

ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

PANTEION UNIVERSITY OF SOCIAL AND POLITICAL SCIENCES



ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ:

«ΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΗ»

ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΔΙΚΑΙΟ, ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ

"Η στάθμιση ως μέθοδος επίλυσης συγκρούσεων μεταξύ συνταγματικών δικαιωμάτων"

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Μαρία Δουλή

Επιβλέπων: Χάνος Αντώνιος

Αναπληρωτής Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου

Αθήνα, 2021

Τριμελής Επιτροπή:

Χάνος Αντώνιος, Αναπληρωτής Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου (Επιβλέπων)

Κριάρη Ισμήνη, Ομότιμη Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου

Παναγοπούλου Φερενίκη, Επίκουρη Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου



Copyright © Μαρία Δουλή, 2021

All rights reserved. Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας διπλωματικής εργασίας εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα. Ερωτήματα που αφορούν τη χρήση της διπλωματικής εργασίας για κερδοσκοπικό σκοπό πρέπει να απευθύνονται προς την συγγραφέα.

Η έγκριση της διπλωματικής εργασίας από το Πάντειον Πανεπιστήμιο Κοινωνικών και Πολιτικών Επιστημών δεν δηλώνει αποδοχή των γνώμων της συγγραφέα.

Αφιερώνεται

*Στους δικούς μου ανθρώπους
για την αγάπη, την αφοσίωση και την υποστήριξη
σε κάθε μου βήμα*

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

ΑΚ	Αστικός Κώδικας
Α.Π.	Άρειος Πάγος
ΑΠΔΠΧ	Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα
Αρ.	Αριθμός
Άρθρ.	Άρθρο
Αρμ.	Αρμενόπουλος (νομικό περιοδικό)
Βλ.	Βλέπε
BverfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
Camb. Law J.	Cambridge Law Journal
ΔιΔικ	Διοικητική Δίκη (νομικό περιοδικό)
ΔτΑ	Δικαιώματα του Ανθρώπου (νομικό περιοδικό)
ΕΔΔΑ	Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου
ΕΔΔΔΔ	Επιθεώρησης δημοσίου δικαίου και διοικητικού δικαίου (νομικό περιοδικό)
Ε.Ε	Ευρωπαϊκή Ένωση
ΕΕΕυρ	Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου
Εκδ.	Εκδόσεις
ΕλλΔνη	Ελληνική Δικαιοσύνη (νομικό περιοδικό)
Επ.	Επόμενα
Επιμ.	Επιμέλεια
Ε.Σ.	Ελεγκτικό Συνέδριο
ΕΣΔΑ	Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου
ΕφαρμΔΔ	Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου (νομικό περιοδικό)
ΕφημΔΔ	Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου (νομικό περιοδικό)
ΘΝ	Θεμελιώδης Νόμος (Βόννης)
ΘΠΔΔ	Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου (νομικό περιοδικό)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
ΜτΘ	Μάθημα των Θρησκευτικών
Μον.	Μονομελές
Ν.	Νόμος
ΝοΒ	Νομικό Βήμα
Ολομ.	Ολομέλεια
Ό.π.	Όπως προηγούμενα
Ό.παρ.	Όπως παραπάνω
Παρ.	Παράγραφος
Περ.	Περιθώριο
Π.Δ	Προεδρικό διάταγμα
ΠΝΠ	Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου
Πρβλ.	Παράβλεπε
Πρωτ.	Πρωτοδικείο
ΠτΔ	Πρόεδρος της Δημοκρατίας
Π.Π.Π	Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο
Σελ.	Σελίδα

ΣτΕ	Συμβούλιο της Επικρατείας
Σύντ.	Σύνταγμα
Τευχ.	Τεύχος
Τιμ.	Τιμητικό
Τομ.	Τόμος
ΤοΣ	Το Σύνταγμα (νομικό περιοδικό)
Vol.	Volume
ΦΕΚ	Φύλλο Εφημερίδος της Κυβερνήσεως

Ευχαριστίες

Με την ευκαιρία της παρούσας εργασίας θα ήθελα να εκφράσω τις ειλικρινείς ευχαριστίες μου στον Αξιότιμο Αναπληρωτή Καθηγητή και Διευθυντή του ΠΜΣ «Νομική και Διοικητική επιστήμη» του Τμήματος Δημόσιας Διοίκησης του Παντείου Πανεπιστημίου κ. Αντώνιο Χάνο για την επιστημονική συζήτηση, τις πολύτιμες συμβουλές του και την πάντα ευγενική και καλοπροαίρετη συνεργασία καθ' όλο το διάστημα των μεταπτυχιακών μου σπουδών.

Επιπλέον, τον ευχαριστώ καθώς μου έδωσε τη δυνατότητα να μοιραστώ δημόσια τις σκέψεις μου γύρω από έναν τομέα του δικαίου που με ενδιαφέρει πολύ τα τελευταία χρόνια, αυτόν του δημοσίου δικαίου και συγκεκριμένα των Συνταγματικών Δικαιωμάτων.

Παράλληλα, θα ήθελα να ευχαριστήσω όλους τους διδάσκοντες του Προγράμματος Μεταπτυχιακών Σπουδών της Δημόσιας Διοίκησης με κατεύθυνση «Δίκαιο, Τεχνολογία και Οικονομία» για το υπέροχο ακαδημαϊκό ταξίδι και τα πολύ ενδιαφέροντα επιστημονικά ερεθίσματα που μας προσέφεραν κατά τη διάρκεια των παραδόσεων, σε πραγματικά δύσκολες συνθήκες λόγω της πανδημίας.

Ιδιαίτερως ευχαριστώ τις αξιότιμες κα Κριάρη Ισμήνη, Ομότιμη Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου και κα Παναγοπούλου Φερενίκη, Επίκουρη Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου για την τιμή να συναπαρτίζουν με τον κ. Χάνο τα μέλη της Συμβουλευτικής μου Επιτροπής.

Τέλος, δεν θα μπορούσα να ξεχάσω την οικογένεια μου για την πλήρη υποστήριξη και την αμέριστη συμπαράσταση τους. Ευχαριστώ τους γονείς μου και τον σύζυγό μου για την κατανόηση και την υποστήριξη και φυσικά τα παιδιά μου για την αγάπη και την ψυχική δύναμη που μου χαρίζουν για να εκπληρώνω τους στόχους μου.

Μαρία Δουλή

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΕΙΣΑΓΩΓΗ	12
----------------	----

Α. ΜΕΡΟΣ:

ΟΙ ΘΕΩΡΗΤΙΚΕΣ ΒΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ: Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ...	16
---	----

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: ΟΙ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΙ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η έννοια του περιορισμού και η διάκρισή της από συναφείς έννοιες.....	19
2. Η συνταγματική και νομοθετική πρόβλεψη των περιορισμών – Η αρχή της επιφύλαξης του νόμου.....	21

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΤΡΙΤΟ: Η «ΣΥΓΚΡΟΥΣΗ» ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η έννοια της σύγκρουσης	34
2. Παραδείγματα σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων.....	37
3. Σύγκρουση και διαπροσωπική ενέργεια συνταγματικών δικαιωμάτων	40
4. Σύγκρουση και τριτενέργεια συνταγματικών δικαιωμάτων.....	41
5. Πλαστικότητα νομικής σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων.....	43
5.1. Παρουσίαση του προβλήματος.....	43
5.2. Αίτια της πλαστικότητας.....	44
5.3. Επαναπροσδιορισμός της έννοιας της νομικής σύγκρουσης	45
5.4. Η σύγκρουση δικαιωμάτων ως πραγματική σύγκρουση.....	46

Β. ΜΕΡΟΣ:

ΜΕΘΟΔΟΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ: Η ΣΤΑΘΜΙΣΗ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η στάθμιση ως ειδικότερη πτυχή της αναλογικότητας	47
1.1 Η ανάγκη της in concreto στάθμισης.....	47
1.2 Τα κριτήρια της στάθμισης.....	51
1.3 Η μεθοδολογική προσέγγιση των ελληνικών ανωτάτων δικαστηρίων.....	53
1.4 Η μεθοδολογική προσέγγιση του ΕΔΔΑ.....	62
2. Κριτική της στάθμισης ως μεθόδου επίλυσης «συγκρούσεων» συνταγματικών δικαιωμάτων.....	65
2.1. Το δογματικό εμπόδιο της αρχής της τυπικής ισοδυναμίας των συνταγματικών διατάξεων.....	65
2.2. Η εφαρμογή υποκειμενικών κριτηρίων κατά τη δικαστική στάθμιση και η συνακόλουθη έλλειψη ασφάλειας δικαίου.....	67
2.3. Η αβεβαιότητα της στάθμισης στην ιδιόμορφη περίπτωση των κοινωνικών δικαιωμάτων.....	87
2.4. Υπάρχει μονάδα μέτρησης του «βάρους» των συνταγματικών αξιών;.....	89

2.5. Η υπόθεση του ΕΔΔΑ Lautsi κ.λ.π κατά Ιταλίας ως παράδειγμα νομολογιακής αβεβαιότητας κατ' εφαρμογή της στάθμισης.....	90
--	----

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: ΛΟΙΠΕΣ ΜΕΘΟΛΟΓΙΚΕΣ ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΕΠΙΛΥΣΗΣ «ΣΥΓΚΡΟΥΣΕΩΝ» ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η αρχή της πρακτικής εναρμόνισης.....	101
2. Η δικαστική τεχνική της στάθμισης στην αμερικάνικη θεωρία και νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου των Η.Π.Α.....	103
3. Η αμοιβαία ανεκτικότητα	125
4. Η θεμιτή συνάφεια.....	127
5. Η ώριμη αναλογικότητα.....	128
6. Η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων.....	130
6.1 Οι θεωρητικές βάσεις της μεθόδου.....	130
6.2 Τα επιμέρους στάδια της προτεινόμενης μεθόδου.....	134
7. Συγκριτικές παρατηρήσεις επί των επιμέρους μεθοδολογικών προτάσεων.....	137

Γ' ΜΕΡΟΣ:

Η ΕΠΙΛΥΣΗ ΤΩΝ ΣΥΓΚΡΟΥΣΕΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΕΝ ΚΑΙΡΩ ΠΑΝΔΗΜΙΑΣ

1. Εισαγωγικές επισημάνσεις.....	139
2. Επισκόπηση νομολογίας αναφορικά με σταθμίσεις σε υποθέσεις περιορισμών για την αντιμετώπιση της πανδημίας.....	145
2.1 Μέτρα κοινωνικής αποστασιοποίησης.....	145
2.2 Το μέτρο του υποχρεωτικού εμβολιασμού.....	146
2.3 Πανδημία και δικαίωμα δικαστικής προστασίας.....	154
2.3.1. Τα ειδικότερα μέτρα που έχουν απασχολήσει τη νομολογία αναφορικά με το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας.....	155
2.3.2. Η προβληματική της κατάργησης των εκκρεμών δικών λόγω λήξης των περιορισμένης χρονικής ισχύος ή αντικατάστασης των κανονιστικών πράξεων επιβολής των μέτρων.....	156
2.4 Η προστασία της ιδιωτικής ζωής και το δικαίωμα προστασίας προσωπικών δεδομένων σε περίοδο πανδημίας.....	164
ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ	170
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΠΗΓΕΣ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ ΥΛΙΚΟΥ	172

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Τα συνταγματικά δικαιώματα, όπως τα αναγνωρίζει και τα θεσπίζει η έννομη τάξη και κατά κύριο λόγο το Σύνταγμα, δεν είναι μόνο διακηρύξεις αρχών. Έχει επομένως κεφαλαιώδη σημασία το μεγάλο και δύσκολο πράγματι ζήτημα της εφαρμογής τους.

Η τελευταία εμφάνισε μεγάλες πρακτικές δυσκολίες, οι οποίες πολλαπλασιάστηκαν μετά την συνταγματική αναγνώριση της λεγόμενης «τριτενέργειας» των συνταγματικών δικαιωμάτων. Σε όλες επομένως τις περιπτώσεις το μεγάλο ζήτημα το οποίο τίθεται είναι το ζήτημα του περιορισμού των συνταγματικών δικαιωμάτων, το αν, το πόσο και το πώς μπορεί και πρέπει να περιορισθεί ένα συγκεκριμένο δικαίωμα σε μια συγκεκριμένη έννομη σχέση.

Καταρχήν είναι αναγκαίος ο καθορισμός της έννοιας του *δικαιώματος* και περαιτέρω της θεμελιώδους έννοιας του περιορισμού που έχει ιδιαίτερα μεγάλη σημασία για την εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων και η διάκριση του από συναφείς έννοιες. Περαιτέρω, κρίσιμο είναι και το ζήτημα της συνταγματικής και νομοθετικής πρόβλεψης των περιορισμών και κυρίως της βασικής αρχής της αναλογικότητας.

Πάνω στο έδαφος των θεωρητικών βάσεων επί των οποίων βασίζεται η εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων, αναλύονται περαιτέρω οι κυριότερες θεωρίες, **μέθοδοι εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων**. Μέσα από την αναζήτηση θεωρητικών βάσεων της στάθμισης, που είναι η κρατούσα σήμερα σε θεωρία και νομολογία μέθοδος, επιχειρείται μια κριτική προσέγγιση της μεθόδου αυτής μέσα από νομολογιακά παραδείγματα που έχουν απασχολήσει κατά την εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων από τα δικαστήρια. Στη συνέχεια, καταγράφονται συγκριτικά οι **λοιπές μεθοδολογικές προτάσεις** γύρω από το ζήτημα της επίλυσης της «σύγκρουσης» των συνταγματικών δικαιωμάτων.

Η παρούσα εργασία διαπιστώνει ότι αν και ουδείς στη συνταγματική θεωρία αμφισβητεί την τυπική ισοδυναμία των συνταγματικών διατάξεων, εντούτοις, μέσα από την επισκόπηση της νομολογίας και την εφαρμογή της «τεχνικής» της στάθμισης, καθίσταται πρόδηλο ότι ο δικαστής προβαίνοντας σε στάθμιση θέτει επί του ζυγού συνταγματικές διατάξεις προκειμένου να εντοπίσει το «βάρος» τους και να σχηματίσει την απόφασή του. Από την ανάλυση που ακολουθεί, επιχειρείται να καταδειχθεί ότι η μέθοδος της στάθμισης, με τη μεγάλη ελευθερία που δίνει στον εκάστοτε δικαστή να "ζυγίζει" τα σταθμιζόμενα μεγέθη, δεν μπορεί να δώσει σταθερό αποτέλεσμα, με ορατό τον άμεσο κίνδυνο καταστράτηγησης της ασφάλειας δικαίου.

Αντίθετα, μέσα από μια ενδεικτική περιπτωσιολογία εφαρμογής μέτρων (λ.χ. υποχρεωτικός εμβολιασμός) περιοριστικών των συνταγματικών δικαιωμάτων για λόγους αποφυγής της μετάδοσης του Covid-19, διαπιστώνεται ότι η ολοκληρωμένη προσέγγιση του εκάστοτε προβλήματος επιβάλλει το παρεμποδιζόμενο δικαίωμα να εντάσσεται σε ένα συγκεκριμένο θεσμό και μέσα εκεί ο εφαρμοστής να αναζητεί την αιτιώδη σύνδεση ανάμεσα σε αυτά τα δύο στοιχεία. Έτσι, επιτυγχάνεται παράλληλα ο έλεγχος τόσο του υποκειμενικού (δικαίωμα) όσο και του αντικειμενικού (θεσμός) στοιχείου. Με τον τρόπο αυτόν ο δικαστής κυρίως καταλήγει σε ένα απόλυτα ακριβές και σταθερό αποτέλεσμα, το οποίο δεν μπορεί να αναδειχθεί επαρκώς με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας και της στάθμισης των δικαιωμάτων. Η

μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής που προτείνεται εναλλακτικά από τη συνταγματική θεωρία, και κυρίως η προσαρμογή του δικαιώματος στην ειδική σχέση ή το θεσμό μέσω της χρήσης του λογικού εργαλείου της αιτιώδους συνάφειας, παρέχει τα εχέγγυα της απαιτούμενης ασφάλειας δικαίου.

ΛΕΞΕΙΣ ΚΛΕΙΔΙΑ: Συνταγματικό δικαίωμα, εφαρμογή, περιορισμός, οριοθέτηση, στάθμιση, αιτιώδης συνάφεια, θεσμός, ειδική κυριαρχική σχέση, ασφάλεια δικαίου, πανδημία, αναλογικότητα, πρακτική εναρμόνιση, σύγκρουση.

ABSTRACT

Constitutional rights, as recognized and enshrined in the legal order and, above all, in the Constitution, are not just declarations of principles. The big and really difficult issue of their implementation is therefore of paramount importance.

The latter showed great practical difficulties, which multiplied after the constitutional recognition of the so-called "tertiary" of constitutional rights. In all cases, therefore, the big question that arises is the question of the restriction of constitutional rights, whether, to what extent and how a particular right can and should be restricted in a particular legal relationship.

First of all, it is necessary to define the concept of right and further the fundamental concept of restriction, which is particularly important for the application of constitutional rights and to distinguish it from related concepts. Furthermore, the issue of the constitutional and legislative provision of restrictions and especially the basic principle of proportionality is crucial.

On the ground of the theoretical bases on which the application of constitutional rights is based, the main theories, methods of application of constitutional rights are further analyzed. Through the search for theoretical bases of weighting, which is the current method in theory and jurisprudence, a critical approach to this method is attempted through case law examples that have been used in the application of constitutional rights by the courts. Next, the other methodological proposals on the issue of resolving the "conflict" of constitutional rights are listed comparatively.

The present work finds that although no one in the constitutional theory disputes the formal equivalence of the constitutional provisions, nevertheless, through the review of the case law and the application of the "technique" of weighting, it becomes clear that the judge, by weighing, imposes constitutional provisions in order to determine their "weight" and to form its decision. The following analysis attempts to show that the method of weighting, with the great freedom it gives to each judge to "weigh" the weighted quantities, cannot give a stable result, with the immediate risk of circumvention of legal certainty visible.

On the contrary, through an indicative case study of measures (eg compulsory vaccination) restrictive of the constitutional rights in order to avoid the transmission of Covid-19, it is found that the integrated approach of the respective problem imposes the impeded right to be included in a specific in there the applicator looks for the causal link between these two elements. Thus, the control of both the subjective (right) and the objective (institution) element is achieved at the same time. In this way the judge mainly arrives at a completely accurate and consistent result, which cannot be sufficiently demonstrated by applying the principle of proportionality and weighting of rights. The method of institutional application proposed alternatively by constitutional theory, and especially the adaptation of the right to the specific relationship or institution through the use of the logical tool of causality, provides the guarantees of the required legal certainty.

KEY WORDS: Constitutional right, application, restriction, delimitation, balancing, causation, institution, special sovereign relationship, legal certainty, pandemic, proportionality, conflict.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η ιστορική εξέλιξη από την Γαλλική Επανάσταση μέχρι σήμερα οδήγησε στη νομική κατοχύρωση των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου, ως μεμονωμένου ατόμου ή ως μέλους μιας ομάδας¹. Το κύριο νομικό χαρακτηριστικό των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι η διασφάλισή τους κυρίως με συνταγματικές διατάξεις, οι οποίες εξειδικεύονται με άλλες κατώτερης τυπικής ισχύος διατάξεις νόμων κ.λ.π, απέναντι στην αυθαίρετη και καταπιεστική εξουσία του κράτους ή άλλων εξουσιαστικών θεσμών². Για τον λόγο αυτό και από άποψη ορολογίας, ήδη από την εισαγωγή διευκρινίζεται ότι στην παρούσα μελέτη προκρίνεται η χρήση του όρου «συνταγματικά δικαιώματα». Χωρίς να παραβλέπεται το γεγονός ότι σήμερα η κατοχύρωση των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν είναι μονοδιάστατη αλλά αντίθετα ότι η σύγχρονη πραγματικότητα χαρακτηρίζεται από στοιχεία πολυεπίπεδου συνταγματισμού³, όπου πέραν των εθνικών συνταγματικών τάξεων των κρατών, πολύ σημαντικό, αν όχι πρωτεύοντα ρόλο, διαδραματίζουν οι υπερεθνικές έννομες τάξεις (*ενωσιακό δίκαιο, Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διεθνείς συμβάσεις προστασίας ανθρωπίνων δικαιωμάτων και κυρίως η ΕΣΔΑ*), η επιλογή του όρου «συνταγματικά δικαιώματα» επιδιώκει να τονίσει τη σημασία της συνταγματικής τους κατοχύρωσης στα πλαίσια των εθνικών κρατών και να τιμήσει την ιστορική τους διεκδίκηση και τους αιματηρούς αγώνες της ανθρωπότητας για την κατάκτησή τους.

Τα συνταγματικά δικαιώματα, όπως τα αναγνωρίζει και τα θεσπίζει η έννομη τάξη και κατά κύριο λόγο το Σύνταγμα, δεν είναι μόνο διακηρύξεις αρχών. Πέρα από τον ιδεολογικό και διακηρυκτικό τους χαρακτήρα αποτελούν νομικούς κανόνες που δημιουργούν δικαιώματα και αντίστοιχες υποχρεώσεις⁴. Τα δικαιώματα αυτά κατοχυρώθηκαν αρχικά ως ατομικά δικαιώματα, ως νομικοί δεσμευτικοί κανόνες δημοσίου δικαίου, προκειμένου να παράσχουν προστασία από την κρατική εξουσία. Παράλληλα όμως τα συνταγματικά δικαιώματα υπάρχουν για να εφαρμόζονται. Θα είχε άλλωστε εξαιρετικά περιορισμένη σημασία αυτή και μόνη η νομική αναγνώρισή τους χωρίς την ταυτόχρονη εφαρμογή τους. Έχει επομένως κεφαλαιώδη σημασία το μεγάλο και δύσκολο πράγματι ζήτημα της εφαρμογής τους.

Στο επίπεδο αυτό, η εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων εμφάνισε μεγάλες πρακτικές δυσκολίες, οι οποίες πολλαπλασιάστηκαν μετά την συνταγματική αναγνώριση της προστασίας της προστατευτικής ισχύος των συνταγματικών δικαιωμάτων και στο πεδίο των σχέσεων μεταξύ κράτους πολιτών, στις σχέσεις ιδιωτικού δικαίου. Στην πράξη, με τη διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν

¹ Για την ιστορική εξέλιξη της κατοχύρωσης των συνταγματικών δικαιωμάτων στην Ελλάδα και διεθνώς βλ. αντί άλλων ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., *Συνταγματικό Δίκαιο - Ατομικά Δικαιώματα*, 4η έκδ., εκδ. Σάκκουλα, 2012, σελ. 13 επ.

² Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., *Πολιτειολογία*, εκδ. Σάκκουλα, 2016, σελ. 102. Όπως αναφέρει ο ίδιος, *συνταγματισμός με την ευρύτερη έννοια είναι η «απαίτηση για επιβολή νομικών περιορισμών στην κρατική εξουσία από την αρχαιότητα ως σήμερα».*

³ Για το υπερεθνικό μέγεθος των θεμελιωδών δικαιωμάτων βλ. αναλυτικά ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., (επιμ.), *Θεμελιώδη δικαιώματα*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 8 επ.

⁴ Βλ. ΤΣΑΤΣΟ Δ., *Συνταγματικό Δίκαιο*, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 1988

(θεωρία της «τριτενέργειας»)⁵ κατά τη διατύπωση του άρθρου 25 παρ. 1 εδάφ. γ' του Συντάγματος, το ζήτημα της εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων καθίσταται εντονότερο και η ανάγκη υιοθέτησης από τον εφαρμοστή του δικαίου της λύσης εκείνης που οδηγεί στο πλέον βέβαιο και ασφαλές συμπέρασμα, απόλυτα επιτακτική. Επομένως, μετά την αναγνώριση της «τριτενέργειας» το ζήτημα της εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων απέκτησε πολύ μεγαλύτερο πεδίο εφαρμογής κατά συνέπεια και πρακτική σημασία και έλαβε έτσι τεράστιες διαστάσεις. Πρακτικά ζητήματα εφαρμογής συνταγματικών δικαιωμάτων ανακύπτουν σε καθημερινή βάση στις σύγχρονες κοινωνίες, όπου οι διαπροσωπικές σχέσεις των ανθρώπων διακρίνονται για τον πολυσύνθετο χαρακτήρα τους. Η αποκλίνουσα ανθρώπινη συμπεριφορά είναι αυτή που παράγει καθημερινά συγκρούσεις. Χρειάζεται όμως να καταστεί σαφές ότι οι συγκρούσεις δικαιωμάτων αποτελούν ένα πραγματικό φαινόμενο (de facto συγκρούσεις) που υπήρχε, υπάρχει και θα υπάρχει πάντοτε. Το δίκαιο μέσα από την εφαρμογή του καλείται να ρυθμίσει τις περιπτώσεις αυτές και να χρησιμοποιηθεί ως βάση για την επίλυση των αναδυόμενων διαφορών. Πολύ γρήγορα όμως κατέστη εμφανές ότι ο νομοθέτης αλλά και η νομική θεωρία δεν είχαν προετοιμαστεί για την εξέλιξη αυτή. Το γεγονός αυτό πρόσθεσε και εξακολουθεί να προσθέτει πολλές δυσκολίες στην αντιμετώπιση των ποικίλων περιπτώσεων εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων τόσο στις σχέσεις δημοσίου όσο και στις σχέσεις ιδιωτικού δικαίου.

Σε τι όμως συνίσταται ακριβώς η δυσκολία της εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων; Και πώς πρέπει να αντιμετωπιστεί; Αν ανατρέξει κανείς στο μεγάλο αριθμό διαφόρων περιπτώσεων εφαρμογής συνταγματικών δικαιωμάτων δημόσιου ή ιδιωτικού δικαίου, καταλήγει μέσω λογικής ανάλυσης στη διάκριση δύο μεγάλων κατηγοριών περιπτώσεων. Στην πρώτη ανήκουν οι περιπτώσεις εκείνες στις οποίες είναι δυνατή η εφαρμογή του συνταγματικού δικαιώματος σε όλο του το περιεχόμενο χωρίς απολύτως κανένα περιορισμό. Στη δεύτερη κατηγορία ανήκουν οι περιπτώσεις εκείνες στις οποίες η εφαρμογή του συνταγματικού δικαιώματος σε όλο του το περιεχόμενο δεν είναι δυνατή. Με άλλα λόγια, προκειμένου να εφαρμοσθεί το συγκεκριμένο δικαίωμα στη συγκεκριμένη περίπτωση θα πρέπει να περιορισθεί, δηλαδή θα πρέπει να εφαρμοστεί όχι το συνολικό αλλά μέρος του περιεχομένου του.

Σε όλες επομένως τις περιπτώσεις το μεγάλο ζήτημα το οποίο τίθεται είναι το ζήτημα του περιορισμού των συνταγματικών δικαιωμάτων, το αν, το πόσο και το πώς μπορεί και πρέπει να περιορισθεί ένα συγκεκριμένο δικαίωμα σε μια συγκεκριμένη έννομη σχέση. Πότε ο περιορισμός είναι αναγκαίος και συνταγματικά επιτρεπτός και με ποιους κανόνες και με ποιο τρόπο; Η απάντηση στα ερωτήματα αυτά αναγκαία

⁵ Η θεωρία της «τριτενέργειας», δηλαδή η εφαρμογή και ισχύς των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου όχι μόνο μεταξύ του ατόμου και της κρατικής εξουσίας -όπως παραδοσιακά γινόταν δεκτό- αλλά και στις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών, πρωτοεμφανίστηκε στο νομικό κόσμο στο Γερμανικό Εργατικό Δίκαιο κυρίως μετά τον Β' Παγκόσμιο Πόλεμο. Πατέρας της έννοιας της «τριτενέργειας» θεωρείται ο Γερμανός εργατολόγος και πρώην Πρόεδρος του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Εργατικού Δικαστηρίου, Hans Carl Nipperdey, ο οποίος πρώτος θεμελίωσε το νέο αυτό θεσμό του Γερμανικού Εργατικού Δικαίου και σε αυτόν οφείλεται και ο διεθνώς πλέον όρος «Drittwirkung» που χρησιμοποιείται για την «τριτενέργεια». Για την τριτενέργεια βλ. ενδεικτικά ΓΕΡΟΝΤΑ Α., Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ε. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σελ. 461 επ. (506 επ.), ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά δικαιώματα, Γενικό μέρος - Ειδικό μέρος. Σύστημα συνταγματικού δικαίου, τόμ. Γ', - Τεύχ. Ι-ΙΙΙ, Β' έκδ., 2008, σελ. 79-81, ΤΖΕΜΟ Β., Τα κρατικά καθήκοντα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, ΔτΑ 2007, σελ. 473 επ.

προϋποθέτει μια απόλυτα καθαρή έννοια του περιορισμού και την διάκρισή του από συναφείς έννοιες, όπως αυτή της *οριοθέτησης*⁶ άσκησης του δικαιώματος. Πριν λοιπόν από την αναφορά σε οποιοδήποτε ζήτημα που αφορά την εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων δηλαδή το αν το πόσο και το πώς του περιορισμού τους τίθεται το ζήτημα της συγκεκριμενοποίησης της έννοιας του περιορισμού. Ο περιορισμός αναδεικνύεται ο μεγάλος πρωταγωνιστής της όλης εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων. Η έννοια όμως του περιορισμού, ως συρρίκνωσης του περιεχομένου του δικαιώματος, προϋποθέτει την συγκεκριμενοποίηση και του περιοριζόμενου μεγέθους, του δικαιώματος και του ακριβούς περιεχομένου του.

Σύμφωνα με τα παραπάνω, είναι καταρχήν απαραίτητη η παράθεση των θεωρητικών βάσεων επί των οποίων βασίζεται η εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων κατά το απολύτως αναγκαίο μέτρο. Με τα δεδομένα αυτά, στο **πρώτο κεφάλαιο** της παρούσας εργασίας γίνεται καταρχήν αναφορά στο *δικαίωμα* ως θεμελιώδους έννοιας επί της οποίας βασίζεται η έννοια του περιορισμού. Στο **δεύτερο κεφάλαιο** κατά πρώτον πραγματοποιείται ο καθορισμός της θεμελιώδους έννοιας του *περιορισμού* που έχει ιδιαίτερα μεγάλη σημασία για την εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων και η διάκριση του από συναφείς έννοιες. Περαιτέρω, η εργασία πραγματεύεται το ζήτημα της συνταγματικής και νομοθετικής πρόβλεψης των περιορισμών και κυρίως τη βασική αρχή της αναλογικότητας.

Πάνω στο έδαφος που θέτει η ανάλυση που πραγματοποιείται στο Α' Μέρος της εργασίας, αναλύονται στο Β' Μέρος οι κυριότερες θεωρίες, **μέθοδοι εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων**. Το πρώτο κεφάλαιο είναι αφιερωμένο στην κρατούσα σήμερα σε θεωρία και νομολογία μέθοδο της **στάθμισης**. Αναλύεται περαιτέρω η μεθοδολογική προσέγγιση τόσο των ελληνικών ανωτάτων δικαστηρίων όσο και του ΕΔΔΑ. Μέσα από την αναζήτηση θεωρητικών βάσεων της στάθμισης, επιχειρείται μια κριτική προσέγγιση της μεθόδου αυτής μέσα από νομολογιακά παραδείγματα που έχουν απασχολήσει κατά την εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων από τα δικαστήρια. Στο δεύτερο κεφάλαιο καταγράφονται συγκριτικά οι **λοιπές μεθοδολογικές προτάσεις** γύρω από το ζήτημα της επίλυσης της «σύγκρουσης» των συνταγματικών δικαιωμάτων ενώ το Β' μέρος κλείνει με ορισμένες συγκριτικές παρατηρήσεις επί των επιμέρους μεθοδολογικών προτάσεων.

Στο Γ' Μέρος της παρούσας εργασίας προσεγγίζεται το ζήτημα της εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων κατά την περίοδο της λήψης μέτρων για την αντιμετώπιση των συνεπειών της διάδοσης της πανδημίας.

Καταληκτικά η παρούσα εργασία διαπιστώνει ότι αν και ουδείς στη συνταγματική θεωρία αμφισβητεί την τυπική ισοδυναμία των συνταγματικών διατάξεων, εντούτοις, μέσα από την επισκόπηση της νομολογίας και την εφαρμογή της «τεχνικής» της στάθμισης, καθίσταται πρόδηλο ότι ο δικαστής προβαίνοντας σε στάθμιση θέτει επί του ζυγού συνταγματικές διατάξεις προκειμένου να εντοπίσει το «βάρος» τους και να σχηματίσει την απόφασή του. Επιπλέον, παρατηρείται ότι η στάθμιση εφαρμόζεται

⁶ βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά δικαιώματα, ό.π., σελ. 155 επ. Στη θεωρία απαντάται συχνά ο όρος «ρύθμιση» των συνταγματικών δικαιωμάτων, ο οποίος δηλώνει τον προσδιορισμό του περιεχομένου και του τρόπου άσκησης των δικαιωμάτων, καθώς και των εγγυήσεων που καθιστούν δυνατή την άσκησή τους, πρβλ. αντί πολλών ΜΑΝΕΣΗ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, α' Ατομικές ελευθερίες, 4η έκδοση, Θεσσαλονίκη, 1982, σελ. 57 επ.

σε περιπτώσεις σύγκρουσης, δηλαδή σε περιπτώσεις κατά τις οποίες δεν είναι δυνατή η ταυτόχρονη πραγματοποίηση του περιεχομένου δύο ή περισσότερων αγαθών ίσης αξίας. Σε αυτές τις περιπτώσεις σύγκρουσης θεωρείται απαραίτητη η αντιπαράθεση και η έρευνα των εννόμων αγαθών, προκειμένου να διαπιστωθεί σε ποιο δικαίωμα πρέπει να εξασφαλιστεί *in concreto* προτεραιότητα.

Από την ανάλυση που ακολουθεί, επιχειρείται να καταδειχθεί ότι η μέθοδος της στάθμισης, με τη μεγάλη ελευθερία που δίνει στον εκάστοτε δικαστή να "ζυγίζει" τα σταθμιζόμενα μεγέθη, δεν μπορεί να δώσει σταθερό αποτέλεσμα, με ορατό τον άμεσο κίνδυνο καταστράτηγησης της ασφάλειας δικαίου.

Αντίθετα, η ολοκληρωμένη προσέγγιση του εκάστοτε προβλήματος επιβάλλει το παρεμποδιζόμενο δικαίωμα να εντάσσεται σε ένα συγκεκριμένο θεσμό και μέσα εκεί ο εφαρμοστής να αναζητεί την αιτιώδη σύνδεση ανάμεσα σε αυτά τα δύο στοιχεία. Έτσι, επιτυγχάνεται παράλληλα ο έλεγχος τόσο του υποκειμενικού (δικαίωμα) όσο και του αντικειμενικού (θεσμός) στοιχείου. Με τον τρόπο αυτόν ο δικαστής κυρίως καταλήγει σε ένα απόλυτα ακριβές και σταθερό αποτέλεσμα, το οποίο δεν μπορεί να αναδειχθεί επαρκώς με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας και της στάθμισης των δικαιωμάτων. Η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής που προτείνεται εναλλακτικά από τη συνταγματική θεωρία, και κυρίως η προσαρμογή του δικαιώματος στην ειδική σχέση ή το θεσμό μέσω της χρήσης του λογικού εργαλείου της αιτιώδους συνάφειας, παρέχει τα εχέγγυα της απαιτούμενης ασφάλειας δικαίου.

Το καταληκτικό αυτό συμπέρασμα της παρούσας διατριβής επιβεβαιώνεται με αφορμή την πρόσφατη εμπειρία της πανδημίας του Covid-19. Μέσα από μια ενδεικτική περιπτώσιολογία εφαρμογής τέτοιων μέτρων (λ.χ. υποχρεωτικός εμβολιασμός) περιοριστικών των συνταγματικών δικαιωμάτων για λόγους αποφυγής της μετάδοσης του ιού, αποδεικνύεται ότι μόνη αξιόπιστη σταθερά είναι η αιτιώδης συνάφεια ανάμεσα στο παρεμποδιζόμενο δικαίωμα και στο αντικειμενικό νομικό περιβάλλον άσκησής του (θεσμό).

Α. ΜΕΡΟΣ:
ΟΙ ΘΕΩΡΗΤΙΚΕΣ ΒΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ
ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ: Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

Η έννοια *δικαίωμα* είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τον άνθρωπο. Ο άνθρωπος αποτελεί αυτοτελή και ανεξάρτητη οντότητα, η οποία ωστόσο καλείται από την ίδια τη φύση να συνυπάρξει και να συμπορευθεί με άλλους ανθρώπους. Αυτή η ίδια η μοναδικότητα του κάθε ατόμου είναι και η μήτρα από την οποία ξεπηδά η έννοια της ισότητας μεταξύ των ανθρώπων. Έτσι ο άνθρωπος, ακριβώς επειδή είναι άνθρωπος και ίσος, οδηγείται στο φιλοσοφικό κατά κύριο λόγο συμπέρασμα ότι διαθέτει κάποια «δικαιώματα», μία κάποια μορφή εξουσίας δηλαδή, απέναντι στους άλλους ανθρώπους αλλά και απέναντι σε κάθε μορφή συντεταγμένης εξουσίας.

Ως φορέας νοείται προδήλως ο άνθρωπος και ως χορηγός ένα ανώτερο θεσμικό όργανο, το οποίο θα πρέπει να διαθέτει υπέρτερη εξουσία και να είναι αυτό που θα απονέμει στον κάθε άνθρωπο τις εξουσίες που συνδέονται με την ατομική και κοινωνική του ύπαρξη. Το κράτος ωστόσο δεν αποτελεί μόνο το θεσμικό πλαίσιο και τον εγγυητή των δικαιωμάτων, αλλά ενίοτε και σημαντική πηγή διακινδύνευσής τους. Αυτό οφείλεται συχνά στη σύσταση της κρατικής εξουσίας. Η ιδιαίτερη δύναμη που έχουν και η ιδιαίτερη επιρροή που ασκούν κατά καιρούς διάφορες κοινωνικοπολιτικές ή οικονομικές ομάδες, μπορεί να θέσει σε κίνδυνο ή και αχρησία την κατά τα άλλα κατοχυρωμένη δράση του κράτους υπέρ του κοινωνικού συνόλου, καθιστώντας έτσι επισφαλή τη λειτουργία θεμελιωδών δικαιωμάτων όπως η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας ή αξιοπρέπεια του ανθρώπου.

Εξαιτίας λοιπόν των όσων αναφέρθηκαν παραπάνω, αναπόφευκτη εξέλιξη ήταν η νομική κατοχύρωση κάποιων θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου είτε ως ατόμου, είτε ως μέλους μίας ομάδας (λ.χ. δικαίωμα του συνέρχεσθαι και του συνεταιρίζεσθαι). Φυσικά δεν αρκούσε μία απλή τέτοια κατοχύρωση καθώς θα ήταν εξαιρετικά ευπαθής. Έπρεπε τα δικαιώματα αυτά να περιβληθούν μία αυξημένη τυπική ισχύ αλλά και να προστατευθούν από την κρατική εξουσία και μία ενδεχομένως άκριτη, αυθαίρετη και αδικαιολόγητη μεταβολή ή κατάργηση. Γι' αυτό και εντάχθηκαν στην ύλη του θεμελιωδέστερου και ισχυρότερου νόμου του κράτους, το Σύνταγμα.

Τη νομική κατοχύρωση των συνταγματικών δικαιωμάτων ακολούθησαν διάφορες προσπάθειες συστηματοποίησής τους. Η παραδοσιακή τριμερής διάκριση έγινε από τον επιφανή Γερμανό νομικό G. Jellinek στις αρχές του 20ου αιώνα. Κριτήριο της διάκρισης αποτελεί το περιεχόμενο της πράξης ή παράλειψης του αποδέκτη της ενέργειας του συνταγματικού δικαιώματος, δηλαδή της κρατικής εξουσίας. Όταν τα δικαιώματα εξαναγκάζουν το κράτος σε παράλειψη ή αποχή από την παρέμβαση του στη ζωή του πολίτη, τότε γίνεται λόγος για τα εν στενή έννοια «ατομικά δικαιώματα» που διαμορφώνουν το *status negativus* του ατόμου. Όταν το κράτος εξαναγκάζεται σε θετική πράξη, τότε πρόκειται για τα «κοινωνικά δικαιώματα» και το *status positivus*, ενώ τα «πολιτικά δικαιώματα», η συμμετοχή δηλ. του πολίτη ενεργητικά ή παθητικά στην άσκηση κρατικής εξουσίας, στοιχειοθετούν το *status activus* του ατόμου.

Ωστόσο, η σύγχρονη επιστημονική κοινότητα κρίνει την παραδοσιακή αυτή διάκριση επιστημονικά ευπαθή και πρακτικά ανεπαρκή και ως εκ τούτου προτείνει ως καταλληλότερη τη διάκριση των δικαιωμάτων σε πολιτικά, κοινωνικά και οικονομικά.

Κατά την συνταγματική θεωρία⁷, *συνταγματικά δικαιώματα* είναι τα παρεχόμενα στα άτομα και ως μέλη του κοινωνικού συνόλου θεμελιώδη, πολιτικά, κοινωνικά και οικονομικά δικαιώματα. Το δε περιεχόμενο όλων των συνταγματικών δικαιωμάτων διακρίνεται σε *αμυντικό, προστατευτικό και εξασφαλιστικό*. Το αμυντικό περιεχόμενο στρέφεται κατά της κρατικής και κάθε άλλης εξουσίας, το προστατευτικό περιεχόμενο στρέφεται μόνον προς το κράτος αξιολογώντας την παροχή βοήθειας για την απόκρουση κάθε απειλής, το δε εξασφαλιστικό, εφόσον αναγνωρίζεται, στρέφεται επίσης προς το κράτος αξιώνοντας την παροχή των απαραίτητων μέσων για την άσκηση του δικαιώματος.

Εξάλλου, τα συνταγματικά δικαιώματα αποτελούν συνταγματικές εξειδικεύσεις της ανθρώπινης αξίας⁸, αποτελώντας μερικότερες πτυχές της ανθρώπινης υπόστασης και δραστηριότητας που κρίθηκαν από τον συνταγματικό νομοθέτη άξιες συνταγματικής προστασίας.

Ως *δικαίωμα* ορίζεται η από το δίκαιο απονεμόμενη στα πρόσωπα εξουσία για την ικανοποίηση εννόμου συμφέροντος⁹, δηλαδή βιοτικού συμφέροντος που προστατεύεται από την έννομη τάξη. Στο δικαίωμα του ενός αντιστοιχεί πάντοτε υποχρέωση του άλλου ή των άλλων να το σέβονται, δηλαδή να μην το παραβιάζουν. Ο ορισμός αυτός του δικαιώματος, που διαπλάστηκε από τον Regelsberger, αποτελεί συγκερασμό της διδασκαλίας του Windscheid και του Jhering για την έννοια του δικαιώματος. Κατά τον Windscheid δικαίωμα είναι η εξουσία βουλήσεως που απονέμει το δίκαιο, ενώ κατά το Jhering δικαίωμα είναι το έννομο προστατευόμενο συμφέρον¹⁰. Από οντολογική άποψη το δικαίωμα συνιστά εξουσία, δηλαδή αναγνωριζόμενη ικανότητα επιβολής θελήσεως. Το προστατευόμενο από το δίκαιο συμφέρον από και δια της προστασίας του καθίσταται έννομο συμφέρον. Το λειτουργικό στοιχείο είναι η ικανοποίηση προσωπικού, στενότερου συμφέροντος μέσα στο πλαίσιο της έννομης τάξης¹¹.

Περαιτέρω η έννοια του δικαιώματος υπόκειται στην εξής τριμερή διάκριση: την οντολογική ή νομική έννοια, τη δομική έννοια και την εφαρμοσμένη έννοια του δικαιώματος. Πιο συγκεκριμένα, η *οντολογική ή νομική* έννοια δηλώνει την ύλη – ουσία του δικαιώματος¹². Η *δομική* έννοια παραπέμπει στην κατασκευή του

⁷ Βλ. για τον ορισμό ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *Συνταγματικά Δικαιώματα*, γενικό μέρος, σελ. 93

⁸ Βλ. ΤΣΕΒΡΕΝΗ Β., *Ανθρώπινη αξιοπρέπεια*, 2012, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 40.

⁹ Για τον ορισμό του δικαιώματος βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *ό.π.*, σελ. 93 – 94.

¹⁰ Βλ. σχετικά ΣΠΥΡΙΔΑΚΗ, *Γενικές Αρχές*, Α', σελ. 17.

¹¹ βλ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., *Εισαγωγή στο Συνταγματικό Δίκαιο II – Θεμελιώδη δικαιώματα (Γενικό Μέρος)*, σελ. 1.

¹² Σύμφωνα με την μονιστική θεώρηση το δικαίωμα είναι ενιαίο σύμπλεγμα τύπου και ουσίας. Τύπος και ουσία του δικαιώματος είναι αδιαίρετα. Για να υπάρχει δικαίωμα με τη σύγχρονη τεχνική νομική έννοια του όρου πρέπει να συντρέχουν *corpus* και *animus*. Στην περίπτωση του δικαιώματος τύπος και ουσία είναι απαραίτητα συνδεδεμένα. Το *corpus* του δικαιώματος είναι η εξουσία (ως σύνολο ενεργειών) ενώ το *animus* του δικαιώματος αποτελεί ο σκοπός του, δηλαδή η ικανοποίηση προσωπικού συμφέροντος. Σε αυτό το τελευταίο στοιχείο έγκειται και η διαφορά του δικαιώματος από

δικαιώματος. Δύο είναι οι βασικές περιοχές της όλης δομής του δικαιώματος: α) ο πυρήνας, η περιοχή της κτήσης, γύρω από το κέντρο του κύκλου και β) η περιφέρεια, η υπόλοιπη μετά τον πυρήνα περιοχή της άσκησης.

Με τον όρο «πυρήνας» νοείται συνήθως το «άβατο» του δικαιώματος, δηλαδή μια περιοχή της οποίας η συρρίκνωση δεν είναι κατά δίκαιο ανεκτή. Ο πυρήνας περιλαμβάνει δύο στοιχεία, ένα αντικειμενικό, δηλαδή το προστατευόμενο συνταγματικό αγαθό και ένα υποκειμενικό, το υποκείμενο, το φορέα. Σχηματικά η εσωτερική περιοχή του πυρήνα περιβάλλεται από δύο «φλοιούς», τους εννοιολογικούς προσδιορισμούς και την ικανότητα κτήσης. Ο πυρήνας δεν είναι ενιαίος αλλά τριχοτομείται: στην εσωτερική περιοχή βρίσκεται το προστατευόμενο αγαθό, ο πρώτος φλοιός αποτελείται από τους εννοιολογικούς προσδιορισμούς που αφορούν το αντικείμενο της κτήσης ενώ ο επόμενος φλοιός, η ικανότητα κτήσης, αναφέρεται στο υποκείμενο του δικαιώματος¹³.

Με τον όρο «περιφέρεια» αποδίδεται η υπόλοιπη μετά τον πυρήνα περιοχή μέχρι το εξωτερικό όριο, την εξωτερική γραμμή. Η περιοχή της άσκησης περικλείεται μεταξύ δύο ομόκεντρων κύκλων. Το δικαίωμα δεν είναι «ανοικτό προς τα πάνω» νομικό μέγεθος, δεν έχει μόνο πυρήνα, αλλά και περιφέρεια. Το εξωτερικό όριο του δικαιώματος διαγράφουν οι οριοθετήσεις της άσκησης. Άσκηση είναι η με την ενεργοποίηση της σύμφυτης εξουσίας και σύμφωνα με τους κανόνες δικαίου, απόλαυση, προστασία, και διάθεση του δικαιώματος από το δικαιούχο¹⁴. Η περιφέρεια περιλαμβάνει την ικανότητα άσκησης, τις συνθήκες άσκησης (τόπο, χρόνο, τρόπο) και τις οριοθετήσεις άσκησης/οριοθετικές ρήτρες (νομιμότητα – κοινωνικότητα – χρηστότητα, βλ. άρθρο 5 § 1 Συντάγματος).

Τέλος, διακρίνεται και η *εφαρμοσμένη* έννοια του δικαιώματος. Το δικαίωμα αποτελεί σύνολο ανθρώπινων ενεργειών-συμπεριφορών. Κάθε ενέργεια του ανθρώπου εντάσσεται σε κάποιο δικαίωμα. Το αντικείμενο προσδιορίζει το περιεχόμενο του δικαιώματος. Το αντικείμενο προσθέτει ενέργειες, γεμίζει το περιεχόμενο. Η άσκηση όμως έρχεται να περιορίσει το περιεχόμενο του δικαιώματος.

Τα συνταγματικά δικαιώματα ωστόσο, αν και περιβεβλημένα με αυξημένη τυπική ισχύ, δεν είναι εξουσίες που μπορούν να ασκούνται απεριόριστα, διότι κάτι τέτοιο θα οδηγούσε προδήλως στη διασάλευση της δημόσιας τάξης και της κοινωνικής ειρήνης. Αντιθέτως, κάθε δικαίωμα υπόκειται σε κάποιες γενικές οριοθετήσεις και υπό προϋποθέσεις σε κάποιους περιορισμούς. Οι περιορισμοί αυτοί θα πρέπει βέβαια να προβλέπονται και οι ίδιοι από το Σύνταγμα.

την έννοια της αρμοδιότητας, η οποία αποτελεί εξουσία για ικανοποίηση συμφέροντος άλλου προσώπου. Η αρμοδιότητα δηλαδή έχει ετεροκαθοριστικό χαρακτήρα.

¹³ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ, Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, σελ. 109 -110.

¹⁴ Όπως παρατηρεί ο Καθηγητής Ι. Σπυριδάκης, άσκηση δικαιώματος είναι η σύμφωνα με τους κανόνες δικαίου χρησιμοποίηση της εξουσίας, που εμπεριέχεται στο δικαίωμα, βλ. σχετικά ΣΠΥΡΙΔΑΚΗ Ι., Γενικές Αρχές, Α' σελ. 120 επ.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: ΟΙ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΙ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η έννοια του περιορισμού και η διάκρισή της από συναφείς έννοιες

Η έννοια του περιορισμού

αποτελεί κεντρική έννοια της εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων. Καταρχήν ως (απλός) περιορισμός νοείται κάθε επιτρεπόμενη από το δίκαιο και με ενέργεια κρατικού οργάνου ή ιδιώτη προκαλούμενη συρρίκνωση του γενικού περιεχομένου του συνταγματικού δικαιώματος κατά την εφαρμογή του στο πλαίσιο μιας ειδικής σχέσεως. Αμέσως παρακάτω αναλύονται εκτενέστερα τα στοιχεία της έννοιας του περιορισμού:

Γενικό περιεχόμενο: πρόκειται για το μέγιστο περιεχόμενο που μπορεί να έχει ένα συγκεκριμένο συνταγματικό δικαίωμα.

Επιτρεπόμενη συρρίκνωση: είναι η συρρίκνωση του γενικού περιεχομένου του δικαιώματος που αναγνωρίζεται από την έννομη τάξη ως νόμιμη λόγω της αιτιώδους συνάφειας ανάμεσα σε δικαίωμα και θεσμό μέσα στον οποίο αυτό εντάσσεται. Αιτιώδης συνάφεια καταφάσκει εφόσον ανάμεσα σε αυτά τα δύο υπάρχει κοινό αντικειμενικό στοιχείο. Έλλειψη αυτού σημαίνει την ανομοιογενή αντίθεση θεσμού και δικαιώματος και επομένως ο περιορισμός είναι ανεπίτρεπτος.

Ειδική σχέση: αντιπαρατίθεται στη γενική σχέση. Ο περιορισμός πρέπει να είναι πάντα ειδικός και συγκεκριμένος. Εφαρμόζεται στα πλαίσια συγκεκριμένου θεσμού και ισχύει εξαιρετικά, πράγμα που σημαίνει ότι αναφέρεται σε συγκεκριμένο αριθμό προσώπων εντός ενός θεσμού ή ισχύει προσωρινά.

Ανθρώπινη ενέργεια: είναι δυνατό ο περιορισμός να προέρχεται τόσο από την κρατική εξουσία όσο και από ιδιώτες αφού το αμυντικό περιεχόμενο του δικαιώματος στρέφεται κατά οποιασδήποτε ανθρώπινης απειλής, είτε αυτή ενσαρκώνεται στη συμπεριφορά συνανθρώπου είτε της πολιτείας απέναντι στον θιγόμενο.

Διάκριση από συναφείς έννοιες

Οι κάθε είδους επιβαρύνσεις που υφίστανται τα συνταγματικά δικαιώματα προέρχονται είτε από τη φύση του πράγματος είτε από ανθρωπογενείς παράγοντες και διακρίνονται σε τρεις κατηγορίες: τις απλές επιδράσεις, τους απλούς περιορισμούς και τις προσβολές. Ο περιορισμός διαφέρει ουσιωδώς από την *οριοθέτηση*, δηλαδή τη νομική καθολική ρύθμιση που αποδίδει το ανώτατο γενικό περιεχόμενο ενός συνταγματικού δικαιώματος.

