

5 Φεβρουαρίου 2007
Αριθμ. πρωτ. 15973/06/1
Ειδ. επιστήμονας: Ευτ. Φυτράκης
☎ 210-72.89.708

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΤΑΞΗΣ
Διεύθυνση Αλλοδαπών
1ο Τμήμα Μετανάστευσης και Διοικητικών Μέτρων
Κανελλοπούλου 4, 101 77 Αθήνα

Θέμα: Ποινική καταδίκη, απέλαση και εγγραφή στον Ε.Κ.ΑΝ.Α.

Ο Συνήγορος του Πολίτη στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, κατά το άρ. 103 § 9 του Συντάγματος και το ν.3094/2003, εξετάζει αναφορά, σχετικά με τη διαγραφή από τον ΕΚΑΝΑ της κυρίας *** (όνομα) *** (επώνυμο) του ***, γεννηθείσας το 1967, υπηκόου Αλβανίας. Η υπόθεση αυτή θέτει ένα ευρύτερης σημασίας ζήτημα, όπως είναι η επίδραση της ποινικής καταδίκης στην απέλαση και την εγγραφή στον ΕΚΑΝΑ του αλλοδαπού, με το οποίο ο Συνήγορος του Πολίτη, είχε κατ' επανάληψη την ευκαιρία να ασχοληθεί. Στο πλαίσιο αυτό σας έχουμε εκθέσει τις απόψεις της Αρχής¹ ζητώντας πάντα τη συνεργασία σας για την εξεύρεση των πλέον ικανοποιητικών, κατά περίπτωση, λύσεων.

Ειδικότερα:

I. Ιστορικό

Σύμφωνα με τα στοιχεία που είναι γνωστά στην Αρχή, η κ. *** *** καταδικάστηκε, με την υπ' αριθ. 101137/2001 απόφαση του Τριμελούς Πλημ/κείου Αθηνών, για κλοπή, σε ποινή φυλάκισης, κάτω των έξι (6) μηνών (αλλά άγνωστης ακριβούς διάρκειας). Κατά της απόφασης αυτής άσκησε έφεση, η οποία ωστόσο δεν εκδικάστηκε ποτέ, καθόσον με την υπ' αριθμ. πρωτ. 116/19-9-2005 Διάταξη του Εισαγγελέως Εφετών Αθηνών η ως άνω ποινή παραγράφηκε υπό όρο και διατάχθηκε η μη εκτέλεση της (καταδικαστικής) απόφασης η οποία ετέθη στο αρχείο, σε εφαρμογή του ν.3346/2005 (άρ. 32 παρ. 1,2).

Προγενέστερα ωστόσο, είχε διαταχθεί διοικητικώς η απέλασή της κ. *** η οποία μάλιστα είχε καταχωριστεί στον ΕΚΑΝΑ (δγή υπ' αρ. 4/108071-479905/28-11-2001). Τη διαγραφή της από τον ΕΚΑΝΑ ζήτησε η ενδιαφερόμενη με αίτησή της (12.5.2006) η οποία ωστόσο απερρίφθη (απόφ.

1. Ετήσια έκθεση, 2002, σ. 116, Ετήσια έκθεση, 2004, σ. 96, Επιστολή προς Γεν. Γραμμ. ΥΔΤ (αρ.πρωτ. 2015/21-7- 2006).

4/108069-484515/25-9-2006) με το αιτιολογικό ότι «εξακολουθούν να ισχύουν οι λόγοι για τους οποίους ενεγράφη σ' αυτόν και ειδικότερα διότι εκδόθηκε σε βάρος της απόφαση απέλασης επειδή συνελήφθη την 15-11-01 στην Αθήνα για παράβαση άρθρου 372 Π.Κ. (κλοπή) πράξη για την οποία καταδικάστηκε σε φυλάκιση ...»

