

Προπτυχιακή Εργασία

Άσπρος Χρήστος

Η Αρχή της Νομιμότητας

αρχή της νομιμότητας και η εξέλιξή της στο δικαϊκό χώρο

Το Σύνταγμα περιβάλλει, με πρόσθετες θεσμικές εγγυήσεις την προσωπική ελευθερία ως προσωπική ασφάλεια. Οι εγγυήσεις αυτές τίθενται εν πρώτοις στο άρθρο 7 παρ. 1 Συντάγματος, που ανυψώνει, σε συνταγματική διάταξη την αρχή του ποινικού δικαίου: *nullum crimen nulla poena sine lege* (κανένα έγκλημα, καμία ποινή χωρίς νόμο), αρχή που αποκλείει την αυθαιρεσία στον χαρακτηρισμό μιας πράξης ως εγκλήματος και στην επιβολή ποινής στον δράστη της.

Η αρχή αυτή βρίσκεται, για πρώτη φορά υποτυπωδώς διατυπωμένη στην Αγγλία στο άρθρο 39 της Magna Carta του 1215, σύμφωνα με την οποία κανείς ελεύθερος άνθρωπος δεν συλλαμβάνεται ή φυλακίζεται ή στερείται της ιδιοκτησίας του ή κηρύσσεται εκτός νόμου ή εξορίζεται ή βλάπεται με οποιονδήποτε τρόπο, ούτε εμείς (ο Βασιλεύς) θα στραφούμε εναντίον του, ούτε θα στείλουμε άλλον εναντίον του, χωρίς νόμιμη δικαστική απόφαση ομοταγών του και σύμφωνα με το νόμο της χώρας.

Η αρχή της νομιμότητας διακηρύχθηκε και στην Petition of Right του 1627.

Την ξαναβρίσκουμε στα Συντάγματα της Β.Αμερικής μετά το 1776 και στο άρθρο 8 της γαλλικής Διακήρυξης των δικαιωμάτων του ανθρώπου και του πολίτη του 1789. Από εκεί πέρασε στα Συντάγματα διαφόρων χωρών κατά τον 19ο αιώνα. Η αρχή διακηρύχθηκε επίσης στο άρθρο 8 της γαλλικής Διακήρυξης των δικαιωμάτων του ανθρώπου και του πολίτη του 1789 και έκτοτε από τα συντάγματα πολλών ευρωπαϊκών χωρών (άρθρα 9 του βελγικού συντάγματος, άρθρο 103 του γερμανικού, άρθρο 71 του δανικού, άρθρο 40 του ιρλανδικού, άρθρο 25 του ισπανικού και του ιταλικού, άρθρο 16 του ολλανδικού, άρθρο 29 του πορτογαλικού κ.τ.λ.)

Στην Ελλάδα η αρχή της νομιμότητας διακηρύχθηκε για πρώτη φορά στην συνταγματική προκήρυξη του Ρήγα Φεραίου το 1797 και το πρώτο ελληνικό σύνταγμα που την περιέλαβε ήταν εκείνο του 1844 (άρθρο 6). Στη σημερινή μορφή και έκταση η αρχή διαμορφώνεται την εποχή του διαφωτισμού. Στη σύγχρονη εποχή την επανέλαβε η Οικουμενική Διακήρυξη των δικαιωμάτων του ανθρώπου του 1948 (άρθρο 11 παρ. 2) και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου (άρθρο 7) – η οποία ήδη (ν.δ. 53/1974) δεσμεύει τον κοινό νομοθέτη (άρθρο 15) του Ο.Η.Ε. Η διάταξη αυτή προσθέτει το διεθνές δίκαιο και τις αναγνωριζόμενες από τα πολιτισμένα έθνη γενικές αρχές του δικαίου στην έννοια του «νόμου», που πρέπει να προβλέπει τόσο το έγκλημα, όσο και την ποινή.

Ο κανόνας "*nullum crimen nulla poena sine lege*" ανήκει βασικώς στον χώρο του φιλελεύθερου κράτους δικαίου. Πράγματι, επιβάλλοντας όρια στη θέση και ερμηνεία του ποινικού νόμου, περιορίζει την κρατική εξουσία, όταν εκείνη θίγει την προσωπικότητα του ανθρώπου. Επίσης, καθιστά αναγκαϊότητα να είναι κάθε κανόνας δικαίου προσιτός σε κάθε ενδιαφερόμενο.

Η γενική ισχύς του αξιοποίνου κατοχυρώνεται καταρχήν ήδη με την επιταγή της πρόβλεψης της ποινής σε νόμο και όχι σε ατομική πράξη. Εξασφαλίζεται όμως πραγματικά, μόνο όταν προβλέπεται αποκλειστικά για το μέλλον και απαγορεύεται η αναδρομικότητα του αξιοποίνου.

2. Nullum crimen nulla poena sine lege

Η θεμελιώδης αρχή του ποινικού κολασμού είναι ότι προϋποθέτει νομοθετική πρόβλεψη του εγκλήματος και της ποινής. Κατά το άρθρο 7 του Συντάγματος ορίζεται ότι: « Έγκλημα δεν υπάρχει, ούτε ποινή επιβάλλεται άνευ νόμου που να ισχύει πριν από την τέλεση της πράξης και να ορίζει τα στοιχεία της. Ούτε επιβάλλεται βαρύτερη ποινή από εκείνη που προβλεπόταν κατά την τέλεση της πράξης.»

Ως πρώτη προϋπόθεση του ποινικού κολασμού, σύμφωνα με το άρθρο 7 του Συντάγματος είναι η τέλεση εγκλήματος. Ο όρος δεν είναι κενός κανονιστικού περιεχομένου. Για να υπάρχει έγκλημα, πρέπει όλα τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης του – όπως βρίσκονται τυποποιημένα στον αντίστοιχο κυρωτικό κανόνα να επικαλύπτονται υποκείμενα. Επίσης, πρέπει η συμπεριφορά του δράστη να είναι τελικά άδικη, να μην υπάρχει λόγος άρσης του αδικου, και καταλογιστεί σε αυτόν, όπως απαιτεί το ΠΚ 14. Συνεπώς, αποκλείεται τόσο η αντικειμενική ευθύνη, όσο και η επιβολή ποινής σε άτομα με τόσο διαταραγμένο ψυχικό κόσμο ώστε να μην αντιλαμβάνονται το άδικο της πράξης τους επιβληθούν μόνο μέτρα ασφαλείας .

Με τον όρο εγκλήματα αποδίδονται οι από την ποινική νομοθεσία προβλεπόμενες και με την ποινική διαδικασία τιμωρούμενες πράξεις. Κατά το Σύνταγμα, όμως, έχει ευρύτερη έννοια και έτσι ως έγκλημα νοείται κάθε απαγορευμένη και συνεπώς τιμωρούμενη πράξη. Άρα η διάταξη περικλείει και τη διοικητική παράβαση και το πειθαρχικό παράπτωμα .

2.1. Η έννοια του νόμου

Ως νόμος, κατά την έννοια της σχετικής συνταγματικής διάταξης, νοείται ο κανόνας δικαίου, ο γραπτός κανόνας δικαίου και ο ουσιαστικός νόμος. Δεν επιτρέπεται, συνεπώς, καθορισμός αξιοποίνου με ατομική

νομοθετική ή διοικητική πράξη. Επίσης, αποκλείεται έθιμο να θεμελιώνει ή να επαυξάνει το αξιόποινο. Όσον αφορά, το νόμο που χαρακτηρίζεται ως ουσιαστικός, αυτό σημαίνει ότι δεν απαιτείται τυπικός νόμος, αλλά αρκεί, σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, ο καθορισμός του αξιοποίνου με κανονιστική πράξη της διοίκησης. Η πράξη όμως αυτή πρέπει να εκδίδεται βάσει των άρθρων 44 ή 48 του Συντάγματος ή να είναι κατά το άρθρο 43 ειδικά εξουσιοδοτημένη με τυπικό νόμο, που μάλιστα, επειδή πρόκειται για περιορισμό ατομικών δικαιωμάτων, δεν μπορεί να είναι νόμος – πλαίσιο, ούτε να ψηφιστεί από το τμήμα διακοπών, αλλά από την Ολομέλεια της Βουλής (Υπάρχει και η αντίθετη άποψη που υποστηρίζει ότι η πρόβλεψη στερητικών της ελευθερίας ποινών πρέπει να γίνεται μόνο με τυπικούς νόμους).

Αποκλείεται, κατά συνέπεια, ο χαρακτηρισμός μιας πράξης ως αξιοποίνης και η επιβολή ποινής να θεμελιωθούν είτε σε διάταγμα που εκδίδεται χωρίς νομοθετική εξουσιοδότηση, είτε σε εθιμικό κανόνα. Αποκλείεται, επίσης, η με έθιμο ή με αχρησία κατάργηση του αξιοποίνου κάποιας πράξης ή η μείωση της ποινής που προβλέπεται για αυτήν, αφού σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ.2 του ν.δ. 07/10/1946 «περί αποκατάστασης του Αστικού Κώδικα και του εισαγωγικού του νόμου» το έθιμο δεν καταργεί νόμο .

Σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στοιχεία στην Ερμηνεία του Ποινικού Κώδικα στην έννοια νόμος νοούνται: α) ο τυπικός νόμος, β) τα νομοθετικά διατάγματα, γ) το Σύνταγμα, δ) τα ψηφίσματα των συντακτικών συνελεύσεων, ε) οι συντακτικές πράξεις, στ) οι αναγκαστικοί νόμοι, ζ) τα με ειδική νομοθετική εξουσιοδότηση εκδιδόμενα διατάγματα, οι αστυνομικές διατάξεις που στηρίζονται στο νόμο.

Ο κανόνας δικαίου με τον οποίο καθιερώνεται η αρχή της νομιμότητας ετέθη, καθώς η ποινικοποίηση ορισμένης συμπεριφοράς αποφασίζεται από αντιπροσωπευτικό της λαϊκής θέλησης όργανο, αποκλεισμένου παντός άλλου, ειδικά οργάνου της εκτελεστικής εξουσίας.

Η ερμηνεία, συνεπώς που αποδέχεται ότι υπό την έννοια του νόμου υπάγεται οποιοσδήποτε γραπτός κανόνας δικαίου δεν είναι σύμφωνος προς τον βασικό σκοπό της θέσπισης της αρχής της νομιμότητας.

Αν δεχθούμε ως βάση εκκίνησης την συμπεριφορά αυτή, σωστό είναι να αποκλεισθεί οποιαδήποτε διάταξη που μπορεί μεν να χαρακτηριστεί ως κανόνας δικαίου, η οποία, όμως δεν φέρει τα χαρακτηριστικά διάταξης που αποτελεί έκφραση βούλησης της λαϊκής αντιπροσωπείας. Με την άποψη αυτή αποκόπτονται διατάξεις που δεν στηρίζονται στην ευθέως ή εμμέσως εκφρασθείσα βούληση της λαϊκής αντιπροσωπείας, όπως οι αναγκαστικοί νόμοι ή άλλες διατάξεις άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης.

Και η άποψη αυτή με την οποία, σύμφωνα με την έννοια του νόμου, περιλαμβάνονται οι διατάξεις κατά νομοθετική εξουσιοδότηση δεν ικανοποιεί πλήρως την επιστήμη του ποινικού δικαίου. Οι αντιρρήσεις οφείλονται στις αντιγνώμιες για τα όρια και τις προϋποθέσεις της νομοθετικής εξουσιοδότησης. Μέχρι τώρα, θεωρούνταν ότι υφισταμένης ρητής εξουσιοδότησης, ή κατ'εξουσιοδότηση τεθείσα διάταξη, ως ουσιαστικός νόμος, είναι έγκυρη και ισχυρά.

Και τούτο όμως δεν επαρκεί για το ποινικό δίκαιο. Γενική ή αόριστη εξουσιοδότηση προκειμένου για θέσπιση ποινικών διατάξεων ορθώς αποκρούεται. Αξιώνεται δε όπως συμβαίνει και με τον τυπικό νόμο, όποιος χορηγεί σε άλλον εξουσιοδότηση να συμβάλει στην εξειδίκευση του κανόνα δικαίου, καθορίζοντας ειδικώς και ορισμένως την αξιοποίηση συμπεριφορά και την κατά αυτής απειλουμένης ποινής .

Σύμφωνα με την άποψη του Δέδε, ποινικές διατάξεις που προβλέπουν κυρώσεις που δεν συνίστανται στην στέρηση της προσωπικής ελευθερίας μπορούν να θεσπισθούν από ουσιαστικό νόμο. Αντίθετα, ποινικές διατάξεις που προβλέπουν ως κύρωση την στέρηση της προσωπικής ελευθερίας, μπορούν να θεσπισθούν μόνο από τον τυπικό νόμο.

2.2. Η απαγόρευση των αναδρομικών και αόριστων ποινικών νόμων

Ο νόμος που προβλέπει το αξιόποινο μιας πράξης πρέπει να ισχύει πριν την τέλεση της πράξης. Απαγορεύεται, συνεπώς, ο αναδρομικός καθορισμός του αξιοποίνου (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*). Σχετικό είναι το άρθρο 7 παρ.2 του συντάγματος που ορίζει ότι: «Ουδέποτε επιβάλλεται βαρύτερη ποινή από εκείνη που προβλεπόταν κατά την τέλεση της πράξης ». Από τα παραπάνω γίνεται σαφές ότι δεν απαγορεύεται ο αναδρομικός ευμενέστερος νόμος. Μάλιστα στο άρθρο 2 του Ποινικού Κώδικα ορίζεται ότι: « 1. Αν από την τέλεση της πράξης έως την αμετάκλητη εκδίκαση της ισχύσαν δύο ή περισσότεροι νόμοι, εφαρμόζεται αυτός που περιέχει τις ευμενέστερες για τον κατηγορούμενο διατάξεις. 2. αν μεταγενέστερος νόμος χαρακτήρισε την πράξη όχι αξιόποινη, παύει και η εκτέλεση της ποινής που επιβλήθηκε καθώς και τα ποινικά ακόλουθα της ». Ο μεταγενέστερος ηπιότερος νόμος δεν μπορεί πάντως να καταλήξει στην καταστράτηγηση της απαγόρευσης από το Σύνταγμα της αμνήστευσης κοινών εγκλημάτων . Βάσει των ανωτέρω

δεν συμβιβάζεται με το Σύνταγμα η διάταξη του ΠΚ 4 που ορίζει ότι: « Τα μέτρα ασφαλείας που προβλέπονται στα άρθρα 69,71,72,73,74 & 76 επιβάλλονται σύμφωνα με το νόμο που ισχύει κατά την εκδίκαση της πράξης ». Σύμφωνα με την άποψη του Δέδε, η ισχύς της αρχής της νομιμότητας πρέπει να καλύπτει και τα μέτρα ασφαλείας, αν αυτά οδηγούν στην στέρηση της προσωπικής ελευθερίας. Η απαγόρευση της αναδρομής εξάλλου ισχύει και για τις παρεπόμενες ποινές, για παράδειγμα, την αποστέρηση των πολιτικών δικαιωμάτων, την απαγόρευση άσκησης επαγγέλματος κ.τ.λ .