Στην έννοια της *οριοθέτησης* περιλαμβάνεται ο με διατάξεις δικαίου στο πλαίσιο της γενικής σχέσης πραγματοποιούμενος καθορισμός του γενικού περιεχομένου, ο προσδιορισμός των ανωτάτων ορίων άσκησης του δικαιώματος¹⁵.

Κατά τον παραπάνω ορισμό, η οριοθέτηση παρουσιάζει τα εξής χαρακτηριστικά: οντολογικά πρόκειται για κανόνα δικαίου, λειτουργικά διακρίνονται δύο περιοχές της

¹⁵ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α. Συνταγματικά δικαιώματα, Τόμος Γ' - Τεύχος Ι-ΙΙΙ, Β' Έκδοση 2008, σελ. 155.

ανθρώπινης συμπεριφοράς, η επιτρεπόμενη και η απαγορευμένη, αξιολογικά αποδίδει το ανώτατο περιεχόμενο επιτρεπόμενης συμπεριφοράς, θέτοντας απλώς και μόνο τα όρια ώστε να μην μπορεί να γίνει λόγος για περιορισμό.

Για τη διαπίστωση αν το δικαίωμα περιορίζεται ή απλά οριοθετείται και επομένως υφίσταται μια απλή επίδραση χρησιμοποιούνται οι τρεις οριοθετικές ρήτρες που προβλέπονται κυρίως στο άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος. Το άρθρο ορίζει ότι καθένας έχει το δικαίωμα να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων, και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα ή τα χρηστά ήθη.

Ο σεβασμός των δικαιωμάτων των άλλων αποτελεί τη ρήτρα της κοινωνικότητας σε μια προσπάθεια του νομοθέτη να απεκδυθεί την ατομικιστική αντίληψη και να εντάξει το άτομο ως φορέα δικαιωμάτων στα πλαίσια του κοινωνικού συνόλου θέτοντας υπόψη του ότι η ελευθερία του ενός σταματάει εκεί που αρχίζει η ελευθερία του άλλου. Ο σεβασμός του Συντάγματος και των νόμων ευρύτερα αποτελεί τη ρήτρα της νομιμότητας. Γενικότερα στο πεδίο των διαπροσωπικών σχέσεων επιτρέπεται ό,τι δεν απαγορεύεται από το νόμο σε αντιδιαστολή με την υποχρέωση της Διοίκησης να ενεργεί κάθε φορά όπως ορίζει ο νόμος. Ο σεβασμός των χρηστών ηθών αποδίδει σε συνταγματικό επίπεδο την ρήτρα της χρηστότητας.

Εφόσον μια συμπεριφορά εμπίπτει σε κάποια από τις τρεις αυτές οριοθετικές ρήτρες δεν μπορεί να γίνει λόγος για περιορισμό αλλά για μια απλή επίδραση στη άσκηση του δικαιώματος από τον φορέα του. Οι οριοθετικές ρήτρες εφαρμόζονται στη γενική κυριαρχική σχέση, όπου το συνταγματικό δικαίωμα λαμβάνει το μεγαλύτερο δυνατό περιεχόμενο μέσα στα όρια που θέτουν οι ρήτρες. Το γεγονός ότι οι οριοθετήσεις αυτές αναπτύσσουν την πλήρη ενέργειά τους στη γενική κυριαρχική σχέση σηματοδοτεί την καθολικότητά τους. Εφαρμόζονται πάντα σε όλα τα υποκείμενα δικαίου και σε όλους τους τομείς δραστηριοτήτων, σε αντίθεση με τους περιορισμούς που αφορούν συγκεκριμένο αριθμό προσώπων και ισχύουν για ορισμένο χρονικό διάστημα και όχι δια βίου. Επομένως, περιορισμός τίθεται μόνο σε ειδική και όχι στην γενική κυριαρχική σχέση. Συμπερασματικά, η οριοθέτηση είναι καθολική και απόλυτη ενώ ο περιορισμός ειδικός και σχετικός.

Ζήτημα τίθεται όταν από τον έλεγχο που γίνεται διαπιστωθεί ότι η παρεμποδιζόμενη συμπεριφορά περιορίζεται και δεν οριοθετείται απλώς. Αυτό θα συμβεί στην περίπτωση που το γενικό περιεχόμενο του δικαιώματος υπολείπεται οπότε δεν πρόκειται πια για μια απλή επίδραση αλλά για έναν περιορισμό στην άσκηση του. Από την διαπίστωση αυτή δεν συνάγεται απαραίτητα ότι το δικαίωμα παρανόμως περιορίζεται, γιατί αυτό θα συμβεί μόνο αν ο περιορισμός κάνει την εμφάνιση του στην γενική κυριαρχική θέση, οπότε απαγορεύεται και εκεί γίνεται λόγος για *προσβολή* του δικαιώματος.

Συνεπώς, μόνον οι επιτρεπόμενοι, δηλαδή οι απλοί, οι αιτιώδεις περιορισμοί αποτελούν περιορισμούς υπό στενή νομική έννοια (*terminus technicus*), καθόσον οι αναιτιώδεις αποτελούν προσβολές των συνταγματικών δικαιωμάτων. Απαγορευμένοι, αθέμιτοι, αναιτιώδεις ή προσβολές είναι οι περιορισμοί του γενικού αμυντικού περιεχομένου που δεν επιβάλλονται από την αιτιώδη συνάφεια. Αυτό μπορεί να

σημαίνει ειδικότερα ότι δεν υπάρχει κοινό αντικειμενικό στοιχείο δικαιώματος και σχέσης ή ότι υπάρχει μεν κοινό αντικειμενικό στοιχείο, πλην όμως ο περιορισμός ξεπέρασε το επιβαλλόμενο μέτρο¹⁶.

2. Η συνταγματική και νομοθετική πρόβλεψη των περιορισμών – Η αρχή της επιφύλαξης του νόμου

α. Περιορισμοί ευθέως από το Σύνταγμα

Σε αρκετές περιπτώσεις οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων προκύπτουν από το ίδιο το γράμμα του Συντάγματος, δηλαδή ο περιορισμός τίθεται, συχνά, μέσω πρόσθετων κανονιστικών ρυθμίσεων. Παραδείγματα τέτοιων περιπτώσεων συναντώνται στο ελληνικό Σύνταγμα στο άρθρ. 17 παρ. 1: «*Η ιδιοκτησία τελεί υπό την προστασία του Κράτους, τα δικαιώματα όμως που απορρέουν από αυτή δεν μπορούν να ασκούνται σε βάρος του γενικού συμφέροντος*» αλλά και στο 106 παρ. 2: «*Η ιδιωτική οικονομική πρωτοβουλία δεν επιτρέπεται να αναπτύσσεται σε βάρος της ελευθερίας και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας ή προς βλάβη της εθνικής οικονομίας*».

Επιπρόσθετα, το δημόσιο συμφέρον, παρά την έλλειψη σαφούς ορισμού του, ανάγεται σε ρήτρα θεμιτού περιορισμού των συνταγματικών δικαιωμάτων¹⁷. Κατά πάγια νομολογιακή θέση, οι περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων εδράζονται στην επίκληση «*αποχρώντων λόγων γενικωτέρου δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος*»¹⁸. Έτσι, γίνεται παγίως δεκτό πως η προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων μπορεί να γνωρίσει περιορισμούς σε περίπτωση που συντρέχουν λόγοι γενικού ή δημοσίου ή ευρύτερου ή κοινωνικού συμφέροντος. Ο κίνδυνος που γεννάται εν προκειμένω συνίσταται στην αόριστη και εκτεταμένη επίκληση του γενικού συμφέροντος από τη νομολογία ως εργαλείου δικαιολόγησης των περιορισμών ή, αντίστοιχα, των διακρίσεων που επιβάλλει ο νομοθέτης στην απόλαυση των συνταγματικών δικαιωμάτων. Παρά την περιορισμένη και συγκεκριμένη τυποποίηση του γενικού συμφέροντος στο συνταγματικό κείμενο¹⁹ η νομολογία βρίσκει με αξιοσημείωτη ευκολία την ευκαιρία να εντάξει στο ευρύχωρο ερμηνευτικό δυναμικό της έννοιας κάθε περίπτωση περιορισμού δικαιωμάτων που επιθυμεί να αξιολογήσει ως συνταγματικά ανεκτή²⁰.

Ωστόσο η τόσο εκτεταμένη ερμηνευτική διαστολή του συγκεκριμένου περιορισμού καταλήγει συχνά στην ουσιαστική αχρήστευση του κανονιστικού περιεχομένου κρίσιμων συνταγματικών διατάξεων. Με δεδομένο πως καταρχήν κάθε νόμος εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, αν αρκούσε η γενική επίκλησή του, θα κατέληγε να αναγνωρίζεται στο νομοθέτη η εξουσία να περιορίζει συνεχώς και αδιακρίτως τα

¹⁶ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., ό.π., σελ. 191-192.

¹⁷ Βλ. BENIZEΛΟ Ε., Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, εκδ. Παρατηρητής, Θεσσαλονίκη, 1990, σ. 37 επ.

¹⁸ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2112/1984, ΤοΣ, 1985, σελ. 63 επ.

¹⁹ Π.χ. άρθρο 17 παρ. 1 που προβλέπει ότι: «*Η ιδιοκτησία τελεί υπό την προστασία του Κράτους, τα δικαιώματα όμως που απορρέουν από αυτή δεν μπορούν να ασκούνται σε βάρος του γενικού συμφέροντος*», άρθρο 106 παρ. 1, εδάφ.α' που ορίζει ότι: «*Για την εδραίωση της κοινωνικής ειρήνης και την προστασία του γενικού συμφέροντος το Κράτος προγραμματίζει και συντονίζει την οικονομική δραστηριότητα στη Χώρα, επιδιώκοντας να εξασφαλίσει την οικονομική ανάπτυξη όλων των τομέων της εθνικής οικονομίας*».

²⁰ Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., ό.π., σελ. 86-87

συνταγματικά δικαιώματα, υπονομεύοντας την προστατευτική εμβέλειά τους²¹. Έχει μάλιστα υποστηριχθεί η άποψη²² ότι σε ορισμένες περιπτώσεις θα οδηγούμασταν σε σύμφωνη με το νόμο ερμηνεία των συνταγματικών δικαιωμάτων, αντί για το αντίστροφο. Τελικά, θα αναδεικνυόταν το γενικό συμφέρον ως ένας «υπερπεριορισμός»²³, ο οποίος θα μπορεί να δικαιολογήσει σε κάθε περίπτωση τη συρρίκνωση της κανονιστικής εμβέλειας των συνταγματικών δικαιωμάτων.

Συνεπώς, γίνεται δεκτό πως η έννοια του γενικού συμφέροντος θα πρέπει να εναρμονίζεται προς τις ειδικότερες συνταγματικές διατάξεις. Τα ειδικότερα συμφέροντα που καλείται να υπηρετήσει ο νομοθέτης θα πρέπει να προκύπτουν τελικά ευθέως από το ίδιο το Σύνταγμα και τις επιμέρους διατάξεις του. Επιβάλλεται επομένως η έννοια αυτή του γενικού συμφέροντος να συγκρατηθεί σε όρια που θα πραγματώνουν την ουσία της δίχως να τραυματίζουν τον φιλελεύθερο χαρακτήρα του πολιτεύματος και τις θεμελιώδεις δικαιοκρατικές εγγυήσεις του²⁴.

β. «Περιορισμοί των περιορισμών»

Η παρέμβαση του Κράτους στο πεδίο προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων με τη μορφή περιορισμών, πρέπει να γίνεται τηρουμένων κάποιων βασικών δικαιοκρατικών εγγυήσεων, η τήρηση των οποίων καθιστά τον περιορισμό συνταγματικά επιτρεπτό και δικαιολογημένο, η μη τήρησή τους αντίθετα ή η παραβίασή τους καθιστά τον περιορισμό συνταγματικά ανεπίτρεπτο και κατά συνέπεια αντισυνταγματικό²⁵. Οι εγγυήσεις αυτές, αποκαλούνται περιορισμοί των περιορισμών²⁶ και αναλύονται αμέσως πιο κάτω.

α) η αρχή της επιφύλαξης του νόμου²⁷, σύμφωνα με την οποία οι περιορισμοί αυτοί πρέπει να επιβάλλονται με νόμο, τυπικό καταρχήν, ο οποίος μπορεί να εξουσιοδοτεί προς τούτο την Διοίκηση κατά τους ορισμούς του άρθρου 43 παρ. 2 Συντ. για την έκδοση κανονιστικών διοικητικών πράξεων και με βάση την αρχή της νομιμότητας για την έκδοση ατομικών διοικητικών πράξεων. Με βάση την ειδικότερη έκφραση της αρχής της επιφύλαξης του νόμου ως προς την επιβολή περιορισμών στην άσκηση συνταγματικών δικαιωμάτων, που φαίνεται να έχει υιοθετήσει ρητά το Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Συντ. με την συνταγματική αναθεώρηση του 2001, ένα συνταγματικό δικαίωμα μπορεί να περιοριστεί ως προς την άσκησή του μόνο με νόμο. Ως νόμος, όπως προαναφέρθηκε, εννοείται καταρχήν ο τυπικός, υπό τις ανωτέρω προϋποθέσεις, όμως, οι περιορισμοί μπορούν να επιβληθούν και με ουσιαστικό νόμο.

²¹ Βλ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., Ατομικά Δικαιώματα, Α', σελ. 174 επ. και του ίδιου, Δημόσιο συμφέρον και Σύνταγμα, ΤοΣ 1986, 425 (428επ.).

²² Πρβλ. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, ό.π., 433 (446)

²³ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., ό.π., σελ. 22

²⁴ Βλ. ΒΕΝΙΖΕΛΟ Ε., ό.π., σελ. 34-35

²⁵ ΤΣΙΑΛΩΤΗ Χ., Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό Συνταγματικό Δίκαιο με έμφαση στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, ΔτΑ (ΤοΣ II) 2006, σελ. 183.

²⁶ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ. (Επιμ.), Θεμελιώδη Δικαιώματα, Αθήνα 2017, σελ. 25 επ., ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., ό.π., σελ. 144 επ., ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., ό.π., σελ. 83 επ.

²⁷ Για τις επιμέρους μορφές της αρχής της επιφύλαξης του νόμου, πρβλ. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ Ι., Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου. Ως περιορισμός, εγγύηση και διάμεσος των ελευθεριών, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2001.

Πάντως, η «επιφύλαξη υπέρ του νόμου» δεν συνιστά μια εν λευκώ εξουσιοδότηση στον κοινό νομοθέτη να εισαγάγει στην έννομη τάξη όποιον περιορισμό δικαιώματος επιθυμεί²⁸. Μάλιστα δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις που το ίδιο το συνταγματικό κείμενο περιορίζει την «επιφύλαξη υπέρ του νόμου» όπως λ.χ. στο άρθρ. 23 παρ. 2 εδάφ. γ' και δ' Συντ. που ορίζει ότι: *Το δικαίωμα προσφυγής σε απεργία των δημόσιων υπαλλήλων και των υπαλλήλων της τοπικής αυτοδιοίκησης και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, καθώς και του προσωπικού των κάθε μορφής επιχειρήσεων δημόσιου χαρακτήρα ή κοινής ωφέλειας, που η λειτουργία τους έχει ζωτική σημασία για την εξυπηρέτηση βασικών αναγκών του κοινωνικού συνόλου, υπόκειται στους συγκεκριμένους περιορισμούς του νόμου που το ρυθμίζει. Οι περιορισμοί αυτοί δεν μπορούν να φθάνουν έως την κατάργηση του δικαιώματος της απεργίας ή την παρεμπόδιση της νόμιμης άσκησης του.*

Ως προς την αρχή της επιφύλαξης του νόμου πρέπει να επισημανθεί ότι ο προβληματισμός που αφορά τις Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου αίρεται από την τήρηση των προϋποθέσεων που προβλέπει το άρθρο 44 παρ. 1 εδ. α' Σ για την έκδοσή τους, δηλ. των έκτακτων περιπτώσεων εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης.²⁹

Πρόβλημα δεν δημιουργεί το γεγονός ότι η ΠΝΠ δεν είναι καταρχάς τυπικός νόμος, διότι αποτελεί ιδιότυπο νόμο, ο οποίος εκδίδεται μεν από τα κατ' άρθρο 26 παρ. 2 Συντ. όργανα της εκτελεστικής εξουσίας (ΠτΔ και Κυβέρνηση) ως πράξη της εξουσίας αυτής και υπό αυτή την έννοια αποτελεί ουσιαστικό νόμο, κυρώνεται όμως από την Βουλή κατά το εδ. β' της παρ. 2 του άρθρου 44 Συντ. και αποκτά, και μάλιστα αναδρομικά από την αρχική έκδοσή της, σύμφωνα με την συνήθη δικαιοπαραγωγική διαδικασία (συζήτηση, ψήφιση από την Βουλή, έκδοση και δημοσίευση από τον ΠτΔ) ισχύ τυπικού νόμου.

Είναι χαρακτηριστικό ότι και το ΣτΕ τις αντιμετωπίζει ως ιδιότυπους τυπικούς νόμους που δεν προσβάλλονται με αίτηση ακυρώσεως³⁰. Κατά συνέπεια ουδέν συνταγματικό πρόβλημα υφίσταται από το γεγονός ότι οι περιορισμοί επιβάλλονται ή προβλέπονται με ΠΝΠ, όπως δεν υφίσταται συνταγματικό πρόβλημα από την περαιτέρω νομοθετική εξουσιοδότηση που δίνουν οι πράξεις αυτές στα όργανα της Διοικήσεως αρκεί να τηρούνται οι προϋποθέσεις και των δύο εδαφίων του άρθρου 43 παρ. 2 Συντ. ανάλογα με το κάθε φορά εκδόν την διοικητική πράξη διοικητικό όργανο, ΠτΔ με πρόταση του αρμοδίου ή των συναρμοδίων Υπουργών (άρθρο 43 παρ. 2 εδ. α' Συντ.) ή λοιπά πλην του ΠτΔ όργανα της Διοικήσεως (άρθρο 43 παρ. 2 εδ. β' Συντ.).

Ιδιαίτερα ζητήματα τήρησης της αρχής της επιφύλαξης του νόμου ανακύπτουν στις περιπτώσεις που οι συνταγματικές διατάξεις που προστατεύουν τα επιμέρους συνταγματικά δικαιώματα δεν περιέχουν επιφύλαξη του νόμου με γενικό χαρακτήρα (π.χ. κατά την συνήθη διατύπωση που χρησιμοποιεί ο συνταγματικός νομοθέτης

²⁸ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., ό.π., σελ. 23

²⁹ Οι συνθήκες λ.χ. της πανδημίας κορωνοϊού COVID-19 αποτελούν τον ορισμό της πλήρωσης των αόριστων νομικών εννοιών που χρησιμοποιεί το άρθρο 44 παρ. 1 εδ. α' Συντ. βλ. ειδικότερα την από 25-2-2020 (Φ.Ε.Κ. 42 Α) πράξης νομοθετικού περιεχομένου περί «κατεπειγόντων μέτρων αποφυγής και περιορισμού της διάδοσης κορωνοϊού» και αναλυτικότερα σε: ΜΠΟΤΟΠΟΥΛΟ Κ., Κορονοϊός και έκτακτη ανάγκη, SyntagmaWatch.gr, 17.3.2020, διαθέσιμο σε: <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/koronoios-kai-ektakti-anagi/>.

³⁰ Πρβλ. μεταξύ άλλων ΣτΕ 1250/2003, ΣτΕ 3612/2002.

«όπως νόμος ορίζει», όπως στα άρθρα 5 παρ. 3, 9Α εδ. α΄ Συντ. κ.α.), αλλά επιφύλαξη για την εξυπηρέτηση συγκεκριμένων λόγων και την προστασία συγκεκριμένων έννομων αγαθών, όπως το άρθρο 5 παρ. 1, 4 και η ερμηνευτική της παρ. 4 δήλωση, το άρθρο 11 παρ. 2 ή το άρθρο 13 παρ. 2 εδ. β΄ Συντ.

β) η αρχή της αναλογικότητας, με βάση την οποία οι περιορισμοί αυτοί θα πρέπει να εξυπηρετούν έναν θεμιτό σκοπό και να είναι κατάλληλοι (πρόσφοροι), αναγκαίοι και αναλογικοί υπό στενή έννοια για την επίτευξη του σκοπού αυτού.

ι) Η έννοια της αναλογικότητας

Η αναλογικότητα εξ ορισμού είναι έννοια συσχετίσεως δύο μεγεθών και εκφράζει την ιδέα του μέτρου. Αυτό φαίνεται άλλωστε και στη μαθηματική επιστήμη όπου διαπλάστηκε ως έννοια που δηλώνει τη σχέση μεταξύ δύο «λόγων». Ως σύγχρονη νομική αρχή αρχίζει να διαμορφώνεται μετά το πέρας του Β΄ Παγκοσμίου Πολέμου, όταν δηλαδή το φιλελεύθερο κράτος μετασχηματίζεται σε παρεμβατικό κράτος δικαίου (κοινωνικό κράτος).

Ιστορικά ωστόσο η αρχή της αναλογικότητας έχει τις ρίζες της στην ελληνική αρχαιότητα, όπου συνδέεται άμεσα με την ιδέα της δικαιοσύνης και την απαγόρευση των υπερβολών. Η αναλογικότητα ως σταθμιστικό μέσο έχει τις καταβολές της στη διδασκαλία του Αριστοτέλη³¹ όπου η ιδέα της αρετής στο χώρο της δικαιοσύνης εκφράζεται ως μεσότητα προς έτερον. Συγκεκριμένα, στη διδασκαλία του Αριστοτέλη για την υπό στενή έννοια δικαιοσύνη ενυπάρχει το στοιχείο της αναλογικότητας. Κατά τούτο η αποκαλούμενη γεωμετρική αναλογία προϋποθέτοντας τη σύγκριση και συσχέτιση αξιών βάσει ενός κοινού μέτρου και αποσκοπώντας στην εύρεση της ορθής ή άλλως στη συμμετρία και στη δίκαιη κατανομή των βαρών στους πολίτες, παραπέμπει κατευθείαν στη σύγχρονη έννοια της αρχής της αναλογικότητας, συνιστώντας τουλάχιστον από μεθοδολογικής απόψεως τον πρόδρομό της³².

Η αρχή της αναλογικότητας βρίσκει τις καταβολές της στην αρχαία ελληνική σκέψη στην αρχή της «μεσότητος». Ως φιλοσοφική έννοια είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την ιδέα της δικαιοσύνης και δη με την αριστοτελική ιδέα της «διανεμητικής», η οποία είναι απαραίτητη για την κατανόηση της αρχής αυτής στο νομικό επίπεδο³³. Ειδικότερα, η διανεμητική δικαιοσύνη (justitia distributive) ισχύει στο πεδίο της διανομής των αγαθών (ηθικών τιμών, υλικών βαρών) εκ μέρους του κράτους ή άλλου κοινωνικού οργανισμού και διέπεται από την αρχή της γεωμετρικής αναλογίας. Η αρχή αυτή επιβάλλει κατά τον Αριστοτέλη τη σύγκριση της αξίας των υπηρεσιών των άλλων ατόμων βάσει ενός κοινού αξιολογικού κριτηρίου, το οποίο για μεν τη δημοκρατία είναι η ελευθερία, για δε την ολιγαρχία ο πλούτος ή η ευγενική καταγωγή και για την αριστοκρατία, τέλος, η αρετή. Η αρχή της αναλογικότητας εισάγει με ηθική και κοινωνική έμφαση, μια απαίτηση «δικαιοσύνης» υπό την έννοια τουλάχιστον ότι αυτό που είναι δυσανάλογο είναι και άδικο³⁴. Επίσης πρέπει να

³¹ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΟΥΣ Ηθικά Νικομάχεια Ε, 1131α 35 («Η γαρ αναλογία ισότης εστί λόγων»), 1131 β 13.

³² ΔΑΛΑΚΟΥΡΑ, Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, σελ. 31.

³³ ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ – ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο, σελ. 11.

³⁴ ΜΠΕΗ, Η αρχή της αναλογικότητας-από το δημόσιο στο αστικό και διοικητικό δικονομικό και ιδιωτικό δίκαιο, Δίκη, τ. 30, τεύχος 5, 1999, σελ. 469 (ρήση Ουλπιανού) «jus suum cuique tribuere»,

αναφερθεί πως η αρχή της αναλογικότητας με τη σύγχρονη έννοια διέπεται από την τελολογική σχέση μέσου – σκοπού, η οποία και αυτή εντοπίζεται στην ελληνική αρχαιότητα σε δικαιοφιλοσοφικό επίπεδο.

ii) Η αρχή της αναλογικότητας

Η αρχή της αναλογικότητας³⁵, ως ιδέα ή γενική επιταγή του «προσήκοντος μέτρου», ανευρίσκεται διάχυτη σε ρυθμίσεις όλων των κλάδων του δημόσιου αλλά και του ιδιωτικού δικαίου³⁶. Μέσω της αρχής της τριτενέργειας των θεμελιωδών δικαιωμάτων κατά το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. γ' Συντ., η αρχή της αναλογικότητας χρησιμοποιείται πλέον από τα ελληνικά δικαστήρια και κατά την επίλυση των ιδιωτικών διαφορών, ως γενική νομική αρχή που «προσδιορίζει την τελολογική λειτουργία των πάσης φύσεως δικαιωμάτων και του ιδιωτικού δικαίου» και επιβάλλει μια σύμφωνη προς το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Συντ., ερμηνεία των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου (π.χ. του άρθρου 932 ΑΚ), «ώστε να υπάρχει μια δίκαιη ισορροπία ανάμεσα στα αντιτιθέμενα συμφέροντα, με παράλληλη προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων»³⁷.

Βέβαια σε συγκρούσεις συμφερόντων ιδιωτικού δικαίου το πεδίο στο οποίο θα μπορούσε να ισχύσει η αρχή της αναλογικότητας καλύπτεται σε έναν βαθμό από τη γενική αρχή της απαγόρευσης της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (άρθ. 281 Α.Κ.)³⁸. Ωστόσο ακόμη και σε πεδία του ιδιωτικού δικαίου μπορούν να υπάρξουν περιπτώσεις στις οποίες η αρχή της αναλογικότητας βρίσκει κανονικά έδαφος εφαρμογής, όπως π.χ. σχετικά με το ύψος της αποζημίωσης ως προς την αποκατάσταση της ζημίας.

Όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, κατοχυρώνεται ρητά από το 2001³⁹ στο άρθρο 25

δηλαδή στον καθένα να αποδίδονται αυτά που του αναλογούν σύμφωνα με τη θέση του στην απόδοση του ή την ευθύνη του.

³⁵ Η προέλευση της αρχής της αναλογικότητας εντοπίζεται στο γερμανικό και γαλλικό αστυνομικό δίκαιο (με τη χαρακτηριστική φράση του WALTER JELLINEK ότι «η αστυνομία δεν πρέπει να βάζει κατά των σπουργιών με κανόνια», βλ. ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ-ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, ό.π., σελ.12, ΓΕΡΟΝΤΑ Απ., Η αρχή της αναλογικότητας στο Γερμανικό Δημόσιο Δίκαιο, σελ. 20 και ΤΑΧΟ, Δίκαιο της Δημόσιας Τάξης, σελ. 55 επ. Για την αρχή της αναλογικότητας (principe de proportionnalité) στη Γαλλία βλ. DECOCQ, MONTREIL, BUISSON, Le Droit de la Police, deuxième édition, σελ. 326, αλλά και BRAIBANT G., Le principe de proportionnalité, σελ. 297, 298 επ.

Αλλά και στη χώρα μας η αρχή της αναλογικότητας βρίσκει κατεξοχήν πρόσφορο έδαφος εφαρμογής και αποκτά ιδιαίτερη πρακτική αξία κατά την άσκηση αστυνομικής εξουσίας. Πρόκειται για την αρχή που διαμορφώνει το κατάλληλο αξιολογικό υπόβαθρο της αστυνόμευσης και θέτει θεμελιώδεις ποιοτικούς και ποσοτικούς περιορισμούς στην επιλογή και τη χρήση των λαμβανόμενων για την πραγμάτωση αυτής μέτρων, εκείνων πρωτίστως που εκδηλώνονται με επεμβάσεις υλικής βίας. Ειδικότερα για την εφαρμογή της αρχής στο αστυνομικό πεδίο βλ. ΠΑΠΑΪΩΑΝΝΟΥ Ζ., Η αρχή της αναλογικότητας κατά την άσκηση αστυνομικής εξουσίας, σελ. 9 επ.

³⁶ Για το αστικό δίκαιο βλ. μεταξύ άλλων ΔΩΡΗ Φ., Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικού δικαίου σχέσεων, σε τιμ. Τόμο ΣτΕ 75 χρόνια, σελ. 233 επ.

³⁷ Βλ. λ.χ. την απόφαση 9/2015 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου.

³⁸ Έτσι, η καταγγελία σύμβασης εργασίας αόριστου χρόνου είναι μεν δικαίωμα του εργοδότη, το οποίο όμως ελέγχεται βάσει της γενικής αρχής του άρθ. 281 Α.Κ. Η καταγγελία καταντά καταχρηστική, εφόσον ο εργοδότης μπορούσε να λάβει ηπιότερα μέτρα, που να εξασφαλίζουν εξ ίσου αποτελεσματικά τα συμφέροντά του (Μον. Πρωτ. Θεσ. 2268/1998).

³⁹ Πριν από τη ρητή καθιέρωσή της η αρχή της αναλογικότητας συνήγето από τα άρθρα 5 παρ. 1 και 25 παρ. 1 (υπό την προηγούμενη διατύπωσή του), βλ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., ό.π., σελ. 214 αλλά και ΣτΕ 2845/1994, 1709/1997, 542/1999. Όπως παρατηρεί ο Ομότιμος Καθηγητής Κασιμάτης Γ., Μελέτες Ι, 1975-1995, Δημοκρατία, σελ. 268, η αρχή της αναλογικότητας καθώς και άλλοι κανόνες που αφορούν

παράγραφος 1⁴⁰ του ελληνικού Συντάγματος. Στην Ελλάδα η αρχή αυτή είχε αναγνωριστεί ρητά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας το 1984, με τη διατύπωση ότι «οι εκ μέρους του νομοθέτου και της διοικήσεως επιβαλλόμενοι περιορισμοί εις την άσκησιν των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να είναι μόνον οι αναγκαίοι και να συνάπτονται προς τον υπό του νόμου επιδιωκόμενον σκοπόν»⁴¹.

Η ένταξη της αρχής της αναλογικότητας στους αποκαλούμενους «περιορισμούς των περιορισμών» των συνταγματικών δικαιωμάτων σημαίνει ότι ακόμα και αν ένα συνταγματικό δικαίωμα μπορεί καταρχήν να περιοριστεί για λόγους προστασίας άλλων εννόμων αγαθών, ο εισαγόμενος από το νομοθέτη περιορισμός θα πρέπει να είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας. Οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων πρέπει να αποβλέπουν στην επίτευξη κάποιου σκοπού. Ο σκοπός πρέπει να είναι θεμιτός (νόμιμος), να προβλέπεται δηλαδή ρητώς ή τουλάχιστον να συνάγεται από το δίκαιο, και ειδικότερα από το Σύνταγμα. Πρέπει δια του περιορισμού του δικαιώματος να προστατεύεται κάποια συνταγματική αξία ή κάποιο συνταγματικό δικαίωμα «των άλλων». Στην ουσία η αρχή αυτή αποτελεί το μέσο, με το οποίο επιβάλλεται και διατηρείται κατάσταση ισορροπίας μεταξύ των ατομικών δικαιωμάτων και του κοινωνικού συμφέροντος⁴².

Πρόδρομος της αρχής της αναλογικότητας στην εξέλιξη του δικαίου μετά το Β' Παγκόσμιο Πόλεμο λέγεται ότι υπήρξε η απόφαση του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου *Apothekenurteil* της 11-6-1958, που ανέπτυξε τη «θεωρία των τριών βαθμίδων» σε σχέση με την επαγγελματική ελευθερία⁴³. Κατά την απόφαση⁴⁴, α) η άσκηση του επαγγέλματος υπόκειται σε περιορισμούς, μόνον εφόσον είναι κατάλληλοι για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. β) Η επιλογή επαγγέλματος υπόκειται σε περιορισμούς, μόνον εφόσον δικαιολογούνται από υπέρτερο δημόσιο συμφέρον, δηλαδή το κριτήριο του δημοσίου συμφέροντος είναι αυστηρότερο για τους περιορισμούς στην επιλογή απ' ό, τι στην άσκηση του επαγγέλματος. γ) Οι περιορισμοί εν γένει πρέπει να δικαιολογούνται από υποκειμενικούς λόγους, αναλόγως προς το επάγγελμα που πρόκειται να ασκηθεί ή από αντικειμενικούς λόγους. Οι τελευταίοι για να μπορούν να δικαιολογήσουν περιορισμούς στην επαγγελματική ελευθερία πρέπει να αντιμετωπίζονται με ιδιαίτερη αυστηρότητα, δηλαδή να ικανοποιούν υπέρτατο δημόσιο συμφέρον.

στον έλεγχο και περιορισμό της εξουσίας ενσωματώνεται στη δικαιοκρατική αρχή, το ουσιαστικό περιεχόμενο της οποίας διευρύνθηκε σημαντικά μετά το Β' Παγκόσμιο Πόλεμο. Η δικαιοκρατική αρχή ενσωματώνει, επιπλέον, και την προστασία της προσωπικής και της πολιτικής ελευθερίας καθώς και την προστασία του ανθρώπου.

⁴⁰ Ειδικότερα, το εδάφιο δ' προβλέπει ότι: «Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας.»

⁴¹ βλ. ΣτΕ 2112/1984, ΤοΣ 1985, σ. 63. Σχετικά με τη «γενέθλιο» της αρχής της αναλογικότητας απόφαση 2112/1984 του ΣτΕ, βλ. ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ – ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ και ΚΟΥΤΟΥΠΑ – ΡΕΓΚΑΚΟΥ, Εμβάθυνση Δημοσίου Δικαίου, Ειδικά θέματα Διοικητικού Δικαίου, σελ. 60 επ. Υπονοείτο όμως και σε παλαιότερες αποφάσεις, βλ. ΣτΕ 21/1958, 1456, 1961/1966, 202/1974, 58, 811/1977, 1340, 1341/1982 κ.λ.π.

⁴² Βλ. ΑΝΤΩΝΙΟΥ Θ., Η ισότητα εντός και δια του νόμου: μια συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος 1975, σελ. 96-97.

⁴³ Βλ. για την θεωρία των τριών βαθμίδων σε: ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., όπως πριν, σελ. 63-64.

⁴⁴ BVerfG 7, 377

iii) Οι ειδικότερες εκφάνσεις της αρχής της αναλογικότητας⁴⁵

Το γνωστό «τεκμήριο υπέρ της ελευθερίας», που συνάπτεται προς τον φιλελεύθερο χαρακτήρα της ισχύουσας συνταγματικής τάξης, κατ' αρχήν αποτελεί ένα ουσιαστικό κριτήριο περιορισμού και προσδιορισμού της δράσης των κρατικών οργάνων. Ωστόσο δεν προσφέρει πάντοτε έναν ερμηνευτικά ασφαλή κανόνα προτίμησης. Χρειάζεται επομένως μια πρόσφορη και αναγκαία σχέση μέσου και σκοπού, που να μην υπερβαίνει ένα έλλογο μέτρο⁴⁶.

Καταλληλότητα

Προηγείται λογικά ο έλεγχος της συνάφειας μέσων-σκοπού, ή αλλιώς της καταλληλότητας ή προσφορότητας των μέσων για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Το περιοριστικό της ελευθερίας μέτρο θα πρέπει να είναι πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού).

Ως κατάλληλο θεωρείται το μέσο, με τη βοήθεια του οποίου είναι δυνατή η πραγματοποίηση του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι το μέσο, το οποίο ακόμη και μερικώς μπορεί να συμβάλει στην πραγματοποίηση του εν λόγω σκοπού και το οποίο δεν θα πρέπει οπωσδήποτε κατά το χρόνο της δικανικής κρίσης να έχει επιφέρει το ως άνω αποτέλεσμα, αλλά αρκεί η δυνητική συμβολή του σε αυτό⁴⁷. Πρόκειται πάντως για εντελώς ήπια μορφή ελέγχου, αφού η επιβολή τέτοιων άσχετων και ακατάλληλων (απρόσφορων) περιορισμών ισοδυναμεί σχεδόν με παραλογισμό εκ μέρους του νομοθέτη ή της διοίκησης και εμφανίζεται πολύ σπάνια στην πράξη⁴⁸.

Αναγκαιότητα

Περισσότερο διεισδυτικός, σε βάρος των νομοθετικών επιλογών, είναι ο έλεγχος της αναγκαιότητας του περιορισμού. Ο περιορισμός είναι αναγκαίος όταν δεν υπάρχει άλλο, εξίσου αποτελεσματικό μέσο, το οποίο δεν θα περιόριζε ή θα περιόριζε λιγότερο αισθητά το σχετικό συνταγματικό δικαίωμα⁴⁹. Το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει παγίως αποδεχτεί ότι εξετάζεται εάν ο περιορισμός ενός ατομικού δικαιώματος υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο. Μάλιστα επί επαλλήλων περιορισμών προβλεπομένων από το νόμο η διοίκηση πρέπει να εφαρμόζει τους καταρχήν ηπιότερους⁵⁰. Η αναγκαιότητα του περιοριστικού του ατομικού δικαιώματος μέτρου κρίνεται διαφορετικά σε μια δημοκρατική και σε μια μη δημοκρατική κοινωνία, γιατί

⁴⁵ Βλ. για τα τρία εννοιολογικά στοιχεία της αρχής, ΡΑΪΚΟ Δ., Συνταγματικό Δίκαιο, Θεμελιώδη Δικαιώματα, 4η έκδοση, σελ. 162, ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Θεμελιώδη Δικαιώματα (επ.), Νομική Βιβλιοθήκη 2016, σελ. 25. Όπως όμως παρατηρεί ο Β. Ανδρουλάκης, κατά το δικαστικό έλεγχο με βάση την αρχή της αναλογικότητας, τα διάφορα στάδια δεν διακρίνονται στη νομολογία πάντα με συστηματικό τρόπο, βλ. ΑΝΔΡΟΥΛΑΚΗ Β., Σκέψεις γύρω από το δικαστικό έλεγχο της ρυθμιστικής παρέμβασης του κράτους στην οικονομία, άρθρο διαθέσιμο στη διεύθυνση www.constitutionalism.gr, σελ. 7 επ.

⁴⁶ Βλ. ΒΟΥΤΣΑΚΗ Β., «Η αρχή της αναλογικότητας: από την ερμηνεία στη διάπλαση δικαίου», σε: Κ. Σταμάτη (επιμ.), Όψεις του Κράτους Δικαίου, ό.π., σ. 207-254

⁴⁷ Βλ. ΑΝΤΩΝΙΟΥ Θ., ό.π., σελ. 88-89.

⁴⁸ Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 4η έκδοση, σελ. 90, πρβλ. όμως και ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗ, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη. Από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση, σελ. 34 επ.

⁴⁹ Βλ. ΣΤΑΜΑΤΗ Κ., Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων, 8η έκδ., 2009, σελ. 516

⁵⁰ ΣτΕ 4051/1990, ΕλλΔνη 1991, σελ 1154

επικρατούν εκάστοτε διαφορετικά αξιολογικά κριτήρια για την εξουσία του κράτους και την ελευθερία του ανθρώπου.

Stricto sensu αναλογικότητα

Η αρχή της αναλογικότητας έχει προσλάβει όμως από δεκαετίες στην αλλοδαπή συνταγματική νομολογία, ιδίως εκείνη του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, και μια τρίτη διάσταση: πρόκειται για τη *stricto sensu* αναλογικότητα ή τη στάθμιση κόστους-οφέλους. Τα προσδοκώμενα οφέλη δηλαδή από τη λήψη του περιοριστικού μέτρου δεν θα πρέπει να είναι δυσανάλογα μικρά σε σχέση με τις προκαλούμενες ζημιές. Η τελευταία αυτή έκφανση της αρχής της αναλογικότητας συνίσταται ουσιαστικά σε μία στάθμιση εννόμων αγαθών στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Κατά τον Καθηγητή Κ. Χρυσόγονο «σε μια συνολική αποτίμηση, μεταξύ της βαρύτητας της προσβολής και του βάρους και της πιεστικότητας των δικαιολογητικών της βάσεων, θα πρέπει να τηρείται το όριο της λογικής επιβάρυνσης. Όσο πιο σοβαρά περιορίζονται (οι φορείς του δικαιώματος) τόσο ισχυρότεροι πρέπει να είναι οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος, τους οποίους εξυπηρετεί η νομοθετική ρύθμιση»⁵¹. Σταθμίζεται, δηλαδή, η βαρύτητα της περιοριζόμενης ελευθερίας με τη βαρύτητα του εννόμου αγαθού που συνηγορεί υπέρ της λήψης του περιοριστικού μέτρου. Όσο για τα κριτήρια της στάθμισης, αυτά συχνά μπορούν να αναζητηθούν στην ίδια την έννομη τάξη⁵².

Η στάθμιση αυτή γίνεται βάσει των ειδικών συνθηκών της κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης και όχι γενικά για όλες τις περιπτώσεις, γιατί κανένα έννομο αγαθό δεν υπερισχύει του άλλου *a priori*, ειδικά δε στις περιπτώσεις που το αντιτιθέμενο έννομο αγαθό προστατεύεται συνταγματικά, κάτι τέτοιο θα προσέκρουε στην αρχή της τυπικής ισοδυναμίας των συνταγματικών διατάξεων⁵³. Στην πραγματικότητα, συνίσταται σε έναν έλεγχο ισορροπίας, σε «μια στάθμιση ανάμεσα στα πλεονεκτήματα και πλεονεκτήματα»⁵⁴, κατά τον οποίο ο δικαστής εκτιμά και ζυγίζει τις συνέπειες ενός μέτρου προκειμένου να καταλήξει στο αν οι τελευταίες είναι δυσανάλογες σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό.

Ο Ε. Μπέης υποστηρίζει ότι η υπό στενή έννοια αναλογικότητα δεν είναι σκόπιμο να κρίνεται με βάση το σχήμα *σκοπός - μέσο*, δεδομένου ότι οι έννοιες αυτές έχουν σχετικό χαρακτήρα καθώς σε μια συγκεκριμένη σχέση, ο σκοπός μεταβάλλεται σε μέσο, όταν τίθεται στην υπηρεσία ενός απώτερου σκοπού. Γι' αυτό και προτείνει την αντικατάσταση του σχήματος *σκοπός - μέσο* με βάση το ζεύγος των συγκρουόμενων συμφερόντων με συνταγματική κατοχύρωση⁵⁵.

⁵¹ Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., ό.π., σελ. 92 και τις εκεί παραπομπές.

⁵² Πρβλ. ΣΤΑΜΑΤΗ Κ., ό.π., σελ. 293.

⁵³ Βλ. αντί πολλών ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Εφαρμογές Συνταγματικού Δικαίου II Συνταγματικά Δικαιώματα, σελ. 84 - 85.

⁵⁴ Βλ. SALLES S., *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 147, LGDJ 2016, παρ. 243-5.

⁵⁵ Βλ. ΜΠΕΗ Ευ., Η αρχή της αναλογικότητας από το δημόσιο στο αστικό και διοικητικό δικονομικό και ιδιωτικό δίκαιο, Δίκη, Μάιος 1999, σελ. 467 επ. και παραπομπές στις υποσημ. 47-8, 50.

Κατά τον Βενιζέλο⁵⁶ πριν τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 ένας τέτοιος έλεγχος κατά κανόνα δεν διενεργούνταν στην Ελλάδα, ούτε είχε εξαγγελθεί από τη νομολογία ως γενική αρχή. Μάλιστα, στο παρελθόν η εν λόγω αρχή γινόταν από μερίδα της θεωρίας αντιληπτή ως εκδήλωση της τελολογικής μεθόδου ερμηνείας, με εννοιολογική εξειδίκευση του προσφορότερου μέσου προς πραγματοποίηση του σκοπού του νόμου⁵⁷. Ο αναθεωρητικός νομοθέτης του 2001 δεν αντιμετώπισε βέβαια ευθέως το ζήτημα της στάθμισης κόστους – οφέλους. Όμως, θα μπορούσε να υποστηριχτεί ότι ratio της ρητής καθιέρωσης της αρχής της αναλογικότητας δεν ήταν η απλή επιβεβαίωση όσων είχαν ήδη νομολογηθεί στο παρελθόν, αλλά η ενίσχυση και διερεύνηση του κανονιστικού της περιεχομένου, με τον έλεγχο πια και της stricto sensu αναλογικότητας⁵⁸.

Επιφυλάξεις για τη στάθμιση κόστους-οφέλους εκφράζονταν και στη θεωρία⁵⁹, με το σκεπτικό ότι μπορεί να στηριχτεί μόνο σε πραγματολογικά δεδομένα, που παραπέμπουν περισσότερο στη σφαίρα της σκοπιμότητας παρά σε εκείνη της συνταγματικότητας. Πράγματι, στην ελληνική έννομη τάξη ο έλεγχος της αναλογικότητας με τη στενή έννοια αποτελεί στην ουσία μία στάθμιση κόστους-οφέλους και, συνεπώς, αποβαίνει προβληματικός και επισφαλής, καθόσον λείπουν σταθερά νομικά κριτήρια⁶⁰ πάνω στα οποία θα μπορούσε να βασιστεί⁶¹. Έτσι, κατά την αξιολόγηση των μέτρων και επεμβάσεων η ελληνική, όπως άλλωστε και η γαλλική νομολογία, σπανίως προβαίνει σε πλήρη και ενδελεχή έλεγχο της αρχής της αναλογικότητας (plein contrôle de proportionnalité).

Σε καμία περίπτωση πάντως δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί η αρχή της αναλογικότητας ως δίοδος για την εκτροπή του κατ' άρθρο 93 παράγραφος 4 του Συντάγματος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων σε έλεγχο σκοπιμότητας των νομοθετικών επιλογών⁶². Ο δικαστής δεν είναι αρμόδιος να υποδείξει ποιο είναι κάθε φορά το προσφορότερο μέσο ή ο καταλληλότερος περιορισμός συγκεκριμένου συνταγματικού δικαιώματος, διότι τούτο συνιστά πολιτική επιλογή, που ανήκει κατά το Σύνταγμα (άρθρα 1 και 26 παράγραφος 1) στον δημοκρατικά νομιμοποιούμενο κοινοβουλευτικό νομοθέτη (ή έστω στην κατ' εξουσιοδότησή του δραστηριοποιούμενη κανονιστική διοίκηση). Ο δικαστής οφείλει μόνο να ελέγξει μήπως ο περιορισμός τον οποίο επέλεξε ο νομοθέτης είναι

⁵⁶ Βλ. BENIZELO E., Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων – Κριτική προσέγγιση των τάσεων της νομολογίας, σελ. 219.

⁵⁷ Βλ. ΜΗΤΣΟΠΟΥΛΟ Γ., Δίκη 28 (1997), σ. 1342.

⁵⁸ Πρβλ. BENIZELO E., Το αναθεωρητικό Κεκτημένο, σελ. 142.

⁵⁹ Βλ. ΦΟΡΤΣΑΚΗ Θ., Η προδήλως εσφαλμένη εκτίμηση και η αρχή της στάθμισης κόστους-οφέλους, ΝοΒ 1987, σελ. 1324 επ.

⁶⁰ Για το ζήτημα των κριτηρίων της στάθμισης βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Το δικαίωμα της αναφοράς κατά το ελληνικό και ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο: οι προϋποθέσεις ασκήσεως, σελ. 61-62, όπου αναφέρει το παράδειγμα της σύγκρουσης του δικαιώματος της αναφοράς με άλλα έννομα αγαθά, όπως αυτό της προσωπικότητας υπό την ειδικότερη έκφανση της προστασίας της τιμής. Για το ίδιο θέμα βλ. του ίδιου, Διαφάνεια της κρατικής δράσης και προστασία προσωπικών δεδομένων, σελ. 154 επ. και ΚΑΡΑΚΩΣΤΑ, Προσωπικότητα και τύπος: νομική θεώρηση ενός δεοντολογικού ζητήματος, σελ. 152.

⁶¹ Βλ. ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ - ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, ό.π., σελ. 118.

⁶² Βλ. ΜΗΤΣΟΠΟΥΛΟ, «Τριτενέργεια» και «Αναλογικότητα» ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος, σελ. 656.

ακατάλληλος, μη αναγκαίος ή δυσανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό⁶³. Ο δικαστικός έλεγχος εκτείνεται στην αιτιολογία του επιβαλλόμενου μέτρου κατ' αρχάς όσον αφορά την ανάγκη προς θέσπιση περιοριστικής ρύθμισης, εν όψει συγκεκριμένων πραγματικών δεδομένων που συγκροτούν κατάσταση η οποία αξιώνει τη ρυθμιστική παρέμβαση του νομοθέτη και περαιτέρω για την πρόκριση συγκεκριμένης ρύθμισης, ανταποκρινόμενης στην αρχή της αναλογικότητας⁶⁴.

Η στάθμιση είναι η κύρια μέθοδος που χρησιμοποιείται από τα περισσότερα δικαστήρια στην Ευρώπη, τον Καναδά, την Ινδία, τη Νότια Αφρική και αλλού - με εξαίρεση τις Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής⁶⁵ - για την επίλυση συγκρούσεων συνταγματικών δικαιωμάτων. Η παραδοσιακή εφαρμογή της αναλογικότητας αποσκοπεί να αποκαλύψει αν νομοθετικοί περιορισμοί που επιβάλλονται στα ατομικά δικαιώματα είναι συνταγματικά ανεκτοί. Κατά την αντίληψη αυτή, η αρχή της αναλογικότητας αναπτύχθηκε ως αναγκαίο εργαλείο για τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων που θεσπίζουν περιορισμούς συνταγματικών δικαιωμάτων. Αυτή τη λειτουργία της αναλογικότητας επεξεργάστηκε περαιτέρω η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου⁶⁶. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων ισορροπεί τακτικά τα συνταγματικά δικαιώματα μεταξύ τους και εναντίον αντικρουόμενων δημόσιων συμφερόντων. Στη νομολογία του ΕΔΔΑ, η αρχή της αναλογικότητας μεθίσταται από μεθοδολογικό εργαλείο κατά τη θεμελίωση νομικών κρίσεων και ανυψώνεται σε αυτόφωτη αρχή ερμηνείας της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ).

Αλλά και το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (νυν Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης) εφαρμόζει την αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερα, το Δ.Ε.Ε. δέχεται ότι η αρχή αυτή απαιτεί οι πράξεις των ενωσιακών οργάνων να ενδείκνυνται για την πραγματοποίηση του προβλεπόμενου σκοπού και να μην βαίνουν πέρα απ' ό,τι είναι αναγκαίο για την επίτευξή του⁶⁷. Επίσης η αρχή της αναλογικότητας, υπό την έκφραση ειδικότερα της επιταγής να είναι οι περιορισμοί των δικαιωμάτων

⁶³ Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, ό.π., σελ. 94. ΑΠ 10/2003, ΤοΣ 2003, σελ. 736, ΑΠ 26/2003, ΤοΣ 2003, σελ. 746. Πρβλ. την αναλυτική επισκόπηση της σχετικής νομολογίας από τον ΜΑΤΘΙΑ, Το πεδίο λειτουργίας της αρχής της αναλογικότητας, ΕλλΔνη 1/2006, σελ. 3 επ.

⁶⁴ ΒΡΟΝΤΑΚΗ Μ., Ο δικαστής ως κριτής σταθμίσεων, αξιών και επιλογών του νομοθέτη κατά την πρόκριση των προς θέσπιση ρυθμίσεων, ό.π.

