

Άρις 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

Δρ. Μιχαήλ Μιχαήλ
Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω
Κυρίλλου Λουκάρεως 55
11475 Αθήνα
τηλ.: 210 - 6444473, fax: 210 - 6454904
e-mail: mihailm@otenet.gr

Αθήνα, 26 Μαΐου 2010

Προς
τον Πρόεδρο της ΟΕΝΓΕ
κ. Βαρνάβα Δημήτρη

κ. Βαρνάβα

I. Έκπληξη προκαλεί το με αριθ.πρωτ.6915/17-05-2010 έγγραφο του Διοικητού της 4^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Μακεδονίας και Θράκης το οποίο μου διαβιβάσατε και έχει ως **θέμα**: "*Προσμέτρηση ημερών απουσίας λόγω επίσχεσης εργασίας-απεργίας των ειδικευόμενων ιατρών στο χρόνο ειδικότητας*", στο οποίο αναφέρονται, λέξη προς λέξη, τα εξής:

«Σας ενημερώνουμε ότι οι ημέρες απουσίας των Ειδικευόμενων Ιατρών λόγω συμμετοχής σε επίσχεση εργασίας-απεργία δεν συνυπολογίζεται ως πραγματικός χρόνος για την απόκτηση ειδικότητας και θα πρέπει να αναπληρωθεί».

II. Επί του εγγράφου αυτού του Διοικητού της 4^{ης} Υ.ΠΕ. Μακεδονίας και Θράκης, παρατηρητέα τα εξής:

1. Είναι νομικά **αδιανόητη** η θέση του Διοικητού, η οποία οδηγεί στο επικίνδυνο και εσφαλμένο συμπέρασμα, ότι οι ημέρες απουσίας του Ειδικευόμενου Ιατρού, λόγω συμμετοχής του σε επίσχεση εργασίας, δεν συνυπολογίζονται ως πραγματικός χρόνος για την απόκτηση τίτλου ειδικότητας και θα πρέπει να αναπληρωθεί, κάτι το οποίο δεν ισχύει ούτε

και στην απεργία, που αποτελεί χρόνο απασχόλησης, σύμφωνα με την υπ' αριθ.27/2004 Απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου.

2. Η ως άνω διοικητική πράξη, είναι όχι μόνο ατεκμηρίωτη, παράνομη, αντισυνταγματική και προεχόντως εκβιαστική και διλημματική, κατά το σκέλος που αναφέρεται στο δικαίωμα της επίσχεσης εργασίας, αλλά ταυτόχρονα είναι και ελαττωματική, διότι δεν πληροί τις προϋποθέσεις έγκυρης έκδοσής της, καθόσον δεν αναφέρει τις εφαρμοζόμενες διατάξεις (άρθρο 16 παρ.1 Ν.2690/1999, ΦΕΚ Α' 45), αλλ' ούτε περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της (άρθρο 17 παρ.1 Ν.2690/1999).
3. Η επίσχεση εργασίας δεν αποτελεί αυθαίρετη επινόηση του εργαζόμενου, ώστε η ενάσκηση της να προκαλεί τη τιμωρητική, ως κύρωση, αντίδραση του υπερήμερου εργοδότη, όπως σαφώς υπονοείται στο ως άνω έγγραφο, αλλά ουσιώδες, προσωποπαγές και αναφαίρετο δικαίωμα του εργαζόμενου, το οποίο ασκείται, όταν ο εργοδότης δεν καταβάλλει ή καθυστερεί να καταβάλλει τις οφειλόμενες πάσης φύσεως αποδοχές του εργαζόμενου ή/και δεν εκπληρώνει τις νόμιμες ή συμβατικές του υποχρεώσεις στα μέτρα υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία του εργαζόμενου ή/και με τη συμπεριφορά του ο εργοδότης προσβάλλει τη προσωπικότητα του εργαζόμενου.

Ειδικότερα:

- 3.1 Σύμφωνα με το άρθρο 325 του Αστικού Κώδικα, ορίζεται, ότι αν ο οφειλέτης έχει κατά του δανειστή ληξιπρόθεσμη αξίωση συναφή με την οφειλή του, έχει δικαίωμα, εφόσον δεν προκύπτει κάτι άλλο, να αρνηθεί την εκπλήρωση της παροχής έως ότου ο δανειστής εκπληρώσει την υποχρέωση που τον βαρύνει (**δικαίωμα επίσχεσης**).

Το δικαίωμα επίσχεσης ασκείται και στο πεδίο του Εργατικού Δικαίου.