Εξάλλου, δεν συμβιβάζεται με την συνταγματική διάταξη του άρθρου 7 το ΠΚ 3 που προβλέπει ότι οι νόμοι προσωρινής ισχύος εφαρμόζονται και μετά την παύση της ισχύος τους επί πράξεων που τελέστηκαν όσο ισχύαν. Η διάταξη αυτή έχει ως σκοπό την αποτροπή της ατιμωρησίας των παραβάσεων νόμων προσωρινής ισχύος, στην περίπτωση που εκδικασθούν μετά τη λήξη της ισχύος τους. Σύμφωνα με την άποψη του Μάνεση και του Δαγτόγλου, η διάταξη για τους νόμους προσωρινής ισχύος δεν αντίκειται στο Σύνταγμα, καθώς το άρθρο 7 παρ.1 απαγορεύει την επιβολή βαρύτερης ποινής από την προβλεπόμενη κατά την τέλεση της πράξης . Ο Γεωργνόπουλος, πάλι, θεωρεί ότι η σχετική πρόβλεψη δεν έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 7 του Συντάγματος, γιατί αυτό απαγορεύει την επιβολή βαρύτερης ποινής μετά την τέλεση της πράξης και όχι την επιβολή βαρύτερης ποινής που ισχυε κατά την τέλεση της. Εξάλλου, αν οι προσωρινοί νόμοι δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση κατά την οποία η εκδίκαση των αξιοποίνων αδικημάτων που προβλέπουν πραγματοποιείται μετά το τέλος της ισχύος τους, θα ήταν ουσιαστικά ανεφάρμοστοι και θα καθιερωνόταν η ατιμωρησία των δραστών των εγκλημάτων που προβλέπουν.

Το ισχύον Σύνταγμα δεν απαγορεύει γενικά την αναδρομικότητα κάθε νόμου. Υπάρχει βέβαια στον Αστικό Κώδικα διάταξη που θεσπίζει μια γενική αρχή, προβλέποντας ότι ο νόμος που ορίζει περί του μέλλοντος και δεν έχει αναδρομική δύναμη, ο οποίος διατηρεί την ισχύ του εφόσον άλλος κανόνας δεν τον καταργήσει ρητά ή σιωπηρά (άρθρο 2 ΑΚ), αλλά η διάταξη αυτή δεν έχει αυξημένη τυπική ισχύ και συνεπώς μπορεί να καταργηθεί από νεώτερο νόμο, αρκεί βέβαια να μην αντιβαίνει σε διατάξεις του Συντάγματος.

Με την διάταξη του άρθρου 7 παρ.1 του Συντάγματος απαγορεύεται ειδικά η αναδρομικότητα των ποινικών νόμων.

Σύμφωνα με την ερμηνεία των ανωτέρω, ο επεικέστερος ποινικός νόμος εφαρμόζεται και στις πράξεις που τελέσθηκαν πριν από αυτόν. Νόμος, δηλαδή, που καταργεί το αξιόποινο ή προβλέπει ηπιότερη ποινή ή θέτει ως όρου του διωκτού την έγκληση του παθόντος και εν γένει κάθε διάταξη ευμενέστερη για τον κατηγορούμενο έχει αναδρομική ισχύ (εκτός από τα άρθρα 2παρ.1 του ΠΚ και τα άρθρα 511 & 514 του ΚΠοινΔ). Σύμφωνα με την άποψη του Χρυσόγονου, η νομολογία, όσον αφορά αυτό το θέμα δεν λαμβάνει επαρκώς υπόψη την αρχή της αναλογικότητας και ειδικότερα την απαίτηση της αναγκαιότητας της ποινής. Εάν το συγκεκριμένο είδος ποινής έχει παύσει, κατά την εκτίμηση του ίδιου του νομοθέτη, να είναι αναγκαίο για αδικήματα τελούμενα μετά την έναρξη της ισχύος του είναι δύσκολο να αντιληφθεί κανείς πως είναι δυνατό να εξακολουθεί να είναι αναγκαίο για παλιότερα αδικήματα και τι είδους προληπτική λειτουργία επιτελεί. Ακριβώς με το σκεπτικό αυτό το γαλλικό συνταγματικό Συμβούλιο θεώρησε ως αντίθετη προς το άρθρο 8 της γαλλικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και του Πολίτη του 1789 τη μη αναδρομική εφαρμογή του ηπιότερου νόμου. Ήδη, εξάλλου, ισχύει στην Ελλάδα η αρχή του άρθρου 15 παρ.1 εδγ' ΔΣΑΠΔ ότι, αν μετά την διάπραξη του εγκλήματος ο νόμος προβλέψει ελαφρύτερη ποινή, ο δράστης επωφελείται από αυτή. Το Σύνταγμα προβλέπει ή επιβάλλει, επίσης, ότι ο νόμος που περιγράφει το αξιόποινο πρέπει να ορίζει τα στοιχεία της πράξης. Αν ο νόμος περιγράφει όλα τα στοιχεία της αξιόποινης συμπεριφοράς και προβλέπει την επιβλητέα ποινή είναι πλήρης, διαφορετικά αποτελεί έναν αόριστο νόμο. Συνεπώς όποιος ποινικός νόμος είναι αόριστος αντίκειται στην συνταγματική διάταξη του άρθρου 7 (π.χ: ΠΚ181). Η πληρότητα λείπει και όταν ένας κανόνας αόριστες ποινές ή περιγράφει αόριστη εγκληματική συμπεριφορά. Ο ορισμός των στοιχείων της πράξης σημαίνει ότι η ποινική διάταξη πρέπει να περιγράφει το φυσικό αποτέλεσμα ώστε να συνάγεται με σαφήνεια το κοινωνικό νόημα της πράξης. Έτσι είναι αντισυνταγματική η χρήση για τον σκοπό αυτό γενικών αρχών ή ρητρών, όπως ότι τιμωρείται «κάθε ενέργεια ή παράληψη», αφού η μη περιγραφή συγκεκριμένου φυσικού αποτελέσματος απολήγει ουσιαστικά σε τιμώρηση του φρονήματος του δράστη. Αντισυνταγματική είναι, επίσης, και η ποινική διάταξη όταν απλά αναγράφει τον τύπο της πράξης, εφόσον από αυτόν και μόνο δεν μπορεί να προσδιορισθεί συγκεκριμένο άδικο.

Σαφής είναι ο νόμος που μέσα στα όρια του εύλογου και του δυνατού περιγράφει την αξιόποινη συμπεριφορά και ορίζει την απειλούμενη ποινή με ακρίβεια. Συνεπώς είναι αντισυνταγματικοί οι νόμοι που απειλούν αόριστες ποινές ή περιγράφουν αόριστη εγκληματική συμπεριφορά. Ο ορισμός των στοιχείων της πράξης σημαίνει ότι η ποινική διάταξη πρέπει να περιγράφει το φυσικό αποτέλεσμα ώστε να συνάγεται με σαφήνεια το κοινωνικό νόημα της πράξης. Έτσι είναι αντισυνταγματική η χρήση για τον σκοπό αυτό γενικών αρχών ή ρητρών, όπως ότι τιμωρείται «κάθε ενέργεια ή παράληψη», αφού η μη περιγραφή συγκεκριμένου φυσικού αποτελέσματος απολήγει ουσιαστικά σε τιμώρηση του φρονήματος του δράστη. Αντισυνταγματική είναι, επίσης, και η ποινική διάταξη όταν απλά αναγράφει τον τύπο της πράξης, εφόσον από αυτόν και μόνο δεν μπορεί να προσδιορισθεί συγκεκριμένο άδικο.

Η απαγόρευση του αορίστου ποινικού νόμου περιλαμβάνει και τον περιορισμό της ποινικής ερμηνείας. Σύμφωνα με το σύνταγμα είναι μόνο ο πλήρης και σαφής ποινικός νόμος, που δεν έχει κενά δικαίου και, επομένως, δεν χρειάζεται αναλογική ερμηνεία. Η αναλογία απαγορεύεται στο ποινικό δίκαιο, μόνο εφόσον οδηγεί στη θεμελίωση ή επαύξηση του αξιόποινου. Σωστός όμως πρέπει να θεωρηθεί και ο αποκλεισμός της διασταλτικής ερμηνείας του ποινικού νόμου σε βάρος του κατηγορουμένου. Τελολογικά επιχειρήματα δεν επιτρέπεται σε καμία περίπτωση να οδηγήσουν σε παράκαμψη του γράμματος του ποινικού νόμου, προκειμένου να αυξηθεί ή να θεμελιωθεί το αξιόποινο.

Μια άλλη συνέπεια της συνταγματικής αρχής *nullum crimen nulla poena sine lege* είναι ότι ο δικαστής δεν δικαιούται να χαρακτηρίσει μία πράξη ως αξιόποινη αν δεν ορίζεται ως τέτοια από το νόμο, ούτε να επιβάλλει ποινή μη προβλεπόμενη από το νόμο. Το αξιόποινο εξαρτάται αποκλειστικά από το νόμο και όχι από το έθιμο ή από την νομολογία των δικαστηρίων, τα οποία δεν δικαιούνται να συμπληρώνουν τα κενά του ποινικού νόμου. Έτσι, αποκλείεται η αναλογική εφαρμογή των ποινικών νόμων.

Συναφές είναι και το πρόβλημα των λευκών ποινικών νόμων, όσων δηλαδή στερούνται οι ίδιοι αντικειμενικής υπόστασης και παραπέμπουν για την συμπλήρωση του κενού, συλλήβδην σε ομάδα ή ολόκληρη κατηγορία διατάξεων ή και στο σύνολο της εκάστοτε ισχύουσας νομοθεσίας. Μια τέτοιου είδους παραπομπή ενέχει οπωσδήποτε στοιχεία αοριστίας και καθίσταται περισσότερο ύποπτη αντισυνταγματικότητας. Κατά την κρατούσα άποψη, το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος δεν εφαρμόζεται επί των πειθαρχικών παραπτώματων των δημοσίων υπαλλήλων, για τα οποία ισχύει μεν η αρχή ότι οι σχετικές ποινές πρέπει να προβλέπονται από το νόμο, όχι όμως και οι πράξεις που θα μπορούσαν να χαρακτηρισθούν ως πειθαρχικά αδικήματα, για αυτό το λόγο, άλλωστε, η απαρίθμηση τους στον ΥΚ είναι ενδεικτική. Η άποψη, όμως αυτή ήδη αμφισβητείται στα πλαίσια των σύγχρονων δημοκρατικών πολιτευμάτων.

2.3. Τεκμήριο αθωότητας

Σύμφωνα με αυτό το τεκμήριο, καθίσταται σαφές ότι κάθε πρόσωπο που κατηγορείται για ένα αδίκημα είναι αθώο μέχρι τη νόμιμη απόδειξη της ενοχής του. Το τεκμήριο αθωότητας προβλέφθηκε για πρώτη φορά στην Διακήρυξη των δικαιωμάτων του ανθρώπου και του πολίτη του 1789 και διατυπώνεται στο άρθρο 6 παρ.2 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των δικαιωμάτων του ανθρώπου, όπου ορίζεται ότι: «παν πρόσωπο κατηγορούμενο επί αδικήματι τεκμαίρεται ότι είναι αθώο μέχρι της νόμιμης απόδειξης της ενοχής του». Συνεπώς, εφόσον δεν αποδεικνύεται νόμιμα η ενοχή του κατηγορουμένου, δεν επιτρέπεται η τιμώρηση του, έστω και αν το δικαστήριο έχει κάποιες υπόνοιες για αυτή. Με το τεκμήριο της αθωότητας είναι ασυμβίβαστη και μία προσωρινή μόνο απαλλαγή του υπόπτου κατηγορουμένου.

Συναφές με το τεκμήριο της αθωότητας είναι η διάταξη του άρθρου 533,534 & 535 του ΚΠοινΔ, όπου ρυθμίζεται η περίπτωση αποζημίωσης του αδικώς ή παρανόμως καταδικασθέντος κατά το άρθρο 7 παρ.4 του Συντάγματος. Τα ΚΠοινΔ 533,534 & 535 ορίζουν ότι: Άρθρο 533. – Ποιοι δικαιούνται αποζημίωση. 1. Έχουν το δικαίωμα να ζητήσουν από το δημόσιο αποζημίωση: α) οι προσωρινά κρατηθέντες, που αθωώθηκαν αμετάκλητα με βούλευμα ή απόφαση –δικαστηρίου, β) οι κρατηθέντες με καταδικαστική απόφαση, η οποία μετέπειτα εξαφανίστηκε αμετάκλητα συνέπεια δικού μέσου και γ) οι καταδικασθέντες και κρατηθέντες, που αθωώθηκαν με δικαστική απόφαση ύστερα από επανάληψη της διαδικασίας. Επίσης αποζημίωση δικαιούνται όσα από τα παραπάνω πρόσωπα τιμωρήθηκαν με ποινή μικρότερης διάρκειας από αυτή που εξέτισαν αρχικά.