⁶⁵ Ο λόγος για τον οποίο η αμερικανική δικαιοδοτική κρίση αντιστάθηκε στην επίκληση της στάθμισης είναι ότι δοκιμάστηκε στο πλαίσιο ενός ισχυρού δικαιώματος - της ελευθερίας του λόγου - και βρέθηκε προβληματική ως μέθοδος εκδίκασης. Στην πραγματικότητα, το ζήτημα συζητήθηκε ανοιχτά στο πλαίσιο της πρώτης τροποποίησης του Αμερικανικού Συντάγματος κατά τη διάσημη διαμάχη μεταξύ του Justice Hugo Black, αφενός, και των δικαστών Felix Frankfurter και John Marshall Harlan II, αφετέρου, σχετικά με την έννοια της ελευθερίας του λόγου. Ο Justice Hugo Black, καθώς και πολλοί μελετητές, επέκριναν έντονα την εξισορροπητική προσέγγιση και, στη διαδικασία, αποκάλυψαν με πολλούς τρόπους την ασάφεια της στάθμισης. Ο Black και άλλοι επεσήμαναν με διαφορετικό τρόπο ότι δεν είναι σαφές τι σταθμίζεται (ενδιαφέροντα, αρχές, δικαιώματα, εκτιμήσεις), πώς σταθμίζεται (με τι μέτρηση); και ποιος κάνει - ή πρέπει να κάνει - την εξισορρόπηση (δικαστές ή νομοθέτες). Η επίμονη επιμονή του Justice Black στον απόλυτο χαρακτήρα της πρώτης τροποποίησης ήταν ένας εύκολος στόχος για τους υπερασπιστές της στάθμισης οι οποίοι, πεπεισμένοι ότι δεν υπήρχε απόλυτο δικαίωμα, έφτασαν γρήγορα στο συμπέρασμα ότι η στάθμιση ήταν αναπόφευκτη.

⁶⁶ Βλ. J. Christoffersen, Fair balance: proportionality, subsidiarity and primacy in the European Convention on Human Rights, Brill 2009, σελ. 31 επ.

⁶⁷ Για την εφαρμογή της αρχής από το ΔΕΚ βλ. ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ, ΕΕΕυρ 1997, 1 επ. και 247 επ.

«αναγκαίου» και μάλιστα σε μια «δημοκρατική κοινωνία»⁶⁸, καθιερώνεται ρητά στα άρθρα 8 – 11 της ΕΣΔΑ και εφαρμόζεται κατά κανόνα στη νομολογία του ΕΔΔΑ⁶⁹.

Στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου η αρχή της αναλογικότητας δεν θεσπίζεται ως γενικός περιορισμός των περιορισμών των κατοχυρωμένων συνταγματικών δικαιωμάτων. Συγκεκριμένες εκφάνσεις της θεσπίζονται ως ειδικοί περιορισμοί των περιορισμών στα επιμέρους άρθρα που προστατεύουν συνταγματικά δικαιώματα. Το βασικό μοτίβο αναλογικότητας στα άρθρα 8-11 της ΕΣΔΑ είναι η επιταγή της αναγκαιότητας σε μια δημοκρατική κοινωνία για την προστασία αποκλειστικά απειλούμενων δημοσίων συμφερόντων και άλλων (από το περιοριζόμενο) ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Μεγάλη πρακτική σημασία αναπτύσσει στα πλαίσια του συνταγματικού δικαιώματος της ιδιοκτησίας. Εκεί η ιδέα της αναλογικότητας θετικοποιείται ως δίκαιη ισορροπία⁷⁰.

Αντίθετα, στον ΧΘΔΕΕ θεσπίζεται η αρχή της αναλογικότητας ως γενικός περιορισμός των περιορισμών όλων των προστατευόμενων συνταγματικών δικαιωμάτων. Στη ΣυνΘΕΕ θεσπίζεται στο άρθρο 5 παρ. 4 ως γενική «συνταγματική αρχή», παράλληλα με την αρχή της επικουρικότητας.

Στο γερμανικό Σύνταγμα δεν κατοχυρώνεται ρητά και συγκεκριμένα. Πάντως συνάγεται από τη συνταγματική θεωρία⁷¹ και την νομολογία⁷², ως συνταγματική αρχή εμμέσως πλην αναμφισβότως θεσπιζόμενη στο Σύνταγμα, συνεχόμενη με το κράτος δικαίου, την ουσία και το σύστημα των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Άλλωστε σε μεγάλο βαθμό είναι η γερμανική δημοσιολογική θεωρία και η νομολογία του Ανωτάτου Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου που συνέβαλαν στην διάπλαση και εμπέδωση της αρχής της αναλογικότητας.

⁶⁸ βλ. ΒΕΓΛΕΡΗ Φ., Οι περιορισμοί των δικαιωμάτων του ανθρώπου, σελ. 78 επ. (Ο ρυθμιστής της «δημοκρατικής κοινωνίας»).

Για την εφαρμογή της αναλογικότητας από το ΕΔΔΑ βλ. χαρακτηριστικά την απόφαση της 27-03-2008 (Αρ. Προσφυγής 26698/2005), στην υπόθεση Τουρκική Ένωση Εάνθης κλπ κατά Ελλάδας, όπου στην παράγραφο 46 της απόφασης αναφέρεται ότι: «Το Δικαστήριο...Δεν έπεται ότι οφείλει να περιοριστεί στην διερεύνηση του κατά πόσο το εναγόμενο Κράτος χρησιμοποίησε την εξουσία αυτή με καλή πίστη, με προσοχή και κατά τρόπο εύλογο. Πρέπει επίσης να κρίνει την επίδικη παρέμβαση, λαμβανομένου υπόψη του συνόλου της υπόθεσης, για να διαπιστώσει αν ήταν «ανάλογη προς τον διωκόμενο θεμιτό σκοπό» και αν οι λόγοι οι επικαλούμενοι από τις εθνικές αρχές για να την αιτιολογήσουν φαίνονται «αρμόζοντες και επαρκείς». Στην παράγραφο 48 αναφέρει ότι: «Έτσι, απομένει κατά κύριο λόγο να εξεταστεί αν η επίδικη παρέμβαση ήταν «αναγκαία μέσα σε μία δημοκρατική κοινωνία» για να επιτευχθεί ο διωκόμενος θεμιτός σκοπός.».

⁶⁹ Για τη χρήση της αναλογικότητας από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου βλ. BISSEN M.-A., The principle of proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights, σε: Macdonald/Matscher/Petzold (επιμ.), The European System for the Protection of Human Rights, σελ. 125 επ. και McBRIDE J., «Proportionality and the European Convention of Human Rights», στο E. Ellis (επιμ.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (1999), 23-35.

Η αρχή της αναλογικότητας ορίζεται από το ΕΔΔΑ ως «*need for fair balance between community's general interest and requirement of protecting individual's fundamental rights*», βλ. την απόφαση της 25.10.1989 στην υπόθεση Allan Jacobsson (18/1987/141/ 195).

⁷⁰ Βλ. Άρθρο 1 του πρώτου προσθέτου πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

⁷¹ ΓΕΡΟΝΤΑ Α., Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο, Το Σ 1983, σελ. 20 επ., ΤΣΙΛΙΩΤΗ Χ., Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό Συνταγματικό Δίκαιο με έμφαση στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, ΔτΑ 2006, II, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σελ. 159 επ., ΤΣΕΒΑ Α., Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό διοικητικό δίκαιο, ΔτΑ 2005, I, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σελ. 133 επ.

⁷² Βλ. ενδεικτικά BVerfGE 76,1/51, BVerfGE 79, 179/198, BVerfGE 115, 205/233f.

Στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο⁷³ επίσης δεν κατοχυρώνεται ρητά και θετικά ως γενική συνταγματική αρχή. Υποεκφράσεις όμως και εκδοχές-τεστ αναλογικότητας εμφανίζονται στις αποφάσεις των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων και του συνταγματικού συμβουλίου. Κλιμακούμενα τεστ «αναλογικότητας» διέπουν και το αγγλικό⁷⁴, το αμερικανικό⁷⁵ και το ιταλικό⁷⁶ δημόσιο δίκαιο, παρά τις σημαντικές διαφορές στην φυσιογνωμία τους.

Υπάρχουν διάφορες θεωρίες που ισχυρίζονται όχι μόνο ότι η στάθμιση είναι ο σωστός τρόπος επίλυσης ζητημάτων συνταγματικών δικαιωμάτων αλλά και ότι είναι ο μόνος τρόπος. Αυτό, σύμφωνα με τις θεωρίες αυτές, έγκειται στο γεγονός ότι η στάθμιση είναι συνυφασμένη με την ίδια την έννοια των συνταγματικών δικαιωμάτων και αδιαχώριστη από αυτήν⁷⁷. Υποστηρίζεται ότι είναι η ίδια η φύση των ελευθεριών που επιβάλλει το ζύγισμα αυτό. Η αναλογικότητα, στο πλαίσιο της αναζήτησης της σχέσης μέσου - σκοπού, υπαγορεύει ένα ζύγισμα – άλλα και οι τεχνικές της στάθμισης επιβάλλουν την αξιολόγηση του συσχετισμού μέσου - σκοπού. Όλες οι τεχνικές αντιμετώπισης συγκρούσεως δικαιωμάτων περιλαμβάνουν την αναζήτηση ενός λιγότερο περιοριστικού για το δικαίωμα μέσου ώστε να αξιολογήσουν την αναγκαιότητα ενός περιορισμού. Η διαφοροποίηση αναλογικότητας και στάθμισης εξελίσσεται σε μια αναζήτηση της αναλογικότητας στη στάθμιση και της στάθμισης στην αναλογικότητα⁷⁸.

Η αρχή της αναλογικότητας διευρύνει το πεδίο παρέμβασης της δικαστικής εξουσίας, καθώς ο δικαστής προβαίνει κατά τον έλεγχο των νομοθετικών επιλογών σε σταθμίσεις που του επιτρέπουν, ή ακόμη και του επιβάλλουν, όχι μόνο να εξετάσει τα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης, αλλά να αξιολογήσει τα επίμαχα δικαιώματα λαμβάνοντας υπόψη υποκείμενα ηθικά και πολιτικά κριτήρια⁷⁹. Από την άλλη πλευρά, η αναλογικότητα εγκολπώνει σταθμίσεις αναγκαίες τόσο κατά τη διερεύνηση εναλλακτικών, λιγότερο επαχθών μέτρων περιορισμού των επίμαχων δικαιωμάτων, όσο και για την αξιολόγηση των επιβαλλόμενων περιορισμών υπό το πρίσμα του σκοπού τους⁸⁰.

γ) η απαγόρευση παραβίασης του πυρήνα του δικαιώματος.

Οι δύο πρώτοι περιορισμοί των περιορισμών έχουν ήδη ενδυθεί τον τύπο ρητής συνταγματικής πρόβλεψης στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Συντ., όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την συνταγματική αναθεώρηση του 2001, ο τελευταίος προκύπτει από την

⁷³ Βλ. ενδεικτικά ΚΑΨΑΛΗ Β., Η αρχή της αναλογικότητας στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο, ΔτΑ 2006, II, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σελ. 309 επ.

⁷⁴ Βλ. ενδεικτικά A. Le Sueur, Public Law, 2015, σελ. 724 επ.

⁷⁵ Βλ. ενδεικτικά Barac A., Proportionality, 2012 Sullivan, E.T., Frase R.S., Proportionality Principles in American Law, 2008.

⁷⁶ Βλ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟ Χ., Η αρχή της αναλογικότητας στο ιταλικό συνταγματικό δίκαιο, ΔτΑ 2005, I, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σελ. 105 επ.

⁷⁷ Βλ. BEATTY D., The Ultimate Rule of Law (Oxford Univ. Press 2004), ALEXY R., A Theory of Constitutional Rights (Oxford Univ. Press 2002).

⁷⁸ Βλ. ΦΩΤΙΑΔΟΥ Α., Σταθμίζοντας την ελευθερία του λόγου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2006, σελ. 121.

⁷⁹ Σχετικά με την εφαρμογή της αναλογικότητας ως στάθμισης βλ. ΦΩΤΙΑΔΟΥ Α., Σταθμίζοντας την ελευθερία του λόγου, εκδ. Σάκκουλας 2006, σελ. 117 επ.

⁸⁰ Βλ. EVANS S./STONE A., Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic? VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law Athens, 11-15 June 2007.

γενική συνταγματική αρχή του κράτους δικαίου κατ' άρθρο 25 παρ. 1 εδ. α' Συντ., επίσης όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την αναθεώρηση του 2001, αρχές που ούτως ή άλλως γινόταν δεκτό ότι ίσχυαν και πριν την *expressis verbis* κατοχύρωσή τους στο συνταγματικό κείμενο.

Η ελληνική θεωρία και η νομολογία⁸¹ δέχονται ομόφωνα ότι όλα τα συνταγματικά δικαιώματα διαθέτουν ένα απαραβίαστο πυρήνα⁸² μη δεκτικό περιορισμών. Συγκεκριμένα γίνεται δεκτό ότι η συνταγματική εγγύηση προστασίας του πυρήνα είναι γενική και ισχύει για τους περιορισμούς όλων των συνταγματικών δικαιωμάτων παρόλο που το ελληνικό Σύνταγμα δεν περιέχει τέτοια γενική ρητή αναφορά⁸³. Μόνη εξαιρεση: η ρητή προστασία του πυρήνα του δικαιώματος απεργίας των δημοσίων υπαλλήλων κ.ά. (άρθρο 23 παρ. 2 εδ. δ') που αναφέρει ότι: «Οι περιορισμοί αυτοί δεν μπορούν να φθάνουν έως την κατάργηση του δικαιώματος της απεργίας ή την παρεμπόδιση της νόμιμης άσκησής του». Αντιθέτως, στη Γερμανία η αρχή του απαραβίαστου του πυρήνα θεσπίζεται ρητά στο άρθρ. 19 παρ. 2 του Θεμελιώδους Νόμου, κατά το οποίο «σε καμία περίπτωση δεν μπορεί ένα ατομικό δικαίωμα να θιγεί στον πυρήνα του».

Η απαγόρευση της παραβίασης του πυρήνα του δικαιώματος ανήκει και αυτή στους αποκαλούμενους «περιορισμούς των περιορισμών»⁸⁴ και σύμφωνα με αυτήν οι περιορισμοί δεν πρέπει να θίγουν τον πυρήνα, δηλαδή την ουσία του δικαιώματος⁸⁵ με αποτέλεσμα να εκμηδενίζεται κάθε κανονιστική αξία του⁸⁶. Πράγματι, η προσβολή του «ουσιώδους περιεχομένου» ενός συνταγματικού δικαιώματος προϋποθέτει ότι η βλάβη του από τη νομοθετική επέμβαση είναι πολύ σοβαρή, σε τέτοιο βαθμό ώστε να μην μπορεί ούτως ή άλλως να καλυφθεί από την ανάγκη προστασίας ενός άλλου συνταγματικού συμφέροντος, δηλαδή να ξεπεράσει τον έλεγχο της αναλογικότητας υπό στενή έννοια. Σε κάποιες εξαιρετικές περιπτώσεις μπορεί βέβαια να υπάρχει μια σύγκρουση μεταξύ των σκληρών πυρήνων δύο θεμελιωδών δικαιωμάτων, οπότε θα είναι αναπόφευκτη η θυσία του ενός από αυτά⁸⁷.

Ο «πυρήνας» εξαρτάται κάθε φορά από τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου δικαιώματος. Έτσι, λ.χ. το ΣτΕ έχει κρίνει ότι η κατά το Σύνταγμα απαραβίαστη σφαίρα της ιδιωτικής ζωής, στην οποία περιλαμβάνεται και η ερωτική

⁸¹ Για την απαγόρευση παραβίασης του πυρήνα του δικαιώματος βλ. ΣτΕ (Ολ.) 3372/2015, ΣτΕ 2342/2000, ΣτΕ 18/2019, ΣτΕ 36/2019.

⁸² Ως συνταγματικό έρεισμα της προστασίας του πυρήνα των θεμελιωδών δικαιωμάτων και έναντι του νομοθέτη αναφέρεται κατ' αρχήν το άρθρο 2 παρ. 1 (προστασία της αξίας του ανθρώπου) και το άρθρο 25 παρ. 1 (εγγύηση των δικαιωμάτων του ανθρώπου από το Κράτος και υποχρέωση των οργάνων του να να διασφαλίζουν την ανεμπόδιση και αποτελεσματική άσκησή τους).

⁸³ Βλ. αντί πολλών Π. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, Ατομικά Δικαιώματα, όπ., σελ. 178-179.

⁸⁴ Κατά τον R. Alexy (Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, σ. 267-272), η διαφύλαξη του πυρήνα του δικαιώματος δεν αποτελεί έναν επιπλέον περιορισμό μαζί με την αρχή της αναλογικότητας της δυνατότητας περιορισμού των ατομικών δικαιωμάτων.

⁸⁵ Βλ. ΣτΕ 3356/2004,

⁸⁶ Βλ. ΒΑΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., ό.π., σελ. 26, ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., Εισαγωγή στο Συνταγματικό Δίκαιο Π, Θεμελιώδη Δικαιώματα. Γενικό Μέρος, εκδ. Θέμις, 2012, σελ. 64 επ., ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., ό.π., σελ. 95 επ., ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., ό.π., σελ. 107 επ.

⁸⁷ Βλ. Zucca L., Constitutional Dilemmas. Conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA, 2007, σελ. 142 επ.

ζωή, από μόνη της, δεν μπορεί να ελέγχεται πειθαρχικά από διοικητικές αρχές⁸⁸. Επιπλέον, ο πυρήνας του δικαιώματος παραβιάζεται όταν η άσκησή του ή συγκεκριμένες εκφάνσεις της άσκησής του καθίστανται αδύνατες. Το αδύνατο της άσκησης του δικαιώματος πρέπει να έχει μόνιμο χαρακτήρα και όχι προσωρινό, όταν το επιβάλουν οι περιστάσεις⁸⁹.

Κατά συνέπεια, η τήρηση των προαναφερθεισών δικαιοκρατικών εγγυήσεων αποτελεί την ειδοποιό διαφορά μεταξύ ενός συνταγματικά δικαιολογημένου και ενός συνταγματικά αδικαιολόγητου περιορισμού στην άσκηση ενός θεμελιώδους δικαιώματος.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΤΡΙΤΟ: Η «ΣΥΓΚΡΟΥΣΗ» ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η έννοια της σύγκρουσης

Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη στη θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων περιορισμοί μπορούν εκτός των ως άνω περιπτώσεων (δηλ. πρόβλεψης στο ίδιο το συνταγματικό κείμενο και «επιφύλαξης υπέρ του νόμου») να επιβληθούν και σε περιπτώσεις σύγκρουσης δύο ή περισσότερων δικαιωμάτων δύο ή περισσότερων φορέων αυτών. Η έννοια της «σύγκρουσης» αυτής αποτελεί, όπως εκτέθηκε ήδη εισαγωγικά, τον κεντρικό άξονα γύρω από τον οποίο θα κινηθεί η παρούσα μελέτη. Στην έννοια αυτή ερείδονται τα θεωρητικά θεμέλια της στάθμισης ως μεθόδου επίλυσης διαφορών που προκύπτουν από περιορισμούς συνταγματικών δικαιωμάτων.

Η συγκεκριμένη ανθρώπινη δραστηριότητα δεν ανταποκρίνεται ούτε πάντα αλλά ούτε κατά κανόνα στους τύπους της δραστηριότητας που προβλέπουν οι αφηρημένοι κανόνες του δικαίου, καθότι προσδιοριζόμενη από την ποικιλία των συνθηκών της κοινωνικής ιδιωτικής ζωής αναπτύσσει κάθε φορά τη δική της μοναδικότητα. Γι' αυτό και η πραγμάτωση του περιεχομένου των συνταγματικών δικαιωμάτων, όπως αντανακλάται στην ατομική και συλλογική δραστηριότητα παρουσιάζει το στοιχείο του ιδιαίτερου και του μοναδικού, ήτοι του εξατομικευμένου. Δοθέντος ότι τα συνταγματικά δικαιώματα αφορούν διάφορες περιοχές της ανθρώπινης ζωής, καθίσταται αναπόφευκτο γεγονός, αφενός το φαινόμενο της επικάλυψης και αλληλεπίδρασης αυτών των περιοχών, αφετέρου η αντιμετώπιση ενός «πραγματικού» περιστατικού μέσω της υπαγωγής σε κανόνες δικαίου, που κατοχυρώνουν διάφορα συνταγματικά δικαιώματα.

⁸⁸ Βλ. ΣτΕ 888/2008 (σκ. 6) στην οποία κρίθηκε μεταξύ άλλων ότι: *Στον πυρήνα αυτό του ιδιωτικού βίου και στο βαθμό που τα στοιχεία που τον συνθέτουν δεν δημοσιοποιούνται οικειοθελώς ουδείς (ούτε δημόσια αρχή ούτε ιδιώτης) επιτρέπεται να διεισδύσει (βλ. ΣτΕ 3545/2002, 7μ., 554/2003, 7μ). Επομένως, η ερωτική ζωή, από μόνη της, δεν μπορεί να ελέγχεται πειθαρχικά από τις διοικητικές αρχές. Ειδικότερα, η σύναψη, η διατήρηση και η διάλυση ερωτικών σχέσεων δεν μπορεί, αυτοτελώς να χαρακτηρισθούν ως απρεπής διαγωγή ασυμβίβαστη προς την ιδιότητα του αξιωματικού των ενόπλων δυνάμεων, παρά μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν συνεπάγονται άμεση και σαφή παράβαση του υπηρεσιακού καθήκοντος ή συνιστούν εκμετάλλευση της υπηρεσιακής ιδιότητας του αξιωματικού.*

⁸⁹ Βλ. όμως την κριτική που ασκείται από την ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ-ΣΤΡΑΓΓΑ Τζ., ό.π., σελ. 79, στη νομολογία του ΣτΕ, κυρίως αυτήν κατά την περίοδο της οικονομικής και δημοσιονομικής κρίσης (με χαρακτηριστική την ΣτΕ 2287/2015 (Ολομ.), σκέψη 21), ότι δεν ασκεί ενδελεχή έλεγχο τήρησης της αρχής της απαγόρευσης παραβίασης του πυρήνα του δικαιώματος.

Με μια πολύ γενική έννοια θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ανακύπτει κάποια «σύγκρουση» ανάμεσα στα συνταγματικά δικαιώματα και τις αρμοδιότητες του δημοκρατικά νομιμοποιούμενου νομοθέτη, παρόλο που ορισμένες φορές η άσκηση της αρμοδιότητας είναι απαραίτητη για την κατοχύρωση της ελευθερίας⁹⁰. Το φαινόμενο της σύγκρουσης των δικαιωμάτων ανάγεται, λοιπόν, στο γενικότερο ζήτημα της σχέσης των δικαιωμάτων μεταξύ τους.

Ως σύγκρουση δικαιωμάτων ορίζεται στη θεωρία η συνάντηση περισσότερων δικαιωμάτων διαφορετικών δικαιούχων με το ίδιο ή διαφορετικό περιεχόμενο, ή και αντικείμενο, κατά τρόπο, που η άσκηση του ενός από αυτά να ματαιώνει ή να βλάπτει, δηλαδή να εμποδίζει ή να περιορίζει την άσκηση του άλλου⁹¹. Η σύγκρουση των δικαιωμάτων προϋποθέτει την ύπαρξη περισσότερων του ενός δικαιωμάτων σε περισσότερους από έναν φορείς. Τα περισσότερα αυτά δικαιώματα μπορεί να έχουν το ίδιο ή και διαφορετικό αντικείμενο, ή και περιεχόμενο. Η σύγκρουση των δικαιωμάτων προϋποθέτει άσκηση τουλάχιστον ενός δικαιώματος. Ως άσκηση δικαιώματος χαρακτηρίζεται η χρησιμοποίηση των εξουσιών, οι οποίες παρέχονται από το δίκαιο στο φορέα του δικαιώματος και κατατείνουν στην απόλαυση των ωφελειών, που απορρέουν από αυτό. Η χρησιμοποίηση των εξουσιών, οι οποίες παρέχονται από το δίκαιο στο φορέα του ενός δικαιώματος, πρέπει να ματαιώνει, ή να βλάπτει την άσκηση ενός άλλου δικαιώματος. Η σύγκρουση δικαιωμάτων προϋποθέτει «συνάντηση» δικαιωμάτων και η συνάντηση των δικαιωμάτων σημαίνει επέμβαση τουλάχιστον στο περιεχόμενο του ενός δικαιώματος.

Η σύγκρουση των δικαιωμάτων παρουσιάζει πολυμορφία. Και τούτο, διότι αφενός αναφέρεται σε όλες σχεδόν τις κατηγορίες δικαιωμάτων, αφετέρου από τον ορισμό της φαίνεται να αφορά σε διάφορες περιπτώσεις «συνάντησης» δικαιωμάτων, αφού καθένα από τα περισσότερα δικαιώματα μπορεί να έχει το ίδιο ή και διαφορετικό περιεχόμενο, ή αντικείμενο, ώστε δικαιολογημένα να υποστηρίζεται, ότι δεν είναι πάντοτε ευκρινές, πότε η συνάντηση περισσότερων δικαιωμάτων συνιστά σύγκρουση δικαιωμάτων και πότε όχι. Για τον χαρακτηρισμό μιας συνάντησης δικαιωμάτων ως «σύγκρουσης δικαιωμάτων» είναι αδιάφορος ο τρόπος, με τον οποίο η άσκηση του ενός δικαιώματος ματαιώνει, ή βλάπτει την άσκηση του άλλου, ο τρόπος δηλαδή, με τον οποίο η προστασία του ενός δικαιώματος καθίσταται αποτελεσματικότερη από την προστασία του άλλου δικαιώματος⁹².

Υποστηρίζεται στη θεωρία⁹³ ότι οι συγκρούσεις των συνταγματικών δικαιωμάτων χωρίζονται καταρχάς σε δύο επιμέρους κατηγορίες: Στις λεγόμενες «γνήσιες» συγκρούσεις, όταν συνταγματικά δικαιώματα δύο ή περισσότερων φορέων συγκρούονται μεταξύ τους, και στις λεγόμενες «μη γνήσιες» συγκρούσεις όταν στη

⁹⁰ Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 4η έκδοση, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 102

⁹¹ Βλ. ΓΑΖΗ Α., Η σύγκρουση των δικαιωμάτων, 1959, σελ. 68 επ. (ιδίως 76), ΣΠΥΡΙΔΑΚΗ Ι., Εισηγήσεις Αστικού Δικαίου, 1999, σελ. 68.

⁹² Βλ. ΑΛΑΦΡΑΓΚΗ Ε., Σύγκρουση του δικαιώματος στην προσωπικότητα με το ηθικό δικαίωμα του δημιουργού έργου πνευματικής ιδιοκτησίας, εκδ. Σάκκουλα, 2011

⁹³ Βλ. ΤΣΙΛΙΩΤΗ Χ., Η επίλυση της σύγκρουσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων μέσω του κρατικού καθήκοντος προστασίας τους, σε: ΔτΑ 67/2016, σελ. 55-87 με παραπομπές στο έργο του Κ. STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, München 1994, σελ. 629 και πολλά παραδείγματα «γνήσιας» και «μη γνήσιας» σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων.

μία πλευρά του διπόλου της σύγκρουσης βρίσκονται ένα ή περισσότερα δικαιώματα ενός ή περισσότερων φορέων και στην άλλη πλευρά έννομα αγαθά αντικειμενικού δικαίου⁹⁴, τα οποία είναι εξοπλισμένα με συνταγματική ισχύ.

Περαιτέρω, μία άλλη κατηγοριοποίηση των συγκρούσεων συνταγματικών δικαιωμάτων είναι αυτή σε πραγματικές (αληθινές) και μη πραγματικές (φαινόμενες). Η πρώτη περίπτωση αναφέρεται στην σύγκρουση δύο δραστηριοτήτων ή συμφερόντων, τα οποία αμφότερα εμπίπτουν στο πεδίο προστασίας ενός ή περισσότερων συνταγματικών δικαιωμάτων ή στην έννομη σφαίρα ενός συνταγματικού αγαθού αντικειμενικού δικαίου. Τα παραπάνω παραδείγματα αποτελούν περιπτώσεις αληθινών συγκρούσεων, διότι αμφότερα τα επίμαχα συμφέροντα προστατεύονται με τον ένα ή τον άλλο τρόπο συνταγματικά. Υπάρχουν όμως και περιπτώσεις όπου δεν υφίσταται πραγματική αλλά μόνο φαινομένη σύγκρουση συνταγματικών δικαιωμάτων⁹⁵.

Η σύγκρουση των θεμελιωδών δικαιωμάτων δύο ή περισσότερων φορέων του ίδιου ή διαφορετικού δικαιώματος έχει αναδειχθεί σε πεδίο έντονου επιστημονικού προβληματισμού και ανάλυσεως από τη θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων. Το κύριο χαρακτηριστικό, ωστόσο, των σχετικών θεωρητικών προσεγγίσεων είναι σε πολλές περιπτώσεις μια κάπως εννοιοκρατική, αν όχι επιφανειακή, εξέταση του εν λόγω φαινομένου. Εμφανής είναι προπαντός η τάση να γίνεται αβασάνιστα και a priori δεκτή η ύπαρξη της σύγκρουσης δικαιωμάτων ως κατ' εξοχήν νομικού προβλήματος χωρίς περαιτέρω διακρίβωση των θεωρητικών λόγων που κατατείνουν σε αυτό. Έτσι, η συζήτηση εξαντλείται σε μια προσπάθεια αναζήτησης, ανεύρεσης και τελικά, μέσω διαφόρων θεωρητικών κατασκευών, υπόδειξης του τρόπου άρσης των συγκρούσεων μεταξύ των αντιπαράθετων εκατέρωθεν δικαιωμάτων, συγκρούσεις, όμως, που κατά το λογικό σφάλμα της λήψεως του αιτουμένου λαμβάνονται ως αυτονόητες. Με άλλα λόγια, το κέντρο της επιστημονικής προσοχής εστιάζεται μεν στο πρακτέο, αγνοεί δε τη βάση του προβλήματος. Η διαπίστωση, δηλαδή, της ύπαρξης σε νομικό επίπεδο αυτού καθ' εαυτού του προβλήματος της σύγκρουσης φαίνεται να θεωρείται αυτονόητη και ελάχιστα απασχολεί.

Η πλειονότητα των θεωρητικών δεν εκφράζει σαφή θέση σχετικά με την ύπαρξη ή μη της σύγκρουσης των συνταγματικών δικαιωμάτων. Η κρατούσα άποψη προσεγγίζει μια μορφή σιωπηρής αποδοχής της εν λόγω σύγκρουσης σε νομικό επίπεδο. Στις περισσότερες περιπτώσεις γίνεται φανερό πως το σχετικό πρόβλημα ελάχιστα απασχολεί, λαμβάνεται ως δεδομένο και συχνά παρακάμπτεται για να εξεταστεί ο

⁹⁴ Για την διάκριση των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως υποκειμενικών δικαιωμάτων και αντικειμενικών κανόνων δικαίου, βλ. από την ελληνική βιβλιογραφία ενδεικτικά σε ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 4η Έκδοση, 2017, σελ. 36 επ.

⁹⁵ Ο Χ. Τσιλιώτης στο άρθρο του: *Η επίλυση της σύγκρουσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων μέσω του κρατικού καθήκοντος προστασίας τους*, ό.π., παραπέμπει στο κλασικό παράδειγμα του F. Müller "Mord auf der Bühne" («Φόνος επί σκηνής»), όπου στο πλαίσιο ενός θεατρικού έργου πραγματοποιείται ένας πραγματικός φόνος επί της θεατρικής σκηνής. Ο σκηνοθέτης του έργου δεν μπορεί να αντιτάξει στο δικαίωμα στην ζωή του ηθοποιού (άρθρο 5 § 2 ελληνικού Συντάγματος, άρθρο 2 Π 1 ΘΝ) το δικό του δικαίωμα στην ελευθερία της τέχνης (πρβλ. άρθρο 16 § 1 ελληνικού Συντάγματος, άρθρο 5 ΙΙΙ ΘΝ), καθόσον στο τελευταίο δεν εμπίπτει κάποιο «δικαίωμα στον φόνο» (ακόμη και για καλλιτεχνικούς σκοπούς), το οποίο σαφώς αντιστρατεύεται στο δικαίωμα στην ζωή ως θεμελιώδες δικαίωμα και στο σύστημα αξιών που αυτό περιέχει.

τρόπος δικαιοκίης του άρσης, συνήθως δηλαδή η «στάθμιση»⁹⁶.

2. Παραδείγματα σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων

«Σύγκρουση», για παράδειγμα, μπορεί να δημιουργηθεί μεταξύ του δικαιώματος στο περιβάλλον και πλήθους άλλων συνταγματικών δικαιωμάτων, όπως είναι: α) το δικαίωμα ελεύθερης κυκλοφορίας και διακίνησης (άρθρο 5 παρ. 3 Συντ.), λόγω της απαγόρευσης πρόσβασης σε ορισμένες ζώνες ιδιαίτερης προστασίας ή λόγω της επιβολής περιοριστικών μέτρων κυκλοφορίας οχημάτων με σκοπό τη μείωση των αέριων ρύπων και τη βελτίωση της ατμόσφαιρας, κ.λπ., β) το δικαίωμα ελεύθερης επιλογής κατοικίας (άρθρο 21 παρ. 4 Συντ.), λόγω απαγόρευσης της δόμησης σε ζώνες απόλυτης προστασίας ή προστασίας φυσικών πόρων, γ) το δικαίωμα του συνέρχεσθαι (άρθρο 11 Συντ.), λόγω περιοριστικών μέτρων που σκοπούν στην προστασία από το θόρυβο, δ) το δικαίωμα εργασίας (άρθρο 22 Συντ.), λόγω απαγόρευσης ή επιβολής περιορισμών στην ελεύθερη εγκατάσταση βιομηχανικών ή άλλων εγκαταστάσεων⁹⁷, ε) η ελευθερία της Τέχνης (άρθρο 16 Συντ.), λόγω της απαγόρευσης της άσκησης καλλιτεχνικών δραστηριοτήτων σε χώρους πρασίνου, άλση⁹⁸, στ) η αρχή της ισότητας (άρθρο 4 παρ.1 Συντ), λόγω της επιβολής άνισων υποχρεώσεων προστασίας του περιβάλλοντος σε ομοειδείς επιχειρήσεις, λόγω της εγκατάστασής τους σε περισσότερο ή λιγότερο βεβαρημένες περιβαλλοντικά περιοχές⁹⁹, ζ) η ελευθερία της έκφρασης (άρθρο 14 Συντ.), η οποία δεν μπορεί να εκδηλώνεται με τρόπους που ρυπαίνουν ή υποβαθμίζουν το περιβάλλον, η) το δικαίωμα της ιδιοκτησίας¹⁰⁰ (άρθρο 17 Συντ.), θ) τα δικαιώματα της οικονομικής ελευθερίας και ανάπτυξης (άρθρα 5 παρ. 1 Συντ. και 106 παρ. 1 Συντ.).

Ειδικότερα ως προς το ζήτημα της έντονης σύγκρουσης της προστασίας του περιβάλλοντος και της οικονομικής ανάπτυξης, ενδιαφέρον παρουσιάζει η άποψη της Γ. Σιούτη¹⁰¹ κατά την οποία βάσει της νομολογίας του ΣτΕ μέχρι το 1992¹⁰², η προστασία του περιβάλλοντος, όχι μόνο δεν αναγνωρίζεται ως άξια μείζονος προστασίας, αλλά ρητώς ορίζεται ότι η συνεκτίμηση των διατάξεων, που αφορούν στην οικονομική ανάπτυξη, δεν αποκλείεται να έχει μάλλον βαρύνουσα σημασία σε σχέση με τις διατάξεις για την περιβαλλοντική προστασία. Έκτοτε, με αφετηρία την απόφαση ΣτΕ 304/1993, η οποία αποτέλεσε την αρχή μιας πάγιας πλέον νομολογίας, ο ακυρωτικός δικαστής πραγματοποίησε νομολογιακή στροφή και εισήγαγε

⁹⁶ Βλ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., Συνταγματικό Δίκαιο – Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', 2005, σελ. 131-132 και ΤΣΑΤΣΟ Δ., Συνταγματικό Δίκαιο Γ', Θεμελιώδη δικαιώματα Ι, Γενικό μέρος, σ. 289 επ.

⁹⁷ ΣτΕ 262/82

⁹⁸ ΣτΕ 2568/81

⁹⁹ ΣτΕ 1164/ 82

¹⁰⁰ ΣτΕ 1058/2012. Ειδικά για το ζήτημα σύγκρουσης περιβάλλοντος – ιδιοκτησίας βλ. ΚΟΜΝΗΝΟ Η., Η σύγκρουση του δικαιώματος επί του περιβάλλοντος και του δικαιώματος της ιδιοκτησίας στη νομολογία του ΣτΕ, ΕΑΔ 1992, σελ. 201.

¹⁰¹ Βλ. ΣΙΟΥΤΗ Γ., Εγχειρίδιο δικαίου περιβάλλοντος, 3η έκδ., εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 167.

¹⁰² Βλ. όμως και την εξαίρεση των ΣτΕ 810, 811/1977 σύμφωνα με την οποία η προστασία του περιβάλλοντος κατέχει θέση σαφούς και επιτακτικής υποχρέωσης του Κράτους και αποτελεί επιτακτικό κανόνα δικαίου, ενώ οι διατάξεις περί οικονομικής ανάπτυξης προβλέπουν μέριμνα ή επιδίωξη υπό διατύπωση απλώς κατευθυντήρια, οπότε και υπερισχύουν της προστασίας του περιβάλλοντος μόνο όταν με ειδική αιτιολογία βεβαιώνεται «το επείγον και όλως αναπότρεπτον της παραμελήσεως των πρωτευόντων χάριν δευτερευόντων σκοπών».

πανηγυρικά πλέον στη νομολογία την έννοια της βιώσιμης ανάπτυξης¹⁰³.

Περαιτέρω, η προστασία της δημόσιας υγείας δύναται να αποτελέσει νομιμοποιητικό έρεισμα για τη θέσπιση και επιβολή περιορισμών τόσο στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, όσο και στην επαγγελματική ελευθερία των εκάστοτε δικαιωματούχων. Για παράδειγμα η απόφαση ΣτΕ 4171/2012¹⁰⁴, στο πλαίσιο της οποίας κρίθηκε -με τη ρητή, πάντως, διασαφήνιση ότι το δικαίωμα στο κάπνισμα δεν απολαύει συνταγματικής προστασίας- ότι το μέτρο της απόλυτης απαγόρευσης του καπνίσματος στα καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος, «στηριζόμενο και στη διάταξη του άρθρου 21 παρ.3 του Συντάγματος, από την οποία γεννάται ευθεία υποχρέωση του Κράτους με τη λήψη θετικών μέτρων για την προστασία της υγείας των πολιτών, δεν αντίκειται, κατά τη γνώμη που επικράτησε στο Δικαστήριο, στη διάταξη του άρθρου 5 παρ.1 του Συντάγματος, καθόσον συνιστά θεμιτό περιορισμό της ελευθερίας εν γένει και της επαγγελματικής ελευθερίας των ιδιοκτητών καταστημάτων υγειονομικού ενδιαφέροντος ειδικότερα» (σικ. 8). Επίσης, τόσο η επαγγελματική ελευθερία όσο και η επιχειρηματική δράση που αφορούν στην υγεία, οριοθετούνται από την ανάγκη και της εύρυθμης λειτουργίας του εθνικού συστήματος υγείας, αλλά και της εξασφάλισης της βιωσιμότητας των ασφαλιστικών ταμείων, δηλαδή φορέων από τους οποίους εξαρτάται η ποιότητα της παρεχόμενης υγείας στη χώρα μας¹⁰⁵.

Ένα άλλο πεδίο σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων που παρουσιάζει μεγάλο ενδιαφέρον είναι και αυτό της βιοϊατρικής έρευνας, με φορείς από την μία μεριά τους ερευνητές και από την άλλη μεριά τους συμμετέχοντες δότες. Η βιοϊατρική έρευνα, ως μορφή επιστήμης, απολαμβάνει συνταγματικής προστασίας μέσω του άρθρου 16 παρ. 1 Συντ¹⁰⁶. Είναι αναμφισβήτητο ότι η επιστημονική έρευνα αποτελεί ένα κοινωνικό αγαθό, αφού συμβάλλει στην προαγωγή της γνώσης και στη βελτίωση του επιπέδου της κοινωνικής διαβίωσης. Κατά τη διεξαγωγή μίας βιοϊατρικής έρευνας πιθανολογείται η σύγκρουση μεταξύ αφενός μεν της ελευθερίας στην επιστημονική έρευνα, αφετέρου δε των επιμέρους ατομικών δικαιωμάτων του δότη. Ο ίδιος ο δότης ασκεί και ταυτόχρονα αυτοπροσδιορίζει με την συναίνεση ή τη συγκατάθεσή του τα όρια των λοιπών ατομικών του δικαιωμάτων¹⁰⁷. Με τη συναίνεσή του, επομένως, το άτομο οριοθετεί το εύρος του ιδιωτικού του βίου (9 Συντ.), τις επεμβάσεις επί της γενετικής του ταυτότητας (5 παρ. 5 Συντ.), τη μορφή και την έκταση της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητάς του (5 παρ. 1 Συντ.). Επίσης, με την «συγκατάθεσή» του κατά τον Ν. 2472/1997, ασκεί και οριοθετεί το δικαίωμά του στον «πληροφοριακό του αυτοκαθορισμό» (9^Α Συντ.).

¹⁰³ Ως τέτοια νοείται η συμβατή, η φιλική προς το περιβάλλον ανάπτυξη, αυτή που δεν εξαντλεί τους φυσικούς πόρους αλλά τους διαφυλάσσει όχι μόνο για τις παρούσες αλλά και για τις μέλλοντες γενιές βλ. αναλυτικά για την αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης σε ΣΙΟΥΤΗ Γ., ό.π., σελ. 163 επ.

¹⁰⁴ Βλ. ΟΠΔΔ 11/2012, σελ. 980, με παρατηρήσεις Βλαχόπουλου Σπ. και Προυσανίδη Τ., Αρμ 2013, σ. 1552 επ., με σχόλιο Καϊδατζή Α., ΕφημΔΔ 2/2013, σελ.182 επ., με σχόλιο Καραβοκύρη Γ., («No smoking»). Η προσωπική ελευθερία ως ελευθερία της αυτοκαταστροφής).

¹⁰⁵ Βλ. ΚΟΝΤΙΑΔΗ Ε., Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004.

¹⁰⁶ Βλ. ΚΡΙΑΡΗ ΚΑΤΡΑΝΗ Ι., Η συνταγματική προστασία της γενετικής ταυτότητας, ΔτΑ 2001, σελ. 52-54

¹⁰⁷ Βλ. ΑΡΜΑΜΕΝΤΟ Π. - ΣΩΤΗΡΟΠΟΥΛΟ Β., Προσωπικά Δεδομένα, Ερμηνεία Ν. 2472/1997, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σελ. 142-143.

Σύγκρουση εν προκειμένω υφίσταται όταν η συγκεκριμένη πράξη των ερευνητών υπερβαίνει την ως άνω συναίνεση ή συγκατάθεση, και επεμβαίνει στο «χώρο» εκείνο που ο δότης διατήρησε ως «ιδιωτικό» έναντι πράξεων επεξεργασίας προσωπικών του πληροφοριών υγείας, οπότε εν προκειμένω, στη συγκεκριμένη εξισορρόπηση της ελευθερίας στην επιστημονική έρευνα με το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, στην γενετική ταυτότητα, τον ιδιωτικό βίο και του δικαίωμα πληροφοριακού αυτοκαθορισμού του δότη, κρίσιμο και αποφασιστικό ρόλο διαδραματίζει η αρχή της αναλογικότητας (25 παρ. 1 Συντ.), ώστε αφενός να προστατεύεται ο πυρήνας των ατομικών δικαιωμάτων του δότη και αφετέρου να εξασφαλίζεται η άσκηση και προαγωγή της κοινωνικής αποστολής της επιστημονική έρευνας¹⁰⁸.

Χαρακτηριστικές είναι και οι περιπτώσεις σύγκρουσης μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και θρησκευτικού συναισθήματος των πιστών¹⁰⁹. Η ελευθερία της τέχνης, μάλιστα, δεν εξαντλείται στην ελευθερία έκφρασης λόγου, αλλά περιλαμβάνει συχνά και υλικές δράσεις στον δημόσιο χώρο. Οι δράσεις αυτές ενδέχεται να συγκρούονται με το ατομικό δικαίωμα της ιδιοκτησίας. Το έργο τέχνης σε έναν τοίχο, δικό μας ή ξένο, μπορεί να είναι τέχνη, ακριβώς όπως και το σκίτσο στο χαρτί. Έργα τέχνης επιδρούν στον περιβάλλοντα χώρο μέσα από γραφικές απεικονίσεις (graffiti) σε τοίχους, πάγκα, στάσεις λεωφορείων ή άλλους χώρους ή αντικείμενα προορισμένα να εξυπηρετήσουν το σύνολο των κοινωνιών. Ο δημόσιος χώρος είναι το κατ' εξοχήν πεδίο έκφρασης του δημόσιου λόγου και η τέχνη όταν λαμβάνει χώρα δημόσια, όταν εκτίθεται, αποτελεί μορφή του δημόσιου λόγου¹¹⁰.

Σε ένα άλλο επίπεδο η διαφαινόμενη διαπάλη μεταξύ της λατρευτικής λειτουργίας των θρησκευτικών πολιτιστικών αγαθών και της πολιτιστικής σημασίας τους, φαίνεται να αντιστοιχεί σε μία σύγκρουση δικαιωμάτων¹¹¹. Συγκεκριμένα, το δικαίωμα λατρευτικής χρήσης των προαναφερθέντων αγαθών από τις θρησκευτικές κοινότητες και τα κατ' ιδίαν μέλη τους σύμφωνα με το άρθρ. 13 Σ., φαίνεται να συγκρούεται αφενός (α) με το δικαίωμα ελεύθερης πρόσβασης και χρήσης των ιδίων αγαθών από τους μη πιστούς, κατά το άρθρ. 24 § 1 Σ. που «εγγράται το δικαίωμα όλων των πολιτών στον πολιτισμό και στη διαρκή φύλαξη και αξιοποίηση της πολιτιστικής κληρονομιάς του λαού στον οποίο ανήκουν»¹¹².

¹⁰⁸ ΤΖΩΡΤΖΑΤΟΥ Ο., Η προστασία των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων της υγείας στη βιοϊατρική έρευνα, εκδόσεις Σάκκουλα, 2015, σελ. 84.

¹⁰⁹ Βλ. για τις περιπτώσεις σύγκρουσης τέχνης και θρησκείας τις τελευταίες δεκαετίες στην Ελλάδα σε ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Τέχνη και θρησκεία. Η αμοιβαία ανεκτικότητα ως τρόπος επίλυσης συνταγματικών συγκρούσεων, σε: ΔτΑ 67/2016.

¹¹⁰ Βλ. ΓΕΩΡΓΙΟΥ Σ., Τα συνταγματικά θεμέλια του δημόσιου χώρου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017.

¹¹¹ Το πλέον χαρακτηριστικό παράδειγμα τέτοιας σύγκρουσης, υπήρξε η Ροτόντα της Θεσσαλονίκης. Με την απόφαση ΥΠΠΟ/ΑΡΧ/Β1/Φ.34/ΜΝΗΜ./7161/255/9.2.1999 «χρήσεις Ροτόντας Αγίου Γεωργίου Θεσσαλονίκης» (βλ. συναφώς Σ.τ.Ε. 1791/2000) η Ροτόντα χαρακτηρίστηκε ως επισκέψιμο μνημείο με περιορισμένη λατρευτική χρήση: συγκεκριμένα επιτράπη η τέλεση ιερών ακολουθιών της Ορθόδοξης Εκκλησίας άπαξ μηνιαίως, κατόπιν σχετικής συνεννόησης με τον Προϊστάμενο βλ. σχετικά σε ΚΟΝΙΔΑΡΗ Ι., Περί Προσκυνηματικών ναών. Η περίπτωση της Ροτόντας, σε: «Η Ροτόντα στον «Κύκλο με την Κιμωλία» [=Ιστορία και Πολιτισμός, 6], University Studio Press Ι Έκφραση 1997, σελ. 45-51.

¹¹² Βλ. ΜΑΝΙΤΑΚΗ Α., Η Ροτόντα, σύμβολο πολιτισμικής ταυτότητας της Θεσσαλονίκης, σε: «Η Ροτόντα στον «Κύκλο με την Κιμωλία» [=Ιστορία και Πολιτισμός, 6], University Studio Press Ι Έκφραση 1997, σελ. 55.

Με αφορμή την υπ' αριθ. 7001/2/92/1-α από 5/12/2020 Απόφαση του Ενιαίου Συντονιστικού Κέντρου Διαχείρισης Κρίσεων του Αρχηγείου Ελληνικής Αστυνομίας, με την οποία αποφασίστηκε η εγκατάσταση και λειτουργία φορητού συστήματος επιτήρησης του Π.Δ. 75/2020 (ΦΕΚ Α' 173/10.09.2020), από τη Διεύθυνση Αστυνομικών Επιχειρήσεων Αττικής κατά την υλοποίηση από Υπηρεσίες της του επιχειρησιακού σχεδιασμού της Γενικής Αστυνομικής Δ/σης Αττικής, από την 06.00' ώρα της Κυριακής 6/12/2020¹¹³ έως την 06.00' ώρα της Δευτέρας 7/12/2020, σε οδούς της περιοχής του κέντρου της Αθήνας (Εξάρχεια – Προπύλαια Πανεπιστημίου Αθηνών – Πλατεία Συντάγματος) και εφόσον απαιτηθεί, σε λοιπές περιοχές της Αθήνας, τέθηκε το ζήτημα¹¹⁴ αν η χρήση καμερών είναι σύνομη ή αν συνιστά παραβίαση συνταγματικών δικαιωμάτων και συγκεκριμένα της ιδιωτικότητας των διαδηλωτών, του δικαιώματος συναθροίσεως και του απορρήτου των επικοινωνιών.

Σε συνθήκες πανδημίας υπήρξαν περιπτώσεις σύγκρουσης αφενός της θρησκευτικής λατρείας και αφετέρου προστασίας της δημόσιας υγείας¹¹⁵. Ως προς το δικαίωμα του συνέρχεσθαι, στο επίκεντρο βρέθηκαν οι αποφάσεις του Αρχηγού της αστυνομίας για δραστηκούς περιορισμούς των υπαίθριων συναθροίσεων άνω των 4 ατόμων αναφορικά με την συμβολική απόδοση τιμής στο Πολυτεχνείο¹¹⁶ και στη μνήμη του Αλέξανδρου Γρηγορόπουλου.

Επίσης, την περίοδο της πανδημίας στο άρθρο 2 παρ. 7 της υπ' αριθμ. Δ1α/ΓΠ.οικ. 55339/8.9.2020 ΚΥΑ (ΦΕΚ 3780) προβλέφθηκε ότι: «Σε περίπτωση που μαθητής δεν τηρεί τις υποχρεώσεις του ως προς την υποχρεωτική χρήση μάσκας (μη ιατρικής ή ιατρικής/χειρουργικής), δεν του επιτρέπεται η είσοδος στη σχολική τάξη και λαμβάνει απουσία, ενώ, εφόσον είναι ανήλικος, παραμένει σε ειδικό χώρο, με τήρηση όσο το δυνατόν επαρκούς απόστασης και των λοιπών μέτρων προστασίας, μέχρι την παραλαβή του από τους γονείς/κηδεμόνες του. Ο ειδικός χώρος ορίζεται με απόφαση του Συλλόγου διδασκόντων, υπό την εποπτεία του Διευθυντή της σχολικής μονάδας.». Από τη διάταξη αυτή φαίνονται να συγκρούονται πολλά συνταγματικώς προστατευόμενα έννομα αγαθά και ειδικότερα: αυτό της προστασίας της δημόσιας υγείας με το δικαίωμα στην εκπαίδευση, το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, την ελευθερία κινήσεων.

3. Σύγκρουση και διαπροσωπική ενέργεια συνταγματικών δικαιωμάτων

Από αυτήν την ίδια την ιεραρχία των κανόνων της έννομης τάξης, την τυπική ανωτερότητα του Συντάγματος, προκύπτει ότι όλοι χωρίς διάκριση οι συνταγματικοί κανόνες, επομένως και τα συνταγματικά δικαιώματα, κατισχύουν όλων χωρίς διάκριση των κανόνων του κοινού δικαίου, επομένως και του ιδιωτικού και εφαρμόζονται στις βιοτικές περιοχές. Το Σύνταγμα ως καθολικός ρυθμιστής της έννομης τάξης ρυθμίζει και το κράτος και την κοινωνία, ρυθμίζει τις σχέσεις κράτους πολιτών αλλά και τις σχέσεις των πολιτών μεταξύ τους (άρθρο 25 παρ. 1 εδ, γ' Συντ.).

¹¹³ Ημέρα επετείου της δολοφονίας του Αλέξη Γρηγορόπουλου.

¹¹⁴ Βλ. σχετική Γνωμοδότηση της ΑΠΔΠΧ υπ' αριθ. 3/2020

¹¹⁵ Βλ. αντί άλλων ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Θρησκευτική ελευθερία και προστασία της υγείας, άρθρο δημοσιευμένο στην ηλεκτρονική έκδοση της «Καθημερινής» την 21-3-2020

¹¹⁶ Βλ. για τη σύγκρουση του δικαιώματος του συνέρχεσθαι με την προστασία της υγείας ΤΣΙΛΙΩΤΗ Χ., Συνταγματικά ζητήματα του ν. 4703/2020 για τις δημόσιες υπαίθριες συναθροίσεις και η μη εφαρμογή του στην περίπτωση της επετείου του Πολυτεχνείου, σε: ΕφημΔΔ 5/2020, σελ. 532-565.