II. Νομικό πλαίσιο

A). Σύμφωνα με το άρθρο 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (ΕΣΔΑ): «1. Παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του. 2. Δεν επιτρέπεται να υπάρξη επέμβασις δημοσίας αρχής εν τη ασκήσει του δικαιώματος τούτου, εκτός εάν η επέμβασις αυτή προβλέπεται υπό του νόμου και αποτελεί μέτρον το οποίον, εις μίαν δημοκρατικήν κοινωνίαν, είναι αναγκαίον δια την εθνικήν ασφάλειαν, την δημοσίαν ασφάλειαν, την οικονομικήν ευημερίαν της χώρας, την προστασίαν της τάξεως και την πρόληψιν ποινικών παραβάσεων, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασίαν των δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων». Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) έχει κρίνει κατ' επανάληψη (βλ ενδ. Dalia κατά Γαλλίας 19-02-1998 παρ.52, Amrollahi κατά Δανίας, 11-10-2002, Moustaquim κατά Βελγίου, 18.2.1991, Beldjoudi κατά Γαλλίας, 26.3.1992) ότι η απέλαση που επιβλήθηκε σε αλλοδαπό (ακόμα και ως συνέπεια της ποινικής του καταδίκης για κακούργημα) πρέπει να αποτελεί αναγκαίο μέτρο σε μια δημοκρατική κοινωνία, δηλαδή να δικαιολογείται από μια πιεστική κοινωνική ανάγκη, και να αποτελεί μέτρο ανάλογο προς τον νόμιμο σκοπό που επιδιώκεται. Γίνεται έτσι δεκτό ότι μια ποινική καταδίκη δεν αρκεί για να θεμελιώσει την απέλαση, αν δεν τεκμηριώνεται ότι το συγκεκριμένο άτομο συνιστά απειλή για το κράτος. Ακόμα μάλιστα και η καταδίκη για πλειάδα αδικημάτων (22 π.χ. στην υπόθεση Moustaquim v. Belgium, 18.2.1991) ή για αδίκημα με ιδιαίτερη απαξία (σχετικά π.χ. με ναρκωτικά: Mehemi κατά Γαλλίας 26.09.1997, ή όπλα: Boultif κατά Ελβετίας 02.08.2001) μπορεί να μη φτάνει για να δικαιολογήσει την απέλαση, η οποία ενδέχεται στη συγκεκριμένη περίπτωση να είναι δυσανάλογο μέτρο. Για τη στάθμιση της βαρύτητας του μέτρου, και άρα της «αναλογικότητάς» του, το ΕΔΔΑ χρησιμοποιεί ορισμένα κριτήρια, όπως τα ακόλουθα: α) η φύση και η βαρύτητα του διαπραχθέντος αδικήματος β) η διάρκεια της διαμονής στη χώρα από την οποία πρόκειται να απελαθεί γ) η περίοδος που πέρασε από τη διάπραξη του αδικήματος και η συμπεριφορά του προσφεύγοντος κατά τη διάρκεια αυτής της περιόδου δ) η υπηκοότητα των ενδιαφερόμενων προσώπων ε) η οικογενειακή κατάσταση του προσφεύγοντος και άλλα στοιχεία που καταδεικνύουν τον «πραγματικό χαρακτήρα» της οικογένειας (πχ διάρκεια γάμου, εάν ο σύζυγος ήταν ενήμερος για τη διάπραξη του αδικήματος στην αρχή της οικογενειακής σχέσης, η γέννηση και η ηλικία τέκνων) και τέλος στ) το μέγεθος των δυσκολιών που κινδυνεύει να

αντιμετωπίσει ο/η σύζυγος στη χώρα καταγωγής του προσφεύγοντος. (Boultif κατά Ελβετίας 02-08-2001, Benhebba κατά Γαλλίας 10-07-2003).

