

Αθήνα, 19 Μαΐου 2009

Αρ. πρωτ.: 4806.09.2.1

Χειριστής: Μιχ. Τσαπόγας

Τηλέφωνο: 210 72 89 633

Φαξ: 210 72 89 643

Υπουργείο Εθνικής Αμυνας
Διεύθυνση Στρατιωτικής Δικαιοσύνης
Στρατόπεδο Παπάγου
115 25 ΑΘΗΝΑ

Αξιότιμοι κύριοι,

Ο Συνήγορος του Πολίτη, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του σύμφωνα με τα άρθρα 3 & 4 ν. 3094/2003, εξετάζει την από 11.3.2009 αναφορά (αρ. πρωτ. 4806) του κ. ***, έλληνα πολίτη και δικηγόρου Πειραιώς, αίτηση συμμετοχής του οποίου στον διαγωνισμό για την πλήρωση θέσεων παρόδρων Δικαστικού Σώματος Ενόπλων Δυνάμεων απορρίφθηκε (πίνακας της Επιτροπής άρθρου 7 π.δ. 390/97 από 3.3.2009, συνημμένος στο υπ' αρ. πρωτ. Φ.415/230394/Σ.37/3.3.2009 έγγραφό σας) με την αιτιολογία ότι **«έχει μεν την Ελληνική ιθαγένεια, πλην όμως και οι δύο γονείς του δεν είναι Έλληνες το γένος αλλά Πακιστανοί»** και με επίκληση των άρθρων 14 § 3 Κώδικα Δικαστικού Σώματος Ενόπλων Δυνάμεων (ν. 2304/95: **«αλλογενής, που έχει αποκτήσει την ελληνική ιθαγένεια, δεν διορίζεται δικαστικός λειτουργός»**) και 2^ο π.δ. 390/97.

Αμέσως μετά, ο ίδιος απευθύνθηκε στην υπηρεσία σας θέτοντας ζήτημα συμβατότητας των επίμαχων διατάξεων προς εκείνες του ν. 3304/2005, έλαβε όμως την απάντηση (έγγραφό σας υπ' αρ. πρωτ. Φ.454/230429/Σ.61/19.3.2009) ότι **«η διάταξη του ΚΔΣΕΔ είναι απολύτως ειδική ... στα πλαίσια ερμηνείας του ν. 3304/2005 και με βάση τις διατάξεις του άρθρου 5 αυτού διακρίσεις εξακολουθούν να είναι ισχυρές και δικαιολογημένες, εάν ο σκοπός που εξυπηρετούν είναι θεμιτός και το χρησιμοποιούμενο μέσο είναι πρόσφορο και αναγκαίο ... το Δικαστικό Σώμα Ενόπλων Δυνάμεων συνδέεται αναπόσπαστα με τις Ελληνικές Ένοπλες Δυνάμεις, δηλαδή μία πτυχή μίας από τις τρεις θεμελιώδεις, κατά το άρθρο 26 του Συντάγματος, κρατικές λειτουργίες και υπόκειται, για το λόγο αυτό, σε έντονη ρυθμιστική επέμβαση από το νομοθέτη ... ενόψει της φύσεως, της ιδιαίτερης θεσμικής αποστολής και του σκοπού των ελληνικών ΕΔ, αλλά και της σχέσης ειδικής εξουσιάσεως υπό την οποία τελούν τα μέλη τους, μπορεί ο κοινός νομοθέτης να κρίνει ότι το Ελληνικό δημόσιο συμφέρον επιβάλλει την άσκηση του επαγγέλματος του στρατιωτικού δικαστή μόνο από Έλληνες πολίτες που είναι συγχρόνως και Έλληνες το γένος και από τους δύο γονείς (πρβλ. απόφαση 204/2005 του Σ.τ.Ε.) ... αποτελεί στην πραγματικότητα θέμα ύπαρξης προσόντων για την κατάληψη της αντίστοιχης θέσης, τα δε προσόντα αυτά, κατά ρητή διατύπωση του άρθρου 103 παρ. 1 του Συντάγματος, ορίζονται με νόμο ... κατά τη νομολογία τα μέλη του Δικαστικού Σώματος των Ενόπλων Δυνάμεων έχουν διπλή ιδιότητα, αυτή του δικαστή και του στρατιωτικού συγχρόνως».**

