



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ΕΝΙΑΙΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΥΝΑΛΛΑΓΩΝ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2017-2018

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
του/της **Μαριάννα Β. Λιούλια**
Α.Μ.: 734001211009

Η απέλαση των αλλοδαπών ως κύρωση του ποινικού δικαίου

Επιβλέποντες:

Τσούκα Χρυσάφω

Μέλη της εξεταστικής επιτροπής:

Παμπούκης Χαράλαμπος

Ελίνα Μουσταίρα

Αθήνα, 2018

Copyright © [Λιούλια Μαριάννα 2018]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Περίληψη

Η παρούσα εργασία επικεντρώνεται στην εξέταση της απέλασης των αλλοδαπών ως ζήτημα ποινικής διάστασης. Ύστερα από μια εισαγωγική προσέγγιση της ποινικής αντιμετώπισης των αλλοδαπών, ως γενικότερο ζήτημα, αποπειράται ειδικότερα η εξέταση του μέτρου της δικαστικής απέλασης με κριτήριο την ιδιότητα των αλλοδαπών, δηλαδή αναλόγως με το αν πρόκειται για κοινοτικούς υπηκόους, πρόσφυγες ή υπηκόους τρίτων χωρών. Εν συνεχεία γίνεται συσχέτιση των δύο αντιτιθέμενων πόλων συμφερόντων στην επιβολή του μέτρου της απέλασης, δηλαδή αφενός του σκοπού διαφύλαξης της ελληνικής δημόσιας τάξης και αφετέρου του σκοπού της εξασφάλισης των δικαιωμάτων του δράστη που κινδυνεύει να απελαθεί.

Θεματική περιοχή: Δίκαιο αλλοδαπών

Λέξεις κλειδιά: Αλλοδαποί, υπήκοοι, απέλαση, πρόσφυγες, ποινή

Summary

This work focuses on examining the expulsion of foreigners as a criminal issue. Following an introductory approach to the treatment of foreigners, it is attempted to examine the measure of deportation on the basis of the status of foreigners, that is to say whether they are Community nationals, refugees or third-country nationals. Then the two opposed poles of interest are involved in imposing the measure of expulsion, namely on the one hand the purpose of preserving the Greek public order and on the other hand the purpose of securing the rights of the perpetrator who is in danger of deportation.

Keywords: Foreigners, nationals, expulsion, refugees, penalty

Thematic area:

Law of foreigners

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Εισαγωγή ...8

I. Ζητήματα ποινικής αντιμετώπισης αλλοδαπών ...9

1. Παράνομη είσοδος παράνομων ή παράτυπων μεταναστών9

2. Η ποινική ευθύνη των μεταφορέων των παράνομα εισερχόμενων αλλοδαπών ...12

3. Η μη χορήγηση, ανάκληση ή μη ανανέωση άδειας διαμονής λόγω ποινικών παραβάσεων ...15

II. Η δικαστική απέλαση των υπηκόων τρίτων χωρών ...18

1. Νομική προσέγγιση ...18

α) Η απέλαση στο δυαδικό σύστημα του ποινικού δικαίου: Παρεπόμενες ποινές και μέτρα ασφαλείας ...18

β) Η πρακτική σημασία νομικού χαρακτηρισμού της δικαστικής απέλασης ...20

2. Νομοθετικό πλαίσιο επιβολής της δικαστικής απέλασης στην ελληνική έννομη τάξη24

3. Συνέπειες και εκτέλεση ... 27

4. Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα και εφαρμογή της αρχής της μη χειροτέρευσης του κατηγορουμένου ... 34

5. Ευνοϊκότερες ρυθμίσεις στην επιβολή της δικαστικής απέλασης ...37

α) Ευνοϊκότερες ρυθμίσεις στις προϋποθέσεις: Η κάμψη του υποχρεωτικού χαρακτήρα της

δικαστικής απέλασης. Η τροποποίηση του ν.3459/2006 με το ν.4139/2013 ...37

β. Ευνοϊκότερες ρυθμίσεις στις συνέπειες: Η κάμψη της οριστικότητας του μέτρου της δικαστικής απέλασης. Δυνατότητα επιστροφής ή αμφισβήτησης ... 39

6. Η συσχέτιση της δικαστικής με τη διοικητική απέλαση ..41

III. Η δικαστική απέλαση των προσφύγων ... 44

IV. Η δικαστική απέλαση των αλλοδαπών που είναι κοινοτικοί υπήκοοι ... 49

V.Οι δύο αντιτιθέμενοι πόλοι συμφερόντων στην επιβολή του μέτρου της απέλασης ...54

1. Ο σκοπός διαφύλαξης της δημόσιας τάξης .54

2. Ο σκοπός της εξασφάλισης του δράστη που κινδυνεύει να απελαθεί ...57

α) Συνταγματικό πλαίσιο ..58

β) Η προβληματική του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ ... 60

γ) Η προβληματική του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ ... 63

3. Η λύση της αρχής της αναλογικότητας ... 68

Συμπεράσματα ...71

Βιβλιογραφία κα άλλες πηγές ... 75

Νομολογία76

Εισαγωγή

Όπως συνάγεται από τη συστηματική δομή των διατάξεων του Κώδικα Μεταναστευτικής Πολιτικής και Κοινωνικής Ένταξης (Νόμου 4215/2014) και των σχετικών διατάξεων του Ποινικού Κώδικα, απώτερη σκοπιμότητα του νομοθέτη είναι να δέχεται στην ελληνική επικράτεια αποκλειστικά τους αλλοδαπούς μετανάστες που εισέρχονται νόμιμα στη χώρα και κατά την παραμονή τους σε αυτήν δεν αμφισβητούν την ελληνική έννομη τάξη και δεν διαταράσσουν την κοινωνική ειρήνη. Τους υπόλοιπους, δηλαδή όσους εισέρχονται παράνομα στη χώρα ή εισέρχονται μεν νόμιμα στη χώρα, αλλά κατά την παραμονή τους σε αυτήν διαταράσσουν την ευνομία και την ευρυθμία της πολιτείας τους θεωρεί μη επιθυμητούς και επιδιώκει τρόπους απομάκρυνσης από την ελληνικό έδαφος. Στο σημείο αυτό η κύρια σκοποθεσία του νομοθέτη έγκειται στην πρόθεση οι αλλοδαποί που εισέρχονται να μην προκαλούν προβλήματα στην αρμονική συνύπαρξη των πολιτών μέσω ποινικών παραβάσεων, κοινωνικών αναταραχών και εγκληματικότητας.

Ωστόσο, ο μεγάλος όγκος του αριθμού των παράνομα διαμένοντων και παράνομα εργαζόμενων αλλοδαπών σκιαγράφησε το πλαίσιο μιας έκρυθμης κατάστασης υποκίνησε το ελληνικό κράτος να λάβει ακόμη πιο αυστηρά μέτρα και να τροποποιεί συνεχώς διατάξεις, με πρωταρχικό στόχο την πάταξη της παραοικονομίας, της εγκληματικότητας και τη διαφύλαξη της κοινωνικής ειρήνης αλλά και παράλληλα να προστατέψει τους μετανάστες που σχημάτισαν ισχυρούς δεσμούς με την ελληνική επικράτεια, αποκτώντας εργασία, οικογένεια, προσδοκίες και όνειρα σε αυτήν. Η ρύθμιση των προϋποθέσεων δικαστικής απέλασης από τον εθνικό και διεθνή νομοθέτη απαιτεί συχνά χρυσή τομή μεταξύ των δύο αυτών συχνά αντιτιθέμενων ροπών. Αυτή η στάθμιση είναι αρκετά δύσκολη και συχνά οδηγεί σε πολύ λεπτά ζητήματα ανθρωπίνων δικαιωμάτων και ποινικής μεταχείρισης. Από τη μια τίθεται το ζήτημα της προστασίας της πολιτείας, του δημόσιου συμφέροντος, του κοινωνικού ωφελισμού από τη μείωση της εγκληματικότητας και από την άλλη το ζήτημα της προστασίας του ανθρώπου και η διασφάλιση θεμελιωδών ατομικών ελευθεριών.

Ένα ζήτημα που καλείται να εξεταστεί είναι πως πολλές αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, σχετικά με το θέμα της απέλασης των αλλοδαπών, αφορούν δεύτερη γενιά μεταναστών, δηλαδή αλλοδαπούς που έχουν γεννηθεί ή έχουν ζήσει το μεγαλύτερο μέρος της ζωής τους στη χώρα υποδοχής, από όπου επρόκειτο να απελαθούν. Σε αυτή την περίπτωση δημιουργείται το πρόβλημα της χρονικής διάρκειας παραμονής, της διαμόρφωσης στενών οικογενειακών σχέσεων, της επαγγελματικής δραστηριότητας, της επένδυσης μιας ολόκληρης ζωής σε έναν τόπο η οποία κινδυνεύει να ανατραπεί οριστικά.

ΜΕΡΟΣ Ι: Ζητήματα ποινικής αντιμετώπισης αλλοδαπών

1. Παράνομη είσοδος παράνομων ή παράτυπων μεταναστών

Στο άρθρο 83 παρ.1 του ν.3386/2005, όπως διατηρήθηκε και κατά το άρθρο 139 του νέου Νόμου 4251/2015, ορίζεται ότι θα τιμωρείται με ποινή φυλάκισης τουλάχιστον τριών μηνών και χρηματική ποινή τουλάχιστον 1.500 ευρώ όποιος εξέρχεται η προσπαθεί να εξέλθει από το ελληνικό έδαφος ή όποιος εισέρχεται ή επιχειρεί να εισέλθει χωρίς τις νόμιμες διατυπώσεις. Πολλοί παράνομοι μετανάστες που εισήλθαν από τα βαλκάνια στο ελληνικό έδαφος από τη δεκαετία του 90 συνήθως δεν ήταν πολιτικοί πρόσφυγες αλλά οικονομικοί μετανάστες. Η νόθευση της έννοιας του πολιτικού πρόσφυγα από τους οικονομικούς μετανάστες και γενικά ο κίνδυνος καταστράτηγησης στην απονομή της ιδιότητας του πολιτικού πρόσφυγα έδωσε σήμερα στις περισσότερες ευρωπαϊκές χώρες το έναυσμα για τη λήψη αυστηρότερων μέτρων σχετικά με τη χορήγηση πολιτικού ασύλου και την προσεκτική διαφύλαξη των συνόρων τους. Στη χώρα μας το πρόβλημα μεγεθύνεται λόγω της κρίσιμης γεωγραφικής θέσης της που συνδέει τρεις ηπείρους και των αμέτритων ακτών της που την καθιστούν προσβάσιμη από παντού. Έτσι, τόσο από την ξηρά όσο και από τη θάλασσα η πρόσβαση των αλλοδαπών και η παράνομη είσοδός τους επιτάσσει τη φύλαξη των συνόρων που εκτός των άλλων είναι και τα εξωτερικά σύνορα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Ο πρώτος νόμος 1975/1991 περί αλλοδαπών, η διάταξη του άρθρου 5 του οποίου διατηρήθηκε σε ισχύ προσπάθησε να αναχαιτίσει την παράνομη μετανάστευση μέσω της δημιουργίας ειδικών ομάδων δίωξης αλλοδαπών που εισέρχονται και παραμένουν παράνομα στη χώρα. Συγχρόνως, με τη διάταξη του άρθρου 83 παρ. 1 του νέου ν.3386/2005 επιβάλλονται και ποινικές κυρώσεις με παράλληλη πρόβλεψη και για διοικητικές κυρώσεις. Με το ΠΔ 310/1998, όπως στη συνέχεια αυτό τροποποιήθηκε με το ΠΔ 112/1999 δημιουργήθηκαν ειδικά σώματα συνοριακών φρουρών με κύριο μέλημά τους τη φύλαξη της ελληνικής μεθορίου από την παράνομη είσοδο μεταναστών και την παράνομη διακίνηση αγαθών (ν.2622/1998 και ν.3181/2003). Συγχρόνως, η Ελλάδα κύρωσε με τον ν.2865/2000 τη Διεθνή Συμφωνία για την πρόληψη και την καταστολή του διασυνοριακού εγκλήματος και του προσαρτημένου σε αυτήν Καταστατικού Χάρτη οργάνωσης και λειτουργίας του Περιφερειακού Κέντρου της Πρωτοβουλίας Συνεργασίας Νοτιοανατολικής Ευρώπης (Κέντρο S.E.C.I.) για την καταπολέμηση του διασυνοριακού εγκλήματος.

Η παράνομη είσοδος αλλοδαπών πολλές φορές συνδέεται με την παράνομη διακίνηση και εμπορία ανθρώπων που αποτελούν μορφές του οργανωμένου εγκλήματος¹, μια από τις πιο επικίνδυνες αλλά και πιο κερδοφόρες εγκληματικές δράσεις παγκοσμίως. Όταν η εμπορία ανθρώπων συνοδεύεται με την διευκόλυνση της παράνομης μετανάστευσης οι παράνομοι μετανάστες αποτελούν τα θύματα του οργανωμένου εγκλήματος. Με τον ν.3536/2007 (άρθρο 15 παρ.4) που τροποποίησε τη διάταξη του άρθρου 87 παρ.5 ν.3386/2005 τιμωρείται με πρόσκαιρη κάθειρξη μέχρι 10 έτη εκείνος που διευκολύνει την είσοδο ή την έξοδο αλλοδαπών στο ελληνικό έδαφος δρώντας παράλληλα στα πλαίσια εγκληματικής οργάνωσης. Στο πλαίσιο του ΟΗΕ η σύγχρονη αυτή μορφή δουλεμπορίου αποτέλεσε την αφορμή της σύναψης της Διεθνούς Σύμβασης του 2000 για το οργανωμένο έγκλημα και των δύο Πρωτοκόλλων που τη συνοδεύουν: το Πρωτόκολλο για την πρόληψη, καταστολή και τιμωρία της παράνομης εμπορίας ανθρώπων, ιδίως γυναικών και παιδιών και το Πρωτόκολλο κατά της κίνησης μεταναστών δια ξηράς, θαλάσσης και αέρος.

Ειδικές πρωτοβουλίες για την καταπολέμηση του εγκληματικού φαινομένου της παράνομης διακίνησης και της παράνομης εμπορίας ανθρώπων έχει λάβει το Συμβούλιο της Ευρώπης και η Ευρωπαϊκή Ένωση. Στους κόλπους της τελευταίας έχουν δει τη δημοσιότητα αρκετές Οδηγίες (Οδηγία 2002/90/ΕΚ του Συμβουλίου για τον ορισμό της υποβοήθησης της παράνομης εισόδου, διέλευσης και διαμονής, Οδηγία 2001/40/ΕΚ του Συμβουλίου σχετικά με την αμοιβαία αναγώριση αποφάσεων απομάκρυνσης αλλοδαπών-υπηκόων τρίτων χωρών, Οδηγία 2004/81/ΕΚ του Συμβουλίου σχετικά με τον τίτλο παραμονής που χορηγείται σε υπηκόους τρίτων χωρών που είναι θύματα εμπορίας ανθρώπων ή συνέργειας στη λαθρομετανάστευση, οι οποίοι συνεργάζονται με τις αρμόδιες αρχές, Απόφαση- πλαίσιο του Συμβουλίου 2002/946/ΔΕΥ για την ενίσχυση του ποινικού πλαισίου για την πρόληψη της υποβοήθησης της παράνομης εισόδου, διέλευσης και διαμονής). Περαιτέρω, η Σύμβαση Σέγκεν και ο Κώδικας Συνόρων Σέγκεν (Κανονισμός 562/2006 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τη θέσπιση του Κοινοτικού Κώδικα σχετικά με το καθεστώς διέλευσης προσώπων από τα σύνορα) ρυθμίζουν επίσης το ζήτημα της διέλευσης των συνόρων.

Η κύρια αντίδραση της Ε.Ε. στην παράνομη είσοδο μεταναστών είναι η πολιτική της επανεισδοχής, μια κοινή συνισταμένη, μια ενιαία προσέγγιση στην αντιμετώπιση του ζητήματος. Η δικαιοπολιτική σημασία της επανεισδοχής εκφράστηκε στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο της Θεσσαλονίκης το 2003 όπου αποφασίστηκε η χάραξη κοινών κατευθυντήριων γραμμών, η ανάπτυξη μιας κοινής πολιτικής για την παράνομη μετανάστευση, την παράνομη διακίνηση και

¹Η μεταναστευτική εμπορία των γυναικών και των παιδιών οφείλεται στην παγκοσμιοποίηση των οικονομικών δυνάμεων, καθώς η εγκληματική αυτή πρακτική αποφέρει πολλά χρήματα σε μια “multi -billion dollar industry”.
Δημοπούλος Χ., Η παγκοσμιοποίηση του εγκλήματος κατά την αγγλοσαξωνική βιβλιογραφία., 2003, σελ. 192

την εμπορία ανθρώπων, τα εξωτερικά σύνορα και την επαναπροώθηση των παράνομα διαμένοντων.²

Μόλις διαπιστωθεί ότι ένας αλλοδαπός εισέρχεται παράνομα στην Ελλάδα επιβάλλεται το μέτρο της επαναπροώθησης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 83 παρ.2 του ν. 3386/32005 που ορίζει ότι ο εισαγγελέας πλημμελειοδικών ύστερα από έγκριση του εισαγγελέα εφετών στον οποίο αναφέρει τα πραγματικά περιστατικά άμεσα χωρίς καθυστέρηση, μπορεί να απόσχει από την ποινική δίωξη γνωστοποιώντας αυτήν του την απόφαση στον διοικητή αστυνομικής υπηρεσίας ή λιμενικής αρχής που διαπίστωσε την παράνομη είσοδο ή έξοδο προκειμένου αυτός να αποφασίσει την άμεση επαναπροώθηση του αλλοδαπού στη χώρα προέλευσης ή καταγωγής. Η έγκριση του εισαγγελέα εφετών μπορεί να δοθεί με οποιονδήποτε τρόπο, γραπτά, προφορικά, ακόμη και με τηλεφωνικό σήμα. Στην περίπτωση που η άμεση επαναπροώθηση του αλλοδαπού δεν ευδοκιμήσει τότε ο τελευταίος παραπέμπεται στην αρμόδια διοικητική αρχή για απέλαση, σύμφωνα με το άρθρο 76 του νόμου 3386/2005.

Εάν η απέλαση δεν λάβει χώρα μέσα σε τρεις μήνες, το γεγονός γνωστοποιείται στον αρμόδιο εισαγγελέα πλημμελειοδικών, ώστε ο τελευταίος, αφού πρώτα σταθμίσει την κατάσταση, δύναται αν κρίνει ότι είναι σκόπιμο και αναγκαίο και κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, να ανακαλέσει την απόφασή του για αποχή από την ποινική δίωξη, μετά από έγκριση του εισαγγελέα εφετών και εφόσον δεν έχει περάσει ένας χρόνος από την ημέρα που ο αλλοδαπός έχει εισέλθει στην Ελλάδα. Στην πράξη, η άμεση επαναπροώθηση του παράνομα εισελθόντος στην Ελλάδα αλλοδαπού δεν είναι πάντα πραγματοποιήσιμη.

Η παράνομη είσοδος αλλοδαπού στο ελληνικό έδαφος δεν είναι άδικη όταν γίνεται για να αποτρέψει παρόντα και αναπότρεπτο κίνδυνο με άλλα μέσα, που απειλεί τον αλλοδαπό χωρίς να προκύπτει από δική του υπαιτιότητα. Εν προκειμένω, πρόκειται για τη συνδρομή του πραγματικού της καταστάσεως ανάγκης ως λόγου άρσης του αδικού κατά το άρθρο 25 ΠΚ, όπως γίνεται παραδεκτό και από την ελληνική νομολογία.³

Με αυτή την αφετηρία, το Μεικτό Ορκωτό Δικαστήριο Αθηνών⁴ έχει αποφανθεί ότι ο κατηγορούμενος αλλοδαπός Οτσαλάν βρισκόταν σε κατάσταση ανάγκης γιατί υπό το βάρος αβάσταχτων πιέσεων καμία χώρα της Ευρώπης δεν σκόπευσε να τον φιλοξενήσει ή να του παραχωρήσει πολιτικό άσυλο. Κατά αυτόν τον συνδυσμό δεδομένων, ο ερχομός του στην Ελλάδα συμπορευόταν με την αρχή της αναγκαιότητας ως προϋπόθεση για να στοιχειοθετηθεί κατάσταση ανάγκης γιατί αποτελούσε *ultimum refugium*, τη μόνη εναλλακτική λύση για την αποτροπή του παρόντα και αναπότρεπτου κινδύνου που απειλούσε τη ζωή και την ελευθερία του

² Παπασιώπη- Πασιά Ζ., Δίκαιο Καταστάσεως Αλλοδαπών, 2012, σελ. 65 επ

³ ΤρμΠλημΠατρών 2745/1996, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 1998, σελ.128 επ.

⁴ Ocalan, ΜΟΔ 268/2003, Αδημ. Βλ. Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005, σελ. 463

ως ατόμου.

Περαιτέρω, για το ζήτημα του αξιοποιήσιμου της παράνομης εισέλευσης των προσφύγων, στη νομολογία διατυπώθηκε πως το ιδιώνυμο έγκλημα της παράνομης εισόδου - εξόδου από τη χώρα θεμελιώνεται μεν πλήρως και υπάρχει αξιόποινη πράξη, όχι όμως και αξιόποινος δράστης, δεδομένου, ότι αυτός δεν κρίνεται πλέον άξιος ποινικού κολασμού.⁵

2. Η ευθύνη των μεταφορέων των παράνομα εισερχόμενων αλλοδαπών

Σύμφωνα το πλέον ισχύον άρθρο 30 του ν.4251/2015, προβλέπονται ποινικές και διοικητικές κυρώσεις κατά των πλοιάρχων ή κυβερνητών οποιουδήποτε πλοίου, πλωτού μέσου ή αεροπλάνου. Γενικά οδηγού κάθε μεταφορικού μέσου, που μεταφέρουν από το εξωτερικό στην Ελλάδα υπηκόους τρίτων χωρών, οι οποίοι σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας δεν δικαιούνται την είσοδο στο ελληνικό έδαφος ή στους οποίους έχει απαγορευτεί η είσοδος για οποιαδήποτε αιτία, καθώς και αυτοί που τους προωθούν από τα σημεία εισόδου, τα εξωτερικά και εσωτερικά σύνορα στην ελληνική επικράτεια και αντίστροφα προς το έδαφος κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή τρίτης χώρας ή διευκολύνουν τη μεταφορά ή την προώθησή τους ή εξασφαλίζουν σε αυτούς κατάλυμα για απόκρυψη. Παρατηρεί κανείς ότι σε σχέση με το προϊσχύσαν άρθρο 88 του ν. 3386/2005 οι ποινές έχουν αυστηροποιηθεί και φαίνεται ξεκάθαρα η αγωνιώδης προσπάθεια του νομοθέτη να πατάξει αυτά τα τόσο συχνά στην ελληνική επικράτεια εγκληματικά φαινόμενα.

Οι ποινές είναι πλέον κάθειρξη έως δέκα ετών και χρηματική ποινή 10.000 έως 30.000 ευρώ για κάθε μεταφερόμενο αλλοδαπό. Επιβαρυντικές είναι οι περιστάσεις αν η μεταφορά γίνεται κατ' επάγγελμα, κατά συνήθεια, επί κερδοσκοπίας ή είναι υπότροπος ή αν ο υπαίτιος είναι δημόσιος υπάλληλος ή ασκεί το επάγγελμα του τουριστικού ή του ναυτιλιακού ή ταξιδιωτικού πράκτορα ή αν δύο ή περισσότεροι ενεργούν από κοινού. Στην περίπτωση αυτή η φυλάκιση είναι τουλάχιστον δέκα ετών και και χρηματική ποινή τουλάχιστον 30.000 έως 60.000 ευρώ για κάθε μεταφερόμενο άτομο. Με κάθειρξη τουλάχιστον 15 ετών και χρηματική ποινή τουλάχιστον 200.000 ευρώ τιμωρούνται αν από την πράξη αυτή μπορεί να προκύψει κίνδυνος για άνθρωπο, ενώ εάν επήλθε θάνατος η ποινή ανέρχεται σε χρηματική των 700.000 ευρώ τουλάχιστον και σε ισόβια κάθειρξη.

Βέβαια, ας μην λησμονάται ότι για την θεμελίωση της δια νόμου περί αλλοδαπών θεσπιζόμενης ποινικής ευθύνης των οδηγών μεταφορικών μέσων, που διευκολύνουν τη μεταφορά ή την προώθηση μεταναστών στο εσωτερικό της χώρας, που δεν έχουν άδεια να εισέλθουν απαιτείται δόλος σκοπού η αναγκαίως. Αυτό σημαίνει ότι είναι απαραίτητο το γνωστικό στοιχείο, δηλαδή η γνώση ότι τα πρόσωπα που αυτοί μεταφέρουν, βρίσκονται παράνομα στο ελληνικό έδαφος. Διαφορετικά θα υφίστατο μια υπέρμετρη αυστηρότητα γιατί δεν θα ήταν δυνατόν λχ ο οδηγός ή

⁵ΤριμΕφΑιγαίου 47/2006, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2006, σελ. 462 επ.

ο εισπράκτορας του λεωφορείου ή του τραίνου της γραμμής να γνωρίζει πάντοτε ή να μπορεί να ελέγξει ότι τα άτομα που μεταφέρει είναι αλλοδαποί χωρίς έγγραφα που νομιμοποιούν την είσοδό τους., εκτός κι αν με κάποιον τρόπο το γνωρίζει και αντιδρά σαν να μην συμβαίνει τίποτε-μόνο τότε υπέχει ευθύνη).⁶

Υποκείμενο του εγκλήματος της διευκόλυνσης παράνομης διαμονής στη χώρα μπορεί να είναι είτε έλληνας είτε και αλλοδαπός στο βαθμό που η διάταξη δεν διακρίνει. Υλικό αντικείμενο του εγκλήματος είναι αλλοδαπός υπήκοος τρίτης χώρας, δηλ. πρόσωπο που δεν διαθέτει την ελληνική ιθαγένεια ή την ιθαγένεια άλλου κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Πρόσωπα που έχουν περισσότερες ιθαγένειες, από τις οποίες η μια είναι ελληνική, ή κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης θεωρούνται Έλληνες ή πολίτες των κρατών μελών αντίστοιχα και εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του νόμου αυτού, και κατά συνέπεια δεν είναι δυνατόν να αποτελέσουν υλικό αντικείμενο του συγκεκριμένου εγκλήματος. Στην έννοια των υπηκόων τρίτων χωρών περιλαμβάνονται και οι ομογενείς, αυτοί δηλ. που ανήκουν στο ελληνικό έθνος, αλλά έχουν ιθαγένεια, ξένου κράτους, πχ. βορειοηπειρώτες, παλιννοστούντες ομογενείς εκ της πρώην ΕΣΣΔ.⁷

Ωστόσο προβληματισμό δημιουργεί το ότι με τον ανωτέρω νόμο ενδέχεται να ποινικοποιηθούν αδικώς συμπεριφορές αλτρουισμού, όπως λ.χ. πρωτοβουλίες μεταφορών ή επιχειρήσεων σε παράνομα εισερχόμενους αλλοδαπούς, με απώτερο σκοπό να παραδώσουν στις αρμόδιες αρχές ευάλωτες ομάδες από αυτούς και οικογένειες με μικρά παιδιά ή εν γένει σε αλλοδαπούς που στερούνται των απαραίτητων νομιμοποιητικών εγγράφων αλλά και των βασικών πόρων αξιοπρεπούς διαβίωσης. Η ποινικοποίηση της αλληλεγγύης, των προστατευτικών ενεργειών για μη ταπεινά κίνητρα και των πράξεων με κίνητρο ελευθεριότητας και όχι οικονομικού ή άλλου ανταλλάγματος συνιστά αποφευκταία νομοθετική επιλογή που αποκλίνει από την ratio legis του νομοθετήματος.⁸

Στην ελληνική νομολογία, έχει τεθεί στο προσκήνιο η εν λόγω προβληματική. Το Μικτό Ορκωτό Δικαστήριο Αθηνών, αναφορικά με το αδίκημα της παραχώρησης καταλύματος σε αλλοδαπό που εισήλθε παράνομα στην ελληνική επικράτεια, εκτίμησε τον ισχυρισμό των κατηγορουμένων, που ισχυρίστηκαν ότι στα πλαίσια της φιλοξενίας και της προστασίας ενός ανθρώπου που χρειάστηκε τη βοήθειά τους κράτησαν στην οικεία ενός από αυτούς τον κατηγορούμενο για

⁶ Παπασιωπη- Πασιά Ζ., Δίκαιο Καταστάσεως Αλλοδαπών, 2015, σελ.68 επ.

⁷ Βλ τη διατύπωση του άρθρου 2 παρ. 2 Ν. 4251/2014.

⁸ Αξίζει σχετικά να σημειωθεί ότι αντίστοιχη συζήτηση υπήρξε και στην Γαλλία, συζήτηση η οποία οδήγησε το Δεκέμβρη του 2012 στην τροποποίηση του Κώδικα Εισόδου και Διαμονής Αλλοδαπών και Δικαίου του Ασύλου ώστε να μην διώκεται ποινικά η παροχή νομικής βοήθειας ή εν γένει υπηρεσιών εστίασης, διαμονής ιατρική περίθαλψη κ.ά. ανθρωπιστικού χαρακτήρα σε αλλοδαπούς που στερούνται νομιμοποιητικών εγγράφων (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – CESEDA).

περίπου 24 ώρες. Κατά την τελική κρίση του δικαστηρίου, οι κατηγορούμενοι αθωώθηκαν για το αδίκημα της διευκόλυνσης της εισόδου και της παράνομης παραμονής αλλοδαπού στη χώρα. Η αιτιολογία που στήριξε το διατακτικό ήταν ο αντικειμενικός σκοπός, ο οποίος φαίνεται να συνιστά και την ειδοποιό διαφορά μεταξύ της αξιόποινης πράξης και της ατιμώρητης παροχής υλικής συνδρομής και βοήθειας. Ο σκοπός αυτός ήταν να παραδώσουν τον αλλοδαπό στις αρμόδιες αρχές προκειμένου να βρεθεί λύση στο πρόβλημα που αντιμετώπιζε σχετικά με τον άμεσο κίνδυνο κατά της ζωής του, όπως το να διασφαλιστεί η διαμονή του είτε στην Ελλάδα ή σε άλλο ευρωπαϊκό κράτος. Επίσης αθωώθηκαν για το αδίκημα της εξασφάλισης καταλύματος σε παρανόμως εισελθόντα αλλοδαπό με το σκεπτικό των μη ταπεινών, ανιδιοτελών κινήτρων, δηλαδή με το σκεπτικό ότι παρείχαν φιλοξενία σε έναν άνθρωπο που χρειαζόταν βοήθεια, όπως άλλωστε αποδείχθηκε και από τα πραγματικά περιστατικά στο δικαστήριο.⁹

Υπό τις ανωτέρω παραδοχές, διατυπώθηκε στη νομική θεωρία πως η εν λόγω διάταξη, με τη γενικότητα της περιγραφής της, «διευκολύνει», «δυσχεραίνει» στην ουσία δεν περιγράφει πράξεις, αλλά αξιολογεί γενικά και «αφοριστικά» συμπεριφορές στην επίδρασή τους για τη διαμόρφωση μιας κατάστασης. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να λείπουν από την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος ουσιώδη στοιχεία, που να καθοδηγούν τον εφαρμοστή του δικαίου στη διακρίβωση του πότε και σε ποια μορφή οι ενέργειες ενός προσώπου διευκολύνουν την παράνομη παραμονή αλλοδαπών ή δυσχεραίνουν τις αστυνομικές έρευνες. Επομένως, η εν λόγω διάταξη, όπως ορθώς υποστηρίζεται, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι αντίκειται στο άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος, το οποίο επιβάλλει ως γνωστόν την υποχρέωση στο νομοθέτη να προσδιορίζει επακριβώς τα στοιχεία της αξιόποινης πράξης, ώστε καθένας να είναι σε θέση να προβλέπει πότε μια συμπεριφορά του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης.¹⁰

Για την άρση αυτής της ασυνέπειας, ο νομοθέτης αποφάσισε να διαλευκάνει το τοπίο, ώστε οι παραπάνω κυρώσεις του ν.4251/2015 να έχουν πλέον πιο οριοθετημένο πεδίο εφαρμογής και να μην επιβάλλονται στις περιπτώσεις διάσωσης ανθρώπων στη θάλασσα, καθώς και μεταφοράς ανθρώπων που χρήζουν διεθνούς προστασίας, κατά τις επιταγές του διεθνούς δικαίου της θάλασσας (αυτό πλέον προβλέπεται από το άρθρο 14 παρ.2 του 4332/2015 ύστερα από την σχετική τροπολογία).

3. Η μη χορήγηση, ανάκληση ή μη ανανέωση άδειας διαμονής λόγω ποινικών παραβάσεων

Κατά το προϋσχύσαν άρθρο 75 παρ.1 στοιχ. δ' του ν.3386/2005 η άδεια διαμονής δεν χορηγείται

⁹Ocalan, ΜΟΔ , 268/2003, Αδημ. Βλ. Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, Ύπατη Αρμοστεία, 2005, σελ. 463

¹⁰Σπυράκος Δ., Η ποινική διάσταση της λαθρομετανάστευσης σε Ν. Χλέπα/Δ. Σπυράκου, Ο Νόμος 1975/1991 περί αλλοδαπών και το Σύνταγμα, Αντ.Ν.Σάκκουλας 1992, σελ. 52.

ή ανακαλείται ή δεν ανανεώνεται μεταξύ άλλων περιπτώσεων και εφόσον αποδειχθεί με δικαστική απόφαση ή προκύψει από αμετάκλητο βούλευμα του αρμόδιου δικαστικού συμβουλίου ότι χρησιμοποιήθηκαν ψευδείς ή παραπλανητικές πληροφορίες, πλαστά ή παραποιημένα έγγραφα ή ότι διαπράχθηκε με οποιονδήποτε τρόπο απάτη ή ότι χρησιμοποιήθηκαν άλλα παράνομα μέσα. Πλέον με το άρθρο 24 περ. β. του ν.4251/2014 η απόδειξη πρέπει να προκύπτει είτε από τελεσίδικη απόφαση είτε από επίσημο έγγραφο αρμόδιας ελληνικής αρχής και πλέον δεν αρκεί βούλευμα. Προφανώς ο νομοθέτης επηρεάστηκε από τη σφοδρή κριτική που δέχτηκε η προηγούμενη πρόβλεψη, από την επιβολή ενός τόσο δυσμενούς μέτρου για τον αλλοδαπό, χωρίς καν να έχει προηγηθεί απόφαση. Η μεταβολή διενεργήθηκε στο όνομα του τεκμηρίου της αθωότητας και της αρχής της δίκαιης δίκης.

Η εν λόγω διάταξη, όπως ίσχυε παραβιάζε το τεκμήριο αθωότητας κατά το άρθρο 6 παρ.2 της ΕΣΔΑ και παρ.2 ΔΣΑΠΔ σύμφωνα με το οποίο ο κατηγορούμενος πρέπει να αντιμετωπίζεται ως ύποπτος και όχι ως ένοχος¹¹, σε όλα τα στάδια της διαδικασίας έως την αμετάκλητη καταδίκη του. Η επίδραση στο πλαίσιο της άδειας διαμονής αποτελεί αντανανακλαστική συνέπεια της απόδοσης ποινικών ευθυνών, ακόμη κι αν η δίκη είναι εκκρεμής στον πρώτο βαθμό και φέρει προ τετελεσμένου τον κατηγορούμενο.

Η αρχή της δίκαιης δίκης αναγνωρίζεται τα τελευταία έτη ως βασική αρχή του Ποινικού Δικονομικού Δικαίου, τόσο στη Γερμανία όσο και στην Ελβετία και αποτελεί παλαιόθεν κυριαρχική αρχή στο αγγλοαμερικάνικο δίκαιο. Μάλιστα, στις ΗΠΑ κατοχυρώνεται και συνταγματικά με τη διατύπωση “due process of law”.

Η αρχή του προσήκοντος βαθμού υπονοιών και ισχύος των ενδείξεων είναι μια έννοια που εισήχθη από τον Ανδρουλάκη¹² και συνιστά άμεση, συνεπαγόμενη απόρροια του τεκμηρίου της αθωότητας. Έχει τη σημασία ότι οποιοδήποτε επαχθές – για το πρόσωπο εναντίον του οποίου λαμβάνεται- μέτρο των οργάνων απονομής της ποινικής δικαιοσύνης θα πρέπει να βασίζεται σε ορισμένης βαρύτητας υπόνοιες ή ενδείξεις σχετικά με την ενοχή του. Η πράξη μη χορήγησης ή ανάκλησης ή μη ανανέωσης άδειας διαμονής υποκρύπτει επάχθεια. Όσο πιο δυσμενής καθίσταται η θέση του προσώπου ή όσο πιο σοβαρό είναι το μέτρο είναι το μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος του κατηγορούμενου, τόσο περισσότερες υπόνοιες ή ενδείξεις θα πρέπει να έχουν συγκεντρωθεί εναντίον του στη συγκεκριμένη περίπτωση. Ενδεικτικά, για την επιβολή περιοριστικών όρων ή προσωρινής κράτησης πρέπει να προκύπτουν σοβαρές ενδείξεις ενοχής του κατηγορουμένου.

