

Αθέμιτες διακρίσεις: άρνηση παροχής ιατρικών υπηρεσιών σε Εβραίους

(ΑΠ 115/2020)¹

Πέτρος Πούγγουρας

Δικηγόρος, LL.M. (UCL), ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου



Η απόφαση 115/2020 του Αρείου Πάγου (ΣΤ΄ Ποινικό)² αφορά στην περίπτωση ενός ιατρού ο οποίος καταδικάστηκε για παραβίαση της απαγόρευσης διακρίσεων κατά την παροχή υπηρεσιών στο κοινό. Συγκεκριμένα, ο ιατρός καταδικάστηκε διότι ανάρτησε στην πόρτα του ιατρείου επιγραφή στην οποία, μεταξύ άλλων, χαρακτήριζε τους Εβραίους ανεπιθύμητους. Με αφορμή την υπόθεση αυτή, το παρόν σχόλιο έχει στόχο να αναδείξει ορισμένα ζητήματα τα οποία προκύπτουν στο πλαίσιο της προβληματικής των αθέμιτων διακρίσεων κατά την παροχή αγαθών και υπηρεσιών στο κοινό (III). Προηγείται μια σύντομη αναφορά στα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης (I) και στην κρίση του Αρείου Πάγου (II).

2. ΑΠ 115/2020, ΠοινΧρ 2021, σ. 427-429.

I. Πραγματικά περιστατικά

Ο κατηγορούμενος, Κ.Κ., είναι ιατρός, με την ειδικότητα του νευρολόγου. Κατά τον κρίσιμο χρόνο τέλεσης του αδικήματος, ασκούσε τα καθήκοντά του ως ιατρός του ΕΟΠΠΥ, σε χώρο που του είχε παραχωρηθεί από τον Δήμο προκειμένου να τον χρησιμοποιεί ως ιατρείο για την παροχή υπηρεσιών υγείας προς τους ασφαλισμένους στον ΕΟΠΠΥ πολίτες.

Το βράδυ της Παρασκευής 21/02/2014, ο Κ.Κ. ανάρτησε στην πόρτα του ιατρείου ένα φύλλο χαρτί, το οποίο ήταν ορατό από οποιονδήποτε βρισκόταν έξω από το ιατρείο. Στο χαρτί αναγραφόταν μια φράση στη γερμανική γλώσσα, το ακριβές περιεχόμενο της οποίας αποκρύπτει η απόφαση του Άρειου Πάγου. Σύμφωνα πάντως με τον Άρειο Πάγο, το κρίσιμο είναι ότι η επιγραφή *«χαρακτηρίζει αυτούς [ενν. τους Εβραίους], στο σύνολο τους, ως “ανεπιθύμητους”, αποκλειστικά και μόνο λόγω των ανωτέρω [ενν. θρησκευτικών] πεποιθήσεών και καταγωγής τους»*. Με την ανάρτηση της επιγραφής αυτής, ο Κ.Κ. *«δήλωσε δημόσια και εγγράφως ότι οι Εβραίοι δεν είναι αποδεκτοί στο εν λόγω ιατρείο για την απολαβή υπηρεσιών περίθαλψης, αφού μόνο αυτό το νόημα μπορεί να έχει η φράση ότι αυτοί είναι “ανεπιθύμητοι”, αναρτημένη έξω από το χώρο του ιατρείου ως ανακοίνωση»*.³

Το πρωί της επόμενης ημέρας, Σάββατο 22/02/2014, μετά από σχετικές καταγγελίες πολιτών, ο Αντιδήμαρχος και ο Προϊστάμενος του πολυιατρείου κατευθύνθηκαν προς το ιατρείο του Κ.Κ. Όταν έφτασαν στον χώρο, διαπίστωσαν ότι στην πόρτα του ιατρείου ήταν αναρτημένη η επίμαχη επιγραφή, ο Κ.Κ. βρισκόταν εντός του ιατρείου και εξέταζε ασθενή, ενώ άλλοι πολίτες περίμεναν στη σειρά τους για να εξεταστούν. Αφού ο ιατρός τελείωσε την εξέταση του ασθενούς, του ζητήθηκαν εξηγήσεις σχετικά με την επιγραφή που είχε αναρτήσει στην πόρτα. Ο Κ.Κ. εξήγησε ότι ενήργησε παρορμητικά, λόγω της θλίψης που του προκάλεσε ο θάνατος ενός παιδιού στην Παλαιστίνη από βόμβα, ζήτησε συγγνώμη, έσκισε την επιγραφή και την πέταξε στον κάδο απορριμμάτων. Σημειώνεται ότι, πέρα από την ανάρτηση της επιγραφής, ο Κ.Κ. δεν αρνήθηκε την παροχή ιατρικών υπηρεσιών σε συγκεκριμένο Εβραίο ασθενή.

3. ΑΠ 115/2020, ΠοινΧρ 2021, σ. 428. Η ακριβής φράση παραλείπεται από το δημοσιευμένο κείμενο της απόφασης. Παρότι το πλήρες κείμενο της φράσης θα έπρεπε να καταγράφεται στην απόφαση, κρίσιμο είναι ότι, όπως προκύπτει από τα παραπάνω εκτεθέντα σημεία της ΑΠ 115/2020, η επιγραφή που είχε τοποθετηθεί στην πόρτα του ιατρείου χαρακτήριζε τους Εβραίους «ανεπιθύμητους».