Οι συνταγματικοί κανόνες *ipso jure* όχι μόνο στρέφονται προς το κράτος αλλά αναπτύσσουν και διαπροσωπική ενέργεια. Επομένως και τα συνταγματικά δικαιώματα ως συνταγματικοί κανόνες εφαρμόζονται όχι μόνο στο δημόσιο αλλά και στο ιδιωτικό δίκαιο. Η νομική αυτή λογική, βασισμένη στη σύγχρονη ενιαία ανθρωπιστική έννομη τάξη και στην αντίληψη του Συντάγματος ως καθολικού ρυθμιστή (*lex universalis*), του συνολικού δικαιοϋικού οικοδομήματος δεν είναι η ίδια με εκείνη της παραδοσιακής νομικής σκέψης και έννομης τάξης. Σύμφωνα με την παραδοσιακή νομική θεωρία και έννομη τάξη, το Σύνταγμα, επομένως και τα συνταγματικά δικαιώματα είναι «δημόσιο δίκαιο» και εφαρμόζονται μόνο σε αυτό και όχι και στο ιδιωτικό δίκαιο.

Επομένως, η παραδοσιακή νομική μεθοδολογία εφαρμόζει τα συνταγματικά δικαιώματα μόνο στις σχέσεις όπου το ένα μέρος (το άτομο) είναι φορέας συνταγματικών δικαιωμάτων, ενώ το άλλο μέρος (το κράτος) δεν είναι. Η εφαρμογή, όμως, των συνταγματικών δικαιωμάτων στις διαπροσωπικές σχέσεις, δηλ. σε σχέσεις τις οποίες και τα δύο μέρη είναι φορείς συνταγματικών δικαιωμάτων «δημιουργεί» ένα μεγάλο πρόβλημα για την επηρεαζόμενη από την ατομικιστική παράδοση σύγχρονη νομική σκέψη, το πρόβλημα της *σύγκρουσης* των συνταγματικών δικαιωμάτων, πρόβλημα που συνδέεται με τον τρόπο της εφαρμογής τους στις διαπροσωπικές σχέσεις¹¹⁷. Αυτή και μόνη η τοποθέτηση του προβλήματος αποτελεί απόδειξη για την ανεπάρκεια της ατομικιστικής νομικής θεωρίας, αλλά και για την επίδραση που ασκεί στη σύγχρονη νομική σκέψη, επίσης, αποτελεί απόδειξη για το ότι το ζήτημα δεν μπορεί να λυθεί παρά μόνο στο πλαίσιο της μεταβολής της έννομης τάξης¹¹⁸.

4. Σύγκρουση και τριτενέργεια συνταγματικών δικαιωμάτων

Ως προς το ερώτημα, αν το πρόβλημα της σύγκρουσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων αποτελεί ζήτημα αναγόμενο στην «τριτενέργεια», οι απαντήσεις που δίνονται απηχούν τη διχογνωμία που έχει αναπτυχθεί στους κόλπους της θεωρίας για το ζήτημα.

Όσοι υποστηρίζουν την αντίληψη ότι τα συνταγματικά δικαιώματα δεσμεύουν άμεσα μόνο τους φορείς της δημόσιας εξουσίας, αντιλαμβάνονται τη σύγκρουση αυτών των δικαιωμάτων ως έμμεση και όχι άμεση. Μια άμεση σύγκρουση συνταγματικών δικαιωμάτων διαφόρων προσώπων είναι δυνατή μόνο στην περίπτωση της άμεσης δέσμευσης και των ιδιωτών από τα συνταγματικά δικαιώματα (άρθρο 25 παρ. 1 εδάφ. γ' Συντ.) και γενικά υπό τη θεωρία που δέχεται μια τέτοια δέσμευση των τρίτων, δηλαδή την «άμεση τριτενέργεια» των συνταγματικών δικαιωμάτων. Κατά την άποψη αυτή συγκρούσεις συνταγματικών δικαιωμάτων δημιουργούνται ιδίως στις περιπτώσεις της «τριτενέργειας» συνταγματικών δικαιωμάτων. Έτσι, για παράδειγμα, στην περίπτωση του επιχειρηματία που προσλαμβάνει μόνο άνδρες, χριστιανούς ορθόδοξους, η ελευθερία ανάπτυξης της προσωπικότητας (ιδιωτική αυτονομία) του εργοδότη συγκρούεται με συνταγματικά δικαιώματα των εργαζομένων (αρχή της ισότητας των φύλων – θρησκευτική ελευθερία).

¹¹⁷ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, ό.π., σελ. 220.

¹¹⁸ Βλ. για το ζήτημα της μεταβολής της έννομης τάξης: ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Γενική Συνταγματική Θεωρία, 2004.

Η αντίπαλη θεωρητική πλευρά¹¹⁹, αναλύοντας τα παραδείγματα που αναφέρει η προεκτεθείσα ερμηνευτική άποψη, καταλήγει στα ακόλουθα: Ένας επιχειρηματίας προσλαμβάνει μόνο πρόσωπα που ανήκουν σε ορισμένη φυλή ή θρησκεία. Εδώ συγκρούονται το δικαίωμα του επιχειρηματία κατά το άρθρο 5 παρ. 1 Συντ. με το δικαίωμα του εργαζομένου κατά το άρθρο 4. Στην περίπτωση αυτή πραγματικά η διαπίστωση της σύγκρουσης των δύο δικαιωμάτων προϋποθέτει αποδοχή της «τριτενέργειας» τους.

Αυτό, όμως, δεν συμβαίνει ούτε πάντοτε, ούτε κατά κανόνα. Για παράδειγμα έστω ότι έξω από ένα ναό έχουν τοποθετηθεί τόσο ισχυρά μεγάφωνα που εμποδίζουν κατά τις ώρες της θείας λειτουργίας, ακόμη και τη λεκτική επικοινωνία μεταξύ των περιοίκων. Οι μεν κάτοικοι αξιώνουν από την πολιτεία να παρέμβει εναντίον της πηγής της ηχορύπανσης ενώ οι εκκλησιαζόμενοι ζητούν από την πολιτεία να απόσχει από την παρέμβαση εις βάρος τους και χάριν των διαμαρτυρομένων περιοίκων. Στο συγκεκριμένο παράδειγμα, δέκτης και των δύο συνταγματικών δικαιωμάτων που επικαλούνται τα δύο μέρη είναι η κρατική εξουσία. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή παρατηρείται η ύπαρξη σύγκρουσης δικαιωμάτων χωρίς ωστόσο να τίθεται θέμα «τριτενέργειας». Το πρόβλημα της σύγκρουσης των δικαιωμάτων δεν είναι πρόβλημα τριτενέργειας. Δεν δημιουργεί η διαπροσωπική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων το ζήτημα της σύγκρουσής τους, αλλά η δομή και η λειτουργία της ατομικιστικής έννομης τάξης¹²⁰.

Επίσης, υπάρχει και μία ενδιάμεση άποψη¹²¹, η οποία δέχεται ότι η σύγκρουση είναι συχνή αν γίνει δεκτή η «τριτενέργεια» των συνταγματικών δικαιωμάτων (α' άποψη). π.χ.: στην περίπτωση τοιχοκολλήσεων σε ξένο τοίχο συγκρούεται η ελευθερία έκφρασης γνώμης με το δικαίωμα της ιδιοκτησίας. Και αν ακόμη η άμεση «τριτενέργεια» δεν γίνει γενικά δεκτή (β' άποψη), ισχύει, βέβαια, όπου την προβλέπει ρητώς το Σύνταγμα, όπως όταν κατοχυρώνει την ισότητα αμοιβής γενικά, χωρίς να την περιορίζει στους εργαζόμενους στο δημόσιο τομέα. Εκεί, εκ πρώτης όψεως το δικαίωμα της ίσης αμοιβής μπορεί να συγκρουσθεί¹²² με την ελευθερία συμβάσεων που απορρέει από την ελευθερία συμμετοχής στην οικονομική ζωή της χώρας.

Ωστόσο, ακόμα και αυτή η ενδιάμεση συμβιβαστική άποψη απορρίπτεται, καθώς θα μπορούσε να γίνει δεκτή μόνο πριν την αναθεώρηση του 2001 και την εισαγωγή της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 εδάφ. γ' Συντ. Επομένως, διαπιστώνεται ότι το ζήτημα της σύγκρουσης των δικαιωμάτων τίθεται στη νομική άποψη αφενός ανεξάρτητα, αφετέρου σχετικά προς το ζήτημα της «τριτενέργειας». Οι θεωρίες της «τριτενέργειας» δεν παρέχουν μια συγκεκριμένη λύση στο δημιουργούμενο πρόβλημα, το οποίο από θεωρητική άποψη εμφανίζεται πάντοτε, αλλά από πρακτική κυρίως άποψη, απασχολεί ιδιαίτερα όχι τόσο στις «φανερές» και εύκολες περιπτώσεις της διαπροσωπικής εφαρμογής. Το σίγουρο είναι πως το αν υπάρχει ή

¹¹⁹ Βλ. ΤΣΑΤΣΟ Δ., Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμος Γ', Θεμελιώδη Δικαιώματα Ι, Γενικό Μέρος, 1988, σελ. 295επ.

¹²⁰ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, ό.π., σελ. 221.

¹²¹ Βλ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., Συνταγματικό Δίκαιο - Ατομικά Δικαιώματα, 4η έκδ., 2012, σελ. 113-114.

¹²² Η σύγκρουση αυτή λύεται, όμως, από το ίδιο το Σύνταγμα υπέρ του δικαιώματος ίσης αμοιβής, αφού η ελευθερία συμβάσεων, όπως όλα τα δικαιώματα που επικεντρώνονται στο άρθρο 5 παρ. 1, κατοχυρώνεται από το Σύνταγμα μόνο εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων (οριοθετική τριάδα).

δεν υπάρχει ζήτημα σύγκρουσης δικαιωμάτων, δεν εξαρτάται από την τριτενέργεια αλλά πρόκειται για ένα γενικότερο ζήτημα που απασχολεί τη νομική επιστήμη. Πολύ περισσότερο, δεν εξαρτάται από τη θεωρητική αποδοχή της «τριτενέργειας»¹²³.

5. Πλαστικότητα νομικής σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων

5.1. Παρουσίαση του προβλήματος

Το σημασιολογικό περιεχόμενο της σύγκρουσης των συνταγματικών δικαιωμάτων υπό τη νομική της έννοια εκτείνεται σε δύο διαστάσεις, έχει δύο αντικείμενα: Από τη μία πλευρά, υποδηλώνει τη νομική δυνατότητα της ταυτόχρονης αναγνώρισης και προστασίας από την έννομη τάξη δύο ή περισσότερων δικαιωμάτων (που ανήκουν σε δύο ή περισσότερους φορείς) κατά τρόπο τέτοιο, που το εννοιολογικό τους περιεχόμενο και η περιφέρειά τους (άσκηση) να αλληλεπικαλύπτονται χωρίς καμιά σαφή ερμηνευτική μέθοδο για μία *a priori* συστηματική οριοθέτηση του καθενός. Το δίκαιο - διατείνονται οι φανεροί ή έστω οι ακούσιοι υποστηρικτές της άποψης αυτής - μπορεί να προβλέπει νομικά μεγέθη, όπως τα δικαιώματα, που τελούν μεταξύ τους σε σχέση προσιδιάζουσα προς αυτή των διάλληλων αλληλοτεμνόμενων κύκλων. Μάλιστα τα μεγέθη αυτά είναι δυνατόν, κατά την άποψη αυτή, όχι μόνο να υφίστανται αλλά και να συγκρούονται μεταξύ τους «διεκδικώντας» το καθένα την εφαρμογή του στις αναρίθμητες περιπτώσεις που η πραγματικότητα επιφυλάσσει και όλα αυτά με την ανοχή της έννομης τάξης και στο πλαίσιο της ελπίδας για μια *a posteriori* διευθέτησή τους από το δικαστή. Το οργανωμένο σύστημα κανόνων δικαίου μιας κοινωνίας παρουσιάζεται να περιέχει διατάξεις αντιφατικές αναφορικά με την εφαρμογή τους στην πραγματικότητα. Το νομικό δέον φαίνεται ως - 7 - ένα σύστημα_άνικανο να αυτορυθμιστεί λόγω της απέραντης ανομοιογένειας του πραγματικού όντος. Από την αδυναμία αυτή συνάγεται και η ανάγκη μιας μη ρητά προβλεπόμενης στο νόμο διευθέτησης των δικαιικών αντιφάσεων με τρόπο περισσότερο αποκαταστατικό εκ των υστέρων παρά ερμηνευτικό.

Από την άλλη πλευρά, σύγκρουση υπό νομική έννοια, ως αναφέρθηκε ήδη, είναι και η ταυτόχρονη άσκηση των δύο ή περισσότερων παραπάνω δικαιωμάτων ως νομικών μεγεθών από περισσότερους φορείς κατά τρόπο ώστε η νόμιμη άσκηση του ενός να περιορίζει την εξίσου νόμιμη στα πλαίσια του τεθειμένου δικαίου άσκηση του δικαιώματος του άλλου¹²⁴. Στο στάδιο αυτό πλέον πρόσωπα που αναγνωρίζονται από το δίκαιο ως ικανά να φέρουν και να ασκήσουν την από το δικαίωμα απορρέουσα εξουσία φαίνεται να βρίσκονται ενώπιον ενός ανυπερβλήτου (φαινομενικά) προβλήματος: Η υλοποίηση του κανονιστικού περιεχομένου του δικαιώματος του καθενός φαίνεται να μην αφήνει περιθώρια για την αντίστοιχη υλοποίηση από τον άλλο του δικού του δικαιώματος. Παρουσιάζεται το λογικό, αλλά και νομικό, όπως επιχειρείται παρακάτω να αποδειχθεί, παράδοξο η ίδια πράξη ή παράλειψη του φορέα στο πλαίσιο της άσκησης του δικαιώματός του να επιτρέπεται και ταυτόχρονα να απαγορεύεται ως εμποδίζουσα την άσκηση του δικαιώματος του άλλου, που -ως παρεχόμενο από την έννομη τάξη- επίσης επιτρέπεται. Τελικά, το δίκαιο εμφανίζεται να προβλέπει ένα νομικό μέγεθος, που, όμως, είναι λογικά αδύνατο να ετραπεί καθώς προσκρούει σε κάποιο άλλο νομικό μέγεθος που εξίσου επιτρέπεται. Απότοκο αυτής της ελεγχόμενης, κατά τα άλλα, συλλογιστικής είναι η προσπάθεια να διευκρινισθεί

¹²³ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, ό.π., υποσημ. 237, σελ. 220-221.

¹²⁴ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., ό.π., σελ. 219.

ποια από τις παραπάνω επιτρεπόμενες αλλά και εξ αυτού του λόγου αλληλοσυγκρουόμενες (και δη απορριπτέες) ενέργειες είναι αυτή που θα επικρατήσει της άλλης και σε ποιο βαθμό είναι που η επικράτηση αυτή λαμβάνει χώρα.

5.2. Αίτια της πλαστότητας

Η σύγκρουση δικαιωμάτων υπό νομική έννοια ως λογικό σφάλμα μετατροπής του όντος σε δέον: Το πρώτο πρόβλημα της σχετικής θέσης της παραδοσιακής θεωρίας περί ύπαρξης σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων δεν εντοπίζεται στο αμιγώς νομικό πεδίο. Εκκινεί από μία μεθοδολογική παρεξήγηση, ένα σφάλμα Λογικής, μια «γνωσιολογική αφέλεια»¹²⁵: το κοινωνικό-πραγματικό γεγονός της σύγκρουσης των συμφερόντων περισσότερων φορέων συνταγματικών δικαιωμάτων ανάγεται σε θεμελιωτικό της σχετικής σύγκρουσης και στο νομικό επίπεδο. Με άλλα λόγια, η παρατήρηση του Είναι (Sein) οδηγεί -απροβληματίστα ίσως- στο χαρακτηρισμό του νομικού δέοντος (Sollen) επαληθεύοντας την αρχή «ex facto oritur ius»¹²⁶.

Σε κάθε περίπτωση ο απόλυτος δυισμός μεταξύ Είναι και Δέοντος, που αποτελεί πρόκριμα κάθε επιστήμης δεν φέρει αξιώσεις καθολικής ισχύος και μοναδικής κατευθυντήριας γραμμής στη νομική επιστήμη. Πράγματι, ο νομικός συχνά στρέφεται για την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου στην κοινωνική πραγματικότητα που τον περιβάλλει, παρατηρεί και αφουγκράζεται τη φύση των πραγμάτων, διαπιστώνει και «ερμηνεύει» τις μεταβολές της. Αν ο νομικός κανόνας επηρεάζεται από – ή και από – την κοινωνική πραγματικότητα αυτό δεν σημαίνει πάντως σε καμία περίπτωση ότι και το περιεχόμενό του διαμορφώνεται αποκλειστικά από αυτή την πραγματικότητα. Η υποστήριξη αυτής της άποψης εκ μέρους της παραδοσιακής θεωρίας - οδηγεί αφεύκτως στο λογικό σφάλμα της φυσιοκρατικής πλάνης (naturalistic fallacy), σύμφωνα με το οποίο από έναν παραγωγικό συλλογισμό του οποίου οι δύο προκείμενες (μείζων και ελάσσων πρόταση) είναι περιγραφικές προκύπτει ένα συμπέρασμα δεοντολογικό¹²⁷. Στο υπό εξέταση ζήτημα η φυσιοκρατική πλάνη εμφανίζεται ως εξής:

Μείζων πρόταση: Η σύγκρουση μεταξύ των περισσότερων φορέων των συνταγματικών δικαιωμάτων υφίσταται στην πραγματικότητα.

Ελάσσων πρόταση: Η σύγκρουση αυτή επιλύεται από το δίκαιο, την έννομη τάξη.

Συμπέρασμα: Η σύγκρουση αυτή πρέπει να υφίσταται στο δίκαιο, την έννομη τάξη.

Η σύγκρουση δικαιωμάτων υπό νομική έννοια είναι απόρροια της ατομικιστικής περί δικαιωμάτων αντίληψης. Το ανωτέρω αναλυθέν λογικό παράδοξο κάθε άλλο παρά ανεξήγητο είναι. Πρόκειται για το αναπόφευκτο αποτέλεσμα της επιστημονικής μετάβασης της παραδοσιακής θεωρίας από τη δυϊστική περί δικαίου αντίληψη σε ένα θεωρητικό σύστημα όπου το δίκαιο παύει να διακρίνεται σε ιδιωτικό και δημόσιο. Οι δύο αυτές περιοχές του δικαίου αρχίζουν πλέον να συγκλίνουν, τα δικαιώματα δεν στρέφονται μόνο κατά του κράτους, αλλά είναι δυνατόν να αντιταχθούν και έναντι ιδιωτών. Η ανάγκη για σύγκλιση κράτους και κοινωνίας, αποφυγής της αναχρονιστικής στεγανοποίησής τους επιτάσσει την επινόηση νέων θεωρητικών κατασκευών, όπως αυτή της τριτενέργειας (έμμεσης ή άμεσης)¹²⁸.

¹²⁵ Βλ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., Η κανονιστική δύναμη του πραγματικού, ΤοΣ 1983, σ. 118

¹²⁶ Βλ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., ό.π., σελ. 113

¹²⁷ Βλ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., ό.π., σελ. 117

¹²⁸ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., ό. π., σελ 81 επ.

Ωστόσο, ως μία επιγενόμενη θεωρητική κατασκευή - και μάλλον ως μία λύση ανάγκης - η θεωρία της τριτενέργειας δεν μπόρεσε να καλύψει τις εγγενείς αδυναμίες της ατομικιστικής έννομης τάξης, όπως αυτές αποτυπώνονταν ανάγλυφα και μεγεθύνονταν εμφαντικά υπό το φως των νέων κοινωνικοπολιτικών δεδομένων. Σε ένα τέτοιο σύστημα κανόνων δικαίου, όπου όλοι πλέον μοιράζονται ίσες ελευθερίες και δικαιώματα, δεν είναι συνεπές τα θεμελιώδη δικαιώματα να εξακολουθούν να εκλαμβάνονται ως απερίοριστα (προς τα πάνω) νομικά μεγέθη βάσει των ίδιων υποκειμενιστικών αντιλήψεων που επικρατούσαν παλαιότερα. Η κύρια ανεπάρκεια της παραδοσιακής περί δικαιωμάτων θεωρίας έγκειται στην έμφυτη αδυναμία της να προδιαγράψει και να προκαθορίσει με τρόπο σαφή τα όρια του κάθε δικαιώματος απέναντι στα υπόλοιπα, ή τουλάχιστον να παράσχει τα κατάλληλα ερμηνευτικά εργαλεία - κριτήρια για μια τέτοια οριοθέτηση. Το αποτέλεσμα μιας τέτοιας ασυνέπειας δεν είναι άλλο από μία νομιμοφανή σύγκρουση¹²⁹ μεταξύ των δικαιωμάτων, πράγμα που με άλλα λόγια θα μπορούσε να εκφρασθεί ως ομολογία αποτυχίας της έννομης τάξης να διακρίνει επαρκώς και ενδοσυστηματικά μεταξύ νομίμου και παρανόμου. Το μόνο που απομένει είναι η (μεταφυσική;) ελπίδα άρσης των εν λόγω «συγκρούσεων» από τον εκάστοτε εφαρμοστή του δικαίου με κριτήρια, όμως, που ο ίδιος προκρίνει (αν όχι επινοεί) κατά τρόπο αυθαίρετο.

5.3. Επαναπροσδιορισμός της έννοιας της νομικής σύγκρουσης

Η όλη προβληματική περί σύγκρουσης θα πρέπει να μεταφερθεί από το επίπεδο του Δέοντος στο επίπεδο του Είναι, δηλαδή της κοινωνικής πραγματικότητας. Η σύγκρουση θα πρέπει να ιδωθεί ως ένα αμιγώς πραγματικό και απολύτως μη νομικό φαινόμενο κατά το οποίο ο φορέας ενός δικαιώματος υπερβαίνει τα όρια άσκησης του και τοιουτοτρόπως παραβιάζει το κανονιστικό περιεχόμενο των δικαιωμάτων άλλων φορέων¹³⁰. Δεν νοείται, δηλαδή, μία εξίσου νόμιμη άσκηση δύο ή περισσότερων δικαιωμάτων, αλλά μία παράνομη ενάσκηση της από το δικαιο παραχωρούμενης εξουσίας η οποία προσβάλλει το νομικό καθεστώς άλλων φορέων αντίστοιχων εξουσιών νομίμως ασκούμενων. Το γεγονός, βέβαια, ότι η σύγκρουση μεταξύ των δικαιωμάτων (ή - ακριβέστερα και υπό το πρίσμα της μεσολαβούσης ανάλυσης - η πραγματική σύγκρουση μεταξύ των φορέων των αντίστοιχων δικαιωμάτων) δεν αποτελεί νομικό φαινόμενο δεν σημαίνει πως αφήνει αδιάφορη την έννομη τάξη. Απεναντίας, είναι η έννομη τάξη που, με την κανονιστική της ισχύ, είναι επιφορτισμένη με το δυσχερές, αλλά απαραίτητο, έργο της διευθέτησης των εν λόγω πραγματικών διαφορών. Θα πρέπει, με άλλα λόγια, να διακρίνουμε ανάμεσα στο φαινόμενο της σύγκρουσης και στη δικαϊκή της άρση: το πρώτο εξαντλείται σε μία κοινωνιολογικού χαρακτήρα διαπίστωση, ενώ η δεύτερη προϋποθέτει την επέμβαση του νομικού δέοντος για να πραγματωθεί η ασφάλεια του δικαίου και κατ' επέκτασιν η αρμονική συμβίωση των μελών μιας κοινωνίας οργανωμένης σε κράτος. Συνεπώς, το κέντρο βάρους θα πρέπει να εστιασθεί, όχι στο ποιο δικαίωμα θα υπερισχύσει των άλλων *in concreto*, αλλά στο ποιος φορέας ασκεί παράνομα το δικαίωμά του και κατ' αυτόν τον τρόπο προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων, ποιος είναι τελικά ο επιτιθέμενος και ποιος ο αμυνόμενος¹³¹. Δεν υφίσταται ζήτημα

¹²⁹ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Προβλήματα της στάθμισης ως νομικής μεθόδου, ΕφαρμΔΔ 2009, επετειακό τεύχος, σελ. 4-5.

¹³⁰ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά δικαιώματα, ό. π., σελ. 221 επ.

¹³¹ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., ό. π.

στάθμισης, αλλά οριοθέτησης των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Ειδικά (αν δεχόμασταν δηλαδή την ύπαρξη της σχετικής σύγκρουσης υπό τη νομική της έννοια), θα ήταν κάτι παραπάνω από εμφανής μία αντίφαση, την οποία η έννομη τάξη θα περιείχε εν αυτή: θα επιτρεπόταν από το δίκαιο, αλλά και θα απαγορευόταν ταυτόχρονα η ίδια συμπεριφορά. Ό,τι θα αποδιδόταν από τη μία πλευρά ως υλοποίηση του κανονιστικού περιεχομένου ενός δικαιώματος, θα χαρακτηριζόταν αυτόματα ως παραβίαση της προστατευόμενης περιοχής ενός άλλου δικαιώματος. Όμως, η εκ των προτέρων παραδοχή τέτοιων αντινομιών στο πλαίσιο ενός συστήματος κανόνων δικαίου όχι μόνο θα παρέβλεπε κατά τρόπο ασυγγώρητο τη δυνατότητα -και υποχρέωση- της συστηματικής του ερμηνείας, αλλά θα αποτελούσε και ένα ισχυρό πλήγμα στο μαλακό υπογάστριο της σύγχρονης έννομης τάξης και του ρόλου τον οποίο αυτή είναι επιφορτισμένη να τελεί απαρεγκλίτως.

5.4. Η σύγκρουση δικαιωμάτων ως πραγματική σύγκρουση

Σε αντίθεση με τη συρροή¹³² των συνταγματικών δικαιωμάτων όπου προϋπόθεση είναι η σε ένα πραγματικό περιστατικό ταυτόχρονη άσκηση δύο ή περισσότερων δικαιωμάτων του ιδίου φορέα, που εφαρμόζονται παράλληλα, προϋπόθεση για τη σύγκρουση των συνταγματικών δικαιωμάτων είναι η σε ένα πραγματικό περιστατικό ταυτόχρονη ύπαρξη δύο ή περισσότερων φορέων ενός ή περισσότερων δικαιωμάτων για έκαστο εξ αυτών, όπου η άσκηση του ενός εκτοπίζει την άσκηση του άλλου.

Χαρακτηριστικό της νομικής σύγκρουσης είναι η νόμιμη άσκηση των δικαιωμάτων από όλους τους φορείς. Στο πλαίσιο αυτό είναι σημαντική η διακρίβωση του ποιος είναι αμυνόμενος και ποιος επιτιθέμενος. Ο βρισκόμενος σε άμυνα μπορεί να επικαλεστεί το δικαίωμα του, ενώ ο άλλος φορέας δεν μπορεί. Αυτός παραβιάζει το δικαίωμα του άλλου. Ο επιτιθέμενος ενεργεί πέρα από το επιτρεπόμενο δικαιοῦκό πλαίσιο, δηλ. ενεργεί χωρίς δικαίωμα. Η παράβαση αυτή αποδοκιμάζεται από το δίκαιο. Η άσκηση του δικαιώματος του δεν είναι νόμιμη. Άρα ως αποτέλεσμα δεν έχουμε σύγκρουση.

Η σύγχρονη έννομη τάξη ρυθμίζει τα δικαιώματα, όχι ως αλληλοσυγκρουόμενα, αλλά ως αρμονικά ασκούμενα δικαιώματα. Αποστολή του δικαίου είναι ακριβώς η δικαιοῦκή άρση των πραγματικών συγκρούσεως, δηλαδή η απονομή της δικαιοσύνης, επομένως κατά δίκαιο δεν υπάρχουν συγκρούσεις θεμελιωδών δικαιωμάτων¹³³. Η αποστολή και η αξία του δικαίου είναι να επιβάλει την αρμονική συμβίωση δηλαδή να αίρει τις πραγματικές συγκρούσεις με νομικούς κανόνες. Εφόσον πράγματι υπάρχει σύγκρουση (πραγματική) ανάμεσα στους φορείς των θεμελιωδών δικαιωμάτων, αυτό σημαίνει ότι κάποιος από τους φορείς υπερέβη τα όρια της άσκησης των δικαιωμάτων του ή με άλλη έκφραση παρέβη τις υποχρεώσεις που του επιβάλλει το δίκαιο. Η σύγκρουση των δικαιωμάτων εμφανίζεται από την αντιπαράθεση δικαιώματος προς δικαίωμα, αντί της επιβαλλόμενης αντιπαράθεσης δικαιώματος προς θεσμό. Η εικόνα της σύγκρουσης των δικαιωμάτων είναι πλαστή. Ενώ εξωτερικά δίνει την εντύπωση της ύπαρξης σύγκρουσης δυο δικαιωμάτων, εσωτερικά δηλαδή εις βάθος δεν υπάρχει μια τέτοια σύγκρουση.

¹³² Βλ. αντί πολλών ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ – ΣΤΡΑΓΓΑ Τζ., Γενική Θεωρία Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, ό.π., σελ. 91.

¹³³ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, ό.π. σελ. 222

Β. ΜΕΡΟΣ:
ΜΕΘΟΔΟΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ: Η ΣΤΑΘΜΙΣΗ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η στάθμιση ως ειδικότερη πτυχή της αναλογικότητας

1.1 Η ανάγκη της in concreto στάθμισης

Πρακτικά ζητήματα εφαρμογής συνταγματικών δικαιωμάτων ανακύπτουν σε καθημερινή βάση στις σύγχρονες κοινωνίες. Αναφέρθηκε ήδη στην εισαγωγή ότι η αποικλίνουσα ανθρώπινη συμπεριφορά είναι αυτή που παράγει καθημερινά συγκρούσεις. Η συχνή λοιπόν εμφάνιση του φαινομένου της σύγκρουσης στην άσκηση των συνταγματικών δικαιωμάτων αναγκάζει τη νομολογία και τη θεωρία του Συνταγματικού Δικαίου να καταφεύγουν σε κανόνες - εργαλεία για την επίλυση αυτών των συγκρούσεων ώστε να μην παραλύσει η έννομη τάξη από την παράλληλη ισχύ όλων των αντικρουόμενων συνταγματικών δικαιωμάτων.

Καθήκον επίλυσης της σύγκρουσης έχουν όλα τα όργανα της συντεταγμένης πολιτείας. Καταρχήν ο νομοθέτης, βάσει της δημοκρατικής αρχής αλλά και της αρχής της επιφύλαξης του νόμου, υποχρεούται σε ένα πρώτο επίπεδο να λύσει με νομοθετική παρέμβαση το πρόβλημα της σύγκρουσης. Περαιτέρω καθήκον επίλυσης έχουν και η εκτελεστική εξουσία κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Διοικήσεως, καθώς και η δικαστική εξουσία κατά την δικαιοδοτική και δικαιοπλαστική της αρμοδιότητα κυρίως κατά την ερμηνεία και εξειδίκευση γενικών ρητρών ή αόριστων νομικών εννοιών¹³⁴.

Η αντιμετώπιση της «σύγκρουσης» δύο αντιτιθέμενων συνταγματικών συμφερόντων είναι εργασία που πολύ συχνά αναλαμβάνει ο δικαστής. Η τεχνική την οποία θα χρησιμοποιήσει είναι σημαντική τόσο για τα διακυβευόμενα συμφέροντα όσο και για τη πειστικότητα του δικαστικού συλλογισμού. Η τεχνική μετουσιώνει τη θεωρία σε πράξη. Ο δικαστής, επιλέγοντας και χρησιμοποιώντας την τεχνική, πλάθει την πραγματικότητα των δικαιωμάτων και προσθέτει ψηφίδες σε αυτά, μέσα από τις δικαστικές κρίσεις. Σημαντικό ερώτημα αποτελεί αν στόχος της προσέγγισης μιας σύγκρουσης δικαιωμάτων είναι η εναρμόνιση ή η επιλογή.

Όλα τα συνταγματικά δικαιώματα έχουν την ίδια τυπική ισχύ (δεν υπάρχουν δηλαδή «υπερέχοντα» και «υποδεέστερα» από νομικής άποψης) και επομένως η τυχόν σύγκρουση δεν μπορεί να λυθεί με την αναφορά σε ιεραρχική κλίμακα ισχύος η οποία θα είναι, ασφαλώς, αυθαίρετη¹³⁵. Όλα τα συνταγματικά δικαιώματα είναι ισότιμα¹³⁶ και όλα αποτελούν εξειδικεύσεις της καταστατικής αρχής της έννομης τάξης, της αρχής του απαραβιάστου της ανθρώπινης αξίας (αρθρ. 2 παρ. 1 Συντ.). Η

¹³⁴ Βλ. ΤΣΙΑΙΩΤΗ Χ., ό.π.

¹³⁵ Βλ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., Ατομικά δικαιώματα, αριθ. περιθ. 198, σελ. 114, ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ Κ., Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, σελ. 102, ΣτΕ 292/1984, Ολ. ΤοΣ 1985, 511 επ., ΜΑΝΕΣΗ Α., Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος, 1995, Ι, 1956, σελ. 206 επ., 240 επ., Βλ. ΠΑΝΑΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΚΟΥΤΝΑΤΖΗ Φ., Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ, 2017, σελ. 24, Της ίδιας, Η λίστα Λαγκάρντ και τα όρια της ελευθερίας του τύπου, σε: ΕφημΔΔ 6/2012 σελ. 739-753.

αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης, η ελευθερία των συμβάσεων ή της έρευνας και της επιστήμης βρίσκουν όρια στο σεβασμό της αξίας του ανθρώπου. Η συνταγματική υποχρέωση του σεβασμού της λειτουργεί και ως κριτήριο αξιολόγησης συμπεριφορών διαδραματίζοντας τον ρόλο του κανόνα-μέτρου κατά τη στάθμιση δικαιωμάτων, αγαθών ή αξιών που εμπλέκονται ή συγκρούονται σε μια συγκεκριμένη υπόθεση ή σε μια επίδικη διαφορά. Η μόνιμη σύγκρουση συμφερόντων και αξιών χρειάζεται μια βαθμίδα διαιτησίας, ένα στάδιο επίλυσης των συγκρούσεων και των άρσεων των αδυναμιών στη βάση ενός κανόνα μέτρου γενικά αποδεκτού με ρευστό και εύπλαστο περιεχόμενο, αντικειμενικό που να αναλάβει το ρόλο του μεσολαβητή. Ο μετριαστικός και εξισορροπητικός ρόλος της αρχής του απαραβιάστου της ανθρώπινης αξίας είναι καθοριστικός για την τελική αξιολόγηση της συνταγματικότητας των κρατικών πράξεων¹³⁷.

Η διάκριση στην οποία προβαίνει το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 110 μεταξύ αναθεωρήσιμων και μη αναθεωρήσιμων διατάξεων δεν μπορεί να μεταφερθεί στο πεδίο της σύγκρουσης αλλά πρέπει να παραμείνει αποκλειστικά στο πεδίο της διαδικασίας της αναθεώρησης¹³⁸. Το ίδιο γίνεται δεκτό και για το άρθρο 48, παράγραφος 1 του Συντάγματος (κατάσταση πολιορκίας) με την εφαρμογή του οποίου αναστέλλεται η άσκηση ορισμένων δικαιωμάτων.

Δεν είναι όμως θεμιτή η αφηρημένη «στάθμιση» των συνταγματικών δικαιωμάτων ανεξάρτητα και πέρα από τη συνταγματική αλληλουχία τους. Η λύση πρέπει να αναζητηθεί πάντοτε στο Σύνταγμα και στις συνταγματικά θεμελιωμένες αρχές, προπάντων στην αρχή της αναλογικότητας. Στη γερμανική νομική επιστήμη και υπό την επίδραση της νομολογίας του ΓΟΣΔ έχουν διαμορφωθεί δύο μοντέλα επίλυσης διαφορών συνταγματικών δικαιωμάτων στο πεδίο σχέσεων κράτους – πολιτών: α) η βάση της αρχής της αναλογικότητας μέθοδος, που εφαρμόζεται για τον περιορισμό των δικαιωμάτων με επιφύλαξη νόμου και β) η πρακτική εναρμόνιση για τον περιορισμό των δικαιωμάτων χωρίς επιφύλαξη νόμου.

Τα στάδια της μεθόδου της αναλογικότητας είναι: α) η προσφορότητα, καταλληλότητα, β) η αναγκαιότητα, γ) η αναλογικότητα *stricto sensu* (στάθμιση συμφερόντων¹³⁹).

Η θεωρία της στάθμισης συμφερόντων υποστηρίζεται από την κρατούσα στη γερμανική θεωρία γνώμη και από την πάγια νομολογία του ΓΟΣΔ. Στη πραγματικότητα προτείνει μια σχέση *ad hoc* προτίμησης ανάμεσα στα συγκρουόμενα δικαιώματα με γνώμονα την βέλτιστη δυνατή έκβαση στη σύγκρουση των διακυβευόμενων δικαιωμάτων και εννόμων αγαθών¹⁴⁰. Ο εφαρμοστής του δικαίου

¹³⁷ Βλ. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ Α., Κράτος Δικαίου και Δικαστικός έλεγχος συνταγματικότητας, σελ. 411 έως 414.

¹³⁸ Βλ. ΡΑΪΚΟ ΑΘ., Συνταγματικό Δίκαιο, τόμος II, σελ. 234 έως 236.

¹³⁹ Για μια σύντομη πλην περιεκτική κριτική επισκόπηση στη θεωρία της στάθμισης των συμφερόντων, η οποία διαμορφώθηκε από τη «Σχολή του Τύμπινγκεν» και ιδίως τον Philipp Heck στις αρχές του 20ου αιώνα, βλ. Σούρλα, Δίκαιο και Δικανική Κρίση, ό.π., σ. 674 επ.

¹⁴⁰ Βλ. ΣΤΑΜΑΤΗ Κ., Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων, σελ. 345. Για παράδειγμα κατά τον ακυρωτικό έλεγχο από το Συμβούλιο της Επικρατείας του χρόνου διάρκειας της αποχής των δικηγόρων (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ (Ολ.) 1466/2016), σταθμίζονται αφενός οι λόγοι που οδήγησαν στην κήρυξη της αποχής και αφετέρου η έκταση (με κριτήριο το εύρος και τη σημασία των κατηγοριών υποθέσεων τις οποίες αφορά η αποχή) και το είδος των διαδικαστικών πράξεων που επιτρέπεται να

ακολουθώντας μια ερμηνεία συστηματική και τελολογική οφείλει να προσδιορίσει και να αιτιολογήσει τους όρους προτεραιότητας καθώς και να βασιστεί στην εκτίμηση ποιο από τα διακυβευόμενα συμφέροντα κρίνεται περισσότερο γενικεύσιμο. Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα της προστασίας του περιβάλλοντος που ανάγεται από το άρθρο 24 του Συντάγματος σε συμφέρον καθολικό¹⁴¹. Δεν φθάνει όμως η στάθμιση και η εξακρίβωση της προτεραιότητας του ενός δικαιώματος έναντι του άλλου. Ο ερμηνευτής του δικαίου οφείλει να επιλέξει και μέτρα αναγκαία, πρόσφορα και ανάλογα προς τον επιδιωκόμενο σκοπό με τον τρόπο που επιτάσσει η αρχή της αναλογικότητας. Διαπιστώνεται επομένως πως η αρχή της στάθμισης των αγαθών συνδέεται κατά τρόπο άμεσο με την αρχή της αναλογικότητας δεδομένου ότι η προσπάθεια συγκερασμού των δύο δικαιωμάτων επιβάλλει τον ανάλογο περιορισμό τους.

Το ΓΟΣΔ κρίνει επί τη βάσει των συγκεκριμένων πραγματικών γεγονότων το ποιο από τα δυο συνταγματικώς προστατευόμενα αγαθά και σε ποια έκταση θα πρέπει να υποχωρήσει. Αυτό όμως δεν σημαίνει, ότι προβαίνει σε μια "ελεύθερη" στάθμιση για τον προσδιορισμό της τυχόν δυσαναλογίας. Η στάθμιση των συγκρουόμενων αγαθών συντελείται στο πλαίσιο των ακόλουθων κατευθυντήριων γραμμών. Η πρώτη κατευθυντήριος για τη στάθμιση σκοπού - μέτρου αφορά την ένταση της επέμβασης επί του ενός αγαθού. Όσο πιο έντονη είναι η επέμβαση του περιοριστικού μέτρου στη νομική θέση του καθενός, τόσο πιο ισχυρά πρέπει να είναι τα συνταγματικά έννομα αγαθά, για χάρη των οποίων λαμβάνεται το μέτρο. Η δεύτερη κατευθυντήριος αφορά τη βαρύτητα ή το επείγον της προστασίας των συνταγματικών έννομων αγαθών που επιβάλουν τον περιορισμό και είναι η αντίστροφη όψη της πρώτης κατευθυντήριου γραμμής. Όσο πιο μεγάλο βάρος ή όσο πιο επείγουσα είναι η ρύθμιση για την προστασία συνταγματικών έννομων αγαθών, τόσο εντονότερος περιορισμός της ατομικής ελευθερίας δικαιολογείται. Η τρίτη κατευθυντήριος αφορά τα ατομικά συμφέροντα που προστατεύει το ατομικό δικαίωμα. Επειδή και τα ατομικά συμφέροντα έχουν μεταξύ τους διαφορετική βαρύτητα, επηρεάζουν ανάλογα με την βαρύτητά τους τη σχέση μεταξύ των συγκρουόμενων αγαθών. Κατά το ΓΟΣΔ "όσο πιο στοιχειώδεις εκφάνσεις της ανθρώπινης ελευθερίας αγγίζει το περιοριστικό μέτρο, τόσο πιο προσεκτικά πρέπει να σταθμιστούν οι δικαιολογητικοί του λόγοι με

διενεργούνται κατά τη διάρκεια της αποχής, καθώς και τα δικαιώματα και συμφέροντα των θιγόμενων (συμπεριλαμβανομένων του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου) από την απόφαση περί αποχής.

¹⁴¹ Βλ. λ.χ. την ΣτΕ Ολ. 613/2002, σκέψη 7: «Ειδικότερα, κατά την άσκηση του ακυρωτικού ελέγχου, ..., ο δικαστής εξετάζει, μεταξύ άλλων, ...και αν το προσδοκώμενο από αυτό όφελος τελεί σε σχέση αναλογίας με την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του φυσικού περιβάλλοντος, σκέψη 10: «...η επιχειρηθείσα από την διοίκηση με την έκδοση της προσβαλλομένης πράξεως και με βάση τα ανωτέρω εκτιμηθέντα από αυτήν στοιχεία στάθμιση μεταξύ του προσδοκώμενου οφέλους από την εκτέλεση του έργου και της επαπειλούμενης βλάβης στο φυσικό περιβάλλον από την κατασκευή και λειτουργία του είναι πλημμελής και παραβιάζει την αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης. Και τούτο για τον λόγο ότι, όπως προκύπτει από τα στοιχεία αυτά, το αναλίσκόμενο για την κατασκευή του έργου φυσικό κεφάλαιο, δηλαδή δασικές εκτάσεις, υδατορέματα και ο εν γένει καταλαμβανόμενος από τις εγκαταστάσεις χώρος, καθώς και οι επαπειλούμενοι από τη λειτουργία του κίνδυνοι, εν όψει της επιλεγείσης μεθόδου παραγωγής του χρυσού, εμφανίζονται δυσανάλογοι εν σχέσει προς το προσδοκώμενο όφελος από την εισαγωγή στη χώρα νέας τεχνολογίας για την εκμετάλλευση του ορυκτού πλούτου και την αύξηση της απασχολήσεως του εργατικού δυναμικού της περιοχής, που είναι τα προκύπτοντα από τον φάκελο και ληφθέντα υπ' όψιν από τη διοίκηση οφέλη από την εγκατάσταση. Συνεπώς, η προσβαλλομένη πράξη, που παρίσταται ως προϊόν πλημμελούς σταθμίσεως μεταξύ αφενός σκοπών θαλπομένων μεν από τον νόμο και το Σύνταγμα αλλ' όχι επαρκών να αντισταθμίσουν την επαπειλούμενη βλάβη του φυσικού περιβάλλοντος και αφετέρου της τελευταίας αυτής βλάβης, είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί για τον λόγο αυτόν».

τη βασική αξίωση του πολίτη για ελευθερία¹⁴². Κατά τη στάθμιση των συγκρουόμενων συμφερόντων ερευνάται δηλαδή η ένταση περιορισμού του ατομικού δικαιώματος, η σπουδαιότητα του λόγου που επιβάλλει τον περιορισμό και οι συνέπειες του περιορισμού στην εναπομένουσα ελευθερία[56].

Στην αναλογικότητα υπό στενή έννοια εντάσσεται η στάθμιση των συμφερόντων η οποία αρχικά θεωρήθηκε μεταξύ των θεωρητικών αυτοτελής μέθοδος, τελικά όμως εντάχθηκε στη μέθοδο της αναλογικότητας και ως τρίτο στάδιο αυτής. Η θεωρία της στάθμισης αντικατοπτρίζει τη σχέση μεταξύ βαρύτητας της προσβολής του συνταγματικού δικαιώματος και της δικαιολογητικής της βάσης, τη στάθμιση κόστους-οφέλους, η οποία περιγράφεται από ορισμένους θεωρητικούς ως μια *sui generis* μέθοδος αιτιολογίας, πέραν από τον κλασσικό επαγωγικό και παραγωγικό συλλογισμό¹⁴³.

Η μέθοδος της στάθμισης των συμφερόντων ξεκινά από τη βάση της νόμιμης άσκησης των δικαιωμάτων και από τα δύο μέρη της διαφοράς και αντιμετωπίζοντας το όλο ζήτημα περιπτώσιολογικά, προβαίνει στην στάθμιση των συμφερόντων σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Έτσι λοιπόν κατ' εφαρμογήν της μεθόδου της στάθμισης οι «ανώτερες αξίες υπερτερούν» ενώ οι «κατώτερες αξίες υποχωρούν»¹⁴⁴. Η αρχή της στάθμισης υποδεικνύει ότι όπου η αξία που ενσωματώνει ένα συνταγματικά προστατευόμενο δικαίωμα έρχεται σε σύγκρουση με ένα άλλο δικαίωμα ή κάποια άλλη συνταγματικά καθιερωμένη αρχή και αξία, η ορθότερη ερμηνευτική λύση θα προκύψει μετά από τη συγκριτική συνεκτίμηση των συγκρουόμενων αγαθών και πρόταξη εκείνου που στη συγκεκριμένη περίπτωση διαθέτει κατά περίπτωση τη μεγαλύτερη βαρύτητα¹⁴⁵, άλλως, ότι κατά τη σύγκρουση δύο απαιτήσεων της έννομης τάξης, θα πρέπει να προκριθεί η εκπλήρωση αυτής που παρίσταται πιο σημαντική υπό τις περιστάσεις της συγκεκριμένης υπόθεσης¹⁴⁶.

Αναφορικά με την αξιοποίηση της αρχής της αναλογικότητας από την ελληνική νομολογία, διαπιστώνεται ότι στις περισσότερες περιπτώσεις λειτουργεί ως μια μορφή οριακού συνταγματικού ελέγχου που δεν επεκτείνεται στην αρχή της αναλογικότητας *stricto sensu*¹⁴⁷. Αντίθετα κατά την νομολογία του ΓΟΣΔ, ο έλεγχος τήρησης της αρχής υπεισέρχεται και στην αποτίμηση της σχέσης μεταξύ βαρύτητας της προσβολής θεμελιώδους δικαιώματος και της έντασης των δικαιολογητικών βάσεων.

Συμπερασματικά, η αρχή της αναλογικότητας δεν απελευθερώνει τον Έλληνα εφαρμοστή του δικαίου αλλά επιτάσσει την αυστηρότερη θεμελίωση των δικαστικών

¹⁴² Βλ. ΜΠΕΗ Ευ., Η αρχή της αναλογικότητας από το δημόσιο στο αστικό και διοικητικό δικονομικό και ιδιωτικό δίκαιο, ό.π., υποενότητα 2.3.

¹⁴³ Βλ. SIECKMANN J., Is Balancing a Method of Rational Justification *sui generis*? σε: Christian Dahlman/Eveline Feteris (ed.), Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives, Springer Netherlands, Law and Philosophy Library, 2013, σ. 189. Για τη σχέση του υπαγωγικού συλλογισμού με την στάθμιση στη θεωρία της νομικής τεκμηρίωσης, βλ. ALEXY R., On balancing and subsumption. A structural comparison. Ratio Juris. Vol. 16, No. 4, 2003, σ. 433 - 449.

¹⁴⁴ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, ό.π., σελ. 229.

¹⁴⁵ Βλ. ΣΟΥΡΛΑ Π., Δίκαιο και δικανική κρίση. Μια φιλοσοφική αναθεώρηση της Μεθοδολογίας του Δικαίου, Πανεπιστημιακές Εκδόσεις Κρήτης, Ηράκλειο 2017, σελ. 765.

¹⁴⁶ Βλ. SIECKMANN J., Is Balancing a Method of Rational Justification *sui generis*? ό.π., σ. 191.

¹⁴⁷ Βλ. ΚΟΝΤΙΑΔΗ Ξ., Ο νέος Συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001, σελ. 236-241

αποφάσεων κατά την εφαρμογή τους υποτάσσοντας την διαδικασία στάθμισης σε μια συστηματική και ορθολογική επιχειρηματολογία. Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατά τη δικανική κρίση *«εμπεριέχει μια δημιουργική στιγμή»*, καθώς ο δικαστής επιχειρεί να προσδιορίσει την *έδλογη συνάφεια* μεταξύ των επιλεγόμενων μέσων και του επιδιωκόμενου σκοπού με μέτρα αρυόμενα από την επίδικη σχέση στην ιδιοτυπία της¹⁴⁸.

Κατ' άλλη άποψη, η βασιζόμενη στην αρχή της αναλογικότητας μέθοδος δημιουργήθηκε για την εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων στις σχέσεις δημοσίου δικαίου και δεν κατευθύνθηκε και προς την εφαρμογή τους και στις διαπροσωπικές σχέσεις. Υποδεικνύει μια μορφή αιτιώδους συνάφειας μεταξύ σκοπού του νόμου και περιοριστικού νομοθετικού μέσου, της οποίας η μορφή δυσχεραίνεται, μεταξύ άλλων, διότι συνδέεται με υποκειμενικά στοιχεία και κρίσεις. Περιοριζόμενη βασικά στις περιπτώσεις που μεσολαβεί επιφύλαξη νόμου, δεν έχει πεδίο εφαρμογής σε πολλές άλλες περιπτώσεις. Τελικά, καταλήγοντας στη στάθμιση σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση δεν προσφέρει σαφή γενικά κριτήρια για την άρση των συγκρούσεων¹⁴⁹.

1.2 Τα κριτήρια της στάθμισης

Προκειμένου η στάθμιση μεταξύ των συγκρουόμενων συνταγματικών αγαθών να φέρει εχέγγυα ορθής κρίσης και να αποτελεί κατά το δυνατόν ελέγξιμη μέθοδο επίλυσης της σύγκρουσης που προκύπτει κάθε φορά, τίθεται επιτακτικά το ζήτημα της εύρεσης πρόσφορων και γενικά αποδεκτών κριτηρίων τα οποία να επιτρέπουν αντικειμενική¹⁵⁰, κατά το δυνατόν, κρίση του ερμηνευτή του δικαίου. Κριτηρίων που είναι σταθερά και σαφή και προορισμένα να υπηρετούν την ασφάλεια δικαίου και την καλύτερη δυνατή εξισορρόπηση μεταξύ των αντικρουόμενων έννομων αγαθών. Η εύρεση πάντως των κατάλληλων κριτηρίων στάθμισης συνιστά μια πολύ δύσκολη αλλά και ταυτόχρονα απαραίτητη εργασία, αφού χωρίς τα κριτήρια αυτά η μέθοδος της στάθμισης απλά προσφέρει «δογματική κάλυψη» σε οποιοδήποτε αυθαίρετο αποτέλεσμα¹⁵¹. Για παράδειγμα, στο πλαίσιο της αποκάλυψης από τον τύπο δεδομένων της ιδιωτικής ζωής τρίτων προσώπων, πρόσφορα κριτήρια στάθμισης θα μπορούσαν να αποτελέσουν η σημασία της δημοσιοποιούμενης πληροφορίας για την προσωπικότητα του θιγομένου, η ιδιότητά του ως δημοσίου προσώπου ή μη, το εάν ασκεί δημόσιο λειτούργημα, η συνάφεια της δημοσιευόμενης πληροφορίας με το δημόσιο λειτούργημα, η δυνατότητα του δημοσιογράφου να ελέγξει τη βασιμότητα

¹⁴⁸ ΒΟΥΤΣΑΚΗ Β., Η αρχή της αναλογικότητας: από την ερμηνεία στη διάπλαση δικαίου, Όψεις του Κράτους Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα, 1990, σ. 229.