Συγκεκριμένα:

- α) Σύμφωνα με το άρθρο 648 του Αστικού Κώδικα, με τη σύμβαση εργασίας, ο εργαζόμενος έχει υποχρέωση να παρέχει την εργασία του στον εργοδότη και αυτός να καταβάλλει το συμφωνημένο μισθό.

- β) Επίσης, το άρθρο 655 του Αστικού Κώδικα ορίζει, ότι αν δεν υπάρχει αντίθετη συμφωνία ή συνήθεια, ο μισθός καταβάλλεται μετά τη παροχή της εργασίας και αν υπολογίζεται κατά ορισμένα διαστήματα κατά τη διάρκεια της σύμβασης, καταβάλλεται στο τέλος καθενός από αυτά.
- γ) Τέλος, το άρθρο 656 του Αστικού Κώδικα ορίζει, ότι αν ο εργοδότης έγινε υπερήμερος ως προς την αποδοχή της εργασίας ή αν η αποδοχή της εργασίας είναι αδύνατη από λόγους που τον αφορούν και δεν οφείλονται σε ανώτερη βία, ο εργαζόμενος έχει δικαίωμα να απαιτήσει το μισθό, χωρίς να είναι υποχρεωμένος να παράσχει την εργασία σε άλλο χρόνο.

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις, συνάγονται τα εξής:

- α) Στη σύμβαση εργασίας υπάρχει παροχή και αντιπαροχή. Ο εργαζόμενος παρέχει την υπηρεσία του, διαθέτοντας τη μυϊκή ή πνευματική ενέργειά του στον εργοδότη του, ο οποίος τη πληρώνει, καταβάλλοντας τη "συμφωνημένη" αμοιβή. Αν κάποιο από τα μέρη δεν εκπληρώσει τη παροχή του, περιέρχεται σε υπερημερία.
- β) Υπερημερία του εργοδότη συνιστά και η μη εμπρόθεσμη πληρωμή του μισθού του εργαζόμενου από αυτόν (τον εργοδότη). Αντίδραση του εργαζόμενου στην υπερημερία του εργοδότη μπορεί να είναι και η προσφυγή στο δικαίωμα άσκησης της επίσχεσης. Να αρνηθεί, δηλαδή, τη παροχή της εργασίας του, για όσο χρόνο ο εργοδότης του θα συνεχίζει να είναι υπερήμερος εξ αιτίας της μη πληρωμής από τον ίδιο του μισθού.

3.2 Ασκώντας το δικαίωμα της επίσχεσης εργασίας, ο μισθωτός δικαιούται να δηλώσει στον εργοδότη, ότι διακόπτει την απασχόλησή του μέχρι να του καταβληθούν οι καθυστερούμενες αποδοχές ή να συμμορφωθεί ο εργοδότης με τις νόμιμες υποχρεώσεις του και να απέχει από τα καθήκοντα της εργασίας του.

Κατά το χρονικό διάστημα της επίσχεσης εργασίας, ο εργοδότης περιέρχεται σε κατάσταση υπερημερίας, γι' αυτό οι μισθωτοί δεν υποχρεούνται να παρέχουν εργασία ούτε και να παρουσιάζονται στην

επιχείρηση, αλλά έχουν δικαίωμα να απασχοληθούν σε άλλο εργοδότη, για αντιμετώπιση βασικών τους αναγκών. Οποσδήποτε, όμως, πρέπει ο μισθωτός, που ασκεί το δικαίωμα της επίσχεσης εργασίας, να βρίσκεται πάντοτε στη διάθεση του εργοδότη, εφόσον αρθεί η υπερημερία του, για να αναλάβει εργασία (άρθρο 656 του Αστικού Κώδικα).

Η επίσχεση εργασίας, η οποία αποτελεί μονομερή δικαιοπραξία, που ισχύει από τη στιγμή που περιέρχεται σε γνώση του εργοδότη, έχει ως αποκλειστικό και μόνο σκοπό να τον υποχρεώσει να καταβάλει στο μισθωτό τις δεδουλευμένες και καθυστερούμενες αποδοχές. Το δικαίωμα της επίσχεσης εργασίας μπορεί να ασκηθεί και όταν ο εργοδότης προσκαλεί το μισθωτό, που άκυρα απέλυσε, να αναλάβει εργασία, χωρίς, όμως, να εξοφλεί ταυτόχρονα και τους μισθούς υπερημερίας, δηλαδή, τις αποδοχές από την άκυρη απόλυση μέχρι την επάνοδο στην εργασία.

