

**Απόπειρα «συστημικής» ανάγνωσης της απόφασης *MSS* του ΕΔΔΑ:
Η σύμφωνη με τις επιταγές της ΕΣΔΑ εφαρμογή του δικαίου της ΕΕ,
συντρέχουσα διεθνής ευθύνη και τα όρια της δέουσας επιμέλειας**

ΔΗΜΗΤΡΗ ΚΑΓΙΑΡΟΥ
Υποψήφιου Διδάκτορα στη Νομική Σχολή
του Πανεπιστημίου του Hull

ΒΑΣΙΛΗ Π. ΤΖΕΒΕΛΕΚΟΥ
Λέκτορα στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Hull*

1. Πέρα από το μεταναστευτικό/προσφυγικό. Ο σκοπός του παρόντος

Αντικείμενο, αλλά και αφορμή της παρούσας μελέτης είναι η απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) στην υπόθεση *MSS κατά Βελγίου και Ελλάδας*.¹ Η υπόθεση αυτή αφορά στο, δυστυχώς, μάλλον συνηθισμένο ζήτημα των δεινών στα οποία υπόκεινται άνθρωποι, οι οποίοι, αναζητώντας καλύτερη μοίρα ή υπό το φόβο όσων μπορούν να υποστούν στην πατρίδα τους, την εγκαταλείπουν, εισερχόμενοι, ως επί το πλείστον παράνομα, σε χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε-Ε), μεταξύ των οποίων, λόγω και της γεωγραφικής της θέσης, στην Ελλάδα. Από αυτή την έποψη, η απόφαση *MSS* προστίθεται στον όγκο των υποθέσεων αυτών που κατά καιρούς έχουν απασχολήσει το Δικαστήριο του Στρασβούργου επί επιμέρους πτυχών των κοινωνικών φαινομένων της σύγχρονης μετανάστευσης και της προσφυγιάς, όπως το θέμα της νομιμότητας της κράτησης,² εκκρεμούσης της εξέτασης της αίτησης για πολιτικό

* Ηλεκτρονικές διευθύνσεις επικοινωνίας: D.Kagiaros@2011.hull.ac.uk & V.Tzevelekos@hull.ac.uk. Οι γράφοντες ευχαριστούμε θερμά για τα σχόλια τους τον καθηγητή Πέτρο Μαυροειδή, το Δρ. Βάιο Κουτρούλη και το Δρ. Πάνο Καποτά.

¹ ΕΔΔΑ, *M.S.S. κατά Βελγίου και Ελλάδας* (No. 30696/09, 21 Ιανουαρίου 2011).

² Ενδεικτικά, ΕΔΔΑ, *S.D. κατά Ελλάδας* (No. 53541/07, 11 Ιουνίου 2009) και ΕΔΔΑ, *Tabesh κατά Ελλάδας* (No. 8256/07, 4 Νοεμβρίου 2009).

άσυλο,³ αλλά και ευρύτερα το ζήτημα των ορίων άσκησης δικαιοδοσίας⁴ και, συναφώς, αυτό των προϋποθέσεων που πρέπει να πληρούνται από τη χώρα που ασκεί δικαιοδοσία (κράτος υποδοχής) για τη μεταφορά του -όχι και τόσο ευπρόσδεκτου- «ξένου» σε τρίτη χώρα ή τον επαναπατρισμό του.⁵ Πρόκειται για μία κατηγορία υποθέσεων που εγείρει ερωτήματα ουσίας ως προς τα δικαιώματα των μεταναστών και προσφύγων, αλλά και των αντιστοίχων υποχρεώσεων του κράτους. Η απόφαση *MSS* προσφέρει ιδανική ευκαιρία να συζητηθούν ορισμένα εξ αυτών, υπό το πρίσμα μάλιστα της κοινοτικής μεταναστευτικής πολιτικής, η οποία και κατέχει περίοπτη θέση στη συγκεκριμένη υπόθεση.

Χωρίς να παραγνωρίζουμε στο ελάχιστο τη σημασία των ερωτημάτων αυτών, τα οποία εξάλλου συνιστούν και τη *ratio*, ήτοι την ουσία της προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων σε αυτό το πλαίσιο, με το ανά χείρας άρθρο μας επιδιώκουμε ένα διαφορετικό σκοπό. Ανεξάρτητα από τα ουσιαστικά θέματα τα οποία αναφύονται στην υπόθεση *MSS*, η απόφαση του Δικαστηρίου έχει εξίσου μεγάλο ενδιαφέρον αναφορικά με μία σειρά άλλων ζητημάτων, τα οποία, στον τίτλο του κειμένου μας, αποκαλούμε «συστημικά». Αυτά αφορούν τόσο στην αξία, αλλά και στις συνέπειες που έχουν όσα για πρώτη φορά λέει ή έστω απλά επαναλαμβάνει η νομολογία *MSS* για το σύστημα του διεθνούς δικαίου, ιδίως σε ό,τι αφορά το δίκαιο της διεθνούς ευθύνης του κράτους, αλλά και για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων εντός του ευρύτερου ευρωπαϊκού (υπό) συστήματος και τη «συναρμογή» της ενωσιακής έννομης τάξης με την ευρωπαϊκή δημόσια τάξη,⁶ στη βάση μίας «ιδιαίτερης»⁷ σύμβασης, της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), που στοχεύει στη συλλογική προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Ας πάρουμε, όμως, τα πράγματα με τη σειρά. Στην *MSS*, το Στρασβούργο καταδίκασε την Ελλάδα για παραβίαση του άρθρου 3 ΕΣΔΑ (που απαγορεύει τα βασανιστήρια και την απάνθρωπη και εξευτελιστική μεταχείρι-

³ Ενδεικτικά, ΕΔΔΑ, *Saadi κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (No. 13229/03, 29 Ιανουαρίου 2008).

⁴ Ενδεικτικά, ΕΔΔΑ, *Hirsi Jamaa κατά Ιταλίας* (No. 27765/09, 23 Φεβρουαρίου 2012).

⁵ Ενδεικτικά, *Saadi κατά Ιταλίας*, (No. 37201/06, 28 Φεβρουαρίου 2008) και κυρίως *Othman (Abu Qatada) κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (No. 8139/09, 17 Ιανουαρίου 2012).

⁶ ΕΔΔΑ, *Loizidou κατά Τουρκίας* (No. 15318/89, 23 Μαρτίου 1995) § 75.

⁷ ΕΔΔΑ, *Nada κατά Ελβετίας* (No. 10593/08, 12 Σεπτεμβρίου 2012) § 196.

ση) για τις συνθήκες κράτησης⁸ του προσφεύγοντα, καθώς και για το γεγονός ότι δεν του παρείχε υλική αρωγή κατά το διάστημα που εκείνος, άστεγος, περίμενε να κριθεί η αίτηση ασύλου του από τις ελληνικές αρχές.⁹ Παράλληλα, όμως, καταδικάστηκε και το Βέλγιο για παραβίαση του ίδιου άρθρου διότι, κατ' εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου (γνωστού ως Δουβλίνο II)¹⁰ επαναπροώθησε τον προσφεύγοντα στην Ελλάδα, εκθέτοντάς τον έτσι στις παράνομες πράξεις και παραλείψεις που υπέστη από τις ελληνικές αρχές.¹¹ Επιπλέον, το Δικαστήριο έκρινε ότι αμφότερα τα κράτη παραβίασαν επίσης το άρθρο 13 της ΕΣΔΑ που απαιτεί την ύπαρξη κατάλληλων και αποτελεσματικών μηχανισμών που θα επέτρεπαν στον προσφεύγοντα να κριθεί η επαναπροώθησή του και, ενδεχομένως, να αποτραπεί, προλαμβάνοντας έτσι τις παραβιάσεις τις οποίες υπέστη και τον κίνδυνο στον οποίο εξετέθη.¹²

Η σύντομη αυτή αναφορά στο «δια ταύτα» της απόφασης φανερώνει ότι, όντως, αυτή έχει πλείστες ενδιαφέρουσες πτυχές, όπως αυτή που άπτεται της κοινωνικής πολιτικής από πλευράς κρατών υποδοχής αναφορικά, για παράδειγμα, με την παροχή στέγης και υλικής βοήθειας στους αιτούντες άσυλο, τα κριτήρια που τυγχάνουν εφαρμογής σε υποθέσεις επαναπροώθησης/έκδοσης/απέλασης κ.λπ. σε χώρα η οποία εγκυμονεί κινδύνους για την ασφάλεια του ατόμου, ειδικά δε στο πλαίσιο της μεταναστευτικής πολιτικής της ΕΕ και το τεκμήριο ασφαλούς χώρας που διέπει το σχετικό νομικό πλαίσιο.¹³ Οι πτυχές αυτές αναδεικνύουν ανάγλυφα τα προβλήματα που προκύπτουν από την εφαρμογή του Δουβλίνου II, αλλά και

⁸ Πρόκειται αναμφισβήτητα για ένα δομικό πρόβλημα της ελληνικής πολιτείας. Βλ. τον όγκο υποθέσεων από τις πρώτες αποφάσεις του ΕΔΔΑ -ενδεικτικά, *Peers κατά Ελλάδας* (No. 28524/95, 19 Απριλίου 2001), *Dougoz κατά Ελλάδας* (No. 40907/98, 6 Μαρτίου 2001)-, μέχρι την πολύ πρόσφατη νομολογία -*B.M. κατά Ελλάδας* (No. 53608/11, 19 Δεκεμβρίου 2013), *C.D. και λοιποί κατά Ελλάδας* (No. 33441/10, 19 Δεκεμβρίου 2013).

⁹ *MSS*, ό.π. §§ 247-264.

¹⁰ Πρόκειται για ένα πλέγμα κανονισμών και οδηγιών αναφορικά με τη διαχείριση των αιτήσεων ασύλου από τα κράτη της ΕΕ. Για περισσότερες λεπτομέρειες, βλ. *MSS*, ό.π. §§ 62-86.

¹¹ *MSS*, ό.π. § 360.

¹² *MSS*, ό.π. § 390.

¹³ Υπό αυτό το πρίσμα, Χ. ΑΚΡΙΒΟΠΟΥΛΟΥ & Μ. ΠΑΠΑΝΔΡΕΟΥ, «Τα θεμελιώδη δικαιώματα του αιτούντα πολιτικό άσυλο κατά την ΕΣΔΑ και το 'μαχητό' τεκμήριο της 'ασφαλούς' χώρας (Κανονισμός Δουβλίνο II)», *ΤοΣ'3/2011*, σ. 589 επ.

την ανθρωπιστική διάσταση των υποθέσεων αυτών και τη σχετική έννοια του ελαχίστου επιπέδου (*minimum standards*) κοινωνικών παροχών από πλευράς του κράτους υποδοχής που μπορούν να αναμένουν οι αιτούντες άσυλο, ενόσω κρίνεται η αίτησή τους.¹⁴

Παρόλα αυτά, η κατεύθυνση που ακολουθούμε στη μελέτη μας (και την οποία ίσως κάποιος θα μπορούσε να ψέξει ως «νομικίστικη») είναι διαφορετική. Όπως προαναφέρθηκε, επιχειρείται εδώ να τεθεί στο προσκήνιο το ουσιαστικό ζήτημα προστασίας ανθρωπίνων δικαιωμάτων της *MSS* και να εστιάσει η ανάλυση (με αφορμή την απόφαση αυτή) σε τρία σημεία πλέον θεωρητικής φύσης που προκύπτουν από την απόφαση του Δικαστηρίου. Στόχος είναι να ανιχνευθεί η σημασία τους για το σύστημα του διεθνούς δικαίου, αλλά και για την αλληλεπίδραση εντός Ευρώπης μεταξύ της ενωσιακής έννομης τάξης και αυτής της ΕΣΔΑ, από την οπτική της νομολογίας του Στρασβούργου.

Πιο συγκεκριμένα, τα ζητήματα που εξετάζουμε είναι τα κάτωθι τρία. Ξεκινώντας, πρώτον, από τον ευρωπαϊκό «μικρόκοσμο», θα επιχειρήσουμε να αναλύσουμε την επίδραση της *MSS* στο τεκμήριο που εισήγαγε το ΕΔΔΑ στην απόφαση *Bosphorus*,¹⁵ σύμφωνα με το οποίο, εφόσον η ενωσιακή τάξη παρέχει προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων αντίστοιχη (ισάξια) αυτής του συστήματος του Στρασβούργου, το Δικαστήριο αυτό θα απέχει της δυνατότητας που του δίνεται να κρίνει, εμμέσως, μέσω των κοινών κρατών μελών της ΕΕ και του Συμβουλίου της Ευρώπης, τη συμβατότητα του δικαίου της ΕΕ με την ΕΣΔΑ.¹⁶ Το ερώτημα που εξετάζεται, αλλά και το σχετικό επιχείρημα που αναπτύσσεται είναι ότι με την απόφαση *MSS*, το ΕΔΔΑ περιχαράκωνει και, ενδεχομένως, ακόμα και περιορίζει το τεκμήριο της *Bosphorus*, ανοίγοντας και πάλι το δρόμο για, υπό όρους, έμμεσο δικαστικό έλεγχο του δικαίου της ΕΕ, στη βάση της εφαρμογής του από τα

¹⁴ Ενδεικτικά, G. CLAYTON, «Asylum Seekers in Europe: *M.S.S. v Belgium and Greece*», *Human Rights Law Review*, 6/2011, σελ. 758-773, V. MORENO-LAX, «Disman- tling the Dublin System: *MSS v Belgium and Greece*», *European Journal of Migration and Law*, 1/2012, σελ. 1-31, M. BOSSUYT, «The Court of Strasbourg acting as an asylum court», *European Constitutional Law Review*, 2/2012, σελ. 203-245, M. DEN HEIJER, «Life after *MSS*: unfinished business», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 3/2013, σελ. 236-240, M. GKLIATI, «Blocking Asylum: The status of access to international protection in Greece», *Inter-American and European Human Rights Journal*, 1-2/2011, σελ. 85-117.

¹⁵ ΕΔΔΑ, *Bosphorus hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi κατά Ιρλανδίας* (No. 45036/98, 30 Ιουνίου 2005).

¹⁶ *Bosphorus*, ό.π. § 156.

συμβαλλόμενα στην ΕΣΔΑ κράτη. Σημειώνεται δε ότι η εξέλιξη αυτή έρχεται σε μία μάλλον ευαίσθητη στιγμή, αφού φαίνεται να έχουν ωριμάσει πλέον οι συνθήκες για την προσχώρηση της ΕΕ στις τάξεις της ΕΣΔΑ,¹⁷ γεγονός που θα επιτρέψει στο ΕΔΔΑ να ασκήσει δικαιοδοτικό έλεγχο απευθείας κατά της Ένωσης.

Το δεύτερο ερώτημα που τίθεται από τη μελέτη μας καλεί να μετακινηθούμε από την ευρωπαϊκή σφαίρα στο ευρύτερο σύστημα του διεθνούς δικαίου και, ειδικότερα, στο χώρο της διεθνούς ευθύνης των κρατών. Ιδιαίτερης προσοχής στην απόφαση *MSS* χρήζει το γεγονός ότι, για σχετιζόμενα μεταξύ τους πραγματικά περιστατικά, ο προσφεύγων διαμαρτυρήθηκε για τη συμπεριφορά όχι ενός, όπως συνηθίζεται, αλλά δύο κρατών, αμφότερα τα οποία καταδικάστηκαν από το ΕΔΔΑ. Πρόκειται για το όχι πρωτόγνω-

¹⁷ Οι σχετικές «ζυμώσεις» είχαν ήδη ξεκινήσει όταν εκδόθηκε η *MSS*. Για το κείμενο που διαπραγματεύτηκαν τα συμβαλλόμενα μέρη, βλ. *Council of Europe, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: Final Report to the CDDH*, 10 Ιουνίου 2013, [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf) (τελευταία πρόσβαση: 17 Δεκεμβρίου 2013). Η σχετική βιβλιογραφία είναι τεράστια. Περιοριζόμαστε σε μερικούς «κύριους» τίτλους: J. JACQUE, «The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, 4/2011, σελ. 995-1023, G. GAJA, «Accession to the ECHR» σε *EU Law after Lisbon*, (επιμ. Α. BIONDI και λοιποί) Oxford University Press, 2012, O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route des négociations», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010 (83), σελ. 535-571, T. LOCK, «Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order» *Common Market Law Review*, 4/2012, σελ. 1025- 1054, X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, «EU Accession to the European Convention on Human Rights: A Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011», *Fondation Robert Schuman, European Issues* 2011 (218), <http://www.robertschuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-218-en.pdf> (τελευταία πρόσβαση: 17 Δεκεμβρίου 2013), A. POTTEAU, «Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?», *Revue générale de droit international public*, 1/2011, σελ. 77-112, P. CRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart, 2013. Βλ., επίσης, τις δύο συλλογές άρθρων (εκ των οποίων η μία προς δημοσίευση) που επιμελήθηκε εις εκ των υπογραφότων, V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V.P. TZEVELEKOS (επιμ.), *The EU Accession to the ECHR*, Hart, 2014 και ΤΩΝ ΙΔΙΩΝ, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: emerging issues*, *European Journal of Human Rights*, 4/2013.

ρο, αλλά σπάνιο και άρα αξιοσημείωτο, ζήτημα της συντρέχουσας διεθνούς ευθύνης δύο ή περισσότερων κρατών στην ίδια ουσιαστικά υπόθεση. Στην προκείμενη περίπτωση, η Ελλάδα καταδικάστηκε διότι παραβίασε, τόσο δια πράξεων, όσο και δια παραλείψεων, την απαγόρευση απάνθρωπης και εξευτελιστικής μεταχείρισης. Συναφώς, το Βέλγιο κρίθηκε εξίσου υπεύθυνο επειδή, κατά παραβίαση της υποχρέωσης «*non-refoulement*» (της μη επαναπροώθησης, δηλαδή, του προσφεύγοντα σε χώρα όπου υπάρχει κίνδυνος παραβίασης θεμελιωδών δικαιωμάτων, όπως η ζωή και η απαγόρευση του άρθρου 3), δεν απέτρεψε τις παραβιάσεις που ο προσφεύγων υπέστη στην Ελλάδα –και για τις οποίες το ελληνικό κράτος καταδικάστηκε. Δημιουργείται με αυτόν τον τρόπο ένα είδος διασυννοριακής συμπληρωματικής, συντρέχουσας διεθνούς ευθύνης στη βάση της μη πρόληψης κατά την άσκηση (ψευδο-)εξωεδαφικής δικαιοδοσίας από το Βέλγιο διεθνώς παράνομων πράξεων τελεσθεισών στο έδαφος της Ελλάδας από τα όργανά της. Ο συσχετισμός της ευθύνης των δύο κρατών στη βάση που επιγραμματικά επιχειρήσει να επεξηγήσει η προηγούμενη φράση εγείρει μία σειρά τεχνικών ερωτημάτων που σύντομα θα συζητηθούν στο κύριο μέρος της ανάλυσης, αναφορικά με τα όρια άσκησης δικαιοδοσίας, την εδαφική και εξωεδαφική φύση αυτής, αλλά και τη διάκριση μεταξύ αρνητικών και θετικών υποχρεώσεων στην προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου, το συσχετισμό της δεύτερης κατηγορίας με την περίφημη αρχή της δέουσας επιμέλειας και τις συνέπειες της τελευταίας με όρους διεθνούς ευθύνης, όταν παραβιάζεται από τις κρατικές αρχές.

Το τρίτο και τελευταίο σκέλος της απόφασης που επιχειρούμε να αναλύσουμε είναι περισσότερο συνδεδεμένο με ένα σκέλος της ουσίας της υπόθεσης και αφορά στην υποχρέωση της Ελλάδας, σύμφωνα με το ΕΔΔΑ, να παρέχει, μεταξύ άλλων, στέγη και διατροφή στον προσφεύγοντα, ενόσω κρινόταν η αίτησή του για χορήγηση ασύλου.¹⁸ Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι το γεγονός ότι ο προσφεύγων παρέμενε άστεγος, σε χαλεπές συνθήκες απόλυτης ένδειας, συνεπάγεται ευθύνη του κράτους για παραβίαση του άρθρου 3.¹⁹ Το πλέον θεωρητικό ερώτημα που εξετάζουμε εδώ είναι αν και κατά πόσο η ΕΣΔΑ δύναται να επεκταθεί στο χώρο της αμιγούς κοινωνικής πολιτικής και δικαιωμάτων. Η υλοποίηση του κοινωνικού κράτους πρόνοιας υπό τη μορφή παροχής τροφής, στέγης και οικονομικής ενίσχυσης σε ειδικές «αδύναμες» ομάδες του πληθυσμού που απαί-

¹⁸ *MSS*, ό.π. § 250.

¹⁹ *MSS*, ό.π. § 263.

τησε το ΕΔΔΑ μπορεί κάλλιστα να ιδωθεί ως εμπόνησα στη λεγόμενη δεύτερη γενιά δικαιωμάτων, οικονομικού και κοινωνικού χαρακτήρα, τα οποία, υπό αυτή τουλάχιστον τη μορφή, παραμένουν εκτός σημαντικού πεδίου της ΕΣΔΑ και συνεπακόλουθης αρμοδιότητας του Δικαστηρίου του Στρασβούργου. Η συμπερίληψη τέτοιας φύσης δικαιωμάτων στο σύστημα της Σύμβασης θα επέτρεπε εν πολλοίς στο Δικαστήριο να παρεμβαίνει και να ρυθμίζει την, κατ' εξοχήν αναδιανεμητικής φύσης, κοινωνική πολιτική που ακολουθούν τα κράτη μέλη του Συμβουλίου της Ευρώπης και, κατ' επέκταση, να καθορίζει μονομερώς -και πλέον αντιδημοκρατικά- το κοινωνικοπολιτικό μοντέλο των συμβαλλόμενων κρατών. Συνεπώς, μια τέτοια ερμηνεία του άρθρου 3 ως εργαλείου για την έμμεση θέσπιση τέτοιας φύσης δικαιωμάτων θα ήταν κραυγαλέα μορφή δικαστικού ακτιβισμού, η οποία (και αυτή είναι ίσως η ουσία του θεωρητικού ερωτήματος που εξετάζουμε) εκφεύγει ενδεχομένως του πεδίου θετικών υποχρεώσεων (υπό το φως της αρχής της δέουσας επιμέλειας) του άρθρου 3 και εμπίπτει σε αυτό της σταδιακά εκπληρούμενης, αλλά και αμφισβητούμενης αγωγιμότητας, κοινωνικής πολιτικής. Από την άλλη, βέβαια, όταν συγκεκριμένη κοινωνική πολιτική είναι απολύτως αναγκαία για την προστασία της ζωής, χωρίς δηλαδή την κρατική μέριμνα τίθεται σε κίνδυνο η ανθρώπινη επιβίωση, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι, ανεξαρτήτως προτεραιοτήτων οικονομικοπολιτικών, το κράτος υποχρεούται να σταθεί αρωγός -και αντίστοιχα τα δικαστήρια δύνανται να κρίνουν ως «αντισυνταγματική» την αβελτηρία του. Όπως θα εξηγηθεί στην κυρίως ανάλυση, σε τέτοιες περιπτώσεις, η διαχωριστική γραμμή ανάμεσα στην προγραμματικής φύσης κοινωνική πολιτική (επί της οποίας τα δικαστήρια δεν έχουν λόγο) και στην υποχρέωση των κρατών να προστατεύσουν με θετικά μέτρα (όπως οι παροχές) τα ανθρώπινα δικαιώματα (θέμα που εμπίπτει στη σφαίρα δικαιοδοσίας της δικαιοσύνης), είναι ιδιαίτερα λεπτή. Το ΕΔΔΑ, βέβαια, υπήρξε ιδιαίτερος προσεκτικό στη διατύπωση του σκεπτικού της απόφασης ως προς το ζήτημα αυτό. Ακολουθώντας τη γραμμή του αποκλεισμού ζητημάτων αμιγώς κοινωνικής, αναδιανεμητικής κατ' ουσίαν πολιτικής από την ΕΣΔΑ, συνέδεσε το άρθρο 3 με τις (και ουσιαστικά το βάσισε στις) απορρέουσες από την ενωσιακή τάξη υποχρεώσεις που είχε αναλάβει η Ελλάδα στο πλαίσιο του Δουβλίνου II και της κοινοτικής οδηγίας για την υποδοχή αιτούντων άσυλο, όπως αυτή είχε μεταφερθεί στο εσωτερικό δίκαιο του καθ' ου κράτους.²⁰ Συνεπώς, το Δικαστήριο παρέπεμψε στο δίκαιο της ΕΕ, αποφεύγο-

²⁰ *MSS* ό.π. § 88.