Άλλωστε, σύμφωνα με τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων από μόνη της η άσκηση

¹¹Καρράς Αρ., Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, γ'εκδ, 2007, 29 και Ανδρουλάκης Ν., Θεμελιώδεις Έννοιες της Ποινικής Δίκης, 2012, σελ.38

¹²Ανδρουλάκης Ν., ο.π., 2012 σελ 19 επ. Στον τελευταίο παραπέμπει ο Καρράς, ο.π., σελ. 31

ποινικής δίωξης αλλοδαπών δεν στοιχειοθετεί νόμιμο λόγο ανάκλησης των αδειών παραμονής τους και απέλασης και μόνη η επίκλησή της δεν καθιστά τις σχετικές διοικητικές πράξεις πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένες¹³.

Επιπροσθέτως, η συγκεκριμένη ρύθμιση του ν.3386/2005 φαίνεται όχι μόνο ότι προκαλούσε αντικειμενική δυσχέρεια αλλά και ότι κατέλυε ουσιαστικά στην πράξη το δικαίωμα του εν θέματι υπηκόου τρίτης χώρας να παραστεί αυτοπροσώπως στη δίκη του γιατί πρακτικά η απόρριψη του αιτήματος χορήγησης, ανανέωσης ή ανάκλησης της άδειας διαμονής έχει ως αποτέλεσμα την εξαναγκασμένη αποχώρησή του από τη χώρα και την απουσία του από την ακροαματική διαδικασία. Αυτό έρχεται σε αντίθεση με μια πληθώρα διατάξεων της Ποινικής Δικονομίας που αφορούν τα δικαιώματα του κατηγορουμένου αλλά και τις διατάξεις υπερνομοθετικής τυπικής ισχύος, που ούτως ή άλλως υπερχύουν του κοινού δικαίου, όπως το Σύνταγμα και η ΕΣΔΑ, ιδίως για το δικαίωμα του κατηγορουμένου σε μια δίκαιη δίκη και ειδικότερα για το δικαίωμα δικαστικής ακρόασης. Το δικαίωμα του εν λόγω υπηκόου τρίτης χώρας αυτοπρόσωπης εμφάνισης στην ακροαματική διαδικασία και υπεράσπισης του εαυτού του κατοχυρώνεται ρητώς στο άρθρο 6 παρ. 3γ' της ΕΣΔΑ και στο άρθρο 14 παρ.3 εδ.δ' του ΔΣΑΠΔ, στο άρθρο 20 του Συντάγματος, ενώ στα πλαίσια του εθνικού δικαίου ενώ στα πλαίσια του ΚΠΔ προβλέπεται στο άρθρο 340. Το δικαίωμα αυτοπρόσωπης εμφάνισης στην ποινική διαδικασία αποτελεί αναγκαίο συστατικό του δικαιώματος ακρόασης και θεμελιώδες προαπαιτούμενο της δίκαιης δίκης.¹⁴

Μάλιστα, είναι σημαντικό να σημειωθεί πως το δικαίωμα της αυτοπρόσωπης εμφάνισης, σύμφωνα με το δικονομικό μας σύστημα και με το πνεύμα των ανωτέρω διατάξεων αναγνωρίζεται ως ανεξάρτητο και αυτοτελές του δικαιώματος εκπροσώπησης από συνήγορο.¹⁵ Το δικαίωμα εκπροσώπησης από συνήγορο είναι πρόσθετο και επικουρικό, αποτελεί δηλαδή συμπληρωματική δυνατότητα στον κατηγορούμενο, λειτουργεί υποστηρικτικά και δεν μπορεί να “γυρίσει εναντίον του”, δεν μπορεί να δηλαδή να χρησιμοποιηθεί ή να ερμηνευτεί ως υποχρέωση διορισμού συνηγόρου και συνακόλουθα σε αντικατάσταση του δικαιώματος να παρίσταται αυτοπροσώπως. Εξάλλου, εκτός αυτού αφενός η αυτοπρόσωπη εμφάνιση και απολογία του κατηγορουμένου αποτελεί αυτοτελές αποδεικτικό μέσο για τη διαμόρφωση της δικανικής πεποίθησης του δικαστή και αφετέρου ο συνήγορος εκπροσωπώντας τον

¹³ΓνωμΝΣΚ 564/2005 όπου ασχολείται με το ζήτημα της άσκησης ποινικής δίωξης κατά αλλοδαπών, οι οποίοι παραμένουν νόμιμα στη χώρα και τοποθετείται στο ότι δεν αρκεί αυτή για την άρση της νομιμότητας παραμονής τους.

¹⁴Ανδρουλάκης Ν., ο.π., 127 και Καρράς Α., ο.π., 590

¹⁵Συμεωνίδης Α., Η αναβολή της ποινικής δίκης σύμφωνα με το άρθρο 349 ΚΠΔ- Κανονιστικά όρια και ερμηνευτική προσέγγιση, ΠοινΔικ2004/77, Δημητράτος Ν., Η αρχή της αυτοπρόσωπης εμφάνισης του κατηγορουμένου και η δια πληρεξουσίου παράσταση στο ποινικό δικονομικό μας σύστημα, ΠοινΧρ 2003/574

κατηγορούμενο έχει όλα τα δικαιώματα του τελευταίου, εκτός από το δικαίωμα απολογία για λογαριασμό του.¹⁶ Τέλος, η έλλειψη αυτή δεν αίρεται με την ενδεχόμενη αίτηση χορήγησης ειδικής θεώρησης εισόδου για τον σκοπό της δίκης. Τούτο γιατί πρώτον είναι πρακτικά δύσκολο για τον κάθε υπήκοο τρίτης χώρας να εξασφαλίσει θεώρηση εισόδου λόγω της επιφυλακτικότητας των προξενικών αρχών και δεύτερον γιατί ο εν θέματι αλλοδαπός ενδέχεται να στερείται οικονομικών πόρων για την ολιγοήμερη παραμονή του στην Ελλάδα.

Κατά την ερμηνεία της αρχής της δίκαιης διεξαγωγής της δίκης που κατοχυρώνεται με το άρθρο 6 παρ.1 εδ.α. ΕΣΔΑ, με το άρθρο 14 παρ. 1 εδ.β του ΔΣΑΠΔ και με το άρθρο 10 της Οικουμενικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου από το ΕΔΔΑ ερευνάται αν στην πράξη παραβιάστηκαν τα δικαιώματα των διαδίκων, ανεξάρτητα από το διαδικαστικό μέρος της δίκης, δηλαδή την αλληλουχία των δικονομικών πράξεων, με ιδιαίτερη έμφαση στην εντύπωση που μπορεί να δημιουργηθεί σε μέσους έμφρονους πολίτες ως προς την ακεραιότητα της διαδικασίας¹⁷. Προπάντως, η δίκαιη εκδίκαση εγγυάται προς τους διαδίκους, πράγμα που μεγιστοποιείται στον κατηγορούμενο και ακόμη περισσότερο, υπό μια ιεραρχική κλιμάκωση δικαιοπολιτικής σημασίας στον αλλοδαπό κατηγορούμενο, που εκ της φύσεως του πράγματος βρίσκεται σε ακόμη πιο δυσμενή θέση, την απαγόρευση οποιασδήποτε συμπεριφοράς που θα είχε ως άμεση ή έμμεση συνέπεια την ψυχολογική ή σωματική τους εξασθένηση. Μια τέτοιου τύπου εξασθένηση θα μπορούσε να συνιστά η υποχρέωση του να παρευρεθεί σε δίκη του στη χώρα μας, με την επιβάρυνση όλων των σχετικών εξόδων της μεταφοράς από τη μια χώρα στην άλλη.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να επισημανθεί περαιτέρω πως από το ευρύτερο δικαίωμα για δίκαιη διεξαγωγή της δίκης απορρέει και το δικαίωμα ακρόασης. Ειδικότερα, όσον αφορά την ποινική δίκη, έχουν ιδιαίτερη αξία τα παρεχόμενα με την παρ.3 του άρθου 6 της ΕΣΔΑ επειδή αυτά περιλαμβάνονται στο γενικότερο δικαίωμα ακρόασης. Η πρακτική σημασία της υπαγωγής του δικαιώματος ακρόασης στο δικαίωμα για δίκαιη διεξαγωγή της δίκης έγκειται κυρίως στο παρεχόμενο από το άρθρο 34 Ε.Σ.Δ.Α. δικαίωμα κάθε φυσικού προσώπου, μη κυβερνητικής οργάνωσης ή ομάδας ατόμων, που ισχυρίζεται ότι είναι θύμα της παραβίασης του δικαιώματος ακρόασης, να προσφύγει στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.¹⁸

Πέρα από την ανωτέρω κριτική, η ρύθμιση φαινόταν να στερείται δικαιοπολιτικής ορθότητας γιατί ήταν αναποτελεσματική, γι' αυτό και αντικαταστάθηκε, αλλά ακόμη φαίνεται να χρήζει βελτίωσης. Η χρήση ψευδών ή παραπληρητικών πληροφοριών, πλαστών ή παραποιημένων εγγράφων ή η διάπραξη με οποιονδήποτε τρόπο απάτης ή η χρήση άλλων παράνομων μέσων

¹⁶ΑΠ 1245/2005, ΠοινΔικ 2005/1496

¹⁷Πουλουράκης Ε.Ι. Και Ψωμάδη Ε., Δίκαιο Αλλοδαπών, 2007, σελ.501

¹⁸Καρράς Α., Επίτομη Ερμηνεία του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, 2007, σελ. 35

πραγματώνει την αντικειμενική υπόσταση της πλαστογραφίας του ποινικού δικαίου, της χρήσης πλαστού εγγράφου, υφαρπαγής ψευδούς βεβαίωσης, ηθικής αυτουργίας σε παράβαση καθήκοντος κτλ. Τα αδικήματα αυτά είναι στις περισσότερες περιπτώσεις σε βαθμό πλημμελήματος αφού δεν διαπράττονται με σκοπό καιροσκοπίας ή αποκόμισης παράνομου περιουσιακού οφέλους, αλλά έχουν ως απώτερο σκοπό τη διασφάλιση της νομιμότητας της διαμονής του εμπλεκόμενου προσώπου¹⁹, η αίτηση του οποίου απορρίπτεται κατά τα άρθρα 19 επ. του ν.4251/2014 και υπάγονται στην αρμοδιότητα του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου. Επομένως, ίσως θα έπρεπε de lege ferenda να εκδικαστεί για το αδίκημα και η χορήγηση ανανέωση ή ανάκλησης άδειας διαμονής να εξεταστεί ανεξάρτητα από αυτό, απλώς συνυπολογίζοντας το γεγονός ή κρίνοντας ad hoc.

Σε κάθε περίπτωση, κατά της απόφασης άρνησης χορήγησης, ανανέωσης ή ανάκλησης της άδειας διαμονής ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να ασκήσει αίτηση ακύρωσης και αναστολής ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου, στην περιφέρεια του οποίου εδρεύει η αρχή που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη ή όφειλε να εκδώσει τη σχετική πράξη και κατ' έφεση στο Συμβούλιο της Επικρατείας (άρθρο 15 παρ.1 στοιχ.γ' και δ' και παρ.2 Ν.3068/2002 σε συνδυασμό).

ΜΕΡΟΣ ΙΙ: Η δικαστική απέλαση των υπηκόων τρίτων χωρών

1. Νομική προσέγγιση

α) Η απέλαση στο δισυδικό σύστημα του ποινικού δικαίου: Παρεπόμενες ποινές και μέτρα ασφαλείας

Οι παρεπόμενες ποινές έχουν συνοδευτικό, μη αυτόνομο χαρακτήρα γιατί είναι κυρώσεις που επιβάλλονται πάντοτε μαζί με μια κύρια ποινή. Σε αντίθεση με τις κύριες ποινές που θίγουν την ελευθερία κίνησης του ατόμου και την περιουσία του, οι παρεπόμενες ποινές, όπως προβλέπονται στα άρθρα 59-66 ΠΚ, έχουν κατά βάση μειωτικό της τιμής χαρακτήρα, χωρίς να αποκλείεται παράλληλα να θίγονται και πτυχές της ελεύθερης δραστηριότητας και συμμετοχές στην πολιτική, οικονομική και κοινωνική ζωή (λχ. στέρηση των πολιτικών δικαιωμάτων, απαγόρευση άσκησης κάποιου επαγγέλματος, δήμευση στα άρθρα 59 επ., 67 και 76 ΠΚ αντίστοιχα).

Ως παρεπόμενες ποινές, παρόλο που προϋποθέτουν την ύπαρξη άλλης ποινής, δεν χάνουν τη

¹⁹Πουλουράκης Ε.Ι., Δίκαιο Αλλοδαπών, 2007, σελ.501

φύση τους ως ποινές αυτές καθαυτές, με τις ασφαλιστικές δικλίδες και τις εγγυήσεις που θέτει το ποινικό δίκαιο σε μια νομιμοκρατούμενη κοινωνία. Ως προς την παρεπόμενη ποινή, ισχύουν όλες οι δεσμεύσεις που ισχύουν για τις κύριες ποινές από τα άρθρα 7 παρ. 1 του Συντάγματος, 7 παρ.1 της ΕΣΔΑ, 14 και 15 παρ.1 Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, 10 της Οικομενικής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Από το Σύνταγμα, την ΕΣΔΑ και το ΔΣΑΠΔ, κείμενα υπερνομοθετικής ισχύος που υπερκεράζουν τις εκάστοτε ατυχείς επιλογές του κοινού νομοθέτη, συνάγεται η αρχή *nulla poena sine lege scripta, certa, stricta, praevia*.

Μια από τις πρακτικές συνέπειες της συγκεκριμένης παραδοχής είναι ότι αν η απέλαση θεωρηθεί παρεπόμενη ποινή, ακριβώς επειδή κανόνα έχει δυνητικό χαρακτήρα, θα πρέπει να αναφέρονται ειδικά οι σκέψεις, βάσει των οποίων το δικαστήριο οδηγείται στο συμπέρασμα ότι είναι αναγκαία η επιβολή της.²⁰

Από την άλλη τα μέτρα ασφαλείας περιορίζουν είτε την ελευθερία είτε την περιουσία. Ενδέχεται να μην συμπληρώνουν την ποινή αλλά απλά να την αναπληρώνουν (λχ. εγκλεισμός σε κάποιο θεραπευτικό κατάστημα) και κατά κανόνα έχουν θεραπευτικό ή αναμορφωτικό ρόλο, επομένως στρέφονται τόσο στο πρόσωπο του δράστη με την παροχή βοήθειας όσο και στην προστασία της κοινωνίας από τις επικίνδυνες για έννομα αγαθά πράξεις του.

Ωστόσο, διατυπώνεται στη νομική θεωρία πως μέτρο ασφαλείας χαρακτηρίζεται το είδος εκείνο της κύρωσης που επιβάλλεται από τον ποινικό δικαστή με απώτερο σκοπό την προστασία της κοινωνίας από τους κινδύνους, που εγκυμονεί είτε η προσωπικότητα του δράστη είτε η ύπαρξη ορισμένων αντικειμένων τα οποία σχετίζονται με τη διάπραξη του εγκλήματος.²¹ Κατά άλλη άποψη εφαρμόζονται σε περιπτώσεις δραστών, για τους οποίους η επιβολή ποινής είτε αντεδείκνυται είτε δεν επαρκεί για την εκπλήρωση των σκοπών. Τα μέτρα ασφαλείας αποτέλεσαν κυρίως προϊόν της ιδεολογικής κατεύθυνσης με κύριο σκοπό τη σύσταση ενός ισχυρού και καλά οργανωμένου κράτους ως εγγυητή της κοινής ωφέλειας, για του σκοπούς της οποίας τίθεται σε δεύτερη μοίρα η κατοχύρωση της προστασίας της ανθρώπινης προσωπικότητας ως καταδικασμένου εγκληματία. Με άλλα λόγια, κατά την προσέγγιση αυτή, τα μέτρα ασφαλείας δημιουργούν ιεραρχική κλιμάκωση δίδοντας αξιολογική προτεραιότητα στο κοινωνικό σύνολο και ύστερα στο άτομο και στις ατομικές ελευθερίες.

Η βασική αιτιολόγηση των μέτρων ασφαλείας ανάγεται στη διαπίστωση ότι με την κρατούσα αντίληψη για τους σκοπούς της ποινής προστατεύεται ανεπαρκώς η κοινωνία. Αυτό διότι ξεφεύγουν από τις ρυθμίσεις του ποινικού δικαίου, ακριβώς εκείνα τα πρόσωπα που

²⁰Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ. 51 επ.

Η υποχρέωση για τον προσδιορισμό των σκέψεων του δικαστή αναφέρεται στη δήμευση που είναι παρεπόμενη ποινή.

²¹Κωστάρας Α.Π., Έννοιες και Θεσμοί του Ποινικού Δικαίου, 2008, σελ.193 επ.

ενσαρκώνουν για την κοινωνία τον μεγαλύτερο κίνδυνο εγκληματικής δράσης, δηλαδή οι εκ γενετής, οι καθ' ἑξιν εγκληματίες και οι ακαταλόγιστοι. Κατά τη μονοφυσική θεωρία, τα μέτρα ασφαλείας δεν αποτελούν παρά την λογική συνέπεια και προέκταση της ποινής.²² Κατά τη θεωρία του δυσπόστατου ποινών και μέτρων ασφαλείων, στην οποία σε μεγάλο βαθμό στηρίζεται το δυαδικό σύστημα του ελληνικού Ποινικού Κώδικα, τα μέτρα ασφαλείας επιβάλλονται πρώτον σε αναπλήρωση της ποινής, όπου αυτή δεν μπορεί να επιβληθεί (λχ ανικανότητα προς καταλογισμό). Σε αυτή την κατηγορία ανήκει η απέλαση των αλλοδαπών στους οποίους έχει επιβληθεί το μέτρο του άρθρου 69 ΠΚ κατά την πρόβλεψη του άρθρου 74 παρ.2 ΠΚ. Κατά το γράμμα της διάταξης αναφέρεται ρητώς πως “η απέλαση μπορεί να διαταχθεί, σε αντικατάσταση αυτών των μέτρων”. Δεύτερον, επιβάλλονται σε συμπλήρωση της ποινής, εκεί δηλαδή όπου η ποινή δεν είναι αρκετή για να επιτελέσει την προληπτική της λειτουργία.²³ Σε αυτή την κατηγορία μπορεί να ενταχθεί η απέλαση του άρθρου 74 παρ.1 του ΠΚ ή η απέλαση στον κώδικα Κώδικα Νόμου για τα ναρκωτικά κατά το άρθρο 32 παρ.2 (ν.3459/2006).

Ακριβώς επειδή τα μέτρα ασφαλείας δεν υπάγονται εννοιολογικά στις ποινές, θεωρείται ότι οι αυξημένης τυπικής ισχύος εγγυήσεις συνταγματικού και διεθνούς χαρακτήρα που παρακωλύουν την αυθαίρετη επιβολή ποινών και προαναφέρθηκαν, δεν ισχύουν για τα μέτρα ασφαλείας. Η νομοθετική αυτή επιλογή καταδεικνύει τις συνέπειες του ορισμού της απέλασης του αλλοδαπού ως μέτρου ασφαλείας και μάλιστα ακόμη περισσότερο, αν αναλογιστεί κανείς ότι ο ίδιος ο νομοθέτης στο άρθρο 4 ΠΚ ρητώς εξαιρεί τα μέτρα ασφαλείας από τον κανόνα εφαρμογής του επεικέστερου νόμου που καθιερώνει το άρθρο 2 ΠΚ.

β) Η πρακτική σημασία νομικού χαρακτηρισμού της δικαστικής απέλασης

Η επεξηγηματική έκθεση του άρθρου 1 του 7ου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ προβλέπει ότι ο όρος απέλαση περιλαμβάνει κάθε μορφή ακούσιας μεταφοράς ενός ατόμου από την επικράτεια εκτός από την έκδοση, δηλαδή την απομάκρυνση από το έδαφος από το οποίο διαμένει νόμιμα. Κατά τη διάταξη αυτή, η απέλαση αποτελεί αυτόνομη, ανεξάρτητη από κάθε ορισμό που εμπεριέχεται στην εσωτερική νομοθεσία, όπως έχει δεχτεί το ΕΔΔΑ στην υπόθεση Nolan κατά Ρωσίας.²⁴ Επειδή προϋποθέτει νομιμότητα, δεν ισχύει για την επαναπροώθηση αλλοδαπών που έχουν εισέλθει παράτυπα στο έδαφος μιας χώρας, εκτός εάν στη συνέχεια νομιμοποιήθηκαν.

²²Χαραλαμπάκης Α.Ι., Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου, 2003, σελ. 434

²³Χαραλαμπάκης Α.Ι., Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου, 2003, σελ. 435

²⁴ΕΔΔΑ Nolan κατά Ρωσίας, 12/2/2009, παρ.112 Βλ. Κριστάκης Γ., Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013, σελ.79, 80. Διαδικτυακά <https://rm.coe.int>

Κατά παρόμοιο τρόπο, ήδη η Έκθεση επί του Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως Εγκαταστάσεως (1955) δίδει, ανεξάρτητα από τους ορισμούς των εννόμων τάξεων, την έννοια της απέλασης ως έννοια γένους με αυτόνομο περιεχόμενο, που περιλαμβάνει κάθε μέτρο απομάκρυνσης από τη χώρα. Ωστόσο, δεν περιλαμβάνει την έκδοση και δεν εφαρμόζεται στην επαναπροώθηση αλλοδαπού που εισήλθε παράνομα εκτός κι αν εκ των υστέρων επήλθε νομιμότητα στην παραμονή του.²⁵

Η πρακτική σημασία του νομικού ορισμού της απέλασης ως κύρωσης του ποινικού δικαίου, η απάντηση στο ερώτημα για το αν πρόκειται για ποινή ή για μέτρο ασφαλείας είναι θεμελιώδης, δεδομένου ότι στο δυαδικό σύστημα του Ποινικού Κώδικα άλλες συνέπειες ισχύουν για το ένα μέτρο και άλλες για το άλλο κατά το άρθρο 4 ΠΚ (ας μην λησμονάται άλλωστε, όπως αναλύθηκε, πως εντελώς διαφορετικός είναι ο σκοπός τους). Για να γίνει αυτό πιο κατανοητό, από τη στιγμή που η δικαστική απέλαση χαρακτηριστεί ως μέτρο ασφαλείας και όχι ως ποινή, αποκλείονται αυτομάτως οι ασφαλιστικές δικλείδες των ποινών και οι αντίστοιχες προβλέψεις του νομοθέτη που υποδεικνύουν επιείκεια, όπως η δυνατότητα απονομής χάρης, η αναδρομική εφαρμογή ευμενέστερη διάταξης από το σημείο της τέλεσης της πράξης, η αρχή non reformatio in peius του άρθρου 470 ΚΠΔ.

Οι συνέπειες είναι ακόμη περισσότερες και μπορεί να αποδειχτούν ιδιαίτερα καθοριστικές για τους αποδέκτες τους γιατί τα μέτρα ασφαλείας έχουν αόριστη διάρκεια σε αντίθεση με τις ποινές που κατά τη συστηματική διάταξη του Ποινικού Κώδικα είναι πάντοτε ορισμένες. Σε αντίθεση με τις υπόλοιπες συνέπειες, το ότι η απόφαση για την επιβολή των μέτρων ασφαλείας θεωρείται αθωωτική και δεν προσβάλλεται με έφεση δεν αφορά την απέλαση η οποία πάντοτε επιβάλλεται ως συνέπεια τέλεσης αξιόποινης πράξης.

Η αναγκαιότητα να διαλευκανθεί η νομική φύση της απέλασης του ποινικού δικαίου είναι δεδομένη για την ειδικότερη ερμηνευτική προσέγγιση της εν λόγω κύρωσης και για την κατάφαση ή μη βασικών αρχών του ποινικού δικαίου. Η ελληνική θεωρία, παρόλο που δεν έχει εστιάσει ιδιαίτερα στη μελέτη του νομικού χαρακτήρα της απέλασης δέχεται κατά κόρον τον νομικό χαρακτηρισμό της κύρωσης του άρθρου 74 του Ποινικού Κώδικα ως μέτρο ασφαλείας και του Νόμου περί Ναρκωτικών (άρθρο 35 παρ. 2 3459/2006 το οποίο καταργήθηκε με το ν.139/2013) ως παρεπόμενη ποινή.

Η απέλαση του αλλοδαπού εντάσσεται στα προφυλακτικά με τη στενή έννοια του όρου μέτρα ασφαλείας, τα οποία αποβλέπουν στην εξουδετέρωση της εστίας κινδύνων, που δημιουργεί για την κοινωνία η παρουσία κάποιων προσώπων και η δραστηριοποίησή τους σε αυτήν²⁶.

²⁵ Βλ. Βρέλλης Σπ., Απέλαση και Ανθρώπινα Δικαιώματα κατά τη Νομολογία του ΕΔΔΑ, σε Αλλοδαποί και Ανθρώπινα Δικαιώματα, Επιμέλεια Βούλγαρης Ι., 2009, σελ. 29 επ.

²⁶ Κωστάρας Α.Π., Έννοιες και Θεσμοί του Ποινικού Δικαίου, 2008, σελ.210

Αντίστοιχα, δεν υπάρχουν αξιοσημείωτες αναφορές ούτε στα πρακτικά των επιτροπών σύνταξης του ΠΚ για το ζήτημα, πράγμα που καταδεικνύει ότι ως προβληματική δεν κίνησε το ενδιαφέρον της νομικής θεωρίας. Η μειωμένη ενασχόληση με το παρόν ζήτημα αποδίδεται αφενός στην μέχρι το 1990 σπάνια εφαρμογή του άρθρου 74 ΠΚ, δεδομένου ότι προηγουμένως η Ελλάδα δεν υπήρξε δημοφιλής χώρος υποδοχής μεταναστών, έως ότου τα δεδομένα να γίνουν διαμετρικά αντίθετα με την απότομη διέλευση ρεύματος μεταναστών.

Αφετέρου, οφείλεται στο ότι η τουλάχιστον στο μεγαλύτερο ποσοστό ενθάρρυνση και επικρότηση του ομοιόμορφου δυαδικού συστήματος που υιοθέτησε ο ΠΚ (και ποινές και μέτρα ασφαλείας) σε συνδυασμό με τις θετικές αναφορές για την εκπλήρωση της δικαιοπολιτικής σκοποθεσίας που συνδέονται με την επιλογή αυτή του νομοθέτη δεν συνέβαλαν στη δημιουργία πρόσφορου εδάφους για την διατύπωση αμφισβητήσεων και κριτικής προσέγγισης και περιόριζαν το ενδεχόμενο ευθείας αντιπαράθεσης του ερμηνευτή με τη θέση του νομοθέτη αναφορικά με την δικαιοπολιτική ορθότητα του νομικού χαρακτήρα των κυρώσεων. Η ελληνική νομολογία στράφηκε και αυτή, ακολουθώντας την πεπατημένη, στην αντιμετώπιση της ποινής ως μέτρου ασφαλείας και αυτό προκύπτει έμμεσα από το ότι απέκλεισε τη δυνατότητα απονομής χάρης²⁷ που ισχύει για τις ποινές αλλά και την αναδρομική εφαρμογή ευμενέστερης διάταξης²⁸ για τη δικαστική απέλαση. Άλλωστε είναι δύσκολο να στηριχθεί κανείς σε επιχειρήματα για να αποδείξει λογικά πως ένα μέτρο ασφαλείας είναι στην ουσία μια συγκαλυμμένη ποινή.

Πρώτος στην ελληνική επιστημονική θεωρία, ο Μανωλεδάκης²⁹ αμφισβήτησε με ανάπτυξη συγκροτημένων επιχειρημάτων τον χαρακτήρα της απέλασης ως μέτρου ασφαλείας. Πρώτον συνέδεσε τα μέτρα ασφαλείας κυρίως με ιατρικές θεραπευτικές μεθόδους, κάτι που δεν συμβαίνει στην απέλαση και δεύτερον η καθαρά “εξασφαλιστική” εκδοχή των μέτρων ασφαλείας υποδεικνύει ότι δεν περιέχουν το στοιχείο της μομφής κατά εκείνου στον οποίο επιβάλλονται. Εξ αντιδιαστολής, η δικαστική απέλαση ενέχει το στοιχείο της μομφής, γι' αυτό δεν συνάδει με την εννοιολογική προσέγγιση του μέτρου ασφαλείας. Γι' αυτούς τους λόγους, χαρακτήρισε την απέλαση ως παρεπόμενη ποινή με έντονο όμως ειδικοπρωληπτικό χαρακτήρα στην περίπτωση της παραγράφου 1 του άρθρου 74. Προς την ίδια κατεύθυνση με τον Μανωλεδάκη τάσσεται και ο Μαργαρίτης³⁰, με το επιπλέον επιχείρημα ότι αν η δικαστική απέλαση συνιστά μέτρο ασφαλείας, αυτό αυτομάτως συνεπάγεται το ανορθόδοξο αποτέλεσμα

²⁷ ΓνμδΑΠ3/1986, Ποιν Χρ., 1986, σελ.536

²⁸ ΑΠ 1050/1988, ΝοΒ 1988, σελ. 1480

²⁹ Χατζηγιάννου Ν.Δ., Η απέλαση αλλοδαπού ως κύρωση του ποινικού δικαίου, Διδακτορική Διατριβή, ΑΠΘ, 2006, σελ.72 επ. περί της διατυπωθείσας κριτικής στον χαρακτηρισμό της απέλασης ως μέτρου ασφαλείας. Μανωλεδάκης Ι., Γενική Θεωρία του Ποινικού Δικαίου, 2006, σελ.227

³⁰ Μαργαρίτης Α., Ποινική Δικονομία, Ένδικα Μέσα, 2005, σελ. 400

πως δεν ισχύει γι' αυτήν η αρχή της μη χειροτέρευσης της θέσης του κατηγορουμένου (non reformatio in peius) που προβλέπει το άρθρο 470 εδ.β' ΚΠΔ, πράγμα που δεν θα έπρεπε να συμβαίνει για το μέτρο της απέλασης που υποκρίπτει επάχθεια.

Μέχρι σήμερα πάντως η ελληνική νομολογία του ΑΠ θεωρεί τη δικαστική απέλαση του άρθρου 74 ΠΚ ως μέτρο ασφαλείας.³¹ Συγκεκριμένα, έχει χαρακτηρήσει την απέλαση του άρθρου 74 ΠΚ ως δυνητικό μέτρο ασφαλείας που πρέπει ειδικώς και εμπειριστατωμένως να αιτιολογείται³² και την έχει αντιδιαστείλει σε σχέση με την απέλαση ως υποχρεωτική παρεπόμενη ποινή του άρθρου 17 του τότε ισχύοντος ν.1729/1987 που πλέον αντικαταστάθηκε με το ν.4139/2013. Από την αιτιολογία του δικαστηρίου πρέπει να προκύπτει ο διαχωρισμός και για ποια ακριβώς νομική βάση της απέλασης γίνεται λόγος, διαφορετικά στοιχειοθετείται έλλειψη ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας που εξειδικεύεται σε εκ πλαγίου παράβαση ουσιαστικής ποινικής διάταξης, αλλιώς έλλειψη νομίμου βάσεως κατά το άρθρο 510 παρ. 1 περ. δ' ΚΠΔ.

Επιβάλλεται να υπομνησθεί ο εξασφαλιστικός χαρακτήρας του ποινικού δικαίου που καλείται να προστατέψει το άτομο από ένα ολόκληρο σύστημα, διακυβεύεται εκ πλαγίου αν κυρώσεις που έχουν τον χαρακτήρα ποινών, τυπικά ονομάζονται ποινές, ώστε η νομική τους αντιμετώπιση να εκφεύγει του εξασφαλιστικού χαρακτήρα.

Η απέλαση δεν συνάδει με την έννοια του μέτρου ασφαλείας γιατί, όπως υποδηλώνει και ο τίτλος του, έχει εξασφαλιστικό και όχι κολαστικό χαρακτήρα. Αυτό σημαίνει ότι κατά βάση δεν έχει την έννοια του κακού ούτε αποτελεί μέσο έκφρασης αποδοκιμασίας προς το πρόσωπο του δράστη.³³ Η απέλαση ωστόσο έχει αρνητικό χαρακτήρα γιατί προκαλεί επαχθές μέτρο που ανατρέπει την εργασιακή, οικογενειακή και κοινωνική πραγματικότητα του δράστη φέρνοντάς τον αντιμέτωπο με μια κατάσταση “εξορίας”.

Επίσης η ποινή είναι προανατολισμένη τόσο στη γενική όσο και στη γενική πρόληψη ενώ το μέτρο ασφαλείας εντοπίζει την δικαιοπολιτική του σκοπιμότητα μόνο στην ειδικοπροληπτική λειτουργία. Ωστόσο, η απέλαση δεν φαίνεται να έχει ειδικοπροληπτική λειτουργία, ειδικά με τον προϊσχύοντα νόμο που προέβλεπε τον ισόβιο χαρακτήρα της αλλά και με τον ισχύοντα νόμο που προβλέπει τη δυνατότητα της ισοβιότητας.

2. Νομοθετικό πλαίσιο επιβολής της δικαστικής απέλασης στην ελληνική έννομη τάξη

Κατά το νέο άρθρο 74 παρ.1 του ΠΚ που τροποποιήθηκε με τον ν.4322/2015, με την επιφύλαξη

³¹ ΑΠ 2117/2008, ΠοινΔικ 3/2009, σελ.280 επ.

³² ΑΠ 1550/2009, Δημοσιευμένη σε www.areiospagos.gr

³³ Κωστώρας Α.Π., Έννοιες και Θεσμοί του Ποινικού Δικαίου, 2008, σελ.193 επ.

των σχετικών διατάξεων που περιλαμβάνονται σε διεθνείς συμβάσεις που έχουν κυρωθεί από τη χώρα, το δικαστήριο μπορεί να διατάξει την απέλαση αλλοδαπού που καταδικάστηκε σε κάθειρξη, εάν κρίνει ότι η παραμονή του στη χώρα δεν συμβιβάζεται προς τους όρους της κοινωνικής συμβίωσης, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως το είδος του εγκλήματος για το οποίο καταδικάστηκε, το βαθμό της υπαιτιότητάς του, τις ειδικές συνθήκες τέλεσης της πράξης, τις συνέπειες αυτής, το χρόνο παραμονής του στο ελληνικό έδαφος, τη νομιμότητα ή μη της παραμονής του, την εν γένει συμπεριφορά, τον επαγγελματικό προσανατολισμό, την ύπαρξη οικογένειας και γενικότερα το βαθμό ένταξης αυτού στην ελληνική κοινωνία.

Τα επιμέρους στοιχεία που χρήζουν σταθμίσεως από τον δικαστή επικεντρώνονται σε δύο βασικούς άξονες, σε δύο πόλους: αφενός το πρόσωπο και αφετέρου το έγκλημα. Ας μην λησμονάται άλλωστε ότι αυτή είναι η βασική προβληματική στην εξειδίκευση των ποινών. Τα στοιχεία αυτά εξειδικεύουν την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή της απαγόρευσης του υπέρμετρου και του προσήκοντος βαθμού υπονοιών και ισχύος των ενδείξεων³⁴. Το ότι η διαταχθείσα απέλαση πρέπει είναι κύρωση ανάλογη σε σχέση με τα πραγματικά ζητήματα της κάθε περίπτωσης και κυρίως σε σχέση με την παράβαση που έχει τελεστεί (αρχή της *stricto sensu* αναλογικότητας), αλλά και το βαθμό πλήγματος στην οικογενειακή ζωή του καταδικασμένου απελαθέντα (αρχή της απαγόρευσης του υπέρμετρου) μνημονεύεται στη νομολογία του ΑΠ.³⁵

Καίριο κριτήριο για την επιβολή απέλασης από τον δικαστή, ως άμεσης συνέπειας ποινικής κύρωσης, πέρα από τη βαρύτητα του εγκλήματος, συνιστά ο εναρμονισμός του καταδικασμένου με τους όρους κοινωνικής συμβίωσης και τις βασικές επιταγές της ελληνικής έννομης τάξης. Στην απόφαση 1117/2009 του ΑΠ³⁶ κρίθηκε ότι από τη διάταξη του άρθρου 74 παρ.1 ΠΚ προκύπτει ότι ο καταδικασθείς αλλοδαπός που βρίσκεται παράνομος στο ελληνικό έδαφος υπόκειται σε απέλαση, η οποία ως μέτρο ασφαλείας αποτελεί άμεση συνέπεια της τέλεσης εγκλήματος, έστω και σε βαθμό πλημμελήματος, διότι από την *ad hoc* στάθμιση των καταστάσεων συνήχθη το συμπέρασμα ότι η παραμονή του εντός των ορίων της ελληνικής επικράτειας δεν συμβιβάζεται με τους όρους της κοινωνικής συμβίωσης. Περαιτέρω, διετάχθη από το δικαστήριο η απέλαση του καταδικασμένου από τη χώρα μετά την έκτιση της ποινής του, ύστερα από ειδική και εμπειρισταωμένη αιτιολογία. Συγκεκριμένα, προέκυψε αναντίρρητα ότι

³⁴ *Καρράς Α.*, Επίτομη Ερμηνεία Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, 2007, Εισαγωγή, σελ.32 επ. σχετικά με τις θεμελιώδεις αρχές της ποινικής δίκης, μέσα στις οποίες και η αρχή της αναλογικότητας. Βλ. και *Δαλακούρας Θ.*, Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, 1993, σελ. 201 επ. σχετικά με τη συσχέτιση της επαπειλούμενης ποινικής κύρωσης με το δημόσιο συμφέρον. Η συσχέτιση αυτή όσον αφορά την κύρια ποινή θα μπορούσε να φενεί ιδιαίτερα χρήσιμη στη συλλογιστική περί επιβολής ή όχι της απέλασης.

