σήματος από τους Louboutin δεν αποσκοπούσε στην

εξασφάλιση αποκλειστικής χρήσης περί σχήματος, αλλά παρά μόνο την επιλογή συγκεκριμένου χρώματος σε μια ορισμένη θέση στο υπό συζήτηση προϊόν, χωρίς να υπάρχει κάποια άλλη χωρική οριοθέτηση, κάτι που θα παρέπεμπε ευθύς στην ακυρότητα της προστασίας. Η χρήση του περιγράμματος του υποδήματος στην καταχώρηση του σήματος δεν συνιστά μέρος του ίδιου του σήματος, αλλά γίνεται για σκοπούς υπόδειξης της θέσης του κόκκινου αυτού χρώματος. Επομένως, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, ο διεθνώς αναγνωρισμένος κώδικας ταυτοποίησης του προϊόντος είναι έγκυρος και νόμιμος.

Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff (Απόφ. 7 Αυγούστου 2018, Υπόθ. C-161/17) ECLI:EU:C:2018:634 (πνευματικά δικαιώματα δημιουργού)

Ζήνωνας Χατζηκώστας, Τεταρτοετής Φοιτητής Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το εν λόγω προδικαστικό ερώτημα υπεβλήθη από το Ομοσπονδιακό Δικαστήριο της Γερμανίας, αφορώντας τη διαμάχη μεταξύ ενός φωτογράφου, του Dirk Renckhoff και ενός σχολείου στην Γερμανία. Στην ουσία του ζητήματος, ο φωτογράφος επικαλείτο παραβίαση του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας του επί φωτογραφίας, αφού μαθητής από το εν λόγω σχολείο είχε κατεβάσει τη φωτογραφία αυτή, της οποίας τα δικαιώματα χρήσης ως δημιουργός, είχε παραχωρήσει ο φωτογράφος μόνο σε συγκεκριμένη ιστοσελίδα που αφορούσε τη διοργάνωση ταξιδιών και ο μαθητής την είχε χρησιμοποιήσει σε εργασία που του ανατέθηκε από το σχολείο του. Στη συνέχεια, αυτή η φωτογραφία αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του σχολείου, ως μέρος την προαναφερθείσας μελέτης. Τοιούτοτρόπως, το δικαστήριο κλήθηκε να απαντήσει στο εάν το δικαίωμα παρούσασης στο κοινό («communication

to the public») καλύπτει και οποιαδήποτε δημοσίευση σε ιστοσελίδα φωτογραφίας που είχε προηγουμένως δημοσιευτεί σε άλλον ιστότοπο, απαιτώντας τη συναίνεση του δημιουργού της εκάστοτε φωτογραφίας. Το δικαστήριο απάντησε καταφατικά στο πιο πάνω ερώτημα, αφού η όποια χρήση πνευματικής δημιουργίας χωρίς τη συναίνεση του δημιουργού, από τρίτο μέρος, εν προκειμένω το σχολείο, θεωρείται ότι συνιστά παραβίαση των πνευματικών δικαιωμάτων του δημιουργού. Επίσης, κρίθηκε ότι η αναδημοσίευση φωτογραφίας που είχε πρώτα εκτεθεί σε μια συγκεκριμένη ιστοσελίδα με τη συναίνεση του δημιουργού, δύναται να θεωρηθεί, υπό περιστάσεις όπως την παρούσα, ως μια δημοσίευση σε ένα νέο κοινό (new public), προϋποθέτοντας έτσι την ανάγκη συναίνεσης του δημιουργού.

Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v. Susan Romy Jozef Kuijpers (Απόφ. 17 Μαΐου 2018, Υπόθ. C-147/16) ECLI:EU:C:2018:320 (παράβαση σύμβασης - καταχρηστικές ρήτρες)

Ζήνωνας Χατζηκώστας, Τεταρτοετής Φοιτητής Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η απόφαση αυτή αφορούσε την ισχυριζόμενη παράβαση σύμβασης πίστωσης που είχε συναφθεί μεταξύ φοιτήτριας και εκπαιδευτικού ιδρύματος στο Βέλγιο. Η εν λόγω σύμβαση είχε συναφθεί ένεκα της αδυναμίας της φοιτήτριας να καταβάλει εφάπαξ το συνολικό ποσό των οφειλών που είχε προς το εκπαιδευτικό ίδρυμα, οι οποίες αφορούσαν την εγγραφή της στο εν λόγω ίδρυμα, αλλά και τη συμμετοχή της σε εκπαιδευτικό ταξίδι. Στη συνέχεια, το εκπαιδευτικό ίδρυμα προχώρησε στην καταχώρηση αγωγής εναντίον της φοιτήτριας, η οποία δεν παρέστη, ούτε εκπροσωπήθηκε από δικηγόρο στο δικαστήριο.

Το βελγικό δικαστήριο, ενόψει του γεγονότος ότι η φοιτήτρια δεν είχε παρουσιαστεί μετά την καταχώρηση αγωγής από το εκπαιδευτικό ίδρυμα, απέστειλε ερώτημα στο ΔΕΕ, εξετάζοντας το κατά πόσο ο εθνικός δικαστής έχει την υποχρέωση να εξετάζει αυτεπάγγελτα αν μια ρήτρα σε σύμβαση έχει καταχρηστικό χαρακτήρα, στα πλαίσια δηλαδή μιας διαδικασίας ερήμην. Επίσης, το δικαστήριο ερωτάται, αν αυτή η σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περι

καταχρηστικών ρητρών σε καταναλωτικές συμβάσεις.

Το ΔΕΕ απάντησε καταφατικά και στα δύο αυτά σημεία. Αναφορικά με την αυτεπάγγελτη δυνατότητα εξέτασης καταχρηστικών ρητρών σε συμβάσεις, επανέλαβε την ισχύουσα νομολογία του προς αυτήν την κατεύθυνση, αλλά και την ταυτόχρονη ανάγκη να εξετάζεται υπό αυτά τα πλαίσια και το αν η υπό κρίση σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 93/13. Όσον αφορά το κατά πόσο το εκπαιδευτικό ίδρυμα μπορούσε ως «επαγγελματίας» να συνάψει μια τέτοια σύμβαση, το δικαστήριο ερμηνεύοντας ευρέως τον όρο αυτό, ικανοποιώντας τη συναφή πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, και εξετάζοντας το πλαίσιο των επαγγελματικών δραστηριοτήτων που ασκεί το συγκεκριμένο εκπαιδευτικό ίδρυμα, κατέληξε ότι αυτή η σύμβαση προκύπτει συμπληρωματικά της άμεσης εκπαιδευτικής δραστηριότητας του ιδρύματος, και έτσι αυτό μπορούσε να ενεργήσει ως «επαγγελματίας» για τους σκοπούς του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας, συνάπτοντας εν τέλει την εν λόγω σύμβαση.

Sadikou Gnandi v. État belge (Απόφ. 19 Ιουνίου 2018, Υπόθ. C-181/16) ECLI:EU:C:2018:465 (αναστολή απόφασης επαναπατρισμού πολιτικού ασύλου)

Ζήνωνας Χατζηκώστας, Τεταρτοετής Φοιτητής Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το παρόν προδικαστικό ερώτημα είχε υποβληθεί από το ανώτατο δικαστικό συμβούλιο του Βελγίου (Belgian Conseil d'État), αφορώντας τον Sadikou Gnandi, αιτητή πολιτικού ασύλου στις αρχές του Βελγίου. Στην ουσία του, το ερώτημα αφορούσε το κατά πόσο, μετά την άρνηση σε πρώτο βαθμό του υποβληθέντος αιτήματος από τις αρμόδιες αρχές του κράτους όπου κατατίθεται, ο αιτητής θα πρέπει να εγκαταλείψει άμεσα τη χώρα, ικανοποιώντας τη διαταγή απέλασης που έχει εκδοθεί με την απόρριψη του αιτήματός του, παρά τη δυνατότητα και εν προκειμένω την άσκηση έφεσης στην πιο πάνω απόρριψη, μέχρι να εκδοθεί η τελική απόφαση επί του ζητήματος από το αρμόδιο δικαστήριο. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, απαντώντας στο εν λόγω ερώτημα, έλαβε υπόψη του την οδηγία για τον επαναπατρισμό παράνομων μετα-

ναστών-μη ευρωπαίων πολιτών, την οδηγία για το καθεστώς των μεταναστών, σε συνδυασμό με τις γενικές αρχές του δικαιώματος σε αποτελεσματική θεραπεία και των συναφών με την απομάκρυνση-απέλαση προσώπων δικαιωμάτων. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, το δικαστήριο θεώρησε ότι θα πρέπει να αναστέλλεται η όποια απόφαση περί επαναπατρισμού οιοδήποτε αιτητή, έως ότου εκδοθεί η τελική απόφαση επί της άσκησης έφεσης για το λόγω ζήτημα. Ακόμα, δεν κρίνεται επαρκές το κράτος να μην εφαρμόσει την όποια αρχική απόφαση περί επαναπατρισμού, αλλά θα πρέπει επίσης να μεριμνήσει ώστε το ενδιαφερόμενο πρόσωπο να μην στερηθεί της ελευθερίας του για σκοπούς απέλασης, αλλά να διατηρήσει την κατάσταση αιτητή πολιτικού ασύλου, μέχρι να εκδοθεί η τελικά απόφαση σε σχέση με την αίτησή του.

Lionel Andrés Messi Cuccittini v. European Union Intellectual Property Office (Απόφ. 26 Απριλίου 2018, Υπόθ. T-554/14) ECLI:EU:T:2018:230 (εμπορικά σήματα)

Ζήνωνας Χατζηκώστας, Τεταρτοετής Φοιτητής Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η απόφαση αυτή προέκυψε μετά από προσφυγή που άσκησε ο διάσημος ποδοσφαιριστής Lionel Andrés Messi Cuccittini κατά της απόφασης του Γραφείου Διανοητικής Ιδιοκτησίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (EUIPO), να αρνηθεί την εγγραφή λεκτικού σήματος, που προσομοιάζει του ονόματός του («MESSI»), σχετικά με ενδύματα, υποδήματα, αθλητικά είδη και είδη γυμναστικής. Η πιο πάνω απόφαση του EUIPO λήφθηκε μετά την παρέμβαση/άσκηση ανακοπής, κατά της καταχώρησης του λεκτικού σήματος του Messi, από τον Coma, ο οποίος προέβαλε τον ισχυρισμό σύγχυσης με τα λεκτικά σήματα «Massi», τα οποία αφορούσαν και αυτά ενδύματα, υποδήματα, και κάποια άλλα προϊόντα. Ακολούθως, ο Messi άσκησε προσφυγή, πρώτα ενώπιον του EUIPO, το οποίο ενέμεινε στην απόφασή του, κρίνοντας ότι υπάρχει κίνδυνος σύγχυσης μεταξύ των δύο σημάτων, ένεκα της πανωμοιότυπης οπτικής και φωνητικής τους ταυτότητας. Στη συνέχεια, ο Messi προσέβαλε την τελική απόφαση του EUIPO ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου.

Το Γενικό Δικαστήριο του ακύρωσε την απόφαση του EUIPO. Κρίνοντας αρχικά ότι τα δύο αυτά σήματα ομοιάζουν σε κάποιο βαθμό, διαφώνησε με το EUIPO αναφορικά με το ζήτημα της εννοιολογικής ομοιότητας των δύο σημάτων θεωρώντας ότι το EUIPO υπέπεσε σε πλάνη αναφορικά με αυτό το κριτήριο. Εξηγώντας, το Γενικό Δικαστήριο τονίζει ότι η φήμη του Messi δεν απομονώνεται μόνο σε ένα συγκεκριμένο τμήμα του κοινού, στους φίλους του αθλητισμού και του ποδοσφαίρου, αλλά επεκτείνεται σε ένα ευρύτερο κοινό, εμπερικλείοντας τον μέσο καταναλωτή. Επίσης, το Δικαστήριο επισημαίνει, αιτιολογώντας την ακύρωση της απόφασης του EUIPO, ότι προς αυτήν την κατεύθυνση συμβάλλει και το είδος των προϊόντων που αφορά το υπό εξέταση σήμα, που είναι κυρίως αθλητικά είδη και υποδήματα. Έτσι, το Γενικό δικαστήριο καταλήγει ότι οι όποιες οπτικές και φωνητικές ομοιότητες αντισταθμίζονται από τις εννοιολογικές τους διαφορές, καθιστώντας τον εν γένει βαθμό ομοιότητας μεταξύ των σημάτων χαμηλό.

Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ)

Al Nashiri κ. Ρουμανίας, Αιτ. Αρ. 33234/12, 31 Μαΐου 2018 (Άρθρα 2, 3, 5, 8, 13, 6(1) ΕΣΔΑ)

Νάγια Χριστοδούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα υπόθεση θέτει στο προσκήνιο τη σοβαρότητα των θετικών υποχρεώσεων ενός κράτους. Οι ισχυρισμοί του αιτούντος βασίστηκαν στα άρθρα 2, 3, 5, 6, 8 και 13 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Εφεξής ΕΣΔΑ) και στο άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου Αρ. 6 της ΕΣΔΑ. Σύμφωνα με τον προσφεύγοντα, η Ρουμανία είχε επιτρέψει στην Central Intelligence Agency (Εφεξής CIA) την κράτηση του αιτούντος σε μυστικές εγκαταστάσεις, επιτρέποντας στην CIA να τον υποβάλει σε μεταχείριση ισοδύναμη με βασανιστήρια, σε κράτηση σε απομόνωση και του στέρησε την οποιαδήποτε πρόσβαση στην επικοινωνία με την οικογένειά του. Τέλος, ο αιτητής ισχυρίστηκε ότι η Ρουμανία δεν διεξήγαγε αποτελεσματική

και ενδελεχή διερεύνηση των ισχυρισμών του για τις σοβαρές παραβιάσεις των δικαιωμάτων του.

Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Εφεξής ΕΔΔΑ) έκρινε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 3 που αφορά την απαγόρευση βασανιστηρίων, του άρθρου 5 (δικαίωμα στην ελευθερία και στην ασφάλεια), του άρθρου 8 (δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής ζωής), του άρθρου 13 (δικαίωμα αποτελεσματικής προσφυγής), του άρθρου 6 παρ. 1 (δικαίωμα σε δίκαιη δίκη εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος), του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ (δικαίωμα στη ζωή) και του άρθρου 1 του Πρωτοκόλλου Αριθ. 6 (κατάργηση θανατικής ποινής).

Chowdury και άλλοι κ. Ελλάδας, Αιτ. Αρ 21884/15, 30 Μαρτίου 2017 (Άρθρο 4(2) ΕΣΔΑ)

Νάγια Χριστοδούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η υπόθεση αφορούσε 42 υπηκόους του Μπαγκλαντές που προσλήφθηκαν σε διάφορα μέρη της Ελλάδας, προκειμένου να εργαστούν σε αγρόκτημα με φράουλες. Υποχρεώνονταν να δουλεύουν κάτω από αντίξοες φυσικές συνθήκες, αμισθί και υπό την επίβλεψη οπλισμένων φρουρών. Το ΕΔΔΑ διαπίστωσε ότι υπήρξε σαφής παραβίαση του άρθρου 4(2) ΕΣΔΑ, εφόσον το ελληνικό κράτος δεν τους παρείχε αποτελεσματική προστασία. Επίσης, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι η υπόθεση αυτή αφορούσε εμπορία ανθρώπων και καταναγκαστική εργασία, διευκρινίζοντας ότι η εκμετάλλευση μέσω της εργασίας αποτελεί μία πτυχή ανθρώπινης εμπορίας.

Το αξιοσημείωτο στην εν λόγω απόφαση είναι το

γεγονός ότι, ανεξαρτήτως του νομικού χαρακτηρισμού των περιστάσεων, η «εμπορία ανθρώπων» ή η «καταναγκαστική εργασία», οι θετικές υποχρεώσεις που απορρέουν από το άρθρο 4 της ΕΣΔΑ οφείλονται να ερμηνευθούν υπό το φως της Σύμβασης για την Εμπορία του Συμβουλίου της Ευρώπης¹.

1. Laurens Lavrysen and Claire Poppelwell-Scevak, Chowdury and Others v. Greece: Further Integration of the Positive Obligations under Article 4 of the ECHR and the CoE Convention on Action against Human Trafficking (Strasbourgobservers,) Available at: <<https://strasbourgobservers.com/2017/04/28/chowdury-and-others-v-greece-further-integration-of-the-positive-obligations-under-article-4-of-the-echr-and-the-coe-convention-on-action-against-human-trafficking/>> (Accessed 26 Dec 2018).

Enver Şahin κ. Τουρκίας, Αιτ. Αρ. 23065/12, 30 Ιανουαρίου 2018 (Άρθρο 14 ΕΣΔΑ)

Νάγια Χριστοδούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Βάσει των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης ο αιτητής κατά τη διάρκεια των σπουδών του έμεινε παράλυτος στα κάτω άκρα λόγω ατυχήματος. Το 2007 ζήτησε από το πανεπιστήμιο να ληφθούν μέ-

τρα προκειμένου να δύναται να έχει πρόσβαση στις κτηριακές και άλλες εγκαταστάσεις. Εντούτοις, το πανεπιστήμιο απαντώντας ότι δεν υπήρχαν επαρκείς πόροι, του προσέφερε τη δυνατότητα συνοδείας. Η

διοίκηση του πανεπιστημίου είχε παραλείψει να αναζητήσει πιθανές λύσεις που θα επέτρεπαν στον αιτούντα να συνεχίσει τις σπουδές του υπό συνθήκες όσο το δυνατόν πλησιέστερες προς εκείνες που παρέχονται σε φοιτητές χωρίς αναπηρία, χωρίς να επιβαρύνεται η ίδια αδικαιολόγητα ή δυσανάλογα. Ανάγκη είναι να σημειωθεί ότι εν όψει της Σύμβασης για τα Άτομα με Αναπηρίες, αναμενόταν σχετικό κονδύλι για την διόρ-

θωση των μη προσβάσιμων κτηρίων.

Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ σε συνδυασμό με το άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου Αριθ. 1, δεδομένου ότι το πανεπιστήμιο δεν έλαβε σοβαρά υπόψη τις επιταγές της Σύμβασης των Ατόμων με Αναπηρίες. Επιδικάστηκαν 10.000 ευρώ για ηθική βλάβη.

J.R. και άλλοι κ. Ελλάδα, Αιτ. Αρ. 22696/16, 25 Ιανουαρίου 2018 (Άρθρο 5(2) ΕΣΔΑ)

Νάγια Χριστοδούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Στις 20 Μαρτίου 2016 είχε επιτευχθεί συμφωνία μεταξύ των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της Τουρκίας που αφορούσε ζητήματα μεταναστευσης, με τίτλο «*EU - Turkey Statement*», η οποία και τέθηκε σε ισχύ. Η εν λόγω συμφωνία περιλάμβανε ορισμένους όρους και προϋποθέσεις για την επιστροφή παρανόμων μεταναστών από την Ελλάδα στην Τουρκία. Η παρούσα απόφαση είναι η πρώτη η οποία ασχολείται με την προαναφερόμενη συμφωνία. Ειδικότερα, στις 21 Μαρτίου 2016 συνελήφθησαν τρεις αιτούντες ασύλου από το Αφγανιστάν και ο αρχηγός της αστυνομίας διέταξε την κράτησή τους. Οι αιτητές διαμαρτυρήθηκαν για την αυθαίρετη φύση της κράτη-

σής τους και των συνθηκών που επικρατούσαν κατά τη διάρκεια αυτής στο κέντρο υποδοχής μεταναστών (vial hotspot).

Κρίθηκε από το ΕΔΔΑ ότι δεν υπήρξαν παραβιάσεις των άρθρων 3 και 5(1) της ΕΣΔΑ, διότι η κράτηση τους δεν μπορούσε να θεωρηθεί αυθαίρετη, σε αντίθεση με την υφιστάμενη παραβίαση του άρθρου 5(2), το οποίο προνοεί ότι «*παν συλληφθέν πρόσωπον δέον να πληροφορείται κατά το δυνατόν συντομότερον και εις γλώσσαν την οποίαν εννοεί, τους λόγους της συλλήψεώς του ως και πάσαν διατυπωμένην εναντίον του κατηγορίαν*».

Tchokhanelidze κ. Γεωργία, Αιτ. Αρ. 31536/07, 28 Ιουνίου 2018 (Άρθρο 6(1) ΕΣΔΑ)

Νάγια Χριστοδούλου, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Εν προκειμένω, άτομο, ενεργώντας ως μυστικός πράκτορας, προειδοποίησε το Τμήμα Συνταγματικής Ασφαλείας του Υπουργείου Εσωτερικών της Γεωργίας ότι ο αιτών, αναπληρωτής περιφερειακός κυβερνήτης, ζήτησε χρήματα, ως δωροδοκία, ύψους 30.000 δολαρίων, με ανταλλαγή τη βοήθειά του για την απόκτηση πολεοδομικής άδειας. Κατόπιν δικαστικού διατάγματος, οι συναντήσεις με τον προσφεύγοντα βιντεογραφήθηκαν ενώ και οι τηλεφωνικές συνομιλίες μαγνητοφωνήθηκαν. Ο προσφεύγων συνελήφθη έπειτα από την κατάθεση των χρημάτων στον λογαριασμό του.

Ο αιτών, βασισμένος στο άρθρο 6(1), το οποίο κατοχυρώνει το δικαίωμα στη δίκαιη δίκη, ισχυρίστηκε ότι η καταδίκη του είχε ως έρεισμα αποδεικτικά στοιχεία που προέκυψαν από αστυνομική παγίδευση, χωρίς τα δικαστήρια να έχουν επανεξετάσει τους ισχυρισμούς του. Ακόμη, ισχυρίστηκε ότι δεν είχε την ευκαιρία να αμφισβητήσει στο δικαστήριο τους ισχυρισμούς του μυστικού πράκτορα που εμπλεκόταν στην υπόθεση. Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι, όντως, υφίστατο παραβίαση του άρθρου 6(1) της ΕΣΔΑ.

Hülya Ebru Demirel κ. Τουρκίας Αιτ. Αρ. 30733/08, 19 Ιουνίου 2018 (απαγόρευση διακρίσεων - χρηστή απονομή δικαιοσύνης)

Αρίνα Αηδονίδου, Δευτεροετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Ηπαρούσα απόφαση αφορά αίτηση της κ. Hülya Ebru Demirel κατά της Τουρκίας στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) υποστηρίζοντας ότι παραβιάστηκαν το άρθρο 14 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) το οποίο αφορά την απαγόρευση των διακρι-

σεων αλλά και το άρθρο 6 το οποίο προστατεύει το δικαίωμα εκάστου στην χρηστή απονομή δικαιοσύνης.

Η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε ότι η άρνηση των διοικητικών αρχών να την διορίσουν στη θέση της υπαλλήλου ασφάλειας και η μετέπειτα απόλυσή της αποτελούσε δυσμενή διάκριση λόγω του φύλου της.

Επιπλέον, η προσφεύγουσα κατήγγειλε διαδικασία που ακολουθήθηκε κατά την εκδίκαση της υπόθεσης της ενώπιον του Διοικητικού Δικαστηρίου, αφού αυτό αρνήθηκε να ακολουθήσει προγενέστερη απόφαση του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου σε άλλη υπόθεση όπου είχε διαπιστωθεί ότι γυναίκα είχε υποστεί παρόμοιες διακρίσεις με αυτές της προσφεύγουσας.

Σύμφωνα με το ιστορικό της υπόθεσης, το 1999 η κ. Demirel πέρασε τις προαπαιτούμενες εξετάσεις και διορίστηκε ως υπάλληλος ασφάλειας σε υποκατάστημα διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στο Killis της Τουρκίας. Εντούτοις, η εταιρεία αρνήθηκε να την προσλάβει για τον λόγο ότι δεν ήταν άντρας που είχε ολοκληρώσει την στρατιωτική του θητεία. Το 2001 η κ. Demirel προσέφυγε στο τοπικό διοικητικό δικαστήριο το οποίο απεφάνθη υπέρ της, με αποτέλεσμα να αρχίσει να εργάζεται στην εταιρεία. Το 2002 ωστόσο, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Τουρκίας ανέτρεψε την απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου, ενώ οι μετέ-

πειτα εφέσεις της προσφεύγουσας δεν είχαν θετική για εκείνη έκβαση. Η προσφεύγουσα προσέφυγε στο ΕΔΔΑ για παραβίαση των άρθρων 14 και 6 της ΕΣΔΑ.

Το ΕΔΔΑ με την απόφασή του στις 19 Ιουνίου, έκρινε ότι στην συγκεκριμένη υπόθεση υπήρξε παραβίαση των άρθρων 14 και 6 της ΕΣΔΑ. Αρχικά σχετικά με την παραβίαση του άρθρου 14 (απαγόρευση των διακρίσεων) το Δικαστήριο αναφερόμενο και σε προηγούμενη απόφασή του ήτοι την *Emel Boyraz v. Turkey*, έκρινε ότι οι εγχώριες αρχές δεν έδωσαν κάποιον άλλον λόγο πέραν του φύλου της κ. Demirel για να την απορρίψουν για την θέση. Παράλληλα όσον αφορά το άρθρο 6 το ΕΔΔΑ έκρινε ότι το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Τουρκίας δεν είχε εκπληρώσει την υποχρέωσή του να παράσχει επαρκή που να αιτιολογούν την απόρριψη του αιτήματος της κ. Demirel. Το Δικαστήριο επιδίκασε 11000 ευρώ αποζημίωση για ηθική βλάβη σε βάρος της Τουρκίας.

Khani Kabbara κ. Κύπρου Αιτ. Αρ. 24459/12, 5 Ιουνίου 2018 (απαγόρευση βασανιστηρίων)

Αρίνα Αηδονίδου, Δευτεροετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα προσφυγή καταχωρήθηκε από τον καναδό υπήκοο Khani Kabbara κατά της Κυπριακής Δημοκρατίας, επικαλούμενος παραβίαση του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ, το οποίο απαγορεύει τα βασανιστήρια και την απάνθρωπη ή ταπεινωτική μεταχείριση.

Συγκεκριμένα ο προσφεύγων ισχυρίστηκε ότι κατά την διάρκεια κράτησής του στο αστυνομικό τμήμα Λεμεσού είχε υποστεί κακομεταχείριση από τους αστυνομικούς ενώ παράλληλα υποστήριξε ότι δεν είχε διεξαχθεί αποτελεσματική έρευνα από τις εθνικές αρχές σχετικά με την καταγγελία του.

Σύμφωνα με το ιστορικό της υπόθεσης, στις 27 Φεβρουαρίου 2011 ο κ. Khani Kabbara συνελήφθη από την κυπριακή αστυνομία μπροστά από υποκατάστημα τράπεζας στην Λεμεσό, καθώς θεωρήθηκε ύποπτος για, μεταξύ άλλων, ανάληψη χρημάτων από την Τράπεζα με πλαστή πιστωτική κάρτα. Αυθημερόν με-

ταφέρθηκε στο Γενικό Νοσοκομείο Λεμεσού όπου οι εξετάσεις έδειξαν ότι ο προσφεύγων έφερε σοβαρούς τραυματισμούς.

Ο κ. Kabbara προσέφυγε στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στη βάση του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ επικαλούμενος την κακομεταχείριση που υπέστη από τις εθνικές αρχές τόσο κατά την διάρκεια της σύλληψής του όσο και κατά την διάρκεια παραμονής του στο αστυνομικό τμήμα.

Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του ανθρώπου με την απόφασή του, στις 5 Ιουνίου 2018 στηριζόμενο στις μαρτυρίες των μερών και στα στοιχεία που προσκομίστηκαν ενοποιών του, διαπίστωσε παραβίαση του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ και διέταξε την Κυπριακή Δημοκρατία να καταβάλει το ποσό των 25000 ευρώ ως δίκαιη ικανοποίηση (ηθική βλάβη), και 3000 ευρώ για δικαστικά έξοδα.

Παρασκευόπουλος κ. Ελλάδας Αιτ. Αρ. 64184/11, 28 Ιουνίου 2018 (ελευθερία έκφρασης)

Αρίνα Αηδονίδου, Δευτεροετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η παρούσα προσφυγή καταχωρήθηκε από τον κ. Παναγιώτη Παρασκευόπουλο κατά της Ελλάδας στο ΕΔΔΑ, με αντικείμενο την παραβίαση του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ, που αφορά το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης. Ο προσφεύγων ισχυρίστηκε ότι η ποινική δίωξη εναντίον του για εξύβριση, ένεκα ενός άρθρου το οποίο δημοσίευσε σε τοπική εφημερίδα καταπατά την ελευθερία έκφρασής του.

Όσον αφορά το ιστορικό της υπόθεσης, ο αιτητής, μόνιμος κάτοικος Θεσσαλονίκης, δημοσίευσε ένα άρθρο στην εφημερίδα Χορτιάτης 570 όπου κατηγορούσε πολιτικά πρόσωπα για κατάχρηση της θέσης τους. Η πρόεδρος του δημοτικού συμβουλίου προέβη σε ποινική καταγγελία κατά του προσφεύγοντος για συκοφαντική δυσφήμιση μέσω του Τύπου.

Τον Ιούλιο του 2010 το Εφετείο επανεξετάζοντας

την υπόθεση, έκρινε τον προσφεύγοντα ένοχο για προσβολή μέσω Τύπου απορρίπτοντας το επιχείρημά του, ότι η πράξη του δεν ήταν άδικη, καθώς ότι είχε γράψει ήταν αληθές και με έννομο συμφέρον για την υπόθεση. Ειδικότερα το εφετείο διαπίστωσε ότι αρχικά το άρθρο αναφερόταν στην πρόεδρο του δημοτικού συμβουλίου και παρά το γεγονός ότι όσα αναφέρονταν στο δημοσιευμένο άρθρο ήταν αληθή, ο τρόπος με τον οποίο τα είχε γράψει μπορούσε να βλάψει την τιμή και την υπόληψή της.

Επιπρόσθετα η πρόεδρος του δημοτικού συμβουλίου τον ενήγαγε ζητώντας αποζημίωση για ηθική βλάβη και το 2014 το Εφετείο εν τέλει διέταξε τον προσφεύγοντα να πληρώσει 2500 ευρώ καθιστώντας την απόφαση τελεσίδικη. Ο κ. Παρασκευόπουλος επικαλούμενος παραβίαση του δικαιώματός του στην ελεύθερη έκφραση, κατέθεσε την υπόθεση στο ΕΔΔΑ.

Το ΕΔΔΑ κλήθηκε να διαπιστώσει εάν οι εθνικές αρχές εξετάζοντας την υπόθεση, πέτυχαν να βρουν τη χρυσή τομή μεταξύ των δύο δικαιωμάτων που εγγυάται η ΕΣΔΑ, ήτοι την ελευθερία έκφρασης του προσφεύγοντος που σύμφωνα κατά άρθρο 10 και του δικαιώματος της προέδρου, για σεβασμού της υπόληψής της βάσει του άρθρου 8. Με την απόφασή του στις 28 Ιουνίου 2018, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι πράγματι εν προκειμένω είχε παραβιαστεί το δικαίωμα του προσφεύγοντος στην ελεύθερη έκφραση. Το Δικαστήριο συμφώνησε με την άποψη ότι ακόμα και αν το ύφος γραφής του προσφεύγοντος θα μπορούσε να χαρακτηριστεί υποτιμητικό, εντούτοις δεν υπερέβη τα όρια της αποδεκτής κριτικής. Παράλληλα επεσήμανε ότι ένας πολιτικός δικαιούται να προστατεύει την υπόληψή του, αλλά η προστασία αυτή είναι ανάγκη να σταθμίζεται με το συμφέρον ανοικτής συζήτησης επί πολιτικών θεμάτων.

Sarishvili-Bolkvadze κ. Γεωργίας Αιτ. Αρ. 58240/08, 19 Ιουλίου 2018 (δικαίωμα στη ζωή)

Αρίνα Αηδονίδου, Δευτεροετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της Γεωργίας ενώπιον του ΕΔΔΑ για παραβίαση του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ, που αφορά το δικαίωμα εκάστου προσώπου στη ζωή. Σε σχέση με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, ο γιος της προσφεύγουσας τραυματίστηκε μετά από πτώση του από γερανό τον Φεβρουάριο 2004. Αν και μεταφέρθηκε αμέσως σε μονάδα εντατικής θεραπείας, όπου διεγνώσθη με κάταγμα κρανίου και εγκεφαλική βλάβη, μια σωρεία επιπλοκών οδήγησαν στο θάνατό του, τον Μάρτιο του 2004.

Οι αρχές ξεκίνησαν ποινική έρευνα και τον Ιούλιο του 2004 μια ομάδα εμπειρογνομόνων δήλωσε ότι υπήρξε ιατρικό λάθος στην θεραπεία του γιου της προσφεύγουσας. Η ποινική υπόθεση τερματίστηκε το 2008. Καθ' όλη την διάρκεια της έρευνας η προσφεύγουσα δεν επέτρεπε να εκταφεί το σώμα για εξέταση, παρά τις διαπιστώσεις των ειδικών για την αναγκαιότητα αυτού του μέτρου. Οι εισαγγελείς στηριζόμενοι στην διαπίστωση των ειδικών, δήλωσαν ότι δεν μπορούσαν να βρουν αποδείξεις αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του ιατρικού σφάλματος και του θανάτου. Παράλληλα το νοσοκομείο έθεσε σε διαθεσιμότητα τον νευροχειρουργό που ήταν υπεύθυνος για την θεραπεία του γιου της προσφεύγουσας, ενώ επιπλήχθηκαν αυστηρά δύο ειδικοί εντατικής θεραπείας και ένας χειρουργός. Η προσφεύγουσα προσέ-

φυγε στο ΕΔΔΑ, ισχυριζόμενη ότι οι αρχές απέτυχαν να εκτελέσουν το καθήκον τους και να σώσουν την ζωή του γιου της και ότι η αντίδραση τους στο θάνατό του δεν ήταν η αναμενόμενη.

Το ΕΔΔΑ με την απόφασή του στις 19 Ιουλίου, έκρινε ομόφωνα ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ (δικαίωμα στην ζωή), λόγω αδυναμίας των αρχών να θέσουν σε εφαρμογή ένα αποτελεσματικό κανονιστικό πλαίσιο που να προβλέπει διαδικασία αποζημίωσης. Το Δικαστήριο δεν όρισε αποζημίωση, καθώς η προσφεύγουσα δεν είχε υποβάλει αίτηση. Ειδικότερα, το Δικαστήριο βάσει στοιχείων που προσκομίστηκαν σημείωσε ότι ορισμένοι από τους γιατρούς που είχαν φροντίσει τον γιο της προσφεύγουσας δεν είχαν τις κατάλληλες άδειες και ότι το ίδιο το νοσοκομείο είχε πραγματοποιήσει ιατρικές εργασίες χωρίς τις απαραίτητες άδειες. Το εν λόγω γεγονός κατέδειξε τις αδυναμίες του κανονιστικού πλαισίου της Γεωργίας για την εξασφάλιση της ασφάλειας των ασθενών, πράγμα που σημαίνει ότι δεν εκπληρώθηκαν οι υποχρεώσεις της Γεωργίας που απορρέουν από την ΕΣΔΑ. Τέλος το ΕΔΔΑ έκρινε ότι το εθνικό δίκαιο της Γεωργίας είχε εμποδίσει την προσφεύγουσα από το να αποζημιωθεί για μη χρηματική ζημιά, πράγμα που επιδείνωνε τη παραβίαση των δικαιωμάτων της.

Μ.Ι και W.W. κ. Γερμανίας Αιτ. Αρ. 60798/10 και 65599/10, 28 Ιουνίου 2018 (προσωπικά δεδομένα)**Θεοδοσία Αναγνωστοπούλου**, Τεταρτοετής Φοιτήτρια Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η εν λόγω πρόσφατη απόφαση έφερε στο προσκήνιο ένα αμφιλεγόμενο και συνάμα επίκαιρο ερώτημα αναφορικά με την προστασία των προσωπικών δεδομένων. Το ΕΔΔΑ δοθείσης της ευκαιρίας, εξέτασε το ρόλο των δημοσιευμάτων των Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης (Εφεξής ΜΜΕ), σχετικά με δικαστικές διαδικασίες/αποφάσεις και το σκοπό της δημοσιοποίησης των δικαστικών αποφάσεων σε πλατφόρμες νομικής πληροφόρησης. Συγκεκριμένα, η παρούσα προσφυγή αναφέρεται στην ύπαρξη ή μη, παραβίασης του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ (σεβασμός στην ιδιωτική ζωή), λόγω της απόρριψης ανωνυμοποίησης των προσωπικών δεδομένων των προσφευγόντων από τα ΜΜΕ σε διαδικτυακές ειδησεογραφικές σελίδες, σχετικά με παλαιότερη εγκληματικά συμπεριφορά των προσφευγόντων.

Το Μάιο του 1993 οι προσφεύγοντες είχαν καταδικαστεί σε ισόβια κάθειρξη για τη δολοφονία διάσημης ηθοποιού, ονόματι Walter Sedlmayr, η οποία αναφέρεται στην υπόθεση ως W. Το 2000 δημοσιεύθηκε ένα άρθρο αφορμώμενο από την επέτειο της εν λόγω δολοφονίας, περιγράφοντας τις σχετικές δικαστικές αποφάσεις οι οποίες περιείχαν τα πλήρη ονόματα των προσφευγόντων. Ένα αντίγραφο του επίδικου άρθρου, παρέμεινε στο διαδίκτυο, στο αρχείο του Ραδιοφωνικού σταθμού, γεγονός που οδήγησε τους προσφεύγοντες να κινηθούν νομικά σε εθνικό επίπεδο, ζητώντας την ανωνυμοποίηση των προσωπικών τους δεδομένων. Δεδομένου ότι το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο, αποφάσισε να μην δεχθεί τις εφέσεις, που υπέβαλαν οι προσφεύγοντες τον Οκτώβριο του 2010, οι τελευταίοι υπέβαλαν αίτηση στο ΕΔΔΑ, ισχυριζόμενοι ότι οι αποφάσεις των γερμανικών δικαστηρίων, είχαν παραβιάσει τα δικαιώματα, που απορρέουν από το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ.

Αρχικά, το ΕΔΔΑ θεώρησε αναγκαίο, βάσει των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης, να εξετάσει την ανάγκη εξισορρόπησης μεταξύ του κατοχυρωμένου δικαιώματος των προσφευγόντων για σεβασμό στην ιδιωτική ζωή, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 8 της ΕΣΔΑ, και του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ (δικαίωμα ελευθερίας έκφρασης και σκέψης), από το οποίο απορρέει κατ' επέκταση και το δικαίωμα των Μ.Μ.Ε να εκφράζονται ελεύθερα και να ενημερώνουν.

Στη δικαστική απόφαση σημειώνεται ότι στην παθητική διάσταση του δικαιώματος στην ενημέρωση περιλαμβάνεται και το δικαίωμα έρευνας σε παλαιό-

τερα ειδησεογραφικά/αρχεία δημοσιεύσεων για λήψη γνώσης γεγονότων που απασχόλησαν την κοινωνία στο παρελθόν. Επιπρόσθετα, το ΕΔΔΑ τόνισε πως τα διαδικτυακά μέσα επικοινωνίας καθαυτά αλλά και το περιεχόμενό τους, είναι πιθανότερο, εν συγκρίσει με τον παραδοσιακό γραπτό τύπο, να υπονομεύουν την άσκηση και την απόλαυση του δικαιώματος σεβασμού της ιδιωτικής ζωής. Ειδικότερα σε σχέση με την προαναφερθείσα θέση, θα πρέπει να αναφερθεί ότι οι μηχανές αναζήτησης διαδραματίζουν πολύ σημαντικό ρόλο.

Μολονότι οι πληροφορίες που παρέχονται από τα ΜΜΕ, μπορούν εύκολα να ληφθούν από χρήστες του Διαδικτύου, η αντίδραση των προσφευγόντων, αφορούσε την απόφαση των ΜΜΕ, να δημοσιεύουν και να διατηρούν αυτό το υλικό στους ιστοτόπους τους. Οι μηχανές αναζήτησης απλώς επέκτειναν το πεδίο της παρεμβολής. Εν αντιθέσει με την πρωτογενή δημοσίευση (η δραστηριότητα της οποίας αποτελεί τον πυρήνα του δικαιώματος στην ελευθερία της έκφρασης) το πρωταρχικό ενδιαφέρον των υπεύθυνων των μηχανών αναζήτησης, δεν είναι η δημοσίευση των πληροφοριών, αλλά ο εντοπισμός πληροφοριών, σχετικά με το θέμα της αναζήτησης και η δημιουργία ενός προφίλ. Επισημάνθηκε δέ, από το ΕΔΔΑ, ότι η ανωνυμοποίηση προς εξυπηρέτηση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ και δή του δικαιώματος στη λήθη θα συνιστούσε δυσανάλογη παρέμβαση στο δικαίωμα των ΜΜΕ και του δικαιώματος του κοινού στην πληροφόρηση αντιστοίχως (άρθρο 10 της ΕΣΔΑ). Κατ' επέκταση, έκρινε πως δεν υφίσταται στην παρούσα υπόθεση παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ.

Η απόφαση αυτή παρέχει ισχυρή υποστήριξη για την προστασία των αρχείων των μέσων μαζικής ενημέρωσης (ιδίως όσον αφορά τις σύγχρονες δικαστικές εκθέσεις) βάσει του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ. Υπογραμμίζει επίσης, τη διακριτική ευχέρεια που παρέχεται στο συντάκτη στο πλαίσιο του καθορισμού εάν ένα άρθρο που παραμένει αναρτημένο στο διαδίκτυο πρέπει να κατονομάσει ένα άτομο, ζήτημα άμεσα συνδεδεμένο με το δικαίωμα στη λήθη. Το ΕΔΔΑ εξέφρασε σοβαρές ανησυχίες σχετικά με το «ψυχρό» αποτέλεσμα του δικαιώματος της λήθης σε αιτήματα έναντι των ΜΜΕ, όσον αφορά τα αρχειοθετημένα άρθρα. Αυτές οι ανησυχίες προκύπτουν ακόμη και αν το δικαίωμα στη λήθη, εξετάζεται κατόπιν αιτήματος, κατά περίπτωση, και ελλείψει γενικής υποχρέωσης παρακολούθησης και διαγραφής αρχειοθετημένων δημοσιεύσεων.

Aρθρογραφία

I. Δίκαιο των Χρηματαγορών

Τα παράγωγα χρηματοπιστωτικά μέσα υπό το πρίσμα του Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου

Σωτήρης Χριστοφή, Ασκούμενος Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Τα παράγωγα χρηματοπιστωτικά μέσα, υπό τη μορφή που έχουν σήμερα, οφείλουν την ύπαρξή τους στις καινοτομίες απορρύθμισης που εισήχθησαν στο πλαίσιο των χρηματοπιστωτικών αγορών στις ΗΠΑ από τη δεκαετία του 1960¹. Η ανάδυση της σύγχρονης μορφής παραγώγων δεν μπορεί παρά να ιδωθεί μέσα από το πρίσμα της εμπέδωσης της χρήσης σύνθετων υπολογιστικών μοντέλων στο πλαίσιο των αγορών². Θα μπορούσε να λεχθεί ότι η τεχνολογία, η απορρύθμιση και η παγκοσμιοποίηση συνιστούν το πεδίο πάνω στο οποίο εδραιώθηκε η χρήση των παραγώγων, ώστε να αποτελούν σήμερα αναπόσπαστο εργαλείο κάθε επενδυτή. Η επικινδυνότητά τους, η διεθνής τους φύση, σε συνδυασμό με τον ιδιαίτερα τεχνικό τους χαρακτήρα, οδηγεί συχνά σε περιπλοκότητες³. Ιδιαίτερα για ένα νομικό, τα παράγωγα ως πεδίο έρευνας προκαλούν σχετική αμηχανία, αφού το έργο της υπαγωγής τους σε υπάρχουσες συναλλακτικές μορφές είναι συνήθως δυσχερές. Το έργο, όμως, του νομικού μελετητή καθίσταται ακόμη δυσχερέστερο όταν καλείται να αντιμετωπίσει τέτοιου είδους συναλλαγές ιδιωτικο-διεθνολογικά.

Λέξεις-Κλειδιά:

Παράγωγα χρηματοπιστωτικά μέσα - ΙΔΔ - Νομικός χαρακτηρισμός - Εφαρμοστέο δίκαιο - Θετό δίκαιο - Θετέο δίκαιο

1. Για τις σημαντικότερες ιστορικά περιόδους απορρύθμισης της αγοράς βλ. Glivanos, I., *Redefining the Market-State Relationship: Responses to the financial crisis and the future of regulation* (Routledge, 2014), 61-83.

2. Kim, J., From vanilla swaps to exotic credit derivatives: How to approach the interpretation of credit events, (2008) 13 *Fordham Journal of Corporate Financial Law* 705, 709-710.

3. Βλ. Stewart, L., *Multinational Finance and Derivatives*, (1995) 89 *American Society of International Law Proceedings* 38: What is a derivative? This is a moving target-the press seems to define a derivative as «anything on which money can be lost». Για τη σχέση των παραγώγων με το λεγόμενο σκιώδες τραπεζικό σύστημα βλ. Lawrence, J., Desmond, K., *Fed power: how finance wins* (Oxford University Press, 2016), 86.

I. Εισαγωγή

Αντικείμενο της παρούσας μελέτης είναι το καθεστώς των παραγώγων χρηματοπιστωτικών μέσων υπό το πρίσμα του Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου. Επιχειρείται αυτόνομος ιδιωτικο-διεθνολογικός νομικός χαρακτηρισμός των συμβάσεων παραγώγων, με επίκεντρο τις ιδιαίτερες ομάδες επενδυτών, ενώ εξηγείται, παράλληλα, η συμβατική λειτουργία τους. Γίνεται μνεία στη Σύμβαση-Πλαίσιο της ISDA, η οποία θεωρείται ο πιο διαδεδομένος συμβατικός τύπος εξωχρηματιστηριακών παραγώγων.

Κατόπιν, αναλύεται το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβάσεις παραγώγων δυνάμει του Κανονισμού Ρώμη I, με αναφορά τόσο στο *primo loco*, όσο και στο *secundo loco* εφαρμοστέο δίκαιο. Ως προς το τελευταίο, γίνεται ειδικότερη ανάλυση σε σχέση με την εντοπιότητα ως κριτήριο ανεύρεσης εφαρμοστέου δικαίου. Επιπρόσθετα, εξετάζονται ειδικότερα ζητήματα, στενά συνδεδεμένα με τις συμβάσεις παραγώγων. Παρατίθενται, επίσης, οι ευρωπαϊκής σύλληψης νέες πρωτοβουλίες για ενίσχυση της *ex ante* ασφάλειας δικαίου.

Καταληκτικά, επιχειρούνται εισηγήσεις για αλλαγή στη φύση του εφαρμοστέου δικαίου στις συμβάσεις παραγώγων, στη βάση της εξέλιξης των συναλλαγών.

II. Παράγωγα Χρηματοπιστωτικά Μέσα

Τα παράγωγα αποτελούν μια νέα κατηγορία χρηματοπιστωτικών προϊόντων, που στην ουσία «παράγονται» ή εξαρτούν την ύπαρξή τους, με διμερή σύμβαση, από τα ήδη υπάρχοντα προϊόντα στην οικονομία⁴. Με άλλα λόγια, παράγωγα ορίζονται τα χρηματοπιστωτικά μέσα, η αξία των οποίων εξαρτάται⁵ και διακυμαίνεται από την αξία ενός ή περισσότερων υποκείμενων προϊόντων⁶. Υποκείμενα προϊόντα δύναται να συνιστούν οι μετοχές, οι ομολογίες, οι νομισματικές ιστοτι-

4. Χατζής, Δ., Παράγωγα επί ακινήτων, (2008) 2 *Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο* 194, 195.

5. Baer, R., *Understanding Derivatives and Financial Instruments*, (1994) 72 *Taxes* 929, 930.

6. Hull, J., *Options, Futures and other Derivatives* (7th ed., Pearson Prentice Hall, 2009), 1.

μίες, τα εμπορεύματα⁷, οι δείκτες κ.α.⁸.

Τα παράγωγα κατηγοριοποιούνται με κριτήριο τον τρόπο οργάνωσης της αγοράς, εντός της οποίας αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης. Διακρίνονται, συναφώς, σε χρηματιστηριακά παράγωγα και εξωχρηματιστηριακά παράγωγα⁹. Στη μεν πρώτη κατηγορία εμπίπτουν τα παράγωγα χρηματοπιστωτικά μέσα, που αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης στο πλαίσιο ρυθμιζόμενων αγορών. Στη δεύτερη κατηγορία δε υπάγονται οι συμβάσεις στις οποίες τα συμβαλλόμενα μέρη αποφασίζουν, αυτοβούλως και κατά άμεσο τρόπο, τους όρους της σύμβασής τους¹⁰.

III. Νομικός Χαρακτηρισμός Παραγώγων

A. Η μέθοδος του νομικού χαρακτηρισμού στο Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο

Η μέθοδος του νομικού χαρακτηρισμού αποτελεί τη διαδικασία κατά την οποία τα πραγματικά περιστατικά της κάθε βιοτικής σχέσης τυγχάνουν υπαγωγής στη νομοτυπική μορφή του κανόνα δικαίου. Η εν λόγω διαδικασία δεν είναι, ως προς τα βασικά της στοιχεία, διάφορη με την αντίστοιχη που ακολουθείται σε κάθε διαδικασία που απαιτεί χαρακτηρισμό βιοτικής σχέσης στο πλαίσιο της εθνικής έννομης τάξης¹¹. Η περιπλοκότητα που παρουσιάζεται είναι η εξής: με βάση ποιο δίκαιο ο δικάζων δικαστής οφείλει να χαρακτηρίσει την επίμαχη βιοτική σχέση;

Κρατούσα θεωρείται η θεωρία της *lex fori*, σύμφωνα με την οποία ο δικάζων δικαστής ανατρέχει στο δικό του δίκαιο, προκειμένου να χαρακτηρίσει την υπό εξέταση βιοτική σχέση¹². Είναι παραδεκτό, λοιπόν, ότι τυγχάνει εφαρμογής η θεωρία της *lex fori* όποτε είναι πρόσφορο, με τη διαφορά ότι ο νομικός χαρακτηρισμός γίνεται πλέον με βάση έννοιες (εντός των κανόνων συνδέσεως) που έχουν μια αυτοτέλεια σε σχέση με το ημεδαπό ουσιαστικό δίκαιο, με τον δικαστή να οφείλει να αντιμετωπίζει τα πραγματικά περιστατικά ενώπιον του κατά έναν ουδέτερο τρόπο¹³.

Έχει υποστηριχθεί ότι το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο δεν μπορεί να διαδραματίσει ουσιώδη ρόλο ως προς τα παράγωγα, λόγω της επίλυσης των ζητημάτων που απορρέουν στη βάση της συναλλακτικής πρακτικής¹⁴. Και αυτή η άποψη, βεβαίως, τίθεται εν αμφιβόλω, αν αναλογιστεί κανείς ότι απαιτείται, έστω και σε μικρή ένταση, νομικός χαρακτηρισμός για να φτάσει κανείς στο συμπέρασμα ότι τα παράγωγα συνιστούν, για σκοπούς ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, συμβάσεις. Θα μπορούσε να επιχειρηθεί, επιπλέον, ο ισχυρισμός ότι ο νομικός χαρακτηρισμός πρέπει να επιδιώκει αποκλειστικά τον χαρακτηρισμό παραγώγων ως συμβάσεων, με σκοπό την ενεργοποίηση του Κανονισμού Ρώμη I, που αφορά το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές. Και αυτή η θέση, όμως, δεν καθ' όλα ορθή, αφού ο Κανονισμός Ρώμη I εμπεριέχει, πέρα από το βασικό κανόνα εφαρμοστέου δικαίου (το *electio juris*), και την έννοια της «χαρακτηριστικής παροχής», ανάλυση της οποίας οδηγεί στην ανεύρεση του *secundo loco*.

