

## ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

## Η ανάγκη μιας γενικής θεωρίας ποινικού δικαίου για την διαμόρφωση αποτελεσματικών και δίκαιων διεθνών ποινικών κανόνων\*

ΧΡΙΣΤΟΥ Χ. ΜΥΛΩΝΟΠΟΥΛΟΥ

Η θεματική και ταχεία εξέλιξη του ποινικού δικαίου σε διεθνές και περιφερειακό επίπεδο κατά τις τελευταίες δεκαετίες συνδέεται με σειρά επί μέρους φαινομένων με τελική συνέπεια την αλλοίωση της φυσιογνωμίας του κλασικού ποινικού δικαίου. Εν πρώτοις, ενώ το κλασικό ποινικό δίκαιο έχει διαμορφωθεί ως κλειστό σύστημα στο πλαίσιο της νομοθεσίας επί μέρους εθνικών κρατών, η θέσπιση διεθνικών ποινικών διατάξεων προκάλεσε μια κρίσιμη σχέση έντασης μεταξύ του αιτήματος για ασφάλεια αφενός και του αιτήματος για ελευθερία αφετέρου. Από την άλλη πλευρά, η ανάγκη καταστολής βαρέων διεθνών εγκλημάτων είχε ως αποτέλεσμα να αναθεωρηθούν βασικές αρχές του κράτους δικαίου, όπως αυτές νοούνται στο πλαίσιο εσωτερικών, εθνικών νομοθεσιών, και μάλιστα σε βαθμό τέτοιο, ώστε οι εγγυήσεις μιας δίκαιης δίκης και οι περιορισμοί στην απαγόρευση της αναδρομικής εφαρμογής αυστηρότερου ποινικού νόμου να θεωρείται ήδη ότι παρεμποδίζουν την αποτελεσματική καταστολή σοβαρών εγκλημάτων. Ακόμη, η διεθνής ποινική νομοθέτηση προκάλεσε ανασφάλεια και σύγχυση ως προς το περιεχόμενο θεμελιωδών ποινικών εννοιών, η σημασία των οποίων είναι προϊόν μακράς και πολύμοχθης πνευματικής επεξεργασίας στο πλαίσιο των κλειστών εθνικών συστημάτων, όπως η πρόθεση (δόλος), η συμμετοχή, η ενοχή κλπ. Οι πολυάριθμες διατάξεις του Ευρωπαϊκού Ποινικού Δικαίου, τέλος, διάσπαρτες σε Αποφάσεις Πλαίσιο, τις «κοινές δράσεις» ή ακόμη και στις Οδηγίες, δεν είναι οργανωμένες σε ένα σύστημα, ούτε θεμελιώνονται σε κάποια ενιαία ποινική θεωρία, η δε ουσιαστική νομιμοποίηση του Ευρωπαϊκού Ποινικού Δικαίου, ακόμη και μετά τη Συνθήκη της Λισσαβόνας, είναι συγκεχυμένη και χρήζει διευκρίνσεως και αποσαφήνσεως. Επιβάλλεται επομένως, εν όψει των ανωτέρω, μία νηφάλια επισκόπηση των δεδομένων προκειμένου να αποφευχθούν ακρότητες και η διεθνής ποινική νομοθεσία να συνιστά πρόοδο και όχι οπισθοδρόμηση.

### 1. Η αρχή της νομιμότητας και η σχετικοποίησή της

#### 1. Σχετικοποίηση της αρχής της νομιμότητας στα Διεθνή Ποινικά Δικαστήρια

Καίτοι η αρχή της νομιμότητας θεωρείται και στο πεδίο του δικαίου των διεθνών εγκλημάτων θεμελιώδης για την εφαρμογή των ποινικών διατάξεων<sup>1</sup>, η αναγνώρισή της συνοδεύεται πάντοτε και από μία θεμελιώδη επιφύλαξη: Σύμφωνα με το άρθρ. 7 παρ. 2 ΕΣΔΑ<sup>2</sup>, το άρθρ. 15 παρ. 2 ΔΣΑΠΔ<sup>3</sup> και το άρθρ. 49 παρ. 2 της Χάρτας της ΕΕ για τα Θεμελιώδη Δικαιώματα<sup>4</sup>, η απαγόρευση αναδρομικότητας και οι λοιπές απαγορεύσεις που απορρέουν από την εν λόγω αρχή δεν παρεμποδίζουν την

καταδίκη για πράξεις που θεωρούνται εγκληματικές σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου τις αναγνωρισμένες από το σύνολο των εθνών (π.χ. εγκλήματα κατά της Ειρήνης και κατά της Ανθρωπότητας). Ομοίως το Καταστατικό του ΔΠΔ ορίζει (άρθρ. 22 παρ. 3): «*Το παρόν άρθρο δεν επηρεάζει τον χαρακτηρισμό οποιασδήποτε συμπεριφοράς ως αξιοποίνου κατά το διεθνές δίκαιο ανεξάρτητα από το παρόν Καταστατικό*».

Βλέπουμε λοιπόν ότι ενώ η αρχή της νομιμότητας αναγνωρίζεται κατά τρόπο σχετικώς ομοιόμορφο στο εσωτερικό δίκαιο των περισσότερων δημοκρατικών κρατών, στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου αυτή η ομοιογένεια δεν επαναλαμβάνεται κατ' ανάγκη<sup>5</sup>.

Ειδικά μάλιστα η απαγόρευση της αναλογίας *in malam partem* αναγνωρίζεται μεν και στο διεθνές ποινικό δίκαιο<sup>6</sup>, με τη διακήρυξη ότι η αυστηρή ή στενή ερμηνεία του ποινικού νόμου (*interpretation stricte*) συνιστά θεμελιώδη αρχή στα εθνικά ποινικά δίκαια των δημοκρατικών χωρών, πλην όμως όχι απόλυτα. Έτσι κατά το άρθρο 22 παρ. 2 του Καταστατικού του ΔΠΔ. Η διάταξη αυτή ωστόσο σχετικοποιείται από εκείνη της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου, που μνημονεύσαμε προηγουμένως.

Αλλά και πλείστες όσες αποφάσεις *ad hoc* Διεθνών Ποινικών Δικαστηρίων αρκέσθηκαν στην συστηματική και τελεολογική ερμηνεία, δηλ. ακόμη και πέραν του γράμματος του νόμου<sup>7</sup>. Έτσι το *ad hoc* Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την πρώην Γιουγκοσλαβία (στο εξής: ICTY) έχει κατ' επανάληψη δεχτεί αποκλίσεις: Στην *Hadzihasanovic, Alagic και Kubura*, π.χ., το ανωτέρω Δικαστήριο απέρριψε την ένσταση ότι η εφαρμογή του άρθρ. 7 παρ. 3 του Καταστατικού σε μη διεθνή ένοπλη σύγκρουση

\* Η παρούσα εργασία ανακοινώθηκε σε εντελώς συνεπυγμένη μορφή στο 1<sup>ο</sup> Διεθνές Συνέδριο του Ινστιτούτου Ευρωπαϊκού και Διεθνούς Ποινικού Δικαίου που έλαβε χώρα στην Αθήνα, 3-5 Ιουνίου 2016, με θέμα: «Διεθνές Ποινικό Δίκαιο και Σύγχρονη Πραγματικότητα: Προκλήσεις και Προοπτικές».

1. Βλ. π.χ. άρθρ. 22 του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου: «*1. Κανείς δεν φέρει ποινική ευθύνη σύμφωνα με το παρόν Καταστατικό, εκτός αν η υπό κρίση συμπεριφορά συνιστά, την χρονική στιγμή που έλαβε χώρα, έγκλημα υπαγόμενο στη δικαιοδοσία του Δικαστηρίου. 2. Ο ορισμός ενός εγκλήματος ερμηνεύεται συσταλτικά και δεν επιτρέπεται αναλογική εφαρμογή του. Σε περίπτωση αμφιβολίας, ο ορισμός ερμηνεύεται προς όφελος του ανακρινόμενου, διωκόμενου ή καταδικασθέντος προσώπου*».

2. «*Το παρόν άρθρον δεν σκοπεί να επηρεάσει την δίκην και τιμωρίαν ατόμων ενόχων διά πράξεις ή παραλείψεις αι οποία καθ' ην στιγμήν διεπράχθησαν, ήσαν εγκληματικά συμφώνως προς τας αναγνωριζόμενας υπό των πολιτισμένων εθνών γενικές αρχάς δικαίου*».

3. «*Τίποτα στο παρόν άρθρο δεν εμποδίζει τη διεξαγωγή δίκης και την καταδίκη οποιουδήποτε προσώπου λόγω πράξεων ή παραλείψεων, οι οποίες, κατά το χρόνο της τέλεσής τους ήταν εγκληματικές σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου που αναγνωρίζονται από τη διεθνή κοινωνία*».

4. «*Το παρόν άρθρο δεν επηρεάζει τη δίκη και την τιμωρία ατόμου ενόχου για πράξη ή παράλειψη η οποία κατά τη στιγμή της τέλεσής της ήταν εγκληματική σύμφωνα με τις γενικές αρχές που αναγνωρίζονται από όλα τα έθνη*».

5. Βλ. *Parizot* σε: *Jones-Powles, International Criminal Practice*, 3. ed. 2003, αρ. 6.1.8., 6.1.19.

6. Βλ. ήδη ICTY *Delalic, Mucic, Delic & Landzo*, IT-96-21-T.

7. Βλ. *Schabas, Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères?* σε: *Henzelin-Roth, Le Droit Pénal à l'Épreuve de l'Internationalisation*, Paris 2002, 165 επ., *Yearbook of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, NY 1994 para. 53: «*in drafting the rules, the Judges of the Tribunal tried... to strike a balance between the strictly constructionist and the teleological approaches in the interpretation of the Statute*».

παραβιάζει την απαγόρευση αναδρομικότητας<sup>8</sup>, άποψη που θεωρήθηκε χαρακτηριστική «περίπτωση διασταλτικής [sic] ερμηνείας εθιμικού κανόνα»<sup>9</sup>.

Αυτή μάλιστα η ευρεία ερμηνεία του Καταστατικού του Δικαστηρίου για την Πρώην Γιουγκοσλαβία επέτρεψε την καταδίκη του Tadic και επιδοκιμάστηκε «ως προοδευτική εξέλιξη στο διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο παρά την ασυμφωνία της με τους ερμηνευτικούς κανόνες που ισχύουν στα εσωτερικά ποινικά δίκαια», ενώ, όπως παρατήρησε ο Schabas, αν στο ICTY είχε εφαρμοστεί το άρθρ. 22 παρ. 2 του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, «ο Tadic θα είχε απαλλαγεί»(!)<sup>10</sup>.

Των επιφυλάξεων αυτών είχαν προηγηθεί ως γνωστόν οι αποφάσεις των Δικαστηρίων της Νυρεμβέργης και του Τόκυο με επίκληση ακριβώς των γενικών αρχών του δικαίου με έναν μάλλον κυκλικό συλλογισμό που στηρίζεται σε μια *retitio principii*: «Το να πούμε, ότι είναι άδικος ο ποινικός κολασμός εκείνων που επετέθησαν χωρίς προειδοποίηση σε γειτονικά κράτη παραβιάζοντας συνθήκες και διαβεβαιώσεις είναι προφανώς αναληθές, διότι υπό τέτοιες περιστάσεις ο επιτιθέμενος πρέπει να γνωρίζει ότι πράττει αδικώς και κατά το μέτρο αυτό ... θα ήταν άδικο αν επιτρεπόταν να παραμείνουν ατιμώρητες οι αδικπραγίες τους»<sup>11</sup>. Οι αποφάσεις αυτές, ωστόσο, καθόσον αφορά την εναρμόνισή τους με την αρχή *n.c.n.p.s.l.*, έγιναν αντικείμενο δριμυίας κριτικής<sup>12</sup>. Όπως βλέπουμε, η εν λόγω συλλογιστική θεμελιώνεται κυρίως στο «προφανές» περί δικαίου αίσθημα. Η αδυναμία της έγκειται ωστόσο στο γεγονός ότι επιχειρεί να αποφανθεί για την αρχή της νομιμότητας στο επίπεδο του διεθνούς ποινικού δικαίου με κριτήρια και όρους διαμορφωμένα στο πλαίσιο των εθνικών («εσωτερικών») δικαίων. Η αναντιστοιχία αυτή έχει ήδη γίνει αντιληπτή τόσο στην πράξη όσο και στη θεωρία. Έτσι το ICTY στην Delalic δέχτηκε: «... δεν είναι βέβαιο σε ποια έκταση [η αρχή της νομιμότητας] έχει γίνει αποδεκτή ως συστατικό της διεθνούς ποινικής πρακτικής...», και ότι, αντίθετα, το αίτημα μπορεί να είναι ότι η εν λόγω αρχή «διαφέρει στο διεθνές ποινικό δίκαιο από την αντίστοιχη στα εθνικά ποινικά συστήματα καθόσον αφορά στην εφαρμογή της και τις προϋποθέσεις της...»<sup>13</sup>.

Ομοίως ο Cassese, αναφερόμενος στην αρχή της νομιμότητας, παρατηρεί: «πρέπει να λάβουμε υπόψη τη φύση του διεθνούς ποινικού δικαίου, που αποτελείται σε μεγάλη έκταση από εθιμικούς κανόνες, οι οποίοι συχνά ανευρίσκονται, διατυπώνονται ή προσλαμβάνουν την ακριβή σημασία τους από τα δικαστήρια... Κατά συνέπεια η αρχή της μη αναδρομικότητας θα πρέπει να συμφιλωθεί με τα εγγενή χαρακτηριστικά του διεθνούς ποινικού δικαίου...»<sup>14</sup>.

Η εν λόγω συμφιλίωση επιτυγχάνεται σε πρώτη φάση με την αποδοχή του εθίμου ως πηγής του διεθνούς ποινικού δικαίου. Σήμερα θεωρείται αναμφισβήτητο, ότι το εθιμικό διεθνές

δίκαιο αποτελεί πηγή δικαίου σε απόλυτη αρμονία με την αρχή της νομιμότητας<sup>15</sup>.

Το ζήτημα έχει ωστόσο δύο όψεις: η μία είναι αν και σε ποια έκταση επιτρέπεται η σχετικοποίηση της αρχής της νομιμότητας. Η άλλη είναι: υποτιθέμενου ότι η εν λόγω σχετικοποίηση επιτρέπεται, ποια είναι τα όριά της; Πότε, με άλλα λόγια, ισχύει και πότε παραβιάζεται ο εν λόγω εξαιρετικός κανόνας; Ως προς την έκταση της εφαρμογής του ανέκυψε έντονη αμφισβήτηση. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις είναι εκείνες του Bouterse αφενός, όπου η εξαίρεση δεν εφαρμόστηκε, και του Pinossé αφετέρου, όπου εφαρμόστηκε μεν, αλλά με έντονες αμφισβητήσεις σε αμφότερες.