Ο νόμος 3304/2005 ενσωματώνει τις διατάξεις των οδηγιών 2000/43/EK & 2000/78/EK, υπό το πρίσμα των οποίων ερμηνεύεται το περιεχόμενό του, και θεσπίζει γενικό πλαίσιο ρύθμισης για την καταπολέμηση των διακρίσεων, απαγορεύοντας (άρθρο 2 § 1) κάθε άμεση ή έμμεση διάκριση (άρθρο 3 § 3: *«άμεση διάκριση όταν, για λόγους φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, ένα πρόσωπο υφίσταται μεταχείριση λιγότερο ευνοϊκή από αυτήν της οποίας τυγχάνει, έτυχε ή θα ετύγγανε άλλο πρόσωπο, σε ανάλογη κατάσταση ... έμμεση διάκριση όταν μία εκ πρώτης όψεως ουδέτερη διάταξη, κριτήριο ή πρακτική μπορεί να θέσει πρόσωπα ορισμένης φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής σε μειονεκτική θέση συγκριτικά με άλλα πρόσωπα, εκτός εάν η διάταξη, το κριτήριο ή η πρακτική αυτή δικαιολογείται αντικειμενικά από έναν θεμιτό σκοπό και τα μέσα επίτευξής του είναι πρόσφορα και αναγκαία»*), μεταξύ άλλων, λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, με σκοπό τη διασφάλιση της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης, όπως αυτή κατοχυρώνεται στο άρθρο 13 της Συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας. Στο πεδίο εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής εντάσσονται και η *«πρόσβαση στην εργασία και την απασχόληση εν γένει, ... ανεξάρτητα από τον κλάδο δραστηριότητας»* (άρθρο 4 § 1 στοιχ. α' & δ'). Ειδικότερα, η εφαρμογή του κανόνα απαγόρευσης άμεσων και έμμεσων διακρίσεων προϋποθέτει την επί ίσοις όροις άσκηση ενός δικαιώματος ή απόλαυση ενός έννομου αγαθού. Άλλωστε, κατ' άρθρο 4 § 2 του ίδιου νόμου (*«Οι διατάξεις του παρόντος κεφαλαίου δεν εφαρμόζονται στις περιπτώσεις που προβλέπεται διαφορετική μεταχείριση λόγω ιθαγένειας και δεν θίγουν τη μεταχείριση που συνδέεται με τη νομική κατάστασή τους ως ιθαγενών τρίτων χωρών ή ατόμων άνευ ιθαγένειας»*), μόνη επιτρεπτή απόκλιση από την υποχρέωση ίσης μεταχείρισης αποτελεί η διάκριση λόγω ιθαγένειας, στοιχείο που προφανώς δεν συντρέχει όταν έλληνες πολίτες, ευρισκόμενοι στη χώρα τους, παρεμποδίζονται στην απόλαυση του ίδιου ακριβώς αγαθού εν σχέσει προς άλλους συμπολίτες τους. Σύμφωνα, τέλος, με το άρθρο 5, *«δεν συνιστά ανεπίτρεπτη διάκριση η διαφορετική μεταχείριση που βασίζεται σε χαρακτηριστικό σχετικό με τη φυλετική ή εθνοτική καταγωγή, το οποίο, λόγω της φύσης ή του πλαισίου των συγκεκριμένων επαγγελματικών δραστηριοτήτων, αποτελεί ουσιαστική και καθοριστική επαγγελματική προϋπόθεση και εφόσον ο οικείος σκοπός είναι θεμιτός και η προϋπόθεση ανάλογη»*.

Στην υπό κρίση περίπτωση, αλλογενείς έλληνες πολίτες, που απέκτησαν την ελληνική ιθαγένεια με πολιτογράφηση, υφίστανται δυσμενή μεταχείριση εν σχέσει προς αυτήν της οποίας τυγχάνουν, σε ανάλογη κατάσταση (δηλαδή σε ό,τι αφορά τις προϋποθέσεις διορισμού στη στρατιωτική δικαιοσύνη), όσοι απέκτησαν την ελληνική ιθαγένεια είτε από τη γέννησή τους (σε πραγματικό χρόνο ή αναδρομικά) ως τέκνα έλληνα ή ελληνίδας, είτε πολιτογραφηθέντες ως ομογενείς. Το άρθρο 14 § 3 ΚΔΣΕΔ θέτει τους αλλογενείς πολιτογραφηθέντες σε μειονεκτική θέση συγκριτικά με τους ομογενείς πολιτογραφηθέντες ή τους εκ γενετής έλληνες, για λόγο ο οποίος ανάγεται στην εθνοτική καταγωγή τους, ήδη ρητώς και αμέσως εξ αιτίας του περιορισμού *«αλλογενής»*. Η άμεση αυτή διάκριση δεν φαίνεται να δικαιολογείται αντικειμενικά από κάποιο θεμιτό σκοπό με τη χρήση πρόσφορου και αναγκαίου μέσου: η ιδιαιτερότητα του επίμαχου λειτουργήματος επιτρέπει κατ' αρχήν τον αποκλεισμό αλλοδαπών, δεν είναι όμως δυνατό να τύχει εφαρμογής ως κριτήριο διάκρισης μεταξύ ελλήνων πολιτών.