³⁵ ΑΠ 2117/2008, ΠοινΔικ 3/2009, σελ.280 επ.

³⁶ ΑΠ 1118/2009, Ποιν Δικ 2/2010, σελ. 261

συνέτρεχαν στο πρόσωπό του όλες οι αναγκαίες προϋποθέσεις για την απέλασή του, όπως η ιδιότητά του ως αλλοδαπού και η επικινδυνότητα αυτού για τη δημόσια τάξη, η οποία συνάγεται από τις παραδοχές και των τριών επιβαρυντικών περιστάσεων, οι οποίες αυτοτελώς θεμελιώνουν την κακουργματική μορφή του εγκλήματος της κλοπής και δη της από κοινού με άλλους, οι οποίοι είχαν ενωθεί για να διαπράττουν κλοπές με κοινό δόλο. Επιπλέον, η επανειλημμένη διάρρηξη σωρείας σταθμισμένων αυτοκινήτων, και της αφαίρεσης από την κατοχή των ιδιοκτητών τους, μεγάλου αριθμού κινητών πραγμάτων προς πορισμό εισοδήματος συνιστούν στοιχεία που υποδεικνύουν τη ροπή για την τέλεση των εγκλημάτων αυτών ως στοιχείων της προσωπικότητάς του.

Ο νομοθέτης μέσω της διατύπωσης του άρθρου 74 παρ.1 θέλησε να εξειδικεύσει τρόπον τινά τις πραγματικές συνθήκες της περίπτωσης, αναφέροντας ενδεικτικά ποια κριτήρια λαμβάνονται υπόψη ενδεικτικά για την επιβολή της απέλασης. Υπό το πρίσμα των αλλαγών που έγιναν στο εν λόγω άρθρο παρατηρείται πως ο νομοθέτης επέλεξε να απαριθμήσει τις περιπτώσεις που πρέπει να σταθμιστούν *ad hoc* και *in concreto* ώστε να προκύψει η εκάστοτε έννομη συνέπεια. Η προηγούμενη αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 74 παρ. 1 εδ. α. που ίσχυε μετά τον ν.3090/2002 προέβλεπε ότι “Το δικαστήριο μπορεί να διατάξει την απέλαση αλλοδαπού που καταδικάστηκε σε κάθειρξη ή φυλάκιση με την επιφύλαξη των σχετικών διατάξεων που περιλαμβάνονται σε Διεθνείς Συμβάσεις που έχουν κυρωθεί από τη χώρα.” Πρώτον, από τη γραμματική ερμηνεία της προυπάρχουσας διάταξης παρατηρεί κανείς πως μέσα από τη διακριτική ευχέρεια που δίδεται στον δικαστή να διατάξει ή όχι την απέλαση συνάγεται πως είναι στην ουσία αυτονόητη η αξιολόγηση των διαφορετικών κάθε φορά πραγματικών περιστατικών. Δεύτερον, πριν την λεπτομερή απαρίθμηση των στοιχείων που εξειδικεύουν την αρχή της αναλογικότητας στο νομοθετικό εγχειρήματα του 2015, η αναγκαιότητα της στάθμισης και εξειδίκευσης της προσωπικής κατάστασης του προσώπου και της “συστατικής φύσης” του εγκλήματος είχε γίνει δεκτό και από τη ρητή διατύπωση της νομολογίας του ΑΠ.³⁷

Κατά το άρθρο 74 ΠΚ λαμβάνεται ειδική μέριμνα για το ευαίσθητο θέμα των ανηλίκων και την αντίστοιχη ιδιάζουσα ποινική αντιμετώπιση, όπως κρίνεται άλλωστε και από τη συστηματική ερμηνεία των ειδικών διατάξεων που αφορούν τους ανηλίκους. Κατά τα δύο τελευταία εδάφια της παρ. του άρθρου 74, αν ο αλλοδαπός κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης ήταν ανήλικος, (κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης) κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης, λαμβάνεται υπόψη και η τυχόν νόμιμη εγκατάσταση και παραμονή της οικογένειάς του στη χώρα ή στην περίπτωση που η οικογένεια του διαμένει στην αλλοδαπή, ο υφιστάμενος στη χώρα προορισμού σοβαρός

³⁷ΑΠ 1161/2006, ΕλλΔνη 2006, σελ. 1540 επ.. Ο αλλοδαπός που καταδικάστηκε και βρίσκεται παράνομα στο ελληνικό έδαφος, υπόκειται σε απέλαση, εφόσον το δικαστήριο κρίνει κατά την ελεύθερη αλλά και συνάμα αιτιολογημένη κρίση του

κίνδυνος κατά της ζωής, της σωματικής ακεραιότητας ή της προσωπικής ή γενετικής ελευθερίας του. Θα μπορούσε να πει κανείς πως η ειδική πρόβλεψη εναρμονίζεται στις διατυπώσεις του άρθρου 21 του Συντάγματος που προστατεύει την παιδική ηλικία και την οικογένεια χωρίς να κάνει διαχωρισμούς με κριτήριο την ιθαγένεια.

Κατά το άρθρο 3 παρ. 1 περ. α' της Οδηγίας 2001/40 του Συμβουλίου της Ευρώπης, η απομάκρυνση αλλοδαπού υπηκόου τρίτης χώρας πρέπει υποχρεωτικά να στηρίζεται στο ότι αυτός αποτελεί “σοβαρή και παρούσα απειλή κατά της δημόσιας τάξης ή της εθνικής ασφάλειας”. Ως προϋποθέσεις για τη λήψη της απόφασης αυτής αναφέρονται η καταδίκη για ένα έγκλημα που επισύρει ποινή τουλάχιστον ενός έτους, η σοβαρή πιθανολόγηση ότι ο αλλοδαπός έχει τελέσει σοβαρές αξιόποινες πράξεις και η ύπαρξη πραγματικών ενδείξεων ότι προτίθεται να διαπράξει τέτοιες πράξεις στο μέλλον.

Ειδικότερα, για τους υπηκόους τρίτων χωρών που διαμένουν σε μια χώρα για μεγάλο χρονικό διάστημα, το άρθρο 12 της Οδηγίας 2003/109/ΕΚ του Συμβουλίου της Ευρώπης ορίζει ότι η απέλαση επιτρέπεται αποκλειστικά όταν ο αλλοδαπός συνιστά ενεστώσα και σοβαρή απειλή κατά της δημόσιας τάξης ή της δημόσιας ασφάλειας.³⁸

Η ιδιότητα του αλλοδαπού ως ομογενούς δεν αποκλείει τη δυνατότητα της σε βάρος του επιβολής της απέλασης. Ωστόσο, το ευρύτερο νομοθετικό πλαίσιο για τους ομογενείς, είναι δυνατόν να ασκήσει επιρροή στη σχετική επιμεριστική κρίση του δικαστή. Το άρθρο 108 παρ.1 του Συντάγματος ορίζει ότι το κράτος μεριμνά για τη ζωή του απόδημου ελληνισμού και τη διατήρηση των δεσμών του με τη μητέρα Πατρίδα. Η διάταξη αυτή είναι επαρκής και θεμελιώδης βάση για να υποστηριχθεί πως η ευνοϊκή μεταχείριση των ομογενών αλλοδαπών όχι μόνο είναι επιτρεπτή, χωρίς να επιφέρει ανεπίτρεπτη ανισότητα σε σχέση με τους άλλους αλλοδαπούς, αλλά είναι και επιβεβλημένη από τον συνταγματικό νομοθέτη.³⁹

Πρόβλημα δημιουργεί το ότι στην ελληνική έννομη τάξη δεν υφίσταται ένας σαφής ορισμός και οριοθέτηση της έννοιας του ομογενούς, με αποτέλεσμα η διερεύνηση του όρου να γίνεται από τη νομολογία και τη νομική επιστήμη. Ο ομογενής, ομοεθνής ή ο Έλληνας το γένος στη νομική θεωρία είναι ο αλλοδαπός που συνδέεται με το ελληνικό έθνος με κοινή συνήθως γλώσσα και θρησκεία, με κοινές παραδόσεις και με ελληνική εθνική συνείδηση. Κοινή εθνική συνείδηση υπάρχει όταν ομάδα ανθρώπων έχει κοινά σημεία που αναφέρονται στο παρελθόν (ιστορία, πολιτισμός, παραδόσεις), στο παρόν (γλώσσα, θρησκεία) ή στο μέλλον (ιδανικά και αποφάσεις για κοινά πεπρωμένα). Επομένως η ομογενειακή ιδιότητα είναι ένας συνδυασμός φυλετικής καταγωγής και εθνικής συνείδησης και βαρύνουσα σημασία, κατά την τάση της θεωρίας, έχει το κριτήριο της εθνικής συνείδησης, το οποίο έγκειται στην επιλογή του ατόμου να αφομοιωθεί

³⁸ Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ 106

³⁹ Χατζηγιάννου Ν.Δ., Η απέλαση ως κύρωση του ποινικού δικαίου, 2008 σελ. 281 επ.

από τον ελληνισμό. Σαφέστερα, έχει διατυπωθεί από Εγκύκλιο του Υπουργείου Εσωτερικών⁴⁰ “Ούτω η διάκρισις μεταξύ ομογενούς και αλλογενούς δεν θεμελιούται κυρίως επί της φυλετικής καταγωγής του προσώπου (εθνικότητας, θρησκείας, γλώσσης). Η φυλετική καταγωγή ή η εθνική προέλευσις του προσώπου δεν προσδιορίζει αυτή και μόνη την έννοια του ομογενούς ή αλλογενούς, αλλά αποτελεί επίκουρον στοιχείον προς συνεκτήμισιν εν τη όλη συγκεκριμένει κρίσει περί του χαρακτηρισμού του προσώπου ως ομογενούς ή αλλογενούς, η οποία κρίσις κατά κύριον λόγον θεμελιούται επί της εθνικής αυτού συνειδήσεως”.

Το ορθότερο είναι να ενταχθεί η ειδική κατάσταση του ομογενούς στα κριτήρια του άρθρου 74 παρ.1 ΠΚ με ιδιαίτερη έμφαση στο βαθμό ένταξης αυτού στην ελληνική κοινωνία και φυσικά στην αξιολόγηση του εν λόγω κριτηρίου στην ειδική αυτή περίπτωση. Ως προς το ζήτημα της απέλασης έλληνα ομογενούς, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου έχει τοποθετηθεί στην περίπτωση Κολονja κατά Ελλάδος, όπως θα αναφερθεί παρακάτω.

3. Συνέπειες και εκτέλεση

Η απέλαση συνεπάγεται ως αναπόφευκτη συνέπεια τη διακοπή του δεσμού του αλλοδαπού με τη χώρα, την αναγραφή του ονόματός του στον Εθνικό Κατάλογο Ανεπιθύμητων Αλλοδαπών και την απαγόρευση επιστροφής είτε για δέκα χρόνια είτε επ' αόριστον (άρθρο 74 παρ.3 εδ α'). Κατ' εξαίρεση, οι αλλοδαποί στους οποίους επιβλήθηκε δικαστική απέλαση, μπορούν να επιστρέψουν στη χώρα υπό ορισμένες προϋποθέσεις. Κατά το ισχύον άρθρο 74 παρ.3 εδ β' ΠΚ που αναφέρεται στη διαταχθείσα απέλαση μετά την έκτιση της ποινής, το Συμβούλιο Πλημμελειοδικών του τόπου του δικαστηρίου που επέβαλε την απέλαση, μετά από γνώμη της αρμόδιας αστυνομικής αρχής, μπορεί να επιτρέψει την επιστροφή του αλλοδαπού στη χώρα ύστερα από αίτησή του, αφού περάσει μια τριετία από την εκτέλεση της απέλασης, με την επιφύλαξη των διατάξεων του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Αντιθέτως, με την προϊσχύουσα διάταξη του άρθρου 74 παρ. 1 προβλεπόταν η τριετία με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης και όχι με δικαστική απόφαση. Η μεταστροφή του νομοθέτη μπορεί να θεωρηθεί δικαιολογικά ορθή, διότι η απέλαση είτε ως ποινή είτε ως μέτρο ασφαλείας ανήκει στον αποκλειστικό έλεγχο της δικαστικής εξουσίας, η οποία είναι ανεξάρτητη κατά τα άρθρα 87 επ. Σ. Ακόμη και τα μετρα ασφαλείας πρέπει να ανατίθενται στον ποινικό δικαστή διότι σκοπεύουν στην προστασία των ιδίων αξιών που σκοπεύει η ποινή και έχουν ανάγκη, κατά την επιβολή τους, των εγγυήσεων που προσφέρει η ποινική δικαιοσύνη.⁴¹

Η αποφασιστική αρμοδιότητα του Υπουργού Δικαιοσύνης διατηρείται στο άρθρο 99 παρ.3 ΠΚ,

⁴⁰Γραμμένος Σ., Το Δίκαιο της Ελληνικής Ιθαγένειας, 2005, σελ.228

⁴¹Χαραλαμπίκης Α.Ι., Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου, 2003, σελ..434 επ.

όπου η απέλαση μπορεί να ζητηθεί όταν περάσει πενταετία, εφόσον η απέλαση έχει εκτελεστεί άμεσα, χωρίς ο αλλοδαπός να έχει υποστεί στέρηση της ελευθερίας του, μετά την αναστολή έκτισης της ποινής.

Επομένως υφίστανται δύο περιπτώσεις εξαιρέσεων από τον κανόνα του άρθρου 74 παρ.3 εδ α' που εισάγουν μικρότερη χρονική δέσμευση στο διάστημα της απομάκρυνσης. Και οι δύο εξαιρέσεις συνιστούν κανόνες σε περαιτέρω εξαιρέσεις, αφενός σε περίπτωση γάμου με Έλληνα υπήκοο και αφετέρου σε παλιννοστούντες ελληνικής καταγωγής.

Τι συμβάνει όμως όταν ο αλλοδαπός που έχει απελαθεί δεν συμμορφώνεται και επιστρέφει παράνομα στη χώρα; Στο άρθρο 83 παρ.1 του ν.3386/2005, όπως διατηρήθηκε και με τον νέο νόμο 4251/2014 ορίζεται ότι η επιστροφή του αλλοδαπού στη χώρα χωρίς προηγούμενη άδεια αποτελεί ποινικό αδίκημα. Ωστόσο με την διάταξη του άρθρου 99 παρ.4, που υπερισχύει ως ειδικότερη, ορίζεται ότι όταν η απέλαση έχει εκτελεσθεί άμεσα μετά την αναστολή έκτισης της ποινής, η παράνομη είσοδος στη χώρα αντιμετωπίζεται με αυξημένη ποινή σε σχέση με το ν. 4251/2014 που απαιτεί ποινή φυλάκισης τουλάχιστον τριών μηνών και χρηματική ποινή τουλάχιστον 1.500 ευρώ. Συγκεκριμένα, κατά τη διάταξη του άρθρου 99 παρ.4 ΠΚ, ο αλλοδαπός που εισέρχεται ή επιχειρεί να εισέλθει παράνομα στη χώρα, τιμωρείται με ποινή φυλακίσεως τουλάχιστο δύο ετών, η οποία δεν αναστέλλεται με κανέναν τρόπο και εκτελείται αθροιστικώς με την ανασταλείσα ποινή.

Στη νομική θεωρία αναφέρεται ως παράδειγμα το εξής⁴²: Έστω ότι ο αλλοδαπός Α έχει τελέσει έγκλημα κλοπής κατά το άρθρο 372 ΠΚ και καταδικάζεται γι' αυτό σε ποινή φυλάκισης 1 έτους και απέλαση από τη χώρα. Το δικαστήριο εφαρμόζοντας το άρθρο 99 παρ.3 ΠΚ αναστέλλει την έκτισης της ποινής και διατάσσει απευθείας την απέλασή του. Κατόπιν τούτου ο Α κρατείται στη φυλακή για διάστημα 3 μηνών (αφού πλέον, όπως έχει προειπωθεί, προβλέπεται maximum χρονικού διαστήματος κράτησης το εξάμηνο) κα ύστερα απελαύνεται. Ύστερα από λίγους μήνες συλλαμβάνεται εκ νέου προσπαθώντας να εισέλθει παράνομα στη χώρα. Κατ' αρχή πληροί την αντικειμενική υπόσταση του άρθρου 83 παρ.1 του ν.3386/2005, όπως διατηρήθηκε, το οποίο προβλέπει την αποχή από ποινική δίωξη σε συνδυασμό με την επαναπροώθηση του αλλοδαπού. Ωστόσο η ειδικότερη διάταξη του άρθρου 99 παρ.4 ΠΚ επιτάσσει διαφορετική νομική μεταχείριση. Ο αλλοδαπός θα δικασθεί κανονικά για την παράνομη εισοδό του στη χώρα και θα του επιβληθεί ποινή φυλακίσεως τουλάχιστο δύο ετών, η οποία δεν αναστέλλεται με κανέναν τρόπο και εκτελείται ολόκληρη και αθροιστικώς με την ανασταλείσα ποινή. Η ποινή για το αδίκημα της κλοπής του άρθρου 372 ΠΚ θα εκτιθεί αρχικά και ύστερα θα ξεκινήσει η έκτιση της

⁴²Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ.111. Αναφέρεται στο προϊσχύον άρθρο 99 παρ. 2, με παρόμοια συλλογιστική. Το χρονικό πλαίσιο της επαπειλούμενης ποινής προσαρμόζεται στα δεδομένα της σημερινής διάταξης.

ποινής της παράνομης εισόδου ή της αντίστοιχης απόπειρας, ανάλογα με τα πραγματικά περιστατικά.

Όσον αφορά την παρά το νόμο επιστροφή του αλλοδαπού στη χώρα, με Εγκύκλιο του Εισαγγελέα του ΑΠ⁴³, έχει διατυπωθεί πως η επιβληθείσα απέλαση συνεπάγεται την υποχρέωση του αλλοδαπού να εγκαταλείψει τη χώρα και την απαγόρευση εισόδου σ' αυτήν. Σε ουδεμία περίπτωση μπορεί ο απελαθείς σε εκτέλεση δικαστικής απόφασης να επανέλθει στη χώρα προ της παράδοσης του απαιτούμενου χρονικού διαστήματος αν η απέλαση δεν έχει ισόωιο χαρακτήρα. Αν ο απελαθείς αλλοδαπός επανέλθει στη χώρα αυτοβούλως και παρανόμως τιμωρείται σύμφωνα με το άρθρο 182 του ΠΚ. Βάσει των ανωτέρω, η δικαστική απόφαση που διατάσσει απέλαση αλλοδαπού εξα-ολουθεί να ισχύει και μετά την σε εκτέλεση αυτής απέλαση. Αν δε ο απελαθείς αλλοδαπός επανέλθει στη χώρα παρανόμως, απελαύνεται και πάλι σε εκτέλεση της ίδιας δικαστικής απόφασης.

Η απέλαση, είτε επιβάλλεται ως μέτρο ασφαλείας με βάση του άρθρο 74 είτε ως παρεπόμενη ποινή με βάση επιμέρους ρυθμίσεις ειδικών νόμων, εκτελείται αμέσως μετά την έκδοση της ποινής ή μετά από την υφ' υπό όρους απόλυση. Το δικαστήριο μπορεί, επίσης, να διατάξει την απέλαση από τη χώρα κάθε αλλοδαπού στον οποίο επιβλήθηκε μέτρο ασφαλείας των άρθρων 69, 71 και 72. Σε αυτή την περίπτωση, η απέλαση μπορεί να διαταχθεί σε αντικατάσταση αυτών των μέτρων αν ενδείκνυται περισσότερο ή αν κριθεί περισσότερο τελέσφορη.⁴⁴

Επίσης, στην περίπτωση 4α του παρόντος άρθρου 74 προβλέπεται ότι η απέλαση εκτελείται με ενέργειες των αρμόδιων αστυνομικών αρχών, σύμφωνα με την οικεία νομοθεσία περί αλλοδαπών, καθώς και τους κανόνες του διεθνούς και του ευρωπαϊκού δικαίου. Πέντε μήνες πριν από τη συμπλήρωση του χρόνου για την υφ' όρον απόλυση του κρατούμενου, ο διευθυντής του καταστήματος κράτησης υποχρεούται να ενημερώσει σχετικά τον εισαγγελέα πλημμελειοδικών του τόπου κράτησης, ώστε ο τελευταίος να παραγγείλει αμέσως στην αρμόδια αστυνομική αρχή τη διερεύνηση του εφικτού της απέλασης και την προετοιμασία για την υλοποίησή της. Τουλάχιστον ένα μήνα πριν από τη συμπλήρωση του χρόνου για την υφ' όρον απόλυση, η αρμόδια αστυνομική αρχή αναφέρει, με αιτιολογημένη έκθεσή της, στον εισαγγελέα του τόπου κράτησης εάν η απέλαση είναι εφικτή. Σε περίπτωση που η απέλαση είναι εφικτή, εκτελείται αμέσως μετά την υφ' όρον απόλυση ή την έκδοση της ποινής του κρατούμενου. Με αιτιολογημένη διάταξη του εισαγγελέα πλημμελειοδικών του τόπου κράτησης, η κράτηση

⁴³ Αθανάσιος Ανδρουλάκος, Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου, Εγκύκλιος για τη Δικαστική και Διοικητική Απέλαση, Αθήνα, 20.11.2001, Αριθμ. Γνωμ. 7, Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2001, σελ.65-69

⁴⁴ Βλ. και τις παλαιότερες ρυθμίσεις σε Χατζής Ν., Αλλοδαποί, 2007, σελ.345 επ, Βρέλλης Σπ., Δίκαιο Αλλοδαπών, 2003, σελ. 171 επ., που είναι ιδιαίτερα χρήσιμες για την εξέταση του σκεπτικού του νομοθέτη τα τελευταία χρόνια.

μπορεί να παραταθεί για ένα μήνα μόνο από το χρόνο της υφ' όρον απόλυσης ή έκτισης της ποινής, εφόσον η διαδικασία απέλασης έχει ξεκινήσει και πρόκειται να εκτελεστεί μέσα σε αυτό το χρονικό διάστημα. Μετά την παρέλευση του χρόνου αυτού και εφόσον η απέλαση δεν έχει πραγματοποιηθεί, με διάταξη του εισαγγελέα πλημμελειοδικών του τόπου κράτησης αναστέλλεται υποχρεωτικά η απέλαση του αλλοδαπού, του επιβάλλονται οι όροι που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 100 ή ορισμένοι από αυτούς και ο κρατούμενος απολύεται αμέσως, για να μην προσβληθεί το θεμελιώδες δικαίωμα του στην ελευθερία. . Σε περίπτωση που ο αλλοδαπός παρεμποδίζει την προετοιμασία της απομάκρυνσής του, αρνούμενος να συνεργαστεί με τις αρχές και να αποκαλύψει τα πραγματικά του στοιχεία, ο εισαγγελέας πλημμελειοδικών του τόπου κράτησης μπορεί να παρατείνει την κράτησή του μέχρι και 3 μήνες από το χρόνο της υφ' όρον απόλυσης ή έκτισης της ποινής. Στην περίπτωση αυτή, όπως και στην περίπτωση α', ο αλλοδαπός παραμένει μέχρι την εκτέλεση της απέλασής του σε ειδικό χώρο του καταστήματος κράτησης ή του θεραπευτικού καταστήματος ή σε ειδικό χώρο των αστυνομικών αρχών που δημιουργούνται για το σκοπό αυτόν, με εντολή του εισαγγελέα πλημμελειοδικών του τόπου κράτησης.

Κατά της εισαγγελικής διάταξης που παρατείνει την κράτηση, ο κρατούμενος μπορεί να υποβάλει προσφυγή, για την οποία αποφαινεται αμετάκλητα ο αρμόδιος εισαγγελέας εφετών μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε ημερών. Μετά την παρέλευση του τριμήνου, με διάταξη του εισαγγελέα πλημμελειοδικών του τόπου κράτησης αναστέλλεται υποχρεωτικά η απέλαση του αλλοδαπού, του επιβάλλονται οι όροι που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 100 ή ορισμένοι από αυτούς.

Στη συνέχεια ορίζεται ότι όταν η απέλαση καταστεί εφικτή κατά την αιτιολογημένη γνώμη της αστυνομικής αρχής, η απόφαση αναστολής αυτής ανακαλείται με την ίδια διαδικασία που εκδόθηκε και διατάσσεται η κράτηση του αλλοδαπού για την πραγματοποίηση της απέλασης για χρονικό διάστημα το πολύ δεκαπέντε ημερών. Εάν, σύμφωνα με την αιτιολογημένη έκθεση της αστυνομικής αρχής κατά την περίπτωση α' της παραγράφου 4, η απέλαση δεν είναι εφικτή για οποιονδήποτε λόγο και ιδίως επειδή: ο αλλοδαπός είναι ανιθαγενής ή ζητεί διεθνή προστασία ή απολαμβάνει διεθνή προστασία, ή επειδή δεν λειτουργεί ή δεν συνεργάζεται η προξενική αρχή της χώρας καταγωγής του ή επειδή η χώρα του δεν συνιστά ασφαλή προορισμό ή τυχόν επιστροφή συνιστά παραβίαση του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ ή δεν τον δέχεται η χώρα καταγωγής του, τότε, μετά την υφ' όρον απόλυση ή την έκτιση ποινής, ο εισαγγελέας πλημμελειοδικών του τόπου κράτησης αναστέλλει υποχρεωτικά με διάταξή του την απέλαση, επιβάλλει τους όρους που προβλέπονται στην παράγραφο 3 του άρθρου 100 ή ορισμένους από αυτούς και ο κρατούμενος απολύεται αμέσως.

Η επιβολή της ποινής της φυλάκισης με τη δυνατότητα μετατροπής της σε χρηματική ή η

αναστολή εκτέλεσης της ποινής δεν συνεπάγεται τον αποκλεισμό της δικαστικής απέλασης. Το δικαστήριο μπορεί ακόμα και σε αντικατάσταση των μέτρων ασφαλείας του εγκλεισμού σε ειδικό θεραπευτικό κατάστημα ή της παραμονής του σε επανορθωτικό κατάστημα εργασίας ή της φύλαξής του σε δημόσιο θεραπευτικό κατάστημα να διατάξει την απέλαση δυνητικά και όχι υποχρεωτικά. Το δικαστήριο δεν ενεργεί αυθαίρετα, κατά το δοκούν αλλά διατάσσει την αντικατάσταση, αν καταλήγει σε ισχυρή πιθανολόγηση ότι ο αλλοδαπός κατά το χρόνο αμέσως μετά το στάδιο εκτέλεσης της τυχόν διατασσόμενης απέλασης θα είναι επικίνδυνος για τη δημόσια τάξη και ασφάλεια εκεί που θα διαμένει και θα πρέπει να παραθέσει για την απόφασή του ειδική και εμπειρατωμένη αιτιολογία κατά το άρθρο 139 ΚΠΔ και 93 του Συντάγματος.

Μια βασική πρακτική σημασία του νομικού χαρακτηρισμού της δικαστικής απέλασης ως μέτρου ασφαλείας συνιστά το ζήτημα της αναστολής. Συγκεκριμένα, το δικαστήριο που επιβάλλει φυλάκιση δύναται, υπό ορισμένες προϋποθέσεις να αναστείλει την εκτέλεση την εκτέλεση αυτής της ποινής για ορισμένο χρόνο ως διάστημα δοκιμασίας, οπότε στην περίπτωση που το διάστημα αυτό περάσει επιτυχώς, θεωρείται πως η κύρια και η τυχόν παρεπόμενη ποινή δεν επιβλήθηκε καν. Ωστόσο, το εν λόγω πλάσμα δικαίου δεν καταλαμβάνει και το ενδεχομένως επιβληθέν μέτρο ασφαλείας, έτσι αν η δικαστική απέλαση θεωρηθεί μέτρο ασφαλείας θα πρέπει να εκτελείται κατευθείαν μετά το πέρας του χρονικού διαστήματος της δοκιμασίας.

Με τον ν.2928/2001 με τον οποίο προστέθηκε το άρθρο 187Α (πλέον 187 Β) στον Ποινικό Κώδικα δίδεται η δυνατότητα στον εισαγγελέα πλημμελειοδικών ύστερα από έγκριση του εισαγγελέα εφετών να αναστέλλει αυτή καθαυτή την απέλαση αλλοδαπών που βρίσκονται παράνομα στη χώρα που βρίσκονται παράνομα στη χώρα όταν αυτοί καταγγέλουν αξιόποινες πράξεις που τελέστηκαν από εγκληματική οργάνωση του άρθρου 187 ΠΚ, μέχρι την έκδοση αμετάκλητης απόφασης για τις πράξεις που καταγγέλθηκαν. Για όσο χρόνο διαρκεί η αναστολή της απέλασης χορηγείται στους αλλοδαπούς αυτούς άδεια διαμονής κατά παρέκκλιση από την ισχύουσα νομοθεσία περί αλλοδαπών.

Περαιτέρω, αναστολή απέλασης προβλέπεται και από το άρθρο 12 παρ. 2 του ν. 3064/2002 στους αλλοδαπούς που βρίσκονται παράνομα στη χώρα και είναι θύματα εμπορίας ανθρώπων ή εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής, μέχρι να εκδοθεί η αμετάκλητη δικαστική απόφαση στην ποινική δίκη κατά του υπαιτίου. Η αναστολή της εκτέλεσης της απέλασης υπόκειται στη διάκριση του εισαγγελέα πλημμελειοδικών με την έγκριση του εισαγγελέα εφετών.

Γίνεται δεκτό πως κρίσιμο χρονικό σημείο για τη διαπίστωση της ιδιότητας του αλλοδαπού, σε περίπτωση απέλασης, δεν είναι ο χρόνος τέλεσης της πράξης αλλά ο χρόνος της καταδικαστικής απόφασης. Επομένως, αν υποθέσει κανείς ότι ο καταδικασθείς απέκτησε την ελληνική ιθαγένεια στο μεσοδιάστημα ανάμεσα στην τέλεση της πράξης και στην έκδοση της απόφασης, δεν είναι

δυνατόν να του επιβληθεί απέλαση.⁴⁵ Ακόμη κι αν ο καταδικασθείς κατέστη ημεδαπός ύστερα από το οριοθετημένο αυτό χρονικό περιθώριο, μετά την έκδοση της απόφασης του δικαστηρίου, λ.χ. στο στάδιο της εκτέλεσης της ποινής ή αν τότε έγινε η διαπίστωση της μεταβολής αυτής, δεν μπορεί να υλοποιηθεί η εκτέλεση γιατί δεν πληρούται η προϋπόθεση της αλλοδαπότητας.⁴⁶ Κατά αντίστοιχη συλλογιστική, αν μετά την έκδοση της καταδικαστικής απόφασης, ο αλλοδαπός κατέστη κοινοτικός πολίτης, στο στάδιο της εκτέλεσης, θα ενεργοποιηθεί η εφαρμογή των κανόνων που διέπουν την εν λόγω κατηγορία, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω.⁴⁷

Κατά το άρθρο 74 παρ.4 περ. Β' ΠΚ ο αλλοδαπός μέχρι την εκτέλεση της απέλασης του παραμένει υπό κράτηση σε ειδικούς χώρους των καταστημάτων κράτησης ή των θεραπευτικών καταστημάτων ή σε ειδικούς χώρους των αστυνομικών αρχών που δημιουργούνται για το σκοπό αυτόν, με εντολή του εισαγγελέα του τόπου έκτισης της ποινής. Ο χρόνος κράτησης δεν προσδιοριζόταν επακριβώς με την προϊσχύουσα διάταξη του άρθρου 74 του Ποινικού Κώδικα πριν την τροποποίηση του ν.4322/2015. Η διάταξη αυτή ερχόταν σε αντίθεση με το άρθρο 6 παρ.1 Σ και δέχτηκε επίκριση από τη νομική θεωρία.⁴⁸ Αυτό γιατί συνιστούσε προσβολή του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας χωρίς δικαστική απόφαση και κυρίως χωρίς χρονικό περιορισμό, ύστερα από την ήδη πλήρη έκτιση της ποινής. Το ζήτημα απασχόλησε το Συνήγορο του Πολίτη, ο οποίος έκρινε ότι το άρθρο 74 παρ.4 αντιτίθεται στη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας και απεφάνθη ότι η περαιτέρω κράτηση μετά από την πλήρη έκτιση της ποινής δεν μπορεί να υπερβαίνει τις 30 μέρες και αυτό μόνο αν εξυπηρετεί την αρχή της αναγκαιότητας και όχι την ενδεχόμενη αδράνεια ή κωλυσιεργία των αρμόδιων υπηρεσιών.⁴⁹

Αρχικά, για να αντιμετωπιστεί το πρόβλημα θεσμοτετήθηκε η υπό όρους αναστολή της απέλασης σύμφωνα με το άρθρο 99 παρ.5, όπως προστέθηκε με το ν. 3090/2002. Κατά τη διάταξη αυτή αν ο αλλοδαπός έχει εκτίσει με οποιονδήποτε τρόπο την ποινή του και η απέλασή του που έχει διαταχθεί με δικαστική απόφαση δεν είναι δυνατή, η απέλαση αναστέλλεται με απόφαση του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου του τόπου έκτισης της ποινής ύστερα από πρόταση του εισαγγελέα που εποπτεύει το οικείο κατάστημα κράτησης. Αν αυτός δεν υπάρχει, την απόφαση λαμβάνει ο εισαγγελέας που είναι αρμόδιος για την εκτέλεση της ποινής. Κατά τη χορήγηση της αναστολής το δικαστήριο μπορεί να επιβάλλει τους όρους που προβλέπονται στην

⁴⁵Τζανεττής Α., Συστηματική Ερμηνεία Ποινικού Κώδικα, 2005, σελ.986

⁴⁶ΤρΠλημΛάρ 3542/2004, Ποιν Δικ 2005, σελ.431

⁴⁷ΤριμΠρωτΗρ 1550-1556/2007, Ποιν Χρον 2007, σελ.601, Βλ. και Πόρισμα Συνηγόρου του Πολίτη, με Αριθμ. Πρωτ. 1709/08/5, 29.11.2010, <https://www.synigoros.gr/resources/233595.pdf>, όπου διατυπώνονται συγκεντρωτικά οι ανωτέρω παραδοχές.

⁴⁸Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ. 108

⁴⁹Πόρισμα 13821/2000, ΠοινΧρ 2001,657. Βλ. και Φυτράκης, Περιμένοντας την απέλαση: το άρθρο 74 παρ.4 ΠΚ, ΠοινΧρ 2001, σελ.585

παράγραφο 2 του άρθρου 100Α ή ορισμένους από αυτούς. Αν εκλείψουν οι λόγοι που επέβαλαν την αναστολή της απέλασης, η απόφαση για τη χορήγησή της ανακαλείται με την ίδια διαδικασία.

Ωστόσο με τη νέα παρ.4 περ.δ' του άρθρου 74, ύστερα από την τροποποίηση του ν.4322/2015 ορίζεται πλέον πως η συνδρομή των προϋποθέσεων κράτησης ελέγχεται ανά τρεις μήνες από τον εισαγγελέα του τόπου κράτησης, μετά από σχετική ειδοποίηση του διευθυντή του καταστήματος κράτησης. Το ανώτατο όριο κράτησης δεν μπορεί να υπερβαίνει το εξάμηνο. Μπορεί όμως να παραταθεί για έξι μήνες στις περιπτώσεις κατά τις οποίες, παρά τις εύλογες προσπάθειες των αρμόδιων υπηρεσιών, η εκτέλεση της απέλασης, μολονότι είναι δυνατή, καθυστερεί, επειδή ο αλλοδαπός αρνείται να συνεργασθεί ή καθυστερεί η λήψη των αναγκαίων εγγράφων από τρίτες χώρες. Υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και σε εντελώς εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν αναμένεται η εκτέλεση της απέλασης σε σύντομο χρονικό διάστημα μετά την πάροδο του έτους, η κράτηση μπορεί να παραταθεί για έξι ακόμη μήνες.