II. Η κρίση της ΑΠ 115/2020

Στη βάση των παραπάνω πραγματικών περιστατικών, με την ΑΠ 115/2020 απόφαση του ΣΤ΄ Ποινικού Τμήματος, ο Άρειος Πάγος έκρινε ότι ο κατηγορούμενος ορθά καταδικάστηκε από το Τριμελές Πλημμελειοδικείο Θεσσαλονίκης για παραβίαση της απαγόρευσης διακριτικής μεταχείρισης κατά τη συναλλακτική διάθεση αγαθών ή προσφορά υπηρεσιών στο κοινό. Η πράξη αυτή, κατά τον χρόνο τέλεσής της, τιμωρούνταν ως ποινικό αδίκημα από το άρθρο 16 παρ. 1 του ν. 3304/2005 και πλέον τιμωρείται από το άρθρο 11 παρ. 1 του ν. 4443/2016. Ειδικότερα, το άρθρο 16 παρ. 1 του ν. 3304/2005 προέβλεπε ότι: *«Όποιος παραβιάζει την κατά τον παρόντα νόμο απαγόρευση της διακριτικής μεταχείρισης για λόγους εθνοτικής ή φυλετικής καταγωγής ή θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού, κατά τη συναλλακτική διάθεση αγαθών ή προσφορά υπηρεσιών στο κοινό τιμωρείται με φυλάκιση έξι (6) μηνών μέχρι τριών (3) ετών και με χρηματική ποινή χιλίων (1.000) έως πέντε χιλιάδων (5.000) ευρώ»*. Όμοιο περιεχόμενο έχει και η πρόβλεψη του άρθρου 11 παρ. 1 του ν. 4443/2016, η οποία ισχύει μετά την κατάργηση του ν. 3304/2005.

Ο ν. 3304/2005, ο οποίος ίσχυε κατά τον χρόνο τέλεσης της πράξης, και ο ν. 4443/2016, ο οποίος τον αντικατέστησε, περιέχουν ρυθμίσεις για την καταπολέμηση των διακρίσεων στη βάση ορισμένων προστατευόμενων χαρακτηριστικών των προσώπων (όπως η φυλή, το χρώμα, η εθνική ή εθνοτική καταγωγή, οι θρησκευτικές ή άλλες πεποιθήσεις, η αναπηρία, η ηλικία ή ο σεξουαλικός προσανατολισμός). Με τις διατάξεις αυτές ενσωματώθηκαν στην εθνική έννομη τάξη οι ενωσιακές οδηγίες 2000/43/EK, 2000/78/EK και 2014/54/EE.⁴

Οι διατάξεις των ν. 3304/2005 και 4443/2016 απαγορεύουν κάθε άμεση ή έμμεση διάκριση στη βάση κάποιου από τα προστατευόμενα χαρακτηριστικά των προσώπων.⁵ Άμεση διάκριση συντρέχει όταν ένα πρόσωπο υφίσταται, για λόγους που σχετίζονται με το φύλο, την καταγωγή, τις θρησκευτικές πεποιθήσεις του, κ.ο.κ., μεταχείριση λιγότερο ευνοϊκή από αυτήν της οποίας τυγχάνει, έτυχε ή θα ετύγχανε άλλο πρόσωπο σε ανάλογη κατάσταση.⁶ Έμμεση διάκριση υφίσταται όταν μια εκ πρώτης όψης ουδέτερη διάταξη, ένα κριτήριο ή μια πρακτική μπορεί να θέσει πρόσωπα με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά (π.χ., καταγωγή) σε μειονεκτική θέση συγκριτικά με άλλα πρόσωπα.⁷ Η απαγόρευση της διακριτικής μεταχείρισης απευθύνεται σε κάθε πρόσωπο, στον δημόσιο και στον ιδιωτικό τομέα, και καταλαμβάνει συγκεκριμένα πεδία δραστηριοτήτων, ανάλογα με τον λόγο της διάκρισης. Ειδικά όσον αφορά την απαγόρευση αθέμιτων διακρίσεων στη βάση της καταγωγής, αυτή ρητά εφαρμόζεται στο πεδίο της υγειονομικής περίθαλψης,⁸ όπως επίσης και κατά την παροχή αγαθών και υπηρεσιών που διατίθενται

8. Βλ. άρθρο 4 παρ. 1 περ. ε΄ του ν. 4443/2016 και άρθρο 4 παρ. 2 περ. α΄ του ν. 3304/2005.

(συναλλακτικά) στο κοινό.⁹

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, σύμφωνα με το Δικαστήριο, ο κατηγορούμενος Κ.Κ. προέβη σε απαγορευμένη διακριτική μεταχείριση των Εβραίων κατά τη διάρκεια δημόσιας προσφοράς υπηρεσιών στο κοινό και, συγκεκριμένα, κατά την προσφορά υπηρεσιών υγειονομικής περίθαλψης στους ασθενείς-ασφαλισμένους του ΕΟΠΠΥ. Ειδικότερα, με την ανάρτηση της επίμαχης επιγραφής στην πόρτα του ιατρείου, κατά τρόπο που να είναι ορατή από αόριστο αριθμό προσώπων και κατά τη διάρκεια παροχής των υπηρεσιών υγειονομικής περίθαλψης, ο Κ.Κ. προέβη σε διακριτική μεταχείριση του συνόλου των Εβραίων, αποκλειστικά και μόνο λόγω της θρησκείας και της καταγωγής τους.¹⁰ Η ανάρτηση ανακοίνωσης έξω από το ιατρείο, στην οποία περιέχεται η φράση ότι οι Εβραίοι είναι «ανεπιθύμητοι», συνιστά δημόσια έγγραφη δήλωση του Κ.Κ. ότι οι Εβραίοι δεν είναι αποδεκτοί στο συγκεκριμένο ιατρείο για την απολαβή υπηρεσιών περίθαλψης. Με αυτό τον τρόπο, ο Κ.Κ. προέβη σε απαγορευμένη διάκριση των Εβραίων, αποκλειστικά και μόνο λόγω της θρησκείας και καταγωγής τους, διαχωρίζοντάς τους από όλους τους λοιπούς ασθενείς και ασφαλισμένους και αποτρέποντας αόριστο αριθμό Εβραίων από το να εισέλθουν στο ιατρείο και να δεχθούν τις εν λόγω υπηρεσίες υγειονομικής περίθαλψης.