2. Όσοι κρατήθηκαν λόγω καταδίκης ή κρατήθηκαν προσωρινά κατά την παρ. 1 έχουν δικαίωμα να ζητήσουν αποζημίωση, και αν ακόμη έχουν απαλλαγεί επειδή, μολονότι τέλεσαν την πράξη, δεν τους επιβλήθηκε ποινή για οποιονδήποτε λόγο.

Άρθρο. 534. - Ποιοι άλλοι έχουν δικαίωμα για αποζημίωση. Αυτοτελή αξίωση για αποζημίωση με τις ίδιες προϋποθέσεις έχουν και εκείνοι απέναντι στους οποίους ο καταδικασμένος ή ο προσωρινά κρατούμενος είχε

σύμφωνα με το νόμο υποχρέωση διατροφής.

Άρθρο. 535. - Πότε δεν υπάρχει δικαίωμα για αποζημίωση. Το δημόσιο δεν έχει υποχρέωση για αποζημίωση, αν εκείνος που καταδικάστηκε ή κρατήθηκε προσωρινά έγινε από πρόθεση παραίτιος της καταδίκης ή της προσωρινής κράτησης.

Με το τεκμήριο αθωότητας είναι ασυμβίβαστη η λήψη οποιουδήποτε σωφρονιστικού μέτρου κατά του κατηγορουμένου.

Το τεκμήριο της αθωότητας, όπως συνάγεται και από το ανωτέρω, είναι συγγενές με τον κανόνα «εν αμφιβολία υπέρ του κατηγορουμένου».

2.4. Ποινικός κολασμός και περιορισμοί σύμφωνα με το Σύνταγμα και την Ε.Σ.Δ.Α.

Η ποινή, καθώς είναι γνωστό αποσκοπεί στη γενική και ειδική πρόληψη του εγκλήματος. Αυτόν τον σκοπό τον εκπληρώνει μόνο αν έχει θεσπισθεί πριν την τέλεση της πράξης .

Στην έννοια της ποινής, κατά το άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος περιλαμβάνονται και οι κύριες και οι παρεπόμενες ποινές του Ποινικού Κώδικα. Δυσκολότερο φαίνεται να υπαχθούν στην έννοια της ποινής οι πειθαρχικές και γενικά διοικητικές ποινές, αφού το Σύνταγμα κάνει λόγο για «έγκλημα» και τέτοιο δεν είναι καταρχήν το πειθαρχικό αδίκημα ή άλλη διοικητική παράβαση. Σύμφωνα με την άποψη του Χρυσόγονου, οι ίδιες συνταγματικές εγγυήσεις θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι συντρέχουν σε περίπτωση στέρησης της προσωπικής ελευθερίας λόγω πειθαρχικής ποινής. Εξάλλου, στη νομολογία ενίοτε γίνεται λόγος για γενική και θεμελιώδη αρχή του ποινικού δικαίου, σύμφωνα με την οποία «πειθαρχικό παράπτωμα δεν υπάρχει ούτε ποινή επιβάλλεται χωρίς νόμο που να ισχύει πριν από την τέλεση της πράξης και να ορίζει τα στοιχεία της » . Στη θεωρία υποστηρίζεται περαιτέρω ότι και στις εν γένει διοικητικές ποινές είναι εφαρμοστέο άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος, όταν η βαρύτητα τους δεν υπολείπεται των ποινών του ποινικού δικαίου.

Το Σύνταγμα και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου περιέχουν μια σειρά δεσμευτική για το νομοθέτη κανόνων που αφορούν την επιβολή και την έκτιση της ποινής.

2.4.1. Απαγόρευση ορισμένων ποινών.

Κατά το άρθρο 7 παρ. 3 εδ 1 η γενική δήμευση απαγορεύεται. Η απαγόρευση αυτή αφορά την πλήρη στέρηση της περιουσίας ενός προσώπου, ανεξάρτητα από την αιτία ή τον σκοπό, την νομική μορφή της κρατικής πράξεως με την οποία επιβάλλεται αυτή Απαγορεύεται επομένως η γενική δήμευση, έστω και αν επιβάλλεται με τυπικό νόμο. Δήμευση αποτελεί την ως ποινή επιβαλλόμενη χωρίς αποζημίωση αφαίρεση της συνολικής περιουσίας του τιμωρούμενου και την απόδοση της στο δημόσιο. Αφορά την περιουσία που υπάρχει κατά την στιγμή της επιβολής της δήμευσης και όχι τη μελλοντική περιουσία. Από το άρθρο 7 του Συντάγματος συνάγεται ότι επιτρέπεται μόνο η ειδική δήμευση που αφορά συγκεκριμένα περιουσιακά στοιχεία.

Δεν απαγορεύεται αντιθέτως η (ειδική) δήμευση των εργαλείων και προϊόντων του εγκλήματος που πράγματι προβλέπεται από τον Ποινικό Κώδικα και διάφορους ειδικούς ποινικούς νόμους ως παρεπόμενη ποινή ή ως ασφαλιστικό μέτρο.

Το σύνταγμα δεν απαγορεύει, αντιθέτως, την θανατική ποινή, παρά μόνο επί των πολιτικών (αλλά όχι των συνθέτων) εγκλημάτων*, η δε Ευρωπαϊκή Σύμβαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου αναγνωρίζει την νομιμότητα της θανατικής ποινής εφόσον επιβάλλεται από δικαστήριο σε περίπτωση εγκλήματος που τιμωρείται κατά τον νόμο με την ποινή αυτή. Το "Έκτο Πρωτόκολλο της 28 Απριλίου 1983 καταργεί την θανατική ποινή, αλλά ενώ έχει υπογραφεί από την χώρα μας ήδη το 1983, δεν έχει ακόμα κυρωθεί από την Βουλή. Πάντως από το 1972 δεν έχει εκτελεστεί θανατική ποινή στην Ελλάδα.

2.4.2. Απαγόρευση απάνθρωπης ή εξευτελιστικής ποινής ή μεταχειρίσεως

Εκτός από τις τρεις ανωτέρω ειδικά απαγορευμένες ποινές το Σύνταγμα απαγορεύει και κάθε απάνθρωπη ή εξευτελιστική ποινή ή μεταχείριση του κρατούμενου.

Ο θεμελιώδης συνταγματικός κανόνας που διέπει τόσο την επιβολή, όσο και την έκτιση της ποινής βρίσκεται στο άρθρο 7 παρ. 2, που απαγορεύει τα βασανιστήρια, οποιαδήποτε σωματική και ψυχική κάκωση, βλάβη υγείας ή άσκηση ψυχολογικής βίας, καθώς και κάθε άλλη προσβολή της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας. Μια ποινή επομένως που, γενικά ή στην συγκεκριμένη εφαρμογή της, θελημένα ή μη, έχει ένα από τα ανωτέρω αποτελέσματα, αντίκειται στο Σύνταγμα. Τέτοια είναι και η ποινή που συνεπάγεται παρατεταμένη απομόνωση ή σοβαρή προσβολή της γενετήσιας αξιοπρέπειας. Ως «απάνθρωπη» μπορεί επίσης να χαρακτηριστεί και η ισόβια κάθειρξη χωρίς νομική δυνατότητα πρόωρης απολύσεως.

Ασυμβίβαστη με την ανθρωπινή αξιοπρέπεια μπορεί να θεωρηθεί και η επιβολή ποινής ανεξάρτητα από την υπαιτιότητα του τιμωρουμένου ή η επιβολή ποινής αποκλειστικώς ή κυρίως προς εκφοβισμό τρίτων.

Στην απαγόρευση της απάνθρωπης ή εξευτελιστικής μεταχειρίσεως υπόκεινται όχι μόνο οι κύριες ή παρεπόμενες «ποινές», αλλά γενικά κάθε κρατικός περιορισμός της προσωπικής ελευθερίας, με την μορφή π.χ. των μέτρων ασφαλείας.

Διεξοδικούς κανόνες περιέχει ο «Κώδικας βασικών κανόνων για τη μεταχείριση των κρατουμένων κλπ.

Η «απάνθρωπη» ή «εξευτελιστική» ποινή ή μεταχείριση απαγορεύεται και από την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και την Διεθνή Σύμβαση κατά των βασανιστηρίων και άλλων τρόπων σκληρής, απάνθρωπης ή ταπεινωτικής μεταχειρίσεως της 10 Δεκεμβρίου 1984.

2.4.3. Αποζημίωση αδικώς ή παρανόμως καταδικασθέντων

Κατά το άρθρο 7 παρ. 4 του Συντάγματος, «νόμος ορίζει τους όρους υπό τους οποίους παρέχεται υπό του κράτους, κατόπιν δικαστικής αποφάσεως, αποζημίωση σε όσους καταδικάστηκαν, προφυλακίστηκαν ή με άλλον τρόπο στερήθηκαν άδικα ή παράνομα την προσωπική τους ελευθερία.». Οι σχετικές διατάξεις περιλαμβάνονται στα άρθρα 533 – 545 ΚποινΔ.

Αξίωση αποζημιώσεως έχουν όχι μόνο οι αδικώς καταδικασθέντες ή προφυλακισθέντες, αλλά και οι δικαιούμενοι διατροφής. Ο νόμος προβλέπει εξαιρέσεις της υποχρέωσης του δημοσίου προς αποζημίωση, και μάλιστα υποχρεωτικά, «εάν ο καταδικασθείς, εγένετο παραίτιος της καταδίκης ή προφυλακίσεως εκ προθέσεως

ή μεγάλης αμέλειας» ή, δυνητικώς, για λόγους αναφερόμενους στην πράξη που υποβλήθηκε στην ανάκριση ή το πρόσωπο του προφυλακισθέντος. Οι τελευταίοι αυτοί λόγοι, σύμφωνα με την άποψη του Διαγτόγλου δεν συμβιβάζονται όμως με το τεκμήριο της αθωότητας, ούτε με τον κανόνα nullum crimen nulla poena sine, αφού επιβάλλουν κυρώσεις για μια μη αξιόποινη συμπεριφορά (αλλιώς η καταδίκη δεν θα ήταν «άδικη ή παράνομη»).

Η αποζημίωση αφορά κάθε περιουσιακή ζημιά του καταδικασθέντος, προφυλακισθέντος ή δικαιούχου διατροφής από την ολική ή μερική εκτέλεση της ποινής ή της προφυλακίσεως, επομένως τόσο την θετική όσο και την αποθετική ζημιά (διαφυγόν κέρδος). Επιπλέον της αποζημιώσεως για περιουσιακή ζημιά, ο νόμος προβλέπει επίσης προσωπική και αμεταβίβαστη χρηματική ικανοποίηση του καταδικασθέντος ή προφυλακισθέντος.

Φορέας των δικαιωμάτων του άρθρου 7 παρ. 1 του Συντάγματος είναι κάθε φυσικό πρόσωπο και των αντίστοιχων υποχρεώσεων η κρατική εξουσία και τα όργανα της.

3. Η αρχή της νομιμότητας στο διοικητικό δικαίο

Η αρχή της νομιμότητας είναι συνέπεια των αρχών της λαϊκής κυριαρχίας και του αντιπροσωπευτικού συστήματος και, συνεπώς, της υπεροχής και του τεκμηρίου αρμοδιότητας του νομοθετικού οργάνου. Με την υπαγωγή της διοίκησης, που αποτελεί την εκτελεστική εξουσία, στους κανόνες του δικαίου που θεσπίζονται με πράξεις του νομοθετικού οργάνου, επιδιώκεται η έμμεση υποταγή της διοίκησης στον φορέα της λαϊκής κυριαρχίας. Η σχέση που υπάρχει μεταξύ της νομοθετικής εξουσίας και της διοίκησης εκφράζεται στο φιλελεύθερο κράτος δικαίου με την αρχή της νομιμότητας της διοίκησης. Νομιμότητα της διοίκησης σήμαινε αρχικά ότι η διοίκηση δεν είναι ελεύθερη από τους κανόνες του δικαίου, αλλά, αντίθετα, υπόκειται στο δίκαιο και οφείλει να σέβεται τις επιταγές και τις απαγορεύσεις του. Με αυτό το νόημα παραμένει ακόμα και σήμερα η αρχή της νομιμότητας όσον αφορά την συναλλακτική διοίκηση. Στο πεδίο, όμως, της κυρίαρχης διοίκησης, η αρχή της νομιμότητας διευρύνθηκε σημαντικά. Η υπαγωγή στο δίκαιο είχε για την κυρίαρχη διοίκηση αρχικά αρνητικό χαρακτήρα, καθώς όριζε όρια και φραγμούς στη διοικητική δραστηριότητα. Με την κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων, η αρχή της νομιμότητας απέκτησε και θετική έννοια: η διοίκηση δεν διοικούταν να περιορίσει την ελευθερία ή την ιδιοκτησία κάποιου ατόμου παρά μόνο βάσει νόμου («επιφύλαξη νόμου»). Σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, η δράση της Δημόσιας Διοίκησης ρυθμίζεται από τους κανόνες του ευρωπαϊκού δικαίου που έχουν άμεση εφαρμογή, από τους κανόνες που θεσπίζουν το Σύνταγμα και οι νομοθετικές πράξεις, όπως και από κάθε κανόνα ανώτερης ή ισοδύναμης προς τους κανόνες αυτούς τυπικής ισχύος. Συνεπώς, η αρχή της νομιμότητας συνεπάγεται την υποχρέωση της διοίκησης να τηρεί τους παραπάνω κανόνες και άρα οι ενέργειες των οργάνων των δημοσίων νομικών προσώπων δεν πρέπει να έρχονται σε αντίθεση με αυτούς, αλλά αντίθετα, να βρίσκονται σε αρμονία και συμφωνία μαζί τους.