Στο ίδιο πνεύμα και η Οδηγία 2004/35 (άρ. 27 παρ. 2), που αφορά βεβαίως πολίτες της Ένωσης, ορίζει ότι «Κάθε μέτρο που λαμβάνεται για λόγους δημόσιας τάξης ή δημόσιας ασφάλειας πρέπει να τηρεί την αρχή της αναλογικότητας *Προηγούμενες ποινικές καταδίκες δεν αποτελούν αφ' εαυτών λόγους για τη λήψη τέτοιων μέτρων*».

Β). Επιπλέον, έχει γίνει δεκτό (ΤρΔΠρΑθ 10397/2004, 15823/2004) ότι η Διοίκηση οφείλει κατά την εκφορά της κρίσης της για απέλαση να αναφέρει τους συγκεκριμένους λόγους οι οποίοι καθιστούν τον αλλοδαπό επικίνδυνο για τη δημόσια τάξη και ειδικότερα τη φύση, τη βαρύτητα και τις συνθήκες τέλεσης του εγκλήματος καθώς και την εν γένει συμπεριφορά του αλλοδαπού στη χώρα. Οι λόγοι δημοσίας τάξεως πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να είναι εξειδικευμένοι και να αναφέρονται (ΤρΔΠρΑθ 4939/2004). Τη θέση αυτή ακολουθεί και το πρόσφατο σχέδιο νόμου τροποποίησης του ν. 3386/2005, όπου αφού εντοπίζεται (Εισηγητική έκθεση, άρθρ. 3) ότι η απουσία κριτηρίων για τη διαπίστωση της συνδρομής λόγων δημόσιας τάξης «*δημιουργούσε μεγάλο πρόβλημα και προκαλούσε αυθαίρετες ερμηνείες*» ορίζεται ότι εφόσον δεν υφίσταται τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση οι λόγοι δημόσιας τάξης και ασφάλειας «*θα πρέπει να μνημονεύονται ειδικώς και αιτιολογημένα σε σχετική απόφαση*». Γίνεται τέλος δεκτό εξάλλου ότι κατά την αξιολόγηση της αναλογικότητας του μέτρου της απέλασης εκτιμάται το χρονικό διάστημα που διήλθε από την αξιόποινη συμπεριφορά και την καταδίκη και κατά πόσο ο αλλοδαπός υπέπεσε σε νέα αδικήματα (ΤρΔΠρΑθ 84512/2004). Η ύπαρξη τέλος οικογένειας και η δημιουργία σταθερών βιοτικών δεσμών στη χώρα γίνεται δεκτό (ΤρΔΠρΑθ 7158/2004) ότι πρέπει να εκτιμώνται κατά την λήψη απόφασης για την απέλαση. Έτσι έχει κριθεί, π.χ. (ΣΤΕ 362/2002 Ε.Α.), ότι η άμεση απέλαση αλλοδαπού, λόγω της καταδίκης του σε διετή φυλάκιση, αποτελεί δυσανάλογο μέτρο.

Γ). Το άρθρ. 76 ν. 3386/2005 καθιερώνει ένα περιοριστικό σύστημα σύνδεσης της απέλασης με την αξιόποινη συμπεριφορά του αλλοδαπού. Έτσι, η απέλαση επιτρέπεται (δηλ. δεν επιβάλλεται) μόνο αν υπάρχει τελεσίδικη (δηλ. όχι σε πρώτο βαθμό) καταδίκη και μάλιστα σε ορισμένη ποινή (τουλάχιστον ένα έτος) ή ανεξαρτήτως ποινής για ορισμένα μόνο αδικήματα. Τέτοιο αδίκημα είναι και η κλοπή, για την οποία ωστόσο απαιτείται, ως ελάχιστη αλλά όχι επαρκής, προϋπόθεση απέλασης η τελεσίδικη καταδίκη. Είναι εξάλλου προφανές ότι η διοικητική απόφαση (απέλασης) δεν μπορεί να αντιφάσκει με τη δικαστική απόφαση, τόσο ως προς τα περιστατικά που έγιναν δεκτά όσο όμως και ως προς την κρίση περί της επικινδυνότητας του αλλοδαπού. Συνεπώς στη περίπτωση που έχει προηγηθεί (κατά)δικαστική απόφαση η οποία ωστόσο έχει αποφύγει να επιβάλλει το μέτρο ασφαλείας της απέλασης (κατ' άρθρ. 74 ΠΚ), η Διοίκηση για την επιβολή του (κατ' άρθρ. 76