Και ναι μεν ο ιατρός δεν αρνήθηκε να περιθάλψει συγκεκριμένο Εβραίο ασθενή, ωστόσο, κατά την κρίση του Άρειου Πάγου, αυτό δεν αναιρεί το γεγονός ότι, με την ανάρτηση και μόνο της επίμαχης επιγραφής (δηλαδή με τη δημόσια ανακοίνωση του αποκλεισμού τους από την παροχή υπηρεσιών υγείας που προσφέρονταν στο κοινό), συντελέστηκε διακριτική μεταχείριση των Εβραίων.

III. Παροχή υπηρεσιών και αγαθών στο κοινό και αθέμιτες διακρίσεις

A. Η ποινικοποίηση της απαγόρευσης διακριτικής μεταχείρισης κατά την παροχή αγαθών και υπηρεσιών στο κοινό

Μεταξύ των ρυθμίσεων των ν. 3304/2005 και 4443/2016 περιλαμβάνεται και η απαγόρευση της διακριτικής μεταχείρισης κατά την παροχή αγαθών και υπηρεσιών στο κοινό, στη βάση συγκεκριμένων προστατευόμενων χαρακτηριστικών των προσώπων. Η πρόβλεψη αυτή συνιστά έκφανση της θεμελιώδους αρχής της ίσης μεταχείρισης και βρίσκει έρεισμα στο Σύνταγμα (άρθρο 4), στο ενωσιακό δίκαιο (άρθρο 21 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων και οδηγία

9. Βλ. άρθρο 4 παρ. 1 περ. η' του ν. 4443/2016 και άρθρο 4 παρ. 2 περ. δ' του ν. 3304/2005.

10. ΑΠ 115/2020, ΠοινΧρ 2021, σ. 428.

2000/43/EK) και στην ΕΣΔΑ (άρθρο 14 της Σύμβασης και άρθρο 1 του 12^{ου} Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ¹¹). Η διακριτική μεταχείριση με βάση ορισμένα άξια προστασίας χαρακτηριστικά (όπως η φυλή, το χρώμα ή η καταγωγή) προσβάλλει το status του προσώπου ως φορέα αξιοπρέπειας, ο οποίος πρέπει να αντιμετωπίζεται ισότιμα και με τον προσήκοντα σεβασμό από το κράτος.

Παρατηρούμε, ωστόσο, ότι οι διατάξεις των ν. 3304/2005 και 4443/2016 επιβάλλουν υποχρεώσεις ίσης μεταχείρισης όχι μόνο σε πρόσωπα που ανήκουν στο δημόσιο τομέα, αλλά και σε πρόσωπα του ιδιωτικού τομέα.¹² Το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, δηλαδή, επιρρίπτει υποχρεώσεις αποφυγής αθέμιτων διακρίσεων όχι μόνο σε πρόσωπα που συνδέονται στενά και ενεργούν για λογαριασμό του κράτους, αλλά και σε ιδιώτες.

Διαισθητικά, φαίνεται μάλλον εύκολο να αποδεχθούμε το συμπέρασμα ότι πρόσωπα που εντάσσονται στο δημόσιο τομέα οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους διοικούμενους ισότιμα, χωρίς αθέμιτες διακρίσεις. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεσμεύει πρώτα απ' όλα το κράτος, το οποίο πρέπει να αντιμετωπίζει τους πολίτες ως πρόσωπα με αξιοπρέπεια, τα οποία αξίζουν ίσης αντιμετώπισης και σεβασμού. Η απαίτηση της ίσης μεταχείρισης όλων των πολιτών από το κράτος είναι τόσο επιτακτική, ώστε ακόμα και η επίκληση των βαθύτερων πεποιθήσεων ενός δημοσίου υπαλλήλου δεν φαίνεται να αρκεί για να τον απαλλάξει από την εκτέλεση των καθηκόντων του κατά τρόπο που διασφαλίζει την ίση μεταχείριση. Σε αυτό το πλαίσιο, έχει κριθεί από το ΕΔΔΑ ότι μια ληξιαρχος δεν μπορεί να επικαλεστεί τις θρησκευτικές της πεποιθήσεις ώστε να απαλλαγεί από το καθήκον τέλεσης συμφώνων πολιτικής ένωσης ομόφυλων ζευγαριών,¹³ καθώς κάτι τέτοιο δεν συμβαδίζει με την απαγόρευση διακρίσεων λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού.

Από την άλλη, στην περίπτωση των αμιγώς ιδιωτικών σχέσεων, τα πράγματα είναι διαφορετικά. Οι ιδιώτες καταρχήν δεν φέρουν κάποια υποχρέωση μη διάκρισης έναντι άλλων ιδιωτών. Για παράδειγμα, όσο απεχθές κι αν μας φαίνεται, ένας ιδιώτης έχει το δικαίωμα να αρνηθεί την είσοδο ενός μαύρου στο σπίτι του ή να διατυμπανίζει ότι οι Εβραίοι είναι κατώτερα όντα.¹⁴ Στη βάση της ελευθερίας του λόγου και του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή ή στην ανάπτυξη της προσωπικότητας, τα οποία προστατεύονται από το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ, ένας ιδιώτης καταρχήν δεν δεσμεύεται να μην προβαίνει σε διακριτική μεταχείριση εις βάρος των συμπολιτών του. Σε αυτό το πλαίσιο, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι ο ποινικός κολασμός μιας ομάδας ιδιωτών επειδή

11. Παρότι η Ελλάδα δεν δεσμεύεται ακόμα από το 12^ο Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ.