Στα περί του αντιθέτου επιχειρήματα του τελευταίου εγγράφου σας, ο Συνήγορος του Πολίτη αντιτάσσει, κατ' αρχήν, τα εξής:

- αλυσιτελώς προβάλλεται ότι *«η διάταξη του ΚΔΣΕΔ είναι ειδική»*, καθ' όσον, κατά ρητή πρόβλεψη του ν. 3304/2005 (άρθρο 26), αυτονόητη άλλωστε εν όψει της ενσωμάτωσης ευρωπαϊκού δικαίου, αυτός κατισχύει ακόμη και ειδικών αντιθέτων διατάξεων.

- εσφαλμένα γίνεται λόγος για «διακρίσεις δικαιολογημένες εάν ο σκοπός που εξυπηρετούν είναι θεμιτός και το χρησιμοποιούμενο μέσο είναι πρόσφορο και αναγκαίο», καθ' όσον η ρήτρα αυτή (άρθρο 3 § 3 ν. 3304/2005) αφορά διακρίσεις έμμεσες και όχι άμεσες όπως η προκειμένη.
- ατόπως χρησιμοποιείται η ένταξη των ενόπλων δυνάμεων σε «μία από τις τρεις θεμελιώδεις κρατικές λειτουργίες», καθ' όσον, με τον ίδιο συλλογισμό, σύμπασα η ελληνική δημόσια διοίκηση θα αξίωνε εξαίρεση από την αρχή απαγόρευσης των διακρίσεων.
- ατελώς και ανατιολόγητα αναζητείται η συνδρομή «της φύσεως, της ιδιαίτερης θεσμικής αποστολής, του σκοπού των ελληνικών ΕΔ και της σχέσης ειδικής εξουσιάσεως υπό την οποία τελούν τα μέλη τους», εφ' όσον δεν εξειδικεύονται οι πραγματολογικοί λόγοι και οι νοηματικοί συλλογισμοί διά των οποίων ο αλλογενής πολιτογραφημένος κρίνεται ασύμβατος προς τη φύση ή τον σκοπό του ελληνικού στρατεύματος ή ειδικότερα της στρατιωτικής δικαιοσύνης, προκειμένου να καταστεί εν συνεχεία δυνατός ο έλεγχος νομιμότητας αυτών των λόγων ή συλλογισμών: έτσι, λόγου χάριν, θα ήταν τυπικώς πληρέστερη αλλά κατ' ουσίαν παράνομη τυχόν εξειδίκευση της νομοθετικής επιλογής με επίκληση διαφοράς μεταξύ ομογενών και αλλογενών ως προς τον βαθμό βεβαιότητας και έντασης του πατριωτισμού τους ή ειλικρίνειας και ηθικής δεσμευτικότητας του όρκου τους, καθ' όσον τέτοια διαφορά, ακόμη και αν μπορούσε να γίνει δεκτή ως κριτήριο ταξινόμησης αλλοδαπών επί τη βάση της καταγωγής τους, είναι αδιανόητο να παρεισάγεται προκειμένου περί προσώπων ελληνικής ιθαγένειας (αφού αν μεν την απέκτησαν με πολιτογράφηση, η πολιτεία έχει αμετακλήτως αποφανθεί επί ζητημάτων «ήθους και προσωπικότητας» αυτών κατ' άρθρο 7 § 3 Κώδικα Ελληνικής Ιθαγένειας, αν δε τη διέθεταν εξ αρχής ως γεννηθέντες από πολιτογραφημένους αλλογενείς γονείς, οι ίδιοι δεν είναι καν δυνατό να λογίζονται «αλλογενείς»).
- εκ προφανούς παραδρομής περιγράφεται η επίμαχη ρύθμιση ως «άσκηση του επαγγέλματος του στρατιωτικού δικαστή μόνο από Έλληνες πολίτες που είναι συγχρόνως και Έλληνες το γένος και από τους δύο γονείς» και μνημονεύεται η «απόφαση 204/2005 του Σ.τ.Ε.», διότι για μεν την ιδιότητα του «ομογενούς» (όπου παραπέμπει το άρθρο 14 § 3 ΚΔΣΕΔ) αρκεί και ένας ελληνικής καταγωγής γονέας, η δε απόφαση 204/2005 Σ.τ.Ε. αφορούσε αποκλεισμό αλλοδαπών (και όχι αλλογενών πολιτογραφημένων) από το δικηγορικό επάγγελμα.
- ταυτολογικά γίνεται επίκληση «του άρθρου 103 παρ. 1 του Συντάγματος» περί νομοθετικού ορισμού των προσόντων κατάληψης δημοσίων θέσεων, διότι το Σύνταγμα αναθέτει αυτή την αρμοδιότητα στον νομοθέτη κατ' αντιπαραβολή προς πηγές δικαίου κατώτερης τυπικής ισχύος, ενώ προφανώς δεν τον απαλλάσσει από την υποχρέωσή του να τηρεί, στην ουσία των εκάστοτε ρυθμίσεών του, αρχές που επιβάλλονται από δίκαιο υπέρτερης ισχύος.
- απρόσφορα, τέλος, προσάγεται ως επιχείρημα η «διπλή ιδιότητα, αυτή του δικαστή και του στρατιωτικού», καθ' όσον, κατά το ίδιο το ελληνικό κοινό δίκαιο, αντίστοιχο κάλυμμα δεν προβλέπεται για την πρόσβαση ούτε στη μίαν (άρθρο 36 § 3 Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων, ν. 1756/88: «αλλογενείς δεν μπορούν να διοριστούν δικαστικοί λειτουργοί προτού παρέλθουν 5 έτη από την απόκτηση της ελληνικής ιθαγένειας»), ούτε στην άλλη από τις δύο ξεχωριστές συνιστώσες ιδιότητες που συγκροτούν το μόρφωμα του στρατιωτικού δικαστή: ειδικά ως προς τους αξιωματικούς, φέρεται μεν διατηρούμενο σε ισχύ το άρθρο 70 § 1 Οργανισμού Στρατιωτικής Σχολής Ευελπίδων (β.δ. 312/68) σύμφωνα με το οποίο «εις τας εξετάσεις δικαιούνται να συμμετάσχωσι ... Έλληνες το γένος έχοντες την Ελληνικήν Ιθαγένειαν», πλην όμως το πεδίο αυτό διέπεται πλέον κατ' αποκλειστικότητα από τον ν. 1351/83, κατ' άρθρο 1 § 1 του οποίου «η εισαγωγή σπουδαστών στο Α' έτος σπουδών ... των Ανώτατων Στρατιωτικών Σχολών ... ρυθμίζεται από τις διατάξεις αυτού του νόμου».