Ο Bouterse, κυβερνήτης του Σουρινάμ, διώχθηκε στην Ολλανδία για βασανισμό και θανάτωση 15 πολιτικών αντιπάλων του το 1982. Καίτοι το εφετείο του Άμστερνταμ δέχτηκε ότι μπορούσε να ασκήσει ποινική δικαιοδοσία βάσει του εθιμικού διεθνούς ποινικού δικαίου, το ολλανδικό Ακυρωτικό ανήρθεσε το 2001 την καταδικαστική απόφαση με την αιτιολογία ότι το ολλανδικό σύνταγμα προέβλεπε την υπέρτερη τυπική ισχύ μόνον των διεθνών συμβάσεων και όχι του εθιμικού δικαίου (τότε η διεθνής σύμβαση κατά των βασανιστηρίων δεν είχε ακόμη τεθεί σε ισχύ). Η απόφαση ωστόσο προσέκρουσε σε δριμυία κριτική και θεωρήθηκε ότι παραβλέπει τα άρθρ. 7 παρ. 2 και 15 του ΔΣΑΠΔ<sup>16</sup>.

## 2. Σχετικοποίηση της αρχής της νομιμότητας στα Περιφερειακά Δικαστήρια

### 2.1. Περιπτώσεις με χαρακτηριστικά διεθνών εγκλημάτων

#### 2.1.1. Η απόφαση Kolk και Kislyiy κατά Εσθονίας

Στην υπόθεση *Kolk και Kislyiy* κατά Εσθονίας το ΕΔΔΑ στηρίχτηκε στη σκέψη, ότι η αρχή της νομιμότητας, σύμφωνα με την ΕΣΔΑ, δεν επηρεάζει τη δίωξη και τιμωρία πράξεων που κατά το χρόνο τέλεσής των ήταν εγκληματικές σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου τις αναγνωρισμένες από τα πολιτισμένα έθνη (άρθρ. 7 παρ. 2 ΕΣΔΑ). Με βάση τα ανωτέρω, το Δικαστήριο δέχτηκε ότι, καίτοι το 1949, όταν τελέστηκαν οι πράξεις για τις οποίες καταδικάστηκαν οι προσφευγόντες (επρόκειτο για μαζική εκτόπιση αμάχων), τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας δεν ήταν αξιόποινα κατά τον ΠΚ της Σοσιαλιστικής Σοβιετικής Δημοκρατίας της Ρωσίας που ίσχυε τότε στη χώρα, αλλά εισήχθησαν το πρώτον το 1994 στον ΠΚ της Εσθονίας, οι εν λόγω πράξεις είχαν θεωρηθεί ως εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας σύμφωνα με το Καταστατικό του Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης (άρθρ. 6 c) το 1945. Όμως η ΕΣΣΔ είχε προσχωρήσει στο Σύμφωνο του Λονδίνου (8.8.1945) στο οποίο είναι προσαρτημένο το Καταστατικό του Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης, οι δε γενικές αρχές του δικαίου που αναγνωρίζονται στο εν λόγω Καταστατικό επικυρώθηκαν το 1946 (απόφαση 95 της 11.12.1946) από τον ΟΗΕ, του οποίου η ΕΣΣΔ ήταν μέλος, και έτσι οι σοβιετικές υπηρεσίες που διέταξαν την εκτόπιση γνώριζαν τις εν λόγω αρχές.

Δηλ. το ΕΔΔΑ δέχεται όχι μόνον ότι το 1949, δηλ. κατά το χρόνο τέλεσης των εγκλημάτων των προσφευγόντων, ισχύει

15. Βλ. προοίμιο 2<sup>ο</sup> Πρωτοκόλλου Σύμβασης Χάγης 1954 για την προστασία των πολιτιστικών αγαθών, όπου τα συμβαλλόμενα κράτη διαβεβαιώνουν «ότι οι κανόνες του εθιμικού διεθνούς δικαίου θα εξακολουθήσουν να διέπουν τα ζητήματα που δεν ρυθμίζονται από τις διατάξεις του παρόντος Πρωτοκόλλου» (ν. 3317/2005). Πρβλ. Cassese, *International Criminal Law*, 17, *Werle, Völkerstrafrecht*, 2003, 54 επ., *Μαργαρίτη / Σατλάνη / Φαρσεδάκη*, Η διαμορφωτική επενέργεια του Διεθνούς και του Ευρωπαϊκού Ποινικού Δικαίου πάνω στο αξιόποινο, *ΠοινΔνη* 2015, 705, *Παζαρτζή*, Η ποινική καταστολή στο διεθνές δίκαιο, 2007, 278.

16. *Zegveld*, *The Bouterse Case*, NYIL 2001, 106, *David*, όπ. παρ. 630.

8. *Prosecutor v. Tadic IT-94-1-AR2*, πρβλ. *Parizot* όπ. παρ., αρ. 6.1.25.

9. Cassese, *International Criminal Law*, 152.

10. Έτσι Schabas, όπ. παρ. 169/170.

11. "To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong and so far ... it would be unjust if his wrongs were allowed to go unpunished": *AJIL* 1947, 217.

12. Βλ. π.χ. *L. Sunga*, Full respect for the rights of suspect, accused and convict: from Nuremberg and Tokyo to the ICC, σε: *Henzelin-Roth*, *Le Droit Pénal à l'Épreuve de l'Internationalisation*, Paris 2002, πρβλ. *Γόκαρη / Παζαρτζή*, Εθνική και Διεθνής Ποινική Καταστολή των Διεθνών Εγκλημάτων, Αθήνα, 2012, 156 επ.

13. Βλ. ICTY *Delalic* (403): «The ... principles of legality exist and are recognized in all the world's major criminal justice systems. It is not certain to what extent they have been admitted as part of international legal practice...» (405): «It could be postulated therefore that the principles of legality in international criminal law are different from their related national legal systems with respect to their application and standards».

14. *International Criminal Law*, Oxford 2003, 149.

στην Εσθονία και το δίκαιο του Καταστατικού του Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης, που αναγνώριζε βάσει των γενικών αρχών του δικαίου την αναγκαστική εκτόπιση άμαχου πληθυσμού ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας ακόμη και όταν ετελείτο σε καιρό ειρήνης, αλλά και ότι κατά τον ίδιο ως άνω χρόνο ίσχυε η αναγνώριση του εθμικού διεθνούς ποινικού δικαίου ως πηγής δικαίου των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας κατά παρέκκλιση της αρχής *n.c.n.p.s.l. scripta*. Το δίκαιο της Νυρεμβέργης κατέστησε γραπτό κανόνα την απαγόρευση εκτόπισης αμάχων σε καιρό πολέμου, επέτρεψε δε να θεωρηθεί ως αξιόποινη η αυτή πράξη όταν τελείται σε καιρό ειρήνης βάσει της αναγνώρισης των γενικών αρχών του δικαίου ως πηγής δικαίου εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας. Επομένως οι πράξεις των προσφευγόντων συνιστούσαν έγκλημα κατά της ανθρωπότητας κατά το χρόνο τέλεσής τους.

Το σημαντικό είναι εν προκειμένω ότι το ΕΔΔΑ δέχεται ότι τα καταστατικά του Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης και του ΔΠΔ για την πρώην Γιουγκοσλαβία περιέχουν κανόνες εθμικού διεθνούς ποινικού δικαίου οι οποίοι είναι δεσμευτικοί ανεξαρτήτως του αν ένα επί μέρους κράτος έχει προσχωρήσει ή όχι σε μια διεθνή σύμβαση για τα δικαιώματα του ανθρώπου.

### 2.1.2. Η απόφαση *Streletz κ.ά. κατά ΟΔ της Γερμανίας*

Στην υπόθ. *Streletz* κατά ΟΔ της Γερμανίας πάλι<sup>17</sup>, το ΕΔΔΑ δέχτηκε ότι η καταδίκη στελεχών των ενόπλων δυνάμεων της τότε Ανατολικής Γερμανίας για θανάτωση πολιτών που επιχειρούσαν να μεταβούν στη Δύση διασχίζοντας τα σύνορα ήταν σύμφωνη με την αρχή της νομιμότητας. Τούτο δε διότι το ίδιο το Σύνταγμα της τότε Α. Γερμανίας αναγνώριζε την αξία του ανθρώπου και επομένως η απαξία της πράξης τους ήταν ήδη κατά το τότε ισχύον δίκαιο προβλέψιμη και οι ίδιοι μπορούσαν να γνωρίζουν ότι παρεβίαζαν την έννομη τάξη. Όμως ουσιαστικά η επικύρωση της καταδίκης συνιστούσε αναγνώριση της υπέρτερης ισχύος των αναγνωρισμένων από τα πολιτισμένα έθνη γενικών αρχών του δικαίου. Διότι η επιταγή θανάτωσης πολιτών από το τότε καθεστώς της Α. Γερμανίας είχε το χαρακτήρα εξαίρεσης χάριν, υποτίθεται, κάποιου υπέρτερου συμφέροντος από τον γενικό «συνταγματικό» κανόνα, η ισχύς του οποίου δεν εθίγετο. Δεν ήταν επομένως το ανατολικογερμανικό «Σύνταγμα» που ακύρωνε την ισχύ του ειδικότερου κανόνα (= της επιταγής) θανάτωσης των φυγάδων, τον οποίο ουδείς είχε αμφισβητήσει στο πλαίσιο της ισχύος του εν λόγω «Συντάγματος» ως αντισυνταγματικό, αλλά οι υπέρτερες γενικές αρχές του δικαίου των πολιτισμένων εθνών.

Οι επί του θέματος αποφάσεις του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου και του Ακυρωτικού της Ο.Δ. της Γερμανίας που προηγήθηκαν<sup>18</sup> είχαν δεχτεί ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα του Ανθρώπου και οι βασικές αρχές του κράτους δικαίου υπερέχουν οποιασδήποτε αντίθετης διάταξης του θετικού δικαίου, η οποία, ακριβώς λόγω αυτής της αντίθεσής της, δεν συνιστά καν δίκαιο. *Απέβλεπαν δηλ. ουσιαστικά στο πρωτείο του φυσικού δικαίου έναντι του θετικού*<sup>19</sup>. Ομοίως το ΕΔΔΑ τονίζει το γεγονός, ότι, εφόσον η ανθρώπινη ζωή έχει τα πρωτεία σε όλα τα νομικά εργαλεία προστασίας των ανθρώπινων δικαιωμάτων, η αυστηρή ερμηνεία της νομοθεσίας της DDR εκ μέρους των Δικαστηρίων της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας ήταν σύμφωνη με την αρχή της νομιμότητας όπως αυτή εξειδικεύεται στο άρθρο 7 παρ. 1 της Σύμβασης (σκέψη 85). Όπως τονίζει η απόφαση:

17. *Streletz, Kessler & Krenz v. Germany*, 22.3.2001.

18. Βλ. BVerfGE 95, 96 (133), και BGHSt 39, 1 επ., αντίστοιχα.

19. Βλ. σχετικά *Arthur Kaufmann*, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, NJW 1995, 81 επ., *Russel*, *Die konservative Tendenz der Naturrechtslehre*, Forum Recht, 2012, 156 επ.

«Όταν το άρθρο 7 κάνει λόγο για “νόμο” τον εκλαμβάνει ακριβώς υπό την ίδια έννοια που η Σύμβαση αναφέρει σε άλλα σημεία όπου χρησιμοποιεί αυτόν τον όρο, ήτοι υπό μια έννοια που περιλαμβάνει τόσο το γραπτό όσο και το άγραφο δίκαιο και προϋποθέτει ποιοτικές προϋποθέσεις δηλ. την προσβασιμότητα και προβλεψιμότητα... Όσο σαφώς και αν είναι διατυπωμένη μια ποινική διάταξη, υπάρχει ένα αναπόφευκτο στοιχείο νομικής ερμηνείας. Η ανάγκη αποσαφήνισης αμφισβητήσιμων σημείων και προσαρμογής στις μεταλλασσόμενες συνθήκες είναι πάντοτε υπαρκτή... Η προϊούσα εξέλιξη του ποινικού δικαίου... είναι... στοιχείο της νομικής παράδοσης...». Έτσι, «το άρθρο 7 της Σύμβασης δεν μπορεί θεωρηθεί ότι απαγορεύει τη βαθμιαία αποσαφήνιση των κανόνων για την ποινική ευθύνη μέσω της ερμηνείας... εφόσον η προκύπτουσα εξέλιξη εναρμονίζεται με την ουσία του εγκλήματος και μπορεί ευλόγως να προβλεφθεί...».

Το Δικαστήριο επικαλέστηκε εν προκειμένω τις αποφάσεις του S.W. κατά Ην. Βασιλείου και C.R. κατά Ην. Βασιλείου<sup>20</sup>, επισημαίνοντας ότι αντίθετη εκδοχή θα αντέβαινε στις αρχές επί των οποίων στηρίζεται το σύστημα προστασίας που έχει οργανώσει η Σύμβαση. Ως τέτοιες αρχές, πάλι, το Δικαστήριο μνημονεύει γενικές αρχές και αξίες, όπως τις «θεμελιώδεις ελευθερίες που στοιχειοθετούν τα θεμέλια της δικαιοσύνης και της ειρήνης στον κόσμο», την «αποτελεσματική πολιτική δημοκρατία και γενική κατανόηση και τήρηση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων» και «την κοινή κληρονομιά των πολιτικών παραδόσεων, ιδεωδών, ελευθερίας και κράτους δικαίου». Καταλήγει έτσι το ΕΔΔΑ ότι η πρακτική της DDR παρεβίαζε τα ανθρώπινα δικαιώματα και κυρίως το δικαίωμα στη ζωή, την «υπέρτατη αξία στη διεθνή ιεράρχηση των δικαιωμάτων του ανθρώπου» και επομένως δεν μπορεί να καλύπτεται από το άρθρο 7 παρ. 1 της Σύμβασης. Όπως καθίσταται αντιληπτό, το Δικαστήριο κατ' ακριβολογία δεν εξηγεί ποιος (πρέπει να) είναι ο προϋφιστάμενος νόμος κατά το εσωτερικό δίκαιο των κρατών μελών, αλλά αποφαινεται περί του ποιος θεωρείται ως νόμος κατά την έννοια της Σύμβασης και πότε είναι ικανοποιητική η προβλεψιμότητα του αξιοποιού κατά την ίδια τη Σύμβαση. Το πότε είναι κάποια διάταξη νόμος δυνάμενος να θεμελιώσει αξιόποινο δεν το λέγει. Αντίθετα, για την κατάφαση της προβλεψιμότητας και της θεμελίωσης του αξιοποιού αρκεί στη δυνατότητα το πολίτη να προβλέψει την αντίθεση της πράξης του προς τις αξίες της Σύμβασης και επομένως προς κάποιο νόμο υφιστάμενο ανεξαρτήτως των προβλέψεων του εθνικού νομοθετικού πλαισίου εντός του οποίου έδρασε ο κατηγορούμενος. Έτσι το Δικαστήριο στην ουσία δεν αποφαινεται για το αν η καταδικαστική απόφαση του κράτους μέλους παρεβίασε την αρχή *n.c.n.p.s.l.*, αλλά αν παρεβίασε τις αξίες που προστατεύει η Σύμβαση. Καταλήγει επομένως το Δικαστήριο, εμμέσως πλην σαφώς, στο να θεωρεί ως νόμο εκείνον τον κανόνα που εναρμονίζεται με τις γενικές αρχές του δικαίου τις οποίες υιοθετεί η Σύμβαση, όπως είναι κατ' εξοχήν η ζωή. Επομένως αν εφαρμόζεται τέτοιος νόμος και επομένως τυγχάνει σεβασμού το άρθρο 2 παρ. 1 δεν παραβιάζεται το άρθρο 7 παρ. 1 έστω και αν αυτός δεν υφίστατο κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης. Η σύλληψη της έννοιας της νομιμότητας βάσει αρχών του φυσικού δικαίου και της ιδέας της Δικαιοσύνης όπως αυτό αποτυπώνεται στην

20. Της 22.11.1995, Series A no. 335-B, σελ. 41-42, §§ 34-36, και Series A no. 335-C, σελ. 68-69, §§ 32-34 αντίστοιχα. Ακόμη, το Δικαστήριο αναφερόμενο στην Κοκκινάκης κατά Ελλάδος (25.5.1993 [Series A no. 260-A, αριθμ. 22, § 52]), διατείνεται ότι το άρθρο 7 της ΕΣΔΑ δεν περιορίζεται μόνο στο να απαγορεύει την αναδρομικότητα του ποινικού νόμου *in malam partem*, αλλά επί πλέον ενσωματώνει, γενικότερα, την αρχή, ότι η αξιόποινη πράξη πρέπει να ορίζεται στο νόμο με σαφήνεια. Η προϋπόθεση αυτή ικανοποιείται όταν ο πολίτης μπορεί να γνωρίζει από το γράμμα της διάταξης και εν ανάγκη, με τη βοήθεια της ερμηνείας, ποιες πράξεις και παραλείψεις του γεννούν γι' αυτόν ποινική ευθύνη.

