

ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟ

(σημειώσεις από το σύγγραμμα «Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Γραμματικάκη-Αλεξίου, Παπασιώπη-Πασιά και Βασιλικάκη)

Ιδδ *lacto sensu* (εν ευρεία έννοια ιδδ) = εν στενή έννοια ιδδ + διεθνές δικονομικό δίκαιο + συνταγματικό διεθνές δίκαιο + διοικητικό διεθνές δίκαιο + ποινικό διεθνές δίκαιο + δίκαιο ιθαγένειας + δίκαιο καταστάσεως αλλοδαπών

≠ ιδδ *stricto sensu* (εν στενή έννοια ιδδ)

Πηγές –νόμος (+διεθνείς συμβάσεις +δίκαιο Ε.Ε.) | βασικός κορμός → ΑΚ άρθρα 4-33

–έθιμο (η ιδιομορφία του ιδδ δεν επιτρέπει κατά κανόνα τη δημιουργία του)

(–νομολογία, παρόλο που τυπικά δεν αποτελεί πηγή είναι πολύ σημαντική στη διαμόρφωσή του)

Μεθοδολογικός πλουραλισμός ΙΔΔ:

1. Κανόνες συνδέσεως = σύνολο κανόνων κάθε έννομης τάξης οι οποίοι υποδεικνύουν το δίκαιο, αλλοδαπό ή εγχώριο, το οποίο θα εφαρμοστεί στην προκείμενη βιοτική σχέση με στοιχεία αλλοδαπότητας, χωρίς να ενδιαφέρεται για το περιεχόμενο του κανονικού ή για το δίκαιο ή άδικο αποτέλεσμα του π.χ. ΑΚ 10. Αποτελούν τον βασικό άξονα του ΙΔΔ. Κατ' αρχήν το εγχώριο και τα αλλοδαπά δίκαια αντιμετωπίζονται ως ισότιμα.
2. Ουσιαστικοί κανόνες = δεν υποδεικνύουν όπως οι κανόνες συνδέσεως ποιο είναι το κατά περίπτωση εφαρμοστέο δίκαιο, αλλά εξασφαλίζουν συγκεκριμένη ουσιαστική λύση άμεσα π.χ. ΑΚ 4. Σημαντικότερες πηγές αποτελούν οι διεθνείς συμβάσεις (διεθνές ομοιόμορφο δίκαιο)
3. Κανόνες αμέσου εφαρμογής = διατάξεις του *forum* που είναι τόσο σημαντικές για την προστασία των συμφερόντων της εν λόγω εννόμου τάξεως, ούτως ώστε να εφαρμόζονται αμέσως, χωρίς να μεσολαβεί δηλαδή κάποιος κανόνας συνδέσεως. Οι κανόνες αυτοί καλύπτουν τόσο τις εγχώριες όσο και τις διεθνείς συναλλαγές και συναντώνται κυρίως σε σχέση με έντονο κρατικό παρεμβατισμό π.χ. εργατικό δίκαιο. Κατ' ουσίαν μεροληπτικού κατάφωρα υπέρ του εγχώριου δικαίου, με σκοπό την προστασία εθνικών συμφερόντων.
4. Μέθοδος αναγνώρισης (συμπληρωματική προς τους κανόνες συγκρούσεως) = όταν σε μια έννομη τάξη έχει ήδη συσταθεί μια έννομη σχέση (έννομη τάξη συγκροτήσεως), τότε απαιτείται μονάχα ο προσδιορισμός των προϋποθέσεων αναγνώρισής της σε κάποια άλλη έννομη τάξη (έννομη τάξη υποδοχής), και όχι προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου. Δηλαδή τα στάδια είναι: διαπίστωση υπάρξεως της έννομης σχέσης από το *forum* | έλεγχος προϋποθέσεων υπάρξεως της | προσδιορισμός των έννομων συνεπειών στην έννομη τάξη υποδοχής

(1) **Δομή** του κανόνα συνδέσεως

Στοιχεία: 1. Συνδετέα έννοια = η σχέση που πρέπει να ρυθμιστεί π.χ. ικανότητα δικαιοπραξίας, αφάνεια, διαζύγιο, κληρονομικές σχέσεις. Συνήθως αποτελεί μια ομάδα κανόνων που υπάγονται συστηματικά σε μια γενικότερη κατηγορία (π.χ. διαζύγιο). Με αυτό τον τρόπο επιτυγχάνεται (i) να καλύπτονται θεσμοί και σχέσεις των ξένων δικαίων, που είτε είναι άγνωστοι στο εγχώριο δίκαιο είτε είναι διατυπωμένοι έτσι ούτως ώστε να μη συμπίπτουν ορολογικά με τον αντίστοιχο εγχώριο θεσμό, αλλά εννοιολογικά (ii) τη νομοθετική οικονομία του ιδδ

2. Συνδετική έννοια (ή σύνδεσμος) = το στοιχείο, το οποίο συνδέει τη συνδετέα έννοια με το εφαρμοστέο δίκαιο π.χ. ιθαγένεια, συνήθης διαμονή, απλή διαμονή, έδρα ΝΠ, τόπος κατάρτισης και τόπος τέλεσης της δικαιοπραξίας, τοποθεσία του πράγματος, τόπος τελέσεως αδικημάτων, σημαία πλοίου

Διακρίσεις συνδέσμων (i) Κύριοι = καθορίζουν κατά προτεραιότητα το εφαρμοστέο δίκαιο πχ ΑΚ 7 ιθαγένεια φυσικού προσώπου.

Επικουρικοί = λειτουργούν όταν λείπει ο κύριος π.χ. ΑΚ 30 συνήθης διαμονή φυσικού προσώπου (γενικός επικουρικός σύνδεσμος)

(ii) Απλοί = μόνο ένα εφαρμοστέο δίκαιο π.χ. ΑΚ 7.