Ο νομικός χαρακτηρισμός, λοιπόν, πρέπει να προχωρά, πέρα από τον χαρακτηρισμό των παραγώγων ως συμβάσεις, στην ανάλυση και στο χαρακτηρισμό της συμβατικής ενοχής και στον ορισμό της παροχής της συμβατικής ενοχής. Πρέπει, επιπρόσθετα, να εξετάζεται κατά πόσο οι επίμαχες συμβάσεις αποτελούν ειδικές σχέσεις, οι οποίες, λόγω της φύσης τους, έχουν ανάγκη ιδιαίτερης ιδιωτικο-διεθνολογικής αντιμετώπισης.

B. Η συμβατική λειτουργία των παραγώγων χρηματοπιστωτικών μέσων

Προκειμένου να είναι πλήρης ο ως ανωτέρω νομικός χαρακτηρισμός χρειάζεται να διερευνηθεί η έννοια της συναλλαγής των υπό εξέταση συμβάσεων. Οι συναλλαγές ερμηνεύονταν παραδοσιακά ως οι συμβατικές σχέσεις, ανταλλακτικής φύσης, οι οποίες εκπληρώνονταν άμεσα και τοις μετρητοίς, έχοντας ως αντικείμενο αυτούσια χρηματιστηριακά πράγματα¹⁵. Η παραδοσιακή εννοιολογική οριοθέτηση της συναλλαγής, με αναφορά στα παράγωγα, επεκτάθηκε σημαντικά.

Περιλαμβάνει, σήμερα, παροχές, η εκπλήρωση των οποίων μετατίθεται στο μέλλον, με τις συναλλαγές, παράλληλα, να μπορούν να τίθενται υπό την εξουσιαστική αίρεση των μερών¹⁶. Υπό το ίδιο πρίσμα, πρέπει να σημειωθούν οι ουσιώδεις διευρύνσεις της παραδοσιακής έννοιας της συναλλαγής που σχετίζονται με την πρακτική που θέλει τα παράγωγα, από τη μία, να

7. Για την σχέση χρηματοπιστωτικών παραγώγων και εμπορευμάτων, βλ. Tamvakis, M., *Commodity Trade and Finance* (2nd ed., Routledge, 2014).

8. Sharma, S., *Over-the-counter derivatives: A new era of Financial Regulation* (2011) 17 *Law and Business Review of the Americas* 279, 283.

9. Γκόρτσος, Χ., *Εισαγωγή στο Διεθνές Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο* (Νομική Βιβλιοθήκη, 2011), 15.

10. Lynn, D., «Enforceability of Over the Counter Financial Derivatives» (1994) 50 *The Business Lawyer* 291, 295.

11. Rogerson, P., *Collier's Conflict of Laws* (4th ed., Cambridge University Press, 2013), 267-268.

12. Βασικοί εκφραστές της θεωρίας υπήρξαν ο Kahn και ο Bartin.

13. Στο κοινοδικαίο προκρίνεται ο νομικός χαρακτηρισμός με ένα ευρύ διεθνιστικό πνεύμα («broad internationalist spirit»). Βλ. σχετικά, *Raffelsen Zentralbank Osterreich AG v. Five Star General Trading LLC* [2001] QB 825, 840.

14. Ζερέϊ, Ι., *Εξωχρηματιστηριακές Συμβάσεις Παραγώγων* (Νομική Βιβλιοθήκη, 1999), 48.

15. Δαβράδος, Ν., *Οι Εξωχρηματιστηριακές Συμβάσεις Παραγώγων στο Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο* (Νομική Βιβλιοθήκη, 2009), 106.

16. Βλ. γενικά, Stafford, J., *Derivatives Markets and Analysis* (John Wiley & Sons, 2017).

μην συνδέονται μόνο με αυτούσια χρηματιστηριακά πράγματα, αλλά και με αφηρημένες αναφορές στην αξία ενός χρηματιστηριακού πράγματος¹⁷ και, από την άλλη, τις υποκείμενες αξίες των παραγώγων να μπορούν να συνιστούν, πέρα από χρηματιστηριακά πράγματα, και άλλου τύπου χρηματοπιστωτικά μέσα¹⁸.

Άλλο ουσιώδες σημείο που χρήζει ανάλυσης, στο πλαίσιο της συμβατικής λειτουργίας των παραγώγων, είναι αυτό των συμβαλλομένων, ιδιαίτερα από την στιγμή που συχνά πρόκειται για χρηματοπιστωτικό ίδρυμα. Ως εκ τούτου, η τράπεζα μπορεί να προσλάβει είτε την ιδιότητα του ενδιάμεσου προσώπου είτε του αντισυμβαλλόμενου¹⁹. Θα μπορούσε να επιχειρηθεί μία επιπλέον διάκριση ανάμεσα στους συμβαλλομένους στην πρωτογενή αγορά, όπου δημιουργείται σε πρώτο επίπεδο η οικονομική θέση εκάστου συμβαλλομένου και στους συμβαλλομένους στη δευτερογενή αγορά, όπου διαλαμβάνει μεταβίβαση της υπάρχουσας οικονομικής θέσης²⁰. Η πιο πάνω διάκριση χάνει τη σημασία της στις περιπτώσεις κεντρικής διαχείρισης των εν λόγω συναλλαγών.

Σημαντικός θεωρείται, επίσης, ο τύπος της συναλλαγής²¹, όταν πρόκειται για εξωχρηματιστηριακές συναλλαγές, οι οποίες διαπνέονται γενικά από την ελευθερία των συμβάσεων²². Παραταύτα, η συναλλακτική πρακτική έχει οδηγήσει, συν τω χρόνω, σε συγκεκριμένους συμβατικούς τύπους, που αποσκοπούν στην εξυπηρέτηση των αναγκών του συνόλου των συναλλασσομένων²³. Ως εκ τούτου, οι επενδυτές επιλέγουν μια Σύμβαση-Πλαίσιο, επί της οποίας αναγράφονται οι υποχρεώσεις των μερών, οι οποίες προσαρμόζονται κατά τη βούλησή τους, με τις επιμέρους πράξεις να επιβεβαιώνονται με έγγραφες αποδείξεις²⁴.

Οι πιο διαδεδομένοι συμβατικοί τύποι εξωχρηματιστηριακών παραγώγων θεωρούνται οι συμβατικοί τύποι της ISDA («International Swaps and Derivatives Association Inc.»)²⁵. Οι εν λόγω τύποι συμβάσεων

έχουν ως προεπιλογή εφαρμοστέου δικαίου το δίκαιο της πολιτείας της Νέας Υόρκης ή το αγγλικό δίκαιο, με ρήτρα δικαιοδοσίας, παράλληλα, τα εθνικά ή διαιτητικά δικαστήρια της Νέας Υόρκης και του Λονδίνου. Ιδιαίτερα σημαντικές θεωρούνται, επίσης, οι ρυθμίσεις της Σύμβασης-Πλαισίου της ISDA, οι οποίες αφορούν τις ομοιόμορφες θεραπείες λόγω αθέτησης συμβατικών όρων, αφερεγγυότητας ή πτώχευσης ενός εκ των δύο συμβαλλομένων κ.λπ.²⁶, όπως και τις συμφωνίες εκκαθάρισης²⁷.

Γ. Αυτόνομος ιδιωτικο-διεθνολογικός χαρακτηρισμός

Ο αυτόνομος ιδιωτικο-διεθνολογικός νομικός χαρακτηρισμός υπεισέρχεται στο πεδίο της ανάλυσης, ειδικά εκεί όπου ανακλύπτον ιδιαίτερες ομάδες επενδυτών. Η ειδική μεταχείριση αυτών των ομάδων επιτάσσεται από την ανάγκη να εξευρεθεί η βέλτιστη λύση, που να ικανοποιεί τα συμφέροντα τόσο των μερών, όσο και της αγοράς.

Προκύπτει από τα ανωτέρω, ότι η έννοια του συμφέροντος είναι κρίσιμης σημασίας, με την στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων να αποτελεί σκοπό και καθοδηγητή της μεθόδου νομικού χαρακτηρισμού της σύμβασης. Πάγιο αίτημα κάθε συμβαλλομένου θεωρείται η ύπαρξη βεβαιότητας δικαίου στη συμβατική σχέση στην οποία εμπλέκεται. Συναφή κριτήρια εξακρίβωσης του συμφέροντος θεωρούνται η εύλογη προσδοκία των μερών, η ταχύτητα των συναλλαγών και η ύπαρξη αθέμιτου ή θεμιτού τυχηρού στοιχείου, σε συνάρτηση με τα εκατέρωθεν συμφέροντα των μερών.

Σημείο αναφοράς, ως προς τον προσδιορισμό των συμφερόντων των μερών, αποτελούν οι φορείς των συμφερόντων. Η σημαντικότερη διάκριση αφορά τους θεσμικούς συμβαλλόμενους, σε σχέση με τους απλούς συμβαλλομένους, με κριτήριο το κατά πόσο προβαίνουν στις σχετικές συναλλαγές στο πλαίσιο άσκησης των επαγγελματικών τους δραστηριοτήτων. Προκύπτει ότι ο απλός συμβαλλόμενος δεν έχει ως πρώτο μέλημα την εφαρμογή του δικού του δικαίου, εστιάζοντας περισσότερο στο αίτημα για διαφάνεια της αγοράς. Αντίθετα, ο θεσμικός επενδυτής επιδιώκει τη βεβαιότητα δικαίου και τη συνακόλουθη εφαρμογή του οικείου σε αυτόν κανόνα.

Περαιτέρω διακρίσεις μπορούν να επιχειρηθούν καταρχήν μεταξύ των κυρίως συμβαλλομένων, σε σχέση με τρίτους (εγγυητές, εκκαθαριστές ή δυνητικούς αγοραστές των παραγώγων στη δευτερογενή αγορά) και, τέλος, των ειδικών κατηγοριών συμβαλλομένων (ένεκα της ασθενέστερης τους θέσης).

17. Για παράδειγμα βλ., Deacon, M., Derry, A., Mirfendereski, D., *Inflation-indexed securities: bonds, swaps and other derivatives* (John Wiley & Sons, 2004).

18. Για εναλλακτικές υποκείμενες αξίες βλ., Geman, H., *Commodities and commodity derivatives: modeling and pricing for agricultural, metals and energy* (John Wiley & Sons, 2009).

19. Parker, E., Perzanowski, M., *Practical Derivatives: A Transactional Approach* (3rd ed., Globe Law & Business, 2017), 547.

20. Γκόρτσος, Χ., *Εισαγωγή στο Διεθνές Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο* (Νομική Βιβλιοθήκη, 2011), 13.

21. Hudson, A., *The Law of Financial Derivatives* (Sweet and Maxwell, 2012), 89.

22. Albrecht, W., «Regulation of Exchange-Traded OTC derivatives» (1995) 21 *The Journal of Corporate Law* 111, 113.

23. Wood, P., *Law and Practice of International Finance* (Sweet & Maxwell, 2008), 440.

24. Haentjens, M., de Gioia Carabellese, P., *European banking and financial law* (Routledge, 2017), 11.3.1.

25. Goode, R., Kronke, H., McKendrick, E., *Transnational*

commercial law: text, cases, and materials (Oxford University Press, 2015), 431.

26. Τμήμα 5 της Σύμβασης-Πλαισίου.

27. Wood, P., *Law and Practice of International Finance* (Sweet & Maxwell, 2008), 224.

Σε στενή συνάφεια με τον τύπο του φορέα είναι ο χαρακτήρας της τελούμενης συναλλαγής. Πιο συγκεκριμένα, η οικονομική θέση που λαμβάνουν οι φορείς συνιστά τον πιο ασφαλή δείκτη της επενδυτικής στρατηγικής που επιλέγει ο φορέας· όταν επιλέγεται μια τακτική που αποσκοπεί στη διαχείριση χαρτοφυλακίου, στην αντιστάθμιση κινδύνου και στην εξισορροπητική κερδοσκοπία, γίνεται λόγος για ύπαρξη επενδυτικού σκοπού, ενώ όταν επιλέγεται τακτική κερδοσκοπίας, τότε ο σκοπός είναι προφανώς κερδοσκοπικός.

Σε σχέση με την αγορά, τα συμφέροντα της οποίας επίσης απαιτούν προστασία, πρέπει να ληφθούν υπόψη οι σχετικές συστηματικές διακρίσεις σε χρηματαγορά-κεφαλαιαγορά και πρωτογενή-δευτερογενή αγορά²⁸. Ταυτόχρονα, στόχευση χρειάζεται να δοθεί στην ύπαρξη ή όχι του στοιχείου της οργάνωσης της αγοράς, όπως έχει προσδιοριστεί στην ευρωπαϊκή παράγωγη νομοθεσία²⁹. Ως συμφέρον της αγοράς θα πρέπει να θεωρείται η διαφάνεια, η προστασία των συναλλαγών και η πάταξη της χειραγώγησης της αγοράς.

Θα μπορούσε, μάλιστα, να υποστηριχθεί ότι το συμφέρον της αγοράς θα προστατευόταν ευχερέστερα διαμέσου της θέσπισης κανόνα σύγκρουσης, σύμφωνα με τον οποίο το δίκαιο που θα διέπει τις συναλλαγές της αγοράς είναι το δίκαιο της αγοράς. Με αυτό ως αφετηρία και με δεδομένο ότι η αγορά αποτελεί ένα υπερεθνικό τόπο συναντήσεως των φορέων, άγεται κανείς στο συμπέρασμα ότι αυτή η «τέλεια αγορά» συνιστά ένα ιδιότυπο *forum*, που τέμνει τα συμφέροντα των συμβαλλομένων μερών και που έχει το δικό της δίκαιο. Θα ήταν δυνατό, λοιπόν, να εφαρμοστεί το εν λόγω δίκαιο –το δίκαιο του ιδιότυπου αυτού *forum*;

Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, αναφύονται οι κάτωθι επιλογές ιδιωτικο-διεθνολογικής ρύθμισης:

Πρώτον, η ρύθμιση με κανόνες σύγκρουσης, συμφώνως προς την κρατούσα πρακτική, χωρίς, ωστόσο, σε αυτό το σενάριο να ικανοποιούνται κατά τον βέλτιστο τρόπο τα συμφέροντα της αγοράς. Σύμφωνα με αυτή την ρύθμιση, θεσπίζονται κανόνες σύγκρουσης, δυνάμει των οποίων εφαρμοστέο καταρχήν είναι το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη («*lex voluntatis*»).

Δεύτερον, η ρύθμιση με ουσιαστικούς κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, δεδομένου ότι πρόκειται για «ενοποιημένους» κανόνες δικαίου, ως ιδανικό μέσο για τις περιπτώσεις που απαιτείται ρύθμιση ειδικών σχέσεων. Υπό αυτό το πρίσμα, γίνεται λόγος για επίλυση των απορρεόντων ζητημάτων με βάση το ουσιαστικό δίκαιο του *forum* της αγοράς («*lex fori societatis periculi*»).

IV. Εφαρμοστέο Δίκαιο στις συμβάσεις παραγώγων

A. *Lex contractus* της σύμβασης παραγώγου

A.1 *Primo loco* εφαρμοστέο δίκαιο

Ο κοινοτικός νομοθέτης έχει επιλέξει την εφαρμογή της μεθόδου των κανόνων σύγκρουσης για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές. Οι συμβάσεις παραγώγων δεν εκπίπτουν από το πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού Ρώμη I, αφού αποτελούν καθαρά συμβατικές σχέσεις με αντικείμενο την οικονομική θέση των μερών, και όχι ενοχικές σχέσεις απορρέουσες από αξιόγραφα. Ως εκ τούτου, κατ' αρχήν *primo loco* εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές θεωρείται το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη (*lex voluntatis*), με την προσπάθεια να επικεντρώνεται στην πληρέστερη εκπλήρωση του *electio juris* των μερών. Το εν λόγω επιλεγμένο δίκαιο πρέπει απαραίτητα να συνιστά θετό δίκαιο κράτους –δεν επιτρέπεται η επιλογή, ως εφαρμοστέου δικαίου, συστήματος κανόνων δικαίου που έχει παραχθεί από διεθνές δικαιοδοτικό σώμα, αν και οι συμβαλλόμενοι μπορούν να ενσωματώσουν τέτοιους κανόνες στη σύμβαση (θα τύχουν μεταχείρισης ως όροι της σύμβασης). Στο πλαίσιο αυτό, εισάγεται και η ρύθμιση των κανόνων της *lex mercatoria*, ως μέρους της σύμβασης.

Η επιλογή δικαίου από τα μέρη δύναται να είναι ρητή ή συναγόμενη από τη συμπεριφορά των μερών. Η συγκεκριμένη επιλογή αποτελεί, υπό το πρίσμα του Κανονισμού Ρώμη I, σύμβαση διεπόμενη, ως προς την ουσία της, από τη *lex contractus*, από το δίκαιο δηλαδή που «θα ήταν εφαρμοστέο σύμφωνα με τον παρόντα κανονισμό, αν η σύμβαση ή η διάταξη ήταν έγκυρη»³⁰. Η εξακρίβωση ύπαρξης σιωπηρής βούλησης των μερών πρέπει να τελείται με βάση αντικειμενικά κριτήρια, προκειμένου να ανευρεθεί το κέντρο βάρους της σύμβασης.

Το άρθρο 3, παράγραφος 3, του Κανονισμού ορίζει ότι το *electio juris* δεν μπορεί να καταργήσει τους κανόνες από τους οποίους δεν χωρεί παρέκκλιση με συμφωνία, όταν «όλα τα άλλα [...] δεδομένα εντοπίζονται σε χώρα διαφορετική από εκείνη της οποίας το δίκαιο επελέγη»³¹. Πάντως, η εν λόγω παρέκκλιση φαίνεται να έχει χάσει την πρακτική της σημασία, όταν τα μέρη χρησιμοποιούν τη Σύμβαση-Πλαίσιο της ISDA. Συναφώς, το Εφετείο Αγγλίας και Ουαλίας έκρινε ότι, όπου χρησιμοποιείται η Σύμβαση-Πλαίσιο της ISDA, η φύση της συμφωνίας έχει τέτοιο διεθνή χαρακτήρα, ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή υποχρεωτικών κανόνων του εθνικού δικαίου³².

30. Άρθρο 5, παρ. 3 του Κανονισμού: άρθρα 10, 11 και 13.

31. Βλ. σχετικά με την εν λόγω διάκριση: American Restatement (Second) of the Conflict of Laws, παράγραφος 187.

32. *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428· *Banco Santander Totta SA v. Companhia Carris de Ferro de Lisboa SA & Ors* [2016] EWCA Civ 1267.

28. Γκόρτσος, Χ., *Εισαγωγή στο Διεθνές Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο* (Νομική Βιβλιοθήκη, 2011), 15.

29. Βλ. MiFID II: Οδηγία 2014/65/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 15ης Μαΐου 2014 για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων.

A.2 *Secundo loco* εφαρμοστέο δίκαιο

Το *secundo loco* ενεργοποιείται στις περιπτώσεις που τα μέρη δεν έχουν επιλέξει εφαρμοστέο δίκαιο ή η επιλογή τους κρίνεται ως άκυρη. Συγκεκριμένα, το άρθρο 4 του Κανονισμού εισάγει, ουσιαστικά, τη θεωρία του «proper law of the contract» για εξεύρεση εφαρμοστέου δικαίου³³. Η Σύμβαση της Ρώμης, όπως και ο Κανονισμός, έχει εισάγει προς αρωγή του έργου του δικαστή ορισμένα τεκμήρια που υποδηλώνουν στενότερο σύνδεσμο της σύμβασης με ένα δίκαιο³⁴, με επίκεντρο τον τόπο όπου οφείλεται η «χαρακτηριστική παροχή»³⁵.

Η εύρεση χαρακτηριστικής παροχής στις συμβάσεις παραγωγών δεν αποτελεί ευχερή διαδικασία, αν και περιπτωσιολογικά μπορεί να οδηγήσει σε συμπεράσματα. Έτσι, για παράδειγμα, στην περίπτωση που μια τράπεζα κατέχει κεντρικό ρόλο σε πολυμερή συναλλαγή, μέσω «warehousing», τότε η χαρακτηριστική παροχή εκπληρώνεται από την τράπεζα. Φαίνεται, λοιπόν, να είναι προσφορότερη η προσέγγιση μέσα από όλα τα στοιχεία των υπό εξέταση συμβάσεων, δύναμι των παραγράφων 3 και 4, του άρθρου 4 του Κανονισμού. Κατά την τελευταία προσέγγιση, πρέπει να επιδιώκεται η βέλτιστη λύση, η οποία να καταφέρνει να εξυπηρετεί και να ισορροπεί τα συμφέροντα των μερών και της αγοράς³⁶.

Τα κριτήρια για ανεύρεση των συνδεδετικών στοιχείων των υπό εξέταση συμβάσεων με το «proper law»³⁷ περιλαμβάνουν *inter alia*: (1) τα προσωπικά συνδεδετικά στοιχεία των συμβαλλομένων, (2) τον τόπο εκδίκασης της διαφοράς, (3) τον τόπο όπου τελούνται οι διαπραγματεύσεις, (4) τον τόπο στον οποίο συνάπτεται η σύμβαση, (5) τον τόπο εκπλήρωσης της σύμβασης, (6) τον τόπο της αγοράς κ.λπ.

Β. Τόπος της αγοράς ως κριτήριο ανεύρεσης συνδεδετικού στοιχείου

Ο τόπος της αγοράς θεωρείται το πιο αποτελεσματικό κριτήριο από τα προαναφερθέντα. Αν και η εξεύρεση του τόπου της αγοράς χρηματιστηριακών παραγωγών είναι εύκολη, εντούτοις η αντίστοιχη εξεύρεση του τόπου της αγοράς εξωχρηματιστηριακών παραγωγών δεν είναι το ίδιο ευχερές. Προκειμένου να κατα-

στεί εναργής ο τόπος της αγοράς χρειάζεται να επικεντρωθεί κανείς στον τόπο όπου έχει δημιουργηθεί η οικονομική θέση των μερών.

Εάν πρόκειται για συμβάσεις που έχουν συναφθεί στο πλαίσιο οργανωμένης εξωχρηματιστηριακής αγοράς με κεντρικό διαχειριστή (ενδιάμεσο πρόσωπο)³⁸, τότε τα πράγματα απλοποιούνται σημαντικά· ως τόπος της αγοράς θα θεωρηθεί ο τόπος του διαχειριστή³⁹. Στην περίπτωση, τώρα, που η συναλλαγή δεν τελείται μέσω ενδιάμεσου προσώπου, τότε ως δίκαιο του τόπου της αγοράς θα θεωρηθεί το δίκαιο του τόπου όπου τηρείται ο αλληλόχρεος λογαριασμός ανάμεσα στα μέρη.

Βέβαια, κατά τον Κανονισμό EMIR⁴⁰, οι αντισυμβαλλόμενοι υποχρεούνται να προβαίνουν σε εκκαθάριση όλων των συμβάσεων εξωχρηματιστηριακών παραγωγών που ανήκουν σε κατηγορία εξωχρηματιστηριακών παραγωγών που έχει προκαθοριστεί δύναμι του άρθρου 5, παράγραφος 2, του εν λόγω Κανονισμού⁴¹ ή όταν οι επίμαχες συμβάσεις πληρούν τις προϋποθέσεις που θέτει το άρθρο 4 του Κανονισμού⁴².

Η υιοθέτηση του Κανονισμού EMIR καθιστά σχεδόν αδύνατη τη συναλλαγή σε εξωχρηματιστηριακά παράγωγα, χωρίς τη συμπλοκή ενδιάμεσου προσώπου⁴³. Το συμπέρασμα αυτό ενδυναμώνεται από την υιοθέτηση του Κανονισμού MiFIR⁴⁴, ο οποίος διασφαλίζει ότι όλες οι συναλλαγές τελούνται είτε χρηματιστηριακά⁴⁵ είτε μέσω Πολυμερών Μηχανισμών Διαπραγμάτευσης⁴⁶ («MTF's»)⁴⁷.

Ωστόσο, οι μη χρηματοοικονομικοί παράγοντες στην αγορά δεν υπόκεινται στην υποχρέωση εκκαθάρισης, εκτός και εάν η έκθεσή τους φτάσει σε ένα συγκεκριμένο ανώτατο όριο ή όταν θεωρούνται ότι αποτελούν δυνητικά συστημικό κίνδυνο για τις χρηματοπιστωτικές αγορές⁴⁸. Το μέτρο αυτό παρέχει κατ' ουσία ένα ασφαλές λιμάνι στις μικρομεσαίες επιχειρή-

33. Mann, F., «The Proper Law in the Conflict of Laws» (1987) 36 *International & Comparative Law Quarterly* 437, 439.

34. Άρθρο 4, παράγραφος 1 του Κανονισμού.

35. Άρθρο 4, παράγραφος 2 του Κανονισμού. Βλ. επίσης: Lipstein, K., «Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC» (1981) 3 *Northwestern Journal of International Law and Business* 402, 404.

36. Κάθε διαδικασία εύρεσης *secundo loco* εμπεριέχει μια ανάλυση συγκρουόμενων συμφερόντων. Βλ. σχετικά: Mills, A., «The Dimensions of Public Policy in Private International Law» (2008) 4 *Journal of Private International Law* 201, 211.

37. Βλ. American Restatement (Second) of the Conflict of Laws, παράγραφος 6.

38. Κατά τον Κανονισμό EMIR ως «CCP» ορίζεται το «νομικό πρόσωπο που παρεμβάλλεται μεταξύ αντισυμβαλλομένων σε συμβάσεις που αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης [...] και το οποίο αναλαμβάνει τον ρόλο αγοραστή έναντι κάθε πωλητή και πωλητή έναντι κάθε αγοραστή».

39. Άρθρο 44, παράγραφος 4, MIFID II.

40. Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 648/2012 της 4ης Ιουλίου 2012.

41. Η Ευρωπαϊκή Αρχή Κινητών Αξιών μαζί με το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο Συστημικού Κινδύνου αποφασίζουν ποια είδη παραγωγών πρέπει να υπόκεινται σε καθεστώς εκκαθάρισης.

42. Οι Κεντρικοί Αντισυμβαλλόμενοι («CCPs») δικαιούνται να επιλέξουν τις συμβάσεις που πρόκειται να εκκαθαρίσουν, υπέχοντας, ταυτόχρονα, υποχρέωση να ενημερώσουν την Ευρωπαϊκή Αρχή Κινητών Αξιών.

43. Kevin, M., *Analysing the New OTC Derivatives Regulation* (Edinburgh University, 2012), 35-39.

44. Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 600/2014 της 15ης Μαΐου 2014.

45. Για ορισμό ΜΟΔ, βλ. άρθρο 4, παράγραφος 23.

46. Για ορισμό ΠΜΔ, βλ. άρθρο 4, παράγραφος 22.

47. Ferran, E., Look, C.-H., *Principles of Corporate Finance Law* (2nd ed., Oxford University Press, 2014), 570.

48. Άρθρο 7, παράγραφος 2, EMIR.

σεις που επιθυμούν να αντισταθμίσουν τον κίνδυνο τους, αποτρέποντας, παράλληλα, την κερδοσκοπία και τον υπερβολικό συστημικό κίνδυνο⁴⁹.

Παρεμφερές στοιχείο για τη συζήτηση αποτελεί η ρύθμιση για προσδιορισμό του *secundo loco*, όπως την καθιερώνει ο Κανονισμός Ρώμη I, για τις περιπτώσεις συμβάσεων που συνάπτονται στο πλαίσιο Πολυμερούς Συστήματος⁵⁰. Συγκεκριμένα, ο Κανονισμός Ρώμη I ορίζει ρητά στο άρθρο 4, παράγραφος 1, στοιχείο η', ότι «η σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο πολυμερούς συστήματος [...] σύμφωνα με κανόνες που δεν κάνουν διακρίσεις⁵¹, και διεπόμενη από ένα μόνο δίκαιο, διέπεται από το εν λόγω δίκαιο»⁵². Ακολουθείται, συνεπώς, η προσέγγιση που είναι γνωστή ως PRIMA («Place of the Relevant Intermediary Approach»), με βάση την οποία κριτήριο για τη *secundo loco* αποτελεί ο τόπος όπου βρίσκεται το εμπλεκόμενο ενδιαμέσο πρόσωπο. Φαίνεται να εκπίπτουν από τον πιο πάνω κανόνα σύγκρουσης συναλλαγές που τελούνται σε αγορά που διέπεται από περισσότερα δίκαια ή και συναλλαγές που εκτελούνται βάσει κανόνων που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις «κανόνων που δεν παρέχουν διακριτική ευχέρεια»⁵³.

Η Οδηγία MiFID II επιτρέπει τη σύναψη σύμβασης του διαχειριστή της αγοράς με άλλο κεντρικό αντισυμβαλλόμενο για εκκαθάριση των συναλλαγών⁵⁴. Σε μια τέτοια περίπτωση, υπάρχει πιθανότητα να απαντά διαφορετικό δίκαιο για τη συναλλαγή εντός της αγοράς και διαφορετικό δίκαιο για τη συναλλαγή κατά τη διαδικασία της εκκαθάρισης. Ως εκ τούτου, δεν θα μπορούσε να λειτουργήσει ο επίμαχος κανόνας σύγκρουσης του Κανονισμού Ρώμη I, με την επίλυση του ζητήματος να τοποθετείται στην εξέταση των παραγόντων/κριτηρίων, που αναλύθηκαν ανωτέρω, ώστε να εντοπιστεί το αρμόζον δίκαιο.

Γ. Ειδικά ζητήματα

Γ.1 Καταναλωτής και συμβάσεις παραγωγών

Στον Κανονισμό Ρώμη I φαίνεται να μην υιοθετείται, σε αντίθεση με το προϊσχύον καθεστώς, η εφαρ-

μογή της προστασίας του καταναλωτή σε περιπτώσεις συναλλαγών σε αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων. Η προστασία αυτή διατηρείται, σε ένα βαθμό, αποκλειστικά στις σχέσεις του καταναλωτή με τους φορείς παροχής χρηματοοικονομικών υπηρεσιών. Ειδικότερα, δυνάμει της διάταξης του άρθρου 6, παράγραφος 4, στοιχείο δ' και η', του Κανονισμού, αντίστοιχα, το προστατευτικό πλέγμα που αφορά σε καταναλωτές δεν εφαρμόζεται σε «χρηματοπιστωτικά μέσα [...] στον βαθμό που οι δραστηριότητες αυτές δεν αποτελούν παροχή χρηματοπιστωτικής υπηρεσίας» και σε κάθε σύμβαση που «έχει συναφθεί στο πλαίσιο Πολυμερούς Συστήματος».

Βοηθητική για την κατανόηση της δικαιολογητικής βάσης πάνω στην οποία εδράζονται οι ανωτέρω διατάξεις είναι η 28η αιτιολογική σκέψη, σύμφωνα με την οποία τα χρηματοπιστωτικά μέσα «δεν πρέπει να καλύπτονται από τον γενικό κανόνα που εφαρμόζεται στις συμβάσεις καταναλωτών, καθώς αυτό θα ήταν δυνατόν να καταστήσει εφαρμοστέα διαφορετικά δίκαια για καθένα από τα εκδιδόμενα μέσα, αλλάζοντας έτσι τη φύση τους και εμποδίζοντας την ανταλλαξιμότητα της διαπραγματεύσεως και της προσφοράς τους»⁵⁵.

Το υπάρχον καθεστώς αποσκοπεί, όπως συνάγεται, στην ενίσχυση της βεβαιότητας δικαίου στον χρηματοοικονομικό τομέα, έχοντας, ωστόσο, παράλληλα, θυσιάσει εν μέρει το δικαιοπολιτικό πρόσταγμα της προστασίας του ασθενέστερου μέρους της συναλλαγής. Θα ήταν δικαιότερο το καθεστώς προστασίας να εφαρμόζεται, κατ' αρχήν, και στις περιπτώσεις χρηματοπιστωτικών μέσων, με εφαρμογή ενός κριτηρίου/τεστ για το κατά πόσο ο εν λόγω συμβαλλόμενος αξίζει προστασίας στη βάση περιπτώσιολογικής ανάλυσης των εκατέρωθεν συμφερόντων των συμβαλλομένων, της φύσης της συναλλαγής κ.λπ.

Δ. Συμβάσεις εκχώρησης

Η εκχώρηση αποτελεί τη νομική πράξη με την οποία μεταβάλλονται τα υποκείμενα της χρονικά πρώτης συνομολογημένης σύμβασης⁵⁶, με μεταφορά της υποχρέωσης (αγώγιμου δικαιώματος) σε τρίτο πρόσωπο. Οι συμβάσεις εκχώρησης αποκτούν σημασία, κατά βάση, εντός της δευτερογενούς αγοράς χρηματιστηριακών παραγώγων, όπου λαμβάνει χώρα η μεταβίβαση της δημιουργηθείσας οικονομικής θέσης των συμβαλλομένων σε τρίτο⁵⁷. Η τελευταία ρυθμιζε-

49. Meyer, K., *Analysing the New OTC Derivatives Regulation* (2012), 24.

50. Η έννοια του Πολυμερούς Συστήματος είναι ευρύτερη από εκείνη του «Πολυμερούς Μηχανισμού Διαπραγματεύσεως». Βλ. σχετικά: Ferrari, F., Leible, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations* (Sellier European Law Publishers, 2009), 528, 537.

51. Στην παράγραφο 6 του προοιμίου της Οδηγίας MiFID I οριοθετείται η έννοια «κανόνες που δεν παρέχουν διακριτική ευχέρεια».

52. Αντίστοιχα, βλ. άρθρο 44, MiFID II.

53. Άρθρο 20, παράγραφος 6, MiFID II.

54. Στο πλαίσιο της MiFID II κρίσιμα είναι σχετικά τα άρθρα 55, 38 και 20. Βλ. επίσης: Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I.

55. Alférez, F., J., G., «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?» (2008) 2 *The European Legal Forum* 61, 72.

56. Βρέλλης, Σ., *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο* (Εκδ. 3η, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008), 216.

57. Η εκχώρηση απαιτήσεων αποτελεί επίσης ένα σύνθετο εργαλείο για χρηματοδότηση. Βλ. σχετικά: Alférez, F., J., G., «New Issues in the Rome I Regulation: The Special Provisions on Financial Market Contracts» in Volken, P., Bonomi, A., (eds.) *Yearbook of private international law* (Sellier European Law Publishers, 2009),

ται από τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου που αφορούν στην εκχώρηση.

Σχηματικά μπορούν να εντοπιστούν στο πλαίσιο της εκχώρησης τρεις διακριτές σχέσεις: η σχέση μεταξύ του οφειλέτη και του εκχωρητή, η σχέση μεταξύ του εκχωρητή και του εκδοχέα, η σχέση μεταξύ του οφειλέτη και του εκδοχέα⁵⁸.

Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με τον Κανονισμό το δίκαιο που διέπει τη σχέση μεταξύ του εκχωρητή και του εκδοχέα είναι το *lex contractus* που διέπει βάσει Κανονισμού τη σύμβαση εκχώρησης⁵⁹. Συνεπώς, και πάλι, *primo loco* εφαρμοστέο δίκαιο θα είναι η *lex voluntatis*, ενώ *secundo loco* εφαρμοστέο δίκαιο εκείνο με το οποίο η σύμβαση εκχώρησης συνδέεται στενότερα⁶⁰. Η εν λόγω ρύθμιση περιορίζεται στις πτυχές της σχέσης που «αφορούν άμεσα τη συγκεκριμένη εκχώρηση»⁶¹. Από την άλλη, το δίκαιο που διέπει την απαίτηση, δηλαδή το *lex contractus* της αρχικής σύμβασης μεταξύ των δύο συμβαλλομένων, είναι εκείνο που διέπει και το εκχωρητό της σύμβασης (αν δηλαδή δύναται να εκχωρηθεί), τις σχέσεις μεταξύ εκδοχέα και οφειλέτη, τους όρους με τους οποίους μπορεί να γίνει επίκληση της εκχώρησης έναντι του οφειλέτη και το εξοφλητικό αποτέλεσμα της παροχής⁶².

Πέρα από τον Κανονισμό Ρώμη Ι, ουσιώδους σημασίας για τη δευτερογενή αγορά παραγώγων θεωρείται η Σύμβαση της UNCITRAL για την εκχώρηση απαιτήσεων στο διεθνές εμπόριο⁶³. Οι κανόνες σύγκρουσης που περιλαμβάνονται στην UNCITRAL είναι ως επί το πλείστον ανάλογες με τις αντίστοιχες του Κανονισμού Ρώμη Ι⁶⁴. Παραταύτα, στον Κανονισμό Ρώμη Ι δεν υπάρχει ρητή αναφορά στα ζητήματα που απορρέουν από την ύπαρξη πολλών εμφανιζόμενων ως δικαιούχων της ίδιας απαίτησης -θεωρείται, βάσει του άρθρου 27 παράγραφος 2, θετέο δίκαιο⁶⁵.

257.

58. Hartley, T., *International Commercial Litigation Text, Cases and Materials on Private International Law* (2nd ed., Cambridge University Press, 2015), 821.

59. Άρθρο 14, παράγραφος 1 του Κανονισμού Ρώμη Ι.

60. Jason, C., Kaczorowska, A., *Conflict of Laws Question & Answers* (2nd ed., Cavendish Publishing, 2000), 220.

61. Βλ. αιτιολογική σκ. 38.

62. Άρθρο 14, παράγραφος 2, του Κανονισμού Ρώμη Ι.

63. Για ανάλυση της Σύμβασης βλ. Bazinas, S., «UNCITRAL's Contribution to the Unification of Receivables Financing Law: The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade» (2002) 7 *Uniform Law Review* 49.

64. Το 2005 προτάθηκε από την Επιτροπή της Ευρωπαϊκής Ένωσης η υιοθέτηση της εν λόγω Σύμβασης [COM(2005) 650 final], αλλά οι υπόλοιποι θεσμοί ζήτησαν περαιτέρω έρευνα επί του θέματος.

65. Το άρθρο 27, παράγραφος 2 του Κανονισμού Ρώμη Ι περιλαμβάνει ρήτρα αναθεώρησης δυνάμει της οποίας εκπονήθηκε ανεξάρτητη έκθεση η οποία υιοθετήθηκε από την Επιτροπή. Βλ. σχετικά: BIICL, Study on the question of effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the

Ε. Ενδιάμεσα πρόσωπα

Τα ενδιάμεσα πρόσωπα διαδραματίζουν βασικό ρόλο στις συναλλαγές σε παράγωγα χρηματοπιστωτικά μέσα, αφού έχουν υπ' ευθύνη τους τόσο τη διενέργεια των σχετικών συναλλαγών, όσο και τη θεματοφυλακή του αντικειμένου των συναλλαγών αυτών. Η μεταβολή στο σύστημα των συναλλαγών που αφορούν σε κινητές αξίες, λόγω της αποσύνδεσής τους από το «χαρτίον» («book-entry securities») και από το πρόσωπο του ίδιου του εκδότη δημιούργησε ρωγμές στην παραδοσιακή αντιμετώπιση, όπως αυτή εκφραζόταν κυρίως με την εφαρμογή της *lex cartae sitae*⁶⁶.

Συνεπεία του πάγιου αιτήματος των συναλλασσομένων για επαναπροσδιορισμό της ιδιωτικο-διεθνολογικής προσέγγισης ζητημάτων κατοχής κινητών αξιών από ενδιάμεσα πρόσωπα συνετάχθη, στο πλαίσιο της Συνδιάσκεψης της Χάγης για το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, η Σύμβαση της Χάγης για το εφαρμοστέο δίκαιο σε ορισμένα δικαιώματα επί τίτλων που κατέχονται από ενδιάμεσα πρόσωπα⁶⁷.

Με βάση τη Σύμβαση της Χάγης ως *primo loco* εφαρμοστέο δίκαιο προκρίθηκε η *lex voluntatis* των μερών· συνάγεται με αναφορά στο δίκαιο που τα μέρη επέλεξαν ως εφαρμοστέο στον λογαριασμό που ανοίγουν για τη φύλαξη των τίτλων της συναλλαγής τους. Ως προς το *secundo loco* εφαρμοστέο δίκαιο, προτείνεται η λύση του PRIMA. Ανάλογη προσέγγιση ακολουθείται και από τον ενωσιακό νομοθέτη σε συγκεκριμένες περιπτώσεις⁶⁸, χωρίς παροχή, όμως, δυνατότητας *electio juris* στα μέρη.

Ζ. Νέες πρωτοβουλίες για τους κανόνες σύγκρουσης σε αξιόγραφα και απαιτήσεις

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στο πλαίσιο της πρωτοβουλίας της για ενίσχυση της *ex ante* ασφάλειας δικαίου στις διασυνοριακές συναλλαγές σε αξιόγραφα και απαιτήσεις⁶⁹, ξεκίνησε μια δράση αναφορικά με τους κανόνες κυριότητας σε χρηματοπιστωτικά μέσα (με έμφαση στα ενδιάμεσα πρόσωπα) και τις έννομες συνέπειες εκχώρησης απαιτήσεων στα τρίτα μέρη, με

priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person, 2011. Το 2016 η Επιτροπή υιοθέτησε τη σχετική έκθεση.

66. Βρέλλη, Σ., «Το εφαρμοστέο δίκαιο σε κινητές αξίες που κατέχονται από ενδιάμεσα πρόσωπα - Εισαγωγή στο σχετικό προβληματισμό» (2006) 3 *ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ & ΕΤΑΙΡΙΩΝ* 229.

67. Από το 2003 η Ευρωπαϊκή Επιτροπή είχε με απόφαση της απευθύνει εισήγηση προς τα κράτη μέλη [COM(2003) 783 final] για υιοθέτηση της Σύμβασης της Χάγης για το εφαρμοστέο δίκαιο σε ορισμένα δικαιώματα επί τίτλων που κατέχονται από ενδιάμεσα πρόσωπα. Η εισήγηση της Επιτροπής αποσύρθηκε το 2009.

68. Οδηγία 98/26/ΕΚ· Οδηγία 2001/24/ΕΚ· Οδηγία 2002/47/ΕΚ.

69. Consultation Document on conflict of laws rules for third party effects of transactions in securities and claims, Ref. Ares(2017)1874960 - 07/04/2017.

σκοπό την εναρμόνιση των κανόνων ιδιωτικού διεθνούς δικαίου που καθορίζουν το εφαρμοστέο δίκαιο⁷⁰.

Συναφώς, κατά την απάντηση της ISDA στο σχετικό έγγραφο διαβούλευσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, συνοψίστηκαν τα τρία βασικά προβλήματα που υπάρχουν ως προς τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του ιδιοκτησιακού καθεστώτος των αξιογράφων που τελούν υπό ενδιάμεσο πρόσωπο⁷¹: η ασυνέπεια της μεταχείρισής τους από το δευτερογενές δίκαιο, που αποδίδεται στις διαφορετικές χρονικές στιγμές κατάρτισης των σχετικών νομοθετικών κειμένων· η μη επαρκής κάλυψη όλων των αξιογράφων· η έλλειψη βεβαιότητας δικαίου, ένεκα της εμμονής του ενωσιακού νομοθέτη σε μια ανεπαρκή εκδοχή της εντοπιότητας.

Έχοντας τα πιο πάνω υπόψη, η ISDA προτείνει την υιοθέτηση ενός ομοιόμορφου κανόνα σύγκρουσης, προκρίνοντας την εφαρμογή της Σύμβασης της Χάγης, παρά τις διαφωνίες που υπήρξαν σε ευρωπαϊκό επίπεδο⁷². Αναφορικά με την εκχώρηση απαιτήσεων, η ISDA εισηγείται την επιλογή του δικαίου της απαίτησης που έχει εκχωρηθεί· προτάσσει ότι η εν λόγω ρύθμιση είναι συνεπής με την πάροδο του χρόνου, αντιστοιχεί στο δίκαιο που διέπει την αποτελεσματικότητα της εκχωρηθείσας απαίτησης έναντι του οφειλέτη της απαίτησης και αποτελεί θετό δίκαιο σε αριθμό έννομων τάξεων⁷³.

V. Εισηγήσεις για αλλαγή στη φύση του εφαρμοστέου δικαίου

Η εξέλιξη των συναλλαγών μέσα στο πλαίσιο της παγκοσμιοποίησης, όπως και η αυξανόμενη θέσπιση και πρακτική χρήση κανόνων του *soft law* διαμορφώνουν, από τη μια, ένα σύστημα κανόνων δικαίου των διεθνών συναλλαγών («*lex mercatoria*»)⁷⁴, ενισχύοντας, παράλληλα, σημαντικά το αίτημα επαναπροσδιορισμού της κρατούσας άποψης για εφαρμογή κρατικού δικαίου ως εφαρμοστέου⁷⁵. Η εν λόγω επιλογή ρύθμισης είναι πρόσφορη, αν λάβει κανείς υπόψη ότι η αυτονομία βουλήσεως των μερών έχει πλέον κυρίαρχη θέση.

Ειδικότερα, τώρα, σε σχέση με τα εξωχρηματιστηριακά παράγωγα, η διεθνής τυποποίησή τους και η οριοθέτησή τους σε μια «οργανωμένη αγορά κινδύ-

νων» έχουν οδηγήσει ή δυνητικά οδηγούν στη στοιχειοθέτηση ενός διακριτού *forum* αγοράς, με δικό της κανονισμό που θα μπορούσε να εφαρμοστεί ως εφαρμοστέο δίκαιο. Προϋποτίθεται η ύπαρξη μιας τέτοιας «ώριμης» αγοράς, με την παράλληλη απορρύθμιση του διεθνούς εμπορίου εν γένει από κρατικούς κανόνες ως προς την πρακτική του.

Η πρακτική αυτή εκδηλώνεται με διάφορους τρόπους, όπως, επί παραδείγματι: με τη θέσπιση ομοιόμορφου δικαίου και τη εναρμόνιση λύσεων ουσιαστικού δικαίου⁷⁶, με τη δημιουργία ομοιόμορφης συμβατικής πρακτικής μέσω ενιαίων συμβατικών όρων στις συναλλαγές που συνιστούν τον «κανονισμό» της αγοράς⁷⁷, με την αντιμετώπιση των ζητημάτων που απορρέουν από την εκπλήρωση των παραγώγων μέσα από λεπτομερή νομικό έλεγχο των συμβαλλομένων και της συναλλαγής (εφαρμοστέο δίκαιο ως «κώδικας συμπεριφοράς», παρά ως δικαστική διαφορά)· με την παγκοσμιοποίηση και την απορρύθμιση των σύγχρονων χρηματιστηριακών συναλλαγών που συνεπάγεται την απελευθέρωση του ανταγωνισμού στο πλαίσιο των διεθνών αγορών και το διοικητικό αποχαρακτηρισμό της χρηματιστηριακής αγοράς.

Συμπεράσματα

Εν όψει των ανωτέρω, προκύπτουν καταληκτικά ορισμένα συμπεράσματα με αναφορά, τόσο στην *de lege lata* ιδιωτικο-διεθνολογική ρύθμιση των εν λόγω συμβάσεων, όσο και σε ευρύτερους δικαιοπολιτικούς προβληματισμούς που ανάγονται στην *de lege ferenda* δικαϊκή ρύθμιση.

Ως εκ τούτου, μέσα από τη διαδικασία του αυτόνομου ιδιωτικο-διεθνολογικού νομικού χαρακτηρισμού, ανιχνεύτηκαν και αξιολογήθηκαν τα διάφορα απορρέοντα από τα παράγωγα συμφέροντα. Δόθηκε, συναφώς, έμφαση στους σχετικούς προς τα παράγωγα κανόνες σύγκρουσης δυνάμει του Κανονισμού Ρώμη Ι, με ειδική αναφορά στα εξωχρηματιστηριακά παράγωγα, λόγω της ιδιαίτερής τους φύσης. Σε αυτό το πλαίσιο, προέκυψε το συμπέρασμα ότι η έννοια της «χαρακτηριστικής παροχής» δεν μπορεί να αποτελέσει το βασικό εργαλείο για ανεύρεση *secundo loco* εφαρμοστέου δικαίου.

Αντ' αυτού, προτάθηκε η χρήση άλλων συνδετικών στοιχείων, με έμφαση στον τόπο της αγοράς, που κατά τον γράφοντα αποτελεί και το ευχερέστερο μέσο εύρεσης εφαρμοστέου δικαίου, εν απουσία επιλογής. Σε σχέση, τώρα, με τον τόπο της αγοράς, ως εφαρμογή της γενικότερης αρχής της εντοπιότητας, έγινε μνεία στην παράγωγη ευρωπαϊκή νομοθεσία που ρυθμίζει

70. *Id.*, 1.

71. Response of the International Swaps and Derivatives Association, INC. to the European Commission Consultation Document on conflict of laws rules for third party effects of transactions in securities and claims (June, 2017), 3.

72. *Ibid.*, 6.

73. *Id.*, 14.

74. Seer, G., Smolka-Day, M. (eds.) *Introduction to international business law: legal transactions in a global economy* (Oceana Publications, 1995), 10-11.

75. De Ly, F., *International Business Law and Lex Mercatoria* (Emerald Publishing, 1992), 72.

76. Αυτό μπορεί να διαλάβει με τη θέσπιση ομοιόμορφου ευρωπαϊκού δικαίου των συμβάσεων.

77. Gelpert, A., *The importance of being standard* (European Central Bank - Annual Legal Department Conference Proceedings, 2017), 39-42.

τις αγορές και τα ζητήματα συναλλαγών σε χρηματοπιστωτικά μέσα. Από το σύνολο της ανάλυσης των επιμέρους ειδικότερων –ιδιωτικο-διεθνολογικά ιδωμένων– ζητημάτων, διαφάνηκε η αδυναμία του υπάρχοντος συστήματος κανόνων να αντιμετωπίσει προσηκόντως ειδικές κατηγορίες επενδυτών. Παράλληλα, έγινε σαφής η αμηνανία του θετού δικαίου να δώσει ενιαίες, συνεπείς και βέβαιες λύσεις στα σχετικά ιδιωτικο-διεθνολογικά προβλήματα.

Σταχυολογήθηκαν, επίσης, οι νέες πρωτοβουλίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για την προσήκουσα ιδιωτικο-διεθνολογική ρύθμιση ορισμένων από τα πιο πάνω ζητήματα. Έγινε, τέλος, σχετική εισήγηση για αλλαγή στη φύση του εφαρμοστέου δικαίου στις συμβάσεις παραγώγων, στη βάση της εξέλιξης των συναλλαγών και της αυξανόμενης θέσπισης και πρακτικής χρήσης κανόνων ήπιου δικαίου από τους συναλλασσομένους.

II. Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Η εφαρμογή της Οδηγίας 2006/123/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Δεκεμβρίου 2006, σχετικά με τις υπηρεσίες στην εσωτερική αγορά στην Κύπρο

Χριστιάνα Κυριάκου, Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Αντικείμενο της παρούσας μελέτης αποτελεί η σφαιρική παρουσίαση της Οδηγίας 2006/123/ΕΚ σχετικά με τις υπηρεσίες στην εσωτερική αγορά, όπως αυτή ενσωματώθηκε στην κυπριακή έννομη τάξη με τον περί της Ελευθερίας Εγκατάστασης Παρόχων Υπηρεσιών και της Ελεύθερης Κυκλοφορίας των Υπηρεσιών Νόμο του 2010 (Ν. 76(Ι)/2010) και τις λοιπές του τροποποιήσεις. Έμφαση θα δοθεί στη δημιουργία και τον τρόπο λειτουργίας του Ενιαίου Κέντρου Εξυπηρέτησης που εγκαθιδρύθηκε στην Κύπρο, δυνάμει της προαναφερόμενης Οδηγίας. Η εν λόγω οδηγία αποτέλεσε καθοριστικό βήμα για την άσκηση μίας εκ των θεμελιωδών ελευθεριών ήτοι της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών εντός του ενωσιακού χώρου, η οποία προνοείται από την αρχή του εγχειρήματος στις Ιδρυτικές Συνθήκες, συμβάλλοντας στην τόνωση του ενωσιακού ανταγωνισμού με σημαντικά οφέλη για τον καταναλωτή.