ντας να θέσει το ίδιο τον πήχυ σχετικά με το αν και πότε ακραίες συνθήκες φτώχειας μεταφράζονται σε υποχρέωση του κράτους για κοινωνικές παροχές υπέρ ευαίσθητων κοινωνικών ομάδων. Παρόλα αυτά, όπως θα υπογραμμιστεί στη συνέχεια, η ανάλυση του Δικαστηρίου παραπέμπει σε ένα ακόμα, μάλλον επικουρικό, επιχείρημα, επιχειρώντας να συνδέσει την υποχρέωση προστασίας δια θετικών μέτρων με το γεγονός ότι ο προσφεύγων ανήκει σε ευαίσθητη κοινωνική ομάδα η οποία χρήζει κρατικής μέριμνας.²¹ Έστω κι αν δεν είναι απολύτως σαφές στην ανάλυση του Δικαστηρίου, αν και κατά πόσο η μέριμνα αυτή θα μπορούσε να εκτείνεται αυτόνομα, έξω δηλαδή από τα *standards* που θέτει για τα μέλη της η ενωσιακή τάξη, στο χώρο των κοινωνικών παροχών, η απόφαση, ορθά κατά τη γνώμη μας, εστιάζει σε μία σειρά άλλης φύσης ολιγοριών από τις ελληνικές αρχές, όπως την απουσία ενημέρωσης ως προς τα δικαιώματα του προσφεύγοντος και την καθυστέρηση στην εξέταση της αίτησής του για άσυλο, που συνηγορούν στην κατάγνωση ευθύνης λόγω απουσίας της ενδεδειγμένης από πλευράς Ελλάδος επιμέλειας.²²

Αναφορικά, τέλος, με τη δομή της μελέτης, αυτή ακολουθεί τη σειρά των τριών ερωτημάτων που προοικονομήθηκαν στις αμέσως προηγούμενες παραγράφους. Των τριών αυτών σημείων προηγείται η πολύ σύντομη σκιαγράφηση των πραγματικών περιστατικών της *MSS*, ενώ έπονται κάποιες συμπερασματικές σκέψεις, εν είδει επιλόγου.

2. Τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης

Ο *MSS* εγκατέλειψε τη γενέτειρά του, το Αφγανιστάν και το 2008 εισήλθε στην ΕΕ μέσω της Ελλάδας, όπου, μετά από κράτηση μίας εβδομάδας και ενώ δεν είχε καταθέσει αίτηση ασύλου, έλαβε εντολή να εγκαταλείψει το ελληνικό έδαφος. Στη συνέχεια κατέφυγε στο Βέλγιο, όπου και κατέθεσε αίτηση ασύλου. Εφαρμόζοντας το Δουβλίνο II, που καθιερώνει τα κριτήρια και τους μηχανισμούς για τον προσδιορισμό του κράτους-μέλους που είναι υπεύθυνο για την εξέταση της αίτησης ασύλου²³ και προβλέπει πως αρμόδιο θεωρείται το πρώτο κράτος της ΕΕ στο οποίο εισήλθε παράνομα από τρίτο κράτος κάποιος, οι βελγικές αρχές επαναπροώθησαν τον προσφεύγοντα στην Ελλάδα. Κρίσιμο στοιχείο επ' αυτού είναι ότι δεν έλαβαν υπόψη

²¹ *MSS*, ό.π. § 232.

²² *MSS*, ό.π. § 301.

²³ *MSS*, ό.π. § 65.

τη σχετική σύσταση της Ύπατης Αρμοστείας του ΟΗΕ να ανασταλούν οι προωθήσεις προσφύγων στην Ελλάδα, λόγω των σοβαρών ελλείψεων στη διαδικασία χορήγησης ασύλου, αλλά και των τραγικών συνθηκών υποδοχής των, ούτε και τις ενστάσεις του προσφεύγοντος, ο οποίος είχε ήδη βιώσει την κατάσταση που επικρατεί στην Ελλάδα.²⁴ Το Δουβλίνο II δίνει την ευχέρεια στα κράτη να μην προωθήσουν τον παρανόμως εισελθέντα στο κράτος πρώτης εισόδου, αλλά, βάσει της λεγόμενης «ρήτρας κυριαρχίας»,²⁵ να εξετάσουν τα ίδια την αίτηση ασύλου. Παρά ταύτα, το Βέλγιο άσκησε τη διακριτική του ευχέρεια και δεν εφάρμοσε τη συγκεκριμένη ρήτρα, αποστέλλοντας τον προσφεύγοντα στη χώρα πρώτης παράνομης εισόδου στην ΕΕ.

Όταν ξαναβρέθηκε στην Ελλάδα, ο προσφεύγοντας τέθηκε υπό κράτηση σε μικρό χώρο με μεγάλο αριθμό άλλων ατόμων, υπό ιδιαίτερα οδυνηρές και απάνθρωπες συνθήκες διαβίωσης. Στη συνέχεια, του χορηγήθηκε προσωρινή κάρτα, μέχρι να κριθεί η αίτηση ασύλου του. Ελλείπει των αναγκαίων μέσων για τη συντήρησή του, εγκαταστάθηκε στο κέντρο της Αθήνας, όπου και διαβιούσε πλάνητας και ανέστιος. Σε νέα του απόπειρα να διαφύγει από τη χώρα και το μαρτύριο της ζωής υπό συνθήκες ακραίας φτώχειας, συνελήφθη και τέθηκε ξανά υπό κράτηση για μικρό χρονικό διάστημα υπό τις ίδιες απάνθρωπες συνθήκες. Η διαδικασία χορήγησης ασύλου επεκτάθηκε σε χρονικό διάστημα που υπερέβη το ένα έτος, διάστημα κατά το οποίο ο προσφεύγων παρέμενε άστεγος, άνεργος, χωρίς καμία παροχή, προστασία ή βοήθεια από το ελληνικό κράτος και με μεγάλο κίνδυνο για την προσωπική του ασφάλεια.

3. Η *MSS* και το τεκμήριο *Bosphorus*: Η διάδραση του συστήματος της ΕΣ-ΔΑ με τον ενωσιακό χώρο

Στην υπόθεση *MSS*, η νομική βάση για τη συμπεριφορά των βελγικών αρχών ανευρίσκεται στη σφαίρα του δικαίου της ΕΕ. Συμμορφούμενες με το δίκαιο αυτό, παρέδωσαν τον προσφεύγοντα στο ελληνικό κράτος, με τις

²⁴ *MSS*, ό.π. §§ 184 και επ..

²⁵ Το άρθρο 3 § 2 του σχετικού κανονισμού ορίζει ότι, κατ' εξαίρεση, επιτρέπεται στα κράτη να εξετάσουν αίτηση ασύλου που έχει κατατεθεί από υπήκοο τρίτης χώρας, ακόμη και αν δεν είναι υπεύθυνα βάσει των κριτηρίων του κανονισμού. Πρόκειται για την επονομαζόμενη «ρήτρα κυριαρχίας» (*MSS*, ό.π. § 74), η οποία μπορεί να χρησιμοποιηθεί για να επανενώσει μέλη της ίδιας οικογένειας ή άλλους εξαρτώμενους συγγενείς σύμφωνα με το άρθρο 15 § 1 του κανονισμού.

πραγικές γι' αυτόν συνέπειες, που κρίθηκε ότι στοιχειοθετούν παραβίαση της ΕΣΔΑ. *Mutatis mutandis*, η συμπεριφορά των ιρλανδικών αρχών στη διάσημη υπόθεση *Bosphorus*,²⁶ η οποία ήγειρε ζητήματα σεβασμού της ΕΣΔΑ λόγω της παρέμβασης στην περιουσία της προσφεύγουσας εταιρείας, πραγματοποιήθηκε κατ' επιταγή του δικαίου και πάλι της ΕΕ. Με αυτό το κοινό χαρακτηριστικό, αμφοτέρως οι υποθέσεις έφτασαν ενώπιον του Στρασβούργου. Κάπου εδώ, όμως, τελειώνουν οι ομοιότητες. Στην *MSS*, το ΕΔΔΑ καταδίκασε το βελγικό κράτος, το οποίο έδρασε κατ' εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου, ενώ στην προγενέστερη *Bosphorus*, το ίδιο Δικαστήριο απείχε ουσιαστικά του δικαιοδοτικού του έργου ελέγχου παραβίασης της ΕΣΔΑ, επειδή το καθ' ου κράτος έδρασε κατ' εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Η αντίφαση είναι προφανής. Την απόφασή του αυτή, το Δικαστήριο την αιτιολόγησε με το σκεπτικό ότι, καταρχήν (*in principio*), το ενωσιακό δίκαιο είναι συμβατό με την ΕΣΔΑ²⁷ και άρα παρέλκει ο έλεγχος σεβασμού της ΕΣΔΑ. Κομίζει η *MSS* ένα είδος στροφής στη νομολογία του Στρασβούργου ή όχι;²⁸ Αυτό είναι το κύριο ερώτημα που εξετάζεται εδώ. Πριν, όμως, απαντηθεί αυτό (αλλά και για να απαντηθεί) είναι αναγκαίο να δώσουμε πρώτα την ευρύτερη εικόνα.

Χαριτολογώντας, αλλά και καταχρώμενοι ενδεχομένως την ανεκτικότητα του ελληνικού αναγνωστικού κοινού σε στερεότυπα σαν και αυτό που χρησιμοποιούμε στη συνέχεια, θα μπορούσαμε να πούμε ότι τόσο η *Bosphorus* όσο και η *MSS* καταχωρίζονται στην κατηγορία αυτών των υποθέσεων ενώπιον του ΕΔΔΑ που θα μπορούσαν να χαρακτηριστούν ως «τα λέω στη νύφη να τ' ακούσει η πεθερά». Σε αυτό το σενάριο, η πηγή της παραβίασης βρίσκεται στην έννομη τάξη ενός διεθνούς οργανισμού -είτε διακυβερνητικού, είτε και στην ίδια την υπερεθνική ΕΕ-, μέλος του οποίου είναι το κράτος κατά του οποίου στρέφεται ενώπιον του Στρασβούργου ο προσφεύγων-θύμα της παραβίασης. Το σχήμα είναι πλαγιαστικό. Ελλείπει

²⁶ *Bosphorus*, ό.π., η υπόθεση αφορούσε σε παρέμβαση στην περιουσία μίας αεροπορικής εταιρείας από τις ιρλανδικές αρχές κατ' επιταγή του κοινοτικού δικαίου, το οποίο, με τη σειρά του, αποσκοπούσε στη συμμόρφωση των κρατών της ΕΕ με ψήφισμα του Συμβουλίου Ασφαλείας των Ηνωμένων Εθνών στη βάση του Κεφαλαίου VII του Χάρτη.

²⁷ *Bosphorus*, ό.π. § 165.

²⁸ V.P. TZEVELEKOS, «When elephants fight it is the grass that suffers: 'hegemonic struggle' in Europe and the side-effects for international law», σε *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, (επιμ. Κ. DZEHTSIAROU, Τ. KONSTADINIDES, Τ. LOCK, Ν. Ο' MEARA) Routledge 2014, σελ. 18 και επ.

αρμοδιότητας του Στρασβούργου να εξετάζει προσφυγές απευθείας κατά των διεθνών οργανισμών, αφού αυτοί δεν είναι συμβαλλόμενοι στην ΕΣΔΑ,²⁹ το Δικαστήριο ασκεί το δικαιοδοτικό του έλεγχο επί των κοινών κρατών μελών τα οποία, αν και μέρη στην ΕΣΔΑ και, ως τέτοια, δεσμευόμενα να προστατεύσουν τα ανθρώπινα δικαιώματα, «επέτρεψαν» σε τρίτους διεθνείς οργανισμούς, στους οποίους συμμετέχουν, να παραβιάσουν ή να θέσουν τις βάσεις για παραβίαση της ΕΣΔΑ.

Προφανώς, πρόκειται για ένα ιδιαίτερα πολύπλοκο πολιτικο-νομικό ζήτημα, που εκφεύγει των στόχων της παρούσας μελέτης. Πολύ συνοπτικά, επισημαίνουμε δύο σημεία. Πρώτον, το καθ' ου κράτος τοποθετείται μεταξύ σφύρας και άκμονος.³⁰ Πρόκειται για μία *prima facie*³¹ σύγκρουση κανόνων δικαίου, καλούσα το κράτος να επιλέξει αν θα τιμήσει τις υποχρεώσεις του στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ (και την ανθρωπιστική τελεολογία αυτής) ή τις απορρέουσες από τη συμμετοχή του σε τρίτους διεθνείς οργανισμούς υποχρεώσεις και τη τελεολογία που αυτές εξυπηρετούν. Δεύτερον, το νομικό πρόβλημα που ανακύπτει από τέτοιου είδους σενάρια είναι αυτό της διεθνούς ευθύνης του κράτους λόγω της συμπεριφοράς διεθνών οργανισμών (άρση νομικού πέπλου της προσωπικότητας του οργανισμού). Πρόκειται για ιδιαίτερα τεχνικό και σε μεγάλο βαθμό ακόμα μη αποκρυσταλλωμένο ως προς τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια ερώτημα, το οποίο έταμε η νομολογία του Στρασβούργου,³² αλλά και η Επιτροπή του Διεθνούς Δικαίου³³, αρχικά εμπνεόμενη σε μεγάλο βαθμό από την πρώτη, αν και εντέλει φαίνεται να παρεξέκλινε αυτής.

²⁹ ΕΔΔΑ, *Matthews κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (No. 24833/94, 18 Φεβρουαρίου 1999), § 32.

³⁰ ΕΔΔΑ, *Michaud κατά Γαλλίας* (No. 12323/11, 6 Δεκεμβρίου 2012), § 104.

³¹ Εφόσον, όπως θα επισημανθεί στη συνέχεια, είναι κρίσιμο να εξεταστεί αν το κράτος είχε διακριτική ευχέρεια ως προς την εφαρμογή των υποχρεώσεων του από την έννομη τάξη διεθνούς οργανισμού, που ενδεχομένως να συγκρούονται με τις διεθνείς υποχρεώσεις του για σεβασμό των δικαιωμάτων του ανθρώπου.

³² Βλ., όμως, C. RYNGAERT, H. BUCHANAN, «Member state responsibility for the acts of international organisations», *Utrecht Law Review*, 1/2011, σελ. 131-146 (144), που υποστηρίζουν ότι η υποχρέωση των κρατών να μην «εκμεταλλεύονται» την αρμοδιότητα ενός οργανισμού με σκοπό να αποφύγουν τις δικές τους υποχρεώσεις, είναι υποχρέωση μέσου, δηλαδή δέουσας επιμέλειας.

³³ Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου, *A/66/10* (2011), Draft Articles on the Responsibility of International Organisations, άρθρο 61.

Επιστρέφοντας, όμως, στο θέμα μας, στο «ειδικότερο» του γενικού διεθνούς δικαίου σύστημα της ΕΣΔΑ και στη νομολογία του Στρασβούργου για τη διεθνή ευθύνη των κρατών, η πάγια θέση του Δικαστηρίου αυτού είναι ότι, δεδομένης και της «ιδιαίτερης», ανθρωπιστικής τελεολογίας της Σύμβασης, επιτρέπεται στα συμβαλλόμενα κράτη της ΕΣΔΑ να μεταφέρουν κυριαρχικές εξουσίες σε διεθνείς οργανισμούς,³⁴ αλλά παραμένουν τελικώς υπεύθυνα για πράξεις και παραλείψεις των οργάνων τους που απορρέουν από την ανάγκη τήρησης των διεθνών τους υποχρεώσεων λόγω της συμμετοχής τους σε αυτούς.³⁵ Αυτό επανέλαβε το ΕΔΔΑ και στην *Bosphorus*, επιβεβαιώνοντας τη μέχρι τότε νομολογία του, αλλά και το «προνόμιο» που επιφυλάσσει για το ίδιο, να κρίνει τη συμβατότητα με τη Σύμβαση (οιονεί έλεγχος «συνταγματικότητας») των εννόμων τάξεων τρίτων διεθνών οργανισμών, με τρόπο έμμεσο, μέσω της καταλογιστέας στα κράτη μέλη της ΕΣΔΑ συμπεριφοράς, που αυτά αναπτύσσουν στην προσπάθειά τους να συμμορφωθούν με τις απορρέουσες από τους τρίτους διεθνείς οργανισμούς επιταγές.

Το τεκμήριο *Bosphorus* συνιστά παρέκκλιση από την «αρχή» αυτή. Επειδή η ΕΕ κρίθηκε ότι, στο γενικό επίπεδο, παρέχει αντιστοίχου επιπέδου προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, το ΕΔΔΑ απέσχε του πλήρους δικαστηριακού ελέγχου, αντικατέστησε με το προαναφερθέν τεκμήριο το τεστ της αναλογικότητας μεταξύ των περιορισμών στο δικαίωμα της περιουσίας της προσφεύγουσας και των σκοπών δημοσίου συμφέροντος που εξυπηρετούσε ο ενωσιακός κανόνας δικαίου στη βάση του οποίου πραγματοποιήθηκαν οι περιορισμοί και, με αυτό τον τρόπο, ουσιαστικά, αρνήθηκε, όταν η «πεθερά» είναι η ΕΕ, να ψέγει τη «νύφη», ήτοι το συμβαλλόμενο στην ΕΣΔΑ κράτος που εφήρμοσε το ενωσιακό δίκαιο. Άφησε, όμως, και κάποιες «δικλίδες ασφαλείας». Έτσι, πέρα από το ότι επιφυλάχθηκε να άρει το τεκμήριο αν η προστασία εντός ΕΕ αποδειχθεί πρόδηλα ελλιποβαρής -το οποίο, εξάλλου, όπως όλα τα τεκμήρια, είναι μαχητό-, εξήγησε επίσης ότι, αν και ένα κρατικό μέτρο, το οποίο πάρθηκε κατ' εφαρμογή διεθνών υποχρεώσεων στο πλαίσιο συμμετοχής σε διεθνή οργανισμό, είναι δικαιολογημένο από τη στιγμή που θεωρείται ότι ο εν λόγω οργανισμός παρέχει προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων αντίστοιχη τουλάχιστον

³⁴ Ενδεικτικά, ΕΔΔΑ, *M. & Co. κατά Γερμανίας* (No. 13258/87, 9 Φεβρουαρίου 1990), *Matthews*, ό.π. καθώς και *Bosphorus*, ό.π. § 152.

³⁵ *Bosphorus*, ό.π. § 153, *Michaud*, ό.π. § 102, *M&Co*, ό.π., ΕΔΔΑ, *Waite and Kennedy κατά Γερμανίας* (No. 26083/94, 18 Φεβρουαρίου 1999) § 62.

με αυτή που διασφαλίζεται από την ΕΣΔΑ, ωστόσο, τα κράτη εξακολουθούν να είναι εξ ολοκλήρου υπεύθυνα στη βάση αυτής για όλες τις πράξεις που δεν υπάγονται αυστηρά στις διεθνείς έννομες υποχρεώσεις τους, ιδίως όταν έχουν ασκήσει διακριτική ευχέρεια.³⁶

Το ΕΔΔΑ έκρινε, επομένως, με την *Bosphorus* ότι δεν είναι αναγκαίο να ασκεί δικαιοδοσία επί θεμάτων πηγαζόντων από την τάξη της ΕΕ, καθώς το σύστημά της επαρκεί για να επιλύει και να αποτρέπει τυχόν παραβιάσεις. Η νομολογία αυτή συνιστά σταθμό. Με αυτό το σκεπτικό, δεν θα ήταν αδόκιμο να διακρίνουμε στην προ και στη μετά *Bosphorus* εποχή.

Σε ό,τι αφορά στην «προ» εποχή, αυτή σχετίζεται μόνο μερικώς με το ερώτημα που εξετάζεται εδώ, όποτε «τροχάδην» αναφέρουμε κάποια χτυπητά νομολογιακά στοιχεία, με σκοπό να καταδείξουμε τη στροφή της *Bosphorus*, αλλά και να διευκολύνουμε τη σύγκριση με τη «μετά» εποχή. Σημειώνεται, λοιπόν, ότι η παρέμβαση του ΕΔΔΑ και ο έμμεσος έλεγχος συμβατότητας του ευρωπαϊκού δικαίου με τα επιταγές της ΕΣΔΑ δεν είναι καινούριο φαινόμενο. Ήδη από την απόφαση *Cantoni*, το ΕΔΔΑ είχε αποφανθεί πως το γεγονός ότι η εθνική νομοθεσία της Γαλλίας αποτελούσε σχεδόν αυτολεξεί μεταφορά μιας κοινοτικής οδηγίας δεν επαρκούσε για να αποκλειστεί η υπόθεση από τη σφαίρα ελέγχου του Δικαστηρίου.³⁷ Στη *Matthews*, το ΕΔΔΑ προέβη στην εξέταση της συμβατότητας του πρωτογενούς ευρωπαϊκού δικαίου με τη Σύμβαση, αποφαινόμενο πως ο αποκλεισμός των κατοίκων του Γιβραλτάρ από τις εκλογές του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου ήταν παράνομος.³⁸ Η διαφορά έγκειται στο ότι μόνο για δευτερογενείς κανόνες προβλέπεται δικαστικός έλεγχος από το Δικαστήριο της ΕΕ (ΔΕΕ, πρώην Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων).³⁹ Υποστηρίζεται, μάλιστα, εύστοχα ότι, για πρωτογενές δίκαιο, σε υποθέσεις τύπου *Matthews* το ΕΔΔΑ θα πρέπει να δύναται να ασκήσει έλεγχο ακόμα και μετά την *Bosphorus*. Το τεκμήριο *Bosphorus* δεν είναι εφαρμοστέο, καθώς η παρεχόμενη προστασία δεν είναι αντίστοιχη αυτής που ισχύει στο σύστημα της ΕΣΔΑ.⁴⁰ Οι περιορισμοί στην έκταση δεν μας επιτρέπουν να αναφερ-

³⁶ *Bosphorus*, ό.π. §§ 155-157.