12. Βλ. άρθρο 4 του ν. 3304/2005 και άρθρο 3 του ν. 4443/2016.

13. ΕΔΔΑ, *Eweida και λοιποί κ. Ηνωμένου Βασιλείου*, απόφαση της 15/01/2013.

14. Σημειώνεται ότι τόσο η Ελλάδα όσο και άλλες χώρες έχουν θεσπίσει διατάξεις με σκοπό την απαγόρευση της ρητορικής μίσους, ωστόσο οι σχετικές απαγορεύσεις αντιμετωπίζουν κατά κανόνα σοβαρά προβλήματα συνταγματικότητας, η εξέταση των οποίων εκφεύγει των ορίων του παρόντος.

καλούσαν σεμποϊκοτάζ ισραηλινών προϊόντων, είναι αντίθετος με το άρθρο 10 της ΕΣΔΑ το οποίο κατοχυρώνει το δικαίωμα ελεύθερης έκφρασης, στο μέτρο που δεν αποδείχθηκε ότι η ποινική καταδίκη για τη συγκεκριμένη συμπεριφορά είναι αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία.¹⁵ Η πρόσκληση σεμποϊκοτάζ με μόνο κριτήριο την εθνικότητα (ισραηλινή) του παραγωγού του προϊόντος συνιστά μεν διάκριση εις βάρος του παραγωγού, ωστόσο το ΕΔΔΑ ανέδειξε ως κρίσιμη τη διάκριση μεταξύ ιδιωτών και δημοσίου: στη συγκεκριμένη περίπτωση, αυτοί που καλούσαν σεμποϊκοτάζ ήταν «συνηθισμένοι πολίτες», οι οποίοι δεν κατείχαν κάποιο δημόσιο αξίωμα. Επομένως, η πράξη τους κρίθηκε ότι προστατεύεται από την ελευθερία της έκφρασης, ακόμα κι αν διέκρινε τους παραγωγούς προϊόντων με βάση την καταγωγή τους. Έτσι εξηγείται και η διαχωριστική γραμμή που ρητά έθεσε το Δικαστήριο μεταξύ της παραπά-νω και παρόμοιας υπόθεσης, στην οποία όμως η πρόσκληση σεμποϊκοτάζ ισραηλινών προϊό-ντων δεν προερχόταν από απλούς πολίτες, αλλά από τον δήμαρχο γαλλικής πόλης, δηλαδή από δημόσιο αξιωματούχο.¹⁶

Υπό το φως των ανωτέρω, τίθεται το ζήτημα εάν, στην περίπτωση της παροχής υπηρεσιών ή αγαθών στο ευρύ συναλλακτικό κοινό, η υποχρέωση παροχής αγαθών ή υπηρεσιών σε όλους χωρίς διακρίσεις συμβαδίζει με την συμβατική ελευθερία του παρόχου, ως έκφανση του δικαιώματος στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, όπως προστατεύεται από το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος και από το άρθρο 8 ΕΣΔΑ. Σημειώνεται ότι η συμβατική ελευθερία περιλαμβάνει καταρχήν την επιλογή αν και με ποιον θα συναφθεί σύμβαση,¹⁷ επομένως προ-στατεύει και την αρνητική ελευθερία μη σύναψης σύμβασης.

Κρίσιμο, ωστόσο, είναι να εξεταστεί εάν κατά την παροχή υπηρεσιών ή αγαθών στο ευρύ κοι-νό, ο πάροχος λειτουργεί αποκλειστικά με το καπέλο του ιδιώτη. Παρότι δεν αμφισβητείται ο καταρχήν ιδιωτικός χαρακτήρας της συναλλαγής, παρατηρούμε ότι η εμπορική δραστηριότητα της παροχής αγαθών ή υπηρεσιών προς το ευρύ κοινό (πχ. στην περίπτωση ενός φούρνου ή εστιατορίου) διαθέτει και μια δημόσια έκφανση η οποία δεν μπορεί να αγνοηθεί: η δραστηριό-τητα αναπτύσσεται στην ανοιχτή αγορά, απευθύνεται προς το ευρύ –απρόσωπο– συναλλακτι-κό κοινό και υπόκειται σε δημόσια ρύθμιση.¹⁸ Δεν είναι τυχαίο ότι η πόρτα του φούρναρη ή του εστιατορία είναι ανοιχτή σε όποιον θέλει να τη διαβεί, σε αντίθεση με την πόρτα ενός σπιτιού ή μιας ιδιωτικής λέσχης.¹⁹

15. ΕΔΔΑ, *Baldassi και λοιποί κ. Γαλλίας*, απόφαση της 11/06/2020, σκ. 70-81.

16. ΕΔΔΑ, *Willem κ. Γαλλίας*, απόφαση της 16.07.2009, σκ. 32, 37, όπως επίσης και *Baldassi και λοιποί κ. Γαλλίας*, σκ. 65 επ..

17. Π. Δ. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο – Ατομικά Δικαιώματα* (εκδόσεις Σάκκουλα, 2012), παρ. 1302.

18. Α. Καραμπατζός, «Κατάχρηση δικαιώματος κατ' άρθ. 281 ΑΚ – Δόγματος και νομολογίας επίσκεψη: από τις παραδοσιακές μορφές κατάχρησης μέχρι σύγχρονα ζητήματα καταχρηστικής άρνησης σύναψης συμβάσεως (ιδίως λόγω δυσμενούς διακριτικής μεταχείρισης, discrimination)», *Ελληνική Δικαιοσύνη*, τόμος 60, τεύχος 4^ο (2019), σ. 976.