ν.3386/05) οφείλει να επικαλεστεί ειδικούς και συγκεκριμένους λόγους – πέραν του τελεσθέντος αδικήματος και της καταδίκης- οι οποίοι καθιστούν την απέλαση αναγκαία. (βλ. *Ι.Συμεωνίδη*, Ζητήματα από τη διοικητική απέλαση, στον τόμο: Ο νέος ν.3386/2005, 2006, σ. 71, *Ν.Χατζηνικολάου*, Η απέλαση του αλλοδαπού ως κύρωση του ποινικού δικαίου, 2006, σ. 130 επ.) Έχει κριθεί για παράδειγμα (ΤρΔΠρΑθ 14783/2004) ότι η καταδίκη για απόπειρα κλοπής σε ποινή φυλάκισης 5 μηνών δε φτάνει για να δικαιολογήσει την απέλαση, όταν αυτή κρίνεται δυσανάλογα επαχθής. Ομοίως έχει κριθεί (ΣΤΕ 560/1999 Ε.Α.) ότι η καταδίκη αλλοδαπού σε δωδεκάμηνη φυλάκιση «δεν συνιστά, κατ' αρχήν» λόγο δημόσιας τάξης και ασφάλεια από μόνη της. Μάλιστα, αν η επιβληθείσα ποινή είναι κάτω των τριών μηνών και ο αλλοδαπός ευρίσκετο νομίμως στη χώρα, η Διοίκηση ουδόλως μπορεί να επικαλεστεί το αδίκημα ως λόγο της απέλασης, αφού κάτι τέτοιο δεν είναι δυνατό ούτε στο δικαστή (άρ. 74 παρ. 1 ΠΚ). Σημειώνεται εξάλλου ότι, όπως έχει γίνει δεκτό (ΝΣΚ 564/2005) η άσκηση ποινικής δίωξης, από μόνη της, δεν στοιχειοθετεί λόγο ανάκλησης της άδειας παραμονής εκτός αν συνδυάζεται με πραγματικά περιστατικά που συνιστούν λόγους δημόσιας τάξης και ασφάλειας.

Ο Συνήγορος του Πολίτη έχει υποστηρίξει ήδη (Ετήσια έκθεση 2002, σ. 116, Ετήσια έκθεση 2004, σ. 96, Παρατηρήσεις ΣΤΠ προς τον Υπουργό Εσωτερικών επί του υπό επεξεργασία σχεδίου νόμου περί εισόδου, διαμονής και κοινωνικής ένταξης υπηκόων τρίτων χωρών στην Ελληνική Επικράτεια 27-4-2005, Επιστολή προς Γεν. Γραμμ. ΥΔΤ αρ.πρωτ. 2015/21-7- 2006) ότι η επιβολή του μέτρου της διοικητικής απέλασης για λόγους δημόσιας τάξης και ασφάλειας, που στηρίζονται σε ρητά αναφερόμενες αξιόποινες πράξεις του νόμου (2910/2001, παλαιότερα, ν.3386/2005, άρ. 76 παρ. 1 α', τώρα) επιτρέπεται μόνο στην περίπτωση κατά την οποία η καταδικαστική απόφαση έχει ήδη καταστεί τελεσίδικη. Σε διαφορετική περίπτωση θα καταστρατηγείτο η διάταξη του άρ. 76 παρ. 1 α' ν. 3386/05 αφού όλοι οι ως άνω περιορισμοί στη σύνδεση αξιόποινης πράξης – απέλασης θα μπορούσαν να παρακαμφθούν μέσω της επίκλησης λόγων δημοσίας τάξης και ασφάλειας. Συνεπώς, μια δίωξη ή καταδίκη σε αξιόποινη πράξη εφόσον δεν μπορεί αυτοτελώς να θεμελιώσει λόγο απελάσεως, δεν μπορεί –για την ταυτότητα του νομικού λόγου- να θεμελιώσει ούτε λόγο δημόσιας τάξης και ασφάλειας.