Η διοικητική ενέργεια πρέπει να είναι σύμφωνη προς τον κανόνα δικαίου που διέπει τη δράση της διοίκησης, όταν ο κανόνας περιγράφει λεπτομερώς τις προϋποθέσεις σύμφωνα με τις οποίες η ενέργεια είναι υποχρεωτική, καθώς και το περιεχόμενο που πρέπει να έχει αυτή η ενέργεια.

Ειδικότερα, στην ελληνική έννομη τάξη τα άρθρα 26 παρ. 2, 43, 50, 82, 83 και 95 παρ. 1 του Συντάγματος καθιερώνουν την αρχή της νομιμότητας με την έννοια αυτή, χωρίς εξαίρεση και συνεπώς η διοίκηση δεν μπορεί να προβαίνει σε νομικές πράξεις και σε υλικές ενέργειες, παρά μόνο βάσει αρμοδιότητας που παρέχεται από τις διατάξεις του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου, από τους κανόνες των διεθνών συμβάσεων που έχουν κυρωθεί με νομοθετικές πράξεις και έχουν επικυρωθεί, από κανόνες του Συντάγματος και των νομοθετικών ή κανονιστικών πράξεων. Η δε νομιμότητα των ενεργειών της διοίκησης κρίνεται βάσει του νομικού καθεστώτος που ισχύει κατά το χρόνο της διενέργειάς τους. Κατά γενική αρχή μπορεί να λεχθεί, όμως, ότι η αρχή της νομιμότητας συνεπάγεται την υπαγωγή της Δημόσιας Διοίκησης στο σύνολο των κανόνων δικαίου, από οποιαδήποτε πηγή και αν προέρχονται (γενικώς παραδεδεγμένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου, γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, νομολογιακοί κανόνες κ.τ.λ.), οι οποίοι διέπουν την οργάνωση, τη λειτουργία και τη δράση της.

Η αρχή της νομιμότητας προκύπτει από τις διατάξεις του Συντάγματος, που ορίζουν ότι: «Η εκτελεστική εξουσία ασκείται από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας και την Κυβέρνηση» (άρθρο 26 παρ. 2), «Ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας εκδίδει διατάγματα που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των νόμων. 2. Ύστερα από πρόταση του αρμοδίου Υπουργού επιτρέπεται η έκδοση κανονιστικών διαταγμάτων με ειδική εξουσιοδότηση νόμου και μέσα στα όρια της» (άρθρο 43 παρ. 1 & 2), «Ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας δεν έχει άλλες αρμοδιότητες παρά μόνο όσες του απονέμουν ρητά το Σύνταγμα και οι νόμοι που είναι σύμφωνοι με αυτό» (άρθρο 50), «1. Η Κυβέρνηση καθορίζει και κατευθύνει την γενική πολιτική της χώρας σύμφωνα με τους ορισμούς του Συντάγματος και των νόμων. 2. Κάθε Υπουργός ασκεί τις αρμοδιότητες που ορίζει ο νόμος» (άρθρο 82).

Η αρχή της νομιμότητας περιορίζεται στο πλαίσιο των «ειδικών κυριαρχικών σχέσεων». Ανάμεσα στο κράτος και στον ιδιώτη υπάρχει μία «γενική κυριαρχική σχέση» που προκύπτει από την κυριαρχία του κράτους και έχει ως όρια τα ατομικά δικαιώματα του ανθρώπου. Ορισμένοι, όμως, ιδιώτες τελούν έναντι του κράτους και σε ειδική κυριαρχική σχέση (π.χ. στρατιώτες, μαθητές, φυλακισμένοι). Το πρόβλημα έγκειται στο γεγονός ότι η αρχή της νομιμότητας ήταν εξαρχής προσανατολισμένη στη γενική κυριαρχική σχέση μεταξύ ιδιώτη και κράτους. Όμως, ακόμα και σε περίπτωση σιωπής της διοίκησης, δε γίνεται δεκτό ότι η διοίκηση δεν δεσμεύεται νομικά στο πλαίσιο των ειδικών κυριαρχικών σχέσεων, ακόμα και αν αυτή συνάπτεται εκουσίως (π.χ. σε δημοσιούπαλληλική σχέση) και ούτε, βέβαια μπορεί να τεκμαρθεί γενική συγκατάθεση στον περιορισμό των ατομικών δικαιωμάτων.

Η νομολογία, αναφερόμενη στα ατομικά δικαιώματα που προστατεύει το Σύνταγμα και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, απαιτεί την συνδρομή ορισμένων προϋποθέσεων, προπάντων στην περίπτωση του περιορισμού των ατομικών δικαιωμάτων δημοσίων υπαλλήλων:

α) Ο περιορισμός του δικαιώματος πρέπει να προβλέπεται ειδικώς από το νόμο και όχι από νομοθετική εξουσιοδότηση που δεν είναι ειδική (π.χ. προεδρικό διάταγμα, υπουργική απόφαση) και, φυσικά, δεν μπορεί απλά να προκύψει από την ίδια την φύση της δημοσιούπαλληλικής σχέσης.

β) Ο περιορισμός δεν πρέπει να αφορά ατομικά δικαιώματα μη επιδεκτικά οποιουδήποτε περιορισμού.

γ) Ο περιορισμός, που είναι σύμφωνος με το Σύνταγμα δεν πρέπει να φτάνει μέχρι την αναιρέση της ουσίας του δικαιώματος.

δ) Ο περιορισμός πρέπει να είναι καταρχήν σύμφωνος με το Σύνταγμα, πρέπει να δικαιολογείται στη συγκεκριμένη περίπτωση από το δημόσιο συμφέρον και να τελεί σε σχέση αναγκαιότητας προς την ειδική

κυριαρχική σχέση (αρχή της αναλογικότητας) που να προκύπτει από ειδική αιτιολογία . Τέτοιοι περιορισμοί που δεν προβλέπονται ούτε από το Σύνταγμα αντίκειται σε αυτό .

Η περιοριστική διοίκηση δρα αποκλειστικά βάσει κανόνων δικαίου και απαιτείται ρητή παραχώρηση εξουσίας εκ μέρους του νομοθέτη για τον περιορισμό της ελευθερίας ή της ιδιοκτησίας. Τα διοικητικά δικαστήρια ελέγχουν την ύπαρξη αυτής της εξουσιοδότησης και την τήρηση των ορίων της και η διοίκηση οφείλει να συμμορφώνεται στις αποφάσεις τους. Οι κανόνες αυτοί εκ των πραγμάτων δεν εφαρμόζονται στην παροχική διοίκηση και συνεπώς αυτή απαλλάσσεται από την ανάγκη ρητής νομοθετικής εξουσιοδότησης των παροχών της. Και αυτή, όμως, η άποψη δεν είναι αναντίρρητη.

Στη ρυθμιστική διοίκηση, που αποτελεί μία σύνθεση της περιοριστικής και παροχικής διοίκησης, η αρχή της νομιμότητας εφαρμόζεται ανάλογα. Συνεπώς, συνταγματικές διατάξεις που αναθέτουν στο κράτος εν γένει αρμοδιότητες και εξουσίες, όπως εκείνη του άρθρου 106 του Συντάγματος, πρέπει πριν ασκηθούν από τη διοίκηση να εξειδικευτούν από το νομοθέτη. Η εξειδίκευση αυτή γίνεται κατά βάση με νομοθετική εξουσιοδότηση, κάτι που πλήττει τη δύναμη της εφαρμογής της νομιμότητας. Αυτό ισχύει και για τα προγράμματα οικονομικής και κοινωνικής ανάπτυξης, παρότι το Σύνταγμα ορίζει στο άρθρο 79 παρ. 8 του Συντάγματος ότι εγκρίνονται από την Ολομέλεια της Βουλής.

Οι δραστηριότητες που δείχνουν ότι η διοίκηση δεν περιορίζεται στην απλή και δέσμια εκτέλεση των νόμων μπορούν να χαρακτηριστούν ως συγκεκριμενοποίηση του δημοσίου συμφέροντος. Η συγκεκριμενοποίηση του δημοσίου συμφέροντος γίνεται από το Σύνταγμα, από το νόμο και κατά εξουσιοδότηση του νόμου από την κανονιστική πράξη της διοίκησης, αλλά και από την ατομική πράξη που εκδίδεται κατ' άσκηση της διακριτικής εξουσίας της διοίκησης. Σημαντικό είναι να κατανοηθεί ότι το δημόσιο συμφέρον δεν μπορεί να θεμελιώσει απαλλαγή από την αρχή της νομιμότητας, αλλά, αντίθετα, δημόσιο συμφέρον είναι μόνο ότι τα συνταγματικώς οριζόμενα όργανα ορίζουν ως δημόσιο συμφέρον . , και το δικαίο ανάγκης, που παραβιάζει το θετό δικαίο και στηρίζει τη νομιμοποίηση του στο δημόσιο συμφέρον, ξεκινά από μία εσφαλμένη αντίληψη αυτονομίας του δημοσίου συμφέροντος έναντι της νομιμότητας της διοίκησης.

Το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει τονίσει την αρχή της νομιμότητας και δέχεται την άποψη ότι μια διοικητική πράξη που δεν βρίσκει έρεισμα στο νόμο δεν είναι νόμιμη . Η διοίκηση κατά την έκδοση των διοικητικών πράξεων δεσμεύεται από το εκάστοτε ισχύον δικαίο, δηλαδή το δικαίο που ισχύει κατά το χρόνο της έκδοσης τους (άποψη του Συμβουλίου της Επικρατείας) και όχι κατά τον χρόνο που η πράξη έγινε δικαστικά απρόσβλητη (άποψη του Αρείου Πάγου).

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΣτΕ, αν η διάταξη νόμου, στην οποία στηρίχθηκε μία διοικητική πράξη ήταν ανίσχυρη, η πράξη είναι ακυρωτέα . Η ατομική πράξη που στηρίχθηκε σε κανονιστική που ακυρώθηκε από το Συμβούλιο της Επικρατείας είναι ακυρωτέα . Όταν δε η ατομική πράξη ακυρωθεί, η διοίκηση δεν δικαιούται, τροποποιώντας την κανονιστική, να εκδόσει ατομική πράξη με το ίδιο περιεχόμενο, όπως η ακυρωθείσα, αλλά υποχρεούται να εκδόσει πράξη σύμφωνη με την ανακληθείσα κανονιστική .

Κατά πάσης παράνομης τυπικής διοικητικής πράξης μπορεί να ασκηθεί, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, το ένδικο μέσο της αίτησης ακύρωσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας . Ασκούμενο από οποιονδήποτε έχει έννομο συμφέρον, αφορά τον αντικειμενικό έλεγχο της νομιμότητας και έχει ως αποτέλεσμα την εξαφάνιση της πράξης, αν διαπιστωθεί ο παράνομος χαρακτήρας της. Παράλληλα, με την άσκηση αίτησης ακύρωσης, θεμελιώνεται δικαίωμα άσκησης αγωγής για αποζημίωση όσον αφορά τις παράνομες διοικητικές πράξεις. Ακυρωτέα είναι, επίσης, και η διοικητική πράξη που στηρίχθηκε σε διατάξεις των οποίων η ισχύς είχε ήδη λήξει κατά το χρόνο της έκδοσης της ή των οποίων είχε εκλείψει το έδαφος εφαρμογής. Η κατάργηση, όμως εξουσιοδοτικής πράξης δεν επιφέρει αυτόματα την κατάργηση των βάσει αυτής εκδοθεισών ήδη διοικητικών πράξεων, εφόσον ο καταργητικός της εξουσιοδοτικής διατάξης νόμος δεν απαγγέλλει την κατάργηση και των διοικητικών αυτών πράξεων.

Όσον αφορά το θέμα του αν μία διοικητική πράξη είναι νόμιμη ή παράνομη επειδή εκδόθηκε εκτός της προθεσμίας που προβλέπει ο νόμος, στο σημείο αυτό πρέπει να αναφέρουμε ότι καταρχήν οι διοικητικές προθεσμίες έχουν ενδεικτικό χαρακτήρα και για αυτό – κατά κανόνα – μόνο η έκδοση της διοικητικής πράξης μετά την πάροδο της προθεσμίας δεν καθιστά την πράξη παράνομη, εκτός αν η διοίκηση υπερβή ορισμένα εύλογα χρονικά όρια ή η προθεσμία είχε ταχθεί από το νόμο προς έκδοση ορισμένων διοικητικών αποφάσεων ή αν ο νόμος ρητά απαγορεύει στην διοίκηση την ενέργεια μετά την πάροδο της προθεσμίας.

Αλλά και όταν η προθεσμία που θέτει ο νόμος είναι ανατρεπτική, η υπέρβαση της δεν συνεπάγεται παρανομία της διοικητικής πράξης, αν οφείλεται σε ανωτέρα βία.

Επίσης, η παράβαση της αρχής της νομιμότητας μπορεί να μπορεί να έχει διάφορες συνέπειες, ανάλογα με την ενέργεια του οργάνου που είναι αντίθετη προς την αρχή αυτή. Έτσι, όταν πρόκειται για διοικητικές πράξεις που δεν είναι ανυπόστατες, ο διοικούμενος μπορεί να ζητήσει την επανεξέταση της υπόθεσης που τον αφορά με μια διοικητική προσφυγή και να επιτύχει την άρση της παράβασης με ανάκληση, ακύρωση ή μεταρρύθμιση της πράξης. Εάν τα μέσα αυτά δεν αποδώσουν, ο διοικούμενος μπορεί να ασκήσει τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα και να επιτύχει την ακύρωση της πράξης ή της παράλειψης ή την μεταρρύθμιση της πράξης και την αποκατάσταση της ζημίας που του προκάλεσε η παράβαση. Όταν πρόκειται για συμβατικές ή υλικές ενέργειες, ο διοικούμενος μπορεί να ασκήσει τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα και να επιτύχει την άρση της παράνομης κατάστασης και αποζημίωση για τη ζημία που προκλήθηκε.