ΕΣΔΑ (δίκαιο είναι ό,τι εναρμονίζεται με την ΕΣΔΑ ακόμη και αν δεν ίσχυε κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης) είναι προφανής.

## 2.2. Περιπτώσεις με χαρακτηριστικά κοινών εγκλημάτων

Πέραν όμως αυτής της θεμελιώδους, ούτως ειπείν, αμφισβήτησης, που αναφέρεται περισσότερο στο δίκαιο των διεθνών εγκλημάτων, ρευστή είναι η έκταση και η έννοια της αρχής της νομιμότητας στη νομολογία των περιφερειακών δικαστηρίων, καθόσον αφορά στην ερμηνεία της αρχής της νομιμότητας στο πλαίσιο των εθνικών («εσωτερικών») εννόμων τάξεων, δηλ. του ΕΔΔΑ και του ΔΕΕ. Έτσι το μεν ΕΔΔΑ προσέδωσε εξαιρετικά ελαστικό περιεχόμενο στην αρχή της νομιμότητας στην υπόθεση *S.W.* κατά *Hv. Βασιλείου*, καταλήγοντας ουσιαστικά σε παραβίαση αυτής, τούτο δε επαναλήφθηκε από το ΔΕΕ στην υπόθεση *Taricco*.

### 2.2.1. ΕΔΔΑ: *S.W.* κατά *Hv. Βασιλείου. Η marital rape exception*

Στην απόφαση *S.W.* κατά *H.B.*, προσφεύγων είχε καταδικαστεί για βιασμό της συζύγου του. Ο τότε ισχύων αγγλικός νόμος για τη στοιχειοθέτηση του ως άνω εγκλήματος απαιτούσε το «παράνομο» της συνουσίας, κάτι που εξαλείφθηκε αργότερα, η δε συγκατάθεση της συζύγου ετεκμαίρετο ότι υφίστατο σιωπηρά. Εντούτοις το ΕΔΔΑ, αφού επεσήμανε ότι κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης είχε ήδη εξαγγελθεί η διαγραφή του όρου «παράνομη», δέχτηκε ότι ως νόμος νοείται και ο μη γραπτός και ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση υπήρχε δυνατότητα διάγνωσης της απαγόρευσης, διότι «η εγκατάλειψη της απαράδεκτης ιδέας ότι ο σύζυγος είναι ακαταδίκως για το βιασμό της συζύγου συνάδει όχι μόνο με την πολιτισμένη έννοια του γάμου αλλά και προπάντων με τους θεμελιώδεις σκοπούς της σύμβασης, η πεμπτοσύνη της οποίας είναι ο σεβασμός της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και ελευθερίας»<sup>21</sup>.

Παρατηρούμε δηλ. ότι το Δικαστήριο αντί να καταδικάσει το *H.B.* για ελλιπή προστασία κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης, εφήρμοσε μια ουσιαστική έννοια της αρχής της νομιμότητας με γνώμονα την εναρμόνιση ή μη της πράξης με θεμελιώδεις αρχές και αξίες του δικαίου, όπως η ανθρώπινη αξιοπρέπεια και ελευθερία και η έννοια του πολιτισμένου γάμου, και όχι μια τυπική και φορμαλιστική εκδοχή της. Έτσι όμως αναγνώρισε στην ουσία ότι εφαρμόστηκε νόμος που δεν ίσχυε κατά το χρόνο τέλεσης της κρινόμενης πράξης, ή, κατ' άλλη ανάγνωση, δημιούργησε μη υφιστάμενο νόμο βάσει των αρχών και σκοπών της Σύμβασης. Έτσι όμως ενδεχομένως υπερέβη την εξουσία του. Με την προβληματική αυτή θα ασχοληθούμε αμέσως παρακάτω.

### 2.2.2. ΔΕΕ: Η υπόθεση *Taricco*: Ευθεία παρέμβαση του ΔΕΕ στην εθνική νομοθεσία περί παραγραφής

Στην υπόθεση *Taricco*<sup>22</sup> το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποφάνθηκε ότι τα εθνικά ποινικά δικαστήρια ενός κράτους μέλους υποχρεούνται να μην εφαρμόζουν τις διατάξεις του εθνικού δικαίου περί παραγραφής, όταν αυτές δεν επιτρέπουν την αποτελεσματική καταστολή εγκληματικών πράξεων στρεφόμενων κατά των δημοσιονομικών συμφερόντων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με το άρθρο 325 παρ. 1 και 2 ΣΛΕΕ. Το πρόβλημα ανέκυψε επειδή ένα ιταλικό δικαστήριο (*Tribunale di Cuneo*) είχε διαπιστώσει ότι δεν ήταν

δυνατή η επιβολή ποινής με αμετάκλητη απόφαση για φορολογικό αδίκημα πριν από τη συμπλήρωση του χρόνου παραγραφής του. Το ΔΕΕ έκρινε ότι οι διατάξεις του εθνικού δικαίου για την παραγραφή υποχωρούν, καθόσον το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης υπερέχει «αυτομάτως» έναντι του εθνικού και καθιστά αυτοδικαίως μη εφαρμοστέα κάθε αντίθετη διάταξη εθνικού δικαίου<sup>23</sup>. Με άλλα λόγια: επειδή το ΔΕΕ προέβλεψε ότι η αμετάκλητη καταδίκη ήταν πρακτικά αδύνατη εντός του χρόνου παραγραφής, παρήγγειλε το ιταλικό δικαστήριο να μην εφαρμόσει τις εθνικές διατάξεις περί παραγραφής στην συγκεκριμένη περίπτωση βάσει του άρθρ. 325 ΣΛΕΕ.

Στην προκείμενη περίπτωση η κατηγορία αφορούσε πράξεις φοροδιαφυγής (μη καταβολή ΦΠΑ) και συνωμοσίας για φοροδιαφυγή στην Ιταλία, οι οποίες, βάσει των διατάξεων του ιταλικού δικαίου παραγράφονται το 2018, μερικές δε εξ αυτών έχουν ήδη παραγραφεί. Ο δικαστής που θα αποφάσιζε για την παραπομπή των κατηγορουμένων απηύθυνε προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ, κατά πόσον υφίσταται παραβίαση των διατάξεων του δικαίου της ΕΕ που αφορούν τον αθέμιτο ανταγωνισμό, την ευνοϊκή κρατική φορολογική μεταχείριση, την απαλλαγή από τον ΦΠΑ και την υγιή διαχείριση των δημόσιων οικονομικών (άρθρα 101 και 107 ΣΛΕΕ, άρθρο 158(2) της Οδηγίας 2006/112 και άρθρο 119 ΣΛΕΕ). Το δικαστήριο στην απόφασή του επεσήμανε τα εξής: Εφόσον ο ΦΠΑ περιλαμβάνεται στους πόρους της ΕΕ<sup>24</sup>, κάθε έλλειμμα στη συλλογή αυτού συνιστά βλάβη στον προϋπολογισμό της ΕΕ. Κατά συνέπεια, η μη καταβολή ΦΠΑ συνεπάγεται, μ.ά. εφαρμογή του άρθρ. 325 ΣΛΕΕ, που επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να υιοθετούν μέτρα για την αντιμετώπιση απατών που βλάπτουν τα δημοσιονομικά συμφέροντα της ΕΕ κατά τρόπο αποτελεσματικό, ανάλογο και αποτρεπτικό με ποινικές κυρώσεις λόγω της άμεσης εφαρμογής του υπέρτερης τυπικής ισχύος δικαίου της ΕΕ.

Επειδή λοιπόν κατά την κρίση του Δικαστηρίου η φοροδιαφυγή συνεπάγεται βλάβη των οικονομικών συμφερόντων της ΕΕ το ιταλικό δικαστήριο όφειλε να μην εφαρμόσει τις διατάξεις του εθνικού δικαίου περί παραγραφής προκειμένου το ανωτέρω έγκλημα να αντιμετωπισθεί κατά αποτελεσματικό και αποτρεπτικό τρόπο. Το χειρότερο δε είναι, ότι το ΔΕΕ υπέδειξε και τρεις τρόπους συμπλήρωσης του χρόνου παραγραφής με αποτέλεσμα όχι μόνον να νομοθετεί αντί του ιταλικού κοινοβουλίου αλλά και να εντείνει την αβεβαιότητα αφού οι τρεις αυτοί χρόνοι διαφέρουν μεταξύ τους.

Όπως ήταν φυσικό η απόφαση προκάλεσε θύελλα αντιδράσεων οι οποίες εστιάζονται κυρίως στην παραβίαση της αρχής της νομιμότητας, στην αμφισβήτησή της δημοκρατικής θεμελίωσης του ποινικού δικαίου («επιφύλαξη του νόμου») αλλά και στην ανασφάλεια δικαίου που προκαλεί<sup>25</sup>. Όπως επισημάνθηκε, η νομολογία αυτή καθιστά δυνατή την αναβίωση/συνέχιση διαδικασιών που θεωρήθηκαν βάσει του εθνικού δικαίου ότι αφορούν σε παραγεγραμμένα αδικήματα καθώς και την μη παραγραφή εγκλημάτων που υπό κανονικές συνθήκες υπόκεινται σε παραγραφή<sup>26</sup>. Περαιτέρω, εφόσον οι αποφάσεις επί προδικαστικού ερωτήματος είναι δεσμευτικές, διατυπώθηκε και η ανησυχία, ότι η απόφαση *Taricco* ιδρύει υποχρέωση και για τα δικαστήρια όλων των λοιπών κρατών μελών της ΕΕ να μην εφαρμόζουν τις ισχύουσες κατά το εκάστοτε εθνικό δίκαιο διατάξεις περί παραγραφής (ενδεχομένως δε και άλλων ποινικών κανόνων και εγγυήσεων) όταν τα δημοσιονομικά έννομα

21. "The abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilized concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom".

22. Απόφαση της 8.9.2015, C-105/14. Βλ. E. Billis, NJECrL 2016, F. Giuffrida, The Limitation Period of Crimes: Same old Italian story, new intriguing European answers, NJECrL 2016, 100 επ.

23. Billis, *οπ. παρ.*, 26.

24. Απόφ. ΔΕΚ Fransson C-617/10, Απόφ. 2007/436/EC, άρθρ. 2 παρ. 1 του Συμβουλίου.

25. Δεδομένου ότι οι διατάξεις περί παραγραφής αποσκοπούν ακριβώς στο να εξασφαλίσουν ασφάλεια δικαίου, κοινωνική ειρήνη και περιστολή της κρατικής αυθαιρεσίας: Billis 29, 32, Giuffrida 110.

26. Giuffrida, 110

αγαθά της ΕΕ δεν προστατεύονται επαρκώς, με αποτέλεσμα η ανασφάλεια δικαίου να βαθαίνει ακόμη περισσότερο<sup>27</sup>.

Ενδιαφέρον είναι εν προκειμένω, ότι το ΔΕΕ για να υποστηρίξει την ανωτέρω θέση του επικαλέστηκε όμοιες, υποτίθεται, αποφάσεις του ΕΔΔΑ, την Coeme κατά Βελγίου, Scoppola II κατά Ιταλίας, και Yukos κατά Ρωσικής Ομοσπονδίας, σύμφωνα με τις οποίες η παράταση του χρόνου παραγραφής εγκλημάτων που δεν έχουν εισέτι παραγραφεί με νεότερο νόμο δεν παραβιάζει την αρχή της νομιμότητας όπως αυτή καταστρώνεται στο άρθρ. 7 ΕΣΔΑ<sup>28</sup>. Η συγκεκριμένη περίπτωση, ωστόσο, ήταν διαφορετική απ' ό,τι η Taricco. Στην Coeme, το forum επεξέτεινε με νόμο το χρόνο παραγραφής κατά 5 έτη και δεν επέβαλε στο δικαστήριο την υποχρέωση να μην εφαρμόσει τον προβλεπόμενο από τον ισχύοντα (και μη τροποποιηθέντα νόμο) χρόνο παραγραφής.

Όπως είναι όμως προφανές, αυτό όμως είναι άλλο ζήτημα! Άλλο να επιμηκύνει ο εσωτερικός νομοθέτης την παραγραφή ενός εγκλήματος που δεν έχει ήδη παραγραφεί (εδώ υπάρχει νόμος, ασχέτως αν θα ήταν συνταγματικός ή όχι, διότι και εδώ θα είχαμε επέμβαση της νομοθετικής εξουσίας στη δικαστική) και άλλο να διακηρύξει ένα δικαστήριο ότι ένα έγκλημα δεν θα παραγραφεί βάσει ενός υπέρτερου τυπικού κανόνα (εδώ δεν υπάρχει νόμος). Το ΔΕΕ δεν νομοθετεί. Αν ήταν έτσι θα μπορούσε π.χ. και το ΕΔΔΑ στις υποθέσεις Siliadin κατά Γαλλίας (της 26.7.2005 – απόφ. τελική 26.10.2005) και X, Y κατά Ολλανδίας να θεσπίσει ποινικό κανόνα ευθέως και όχι να υποχρεώσει τη Γαλλία και την Ολλανδία να τροποποιήσουν επί το αυστηρότερο τη νομοθεσία τους. Διάκριση των λειτουργιών λοιπόν απαιτείται και στο Διεθνές Ποινικό Δίκαιο!

Ενδιαφέρον είναι ακόμη, ότι στην απόφαση Coeme το ΕΔΔΑ αποφαινεται για την έκταση της αρχής της νομιμότητας και περιορίζει ειδικά την απαγόρευση αναδρομής in malam partem μόνον καθόσον αφορά σε διατάξεις ρυθμιζουσες τις προϋποθέσεις στοιχειοθέτησης του εγκλήματος και της επιβολής ποινής («only charges and penalties») και όχι στην παραγραφή, την οποία θεωρεί δικονομική προϋπόθεση. Βλέπουμε δηλ. ότι το ΕΔΔΑ, και συνεκδοχικά το ΔΕΕ, διεκδικούν αρμοδιότητα να αποφανθούν για θεμελιώδεις ποινικές έννοιες, όπως το αν μία διάταξη είναι ουσιαστική ή δικονομική και αν η παραγραφή υπάγεται ή όχι στην απαγόρευση της αναδρομής (σκέψεις 144-149). Περαιτέρω στην υπόθεση Coeme το ΕΔΔΑ δήχτηκε ότι η αρχή της νομιμότητας σκοπεί στο να παράσχει στον πολίτη τη δυνατότητα γνώσης του νόμου και πρόβλεψης των συνεπειών της δράσης του («accessibility and foreseeability»).

