

*Δικηγορικό Γραφείο
Άρις Γ. Καζάκος, Ομότιμος Καθηγητής Εργατικού
Δικαίου στη Νομική Σχολή
του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης
και Συνεργάτες*

ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Η Α.Δ.Ε.Δ.Υ. έθεσε υπόψη μου τα εξής:

Το Δ.Σ. της οργάνωσης αποφάσισε την κήρυξη απεργίας διαμαρτυρίας με τη μορφή της στάσης εργασίας στις 19.9.2017 και για τις ώρες από 12.30' μέχρι τις 15.30' με αίτημα τη μη ψήφιση και εφαρμογή στη συνέχεια τροπολογίας / ρύθμισης, σύμφωνα με την οποία επιβάλλεται η στέρηση συμμετοχής των αξιολογητών των υπαλλήλων σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3528/2007 και του ν. 3584/2007 ή σύμφωνα με άλλες γενικές ή ειδικές διατάξεις, αν υπαιτίως δεν εκπληρώνουν την υποχρέωση αξιολόγησης των υφισταμένων τους (άρθρο 36 παρ. 4 ν. 4489/2017). Αυτό, πρακτικά, σημαίνει πως όσοι αξιολογητές δεν συμπράξουν στη διαδικασία αξιολόγησης λόγω συμμετοχής τους στην απεργία που κήρυξε η Α.Δ.Ε.Δ.Υ. για αποχή των υπαλλήλων από τις διαδικασίες αξιολόγησης θα έχουν αρνητικές επιπτώσεις στη βαθμολογική – μισθολογική εξέλιξή τους. Αυτή η απεργία – αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης άρχισε στις 15/3/2017 και έχει τη μορφή συλλογικής αποχής από κάθε στάδιο της διαδικασίας αξιολόγησης των νόμων 4369/2016 & 4473/2017- Μέτρα για την επιτάχυνση του κυβερνητικού έργου σε θέματα εκπαίδευσης. Κατά τη διάρκεια αυτής της απεργίας οι απεργοί εκτελούν κανονικά όλα τα άλλα καθήκοντά τους και οι υπηρεσίες στις οποίες είναι

τοποθετημένοι λειτουργούν πλήρως. Πρόκειται επομένως για μορφή μερικής απεργίας - αποχής μόνο από τα καθήκοντα που αναφέρονται στις διαδικασίες αξιολόγησης των υπαλλήλων.

Ερωτάται αν με τη ρύθμιση του άρθρου 36 παρ. 4 ν. 4489/2017 πλήττεται και σε ποιο βαθμό το δικαίωμα απεργίας των υπαλλήλων και αν η στέρηση του δικαιώματος κρίσης που προβλέπει η προτεινόμενη ρύθμιση για τους αξιολογητές που συμμετέχουν στην απεργία – αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης είναι νόμιμη.

ΑΠΑΝΤΗΣΗ

1. Η νομοθετημένη αξιολόγηση των υπαλλήλων, η απεργία – αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης και η 3ωρη στάση εργασίας στις 19.9.2017 από τις 12.30' μέχρι τις 15.30' που κήρυξε η Α.Δ.Ε.Δ.Υ. για τη ματαίωση της ψήφισης και εφαρμογής της επίμαχης τροπολογίας

Αντικείμενο της παρούσας γνωμοδότησης δεν είναι η αξιολόγηση των υπαλλήλων καθεαυτήν, η νομιμότητά της, τα κριτήρια, η διαδικασία και οι σκοποί της αλλά μόνο το αν η επίμαχη ρύθμιση πλήττει και σε ποιο βαθμό το δικαίωμα απεργίας των υπαλλήλων και αν, περαιτέρω, η στέρηση του δικαιώματος κρίσης που προβλέπει η εξεταζόμενη ρύθμιση για τους αξιολογητές που συμμετέχουν στην απεργία – αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης είναι νόμιμη στο πλαίσιο του ισχύοντος δικαίου της απεργίας και του πειθαρχικού δικαίου. Η αξιολόγηση των υπαλλήλων και της επάρκειας της οργάνωσης, των δομών και υλικοτεχνικών υποδομών της δημόσιας διοίκησης είναι, προφανώς, αναγκαία, προκειμένου να ληφθούν κατόπιν τα αναγκαία για τη βελτίωση των υπηρεσιών μέτρα. Εννοείται ότι το ζήτημα αν είναι δικαιολογημένες ή όχι οι ανησυχίες για το ότι τα όποια πορίσματα της αξιολόγησης θα μπορούσαν να αξιοποιηθούν από τους δανειστές της υπό επιτροπεία

χώρας μας για να επιβάλουν ενδεχομένως μαζικές απολύσεις υπαλλήλων ή άλλα επαχθή μέτρα δεν εξετάζεται εδώ ούτε επηρεάζει με οποιονδήποτε τρόπο την ανάλυση που ακολουθεί.

Η πρόσφατη απεργία διαμαρτυρίας (19.9.2017) με τη μορφή της τρίωρης στάσης εργασίας που κήρυξε η Α.Δ.Ε.Δ.Υ. είναι μεικτή πολιτική – εργασιακή απεργία διαμαρτυρίας κατά του συγκεκριμένου σχεδίου ρύθμισης, για τη νομιμότητα της οποίας απεργίας δεν εγείρεται καμιά αμφισβήτηση¹ και επομένως δεν θα μας απασχολήσει στη συνέχεια. Από την άλλη πλευρά η από 15.3.2017 απεργία / αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης των υπαλλήλων του Δημοσίου και των νπδδ αποτελεί μορφή μερικής απεργίας, συλλογική αποχή των απεργών από συγκεκριμένα καθήκοντα, από αυτά δηλαδή που αναφέρονται στη διαδικασία αξιολόγησης. Αυτή η συνδικαλιστική επιλογή καλύπτεται από την εγγύηση του άρθρου 23 παρ. 2 Σ, που συμπροστατεύει και την ελευθερία επιλογής αγωνιστικών μέσων, άρα και της μορφής και του είδους της απεργίας και γενικά του εργασιακού αγώνα².

Για τις εγγυήσεις του εθνικού, του διεθνούς και του υπερεθνικού δικαίου για την αποτελεσματική προστασία των συνδικαλιστικών ελευθεριών και ειδικότερα του δικαιώματος απεργίας παρέλκει οποιαδήποτε ανάλυση³. Ειδικά για τους δημόσιους υπαλλήλους και τους εργαζομένους στο Δημόσιο και τα νπδδ επισημαίνουμε μόνο την ιδιαίτερη κανονιστική αξία του άρθρου 23 παρ. 2 γ' εδάφιο Σ που

¹ Βλ. Καζάκου, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 3^η έκδ., 2013, 723 επ., όπου και ο σχετικός υπομνηματισμός.

² Ομόφωνη γνώμη στη θεωρία και τη νομολογία των δικαστηρίων. Βλ. Καζάκου, ό.π., 63 επ. Οι περιορισμοί στην άσκηση του δικαιώματος μέσω της επιβολής διαδικαστικών και ουσιαστικών προϋποθέσεων για τη νόμιμη άσκηση, στις οποίες περιλαμβάνεται και η αρνητική προϋπόθεση της μη καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, είναι σύμφωνοι με το Σύνταγμα με τον αντιπεριορισμό του άρθρου 23 παρ. 2 εδάφιο δ': «Οι περιορισμοί αυτοί δεν μπορούν να φθάνουν έως την κατάργηση του δικαιώματος της απεργίας ή την παρεμπόδιση της νόμιμης άσκησής του».

³ Βλ. Καζάκου, ό.π., 659 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

εξαγγέλλει τους νόμιμους περιορισμούς του δικαιώματος, παραπέμποντας σε εκτελεστικό νόμο. Αξιολογικά σημαντικές είναι και οι ρυθμίσεις του άρθρου 46 του Δημοσιοϋπαλληλικού Κώδικα που επαναλαμβάνουν τις εγγυήσεις των συνδικαλιστικών δικαιωμάτων. Ιδιαίτερη σημασία και λόγω της υπερνομοθετικής τους ισχύος έχουν οι διατάξεις του άρθρου 11 της ΕΣΔΑ (συνδικαλιστική ελευθερία) και η επ' αυτού πρόσφατη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου για το δικαίωμα απεργίας των δημόσιων υπαλλήλων. Θεμελιώδεις είναι οι συνδικαλιστικές ελευθερίες ακόμη και κατά τον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, ο οποίος βρίσκει εφαρμογή στην εξεταζόμενη υπόθεση με βάση το άρθρο 51 του Χάρτη, αφού η αξιολόγηση των υπαλλήλων, που αποτελεί και το επίμαχο στην εξεταζόμενη υπόθεση ζήτημα, αποτελεί περιεχόμενο μνημονιακών υποχρεώσεων που επιβλήθηκαν στη χώρα από τους δανειστές της και τα όργανα της ΕΕ και άρα με την έννοια αυτή η απεργιακή διαφορά εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Χάρτη⁴.