¹⁴⁹ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., ό.π., σελ. 230.

¹⁵⁰ Για την αντικειμενικότητα του ερμηνευτικού αποτελέσματος κατά την ερμηνεία του Συντάγματος, βλ. ΜΑΥΡΙΑ Κ., Συνταγματικό Δίκαιο, σελ. 235-248, σύμφωνα με τον οποίο η επίλυση της σύγκρουσης συνταγματικών αρχών δυνάμει της αρχής της πρακτικής αρμονίας αποτελεί μέθοδο που καθιστά δυνατό τον έλεγχο «της λογικής διαδρομής» του ερμηνευτή «από την ερμηνευτική αφετηρία έως το ερμηνευτικό αποτέλεσμα». Βλ. πάντως, και ΜΑΝΤΑΚΗ Α., Δικαιικοί καταναγκασμοί και κριτήρια ορθότητας της συνταγματικής ερμηνείας», Το Σύνταγμα, 1990, (= in «Η ερμηνεία του Συντάγματος», επι. Δημ. Τσάτσος, Αντ. Σάκκουλας, 1995, σ. 197-235), σελ. 376, όπου: «Δεν υπάρχει βέβαια αντικειμενικά ορθή ερμηνεία, για τον απλούστατο λόγο ότι δεν υπάρχει στο Δίκαιο γενικό και αντικειμενικό ή απόλυτο δεκτό κριτήριο επαλήθευσης της ορθότητας μιας ερμηνείας».

¹⁵¹ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Θεμελιώδη Δικαιώματα, ό.π., σελ. 25, του ίδιου, Διαφάνεια της κρατικής δράσης και προστασία προσωπικών δεδομένων. Τα όρια της μεταξύ αποκάλυψης και απόκρυψης στην εκτελεστική εξουσία, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2007, σελ. 153-291.

της πληροφoρίας κλπ.

Η εξειδίκευση της στάθμισης πρέπει να αποτυπώνεται δηλαδή σε μεθοδολογικού περιεχομένου επιλογές που οδηγούν στη συγκρότηση του τελικού συλλογισμού. Η ορθότητά του θα στοιχειοθετηθεί μέσα από την άρθρωση ενός συνεκτικού συλλογισμού που θα ισορροπεί μεταξύ των ιδιαιτεροτήτων της εκάστοτε υπό κρίση διασταύρωσης έννομων αγαθών και του (συνταγματικού) ρυθμιστικού πλαισίου της έννομης τάξης στον δεδομένο τόπο και χρόνο. Πρέπει, τέλος, να επισημανθεί ότι η στάθμιση, ως μέθοδος ελέγχου της βέλτιστης αναλογίας μεταξύ των διασταυρούμενων έννομων αγαθών, συνιστά τον κατ' εξοχήν τρόπο εκπλήρωσης της αρχής της αναλογικότητας. Στην πραγματικότητα η στάθμιση λειτουργεί ως η τρίτη και πλέον αποφασιστική βαθμίδα της αρχής της αναλογικότητας¹⁵².

Με τη συνταγματοποίηση της αρχής της αναλογικότητας παύει ο προβληματισμός του λόγου ισχύος της ως άνω αρχής και προβάλλεται αυτή ως δεσμευτικός κανόνας δικαίου, πράγμα που πολλές φορές οδηγεί στην άκριτη εφαρμογή της από τον εφαρμοστή του δικαίου¹⁵³. Έτσι, πέρα από το γεγονός ότι ζητήματα του κοινού δικαίου μετά την ολοένα παρατηρούμενη διείσδυση του συνταγματικού δικαίου στο κοινό δίκαιο έχουν ήδη γίνει αντικείμενα του συνταγματικού δικαίου, με αποτέλεσμα να χάσουν τη δογματική τους οντότητα, με την εφαρμογή της συνταγματικής πλέον αρχής της αναλογικότητας, δεν αποκλείεται δοκιμασμένες και παγιωμένες δομές του απλού δικαίου να υποστούν περαιτέρω διάβρωση¹⁵⁴.

Στη γερμανική θεωρία γίνεται η διάκριση μεταξύ θεμελιωμένων (ελεγχόμενων) και μη θεμελιωμένων (μη ελεγχόμενων) ιδίων αξιολογήσεων και σταθμίσεων συμφερόντων από πλευράς δικαστή. Αναφέρονται μάλιστα τρεις όροι¹⁵⁵ τους οποίους πρέπει να πληρούν οι ίδιες σταθμίσεις συμφερόντων του εφαρμοστή του δικαίου προκειμένου να θεωρηθούν πράγματι θεμελιωμένες, δηλαδή να μπορούν να υποστούν ορθολογικό έλεγχο:

ι) Οι ίδιες σταθμίσεις συμφερόντων του εφαρμοστή του δικαίου πρέπει να χαρακτηρίζονται από γενικευσιμότητα, δηλαδή να μην υπηρετούν μόνο την υπό κρίση περίπτωση (ad hoc αξιολογικές κρίσεις), αλλά να αποβλέπουν σε αόριστη πλειάδα μελλοντικών παρόμοιων περιπτώσεων. Θα πρέπει να είναι «συνειδητά γενικεύουσες αξιολογήσεις» χωρίς να εστιάζουν αποκλειστικά και μονομερώς στις εξατομικεύουσες την υπό κρίση περίπτωση συνθήκες.

¹⁵² Βλ. ΑΝΤΩΝΙΟΥ Θ., Η στάθμιση ως μέθοδος ερμηνείας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας. Μερικές σκέψεις με αφορμή 3478/2000 και 613/2002 αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, Τιμητικός Τόμος ΣτΕ - 75 χρόνια, 2004, σελ. 969 επ. Για το ότι η στάθμιση συνιστά ειδική έκφραση της αναλογικότητας βλ. χαρακτηριστικά νομολογία του ΠΕΚ Τ-13/99, Pfizer Animal Health 2002, σκ. 411.

¹⁵³ Βλ. για τη διάκριση μεταξύ αρχών και κανόνων δικαίου: ΑΝΤΩΝΙΟΥ Θ., Η ισότητα εντός και διά του νόμου – Μία συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος του 1975 –, Αθήνα-Κομοτηνή 1998, σ. 20-23.

¹⁵⁴ Βλ. για προβληματισμούς κατά της στάθμισης, ως προσβάλλουσας την αρχή της ασφάλειας δικαίου: ΑΝΤΩΝΙΟΥ Θ., Η στάθμιση ως μέθοδος ερμηνείας ό.π., σελ. 969-981 (976-977).

¹⁵⁵ Βλ. ΧΑΝΟ Α., Συμφέρον, στάθμιση και δίκαιο σε: συλλογικό τόμο με τίτλο «Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο – Εισηγήσεις ανακοινωθείσες εις το Διεπιστημονικό Φροντιστήριο 2008/2009 δημοσιευόμενες τη επιμελεία Ι. Στράγγα/Αντ. Χάνου», Τόμος 5 της επιστημονικής σειράς «Πεπραγμένα της Ελληνικής Εταιρείας Δικαιοφιλοσοφικής και Δικαιοϊστορικής Ερεύνης», εκδόσεις Σάκκουλα (Αθήνα – Θεσσαλονίκη) και L'Harmattan (Paris – Torino -Budapest), 2012, σελ. 595-596.

ii) Ο δικαστής στην περίπτωση ιδίων σταθμίσεων θα πρέπει να καταβάλλει ενδελεχή προσπάθεια ουσιαστικής θεμελίωσης της κρίσης του και να αποκαλύπτει κατά τρόπο ιδιαίτερα πλήρη και εμπεριστατωμένο τους δικαιολογητικούς λόγους που τον οδήγησαν στην εξευρεθείσα λύση. Του προσδίδεται δηλαδή, στην περίπτωση αυτή, ένα «επιχειρηματολογικό βάρος» που αφορά στην ένταση (βάθος) ή/και έκταση (εύρος) της θεμελίωσης της συγκεκριμένης δικανικής του κρίσης.

iii) Για να αποφεύγονται επιχειρηματολογικές αυθαιρεσίες και κατ' επίφαση θεμελιώσεις δεν αρκεί οι ίδιες αξιολογήσεις (σταθμίσεις συμφερόντων) του δικαστή να βρίσκουν αόριστη «απήχηση» στο ισχύον δίκαιο ως όλον, αλλά πρέπει αυτές να βρίσκονται σε πλήρη εναρμόνιση με βασικές αξιολογήσεις των νομικών διατάξεων του εκάστοτε σχετικού υποσυστήματος της έννομης τάξης.

1.3 Η μεθοδολογική προσέγγιση των ελληνικών ανωτάτων δικαστηρίων

A. Η κλασική μεθοδολογία ελέγχου των περιορισμών από το ΣτΕ

Κατά τον έλεγχο περιορισμού δικαιώματος στο οποίο ο αιτών έχει προσδώσει ατομικό περιεχόμενο (*status negativus*), δηλαδή του το έχει αποδώσει ο νομοθέτης ως δικαίωμα αλλά ο τελευταίος επεμβαίνει ρυθμιστικά και ο αιτών θέλει να αποκρούσει τη ρυθμιστική επέμβαση, το ελληνικό Συμβούλιο της Επικρατείας ακολουθεί κλασική μεθοδολογία η οποία περιλαμβάνει συνολικά επτά βήματα ελέγχου. Τα βήματα αυτά ελέγχου παρατίθενται αμέσως κατωτέρω:

Προσδιορισμός του επί περιορισμό δικαιώματος

Προσδιορισμός του εισαγόμενου περιορισμού (υπό τη μορφή μιας προϋπόθεσης που εισάγεται για την άσκηση του δικαιώματος)¹⁵⁶

Τρόπος εισαγωγής του περιορισμού - έλεγχος τήρησης των προϋποθέσεων του άρθρου 43 παρ. 2 του Συντάγματος, δηλαδή αν τηρήθηκαν οι κανόνες της νομοθετικής εξουσιοδότησης.

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας: «Επειδή, με την διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 43 του Συντάγματος παρέχεται στον κοινό νομοθέτη το δικαίωμα να μεταβιβάζει την αρμοδιότητα προς θέσπιση κανόνων δικαίου στην εκτελεστική εξουσία. Τίθεται δε ο κανόνας (εδάφιο πρώτο) ότι η νομοθετική εξουσιοδότηση παρέχεται προς τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας ως αρχηγό της εκτελεστικής εξουσίας, ο οποίος ασκεί την μεταβιβαζόμενη αρμοδιότητα με την έκδοση προεδρικών διαταγμάτων. Η νομοθετική εξουσιοδότηση, για να είναι νόμιμη, πρέπει να είναι ειδική και ορισμένη, δηλαδή να προβαίνει σε συγκεκριμένο προσδιορισμό του αντικειμένου της και να καθορίζει τα όριά της σε σχέση προς αυτό. Η εξουσιοδοτική, επομένως, διάταξη πρέπει να μην είναι γενική και αόριστη, ασχέτως αν είναι ευρεία ή στενή, αν περιλαμβάνει δηλαδή μεγάλο ή μικρό αριθμό περιπτώσεων, τις οποίες η Διοίκηση μπορεί να ρυθμίσει κανονιστικώς βάσει της

¹⁵⁶ Δεν υπόκεινται σε περιορισμούς («άβατο»): α) το άρθρο 13 παρ. 1 του Συντάγματος ελευθερία στο ενδιάθετο φρόνημα, β) 16 παρ. 1 και 2 του Συντάγματος ακαδημαϊκή ελευθερία ως ενδιάθετο φρόνημα των μελών ΔΕΠ (δικαίωμα επιλογής επιστημονικού πεδίου που διδάσκεται, ελευθερία επιλογής επιστημονικής άποψης)

νομοθετικής εξουσιοδότησης. Η ευρύτητα της εξουσιοδότησης, εφόσον το περιεχόμενο της είναι ορισμένο, δεν επηρεάζει το κύρος της. Με τη διάταξη του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 2 του ίδιου άρθρου προβλέπεται ότι, στην περίπτωση που παρέχεται νομοθετική εξουσιοδότηση προς ρύθμιση ειδικών θεμάτων, φορέας της εξουσιοδότησης μπορεί να είναι και άλλα, εκτός του Προέδρου της Δημοκρατίας, όργανα της Διοίκησης, εφ' όσον όμως πρόκειται, μεταξύ άλλων, περί «ειδικότερων» θεμάτων. Ως *ειδικότερα θέματα* νοούνται εκείνα τα οποία αποτελούν, κατά το περιεχόμενο τους και σε σχέση με την ουσιαστική ρύθμιση που περιέχεται στο νομοθετικό κείμενο, μερικότερη περίπτωση ορισμένου θέματος που αποτελεί το αντικείμενο της νομοθετικής ρύθμισης. Απαιτείται, επομένως, στην περίπτωση αυτή, να περιέχει το νομοθετικό κείμενο όχι απλώς τον καθ' ύλη προσδιορισμό του αντικειμένου της εξουσιοδότησης αλλά, επί πλέον, και την ουσιαστική ρύθμισή του, έστω και σε γενικό, ορισμένο, όμως, πλαίσιο σύμφωνα προς το οποίο θα ενεργήσει η Διοίκηση προκειμένου να ρυθμίσει τα μερικότερα θέματα. Οι ανωτέρω ουσιαστικές ρυθμίσεις μπορούν να περιλαμβάνονται τόσο στις διατάξεις του εξουσιοδοτικού νόμου όσο και σε διατάξεις άλλων νόμων σχετικών με τα θέματα που αποτελούν αντικείμενο της νομοθετικής εξουσιοδότησης» (βλ. ΣτΕ Ολ. 656/2016, ΣτΕ Ολ. 520/2015, ΣτΕ Ολ. 1210/2010 κλπ).

Από την ως άνω πάγια σκέψη του Δικαστηρίου παρέπεται ότι ο περιορισμός δικαιώματος δεν θεωρείται ειδικότερο θέμα. Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη με νόμο μπορεί πάντοτε να περιοριστεί ένα δικαίωμα (ρήτρα επιφύλαξης υπέρ του νόμου). Δεν μπορεί όμως με κανονιστική πράξη της διοίκησης να εισαχθεί το πρώτον περιορισμός κατ' άρθρο 43 παρ. 2 εδ. β' του Συντάγματος, εκτός αν αποτελεί πράγματι ειδικότερο ζήτημα, δηλαδή αν ο ίδιος ο νόμος εισάγει το πρώτον κατά μείζονα κατηγορία τον περιορισμό και καταλείπεται μόνο στη Διοίκηση να εισάγει κατ' εξουσιοδότησή του επιμέρους περιορισμούς που θα αποτελούν ποσοτικά και ποιοτικά υποπερίπτωση του εισαχθέντος με το νόμο περιορισμού.

Συνεπώς, επιτρεπτός εισάγεται περιορισμός με Υπουργική Απόφαση, εφόσον η νομοθετική εξουσιοδότηση είναι όντως ειδικότερη. Στην περίπτωση δηλαδή αυτή ο νόμος έχει μία αρχή ρύθμισης και αφήνει απλώς στη Διοίκηση να θέσει ειδικότερους περιορισμούς. Με προεδρικό διάταγμα μπορεί και το πρώτον να εισαχθεί περιορισμός δικαιώματος (π.χ. νόμος ορίζει ότι οι προϋποθέσεις χορήγησης άδειας φαρμακείου θα ρυθμιστούν με προεδρικό διάταγμα ή π.χ. τυπικός νόμος ορίζει ότι για να επιλεγείς σε ορισμένη θέση πρέπει να έχεις ένα ελάχιστο ανάστημα. Κατά τα λοιπά η Διοίκηση μπορεί να θέσει τις λεπτομέρειες δηλαδή να εξειδικεύσει και να προσθέσει άλλα σωματικά προσόντα).

Αν δεν έχει ειδικότερο χαρακτήρα η νομοθετική εξουσιοδότηση, ο έλεγχος δεν συνεχίζει στα υπόλοιπα βήματα, κρίνεται ότι κακώς εισήχθη ο περιορισμός του δικαιώματος βάσει του άρθρου 43 παρ. 2 εδ. β' του Συντάγματος (τυπικός έλεγχος συνταγματικότητας).

4. *Αν ο περιορισμός εισήχθη με γενικά και αντικειμενικά κριτήρια*, δηλαδή αν τηρήθηκε η αρχή της ισότητας¹⁵⁷ που είναι γενική αρχή συνταγματικής περιωπής και η οποία διέπει και το νομοθέτη.

¹⁵⁷ Νομικό θεμέλιο της γενικής έκφανσης της αρχής της ισότητας συνιστά η διάταξη του άρθρου 4 παράγραφος 1 του Συντάγματος. Σε επίπεδο ευρωπαϊκού δικαίου η διάταξη του άρθρου 14 ΕΣΔΑ που

Η κατά το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος αρχή της ισότητας αποτελεί νομικό κανόνα που δεσμεύει το νομοθέτη και την κανονιστικώς δρώσα διοίκηση. Η αρχή αυτή επιβάλλει στο νομοθέτη, κοινό ή κανονιστικό, να δρα μέσα στα όριά της τα οποία αποκλείουν τόσο την έκδηλη άνιση μεταχείριση με τη μορφή εισαγωγής χαριστικού μέτρου μη συνδεδεμένου προς αξιολογικά κριτήρια ή της επιβολής αδικαιολόγητης επιβάρυνσης, όσο και την αυθαίρετη εξομοίωση διαφορετικών καταστάσεων ή την ενιαία μεταχείριση καταστάσεων που τελούν κάτω από διαφορετικές συνθήκες ή αντίθετα τη διαφορετική μεταχείριση ίδιων ή παρόμοιων καταστάσεων με τυχαία και συμπτωματικά κριτήρια. Ο δικαστικός έλεγχος της τήρησης της αρχής της ισότητας συνιστά έλεγχο ορίων και όχι έλεγχο των καταρχήν επιλογών ή του ουσιαστικού περιεχομένου των νομικών κανόνων.

Για παράδειγμα, έστω π.χ. ότι η διάταξη νόμου ορίζει μεταξύ άλλων πως για τη χορήγηση άδειας λειτουργίας φαρμακείου προβλέπεται όριο ηλικίας έως 40 ετών. Περαιτέρω, ορίζεται ότι ο εν λόγω περιορισμός (δηλ. η ηλικία) δεν αφορά όσους επιθυμούν να ανοίξουν φαρμακείο σε τόπο κάτω των 10.000 κατοίκων (κριτήριο: το χωρικό - πληθυσμιακό).

Πρακτικά στο στάδιο αυτό ελέγχεται αν το κριτήριο που υιοθετήθηκε είναι συναφές με το σκοπό και το αντικείμενο της ρύθμισης. Αν είναι ασυναφές, τότε οι δύο ηλικιακές ομάδες είναι ουσιαδώς όμοιες και επομένως κακώς διακρίθηκαν, ο περιορισμός δηλαδή εισήχθη κατά παράβαση της αρχής της ισότητας. Αντιθέτως, αν είναι συναφές, οι δύο ομάδες (δηλαδή οι άνω των 40 και οι κάτω των 40 ετών) είναι ουσιαδώς ανόμοιες, άρα καλώς διαχωρίστηκαν και συνεπώς νόμιμα εισήχθη ο περιορισμός.

Στο ως άνω παράδειγμα, ο τεθείς περιορισμός δεν είναι θεμιτός, διότι δεν αφορά όλους με γενικά και αντικειμενικά κριτήρια, δεδομένου ότι εξαιρεί αδικαιολόγητα τους υποψηφίους με βάση τον τόπο εφαρμογής του ηλικιακού περιορισμού των 40 ετών. Το χωρικό - πληθυσμιακό κριτήριο είναι προδήλως ασυναφές με το σκοπό της ρύθμισης που είναι η χορήγηση άδειας λειτουργίας φαρμακείου σε άτομα που έχουν αποκτήσει την άδεια σε ένα σύντομο χρόνο από την ολοκλήρωση των σχετικών σπουδών τους.

Σε άλλο ενδεικτικό παράδειγμα, έστω ότι μία προκήρυξη πλήρωσης θέσεων στο Δημόσιο ορίζει μεταξύ άλλων ότι θα πρέπει ο υποψήφιος να έχει μεταπτυχιακό τίτλο ΠΜΣ (δηλαδή ο περιορισμός είναι η κατοχή τίτλου ΠΜΣ). Έστω, περαιτέρω, ότι η προκήρυξη περιέχει όρο που αναφέρει ότι όσοι επιθυμούν να αποκτήσουν πρόσβαση

επιβάλλει την απαγόρευση διακρίσεων τυγχάνει εφαρμογής μόνο εφόσον τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης σχετίζονται με προστατευόμενα από τις διατάξεις της ΕΣΔΑ δικαιώματα, ενώ οι διατάξεις του 12ου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ περιέχουν γενική απαγόρευση διακριτικής μεταχείρισης σε σχέση με κάθε άλλο δικαίωμα προβλεπόμενο από το νόμο (δηλαδή δεν απαιτείται να σχετίζεται με προστατευόμενο από την ΕΣΔΑ δικαίωμα) λόγω φύλου χρώματος κλπ. Ωστόσο, το 12ο πρωτόκολλο έχει μεν υπογραφεί αλλά δεν έχει κυρωθεί από την Ελλάδα. Επιπροσθέτως, η αρχή της ισότητας συνιστά γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου που κατοχυρώνεται ειδικότερα και στη διάταξη του άρθρου 20 ΧΘΔΕΕ. Τέλος, απαγόρευση διακρίσεων προβλέπει και η διάταξη του άρθρου 20 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (ΔΣΑΠ) που κυρώθηκε με το ν. 2462/1997.

στη θέση σε παραμεθόριες περιοχές, δεν χρειάζεται να έχουν μεταπτυχιακό τίτλο ΠΜΣ, εφόσον πληρούν το κριτήριο της εντοπιότητας - παραμεθόριος.

Εν προκειμένω το κριτήριο είναι συναφές και άσχετο με το αντικείμενο της ρύθμισης που είναι η πλήρωση θέσεων στο δημόσιο με εξειδικευμένα στελέχη. Άλλο βέβαια το ζήτημα ότι ενδεχομένως η προκήρυξη θα μπορούσε να προβλέπει πως οι υποψήφιοι αυτοί των παραμεθόριων καταλαμβάνουν ειδικές θέσεις, δηλαδή ότι κατατάσσονται σε ειδικό πίνακα.

5. Στο πέμπτο στάδιο ελέγχεται αν ο περιορισμός δικαιολογείται από σκοπό δημοσίου συμφέροντος. Το στάδιο αυτό υποδιαιρείται σε δύο υποστάδια: α) εντοπίζεται πρώτα ο σκοπός που επιδιώκει ο νομοθέτης και εν συνεχεία β) ελέγχεται αν ο σκοπός είναι δημοσίου συμφέροντος.

Ο σκοπός τον οποίο επιδιώκει ο νομοθέτης εντοπίζεται συνήθως:

- α) στο γράμμα της διάταξης
- β) στην αιτιολογική έκθεση του νόμου
- γ) στην έκθεση συνεπειών της ρύθμισης¹⁵⁸ που είναι ένα συνοδευτικό του τυπικού νόμου έγγραφο το οποίο περιέχει πρόβλεψη περί της πραγματικής κατάστασης που θα δημιουργηθεί επί εφαρμογής της ρύθμισης.
- δ) στα πρακτικά της κρίσιμης συνεδρίασης της Βουλής και ειδικότερα στην εισήγηση του εισηγητή
- ε) αν ο σκοπός δεν εντοπιστεί στα παραπάνω εξάγεται με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής.

Αφού εντοπιστεί με κάποιον από τους παραπάνω τρόπους ο σκοπός που επιδιώκεται από το νόμο, στη συνέχεια γίνεται αξιολογική κρίση, δηλαδή εξετάζεται αν η προστασία του σκοπού αυτού απορρέει από κάποια συνταγματική διάταξη, έστω και ερμηνευτικά.

Στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού εξετάζεται και το προσχηματικό του σκοπού δημοσίου συμφέροντος. Κυρίως ο ειδικότερος αυτός έλεγχος του προσχηματικού του σκοπού αφορά περιορισμούς του δικαιώματος πρόσβασης σε επάγγελμα. Έτσι λ.χ. κρίθηκε από το ΣτΕ στην υπόθεση των οδηγών βυτιοφόρων (*numerus clausus*)¹⁵⁹. Ειδικότερα, με τη διάταξη της περ. γ' της παρ. 5 του άρθρου 6 του ν. 3054/2002 παρασχέθηκε νομοθετική εξουσιοδότηση για να επιβληθεί περιορισμός στον δυνάμενο να χορηγηθεί σε επιχειρήσεις εμπορίας πετρελαιοειδών αριθμό αδειών κυκλοφορίας βυτιοφόρων αυτοκινήτων ιδιωτικής χρήσεως και να επιτραπεί η χορήγηση στις επιχειρήσεις αυτές αριθμού αδειών κυκλοφορίας βυτιοφόρων αυτοκινήτων μικροτέρου από εκείνον που απαιτείται για την πλήρη κάλυψη των αναγκών τους, χωρίς να προκύπτουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογούν την θέσπιση του περιορισμού αυτού. Το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν συνιστά τέτοιο λόγο δημοσίου συμφέροντος η αποτροπή της μείωσης του

¹⁵⁸ Ουσιαστικά αφορά τα λεγόμενα *interna corporis* της Βουλής, άρα το έγγραφο αυτό και να μην υπάρχει είναι δικαστικά ανέλεγκτο.

¹⁵⁹ ΣτΕ 3536/2009 Τμήμα Δ' (δημοσίευση Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ). Στην ουσία το ΣτΕ εδώ δέχτηκε ότι ο κλειστός αριθμός αδειών έχει ως σκοπό να προστατεύσει τα οικονομικά συμφέροντα των οδηγών αυτών και όχι την προστασία οικονομικά αδύναμων επαγγελματιών και το έκρινε αυτό βάσει της τιμής πώλησης των αδειών που ήταν μεγάλης αξίας.

μεταφορικού έργου των κατόχων αδειών κυκλοφορίας βυτιοφόρων αυτοκινήτων δημοσίας χρήσεως, διότι μόνη η εξυπηρέτηση του οικονομικού συμφέροντος ορισμένης επαγγελματικής τάξεως, δεν είναι δυνατόν να τεθεί υπεράνω του γενικού συμφέροντος, που είναι η προς το συμφέρον της εθνικής οικονομίας και των καταναλωτών εξασφάλιση της ομαλής και συνεχούς τροφοδοσίας της αγοράς με πετρελαιοειδή προϊόντα καθώς και η ελευθερία των εταιρειών εμπορίας των προϊόντων αυτών να οργανώσουν ορθολογικά τις επιχειρήσεις τους. Ούτε η προστασία του οικονομικού συμφέροντος των μικρότερων επιχειρήσεων εμπορίας υγρών καυσίμων αποτελεί λόγο δημοσίου συμφέροντος για τον περιορισμό της κατ' άρθρο 5 του Συντάγματος επαγγελματικής ελευθερίας των άλλων μελών του ίδιου επαγγελματικού κλάδου. Ο ανωτέρω περιορισμός δεν αποτελεί πρόσφορο μέσο για να εξασφαλισθεί αποτελεσματικός έλεγχος της διακινήσεως των πετρελαιοειδών προϊόντων και να προστατευθούν το περιβάλλον, η δημόσια υγεία και η οδική ασφάλεια. Η διάταξη της περ. γ' της παρ. 5 του άρθρου 6 του ν. 3054/2002 κρίθηκε συνεπώς ότι αντίκειται στο άρθρο 5 του Συντάγματος και ότι είναι ανίσχυρη.

6. Αρχή της αναλογικότητας

Κατά το στάδιο αυτό ελέγχου η αρχή της αναλογικότητας εξετάζεται με αποθετική εκφορά:

α) ελέγχεται αν ο περιορισμός είναι *προδήλως απρόσφορος*, δηλαδή ακατάλληλος να οδηγήσει στο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, στην επίτευξη του σκοπού δημοσίου συμφέροντος. Ο έλεγχος αυτός είναι έλεγχος άκρων ορίων. Αν ο κοινός νομοθέτης κινείται εντός των ορίων της διακριτικής του ευχέρειας, τότε αυτό που εκφέρει είναι ουσιαστική κρίση, δηλαδή δικαστικά ανέλεγκτη.

β) ελέγχεται αν ο περιορισμός είναι *προδήλως ασυναφής* με το σκοπό και το αντικείμενο της ρύθμισης. Προδήλως ασυναφής είναι π.χ. ο περιορισμός όταν γεννάται από μία έννομη σχέση Α (π.χ. τη φορολογική ενοχή, δηλ. την υποχρέωση πληρωμής του φόρου) και θίγει μία άλλη άσχετη έννομη σχέση Β (π.χ. τη σύμβαση ηλεκτροδότησης).

Για παράδειγμα στην υπόθεση με το «χαράτσι» της ΔΕΗ (ΣτΕ Ολ. 1972/2012) κρίθηκε αν συνιστά συνταγματικά ανεκτό περιορισμό του δικαιώματος της συμβατικής ελευθερίας των συναπτόντων σύμβαση με τη ΔΕΗ ή με εναλλακτικό προμηθευτή ηλεκτρικού ρεύματος η ρύθμιση διάταξης νόμου με την οποία προβλεπόταν η δυνατότητα της ΔΕΗ και των εναλλακτικών προμηθευτών να προβαίνουν σε διακοπή της παροχής του ηλεκτρικού ρεύματος προς τον καταναλωτή σε περίπτωση μη καταβολής του ΕΕΤΗΔΕ¹⁶⁰. Σύμφωνα με το σκεπτικό της

¹⁶⁰ Σύμφωνα με τη σκέψη 7 της ΣτΕ Ολ. 1972/2012 η επιβάρυνση αυτή αποτελεί φόρο και όχι ανταποδοτικό τέλος καθώς: «Η επιβολή του τέλους αυτού υπαγορεύτηκε από την επιτακτική ανάγκη να ληφθούν μέτρα έκτακτα και κατεπείγοντος χαρακτήρα ώστε παρά την αναθεώρηση των προβλέψεων για το δημοσιονομικό έλλειμμα συνέπεια αναθεωρήσεως του βαθμού ύφεσης της Ελληνικής οικονομίας να καταστεί παρόλα αυτά δυνατόν να επιτευχθούν οι τεθέντες δημοσιονομικοί στόχοι μειώσεως του ελλείμματος τόσο για το 2011 όσο και για το 2012. ως εκ τούτου εφόσον δηλαδή το επίδικο τέλος δεν επιβάλλεται σε ανταπόδοση συγκεκριμένης υπηρεσίας παρεχόμενες από το κράτος προς τους επιβαρυνόμενους με αυτό, τα δε έσοδα από την είσπραξή του περιέρχονται στον κρατικό προϋπολογισμό προς κάλυψη του δημοσιονομικού ελλείμματος, ήτοι προς εξυπηρέτηση γενικότερου κρατικού σκοπού, δεν συνιστά ανταποδοτικό τέλος, αλλά φόρο κατά την έννοια του άρθρου 78 του Συντάγματος. Άλλωστε η επίτευξη των δημοσιονομικών στόχων, από την οποία, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση, εξαρτάται απολύτως η πραγματική αξία της βαρυνόμενης με το

απόφασης (σκέψη 25) «Νομοθετική επέμβαση σε συνεστημένη συμβατική σχέση είναι επιτρεπτή ως εξαιρετικό μέτρο, λαμβανόμενο στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας, όταν σοβαροί λόγοι δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι συνάπτονται με το αντικείμενο της συμβάσεως, δικαιολογούν την ανατροπή της ομαλής εξέλιξης της συμβάσεως ή την μεταβολή των συμφωνηθέντων από τους αντισυμβαλλομένους (πρβλ. ΣτΕ 1909-10/2001 Ολομ.). Δεν επιτρέπεται, όμως, κατά την έννοια της ως άνω συνταγματικής διατάξεως, επέμβαση του νομοθέτη σε όρους συνεστημένης συμβάσεως, όταν η επέμβαση αυτή δεν αποσκοπεί στην άρση επιβλαβών για το δημόσιο συμφέρον συνεπειών της συμβάσεως, αλλά αποβλέπει σε σκοπό ξένο προς το αντικείμενο αυτή. ... η προβλεπόμενη στην παράγραφο 11 του άρθρου 53 του ν. 4021/2011 δυνατότητα διακοπής της παροχής του ηλεκτρικού ρεύματος σε καταναλωτή, ο οποίος δεν καταβάλλει, κατά τον οριζόμενο στο άρθρο αυτό τρόπο, το οφειλόμενο από αυτόν ειδικό τέλος, αν και κατά τα λοιπά προσφέρεται στην καταβολή του αντιτίμου του οικείου λογαριασμού κατανάλωσης ηλεκτρικού ρεύματος, αποτελεί συνταγματικώς ανεπίτρεπτη επέμβαση στην συμβατική σχέση μεταξύ του καταναλωτή και του προμηθευτή ηλεκτρικού ρεύματος και προσβολή του δικαιώματος του πρώτου για ελεύθερη απόλαυση των απορρεόντων από την σχετική σύμβαση προμηθείας δικαιωμάτων του. ... ουδόλως παρέπεται ότι είναι δυνατόν να επακολουθεί, ως συνέπεια της μη καταβολής του τέλους και εν είδει κυρώσεως, η διακοπή της παροχής του ηλεκτρικού ρεύματος στον συνεπή απέναντι στον αντισυμβαλλόμενο του προμηθευτή καταναλωτή, διότι με τον τρόπο αυτό υπάρχει επέμβαση στην μεταξύ αυτών συμβατική σχέση. Τούτο δε, διότι η επιδίωξη διασφάλισης της καταβολής νομίμως προβλεπόμενης φορολογικής επιβαρύνσεως συνιστά σκοπό θεμιτό μεν καθεαυτό, όμως άσχετο με το αντικείμενο της συμβάσεως παροχής ηλεκτρικού ρεύματος. Εξ άλλου, με την κύρωση της διακοπής από τον Διαχειριστή του Δικτύου της παροχής ηλεκτρικού ρεύματος σε φορολογούμενο για τον λόγο ότι δεν είναι συνεπής με φορολογικές υποχρεώσεις άσχετες προς τις απορρέουσες από την σύμβαση προμηθείας ηλεκτρικού ρεύματος υποχρεώσεις του παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, διότι πρόκειται περί μέτρου το οποίο άγει σε αναίρεση της καθολικότητας της παροχής των υπηρεσιών κοινωφελούς δικτύου εξυπηρετήσεως για λόγο, ο οποίος δεν είναι συναφής με την παροχή της εν λόγω υπηρεσίας».

Άλλο ενδεικτικό παράδειγμα προδήλως ασυναφούς περιορισμού: έστω διάταξη που ορίζει ότι εκπίπτει από το δικηγορικό επάγγελμα όποιος δεν καταβάλλει ασφαλιστικές εισφορές για τρία έτη. Αντιθέτως, είναι συναφής ο περιορισμός που επιβάλλει η διάταξη η οποία προβλέπει ότι εκπίπτει από Το δικηγορικό επάγγελμα όποιος έχει καταδικαστεί αμετάκλητα για το αδίκημα της πλαστογραφίας.

γ) Ελέγχεται αν ο περιορισμός είναι *προδήλως μη αναγκαίος* για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος. Θα πρέπει το μέτρο που υιοθετήθηκε να είναι το πιο επιβλαβές μέσο από όλα όσα θα μπορούσε ο νομοθέτης να έχει υιοθετήσει για να επιτύχει το σκοπό. Εδώ χρειάζονται πραγματικά επιχειρήματα για να πειστεί ο δικαστής ότι ο περιορισμός είναι *stricto sensu* αναλογικός.

επίδικο τέλος ακίνητης περιουσίας, συνιστάμενη σκοπό δημοσίου συμφέροντος, όχι όμως παροχή ειδικής ωφελείας προς τους βαρυνόμενους με αυτό, ώστε να αναιρείται ο χαρακτήρας του εν λόγω τέλους ως φορολογικής επιβαρύνσεως».

7. ελέγχεται αν θίγεται ο πυρήνας¹⁶¹ του δικαιώματος

Κατά την εξέταση του σταδίου αυτού, για να κριθεί το όλως αδύνατον της άσκησης του δικαιώματος, πρέπει αυτό να εξεταστεί ολικά, δηλαδή να καταργείται το δικαίωμα εντελώς, να θίγεται υπό οποιαδήποτε έκφασή του αλλά και υπό οποιαδήποτε μορφή. Παλαιότερα π.χ. είχε κριθεί ότι έθιγαν τον πυρήνα καταλύοντας το δικαίωμα στην οικογένεια κάποιιο περιορισμοί που επέβαλαν παλαιότεροι στρατιωτικοί κώδικες, οι οποίοι προέβλεπαν προηγούμενη άδεια σύναψης γάμου στην οποία να πιστοποιείται το κοινωνικό φρόνημα της συζύγου.

Η κλασική μεθοδολογία ελέγχου των περιορισμών εντοπίζεται συνήθως νομολογιακά στις περιπτώσεις των ακόλουθων δικαιωμάτων: 1) συμβατική ελευθερία (άρθρο 5 παρ. 1 Συντ.), υπό την ειδικότερη έκφραση της σύναψης σύμβασης, 2) επιχειρηματική ελευθερία (άρθρα 5 παρ. 1 και 106 Συντ.), 3) δικαίωμα άσκησης επαγγέλματος (άρθρο 5 παρ. 1 Συντ.), 4) θρησκευτική ελευθερία (άρθρο 13 παρ. 2 Συντ.) υπό την λατρευτική εκδήλωση του δικαιώματος μόνο, διότι το ενδιάθετο φρόνημα δεν περιορίζεται (άρθρο 13 παρ. 1 Συντ.), 5) ελευθερία έκφρασης (άρθρο 14 παρ. 1 Συντ.), 6) δικαίωμα ιδιοκτησίας (άρθρο 17 παρ. 1 Συντ.), 7) δικαίωμα δημιουργίας οικογένειας (άρθρο 21 Συντ.), 8) δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 Συντ.).

Β. Ο Άρειος Πάγος

Η κρατούσα θέση περί τυπικής νομικής ισοδυναμίας του συνόλου των διατάξεων που περιλαμβάνονται στο Σύνταγμα δεν υιοθετείται σε απόλυτο βαθμό από τον Άρειο Πάγο, ο οποίος έχει προβεί κατά καιρούς σε διαβαθμίσεις των προστατευόμενων συνταγματικών αρχών και δικαιωμάτων, χωρίς πάντως στέρεη και πειστική αιτιολογία.

Ενδεικτικά, στην απόφαση της Ολομέλειας 13/1999 κρίθηκε ότι η προστασία της ελευθερίας της επιστήμης (άρθρο 16 παρ. 1 Συντ.) και της έκφρασης (άρθρο 14 Συντ.) «αποσκοπεί στη διαφύλαξη ύψιστων κοινωνικών αγαθών [και ως εκ τούτου] καλύπτει (νομιμοποιεί) και προσβολές του δικαιώματος της προσωπικότητας [άρθρο 5 παρ. 1 Συντ.] που τυχόν ενυπάρχουν στην ενάσκησή τους», υπό την προϋπόθεση του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (άρθρο 2 παρ. 1 Συντ.)¹⁶². Με λίγα λόγια, η αξία του ανθρώπου αναγνωρίζεται ως ιεραρχικά υπέρτερη των ελευθεριών της επιστήμης και της έκφρασης, οι οποίες με τη σειρά τους τίθενται σε ανώτερη αξιολογική κλίμακα από το δικαίωμα ανάπτυξης της προσωπικότητας. Προς την ίδια κατεύθυνση, μέρος της θεωρίας υποστηρίζει ότι από μόνη της η ένταξη στο άρθρο 110 παρ. 1 Συντ. ορισμένων μη αναθεωρήσιμων διατάξεων συνιστά ένα σοβαρό ερμηνευτικό επιχείρημα υπέρ της αποδοχής μιας ιεράρχησης των θεμελιωδών δικαιωμάτων, όπου η αρχή της αξίας του ανθρώπου και η αρχή της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας κατέχουν μια θέση υπεροχής («preferred position»), έναντι των υπολοίπων¹⁶³.

¹⁶¹ Για τον πυρήνα του δικαιώματος βλ. σχετική ανάλυση στο Α' Μέρος της παρούσας, Κεφάλαιο Δεύτερο.

¹⁶² ΑΠ Ολ. 13/1999, Δίκη 1999, σελ. 650 επ. (με παρατηρήσεις Κ. Μπέη).

¹⁶³ Βλ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΥ Χ., Το πρόβλημα της λειτουργικής δέσμευσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ό.π., σελ. 81 επ., ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ ΣΤΡΑΤΙΓΑ Τζ., Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων, ό.π. σελ. 92 επ.

Αναφορικά με το ζήτημα της χρησιμοποίησης σε ποινική δίκη των παρανόμως αποκτηθέντων αποδεικτικών μέσων, βλ. ΜΟΕφΑθ 213/2003 το οποίο απεφάνθη ότι: «Εν όψει της αποφάσεως της ΑΠ Ολ 1/2001, πρέπει να λεχθεί ότι συνταγματικώς υπέρτερον αγαθόν, από το αγαθόν της ελευθερίας της επικοινωνίας, είναι η προσωπική ελευθερία, η οποία κατοχυρούται υπό των διατάξεων των άρθρων 5, 6 και 7 του Συντ. Επομένως, το απόρρητον της ελευθερίας της επικοινωνίας κάμπτεται και επιτρέπεται η χρήσις εις το δικαστήριο του προϊόντος της αθεμίτου μαγνητοφωνήσεως ιδιωτικής συνομιλίας, ήτοι της μαγνητοταινίας, προκειμένου: α) να απαλλαγεί ένας αθώος και β) να αποφευχθεί μία άδικος βαρύτερα καταδίκη του κατηγορουμένου». Αντίθετη, όμως, η ΑΠ 53/2010 που δεν δέχτηκε την χρήση παρανόμως αποκτηθείσας μαγνητοταινίας ως αποδεικτικό μέσο¹⁶⁴.

Ενδιαφέροντα συμπεράσματα συνάγονται και από τη νομολογία που αναπτύχθηκε με αφορμή το ύψος της δικηγορικής αμοιβής, στην περίπτωση του ελέγχου συνταγματικότητας των ρυθμίσεων της νομοθεσίας που καθόριζαν ελάχιστη αμοιβή για εργασίες που αφορούσαν στην προδικασία των διοικητικών διαφορών¹⁶⁵. Ο Άρειος Πάγος, εφαρμόζοντας την αρχή της αναλογικότητας, διατύπωσε την κρίση ότι «ο περιορισμός της αμοιβής αυτής ... δεν είναι σύμφωνος και με την αρχή της αναλογικότητας, ως μη αναγκαίος, απρόσφορος και δυσανάλογος, ενόψει του ως άνω επιδιωκόμενου με αυτόν σκοπού»¹⁶⁶, χωρίς, ωστόσο, να διευκρινίσει ποιο από τα ειδικότερα κριτήρια της αρχής της αναλογικότητας (προσφορότητα ή αναγκαιότητα) δεν πληρούνταν στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Περαιτέρω, ως προς τις αμοιβές των συμβολαιογράφων για συγκεκριμένη κατηγορία πράξεων για τις οποίες η σχετική νομοθεσία όριζε ως κανόνα την είσπραξη πάγιας αμοιβής αντί «αναλογικών δικαιωμάτων» (αμοιβής, δηλαδή, ανάλογης με την αντικειμενική αξία των μεταβιβαζόμενων περιουσιακών στοιχείων), η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου αποφάνθηκε ότι ο περιορισμός της συμβολαιογραφικής αμοιβής, παρά το γεγονός ότι προσδιορίζεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων από τον Κώδικα Συμβολαιογράφων, προσκρούει στη συνταγματική προστασία της επαγγελματικής ελευθερίας, καθώς «δεν είναι σύμφωνος και με την αρχή της αναλογικότητας, ως μη αναγκαίος, απρόσφορος και δυσανάλογος εν όψει του επιδιωκόμενου με αυτόν σκοπού»¹⁶⁷, χωρίς, και πάλι, το δικαστήριο να προσδιορίσει ποιο από τα ειδικότερα

¹⁶⁴ Βλ. ΣΑΤΛΑΝΗ Χ., Σκέψεις προς αποσαφήνιση του επιτρεπτού ή μη της αξιοποίησης της μαγνητοταινίας ή της βιντεοταινίας ως αποδεικτικού μέσου (Με αφορμή την απόφαση του Αρείου Πάγου υπ' αριθ. 53/2010), ΠοινΔικ, 7/2012, σελ. 626 επ.

¹⁶⁵ Άρθρο 152 του ΝΔ/τος 3026/1954, πριν την αντικατάστασή του από τις ρυθμίσεις του Ν. 3919/2011, το οποίο καθόριζε τη δικηγορική αμοιβή στην ελάχιστη παγία, προβαίνοντας στον υπολογισμό αυτής με δεδομένα τα οποία απείχαν τουλάχιστον τριάντα έτη από την υπαγωγή των διοικητικών διαφορών στα διοικητικά δικαστήρια, βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1423/2010, ΑΠ 337/2008, ΑΠ 2080/2007, όλες του Β' Τμήματος.

¹⁶⁶ Βλ. ΑΠ 93/2004, με την οποία παραπέμφθηκε το ζήτημα στην Ολομέλεια και εκδόθηκε η ΑΠ Ολ. 7/2005, ΕΕργΔ 2005, σελ. 648, ΕΔΚΑ 2005, σελ. 377, ΔΦΝ 2005, σελ. 1271, ΔΕΕ 2005, σελ. 1230, Δ/νη 2005, σελ. 693. Η απόφαση της Ολομέλειας δεν επαναλαμβάνει, ωστόσο, το αναλυτικό σκεπτικό της παραπεμπτικής αναφορικά με την προσβολή της επαγγελματικής ελευθερίας.

¹⁶⁷ ΑΠ Ολ. 10/2003, Δ/νη 2003, σ. 405. Χαρακτηριστικό, πάντως, της απόφασης της Ολομέλειας συνιστά η αναφορά στην αρχή της αναλογικότητας: «Όρο παραδοχής των περιορισμών αυτών αποτελεί και ο υπό τούτων σεβασμός της αρχής της αναλογικότητας. Η αρχή αυτή, αναγνωριζόμενη παγίως, ως ισχύουσα, από τη νομολογία των δικαστηρίων και πριν από την αναγωγή της σε ρητή συνταγματική έννοια με την αναθεώρηση του Συντάγματος από τη Ζ' Αναθεωρητική Βουλή στις 18.4.2001 (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. β'), απαιτεί όπως οι από τον νομοθέτη ή τη Διοίκηση επιβαλλόμενοι περιορισμοί στην άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων οριοθετούνται με βάση τα εννοιολογικά

κριτήρια της αρχής της αναλογικότητας δεν πληρούσε το επίμαχο περιοριστικό μέτρο.

Αντίθετη θέση υιοθέτησε η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου σε πρόσφατη απόφασή της με την οποία έκρινε ότι ο περιορισμός της εισπραττόμενης αναλογικής αμοιβής για πράξεις που αφορούσαν καταστατικά σύστασης και συγχώνευσης ανωνύμων εταιρειών, δεν αντίκειται στην επαγγελματική ελευθερία των συμβολαιογράφων. Αντιθέτως, κατά την κρίση της Ολομέλειας, η επίμαχη ρύθμιση συνιστά πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για την εξυπηρέτηση του σκοπού χάριν του οποίου τέθηκε. Ο σκοπός αυτός (ανάπτυξη της εθνικής οικονομίας) αξιολογήθηκε από την Ολομέλεια ως υπέρτερος, δικαιολογώντας, κατά την ομόφωνη κρίση της, την επιβολή «οροφής» στις αναλογικές συμβολαιογραφικές αμοιβές. Σε διαφορετική περίπτωση, «...τα έξοδα για τη σύσταση ή συγχώνευση ανωνύμων εταιρειών, των οποίων το μετοχικό κεφάλαιο είναι εξαιρετικά μεγάλο, να είναι υπέρογκα και δυσβάστακτα για τις υπό σύσταση ή συγχώνευση ανώνυμες εταιρείες, παράλληλα δε οι αντίστοιχες αμοιβές των συμβολαιογράφων δυσανάλογες προς τις παρεχόμενες απ' αυτούς υπηρεσίες, εντέυθεν δε να αποβαίνουν αποτρεπτικά για τον επιδιωκόμενο από τις εταιρείες αυτές σκοπό προς βλάβην της εθνικής οικονομίας, αφού έτσι δεν επιτυγχάνεται η πραγματοποίηση παραγωγικών επενδύσεων, για την ανάπτυξη της χώρας. Όπως είναι φανερό, η επίτευξη του στόχου αυτού, που συμβάλλει στην ανάπτυξη της Εθνικής Οικονομίας, είναι ευρύτερου δημοσίου συμφέροντος και υπερτερεί του ατομικού συμφέροντος των συμβολαιογράφων να υπολογίζουν χωρίς τον παραπάνω περιορισμό την αμοιβή τους και συνεπώς να εισπράττουν αυξημένα συγκριτικά δικαιώματα για τις πράξεις που συντάσσουν προς σύσταση ή συγχώνευση ανωνύμων εταιρειών, που συνιστούν άλλωστε μικρό μέγεθος σε σχέση με το συνολικό όγκο των πραγματοποιούμενων από τους συμβολαιογράφους εργασιών. Συνάγεται έτσι ότι ο κρίσιμος περιορισμός των δικαιωμάτων των συμβολαιογράφων και πρόσφορος είναι και αναγκαίος για την επίτευξη των ως άνω σημαντικών αναπτυξιακών στόχων της Εθνικής Οικονομίας, ενώ δεν είναι και δυσανάλογος σε σχέση με την προκαλούμενη στους συμβολαιογράφους οικονομική ζημία, αντιπαραβαλλόμενη προς την αναμενόμενη για την εθνική οικονομία ωφέλεια»¹⁶⁸.

Σε μια άλλη σχετικά πρόσφατη περίπτωση¹⁶⁹, που αφορούσε υποχρέωση πίστης εργαζομένου το Δικαστήριο έκρινε ότι η αναζήτηση και επαναφορά ηλεκτρονικών αρχείων (e-mails) από το σκληρό δίσκο υπολογιστών της εργοδότης εταιρείας, που χρησιμοποιούσαν παραιτηθέντες πρώην υπάλληλοί της, κατόπιν άρνησής τους να παραδώσουν στην εργοδότη εταιρεία τα σχετικά έγγραφα, με σκοπό την αποκάλυψη των κρίσιμων δεδομένων για την άσκηση του δικαιώματος της δικαστικής προστασίας της αναιρεσείουσας εργοδότης, προκειμένου να διασφαλισθεί το δικαίωμα της επιχειρηματικής ελευθερίας της ήταν καθ' όλα θεμιτή. Η επίκληση των πρώην υπαλλήλων της αναιρεσείουσας των δικαιωμάτων στην ιδιωτική ζωή και την προστασία των προσωπικών δεδομένων, ήταν αθέμιτη, αφού η άσκησή τους προσέβαλε δικαιώματα της αναιρεσείουσας, που υπερείχαν προφανώς

στοιχεία της προσφορότητας και της αναγκαιότητας του λαμβανόμενου μέτρου και της αναλογίας του προς τον επιδιωκόμενο με αυτό σκοπό».

¹⁶⁸ ΑΠ Ολ. 7/2012. Η υπόθεση παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια με την ΑΠ 1683/2010 (Β' τμ.). Για έναν εκτεταμένο σχολιασμό των ανωτέρω αποφάσεων βλ. ΚΟΚΟΤΑ Β., «Συνταγματικότητα επιβολής ανωτάτου ορίου ως προς τις αναλογικές αμοιβές των συμβολαιογράφων (ΑΠ Ολ 7/2012)», Συνήγορος 93/2012, σελ. 36.

¹⁶⁹ Ολ. ΑΠ 1/2017. Βλ. αναλυτικό σχολιασμό της απόφασης σε ΓΕΩΡΓΙΟΥ Σ., ΕφημΔΔ 1/2017, σελ. 18-33.

και αφορούσαν τη διασφάλιση της εμπορικής πίστης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, που η αποτελεσματική υπεράσπισή τους ενώπιον δικαστηρίου επέβαλε την απόδειξη της αντισυμβατικής, αθέμιτης και επιζήμιας για την αναιρεσείουσα συμπεριφοράς των αναιρεσίβλητων πρώην υπαλλήλων της.