Παρατηρούμε επομένως ότι σε σχέση με την αρχή της νομιμότητας σε διεθνές και περιφερειακό επίπεδο υπάρχει μία αμφιταλάντευση μεταξύ της ανάγκης ποινικού κολασμού βαρέων εγκλημάτων και της επιθυμίας εφαρμογής της αρχής της νομιμότητας, η δε σύγκρουση κατά κανόνα αίρεται υπέρ της πρώτης. Όμως η αντίληψη αυτή περί του ρόλου του ΔΕΕ υποκρύπτει διάθεση ευρύτερης επέμβασης στις ερμηνευτικές αρχές των επί μέρους κρατών, που δεν μπορεί να γίνει περιστασιακά, αλλά μόνο εφόσον υποστηρίζεται από μια θεωρία, η οποία εν προκειμένω όχι μόνον ελλείπει, αλλά θεωρείται και ότι δεν χρειάζεται.

## II. Προς ένα νέο προσδιορισμό της έννοιας της εθνικής κυριαρχίας;

Η αμφιταλάντευση αυτή καθίσταται ακόμη περισσότερο εμφανής σε σχέση με ποινικές διατάξεις συνδεόμενες με την αναγνώριση της εθνικής κυριαρχίας άλλων κρατών, με αποτέλεσμα η επιθυμία ουσιαστικής ποινικής καταστολής να οδηγεί σε μια προϊούσα *περιστολή της εθνικής κυριαρχίας* των επιμέρους κρατών. Η περιστολή αυτή αναπτύσσεται προς τις εξής κατευθύνσεις:

27. Billis, 31, 36.

28. Βλ. ΕΔΔΑ υπόθ. Yukos κατά Ρωσικής Ομοσπονδίας, 20.9.2011, Scoppola II κατά Ιταλίας 17.9.2009, Coeme & others κατά Βελγίου 22.6.2000.

## 1. Σταδιακή απεμπόληση της αρχής του διπλού αξιοποιήσιμου

Τα τελευταία χρόνια παρατηρείται ως προς ορισμένες κατηγορίες εγκλημάτων εκτεταμένη *εγκατάλειψη της αρχής του διπλού αξιοποιήσιμου*, που, όπως είναι γνωστό, υπαγορεύεται από την απαγόρευση κατάχρησης δικαιώματος, που απορρέει με τη σειρά της από την αρχή της μη επέμβασης. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις αποτελούν οι σχετικές διατάξεις στο Ευρωπαϊκό Ένταλμα Συλλήψεως και στη Σύμβαση Έκδοσης μεταξύ ΗΠΑ και Ευρωπαϊκής Ένωσης, προκειμένου να καταστεί δυνατή η δίωξη των σχετικών πράξεων ανεξαρτήτως του δικαίου του τόπου τέλεσης. Αποτέλεσμα τούτου είναι, ωστόσο, η παραβίαση της συνταγματικής νομιμότητας, αφού έτσι το κράτος εκτέλεσης του εντάλματος καθιστά δυνατή την τιμώρηση πράξεων που στην επικράτειά του τελούνται ελευθέρως<sup>29</sup>. Παρεμφερής είναι και η επανεμφάνιση της *απόλυτης (ακράειας) ενεργητικής αρχής της προσωπικότητας* στη νομοθεσία περί διαφθοράς που έχει υιοθετηθεί τόσο σε περιφερειακό και διεθνές επίπεδο όσο και από πολλές ευρωπαϊκές νομοθεσίες<sup>30</sup>.

Η κατά τα ανωτέρω αυστηρή ενεργητική αρχή της προσωπικότητας ήταν παλαιόθεν βεβαρυμένη με σοβαρές επιφυλάξεις: Έχει θεωρηθεί ότι συνιστά απαγορευμένη ανάμιξη στα εσωτερικά του ξένου κράτους, στην επικράτεια του οποίου το forum ασκεί έμμεσα ανεπιτρέπτως κρατική κυριαρχία και ότι διαταράσσει τις ομαλές σχέσεις των κρατών αφού το forum είτε αξιώνει ανυπακοή στους νόμους του άλλου κράτους («αξίωση διπλής υπακοής»), είτε (όταν η πράξη απλώς επιτρέπεται κατά το δίκαιο του τόπου τελέσεως) παρεμποδίζει την αποστολή του άλλου κράτους να καθιστά δυνατή για όλους την ενάσκηση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που αυτό παρέχει<sup>31</sup>.

## 2. Ποινική νομοθέτηση απ' ευθείας από την Ευρωπαϊκή Ένωση

Όπως επεσήμανα σε προηγούμενη εργασία μου<sup>32</sup>, «Με τη Συν-

29. Βλ. την απόφαση του ΔΕΚ της 3.5.2007 (υπόθ. C-303/2005), αφορώσα στη σχέση του Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης και της αρχής της νομιμότητας με αφορμή την προσφυγή του Δικηγορικού Συλλόγου *Advocaten voor de Wereld VZW κατά Leden van de Ministerraad*. Πρβλ. *Mylonopoulos*, *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtsdogmatik. Legitimationsdefizit und Anarchie als Hauptcharakteristika der Strafrechtsnormen mit internationalem Einschlag*, ZStW 121 (2009) Heft 1, σελ. 68 επ., *του ίδιου*, *Ζητήματα Διεθνούς Ποινικού Δικαίου στη Νομοθεσία περί Διαφθοράς*, ΠοινΧρ 2015, σελ. 241.

30. Σύμφωνα π.χ. με το άρθρ. 236 παρ. 4 ελλΠΚ («δωροδοκία υπαλλήλου»), αν η δωροδοκία υπαλλήλου τελέστηκε στην αλλοδαπή από ημεδαπό δεν είναι αναγκαία η πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρ. 6 ΠΚ. Δηλ. δεν απαιτείται να είναι η πράξη αξιόποινη κατά το δίκαιο του τόπου τελέσεως, όπως επίσης δεν απαιτείται ούτε έγκληση παθόντος ή αίτηση της ξένης κυβέρνησης, όταν η πράξη είναι πλημέλμα. Η εν λόγω απόλυτη *ενεργητική αρχή της προσωπικότητας* εισάγεται όπως προβλέπεται στη Σύμβαση ποινικού δικαίου για τη διαφθορά και στο Πρόσθετο σ' αυτήν Πρωτόκολλο του Συμβουλίου της Ευρώπης, στη Σύμβαση Ηνωμένων Εθνών κατά της Διαφθοράς (άρθρ. 42 παρ. 2) και στο άρθρ. 4 παρ. 2 Συμβ. ΟΟΣΑ αλλά κατά κανόνα και στις λοιπές ευρωπαϊκές νομοθεσίες (έτσι π.χ. το αυστριακό (άρθρ. 64 αυστρΠΚ), γερμανικό (παρ. 7 εδ 2 β' γερμΠΚ), αγγλικό (παρ. 12 εδ 4<sup>ο</sup> Bribery Act) και ισπανικό δίκαιο (άρθρ. 23 [4/n/1] LOPJ).

31. Ας αναλογισθούμε, π.χ. πόσο δικαιολογημένη ηχεί για την νομική οικογένεια των ευρωπαϊκών κρατών η πρόσκληση, εκ μέρους των αρχών ενός ισλαμιστικού καθεστώτος, προς τους ομοθρήσκους τους σ' όλο τον κόσμο, να φονεύσουν, όπου βρουν, τον «άπιστο» συγγραφέα που προσέβαλε τη θρησκεία τους (περίπτωση Rushdi).

32. Βλ. *Μυλωνόπουλου*, Η ουσιαστική νομιμοποίηση του Ευρωπαϊκού Ποινικού Δικαίου και η σημασία της ποινικής δογματικής για τη διαμόρφωσή του, ΠοινΧρ 2011, σελ. 81 επ., *του ίδιου*, *Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts*, ZStW

θήκη της Λισαβόνας η Ευρωπαϊκή Ένωση απέκτησε τη δυνατότητα να περιγράφει σε Οδηγίες τις ελάχιστες ειδικές υποστάσεις και ποινικές κυρώσεις ως προς συγκεκριμένες κατηγορίες αξιοποιώντων πράξεων, ενώ για την προστασία των ιδίων δημοσιονομικών εννόμων αγαθών δικαιούται πλέον να εξειδικεύει τις σχετικές ποινικές διατάξεις με Κανονισμό έχοντα ευθεία και άμεση ισχύ στα κράτη μέλη».

### 3. Κάμψη (περιορισμοί) της εθνικής κυριαρχίας χάριν της ποινικής προστασίας αρχαιοτήτων

Ειδικά ως προς την πολιτιστική κληρονομιά, το ενδιαφέρον της διεθνούς κοινότητας επί τους πολιτιστικούς θησαυρούς έχει ως συνέπεια όχι μόνον την κάμψη της κυριότητας των κρατών επί των αρχαίων μνημείων (π.χ. ένα κράτος δεν δικαιούται να καταστρέψει ή να αλλοιώσει ένα αρχαίο μνημείο που έχει στην κυριότητά του), αλλά και την κάμψη αυτής ταύτης της εθνικής των κυριαρχίας.

Πράγματι, η Σύμβαση της Χάγης του 1954 για την προστασία των πολιτιστικών αγαθών σε περίπτωση ένοπλης σύρραξης<sup>33</sup>, κυρωθείσα από 74 κράτη, εδράζεται στην θεμελιώδη αρχή, ότι η πολιτιστική κληρονομιά είναι πολύτιμο κεκτημένο όλης της ανθρωπότητας. Μολονότι σκοπός της είναι να προστατεύσει την πολιτιστική κληρονομιά των κρατών κατά τη διάρκεια ένοπλων συγκρούσεων (αφού θεωρεί αυτονόητο ότι ουδέν κράτος θα διανοείτο ποτέ να καταστρέψει τα ίδια αυτού πολιτιστικά αγαθά), τονίζει γενικότερα στο προοίμιο, ότι η βλάβη ενός πολιτιστικού αγαθού που ανήκει σε οποιονδήποτε λαό σημαίνει βλάβη στην κοινή πολιτιστική κληρονομιά όλης της ανθρωπότητας, διότι όλοι οι λαοί έχουν συμβάλει στον παγκόσμιο πολιτισμό (culture, «πνευματική καλλιέργεια»)<sup>34</sup>.

Έτσι η ανάγκη προστασίας μνημείων, όπως οι Βούδες του Βαμιάν στο Αφγανιστάν και η Βιβλιοθήκη του Σεράγεβο, θεωρείται ότι επιβάλλει «αυτοπεριορισμό της εθνικής κυριαρχίας του κράτους» στο οποίο αυτά ευρίσκονται, έτσι ώστε σήμερα μετά λόγου να υποστηρίζεται ότι η προστασία των πολιτιστικών αγαθών κείται «επέκεινα της εθνικής κυριαρχίας των επί μέρους κρατών»<sup>35</sup>.

Σημαντική είναι εν προκειμένω η Διακήρυξη της ΟΥΝΕΣΚΟ του 2003 για την εκ προθέσεως καταστροφή της πολιτιστικής κληρονομιάς μετά την καταστροφή των αγαλμάτων του Βούδα στο Βαμιάν από τους Ταλιμπάν. Στην Διακήρυξη τονίζεται

– ότι «τα κράτη ... υποχρεούνται να προστατεύουν την πολιτιστική κληρονομιά σε καιρό ειρήνης με προσήκοντα μέτρα (επομένως και με ποινική καταστολή), οπουδήποτε και αν αυτή ευρίσκεται ...»

– ότι «κράτος που εκ προθέσεως καταστρέφει ή παραλείπει να λάβει τα προσήκοντα μέτρα για την αποτροπή και ποινικό κολασμό σκόπιμης καταστροφής πολιτιστικής κληρονομιάς μεγάλης σημασίας για την ανθρωπότητα, αδιακρίτως του αν περιλαμβάνεται στον κατάλογο της ΟΥΝΕΣΚΟ, φέρει την ευθύνη της καταστροφής κατά το μέτρο που αυτή προβλέπεται από το διεθνές δίκαιο...»

– ότι «τα κράτη οφείλουν να λάβουν όλα τα αναγκαία μέτρα για να θεσπίσουν ποινική δικαιοδοσία και να προβλέψουν αποτελεσματικές ποινικές κυρώσεις σε βάρος εκείνων που τελούν ή διατάσσουν εκ προθέσεως καταστροφή πολιτιστικής κληρονομιάς μεγάλης σημασίας για την ανθρωπότητα» (άρθρ. VII.).

123 (2011), σελ. 633 επ.

33. Πρώτο πρωτόκολλο 1954, δεύτερο πρωτόκολλο 1999 (κυρ. ν. 3317/2005).

34. *Claudia Fox*, The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: An Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property, *Am U. IntLR* 1993, σ. 225 επ.

35. *Francioni, F.*, Beyond State Sovereignty. The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity, *Michigan Journal of Int. Law*, 25 (2004), *Manacorda*, Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective, σε: *Manacorda & Chappell* (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*, 2011, σ. 17 επ., 23.

Δηλ.: καταστροφή πολιτιστικής κληρονομιάς εν καιρώ ειρήνης θεμελιώνει διεθνή ποινική ευθύνη του ατόμου αλλά και του κράτους που επέτρεψε ή δεν επέτρεψε την πράξη, οπουδήποτε και αν αυτή τελέστηκε και ανεξαρτήτως του δικαίου του τόπου τέλεσης. Έτσι η Διακήρυξη, «ενισχύει τη θέση του ΔΠΔ για την ΠΓ ότι οι διεθνείς κανόνες σε ορισμένες περιπτώσεις μπορούν να κάμπουν τη διακριτική ευχέρεια των κρατών να διαθέτουν κατά βούληση την πολιτιστική κληρονομιά»<sup>36</sup>.

Το σημαντικό εν προκειμένω είναι ότι η Διακήρυξη της ΟΥΝΕΣΚΟ καθιερώνει νομικό καθήκον ποινικής προστασίας πολιτιστικών αγαθών εν καιρώ ειρήνης και μάλιστα για πράξεις που τελέστηκαν σε άλλη επικράτεια από μεμονωμένα άτομα ή και κρατικούς αξιωματούχους. Καθιερώνει δηλ. γραπτό δίκαιο, πέραν του μέχρι τότε ισχύοντος εθιμικού, που ιδρύει υποχρέωση προς ενέργεια.