Ο βαθμός δεσμευσης της διοίκησης εξαρτάται από το είδος της δραστηριότητας της και τη διατύπωση του νόμου. Υπάρχουν απαγορεύσεις απευθυνόμενες στη διοίκηση από το ίδιο το Σύνταγμα (π.χ. άρθρο 4 παρ.7 και άρθρο 5 παρ.2εδ3 του Συντάγματος). Υπάρχουν πράξεις που επιτρέπονται στη διοίκηση μόνο κατόπιν ειδικής νομοθέτησης (π.χ. άρθρο 9 παρ. 1εδ2 και άρθρο 17παρ.2εδ.1 του Συντάγματος). Τέλος, κάποιες πράξεις επιτρέπονται στη διοίκηση απευθείας από το Σύνταγμα χωρίς την ανάγκη παρεμβολής νόμου. Αυτή η περίπτωση υφίσταται ακόμα και αν στην συνταγματική διάταξη υπάρχει η φράση: «όπως νόμος ορίζει » Σύμφωνα, άλλωστε, με το άρθρο 95 του Συντάγματος, η Διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις ακυρωτικές αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας.

Ένα ακόμα θέμα που πρέπει να μας απασχολήσει είναι κατά ποιο τρόπο θα ερευνηθεί η νομιμότητα και συνεπώς θα διαπιστωθεί η παρανομία της ενέργειας ή της μη ενέργειας των οργάνων της δημόσιας διοίκησης. Τα όργανα κάθε μίας από τις κρατικές λειτουργίες δεν δικαιούνται – ενόψει της διάρκειας των λειτουργιών – πάντα να εξαφανίζουν τις παράνομες πράξεις των οργάνων των άλλων λειτουργιών. Δικαιούνται, όμως, να ερευνούν τη νομιμότητα των ενεργειών και όταν διαπιστώσουν παρανομία να απέχουν οποιασδήποτε σύμπραξης στην πραγμάτωση της παράνομης ενέργειας έναντι των πολιτών. Εξάλλου, στο κράτος δικαίου και οι πολίτες δικαιούνται, αλλά και υποχρεούνται να μεριμνήσουν για την προάσπιση της νομιμότητας,

υποχρέωση που απορρέει από το άρθρο 120 του Συντάγματος . Επίσης, η υποχρέωση να μην εφαρμόζουν τα δικαστήρια νόμο το περιεχόμενο του οποίου αντίκειται στο Σύνταγμα και να μην συμμορφώνονται οι δικαστές προς διατάξεις που έχουν τεθεί για την κατάλυση του Συντάγματος απορρέει από τα άρθρα 93 παρ.4 και 87 παρ.2 του Συντάγματος αντίστοιχα. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 45 του ΥΚ οι πολιτικοί διοικητικοί υπάλληλοι δεν υποχρεούνται να συμμορφωθούν προς παράνομη διαταγή προϊστάμενων τους, παρά μόνο υπό ορισμένες προϋποθέσεις. Δικαιούνται δε να διατυπώσουν εγγράφως την αντίθετη γνώμη τους, ώστε να απαλλαγούν από κάθε ευθύνη.

3.1. Κυβερνητικές πράξεις

Σύμφωνα με το άρθρο 45παρ.5 του π.δ. 18/89 «Δεν υπόκεινται σε αίτηση ακύρωσης οι κυβερνητικές πράξεις και διαταγές που ανάγονται στη διαχείριση πολιτικής εξουσίας». Οι πράξεις αυτές είναι εκτελεστές. Το βασικό κριτήριο για να χαρακτηρισθούν ως κυβερνητικές, χαρακτηρισμός που ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας, είναι να ανάγονται στη διαχείριση της πολιτικής εξουσίας. Έχει κριθεί ότι δεν είναι έργο του νομοθέτη ο χαρακτηρισμός των πράξεων αυτών ως κυβερνητικών ή μη. Έχει κριθεί, όμως, ότι ο χαρακτηρισμός μίας διοικητικής πράξης ως κυβερνητικής από νομοθετικό όργανο δεν είναι αφεαυτής αντισυνταγματική, παρά μόνο στην περίπτωση που η επίμαχη διοικητική πράξη δεν μπορεί να θεωρηθεί ως κυβερνητική .

Το κριτήριο για να χαρακτηριστεί μία πράξη ως κυβερνητική ανάγεται στο Σύνταγμα. Ο χαρακτηρισμός αυτός είναι ιδιαίτερα δύσκολος, καθώς πρέπει να ληφθούν υπόψη συνταγματικές αρχές και κανόνες που συχνά οδηγούν σε διαφορετικές κρίσεις, όπως οι αρχές της νομιμότητας, της διάκρισης των εξουσιών, του κράτους δικαίου κ.τ.λ.

Το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει κρίνει ότι στην κατηγορία των κυβερνητικών πράξεων ανήκουν: εκείνες που αναφέρονται στην σχέση ανάμεσα στα κρατικά— όργανα (διάταγμα διάλυσης Βουλής και προκήρυξης εκλογών , προκήρυξης δημοψηφίσματος, αποδοχή παραίτησης Υπουργού ή της Κυβέρνησης, άσκηση νομοθετικής πρωτοβουλίας εκ μέρους των οργάνων της εκτελεστικής εξουσίας)

εκείνες που— αφορούν τις διεθνείς σχέσεις της χώρας (σύναψη και εκτέλεση διεθνών συνθηκών) και γενικότερα εκείνες που άπτονται της ρύθμισης των διεθνών σχέσεων της χώρας και της διπλωματικής προστασίας ελλήνων υπηκόων στο εξωτερικό

κάποιες— πράξεις που αφορούν την εσωτερική και εξωτερική ασφάλεια του κράτους (κήρυξη πολέμου, επιστράτευση)

απονομή χάριτος και η απόρριψη σχετικού αιτήματος—

4. Η αρχή της νομιμότητας στον Π.Κ. (άρθ. 14 Π.Κ.)

Με αφετηρία το άρθρο 14 του ποινικού κώδικα που ορίζει την έννοια της αξιόποινης πράξης ως εξής: «Έγκλημα είναι πράξη άδικη και καταλογιστή στο δράστη της, η οποία τιμωρείται από το νόμο», θα ασχοληθούμε στο παρόν κεφάλαιο με το τελευταίο επιμέρους στοιχείο των εγκλημάτων που είναι η νομική πρόβλεψη, δηλαδή την αρχή της νομιμότητας του εγκλήματος και της ποινής. Αναφερτέα είναι το άρθρο 7 του συντάγματος που ορίζει ότι: « Έγκλημα δεν υπάρχει ούτε ποινή επιβάλλεται χωρίς νόμο που να ισχύει πριν από την τέλεση της πράξης και να ορίζει τα στοιχεία της. Ποτέ δεν επιβάλλεται ποινή βαρύτερη από εκείνη που προβλεπόταν κατά την τέλεση της πράξης», καθώς και το άρθρο 1 του ΠΚ που αναφέρει ότι: « Ποινή δεν επιβάλλεται παρά μόνο για τις πράξεις εκείνες για τις οποίες ο νόμος την είχε ορίσει ρητά πριν από την τέλεση τους».

4.1. Επιμέρους απαγορεύσεις της αρχής της νομιμότητας

Η αρχή της νομιμότητας αναλύεται ειδικότερα σε τέσσερις επιμέρους απαγορεύσεις οι οποίες ισχύουν αποκλειστικά προκειμένου για την θεμελίωση ή επαύξηση του αξιοποίνου και δεν ισχύουν για την κατάλυση ή την μείωση του.

4.1.1 Nullum crimen nulla poena sine lege scripta

Άγραφτοι νόμοι είναι οι κανόνες που δεν διατυπώνονται ούτε από κάποια συγκεκριμένη νομοθετούσα αρχή ούτε σε κάποιο γραπτό κείμενο. Έτσι δεν ενδιαφέρουν, ενόψει θεμελίωσης ή επαύξησης του αξιοποίνου, τα παραγγέλματα του φυσικού δικαίου, οι γενικές αρχές του δικαίου και το έθιμο.

Συγκεκριμένα όσον αφορά το έθιμο, πρέπει να διευκρινισθεί ότι πρόκειται για έναν άγραφο κανόνα που σχηματίζεται από μακρά και ομοιόμορφη εφαρμογή με πεποίθηση δικαίου , συνεπώς είναι αδιανόητο να χρησιμοποιηθεί το έθιμο, προκειμένου να θεμελιωθεί ή επαυξηθεί το αξιοποινό, καθώς η ποινή, εφόσον ισχύει η αρχή «ουδέμία ποινή άνευ δίκης» μόνο από δικαστήριο μπορεί να επιβληθεί. Η μακρά εφαρμογή λοιπόν του εθίμου οφείλει να είναι δικαστική και όχι λαϊκή. Μόνο εμμέσως, συνεπώς, το έθιμο μπορεί να οδηγήσει σε θεμελίωση ή επαύξηση του αξιοποίνου, δηλαδή στις περιπτώσεις εκείνες επί των οποίων οι κατά νόμο προϋποθέσεις του ποινικού κολασμού συγκροτούνται επί τη βάση αυτών που ισχύουν σε άλλους κλάδους δικαίου, στους οποίους το έθιμο αναγνωρίζεται απεριόριστα.

Σημαντικό είναι επίσης να αναφερθεί ότι από το έθιμο μπορούμε, αντίθετα, να αντλήσουμε απεριόριστα κανόνες που καταλύουν το αξιοποινό (π.χ. λόγους άρσης του αδικού ή του καταλογισμού σε ενοχή, ή λόγους μείωσης του). Γίνεται όμως δεκτό ότι εθιμικά δεν είναι δυνατό να επέλθει και η κατάργηση του ποινικού νόμου με αχρησία.

Επίσης γίνεται δεκτό ότι για την ικανοποίηση της αρχής της νομιμότητας δεν απαιτείται η ποινική πρόβλεψη να εμπεριέχεται σε τυπικό νόμο, αλλά μπορεί να εμπεριέχεται και σε νόμο υπό ουσιαστική έννοια, που εκδίδεται δηλαδή από όργανα της εκτελεστικής εξουσίας κατόπιν όμως νομοθετικής εξουσιοδότησης, της οποίας το περιεχόμενο πρέπει να είναι ειδικό και συγκεκριμένο. Κατά την ορθότερη, μάλιστα, άποψη, η εξουσιοδότηση πρέπει να παρέχεται από τυπικό νόμο, ο οποίος, ως νόμος που περιορίζει τα ατομικά δικαιώματα, δεν μπορεί να είναι νόμος-πλαίσιο ούτε να έχει ψηφισθεί από το τμήμα διακοπών, αλλά μόνο από την ολομέλεια της

Βουλής (α.72παρ.Σ).

Με αφορμή την προηγούμενη παράγραφο, σημαντικό είναι να υπενθυμίσουμε ότι ένα είδος νομοθετικής εξουσιοδότησης για έκδοση διατάξεων ποινικού περιεχομένου έχουμε τις περισσότερες φορές και στην περίπτωση των «ποινικών νόμων εν λευκώ», δηλαδή των νόμων εκείνων με τους οποίους καθορίζεται η επιβλητέα ποινή για την περίπτωση πραγμάτωσης ενός εγκλήματος που, όμως, περιγράφεται ολικά ή μερικά σε άλλον κανόνα δικαίου, στον οποίο και γίνεται παραπομπή. Το σημαντικό σε αυτήν την περίπτωση είναι ότι απαιτούνται εδώ δύο νομοθετικές εξουσιοδοτήσεις: μία σχετικά με την έκδοση και το περιεχόμενο του συμπληρωματικού κανόνα (π.χ. την έκδοση διατάξεων από κάποια αρχή για τον τρόπο, χρόνο και τόπο ταφής των νεκρών) και μία που αφορά στην ποινικοποίηση της παράβασης του εν λόγω κανόνα.

4.1.2. Nullum crimen nulla poena sine lege stricta

Η επιμέρους αυτή απαγόρευση στηρίζεται στο άρθρο 1 του ΠΚ που αναφέρει ότι η ποινή πρέπει να έχει ορισθεί ρητά στο νόμο πριν την τέλεση της πράξης. Με αφετηρία και όριο το γλωσσικό, η οριστική σύλληψη του αληθινού δεοντολογικού νοήματος του κανόνα δικαίου συντελείται πάντα με βάση τον σκοπό του, έτσι ώστε κάθε νομική ερμηνεία να είναι κατά νόμιμη τελολογική.

Ένα από τα πλέον δυσχερή για απάντηση ζητήματα του ποινικού δικαίου είναι το αν ο σκοπός του νόμου πρέπει να νοηθεί υποκειμενικά ή αντικειμενικά. Πρέπει, δηλαδή να εννοήσουμε ως σκοπό του νόμου εκείνο μόνο το οποίο ο συγκεκριμένος ιστορικός νομοθέτης επεδίωκε με την εισαγωγή του ή πρέπει να λεχθεί ότι ο νόμος, από την στιγμή που εισάγεται, αποχωρίζεται από τη βούληση και τους σκοπούς των συγκεκριμένων δημιουργών του και ισχύει ως να ετέθη για το κοινωνικό σύνολο, ώστε να εξυπηρετεί και άλλους σκοπούς ενόψει ιδίως των μεταβαλλόμενων κοινωνικών συνθηκών.

Κρατούσα είναι η άποψη ότι η τελολογική ερμηνεία πρέπει να διεξάγεται σύμφωνα με τον σκοπό του νόμου και όχι σύμφωνα με τον σκοπό

του νομοθέτη. Σύμφωνα, όμως, με την άποψη του Ανδρουλάκη, η κρατούσα

γνώμη δεν μπορεί πολλές φορές να εφαρμοσθεί στο ποινικό δίκαιο. Σε αυτό, αντιθέτως, πρέπει να τεθεί προεχόντως ως βάση το υποκειμενικό βούλημα του συγκεκριμένου ιστορικού νομοθέτη, υπό την έννοια ότι αυτός είναι που έχει εκφράσει τη βούληση του να υπόκεινται σε τιμώρηση μόνο ορισμένου είδους πράξεις και πάντως όχι όλες οι πράξεις που καλύπτονται από το γλωσσικό νόημα του περί ου πρόκειται νόμος και συνεπώς δεν συγχωρείται εφαρμογή ή ερμηνεία αυτού του νόμου όταν είναι εκτός των ορίων του.