³⁷ ΕΔΔΑ, *Cantoni κατά Γαλλίας* (No. 17862/91, 11 Νοεμβρίου 1996), § 30.

³⁸ *Matthews*, ό.π. § 32.

³⁹ T. LOCK, «Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review* 3/2010 σελ. 529-545 (531).

⁴⁰ T. LOCK, «Beyond Bosphorus...», ό.π. (538).

θούμε σε όλη τη σχετική νομολογία.⁴¹ Αξίζει, όμως, να αναφερθεί κανείς στην υπόθεση *Senator Lines*,⁴² καθώς αφορούσε πράξεις της Ένωσης και συγκεκριμένα κυρώσεις σε βάρος της προσφεύγουσας εταιρείας -η οποία διαμαρτυρόταν για την απουσία δικαστικών διόδων για την προστασία της- στο πλαίσιο του κοινοτικού ανταγωνισμού. Το πρόβλημα λύθηκε πριν το Δικαστήριο κρίνει την υπόθεση. Ωστόσο, το ΕΔΔΑ εξέφρασε την ετοιμότητά του να προχωρήσει στην ουσία και να ασκήσει με αυτό τον τρόπο έμμεσο έλεγχο επί της έννομης τάξης της ΕΕ.

Αυτά, όμως, ίσχυαν πριν τη *Bosphorus*. Με την απόφαση αυτή, το Στρασβούργο, για προφανείς νομικο-πολιτικούς λόγους που δεν μπορούν να συζητηθούν εδώ, αυτοπεριόρισε την εξουσία του. Σε αυτούς συμπεριλαμβάνεται, ενδεχομένως, η επικείμενη προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ, η δύσκολη θέση στην οποία περιέρχοντο τα κράτη καλούμενα να προκρίνουν την ΕΣΔΑ έναντι των υπερεθνικών τους υποχρεώσεων, αλλά και η βαθύτερη «πηγή» του κοινοτικού κανόνα στην περίπτωση της *Bosphorus*, που ήταν ένα δεσμευτικό, υπό το Κεφάλαιο VII του Χάρτη, ψήφισμα του Συμβουλίου Ασφαλείας του ΟΗΕ.⁴³ Το ερώτημα που αναφέρεται, ωστόσο, και το οποίο κυρίως μας απασχολεί εδώ είναι αν και κατά πόσο η *MSS* θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι αποδομεί τον αυτοπεριορισμό της *Bosphorus*, την *comity*⁴⁴ που αυτή ερμηνεύθηκε⁴⁵ ότι συνιστά και τη «χείρα φιλίας» που το Στρασβούργο έτεινε προς το Λουξεμβούργο.

⁴¹ Για παράδειγμα, ΕΔΔΑ, *Segi and others & Gestoras Pro-Amnistía και λοιποί κατά 15 κρατών της Ευρωπαϊκής Ένωσης* (ως προς το παραδεκτό No. 6422/02 και 9916/02, 23 Μαΐου 2002).

⁴² ΕΔΔΑ, *Senator Lines κατά κρατών της Ευρωπαϊκής Ένωσης* (ως προς το παραδεκτό No. 56672/00, 10 Μαρτίου 2004).

⁴³ Για μία τέτοια «ανάγνωση» της *Bosphorus*, Β. ΤΖΕΒΕΛΕΚΟΣ, «Με αφορμή τις αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στις υποθέσεις *Bosphorus* και *Behrami/Saramati*, εκφάνσεις της 'συστημικής ενσωμάτωσης' εντός του ευρωπαϊκού υποσυστήματος και υπαγωγή αυτού στο ευρύτερο 'σύστημα'. Απαντήσεις στο θεσμικό κατακερματισμό του διεθνούς δικαίου: νομικός πλουραλισμός δίχως ιεραρχία ή μήπως και η θεσμική 'αβρότητα' έχει τα όρια της;», *Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου*, ειδικό τεύχος 2007, σελ. 381-422.

⁴⁴ Για τον ορισμό της έννοιας, βλ. μεταξύ άλλων Α. GATTINI, «Un regard procédural sur la fragmentation du droit international», *Revue Générale de Droit International Public*, 2006 (110) σελ. 302-336 (323-324).

⁴⁵ Μεταξύ άλλων, Ν. LAVRANOS, «The Solange method as a tool for regulating competing jurisdictions among international courts and tribunals», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 3/2008 σελ. 314-334.

Περνώντας στη «μετά» εποχή, με την απόφαση *MSS*, όπως και λίγο μεταγενέστερα με τη *Michaud*,⁴⁶ το ΕΔΔΑ φαίνεται *prima facie* να περιορίζει το τεκμήριο της *Bosphorus*. Στη *Michaud*, το Δικαστήριο παρέκαμψε το τεκμήριο και προχώρησε στο σύνηθες τεστ αναλογικότητας για να κρίνει εάν ο σκοπός της αποτροπής νομιμοποίησης παράνομων εσόδων επέτρεπε περιορισμούς (εκπορευόμενους από το δίκαιο της ΕΕ) στην εχεμύθεια μεταξύ δικηγόρου και εντολέα, που κρίθηκε ότι εμπίπτει στο άρθρο 8 ΕΣΔΑ, περί προστασίας της ιδιωτικότητας. Αυτό που δικαιολόγησε κατά το Δικαστήριο την παράκαμψη της *Bosphorus* ήταν το γεγονός ότι το κράτος είχε διακριτική ευχέρεια στην εφαρμογή του δικαίου της ΕΕ, λόγω της πηγής αυτού –στη συγκεκριμένη περίπτωση κοινοτικής οδηγίας, που καταλείπει στον εθνικό νομοθέτη ευρύ διακριτικό πεδίο κατά τη μεταγραφή της στο εσωτερικό δίκαιο.⁴⁷ Το κλειδί είναι η ύπαρξη διακριτικής ευχέρειας,⁴⁸ που δίνει στα κράτη περιθώριο ελιγμών, προκειμένου να εναρμονίσουν με τις επιταγές της ΕΣΔΑ το δίκαιο και τη συμπεριφορά τους, βάσει των υποχρεώσεών τους που πηγάζουν από τη συμμετοχή τους σε διεθνή οργανισμό. Λίγο πριν την *Michaud* και συγκεκριμένα στην υπόθεση *Ullens de Schooten*,⁴⁹ το ΕΔΔΑ έκρινε πως η άρνηση των εθνικών δικαστηρίων του Βελγίου να αποστείλουν προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ για την ερμηνεία της ευρωπαϊκής νομοθεσίας στο πλαίσιο της υπόθεσης ενώπιόν τους, δεν αποτελούσε παραβίαση των δικαιωμάτων του προσφεύγοντα και συγκεκριμένα του άρθρου 6 ΕΣΔΑ, που διασφαλίζει το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη. Αν και το λακωνικό σκεπτικό του Δικαστηρίου μόνο εικασίες επιτρέπει, προφανώς, πέρα από τις κοινοτικές οδηγίες και το πρωτογενές κοινοτικό

⁴⁶ *Michaud*, ό.π..

⁴⁷ *Michaud*, ό.π. § 103.

⁴⁸ *Michaud*, ό.π. § 103. Το κρίσιμο στοιχείο της διακριτικής ευχέρειας το είχε το δικαστήριο αναδειξει στη νομολογία του *Bosphorus*, ό.π. §§ 147-148. Η ύπαρξη διακριτικής ευχέρειας από τα κράτη της ΕΕ, όταν αυτά εφαρμόζουν ενωσιακό δίκαιο, ίσως είναι βαρύνουσα σημασίας για τον καταλογισμό στο πλαίσιο του συστήματος της «από κοινού προσφυγής κατά αμοτέρων της ΕΕ και κρατών-μελών» (*co-respondent mechanism*) που προβλέπεται για την προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ. Βλ. G. GAJA, «The co-respondent mechanisms according to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR», 2 *European Society of International Law Reflections*, ειδικά στο σημείο 3, προσβάσιμο στην ιστοσελίδα <http://www.esil-sedi.eu/node/266> (τελευταία πρόσβαση: 17 Δεκεμβρίου 2013).

⁴⁹ ΕΔΔΑ, *Ullens de Schooten and Rezabek κατά Βελγίου* (No. 3989/07 και 38353/07, 20 Σεπτεμβρίου 2011). Βλ., επίσης, ΕΔΔΑ, *Ferreira Santos Pardal κατά Πορτογαλίας* (No. 30123/10, 4 Σεπτεμβρίου 2012).

δίκαιο, όπως επεξηγήθηκε ανωτέρω, του τεκμηρίου της *Bosphorus* εκφεύγουν επίσης οι παραλείψεις των εθνικών δικαστηρίων ως προς το αν και κατά πόσον ο τρόπος που εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης ικανοποιεί τις αξιώσεις της ΕΣΔΑ.

Πριν, όμως, από αυτές τις δύο τελευταίες αποφάσεις, το Στρασβούργο είχε ήδη κρίνει την *MSS*. Όπως έχει ήδη εξηγηθεί, το ΕΔΔΑ, κατά παράκαμψη του τεκμηρίου αντίστοιχης προστασίας, εξέτασε πλήρως την ουσία των καταγγελιών και καταδίκασε το Βέλγιο, βρίσκοντας ότι -η σύμφωνη με το δίκαιο της ΕΕ μεταφορά του προσφεύγοντα στη χώρα πρώτης εισόδου στην ΕΕ- παραβιάζει τη Σύμβαση. Στην προκείμενη περίπτωση, το κλειδί στο οποίο βασίστηκε το Στρασβούργο για να παρακάμψει το τεκμήριο της *Bosphorus* και να εξετάσει την ουσία είναι το γεγονός ότι το Δουβλίνο II περιέχει την προαναφερθείσα ρήτρα που επιτρέπει στα κράτη να μην προχωρήσουν σε επαναπροώθηση του προσφεύγοντα. Συνεπώς, η μεταφορά του στην Ελλάδα δεν υπαγορεύεται υποχρεωτικά από το ενωσιακό δίκαιο. Αυτό επέτρεψε στο Στρασβούργο να αποφύγει να κρίνει τη συμβατότητα αυτού με την ΕΣΔΑ, και να επικεντρωθεί αποκλειστικά στη συμπεριφορά του καθ' ου κράτους, το οποίο είχε τη διακριτική ευχέρεια⁵⁰ να προβεί σε πράξεις εξίσου σύμφωνες, τόσο με το ενωσιακό δίκαιο, όσο και με την ΕΣΔΑ, στο όνομα της οποίας θα μπορούσε να αρνηθεί να παραδώσει τον προσφεύγοντα στο ελληνικό κράτος, όπως του επέτρεπε το κοινοτικό δίκαιο, εάν θεωρούσε πως το κράτος προορισμού δεν πληρούσε (όπως, όντως, δεν πληρούσε) τους όρους της Σύμβασης.⁵¹ Συνεπώς, επειδή, το επίδικο μέτρο που έλαβαν οι βελγικές αρχές δεν υπαγόταν αυστηρά στις διεθνείς υποχρεώσεις που δεσμεύουν το Βέλγιο,⁵² το ΕΔΔΑ έκρινε ότι παρέλκει η εφαρμογή του τεκμηρίου *Bosphorus* στην υπόθεση αυτή, ανοίγοντας πλέον το δρόμο για τον σε βάθος έλεγχο ουσίας.

Το κριτήριο, λοιπόν, για την εφαρμογή του τεκμηρίου της *Bosphorus* φαίνεται πως είναι η διακριτική ευχέρεια ως προς τον (εναρμονισμένο με την ΕΣΔΑ) τρόπο εφαρμογής του δικαίου της ένωσης. Αυτό επιτρέπει στο Στρασβούργο να αφήσει εκτός κρίσης του την πηγή της υποχρέωσης (που βρίσκεται στην ενωσιακή τάξη) και να επικεντρωθεί στη συμπεριφορά του κράτους, το οποίο, χάριν της διακριτικής ευχέρειας που του δίδεται, είναι σε θέση -και άρα υποχρεούται- να εφαρμόσει το ενωσιακό δίκαιο κατά

⁵⁰ *MSS*, ό.π. § 338.

⁵¹ *MSS*, ό.π. § 339.

⁵² *MSS*, ό.π. § 340.

τρόπο σύμφωνο με την ΕΣΔΑ. Με πιο περιγραφικούς όρους, το κριτήριο της διακριτικής ευχέρειας αφήνει έξω από το κάδρο την ΕΕ, αλλά εντός του πλαισίου αυτού το κράτος. Δύο ερωτήματα μένει ν' απαντηθούν σχετικά. Συνιστά αυτό, εντέλει, έστω και μερική, αποδόμηση της *Bosphorus*; Και, δεύτερον, έστω ότι, για να χρησιμοποιήσουμε και πάλι το ευφυολόγημά μας, αποδέκτης σε αυτήν την περίπτωση του μηνύματος είναι όντως μόνο η νύφη, η πεθερά δεν ακούει;

Ξεκινώντας από το δεύτερο ερώτημα, η πεθερά σαφώς και εμπλέκεται, άρα οφείλει να ακούει. Από εκείνη -είτε ως νομοθέτη, είτε ως ερμηνευτή- εξαρτάται αν το ενωσιακό δίκαιο θα είναι ελαστικό ή άκαμπτο, αν θα δίνει επαρκή χώρο για προσαρμοστικότητα και εναρμόνιση με τις επιταγές της ευρωπαϊκής δημόσιας τάξης, οι οποίες εξάλλου είναι και επιταγές της ενωσιακής δικαιοταξίας. Αυτό, εξάλλου, εξηγεί και το γιατί το ΔΕΕ έσπευσε ασμένως, με την πρώτη δοθείσα ευκαιρία, να επικυρώσει το *dictum* του Στρασβούργου στην *MSS* και να υπογραμμίσει ότι σε παρόμοιες περιπτώσεις, όταν τα κράτη δεν πληρούν τις προϋποθέσεις υποδοχής ανθρώπων ευρισκομένων στη θέση του προσφεύγοντα, το Δουβλίνο II μπορεί να παρακάμπτεται.⁵³ Με αυτό τον τρόπο, αποφεύχθηκε ο κατακερματισμός του δικαίου, τα κράτη απέφυγαν τη σύγκρουση κανόνων, επωμιζόμενα όμως την ευθύνη εναρμονισμού, ενώ το ΔΕΕ απέδειξε τα αντανακλαστικά και την ευαισθησία του στο χώρο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Σε σχέση με το δεύτερο ερώτημα, η απάντηση που θα δοθεί κινείται στους τόνους του γκρι. Από τη μία, υπενθυμίζεται ότι στη *Bosphorus* το Στρασβούργο είχε υπογραμμίσει τη σημασία της διακριτικής ευχέρειας.⁵⁴ Η μετέπειτα νομολογία του θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι είναι συνεπής ως προς τη γραμμή αυτή. Υπάρχει, όμως, και η πλέον «καχύποπτη» (ή απλά υποψιασμένη) ανάγνωση. Από την *Bosphorus* εξαιρείται προφανώς το πρωτογενές δίκαιο, οι οδηγίες καθώς και ό,τι άλλο εκφεύγει του ελέγχου του ΔΕΕ ή δίδει διακριτική ευχέρεια στο κράτος να εναρμονίσει την ενωσιακή τάξη με αυτή της ΕΣΔΑ. Επιπλέον, στην *MSS* το Δικαστήριο υπογράμμισε ότι το τεκμήριο της *Bosphorus* εφαρμόστηκε επί του «σκληρού πυρήνα» του ενωσιακού δικαίου *stricto sensu*, ήτοι επί του παλιού πρώτου πυ-

⁵³ ΔΕΕ, *Joined Cases C-411/10, N.S. v Secretary of State for the Home Department and C-493/10 M.E. and Others v Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform* (21 Δεκεμβρίου 2011).

⁵⁴ *Bosphorus*, ό.π. §§ 147-148.

λώνα.⁵⁵ Με αυτά τα δεδομένα, αναρωτιέται κανείς τι πραγματικά απομένει στη *Bosphorus*, πέραν άτεγκτων ενωσιακών κανόνων. Εξάλλου, και με αυτή την παρατήρηση ολοκληρώνουμε το μέρος αυτό της συζήτησης, καλείται κανείς να λάβει υπόψη του και τη συγκυρία, με την πολυαναμενόμενη προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ, που θα θέσει (υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις της συμφωνίας προσχώρησης) την πρώτη υπό την άμεση δικαιοδοτική εξουσία και έλεγχο του Στρασβούργου, *ante portas*. Η *comity* της *Bosphorus* έχει σαφή όρια, που επιτρέπουν στο ΕΔΔΑ να κρατά καρότο, αλλά και μαστίγιο, να παραιτείται της δικαιοδοσίας του, αλλά και να διατηρεί, έστω και περιορισμένης μορφής, έλεγχο στα τεκταινόμενα στον ενωσιακό χώρο κι ενώ δεν ασκεί ακόμα άμεσο έλεγχο στην τάξη της Ένωσης, να της υπενθυμίζει, διακριτικά και επί σχετικά «ανώδυνων» ζητημάτων, ποιος έχει τα ηνία. Προϋπόθεση βέβαια για μία τέτοια ανάγνωση είναι να αποδέχεται κανείς το αφήγημα περί άτυπης «ηγεμονικής διαμάχης»⁵⁶ μεταξύ των δύο οιονεί συνταγματικών Δικαστηρίων στην Ευρώπη. Από αυτή την οπτική, για όσο διάστημα η ιεραρχία μεταξύ των δύο Δικαστηρίων δεν αποσαφηνίζεται, οι μεταξύ τους σχέσεις εκτιμάται ότι θα συνεχίσουν να ακροβατούν στο πλαίσιο του άτυπου μεταξύ τους διαλόγου,⁵⁷ ανάμεσα στις σχέσεις «καλής γειτονίας», αλλά και φαινομένων διαγκωνισμών και συνεπακόλουθου κατακερματισμού. Τέλος, είτε χωρίς, είτε μετά την προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ, το τεκμήριο της *Bosphorus* θα παρα-

⁵⁵ *MSS*, ό.π. § 338.

⁵⁶ V.P. TZEVELEKOS (hegemonic struggle) ό.π., T. TRIDIMAS & J.A. GUTIERREZ-FONS, «EU law, international law, and economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress?», *Fordham International Law Journal*, 2/2008, σελ. 660-730 (729), που χρησιμοποιούν τον όρο «συνταγματική ηγεμονία» προκειμένου να περιγράψουν τη στάση του ΔΕΕ στη γνωστή (αλλά και παρόμοια με τη *Bosphorus*) πρώτη απόφαση *Kadi C-402/05 P and C-415/05 P*. I. CANOR, «Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?», *European Law Review*, 1/2000, σελ. 3-21.

⁵⁷ C. TIMMERMANS, «The relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights», σε *A constitutional order of states?*, (επιμ. A. ARNULL/C. BARNARD/M. DOUGAN/E. SPAVENTA) Hart, 2011, σελ. 151-159, A. ROSAS, «The European Court of Justice in context: forms and patterns of judicial dialogue», *European Journal of Legal Studies*, 1/2007, σελ. 1-16, F.G. JACOBS, «Judicial dialogue and the crossfertilization of legal systems: the European Court of Justice», *Texas International Law Journal*, 2003 (38), σελ. 547-556, ιδίως σελ 550-552. Βλ., επίσης, το παλαιότερο, αλλά ιδιαίτερα χρήσιμο: S. DOUGLAS-SCOTT, «A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis», *Common Market Law Review*, 3/2006 σελ. 629-665.

μένει ανοιχτό.⁵⁸ Το Στρασβούργο είναι αυτό που άνοιξε το κεφάλαιο αυτό, και μόνο αυτό μπορεί να το κλείσει, όποτε, αν και εφόσον το επιθυμήσει. Ακόμα κι αν το ΔΕΕ θέσει τη συνέχισή του ως ένα είδος προϋπόθεσης για την ένταξη της ΕΕ στην ΕΣΔΑ, είτε ο έλεγχος είναι έμμεσος, είτε άμεσος, αυτός θα συνεχίσει να ασκείται από το Στρασβούργο, το οποίο και θα κρίνει την τύχη, το μελλοντικό ρόλο και τη μορφή του τεκμηρίου.

4. Συντρέχουσα διεθνής ευθύνη κρατών και η υποχρέωση δέουσας επιμέλειας

Το δεύτερο θέμα που πραγματεύεται η παρούσα μελέτη, αφορμής δοθείσης από την *MSS*, είναι το άκρως ενδιαφέρον από πλευράς διεθνούς δικαίου ζήτημα της καταδίκης στην ίδια υπόθεση περισσότερων του ενός κρατών, στο πλαίσιο αλληλένδετων πραγματικών περιστατικών, αλλά χωριστών για καθένα από αυτά και αυτοτελώς διαγνωσθεισών παραβιάσεων της ΕΣΔΑ. Το παρόν τμήμα του άρθρου θα επιχειρήσει να εξηγήσει γιατί παρουσιάζεται το φαινόμενο αυτό, θα χαρακτηρίσει τις διεθνώς παράνομες πράξεις των δύο κρατών στην ίδια υπόθεση ως συντρέχουσα ευθύνη και θα υπογραμμίσει το ρόλο της αρχής της δέουσας επιμέλειας,⁵⁹ η οποία και αποτελεί τη βάση για την ευθύνη του πρώτου κράτους, αλλά και το

⁵⁸ Βλ., μεταξύ άλλων, T. LOCK, «The ECJ and the ECtHR: the future relationship between the two European courts», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 8/2009, σελ. 375-398, ιδίως 395-396, P. MAHONEY, «From Strasbourg to Luxembourg and back: speculating about human rights protection in the European Union after the Treaty of Lisbon», *Human Rights Law Journal*, 2011 (31), ιδίως σελ. 77 και επ., F. BENOIT-ROHMER, «Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1/ 2010, σελ. 19-38 (27-31), P. DE HERT/F. KORENICA, «The doctrine of equivalent protection. Its life and legitimacy before and after the European Union's accession to the European Convention on Human Rights», *German Law Journal* 13/2012, σελ. 874-895 (889-894). Για τα διάφορα πιθανά σενάρια, βλ. O. DE SCHUTTER, «The fate of the Bosphorus doctrine following accession», *European Journal of Human Rights*, 4/2013, σελ. 584-624.