Λέξεις-Κλειδιά:

Εσωτερική αγορά - Θεμελιώδεις ελευθερίες - Διασυννοριακή παροχή υπηρεσιών - Ενιαίο κέντρο εξυπηρέτησης - Αρχή της επικουρικότητας

I. Εισαγωγή

Σε μία εποχή που ο τριτογενής τομέας ανθίζει και το 70% του Ακαθάριστου Εγχώριου Προϊόντος (ΑΕΠ) της Ευρωπαϊκής Ένωσης αντιστοιχεί στις υπηρεσίες¹,

η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών εντός των συνόρων της Ένωσης, αποτελεί μία από τις τέσσερις θεμελιώδεις ελευθερίες της εσωτερικής αγοράς², η οποία τυγχάνει επικουρικής εφαρμογής σε περίπτωση που δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι άλλες τρεις, δηλαδή η ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, προσώπων και κεφαλαίων³. Η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών επρονόείται από την αρχή του ενοποιητικού εγχειρήματος, στις ιδρυτικές της Κοινότητας Συνθήκες⁴, ενώ με την τελευταία τροποποίηση των Συνθηκών, ήτοι την Συνθήκη της Λισσαβόνας, η οποία ετέθη σε ισχύ το 2009⁵, προνοείται πλέον στο άρθρο 56 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΣΛΕΕ), ότι δεν επιτρέπονται οι περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών σε υπήκοο κράτους-μέλους που είναι εγκατεστημένος σε κράτος-μέλος διάφορο του αποδέκτη τους⁶, πρόνοια που χαιρεί άμεσης ισχύς⁷. Οι πρόνοιες της Συνθήκης εφαρμόζονται και στην περίπτωση που αποδέκτης και πάροχος έχουν τον ίδιο τόπο εγκατάστασης, αλλά η υπηρεσία παρέχεται σε

moussis.eu/books/Book_2/3/6/06/index.tkl?lang=gr&s=1&e=10 {19/11/2018}.

2. Αρ. 26 ΣΛΕΕ και Μουσής Ν., «Η κοινή αγορά της ΕΕ», πρόσβαση από: http://www.europedia.moussis.eu/books/Book_2/3/6/index.tkl?lang=gr&s=1&e=10 {13/08/2018}.

3. Καρύδης Σπ. Γ., «Ευρωπαϊκό Δίκαιο Συναλλαγών, Εσωτερική Αγορά- Ανταγωνισμός- Κρατικές Ενισχύσεις- Απελευθέρωση Αγορών και Επαγγελματιών», ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, Αθήνα, 2012, σελ. 63.

4. Χριστιάνος Β., «Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ, Κατ' άρθρο ερμηνεία», ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, Αθήνα, 2012, σελ. 368.

5. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/el/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.5.html {14/08/2018}.

6. ΔΕΚ, 17/06/1997, Sodemare SA, C-70/95, Συλ. 1997, I-03395.

7. ΔΕΚ, 03/12/1974, Van Binsbergen, C-33/74, Συλ. 1974, 01299.

1. Μουσής Ν., *Ελευθερία Παροχής Υπηρεσιών στην ΕΕ*, πρόσβαση από: http://www.europedia.moussis.eu/books/Book_2/3/6/06/index.tkl?lang=gr&term=internal&s=1&e=10, <http://europedia>.

άλλο κράτος-μέλος⁸, αφού το διασυνοριακό στοιχείο συντρέχει όταν οι υπηρεσίες διαβαίνουν τα σύνορα των κρατών-μελών⁹.

Στην εν λόγω ελευθερία υπάγονται οι διασυνοριακές¹⁰ υπηρεσίες προσωρινού χαρακτήρα, οι οποίες καθορίζονται βάσει της συχνότητας, της περιοδικότητας και της συνέχειας τους¹¹ και προσφέρονται έναντι αμοιβής ως οικονομική αντιπαροχή¹². Περιορισμοί με διακριτικό χαρακτήρα στην εν λόγω ελευθερία, δύναται να επιβληθούν από τα κράτη μέλη μόνον διά τους απαριθμούμενους στα άρθρα 51 και 52 ΣΛΕΕ λόγους. Από την άλλη, μέτρα που δεν διακρίνουν λόγω ιθαγένειας, μπορούν να ληφθούν από τα κράτη-μέλη, και να δικαιολογηθούν από λόγους γενικού συμφέροντος, ως έχουν ερμηνευτεί εκτενώς από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΔΕΕ). Οι εν λόγω λόγοι γενικού συμφέροντος, λαμβάνουν υπόψη τις εγγυήσεις και τα προσόντα τα οποία ζητούνται από τον πάροχο στο κράτος-μέλος προέλευσης¹³, διαπιστώνοντας ότι δεν επαρκούν δια την ικανοποίηση του γενικού συμφέροντος στο κράτος-μέλος υποδοχής¹⁴.

Στο πλαίσιο των εν λόγω προνοιών της Συνθήκης, το Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, ψήφισαν την οδηγία 2006/123/ΕΚ (εφεξής Οδηγία) της 12ης Δεκεμβρίου 2006, με σκοπό την απλοποίηση των προαπαιτούμενων διαδικασιών τις οποίες θέτουν τα κράτη-μέλη με σκοπό την παροχή υπηρεσιών σε διασυνοριακό επίπεδο και ως εκ τούτου τη διευκόλυνση της άσκησης της εν λόγω ελευθερίας και τη συμπλήρωση των προνοιών της Συνθήκης¹⁵. Στο παρόν άρθρο θα αναλυθούν οι πρόνοιες της εν λόγω Οδηγίας και ειδικότερα πως ο στόχος αυτής υλοποιήθηκε στο Κυπριακό Νομικό Σύστημα.

8. ΔΕΚ, 26/02/1991, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-198/89, Συλ. 1991, I-00727.

9. ΔΕΚ, 25/07/1991, Säger, C-76/90, Συλ. 1991, I-04221.

10. ΔΕΚ, 02/07/1998, Κατασαλάκης, Συνεκδ. Υποθέσεις C-225/96, C-226/96 και C-227/96, Συλλ.Ι-. 4243, Βλ. ενδεικτικώς την ΑΑΔ, 05/10/2015, Vouros Healthcare Limited v. Υπουργός Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος κ.α., Υπόθεση Αρ. 780/2012 σχετικώς με την μη ύπαρξη του διασυνοριακού στοιχείου σε σχέση με την εφαρμογή της οδηγίας στην Κύπρο με την οποία θα ασχοληθούμε στη συνέχεια.

11. ΔΕΚ, 30/11/1995, Gebhrand, C-55/94, Συλ. 1995, I-04165.

12. ΔΕΚ, 01/07/1993, Hubbard, C-20/92, Συλ. 1993, I-03777, ΔΕΚ, 27/09/1988, Humbel, C-263/86, Συλ. 1988 -05365 και ΔΕΚ, 04/10/1991, Crogan, C-159/90, Συλ. 1991, I-04685.

13. ΔΕΚ, 07/05/1991, Ειρήνη Βλασσοπούλου, C-340/89, Συλ. 1991, I-02357.

14. ΔΕΚ, 25/07/1991, Gouda, C- 288/89, Συλ. 1991, I-04007.

15. Αργυρός Γ., «Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Εσωτερικής Αγοράς: Οι θεμελιώδεις Οικονομικές Ελευθερίες», ΣΥΝΔΕΣΜΟΣ ΕΛΛΗΝΙΚΩΝ ΑΚΑΔΗΜΑΪΚΩΝ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΩΝ, Αθήνα, 2015, σελ. 111, λήφθηκε από: https://repository.kallipos.gr/bitstream/11419/4169/1/00_master_document.pdf, https://repository.kallipos.gr/pdfviewer/web/viewer.html?file=/bitstream/11419/4169/1/00_master_document.pdf {19/11//2018}.

II. Η Οδηγία 2006/123/ΕΚ δια την υλοποίηση των προνοιών της Συνθήκης περί ελεύθερης παροχής υπηρεσιών

A. Νομοθετική εξέλιξη και βασικές πρόνοιες

Ως έχει ήδη αναφερθεί, η θέσπιση της Οδηγίας είχε ως στόχο την κατάργηση των νομοθετικών και διοικητικών εμποδίων για την ανάπτυξη της διασυνοριακής παροχής υπηρεσιών και συνεπακόλουθα την τόνωση της ανταγωνιστικότητας, με πολυποικίλα οφέλη για τον τελικό αποδέκτη τους, τον καταναλωτή¹⁶. Από τις πρόνοιες της εξαιρούνται συγκεκριμένες κατηγορίες υπηρεσιών, μία εκ των οποίων, είναι οι υπηρεσίες στον τομέα των μεταφορών. Ενδιαφέρον παρουσιάζει σε αυτό το σημείο η νομολογία του ΔΕΕ σε σχέση με τις υπηρεσίες διαμεσολάβησης μέσω εφαρμογής για έξυπνα τηλέφωνα, με τις οποίες διευκολύνεται έναντι αμοιβής η επικοινωνία μεταξύ μη επαγγελματιών οδηγών, οι οποίοι χρησιμοποιούν το δικό τους όχημα και ατόμων τα οποία επιθυμούν να μετακινηθούν εντός της πόλης (οι γνωστές σε όλους ως «Uber»). Για τις εν λόγω υπηρεσίες, έχει κριθεί ότι εντάσσονται στον τομέα μεταφορών και συνεπώς εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2006/123/ΕΚ¹⁷. Προτού ωστόσο γίνει αναφορά στις κύριες πρόνοιες της Οδηγίας, κρίνεται σκόπιμο όπως παρατεθεί μία σύντομη ιστορική αναδρομή για το πως καταλήξαμε στη θέσπισή της.

A.1 Ιστορική Αναδρομή

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, το όργανο το οποίο κατέχει τη νομοθετική πρωτοβουλία σε επίπεδο Ένωσης¹⁸, υπέβαλε στις αρχές του έτους 2004¹⁹, πρόταση για τη θέσπιση οδηγίας που θα είχε ως στόχο την διευκόλυνση της εγκατάστασης των παρεχόντων υπηρεσίες²⁰, σε κράτος-μέλος διαφορετικό της ιθαγένειάς τους, καθώς και την απελευθέρωση των υπηρεσιών καθ' εαυτών εντός της ΕΕ, η οποία παρέμεινε γνωστή και ως «Οδηγία Bolkestein» (από το όνομα του Επιτρόπου που ουσιαστικώς την επεξεργάστηκε)²¹. Σημειώνεται

16. Fragkou P., «Training Civil Servants to ERMIS IT system for the purposes of Directive 2006/123/EC», Procedia - Social and Behavioral Sciences 73 (2013) 430-437, πρόσβαση από: https://ac.els-cdn.com/S1877042813003650/1-s2.0-S1877042813003650-main.pdf?_tid=fac7259-3e4e-4ea2-9f4c-616be8bd62a7&acdnat=1533887627_89ab53b23fcb174d8a776ea1b6039f6 {10/08/2018}.

17. ΔΕΕ, 20/12/2017, Uber Systems Spain SL, C-434/2015.

18. https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_el {14/08/2018}.

19. Πλιάκος Δ.Α., «Το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Θεσμικό και Ουσιαστικό Δίκαιο», ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, Αθήνα, 2012, σελ. 438.

20. Στα πλαίσια της Στρατηγικής της Λισσαβόνας, η οποία θεσπίστηκε στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο του Μαρτίου 2000, σύμφωνα με την οποία μέχρι το 2010 η Ευρωπαϊκή οικονομία θα έπρεπε να καταστεί η ανταγωνιστικότερη διεθνώς καθώς και να επιτευχθεί ο στόχος της πλήρους απασχόλησης. Βλ. σχετικά <https://www.espa.gr/el/pages/DictionaryFS.aspx?item=397> {14/08/2018}.

21. Θεοδοσιάδη Α., «Ανάλυση Κανονιστικών Επιπτώσεων για

ότι η Οδηγία αποτελεί νομοθετική πράξη της Ένωσης, η οποία υποχρεώνει τα κράτη-μέλη όπως υλοποιήσουν το σκοπό που προνοείται, αφήνοντας στα ίδια την επιλογή των μέσων δια των οποίων θα επιτευχθεί το αποτέλεσμα²².

Η εν λόγω πρόταση προνοούσε την αρχή του κράτους-μέλους προέλευσης, οδηγώντας σε έντονες αντιδράσεις τόσο των κρατών-μελών όσο και του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Έντονες αντιδράσεις προκάλεσε περαιτέρω η οριζόντια εναρμόνιση που επεδίωκε, εντάσσοντας όλες τις υπηρεσίες οικονομικού χαρακτήρα στις ρυθμίσεις της χωρίς πρόνοια εξαιρέσεων. Ο λόγος αντίδρασης συνίστατο κυρίως στο «κοινωνικό ντάμπινγκ» το οποίο θα προκαλείτο με την εφαρμογή της εν λόγω αρχής²³, αφού με την εγκατάσταση του σε κράτος-μέλος με ελαστικότερες ρυθμίσεις, θα μπορούσε ένα νομικό ή φυσικό πρόσωπο να προσφέρει υπηρεσίες οπουδήποτε στην Ένωση²⁴. Συνεπεία της αντίδρασης, η Επιτροπή διατήρησε την πρόταση της, αλλά την τροποποίησε ουσιαστικώς το έτος 2006²⁵, εγκαταλείποντας την αρχή του κράτους- προέλευσης και εισάγοντας υπηρεσίες οι οποίες εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας²⁶.

Η Οδηγία 2006/123/ΕΚ τελικώς εγκρίθηκε από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο την 12η Δεκεμβρίου 2006 και έθεσε ως χρονικό όριο εφαρμογής του σκοπού της την 28η Δεκεμβρίου 2009²⁷. Μέσα στο εν λόγω χρονικό διάστημα τα κράτη-μέλη, θα έπρεπε να υιοθετήσουν την απαραίτητη εθνική νομοθεσία που θα υλοποιούσε το σκοπό της νομοθεσίας. Η εν λόγω Οδηγία διασφαλίζει ότι τόσο οι πάροχοι όσο και οι αποδέκτες των υπηρεσιών θα χαίρουν της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών, οι οποίες προνοούνται στα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 56 ΣΛΕΕ αντιστοίχως, συμπληρώνοντας τις εν λόγω πρόνοιες και κωδικοποιώντας την σχετική νομολογία του ΔΕΕ²⁸. Σύμφωνα με την οδηγία τα κράτη-μέλη δεν δύνανται να επιβάλλουν πλέον στους αποδέκτες υπηρεσιών απαιτήσεις, οι οποίες περιορίζουν τη χρήση

υπηρεσίας παρεχόμενης από πάροχο εγκατεστημένο σε άλλο κράτος μέλος²⁹.

A.2 Βασικές πρόνοιες

Πέραν της θέσπισης νομοθετικών μέτρων, η εν λόγω Οδηγία επιβάλλει τη λήψη πρακτικών μέτρων από τα κράτη-μέλη, όπως η πρόνοια στο άρθρο 6 αυτής για ένα Ενιαίο Κέντρο Εξυπηρέτησης τόσο των παρόχων όσο και των αποδεκτών υπηρεσιών³⁰, η πρόνοια για τη διαφάνεια όσον αφορά τις ιδιότητες, τις τιμές και τα γνωρίσματα της παροχής στο άρθρο 22, η πρόνοια για τη θέσπιση ηλεκτρονικών διαδικασιών στο άρθρο 8 καθώς και η πρόνοια για την αμοιβαία α συνδρομή στο άρθρο 28. Ειδικότερα, προνοούνται καινοτόμα εργαλεία, όπως η επανεξέταση της εθνικής νομοθεσίας και η διαδικασία αμοιβαίας αξιολόγησης, ενώ η συνεργασία με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή κρίνεται αναγκαία³¹, λόγω της έκτασης, της καινοτομίας και της δυναμικότητας του εγχειρήματος³². Συνεπώς, διαπιστώνεται ότι διανοίγεται μία νέα δυναμική πορεία προς πλήρη απελευθέρωση του εν λόγω τομέα σε ενωσιακό επίπεδο, αποτελώντας συνάμα ένα είδος προκλήσεως για τα κράτη-μέλη.

III. Η εφαρμογή της Οδηγίας στο Κυπριακό Νομικό Σύστημα

Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, τα κράτη-μέλη υποχρεούνται όπως θεσπίζουν εθνικές διατάξεις δεσμευτικής φύσεως, προς πλήρη υλοποίηση του σκοπού της οδηγίας, προκειμένου οι αποδέκτες, υπήκοοι των κρατών-μελών, να γνωρίζουν πλήρως τα δικαιώματά τους σύμφωνα με το ενωσιακό δίκαιο³³. Δεδομένου του ότι η εν λόγω Οδηγία καλύπτει ένα ευρύ φάσμα υπηρεσιών, θα χρειαζόταν ενδεχομένως τα κράτη-μέλη να τροποποιήσουν και ήδη υφιστάμενες σε συγκεκριμένους τομείς υπηρεσιών διατάξεις. Πε-

την *Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2006/123/ΕΚ*, ΕΘΝΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ, Αθήνα, 2007, σελ. 10, πρόσβαση από: http://www.ekdd.gr/ekdda/files/ergasies_esdd/18/2/1105.pdf {14/08/2018}.

22. Σαχπεκίδου Ρ.Ε., *«Ευρωπαϊκό Δίκαιο»*, Β' έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2013, σελ. 462-463.

23. Papadopoulos T., *«An overview of the Services Directive»*, STUDEND LAW JOURNAL, 2010, σελ. 66.

24. Θεοδοσιάδη Α., *οπ. cit.* υποσ. 21, σελ. 13.

25. Γι' αυτό το λόγο η οδηγία έμεινε γνωστή ως οδηγία «Frankenstein» λόγω της αναβίωσης του περιεχομένου της. Βλ. σχετικώς <http://www.europeanbusinessreview.eu/page.asp?pid=88> {13/08/2018}.

26. Θεοδοσιάδη Α., *οπ. cit.* υποσ. 21, σελ. 13-14.

27. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/el/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.4.html {14/08/2018}.

28. Papadopoulos A., *οπ. cit.* υποσ. 23, σελ. 65.

29. ΔΕΕ, 03/12/2014, Edgard Jan De Clercq κ.α., C-315/13.

30. Καλαβρός Γ.Ε. & Γεωργόπουλος Θ. Γ., *«Το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Ουσιαστικό Δίκαιο»*, Τόμος II, 2η έκδοση, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2013, σελ. 112.

31. Σύστημα Πληροφόρησης για την Εσωτερική Αγορά (Internal Market Information System-IMI) μέσω του οποίου ευκολύνονται οι διοικητικές διαδικασίες και συνεργάζονται οι αρμόδιες αρχές των κρατών μελών. Το Υπουργείο Εμπορίου, Βιομηχανίας και Τουρισμού είναι, σύμφωνα με το άρθρο 31 του Ν. 76 (I)/2010, ο εθνικός συντονιστής του IMI και αποτελεί το σημείο επαφής του κράτους με τα σημεία επαφής των άλλων κρατών-μελών.

32. *«Εγχειρίδιο Εφαρμογής της Οδηγίας για τις υπηρεσίες»*, Λουξεμβούργο: Υπηρεσία Επισήμων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, 2007, σελ. 7-8, λήφθηκε από: http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_el.pdf {13/08/2018} και Commission of the European Communities, *«Handbook on Implementation of the Services Directive»*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007, σελ. 6, πρόσβαση από: http://www.fve.org/veterinary/pdf/profession/handbook_services_directive_en.pdf {13/08/2018}.

33. ΔΕΚ, 18/01/2001, Επιτροπή κατά Ιταλίας, 162/99, Συλ. 2001, I-00541.

ραιτέρω, τα κράτη-μέλη υποχρεούνται όπως λάβουν και διοικητικά μέτρα δια την εφαρμογή της οδηγίας, ενώ η υποχρέωση λήψης μέτρων συνεχίζει να υφίσταται και μετά την λήξη της προθεσμίας μεταφοράς της οδηγίας σε εθνικό επίπεδο³⁴.

Η Κύπρος, ως κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης από την 01/05/2004³⁵, ανταποκρίθηκε στην υποχρέωση που θέτει η εν λόγω Οδηγία με τη θέσπιση του περί της Ελευθερίας Εγκατάστασης Παρόχων Υπηρεσιών και της Ελεύθερης Κυκλοφορίας των Υπηρεσιών Νόμου του 2010³⁶, οι πρόνοιες του οποίου θα αναλυθούν εκτενώς στη συνέχεια.

Α. Η υιοθέτηση της Οδηγίας

Τα κράτη-μέλη της Ένωσης προς πλήρη συμμόρφωση με τις ενωσιακές τους υποχρεώσεις όφειλαν να απέχουν από τη θέσπιση μέτρων που έρχονται σε αντίθεση με το σκοπό της οδηγίας μέχρι την ως άνω αναφερόμενη καταληκτική ημερομηνία έναρξης της ισχύος της³⁷. Μεσολαβεί ένα χρονικό διάστημα από την ημερομηνία θέσπισης της οδηγίας μέχρι την ημέρα εφαρμογής της, παρέχοντας την ευχέρεια στα κράτη-μέλη όπως προβούν σε όλα τα απαραίτητα διαβήματα δια την ομαλή εφαρμογή της³⁸. Καθυστερήση στην υλοποίηση των προνοιών της από κράτος-μέλος, θα συνεπαγόταν πέραν από την απώλεια συντονισμού του με τα υπόλοιπα κράτη-μέλη, ενδεχομένως και κυρώσεις για παραβίαση του ενωσιακού δικαίου³⁹.

Η Κύπρος με σκοπό την προετοιμασία για την μετάβαση στις πρόνοιες της Οδηγίας και ακολουθώντας την απόφαση της Συνόδου του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου του 2006⁴⁰, συνέστησε και λειτούργησε από την 2η Απριλίου 2007, υπηρεσία μονοθυριδικής πρόσβασης με σκοπό τη διευκόλυνση της σύστασης στη Δημοκρατία ιδίως μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων⁴¹, ενώ με σχετικώς μικρή καθυστέρηση⁴², θέσπισε νόμο

προς συμμόρφωση με την εν λόγω οδηγία το 2010. Στις 24 Ιουνίου του 2010, η Επιτροπή απέστειλε αιτιολογημένη γνώμη⁴³ στα κράτη-μέλη τα οποία δεν της είχαν κοινοποιήσει τις απαραίτητες, για σκοπούς εναρμόνισης με την Οδηγία, ρυθμιστικές τροποποιήσεις, ανάμεσα στα οποία βρισκόταν και η Κύπρος⁴⁴. Η Κύπρος έλαβε εκ νέου και το έτος 2016, αιτιολογημένη γνώμη από την Επιτροπή για την ελλιπή συμμόρφωση της με την εν λόγω Οδηγία, αφού ορισμένες πρόνοιες νομοθεσιών που ρυθμίζουν τις απαιτήσεις⁴⁵ σε συγκεκριμένα επαγγέλματα εξακολουθούν να αντιβαίνουν στο σκοπό της⁴⁶.

Α.1 Βασικές πρόνοιες του Νόμου 76 (Ι)/2010

Ο εν λόγω νόμος θεσπίστηκε με σκοπό την εναρμόνιση με την προαναφερόμενη Οδηγία της πρώην Ευρωπαϊκής Κοινότητας, νυν Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το άρθρο 4 του εν λόγω νόμου καθορίζει τις υπηρεσίες οι οποίες δεν υπάγονται στις ρυθμίσεις του, ενσωματώνοντας όλες τις εξαιρέσεις που προνοούνται σε αυτήν. Ειδικότερα, εξαιρούνται υπηρεσίες που έχουν ιδιάζων σύνδεσμο με το κοινωνικό σύνολο, όπως είναι η υγεία και οι εργασιακές σχέσεις. Η απόφαση της μη ένταξης στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας των εν λόγω υπηρεσιών ήταν αποτέλεσμα της έντονης αντίδρασης των κρατών-μελών στην αρχική πρόταση της Επιτροπής⁴⁷.

Ακολουθώντας, στο Άρθρο 6 του εν λόγω Νόμου προνοείται⁴⁸ η δημιουργία Ενιαίου Κέντρου Εξυπηρέτησης (εφεξής ΕΚΕ) και εξειδικεύονται οι πληροφορίες που θα πρέπει να παρέχει στους παρόχους και αποδέκτες υπηρεσιών. Με το άρθρο 10 (1) ορίζεται ότι η άσκηση υπηρεσίας από εγκαθιστάμενους στη Δημοκρατία παρόχους δύναται να εξαρτάται από συστήματα χορήγησης άδειας μόνο στην περίπτωση που δεν εισάγουν διακρίσεις, δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο δη-

34. *Opcit.* υποσ. 32, σελ. 10.

35. https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/cyprus_el {16/08/2018}.

36. Ν. 76 (Ι)/2010, πρόσβαση από: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/2010_1_76/full.html http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/2010_1_76/full.html {16/08/2018}.

37. Σαχπεκίδου Ρ. Ε, *opcit.* υποσ. 22, σελ. 471.

38. Θεοδοσιάδη Α., *opcit.* υποσ. 21, σελ. 21.

39. *Ibidem* σελ. 19. Βλ. σχετικώς άρθρο το 258 ΣΛΕΕ για τη διαδικασία επί παραβάσει.

40. Εαρινή Σύνοδος Μαρτίου 2006.

41. http://www.mcit.gov.cy/mcit/mcit.nsf/dmlonestop_gr/dmlonestop_gr?OpenDocument. http://www.businessincyprus.gov.cy/mcit/psc/psc.nsf/eke22_gr/eke22_gr?OpenDocument {19/11/2018}.

42. Το Σύνταγμα της Κυπριακής Δημοκρατίας στο άρθρο 82 προνοεί ότι οι Νόμοι αρχίζουν να ισχύουν από την ημέρα Δημοσίευσης τους στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυβέρνησης, ήτοι στις 16/07/2010 για τον Ν. 76 (Ι)/2010, εκτός αν προνοείται διαφορετικά στο κείμενο του Νόμου. Πρόσβαση στο Σύνταγμα από: <http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/syntagma/full.html> {16/08/2018} Βλ. σχετικώς την ΑΑΔ, 09/05/2014, ΠΡΟΕΔΡΟΥ

ΤΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ν. ΒΟΥΛΗΣ ΤΩΝ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΩΝ, Αναφορά 2/2013, στην οποία το Δικαστήριο διαπίστωσε την παράβαση της Βουλής της εν λόγω οδηγίας παρατείνοντας την διάρκεια ισχύος αδειών που είχαν ήδη εκδοθεί πριν την έναρξη της ισχύος της μέχρι την 31/10/2014. Συγκεκριμένα με το νομοσχέδιο με τίτλο ο περί Προστασίας της Παραλίας (Τροποποιητικός) Νόμος του 2012, δια την παροχή αδειών σε ενδιαφερόμενους θα έπρεπε να υποβληθούν προσφορές για σκοπούς συμμόρφωσης με την οδηγία 2006/123/ΕΚ. Βλ. συγκριτικώς την 62η σκέψη της οδηγίας.

43. Μουσής Ν., «*Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή*», πρόσβαση από: http://www.europedia.moussis.eu/books/Book_2/2/4/1/2/index.tk?lang=gr&all=1&pos=35&s=1&e=10 {18/08/2018}.

44. <http://www.cyprus.gov.cy/moi/PIO/PIO.nsf/6645bc8e70e73e2cc225706004d01c1/2910e30dd5cb6b3fc2257690002988e5?OpenDocument> {18/08/2018}.

45. Κατοχή κεφαλαίων των εταιρειών, να διατηρούν την έδρα τους οι εταιρείες σε συγκεκριμένη χώρα κ.λπ.

46. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-323_el.htm {18/08/2018}.

47. Θεοδοσιάδη Α., *opcit.* υποσ. 21, σελ. 29.

48. Άρθρα 6 μέχρι 9 του Ν. 76 (Ι)/2010.

μοσίου συμφέροντος⁴⁹ και δεν δύναται να υποβληθεί λιγότερο περιοριστικό μέτρο⁵⁰. Τα εν λόγω συστήματα παροχής αδειών, εφόσον υφίστανται, θα πρέπει να στηρίζονται σε αντικειμενικά πρότυπα⁵¹ και να μην εισάγουν διακρίσεις.

Σημαντικό είναι ότι με βάση το εθνικό δίκαιο την εξουσία έκδοσης των απαραίτητων αδειών διατηρούν οι δημόσιες αρχές, ενώ το ΕΚΕ απλώς παρακολουθεί τις διαδικασίες και ενημερώνει ακολούθως τους ενδιαφερόμενους. Εφόσον προνοείται σύστημα χορήγησης αδειών, η άδεια δεν θα είναι περιορισμένης διάρκειας εκτός από συγκεκριμένες εξαιρέσεις τις οποίες απαριθμεί ο Νόμος⁵², ενώ η παραβίαση των προϋποθέσεων που προνοούνται επιβάλλει στον παραβάτη διοικητικό πρόστιμο. Οι διαδικασίες για τη χορήγηση άδειας θα πρέπει να διεκπεραιώνονται εντός τριών μηνών, χρόνος ο οποίος έχει καθοριστεί ως εύλογος σύμφωνα με τον Κυπριακό Νόμο και να είναι εύκολα προσιτές στους ενδιαφερόμενους⁵³, ενώ θα πρέπει παράλληλα οι αιτούντες να ενημερώνονται δια τα μέσα που έχουν στην κατοχή τους προκειμένου να προσβάλουν μία αρνητική απάντηση. Συνεπώς, με το εν λόγω άρθρο επιταχύνονται οι διαδικασίες προς έκδοση αδειών καθιστώντας το σύστημα ελκυστικότερο δια τους προτιθέμενους προς εγκατάσταση παρόχους στη Κυπριακή Δημοκρατία.

Στο άρθρο 14 του Νόμου⁵⁴ αναφέρονται οι απαιτήσεις που το κράτος δεν δύναται να ζητήσει από τον ενδιαφερόμενο να πληροί, όπως για παράδειγμα την απαγόρευση εγκατάστασης σε περισσότερα του ενός κράτη-μέλη. Στο άρθρο 15 του Νόμου καταγράφονται οι απαιτήσεις που δύναται να έχουν οι αρμόδιες αρχές στα πλαίσια της εγκατάστασης του παρόχου υπηρεσιών στη Δημοκρατία, νοουμένου ότι δεν διαπιστώνονται διακρίσεις και νοουμένου ότι τηρείται η αρχή της αναλογικότητας⁵⁵. Οι απαιτήσεις που θα εισάγουν οι αρμόδιες αρχές δυνάμει της εν λόγω πρόνοιας, πρέπει να κοινοποιούνται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή⁵⁶.

Ανάλογες πρόνοιες ισχύουν και δια τους παρόχους υπηρεσιών εξ αποστάσεως. Οποιοσδήποτε απαιτήσεις δια την παροχή υπηρεσίας πρέπει να τηρούν την αρχή

της αναλογικότητας με την ευρεία της έννοια⁵⁷ και δεν πρέπει να υποβάλλουν τον πάροχο σε υποχρέωση εγκατάστασης στην Δημοκρατία ή άλλες ανάλογες υποχρεώσεις⁵⁸.

Σημαντική είναι και η πρόνοια στο άρθρο 20 του Νόμου⁵⁹ περί μη εφαρμογής διακρίσεων τόσο στους αποδέκτες όσο και στους παρόχους υπηρεσιών. Στο άρθρο 22 του Νόμου προνοούνται οι πληροφορίες που θα πρέπει οι πάροχοι να καταστούν προσβάσιμες στους αποδέκτες υπηρεσιών, προστατεύοντας με αυτό τον τρόπο το δικαίωμα τους στην πληροφόρηση⁶⁰.

Τέλος, το άρθρο 23 του Νόμου εκπληρώνει τις πρόνοιες της οδηγίας που αποβλέπουν στην αναγνώριση επαγγελματικής ασφάλειας, κάτι που καλύπτει γεωγραφικά και τη Δημοκρατία. Οι εν λόγω πρόνοιες της Οδηγίας αποτελούν ακόμη ένα μέσο προστασίας και κατοχύρωσης του αποδέκτη των υπηρεσιών⁶¹.

A.2 Καθιέρωση Ηλεκτρονικού Κέντρου

Στο δεύτερο Κεφάλαιο της Οδηγίας⁶², αναφέρονται οι διαδικασίες στις οποίες υποχρεούνται να προβούν τα κράτη-μέλη προκειμένου να επέλθει διοικητική απλούστευση και εκσυγχρονισμός των διαδικασιών και συνεπακόλουθα τόνωση της ανταγωνιστικότητας της ευρωπαϊκής οικονομίας⁶³.

Η διοικητική απλούστευση μπορεί να επιτευχθεί σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας με την καθιέρωση ΕΚΕ για τους παρόχους και αποδέκτες υπηρεσιών, τα οποία θα τους πληροφορούν για τις διατυπώσεις που πρέπει να τηρήσουν δια την πρόσβαση τους, μόνιμη ή προσωρινή σε μία υπηρεσία και θα αποτελούν το μοναδικό τους συνομιλητή, διευκολύνοντας και επιταχύνοντας με αυτό τον τρόπο τις διαδικασίες. Εξίσου σημαντική θεωρείται και η πρόνοια διεκπεραίωσης των απαιτήσεων εξ αποστάσεως με ηλεκτρονικά μέσα⁶⁴.

57. Άρθρο 16 (3) Ν. 76 (I)/2010.

58. Άρθρο 16 (4) Ν. 76 (I)/2010 και αντίστοιχο άρθρο 16 (2) της οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

59. Άρθρο 20 οδηγίας 2006/123/ΕΚ. Με αυτή την πρόνοια υλοποιείται η γενική αρχή της Συνθήκης περί μη διακρίσεων λόγω ιθαγένειας σύμφωνα με το άρθρο 18 ΣΛΕΕ.

60. Άρθρο 22 οδηγίας 2006/123/ΕΚ. Στο άρθρο 22 (8) του Ν. 76 (I)/2010 προνοείται η επιβολή διοικητικού προστίμου σε περίπτωση παράβασης του δικαιώματος πληροφόρησης του αποδέκτη από τον πάροχο. Βλ. σχετικώς και συμπληρωματικά τον περί Δικαιωμάτων των Καταναλωτών Νόμο του 2013, Ν. 133 (I)/ 2013, για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών εξ αποστάσεως. Για παράβαση αυτό του Νόμου η ΥΑΠΚ δύναται να επιβάλει πρόστιμο, λειτουργεί δε ως προς την ενημέρωση των καταναλωτών συμπληρωματικά με το ΕΚΕ. Πρόσβαση από: http://www.cylaw.org/nomoi/arith/2013_1_133.pdf {19/08/2018}.

61. Άρθρο 23 οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

62. Άρθρα 5, 6, 7 και 8 οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

63. *Orcit.* υποσ. 32, σελ. 18.

64. *Orcit.* υποσ. 32, σελ. 19, 23.

49. Βλ. Ερμηνευτικά σχόλια του Ν. 76 (I)/2010 σχετικά με τους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, το οποίο παραπέμπει στην αντίστοιχη νομολογία του ΔΕΕ.

50. Άρθρο 9 οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

51. Άρθρο 10 (2) του Ν. 76 (I)/2010 και αντίστοιχο άρθρο 9 της οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

52. Άρθρο 11 (1) (α) (β) (γ) του Ν. 76 (I)/2010 και αντίστοιχο άρθρο 11 (1) (α) (β) (γ) της οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

53. Άρθρο 13 (3) του Ν. 76 (I)/2010 και αντίστοιχο άρθρο 13 (3) της οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

54. Άρθρο 14 οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

55. Άρθρο 15 (3) Ν. 76 (I)/2010 και αντίστοιχο άρθρο 15 (3) της οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

56. Άρθρο 15 (5) Ν. 76 (I)/2010.

Με το άρθρο 6 του Νόμου⁶⁵, προνοείται η ίδρυση σε εθνικό επίπεδο ΕΚΕ, το οποίο διοικητικά υπάγεται στο Υπουργείο Εμπορίου, Βιομηχανίας και Τουρισμού και το οποίο είναι υπεύθυνο δια την παροχή των απαραίτητων πληροφοριών στους παρόχους και αποδέκτες των υπηρεσιών και δια την εκπλήρωση κάθε διατύπωσης που απαιτείται για την ελεύθερη και απρόσκοπτη πρόσβαση τους, χωρίς να παραβλάπτεται το δικαίωμα τους για απευθείας επικοινωνία με τις αρμόδιες αρχές. Το ρόλο του ΕΚΕ στην Κύπρο ανέλαβε η υπηρεσία μονοθυριδικής πρόσβασης, με την αναβάθμιση και επέκταση του ρόλου της από το αρμόδιο Υπουργείο σύμφωνα με τον Νόμο⁶⁶.

Το άρθρο 8 της Οδηγίας κατοχυρώνει την εύκολη πρόσβαση σε πληροφορίες και διατυπώσεις για τους ενδιαφερόμενους εξ αποστάσεως μέσω δημόσιων δικτύων επικοινωνίας. Περαιτέρω, τέτοιου τύπου επικοινωνία πρέπει να είναι διαθέσιμη σε όλα τα στάδια της διαδικασίας, από το στάδιο της απλής ενημέρωσης και παροχής πληροφοριών μέχρι την πλήρη έκβαση μίας ενδεχόμενης αίτησης⁶⁷.

Σύμφωνα με το άρθρο 7 του Κυπριακού Νόμου το ΕΚΕ, αποτελεί το εθνικό ηλεκτρονικό κέντρο το οποίο εκπληρώνει τις ως άνω αρμοδιότητες, διαδικτυακά και εξ αποστάσεως. Περαιτέρω με το άρθρο 8 του Νόμου, κατοχυρώνεται και εξειδικεύεται το δικαίωμα πληροφόρησης των παρεχόντων και αποδεκτών υπηρεσιών, υπό το φως των του άρθρου 7 της οδηγίας. Ορίζεται συγκεκριμένα ότι το ΕΚΕ πρέπει να παρέχει πληροφορίες για τις απαιτήσεις και τις διατυπώσεις που πρέπει να τηρούν οι πάροχοι εγκατεστημένοι στη Δημοκρατία προκειμένου να χαίρουν πρόσβασης στην παροχή υπηρεσιών, για τα στοιχεία επικοινωνίας με τις αρμόδιες αρχές, για τα μέσα και τις προϋποθέσεις πρόσβασης σε δημόσια μητρώα και βάσεις δεδομένων, τα μέσα προσφυγής που έχουν στη διάθεση τους σε περίπτωση οποιασδήποτε διαφωνίας⁶⁸ καθώς και τα στοιχεία άλλων οργανώσεων που θα μπορούσαν ενδεχομένως να τους παράσχουν πρακτική βοήθεια. Σημαντικό επίσης το γεγονός ότι το ΕΚΕ παρέχει πληροφορίες σχετικά με τη διεκπεραίωση των διαδικασιών προκειμένου να λειτουργήσει μία επιχείρηση στην Κύπρο όπως η εγγραφή στον έφορο εταιρειών, το ΦΠΑ και στο φόρο εισοδήματος⁶⁹.

Το ΕΚΕ πρέπει να ενημερώνεται τακτικά από τις αρμόδιες αρχές για τυχόν αναθεωρήσεις διατυπώσεων καθώς και δια την πορεία των αιτήσεων και την έκβαση τους προκειμένου να χαιρεί ο πάροχος ή ο αποδέκτης έγκαιρης ενημέρωσης⁷⁰.

Η Οδηγία⁷¹ ενθαρρύνει τα κράτη μέλη όπως οι διαθέσιμες πληροφορίες από το ΕΚΕ, να μην δίνονται μόνο στην εθνική γλώσσα αλλά να γίνεται χρήση και άλλων γλωσσών. Η Κύπρος ανταποκρινόμενη στην παρότρυνση της εν λόγω πρόνοιας, παρέχει τις εν λόγω υπηρεσίες και στην αγγλική γλώσσα, γλώσσα η οποία χρησιμοποιείται συνηθέστερα στις επιχειρηματικές συναλλαγές⁷².

Διαπιστώνεται συνεπώς ότι η δημιουργία του εν λόγω Κέντρου Εξυπηρέτησης, το οποίο θα πρέπει να στελεχώνεται από πλήρως καταρτισμένο προσωπικό, σε συνδυασμό με την πρόνοια για επίτευξη των διαδικασιών εξ αποστάσεως, αποτελούν καθοριστικά βήματα δια την ώθηση της κυπριακής και συνεπακόλουθα της ενωσιακής οικονομίας. Περαιτέρω αποτελούν σημαντικά βήματα προς τη δημιουργία ενός ευνοϊκότερου επιχειρηματικού περιβάλλοντος και συνεπώς την προσέλκυση νέων επενδυτών αλλά και την αναβάθμιση της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών. Η γραφειοκρατία καθώς και οι πολυδάπανες, μακρόχρονες διαδικασίες αποτελούν τροχοπέδη για την ανάπτυξη της ελευθερίας των υπηρεσιών και οι εν λόγω πρόνοιες συμβάλλουν στην επίτευξη της υλοποίησης της εν λόγω θεμελιώδους ελευθερίας.

Κλείνοντας, δεν θα μπορούσε να μην γίνει αναφορά στο δικηγορικό επάγγελμα, το οποίο ρυθμίζεται σε ενωσιακό επίπεδο, από δύο Οδηγίες⁷³. Το Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, νυν Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης επεσήμανε ότι δικηγόρος ο οποίος έχει αποκτήσει τον τίτλο σπουδών του σε κράτος-μέλος, διαφορετικό της ιθαγένειάς του, έχει δικαίωμα να παρέχει τις υπηρεσίες του και στο τελευταίο⁷⁴. Το ΕΚΕ θα πρέπει να ενημερώνει δικηγόρο, υπήκοο κράτους-μέ-

65. Ν. 76 (I)/2010.

66. <http://www.businessincypus.gov.cy/mcit/psc/psc.nsf/All/D763B8E21F96D96CC22575EE002F721C> {19/08/2018}.

67. Οpcit. υποσ. 32, σελ. 19-20.

68. Σημαντική είναι η λειτουργία του κέντρου SOLVIT Κύπρου, το οποίο αποτελεί μέρος αντίστοιχων κέντρων των κρατών-μελών τα οποία συνεργάζονται προς επίτευξη εξωδικαστηριακών λύσεων σε περίπτωση διασυνοριακών διαφορών. Βλ. σχετικά <http://www.agrino.org/solvitcyprus/solvit%20EL.htm> {18/08/2018}.

69. <http://www.ccci.org.cy/wp-content/uploads/2015/12/circ1076.pdf> {18/08/2018}.

70. Άρθρο 9 παρ. (1) του Ν. 76 (I)/2010.

71. Άρθρο 7 (5) οδηγίας 2006/123/ΕΚ.

72. http://www.businessincypus.gov.cy/mcit/psc/psc.nsf/index_en/index_en?opendocument {19/08/2018}.

73. Οδηγία 77/249/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 22ας Μαρτίου 1977 περ ι διευκολύνσεως της πραγματικής ασκήσεως της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών από δικηγόρους, πρόσβαση από: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0123> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977L0249&from=EL> {19/11/2018} και Οδηγία 98/5/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Φεβρουαρίου 1998 για τη διευκόλυνση της μόνιμης άσκησης του δικηγορικού επαγγέλματος σε κράτος μέλος διάφορο εκείνου στο οποίο αποκτήθηκε ο επαγγελματικός τίτλος, πρόσβαση από: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0005> {19/08/2018}.

74. ΔΕΚ, 19/01/1988, Gullung, C-292/86, 1988-00111 και ΔΕΚ 10/07/1991, Επιτροπή κατά Γαλλίας, C-294/89, Συλ. 1991, I-3591.

λους που επιθυμεί να παράσχει τις υπηρεσίες του στη Δημοκρατία και ειδικότερα να συμμετάσχει σε δικαστική εκπροσώπηση, ότι σύμφωνα με τον περί Δικηγόρων Νόμο⁷⁵, θα πρέπει τουλάχιστον δέκα ημέρες προηγουμένως να εφοδιάσει το Νομικό Συμβούλιο με συγκεκριμένα έγγραφα⁷⁶.

Ο Αρχιπρωτοκολλητής τηρεί ειδικό μητρώο των δικηγόρων που παρέχουν υπηρεσίες στη Δημοκρατία⁷⁷. Η παροχή υπηρεσιών και ειδικότερα η εκπροσώπηση σε δικαστικές ή δημόσιες υπηρεσίες πρέπει να γίνεται με την τήρηση των εθνικών νόμων⁷⁸ και της νομικής δεοντολογίας⁷⁹, ενώ οι πειθαρχικές παραβάσεις υπόκεινται στον αντίστοιχο εθνικό νόμο⁸⁰.

Δικηγόρος, υπήκοος κράτους-μέλους, δύναται όπως ασκεί μονίμως το επάγγελμα στη Δημοκρατία με τον επαγγελματικό τίτλο ο οποίος αποκτήθηκε στο κράτος-μέλος καταγωγής του, αφού υποβάλει αίτημα στο Νομικό Συμβούλιο, το εφοδιάσει με τα απαραίτητα έγγραφα και εγγραφεί σε ειδικό μέρος του μητρώου των Δικηγόρων που ασκούν το επάγγελμα⁸¹. Μετά την τριετή άσκηση του επαγγέλματος στη Δημοκρατία, μπορεί να εξομοιωθεί με Κύπριο Δικηγόρο, αφού υπο-

βάλει σχετική αίτηση στο Νομικό Συμβούλιο⁸². Σημειούται ότι ο δικηγόρος, υπήκοος κράτους-μέλους, δύναται να εξομοιωθεί αυτόματα με την έλευση του στην Δημοκρατία με Κύπριο Δικηγόρο, αφού υποβληθεί στις σχετικές διαδικασίες επάρκειας, σύμφωνα με τον Ν. 31 (I)/2008⁸³.

Συνεπώς, για την παροχή υπηρεσιών ή την άσκηση του δικηγορικού επαγγέλματος στην Κύπρο αρμόδιο για την υποβολή των αιτήσεων δεν είναι το ΕΚΕ, αλλά η αρμόδια αρχή, ήτοι το Νομικό Συμβούλιο, ενώ το ΕΚΕ παραμένει υπεύθυνο για την πληροφόρηση των ενδιαφερομένων για τα όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω.

Συμπεράσματα

Με την πραγμάτωση του σκοπού της Οδηγίας 2006/123/ΕΚ, ήτοι της διευκόλυνσης της εγκατάστασης και της απελευθέρωσης της παροχής υπηρεσιών σε ενωσιακό επίπεδο, δια της θέσπισης του Νόμου 76 (I)/2010, η Κύπρος ανταποκρίνεται στις υποχρεώσεις της ως κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Ωστόσο, η υποχρέωση των κρατών-μελών δεν εξαπλώνεται στη θέσπιση εθνικού νόμου ή στην ή συμμόρφωση με τις πρόνοιες περί κατάργησης διοικητικών εμποδίων. Τουναντίον, η υποχρέωση συνίσταται σε μία συνεχή προσπάθεια αναβάθμισης των μέτρων που λαμβάνονται και τη σταδιακή εξάλειψη κάθε εμποδίου στη διασυνοριακότητα. Η εν λόγω προσπάθεια με τη σειρά της θα οδηγήσει σε αύξηση του ανταγωνισμού και της κινητικότητας των επενδύσεων σε ενωσιακό επίπεδο καθώς και στη μείωση της ανεργίας σε εθνικό επίπεδο. Η συμβολή των υπηρεσιών στην μεγένθυση των εθνικών οικονομιών είναι δεδομένη και αποτελεί καθοριστικό παράγοντα ανάκαμψης σε μία περίοδο κατά την οποία τα κράτη-μέλη διέρχονται μίας μακράς χρηματοοικονομικής ύφεσης.

75. Περί Δικηγόρων Νόμος, Κεφ. 2, πρόσβαση από: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/0_2/full.html {19/08/2018}.

76. Άρθρο 14 Δ (2) του Κεφ. 2. Τα συγκεκριμένα έγγραφα θα πρέπει σύμφωνα με τον Νόμο όπως τα παρουσιάζει ο ίδιος ή ο δικηγόρος με τον οποίο θα ενεργεί εντός της Δημοκρατίας.

77. Άρθρο 14 ΣΤ (1) του Κεφ. 2.

78. Άρθρο 14 Γ (1) του Κεφ. 2.

79. Περί Δεοντολογίας των Δικηγόρων Κανονισμοί του 2002 ΚΔΠ 237/2002, πρόσβαση από: http://www.cyprusbarassociation.org/v1/files/disciplinary/CODE_OF_CONDUCT_GR.pdf {19/08/2018}. Ο Κανονισμός 19 τροποποιήθηκε το 2006 προκειμένου να διευκολύνει την διαφήμιση δικηγόρων κρατών-μελών οι οποίοι παρέχουν υπηρεσίες στην Κύπρο, βλ. σχετικώς <http://www.cyprusbarassociation.org/v1/files/news/2013/simeiwma1.pdf> {08/11/2016}.

80. Περί Δικηγόρων Νόμος, Κεφ. 2, πρόσβαση από: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/0_2/full.html {19/08/2018} και Περί Δικηγόρων (Εφέσεις εις Πειθαρχικές Υποθέσεις) Διαδικαστικός Κανονισμός του 1980, Ν. 15/1980, πρόσβαση από: http://www.cylaw.org/nomoi/kanon/non-ind/1980_15/full.html {20/08/2018}.

81. Άρθρο 14 Κ (2) του Κεφ. 2.

82. Άρθρο 14 Ο (1) και (3) του Κεφ. 2.

83. Περί Αναγνώρισης των Επαγγελματικών Προσόντων Νόμος του 2008, Ν. 31 (I)/2008, πρόσβαση από: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/2008_1_31/division-dd2c78c7e7-d550-42a1-9b02-aa0dab041eae.html {20/08/2018}.

III. Δίκαιο εταιρειών

Η νομική προσωπικότητα και η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στην ελληνική έννομη τάξη

Βασίλης Π. Αντωνίου, Ασκούμενος Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το παρακάτω άρθρο αποτελεί διασκευασμένο απόσπασμα της διπλωματικής εργασίας του αρθρογράφου με τίτλο: «Η νομική προσωπικότητα και η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στην Κύπρο και στην Ελλάδα» (επιβλέπουσα: Τατιάνα-Ελένη Συνοδινού, Αν. Καθηγήτρια τμήματος Νομικής Πανεπιστημίου Κύπρου). Αρχικά, γίνεται ανάλυση της έννοιας του νομικού προσώπου και των συνεπειών απόκτησης νομικής προσωπικότητας. Εν συνεχεία, παρουσιάζεται η αρχή της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, ενώ επισημαίνονται οι προϋποθέσεις άρσης του εταιρικού έπλου στην ελληνική έννομη τάξη υπό το πρίσμα τόσο της νομοθεσίας όσο και της νομολογίας.