Όταν ο μισθωτός απέχει από την εργασία του, ασκώντας το δικαίωμα επίσχεσης εργασίας για βάσιμες αξιώσεις του, ο εργοδότης δεν μπορεί να θεωρήσει λυμένη τη σύμβαση εργασίας και γίνεται υπερήμερος ως προς την αποδοχή των υπηρεσιών του εργαζόμενου, εφόσον αποκρούει τη προσφορά του χωρίς να προβαίνει σε νόμιμη καταγγελία της σύμβασης εργασίας.

3.3 Απαραίτητες προϋποθέσεις άσκησης του δικαιώματος επίσχεσης εργασίας, σύμφωνα με το άρθρο 325 του Αστικού Κώδικα κ.λ.π., είναι οι κατωτέρω:

- α)** Να υπάρχει ενεργός εργασιακή σύμβαση εργασίας (έγκυρη ή άκυρη).
- β)** Να υπάρχει αξίωση απαιτητή ή ληξιπρόθεσμη.
- γ)** Η δήλωση του μισθωτού να είναι ρητή και σαφής, γραπτή ή προφορική και να γίνεται έγκαιρα, δυνάμει της οποίας να αρνείται να παρέχει τις υπηρεσίες του μέχρι να εκπληρώσει ο εργοδότης την υποχρέωση που τον βαρύνει.

δ) Να ασκείται εντός των ορίων της καλής πίστης, των χρηστών και συναλλακτικών ηθών και του κοινωνικοοικονομικού σκοπού του δικαιώματος.

ε) Η αξίωση να είναι συναφής προς την οφειλή και να στρέφεται κατά του προσώπου του εργοδότη.

Οι συνέπειες της επίσχεσης εργασίας αίρονται με τη συμμόρφωση του εργοδότη, δηλαδή, με τη καταβολή των οφειλόμενων δεδουλευμένων αποδοχών (μισθοί ή ημερομίσθια, δώρα εορτών, άδεια και επίδομα άδειας, εφημερίες κ.λ.π.) ή τη λήψη των νομίμων μέτρων υγιεινής και ασφάλειας ή γενικά τη συμμόρφωσή του για κάθε νόμιμη ή συμβατική του υποχρέωση, που κρίνεται ότι είναι αξιόλογη και όχι ασήμαντη.

Ο εργοδότης μπορεί να ματαιώσει την επίσχεση εργασίας με τη παροχή πραγματικής ασφάλειας στον εργαζόμενο, π.χ. με κατάθεση των οφειλόμενων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, όχι όμως και τη παροχή απλής εγγύησης.

Η άσκηση του δικαιώματος επίσχεσης, είναι δυνατόν να οδηγήσει, σύμφωνα με εύλογη κρίση της αρμόδιας υπηρεσίας, σε τακτική επιδότηση λόγω ανεργίας των εργαζομένων, που άσκησαν το δικαίωμα αυτό (άρθρο 5 Ν.549/77), από τον Ο.Α.Ε.Δ.

3.4 Ο Ειδικευόμενος Ιατρός νομιμοποιείται πλήρως στην ενάσκηση του δικαιώματος της επίσχεσης εργασίας, το οποίο καταλαμβάνει και τις εφημερίες, οι οποίες ως χρόνος υπερωριακής απασχόλησης, είναι χρόνος εργασίας. Ως γνωστό, ο Ειδικευόμενος Ιατρός, για την απόκτηση τίτλου ειδικότητας, συνδέεται με το οικείο Νοσοκομείο με Σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου.

Λόγω της παρεχόμενης εργασίας του, ο Ειδικευόμενος Ιατρός δικαιούται στην απόληψη βασικού μισθού, επιδομάτων, παροχών και συναφών αποζημιώσεων, αμείβεται, όμως, και για πραγματοποιούμενες από αυτόν εφημερίες¹, που είναι χρόνος υπερωριακής απασχόλησης, άρα χρόνος εργασίας, που ως τέτοιος έχει πλέον αναχθεί σε έννοια

¹ Βλ. άρθρα 30 και 38 Ν.1397/1983, άρθρο 6 Ν. 3754/2009, άρθρα 44 και 46 Ν.3205/2003.

Κοινοτικού Δικαίου, σύμφωνα με τη πάγια Νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων².