Η εν λόγω απόφαση φαίνεται καταρχήν να ικανοποιεί το κοινό «περί δικαίου αίσθημα» δικαιώνοντας εταιρεία, η οποία έπese θύμα αθέμιτης ανταγωνιστικής εισφοράς υψηλόβαθμων στελεχών της, τα ζητήματα όμως για τα οποία αποφάνθηκε (κατά παραπομπή, σύμφωνα με τα άρθρα 23 παρ. 2 εδ. γ' του ν. 1756/1988 και 563 παρ. 2 εδ. β' του ΚΠολΔ λόγω γενικότερου ενδιαφέροντος) έχουν εξαιρετική σημασία για το μέλλον του απορρήτου της επικοινωνίας, καθώς, μάλιστα, η ανάγκη προστασίας αυτού του θεμελιώδους συνταγματικού δικαιώματος, σε μια δημοκρατική κοινωνία αυξάνεται διαρκώς, λόγω των τεχνολογικών εξελίξεων.

Η εκδοθείσα απόφαση χωρίς να κάνει οποιαδήποτε μνεία των τεχνολογικών εξελίξεων που υπαγορεύουν την ανάγκη εφαρμογής της συνταγματικής διάταξης για την προστασία του απορρήτου σε διευρυμένα μέσα επικοινωνίας, οδηγείται σε μια *ad hoc* στάθμιση με βάση «το δίκαιο αποτέλεσμα» εν όψει του πραγματικού της υπό κρίση υπόθεσης, αποδοκιμάζοντας την αθέμιτη συμπεριφορά και την επίκληση του απορρήτου της επικοινωνίας για τη συγκάλυνσή της. Για την ορθή, όμως, εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας σημασία έχει όχι απλώς το ίδιο το γράμμα της διάταξης του άρθρου 19 του Συντ., που επιτάσσει την απόλυτη προστασία του ιδιωτικού απορρήτου, αλλά και το υψηλότατο τίμημα που καταβάλλεται από τη συρρίκνωση της συνταγματικής προστασίας του απορρήτου της επικοινωνίας, σε μια εποχή γενικευμένης απειλής της και διαδεδομένης προσβολής της. Η ανεπιφύλακτη και απόλυτη διατύπωση του άρθρου 19 Συντ. καταδεικνύει ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης πραγματοποίησε ο ίδιος την κρίσιμη στάθμιση και η επιλογή του αυτή εναρμονίζεται με τις ανάγκες των καιρών, προκειμένου η συνταγματική προστασία να παρακολουθεί τις τεχνολογικές εξελίξεις και να μην υστερεί απελπιστικά απέναντι σε αυτές. Δεν φαίνεται, έτσι, *prima facie* να υφίσταται έδαφος για σταθμίσεις, σε περίπτωση σύγκρουσης προς άλλα συνταγματικά δικαιώματα, ενώ η απαγόρευση είναι άμεσα εφαρμόσιμη και παραμερίζει κάθε αντίθετη διάταξη νόμου. Υπό το φως των δεδομένων του Συντάγματος, η θέση της μειοψηφίας στη σχολιαζόμενη απόφαση προβάλλει πιο πειστική. Συνεπώς, η επιφανειακή *ad hoc*, στάθμιση μεταξύ δικαιωμάτων και έννομων αγαθών, υπό την πίεση της εκάστοτε συγκυρίας, απειλεί να αποσταθεροποιήσει τις λεπτές συνταγματικές ισορροπίες και να θέσει σε χειμερία νάρκη τις θεμελιώδεις ατομικές ελευθερίες που συνδέονται με την ουσία του δημοκρατικού πολιτεύματος, όπως το απόλυτο απαραβίαστο της επικοινωνίας.

1.3 Η μεθοδολογική προσέγγιση του ΕΔΔΑ

Το Δικαστήριο του Στρασβούργου έχει αναπτύξει μία συγκεκριμένη μέθοδο διαπίστωσης της βασιμότητας των επιχειρημάτων του διαδίκου που ισχυρίζεται ότι παραβιάστηκε εκ μέρους του αμυνόμενου κράτους διάταξη της Σύμβασης, με την οποία κατοχυρώνεται ανθρώπινο δικαίωμα ή θεμελιώδης ελευθερία. Η μέθοδος αυτή χαρακτηρίζεται από τη διαδοχή διαφόρων φάσεων έρευνας σε συγκεκριμένη αλληλουχία, το επιστέγασμα των οποίων είναι η κρίση για το αν έτυχε σεβασμού στην υπό κρίση περίπτωση η αρχή της δίκαιης ισορροπίας.

Σχηματικά η μέθοδος που ακολουθεί το Δικαστήριο για τη διαπίστωση της βασιμότητας επιχειρημάτων περί παραβίασεως διάταξης της σύμβασης περιλαμβάνει μία προκαταρκτική έρευνα, όπου εξετάζονται ζητήματα η αντιμετώπιση των οποίων δεν απαιτεί στάθμιση συμφερόντων και την κυρίως έρευνα όπου διενεργούνται τέτοιες σταθμίσεις¹⁷⁰.

Το ΕΔΔΑ επιλύει τις υποθέσεις που άγονται ενώπιον του προς επίλυση ακολουθώντας μία κλασική μεθοδολογία η οποία δομείται στα ακόλουθα στάδια:

1. Σε ένα πρώτο στάδιο το δικαστήριο ελέγχει αν υπάρχει επέμβαση σε κάποιο δικαίωμα το οποίο κατοχυρώνεται από την ΕΣΔΑ
2. Σε ένα επόμενο στάδιο ελέγχει εάν η επέμβαση αυτή είναι *lawful*, αν δηλαδή προβλέπεται από κάποιο νόμο. Εν προκειμένω έχει κριθεί ότι δεν απαιτείται η επέμβαση να προβλέπεται σε κάποιο τυπικό νόμο, μπορεί και σε προεδρικό διάταγμα, έχει μάλιστα κριθεί ότι μπορεί ακόμη να στηρίζεται και σε μία γνωμοδότηση του γαλλικού συμβουλίου επικρατείας (Βλ. ΕΔΔΑ Ebrahimian κατά Γαλλίας - application no. 64846/11). Με άλλα λόγια, ενδιαφέρει η επέμβαση να στηρίζεται σε νόμο, αλλά δεν είναι σημαίνουσα η τυπική μορφή που θα έχει ο νόμος αυτός, ενδιαφέρουν κυρίως τα ποιοτικά χαρακτηριστικά του νόμου και κυρίως ότι θα πρέπει να είναι σαφούς και προβλέψιμης εφαρμογής. Αυτό είναι ένα βασικό ποιοτικό χαρακτηριστικό που ελέγχει το δικαστήριο στο πλαίσιο του ελέγχου της αρχής του κράτους δικαίου. Ένας περιορισμός δηλαδή σε ένα δικαίωμα να είναι έτσι διατυπωμένος, ώστε να μπορούν και τα υποκείμενα του δικαίου να προσαρμόσουν τη συμπεριφορά τους σε σχέση με τον περιορισμό αυτόν.
3. Αν ο περιορισμός τελικά κριθεί *lawful*, τότε σε ένα επόμενο στάδιο ελέγχεται αν εξυπηρετεί αυτή η επέμβαση έναν θεμιτό σκοπό (*legitimate aim*). Αξίζει εδώ να σημειωθεί ότι τα περισσότερα άρθρα της σύμβασης (βλ. κυρίως άρθρα 8-10) ακολουθούν την εξής δομή: στη μεν πρώτη παράγραφο κατοχυρώνεται το δικαίωμα (π.χ άρθρο 8 παρ. 1, άρθρο 10 παρ. 1 κ.λ.π.) και σχεδόν πάντα ακολουθεί μία παράγραφος 2 η οποία προβλέπει τους λόγους, τους σκοπούς οι οποίοι μπορούν να δικαιολογήσουν μία επέμβαση, έναν περιορισμό στο δικαίωμα που κατοχυρώνεται στην παράγραφο 1. Επομένως το δικαστήριο εδώ ελέγχει αν ο περιορισμός εξυπηρετεί κάποιον από τους περιοριστικά αναφερόμενους στην παράγραφο 2 του άρθρου θεμιτούς σκοπούς. Αν τυχόν διαπιστώσει ότι δεν εξυπηρετεί κάποιον θεμιτό σκοπό της παραγράφου 2, τότε τερματίζει στο στάδιο αυτό τον έλεγχο του και δεν προχωρά στα επόμενα.

Συνήθως στα τρία πρώτα στάδια του ελέγχου δεν εντοπίζονται ιδιαίτερα προβλήματα. Εκεί που φαίνεται να δημιουργείται προβληματισμός είναι στο τέταρτο στάδιο ελέγχου. Ειδικότερα:

4. Στο πλαίσιο του τέταρτου σταδίου, το Δικαστήριο εξετάζει αν το μέτρο που ελήφθη, ο περιορισμός δηλαδή, ήταν αναγκαίος σε μία δημοκρατική κοινωνία. Στην πραγματικότητα αυτό που κάνει το δικαστήριο στο τέταρτο αυτό στάδιο είναι ένας έλεγχος αναλογικότητας, δηλαδή εξετάζει αν το μέτρο αυτό εν όψει των συνθηκών ήταν πρόσφορο και αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για να ικανοποιήσει

¹⁷⁰ Βλ. αναλυτικά σε ΣΑΡΜΑ Ι., Η δίκαιη ισορροπία, τόμος 3 Τα μεγάλα Θέματα της Νομολογίας, εκδ. Σάκκουλα και Ίδρυμα Θεμιστοκλή και Δημήτρη Τσάτσου - Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου, κεφάλαιο 26, σελ. 385 επ.

αυτό το σκοπό. Στο πλαίσιο αυτού του τέταρτου σταδίου, το ΕΔΔΑ όντας ένα περιφερειακό δικαστήριο, το οποίο λειτουργεί μέσα σε μία σύμβαση η οποία διέπεται από την αρχή της επικουρικότητας, αναγνωρίζει ένα περιθώριο εκτίμησης¹⁷¹ στα συμβαλλόμενα κράτη κατά την επιλογή του ενός ή του άλλου μέτρου, το δε αυτό περιθώριο εκτίμησης μπορεί να κυμαίνεται, άλλοτε να είναι περισσότερο ευρύ άλλοτε περισσότερο στενό με βάση διάφορα κριτήρια που μπορεί να είναι η φύση της διαφοράς ή ενδεχομένως και η συναίνεση (consensus) που έχει διαμορφωθεί για ένα ζήτημα μεταξύ των κρατών-μελών του Συμβουλίου της Ευρώπης.

Κατά τον Ι. Σαρμά¹⁷², Πρόεδρο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, πρέπει να αποδεικνύεται ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση συνέτρεχε επιτακτική κοινωνική ανάγκη που επέβαλλε στις κρατικές αρχές να επιδιώξουν το θεμιτό σκοπό. Έτσι, σε μία πρώτη φάση έρευνας το Δικαστήριο διαπιστώνει την ύπαρξη ή μη γεγονότων που ανήκουν στον κόσμο της εμπειρίας, σε μία δεύτερη φάση, ερευνά αν τα επιστρατευθέντα μέσα ήταν προσφορά προς επίτευξη του στόχου και αν ακόμη ήταν επαρκή. Σε ένα επόμενο στάδιο το Δικαστήριο εξετάζοντας αν το μέτρο που επιλέχθηκε ως μέσο για την επίτευξη του θεμιτού σκοπού προκειμένου να κρίνει αν το μέτρο αυτό είναι συμβατό με τις αρχές που διέπουν τη δημοκρατική κοινωνία, ερευνά την εκτίμηση των συνεπειών που ενδέχεται τα μέτρα αυτά να αναπτύξουν ως προς την τήρηση των αξιών πάνω στις οποίες οικοδομήθηκε το δημοκρατικό πολίτευμα.

Περαιτέρω, εφόσον η κρινόμενη επέμβαση σε δικαίωμα προστατευόμενο από τη Σύμβαση ή Πρωτόκολλο αυτής διέλθει επιτυχώς τις προηγούμενες φάσεις ελέγχου, το Δικαστήριο εξετάζει αν όντως στη συγκεκριμένη υπό κρίση υπόθεση η αμφισβητούμενη επέμβαση συντελέσθηκε με πνεύμα δίκαιης ισορροπίας¹⁷³. Το Δικαστήριο χαρακτηρίζει την άσκηση αυτή ως στάθμιση, η οποία συντελείται με την εφαρμογή μιας μεθόδου που στηρίζεται σε μία αναλυτική και μία άλλη συνθετική προσέγγιση ή, άλλως σε δύο περιόδους μία κατά την οποία διαφοροποιούνται και αξιολογούνται τα στοιχεία που συνθέτουν την επίδικη υπόθεση και μία άλλη όπου τα ίδια στοιχεία ενσωματώνονται και ισορροπούν σε μία απόφαση με την οποία απονέμεται η δικαιοσύνη. Σε κάθε υπόθεση εμφανίζονται συμφέροντα που συγκρούονται και ζητούν προστασία, πράξεις και συμπεριφορές που προκάλεσαν την επικαλούμενη παραβίαση της Σύμβασης ή Πρωτοκόλλου της ή που συνάπτονται με την παραβίαση αυτή, αρχές και αξίες που διακυβεύονται ή που απαιτούν σεβασμό.

¹⁷¹ Ιδίου, ό.π., σελ. 386: «Το περιθώριο εκτίμησης αναφέρεται τόσο στην εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν μία υπόθεση, ιδίως στην έκταση και ένταση της κοινωνικής ανάγκης που δικαιολογεί μία επέμβαση σε προστατευόμενο από τη σύμβαση δικαίωμα, όσο και στην επιλογή του κατάλληλου μέτρου προς θεραπεία της ανάγκης αυτής. Το μέγεθος του περιθωρίου εκτίμησης ποικίλλει ανάλογα με τη σοβαρότητα του θέματος. Όσο σοβαρότερο είναι το ζήτημα προστασίας ενός δικαιώματος ή θεμελιώδους ελευθερίας τόσο μικρότερο περιθώριο αναγνωρίζεται στα κράτη και όσον διαφοροποιημένες εμφανίζονται οι εθνικές νομοθεσίες επί ενός ζητήματος, μαρτυρούσα έτσι έλλειψη ευρωπαϊκής συναίνεσης τόσο ευρύτερο περιθώριο εκτιμήσεως υπέρ του συμβαλλόμενου Κράτους γίνεται δεκτό».

¹⁷² Βλ. ό.π. σελ. 387-391.

¹⁷³ Εναλλακτικά προς το κριτήριο της εύλογης ισορροπίας, το ΕΔΔΑ χρησιμοποιεί σε ορισμένες αποφάσεις του το κριτήριο της ύπαρξης «κρίσιμων και επαρκών (αποχρώντων) λόγων» (“relevant and sufficient reasons”), του περιοριστικού μέτρου, ώστε αυτό να θεωρηθεί ως αναλογικό και άρα αναγκαίο κατά την έννοια των άρθρ. 8-11 παρ. 2 ΕΣΔΑ. Βλ. ειδικότερα ΠΟΔΗΜΑΤΑ Ε., Σκέψεις για την ερμηνευτική αρχή της αναλογικότητας κατά τη νομολογία του ΕυρΔΔΑ και τον αντίκτυπό της στην ημεδαπή νομολογία, σε: Δικηγορικός Σύλλογος Θεσσαλονίκης, Η πολιτική δίκη υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΚ και του ΕΔΔΑ, εκδόσεις Σάκκουλα, 2008, σελ.243-244.

Κατά την αξιολόγηση των στοιχείων της υπόθεσης το Δικαστήριο εντοπίζει όλα τα δεδομένα που συνθέτουν την υπόθεση και μετά ακολουθεί η εκτίμηση της βαρύτητας καθενός.

Στη διαδικασία αυτή το Δικαστήριο εφαρμόζει δύο κατηγορίες κριτηρίων: αφενός κριτήρια αξιολόγησης που αντλεί από το θετικό δίκαιο εν ευρεία έννοια στο οποίο περιλαμβάνονται και σκέψεις διατυπωμένες εντός του πλαισίου της νομολογίας του, αφετέρου δικαιοϊκά κριτήρια ευρύτερης σημασίας π.χ. η κοινωνική ωφελιμότητα μιας συμπεριφοράς, η συμβατότητά της εντός του συστήματος δικαιωμάτων που κατοχυρώνεται στη Σύμβαση και τα Πρωτόκολλα της και η αποδεξιμότητά της από απόψεως συναίνεσης εντός των δημοκρατικών κοινωνιών του Συμβουλίου της Ευρώπης. Η διαδικασία αυτή καταλήγει εκ μέρους του Δικαστηρίου στην απόδοση από αυτό σε κάθε στοιχείο που συνθέτει την υπόθεση ενός ειδικού βάρους που αντιστοιχούμενο στην εικόνα κάθε διαδίκου προσλαμβάνει άλλοτε θετική και άλλοτε αρνητική αξία. Η δίκαιη ισορροπία αποδίδει εν τέλει σε κάθε ένα από τα δύο βασικά συμφέροντα που συγκρούονται σε κάθε δίκη, ήδη από το από τον προσφεύγοντα προβαλλόμενο ως παραβιασθέν δικαίωμα και τον από το αμυνόμενο κράτος προβαλλόμενο ως επιδιωχθέντα θεμιτό σκοπό, το βάρος που επιβάλλεται ενόψει της αιτιολόγησης των στοιχείων της υπόθεσης που προηγήθηκε.

2. Κριτική της στάθμισης ως μεθόδου επίλυσης «συγκρούσεων» συνταγματικών δικαιωμάτων

2.1. Το δογματικό εμπόδιο της αρχής της τυπικής ισοδυναμίας των συνταγματικών διατάξεων

Αν και αποτελεί την κρατούσα στη θεωρία και νομολογία μέθοδο επίλυσης πρακτικών θεμάτων που σχετίζονται με τα συνταγματικά δικαιώματα, η στάθμιση δεν στερείται μειονεκτημάτων. Η κριτική της στάθμισης αφορά τη θεωρητική επεξεργασία της αλλά και την πρακτική της προσέγγιση. Με άλλα λόγια, αφορά και τις θεωρητικές βάσεις της στάθμισης και τα αποτελέσματα στα οποία καταλήγει.

Πρώτα απ' όλα, η κριτική αφορά το ειδικό νομικό βάρος των σταθμιζόμενων μεγεθών -ενόψει της αρχής της τυπικής ισοδυναμίας των συνταγματικών διατάξεων- αλλά και το αν πράγματι είναι συγκρουόμενα μεγέθη αν δηλαδή προϋπάρχει πράγματι η σύγκρουση, που προϋποθέτει η στάθμιση. Ο δικαστής προβαίνοντας σε στάθμιση θέτει επί του ζυγού συνταγματικές διατάξεις προκειμένου να εντοπίσει το βάρος τους και να σχηματίσει την απόφασή του. Από θεωρητική - δογματική άποψη η στάθμιση των συμφερόντων προϋποθέτει νομική ανισότητα αγαθών και διατάξεων, που τις κατοχυρώνουν. Προϋποθέτει οπωσδήποτε, ότι το βάρος των νομικών μεγεθών δεν είναι το ίδιο και επομένως και για τον λόγο αυτό σταθμίζονται, προκειμένου να διακριβωθεί, ποιο έχει το μεγαλύτερο και ποιο το μικρότερο.

Η τυπική ισοδυναμία των συνταγματικών διατάξεων εμποδίζει τη στάθμιση των προστατευόμενων με αυτές αγαθών. Αποτέλεσμα της αρχής της τυπικής ισοδυναμίας είναι ακριβώς ότι ουδεμία διάταξη είναι νομικά βαρύτερη της άλλης, ότι δηλαδή δεν έχει κανένα νόημα αλλά και ότι δεν επιτρέπεται η στάθμισή τους. Εφόσον υπάρχει τυπική ισοδυναμία των διατάξεων, ο δικαστής δεν μπορεί κατά την εφαρμογή τους να θεωρήσει, ότι υπερτερεί μία και να την επιλέξει εις βάρος της άλλης. Δεν μπορεί να

παραχωρήσει προτεραιότητα στη μια ή στην άλλη.

Η στάθμιση εφαρμόζεται σε περιπτώσεις σύγκρουσης, δηλαδή σε περιπτώσεις κατά τις οποίες δεν είναι δυνατή η ταυτόχρονη πραγματοποίηση του περιεχομένου δύο ή περισσότερων αγαθών ίσης αξίας. Σε αυτές τις περιπτώσεις σύγκρουσης θεωρείται απαραίτητη η αντιπαράθεση και η έρευνα των εννόμων αγαθών, προκειμένου να διαπιστωθεί σε ποιο δικαίωμα πρέπει να εξασφαλιστεί *in concreto* προτεραιότητα. Εν προκειμένω θεωρείται απαραίτητη η στάθμιση της αξιολόγησης των συγκρουόμενων στη συγκεκριμένη περίπτωση δικαιωμάτων και των υπέρ και κατά του περιορισμού ενός συνταγματικού δικαιώματος.

Παράλληλα, η υπό νομική έννοια σύγκρουση, η «σύγκρουση των δικαιωμάτων» αποτελεί τη θεωρητική βάση της στάθμισης. Η σύγκρουση είναι το ίδιο το πρόβλημα, ενώ η στάθμιση η μέθοδος λύσης του προβλήματος. Η στάθμιση προϋποθέτει τη σύγκρουση. Στάθμιση γίνεται επειδή προηγείται σύγκρουση. Αν δεν υπάρχει σύγκρουση – και μάλιστα υπό τη σύνθετη δυσχερή της μορφή – δεν υπάρχει και στάθμιση. Δύο μέρη, δύο δικαιώματα, δύο αγαθά, δύο μεγέθη γενικότερα σταθμίζονται, επειδή συγκρούονται και για να αρθεί η σύγκρουσή τους. Αντίθετα δεν υπάρχει ανάγκη στάθμισης αν δεν έχει προηγηθεί σύγκρουση. Η σύγκρουση είναι η *causa* της στάθμισης. Υπό το ανωτέρω πρίσμα η στάθμιση θα μπορούσε να οριστεί, ως «νομική μέθοδος άρσης των συγκρούσεων»¹⁷⁴.

Ο δικαστής καταφεύγει στη στάθμιση στις «δύσκολες περιπτώσεις», π.χ. όταν στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν υπάρχει διάταξη νόμου, που να ορίζει το παράνομο ή όταν πιστεύει, ότι και τα δύο μέρη ευλόγως ασκούν συνταγματικό τους δικαίωμα. Προφανώς μια επιστημονικά τεκμηριωμένη μέθοδος στάθμισης θα έπρεπε να είχε εφαρμογή σε όλες «απλές» και «δύσκολες», εμφανείς και νομιμοφανείς περιπτώσεις. Διαφοροποίηση ως προς την ακολουθούμενη μέθοδο προσδιορισμού του παρανόμου θα ήταν δικαιολογημένη μόνον αν βασιζόταν σε κάποιο συγκεκριμένο κριτήριο. Αλλ' η στάθμιση ως νομική μέθοδος άρσης των συγκρούσεων δεν διαμορφώνεται ως γενική, μέθοδος *in abstracto* μέθοδος, ούτε για τις «δυσχερείς» περιπτώσεις των νομιμοφανών συγκρούσεων. Η προτεινόμενη στάθμιση είναι *in concreto* στάθμιση κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης. Ακόμη περισσότερες δυσκολίες εμφανίζονται αναφορικά προς τα κριτήρια στάθμισης, δηλαδή τα «νομικά σταθμά» με τα οποία σταθμίζεται κάθε υπόθεση. Η θεωρία της στάθμισης δεν προτείνει συγκεκριμένα κριτήρια, μέσω των οποίων θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί η νομική αξιολόγηση, κριτήρια ασφαλώς γενικά εφαρμοζόμενα σε κάθε περίπτωση, καθόσο τα μέτρα και τα σταθμά της δικαιοσύνης δεν μπορούν να αλλάζουν από περίπτωση σε περίπτωση αλλά πρέπει να είναι τα ίδια για όλους.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Προβλήματα της στάθμισης ως νομικής μεθόδου, ΕφαρμΔΔ 2009, επετειακό τεύχος, σελ. 69 επ.

¹⁷⁵ Του ίδιου, ό.π., σελ. 69 επ.

2.2. Η εφαρμογή υποκειμενικών κριτηρίων κατά τη δικαστική στάθμιση και η συνακόλουθη έλλειψη ασφάλειας δικαίου

Όπως αναγνωρίζεται από διάφορους μελετητές και διαπρεπείς νομικούς φιλοσόφους¹⁷⁶, η θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων του Alexy¹⁷⁷ (στο εξής A Theory), αποτελεί όχι μόνο ένα σημαντικό κλασικό έργο της γερμανικής συνταγματικής θεωρίας αλλά επίσης, σύμφωνα με τα λόγια του A.J. Menéndez και ΕΟ Eriksen ένα «κύριο θεωρητικό επίτευγμα, το οποίο συνέβαλε σημαντικά στην ανάπτυξη μιας κανονιστικά θεμελιωμένης, μεταθετικιστικής ανάλυσης του συνταγματικού δικαίου», «μια θεμελιώδη συμβολή στην ανάλυση του τρόπου στενής σύνδεσης του νομικού συλλογισμού για τα θεμελιώδη δικαιώματα στα ίδια τα θεμέλια της δημοκρατίας»¹⁷⁸.

Ως εκ τούτου, αναγνωρίζεται ευρέως ότι, παρά την πολυπλοκότητα των σχετικών θεμάτων, η θεωρία του Alexy αντιπροσωπεύει ένα αριστούργημα στη σύγχρονη νομική και συνταγματική θεωρία και παρέχει ένα εξαιρετικό αναλυτικό πλαίσιο για την αντιμετώπιση των πιο δύσκολων θεμάτων συνταγματικών δικαιωμάτων.

Μια ουσιαστική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι στην πραγματικότητα αναγκαία σε κάθε σύγχρονη δημοκρατική κοινωνία, καθώς είναι κρίσιμη για τη βασική νομική της δομή.

Πέρα από κάθε αμφιβολία, στην πραγματικότητα αποδεικνύεται ότι «η ίδια η επιβίωση των ανοιχτών δημοκρατικών κοινωνιών εξαρτάται από το να λαμβάνονται σοβαρά υπόψη τα θεμελιώδη δικαιώματα»¹⁷⁹.

Ειδικά στις μέρες μας, που όλο και περισσότερες χώρες προσχωρούν σε διεθνείς συνθήκες και συμφωνίες για τα ανθρώπινα δικαιώματα και υιοθετούν αντίστοιχες νομοθεσίες, μια δομική, ουσιαστική και εφαρμοσμένη αντίληψη των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι απαραίτητη και η θεωρία του Alexy αποτελεί με αυτή την έννοια, «ένα δομικό στοιχείο κάθε σοβαρής συζήτησης για τα συνταγματικά δικαιώματα».

Η ίδια η Ευρωπαϊκή Ένωση, για παράδειγμα, υιοθετώντας τη δική της Διακήρυξη των Δικαιωμάτων, τον «Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης», δείχνει πως το ευρωπαϊκό συνταγματικό δίκαιο είναι το αποτέλεσμα μιας προοδευτικής διαδικασίας ολοκλήρωσης, που βασίζεται στην προοδευτική εναρμόνιση των βασικών συνταγματικών αρχών που είναι κοινές σε όλα τα κράτη μέλη της Ένωσης¹⁸⁰. Ο Χάρτης είναι στην πραγματικότητα ο κατάλογος των

¹⁷⁶ Ronald Dworkin, Jurgen Habermas, Neil MacCormick, Ota Weinberger, H.L.A Hart and Joseph Raz, μεταξύ άλλων

¹⁷⁷ ALEXY R., A Theory of Constitutional Rights, 2002, Oxford: Oxford University Press

¹⁷⁸ MENENDEZ A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), Arguing Fundamental Rights, Springer, 2006, 1, 5.

¹⁷⁹ MENENDEZ A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), (2006), 6.

¹⁸⁰ Όπως υπογραμμίζεται στο ίδιο το προοίμιο του Χάρτη: «Ο παρών Χάρτης επιβεβαιώνει (...) τα δικαιώματα που προκύπτουν, ιδίως από τις συνταγματικές παραδόσεις και τις διεθνείς υποχρεώσεις που είναι κοινές στα κράτη μέλη, τη Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση, τις κοινοτικές συνθήκες, Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, τους Κοινωνικούς Χάρτες που εγκρίθηκαν από την Κοινότητα και το Συμβούλιο της Ευρώπης και τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων». Πρέπει επιπλέον να αναγνωριστεί ότι, ειδικότερα, ο

θεμελιωδών δικαιωμάτων της ΕΕ και επιτρέπει στους θεσμούς της ΕΕ, να παρέχουν στους πολίτες αποτελεσματικά μέσα για την επιβολή των δικαιωμάτων τους είτε στα εθνικά δικαστήρια είτε στο ΔΕΕ¹⁸¹.

Ωστόσο, η συνύπαρξη διαφορετικών ευρωπαϊκών και διεθνών συμφωνιών και αυτός ο πλουραλισμός των πηγών δικαίου (νομικός πλουραλισμός), καθορίζει σε ορισμένες περιπτώσεις τον αγώνα των δικαστών όσον αφορά τη συγκεκριμένη και συνεπή εφαρμογή των δικαιωμάτων. Οι δικαστές καθώς και οι νομοθέτες έρχονται επίσης συχνά αντιμέτωποι με την πρόκληση των συγκρουόμενων δικαιωμάτων¹⁸², που σε ορισμένες περιπτώσεις αντιπροσωπεύουν πραγματικό συνταγματικό αν όχι, «ηθικό δίλημμα»¹⁸³.

Ως εκ τούτου, το κύριο πρόβλημα είναι το πώς πρέπει να αντιμετωπιστούν αυτές οι συγκρούσεις δικαιωμάτων: εάν πρέπει μέσω της «στάθμισης» και της αναλογικότητας ή με άλλο τρόπο, και επίσης να διαπιστωθεί εάν η στάθμιση είναι μια πραγματικά ορθολογική μεθοδολογία ή εάν πρέπει να θεωρηθεί ως μια καθαρά τεχνική μέθοδος επίλυσης συγκρούσεων.

Στο βιβλίο του *A Theory of Constitutional Rights* (2002), ο Alexy επιχειρεί να χαρακτηρίσει τις αποφάσεις των συνταγματικών δικαστηρίων ως μια ορθολογική διαδικασία, προσφέροντας μια καλά ανεπτυγμένη δομή της έννοιας της στάθμισης, με κεντρική θέση ότι τα συνταγματικά δικαιώματα είναι αρχές και όχι κανόνες. Ωστόσο, η συζήτηση για τον ορθολογισμό της στάθμισης είναι ακόμα ανοιχτή και στο επίκεντρο πολλών θεωρητικών συζητήσεων.

Πολλοί μελετητές και φιλόσοφοι απορρίπτουν μια τέτοια προσέγγιση αμφισβητώντας ποσοτικά κριτήρια όπως αυτά που συνδέονται με την «αναλογικότητα», δίνοντας έμφαση σε άλλες προσεγγίσεις των συνταγματικών δικαιωμάτων, οι οποίες τονίζουν την ηθική βάση των δικαιωμάτων¹⁸⁴.

Σε κάθε περίπτωση, η θεωρία του Alexy κατάφερε να οικοδομήσει μια ουσιαστική γενική θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων, η σημασία της οποίας υπερβαίνει κατά πολύ την ερμηνεία της θεωρίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων του γερμανικού βασικού νόμου, παρέχοντας μια σχετική θεωρία γενικής εφαρμογής, στις

γερμανικός συνταγματικός νόμος, που είναι η κύρια αναφορά του Alexy, είναι ένα από τα εθνικά συντάγματα που έχει ασκήσει την πιο διάχυτη επιρροή στο ευρωπαϊκό συνταγματικό πλεονέκτημα και ιδιαίτερα στον ίδιο τον Χάρτη.

¹⁸¹ Ο Χάρτης διεκδικεί ακόμη περισσότερο τη νομική του ισχύ από τότε που η Συνθήκη της Λισαβόνας τέθηκε σε ισχύ την 1η Δεκεμβρίου 2009 και έγινε νομικά δεσμευτική για την ΕΕ και όλα τα κράτη μέλη της.

¹⁸² Καταστάσεις στις οποίες δύο ή περισσότερα διαφορετικά ανθρώπινα δικαιώματα έρχονται σε σύγκρουση, με τέτοιο τρόπο που δεν φαίνεται να είναι δυνατή η λογική λύση.

¹⁸³ Βλ. ZUCCA L., "Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas", στο: Brems, E., *Conflicts Between Fundamental Rights*, εκδ., Αμβέρσα/Οξφόρδη/Πόρτλαντ, Intersentia, Ιούλιος 2008 και ZUCCA L., *Constitutional Dilemmas—Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the US*, Oxford: OUP, 2007, calling for a reform towards a more coherent, well-ordered architecture of European fundamental rights. 2007, ζητώντας μια μεταρρύθμιση προς μια πιο συνεκτική, καλά οργανωμένη αρχιτεκτονική των ευρωπαϊκών θεμελιωδών δικαιωμάτων.

¹⁸⁴ Βλ. MOLLER, K., "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", in: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 3, pp. 453-468, July 2007, and Zucca, L., (2007).

περισσότερες, αν όχι σε όλες, ευρωπαϊκές καθώς και μη ηπειρωτικές έννομες τάξεις¹⁸⁵.

Μετά από μια ανάλυση και μια γενική αξιολόγηση των βασικών δομικών στοιχείων της θεωρίας του Alexy, ο κύριος στόχος αυτής της μελέτης είναι να οριοθετήσει τα όρια της προσέγγισής του, δοκιμάζοντας το εύλογο της αρχής της αναλογικότητας στις νομικές αποφάσεις και την αυξανόμενη χρήση της στάθμισης ως ουσιαστικής σημασίας τεχνική επιχειρηματολογίας για την επίλυση νομικών διαφορών στα δικαστήρια.

Η κύρια πρόθεση είναι να διαπιστωθεί, μέσω μιας ανάλυσης της δικαστικής πρακτικής στάθμισης των συνταγματικών δικαιωμάτων, εάν η αρχή της αναλογικότητας, που υποστηρίζεται ως «ορθολογική πρακτική» από τον Alexy, μπορεί να ταξινομηθεί ως ηθική και ορθολογική αρχή ή εάν πρέπει να θεωρηθεί απλώς ως «καθαρά πραγματιστική μέθοδος», χρήσιμη για να δικαιολογήσει τη δικαστική διακριτική ευχέρεια στη νομική επιχειρηματολογία.

Τα κύρια νομικά και φιλοσοφικά ζητήματα που διακυβεύονται λοιπόν αφορούν: τον ορισμό και την έννοια των συνταγματικών δικαιωμάτων, τον καθορισμό της δομής και του περιεχομένου των συνταγματικών δικαιωμάτων, την προσπάθεια καθορισμού των ορίων και της έκτασης των συνταγματικών δικαιωμάτων.

Προκειμένου να καθοριστεί εάν το κριτήριο της αναλογικότητας και η δικαστική πρακτική της στάθμισης αντιστοιχούν πράγματι σε μια αναγκαία και ορθολογική διαδικασία, είναι πράγματι σημαντικό να εξακριβωθεί εάν υπάρχει τέτοιο δικαίωμα που έχει καθαρά «δεοντολογική αξία» και δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να περιοριστεί, ακόμη και όταν έρχεται σε σύγκρουση με άλλα συνταγματικά δικαιώματα.

Πέρα από καθαρά φιλοσοφικά και θεωρητικά ζητήματα, διακυβεύονται επίσης πολλά πρακτικά, ηθικά και βασικά πολιτικά ζητήματα, τα οποία θα εξεταστούν σε αυτή τη μελέτη: το πρώτο πολιτικό ζήτημα που εμπλέκεται είναι αυτό του τρόπου αντιμετώπισης των προβλημάτων σε περίπτωση σύγκρουσης δικαιωμάτων, εάν όχι μέσω της αναλογικότητας και της στάθμισης, υπάρχουν εναλλακτικές λύσεις που μπορούν να βρεθούν;

Ένα δεύτερο ζήτημα είναι: εάν η στάθμιση δεν είναι τελικά μια ορθολογική διαδικασία, αλλά απλώς μια ρεαλιστική μέθοδος, είναι επομένως ορθό η κοινωνία να

¹⁸⁵ Ο Julian Rivers, για παράδειγμα, δίνει μια ενδιαφέρουσα επίδειξη του τρόπου με τον οποίο η θεωρία του Alexy μπορεί να εφαρμοστεί γόνιμα σε νομικά συστήματα εκτός από τα ηπειρωτικά, στη συνεισφορά του: "Fundamental Rights in the UK Human Rights Act", σε: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), 141-154, και στον πρόλογό του στο Robert Alexy's *A Theory of Constitutional Rights: "A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution"*. Σε αυτά τα άρθρα ο Rivers εφαρμόζει τη θεωρία των δικαιωμάτων του Alexy στη βρετανική πρακτική θεμελιωδών δικαιωμάτων, δοκιμάζοντας ειδικότερα τον αντίκτυπο του νόμου για τα ανθρώπινα δικαιώματα του Ηνωμένου Βασιλείου του 1998 στο βρετανικό νομικό σύστημα. Η θεωρία των δικαιωμάτων του Alexy μπορεί επίσης να είναι χρήσιμη για την ερμηνεία και την εφαρμογή των διατάξεων για τα θεμελιώδη δικαιώματα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ειδικότερα του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. A.J. Menendez's article "Some Elements of a theory of European Fundamental Rights", σε: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), 155-176.

εμπιστεύεται τους δικαστές να επανεξετάσουν τη διαφορά ή θα ήταν καλύτερο να βρεθούν εναλλακτικές μέθοδοι επίλυσης διαφορών και εκδίκασης δικαιωμάτων; Πρέπει μήπως να εμπιστευόμαστε τα δημοκρατικά εκλεγμένα κοινοβούλια αντί για τους δικαστές;

Τρίτον, εάν η διακριτικότητα και η αμεροληψία των δικαστών τίθεται υπό αμφισβήτηση (ο λεγόμενος «κίνδυνος παράλογης απόφασης»¹⁸⁶), ένας επακόλουθος κίνδυνος θα μπορούσε να είναι αυτός ενός «νόμου δημιουργημένου από νομικούς», με το ανώτατο δικαστήριο να γίνει ο τελικός κριτής του συνταγματικού νόμου, συμπεριλαμβανομένης της πιθανής χρήσης πολιτικών ιδεολογιών και προσωπικών πεποιθήσεων, ακόμη και προκαταλήψεων για τη δικαιολόγηση περιορισμών συνταγματικών δικαιωμάτων που χάνουν τον αυστηρό «δεοντολογικό τους χαρακτήρα» και την κανονιστική τους ισχύ.

Μια πρόσθετη σχετική επίπτωση θα ήταν αυτή που θα μπορούσε να οδηγήσει σε μια σχετικιστική και ωφελμιστική αντίληψη της δικαιοσύνης και του δικαίου, έχοντας συνταγματικά δικαιώματα σταθμισμένα για παράδειγμα με συλλογικά αγαθά, δημόσια συμφέροντα, πολιτικές. Αυτό αντιπροσωπεύει επίσης ένα αμφιλεγόμενο θέμα, ανοιχτό ακόμη προς συζήτηση και στο επίκεντρο του θεωρητικού διαλόγου. Είναι πράγματι ορθό να σταθμίζονται τα υποκειμενικά ατομικά δικαιώματα με τα δημόσια συμφέροντα και τα συλλογικά αγαθά;

Αν και το πιο κοινό συνταγματικό δικαίωμα είναι ένα υποκειμενικό, ατομικό δικαίωμα, τα συνταγματικά δικαιώματα περιλαμβάνουν κατά τον Alexy όχι μόνο υποκειμενικά θεμελιώδη δικαιώματα, αλλά και συλλογικά αγαθά. Υπάρχει επομένως η πιθανότητα σύγκρουσης μεταξύ ενός ατομικού θεμελιώδους δικαιώματος και μιας δημόσιας πολιτικής, για παράδειγμα, με στόχο τη διασφάλιση κάποιου συλλογικού συμφέροντος¹⁸⁷. Αυτή είναι μια περίπτωση στην οποία, κατά τη γνώμη του Alexy, βρισκόμαστε αντιμέτωποι με μια σύγκρουση δικαιωμάτων που απαιτεί στάθμιση για την εξεύρεση λύσης. Κατά συνέπεια, είναι σημαντικό να γίνει μια περαιτέρω διάκριση όχι μόνο μεταξύ αρχών και κανόνων αλλά και μεταξύ αρχών και πολιτικών¹⁸⁸.

Τα βασικά δομικά επιχειρήματα της θεωρίας του Alexy στην παρούσα ανάλυση προσεγγίζονται με κριτικό τρόπο, με τελικό στόχο τη διαπίστωση της ορθολογικότητας (ή όχι) του νόμου της αναλογικότητας (Law of Balancing), προσπαθώντας να διευκρινίσει αν η θεωρία του Alexy για την στάθμιση ως μέθοδο επίλυσης συγκρούσεων είναι πραγματικά ορθολογική και αντικειμενική; Ποια είναι τα όρια της ορθολογικότητάς της και επομένως τα όρια της προσέγγισης του Alexy;

Ενώ στην πραγματικότητα ο Alexy φαίνεται να υποστηρίζει τη θέση ότι η στάθμιση έχει μια ορθολογική δομή, ένα από τα πιο σημαντικά ερωτήματα παραμένει εάν αυτή

¹⁸⁶ Ο κίνδυνος της «παράλογης απόφασης» είναι μια από τις κύριες αντιρρήσεις του Habermas στη θεωρία του Alexy για τα συνταγματικά δικαιώματα, βλ. HABERMAS, J., *Between Facts and Norms*, trans. By William Rehg, Cambridge: The MIT Press, 1996, σελ. 256-259.

¹⁸⁷ Όπως για παράδειγμα σε περίπτωση σύγκρουσης μεταξύ του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή και της δημόσιας ασφάλειας, ή της ελευθερίας του λόγου και της ελευθερίας της θρησκείας.

¹⁸⁸ Ο Alexy καθιερώνει μια σαφή διάκριση μεταξύ κανόνων και αρχών, αλλά αποτυγχάνει να δημιουργήσει μια περαιτέρω διάκριση μεταξύ αρχών και πολιτικών.

μπορεί να θεωρηθεί ως μια ορθολογική διαδικασία ή εάν πρέπει να θεωρηθεί ως μια απλή «ρητορική συσκευή χρήσιμη για να δικαιολογήσει κάθε είδους δικαστικές αποφάσεις και τη διακριτική ευχέρεια του δικαστή»¹⁸⁹.

Σύμφωνα με τους A.J. Menéndez και E.O. Eriksen «για τον Alexy μπορεί να θεωρηθεί ότι η δικαιοσύνη είναι πιο σημαντική αξία από τη δημοκρατία», η άμεση εφαρμογή του νόμου «καθορίζει το σωστό σε πρακτικά πλαίσια»¹⁹⁰.

Περαιτέρω, ένα σημαντικό σημείο που πρέπει να διευκρινιστεί είναι εάν είναι δυνατό ή όχι να καθοριστεί ποια είναι τα όρια των συνταγματικών δικαιωμάτων και εάν ορισμένα δικαιώματα πρέπει ή δεν πρέπει να περιορίζονται, ακόμη και όταν έρχονται σε σύγκρουση με άλλα δικαιώματα. Κατά συνέπεια, πέρα από τη διάκριση μεταξύ αρχών και κανόνων, πρέπει να γίνει μια περαιτέρω σημαντική διάκριση μεταξύ αρχών και πολιτικών¹⁹¹.

Ένα άλλο βασικό πολιτικό ερώτημα που θα αντιμετωπιστεί είναι, εάν η στάθμιση είναι τελικά μια μη ορθολογική διαδικασία και αν είναι ορθό να εμπιστευόμαστε τους δικαστές να κρίνουν ή θα ήταν καλύτερα να αφήσουμε τη συζήτηση σε μια δημόσια συζήτηση; Θα πρέπει οι δικαστές ή τα δημοκρατικά εκλεγμένα κοινοβούλια να είναι οι τελευταίοι διαιτητές της προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων; Μπορεί η δικαιοσύνη να θεωρηθεί ότι έχει μια πιο σημαντική αξία από τη δημοκρατία; Έχει μεγαλύτερη σημασία η αρχή της ελευθερίας/ισότητας στο δίκαιο από τη δημοκρατική αρχή;

Εκτός από το έργο *A Theory of Constitutional Rights*, ο Alexy είναι ο συγγραφέας δύο άλλων σημαντικών βιβλίων στον τομέα της νομικής φιλοσοφίας: *A Theory of Legal Argumentation*¹⁹², το οποίο εφαρμόζει τη θεωρία του λόγου στο δίκαιο, περιγράφοντας τη νομική συλλογιστική ως μια διαδικασία «πρακτικής παροχής λόγου» και *The Argument from Injustice. A reply to legal positivism*¹⁹³, όπου αναλύει τη σχέση μεταξύ ηθικής και δικαίου, περιγράφοντας τελικά το δίκαιο ως ένα σύστημα νομικών κανόνων που ισχυρίζεται τι είναι σωστό ή δίκαιο.

Ωστόσο, το έργο του *A Theory of Constitutional Rights*, που δημοσιεύτηκε το 2002, είναι ίσως το βιβλίο που ασχολείται περισσότερο με την ανάπτυξη μιας ουσιαστικής γενικής θεωρίας για τα συνταγματικά δικαιώματα, η οποία ταυτόχρονα προσφέρει μια ευρύτερα εφαρμόσιμη «θεωρητικά ελκυστική περιγραφή της δομής των συνταγματικών δικαιωμάτων εντός της φιλελεύθερης δημοκρατίας»¹⁹⁴, ενισχύοντας κάποια σαφήνεια σχετικά με την πρακτική που υιοθετείται από τα περισσότερα σύγχρονα συνταγματικά δικαστήρια.

¹⁸⁹ Βλ. BERNAL PULIDO C., "On Alexy's Weight Formula", σε: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), 101.

¹⁹⁰ Βλ. MENENDEZ A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), (2006), 5.

¹⁹¹ Βλ. μεταξύ άλλων Tuori, K., "Fundamental rights principles: disciplining the instrumentalism of policies", in: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), 33-50, που κάνει αυτή την περαιτέρω διάκριση σε αντίθεση με τη θεωρία των νομικών αρχών του Alexy και του Dworkin.

¹⁹² ALEXY R., *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Oxford University Press, 1989.

¹⁹³ ALEXY R., *The Argument from Injustice. A reply to legal positivism*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

¹⁹⁴ RIVERS J., "A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution" in Alexy, R., TCR, p. XVII.

Θα μπορούσαμε να πούμε ότι όλα τα κύρια επιχειρήματα που αντιμετωπίζει ο Alexy στο βασικό του έργο σχετίζονται στενά με την κεντρική θέση ότι «τα θεμελιώδη δικαιώματα είναι κυρίως αρχές και όχι κανόνες»¹⁹⁵.

Ο Alexy θεωρεί τη διάκριση μεταξύ αρχών και κανόνων ως θεμελιώδη για τη θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων και ως «κλειδί για την επίλυση των κεντρικών προβλημάτων του δόγματος των συνταγματικών δικαιωμάτων».

Σε κάθε σύγχρονο νομικό σύστημα, υπάρχουν για τον Alexy δύο βασικοί τρόποι ορισμού των «νομικών κανόνων»: είτε ως «κανόνες» είτε ως «αρχές».

Ωστόσο, οι αρχές και οι κανόνες εφαρμόζονται μέσω δύο διαφορετικών ορθολογικών διαδικασιών: υπαγωγής και στάθμισης. Οι κανόνες εφαρμόζονται μέσω της υπαγωγής. Οι αρχές εφαρμόζονται μέσω στάθμισης.

Η διαδικασία υπαγωγής είναι για τον Alexy δομημένη σε ένα σχήμα, το οποίο ονομάζει «υπαγωγή», ενώ ένα ισοδύναμο σχήμα υπάρχει για τη δομή της εξισορρόπησης, που ο Alexy ονομάζει «στάθμιση».

Παρόλο που η υπαγωγή και η στάθμιση έχουν παρόμοια δομή, που αποτελείται από ένα σύνολο υποθέσεων που οδηγούν σε νομικό αποτέλεσμα, η σχέση μεταξύ αυτών των υποθέσεων και του τελικού νομικού αποτελέσματος είναι διαφορετική: ενώ στην πραγματικότητα η υπαγωγή αντιπροσωπεύεται από «ένα σχήμα που λειτουργεί σύμφωνα με τους κανόνες της λογικής, η στάθμιση λειτουργεί σύμφωνα με τους κανόνες της αριθμητικής»¹⁹⁶.

Στο άρθρο του «The Construction of Constitutional Rights» (2010), ο Alexy ορίζει τις κύριες διαφορές μεταξύ αρχών και κανόνων και μεταξύ της «υπαγωγής» και της «στάθμισης», με αυτούς τους όρους:

« The basis of both the rule and the principles construction is the norm-theoretic distinction between rules and principles. Rules are norms that require something definitively. They are definitive commands. Their form of application is subsumption. If a rule is valid and applicable, it is definitively required that exactly what it demands be done. If this is done, the rule is complied with; if this is not done, the rule is not complied with. By contrast, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities at hand. Thus, principles are optimization requirements. As such, they are characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible (...). The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of another principle is balancing. Thus, balancing is the specific form of the application of principles»¹⁹⁷.

Ενώ οι κανόνες είναι για την Alexy «κανόνες που πάντα είτε πληρούνται είτε όχι», που αντιπροσωπεύουν «σταθερά σημεία στον τομέα του πραγματικώς και νομικά

¹⁹⁵ MENENDEZ A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), (2006), 2.

¹⁹⁶196 Βλ. "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison" in Alexy R., (2003), 433.

¹⁹⁷ ALEXY R., "The Construction of Constitutional Rights", Law & Ethics of Human Rights: Vol. 4: Iss. 1, Article 2, 2010, 21.

δυνατού», οι αρχές είναι «κανόνες που απαιτούν να πραγματοποιηθεί κάτι στον μεγαλύτερο δυνατό βαθμό δεδομένων των νομικών και πραγματικών δυνατοτήτων», είναι «απαιτήσεις βελτιστοποίησης», οι οποίες μπορούν να ικανοποιηθούν σε διάφορους βαθμούς¹⁹⁸.

Το τι είναι πραγματικά δυνατό «καθορίζεται από τις αρχές της καταλληλότητας και της αναγκαιότητας, ενώ αυτό που είναι νομικά δυνατό καθορίζεται από την αρχή της αναλογικότητας *stricto sensu*. Το εύρος του νομικά εφικτού καθορίζεται από αντίθετες αρχές και κανόνες.¹⁹⁹»

Επομένως, ο Alexy θεωρεί τα συνταγματικά δικαιώματα ως «φυσικά» που ανήκουν στην κατηγορία των αρχών και όχι των κανόνων. Ως «απαιτήσεις βελτιστοποίησης», πρέπει πάντα να σταθμίζονται και να εξισορροπούνται σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

Αυτό σημαίνει ότι τα συνταγματικά δικαιώματα δεν αντιπροσωπεύουν για τον Alexy «δεοντολογικούς μοχλούς», δηλαδή κανόνες με ισχυρή κανονιστική ισχύ, αλλά αρχές που μπορούν πάντα να συζητηθούν, να αντιταχθούν, να αντισταθμιστούν και επίσης να αποκλειστούν εάν είναι απαραίτητο. Τα συνταγματικά δικαιώματα απεικονίζονται ως «απαιτήσεις βελτιστοποίησης» που μπορούν να «ικανοποιηθούν σε διάφορους βαθμούς», ανάλογα όχι μόνο με το τι είναι νομικά αλλά και με το τι είναι πραγματικά δυνατό.

Ωστόσο, ο Alexy ισχυρίζεται ότι η δομή της στάθμισης είναι ορθολογική και ότι μια δομική και ουσιαστική θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων θα πρέπει να συμφωνεί καθολικά και να θέτει το ερώτημα αν όλα τα συνταγματικά δικαιώματα πρέπει να θεωρούνται αρχές (χωρίς καμία άνευ όρων εφαρμογή ως κανόνες) ή εάν υπάρχει ένας τέτοιος αναπαλλοτρίωτος πυρήνας θεμελιωδών, μη παρεκκλίσιμων δικαιωμάτων, στον οποίο η στάθμιση δεν πρέπει να ισχύει λόγω της απόλυτης και ουσιαστικής τους αξίας.

Το κύριο ζήτημα που διακυβεύεται εδώ είναι εάν υπάρχει ένα τέτοιο δικαίωμα που έχει καθαρά «δεοντολογική αξία» και το οποίο δεν μπορεί να περιοριστεί σε καμία περίπτωση, ακόμη και όταν έρχεται σε σύγκρουση με άλλα θεμελιώδη δικαιώματα.

Ιδιαίτερα σημαντική από αυτή την άποψη είναι μια από τις κύριες αντιρρήσεις του J. Habermas στην προσέγγιση της θεωρίας του Alexy: η γνωστή αντίρρηση του «τείχους προστασίας» (“firewall”).