2. Το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας καλύπτει όχι μόνο τη συνδικαλιστική οργάνωση που αποφασίζει την απεργία αλλά και τους απεργούς⁵

Η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος απεργίας θα ήταν ατελής, αν δεν συνοδευόταν και από την εγγύηση ότι η άσκησή του δεν θα προκαλούσε αρνητικές επιπτώσεις στο επίπεδο της ατομικής εργασιακής σχέσης. Έτσι, η συμμετοχή του εργαζομένου σε απεργία,

⁴ Βλ. Στάγκου, Η δικαστική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην κοινοτική έννομη τάξη, 2004, 504, Καζάκου, ό.π., 29 επ. Βλ. και Γαβαλά, Αντίθετες στο πρωτογενές δίκαιο της Ε.Ε. οι εργασιακές ρυθμίσεις του Μνημονίου ΙΙ, ΕΕργΔ 2012, 539 – 540.

⁵ Ανάλυση του τεκμηρίου νομιμότητας της απεργίας και των συνεπειών του στο επίπεδο της ατομικής εργασιακής σχέσης και τον σχετικό υπομνηματισμό βλ. σε Καζάκου, ό.π., 63 επ. και ιδίως 66 επ.

νόμιμη ή παράνομη, επιφέρει, στο επίπεδο της ατομικής σχέσης εργασίας, την αναστολή των κύριων υποχρεώσεων των μερών (για παροχή εργασίας και, λόγω του συναλλαγματικού χαρακτήρα της σχέσης, για καταβολή του μισθού) και εκείνων από τις παρεπόμενες που συνδέονται στενά με τη λειτουργία των πρώτων⁶. Η αναστολή των υποχρεώσεων των μερών δεν μεταλλάσσεται αναδρομικά σε αυθαίρετη απουσία με την έκδοση εκτελεστής δικαστικής απόφασης που κρίνει παράνομη την απεργία. Διαφορετικά ο κίνδυνος της εκ των υστέρων αναγνώρισης μιας απεργίας ως παράνομης, για λόγους, συχνά, εξαιρετικά περίπλοκους και δυσδιάκριτους ακόμη και για ειδικούς, θα έπρεπε να επιβληθεί στους εργαζομένους. Αυτό ακριβώς, όμως, επιδιώκεται να αποκλειστεί με την αναστολή των υποχρεώσεων και το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας. Σύμφωνα με το τεκμήριο αυτό η απεργία που κηρύσσει συνδικαλιστική οργάνωση εργαζομένων, δηλαδή η απεργία που δεν είναι αδέσποτη (*wilder Streik*), και για την οποία τηρούνται οι σύμφωνοι με το Σύνταγμα νομοθετικοί περιορισμοί, έχει a priori υπέρ αυτής το τεκμήριο νομιμότητας μέχρι την τυχόν αναγνώρισή της ως παράνομης με εκτελεστή δικαστική απόφαση. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι οι εργαζόμενοι που συμμετέχουν σε απεργία που κηρύσσει συνδικαλιστική οργάνωση βρίσκονται, με βάση το τεκμήριο νομιμότητας, σε συγγνωστή νομική πλάνη (AK 288), πράγμα το οποίο οδηγεί σε άρση των συνεπειών που θα επέρχονταν με τη δικαστική διαπίστωση του παράνομου χαρακτήρα της απεργίας⁷. Η νομιμοποίηση

⁶. Βλ. για την αναστολή των κύριων υποχρεώσεων κατά τη διάρκεια του εργασιακού αγώνα *Kazakos*, *Die Suspendierung von Hauptpflichten-Unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitskampfrechts-Eine strukturelle Analyse*, 1980, 50 επ. και ιδίως 71 επ., *Κουκιάδη*, *Απεργία και ατομική σχέση εργασίας*, ΔκΠ 1982, 173 επ., *Τραυλού-Τζανετάτου*, *Υπολογισμός επιδομάτων εορτών και χρόνος απεργίας* (γνμδ.), ΔΕΝ 1993, 707-708. Για την αναστολή γενικά βλ. *Κουκιάδη*, *Εργατικό Δίκαιο*², 1995, 677 επ.

⁷. Η νομολογία των δικαστηρίων δέχεται ότι η συγγνωστή νομική πλάνη του εργαζομένου που συμμετέχει σε απεργία, η οποία κρίνεται στη συνέχεια από το

δηλαδή της αποχής των εργαζομένων που συμμετέχουν σε απεργία, που κρίνεται στη συνέχεια παράνομη, με βάση τη συγγνωστή νομική πλάνη σημαίνει ότι ακόμη και στην περίπτωση της παράνομης απεργίας η έννομη συνέπεια στο επίπεδο της ατομικής σχέσης εργασίας παραμένει η αναστολή των υποχρεώσεων των μερών. Το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας και η συνακόλουθη συγγνωστή νομική πλάνη των απεργών οδηγούν περαιτέρω και σε άρση των συνεπειών της αποχής λόγω συμμετοχής σε παράνομη απεργία. Χωρίς το τεκμήριο νομιμότητας και τη συγγνωστή νομική πλάνη η συμμετοχή σε παράνομη απεργία θα συνιστούσε συμπεριφορά αντίθετη με τους όρους της σύμβασης εργασίας, δηλαδή αυθαίρετη απουσία. Με τη συγγνωστή νομική πλάνη αίρονται οι συνέπειες της αντισυμβατικής συμπεριφοράς και η αποχή από

αρμόδιο δικαστήριο παράνομη, αποκλείει τη στοιχειοθέτηση σπουδαίου λόγου καταγγελίας της σύμβασης ορισμένου χρόνου. Έτσι ΑΠ 874/1986, ΕΕργΔ 1987, 339, ΑΠ 590/1988, με σχόλιο Ληξουριώτη, ΕΕργΔ 1989, 443 επ., ΕφΘεσ 2044/1986, ΔΕΝ 1987, 134, ΜονΠρΧαλκ 691/1980, ΕΕργΔ 1981, 153, ΜονΠρΤριπολ 32/1981, ΝοΒ 1981, 1312, ΜονΠρΚυπαρ 8/1981, ΔΕΝ 1981, 292. Με αυτό το πνεύμα ουσιαστικά και για τις συμβάσεις αορίστου χρόνου η ΑΠ 279/1988, ΔΕΝ 1989, 129, που έκρινε καταχρηστική την απόλυση απεργού που επανήλθε στην εργασία του συμμορφούμενος με τη δικαστική απόφαση που έκρινε παράνομη την απεργία. Βλ. και ΑΠ 1054/1979, ΕΕργΔ 1980, 821, για τη σημασία της συγγνωστής νομικής πλάνης του εργαζομένου σε σχέση με την αυτοδίκαιη λύση της εργασιακής σχέσης και την οικειοθελή αποχώρηση. Για το ενδεχόμενο καταχρηστικότητας της απόλυσης του εργαζομένου που συμμετέχει σε παράνομη απεργία βλ. ΑΠ 1369/1990, ΕΕργΔ 1991, 743 και ΕφΠειρ 786/1993, ΕλλΔνη 1994, 1705, ΕφΘεσ 647/1979, ΕΕργΔ 1980, 71. Το τεκμήριο νομιμότητας μιας απεργίας, για την οποία δεν υπάρχει δικαστική διαπίστωση του παράνομου χαρακτήρα της με εκτελεστή δικαστική απόφαση, αποδέχεται ουσιαστικά και η ΟλΣτΕ 328/1992, ΔΕΝ 1993, 9 επ. Το δικαστήριο δέχτηκε ότι κατά την έννοια του α.ν. 1846/51 (άρθρα 8 παρ. 4 και 34 παρ. 1) εργατικό ατύχημα υπάρχει και όταν ο τραυματισμός εργαζόμενης, που συμμετέχει σε νόμιμη απεργία και βρίσκεται στον περίβολο του εργοστασίου, γίνεται από συνάδελφό της απεργοσπάστρια λόγω ακριβώς της συμμετοχής της στην απεργία. Η συγκεκριμένη απεργία αντιμετωπίστηκε ως νόμιμη από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας, παρά το γεγονός ότι, όπως αναφέρει η μειοψηφία τριών μελών του δικαστηρίου, “η ομαδική παρουσία απεργών στον τόπο εργασίας αποτελεί ενέργεια υπερβαίνουσα τα όρια της ενάσκησης του δικαιώματος της απεργίας”. Προφανώς η πλειοψηφία του δικαστηρίου δεν προχώρησε σε αξιολόγηση για τον τυχόν παράνομο χαρακτήρα της απεργίας, αφού δεν υπήρχε απόφαση του αρμόδιου πολιτικού δικαστηρίου και συνεπώς στηρίχτηκε σιωπηρά στο τεκμήριο νομιμότητας. Για τη συγγνωστή νομική πλάνη βλ. ΟΛΑΠ 1414/1984, ΕΕργΔ 1985, 554 επ.