Για τους λόγους αυτούς, τίθεται ζήτημα ευθείας αντίθεσης του άρθρου 14 § 3 ΚΔΣΕΔ προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, όπως αυτή ενσωματώνεται στο εθνικό μας δίκαιο με τις διατάξεις του ν. 3304/2005 (πέραν όσων θα μπορούσαν να λεχθούν ακόμη και περί συγκρούσεως προς το άρθρο 4 § 1 του Συντάγματος). Δεδομένου, μάλιστα, ότι στο άρθρο 26 του ίδιου νόμου («*με την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού καταργείται κάθε νομοθετική και κανονιστική διάταξη ... η οποία είναι αντίθετη προς την, κατά τον παρόντα νόμο, αρχή της ίσης μεταχείρισης*») προβλέπεται η αυτοδίκαιη κατάργηση, όχι μόνον κάθε κανονιστικής, αλλά και κάθε νομοθετικής διάταξης που αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αποχή της διοίκησης από κάθε εφαρμογή της επίμαχης διάταξης δεν προϋποθέτει προηγούμενη νομοθετική κατάργησή της ή αντίστοιχη δικαστική κρίση.

Εν αναμονή ενημέρωσης για τις απόψεις σας επί των ανωτέρω, καθώς και για τις προθέσεις και ενέργειές σας ως προς τους διαφαινόμενους τρόπους επανόρθωσης (λ.χ. αναθεώρηση του πίνακα και κλήση σε συμπληρωματική εξέταση), ευχαριστώ εκ των προτέρων για τη συνεργασία.

Με τιμή,

Ανδρέας Τάκης

Κοινοποίηση:

Υπουργείο Εθνικής Άμυνας / Γραφείο Υπουργού
Στρατόπεδο Παπάγου, 115 25 ΑΘΗΝΑ

Υπουργείο Εξωτερικών / Ειδική Νομική Υπηρεσία
Τμήμα Ευρωπαϊκού Κοινοτικού Δικαίου
Βασιλίσσης Σοφίας 1, 106 71 ΑΘΗΝΑ

Υπουργείο Δικαιοσύνης / Επιτροπή Ίσης Μεταχείρισης
Μεσογείων 96, 115 27 ΑΘΗΝΑ

Κύριο ***