Λέξεις-Κλειδιά:

Δίκαιο εταιρειών - Νομικά πρόσωπα - Νομική προσωπικότητα - Αστικός Κώδικας - Άρση της αυτοτέλειας - Άρειος Πάγος

I. Εισαγωγή

Η παραγωγή των ανθρώπινων συμφερόντων δεν μπορεί να επιτευχθεί με την μεμονωμένη προσπάθεια, αλλά κυρίως με την συνεργασία περισσότερων ανθρώπων είτε με την ένωσή τους για την επιδίωξη κοινού σκοπού είτε με την δημιουργία συνόλου περιουσίας με απώτερο στόχο την εξυπηρέτηση συγκεκριμένου σκοπού¹. Οι οργανισμοί οι οποίοι συντάσσονται και δημιουργούνται σύμφωνα με αυτόν τον τρόπο απαιτούν την ύπαρξη κάποιου φορέα προκειμένου να μπορέσουν να λειτουργήσουν για να πραγματοποιήσουν τον σκοπό τον οποίο τάχθηκαν να επιδιώκουν ή να υπηρετούν². Από τα παραπάνω συνάγεται επομένως η ανάγκη «προσωποποίησης» των παραπάνω ενώσεων προσώπων προκειμένου να καταστεί εφικτή η λειτουργία τους σύμφωνα με το δίκαιο, η ανύψωσή τους δηλαδή σε αυτοτελείς φορείς ιδίων δικαιωμά-

των και υποχρεώσεων και, περαιτέρω, σε αυτοτελείς φορείς ίδιας βούλησης³. Βέβαια, για την επίτευξη των διαρκών κοινωνικών, ιδιωτικών ή ακόμη και κερδοσκοπικών σκοπών οι ενώσεις προσώπων ή περιουσιών πρέπει να έχουν μονιμότητα και ανεξαρτησία από τα εκάστοτε πρόσωπα που τις αποτελούν ή συνεισέφεραν τις περιουσίες τους⁴.

Συνεπώς, κρίνεται ως αναγκαία η θέσπιση μιας έννοιας στο δίκαιο η οποία θα αντιδιαστέλλεται προς αυτή των φυσικών προσώπων και η οποία θα αφορά κυρίως τις ενώσεις προσώπων οι οποίες έχουν συσταθεί για κάποιο συγκεκριμένο σκοπό. Η έννοια αυτή διακρίνεται από την έννοια του φυσικού προσώπου, δηλαδή του ανθρώπου ως υποκειμένου δικαίου, ο οποίος έχει την ικανότητα δικαίου και αποτελεί φορέα υποχρεώσεων και δικαιωμάτων.

Το πρόσωπα αυτά ονομάζονται «νομικά». Τα νομικά πρόσωπα παρά το γεγονός ότι δεν υπάρχουν στην φύση όπως ο άνθρωπος (φυσικό πρόσωπο), παίρνουν την υπόστασή τους απευθείας από το νόμο. Ορίζονται, επομένως, ως ενώσεις προσώπων ή σύνολα περιουσίας που έχουν συσταθεί για την επιδίωξη ορισμένου σκοπού και τα οποία έχουν αποκτήσει αυθύπαρκτη προσωπικότητα και έχουν ικανότητα δικαίου, δηλαδή έχουν αναχθεί σε υποκείμενα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων⁵.

Από τον παραπάνω ορισμό προκύπτει ότι καθίσταται δυνατό να υπάρχουν δύο βασικές μορφές νομικού προσώπου: η ένωση προσώπων (σωματειακή μορφή) και το σύνολο περιουσίας (ιδρυματική μορφή)⁶. Τα νομικά πρόσωπα, παρόλο που δεν υπάρχουν στην φύση και, άρα, δεν μπορούν να γίνουν αντιληπτά με τις ανθρώπινες αισθήσεις, αποτελούν οντότητες της κοινωνικής πραγματικότητας, με τις οποίες κάθε άνθρωπος έρχεται σε συχνή επαφή στην καθημερινότητά του⁷.

3. Ibid.

4. Γεωργιάδης Α., *Γενικές αρχές αστικού δικαίου* (4η εκδ, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2012) 190.

5. Ibid 190.

6. Ibid.

7. Ibid 191.

1. Ρήγας Κ., *Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου* (Νομική Βιβλιοθήκη, 2008) 1.

2. Ibid.

II. Οι συνέπειες κτήσης νομικής προσωπικότητας

A. Γενικά

Γίνεται λοιπόν φανερό ότι υπάρχει ανάγκη απόδοσης νομικής προσωπικότητας σε ενώσεις προσώπων ή ομάδες περιουσίας προκειμένου να έχουν την δυνατότητα να είναι υποκείμενα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων ανεξάρτητα από τα φυσικά πρόσωπα. Αυτό αποτελεί κυρίως αποτέλεσμα εφαρμογής τόσο των κανόνων δικαίου όσο και οικονομικοπολιτικών εκτιμήσεων⁸. Με τη νομική προσωπικότητα εξυπηρετούνται κοινωνικές και οικονομικές ανάγκες όπως η εξειδίκευση και ο καταμερισμός των κινδύνων στην άσκηση της εμπορικής δραστηριότητας με αναγκαία συνέπεια τον περιορισμό της προσωπικής ευθύνης, τη μείωση του κόστους αλλά και τη δυνατότητα συμμετοχής στην αγορά μέσω και μικρού μεγέθους επιχειρήσεων με συνακόλουθο το άνοιγμα της σχετικής αγοράς⁹.

Τα νομικά πρόσωπα απολαμβάνουν το γενικό δικαίωμα της προσωπικότητας με τη διαφορά ότι αυτό δεν έχει την ίδια έκταση εφαρμογής με την αντίστοιχη που αρμόζει στα φυσικά πρόσωπα, καθώς αυτό οριοθετείται από την ίδια τη φύση των νομικών προσώπων¹⁰. Παρά το γεγονός ότι η προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων γίνεται καταρχήν αντιληπτή αναφορικά με φυσικά πρόσωπα, γίνεται δεκτό ότι τα δικαιώματα των νομικών προσώπων επεκτείνονται και στο πεδίο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Το νομικό πρόσωπο δικαιούται τον σεβασμό της περιουσίας του σύμφωνα με το άρθρο 1 του πρώτου πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (εφεξής ΕΣΔΑ)¹¹. Παράλληλα, έχει γίνει δεκτή η προστασία των εταιριών στο πλαίσιο του άρθρου 6 (δικαίωμα σε δίκαιη δίκη)¹² και του άρθρου 10 (ελευθερία της έκφρασης)¹³ της ΕΣΔΑ. Ως αυτοτελείς οντότητες που είναι εφοδιασμένες με αυτού του είδους την νομική προσωπικότητα παρουσιάζουν ιδιότητες, σχέσεις ή καταστάσεις ανάλογες με εκείνες του φυσικού προσώπου. Βασικά στοιχεία της προσωπικότητας ενός τέτοιου προσώπου είναι η επωνυμία, η φήμη, η πίστη, η ελεύθερη ανάπτυξη της δραστηριότητάς τους σε συνθήκες υγιούς ανταγωνιστικού περιβάλλοντος, καθώς επίσης και η ύπαρξη μιας σφαίρας απορρή-

του¹⁴. Η προσωπικότητα δίδει στα νομικά πρόσωπα την ικανότητα να δημιουργούνται, να λειτουργούν και να μετέχουν στις συναλλαγές αλλά και να εκλείπουν σύμφωνα με συγκεκριμένους κανόνες δικαίου, ενώ το σύνολο των κανόνων λειτουργίας τους αποτυπώνεται στο καταστατικό του εκάστοτε οργανισμού¹⁵.

Η κτήση λοιπόν της νομικής προσωπικότητας επιφέρει ορισμένα δικαιώματα και υποχρεώσεις, ενώ αξίζει να σημειωθεί πως η διαδικασία κτήσης της διαφέρει ανάλογα με τη μορφή και τους επιδιωκόμενους σκοπούς του νομικού προσώπου¹⁶. Από την κτήση της νομικής προσωπικότητας η σχετική νομική οντότητα διαθέτει ορισμένες ιδιότητες, καταστάσεις ή στοιχεία τα οποία θα μπορούσαν να χαρακτηριστούν ως συνέπειες της νομικής προσωπικότητας. Μεταξύ αυτών, συγκαταλέγονται η ικανότητα δικαίου, η ικανότητα να ενάγει και να ενάγεται, η δικαιοπρακτική ικανότητα, η ικανότητα για δικαστική παράσταση, η ικανότητα κτήσης περιουσίας, η διοίκηση μέσω των οργάνων του¹⁷. Όλες οι παραπάνω ιδιότητες, στοιχεία και καταστάσεις αναφέρονται στο νέο αυθύπαρκτο πρόσωπο και διαφέρουν τελείως από αντίστοιχα στοιχεία που αφορούν σε καθένα από τα μέλη της οργανωμένης ενότητας προσώπων¹⁸.

B. Στο πεδίο του εταιρικού δικαίου

Στο πεδίο του εταιρικού δικαίου, οι παραπάνω ιδιότητες αποκτούν ιδιαίτερο ενδιαφέρον αν συνδυαστούν με την «*αρχή της αυτοτέλειας ή του χωρισμού*», η οποία θα αναλυθεί παρακάτω, καθώς προκύπτει ότι κάθε μέτοχος είναι συνιδιοκτήτης της εταιρικής περιουσίας μόνο από οικονομική άποψη¹⁹. Από νομική άποψη, ο μέτοχος συνδέεται με την εταιρεία μόνο με έννομη σχέση που ονομάζεται «εταιρική συμμετοχή», ενώ αναφορικά με την εταιρική περιουσία η έννομη αυτή σχέση που δημιουργείται παρέχει στο μέτοχο ένα μερίδιο στην εκάστοτε αξία της εταιρικής περιουσίας, το οποίο κατά τη διάρκεια της παραγωγικής λειτουργίας εκδηλώνεται σε δικαιώματα στα ενδεχόμενα κέρδη και μετά από τη λύση της εταιρείας στο ενδεχόμενο προϊόν εκκαθάρισης²⁰. Η εταιρική περιουσία επίσης είναι αποκλειστικά υπόλογη στους δανειστές του νομικού προσώπου της εταιρείας, με αποτέλεσμα οι ατομικοί δανειστές του εταίρου να μην μπορούν να επέμβουν στην εταιρική περιουσία για να ικανοποιήσουν

8. Διακόπουλος Α., *Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία* (Εκδόσεις Σάκκουλα, 1993) 10.

9. Ibid.

10. Γεωργιάδης, 2012 (n 4) 199.

11. Yiannaros A., Nyombi C., «Corporate personality, human rights and multinational corporations», *International Company and Commercial Law Review*, [2016] 27 (7), < <http://hdl.handle.net/10547/622012>>, τελευταία πρόσβαση 9 Μαΐου 2018.

12. R (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State of Environment, Transport and the Regions (2001) UKHL 23 (2003) 2 AC 295.

13. Autronic AG v. Switzerland, appl. Nr. 12726/87, 1990 12 EHRR 485, par. 47.

14. Γεωργιάδης, 2012 (n 4) 199.

15. Παπαστερίου Δ., *Γενικές αρχές αστικού δικαίου* (Εκδόσεις Σάκκουλα, 2009) 445.

16. Ibid 446.

17. Ibid.

18. Ibid.

19. Ηρακλέους Α., *Γενικές αρχές και έγγραφα νομικών και εμπορικών δραστηριοτήτων* (Εκδόσεις Advocanding Publication Ltd, 2004) 14.

20. Ibid.

τις απαιτήσεις τους²¹. Έχουν, όμως, την δυνατότητα να κατάσχουν την απαίτηση του οφειλέτη εταίρου στα ενδεχόμενα μελλοντικά κέρδη και στο ενδεχόμενο προϊόν της εκκαθάρισης καθώς και στην εταιρική του συμμετοχή όπως συμβαίνει με τις μετοχές και τα μερίσματα²².

III. Η αρχή της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου

Η σημαντικότερη αρχή που απορρέει από την κτήση της νομικής προσωπικότητας, όπως γίνεται αντιληπτό από τα παραπάνω είναι η αρχή της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου. Με την κτήση της νομικής προσωπικότητας αρχίζει να λειτουργεί η αρχή της αυτοτέλειας (ή του διαχωρισμού) του νομικού προσώπου, η οποία δηλώνει την ύπαρξη μιας ξεχωριστής νομικής οντότητας και καταλαμβάνει όλες τις συνέπειες που επέρχονται από την κτήση της²³, κάτι που ισχύει τόσο στα νομικά πρόσωπα του κοινοδικαίου όσο και στο ηπειρωτικό νομικό σύστημα.

Αυτό σημαίνει, ότι κάθε νομικό πρόσωπο είναι φορέας της δικής του ικανότητας δικαίου που διαφέρει από την ικανότητα δικαίου των προσώπων που συναποτελούν την ένωση προσώπων. Η εξαιρετική σημασία της παραπάνω αρχής αποδεικνύεται όχι μόνο στα νομικά πρόσωπα Αστικού Δικαίου αλλά και στα νομικά πρόσωπα του Εμπορικού Δικαίου κυρίως στις εμπορικές κεφαλαιουχικές εταιρείες^{24, 25}. Η αρχή της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου είναι επίσης ιδιαίτερα εμφανής και με έκδηλη την πρακτική της σημασία στις περιπτώσεις καθορισμού της περιουσίας (περιουσιακή ή οικονομική αυτοτέλεια) ή προσδιορισμού της ευθύνης (αυτοτέλεια ευθύνης)²⁶.

Η διοικητική αυτονομία του νομικού προσώπου συμπληρώνεται με την περιουσιακή του αυτοτέλεια. Το νομικό πρόσωπο μπορεί να αποκτά δική του περιουσία, η οποία διαχωρίζεται αυστηρά από την προσωπική περιουσία των μελών ή των εταίρων του²⁷. Το νομικό πρόσωπο αποκτά περιουσιακούς πόρους και από την δραστηριότητα που ασκεί σύμφωνα με τον σκοπό του πράγμα που εφαρμόζεται κυρίως στα νομικά πρόσωπα του εμπορικού σκοπού (εμπορικές εται-

ρείες) τα οποία έχουν και ως κύρια πηγή αντλήσεως περιουσιακών στοιχείων την ίδια την δραστηριότητά τους²⁸. Ο διαχωρισμός της περιουσίας του νομικού προσώπου από την περιουσία των εταίρων του ή των διαχειριστών του αποτελεί τον κανόνα και την θεμελιώδη αρχή πάνω στην οποία βασίζεται η λειτουργία του θεσμού της αυτοτέλειας, διότι με τον διαχωρισμό των περιουσιών συνδέεται σε μεγάλο βαθμό και ο διαχωρισμός των ευθυνών, καθώς το νομικό πρόσωπο με την δική του ξεχωριστή περιουσιακή υποδομή καλείται να αντιμετωπίσει αποκλειστικώς με αυτή όλες τις υποχρεώσεις και τις ευθύνες που δημιουργεί η δραστηριότητά του με εξαίρεση τις περιπτώσεις εκείνες που ο νόμος ειδικώς προβλέπει παράλληλη και αλληλέγγυα ευθύνη των εταίρων ή των διαχειριστών ή των άλλων ιθυνόντων του νομικού προσώπου²⁹.

IV. Εταιρείες με νομική προσωπικότητα και εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα

Στο πεδίο του ελληνικού δικαίου αναγνωρίζονται εταιρείες με νομική προσωπικότητα και εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 61 του Αστικού Κώδικα (εφεξής ΑΚ) τα νομικά πρόσωπα έχουν προσωπικότητα, δηλαδή ικανότητα δικαίου, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 57 του ΑΚ, απολαμβάνουν το γενικό δικαίωμα της προσωπικότητας. Βάσει του άρθρου 70 του ΑΚ, οι δικαιοπράξεις που επιχείρησε μέσα στα όρια της εξουσίας του το όργανο διοίκησης του νομικού προσώπου υποχρεώνουν το ίδιο το νομικό πρόσωπο, ενώ με βάση το άρθρο 71 του ΑΚ το νομικό πρόσωπο ευθύνεται για τις ζημιολύγες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του έναντι του ζημιωθέντος τρίτου, σαν να ήταν δικές του πράξεις. Άλλωστε, σύμφωνα με το άρθρο 70 ΑΚ κάτω από συγκεκριμένες προϋποθέσεις το νομικό πρόσωπο δεσμεύεται από δικαιοπράξεις της διοίκησης τους.

Η ελληνική έννομη τάξη γνωρίζει ενώσεις προσώπων με ή χωρίς νομική προσωπικότητα, η οποία είναι συμφυής προς τη σωματειακή δομή της ένωσης. Ωστόσο, αυτό δεν είναι απόλυτο διότι η ομόρρυθμη και ετερόρρυθμη εταιρεία έχουν νομική προσωπικότητα παρά το γεγονός ότι δεν έχουν σωματειακή δομή³⁰. Με βάση το άρθρο 78 ΑΚ, σωματείο καλείται η ένωση τουλάχιστον είκοσι προσώπων, η οποία επιδιώκει μη κερδοσκοπικό σκοπό και έχει αποκτήσει νομική προσωπικότητα με βάση τις προϋποθέσεις που θέτει η ίδια διάταξη. Για το σωματείο δηλαδή ο νόμος θέτει συγκεκριμένες προϋποθέσεις προκειμένου να αποκτήσει νομική προσωπικότητα.

Ενώσεις χωρίς νομική προσωπικότητα είναι το μη

21. Ibid 15.

22. Ibid.

23. Παπαστερίου, 2009 (n 15) 465-466.

24. Ibid 466.

25. Ως νομικά πρόσωπα Αστικού Δικαίου ορίζονται τα πρόσωπα τα οποία προβλέπονται στον Αστικό Κώδικα (ίδρυμα, σωματείο, επιτροπή εράνων, εταιρεία αστικού δικαίου με νομική προσωπικότητα), ενώ ως πρόσωπα εμπορικού δικαίου ορίζονται εκείνα τα πρόσωπα που ιδρύονται από ιδιώτες μέσω των οποίων αναπτύσσεται κερδοσκοπική δραστηριότητα (ομόρρυθμη και ετερόρρυθμη εταιρεία, ανώνυμη εταιρεία, εταιρεία περιορισμένης ευθύνης, συνεταιρισμός). Βλ. Γεωργιάδης, 2012 (n 4) 194.

26. Παπαστερίου, 2009 (n 15) 466-467.

27. Ρούσσο, Κ., *Δίκαιο νομικών προσώπων* (Εκδόσεις Σάκκουλα, 2010) 131.

28. Ibid 131-132.

29. Ibid 132.

30. Ρόκας Ν., *Εμπορικές Εταιρείες* (7η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012) 15.

αναγνωρισμένο σωματείο (ΑΚ 107), η αστική εταιρεία (ΑΚ 741, 784), η αφανής εταιρεία (παρ. 2 άρθρο 285 Ν. 4072/2012)³¹ και η συμπλοιοκτησία³².

Οι βασικές προϋποθέσεις οι οποίες τίθενται από τον Αστικό Κώδικα για την απόκτηση νομικής προσωπικότητας είναι αρχικά η επιδίωξη οικονομικού σκοπού, εφόσον πάντοτε πληρούνται οι προϋποθέσεις και οι όροι δημοσιότητας που ο νόμος θέτει για τις ομόρρυθμες εμπορικές εταιρείες (ΑΚ 784)³³. Στην περίπτωση που η ένωση δεν επιδιώκει απλώς οικονομικό σκοπό με την ευρεία έννοια αλλά εμπορικό, η νομική προσωπικότητα μπορεί να αποκτηθεί μόνο εφόσον τηρηθούν οι διατυπώσεις δημοσιότητας που ο νόμος προβλέπει για τη σύσταση προσωπικών εμπορικών εταιρειών (Εμπορικός Νόμος, άρθρα 42-44: εμπορική εταιρεία)³⁴. Τέλος, εάν ο επιδιωκόμενος σκοπός είναι απλώς οικονομικός (π.χ. επαγγελματική ένωση με σκοπό τη διασφάλιση και προαγωγή των συμφερόντων των μελών της) ή δεν είναι οικονομικός (μορφωτικός, φιλανθρωπικός, καλλιτεχνικός, επιστημονικός κ.λπ.) η ένωση αποκτά νομική προσωπικότητα εφόσον τηρηθούν οι προϋποθέσεις σύστασης σωματείου (ΑΚ 78-83)³⁵.

Η έλλειψη νομικής προσωπικότητας σημαίνει ότι η ένωση δεν αποτελεί αυτοτελές υποκείμενο δικαίου με αποτέλεσμα να μην μπορεί να είναι φορέας εταιρικής περιουσίας³⁶. Νομική προσωπικότητα έχουν όλες οι κεφαλαιουχικές εταιρείες όπως η ανώνυμη εταιρεία, η εταιρεία περιορισμένης ευθύνης, η ιδιωτική κεφαλαιουχική εταιρεία, η ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρεία, η ευρωπαϊκή εταιρεία αλλά και το σωματείο και ο συνεταιρισμός³⁷.

Στην ανώνυμη εταιρεία απαντάται υπό ακραιφνή μορφή η αυτοτέλεια του νομικού προσώπου έναντι των μετόχων της, καθώς το νομικό πρόσωπο της εταιρείας ως αυτοδύναμο υποκείμενο έννομων σχέσεων είναι φορέας ίδιας εταιρικής περιουσίας, απόλυτα διακριτής έναντι της περιουσίας των μετόχων, οι οποίοι δεν είναι συγκύριοι των κινητών ή των ακινήτων της εταιρείας ούτε συνδικαιούχοι των ενοχικών της απαιτήσεων με αποτέλεσμα η περιουσία να μην είναι υπέγγυα στους ατομικούς δανειστές των μετόχων³⁸. Αντιστρόφως οι μέτοχοι δεν ευθύνονται για τις υποχρεώσεις του νο-

μικού προσώπου, ώστε η ατομική τους περιουσία να μην είναι υπέγγυα στους εταιρικούς δανειστές. Θα μπορούσε να λεχθεί ότι το στοιχείο αυτό αποτελεί ένα από τα βασικότερα πλεονεκτήματα της εταιρείας διότι επιτρέπει στον εκάστοτε επιχειρηματία να επιδιώκει το επιχειρηματικό του σχέδιο εκθέτοντας σε κίνδυνο μόνο το αφιερωμένο στην ΑΕ κεφάλαιο³⁹. Μέσω της αυτοτέλειας δηλαδή που αναγνωρίζεται στην ΑΕ σε σχέση με τους μετόχους της προστατεύεται σημαντικά η περιουσία των μετόχων της, ενώ παράλληλα τους παρέχει τη δυνατότητα μεγαλύτερης ευελιξίας στον τρόπο άσκησης της επιχειρηματικής τους δραστηριότητας, διότι το νομικό πρόσωπο ουσιαστικά επωμίζεται τον κίνδυνο και τις συνέπειες ενδεχόμενης εμπορικής αποτυχίας.

V. Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου

Παρά το γεγονός ότι η αρχή της αυτοτέλειας ή του διαχωρισμού αποτελεί σταθερή επιλογή της ελληνικής έννομης τάξης, υπάρχουν εξαιρετικές περιπτώσεις οι οποίες δικαιολογούν την άρση της αυτοτέλειας αυτής⁴⁰. Άλλωστε, η άρση της αυτοτέλειας της νομικής προσωπικότητας σημαίνει προσωρινή και ειδική εξάλειψη ενός θεμελιώδους στοιχείου της προσωπικότητας, το οποίο ουσιαστικά οδηγεί στην υποχώρηση της ίδιας της προσωπικότητας⁴¹.

Ως άρση ή κάμψη της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου ορίζεται η μεταφορά ευθύνης στον εταίρο ή στον μέτοχο και ο καταλογισμός στα πρόσωπα αυτά της υποχρέωσης να εκπληρώσουν τις οφειλές και γενικώς τις υποχρεώσεις που έχει αναλάβει το νομικό πρόσωπο έναντι τρίτων⁴².

Η αρχή της άρσης της αυτοτέλειας αποτελεί άρνηση της αρχής του χωρισμού και σύμφωνα με αυτή σε ορισμένες περιπτώσεις ο χωρισμός του νομικού προσώπου από τα μέλη του δεν λαμβάνεται υπόψη και το νομικό πρόσωπο ταυτίζεται με αυτά, με αποτέλεσμα είτε έννομες συνέπειες που θα ίσχυαν μόνο για το νομικό πρόσωπο (εμπορική ιδιότητα) να επέλθουν και στα μέλη του είτε νομικές καταστάσεις και ιδιότητες που χαρακτηρίζουν μόνο τα μέλη να ληφθούν υπόψη και για τη νομική μεταχείριση αυτού⁴³. Τέλος, υπάρχει και η περίπτωση να μην επέλθουν για το νομικό πρόσωπο ή τα μέλη του ή και για τα δύο, έννομα αποτελέσματα που προϋποθέτουν τον μεταξύ τους χωρισμό χωρίς να σημαίνει όμως ότι η νομική προσωπικότητα καταλύεται, αλλά παραμερίζεται μόνο για τη συγκεκριμένη περίπτωση⁴⁴. Η κάμψη συνεπώς της αυτοτέλειας του

31. Ν. 4072/2012, «Βελτίωση επιχειρηματικού περιβάλλοντος - Νέα εταιρική μορφή - Σήματα - Μεσίτες Ακινήτων - Ρύθμιση θεμάτων ναυτιλίας, λιμένων και αλιείας και άλλες διατάξεις».

32. Ρόκας, 2012 (n 30) 15.

33. Γεωργιάδης, 2012 (n 4), 236.

34. Ibid.

35. Ibid.

36. Ρόκας, 2012 (n 30) 15.

37. Ibid.

38. Ποδημάτα Ν. Ε., *Κατάχρηση του θεσμού της Ανώνυμης Εταιρείας και υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου*, υπό δημοσίευση στον υπό έκδοση «Τόμο προς τιμή του ομότιμου Καθηγητή Νομικής ΑΠΘ Ν. Νικά (2018)».

39. Ibid.

40. Παπαστερίου, 2009 (n 15) 468.

41. Ibid 469.

42. Ρούσσο, 2010 (n 27) 330.

43. Ρήγας, 2008 (n 1) 10-11.

44. Ibid.

νομικού προσώπου που συνεπάγεται περιορισμό της ευθύνης των μελών με αποτέλεσμα τον καταλογισμό ορισμένων συνεπειών ενός κανόνα δικαίου κατά τον σκοπό του στα μέλη και όχι στο νομικό πρόσωπο αποτελεί στη ουσία έναν μηχανισμό «εσωτερίκευσης» των αρνητικών εξωτερικών αποτελεσμάτων που συνεπάγεται η εφαρμογή της αρχής του διαχωρισμού⁴⁵.

Στην ελληνική έννομη τάξη θα μπορούσε να γίνει διάκριση μεταξύ δύο βασικών αλλά και διαφορετικών περιπτώσεων άρσης της αυτοτέλει. Αρχικά, της εχθρικής ή εξωτερικής άρσης της αυτοτέλει, και, κατόπιν, της εσωτερικής ή φιλικής άρσης της αυτοτέλει του νομικού προσώπου.

Α. Εχθρική ή εξωτερική άρση της αυτοτέλει του νομικού προσώπου

Α.1 Η κατάχρηση δικαιώματος ως λόγος άρσης της αυτοτέλει του νομικού προσώπου

Η πλέον διαδεδομένη στη νομολογία θεμελίωση της κατασκευής του παραμερισμού της νομικής προσωπικότητας συνίσταται στην κρίση ότι υπό συγκεκριμένες περιστάσεις και προϋποθέσεις η επίκληση του περιορισμού της ευθύνης είναι καταχρηστική⁴⁶. Βασική διάταξη, η οποία σχετίζεται άμεσα με το συγκεκριμένο ζήτημα είναι το άρθρο 281 ΑΚ⁴⁷ το οποίο αναφέρεται στην καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, ενώ όπως γίνεται αντιληπτό η απαγόρευση αυτή δεν πλήττει καταρχήν το δικαίωμα αυτό καθαυτό αλλά την *in concreto* άσκησή του⁴⁸. Η πιο αντιπροσωπευτική απόφαση για το εν λόγω ζήτημα είναι η απόφαση 1673/2003 του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πειραιά⁴⁹ στην οποία επισημάνθηκε ότι η επίκληση της νομικής προσωπικότητας και του χωρισμού που αυτή συνεπάγεται δεν γίνεται δεκτή σε περιπτώσεις που παρατηρείται κατάχρηση του δικαιώματος όπως αυτό αναφέρεται στο άρθρο 281 ΑΚ. Η συγκεκριμένη απόφαση βασίζεται στην περίπτωση που το μέλος ενός νομικού προσώπου χρησιμοποιεί τη νομική προσωπικότητα προκειμένου να καταστρατηγήσει το νόμο ή να προκαλέσει δολίως ζημία σε τρίτο ή με απώτερο στόχο να αποφύγει την εκπλήρωση βασικής του υποχρέωσης⁵⁰. Κατά την εφαρμογή του κανόνα της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, η περί κατάχρησης κρίση εντοπίζεται κυρίως στο ζήτημα κατά πόσο η άσκηση του δικαιώματος *in concreto* υπηρετεί

σκοπούς αποδοκιμαζόμενους από την έννομη τάξη⁵¹. Έχει γίνει επίσης αποδεκτό από την νομολογία ότι κατ'εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ ή ακόμη και του άρθρου 178 ΑΚ⁵² οι αποφάσεις της γενικής συνέλευσης της ανώνυμης εταιρείας κρίνονται άκυρες σε περίπτωση που αυτές είναι καταχρηστικές⁵³. Πρέπει όμως να επισημανθεί ότι προϋπόθεση αναδρομής στο άρθρο 281 ΑΚ για την θεμελίωση διατήρησης του πέλπου είναι η καταχρηστικότητα να μπορεί να καταλογισθεί σε ορισμένο κυρίαρχο μέλος ή εταίρο ή σε ορισμένη κυρίαρχη ομάδα συμφερόντων, δηλαδή ομάδα μελών ή εταίρων του νομικού προσώπου, τα οποία μέσα από τον έλεγχο που ασκούν παραλύουν τις αρχές και τις διαδικασίες λειτουργίας του και τις μετατρέπουν σε μηχανισμούς αποκλειστικής εξυπηρέτησης των δικών τους συμφερόντων⁵⁴. Συνεπώς, το κριτήριο του ποσοστού συμμετοχής και ελέγχου του νομικού προσώπου από ορισμένο μέλος ή ομάδα μελών αποτελεί τη βασική προϋπόθεση ενεργοποίησης του άρθρου 281 ΑΚ.

Α.2 Η κατάχρηση θεσμού ως αιτία άρσης της αυτοτέλει του νομικού προσώπου

Το ζήτημα της επίκλησης του περιορισμού της ευθύνης σε περιπτώσεις που αυτή κρίνεται ασύμβατη με θεμελιώδεις σταθμίσεις της έννομης τάξης -και αντίστοιχα της στοιχειοθέτησης ευθύνης του εταίρου κατά παραμερισμό της νομικής προσωπικότητας- αντιμετωπίζεται συχνότερα ως περίπτωση κατάχρησης θεσμού⁵⁵. Ειδικά στην ελληνική έννομη τάξη τείνει να επικρατήσει η ευρύτερη έννοια της απαγόρευσης κατάχρησης θεσμού με αφετηρία κυρίως τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 3 του Συντάγματος^{56, 57}. Βασικό αντικείμενο της ευρύτερης αυτής απαγόρευσης αποτελούν η καταχρηστική ενέργεια ή διαγωγή ή δραστηριότητα εντός του πλαισίου ενός θεσμού η οποία δεν συνιστά άσκηση δικαιώματος ή η χρησιμοποίηση του θεσμού ή των συνδεόμενων με αυτόν πλεονεκτημάτων κατά τρόπο που δε συνιστά άσκηση δικαιώματος⁵⁸. Κατάχρηση θεσμού υπάρχει κυρίως στην περίπτωση που ένας ορισμένος θεσμός χρησιμοποιείται προκειμένου να εξυπηρετηθεί σκοπός που δεν εντάσσεται στους σκοπούς που κατά την αντίληψη της έννομης τάξης ο θεσμός αυτός θα πρέπει να υπηρετεί^{59, 60}. Θα πρέπει δηλαδή, ο θεσμός ο οποίος χρησιμοποιείται, να εξυπηρετεί σκοπό ο οποίος αποδοκιμάζεται από την έννομη τάξη, ενώ η πιο συνηθισμένη περίπτωση κατάχρησης

45. Λιακόπουλος, 1993 (n 8) 13.

46. Ελευθεριάδης Ν., *Η προστασία των δανειστών κεφαλαιουχικής εταιρείας ως πρόβλημα ευθύνης των εταίρων* (Εκδόσεις Σάκκουλα, 2012) 174.

47. *Η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος.*

48. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 175.

49. ΠΠρΠειρ 1673/2003.

50. Ρήγας, 2008 (n 3) 64.

51. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 177.

52. *Δικαιοπραξία που αντιβαίνει στα χρηστά ήθη είναι άκυρη.*

53. Λιακόπουλος, 1993 (n 8) 86.

54. Ρούσσο, 2010 (n 27) 340.

55. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 181.

56. *Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος δεν επιτρέπεται.*

57. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 182.

58. *Ibid.*

59. ΕφΠειρ 606/2001.

60. Ρήγας, 2008 (n 1) 68.

στα νομικά πρόσωπα κυρίως σωματειακής μορφής και κυρίως στις κεφαλαιουχικές εταιρείες αφορά την απογύμνωση του νομικού προσώπου με ενέργειες μελών ή των διαχειριστών του από πόρους και την περιουσιακή του υποδομή με τον συνεπαγόμενο κίνδυνο μη εξόφλησης των απαιτήσεων των πιστωτών του⁶¹. Ως χαρακτηριστική περίπτωση καταχρήσεως θεσμού του νομικού προσώπου είναι η υπ' αριθμό 425/1983 απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου⁶².

Παράλληλα, στη συγκεκριμένη κατηγορία μπορεί να ενταχθεί και η άρση της αυτοτέλειας ενός νομικού προσώπου εξαιτίας καταστρατήγησης νόμου⁶³. Καταστρατήγηση είναι η προσπάθεια να παρακαμφθεί η εφαρμογή ενός κανόνα μέσω της εκμετάλλευσης θεσμού, η οποία υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης περιστάσεως αντίκειται στο σκοπό του καταστρατηγούμενου κανόνα⁶⁴. Στο δικαιοπρακτικό πεδίο μία δικαιοπραξία είναι καταστρατηγική όταν τα μέρη επιχειρούν να επιτύχουν το σκοπό μιας απαγορευμένης από το νόμο (ΑΚ 174) δικαιοπραξίας καταρτίζοντας μια άλλη μη ρητά απαγορευμένη⁶⁵.

A.3 Σύγχυση περιουσιακών στοιχείων

Σε μεγάλο βαθμό η συγκεκριμένη περίπτωση θεωρείται ως (υπο)περίπτωση της χρησιμοποίησης της νομικού προσώπου για την αποφυγή εκπλήρωσης προσωπικής υποχρέωσης⁶⁶. Ως σύγχυση νοείται η μεταφορά περιουσιακών στοιχείων του νομικού προσώπου στην ατομική περιουσία των μελών του είτε απευθείας είτε μέσω άλλων παρένθετων προσώπων⁶⁷. Χαρακτηριστικά παραδείγματα αποτελούν κυρίως η χρησιμοποίηση χρημάτων του νομικού προσώπου για αγορά ακινήτων ή άλλων περιουσιακών στοιχείων στο όνομα του κυρίαρχου εταίρου ή άλλων προσώπων ελεγχόμενων από αυτόν και η τεχνητή δημιουργία υποχρεώσεων του νομικού προσώπου⁶⁸. Σε μεγάλο βαθμό οι ενέργειες αυτές μπορούν ενδεχομένως να αποτελέσουν και ποινικά αδικήματα, όπως υπεξαίρεση ή απιστία, όμως η ποινικοποίησή τους δυσχεραίνεται όταν ανάγονται σε νομότυπες διαδικασίες και ιδίως νομότυπες αποφάσεις των οργάνων του νομικού προσώπου υπό την επιρροή του κυρίαρχου εταίρου⁶⁹. Παράλληλα, στην ίδια κατηγορία θα μπορούσε να ενταχθεί η περίπτωση της «σύγχυσης σφαιρών» όπου η εταιρική επιχείρηση

και μία νομικά αυτοτελής άλλη επιχείρηση του εταίρου εμφανίζονται στις συναλλαγές ως ενότητα ιδίως με τη χρήση όμοιας επωνυμίας⁷⁰. Όπως γίνεται αντιληπτό η παραπάνω περίπτωση ομοιάζει αρκετά με την περίπτωση της σύγχυσης περιουσιών ωστόσο συνδέεται περισσότερο με την στενή σύμπλεξη της εταιρικής σφαίρας με τη σφαίρα του εταίρου⁷¹.

A.4 Ουσιαστική υποκεφαλαιοδότηση

Ως υποκεφαλαιοδότηση θα μπορούσε να οριστεί η ανεπάρκεια των ιδίων κεφαλαίων του νομικού προσώπου να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις από την επιχειρηματική ή από την επενδυτική του δραστηριότητα⁷². Η καταχρηστικότητα στην παρούσα περίπτωση προϋποθέτει ότι η υποκεφαλαιοδότηση θα συνοδεύεται από αποδοκιμαζόμενες αποφάσεις και ενέργειες των μετόχων ή των διαχειριστών και ιδίως από ενέργειες δόλιας παραπλάνησης ή ενέργειες παρότρυνσης προς τους πιστωτές να προβούν σε χρηματικές ή άλλες καταβολές ως προς την υποκεφαλαιοδοτημένη εταιρεία⁷³. Αναμενόμενη συνέπεια ανεπάρκειας ιδίων κεφαλαίων είναι η ανάγκη λήψης υπερβολικών πιστώσεων και αντίστοιχα η υπέρμετρη εξασφάλιση των δανειστών που κορυφώνουν τους κινδύνους ρευστότητας⁷⁴. Βέβαια, η ουσιαστική υποκεφαλαιοδότηση της εταιρείας δεν επαρκεί από μόνη της προκειμένου να στοιχειοθετηθεί ευθύνη του εταίρου διότι κρίνεται απαραίτητο επίσης να στοιχειοθετείται πρόσφορη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της υποκεφαλαιοδότησης και της αφερεγγυότητας⁷⁵. Στην ελληνική νομολογία η ανεπαρκής χρηματοδότηση αναφέρεται συχνά ως λόγος ευθύνης εταίρου κατά παραμερισμό νομικής προσωπικότητας, αλλά όχι ως αυτοτελές πραγματικό ευθύνης, παρά ως επιμέρους κριτήριο αποφυγής εκπλήρωσης υποχρεώσεων^{76,77}.

A.5 Η χρησιμοποίηση του νομικού προσώπου για πρόκληση ζημίας σε τρίτον

Πρόκειται για την ειδεχθέστερη μορφή χρησιμοποίησης του νομικού προσώπου για σκοπούς ξένους προς τη βασική του επιδίωξη. Νομολογιακά δεν υπάρχουν σχετικά παραδείγματα, ωστόσο χαρακτηριστική περίπτωση που εντάσσεται σε μια τέτοια συμπεριφορά είναι όταν ορισμένα μέλη του νομικού προσώπου εκμεταλλεύονται τον θεσμό προκειμένου να βλάψουν τους πιστωτές τους⁷⁸. Όπως γίνεται εύλογα αντιληπτό, η συγκεκριμένη περίπτωση εμπίπτει κυρίως στο

61. Ρούσσο, 2010 (n 27) 328.

62. ΟΛΑΠ 425/1983: Η παρούσα απόφαση αφορά την ερμηνεία και την εφαρμογή των διατάξεων για την απαγόρευση απόκτησης από αλλοδαπούς ακινήτων σε παραμεθόριες περιοχές (άρθρο 24 Ν. 1892/1990).

63. ΑΠ 905/2010.

64. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 184.

65. Ibid.

66. ΑΠ 1910/2009.

67. Ρούσσο, 2010 (n 27) 344.

68. Ibid.

69. Ibid.

70. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 196.

71. Ibid.

72. Ρούσσο, 2010 (n 27) 348.

73. Ibid.

74. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 201.

75. Ibid 205.

76. Ibid 202.

77. Βλ. ΑΠ 1910/2009.

78. Ρούσσο, 2010 (n 27) 346.

πεδίο του ποινικού δικαίου, καθώς το νομικό πρόσωπο χρησιμοποιείται προκειμένου να προκληθεί ζημία σε τρίτο πρόσωπο. Ωστόσο, μία προσφιλής μέθοδος έχει παρατηρηθεί σε εταιρείες με αυξημένες φορολογικές ή άλλες υποχρεώσεις όπου η θέση της υπερχρεωμένης εταιρείας υπό εκκαθάριση, περιορίζει το Δημόσιο και τους άλλους πιστωτές στο να επιδιώξουν την ικανοποίηση των απαιτήσεών τους από τα περιουσιακά στοιχεία της υπερχρεωμένης εταιρείας, ενώ τα ίδια πρόσωπα που κατείχαν εταιρικά μερίδια ή μετοχές στη υπό εκκαθάριση εταιρεία συνεχίζουν την ίδια δραστηριότητα υπό το ένδυμα άλλου νομικού προσώπου⁷⁹.

A.6 Άρση υπό τις επιταγές του φορολογικού δικαίου

Σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας⁸⁰, η φορολογική αρχή και τα διοικητικά δικαστήρια μπορούν να κρίνουν παρεμπιπτόντως την εικονικότητα ομόρρυθμης ή ετερόρρυθμης εταιρείας ή το ποσοστό συμμετοχής του κάθε εταίρου⁸¹. Συνέπεια της κρίσης περί εικονικότητας είναι ότι το υποκείμενο της φορολογικής υποχρέωσης είναι το φυσικό πρόσωπο, το οποίο πράγματι αποκτά το εισόδημα και όχι το φαινόμενο ως εταίρος πρόσωπο και επομένως το φορολογητέο εισόδημά του προσδιορίζεται με βάση το πραγματικό ποσοστό συμμετοχής στην εταιρεία⁸². Επομένως, στην περίπτωση που η εικονικότητα παρέχει κάλυψη στην επιδίωξη για καταστρατήγηση των σχετικών φορολογικών διατάξεων για τη φορολογία εισοδήματος, ενδεχόμενη επίκληση της αρχής της αυτοτέλειας θα ήταν καταχρηστική με αποτέλεσμα να κρίνεται αναγκαίος ο παραμερισμός της νομικής προσωπικότητας προκειμένου να υπαχθεί σε φορολογία εκείνος που με τη σύσταση της εταιρείας επιδίωξε την παραπάνω καταστρατήγηση⁸³.

A.7 Η απόφαση ΟΛΑΠ 2/2013

Συνολικά, για την έννοια της κατάχρησης της αυτοτέλειας νομικού προσώπου, η οποία έχει ως αποτέλεσμα την κάμψη της νομικής προσωπικότητας ιδιαίτερα σημαντική είναι η απόφαση 2/2013 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου⁸⁴. Εν προκειμένω, το δικαστήριο συγκεφαλαιώνοντας την κρίσιμη περιπτώσιολογία, δέχθηκε ότι για κατάχρηση θεσμού της εταιρείας πρόκειται όταν «ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος χρησιμοποιεί την νομική προσωπικότητα της εταιρείας για να καταστρατηγήσει τον νόμο (λ.χ. να παρακάμψει απαγόρευση που τον δεσμεύει ως φυσικό πρόσωπο) ή για να προκαλέσει με δόλο ζημία σε τρίτο (οπότε θα ανακλύπται και αδικοπρακτική ευθύνη του) ή για να αποφευχθεί η

εκπλήρωση είτε ατομικών είτε εταιρικών υποχρεώσεών του, που δημιουργήθηκαν καθ' υπέρβαση των πραγματικών εταιρικών ή ατομικών του δυνατοτήτων, κριτήρια δε ενδεικτικά μιας τέτοιας κατάχρησης είναι προ πάντων η ανεπαρκής χρηματοδότηση της εταιρείας και η σύγχυση της εταιρικής με την ατομική του περιουσία, αφού εξ αιτίας μεν της ελλιπούς χρηματοδότησης ο επιχειρηματίας μεταφέρει αθέμιτα στους δανειστές της εταιρείας τους κινδύνους από την δική του στην ουσία επιχειρηματική δραστηριότητα, ενώ αθέμιτα και στην περίπτωση της σύγχυσης των περιουσιών χρησιμοποιεί την εταιρική περιουσία για τις δικές του δραστηριότητες ή αντιστρόφως επωφελείται η εταιρεία σε βάρος των ατομικών του δανειστών.»

A.8 Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στους ομίλους εταιρειών - Η ευθύνη της μητρικής για τις υποχρεώσεις της θυγατρικής

Αρχικά, πρέπει να τονιστεί ότι η μητρική εταιρεία δεν ευθύνεται για τις υποχρεώσεις της θυγατρικής, διότι αποτελούν αυτοτελή νομικά πρόσωπα με αποτέλεσμα η καθεμία να ευθύνεται μόνο για τις δικές της υποχρεώσεις, ενώ παράλληλα δεν υπάρχουν ειδικές διατάξεις οι οποίες να προβλέπουν τέτοια ευθύνη⁸⁵. Ωστόσο, σε περίπτωση που συντρέχει κάποιος νόμιμος λόγος ευθύνης με βάση τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα τότε γίνεται κατανοητό πως μπορεί να ζητηθεί άρση του εταιρικού πέπλου⁸⁶. Αρχικά, ο καταλογισμός ευθύνης στη μητρική με βάση την ερμηνεία του νόμου ή της σύμβασης μπορεί να επιβάλλει την κάμψη της νομικής προσωπικότητας με βάση ερμηνευτική διέγερση ως προς τα υποκείμενα που καταλαμβάνονται από τη σχετική υποχρέωση με κριτήρια τελεολογικά (όπως στην περίπτωση που με τη σύμβαση που καταρτίστηκε μεταξύ της θυγατρικής και τρίτου είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι δεσμεύεται και η μητρική καθώς σε αντίθεση σε περίπτωση θα ματαιώνονταν ο σκοπός της σύμβασης)⁸⁷. Ωστόσο, κρίνεται σκόπιμο να αναλυθεί η ευθύνη που πηγάζει και στη συγκεκριμένη περίπτωση (για την ευθύνη της μητρικής για τις υποχρεώσεις της θυγατρικής) κυρίως με βάση το άρθρο 281 του Αστικού Κώδικα, το οποίο προαναφέρθηκε.

Αποτελεί χαρακτηριστική περίπτωση ότι δεν αποκλείεται η ευθύνη της μητρικής όπως άλλωστε και του μοναδικού μετόχου να στηρίζεται στην καταχρηστική εκμετάλλευση της ευχέρειας συναλλακτικής δράσης διαμέσου νομικών προσώπων που του εξασφαλίζουν περιορισμένη ευθύνη⁸⁸. Πρόκειται για την περίπτωση κατάχρησης της οργανωτικής ελευθερίας που εκδηλώνεται με την ίδρυση περισσότερων νομικών προσώ-

79. Ibid 347.

80. ΣτΕ 1001/1991.

81. Ρήγας, 2008 (n 1) 134.

82. Ibid.

83. Ibid.

84. ΟΛΑΠ 2/2013.

85. Ρήγας, 2008 (n 1) 89.

86. Ibid.

87. Ibid.

88. Λιακόπουλος, 1993 (n 8) 147.

πων που εξασφαλίζουν περιορισμό της (απεριόριστης) συναλλακτικής του ευθύνης⁸⁹. Η διαπίστωση της κατάχρησης πρέπει να εκδηλώνεται με περιστατικά, τα οποία υποδηλώνουν την προσωπική δράση του πραγματικού φορέα επιχειρήσεων ή της μητρικής διαμέσου των θυγατρικών, περιουσιακή ταύτιση μητρικής και θυγατρικής, περιφρόνηση εταιρικών διατυπώσεων για τη θυγατρική, χρήση της ίδιας επωνυμίας και του προσωπικού αλλά και εν γένει συμπεριφορά που αποδεικνύει ότι ο σκοπός της ίδρυσης της θυγατρικής ήταν η αποφυγή της προσωπικής ευθύνης⁹⁰.

Περαιτέρω, μπορεί να γίνει επίκληση της άρσης της αυτοτέλειας ενός ομίλου επιχειρήσεων και στις περιπτώσεις που αναφέρθηκαν και στο αυτοτελές νομικό πρόσωπο με βάση το άρθρο 281 ΑΚ. Ειδικότερα, μπορεί να γίνει επίκληση της κάμψης της αυτοτέλειας ενός ομίλου επιχειρήσεων στις περιπτώσεις της καταστράτηγησης νόμου, κατάχρησης δικαιώματος και θεσμού, ταύτισης υποκειμένων ευθύνης και περιουσιών καθώς επίσης και λόγω ανεπαρκούς κεφαλαιοδότησης της θυγατρικής εταιρείας από τη μητρική.

Β. Εσωτερική ή φιλική άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου

Σε αντίθεση με την περίπτωση της εχθρικής άρσης είναι σκόπιμο να αναφερθεί ότι υπάρχει και δυνατότητα φιλικής άρσης του εταιρικού πέπλου, προς όφελος των μελών ή του ίδιου του νομικού προσώπου με αποτέλεσμα την επέλευση ευμενών ή τη μη επέλευση δυσμενών συνεπειών που θα επέβαλε κανονικά ο σεβασμός της αρχής του χωρισμού⁹¹. Ο κυριότερος λόγος για τον οποίο μπορεί να γίνει η λεγόμενη φιλική άρση της αυτοτέλειας είναι η αποκατάσταση της έμμεσης ζημιάς των μετόχων⁹². Βέβαια, η άρση του εταιρικού πέπλου στην συγκεκριμένη περίπτωση πρέπει να γίνει με ιδιαίτερη προσοχή διότι δεν είναι βέβαιο ότι θα ζημιωνόταν ο ίδιος ο μέτοχος με αποτέλεσμα η άρση της αυτοτέλειας να πρέπει να γίνεται στην συγκεκριμένη περίπτωση με την συνεκτίμηση του συμφέροντος των εταιρικών δανειστών⁹³. Η παραπάνω περίπτωση άρσης της αυτοτέλειας έχει υποστηριχθεί κυρίως στη θεωρία, αλλά δεν έχει βρει νομολογιακή αποδοχή, καθώς η απόφαση 14/1999 του Αρείου Πάγου⁹⁴ ανέτρεψε την θέση αυτή⁹⁵. Ειδικότερα, το ανώτατο δικαστήριο τόνισε ότι η μείωση της αξίας των μετοχών λόγω παράνομης αύξησης του κεφαλαίου συνιστά άμεση και όχι έμμεση ζημία των μετόχων οι οποίοι έχουν το δικαίωμα να απαιτήσουν την αποκατάστασή της βάσει της ΑΚ 914.

89. Ibid.

90. Ibid 150.

91. Ρήγας, 2008 (n 1) 139.

92. Λιακόπουλος, 1993 (n 8) 111.

93. Ibid 116.

94. ΑΠ 14/1999.

95. Ρήγας, 2008 (n 1) 140.