την εργασία προκαλεί και πάλι αναστολή των κύριων υποχρεώσεων των μερών. Έτσι, η προστασία του εργαζομένου με βάση το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας και τη συγγνωστή νομική πλάνη του συμπληρώνει την προστασία που του εξασφαλίζει η διάταξη του άρθρου 14 παρ. 4 ν. 1264/82 για νόμιμη συνδικαλιστική δράση (άκυρη η καταγγελία για νόμιμη συνδικαλιστική δράση). **Η συνέπεια αυτής της συμπληρωματικής προστασίας με βάση το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας είναι ότι η συμμετοχή του εργαζομένου σε απεργία καθεαυτήν, νόμιμη ή παράνομη, δεν διαρρηγνύει τον συμβατικό δεσμό, ούτε παρέχει στον εργοδότη δικαίωμα πρόωρης λύσης με καταγγελία της σύμβασης ορισμένου χρόνου για σπουδαίο λόγο, ούτε δικαιολογεί (με την έννοια της ΑΚ 281) την απόλυση του απεργού στη σύμβαση αορίστου χρόνου ή την επιβολή σ' αυτόν κυρώσεων κάθε είδους⁸. Το**

⁸. Έτσι ουσιαστικά και η ΑΠ 279/1988, ΔΕΝ 1989, 129, που κρίνει, ορθά, καταχρηστική την απόλυση που γίνεται παρά τη συμμόρφωση του εργαζομένου με το περιεχόμενο της δικαστικής απόφασης που κρίνει παράνομη μια απεργία και την επιστροφή του στην εργασία. Βλ. και ΑΠ 1369/1990, ΕΕργΔ 1991, 743, ΕφΠειρ 936/1993, ΕλλΔνη 1994, 1705. Υπέρ του τεκμηρίου νομιμότητας της απεργίας, της ex nunc ανατροπής του μετά τη δικαστική διάγνωση της παρανομίας και της αναστολής των κύριων υποχρεώσεων και στην περίπτωση συμμετοχής σε παράνομη απεργία, πράγμα που συνεπάγεται απαγόρευση της καταγγελίας της σύμβασης εκ μέρους του εργοδότη, *Κουκιάδης*, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Στ' έκδ., 2012, 902. *Ο ίδιος*, Εργατικό Δίκαιο-Συλλογικές εργασιακές σχέσεις², 1983, 500-501, συμπληρώνει τη συνηγορία του υπέρ της απεργίας ως νόμιμου λόγου αποχής από την εργασία με την κατάθεση ότι "νόμος που θεωρεί την απεργία ως λόγο παραιτήσεως ή έκτακτης καταγγελίας είναι αντισυνταγματικός. Ακόμα η άσκηση του δικαιώματος απεργίας δεν μπορεί να αποτελεί αφορμή για τακτική καταγγελία. Στο σημερινό σύστημα της αναιτιώδους καταγγελίας, η απώλεια της θέσης εργασίας με αφορμή το γεγονός ότι ασκήθηκε το δικαίωμα απεργίας θεωρείται καταχρηστική. Για τον ίδιο λόγο δεν μπορεί να δικαιολογήσει οποιαδήποτε άλλη πειθαρχική ποινή η επίκληση από τον εργοδότη επιβλαβών γι' αυτόν συνεπειών που προκλήθηκαν από την άσκησή της". Υπέρ του τεκμηρίου νομιμότητας της απεργίας και της συγγνωστής νομικής πλάνης για το διάστημα μέχρι την έκδοση δικαστικής απόφασης που κρίνει παράνομη την απεργία και *Τραυλός-Τζανετάτος*, Εργατικό Δίκαιο και Πολιτική, 1986, 183 επ., *ο ίδιος*, ΔΕΝ 1993, 708, *ο ίδιος*, Προβληματισμοί για τις συνέπειες της απεργίας στην έννομη θέση των απεργών, ΕΕργΔ 1994, 134. Έτσι ουσιαστικά και *Βλαστός*, Δίκαιο των Συνδικαλιστικών Οργανώσεων, 1986, 280. Για τη συγγνωστή νομική πλάνη του εργαζομένου και τις περιπτώσεις καταχρηστικότητας της απόλυσης λόγω συμμετοχής του εργαζομένου σε παράνομη απεργία βλ. και *Ντάσιο*, Εργατικό Δικονομικό Δίκαιο, τόμ. Β/II, 1984, 1131 και 1133, *Λεβέντη*, Εργατική Νομοθεσία, τόμ. Α', 1986, 422, *τον ίδιο*, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2^η έκδ., 2007, 809 επ. Υπέρ της συγγνωστής νομικής πλάνης σε περίπτωση συμμετοχής σε απεργία που κηρύσσει συνδικαλιστική οργάνωση και κρίνεται στη συνέχεια παράνομη και *Ζερδελής*, Το δίκαιο της καταγγελίας, 2^η έκδ., 2002, αρ. 272 επ. και 659 επ. Πρβλ. *Βάγια*,

τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας και τη συνακόλουθη συγγνωστή νομική πλάνη των απεργών και μάλιστα μέχρι την τελεσιδικία της δικαστικής απόφασης που διαπιστώνει τον παράνομο χαρακτήρα της απεργίας αποδέχθηκε πανηγυρικά και η ΟΛΑΠ 27/2004 με ομόφωνη απόφασή της⁹.

Με τη συμμετοχή λοιπόν του εργαζομένου σε απεργία, νόμιμη ή παράνομη ο ενοχικός δεσμός εργοδότη-εργαζομένου δεν διακόπτεται, ούτε η συμμετοχή του σ' αυτήν προκαλεί παράβαση των συμβατικών υποχρεώσεών του. Γενικά η συμμετοχή σε νόμιμη ή παράνομη απεργία δεν επιτρέπεται να προκαλεί τέτοιες δυσμενείς επιπτώσεις στην έννομη κατάσταση του εργαζομένου, που θα αποτελούσαν ανασταλτικό

ΕΕργΔ 1991, 433 επ., ο οποίος υπό το καθεστώς του άρθρου 1 παρ. 1 ν. 1915/1990 θεωρεί ότι η συγγνωστή νομική πλάνη του απεργού εμποδίζει τη στοιχειοθέτηση λόγου απόλυσής του. Ο Αλ. Καρακατσάνης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο³, 1992, αρ. 494 επ., αν και θεωρεί αυθαίρετη την αποχή του εργαζομένου που συμμετέχει σε παράνομη απεργία, αναφέρεται στο ενδεχόμενο συγγνωστής νομικής πλάνης σε σχέση με τον παράνομο χαρακτήρα της απεργίας. Ο συγγραφέας θεωρεί, πάντως, ότι οι θέσεις του για τις αρνητικές συνέπειες της συμμετοχής σε παράνομη απεργία πάνω στην προστασία της θέσης εργασίας σχετικοποιούνται με τη ρύθμιση του άρθρου 1 ν. 1915/91 (αρ. 499). Οι Αλ. Καρακατσάνης/Γαρδίκας, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο⁵, 1995, αρ. 834, θεωρούν ότι το ανασταλτικό αποτέλεσμα επέρχεται τόσο στην περίπτωση της νόμιμης, όσο και στην περίπτωση της παράνομης απεργίας. Αρνείται την εξομίωση των συνεπειών της συμμετοχής σε νόμιμη και παράνομη απεργία ο Παπασταύρου, Απεργία², 1995, αρ. 142. Βλ. και Καποδίστρια, ΕρμΑΚ 672, αρ. 36, ο οποίος, πάντως, δεν διευκρινίζει αν ο σπουδαίος λόγος καταγγελίας στοιχειοθετείται πριν τη δικαστική διάγνωση του παράνομου χαρακτήρα της απεργίας, Κατρά, Σημείωμα επί της ΕφΛαρ 469/1986, ΕλλΔνη 1987, 325. Για το ευρέως αποδεκτό τεκμήριο νομιμότητας στο εξαιρετικά αυστηρό δίκαιο της απεργίας στη Γερμανία βλ. Richardi, Το δικαίωμα της απεργίας στο καθεστώς εργασίας της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, ΕΕργΔ 1979, 275-276, Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfrecht², 1987, αρ. 239, 331 και 1140, M. Weiss, Zur Rechtmäßigkeit des Warnstreiks, στο Dorndorf/Weiss, Warnstreiks und vorbeugender Rechtsschutz gegen Streiks, 1983, 84 επ., με περαιτέρω παραπομπές, Dorndorf, στο Dorndorf/Weiss, ό.π., 49 επ., με περαιτέρω παραπομπές, MünchKomm/Schwerdtner, Παρ. 626 BGB αρ. 39, 90. Το τεκμήριο νομιμότητας αρνείται ο Lieb, Die Zulässigkeit von Demonstrations- und Sympathiearbeitskämpfen, ZfA, 1982, 117 επ. Θεμελιώδης για το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας είναι η απόφαση του γερμανικού ακυρωτικού για εργατικές διαφορές BAG AP αρ. 47 στο Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁹. ΟΛΑΠ 27/2004, ΕΕργΔ 2004, 971. Για τη συγγνωστή νομική πλάνη των απεργών σε αδέσποτη απεργία βλ. ΑΠ 1054/1979, ΕΕργΔ 1980, 280.