Κατά το άρθρο 99 παρ. 2 και 3 ΠΚ είναι δυνατόν να λάβει χώρα η έκτιση του μέτρου ασφαλείας ή της ποινής της απέλασης χωρίς την παράλληλη έκτιση της ποινής. Συγκεκριμένα, αν ο αλλοδαπός, στον οποίο δεν έχει χορηγηθεί πολιτικό άσυλο, καταδικασθεί σε περιοριστική της ελευθερίας ποινή μέχρι πέντε ετών και διαταχθεί με την ίδια απόφαση η απέλασή του από τη χώρα, το δικαστήριο μπορεί να διατάξει την επ' αόριστο αναστολή της εκτέλεσης της ποινής κατά παρέκκλιση της προηγούμενης παραγράφου και των άρθρων 100 έως 102 του παρόντος Κώδικα, οπότε εκτελείται αμέσως η απέλαση.

Ο απελαθείς αλλοδαπός, του οποίου έχει ανασταλεί η ποινή κατά τα ανωτέρω, μπορεί να επιστρέφει στη χώρα με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης αφού περάσει πενταετία από την απέλαση και για ορισμένο χρονικό διάστημα, το οποίο δύναται να παρατείνεται. Ο Υπουργός Δικαιοσύνης δεν δεσμεύεται από το χρονικό περιορισμό του προηγούμενου εδαφίου σε περίπτωση αλλοδαπού ο οποίος έχει τελέσει γάμο με Έλληνα υπήκοο, για όσο χρονικό διάστημα διαρκεί ο γάμος, καθώς και σε περίπτωση παλιννοστούντος ελληνικής καταγωγής. Η ανωτέρω απόφαση λαμβάνεται μετά από γνώμη του κατά το άρθρο 74 παράγραφος 3 Τριμελούς Συμβουλίου.

Η απέλαση που αποφασίσθηκε από το δικαστήριο, ανάλογα με τις σχετικές προβλέψεις εκτελείται με απόφαση του αρμόδιου εισαγγελέως, ο οποίος παραγγέλλει την αρμόδια αστυνομική αρχή να παραλάβει τον καταδικασθέντα αλλοδαπό και να φροντίσει για την πραγμάτωση της απέλασης. Αν ο αλλοδαπός αρνείται να επιβιβασθεί στο μεταφορικό μέσο προκειμένου να απομακρυνθεί από τη χώρα, εκβάλλεται βιαίως έως τη χώρα προορισμού του με

τη συνοδεία αστυνομικής δυνάμεως.⁵⁰

4. Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα και εφαρμογή της αρχής της μη χειροτέρευσης του κατηγορουμένου

Προβληματισμός δημιουργείται, ως προς την έκταση και τα όρια του μεταβιβαστικού αποτελέσματος σχετικά με την επιβολή της απέλασης από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο στην εξής περίπτωση: Με απόφαση πρωτοβάθμιου ποινικού δικαστηρίου επιβάλλεται στον καταδικασθέντα αλλοδαπό κυρία ποινή κάθειρξης ή φυλακίσεως και διατάσσεται η απέλασή του είτε ως μέτρο ασφαλείας είτε ως παρεπόμενη ποινή, ανάλογα με τα κριτήρια που έχουν προειπωθεί. Κατά της αποφάσεως αυτής ασκείται έφεση από τον καταδικασθέντα αλλοδαπό. Το επιληφθέν της εφέσεως δευτεροβάθμιο δικαστήριο επιβάλλει σ' αυτόν μόνο την κυρία ποινή. Όμως και στις δύο περιπτώσεις, αθώωσης ή καταδίκης, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο παραλείπει να αποφανθεί για την απέλαση που είχε επιβληθεί στον αλλοδαπό με την εκκληθείσα πρωτόδικη απόφαση. Ερωτάται στις περιπτώσεις αυτές αν ισχύει ή όχι η διάταξη της εκκληθείσας πρωτόδικης αποφάσεως με την οποία είχε επιβληθεί απέλαση στον ασκήσαντα την έφεση αλλοδαπό.

Στο ζήτημα αυτό έχει τοποθετηθεί εκδίδοντας Εγκύκλιο, ο εισαγγελέας του ΑΠ⁵¹: Ο εισαγγελέας απεφάνθη σχετικά ότι με την άσκηση της εφέσεως η υπόθεση μεταβιβάζεται, σύμφωνα με τα άρθρα 499 και 502 παρ. 1 και 2 του ΚΠΔ, στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο. Όταν η έφεση είναι γενική, όπως στην προκειμένη περίπτωση, προσβάλλεται ολόκληρο το διατακτικό της εκκαλούμενης πρωτόδικης αποφάσεως και το μεταβιβαστικό αποτέλεσμα αυτής είναι καθολικό. Στην περίπτωση αυτή το δευτεροβάθμιο δικαστήριο έχει την εξουσία να ερευνήσει την υπόθεση στο σύνολό της και να πράξει ό,τι θα έκανε και το πρωτοβάθμιο δικαστήριο με τον μοναδικό περιορισμό ότι δεν μπορεί, κατά το άρθρο 470 ΚΠΔ, να χειροτερεύσει τη θέση του εκκαλούντος κατηγορούμενου. Με την έκδοση από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο τελεσίδικης αποφάσεως για την ουσία της υποθέσεως καταργείται η εκκληθείσα πρωτόδικη απόφαση, η οποία παύει πλέον να ισχύει και δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να δημιουργήσει δεδικασμένο. Από το συνδυασμό των άρθρων 370 και 373 του ΚΠΔ σαφώς προκύπτει ότι δικαστήριο, όταν δημοσιεύει την

⁵⁰Υ.Α. 137954 (ΥΠΕΞ, Δικαιοσύνης, Δημ Τάξεως) / 2000, άρθρο 1 παρ.1, Κοινοδίκιον, 7, 2001, σελ.216

⁵¹ *Αθανάσιος Ανδρεουλάκος*, Αντιεισαγγελέας του Αρείου Πάγου, Εγκύκλιος για τη Δικαστική και Διοικητική Απέλαση, Αθήνα, 20.11.2001, Αριθμ. Γνωμ. 7, Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2001, σελ.65-69, επ 2001, 65-69

τελειωτική για την κατηγορία απόφασή του, που περαιώνει οριστικά την ποινική δίωξη, εξαντλεί τη δικαιοδοσία του και δεν μπορεί να επανέλθει για την ίδια κατηγορία, εκτός αν ο νόμος παρέχει ειδικά σ' αυτό την εξουσία αυτή, διαφορετικά υποπίπτει σε υπέρβαση εξουσίας λόγω ελλείψεως δικαιοδοσίας, που συνιστά, κατ' άρθρο 510 παρ. 1 εδ. β' ΚΠΔ λόγο αναιρέσεως της αποφάσεως. Επομένως, το δικαστήριο δεν μπορεί μετά την καταδίκη να διατάξει με άλλη, μεταγενέστερη της καταδικαστικής, απόφαση την απέλαση του αλλοδαπού ως παρεπόμενη ποινή, αν ως τοιαύτη προβλέπεται από το νόμο (υποχρεωτικός χαρακτήρας της απέλασης), ή και ως μέτρο ασφαλείας (δυνητικός χαρακτήρας).

Ερώτημα αναφύεται για το αν μπορεί να γίνει διόρθωση ή συμπλήρωση της αποφάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 145 ΚΠΔ. Αφού η επιτρεπόμενη κατά το άρθρο αυτό, διόρθωση ή συμπλήρωση της αποφάσεως τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι δεν επιφέρει ουσιώδη μεταβολή και δεν αλλοιώνει βασικά το περιεχόμενο της αποφάσεως που απαγγέλθηκε δημόσια, ούτε επιφέρει οποιαδήποτε μεταβολή στη νομική κατάσταση του διαδίκου. Μεταβάλλεται όμως η νομική κατάσταση όταν με την διορθωτική απόφαση επιβάλλεται στον καταδικασθέντα αλλοδαπό απέλαση ως παρεπόμενη ποινή ή ως μέτρο ασφαλείας, έστω και αν η επιβολή αυτής προβλέπεται υποχρεωτικά από το νόμο.

Ωστόσο, στην τοποθέτηση αυτή, ο εισαγγελέας άφησε ανοιχτό το ενδεχόμενο να επέλθει το ίδιο ακριβώς αποτέλεσμα *“από την πίσω πόρτα”*, με τη διατύπωση ότι στην περίπτωση της καταδίκης του αλλοδαπού από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο είναι επιτρεπτή υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 44 παρ. 1 περ. α' του Ν. 2910/2001 η επιβολή της διοικητικής απέλασης.

Μια έκφανση του μεταβιβατικού αποτελέσματος συνιστά η απαγόρευση της χειροτέρευσης της θέσης του κατηγορουμένου (non reformatio in reius), η οποία στηρίζεται σε ανθρωπιστικές και εγκληματοπολιτικές σταθμίσεις που συνίστανται στην παροχή εγγυήσεων και στην εξασφάλιση προστασίας στον κατηγορούμενο, ώστε να μην παρακωλύεται στην προσπάθεια καλύτερευσης της θέσης του με την άσκηση ενός ένδικου μέσου που θα τον επιβαρύνει ακόμη περισσότερο.⁵²

Μέχρι τώρα, κατά τη νομική επιστημονική θεωρία⁵³, η επιβολή της απέλασης ως συνέπεια επιβολής κάθειρξης ή φυλάκισης για ποινικό αδίκημα έχει θεμελιώδη σημασία για το ζήτημα των ένδικων μέσων και ειδικά για την θεμελιώδη διασφαλιστική αρχή non reformatio in reius. Αν επιβληθεί ποινή κάθειρξης και δεν προταθούν και δεν αποδειχθούν οι εξαιρετικοί λόγοι για τη μη επιβολή, το δικαστήριο διατάσσει υποχρεωτικά την απέλαση του αλλοδαπού και αν το πρωτοβάθμιο το παραλείψει, παρά τη ρητή επιταγή του νομοθέτη, τη διατάσσει το εφετείο, ακόμη κι αν την έφεση την είχε ασκήσει ο ίδιος ο κατηγορούμενος. Με τη συγκεκριμένη

⁵²Καρράς Α., Επίτομη Ερμηνεία του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, 2007, σελ. 998 επ.

⁵³Κοτσαλής Α., Μαργαρίτης Μ., Φαρσεδάκης Ι., Ναρκωτικά, Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 3459/2006, 2007, ερμηνεία άρθρου 35, σελ. 379 επ.

πρακτική των δικαστηρίων δεν επέρχεται μη επιτρεπτή χειροτέρευση της θέσης του κατηγορουμένου ή υπέρβαση εξουσίας του εφετείου. Εξ αντιδιαστολής, αν επιβληθεί ποινή φυλάκισης και το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δεν έχει διατάξει την απέλαση, το εφετείο, επιλαμβανόμενο της έφεσης του κατηγορουμένου δεν δύναται να επιβάλλει το μέτρο ασφαλείας της απέλασης γιατί χειροτερεύει τη θέση του.

Mutatis mutandis μέχρι τώρα, η νομολογία του ΑΠ ακολουθεί την κατευθυντήρια γραμμή ότι η απέλαση αλλοδαπού από τη χώρα ως παρεπόμενη ποινή (άρθρο 35 παρ.2 ν.3459/2006), μπορεί να επιβληθεί και από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο, πρώτον όταν η απέλαση έχει υποχρεωτικό χαρακτήρα και δεύτερον όταν το δικαστήριο του δεύτερου βαθμού παρέλειψε εκ παραδρομής να την επιβάλει. Ενδεικτικά, σε υπόθεση του ΑΠ, ο αναιρεσείων Αλβανός υπήκοος καταδικάστηκε, εκτός άλλων, σε ποινή κάθειρξης για παράβαση του νόμου περί ναρκωτικών, συγκεκριμένα για κατοχή και μεταφορά 56 χιλιογράμμων ινδικής κάνναβης. Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο παρέλειψε με την εκκληθείσα απόφαση, από προφανή παραδρομή του, να διατάξει την ισόβια απέλαση του αλλοδαπού από τη χώρα παρόλο που ήταν υποχρέωσή του. Το Πενταμελές Εφετείο, που δίκασε την έφεση διέταξε το μέτρο ασφαλείας (η παρεπόμενη ποινή ανάλογα με τον προσήκοντα ορισμό) της απέλασης, αφενός προς διόρθωση της παραδρομής του πρωτοβάθμιου και αφετέρου επειδή ο αλλοδαπός κατηγορούμενος δεν επικαλέστηκε επαρκείς λόγους για τη μη επιβολή της, όπως σπουδαίους λόγους που αφορούν το κεκτημένο οικογενειακών δεσμών στη χώρα και τη διατήρησή τους, η οποία θα ήταν ιδιαίτερα δυσχερής χωρίς την παραμονή σε αυτήν. Από τον Άρειο Πάγο κρίθηκε πως δεν υπήρξε παραβίαση της αρχής non reformatio in peius κατά το άρθρο 470 ΚΠΔ, διότι η θέση του κατηγορουμένου δεν κατέστη δυσμενέστερη ούτε υφίστατο υπέρβαση εξουσίας κατά το άρθρο 510 παρ.ΙΗ ΚΠΔ. Επομένως, ο λόγος της κρινόμενης αίτησης του αναιρεσειόντος, με τον οποίο υποστηρίζει το αντίθετο, απορρίπτεται ως αβάσιμος⁵⁴. Η νομολογία του ΑΠ ήδη είχε δεχτεί και σε παλαιότερες αποφάσεις της ότι η απέλαση πρέπει να μην επιβλήθηκε εκ παραδρομής ενώ ήταν υποχρεωτική και όχι λόγω εσφαλμένης ερμηνείας και εφαρμογής της αντίστοιχης διάταξης για να μην στοιχειοθετείται χειροτέρευση του κατηγορουμένου λόγω της άσκησης του ενδίκου μέσου και κατ' επέκταση υπέρβαση εξουσίας.⁵⁵

Ο κανόνας είναι, για πολλά χρόνια στην ελληνική νομολογία, ότι επέρχεται χειροτέρευση της θέσης καταδικασθέντος αναιρεσειόντος, όταν το Εφετείο του επέβαλε μέτρο ασφαλείας, που δεν προβλέπεται από την ποινική διάταξη ουσιαστικού δικαίου που εφαρμόστηκε. Στην προκειμένη περίπτωση, ο αναιρεσείων καταδικάστηκε σε ποινή φυλάκισης 4 ετών για κατοχή ναρκωτικών (4 κιλών ακατέργαστης κάνναβης) και συγχρόνως διατάχθηκε η ισόβια απέλαση αυτού από τη

⁵⁴ Η εν λόγω υπόθεση αντιστοιχεί στην ΑΠ 162/2006 ΠοινΔικ 2006, σελ.815.

⁵⁵ ΑΠ 579/2006, Ποιν Δικ 2006, σελ. 1085 επ., ΑΠ 324/1985, Ποιν Χρ., 1985, ΛΕ', σελ.712 επ.

χώρα μετά την έκτιση της ποινής του κατ' εφαρμογήν της τότε ισχύουσας διάταξης του άρθρου 17 παρ.2 ν.1729/1987. Η τελευταία διάταξη, μετά την τροποποίησή της, με το άρθρο 5 παρ. 9 ν.3189/2003, προέβλεπε την ισόβια απέλαση αλλοδαπού, εάν αυτός καταδικασθεί για παράβαση του νόμου περί ναρκωτικών σε ποινή κάθειρξης και όχι σε ποινή φυλάκισης, όπως στην παρούσα απόφαση. Κατά τα δεδομένα αυτά, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο διέταξε την απέλαση του εφεσεϊόντος και ύστερα αναιρεσειόντος αλλοδαπού, μη κοινοτικού υπηκόου, παρόλο που αυτός δεν είχε καταδικασθεί σε ποινή ισόβιας κάθειρξης, αλλά σε ποινή φυλάκισης. Από τη στιγμή που ο νόμος που εφαρμόστηκε δεν προβλέπει την απέλαση ως υποχρεωτική και το δευτεροβάθμιο δικαστήριο την επέβαλε για πρώτη φορά, χειροτέρευσε τη θέση του κατηγορουμένου κατά παράβαση του άρθρου 470 ΚΠΔ, προβαίνοντας σε υπέρβαση εξουσίας (άρθρο 510 παρ.1 Η' ΚΠΔ).

Κατά την ίδια κατευθυντήρια γραμμή, ο εισαγγελέας του ΑΠ⁵⁶ είχε συμφωνήσει με την εξαίρεση ότι εντάσσεται στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 470 ΚΠΔ χωρίς να το παραβιάζει, να επιβάλει το δευτεροβάθμιο δικαστήριο παρεπόμενη ποινή, που από παραδρομή δεν επιβλήθηκε από το πρωτοβάθμιο καίτοι υποχρεωτικά επιβλητέα από το νόμο, ή μέτρο ασφαλείας που προβλέπεται από τον ποινικό κώδικα, σε Εγκύκλιο για την ανάπτυξη ερωτήματος που του είχε τεθεί. Ωστόσο, θα πρέπει να επανεξεταστεί η ορθότητα μιας τέτοιας συλλογιστικής, στην οποία για χρόνια εμμένει η ελληνική νομολογία και η θέση πολλών επιστημόνων, δεδομένου ότι και αυτή η περίπτωση συνιστά κατάφωρη χειροτέρευση της θέσης του κατηγορουμένου.

Γι' αυτό δικαίως ο νομοθέτης κατήργησε τον παλαιό Νόμο περί ναρκωτικών με το ν. 4139/2013, χωρίς ειδική πρόβλεψη για το ζήτημα της απέλασης, επιστρέφοντας στον κανόνα του άρθρου 74 ΠΚ και κατά συνέπεια καθιστώντας πλέον την απέλαση πάντοτε δυνητική και μόνο σε ποινή κάθειρξης και ποτέ υποχρεωτική, ώστε να παραλείψει το δικαστήριο να την επιβάλλει εκ παραδρομής. Πλέον η νομολογία στρέφεται στα νέα δεδομένα⁵⁷ και επομένως, πλέον συνεπάγεται πως το δευτεροβάθμιο δικαστήριο δεν μπορεί να επιβάλει απέλαση σε καμία περίπτωση, χωρίς να παραβιάζει με έμμεσο τρόπο τη διάταξη του άρθρου 470 ΚΠΔ.

5. Ευνοϊκότερες ρυθμίσεις στην επιβολή της δικαστικής απέλασης

α) Ευνοϊκότερες ρυθμίσεις στις προϋποθέσεις: Η κάμψη του υποχρεωτικού χαρακτήρα της δικαστικής απέλασης. Η τροποποίηση του ν.3459/2006 με το ν.4139/2013

⁵⁶ Αθανάσιος Ανδρεουλάκος, Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου, Εγκύκλιος για τη Δικαστική και Διοικητική Απέλαση, Αθήνα, 20.11.2001, Αριθμ. Γνωμ. 7, Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2001, σελ.65-69,

⁵⁷ ΑΠ 676/2014 ΑΠ (ΠΟΙΝ) (Α'ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ), που έκρινε ότι και η απέλαση επί παραβίασης ποινική διάταξης περί ναρκωτικών είναι δυνητική.

Στην ειδική διάταξη του άρθρου 35 παρ.2 του ν.3459/2006 που καταργήθηκε⁵⁸ με το ν.4139/2013, οριζόταν ότι ειδικά για τους αλλοδαπούς που καταδικάζονται με επιβολή ποινής κάθειρξης από την παράβαση της συγκεκριμένης νομοθεσίας το δικαστήριο οφείλει να διατάξει ισόβια απέλαση από τη χώρα. Κατά την ακριβή διατύπωση της διάταξης *“Για αλλοδαπούς που καταδικάζονται για παράβαση των άρθρων του παρόντος Κεφαλαίου σε ποινή κάθειρξης, το δικαστήριο διατάσσει την ισόβια απέλαση τους από τη χώρα, εκτός αν συντρέχουν σπουδαίοι λόγοι, ιδίως οικογενειακοί, που δικαιολογούν την παραμονή τους, οπότε ισχύουν και γι' αυτούς οι ρυθμίσεις της παραγράφου 1. Για την εκτέλεση της απέλασης εφαρμόζεται το άρθρο 74 του Π.Κ. με επιφύλαξη των σχετικών διατάξεων που περιλαμβάνονται σε διεθνείς συμβάσεις, οι οποίες έχουν κυρωθεί από την Ελλάδα”*. Ο νέος νόμος δεν ξεκαθαρίζει το ζήτημα της απέλασης και τι ισχύει ως προς αυτό ενώ προβληματισμό δημιουργεί ότι το ισχύον άρθρο 74 ΠΚ εξακολουθεί να κάνει λόγο για παρεπόμενη ποινή, όπως και οι παλαιότερες διατάξεις που εννοούσαν την υποχρεωτική επιβολή της απέλασης στο ν.3459/2006. Ορθότερο είναι να πει κανείς ότι η υποχρεωτική επιβολή της απέλασης, στην εν λόγω ειδική περίπτωση, ως παρεπόμενη ποινή παύει να ισχύει, όπως θα προκύψει ως συμπέρασμα από ακόλουθες επαχθείς δικαστικές αποφάσεις, που έχουν επανειλημένως ληφθεί τα τελευταία χρόνια κατ' εφαρμογή αυτού του νόμου.

Ωστόσο, και πάλι η επάχθεια δεν μετριάζεται ιδιαίτερα, δεδομένου ότι, παρά τη μεταβολή της νομοθεσίας, η παράβαση του ισχύοντος νόμου περί ναρκωτικών 4139/2013 μπορεί να ενταχθεί στην εφαρμογή του άρθρου 74 ΠΚ, η βαρύτητα του εγκλήματος να κριθεί ότι διακυβεύει τη δημόσια τάξη και να διαταχθεί η απέλαση ισοβίως ή για μακρό χρονικό διάστημα κατά τον ίδιο τρόπο που γινόταν και πριν. Πρακτική σημασία μπορεί να έχει στην αρχή της μη χειροτέρευσης της θέσης του κατηγορουμένου, όπως θα ειπωθεί παρακάτω.

Στις περιπτώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο του παλαιού Νόμου περί ναρκωτικών, η απέλαση διατάσσεται μόνο αν ο αλλοδαπός καταδικάστηκε για παράβαση κάποιου ή κάποιων από τα άρθρα του εν λόγω νόμου σε ποινή κάθειρξης, επομένως εξ αντιδιαστολής η φυλάκιση δεν αρκεί. Εξαιρέση της εξαίρεσης αυτής, που στην ουσία συνιστά επιστροφή τον κανόνα του άρθρου 74 συνιστά η περίπτωση που συντρέχουν σπουδαίοι λόγοι, κυρίως οικογενειακής φύσεως που δικαιολογούν την παραμονή τους στην Ελλάδα ή προσδίδουν μια υπέρμετρη επάχθεια στο ενδεχόμενο της απομάκρυνσης από αυτήν. Ως συνέπεια επιβολής κάθειρξης, η απέλαση είναι ο κανόνας και η μη επιβολή της η εξαίρεση. Επομένως, υπό αυτά τα δεδομένα, αν ο αλλοδαπός καταδικάστηκε για παράβαση του παλαιού Νόμου περί ναρκωτικών και εν απουσία σπουδαίων λόγων, κυρίως οικογενειακών, που προφανώς ισχύουν μόνο κατ'εξαίρεση και σε μεμονωμένες

⁵⁸ΑΠ 676/2014 ΑΠ (ΠΟΙΝ) (Α'ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ), που έκρινε ότι και η απέλαση επί παραβίασης ποινική διάταξης περί ναρκωτικών είναι δυνατή.

περιπτώσεις, το δικαστήριο θα διατάξει την ισόβια απέλασή του, οπότε δεν θα μπορεί να επιστρέψει στην Ελλάδα παρά μόνο μετά από ειδική απόφαση και αφού περάσει τουλάχιστον μια τριετία, κατά τη γραμματική ερμηνεία του άρθρου 35 παρ. 2 του ν.3459/2006 σε συνδυασμό με το άρθρο 74 παρ.3 Π.Κ.

Ομοίως κρίνεται και από τη νομολογία του ΑΠ⁵⁹, συγκεκριμένα ότι η ισόβια απέλαση αλλοδαπού που έχει καταδικασθεί σε ποινή κάθειρξης για παράβαση του νόμου περί ναρκωτικών αποτελεί παρεπόμενη ποινή και είναι υποχρεωτική για το δικαστήριο που καταδικάζει τον αλλοδαπό, εκτός κι αν το τελευταίο κρίνει αιτιολογημένα ότι για την παραμονή του στη χώρα συντρέχουν σπουδαίοι λόγοι, κυρίως οικογενειακοί. Την ύπαρξη σπουδαίων λόγων πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει ο κατηγορούμενος.⁶⁰

Σε κάθε περίπτωση, η απόφαση περί απέλασης θα πρέπει να περιέχει ειδική και εμπειρισταωμένη αιτιολογία κατά το άρθρο 139 ΚΠΔ και 93 του Συντάγματος, επομένως αν δεν γίνει κατά πλήρη και σαφή τρόπο μνεία των αποδεικτικών μέσων και παράθεση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών που οδηγούν στην απόφαση του δικαστηρίου συντρέχει λόγος αναίρεσης κατά το άρθρο 510 παρ.1 δ' ΚΠΔ.⁶¹

β) Ευνοϊκότερες ρυθμίσεις στις συνέπειες: Η κάμψη της οριστικότητας του μέτρου της δικαστικής απέλασης. Δυνατότητα επιστροφής ή αμφισβήτησης

Προβληματισμό δημιουργεί ο οριστικός χαρακτήρας της απέλασης και η υπέρμετρη επάχθεια που μπορεί να επιφέρει. Η επ' αόριστον δικαστική απέλαση, ως μέτρο ασφαλείας ή ως παρεπόμενη ποινή, συνιστά μια κύρωση ιδιαίτερα επαχθής για τη ζωή και την προσωπική κατάσταση του προσώπου που επιβάλλεται.⁶² Στο σημείο αυτό πρέπει να ληφθεί υπόψη η βούληση του νομοθέτη (ιστορική ερμηνεία) σε συνδυασμό με τη βούληση του νόμου (τελεολογική ερμηνεία). Κατά την ψήφιση του ΠΚ το 1950 ο πιθανός υφιστάμενος την απέλαση δεν ήταν παρά κάποιος ξαφνικός επισκέπτης, σήμερα είναι κάτοικος της Ελλάδας, έχει οικοδομήσει στη χώρα αυτή την προσωπική, οικογενειακή, κοινωνική και επαγγελματική του ζωή και προοπτική.⁶³ Ενώ λοιπόν για τον περαστικό επισκέπτη η απέλαση είχε μικρή ή συμβολική μόνο σημασία, για τον σημερινό μετανάστη που είναι εγκατεστημένος σταθερά στην

⁵⁹ΑΠ 1937/2010, ΠοινΔικ 7/2011, σελ.895

⁶⁰ΑΠ 986/2006, ΠοινΔικ, 2006, σελ.1352

⁶¹ΑΠ 2484/2005, Ποιν Δικ, 2006, σελ.681 επ.

⁶²Στάϊκος Α., Ερμηνεία Ελληνικού ΠΚ, 1950, τεύχος Ι, σελ.717. Μπορεί να ανατρέξει κανείς στη νομική θεωρία πολλές δεκαετίες πριν για να κατανοήσει την ιστορική κυρίως ερμηνεία των διατάξεων της απέλασης τότε και να τις αναλογιστεί με σημείο αναφοράς το σήμερα.

⁶³Συνήγορος του Πολίτη, Πόρισμα Αρ. Πρωτ. 1709/08/5/29.11.2010, Ποιν Δικ 8-9/2011, σελ.975

Ελλάδα, συνεπάγεται δυσβάσταχτο βάρος, μεγάλη ανατροπή και επιφέρει ιδιαίτερα δυσμενείς συνέπειες. Από την Αιτιολογική Έκθεση του Σχεδίου ΠΚ⁶⁴ συνάγεται πως η συντακτική επιτροπή δεν αγνοούσε τελείως τη δυσμένεια αυτού του μέτρου αφού αναγνώρισε την αυστηρότητά του και προέβλεψε υπό προϋποθέσεις τη δυνατότητα επιστροφής, ωστόσο η σημασία που αποδιδόταν στο ζήτημα, ήταν σημαντικά μικρότερη.

Ως προς τη δυνατότητα επιστροφής, χρειάζεται μια στάθμιση ανά πάσα στιγμή, ανεξάρτητα από την ορθότητα στάθμισης του δικαστηρίου κατά την στιγμή επιβολής του μέτρου. Με τη στάθμιση αυτή επιδιώκεται να εξασφαλιστεί πως η συνέχιση της απέλασης δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, δεν είναι δηλαδή, με γνώμονα τα ατομικά χαρακτηριστικά του αλλοδαπού υπέρμετρα επαχθές μέτρο αλλά και μεταγενέστερα ενόψει των νεότερων συνθηκών. Με άλλα λόγια, η στάθμιση πρέπει να είναι επίκαιρη, να στηρίζεται δηλαδή σε ισχύοντα κατά την εκφορά της κρίσης στοιχεία.

Κατά το άρθρο 74 παρ.3 το δικαστήριο που αποφασίζει την απέλαση του αλλοδαπού δράστη επιβάλλει σε αυτόν απαγόρευση επανεισόδου του στη χώρα, για χρονικό διάστημα έως δέκα ετών ή με ισόβιο χαρακτήρα. Η αυστηρή αυτή πρόβλεψη αμβλύνεται από το επόμενο εδάφιο που ορίζει ότι το συμβούλιο πλημμελειοδικών του τόπου του δικαστηρίου που επέβαλε την απέλαση, μετά από γνώμη της αρμόδιας αστυνομικής αρχής, μπορεί να επιτρέψει την επιστροφή του αλλοδαπού στη χώρα ύστερα από αίτησή του, αφού περάσει μια τριετία από την εκτέλεση της απέλασης, με την επιφύλαξη των διατάξεων του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προφανώς ύστερα από ad hoc στάθμιση των πραγματικών περιστατικών. Ο χρονικός περιορισμός του προηγούμενου εδαφίου δεν ισχύει σε περίπτωση αλλοδαπού ο οποίος έχει τελέσει γάμο με Έλληνα υπήκοο, για όσο χρονικό διάστημα διαρκεί ο γάμος, καθώς και σε περίπτωση παλιννοστούντος ελληνικής καταγωγής. Το συμβούλιο αποφαινεται αμετάκλητα και μπορεί να εξετάσει νέα αίτηση για επιστροφή μόνο μετά την πάροδο ενός (1) έτους από την απόρριψη της προηγούμενης.

Κατά τη νομολογία του ΑΠ⁶⁵, από τη διάταξη του άρθρου 75 παρ.1 ΠΚ, συνάγεται ότι, αν εκτελεστεί το μέτρο ασφαλείας της απέλασης αλλοδαπού που διατάχθηκε με δικαστική απόφαση, η απέλαση αυτή, όπως άλλωστε, ορίζει και ο ίδιος ο νομοθέτης εξακολουθεί να ισχύει, ακόμη κι αν περάσει τριετία από τότε που έγινε αμετάκλητη η εν λόγω απόφαση του ποινικού δικαστηρίου. Η πρακτική σημασία της παραδοχής αυτής έγκειται στο ότι αν ο απελαθείς επανέλθει στη χώρα αυτοβούλως και παρανόμως (όπως πχ και όταν εισέρχεται στη χώρα με διαφορετικό όνομα) με μέτρο αυτό δεν παύει να ισχύει και ο αλλοδαπός απελαύνεται και πάλι σε

⁶⁴Αιτιολογική Έκθεση Σχεδίου ΠΚ, *Ηλιόπουλος Τ.*, 1929/1933, σελ.99

⁶⁵ΑΠ 2117/2008, ΠοινΔικ 3/2009, σελ.280 επ.

εκτέλεση της ίδιας απόφασης.

Επιβάλλεται να υπομνησθεί επίσης ότι, παράλληλα με την παραπάνω δυνατότητα, ακόμη και σε ακόμη μικρότερο χρονικό πλαίσιο, ο νομίμως διαμένων αλλοδαπός κατά του οποίου εκδίδεται εντολή απέλασης, δικαιούται υποχρεωτικά κατά το άρθρο 1 του 7ου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ να τύχει η υπόθεσή του επανεξέτασης και να εκπροσωπείται για τους σκοπούς αυτούς ενώπιον της αρμόδιας αρχής ή ενώπιον περισσότερων προσώπων που ορίζονται από αυτή την αρχή. Στο ελληνική έννομη τάξη, η δικαστική απέλαση μπορεί να αμφισβητηθεί σε δεύτερο βαθμό με την υποβολή έφεσης κατά της απόφασης που του επέβαλε ποινή κάθειρξης, εφόσον πλέον, με τον ισχύοντα νόμο, μόνο τότε επιβάλλεται απέλαση.

Ύστερα από την έκδοση της απόφασης της απέλασης, πρέπει να δίνεται η δυνατότητα στον αλλοδαπό “να προτείνει επιχειρήματα κατά της απέλασης” κατά το άρθρο 1 παρ. 1 α' 7ου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ. Το δικαίωμα αυτό προϋποθέτει ότι ο αλλοδαπός κατά του οποίου εκδόθηκε απόφαση απέλασης πρέπει να ενημερώνεται για την απόφαση αλλά και για αυτό καθαυτό του δικαίωμά προβολής της, ώστε να μπορεί πλήρως και αποτελεσματικά να ασκεί τις κύριες και προπαρασκευαστικές εκφάνσεις του δικαιώματος που προβλέπει η ΕΣΔΑ.

Η πρακτική του ΕΔΔΑ υπογραμμίζει ότι το δικαίωμα προβολής επιχειρημάτων κατά της απέλασης αλλοδαπού μπορεί να ασκηθεί ουσιαστικά μόνο αν του κοινοποιηθεί, αφού αναφέρει εν λεπτομερεία το λόγο της απέλασης. Η ανεπαρκής πληροφόρηση αποτελεί πρακτικό εμπόδιο στην αποτελεσματική εφαρμογή του δικαιώματος προβολής επιχειρημάτων κατά της απόφασης κατά παραβίαση του άρθρου 1 του 7ου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

Κατά την επεξηγηματική έκθεση του νομοθετήματος, αυτή η πρόβλεψη δεν συνεπάγεται απαραίτητως μια διαδικασία σε δύο στάδια ενώπιον διαφορετικών αρχών αλλά μπορεί να γίνει από την ίδια αρχή, ανάλογα με τις προβλέψεις του εσωτερικού δικαίου. Ωστόσο, δεν προβλέπεται ωστόσο ανασταλτικό αποτέλεσμα στην εκτέλεση του μέτρου κατά το διάστημα της αμφισβήτησης, δηλαδή η πρόβλεψη δεν σημαίνει ότι επιτρέπεται στον αλλοδαπό η παραμονή στην επικράτεια του κράτους εν αναμονή της απόφασης της έφεσης ή της όποιας νόμιμης προσφυγής ή αμφισβήτησης, ανάλογα με το εσωτερικό δίκαιο των κρατών.⁶⁶ Ωστόσο, στην ελληνική έννομη τάξη, είναι δυνατό το ανασταλτικό αποτέλεσμα, εφόσον ο αλλοδαπός κατηγορούμενος ασκήσει έφεση κατά της πρωτόδικης απόφασης που του επέβαλε ποινή κάθειρξης και απέλαση, κατά το άρθρο 497 ΚΠΔ.