Κατά τη γνώμη του Habermas, τα συνταγματικά δικαιώματα χάνουν τη δεοντολογική τους ισχύ μέσω μιας διαδικασίας στάθμισης που δεν πρέπει να θεωρείται ως λογική διαδικασία αλλά κυρίως ως «παράλογη και αυθαίρετη απόφαση».

Οι προτάσεις του Alexy, ωστόσο, έχουν επίσης αποτελέσει αντικείμενο πολλών επικρίσεων. Πολλοί μελετητές και νομικοί φιλόσοφοι στην πραγματικότητα αμφισβητούν την προσέγγιση του Alexy, ειδικά όσον αφορά την σύλληψη ποσοτικών

¹⁹⁸ ALEXY R., TCR, 47- 48.

¹⁹⁹ Ίδιου, ό.π.

κριτηρίων όπως αυτά που συνδέονται με την αρχή της αναλογικότητας και το φαινόμενο της στάθμισης στο συνταγματικό δίκαιο.

Νομικοί φιλόσοφοι όπως ο Jurgen Habermas, ο Ronald Dworkin, ο Matthias Kumm, μεταξύ άλλων, τείνουν στην πραγματικότητα να περιορίζουν την προσέγγιση του Alexy και να τονίζουν άλλες προσεγγίσεις για τα συνταγματικά δικαιώματα, που αναδεικνύουν καλύτερα την ηθική βάση και τη δεοντολογική αξία των δικαιωμάτων.

Αμφισβητούν ποσοτικές προσεγγίσεις στα δικαιώματα, την υποθετική ορθολογική δομή της στάθμισης που υπερασπίζεται ο Alexy στα έργα του και την υποτιθέμενη αμεροληψία / διακριτικότητα των δικαστών στην εκδίκαση διαφορών συνταγματικών δικαιωμάτων, προσπαθώντας ταυτόχρονα να βρουν εναλλακτικά κριτήρια.

Ιδιαίτερα σημαντικές είναι οι δύο κύριες αντιρρήσεις του Jurgen Habermas στη θεωρία της στάθμισης του Alexy: το *τείχος προστασίας* και οι *ισχυρισμοί* για *παραλογισμό*.

Όπως αναγνωρίζεται από τον ίδιο τον Alexy στο άρθρο του «Discourse Theory and Fundamental Rights», «σύμφωνα με τον Habermas δεν υπάρχουν ορθολογικά πρότυπα για στάθμιση»²⁰⁰. Η πρώτη αντίρρηση του Habermas (η αντίρρηση του τείχους προστασίας) είναι ότι η «προσέγγιση της στάθμισης στερεί τα θεμελιώδη δικαιώματα από την κανονιστική τους ισχύ»: μέσω της στάθμισης τα δικαιώματα υποβαθμίζονται στο επίπεδο των στόχων, των πολιτικών και των αξιών, χάνοντας τον δεοντολογικό τους χαρακτήρα και την «αυστηρή τους προτεραιότητα».

Ο Habermas υποστηρίζει στην πραγματικότητα ότι «μια δεοντολογική κατανόηση των νομικών κανόνων και αρχών» είναι σαν «ένα τείχος προστασίας που έχει δημιουργηθεί στον νομικό λόγο»²⁰¹ και ότι, εάν «σε περίπτωση σύγκρουσης, όλοι οι λόγοι μπορούν να προσλάβουν τον χαρακτήρα επιχειρημάτων πολιτικής, αυτό το τείχος προστασίας θα κατέρρεε»: τα συνταγματικά δικαιώματα θα υποβαθμίζονταν στο επίπεδο των πολιτικών, θα ήταν διαπραγματεύσιμα, θα συντηρούνταν ή θα απορρίπτονταν από πολιτικά επιχειρήματα, χάνοντας την κανονιστική τους ισχύ.

Στην πραγματικότητα, όπως επιβεβαιώνει ο Habermas στο βιβλίο του *Between Facts and Norms*:

«If principles manifest a value that one should optimally realize, and if the norms themselves do not dictate the extent to which one must fulfill this optimizing prescription, then the application of such principles within the limits of what is factually possible makes a goal-oriented weighting necessary. Because no value can claim to have an inherently unconditional priority over other values, this weighting operation transforms the interpretation of established law into the business of realizing values by giving them concrete shape in relation to specific cases»²⁰².

Από την άλλη πλευρά, σύμφωνα με τον Habermas, ο κίνδυνος υποβάθμισης των συνταγματικών δικαιωμάτων συνοδεύεται από έναν «κίνδυνο παράλογων

²⁰⁰ Βλ. ALEXY R., «Discourse Theory and Fundamental Rights», in: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), 24.

²⁰¹ Βλ. HABERMAS, J., (1996), 258.

²⁰² Βλ. ίδιου, ό.π., σελ. 254.

αποφάσεων»: αυτή είναι η δεύτερη περίφημη ένσταση του Habermas στην προσέγγιση του Alexy.

Η πρακτική της στάθμισης των συνταγματικών δικαιωμάτων στην πραγματικότητα όχι μόνο θέτει σε κίνδυνο την ισχύ των δικαιωμάτων γενικά, αλλά μπορεί επίσης να οδηγήσει σε παράλογη λήψη αποφάσεων: «επειδή δεν υπάρχουν ορθολογικά πρότυπα εδώ, η στάθμιση γίνεται είτε αυθαίρετα είτε μη αντανakλαστικά, σύμφωνα με εθιμικά πρότυπα και ιεραρχίες»²⁰³.

Αυτό σημαίνει ότι τα δικαστήρια, σταθμίζοντας τα δικαιώματα με πολιτικές, μπορεί να αποφασίσουν με κάθε τρόπο: «*Η κρίση του δικαστηρίου είναι τότε η ίδια μια αξιακή κρίση που αντικατοπτρίζει περισσότερο ή λιγότερο επαρκώς μια μορφή ζωής που αρθρώνεται στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης τάξης αξιών. Αλλά αυτή η κρίση δεν σχετίζεται πλέον με τις εναλλακτικές λύσεις μιας σωστής ή λανθασμένης απόφασης*»²⁰⁴.

Λαμβάνοντας υπόψη τις υποθέσεις του Habermas, ο ίδιος ο Alexy αναγνωρίζει στο άρθρο του «Discourse Theory and Fundamental Rights», ότι θα μπορούσε να υπάρξει κίνδυνος που θα μπορούσε να οδηγήσει στην απομάκρυνση των νομικών κανόνων «από τη σφαίρα που ορίζεται από έννοιες όπως η ορθότητα και η ανακρίβεια. Η «στάθμιση των αξιών» θα μπορούσε να δώσει μια κρίση ως προς το «αποτέλεσμά» της, αλλά όχι να «δικαιολογήσει» αυτό το αποτέλεσμα.²⁰⁵»

Σε απάντηση στην κριτική του Habermas και άλλων μελετητών, ο Alexy υπερασπίζεται πάντα τη νομιμότητα και την ορθότητα της αρχής της αναλογικότητας, αναφερόμενος στη στάθμιση ως μια λογική διαδικασία.

Όπως επιβεβαιώθηκε στο άρθρο του, «The Construction of Constitutional Rights», η κεντρική κατηγορία για τον παραλογισμό της στάθμισης είναι για τον Alexy που αντιμετωπίζεται με μια απλή «ανάλυση της επίσημης δομής της στάθμισης». Αυτή η ανάλυση δείχνει για τον Alexy ότι:

*«Balancing is a case of rational legal argument that is explicated by means of an arithmetic formula: the weight formula. The weight formula provides a demonstration of how and why balancing is possible as a form of rational legal argument. It also makes it possible to show that proportionality analysis endangers neither the power nor the force of constitutional rights»*²⁰⁶.

Ωστόσο, το τείχος προστασίας του Habermas και οι ισχυρισμοί περί παραλογισμού δεν είναι οι μόνες ενστάσεις που διατυπώνονται κατά της θεωρίας του Alexy για τα συνταγματικά δικαιώματα.

²⁰³ Βλ. ίδιου, ό.π., σελ. 259.

²⁰⁴ Βλ. HABERMAS, J., "Reply to Symposium Participants", in: Michel Rosenfeld and Andrew Arato (eds.), Habermas on Law and democracy, Berkeley, Los Angeles, and London: California University Press, 1998, σελ. 430.

²⁰⁵ Βλ. ALEXY R., "Discourse Theory and Fundamental Rights", in Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), 24.

²⁰⁶ Βλ. ALEXY R., "The Construction of Constitutional Rights," in: Law & Ethics of Human Rights: Vol. 4, Iss. 1, Article 2, 2010, σελ. 2.

Όπως υπογράμμισε για παράδειγμα ο Kai Möller στο άρθρο του «Balancing and the Structure of Constitutional Rights», πολλοί φιλελεύθεροι φιλόσοφοι απορρίπτουν την καταφυγή σε μια σταθμιστική προσέγγιση για την επίλυση διαφορών στα δικαστήρια, ειδικά όταν αφορούν ζητήματα θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Σύμφωνα με τον Möller, «υπάρχουν σημαντικές διαφορές μεταξύ του συλλογισμού με συνταγματικά δικαιώματα και του συλλογισμού με ηθικά θεμελιώδη δικαιώματα»²⁰⁷, μεταξύ των αντιλήψεων για τα δικαιώματα που χρησιμοποιούν οι φιλελεύθεροι φιλόσοφοι και εκείνων που χρησιμοποιούν οι δικαστές στα συνταγματικά δικαστήρια²⁰⁸.

Όλοι οι κύριοι εκπρόσωποι της φιλελεύθερης παράδοσης μοιράζονται στην πραγματικότητα ένα κοινό όραμα για τα ηθικά θεμελιώδη δικαιώματα που θεωρούνται «trumps»²⁰⁹, «shields» ή «firewalls»²¹⁰, κάτι που πρέπει να προστατεύεται σταθερά κατά προτεραιότητα σε κάθε περίπτωση και παρά οποιασδήποτε άλλης συνήθους αντιπαροχής πολιτικής φύσης ή δημόσιας εξουσίας.

Η αντίληψη του Alexy για τα συνταγματικά δικαιώματα φαίνεται να αποκλίνει από αυτή τη γενική τάση στη φιλελεύθερη φιλοσοφία καθώς τα θεμελιώδη δικαιώματα στη θεωρία του Alexy υπόκεινται «φυσικά» σε μια δοκιμασία αναλογικότητας και μια προσέγγιση στάθμισης, η οποία φαίνεται να αποδυναμώνει την κανονιστική τους ισχύ κατά κάποιο τρόπο, επειδή γίνεται περισσότερο διαπραγματεύσιμη και αμφισβητήσιμη.

Ως εκ τούτου, ο Möller υποστηρίζει ότι ο Alexy «τελικά αποτυγχάνει να αποδείξει ότι η στάθμιση κατέχει μια σωστή θέση στη συλλογιστική για τα συνταγματικά δικαιώματα»²¹¹.

Ο Alexy στην πραγματικότητα υπερασπίζεται την ιδέα ότι η αρχή της αναλογικότητας πηγάζει άμεσα από την ίδια τη φύση των αρχών, πράγμα που σημαίνει ότι μπορεί να συναχθεί «λογικά» από αυτές. Υποστηρίζει ότι η προσφυγή στην στάθμιση σε περίπτωση σύγκρουσης δικαιωμάτων είναι «φυσιολογική», καθώς απορρέει από την ίδια φύση των αρχών. Επομένως, η στρατηγική της στάθμισης δεν είναι για τον Alexy επιλογή, «θέμα ευκολίας ή πρακτικότητας», αλλά ένα χαρακτηριστικό που συνδέεται απαραίτητα με την ίδια τη φύση των αρχών²¹².

Ωστόσο, κατά τη γνώμη του Möller, ο ισχυρισμός ότι μια αρχή «λογικά» υπόκειται σε στάθμιση είναι απλώς απαράδεκτος. Στην πραγματικότητα, εάν είναι αλήθεια ότι, όπως ισχυρίζεται ο Alexy, οι αρχές είναι κανόνες που απαιτούν «κάτι να πραγματοποιηθεί στον μεγαλύτερο δυνατό βαθμό», ωστόσο δεν είναι αποδεκτό να

²⁰⁷ Βλ. MÖLLER, K., 2007, 453.

²⁰⁸ Βλ. επίσης: KUMM, M., 'Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement', σε: Pavlakos, G., (eds), 2007.

²⁰⁹ Τα δικαιώματα ορίζονται ως «trumps» έναντι της πλειονηφίας από τον Ronald Dworkin, πράγμα που σημαίνει ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα έχουν μια ειδική κανονιστική ισχύ που δεν μπορεί να αλλάξει, ούτε καν με συναίνεση, βλ. DWORKIN, R., Taking Rights Seriously, Harvard University Press, November 1, 1978.

²¹⁰ Βλ. HABERMAS, J., 1996.

²¹¹ Βλ. MÖLLER, K., 2007, σελ. 453.

²¹² Βλ. ίδιου, ό.π., σελ. 455.

«βελτιστοποιηθεί» μια ηθική αξία με τον ίδιο τρόπο που βελτιστοποιεί κανείς το κέρδος», για παράδειγμα σε ένα οικονομικό πλαίσιο²¹³. Δεν είναι δυνατό, δηλαδή, να «βελτιστοποιηθούν» οι ηθικές αξίες.

Για τον Möller, ακόμα κι αν δύο αρχές βρίσκονται σε σύγκρουση, θα πρέπει πάντα να πραγματοποιούνται και οι δύο στο «μεγαλύτερο δυνατό βαθμό», στη «σωστή έκταση».

Αρχικά προερχόμενη από το γερμανικό δίκαιο, η αρχή της αναλογικότητας έγινε μία από τις κύριες θεμελιώδεις αρχές που αναπτύχθηκαν από τη νομολογία πολλών ευρωπαϊκών, εθνικών και διεθνών συνταγματικών δικαστηρίων παγκοσμίως, η οποία χρησιμοποιείται ως διασφάλιση κατά της αδιάκριτης χρήσης νομοθετικών και διοικητικών εξουσιών που ασκούνται από ένα κράτος ή μια δημόσια αρχή: τα δικαστήρια πάντα τη χρησιμοποιούσαν ως διαδικασία που αποσκοπεί στη διασφάλιση του πλήρους σεβασμού των ανθρωπίνων δικαιωμάτων από ένα κράτος ή μια δημόσια αρχή.

Τα δικαστήρια μπορούν να εφαρμόσουν αυτήν την αρχή και για να επιλύσουν διαφορές αντικρουόμενων συνταγματικών διατάξεων και να αναπτύξουν μια ιεραρχία θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών.

Ειδικότερα, η αρχή της αναλογικότητας απαιτεί ότι κάθε μέτρο που λαμβάνεται από ένα κράτος ή μια δημόσια αρχή που παραβιάζει ένα βασικό ανθρώπινο δικαίωμα πρέπει: σύμφωνα με το νόμο, να επιδιώκει θεμιτό σκοπό, αναγκαίο και αναλογικό.

Το μέτρο θα πρέπει να είναι κατάλληλο (αρχή της καταλληλότητας), προκειμένου να επιτευχθεί ο στόχος που επιδιώκει ο νομοθέτης, πράγμα που σημαίνει ότι μια ενδεχόμενη παρέμβαση σε μια αρχή θα πρέπει να συμβάλλει στην υλοποίηση μιας άλλης αρχής ίσης σημασίας, απαραίτητο (αρχή της αναγκαιότητας) για την επίτευξη αυτού του στόχου, που σημαίνει ότι δεν θα πρέπει να υπάρχουν άλλα λιγότερο αυστηρά μέσα για την επίτευξη του ίδιου αποτελέσματος (το μέτρο θα πρέπει επίσης να είναι το λιγότερο περιοριστικό των ανθρωπίνων δικαιωμάτων) και λογικό/αναλογικό (*stricto sensu*), που σημαίνει ότι πρέπει να είναι εύλογο, να εξισορροπεί τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα, δηλαδή μπορεί ευλόγως να αναμένεται από το ενδιαφερόμενο πρόσωπο να αποδεχθεί το εν λόγω μέτρο.

Ως εκ τούτου, καθήκον των δικαστών θα είναι να σταθμίσουν τα υπέρ και τα κατά του εν λόγω μέτρου. Σύμφωνα με τον M. Medina Guerrero, η αυστηρή αναλογικότητα σημαίνει ότι:

«There should be a tendency to reach a balance between the advantages and disadvantages which will inevitably appear when a right is limited, in order to protect another right or good which is constitutionally protected. It is necessary to carry out an evaluation in which particular and collective interest will be confronted, which implies taking into consideration all the relevant circumstances in the case»²¹⁴.

²¹³ Βλ. MÖLLER, K., 2007, σελ. 462.

²¹⁴ Βλ. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, σελ. 132-134.

Η απόφαση θα πρέπει να αξιολογεί το κόστος και τα οφέλη του εν λόγω μέτρου. Επομένως, αν τα υποθετικά οφέλη είναι υψηλά, ο τρόπος με τον οποίο μπορεί να επηρεαστούν τα συνταγματικά δικαιώματα αναμένεται να είναι επίσης υψηλός, και αυτό θα είναι αποδεκτό σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

Αναφέρθηκε ήδη ότι ένας από τους κεντρικούς στόχους της θεωρίας του Alexy είναι να δικαιολογήσει τη δομή της αρχής της αναλογικότητας ως έναν ορθολογικό/λογικό τρόπο επίλυσης συγκρούσεων μεταξύ αρχών. Κατά τον Alexy, στην πραγματικότητα, η στάθμιση θεωρείται ότι έχει μια ορθολογική δομή που σχηματίζεται από τρία στοιχεία τα οποία θεωρούνται ως η βασική δομή της στάθμισης: “law of balancing”, “weight formula” και “burden of argumentation”.

Το πρώτο στοιχείο “law of balancing” αντιπροσωπεύει για τον Alexy την αρχή της αναλογικότητας με τη στενή του έννοια και χαρακτηρίζει ό,τι είναι νομικά δυνατό, ενώ το δεύτερο “weight formula” και το τρίτο “burden of argumentation”, χαρακτηρίζουν ό,τι είναι πραγματικά δυνατό.

Το πρώτο στοιχείο, διαρθρώνεται σε τρία κύρια στάδια²¹⁵. Ο Alexy υποστηρίζει ότι σε περίπτωση αδυναμίας λήψης ορθολογικών κρίσεων μέσω αυτών των τριών σταδίων (ένταση παρέμβασης, βαθμός σημασίας και μεταξύ τους σχέση), οι αντιρρήσεις που διατύπωσε ο Habermas θα ήταν δικαιολογημένες.

Κατά συνέπεια, προσπαθεί να αποδείξει, μέσω μιας ανάλυσης παραδειγμάτων δικαστικών αποφάσεων²¹⁶, ότι η αιτιολόγηση των δικαστικών αποφάσεων μέσω αυτών των τριών σταδίων της στάθμισης με ορθολογικό τρόπο είναι πράγματι δυνατή.

Μια ορθολογική τριαδική κλίμακα παρέμβασης μπορεί να αναπτυχθεί για τον Alexy με τρεις διαφορετικούς βαθμούς, «ελαφρύ», «μέτριο» και «σοβαρό», προκειμένου να αξιολογηθούν οι ανταγωνιστικοί λόγοι και να καταλήξουμε σε ορθολογικές κρίσεις: εάν για παράδειγμα η ένταση της παρέμβασης θεωρηθεί ως ήσσονος σημασίας ή ελαφριά σε σύγκριση με το βαθμό σπουδαιότητας των λόγων παρέμβασης, τότε η κρίση μπορεί να θεωρηθεί ως ορθολογικά «προφανής».

Εάν η τριαδική κλίμακα παρέμβασης αυτή καθαυτή θεωρηθεί ως μη ικανοποιητική προκειμένου να αποδειχθεί η ορθολογικότητα της στάθμισης, το δεύτερο στοιχείο της δομής της στάθμισης θα συλληφθεί στη συνέχεια από τον Alexy ως «ορθολογική δομή για τη διαπίστωση της ορθότητας μιας νομικής κρίσης σε έναν λόγο»²¹⁷.

²¹⁵ Βλ. αναλυτικά για αυτά σε ALEXY R., “Discourse Theory and Fundamental Rights”, in: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), σελ. 25.

²¹⁶ Ο Alexy αναφέρεται συγκεκριμένα σε δύο συγκεκριμένες αποφάσεις του ΓΟΣΔ: την απόφαση *Tobacco* και την απόφαση *Titanic* (BVerfGE 95, 173), (VerfGE 86,1 (13)). Στην απόφαση *Tobacco*, οι λόγοι που δικαιολογούν την παρέμβαση στην ελευθερία των παραγωγών καπνού να ασκούν το επάγγελμά τους τοποθετώντας προειδοποιήσεις για την υγεία σχετικά με τον κίνδυνο του καπνίσματος στα προϊόντα τους, θεωρήθηκαν ως ήσσονος σημασίας, σε σύγκριση με τους κινδύνους για την υγεία που προκύπτουν από το κάπνισμα. Ομοίως, στην απόφαση *Titanic*, οι λόγοι που δικαιολογούσαν την παρέμβαση στην ελευθερία έκφρασης του περιοδικού θεωρούνταν ήσσονος σημασίας, σε σύγκριση με το γενικό δικαίωμα του έφεδρου αξιωματικού στην προσωπικότητα, βλ. ό.π., σελ. 25.

²¹⁷ Ίδιου, ό.π., σελ. 26-28.

Το δεύτερο αυτό στοιχείο (weight formula) αντιπροσωπεύει για τον Alexy ένα συμπλήρωμα του πρώτου (law of balancing). Πέρα από τη σημασία των αρχών στην πραγματικότητα πρέπει να ληφθεί υπόψη και το αφηρημένο βάρος τους. Το αφηρημένο βάρος των αρχών εξαρτάται από τα διαφορετικά νομικά συστήματα. «Απορρέει από τη διαφορετική νομική ιεραρχία του νομικού σώματος από το οποίο πηγάζει η αρχή ή μπορεί να καθιερωθεί με αναφορά σε θετικές κοινωνικές αξίες»²¹⁸. Συνάγεται επομένως ότι διαφορετικά νομικά συστήματα μπορούν να αντικατοπτρίζουν διαφορετική νομική ιεραρχία και διαφορετικές κοινωνικές αξίες.

Το τρίτο στοιχείο (burden of argumentation) είναι τελικά το συστατικό της δομής της στάθμισης που παρεμβαίνει μόνο σε περιπτώσεις που το δεύτερο οδηγεί σε αδιέξοδο, με το βάρος των αρχών να είναι πανομοιότυπο.

Ο Alexy φαίνεται να προτείνει δύο διαφορετικές λύσεις για αυτές τις περιπτώσεις αδιεξόδου στη διαδικασία στάθμισης: ενώ στο έργο του *A Theory of Constitutional Rights* (2002), ισχυρίζεται ότι οι υποθέσεις αδιεξόδου πρέπει να επιλύονται υπέρ της αρχής της νομικής ελευθερίας και της νομικής ισότητας (in dubio pro libertate)²¹⁹ σε άλλο σημείο φαίνεται να υποστηρίζει ότι οι περιπτώσεις αδιεξόδου θα μπορούσαν να επιλυθούν με την προσφυγή στη δημοκρατική αρχή²²⁰.

Οι δύο διαφορετικές λύσεις μπορούν να οδηγήσουν σε εντελώς διαφορετικά αποτελέσματα. Αυτός είναι ο λόγος που αυτή η «διπλή λύση» καταλήγει προβληματική και αντιφατική.

Επιπλέον, το αποτέλεσμα της στάθμισης και η καθιέρωση της προτεραιότητας μιας αρχής σε μια άλλη εξαρτώνται στη θεωρία του Alexy και από την απλή σύγκριση δύο περαιτέρω σημαντικών μεταβλητών που πρέπει να ληφθούν ουσιαστικά υπόψη κατά την στάθμιση: το αφηρημένο βάρος των εν λόγω αρχών και η αξιοπιστία των πραγματικών υποθέσεων (οι εμπειρικές υποθέσεις) σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Η στάθμιση γίνεται με αυτόν τον τρόπο πιο δύσκολη καθώς είναι πολύ δύσκολο να καθοριστούν οι στόχοι/ορθολογικά κριτήρια για την στάθμιση. Η εξισορρόπηση θα εξαρτάται τελικά τόσο από κανονιστικές όσο και από πραγματικές προϋποθέσεις. Το αφηρημένο βάρος των αρχών εξαρτάται από πολλούς σχετικούς παράγοντες, όπως η διαφορετική έννοια του προσώπου σε διαφορετικά νομικά και πολιτικά συστήματα, δίνοντας περαιτέρω χώρο στη δικαστική διακριτική ευχέρεια²²¹. Ωστόσο, μερικές φορές η γνώση του δικαστή σχετικά με τα εμπειρικά γεγονότα μπορεί να είναι πολύ περιορισμένη.

Όπως επισημαίνει ο C. Bernal Pulido στο άρθρο του, το πιο κρίσιμο σημείο στην στάθμιση είναι ότι είναι απαραίτητο να γίνει περαιτέρω διάκριση μεταξύ σχετικά

²¹⁸ Βλ. BERNAL PULIDO C., "On Alexy's Weight Formula", in: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), σελ. 102. Για παράδειγμα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί σε ένα συγκεκριμένο νομικό σύστημα ότι η αρχή της προστασίας της ζωής έχει μεγαλύτερη αφηρημένη βαρύτητα από την αρχή της ελευθερίας ή τον σεβασμό της ιδιωτικής ζωής.

²¹⁹ Βλ. ALEXY R., TCR, σελ. 384-385.

²²⁰ Σε περίπτωση σύγκρουσης με την αρχή της νομικής ισότητας και της νομικής ελευθερίας, οποιαδήποτε άλλη αρχή δεν θα υπερισχύει, εκτός εάν προβληθούν «ισχυρότεροι λόγοι» υπέρ της.

²²¹ Βλ. BERNAL PULIDO C., "On Alexy's Weight Formula", in: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), σελ. 108.

εύκολων περιπτώσεων στάθμισης, στις οποίες είναι δυνατές οι ορθολογικές κρίσεις και μπορούν εύλογα να διαπιστωθούν μέσω της στάθμισης και πολύ πιο δύσκολων περιπτώσεων που φαίνονται πιο περίπλοκες και στις οποίες οι προϋποθέσεις που πρέπει να θεωρούνται ως στόχοι είναι συχνά αβέβαιες²²².

Οι ηθικές απόψεις και οι πολιτικές ιδεολογίες των δικαστών εξακολουθούν να διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο στην στάθμιση και εξακολουθούν να υπάρχουν πολλά όρια ορθολογισμού που αφήνουν μεγάλο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στους δικαστές και στις αποφάσεις τους σχετικά με τα συνταγματικά δικαιώματα.

Επιστρέφοντας στη θεωρία των δικαιωμάτων του Alexy, ο νομικός φιλόσοφος θεωρεί απαραίτητο να αναγνωρίζονται ως θεμελιώδη δικαιώματα όχι μόνο τα ατομικά δικαιώματα αλλά και τα συλλογικά αγαθά: τόσο τα κοινωνικοοικονομικά δικαιώματα όσο και τα πολιτικοπολιτικά δικαιώματα χρειάζονται στην πραγματικότητα για την Alexy προστατευτικές και αμυντικές ενέργειες, μια αντίληψη που επανενώνει τις δύο κατηγορίες δικαιωμάτων υπό ισότιμη βάση.

Υποθέτοντας ότι τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα και τα κοινωνικοοικονομικά δικαιώματα πρέπει να εξετάζονται με την ίδια βάση, σημαίνει επίσης την υπόθεση της πιθανότητας σύγκρουσης μεταξύ ενός ατομικού θεμελιώδους δικαιώματος και μιας δημόσιας πολιτικής που αποσκοπεί στη διασφάλιση κάποιου συλλογικού συμφέροντος.

Αυτό θα μπορούσε να συμβαίνει, για παράδειγμα, σε μια σύγκρουση μεταξύ του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή και της προστασίας της δημόσιας ασφάλειας, ή του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή και της ελευθερίας της έκφρασης. Γενικά συνεπάγεται μια σύγκρουση μεταξύ των κλασικών ατομικών δικαιωμάτων και ορισμένων συλλογικών συμφερόντων, μια αντίθεση μεταξύ των ατομικών δικαιωμάτων και αυτού που ορίζεται ως κοινό αγαθό ή δημόσια πολιτική.

Εάν επίσης τα συλλογικά αγαθά έχουν θεμελιώδες καθεστώς, τότε ερχόμαστε αντιμέτωποι με μια σύγκρουση δικαιωμάτων που απαιτεί στάθμιση των αντικρουόμενων θέσεων που διακυβεύονται. Ωστόσο, ο κύριος κίνδυνος εδώ, όπως αναφέρθηκε προηγουμένως σε αυτή τη μελέτη, θα ήταν να χάσουν τα συνταγματικά δικαιώματα τον «απόλυτο», ορθολογικό και «δεοντολογικό τους χαρακτήρα», την προτεραιότητά τους ως «ηθικά ατού»²²³ έναντι της διαδικασίας της κυριαρχίας της πλειοψηφίας.

Ως εκ τούτου, το κύριο μέλημα είναι να διαπιστωθεί εάν και πώς θα ήταν δυνατό να ξεπεραστεί αυτή η σύγκρουση. Μια πιθανή λύση, που προτείνεται για παράδειγμα από τον Joseph Raz, θα μπορούσε να είναι η υιοθέτηση μιας λεγόμενης θεωρίας του δικαιώματος που βασίζεται στο συμφέρον σε αντίθεση με μια κλασική θεωρία της βούλησης των δικαιωμάτων²²⁴.

²²² Βλ. BERNAL PULIDO C., "On Alexy's Weight Formula", σε: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), σελ.106.

²²³ Βλ. τον χαρακτηρισμό που τους απέδωσε ο Dworkin, ό.π.

²²⁴ Οι θεωρίες που βασίζονται στη βούληση και οι βασισμένες στο συμφέρον είναι οι δύο κύριες θεωρίες της λειτουργίας των δικαιωμάτων. Ποια θεωρία προσφέρει την καλύτερη περιγραφή των

Οι θεωρητικοί της βούλησης, όπως για παράδειγμα ο Hart πιστεύουν ότι ένα δικαίωμα καθιστά τον κάτοχο του δικαιώματος «μικρής κλίμακας κυρίαρχο»²²⁵, θεωρώντας ότι «η λειτουργία ενός δικαιώματος είναι να δίνει στον κάτοχό του τον έλεγχο του καθήκοντος του άλλου» να ενεργεί με συγκεκριμένο τρόπο. Ωστόσο, η θεωρία της βούλησης του δικαιώματος φαίνεται να μην μπορεί να δώσει μια εξήγηση για ορισμένα δικαιώματα που υπάρχουν, όπως τα δικαιώματα των των ζώων, των παιδιών ή των ατόμων με ειδικές ανάγκες που έχουν δικαιώματα (για παράδειγμα το δικαίωμα να μην βασανίζονται) παρόλο που δεν ασκούν τη θέληση και την κυριαρχία τους.

Μια θεωρία που βασίζεται στο συμφέρον, από την άλλη πλευρά, φαίνεται να είναι πιο ευρεία από τη θεωρία της βούλησης, θεωρώντας αντίθετα ότι «η λειτουργία ενός δικαιώματος είναι να προάγει τα συμφέροντα του δικαιούχου»²²⁶. Σύμφωνα με αυτήν την αντίληψη, τα δικαιώματα βασίζονται στο συμφέρον και την ευημερία των μεμονωμένων ατόμων, παρόλο που δεν περιορίζονται στο συμφέρον των ατόμων μόνο, αλλά επεκτείνουν το συμφέρον τους στη γενική ευημερία της κοινότητας.

Κατά τη γνώμη του Raz²²⁷, τα συλλογικά συμφέροντα και τα ατομικά δικαιώματα πρέπει να υπάρχουν σε αρμονία και να συνεργάζονται μεταξύ τους: δεν υπάρχει ένταση ή σύγκρουση μεταξύ τους. Προκειμένου να επιτευχθεί μια συνολική αντίληψη των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, είναι ουσιαστικό να μην υποτιμάται η σημασία του κοινού καλού και η επιρροή του σε αξίες όπως η κοινωνική δικαιοσύνη, η ισότητα και η ελευθερία. Τόσο τα ατομικά ανθρώπινα δικαιώματα όσο και τα συλλογικά συμφέροντα αποτελούν στην πραγματικότητα ουσιαστικό μέρος της ανθρωπίνης διάστασης και το δικαίωμα που κατέχει ένα άτομο συνεπάγεται πάντα καθήκον έναντι των άλλων. Αυτό που είναι σημαντικό για ένα άτομο δεν μπορεί να θεωρηθεί ανεξάρτητα από τις συνέπειες σε άλλα άτομα σε μια κοινωνία και η ατομική αυτονομία θα πρέπει να προάγει την ευημερία ολόκληρης της κοινωνίας. Τα άτομα δεν έχουν μόνο δικαιώματα αλλά και ευθύνες έναντι της κοινωνίας στην οποία ζουν.

Τέλος, ενδιαφέρον παρουσιάζει το ζήτημα εάν στην εκδίκαση των διαφορών των συνταγματικών δικαιωμάτων η αρχή της νομικής ελευθερίας και της νομικής ισότητας (in dubio pro libertate) θα πρέπει να υπερισχύει της δημοκρατικής αρχής ή το αντίστροφο. Πρέπει ο δικαστικός ακτιβισμός και η διακριτική ευχέρεια του δικαστή να γίνουν ο τελικός κριτής της εκδίκασης των θεμελιωδών δικαιωμάτων σε συνταγματικό επίπεδο ή θα πρέπει να επικρατήσει η δημοκρατική αρχή;

Στο άρθρο του «*Balancing, Constitutional Review and Representation*» (2005), ο Robert Alexy επιβεβαιώνει ότι η στάθμιση είναι ένα από τα κύρια ζητήματα στις

λειτουργιών των δικαιωμάτων υπήρξε αντικείμενο έντονων διαφωνιών για αιώνες. Κύριοι υποστηρικτές της πρώτης υπήρξαν οι Kant, Savigny, Hart, Kelsen, Wellman και Steiner ενώ της δεύτερης οι Bentham, Ihering, Austin, Lyons, MacCormick, Raz και Kramer. Βλ. αναλυτικά WENAR, L. 2011.

²²⁵ Βλ. HART, H., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, σελ. 183.

²²⁶ Βλ. WENAR, L., 2011.

²²⁷ Βλ. RAZ, J., "Rights and Politics", in: J. Tasioulas (ed.), *Law, Values and Social Practices*, Aldershot: Dartmouth, 1997, σελ. 89.

τρέχουσες συζητήσεις για την ερμηνεία των συνταγματικών δικαιωμάτων. Πολλοί συγγραφείς έχουν διατυπώσει την αντίρρηση ότι η στάθμιση είναι και παράλογη και υποκειμενική. Κατά τον Alexy η ένσταση αυτή είναι αδικαιολόγητη. Η στάθμιση βασίζεται σε μια λογική μορφή επιχειρημάτων που μπορεί να γίνει σαφής μέσω μιας «weight formula»²²⁸.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι κατά τη γνώμη του Alexy δεν υπάρχει απαραίτητα σύγκρουση μεταξύ του ορθολογισμού της στάθμισης και της αρχής της «δημοκρατικής νομιμοποίησης»: δηλαδή δεν υπάρχει σύγκρουση στη γνώμη του Alexy μεταξύ της ορθολογικής μεθόδου που χρησιμοποιούν οι δικαστές στις δικαστικές αποφάσεις και της δημοκρατικής αρχής.

Αντίθετα, ο Eriksen²²⁹, κάνει διάκριση μεταξύ ενός «νόμου που έχει δημιουργηθεί από νομικούς» στον οποίο το Ανώτατο Δικαστήριο γίνεται ο τελικός κριτής του συνταγματικού δικαίου και ενός «δημοκρατικού νόμου», του οποίου «ουσιώδεις παράγοντες μπορούν να δοκιμαστούν δημοκρατικά». Η κριτική του Eriksen βασίζεται επομένως στην υπόθεση ότι «στις δημοκρατικές κοινωνίες οι νόμιμες διαδικασίες πρέπει να διασφαλίζουν νομικά ορθές και ορθολογικά αποδεκτές αποφάσεις»²³⁰. Ο Eriksen αμφιβάλλει για την αποτελεσματικότητα ενός νομικού συστήματος στο οποίο κανονιστικά ζητήματα επιλύονται μόνο με αναφορά στη διακριτική ευχέρεια των δικαστών. Το πρόβλημα είναι στην πραγματικότητα να εξακριβωθεί «αν οι ερμηνείες των καταστάσεων από τον δικαστή είναι σωστές».

Ωστόσο, δεν πρέπει να παραγνωρίζεται η σημασία του δικαστικού ελέγχου για την προστασία των πολιτών από αδικαιολόγητες παρεμβάσεις της νομοθετικής εξουσίας. Τα δικαστήρια μπορούν στην πραγματικότητα να ασκήσουν σημαντικό ρόλο στην προστασία των πολιτών από άδικους νόμους που δεν αποκλείονται ακόμη και σε δημοκρατικά κοινοβούλια.

Ο κίνδυνος της εφαρμογής υποκειμενικών κριτηρίων κατά τη στάθμιση είναι άμεσος. Ο κίνδυνος αυτός αποδίδεται κυρίως στην έλλειψη αντικειμενικών και ορθολογικών κριτηρίων εφαρμογής των συνταγματικών διατάξεων, με αποτέλεσμα πολλές φορές η κρίση του δικαστή αναφορικά με τη στάθμιση να ισοδυναμεί με πολιτική απόφαση²³¹ και όχι με απόφαση ερμηνείας και εφαρμογής του υπάρχοντος δικαίου. Υποστηρίζεται²³² ότι η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί τελικά έναν παράγοντα αποδυνάμωσης παρά ενίσχυσης της συνταγματικής προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, διότι παρέχει μόνο ένα εξωτερικό πλαίσιο συνταγματικού ελέγχου των νομοθετικών περιορισμών τους, εντός του οποίου τα θεμελιώδη δικαιώματα βρίσκονται εκτεθειμένα στη διακριτική ευχέρεια των δικαστικών σταθμίσεων.

Κατά τη διενέργεια σταθμίσεων από το δικαστή, βασική μέριμνα του τελευταίου

²²⁸ ALEXY, R., "Balancing, Constitutional Review and Representation", in: International Journal of Constitutional Law, October 2005, 3(4), σελ. 572.

²²⁹ Βλ. ERIKSEN, O. E., "Democratic or Jurist-made law?", σε: Menendez A. J., Eriksen, O. E., (eds.), (2006), 69-99.

²³⁰ Βλ. MENENDEZ A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), (2006), 7.

²³¹ Βλ. ΑΝΤΩΝΙΟΥ Θ., Η στάθμιση ως μέθοδος ερμηνείας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας. ό.π., σ. 979.

²³² Βλ. TSAKYRAKIS St., Proportionality: An assault on human rights? International Journal of Constitutional Law, Volume 7, Issue 3, July 2009, σελ. 468 επ.

οφείλει να αποτελεί η μη υποκατάσταση της ουσιαστικής εκτίμησης του νομοθέτη²³³ για το αν ο επιβαλλόμενος περιορισμός συνιστά πρόσφορο και αναγκαίο μέσο για την εξυπηρέτηση του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος και, περαιτέρω, για το αν υφίσταται αναλογία μεταξύ επιλεγόμενου περιοριστικού μέσου και επιδιωκόμενου σκοπού²³⁴. Γι' αυτό και η νομολογία δέχεται ότι η εκτίμηση του νομοθέτη ως προς τα ληπτέα μέτρα υπόκειται σε οριακό δικαστικό έλεγχο²³⁵ και συνεπώς ο έλεγχος τήρησης της αρχής της αναλογικότητας διενεργείται αρνητικά, εξ' ου και εύστοχα περιγράφεται ως μηχανισμός ανίχνευσης αθέμιτου σκοπού κατά την άσκηση δημόσιας εξουσίας²³⁶. Κατά τη διενέργειά της στάθμισης, είναι πράγματι δυνατόν να παρεισφρήσουν εξονομικές αξιολογήσεις²³⁷, ή ακόμα και να υποκατασταθεί η επιλογή του δημοκρατικού νομοθέτη από την επιλογή του δικαστή, όταν ο τελευταίος αποφαινεται ως προς τον βέλτιστο τρόπο εξυπηρέτησης του δημοσίου.

Σύμφωνα με το άρθρο 93 παρ. 3 του Συντάγματος: «Κάθε δικαστική απόφαση πρέπει να είναι ειδικά και εμπειριστατωμένα αιτιολογημένη». Οι αιτιολογίες όμως της στάθμισης παρουσιάζονται ιδιαίτερα φτωχές όσον αφορά τη μέθοδο και συλλογιστική αξιολόγησης των εκατέρωθεν επιχειρημάτων υπέρ και κατά των αντιτιθέμενων διατάξεων, συμφερόντων κ.λπ. Χαρακτηριστική εκδήλωση αυτής της ελλιποβαρούς επιμέτρησης είναι η μονόπλευρη επίκληση των επιχειρημάτων προς τη μία κατεύθυνση, χωρίς όμως και να εμβαθύνεται το γιατί αυτά βαρύνουν περισσότερο σε σχέση με εκείνα υπέρ της αντίθετης εκδοχής²³⁸.

Περαιτέρω, υποστηρίζεται ότι η αρχή της αναλογικότητας τυγχάνει άρρηκτα συνδεδεμένη με την οικονομική μεθοδολογία, ακόμα και όταν χρησιμοποιείται για το δικαστικό έλεγχο των δημοσίων πολιτικών. Η στάθμιση κόστους-οφέλους προϋποθέτει αντίστοιχα με τη σειρά της, από αυστηρή τουλάχιστον οικονομολογική πλευρά, την εφαρμογή μιας αυστηρής μεθοδολογίας, καθώς συνίσταται σε σύγκριση αριθμητικών μεγεθών (τιμών) τα οποία εκφράζουν τα διάφορα είδη κόστους και οφέλους και καταλήγει στη διατύπωση ενός θετικού ή αρνητικού αριθμητικού αποτελέσματος²³⁹.

²³³ ΜΠΕΗ Ευ., Η αρχή της αναλογικότητας από το δημόσιο στο αστικό και διοικητικό δικονομικό και ιδιωτικό δίκαιο, ό.π.

²³⁴ ΒΡΟΝΤΑΚΗ Μ., Ο δικαστής ως κριτής σταθμίσεων, αξιών και επιλογών του νομοθέτη κατά την πρόκριση των προς θέσπιση ρυθμίσεων, ό.π.

²³⁵ Π.χ. για την αντιμετώπιση της διαπιστωθείσης από το νομοθέτη κρίσιμης δημοσιονομικής κατάστασης της Χώρας, με σειρά αποφάσεων του (ΣτΕ Ολ. 1307 - 1316/2019, Ολ. 3372, 3373/2015, 3404 - 3406/2014, 3177/2014, 1286/2012, σκ. 16, 668/2012, σκ. 35) το ΣτΕ δέχεται ότι «Δεδομένου ότι ο νομοθέτης απολαμβάνει μεγάλης ελευθερίας επιλογής στη χάραξη της οικονομικής και κοινωνικής πολιτικής, ιδίως όταν η επιλογή αυτή αναφέρεται σε χορήγηση παροχών και εντάσσεται σε πρόγραμμα δημοσιονομικής προσαρμογής που αποσκοπεί στη δημοσιονομική εξυγίανση, εν όψει των περιορισμένων πόρων του κράτους»..

²³⁶ Βλ. ΠΑΠΑΣΠΥΡΟΥ Ν., Η πλοκή ελευθερίας & ανοιχτών θεσμών - συμβολή στη γενική θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων, ό.π., σ. 20.

²³⁷ Σύμφωνα με τον τέως αντιπρόεδρο του ΣτΕ Μ. Βροντάκη, ο δικαστής εκφέρει κρίση κατά πόσον ο νομοθέτης εκινήθη εντός των διαγραφόμενων από το Σύνταγμα ορίων της εξουσίας ουσιαστικής εκτίμησης αυτού και δεν ενήργησε αυθαίρετως, έχοντας ως «μέτρο κρίσεως και βάσανο εξέτασής την κοινή λογική, την κοινή αντίληψη και την κοινή πείρα».

²³⁸ FETERIS E., Weighing and balancing in the justification of judicial decisions, Informal logic, 28(1), 2008, σελ. 21.

²³⁹ Γ. Δελλής, Δήμος και Αγορά. Το δημόσιο δίκαιο «Αλλιώς», με το βλέμμα της οικονομικής ανάλυσης, εκδ. Ευρασία, 2018, σελ. 190-1, 202.

Οι αναπόφευκτοι συμβιβασμοί και οι απλουστεύσεις κατά την τοποθέτηση των διακυβευόμενων αγαθών στο ίδιο σύστημα αξιολόγησης, έτσι ώστε να καταστεί εφικτή η διενέργεια της στάθμισης, είναι πολύ πιθανόν να οδηγούν σε εσφαλμένα αποτελέσματα²⁴⁰.

Οι δύο βασικές συναφείς θεωρητικές προσεγγίσεις κάνουν λόγο για «στάθμιση βάσει κανόνων» και «αυτόνομη στάθμιση»²⁴¹. Στη στάθμιση βάσει κανόνων το ορθό αποτέλεσμα εξάγεται από το συνδυασμό των παραγόντων της στάθμισης και η σημασία των ανταγωνιστικών αξιώσεων στην συγκεκριμένη περίπτωση καθορίζεται σύμφωνα με συγκεκριμένα κριτήρια, που αποτελούν τους «παράγοντες της στάθμισης», ενώ το αποτέλεσμα προκύπτει από την εφαρμογή αυτών των κριτηρίων. Στην πλήρως ανεπτυγμένη μορφή της, η στάθμιση βάσει κανόνων ακολουθεί ένα σχήμα που καθορίζει τη σωστή λύση για κάθε είδος συνδυασμού παραγόντων στάθμισης. Αντίθετα, η αυτόνομη στάθμιση δεν προϋποθέτει προκείμενες που να καθορίζουν ουσιαστικά την εξισορρόπηση των κανονιστικών επιχειρημάτων, αλλά συνίσταται στον προσδιορισμό της προτεραιότητας μεταξύ των αντικρουόμενων επιχειρημάτων, χωρίς τούτο να πηγάζει από συγκεκριμένα κριτήρια και ο προσδιορισμός της σημασίας των αντικρουόμενων απαιτήσεων αποτελεί ο ίδιος ζήτημα εξισορρόπησης. Η δομή της αυτόνομης στάθμισης περιλαμβάνει τρία στοιχεία: 1ο) τα επιχειρήματα που πρέπει να σταθμιστούν μεταξύ τους, 2ο) τη διαδικασία στάθμισης με σκοπό τον προσδιορισμό της προτεραιότητας μεταξύ τους και 3ο), τον οριστικό κανόνα που προκύπτει από την στάθμιση και την καθορισμένη προτεραιότητα.

Υποστηρίζεται επιπλέον ότι²⁴² της εκφοράς της στάθμισης έχουν προηγηθεί μια σειρά από συνήθως σιωπηρές ή τουλάχιστον αδιευκρίνιστες πραγματολογικές κρίσεις. Το πραγματικό πλαίσιο της εκάστοτε διαφοράς αποτελεί καθοριστική παράμετρο κατά τη διενέργεια της στάθμισης. Για παράδειγμα, στη νομολογία της οικονομικής κρίσης, ο δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής προδήλως εντάσσεται στο ευρύτερο οικονομικό και πολιτικό περιβάλλον, απ' το οποίο επηρεάζεται, αλλά και το επηρεάζει με τη σειρά του²⁴³. Από την παράθεση, όμως, στη νομολογία των σταθμιζόμενων παραμέτρων, άλλοτε εντελώς συνοπτικά και άλλοτε λίγο περισσότερο αναλυτικά, σπάνια προκύπτει η βαρύτητα που αποδόθηκε σε κάθε μία εξ αυτών από το δικαστή, αλλά και οι λόγοι που αποδόθηκε η συγκεκριμένη βαρύτητα. Με άλλα λόγια, η απλή και συλλήβδην παράθεση των παραμέτρων αυτών χωρίς ειδικότερη θεμελίωση ως προς το ειδικό βάρος που αποδόθηκε σε κάθε μία είναι αμφίβολο αν ανταποκρίνεται στην απαίτηση για εμπειριστατωμένη αιτιολογία. Εφόσον, όμως, η εκτίμηση των δεδομένων αυτών δεν οριοθετείται επαρκώς ως διανοητική εργασία,

²⁴⁰ Βλ. CSERNE P., *Consequence-Based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics*, σε: Kl. Mathis, *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer Netherlands, 2012, σ. 31 επ. (45).

²⁴¹ Βλ. συναφώς για τη μεθοδολογία της στάθμισης ως μέθοδο στη δικανική σκέψη SIECKMANN J., *Is Balancing a Method of Rational Justification sui generis?* ό.π., σ. 191-2.

²⁴² Βλ. ΚΟΥΒΑΡΑ Η., Η «επιστημονικότητα» των μεθόδων στάθμισης στο δικαιοδοτικό έργο. Κριτική και υπεράσπιση, σε: ΕφημΔΔ 3/2020, σελ. 326-337.

²⁴³ Βλ. ΚΑΪΔΑΤΖΗ Α., Δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής και προσαρμογές στο μεταβαλλόμενο οικονομικο-πολιτικό περιβάλλον, άρθρο διαθέσιμο στη διεύθυνση: www.constitutionalism.gr.

πώς είναι δυνατόν να θεωρηθούν αξιόπιστα τα αποτελέσματά της στάθμισης²⁴⁴; Κατά την άποψη της Α. Τσιφτσόγλου, η αρχή της αναλογικότητας δεν είναι πανάκεια. Ειδικά σε στιγμές κρίσιμες, όπως στην αντιμετώπιση της τρομοκρατίας, η δικαστική στάθμιση διενεργείται συχνά υπό την πίεση πολλαπλών παραγόντων, ώστε ακόμη και η μαθηματική της ακρίβεια ή και η βελτιστοποίησή της, κατά τη θεωρία του Robert Alexy, βάσιμα να αμφισβητείται²⁴⁵.

Οι κριτικοί της στάθμισης δεν αποδέχθηκαν ποτέ το πλαίσιο του ζητήματος, δηλαδή τα δικαιώματα είτε είναι απόλυτα είτε η εξισορρόπηση είναι αναπόφευκτη. Επέμειναν ότι, χωρίς κάποιο ορισμό (κατηγοριοποίηση), ολόκληρη η ιδέα των δικαιωμάτων είναι χωρίς νόημα και τόνισαν ότι η ασάφεια της στάθμισης φτάνει σε κάθε στοιχείο της διαδικασίας: ποια πρέπει να είναι η μέτρηση και ποιος πρέπει να το κάνει²⁴⁶.

Ο δικαστής, όταν σταθμίζει, εντοπίζει τα συγκρουόμενα συμφέροντα, αξιολογεί τη βαρύτητα τους καθώς και την επίδραση που έχει σε αυτά ο περιορισμός που τους θέτει η κρινόμενη ρύθμιση, και επιλέγει προς τα πού πρέπει να γείρει η ζυγαριά στη συγκεκριμένη περίπτωση. Αυτό που καθορίζει την έκβαση της στάθμισης είναι οι συγκεκριμένες συνθήκες, τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία φωτίζουν και μορφοποιούν την κρινόμενη ρύθμιση. Ο δικαστής κάνει μια επιλογή με βάση την αξιολόγηση των δικαιωμάτων εν όψει των πραγματικών συνθηκών στις οποίες εφαρμόστηκε μια νομική ρύθμιση. Στην ουσία μετριέται η «θυσία» στην οποία υποβάλλεται καθένα από τα συγκρουόμενα δικαιώματα. Η αξιολόγηση αυτή των ανταγωνιστικών δικαιωμάτων γίνεται με ορισμένα κριτήρια, ορισμένα standards, τα οποία εξορθολογίζουν και δικαιολογούν την επιλογή του δικαστή.