παράγοντα άσκησης του συνταγματικού δικαιώματος¹⁰. Έτσι, ο χρόνος αποχής αποτελεί χρόνο απασχόλησης για την εφαρμογή των κανόνων του δικαίου της καταγγελίας της σύμβασης για την παροχή εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου, για τη λήψη των επιδομάτων εορτών¹¹, των επιδομάτων πολυετιών και τις προαγωγές. Επίσης ο χρόνος αποχής λόγω συμμετοχής σε παράνομη απεργία δεν συμψηφίζεται με τον χρόνο της ετήσιας άδειας αναψυχής¹².

Το τεκμήριο νομιμότητας θεμελιώνεται στο γεγονός ότι οι συλλογικές ενέργειες των εργαζομένων και των οργανώσεών τους προστατεύονται από το άρθρο 23 Σ. Έτσι, σύμφωνα και με τη γενική δικαιοκρατική αρχή κατανομής, αυτός που πρέπει να νομιμοποιήσει της ενέργειές του δεν είναι η εργατική πλευρά, αλλά η πλευρά, κρατική, νομοθετική ή νομολογιακή, που επιχειρεί τον περιορισμό του συνταγματικού δικαιώματος. **Τα θεμελιώδη δικαιώματα αποτελούν, εκτός των άλλων, και κανόνες για το βάρος της επιχειρηματολογίας και απόδειξης**¹³.

Η δικαστική εκκαθάριση του χαρακτήρα μιας απεργίας ως νόμιμης ή παράνομης ενεργεί, στο επίπεδο των ατομικών εργασιακών σχέσεων, *ex nunc* και δεν έχει αναδρομική ενέργεια. Όπως είδαμε, η δικαστική

¹⁰. Βλ. σχετικά Κουκιάδη, ΔκΠ 3/1982, σελ. 211 επ., Τραυλού-Τζανετάτου, ΕΕργΔ 1994, σελ. 134.

¹¹. Τραυλός-Τζανετάτος, ΔΕΝ 1993, 705 επ. Έτσι για τον προσδιορισμό του ύψους της αποζημίωσης απόλυσης και Λεβέντης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 1996, 624.

¹². Ντάσιος, Β/Π, 1984, σελ. 1131-1132. Αντίθετος Αλ. Καρακατσάνης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο³, 1992, αρ. 496. Αντίθετος και Λεβέντης, ό.π., χωρίς να διευκρινίζει, αν αναφέρεται στον χρόνο πριν ή μετά την έκδοση εκτελεστής δικαστικής απόφασης για το θέμα της νομιμότητας της απεργίας. Η ομόφωνη απόφαση της ΟΛΑΠ 27/2004 έλυσε όλα αυτά τα ζητήματα υπέρ του τεκμηρίου νομιμότητας της απεργίας, που διαρκεί μάλιστα μέχρι την τελεσιδικία της σχετικής δικαστικής απόφασης. Στο πλαίσιο αυτό το δικαστήριο απέκρουσε και τον συμψηφισμό του χρόνου συμμετοχής σε παράνομη απεργία με τον χρόνο της ετήσιας άδειας αναψυχής.

¹³. Γι' αυτή τη λειτουργία των θεμελιωδών δικαιωμάτων βλ. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, 104 επ.

αναγνώριση του παράνομου χαρακτήρα μιας απεργίας δεν καθιστά αναδρομικά παράνομη ή αντισυμβατική τη συμμετοχή των εργαζομένων στην απεργία που κρίθηκε παράνομη. Αυθαίρετη απουσία, αντίθετα, υπάρχει από τη στιγμή που, παρόλο που έχει γνωστοποιηθεί στον εργαζόμενο με οποιοδήποτε τρόπο η εκτελεστή δικαστική απόφαση, αυτός συνεχίζει να απεργεί. Στην περίπτωση αυτή παύει να λειτουργεί το τεκμήριο νομιμότητας και η συγγνωστή νομική πλάνη.

3. Οι έννομες συνέπειες της απεργίας στις ατομικές εργασιακές σχέσεις των απεργών – Η αναστολή υποχρεώσεων των μερών και η υποχρέωση υπακοής του υπαλλήλου κατά το άρθρο 25 παρ. 2 ΥπαλλΚώδικα

Όπως αναφέρθηκε ήδη, η συμμετοχή του εργαζομένου σε απεργία, νόμιμη ή παράνομη, επιφέρει, στο επίπεδο της ατομικής σχέσης εργασίας, την αναστολή των κύριων υποχρεώσεων των μερών (για παροχή εργασίας και, λόγω του συναλλαγματικού χαρακτήρα της σχέσης, για καταβολή του μισθού) και εκείνων από τις παρεπόμενες που συνδέονται στενά με τη λειτουργία των πρώτων. Προκαλεί ένα είδος ανωμαλίας παροχής, που δεν είναι ούτε αδυναμία παροχής, ούτε υπερημερία, ούτε πλημμελής εκπλήρωση. Πρόκειται για την *αναστολή των κύριων υποχρεώσεων των μερών (παροχή εργασίας - καταβολή μισθού) και όσων από τις παρεπόμενες συνδέονται στενά με τις κύριες*. Η αναστολή, που δεν αφορά ούτε παραλύει την εργασιακή σχέση στο σύνολό της αλλά μόνο τις κύριες και ορισμένες από τις παρεπόμενες υποχρεώσεις των μερών, είναι το αυτόματο αποτέλεσμα της άσκησης του δικαιώματος απεργίας από τον εργαζόμενο. **Επέρχεται εκ του νόμου και συγκεκριμένα από τις ρυθμίσεις του Συντάγματος και του νόμου για**

την άσκηση του δικαιώματος απεργίας. Η συνταγματική προστασία του δικαιώματος απεργίας συμπεριλαμβάνει και την αναστολή των υποχρεώσεων των μερών, διαφορετικά η άσκηση ενός προστατευόμενου από το Σύνταγμα δικαιώματος θα είχε ως αποτέλεσμα είτε τη λύση της εργασιακής σχέσης του απεργού, είτε θα ισοδυναμούσε με παράβαση υποχρεώσεων εκ μέρους του, πράγμα που θα συνεπέφερε σε βάρος του τις έννομες συνέπειες της παράβασης συμβατικών υποχρεώσεων. Επειδή η άσκηση του συνταγματικού δικαιώματος της απεργίας, που ισχύει και στην ιδιωτικού δικαίου σχέση εργοδότη-εργαζομένου δυνάμει του άρθρου 25 παρ. 1 εδ. γ' Σ, δεν μπορεί να γεννά σε βάρος του ασκούντος επαχθείς συνέπειες, η αναστολή υποχρεώσεων αποτελεί μια έννομη συνέπεια που εναρμονίζεται με το περιεχόμενο της συνταγματικής προστασίας και κατά τούτο αποτελεί και η ίδια (η αναστολή) περιεχόμενο της συνταγματικής προστασίας, αφού χωρίς αυτήν ο εργαζόμενος δεν θα διακινδύνευε την άσκηση του συνταγματικού του δικαιώματος που θα οδηγούσε είτε σε απώλεια της θέσης εργασίας του, είτε και επαχθείς γι' αυτόν έννομες συνέπειες λόγω παράβασης υποχρεώσεων¹⁴.