19. Βλ. D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates & C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights* (OUP 2018), σ. 800,

Λαμβάνοντας υπόψη τις έντονες δημόσιες πτυχές που παρουσιάζει το σύστημα παροχής υπηρεσιών και αγαθών στην ανοιχτή αγορά, το κράτος μπορεί – ενδεχομένως δε και υποχρεούται σε ορισμένα ζητήματα– να μεριμνά για τη δίκαιη οργάνωση του συστήματος αυτού, στο πλαίσιο της ρύθμισης της κοινωνικής και οικονομικής συνεργασίας όσων συμμετέχουν στην ανοιχτή αγορά.²⁰ Δεν είναι, επομένως, παράδοξο μια δραστηριότητα η οποία εκκινεί μεν από την ιδιωτική σφαίρα των συναλλασσόμενων, εκτείνεται όμως προς τη δημόσια σφαίρα λόγω της φύσης και των χαρακτηριστικών της, να γεννά περισσότερες υποχρεώσεις για τα εμπλεκόμενα πρόσωπα. Έτσι, ένας ιδιοκτήτης εστιατορίου δεν έχει την εξουσία να καθορίσει εάν το κατάστημά του θα δέχεται καπνίζοντες ή μη, αλλά οφείλει να συμμορφωθεί με τη δημόσια ρύθμιση απαγόρευσης του καπνίσματος.²¹ Η ένας ιδιοκτήτης μπαρ δεν μπορεί να αρνείται αδικαιολόγητα την είσοδο συγκεκριμένων προσώπων στο κατάστημά του, πχ. για λόγους ασύνδετους προς τη χωρητικότητα ή την ασφάλεια του καταστήματος.²² Αντίστοιχα, ο πάροχος υπηρεσιών ή αγαθών στο ευρύ κοινό δεν έχει την εξουσία να αρνηθεί την εξυπηρέτηση κάποιου υποψήφιου πελάτη επειδή είναι μουσουλμάνος ή Αφρικανός. Η δικαιολογητική βάση της επέκτασης της απαγόρευσης αθέμιτων διακρίσεων, πέρα από την κρατική σφαίρα, και στους ιδιώτες που δραστηριοποιούνται κατά την παροχή αγαθών ή υπηρεσιών στο ευρύ κοινό, μπορεί να εντοπιστεί στις έντονα δημόσιες εκφάνσεις που παρουσιάζει η δραστηριότητα και στην ανάγκη δίκαιης οργάνωσης της ανοιχτής αγοράς.

Το συμπέρασμα αυτό επιβεβαιώνεται και από το Ανώτατο Δικαστήριο των ΗΠΑ, στην περίφημη υπόθεση της γαμήλιας τούρτας (*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*). Το Δικαστήριο δέχθηκε ως γενικό κανόνα ότι οι ιδιοκτήτες επιχειρήσεων και οι λοιποί δραστηριοποιούμενοι στην οικονομική αγορά δεν επιτρέπεται να αρνηθούν στο κοινό την ίση πρόσβαση στα αγαθά ή στις υπηρεσίες που προσφέρουν.²³ Το ίδιο συμπέρασμα προκύπτει και από την απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου του Ηνωμένου Βασιλείου σε παρόμοια υπόθεση (*Lee v Ashers Baking Company Ltd and others*). Παρότι κρίθηκε ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν έλαβε χώρα αθέμιτη διάκριση, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η άρνηση παροχής

ως προς την προβληματική της ιδιωτικής λέσχης.

20. Ν. Παπασπύρου, *Συνταγματική ελευθερία και δημόσιοι σκοποί: Σε αναζήτηση της θεμιτής πλοκής* (εκδόσεις Σάκκουλα, 2019), σ. 28. Βλ. και άρθρο 106 παρ. 2 του Συντάγματος.

21. Σ. Τσακυράκης, «Ο καπνός και η δημοκρατία», δημοσιευμένο σε:

<https://nonsmokersclub.com/%ce%bf-%ce%ba%ce%b1%cf%80%ce%bd%cf%8c%cf%82-%ce%ba%ce%b1%ce%b9-%ce%b7-%ce%b4%ce%b7%ce%bc%ce%bf%ce%ba%cf%81%ce%b1%cf%84%ce%af%ce%b1/>

22. ΜΠρΘεσσαλ 23238/2006.

23. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 US (2018), όπου στη γνώμη του δικαστή Kennedy χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι: «Nevertheless, while those religious and philosophical objections are protected, it is a general rule that such objections do not allow business owners and other actors in the economy and in society to deny protected persons equal access to goods and services under a neutral and generally applicable public accommodations law».

υπηρεσίας λόγω προστατευόμενων χαρακτηριστικών (όπως η φυλή, το φύλο ή ο σεξουαλικός προσανατολισμός) συνιστά προσβολή της αξιοπρέπειας του προσώπου και ότι ο φούρναρης δεν μπορούσε να αρνηθεί την παροχή προϊόντος στον προσφεύγοντα με την αιτιολογία ότι είναι ομοφυλόφιλος.²⁴ Και ναι μεν οι παραπάνω αποφάσεις δεν αφορούν την επιβολή ποινικής κύρωσης, ωστόσο από αυτές προκύπτουν δύο βασικές παραδοχές οι οποίες είναι κρίσιμες σε σχέση με τη δικαιολόγηση της ποινικοποίησης των αθέμιτων διακρίσεων: α) η διατύπωση ενός γενικού κανόνα σύμφωνα με τον οποίο όσοι δραστηριοποιούνται στην ανοιχτή αγορά καταρχήν δεν επιτρέπεται να αρνηθούν την ίση πρόσβαση στα αγαθά ή στις υπηρεσίες που προσφέρουν στο κοινό, και β) τέτοια τυχόν άρνηση, στη βάση προστατευόμενων χαρακτηριστικών του προσώπου, συνιστά προσβολή της αξιοπρέπειας του τελευταίου και άρα χαρακτηρίζεται από ιδιαίτερη απαξία.