Δ). Με το ν. 3346/2005 (άρ. 32) παραγράφηκαν, υπό όρο, οι μη εκτιθείσες ποινές που είχαν επιβληθεί με μη αμετάκλητες αποφάσεις, οι οποίες ετέθησαν στο αρχείο με πράξη του αρμόδιου εισαγγελέα. Η παραγραφή βέβαια αποτελεί θεσμό δημοσίας τάξεως και δεν εξαρτάται από τη βούληση του ενδιαφερομένου, γι' αυτό και η ως άνω διαδικασία κινείται αυτεπαγγέλτως. Ωστόσο στην περίπτωση που έχει ασκηθεί ένδικο μέσο, χωρίς αυτό να έχει απορριφθεί, αποτελεί ζητούμενο αν η «παραγραφή της ποινής» επηρεάζει το εκκλητόν της αποφάσεως, δοθέντος ότι κατά το άρ.

546 παρ. 2 ΚΠΔ για να υπάρχει αμετάκλητη απόφαση απαιτείται να μην επιτρεπόταν «εξ υπαρχής» ένδικο μέσο κατ' αυτής (βλ. ΔιάτΕισΠλημΑθ 82/2006 ΠοινΔικ 2006, σ. 1003, Α.Κονταξή, ΚΠΔ, ΙΙ, 4^η έκδ. 2006, σ. 3427). Πλέον τούτου βέβαια, η εφαρμογή του ν. 3346/2005 δεν μπορούσε να οδηγήσει σε απώλεια των δικαιουμένων ενδίκων μέσων, εφόσον κατά την κρατούσα νομολογιακώς θέση (Ολομ. ΑΠ 1282/1992, 1044/1993) ο «νόμος που ισχύει κατά το χρόνο της δημοσιεύσεως της απόφασης ή της εκδόσεως του βουλεύματος, προσδιορίζει και τα κατ' αυτών επιτρεπόμενα ένδικα μέσα». Συνεπώς ακόμα και μέσω της παραγραφής ή της αρχειοθέτησης δεν θα ήταν δυνατό να καταστεί η καταδικαστική απόφαση αμετάκλητη, μέσω της απώλειας των προβλεπομένων ενδίκων μέσων. Επιπλέον, έχει γίνει δεκτό (ΕγκΕισΑΠ Β.Μαρκή 3/2005 ΠοινΔικ 2005, σ. 1168) ότι η υπόθεση – και μετά την αρχειοθέτησή της κατ' άρ.32 ν.3346/2005- μπορεί να συνεχίσει την κανονική διαδικαστική της πορεία (δηλ. εκδίκαση της έφεσης κλπ.) «χωρίς οποιαδήποτε αποστέρηση δικαιωμάτων του καταδικασμένου κατηγορούμενου, από το δικονομικό σημείο, που η υπόθεση βρισκόταν στις 17-6-2005» σε περίπτωση που επέλθει νέα καταδίκη για άλλο αδίκημα. Εκ τούτων συνάγεται ότι η υπόθεση, η οποία έχει τεθεί στο αρχείο κατ' άρ. 32 ν. 3346/2005, δεν καθίσταται αμετάκλητη (βλ. ομοίως ΔιάτΕισΠλημΑθ 82/2006 ΠοινΔικ 2006, σ. 1003, Ν.Δημητράτο, ΠοινΔικ 2006, σ. 462) αλλά ούτε και τελεσίδικη αφού είναι πιθανή η διαδικαστική της συνέχιση από το σημείο στο οποίο βρισκόταν (: εκδίκαση έφεσης).