Το κλασικό παράδειγμα παρεπόμενης υποχρέωσης που συνδέεται στενά με την κύρια υποχρέωση του εργαζομένου για παροχή εργασίας είναι η υποχρέωση υπακοής στις εντολές και οδηγίες που δίνει ο εργοδότης δυνάμει του διευθυντικού του δικαιώματος. Η υποχρέωση αυτή αναστέλλεται επίσης κατά την διάρκεια συμμετοχής του εργαζομένου σε απεργία, γιατί η εκπλήρωσή της είναι αδύνατη κατά την διάρκεια αναστολής της υποχρέωσης για παροχή εργασίας. Όταν ο εργαζόμενος-απεργός αποτελεί μέλος του προσωπικού ασφαλείας

¹⁴. Αναλυτικά για το ζήτημα της αναστολής Kazakos, Die Suspendierung von Hauptpflichten-Unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitskampfrechts-Eine strukturelle Analyse, 1980.

παρέχει βέβαια την εργασία που αποτελεί αντικείμενο του έργου του προσωπικού ασφαλείας και έχει συγχρόνως και υποχρέωση υπακοής. Η αμφισβήτηση που δημιουργήθηκε αρχικά για το αν κατά τη διάρκεια της απεργίας και για το προσωπικό ασφαλείας το διευθυντικό δικαίωμα ανήκει στον εργοδότη ή αν ασκείται από τη συνδικαλιστική οργάνωση λύθηκε υπέρ του εργοδότη με τη διάταξη του άρθρου 21 παρ. 3 ν. 1264/1982.

Δεν αναστέλλονται οι παρεπόμενες υποχρεώσεις του εργαζομένου - απεργού, των οποίων η λειτουργία δεν εξαρτάται από την ομαλή εκπλήρωση των κύριων υποχρεώσεων των μερών. Τέτοιες παρεπόμενες υποχρεώσεις είναι, γενικά, η υποχρέωση πίστης, η υποχρέωση εχεμύθειας, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού, οι οποίες λειτουργούν και κατά τη διάρκεια της απεργίας χάριν της προστασίας των δικαιολογημένων συμφερόντων της επιχείρησης.

Είναι προφανές ότι η αναστολή της υποχρέωσης εκτέλεσης των καθηκόντων των υπαλλήλων / απεργών κατά τη διάρκεια μιας απεργίας, εδώ της απεργίας της Α.Δ.Ε.Δ.Υ., συμπαρασύρει σε αναστολή και την υποχρέωση υπακοής στις διαταγές των προϊσταμένων του (άρθρο 25 παρ. 1 και 2 του ΥπαλλΚώδικα) σε ό,τι αφορά το αντικείμενο της απεργίας, δηλαδή την αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης. Δεν νοείται διατήρηση ενεργού της υποχρέωσης υπακοής, όταν βρίσκεται σε αναστολή η υποχρέωση εκτέλεσης των καθηκόντων του υπαλλήλου. Με την έννοια αυτή κατά τη διάρκεια μιας απεργίας και όσο χρόνο διαρκεί το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας δεν μπορεί να υπάρξει παράβαση των υποχρεώσεων εκτέλεσης των καθηκόντων και υπακοής του υπαλλήλου / απεργού από τα άρθρα 25 παρ. 1 και 2 ΥπαλλΚώδικα.

4.Η αποδοκιμασία ανταπεργιακών πρακτικών και ρυθμίσεων στο ισχύον δίκαιο - Ο ανταπεργιακός χαρακτήρας της επίμαχης ρύθμισης και η νομική της αξιολόγηση

Με ειδικές απαγορεύσεις δικονομικού και ουσιαστικού δικαίου ο ν. 1264/82 σε αρμονία με τη συνταγματική προστασία της απεργίας (άρθρο 23 παρ. 2) θωρακίζει την άσκηση του δικαιώματος απεργίας, αποδοκιμάζοντας την ανταπεργία, την πρόσληψη απεργοσπαστών, τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, μέτρα που πλαισιώνονται με ποινική και διοικητική προστασία. Θα υπερέβαινε το πλαίσιο της παρούσας γνωμοδότησης οποιαδήποτε αναφορά στον εκφυλισμό ορισμένων από τα μέτρα αυτά και τη νομολογιακή απορρύθμιση του δικαιώματος απεργίας, γι' αυτό και παραλείπεται¹⁵.

Ειδική κατηγορία απαγορευόμενων εργοδοτικών μέτρων αποτελούν τα λεγόμενα ανταπεργιακά επιδόματα.

4.1.Ανταπεργιακά επιδόματα

Η νομοθετική στήριξη της υπόστασης του δικαιώματος απεργίας και της αποτελεσματικότητας της άσκησής του γίνεται, όπως αναφέρθηκε ήδη, με μια σειρά απαγορεύσεων (ανταπεργίας, πρόσληψης απεργοσπαστών, λήψης ασφαλιστικών μέτρων). Ο νομοθέτης, αποδοκιμάζοντας τις κύριες εκφάνσεις συμπεριφορών και ενεργειών που πλήττουν την αποτελεσματικότητα της άσκησης του δικαιώματος απεργίας, εκδηλώνει τη γενική αποδοκιμασία του έναντι κάθε ενέργειας που υπονομεύει τη δραστηριότητα του δικαιώματος. Υπό το πρίσμα αυτό τα ανταπεργιακά επιδόματα που υπόσχεται ή καταβάλλει ο εργοδότης

¹⁵ Για τη νομοθετική θωράκιση του δικαιώματος απεργίας με τις απαγορεύσεις του άρθρου 22 παρ. 1-3 ν. 1264/82 και κριτική στη νομολογιακή απορρύθμιση του δικαιώματος απεργίας βλ. Καζάκου, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 682 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

αποτελούν ένα αντιαπεργιακό μέσο που πλήττει το δικαίωμα και τη αποτελεσματικότητα της άσκησής του.

Οι παροχές ή τα πριμ απεργοσπαστικής συμπεριφοράς δίνονται ως αντικίνητρα, πριν, κατά τη διάρκεια ή και μετά τη λήξη της απεργίας, με στόχο να δελεαστούν οι εργαζόμενοι και να μην ασκήσουν το δικαίωμα απεργίας, έτσι ώστε να σπάσει ο δεσμός αλληλεγγύης των εργαζομένων μεταξύ τους. Οι παροχές αυτές που δίνει ο εργοδότης ή και τρίτοι συχνά διαφοροποιούνται ανάλογα με την ειδικότητα, τη θέση εργασίας, την παροχή ή μη υπερωριακής εργασίας κ.ο.κ. Η ονομασία τους ποικίλει και συνήθως δεν γίνεται ανοιχτά αναφορά σε απεργιακές συμπεριφορές. Η πραγματική αντιαπεργιακή φύση των παροχών αυτών καλύπτεται με ουδέτερες ονομασίες και χαρακτηρισμούς, όπως είναι π.χ. η ονομασία «παροχή ή επίδομα παρουσίας» ή «επίδομα αδιάλειπτης εργασίας». Ο ορθός νομικός χαρακτηρισμός τους ως αντιαπεργιακών παροχών είναι έργο των δικαστηρίων και ο ψευδής ή εσφαλμένος νομικός χαρακτηρισμός της παροχής από τον εργοδότη ή τα μέρη δεν δεσμεύει ούτε τους εργαζομένους ούτε τα δικαστήρια. Η συγκάλυψη του αντιαπεργιακού τους χαρακτήρα γίνεται με τον καθορισμό, γενικά, των δικαιούχων των παροχών παρουσίας, από την καταβολή των οποίων εξαιρούνται όχι μόνο οι απεργοί αλλά και οι απουσιάζοντες λόγω ασθενείας, λόγω άδειας αναψυχής ή λόγω μητρότητας¹⁶. Τέτοιες παροχές είναι παράνομες αντιαπεργιακές και ειδικότερα αντισυνδικαλιστικές ενέργειες, η αντιμετώπιση των οποίων με τις κοινές, ποινικές και διοικητικές, κυρώσεις του ν. 1264/82 δεν είναι αποτελεσματική. Ούτε η επιστροφή των παροχών από τους εργαζομένους που τις έλαβαν (π.χ. με βάση τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό) μπορεί να ελεγχθεί. Αποτελεσματικότητα έχει η αναγνώριση δικαιώματος στους απεργούς να

¹⁶. Wolter, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, Rn. 280wv.