VI. Οι έννομες συνέπειες της άρσης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου

Αδιαμφισβήτητα, η άρση του εταιρικού πέπλου δεν μπορεί να θεωρηθεί έννομη συνέπεια, καθώς στην ουσία δεν ορίζει το πρόσωπο το οποίο ευθύνεται με αποτέλεσμα να κρίνεται απαραίτητο να αναλυθούν επιμέρους περιπτώσεις έννομων συνεπειών κυρίως στα μέλη ενός νομικού προσώπου⁹⁶. Ειδικότερα, ο παραμερισμός της νομικής προσωπικότητας έχει ως βασική συνέπεια τον καταλογισμό της δικαιοπραξίας την οποία κατήρτισε το νομικό πρόσωπο με τρίτον (τον δανειστή) σε εκείνο τον εταίρο, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν επιμέρους προϋποθέσεις ευθύνης αναφορικά με την ιδιότητά του ως μοναδικού ή κυρίαρχου/ελέγχοντος εταίρου⁹⁷. Βέβαια, εξίσου σημαντική προσέγγιση είναι η ευθύνη όλων των εταίρων εις ολόκληρον έναντι των εταιρικών δανειστών⁹⁸. Βασικό μειονέκτημα όμως της συγκεκριμένης συνέπειας αποτελεί ο κίνδυνος της διάχυσης της ευθύνης σε πρόσωπα τα οποία δεν έχουν εκδηλώσει οποιαδήποτε συμπεριφορά, η οποία να σχετίζεται με την ενδεχόμενη βλάβη που έχει προκαλέσει ή υποστεί το νομικό πρόσωπο, με αποτέλεσμα να έχει ανακύψει και μία «*παραλλαγή*» της συγκεκριμένης προσέγγισης η οποία μεταθέτει την ευθύνη του εταίρου εις ολόκληρον με το νομικό πρόσωπο της εταιρείας⁹⁹. Ειδικά βέβαια ως προς την κατάχρηση των ορίων που τίθενται στο άρθρο 281 ΑΚ, η έννομη συνέπεια θα πρέπει να καθορίζεται με τέτοιο τρόπο ώστε να πραγματώνεται στον πληρέστερο δυνατό βαθμό, ο σκοπός της αποδοκμασίας (αποτροπής ή εξάλειψης των καταχρηστικών συνεπειών) της καταχρηστικής συμπεριφοράς στην ατομική περίπτωση όπως μέσω της άρνησης κάθε μορφής έννομης προστασίας στον καταχρηστικώς ασκούντα το δικαίωμα ή τον θεσμό¹⁰⁰.

Άλλωστε, όπως επισημαίνεται και στην απόφαση ΟΛΑΠ 2/2013: «*Σε κάθε περίπτωση η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου είναι προσωρινή και περιορισμένη, δηλαδή δεν καταλύεται η ίδια η νομική προσωπικότητα της εταιρείας, αλλά παραμερίζεται μόνο για τη συγκεκριμένη συναλλαγή η περιουσιακή αυτοτέλειά της, με την έννοια ότι η εταιρεία ή αναλόγως ο βασικός μέτοχος ή εταίρος της παραμένουν οφειλέτες, που ευθύνονται πλέον από κοινού και εις ολόκληρο (άρθρ. 481 ΑΚ) για τις ζημιογόνες συνέπειες (άρθρ. 926 ΑΚ) της συναλλαγής τους, δηλαδή δημιουργείται ένας πρόσθετος οφειλέτης, στον οποίο επεκτείνονται (διαχέονται) οι συνέπειες αυτές με κατεύθυνση είτε από την εταιρεία προς το βασικό μέτοχο ή εταίρο είτε με αντί-*

96. Ελευθεριάδης, 2012 (n 46) 211.

97. Ibid.

98. Ibid.

99. Ibid 214-217.

100. Ποδηματά, 2018 (n 38).

στροφή κατεύθυνση.»

Αξίζει να σημειωθεί πως οι συγκεκριμένες συνέπειες επέρχονται κυρίως στην περίπτωση της εξωτερικής ή εχθρικής άρσης της αυτοτέλειας ενός νομικού προσώπου, καθώς η εφαρμογή της φιλικής άρσης επιτυγχάνεται προκειμένου να επέλθουν θετικές συνέπειες στα μέλη μιας εταιρείας.

Συμπέρασμα

Συνοψίζοντας, καθίσταται φανερό πως γενική θεωρία ή γενικής ισχύος κριτήρια για την άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου δεν μπορούν να διατυπωθούν διότι ένα μεθοδολογικό σχήμα του τύπου κανόνας-εξαίρεση θα έβλαπτε την οικονομική και κοινωνική αξία του νομικού προσώπου ως θεσμού, καθώς θα σχηματοποιούσε την πραγματικότητα αποκλείοντας άλλες περιπτώσεις όπου η αναίρεση του νομικού προσώπου θα ήταν για λόγους επιείκειας επιβεβλημένη¹⁰¹. Από την ανάλυση της νομοθεσίας, αποδεικνύ-

εται πως η νομική προσωπικότητα και η αυτοτέλεια που συνεπάγεται η απόκτησή της, διαδραματίζουν καθοριστικό ρόλο στη λειτουργία των νομικών προσώπων. Άλλωστε, η παραπάνω άποψη ενισχύεται κυρίως από το γεγονός ότι η νομολογία θέτει αυστηρές προϋποθέσεις προκειμένου να γίνει επιτρεπτή η άρση του εταιρικού πέλλου. Κρίνεται, συνεπώς, επιτακτική η ανάγκη τα δικαστήρια να προβαίνουν στην άρση του εταιρικού πέλλου με ιδιαίτερη προσοχή προκειμένου να διαφυλαχθεί η θεσμική ακεραιότητα του νομικού προσώπου.

Ωστόσο, ο θεσμός του νομικού προσώπου συχνά χρησιμοποιείται καταχρηστικά για την διάπραξη έκνομων πράξεων, ενώ σοβαρά οικονομικά αδικήματα τελούνται «κάτω από τον μανδύα» του εταιρικού πέλλου. Βασική επιδίωξη θα πρέπει να αποτελέσει η υιοθέτηση εκείνων των προϋποθέσεων οι οποίες θα εξυπηρετούν με τον βέλτιστο τρόπο τόσο την αρχή της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου όσο και την κάμψη της συγκεκριμένης αρχής όπου αυτό είναι αναγκαίο.

101. Λιακόπουλος, 1993 (n 8) 182.

IV. Δίκαιο των συμβάσεων

Το χρονικό σημείο μετάθεσης του κινδύνου στη σύμβαση πώλησης αγαθών: Μια συγκριτική προσέγγιση του Αγγλικού δικαίου, της Σύμβασης της Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Αγαθών με παράλληλη αναφορά στους Κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου (INCOTERMS 2010)

Χρυστάλλα Χατζηγεωργίου, Ασκούμενη Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Στην παρούσα μελέτη θα επιχειρηθεί να εξεταστεί το πλαίσιο μέσα στο οποίο επέρχεται η μετάθεση του κινδύνου με σημείο αναφοράς στο χρονικό σημείο μετάθεσης. Η μελέτη αυτή θα στηριχτεί, κυρίως, στη συγκριτική ανάλυση των κανόνων μετάθεσης του κινδύνου στο Αγγλικό δίκαιο και στη Σύμβαση της Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Κινητών Πραγμάτων. Ενώ, τέλος αναφορά θα γίνει και στους κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου (INCOTERMS 2010). Επιπρόσθετα, θα εξεταστεί ποιο νομοθέτημα εξισορροπεί καλύτερα τα δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών λαμβάνοντας υπόψη τις συνεχώς μεταβαλλόμενες ανάγκες του διεθνούς εμπορίου.

Λέξεις-Κλειδιά:

Κίνδυνος - Σύμβαση πώλησης - Χρονικό σημείο μετάθεσης κινδύνου - Στάθμιση συμφερόντων των μερών

I. Εισαγωγή

Στο πλαίσιο του εμπορίου η σύμβαση πώλησης παραμένει χωρίς αμφιβολία μία από τις πιο σημαντικές συμβάσεις. Η πώληση, είτε εσωτερική είτε διεθνής αποτελεί το κύριο μέσο με το οποίο εκτελείται η μεταφορά κυριότητας ή τίτλου στα κινητά από το ένα μέρος στο άλλο¹. Στις διεθνείς, κυρίως, πωλήσεις όπου η μεταφορά κινητών πραγμάτων καθώς και η ασφάλισή τους αποτελούν ουσιαστικά ζητήματα για την

1. Dalhuisen J., *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol 2 (Hart Publishing 2010) 151.

αποπεράτωση των υποχρεώσεων των μερών, ανακύπτουν σημαντικά οργανωτικά προβλήματα καθώς και επιπρόσθετοι κίνδυνοι και ζητήματα πληρωμών². Ένα από τα πιο σημαντικά ζητήματα το οποίο ανακύπτει στην πράξη και χρήζει ιδιαίτερης προσοχής θεωρείται αυτό του κινδύνου και της μετάθεσης του μεταξύ των μερών στη σύμβαση πώλησης. Η δυσκολία συνήθως έγκειται στη φύση της έννοιας του κινδύνου και στις σημαντικές διαφοροποιήσεις στους κανόνες μετάθεσης στα διάφορα δίκαια³.

II. Έννοια κινδύνου στη σύμβαση πώλησης

Στη σύμβαση πώλησης, όπως θα εξεταστεί στη παρούσα μελέτη, ο κίνδυνος μπορεί να προσδιοριστεί ως ο κίνδυνος της ευθύνης για απώλεια, ζημιά ή καταστροφή των αγαθών⁴, ενώ, μια τέτοια κατάσταση δεν θα οφείλεται ούτε σε λάθος του πωλητή ούτε σε λάθος του αγοραστή⁵. Γενικότερα, ο κίνδυνος θεωρείται μια αυτόνομη έννοια η οποία μπορεί να ενταχθεί και στο πλαίσιο των συμβατικών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων⁶. Η έννοια του κινδύνου στη σύμβαση πώλησης προσδιορίζει ποιος φέρει τις συνέπειες οποιασδήποτε ζημιάς ή απώλειας των αγαθών και περιγράφει την θέση του μέρους στη σύμβαση πώλησης το οποίο φέρει τον κίνδυνο των χαμένων ή κατεστραμμένων αγαθών⁷. Κατά τον Sealy η έννοια του κινδύνου απαντά στον τρόπο με τον οποίο προσδιορίζεται ότι όλες ή ορισμένες υποχρεώσεις του ενός μέρους εξακολουθούν να είναι εκτελεστές ενώ το άλλο μέρος στη σύμβαση πώλησης έχει απαλλαγεί από τις υποχρεώσεις του⁸. Ταυτόχρονα, θα μπορούσε να λεχθεί ότι η υποχρέωση του αγοραστή να πληρώσει το τίμημα εξαρτάται από την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του πωλητή⁹. Στην πράξη αν έχει λάβει χώρα μετάθεση του κινδύνου, τότε ο αγοραστής υποχρεούται να πληρώσει το τίμημα ακόμα κι αν δεν έλαβε τα αγαθά ή να πληρώσει όλο το ποσό ακόμα κι αν δεν έχει παραλάβει το ένα μέρος των αγαθών, εκπληρώνοντας έτσι τις συμβατικές του υποχρεώσεις¹⁰. Από την άλλη, αν ο κίνδυ-

νος δεν έχει μετατεθεί στον αγοραστή κατά την απώλεια ή καταστροφή των αγαθών, ο πωλητής δεν μπορεί να υποχρεώσει τον αγοραστή να δεχτεί την παράδοση των αγαθών¹¹.

III. Ο βασικός κανόνας μετάθεσης κινδύνου

Το αγγλικό δίκαιο συνδέει τη μετάθεση του κινδύνου εκ πρώτης όψεως με την κυριότητα των αγαθών¹². Το χρονικό σημείο, ουσιαστικά, μεταβίβασης της κυριότητας ταυτίζεται με το χρονικό σημείο μετάθεσης του κινδύνου. Ο κανόνας αυτός ορίζεται στο άρθρο 20(1) του Sales of Goods Act (Εφεξής SOGA) και εδράζεται στο δόγμα του *res perit domino* (*the thing is lost to the owner*) το οποίο και συνδέσει τη μετάθεση του κινδύνου στη σύμβαση πώλησης με τη μεταβίβαση του τίτλου¹³. Συγκεκριμένα, αν τα αγαθά καταστραφούν, υποστούν ζημιά ή χαθούν πριν η κυριότητα μεταβιβαστεί, τότε ο πωλητής φέρει τον κίνδυνο της καταστροφής ή απώλειας των αγαθών. Αν από την άλλη τα αγαθά καταστραφούν ή χαθούν μετά τη μεταβίβαση της κυριότητας τότε τον κίνδυνο φέρει ο αγοραστής. Όπως ορίζει το άρθρο 20(1) ο κίνδυνος παραμένει στον πωλητή μέχρι η κυριότητα των αγαθών να μεταβιβαστεί στον αγοραστή ανεξάρτητα από το αν έγινε ή όχι παράδοση των αγαθών από τον αγοραστή εκτός αν τα μέρη έχουν συμφωνήσει διαφορετικά¹⁴.

Στη Σύμβαση της Βιέννης για τη διεθνή πώληση αγαθών, η γενική διάταξη που αφορά στο χρονικό σημείο μετάθεσης κινδύνου βρίσκεται στο άρθρο 69. Με βάση αυτό, το χρονικό σημείο μετάθεσης του κινδύνου από τον πωλητή στον αγοραστή, είναι αυτό της ανάληψης από τον αγοραστή του πωληθέντος πράγματος ή από τη στιγμή που το πράγμα τίθεται στη διάθεση του και αυτός δεν το αναλαμβάνει¹⁵. Είναι ξεκάθαρο ότι η μετάθεση του κινδύνου λαμβάνει χώρα με ενέργεια τόσο του πωλητή όσο και του αγοραστή αφού με βάση το λεκτικό του άρθρου ο πωλητής πρέπει να διαθέσει τα αγαθά και ο αγοραστής να τα παραλάβει¹⁶. Ταυτόχρονα, γίνεται δεκτό ότι με βάση τη Σύμβαση της Βιέννης, μετάθεση του κινδύνου θα επέλθει ακόμα κι όταν ο αγοραστής σε αθέτηση της σύμβασης πώλησης, δεν παραλάβει τα αγαθά εντός του προκαθορισμένου χρονικού διαστήματος¹⁷. Παράλληλα, ακόμα

2. Id, p. 154.

3. Roth P.M., «The Passing of Risk» (1979) 27 Am.J. Comparative Law 291, 291.

4. Furmston M., *Principles of Commercial Law* (2nd edition, Cavendish Publishing 2001) 68.

5. Sealy L.S., «Risk in the Law of Sale» (1972) 31 Cambridge Law Journal 225, 228.

6. Bridge M.G., *The Sale of Goods* (3rd edition, Oxford University Press 2014) 136.

7. Sealy L.S., «Risk in the Law of Sale» (1972) 31 Cambridge Law Journal 225, 226.

8. Ibid.

9. Schlechtriem P., Butler P., *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods* (Springer 2009) 164.

10. Clarke MA, Hooley RJA, Munday RJC, Sealy LS, Tettenborn AM, Turner PG, *Commercial Law: Text, Cases and Materials* (5th edition, Oxford University Press 2016) 362.

11. Furmston M., *Principles of Commercial Law* (2nd edition, Cavendish Publishing 2001) 68.

12. Atiyah P.S., *The Sale of Goods* (5th edition, Pitman Publishing 1975) 164.

13. Schwenzer I., Hachem P., Kee C., *Global Sales and Contract Law* (Oxford University Press 2012), 484.

14. Sale of Goods Act 1979, s 20(1).

15. Σύμβαση της Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Κινητών Πραγμάτων, άρθρο 69(1).

16. Φλάμπουρας Δ., Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 263.

17. Παμπούκης Χ., (ed.), Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 535.

και στην περίπτωση που δεν έχει συμφωνηθεί χρονικό διάστημα παράδοσης, ο κίνδυνος θα μετατεθεί στον αγοραστή αν αυτός δεν παραλάβει τα αγαθά εντός εύλογου χρονικού διαστήματος¹⁸.

Όπως γίνεται αντιληπτό, σε αντίθεση με το τι ισχύει στο αγγλικό δίκαιο, στη Σύμβαση της Βιέννης προκειμένου να λάβει χώρα μετάθεση του κινδύνου απαιτείται φυσική παραλαβή των αγαθών από τον αγοραστή¹⁹. Στο Αγγλικό δίκαιο γίνεται δεκτό ότι η μετάθεση κινδύνου λαμβάνει χώρα με τη μεταβίβαση της κυριότητας ακόμα κι αν δεν έχει λάβει χώρα παράδοση των αγαθών²⁰. Στη Σύμβαση της Βιέννης μετάθεση του κινδύνου λαμβάνει χώρα μόλις ο αγοραστής παραλάβει το πωληθέν πράγμα ή όταν περιέλθει σε υπερημερία ως προς την παραλαβή του²¹. Συνεπώς, απαιτείται διμερής ενέργεια όσο αφορά την μετάθεση κινδύνου στη Σύμβαση της Βιέννης²². Από την άλλη, με βάση το αγγλικό δίκαιο, ο κίνδυνος μετατίθεται κατά τεκμήριο κατά τη σύναψη της σύμβασης αφού η κυριότητα μεταβιβάζεται στο χρονικό σημείο σύναψης της σύμβασης όσο αφορά τα εξακριβωμένα αγαθά²³. Άρα, είναι δυνατόν με βάση το αγγλικό δίκαιο ο αγοραστής να φέρει τον κίνδυνο για αγαθά τα οποία δεν βρίσκονται στην κατοχή του, ενώ, με βάση τη σύμβαση της Βιέννης ο κίνδυνος θα μετατεθεί με την παράδοσή τους.

Βέβαια, η Σύμβαση της Βιέννης σε μια προσπάθεια εξισορρόπησης της θέσης των δύο μερών προβλέπει ότι σε περίπτωση που ο αγοραστής λόγω δικής του υπερημερίας αποτύχει να παραλάβει τα αγαθά τότε και πάλι ο κίνδυνος μετατίθεται σε αυτόν ακόμα κι αν δεν τα έχει στην κατοχή του. Από την άλλη, και το αγγλικό δίκαιο με τις διατυπωμένες επιφυλάξεις του άρθρου 20 του SOGA, προβλέπει ότι σε περίπτωση καθυστέρησης παράδοσης των αγαθών λόγω σφάλματος του ενός ή του άλλου μέρους, θα φέρει τον κίνδυνο το μέρος το οποίο ευθύνεται για μια τέτοια καθυστέρηση στην διάρκεια της οποίας τα αγαθά υπέστησαν την οποιαδήποτε ζημιά. Επιπλέον, με βάση το άρθρο 20(3), το αγγλικό δίκαιο θέτει την υποχρέωση στα μέρη ως θεματοφύλακες των αγαθών να ενεργούν με την ανάλογη επιμέλεια αφού σε αντίθετη περίπτωση δεν θα μπορέσει να γίνει επίκληση του κανόνα μεταβίβασης της κυριότητας²⁴. Επομένως, γίνεται αντιληπτό ότι πα-

ρόλο που το αγγλικό δίκαιο τοποθετεί σε μειονεκτική θέση τον αγοραστή όσο αφορά τον κύριο κανόνα μετάθεσης του κινδύνου με την μεταβίβαση της κυριότητας, ακόμα κι αν δεν έχει λάβει χώρα παράδοση των αγαθών, σε αντίθεση με τη Σύμβαση της Βιέννης που ο αγοραστής αποκτά τον κίνδυνο μόλις παραλάβει τα αγαθά, από την άλλη αποτρέπει την κατάχρηση της διάταξης του άρθρου 20(1) σε περιπτώσεις είτε σφάλματος στην παράδοση είτε στην μη άσκηση εύλογης επιμέλειας από τον θεματοφύλακα των αγαθών²⁵. Αντιθέτως, η Σύμβαση της Βιέννης τοποθετεί τον αγοραστή σε πλεονεκτική θέση, αλλά δεν του επιτρέπει να εκμεταλλευτεί το γεγονός ότι ο κίνδυνος δεν έχει μετατεθεί, αφού σε περίπτωση που η απώλεια ή ζημιά στα αγαθά επέλθει στο χρονικό διάστημα που ο αγοραστής ήταν υπερήμερος στην παραλαβή τους, αυτός είναι που θα φέρει και τον κίνδυνο²⁶.

Ο κανόνας της Σύμβασης της Βιέννης θεωρείται ότι εξυπηρετεί καλύτερα τα δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών αφού γενικότερα η εξεύρεση του ακριβούς χρονικού σημείου μεταβίβασης της κυριότητας ενέχει αρκετές δυσκολίες και αρκετά περίπλοκους κανόνες²⁷. Συνεπώς, τα μέρη δεν μπορούν να ξέρουν με βεβαιότητα το ακριβές χρονικό σημείο από το οποίο θα φέρουν τον κίνδυνο της τυχαίας καταστροφής ή απώλειας των αγαθών²⁸. Ο κανόνας της σύμβασης της Βιέννης προσφέρει στα μέρη μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου και προβλεψιμότητα αφού εκ των προτέρων μπορούν να προσδιορίσουν το ακριβές χρονικό σημείο μετάθεσης του κινδύνου κάτι το οποίο, κυρίως στις διεθνείς συναλλαγές, έχει τεράστια σημασία²⁹.

Επιπλέον, ο κανόνας του αγγλικού δικαίου της μετάθεσης του κινδύνου με την κυριότητα δεν εξυπηρετεί την συμβατική δικαιοσύνη³⁰. Σε πολλές περιπτώσεις ο αγοραστής θα φέρει τον κίνδυνο αγαθών τα οποία δεν βρίσκονται στην κατοχή του και για τα οποία δεν θα μπορεί να έχει τον έλεγχο³¹. Αντιθέτως, η θεωρία του κινδύνου επιτάσσει ότι ο κίνδυνος βαραίνει το μέρος

18. Schwenzer I., (ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)* (3rd edition, Oxford University Press 2010) 941.

19. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 535.

20. Sale of Goods Act 1979, s 20(1).

21. Σύμβαση της Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Κινητών Πραγμάτων, άρθρο 69(1).

22. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 265.

23. Id, σελ. 266.

24. Clarke MA, Hooley RJA, Munday RJC, Sealy LS, Tettenborn

AM, Turner PG, *Commercial Law: Text, Cases and Materials* (5th edition, Oxford University Press 2016) 363.

25. Ibid.

26. Kroll S., Mistelis L., Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG): Commentary* (Hart Publishing 2011), 906.

27. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 271, δεξ επίσης: Llewellyn, «Through title to contract and a bit beyond» (1938) 15 NYUL Rev. 159. p. 165-166.

28. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 271.

29. Dalhuisen J., *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol 2 (Hart Publishing 2010) 154-155.

30. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 272.

31. De cruz S.P., «Risk of loss: A need for reform» 11 (1982) Anglo-Am L Rev, 1, 2.

το οποίο δύναται να προφυλάξει τα αγαθά από ενδεχόμενη απώλεια, καταστροφή ή χειρότερηση³². Ταυτόχρονα, υποστηρίζεται η άποψη ότι το ζήτημα της μετάθεσης του κινδύνου θα πρέπει να κριθεί με βάση τις αρχές του δικαίου των συμβάσεων και της εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων³³. Ειδικότερα, θα πρέπει σε πρώτη φάση, και εφόσον τα μέρη δεν έχουν συμφωνήσει διαφορετικά για τη μετάθεση του κινδύνου, να διακριβωθεί εάν ο πωλητής έχει πράξει ό,τι έχει συμφωνηθεί με βάση τη σύμβαση πώλησης προκειμένου να δικαιούται στο συμφωνηθέν τίμημα³⁴. Αν ο πωλητής έχει πράξει όλες τις προβλεπόμενες στη σύμβαση ενέργειες τότε ο κίνδυνος θα πρέπει να μετατίθεται στον αγοραστή ο οποίος θα εξακολουθεί να οφείλει και το τίμημα³⁵. Επομένως, το κριτήριο της ορθής εκπλήρωσης από τον πωλητή για παράδοση των αγαθών, όπως προβλέπει και η Σύμβαση της Βιέννης, αποτελεί ορθότερη επιλογή έναντι του κριτηρίου μεταβίβασης της κυριότητας αφού τοποθετεί το ζήτημα μετάθεσης του κινδύνου στο πλαίσιο του δικαίου συμβάσεων και το προσδιορίζει με βάση τις υποχρεώσεις που έχουν τα μέρη όταν επέλθει απώλεια ή καταστροφή των αγαθών³⁶. Τέλος, η λύση που προκρίνει η σύμβαση της Βιέννης εξυπηρετεί καλύτερα τους σκοπούς του διεθνούς εμπορίου και των συναλλαγών αφού όταν ο κίνδυνος μετατεθεί με την παράδοση συντελείται και ο σκοπός της σύμβασης πώλησης που εν τέλει είναι η πώληση και αγορά κινητών πραγμάτων³⁷.

Ταυτόχρονα, φαίνεται να υποστηρίζεται ότι η σύνδεση της μετάθεσης του κινδύνου με την έννοια του ελέγχου θα ήταν μια πιο λογική λύση αφού ωθεί το μέρος που θα έχει στην κατοχή του τα αγαθά (και επομένως και τον κίνδυνο) να καταρτίσει σύμβαση ασφάλισης ενώ γενικότερα ωθεί το συμβαλλόμενο μέρος που έχει στην κατοχή του τα πράγματα να ασκήσει την εύλογη επιμέλεια για την προστασία των πραγμάτων³⁸.

IV. Πώληση με Αποστολή

Το άρθρο 67 της Σύμβασης της Βιέννης εμπεριέχει τον κανόνα μετάθεσης του κινδύνου στις περιπτώσεις όπου με βάση τη σύμβαση πώλησης υπάρχει μεταφορά των κινητών πραγμάτων και ο πωλητής είναι υποχρεωμένος να τα αποστείλει στον αγοραστή³⁹. Με βάση το λεκτικό του άρθρου 67 (1) εδ. α', η μετάθεση κιν-

δύνου λαμβάνει χώρα με την παράδοση των αγαθών από τον πωλητή στον πρώτο μεταφορέα και προκειμένου να μεταβιβαθούν στον αγοραστή⁴⁰. Παράλληλα, γίνεται ξεκάθαρο ότι αυτός ο κανόνας μετάθεσης του κινδύνου ισχύει μόνο στην περίπτωση που ο πωλητής δεν υποχρεούται να παραδώσει τα αγαθά σε συγκεκριμένο τόπο, αλλά απλώς πρέπει να τα αποστείλει στον αγοραστή⁴¹.

Για σκοπούς κατανόησης του κανόνα του άρθρου 67 θα πρέπει να εξηγηθούν εννοιολογικά ορισμένες έννοιες οι οποίες συναντώνται στη διάταξη του άρθρου 67. Αρχικά, η αναφερόμενη στο άρθρο «παράδοση» (*handing over*) έχει την έννοια ότι τα αγαθά απαιτείται να μεταφερθούν από την κατοχή του πωλητή στην κατοχή του μεταφορέα ενώ από την άλλη το χρονικό σημείο κατά το οποίο ο μεταφορέας αποκτά τα αγαθά στην κατοχή του θα κριθεί με βάση τις συγκεκριμένες περιστάσεις κάθε υπόθεσης⁴². Όπως έχει νομολογηθεί στην *Plants case*, θα πρέπει τα αγαθά να περιέλθουν στον έλεγχο του μεταφορέα πράγμα που σημαίνει και υπονοεί μια ουσιαστική παράδοση από τον πωλητή στον μεταφορέα⁴³.

Παράλληλα, ο πρώτος μεταφορέας θα πρέπει να είναι και ανεξάρτητος αφού σε περίπτωση μεταφοράς των αγαθών από τον πωλητή ή αντιπρόσωπό του, θα θεωρείται ότι ο πωλητής εξακολουθεί να φέρει τον κίνδυνο και ο κανόνας του πρώτου εδαφίου του άρθρου 67 δεν θα τύχει εφαρμογής⁴⁴. Ειδικότερα, η απαίτηση αυτή του άρθρου 67(1) είναι ιδιαίτερα σημαντική αφού η παράδοση ουσιαστικά στον μεταφορέα αντικατοπτρίζει ένα είδος εξουσίασης στα αγαθά οπότε στην περίπτωση που ο πωλητής εξακολουθεί να έχει την φυσική εξουσίαση εξακολουθεί να φέρει και τον κίνδυνο⁴⁵. Επιπλέον, προϋπόθεση μετάθεσης κινδύνου στις περιπτώσεις πώλησης με αποστολή, είναι η προηγούμενη κατάρτιση σύμβασης μεταφοράς με τον ανεξάρτητο μεταφορέα αφού προκειμένου να διαβιβαθούν στον αγοραστή θα πρέπει ο μεταφορέας να αναλάβει

32. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 272.

33. *Id.*, σελ. 273.

34. *Id.*, σελ. 274.

35. *Ibid.*

36. *Id.*, σελ. 273.

37. Dalhuisen J., *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol 2 (Hart Publishing 2010) 151.

38. *Ibid.*

39. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 537.

40. Σύμβαση της Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Κινητών Πραγμάτων, άρθρο 67(1).

41. Germany 29 November 2005 District Court München (Frozen vegetable case), διαθέσιμο σε: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051129g1.html> όπου κρίθηκε ότι τα κριτήρια που θέτει το άρθρο 67(1) πληρώθηκαν με την παράδοση των αγαθών στον μεταφορέα στις 15 Ιουνίου 2001 στην Ισπανία.

42. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 539.

43. Germany 23 October 2006 District Court Bamberg (*Plants case*) διαθέσιμο σε: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html>

44. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 539.

45. Schwenzer I., (ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)* (3rd edition, Oxford University Press 2010) 929.

την υποχρέωση να τα μεταφέρει⁴⁶. Ο κανόνας αυτός μετάθεσης του κινδύνου έχει ιδιαίτερη πρακτική αποτελεσματικότητα αφού σε περιπτώσεις μεταφοράς των αγαθών δύσκολα μπορεί να διαπιστωθεί πότε έχει συμβεί το γεγονός το οποίο επέφερε την απώλεια ή ζημιά στα αγαθά⁴⁷. Έτσι, είναι επιθυμητό ο κίνδυνος να μετατίθεται με την παράδοση στον πρώτο μεταφορέα και κατά συνέπεια με την έναρξη της διαδικασίας μεταφοράς αφού, αφενός, θα μπορεί να ελεγχθεί η κατάσταση των αγαθών πριν το κλείσιμο του εμπορευματοκιβωτίου και, αφετέρου, θα μπορεί να γνωρίζει και ο πωλητής ότι από τη στιγμή της παράδοσης, τον κίνδυνο της τυχαίας απώλειας ή καταστροφής θα φέρει ο αγοραστής⁴⁸.

Από την άλλη, το εδάφιο β' του άρθρου 67(1) ορίζει ότι στις περιπτώσεις που ο πωλητής υποχρεούται να παραδώσει τα αγαθά σε συγκεκριμένο και ορισμένο από τη σύμβαση πώλησης τόπο, ο κίνδυνος μετατίθεται μόνο όταν ο πωλητής παραδώσει τα αγαθά στον μεταφορέα στον τόπο αυτό⁴⁹. Η διάταξη αυτή θα εφαρμόζεται στις περιπτώσεις όπου τα μέρη έχουν ορίσει ακόμα και με τρόπο γενικό τον τόπο από τον οποίο θα ξεκινήσει η διαδικασία αποστολής των αγαθών αντίθετα με το τι ισχύει στο εδάφιο α' του άρθρου 67(1) με βάση το οποίο τα μέρη δεν έχουν προβλέψει για κάτι τέτοιο⁵⁰.

Το αγγλικό δίκαιο και ειδικότερα ο SOGA, δεν περιέχει την οποιαδήποτε διάταξη αναφορικά με τη μετάθεση κινδύνου όταν υφίσταται μεταφορά των αγαθών⁵¹. Ωστόσο, το άρθρο 32 του SOGA προσφέρει την καθοδηγητική βάση όσο αφορά τις περιπτώσεις που τα αγαθά πρέπει να αποσταλούν στον αγοραστή⁵². Με βάση αυτό, όταν σύμφωνα με τη σύμβαση πώλησης ο πωλητής υποχρεούται να αποστείλει τα αγαθά στον αγοραστή και όχι να τα παραδώσει σε αυτόν, η παράδοση στον μεταφορέα προκειμένου να διαβιβασθούν στον αγοραστή, θα ισοδυναμεί με εκ πρώτης όψεως παράδοση στον αγοραστή⁵³. Ουσιαστικά, ο με-

ταφορέας θεωρείται αντιπρόσωπος του αγοραστή και ελλείπει αντίθετης συμφωνίας των μερών, μια τέτοια παράδοση στον μεταφορέα ισοδυναμεί με παράλληλη μεταβίβαση της κυριότητας και, συνεπώς, και του κινδύνου στον αγοραστή⁵⁴ τον οποίο φέρει κατά τη διάρκεια της μεταφοράς των αγαθών. Στην *Wait v. Baker*, κρίθηκε ότι δεν υπάρχει αμφιβολία ότι από τη στιγμή που γίνεται παράδοση των αγαθών στον μεταφορέα, επέρχεται και η μεταβίβαση της κυριότητας⁵⁵. Περαιτέρω, εκ πρώτης όψεως, παράδοση στον αγοραστή νοείται όταν τα αγαθά παραδοθούν από τον πωλητή στον πρώτο, ανεξάρτητο μεταφορέα και με σκοπό να διαβιβασθούν στον αγοραστή⁵⁶. Παράλληλα, μεταφορέας δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε ο πωλητής αλλά ούτε και ο αντιπρόσωπός του, ούτε και κάποιος υπάλληλός του⁵⁷.

Επιπλέον, προκειμένου να τύχει εφαρμογής το άρθρο 32(1), η δεύτερη παράγραφος του άρθρου 32 θέτει μια βασική προϋπόθεση⁵⁸. Όταν ο πωλητής είναι υποχρεωμένος να συνάψει με τον μεταφορέα και για λογαριασμό του αγοραστή οποιαδήποτε εύλογη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση των αγαθών και τις περιστάσεις της υπόθεσης, αν παραλείπει να το κάνει και τα αγαθά απωλεστούν ή υποστούν ζημιά κατά τη μεταφορά ή την φύλαξη τους από τον υπεύθυνο της αποβάθρας, τότε ο πωλητής θα εξακολουθεί να φέρει τον κίνδυνο της τυχαίας καταστροφής ή απώλειας των αγαθών⁵⁹. Ουσιαστικά, με βάση τον κανόνα που θέτει το άρθρο 32(2) και την αναφορά στην «εύλογη σύμβαση», ο πωλητής θα πρέπει να ενεργήσει με τέτοιο τρόπο ούτως ώστε να διασφαλίσει την ασφάλεια του φορτίου κατά τη μεταφορά του έχοντας υπόψη τις περιστάσεις τη υπόθεσης⁶⁰. Όπως έχει νομολογηθεί στην απόφαση *Clarke v. Hutchins*, αποτελεί καθήκον του πωλητή να διασφαλίσει την ευθύνη του μεταφορέα για ασφαλή μεταφορά των αγαθών και παράλληλα να καταστήσει τον μεταφορέα υπεύθυνο έναντι

46. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 540.

47. Φλάμπουρας Δ., *Το Δίκαιο της Διεθνούς Πώλησης Κινητών: Συμβολή στην ερμηνεία της σύμβασης των Ηνωμένων Εθνών για τις Διεθνείς Πωλήσεις Κινητών Πραγμάτων* (Ν. 2532/1997), των *Incoterms 2000* και του Ν. 2251/1994 (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 347.

48. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 538.

49. Taghizadeh E., «The impact of contract of carriage of goods Sold on Passing of Risk in accordance with INCOTERMS Rules», 5.

50. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 541.

51. Flambouras D., «Transfer of Risk in the Contract of Sale Involving Carriage of Goods - A comparative study in English Law, Greek Law and the CISG» (2001) 6 *International Trade & Business Law Ann* 87, 100.

52. *Ibid.*

53. Bridge M.G., *The Sale of Goods* (3rd edition, Oxford

University Press 2014) 267.

54. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 303 304, δεξ επίσης: *Underwood Ltd v. Burgh Castle Brick and Cement Syndicate* [1922] 1 K.B. 343: I have no hesitation in holding that the proper inference to be drawn is that the property was not to pass until the engine was safely placed on rail in London.

55. (1848) 2 Exch 1.

56. Bridge M.G., *The Sale of Goods* (3rd edition, Oxford University Press 2014) 267.

57. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 304.

58. *Sale of Goods Act 1979*, s.32(2): Εκτός αν εξουσιοδοτηθεί διαφορετικά από τον αγοραστή, ο πωλητής οφείλει να συνάψει με το μεταφορέα ή τον υπεύθυνο αποβάθρας για λογαριασμό του αγοραστή οποιαδήποτε εύλογη σύμβαση, έχοντας υπόψη τη φύση των αγαθών και τις άλλες περιστάσεις της υπόθεσης.

59. [1949] 6 ELR 365.

60. Lorenzon F., *C.I.F. AND F.O.B. CONTRACTS* (5th edition, Sweet & Maxwell 2012) 23.

του αγοραστή για τυχόν απώλεια ή καταστροφή των αγαθών⁶¹. Επιπλέον, όπως ορίζει η τρίτη παράγραφος όταν η αποστολή συνεπάγεται θαλάσσια μεταφορά και με βάση τις περιστάσεις είθισται τα αγαθά να ασφαλιζονται, ο πωλητής υποχρεούται να ενημερώσει τον αγοραστή για κάτι τέτοιο προκειμένου ο τελευταίος να ασφαλίσει τα αγαθά προστατεύοντας τα από τους σχετικούς κινδύνους⁶². Αν ο πωλητής παραλείψει να ενεργήσει με αυτό τον τρόπο τότε ο κίνδυνος των μεταφερόμενων αγαθών θα βαραίνει τον πωλητή και όχι τον αγοραστή κατά τη διάρκεια της θαλάσσιας μεταφοράς τους⁶³. Ωστόσο, η πρακτική σημασία των διατάξεων αυτών είναι σχετικά περιορισμένη αφού τα μέρη στη σύμβαση πώλησης με αποστολή ενσωματώνουν ρήτρες του διεθνούς εμπορίου που ρυθμίζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τη σύμβαση πώλησης⁶⁴.

Όπως γίνεται αντιληπτό, τόσο η Σύμβαση της Βιέννης όσο και το αγγλικό δίκαιο ακολουθούν τον ίδιο κανόνα στις περιπτώσεις πώλησης με αποστολή⁶⁵. Ειδικότερα, η μετάθεση του κινδύνου λαμβάνει χώρα μόλις το πράγμα περιέλθει στην κατοχή του προσώπου που πρόκειται να πραγματοποιήσει τη μεταφορά με σκοπό τα αγαθά να διαβιβασθούν στον αγοραστή⁶⁶.

Όσο αφορά τον κανόνα του άρθρου 67(1) της CISG υπάρχει διαφοροποίηση ανάλογα με το εάν τα μέρη συμφώνησαν συγκεκριμένο τόπο από όπου θα ξεκινήσει η αποστολή των αγαθών⁶⁷. Το πρώτο εδάφιο ορίζει ότι η μετάθεση κινδύνου λαμβάνει χώρα με την παράδοση στον πρώτο ανεξάρτητο μεταφορέα, ενώ, το δεύτερο εδάφιο ορίζει ότι ο κίνδυνος μετατίθεται με την παράδοση στον πρώτο, ανεξάρτητο μεταφορέα στον συγκεκριμένο, συμφωνημένο τόπο⁶⁸. Στο αγγλικό δίκαιο δεν υπάρχει τέτοια διαφοροποίηση αναφορικά με το αν υπάρχει ή όχι συμφωνία για τον τόπο παράδοσης⁶⁹.

Το συμπέρασμα και στα δύο νομικά καθεστώτα είναι ότι ο αγοραστής θα φέρει τον κίνδυνο της τυχαίας καταστροφής ή χειροτέρευσης του πράγματος κατά τη διάρκεια της μεταφοράς. Ο κανόνας αυτός αποτελεί έναν διεθνώς αναγνωρισμένο κανόνα του εμπορικού δικαίου ο οποίος εξυπηρετεί τις αρχές της αποτελε-

σματικότητας των συμβατικών υποχρεώσεων, της συμβατικής δικαιοσύνης, της καλής πίστης καθώς και γενικότερα την ορθότερη κατανομή των συμβατικών υποχρεώσεων των μερών στη σύμβαση πώλησης⁷⁰. Η αποτελεσματικότητα έγκειται στο γεγονός ότι ο αγοραστής με την άφιξη των αγαθών είναι πιο εύκολα σε θέση να διαπιστώσει την οποιαδήποτε ζημιά ή χειροτέρευση που έχει να κάνει με τη μεταφορά τους⁷¹. Ταυτόχρονα, ο κανόνας αυτός, ότι ο αγοραστής θα φέρει τον κίνδυνο κατά τη μεταφορά των αγαθών, προωθεί την αρχή της καλής πίστης αφού σε αντίθετη περίπτωση θα μπορούσε ο τελευταίος να απορρίψει τα αγαθά με πρόφαση ασήμαντα ελαττώματα που θα μπορούσε να εντοπίσει στα αγαθά και τα οποία συνέβησαν κατά το στάδιο της μεταφοράς τους⁷². Επιπρόσθετα, ο κανόνας είναι σε συνάφεια με την διεθνώς αποδεκτή διανομή των συμβατικών υποχρεώσεων στη σύμβαση πώλησης αφού με τη φόρτωση των αγαθών καθίσταται δίκαιο ο πωλητής να παύει να ευθύνεται για την ασφάλεια των αγαθών τα οποία δεν βρίσκονται στην σφαίρα επιρροής του⁷³. Αντιθέτως, ο αγοραστής δεν έχει ακόμα σε τέτοιες περιπτώσεις καταβάλει το τίμημα και επομένως δεν έχει εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις και γι' αυτό φαίνεται ορθό ο αγοραστής να φέρει και τους κινδύνους στο στάδιο της μεταφοράς⁷⁴. Παράλληλα, ο συγκεκριμένος κανόνας προωθεί την ασφάλεια δικαίου και προσφέρει προβλεψιμότητα στα μέρη ειδικά σε περιπτώσεις όπου η σύμβαση πώλησης εντάσσεται στο πλαίσιο του διεθνούς εμπορίου και τα πράγματα για τα μέρη γίνονται πιο περίπλοκα⁷⁵.

V. Κανόνες του διεθνούς εμπορικού επιμελητηρίου INCOTERMS 2010

Στις συμβάσεις διεθνούς πώλησης, συχνά τα μέρη αντιμετωπίζουν ορισμένα προβλήματα τα οποία προκαλούνται κυρίως από τις διαφορετικά διαμορφωμένες τους αντιλήψεις όσο αφορά τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους⁷⁶. Οι διαφορετικές αυτές αντιλήψεις των μερών συνήθως προέρχονται από τις διαφορετικές εθνικές νομοθετικές ρυθμίσεις και τα διαφορετικά τοπικά έθιμα και συνήθειες που υπάρχουν στις συναλλαγές⁷⁷. Με σκοπό να ξεπεραστούν τα προβλήματα

61. Ibid.

62. Sale of Goods Act 1979, s 32(3).

63. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 306.

64. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 307.

65. Id, σελ. 346.

66. Ibid.

67. Id, σελ. 347.

68. Σύμβαση Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Κινητών Πραγμάτων, άρθρο 67(1).

69. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 348.

70. Id, σελ. 352.

71. Ibid.

72. Roth P.M., «The Passing of Risk» (1979) 27 Am.J. Comparative Law 291, 296.

73. Φλάμπουρας Δ., *Η κατανομή και η μετάθεση του κινδύνου στην πώληση κινητών*, Τόμος 52 (Εκδόσεις Σάκκουλα 2007) 356.

74. Ibid.

75. Dalhuisen J., *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol 2 (Hart Publishing 2010) 154.

76. Παμπούκης Χ., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 560.

77. Ndlovu P., «Incoterms 2010: A consideration of certain implications of the amendments to the traditional Incoterms 2000»

αυτά, το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο, ένας ιδιωτικός φορέας ο οποίος εδρεύει στο Παρίσι, εξέδωσε το 1936, ένα σύνολο διεθνών κανόνων προκειμένου να βοηθήσει στην ερμηνεία των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών⁷⁸. Οι κανόνες αυτοί είναι γνωστοί ως Διεθνείς Εμπορικοί Κανόνες (INCOTERMS).

Οι κανόνες των INCOTERMS περιγράφουν τα καθήκοντα, τα κόστη και τους κινδύνους που συνεπάγεται η παράδοση των αγαθών από τον πωλητή στον αγοραστή⁷⁹. Ουσιαστικά, όταν τα μέρη στη σύμβαση πώλησης παραπέμπουν στους INCOTERMS, ρυθμίζουν ποιο μέρος θα υποχρεούται να πληρώσει για τη μεταφορά, ποιο μέρος θα φέρει τον κίνδυνο της απώλειας ή ζημιάς στα αγαθά καθώς και ποιο μέρος είναι γενικά υπεύθυνο για τους δασμούς κατά την εξαγωγή και εισαγωγή των αγαθών⁸⁰.

Οι INCOTERMS δεν μπορούν να θεωρηθούν ως πηγή δικαίου αλλά μόνο ως ερμηνευτικό κριτήριο για την ερμηνεία των εμπορικών ρητρών και ισχύουν μόνο αν τα μέρη τους έχουν ρητά ενσωματώσει στη σύμβαση της πώλησης⁸¹. Δεν έχουν από μόνοι τους δεσμευτικό χαρακτήρα ενώ πολύ συχνά τα δικαστήρια παρόλο που τα μέρη δεν έχουν ρητώς παραπέμψει σε αυτούς, λαμβάνουν τους INCOTERMS ως κριτήρια για την ερμηνεία της βούλησης των μερών⁸², ενώ, η πρακτική αυτή υποστηρίζεται κυρίως από το γεγονός ότι γενικά απευθύνονται σε επιχειρηματίες και όχι νομικούς⁸³.

Οι INCOTERMS περιλαμβάνουν 11 διαφορετικούς τύπους ρητρών που ρυθμίζουν τους πιο γνωστούς τύπους εμπορικών πωλήσεων του διεθνούς εμπορίου και καταρχήν διαχωρίζονται ανάλογα με το μεταφορικό μέσο που χρησιμοποιείται για τη μεταφορά των πωληθέντων πραγμάτων⁸⁴.

Α. Η μετάθεση του κινδύνου

Ο κίνδυνος στους INCOTERMS έχει την ίδια έννοια όπως στο αγγλικό δίκαιο και στη Σύμβαση της Βιέννης⁸⁵. Ειδικότερα, καλύπτει τις περιπτώσεις κατά

τις οποίες ο αγοραστής υποχρεούται σε καταβολή του τιμήματος ακόμα κι αν τα αγαθά έχουν καταστραφεί, απωλεσθεί ή έχουν υποστεί ζημιά. Με βάση τους INCOTERMS ο κίνδυνος μετατίθεται κατά την παράδοση των αγαθών.

Β. Οι πιο γνωστοί τύποι ρητρών

Αρχικά, η **Ρήτρα Ex Works (EXW)** μπορεί να χρησιμοποιηθεί από τα μέρη ανεξαρτήτως επιλογής μεταφορικού μέσου⁸⁶. Η ρήτρα αυτή συγκριτικά με τις υπόλοιπες ρήτρες του διεθνούς εμπορίου συνεπάγεται τις λιγότερες υποχρεώσεις για τον πωλητή⁸⁷. Ο πωλητής θεωρείται ότι εκπληρώνει την υποχρέωση προς παράδοση μόλις θέσει τα πράγματα στη διάθεση του αγοραστή και στον τόπο της επαγγελματικής δραστηριότητας του πωλητή ή σε οποιοδήποτε άλλο καθορισμένο τόπο⁸⁸. Από τη στιγμή που τα πράγματα θα τεθούν στη διάθεση του αγοραστή τότε επέρχεται και η μετάθεση του κινδύνου⁸⁹. Ωστόσο, όταν ο αγοραστής δικαιούται να καθορίσει την ώρα παράδοσης εντός της συμφωνημένης περιόδου ή και το σημείο παράδοσης εντός του καθορισμένου τόπου παράδοσης, υποχρεούται να δώσει επαρκή ειδοποίηση στον πωλητή, ενώ, αν αποτύχει να το πράξει θα φέρει όλους τους κινδύνους της απώλειας ή ζημιάς στα αγαθά από τη συμφωνηθείσα ημερομηνία ή από την πάροδο της συμφωνημένης προθεσμίας παράδοσης⁹⁰.

Η **Ρήτρα FOB (Free on Board)** συνδέεται αποκλειστικά με θαλάσσια μεταφορά⁹¹. Ο πωλητής, θεωρείται ότι έχει εκπληρώσει την υποχρέωση του προς παράδοση μόλις τα αγαθά παραδοθούν στο πλοίο που καθορίζει ο αγοραστής στον καθορισμένο εκ των προτέρων λιμένα φόρτωσης⁹². Αυτό είναι και το χρονικό σημείο από το οποίο ο αγοραστής φέρει τον κίνδυνο για την οποιαδήποτε τυχαία καταστροφή ή απώλεια των αγαθών⁹³. Ο αγοραστής από την άλλη, οφείλει να δώσει στον πωλητή επαρκή ειδοποίηση για το όνομα του πλοίου, το σημείο φόρτωσης και τον χρόνο παράδοσης εντός της συμφωνηθείσας προθεσμίας⁹⁴. Σε περίπτωση που αποτύχει να ενημερώσει τον πωλητή

(2011), 44 Comp. & Int'l L.J.S Afr. 204, 205.

78. Taghizadeh E., «The impact of contract of carriage of goods Sold on Passing of Risk in accordance with INCOTERMS Rules», 13.

79. Incoterms 2010, ICC rules for the use of domestic and International trade terms (ICC Services Publication) 5.

80. O'Connor E., INCOTERMS 2010: Question and expert ICC guidance on the Incoterms 2010 rule (International Chamber of Commerce 2013) 4.

81. Id, σελ. 9, δεξ επίσης: Gibbons G., «The impact of Incoterms 2010» (2012), 4 IBLQ, 15.

82. Παμπούκης X., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 562.

83. Incoterms 2010, ICC rules for the use of domestic and International trade terms (ICC Services Publication) 6.

84. Gibbons G., «The impact of Incoterms 2010» (2012), 4 IBLQ, 15.

85. Coetzee J., «The interplay between Incoterms and the CISG» (2013), 32 JL & Com. L, 11.

86. Incoterms 2010, ICC rules for the use of domestic and International trade terms (ICC Services Publication) 15.

87. Παμπούκης X., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 564.

88. Incoterms 2010, ICC rules for the use of domestic and International trade terms (ICC Services Publication) 15.

89. Παμπούκης X., (ed.), *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών* (Νομική Βιβλιοθήκη 2010) 565.

90. Incoterms 2010, ICC rules for the use of domestic and International trade terms (ICC Services Publication) 19.

91. Id.

92. Ramberg J., «INCOTERMS 2010» (2011), 29.3 Penn State and International Law Review, 422.

93. Pathak A.S., «Understanding INCOTERMS 2010» 8th January 2016, 4.

94. Incoterms 2010, ICC rules for the use of domestic and International trade terms (ICC Services Publication) 93.

ή όταν το πλοίο καθυστερήσει να φτάσει έτσι ώστε ο πωλητής να μπορεί να συμμορφωθεί με την υποχρέωση παράδοσης, ή αν δεν μπορεί το πλοίο να δεχθεί τα αγαθά τότε ο αγοραστής θα φέρει τον κίνδυνο από τη συμφωνηθείσα ημερομηνία ή ελλείψει τέτοιας από την ημερομηνία που καθορίστηκε από τον πωλητή ή από το σημείο κατά το οποίο η ημερομηνία της καθορισμένης περιόδου παράδοσης παρέλθει⁹⁵.