### 4. Αυτογνώμων ενάσκηση διεθνούς ποινικής δικαιοδοσίας

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η περίπτωση Πινοσέτ. Ο Πινοσέτ συνελήφθη στην Αγγλία βάσει εντάλματος Ισπανού δικαστή που ζητούσε την έκδοσή του στην Ισπανία προκειμένου να δικαστεί για εγκλήματα γενοκτονίας, βασανιστήρια και άλλες αξιόποινες πράξεις τελεσθείσες στη Χιλή κατά το χρονικό διάστημα που ήταν δικτάτωρ. Το βασικό επιχείρημα του Ισπανού δικαστή ήταν ότι μερικά εγκλήματα έχουν τέτοια βαρύτητα και διαταράσσουν τόσο πολύ την διεθνή ειρήνη, ώστε παρέχουν την εξουσία σε διωκτικές αρχές ενός κράτους να ασκήσουν διεθνή ποινική δικαιοδοσία έστω και αν αυτά διεπράχθησαν στην επικράτεια άλλου κράτους, εφόσον το τελευταίο δεν τα διώκει είτε επειδή δεν δύναται είτε επειδή δεν το επιθυμεί. Τούτο αφορά βεβαίως κατ'εξοχήν στα λεγόμενα «αποτυχημένα κράτη» (failed states). Βεβαίως, αυτή η εκ μέρους ενός κράτους αυτογνώμων ενάσκηση διεθνούς ποινικής δικαιοδοσίας έχει επικριθεί ως αυθαίρετη ακόμη και όταν πρόκειται για την καταστολή πράξεων θηριωδίας που τελέσθηκαν σε άλλο κράτος. Γι' αυτό και η περίπτωση Πινοσέτ προβάλλεται ως παράδειγμα που καθιστά αναγκαία την δικαιοδοσία ενός ΔΠΔ αντί των εθνικών δικαστηρίων που ασχολήθηκαν με την υπόθεση<sup>37</sup>.

Εντούτοις ο σχετικός προβληματισμός δεν έμεινε χωρίς συνέχεια. Προς τούτο απέβλεψαν ορισμένοι συγγραφείς στη γενική θεωρία του κράτους, στο πλαίσιο της οποίας, έχει διατυπωθεί η άποψη, ότι εκτός από τα δύο μείζονα ζητήματα, δηλ. υπό ποιές προϋποθέσεις υφίσταται αφενός το δικαίωμα του κράτους να ασκεί εξουσία και αφετέρου το καθήκον του πολίτη να υπακούει, υπάρχει και ένα τρίτο: πότε υπάρχει καθήκον κυβέρνησης ("duty to govern")<sup>38</sup>. Με βάση τη σκέψη αυτή, στο πεδίο του διεθνούς ποινικού δικαίου υποστηρίχτηκε ότι όταν υπάρχουν «ηθικώς επείγουσες» («morally urgent») περιπτώσεις που επιβάλλουν ενάσκηση διεθνούς ποινικής δικαιοδοσίας από επί μέρους κράτη ιδρύεται, λέγουν, ένα καθήκον κυβέρνησης ("duty to govern") προς διεκδίκηση και ενάσκηση διεθνούς ποινικής εξουσίας και δικαιοδοσίας, εφόσον οι χώρες στις οποίες τελούνται τα εγκλήματα αυτά αδυνατούν ή είναι απρόθυμες να τα διώξουν. Τέτοιες είναι π.χ. εκτός από την περίπτωση Πινοσέτ και τα εγκλήματα της Μπόκο Χαράμ, οι καταστροφές μνημείων του παγκόσμιου πολιτισμού στην Παλμύρα, διάφορες οικολογικές καταστροφές, μαζικές θανάτωσεις δελφινιών κλπ. Τονίζεται μάλιστα ότι υπάρχει ανάγκη να

36. *Fishman*, *YJIL* 2010, 365.

37. *Francis & Francis* International Criminal Courts, the Rule of Law and the Prevention of Harm: Building Justice in Times of Injustice, σε: *May & Hoskins*, *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge 2010, σ. 62/3.

38. *Green*, *The Duty to Govern*, *Legal Theory* 13 (2007), 165, *Giudice & Schaeffer*, *Universal Jurisdiction and the Duty to Govern*, σε: *Tanguay / Renaud-Stribopoulos*, *Rethinking Criminal Law Theory*, 233 (246).

δημιουργηθούν προσήκοντες διεθνείς ποινικοί κανόνες, να παρακολουθούνται τα εγκλήματα χωρίς θύματα (π.χ. καταστροφές μνημείων) και να διώκονται οι δράστες αυτών. Η ευκολία ωστόσο με την οποία διατυπώνεται η άποψη αυτή δημιουργεί επιφυλάξεις, αφού η εφαρμογή της στην πράξη είναι ενδεχόμενο να προκαλέσει μεγαλύτερα προβλήματα από όσα επιδιώκει να επιλύσει. Ο κίνδυνος επιβολής μιας μονομερούς ιεραρχήσεως των εννόμων αγαθών και η διεκδίκηση ποινικής εξουσίας από μεμονωμένα αλλά πολιτικώς ισχυρά κράτη καθιστά αναγκαία την ευρεία διεθνή συναίνεση όταν πρόκειται για επεμβάσεις ποινικού χαρακτήρα σε τρίτες χώρες.

### 5. Η αρχή της συμπληρωματικότητας

Από την άλλη πλευρά ο σεβασμός στην εθνική κυριαρχία των κρατών θεωρείται ότι περιορίζει τις δικωτικές δυνατότητες του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου. Διότι επιβάλλει, όπως υποστηρίζουν, τη λεγόμενη αρχή της «συμπληρωματικότητας» (complementarity)<sup>39</sup> που επιτρέπει στο ΔΠΔ να επεμβαίνει μόνο αν το κράτος του τόπου τέλεσης αδυνατεί ή δεν επιθυμεί να προβεί σε δίωξη, εκτός αν εισαχθεί σ' αυτό η υπόθεση από το Συμβούλιο Ασφαλείας. Η ρύθμιση αυτή, ωστόσο, περιττέλλει ουσιαστικά τη δυνατότητα του ΔΠΔ να επεμβαίνει σε περιπτώσεις ιδιαίτερας βαρέων εγκλημάτων.

### 6. Male captus bene judicatus και κάμψη της εθνικής κυριαρχίας

Κάμψη της εθνικής κυριαρχίας γίνεται ανεκτή και στο πλαίσιο της προβληματικής που είναι γνωστή με τον τίτλο: *male captus bene judicatus*. Όπως είναι γνωστό, για το σχετικό ζήτημα υφίσταται εντονότατη διχογνωμία σε θεωρία και νομολογία. Έτσι, ενώ ορισμένες αποφάσεις δέχονται ότι η παράνομη σύλληψη στην αλλοδαπή δεν αποτελεί δικονομικό κώλυμα (υποθέσεις *Eichmann, Argoud, Dorf, Noriega*), άλλες θεωρούν ότι παρακωλύει την ποινική διαδικασία (υποθέσεις *Nollet, Jolis, Colunje, Salomon, Jaffe*)<sup>40</sup>.

Στο πλαίσιο αυτό έχει θεωρηθεί ότι η σύλληψη του καταζητούμενου προσώπου με δόλια μέσα αλλά χωρίς καταναγκασμό από υπαλλήλους ενός κράτους που δρουν στην επικράτεια άλλου προσβάλλει τα κυριαρχικά δικαιώματα του τελευταίου, εφόσον η ενέργεια των υπαλλήλων καταλογίζεται στο κράτος το οποίο αυτοί υπηρετούν και συνιστά ενάσκηση κυριαρχικής εξουσίας σε αλλοδαπή επικράτεια<sup>41</sup>. Αλλά και στην περίπτωση αυτή η νομολογία δεν είναι ομόθυμη, ιδίως όταν ο υπάλληλος έχει δράσει από τρίτο κράτος (π.χ. τηλεφωνικά) και όχι στο κράτος όπου βρισκόταν ο παγιδευθείς καταζητούμενος.

Όλα τα ανωτέρω χρήζουν ειδικής ανάπτυξης που υπερβαίνει τα όρια του παρόντος. Στο πλαίσιο της παρουσίας αλληλουχίας, ωστόσο, το ενδιαφέρον βρίσκεται στη νομολογία του ΕΔΔΑ, η οποία εν προκειμένω είναι χαρακτηριστική. Έτσι, στην απόφαση *Öcalan κατά Τουρκίας* το ανωτέρω Δικαστήριο δέχτηκε ότι «Ακόμη και μία άτυπη έκδοση, εφόσον έγινε με συνεργασία των εμπλεκόμενων κρατών και η σύλληψη θεμελιώνεται νόμιμα σε ένταλμα προσαγωγής που εκδόθηκε από τις αρχές του κράτους προέλευσης του ενδιαφερόμενου, δεν παραβιάζει, αυτή καθεαυτή, τη Σύμβαση»<sup>42</sup>.

Εν προκειμένω όμως το ΕΔΔΑ λησμονεί ότι μια «άτυπη» έκδοση δεν είναι καν έκδοση, διότι η νομιμότητα της έκδοσης εξαρτάται πλήρως από την τήρηση ορισμένης διαδικασίας που της προσδίδει νομιμότητα. Επί πλέον το ΕΔΔΑ έκρινε ότι

η δίκη του Οτσαλάν ήταν νόμιμη επειδή δεν προσκομίσθηκαν στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι παραβιάστηκε η κυριαρχία της Κένυα, παραβλέποντας το γεγονός ότι αυτή η ίδια η παράκαμψη της διαδικασίας εκδόσεως συνιστά παραβίαση της εθνικής κυριαρχίας του ανωτέρω κράτους. Βλέπουμε δηλ. ότι το ΕΔΔΑ εγκαταλείπει ουσιαστικά την τυπικότητα της διαδικασίας έκδοσης. Όμως η τελευταία έχει θεσπισθεί ακριβώς για να εξασφαλισθεί ο σεβασμός στα κυριαρχικά δικαιώματα του κράτους σύλληψης. Δηλ. η διαδικασία προβλέπεται ακριβώς για να εγγυάται τη νομιμότητα (*“Legitimation durch Verfahren”*). Αντίθετα και εδώ το ΕΔΔΑ αποβλέπει σε ουσιαστικά κριτήρια και συγκεκριμένα στο αν η σύλληψη που έλαβε χώρα από υπαλλήλους ενός κράτους στην επικράτεια άλλου διενεργήθηκε χωρίς τη συναίνεση του τελευταίου, διότι μόνον στην περίπτωση αυτή παραβιάζεται το ατομικό δικαίωμα στην ασφάλεια (άρθρ. 5 παρ. 1 ΕΣΔΑ). Διαφορετικά δεν συντρέχει παραβίαση της Σύμβασης έστω και αν δεν ακολουθήθηκε η διαδικασία εκδόσεως<sup>43</sup>. Στα αυτά ουσιαστικά κριτήρια, δηλ. στο αν παραβιάζεται το δικαίωμα του ατόμου στην ασφάλεια, αποβλέπει το ΕΔΔΑ και στην πρόσφατη απόφαση *Nasr and Ghali κατά Ιταλίας* (not final) που αναφέρεται σε κρατούμενους υψηλής αξίας (*“high-value detainees”*), χωρίς να ενδιαφέρεται για την παράκαμψη της διαδικασίας εκδόσεως. Αλλά και στην υπόθεση *Al Nashiri κατά Πολωνίας* της 24.7.2014 (αρ. προσφυγής 28761/11), που κατέστη τελεσίδικη την 16.2.2015, για παραβίαση των άρθρ. 3 (βασανιστήρια), 5 (κράτηση), 6 (δικαιή δίκη) και 8 (ιδιωτική ζωή) της Σύμβασης, το ΕΔΔΑ αγνόησε το γεγονός, ότι η διαδικασία έκδοσης είχε παραβιασθεί.

Ομοίως σε ουσιαστικά κριτήρια αποβλέπει το ΔΠΔΓ στην υπόθεση *Nicolic*, δεχθέν ότι η υποχρέωση σεβασμού της αλλοδαπής εθνικής κυριαρχίας δεν καθιστά άκυρη μια σύλληψη (ενν.: κατά παράκαμψη της διαδικασίας εκδόσεως), εφόσον ο συλληφθείς έχει τελέσει βαρέα εγκλήματα του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου, ενώ η παραβίαση των ατομικών δικαιωμάτων του έχει νομική επιρροή μόνον αν υπήρξε ιδιαίτερα σοβαρή, πράγμα που κρίνεται *in concreto* βάσει των συγκεκριμένων περιστάσεων<sup>44</sup>.

Ο *Nicolic*, κατηγορούμενος για εγκλήματα κατά της Ανθρωπότητας, εγκλήματα πολέμου και παραβιάσεις της Σύμβασης της Γενεύης, απήχθη από αγνώστους διά της βίας στη Σερβία και παραδόθηκε στις δυνάμεις της SFOR (Stabilization Force) που του προσήγαγαν στο ICTY. Η δικαιοδοσία του τελευταίου αμφισβητήθηκε από την υπεράσπιση, ακριβώς για το λόγο ότι είχε συλληφθεί παρανόμως. Το Δευτεροβάθμιο Δικαστήριο, αφού επεσήμανε ότι τα διεθνή εγκλήματα αφορούν τη διεθνή κοινότητα ως σύνολο, τόνισε ότι υφίσταται νόμιμη προσδοκία ότι οι κατηγορούμενοι γι' αυτά θα προσαχθούν ταχέως στη Δικαιοσύνη, όχι μόνον για να λογοδοτήσουν, αλλά και για την αποκατάσταση του κράτους δικαίου και της κοινωνικής ειρήνης. Αυτή η νόμιμη προσδοκία αντισταθμίζει την αρχή της εθνικής κυριαρχίας και τα θεμελιώδη δικαιώματα του κατηγορούμενου: «Η βλάβη που προσιγγίνεται στη διεθνή δικαιοσύνη από τη φυγοδικία των κατηγορουμένων για σοβαρές παραβιάσεις του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου είναι συγκριτικά βαρύτερη από την όποια βλάβη προκαλείται στην εθνική κυριαρχία του Κράτους λόγω της περιορισμένης εισβολής στην επικράτειά του, ιδιαίτερος όταν ελλείπει η συνεργασία του τελευταίου»<sup>45</sup>.

43. Έτσι στην *Öcalan* η Μείζων Σύνοψη επεσήμανε ότι ο προσφεύγων «δεν προσκόμισε ενδείξεις από τις οποίες να προκύπτει ότι η Τουρκία δεν σεβάστηκε την εθνική κυριαρχία της Κένυα και το διεθνές δίκαιο» (*Öcalan*, 12 Μαΐου 2005, παρ. 98). Ομοίως η σύλληψη Σομαλών πειρατών από γαλλικές ένοπλες δυνάμεις και η μεταφορά τους στη Γαλλία με τη συγκατάθεση της Σομαλίας, υπόθ. *Du Poyant*, 2008, πρβλ. *David*, όπ. παρ., 333.

44. ICTY, Appeals Chamber 5 June 2003, IT -94-AR 73.

45. ICTY, όπ. παρ., para. 26, πρβλ. *Carlijn Hermans*, *Irregular Arrests, An analysis of the male captus bene detentus principle and the abuse of process doctrine in international law*, Tilburg 2011.

39. Ουσιαστικά πρόκειται για επικουρικότητα. Βλ. *Mylonopoulos*, *Contemporary Problems of International Criminal Law*, Peking University Law Journal, Volume 3 (2015) – τ. 1, σελ. 285-297.

40. Βλ. *Μυλωνόπουλου*, *Διεθνές Ποινικό Δίκαιο*, 2η έκδ. 1993, σ. 93 επ.

41. *David*, *Éléments de Droit Pénal International et Européen*, σ. 337.

42. ΕΔΔΑ, Απόφ. 12. Μαΐου 2005, παρ. 89.