λάβουν και αυτοί τις παροχές, πράγμα που τείνει να εξουδετερώσει τον αντιαπεργιακό τους χαρακτήρα. Ως νομικές βάσεις για διεκδίκηση των παροχών αυτών από τους απεργούς προτείνονται η αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθώς επίσης και οι διατάξεις για ευθύνη από αδικοπραξία, όπου παράνομη πράξη είναι ακριβώς η χορήγηση αντιαπεργιακών παροχών (αντίθεση στο άρθρο 23 παρ. 2 σε συνδυασμό με το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. γ' Σ)¹⁷, που γεννά υποχρέωση για αποζημίωση, ανάλογα με το αν ο εργοδότης υπόσχεται ή καταβάλλει την παροχή κατά τη διάρκεια ή μετά τη λήξη της απεργίας. Μετά τη λήξη της απεργίας η καταβολή παροχών σε απεργοσπάστες δεν παραβιάζει μόνο την αρχή της ίσης μεταχείρισης αλλά συνιστά και μέτρο αντεκδίκησης κατά των εργαζομένων που άσκησαν το δικαίωμα απεργίας¹⁸, καλυπτόμενοι μάλιστα και από το τεκμήριο νομιμότητας.

5. Συμπεράσματα - Ο έλεγχος της νομιμότητας του νομοθετικού αποκλεισμού της συμμετοχής των αξιολογητών που απέχουν από την αξιολόγηση σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων – Έλεγχος της συμπεριφοράς των υπαλλήλων / απεργών κατά το χρονικό διάστημα που καλύπτονται από το τεκμήριο νομιμότητας και το ανασταλτικό αποτέλεσμα της απεργίας και μετά από αυτό – Η

¹⁷. Αντίθεση δημιουργείται και προς το άρθρο 14 παρ. 2 ν. 1264/1982 (απαγόρευση κάθε πράξης ή παράλειψης που κατατείνει στην παρακώλυση της άσκησης συνδικαλιστικών δικαιωμάτων).

¹⁸. *Wolter*, ό.π., αρ. 280ww επ., όπου και περαιτέρω υπομνηματισμός. Έτσι και *Ντάσιος*, τ. Β/Π, 1080 επ., Λεβέντης, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2007, 752 επ., που υποστηρίζει ότι τα αντιαπεργιακά επιδόματα οφείλονται και σε απεργούς, εκτός αν πρόκειται για παράνομη απεργία. Η διάκριση μετά και την απόφαση ΟΛΑΠ 27/2004 που επικύρωσε το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας δεν είναι νόμιμη. Οι απεργοί σε περίπτωση παράνομης απεργίας καλύπτονται από το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας και τη συνακόλουθη συγγνωστή νομική πλάνη μέχρι την τελεσίδικη δικαστική διάγνωση του παράνομου χαρακτήρα της απεργίας. Μόνο αν ο απεργός συνεχίσει να συμμετέχει σε απεργία που κρίθηκε παράνομη με τελεσίδικη δικαστική απόφαση χάνει την αξίωση για το επίδομα. Το ΕιρΠατρ 78/1983, ΕΕργΔ 1983, 808, επιδίκασε το επίδομα αδιάλειπτης εργασίας σε εργαζόμενο που απέργησε. Αντίθετος στην καταβολή των αντιαπεργιακών επιδομάτων και σε απεργούς ο *Παπασταύρου*, Απεργία, 2002, αρ. 163.

αντίθεση της εξεταζόμενης ρύθμισης στις αρχές του πειθαρχικού δικαίου

Όπως αναφέρθηκε ήδη, με τη συμμετοχή των υπαλλήλων στην απεργία που κήρυξε η Α.Δ.Ε.Δ.Υ. επέρχεται προσωρινή αναστολή των κύριων υποχρεώσεων των μερών (για εκτέλεση καθηκόντων και καταβολή του μισθού), καθώς και εκείνων από τις παρεπόμενες υποχρεώσεις που συνδέονται στενά με τις πρώτες. Πρόκειται για τις υποχρεώσεις εκείνες που είναι ενεργές όταν είναι ενεργές και οι κύριες υποχρεώσεις των μερών. Όπως αναφέρθηκε ήδη, χαρακτηριστικό παράδειγμα εδώ αποτελεί το διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη ή η υποχρέωση του δημόσιου υπαλλήλου να συμμορφώνεται με τις εντολές των προϊσταμένων του και να παρέχει τις υπηρεσίες του σύμφωνα με τον νόμο (άρθρο 25 παρ. 1 και 2 ΥπαλλΚώδικα). **Επομένως το ανασταλτικό αποτέλεσμα από την άσκηση του δικαιώματος απεργίας καταλαμβάνει τόσο την υποχρέωση συμμετοχής των υπαλλήλων στις διαδικασίες αξιολόγησης, που αποτελεί και το αντικείμενο της απεργίας, και συγχρόνως και την υποχρέωση υπακοής του υπαλλήλου και συμμόρφωσής του με τις σχετικές εντολές των προϊσταμένων του.** Οι υπάλληλοι με τη συμμετοχή τους στην απεργία δεν παραβαίνουν τον νόμο και τις υποχρεώσεις τους για εκτέλεση των καθηκόντων τους και υπακοής στις διαταγές των προϊσταμένων τους (άρθρο 25 παρ. 1 και 2 ΥπαλλΚώδικα).

Σε συνδυασμό με το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας, που καλύπτει όχι μόνο τη συνδικαλιστική οργάνωση που την αποφασίζει αλλά και τους απεργούς μέχρι την τελεσίδικη διάγνωση του, τυχόν, παράνομου χαρακτήρα της απεργίας (ΟΛΑΠ 27/2004), οι παραλείψεις των υπαλλήλων, που είναι αποτέλεσμα της συμμετοχής τους στην απεργία της Α.Δ.Ε.Δ.Υ., δεν μπορούν, εξ ορισμού, να αποτελούν ή να αξιολογούνται ως αντιπειθαρχικές συμπεριφορές ούτε επομένως να

θεμελιώσουν πειθαρχική αξίωση κατά των υπαλλήλων ή να δικαιολογήσουν άλλου είδους κυρώσεις ή επαχθείς σε βάρος τους συνέπειες. Για τους ίδιους λόγους ούτε η *ex lege* κύρωση της επίμαχης ρύθμισης, για στέρηση της συμμετοχής σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϋσταμένων από όσους αξιολογητές υπαλλήλων δεν εκπληρώνουν υπαιτίως την υποχρέωση αξιολόγησης των υφισταμένων τους, είναι νόμιμη. Όπως αναφέρθηκε ήδη, η ρύθμιση αυτή πλήττει καίρια το απεργιακό δικαίωμα, αναγορεύοντας εμμέσως πλην σαφώς τη νόμιμη συμμετοχή των υπαλλήλων στην απεργία σε υπαίτια και παράνομη πράξη που καλεί σε εφαρμογή την κύρωση του νόμου. Το γεγονός περαιτέρω ότι αυτό γίνεται και σε χρόνο κατά τον οποίο η απεργία αλλά και οι ίδιοι οι απεργοί καλύπτονται από το τεκμήριο νομιμότητας και το ανασταλτικό αποτέλεσμα της απεργίας αποτελεί, οιονεί, επιβαρυντική κατάσταση που στερεί από την επίμαχη ρύθμιση κάθε επίφαση νομιμότητας / συνταγματικότητας. Η αντίθεση στο άρθρο 23 παρ. 2 Σ για την προστασία του δικαιώματος απεργίας είναι εμφανής. Γιατί το ανασταλτικό αποτέλεσμα και το τεκμήριο νομιμότητας, της απεργίας αποτελούν στοιχεία του προστατευόμενου από το Σύνταγμα δικαιώματος (άρθρο 23 παρ. 2 Σ), χωρίς τα οποία η άσκησή του καθίσταται, σχεδόν, αδύνατη. Η αναστολή υποχρεώσεων των μερών αποτελεί, όπως αναφέρθηκε ήδη, μια ειδική μορφή μη ομαλής εξέλιξης στη λειτουργία της εργασιακής / υπαλληλικής σχέσης, η οποία ωστόσο είναι νόμιμη συνέπεια της συμμετοχής του προσώπου στην απεργία¹⁹. Επομένως η αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης που είναι και το αντικείμενο της απεργίας δεν συνιστά, επαναλαμβάνουμε, άρνηση

¹⁹ Η αναστολή των κύριων υποχρεώσεων των μερών κατά τη διάρκεια απεργίας εντάσσεται από τυπική άποψη στις ανωμαλίες παροχής (αδυναμία, υπερημερία, πλημμελής εκπλήρωση). Η αποχή από την εργασία ωστόσο είναι απολύτως νόμιμη ενέργεια που προστατεύει το ίδιο το Σύνταγμα, καθώς και διεθνείς και υπερεθνικοί κανόνες δικαίου. Βλ. για όλα αυτά αναλυτικά Kazakos, Die Suspendierung.