Η αμοιβή, συνεπώς, των εφημεριών του Ειδικευόμενου Ιατρού, η οποία αποτελεί αμοιβή υπερωριακής εργασίας, λόγω της τακτικότητάς της, ενσωματώνεται στις βασικές του αποδοχές. Αυτό δε, γιατί οι εφημερίες είναι τακτικώς παρεχόμενη υπερωριακή εργασία, αφού ο Ειδικευόμενος Ιατρός, για όσο χρόνο διαρκεί η ειδίκευσή του, παγίως συμμετέχει σε προγράμματα εφημεριών.

Τις ως άνω παραδοχές έχει επικυρώσει και η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου με την υπ'αριθ.39/2002 Απόφασή της.

Σύμφωνα με την Απόφαση αυτή, η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου έκρινε, ότι μισθός κατά την έννοια του άρθρου 655 του Αστικού Κώδικα, σε συνδυασμό προς τα άρθρα 648 και 649 του Αστικού Κώδικα και 1 της υπ'αριθ.95 Διεθνούς Σύμβασης Εργασίας, που κυρώθηκε με το Ν.3248/1955, είναι κάθε παροχή την οποία οφείλει ο εργοδότης κατά το Νόμο ή τη Σύμβαση στο μισθωτό, ως αντάλλαγμα για την παρεχόμενη εργασία του.

Σύμφωνα με την Απόφαση αυτή, μισθό υπό την έννοια των ως άνω διατάξεων αποτελούν και οι αμοιβές που οφείλονται κατά νόμο στο μισθωτό ως αντάλλαγμα υπερεργασίας του, νόμιμης υπερωριακής εργασίας του και επιτρεπόμενης απασχόλησης του σε ημέρα αργίας, αφού συνιστούν νόμιμα ανταλλάγματα εγκύρως παρεχόμενης εργασίας του μισθωτού.

Επομένως, και για τις αμοιβές αυτές τάσσεται από το άρθρο 655 του Αστικού Κώδικα δήλη ημέρα καταβολής, ούτως ώστε με μόνη τη πάροδο αυτής να καθίσταται ο εργοδότης υπερήμερος κατά το άρθρο 341 παρ.1 του Αστικού Κώδικα και να οφείλει, έκτοτε, επί χρηματικού χρέους, τόκους υπερημερίας κατά το άρθρο 345 εδαφ. α' του Αστικού Κώδικα. Για την αμοιβή δε της υπερεργασίας, της νόμιμης υπερωριακής εργασίας και της επιτρεπόμενης εργασίας σε ημέρες αργίας, δήλη ημέρα καταβολής των απαιτήσεων αυτών σε μισθωτό που

² Βλ. Υποθέσεις Simap/2000, Jaeger/2003, Pfeiffer/2004, Dellas/2005, κλπ.

αμείβεται με μηνιαίο μισθό, είναι η τελευταία ημέρα του μήνα μέσα στον οποίο παρασχέθηκαν οι επί μέρους αυτές εργασίες.

Συνεπώς, η αποζημίωση πραγματοποίησης των εφημεριών του Ειδικευόμενου Ιατρού ανά μήνα, πρέπει να καταβάλλεται μέχρι τη τελευταία ημέρα του μήνα αυτού (δήλη ημέρα), άλλως, το Νοσοκομείο, ως Ν.Π.Δ.Δ., καθίσταται υπερήμερο ως προς το ποσό αυτό.

4. Με το ως άνω έγγραφό του ο Διοικητής της 4^{ης} Υ.ΠΕ. θέτει τους Ειδικευόμενους Ιατρούς προ του εξής απαράδεκτου και εκβιαστικού διλήμματος:

Είτε α) εάν οι Ειδικευόμενοι Ιατροί συμμετέχουν σε νόμιμη επίσχεση εργασίας για απλήρωτη, αλλά δεδουλευμένη από αυτούς εργασία από εφημερίες, ο χρόνος απόκτησης τίτλου ειδικότητας θα πρέπει να αναπληρωθεί με παράτασή του για όσο χρόνο διαρκέσει η επίσχεση εργασίας(!!!)

Είτε β) εάν οι Ειδικευόμενοι Ιατροί δεν συμμετέχουν σε επίσχεση εργασίας, μολονότι υφίσταται οφειλή από δεδουλευμένες από αυτούς εφημερίες, θα συμμετέχουν, εκόντες άκοντες, στα προγράμματα εφημεριών, έστω και αν αυτοί παραμείνουν απλήρωτοι, με συνέπεια να μην συντρέχει ο "κίνδυνος" επιμήκυνσης του χρόνου απόκτησης τίτλου ειδικότητας ανάλογης της διάρκειας του χρόνου επίσχεσης εργασίας, αφού δεν θα υπάρχει επίσχεση(!!!)