## 7. Κριτική αποτίμηση

Εν όψει των ανωτέρω εξελίξεων ορισμένοι συγγραφείς προτείνουν αναθεώρηση του Καταστατικού του ΔΠΔ προκειμένου να ληφθούν υπόψη οι πραγματικές συνθήκες βαρείας αδικίας σε ορισμένες περιοχές του κόσμου και να δοθεί προτεραιότητα στην καταστολή<sup>46</sup>. Προς τούτο επικαλούνται και τη θεωρία του Rawls για μερική συμμόρφωση προς τις αρχές του δικαίου (*partial compliance ideal theory "under less happy circumstances"*), αναλόγως του αν πρόκειται για περιστάσεις με τις οποίες οι αρχές του δικαίου εναρμονίζονται πλήρως ή μερικώς. Σε περιπτώσεις βαρείας και εκτεταμένης εγκληματικότητας, όπως στο Νταρφούρ, τη Ρουάντα και τη Σιέρρα Λεόνε, οι αρχές του δικαίου καλούνται να λειτουργήσουν υπό δυσμενείς περιστάσεις που δεν επιτρέπουν την πλήρη, αλλά μόνον τη μερική κατίσχυση τους. Εδώ, υποστηρίζεται, η προστασία των πλέον ευάλωτων ομάδων και η αποφυγή της επόμενης γενοκτονίας απαιτούν εφαρμογή της αρχής της *μερικής εναρμόνισης* (*partial compliance*). Εξ άλλου, λένουν, αφού το ΔΠΔ έχει δικαιοδοσία μόνον επί πράξεων που τελέσθηκαν μετά την θέση σε ισχύ του Καταστατικού του (2002) ή και αργότερα προκειμένου για κράτη που κατέστησαν μεταγενεστέρως μέλη, οι αρχές του κράτους δικαίου, όπως ιδίως η *απαγόρευση της αναδρομικής εφαρμογής* ποινικού νόμου, περιορίζουν τις δυνατότητες αποτελεσματικής τιμώρησης βαρέων εγκλημάτων. Κατά συνέπεια, υποστηρίζεται, η αποτελεσματική ποινική καταστολή και η αποκατάσταση της αδικίας έχουν το προβάδισμα έναντι της πλήρους ισχύος και εφαρμογής των αρχών του κράτους δικαίου<sup>47</sup>. Οι ίδιες περίπου σκέψεις διατυπώθηκαν και στο πεδίο του εσωτερικού δικαίου με τη μορφή του λεγομένου *ποινικού δικαίου του εχθρού* (*Feindstrafrecht*).

Στο πλαίσιο αυτό υποστηρίζεται και ότι η έννοια του *διεθνούς εγκλήματος* θα πρέπει να αναθεωρηθεί. Διεθνές έγκλημα, λένουν, είναι εκείνο που τελείται υπό συνθήκες *κατάχρησης της κρατικής εξουσίας και παραβίασης των νομιμοποιητικών κανόνων της απονομής ποινικής δικαιοσύνης*. Στην περίπτωση αυτή καθίσταται αναγκαία η προσφυγή στη διεθνή κοινότητα προκειμένου να ασκήσει διεθνή ποινική δικαιοδοσία, αφού η ποινική εξουσία του κράτους στην επικράτειά του δεν ασκείται νομίμως. Υπό την έννοια αυτή η πειρατεία π.χ. ή ένα έγκλημα πολέμου δεν είναι διεθνές έγκλημα, αφού κάθε κράτος νομίμως μπορεί να την καταστείλει, ενώ αντιθέτως διεθνές έγκλημα είναι κάθε βλάβη ατομικού εννόμου αγαθού που δεν προστατεύεται επαρκώς σε ένα κράτος και του οποίου η τιμώρηση υπάγεται στη *«θεμιτή δικαιοδοσία της διεθνούς κοινότητας»*. Και τούτο συμβαίνει όταν ένα κράτος διαπράττει το ίδιο εγκλήματα σε βάρος των πολιτών του, τα ανέχεται ή δεν είναι σε θέση να τα αποτρέψει. Τέτοιες περιπτώσεις αποτελούν π.χ. εγκλήματα διαπράττομενα στη Β. Κορέα (που το ίδιο το κράτος τα «διαπράττει»), ή στην Αφρική από την Μπόκο Χαράμ (όπου το κράτος «δεν είναι σε θέση» να τα καταστείλει). Στην περίπτωση αυτή η διεθνή κοινότητα νομιμοποιείται να ασκήσει διεθνή ποινική δικαιοδοσία<sup>48</sup>. Υπό την έννοια αυτή, μάλιστα, ορισμένοι μάλιστα συγγραφείς δεν διστάζουν να υποστηρίξουν ακόμη πιο απερίφραστα ότι η εθνική κυριαρχία αποτελεί «εμπόδιο στο διεθνές ποινικό δίκαιο»<sup>49</sup>.

Η αρχή της βλάβης (*harm principle*) ως βλάβη στην ανθρωπότητα αποκλήθηκε «*βολικό αλλά εντελώς μη πειστικό πλάσμα*» (*fiction*). Αντίθετα με έμφαση υποστηρίζεται ότι οι επεμβάσεις *κατά παράκαμψη της εθνικής κυριαρχίας ενός κράτους* θεωρούνται επιτρεπτές μόνον αν τα κράτη αποτυγχάνουν να προστα-

τεύσουν ή παραβιάζουν τα ίδια τα ανθρώπινα δικαιώματα των πολιτών τους<sup>50</sup>.

## III. Οι σκοποί της ποινής. Γενική και ειδική πρόληψη στο διεθνές ποινικό δίκαιο

Η λειτουργία της ποινής στο πεδίο του διεθνούς ποινικού δικαίου χρήζει αυτοτελούς νομιμοποίησης, όχι μόνο λόγω των ιδιαίτερων περιστάσεων που χαρακτηρίζουν τα διεθνή εγκλήματα, αλλά και των διχογνωμιών που παρατηρούνται σχετικά. Έτσι αυξημένη σημασία διεκδικεί στο πεδίο των διεθνών εγκλημάτων η *εξασφαλιστική λειτουργία* της ποινής που καθιστά ακίνδυνο τον εγκληματία, αφού σε πολλές περιπτώσεις οι δράστες εμφορούνται από τυφλό φανατισμό που καθιστά μάταιη κάθε προσπάθεια βελτίωσης. Από την άλλη πλευρά ωστόσο δεν ελλείπουν περιπτώσεις όπου η αμιγώς εξασφαλιστική λειτουργία διαδραματίζει περιορισμένο ρόλο, όταν π.χ. κατά το χρόνο που ο υπαίτιος του εγκλήματος αχθεί ενώπιον του δικαστηρίου έχει καταρρεύσει και ο μηχανισμός εξουσίας που τον στήριζε, με αποτέλεσμα ο κίνδυνος επανάληψης να έχει εκλείψει<sup>51</sup>.

Τούτο ωστόσο δεν είναι πάντοτε αυτονόητο. Στην περίπτωση της τρομοκρατίας π.χ. ή δικτατόρων που διατηρούν οπαδούς εν υπνώσει ο κίνδυνος επανάληψης παραμένει ενεργός, ενώ αντίθετα η προοπτική βελτίωσης ή εκφοβισμού εμφανίζεται ουτοπική.

Το αυτό ισχύει επομένως και για τη *θετική ειδική πρόληψη* που αποβλέπει στην κοινωνική επανένταξη και ατομική βελτίωση του δράστη. Ειδικά οι τελούντες εγκλήματα γενοκτονίας («μακροεγκληματίες») είναι συχνά άτομα πλήρως κοινωνικοποιημένα μη χρήζοντα ατομικής βελτιώσεως<sup>52</sup>.

Αντιθέτως η *αρνητική γενική πρόληψη* φαίνεται ότι επιτελεί κάποια λειτουργία. Έτσι, όπως αναφέρεται, ο στρατός του οπλαρχηγού Joseph Kony στην Ουγκάντα διαλύθηκε όταν πολλοί αξιωματικοί του λιποτάκτησαν από το φόβο ότι θα οδηγηθούν σε διεθνές ποινικό δικαστήριο. Ομοίως η κλιμάκωση του εμφυλίου πολέμου στην Ακτή Ελεφαντοστού (2002-2007) φαίνεται ότι αποτράπηκε από την προοπτική μιας δίκης στο Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο. Αλλά και αντίστροφα, εύστοχα έχει επισημανθεί, ότι οι γενοκτονίες στη Σρεμπρένιτσα και τη Ρουάντα δεν απετράπησαν ακριβώς επειδή οι δράστες ενθαρρύνθηκαν από το γεγονός, ότι η διεθνή κοινότητα είχε παραμείνει αδιάφορη απέναντι σε εγκληματίες όπως ο Πολ Ποτ, ο Ντυβαλιέ, ο Ίντι Αμίν και ο Σαντάμ Χουσεΐν αφού, όπως είναι γνωστό, η εκφοβιστική λειτουργία επιτελείται όχι τόσο με την απειλή της ποινής, αλλά με τη βεβαιότητα της σύλληψης και τιμωρίας<sup>53</sup>.

Όμως ούτε η άποψη αυτή είναι απαλλαγμένη επιφυλάξεων. Διότι, όπως επισημαίνεται, σε πολλές περιπτώσεις η *προληπτική και εκφοβιστική* λειτουργία της διεθνούς ποινικής νομοθεσίας αποδεικνύεται ανεπαρκής και η απειλή ποινής σε διεθνές επίπεδο δεν έχει αποτρεπτικό αποτέλεσμα. Αυτό συμβαίνει σε

50. "When a government perpetrates or permits the violation of the basic rights of its people, third parties -in this case other states in the international community - have a moral right, not a duty, to interfere": Altman & Wellman, A defense of International Criminal Law, Ethics 115 (2004) 42 επ., 45.

51. Έτσι π.χ. Zimmermann, "Deals" mit Diktatoren?, ZIS 2013, σ. 102 επ., Roxin, Strafrecht, AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 αρ. 19, Säfferling, ZStW 122 (2010), 87 (101 επ.), contra Neubacher, NJW 2006, 966 (968), Werle (σημ. 7), αρ. 106 και σημ. 203.

52. Πρβλ. Roxin, JuS 1966, 377 (379), Reuss, KJ 2012, 241 (244), Zimmermann, όπ. παρ., αντίθ. Neubacher, NJW 2006, 966 (968).

53. Zimmermann, όπ. παρ., με περαιτέρω παραπομπές, Scharf, Foreign Policy 154 (2006), σ. 7 ("evidence presented at the recent tribunals strongly suggests that the failure to prosecute perpetrators such as Pol Pot, Idi Amin, Saddam Hussein, Augusto Pinochet, and Papa Doc Duvalier convinced the Serbs and Hutus that they could commit genocide with impunity").

46. Francis & Francis, όπ. παρ. 58 επ., 67.

47. Francis & Francis, όπ. παρ. 66, 70.

48. Win-chiat Lee, International Crimes and Universal Jurisdiction, σε: May & Hoskins, όπ. cit., 21, 37.

49. Hessler, State Sovereignty as an Obstacle to International Criminal Law, σ. 39 επ.



δύο κυρίως περιπτώσεις. *Πρώτον* όταν πρόκειται για μαζικές θηριωδίες στις οποίες προβαίνουν τα δικτατορικά καθεστώτα ή λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο πολεμικών συγκρούσεων. Π.χ. η εθνοκάθαρση των Χούτου σε βάρος των Τούτσι στη Ρουάντα, η χρησιμοποίηση παιδιών σε πολεμικές επιχειρήσεις κλπ. Εδώ οι δράστες δεν σταθμίζουν την απομακρυσμένη ιδέα μίας ποινής, όπως π.χ. ο ληστής που δρα σε μια οργανωμένη κοινωνία. Το ζήτημα εντείνεται μάλιστα όταν πρόκειται για τους νικητές της πολεμικής ή εμφύλιας σύγκρουσης, οπότε η δίωξη τους είναι ακόμη δυσχερέστερη<sup>54</sup>.

*Δεύτερον* όταν πρόκειται για εγκληματικές συμπεριφορές που υπαγορεύονται από ευρέως διαδεδομένες και βαθιά ριζωμένες κοινωνικές ή πολιτισμικές πρακτικές. Ως χαρακτηριστικό παράδειγμα προβάλλεται η πρακτική της κλειτοριδεκτομής στα αφρικανικά κράτη, καθώς και τα λεγόμενα εγκλήματα τιμής (γίνεται λόγος για εκατοντάδες ανθρωποκτονίες αυτού του είδους κάθε χρόνο στην Ανατολή). Οι εκτεταμένες ποινικές δίωξεις, λέγουν, είχαν ως αποτέλεσμα να διενεργείται αυτή η πρακτική κρυφά και χωρίς την ελάχιστη υγειονομική φροντίδα, ακόμη και σε βρέφη, με αποτέλεσμα την αύξηση της βρεφικής θνησιμότητας, ενώ ταυτόχρονα προκαλεί αντίδραση και εχθρότητα σε ευρείες μάζες του πληθυσμού. Για το λόγο αυτό, μάλιστα, έχει θεωρηθεί ενδεδειγμένη η απεμπόληση ποινικών διαδικασιών και η αντικατάστασή της από άλλες μεθόδους κοινωνικών ελέγχου, όπως π.χ. η ευρεία διαφώτιση των πληθυσμών<sup>55</sup>.

#### IV. Το ζήτημα της διάκρισης ποινικού-διοικητικού αδικού

Χαρακτηριστική της αντίθεσης που παρατηρείται ανάμεσα στη νομολογία του ΔΕΚ και σήμερα ΔΕΕ αφενός και του ΕΔΔΑ αφετέρου είναι η αβεβαιότητα που κυριαρχεί ως προς την έννοια της *ποινικής κατηγορίας*. Η αντίφαση μεταξύ των δύο δικαστηρίων έχει επισημανθεί παλαιόθεν, η διάσταση απόψεων σοβεί σε μεγάλη κλίμακα (από την προσφυγή της ΟΔΓ κατά της Επιτροπής στη δεκαετία του '90) και προσφάτως αναδείχθηκε και η διακύμανση της ερμηνείας στους κόλπους του ίδιου του ΔΕΕ σε μελέτη που κατέγραψε τις αντικρουόμενες απόψεις των Γενικών Εισαγγελέων<sup>56</sup>.

Έτσι π.χ. στην υπόθεση *Meico-Fell*<sup>57</sup>, όπου το Δικαστήριο κλήθηκε να κρίνει αν επρόκειτο για πράξη που μπορούσε να διωχθεί ποινικά ("acte passible de poursuites judiciaires répressives", "Handlungen, die strafrechtlich verfolgbar sind") κατά την έννοια του άρθρ. 3 του Κανονισμού 1697/1979 του Συμβουλίου, ο Γεν. Εισαγγελέας συντάχθηκε με τη νομολογία του ΕΔΔΑ στις υποθέσεις *Oztürk*, *Lutz* και *Engel*, δεχθείς ότι αυτή συντρέχει όχι μόνον όταν απειλείται με τυπικά ποινική κύρωση, αλλά και όταν πρόκειται για κύρωση με τόσο εκφοβιστικό ή τιμωρητικό χαρακτήρα ή τέτοιας βαρύτητας, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ισοδύναμη με γνήσια ποινή. Στα κριτήρια της *Engel* απέβλεψε το ΔΕΕ όπως και η Γεν. Εισαγγελέας *Kokott* στην υπόθ. *Bonda*<sup>58</sup>, όπου ωστόσο δέχτηκαν ότι οι σχετικές κυρώσεις, που είχαν επιβληθεί παράλληλα με ποινή για απάτη περί τις επιδοτήσεις, δεν πληρούσαν τα εν λόγω κριτήρια και επομένως ήσαν διοικητικές, με αποτέλεσμα να μη συντρέχει εφαρμογή του κανόνα *ne bis in idem*<sup>59</sup>.