Περαιτέρω, η ρήτρα **DAT (Delivered at place)** χρησιμοποιείται για κάθε είδος μεταφορικού μέσου ή ακόμα και σε περιπτώσεις που η μεταφορά θα γίνει με περισσότερα του ενός μεταφορικά μέσα⁹⁶. Ο πωλητής με βάση τη ρήτρα αυτή είναι υπεύθυνος να διευθετήσει την μεταφορά και την παράδοση των αγαθών τα οποία θα είναι έτοιμα να εκφορτωθούν στον ονομαζόμενο από τη σύμβαση τόπο προορισμού. Ο κίνδυνος θα μετατεθεί από τον πωλητή στον αγοραστή κατά το χρονικό σημείο που τα αγαθά θα είναι έτοιμα για εκφόρτωση από το μεταφορικό μέσο⁹⁷. Ωστόσο, αν ο αγοραστής παραλείψει να ειδοποιήσει τον πωλητή για την ώρα και το σημείο παράδοσης στον καθορισμένο τόπο προορισμού, τότε θα φέρει όλους τους κινδύνους από τη συμφωνηθείσα ημερομηνία ή μόλις παρέλθει η συμφωνημένη προθεσμία παράδοσης⁹⁸. Παράλληλα, και όταν ο αγοραστής αποτύχει να αποκτήσει κάθε άδεια εισαγωγής ή άλλη επίσημη άδεια για την εισαγωγή των εμπορευμάτων τότε και πάλι θα φέρει όλους του προκύπτοντες κινδύνους απώλειας ή ζημιάς στα αγαθά⁹⁹.

Συμπεράσματα

Συμπερασματικά, παρατηρείται ότι οι INCOTERMS παρέχουν λεπτομερείς κανόνες όσο αφορά την παράδοση των αγαθών και την μετάθεση του κινδύνου σε αντίθεση με το αγγλικό δίκαιο και τη Σύμβαση της Βιέννης. Ταυτόχρονα, οι INCOTERMS ορίζουν ότι απαιτείται να προβεί ο αγοραστής σε ορισμένες ενέργειες ενώ αν αποτύχει να το κάνει θα φέρει τον κίνδυνο. Τέτοιες υποχρεώσεις συνίστανται στην ενημέρωση του πωλητή για το όνομα του πλοίου, το σημείο φόρτωσης και τον χρόνο παράδοσης εντός της συμφωνηθείσας προθεσμίας. Ειδικότερα, η πρόωγη μετάθεση του κινδύνου στην περίπτωση των INCOTERMS θεωρείται ότι αποτελεί αποτελεσματικότερο αποτρεπτικό παράγοντα και λειτουργεί ως κίνητρο για τον αγοραστή να βοηθήσει τον πωλητή με την ενημέρωση αυτή να παραδώσει τα αγαθά έγκαιρα και με τον σωστό τρόπο¹⁰⁰.

Επιπρόσθετα, οι INCOTERMS παρέχουν έναν απλό τρόπο αντιμετώπισης της ευθύνης του κινδύνου στα μέρη¹⁰¹. Άλλωστε, στόχος των κανόνων αυτών αποτελεί η εναρμόνιση των κανόνων αναφορικά με το χρονικό σημείο μετάθεσης του κινδύνου και η επίλυση των σημαντικότερων πρακτικών προβλημάτων του ζητήματος αυτού¹⁰². Οι κανόνες των INCOTERMS παρέχουν απλή και κατανοητή γλώσσα όσον αφορά στην ερμηνεία των πιο συχνά χρησιμοποιούμενων εμπορικών ρητρών αφού άλλωστε κατά βάση απευθύνονται στην επιχειρηματική κοινότητα και όχι σε νομικούς. Όταν τα μέρη επιλέγουν να χρησιμοποιήσουν τους INCOTERMS μπορούν να γνωρίζουν ξεκάθαρα και εκ των προτέρων τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους όσον αφορά στο χρονικό σημείο μετάθεσης κινδύνου και στα κόστη που θα επωμιστούν κυρίως κατά τη διάρκεια της μεταφοράς των αγαθών. Με τους INCOTERMS τα μέρη μπορούν να καθορίσουν επακριβώς το χώρο, το χρόνο και τον τρόπο παράδοσης λαμβάνοντας υπόψη τα περιστατικά και τις ιδιαιτερότητες της συμφωνίας τους¹⁰³. Άλλωστε, η δεσμευτική ισχύς των κανόνων αυτών εγείρεται από την άσκηση της αυτονομίας των μερών, ενώ, με την παράλληλη λεπτομερειακή ερμηνεία των διεθνών ρητρών τα μέρη μπορούν με σιγουριά να προβλέψουν την έκβαση της μεταξύ τους σχέσης. Επιπλέον, οι κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου έχουν μια συνεχή εξέλιξη η οποία και ανταποκρίνεται στις προκλήσεις του σύγχρονου διεθνούς εμπορίου. Με την επιλογή των κανόνων για την ερμηνεία των διεθνών ρητρών ο κίνδυνος της ασυνεννοησίας μεταξύ των μερών μειώνεται και μαζί του και οι δυσκολίες που προκύπτουν, ενώ, κάτι τέτοιο είναι ιδιαίτερα σημαντικό αφού βασικό χαρακτηριστικό του δικαίου για το σύγχρονο εμπόριο και την πώληση αγαθών αποτελεί η συναίνεση μεταξύ των μερών κάτι το οποίο κυρίως σε επίπεδο διασυνοριακών συναλλαγών είναι δύσκολο να επιτευχθεί¹⁰⁴.

Η ανάγκη της μελέτης των INCOTERMS καθίσταται απαραίτητη αφού θεωρείται ότι αποτελούν μεγάλο πλεονέκτημα για τον επιχειρηματικό κόσμο. Ακολουθούν μια εξελικτική πορεία και κάθε κανόνας είναι σχεδιασμένος για την αντιμετώπιση συγκεκριμένων αναγκών των μερών στη σύμβαση πώλησης.

101. Glitz F.E.Z., «Transfer of Contractual Risk and Incoterms: Brief Analysis of its Application in Brazil»(2011), 6 J. Int'l Com.L & Tech 108, 110.

102. Glitz F.E.Z., «Transfer of Contractual Risk and Incoterms: Brief Analysis of its Application in Brazil»(2011), 6 J. Int'l Com.L & Tech 108, 110.

103. Ramberg J., «To what extend do INCOTERMS 2000 articles 67(2), 68 and 69?» (2005), Vol. 25: 219, 219.

104. Schlechtriem P., Butler P., *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods* (Springer 2009), 1.

95. Id, σελ. 91.

96. Incoterms 2010, ICC rules for the use of domestic and International trade terms (ICC Services Publication) 61.

97. Id, σελ. 63.

98. Id, σελ. 65.

99. Ibid.

100. Coetzee J., «The interplay between Incoterms and the CISG» (2013), 32 J.L & Com. L, 19.

Παρέχουν ξεκάθαρους κανόνες τόσο για το μέσο που θα χρησιμοποιηθεί, για τα αγαθά που θα μεταφερθούν όσο και για τις υποχρεώσεις και τα δικαιώματα των μερών. Δίνουν στα μέρη την επιλογή, μέσω της έκφρασης της αυτονομίας της βουλήσεως τους, να ρυθμίσουν το ζήτημα μετάθεσης κινδύνου μειώνοντας τα προβλήματα που δημιουργούνται στην πράξη και ελαχιστοποιώντας τα κόστη. Είναι ξεκάθαρα οι κανόνες οι οποίοι σταθμίζουν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τα συμφέροντα των μερών παρέχοντας την προσήκουσα λύση για κάθε περίπτωση. Οι INCOTERMS με τη συνεχή εξέλιξή τους επιβάλλεται να παραμείνουν στο προσκήνιο του διεθνούς εμπορίου και να τύχουν προσέγγισης, τόσο από το νομικό κόσμο, όσο και από τα δικαστήρια με την απαιτούμενη προσοχή αφού αποτελούν ισχυρότατο εργαλείο στα χέρια των ερμηνευτών του δικαίου. Το είδος ερμηνείας που παρέχουν προσφέρει στο δίκαιο πολλά εφόδια εξέλιξης, όσο αφορά το ζήτημα της μετάθεσης του κινδύνου, και του δίνει τη δυνατότητα να προστατεύσει τα μέρη τοποθετώντας τα στην ίδια βαθμίδα και εξισορροπώντας τα δικαιώματά τους.

Καταληκτικά, προκύπτει ότι οι κανόνες του αγγλικού δικαίου συνίστανται σε μια πιο αφηρημένη διατύπωση σε σχέση με την CISG και τους INCOTERMS. Τόσο η Σύμβαση της Βιέννης, όσο και οι INCOTERMS εμφανίζονται ως πιο βιώσιμα και χρήσιμα μέσα για την ρύθμιση των κανόνων της μετάθεσης κινδύνου στο πλαίσιο του δικαίου της πώλησης με ένα πιο λεπτομερειακό και συμπληρωματικό τρόπο¹⁰⁵. Άλλωστε, απο-

105. Glitz F.E.Z., «Transfer of Contractual Risk and Incoterms: Brief Analysis of its Application in Brazil»(2011), 6 J. Int'l Com.L & Tech 108, 110.

τελούν και τα δύο καθεστώτα τα οποία αποσκοπούν στην ομοιομορφία των κανόνων αφού οι διαφορετικοί κανόνες των διάφορων εθνικών, νομικών συστημάτων δημιουργούν αβεβαιότητα και επιπρόσθετα κόστη στις συναλλαγές¹⁰⁶. Η σύμβαση της Βιέννης αποτελεί κείμενο ευρείας αποδοχής¹⁰⁷ ενώ οι INCOTERMS με την εξελικτική τους πορεία χρησιμοποιούνται πλέον τόσο στο εσωτερικό, όσο και στο διεθνές εμπόριο.

Το χρονικό σημείο μετάθεσης του κινδύνου αποτελεί θεμελιώδες ερώτημα για τα συμβαλλόμενα μέρη στο πλαίσιο του διεθνούς εμπορίου και γι' αυτό θα πρέπει να απαντάται με ακρίβεια, σαφήνεια και κατανοητές ρυθμίσεις. Η συνεχής εξέλιξη των κανόνων μετάθεσης του κινδύνου θα μειώσει σε μεγάλο βαθμό τα προβλήματα που δημιουργούνται και θα καταστήσει πιο εφικτή την ολοκλήρωση των σχέσεων των συμβαλλόμενων μερών χωρίς δυσκολίες. Άλλωστε, αυτό είναι και το ζητούμενο στο πεδίο του δικαίου της πώλησης. Το ζήτημα της μετάθεσης του κινδύνου αποτελεί ζήτημα το οποίο μπορεί να προσδιοριστεί ορθά μόνο μέσα από το πρίσμα της ασφάλειας του δικαίου. Η συστηματική ρύθμιση και εξέλιξη των κανόνων μετάθεσης του κινδύνου κρίνεται αναγκαία, αφού μόνο με αυτό τον τρόπο θα καταστούν αποτελεσματικοί στην πράξη και θα ανταποκρίνονται στη συνεχή εξέλιξη του σύγχρονου διεθνούς εμπορίου.

106. Felemegas J., (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge University Press 2007) 1.

107. Schroeter U.G., «Global Uniform Sales Law- with a European twist? CISG Interaction with EU Law» (2009) 13 V.J, 180.

V. Ποινικό Δίκαιο

Συνωμοσία: Νομοθετική, Νομολογική Ανάλυση και η Προβληματική για το Πεδίο Εφαρμογής. Είναι τελικά, η Συνωμοσία, ένα Περιττό Αδίκημα;

Κατερίνα Σοφοκλέους, Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το εν λόγω άρθρο αποτελεί μια προσπάθεια να απαντηθεί το βασικό ερώτημα του κατά πόσο η συνωμοσία είναι περιττό αδίκημα. Κάτωθι, γίνεται αναφορά στην έννοια της «συνωμοσίας» και ανάλυση της ειδικής υπόστασης του αδικήματος για την στοιχειοθέτηση του. Ειδικότερα, υπάρχει μια εκτενής αναφορά στην αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση του αδικήματος, όπως έχουν αναλυθεί στο κοινοδίκαιο. Σκοπός είναι να καταδειχθεί ο ελαστικός τρόπος που έχουν ερμηνευθεί αυτά τα στοιχεία.

Λέξεις-Κλειδιά:

Συνωμοσία - Συμφωνία - Εναρκτήρια πράξη - Πρόθεση - Υπαναχώρηση

I. Εισαγωγή

Η συνωμοσία είναι ένα από τα πλέον αμφιλεγόμενα αδικήματα¹. Η συνωμοσία, ως έννοια, ερμηνεύτηκε ευρύτατα. Επιπλέον, η συνωμοσία ως αδίκημα έχει χαρακτηριστικό την προσωθημένη ποινική ευθύνη. Αυτά τα δύο χαρακτηριστικά, σε συνδυασμό με τους ιδιαίτερους κανόνες δικονομίας και απόδειξης καθιστούν δυνατή την κατάχρηση του αδικήματος από τις αρχές², η οποία οφείλεται στην ευχερέστερη καταδίκη των κατηγορουμένων. Κατά συνέπεια, δημιουργείται ο προβληματισμός, κατά πόσο η ύπαρξη του αδικήματος είναι δικαιολογημένη και αν ναι, κατά πόσο η δικαιολόγηση είναι πειστική.

Η παρούσα μελέτη, μέσω της ανάλυσης του αδικήματος, στοχεύει στη αποδόμηση της ανάγκης ύπαρξης της συνωμοσίας. Η μελέτη χωρίζεται σε τρία μέρη. Στο πρώτο μέρος, γίνεται ανάλυση των συστατικών στοιχείων του αδικήματος. Στο δεύτερο μέρος, γίνεται ανάλυση του ειδικού καθεστώτος δικονομίας και απόδειξης που έχει διαμορφωθεί ειδικά για την συνωμοσία. Στο τρίτο μέρος, επιχειρείται η αποδόμηση της θεωρητικής θεμελίωσης του αδικήματος, καταδεικνύ-



<https://goo.gl/images/Zqzkq3>

οντας την έλλειψη πειστικής δικαιολόγησης του και, κατ' επέκταση, ότι το αδίκημα της συνωμοσίας είναι περιττό.

II. Ανάλυση των Συστατικών Στοιχείων του Αδικήματος

A. Ορισμός της «Συνωμοσίας»

Η συνωμοσία έχει δύο εναλλακτικούς, ορισμούς ποινικοποιώντας, έτσι, ένα μεγάλο φάσμα συμπεριφορών. Από τη μια, θεωρείται η συμφωνία μεταξύ δύο ή περισσότερων προσώπων για εμπλοκή σε συμπεριφορά που αποτελεί ποινικό αδίκημα³. Από την άλλη, αποτελεί την συμφωνία μεταξύ δύο ή περισσότερων προσώπων να επιτύχουν, με παράνομα μέσα, ένα νόμιμο σκοπό⁴.

Η κυπριακή νομολογία αναφέρει ότι η ουσία της συνωμοσίας έγκειται στη συμφωνία μεταξύ δύο ή περισσότερων προσώπων για τη διάπραξη ποινικού αδικήματος. Θεωρείται ως ένα από τα τρία θεωρούμενα ανεκδήλωτα αδικήματα στο κοινοδίκαιο («inchoate offences»), εφόσον οι συνωμότες τιμωρούνται για ενέργειες πριν τη διάπραξη του καθ' αυτού ουσιαστικού αδικήματος⁵. Όπως εξηγείται, η αιτιολογία της ύπαρξης του αδικήματος εδράζεται στην ανάγκη

1. CR Snyman, «The history and rationale of criminal conspiracy» [1984] 17(1) The Comparative and International Law Journal of Southern Africa 65-77, 65.

2. Ibid.

3. Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials* (5th edn, OXFORD University Press 2012) 812; A.371-373 ΠΚ.

4. Παντελής Λαζάρου (2010) 2 Α.Α.Δ. 633, 36.

5. Χρυσάνθου Γρηγόρης Α. v. Δημοκρατίας (2011) 2 Α.Α.Δ. 221, 26; A.373(στ) ΠΚ.

πρόληψης⁶.

Στη διεθνή βιβλιογραφία αναφέρεται ότι «inchoate» είναι μια πράξη που δεν έχει ολοκληρωθεί⁷, που είναι «incomplete»⁸. Κατ' ακρίβεια, ο Μπαμπινιώτης αναφέρει ότι «ανεκδήλωτος» είναι αυτός που δεν εκδηλώνει τις προθέσεις του ή αυτός που δεν έχει εκδηλωθεί και παραμένει κρυφός⁹. Η παραπομπή, λοιπόν, στο «ανεκδήλωτος» καθιστά ακόμα πιο δύσκολη τη δικαιολόγηση της ύπαρξης της συνωμοσίας αφού παραπέμπει στην τιμώρηση της πρόθεσης, είτε αυτό αφορά συνωμοσία είτε άλλα ημιτελή αδικήματα.

Βέβαια, θα πρέπει να σημειωθεί ότι στο κοινοδίκαιο γίνεται διάκριση μεταξύ της «άγραφης» και νομοθετικής συνωμοσίας. Η νομοθετική αποτελεί την συμφωνία διάπραξης οποιουδήποτε ποινικού αδικήματος που μπορεί να τελεστεί από τον οποιοδήποτε, μεμονωμένα. Αντίθετα, η «άγραφη» συνωμοσία αφορά αριθμό συμπεριφορών που αν τελεστούν μεμονωμένα δεν είναι παράνομες, αλλά το κοινοδίκαιο τις αναβάθμισε σε αδικήματα (π.χ. συνωμοσία καταδολίευσης και συνωμοσία διαφθοράς δημοσίων ηθών). Στην Αγες το δικαστήριο έκρινε ότι οι συνωμοσίες πλέον είναι όλες νομοθετικές και δεν μπορούν να είναι «άγραφες»¹⁰. Ειδικά στην Κύπρο, η «άγραφη» συνωμοσία έχει πλέον θετικοποιηθεί¹¹, γι' αυτό η ανάλυση περιορίζεται στις νομοθετικές συνωμοσίες.

Αναλύοντας το αδίκημα στα συστατικά του στοιχεία, για να αποδειχθεί η συνωμοσία απαιτείται μια συμφωνία, με την οποία θα πρέπει να επιδιώκεται ένα είδος συμπεριφοράς που, απαραίτητα, να αποτελεί την διάπραξη ενός αδικήματος (ή να επιδιώκεται ένας νόμιμος σκοπός με παράνομα μέσα). Τα μέρη πρέπει να θέλουν να υλοποιήσουν την αντικειμενική υπόσταση του ουσιαστικού αδικήματος και πρέπει να θέλουν ή απλά να γνωρίζουν ότι υπάρχουν οι περιστάσεις που περιγράφονται στην αντικειμενική υπόσταση του ουσιαστικού αδικήματος¹².

III. Ανάλυση Ειδικής Υπόστασης Αδικήματος

A. Συμφωνία: Η Ουσία(gist) της Συνωμοσίας¹³

Το στοιχείο-κλειδί του αδικήματος, το ίδιο το έγκλημα είναι η συμφωνία¹⁴. Η σημασία της διαπίστωσης της συμφωνίας γίνεται αντιληπτή από το γεγονός ότι η συμφωνία αποτελεί βάση της προσωθημένης ποινικής ευθύνης, αποτελεί την αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος. Τέλος, αν υπάρχει συμφωνία, τότε μπορεί να συμπεριληφθεί στο κατηγορητήριο το ημιτελές αδίκημα της συνωμοσίας, αλλά και το ουσιαστικό αδίκημα¹⁵.

Η έννοια της συμφωνίας έχει ερμηνευτεί χωρίς αυστηρότητα. Τα μέρη σε μια συνωμοσία δεν θα πρέπει να είναι στο στάδιο της διαπραγμάτευσης αλλά θα πρέπει να έχουν πάρει μια απόφαση να τελέσουν ένα παράνομο σχέδιο¹⁶, να υλοποιήσουν έναν κοινό σκοπό. Ταυτόχρονα δεν απαιτείται να γίνονται επίσημες, συχνές επικοινωνίες και συναντήσεις μεταξύ των μερών¹⁷. Αρκεί ότι ο κατηγορούμενος ήταν μέρος της συμφωνίας για διάπραξη της παράνομης πράξης κατά τη στιγμή, που η συνωμοσία φαίνεται να υπάρχει και ότι ο κατηγορούμενος είχε κατανοήσει, τουλάχιστον, τα βασικά στοιχεία της συμφωνίας¹⁸. Έτσι, ενώ πριν την συμφωνία υπήρχαν δύο χωριστά μυαλά, που σκέφτονταν το ίδιο πράγμα, με την συμφωνία γίνεται μια μέθεξη, μια σύμπτωση συναισθημάτων και συμπεριφορών, μια συνέργεια χωρίς να απαιτείται, καν, απόδειξη συνομιλίας¹⁹. Πλέον, τα δύο μυαλά, γίνονται ένα και αυτό, που τα χαρακτηρίζει, είναι ο κοινός σκοπός, που αποτελεί και το θεμέλιο της συμφωνίας και του αδικήματος.) Το μόνο που οφείλει να αποδειχθεί η Κατηγορούσα Αρχή (εφεξής ΚΑ) είναι ένα σύνολο συμπεριφορών με όλα τα μέρη να εργάζονται μαζί για την επίτευξη του κοινού σκοπού²⁰.

Η ύπαρξη του κοινού σκοπού είναι σημαντικότερη αφού δεν είναι αναγκαίο να έχουν επικοινωνήσει όλοι μεταξύ τους²¹ και ούτε είναι αναγκαίο οι συνωμότες να γνωρίζουν την ταυτότητα του εκάστου μέλους της συνωμοσίας²². Επίσης, δεν απαιτείται να αποδειχθεί ούτε ότι οι κατηγορούμενοι έχουν συνενωθεί, ούτε ότι έχουν συμφωνήσει ρητά, ούτε ότι επιδιώκουν τον

6. Ibid.

7. Janet Dine and others, *Cases & Material on Criminal Law* (5th edn, OXFORD University Press 2006) 543.

8. Janet Loveless, *Criminal Law: Text, Cases and Materials* (OXFORD University Press, 2008) 666.

9. ανεκδήλωτος, -η, -ο [1888] 1. (για πρόσ.) αυτός που δεν εκδηλώνει τις προθέσεις ή τις διαθέσεις του, αυτός που κρατά στάση επιφυλακτικότητας ή ουδετερότητας 2. αυτός που δεν έχει εκδηλωθεί, που μένει κρυφός και άγνωστος: ~ επιθυμία | συναίσθημα ΣΥΝ. Αφανέρωτος (Μπαμπινιώτης, *Λεξικό Νέας Ελληνικής Γλώσσας* (Αθήνα, 2002) 178.

10. Jonathan Herring (n 3).

11. Χαράλαμπος Παπαχαράλαμπος, *Οργανωμένο Έγκλημα και Συνωμοτική Ευθύνη στο Κυπριακό Ποινικό Δίκαιο*. in Δήμητρα Σορβατζιώτη (ed), *Έγκλημα, Κράτος και Ποινική Δικαιοσύνη* (Πανεπιστήμιο Λευκωσίας 2016) 203.

12. Jonathan Herring (n 3) 813.

13. Janet Dine and others (n 7) 556.

14. Paul Marcus, «Conspiracy: The Criminal Agreement in Theory and in Practice» [1977] 65(4) *Georgetown Law Journal* 925-969, 950.

15. Ibid.

16. Χαράλαμπος Παπαχαράλαμπος (n 11) 203.

17. Paul Marcus (n 14) 951.

18. Ibid 951.

19. Theodore Cousins, «Agreement as an Element in Conspiracy» [1937] 23(8) *Virginia Law Review* 898-912, 901.

20. Paul Marcus (n 14) 950-951.

21. Jonathan Herring (n 3) 814.

22. Janet Dine and others (n 7) 559.

κοινό σκοπό με κοινά μέσα²³. Αν υπάρχει συμφωνία, δεν είναι απαραίτητο να αποδειχθεί ότι συμφωνήθηκαν όλες οι λεπτομέρειες του σχεδίου²⁴. Για παράδειγμα, μπορεί να υπάρχει καταδίκη, ακόμα και αν δεν έχει συμφωνηθεί συγκεκριμένη μέρα και ώρα τέλεσης. Η μαρτυρία, συνολικά ιδωμένη, δικαιολογεί την κατάληξη ότι υπάρχει συνωμοσία, αν οι κατηγορούμενοι επιδιώκουν, με τις πράξεις τους, το κοινό σχέδιο²⁵.

Αξιοσημείωτο είναι ότι ένα μέλος μιας συνωμοσίας δεν χρειάζεται να γνωρίζει την ταυτότητα ή ακόμα και τον αριθμό των υπολοίπων μελών. Για παράδειγμα, αν υπάρχουν 4 μέλη στην συμφωνία, δεν χρειάζεται να αποδειχθεί ότι ο καθένας έχει επικοινωνήσει με τον άλλο ατομικά και όλοι μεταξύ τους. Αυτό που χρειάζεται είναι να έχει συζητηθεί ο κοινός σκοπός από τον κατηγορούμενο με τουλάχιστον ένα από τα άλλα μέλη της συμφωνίας²⁶. Ως εκ τούτου, δημιουργούνται διάφοροι προβληματισμοί αφού διευρύνεται αρκετά τη ευχέρεια της ΚΑ. Εντούτοις, υπάρχει η επιχειρηματολογία ότι, πράγματι, όταν κάποιος αποφασίζει να εισέλθει σε μια εγκληματική επιχείρηση αόριστης διάρθρωσης, λαμβάνει ρίσκο ως προς τους σκοπούς και τα μέλη της και, ως εκ τούτου, συμφωνεί στους κοινούς σκοπούς της συνωμοσίας²⁷. Παρ' όλα αυτά, σημασία έχει ότι αυτός θα πρέπει να γνωρίζει τους σκοπούς και πρέπει να αποδέχεται αυτούς και τις επιπτώσεις τους, ώστε να φέρει ευθύνη για τις πράξεις των άλλων μελών, οι οποίοι προβαίνουν στην υλοποίηση του σχεδίου²⁸.

Βέβαια, ούτε αυτό είναι εύκολο καθώς υπάρχουν αμφιλεγόμενες περιπτώσεις, που είναι δύσκολο να εξακριβωθεί το κατά πόσο κάποιος προβαίνουν, ανεξάρτητοι, στο ίδιο έγκλημα ή κατά πόσο δρουν σε συνεργασία με άλλους²⁹. Για παράδειγμα, δεν καθίσταται συνωμότης, αυτός που, απλά, γνωρίζοντας ότι δύο άλλοι συνωμοτούν να διαπράξουν ένα έγκλημα, κάνει διαιρήματα για να τους βοηθήσει³⁰ ενώ δεν έχει έρθει σε κάποιου είδους συμφωνίας με αυτούς³¹. Έτσι, διαφαίνεται ότι οποιοσδήποτε, κατανοώντας τον παράνομο χαρακτήρα της συναλλαγής, ενθαρρύνει, συμβουλεύει, ή με οποιοδήποτε τρόπο προωθεί την διάπραξη της, γίνεται συνωμότης. Ωστόσο, η απλή γνώση ή ακόμα και συζήτηση για τα παράνομα σχέδια, δεν τον καθι-

στούν συνωμότη³².

Στη γενικότερη προβληματική, είναι κρίσιμο το παράδειγμα³³, που ο Α συμφωνεί με τον Β να διαπράξουν μια ληστεία. Ο Α ξέρει ότι ο Β έχει προσλάβει έναν οδηγό (Γ) για την διαφυγή τους, αλλά δεν γνωρίζει την ταυτότητά του. Ο Γ σχεδιάζει να κλέψει ένα αυτοκίνητο για να χρησιμοποιηθεί στη ληστεία. Μπορεί ο Α να καταδικαστεί για συνωμοσία κλοπής του αυτοκινήτου; Η απάντηση που μπορεί να δοθεί είναι ότι όταν ένας συνωμότης (Α) γνωρίζει την ύπαρξη ενός συνωμότη (Γ) και κατανοεί τον σκοπό της συνωμοσίας (ληστεία μιας τράπεζας), μπορεί να είναι υπόλογος για τις πράξεις (κλοπή αυτοκινήτου) του συνωμότη (Γ), οι οποίες βρίσκονται στα πλαίσια του κοινού σκοπού της συνωμοσίας (ληστεία μιας τράπεζας). Συμπερασματικά, ο Α μπορεί να κριθεί ως υπεύθυνος ακόμα και αν δεν γνωρίζει την ταυτότητα ή την ύπαρξη του Γ³⁴.

Έτσι, βάσει του τρόπου που έχει ερμηνευτεί η έννοια της συμφωνίας, διαπιστώνεται ότι η ΚΑ βρίσκεται σε πλεονεκτική θέση, καθώς δεν χρειάζεται να μπαίνει σε περίπλοκες διαδικασίες για την απόδειξη του αδικήματος. Η απόδειξη της συμφωνίας προϋποθέτει, μόνο μερικά στοιχεία χωρίς να απαιτούνται ιδιαίτερες λεπτομέρειες. Από την στιγμή που υπάρχει συμφωνία η αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος έχει τελεστεί. Δεδομένου ότι υφίσταται η απαιτούμενη υποκειμενική υπόσταση, το αδίκημα είναι ολοκληρωμένο με την σύναψη της συμφωνίας και συνεχίζει να υφίσταται όσο αυτή διατηρείται³⁵.

Η συνωμοσία είναι ένα διαρκές έγκλημα και, ανά πάσα στιγμή, μπορεί να συμμετάσχουν νέα μέλη στην υπάρχουσα συνωμοσία. Ποια είναι, όμως, η ευθύνη τους για τις πράξεις της συνωμοσίας πριν τη συμμετοχή τους; Έστω, ότι Α και Β συνωμοτούν να διαπράξουν κλοπή προϊόντων με σκοπό να τα πουλήσουν στη μαύρη αγορά. Στη συνέχεια, αλλά πριν συμβεί η κλοπή, ο Γ συνωμοτεί με Α και Β για κλεπταποδοχή. Κατά τον χρόνο, που ο Γ μπαίνει στην συνωμοσία, μαθαίνει την πλήρη διάσταση των σχεδίων των Α και Β. Μπορεί ο Γ, να φέρει ευθύνη τόσο για την κλοπή όσο και την κλεπταποδοχή³⁶;

Κατά κανόνα, τα νέα μέλη φέρουν ευθύνη για την συνωμοσία, αλλά όχι για τα αδικήματα που διαπράχθηκαν πριν από τη συμμετοχή τους³⁷. Ωστόσο, όλα εξαρτώνται από τις περιστάσεις. Π' αυτό είναι σημαντική η εξέταση της περιόδου κατά την οποία ο κατηγορούμενος έγινε μέρος της συνωμοσίας³⁸. Σύμφωνα

23. Theodore Cousins (n 19) 899.

24. Janet Dine and others (n 7) 557.

25. Theodore Cousins (n 19) 899.

26. Jonathan Herring (n 3) 814.

27. Ted Prim, «The Mens Rea Requirement for Conspiracy: The Model Penal Code and the Progressive Law of Judge Learned Hand» [1975] 40(3) Missouri Law Review 467-486, 481.

28. Ibid.

29. Jonathan Herring (n 3) 814.

30. Ibid.

31. Ibid.

32. Theodore Cousins (n 19) 900.

33. Ted Prim (n 27) 481.

34. Ibid.

35. Janet Dine and others (n 7) 556.

36. Ted Prim (n 27) 482- 483.

37. Janet Dine and others (n 7) 556.

38. Ibid.

με τη μονομερή προσέγγιση (unilateral approach), του κοινοδικαίου, για την ατομική ευθύνη, ο τρίτος μπορεί να λογοδοτήσει μόνο για το μέλλον³⁹. Ωστόσο, δεδομένου ότι η συνωμοσία είναι και συμφωνία για την προώθηση ή διευκόλυνση της διάπραξης ενός εγκλήματος και επειδή η συμφωνία κλεπταποδοχής μπορεί να ενθαρρύνει ή να διευκολύνει την συνωμοσία για την κλοπή, ο Γ θα μπορούσε, πιθανότατα, να ευθύνεται για συνωμοσία και για τη διάπραξη κλοπής. Εάν, από την άλλη πλευρά, η κλοπή είχε ολοκληρωθεί μέχρι ο Γ να μπει στην συνωμοσία, ο Γ θα φέρει ευθύνη μόνο για τη συνωμοσία κλεπταποδοχής⁴⁰. Ωστόσο, ο Δικαστής Hand, αναφέρει ότι, ανεξαρτήτως, του κατά πόσο ο μεταγενέστερος συμμετέχων στην συμφωνία ενθάρρυνε τους αρχικούς συνωμότες, θα πρέπει να φέρει ευθύνη για όλες τις πράξεις που έγιναν στα πλαίσια της συνωμοσίας γιατί είχε πλήρη γνώση της προηγούμενης συνωμοσίας⁴¹.

Οι θεωρίες που πραγματεύονται την ευθύνη συνωμότη για πράξεις των άλλων μερών της συνωμοσίας πριν την συμμετοχή του, ποικίλουν. Οι κοινωνικές θεωρίες υποστηρίζουν ότι η αύξηση του κοινωνικού κινδύνου από την συμμετοχή του μεταγενέστερου συνωμότη αποτελεί δικαιολόγηση για την ευθύνη του, αφού ενθαρρύνει τα μέλη της υφιστάμενης συνωμοσίας⁴². Ωστόσο, αν ο καθυστερημένος συμμετέχων δεν ενθαρρύνει τους άλλους συνωμότες στα προηγούμενα σχέδιά τους, η ευθύνη του μπορεί να δικαιολογείται με διαφορετικό θεωρητικό υπόβαθρο⁴³. Βάσει της θεωρίας του σωφρονισμού, ο συνωμότης θα πρέπει να κρίνεται μόνο για τα δικά του σχέδια και σκοπούς και όχι για τα σχέδια των άλλων⁴⁴. Ωστόσο, η θεωρία της αποτρεπτικότητας (γενικής και ειδικής) υποστηρίζει ότι η τιμωρία αυτού του συνωμότη, στα πλαίσια της ευρύτερης συνωμοσίας, τόσο για τα σχέδια της συνωμοσίας, όσο και για τα δικά του σχέδια αποτελεί αποτρεπτικό παράγοντα προσχώρησης στην συνωμοσία τόσο για τον ίδιο όσο και για άλλα πρόσωπα, στο να μπουν σε συνωμοσίες⁴⁵.

Εν κατακλείδι, είναι αξιοσημείωτες οι περιπτώσεις που, αν και υπάρχουν περισσότερα του ενός άτομα που συμφωνούν, δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί συμφωνία και, κατ' επέκταση, συνωμοσία. Για παράδειγμα, όταν 2 σύζυγοι συμφωνούν την διάπραξη ενός αδικήματος δεν διαπράττουν το αδίκημα της συνωμοσίας⁴⁶. Αυτό οφείλεται στην εφαρμογή της αρχής της

«ενότητας των συζύγων» και έτσι έγινε δεκτό ότι οι σύζυγοι ήταν ανίκανοι να συνωμοτήσουν⁴⁷. Ωστόσο, αυτό δεν ισχύει όταν μέρος στην συμφωνία είναι και κάποιος τρίτος⁴⁸, ακόμα και αν η ταυτότητα αυτού του τρίτου είναι άγνωστη κατά τον χρόνο διεξαγωγής της δίκης⁴⁹. Δεύτερη περίπτωση είναι η συμφωνία μεταξύ ενός προσώπου που έχει ποινική ευθύνη και ενός προσώπου που δεν υπερβαίνει την ηλικία ποινικής ευθύνης⁵⁰. Τρίτη περίπτωση είναι μια συμφωνία μεταξύ του κατηγορούμενου και του θύματος του εγκλήματος⁵¹. Τέλος, μια εταιρία δεν μπορεί να συνωμοτήσει με τον διευθυντή της, ο οποίος είναι ο μοναδικός υπεύθυνος για τις πράξεις της⁵².

IV. Υπαναχώρηση από το Αδίκημα της Συνωμοσίας

Καταρχάς, η υπαναχώρηση ορίζεται ως μια εκούσια πράξη του συνωμότη, με έννομα αποτελέσματα, ώστε να τερματίσει τη συμμετοχή σε μια συμφωνία⁵³. Σαν αποτέλεσμα, αφήνει στιγμής ένας συνωμότης έχει υπαναχωρήσει, δεν ευθύνεται για τα μεταγενέστερα αδικήματα που διαπράττονται από τους υπόλοιπους συνωμότες, ούτε μεταγενέστερες δηλώσεις τους θα είναι αποδεκτή μαρτυρία εναντίον του⁵⁴. Ωστόσο, η υπαναχώρηση λειτουργεί ως μερική υπεράσπιση αφού δεν απαλλάσσει τον κατηγορούμενο για τη συνωμοσία, ή για εγκλήματα που διαπράχθηκαν στα πλαίσια της προώθησης της συνωμοσίας πριν την αποχώρησή⁵⁵. Η συμφωνία παραμένει η ουσία του αδικήματος⁵⁶ και το αδίκημα είναι ολοκληρωμένο όταν ένα άτομο έχει εισέλθει στην συμφωνία. Η μεταγενέστερη υπαναχώρηση δεν μπορεί να επηρεάσει την ευθύνη για την συνωμοσία⁵⁷.

Εκεί που είναι δυνατή η υπαναχώρηση, αυτή έχει έννομα αποτελέσματα αν διακοπεί οποιαδήποτε υλική και ηθική υποστήριξη προς την ομάδα της συνωμοσίας⁵⁸. Η απλή αδράνεια δεν είναι αρκετή, αλλά απαιτεί-

47. Marvin Maltzman, «Criminal Law - Conspiracy Between Husband and Wife» [1961] 15(3) University of Miami Law Review 312-315, 313.

48. Jonathan Herring (n 3) 814; Janet Dine and others (n 7) 557.

49. Marvin Maltzman (n 47).

50. Jonathan Herring (n 3) 814; Janet Dine and others (n 7) 557; Nicola Padfield (n 46) 156.

51. Jonathan Herring (n 3) 814; Janet Dine and others (n 7) 557; Nicola Padfield (n 46) 156.

52. Jonathan Herring (n 3) 814.

53. Barton Day, «Note: The Withdrawal Defense to Criminal Conspiracy: An Unconstitutional Allocation of the Burden of Proof» [1983] 51(3) The George Washington Law Review 420-442, 422.

54. Ibid 422- 423.

55. Linda Cantoni, «Withdrawal From Conspiracy: A Constitutional Allocation of Evidentiary Burdens» [1982] 51(3) Fordham Law Review 438-467, 441.

56. Barton Day (n 53) 420-421.

57. Ibid 423.

58. Ibid.

39. Ted Prim (n 27) 483.

40. Ibid.

41. Ibid; Kaplan v. United States.

42. Ted Prim (n 27) 484.

43. Ibid.

44. Ibid.

45. Ibid.

46. Nicola Padfield, *Criminal Law* (6th edn, Oxford University Press 2008) 156.

ται κάτι περισσότερο⁵⁹. Χρειάζεται έμπρακτη προσπάθεια αποκήρυξης της συμμετοχής από τη συνωμοσία, ανακοίνωση της αποχώρησής στους συνωμότες, ενώ ταυτόχρονα η αποχώρηση πρέπει να μπορεί να επηρεάσει την συνοχή της ομάδας. Ουσιαστικά, πρέπει να υπάρχει, ακόμη, χρόνος για άλλους συνωμότες να υπαναχωρήσουν ή να εγκαταλειφθεί ολόκληρη η συνωμοσία⁶⁰. Σε κάθε περίπτωση, όταν η ΚΑ αποδειξει ότι ο κατηγορούμενος συμμετείχε σε μια συνωμοσία, τεκμαίρεται ότι η συμμετοχή του υπάρχει όσο υφίσταται η συνωμοσία και το βάρος απόδειξης της υπαναχώρησης το φέρει ο κατηγορούμενος⁶¹. Ελλείψει τέτοιας απόδειξης, το δικαστήριο οφείλει να διαπιστώσει ότι ο κατηγορούμενος παρέμεινε μέλος της συνωμοσίας⁶².

Συμπερασματικά, ακόμη και οι κανόνες της υπαναχώρησης διατηρούν την πλεονεκτική θέση της ΚΑ εις βάρος του κατηγορούμενου, ο οποίος δεν μπορεί να μετανιώσει για κάποια συμφωνία στην οποία προέβη. Έτσι, επιβεβαιώνεται ότι είναι μια πτυχή που συνεχίζει να είναι πηγή αδικίας για τον κατηγορούμενο συνωμοσίας⁶³, αφού, κατά την άποψη που υιοθετείται, θα έπρεπε να δίνεται ευκαιρία απαλλαγής της ευθύνης κάποιου που συμφώνησε, μεν, στην συνωμοσία αλλά στην συνέχεια, και πριν αρχίσει η τέλεση αδικημάτων, άλλαξε γνώμη, όπως συμβαίνει σε άλλες δικαιοδοσίες.

A. Μια Συμφωνία Διάπραξης Αδικήματος

Τα μέρη της συμφωνίας θα πρέπει να συμφωνούν ένα τύπο συμπεριφοράς, η οποία να αποτελεί την αντικειμενική υπόσταση ενός εγκλήματος που να τιμωρείται και χωρίς την ύπαρξη συμφωνίας. Για να θεωρηθεί ότι τα μέρη συμφωνούν στην διάπραξη ενός αδικήματος, θα πρέπει να έχουν γνώση κάθε γεγονότος ή περίπτωσης, η οποία είναι πτυχή της αντικειμενικής υπόστασης. Αυτή η γνώση αποτελεί ένα μέρος της υποκειμενικής υπόστασης του αδικήματος της συνωμοσίας.

Σημειωτέο ότι οι συνωμότες δεν είναι αναγκαίο να γνωρίζουν ότι συμφώνησαν έναν τύπο συμπεριφοράς που είναι αδίκημα⁶⁴. Η ΚΑ δεν απαιτείται να αποδειξει ότι ο κατηγορούμενος γνώριζε το συγκεκριμένο αδίκημα που διέπραξε ή ότι διέπραξε κάτι κατά παράβαση συγκεκριμένου άρθρου⁶⁵. Είναι αρκετό να αποδειχθεί ότι όταν ο κατηγορούμενος έμπαινε στην συμφωνία ήξερε ότι συμμετείχε στην διάπραξη κάποιου αδικήματος γενικά⁶⁶ και δεν απαιτείται να γνωρίζει ποιο συγκεκριμένο αδίκημα τελεί/θα τελέσει. Κυρίως, η ΚΑ

θα πρέπει να αποδείξει ότι ο κάθε συνωμότης ήθελε την διάπραξη του αδικήματος⁶⁷. Το είδος της συμπεριφοράς, που αναφέρεται δεν περιορίζεται μόνο στη φυσική πράξη, αλλά θα πρέπει να επιθυμούνται οι συνέπειες των πράξεων που συνιστούν την αντικειμενική υπόσταση του επιμέρους ουσιαστικού αδικήματος⁶⁸. Για παράδειγμα, στη συνωμοσία διάπραξης φόνου, θα πρέπει να αποδειχθεί ότι τα μέρη συμφώνησαν να δηλητηριάσουν το θύμα με πρόθεση την θανάτωση του. Δεν είναι αρκετό να ήθελαν, απλά, να του προκαλέσουν δυσφορία. Ακόμα και αν τα μέρη προέβλεψαν ότι η συμπεριφορά τους μπορεί να σκοτώσει το θύμα, δεν υφίσταται συνωμοσία για φόνο.

Υπάρχει, βέβαια, μια επιφύλαξη για την περίπτωση που τα μέρη αδιαφορούν για το αποτέλεσμα των πράξεων τους. Στην υπόθεση *Saskavickas*⁶⁹, που αφορούσε ξέπλυμα χρήματος, κρίθηκε επαρκής η απόδειξη ότι ο κατηγορούμενος είχε εύλογη υποψία να πιστεύει ότι τα χρήματα ήταν αποτέλεσμα παράνομης δραστηριότητας⁷⁰. Έτσι, αδιαφορία για την προέλευση των χρημάτων ήταν αρκετή, χωρίς να απαιτείτο γνώση ή πρόθεση ότι τα χρήματα ήταν, πράγματι, παράνομα.

Ωστόσο, στις μεταγενέστερες *Harmer*⁷¹ και *Ali*⁷² τα δικαστήρια τόνισαν ότι οι κατηγορούμενοι θα πρέπει να γνωρίζουν ή να θέλουν τα ουσιώδη γεγονότα κάθε περίπτωσης, τα οποία αποτελούν κομμάτι της αντικειμενικής υπόστασης, να υπάρχουν⁷³. Για παράδειγμα, δεν υπάρχει συνωμοσία αν υπάρχει, μεν, συμφωνία φύτευσης φυτών, αλλά δεν υπάρχει γνώση ότι τα φυτά είναι ναρκωτικά. Στον βιασμό, απαιτείται οι συνωμότες να γνωρίζουν ότι το θύμα δεν θα συναινέσει στην σεξουαλική πράξη. Αν οι συνωμότες δεν είναι σίγουροι ότι το θύμα δεν θα συναινέσει τότε δεν υπάρχει συνωμοσία. Ένα άλλο παράδειγμα είναι η περίπτωση ξεπλύματος χρήματος. Για να υπάρξει καταδίκη, απαιτείται ο κατηγορούμενος να γνωρίζει ότι τα χρήματα ήταν έσοδα από παράνομης δραστηριότητας. Δεν είναι αρκετή η απόδειξη ότι ο κατηγορούμενος είχε εύλογες υποψίες να πιστεύει για την παράνομη προέλευση των χρημάτων⁷⁴. Ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι ο κατηγορούμενος θα πρέπει, τουλάχιστον, να θέλει να είναι παράνομη η προέλευση των χρημάτων⁷⁵. Έτσι, υποψία ότι τα γεγονότα ή οι περιστάσεις μπορεί να υφίστανται, είναι ανεπαρκής⁷⁶.

Επίσης, οι συνωμότες θα κριθούν βάσει των προ-

59. Ibid.

60. Ibid 424.

61. Ibid.

62. Ibid.

63. Ibid 420.

64. Jonathan Herring (n 3) 816.

65. Ibid 823.

66. Ibid 823.

67. Janet Dine and others (n 7) 562.

68. Jonathan Herring (n 3); Janet Dine and others (n 7) 562.

69. R v. Saskavickas [2004] EWCA Crim 2686.

70. R v. Saik [2006] UKHL 18, [68].

71. R v. Harmer (Roy Peter) [2005] EWCA Crim 1.

72. R v. Ali [2005] Crim LR 864.

73. Jonathan Herring (n 3) 816.

74. R v. Saik [2006] UKHL 18, [72-73].

75. Nicola Padfield (n 46) 158-159.

76. Jonathan Herring (n 3) 818.

σχεδιασμένων πράξεων και όχι βάσει του τι πραγματικά συνέβη⁷⁷. Για παράδειγμα, αν τα μέρη συμφωνήσουν να φυτεύσουν δάφνη, πιστεύοντας ότι είναι κάνναβη, θα ήταν ένοχοι για το αδίκημα της συνωμοσίας παραγωγής κάνναβης⁷⁸. Σε περίπτωση που οι συνωμότες έχουν διαφορετική ένοχη διάνοια, τότε εξαρτάται από το περιεχόμενο της συμφωνίας. Για παράδειγμα, αν ο κατηγορούμενος συμφωνεί με τον Α να διαπράξουν το Χ αδίκημα αλλά, μυστικά, θέλει να διαπράξει πιο σοβαρό αδίκημα, τότε ο κατηγορούμενος θα είναι ένοχος για συνωμοσία να διαπράξει μόνο το Χ αδίκημα. Ωστόσο, αν ο κατηγορούμενος συμφωνεί με τον Α να διαπράξει το Χ αδίκημα, αλλά στην πραγματικότητα θέλει να διαπράξει λιγότερο σοβαρό αδίκημα, τότε δεν είναι ένοχος για συνωμοσία προς διάπραξη του Χ αδικήματος. Αν και οι δύο συμφωνούν να διαπράξουν ένα αδίκημα αλλά διαφέρουν σε κάποιες λεπτομέρειες, αυτό δεν επηρεάζει την ποινική ευθύνη. Άρα, αν ένας από τους συνωμότες πιστεύει ότι η συμφωνία είναι να παράγουν το ναρκωτικό τύπου Α και οι άλλοι πιστεύουν ότι η συμφωνία είναι να παράγουν διαφορετικό είδος ναρκωτικού, του ίδιου τύπου, τότε μπορεί να ειπωθεί ότι είναι όλοι ένοχοι στην συνωμοσία παραγωγής ναρκωτικού τύπου Α⁷⁹.

V. Το σχέδιο πρέπει, απαραίτητα, να αφορά τη διάπραξη εγκλήματος/ων από ένα ή περισσότερα μέρη⁸⁰

Η συμφωνία θα πρέπει να αποτελείται από τύπο συμπεριφοράς που αν τελεστεί από ένα ή περισσότερα μέρη της συμφωνίας, σύμφωνα, με το σχέδιο και τις προθέσεις των συνωμοτών, θα συνιστά, απαραίτητα, ποινικό αδίκημα⁸¹. Το πρόβλημα εμφανίζεται όταν υπάρχει ένας αριθμός εναλλακτικών τύπων συμπεριφοράς, οι οποίες μπορεί να τελεστούν υπό διαφορετικές συνθήκες και περιστάσεις. Σ' αυτές τις περιπτώσεις, τι γίνεται αν μια συμπεριφορά, υπό κάποιες συνθήκες, είναι νόμιμη και, υπό άλλες συνθήκες, παράνομη⁸²;

Στην υπόθεση *Reed*⁸³ τίθενται 2 παραδείγματα⁸⁴. Στο πρώτο, οι Α και Β θέλουν να φτάσουν στον προορισμό τους σε μια συγκεκριμένη χρονική στιγμή. Αν δεν υπάρχει τροχαία κίνηση, τότε αυτό μπορεί να επιτευχθεί χωρίς την παραβίαση του Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας. Η συμφωνία τους δεν αποτελεί, απαραίτητα τη διάπραξη αδικήματος. Κατ' επέκταση, δεν υπάρχει συνωμοσία, αν τελεστεί σύμφωνα με τις

προθέσεις τους, γιατί η πρόθεση τους είναι να φτάσουν στην ώρα τους χωρίς οποιαδήποτε παραβίαση. Αντίθετα, η συμφωνία των Α και Β να ληστέψουν μια τράπεζα είναι συνωμοσία, αν συμφώνησαν ότι θα προβούν στην ληστεία, μόνο στην περίπτωση, που, όταν φτάσουν στην τράπεζα, είναι ασφαλές να το κάνουν, γιατί αν τελεστεί σύμφωνα με τις προθέσεις τους θα συνιστά, απαραίτητα, διάπραξη του αδικήματος.

Χαρακτηριστικά, στην υπόθεση *Jackson*⁸⁵ τέσσερα μέλη μιας συμμορίας συμφώνησαν να πυροβολήσουν στο πόδι ένα από τα μέλη τους. Το μέλος αυτό κατηγορείτο για ληστεία και ήλπιζαν ότι το δικαστήριο να δείξει επιείκεια, λόγω του τραυματισμού, επιβάλλοντας του μειωμένη ποινή. Τα μέλη της συμμορίας κατηγορήθηκαν και καταδικάστηκαν για συνωμοσία παρακώλυσης της δικαιοσύνης⁸⁶, αφού αν το σχέδιο τους υλοποιείτο, τότε θα επιβαλλόταν στον κατηγορούμενο, χαμηλότερη ποινή, πράγμα που συνιστούσε παρακωλυτική συμπεριφορά⁸⁷. Με αυτό τον τρόπο δεν έγινε δεκτό το επιχείρημα των κατηγορουμένων ότι το σχέδιο δεν θα οδηγούσε απαραίτητα στη διάπραξη του αδικήματος γιατί ο κατηγορούμενος θα μπορούσε να αθωωθεί από το αδίκημα της ληστείας⁸⁸.