Σωρευτικοί = οδηγούν σε ταυτόχρονη εφαρμογή περισσότερων δικαίων κατά σωρευτικό τρόπο πχ ΑΚ 11

(iii) Αποκλειστικοί = ορίζουν μόνοι τους, κατά αποκλειστικότητα το εφαρμοστέο δίκαιο.

Διαζευτικοί = συντρέχουν με άλλους συνδέσμους και καθένας εξ αυτών μπορεί ισότιμα να υποδείξει το εφαρμοστέο δίκαιο, ισχύουν δηλαδή διαζευτικά. Η επιλογή ενός αποκλείει τους άλλους.

(iv) Σταθεροί = αμετάβλητοι στον χρόνο πχ τόπος καταρτίσεως δικαιοπραξίας.

Μεταβλητοί = αλλάζουν, με συνέπεια να υποδεικνύουν κάθε φορά διαφορετικό εφαρμοστέο δίκαιο π.χ. ιθαγένεια, συνήθης διαμονή. Πρέπει σε κάθε περίπτωση να αποκρυσταλλώνονται σε μια συγκεκριμένη χρονική στιγμή.

(v) Αυτοτελείς = καθορίζονται χωρίς αναδρομή σε άλλη συνδετική έννοια πχ έδρα ΝΠ

Εξαρτημένοι = λειτουργούν μόνο σε σχέση με άλλον σύνδεσμο πχ ΑΚ 11

(vi) Οριστικοί = καθορισμός εκ του νόμου πχ ιθαγένεια, σημαία πλοίου

Αόριστοι = ενδέχεται να ποικίλλουν κατά περίπτωση π.χ. «ειδικές συνθήκες» του ΑΚ 25

3. Εφαρμοστέο δίκαιο

Μονομερείς κανόνες συνδέσεως = ορίζουν σε ποιες σχέσεις εφαρμόζεται το εγχώριο δίκαιο, διαθέτοντας έτσι περιορισμένη εμβέλεια [*Πότε εφαρμόζεται το ελληνικό δίκαιο;*]

ΜΟΝΟΣ μονομερής κ.σ. στον ΑΚ το άρθρο 9 (!) → προστασία των συναλλαγών στην Ελλάδα

Πολυμερείς κανόνες συνδέσεως = ορίζουν με ουδέτερο τρόπο ποιο είναι το εφαρμοστέο δίκαιο, χωρίς προτίμηση ανάμεσα στο εγχώριο και τα ξένα δίκαια πχ ΑΚ 7 [*Ποιο δίκαιο εφαρμόζεται;*]

Κανόνες συνδέσεως ιδδ → ως επί το πλείστον πολυμερείς

(4) **Μέθοδος αναγνώρισης:** αναγνώριση μιας διαπλασμένης στο δίκαιο του forum έννομης σχέσης ή νομικής καταστάσεως ως έχειν στην έννομη τάξη υποδοχής, ιδίως όσον αφορά ζητήματα προσωπικής κατάστασης ΦΠ ή ΝΠ. Για να γίνει βέβαια η εν λόγω αναγνώριση, πρέπει η έννομη σχέση/η νομική κατάσταση να μην αμφισβητείται

Η μέθοδος αναγνώρισης απαντάται κυρίως στο ενωσιακό δίκαιο, κυρίως μέσω της υπάρξεως Κανονισμών ιδιωτικού και διεθνούς δικονομικού δικαίου πχ Κανονισμός Βρυξέλλες II

Το ίδιο συμβαίνει και με αρκετά διεθνή συμβατικά κείμενα πχ Διεθνής Σύμβαση της Χάγης

(!) Διαφορά μεθόδου αναγνώρισεως ≠ Κανόνα συγκρούσεως: Ο κανόνας συγκρούσεως έρχεται να επιλύσει το πρόβλημα του προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου σε μια έννομη σχέση, χωρίς να ενδιαφέρεται κατά πόσον η λύση που υποδεικνύει θα φέρει και ουσιαστική δικαιοσύνη,

ενώ η μέθοδος αναγνώρισης εξετάζει απλώς την αποδοχή της ήδη δημιουργηθείσας ουσιαστικής λύσης, καθώς και τα αποτελέσματα που η λύση αυτή θα έχει στο forum

Γενικά χαρακτηριστικά του συστήματος του ΙΔΔ του ΑΚ

1. Αρχή της πολυμέρειας των κανόνων συνδέσεως: Στο σύνολο τους οι κανόνες στον ΑΚ είναι πολυμερείς, με μόνη εξαίρεση το ΑΚ 9
2. Αρχή ενός δικαίου: Εφαρμογή μόνο ενός δικαίου στις σχέσεις με στοιχεία αλλοδαπότητας. Εξαίρεση ΑΚ 11.3 (σωρευτικός σύνδεσμος). Με την εφαρμογή της Σύμβασης Ρώμης Ι η αρχή του ενός δικαίου έχει υποστεί σοβαρό πλήγμα [πρακτική *Dépeçage*]
3. Αρχή του δικαίου της ιθαγένειας: Όλα τα θέματα που αφορούν τον προσωπικό δεσμό των ΦΠ και τις κληρονομικές τους σχέσεις υπάγονται κατ' αρχήν σε αυτό, αλλά ακόμη και σχέσεις ενοχικές (τύπος δικαιοπραξιών).
Η αρχή αυτή και με τη δικαιοκή αναγνώριση της ισότητας των φύλων αλλά και με πλήθος Κανονισμών έχει διαρραγεί.

Ιθαγένεια > συνήθη διαμονή > απλή διαμονή

Αν το πρόσωπο έχει πολλαπλή ιθαγένεια, εκ των οποίων η μία ελληνική → εφαρμογή ελληνικού δικαίου (ΑΚ 31.1)

Αν το πρόσωπο έχει πολλαπλή ξένη ιθαγένεια → εφαρμογή του δικαίου της πολιτείας με το οποίο συνδέεται στενότερα* (ΑΚ 31.2)

*επαφίεται στην κρίση του δικαστική, βάσει διαφόρων στοιχείων (συνήθης διαμονή, εργασία, ανάληψη δημόσιας υπηρεσίας, γενικότερη συμπεριφορά)

Κατοικία & Συνήθης Διαμονή

Κατοικία = μακρόχρονη παραμονή + βούληση παραμονής | κατοικία καταγωγής (αποκτά το παιδί από τον πατέρα) + κατοικία εκλογής (αποκτά ο ενήλικος με τη βούλησή του)

Συνήθης διαμονή = κερδίζει περισσότερο έδαφος τα τελευταία χρόνια

Προβλήματα διαχρονικού δικαίου

Πότε εμφανίζονται συγκρούσεις (α) όταν τροποποιείται ή αντικαθίσταται ένα κανόνας ιδδ του forum (β) όταν υφίστανται διαδοχικές τροποποιήσεις του αλλοδαπού δικαίου που καλείται σε εφαρμογή δυνάμει κανόνα συνδέσεως του forum (γ) όταν επέρχονται διαδοχικές μεταβολές ενός συνδέσμου, με αποτέλεσμα κάθε μεταβολή να σημαίνει αυτομάτως υπόδειξη διαφορετικού δικαίου (πρόβλημα των μεταβλητών συγκρούσεων)

(α) Σύμφωνα με μια γνώμη, οι νέοι (χρονικά) κανόνες ιδδ έχουν γενική αναδρομική ισχύ, καθώς ανήκουν στο δημόσιο δίκαιο –αυτή η γνώμη είναι λανθασμένη, καθώς οι κανόνες ιδδ δεν ανήκουν στο δημόσιο δίκαιο αλλά και το ίδιο το δημόσιο δίκαιο είναι επιφυλακτικό ως προς την αναδρομική ισχύ (βλ. ποινικό δίκαιο)

Σύμφωνα με άλλη γνώμη, οι νεότεροι κανόνες πρέπει να εφαρμόζονται αναδρομικά, εκτός κι αν οι έννομες σχέσεις γεννήθηκαν υπό το καθεστώς των παλιότερων κανόνων του ιδδ, εφόσον οι σχέσεις αυτές εμφανίζουν σύνδεση με το forum.

Ορθότερο → Δεν πρέπει να γίνονται διακρίσεις ανάμεσα στους κανόνες ιδδ και στους υπόλοιπους κανόνες –οι ίδιοι κανόνες που διέπουν τη διαχρονική ισχύ των κανόνων ιδιωτικού δικαίου να ισχύουν και ως προς τους κανόνες ιδδ. Άρα, στο ελληνικό ιδδ εφαρμόζεται η ΑΚ 2 (αρχή της μη αναδρομικότητας)*

*εξαίρεση = η ΑΚ 33, που εισάγει την επιφύλαξη δημοσίας τάξεως (έχει αναδρομική ισχύ)

(β) Πρόκειται για εσωτερικό ζήτημα διαχρονικότητας του ξένου δικαίου και άρα θα λυθεί σύμφωνα με τις δικές του αρχές. Σε περίπτωση που δεν εμπεριέχει ρύθμιση, το forum δε μπορεί να εφαρμόσει τους δικούς του κανόνες διαχρονικότητας. Επομένως, η λύση θα αναζητηθεί στους γενικούς κανόνες διαχρονικού δικαίου της αλλοδαπής έννομης τάξης.

(γ) Το φαινόμενο των μεταβλητών συγκρούσεων δεν προϋποθέτει νομοθετική μεταβολή –αποτελεί απλώς αποτέλεσμα της μεταβολής συγκεκριμένων συνδέσμων (π.χ. ιθαγένεια, συνήθης διαμονή, έδρα ΝΠ, τοποθεσία κινητών πραγμάτων κ.ά.) και οδηγεί σε πέρασμα από τη μια έννομη τάξη στην άλλη.

Οι κανόνες συνδέσεως, που περιέχουν μεταβλητό σύνδεσμο, συνήθως καθορίζουν και το ακριβές χρονικό σημείο αποκρυστάλλωσής τους π.χ. ΑΚ 15 σημείο αποκρυστάλλωσης = ο χρόνος αμέσως μετά την τέλεση του γάμου. Αν πάλι ο σύνδεσμος αναφέρεται χωρίς σημείο αποκρυστάλλωσής του, τότε το κενό θα αναπληρωθεί ερμηνευτικά, ούτως ώστε να βρεθεί το δίκαιο που εν τέλει θα εφαρμοστεί ανάμεσα σε όλα όσα είναι εν δυνάμει εφαρμοστέα.

Γενικός κανόνας που να ρυθμίζει το ζήτημα δεν υφίσταται. Άλλοτε λαμβάνεται υπόψη ο χρόνος διενέργειας της πράξεως, άλλοτε η πρώτη χρονική φάση του συνδέσμου άλλοτε η τελευταία, άλλοτε εφαρμόζονται συνδυασμένα ή διαζευκτικά τα χρονικώς διαδοχικά δίκαια.

Προβλήματα διαπροσωπικού και διατοπικού δικαίου

Διατοπικό: Θεωρούνταν οι διατάξεις της Κρητικής Πολιτικής Δικονομίας μέχρι την εισαγωγή του ΚΠολΔ, ενώ σήμερα θεωρούνται οι διατάξεις ως προς το κτηματολόγιο στα Δωδεκάνησα.

Διαπροσωπικό: Αφορά τόσο τα προσωπικά δίκαια που ισχύουν παράλληλα στο forum όσο και στα προσωπικά δίκαια που ισχύουν παράλληλα στο εφαρμοστέο αλλοδαπό δίκαιο.

Σε αντίθεση με το διατοπικό δίκαιο, το διαπροσωπικό εφαρμόζεται ανεξάρτητα από τις τοπικές διαιρέσεις του κράτους. Στην Ελλάδα, ως ιδιαίτερο δίκαιο για ορισμένες κατηγορίες οικογενειακών και κληρονομικών σχέσεων εφαρμόζεται το μουσουλμανικό δίκαιο (δίκαιο της σαρία) για τους Έλληνες μουσουλμάνους της Θράκης. Είναι διαπροσωπικό δίκαιο και όχι διατοπικό (κατά κυριολεξία είναι *suī generis* διαπροσωπικό δίκαιο) καθώς α. δεν αφορά μόνο την περιοχή της Δ. Θράκης, καθώς εκεί διαμένουν και Έλληνες χριστιανοί για τους οποίους δεν εφαρμόζεται το μουσουλμανικό δίκαιο, ενώ άτομα της θρησκευτικής μειονότητας διαβούν και σε άλλες περιοχές β. νέοι μουσουλμάνοι μετανάστες είναι δυνατόν να κατοικούν επίσης στην εν λόγω περιοχή, χωρίς να εφαρμόζεται για αυτούς

Καταρχήν εφαρμόζεται ως ειδικό ελληνικό δίκαιο στους Έλληνες μουσουλμάνους της Θράκης με βάση τη Συνθήκη της Λωζάννης –και αφορά μόνο αυτούς

Η δικαιοδοτική αρμοδιότητα του Μουφτή αφορά τις οικογενειακές, κληρονομικές και προσωπικές σχέσεις (γάμοι, διαζύγια, διατροφές, επιτροπείες, κηδεμονίες, χειραφεσίες ανηλίκων, ισλαμικές διαθήκες, εξ αδιαθέτου διαδοχή –περιοριστική απαρίθμηση). Ο Μουφτής έχει δικαιοδοσία, εφόσον η έννομη σχέση αφορά ως προς όλα τα μέρη Έλληνες μουσουλμάνους της Θράκης. Παρόλο που το δίκαιο της σαρία διέπεται από θεσμούς που αντίκεινται κατάφωρα στην ελληνική έννομη τάξη (πχ πολυγαμία, ταλάκ < αρχή της ισότητας των φύλων), εντούτοις οι διατάξεις δεν είχαν θεωρηθεί –μέχρι πριν λίγα χρόνια –ως αντίθετες στο Σύνταγμα.

Οι Έλληνες μουσουλμάνοι της Θράκης έχουν τη δυνατότητα είτε να επιλέξουν τη δικαιοδοτική αρμοδιότητα του Μουφτή είτε να προσφύγουν στα τακτικά δικαστήρια (συντρέχουσα αρμοδιότητα)

Το ελληνικό δικαστήριο ερευνά αν η απόφαση εκδόθηκε μέσα στα όρια της δικαιοδοσίας του Μουφτή και αν οι διατάξεις αντίκεινται στο Σύνταγμα (5.3 του ν. 1920/1991). Τις περισσότερες φορές τα ελληνικά δικαστήρια, κατά την επικύρωση των αποφάσεων του Μουφτή, αναφέρουν ότι οι διατάξεις δεν αντίκεινται στο Σ (!)

Νομικός χαρακτηρισμός

Το πρόβλημα στο πλαίσιο του ιδδ έγκειται στις συνδετές ή συνδετικές έννοιες των κανόνων συνδέσεως. Ειδικά οι συνδέτες έννοιες είναι διατυπώμενες με μορφή συστηματικών κατηγοριών (πχ ενοχές από αδίκημα –περιλαμβάνει έτσι αυτή η έννοια όλους σχεδόν τους τύπους αδικοπρακτικών ενοχών που απαντώνται στις έννομες τάξεις) σε αντίθεση με τους κανόνες ουσιαστικού δικαίου που είναι διατυπωμένοι αναλυτικότερα.

Στο ιδδ οι δυσχέρειες έγκεινται και στο γεγονός ότι οι συνδετές έννοιες είναι διατυπώμενες και γενικά και με τρόπο αφηρημένο πχ που θα υπαχθεί η απαγόρευση δωρεών μεταξύ συζύγων, στις προσωπικές (ΑΚ 14) ή στις περιουσιακές (ΑΚ 15) σχέσεις; Μια άλλη δυσχέρεια έγκειται στο ότι οι κανόνες του ιδδ καθορίζουν την εφαρμογή και του αλλοδαπού δικαίου –και η κατάταξη των διαφορών νομικών θεσμών δεν είναι ομοιόμορφη σε όλα τα δίκαια

Για να αρθούν, λοιπόν, τα όποια προβλήματα, με βάση ποιο δίκαιο ο δικαστής θα χαρακτηρίσει την παρούσα βιοτική σχέση (νομικός χαρακτηρισμός); Με βάση το δίκαιο του forum (lex fori) με βάση το εφαρμοστέο επί της επίδικης σχέσης δίκαιο, είτε εγχώριο είτε αλλοδαπό (lex causae);

1. Θεωρία της lex fori

Ο νομικός χαρακτηρισμός αποτελεί στην πραγματικότητα πρόκριμα της λύσης ιδδ και κατά συνέπεια το αλλοδαπό δίκαιο δεν έχει ακόμα λόγο εφαρμογής. Ο νομικός χαρακτηρισμός αναγκαστικά πρέπει να γίνει με βάση το δίκαιο του forum, καθώς οποιαδήποτε κρίση για το ποιο δίκαιο εν τέλει θα εφαρμοστεί προϋποθέτει την προηγούμενη εφαρμογή ενός κανόνα ιδδ, δηλαδή την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στον αρμόδιο κανόνα.

2. Θεωρία της lex causae

Λογικό άλμα της θεωρίας: δεν μπορεί να γίνει ο νομικός χαρακτηρισμός της επίδικης σχέσεως από το εφαρμοστέο δίκαιο, καθώς για να προσδιοριστεί αυτό πρέπει προσδιοριστεί ο κατάλληλος κανόνας συνδέσεως του ιδδ, και άρα να υπαχθεί η επίδικη σχέση ήδη στον κανόνα αυτό

3. Ο «συγκριτικός» νομικός χαρακτηρισμός

Αποστολή των κανόνων ιδδ αποτελεί η περιβολή με νομικό ένδυμα όλων των τελεολογικών αντίστοιχων θεσμών όλων των δικαίων –επομένως πρέπει να απεμπλακούν οι έννοιες του ιδδ από τις ομώνυμες του ουσιαστικού δικαίου. Οι συνδετές έννοιες των κανόνων συνδέσεως αποκτούν σχετική αυτοτέλεια έναντι του εγχώριου ουσιαστικού δικαίου, με το να οριοθετούν το πεδίο εφαρμογής όχι μόνο του ημεδαπού αλλά και του αλλοδαπού δικαίου

ΛΥΣΗ → Ο δικαστής κατά την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών της επίδικης σχέσης πρέπει να μην επηρεάζεται από αντίστοιχες έννοιες του ουσιαστικού του δικαίου, αλλά να αντιμετωπίζει τα πραγματικά περιστατικά τελείως άχρωμα και ουδέτερα. Συνεπώς, εκκινεί από το ιδδ του forum και ο νομικός χαρακτηρισμός της υπόθεσης γίνεται βάσει της lex fori. Σε ιδιάζουσες περιπτώσεις όμως, όπως όταν φερ'είπειν ο υπό εξέταση θεσμός δεν απαντάται στο εγχώριο δίκαιο ή όταν η σχέση προβάλλεται από τον διάδικο ως ήδη ρυθμισμένη από το αλλοδαπό δίκαιο, ο δικαστής οφείλει να συνεκτιμά τις αντιλήψεις του αλλοδαπού δικαίου από κάθε άποψη, νομοθετική και τελεολογική, για να γίνει αντιληπτή η λειτουργία του θεσμού αυτού πχ ο θεσμός του trust αγγλοαμερικανικού δικαίου

Παραπομπή

Κατά πόσον μπορεί το δίκαιο, το οποίο υποδεικνύει ο κανόνας του ιδδ της *lex fori*, να εφαρμόζεται στο σύνολό του, δηλαδή συμπεριλαμβανομένων και των διατάξεων του ιδδ του δικαίου αυτού ή εάν εφαρμόζονται μόνο οι ουσιαστικές διατάξεις του δικαίου αυτού.

Το πρόβλημα προκύπτει όταν ο κανόνας συνδέσεως του *forum* προβλέπει εφαρμογή του αλλοδαπού δικαίου, του οποίου ο κανόνας συγκρούσεως οδηγεί στην εφαρμογή άλλου δικαίου – κυρίως αυτό απαντάται όταν ίδιοι τύποι έννομων σχέσεων από ορισμένα ιδδ υπάγονται στο δίκαιο της ιθαγένειας και από άλλα στο δίκαιο της συνήθους διαμονής πχ στις κληρονομικές σχέσεις

Τύποι παραπομπής

(α) αναπαραπομπή = όταν ο αλλοδαπός κανόνας ιδδ οδηγεί στην εφαρμογή του δικαίου της *lex fori*

$A \rightarrow B \rightarrow A$

(β) περαιτέρω παραπομπή = όταν ο αλλοδαπός κανόνας ιδδ οδηγεί στην εφαρμογή του δικαίου τρίτης χώρας

$A \rightarrow B \rightarrow \Gamma$ (δεν αποκλείεται και περαιτέρω παραπομπή πχ $A \rightarrow B \rightarrow \Gamma \rightarrow \Delta \rightarrow E \dots$)

Τι συμβαίνει στο ελληνικό δίκαιο: **AK 32** (απαγόρευση αναπαραπομπής) – η διάταξη αφορά τόσο την αναπαραπομπή όσο και την περαιτέρω παραπομπή, καθώς από το πνεύμα της διατάξεως προκύπτει πως εφαρμόζονται μόνο οι ουσιαστικοί κανόνες του αλλοδαπού δικαίου που υποδεικνύει το ελληνικό ιδδ ως *lex fori**

*Εξαιρέσεις:

(i) προερχόμενες από κυρωθείσες διεθνείς συμβάσεις, κυρίως στο δίκαιο των αξιογράφων – εφόσον βεβαία γίνει η αναπαραπομπή ή η περαιτέρω παραπομπή, ο κύκλος των παραπομπών σταματάει εκεί για να μην οδηγήσει σε αδιέξοδο (φαύλος κύκλος). Σκόπιμο είναι εν γένει να εξετάζεται αν με διεθνείς συμβάσεις επιτρέπεται κατ' εξαίρεση η παραπομπή

(ii) 34 του Κανονισμού 605/2012 σχετικά με τις κληρονομικές σχέσεις (σημαντικότερη εξαίρεση!!!): αποδεκτή εν μέρει η παραπομπή, όταν εφαρμοστέο είναι το δίκαιο τρίτου κράτους (εκτός ΕΕ), οι κανόνες ιδδ του οποίου παραπέμπουν στο δίκαιο κράτους-μέλους ή στο δίκαιο τρίτου κράτους που θα εφαρμόζε το δικό του δίκαιο

Πχ επί κληρονομίας έλληνου υπηκόου που κατοικεί στη χώρα Χ, εφαρμόζεται το δίκαιο του τύπου της τελευταίας συνήθους διαμονής, άρα το δίκαιο της χώρας Χ. αν ο αντίστοιχος κανόνας ιδδ της Χ προβλέπει εφαρμογή του δικαίου της ιθαγένειας, επιτρέπεται η παραπομπή, και θα εφαρμοστεί το ελληνικό δίκαιο (κράτος μέλος της ΕΕ) ως προς τις ουσιαστικές διατάξεις

Εφαρμογή αλλοδαπού δικαίου

ΚΠολΔ: 3 βασικές διατάξεις που αναφέρονται στη δικονομική μεταχείριση του αλλοδαπού δικαίου

(1) 337: Ο τρόπος σύμφωνα με τον οποίο εισάγεται το αλλοδαπό δίκαιο στη δίκη και γίνεται δικονομικό γνωστό στον δικαστή –το δικαστήριο λαμβάνει *αυτεπαγγέλτως* και χωρίς απόδειξη το αλλοδαπό δίκαιο, και αν δεν το γνωρίζει μπορεί να διατάξει απόδειξη ή να χρησιμοποιήσει όποιο μέσο κρίνει κατάλληλο, χωρίς να περιορίζεται από τις αποδείξεις που προσάγουν οι διάδικοι. Κατά συνέπεια, δεν έχει καμία νομική σημασία αν οι διάδικοι προτείνουν ή όχι το αλλοδαπό δίκαιο*, καθώς το δικαστήριο δε δεσμεύεται, καθώς το εφαρμόζει *ex officio* και χωρίς απόδειξη

Για να λάβει γνώση ο δικαστής του αλλοδαπού δικαίου η διάταξη επιτρέπει την προσφυγή σε κάθε «πρόσφορο» μέσο –είτε τα συνηθισμένα μέσα δικονομικής αποδείξεως είτε άλλα ειδικά μέσα απόδειξης. Στην Ελλάδα ιδιαίτερη σημασία έχουν οι νομικές πληροφορίες από το Ελληνικό Ινστιτούτο Διεθνούς και Αλλοδαπού Δικαίου.

**εξαιρέση:* σε μια μόνο περίπτωση η στάση των διαδίκων μπορεί να επηρεάσει όχι μόνο την εκτίμηση του αλλοδαπού δικαίου αλλά και την αυτεπάγγελτη εισαγωγή του → όταν κρίνεται ενοχική σύμβαση και τα μέρη δεν την έχουν υποβάλει σε κάποιο δίκαιο, όπως έχουν δικαίωμα αλλά δηλώνουν ενώπιον του δικαστηρίου ποιο δίκαιο επιθυμούν να εφαρμοστεί (μετασυμβατική επιλογή διαδίκων)

Αν ο δικαστής, παρά την προσπάθεια που κατέβαλε, δε μπόρεσε να λάβει γνώση του εφαρμοστέου αλλοδαπού δικαίου, δεδομένου ότι η αρνησικυρία απαγορεύεται, θα βρεθεί κάποιο υποκατάστατο, το οποίο συνήθως εξ ανάγκης είναι το *lex fori*

(2) 559.1

(3) 560.1

→ αναίρετικός έλεγχος της εφαρμογής του αλλοδαπού δικαίου από τα δικαστήρια της ουσίας (δες και τα σχετικά άρθρα στον κώδικα)

Επιφύλαξη της δημοσίας τάξεως (ΑΚ 33)

Πρόβλημα: Πρέπει ο δικαστής να εφαρμόσει κανόνα του εφαρμοστέου αλλοδαπού δικαίου, όποιο κι αν είναι το περιεχόμενο του, ή θα πρέπει να αρνηθεί την εφαρμογή του, καθώς κατά τα γνώμη του αντίκειται στην ημεδαπή έννομη τάξη;

ΑΚ 33 = η δημόσια τάξη εμποδίζει την εφαρμογή του αλλοδαπού δικαίου μέσω του αρμόδιου κανόνα συνδέσεως, εφόσον αυτός αντίκειται στις θεμελιώδεις περί ηθικής και δικαίου αντιλήψεις της ημεδαπής πολιτείας (!)

[με τη ρητή αναφορά και στην πρόσκρουση στα χρηστά ήθη, ο νομοθέτης αποσαφηνίζει ρητά πως προστατεύονται και οι έμμεσοι νομικού χαρακτήρα θεμελιώδεις αντιλήψεις περί ηθικής της πολιτείας]

4 χαρακτηριστικά γνωρίσματα της επιφύλαξης της δημοσίας τάξεως

- (1) Εξαιρετικός χαρακτήρας → κατ' εξαίρεση ματαίωση εφαρμογής του αλλοδαπού δικαίου, όταν κρίνεται απολύτως αναγκαία η απόκλιση για λόγους κοινωνικού ή πολιτικού ενδιαφέροντος
- (2) Αοριστία → δεν γίνεται εκ των προτέρων προσδιορισμός των διατάξεων που εμπίπτουν στην επιφύλαξη –επομένως, ο δικαστής συγκεκριμενοποιεί και εξατομικεύει την γενική και αόριστη έννοια της επιφύλαξης της δημοσίας τάξεως σε κάθε περίπτωση που έχει ενώπιον του να κρίνει ('εύκαμπτο μέσο στα χέρια του δικαστή')
- (3) Ελαστικότητα → ο δικαστής δεν εκτιμά και αξιολογεί γενικά και αόριστα τον αλλοδαπό κανόνα, αλλά μόνο εφόσον ο συγκεκριμένος κανόνας προσκρούει στην ελληνική έννομη τάξη στην υπό κρίση περίπτωση. Επομένως, είναι δυνατό να κριθεί ότι η ίδια διάταξη άλλοτε προσκρούει στην ελληνική έννομη τάξη και άλλο όχι, ανάλογα με τη συγκεκριμένη εφαρμογή στην υπό κρίση έννομη σχέση
Πχ πολυγαμία: είναι πολύ διαφορετικό όταν κρίνεται ένας πολυγαμικός γάμος ως κύριο ζήτημα (όταν δλδ καλείται να διπλάσει για πρώτη φορά μια έννομη σχέση/κατάσταση), ο οποίος προσκρούει στις ηθικές και περί δικαίου αντιλήψεις της ελληνικής έννομης τάξης, και όταν ο πολυγαμικός γάμος αποτελεί πρόκριμα για την πχ αξίωση διατροφής από διαζύγιο μια εκ των τριών συζύγων του άντρα

(εμφανίζεται μια τετελεσμένη κατάσταση με «κεκτημένα δικαιώματα» στο πλαίσιο της αλλοδαπής έννομης τάξεως)

- (4) Μεταβλητή έννοια → η έννοια της δημοσίας τάξεως ποικίλλει και κατά χρόνο –εκείνο που θεωρείτο μια δεδομένη στιγμή ότι αντιστρατευόταν την έννομη τάξη, σε μια άλλη στιγμή δεν θεωρείται ως τέτοιο στο πλαίσιο της ίδιας έννομης τάξεως πχ κατάργηση της υποχρέωσης του πατέρα να προικίζει τη θυγατέρα του

AK 33 & 3: η έννοια της δημοσίας τάξεως της AK 3 δεν εμπίπτει με την έννοια της AK 33 (!)

AK 3 {εσωτερική δημόσια τάξη} = δε μπορεί να παραμεριστεί με την ιδιωτική βούληση ή εφαρμογή κανόνων *jus cogens* πχ AK 127 για ικανότητα δικαιοπραξίας

AK 33 {διεθνής δημόσια τάξη} = πολύ στενότερη, καθώς όλοι οι κανόνες του AK 3 δεν αποτελούν και κανόνες με την έννοια του AK 33 | ένα μικρό μόνο μέρος των *jus cogens* εκφράζει θεμελιώδεις αντιλήψεις της ελληνικής έννομης τάξεως, με αποτέλεσμα να τίθεται σε λειτουργία η AK 33

Σκοπός του νομοθέτη → όχι να αποκλείσει όλους τους κανόνες του εφαρμοστέου αλλοδαπού δικαίου που είναι αντίθετοι προς τους ημεδαπούς κανόνες αναγκαστικού δικαίου, αλλά μόνο εκείνους οι οποίοι σαφώς αντίκεινται στις περί δικαίου και ηθικής θεμελιώδεις αντιλήψεις

Η λειτουργία της επιφύλαξης της δημοσίας τάξεως:

(i) αρνητική επέμβαση → απόκρουση της εφαρμογής της αλλοδαπής διάταξης *in concreto*

(ii) θετική επέμβαση → ο δικαστής προκειμένου να καλύψει το κενό που δημιουργείται είτε από τον αποκλεισμό εφαρμογής της εν λόγω διατάξεως είτε από τη μη ύπαρξη θεσμού ανάλογου προς εκείνον του *forum*, πρέπει να αποφασίσει για την πλήρωση αυτού του κενού με την εφαρμογή της *lex fori* πχ σε περίπτωση που αλλοδαπή έννομη τάξη αρνείται την αναγνώριση πατρότητας σε παιδί γεννημένο εκτός γάμου (όπως στα μουσουλμανικά δίκαια που ελλείπει παντελώς τέτοιος θεσμός), ο δικαστής μπορεί να επέμβει θετική με βάση την επιφύλαξη και να αναγνωρίσει την πατρότητα του τέκνου

(iii) δυνατότητα και αρνητικής και θετικής επέμβασης

Κατά πόσον μπορεί να αποκλειστεί η εφαρμογή διατάξεως αλλοδαπού δικαίου όταν αυτή δεν υποδεικνύεται από κανόνες συνδέσεως της *lex fori* αλλά από κανόνες διεθνούς συμβάσεως;

Συνήθως οι ίδιες οι Συμβάσεις επιτρέπουν ρητά τη λειτουργία της επιφύλαξης. Το πρόβλημα έγκειται όταν η διεθνής σύμβαση σιωπά ως προς το ζήτημα. Επικράτησε εν τέλει η άποψη πως πρέπει σε κάθε περίπτωση να τίθεται η επιφύλαξη σε λειτουργία (!)

Προσαρμογή

Συνήθως το πρόβλημα ανακύπτει, όταν μία διεθνής σχέση δεν υπάγεται στο σύνολό της σε μία έννομη τάξη, αλλά κάθε τμήμα της διέπεται από διαφορετικό δίκαιο πχ όταν άλλο δίκαιο καλείται να εφαρμοστεί στις περιουσιακές σχέσεις των συζύγων και άλλο στις κληρονομικές τους σχέσεις με αποτέλεσμα να δημιουργείται δυσαρμονία, παρόλο που η ξεχωριστή εφαρμογή του καθενός από αυτά θα ήταν αποδεκτή από το *forum*

Ο δικαστής επεμβαίνει «προσαρμόζοντας» τον αλλοδαπό κανόνα δικαίου άλλοτε προτιμώντας έναν από τους εμπλεκόμενους κανόνες συνδέσεως του αλλοδαπού δικαίου άλλοτε προβαίνοντας στην κατάλληλη ερμηνεία των αλλοδαπών κανόνων και άλλοτε εφαρμόζοντας τη *lex fori*

προσαρμογή ≠ επιφύλαξη δημοσίας τάξεως

η προσαρμογή λειτουργεί όταν ναι μεν δεν προσβάλλεται η ημεδαπή έννομη τάξη από την εφαρμογή του αλλοδαπού δικαίου αλλά όμως δε μπορεί να επιτραπεί η εφαρμογή του, καθώς αυτό θα οδηγήσει σε άδικα και με αποδεκτά αποτελέσματα (!)

Η προσαρμογή απαντάται ιδίως στο πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου –Κανονισμός 650/2012 και 2016/1103, κυρίως όσον αφορά την προσαρμογή εμπράγματος δικαιώματος επί κινητής ή ακίνητης περιουσίας που δεν απαντάται στη νομοθεσία του κράτους μέλους, με σεβασμό στον κλειστό αριθμό των εμπραγμάτων δικαιωμάτων της έννομης τάξεως

Προδικαστικό ζήτημα / Πρόκριμα

Όταν στο πλαίσιο μιας ένδικης διαφοράς με στοιχεία αλλοδαπότητας τίθεται ζήτημα εφαρμοστέου δικαίου ως προς μια σχέση, από το κύρος ή την ύπαρξη της οποίας εξαρτάται το κύρος ή η ύπαρξη της κύριας σχέσεως

Πχ για να εξακριβωθεί ποιο δίκαιο θα εφαρμοστεί επί αγωγής διαζυγίου πρέπει πρώτα να διαλευκανθεί αν υφίσταται έγκυρος γάμος