⁵⁹ Για μία γενική εισαγωγή, T. KOIVUROVA, «Due Diligence» *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, προσβάσιμο σε <http://www.arcticcentre.org/loader.aspx?id=78182718-d0c9-4833-97b3-b69299e2f127> (τελευταία πρόσβαση: 17 Δεκεμβρίου 2013). Βλ., επίσης, V.P. TZEVELEKOS, «Revisiting the Humanisation of International Law: Limits and Potential. Obligations *Erga Omnes*, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation», *Erasmus Law Review*, 1/ 2013, σελ. 73-74.

συνδεδειγμένο κρίκο αυτής με τις παράνομες πράξεις και παραλείψεις του δεύτερου κράτους.

Η ανάλυση δεν μπορεί παρά να εκκινήσει από την απλή διαπίστωση ότι η *MSS* εμπίπτει στην κλασική στη νομολογία του ΕΔΔΑ περίπτωση υποθέσεων τύπου *Soering*,⁶⁰ αναφορικά με την έκδοση, αποπομπή, απέλαση, ευρύτερα, μεταφορά ατόμου σε τρίτη χώρα, όπου και υπάρχει σημαντική πιθανότητα αυτό να πέσει θύμα παραβιάσεων θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων είτε, κυρίως, από τα όργανα του κράτους υποδοχής, είτε και από πρόσωπα των οποίων η συμπεριφορά δεν καταλογίζεται στο κράτος αυτό.⁶¹ Υπενθυμίζεται σχετικά ότι, με τη *Soering*, το ΕΔΔΑ είχε κρίνει ότι η έκδοση του προσφεύγοντος (στη συγκεκριμένη περίπτωση στις ΗΠΑ, όπου θα ανέμενε βασανιστικά να εκτελεστεί η σε βάρος του καταδίκη σε θάνατο) μπορεί να εγείρει θέμα ευθύνης του σχετικού κράτους απέναντι στη Σύμβαση, εφόσον υπάρχουν σοβαροί και διαπιστωμένοι λόγοι να πιστευτεί ότι ο ενδιαφερόμενος θα διατρέχει στη χώρα προορισμού πραγματικό κίνδυνο να υποστεί βασανιστήρια ή ποινές ή απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση.⁶²

Δύο κρίσιμα στοιχεία προκύπτουν. Το πρώτο είναι ο «διεθνικός» (transnational) χαρακτήρας των υποθέσεων αυτών, που σχετίζεται με το κλασικό και χιλιοσυζητημένο στην ΕΣΔΑ ζήτημα της εξωεδαφικής εφαρμογής της.⁶³ Το στοιχείο, όμως, αυτό, όπως θα υποστηριχθεί αμέσως μετά, είναι μάλλον ήσσονος σημασίας και σε κάθε περίπτωση ελάχιστονος σε σχέση με τη δεύτερη, σχετιζόμενη με την πρώτη, αλλά πλέον ουσιαστική παράμετρο των υποθέσεων αυτών. Κλειδί για την κατανόησή τους, αλλά

⁶⁰ ΕΔΔΑ, *Soering κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, (No. 14038/88, 7 Ιουλίου 1989) § 86.

⁶¹ Κυρίως πρόκειται για παραβιάσεις του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ ή του άρθρου 2 που προστατεύει το δικαίωμα στη ζωή, βλ. *Dougoz*, ό.π.. Πρόσφατα, το ΕΔΔΑ διεύρυνε το κύκλο των δικαιωμάτων που εμπίπτουν στο πλαίσιο της *Soering*, συμπεριλαμβάνοντας, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, το δικαίωμα στη δίκαιη δίκη του άρθρου 6 ΕΣΔΑ. Βλ. ΕΔΔΑ, *Othman (Abu Qatada) κατά Αγγλίας*, ό.π..

⁶² *Soering*, ό.π. §§ 90-91, *Saadi κατά Ιταλίας*, ό.π. § 127.

⁶³ Για μία συζήτηση του θέματος στα ελληνικά, βλ. Λ.-ΑΛ. ΣΙΣΙΛΙΑΝΟ, «Άρθρο 1», σε *Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Ερμηνεία κατ' Άρθρο* (επιμ. Λ.-ΑΛ. ΣΙΣΙΛΙΑΝΟΣ) Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 33 και επ.. Από τη διεθνή βιβλιογραφία, μεταξύ πολλών άλλων, R. LAWSON, «Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights», σε *The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (επιμ. F. COOMANS, M.T. KAMMINGA) Intersentia, 2004, σελ. 83-123.

και για την ανάλυση που έπεται είναι η υπογράμμιση του γεγονότος ότι η, όποιας μορφής και έκτασης, εξωεδαφικότητα αναπτύσσεται στον τύπο αυτό υποθέσεων, στην ουσία, αφορά, όχι σε αρνητικές παραβιάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων, άμεσα καταλογιστέων στο κράτος που αποφάσισε την έκδοση, αποπομπή, απέλαση, κ.λπ., αλλά στην παραβίαση της θετικής⁶⁴ υποχρέωσης αυτού να δράσει προληπτικά για παράνομες πράξεις καταλογιστέες σε τρίτο πρόσωπο που δρα έξω από το έδαφος του.

Ξεκινώντας από το πρώτο θέμα, αυτό της εξωεδαφικότητας, οι περιορισμοί στην έκταση του παρόντος, αλλά και ο προσανατολισμός του δεν επιτρέπουν να εμβαθύνουμε στο ζήτημα αυτό, ούτε και στους λόγους για τους οποίους πιστεύουμε ότι το κριτήριο της άσκησης αποτελεσματικού ελέγχου, που το ΕΔΔΑ έχει θέσει ως προϋπόθεση για την εξωεδαφική αρμοδιότητα και, συνακόλουθη, διεθνή ευθύνη του κράτους είναι παντελώς λάθος.⁶⁵ Εξάλλου, για όσους συμφωνούν με το κριτήριο και θέτουν ως προϋπόθεση τον αποτελεσματικό έλεγχο, αυτός, υπό μία έννοια, είναι παρών στον υπό συζήτηση τύπο υποθέσεων. Κατά την απόφαση για *refoulement*, το άτομο βρίσκεται υπό τον έλεγχο, άρα και τη σφαίρα κυριαρχίας, τη δικαιοδοσία δηλαδή (σύμφωνα με την προσέγγιση αυτή) του κράτους που έχει την ευχέρεια να προβεί σε αυτό (*refoulement*). Για όσους πάλι πιστεύουμε ότι το κριτήριο του αποτελεσματικού ελέγχου δεν θα πρέπει να συνιστά προϋπόθεση για την εξωεδαφικότητα, το ζήτημα αυτό είναι εν πολλοίς άσχετο με την εξεταζόμενη εδώ κατηγορία υποθέσεων. Αυτό διότι, ενώ στις υποθέσεις τύπου *Soering* υπάρχει προφανές διεθνικό στοιχείο, αφού οι συνέπειες της απόφασης για *refoulement* λαμβάνουν χώρα έξω από το έδαφος του κράτους που έλαβε τη σχετική απόφαση, ωστόσο, η ίδια η απόφαση για το *refoulement*, την έκδοση, απέλαση κ.λπ., η οποία ανοίγει το δρόμο για τις παραβιάσεις των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, λαμβάνει χώρα, όχι εξωεδαφικά, αλλά εντός του εδάφους του κράτους. Όπως μερίδα της θεωρίας υποστηρίζει,⁶⁶ η εξωεδαφικότητα στην περίπτωση αυτή φαλκιδεύ-

⁶⁴ Ενδεικτικά βλ. A.R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, 2004. Βλ. επίσης την ανάλυση στην επόμενη παράγραφο του άρθρου.

⁶⁵ V.P. TZEVELEKOS, “Deconstructing and Reconstructing the Theory of Effective Control as a Condition for the Exercise of Jurisdiction for Extraterritorial Human Rights Breaches. Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence and Concurrent Responsibility” (υπό δημοσίευση, 2014).

⁶⁶ M. MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: law principles and policy*, Oxford University Press, 2011, σελ. 8-9.

εται από το γεγονός ότι, κατά την απόφαση για το *refoulement*, το άτομο βρίσκεται στο έδαφος του κράτους που αποφασίζει σχετικά. Με αυτό το σκεπτικό, οι γράφοντες επιλέγουμε να αποκαλούμε τις υποθέσεις αυτές ως «ψευδο-εξωεδαφικές». Το στοιχείο αυτό, ωστόσο, είναι άμεσα συνδεδεμένο με το δεύτερο και πλέον κρίσιμο για την ανάλυση που επιχειρείται εδώ ζήτημα, δηλαδή, τη διάκριση μεταξύ θετικών και αρνητικών παραβιάσεων (όπου, εξάλλου, για την πρώτη περίπτωση, ακόμα κι όταν συντρέχουν προϋποθέσεις ακραιφνούς εξωεδαφικότητας, το ΕΔΔΑ έχει εξηγήσει ότι το κριτήριο του αποτελεσματικού ελέγχου δεν είναι εφαρμοστέο).⁶⁷

Στην κατηγορία υποθέσεων που εξετάζουμε εδώ, η ΕΣΔΑ αξιώνει από το κράτος να μην εκθέσει το άτομο στον κίνδυνο που συνεπάγεται η παράδοσή του στη δικαιοδοσία τρίτου κράτους. Η ευθύνη του κράτους «αποστολής» σχετίζεται έμμεσα με γεγονότα που δεν έχουν λάβει χώρα, αλλά πιθανολογείται ότι θα συμβούν, ενώ, αν αυτά συμβούν, θα λάβουν χώρα, όχι στο έδαφός του, αλλά στο έδαφος τρίτου κράτους, στα όργανα του οποίου καταλογίζονται. Το κράτος αποστολής επικρίνεται επειδή επέτρεψε (ή, ορθότερα, δεν απέτρεψε) την έκδοση, απέλαση κλπ., γεγονός που κατέστησε εφικτές τις παραβιάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Η υποχρέωση, λοιπόν, του κράτους αποστολής δεν έγκειται στο να μην προκαλέσει το ίδιο το παράνομο αποτέλεσμα. Το διακύβευμα δεν είναι η αρνητική διάσταση της υποχρέωσης του *non-refoulement*, αλλά η αποτροπή από το κράτος μίας διαφαινόμενης παραβίασης από τρίτα, ευρισκόμενα εκτός δικαιοδοσίας (εξ' ου και η ψευδο-εξωεδαφικότητα) αυτού, υποκείμενα, είτε η συμπεριφορά αυτών καταλογίζεται στο κράτος υποδοχής, είτε όχι. Με άλλα λόγια, το κράτος που αποφασίζει να εκδώσει άτομο σε τρίτο κράτος, ενδέχεται να παραβιάζει τη θετική υποχρέωση που έχει να δράσει προληπτικά και να αποτρέψει την παραβίαση που πιθανολογείται ότι μπορεί το άτομο αυτό να υποστεί από τρίτα υποκείμενα. Το *non-refoulement* δεν είναι τίποτα περισσότερο από ένα μέσο, προκειμένου να εκπληρωθεί η θετική υποχρέωση που έχει το κράτος για πρόληψη και αποτροπή παραβιάσεων από τρίτο νομικό πρόσωπο των δικαιωμάτων του ατόμου. Αυτό που βρίσκεται πίσω από την αρνητική υποχρέωση *μη* έκδοσης, απέλασης κ.λπ. είναι μία κλασική περίπτωση τριτενέργειας, με προφανές ψευδο-εξωεδαφικό (*transnational*) εύρος.

⁶⁷ ΕΔΔΑ, *Ilaşcu and others κατά Μολδαβίας και Ρωσίας* (No. 48787/99, 4 Ιουλίου 2004) § 331.

Οι υποχρεώσεις των κρατών -κατεξοχήν μάλιστα στο δίκαιο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων- δεν εξαντλούνται απλά σε μία υποχρέωση μη πρόκλησης παραβίασης των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Τα κράτη μπορούν να θεωρηθούν υπεύθυνα για παραβίασή τους ακόμα κι αν δεν την προκάλεσαν τα ίδια, σε περιπτώσεις έλλειψης επιμέλειας, όταν δηλαδή απέτυχαν να λάβουν τα απαραίτητα θετικά μέτρα που είχαν στη διάθεσή τους για να εξασφαλίσουν την απόλαυση δικαιωμάτων. Στη λογική αυτή εντάσσεται και η υποχρέωση θετικής προστασίας των δικαιωμάτων από επαπειλούμενες παραβιάσεις, είτε προκαλούμενες και άμεσα διενεργούμενες από τρίτα κράτη, είτε απλά λαμβάνουσες χώρα στο έδαφος αυτών.

Επομένως, βάσει των ανωτέρω, αυτό που υποστηρίζουμε είναι ότι στις υποθέσεις τύπου *Soering*, όπου ανήκει και η σχολιαζόμενη απόφαση, υπάρχει ένα διεθνικό στοιχείο, από το οποίο απορρέει και το (λανθασμένο, κατά τη γνώμη μας) ερώτημα περί εξωεδαφικότητας. Άμεσα συνδεδεμένο με τον *transnational* χαρακτήρα των υποθέσεων αυτών είναι το δεύτερο στοιχείο που επισημάνθηκε, το οποίο και, τρόπον τινά, «δένει» τις θετικής φύσης υποχρεώσεις του πρώτου κράτους, με τις παράνομες πράξεις και παραλείψεις του δευτέρου, συνδέοντας με αυτόν τον τρόπο τα δύο κράτη ως προς τα όσα δεινά υπόκειται το ένα και το αυτό σε αμφότερες τις περιπτώσεις, κοινό «θύμα» αυτών. Τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά αποδίδονται ευθέως και άμεσα σε κάποιο κράτος, ενώ, παράλληλα, δημιουργείται, στο ίδιο πλαίσιο, συμπληρωματική ευθύνη από έλλειψη επιμέλειας που αποδίδεται στο κράτος ή στα κράτη που όφειλαν και είχαν τη δυνατότητα και υποχρεούνταν να αποτρέψουν αυτό το αποτέλεσμα. Οδηγούμαστε, συνεπώς, σε συντρέχουσα ευθύνη περισσότερων του ενός κρατών για το ίδιο παράνομο αποτέλεσμα, αλλά σε διαφορετική νομική βάση για κάθε ευθυνόμενο κράτος. Στη σχολιαζόμενη υπόθεση, το Βέλγιο δεν ευθύνεται για τις εκτός εδάφους του παραβιάσεις που υπέστη ο προσφεύγων από ένα τρίτο υποκείμενο του διεθνούς δικαίου, δηλαδή το ελληνικό κράτος. Ευθύνεται διότι, ενώ γνώριζε τον κίνδυνο⁶⁸ και ήταν σε θέση να τον αποτρέψει, επέτρεψε τη βίαιη παραβίαση των δικαιωμάτων του προσφεύγοντα εκτός του εδάφους του, από ένα τρίτο κράτος. Η αποτυχία του αυτή ισοδυναμεί με παραβίαση των δικών του θετικών υποχρεώσεων προστασίας των δικαιωμάτων, υπό το φως της αρχής του διεθνούς δικαίου της δέουσας επιμέλειας, η οποία και (υπό προϋποθέσεις που αναφέρονται εν συντομία στη συνέχεια), συνδέει τη δική του ευθύνη με τη συντρέχουσα

⁶⁸ *MSS*, ό.π. § 349.

ευθύνη της Ελλάδας, η οποία και στοιχειοθετείται αυτοτελώς, στη βάση των δικών της παραβιάσεων, με θύμα τον ίδιο, κοινό κατά αμφοτέρων των κρατών, προσφεύγοντα. Μία υπόθεση, ένα θύμα, δύο θύτες, ο καθένας αυτοτελώς ευθυνόμενος, ένας γιατί προκάλεσε το παράνομο αποτέλεσμα, ο άλλος διότι δεν το απέτρεψε, ως όφειλε.

Το σχήμα που αναπτύσσεται έχει, αναλυτικότερα, ως εξής: Το κράτος υποδοχής προκαλεί, δια πράξεων ή παραλείψεών του, παραβίαση ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Ο όρος «προκαλεί» επιλέγεται σκοπίμως εδώ και αναφέρεται σε σχέση αιτιότητας, δηλαδή σε αρνητική παραβίαση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων από παράνομη συμπεριφορά καταλογιστέα⁶⁹ στο κράτος υποδοχής. Το ίδιο κράτος, πέρα από την πρόκληση των παραβιάσεων, ενδέχεται απλά να τις «ανέχεται», όταν αυτές προκαλούνται από τρίτα υποκείμενα ή γενικότερες καταστάσεις (όπως, στην περίπτωση της *MSS*, η ακραία ένδεια που αντιμετώπισε ο προσφεύγοντας), παραβιάζοντας την υποχρέωσή του να επιδείξει επιμέλεια. Δίπλα στο κράτος υποδοχής, άμεσα σχετιζόμενο, αλλά αυτοτελώς (αν και στην ίδια υπόθεση) ευθυνόμενο, μπορεί να βρεθεί και το κράτος αποστολής, όχι επειδή προκάλεσε παραβίαση ανθρωπίνων δικαιωμάτων, αλλά επειδή απέτυχε (ως όφειλε, όταν γνώριζε και μπορούσε) να την αποτρέψει, αρνούμενο τη μεταφορά του θύματος στη χώρα υποδοχής, η οποία είναι και η «άμεσα»⁷⁰ υπεύθυνη για τις παραβιάσεις.

Δημιουργείται με αυτόν τον τρόπο, δυνητικά, κάθε φορά που υπάρχει ένα διεθνικό στοιχείο ψευδός-εξωεδαφικότητας, όπως στην *MSS*, μία αλυσίδα συμπληρωματικής, συντρέχουσας διεθνούς κρατικής ευθύνης, όπου το κάθε κράτος είναι υπεύθυνο για το δικό του «κομμάτι» στην αλληλουχία θετικών και αρνητικών υποχρεώσεων. Η ευθύνη δομείται επί της ίδιας υπόθεσης, κοινών πραγματικών περιστατικών και κοινού θύματος, αλλά αυτοτελών (αν και λόγω κοινών πραγματικών περιστατικών, αλληλένδετων) υποχρεώσεων και, συνακόλουθα, απόλυτα διακριτών, αν και μεταξύ τους σχετιζομένων, παραβιάσεων, που συνιστούν ξεχωριστή διεθνή ευθύνη για κάθε κράτος που μετέχει στη νοερή αυτή αλυσίδα. Έτσι, το Βέλγιο ευ-

⁶⁹ Ο καταλογισμός είναι προϋπόθεση προκειμένου να υπάρξει διεθνής ευθύνη του κράτους. Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου, *A/56/83* (2001), *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, άρθρο 2. Βλ. επίσης άρθρα 4 και επόμενα.

⁷⁰ Κατ' αντιδιαστολή, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι το κράτος αποστολής είναι «εμμέσως» υπεύθυνο, βάσει της ιδέας περί έμμεσης ευθύνης «encourue par un sujet de droit du fait du comportement d'un autre sujet de droit». J. SALMON, *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant/AUF, 2001, σελ 996.

θύνεται γιατί, ενώ μπορούσε, δεν απέτρεψε τις παραβιάσεις που ο προσφεύγων υπέστη στην Ελλάδα. Η δεύτερη αυτή χώρα ευθύνεται διότι με πράξεις των οργάνων της παραβίασε τα απορρέοντα από το άρθρο 3 ΕΣΔΑ δικαιώματα του προσφεύγοντα, ενώ, λόγω παραλείψεων τους, δεν απέτρεψε παραβίαση των ίδιων δικαιωμάτων λόγω μίας γενικότερης (και ως τέτοιας μη καταλογιστέας στο κράτος) κατάστασης, δηλαδή της απόλυτης ένδειας που αντιμετώπισε ο προσφεύγων. Τέλος, αν το ελληνικό κράτος παρέδιδε τον προσφεύγοντα στο κράτος προέλευσης του, το Αφγανιστάν, θα μπορούσε να προστεθεί άλλος ένας κρίκος στην αλυσίδα των εμπλεκόμενων κρατών. Το ελληνικό κράτος θα παραβίαζε, με όρους αντίστοιχους με αυτούς για τους οποίους καταδικάστηκε το βελγικό κράτος, την υποχρέωσή του δέουσας επιμέλειας, αποσκοπούσας στην πρόληψη των παραβιάσεων τις οποίες ενδεχομένως θα υπέκειτο ο προσφεύγων στο Αφγανιστάν, το οποίο θα είχε αντίστοιχα υποχρέωση να μην προκαλέσει, αλλά και να αποτρέψει παραβιάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων του προσφεύγοντος.⁷¹ Εξάλλου, εκτός από το άρθρο 3 ΕΣΔΑ, τόσο το Βέλγιο, όσο και η Ελλάδα, κρίθηκε ότι παραβίασαν επίσης το άρθρο 13, που θεσπίζει το δικαίωμα αποτελεσματικής προσφυγής ενώπιον εθνικής αρχής για κάθε πρόσωπο του οποίου τα δικαιώματα που προστατεύονται από την ΕΣΔΑ παραβιάστηκαν. Η έλλειψη αυτής της δυνατότητας στο Βέλγιο δεν επέτρεψε στον προσφεύγοντα να αποτρέψει τη προώθησή του στην Ελλάδα,⁷² ενώ η ίδια κατάσταση στην Ελλάδα του στέρησε τη δυνατότητα να αντικρούσει, κατά την εξέταση του αιτήματος ασύλου, πιθανή επανοπροώθησή του στη χώρα προέλευσής του, όπου υπήρχε κίνδυνος να υποβληθεί εκ νέου σε μεταχείριση που θα παραβίαζε το άρθρο 3 ΕΣΔΑ.⁷³ Κατ' ουσία, στην παρούσα περίπτωση λοιπόν, το άρθρο 13 δεν είναι τίποτα άλλο παρά ο μηχανισμός, ένα μέσο δηλαδή που διέθετε το κράτος προς την κατεύθυνση της εκπλήρωσης της ψευδο-εξωεδαφικής υποχρέωσής του επιμέλειας, με σκοπό την πρόληψη, δια της μη επανοπροώθησης του προσφεύγοντα σε χώρα στην οποία είναι σφόδρα πιθανό να υποστεί παραβιάσεις των πλέον θεμελιωδών δικαιωμάτων του. Συμπεραίνουμε, επομένως, ότι στην αλυσίδα αυτή, έχουμε τόσους κρίκους όσα και τα κράτη που εμπλέκονται στην ίδια ουσιαστικά υπόθεση, η οποία απαιτεί από αυτά, είτε να μην προκαλέσουν

⁷¹ *MSS*, ό.π. §§ 294-295.

⁷² *MSS*, ό.π. §§ 385-397.

⁷³ *MSS*, ό.π. §§ 294-321.

άμεσα το παράνομο αποτέλεσμα, είτε να το αποτρέψουν ή, γενικότερα, να το θεραπεύσουν.