εκτέλεσης εντολών ή καθηκόντων των υπαλλήλων και άρα δεν αποτελεί αντιπειθαρχική ή, γενικά, παραβατική συμπεριφορά που θα μπορούσε να οδηγήσει στην επιβολή πειθαρχικής ποινής ή κάθε είδους κυρώσεων.

Η αντίθεση της επίμαχης ρύθμισης στις εγγυήσεις του πειθαρχικού δικαίου

Παράλληλα, η εδώ κρινόμενη ρύθμιση, για στέρηση της συμμετοχής σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων από όσους αξιολογητές υπαλλήλων δεν εκπληρώνουν υπαιτίως την υποχρέωση αξιολόγησης των υφισταμένων τους, κινείται στον αντίποδα και των αρχών του πειθαρχικού δικαίου. Η παράκαμψη των αρχών του πειθαρχικού δικαίου και των εγγυήσεων, γενικά, υπέρ των πειθαρχικά διωκομένων είναι εμφανής. Η κύρωση που εισάγεται με την κρινόμενη ρύθμιση, η στέρηση από τους απεργούς της συμμετοχής σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων, αποτελεί, προδήλως, τιμώρηση και μάλιστα βαριά των υπαλλήλων που απεργούν. Η τιμώρηση αυτή επιβάλλεται, όπως αναφέρθηκε ήδη, χωρίς να συντρέχει κανενός είδους αθέτηση / παράβαση υποχρεώσεων των υπαλλήλων και μάλιστα υπαίτια. Γι' αυτό και η επίμαχη ρύθμιση πλήττει καίρια, όπως είδαμε, το προστατευόμενο από το Σύνταγμα δικαίωμα απεργίας, λαμβανομένου υπόψη ότι η αποχή από τις διαδικασίες αξιολόγησης είναι απόλυτα νομιμοποιημένη με βάση το ανασταλτικό αποτέλεσμα της απεργίας σε συνδυασμό με το τεκμήριο νομιμότητάς της. Όσο διαρκεί το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας δεν στοιχειοθετείται κανένα πραγματικό παράβαση υποχρεώσεων που θα μπορούσε να δικαιολογήσει την επιβολή κυρώσεων σε βάρος των απεργών. Στην ανάγκη αποτελεσματικής προστασίας της άσκησης συνταγματικών δικαιωμάτων, μεταξύ αυτών και του δικαιώματος απεργίας, απαντά η ρύθμιση του άρθρου 106 παρ. 3 ΥπαλλΚώδικα: «Το υπαλληλικό καθήκον ... σε καμιά

περίπτωση δεν επιβάλλει στον υπάλληλο πράξη ή παράλειψη που να αντίκειται προδήλως στις διατάξεις του Συντάγματος και των νόμων».

Αλλά και μετά τη λήξη του τεκμηρίου νομιμότητας της απεργίας (με την έκδοση τελεσίδικης δικαστικής απόφασης που διαγιγνώσκει τον, τυχόν, παράνομο χαρακτήρα της) η συμπεριφορά των υπαλλήλων (κατά τη διάρκεια της απεργίας μέχρι την τελεσίδικη διάγνωση) επίσης δεν μπορεί να δικαιολογήσει την επιβολή κυρώσεων. Μένει επομένως να εξετάσουμε αν η συνέχιση της απεργίας και μετά την τελεσίδικη διάγνωση του, τυχόν, παράνομου χαρακτήρα της μπορεί να δικαιολογήσει την κύρωση του νόμου. Πράγματι, μετά την τελεσίδικη διάγνωση του, τυχόν, παράνομου χαρακτήρα της απεργίας, σε αρμονία πάντοτε με την ΟΛΑΠ 27/2004, η συνέχιση της απεργίας από τους υπαλλήλους στοιχειοθετεί, καταρχήν, αθέτηση των υποχρεώσεών τους για εκτέλεση των καθηκόντων τους και υπακοή στις διαταγές των προϊσταμένων τους (άρθρο 25 παρ. 1 και 2 ΥπαλλΚώδικα). Άρα με βάση το ισχύον πειθαρχικό δίκαιο (άρθρα 106 επ. ΥπαλλΚώδικα) θα μπορούν να αναζητηθούν ευθύνες από τους υπαλλήλους. Η επιβολή ωστόσο κυρώσεων σε βάρος των υπαλλήλων, που έχει σαφώς τιμωρητικό και πειθαρχικό χαρακτήρα, επιβάλλεται να γίνεται με τη διαδικασία των άρθρων 106 επ. ΥπαλλΚώδικα. Με την εδώ εξεταζόμενη ρύθμιση ωστόσο η επιβολή της ειδικής κύρωσης της στέρησης της συμμετοχής σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων από όσους αξιολογητές υπαλλήλων δεν εκπληρώνουν υπαιτίως την υποχρέωση αξιολόγησης των υφισταμένων τους, βρίσκεται εκτός του πλαισίου του πειθαρχικού δικαίου των υπαλλήλων (άρθρα 106 επ. ΥπαλλΚώδικα). Η σχέση της επίμαχης νομοθετικής ρύθμισης προς το πειθαρχικό δίκαιο δεν είναι σχέση δύο νομοθετημάτων του κοινού δικαίου, ενός παλαιότερου και ενός νεότερου ή μιας ειδικής και μιας γενικής ρύθμισης. Πρόκειται στην πραγματικότητα για την αντίθεση ενός κοινού νόμου, της εδώ

εξεταζόμενης ρύθμισης, προς τις αρχές, δικονομικές και ουσιαστικές, και, γενικά, προς τις εγγυήσεις του πειθαρχικού δικαίου που έχουν συνταγματική θεμελίωση. Επομένως η ένταση που δημιουργείται αφορά τη σχέση της εξεταζόμενης ρύθμισης με τις διατάξεις του Συντάγματος στις οποίες στηρίζονται οι αρχές και, γενικά, οι εγγυήσεις του πειθαρχικού δικαίου, τις οποίες ακριβώς παρακάμπτει η επίμαχη ρύθμιση.

Παρά τους διαφορετικούς σκοπούς τους η συγγένεια πειθαρχικής και ποινικής αξίωσης, που κατευθύνονται στην τιμώρηση του δράστη πειθαρχικού ή ποινικού παραπτώματος, εξηγεί και τα «δάνεια» που παίρνει το πειθαρχικό από το ποινικό δίκαιο, στο πλαίσιο είτε αναλογίας δικαίου, είτε ανάλογης εφαρμογής ρυθμίσεων στις οποίες αποτυπώνονται βασικές επιλογές της έννομης τάξης και συχνά εξειδικεύονται συνταγματικές επιταγές και απαγορεύσεις. Επίσης, λόγω της στενής συγγένειας του πειθαρχικού δικαίου της εκμετάλλευσης με το δημοσιοϋπαλληλικό πειθαρχικό δίκαιο, ανατρέχουμε στις αρχές του τελευταίου για την κάλυψη των κενών που παρουσιάζονται στο πειθαρχικό δίκαιο της εκμετάλλευσης²⁰. Σε ό,τι αφορά τις συνταγματικές αρχές, π.χ. την αρχή του *nullum crimen nulla poena sine lege certa* (άρθρο 7 παρ. 1 Σ), αυτές εφαρμόζονται ευθέως στις ιδιωτικού δικαίου έννομες σχέσεις του πειθαρχικού δικαίου λόγω της άμεσης ενέργειας των διατάξεων του Συντάγματος για τα δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου. Τα δικαιώματα αυτά ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν δυνάμει της ρητής επιταγής του άρθρου 25 παρ. 1 εδ. γ' Σ.

Οι αρχές του ουσιαστικού πειθαρχικού δικαίου, όπως άλλωστε και οι αρχές του δικονομικού πειθαρχικού δικαίου, συνθέτουν ένα πλαίσιο

²⁰. Βλ. για όλα αυτά και *Καρακατσάνη / Γαρδίκια*, ό.π., αρ. 709 και 710.

εγγυήσεων ορθοκρισίας για την προστασία του πειθαρχικά διωκομένου από την αυθαίρετη άσκηση της πειθαρχικής εξουσίας. Τα ίδια *mutatis mutandis* ισχύουν και για το πειθαρχικό δίκαιο των δημοσίων υπαλλήλων²¹.

Η συνταγματική θεμελίωση των αρχών, ουσιαστικών και δικονομικών, του πειθαρχικού δικαίου είναι ρητή ή και εμφανής σε ό,τι αφορά τις αρχές του *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, της απαγόρευσης της αναδρομής και της απαγόρευσης της αναλογίας και της διασταλτικής ερμηνείας (άρθρο 7 παρ. 1 Σ), την προηγούμενη κλήση του πειθαρχικά διωκομένου σε απολογία (άρθρο 20 παρ. 2 Σ), την αρχή της ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολόγησης των πειθαρχικών αποφάσεων (άρθρο 93 παρ. 3 Σ), την αρχή της αναλογικότητας κατά την επιμέτρηση των ποινών (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Σ)²². Το δικαίωμα παράστασης του πειθαρχικά διωκομένου με ή δια δικηγόρου θεμελιώνεται επιπλέον και στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, όπως και το τεκμήριο αθωότητας αυτού.

Το ίδιο σύστημα συνταγματικών αρχών και αξιών υπηρετεί και το πειθαρχικό δίκαιο του ΥπαλλΚώδικα. Το άρθρο 108 ΥπαλλΚώδικα επιτάσσει την εφαρμογή των κανόνων και αρχών του ποινικού δικαίου και κάνει μια ενδεικτική παράθεση αυτών. Η αρχή του *nullum crimen nulla poena sine lege certa* αποτυπώνεται στα άρθρα 108 και 109 ΥπαλλΚώδικα. Περαιτέρω, «πειθαρχική ποινή δεν επιβάλλεται εάν ο υπάλληλος δεν κληθεί προηγουμένως σε απολογία» (άρθρο 134 παρ. 1 εδ. α' ΥπαλλΚώδικα). Ο πειθαρχικά διωκόμενος έχει δικαίωμα να παραστεί στη διαδικασία ενώπιον των Υπηρεσιακών Συμβουλίων και των διοικητικών συμβουλίων των νπδδ είτε αυτοπροσώπως είτε δια ή μετά πληρεξουσίου δικηγόρου (άρθρο 136 παρ. 2 ΥπαλλΚώδικα).

²¹ Βλ. Καζάκου, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 496, όπου και περαιτέρω παραπομπές.

²² Καζάκος, ό.π., 496 επ.

Επιβάλλεται η αιτιολόγηση των πειθαρχικών αποφάσεων (άρθρο 140 παρ. 2 στ. στ' ΥπαλλΚώδικα), ενώ επιβάλλεται η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατά την επιμέτρηση της ποινής (άρθρο 111 παρ. 2 εδ. β' και 3 σε συνδυασμό με το άρθρο 108 ΥπαλλΚώδικα).

Σε περίπτωση που η Α.Δ.Ε.Δ.Υ. θα συνέχιζε, τυχόν, την απεργία μετά την τελεσιδικία της απόφασης που θα έκρινε παράνομη την απεργία της, οι υπάλληλοι που θα συνέχιζαν να συμμετέχουν στην απεργία δεν θα καλύπτονταν πλέον από το τεκμήριο νομιμότητας και το ανασταλτικό αποτέλεσμα της απεργίας. Στην περίπτωση αυτή θα είχαμε παράβαση των υποχρεώσεών τους από το άρθρο 25 παρ. 1 και 2 ΥπαλλΚώδικα, εκτός αν κρινόταν ότι οι σχετικές με τις διαδικασίες αξιολόγησης διαταγές είναι προδήλως αντισυνταγματικές ή παράνομες, οπότε η περίπτωση θα κρινόταν κατά τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 και 4 ΥπαλλΚώδικα. Το τελευταίο αυτό ζήτημα υπερβαίνει τα όρια της παρούσας γνωμοδότησης και γι' αυτό δεν εξετάζεται εδώ.

Τυχόν συνέχιση της απεργίας από τους αξιολογητές και μετά τη λήξη του τεκμηρίου νομιμότητάς της θα δημιουργούσε ένα νέο πεδίο έντασης, αυτή τη φορά με τις εγγυήσεις του πειθαρχικού δικαίου. Γιατί, ενώ για την περίπτωση αυτή θα αξίωναν εφαρμογή οι διατάξεις του πειθαρχικού δικαίου για τις υπέρ των διωκομένων εγγυήσεις, η τιμωρητικού χαρακτήρα ρύθμιση του άρθρου 36 παρ. 4 ν. 4489/2017 κινείται εκτός του πλαισίου των εγγυήσεων αυτών και επομένως η εφαρμογή της θα ήταν αντίθετη προς τις συνταγματικές διατάξεις στις οποίες θεμελιώνονται οι αρχές του πειθαρχικού δικαίου.

5.1. Τελικό συμπέρασμα²³

Το τελικό συμπέρασμα των αναλύσεων που προηγήθηκαν είναι ότι οι υπάλληλοι δεν μπορούν να διωχθούν ή να τους επιβληθούν κυρώσεις κάθε είδους, επομένως ούτε η κύρωση του άρθρου 36 παρ. 4 ν. 4489/2017 λόγω της συμμετοχής τους στην απεργία της Α.Δ.Ε.Δ.Υ., όσο αυτή συνεχίζεται και καλύπτεται από το τεκμήριο νομιμότητας, σε αρμονία με τη θεμελιώδη απόφαση της ΟΛΑΠ 27/2004. Όσο η απεργία παράγει το ανασταλτικό αποτέλεσμά της σε σχέση με τα καθήκοντα των υπαλλήλων / απεργών η αποχή τους από τις διαδικασίες αξιολόγησης είναι καθόλα νόμιμη.

Σε περίπτωση τώρα που η απεργία συνεχιστεί και μετά την παύση του τεκμηρίου νομιμότητας, δηλαδή μετά την τελεσιδικία της απόφασης που αναγνωρίζει, τυχόν, παράνομο χαρακτήρα της απεργίας, στους υπαλλήλους που, τυχόν, θα συμμετάσχουν σε αυτή δεν μπορεί να επιβληθεί η στέρηση συμμετοχής των αξιολογητών των υπαλλήλων σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3528/2007 και του ν. 3584/2007 ή σύμφωνα με άλλες γενικές ή ειδικές διατάξεις, αν υπαιτίως δεν εκπληρώνουν την υποχρέωση αξιολόγησης των υφισταμένων τους (άρθρο 36 παρ. 4 ν. 4489/2017). Ο τιμωρητικός χαρακτήρας της εδώ εξεταζόμενης διάταξης την εντάσσει στο σύστημα των αρχών που πρέπει να τηρούνται σε κάθε περίπτωση τιμώρησης, ποινικής ή πειθαρχικής. Επομένως, τυχόν επιβολή της στέρησης συμμετοχής των αξιολογητών των υπαλλήλων σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων προσκρούει στις

²³ Τα συμπεράσματα της παρούσας γνωμοδότησης απαντούν μόνο στα τεθέντα ερωτήματα. Ο έλεγχος της επίμαχης ρύθμισης από τη σκοπιά του Δημοσίου Δικαίου μένει ανοιχτός.

συνταγματικές διατάξεις στις οποίες θεμελιώνονται οι αρχές του πειθαρχικού δικαίου, ουσιαστικές και δικονομικές, και επομένως η διάταξη του άρθρου 36 παρ. 4 ν. 4489/2017 δεν μπορεί να εφαρμοστεί λόγω αντίθεσης στις διατάξεις του Συντάγματος που παρατέθηκαν παραπάνω. Οι υπάλληλοι που, τυχόν, συνεχίζουν μια απεργία και μετά την τελεσίδικη δικαστική διάγνωση του παράνομου χαρακτήρα της έχουν αξίωση, εάν διωχθούν, να κριθούν με βάση τις διατάξεις του πειθαρχικού δικαίου του ΥπαλλΚώδικα (άρθρα 106 επ.), με την τήρηση όλων των εγγυήσεων υπέρ των πειθαρχικά διωκομένων και ιδίως των αρχών, ουσιαστικών και δικονομικών, του πειθαρχικού δικαίου. Άλλωστε, στο ισχύον πειθαρχικό δίκαιο η στέρηση συμμετοχής του άρθρου 36 παρ. 4 ν. 4489/2017 δεν περιλαμβάνεται στις πειθαρχικές ποινές του άρθρου 109 παρ. 1 ΥπαλλΚώδικα. Επομένως δεν θα μπορούσε να επιβληθεί μια τέτοια κύρωση στους υπαλλήλους, ακόμη και αν ακολουθούνταν η πειθαρχική διαδικασία, γιατί αυτό θα ήταν αντίθετο προς την αρχή *nullum crimen nulla poena sine lege certa* που θεμελιώνεται στο άρθρο 7 παρ. 1 Σ.

Θεσσαλονίκη, 26.9.2017

Καθηγητής Άρις Καζάκος