Άλλη βασική ιδιορρυθμία του ποινικού δικαίου είναι η πλήρωση των κενών του δικαίου με αναλογική εφαρμογή. Είναι εδώ απαραίτητο να διευκρινισθεί ότι η αναλογία οφείλει να απαγορεύεται στο ποινικό δίκαιο εφόσον οδηγεί σε θεμελίωση ή επαύξηση του αξιοποίνου. Η υπέρβαση του γλωσσικού νοήματος του ποινικού κανόνα προς θεμελίωση ή επαύξηση του αξιοποίνου είναι απαράδεκτη, καθώς θα άφηνε δίοδο στην ενδεχόμενη δικαστική αυθαιρεσία και γιατί την απαραίτητη στο ποινικό δίκαιο «αυθεντία της νομοθετικής επιταγής» μόνο το κείμενο του νόμου κατά το λεκτικό- γλωσσικό του νόημα την νόημα διαθέτει. Εννοείται, όμως, ότι είναι καθόλα επιτρεπτή η αναλογία προς κατάλυση ή μείωση του αξιοποίνου.

Γίνεται, επίσης, δεκτό ότι η απαγόρευση της αναλογίας δεν σημαίνει και απαγόρευση της διασταλτικής ερμηνείας. Σύμφωνα με τον Ανδρουλάκη, η διασταλτική ερμηνεία είναι μία ανάλογη εφαρμογή μέσα στα όρια του γλωσσικού νοήματος του οικείου κανόνα.

Όταν υπάρχει αμφιβολία για το αν η κατάφαση ή επαύξηση του αξιοποίνου συντελείται κατά αναλογία ή κατά διασταλτική ερμηνεία, βρίσκεται, δηλαδή, εντός ή εκτός του γλωσσικού-λεκτικού νοήματος του κανόνα θα πρέπει να γίνεται δεκτό ότι πρόκειται για αναλογία.

Επίσης, πρέπει να σημειωθεί ότι στο ποινικό δίκαιο ισχύει ο κανόνας: *in dubio pro mitiore*, δηλαδή, κάθε φορά που βρισκόμαστε ενώπιον διάταξης ως προς την έννοια της οποίας μπορούν να θεμελιωθούν δύο ερμηνευτικές αντιλήψεις, τότε προτιμάται η ερμηνεία εκείνη που είναι ευμενέστερη για τον υπαίτιο της πράξης .

Ένα ακόμα θέμα που τίθεται είναι αν η απαγόρευση της αναλογίας αφορά και τα μέτρα ασφαλείας. Από πολλούς συγγραφείς υποστηρίζεται ότι η απαγόρευση της αναλογίας αφορά μόνο στις ειδικές υποστάσεις των εγκλημάτων και των ποινών, όπως αυτές απαντούν στο ειδικό μέρος του Ποινικού Κώδικα και στους ειδικούς ποινικούς νόμους και όχι και στις γενικές διατάξεις του Ποινικού Κώδικα με την άποψη των ποινολόγων, η απαγόρευση είναι βέβαιο ότι ισχύει σε σχέση με εκείνες τις διατάξεις του γενικού μέρους που ενέχουν θεμελίωση αξιοποίνου, (π.χ. διατάξεις για την απόπειρα, συμμετοχή στο έγκλημα κ.τ.λ.). Διαφορετική είναι όμως η αντιμετώπιση όσον αφορά τους λόγους άρσης του αδικού και του καταλογισμού. Σύμφωνα με την άποψη του Ανδρουλάκη, ορθό είναι να θέσει κανείς ως αφετηρία ότι και η αληθινή τελολογική συστολή των λόγων άρσης, αποκλεισμού ή εξάλειψης του αξιοποίνου αντίκειται καταρχήν στο αξίωμα *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Όσον αφορά τους ποινικούς νόμους εν λευκώ και μάλιστα σε σχέση με τον προσδιορισμό του περιεχομένου των παραπεμπόμενων συμπληρωματικών κανόνων, ορθό είναι να λεχθεί ότι και εδώ απαγορεύεται η ανάλογη εφαρμογή.

4.1.3. Nullum crimen nulla poena sine praevia lege

Ο νόμος που θεμελιώνει η επαύξηση το αξιοποίνου δεν εφαρμόζεται αναδρομικά σε πράξεις που τελέσθηκαν πριν από την έναρξη της ισχύος του, ακόμα και αν ο ίδιος ο νόμος επιτάσσει ρητά την αναδρομική εφαρμογή του. Ο λόγος που εξηγεί την παραπάνω απαγόρευση είναι ο εξής: συνεπεία της ιδιόζουσας σημασίας και βαρύτητας της ποινής, η πρόβλεψη της αξιώνει νηφαλιότητα, ηρεμία και έλλειψη προκατάληψης. Όλα αυτά εξασφαλίζονται μόνο εφόσον η απειλή της ποινής έρχεται από προηγούμενο νόμο που τέθηκε σε ισχύ σε ανύποπτο χρόνο και άσχετο κατά ανάγκη με την συγκεκριμένη περίπτωση. Αντίθετα ο ποινικός νόμος αναδρομικής ισχύος δεν παρέχει τα λογικά αυτά εχέγγυα ψυχραιμίας και αμερόληπτης κρίσης, αλλά συνδέεται εκ των πραγμάτων από την υποψία ότι εκδόθηκε για να ποινικοποιηθούν συγκεκριμένες περιπτώσεις. Από νομική άποψη ο αναδρομικός νόμος αποδοκιμάζεται επειδή, ρυθμίζοντας ιστορικά δεδομένες, δηλαδή, συγκεκριμένες σχέσεις και καταστάσεις, δεν έχει το γενικό και αφηρημένο εκείνο περιεχόμενο, το οποίο και μόνο επιτρέπει την πραγμάτωση της αρχής της ισότητας, όπως αυτή εμφανίζεται ως θεμελιώδης συνισταμένη της διανεμητικής δικαιοσύνης.

Η απαγόρευση της αναδρομικότητας αφορά σε όλους τους όρους θεμελίωσης και επαύξησης του αξιοποίνου, είτε προβλέπονται στο ειδικό είτε στο γενικό μέρος του Ποινικού Κώδικα και σε όλες τις ποινές Αντίθετα, δεν

εκτείνεται στους νόμους της Ποινικής Δικονομίας, που θεωρείται ότι καταλαμβάνουν και τις εκκρεμείς δίκες. Τα παραπάνω δεν εμποδίζουν την αναδρομική εφαρμογή ενός νόμου που αποκλείει ή μειώνει το αξιόποινο. Σχετικό είναι το άρθρο 2 του Ποινικού Κώδικα που ορίζει ότι: 1. « Αν από την τέλεση της πράξης έως την αμετάκλητη εκδίκαση της ισχύσαν δύο ή περισσότεροι νόμοι, εφαρμόζεται αυτός που έχει τις ευμενέστερες για τον κατηγορούμενο διατάξεις (έστω και αν ο επεικέστερος νόμος ισχύσε για λίγο χρονικό διάστημα). 2. Αν μεταγενέστερος νόμος χαρακτήρισε την πράξη ως μη αξιόποινη, παύει και η εκτέλεση της ποινής που επιβλήθηκε καθώς και τα ποινικά επακόλουθα της.» Ο λόγος που εξηγεί την ηπιότερη ή ακόμα και την καθόλου τιμώρηση του δράστη είναι ο εξής: το να κηρύσσεται μία πράξη ως ατιμώρητη ή λιγότερο αξιόποινη αποτελεί μία έκφραση της Πολιτείας ότι η περί ης πρόκειται πράξη είναι άξια μικρότερης ή και καμίας ποινής, συνεπώς, θα ήταν αντιφατική η προσκόλληση σε παλαιότερο νόμο της. Έτσι, ο Ποινικός Κώδικας επιβάλλει την εφαρμογή του ηπιότερου νόμου, εφόσον τέθηκε σε εφαρμογή πριν η καταδίκη του κατηγορουμένου γίνει αμετάκλητη, συνεπώς, ακόμα και αν η υπόθεση εκκρεμεί στον Άρειο Πάγο μπορεί ο επεικέστερος νόμος να καταλάβει την πράξη. Ο επεικέστερος δε νόμος ασκεί επιρροή ακόμα και μετά την αμετάκλητη καταδίκη, εφόσον αναγορεύει την πράξη σε μη αξιόποινη. Υποστηρίζεται δε (Μάνεσης, Σβώλος, Μαγκάκης, Μπέκας Λίβος) ότι η αναδρομική εφαρμογή του επεικέστερου νόμου είναι και συνταγματικά επιβεβλημένη. Σύμφωνα με την άποψη του Ανδρουλάκη, αυτό δεν συνάγεται λογικά από το άρθρο 7 παρ.1 του Συντάγματος, αλλά θα μπορούσε να θεωρηθεί ως αντισυνταγματική η μη εφαρμογή του επεικέστερου νόμου για το λόγο ότι συνιστά αυθαιρεσία προσβάλλοντας έτσι την αρχή της ισότητας ή ότι ενέχει προσβολή της αρχής της αναλογικότητας . Το ζήτημα που ανακύπτει είναι ποιος νόμος μπορεί να χαρακτηριστεί ως επεικέστερος. Αφενός, είναι αυτονόητο ότι ο νόμος που προβλέπει ατιμωρησία για μία πράξη είναι και ο επεικέστερος. Αφετέρου, ισχύει η λεγόμενη συγκεκριμένη θεώρηση του πράγματος, δηλαδή, επεικέστερος είναι εκείνος ο νόμος που, κατά την συγκεκριμένη εφαρμογή του, οδηγεί σε ατιμωρησία ή ηπιότερη τιμώρηση την υπό κρίση συμπεριφορά. Επεικέστερος είναι ο νόμος που έχει in concreto τα ευνοϊκότερα για τον κατηγορούμενο αποτελέσματα Όσον αφορά τους νόμους προσωρινής ισχύος πρέπει να παρατηρηθούν τα ακόλουθα : Κατά τη διάταξη του άρθρου 3 του Ποινικού Κώδικα « νόμοι με προσωρινή ισχύ εφαρμόζονται και μετά την παύση της ισχύος τους σε πράξεις που τελέστηκαν όταν αυτοί ισχύαν». Η διαφορετική νομοθετική αντιμετώπιση των νόμων προσωρινής ισχύος οφείλεται αφενός στο ότι η παύση της ισχύος του προσωρινού νόμου δεν μπορεί να αποδοθεί σε μεταβολή των αντιλήψεων του νομοθέτη, αλλά στην εξάλειψη των πραγματικών προϋποθέσεων της εισαγωγής του και αφετέρου στο ότι, αν ισχύε διαφορετική ρύθμιση, ο νόμος θα ετίθετο εκ των πραγμάτων εκτός εφαρμογής και θα εστερείτο κάθε αυθεντίας . Σε περίπτωση αλληλοδιαδοχής ισχύος περισσότερων προσωρινών νόμων, θα εφαρμοσθεί εκείνος που περιέχει τις ευμενέστερες για τον κατηγορούμενο διατάξεις. Σημαντικό, εξίσου, είναι το ζήτημα της μεταβολής του συμπληρωματικού νόμου στην περίπτωση των ποινικών νόμων εν λευκώ. Καταρχήν, είναι σαφές ότι ο κατηγορούμενος θα πρέπει να ωφελείται και από την επί το ηπιότερο μεταβολή του συμπληρωματικού κανόνα ενός ποινικού νόμου εν λευκώ, καθώς ο συμπληρωματικός αυτός κανόνας συναπαρτίζει την ειδική υπόσταση του οικείου εγκλήματος . Αντίθετη άποψη είναι εκείνη του Χωραβά, που υποστήριξε ότι « απαγορευτικός ή επιτακτικός κανόνας και ποινικός νόμος είναι έννοιες διακεκριμένες, η μεταβολή δε του πρώτου δεν επάγει αναδρομική κατάλυση του αξιοποίνου, εκτός εάν σαφώς προκύπτει η θέληση του νόμου να καταλύσει αναδρομικώς τον άδικο χαρακτήρα της πράξης». Με αυτήν την άποψη τάσσεται και η νομολογία . Τέλος, όσον αφορά την αναδρομή στα μέτρα ασφαλείας, αναφερτέο είναι, καταρχήν το άρθρο 4 του Ποινικού Κώδικα που ορίζει ότι τα μέτρα ασφαλείας επιβάλλονται σύμφωνα με το νόμο που ισχύει κατά την εκδίκαση της πράξης. Εξάλλου, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου, παρέχεται η ευχέρεια στο δικαστήριο που εξέδωσε την απόφαση να διατηρήσει το επιβληθέν μέτρο, ακόμα και αν η πράξη χαρακτηρίστηκε με μεταγενέστερο νόμο ως μη αξιόποινη και αυτό γιατί το μέτρο ασφαλείας επιβάλλεται για την επίτευξη της φυσικής μόνο προστασίας της κοινωνίας από την επικινδυνότητα της προσωπικότητας του δράστη και, εφόσον αυτή η επικινδυνότητα διατηρείται, το μέτρο δεν μπορεί να αρθεί απλά και μόνο επειδή επήλθε επιβολή επεικέστερου νόμου. Σύμφωνα με την άποψη του Μαγκάκη, το άρθρο 4 του Ποινικού Κώδικα είναι αντισυνταγματικό .