Η έννοια του «απαραίτητα» είναι προβληματική, αφού πολύ λίγες είναι οι συμφωνίες που αναπόφευκτα αποτελούν τη διάπραξη αδικήματος. Έτσι, το δικαστήριο αρνήθηκε να προβεί σε μια αυστηρή ερμηνεία του όρου και απέρριψε το επιχείρημα ότι το «απαραίτητα» σημαίνει «αναπόφευκτα», γιατί κάθε συμφωνία για μελλοντική πράξη σταθμίζεται με τις περιστάσεις⁸⁹. Έτσι, γίνεται αποδεκτός και ο δόλος υπό αίρεση (Conditional intent)⁹⁰.

VI. Πρόθεση ότι το Σχέδιο θα Υλοποιηθεί⁹¹

Η υποκειμενική υπόσταση πρέπει να περιλαμβάνει πρόθεση υλοποίησης της παράνομης πράξης⁹². Για να στοιχειοθετηθεί συνωμοσία ο κατηγορούμενος θα πρέπει να έχει πρόθεση να συμφωνήσει τη διάπραξη μιας παράνομης συμπεριφοράς, να έχει πρόθεση να επέλθουν οι συνέπειες της⁹³ και να γνωρίζει ότι η συμφωνηθείσα συμπεριφορά προϋπόθετε τη διάπραξη από ένα ή περισσότερα μέρη της συμφωνίας, κάποιου αδικήματος⁹⁴. Βέβαια, στην Αγγλία, η Law Commission τονίζει ότι η αγγλική πρόνοια προτάθηκε

77. Jonathan Herring (n 3) 816.

78. Ibid.

79. Ibid.

80. Jonathan Herring (n 3) 817.

81. Janet Dine and others (n 7) 568.

82. Ibid.

83. R v. Reed [1982] Crim LR 819 (CA).

84. Janet Dine and others (n 7) 568-569.

85. R v. Jackson [1985] Crim LR 444 (CA).

86. Jonathan Herring (n 3) 817.

87. Ibid.

88. Ibid.

89. Ibid.

90. Χαράλαμπος Παπαχαράλαμπος (n 11) 203.

91. Jonathan Herring (n 3) 818.

92. Αστυνομικός Διευθυντής Πάφου v. Νίκος Ηλία κ.α., Αρ. Υπόθεσης: 3078/10, 22/10/2013, 12.

93. Ibid.

94. Ibid.

για να ερμηνευθεί με τρόπο ώστε ο κατηγορούμενος να πρέπει να θέλει να υλοποιηθεί το αδίκημα⁹⁵, πράγμα που προκάλεσε δυσκολίες⁹⁶.

Στην υπόθεση *Anderson*⁹⁷ παρουσιάζεται μια σημαντικότερη δυσχέρεια. Ο κατηγορούμενος καταδικάστηκε για συνωμοσία με άλλους να θέσουν σε εφαρμογή σχέδιο απόδρασης ενός φυλακισμένου. Η ΚΑ ισχυρίστηκε ότι ο κατηγορούμενος πήρε £200 000 για την συμπλοκή του στο σχέδιο. Ο ρόλος του ήταν να αγοράσει αντικείμενο, που ήταν ικανό να κόψει τα σίδερα της φυλακής, αλλά, λίγο πριν την αγορά, λόγω ατυχήματος, δεν μπόρεσε να υλοποιήσει την υποχρέωση του. Ο κατηγορούμενος ισχυρίστηκε ότι δεν ήταν ένοχος για συνωμοσία γιατί δεν είχε την απαιτούμενη *mens rea*. Ο κατηγορούμενος δεν ήθελε να διεκπεραιωθεί το σχέδιο απόδρασης, αλλά το μόνο που ήθελε ήταν να πληρωθεί για την υποχρέωση που ανέλαβε. Το δικαστήριο, τελικά, έκρινε ότι το αδίκημα στοιχειοθετείται αν αποδειχθεί ότι ο κατηγορούμενος όταν εισερχόταν στη συμφωνία, αυτό που ήθελε ήταν να διαδραματίσει κάποιο ρόλο στην συμφωνηθείσα συμπεριφορά στα πλαίσια της προώθησης του κοινού εγκληματικού σκοπού⁹⁸. Έτσι, ο κατηγορούμενος θα μπορούσε να καταδικαστεί για συνωμοσία ακόμη και αν δεν είχε πρόθεση να υλοποιηθεί η συμφωνία⁹⁹. Εν προκειμένω, φαίνεται ότι ο κατηγορούμενος ήθελε ξεκάθαρα να συμμετάσχει στο σχέδιο, παρόλο που δεν ήθελε περισσότερη εμπλοκή στην απόδραση ή πίστευε ότι η απόδραση ήταν αδύνατη¹⁰⁰.

Η πιο πάνω απόφαση εγείρει δύο ζητήματα. Το πρώτο είναι ότι ο κατηγορούμενος δεν χρειάζεται να επιθυμεί την υλοποίηση του σχεδίου, αλλά αρκεί να θέλει να διαδραματίσει κάποιο ρόλο σε αυτό, πράγμα που έρχεται σε αντίθεση με την ερμηνεία της Law Commission. Δεύτερο, είναι η αναγκαιότητα έμπρακτης συμβολής στο σχέδιο. Η θέση αυτή θα είχε καταλυτικές συνέπειες σε υποθέσεις οργανωμένου εγκλήματος (εφεξής ΟΕ), όπου οι «μήτρες» του, δεν συμμετέχουν σχεδόν καθόλου στην διάπραξη των αδικημάτων που σχεδιάζουν. Το πρόβλημα καταδεικνύεται, όταν οι Α και Β συμφωνούν να σκοτώσουν τον Γ αλλά τι γίνεται όταν ο Α συμφωνεί να μην πράξει το στιδήςποτε για να υλοποιηθεί η συμφωνία¹⁰¹;

Η πιο πάνω υπόθεση έτυχε μεγάλης κριτικής και συζητήθηκε στην υπόθεση *Siracusa*, όπου το δικαστήριο

αμφιβάλλει για το κατά πόσο είναι ουσιώδης προϋπόθεση της συνωμοσίας ότι κάθε συνωμότης θα πρέπει να θέλει να έχει κάποιον ενεργό ρόλο στην υλοποίηση του σχεδίου. Το δικαστήριο έκρινε ότι η συμμετοχή σε αδικήματα συνωμοσίας μπορεί να είναι ενεργητική ή παθητική. Στην εποχή που υπάρχουν υψηλά ποσοστά ΟΕ, οι πιο σοβαρές συνωμοσίες, συνήθως, περιλαμβάνουν περίπλοκες και σύνθετες συμφωνημένες συμπεριφορές, στις οποίες πολλοί θα συναινέσουν να έχουν αναγκαίους αλλά υποστηρικτικούς ρόλους, χωρίς να έχουν κάποια άμεση συμμετοχή στην διάπραξη των αδικημάτων της συνωμοσίας¹⁰².

Υπάρχουν, επίσης, αμερικανικά νομολογιακά παραδείγματα, που εξειδικεύουν και καθιστούν σαφέστερο το ζήτημα της υποκειμενικής υπόστασης. Στην *Falcone*¹⁰³ υπήρξε καταδίκη ενός εμπόρου-πωλητή ζαχαρής που γνώριζε ότι αυτή θα χρησιμοποιείτο για την παράνομη παραγωγή ουίσκι. Το δικαστήριο έκρινε ότι δεν αρκεί η απόδειξη ότι κάποιος δεν παραιτήθηκε από μια, υπό κανονικές συνθήκες, νόμιμη δραστηριότητα, τους καρπούς της οποίας γνωρίζει ότι άλλοι θα κάνουν παράνομη χρήση. Θα πρέπει κατά, κάποιο τρόπο, να προωθεί από μόνος του, τους επιχειρηματικούς τους σκοπούς και να έχει μερίδιο στην έκβαση τους¹⁰⁴. Με άλλα λόγια, δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί πρόθεση, όταν νόμιμη συμπεριφορά συνδυάζεται με την απλή γνώση προγραμματισμένης παράνομης δράσης¹⁰⁵.

Η υποκειμενική υπόσταση που επαρκεί για τη συνωμοσία δεν είναι απαραίτητο να είναι η ίδια με την υποκειμενική υπόσταση του ουσιαστικού αδικήματος¹⁰⁶. Σε μια συμφωνία χρειάζεται να αποδειχθεί πρόθεση ότι το αδίκημα θα τελεστεί, ακόμα και αν το αδίκημα από μόνο του χρειάζεται κάτι λιγότερο από πρόθεση. Για παράδειγμα, στη συνωμοσία για φόνο απαιτείται πρόθεση θανάτωσης από την πλευρά των συνωμοτών. Ενώ, στην κατηγορία για φόνο μπορεί να είναι αρκετή και η πρόθεση για πρόκληση βαριάς σωματικής βλάβης, είναι ανεπαρκής για την συνωμοσία φόνου¹⁰⁷. Παρομοίως, αν απαιτείται, υπό τις περιστάσεις του αδικήματος, αυστηρή ευθύνη ή αμέλεια, η συνωμοσία για διάπραξη του εγκλήματος δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί, αν δεν αποδειχθεί ότι οι συνωμότες θέλουν ή γνωρίζουν ότι οι σχετικές περιστάσεις του αδικήματος θα υπάρχουν κατά τον χρόνο που το αδίκημα λαμβάνει χώρα¹⁰⁸.

Τέλος θα πρέπει να σημειωθεί ότι το καλό κίνητρο

95. Clause 48 Draft Criminal Code < http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/06/Criminal_Code_177_2.pdf>.

96. Nicola Padfield (n 46) 157.

97. *Anderson*, R v. (1986) HL.

98. Jonathan Herring (n 3) 820; Janet Dine and others (n 7) 564.

99. Jonathan Herring (n 3) 821.

100. Janet Dine and others (n 7) 564.

101. Nicola Padfield (n 46) 157.

102. Jonathan Herring (n 3) 822-823.

103. *United States v. Falcone* 311 U.S. 205 (1940).

104. *Ted Prim* (n 27) 473.

105. *Ibid.*

106. Jonathan Herring (n 3) 822-823.

107. *Ibid* 823.

108. Janet Dine and others (n 7) 562.

δεν αποκλείει την υποκειμενική υπόσταση¹⁰⁹. Στην υπόθεση *Yip Chiu-Cheung*¹¹⁰ ο υπό κάλυψη αστυνομικός (undercover agent) για να διακόψει το εμπόριο ναρκωτικών επέλεξε μια μέθοδο που αποτελούσε τη διάπραξη αδικήματος εμπορίας ναρκωτικών¹¹¹. Έτσι, παρόλο που το κίνητρο του ήταν καλό, αυτό δεν απέκλειε το γεγονός ότι είχε πρόθεση να διαπράξει αδίκημα. Ωστόσο, ένας υπό κάλυψη αστυνομικός, ο οποίος δεν είχε καμιά πρόθεση να διαπράξει το αδίκημα δεν έχει την απαιτούμενη υποκειμενική υπόσταση για να είναι συνωμότης. Αυτό, καθιστά το αδίκημα της συνωμοσίας ακόμη πιο προβληματικό, καθώς η συνωμοσία απαιτεί τουλάχιστον δύο πρόσωπα να έχουν τη πιο πάνω υποκειμενική υπόσταση¹¹². Για την επίλυση του προβλήματος, ο νομοθέτης γίνεται πολύ εφευρετικός και ξεφεύγει από τα όρια του αδικήματος. Η μονομερής προσέγγιση, που έχει αρχίσει να αποκτά ευρεία εφαρμογή, τουλάχιστον, στην Αμερική, διευρύνει ακόμα περισσότερο το αδίκημα της συνωμοσίας, αγνοώντας την ιστορική και θεωρητική του βάση¹¹³. Πλέον σημασία έχει η πεποίθηση του κατηγορούμενου¹¹⁴. Συγκεκριμένα για τον υπό κάλυψη αστυνομικό, βάσει της μονομερούς προσέγγισης, δημιουργείται μια «εικονική συμφωνία», που δίνει τη δυνατότητα δίωξης

και καταδίκης του ενός προσώπου στη βάση της υποκειμενικής του πεποίθησης ότι συνωμοτούσε, παρά το γεγονός ότι το άλλο μέρος της «εικονικής συνωμοσίας» δεν είχε τέτοια πρόθεση¹¹⁵. Ταυτόχρονα, υπάρχει η δυνατότητα κατηγορίας και καταδίκης ενός μόνο προσώπου, ακόμα και αν δεν κατηγορήθηκαν άλλοι είτε επειδή δεν εμφανίστηκαν, είτε επειδή είναι άγνωστοι είτε επειδή έχουν πεθάνει¹¹⁶.

VII. Καταληκτικά Σχόλια

Το παρόν άρθρο αποτελεί μέρος μίας ευρύτερης μελέτης στην οποία γίνεται περαιτέρω ανάλυση των δικονομικών και αποδεικτικών συνεπειών της ύπαρξης του αδικήματος της συνωμοσίας και, τέλος, αναλύεται η θεωρητική θεμελίωση του αδικήματος και της έννοιας της συνωμοσίας. Αυτό που προτείνεται δεν είναι η τροποποίηση του παρόντος καθεστώτος. Η τροποποίηση προϋποθέτει την ύπαρξη ενός υγιούς συστήματος που χρειάζεται βελτίωση. Το παρόν σύστημα που αφορά την συνωμοσία χρήζει κατάργησης. Βάσει της πιο πάνω ανάλυσης, το αδίκημα της συνωμοσίας δεν διαθέτει επαρκή δικαιολογητική βάση που να δικαιολογεί την προσωθημένη ποινική ευθύνη και όλες τις υπόλοιπες χαλαρές δομές του παρόντος συστήματος. Με άλλα λόγια, το σύστημα, έτσι όπως είναι διαμορφωμένο, είναι τέτοιο, που η «κατεδάφιση» του είναι αναγκαία για την ανοικοδόμηση υγιών μορφών ποινικής ευθύνης σε στέρεες βάσεις.

109. Nicola Padfield (n 46) 157.

110. Yip Chiu-Cheung (1994) Privy Council.

111. Janet Dine and others (n 7) 567.

112. Elizabeth Joh, «Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime» [2009] 62(1) Stanford Law Review 155-198, 175.

113. Dierdre Burgman, «Unilateral Conspiracy: Three Critical Perspectives» [1979] 29(1) DePaul Law Review 75- 113, 75-76.

114. Elizabeth Joh (n 112).

115. Dierdre Burgman (n 113) 77.

116. Archbold, *Criminal Pleading: Evidence & Practice* (Thomson Sweet & Maxwell 2008) 2971-2972 [34-59].

VI. Διεθνές Δίκαιο

Δικαίωμα Άμυνας κατά της Τρομοκρατίας: Προϋποθέσεις και Όρια

Κωνσταντίνος Γιώρκας, Ασκούμενος Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Η τρομοκρατία αποτελεί ένα από τα μεγαλύτερα προβλήματα της σύγχρονης πολιτικής κοινωνίας που απαιτεί την άμεση ανταπόκριση των κρατών σε ατομικό αλλά και σε συλλογικό επίπεδο. Το δικαίωμα άμυνας, όπως έχει κωδικοποιηθεί στο άρθρο 51 του Χάρτη Ηνωμένων Εθνών, διαδραματίζει το δικό του ρόλο στο πλαίσιο αυτό, ως κατ' αρχήν μέτρο αντίδρασης, αν και η πρακτική των κρατών έχει καταδείξει ότι πολλές φορές τίθεται ως πρόσχημα για υλοποίηση επεκτατικών ή άλλου είδους πολιτικών. Η γραμμή μεταξύ άσκησης ενός νόμιμου δικαιώματος άμυνας και κατάχρησής του είναι πολύ λεπτή. Ως εκ τούτου, είναι απαραίτητο σε κάθε περίπτωση που γίνεται επίκληση του εν λόγω δικαιώματος να εξετάζουμε τα κριτήρια που διέπουν την εφαρμογή του κανόνα: ένοπλη επίθεση, αναλογικότητα, αναγκαιότητα, αμεσότητα, αποτελούν τα κριτήρια που χρήζουν ανάλυσης καθότι το περιεχόμενό τους δεν είναι απόλυτα σαφές, αφήνοντας περιθώριο ανομοιομορφίας ερμηνείας. Το παρόν άρθρο έχει ως στόχο να προσδιορίσει το περιεχόμενο των κριτηρίων και να επισημάνει, στο σημείο που αυτό είναι εφικτό, τις προϋποθέσεις και τα όρια για άσκηση του δικαιώματος κατά του «Κράτους του Τρόμου»

Λέξεις-Κλειδιά:

Τρομοκρατία - Δικαίωμα άμυνας - Ένοπλη επίθεση - Απόδοση σε κράτος - Αναγκαιότητα - Αναλογικότητα - Αμεσότητα

I. Εισαγωγή

Το παρόν άρθρο έχει ως στόχο να προσεγγίσει το ζήτημα της διεθνούς τρομοκρατίας και τη χρήση βίας κατ' επίκληση του δικαιώματος άμυνας ως μέσο αντιμετώπισής της. Η συζήτηση γύρω από τη χρήση βίας σε τέτοιες περιπτώσεις, μετά τα γεγονότα της 11ης Σεπτεμβρίου και πλέον μετά τα συνεχή τρομοκρατικά κτυπήματα που έχει επιτύχει το Ισλαμικό Κράτος του Ιράκ και του Λεβάντε (εφεξής ISIS) σε διάφορες χώρες του πλανήτη, γίνεται όλο και πιο έντονη. Οι παραδοσιακοί κανόνες που διέπουν το δικαίωμα άμυνας



<https://goo.gl/images/XX34iE>

τίθενται εν αμφιβόλω, ενώ η ανάγκη για εξέλιξή τους μοιάζει πλέον αδήριτη. Από τη μία πλευρά, ισχυρά κράτη, όπως οι ΗΠΑ, το Ηνωμένο Βασίλειο, το Ισραήλ, η Γαλλία, επιζητούν την εφαρμογή πιο ευέλικτων κανόνων απόδοσης της ένοπλης επίθεσης ή ακόμα, και την αναγνώριση μη κρατικών οντοτήτων ως αυτόνομων πηγών «ένοπλης επίθεσης». Από την άλλη, κράτη εντός των οποίων δραστηριοποιούνται συνήθως τρομοκρατικές οργανώσεις διατείνουν την τήρηση των υφιστάμενων αυστηρών κανόνων, προσέγγιση που μέχρι στιγμής φαίνεται να ακολουθεί και το Διεθνές Δικαστήριο της Χάγης (εφεξής ΔΔ).

Ως εκ τούτου, κρίνεται σκόπιμος στο πλαίσιο του άρθρου αυτού, ο σχολιασμός των κριτηρίων που διέπουν το δικαίωμα άμυνας με ειδική αναφορά στο ιδιαίτερο πλαίσιο της τρομοκρατίας. Ειδικότερα θα αναλυθεί η έννοια της «ένοπλης επίθεσης» σε σχέση με την ένταση, τη χρονική της διάσταση αλλά και το φλέγον ζήτημα της απόδοσης της, ενώ παράλληλα θα εξεταστούν τα εθμικά κριτήρια της αναγκαιότητας, της αναλογικότητας και της αμεσότητας, ώστε να διαπιστωθούν οι όροι που πρέπει να πληρούνται για να ενεργοποιηθεί το δικαίωμα άμυνας κατά της τρομοκρατίας.

II. Δικαίωμα Άμυνας κατά του «Τρόμου»: προϋποθέσεις και όρια

Το άρθρο 51 του Χάρτη Ηνωμένων Εθνών (εφεξής ΧΗΕ) κάνει ρητή αναφορά στο σύμφυτο δικαίωμα των κρατών να καταφεύγουν σε ατομική ή συλλογική άμυνα. Πρόκειται για μία από τις αναγνωρισμένες εξαιρέ-

σεις του *jus cogens* κανόνα της απαγόρευση χρήσης βίας στις διακρατικές σχέσεις. Το δικαίωμα άμυνας, όπως αναφέρει το λεκτικό της εν λόγω πρόνοιας, ενεργοποιείται στην περίπτωση που επισυμβεί μια «ένοπλη επίθεση» κατά μέλους του ΟΗΕ και υφίσταται μέχρις ότου επιληφθεί του ζητήματος το Συμβούλιο Ασφαλείας (εφεξής ΣΑ). Τέλος, επισημαίνεται ότι, όταν κράτος μέλος σκοπεύει να δράσει εντός του πλαισίου της άμυνας, οφείλει άμεσα να ενημερώσει το ΣΑ.

Αναμφίβολα, το εν λόγω δικαίωμα δεν είναι επινόηση του ΧΗΕ, αλλά αναγνώριση ενός υφιστάμενου εθιμικού κανόνα· άλλωστε, αυτό μαρτυρεί και η αναφορά σε σύμφυτο δικαίωμα. Αυτό επιβεβαιώθηκε και στην απόφαση του ΔΔ, στην *Nicaragua v. USA*, όπου έγινε δεκτό ότι το εν λόγω δικαίωμα διατηρεί την εθιμική του φύση, ακόμα και αν το περιεχόμενό του έχει επιβεβαιωθεί ή επηρεαστεί από τον ΧΗΕ¹. Ως εκ τούτου, αν και στο άρθρο 51 δεν γίνεται καμία αναφορά στα κριτήρια της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας, αυτά πρέπει πάντοτε να εξετάζονται, καθώς αποτελούν καθιερωμένες αρχές του εθιμικού κανόνα, ενώ εκεί πρέπει να ανατρέξουμε και όσον αφορά τον ορισμό της «ένοπλης επίθεσης» («armed attack»)².

Α. Ένοπλη επίθεση

Ίσως το πιο σημαντικό και πολυσυζητημένο κριτήριο, ιδιαίτερα σε σχέση με την τρομοκρατία, είναι η απαίτηση για ύπαρξη «ένοπλης επίθεσης» υπό την έννοια του άρθρου 51 του ΧΗΕ. Κατ' αρχάς, πρέπει να υπομνησθεί ότι ο ΧΗΕ δεν έχει αποδώσει κάποια συγκεκριμένη έννοια στον όρο. Επομένως, ελλείψει ενός κοινά αποδεκτού ορισμού, η ερμηνεία της ένοπλης επίθεσης από μόνη της εγείρει σημαντικές δυσκολίες³.

Α.1 Ένταση της ένοπλης επίθεσης

Προβαίνοντας σε μία σύγκριση του λεκτικού του άρθρου 2(4) και του άρθρου 51 του ΧΗΕ, εξάγεται αβίαστα το συμπέρασμα ότι αν και η οποιαδήποτε χρήση βίας κατά της εδαφικής ακεραιότητας και πολιτικής ανεξαρτησίας ενός κράτους απαγορεύεται, αυτό δε σημαίνει ότι τέτοια χρήση βίας θα αποτελεί και ένοπλη επίθεση⁴. Στην υπόθεση *Nicaragua v. USA*, το

ΔΔ επεσήμανε ότι η χρήση βίας, για να εξομοιωθεί με ένοπλη επίθεση, πρέπει να είναι τέτοιας κλίμακας και αποτελέσματος που να ξεπερνά το απλό μεθοριακό επεισόδιο⁵. Όπως έχει επισημανθεί από το ΔΔ, ακόμα και η πυρπόληση ενός στρατιωτικού πλοιαρίου μπορεί να ισοδυναμεί με ένοπλη επίθεση⁶. Αντίθετα, δεν θεωρούνται ένοπλες επιθέσεις οι πράξεις συνδρομής σε μη κρατικές οντότητες όπως είναι η παροχή όπλων και η οικονομική ή άλλου παρόμοιου είδους βοήθεια⁷.

Α.2 Απόδοση της ένοπλης επίθεσης

Έχοντας προσδιορίσει την ένταση της επίθεσης, αναμένεται να ελεγχθεί η πηγή της ένοπλης επίθεσης, αν δηλαδή αυτή πρέπει να αποδίδεται σε κράτος για να ενεργοποιηθεί το δικαίωμα άμυνας. Στο πλαίσιο της απαίτησης για απόδοση, θα αναλυθεί πρώτα η αυστηρή προσέγγιση που θέλει την απόδοση να ακολουθεί τους κανόνες του δικαίου της κρατικής ευθύνης, ενώ στη συνέχεια θα ελεγχθεί η δυνατότητα εφαρμογής των προτεινόμενων από τα κράτη ειδικών και πιο ευέλικτων κανόνων όπως η θεωρία του κράτους υπόθαλψης («harbor theory») και η θεωρία του απρόθυμου ή ανίκανου κράτους («unwilling or unable theory»). Τέλος, θα εξεταστεί η δυνατότητα θεώρησης της τρομοκρατικής ομάδας ως αυτόνομης πηγής ένοπλης επίθεσης.

Α.2.1 Απόδοση στη βάση των κανόνων του δικαίου της κρατικής ευθύνης

Η παραδοσιακή και κυρίαρχη άποψη πάνω στο ζήτημα απαιτεί η ένοπλη επίθεση να αποδίδεται σε κράτος και μάλιστα υπό πολύ αυστηρούς κανόνες⁸. Αυτή είναι η προσέγγιση που φαίνεται να έχει υιοθετήσει το ΔΔ στη νομολογία του⁹. Αντικείμενο συζήτησης, ευρύτερα, έχει αποτελέσει ο βαθμός ελέγχου που πρέπει να ασκεί ένα κράτος σε ομάδα ατόμων, ώστε να του αποδίδονται οι ενέργειές της. Ειδικότερα, το ΔΔ είχε θέσει με την υπόθεση *Nicaragua v. USA* ένα υψηλό όριο, αυτό του «αποτελεσματικού ελέγχου» («effective control»). Στη βάση αυτού, το κράτος πρέπει να ασκεί

5. *Nicaragua v. United States of America* (σελ. 1) παρ. 195.

6. *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* ICJ Reports 2003, 1. παρ. 72.

7. *Nicaragua v. United States of America* (σελ. 1) παρ. 195. Crawford J, (σελ. 45) 748.

8. Tams CJ, «The Use of Force against Terrorists» (2009) 20 *European Journal of International Law* 359, 368· Gathii JT, «Assessing Claims of a New Doctrine of Pre-Emptive War Under the Doctrine of Sources» (2005) 43 *Osgoode Halla Law Journal* 67, 73· Travaglio G and Altenburg J, «Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force» (2003) 4 *Chicago Journal of International Law* 97, σελ. 102.

9. *Nicaragua v. United States of America* (σελ. 1) παρ. 115· *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* ICJ Reports 2005, σελ. 168. παρ. 160.

1. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* ICJ Reports 1986, 14, παρ. 176.

2. *Ibid.*

3. Ochoa-Ruiz N and Salamanca-Aguado E, «Exploring the Limits of International Law Relating to the Use of Force in Self-Defence» (2005) 16 *European Journal of International Law* 499, σελ. 512. Crawford J, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press, 2012), 749.

4. Kretzmer D, «The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum» (2013) 24 *European Journal of International Law* 235, 242; Corten O, «The 'unwilling or Unable' test: Has It Been, and Could It Be, Accepted?» (2016) 29 *Leiden Journal of International Law* 777, 794.

αποτελεσματικό έλεγχο επί της στρατιωτικής ή παραστρατιωτικής επιχείρησης, κατά τη διάρκεια της οποίας γίνεται η παραβίαση, και όχι απλά να έχει το γενικό έλεγχο επί της οργάνωσης¹⁰.

Στην υπόθεση *Tadic* το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την πρώην Γιουγκοσλαβία, προτείνει την εφαρμογή ενός πιο χαμηλού ορίου, αυτό του γενικού ελέγχου («overall control»)¹¹. Στην υπόθεση *Bosnian Genocide*, το ΔΔ ασχολήθηκε και με τις δύο πιο πάνω υποθέσεις καταλήγοντας πως το κριτήριο γενικού ελέγχου, που έθεσε το ποινικό δικαστήριο, είναι ακατάλληλο, κατηγορώντας το ότι έχει διευρύνει τον κανόνα σε υπερβολικό βαθμό, σχεδόν αποδομώντας την απαιτούμενη σύνδεση μεταξύ της οντότητας και του κράτους¹². Γι' αυτό το λόγο το ΔΔ ξεκαθάρισε ότι ο κανόνας που εφαρμόζεται είναι αυτός που θέσπισε το ίδιο στην υπόθεση *Nicaragua v. USA*, αναγνωρίζοντάς τον μάλιστα ως εθιμικό¹³.

Η προσέγγιση του ΔΔ έχει δεχθεί έντονη κριτική ιδιαίτερα σε σχέση με την τρομοκρατία. Αναλυτικότερα, το κριτήριο του αποτελεσματικού ελέγχου και το γεγονός ότι ο αποτελεσματικός έλεγχος πρέπει να αποδεικνύεται για κάθε επί μέρους πράξη έχει θέσει πολύ ψηλά τον πήχη, ώστε να καθίσταται σχεδόν αδύνατη η απόδοση ενέργειας τρομοκρατικής οργάνωσης στο κράτος¹⁴. Επιπρόσθετα, η ταύτιση των κριτηρίων που ισχύουν στο δίκαιο της κρατικής ευθύνης με αυτή του δικαιώματος άμυνας κρίνεται από ορισμένους ως λανθασμένη, καθώς πρόκειται για δύο διαφορετικούς κλάδους του διεθνούς δικαίου που επιδιώκουν διαφορετικούς σκοπούς¹⁵. Πιο συγκεκριμένα, το δίκαιο της κρατικής ευθύνης αποσκοπεί στο να εντοπίσει το υπαίτιο κράτος, που με άδικη ενέργειά του έχει βλάψει ένα άλλο κράτος, και να επιτρέψει στο κράτος-θύμα να ζητήσει και να λάβει την κατάλληλη θεραπεία. Αντίθετα, το δικαίωμα άμυνας έχει ως στόχο να προστατέψει ένα κράτος-θύμα ένοπλης επίθεσης, που δεν έχει το χρόνο να περιμένει για να εγείρει ζήτημα κρατικής ευθύνης¹⁶.

A.2.2 Απόδοση στη βάση ειδικών κανόνων

Όπως προκύπτει από την πρακτική των κρατών και όπως γίνεται δεκτό από μεγάλο μέρος της ακαδημαϊκής κοινότητας, ιδιαίτερα μετά από τα γεγονότα της 11ης Σεπτεμβρίου, το κριτήριο του αποτελεσματικού ελέγχου δεν ανταποκρίνεται στις σύγχρονες προκλήσεις. Τα κράτη δεν φαίνεται να προσπαθούν να αποδείξουν την ύπαρξη αποτελεσματικού ελέγχου, αλλά κάνουν αναφορές σε άλλες θεωρίες, για να προβάλουν ότι οι ενέργειες της τρομοκρατικής οργάνωσης αποδίδονται στο κράτος και άρα έχουν τη δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος.

(α) Θεωρία της υπόθαλψης - ακυβέρνητα εδάφη

Υπό το πρίσμα της θεωρίας αυτής, η χρήση βίας επιτρέπεται κατά κράτους που κρύβει ή υποστηρίζει τρομοκράτες ή δεν μπορεί να ασκήσει έλεγχο στις περιοχές από τις οποίες αυτοί ενεργούν¹⁷. Πρόκειται για θεωρία που υποστηρίχθηκε έντονα από την κυβέρνηση Bush, και που έτυχε εφαρμογής μετά τα γεγονότα της 11ης Σεπτεμβρίου¹⁸. Ο πρόεδρος Bush είχε τονίσει χαρακτηριστικά, ότι οι ΗΠΑ δεν θα διακρίνουν μεταξύ των τρομοκρατών και των κρατών που τους υποθάλπουν¹⁹. Όταν οι ΗΠΑ ενημέρωσαν το ΣΑ για την επίθεσή τους κατά της Αλ-Κάιντα στο Αφγανιστάν, προσπάθησαν να τονίσουν την ενεργή υποστήριξη που τύγχανε η τρομοκρατική οργάνωση από το καθεστώς των Ταλιμπάν, το οποίο με απόφαση είχε επιτρέψει τα εδάφη του Αφγανιστάν να ελέγχονται και να χρησιμοποιούνται από την Αλ-Κάιντα για τις επιχειρήσεις της²⁰.

Η θεωρία αυτή έχει δεχθεί έντονη κριτική και αμφισβήτηση. Κατ' αρχάς, υποστηρίζεται ότι, το να υποθάλπει ή να ανέχεται τρομοκράτες μπορεί να είναι παράνομο, αλλά δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι εντάσσεται στον ορισμό της απειλής ή χρήσης βίας κατά το άρθρο 2(4) ΧΗΕ, άρα ούτε και στην έννοια της ένοπλης επίθεσης. Επιπλέον, δεν μπορεί να θεωρηθεί ειδικός κανόνας απόδοσης που να συνδέει με τρόπο συγκεκριμένο την οργάνωση που προέβη στην ένοπλη επίθεση με το κράτος, ώστε να εφαρμόζεται το δικαίωμα άμυνας²¹. Επιπρόσθετα, κατηγορείται ως ασαφής

10. *Nicaragua v. United States of America* (σελ. 1) παρ. 115.

11. *Tadic Case (Judgment) ICTY-94-1* (26 January 2000) παρ. 120.

12. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)* ICJ Reports, 2007, 43. παρ. 406.

13. *Ibid.* παρ. 407.

14. Crawford J, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2014) 156; McDonnell TM, (σελ. 32) 284.

15. Steenberghe R, «Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?» (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 183, 195-196. Kowalski M, «Armed Attack, Non-State Actors and a Quest for the Attribution Standard» (2010) 30 *Polish Yearbook of International Law* 10, 101-102.

16. *Ibid.*

17. Hakimi M, «Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play» (2015) 91 *International Law Studies* 1, 8.

18. *Ibid.* Hofmeister HH, «When Is It Right To Attack So-Called 'Host States'? an Analysis of the Necessary Nexus Between Terrorists and Their Host States» (2007) 1 *Singapore Year Book of International Law* 75, 78.

19. US National Security Council, *The National Security Strategy of the United States* (17 September 2002), online: White House <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>>.

20. Gray C, *International Law and the Use of Force* (3rd edn, Oxford University Press, 2008) 153.

21. Blokker N and others, *The Security Council and the Use of Force: Theory and Reality - A Need for Change?* (Niels Blokker and Nico Schrijver eds, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 137.

θεωρία, καθότι δεν παρέχει ένα συγκεκριμένο ορισμό για την έννοια της υπόθαλψης²². Όλα αυτά τα προβλήματα δεν μπορεί παρά να θεωρηθούν επικίνδυνα γιατί επιτρέπουν στο κράτος να προβεί σε καταχρήσεις²³.

(β) *Θεωρία του απρόθυμου ή ανίκανου κράτους*

Στο πλαίσιο της εξεταζόμενης αρχής, το κράτος-θύμα οφείλει πριν ασκήσει το δικαίωμά του για χρήση βίας να εξακριβώσει κατά πόσο το κράτος στο οποίο βρίσκονται οι τρομοκράτες είναι πρόθυμο ή ικανό να αντιμετωπίσει τον κίνδυνο που αυτοί θέτουν²⁴. Η θεωρία αυτή είναι πιο ευρεία από την προαναφερθείσα, καθώς επιτρέπει την αμυντική χρήση βίας ακόμα και στις περιπτώσεις όπου το κράτος ασκεί εξουσία και ενεργά προσπαθεί να περιορίσει τη δράση της οργάνωσης, αλλά είναι απλά αναποτελεσματικό²⁵.

Σε αρκετές περιπτώσεις κράτη φαίνεται να έχουν επικαλεστεί την εν λόγω θεωρία για να δικαιολογήσουν τη χρήση βίας. Για παράδειγμα, επίκληση του δόγματος έγινε κατά την περίοδο των επιδρομών της Ρωσίας το 2002 και 2007 κατά των Τσετσένων στη Γεωργία, αφού, παρόλο που η Γεωργία είχε λάβει μέτρα για να περιορίσει τη βία που ασκούσαν οι επαναστάτες, τα μέτρα αποδείχτηκαν ανεπαρκή²⁶. Τα περισσότερα κράτη δεν αντέδρασαν, ωστόσο η Κοινοβουλευτική Συνέλευση του Συμβουλίου της Ευρώπης καταδίκασε ρητά τις ενέργειες της Ρωσίας²⁷.

Ανάλογη επίκληση έγινε και από τις ΗΠΑ όταν ξεκίνησαν επιχειρήσεις κατά του ISIS στη Συρία, αφού σε έκθεσή τους προς το ΣΑ τόνισαν ότι η συριακή κυβέρνηση φαινόταν τόσο απρόθυμη όσο και ανίκανη να αντιμετωπίσει με τρόπο αποτελεσματικό τον κίνδυνο που θέτει το ISIS²⁸. Στο σημείο αυτό πρέπει να διευκρινιστεί ότι η Συρία για χρόνια προσπαθούσε ενεργά να αντιμετωπίσει τις τρομοκρατικές οργανώσεις εντός των εδαφών της, συμπεριλαμβανομένου του ISIS, όχι μόνο με στρατιωτικά μέσα, αλλά και ζητώντας τη συνδρομή άλλων κρατών όπως της Ρωσίας²⁹.

Το υπό κρίση δόγμα είναι αναμφίβολα διαφορούμενο. Σίγουρα διευρύνει εμφανώς το δικαίωμα άμυνας, ωστόσο, είναι ένα δόγμα που ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα και στις προκλήσεις της τρομοκρατίας. Δεν παραγνωρίζει το δικαίωμα του οικείου κράτους, του δίνει το χώρο και το χρόνο να αντιμετωπίσει το πρόβλημα εσωτερικά, αλλά αν αυτό αποδειχθεί ανίκανο ή απρόθυμο, τότε το κράτος-θύμα θα μπορεί να επέμβει. Δεν αμφισβητείται ότι ο κίνδυνος κατάχρησης είναι κάτι περισσότερο από προφανές, πιθανόν όμως η θέσπιση ασφαλιστικών διαδικαστικών δικλείδων να αμβλύνουν τους κινδύνους.

A.2.3 Μη-κρατικές οντότητες ως αυτόνομη πηγή

Πολλοί υποστηρίζουν ότι, εφόσον στο άρθρο 51 του ΧΗΕ δεν αναγράφεται ότι η επίθεση πρέπει να έχει ως πηγή το κράτος, τότε η συζήτηση περί απόδοσης είναι τουλάχιστον αχρεία³⁰. Η άποψη αυτή έχει κερδίσει όλο και περισσότερο έδαφος τα τελευταία χρόνια και ιδιαίτερα μετά τα γεγονότα της 11ης Σεπτεμβρίου και των περίφημων ψηφισμάτων του ΣΑ που τα ακολούθησαν³¹. Με τα Ψηφίσματα 1368³² και 1373³³, το ΣΑ καταδίκασε τα τρομοκρατικά κτυπήματα της 11ης Σεπτεμβρίου, αναγνωρίζοντας στο προοίμιο τους το σύμφυτο δικαίωμα των κρατών για ατομική ή συλλογική άμυνα παρόλο που η επίθεση προερχόταν από μη κρατική οντότητα³⁴.

Στις 7 Οκτωβρίου του 2001, οι ΗΠΑ σε συνεργασία με το Ηνωμένο Βασίλειο και έχοντας τη στρατιωτική υποστήριξη της Γαλλίας, της Γερμανίας, της Αυστραλίας, αλλά και άλλων χωρών, έθεσαν σε εφαρμογή την επιχείρηση Enduring Freedom κατά του Αφγανιστάν, ενημερώνοντας το ΣΑ ότι δρούσαν στο πλαίσιο του δικαιώματος ατομικής και συλλογικής άμυνας³⁵. Παράλληλα, το NATO και ο ΟΑΚ υιοθέτησαν παρόμοια στάση ως απάντηση στα γεγονότα της 11ης Σεπτεμβρίου, ενεργοποιώντας τα άρθρα του καταστατικού τους χάρτη που αναφέρονται στο άρθρο 51 του ΧΗΕ³⁶.

22. Hofmeister HH, (σελ. 18) 79.

23. Ibid.

24. Deeks AS, «Unwilling or Unable»: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defence' (2012) 52 Virginia Journal of International Law 483, 487-488.

25. Hakimi M, (σελ. 17) 12.

26. Tuzmukhamedov BR, «Preemption by Armed Force of Trans-Boundary Terrorist Threats: The Russian Perspective» (2007) 83 International Law Studies 83, 84.

27. Parliamentary Assembly, Council of Europe, Recommendation 1580 (25 September 2002) *The Situation in Georgia and Its Consequences for the Stability of the Caucasus Region*, Doc 832/2.1a.

28. Corten O, (σελ. 4) 777. Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc S/2014/695.

29. Ibid. 778.

30. Dinstein Y, «Terrorism and Afghanistan» (2009) 85 International Law Studies 43, 45-46; Cot J-P and Pellet A, *La Charte Des Nations Unies Commentaire Article Par Article* (3rd edn, Economica, 2005), 1332-1333; Samuel KL and others, *Counter-Terrorism: International Law and Practice* (Ana Maria Salina de Frias, Katja Lh Samuel and Nigel D White eds, Oxford University Press, 2012), 624.

31. Muller C, «The Right of Self-Defence in the Global Fight against Terrorism» (2006) 81 International Law Studies 351, 352.

32. UNSC Res 1368 (12 September 2001) UN Doc S/RES/1368.

33. UNSC Res 1372 (28 September 2001) UN Doc S/RES/1372.

34. Michael S, «How the War against ISIS Changed International Law» (2016) 48 Case Western Reserve Journal of International Law 1, 28; Kretzmer D, (σελ. 4) 246.

35. Mrazek J, «The Use of Force and Expanded Conceptions of Self-Defence» (2018) 29 Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 135, 152.

36. *North Atlantic Treaty* (adopted 4 April 1949, entered into

Πιο πρόσφατα, η Γαλλία σχετικά με τις επιχειρήσεις της εντός των εδαφών της Συρίας, υπογράμμισε ότι δρα στη βάση του δικαιώματος ατομικής άμυνας ως απάντηση στα τρομοκρατικά χτυπήματα της 13ης Νοεμβρίου 2015 που δέχθηκε από το ISIS³⁷.

Προς αυτή την κατεύθυνση θα μπορούσαμε να πούμε ότι συνηγορεί το σκεπτικό ορισμένων δικαστών του ΔΔ. Ενδεικτικά, οι δικαστές Simma και Kooyjms, εκτός από το ότι αμφισβητούν τον στενό τρόπο ερμηνείας της απόδοσης, υποστηρίζουν ότι, ακόμη και αν δεν μπορεί να αποδοθεί μια τέτοια ενέργεια σε κράτος, το δικαίωμα άμυνας ενεργοποιείται, εφόσον η επίθεση που έχει δεχθεί το κράτος είναι επαρκούς έντασης και αποτελέσματος³⁸.

Παρόλη την υποστήριξη που έχει λάβει η πιο πάνω θέση, υπάρχουν αρκετά σημαντικά αντεπιχειρήματα. Υποστηρίζεται ότι το άρθρο 51 πρέπει να ερμηνευτεί με τρόπο που να συνάδει και με τις λοιπές πρόνοιες του ΧΗΕ και συγκεκριμένα το άρθρο 2(4) που κάνει ρητή αναφορά σε χρήση βίας μεταξύ κρατών³⁹. Επίσης, διατείνεται ότι το άρθρο 51 ως εξαίρεση στην απαγόρευση χρήσης βίας πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά, επομένως, υιοθετώντας την πιο ευρεία ερμηνεία υπάρχει κίνδυνος υποτίμησης της ίδιας της απαγόρευσης και κατάχρησης του δικαιώματος⁴⁰.

Επιπρόσθετα, το Ψήφισμα του ΣΑ, για τα γεγονότα της 11ης Σεπτεμβρίου, δεν οδηγεί από μόνο του στο συμπέρασμα ότι μη κρατικές οντότητες μπορούν να αποτελέσουν πηγή επίθεσης. Κατ' αρχάς, αναφορά στο δικαίωμα άμυνας γίνεται στο προοίμιο και όχι στο κύριο μέρος, ενώ δεν ξεκαθαρίζει ότι μη κρατικοί δρώντες αποτελούν αυτόνομη πηγή επίθεσης⁴¹. Διαβάζοντας κανείς την παράγραφο 3 του Ψηφίσματος 1368 μπορεί να συμπεράνει ότι το ΣΑ είχε υπόψη του τα κράτη που υποβοηθούσαν με οποιοδήποτε τρόπο τις τρομοκρατικές οργανώσεις⁴².

force 24 August 1949) 34 UNTS 243, άρθρο 5. *Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance* (adopted 2 September 1947, entered into force 12 March 1948) 21 UNTS 77, άρθρο 3. Michał K, (σελ. 15) 119; Abass A, *International Law Text, Cases, and Materials* (2nd edn, Oxford University Press, 2014) 355-356.

37. Tsagourias N, «Self-Defence against Non-State Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule» (2016) 29 *Leiden Journal of International Law* 801, 803.

38. Separate opinion of Kooyjms in *Democratic Republic of the Congo v. Uganda* (σελ. 9) παρ. 25-26. Separate Opinion of Simma in *Democratic Republic of the Congo v. Uganda* (σελ. 9) παρ. 8-9.

39. Michał K., (σελ. 15) 122.

40. *Ibid*, 123.

41. Megret F., «'War'? Legal Semantics and the Move to Violence» (2002) 13 *European Journal of International Law* 361, 367-368.

42. Michał K, (σελ. 15) 124. UNSC Res 1368 (12 September 2001) UN Doc S/RES/1368, παρ. 3.

B. Εθμικά κριτήρια: Αναγκαιότητα, Αναλογικότητα, Αμεσότητα

Όπως έχει ήδη επισημανθεί το δικαίωμα άμυνας υπόκειται στα εθμικά κριτήρια της αναγκαιότητας, αναλογικότητας και αμεσότητας⁴³. Σημείο αναφοράς για την επίκληση των κριτηρίων αποτελεί το γνωστό επεισόδιο *Caroline* και πιο συγκεκριμένα, η αλληλογραφία που αντάλλαξαν ο Αμερικανός Γραμματέας του Κράτους Daniel Webster και ο Άγγλος ειδικός αντιπρόσωπος στις ΗΠΑ Lord Ashburton, τη δεκαετία του 1840, μετά την αγγλική επίθεση κατά του πλοίου Καρολίνα που εικαζόταν ότι συνέδραμε την περίοδο αυτή τους καναδούς επαναστάτες. Όπως χαρακτηριστικά έχει αναφέρει ο Webster στο γράμμα του, «[i]t will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation»⁴⁴.

B.1 Αναγκαιότητα

Η αναγκαιότητα πληρείται όταν το κράτος-θύμα καταφεύγει στη βία, για να αναχαιτίσει μία επίθεση στην περίπτωση που δεν είναι κατορθωτή η αντιμετώπιση της επίθεσης με εναλλακτικά ειρηνικά μέσα όπως τη διπλωματία. Με άλλα λόγια, το δικαίωμα άμυνας ασκείται ως *ultima ratio*⁴⁵. Η έννοια *ultima ratio*, θα μπορούσε να ερμηνευτεί με δύο διαφορετικούς τρόπους, είτε καθαρά διαδικαστικά, είτε με ένα πιο αφηρημένο, πραγματιστικό τρόπο⁴⁶. Στη βάση της διαδικαστικής ερμηνείας, ένα κράτος οφείλει να δείξει ότι προσπάθησε με τρόπο ενεργό να βρει έναν ειρηνικό τρόπο επίλυσης της διαφοράς, πριν να επιστρατεύσει τη βία⁴⁷. Με τη δεύτερη προσέγγιση αναμένεται ότι το κράτος θα καταδείξει, είτε ότι πράγματι κατέφυγε σε ειρηνικά μέσα, ή ότι δεν ήταν εύλογο να αναμένεται να το πράξει. Για παράδειγμα, σε περίπτωση επίθεσης μεγάλης έντασης ή εισβολής αυτό αποδεικνύεται *per se*⁴⁸.

Σε σχέση με τα τρομοκρατικά χτυπήματα, το κράτος που έχει υποστεί την επίθεση μπορεί να προσπαθήσει να αποταθεί στο κράτος όπου βρίσκεται η τρο-

43. *Islamic Republic of Iran v. United States of America* (σελ. 6) παρ. 51; *Advisory Opinion Concerning the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, 4, παρ. 41.

44. Green J, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law* (Hart Publishing, 2009) sel. 65; Abraham Sofaer, «On the Necessity of Pre-Emption» (2003) 14 *European J* 209, 209-210.

45. Kwiecień R, «The Nicaragua Judgement and the Use of Force - 30 Years Later» (2016) 36 *Polish Yearbook of International Law* 21, 32. Ahmed DI, «Defending Weak States Against The 'Unwilling Or Unable' Doctrine Of Self-Defence» (2013) 9 *Journal of International Law and International Relations* 1, 6.

46. Green J, (σελ. 44) 80.

47. Becker T, *Terrorism and the State: Rethinking the Rules of State Responsibility* (Hart Publishing, 2006) 163.

48. Green J, (σελ. 44) 80.

μοκρατική οργάνωση, και να προσπαθήσει πρώτα να βρει λύση μέσω του οικείου κράτους⁴⁹. Εφόσον αυτή η εναλλακτική δεν έχει αξιοποιηθεί, θα μπορούσαμε να πούμε ότι το κριτήριο της αναγκαιότητας δεν έχει πληρωθεί⁵⁰. Προς την κατεύθυνση αυτή συνηγορεί και η στάση της Συρίας, η οποία έχει κατηγορήσει ανοικτά τις ΗΠΑ, το Ηνωμένο Βασίλειο, τη Γαλλία, τον Καναδά και την Αυστραλία ότι δρουν εντός των εδαφών της κατ' επίκληση του δικαιώματος ατομικής και συλλογικής άμυνας, αλλά κανένα από τα κράτη δεν έχει προηγουμένως διαβουλευτεί μαζί της, καταστρατηγώντας τις πρόνοιες του ΧΗΕ και τις αρχές του διεθνούς δικαίου⁵¹.

B.2 Αναλογικότητα

Η αρχή της αναλογικότητας λειτουργεί παράλληλα με την απαίτηση η χρήση βίας να είναι απαραίτητη, με άλλα λόγια, η αμυντική δράση πρέπει να προσαρμόζεται και να μην υπερβαίνει αυτό που είναι απαραίτητο για να αναχαιτιστεί η ένοπλη επίθεση κατά της οποίας επιστρατεύεται⁵². Το πρώτο μεγάλο ερώτημα, που θέτει η αρχή της αναλογικότητας, είναι τι ακριβώς τοποθετούμε στην άλλη πλευρά της ζυγαριάς; Στο ζήτημα συναντώνται δύο διαφορετικές προσεγγίσεις, η ποσοτική και η λειτουργική. Η ποσοτική, αυστηρή προσέγγιση απαιτεί να υπάρχει κάποιο είδος ισότητας ανάμεσα στην βαρύτητα της ένοπλης επίθεσης και της απαντητικής επίθεσης, με αναφορά στις σχετικές απώλειες, τη ζημία που προκαλείται και τα όπλα που χρησιμοποιήθηκαν⁵³. Η θέση αυτή απορρίπτεται τόσο από την ακαδημαϊκή όσο και από τη διεθνή κοινότητα, ως άκαμπτη και σκληρή, που δεν ανταποκρίνεται στη διεθνή πραγματικότητα⁵⁴. Από την άλλη, η λειτουργική προσέγγιση θεωρεί ανεκτή τη χρήση βίας που ασκείται σε τέτοιο βαθμό που είναι ο απαραίτητος, ώστε να υλοποιηθούν οι σκοποί του δικαιώματος άμυνας⁵⁵. Αυτό που μετράει στο εν λόγω πλαίσιο είναι το αποτέλεσμα που επιτυγχάνεται και όχι τόσο η ένταση της ίδιας της ενέργειας⁵⁶.