Με βάση τα παραπάνω, η απαγόρευση της διακριτικής μεταχείρισης κατά την παροχή αγαθών και υπηρεσιών στο ευρύ κοινό, είτε πραγματοποιείται από δημόσιο φορέα είτε από ιδιώτη, είναι συμβατή με το Σύνταγμα, την ΕΣΔΑ και το ενωσιακό. Η ποινικοποίηση της συμπεριφοράς προσώπου που παραβιάζει τον κανόνα της απαγόρευσης αθέμιτων διακρίσεων δεν αντιβαίνει σε συνταγματικό δικαίωμα του προσώπου αυτού, καθώς τόσο στην περίπτωση κρατικών αξιωματούχων/υπαλλήλων όσο και στην περίπτωση ιδιωτών που παρέχουν αγαθά ή υπηρεσίες στο ευρύ κοινό, δεν φαίνεται να υφίσταται τέτοιο δικαίωμα διάκρισης. Αντίθετα, ο ποινικός κολασμός του παραβάτη δικαιολογείται από την ιδιαίτερη απαξία της πράξης: η αθέμιτη διάκριση προσβάλλει το status του θιγόμενου ως προσώπου με αξιοπρέπεια, το οποίο αξίζει ίσης αντιμετώπισης και σεβασμού είτε όταν έρχεται ευθέως αντιμέτωπο με το κράτος είτε όταν επιδιώκει να αποκτήσει πρόσβαση σε αγαθά και υπηρεσίες που προσφέρονται στο πλαίσιο ανοιχτής αγοράς.²⁵

24. *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, (2018) 49 UKSC, 35, όπου στη γνώμη της Lady Hale αναφέρεται ότι: «*It is deeply humiliating, and an affront to human dignity, to deny someone a service because of that person's race, gender, disability, sexual orientation, or any of the other protected personal characteristics. But that is not what happened in this case, and it does the project of equal treatment no favours to seek to extend it beyond its proper scope*».

25. Βλ. Ν. Παπασπύρου, *ό. π.*, σ. 28-29 και σ. 110, σχετικά με την ιδιαίτερη απαξία της αθέμιτης διάκρισης.

B. Οι ειδικότερες περιστάσεις έχουν σημασία

Καταλήξαμε στην προηγούμενη ενότητα ότι η απαγόρευση αθέμιτων διακρίσεων δικαιολογημένα απευθύνεται και σε όσους ιδιώτες δραστηριοποιούνται στην ανοιχτή αγορά, παρέχοντας υπηρεσίες ή αγαθά στο ευρύ, απρόσωπο κοινό. Στο σημείο αυτό, όμως, πρέπει να σημειωθεί ότι κάθε παροχή υπηρεσιών ή αγαθών προς το κοινό δεν παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά και κυρίως τον ίδιο βαθμό εξατομίκευσης. Αν, για παράδειγμα, η πώληση μιας φραντζόλας ψωμιού συνιστά εμπορική δραστηριότητα με κατεξοχήν απρόσωπο χαρακτήρα, η κατά παραγγελία δημιουργία ενός φορέματος υψηλής ραπτικής από έναν παγκοσμίου φήμης σχεδιαστή χαρακτηρίζεται από πιο προσωπικά και εξατομικευμένα στοιχεία. Σε περιπτώσεις όπως η τελευταία, όπου προέχει η προσωπική σχέση μεταξύ των συμβαλλόμενων, το περιθώριο επιλογής του αντισυμβαλλόμενου είναι ευρύτερο.²⁶ Οι δραστηριοποιούμενοι σε επαγγελματικά πεδία τα οποία προϋποθέτουν την ανάπτυξη μιας πιο στενής προσωπικής σχέσης –ενδεχομένως και σχέσης εμπιστοσύνης– μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών για την παροχή εξατομικευμένων υπηρεσιών, ενδέχεται να μην έχουν τις ίδιες υποχρεώσεις που διέπουν εμπορικές δραστηριότητες οι οποίες απευθύνονται στο ευρύ κοινό κατά τρόπο καταρχήν απρόσωπο.

Από την άλλη, υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες η παροχή υπηρεσιών έχει μεν εξατομικευμένο και προσωπικό χαρακτήρα, αλλά ο νομοθέτης προχώρησε στη θέσπιση ειδικών ρυθμίσεων για την απαγόρευση των αθέμιτων διακρίσεων, λαμβάνοντας υπόψη την ιδιαίτερη φύση των σχετικών επαγγελμάτων και παρεχόμενων υπηρεσιών. Σε αυτό το πλαίσιο, το νομοθετικό πλαίσιο σχετικά με την απαγόρευση των διακρίσεων κάνει ρητή αναφορά στην περίπτωση της παροχής υπηρεσιών υγειονομικής περίθαλψης, λόγω του ευαίσθητου χαρακτήρα του τομέα της υγείας. Επίσης, ο Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας επιβάλλει την υποχρέωση παροχής ιατρικών υπηρεσιών χωρίς καμία διάκριση,²⁷ λαμβάνοντας υπόψη τον ιδιαίτερο χαρακτήρα του ιατρικού επαγγέλματος, ο οποίος του προσδίδει το χαρακτήρα του λειτουργήματος.²⁸ Ο ιατρός δεν είναι το μοναδικό παράδειγμα, καθώς αντίστοιχες υποχρεώσεις ισχύουν και για τους δικηγόρους, με βάση τις προβλέψεις του Κώδικα Δικηγόρων.²⁹