6.Η συσχέτιση της δικαστικής με τη διοικητική απέλαση

⁶⁶Κριστάκης Γ., Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013, σελ.79,80. Διαδικτυακά <https://rm.coe.int>

Κατά το άρθρο 76 του ν.3386/2005, όπως διατηρήθηκε με το άρθρο 139 του ν.4251/2014, μπορεί να επιβληθεί και διοικητική απέλαση ως συνέπεια ποινικού αδικήματος. Συγκεκριμένα, κατά την περίπτωση α' της παραγράφου 1, η διοικητική απέλαση επιβάλλεται εφόσον ο αλλοδαπός έχει καταδικασθεί τελεσίδικα σε ποινή στερητική της ελευθερίας τουλάχιστον ενός έτους ή, ανεξαρτήτως ποινής, για εγκλήματα προσβολής του πολιτεύματος, προδοσίας της Χώρας, εγκλήματα σχετικά με την εμπορία και διακίνηση ναρκωτικών, νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, διεθνή οικονομικά εγκλήματα, εγκλήματα με χρήση μέσων υψηλής τεχνολογίας, εγκλήματα περί το νόμισμα, εγκλήματα αντίστασης, αρπαγής ανηλίκου, κατά της γενετήσιας ελευθερίας και οικονομικής εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής, κλοπής, απάτης, υπεξαίρεσης, εκβίασης, τοκογλυφίας, του νόμου περί μεσαζόντων, πλαστογραφίας, ψευδούς βεβαίωσης, συκοφαντικής δυσφήμισης, λαθρεμπορίας, για εγκλήματα που αφορούν τα όπλα, αρχαιότητες, την προώθηση λαθρομεταναστών στο εσωτερικό της χώρας ή τη διευκόλυνση της μεταφοράς ή προώθησης τους ή της εξασφάλισης καταλύματος σε αυτούς για απόκρυψη και εφόσον η απέλαση του δεν διατάχθηκε από το αρμόδιο δικαστήριο. Κατά την περίπτωση γ', η απέλαση επιβάλλεται και όταν η παρουσία του στο ελληνικό έδαφος είναι επικίνδυνη για τη δημόσια τάξη ή την ασφάλεια της

Επιβάλλεται να υπομνησθεί πως θεωρείται επιτρεπτή η διοικητική απέλαση και μάλιστα χωρίς χρονικό όριο ως *minimum* της ποινής που του επιβλήθηκε, εφόσον ο αλλοδαπός έχει καταδικαστεί για αδικήματα που συνιστούν εμπράκτως εκδηλωμένη αντικοινωνική στάση. Από την απαρίθμηση των αδικημάτων αυτών από το νομοθέτη, παρατηρεί κανείς ότι πολλά από αυτά είναι τόσο σοβαρά, ώστε δεν στρέφονται μόνο κατά της δημόσιας τάξης αλλά και κατά του πυρήνα της ελληνικής δημοκρατικής πολιτείας και της παγκόσμιας δικαιοσύνης κατ' εφαρμογή της διάταξης διεθνούς ποινικού δικαίου του άρθρου 8 ΠΚ. Περαιτέρω, από το τελευταίο εδάφιο της περ.α', συνάγεται ότι η διοικητική απέλαση τελεί έναν επικουρικό ρόλο έναντι της δικαστικής γιατί η πρώτη ενδέχεται να επιβληθεί εν απουσία της δεύτερης. Επίσης, η περίπτωση α' φαίνεται να καλύπτει την περίπτωση γ' αφού σε όλα τα απαριθμώμενα εγκλήματα κύρια δικαιοπολιτική σκοπιμότητα είναι εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, όλη η περιπτώσιολογία κινείται υπό ένα κοινό πρίσμα. Περαιτέρω, συνάγεται και το ασυνεπές, αξιοπερίεργο και άκρως ανορθόδοξο φαινόμενο πως κατά την ισχύουσα ελληνική έννομη τάξη, η δικαστική και διοικητική απέλαση συμπίπτουν ως προς το περιεχόμενό τους, στο πραγματικό, στην πτυχή του υποχρεωτικού χαρακτήρα απομάκρυνσης από τη χώρα.

Το διοικητικό όργανο καλείται να σταθμίσει κατά την επιβολή της κύρωσης τα ίδια ακριβώς στοιχεία που απετέλεσαν αντικείμενο κρίσης του ποινικού δικαστή, χωρίς παραπάνω δεδομένα και σκοπιμότητες που να δικαιολογούν τη διπλή δυνατότητα επιβολής αυτής της έννομης

συνέπειας.⁶⁷ Κατά τα ανωτέρω διαπιστώνεται μια αντίφαση της έννομης τάξης γιατί η τελευταία αυτοαναιρείται: Το αποτέλεσμα της απόφασης του ποινικού δικαστή, μιας κατεξοχήν “δίκαιης” και αυξημένων διαδικαστικών εγγυήσεων διαδικασίας, στο πλαίσιο της οποίας κρίθηκε πως δεν πρέπει να επιβληθεί η απέλαση ως κύρωση του ποινικού δικαίου, λόγω συνέπειας δυσανάλογης με την ποινική παράβαση, ελαφρυντικών περιστάσεων, οικογενειακών δεσμών στη χώρα κτλ ή στάθμισης πολλών παραγόντων, η απόφαση αυτή αναιρείται “εν κρυπτώ” χωρίς πρόσθετα δεδομένα και χωρίς την επίκληση διαφορετικής θεμελίωσης από ένα διοικητικό όργανο.

Έχει διατυπωθεί από τη νομική θεωρία⁶⁸ πως η ανωτέρω πρόβλεψη πρέπει να θεωρηθεί ανίσχυρη και να μην εφαρμόζεται ως αντισυνταγματική. Κατά τη γνώμη της παρούσας, συνιστά περαιτέρω και αυτοακύρωση του δικαίου με το να αξιολογείται δύο φορές το ίδιο δεδομένο (ne bis in idem) και με το να υπονομεύεται η αξιοπιστία της δικαστικής λειτουργίας από τη διοικητική, κατά παράβαση της αρχής της διάκρισης των εξουσιών (άρθρο 26 Σ).

Πράγματι, και κατά το άρθρο 96 του Συντάγματος οι ποινικές κυρώσεις αποτελούν αποκλειστική αρμοδιότητα των ποινικών δικαστηρίων καθιστώντας εξ αντιδιαστολής αναρμόδια τα υπόλοιπα δικαιοδοτικά όργανα ή της διοικητικές αρχές. Ωστόσο, από τη νομική θεωρία έχουν τεθεί και κάποια περαιτέρω επιχειρήματα για την ολόπλευρη εξέταση του ζητήματος και κατ' αρχήν η δυνατότητα αντιπαράθεσης μέσω της διατύπωσης του άρθρου 5 παρ.4 του Συντάγματος.⁶⁹ Κατά τη διατύπωση αυτή “*απαγορεύονται διοικητικά μέτρα που περιορίζουν σε οπινδήποτε λεληνα την ελεύθερη κίνηση ή εγκατάσταση στη χώρα καθώς και την ελεύθερη έξοδο και είσοδο σε αυτήν. Τέτοιου περιεχομένου μέτρα είναι δυνατόν να επιβληθούν ως παρεπόμενη ποινή με απόφαση ποινικού δικαστηρίου, σε εξαιρετικές περιπτώσεις ανάγκης και μόνο για την πρόληψη αξιόποινων πράξεων, όπως νόμος ορίζει*”.

Είναι εύλογο να συναχθεί πως η συνταγματική κατοχύρωση δικαιωμάτων για έλληνες πολίτες δεσμεύει τον κοινό νομοθέτη μόνο ως προς αυτούς στη θέσμιση κοινής τυπικής ισχύος κανόνων. Δεν τον εμποδίζει να προστατεύσει κατά τον ίδιο τρόπο και τους αλλοδαπούς αλλά ούτε του απαγορεύει να πράξει το ακριβώς αντίθετο⁷⁰. Η πρακτική σημασία της διάκρισης είναι ότι κάθε προστατευτική ρύθμιση για τους αλλοδαπούς, χωρίς συνταγματικής ή άλλης υπερνομοθετικής ισχύος ασφαλιστική δικλείδα, είναι δυνατόν ελευθέρως και ανά πάσα στιγμή να ανακληθεί ή να περιοριστεί σε εμβέλεια.

Έτσι και στην ανωτέρω περίπτωση, το Σύνταγμα παρέχει τη συγκεκριμένη έννομη προστασία μόνο στους έλληνες πολίτες, για τους οποίους δεν επιτρέπεται να λαμβάνονται διοικητικά μέτρα

⁶⁷ Χατζηιωάννου Ν.Δ., Η απέλαση ως κύρωση του ποινικού δικαίου, 2008 σελ.143 επ.

⁶⁸ Χατζηιωάννου Ν.Δ., ο.π..146

⁶⁹ Χατζηιωάννου Ν.Δ., ο.π., σελ. 143 επ.

⁷⁰ Δαγτόγλου Π. Δ., Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, 2010, 167

που περιορίζουν την ελεύθερη κίνηση και εγκατάσταση στη χώρα, αλλά αντιθέτως είναι δυνατό να λαμβάνονται για τους αλλοδαπούς υπηκόους. Αυτό όμως δεν νομιμοποιεί την επιλογή από τον κοινό νομοθέτη της διοικητικής απέλασης για όλες τις αιτίες και σε κάθε περίπτωση. Το κριτήριο για να είναι επιτρεπτή ή όχι η επιβολή ενός περιοριστικού της ελευθερίας κίνησης και εγκατάστασης διοικητικού μέτρου είναι να πρόκειται όντως για διοικητικής φύσεως ρύθμιση και όχι για ποινή, γι' αυτό η διάταξη του άρθρου 5 παρ. 4 Σ δεν αναιρεί τη δομή των ανωτέρω επιχειρημάτων. Άλλωστε, η σύγκυση μεταξύ διοικητικού μέτρου και ποινής μπορεί να οδηγήσει στο επικίνδυνο αποτέλεσμα να λειτουργούν διοικητικά μέτρα ως συγκαλυμμένες ποινές χωρίς τις θεσμοθετημένες διασφαλίσεις των τελευταίων σε νομιμοκρατούμενη κοινωνία (πρόβλεψη του άρθρου 7 Σ).

ΜΕΡΟΣ ΙΙΙ

Η δικαστική απέλαση των προσφύγων

Κατά τη Σύμβαση της Γενεύης (28.7.1951), πρόσφυγας είναι κάθε πρόσωπο που έχει δικαιολογημένο φόβο διωγμού λόγω φυλής, θρησκείας, εθνικής προέλευσης, πολιτικών πεποιθήσεων ή συμμετοχής σε ορισμένη κοινωνική ομάδα, βρίσκεται έξω από τη χώρα της ιθαγένειάς του και λόγω του φόβου δεν μπορεί να προσφύγει στην προστασία της χώρας.

Κατά την ελληνική νομολογία, η δικαστική κρίση για την εξακρίβωση των προϋποθέσεων του προσωπικού λόγου απαλλαγής από την ποινή για το αδίκημα του άρθρου 83 του ν.3386/2005 όπως διατηρήθηκε με το νέο νόμο, ο οποίος συνίσταται βάσει του άρθρου 1 της Σύμβασης της Γενεύης του 1951, δεν εξαρτάται από την προηγούμενη υποβολή αιτήσεως του πρόσφυγα να του χορηγηθεί πολιτικό άσυλο, ούτε από την παραδοχή ή όχι της αιτήσεώς του αυτής⁷¹. Στην πρώτη περίπτωση (μη υποβολής αιτήσεως), αυτό έχει ως δικαιολογητική βάση, το ότι η παράλειψη υποβολής αιτήματος ασύλου στις ελληνικές αρχές λόγω έλλειψης των εγγράφων ταυτότητας διέπεται από την αρχή: "ουδείς υποχρεούται εις τα αδύνατα"⁷². Στη δεύτερη περίπτωση (διαφορετική τοποθέτηση των διοικητικών αρχών) την έννοια του πρόσφυγα και τις επεκτάσεις αυτής της παραδοχής, δηλαδή την στοιχειοθέτηση ή μη του ποινικού αδικήματος της παράνομης εισέλευσης στη χώρα, την επιβολή ή όχι της απέλασης κτλ την αποφασίζει το δικαστήριο ανεξάρτητα από την τοποθέτηση των διοικητικών αρχών, όπως άλλωστε επιτάσσει και η

⁷¹ΤριμΕφΑιγαίου 47/2006, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2006, σελ. 462 επ

⁷²Τριμ ΠλημΠατρών, 2575/1995, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 1998, σελ.128

δικαστική ανεξαρτησία κατά τα άρθρα 87 επ. του Συντάγματος.

Περαιτέρω, για το ζήτημα του αξιοποίνου της παράνομης εισέλευσης των προσφύγων, στη νομολογία διατυπώθηκε πως το ιδιώνυμο έγκλημα της παράνομης εισόδου - εξόδου από τη χώρα θεμελιώνεται μεν πλήρως και υπάρχει αξιόποινη πράξη, όχι όμως και αξιόποινος δράστης, δεδομένου, ότι αυτός δεν κρίνεται πλέον άξιος ποινικού κολασμού.⁷³

Σε αρκετές χώρες η συστηματική παραβίαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και γενικότερα καταπιεστικές πολιτικές συνεχίζουν να εξαναγκάζουν ανθρώπους να τις εγκαταλείπουν για να διασώσουν τη ζωή και την αξιοπρέπειά τους. Στους ανθρώπους αυτούς κάθε δημοκρατική πολιτεία οφείλει να παρέχει ενισχυμένη προστασία. Το ρυθμιστικό πλαίσιο περί ασύλου και προσφύγων, συνθέτουν ιδίως η Διεθνής Σύμβαση του 1951 και το Πρωτόκολλο του 1967 για το καθεστώς των προσφύγων. Λόγω της ιδιάζουσας θέσης των προσφύγων και του κινδύνου υπονόμευσης βασικών δικαιωμάτων τους, δημιουργείται εκτενής προβληματισμός για την ερμηνεία και εφαρμογή της κύρωσης της απέλασης σε αυτούς.

Σύμφωνα με το άρθρο 31 της Σύμβασης της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών, μια συνθήκη, όπως αυτή του 1951 θα πρέπει να ερμηνεύεται *“με καλή πίστη σύμφωνα με τη συνήθη έννοια που δίδεται στους όρους που περιλαμβάνει η συνθήκη στον σύνολό της υπό το φως του αντικειμένου και του σκοπού της”*. Η Σύμβαση της Βιέννης για το δίκαιο των Συνθηκών διευκρινίζει ότι στο σύνολο της Συνθήκης δεν περιλαμβάνονται μόνο οι διατάξεις αλλά αντιθέτως περιλαμβάνονται και μεταξύ άλλων και το προοίμιο, ως πηγή του αντικειμένου και του σκοπού της Σύμβασης, παρόλο που δεν ανήκει στον εν στενή έννοια κορμό του νομοθετήματος. Ερμηνεύοντας λοιπόν το άρθρο 1 της Σύμβασης της Γενεύης του 1951 σύμφωνα με τη Σύμβαση της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών, συνάγεται ότι οι πρόσφυγες δικαιούνται διεθνή προστασία ακριβώς λόγω επαπειλούμενης διακύβευσης θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Η προστασία που δικαιούται κάθε πρόσφυγας είναι η προστασία από την επαναπροώθηση σε έδαφος όπου η ζωή του ή η ελευθερία του απειλούνται για τους συγκεκριμένους λόγους που αναφέρει η Σύμβαση. Η μη επαναπροώθηση διασφαλίζεται μεταξύ άλλων και από το άρθρο 33 της Σύμβασης και αυτή ακριβώς η προστασία των δικαιωμάτων που αποτυπώνονται στη Σύμβαση του 1951 αποτελούν και τον δικαιοπολιτικό σκοπό του καθορισμού της ιδιότητας του πρόσφυγα και την ερμηνευτική προσέγγιση που πρέπει να δίνεται στην ευρύτητα και το περιεχόμενο της έννοιας αυτής. Κατά τα ανωτέρω, η φυσική αλληλοσυμπληρωματικότητα της προστασίας των προσφύγων και του διεθνούς συστήματος προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων έχει αποτελέσει αντικείμενο ανάλυσης σε διάφορα κείμενα της Ύπατης Αρμοστείας και στα Πορίσματα της Εκτελεστικής Επιτροπής.

Η αρχή της μη επαναπροώθησης κωδικοποιείται επίσης στο άρθρο 3 της Σύμβασης του ΟΗΕ

⁷³ΤριμΕφΑιγαίου 47/2006, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, σελ. 462 επ.

κατά των βασανιστηρίων και άλλων τρόπων σκληρής απάνθρωπης ή εξευτελιστικής μεταχείρισης (που έχει κυρωθεί από την Ελλάδα με το Ν. 1782/1988, ΦΕΚ 118, τ. Α'), στο Άρθρο 7 του Διεθνούς Συμφώνου Ατομικών και Πολιτικών Δικαιωμάτων (που έχει κυρωθεί από την Ελλάδα με το Ν. 2462/1997, ΦΕΚ 25, τ. Α') και στο άρθρο 3 της ΕΣΔΑ, όπως έχει ήδη αναπτυχθεί.

Η σημασία του σεβασμού της αρχής της μη επαναπροώθησης απαγορεύει την απέλαση και την επιστροφή των προσφύγων, με οποιονδήποτε τρόπο, στα σύνορα εδαφών όπου η ζωή τους ή η ελευθερία τους απειλούνται λόγω της φυλής, της θρησκείας, της εθνικότητάς τους, της συμμετοχής τους σε κοινωνική ομάδα ή λόγω των πολιτικών τους πεποιθήσεων, ανεξάρτητα από την αναγνώριση του καθεστώτος του πρόσφυγα στο πρόσωπό τους, ή προσώπων που για σοβαρούς λόγους πιστεύεται ότι κινδυνεύουν να υποβληθούν σε βασανιστήρια, κατά τα οριζόμενα στην Σύμβαση κατά των Βασανιστηρίων και άλλων τρόπων σκληρής, απάνθρωπης ή ταπεινωτικής μεταχείρισης ή τιμωρίας.

Ζήτημα δημιουργείται για το αν ο πρόσφυγας μπορεί να απελαθεί μεν, πλην όμως εναλλακτικά σε άλλη περιοχή της χώρας καταγωγής που τεκμαίρεται πιο ασφαλής από τις πραγματικές περιστάσεις. Ωστόσο και η προστατευτική λειτουργία μιας τέτοιας αντιμετώπισης έχει περιορισμένη εμβέλεια σε λίγες, πολύ συγκεκριμένες περιπτώσεις. Η ανάγκη και ο σκοπός της “εναλλακτικής διαφυγής στη χώρα καταγωγής” δεν εξυπηρετείται εύκολα με βάση τα συμβαίνοντα πραγματικά περιστατικά. Είναι αποφασιστικής σημασίας μόνον όπου ο φόβος δίωξης περιορίζεται σε μια συγκεκριμένη περιοχή της χώρας καταγωγής, πέρα από τα όρια της οποίας είναι ανύπαρκτη τυχόν επαπειλούμενη βλάβη. Δηλαδή πρακτικά εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής αυτής της έννοιας σχεδόν όλες τις περιπτώσεις της ενότητας του πολιτειακού καθεστώτος, όπου τα κρατικά όργανα, που συνήθως ασκούν εξουσία σ' όλην την επικράτεια της χώρας καταγωγής προκαλούν ή αντιπαρέρχονται ή ανέχονται το φόβο δίωξης. Εξαιρούνται την ουσία περιπτώσεις του συνήθως συμβαίνοντος, κατά τα δεδομένα της εμπειρικής παρατήρησης στην πολιτική ιστορία και στη διεθνή πραγματικότητα.

Περαιτέρω, η εναλλακτική αυτή λύση ασφάλειας σε άλλη περιοχή της χώρας καταγωγής θα πρέπει να είναι εύλογη. Όπως έχει διατυπωθεί χαρακτηριστικά από την Ύπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ⁷⁴, αυτό σημαίνει ότι είναι αναγκαίο να προσφέρεται στους διωκόμενους ένα κατοικήσιμο και ασφαλές περιβάλλον, ελεύθερο από απειλές δίωξης, όπου οι άνθρωποι μπορούν να ζουν μια φυσιολογική ζωή, να ασκούν και να απολαμβάνουν τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματά τους, μαζί με τα μέλη της οικογένειάς τους, σε οικονομικές, κοινωνικές και πολιτισμικές συνθήκες όμοιες με αυτές που απολαμβάνουν άλλοι πολίτες που ζουν σε αυτήν την περιοχή της χώρας.

Αν συντρέχει κάποιος πραγματικός φόβος από μη κρατικά όργανα, θα πρέπει να ελεγχθεί από το

⁷⁴Ύπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ, Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2001, σελ. 20 επ.

κράτος υποδοχής εάν ο κίνδυνος αυτός κατευνάζεται από πλήρη, άμεση, αποτελεσματική εθνική προστασία, ικανή να αποτρέψει εγκαίρως την επαπειλούμενη βλάβη. Με άλλη διατύπωση, πρόκειται για δικαιοκρατικό σύστημα νομιμοκρατούμενης κοινωνίας. Όπου αυτή η αξιολόγηση είναι αναγκαία, απαιτείται προσεκτική εξισορρόπηση των συνθηκών, τόσο γενικών όσο και ειδικών, συμπεριλαμβανομένων του κράτους δικαίου, της ευνομίας, ευταξίας, ευρυθμίας στη χώρα καταγωγής, στην ουσιαστική τήρηση ατομικών ελευθεριών.

Επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι κατά την ελληνική νομολογία πως η ασθενής πιθανολόγηση της ιδιότητας του πρόσφυγα κατηγορουμένου δεν μπορεί να οδηγήσει στην απέλασή του και λαμβάνεται αναμφισβήτητητα υπέρ αυτού.⁷⁵

Κατά το άρθρο 32 παρ. 1 της Σύμβασης της Γενεύης, οι συμβαλλόμενες χώρες δεν πρέπει να διατάσσουν την απέλαση προσφύγων που διαμένουν νομίμως στο έδαφός τους, παρά μόνον για λόγους εθνικής ασφάλειας ή δημόσιας τάξης. Η έννοια της εθνικής ασφάλειας και δημόσιας τάξης περιορίζει το εύρος της από το άρθρο 33, το οποίο κατοχυρώνει την αρχή της μη επαναπροώθησης. Συγκεκριμένα προβλέπει στην παρ.1 την υποχρέωση κάθε συμβαλλόμενης χώρας να μην απελαύνει από το έδαφός της, ούτε να επαναπροωθεί με οποιονδήποτε τρόπο πρόσφυγες, σε σύνορα εδαφών, όπου απειλείται η ελευθερία τους για λόγους φυλής, εθνικότητας, θρησκείας, κοινωνικής τάξης ή πολιτικών πεποιθήσεων. Ωστόσο κατά την παρ.2, το ανωτέρω ευεργέτημα δεν μπορεί να το επικαλείται πρόσφυγας, ο οποίος θεωρείται επικίνδυνος για την ασφάλεια της χώρας στην οποία βρίσκεται, για λόγους που κρίνονται σοβαροί, ή πρόσφυγας που, έχοντας καταδικασθεί με τελεσίδικη απόφαση για ιδιαίτερα σοβαρό αδίκημα, αποτελεί κίνδυνο για τη χώρα.

Από τη γραμματική ερμηνεία της ανωτέρω διάταξης συνάγεται πως η επιβολή της απέλασης του πρόσφυγα είναι μεν απαγορευμένη κατά κανόνα, όχι όμως σε απόλυτο βαθμό, χωρίς την επιβολή εξαιρέσεων που μετριάζουν την απαγόρευση. Σε κάθε περίπτωση, πρόδηλος είναι ο εξαιρετικός χαρακτήρας της κύρωσης της απέλασης στην περίπτωση των αλλοδαπών προσφύγων. Οι εν λόγω εξαιρέσεις συνίστανται αφενός στην ανάγκη συμμόρφωσης του αλλοδαπού πρόσφυγα με την έννομη τάξη της χώρας που τον υποδέχεται και αφετέρου στην ανάγκη της τελευταίας να διαφυλάττει τα έννομα αγαθά που θεωρεί σημαντικά για την αρμονική συμβίωση του πληθυσμού της. Η σοβαρότητα των εννόμων αγαθών που η εκάστοτε πολιτεία επιχειρεί να προστατεύσει, δικαιολογεί το να καθιστά την παραμονή στο έδαφός της, αλλοδαπών που τα αμφισβητούν εμπράκτως, μη ανεκτή. Φαίνεται επομένως, ότι υφίσταται ένα διπολικό σύστημα

⁷⁵ΤριμΕφΑιγαίου 47/2006, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, Ύπατη Αρμοστεία, 2006, σελ. 462 επ. Βλ. και 2745/1996 ΤριμΠλημΠατρών, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 1998, σελ.128 επ.

έντασης ανάμεσα στην ανάγκη διαφύλαξης του πρόσφυγα, λόγω της ιδιότητάς του και στα όρια που θέτουν οι επιλογές του εκάστοτε κράτους. Ακριβέστερα, η πρόβλεψη της Σύμβασης της Γενεύης θέτει μια επιπλέον παράμετρο που πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά τον ερμηνευτή και εφαρμοστή του άρθρου 74 ΠΚ. Στο πλαίσιο της προβληματικής πρέπει να εισέλθει επίσης και το κριτήριο της εφαρμογής του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ, το οποίο, όπως προειπώθηκε, έχει απόλυτο χαρακτήρα και δεν επιδέχεται περιορισμούς.

Έχει ιδιαίτερη πρακτική σημασία στο ζήτημα της απέλασης των προσφύγων ότι η απέλαση του αλλοδαπού από τον δικαστή συνδέεται εννοιολογικά με την απομάκρυνση από τη χώρα υποδοχής, χωρίς υποχρεωτικό προσδιορισμό της χώρας, όπου ο αλλοδαπός πρόκειται να απελαθεί. Αυτό όπως είναι θεμελιώδες κριτήριο για το επιτρεπτό ή μη της απέλασης του πρόσφυγα. Στην ελληνική έννομη τάξη, το ζήτημα του προσδιορισμού της χώρας απέλασης επικεντρώνεται στην εκτέλεση της απέλασης από τα όργανα της εκτελεστικής εξουσίας και όχι στην απόφαση επί αυτής που διενεργείται από τους λειτουργούς της δικαστικής εξουσίας (άρθρο 74 ΠΚ).

Αυτό συνάγεται από το άρθρο 1 της ΚΥΑΕξΔικΔημΤαξ 137954/2000 κατά το οποίο *“Στην αστυνομική αρχή παραδίδεται αντίγραφο της καταδικαστικής απόφασης που διατάσσει την απέλαση, το διαβατήριο του υπό απέλαση προσώπου ή άλλο ταξιδιωτικό έγγραφο αναγκαίο για την επιστροφή του στη χώρα καταγωγής ή μόνιμης διαμονής, το τυχόν υπάρχον εισιτήριο επιστροφής ή χρηματικό ποσό αντίστοιχο της αξίας ενός τουριστικού αεροπορικού εισιτηρίου για τη χώρα καταγωγής του απελαυμένου ή μόνιμης διαμονής του ή άλλης χώρας στην οποία ο απελαυνόμενος μπορεί να γίνει δεκτός”*. Από τα προαναφερθέντα, θα μπορούσε να πει κανείς ότι η αρχή της μη επαναπροώθησης των προσφύγων δεν θα ληφθεί υπόψη στο πλαίσιο του άρθρου 74 ΠΚ, αλλά θα κριθεί σε μεταγενέστερο στάδιο, σε επίπεδο εκτέλεσης.

Ωστόσο, η προσέγγιση αυτή δεν είναι ορθή. Το ενδεχόμενο να γίνει δεκτός ο καταδικασθείς αλλοδαπός πρόσφυγας, στον οποίο επιβλήθηκε η απέλαση, από άλλη χώρα, πέρα από τη χώρα καταγωγής του είναι εξαιρετικά περιορισμένο και ακόμη πιο ισχνή φαίνεται η πιθανότητα, η χώρα αυτή να τον “προστατεύσει” χωρίς να τον επαναπροωθήσει στη χώρα καταγωγής του είτε επειδή δεν δεσμεύεται τυπικά από τις προβλέψεις του διεθνούς νομοθέτη στη Σύμβαση της Γενεύης είτε επειδή πρακτικά δεν τις εφαρμόζει στην πράξη. Στη νομική θεωρία υποστηρίζεται⁷⁶ πως είναι ιδιαίτερα φορμαλιστικό να μεταφέρεται το σύνολο των προβλημάτων στον δογματικό χώρο της εκτέλεσης της απέλασης, όταν τα ίδια ακριβώς δεδομένα είναι ορατά και μπορούν να αξιολογηθούν κατά το χρόνο απόφασης επί αυτής. Άλλο ένα επιχείρημα συνιστά το ότι η ενδεχόμενη περίπτωση να αντιμετωπίσει ο πρόσφυγας κίνδυνο δίωξης αυξάνει τη βαρύτητα της κύρωσης, δημιουργώντας ίσως υπέρμετρα επάχθεια στην επιβολή της από το δικαστήριο που

⁷⁶ Χατζιωάννου Ν.Δ., ο.π., σελ.469

προσκρούει, μεταξύ άλλων, στην αρχή της απαγόρευσης του υπέρμετρου⁷⁷, ως εξειδίκευση της αρχής της αναλογικότητας και στην προστασία της αξίας του ανθρώπου κατά το άρθρο 2 παρ.1 του Συντάγματος.

Ως προς τη διαχωριστική γραμμή μεταξύ της επιβολής και της έκτισης της ποινής της απέλασης, το Εφετείο Θράκης έχει κρίνει, ήδη αρκετά χρόνια πριν, ότι η δικαστική απέλαση παραμένει ισχυρή, πλην όμως το Υπουργείο Δημόσιας Τάξης αδυνατεί να την εκτελέσει γιατί θα παραβιάσει τις διεθνείς υποχρεώσεις της Ελλάδας (άρθρο 31 της Σύμβασης της Γενεύης του 1951 για το Καθεστώς των Προσφύγων)⁷⁸

ΜΕΡΟΣ IV

Η δικαστική απέλαση των αλλοδαπών που είναι κοινοτικοί υπήκοοι

Η Ευρωπαϊκή Ένωση, με αφορμή την απέλαση των αλλοδαπών, έχει τονίσει επανειλημμένως τις αρχές της αναλογικότητας κατά την απειλή και εκτέλεση της απέλασης για τα κράτη μέλη. Το ΔΕΚ, κατά την πάγια πρακτική του δέχεται μεν την κυριαρχική αρμοδιότητα των κρατών να καθορίζουν την ποινική τους νομοθεσία, πλην όμως το κοινοτικό δίκαιο επιβάλλει περιορισμούς στην αρμοδιότητα αυτή, μέρος της οποίας παραχώρησαν αυτοβούλως τα κράτη. Με άλλα λόγια το κοινοτικό δίκαιο λειτουργεί ως ο περιορισμός των περιορισμών που η εθνική νομοθεσία επιβάλλει αναφορικά με τις ατομικές ελευθερίες.

Ακρογωνιαίο λίθο για την αρχή υπεροχής του ενωσιακού έναντι του εθνικού δικαίου συνιστά η αρχή της άμεσης ισχύος του. Η μνεία, επιβεβαίωση και επαλήθευση της αυτονομίας του κοινοτικού δικαίου έχει ως σημείο αναφοράς την θεμελιώδη απόφαση του ΔΕΚ Van Gend en Los (ΔΕΚ 26/62-παράρτημα 8). Το δικαστήριο, παρά την αντίθεση πολλών εθνικών έννομων τάξεων που ήθελαν να διαφυλάξουν την αρχή της κρατικής κυριαρχίας τους και του γενικού εισαγγελέα του, αποφάνθηκε ότι λόγω της φύσης και της δικαιοπολιτικής σκοπιμότητας της Ένωσης, ο τρόπος για να εξυπηρετηθεί αυτή η σκοπιμότητα είναι να έχουν οι κανόνες της Ένωσης καταρχήν άμεση εφαρμογή. Με αφετηρία την απόφαση αυτή και την ανάδειξη της αρχής της ευθείας εφαρμογής μιας διάταξης του δικαίου της Ένωσης, αναδύθηκε η προβληματική της αντίθεσης μιας διάταξης του δικαίου της Ένωσης που επιφέρει άμεσα δικαιώματα και υποχρεώσεις για τους κοινοτικούς υπηκόους (πολίτες της Ένωσης) με το περιεχόμενο και τις έννομες συνέπειες ενός κανόνα εθνικού δικαίου και η έποψη του εσωτερικού δικαίου υπό το πρίσμα του πνεύματος, της οικονομίας και του γράμματος της Συνθήκης.

⁷⁷ Καρράς, ο.π., Εισαγωγή, σελ.24 επ.

⁷⁸ ΕφετΘράκης 39/1996 (βούλευμα), Δημοσιευμένο σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, Ύπατη Αρμοστεία Ηνωμένων Εθνών για τους Πρόσφυγες, 1998, σελ. 128 επ.

Στην υπόθεση Variola (34/73-παράρτημα 11), διατυπώθηκε ρητώς πως από τις θεμελιώδεις αρχές της Συνθήκης (προφανώς από την όλη συστηματική ερμηνεία, από την συνολική τάξη και ενότητα των διατάξεων που συντελούν σε ένα κοινό σημείο αναφοράς), από τους στόχους στους οποίους η Συνθήκη αποβλέπει, συνάγεται πως οι διατάξεις αυτές, στο βαθμό που η ίδια η φύση τους το επιτρέπει, διεισδύουν στην εσωτερική έννομη τάξη χωρίς τη συνδρομή οποιουδήποτε εθνικού μέτρου. Το πολύπλοκο ορισμένων καταστάσεων σε ένα κράτος δεν μπορεί να αλλοιώσει τη νομική φύση κοινοτικών διατάξεων με άμεση ισχύ, πολύ λιγότερο καθόσον ο κοινοτικός κανόνας πρέπει να έχει την ίδια ισχύ σε όλα τα κράτη-μέλη (προφανώς ώστε να μείνει αλώβητη η ενιαία και ομοιόμορφη εφαρμογή της ενωσιακής έννομης τάξης χωρίς συνεχή προσκόμματα που την υπονομεύουν).

Άλλη μια εξαίρεση της εξαίρεσης, δηλαδή επιστροφή στον κανόνα της κρίσης κατά διακριτική ευχέρεια και όχι υποχρέωσης του δικαστηρίου, για την παράβαση του νόμου περί ναρκωτικών πέρα από την οικογενειακή ζωή, όπως αναλύθηκε ανωτέρω συνιστά και η περίπτωση των αλλοδαπών που είναι υπήκοοι κράτους-μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης, έχουν δηλαδή την ευρωπαϊκή ιθαγένεια.

Σημείο αναφοράς για την εν λόγω τοποθέτηση συνιστά η υπόθεση Donatella Calfa του ΔΕΚ⁷⁹. Συγκεκριμένα, η Donatella Calfa, Ιταλίδα υπήκοος κατηγορήθηκε για κατοχή και χρήση απαγορευμένων ναρκωτικών ουσιών κατά την διαμονή της ως τουρίστριας στην Κρήτη. Το Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου την κήρυξε ένοχη για παράβαση του νόμου περί ναρκωτικών, την καταδίκασε σε ποινή φυλάκισης τριών μηνών και διέταξε την ισόβια απέλασή της από την ελληνική επικράτεια. Στις 25 Σεπτεμβρίου 1995 η Donatella Calfa άσκησε αναίρεση ενώπιον του ΑΠ κατά της απόφασης αυτής, μόνο ως προς το μέρος της επιβολής ισόβιας απέλασης από την ελληνική επικράτεια. Ο Άρειος Πάγος, κρίνοντας ότι στην εκκρεμή υπόθεση ενώπιόν του τίθεται το ζήτημα της εναρμόνισης της εθνικής νομοθεσίας με το κοινοτικό δίκαιο ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο ΔΕΚ προδιακαστικά ερωτήματα ως προς το ζήτημα αυτό και ως προς την εφαρμογή της αρχής της κοινοτικής αναλογικότητας. Το ΔΕΚ έκρινε ότι αντιβαίνει στα άρθρα 48, 52 και 59 της Συνθήκης ΕΚ και προς το άρθρο 3 της οδηγίας 65/221 περί του συντονισμού των ειδικών μέτρων για τη διακίνηση και τη διαμονή αλλοδαπών, η εθνική νομοθεσία που επιβάλλει στο εθνικό δικαστήριο, προβλέποντας ορισμένες μονάχα εξαιρέσεις για οικογενειακούς λόγους (δηλαδή περιορίζει υπέρμετρα τη διακριτική ευχέρεια του δικαστή), την υποχρέωση να διατάξει την ισόβια απέλαση από την ελληνική επικράτεια των υπηκόων των άλλων κρατών μελών που έχουν καταδικασθεί για τα πλημμελήματα της προμήθειας ή της κατοχής ναρκωτικών ουσιών για προσωπική χρήση. Κατά το σκεπτικό του

⁷⁹ΔΕΚ 348/96 Donatella Calfa, 19.1.1999 (Ολομ.), Συλλ.Νομ, 1999, Βλ. το πρωτοδικαστικό ερώτημα του ΑΠ που υπέβαλε στο ΔΕΚ σε ΑΠ 1067/96, ΝοΒ, 1997, 45.480.