4.1.4. Nullum crimen nulla poena sine lege certa

Η αρχή αυτή επιτάσσει αφενός τον αποκλεισμό μιας αόριστης ποινής και αφετέρου τον αποκλεισμό μιας αόριστης περιγραφής από το νόμο της αξιόποινης συμπεριφοράς. Η εγκληματική συμπεριφορά πρέπει να περιγράφεται με κάθε λεπτομέρεια στην ποινική διάταξη, διαφορετικά ένας ποινικός νόμος δεν θα επιτελούσε την εγγυητική του λειτουργία. Το ζήτημα της αοριστίας είναι ιδιαίτερα σημαντικό, καθώς, σε περίπτωση αόριστης ποινικής διάταξης, αυτή θα αντίκειτο στο άρθρο 7 παρ.1 του Συντάγματος και θα απέβαινε ανεφαρμόστη . Όπου δε η υπάρχουσα αοριστία της περιγραφής δεν φτάνει σε ακύρωση της ισχύος του νόμου, αυτή η αοριστία θα αντιμετωπιστεί στο πλαίσιο της ερμηνείας του οικείου κανόνα. Αντισυνταγματικός είναι , λοιπόν, ο νόμος, που λόγω της αοριστίας του αποκλείει τον ερμηνευτικό περιορισμό του πεδίου εφαρμογής του σε έναν προσδιορισμένο πυρήνα περιπτώσεων και πρέπει οι ποινικοί νόμοι να περιγράφουν, συγκεκριμένα και ορισμένα, την αξιόποινη πράξη, ώστε να είναι αντικειμενικά διαγνώσιμη σε κάθε ατομική – εμπειρική της εμφάνιση . Το άρθρο 7 παρ.1 του Συντάγματος επιβάλλει την περιγραφή της πράξης που απειλείται με ποινή. Περιγραφή σημαίνει αφήγηση, απεικόνιση με λέξεις και θέση σε περίγραμμα. Η περιγραφή βέβαια της πράξης στο νόμο δεν μπορεί παρά να γίνεται με γενική διατύπωση των εννοιών, αφού ο νόμος είναι γενικός και δεν αναφέρεται σε συγκεκριμένο εμπειρικό γεγονός. Η διατύπωση, όμως, αυτή για να περιγραφεί θα πρέπει να μας δίνει τη δυνατότητα να προσδιορίσουμε την πράξη στην εμπειρική της ατομικότητα. Για να είναι μία ποινική διάταξη ορισμένη αρκεί να περιγραφεί το φυσικό αποτέλεσμα με την πλατιά ή την στενή έννοια του όρου, ώστε να συνάγεται με σαφήνεια το κοινωνικό νόημα της πράξης. Έτσι, ορίζεται το άδικο της κάθε πράξης, που τη διαφοροποιεί από τις άλλες, και παρέχεται η δυνατότητα της εξατομικευμένης αξιολόγησης της ενόψει της βλαπτικής μεταβολής που προκάλεσε στον εξωτερικό κόσμο. Σύμφωνα με την πλειοψηφούσα άποψη ποινικολόγων, η περιγραφή των αξιόποινων πράξεων είναι σαφέστερη αν χρησιμοποιούνται για τον σκοπό αυτό περιγραφικές έννοιες, δηλαδή, έννοιες που

αποδίδουν ευθέως ορισμένη εμπειρική πραγματικότητα που υπόκειται στην αντίληψη με τις αισθήσεις, έτσι ώστε η διάγνωση της πραγμάτωσης τους στην συγκεκριμένη περίπτωση να είναι δυνατή από μόνη την συμμετοχή του διαγιγνώσκοντος στο κοινό γλωσσικό αισθητήριο και την παρατήρηση του εμπειρικού κόσμου. Υπάρχουν, όμως, και έννοιες που απαιτούν ορισμένη διανοητική κατεργασία, προκειμένου να κατανοηθούν. Η κατεργασία αυτή γίνεται με γνωστικά ή αξιολογικά κριτήρια. Σε περίπτωση αμφιβολίας εφαρμοστέο είναι το *in dubio pro libertate*.

Με βάση όσα ειπώθηκαν πιο πάνω μπορούμε να συμπεράνουμε τα ακόλουθα:

α) Ποινική διάταξη που δεν περιγράφει ένα φυσικό αποτέλεσμα (μεταβολή στον εξωτερικό χώρο) συνδεδεμένο με κάποια, έστω και γενικά αναφερόμενη μυϊκή ενέργεια (λ.χ. «προκαλών», « επιφέρων» κ.λ.π.), είναι αόριστη, και συνεπώς αντισυνταγματική, γιατί δεν προσδιορίζει το αναγκαίο για την κατάφαση του αδικού στοιχείου της πράξης, δεν ορίζει δηλαδή, σε τελευταία ανάλυση, το άδικο της πράξης. Έτσι, διάταξη του τύπου: « όστις εν τη οδική κυκλοφορία δεν συμπεριφέρεται ορθώς τιμωρείται...» θα ήταν αόριστη και αντισυνταγματική, γιατί δεν περιγράφει κανένα φυσικό αποτέλεσμα, ώστε να συνάγεται το συγκεκριμένο άδικο της πράξης. Επίσης διατάξεις του τύπου « πάσα πράξη ή αποχή, στρεφόμενη κατά του καθεστώτος ή ενέχουσα προσβολή της εννόμου τάξεως τιμωρείται...» ή « πάσα πράξη, στρεφόμενη κατά της ισότητας των πολιτών τιμωρείται...» θα ήταν αόριστες και αντισυνταγματικές για τον ίδιο λόγο. Το άδικο που σ' αυτές υποδηλώνεται είναι γενικό και όχι συγκεκριμένο (ορισμένο), ακριβώς επειδή δεν περιγράφεται κανένα φυσικό αποτέλεσμα, δεν ορίζεται καμιά πράξη ενόψει του αδικού χαρακτήρα της. Είναι φανερό ότι διατάξεις με γενικές ρήτρες και γενικές κατευθυντήριες αρχές παρόλο που αναφέρονται σε κάποια ενέργεια « πάσα πράξη», « πάσα ενέργεια », « η συμπεριφορά που...») ακριβώς επειδή δεν περιγράφουν κανένα συγκεκριμένο φυσικό αποτέλεσμα, δεν ορίζουν δηλαδή καμιά πράξη, τιμωρούν ουσιαστικά το φρόνημα του δράστη και για αυτό αποτελούν τις πιο κραυγαλέες περιπτώσεις αόριστων και αντισυνταγματικών ποινικών νόμων.

β) Στο χώρο των τυπικών εγκλημάτων, όπου η μυϊκή ενέργεια είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τη φυσική μεταβολή ή με τη φυσική κατάσταση που συνεπάγεται προσβολή εννόμου αγαθού (με το φυσικό αποτέλεσμα στην πλατιά έννοια του όρου), η απλή αναγραφή στην ποινική διάταξη του τύπου της πράξης (λ.χ. κιβδηλεία, μοιχεία, μαστροπεία) δεν αποτελεί περιγραφή της πράξης, όταν από τον τύπο αυτόν δεν μπορεί να προσδιορισθεί συγκεκριμένο άδικο. Έτσι, ποινική διάταξη με τη μορφή « ο ένοχος κιβδηλείας τιμωρείται ...» ή « ο υπαίτιος μοιχείας τιμωρείται...» ή « ο υπαίτιος μαστροπείας τιμωρείται...» θα ήταν αόριστη και συνεπώς αντισυνταγματική, αφού από την αναγραφή απλώς του τύπου δεν μπορεί να συναχθεί με σαφήνεια τι προσβάλλεται στη συγκεκριμένη περίπτωση. Το ίδιο θα ίσχυε και για μια ποινική διάταξη του τύπου « ο κάτοχος απαγορευμένων πραγμάτων τιμωρείται...» ή « αυτός που παραλείπει να κάνει ότι υποχρεούται από το νόμο να κάνει τιμωρείται...». Στις παραπάνω περιπτώσεις δεν μπορεί να ισχυρισθεί κανείς ότι γνωρίζει το νόημα των λέξεων κιβδηλεία, μοιχεία, μαστροπεία ή ότι η κατοχή ή η παράλειψη που ανάγεται σε έγκλημα αναγράφεται πάντως με σαφήνεια (παρά τη γενική διατύπωση) στις αντίστοιχες αυτές ποινικές διατάξεις. Γιατί η μονολεκτική ή γενική διατύπωση σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις συνοδεύεται - εξαιτίας κυρίως της έλλειψης υλικού αντικειμένου ή δέκτη της προσβολής - από την πλήρη αδυναμία προσδιορισμού του ακριβούς εννόμου αγαθού που προσβάλλεται με τις πράξεις αυτές, από πλήρη δηλαδή αοριστία του αδικού.

Θα μπορούσε βέβαια να υποστηριχθεί κανείς πως τίποτα δεν θα άλλαζε στην περίπτωση της μοιχείας, και αν ακόμα οριζόταν (περιγραφόταν) η πράξη ως κατά φύση συνουσία του ενός συζύγου με άλλο, εκτός από τον έτερο σύζυγο, πρόσωπο, αφού και πάλι το προσβαλλόμενο έννομο αγαθό θα παρέμενε θολό. Ωστόσο είναι άλλο πράγμα να αμφισβητείται η ουσιαστική απαξία ενός εγκλήματος, όταν είναι πλήρως προσδιορισμένη η πράξη που το συνιστά, ή να μην υπάρχει ομοφωνία σε ποιο από τα στοιχεία της πράξης που προσδιορίζουν την κοινωνική βλαπτικότητα της θα δοθεί προέχουσα σημασία και άλλο με την συγκάλυψη κάτω από μονολεκτική διατύπωση των στοιχείων της πράξης ή έκταση της απασίας της να γίνει δυσδιάκριτη.

Ο καθηγητής Ανδρουλάκης στην πολύ ενδιαφέρουσα μελέτη του με τον τίτλο « Nullum crimen sine lege certa» προσπάθησε να εντοπίσει τα κατάλληλα κριτήρια προκειμένου να καταδείξει τι πραγματικά σημαίνει αόριστη ποινική διάταξη. Για παράδειγμα θεώρησε ως μη ιδιαίτερα αποδοτικό τον συνήθη τύπο κατά τον οποίο θεωρείται συνταγματικώς ανεκτή η αοριστία εκείνη που μπορεί να αρθεί στην συγκεκριμένη περίπτωση μέσω της ερμηνείας. Επίσης, τόνισε ότι είναι αντισυνταγματικός, ως αόριστος, ο νόμος του οποίου η φραστική αοριστία συνοδεύεται και από αοριστία για τον τύπο της αξίας του εννόμου αγαθού.

Επίσης σε μία ακόμα ενδιαφέρουσα μελέτη του ίδιου καθηγητή με τίτλο « Άσεμνο και ποιηή σήμερα» καταδεικνύεται η τεράστια σημασία των αξιολογικών εννοιών και η επίδραση που μπορούν να έχουν στην ποινική μεταχείριση ενός ατόμου. Με αφορμή την έννοια του « ασέμνου» στο ν. 5060/1931 ο καθηγητής αναρωτάται αφενός για τη νομιμότητα της αναγκαστικής ηθικής εξύψωσης των πολιτών από την πλευρά της Πολιτείας και αφετέρου κατ' επέκταση κατά πόσο είναι δυνατό κάποιες αξιολογικές έννοιες τόσο λεπτές και με δυσδιάκριτα όρια να ποινικοποιούνται.

Ένα ακόμα ερώτημα είναι κατά πόσο οι λεγόμενοι « λευκοί ποινικοί νόμοι» συμβιβάζονται πια με το άρθρο 7 παρ.1 του Συντάγματος, με την αρχή δηλαδή που ρητά διατυπώνεται (και κατοχυρώνεται) σ' αυτό. Στους λευκούς ποινικούς νόμους, όπως είναι γνωστό, καθορίζεται μόνο η επιβλητέα ποινή, ενώ ο καθορισμός των ειδικών συστατικών όρων του εγκλήματος παραπέμπεται σε άλλη πηγή, λ.χ. σε άλλο νόμο ή διάταγμα ή αστυνομική διάταξη κλπ.. Κατ' ακριβολογία, οι λευκοί ποινικοί νόμοι δεν αποτελούν περίπτωση νομοθετικής εξουσιοδότησης για την έκδοση διατάξεων ποινικού περιεχομένου, αλλά απλώς παραπέμπουν σε διατάξεις της νομοθεσίας (κατά κανόνα διοικητικής φύσης), οι οποίες - εφόσον δεν είναι τυπικοί νόμοι - θα πρέπει να σπηριζονται σε άλλη ρητή και ειδική εξουσιοδότηση για να έχουν κύρος. Από τους λευκούς ποινικούς νόμους πρέπει να ξεχωρίσουμε τους χλωλούς ποινικούς νόμους, οι οποίοι παραπέμπουν σε άλλες διατάξεις της νομοθεσίας όχι για τον καθορισμό των συστατικών όρων του εγκλήματος, αλλά για τη συμπλήρωση τους. Τέτοιοι χλωλός (και όχι λευκός) ποινικός νόμος είναι το άρθρο 358 ΠΚ που παραπέμπει στις διατάξεις του Αστικού Κώδικα για τον προσδιορισμό της « εκ του νόμου επιβεβλημένης» διατροφής, χωρίς κατ' ακριβολογία να αποτελεί κύρωση για παράβαση των προσταγών αυτών των διατάξεων. Στην ίδια κατηγορία ανήκει το άρθρο 404 ΠΚ, για την τοκογλυφία, που παραπέμπει στο νόμο, ο οποίος ορίζει τα θεμιτά ποσοστά τόκου, για να συμπληρώσει αναγκαία την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος που τυποποιεί. Η απαξία της πράξης σ' αυτές τις περιπτώσεις προκύπτει από τον ίδιο το χλωλό ποινικό νόμο και έχει συγκεκριμένο και όχι αόριστο περιεχόμενο. Οι χλωλοί ποινικοί νόμοι, καθώς συμπληρώνονται με υπάρχουσες κάθε φορά διατάξεις, δεν είναι αόριστες και συνεπώς δεν αντιστρατεύονται στο άρθρο 7 παρ.1 του Συντάγματος.