Μία ακόμα παράμετρος που έχει σημασία προκειμένου να διαπιστωθεί εάν υφίσταται αθέμιτη διάκριση είναι ο λόγος της άρνησης παροχής υπηρεσίας και ειδικότερα εάν η άρνηση οφείλεται αποκλειστικά στο πρόσωπο του λήπτη ή αν σχετίζεται με το περιεχόμενο του προϊόντος ή της υπηρεσίας που ζητείται. Για παράδειγμα, στη γνωστή υπόθεση της γαμήλιας τούρτας, έχει διαφορά ο ζαχαροπλάστης να αρνηθεί να πωλήσει την τούρτα απλά και μόνο επειδή ο πελάτης είναι ένα ζευγάρι ομοφυλόφιλων (τη στιγμή που το ζαχαροπλαστείο φτιάχνει και πωλεί γαμήλιες τούρτες σε άλλους πελάτες) από το να αρνηθεί την εκτέλεση μιας ειδικής παραγγελίας με την οποία ζητείται η δημιουργία τούρτας με εξατομικευμένο περιεχόμενο, όπως π.χ. η χάραξη ενός μηνύματος υπέρ μιας συγκεκριμένης στάσης ζωής την οποία ο ζαχαροπλάστης δεν επιθυ-

μεί να υποστηρίξει.³⁰

Η βαθύτερη εξέταση των παραπάνω ζητημάτων ξεφεύγει από τα όρια του παρόντος κειμένου. Για τις ανάγκες του παρόντος, κρίσιμο είναι να αναδειχθεί ότι οι ειδικότερες περιστάσεις έχουν σημασία προκειμένου να κριθεί εάν μία συγκεκριμένη περίπτωση άρνησης παροχής υπηρεσίας ή προϊόντος ισοδυναμεί με αθέμιτη διάκριση. Η φύση και τα χαρακτηριστικά της δραστηριότητας, το περιεχόμενο της υπηρεσίας που ζητείται και ο λόγος της άρνησης από τον πάροχο αποτελούν παράγοντες οι οποίοι έχουν σημασία προκειμένου να κριθεί εάν υφίσταται απαγορευμένη διακριτική μεταχείριση. Ένα ζήτημα που τίθεται είναι αν αυτού του είδους η συζήτηση, με τις πολλαπλές διακρίσεις και την εκ πρώτης όψης δυσχέρεια ανεύρεσης σαφών κριτηρίων, συμβαδίζει με τη θεμελιώδη απαίτηση του ποινικού δικαίου για σαφήνεια και προβλεψιμότητα κατά τον προσδιορισμό των ποινικά κολάσιμων συμπεριφορών. Η αρχή της σαφήνειας του κυρωτικού νόμου, σύμφωνα με την οποία τόσο το ποινικό αδίκημα όσο και η επιβαλλόμενη κύρωση πρέπει να ορίζονται κατά τρόπο σαφή στον νόμο, συνιστά θεμελιώδη έκφανση της αρχής της νομιμότητας (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) και συνδέεται αναπόσπαστα με την αρχή της ασφάλειας δικαίου και του κράτους δικαίου.³¹ Λαμβάνοντας υπόψη τη φύση του συγκεκριμένου αδικήματος (παραβίαση της απαγόρευσης της διακριτικής μεταχείρισης κατά την παροχή υπηρεσιών ή αγαθών στο συναλλακτικό κοινό), θεωρούμε ότι η παραπάνω συζήτηση είναι όχι μόνο αναπόφευκτη, αλλά και αναγκαία. Οι αυξημένες απαιτήσεις του ποινικού δικαίου για σαφήνεια των κανόνων με τους οποίους επιβάλλονται ποινικές κυρώσεις καθιστούν ακόμα πιο επιτακτική την ανάδειξη των παραπάνω ζητημάτων, καθώς μόνο με αυτόν τον τρόπο είναι δυνατό να φωτιστεί η ορθή ερμηνεία των διατάξεων του ν. 4443/2016, να αποκρυσταλλωθούν όσο το δυνατόν διαυγέστερα κριτήρια και να οριοθετηθούν οι περιπτώσεις απαγορευμένης διάκρισης και άρα οι περιπτώσεις στις οποίες ένα πρόσωπο απειλείται με την επιβολή ποινική κύρωσης.

30. Βλ. τη μειοψηφία της δικαστή Ginsburg στη *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, όπως και Α. Καραμπατζός, ό. π., σ. 977, και Ν. Παπασπύρου, ό. π., σ. 29, υποσημ. 25.

31. Η αρχή της νομιμότητας στο πεδίο του ποινικού δικαίου κατοχυρώνεται στο άρθρο 7 παρ. 1 του Συντάγματος, στο άρθρο 7 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και στο άρθρο 49 παρ. 1 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων ΕΕ.

Γ. Διακριτική μεταχείριση δεν είναι μόνο η άρνηση παροχής της υπηρεσίας

Στην περίπτωση που κρίθηκε με την ΑΠ 115/2020, ενδιαφέρον παρουσιάζει το γεγονός ότι ο ιατρός δεν αρνήθηκε ποτέ την παροχή υπηρεσιών σε συγκεκριμένο Εβραίο ασθενή. Ωστόσο, ο Άρειος Πάγος έκρινε ότι για την τέλεση του αδικήματος δεν ήταν αναγκαία η άρνηση σε συγκεκριμένο πρόσωπο, αλλά αρκούσε η ανάρτηση στην πόρτα του ιατρείου επιγραφής με την οποία ανακοινωνόταν ότι οι Εβραίοι είναι «ανεπιθύμητοι».³²