δικαστηρίου, μια τόσο άτεγκτη ποινή παρακωλύει την άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών που διακυρδύσσονται στα ανωτέρω άρθρα της Συνθήκης. Ένα κράτος μέλος μπορεί να θεωρήσει ότι η χρήση ναρκωτικών ουσιών συνιστά κίνδυνο για την ευταξία της κοινωνίας που δικαιολογεί τη λήψη μέτρων κατά των αλλοδαπών που παραβαίνουν την αντίστοιχη εθνική νομοθεσία, με σκοπό τη διαφύλαξη της δημόσιας τάξης. Ωστόσο, κατ' εφαρμογή του άρθρου 56 της Συνθήκης, δεν επιτρέπεται η απέλαση κοινοτικών υπηκόων για λόγους δημόσιας τάξεως, με μόνη την επίκληση της παράβασης του νόμου περί ναρκωτικών, αλλά θα πρέπει επιπροσθέτως, η ατομική συμπεριφορά του να δημιουργεί πραγματική και αρκετά σοβαρή απειλή κατά θεμελιώδους συμφέροντος της κοινωνίας. Η προϋπόθεση αυτή, φυσικά, δεν τηρείται όταν η ισόβια απέλαση διατάσσεται αυτομάτως, μετά από ποινική καταδίκη, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη, ούτε η ατομική συμπεριφορά του δράστη της παράβασης και ούτε ο κίνδυνος για την δημόσια τάξη (φυσικά οι δύο αυτοί παράγοντες αλληλεπιδρούν μεταξύ τους).⁸⁰

Ομοίως, έχει κριθεί και σε πόρισμα του Συνηγόρου του Πολίτη⁸¹ για την άδεια επιστροφής στη χώρα απελαθέντος αλλοδαπού που είναι κοινοτικός υπήκοος. Συγκεκριμένα, επρόκειτο για την άδεια επιστροφής Ρουμάνου πολίτη από τον Υπουργό Δικαιοσύνης (κατά την παράγραφο 3 του προισχύσαντος άρθρου 74 ΠΚ), με επίκληση σοβαρών οικογενειακών λόγων και ένταξής του στην ελληνική κοινωνία. Ο αιτών προστατεύεται από το κοινοτικό δίκαιο ως προς την απέλασή του, συνεπώς πρέπει να ισχύουν γι' αυτόν οι αυξημένες απαιτήσεις απέλασης κοινοτικού υπηκόου. Θα πρέπει δηλαδή αυτός να συνιστά “μια πραγματική, ενεστώσα και αρκούντως σοβαρή απειλή στρεφόμενη κατά θεμελιώδους συμφέροντος της πολιτείας” (άρθρο 27 παρ.2 εδ. Β' Οδηγίας 2004/38ΕΚ). Οι λόγοι δημόσιας τάξης και ασφάλειας, όπως διατυπώνεται στο ανωτέρω πόρισμα, πρέπει να τεκμηριώνονται στην απόφαση απέλασης, ενώ κατά την κρίση του αιτήματος επιστροφής πρέπει να διαπιστώνεται και πάλι η συνδρομή τους και, τέλος, να σταθμίζονται με βάση τα λοιπά στοιχεία της υπόθεσης.

Από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 27 έως 33 της Οδηγίας 2004/38/ΕΚ (συστηματική ερμηνεία) του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 29ης Απριλίου 2004, σχετικά με το δικαίωμα των πολιτών της Ένωσης και των μελών των οικογενειών τους να κυκλοφορούν και να διαμένουν ελεύθερα στην επικράτεια των κρατών-μελών, συνάγεται ότι το μέτρο της απέλασης σε βάρος κοινοτικών υπηκόων, άρα πλέον και των Ρουμάνων, πρέπει να υπόκειται σε αυστηρούς περιορισμούς και να επιβάλλεται μόνο κατ'εξαίρεση. Η επιβολή δικαστικής απέλασης σε κοινοτικό πολίτη υπόκειται στις γενικές δεσμεύσεις των κρατών-μελών ως προς την επιβολή περιορισμών στο δικαίωμα ελεύθερης κυκλοφορίας και διαμονής, όπως

⁸⁰ Βλ. σχετικά με την απέλαση υπηκόου της ΕΕ και Κοτσάλης Α., Μαργαρίτης Μ., Φαρσεδάκης Ι., Ναρκωτικά, Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 3459/2006, 2007, ερμηνεία άρθρου 35, σελ. 379 επ.

⁸¹ Συνήγορος του Πολίτη, Πόρισμα 1709/08/5/29.11.2010, Ποιν Δικ 8-9/2011, σελ.974 επ.

διατυπώνεται στο άρθρο 22 παρ.7 ΠΔ 106/2007. Μόνο οι λόγοι δημοσίας τάξης και δημόσιας ασφαλείας συνιστούν παρέκλιση και μάλιστα όχι μόνοι τους αλλά σε συνδυασμό με άλλους παράγοντες όπως ο χρόνος παραμονής τους στο κράτος-μέλος, οι δεσμοί που έχουν αναπτύξει, η οικονομική, επαγγελματική, οικογενειακή κατάσταση. Η διάταξη του άρθρου 74 ΠΚ υποχωρεί μπροστά στις ανώτερες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που έχουν υπερνομοθετική ισχύ κατά το άρθρο 28 του Συντάγματος. Επομένως, επί επιβολής δικαστικής απέλασης σε βάρος αλλοδαπού τρίτης χώρας, ο οποίος μετά την έκδοση της απόφασης απέκτησε την ευρωπαϊκή ιθαγένεια λόγω προσχώρησης της χώρας του στην ΕΕ (όπως η Ρουμανία), η άμεση ισχύς της προμνηθείσας Οδηγίας, που υπερτερεί έναντι του εθνικού δικαίου, ήτοι του άρθρου 74 ΠΚ, και υπό το φως της οποίας πρέπει το τελευταίο να ερμηνευτεί, καταλαμβάνει και αυτόν.

Η κατηγορία των υπηκόων κράτους μέλους της Ε.Ε. συνιστά παρέκκλιση επί του βασικού κανόνα της υποχρεωτικής απέλασης επί καταδικασθέντος για εμπορία ναρκωτικών. Κατά την Οδηγία 64//221 ΕΟΚ του Συμβ. Υπ., η απέλαση του εν λόγω υπηκόου μπορεί να διαταχθεί μονάχα, αν η ατομική συμπεριφορά δημιουργεί πραγματική και αρκετά σοβαρή απειλή κατά θεμελιώδους συμφέροντος της κοινωνίας. Αυτό σημαίνει ότι δεν μπορεί να διαταχθεί η απέλαση μόνο εξαιτίας της καταδίκης αυτής καθαυτής, δηλαδή με την επίκληση του κριτηρίου της ατομικής εγκληματικής συμπεριφοράς ή του κινδύνου για τη δημόσια τάξη. Ήδη με το άρθρο 28 παρ.1 του ν.3772/2009, ο αλλοδαπός θεωρείται επικίνδυνος για τη δημόσια τάξη ή ασφάλεια, ιδίως όταν σε βάρος του ασκηθεί ποινική δίωξη για αδίκημα που τιμωρείται για στερητική της ελευθερίας ποινή τουλάχιστον τριών μηνών.⁸² Η ανωτέρω παραδοχή συνιστά έκφανση της αρχής ότι δεν αξιολογείται δύο φορές το ίδιο δεδομένο το οποίο επιτελεί επιβαρυντική λειτουργία (ne bis in idem).

Κατά την κρίση του Αρείου Πάγου, η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση διέταξε την ισόβια απέλαση από την ελληνική επικράτεια Ιταλίδας υπηκόου χωρίς περαιτέρω αιτιολογία, αποκλειστικά λόγω της καταδίκης για πλημμεληματική παράβαση του νόμου περί ναρκωτικών. Τελικά αποφασίστηκε δικαίως η αναίρεση της απόφασης λόγω εσφαλμένης ερμηνείας και εφαρμογής (άρθρο 510 παρ. ΙΕ' ΚΠΔ) του άρθρου 17 παρ. 2 ν.1729/1987 υπερνομοθετικής ισχύος.⁸³

Πλέον στην ελληνική δικαστηριακή πρακτική διατυπώνεται πως σε κάθε περίπτωση, προηγούμενες καταδίκες δεν αποτελούν καθαυτές λόγους για τη λήψη δυσμενών μέτρων σε βάρος πολιτών της Ε.Ε., όπως η δικαστική απέλαση. Για την επιβολή της πρέπει να προστίθενται και άλλοι λόγοι που ισχυροποιούν την αναγκαιότητα επιβολής της. Για την ακρίβεια, η προσωπική συμπεριφορά του καταδικασθέντος θα πρέπει να συνιστά πραγματική, ενεστώσα και

⁸² Ζώης Ιωάννης Ε., Η θέση του κατηγορουμένου στα διάφορα στάδια της ποινικής δίκης, 2011, σελ 8-9

⁸³ ΑΠ 1243/2000 ΝοΒ2001, σελ. 306 Βλ. Ζώης Ιωάννης Ε., ο.π., σελ.9, όπου παρατίθεται το σκεπτικό της απόφασης.

αρκούντως σοβαρή απειλή, στρεφόμενη κατά θεμελιώδους συμφέροντος της κοινωνίας⁸⁴, όπως οι έννοιες αυτές έχουν διαπλασθεί κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.⁸⁵ Κατά την ανωτέρω ελληνική νομολογία, το μέτρο της απέλασης συνεπεία ποινικού αδικήματος μπορεί να επιβληθεί σε βάρος κοινοτικών υπηκόων αποκλειστικά για λόγους δημόσιας τάξης ή δημόσιας ασφάλειας παράλληλα με τη στάθμιση παραγόντων, όπως ο χρόνος παραμονής στο κράτος-μέλος, η οικογενειακή, οικονομική και επαγγελματική κατάσταση και οι κεκτημένοι δεσμοί που αναπτύχθηκαν σταδιακά με το κράτος-μέλος υποδοχής, εν γένει η κοινωνικοοικονομική ενσωμάτωση. Ακόμη κι αν μέτρο αυτό επιβληθεί κατ' εξαίρεση, θα πρέπει να εξετάζεται εκ νέου κάθε διετία από την εκτέλεσή του, ώστε να διαπιστώνεται η ενδεχόμενη μεταβολή των συνθηκών που αποτέλεσαν βάση επιβολής του.

Κατά την ίδια κατευθυντήρια γραμμή με το ΕΔΔΑ, *mutatis mutandis*, στη νομολογία του ΔΕΚ έχει δοθεί έμφαση στην υπογράμμιση της αρχής της αναλογικότητας. Στην υπόθεση *Orfanopoulos and Oliveri* κρίθηκε ότι προκειμένου να τηρηθεί αν ο σκοπούμενος περιορισμός είναι ανάλογος προς τον επιδιωκόμενο νόμιμο σκοπό, εν προκειμένω προς την προστασία της δημόσιας τάξης, πρέπει να ληφθούν υπόψη η φύση και η βαρύτητα του διαπραχθέντος εγκλήματος από τον περί ου η απέλαση, η διάρκεια της διαμονής του στο κράτος μέλος υποδοχής, το χρονικό διάστημα που παρήλθε από τη διάπραξη του εγκλήματος, η οικογενειακή κατάσταση του ενδιαφερομένου και το μέγεθος των δυσχερειών που ενδέχεται να αντιμετωπίσει ο σύζυγος και τα τέκνα τους στη χώρα αταγωγής του ενδιαφερομένου.⁸⁶

Ο *Oliveri* ήταν ιταλός υπήκοος που γεννήθηκε στη Γερμανία, τοξικομανής και φορέας του ιού HIV. Ύστερα από τη διάπραξη διαφόρων εγκλημάτων, καταδικάστηκε για κλοπές και παράνομη εμπορία ναρκωτικών ουσιών. Η εκτέλεση των καταδικαστικών αποφάσεων ανεστάλη για το χρονικό διάστημα της θεραπείας του σε μονάδα αποτοξίνωσης την οποία διέκοψε με συνέπεια την ανάκληση της αναστολής. Ενόψει αυτού του γεγονότος, ο *Oliveri* έλαβε προειδοποίηση για τις πιθανές συνέπειες της συμπεριφοράς του κατά την εφαρμογή της γερμανικής νομοθεσίας περί αλλοδαπών. Εν τέλει, αφού δεν συμμορφώθηκε, διατάχθηκε η απέλασή του στην Ιταλία. Η απόφαση στηρίχθηκε στη σοβαρότητα και συχνότητα των διαπραχθέντων εγκλημάτων αλλά και στον συγκεκριμένο κίνδυνο υποτροπής του δράστη λόγω της εξάρτησής του από τα ναρκωτικά χωρίς καμία διάθεση εκ μέρους του να θεραπευτεί. Λόγω των μη ισχυρών σχέσεων με την οικογένειά του και τη στοιχειώδη γνώση της ιταλικής γλώσσας, κρίθηκε ότι η απέλαση δεν είναι δυσανάλογο μέτρο σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό.

⁸⁴ Πλημμ. Ηρακλ., 1550/2007, Ποιν Χρ., 2007, σελ.601

⁸⁵ Μεταξύ άλλων: απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1975-*Rolland Rutili v. Ministre de l'intérieur*-υπόθεση 36/75 ίδια σκέψη 28 *European Court Reports* 1975 σελίδα 1219

⁸⁶ ΔΕΚ *Orfanopoulos and Oliveri*, C-482/01, 29.4.2009, ΣυλλΝομ 2000, σελ.1-5257, αλλά και διαδικτυακά σε eyropa.gr, σκέψη 99

Στο σημείο αυτό επιβάλλεται να υπομνηστεί ότι το δικαίωμα διαμονής των υπηκόων κράτους μέλους στο έδαφος άλλου κράτους μέλους δεν είναι απόλυτο, κατά την παρούσα εξέλιξη του κοινοτικού δικαίου και κατά τη νομολογία του ΔΕΚ. Αυτό προκύπτει από τις διατάξεις περί ελεύθερης κυκλοφορίας των προσώπων του τίτλου III του τρίτου μέρους της Συνθήκης, ήτοι από τα άρθρα 39, 43, 46, 49, 55 ΕΚ και από τις διατάξεις του παραγώγου δικαίου που θεσπίστηκαν προς εφαρμογή των πρώτων, αλλά και από το άρθρο 18 ΕΚ, το οποίο ενώ παρέχει στους πολίτες της Ένωσης το δικαίωμα να κυκλοφορούν και να διαμένουν ελεύθερα στο έδαφος κρατών μελών, οριοθετεί το δικαίωμα αυτό θέτοντας περιορισμούς.⁸⁷

Στη απόφαση *Orfanopoulos and Oliveri*, το ΔΕΚ κατέληξε ότι το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει την απέλαση υπηκόου κράτους μέλους η οποία στηρίχθηκε σε λόγους γενικής προλήψεως, ήτοι αποφασίστηκε με σκοπό την αποτροπή άλλων αλλοδαπών, ιδίως όταν το μέτρο αυτό διατάχθηκε αυτομάτως κατόπιν ποινικής καταδίκης, χωρίς να ληφθούν υπόψη ούτε η ατομική συμπεριφορά του δράστη της παράβασης ούτε ο εντέυθεν κίνδυνος για τη δημόσια τάξη.⁸⁸

ΜΕΡΟΣ V

Οι δύο αντιτιθέμενοι πόλοι συμφερόντων στην επιβολή του μέτρου της απέλασης

1. Ο σκοπός διαφύλαξης της δημόσιας τάξης

Σε περίπτωση απέλασης αλλοδαπών που έχουν διαπράξει σοβαρά αδικήματα, ικανά να διακυβεύσουν την ασφάλεια της χώρας, τίθεται το ζήτημα διαφύλαξης της δημόσιας τάξης ή της πρόληψης ποινικών παραβάσεων. Πρέπει να υπομνησθεί πως επειδή η ΕΣΔΑ δεν εγγυάται σε κανέναν αλλοδαπό το δικαίωμα εισόδου η παραμονής στο έδαφος παραμονής των συμβαλλομένων κρατών, αυτό συνεπάγεται πως ανήκει στα συμβαλλόμενα κράτη η υποχρέωση τήρησης της δημόσιας τάξης. Η σύλληψη της έννοιας της δημόσιας τάξης παραλάσσει σε κάθε κράτος, γιατί συσχετίζεται άμεσα με τον πυρήνα του, ωστόσο θα μπορούσε να κριθεί πως η επικινδυνότητα του εγκληματία και τα κριτήρια που την προσδιορίζουν συνιστά βασική παράμετρο για την απειλή ή όχι της δημόσιας τάξης, όπως καταφάσκει και η γερμανική θεωρία.⁸⁹

Το χαρακτηριστικότερο παράδειγμα παράβασης της δημόσιας τάξης είναι η παράβαση της

⁸⁷ ΔΕΚ *Kaba I*, C-466/00, Συλλ. Νομ 2000, σελ. I-2623, σκέψη 30 και της 6ης Μαρτίου 2003, *Kaba II*, Συλλ. Νομολ., 2003, σελ. I – 2219, σκέψη 46

⁸⁸ ΔΕΚ *Orfanopoulos and Oliveri*, C-482/01, 29.4.2009, Συλλ. Νομ 2000, σελ. I-5257, σκέψη 68

⁸⁹ *Borgers Niclas*, Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht, Ein Abschied vom objektiven Dritten, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, Seite 501

νομοθεσίας περί ναρκωτικών ουσιών. Ωστόσο, πρέπει να τονιστεί πως οι προσφεύγοντες στο ΕΔΔΑ για το ζήτημα αυτό⁹⁰ δεν αμφισβητούν την ποινή της κάθειρξης, όταν αυτή επιβάλλεται σε τέτοια αδικήματα, αλλά τον ισόβιο χαρακτήρα της απέλασης που επιβάλλεται υποχρεωτικά ως παρεπόμενο μέτρο. Όπως έχει πολλαπλώς τονιστεί, μονοσήμαντη αντιμετώπιση δεν υπάρχει, γι' αυτό και η νομολογία του ΕΔΔΑ κρίνει κατά περίπτωση. Ο ισόβιος χαρακτήρας του μέτρου άλλοτε κρίνεται δυσανάλογος με τους επιδιωκόμενους σκοπούς και άλλοτε όχι γιατί κρίνεται ως μέτρο δικαιοπολιτικά ορθό με το κριτήριο της “εγκληματικής ροπής” και με βάση τις κάθε φορά ειδικές συνθήκες (συμπεριφορά κατά την έκτιση της ποινής, κίνδυνος τέλεσης νέου αδικήματος και δεσμός με το κράτος υποδοχής και το πόσο αυτή δεν είναι ανάγκη να διακυβευτεί χάρην της δημόσιας ασφάλειας). Για παράδειγμα, στην απόφαση Yilmaz κατά Γερμανίας, το ΕΔΔΑ διαπιστώνει ότι όντως το άρθρο 8 παραβιάζεται επειδή η χρονική διάρκεια του μέτρου της απέλασης είναι υπερβολικά μεγάλη και όχι επειδή αυτή καθαυτή η κύρωση της απέλασης δεν έπρεπε να επιβληθεί. Στην εν λόγω υπόθεση το δικαστήριο έκρινε πως οι σχέσεις μεταξύ ενηλίκων δεν υπάγονται κατ' ανάγκη στο πεδίο προστασίας του άρθρου 8 της Σύμβασης. Ισχυρό κριτήριο για την αξιολόγηση των περιστάσεων και την απόφαση επί των δικαιωμάτων που ενδεχομένως διακυβεύονται είναι ο χρόνος κατά τον οποίο καθίσταται οριστικό το μέτρο που συνιστά επέμβαση στο δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής.

Στη νομολογία του ΔΕΚ, μεταξύ άλλων, έχει κριθεί στην υπόθεση Bouchereau, ότι η έννοια της δημόσιας τάξης προϋποθέτει, εκτός από τη διατάραξη της κοινωνικής τάξης που συνεπάγεται κάθε παράβαση νόμου, την ύπαρξη πραγματικής και αρκούντως σοβαρής απειλής, η οποία θίγει θεμελιώδες συμφέρον της κοινωνίας.⁹¹ Στην υπόθεση Donatela Calfa κρίθηκε πως ένα κράτος μέλος μπορεί να θεωρεί πως η χρήση ναρκωτικών ουσιών συνιστά κίνδυνο για την κοινωνία, τέτοιον που να καθιστά δικαιολογημένη τη λήψη μέτρων κατά αλλοδαπών που παραβαίνουν τη νομοθεσία περί ναρκωτικών ουσιών, εντούτοις η εξαίρεση για λόγους δημόσιας τάξης πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς, με αποτέλεσμα να μπορεί να δικαιολογηθεί προσηκόντως η απέλαση λόγω ποινικής καταδίκης μόνο αν από τις περιστάσεις που οδήγησαν στην καταδίκη αυτή προκύπτει ατομική συμπεριφορά τέτοια που να παραπέμπει σε ενεστώσα απειλή κατά της δημόσιας τάξεως.⁹²

Σε ότι αφορά τους υπηκόους κρατών μελών της Ένωσης, το ΔΕΚ, ερμηνεύοντας τη ρήτρα της δημόσιας τάξης που έχει θέσει το άρθρο 56 της Συνθήκης για την ίδρυση των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, έχει δεχθεί ότι η απέλαση υπηκόου είναι εφικτή στα πλαίσια της Οδηγίας 64/221,

⁹⁰ *Μάγια Μ.*, Παρατηρήσεις για την υπόθεση Kolonja κατά Ελλάδας, σε ΝοΒ, 2016, Τόμος 64, σελ.1255 επ.

⁹¹ ΔΕΚ, Bouchereau, Συλλ Νομ, 1977, σελ.617, σκέψη 35

⁹² Donatela Calfa, C-348/96, Συλλ Νομ, 1999, σκέψεις 22 και 24. Βλ και ΔΕΚ Orfanopoulos and Oliveri, C-482/01, 29.4.2009, σκέψη 67

μονον όταν η ατομική συμπεριφορά του δημιουργεί πραγματική και σοβαρή απειλή κατά θεμελιώδους συμφέροντος της κοινωνίας.⁹³

Το ορθότερο είναι να πει κανείς πως η εξέταση της ρήτηρας της δημόσιας τάξης προηγείται του ζητήματος της αρχής της αναλογικότητας. Πριν από τη σχέση μέσου και σκοπού θα πρέπει να έχει ελεγχθεί αν συντρέχει ο σκοπός. Για παράδειγμα, θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς πως επιβολή λχ της απέλασης σε έναν αλλοδαπό που μένει νόμιμα και εργάζεται στην Ελλάδα, επειδή έχει τελέσει ένα έγκλημα από αμέλεια για το οποίο του έχει επιβληθεί φυλάκιση λίγων ημερών, εμφανίζεται μέτρο προφανώς δυσανάλογο προς τη βαρύτητα της πράξης του. Ωστόσο δεν χρειάζεται καν μνεία στην αρχή της αναλογικότητας. Το έγκλημα αυτό δεν μπορεί να επιβεβαιώσει καν αντικειμενικά την επικινδυνότητα του δράστη, που αποτελεί αναγκαίο όρο για την επιβολή του μέτρου ασφαλείας.⁹⁴ Έν γένει κατά την ελληνική νομολογία έχει διατυπωθεί πως η κατευθυντήρια γραμμή του έλληνα νομοθέτη στηρίχθηκε στην προστασία της χώρας από αλλοδαπούς με επικίνδυνα προσωπικότητα.⁹⁵

Ποινικά αδικήματα που θα μπορούσαν κατά τους ανωτέρω ορισμούς να εμπίπτουν στην έμπρακτη αμφισβήτηση της δημόσιας τάξης είναι ιδίως αυτά που έχουν κατά τις ποινικές επιστήμες, ως έννομο αγαθό το κοινωνικό σύνολο. Τέτοια είναι οι προσβολές κατά της πολιτειακής εξουσίας (άρθρα 167 επ. ΠΚ), σχετικά με υπομνήματα (άρθρα 216 επ. ΠΚ), σχετικά με την απονομή της δικαιοσύνης (άρθρα 224 επ.).

Αυτό ισχύει πολύ περισσότερο και για τα εγκλήματα που συνιστούν προσβολή της παγκόσμιας δικαιοσύνης κατά το άρθρο 8 του ελληνικού Ποινικού Κώδικα, όπως οργανωμένο έγκλημα, πειρατεία, δουλεμπορία, εμπορία ανθρώπων, σωματεμπορία και ασέλγεια με ανήλικο έναντι αμοιβής, εμπόριο ναρκωτικών, κυκλοφορία άσεμνων δημοσιευμάτων, τα εγκλήματα σχετικά με το νόμισμα. Αν ένα έγκλημα προσβάλλει την παγκόσμια δικαιοσύνη, πολλώ δε μάλλον προσβάλλει την εγχώρια δημόσια τάξη γιατί κατά βάση υπονομεύει είτε ατομικές ελευθερίες είτε βασικές πτυχές της αρμονικής κοινωνικής συμβίωσης.

Ας αναφερθεί ένα παράδειγμα: Το διεθνές δίκαιο ήδη υπό τη μορφή του εθίμου θεωρούσε πάντοτε τον πειρατή εχθρό της ανθρωπότητας (*hostis humani generis*)⁹⁶ καθιερύοντας την διεθνή ποινική δικαιοδοσία. Η πειρατεία, πλέον οι τρομοκρατικές επιθέσεις⁹⁷, η εμπορία ανθρώπων κτλ

⁹³ ΑΠ, 1243/2000, ΠοινΧρον, 2001, σελ.433

⁹⁴ Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ. 82

⁹⁵ ΓνμδΕισΑΠ 3/1986, ΠοινΧρ 1986, σελ. 536

⁹⁶ Ρούκουνας Ε., Διεθνές Δίκαιο, Τόμος II, 2006, σελ.163

⁹⁷ Ένα ενδεικτικό παράδειγμα για την σταδιακή εμφάνιση αυτής της κατηγορίας εγκλημάτων στο διεθνή χώρο είναι η “αεροπειρατεία” επί ενός επιβατικού αεροσκάφους της εταιρίας Air France τον Δεκέμβριο του 1994 από Ισλαμιστές τρομοκράτες που ανήκαν στην Αλγερινή Ένοπλη Ισλαμική Ομάδα (GIA), οι οποίοι επιχειρήσαν ανεπιτυχώς να καταρρίψουν το αεροσκάφος με 283 όταν αυτό ήταν ύπτατο πάνω από το Παρίσι. Το εγχείρημα δεν

θεωρείται ότι προσβάλλουν τόσο αφόρητα τη διεθνή δημόσια τάξη ώστε θεωρείται διεθνή εγκλήματα⁹⁸. Κυρίως, οι διεθνείς συμβάσεις κανόνες δικαίου που αναφέρονται στα ανθρώπινα δικαιώματα υπάγονται συστηματικά στο δίκαιο των διεθνών εγκλημάτων.⁹⁹

Κατά τη στάθμιση των αντιτιθέμενων μεγεθών στο πλαίσιο του ελέγχου αναλογικότητας, το προστατευόμενο δημόσιο συμφέρον προσδιορίζεται σε σύγκριση με το ατομικό, σε άμεση αλληλοσυσχέτιση και όχι ανεξάρτητα, όπως θα ειπωθεί και στη συνέχεια.

2. Ο σκοπός της εξασφάλισης του δράστη που κινδυνεύει να απελαθεί

Οι πρακτικά δυσμενείς επεκτάσεις του νομικού χαρακτηρισμού της απέλασης ως μέτρου ασφαλείας μετριάζονται από τα εξής: Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου κατά πάγια νομολογία δέχεται ότι όχι μόνο οι ποινές αλλά οποιοδήποτε μέτρο που περιορίζει τις ατομικές ελευθερίες πρέπει αν προβλέπεται ρητά σε διάταξη νόμου κατά την δικαιοκρατικού χαρακτήρα αρχή της νομιμότητας, να είναι απολύτως αναγκαίο σε δημοκρατική κοινωνία κατά την αρχή της αναγκαιότητας και να προβλέπεται με τρόπο σαφή κατά την αρχή της προβλεψιμότητας. Ο σκοπός έγκειται στο να μπορεί να είναι σε θέση ο πολίτης να γνωρίζει όταν ενεργεί τις συνέπειες, δηλαδή τις εκ του νόμου επιτρεπτές προσβολές των δικαιωμάτων του που μπορεί να επιφέρει μια αξιόποινη πράξη χωρίς εκ των υστέρων ανατροπές και χωρίς αιφνιδιασμούς. Τούτο υποβοηθούμενος τόσο από το γράμμα του νόμου όσο και από την ερμηνεία που δίδει η δικαστική πρακτική στον τελευταίο.

Περαιτέρω, η ΕΣΔΑ κατοχυρώνει το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη κατά το άρθρο 6 όταν η απονομή της ποινικής δικαιοσύνης υπονομεύει τον στενό πυρήνα των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Η υπερνομοθετικής εμβέλειας πρόβλεψη της ΕΣΔΑ έχει γενικό χαρακτήρα και ισχύει για κάθε περιορισμό των ατομικών ελευθεριών ανεξάρτητα από τον χαρακτήρα που του αποδίδεται σε κάθε έννομη τάξη. Κατά τον τρόπο που ερμηνεύονται οι διατάξεις της Σύμβασης από το ΕΔΔΑ,

έγινε για οικονομικούς ιδιοτελείς σκοπούς αλλά με κίνητρο τον θρησκευτικό φονταμενταλισμό. Βλ. Δημόπουλος Χ., Παγκοσιοποίηση και Τρομοκρατία, 2006, σελ 32. Ζήτημα δημιουργεί το πως αντιλαμβάνονται τα κράτη τα τρομοκρατικά εγκλήματα και η συσχέτισή τους με την απέλαση ή την έκδοση αλλοδαπών κατηγορουμένων για τρομοκρατικές ενέργειες σε έννομες τάξεις όπου κινδυνεύουν να υποστούν δυσμενή μεταχείριση. Η προβληματική για την αποτελεσματική αντιμετώπιση της τρομοκρατίας και το κράτος δικαίου αναλύεται στο άρθρο του *Wolfgang Hetzer*, *Rechtstaat oder Ausnahmestand, Suveränität und Terror*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, Seite 662. Βλ. και παρακάτω, *Η προβληματική του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ*.

⁹⁸ Γιόκαρης Α. και Παζαρτζής Φ., Εθνική και διεθνής ποινική καταστολή των διεθνών εγκλημάτων, 2012, σελ. 15 Βλ και Γιόκαρης Α., Οι διεθνείς ποινικές δικαιοδοσίες των κρατών, 2016, σελ.52 επ.όπου αναλύεται η εξωεδαφική οικουμενική ποινική δικαιοδοσία χάριν της προστασίας της παγκόσμιας δικαιοσύνης κατά το άρθρο 8 ΠΚ.

⁹⁹ *Jescheck, Maurach-FS 590*, Βλ *Μυλωνόπουλος Χρ.*, Διεθνές Ποινικό Δίκαιο, 2007, σελ.39

ο γενικός αυτός κανόνας αποτελεί μέτρο ερμηνείας των διατάξεων στο ποινικό δίκαιο. Δίδει επομένως κατευθυντήρια γραμμή στην εσωτερική έννομη τάξη, ώστε σε κάθε περίπτωση να καλύπτεται η προσήκουσα προστασία.¹⁰⁰

Επιπροσθέτως, πέρα από τα διεθνή νομοθετήματα, και στην ελληνική έννομη τάξη η ποινή και το μέτρο ασφαλείας, παρά τις διαφορές τους στο δυαδικό σύστημα του ποινικού δικαίου, έχουν ως κοινή δογματική αφετηρία την αρχή της νομιμότητας.¹⁰¹ Αυτό φτάνει στο σημείο, μάλιστα, να αμφισβητείται από μερίδα της επιστημονικής θεωρίας η συνταγματικότητα του άρθρου 4 ΠΚ, το οποίο προσδίδει αναδρομική ισχύ στα μέτρα ασφαλείας.¹⁰²

Ακόμη κι αν θεωρήσουμε την ποινή μέτρο ασφαλείας, ο πολίτης δεν μπορεί να αιφνιδιάζεται εκ των υστέρων, μετά δηλαδή την τέλεση της πράξης, με την επιβολή διαφορετικών ή αυστηρότερων μέτρων. Η εκ των υστέρων πρόβλεψη του μέτρου ασφαλείας αιφνιδιάζει τον πολίτη (εν προκειμένω τον αλλοδαπό) και οδηγεί σε έναν περιορισμό της ελευθερίας του που δεν ήταν προβλέψιμος κατά τον χρόνο τέλεσης της πράξης. Επομένως, δεν μπορεί ο περιορισμός αυτός να θεωρείται σύμφωνος με το περιεχόμενο και τις επιταγές της ΕΣΔΑ, ούτε επιτρεπτός σύμφωνα με το πνεύμα της. Επομένως, το άρθρο 4 παρ.1 ΠΚ, ερμηνευόμενο υπό το πρίσμα της ΕΣΔΑ, δεν μπορεί να αφορά τη θεμελίωση ή την επαύξηση του περιορισμού της ελευθερίας.¹⁰³ Υπό τα δεδομένα αυτά, εφαρμόζεται το άρθρο 2 ΠΚ, για την αναδρομική ισχύ μόνο του επεικέστερου νόμου, και για τα μέτρα ασφαλείας.

α) Συνταγματικό πλαίσιο

Το σύνολο των συνταγματικών δεσμεύσεων για θετική, παροχική ενέργεια του κράτους με τη δυναμική των μηχανισμών του (*status positivus*), μονοπωλούνται από έλληνες πολίτες. Η οικογένεια, όπως προστατεύεται στο άρθρο 21 του Συντάγματος, θεωρείται αγαθό που το οποίο δεν φαίνεται σαφές εάν οι αλλοδαποί έχουν το δικαίωμα να το ασκήσουν επί ίσοις όροις με τους έλληνες πολίτες. Ελαστική συνταγματική κατοχύρωση των δικαιωμάτων των αλλοδαπών συνιστά και η διατύπωση του άρθρου 28 παρ.1 εδ. β' κατά το οποίο η εφαρμογή των κανόνων του διεθνούς δικαίου και των διεθνών συμβάσεων σε αλλοδαπούς τελεί πάντοτε υπό τον όρο της

¹⁰⁰Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ. 80-81

¹⁰¹Κωστάρας Α.Π., Έννοιες και Θεσμοί του Ποινικού Δικαίου, 2008, σελ.193 επ.

¹⁰²Ο Μαγκάκης Γ.-Α. (Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου Γ, 1984, σελ.97 επ.) θεωρεί τη ρύθμιση του άρθρου 4 ΠΚ αντισυνταγματική γιατί όταν απαγορεύει το Σύνταγμα την αναδρομική επιβολή ποινής, δεν εννοεί την ποινή εν στενή έννοια, αλλά όλες τις ποινικές κυρώσεις, δηλαδή και τις ποινές και τα μέτρα ασφαλείας. Βλ.Κωστάρας Α.Π., Έννοιες και Θεσμοί του Ποινικού Δικαίου, 2008, σελ.166

¹⁰³Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ.82 και 103, παρ.106

αμοιβαιότητας.¹⁰⁴

Κατά το άρθρο 2 παρ.1 η πολιτεία έχει πρωταρχική υποχρέωση να σέβεται και να προστατεύει την αξία του ανθρώπου. Ορθότερο είναι να υποστηριχθεί πως η εν λόγω διάταξη περιλαμβάνει τον πληθυσμό της χώρας και όχι το λαό, επομένως καταλαμβάνει και τους αλλοδαπούς. Η αξία του ανθρώπου είναι η βάση για τον κοινωνικό του ρόλο ως αυτοσκοπού και στην απόκλιση του ενδεχομένου να υποβιβαστεί σε αντικείμενο ή αναλώσιμο εργαλείο των κρατικών μηχανισμών. Συνίσταται στο ότι ο άνθρωπος "ως ον πνευματικό και ηθικό αποβλέπει εκ φύσεως στο να καθορίζει τον εαυτό του εν αυτοσυνειδησία και εν ελευθερία, να τον διαμορφώνει και να ενεργεί επί του περιβάλλοντος".¹⁰⁵ Επομένως στον πυρήνα της έννοιας της ανθρώπινης αξίας εντάσσεται και ο σωματικός αυτοπροσδιορισμός του γιατί σε αντίθεση με τα ζώα είναι ένα ον που εκτός από το ένστικτο λειτουργεί με την εγγενή συνειδητή βούληση και την έλλογη σκέψη. Το πρόσωπο αυτοκαθορίζεται γιατί είναι έλλογο και συνειδητό όν, ηθική και κοινωνικοπολιτική οντότητα.

Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο Α.Μανιτάκης¹⁰⁶, "ως πρόσωπα, όλοι ο άνθρωποι έχουν, χωρίς εξαίρεση και χωρίς διάκριση, με τη γέννησή τους δικαιοκτητική ικανότητα και είναι φορείς ελευθερίας, αφηρημένης, δηλαδή ικανότητας ή δυνατότητας αυτοκαθορισμού και συνειδητής απόφασης".

Στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου ο Κ. Σούρλας¹⁰⁷, αναφερόμενος στην προσωπικότητα ως αυτοτελές αντικείμενο προστασίας από τα άρθρα 57-60 ΑΚ, συμπεραίνει ότι "*η προσωπικότητα υπό την τελευταίαν έννοιαν δεν απετέλεσε πάντοτε αντικείμενον ιδιαιτέρας αναγνώρισεως του δικαίου. Η αναγνώρισις προϋπέθετεν αν μη αναγωγήν του ανθρώπου εις σκοπόν καθ' εαυτόν, τουλάχιστον επαρκή χειραφέτησιν αυτού από της κοινωνικής ομάδος, προς ην ήτο προσκεκολλημένος και ήτις επί πολύν χρόνον τον απερρόφα είτε ως οικογένεια, είτε ως φυλή είτε ως άστν. Εις την σχολήν του φυσικού δικαίου ανήκει η τιμή, ότι έδωκεν εις τον άνθρωπον την θέσιν ελεύθερου και λογικού όντος*". Ο άνθρωπος είναι αυτοτελές σημείο αναφοράς ανεξάρτητα από την οικογένεια, τη φυλή, την πόλη όπου ανήκει. Κανένα κοινωνικό μόρφωμα δεν τον απορροφά.

Υποστηρίζεται ότι το άρθρο 2 παρ. 1 Σ αποτελεί απλώς μια κατευθυντήρια γραμμή αλλά ορθότερο φαίνεται να αποδίδεται άμεση νομική ισχύ στη διάταξη λόγω της σημαντικότητάς της. Η αρχή αυτή είναι η μόνη συνταγματική αρχή που δεν επιδέχεται περιορισμούς.

Μπορεί να ερμηνευτεί συνδυαστικά με το άρθρο 3 της ΕΣΔΑ γιατί διακατέχονται από έναν πολύ

¹⁰⁴ Ανδρέας Χ. Τάκης, Κράτος Δικαίου και Μετανάστευση, σε Ο νέος νόμος 3386/2005 για τους αλλοδαπούς, Σκέψεις και Προβληματισμοί, Επιμέλεια Παπασιώπη Πασιά Ζ., 2006, σελ. 34

¹⁰⁵ Παπαδοπούλου Α. και Παντελής Α., Ζητήματα Συνταγματικών Επιφυλάξεων, 1984, σελ. 262

¹⁰⁶ Τασόπουλος Γ.Α., ο.π.

¹⁰⁷ Τασόπουλος Γ. Α., ο.π.

σημαντικό κοινό άξονα: Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια είναι το μόνο συνταγματικό δικαίωμα που προστατεύεται απεριόριστα, είναι απόλυτο και ανεπιφύλακτο και εξαιρείται του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 25 παρ.1 δ' Σ. Αντίστοιχα και το άρθρο 3 της ΕΣΔΑ δεν επιδέχεται περιορισμούς.

Η αξία του ανθρώπου θα επικρατήσει χωρίς να γίνει σταθμιστεί με την ανάγκη προστασίας της δημόσιας τάξης, γιατί δεν χωρεί κανένα κριτήριο και κανένα “ζύγισμα”, καμία σχετικοποίηση.

β) Η προβληματική του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ

Η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προάσπιση των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και των Θεμελιωδών Ελευθεριών (ΕΣΔΑ) έχει κυρωθεί από την Ελλάδα με το ν.δ. 53/1974, ΦΕΚ 256, τ. Α΄ καθώς και με

το Ν. 2400/1996 ΦΕΚ 96, τ. Α΄).

Στην ελληνική έννομη τάξη η θέση της ΕΣΔΑ προσδιορίζεται από το άρθρο 28 παρ.1 εδ.α' του Συντάγματος, σύμφωνα με το οποίο οι Διεθνείς Συμβάσεις που έχουν κυρωθεί με νόμο αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του εσωτερικού δικαίου και τυπική δύναμη και υπέρτερη κάθε άλλης διάταξης νόμου.

Σύμφωνα με το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ *“Παν πρόσωπον δικαιούται εις το σεβασμόν της οικογενειακής και ιδιωτικής ζωής, της κατοικίας και της αλληλογραφίας του. Δεν επιτρέπεται να υπάρξη επέμβασις δημόσιας αρχής εν τη ασκήσει του δικαιώματος τούτου, εκτός εάν η επέμβασις αυτή προβλέπεται υπό του νόμου και αποτελεί μέτρον το οποίον εις μίαν δημοκρατικήν κοινωνίαν είναι αναγκαίον δια την εθνικήν ασφάλειαν, την δημόσιαν ασφάλειαν, την εθνικήν ευημερίαν της χώρας, την προάσπισιν της τάξεως, την πρόληψιν ποινικών παραβάσεων, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής ή την προστασίαν των δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων”*.

Στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ και του δικαιοδοτικού οργάνου ερμηνείας και εφαρμογής των διατάξεών της, του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, αναφύεται το ζήτημα της έντασης που προκαλείται ανάμεσα στο άρθρο 8 της ΕΣΔΑ και στην αρχή της κρατικής κυριαρχίας, δηλαδή στο δικαίωμα κάθε κράτους να αυτοκαθορίζεται με το να αποφασίζει το ίδιο για την είσοδο και τη διαμονή των αλλοδαπών στην επικράτειά του.¹⁰⁸

Στον αντίποδα της κρατικής κυριαρχίας, το ΕΔΔΑ, κατ'εφαρμογήν της ανωτέρω διατάξεως,, σταθμίζει το δικαίωμα του αλλοδαπού στη διατήρηση εδραιωμένης οικογενειακής ζωής και την υπέρμετρη επάχθεια που θα έχει για τον τελευταίο η ανατροπή της.

¹⁰⁸ Χατζηγιάννου Ν.Δ., ο.π., σελ.390 επ.

Περαιτέρω, επιβάλλεται να υπομνησθεί μια ειδική περίπτωση καταδίκης της Ελλάδας από το ΕΔΔΑ, για παραβίαση του δικαιώματος της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Ενδεικτικά, με απόφασή του στη υπόθεση Κολονja κατά Ελλάδος, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι η απόφαση της Ελλάδας να απαγορεύσει ισοβίως την είσοδο στη χώρα του Stefan Κολονja, ενός Αλβανού υπηκόου ελληνικής καταγωγής παραβιάζει το δικαίωμά του στην οικογενειακή ζωή. Στις 12 Οκτωβρίου 1999 ο Κολονja καταδικάστηκε σε φυλάκιση επτά ετών για αγορά ναρκωτικών ουσιών και παράλληλα εκδόθηκε και απόφαση απέλασής του από τη χώρα. Η εν λόγω απέλαση, σύμφωνα με την ισχύουσα τότε εσωτερική νομοθεσία ισοδυναμούσε με εφ' όρου ζωής απαγόρευση εισόδου στην ελληνική επικράτεια. Αφού αφέθηκε ελεύθερος με αναστολή, απελάθηκε στην Αλβανία και στη συνέχεια επέστρεψε παράνομα, δηλαδή παρά την επιβολή της απέλασης, στην Ελλάδα, στο μέρος όπου διέμενε η οικογένειά του. Το 2011 συνελήφθη ξανά και παρέμεινε υπό κράτηση και απελάθηκε εκ νέου. Ύστερα από ανεπιτυχείς προσφυγές κατά του μόνιμου χαρακτήρα της τελευταίας απευθύνθηκε στο ΕΔΔΑ και το τελευταίο απεφάνθη για τη δυσανάλογη προσβολή του δικαιώματος στην οικογενειακή ζωή, εντάσσοντας στη δικανική του συλλογιστική τα επιχειρήματα ότι ο Κολονja είχε ελληνική καταγωγή και ήταν παντρεμένος με Ελληνίδα υπήκοο, με την οποία είχε αποκτήσει δύο παιδιά, αυτά είχαν την ελληνική ιθαγένεια αμφότερα και τέλος ο προσφεύγων εργαζόταν ήδη 20 χρόνια στην Ελλάδα.

Στην απόφαση Yildiz κατά Αυστρίας¹⁰⁹ τίθεται το ζήτημα της απέλασης αλλοδαπού λόγω καταδίκης του για διάπραξη εγκλημάτων ήσσονος σημασίας και επιβολής προστίμου για διοικητικές παραβάσεις. Ο προσφεύγων είχε δημιουργήσει οικογένεια στην Αυστρία με ομοεθνή, υπήκοο της χώρας προέλευσής του που γεννήθηκε και ζούσε στη χώρα υποδοχής. Το δικαστήριο, παρόλο που στάθμισε λαμβάνοντας υπόψη το δικαίωμα του απελαθέντος πατέρα να επικοινωνεί ελεύθερα με την κόρη του, στα πλαίσια της οικογενειακής ζωής του άρθρου 8 της Σύμβασης. Ωστόσο, έκρινε ότι ανήκει στη σφαίρα ευθύνης και απόφασης των εθνικών αρχών και κυρίως των δικαστηρίων, το έργο της ερμηνείας και εφαρμογής της εθνικής νομοθεσίας.

Το δικαστήριο έχει ως επί το πλείστον κρίνει θετικά υποθέσεις όπου χρήζει εφαρμογής το άρθρο 8 της Σύμβασης, όταν οι στενές οικογενειακές σχέσεις περιλαμβάνουν παιδιά και όχι μόνο ενήλικες. Αντιθέτως, έχει αντιμετωπίσει σε περιορισμένη έκταση υποθέσεις όπου το βασικό εμπόδιο για την απέλαση είναι οι δυσκολίες που αντιμετωπίζει ο ένας σύζυγος να προσαρμοστεί στη χώρα που πρόκειται να απελαθεί ο άλλος σύζυγος. Καλείται να υιοθετήσει κατευθυντήρια γραμμή στη υπόθεση Boultif κατά Ελβετίας¹¹⁰, όπου η σύζυγος του περί ου η απέλαση αδυνατούσε να εργαστεί και να κερδίσει τα προς τα ζην στην Αλγερία, τη χώρα όπου επρόκειτο

¹⁰⁹Βλ. ΕΔΔΑ Boultif κατά Ελβετίας, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2003, σελ.417 επ.

¹¹⁰Βλ. ΕΔΔΑ, Yildiz κατά Αυστρίας, <http://www.refworld.org>

να απελαθεί ο σύζυγός της . Οι δικαστές Baka, Wildhaber και Lorenzen τόνισαν το γεγονός ότι στο μεγάλο διάστημα που μεσολάβησε από την τέλεση της αξιόποινης πράξης μέχρι την εν προκειμένω κρίση επί αυτής ο προσφεύγων δεν διέπραξε άλλο αδίκημα επιδεικνύοντας συμπεριφορά κοινωνικά αποκατεστημένου ατόμου. Περαιτέρω, παρόλο που δεν πείστηκαν πλήρως ότι ήταν αδύνατο για τη σύζυγό του να ζήσει στην Αλγερία, παραδέχτηκαν ότι θα επέλθει επάχθεια στην ανατροπή της ζωής της γιατί θα αντιμετωπίσει προφανείς και αξιοσημείωτες δυσκολίες και κατά συνέπεια δέχτηκαν την ανεπάρκεια της σοβαρότητας του αδικήματος να δικαιολογήσει το μέτρο της απέλασης.

Στο σημείο αυτό αναδύεται το ερώτημα του κατά πόσον η δικαστική απέλαση αλλοδαπού που τον αποκόπτει από την οικογένειά του μπορεί να αντίκειται στο θεμελιώδες δικαίωμα της οικογενειακής ζωής του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ και σε άλλες περιπτώσεις¹¹¹. Ως προς το ζήτημα της οικογενειακής ζωής του δράστη εγκληματικής πράξης και την στάση του ΕΔΔΑ, ιδιαίτερα σημαντικές είναι οι σκέψεις του δικαστή L-E Pettiti, όπως διατυπώθηκαν στην αντίθετη με την πλειοψηφία γνώμη του στην υπόθεση Beldjourdi κατά Γαλλίας¹¹². Η συγκεκριμένη απόφαση ήταν μια από τις αποφάσεις σημεία αναφοράς του ΕΔΔΑ, οδηγούς που άσκησαν επιρροή στη διαμόρφωση της νεότερης σχετικής νομολογίας του δικαστηρίου (από τα μέσα της δεκαετίας του 1990 και μετά), ιδίως όσον αφορά την ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Αν και η πλειοψηφία δεν ασχολήθηκε καθόλου με το ζήτημα του νομικού χαρακτήρα της απέλασης, ο συγκεκριμένος δικαστής οδηγήθηκε σε ευρύτερες σκέψεις αμφισβητώντας το υπό διαμόρφωση ερμηνευτικό σχήμα του δικαστηρίου και ιδίως τη δυνατότητα να αντιμετωπιστούν τα αναδύμενα προβλήματα της απέλασης ενόψει διάπραξης εγκλήματος, αποκλειστικά μέσω της στάθμισης της ενδεχόμενης προσβολής της οικογενειακής ζωής που η συγκεκριμένη κύρωση συνεπάγεται για τον ενδιαφερόμενο και της εγκληματικής συμπεριφοράς του. Με τη σκέψη ότι το σοβαρό πρόβλημα της απέλασης των αλλοδαπών-δραστών αξιόποινων πράξεων συνεπάγεται την προσβολή της ιδιωτικής η οικογενειακής ζωής ούτως ή άλλως, όπως αντίστοιχα το ίδιο συμβαίνει με κάθε στερητική της ελευθερίας ποινή, αμφισβήτησε τη σκοπιμότητα προσέγγισης τέτοιων περιπτώσεων στα πλαίσια του εύρους εφαρμογής του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ.

Ο εν λόγω δικαστής τόνισε περαιτέρω ότι *“κάθε κράτος παραμένει κυρίαρχο για τη διαμόρφωση της δικής του αντεγκληματικής πολιτικής καθώς και τον προσδιορισμό της βαρύτητας των ποινών. Σε πολλά κράτη μέλη η απέλαση αποτελεί μια πλήρη ποινή πρόσθετη στη στερητική της ελευθερίας ποινή και σε πολλές περιπτώσεις είναι η απέλαση παρά η ποινή φυλάκισης που διασφαλίζει την*

¹¹¹ Βρέλλης Σπ., Απέλαση και Ανθρώπινα Δικαιώματα κατά τη Νομολογία του ΕΔΔΑ, σε Αλλοδαποί και Ανθρώπινα Δικαιώματα, Επιμέλεια Βούλγαρης Ι., 2009, σελ. 29 επ.

¹¹² ΕΔΔΑ, Beldjurdi κατά Γαλλίας, Απόφαση της 26ης 02.1992 (55/1990/246/317), Βλ. και Χατζηγιάννου Ν.Δ., ο.π., σελ. 390

καταπολέμιση της κατ'εξακολούθηση εγκληματικότητας κια ενδυναμώνει την εθνική συμφωνία υπέρ της αποδοχής των καλόπιστων μεταναστών, οι οποίοι με την εργασία τους συμμετέχουν στην ευημερία του έθνους.”

Εξάγοντας ορισμένες συμπερασματικές διαπιστώσεις από τις ανωτέρω παραδοχές συνήγαγε πως το ΕΔΔΑ θα έπρεπε να εξετάσει τα σχετικά ζητήματα στο πλαίσιο του άρθρου 6, ελέγχοντας ενδεχόμενη παραβίασή του στην εφαρμογή των εσωτερικών διαδικασιών δικαστικής προστασίας στην πράξη ή του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ, που έχει ως σημείο αναφοράς την απάνθρωπη και εξευτελιστική μεταχείριση.

γ) Η προβληματική του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ

Κατά το άρθρο 3 της ΕΣΔΑ κανένα πρόσωπο δεν υποβάλλεται σε βασανιστήρια ή σε απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση ή τιμωρία.

Η διάταξη έχει απόλυτο χαρακτήρα, δεδομένου ότι δεν επιδέχεται στάθμιση με άλλους παράγοντες, όπως επιφύλαξη υπέρ της δημόσιας τάξης. Σε αντιδιαστολή με το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ, το ΕΔΔΑ οφείλει κατ' αποκλειστικότητα να ελέγχει την ύπαρξη ή όχι σοβαρού και πραγματικού κινδύνου υποβολής του αλλοδαπού σε βασανιστήρια ή άλλου είδους μεταχείριση που είναι απάνθρωπη ή εξευτελιστική.¹¹³

Το ΕΔΔΑ στην περίπτωση Saadi κατά Ιταλίας αρνήθηκε τον ισχυρισμό της εναγόμενης κυβέρνησης του Ηνωμένου Βασιλείου που υποστηρίζει ότι πρέπει να υπάρχει διαφοροποίηση, υπό το πρίσμα του άρθρου 3 ανάμεσα στη μεταχείριση που επιβάλει απευθείας μια υπογράφουσα χώρα και της μεταχείρισης που μπορεί να επιβάλουν οι αρχές ενός άλλου κράτους και ότι η προστασία ενάντι στη δεύτερη αυτή μορφή κακής μεταχείρισης πρέπει να αντισταθμίζεται με τα συμφέροντα της κοινωνίας συνολικά.¹¹⁴ *“Καθώς η προστασία ενάντια στις μορφές μεταχείρισης που απαγορεύει τ άρθρο 3 είναι απόλυτη, η διάταξη αυτή επιβάλει την υποχρέωση να μην εκδίδεται ή απελαύνεται κανένα άτομο που διατρέχει πραγματικό κίνδυνο να υποστεί τέτοιου είδους μεταχείριση στη χώρα υποδοχής. Όπως το Δικαστήριο έχει επανειλημμένως επισημάνει, δεν υπάρχει δυνατότητα παρέκκλισης από αυτόν τον κανόνα”.*

Η απόλυτη μορφή της απαγόρευσης δεν επιτρέπει τη στάθμιση των δυσχερειών που αντιμετωπίζουν τα κράτη στην υποδοχή μεταναστών.

Η φύση των υποχρεώσεων που έχουν αναλάβει τα συμβαλλόμενα κράτη στη Σύμβαση, δυνάμει του άρθρου 3, στηρίζεται στην πράξη που εκθέτει τον αλλοδαπό σε κίνδυνο κακομεταχείρισης.

¹¹³ Χατζηιωάννου Ν.Δ., ο.π., σελ.400 επ.

¹¹⁴ ΕΔΔΑ, Saadi κατά Ιταλίας, Τμήμα Μείζονος Σύνθεσης,, 28.2.2008, Κριστάκις, ο.π., 61 επ.

Η ύπαρξη του κινδύνου θα πρέπει να αξιολογείται σε σχέση με τα γεγονότα τα οποία γνωρίζουν ή οφείλουν να γνωρίζουν τα συμβαλλόμενα κράτη κατά το χρόνο της εκτέλεσης της απέλασης. Σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων υποχρεούται να καταθέσει στοιχεία και πληροφορίες για τη σύσταση ή ισχυροποίηση των αποδείξεων που επαληθεύουν την παράβαση του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ μέσω της απέλασης.

Το δικαστήριο οφείλει να λάβει υπόψη μόνο αυτόν τον παράγοντα για να αποφανθεί την κατάφαση της εφαρμογής του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ, χωρίς στη συλλογιστική του να συνυπολογίζεται η σοβαρότητα των διαπραχθέντων εγκλημάτων, η διαταχθείσα κοινωνική ειρήνη στο κράτος υποδοχής και το έννομο αγαθό που προσβάλλεται από την ποινική παράβαση. Κατά συνέπεια των ανωτέρω, το ΕΔΔΑ έχει παραδεχτεί ότι η νομιμότητα της παραμονής του αλλοδαπού στο κράτος υποδοχής δεν ασκεί ερμηνευτική επιρροή, δεν αποτελεί αντικείμενο σταθμίσεως και δεν μετριάζει την εφαρμογή της διάταξης, εν αντιθέσει με την ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ.¹¹⁵ Συμπερασματικά, το υπό εξέταση άρθρο 3 της ΕΣΔΑ απηχεί ατομικές ελευθερίες που δεν συνιστούν μεταβλητή έννοια, αλλά σταθερά μεγέθη, χωρίς περιθώριο σχετικοποίησης.

Για την κατάφαση σοβαρού και πραγματικού κινδύνου χρειάζεται αμεσότητα, στενή αιτιακή σύνδεση και ισχυρή πιθανολόγηση. Το δικαστήριο οφείλει να προβεί σε λεπτομερειακή εξέταση και εκτεταμένο έλεγχο των περιστάσεων που επικρατούν στη χώρα καταγωγής (πολιτειακό καθεστώς, σύστημα κράτους δικαίου, σωφρονιστικά μέτρα κτλ) και τη σύνδεση του προσφεύγοντος με αυτά (η εξέταση των εγκλημάτων του από τη νομοθεσία, η ενδεχόμενη αντιμετώπισή του ως αντιφρονούντα, η έννομη θέση των συγγενών του κτλ) ώστε να μην αρκεί απλή πιθανολόγηση του κινδύνου ή η αοριστία της επέλευσής του.

Κατά τη νομολογία του ΕΔΔΑ, η αξιολόγηση του κατά πόσο υπάρχει πραγματικός κίνδυνος πρέπει να βασίζεται σε όλους τους παράγοντες που ενδέχεται να τον εντείνουν. Μπορεί μεμονωμένοι παράγοντες να μην συνιστούν πραγματικό κίνδυνο όταν εξετάζονται χωριστά αλλά όταν εξετάζονται αθροιστικά, οι ίδιοι ακριβώς παράγοντες να συνεπάγονται το αντίθετο. Επομένως, η υποχρέωση να εξετάζονται όλα τα σχετικά περιστατικά της υπόθεσης επιτάσσει την αναγκαιότητα να εκτιμώνται συνολικά όλοι οι σχετικοί παράγοντες σε συνδυασμό με την κατάλληλη προσοχή στη γενικότερη κατάσταση που επικρατεί στη χώρα προορισμού.¹¹⁶

¹¹⁵ΕΔΔΑ, *Said κατά Ολλανδίας*, Νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου αλλοδαπών και προσφύγων, ECHR (1) pdf, Βλ. και Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005, σελ. 473 επ.

¹¹⁶Κριστάκης Γ., Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013. σελ. 112 επ. Διαδικτυακά <https://rm.coe.int>

Στην περίπτωση έκδοσης, συγκεκριμένα στην περίπτωση Al Moayad κατά Γερμανίας¹¹⁷, το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι δεν υπάρχουν βάσιμοι λόγοι για το ότι ο προσφεύγων, ο οποίος ήταν ύποπτος τρομοκρατικής ενέργειας, θα υποβαλλόταν σε κατάφωρη άρνηση του δικαιώματός του για δίκαιη δίκη εάν γινόταν έκδοσή του στις Ηνωμένες Πολιτείες, αρνούμενο την ισχυρή πιθανολόγηση συγκεκριμένης μορφής ανάμεσα στον κίνδυνο και το επιβαλλόμενο μέτρο.

Αφορμή προβληματισμού συνιστά ο κίνδυνος υποβολής του προσώπου που ενδέχεται να απελαθεί σε θανατική ποινή, η οποία συνιστά πρόβλεψη ποινικής κύρωσης από το νομοθέτη της χώρας καταγωγής. Μπορεί να αναρωτηθεί κανείς αν η περίπτωση αυτή μπορεί να εμπίπτει στην πρόβλεψη του άρθρου 3, αν η προοπτική του θανάτου συνιστά απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση ή υποβολή σε βασανιστήριο. Το ΕΔΔΑ δεν προέβη ευθέως σε μια τέτοια παραδοχή, οδηγήθηκε όμως στο ίδιο αποτέλεσμα εκ πλαγίου. Στη υπόθεση Soering κατά Αγγλίας¹¹⁸, εκκρεμούσε αίτημα έκδοσης των Η.Π.Α. κατά του Γερμανού υπηκόου που κατηγορούνταν για δύο ανθρωποκτονίες με πρόθεση από το Ηνωμένο Βασίλειο όπου είχε καταφύγει. Το ΕΔΔΑ διαπίστωσε ότι υφίστατο παράβαση του άρθρου 3, όχι λόγω του κινδύνου επιβολής θανατικής ποινής, ο οποίος ενδέχεται να επέλθει κατά ισχυρή πιθανολόγηση, κατά την αντιμετώπιση ανάλογων περιπτώσεων από τη νομολογία των ΗΠΑ, αλλά επειδή το φαινόμενο της σειράς των κελιών των μελλοθάνατων συνιστούσε απάνθρωπη και εξευτελιστική μεταχείριση, σύμφωνα με το άρθρο 3. Το προσκήνιο βέβαια φαίνεται να αλλάζει χωρίς την ανάγκη εκ πλαγίου αντιμετώπισης, με το 13ο Πρωτόκολλο “σχετικά με την κατάργηση της θανατικής ποινής σε όλες τις περιστάσεις”, που κατά την ορθότερη άποψη καθιστά ανίσχυρη την επιφύλαξη του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ και καθιστά απόλυτη και τη διαφύλαξη του αλλοδαπού από την ποινή αυτή¹¹⁹. Ωστόσο, συνιστά σημαντικό βήμα στην εξέλιξη της προάσπισης των ατομικών δικαιωμάτων, διότι αποφαινεται ότι η θανατική ποινή σε καιρό ειρήνης μπορεί να θεωρηθεί πλέον απαράδεκτη μορφή τιμωρίας που δεν επιτρέπει ούτε το άρθρο 2. Ο δικαστής Garlicki στην υπόθεση Ocalan κατά Τουρκίας αναφέρθηκε στην απόφαση Soering, πιστεύοντας ότι η τελευταία υιοθέτησε τη “θεωρία της επικουρικότητας”. Το δεδομένο της βούλησης των κρατών να τροποποιήσουν στο άμεσο μέλλον το γράμμα της Σύμβασης εμπόδισε την τελεολογική ερμηνεία, την αντιμετώπιση της Σύμβασης ως ζωντανού κειμένου, εναρμονισμένη με το πνεύμα των καιρών. Επομένως, το Δικαστήριο έπρεπε αν δώσει μια άμεση λύση μέσα από άλλη οδό.

Στην υπόθεση Ocalan κατά Τουρκίας¹²⁰, το Δικαστήριο πήρε μια πιο ξεκάθαρη θέση για το

¹¹⁷ΕΔΔΑ, Al Moayad κατά Γερμανίας, προσφ. 35865/03, απόφαση επί του παραδεκτού, 20.2.2007, παρ. 101-102 και 107. Βλ Κριστάκις, ο.π., σελ. 63 επ.

¹¹⁸ΕΔΔΑ, Soering κατά Αγγλίας, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προφύγων και Αλλοδαπών, 1998, Ύπατη Αρμοστεία, σελ. 186 επ.

¹¹⁹Χατζηιωάννου, ο.π., σελ. 400 επ.

¹²⁰ΕΔΔΑ, Ocalan κατά Τουρκίας, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005, σελ. 473

ζήτημα της θανατικής ποινής. Δέχτηκε ότι η απαγγελία της θανατικής ποινής μετά από μη δίκαιη δίκη από δικαστήριο του οποίου αμφισβητείται η ανεξαρτησία και η αμεροληψία συνιστά απάνθρωπη μεταχείριση που απαγορεύεται από το άρθρο 3 της Σύμβασης¹²¹. Αντιθέτως, κατά τη μειοψηφούσα θέση του δικαστή Garlicki, συνιστά παραβίαση του άρθρου 3 κάθε καταδίκη σε θανατική ποινή αυτή καθαυτή, γιατί συνιστά *per se* απάνθρωπη και εξευτελιστική μεταχείριση. Κατά τη γνώμη του εν λόγω δικαστή, η γνώμη της πλειοψηφίας δεν αντιμετωπίζει ουσιαστικά το πρόβλημα, αποφαινόμενη ότι συνιστά παραβίαση του άρθρου 3 η θανατική ποινή μετά από δίκαιη δίκη. Ο δικαστής, για την ισχυροποίηση της θέσης του επικαλέστηκε αφενός τη Γνωμοδότηση της Κοινοβουλευτικής Συνέλευσης του Συμβουλίου της Ευρώπης το 2002, η οποία είχε διατυπώσει πως η εκτέλεση της θανατικής ποινής αποτελεί απάνθρωπη και εξευτελιστική μεταχείριση που παραβιάζει θεμελιώδες ανθρώπινο δικαίωμα, το δικαίωμα στη ζωή και δεν έχει θέση στις πολιτισμένες δημοκρατικές κοινωνίες, που διέπονται από κράτος δικαίου.¹²² Αφετέρου, παρέθεσε το επιχείρημα ότι ΕΣΔΑ, ως διεθνής συνθήκη θα πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με το άρθρο 39 της Σύμβασης της Βιέννης.

Mutatis mutandis, το ΕΔΔΑ απεφάνθη και στην υπόθεση Bader κατά Σουηδίας¹²³ την κατάφαση της επιβολής θανατικής ποινής υπό προϋποθέσεις ως απάνθρωπη μεταχείριση. Συγκεκριμένα, τόνισε ότι οι αρμόδιες αρχές της Σουηδίας, της χώρας που επρόκειτο να απελάσει τον αλλοδαπό, δεν είχε λάβει καμία εγγύηση ότι θα γινόταν δίκη πριν την επιβολή της θανατικής ποινής ή γενικότερα ότι θα γινόταν δίκαιη δίκη με την ουσιαστική άσκηση του δικαιώματος ακρόασης, την παράθεση και λήψη υπόψη αποδεικτικών μέσων και με την παρουσία δικηγόρων.¹²⁴

επ.

¹²¹ Βλ. *Βρέλλης Σπ.*, *Απέλαση και Ανθρώπινα Δικαιώματα κατά τη Νομολογία του ΕΔΔΑ*, σε *Αλλοδαποί και Ανθρώπινα Δικαιώματα*, Επιμέλεια *Βούλγαρης Ι.*, 2009, σελ. 40 επ.

¹²² ΕΔΔΑ, *Ocalan κατά Τουρκίας*, ΕΔΔΑ, Δημοσιευμένη σε *Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων*, 2005, σελ. 519, θέση του δικαστή Garlicki

¹²³ ΕΔΔΑ, *Bader κατά Σουηδίας*, Αρ.προσφ.13284/04, *Βρέλλης Σπ.*, *Απέλαση και Ανθρώπινα Δικαιώματα κατά τη Νομολογία του ΕΔΔΑ*, σε *Αλλοδαποί και Ανθρώπινα Δικαιώματα*, Επιμέλεια *Βούλγαρης Ι.*, 2009, σελ. 40 επ.

¹²⁴ Το ΕΔΔΑ έχει αποφανθεί πως η παραβίαση του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη κρίνεται με βάση την εντύπωση που δίδεται σε τρίτους για την ακεραιότητα της διαδικασίας. Ιδίως, η δίκαιη εκδίκαση εγγυάται την απαγόρευση οποιασδήποτε συμπεριφοράς προς τον κατηγορούμενο που θα μπορούσε να οδηγήσει στην ψυχολογική ή σωματική τους εξασθένηση. Βλ. *Ταγαράς*, *Μηχανισμοί διεθνούς προστασίας των δικαιωμάτων του Ανθρώπου*, 1992, σελ. 123 επ. Επομένως, μπορεί να συσχετιστεί κανείς εύκολα αυτή την ψυχολογική ή σωματική εξασθένηση με την απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση. Το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη συνιστά βασική αρχή των δικαιοκρατικών πολιτευμάτων σε εθνικό, ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο, η έμπρακτη έκφανση της ποινικής δικονομίας ως εφαρμοσμένου συνταγματικού δικαίου, αντανάκλαση της πραγματικότητας για το πόσο τηρείται ο σεβασμός των ατομικών ελευθεριών. Βλ. *Daniela Demko*, *Menschenrecht auf Verteidigung und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, Seite 363

Στην υπόθεση ΕυρΔΔΑ Shamayev κτλ κατά Γεωργίας και Ρωσίας¹²⁵, το δικαστήριο τοποθετήθηκε για άλλη μια φορά επί της θανατικής ποινής αρνούμενο και πάλι ότι το μέτρο αυτό καθαυτό συνιστά απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση: *“το συμβαλλόμενο μέρος, που δεν έχει επικυρώσει το 6ο Πρωτόκολλο και δεν έχει προσχωρήσει στο 13ο Πρωτόκολλο, δύναται να εφαρμόσει τη θανατική ποινή υπό συγκεκριμένους όρους και σύμφωνα με το Άρθρο 2 §2 της Σύμβασης. Σε τέτοιες περιπτώσεις, το Δικαστήριο επιδιώκει να εξακριβώσει κατά πόσον η ίδια η θανατική ποινή ισοδυναμεί με κακή μεταχείριση κατά παράβαση του Άρθρου 3 της Σύμβασης”*.

Έχει ήδη υποστηρίξει ότι το Άρθρο 3 δεν μπορεί να ερμηνεύεται κατά τέτοιον τρόπο έτσι ώστε να απαγορεύει γενικά τη θανατική ποινή, καθώς κάτι τέτοιο θα ακύρωνε τη σαφή διατύπωση του Άρθρου 2 §1. Ωστόσο, αυτό δεν σημαίνει ότι οι συνθήκες που περιβάλλουν τη θανατική ποινή, δεν μπορούν ποτέ να εγείρουν ζήτημα κατά την έννοια του Άρθρου 3. *“Ο τρόπος με τον οποίο επιβάλλεται ή εκτελείται η θανατική ποινή, η προσωπική κατάσταση του καταδικασθέντα και η δυσαναλογία ως προς τη βαρύτητα του διαπραχθέντος αδικήματος, όπως επίσης οι συνθήκες κράτησης εν αναμονή της εκτέλεσης, αποτελούν παραδείγματα παραγόντων που χαρακτηρίζουν τη μεταχείριση ή την τιμωρία του καταδικασθέντα ως παράνομη σύμφωνα με το Άρθρο 3. Η στάση των συμβαλλόμενων κρατών απέναντι στη θανατική ποινή σχετίζεται με την εκτίμηση κατά πόσον έχει υπερβεί το αποδεκτό όριο ταλαιπωρίας ή ταπείνωσης. Το Δικαστήριο έχει επίσης διατυπώσει ότι, ως γενική αρχή, το νεαρό της ηλικίας του καταδικασθέντα αποτελεί παράγοντα που σε συνδυασμό με άλλους, μπορεί να θέσει σε αμφισβήτηση τη συμβατότητα του Άρθρου 3 με τα μέτρα που συνδέονται με τη θανατική ποινή”*.

Περαιτέρω, το δικαστήριο αναγνωρίζει τις τεράστιες δυσκολίες που αντιμετωπίζουν σήμερα τα κράτη σχετικά με την προστασία των κοινωνιών τους από την τρομοκρατική βία.¹²⁶ Όμως, ακόμη και τότε η Σύμβαση απαγορεύει με τρόπο απόλυτο τα βασανιστήρια ή την απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση ή τιμωρία, ανεξάρτητα από τη συμπεριφορά του θύματος της παράβασης. Ως προς τον κίνδυνο διάπραξης τρομοκρατικών αδικημάτων, παρά τη δυσχέρεια αντιμετώπισής τους σε διεθνές επίπεδο, το ΕΔΔΑ θεωρεί σημαντικό να υπογραμμίσει ότι το άρθρο 3 της Σύμβασης εγγυάται μια από τις θεμελιώδεις αξίες των δημοκρατικών κοινωνιών. Δεν επιτρέπεται παρέκκλιση από την εφαρμογή της διατάξεως ακόμη κι αν συντέχει περίπτωση δημόσιου κινδύνου ή δημόσιας ασφάλειας που απειλεί τη ζωή του έθνους.¹²⁷ Το άρθρο 3 είναι

¹²⁵Κριστάκις Γ., Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013. σελ. 112 επ. Shamayev κτλ κατά Γεωργίας και Ρωσίας, 12/4/2005, σκέψη 333.

¹²⁶ΕΔΔΑ, Ocalan κατά Τουρκίας, ΕΔΔΑ, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005, σελ. 511, σκέψη 179

¹²⁷Μαρουσίδου Γ. Η προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου στο πλαίσιο του διεθνούς και περιφερειακού δικαίου για την καταπολέμηση της τρομοκρατίας, σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2009,

ανεπίδεκτο εξαιρέσεων, όπως υποδεικνύεται και από το άρθρο 15 της Σύμβασης, κατά το οποίο απαγορεύεται η παρέκκλιση από την εφαρμογή του άρθρου 3 ακόμη και σε περιπτώσεις πολέμου ή έκτακτης ανάγκης.

Όπως διασαφηνίζεται στην υπόθεση Ocalan κατά Τουρκίας η κακομεταχείριση μπορεί να υπαχθεί στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 3 υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, κυρίως εφόσον συντρέχει ένα *minimum* σοβαρότητας.¹²⁸ Η αξιολόγηση του επιπέδου της σοβαρότητας κρίνεται *in concreto* και χρήζει *ad hoc* εξειδίκευσης, κατά τη στάθμιση περιστάσεων όπως η χρονική διάρκεια της μεταχείρισης, οι συνέπειες στην πνευματική και σωματική υγεία, ειδικοί παράγοντες και παράμετροι που μεταβάλλουν τις αντοχές και τα όρια της ανθρώπινης εξουθένωσης, όπως το φύλο, η ηλικία, η κατάσταση υγεία του θύματος της παραβίασης. Ενδεικτικά κατά τη θέση του δικαστηρίου, η χρήση χειροπέδων, δεν πληροί αυτό το *minimum* σοβαρότητας, δεν συνιστά προσβολή του άρθρου 3 της Σύμβασης, δεν θεωρείται υπέρμετρη βία ή δημόσια προσβολή, όταν τελείται στο πλαίσιο νομίμων μέτρων δικονομικού καταναγκασμού (σύλληψη ή κράτηση). Αντιθέτως, η κάλυψη των ματιών ενός κατηγορουμένου, που τον καθιστά τεχνητώς τυφλό για παρατεταμένο χρονικό διάστημα μπορεί να συνιστά συνδυαστικά με άλλες μορφές κακομεταχείρισης ισχυρή ψυχολογική και σωματική πίεση.