Ε). Συμπερασματικά, η καταδικαστική απόφαση και μάλιστα όταν δεν έχει καν καταστεί τελεσίδικη, δεν αποδεικνύει – από μόνη της- ότι ο αλλοδαπός αποτελεί σοβαρή και παρούσα απειλή κατά της δημόσιας τάξης ή της εθνικής ασφάλειας, εφόσον δεν αποδεικνύεται παράλληλα – από άλλα στοιχεία- ότι ο αλλοδαπός διέπραξε σοβαρή αξιόποινη πράξη και υπάρχουν ενδείξεις ότι έχει την πρόθεση να διαπράξει τέτοιες πράξεις (βλ. σχετ. Ελ. Συμεωνίδου – Καστανίδου, ΠοινΔικ 2005, σ. 981-982).

III. Διαπιστώσεις

Η καταδικαστική απόφαση του 2001 για την πράξη της κλοπής και η επιβολή ποινής κάτω των έξι μηνών, δεν αποδεικνύει ότι η κ. *** ** αποτελεί απειλή κατά της δημόσιας τάξης ή της εθνικής ασφάλειας, για τον λόγο ότι δεν διέπραξε σοβαρή αξιόποινη πράξη ούτε της επιβλήθηκε σοβαρή ποινή και δεν προσκομίζονται αντικειμενικές ενδείξεις ότι έχει την πρόθεση να διαπράξει αξιόποινες πράξεις.

Επίσης στο χρονικό διάστημα των πέντε ετών που μεσολάβησε από την αξιόποινη πράξη και την καταδικαστική απόφαση και μέχρι σήμερα η αναφερόμενη υποστηρίζει, χωρίς αυτό να καταρρίπτεται, ότι έχει ενταχθεί πλήρως στην ελληνική κοινωνία και έχει δημιουργήσει οικογένεια η οποία διαβιεί στην Ελλάδα. Άλλωστε το συγκεκριμένο επεισόδιο στο οποίο ενεπλάκη η

συγκεκριμένη αλλοδαπή φαίνεται ότι αποτελεί μεμονωμένο επεισόδιο, χωρίς παράλληλα να προκύπτει ότι έχει απασχολήσει τις αστυνομικές ή δικαστικές αρχές, με τυχόν άλλες έκνομες ενέργειες.

Ως εκ τούτων η διατήρηση της απέλασης αλλά και της εγγραφής της στον Ε.Κ.ΑΝ.Α. για λόγο που ανατρέχει στο 2001, χωρίς την επίκληση πρόσθετων ή νέων πραγματικών περιστατικών, είναι αμφίβολο αν συνιστά επαρκή θεμελίωση για το επαχθές αυτό μέτρο.

IV. Πρόταση

Κατόπιν των ανωτέρω σας παρακαλούμε να επανεξετάσετε την υπόθεση της κ. *** ** τόσο ως προς την επιβληθείσα απέλαση ως και για την ενδεχόμενη διαγραφή της από τον Ε.Κ.ΑΝ.Α. (για τους λόγους που προεκτέθηκαν).

Τέλος, σας παρακαλούμε να μας ενημερώσετε για τις απόψεις σας και τις ενέργειες στις οποίες προτίθεστε τυχόν να προβείτε.

Για κάθε παραπέρα πληροφορία ή διευκρίνιση, οι συνεργάτες μου και εγώ θα είμαστε στη διάθεσή σας. Σας ευχαριστώ εκ των προτέρων για τη συνεργασία σας.

Με τιμή

Ανδρέας Τάκης
Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη

Κοινοποίηση

Κυρία

*** **

*** **

*** **