Δεν συμβαίνει όμως το ίδιο και με τους (γνήσιους) λευκούς ποινικούς νόμους. Οι νόμοι αυτοί δεν έχουν

αντικειμενική υπόσταση, αλλά και δεν παραπέμπουν σε συγκεκριμένη διάταξη της νομοθεσίας για τη συμπλήρωση ή έστω για τον προσδιορισμό της. Παραπέμπουν αόριστα σε ομάδα διατάξεων που πολλές φορές δεν έχουν εκδοθεί καν, αλλά πρόκειται να εκδοθούν στο μέλλον. Κατά κανόνα προσδιορίζεται βέβαια ο ευρύτερος χώρος του αντικειμένου της ρύθμισης των (π.χ. ο τομέας της υγείας, της ουδετερότητας του κράτους σε καιρό πολέμου, της εκλογικής διαδικασίας, της αγορανομίας κ.λ.π.) όμως αυτό δεν είναι καθόλου αρκετό για τον προσδιορισμό του αδικού χαρακτήρα της πράξης που θα αποτελέσει έγκλημα με βάση τον λευκό ποινικό νόμο. Η έννοια της αρχής *nullum crimen sine lege certa* είναι να γνωρίζει από πριν (δηλαδή πριν ενεργήσει) ο πολίτης την έκταση του αδικού σε συγκεκριμένο χώρο κοινωνικών σχέσεων και όχι απλώς την ύπαρξη του αδικού. Δεν αρκεί δηλαδή να ξέρει ότι «κάθε παράβαση διαταγών στον τομέα της υγείας είναι αξιόποινη, γιατί αποτελεί αφηρημένη έστω διακινδύνευση του εννόμου αγαθού της δημόσιας υγείας», αλλά πρέπει να ξέρει και το περιεχόμενο αυτών των διαταγών, δηλαδή την ακριβή έκταση των «επικίνδυνων» ενεργειών στον παραπάνω τομέα. Και αυτό δεν μπορεί να το ξέρει ο πολίτης, όταν η παραπομπή του αξιοποιούσας γίνεται σε ένα πλήθος διατάξεων χωρίς συγκεκριμένη αναφορά, πολλές από τις οποίες αφορούν βέβαια το προστατευόμενο έννομο αγαθό, δεν έχουν όμως καμιά σχέση με την προσβολή ή τη διακινδύνευση.

5. Η αρχή της νομιμότητας στο φορολογικό δίκαιο

Όσον αφορά το φορολογικό δίκαιο, ο συνταγματικός κανόνας δικαίου που αποτυπώνει την αρχή του *nullum crimen nulla poena sine lege* είναι το άρθρο 78 παρ.1 που ορίζει ότι: «Κανένας φόρος δεν επιβάλλεται ούτε εισπράττεται χωρίς τυπικό νόμο που καθορίζει το υποκείμενο της φορολογίας και το εισόδημα, το είδος της περιουσίας, τις δαπάνες και τις συναλλαγές ή τις κατηγορίες τους, στις οποίες αναφέρεται ο φόρος», καθώς και το άρθρο 78 παρ. 4 που ορίζει ότι «Το αντικείμενο της φορολογίας, ο φορολογικός συντελεστής, οι απαλλαγές ή εξαιρέσεις από τη φορολογία και η απονομή των συντάξεων δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο νομοθετικής εξουσιοδότησης».

Στα δημοκρατικά πολιτεύματα, ο νόμος, ως έκφραση της γενικής θέλησης, και εκδήλωση της λαϊκής κυριαρχίας πραγματώνει τη συναίνεση των πολιτών στο νόμο. Για αυτό αν ο φόρος αποτελεί περιορισμό της ιδιοκτησίας και της οικονομικής ελευθερίας, για να είναι θεμιτός αυτός ο περιορισμός πρέπει να προβλέπεται από το νόμο, που εκφράζει τη συναίνεση των πολιτών.

Για την θέσπιση του φόρου απαιτείται η ετήσια συγκατάθεση του Κοινοβουλίου, με την έγκριση των φορολογικών εσόδων μέσω της ψήφισης του προϋπολογισμού (άρθρα 79 παρ.1 και 2 του Συντάγματος). Για τη νομιμότητα της είσπραξης των φορολογικών εσόδων δεν αρκεί να υπάρχει νομοθετική πρόβλεψη των αντικειμενικών ουσιαστών στοιχείων του φόρου, αλλά πρέπει να αναγράφονται τα σχετικά έσοδα στον προϋπολογισμό του Κράτους. Η αναγραφή, όμως, στον κρατικό προϋπολογισμό φορολογικού εσόδου που δεν έχει έρεισμα σε άλλο νόμο, εκτός του προϋπολογισμού, δεν ανταποκρίνεται προς την αρχή της νομιμότητας του φόρου και επομένως δεν επαρκεί για τη νόμιμη είσπραξη του σχετικού εσόδου.

Κατ' άρθρο 44 παρ. 1 του Συντάγματος που ορίζει την έκδοση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου σε περιπτώσεις εξαιρετικές επειγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, επιτρέπεται η ρύθμιση οποιουδήποτε φορολογικού αντικειμένου με πράξεις νομοθετικού περιεχομένου, αρκεί να συντρέχει λόγος επειγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης. Βέβαια, αποκλείεται η κατά πάγιο τρόπο ρύθμιση της φορολογίας με πράξεις νομοθετικού περιεχομένου.

Όταν δεν πρόκειται για τη ρύθμιση των αντικειμενικών ουσιαστών στοιχείων του φόρου, είναι δυνατή η έκδοση κανονιστικών πράξεων, κατά τις προϋποθέσεις της νομοθετικής εξουσιοδότησης, σύμφωνα με το άρθρο 43 παρ. 2 του Συντάγματος. Έτσι, επιτρέπεται η νομοθετική εξουσιοδότηση σε θέματα διοικητικής φορολογικής διαδικασίας όσον αφορά τη βεβαίωση και είσπραξη φόρων.

Σε αυτό το σημείο πρέπει να αναφέρουμε το άρθρο 49 της Συνθήκης περί ίδρυσης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας Άνθρακα και Χάλυβα που είχε προβλέψει την θέσπιση του πρώτου ευρωπαϊκού υπερεθνικού φόρου με τη μορφή μιας εισφοράς επί των επιχειρήσεων παραγωγής άνθρακα και χάλυβα. Η εισφορά αυτή επιβάλλεται από το υπερεθνικό όργανο μέχρι ποσοστού 1% επί της αξίας της ετήσιας παραγωγής προϊόντων άνθρακα και σιδήρου.

Επίσης με την απόφαση του Συμβουλίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων 85/257/ΕΟΚ, ΕΥΡΑΤΟΜ της 07/05/1985 δημιουργήθηκαν 3 κατηγορίες κοινοτικών εσόδων φορολογικού χαρακτήρα, εκ των οποίων κάποιοι αποτελούν κοινοτικούς φόρους που επιβάλλονται στην εθνική επικράτεια χωρίς την παρεμβολή εθνικού τυπικού νόμου. Φορολογικές υποχρεώσεις ή απαλλαγές μπορεί να προβλεφθούν σε διεθνή σύμβαση, απαιτείται, όμως, για την κύρωση αυτών των συνθηκών τυπικός νόμος (άρθρο 36 παρ.2 του Συντάγματος), όπως ορίζει το άρθρο 78 παρ.1 του Συντάγματος.

5.1. Απαγόρευση των αναδρομικών φορολογικών νόμων.

Η αρχή του κράτους δικαίου αποδοκιμάζει την αναδρομή των φορολογικών διατάξεων και επιτάσσει τη ρύθμιση της φορολογίας για το μέλλον, καθώς η φορολογική επιβολή αποτελεί μία δραστική επέμβαση στη σφαίρα των οικονομικών δικαιωμάτων του πολίτη. Περιπτώσεις άμεσης εφαρμογής που προσδίδουν αναδρομική ισχύ στο νέο φορολογικό καθεστώς αποτελούν:

Η αναδρομική κατάργηση ή ο- περιορισμός υφιστάμενου ευνοϊκού φορολογικού καθεστώτος, φορολογικών απαλλαγών ή εξαιρέσεων.

Η αναδρομική μεταβολή του τρόπου εξεύρευσης της φορολογητέας- ύλης.

Η αναδρομική εφαρμογή φορολογικού τεκμηρίου.-

Ο αναδρομικός- περιορισμός των εκπιπόμενων δαπανών.

Η απαγόρευση επιστροφής φόρου που- καταβλήθηκε αχρεωστήτως.

Η αλλαγή με αναδρομική ισχύ του υπόχρεου καταβολής- φόρου.

Η εφαρμογή της δυσμενέστερης φορολογικής ρύθμισης με βάση ειδική- διάταξη και στις υποθέσεις που εκκρεμούν κατά την έναρξη της ισχύος της ενώπιον των φορολογικών αρχών ή των διοικητικών δικαστηρίων.

Η αναδρομική στέρηση- δικαιώματος επιλογής ειδικού φορολογικού καθεστώτος.

Καταρχήν αποδοκιμάζεται η δυσμενέστερη και όχι η ευμενέστερη αναδρομικότητα, όμως, για την εφαρμογή του ηπιότερου καθεστώτος πρέπει να υπάρχει ρητή νομοθετική μνεία. Άλλωστε υπάρχει τεκμήριο εφαρμογής του νέου ηπιότερου νόμου και στις εκκρεμείς υποθέσεις, τεκμήριο που μπορεί να αντραπεί μόνο με ρητή αντίθετη νομοθετική διάταξη (σύμφωνα με την άποψη που έχει διατυπώσει το Συμβούλιο της Επικρατείας).

Το άρθρο 78 παρ.2 του Συντάγματος ορίζει ότι: « Φόρος ή άλλο οποιοδήποτε οικονομικό βάρος δεν μπορεί να επιβληθεί με νόμο αναδρομικής ισχύος που εκτείνεται πέρα από το οικονομικό έτος το προηγούμενο εκείνου κατά το οποίο επιβλήθηκε».

Η αναδρομική νομοθετική κύρωση φορολογικών κανονιστικών πράξεων, που εκδόθηκαν κατά παράβαση του Συντάγματος, είναι ανίσχυρη κατά το μέρος κατά το οποίο κυρώνει τους κατά παράβαση τεθέντες κανόνες δικαίου, ακόμα και όταν τηρούνται οι συνταγματικοί περιορισμοί της αναδρομικότητας του φόρου.

Τέλος, προσδίδεται αναδρομική ισχύς σε φορολογική διάταξη, ακόμα και πέραν του προηγούμενου έτους, όταν αυτή εκδίδεται για τη συμμόρφωση της χώρας μας σε κανόνες της ευρωπαϊκής έννομης τάξης, εφόσον με τις διατάξεις αυτές δεν επιβάλλεται φορολογικό βάρος, αλλά αναζητείται η επιστροφή ποσών που μπορεί να χορηγήθηκαν με τη μορφή απαλλαγών ή εκπτώσεων από το φόρο κατά παράβαση των κοινοτικών διατάξεων.

6. Η αρχή της νομιμότητας στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.

Το άρθρο 7 της ΕΣΔΑ εξαγγέλλει την αρχή *nullum crimen nulla poena sine lege* και την ισχύ της ηπιότερης ποινής, το άρθρο 7 της ΕΣΔΑ καθιερώνει την αρχή της μη διασταλτικής ή κατά αναλογία ερμηνείας του νόμου, δηλαδή θεσπίζει την αρχή ότι το αδίκημα πρέπει να ορίζεται ρητώς στο νόμο. Η προϋπόθεση αυτή πληρούται όταν το άτομο μπορεί να γνωρίζει με βάση το κείμενο της σχετικής διάταξης και εν ανάγκη με τη βοήθεια της ερμηνείας από τα δικαστήρια ποιες πράξεις και παραλείψεις συνεπάγονται την ευθύνη του.

7. Επίλογος

Η αρχή της νομιμότητας αποτελεί μία από τις καταστατικές αρχές της σύγχρονης έννομης τάξης. Το περιεχόμενο της αναλύεται στο πλέον αυτονόητο, την ανάγκη προστασίας του ανθρώπου, ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου από τη δύναμη μονομερούς επιβολής της κρατικής εξουσίας.

Λαμβάνοντας υπόψη το περιεχόμενο της αρχής *nullum crimen nulla poena sine lege* έτσι όπως θεσπίζεται στο άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος και έτσι όπως υπολαμβάνεται είτε στο ποινικό, είτε στο διοικητικό δίκαιο διαπιστώνουμε την αγωνία και το μέλημα του νομοθέτη να προστατεύσει τον άνθρωπο – πολίτη από τις παράνομες ενέργειες και αποφάσεις της εκτελεστικής εξουσίας και να επιβεβαιώσει την ανάγκη που νιώθει ο καθένας μας να ζει σε μία ευνομούμενη πολιτεία, όπου οι νόμοι της δεν στρέφονται μόνο κατά των ίδιων των πολιτών, αλλά και κατά των αυθαιρεσιών της εκτελεστικής εξουσίας, όπως επίσης και μίας πολιτείας που δίνει τη δυνατότητα στα μέλη της να γνωρίζουν όσο το δυνατό καλύτερα ποια είναι τα όρια της ελεύθερης δράσης τους που μπορούν να συνυπάρχουν με το κοινό συμφέρον.

Η αρχή της νομιμότητας έχει, εκτός των άλλων, επιμορφωτικό χαρακτήρα, διότι, από τη μία πλευρά προσπαίζει τα όρια της ελεύθερης και συνεπώς επιτρεπόμενης δράσης των ατόμων σεβόμενη την προσωπικότητα και τις επιλογές τους και από την άλλη πλευρά υποδεικνύει την ανάγκη τήρησης νομοταγούς συμπεριφοράς για την ομαλή ενσωμάτωση στην κοινωνία και την πρόοδο της τελευταίας. Έτσι, ενώ το κράτος με την θέσπιση απαγορεύσεων και την επιβολή ποινών εμφανίζεται ως τιμωρός απέναντι στους παραβάτες που δεν συμμορφώνονται στις θελήσεις του νομοθέτη, ο συντακτικός νομοθέτης στο άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρώνει έμμεσα το δικαίωμα αυτοκαθορισμού του ατόμου, πιστός στις αρχές της έννομης τάξης του κοινωνικού ανθρωπισμού.