Πρέπει να γίνει σαφές, ότι η επίσχεση εργασίας του εργαζόμενου Ειδικευόμενου Ιατρού, είναι το αποτέλεσμα της αποκλειστικά υπαίτιας και αντισυμβατικής συμπεριφοράς του υπερήμερου εργοδότη του, ήτοι της Διοίκησης του Νοσοκομείου, που δεν του καταβάλλει ή καθυστερεί να του καταβάλλει τις δεδουλευμένες αποδοχές του. Αυτός δε είναι και ο βασικός λόγος της ανυπαρξίας διάταξης Νόμου από την οποία να προκύπτει, έστω και κατ' αναλογία, ότι ο χρόνος της επίσχεσης εργασίας του Ειδικευόμενου Ιατρού δεν συνυπολογίζεται ως πραγματικός χρόνος για την απόκτηση τίτλου ειδικότητας και θα πρέπει να αναπληρωθεί (ενδεικτικά αναφέρομαι στον Α.Ν.3366/1955, στο Π.Δ.415/1994, τους Ν.1397/1983, 2071/1992, 2519/1997 κλπ.).

Ουδεμία παράνομη πράξη ή παράλειψη είναι δυνατόν να καταλογισθεί στον Ειδικευόμενο Ιατρό, εφόσον η ενάσκηση του δικαιώματος της επίσχεσης εργασίας ακολουθεί τη παράνομη και υπερήμερη συμπεριφορά του εργοδότη του, ήτοι της Διοίκησης του Νοσοκομείου στο οποίο υπηρετεί.

Είναι αδύνατο "να εκβιασθεί" η ύπαρξη διάταξης Νόμου στη λογική που θέτει το ως άνω έγγραφο του Διοικητή της 4^{ης} Υ.ΠΕ., διότι η επιμήκυνση του χρόνου απόκτησης τίτλου ειδικότητας, ανάλογα με τη χρονική διάρκεια της επίσχεσης εργασίας, θα λειτουργούσε όχι μόνο ως τιμωρία και κύρωση, αλλά ταυτόχρονα θα οδηγούσε στη μη άσκηση ενός σημαντικού εργασιακού δικαιώματος, άλλως, στη παραίτηση από ένα φυσικό και αυτονόητο δικαίωμα αυτοδύναμης προστασίας, αφού η μη πληρωμή ή η καθυστέρηση στη πληρωμή των πάσης φύσεως αποδοχών ανατρέπει τη βάση βιοπορισμού του εργαζόμενου.

Επίσης, η υιοθέτηση μιας τέτοιας λογικής θα οδηγούσε σε απόλυτη αυθαιρεσία τις Διοικήσεις των Νοσοκομείων αλλά και Διευθυντές Κλινικών, Τμημάτων και Εργαστηρίων των οικείων Νοσοκομείων, οι οποίοι θα εξανάγκαζαν τους Ειδικευόμενους Ιατρούς να πραγματοποιούν, εκόντες άκοντες, προγράμματα εφημεριών "δωρεάν" ή "επί πιστώσει", αδιαφορώντας για τα εγγενή και αυτονόητα εργασιακά τους δικαιώματα αλλά και για την εξασφάλιση της ακίνδυνης και ακώλυτης παροχής των ιατρικών τους υπηρεσιών.

5. Η άσκηση από τους εργαζόμενους δικαιωμάτων ή η επέλευση καταστάσεων, συνέπεια των οποίων είναι η απαλλαγή των μισθωτών από την υποχρέωση παροχής εργασίας (π.χ. άδεια αναψυχής, απεργία, **επίσχεση εργασίας**, υπερημερία εργοδότη, απουσία για σπουδαίο λόγο, άδεια ασθένειας), δεν μπορούν να προκαλούν ή να επισύρουν κυρώσεις ή να οδηγούν σε δυσμενή μεταχείρισή τους που παρεμποδίζουν ή και καταλύουν τη νόμιμη άσκησή τους (των δικαιωμάτων). **Ο κανόνας αυτός θεμελιώνεται στα άρθρα 281 και 288 του Αστικού Κώδικα και**

βρίσκει καθολική αποδοχή τόσο στη θεωρία όσο και στη νομολογία των δικαστηρίων³.