Όσον αφορά την περίπτωση των τρομοκρατικών οργανώσεων θα μπορούσαμε να πούμε ότι το αν οι ενέργειές του μπορούν να αποδοθούν σε κράτος ή όχι, πιθανόν να επηρεάζουν το μέτρο της βίας που μπορεί

να ασκηθεί. Ειδικότερα, αν η ενέργεια αποδοθεί στο κράτος, η βία μπορεί να ασκηθεί τόσο κατά του κράτους όσο και κατά των τρομοκρατών, ενώ αν όχι τότε η απαντητική επίθεση πρέπει να στρέφεται μόνο κατά των τρομοκρατών και με στόχο να εξαλείψει την τρομοκρατική απειλή⁵⁷.

B.3 Αμεσότητα

Η αμεσότητα στην πράξη απορροφάται από τα δύο πιο πάνω κριτήρια, γι' αυτό και το ΔΔ δεν κάνει ξεχωριστή μνεία σε αυτήν⁵⁸. Ως κριτήριο αφορά το χρονικό σύνδεσμο μεταξύ της ένοπλης επίθεσης και της ένοπλης αντεπίθεσης. Έτσι η απαίτηση της αμεσότητας θέλει το κράτος-θύμα να απαντά χωρίς καθυστέρηση, για να θεωρηθεί ότι το δικαίωμα άμυνας έχει ασκηθεί νόμιμα⁵⁹. Για παράδειγμα, το ΔΔ στη *Nicaragua v. USA* είχε επισημάνει εν παρόδω ότι οι ενέργειες των ΗΠΑ δεν πληρούσαν το κριτήριο της αναγκαιότητας επειδή είχαν ληφθεί αρκετούς μήνες μετά που η μεγάλη επίθεση της αντιπολίτευσης ενάντια στην κυβέρνηση του Ελ Σαλβαδόρ είχε αντιμετωπιστεί πλήρως⁶⁰.

Με μία στενή ερμηνεία της αμεσότητας θα λέγαμε ότι με το πέρας της επίθεσης το δικαίωμα άμυνας θα εξασθενούσε και επομένως το κράτος θα έπρεπε να αναμένει τη δράση του ΣΑ⁶¹. Βέβαια, η πρακτική των κρατών δεν συνάδει με μια τόσο στενή ερμηνεία, έτσι βλέπουμε ότι αφήνεται στα κράτη ένα εύλογο χρονικό περιθώριο αντίδρασης το οποίο είναι απαραίτητο για να έχουμε ορθή άσκηση του δικαιώματος⁶². Αναμφίβολα, τα κράτη πρέπει να έχουν στη διάθεσή τους τον απαραίτητο χρόνο για να μπορούν να διαβουλευθούν με το κράτος κατά του οποίου θα ασκηθεί το δικαίωμα άμυνας, ούτως ώστε να εξεταστεί κατά πόσο κάποιο εναλλακτικό, ειρηνικό μέτρο θα είναι εν προκειμένω πιο πρόσφορο, όπως προστάζει το κριτήριο της αναγκαιότητας⁶³.

Η καθυστέρηση αυτή φαίνεται πιο έντονα στην περίπτωση των τρομοκρατικών επιθέσεων μιας και χρειάζεται, κατ' αρχάς, να διαπιστωθεί ποια τρομοκρατική οργάνωση είναι υπαίτια για την ενέργεια, σε ποιο κράτος εδράζεται η οργάνωση και ποια η σχέση του κράτους αυτού με την οργάνωση⁶⁴.

49. Hakimi M, (σελ. 17) 18.

50. Lubell N, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors* (Oxford University Press, 2010) 46.

51. Corten O., (σελ. 4) 786-787.

52. Kimberley NT, «Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors» (2007) 56 *International and Comparative Law Quarterly* 141, 146.

53. Kwiecień R., (σελ. 45) 32.

54. Ruys T., *«Armed Attack» and Article 51 of the UN Charter* (Cambridge University Press, 2010) 111.

55. Lubell N., (σελ. 50) 64.

56. Ruys T., (σελ. 54) 112.

57. Kretzmer D., (σελ. 4) 273. Gregory T., «Terrorism, International Law and the Use of Military Force» (2000) 18 *Wis. Int'l J.* 145, 171-2; Samuel KL, (σελ. 30) 624.

58. Kwiecień R., (σελ. 45) 32.

59. Lubell N., (σελ. 55) 44.; Ahmed DI, (σελ. 45) 6.

60. Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986, 14, παρ. 237.

61. Gardam J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (Cambridge University Press, 2004) 150.

62. Ibid.

63. Lubell N., (σελ. 55) 44; Ruys T, (54) 100.

64. Gregory T., (σελ. 57) 164.

Συμπεράσματα

Η διεθνής τρομοκρατία αποτελεί μία από τις μεγαλύτερες προκλήσεις της σύγχρονης πραγματικότητας. Ένα από τα μέσα που επιστρατεύουν τα κράτη για αντιμετώπισή της είναι το δικαίωμα άμυνας. Οι κανόνες που διέπουν το δικαίωμα άμυνας είναι μετέωροι και καθόλα ρευστοί. Ωστόσο, από την προηγηθείσα επισκόπηση προκύπτει ότι το δικαίωμα άμυνας έναντι τρομοκρατικής επίθεσης μπορεί να ενεργοποιηθεί υπό όρους. Κατ' αρχάς, το τρομοκρατικό κτύπημα πρέπει να φτάνει το κατώφλι που έχει θέσει το ΔΔ στη νομολογία του. Η ανάγκη για απόδοση του τρομοκρατικού κτυπήματος σε κράτος στη βάση των κανόνων του δικαίου της κρατικής ευθύνης αποδεικνύεται τουλάχιστον ξεπερασμένη. Ωστόσο, οι προσπάθειες εισαγωγής ειδικών κανόνων απόδοσης έχουν αποβεί άκαρπες και τείνουν περισσότερο προς την αποδοχή της θε-

ωρίας που υποστηρίζει ότι οι μη κρατικές οντότητες μπορούν να αποτελέσουν αυτόνομη πηγή επίθεσης. Οι ειδικοί αυτοί κανόνες όμως δεν πείθουν, γιατί στην πράξη δεν προβάλλουν σύνδεση μεταξύ του κράτους και της τρομοκρατικής οργάνωσης αλλά περισσότερο την αναγκαιότητα της δράσης των κρατών.

Επομένως, σημείο αναφοράς για την εξέταση της νομιμότητας άσκησης του δικαιώματος άμυνας αποτελούν τα εθμικά κριτήρια της αναγκαιότητας, της αναλογικότητας και της αμεσότητας, τα οποία λειτουργούν ως ασφαλιστικές δικλείδες για τη μη κατάχρηση του δικαιώματος. Μπορεί δε, όλη η συζήτηση να επικεντρώνεται στο κριτήριο της ένοπλης επίθεσης και του ορισμού της, αλλά στην πράξη όλα οδηγούν στα τρία αυτά κριτήρια που τίθενται για να κρατήσουν τις ισορροπίες και να μειώσουν τυχόν απώλειες και καταχρήσεις.

Η Σύμβαση του Οργανισμού των Ηνωμένων Εθνών για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία και τα καινοτόμα χαρακτηριστικά της

Μαρία Παναγιώτου, Ασκούμενη Δικηγόρος, Απόφοιτος Τμήματος Νομικής, Πανεπιστήμιο Κύπρου

Το άρθρο επικεντρώνεται στις καινοτομίες που εντοπίζονται στη Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για τα Άτομα με Αναπηρία. Αρχικά, γίνεται μια σύντομη παρουσίαση του προβλήματος και πως δημιουργήθηκε η ανάγκη για μια ειδική Σύμβαση για τα άτομα με αναπηρία. Στη συνέχεια, αναλύεται η αρχή της ισότητας και της μη διάκρισης, καθώς επίσης και τα δύο μοντέλα αναπηρίας: το ιατρικό και το κοινωνικό. Έπειτα, παρουσιάζεται το θεσμικό καθεστώς πριν από τη Σύμβαση, καταλήγοντας στη δημιουργία της. Ακολούθως, αναλύονται οι βασικές καινοτομίες της σύμβασης. Τέλος, γίνεται μια αξιολόγηση των καινοτομιών της Σύμβασης και κατά πόσο αυτή ανταποκρίνεται όντως στο κοινωνικό μοντέλο.

Λέξεις-Κλειδιά:

Αναπηρία - Ισότητα - Μη διάκριση - Ιατρικό και κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας - Ορισμός αναπηρίας - Υβριδικά δικαιώματα - Υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας

I. Εισαγωγή

A. Παρουσίαση του Προβλήματος

Σύμφωνα με την έκθεση της Παγκόσμιας Τράπεζας



<https://goo.gl/images/x2KfMQ>

και του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας, ένα δισεκατομμύριο άνθρωποι αντιμετωπίζουν κάποιας μορφής αναπηρία¹. Τα άτομα με αναπηρία ως ομάδα κατά μέσο όρο είναι πιο πιθανό να έρθουν αντιμέτωπα με δυσμενείς κοινωνικοοικονομικές επιπτώσεις από ό,τι

1. World Health Organisation World Bank, «World Report On Disability» (World Health Organisation, 2011), p. 29.

τα άτομα χωρίς αναπηρία². Η αναπηρία πολλές φορές προκύπτει λόγω της αμφίδρομης σχέσης της με τη φτώχεια. Η αναπηρία, όμως, δεν προκύπτει μόνο από ένα περιβάλλον φτώχειας, αλλά και από την αλληλεπίδραση των συνθηκών υγείας, των προσωπικών παραγόντων³, καθώς επίσης και των κοινωνικών παραγόντων του περιβάλλοντος⁴. Οι πιο πάνω παράγοντες παραπέμπουν σε ένα βιο-κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας, το οποίο θα εξεταστεί πιο κάτω, αποτελώντας μια ενδιαμέση προσέγγιση μεταξύ του ιατρικού και του κοινωνικού μοντέλου⁵.

A.1 Η ανάγκη για μια ειδική Σύμβαση

Αφού εξετάστηκε η σύνδεση της αναπηρίας με τη φτώχεια και οι παράγοντες που την επηρεάζουν, προκύπτει η ανάγκη για μια πιο ουσιαστική σκιαγράφηση της κατάστασης που επικρατεί σε σχέση με τον τρόπο που αντιμετωπίζονται τα άτομα με αναπηρία. Σε κάθε σημείο του κόσμου, τα άτομα με αναπηρία στερούνται βασικών ελευθεριών.

Το γεγονός αυτό οφείλεται και στο ότι τα πλείστα διεθνή κείμενα ανθρωπίνων δικαιωμάτων, όπως το Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (ICCPR) και το Διεθνές σύμφωνο για τα Οικονομικά Κοινωνικά και Μορφωτικά δικαιώματα (ICESCR), δεν εξασφαλίζουν τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία.

Η «αορατότητα» των ατόμων με αναπηρία ως υποκείμενα του δικαίου των ανθρωπίνων δικαιωμάτων φαίνεται να είναι η κύρια αιτία της αδυναμίας τους να αξιοποιήσουν πλήρως αυτά που τους παρέχει το σύστημα μέσω των διεθνών κειμένων και μηχανισμών⁶.

Λαμβάνοντας υπόψη τα όσα προαναφέρθηκαν, η ανάγκη για μια ειδική σύμβαση για την εξασφάλιση των δικαιωμάτων των ατόμων με αναπηρία ήταν επιτακτική. Η ανάγκη που προέκυψε περιστρέφεται γύρω από τρία βασικά σημεία: την εμφάνιση των ατόμων με αναπηρία στο διεθνές προσκήνιο, την ανάγκη για εξειδίκευση όσον αφορά τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία και την ανάγκη συλλογής δεδομένων που σχετίζονται με την αναπηρία. Τα πιο πάνω επιχειρήματα έδωσαν ώθηση για την επιτέλεση ενός «έργου ορατότητας», όπως πολύ εύστοχα χαρακτηρίστηκε⁷.

Προτού αναλυθούν τα καινοτόμα χαρακτηριστικά, θα γίνει μια σύντομη ανάλυση των αρχών της ισότητας και της μη διάκρισης, οι οποίες αποτελούν τη βάση του διεθνούς δικαίου ανθρωπίνων δικαιωμάτων και κατ' επέκταση βασικές αρχές της εν λόγω Σύμβασης.

II. Γενικά Ζητήματα

A. Ισότητα και Μη Διάκριση

Το διεθνές δίκαιο ανθρωπίνων δικαιωμάτων στηρίζεται στην ισότητα και τη μη διάκριση. Η αρχή της ισότητας απαιτεί την ισότιμη μεταχείριση των ίσων ατόμων, ενώ η αρχή της μη διάκρισης αποκλείει τη διαφορετική μεταχείριση για μη εύλογους λόγους. Η έννοια της ισότητας δεν εμπεριέχει μόνο την αποχή από πράξεις που επιφέρουν άνιση μεταχείριση, αλλά συνεπάγεται και ένα ευρύτερο καθήκον αναγνώρισης των διαφορετικών ομάδων ατόμων και λήψης μέτρων για την πλήρη εξασφάλιση της ισότητας⁸.

Η τυπική ισότητα επιτυγχάνεται με την ίση αντιμετώπιση ατόμων που βρίσκονται σε συγκρίσιμη κατάσταση, χωρίς να δίνεται έμφαση στο αποτέλεσμα⁹. Από την άλλη, η ουσιαστική ισότητα επιτυγχάνεται όχι μόνο με την ίση μεταχείριση αλλά και με την παροχή ίσων ευκαιριών σε όλα τα άτομα¹⁰. Η ίση παροχή ευκαιριών απαιτεί την άρση των φραγμών για την ευημερία των ομάδων που βρίσκονται σε μειονεκτική θέση¹¹. Την ίδια στιγμή η ισότητα αποτελέσματος κάνει ένα βήμα παραπέρα με στόχο να πετύχει την ίση κατανομή των κοινωνικών αγαθών. Επομένως, γίνεται αναφορά για μια μορφή θετικών διακρίσεων υπέρ των ομάδων που βρίσκονται σε μειονεκτική θέση. Στο τρίπτυχο «*respect, protect, fulfill*» («σεβασμός, προστασία, εκπλήρωση») είναι επιθυμητή μια θετική διάκριση υπέρ των ατόμων με αναπηρία, αφού μόνο με αυτό τον τρόπο επιτυγχάνεται η ουσιαστική ισότητα.

A.1 Το θεσμικό καθεστώς πριν από την Σύμβαση

Μετά το τέλος του Β' Παγκοσμίου Πολέμου, ο ΟΗΕ υιοθέτησε επτά συνθήκες που αφορούσαν τα ανθρώπινα δικαιώματα, ωστόσο μόνο η Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού κάνει αναφορά στα άτομα με αναπηρία¹². Αξιοσημείωτο είναι το γεγονός ότι

(United Nations, 2002), p. 26.

8. Daniel Moeckli and others, *International Human Rights Law* (Oxford University Press 2014), p. 157-158.

9. Sandra Fredman, «Providing Equality: Substantive Equality And The Positive Duty To Provide» (2005) 21 *South African Journal on Human Rights*, p. 163.

10. Wayne Thomas Oakes, *Perspectives On Disability, Discrimination, Accommodations, And Law: A Comparison Of The Canadian And American Experience* (2004), p. 35.

11. MC Marumoagae, «Disability Discrimination And The Right Of Disabled Persons To Access The Labour Market» (2012) 15 *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, p. 345.

12. Άρθρο 23 της Σύμβασης του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα του

2. Ibid.

3. World Health Organisation. *ICF-CY, International Classification Of Functioning, Disability, and Health, Children and Youth Version* (World Health Organization, 2007).

4. Ibid. 8, 17.

5. World Health Organisation, World Bank. *supra* note 1, 4.

6. Valentina Della Fina, Rachele Cera and Giuseppe Palmisano, *The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities* (Springer, 2017), p. 2-3.

7. Gerard Quinn and Theresia Degner, *Human Rights And Disability, The Current Use And Future Potential Of United Nations Human Rights Instruments In The Context Of Disability*

ούτε η Οικουμενική Διακήρυξη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου 1948, ούτε το ICCPR του 1966, αλλά ούτε και το ICESCR του 1966 αναφέρονται στα άτομα με αναπηρία.

Ένας από τους κύριους λόγους για τους οποίους συμβαίνει αυτό είναι ότι το παραδοσιακό σύστημα των ανθρωπίνων δικαιωμάτων σε σημαντικό βαθμό βασίζεται σε ένα πρότυπο «ικανότητας»¹³.

Οι προσπάθειες και τα μέτρα που υιοθετήθηκαν δείχνουν ξεκάθαρα την εμμονή στο ιατρικό μοντέλο αναπηρίας το οποίο επικεντρώνεται σε πρακτικές ιατρικής περίθαλψης και θεραπείας. Επομένως, είναι απαραίτητο να γίνει μια πιο λεπτομερής ανάλυση των δύο μοντέλων, ώστε να κατανοηθεί η επιτακτική ανάγκη για στροφή προς το κοινωνικό μοντέλο.

A.2 Ιατρικό και Κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας

Από τα πανάρχαια χρόνια, τα άτομα με σωματική ή πνευματική αναπηρία αντιμετωπιζόνταν ως αντικείμενα οίκτου, θεωρούνταν κοινωνικά νεκρά άτομα, σε ένα περιβάλλον, όπου έπρεπε να συμβιβαστούν με μια κατάσταση ολοκληρωτικού περιορισμού, όντας ανίκανοι να ξεπεράσουν τα εμπόδια που τους επιφύλασσε το κοινωνικό πλαίσιο¹⁴.

Το ιατρικό μοντέλο επιδιώκει να ανακαλύψει και να εξηγήσει την αναπηρία μέσω ιατρικής έρευνας και, στη συνέχεια, να διορθώσει τέτοιες αναπηρίες με την εφαρμογή των ιατρικών γνώσεων, εξαλείφοντας, έτσι, το χάσμα μεταξύ του κανόνα και της απόκλισης¹⁵. Το μοντέλο αυτό βασίζεται στο ότι η αναπηρία ενός ατόμου προέρχεται από μια «παρατηρήσιμη φυσική, πνευματική, αισθητηριακή ή ψυχολογική απόκλιση από την κανονικότητα που προκαλείται από ασθένεια, τραύμα ή άλλη κατάσταση υγείας»¹⁶.

Το κοινωνικό μοντέλο ορίζει την αναπηρία ως μειονέκτημα που προκαλείται από την αλληλεπίδραση μιας προσωπικής «βλάβης» με το κοινωνικό περιβάλλον¹⁷. Δεν είναι τίποτα περισσότερο από ένα κοινωνικό κατασκευάσμα που έχει αφετηρία την αναπηρία¹⁸.

Παιδιού, 1989.

13. Rosemary Kayess and Philip French, «Out Of Darkness Into Light? Introducing The Convention On The Rights Of Persons With Disabilities» (2008), 8 *Human Rights Law Review*, p. 15.

14. Ibid n.5.

15. Jared Cantor, «Defining Disabled: Exporting The Ada To Europe And The Social Model Of Disability» (2009), 24 *Connecticut Journal of International Law*, p. 403.

16. Mary Lou Breslin and Breslin-Yee ..., *Disability Rights Law And Policy: International And National Perspectives*, Transnational Publishers, 2002, p. 195, 199.

17. Adam M. Samaha, «What Good Is The Social Model Of Disability?» (2007), 74 *The University of Chicago Law Review*, p. 1251, 1256.

18. Heiner Bielefeldt, «New Inspiration For The Human Rights Debate: The Convention On The Rights Of Persons With Disabilities» (2007), 25 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, p.

Είναι σημαντικό ότι το κοινωνικό μοντέλο διαχωρίζει την αναπηρία από την ανικανότητα. Η αναπηρία δεν θεωρείται η αιτία για τον κοινωνικό αποκλεισμό του ατόμου. Τα άτομα θεωρούνται ανάπηρα επειδή το κοινωνικό περιβάλλον απέτυχε να αφουγκραστεί και συνεπώς να προσαρμοστεί στις ανάγκες τους¹⁹. Μέσα από το κοινωνικό μοντέλο, δίδεται έμφαση στην ενδυνάμωση των ατόμων με αναπηρίες, αποσκοπώντας στη δημιουργία νομοθετικού πλαισίου εξαλείφοντας κάθε μορφής διάκριση.

Η κοινωνική προσέγγιση είναι εμφανής στις διατάξεις της Συνθήκης και ιδιαίτερα στις καινοτομίες αυτής. Το κατά πόσο επιτυγχάνεται μια πλήρης αποστροφή προς το ιατρικό μοντέλο αποτελεί μια πρόκληση ιδιαίτερα δύσκολη, μιας και σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να αγνοηθεί η ιατρική πτυχή.

Προτού αναλυθούν τα καινοτόμα χαρακτηριστικά της Σύμβασης είναι σημαντικό να γίνει μια σύντομη παρουσίασή της για την καλύτερη κατανόηση τους.

III. Η Σύμβαση για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία

Η Σύμβαση υιοθετήθηκε το Δεκέμβριο 2006²⁰ και τέθηκε σε ισχύ το Μάιο του 2008. Η εν λόγω Σύμβαση δεν δημιουργεί νέα δικαιώματα, αλλά εξασφαλίζει τα υπάρχοντα μέσω της αρχής της ισότητας και της μη διάκρισης²¹.

Σκοπός της Σύμβασης είναι η προαγωγή, η προστασία και η διασφάλιση της πλήρους και ισότιμης απόλαυσης όλων των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών από όλα τα άτομα με αναπηρία και η προώθηση του σεβασμού και της εγγενούς αξιοπρέπειας²². Ο σκοπός της Σύμβασης και οι γενικές αρχές που προωθεί αντανακλώνται στις καινοτομίες της, οι οποίες της προσδίδουν μια μοναδικότητα και ένα προβάδισμα που την κάνει να διαφέρει από άλλες συμβάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

A. Καινοτομίες της Σύμβασης

A.1 Ο ορισμός της αναπηρίας

Στην εν λόγω Σύμβαση δεν παρατηρείται κάποιος ορισμός της έννοιας της αναπηρίας με τον κλασικό τρόπο που γίνεται στις περισσότερες συνθήκες αν-

397-398.

19. Heather Stuart, «United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities» (2012), 25 *Current Opinion in Psychiatry*, p. 366.

20. UN General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, (2006) A/RES/61/106.

21. Gerard Quinn, «The United Nations Convention On The Rights of Persons With Disabilities: Toward New International Politics Of Disability» (2009) 15 *Texas Journal on Civil Liberties, Civil Rights*, p. 42-43.

22. Άρθρο 1 Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

θρωπίνων δικαιωμάτων.

Στη μη συμπερίληψη ενός ορισμού, ελλοχεύει ο κίνδυνος να αποκλειστούν ακούσια ορισμένες ομάδες, λόγω της πολυπλοκότητας του έργου²³. Είχε χρησιμοποιηθεί το επιχείρημα ότι η απουσία ορισμού θα έδινε στα κράτη την ευχέρεια να ερμηνεύσουν στενά το εύρος των προστατευόμενων ατόμων, καθιστώντας τη Σύμβαση αχρείαστη και χωρίς νόημα.

Τον ορισμό αυτό τον κάνει να διαφέρει από τους υπόλοιπους το γεγονός ότι περιλαμβάνεται στο Άρθρο 1 της Σύμβασης το οποίο αφορά τον σκοπό της και όχι στο άρθρο 2 όπου συμπεριλαμβάνονται οι ορισμοί²⁴. Επιπρόσθετα, ένας πιο καθοδηγητικός ορισμός περιλαμβάνεται στο προοίμιο της Σύμβασης, ο οποίος προωθεί το κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας²⁵. Με τους δύο αυτούς ορισμούς εισάγεται ακόμη μια δυναμική προσέγγιση, η οποία φαίνεται να καλύπτει τις οποιοσδήποτε κοινωνικές ή οικονομικές μεταβολές στο πέρασμα του χρόνου. Συγκεκριμένα, ο χαρακτηρισμός της αναπηρίας ως εξελισσόμενης έννοιας υποδηλώνει ότι η αναπηρία δεν έχει στατικό χαρακτήρα²⁶.

A.2 Συμμετοχή των Οργανώσεων των Ατόμων με Αναπηρία

Άλλη μια σημαντική καινοτομία της Σύμβασης αποτελεί η ενεργός συμμετοχή των οργανώσεων των ατόμων με αναπηρία, τόσο κατά την εκπόνηση της Σύμβασης, όσο και στις εργασίες της επιτροπής. Η συμμετοχή τους γίνεται αφενός ρητά και αφετέρου σιωπηρά²⁷ σε όλο το κείμενο της Σύμβασης, αναφορικά με την παρακολούθηση και εφαρμογή αυτής, καθώς και την ετοιμασία των εκθέσεων («reports»)²⁸.

Ιδιαίτερα σημαντικές είναι οι διατάξεις που επιτρέπουν στην αντίστοιχη Επιτροπή να δέχεται παράπονα, είτε ατομικά, είτε συλλογικά από τις οργανώσεις. Επιπρόσθετα, αποκτώντας την εμπειρογνωμοσύνη από τις οργανώσεις ατόμων με αναπηρία²⁹ και αξιο-

ποιώντας τη συμβολή αυτών, αλλά και των εξειδικευμένων οργάνων των Ηνωμένων Εθνών³⁰, μπορούν να δημιουργήσουν ένα καλύτερο σύστημα κατάθεσης και ελέγχου παραπόνων³¹. Πιο συγκεκριμένα, το Άρθρο 38 εξουσιοδοτεί την επιτροπή να καλεί «άλλους αρμόδιους φορείς, όταν κρίνει σκόπιμο, να παρέχουν συμβουλές εμπειρογνομόνων για την εφαρμογή της σύμβασης σε τομείς που εμπίπτουν στο πεδίο των δραστηριοτήτων τους»³².

A.3 Συμμετοχή της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Αξιοσημείωτο είναι το γεγονός ότι η Σύμβαση για τα Άτομα με Αναπηρία είναι η πρώτη συνθήκη για τα ανθρώπινα δικαιώματα που προβλέπει τη δυνατότητα συμμετοχής «οργανισμών περιφερειακής ολοκλήρωσης»³³. Την ίδια στιγμή αυτό αποτελεί το πρώτο νομικά δεσμευτικό διεθνές κείμενο για τα ανθρώπινα δικαιώματα στο οποίο η ΕΕ είναι συμβαλλόμενο μέρος³⁴. Έτσι, η ολοκλήρωση της προσχώρησης της ΕΕ στη Σύμβαση σηματοδοτεί την αρχή για μια βαθύτερη κατανόηση των εξελίξεων μεταξύ του διεθνούς δικαίου για τα ανθρώπινα δικαιώματα και του δικαίου της ΕΕ³⁵.

Υποστηρίζεται ότι η εφαρμογή της Σύμβασης ενδέχεται να έχει σημαντικό αντίκτυπο όχι μόνο στο παράγωγο δίκαιο της ΕΕ, αλλά και στα ευρωπαϊκά πρότυπα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων³⁶.

A.4 Ο υβριδικός χαρακτήρας των Δικαιωμάτων

Ένα άλλο χαρακτηριστικό που κάνει τη Σύμβαση να διαφέρει από τα άλλα διεθνή κείμενα αποτελεί το γεγονός της προώθησης του αδιαίρετου των δικαιωμάτων, δημιουργώντας τα λεγόμενα υβριδικά δικαιώματα. Τα διεθνή κείμενα για τα ανθρώπινα δικαιώματα έχουν δημιουργήσει μια λανθασμένη διχοτόμηση μεταξύ ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων, αφενός, και κοινωνικών, οικονομικών και πολιτιστικών δικαιωμάτων, αφετέρου. Έτσι, ενώ τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα χαρακτηρίζονταν ως «αρνητικά», τα κοινωνικά, οικονομικά και πολιτιστικά δικαιώματα χαρακτηρίστηκαν ως «θετικά» ως προς το περιεχόμενό τους και τις υποχρεώσεις των κρατών. Το επιχείρημα είναι ότι, ενώ τα κράτη πρέπει να επεκτείνουν

23. Anna Lawson, «The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities: New Era Or False Dawn» (2007) 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, p. 593.

24. Άρθρο 1, 2 Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

25. Heather Stuart, *supra* note 19, p. 365.

26. UN Office of the High Commissioner for Human Rights (Handbook for parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with disability: from exclusion to equality realizing the rights of persons with disabilities, 2007), HR /PUB/07/6,13.

27. Άρθρο 4(3) Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

28. Michael Ashley Stein and Janet E. Lord, «Monitoring The Convention On The Rights Of Persons With Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, And Future Potential» (2010) 32 *Human Rights Quarterly*, p. 697-698.

29. Άρθρο 4(3), 33(3), 34(3), 35(4) Σύμβαση του ΟΗΕ τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

30. *Ibid* (Άρθρο 38).

31. *Ibid* (Άρθρο 36(2)).

32. Άρθρο 38 Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

33. Άρθρο 44 Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

34. Oddny Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn, *The UN Convention On The Rights Of Persons With Disabilities* (Martinus Nijhoff Publishers 2009), 1996.

35. Delia Ferri, *The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC-EU*, (2010), *European Yearbook of Disability Law*2, p. 48.

36. *Ibid*122, p. 48.

τους πόρους για την προάσπιση των κοινωνικών και οικονομικών δικαιωμάτων, καμία τέτοια υποχρέωση δεν απαιτείται για την προάσπιση και διαφύλαξη των αστικών και πολιτικών δικαιωμάτων.

Τόσο τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, όσο και τα κοινωνικά, οικονομικά και πολιτιστικά δικαιώματα δημιουργούν εξίσου θετικές και αρνητικές υποχρεώσεις έναντι των κρατών³⁷. Η προσέγγιση αυτή δεν έχει βρει έδαφος στο διεθνές προσκήνιο. Αντ' αυτού, η Σύμβαση δεν προβαίνει σε κατηγοριοποίηση των δικαιωμάτων αφενός για να αποφευχθεί οποιαδήποτε μορφή ιεραρχίας και αφετέρου, γιατί υπάρχουν διατάξεις που αποτελούν συνδυασμό και των δύο κατηγοριών δικαιωμάτων³⁸.

Η διαδικασία αναγνώρισης και εξασφάλισης των δικαιωμάτων των ατόμων με αναπηρία έδωσε το έναυσμα για τη δημιουργία υβριδικών δικαιωμάτων³⁹. Τα υβριδικά δικαιώματα είναι εκείνα που έχουν συστατικά τόσο ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων, όσο και κοινωνικών και οικονομικών και πολιτιστικών δικαιωμάτων⁴⁰, για την αποκρυστάλλωση της εμπειρίας μιας συγκεκριμένης ομάδας και την πλήρη απόλαυση του δικαιώματος⁴¹.

Τέλος, θα μπορούσε να λεχθεί ότι η Σύμβαση για τα άτομα με αναπηρία αποτελεί μια υβριδική Σύμβαση, αφού περιστρέφεται γύρω από τη μη διακριτική μεταχείριση την οποία συνδέει ένα ευρύ φάσμα δικαιωμάτων, όπως η ζωή, η ελευθερία και η εκπαίδευση.

A.5 Λήψη αποφάσεων: Υποκατάστατη - Υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας

Ένα άλλο καινοτόμο χαρακτηριστικό της Σύμβασης είναι η δημιουργία ενός περιβάλλοντος πιο φιλικά διακείμενου στην υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας κατά τη λήψη αποφάσεων.

Τα άτομα με νοητική αναπηρία έρχονται αντιμέτωπα με περιορισμούς όσον αφορά δραστηριότητες που σχετίζονται με το διανοητικό στοιχείο. Ένα από τα κύρια προβλήματα είναι ο περιορισμός της δικαιοπρακτικής τους ικανότητας και κατ' επέκταση της ελευθερίας τους⁴².

Το Άρθρο 12, που αφορά τη δικαιοπρακτική ικανότητα, αναφέρεται στο δικαίωμα των ατόμων με αναπηρία να παίρνουν αποφάσεις οι ίδιοι για θέματα που τους αφορούν και να ασκούν όλα τα δικαιώματα που τους παρέχει η Σύμβαση⁴³.

Όπως γίνεται αντιληπτό, δεν δίνεται κάποιος ορισμός στη Σύμβαση για το τι συνίσταται διανοητική αναπηρία⁴⁴. Σύμφωνα με τον ορισμό που δόθηκε από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Υγείας, τα άτομα αυτά έχουν περιορισμένες διανοητικές δεξιότητες και παρουσιάζουν δυσκολίες προσαρμογής⁴⁵. Μπορεί να παρουσιάζουν δυσκολίες που αφορούν συμπεριφορές αντιληπτικές, κοινωνικές ή πρακτικές ικανότητες⁴⁶. Ο καθορισμός της διανοητικής αναπηρίας συνήθως γίνεται με τα τεστ νοημοσύνης (IQ τεστ)⁴⁷. Ανάλογα με το δείκτη της νοημοσύνης καθορίζεται και ο βαθμός νοητικής αναπηρίας. Εδώ, θα μπορούσαν εύλογα να τεθούν ερωτήματα κατά πόσο η Σύμβαση όντως προωθεί το κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας, αφού καταλήγει σε κατηγοριοποιήσεις στηριζόμενη σε ιατρικές διαγνωστικές έννοιες. Σίγουρα κάτι τέτοιο είναι απαραίτητο για τον καθορισμό της διανοητικής αναπηρίας, έστω και αν παρεκκλίνει από το κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας⁴⁸. Σε καμία περίπτωση, πάντως, δεν μπορεί να καταργηθεί και να αγνοηθεί η ιατρική αυτή σύνδεση. Ίσως σε αυτό το σημείο η βιο-κοινωνική προσέγγιση είναι αυτή που ταιριάζει καλύτερα, λαμβάνοντας υπόψη τόσο ιατρικούς όσο και κοινωνικούς παράγοντες.

Η διανοητική αναπηρία όπως γίνεται αντιληπτή, δημιουργεί ένα *prima facie* τεκμήριο ότι το άτομο δεν μπορεί να πάρει βασικές αποφάσεις που αφορούν την ιδιωτική του ζωή. Γίνεται, δηλαδή, μια σύνδεση της αναπηρίας με την ανικανότητα⁴⁹.

Συνήθως η δικαιοπρακτική ικανότητα στις περισσότερες έννομες τάξεις είναι συνδεδεμένη με την εκπροσώπηση του διανοητικά ανάπηρου ατόμου από τρίτους, στοιχείο που παραπέμπει στην υποκατάστατη

43. Άρθρο 12 Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

44. Nandini Devi, «Supported Decision-Making And Personal Autonomy For Persons With Intellectual Disabilities: Article 12 Of The UN Convention On The Rights Of Persons With Disabilities» (2013) 41 *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 792-806.

45. Mental Health Special Interest Research Group of the International Association for the Scientific Study of Intellectual Disabilities. *Mental Health and Intellectual Disabilities, Addressing the Mental Health Needs of People with Intellectual Disabilities* (2001), World Health Organization, p. 5.

46. *Ibid.* 5.

47. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-IV-TR 2000*, 4th ed. Text rev., Washington, D.C.

48. Peter Bartlett, «The United Nations Convention on The Rights of Persons With Disabilities And Mental Health Law» (2012) 75 *The Modern Law Review*, p. 763.

49. Freda Salzman, *supra* note 46, 761.

37. Amita Dhanda, «Constructing New Human Rights Lexicon: Convention On The Rights Of Persons With Disabilities» (2008) 8 *International Journal on Human Rights*, 46.

38. Don MacKay, «United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities» (2007) 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 330.

39. Amita Dhanda, *supra* note 36, 49.

40. *Ibid.* 46.

41. Frédéric Mégret, «The Disabilities Convention: Human Rights Of Persons With Disabilities Or Disability Rights?» (2008) 30 *Human Rights Quarterly*, 494-516.

42. Gerard Quinn, «Personhood & Legal capacity, *Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*» Presentation, Harvard Law School, Boston (2010), (HPOD Conference).

παροχή βοήθειας. Ακόμα και μετά τη Συνθήκη, πολλά κράτη βασίζονται σε αυτό το μοντέλο παροχής βοήθειας, το οποίο έμεινε γνωστό ως «νομική κηδεμονία»⁵⁰. Με τον όρο αυτό εννοούμε το καθεστώς, όπου οι δικαστικές αρχές ορίζουν ένα άτομο που θα εκπροσωπεί το διανοητικά ανάπηρο άτομο και θα λαμβάνει αποφάσεις εκ μέρους του.

Με την υποκατάστατη παροχή βοήθειας, οι προτιμήσεις του ατόμου έρχονται σε δεύτερη μοίρα, αφού τον κύριο λόγο έχει ο εκπρόσωπος. Δεν έχει αδικώς χαρακτηριστεί ο μηχανισμός αυτός ως «civil death», αφού το διανοητικά ανάπηρο άτομο είναι πλήρως εξαρτημένο από τον εκπρόσωπό του⁵¹. Στην υπόθεση *Zsolt Bujdosó v. Ουγγαρίας*⁵², η Επιτροπή έκρινε ότι νόμος οποίος απέκλειε τα άτομα με αναπηρία που είχαν εισαχθεί σε ένα καθεστώς κηδεμονίας από τους εκλογικούς καταλόγους, παραβιάζει τα Άρθρα 12 και 29 της Σύμβασης αφού κάτι τέτοιο συνιστά διάκριση, λόγω της αναπηρίας.

Σε αντίθεση με την υποκατάστατη μορφή παροχής βοήθειας, η υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας εστιάζει στην παροχή βοήθειας από τρίτο άτομο στο διανοητικά ανάπηρο άτομο ώστε να παίρνει νομικά εκτελεστές αποφάσεις μόνο του, κάνοντας τις δικές του επιλογές⁵³. Συνήθως στην υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας το άτομο που επιλέγεται αποτελεί μέλος του στενού κύκλου του διανοητικά ανάπηρου ατόμου και έχει καθημερινή επαφή μαζί του. Τα καθήκοντα του περιορίζονται στην επεξήγηση των ζητημάτων που προκύπτουν και στην ερμηνεία των προτιμήσεων του ατόμου που υποβοηθά⁵⁴. Με αυτό τον τρόπο, δίνεται η δυνατότητα στο άτομο να εξασκήσει τη δικαιοπρακτική του ικανότητα στο μέγιστο δυνατό βαθμό.

Η εξασφάλιση του δικαιώματος της δικαιοπρακτικής ικανότητας, όπως αυτή προνοείται στο Άρθρο 12 της Σύμβασης, προωθεί την υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας στη λήψη αποφάσεων, δίνοντας τέλος στην υποκατάστατη παροχή βοήθειας.

Η υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας στη λήψη αποφάσεων, όπως προκύπτει από το Άρθρο 12

της Σύμβασης, είναι ξεκάθαρα μια εξασφάλιση της αυτονομίας του ατόμου και μια εγγύηση ότι αυτή δε θα παραβιάζεται, ακόμα και αν οι επιλογές του ατόμου μπορεί να μοιάζουν λάθος⁵⁵. Παρόλα' αυτά, εγείρονται κάποια θέματα όσον αφορά την άρνηση του ατόμου για κάποια ιατρική θεραπεία ή όταν κινδυνεύει η ίδια η ζωή του ατόμου.

Το Άρθρο 12 της Σύμβασης είναι στενά συνδεδεμένο με το Άρθρο 17. Παρόλο που το άρθρο δεν κάνει καμία αναφορά στην επιβολή της θεραπείας, θεωρείται ως το κυριότερο άρθρο που ασχολείται με την ακούσια θεραπεία. Τα άτομα με αναπηρία προστατεύονται από την αναγκαστική παρέμβαση. Το δικαίωμα αυτό όμως αίρεται σε περιπτώσεις επείγουσας ιατρικής περίθαλψης ή ζητημάτων κινδύνου για τη δημόσια υγεία που συνεπάγονται ακούσιες παρεμβάσεις⁵⁶.

Τα πράγματα περιπλέκονται σε τέτοιες περιπτώσεις, αφού η ελευθερία του ατόμου να λαμβάνει τις αποφάσεις που το αφορούν κάμπτεται χάριν άλλων δικαιωμάτων. Λαμβάνοντας υπόψη την αρχή του καλύτερου δυνατού συμφέροντος, πολλές φορές η πλήρης ελευθερία στη λήψη αποφάσεων μπαίνει σε δεύτερη μοίρα. Για παράδειγμα, όταν η απόφαση σχετίζεται με ιατρικές θεραπείες και γενικότερα με θέματα που αφορούν την υγεία, προέχει το δικαίωμα στη ζωή και τη σωματική ακεραιότητα⁵⁷. Σε τέτοιες περιπτώσεις πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το κριτήριο της επιδίωξης της υγείας του ατόμου⁵⁸. Εάν πληρείται το κριτήριο αυτό, έχει υποστηριχθεί ότι το άτομο θα πρέπει να υποβληθεί στην ιατρική θεραπεία, ακόμα και αν αυτό έρχεται σε αντίθεση με τις επιθυμίες του και τις επιλογές του⁵⁹. Η πρακτική αυτή φαίνεται να μοιάζει με ένα καταναγκαστικό πατερναλισμό, ο οποίος δικαιολογείται λόγω της σοβαρής διανοητικής αναπηρίας του ατόμου⁶⁰. Επομένως, εύλογα θα μπορούσαμε να πούμε ότι γίνεται μια στάθμιση της ελευθερίας του ατόμου στη λήψη αποφάσεων και του δικαιώματος στη ζωή και αυτού της σωματικής ακεραιότητας.

Πέρα από την αρχή του καλύτερου δυνατού συμφέροντος, τα κράτη εξασφαλίζουν ότι η ακούσια θεραπεία των ατόμων με αναπηρία πρέπει να αποτελεί το ύστατο μέσο αν και εφόσον δεν υπάρχουν εναλλακτικές λύσεις ή τουλάχιστο να ελαχιστοποιείται με την προώθηση αυτών. Επιπρόσθετα, τονίστηκε ότι πρέπει να εκτελείται μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, σύμ-

50. Freda Salzman, «Rethinking Guardianship (Again) Substituted Decision-Making as a Violation for the Integrations Mandate of Title II of the Americans with the Disability Act» (2009) 81, University of Colorado Law Review, p. 157.

51. Siegfried M Puschel, *Adults With Down Syndrome* (Paul H Brookes Publishing Co, 2006), p. 235-236.

52. *Zsolt Bujdosó and five others v. Hungary*, CRPD/C/10/D/4/2011 (2013).

53. Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal and Amy T. Campbell, «Supported Decision-Making: A Viable Alternative To Guardianship?» (2013) SSRN *Electronic Journal*, p. 1114, 1155.

54. UN Office of the High Commissioner for Human Rights, supra note 25, p. 90.

55. Nandini Devi, supra note 42, p. 800.

56. Άρθρο 12, 17 Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

57. Eva Brems, *Conflicts Between Fundamental Rights* (Intersentia, 2008), 19, p. 25.

58. Sarah Conley, *Against Autonomy Justifying Coercive Paternalism* (Cambridge University Press, 2013) 49, p. 80.

59. Ibid.

60. Ibid. 33, p. 42.

φωνα με τις διαδικασίες που ορίζει ο νόμος και με την εφαρμογή των κατάλληλων νομικών εγγυήσεων⁶¹. Τέλος, πρέπει η θεραπεία να είναι κατάλληλη για το άτομο και να χορηγείται χωρίς να επιβαρύνεται αυτός που λαμβάνει τη θεραπεία ή η οικογένειά του⁶².

Όπως φάνηκε αρχικά, η στροφή της Σύμβασης από την υποκατάστατη μορφή παροχής βοήθειας στην υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας, αντανάκλουσε ξεκάθαρα το κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας. Ωστόσο, μια πλήρης στροφή είναι ανέφικτη και πάντοτε θα εντοπίζονται στοιχεία του ιατρικού μοντέλου όσο και αν γίνονται προσπάθειες εξάλειψής του.

Ένα καίριο ζήτημα που δεν εξετάζεται στη Σύμβαση είναι το πώς η μετάβαση σε μια καθαρά υποστηριζόμενη μορφή λήψης αποφάσεων θα λειτουργήσει στην πράξη. Η ένταση και η μορφή της υποστήριξης που είναι απαραίτητη είναι πιθανό να προκαλέσει κάποια ζητήματα, όπως, εάν η απόφαση αντανάκλα τη βούληση του ατόμου με αναπηρία ή του υποστηρικτή, αν το άτομο με αναπηρία έχει μεγαλύτερη εξουσία στο πλαίσιο ενός καλά αναπτυγμένου συστήματος με πυρήνα τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία, πώς κάποιος θεωρητικά μπορεί να κατανοήσει τους ρόλους του υποστηρικτή και του υποστηριζόμενου και πώς το σύστημα παρέχει πρακτικά και αποτελεσματικά την κατάλληλη προστασία σε περίπτωση που ο υποστηριζόμενος είναι αντικείμενο εκμετάλλευσης⁶³. Τα ζητήματα αυτά, όπως φαίνεται, παραμένουν άθικτα στον πυρήνα του Άρθρου 12.

A.6 Εποπτικός Μηχανισμός της Σύμβασης

Ένα τελευταίο καινοτόμο χαρακτηριστικό της Σύμβασης αποτελούν οι αποτελεσματικοί εποπτικοί μηχανισμοί της. Το Άρθρο 40 της Σύμβασης προβλέπει περιοδικές συναντήσεις των κρατών μελών για την αξιολόγηση της εφαρμογής της συνθήκης, κάτι που την κάνει να ξεχωρίζει από τις υπόλοιπες συμβάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων⁶⁴, αφού οι συναντήσεις που προβλέπονταν από άλλες συμβάσεις έχουν διαδικαστικό χαρακτήρα.

Ένα άλλο καινοτόμο στοιχείο αποτελεί το σύστημα «αντίστροφης πληροφόρησης», όταν μια οντότητα διαφορετική από το υπό εξέταση κράτος προετοιμάζει μια έκθεση που αναθεωρεί τις δεσμεύσεις συμμόρφωσης. Με τον τρόπο αυτό, η παρακολούθηση φτάνει σε ένα άλλο επίπεδο που ξεπερνά την αυτο-αναφορά

(«self-reporting») και την αυτοπιστοποίηση σε μορφές εξωτερικής παρακολούθησης⁶⁵.

Συμπεράσματα

Χωρίς καμία αμφιβολία, η Σύμβαση για τα Άτομα με Αναπηρία αποτελεί εγγύηση για την εξασφάλιση των δικαιωμάτων της μεγαλύτερης μειονότητας του κόσμου⁶⁶. Παρόλα αυτά δεν περιλαμβάνει ρύθμιση ως προς ορισμένα ευαίσθητα και περίπλοκα θέματα. Ζητήματα που αφορούν καταναγκαστικές θεραπείες, στειρώσεις και αμβλώσεις δημιουργούν ερωτήματα βιο-ηθικής, στα οποία, όμως, η Σύμβαση δεν δίνει κάποια λύση.

Ένα ακόμα σημείο που εν μέρει φαίνεται προβληματικό είναι η μη συμπερίληψη ενός ορισμού σχετικά με την αναπηρία. Το γεγονός ότι η Σύμβαση δεν περιλαμβάνει ένα ξεκάθαρο ορισμό της αναπηρίας, προκαλεί ανησυχίες για ασάφειες αναφορικά με το εύρος των ατόμων που προστατεύονται. Εντούτοις, αν και δεν έχει συμπεριληφθεί ένας ορισμός με την κλασική έννοια στη Σύμβαση, η προσπάθεια καθορισμού της αναπηρίας στο Άρθρο 1 της Σύμβασης μπορεί να θεωρηθεί επιτυχής.

Οι καινοτομίες οι οποίες εμφανίζονται στη Σύμβαση την καθιστούν ένα δυναμικό κείμενο με ελπιδοφόρες προοπτικές για την εξάλειψη διακρίσεων προς τα άτομα με αναπηρία. Για πρώτη φορά βλέπουμε τις οργανώσεις των ατόμων με αναπηρία να συμμετέχουν στις διαπραγματεύσεις της Σύμβασης. Επιπρόσθετα, με τη Σύμβαση γίνεται η αρχή για περαιτέρω προστασία των δικαιωμάτων των ατόμων με αναπηρία στην ΕΕ. Ακόμα, το γεγονός ότι η Σύμβαση καταργεί το καθεστώς κηδεμονίας και εισάγει την υποβοηθούμενη μορφή παροχής βοήθειας στη λήψη αποφάσεων σηματοδοτεί το τέλος μια εποχής όπου τα άτομα με αναπηρία ήταν υποχείρια των εκπροσώπων τους χωρίς καθόλου αυτονομία.

Με τον εντοπισμό και την ανάλυση των βασικών καινοτομιών της Σύμβασης, γίνεται εύκολα αντιληπτό ότι η Σύμβαση παλινδρομεί ανάμεσα στο ιατρικό και το κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας. Είναι, όμως, εύστοχο και εφικτό να κλίνει προς ένα μοντέλο; Πώς μπορεί να γίνεται αναφορά σε αναπηρία αγνοώντας παντελώς το ιατρικό μοντέλο; Η Σύμβαση και γενικότερα όλα τα θέματα που σχετίζονται με την αναπηρία είναι βέβαιο ότι πάντοτε θα εξαρτώνται και θα εμπλέκουν το ιατρικό στοιχείο.

Το γεγονός ότι γίνεται επίκληση ιατρικών παραγόντων για τον καθορισμό και τον εντοπισμό της ανα-

61. Ad Hoc Committee, Report of the Seventh Session, A/AC.265/2006/2 (13 Feb 2006).

62. Ibid.

63. Peter Bartlett, «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law» (2012) 75 *The Modern Law Review*, p. 767.

64. Άρθρο 40 Σύμβαση του ΟΗΕ για τα Δικαιώματα των Ατόμων με Αναπηρία.

65. Michael Ashley Stein and Janet E. Lord, supra note 27, p. 704.

66. Rosemary Kayess and Philip French, supra note 13, p. 1.

πηρίας δεν σημαίνει ότι ταυτόχρονα ακυρώνεται και η κοινωνική προσέγγιση. Δεν μπορεί να γίνεται επίκληση του ιατρικού στοιχείου και μετά να αγνοείται, κάνοντας προσπάθειες για την επικράτηση του κοινωνικού μοντέλου. Αυτό αναπόφευκτα οδηγεί στο συμπέρασμα ότι το εξαρτάται σε ένα βαθμό από το ιατρικό ή καλύτερα δεν μπορεί να υπάρξει χωρίς αυτό. Πρόκειται για μια σχέση αλληλεξάρτησης στην οποία οφείλεται πιθανόν και η παλινδρόμηση της Σύμβασης

ανάμεσα στα δύο αυτά μοντέλα. Ίσως, τελικά, θα ήταν καλύτερο να γίνεται μνεία για ένα βιο-κοινωνικό μοντέλο αναπηρίας, το οποίο λαμβάνει υπόψη και το ιατρικό και το κοινωνικό μοντέλο, δίνοντας, έτσι, λύση σε αυτή τη διαμάχη επικράτησης μεταξύ των δύο αυτών μοντέλων⁶⁷.

67. World Health Organisation, World Bank. supra note 1, p. 4.