Ποιο δίκαιο θα εφαρμοστεί ως προς το πρόκριμα; Ιδίως όταν (α) το κύριο ζήτημα της δίκης και το πρόκριμα εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής διαφορετικών κανόνων συνδέσεως (β) το δίκαιο που περιέχει το κύριο ζήτημα, καθ' υπόδειξη του ελληνικού κανόνα συνδέσεως, είναι αλλοδαπό

(β) έχουν υποστηριχθεί **δύο απόψεις**

i) το εφαρμοστέο δίκαιο επί του προκρίματος θα προσδιοριστεί με βάση τον κανόνα συγκρούσεως της *lex fori*

ii) το εφαρμοστέο δίκαιο επί του προκρίματος υποδεικνύεται από τον κανόνα συγκρούσεως της *lex causae* της κύριας σχέσεως (-> εφαρμόζονται αλλοδαποί κανόνες συγκρούσεως, αν το εφαρμοστέο ως προς την κυρία σχέση δίκαιο είναι αλλοδαπό)

Η απουσία κανόνα δικαίου γενικής ισχύος ως προς το ζήτημα αφήνει αρκετά μεγάλα περιθώρια επιλογής στον εκάστοτε δικαστή, με συνέπεια να επιλέγει κατά περίπτωση τη μία ή την άλλη λύση. Συνήθως ο δικαστής θα επιλέξει με βάση τη λύση που θα καταλήξει εν τέλει σε ποιο ευνοϊκά αποτελέσματα ως προς τον διάδικο/τους διαδίκους

Καταστρατήγηση δικαίου = μεταβολή των πραγματικών δεδομένων, σκοπός της οποίας είναι η εφαρμογή σε μία έννομη σχέση των κανόνων δικαίου άλλων από εκείνους που κανονικά θα ήταν εφαρμοστέοι

Είδη: *είτε* στο επίπεδο του ουσιαστικού δικαίου (α) *είτε* στο επίπεδο του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, οπότε και επιδιώκεται η εφαρμογή διάταξης άλλης έννομης τάξεως από εκείνης που θα κανονικά θα εφαρμοζόταν (β)

(β) i) καταστρατήγηση στο πεδίο του δικονομικού διεθνούς δικαίου

Επιδιώκεται από κάποιο διάδικο να υπαχθεί η ένδικη διαφορά σε δικαιοδοσία των δικαστηρίων άλλου κράτους, από εκείνου που κανονικά θα υπαγόταν → μεταβολή των πραγματικών δεδομένων πάνω στα οποία στηρίζεται η διεθνής δικαιοδοσία πχ αλλαγή κατοικίας

Η καταστρατήγηση γίνεται 1. Για να διασφαλισθούν πρακτικά πλεονεκτήματα του δικονομικού δικαίου 2. Για να εφαρμοσθεί επί της ουσίας της διαφοράς δίκαιο ευνοϊκότερο για τον καταστρατηγούντα

(*forum shopping*) ≠ δεν αποτελεί *forum shopping* η επιλογή του ενάγοντος μεταξύ περισσοτέρων εξ αρχής αρμόδιων δικαστηρίων

ΚΠολΔ 323.4 → [έμμεσο εμπόδιο] παρεμπόδιση αναγνώρισης δεδικασμένου αλλοδαπής δικαστής αποφάσεως, εφόσον στην ίδια απόφαση έχει εκδοθεί απόφαση ελληνικού δικαστηρίου που αποτελεί δεδικασμένο

Ιδιαίτερα επιλεκτικά στην αναγνώριση της αποφάσεως με forum shopping είναι τα δικαστήρια που θα είχαν κανονικά διεθνή δικαιοδοσία επί της έννομης σχέσεως/καταστάσεως

ii) καταστρατήγηση στο πεδίο του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου

1. Μεταβολή του κανόνα συγκρούσεως = εφαρμογή άλλου κανόνα συγκρούσεως της *lex fori* κανόνα που κανονικά θα εφαρμοζόταν | μεταβολή των πραγματικών δεδομένων που σχετίζονται με τη συνδετέα έννοια του κανόνα, ώστε να υπάρξει διαφορετικός νομικός χαρακτηρισμός της έννομης σχέσεως και να καθορισθεί εφαρμοστέο δίκαιο άλλο πχ ο καταστρατηγών προκειμένου να παρακάμψει διατάξεις κληρονομικού δικαίου ως προς τους νόμιμους μεριδούχους, πωλεί ακίνητο σε τρίτο πρόσωπο, χωρίς να τον εγκαθιστά κληρονόμο
2. Μεταβολή της *lex causae* = επιδίωξη να υποδειχθεί ως *lex causae* άλλο δίκαιο από εκείνο που κανονικά θα εφαρμοζόταν | εν προκειμένω, θίγεται η συνδετική έννοια του κανόνα συγκρούσεως, δηλαδή ο καταστρατηγών αποδέχεται μεν την εφαρμογή του συγκεκριμένου κανόνα συγκρούσεως αλλά προσπαθεί να επιτύχει την εφαρμογή άλλου δικαίου από του εφαρμοστέου πχ αλλαγή ιθαγένειας, κατοικίας, συνήθους διαμονής

Συνήθως δεν υπάρχουν διατάξεις ρυθμίσεως του ζητήματος –όπως και στο ελληνικό δίκαιο (για αυτό και η νομολογία στηρίζεται στην ΑΚ 281). Η καταστρατήγηση, εφόσον εντοπιστεί, δε λαμβάνεται υπόψη όσον αφορά τον καθορισμό του εφαρμοστέου δικαίου με συνέπεια θα εφαρμόζεται κανονικά το δίκαιο που θα εφαρμοζόταν εξ αρχής.

Η αποδοκιμασία της καταστρατήγησης περιορίζεται στην προκείμενη βιοτική σχέση, και δεν αφορά άλλες βιοτικές σχέσεις, δικαιώματα, υποχρεώσεις του καταστρατηγούντος για τα οποία λαμβάνεται υπόψη η μεταβολή ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο πχ για φορολογικές υποχρεώσεις