Ανεξάρτητα δε από το αν η αποχή από την εργασία συμπαρασύρει και την υποχρέωση του εργοδότη για καταβολή του μισθού, όπως συμβαίνει με την άσκηση του δικαιώματος απεργίας, ο χρόνος αποχής ή απουσίας είναι χρόνος απασχόλησης και προσμετράται σ' αυτήν ως προς όλες τις συνέπειες, π.χ. για τον υπολογισμό του συνολικού χρόνου απασχόλησης για τον καθορισμό του ύψους της αποζημίωσης απόλυσης, για τη γέννηση του δικαιώματος για άδεια αναψυχής, για τη λήψη των επιδομάτων εορτών, των επιδομάτων πολυετιών, για το ευδόκιμο της υπηρεσίας ή, απλώς, για τη συμπλήρωση του απαιτούμενου για προαγωγή χρόνου υπηρεσίας κ.ο.κ.

Συγχρόνως, οι χρόνοι αυτοί απουσίας δεν αφαιρούνται ούτε συμψηφίζονται με τους χρόνους απουσίας από την άσκηση άλλου δικαιώματος. Για παράδειγμα, **ο χρόνος επίσχεσης εργασίας** ή ο χρόνος άσκησης του δικαιώματος απεργίας, προσμετράται κανονικά για τη συμπλήρωση του χρόνου αναμονής για τη γέννηση του δικαιώματος για την ετήσια άδεια αναψυχής και δεν αφαιρείται από τον αριθμό των ημερών άδειας αναψυχής του εργαζόμενου.

Μια ειδική έκφραση του κανόνα αυτού έχουμε στο άρθρο 2 παρ. 6 Α.Ν. 539/1945 για τον υπολογισμό του χρόνου απασχόλησης επί άδειας αναψυχής. Με τη διάταξη ορίζεται, ότι *«δια τον υπολογισμόν του περι ου ανωτέρω, χρόνου απασχολήσεως (χρόνος αναμονής για τη γέννηση του δικαιώματος), τα διαστήματα καθ' ά ο μισθωτός απέσχεν ή απέχει της απασχολήσεώς του παρά τη υποκειμένη επιχειρήσει, λόγω βραχείας σχετικώς διάρκειας ασθένειας, στρατεύσεως, απεργίας, ανταπεργίας ή ανωτέρας βίας, δεν θεωρούνται ως χρόνος μη απασχολήσεως ουδέ συμψηφίζονται προς τα ημέρας αδείας, ων ούτοι δικαιούνται»*.

Πρόκειται για μια ρύθμιση που αφορά μια σημαντική έκφραση του γενικότερου ζητήματος, το τρόπο υπολογισμού του χρόνου απασχόλησης. Η ρύθμιση του μέρους, είναι αντιπροσωπευτική για την αντιμετώπιση του όλου προβλήματος, πρόκειται, με άλλα λόγια, για μια

³ Βλ. π.χ. ΑΠ 279/1988, ΔΕΝ 1989, 129.

ρύθμιση *parte pro toto*. Επομένως, οι ρυθμίσεις αυτές για την άδεια αναψυχής ισχύουν *parte pro toto* για όλες τις περιπτώσεις που ο νόμος συνδέει την επέλευση εννόμων συνεπειών από τη συμπλήρωση ορισμένου χρόνου πραγματικής απασχόλησης.

Επιβεβαιώνεται, λοιπόν, με το άρθρο 2 παρ. 6 Α.Ν. 539/1945 ο γενικός κανόνας, ότι στο χρόνο απασχόλησης προσμετρώνται και όλοι οι χρόνοι απουσίας του εργαζόμενου λόγω άσκησης δικαιώματος, όπως είναι το δικαίωμα για άδεια αναψυχής και ασθένειας, η εβδομαδιαία ανάπαυση τη Κυριακή και η απουσία κατά τις ημέρες αργίας, η έκτη ημέρα της εβδομάδας ως ημέρα ανάπαυσης για όσους υπάγονται στο σύστημα της εβδομάδας των πέντε ημερών κ.ο.κ. Η προσμέτρηση του χρόνου γίνεται ακόμη και όταν, λόγω της άσκησης του δικαιώματος, απαλλάσσεται και ο εργοδότης από την υποχρέωση καταβολής μισθού, όπως συμβαίνει στη περίπτωση της άσκησης από τον εργαζόμενο του δικαιώματος απεργίας. Μάλιστα στη τελευταία περίπτωση, η αποχή από την εργασία λόγω άσκησης του δικαιώματος απεργίας, θεωρείται χρόνος απασχόλησης, ακόμη και όταν η απεργία κρίνεται παράνομη.