Αντίθετα στη γνωστή υπόθεση *Ο.Δ. Γερμανίας* κατά της Επιτροπής (C-240/90) ο Γεν. Εισαγγ. *Jacobs* ακολούθησε εντελώς αντίθετη προς την υλγία του ΕΔΔΑ άποψη και δέχτηκε (όπως

άλλωστε και το ΔΕΚ) ότι οι υπό κρίση κυρώσεις του αποκλεισμού από επιδοτήσεις ή της απειλής βαρέος προστίμου ακόμη κι αν έχουν ισχυρό αποτρεπτικό αποτέλεσμα δεν συνιστούν γνήσια ποινή διότι δεν ενέχουν ηθικό ψόγο (στίγμα). Αποτέλεσμα τούτου βέβαια είναι ότι στην περίπτωση τέτοιων κυρώσεων δεν απαιτείται η τήρηση των εγγυήσεων της ΕΣΔΑ. Την ίδια άποψη ακολούθησαν και οι Γεν. Εισαγγελείς *Ruiz Jarabo Colomer* στην υπόθεση Επιτροπή κατά Συμβουλίου (υπόθ. C-176/03) και *Mazak* στην υπόθεση Συμβούλιο κατά Επιτροπής (υπόθ. C-440/05), δεχθέντες ότι η γνήσια ποινή διαφοροποιείται από τη διοικητική κύρωση λόγω της ιδιαίτερης κοινωνικο-θικής αποδοκιμασίας που εκφράζει<sup>60</sup>. Ενδιαφέρον παρουσιάζει αντιθέτως η απόφαση *Σισμανίδης* και *Σιταρίδης* κατά Ελλάδος της 9.6.2016, κατά την οποία τα τελωνειακά πρόστιμα συνιστούν γνήσιες ποινές λόγω του αποτρεπτικού/εκφοβιστικού και κατασταλτικού/τιμωρητικού χαρακτήρα τους αλλά και της βαρύτητας της κύρωσης<sup>61</sup>.

#### V. Αμφιγνωμίες στη νομολογία των διεθνών ποινικών δικαστηρίων ως προς τη συμμετοχή, την υποκειμενική υπόσταση και την ενοχή

Με την ίδρυση και λειτουργία των διεθνών ποινικών δικαστηρίων αναδείχθηκαν πλείστα όσα ζητήματα που απαιτούν όχι μόνον ενιαία, αλλά και νέα σε ορισμένες περιπτώσεις αντιμετώπιση, ιδιαίτερα στο πεδίο της συμμετοχής, της υποκειμενικής υπόστασης και της ενοχής. Ειδικότερα:

**1.** Ως προς την *συμμετοχή* τα διεθνή ποινικά δικαστήρια και οι ερμηνευτές ταλαντεύονται ανάμεσα σε τρεις κυρίως απόψεις: τη θεωρία της *κοινής εγκληματικής δράσης* (*Joint Criminal Enterprise* ή «JCE»), τη θεωρία της *κοινής πρόθεσης* (*Joint ή shared Intention*) και τη θεωρία του *Roxin* για την κυριαρχία επί της πράξεως βάσει ενός *οργανωτικού μηχανισμού εξουσίας*<sup>62</sup>. Έτσι το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο στην υπόθεση *Lubanga*<sup>63</sup> εφήρμοσε τη θεωρία της κυριαρχίας επί της πράξεως (*Pre Trial Chamber*)<sup>64</sup>. Αντίθετα, το Διεθνές Δικαστήριο για την Πρώην Γιουγκοσλαβία (ICTY) ακολούθησε, στις υποθέσεις *Static*<sup>65</sup> και *Kvočka*<sup>66</sup>, τη θεωρία της JCE, με αποτέλεσμα να αδυνατεί να προβεί σε εννοιολογική διάκριση αυτοουργού και συμμετοχού υπό στενή έννοια (έγινε δεκτό ότι ο ηθικός αυτοργός ή συνεργός μπορεί να έχει τόσο ενεργό ρόλο στην εκτέλεση του εγκλήματος, ώστε να αποκτήσει το status αυτοουργού). Τέλος ένθερμους υποστηρικτές έχει η θεωρία της *κοινής πρόθεσης*, η οποία όμως επικρίνεται ως προς το ότι δεν λειτουργεί αποτελεσματικά στην περίπτωση ποινικής ευθύνης νομικών προσώπων<sup>67</sup>. Άλλα όμως ποινικά δικαστήρια, όπως το ICT Ruanda, το

60. *Rosanó*, όπ. παρ., 66.

61. Βλ. NoB 2016, 1927 με Σχόλ. Β. *Χειρδάρη*.

62. Για τη θεωρία της έμμεσης αυτοουργίας βάσει ενός οργανωτικού μηχανισμού εξουσίας βλ. *Roxin*, *Strafttaten im Rahmen Organisatorischer Machtapparate*, GA 1963, 193, *του ιδίου*, *Mittelbare Täterschaft bei Tatausführung durch vollverantwortliche Tatmittler*, JZ 1995, *του ιδίου*, *Strafrecht*, AT II 25 αρ. 105 επ., *Radtke*, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht*, GA 2006, 350, *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, 590 επ., *Freund*, *Strafrecht*, AT § 10 αρ. 91 επ., *Χαραλαμπίκη*, *Έμμεση Αυτοουργία*, σελ. 205 επ., 341 επ.

63. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No ICC -01/04-01/06, 14.3.2012.

64. Σε κάθε περίπτωση, κατά την κρατούσα γνώμη το Καταστατικό του ΔΠΔ διαχωρίζει την έννοια του αυτοουργού από εκείνη του συμμετοχού *stricto sensu*: *Ambos*, όπ.π., σελ. 543, *ο ίδιος*, σε: *Triffterer*, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999, άρθρο 25 παρ. 2, 6.

65. *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case No IT -97-24-A της 22.3.2006.

66. *Prosecutor v. Miroslav Kvočka κ.α.*, Case No IT-98-30/1-A της 28.2.2005.

67. *Ohlin*, *Joint Intentions*, σε *Tanguay-Renaud/Stribopoulos*,

54. *Deidre Golash*, *The justification of Punishment in the International Context*, σε: *May-Hoskins*, *International Criminal Law and Philosophy*, 2010, 202.

55. *Stacey*, *Criminalizing Culture*, σε: *May-Hoskins*, όπ. παρ., 86.

56. Βλ. *Rosanó*, *The Concept of Criminal Law in the Opinions of the Advocates General*, NJEcrL 2016, 59 επ.

57. Case C-273/90 *Meico-Fell* (1991) ECE I, 5583.

58. C-489/10 *Bonda* (2012).

59. *Rosanó*, όπ. παρ., 78.

ICT Yugoslavia, αλλά και παλαιότερα, όπως το Συμμαχικό Στρατοδικείο στην υπόθεση του στρατοπέδου Hadamar, θέτουν ως βάση τη θεωρία του ενιαίου αυτοουργού. Ενδιαφέρουσα, τέλος, είναι η απόφαση του ICTY στην υπόθεση Tadić, που έκρινε, σε δεύτερο βαθμό, ότι, στην περίπτωση που ο αυτοουργός τέλεσε έγκλημα διαφορετικό από το συμφωνηθέν, ο συμμετοχός ευθύνεται εφόσον α) ήταν αντικειμενικώς προβλεπτό ότι ο αυτοουργός θα το διέπραττε και β) ο κατηγορούμενος αποδέχθηκε αυτόν τον κίνδυνο (willingly took that risk). Έτσι όμως γίνεται δεκτό ότι για τη στοιχειοθέτηση συμμετοχής αρκεί δόλος ως προς τον κίνδυνο χωρίς να απαιτείται και δόλος ως προς το αποτέλεσμα.

2. Περαιτέρω: ως προς την ενοχή, χαρακτηριστική είναι η περίπτωση Erdemović<sup>68</sup>, που κατηγορήθηκε ότι προκάλεσε τη θανάτωση 70 ατόμων υπό την απειλή, ότι αν δεν το έπραττε, θα εκτελούσαν και εκείνον. Το ICTY αρνήθηκε ότι η εν λόγω περίπτωση επέτρεπε τον πλήρη αποκλεισμό της ενοχής, παρά την μειοψηφία του Δικαστή Cassese, που υποστήριξε ότι, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, η ανωτέρω απειλή θεμελιώνει πλήρη άρση του καταλογισμού. Στον αυτό κύκλο προβληματισμού εντάσσεται περαιτέρω και η αξιολόγηση της ενοχής στην περίπτωση στρατολόγησης μικρών παιδιών τα οποία στη συνέχεια, αφού υποστούν τραχεία επέμβαση στον ψυχισμό τους, αναδεικνύονται σε βαρύτερους διεθνείς εγκληματίες, συμμετέχοντας σε μαζικές θανατώσεις και άλλες αγριότητες<sup>69</sup>.

3. Μείζονα προβλήματα, τέλος, ανακύπτουν και στο πεδίο της υποκειμενικής υπόστασης. Όπως ορθά παρατηρείται<sup>70</sup>, τα Καταστατικά των διαφόρων Διεθνών Ποινικών Δικαστηρίων συνήθως δεν προσδιορίζουν την υπαιτιότητα που απαιτείται για τα επιμέρους διεθνή εγκλήματα. Εξαίρεση αποτελεί το Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου (άρθρα 6, 7, 8 και 9). Πλην όμως και εδώ οι σχετικές διατάξεις έχουν περιορισμένη νομική αξία: οι περιεχόμενοι στο άρθρο 30 του ΚατΔΠΔ ορισμοί (“στοιχεία υποκειμενικής υπόστασης”) της πρόθεσης και της γνώσης, όχι μόνον δεν εκφράζουν κάποιο γενικώς αποδεκτό περιεχόμενο, προερχόμενο έστω από το εθνικό διεθνές δίκαιο, αλλά είναι και απρόσφοροι, διότι, αφενός μεν δεν καλύπτουν όλες τις δυνατές μορφές υπαιτιότητας, αφετέρου δε δεν εκφράζουν γενικώς αποδεκτές από τη νομική επιστήμη έννοιες. Την κατάσταση περιπλέκει το γεγονός, ότι στο Ειδικό Μέρος του Καταστατικού απαντά ποικιλία όρων, όπως “intent” / “intentionally” (άρθρ. 7), “wilful” / “wilfully” (άρθρ. 8), “wantonly” (άρθρ. 8 παρ. 2α) που επιτείνουν τη σύγχυση<sup>71</sup>. Περαιτέρω, το άρθρο 30 ΚατΔΠΔ όχι μόνον δεν ασχολείται με τις έννοιες του ενδεχόμενου δόλου και της αμέλειας (μολονότι οι μορφές αυτές υπαιτιότητας δεν αποκλείονται), αλλά απαιτεί *σωρευτικά*, ως μη ώφειλε, γνώση και πρόθεση, πράγμα που αφενός μεν δεν είναι αναγκαίο, αφετέρου δε καθιστά τις ποινικές διατάξεις του Καταστατικού του ΔΠΔ σε πολλές περιπτώσεις ανεφάρμοστες και επομένως μη αποτελεσματικές<sup>72</sup>. Είναι

Rethinking Criminal Law Theory, Clapham, On Complicity, σε: Henzelin-Roth, Le Droit Pénal à l'Épreuve de l'Internationalisation, Paris 2002, σελ. 241, Kittichaisaree, International Criminal Law, New York 2001, 236 επ., Μυλωνόπουλος, Ποινικό δόγμα και διεθνοποίηση της ποινικής δικαιοσύνης – Πρόοδος ή οπισθοδρόμηση; ΠοινΧρ 2004, σελ. 865 επ.

68. Prosecutor v. Erdemović, Case No IT-96-22A της 7.10.1997.

69. Τέτοια είναι π.χ. η περίπτωση Dominic Ongwen που απασχόλησε πρόσφατα το ΔΟΔ: υπόθ. ICC-02/04-01/15.

70. Casese, International Criminal Law, Oxford 2003, σελ. 159 επ.

71. Βλ. Werle, Völkerstrafrecht, σελ. 111.

72. Πρβλ. Cassese, όπ.π., σελ. 176. Όπως είχα παρατηρήσει σε παλαιότερη εργασία μου (ΠοινΧρ 2005, 884 επ.), τα δυσμενή αποτελέσματα της εγκατάλειψης των διδαγμάτων της ποινικής δογματικής εκ μέρους του Καταστατικού του ΔΠΔ καταδεικνύονται και σε σειρά άλλων διατάξεων. Ειδικότερα το Καταστατικό:

– Απεμπολεί προδήλως το βουλητικό στοιχείο του δόλου σε δύο περιπτώσεις (άρθρο 30 § 2 β' και 3), χωρίς εμφανή αιτιολογία και

ωστόσο ενθαρρυντικό, ότι οι αποκλίσεις και τα εξ αυτών δημιουργούμενα προβλήματα όχι μόνο κατέστησαν αισθητή την ανάγκη μιας ενιαίας θεωρίας, αλλά ανέδειξαν και τη μεγάλη χρησιμότητα της ποινικής δογματικής, έτσι όπως έχει διαμορφωθεί στο πλαίσιο της ηπειρωτικής ευρωπαϊκής ποινικής επιστήμης<sup>73</sup>.

## VI. Η ποινική δογματική: αναγκαία σήμερα όσο ποτέ

Το σύγχρονο διεθνές ποινικό δίκαιο, ωστόσο, ιδίως δε το Ευρωπαϊκό Ποινικό Δίκαιο, διακρίνεται από ένα περαιτέρω βασικό χαρακτηριστικό: Το αίτημα για ενδυνάμωση της ασφάλειας και για καταπολέμηση της διαφθοράς. Οι διεθνείς και περιφερειακές συμβάσεις για τη διαφθορά, τη νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, το οργανωμένο έγκλημα, την ποινική προστασία δημοσιονομικών εννόμων αγαθών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την τρομοκρατία, την παιδική πορνογραφία κλπ. συνιστούν έναν από τους βασικούς λόγους που οδήγησαν στη διαμόρφωση της νέας εικόνας της διεθνούς ποινικής δικαιοσύνης. Έτσι σήμερα η ασφάλεια ως αίτημα έχει αναδειχθεί σε κεντρικό άξονα προσανατολισμού της διεθνούς ποινικής νομοθεσίας. Το εν λόγω αίτημα, ωστόσο, μαζί με τη δημιουργία διεθνών ποινικών δικαστηρίων, ανέδειξε προβληματισμούς που δεν υπήρχαν στο παρελθόν. Διότι έφερε σε επαφή τις θεμελιώδεις έννοιες του ποινικού δικαίου, όπως αυτές διαμορφώθηκαν στο πεδίο του common law, με εκείνες που επικρατούν στο πεδίο του civil law και πιέζει προς την εξεύρεση κοινώς αποδεκτών λύσεων<sup>74</sup>. Η αμηχανία που

χωρίς να παρίσταται ανάγκη.