Η κρίση αυτή συμβαδίζει με τη διατύπωση των άρθρων 16 παρ. 1 του ν. 3304/2005 και 11 παρ. 1 του ν. 4443/2016, από τις οποίες προκύπτει ότι δεν τιμωρείται αποκλειστικά η άρνηση παροχής αγαθών ή υπηρεσιών, αλλά οποιαδήποτε παραβίαση της απαγόρευσης της διακριτικής μεταχείρισης κατά τη συναλλακτική διάθεση αγαθών ή την προσφορά υπηρεσιών στο κοινό. Η ανάρτηση στην πόρτα του ιατρείου επιγραφής, ορατής από οποιονδήποτε επιθυμεί να εισέλθει, στην οποία αναφέρεται ότι οι Εβραίοι είναι ανεπιθύμητοι, δημιουργεί συνθήκες απαγορευτικές για την είσοδο Εβραίων ασθενών, και πάντως τους θέτει σε χειρότερη μοίρα από όλους τους υπόλοιπους ασθενείς, με μόνο κριτήριο την καταγωγή τους. Τυχόν απαίτηση από Εβραίο ασθενή να εισέλθει στο ιατρείο, προκειμένου ο ιατρός να αρνηθεί συγκεκριμένα σε αυτόν την παροχή υπηρεσιών, θα μετέφερε αδικαιολόγητα το βάρος στο προστατευόμενο πρόσωπο και θα παραγνώριζε τον σκοπό των διατάξεων περί διακριτικής μεταχείρισης, ο οποίος δεν είναι άλλος από την αποφυγή προσβολής του status των προσώπων ως ίσων φορέων αξιοπρέπειας. Συνεπώς, ορθά κρίθηκε ότι η ανάρτηση μιας τέτοιας επιγραφής συνιστά από μόνη της διακριτική μεταχείριση με βάση την καταγωγή, χωρίς να απαιτείται και η διατύπωση ρητής άρνησης σε συγκεκριμένο ασθενή. Λαμβάνοντας υπόψη τις εκάστοτε περιστάσεις, τέτοιες περιπτώσεις είναι ορθό να αντιμετωπίζονται υπό το πρίσμα της διακριτικής μεταχείρισης κατά την παροχή υπηρεσιών ή αγαθών και όχι υπό το πρίσμα του μισαλλόδοξου λόγου (hate speech).³³

Αντίθετα, δεν φαίνεται ορθή η εκτίμηση του Άρειου Πάγου σχετικά με τον χαρακτήρα της διάκρισης ως άμεσης ή έμμεσης. Το Δικαστήριο φαίνεται αφενός να ασπάζεται την κρίση του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου Θεσσαλονίκης, ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση συνέτρεξε έμμεση διάκριση, αφετέρου να δέχεται ότι άμεση διάκριση δεν είναι δυνατό να συντελεστεί όταν δεν υπάρχει άρνηση περίθαλψης συγκεκριμένου Εβραίου ασθενή. Ωστόσο, έμμεση διάκριση συντρέχει όταν μια εκ πρώτης όψης ουδέτερη διάταξη, ένα κριτήριο ή μια πρακτική μπορεί να θέσει πρόσωπα με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά (πχ. καταγωγή) σε μειονεκτική θέση συγκριτικά με άλλα πρόσωπα. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν συνέβη κάτι τέτοιο. Η επίμαχη περιγραφή δεν αποτελεί εκ πρώτης όψεως ουδέτερη συμπεριφορά, η οποία κατ' αποτέλεσμα θέτει μια συγκεκριμένη ομάδα ατόμων σε χειρότερη θέση λόγω των χαρακτηριστικών τους: αντίθετα, η επιγραφή διακρίνει ευθέως κατά των Εβραίων. Συντρέχει, δηλαδή, περίπτωση άμεσης διάκρισης, καθώς η ανάρτηση της επιγραφής έθεσε τους Εβραίους σε χειρότερη μοίρα σε

σχέση με όλους τους υπόλοιπους ασθενείς και απέτρεψε την είσοδό τους στο ιατρείο, αποκλειστικά λόγω της καταγωγής τους.

Δ. Συμπέρασμα

Με βάση όσα αναφέρθηκαν παραπάνω, στην περίπτωση της ΑΠ 115/2020 δεν φαίνεται να υπάρχουν ιδιαίτερες δυσχέρειες προκειμένου να καταλήξουμε εάν ο κατηγορούμενος υπέπεσε σε αθέμιτη διάκριση. Ο Κ.Κ. ασκούσε το λειτούργημα του ιατρού, χρησιμοποιούσε ως ιατρείο χώρο που του είχε παραχωρηθεί από τον Δήμο και παρείχε υπηρεσίες υγειονομικής περίθαλψης στους ασφαλισμένους του ΕΟΠΠΥ. Η δε επιγραφή που ανάρτησε στην πόρτα του ιατρείου διέκρινε τους Εβραίους από τους υπόλοιπους ασθενείς, χαρακτηρίζοντάς τους «ανεπιθύμητους» και αποτρέποντας την είσοδό τους στο ιατρείο. Ωστόσο, με αφορμή την υπόθεση αυτή, είναι χρήσιμο να αναπτυχθεί μια ευρύτερη συζήτηση γύρω από τα ζητήματα των αθέμιτων διακρίσεων κατά την παροχή υπηρεσιών ή αγαθών στο κοινό. Όπως είδαμε και παραπάνω, η προβληματική αυτή έχει αρχίσει να απασχολεί ολοένα περισσότερο τη νομολογία σε διεθνές επίπεδο. Ακριβώς επειδή τα ζητήματα που αναφέρονται είναι περίπλοκα και οι διακρίσεις λεπτές και δύσκολες, η συζήτηση αυτή καθίσταται ακόμα πιο επιτακτική στο πεδίο του ποινικού δικαίου, ώστε να επιτευχθεί η απαραίτητη για το ποινικό δίκαιο σαφήνεια και προβλεψιμότητα.