Η δικαστική διάγνωση, δηλαδή, του παράνομου χαρακτήρα μιας απεργίας δεν ενεργεί *ex tunc* αλλά *ex nunc* και απαλλάσσει τον εργαζόμενο από συνέπειες και κυρώσεις που θα είχε η συμμετοχή του σε μια απεργία που κρίνεται, στη συνέχεια, παράνομη από το αρμόδιο δικαστήριο. Ο χρόνος αποχής λόγω συμμετοχής σε απεργία, που κρίνεται παράνομη, δεν θεωρείται αναδρομικά ως χρόνος αδικαιολόγητης απουσίας από την εργασία, με αποτέλεσμα όχι μόνο να απαλλάσσεται ο απεργός από επαχθείς έννομες συνέπειες λόγω αδικαιολόγητης απουσίας αλλά και να προσμετράται ο χρόνος αυτός και στο συνολικό χρόνο απασχόλησης για τη γέννηση του δικαιώματος για άδεια αναψυχής, καθώς και στο συνολικό χρόνο απασχόλησης για όλες τις έννομες συνέπειες, όπως είναι ο απαιτούμενος για προαγωγή χρόνος απασχόλησης ή ο χρόνος για τον υπολογισμό της αποζημίωσης απόλυσης.

Αυτό είναι το πανηγυρικό πόρισμα της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου 27/2004⁴, η οποία με την ομόφωνη Απόφασή της, δέχθηκε, ότι κάθε απεργία που κηρύσσεται από συνδικαλιστική οργάνωση έχει υπέρ αυτής τεκμήριο νομιμότητας μέχρι τη τελεσίδικη δικαστική διάγνωση του παράνομου χαρακτήρα της.

Η ΟΛΑΠ 27/2004, ερμηνεύοντας το άρθρο 2 παρ. 6 του Α.Ν. 539/1945 και ειδικότερα το χρόνο συμμετοχής του εργαζομένου σε απεργία, υπογραμμίζει ότι *«ο μέχρι τη δημοσίευση της τελεσίδικης αποφάσεως, που κήρυξε την απεργία παράνομη ή καταχρηστική, χρόνος συμμετοχής του μισθωτού στην απεργία, που έχει κηρυχθεί από τη «νόμιμα συστημένη συνδικαλιστική οργάνωση» (άρθρο 23 παρ. 2 του Συντάγματος), κατά τις νόμιμες διατυπώσεις, δεν θεωρείται χρόνος μη απασχολήσεως του μισθωτού ούτε καταλογίζεται στις ημέρες αδείας που δικαιούνται, εκτός αν ο εργοδότης αποδεικνύει ότι εκείνος, καταβάλλοντας την επιμέλεια συνετού εργαζομένου, μπορούσε να αντιληφθεί τον παράνομο ή καταχρηστικό χαρακτήρα της απεργίας ...»*.

Όπως αναφέρθηκε ήδη, οι χρόνοι απουσίας του εργαζόμενου που αναφέρονται παραπάνω, προσμετρώνται στο συνολικό χρόνο απασχόλησής του και δεν αφαιρούνται / συμψηφίζονται / καταλογίζονται στο χρόνο απουσίας λόγω άσκησης άλλου δικαιώματος, όπως είναι το δικαίωμα για άδεια αναψυχής, ή το δικαίωμα απουσίας για σπουδαίο λόγο (άρθρα 657 και 658 ΑΚ) και, γενικά, οποιοδήποτε δικαίωμα απουσίας από την εργασία. **Το ίδιο ισχύει και για το δικαίωμα επίσκεψης εργασίας**, με την άσκηση του οποίου ο εργαζόμενος δεν περιέρχεται σε υπερημερία, ούτε χάνει την αξίωσή του για το μισθό του χρόνου της επίσκεψης. Αντίθετα, ο εργοδότης του είναι εκείνος που βρίσκεται σε υπερημερία και εξακολουθεί να είναι υπόχρεος σε εκπλήρωση της οφειλής που αποτέλεσε την αιτία της επίσκεψης, καθώς και σε καταβολή του μισθού για το χρόνο της επίσκεψης.

⁴ ΕΕργΔ 2004, 971. Για το τεκμήριο νομιμότητας της απεργίας βλ. ήδη Καζάκος, Η Διαιτησία Συλλογικών Διαφορών Συμφερόντων κατά το Ν. 1876/90, 1998, 41 επ. Βλ. τον ίδιο, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, τ. Ι, 2009, 59 επ., 329, όπου και περαιτέρω υπομνηματισμός.