3. Η λύση της αρχής της αναλογικότητας

Κατά το άρθρο 25 παρ.1 δ' του Συντάγματος οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα του ανθρώπου πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού, και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας.

Όσον αφορά το μέτρο της απέλασης ή της απαγόρευσης εισόδου, ως συνέπεια μιας ποινικής καταδίκης, η θέση του ΕΔΔΑ, όπως έχει ξεκάθαρα τοποθετηθεί στη υπόθεση *Uner κατά Ολλανδίας*¹²⁹ είναι ότι *“η Σύμβαση δεν εγγυάται το δικαίωμα ενός αλλοδαπού να εισέλθει ή να διαμείνει σε μια συγκεκριμένη χώρα και σε συμφωνία με τη διαφύλαξη της δημόσιας τάξης τα συμβαλλόμενα κράτη έχουν την εξουσία να απελάσουν έναν αλλοδαπό που καταδικάζεται για διάπραξη ποινικών αδικημάτων. Ωστόσο, οι αποφάσεις σε αυτόν τον τομέα, εφόσον μπορούν να*

σελ., 377 επ.. Βλ και σελ. 180, όπου αναλύεται η σχετική δικαστηριακή τοποθέτηση του ΕΔΔΑ.

¹²⁸ΕΔΔΑ, *Ocalan κατά Τουρκίας*, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005, σελ. 512, σκέψη 180

¹²⁹ ΕΔΔΑ, *Uner κατά Ολλανδίας*, 18.10.2006, αριθμ. Προσφ. 46410/1999. Παρατίθεται σε *Μάγια Μήνα* σε ΝοΒ, 2016, Τόμος 64, σελ.1255 επ.

παρεμποδίσουν ένα δικαίωμα που προστατεύεται στο πλαίσιο της παρ.1 του άρθρου 8, θα πρέπει να είναι σύμφωνες με τον νόμο και αναγκαίες σε μια δημοκρατική κοινωνία, δηλαδή να δικαιολογούνται από μια επείγουσα κοινωνική ανάγκη και ειδικότερα να είναι ανάλογες με τον επιδιωκόμενο νόμιμο σκοπό”. Η διατύπωση αυτή εξηγεί πως η δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη στις βιοτικές σχέσεις, στα κεκτημένα και στις προσδοκίες του καταδικασθέντος είναι επιτρεπτό να γίνει. Χρειάζεται όμως σκοπός που να τη δικαιολογεί, κατά το κριτήριο της διαφύλαξης της δημόσιας τάξης. Επομένως, πρέπει να εξισορροπηθούν αφενός το δικαίωμα του προσφεύγοντα για σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής και αφετέρου η προάσπιση της τάξης και η πρόληψη της εγκληματικότητας. Οι δύο “πόλοι” που δημιουργούν αντίρροπες τάσεις θα πρέπει να επικοινωνούν με τον προσήκοντα τρόπο, με τον τρόπο που αρμόζει σε νομιμοκρατούμενες κοινωνίες.

Το δικαστήριο, σε αντιστοιχία με την προαναφερθείσα υπόθεση *Unier* κατά Ολλανδίας, και στη υπόθεση *Kolonja* κατά Ελλάδας, υιοθέτησε ορισμένα κριτήρια που λειτουργούν ως άξονας για να κρίνεται αν η απέλαση του προσφεύγοντος είναι αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία (αρχή της αναγκαιότητας) και ανάλογη με τους επιδιωκόμενους σκοπούς του μέτρου αυτού (αρχή της προσφορότητας). Τα περισσότερα από αυτά περιλαμβάνονται πλέον, με την τελευταία τροποποίηση, στο άρθρο 74 ΠΚ και επηρέασαν προφανώς το νομοθέτη, ώστε να προβεί στη συγκεκριμενοποίηση της διάταξης. Τα κριτήρια αυτά η φύση και η σοβαρότητα της παράβασης που διέπραξε ο προσφεύγων, η διάρκεια της παραμονής του προσφεύγοντος στη χώρα από την οποία θα πρέπει να απελαθεί, το χρονικό διάστημα που έχει παρέλθει από το αδίκημα και η συμπεριφορά του προσφεύγοντος κατά τη διάρκεια αυτής της περιόδου, η εθνικότητα των διαφόρων ενδιαφερομένων (του αλλοδαπού και του στενού του περιβάλλοντος), η οικογενειακή κατάσταση του προσφεύγοντος, ως τεκμήριο συνδέσμου με τη χώρα υποδοχής, συμπεριλαμβανομένων, ανάλογα με την περίπτωση, της διάρκειας του γάμου του και άλλων παραγόντων που πιστοποιούν την αποτελεσματικότητα της οικογενειακής ζωής ανάμεσα στο ζευγάρι, εάν ο άλλος σύζυγος γνώριζε για το αδίκημα κατά τη στιγμή της δημιουργίας της οικογενειακής σχέσης (προφανώς αυτό αποτελεί ένδειξη του κλίματος αποδοχής πράξεων του παρελθόντος και της λειτουργικότητας της σχέσης), η ηλικία των παιδιών και αν έχουν γεννηθεί σε γάμο, η σοβαρότητα των δυσκολιών που τα παιδιά του συζύγου ενδέχεται να συναντήσουν στη χώρα όπου πρόκειται να γίνει η απέλαση, εν γένει των συμφέροντων των παιδιών για την όσο το δυνατόν ομαλή ένταξη και ευημερία τους, η σταθερότητα των κοινωνικών, πολιτιστικών και οικογενειακών δεσμών με τη χώρα υποδοχής και τη χώρα προορισμού.

Στην υπόθεση *Kolonja* κατά Ελλάδος, το ΕΔΔΑ, εξέτασε τα κριτήρια αυτά και διαπίστωσε ότι η μακρά διάρκεια, άνω των 20 χρόνων της παραμονής του προσφεύγοντος στη χώρα ήταν εξαιρετικά στενές. Επίσης έλαβε υπόψη ότι ο προσφεύγων διέθετε ειδικό δελτίο ταυτότητας

ομογενούς που πέρα από την εθνικότητα, υποδεικνύει και την επιλογή του να συνεχίσει τη ζωή του στην Ελλάδα.

Το ΕΔΔΑ στην απόφαση Maslon κατά Αυστρίας έκρινε δυσανάλογη την απέλαση του προσφεύγοντος λόγω αδικημάτων μικρής βαρύτητας κατά τη διάρκεια της ανηλικότητας. Συγκεκριμένα, επρόκειτο για την απέλαση παραβατικού ανηλίκου που διέμενε στη χώρα υποδοχής από την ηλικία των έξι ετών, όπου ολοκλήρωσε την υποχρεωτική εκπαίδευση χωρίς να έχει διατηρήσει κοινωνικές ή οικογενειακές σχέσεις με τη χώρα στην οποία επρόκειτο να απελαθεί. Βασική προβληματική στη συγκεκριμένη απόφαση είναι ο χρόνος αξιολόγησης της οικογενειακής ζωής, κατά το άρθρο 8 της Σύμβασης. Αυτή πρέπει να λαμβάνει χώρα υπό το πρίσμα της προσωπικής κατάστασης του ενδιαφερομένου κατά την οριστικοποίηση του μέτρου που συνιστά επέμβαση στο δικαίωμα για σεβασμό της οικογενειακής ζωής. Αυτό σημαίνει ότι η μακροχρόνια περίοδος καλής διαγωγής που επιδεικνύει ο ενδιαφερόμενος στο μεσοδιάστημα ανάμεσα στη διάπραξη του αδικήματος και στην απομάκρυνση από τη χώρα υποδοχής επιδρά στην αξιολόγηση του κινδύνου, ως συνέπεια της παρουσίας του ενδιαφερομένου στην κοινωνία. Στην περίπτωση που ο προσφεύγων δεν έχει απελαθεί όταν η υπόθεση κρίνεται από το Δικαστήριο, η κρίσιμη περίοδος που λαμβάνεται υπόψη για την αξιολόγηση του κινδύνου είναι αυτή της διαδικασίας ενώπιον του δικαστηρίου. Επομένως, το Δικαστήριο δεν περιορίζεται στην ανάλυση της κατάστασης που ίσχυε για τον προσφεύγοντα κατά το χρόνο έκδοσης της οριστικής απόφασης που διατάσσει το μέτρο της απέλασης. Mutatis mutandis, το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έχει κρίνει ότι το άρθρο 3 της Οδηγίας 64/221 αντίκειται σε εθνική πρακτική σύμφωνα με την οποία τα εθνικά δικαστήρια δεν λαμβάνουν υπόψη, κατά εξέταση της νομιμότητας της απέλασης υπηκόου άλλου κράτους μέλους, τα πραγματικά περιστατικά που προέκυψαν μετά την τελευταία απόφαση των αρμόδιων αρχών.¹³⁰ Συγκεκριμένα, κατά την τοποθέτηση του ΔΕΚ, είναι αναμφίβολο πως δεν μπορεί να αποκλεισθεί στην πράξη η πιθανότητα να προκύψουν, κατά το χρονικό διάστημα μεταξύ, αφενός, της εκδόσεως της απόφασης περί απέλασης και αφετέρου, της εκτιμήσης από το αρμόδιο δικαστήριο, περιστάσεις που συνεπάγονται ότι έχει εξαλειφθεί η περιοριστεί σημαντικά η απειλή που συνιστά για τη δημόσια τάξη η συμπεριφορά του προσώπου κατά; του οποίου εκδόθηκε η απόφαση περί απελάσεως.

Περαιτέρω, επιβάλλεται να υπομνησθεί πως το ΕΔΔΑ στην απόφαση Maslon κατά Αυστρίας έκρινε ότι πέρα από τη ζωή του περί ου η απέλαση στη χώρα υποδοχής, πρέπει να συνυπολογιστεί πως ο ενδιαφερόμενος τέλεσε τα αδικήματα κατά το χρόνο της εφηβικής ηλικίας, κατά το στάδιο ανάπτυξης και διαμόρφωσης της προσωπικότητάς του ώστε να αντισταθμιστεί η σοβαρότητα του εγκλήματος. Ως προς το τελευταίο κριτήριο, το Δικαστήριο προσεγγίζει

¹³⁰ ΔΕΚ, Orfanopoulos and Oliveri, C-482/01, 29.4.2009, σκέψεις 66,78,82

διαφορετικά τις υποθέσεις των προσφευγόντων που έχουν καταδικασθεί για διακίνηση ναρκωτικών από αυτές που οι ενδιαφερόμενοι καταδικάστηκαν για απλή χρήση.

Περαιτέρω, σημαντική παράμετρος στη δικανική συλλογιστική της απόφασης αυτής υπήρξε η αρχή του υπέρμετρου συμφέροντος του παιδιού πρέπει να λαμβάνεται υπόψη σε κάθε περίπτωση απέλασης. Ενδέχεται βέβαια, παρά την ηλικία, η απέλαση του ανηλίκου να κρίνεται αναγκαία και αναπόφευκτη λόγω του αντικοινωνικού φρονήματος που υποδεικνύει η φύση του αδικήματος που διέπραξε. Η απέλαση ανηλίκου μπορεί να κριθεί δικαιολογημένη όταν έχει επέλθει καταδίκη για τέλεση βίαιων εγκλημάτων, όπως ο βιασμός, η ληστεία, η ανθρωποκτονία εξ αμελείας. Ακόμα και τότε όμως θα πρέπει να ληφθούν μέτρα υπέρ του, κυρίως η διευκόλυνση της επανένταξής του στην κοινωνία της χώρας όπου πρόκειται να απελαθεί.

Στην περίπτωση Moustaquim κατά Βελγίου το ΕΔΔΑ απδέχτηκε την ύπαρξη δυσαναλογίας προς το σκοπό “προάσπισης της τάξης”, μολονότι ο δράστης είχε καταδικασθεί για 22 εγκλήματα γιατί οι άλλοι παράγοντες συνδυαστικά δεν δικαιολογούν το σκοπό αυτό. Τα είχε τελέσει σε νεαρή ηλικία και σε σχετικά σύντομο χρονικό διάστημα (11 μήνες), έμεινε ελεύθερος για 23 μήνες χωρίς να τελέσει άλλα εγκλήματα, όλη η οικογένειά του βρισκόταν στο Βέλγιο, όπου ο ίδιος ζούσε σχεδόν ολόκληρη τη ζωή του.¹³¹ Επομένως, κατέληξε ότι το μέτρο της απέλασης δεν υπαγορευόταν από ανυπέρβλητη κοινωνική ανάγκη.

Συμπερασματικά, μπορεί να ειπωθεί ότι το ιδανικό του κράτους δικαίου, το οποίο αποτελεί αδιαμφισβήτητη κατάκτηση του νομικού πολιτισμού επιτάσσει καθεστώς κανονικότητας στην εφαρμογή του υφιστάμενου νομικού πλαισίου, με τρόπους προβλέψιμους και ορθολογικούς “ως νόμος ορίζει”. Η ουσιαστική έκφανση του κράτους δικαίου έγκειται στη σχετική έκφραση ενός εννόμου καθεστώτος, όπου οι νόμοι όχι απλώς τηρούνται κατά το γράμμα τους με έναν αυστηρά τυπικό και φορμαλιστικό τρόπο, αλλά αποβλέπουν περαιτέρω, κατά το πνεύμα τους στη διασφάλιση των δικαιωμάτων και των εννόμων συμφερόντων των αποδεκτών τους.¹³²

Στην υπόθεση Kolojja κατά Ελλάδος ενώπιον του ΕΔΔΑ, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, η υποχρέωσή του προσφεύγοντος να εγκαταλείψει για πάντα τη χώρα θα του προκαλούσε υπέρμετρη επάχθεια που θα είχε και άμεσο αντίκτυπο στα παιδιά του, αφού θα είχε ως συνέπεια διαζευκτικά ή την πλήρη αποξένωσή του από αυτά ή την αποσταθεροποίηση της ζωής τους μετά τη μετοίκησή τους στην Αλβανία μαζί με τον πατέρα τους. Τα παιδιά ήταν εγκατεστημένα στην Ελλάδα από τη γέννησή τους, ήταν Έλληνες υπήκοοι, διέμεναν σε ιδιόκτητο σπίτι και δεν

¹³¹ Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008, σελ.80, όπου γίνεται αναφορά στην απόφαση στα πλαίσια της γενικότερης πολιτικής του ΕΔΔΑ.

¹³² Ανδρέας Χ. Τάκης, Κράτος Δικαίου και Μετανάστευση, σε Ο νέος νόμος 3386/2005 για τους αλλοδαπούς, Σκέψεις και Προβληματισμοί, Επιμέλεια Παπασιόπη Πασιά Ζ., 2006, σελ. 29

γνώριζαν την αλβανική γλώσσα.¹³³

Πρέπει να σημειωθεί πως η αρχή της αναλογικότητας προϋποθέτει στάθμιση, επομένως δεν λαμβάνει χώρα, όπως έχει προειπωθεί, όταν η στάθμιση είναι απαγορευμένη, όπως στο άρθρο 3 της ΕΣΔΑ και στο άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος.

Συμπεράσματα

Τα τελευταία χρόνια, σταδιακά επιχειρείται ερμηνευτική σύνδεση διατάξεων του εσωτερικού δικαίου με τις απαιτήσεις της ΕΣΔΑ, με άλλη διατύπωση, ευπρόσδεκτη προσαρμογή του ελληνικού ποινικού δικαίου στο πνεύμα της Σύμβασης. Η εν λόγω εξέλιξη απηχεί μια υπό διαμόρφωση πεποίθηση για αφομοίωση ενός ευρωπαϊκού συστήματος ποινικής δικαιοσύνης. Η εσωτερική και η ευρωπαϊκή έννομη τάξη βρίσκονται σε στενή αλληλοσυσχέτιση, αλληλοεξαρτώνται και επικοινωνούν, επομένως, η νομολογία οφείλει να υπολογίζει, να συνεκτιμά και να αναδεικνύει τις αναγκαιότητες της ποινικής δικαιοσύνης, όπως αυτές προκύπτουν από ιεραρχικά υπέρτερης ισχύος ευρωπαϊκά νομοθετικά κείμενα. Η ερμηνευτική εσωστρέφεια των δικαιοδοτικών οργάνων συνιστά συντηρητική αδράνεια, ειδικά σε ένα ζήτημα, όπως αυτό της αντιμετώπισης των αλλοδαπών, ένα εκ φύσεως πραγμάτων, εν μέρει εθνικό αλλά και εκ φύσεως διεθνές ζήτημα.¹³⁴

Κατά πάγια νομολογία του ΕΔΔΑ, η ΕΣΔΑ συνιστά ένα κείμενο ζωντανό με την έννοια ότι διαθέτει μια μεταβλητή δυναμική υπό το πρίσμα των σύγχρονων αξιών και της σύγχρονης πραγματικότητας. Επομένως, η νομολογική πρακτική μπορεί να μεταβάλει de facto το νόημα της Σύμβασης, εισάγοντας νέα ερμηνευτική προσέγγιση. Τούτο είναι ιδιαίτερα σημαντικό στην περίπτωση απέλασης ή έκδοσης σε χώρα με την απειλή της επιβολής θανατικής ποινής. Τούτο διότι ο ερμηνευτής του νόμου θα πρέπει να κινείται υπό το πρίσμα του σκοπού του νόμου (τελεολογίας) και όχι μονομερώς του σκοπού του νομοθέτη (ιστορικής ερμηνείας).

Αυτό που χρήζει ιδιαίτερου προβληματισμού είναι η ποινική αντιμετώπιση των αλλοδαπών στην πράξη, ενόψει των πραγματικών δεδομένων που επηρεάζουν ουσιωδώς τη θέση τους σε μια ποινική δίκη. Από τη μια τα στατιστικά της ποινικής καταδίκης των αλλοδαπών είναι ιδιαιτέρως αυξημένα, από την άλλη όμως θα πρέπει να αναλογιστεί κανείς τους κρυφούς παράγοντες που επηρεάζουν άμεσα ή έμμεσα τα εν λόγω αποτελέσματα και κατά συνέπεια τα δικαιώματα παραμονής αυτών των ανθρώπων στη χώρα, όπως προβλέπονται από τη νομοθεσία περί αλλοδαπών. Οι αλλοδαποί κατηγορούμενοι ενδέχεται να δυσκολεύονται να υπερπιστούν τον

¹³³Μάγια Μ. ο.π., σελ.1256

¹³⁴Παπαδαμάκης Α., Ποινική Δικονομία, 2017, σελ.27 επ. όπου αναφέρεται στη σύνδεση εθνικής και ευρωπαϊκής έννομης τάξης στην ποινική δίκη. Η ίδια κατευθυντήρια γραμμή θα πρέπει να ισχύει και για την ερμηνεία των διατάξεων ουσιαστικού δικαίου.

εαυτό τους λόγω της εναπαρκούς γνώσης της ελληνικής γλώσσας, των αναπόφευκτών παρανοήσεων που μπορεί να δημιουργηθούν, ακόμη και με την μεσολάβηση του διερμηνέα, των ανεπαρκών πόρων να πληρώσουν συνήγορο, λόγω της δυσπιστίας και της αρνητικής προδιάθεσης που ίσως να δημιουργούν, έστω και σε ασυναίσθητο επίπεδο στα δικαιοδοτικά όργανα. Αυτήν την δυστυχώς πραγματική κατάσταση θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη του ο νομοθέτης, όταν επιβάλει περαιτέρω δυσμενείς συνέπειες για τον αλλοδαπό, ως συνέπειες ποινικών κυρώσεων, όπως η απέλαση.

Οι επιλογές του νομοθέτη, ως αντανάκλαση, μεταξύ άλλων, και του ισχύοντος κοινωνικού status quo δεν είναι δικαιοπολιτικά δόκιμο να αντιμετωπίζουν την παραμονή των αλλοδαπών στη χώρα ως πράξη γενναιοδωρίας, ως ένα ευεργέτημα που μπορεί να αρθεί εύκολα, χωρίς πολλές διατυπώσεις, ακόμη κι αν υφίσταται προφανής δυσαναλογία με τη φύση του ποινικού αδικήματος. Με άλλα λόγια η νομοθεσία πρέπει να επικεντρώνεται σε αντικειμενικές δικαιοπολιτικές σταθμίσεις και ηθικοαξιακές αποτιμήσεις και όχι βεβιασμένες πρωτοβουλίες που τελούν υπό το πρίσμα συγκεκριμένου φόβου για τη διατάραξη της αρμονικής ζωής και της ομαλής οικονομικής, πολιτικής και κοινωνικής ανάπτυξης της χώρας από την παραμονή αλλοδαπών που έχουν χτίσει και επενδύσει την προοπτική της ζωής τους σε αυτήν. Άλλωστε, ας μην λησμονάται πως η μετανάστευση συνιστά μια πραγματικότητα εγγενή με την ανθρώπινη εξέλιξη.

Τα γενικότερα ζητήματα της δικαστικής απέλασης και της άδειας επιστροφής, ώστε να αμβλυνθεί η αυστηρότητα του μέτρου αυτού και της οριστικότητάς του, θα ήταν σκόπιμο να τεθούν υπόψη της Νομοπαρασκευαστικής Επιστροφής για την αναμόρφωση του Ποινικού Κώδικα.¹³⁵Υπό τη σκέψη ότι και για τον έλληνα δράστη πρέπει να λαμβάνονται μέτρα για την επανένταξή του στην κοινωνία μετά την έκτιση της ποινής του, φαίνεται κάπως αδόκιμο να μην υφίσταται η δυνατότητα επιστροφής του αλλοδαπού στην Ελλάδα μετά από την παρέλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος.

Ένα κεντρικό ζήτημα που φαίνεται να υφίσταται (και αυτό φαίνεται κυρίως από τις συνεχείς, σε μικρά χρονικά διαστήματα τροποποιήσεις του νομοθέτη) είναι οι συνεχείς μεταβολές στο μεταναστευτικό ζήτημα και οι πολιτικές, κοινωνικές και οικονομικές ζυμώσεις στη σημερινή παγκοσμιοποιημένη κοινωνία που επιτάσσουν ανάλογες μεταβολές και στη νομοθεσία. Οι συγκεκριμένες καταστάσεις δεν πρέπει να οδηγούν το νομοθέτη σε επιλογές πρόχειρες, βεβιασμένες και συχνά αδόκιμες πρωτοβουλίες που λαμβάνονται υπό το καθεστώς βιασύνης, αλλά να διακατέχονται από περίσκεψη, ωριμότητα, δικαιοπολιτική ορθότητα και συμφωνία προς τη συνταγματική τάξη, το κοινοτικό δίκαιο και τα θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα.

Θα πρέπει να σημειωθεί πως τα εθνικά δικαστήρια, όταν επιβάλλουν ποινές με ισόβιο

¹³⁵Συνήγορος του Πολίτη, Πόρισμα 1709/08/5/29.11.2010, Ποιν Δικ 8-9/2011, σελ.974 επ.

χαρακτήρα θα πρέπει να σταθμίζουν την αδυναμία εξυπηρέτησης σωφρονιστικού σκοπού και ακόμα περισσότερο της ειδικής πρόληψης. Η απολυτότητα του μέτρου έγκειται στο ότι δεν στρέφεται καθόλου στην ηθική εξυγίανση του δράστη αλλά μονομερώς στην προστασία της κοινωνίας . Μάλιστα, είναι προβληματικό το ότι ως μέτρο ασφαλείας αποβλέπει στην ασφάλεια μιας έννομης τάξης που μεταβιβάζει όμως τον κίνδυνο της δράσης του εγκληματία σε μια άλλη έννομη τάξη χωρίς περαιτέρω όφελος. Η εν λόγω πρακτική των κρατών να αποστέλουν έναν εγκληματία από το ένα κράτος στο άλλο με το επιχείρημα ότι προσβάλλει τη δημόσια τάξη τους, ενδέχεται να προκαλεί προβλήματα μεταξύ των κρατών σε επίπεδο διεθνούς δικαίου, ειδικότερα στα πλαίσια της πρόκλησης ενσωμάτωσης ενός ευρωπαϊκού ποινικού δικαίου, ενός κοινού συστήματος ενιαίας αντιμετώπισης της εγκληματικότητας.¹³⁶

Όσον αφορά την ελληνική έννομη τάξη, το κράτος δικαίου νοείται υφιστάμενο ως γενικευμένη αρχή της νομιμότητας όταν τα δικαιώματα και οι ελευθερίες που εγγυάται αναγνωρίζονται αδιακρίτως σε όλους όσους καταλαμβάνει η δεσμευτικότητα των νόμων, έτσι προϋποθέτει ότι οι αποδέκτες των ρυθμίσεών του δεν είναι απλά υπήκοοι - έλληνες πολίτες αλλά υποκείμενα απαράγραπτων δικαιωμάτων. Έχει ειπωθεί σχετικά πως *“Λέγοντας πολλοί από εμάς με περηφάνεια ότι η χώρα μας είναι ένα κράτος δικαίου φαίνεται να υπονοούμε ότι να ζει κανείς σε καθεστώς εγγυημένης προσωπικής ελευθερίας και ασφάλειας, που του εγγυάται η αναγνώριση από το κράτος ενός πυρήνα ίσων δικαιωμάτων, είναι κάτι που αξίζει σε όλους όσους βρίσκονται εντός της ελληνικής επικράτειας δηλαδή και στους ξένους”*.¹³⁷

¹³⁶ Βλ. *Andre Klip*, European Criminal Law, An Integrative Approach, *Schrifttum, Goldammer's Archiv fur Strafracht*, 2008, Seite 606, στη γερμανική θεωρία όπου γίνεται λόγος για μια πρόταση ενοποίησης του ποινικού δικαίου, για αρχές της συνεργασίας, ενσωμάτωσης, συγκεντρωτικής πολιτικής, εναρμόνιση, επικουρικότητα υπό το πρίσμα ενός ευρωπαϊκού συνταγματικού δικαίου που κατοχυρώνει τις ατομικές ελευθερίες και τις απαγορεύσεις προσβολής εννόμων αγαθών. Χαρακτηριστικό παράδειγμα συνεργασίας μεταξύ των κρατών μελών της ΕΕ συνιστά το Ευρωπαϊκό Ένταλμα Σύλληψης, Βλ. περί αυτού *Frank Schorkopf*, *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, *Goldammer's Archiv fur Strafracht*, 2008, Seite 189

¹³⁷ *Ανδρέας Χ. Τάκης*, Κράτος Δικαίου και Μετανάστευση, σε Ο νέος νόμος 3386/2005 για τους αλλοδαπούς, Σκέψεις και Προβληματισμοί, Επιμέλεια *Παπασιώπη Πασιά Ζ.*, 2006, σελ. 29

Βιβλιογραφία και άλλες πηγές

ΓνμδΕισΑΠ 3/1986, ΠοινΧρ 1986

Αιτιολογική Έκθεση Σχεδίου ΠΚ, Ηλιόπουλου Τ., 1929/1933

Συνήγορος του Πολίτη, Πόρισμα Αρ. Πρωτ., 1709/08/5/29.11.2010, Ποιν Δικ 8-9/2011

Συνήγορος του Πολίτη, Πόρισμα 13821/2000, ΠοινΧρ 2001

Wolfgang Hetzer, *Rechtstaat oder Ausahmezustand, Suverenitat und Terror*, *Goltdammer's Archiv fur Strafrecht*, 2008

Andre Klip, *European Criminal Law, An Integrative Approach*, *Schrifttum, Goltdammer's Archiv fur Strafracht*, 2008

Borgers Niclas, *Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht, Ein Abschied vom objektiven Dritten*, *Goltdammer's Archiv fur Strafracht*, 2008

Daniela Demko, *Menschensrecht auf Verteidigung und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europaischer und internationaler Ebene*, *Goltdammer's Archiv fur Strafracht*, 2016

Frank Schorkopf, *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, *Goltdammer's Archiv fur Strafracht*, 2008

Ανδρέας Χ. Τ., Κράτος Δικαίου και Μετανάστευση, σε Ο νέος νόμος 3386/2005 για τους αλλοδαπούς, Σκέψεις και Προβληματισμοί, Επιμέλεια Παπασιώπη Πασιά Ζ., 2006,

Ανδρουλάκος Αθ., Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου, Εγκύκλιος για τη Δικαστική και Διοικητική Απέλαση, Αθήνα, 20.11.2001, Αριθμ. Γνωμ. 7, Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2001

Ανδρουλάκης Ν., Θεμελιώδεις Έννοιες της Ποινικής Δίκης, 2012

Βρέλλης Σπ., Απέλαση και Ανθρώπινα Δικαιώματα κατά τη Νομολογία του ΕΔΔΑ, σε Αλλοδαποί και Ανθρώπινα Δικαιώματα, Επιμέλεια Βούλγαρης Ι., 2009, σελ. 29 επ.

Γόκαρης Α. και Παζαρτζής Φ., Εθνική και διεθνής ποινική καταστολή των διεθνών εγκλημάτων, 2012

Γόκαρης Α., Οι διεθνείς ποινικές δικαιοδοσίες των κρατών, 2016

Γραμμένος Σ., Το Δίκαιο της Ελληνικής Ιθαγένειας, 2005

Δαγτόγλου Π. Δ., Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, 2010

Δημοπούλος Χ., Η παγκοσμιοποίηση του εγκλήματος κατά την αγγλοσαξωνική βιβλιογραφία., 2003

Δημόπουλος Χ., Παγκοσμιοποίηση και Τρομοκρατία, 2006

Ζώης Ι. Ε., Η θέση του κατηγορουμένου στα διάφορα στάδια της ποινικής δίκης, 2011

Μαργαρίτης Α., Ποινική Δικονομία, Ένδικα Μέσα, 2005

Καϊάφα Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Συμεωνίδου -Καστανίδου Ε., Δίκαιο Ποινικών Κυρώσεων, 2008,

Καρράς Α., Επίτομη Ερμηνεία Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, 2005

Καρράς Α., Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, γ'εκδ, 2007

Κοτσαλής Α., *Μαργαρίτης Μ.*, *Φαρσεδάκης Ι.*, Ναρκωτικά, Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 3459/2006, 2007

Κριστάκης Γ., Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013

Κωστάρας Α.Π., Έννοιες και Θεσμοί του Ποινικού Δικαίου, 2008

Μάγια Μ., Παρατηρήσεις για την υπόθεση Κολοηα κατά Ελλάδα, σε ΝοΒ, 2016

Μαγκάκης Γ.-Α., Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου Γ, 1984,

Μαρουσίδου Γ., Η προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου στο πλαίσιο του διεθνούς και περιφερειακού δικαίου για την καταπολέμηση της τρομοκρατίας, σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2009

Μυλωνόπουλος Χρ., Διεθνές Ποινικό Δίκαιο, 2007

Παπαδαμάκης Α., Ποινική Δικονομία, 2017, σελ.27

Παπαδοπούλου Α. και Παντελής Α., Ζητήματα Συνταγματικών Επιφυλάξεων, 1984

Παπασιώπη- Πασιά Ζ., Δίκαιο Καταστάσεως Αλλοδαπών, 2007

Πουλουράκης Ε.Ι. Και Ψωμάδη Ε., Δίκαιο Αλλοδαπών, 2007

Ρούκουνας Ε., Διεθνές Δίκαιο, Τόμος II, 2006

Στάϊκος Α., Ερμηνεία Ελληνικού ΠΚ, 1950, τεύχος I

Συμεωνίδης Α., Η αναβολή της ποινικής δίκης σύμφωνα με το άρθρο 349 ΚΠΔ- Κανονιστικά όρια και ερμηνευτική προσέγγιση, ΠοινΔικ2004/77

Τζανεττής Α., Συστηματική Ερμηνεία Ποινικού Κώδικα, 2005

Φυτράκης Ευτ., Περιμένοντας την απέλαση: το άρθρο 74 παρ.4 ΠΚ, ΠοινΧρ 2001, σελ.585

Χαραλαμπίδης Α.Ι., Διάγραμμα Ποινικού Δικαίου, 2003

Χατζιωάννου Ν.Α., Η απέλαση αλλοδαπού ως κύρωση του ποινικού δικαίου, Διδακτορική Διατριβή, ΑΠΘ, 2006, σελ.72 επ. περί της διατυπωθείσας κριτικής στον χαρακτηρισμό της απέλασης ως μέτρου ασφαλείας. *Μανωλεδάκης Ι.*, Γενική Θεωρία του Ποινικού Δικαίου, 2006,

Χατζής Ν., Αλλοδαποί, 2007

Νομολογία

ΑΠ 1245/2005, ΠοινΔικ 2005/1496

ΑΠ 1050/1988, ΝοΒ 1988, σελ. 1480

ΑΠ 1118/2009, Ποιν Δικ 2/2010

ΑΠ 1161/2006, ΕλλΔνη 2006

ΑΠ 1937/2010, ΠοινΔικ 7/2011

ΑΠ 2117/2008, ΠοινΔικ 3/2009

ΑΠ, 1243/2000, ΠοινΧρον, 2001

ΑΠ 579/2006, Ποιν Δικ 2006

ΑΠ 2484/2005, Ποιν Δικ, 2006

ΑΠ 986/2006, ΠοινΔικ, 2006

ΑΠ 1243/2000 ΝοΒ2001

ΑΠ 676/2014 ΑΠ (ΠΟΙΝ) (Α'ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ

ΑΠ 324/1985, Ποιν Χρ., 1985

ΑΠ 1067/1996, ΝοΒ, 1997

ΑΠ 1550/2009, Δημοσιευμένη σε www.areiospagos.gr

ΤριμΕφΑιγαίου 47/2006, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2006

ΤριμΠλημΛάρ 3542/2004, Ποιν Δικ, 2005

ΤριμΠρωτΗρ 1550-1556/2007, Ποιν Χρον, 2007

Τριμ ΠλημΠατρών, 2575/1995, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 1998

ΕφετΘράκης 39/1996 (βούλευμα), Δημοσιευμένο σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 1998,

ΜονΤριμΠλημΠατρών 2745/1996, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 1998

Πλημμ. Ηρακλ., 1550/2007, Ποιν Χρ., 2007

Ocalan, ΜΟΔ 268/2003, Αδημ. Βλ. Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005, σελ. 463

ΔΕΚ Donatela Calfa, C-348/96, 19.1.1999 (Ολομ.), ΣυλλΝομ, 1999

ΔΕΚ Orfanopoulos and Oliveri, C-482/01, 29.4.2009, ΣυλλΝομ 2000. σελ.1-5257, αλλά και διαδικτυακά σε eyropa.gr

ΔΕΚ Kaba I, C-466/00, ΣυλλΝομ 2000, σελ. I-2623

ΔΕΚ, Bouchereau, Συλλ Νομ, 1977

ΕΔΔΑ Nolan κατά Ρωσίας, 12/2/2009, *Κριστάκης Γ.*, σε Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013

ΕΔΔΑ Boultif κατά Ελβετίας, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών, 2003

ΕΔΔΑ, Yildiz κατά Αυστρίας, <http://www.refworld.org>

ΕΔΔΑ, Beldjurdj κατά Γαλλίας, Απόφαση της 26ης 02.1992 (55/1990/246/317)

ΕΔΔΑ, Saadi κατά Ιταλίας, Τμήμα Μείζονος Σύνοψης, 28.2.2008, *Κριστάκης Γ.*, Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013, σελ. 61 επ.

ΕΔΔΑ, Said κατά Ολλανδίας, Νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου αλλοδαπών και προσφύγων, ECHR (1) pdf, Βλ.και Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005

ΕΔΔΑ, Al Moayad κατά Γερμανίας, προσφ. 35865/03, απόφαση επί του παραδεκτού, 20.2.2007 σε *Κριστάκης Γ.*, Η προστασία των μεταναστών στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη, Εκδόσεις του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2013, σελ. 62 επ.

ΕΔΔΑ, Soering κατά Αγγλίας, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Προφύγων και Αλλοδαπών, 1998

ΕΔΔΑ, Ocalan κατά Τουρκίας, Δημοσιευμένη σε Επετηρίδα Δικαίου Αλλοδαπών και Προσφύγων, 2005

ΕΔΔΑ, Uner κατά Ολλανδίας, 18.10.2006, αριθμ. Προσφ. 46410/1999. Παρατίθεται σε *Μάγια Μήνα* σε ΝοΒ, 2016,