Δομικό στοιχείο για την κατανόηση της «αλυσίδας» υποχρεώσεων και ευθυνών σε διεθνικές καταστάσεις σαν και αυτές που αναλύονται εδώ είναι η διάκριση (και εναλλαγή) μεταξύ θετικών και αρνητικών υποχρεώσεων. Στη δεύτερη περίπτωση βρισκόμαστε στο κλασικό πρότυπο αντικειμενικής διεθνούς ευθύνης, λόγω παράνομης πράξης καταλογιστέας στο κράτος. Αυτό υποχρεούται να μην (εξ ου και η αρνητική διάσταση της υποχρέωσης) προκαλέσει παραβίαση του κανόνα. Ανεξαρτήτως προθέσεων του, αυτό που μετρά είναι το αποτέλεσμα. Άπαξ και προκάλεσε την παραβίαση, δια πράξεων ή παραλείψεων καταλογιστέων σε αυτό, το κράτος είναι υπεύθυνο. Αντίθετα, οι θετικές υποχρεώσεις του κράτους, το καλούν να δράσει προληπτικά ή κατασταλτικά για παράνομη συμπεριφορά τρίτου υποκειμένου, του οποίου η συμπεριφορά δεν είναι καταλογιστέα στο ίδιο. Επειδή ακριβώς η συμπεριφορά αυτή δεν του είναι καταλογιστέα, αυτό δεν είναι υπεύθυνο για την παράνομη συμπεριφορά του τρίτου υποκειμένου. Αντιθέτως, ευθύνεται για την καταλογιστέα στο ίδιο «αμέλεια», δηλαδή, την παραβίαση της υποχρέωσής του να επιδείξει την επιμέλεια (προς πρόληψη και καταστολή της παρανομίας) που ήταν αναγκαία. Η αρχή της «δέουσας επιμέλειας»⁷⁴ συνιστά τη βάση της τριτενέργειας των δικαιωμάτων του ανθρώπου στο διεθνές δίκαιο.⁷⁵ Στη βάση αυτή, το ίδιο δικαίωμα αποκτά μία νέα κατεύθυνση, ένα νέο σκοπό, μεταβαλλόμενο από αρνητική, σε θετική υποχρέωση πρόληψης και καταστολής. Απολήγει δε σε υποκειμενική⁷⁶ διε-

⁷⁴ Σχετικά με την αρχή της δέουσας επιμέλειας, βλ. P. MAZZESCHI, «*Due Diligence e responsabilità internazionale degli stati*», Giuffrè, 1989, και R.P. BARNIDGE, «The Due Diligence Principle under International Law», *International Community Law Review*, 1/2006, σελ. 81-121. Η αρχή έχει αναγνωρισθεί από το Διεθνές Δικαστήριο των Ηνωμένων Εθνών και έχει πρόσφατα χρησιμοποιηθεί στην υπόθεση *Pulp Mills on the River Uruguay* (Αργεντινή κατά Ουρουγουάης), (20 Απριλίου 2010) § 101.

⁷⁵ Διαμερικανικό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, *Velasquez-Rodriguez κατά Ονδούρας* (29 Ιουλίου 1988) § 172.

⁷⁶ P.M. DUPUY, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des États*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1986 (188), σελ. 102-103 και R.P. MAZZESCHI, «The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States», *German Yearbook of International Law*, 1992 (35), σελ. 18-21 και 49-50. Η δέουσα επιμέλεια και η απορρέουσα από την παραβίασή της διεθνής ευθύνη φαίνεται να απουσιάζει από το κωδικοποιητικό έργο της Επιτροπής του Διεθνούς Δικαίου για τη διεθνή ευθύνη. Το άρθρο 14 § 3 της κωδικοποίησης για την ευθύνη κρατών (ό.π) που

θνή ευθύνη διότι η υποχρέωση δεν είναι αποτελέσματος, αλλά μέσου.⁷⁷ Το κράτος δεν καλείται να εγγυηθεί ότι το παράνομο αποτέλεσμα δεν θα επέλθει, αλλά να ενεργοποιήσει, στο μέτρο που του είναι δυνατό, τα μέσα που έχει διαθέσιμα και τα οποία εξυπηρετούν το σκοπό της πρόληψης και καταστολής μη καταλογιστέας στο ίδιο παράνομης συμπεριφοράς. Όσον αφορά στα μέσα, το κράτος διαθέτει διακριτική ευχέρεια να επιλέξει μεταξύ εξίσου πρόσφορων, αυτά που εκείνο επιθυμεί. Αν το κράτος κριθεί ότι συμπεριφέρθηκε επιμελώς, τότε, ανεξαρτήτως του αν το παράνομο αποτέλεσμα επήλθε ή όχι, δεν στοιχειοθετείται ευθύνη, αφού αυτό εκπλήρωσε την υποχρέωσή του βάσει της προαναφερθείσης αρχής. Η επιμέλεια του κράτους κρίνεται βάσει των συνθηκών, δηλαδή του τι ήταν αναγκαίο, αλλά και του τι μπορούσε αυτό να πράξει, στη βάση των όποιων μέσων διέθετε, αν διέθετε, καθώς και άλλων συναφών παραμέτρων, όπως το αν ήταν, δεδομένων των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών κάθε υπόθεσης ξεχωριστά, σε θέση να γνωρίζει και να προβλέψει τον κίνδυνο παραβίασης ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Το μέτρο επιμέλειας στο διεθνές δίκαιο δεν είναι, επομένως, κοινό για όλα τα κράτη, ούτε και αντικειμενικό. Εξαρτάται από τις *ad hoc* συνθήκες της κάθε υπόθεσης, αλλά και από τις υποκειμενικές δυνατότητες του κάθε κράτους και το τι θα μπορούσε ευλόγως (*reasonably*) να ζητηθεί από αυτό.

Συνεπώς, επιστρέφοντας στο σχήμα συντρέχουσας διεθνούς ευθύνης που αναφέρεται από την *MSS* και αναλύεται εδώ, αλλά και συνοψίζοντας το δεύτερο σημείο που συζητήθηκε εδώ, σε διεθνικές (*transnational*) καταστάσεις παραβιάσεων του διεθνούς δικαίου, ένα κράτος μπορεί να είναι αντικειμενικά υπεύθυνο για αρνητική παραβίαση των υποχρεώσεων του, ενώ άλλα κράτη ενδέχεται να υπέχουν υποκειμενική ευθύνη, επειδή δεν απέτρεψαν, ενώ μπορούσαν και υποχρεούνταν, το άδικο αποτέλεσμα που προκλήθηκε ευθέως από ή σε άλλο κράτος.

αναφέρεται στη χρονική διάσταση της υποχρέωσης των κρατών να αποτρέψουν συνεχιζόμενη παραβίαση φαίνεται να σχετίζεται με την υποχρέωση δέουσας επιμέλειας.

⁷⁷ Βλ. Α. TUNK, «La Distinction des Obligations de Résultat et des Obligations de Diligence», *La semaine juridique (Juris-classeur périodique)*, 1945 (449) καθώς και J. COMBACAU, «Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse», σε *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité* (επιμ. D. BARDONNET και άλλοι), Pedone, 1981, σελ. 181-204. Βλ. επίσης Διεθνές Δικαστήριο Ηνωμένων Εθνών, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Βοσνία και Ερζεγοβίνη κατά Σερβίας και Μοντενέγκρο), (26 Φεβρουαρίου 2007) §§ 431 και επ..

5. Κοινωνικά δικαιώματα απορρέοντα από την ΕΣΔΑ; Ανάμεσα στη δέουσα επιμέλεια και στην αμιγή αναδιανεμητική κοινωνική πολιτική

Η αρχή της δέουσας επιμέλειας, όπως εν συντομία σκιαγραφήθηκε ως προς τη φύση και τη λειτουργία της μόλις ανωτέρω, καταλαμβάνει κεντρική θέση και στο τρίτο υπό εξέταση ζήτημα στο σχόλιο μας. Στην *MSS*, το ελληνικό κράτος καταδικάστηκε για παραβίαση του άρθρου 3, επειδή παρέμεινε απαθές στις κακουχίες που υπέστη ο προσφεύγωντας, ο οποίος διαβιούσε σε συνθήκες ακραίας φτώχειας. Σύμφωνα με το Δικαστήριο, προκειμένου να είχε αποφευχθεί η καταδίκη αυτή, οι ελληνικές αρχές θα έπρεπε, όχι μόνο να είχαν επιδείξει επιμέλεια, απαντώντας για παράδειγμα με ταχύτητα στο αίτημα για παροχή ασύλου, αλλά και να είχαν προσφέρει τροφή και στέγη στον προσφεύγοντα, καθώς και, προφανώς, σε κάθε άτομο το οποίο βρίσκεται σε αντίστοιχη κατάσταση.

Prima facie, οι ενστάσεις απέναντι στη θέση αυτή είναι εύλογες. Ο πήχυς τίθεται σε ιδιαίτερα υψηλό επίπεδο. Αν υποθέσουμε ότι, όντως, το ΕΔΔΑ δικαιούται να θέτει τον πήχυ επί ζητημάτων τέτοιας φύσης, το κύριο ερώτημα είναι αν ένα κράτος, η κοινωνία του και η οικονομία του, αντέχουν τέτοιου είδους κοινωνικές παροχές, οι οποίες πραγματοποιούνται μέσω μηχανισμών αναδιανεμητικής οικονομικής πολιτικής εκ πόρων προερχόμενων από το δημόσιο ταμείο του κράτους και των φορολογικών κυρίως εσόδων αυτού. Το δεύτερο, συναφές προς το πρώτο, ερώτημα είναι αν τα *standards* (διότι περί αυτού πρόκειται) κοινωνικής πολιτικής μπορούν να τίθενται από ένα διεθνές δικαιοδοτικό όργανο, αλλά και ευρύτερα αν προέχει ο λόγος των δικαστηρίων –ή τα ζητήματα αμιγούς κοινωνικής, αναδιανεμητικής πολιτικής υποτάσσονται στους κανόνες της δημοκρατικής πλειοψηφίας, η οποία καλείται να επιλέξει τι είδους κοινωνικο-οικονομικό μοντέλο, πόσο φιλελεύθερο ή πόσο αναδιανεμητικό, πόσο ανταγωνιστικό ή πόσο προστατευτικό το θέλει να είναι.⁷⁸

Το ΕΔΔΑ έχει επανειλημμένως απεκδυθεί του ρόλου αυτού, αναγνωρίζοντας ότι δεν είναι αρμόδιο να ερμηνεύει τη Σύμβαση, με τρόπο που θα του επέτρεπε να υπαγορεύει την κοινωνική πολιτική των συμβαλλόμενων κρατών.⁷⁹ Όμως, ο κλασικός διαχωρισμός δικαιωμάτων σε πρώτης (ατομι-

⁷⁸ Βλ. επίσης M. BOSSUYT, «Belgium condemned for inhuman and degrading treatment due to violations by Greece of EU asylum law: *MSS v Belgium and Greece*», *European Human Rights Law Review*, 5/2011, σελ. 582-597 (592).

⁷⁹ ΕΔΔΑ, *Botta κατά Ιταλίας* (No. 153/1996/772/973, 24 Φεβρουαρίου 1998), ΕΔΔΑ, *Sentges κατά Ολλανδίας* (ως προς το παραδεκτό, No. 27677/02, 8 Ιουλίου 2003). Στη

κά, πολιτικά) και δεύτερης (κοινωνικά, οικονομικά) γενιάς έχει κριθεί από το Δικαστήριο ότι δεν το εμποδίζει να εφαρμόζει την ΕΣΔΑ, έτσι ώστε να απορρέουν από αυτή κοινωνικά, ουσιαστικά, δικαιώματα.⁸⁰ Παλαιότερα, μάλιστα, όπως θα επισημανθεί με μεγαλύτερη λεπτομέρεια στη συνέχεια, είχε υπαινιχθεί ότι, ιδίως σε ό,τι αφορά το άρθρο 3, θα μπορούσε, σε περιορισμένο βαθμό, να κρίνει την αρωγή που υποχρεούται να προσφέρει το κράτος σε ορισμένες ευαίσθητες κοινωνικές ομάδες. Ωστόσο, δεν είχε προχωρήσει σε βαθύτερη εξέταση του εν λόγω θέματος, αποστερώντας μας από πιο ξεκάθαρη νομολογιακή στάση.

Προκειμένου να καταστεί κατανοητή η θέση του ΕΔΔΑ, τόσο γενικότερα, όσο και στην περίπτωση της *MSS*, η αποτίμηση της οποίας είναι και ο στόχος μας εδώ, είναι ανάγκη να επιχειρηθεί πρώτα μια θεωρητικής φύσης (και στη συγκεκριμένη περίπτωση, μεθοδολογικής, επίσης, αξίας) διασαφήνιση, αναφορικά με το πώς κοινωνικής φύσης παροχές μπορούν να βασισθούν σε ατομικά δικαιώματα. Στη συνέχεια, χρησιμοποιώντας τις θεωρητικής φύσης βάσεις που θα τεθούν, θα επιχειρήσουμε να συζητήσουμε τρία χωριστά θέματα, εκ των οποίων τα πρώτα δύο εγείρονται από την ίδια την απόφαση, ενώ το τρίτο από το σχολιασμό της από τη θεωρία. Το πρώτο σχετικό ζήτημα είναι αν, όντως, με την απόφαση αυτή το ΕΔΔΑ εισάγει *standards* κοινωνικής/αναδιανεμητικής πολιτικής κατά τρόπο αυθαίρετο. Το δεύτερο ερώτημα σχετίζεται με τη δέουσα επιμέλεια που το κράτος πρέπει να επιδεικνύει ειδικά υπέρ ευαίσθητων κοινωνικών ομάδων. Το τρίτο, αφορμή για το οποίο δίδεται από τη θεωρία και όχι τη συγκεκριμένη νομολογία του Στρασβούργου, είναι το αποτέλεσμα που αναπτύσσουν απόλυτα

Sentges, η προσφεύγουσα διαμαρτυρήθηκε κατά της Ολλανδίας διότι το εθνικό σύστημα υγείας δεν παρείχε στο γιο της, άτομο με σοβαρά κινητικά προβλήματα, ρομποτικό βραχίονα. Το ΕΔΔΑ, αναφερόμενο στην αρμοδιότητα του κάθε κράτους να ρυθμίζει την κοινωνική πολιτική του, έκρινε πως «[t]his margin of appreciation is even wider when, as in the present case, the issues involve an assessment of the priorities in the context of the allocation of limited State resources [...]. In view of their familiarity with the demands made on the health care system as well as with the funds available to meet those demands, the national authorities are in a better position to carry out this assessment than an international court».

⁸⁰ ΕΔΔΑ, *Airey κατά Ιρλανδίας* (No. 6289/73, 9 Οκτωβρίου 1979) § 26. Βλ., επίσης, ΕΔΔΑ, *Budina κατά Ρωσίας* (ως προς το παραδεκτό No. 45603/05, 18 Ιουνίου 2009), BOSSUYT, «Should the Strasbourg Court Exercise More Self-restraint? On the Extension of the Jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations», *Human Rights Law Journal*, 2007 (28), σελ. 321-332 (321).

(μη επιδεχόμενα περιορισμών, δηλαδή, με όρους διεθνούς δικαίου, *jus cogens*) δικαιώματα του ανθρώπου υπό το φως της δέουσας επιμέλειας.

5.1. Θεωρητική κατηγοριοποίηση: σεβασμός, προστασία, εκπλήρωση και οι γκρίζες ζώνες

Ξεκινώντας από τη θεωρητικής φύσης διασαφήνιση, το ΕΔΔΑ έχει δίκιο, έστω κι αν δεν πρωτοτυπεί, όταν εξηγεί ότι, επειδή δεν υπάρχει «αεροστεγής» διαχωρισμός μεταξύ των διαφόρων κλάσεων δικαιωμάτων, αναπόφευκτα, ενώ η Σύμβαση στοχεύει στην προστασία ατομικών και πολιτικών, κυρίως, δικαιωμάτων, υπεισέρχεται στο χώρο επίσης των κοινωνικών, ενώ πολλές φορές τα μέτρα που καλεί τα κράτη να λάβουν είναι ενδεχόμενο να επιβαρύνουν τον προϋπολογισμό τους.⁸¹ Ο αδιαίρετος χαρακτήρας των δικαιωμάτων συνεπάγεται ότι τα κράτη δεν περιορίζονται ούτε στον αρνητικό τύπο προστασίας, που παραδοσιακά ταυτίζεται με τα ατομικά/πολιτικά δικαιώματα, αξιώνοντας από το κράτος να απέχει από παρεμβάσεις στις ατομικές ελευθερίες, ούτε στο παραδοσιακά αποκαλούμενο *status positivus* των κοινωνικών δικαιωμάτων και του κράτους πρόνοιας. Αντιθέτως, τόσο τα ατομικά/πολιτικά, όσο και τα κοινωνικά δικαιώματα αναπτύσσουν ένα ενιαίο «δίχτυ» προστασίας, το οποίο συνιστά τη βάση της αδιαιρετότητάς τους, φέροντάς τα εφαπτόμενα, αν όχι αλληλοεπικαλυπτόμενα, και το οποίο συνίσταται στο γνωστό τρίπτυχο «σεβασμού», «προστασίας» και «εκπλήρωσης».⁸²

Η πρωταρχική υποχρέωση σεβασμού έχει αρνητική διάσταση. Το κράτος καλείται να είναι ουδέτερο, να απέχει από, να μην προκαλεί δηλαδή παραβιάσεις. Στο πλαίσιο των κοινωνικών δικαιωμάτων, ο σεβασμός αυτός μεταφράζεται στη μη παρέμβαση του κράτους στην ελευθερία του ατόμου να προβαίνει στις απαραίτητες εκείνες ενέργειες που του επιτρέπουν να διαχειρίζεται ελεύθερα τους πόρους του κατά τέτοιο τρόπο ώστε να ικανοποιεί τις βιοτικές ανάγκες του.⁸³ Για να δοθεί ένα απλό παράδειγμα,

⁸¹ I.E. KOCH, «The justiciability of Indivisible Rights», *Nordic Journal of International Law*, 1/2003 3-39 (27).

⁸² A. EIDE, «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights», σε *Economic, Social and Cultural Rights* (επιμ. A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS) Springer, 2001, σελ 9. Βλ. επίσης O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge University Press, 2010) σελ. 242 και επ..

⁸³ C. SCOTT, «The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of The International Covenants on Human Rights», *Osgoode Law Journal*, 1989 (27), σελ. 769-877 (834).

στην περίπτωση της υγείας, το κράτος δεν θα πρέπει να εμποδίσει όποιον επιθυμεί να αγοράσει και εγκαταστήσει φίλτρο καθαρισμού νερού.

Σε ένα δεύτερο επίπεδο, το κράτος οφείλει, πέρα από το σεβασμό, να προστατεύσει τα ανθρώπινα δικαιώματα, ανεξαρτήτως της πολιτικής ή κοινωνικής, για παράδειγμα, φύσης αυτών. Η υποχρέωση αυτή σχετίζεται με την αρχή της δέουσας επιμέλειας στο διεθνές δίκαιο, η οποία και έχει ήδη συζητηθεί, στη βάση της οποίας το κράτος καλείται, δια θετικών μέτρων αποσκοπούντων στην πρόληψη και καταστολή, να προστατεύσει τα δικαιώματα, όταν αυτά απειλούνται από τρίτους φορείς (τριτενέργεια) ή ευρύτερες καταστάσεις και φαινόμενα.⁸⁴ Η εφαρμογή της υποχρέωσης προστασίας στα κοινωνικά δικαιώματα δεν διαφέρει σημαντικά από την αντίστοιχη προστασία που οφείλει να δείχνει το κράτος όταν μεριμνά για ατομικά και πολιτικά δικαιώματα. Για να δοθεί ένα εξίσου απλό παράδειγμα, το κράτος οφείλει να προστατεύσει, στο πλαίσιο του δικαιώματος στην εκπαίδευση, δια θετικών, αστυνομικών, νομοθετικών, δικαστικών κ.λπ. μέσων την πρόσβαση στον πανεπιστημιακό χώρο, όταν αυτή παρανόμως εμποδίζεται από τρίτους φορείς.

Το τρίτο σκέλος του τριπτύχου απαιτεί από το κράτος να εξασφαλίζει τη σταδιακή εκπλήρωση του δικαιώματος. Αυτή λαμβάνει ποικίλες μορφές, απαιτώντας από το κράτος να χτίσει τον αναγκαίο μηχανισμό και τα μέσα για την παροχή δημοσίων υπηρεσιών, όπως της αστυνόμευσης, σχετιζόμενης για παράδειγμα με το δικαίωμα στη ζωή, αλλά και της λειτουργίας σχολείων ή νοσοκομείων, σχετικά με τα αντίστοιχα κοινωνικά δικαιώματα της εκπαίδευσης και της υγείας. Σε διεθνές επίπεδο, παίρνοντας το παράδειγμα του δικαιώματος στο νερό, η τρίτη διάσταση των δικαιωμάτων έχει αναλυθεί σε υποχρέωση του κράτους «να διευκολύνει, να προωθή και να παρέχει».⁸⁵ Η διευκόλυνση επιτυγχάνεται με τη λήψη εκείνων των θετικών μέτρων που θα προσφέρουν την απαιτούμενη γενικότερη αρωγή στο άτομο, προκειμένου αυτό να απολαύσει τα δικαιώματα. Η προώθηση στοχεύει στην ενημέρωση για το πώς μπορεί ο κάτοχος του δικαιώματος να το απολαύσει στο μέγιστο δυνατό βαθμό, ενώ το σκέλος της παροχής καλεί το

⁸⁴ S. SCHEURING, «Is There a Right to Water under International Law?», *UCL Jurisprudence Review* 2009 (15), σελ. 147-171 (152).

⁸⁵ ΟΗΕ, Επιτροπή για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα, General Comment No. 15 (2002): The Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), (*E/C.12/2002/11*, 20 Ιανουαρίου 2003) § 25.

κράτος να προβαίνει σε συγκεκριμένες υλικές παροχές που εξασφαλίζουν το δικαίωμα, ιδίως όταν άτομα ή κοινωνικές ομάδες δεν έχουν τα επαρκή μέσα ή τους επαρκείς πόρους που θα τους επέτρεπαν να απολαύσουν το δικαίωμα χωρίς κρατική συνδρομή.⁸⁶

Χαρακτηριστικό της τρίτης διάστασης εκπλήρωσης των δικαιωμάτων είναι ότι καλείται το κράτος να προβαίνει σε παροχές. Ο βαθμός στον οποίο οφείλει αυτό να τις εκπληρώνει βασίζεται στις οικονομικές δυνατότητές του, αλλά και στο κοινωνικο-οικονομικό μοντέλο που έχει επιλέξει.⁸⁷ Για το λόγο αυτό, το Διεθνές Σύμφωνο για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα αναγνωρίζει πως η εκπλήρωσή τους γίνεται προοδευτικά, με βάση τις δυνατότητες κάθε κράτους.⁸⁸ Από την έποψη, άρα, της σταδιακής εκπλήρωσης, δικαιώματα όπως αυτά στην τροφή, στέγη, παιδεία, υγεία και εργασία απαιτούν από τα κράτη να εμπλέκονται ενεργά στην προστασία τους, αναπτύσσοντας σχετικές πολιτικές, στο μέτρο των δυνατοτήτων τους. Πρόκειται, ευρύτερα, για δικαιώματα που απορρέουν από το κράτος πρόνοιας. Προκύπτουν, λοιπόν, δύο χαρακτηριστικά για την υποχρέωση της εκπλήρωσης. Κατά κύριο λόγο αυτή είναι δυναμική. Μεταβάλλεται και εξελίσσεται αναλόγως των εκάστοτε κοινωνικών συνθηκών και αναγκών. Για το λόγο αυτό πραγματοποιείται σταδιακά από τα κράτη.⁸⁹ Σε δεύτερο επίπεδο, απαιτεί από αυτά να προβούν στην υιοθέτηση θεσμικών μέτρων και εθνικών στρατηγικών που αποδεικνύουν πως το κράτος λαμβάνει μέτρα προς την κατεύθυνση της εκπλήρωσης των δικαιωμάτων. Παραμένει, όμως, ασαφές ποιο είναι το ελάχιστο επίπεδο προστασίας, καθώς αυτό εξετάζεται σε συνάρτηση, όχι μόνο με τις δυνατότητες του κάθε κράτους, αλλά με τις επιλογές που η κοινωνία του έχει κάνει ως προς το οικονομικό μοντέλο της. Τα κριτήρια, μάλιστα, αυτά διαφέρουν σημαντικά από κράτος σε κράτος, με αποτέλεσμα τα κοινωνικά δικαιώματα να θεωρούνται, βάσει της κλασικής θεώρησης των ανθρωπίνων δικαιω-

⁸⁶ General Comment No. 15, ό.π..

⁸⁷ ΟΗΕ, Επιτροπή για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα, General Comment No. 3 (1990): The Nature of States Parties Obligations (Art. 2, para. 1 of the Covenant), (E/1991/23, 14 Δεκεμβρίου 1990). S. FREDMAN, «Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights», *Public Law*, 2006, σελ. 498-520 (505-508).

⁸⁸ Διεθνές Σύμφωνο για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα (1966), άρθρο 2 § 1.

⁸⁹ O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, ό.π. σελ. 465.

μάτων, ως αμφίβολης αγωγιμότητας.⁹⁰ Ιδωμένα όμως υπό την οπτική του προαναφερθέντος τριπτύχου, καθίστανται αγωγίμα τουλάχιστον ως προς τις δύο πρώτες πτυχές, αποφεύγοντας τη συρρίκνωση του σημαντικού τους πεδίου στο επίπεδο απλών προγραμματικών δηλώσεων.⁹¹

Το τρίπτυχο, που επιγραμματικά επεξηγήθηκε εδώ ως προς τα αποτελέσματα των δικαιωμάτων, καταφέρνει να γεφυρώσει το φαινομενικό χάσμα μεταξύ ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων, από τη μία, και κοινωνικών, από την άλλη, και να ενισχύσει την ιδέα πως τα δικαιώματα είναι ενιαία και αδιαίρετα.⁹² Τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα αναπτύσσουν οικονομική (κόστος, για παράδειγμα, για την ίδρυση και λειτουργία σωφρονιστικών καταστημάτων στο πλαίσιο πολιτικής δημόσιας τάξης), ακόμα και αναδιανεμητική διάσταση υπό το πρίσμα της υποχρέωσης εκπλήρωσης του δικαιώματος, ενώ τα κοινωνικά διαθέτουν μια πτυχή που, απλά, αξιώνει από το κράτος να μην εμποδίζει το άτομο στην απόλαυσή τους.

Ανάμεσα στις δύο αυτές εκφάνσεις, του κράτους πρόνοιας/παρόχου και του κράτους που καλείται να περιστείλει την εξουσία του και να είναι ουδέτερο, να «απουσιάζει», δηλαδή, ώστε να μη δημιουργεί εμπόδια στην απόλαυση του δικαιώματος, εμφιλοχωρεί η ενδιάμεση διάσταση του κράτους προστάτη, που στο διεθνές δίκαιο αναπτύσσεται υπό το φως της αρχής της δέουσας επιμέλειας. Είναι προφανές ότι, όπως μαρτυρά και το παράδειγμα της ανέγερσης και λειτουργίας σωφρονιστικών καταστημάτων, η δεύτερη με την τρίτη πτυχή κατοχύρωσης των δικαιωμάτων του ανθρώπου παρουσιάζουν συγγένεια.⁹³ Πέρα από το πλαίσιο σταδιακής εκπλήρωσης της πολιτικής δημόσιας τάξης, οι χώροι σωφρονισμού συνιστούν, επίσης, μέσο για την επίτευξη της προστασίας ατομικών δικαιωμάτων, όπως αυτό της προστασίας της ζωής από τη δράση τρίτων προσώπων που εγκληματούν. Προστασία και εκπλήρωση συγκλίνουν, στο βαθμό τουλάχιστον που και οι δύο αξιώνουν από το κράτος τη λήψη μέτρων, την ανάληψη πρωτοβουλιών και την ανάπτυξη πολιτικών, που συχνά θα έχουν οικονομικό κό-

⁹⁰ V. DANKWA, C. FLINTERMAN, S. LECKIE, «Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, 3/1998, σελ. 705-730 (715).

⁹¹ I.E. KOCH, «Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?» *Human Rights Law Review* 1/2005, σελ. 81-103 (81).

⁹² I.E. KOCH, «Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?» ό.π. (82).

⁹³ I.E. KOCH, «The justiciability of indivisible rights», ό.π. (26).

στος, καλώντας το να κάνει χρήση των, εκ των πραγμάτων, περιορισμένων πόρων του.⁹⁴ Τα μέτρα που το κράτος λαμβάνει στο πλαίσιο της υποχρέωσης προστασίας (δέουσα επιμέλεια) μπορούν κάλλιστα να μην συνεπάγονται ιδιαίτερο οικονομικό κόστος (νομοθέτημα που ποινικοποιεί για παράδειγμα τη ρατσιστική συμπεριφορά), αλλά και, αν συνεπάγονται, να μην είναι κοινωνικής φύσης παροχές (λειτουργία σωφρονιστικού καταστήματος) –σε αντίθεση με το παράδειγμα της *MSS*, όπου η δέουσα επιμέλεια συνίστατο σε κοινωνική πολιτική (παροχή στέγης, ένδυσης και διατροφής). Διαπιστώνεται, επομένως, κοινός χώρος μεταξύ εκπλήρωσης και προστασίας, ιδίως όταν τα μέσα που απαιτεί η δεύτερη εξ' αυτών συνεπάγονται δημόσια έξοδα. Αμφότερες οι βάσεις απαιτούν δραστηριοποίηση του κράτους και παροχές που επιβαρύνουν το δημόσιο προϋπολογισμό. Η επικάλυψη καθίσταται πλέον προφανής όταν, ανάμεσα στα μέσα που καλείται να λάβει το κράτος στο πλαίσιο της δέουσας επιμέλειας, συγκαταλέγονται, όπως ακριβώς στην υπόθεση *MSS*, κοινωνικές παροχές ή ευρύτερα κοινωνικής φύσης πολιτικές που απαιτούν χρήμα και ιεράρχηση προτεραιοτήτων, από πού δηλαδή θα στερηθούν οι αναγκαίοι πόροι που θα διοχετευθούν στα μέσα κοινωνικής πολιτικής που απαιτεί η δέουσα επιμέλεια. Σε αντίθεση με την εκπλήρωση που αναφέρεται σε ευρύτερη στρατηγική ή προσανατολισμό για την επίτευξη στόχων, η προστασία συνιστά αντίδραση σε συγκεκριμένη αιτία κινδύνου επαπειλούντος το δικαίωμα. Στην περίπτωση της τριτενέργειας ο κίνδυνος έχει κατά κύριο λόγο σαφή αιτία και πηγή. Σε γενικότερες καταστάσεις, όπως αυτή της *MSS*, η αιτία και πηγή είναι λιγότερο ευδιάκριτες, με αποτέλεσμα να καθίσταται εξίσου δυσδιάκριτη η γραμμή ανάμεσα στην επακριβή αιτία που αξιώνει προστασία και την ευρύτερη «ατζέντα» σταδιακής εκπλήρωσης.⁹⁵

Υπάρχουν, όμως και διαφορές. Ο τρίτος πυλώνας, πέραν του εν πολλοίς αόριστου στοιχείου της μη αγωγήμης σταδιακής εκπλήρωσης, αφορά

⁹⁴ Όπως επισημαίνει η *Koch*, το σκέλος της προστασίας απαιτεί και αυτό πόρους από το κράτος: «The obligation to protect a given right does undoubtedly imply more budgetary implications, since it requires positive measures, such as the active protection against eviction or other threats from third parties». I.E. KOCH, «The Justiciability of Indivisible Rights», ό.π. (13).

⁹⁵ Για το σκέλος της προστασίας ως αντίδραση σε συγκεκριμένο κίνδυνο, βλ. «The obligation to protect requires measures by the State to ensure that enterprises or individuals do not deprive individuals of their access to adequate food». ΟΗΕ, Επιτροπή για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα, General Comment No. 12 (1999): The Right to Food (art. 11), (*E/C.12/1999/5*, 12 Μαΐου 1999) § 15.

σε ευρύτερες πολιτικές επιλογές που κάνει μία κοινωνία ως προς το οικονομικό της μοντέλο, ανάλογα με το αν γι' αυτή προτεραιότητα είναι οι εκπαιδευτικές δαπάνες και η δωρεάν παιδεία, για παράδειγμα, ή η δημόσια υγεία. Αντίθετα, ο δεύτερος πυλώνας καλεί το κράτος να αντιδράσει σε ένα, όχι γενικό κοινωνικο-πολιτικό ζήτημα, αλλά, με την προαναφερθείσα επιφύλαξη (στην οποία, ωστόσο εμπίπτει και η σχολιαζόμενη απόφαση), σε *ad hoc* κίνδυνο. Επίσης, σε αντίθεση με την εκπλήρωση, αξιώνει (εξ ου και ο ρόλος των δικαστηρίων) από το κράτος να χρησιμοποιήσει τα διαθέσιμα σε αυτό μέσα προκειμένου να ικανοποιήσει, στο βαθμό που δύναται (γεγονός που παραπέμπει στον υποκειμενικό χαρακτήρα της δέουσας επιμέλειας και θέτει επίσης ζήτημα ιεράρχησης και προτεραιοτήτων σε ό,τι αφορά στη διάθεση πόρων), τη στόχευση που απορρέει από το εκάστοτε δικαίωμα. Ιδίως δε σε ό,τι αφορά μέσα (κοινωνικής ή μη φύσης) που συνεπάγονται οικονομικό κόστος, το κριτήριο της δυνατότητας που έχει το κράτος να αντεπεξέλθει είναι κρίσιμο. Επ' αυτού θα μπορούσε να δοθεί το παράδειγμα των αποκαλούμενων *failed states*.⁹⁶ Θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι ένα κράτος όπως η Σομαλία, για παράδειγμα, ευθύνεται για πλημμελή προστασία από την πειρατεία στις ακτές της, όταν δεν είναι σε θέση να λειτουργήσει δικαστικούς μηχανισμούς ή σωφρονιστικά καταστήματα; Παρά τις διαφορές τους, όμως, κυρίως ως προς το ότι, υπό τη δέουσα επιμέλεια, το κράτος υποχρεούται να δράσει όπως μπορεί και να παρέχει ό,τι μπορεί, το πότε τοποθετούμαστε στη βάση της εκπλήρωσης ή της δέουσας επιμέλειας παραμένει δύσκολο στην απάντησή του, αν και όχι άνευ συνεπειών, ερώτημα. Η διάκριση παραμένει λεπτή, επιτρέπущα στην ουσία να καταστούν αγωγίμα αμιγώς κοινωνικά δικαιώματα και να προστατευθούν υπό τη δεύτερη διάσταση του προαναφερθέντος τριπτύχου ζητήματα, ουσιαστικώς, εμπίπτοντα στη τρίτη, πλέον πολιτική και προγραμματική διάσταση της σταδιακής εκπλήρωσης.

Η *MSS* είναι χαρακτηριστικό παράδειγμα ως προς αυτό, αφού ο κίνδυνος ο οποίος απειλεί τον προσφεύγοντα, ενεργοποιώντας τη δέουσα επιμέλεια, συνίσταται σε ένα ευρύτερο κοινωνικό φαινόμενο, όπως αυτό της μετανάστευσης, που απαιτεί τη χρήση κοινωνικών παροχών αναδιανεμητικής φύσης ως μέσων ικανοποίησης των επιταγών της δέουσας επιμέλειας,

⁹⁶ Όπως ενδεικτικά, D. THURER, «The “Failed State” and International Law», *International Review of the Red Cross*, 1999 (836), προσβάσιμο στην ιστοσελίδα <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jq6u.htm> (τελευταία πρόσβαση: 17 Δεκεμβρίου 2013).

που ουσιαστικά συνιστούν αμιγή κοινωνική πολιτική στη βάση της υποχρέωσης εκπλήρωσης κοινωνικών δικαιωμάτων. Εδώ τα όρια, κατά τη γνώμη μας, μεταξύ προστασίας και εκπλήρωσης καθίστανται τόσο ισχνά, που ουσιαστικά καταργούνται. Το ποια βάση όμως θα επιλεγεί είναι κρίσιμο. Η εκπλήρωση παραμένει νεφελώδης νομικά. Από την άποψη, όμως, της δέουσας επιμέλειας (προστασία) υπάρχει υποχρέωση να δράσει το κράτος εντός ευλόγων, εννοείται, ορίων. Πέρα από το αν το (κοινωνικό στην εν λόγω περίπτωση) μέτρο είναι πρόσφορο, κρίσιμο είναι αν η παροχή του είναι εφικτή. Ακόμα κι αν στη βάση της δέουσας επιμέλειας και δεδομένων των ειδικών περιστάσεων μίας υπόθεσης, κριθεί ότι απαιτούνται κοινωνικές παροχές, η υποχρέωση αυτή εξαντλείται αν το κράτος αδυνατεί να αντεπεξέλθει, λαμβάνοντας υπόψη την οικονομική του κατάσταση, αλλά και, ειδικά στην περίπτωση της κοινωνικής πολιτικής, το κοινωνικοοικονομικό του μοντέλο, τον προσανατολισμό που έχει δοθεί σε αυτό και, ευρύτερα, τις επιλογές και ιεραρχήσεις που έχουν γίνει σε μία πολιτεία ως προς το πού είναι αναγκαίο να διοχετευθεί κατά προτεραιότητα το δημόσιο χρήμα, ποιες ανάγκες να καλύψει και ποιοι, πρωτίστως, να ευεργετηθούν.

5.2. Το τεστ υποκειμενικών δυνατοτήτων του κράτους σε σχέση με τρία διαφορετικά επιχειρήματα: «αντικειμενικοποίηση» των standards κοινωνικής πολιτικής λόγω ενωσιακής έννομης τάξης, ευπαθείς ομάδες και απόλυτος χαρακτήρας του άρθρου 3

Το ευρύτερο ερώτημα που τίθεται, λοιπόν, είναι αν και κατά πόσο υπέπεσε σε τέτοιου είδους ολίσθημα το Στρασβούργο και, υπό το πρόσχημα της προστασίας και της δέουσας επιμέλειας, αξίωσε από τα κράτη να διαθέσουν, κατά προτεραιότητα, πόρους υπέρ του μεταναστευτικού και της ελάφρυνσης του πόνου των ανθρώπων στην κατηγορία αυτή, αποστερώντας, ωστόσο, πόρους από άλλες μορφές κοινωνικής πολιτικής και κράτους πρόνοιας, ιδίως σε μία χρεοκοπημένη πολιτεία, η οποία έχει ελαττώσει δραστικά τις δαπάνες του κοινωνικού κράτους και τα standards παροχών.

Στο παρελθόν, το ΕΔΔΑ έχει αναγνωρίσει ότι δεν δικαιούται να εγείρει υπέρογκες οικονομικές αξιώσεις από τα συμβαλλόμενα μέλη. Στην υπόθεση *N⁹⁷* έκρινε ότι το Ηνωμένο Βασίλειο δεν παραβίασε το άρθρο 3 όταν απέλασε αιτούντα άσυλο που έπασχε από AIDS, επειδή στη χώρα προέλευσής του θα απολάμβανε ουσιωδώς χαμηλότερου επιπέδου ιατροφαρμα-

⁹⁷ ΕΔΔΑ, *N. κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (No. 26565/05, 27 Μαΐου 2008).

κευτικής περίθαλψης. Το ΕΔΔΑ τόνισε με την αφορμή αυτή ότι, ενώ από πολλά από τα δικαιώματα της ΕΣΔΑ συνάγονται επίσης υποχρεώσεις κοινωνικού ουσιαστικά χαρακτήρα, συνεπαγόμενες οικονομικό βάρος, η Σύμβαση είναι προσανατολισμένη στην προστασία ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων.⁹⁸ Η διαφορά στο επίπεδο ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης μεταξύ των δύο κρατών, κατά το ΕΔΔΑ, δεν αρκεί ώστε να δημιουργηθεί υποχρέωση στο καθ' ου κράτος να παρέχει δωρεάν και απεριόριστη περίθαλψη σε όσους δεν έχουν δικαίωμα παραμονής στη χώρα.⁹⁹ Αντίθετη ερμηνεία θα δημιουργούσε δυσβάσταχτες υποχρεώσεις στα συμβαλλόμενα κράτη.¹⁰⁰ Ιδίως, μάλιστα, σε ό,τι αφορά στα άτομα που στερούνται κατοικίας, το ΕΔΔΑ εξέφρασε μεν τη λύπη του, συμπληρώνοντας (ορθά, πιστεύουμε) ότι το άρθρο 8 ΕΣΔΑ δεν εγγυάται δικαίωμα σε δωρεάν παροχή στέγης, καθώς κάτι τέτοιο ανάγεται στη σφαίρα της πολιτικής -και άρα τα δικαστήρια δεν έχουν αρμοδιότητα.¹⁰¹

Στην *MSS*, ωστόσο, το ΕΔΔΑ χρησιμοποίησε το άρθρο 3 για να αξιώσει από τα κράτη να προβούν σε κοινωνικές παροχές υπέρ του προσφεύγοντα, όπως η παροχή στέγης, ενόσω εκκρεμούσε η εξέταση της αίτησής του για χορήγηση πολιτικού ασύλου. Κατέστησε ουσιαστικά αγωγίμα αμιγώς κοινωνικά δικαιώματα, χρησιμοποιώντας ως βάση ένα κατεξοχήν πολιτικό δικαίωμα –αποδεικνύοντας, έτσι, το βάσιμο της θεωρίας των ενιαίων, αλληλένδετων και αδιαίρετων δικαιωμάτων, μέσω του τρίπτυχου σεβασμού, προστασίας και εκπλήρωσης. Οι υποχρεώσεις που προκύπτουν από το ατομικό δικαίωμα της απαγόρευσης της απάνθρωπης μεταχείρισης μεταφράζονται από το Δικαστήριο σε θετικές υποχρεώσεις κοινωνικού χαρακτήρα που απαιτούν από το κράτος να μεριμνήσει, κατά τρόπο κοστοβόρο για αυτό, ώστε να παρέχει στέγη και τροφή στον προσφεύγοντα. Το πρακτικό ερώτημα είναι αν μέσω μιας τέτοιας ερμηνείας δημιουργεί το Δικαστήριο δυσβάσταχτες υποχρεώσεις για τα κράτη, γεγονός που στις αποφάσεις που ενδεικτικά προαναφέρθηκαν είχε, ορθά κατά τη γνώμη μας, αποφύγει να πράξει.¹⁰² Το πλέον θεωρητικό ερώτημα είναι αν, ακόμα κι αν δεχθεί κανείς ότι, λόγω της φύσης των αναγκών του προσφεύγοντα, που

⁹⁸ *N.*, ό.π. § 44.

⁹⁹ *N.*, ό.π..

¹⁰⁰ *N.*, ό.π..

¹⁰¹ ΕΔΔΑ, *Chapman κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (No. 27238/95, 19 Ιανουαρίου 2001) § 98.

¹⁰² M. BOSSUYT, «Belgium Condemned for ...», ό.π. (591).

οφείλονται σε ένα ευρύτερο κοινωνικό φαινόμενο (μετανάστευση/προσφυγιά) και, αντίστοιχα, μια κατάσταση (φτώχεια) μη οφειλόμενη ή προκληθείσα από τρίτο πρόσωπο (τριτενέργεια), είναι θεμιτό να διευρυνθεί το άρθρο 3, κατά τρόπο ώστε να περιλαμβάνει κοινωνικές παροχές, αγωγίες υπό το φως των θετικών υποχρεώσεων και της αρχής της δέουσας επιμέλειας. Συμπληρωματικά, αν το Δικαστήριο προέβη, ως έδει, στο τεστ δυνατότητας εκπλήρωσης (*state fault*) που προαναφέρθηκε στην προηγούμενη παράγραφο του παρόντος, σύμφωνα με το οποίο τα *standards* της δέουσας επιμέλειας είναι υποκειμενικά, με το κράτος να υποχρεούται να θέσει σε εφαρμογή μέσα τα οποία διαθέτει, στο μέτρο και στο βαθμό που είναι σε θέση να το πράξει.

5.2.1. Αντικειμενικοποίηση των *standards* κοινωνικών παροχών

Η απάντηση είναι πως, σε πρώτο βαθμό, ειδικά σε ό,τι αφορά τις κοινωνικές παροχές, όχι, δεν προέβη σε τέτοιο τεστ, αλλά, στη συγκεκριμένη περίπτωση καλώς έκανε και δεν προέβη σε αυτό. Ουσιαστικά, το ΕΔΔΑ με την *MSS* «αντικειμενικοποίησε» την προστασία που μπορούν να αναμένουν οι αιτούντες άσυλο, θέτοντας κοινά ελάχιστα επίπεδα προστασίας σε όλα τα κράτη (μέλη της ΕΕ), ανεξάρτητα από τις υποκειμενικές δυνατότητες του καθενός εξ αυτών. Όχι μόνο, δηλαδή, η απόφαση «παραφούσκωσε» το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 3, εισάγοντας σε αυτό κοινωνικής φύσης παροχές αναδιανεμητικής φύσης υπό την εγγύτερη και γι' αυτό το λόγο προσφορότερη βάση της δέουσας επιμέλειας, αλλά και, σε αντίθεση με την υποκειμενική φύση των υποχρεώσεων που πηγάζουν από αυτή, έθεσε αντικειμενικά (υψηλά κατά τη γνώμη μας) *standards* κοινωνικής προστασίας, ανεξαρτήτως υποκειμενικών δυνατοτήτων κάθε κράτους χωριστά. Η σταδιακή εκπλήρωση¹⁰³ κοινωνικού δικαιώματος στη βάση των διαθέσιμων πόρων και επιλογών του κράτους μετατράπηκε, ουσιαστικά, σε «αντικειμενική» υποχρέωση παροχής υλικής βοήθειας στη βάση της θετικής ερμηνείας του άρθρου 3. Μία τέτοια αξίωση είναι αμφίβολο πώς μπορεί να υλοποιηθεί αποτελεσματικά στην πραγματικότητα. Ειδικά σε χώρες όπως η Ελλάδα, η οποία υποδέχεται δυσανάλογα μεγάλο αριθμό αιτούντων άσυλο, όπως χαρακτηριστικά επεσήμανε, θέτοντας μία νότα πραγματισμού, στη γνώμη του ο Δικαστής Ροζάκης.¹⁰⁴

¹⁰³ Διεθνές Σύμφωνο για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα, άρθρο 2.

¹⁰⁴ *MSS*, ό.π., συμφωνούσα γνώμη του Δικαστή Ροζάκη.

Εφόσον είναι έτσι, αναφύεται εύλογα το ερώτημα για ποιο λόγο υποστηρίζουμε εδώ ότι ορθά το δικαστήριο προέβη σε αυτή την «αντικειμενικοποίηση».

Σε ένα πρώτο, και όλως επικουρικό επίπεδο, η Επιτροπή του ΟΗΕ για τα Οικονομικά, Κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα έχει τονίσει ότι, ακόμα και σε περιόδους σοβαρής έλλειψης πόρων λόγω οικονομικής κρίσης ή άλλων αιτιών, οι ευαίσθητες ομάδες μπορούν και πρέπει να προστατεύονται με προγράμματα «χαμηλού κόστους».¹⁰⁵ Η Επιτροπή υπογράμμισε ότι ακόμα κι αν κάποιο κράτος βρίσκεται σε κατάσταση κατά την οποία οι διαθέσιμοι πόροι του είναι «αποδεδειγμένα ανεπαρκείς», η υποχρέωση παραμένει ακέραιη και η κατάσταση ένδειας δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως δικαιολογία για να αποφύγει αυτό την υλοποίηση προγραμμάτων και εθνικών στρατηγικών για την αποτελεσματική προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων,¹⁰⁶ τα οποία, εξάλλου, όπως αναφέρθηκε προηγουμένως, αναπτύσσουν πολυδιάστατο αποτέλεσμα, το οποίο δεν εξαντλείται αποκλειστικά στην παροχή υλικής βοήθειας. Αναγνωρίζουμε, ωστόσο, ότι το επιχείρημα αυτό είναι ασθενικό, παραπέμποντας κυρίως στη σταδιακή εκπλήρωση και όχι στην προστασία.

Η κυρίως απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα είναι ότι του το επέτρεψαν, αν όχι «ζήτησαν» τα ίδια τα κράτη. Ουσιαστικά, το Στρασβούργο ενσωμάτωσε στην τελεολογία του άρθρου 3 τη θετική υποχρέωση προστασίας των ατόμων που βρίσκονται στη θέση του προσφεύγοντα υπό τη μορφή παροχής στέγης, τροφής και ένδυσης όχι τόσο/μόνο λόγω της ανάγκης στην οποία βρίσκεται η κατηγορία αυτή ανθρώπων (θέμα που συζητάμε στη συνέχεια), αλλά και διότι, αυτά τα *standards* θετικής μεταχείρισης προβλέπονται από το ενωσιακό δίκαιο και το μηχανισμό του Δουβλίνου II, ο οποίος παράγει έννομα αποτελέσματα στην εθνική έννομη τάξη των κρατών. Ενώ, δηλαδή, υπό άλλες συνθήκες, στο πλαίσιο της δέουσας επιμέλειας και στη βάση της διάστασης της θετικής προστασίας υπό το προαναφερθέν τρίπτυχο, το ΕΔΔΑ θα έπρεπε να αξιολογήσει ποιες είναι οι δυνατότητες του κράτους, παρέκαμψε (ως προς τις κοινωνικές παροχές) το στάδιο αυτό του ελέγχου που θα του επέτρεπε να κρίνει τι εδύνατο -και άρα υποχρεούτο- να προσφέρει το καθ' ου κράτος, ενσωματώνοντας τα υψηλότερα, αντικειμενικά και κοινά για όλα τα κράτη που δεσμεύονται από το Δουβλίνο II *standards* θετικής, ουσιαστικά κοινωνικής, προστασίας που

¹⁰⁵ General Comment No. 3, ό.π. §12.

¹⁰⁶ General Comment No. 3, ό.π..

προβλέπει αυτό. Πιο συγκεκριμένα, στην προκείμενη περίπτωση, ενώ χρησιμοποίησε το άρθρο 3, υπενθύμισε ότι αυτό «δεν θα πρέπει να ερμηνευθεί ότι υποχρεώνει τα Υψηλά Συμβαλλόμενα Μέρη να παρέχουν κατοικία σε κάθε άτομο υπό τη δικαιοδοσία τους [...] ούτε θα πρέπει να αντλείται από το άρθρο 3 μία γενική υποχρέωση να παρέχεται στους πρόσφυγες οικονομική βοήθεια προκειμένου να μπορέσουν να διατηρήσουν συγκεκριμένο βιοτικό επίπεδο».¹⁰⁷ Για να δικαιολογήσει στη συγκεκριμένη υπόθεση τα *standards* του άρθρου 3, το Δικαστήριο βασίστηκε στο ελληνικό δίκαιο¹⁰⁸ που έχει μεταφέρει το κοινοτικό δίκαιο.¹⁰⁹ Είναι, λοιπόν, η πηγάζουσα από την ενωσιακή τάξη εθνική νομοθεσία του κράτους που επέβαλε, κατά το Δικαστήριο, αυτή τη μεταχείριση και δημιούργησε υποχρεώσεις στο κράτος για την παροχή υλικής στήριξης.

Ενώ μια τέτοια ερμηνεία είναι, χωρίς αμφιβολία, κατανοητή, αλλά και θεμιτή από ανθρωπιστικής πλευράς, αναπαράγει, ωστόσο, τις αδυναμίες που καταλογίζουν στο Δουβλίνο II οι επικριτές του και τις οποίες αναγνωρίζει και το ΔΕΕ.¹¹⁰ Η αντικειμενικοποίηση για όλα τα κράτη της ΕΣΔΑ που δεσμεύονται ταυτόχρονα από αυτό το ενωσιακό νομικό πλαίσιο των κατωτάτων επιπέδων κοινωνικής μέριμνας που δικαιούται ο αιτών άσυλο δημιουργεί προφανέστατα δυσανάλογο βάρος για τις χώρες του νότου, οι οποίες είναι οι βασικές πύλες εισόδου των μεταναστών και αιτούντων άσυλο. Ωστόσο, πρόκειται για επιλογή το έρεισμα της οποίας ανευρίσκεται στην ενωσιακή τάξη και, εφόσον αυτή προτιμά να προσφέρει ανώτερη προστασία από αυτή που ενδεχομένως αξιώνει (με βάση το προαναφερθέν

¹⁰⁷ *MSS*, ό.π. § 249.

¹⁰⁸ ΠΔ 220/2007, «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2003/9 ΕΚ, σχετικά με τις ελάχιστες απαιτήσεις για την υποδοχή των αιτούντων άσυλο». Το ΠΔ θεσπίζει, μεταξύ άλλων, υποχρέωση του κράτους υποδοχής να παρέχει στέγαση, διατροφή και ένδυση, ιατρική και ψυχολογική περίθαλψη και πρόσβαση σε μαθήματα γλώσσας για ανήλικους.

¹⁰⁹ Οδηγία 2003/9, η οποία παρατίθεται στην *MSS*, ό.π. § 250.

¹¹⁰ Το ΔΕΕ φάνηκε να λαμβάνει υπόψη μερικώς αυτή την προβληματική κατασκευή του «Δουβλίνο II», αναγνωρίζοντας ότι ένα τόσο υπερφορτωμένο σύστημα μπορεί στην πράξη να αντιμετωπίσει τεράστια λειτουργικά προβλήματα που θα έχουν σημαντικές επιπτώσεις στην υποδοχή των μεταναστών. ΔΕΕ, *C-411/10*, ό.π. § 81. Παράλληλα, επεσήμανε πως η προσέλευση τέτοιου αριθμού μεταναστών δημιουργεί δυσανάλογο φορτίο σε σχέση με άλλα κράτη μέλη και συνεπάγεται αδυναμία του κράτους να ανταποκριθεί στα απαιτούμενα επίπεδα προστασίας και παροχής βοήθειας, § 87. Βλ. και *MSS*, ό.π., συμφωνούσα γνώμη του Δικαστή Ροζακη.

υποκειμενικό τεστ και την πρακτική του Στρασβούργου να μην υπεισέρχεται σε θέματα αμιγώς αναδιανεμητικής κοινωνική πολιτικής) η ΕΣΔΑ, μπορεί κάλλιστα να «απορροφηθεί» από την τελευταία και, με λογική συμπληρωματικότητας, να επαυξηθεί και, *pro homine*, αντικειμενικοποιήσει τα *standards* θετικής συμπεριφοράς στη βάση του άρθρου 3.

5.2.2. Ευπαθείς κοινωνικές ομάδες

Πέραν, όμως, του επιχειρήματος αυτού, σύμφωνα με το οποίο την αντικειμενικοποίηση των επιπέδων θετικής προστασίας και οιονεί κοινωνικής πολιτικής την αξιώνει, όχι η ίδια η ΕΣΔΑ, αλλά η «πλειοδοτούσα» ενωσιακή τάξη, το Δικαστήριο του Στρασβούργου επιχείρησε να διατυπώσει και ένα συμπληρωματικό επιχείρημα, βασισμένο στην «ταυτότητα» και τις ανάγκες του προσφεύγοντα.

Παρά την προαναφερθείσα συστολή του Δικαστηρίου να αναγνωρίσει στη νομολογία του αμιγώς κοινωνικά δικαιώματα που συνεπάγονται αναδιανομή πλούτου, στην υπόθεση *Larioshina κατά Ρωσίας*¹¹¹ προέβη σε μία ενδιαφέρουσα δήλωση. Η προσφεύγουσα διαμαρτυρόταν για παραβίαση του άρθρου 1 του 1^{ου} Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ (ιδιοκτησία) λόγω της πενιχρότητας της σύνταξης της και του γεγονότος ότι δεν λάμβανε ένα επίδομα που δικαιούταν. Το ΕΔΔΑ παρεξέκλινε της θέσης του ότι δεν επιτρέπεται να υποκαθιστά τις εθνικές αρχές και να αποφασίζει το επίπεδο οικονομικής βοήθειας που θα πρέπει να είναι διαθέσιμο σε ένα σύστημα κοινωνικής αρωγής, σημειώνοντας ότι ένα καθόλα ανεπαρκές ποσό σύνταξης και συναφών επιδομάτων θα μπορούσε, υπό περιστάσεις, να εγείρει ευθύνη του κράτους στη βάση του άρθρου 3.¹¹² Ειδικά αναφορικά με το θέμα των συντάξεων, το ΕΔΔΑ είχε στην υπόθεση *Asmundsson* στηριχτεί στο δικαίωμα στην ιδιοκτησία για να διαγνώσει παραβίαση.¹¹³ Ο προσφεύγων είχε τραυματιστεί βαριά κατά τη διάρκεια της εργασίας του και λάμβανε αναπηρική σύνταξη για μία εικοσαετία, έως ότου οι οικονομικές δυσκολίες στις οποίες περιήλθε η Ισλανδία ανάγκασαν την κυβέρνηση να μειώσει δραματικά τον αριθμό των ατόμων που λάμβαναν τέτοιες συντάξεις. Ελέγχοντας την αναλογικότητα της πρακτικής αυτής, το Δικαστήριο είχε κρίνει ότι, παρά την ευρεία διακριτική ευχέρεια που απολαμβάνουν τα κράτη σε τέτοια θέματα,

¹¹¹ ΕΔΔΑ, *Larioshina κατά Ρωσίας* (ως προς το παραδεκτό, Νο. 56869/00 23 Απριλίου 2002).

¹¹² *Larioshina*, ό.π..

¹¹³ ΕΔΔΑ, *Asmundsson κατά Ισλανδίας* (No. 60669/00 30 Μαρτίου 2005).

ο σκοπός της αντιμετώπισης των οικονομικών δυσχερειών δεν δικαιολογούσε το υπερβολικό και δυσανάλογο βάρος που επωμίσθηκε ο προσφεύγωντας. Ωστόσο, το Δικαστήριο επεσήμανε ότι ενδεχόμενη μείωση της σύνταξης θα ήταν συμβατή με τις επιταγές της ΕΣΔΑ.¹¹⁴ Με άλλα λόγια, παρά τα όσα έχουν προαναφερθεί αναφορικά με το αναδιανεμητικό αποτέλεσμα της κοινωνικής πολιτικής (σε όποια νομική βάση κι αν στηρίζεται αυτή), αλλά και τη συστολή με την οποία παραδοσιακά το Δικαστήριο αντιμετώπιζει τέτοια αιτήματα, φαίνεται να υπολαμβάνει ότι, όταν η ανάγκη στοιχειώδους κοινωνικής πολιτικής είναι αδήριτη ή και σύμφυτη με την προστασία της ίδιας της ανθρώπινης ύπαρξης, θίγεται δηλαδή ο πυρήνας των άρθρων 2 ή 3, τότε υπάρχει οιονεί «αντικειμενική» υποχρέωση του κράτους να μεριμνήσει, γεγονός που επιτρέπει στο ίδιο να προβεί σε αντίστοιχο οιονεί έλεγχο συνταγματικότητας.

Με αυτά τα δεδομένα, δεν προκαλεί έκπληξη το γεγονός ότι το ΕΔΔΑ προχώρησε στην *MSS* στην εξέταση επίσης του ερωτήματος κατά πόσο η κατάσταση ένδειας ατόμων ειδικά όπως ο προσφεύγων μπορεί να εγείρει προβλήματα υπό τη σκοπιά του άρθρου 3. Αφού τόνισε ότι η ανάγκη ιδιαίτερης προστασίας των προσφύγων αποτελεί αντικείμενο ευρείας συναίνεσης σε διεθνή και ευρωπαϊκή κλίμακα,¹¹⁵ το Δικαστήριο κατέληξε ότι μπορεί να θεωρηθεί πως υπάρχει παραβίαση του άρθρου 3 όταν ο προσφεύγων εξαρτάται ολοκληρωτικά από τη δημόσια βοήθεια και βρίσκεται αντιμέτωπος με την αδιαφορία των αρχών, ενώ βρίσκεται σε κατάσταση στέρησης ή έλλειψης σε τέτοιο βαθμό που είναι ασυμβίβαστη με την ανθρώπινη αξιοπρέπεια.¹¹⁶ Συνεπώς, με βάση το Δουβλίνο II, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι οι αρχές στην Ελλάδα δεν έλαβαν δεόντως υπόψη το πόσο ευάλωτος είναι ο προσφεύγων ως αιτών άσυλο. Έπρεπε, λοιπόν, λόγω της αδράνειάς τους, να θεωρηθούν υπεύθυνες για τις συνθήκες στις οποίες βρέθηκε επί μήνες.¹¹⁷ Οι συνθήκες αυτές, σε συνδυασμό με την παρατεταμένη αβεβαιότητα στην οποία βρισκόταν ο προσφεύγων και την παντελή απουσία προοπτικής βελτίωσης της κατάστασής του άγγιξαν το επίπεδο απαξίας που απαιτεί το άρθρο 3 της Σύμβασης.¹¹⁸ Το Δικαστήριο φαίνεται να αξιολογεί επίσης το γεγονός ότι η μακρά περίοδος κατά την οποία ο προσφεύγων βρισκόταν

¹¹⁴ *Asmundsson*, ό.π. § 45.

¹¹⁵ *MSS*, ό.π. § 251.

¹¹⁶ *MSS*, ό.π. § 253.

¹¹⁷ *MSS*, ό.π. § 263.

¹¹⁸ *MSS*, ό.π..

σε κατάσταση απόλυτης φτώχειας ήταν αποτέλεσμα της ολιγωρίας των ελληνικών αρχών να εξετάσουν εντός εύλογου χρονικού διαστήματος την αίτηση ασύλου του. Έκρινε, λοιπόν ότι, πέραν των αντικειμενικών *standards* του Δουβλίνου ΙΙ, η υπαιτιότητα των ελληνικών αρχών στοιχειοθετείται επίσης από την αμέλειά τους να αποφανθούν επί του αιτήματος του προσφεύγοντα, παρατείνοντας με αυτόν τον τρόπο το διάστημα κατά το οποίο αυτός βρισκόταν στην προαναφερθείσα κατάσταση απόλυτης ένδειας.

Με βάση την παραπάνω ερμηνεία, ερωτάται αν θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι τα κράτη μέλη του Συμβουλίου της Ευρώπης που δεν εντάσσονται στο πλαίσιο του Δουβλίνου ΙΙ παραβιάζουν το άρθρο 3 όταν δεν παρέχουν αντιστοίχου επιπέδου προστασία σε πρόσφυγες.¹¹⁹ Πόσο κρίσιμη ήταν η ύπαρξη του πλαισίου Δουβλίνου ΙΙ για τη διάγνωση παραβίασης του 3; Αυτό, δυστυχώς, παραμένει σε μεγάλο βαθμό ασαφές στην *MSS*. Ενώ το Δικαστήριο χρησιμοποίησε το ενωσιακό πλαίσιο ως βάση για να διαγνώσει παραβίαση του άρθρου 3 και να αξιώσει κοινωνικές παροχές, στη συνέχεια προχώρησε σε ένα συμπληρωματικό, κατά τη γνώμη μας, επιχείρημα, την «κατασκευή» δηλαδή κριτηρίων για τη μεταχείριση ειδικών «ευπαθών» ομάδων. Στην περίπτωση αυτή, όμως, φαίνεται ότι, όπως και έπρεπε, προέβη, αν και με «σιγανή φωνή», σε ένα τεστ υποκειμενικών δυνατοτήτων του κράτους.

Όπως έχει επισημανθεί στη βιβλιογραφία,¹²⁰ σε ό,τι αφορά στα κρίσιμα κριτήρια, το ΕΔΔΑ αποφάσισε ότι στοιχειοθετείται παραβίαση του άρθρου 3 στις περιπτώσεις που:

1. ο προσφεύγων αντιμετωπίζει ακραίες συνθήκες ένδειας που είναι αντίθετες με την ανθρώπινη αξιοπρέπεια, ενώ το κράτος δείχνει αδιαφορία ή ολιγωρία για τη περίπτωσή του/της,
2. βρίσκεται σε κατάσταση απόλυτης εξάρτησης από το κράτος για να ανταποκριθεί στις ακραίες συνθήκες αυτές,
3. ανήκει σε κάποια ιδιαίτερη ευαίσθητη κοινωνική ομάδα.

¹¹⁹ Ο *Bossuyt* επισημαίνει ότι το ΕΔΔΑ έχει επιβάλλει εμφανώς μεγαλύτερες υποχρεώσεις στα 27 κράτη μέλη της ΕΕ που είναι ταυτόχρονα μέλη του Συμβουλίου της Ευρώπης σε σχέση με τα υπόλοιπα 20 κράτη του Συμβουλίου που δεν είναι μέλη της ΕΕ. Επιπλέον, εύστοχα παρατηρεί ότι είναι αβέβαιο κατά πόσο τα κράτη μέλη της ΕΕ που δεσμεύονται από τον κοινοτικό κανονισμό, χωρίς να δεσμεύονται από τη σχετική οδηγία (Νορβηγία, Ισλανδία και Ελβετία), οφείλουν να προβούν σε αντίστοιχες παροχές. BOSSUYT, «Belgium condemned ...», ό.π. σελ. 592 και υποσημείωση 80.

¹²⁰ G. CLAYTON, ό.π. σελ. 758-773 (769).

Αποσυνδέοντας, για λίγο, το θέμα των *standards* κοινωνικών παροχών από την εννοιολογική αυτή κατασκευή του Δικαστηρίου, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι στην *MSS*, όπως και στην προαναφερθείσα απόφαση *Asmundsson*, στόχος του Δικαστηρίου δεν είναι να επιβάλλει πώς θα λειτουργεί το σύστημα και το επίπεδο κοινωνικών παροχών. Επιθυμεί απλά να αποτρέψει τον ολοκληρωτικό αποκλεισμό ορισμένων κατηγοριών ατόμων από το σύστημα αυτό. Και πάλι όμως, η απόπειρα καθορισμού από το ΕΔΔΑ των κοινωνικών ομάδων που δικαιούνται ιδιαίτερης προστασίας εγείρει ερωτήματα.

Στη μερικώς διαφωνούσα γνώμη του, ο Δικαστής Sajó τόνισε πως η αξίωση του ΕΔΔΑ για προστασία όσων είναι ολοκληρωτικά εξαρτημένοι από τη δημόσια αρωγή, αξίωση που περιλαμβάνει υποχρέωση «να προληφθούν σοβαρές στερήσεις μέσω της προσφοράς των κατάλληλων δημοσίων υπηρεσιών»,¹²¹ αποτελεί άποψη που παρεισφρύει στο κοινωνικό και οικονομικό μοντέλο του συμβαλλόμενου κράτους. Όπως τονίζει ο Δικαστής, «μία τέτοια θέση θα ήταν απολύτως σύμφωνη με την ιδέα του κράτους-πρόνοιας και των κοινωνικών δικαιωμάτων, ιδίως αν είχε υιοθετηθεί από ένα συνταγματικό δικαστήριο αποφαινόμενο στη βάση του εθνικού συντάγματος που προστατεύει στο συνταγματικό επίπεδο το κράτος-πρόνοιας».¹²² Το γεγονός ότι το ΕΔΔΑ καταδίκασε την Ελλάδα με το προαναφερθέν σκεπτικό για την αδράνειά της επιτρέπει στο Δικαστή Sajó να διαγνώσει ότι η νομολογία αυτή προσιδιάζει περισσότερο σε έννομη τάξη κράτους που έχει συνταγματοποιήσει το κράτος-πρόνοιας. Το αποτέλεσμα είναι να μη χωρίζει παρά μικρή απόσταση τη θέση του Δικαστηρίου από την ύπαρξη «μίας γενικής και άνευ όρων θετικής υποχρέωσης του κράτους να στεγάσει τα «ευπαθή» άτομα και να τους προσφέρει άλλες υλικές υπηρεσίες που να ικανοποιούν τις στοιχειώδεις ανάγκες τους».¹²³ Η γνώμη αυτή προχωρά παραπέρα, επισημαίνοντας ότι ακόμα και αν το Δικαστήριο επιχειρεί στροφή προς μια ανάγνωση του άρθρου 3 που θα απαιτεί από τα κράτη να υιοθετήσουν, σε μεγαλύτερο ή μικρότερο βαθμό, μηχανισμούς κράτους πρόνοιας, το κριτήριο της αδράνειας του κράτους που απαιτείται για να στοιχειοθετηθεί παραβίαση του άρθρου 3 αφήνει εκτός προστασίας όλες εκείνες τις ευπαθείς κοινωνικές ομάδες η δυσμενής κατάσταση των

¹²¹ *MSS*, ό.π. μερικώς συμφωνούσα και μερικώς διαφωνούσα γνώμη του Δικαστή Sajó.

¹²² *MSS*, ό.π..

¹²³ *MSS*, ό.π..

οποίων δεν οφείλεται σε πράξεις ή παραλείψεις του κράτους.¹²⁴ Συνεπώς θα καταλήγαμε στο άτοπο συμπέρασμα πως οι διανοητικά ανάπηροι, για παράδειγμα, «δεν θα έχουν αξίωση προστασίας από το Κράτος επειδή το ευάλωτο της κατάστασής τους οφείλεται στη φύση και οι λόγοι για τους οποίους υποφέρουν και εξευτελίζονται δεν προκαλούνται από την παθητικότητα του Κράτους».¹²⁵

Αν και σε γενικές γραμμές είναι δύσκολο να διαφωνήσει κανείς με τις εύστοχες παρατηρήσεις του Δικαστή Sajo, δεν μπορούμε παρά να επισημάνουμε δυο-τρεις σκέψεις συνοπτικά, οι οποίες σε ορισμένο βαθμό υπερασπίζονται την απόφαση του Δικαστηρίου, αλλά και σχετίζονται με το κύριο ζήτημα που εξετάζουμε εδώ, δηλαδή αυτό του τεστ των υποκειμενικών δυνατοτήτων του κράτους. Το κύριο επιχείρημά μας είναι ότι σε τέτοιας φύσης υποθέσεις εγείρεται ζήτημα προτεραιότητας στη διάθεση περιορισμένων οικονομικών πόρων του κράτους. Γι' αυτό, όμως, ακριβώς το λόγο, εκτός αν υπάρχει ρητή συνταγματική πρόβλεψη περί συγκεκριμένων παροχών (ή απειλείται άμεσα η ζωή ατόμου), ίσως να μην είναι κατάλληλα ούτε τα εθνικά συνταγματικά (και μη) δικαστήρια να κρίνουν πού θα δώσει βάρος και προτεραιότητα μία κοινωνία. Αρμόδια επ' αυτού είναι η ίδια, δια της δημοκρατικής επιλογής κοινωνικοοικονομικού μοντέλου. Δεύτερον, νομίζουμε ότι το Στρασβούργο, με τα κριτήρια της ευπαθούς κοινωνικής ομάδας, δεν επιχείρησε ούτε να την ορίσει πλήρως, ούτε να αποκλείσει της προστασίας άλλες, λιγότερο ή περισσότερο ευπαθείς ή χρήζουσες αρωγής ομάδες. Βέβαια, αν ισχύει αυτό, θα μπορούσε η διατύπωση των κριτηρίων να γίνει με πλέον γενικό τρόπο. Τρίτον, πιο σημαντικό, αλλά και σχετικό με το ερώτημα που εξετάζεται εδώ, η εντύπωσή μας, διαβάζοντας την απόφαση, είναι ότι τα κριτήρια περί ευπαθούς κοινωνικής ομάδας είναι, απλά και μόνον, ένα συμπληρωματικό επιχείρημα δίπλα σε αυτό περί αντικειμενικών *standards* παροχών λόγω ενωσιακής έννομης τάξης, το οποίο και επέτρεψε στο Δικαστήριο να εξηγήσει κατά κύριο λόγο γιατί το κράτος έπρεπε να μεριμνήσει για τον προσφεύγοντα, τι δηλαδή (πέρα από το στοιχείο της εδαφικότητας), τρόπον τινά, γεννά την υποχρέωση δέουσας επιμέλειας υπό το άρθρο 3.

Ως προς τη συμπληρωματικότητα του επιχειρήματος, σαφώς και η ευκαιρία ήταν ιδανική για το Δικαστήριο να παραθέσει στο επιχείρημα περί κοινωνικών παροχών που απορρέουν από τις υποχρεώσεις του κράτους

¹²⁴ *MSS*, ό.π..

¹²⁵ *MSS*, ό.π..

από την ΕΕ την ειδική φύση της εν λόγω κοινωνικής ομάδας, αφήνοντας ασαφές (επίτηδες προφανώς) σε ποιο βαθμό θα μπορούσε το επικουρικό αυτό επιχείρημα, αν στο μέλλον βρεθεί αυτοτελές σε άλλη υπόθεση, να δικαιολογήσει -στη βάση του νομολογιακού προηγούμενου της *MSS* και της χρείας να προστατευθεί μία (ομολογουμένως) ευπαθής ομάδα- μόνο του πλέον το βάρος υψηλού επιπέδου και κόστους κοινωνικών παροχών.

Η «ταυτότητα» του προσφεύγοντος ως ατόμου ανήκοντος σε ευπαθή κοινωνική ομάδα και άρα χρίζοντος προστασία, επιτρέπει (αλλά και καλεί) (σ)το Δικαστήριο να προβεί στο προαναφερθέν τεστ υποκειμενικών δυνατοτήτων (ή *state fault*, στη διεθνή βιβλιογραφία) του κράτους. Αφήνοντας επιμέρους τα *standards* κοινωνικών παροχών, τα οποία εκφεύγουν του τεστ αυτού διότι έχουν αντικειμενικοποιηθεί από την ενωσιακή πηγή τους, το ΕΔΔΑ προβαίνει στην κατάγνωση παραβίασης διότι, δεδομένων των συνθηκών της υπόθεσης, ιδίως της ευαίσθητης θέσης και των αναγκών λόγω αυτής του προσφεύγοντα, υπήρχαν (μη κοινωνικής φύσης) μέτρα που μπορούσε να λάβει το κράτος και αμέλησε. Ενώ γνώριζε και μπορούσε να υπολογίσει το σε πόσο δύσκολη κατάσταση βρισκόταν ο προσφεύγων, δεν τον ενημέρωσε για τις παροχές που ήταν διαθέσιμες, αλλά και καθυστέρησε να κρίνει την αίτησή του και έτσι, αντί να σταθεί αρωγός, παρέτεινε τη δυστυχία του.¹²⁶ Γι' αυτούς τους λόγους και μόνο, ανεξάρτητα δηλαδή από τις κοινωνικές παροχές, το κράτος κρίνεται ότι αμέλησε και, με αυτόν τον τρόπο, παραβίασε τη Σύμβαση. Συμπερασματικά, ανεξάρτητα από την αντικειμενική -ειδικά στην συγκεκριμένη περίπτωση, λόγω ΕΕ, φύση των κοινωνικών παροχών, το Δικαστήριο κινήθηκε στη βάση της δέουσας επιμέλειας και του *state fault*, το οποίο και διέγνωσε, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερες περιστάσεις της υπόθεσης, τις αυξημένες ανάγκες του προσφεύγοντα, το τι υπέφερε, το ότι οι ελληνικές αρχές γνώριζαν, μπορούσαν έστω να κρίνουν ταχύτερα την υπόθεση του ασύλου και να τον ενημερώσουν επί των δικαιωμάτων του, αλλά ολιγόρησαν.

5.2.3. Απόλυτος χαρακτήρας του άρθρου 3

Ολοκληρώνοντας, κρίνουμε ενδιαφέρον, να αναφερθούμε σε ένα τρίτο ζήτημα και συγκεκριμένα σε ένα λάθος το οποίο, σε αντίθεση με τη θεωρί-

¹²⁶ *MSS*, ό.π. § 257.

α,¹²⁷ το Στρασβούργο απέφυγε να κάνει στην *MSS*. Το λάθος αυτό σχετίζεται με τον εννοιολογικό πληθωρισμό της έννοιας του *jus cogens*, του απόλυτου δηλαδή χαρακτήρα στο διεθνές δίκαιο που αποδίδεται σε (περιορισμένους κανόνες, εις εκ των οποίων είναι και η απαγόρευση του άρθρου 3.¹²⁸ Ο απόλυτος αυτός χαρακτήρας συνεπάγεται τον αποκλεισμό της αναλογικότητας, αφού για κανέναν μα κανέναν λόγο δεν επιτρέπεται να περιοριστεί το δικαίωμα. Αυτό, όμως, ισχύει επί της αρνητικής διάστασης (σεβασμού) των απόλυτων ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Στην περίπτωση των θετικών υποχρεώσεων υπό την αρχή της δέουσας επιμέλειας, ανεξάρτητα από την ηθική βαρύτητα του κανόνα (η οποία και σχετίζεται με τον απόλυτο χαρακτήρα του), το ερώτημα δεν είναι τι δεν μπορεί να κάνει το κράτος, αλλά το τι υποχρεούται να πράξει. Αυτό δεν μπορεί να εγγυηθεί ότι το παράνομο αποτέλεσμα δεν θα επέλθει. Υποχρεούται μόνο να πράξει ό,τι περνά από το χέρι του για να προλάβει και θεραπεύσει την παρανομία. Με άλλα λόγια, είναι οξύμωρο να απαιτείται αποτέλεσμα σε μία υποχρέωση που, ουσιαστικά, από τη φύση της είναι μέσου.

Αυτό που μπορεί να ζητηθεί από το κράτος είναι να δώσει προτεραιότητα στη θετική προστασία του δικαιώματος αυτού. Το ΕΔΔΑ έχει εξηγήσει ότι χωρεί αναλογικότητα επί των θετικών υποχρεώσεων, όταν πρέπει να σταθμίσει τα πρόσφορα θετικά μέτρα με τον αντίκτυπο στο και το κόστος που θα έχουν αυτά για το γενικό συμφέρον ή τα συγκρουόμενα δικαιώματα άλλων ατόμων.¹²⁹ Αν κάποιος θέσει επίσης την παράμετρο ότι οι απόλυτοι κανόνες κατισχύουν σε περίπτωση σύγκρουσης, τέτοιο τεστ αναλογικότητας προφανώς δεν θα ισχύει, δίνοντας, *ipso jure*, προτεραιότητα στα

¹²⁷ Για παράδειγμα, βλ. L. LAVRYSEN, «M.S.S. v. Belgium and Greece (2): The Impact on EU Asylum Law» (2011), προσβάσιμο στη σελίδα <http://strasbourgoobservers.com/2011/02/24/m-s-s-v-belgium-and-greece> (τελευταία πρόσβαση: 17 Δεκεμβρίου 2013).

¹²⁸ ΕΔΔΑ, *Al-Adsani κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (No. 35763/97, 21 Νοεμβρίου 2001). Η απόφαση συνιστά ιδανικό παράδειγμα, όχι μόνο διότι το ΕΔΔΑ αναγνωρίζει την απόλυτη φύση του άρθρου 3 (§ 59), αλλά και διότι αποφεύγει να «πληθωρίσει» εννοιολογικά την έννοια του *jus cogens*, αρνούμενο να διαγνώσει σύγκρουση ανάμεσα σε αυτό και την κρατική ετεροδικία, η οποία όμως συγκρούεται, αλλά και «κατισχύει» ως εξαίρεση της πρόσβασης στη δικαιοσύνη (§ 66).

¹²⁹ *Saadi κατά Ιταλίας*, ό.π.. Βλ. και H. BATTJES, «In Search of a Fair Balance: the Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed», *Leiden Journal of International Law* 3/2009, σελ. 583-621 (600 και επ.).

θετικά μέτρα προστασίας του απόλυτου κανόνα.¹³⁰ Αυτό θα συνεπάγετο ότι όταν τα μέσα εκπλήρωσης του σκοπού της προστασίας απόλυτου δικαιώματος είναι κοινωνικές παροχές, οι οποίες, από τη φύση τους συνεπάγονται ένα *trade off*, δηλαδή την επιλογή που πρέπει να γίνει, τη θυσία ενός σκοπού υπέρ ενός άλλου, προτεραιότητα θα πρέπει να δίνεται στο απόλυτο δικαίωμα. Ίσως αυτό αποδεικνύει ότι, όντως, το ΕΔΔΑ πήγε κάπως μακριά, συνδέοντας στην υπόθεση αυτή τις κοινωνικές παροχές με το άρθρο 3. Θα μπορούσε ποτέ λογικά κάποιος να υποστηρίξει ότι αν δεν καλύψει ο κρατικός προϋπολογισμός τις ανάγκες του προσφεύγοντα δεν μπορεί να διαθέσει κονδύλια σε καμία άλλη πολιτική. Και τι θα γίνεται αν συγκρούονται οι ανάγκες του προσφεύγοντα με τις αντίστοιχες ανάγκες άλλων ευαίσθητων κοινωνικών ομάδων και οι πόροι δεν επαρκούν; Σε κάθε περίπτωση, και αυτό συνιστά την ουσία του επιχειρήματος εδώ, ακόμα κι αν η «απόλυτη» προτεραιότητα είναι η θετική προστασία του απόλυτου δικαιώματος, αυτό δεν παύει στη θετική μορφή του να υπόκειται στις υποκειμενικές δυνατότητες του κράτους. Ο απόλυτος χαρακτήρας του δικαιώματος δεν αναιρεί τη φύση της θετικής υποχρέωσης που είναι μέσου ή σκοπού.

6. Επίλογος

Με το άρθρο αυτό επιχειρήσαμε ανάλυση τριών, πλέον θεωρητικών, συστημικής φύσης και σημαντικών, πιστεύουμε, νομικών ζητημάτων που θέτει η υπόθεση *MSS κατά Βελγίου και Ελλάδος* του Δικαστηρίου του Στρασβούργου.

Πρώτο σημείο συζήτησης ήταν η επιρροή της *MSS* στο τεκμήριο της *Bosphorus*. Σκοπός μας δεν ήταν ούτε να δώσουμε απαισιόδοξο τόνο, ούτε και να επικρίνουμε τους Δικαστές στο Στρασβούργο, οι οποίοι άδραξαν την

¹³⁰ Το ΕΔΔΑ, όμως, δεν φαίνεται να δέχεται τη θέση αυτή, υποστηρίζοντας ότι ακόμα και επί κανόνων *jus cogens*, η θετική διάσταση της υποχρέωσης υπόκειται περιορισμών, υπό το φως της αναλογικότητας: «[i]t was true that the protection against torture and inhuman or degrading treatment or punishment provided by Article 3 of the Convention was absolute. However, in the event of expulsion, the treatment in question would be inflicted not by the signatory State but by the authorities of another State. The signatory State was then bound by a positive obligation of protection against torture implicitly derived from Article 3. Yet in the field of implied positive obligations, the Court had accepted that the applicant's rights must be weighed against the interests of the community as a whole», *Saadi κατά Ιταλίας*, ό.π. § 120.

ευκαιρία, εμπέδωσαν το κριτήριο της ύπαρξης διακριτικής ευχέρειας από πλευράς κράτους και, ενδεχομένως, υπενθύμισαν, με σχετικά ανώδυνο τρόπο ομολογουμένως, την παρουσία τους στους συναδέρφους του Λουξεμβούργου. Το αν το αφήγημα της μεταξύ των δύο Δικαστηρίων σχέσης εμπεριέχει περισσότερο ανταγωνισμό ή *comity* και «φιλικό» διάλογο, όπως η αντίδραση του ΔΕΕ στην *MSS* φανερώνει, είναι αφενός θέμα ερμηνείας, αφετέρου νωρίς για να διαπιστωθεί. Δεν πρόκειται εξάλλου για ταινία, αλλά για σήριαλ σε συνέχειες. Το επόμενο επεισόδιο ενδέχεται να είναι αυτό της προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ και της υπαγωγής του ΔΕΕ στο ΕΔΔΑ. Καλούμε, λοιπόν, τον αναγνώστη μας να «διαβάσει» την *MSS* (και) από αυτή την οπτική.

Ο επόμενος «σταθμός» της συζήτησής μας υπήρξε εξίσου, αν όχι περισσότερο τεχνικός, αλλά, σε αντίθεση με τον πρώτο, καθόλου πολιτικός. Το ερώτημα δεν ήταν συμπεριφορικό, ούτε αφορούσε στην ερμηνεία της στάσης του ΕΔΔΑ και σε εικασίες περί των ελατηρίων αυτής. Πιστεύουμε ότι η υπόθεση *MSS* εντάσσεται σε μία κατηγορία υποθέσεων ψευδο-εξεσθεσιακότητας και αποκαλύπτει ένα «μοντέλο» διεθνούς κρατικής ευθύνης που δυνητικά προκύπτει στην κατηγορία αυτή, όπου και αναπτύσσεται ένα είδος συμπληρωματικότητας ως προς τα πραγματικά περιστατικά (διεθνικά - *transnational*- ως προς τη φύση τους) και, συνακόλουθα τις πρωτογενείς υποχρεώσεις των κρατών. Το ένα κράτος υποχρεούται να προλάβει την παραβίαση που προκαλεί ή ανέχεται το δεύτερο. Στην περίπτωση της πρόκλησης παραβίασης η ευθύνη είναι αντικειμενική, απορρέουσα από αρνητική υποχρέωση του κράτους. Μετρά το παράνομο αποτέλεσμα και μόνον αυτό. Στην περίπτωση της πρόληψης η ευθύνη είναι υποκειμενική, απορρέουσα από θετική υποχρέωση του κράτους. Μετρά όχι το αποτέλεσμα, αλλά τα μέσα, αν αυτά ήταν πρόσφορα και, κυρίως εφικτά, δηλαδή διαθέσιμα στο κράτος. Προκειμένου να διαπιστωθεί αυτό, τα δικαστήρια καλούνται να εξετάσουν, πέρα από το τι ήταν αναγκαίο, τι θα μπορούσε ευλόγως να αξιωθεί από το κράτος και σε ποιο βαθμό αυτό, όντως, μπορούσε να ανταποκριθεί. Το τελευταίο ερώτημα αντιστοιχεί στον έλεγχο των υποκειμενικών δυνατοτήτων του κράτους. Η «συστέγαση», υπό κοινό θύμα και κοινά πραγματικά περιστατικά πέραν του ενός κρατών σε τέτοιου είδους υποθέσεις έχει ως αποτέλεσμα, δυνητικά, τη συντρέχουσα ευθύνη αυτών, για διαφορετικές παραβιάσεις το καθένα, στη βάση της εναλλαγής μεταξύ διαδοχικών θετικών και αρνητικών υποχρεώσεων. Αυτό το «μοντέλο» εξηγεί γιατί στην *MSS* καταγνώσθηκε ευθύνη τόσο του Βελγίου, όσο και της Ελλάδας.

Το τελευταίο μας ερώτημα ήταν περισσότερο συναφές προς την ουσία της υπόθεσης, αν και πίσω από αυτή βρίσκονται θεμελιώδη, αλλά και απαιτητικά θεωρητικά ερωτήματα. Ζητώντας από το κράτος να προσφέρει κοινωνική πρόνοια ως μέσο προστασίας του προσφεύγοντα, ουσιαστικά, το Δικαστήριο παρενέβη σε θέματα αναδιανεμητικής πολιτικής. Τα κονδύλια που θα διατεθούν εκεί, θα στερηθούν από κάπου αλλού. Το ΕΔΔΑ, ωστόσο, υπήρξε ιδιαίτερα προσεκτικό. Η ανθρωπιστική του τελεολογία, αλλά και η ανθρώπινη ματιά των μελών της σύνθεσής του είναι ευκρινείς, αλλά και βασισμένες, όχι τόσο σε ιδεολογική βάση, αλλά σε πλέον στέρεα νομικά επιχειρήματα.

Πριν μας καταλογίσει κανείς κυνισμό, ας σκεφτεί τη βασική μας θέση. Δεν επιχειρήσαμε με το κείμενό μας να εκβιάσουμε το συναίσθημα, ούτε και αποκλείουμε, κατ' εξαίρεση, την αντικειμενικοποίηση των *standards* κοινωνικής πολιτικής όταν απειλείται άμεσα ανθρώπινη ζωή. Ούτε, επίσης, υποτιμούμε στο ελάχιστο το δράμα της σύγχρονης μετανάστευσης και προσφυγιάς και, συγκεκριμένα, των συνθηκών που αντιμετώπισε ο προσφεύγοντας. Όμως, κοινωνικές παροχές σημαίνουν αναδιανομή και διοχέτευση πόρων προς μία κατεύθυνση, αντί αυτοί να χρησιμοποιηθούν προς άλλη, ενδεχομένως περισσότερο, ενδεχομένως λιγότερο σημαντική στα μάτια του καθενός από εμάς. Ανάλυση που δεν λαμβάνει αυτό υπόψη της, είναι, κατά τη γνώμη μας απλοϊκή.

Αυτό είναι κάτι που φαίνεται να αναγνωρίζει το Στρασβούργο, ισορροπώντας ανάμεσα στο ρεαλισμό που υπηρετούμε οι γράφοντες, αλλά και σε μία πιο ανθρωπιστική προσέγγιση. Το δεύτερο σκέλος εξυπηρετείται με την υπογράμμιση από το Δικαστήριο ότι άτομα σαν και τον προσφεύγοντα χρήζουν προστασίας. Αυτό παραπέμπει στη δέουσα επιμέλεια και στη διάγνωση ευθύνης, επειδή διαπιστώθηκε ότι το ελληνικό κράτος ολιγόρησε, τουλάχιστον ως προς αυτά που ήταν σε θέση να κάνει. Ο ρεαλισμός του Δικαστηρίου εκδηλώνεται υπό μία πιο *pro homine* οπτική. Η απόφαση είναι ρεαλιστική, γιατί αναγνωρίζει ρητά ότι το ΕΔΔΑ δεν μπορεί να δρα αναδιανεμητικά και να καθορίζει την κοινωνική πολιτική των κρατών. Είναι όμως υπέρ (κάποιων) ανθρώπων (αλλά και κατά άλλων που θα στερηθούν τους σχετικούς πόρους), διότι, υπό το «εύρημα» της ενωσιακής τάξης και των *standards* κοινωνικών παροχών που αυτή αξιώνει, υποχρεώνει τα κράτη να προβούν σε παροχές υπέρ συγκεκριμένης κοινωνικής ομάδας, αντικειμενικοποιώντας ως προς το σημείο αυτό, στη βάση του ενωσιακού δικαίου, την υποχρέωση δέουσας επιμέλειας.

Ολοκληρώνουμε με δύο παρατηρήσεις. Πρώτον, ως προς τη σχέση ΕΣ-ΔΑ και ενωσιακής τάξης, το σχήμα είναι σαφές. Τυχόν πλειοδοσία (κοινωνικές παροχές) από τη δεύτερη στην προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων είναι καλοδεχούμενη.¹³¹ Όμως, δεν της επιτρέπεται να αποκλίνει (χώρα πρώτης εισόδου που δεν πληροί κριτήρια) των *standards* της ΕΣΔΑ. Δεύτερον, ενδεχομένως, στο μέλλον, η πλειοδοσία της ενωσιακής έννομης τάξης ως προς τις κοινωνικές παροχές υπέρ ατόμων ευρισκομένων στη θέση του προσφεύγοντα και το «πάτημα» που αυτή έδωσε στο Δικαστήριο του Στρασβούργου στη συγκεκριμένη υπόθεση, να μην υπάρχουν. Τότε, είτε θα πρέπει το Δικαστήριο να «εφεύρει», ήτοι κατασκευάσει, νέα κριτήρια για να συντηρήσει την, αναμφισβήτητα, ευγενών προθέσεων, αλλά μάλλον μαξιμαλιστική ως προς το σκέλος των κοινωνικών παροχών, νομολογία *MSS*, ή να την αποδομήσει. Οψόμεθα εις Στρασβούργο...

¹³¹ Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ (2000/C 364/01), άρθρα 52 § 3 και 53.