Τα ίδια ισχύουν και στις σχέσεις κοινωνικής ασφάλισης. Η ασφάλιση και επομένως η οφειλή εισφορών δεν διαρκεί μόνο όσο παρέχεται εξαρτημένη εργασία έναντι αμοιβής. Τα ασφαλιζόμενα πρόσωπα συνεχίζουν την υπαγωγή τους στην ασφάλιση και κατά τη διάρκεια του χρόνου, κατά τον οποίο κατ' ενάσκηση δικαιώματος ή για λόγους ανεξάρτητους από τη θέλησή τους δεν προσφέρουν μεν εξαρτημένη εργασία, λαμβάνουν όμως από τον εργοδότη τις αποδοχές τους, εν όλω ή εν μέρει (άρθρο 2 παρ. 2 Α.Ν. 1846/51). Παράλληλα, το άρθρο 8 παρ. 2 Α.Ν. 1846/51 ορίζει, ότι ως ημέρες εργασίας νοούνται οι ημέρες, κατά τις οποίες οι ασφαλισμένοι από την υπαγωγή τους στην ασφάλιση του ΙΚΑ δικαιούνται αμοιβής σε χρήμα ή σε είδος για εργασία που παρέχεται κατά τους ορισμούς του άρθρου 2 ή κατά τις οποίες δικαιούνται, κατά την κείμενη νομοθεσία αμοιβής χωρίς πραγματική παροχή υπηρεσιών.

Η συνέχιση της ασφάλισης χωρίς παροχή εργασίας, περιλαμβάνει δύο διακριτές περιπτώσεις: **α)** απουσία για νόμιμη αιτία (κατ' ενάσκηση δικαιώματος), όπως είναι η άδεια και η επίσχεση εργασίας⁵ και **β)** μη παροχή εργασίας λόγω ανυπαίτιου κωλύματος (για λόγους ανεξάρτητους της θέλησης του μισθωτού) ή λόγω υπερημερίας του εργοδότη κατά το άρθρο 656 ΑΚ⁶. Η κοινωνικοασφαλιστική σχέση συνεχίζεται κανονικά.

Ειδικά για την **επίσχεση εργασίας**, επειδή ο μισθωτός έχει αξίωση για το μισθό σαν να εργαζόταν κανονικά, η ασφαλιστική σχέση παραμένει ενεργή με όλες τις συνέπειες (ως προς την υποχρέωση καταβολής εισφορών στο ΙΚΑ) που ισχύουν και για την κανονική παροχή εργασίας από τον εργαζόμενο⁷.

III. Θα πρέπει να προστεθεί, τέλος, ότι εκτός των άλλων κυρώσεων (ποινικών, πειθαρχικών) δημιουργείται και αστική ευθύνη των αρμόδιων οργάνων λόγω παράνομης προσβολής της προσωπικής και επαγγελματικής τιμής των θιγομένων, ενώ μπορεί να ανακύψει και

⁵ ΔιοικΠρωτΘεσ 3219/02, ΕΔΚΑ 2003, 305.

⁶ ΔιοικΠρωτΘεσ 3219/02, ό.π. Βλ. για όλα αυτά Κουζιώρτη, Οι ασφαλιστικές εισφορές στο Ι.Κ.Α. – Ε.Τ.Α.Μ., 2010 (αδημ.), 188 επ.

⁷ ΔιοικΠρωτΘεσ 3219/02, ό.π. Βλ. σχετικά και Γ. Ψηλού – Φ. Χατζηδημητρίου, Ασφάλιση κατά τη διάρκεια επισχέσεων εργασίας, ΔΕΝ 1998, 186.

ευθύνη για αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας, θετικής ή αποθετικής, που προκαλεί η άρνηση αναγνώρισης του χρόνου επίσχεσης εργασίας ως χρόνου πραγματικής απασχόλησης και ως χρόνου απόκτησης ειδικότητας των ειδικευόμενων γιατρών, π.χ. για στέρηση εισοδήματος από την αδυναμία έναρξης επιτηδεύματος ή άσκησης επαγγέλματος, γενικά, λόγω της άρνησης αναγνώρισης του χρόνου απόκτησης ειδικότητας. Με τη γνωστοποίηση δε της παρούσας γνωμοδότησης στα αρμόδια όργανα, αυτά δεν θα μπορούν να προβάλουν ούτε την ένσταση συγγνωστής νομικής πλάνης.

Με εκτίμηση

Άρις Γ. Καζάκος
Καθηγητής Εργατικού Δικαίου

Δρ. Μιχαήλ Μιχαήλ
Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω