

Αρις Γ. Καζάκος
Καθηγητής Εργατικού Δικαίου
στο Τμήμα Νομικής της Σχολής Ν.Ο.Π.Ε.
του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης
Δικηγορικό Γραφείο: Φράγκων 3 – Τ.Κ. 54626 – Τηλ. 2310/535354, 541476, 530468
Fax 2310/530468 - E-mail: arkaz@law.auth.gr – akazakos@otenet.gr

Θεσσαλονίκη, 22.03.2010

Γ Ν Ω Μ Ο Δ Ο Τ Η Σ Η

Η Ο.Ε.Ν.Γ.Ε. μου γνωστοποίησε τα εξής:

Με κλαδική συλλογική σύμβαση εργασίας που υπεγράφη την 01.12.2008 από την Ο.Ε.Ν.Γ.Ε. και τον Υπουργό Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης και είχε ετήσια διάρκεια (01.01.2009 – 31.12.2009) ρυθμίστηκαν όροι απασχόλησης των νοσοκομειακών γιατρών κλάδου Ε.Σ.Υ. και ειδικευομένων. Με τη σύμβαση ρυθμίστηκαν, μεταξύ άλλων, θέματα εφημεριών, καθώς και μισθολογικά θέματα. Στη συνέχεια θεσπίστηκε ο ν. 3754/2009, με τον οποίο επικυρώθηκε ουσιαστικά, πλην ορισμένων αποκλίσεων, η συλλογική σύμβαση.

Με τις περικοπές επιδομάτων και η κατάργηση της αυτοτελούς φορολόγησης των εφημεριών και του αφορολογήτου της αποζημίωσης βιβλιοθήκης που νομοθετήθηκαν με το ν. ... / 2010 δημιουργείται πλέον ένα νέο πλαίσιο κανόνων, που αντιβαίνουν τόσο στην κλαδική συλλογική σύμβαση εργασίας, όσο και στο ν. 3754/2009.

Ερωτάται, αν

- α) μπορεί ο νομοθέτης με νεότερο νόμο να καταργεί ή να περιορίζει ρυθμίσεις που έχουν προηγουμένως θεσπιστεί με κλαδική συλλογική σύμβαση εργασίας που έχει επικυρωθεί με νόμο, αθετώντας έτσι συμβατικές υποχρεώσεις του Δημοσίου και
- β) αν η αθέτηση των συμφωνηθέντων από το Δημόσιο συνεπάγεται και απαλλαγή των νοσοκομειακών γιατρών από τις υποχρεώσεις τους που έχουν θεσπιστεί με την κλαδική συλλογική σύμβαση εργασίας.

ΑΠΑΝΤΗΣΗ

Α) Το αφορολόγητο του επιδόματος βιβλιοθήκης, η αυτοτελής φορολόγηση της αμοιβής για εφημερίες και το αφορολόγητο των εφημεριών πέραν ενός ορίου πηγή ρύθμισης, καθώς και του 50% της εφημερίας των Διευθυντών γιατρών της Α΄ ζώνης πηγή ρύθμισης έχουν την κλαδική συλλογική σύμβαση εργασίας, η οποία, εξ όσων γνωρίζω, δεν έχει καταγγελθεί. Την ίδια πηγή ρύθμισης έχουν και η χορήγηση στους νοσοκομειακούς γιατρούς που συνταξιοδοτούνται υποχρεωτικά των αποδοχών του επόμενου βαθμού και, βεβαίως, οι αυξήσεις στο ισχύον μισθολόγιο των νοσοκομειακών γιατρών (όρος 7 της κλαδικής συλλογικής σύμβασης). Επομένως, μετά και τη θέσπιση του ν. 3754/2009 που, στο μεγαλύτερο μέρος του, επένδυσε τη συλλογική σύμβαση με την ισχύ τυπικού νόμου, έχουμε δύο νομικά θεμέλια για την αμοιβή των εφημεριών: Την κλαδική συλλογική σύμβαση και το νόμο.

Β) Αυτή η νομική θεμελίωση των παροχών διατηρεί τη σημασία της, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι για ορισμένα θέματα (μισθολογικά, φορολογικά) ο ορθός νομικός χαρακτηρισμός αυτής της συλλογικής σύμβασης είναι συλλογική συμφωνία. Πράγματι, σύμφωνα με το άρθρο 13 παρ. 1 ν. 2738/1999 «συλλογική διαπραγμάτευση για ρύθμιση ζητημάτων των όρων και συνθηκών απασχόλησης των υπαλλήλων που δεν ρυθμίζονται σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 3 του παρόντος (νόμου) λόγω συνταγματικών περιορισμών (όπως ιδίως είναι τα ζητήματα μισθών, συντάξεων, σύστασης οργανικών θέσεων, προσόντων, τρόπου διορισμού κ.λπ.) μπορεί να καταλήγει σε συλλογική συμφωνία». Η συλλογική σύμβαση εργασίας του 2008 μπορεί να έχει **μεικτό χαρακτήρα**, να είναι δηλαδή συλλογική συμφωνία κατά τους όρους της που ρυθμίζουν θέματα εκτός του καταλόγου του άρθρου 3 ν.

2738/1999 και συγχρόνως συλλογική σύμβαση εργασίας κατά τους όρους της που ρυθμίζουν θέματα του ίδιου καταλόγου.

Γ) Και η συλλογική συμφωνία παράγει δεσμεύσεις για το Δημόσιο, ενώ σε περίπτωση αθέτησής της δημιουργείται ευθύνη του Δημοσίου σε αποζημίωση. Κύρια βάση της ευθύνης του Δημοσίου εδώ είναι η αθέτηση των υποχρεώσεων από τη συλλογική σύμβαση – συμφωνία σε συνδυασμό με την παραβίαση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Ο νόμος με τον οποία μειώνονται μισθοί που έχουν θεσπιστεί με συλλογική σύμβαση ή με συλλογική συμφωνία πλήττει ευθέως τη συλλογική αυτονομία στο Δημόσιο (άρθρο 22 παρ. 3 Σ και άρθρο 11 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, που έχει ισχύ υπέρτερη της ισχύος κοινών νόμων, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος. Βλ. και Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, άρθρα 15 παρ. 1, 31 παρ. 1 και 17, σε ισχύ από 01.12.2009) και συγχρόνως παραβιάζει την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης τόσο της Ο.Ε.Ν.Γ.Ε. που υπέγραψε τη συλλογική σύμβαση όσο και των προσώπων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της σύμβασης, εμπιστοσύνη στο ότι το κράτος θα εφαρμόσει τη συμφωνία, την οποία τώρα, μετά από ένα χρονικό διάστημα ομαλής εφαρμογής της, ανατρέπει. Θα πρέπει να υπογραμμιστεί ότι το άρθρο 22 παρ. 3 Σ για τη συλλογική αυτονομία στο Δημόσιο προστατεύει όχι μόνο τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας αλλά και τις συλλογικές συμφωνίες, όπως συμβαίνει και με την παρ. 2 του ίδιου άρθρου (22), που συμπροστατεύει και τις συλλογικές συμφωνίες ενοχικού τύπου. Αλλά και γενικότερα, ανεξάρτητα από την προσβολή της συλλογικής αυτονομίας και την παραβίαση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης στην τήρηση των συμφωνηθέντων, προβληματική είναι η μείωση μισθών και επιδομάτων με νόμο, ακόμη και όταν αυτά έχουν θεσπιστεί μόνο με νόμο, γιατί πλήττονται κεκτημένα δικαιώματα που αποτελούν στοιχεία

της περιουσίας, με την ευρεία έννοια του όρου. Την οποία περιουσία εγγυάται η υπερνομοθετικής ισχύος (άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος) Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου – Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο, η οποία, μάλιστα, εγγυάται ως στοιχείο της περιουσίας όχι μόνο δικαιώματα αλλά ακόμη και απλά οικονομικά συμφέροντα, σύμφωνα και με την πάγια νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου - Στρασβούργο (βλ. σχετικά ΟΛΑΠ 40/1998, η οποία παραπέμπει στην πλούσια νομολογία του Δικαστηρίου του Στρασβούργου). Τέλος, ακόμη και στο πλαίσιο των νομοθετικών μέτρων για μείωση μισθών και επιδομάτων παραμένει προς διερεύνηση το ζήτημα τι αποτελεί επίδομα και τι βασικός μισθός. Γιατί οι περικοπές και οι μειώσεις κλιμακώνονται ανάλογα με το αν πρόκειται για το βασικό μισθό ή για επιδόματα. Η αμοιβή των εφημεριών αποτελεί αμοιβή υπερωριακής εργασίας, λόγω της τακτικότητας της οποίας θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι ενσωματώνεται στις βασικές αποδοχές. Γιατί οι εφημερίες είναι τακτικώς παρεχόμενη υπερωριακή εργασία, αφού οι νοσοκομειακοί γιατροί παγίως συμμετέχει σε προγράμματα εφημεριών. Γι' αυτό και η αμοιβή τους θα πρέπει να εντάσσεται στις βασικές αποδοχές. Αυτό δεν αναιρεί την αυτοτέλεια των εφημεριών ούτε εμποδίζει την εφαρμογή ειδικών κανόνων προσδιορισμού της αμοιβής τους. Οι υπηρεσίες εφημεριών είναι υπηρεσίες υπερωριών και ο προσδιορισμός της αμοιβής τους θα πρέπει να ακολουθεί τους κανόνες υπολογισμού της αμοιβής της υπερωριακής εργασίας. Θα πρέπει εδώ να υπογραμμίσουμε ότι κρίσιμο ζήτημα κάθε φορά δεν είναι η ονομασία που δίνει ο νόμος σε μια παροχή, αν δηλαδή αυτή ονομάζεται επίδομα, αλλά ο ορθός νομικός χαρακτηρισμός αυτής της παροχής. Έτσι, αν μια παροχή έχει ως αιτία την τακτική παροχή υπηρεσιών καθ' υπέρβαση του κανονικού ωραρίου και δεν δίνεται για κάποιον ειδικό σκοπό, τότε ο νομικός χαρακτηρισμός της ως επιδόματος από το νομοθέτη δε δεσμεύει

τα δικαστήρια, που θα προχωρήσουν στον ορθό νομικό χαρακτηρισμό της παροχής, αγνοώντας τον ψευδή ή εσφαλμένο νομικό χαρακτηρισμό στον οποίο έχει προβεί ο νομοθέτης (από τις πιο πρόσφατες αποφάσεις για την ελευθερία του δικαστηρίου να προβαίνει στον ορθό νομικό χαρακτηρισμό, αγνοώντας τον *ex lege* ψευδή ή εσφαλμένο νομικό χαρακτηρισμό βλ. ΟΛΑΠ 18/2006). Η συμμετοχή των γιατρών σε εφημερίες, ως τακτικώς παρεχόμενη υπηρεσία, κατατάσσεται στην υπερωριακή απασχόληση των νοσοκομειακών γιατρών, ενώ η αμοιβή τους είναι, ουσιαστικά, στοιχείο των βασικών αποδοχών, παρά το γεγονός ότι θα πρέπει να προσδιορίζεται με βάση τους κανόνες υπολογισμού της αμοιβής της υπερωριακής εργασίας.

Περαιτέρω, μένει προς διερεύνηση ένα ακόμη ζήτημα, όταν οι αποδοχές αποτελούνται κυρίως από ειδικές παροχές ή επιδόματα. Γιατί, όπως είναι ευνόητο, οι μεγαλύτερες περικοπές των επιδομάτων σε σύγκριση με τις μειώσεις του βασικού μισθού πλήττουν υπέρμετρα, κατά παράβαση της αρχής της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος) όσους υπαλλήλους έχουν μισθό, αποτελούμενο σε μεγάλο ποσοστό από επιδόματα. Κατά τα λοιπά, νομοθετικές μεταβολές, όπως η κατάργηση του αφορολογήτου της αποζημίωσης βιβλιοθήκης, για την οποία ισχύουν όσα αναπτύχθηκαν παραπάνω για την παραβίαση της συλλογικής αυτονομίας και της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, μπορούν να αντιμετωπιστούν και αυτοτελώς, ακόμη και αν υποθέσουμε ότι ο νόμος για τις μειώσεις μισθών στο Δημόσιο είναι σύμφωνος με το Σύνταγμα και την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου. Η αποζημίωση βιβλιοθήκης είναι, κατά πάσα πιθανότητα, ανταποδοτική παροχή, οπότε δεν μπορεί να φορολογείται.

Δ) Παρά τις θεωρητικές κατασκευές για τις ιδιαιτερότητες στις σχέσεις κράτους και δημοσίων υπαλλήλων σε σύγκριση με τις εργασιακές σχέσεις ιδιωτικού δικαίου, στον πυρήνα τους οι δημοσιοϋπαλληλικές

σχέσεις φέρουν έντονο το αποτύπωμα ενός βασικού συναλλάγματος: παροχή υπηρεσιών έναντι μισθού. Όταν δεν καταβάλλεται ο μισθός ή όταν καταβάλλεται μειωμένος μισθός, ιδίως όταν πηγή ρύθμισης, όπως εδώ, είναι η συλλογική αυτονομία στο Δημόσιο (άρθρο 22 παρ. 3 του Συντάγματος με τη σύναψη συλλογικών συμβάσεων και συμφωνιών), τότε διαταράσσεται το συνάλλαγμα και θα πρέπει, κατά τη γνώμη μου, να εφαρμόζονται οι γενικές αρχές του ιδιωτικού δικαίου που αφορούν την άρνηση εκπλήρωσης της υποχρέωσης παροχής υπηρεσιών, έως ότου συμμορφωθεί το Δημόσιο ή το ΝΠΔΔ με τις ληξιπρόθεσμες υποχρεώσεις του. Το ίδιο ισχύει και για την τήρηση όλων των αναγκαστικού δικαίου ρυθμίσεων του νόμου για τα μέγιστα επιτρεπόμενα όρια εφημεριών ή για τη σύνθεση των εφημεριών με γιατρούς ειδικοτήτων, έτσι ώστε να υπάρχουν οι εγγυήσεις ασφαλούς για τους ασθενείς αλλά και τους γιατρούς παροχής υπηρεσιών. Παρά τα αντιθέτως υποστηριζόμενα, η επίσχεση εργασίας για κάθε εργαζόμενο, άρα και για τους δημοσίους υπαλλήλους, αποτελεί βασικό μέσο αυτοδύναμης προστασίας, όταν ο εργοδότης δεν εκπληρώνει τις ουσιώδεις υποχρεώσεις που τον βαρύνουν. Αυτό ισχύει κατά μείζονα λόγο όταν ο εργοδότης, το Δημόσιο ή το νπδδ, δεν εκπληρώνει τη μισθολογική του υποχρέωση. Δεδομένου ότι ο μισθός, τόσο στις δημοσιούπαλληλικές όσο και τις ιδιωτικού δικαίου σχέσεις, έχει μια σπουδαία βιοποριστική λειτουργία, δεν θα μπορούσε κανείς να παραιτηθεί από ένα φυσικό δικαίωμα αυτοδύναμης προστασίας, αφού η καθυστέρηση στην πληρωμή του μισθού ανατρέπει τη βάση βιοπορισμού του εργαζομένου. Με την έννοια αυτή το άρθρο 325 ΑΚ για το δικαίωμα επίσχεσης ανήκει στις γενικές αρχές του ιδιωτικού δικαίου και πρέπει να εφαρμόζεται και στις δημοσιούπαλληλικές σχέσεις. Όπως είναι γνωστό, οι γενικές αρχές του ιδιωτικού δικαίου εφαρμόζονται και στο διοικητικό δίκαιο (βλ. από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας 1211/2008, 3090/2007, 636/2007, 2015/2006). Στο ίδιο αποτέλεσμα

φτάνουμε και μέσω της αρχής της καλόπιστης εκπλήρωσης των παροχών. Σύμφωνα και με την προπαρατεθείσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας μία από τις γενικές αρχές του ιδιωτικού δικαίου είναι και η αρχή της καλόπιστης εκπλήρωσης των παροχών με βάση το άρθρο 288 ΑΚ. Η αρχή αυτή υποχρεώνει τόσο τα νοσηλευτικά ιδρύματα όσο και τους γιατρούς που υπηρετούν στα νοσοκομεία στο πλαίσιο μιας σχέσης δημοσίου δικαίου. Αυτό σημαίνει ότι όταν το Δημόσιο ή το νπδδ δεν εκπληρώνει την υποχρέωσή του για μισθοδοσία των νοσοκομειακών γιατρών, οι τελευταίοι μπορούν με βάση το άρθρο 288 ΑΚ και λόγω του αμφοτεροβαρούς χαρακτήρα της υπηρεσιακής τους σχέσης να αναστέλλουν μονομερώς την υποχρέωσή τους για παροχή των υπηρεσιών τους. Εξάλλου, η ίδια διάταξη υποχρεώνει το νοσοκομείο να ανέχεται την προσωρινή διακοπή της λειτουργίας της δημοσιοϋπαλληλικής σχέσης. Το δικαίωμα επίσχεσης εργασίας ή διακοπής της παροχής υπηρεσίας, κατά τα άρθρα 325 και 288 ΑΚ, αντίστοιχα, ιδίως όταν η καθυστέρηση στην πληρωμή του μισθού είναι μεγάλη, βρίσκεται σε αρμονία και με την ιδέα που εκφράζει το, επίσης φυσικό, δικαίωμα άμυνας. Όπως είναι γνωστό, η υπεράσπιση που γίνεται στο πλαίσιο άμυνας δεν αποτελεί παράνομη πράξη (άρθρο 284 ΑΚ). Άλλωστε, μια τέτοια υπεράσπιση κατατείνει, επιπλέον, στην προστασία της περιουσίας, βασικό στοιχείο της οποίας είναι ο μισθός. Η περιουσία έχει ευρύτατη προστασία από το υπερνομοθετικής ισχύος Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ (βλ. σχετικά ΟΛΑΠ 40/1998). Η ανάγκη αυτοδύναμης προστασίας του μισθού ως στοιχείου της περιουσίας γίνεται ακόμη μεγαλύτερη, αν αναλογιστεί κανείς τους βραδύτατους ρυθμούς απονομής δικαιοσύνης και, επομένως, τα ελλείμματα στην προστασία του δικαιώματος έννομης προστασίας, προσωρινής και κύριας (άρθρο 20 παρ. 1 Σ)¹.

¹ Βλ. συναφώς τις τοποθετήσεις και επισημάνσεις των Προέδρων των Ανώτατων Δικαστηρίων και του

Εννοείται ότι η επίσχεση εργασίας από τους νοσοκομειακούς γιατρούς δεν προσκρούει σε κανενός είδους επιφυλάξεις, όταν η επίσχεση αφορά παροχή υπηρεσιών στο πλαίσιο μιας σχέσης που έχει τα χαρακτηριστικά ιδιωτικού δικαίου και που υφίσταται παράλληλα με τη δημοσιοϋπαλληλική σχέση. Αυτό συμβαίνει π.χ. στην περίπτωση παροχής υπηρεσιών από τους νοσοκομειακούς γιατρούς στα απογευματινά ιατρεία των Νοσοκομείων της χώρας.

Ε) Επιπλέον, η άρνηση παροχής υπηρεσιών από τους νοσοκομειακούς γιατρούς μπορεί να είναι δικαιολογημένη, όταν το Νοσοκομείο δεν διασφαλίζει π.χ. την ομαλή και ασφαλή για τους γιατρούς και τους ασθενείς λειτουργία της εφημερίας, είτε γιατί τα προγράμματα εφημεριών παραβιάζουν το νόμο σε σχέση με τη σύνθεση των ομάδων των γιατρών, είτε γιατί εκδίδονται από αναρμόδιο όργανο, είτε γιατί δεν λαμβάνουν υπόψη τη γνώμη συναρμόδιων οργάνων, είτε γιατί λόγω της αδυναμίας λειτουργίας μονάδων, ελλείπει προσωπικού ή υλικοτεχνικών μέσων, δημιουργείται ομοίως σοβαρό πρόβλημα ασφαλούς λειτουργίας της εφημερίας. Κι αυτό ανεξάρτητα από την πειθαρχική και ποινική ευθύνη των Διοικητών των Νοσοκομείων για παράβαση καθήκοντος ή έκθεση ασθενών σε κίνδυνο ζωής κ.ο.κ. Επίσης, δικαίωμα άρνησης παροχής υπηρεσιών γεννάται και όταν, με βάση τις ισχύουσες ρυθμίσεις των κοινοτικών οδηγιών για τα ανώτατα επιτρεπόμενα όρια εβδομαδιαίας απασχόλησης και λόγω της άμεσης εφαρμογής τους στις έννομες σχέσεις των νοσηλευτικών ιδρυμάτων με τους απασχολούμενους σ' αυτά γιατρούς και ειδικευόμενους γιατρούς, γίνεται υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπόμενων από τις κοινοτικές οδηγίες χρονικών ορίων των 48 ωρών για τους γιατρούς και για τους ειδικευόμενους γιατρούς των 58 αρχικά, 56 στη συνέχεια και 52 σήμερα. Στην τελευταία περίπτωση (υπέρβαση των ανώτατων χρονικών ορίων για γιατρούς και ειδικευόμενους

γιατρούς) δεν θα εφαρμοστούν καν διατάξεις του εσωτερικού μας δικαίου, ούτε θα αναπτύσσουν δεσμευτικότητα τυχόν εντολές διοικητών ή διευθυντών που εμποδίζουν την υλοποίηση της προστασίας που παρέχει το κοινοτικό δίκαιο λόγω άμεσης εφαρμογής του τελευταίου.

Στ) Εννοείται ότι και το δικαίωμα άρνησης παροχής υπηρεσιών ασκείται στο πλαίσιο που διαγράφει η αρχή της καλής πίστης. Όταν, ακόμη και με παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των διοικήσεων των νοσηλευτικών ιδρυμάτων ή απλώς de facto, *δημιουργηθούν συνθήκες έκτακτης ανάγκης και κίνδυνος ζωής για ασθενείς και εφόσον οι υπηρεσίες των γιατρών και των ειδικευόμενων γιατρών που έχουν ασκήσει το δικαίωμα άρνησης είναι αναγκαίες για την αποτροπή του κινδύνου αυτού, το ιατρικό προσωπικό οφείλει με βάση την αρχή της καλής πίστης να παράσχει τις υπηρεσίες αυτές.*

Καθηγητής Άρις Καζάκος