– Αντιμετωπίζει την άμυνα ως προς τις έννομες συνέπειες καθ' όν τρόπο και την ικανότητα προς καταλογισμό [άρθρ. 31 § 1 περ. (α) και (γ)], λημονώντας τις θεμελιώδεις δομικές και νομικές διαφορές των δύο εννοιών.

– Προβλέπει ότι η νομική πλάνη “αναιρεί τα στοιχεία της υποκειμενικής υπόστασης” (άρθρο 32 § 2) δεχόμενο έτσι, εμμέσως πλην σαφώς, ότι η “νομική πλάνη” αναιρεί και την πρόθεση (δηλ. τη γνώση των στοιχείων της αντικειμενικής υπόστασης).

– Χαρακτηριστικό πρόβλημα θέτει, περαιτέρω, το άρθρο 28 του Καταστατικού του ΔΠΔ που χρησιμοποιεί την έκφραση: “[...] όφειλε να γνωρίζει”. Η έκφραση “όφειλε να γνωρίζει” ερμηνεύεται ως δόλος στο πλαίσιο του αγγλοσαξονικού δικαίου μόνον επί τη βάσει της θεωρίας της constructive malice, δηλαδή αν αντιμετωπισθεί ως πλάσμα δικαίου. Υπό το πρίσμα αυτό, μάλιστα, η θεωρία της constructive knowledge θεωρείται ως συμβατή με την αρχή της ενοχής μόνον αν ο δράστης είχε “αξιόπιστες, ακριβείς και συγκεκριμένες πληροφορίες” που του επέτρεψαν να λάβει γνώση της τέλεσης συγκεκριμένων πράξεων. Η constructive malice, λέγουν σχετικώς, επιβάλλει στο δράστη το καθήκον “να συναγάγει ορισμένα συμπεράσματα από ορισμένα γεγονότα” που γνωρίζει και όταν αυτά είναι ύποπτα, να διατάξει σχετικές έρευνες. Όμως: η συναγωγή γνώσης από το καθήκον γνώσης δεν παύει να συνιστά νομικό πλάσμα και ως εκ τούτου μόνον αμέλεια μπορεί να θεμελιώσει. Έτσι, στην περίπτωση αυτή, αν ο στρατιωτικός διοικητής είχε επαρκείς πληροφορίες, τις οποίες δεν ανέλυσε επαρκώς και για το λόγο αυτό κατέληξε σε εσφαλμένα συμπεράσματα, υπάρχει αμέλεια. Πέραν τούτων, όμως, στην περίπτωση αμελούς συμπεριφοράς η εξ αμελείας παράλειψη του διοικητή εξομοιώνεται in abstracto με την εκ δόλου τέλεση και δε διευκρινίζεται ποια έννοια περί αμελείας τίθεται ως βάση.

73. Βλ. την αξιολογία εργασία του Mohamed Elewa Badar, The Concept of mens rea in International Criminal Law. The case for a unified approach, Oxford 2015.

74. Όπως είχα υποστηρίξει και στο παρελθόν (Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtsdogmatik, ZStW 2009, σ. 78 επ.), διαισθητική στο ζήτημα αυτό είναι η θεωρία της αναρχίας, που έχει αναδειχθεί σε θεμελιώδες χαρακτηριστικό των διεθνών σχέσεων. Πρόκειται για τη βασική θέση που διέπει τη θεωρία του δομικού ή νέου ρεαλισμού του Kenneth Waltz σύμφωνα με την οποία, το κράτος, ως βασική μονάδα στο διεθνές σύστημα, έχει ως πρωταρχικό σκοπό της δράσης του την ίδια αυτού ασφάλεια. Αν μεταφέρουμε

προκλήθηκε από την ανωτέρω αντιπαράθεση εννοιολογικών οικοδομημάτων διαφορετικής προελεύσεως στο διεθνές ποινικό δίκαιο υπό ευρεία έννοια, αλλά και συγκρουόμενων σκοπών στο ζεύγος εννοιών ασφάλεια / ατομικά δικαιώματα έχει οδηγήσει σε *βαθμιαία εγκατάλειψη των αξιών της ποινικής δογματικής* με συνέπεια να γίνεται λόγος ακόμη και για «*νέα νομιμοποίηση*» του ποινικού δικαίου<sup>75</sup>.

Σημαίνει όμως αυτή η νέα διαμόρφωση της διεθνούς ποινικής νομοθεσίας και νέα νομιμοποίηση του ποινικού δικαίου; Η απάντηση είναι σαφώς αρνητική. Το ότι ο νομοθέτης (εν προκειμένω ο υπερεθνικός νομοθέτης) θεωρεί ότι η εισαγωγή οποιουδήποτε κανόνα (εν προκειμένω, διεθνών κανόνων ή ποινικών κανόνων της ΕΕ) γίνεται χάριν ασφάλειας ή χάριν οποιουδήποτε άλλου σκοπού, π.χ. της προστασίας των δημοσιονομικών αγαθών της ΕΕ, της αγνότητας των παιδιών κλπ., *δεν σημαίνει ότι αυτός αυτονομιμοποιείται*. Ένα τέτοιο συμπέρασμα θα αγνοούσε ότι εδώ διαπλέκονται δύο διαφορετικά είδη γλώσσας: η γλώσσα του νομοθετικού κειμένου και η μεταγλώσσα του αποφανόμενου περί της νομιμοποίησης. Η νομιμοποίηση του ποινικού δικαίου δεν γίνεται από τον ίδιο τον ποινικό νομοθέτη, αλλά κρίνεται σε δεύτερο επίπεδο σε μια μεταγλώσσα βάσει αρχών του δικαίου, είναι δηλ. *κατ' ανάγκην ετερόνομη*. Με άλλους λόγους, η νομιμοποίηση των ποινικών κανόνων και επομένως και των κανόνων του διεθνούς ποινικού δικαίου δεν συντελείται *διακηρυκτικά*, δηλ. από αυτούς τους ίδιους τους κανόνες και την εκ μέρους των επίκληση ορισμένων αρχών ή σκοπιμοτήτων, αλλά σε ένα επίπεδο *μεταγλώσσας* από την αντιπαράθεση των κανόνων με τις γενικές αρχές δικαίου. Επομένως: Το να επικαλείται ο διεθνικός κανόνας την ασφάλεια ως λόγο θέσπισής του δεν καθιστά την τελευταία *eo ipso* νομιμοποιητική βάση του<sup>76</sup>. Η έλλειψη νομιμοποίησης, επομένως, αναδεικνύεται είτε όταν οι ποινικοί κανόνες δεν εναρμονίζονται με ορισμένες βασικές αρχές είτε όταν τέτοιες αρχές *δεν υπάρχουν*. Η θέσπιση υπερεθνικών κυρωτικών κανόνων που δεν είναι ενταγμένοι σε ένα σύστημα και δεν τελούν σε νοηματική συνοχή μεταξύ τους, αλλά γεννήθηκαν από μια συγκεκριμένη ανάγκη και εξυπηρετούν περιστασιακές σκοπιμότητες με αποτέλεσμα απλώς να υπάρχουν διάσπαρτοι και ανεξάρτητοι ο ένας από τον άλλο δυσχεραίνει την πειστική εφαρμογή τους, κλονίζει την εμπιστοσύνη των κοινωνιών, που διαπιστώνουν ότι και τελικώς απεκδύει τους κανόνες αυτούς του δικαίου χαρακτήρα τους. Κατά συνέπεια το αίτημα της ασφάλειας δεν νομιμοποιεί *eo ipso* τον ποινικό νομοθέτη.

Η ανάδειξη της ασφάλειας ως κεντρικού άξονα προσανατολισμού της διεθνούς ποινικής νομοθεσίας δεν καθιστά περιττή την ποινική δογματική. Αντιθέτως την καθιστά ακόμη περισσότερο αναγκαία. Η ασφάλεια ουδέποτε έπαυσε να αποτελεί ανάγκη ποινικής νομοθέτησης<sup>77</sup>. Η ποινική δογματική δεν δη-

τη θεωρία του νέου ρεαλισμού στο πεδίο του διεθνούς ποινικού δικαίου, καθίσταται ευχερώς προφανές, ότι ακριβώς η ίδια αναρχία διέπει και τη διεθνοποίηση του ποινικού δικαίου, και μάλιστα κατά τρόπο που θα μπορούσε να χαρακτηριστεί κυνική. Αποτέλεσμα τούτου είναι, πλάι σε συγκροτημένα και εσωτερικώς συνεπή εθνικά ποινικά συστήματα να αναπτύσσονται ομάδες ασυνάρτητων διατάξεων που δεν εναρμονίζονται ούτε μεταξύ τους, ούτε με το εκάστοτε εθνικό σύστημα στο οποίο έχουν εμφυτευθεί.

75. Υπό την έννοια ότι η ασφάλεια αποτελεί «*τον πυρήνα της νέας νομιμοποίησης του ποινικού δικαίου*». Βλ. σχετικά Γιαννίδη, Τιμ. Τόμος Άννας Μπενάκη-Ψαρούδα, σ. 127.

76. Αντίστοιχα στο εσωτερικό δίκαιο η ανάγκη, π.χ., εξάλειψης μιας αντικοινωνικής συμπεριφοράς δεν σημαίνει και ότι ο σχετικός ποινικός κανόνας είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας. Το αν παραβιάστηκε η απαγόρευση της υπερβολής κρίνεται σε επίπεδο μεταγλώσσας.

77. Ο Α' ΠΠ προκλήθηκε από μια σφαίρα στο Σεράγεβο. Δεν υπήρχε τότε ανάγκη ασφάλειας; Όταν τη χώρα μας ελυμαίνοντο ληστές και οι ταξιδιώτες συλλαμβάνονταν ως όμηροι αν ταξίδευαν

μιουργήθηκε από την έλλειψη της ανάγκης για ασφάλεια, αλλά από την ύπαρξη κρατικών και σήμερα υπερκρατικών δομών, που για λόγους οργάνωσης της κοινωνίας μονοπωλούν τα μέσα κρατικού καταναγκασμού<sup>78</sup>. Οι βασικές αρχές του ποινικού δικαίου που σήμερα θεωρούνται αυτονόητες αποτελούν προϊόν μακρών και επίπονων κοινωνικών και επιστημονικών αγώνων. Η αρχή της ενοχής και ο αποκλεισμός της αντικειμενικής ευθύνης αναγνωρίστηκε το πρώτον με το Συνέδριο της ΑΙΔΡ της Πετρούπολης το 1901 και καθιερώθηκε στην Ελλάδα με το νέο ΠΚ μόλις το 1950. Η αρχή της νομιμότητας των εγκλημάτων και των ποινών, η αρχή του κράτους δικαίου, η αρχή της αναλογικότητας και της επικουρικότητας, η βασική αρχή της τήρησης των κανόνων της λογικής (ουδείς παράλογος νόμος ισχύει) είναι κατακτήσεις που οφείλονται στην *ποινική δογματική*, η οποία τις υπερασπίζεται ως θεματοφύλακάς τους, ενώ καμία δικονομία δεν μπορεί να υπερασπιστεί. Η ποινική δογματική επιτρέπει τον έλεγχο και την ασφάλεια δικαίου, την προβλεψιμότητα των δικαστικών αποφάσεων και την κατοχύρωση των δικαιωμάτων των πολιτών. Η απεμπόλησή της ευνοεί ευθέως την δικαστική αυθαιρεσία, την απώλεια εμπιστοσύνης και τελικά οδηγεί σε σύγχυση και ματαίωση του σκοπού του κράτους να επιτύχει ειρηνευμένη κοινωνία πολιτών θεμελιωμένη σε συνειδητές επιλογές και όχι σε καθεστώς φόβου. Κατά συνέπεια η διαφανόμενη εγκατάλειψη της ποινικής δογματικής και η υποκατάστασή της από την ποινική δικονομία ως θεμέλιο νομιμοποίησης του ποινικού δικαίου αποτελεί σκοτεινή *οπισθοδρόμηση*, λίαν ευπρόσδεκτη για όσους ενοχλούνται από το ποινικό δόγμα<sup>79</sup>.

Η απεμπόληση της ποινικής θεωρίας συνιστά υποχώρηση στο πεδίο όπου αναπτύσσονται ακριβώς τα πλέον σημαντικά αιτήματα του κράτους δικαίου και αδικαιολόγητο ενδοτισμό ενώπιον της οιασδήποτε κρατικής ή υπερκρατικής προχειρότητας, αυθαιρεσίας ή απερισκεψίας. Τοσοῦτω μάλιστα, καθόσον το εννοιολογικό εργαλείο έχει επιτύχει έναν ιδιαίτερα υψηλό βαθμό ανάπτυξης με την διαμόρφωση σημαντικών εννοιολογικών οικοδομημάτων, ιδιαίτερα στο χώρο του ευρωπαϊκού ηπειρωτικού ποινικού δικαίου. Τα προβλήματα και οι αντιφάσεις που επισημάνθηκαν ανωτέρω αλλοιώνουν και απειλούν ακόμη και να νοθεύσουν τη φυσιογνωμία του ποινικού δικαίου ως κλάδου του δικαίου, αποσκοπούντος κατ' εξοχήν στην προστασία και διασφάλιση των ατομικών ελευθεριών, είναι μερικά μόνον από όσα καθιστούν απαραίτητη τη διαμόρφωση μιας ποινικής θεωρίας στο διεθνές ποινικό δίκαιο που θα επιτρέψει μια συνεκτική αντιμετώπισή τους, θα την καταστήσει γενικώς αποδεκτή ως δίκαιο και θα επιτρέψει την αποδόμηση όσων προβλημάτων οφείλονται ακριβώς στο γεγονός, ότι μοναδική σκοπιμότητα στην εν λόγω διαδικασία είναι η επίτευξη ασφάλειας. Διότι *αν εκλείψει η εγγυητική λειτουργία του ποινικού δικαίου, δεν επέρχεται μόνον το τέλος της ποινικής δογματικής. Επέρχεται και το τέλος του ποινικού δικαίου ως δικαίου*.

στο Δήλεσι, λίγα χιλιόμετρα έξω από την Αθήνα, η ανάγκη ποινικού δόγματος δεν είχε υποχωρήσει εξ αυτού του λόγου ούτε η ποινική δικονομία κλήθηκε να αντιμετωπίσει το πρόβλημα.

78. Αντιθέτως η ορθή και πλήρης εφαρμογή των δικονομικών κανόνων δεν αποκλείει, πράγμα που γίνεται συνηθέστατα, την δίωξη και καταδίκη για ανύπαρκτα εγκλήματα και την επιβολή προδήςως αδικών ποινών. Η θεώρηση π.χ. του λογιστικού χρήματος ως πράγματος και της «αφαίρεσης» λογιστικών μονάδων μέσω web banking ως κλοπής (ΑΠ 742/2012 με σκεπτικό που συνιστά κατάφωρα απαγορευμένη αναλογία) έγινε με άψογη τήρηση των δικονομικών κανόνων.

79. Με αυτά δεν εννοώ ότι για να λειτουργήσει το διεθνές ποινικό δίκαιο απαιτείται σύγκλιση των κανόνων. Η τελευταία, όσο χρησιμη και ευκαία και αν είναι, είναι πρακτικά δύσκολο να επιτευχθεί. Αλλά και αν ακόμη επιτευχθεί, θα είναι δυσλειτουργική αν δεν στηρίζεται σε κάποια θεωρία που να της προσδίδει *νοηματική συνοχή* και να την οργανώνει σε *σύστημα*, ώστε να μπορεί να εκπληρώνει τον προορισμό της.