Η στάθμιση περιγράφει τόσο μια διαδικασία μέτρησης ανταγωνιστικών συμφερόντων για να προσδιοριστεί ποια είναι «βαρύτερη» όσο και ένα συγκεκριμένο ουσιαστικό αποτέλεσμα που χαρακτηρίζεται ως «ασορροπία» ανταγωνιστικών συμφερόντων. Η στάθμιση αντιμετωπίζει τη συνταγματική διαφορά ως ένα ερώτημα ανταγωνιστικών αξιών²⁴⁷ που πρέπει να εντοπισθούν, να αποτιμηθούν και να συγκριθούν. Η στάθμιση συνεπάγεται αναπόφευκτα δηλώσεις μαθηματικής ακρίβειας ή, εν πάση περιπτώσει, φαίνεται να παραπέμπει σε κάποιο είδος ποσοτικοποίησης, και έτσι τείνει να παραμελήσει κάθε ηθικό συλλογισμό. Η αφηρημένη έννοια της στάθμισης, επιπλέον, δεν εξηγεί ποια είναι τα συμφέροντα, τα δικαιώματα ή οι αρχές που σταθμίζονται ή πώς αντιστοιχίζονται τα βάρη. Αυτή δε η σιωπή τείνει να αποκρύψει την αδυναμία μέτρησης ασύμβατων τιμών εισάγοντας την εικόνα μιας μηχανιστικής, ποσοτικής κοινής μέτρησης²⁴⁸. Οι επικριτές της στάθμισης απορρίπτουν εντελώς τον μύθο της μαθηματικής ακρίβειας. Για παράδειγμα ο Justice Scalia απόλυτα παραστατικά αναφέρει ότι δεν μπορούμε να συγκρίνουμε το μήκος μιας γραμμής με τη βαρύτητα ενός βράχου²⁴⁹.

²⁴⁴ Βλ. ΚΟΥΒΑΡΑ Η., ό.π.

²⁴⁵ Βλ. ΤΣΙΦΤΣΟΓΛΟΥ Α., Δημόσια Ασφάλεια και Ιδιωτικότητα, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2015, σελ. 38

²⁴⁶ Βλ. ενδεικτικά την κριτική του Justice Black όπως αναφέρθηκε σε προηγούμενο κεφάλαιο.

²⁴⁷ Βλ. D. L. Faigman, «Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication», 88 Nw.U. L.Rev.641.

²⁴⁸ Βλ. Paul W. Kahn, The Court, The Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell, 97 Yale L.J. 1 (1987).

²⁴⁹ Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters., 486 U.S. 888, 897 (1988) (Scalia, J. concurring). Βλ. Frederick Schauer, Commensurability and Its Constitutional Consequences, 45 Hastings L.J. 785, 787

Η υιοθέτηση της μεθόδου της στάθμισης, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, κινδυνεύει να παραμελήσει την πολυπλοκότητα της ηθικής αξιολόγησης και, ιδίως, την πολυπλοκότητα των δικαιωμάτων. Πιο συγκεκριμένα, τείνει να παραβλέπει, ή τουλάχιστον να μην εκτιμά επαρκώς, το γεγονός ότι στην πραγματικότητα περιλαμβάνονται ιδέες που δεν μπορούν να ποσοτικοποιηθούν, με αποτέλεσμα οι ιδέες αυτές να μην λαμβάνονται δεόντως υπόψη από τον εφαρμοστή του δικαίου.

Η στάθμιση ορίζεται ως συνταγματική δικαστική τεχνική ζυγίσματος. Ο Στ. Τσακυράκης²⁵⁰ διερωτάται είναι αν η «ζύγιση» ή η «στάθμιση», ακόμη και λαμβανόμενη υπό την ευρεία έννοια, έχουν οποιαδήποτε αξία κατά την εκδίκαση διαφορών σε σχέση με τα συνταγματικά δικαιώματα. Κατ' αυτόν, στην πράξη, ο όρος «στάθμιση» έχει καταστεί ισοδύναμος με την αρχή της αναλογικότητας, δηλαδή, ένα συγκεκριμένο δικαστικό τεστ που προσποιείται την στάθμιση των αξιών αποφεύγοντας κάθε ηθικό συλλογισμό. Στην πραγματικότητα, η αρχή της αναλογικότητας, παρακάμπτοντας κάθε διάλογο για τις προτεραιότητες, προσποιείται ότι επιλύει συγκρούσεις αξιών αξιολογώντας το βαθμό της σχετικής συνύπαρξής τους²⁵¹. Οι αξίες των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, για παράδειγμα, δεν απολαμβάνουν καμία προτεραιότητα έναντι άλλων δημόσιων συμφερόντων. Αντιμετωπίζονται ισοδύναμα με αυτά. Η αναζήτηση ενός οργάνου στάθμισης καθιστά τον δικανικό συλλογισμό ευεπίφορο σε συνεπειοκρατικό του εκτροχιασμό, σχετικοποιώντας, έτσι, την αυταξία των δικαιωμάτων²⁵². Ο Στ. Τσακυράκης κατακρίνει την μηχανιστικότητα, την ουδετερότητα, και εν τέλει την σταθμιστική τυχειότητα ιδίως του σταδίου της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Αυτά τα χαρακτηριστικά της εργαλειακής υπερστάθμισης τα κριτικάρει ως προβληματικά σε σχέση με την φύση των συνταγματικών δικαιωμάτων, το ηθικό τους DNA και τελικά επικρίνει την αρχή της αναλογικότητας ως προσβλητική των συνταγματικών δικαιωμάτων. Το επιχείρημα ότι με τις ατέρμονες σταθμίσεις χάνεται το ηθικό περιεχόμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων είναι πειστικό. Η μέθοδος γίνεται η ουσία και η ουσία χάνεται στον έλεγχο.

Συγχρόνως, η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας αποσυνδέεται πλήρως από την ηθικοπολιτική και κανονιστική εξειδίκευση του πεδίου της, με αποτέλεσμα να καθίσταται εκ των προτέρων προβληματική η πρόκριση των μορφών δράσης που είναι πρόσφορες για καλές συνθήκες εξωτερικής ελευθερίας για τα υποκείμενα δικαίου²⁵³. Τέλος, τα δικαιώματα εκλαμβάνονται ως αντιμαχόμενα συμφέροντα, με αποτέλεσμα να περιορίζονται στην αμυντική-αποφατική τους διάσταση, δίχως θετικό-συμμετοχικό περίγραμμα με όρους κοινωνικής αλληλεγγύης.

(1994) που αναφέρει: «κανείς δεν υποστηρίζει ότι το μήκος και το βάρος μπορούν να μειωθούν σε ένα μόνο μέτρο, περισσότερο από ό, τι οι άνθρωποι υποστηρίζουν ότι το χρώμα και η μυρωδιά μπορούν να μετρηθούν κατά μια ενιαία μέτρηση».

²⁵⁰ Βλ. τη σχετική κριτική από τον TSAKYRAKIS STAVROS, "Proportionality: An assault on human rights", ICON, Vol. 7, July 2009, σ. 468-493, ιδίως σελ. 475.

²⁵¹ Βλ. JULIAN RIVERS, Proportionality and Variable Intensity of Review, 65 Cambridge L.J. 174, 180 (2006) κατά τον οποίο: η αντίληψη της αναλογικότητας που κυριαρχεί στα ηπειρωτικά ευρωπαϊκά πλαίσια βασίζεται σε μια υπόθεση ότι τα δικαιώματα και τα άλλα συμφέροντα είναι τυπικά διακριτά.

²⁵² TSAKYRAKIS St., ό.π., σελ. 471-472.

²⁵³ Βλ. PAVLAKOS GEORGE, "A plea for moderate optimisation: On the structure of principles as interpersonal reasons", στο: M. Browski/S.L. Paulson/J.-R. Sieckmann (eds.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, εκδ. Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, σελ. 395-410.

Συνεπώς, η μονομερής ανάγνωση του δημόσιου συμφέροντος, είτε ως αοριστόλογη ρητορική επίκληση είτε ως *ad hoc* στάθμιση κόστους-οφέλους, απολήγει σε σχετικοποίηση των δικαιωμάτων και των γενικών αρχών δικαίου. Με άλλα λόγια, τόσο η αυτονόμηση του δημόσιου συμφέροντος ως *ratio* περιορισμού όσο και η *ad hoc* «στάθμιση» ως αυτοτελής αρχή δικαίου, παρά τις αντίθετες ερμηνευτικές τους αφετηρίες, εκβάλλουν στα ίδια αδιέξοδα²⁵⁴. Αφενός, αναιρούν τον κατηγορικό χαρακτήρα των δικαιωμάτων²⁵⁵ και, αφετέρου, παρακάμπτουν τη διαβουλευτική διαδικασία, μέσα από την οποία έρχονται στο φως κρίσιμοι ηθικοπολιτικοί λόγοι περί του πρακτέου²⁵⁶.

Αντίθετος στη λογική της στάθμισης, όπως και γενικότερα στο δικαστικό έλεγχο, είναι και ο γνωστός πολιτικός φιλόσοφος και μαθητής του Dworkin, Jeremy Waldron²⁵⁷. Για παράδειγμα, ο Waldron απορρίπτει τα επιχειρήματα περί αποτελεσματικότητας των περιορισμών των δικαιωμάτων για ενίσχυση του δημόσιου αγαθού της ασφάλειας ενώ προβάλλει παράλληλα τους κινδύνους από μια στάθμιση που θα γέρνει μόνο υπέρ του κράτους. Επισημαίνεται, εξάλλου, και το πρόβλημα της ασυμμετρίας των αγαθών στη στάθμιση, ενώ και η σύνθετη φύση της δημόσιας ασφάλειας περιπλέκει την επίτευξη ισορροπίας. Δίχως να αμφισβητεί την αναγκαιότητα διαχείρισης των κινδύνων που γέννησε η 11/9, ο Waldron ασκεί κριτική στην σταθμιστική λογική που, κατά την άποψή του, δεν έχει τα αναμενόμενα αποτελέσματα αλλά αντιθέτως, μακροπρόθεσμα, υποδαυλίζει τα δικαιώματα ενδυναμώνοντας την κρατική αυθαιρεσία. Κατά τον Waldron, όπως και κατά τον Dworkin, η στάθμιση ασφάλειας-ελευθερίας συνιστά προϊόν «πολιτικής ήττας» που μόνο αφορμή βρίσκει στις έκτακτες συνθήκες²⁵⁸.

2.3. Η αβεβαιότητα της στάθμισης στην ιδιόμορφη περίπτωση των κοινωνικών δικαιωμάτων

Ο προβληματισμός γύρω από τη στάθμιση καθίσταται ακόμη πιο κρίσιμος όταν η αναλογικότητα εφαρμόζεται στο πεδίο των κοινωνικών δικαιωμάτων. Η στάθμιση συνιστά ένα εγγενές χαρακτηριστικό των κοινωνικών δικαιωμάτων ενόψει των ιδιομορφιών τους ως οικονομικά αποτιμητέων υλικών παροχών και διεκδικήσεων. Το περιεχόμενό τους εξαρτάται από τη σύγκρουση και την εξισορρόπηση συμφερόντων και διαθέσιμων πόρων. Αυτό σημαίνει ότι η ευχέρεια του νομοθέτη να προβεί σε πολιτικές επιλογές είναι ακόμη ευρύτερη και κατά συνέπεια ο δικαστικός έλεγχος των επιλογών αυτών αποδεικνύεται ακόμη δυσχερέστερος, καθώς συναρτάται με αμιγώς πολιτικές αποφάσεις και σταθμίσεις²⁵⁹. Άλλωστε, στο πεδίο των κοινωνικών δικαιωμάτων από τη σκοπιά του φορέα τους κατά κανόνα ο νομοθετικός περιορισμός φαίνεται να θίγει τον εικαζόμενο πυρήνα του δικαιώματος, ενώ από τη σκοπιά της

²⁵⁴ Βλ. ΨΗΜΜΑΣ Θ., Τα θεμέλια της κοινωνικής ασφάλισης: Διανεμητική Δικαιοσύνη, Ισότητα, Δημοκρατία, εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σελ. 223.

²⁵⁵ Βλ. TSAKYRAKIS St., ό.π., σ. 493.

²⁵⁶ Βλ. PAVLAKOS G., ό.π., σ. 406.

²⁵⁷ WALDRON J., *Security and Liberty: The Image of Balance*, JOPP (2003), 191 επ., σε ΤΣΙΦΤΣΟΓΛΟΥ Α., *Δημόσια Ασφάλεια και Ιδιωτικότητα*, 2015, σελ. 41.

²⁵⁸ Βλ. EPSTEIN R., *The Imperfect Reconciliation of Liberty & Security in: YOOJ. / REUTER D.* (eds.), *Confronting Terror*, 2011, 89 επ.

²⁵⁹ Βλ. ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Ε. /ΦΩΤΙΑΔΟΥ Α., *Η ανθεκτικότητα του Συντάγματος*, εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σελ. 155.

κυβερνητικής πολιτικής το ίδιο ζήτημα προσεγγίζεται ως ευρισκόμενο στις παρυφές του πεδίου προστασίας του δικαιώματος²⁶⁰.

Ωστόσο, υπάρχουν και τα επιχειρήματα υπέρ της στάθμισης²⁶¹. Οι υποστηρικτές της θεωρίας της στάθμισης των συμφερόντων προβαίνουν σε απάντηση στα επιχειρήματα των επικριτών. Ειδικότερα, υποστηρίζεται ότι²⁶², κατά τη διενέργεια του ελέγχου αναλογικότητας ενός μέτρου, τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα δεν ποσοτικοποιούνται με την εφαρμογή μονάδων μέτρησης των μεγεθών και καταμέτρηση του βαθμού συσσώρευσής τους, προκειμένου εν συνεχεία να «ζυγιστούν». Σε τούτο διαδραματίζει καθοριστικό ρόλο το γεγονός ότι στη δικανική κρίση ποσοτικά δεδομένα διαπλέκονται διαρκώς και ποικιλοτρόπως με αξίες μη δεκτικές μέτρησης, όπως η προβλεψιμότητα, η ασφάλεια δικαίου ή ακόμα και η συνοχή του νομικού συστήματος²⁶³. Άλλωστε, σε μία κοινωνία είναι εξαιρετικά δύσκολο να υφίσταται προσδιορίσιμη κοινότητα αντιλήψεων ή ηθική και πολιτική συναίνεση (consensus), οι οποίες να είναι δυνατόν να αποτελέσουν αντικείμενο επίκλησης για τη στήριξη συγκεκριμένων νομικών αποτελεσμάτων²⁶⁴.

Η στάθμιση των συμφερόντων, ως ζήτημα πραγματικό, που οδηγεί στην προστασία μιας ατομικής ελευθερίας και στον περιορισμό της άλλης σε κάθε *in concreto* περίπτωση, είναι άρρηκτα εξαρτημένη και στενά συνδεδεμένη με τις συντρέχουσες συγκυρίες και τις εκάστοτε ιδιαίτερες συνθήκες και περιστάσεις. Αν και το αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο εμφανίζεται, όντως να έχει μια διακριτική ευχέρεια, η ευχέρεια αυτή καθοδηγείται από όσο το δυνατό πιο αντικειμενικές κρίσεις και ασκείται με κριτήρια αντικειμενικά, τα οποία είναι αποκλειστικά και μόνο οι ίδιες συνταγματικές επιταγές²⁶⁵. Ως εκ τούτου, δεν υφίσταται, όπως υποστηρίζεται από επικριτές της σταθμιστικής μεθόδου, ασάφεια και ελλιπής καθορισμός του τρόπου εφαρμογής της υπό εξέταση θεωρίας. Αντιθέτως, υφίσταται μία μεθοδολογία προς την επίρρωση ενός δικανικού συλλογισμού πάγια τεκμηριωμένου.

Συγκεκριμένα ως προς τη μεθοδολογία της θεωρίας της στάθμισης, σε ένα πρώτο στάδιο, ο δικαστής καλείται να κατανοήσει την αξία των αντιπαρατιθέμενων συμφερόντων αξιολογώντας τα επιχειρήματα που προβάλλονται από τους διαδίκους. Σε ένα δεύτερο στάδιο, ο δικαστής προχωρά στη διατύπωση μίας κανονιστικής θεωρίας, η οποία θα συνθέτει και θα εξειδικεύει τις προβαλλόμενες συνταγματικές αρχές, κατά τέτοιο τρόπο ώστε να γίνει ακριβής ο καθορισμός της αξίας των εμπλεκόμενων συμφερόντων. Τέλος, σε τρίτο στάδιο, η θεωρία αυτή θα πρέπει να καταλήγει στη διατύπωση ενός ειδικότερου κανόνα, μίας δηλαδή εν δυνάμει γενικεύσιμης νομικής κρίσης, που να είναι επαρκώς θεμελιωμένη ενόψει των

²⁶⁰ Βλ. CONTIADES X. /FOTIADOU A., Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 3, July 2012, σελ. 667 επ.

²⁶¹ Βλ. Madhav Khosla, Proportionality: An assault on human rights? A reply, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 2, April 2010, Pages 298–306

²⁶² Βλ. Paul W. Kahn, ό.π.

²⁶³ MacCORMICK N., *Rhetoric and the rule of law*, Oxford University Press, 2005, σελ. 117.

²⁶⁴ Τον ίδιο, ό.π.

²⁶⁵ Βλ. ΜΑΝΕΣΗ Αριστόβουλο Ι., *οπ. παρ.*, σελ. 64–66

κριτηρίων της ολοκλήρωσης και της εξελικτικής συνοχής²⁶⁶.

2.4. Υπάρχει μονάδα μέτρησης του «βάρους» των συνταγματικών αξιών;

Περαιτέρω υποστηρίζεται²⁶⁷ ότι, σε κάθε περίπτωση, οποιαδήποτε στάθμιση προϋποθέτει όχι μόνο τα σταθμιζόμενα μεγέθη αλλά και τα «μέτρα και σταθμά» δηλαδή τα κριτήρια με τα οποία θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί στάθμιση αυτού του είδους. Στην περίπτωση δηλαδή, που δεν θα ίσχυε η αρχή της τυπικής ισοδυναμίας θα έπρεπε να υπάρχουν συγκεκριμένα αντικειμενικά και μόνιμα κριτήρια, «σταθμά» για τη λειτουργία της στάθμισης. Στο σημείο αυτό όμως προστίθεται και ένα μεθοδολογικό επιχείρημα εναντίον της στάθμισης, υπό μορφή ερωτήσεως: «Στάθμιση χωρίς σταθμά;». Δεν έχουν "συντελεστή" οι συνταγματικές διατάξεις! Πράγματι η επιστήμη δεν έχει προτείνει έως σήμερα κάποιο σύστημα "νομικών σταθμών"- αξιολογικών κριτηρίων για τη μέτρηση της "βαρύτητας" των συνταγματικών διατάξεων. Κριτήρια ασφαλώς γενικά εφαρμοζόμενα σε κάθε περίπτωση, καθώς τα μέτρα και τα σταθμά της δικαιοσύνης δεν μπορούν να αλλάζουν από περίπτωση σε περίπτωση αλλά πρέπει να είναι τα ίδια για όλους. Η *in concreto* στάθμιση με κριτήρια που αφορούν μόνο τη συγκεκριμένη περίπτωση είναι εξαιρετικά σχετική, ώστε να φέρνει στην επιφάνεια και να ενισχύει τη διατύπωση του κανόνα: «μια στάθμιση ουδεμία στάθμιση». Έστω όμως και αν υπήρχαν, και αν είχαν προταθεί ικανοποιητικά επιστημονικά κριτήρια, θα ήταν απαραίτητη η *expressis verbis* συνταγματική τους θεμελίωση ακριβώς διότι θα εισήγαγαν εξαιρέσεις από την αρχή της τυπικής ισοδυναμίας. Σε κάθε περίπτωση εξαίρεση από την αρχή αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή χωρίς *expressis verbis* ρητή συνταγματική αναφορά, που όμως δεν υπάρχει.

Όσον αφορά την υποτιθέμενη από τους οπαδούς της θεωρίας της στάθμισης προϋπόθεση της ιεράρχησης των συνταγματικά κατοχυρωμένων έννομων αγαθών, αναφέρεται ότι τα στοιχεία αυτά της κάθε *in concreto* περίπτωσης πρέπει να σταθμισθούν, δηλαδή να συνεκτιμηθούν υπό το φως του Συνταγματικού δικαίου πέρα από αυθαίρετες ιεραρχικές κατατάξεις και υποκειμενικές εκτιμήσεις ιδεολογικής ή πολιτικής υφής. Η επιλογή ενός συνταγματικού δικαιώματος, σε βάρος κάποιου άλλου πρέπει να λάβει χώρα, εφόσον προηγουμένως έχει προηγηθεί η απαιτούμενη ερμηνευτική προσπάθεια της αναζήτησης της νοηματικής ενότητας του Συντάγματος²⁶⁸ και σε καμία περίπτωση δεν υποστηρίζεται η τάση για *a priori* αξιολογική ιεράρχηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων²⁶⁹ σε προτιμώμενα και σε μη προτιμώμενα²⁷⁰. Με λίγα λόγια, η *in abstracto* προτίμηση οποιασδήποτε

²⁶⁶ Βλ. σχετικά με την ανάπτυξη των τριών αυτών σταδίων της στάθμισης συμφερόντων ΣΤΡΑΤΗΛΑΤΗ Κ., Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος, Το Σύνταγμα, Τεύχος 3/2001.

²⁶⁷ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Προβλήματα της στάθμισης ως νομικής μεθόδου, ό.π.

²⁶⁸ Σχετικά με τη νομοθετική ενότητα του Συντάγματος βλ. ΤΣΑΤΣΟ Δημήτρη, ό.π. παρ., σελ. 297

²⁶⁹ Μία τέτοια *a priori* τάση παρατηρείται σε αλλοδαπές συνταγματικές τάξεις, όπως στην αμερικανική που γίνεται ιεράρχηση σε προτιμώμενες και μη προτιμώμενες ελευθερίες (*preferred freedoms*): βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., ό.π. παρ., σελ. 103.

²⁷⁰ Στο σημείο αυτό θα πρέπει να αναφερθεί ότι στην ελληνική νομολογία υπήρξε μία απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου, η ΑΠ 13/1999 γνωστή ως υπόθεση Μπαμπινιώτη, στην οποία υποστηρίχθηκε ότι η προστασία της ελευθερίας της επιστήμης (άρθρο 16 παρ. 1 Συντ.) και της ελευθερίας της έκφρασης (άρθρο 14 Συντ.) αποσκοπεί στη διαφύλαξη ύψιστων κοινωνικών αγαθών και ως εκ τούτου, προσβολές της προσωπικότητας που ενυπάρχουν στην ενάσκηση αυτών των ελευθεριών, δεν κρίνονται παράνομες διότι η προσωπικότητα έχει στη συγκεκριμένη περίπτωση

συνταγματικής διάταξης σε βάρος άλλης είναι απορριπτέα, εκτός βέβαια εάν υφίσταται μεταξύ αυτών των διατάξεων, όπως αναφέρθηκε, σχέση ειδικότητας, οπότε και επικρατεί η εφαρμογή της ειδικής διάταξης βάσει του κανόνα της υπεροχής της ειδικής έναντι της γενικής διατάξεως²⁷¹.

Οι διευκρινίσεις αυτές, μάλιστα, θα πρέπει να οδηγούν στην αποκρυστάλλωση μίας "θετικής" εικόνας των χαρακτηριστικών της στάθμισης, ώστε το αντικείμενο της ερευνητικής αναζήτησης να καθίσταται διακριτό και να αποφεύγονται άσκοπες αντιπαραθέσεις σχετικά με ενδεχόμενη λανθασμένη κατανόηση αυτού που ο ερμηνευτής – δικαστής εννοεί ως «στάθμιση».

Η έλλειψη σαφών και αντικειμενικών κριτηρίων στάθμισης δημιουργεί ασάφεια και αοριστία που ενισχύει σημαντικά την ανασφάλεια δικαίου. Η ασάφεια της στάθμισης έγκειται, εκτός των άλλων, στο ότι οποιοδήποτε συμφέρον εύκολα μπορεί να παρουσιαστεί ως «υψηλή και ευγενής αξία»²⁷², ενισχυόμενης με αυτό τον τρόπο σημαντικά και της ευχέρειας της δικαστικής κρίσης και της αβεβαιότητας του δικαίου. Σε κάθε πάντως περίπτωση η στάθμιση διευρύνει σημαντικά τη δικαστική ευχέρεια²⁷³. Εφόσον δεν υπάρχουν συγκεκριμένα κριτήρια με τα οποία καλείται να κρίνει ο δικαστής, επικρατεί σχεδόν πλήρης ελευθερία στο σχηματισμό της δικανικής κρίσης και συνεπώς εύλογη τη διερώτηση μήπως τίθεται πράγματι ο δικαστής υπεράνω του νόμου, εφόσον μπορεί να επιλέγει ποια διάταξη θα αποκλείσει και ποια θα εφαρμόσει στη συγκεκριμένη περίπτωση με κριτήρια μη αναγραφόμενα στο δίκαιο. Είναι δυνατόν ο δικαστής να παρακάμπτει συγκεκριμένη συνταγματική διάταξη; Ο δικαστής είναι πάνω από τους νόμους; Η απάντηση βεβαίως είναι αρνητική. Κι αυτό γιατί η νομιμότητα προϋπάρχει, δεν την παράγει ο δικαστής. Ο τελευταίος απλώς την επιβεβαιώνει!

Επομένως, η κρατούσα σε θεωρία και νομολογία μέθοδος της στάθμισης, με τη μεγάλη ελευθερία που δίνει στον εκάστοτε δικαστή να "ζυγίζει" τα αντιτιθέμενα δικαιώματα, δεν μπορεί να δώσει σταθερό αποτέλεσμα. Και εύλογα διερωτάται κανείς: το αποτέλεσμα κάθε φορά εξαρτάται από το ποιος δικάζει την εκάστοτε υπόθεση; Μήπως τελικά η στάθμιση δεν είναι τίποτε άλλο παρά ένα "εκκρεμές"; Πού είναι όμως στην περίπτωση αυτή η ασφάλεια του δικαίου; Πώς μπορούν με μια τέτοια μέθοδο, της οποίας το αποτέλεσμα δεν είναι σταθερό, οι διάδικοι να αισθάνονται ότι στην υπόθεσή τους θα εφαρμοστεί το δίκαιο;

2.5. Η υπόθεση του ΕΔΔΑ Lautsi κ.λ.π κατά Ιταλίας ως παράδειγμα νομολογιακής αβεβαιότητας κατ' εφαρμογή της στάθμισης

Ενδεικτικό παράδειγμα τέτοιας έλλειψης σταθερότητας ως προς το διακύβευμα αποτελεί η περίπτωση της απόφασης του ΕΔΔΑ στην υπόθεση Lautsi κλπ κατά Ιταλίας²⁷⁴. Η υπόθεση αυτή αφορούσε την παρουσία της εικόνας του Εσταυρωμένου στις σχολικές αίθουσες των δημόσιων σχολείων στην Ιταλία, η οποία κατά τους

υποδεέστερη σημασία σε σύγκριση με το προστατευόμενο αγαθό των ως άνω ελευθεριών. Βλ. ΑΠ 13/1999, Νομικό Βήμα, Τόμος 48, 2000, σελ. 447.

²⁷¹ Βλ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π, οπ. π., σελ. 129 και ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ, οπ. π., σελ. 102-103

²⁷² Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Προβλήματα της στάθμισης ως νομικής μεθόδου, ό.π.

²⁷³ Βλ. Τον ίδιο, Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, ό.π., σελ. 229-230.

²⁷⁴ Αριθ. Προσφυγής : 30814/06

προσφεύγοντες ήταν ασυμβίβαστη με την υποχρέωση του κράτους να σέβεται, κατά την άσκηση των καθηκόντων του, στον τομέα της εκπαίδευσης και τη διδασκαλία, το δικαίωμα των γονέων να εξασφαλίζουν στα παιδιά τους μια εκπαίδευση και διδασκαλία σύμφωνα με τις θρησκευτικές και φιλοσοφικές τους πεποιθήσεις.

Το Δικαστήριο στην υπόθεση αυτή, εν τέλει, δεν αποδέχθηκε ότι, η παρουσία του Εσταυρωμένου ή άλλων θρησκευτικών συμβόλων στις σχολικές αίθουσες, συνιστούν επιρροή στους μαθητές, διευκρίνισε ότι η απόφαση για τοποθέτηση θρησκευτικών συμβόλων στα σχολεία εναπόκειται στα κράτη-μέλη²⁷⁵ και αποφάνθηκε ότι αυτό, δεν αποτελεί κάποια μορφή κατήχησης. Το αξιοσημείωτο της συγκεκριμένης υπόθεσης από μεθοδολογική σκοπιά είναι το πώς το ίδιο Δικαστήριο υπό δύο διαφορετικούς σχηματισμούς του κατάφερε εφαρμόζοντας την ίδια μέθοδο επίλυσης (στάθμιση) να εκδώσει δύο διαφορετικές ως προς το αποτέλεσμα τους αποφάσεις!

Ενώπιον του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων προσέφυγε την 27-06-2006 η Ιταλίδα υπήκοος Soile Lautsi, για λογαριασμό της και ως εκπρόσωπος των ανηλίκων τέκνων της (τα οποία μετέπειτα ενηλικιώθηκαν) με αίτημα την καταδίκη της Ιταλίας για παραβίαση του άρθρου 9²⁷⁶ της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (δικαίωμα επί της θρησκευτικής ελευθερίας) καθώς και του άρθρου 2²⁷⁷ του 1ου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου αυτής (δικαίωμα των γονέων να αξιώσουν από το κράτος θρησκευτική εκπαίδευση σύμφωνα προς τις θρησκευτικές ή φιλοσοφικές τους πεποιθήσεις) σε συνδυασμό και προς το άρθρο 14²⁷⁸ της Συμβάσεως (απαγόρευση διακρίσεων). Τούτο διότι στις αίθουσες διδασκαλίας των δημοσίων σχολείων της Ιταλίας ήταν ανηρτημένος ο Εσταυρωμένος, πράγμα το οποίο ήταν (κατά την προσφεύγουσα) αντίθετο προς την κρατική ουδετερότητα του ιταλικού κράτους.

Στην απόφασή του της 3ης Νοεμβρίου 2009, το Δικαστήριο έκρινε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1, σε συνδυασμό με το άρθρο 9 της Συνθήκης. Πρώτα απ' όλα, συνήγαγε από τις αρχές που αφορούν στην ερμηνεία του άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1, όπως αυτές καθιερώθηκαν στη νομολογία του Δικαστηρίου²⁷⁹, μια υποχρέωση του Κράτους να απέχει από την επιβολή πεποιθήσεων, έστω και έμμεσα, σε χώρους όπου τα άτομα εξαρτιόνταν από αυτό ή σε

²⁷⁵ Η τελική απόφαση του Δικαστηρίου ανατρέπει την πρωτόδικη απόφαση, λέγοντας ότι εναπόκειται στο **περιθώριο εκτίμησης** (margin of appreciation) κάθε κράτους να οργανώσει την εκπαίδευση στα σχολεία, ανάμεσά τους να επιλέξει ή μη την ανάρτηση θρησκευτικών συμβόλων.

²⁷⁶ Το οποίο ορίζει ότι: «1. Καθένας έχει δικαίωμα στην ελευθερία της σκέψης, της συνείδησης και της θρησκείας. Το δικαίωμα αυτό περιλαμβάνει την ελευθερία αλλαγής θρησκεύματος ή πεποιθήσεων και την ελευθερία, είτε μεμονωμένα είτε από κοινού με άλλους, και είτε δημόσια είτε ιδιωτικά, να εκδηλώνει τη θρησκεία ή τις πεποιθήσεις του, στη λατρεία, την εκπαίδευση, την πρακτική και τις τελετές. 2. Η ελευθερία εκδήλωσης της θρησκείας ή των πεποιθήσεων θα υπόκειται μόνο στους περιορισμούς που προβλέπονται από το νόμο και είναι αναγκαίοι σε μια δημοκρατική κοινωνία, προς το συμφέρον της δημόσιας ασφάλειας, για την προστασία της δημόσιας τάξης, της υγείας ή της ηθικής, ή για την προστασία του δικαιωμάτων και των ελευθεριών των άλλων.»

²⁷⁷ Το εν λόγω άρθρο προβλέπει ότι: «Κανένα πρόσωπο δεν πρέπει να στερείται του δικαιώματος στην εκπαίδευση. Κατά την άσκηση οποιωνδήποτε καθηκόντων αναλαμβάνει σε σχέση με την εκπαίδευση και τη διδασκαλία, το Κράτος θα σέβεται το δικαίωμα των γονέων να διασφαλίζουν αυτή την εκπαίδευση και τη διδασκαλία, σύμφωνα με τις θρησκευτικές και φιλοσοφικές τους πεποιθήσεις».

²⁷⁸ Η διατύπωση του οποίου έχει ως εξής: «Η χρήση των αναγνωριζομένων στην παρούσα σύμβαση δικαιωμάτων και ελευθεριών πρέπει να εξασφαλίζεται ασχέτως διακρίσεως φύλου, φυλής, χρώματος, γλώσσας, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προέλευσης, συμμετοχής σε εθνική μειονότητα, περιοχής, γεννήσεως ή άλλης κατάστασης».

²⁷⁹ Για τις νομολογιακές αυτές αρχές βλ. την § 47 της Lautsi I

χώρους όπου ήταν ιδιαίτερα ευάλωτα, τονίζοντας ότι η σχολική εκπαίδευση των παιδιών ήταν, από την άποψη αυτή, ένας ιδιαίτερα ευαίσθητος τομέας²⁸⁰.

Έπειτα το Δικαστήριο ανέφερε ότι μεταξύ των πολλαπλών νοημάτων που μπορεί να έχει ο Εσταυρωμένος, κυριαρχούσε το θρησκευτικό νόημα. Κατόπιν αυτού, έκρινε ότι η υποχρεωτική και ιδιαίτερα ορατή παρουσία Εσταυρωμένων στις αίθουσες διδασκαλίας ήταν ικανή, όχι μόνο να έρθει σε σύγκρουση με τις κοσμικές πεποιθήσεις της προσφεύγουσας, της οποίας τα παιδιά φοιτούσαν τότε σε ένα δημόσιο σχολείο, αλλά και να είναι συναισθηματικά ενοχλητική για μαθητές μη Χριστιανικών θρησκειών ή εκείνους που δεν δήλωναν καμία θρησκεία.

Σύμφωνα με το Δικαστήριο, το Κράτος έχει την υποχρέωση να διατηρεί ομολογιακή ουδετερότητα στη δημόσια εκπαίδευση, όπου η σχολική φοίτηση είναι υποχρεωτική, ανεξάρτητα από θρησκεία, και η οποία έπρεπε να επιδιώκει να ενσταλάξει στους μαθητές τη συνήθεια της κριτικής σκέψης. Επισήμανε, επιπλέον, ότι δεν μπορούσε να αντιληφθεί πώς η έκθεση σε κρατικές σχολικές αίθουσες διδασκαλίας ενός συμβόλου που ήταν λογικό να σχετίζεται με τη πλειοψηφούσα θρησκεία στην Ιταλία, θα μπορούσε να εξυπηρετήσει την εκπαιδευτική πολυφωνία, η οποία ήταν απαραίτητη για τη διατήρηση της «δημοκρατικής κοινωνίας», κατά την έννοια του όρου αυτού στη Συνθήκη.

Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα²⁸¹ ότι «η υποχρεωτική έκθεση ενός συμβόλου μιας συγκεκριμένης πίστης, κατά την άσκηση δημόσιας εξουσίας σε σχέση με ειδικές καταστάσεις που υπόκεινται σε κυβερνητική εποπτεία, ιδίως στις αίθουσες διδασκαλίας, περιορίζει το δικαίωμα των γονέων να εκπαιδεύσουν τα παιδιά τους σύμφωνα με τις πεποιθήσεις τους και το δικαίωμα των μαθητών να πιστεύουν ή να μην πιστεύουν». Η πρακτική έθιγε τα δικαιώματα αυτά, επειδή «οι περιορισμοί ήταν ασυμβίβαστοι με την υποχρέωση του Κράτους να σέβεται την ουδετερότητα κατά την άσκηση δημόσιας εξουσίας, ιδίως στον τομέα της εκπαίδευσης».

Όπως προκύπτει από την ανωτέρω συλλογιστική του Δικαστηρίου, η μέθοδος που εφήρμοσε το Τμήμα αυτό για να καταλήξει στην απόφασή του της 3ης Νοεμβρίου 2009 είναι αυτή της *στάθμισης* με εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας. Ειδικότερα, το Δικαστήριο πήρε να σταθμίσει²⁸² αφενός το δικαίωμα των γονέων να εκπαιδεύουν τα παιδιά τους σύμφωνα με τις πεποιθήσεις τους (άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1) αλλά και τη θρησκευτική ελευθερία των μαθητών (άρθρο 9 της Συνθήκης) και αφετέρου την κρατική εξουσία ανάρτησης της εικόνας του Εσταυρωμένου στις σχολικές αίθουσες του δημοσίου ιταλικού σχολείου.

Στην προσπάθειά του όμως να "σταθμίσει" τα ανωτέρω, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του μόνο το υποκειμενικό στοιχείο, δηλαδή τα επικαλούμενα δικαιώματα των

²⁸⁰ Το παιδί, που βρίσκεται σε ένα στάδιο διαμόρφωσης της ατομικής συνείδησης, μπορεί να βρεθεί σε εσωτερική σύγκρουση, όταν αυτό που του υποδεικνύει το σχολείο έρχεται σε αντίθεση με όσα μαθαίνει στο σπίτι του. Επίσης αναπτύσσει ένα έντονο συναίσθημα ότι δεν ανήκει, ότι είναι απομονωμένο. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται έντονος κίνδυνος αποκλεισμού και διακρίσεων μέσα στη σχολική τάξη των παιδιών εκείνων που δεν ανήκουν στην πλειοψηφία. Σχετικά με την ιδιαιτερότητα της παιδικής ηλικίας ως προς τα ζητήματα αυτά, βλ. ΦΩΤΙΑΔΟΥ Α., Τα θρησκευτικά σύμβολα στην εκπαίδευση, Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου, τ. 1/2010, σελ. 244.

²⁸¹ Για τη συλλογιστική του Δικαστηρίου βλ. §§ 55-57 της απόφασης Lautsi I

²⁸² Βλ. σκέψεις 49, 50, 55, 56 της απόφασης Lautsi I.

προσφευγόντων, τα οποία έκρινε ότι παραβιάστηκαν. Αγνόησε το ευρύτερο αντικειμενικό περιβάλλον εντός του οποίου καλούνται τα δικαιώματα αυτά να εφαρμοστούν²⁸³. Η παρουσία του Εσταυρωμένου ήταν η έκφραση μιας «εθνικής ιδιαιτερότητας», η οποία χαρακτηρίζεται, κυρίως, από τις στενές σχέσεις μεταξύ του Κράτους, του λαού και του Καθολικισμού που αποδίδονται στην ιστορική, πολιτιστική και εδαφική ανάπτυξη της Ιταλίας και σε μια βαθιά ριζωμένη και μακροχρόνια προσήλωση στις αξίες του Καθολικισμού²⁸⁴. Μήπως η διατήρηση των εικόνων του Εσταυρωμένου στα σχολεία ήταν ένα ζήτημα διατήρησης μιας παράδοσης αιώνων;

Στο σημείο αυτό φαίνεται και η μεγαλύτερη αδυναμία της μεθόδου της στάθμισης. Για ποιο "ζύγισμα" μιλάμε, όταν το Δικαστήριο κρίνει μονομερώς από την πλευρά του υποκειμενικού στοιχείου, δηλαδή του δικαιώματος; Δεν υπάρχει μια ευρύτερη σχέση εντός της οποίας τα δικαιώματα αυτά εφαρμόζονται; Θα έπρεπε, συνεπώς, το Δικαστήριο να κρίνει επί τη βάσει όλων των παραμέτρων, υποκειμενικών και αντικειμενικών. Το αίτημα αυτό όμως δεν μπορούσε να ικανοποιηθεί με τη μέθοδο της στάθμισης που τελικά εφαρμόστηκε.

Στην προκειμένη υπόθεση, η διαφορά αφορά στην υποχρέωση που προβλέπεται για τα Συμβαλλόμενα Κράτη, με τη δεύτερη πρόταση του άρθρου 2, να σέβονται, κατά την άσκηση των καθηκόντων που αναλαμβάνουν στον τομέα αυτό, το δικαίωμα των γονέων να διασφαλίζουν εκπαίδευση και διδασκαλία σύμφωνες με τις θρησκευτικές και φιλοσοφικές τους πεποιθήσεις.

Οι απαιτήσεις της έννοιας του «σεβασμού», η οποία εμφανίζεται, επίσης, στο άρθρο 8 της Συνθήκης²⁸⁵, διαφέρουν σημαντικά από περίπτωση σε περίπτωση, δεδομένης της ποικιλίας των πρακτικών που ακολουθούνται και των καταστάσεων που επικρατούν στα Συμβαλλόμενα Κράτη. Ως αποτέλεσμα αυτού, τα Συμβαλλόμενα Κράτη έχουν ένα ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως κατά τον καθορισμό των μέτρων που πρέπει να λαμβάνονται προκειμένου να διασφαλιστεί η συμμόρφωση με τη Συνθήκη, λαμβάνοντας δεόντως υπόψη τις ανάγκες και τους πόρους της κοινότητας και των ατόμων. Στο πλαίσιο του άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1, η έννοια αυτή συνεπάγεται, μεταξύ άλλων, ότι η διάταξη αυτή δεν μπορεί να ερμηνευθεί με την έννοια ότι οι γονείς μπορούν να απαιτούν από το Κράτος να παρέχει μια συγκεκριμένη μορφή διδασκαλίας²⁸⁶.

²⁸³ Το Δικαστήριο δεν ασχολήθηκε με το *θεσμικό περιβάλλον*. Διαπίστωσε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθρο 9 της Σύμβασης, καθώς η πρακτική αυτή της παρουσίας της εικόνας του Εσταυρωμένου στα δημόσια σχολεία συνιστά παραβίαση των δικαιωμάτων αυτών λόγω του ότι οι περιορισμοί είναι ασυμβίβαστοι με την υποχρέωση του κράτους να σέβεται την ουδετερότητα κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας, ιδίως στον τομέα της εκπαίδευσης.

²⁸⁴ Βλ. σκέψη 51 της απόφασης Lautsi I.

²⁸⁵ Το οποίο ορίζει ότι: «1. Κάθε πρόσωπο δικαιούται το σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του. 2. Δεν επιτρέπεται να υπάρξει επέμβαση δημόσιας αρχής στην άσκηση του δικαιώματος αυτού, εκτός αν η επέμβαση αυτή προβλέπεται από το νόμο και αποτελεί μέτρο το οποίο είναι αναγκαίο, σε μια δημοκρατική κοινωνία, για την εθνική ασφάλεια, τη δημόσια ασφάλεια, την οικονομική ευημερία της χώρας, την προάσπιση της τάξεως και την πρόληψη ποινικών παραβάσεων, την προστασία της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασία των δικαιωμάτων και ελευθεριών των άλλων».

²⁸⁶ Βλ. Bulski κατά Πολωνίας (dec.), αριθ. 46254/99 και 31888/02.

Η διατύπωση της απόφασης του 2011²⁸⁷ αφήνει να εννοηθεί ότι το επίδικο ζήτημα κρίνεται εν τέλει μέσα από δύο πρίσματα: το περιθώριο εκτίμησης²⁸⁸ του ενδιαφερομένου Κράτους και το ευρύτερο περιβάλλον εντός του οποίου κρίνεται η επιλογή του. Με άλλα λόγια, το ίδιο ζήτημα δεν μπορεί να κριθεί με τους ίδιους όρους στην Ελβετία και στην Ιταλία, αυτό φαίνεται να απορρέει από την απόφαση του Τμήματος Μείζονος Συνθέσεως.

Το Δικαστήριο παραπέμπει, επίσης, στη νομολογία του σχετικά με τη θέση της θρησκείας στο σχολικό πρόγραμμα σπουδών²⁸⁹. Η διαμόρφωση και ο σχεδιασμός του προγράμματος σπουδών εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των Συμβαλλομένων Κρατών. Κατ' αρχήν, δεν εναπόκειται στο Δικαστήριο να αποφανθεί επί τέτοιου είδους ερωτημάτων, καθώς οι λύσεις μπορούν, νομίμως, να διαφέρουν ανάλογα με τη χώρα και την ιστορική περίοδο. Ειδικότερα, η δεύτερη φράση του άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1 δεν εμποδίζει τα Κράτη-Μέλη να μεταδίδουν, μέσω της διδασκαλίας ή της εκπαίδευσης, πληροφορίες ή γνώσεις άμεσα ή έμμεσα θρησκευτικής ή φιλοσοφικής φύσης. Δεν επιτρέπει καν στους γονείς να αντιτάσσονται στην ενσωμάτωση της εν λόγω διδασκαλίας ή εκπαίδευσης στο σχολικό πρόγραμμα σπουδών.

Από την άλλη πλευρά, καθώς στόχος της είναι να διαφυλάξει τη δυνατότητα του πλουραλισμού στην εκπαίδευση, το Κράτος απαγορεύεται να επιδιώκει σκοπούς κατήχησης οι οποίοι μπορεί να θεωρηθούν ότι δεν σέβονται τις θρησκευτικές και φιλοσοφικές πεποιθήσεις των γονέων. Αυτό είναι το όριο που δεν πρέπει να υπερβαίνουν τα Κράτη.

Το Δικαστήριο δεν δέχτηκε το επιχείρημα της Κυβέρνησης ότι η υποχρέωση που προβλέπεται για τα Συμβαλλόμενα Κράτη, με τη δεύτερη πρόταση του Άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1, αφορά μόνο στο περιεχόμενο των σχολικών προγραμμάτων σπουδών, ώστε το ζήτημα της παρουσίας Εσταυρωμένων σε αίθουσες διδασκαλίας δημόσιων σχολείων να μην εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του²⁹⁰. Τα δεσμεύει «κατά την άσκηση» όλων των «καθηκόντων» τους, τα οποία αναλαμβάνουν σε σχέση με την εκπαίδευση και τη διδασκαλία. Αυτό συμπεριλαμβάνει, χωρίς καμία αμφιβολία, την οργάνωση του σχολικού περιβάλλοντος.

Επομένως, η απόφαση κατά πόσον θα πρέπει να υφίστανται εικόνες του Εσταυρωμένου σε αίθουσες διδασκαλίας δημόσιων σχολείων αποτελεί μέρος των καθηκόντων που αναλαμβάνει το εναγόμενο Κράτος σε σχέση με την εκπαίδευση και τη διδασκαλία και, συνεπώς, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της δεύτερης πρότασης

²⁸⁷ Στο Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως η υπόθεση εκδικάστηκε την 30η Ιουνίου 2010 και η επ' αυτής απόφαση εκδόθηκε την 18η Μαρτίου 2011.

²⁸⁸ Βλ. σκέψη υπ' αριθμ. 68 της απόφασης Lausi II.

²⁸⁹ Βλ. μεταξύ πολλών Kjeldsen, Busk Madsen και Pedersen κατά Δανίας, 7 Δεκεμβρίου 1976, § § 50-53, Σειρά Α, αριθ. 23, Folgerø, και άλλοι κατά Νορβηγίας (2007) § 84, και Hasan και Eylem Zengin κατά Τουρκίας (2007), αριθ. 1448-1404, § § 51 και 52, Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων 2007-XI. Επίσης, βλ. και ΕΔΔΑ Σοφινόπουλος και άλλοι κατά Ελλάδος (2002), Αλεξανδρίδης και άλλοι κατά Ελλάδας (2008), Grzelak κατά Πολωνίας (2010), Δημητράς και άλλοι κατά Ελλάδας (2010), Lautsi και άλλοι κατά Ιταλίας (2011), Mansur Yaltsin και άλλοι κατά Τουρκίας (2014), Izzetin Dogan κατά Τουρκίας (2016), Osmanoglu και Kocabas κατά Ελβετίας (2017), Παπαγεωργίου και άλλοι κατά Ελλάδας (2019).

²⁹⁰ βλ. Kjeldsen, Busk Madsen και Pedersen, § 50, Βαλσαμής κατά Ελλάδας, 18 Δεκεμβρίου 1996, § 27, Εκθέσεις Κρίσεων και Αποφάσεων 1996-VI, Hasan και Eylem Zengin, § 49, και Folgerø, § 84.

του Άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1. Αυτό την καθιστά ένα τομέα στον οποίο εμπλέκεται η υποχρέωση του Κράτους να σέβεται το δικαίωμα των γονέων να διασφαλίζουν την εκπαίδευση και τη διδασκαλία των τέκνων τους, σύμφωνα με τις θρησκευτικές και φιλοσοφικές τους πεποιθήσεις.

Το Δικαστήριο θεωρεί, περαιτέρω, ότι²⁹¹ ο Εσταυρωμένος είναι, πάνω απ' όλα, ένα θρησκευτικό σύμβολο²⁹². Δεν υφίστανται αποδεικτικά στοιχεία ενώπιον του Δικαστηρίου ότι η έκθεση ενός θρησκευτικού συμβόλου σε τοίχους της αίθουσας διδασκαλίας μπορεί να ασκήσει επιρροή στους μαθητές και, έτσι, δεν μπορεί ευλόγως να υποστηριχθεί ότι αυτό έχει ή δεν έχει επίδραση σε νεαρά άτομα, των οποίων οι πεποιθήσεις βρίσκονται ακόμη στο στάδιο της διαμόρφωσης. Η προσφεύγουσα αντιλήφθηκε την έκθεση Εσταυρωμένων στις αίθουσες διδασκαλίας δημόσιων σχολείων, στα οποία φοίτησαν, στο παρελθόν, τα παιδιά της, ως μια έλλειψη σεβασμού εκ μέρους του Κράτους για το δικαίωμά της να διασφαλίσει την εκπαίδευση και τη διδασκαλία τους σύμφωνα με τις δικές της φιλοσοφικές πεποιθήσεις. Έστω και έτσι όμως, η υποκειμενική αντίληψη της προσφεύγουσας δεν είναι, από μόνη της, αρκετή για να αποδειχθεί μια παράβαση του Άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1.

Το Δικαστήριο κρίνει ότι η απόφαση για το εάν θα διαιωνιστεί ή όχι μια παράδοση εμπίπτει, κατ' αρχήν, στο περιθώριο εκτιμήσεως του εναγόμενου Κράτους²⁹³. Λαμβάνει επίσης υπόψη το γεγονός ότι η Ευρώπη χαρακτηρίζεται από μεγάλη ποικιλομορφία μεταξύ των Κρατών που την απαρτίζουν, ιδιαίτερα στη σφαίρα της πολιτιστικής και της ιστορικής εξέλιξης. Υπογραμμίζει, ωστόσο, ότι η αναφορά σε μια παράδοση δεν μπορεί να απαλλάξει ένα συμβαλλόμενο Κράτος από την υποχρέωσή του να σέβεται τα δικαιώματα και τις ελευθερίες που κατοχυρώνονται στη Συνθήκη και τα Πρωτόκολλά της.

Συνεπώς, το Δικαστήριο οφείλει, κατ' αρχήν, να σέβεται τις αποφάσεις των Συμβαλλόμενων Κρατών στα θέματα αυτά, συμπεριλαμβανόμενου και του χώρου που παραχωρούν στη θρησκεία, υπό την προϋπόθεση ότι οι αποφάσεις αυτές δεν θα οδηγούν σε μια μορφή κατήχησης.

Αυτό το περιθώριο εκτιμήσεως, συμβαδίζει με την ευρωπαϊκή εποπτεία²⁹⁴, ενώ το έργο του Δικαστηρίου στην προκειμένη υπόθεση είναι να προσδιορίσει αν έχει ξεπεραστεί το επιτρεπόμενο κατά τους όρους της Συνθήκης όριο.

Είναι αληθές ότι, θεσπίζοντας την παρουσία Εσταυρωμένων σε αίθουσες διδασκαλίας

²⁹¹ βλ. § 66 της απόφασης Lautsi II

²⁹² Τα θρησκευτικά σύμβολα μπορούν να χωριστούν σε τρεις κατηγορίες: 1) αμιγώς θρησκευτικά, τα οποία έχουν αποκλειστικά θρησκευτική σημασία, 2) μεικτά θρησκευτικά σύμβολα, που έχουν τόσο θρησκευτική όσο και άλλες διαστάσεις και 3) εκκοσμικευμένα θρησκευτικά σύμβολα, όπου υποχωρεί η θρησκευτική διάσταση και επικρατεί μια εκκοσμικευμένη ανάγνωσή τους. Για την κατηγοριοποίηση των θρησκευτικών συμβόλων, βλ. ΦΩΤΙΑΔΟΥ Α., Τα θρησκευτικά σύμβολα στην εκπαίδευση, ό.π., σελ. 248.

²⁹³ Η απόφαση ως προς το κατά πόσον θα πρέπει να υφίστανται Εσταυρωμένοι σε αίθουσες διδασκαλίας δημόσιων σχολείων είναι, κατ' αρχήν, ένα θέμα που εμπίπτει στο περιθώριο εκτιμήσεως του εναγόμενου Κράτους. Επιπλέον, το γεγονός ότι δεν υπάρχει ευρωπαϊκή συναίνεση σχετικά με το ζήτημα της παρουσίας θρησκευτικών συμβόλων σε δημόσια σχολεία συνηγορεί υπέρ της προσέγγισης αυτής, βλ. σχετικά §§ 69-70 της απόφασης Lautsi II.

²⁹⁴ Βλ., για παράδειγμα, τηρουμένων των αναλογιών, Leyla Sahin § 110.

δημόσιων σχολείων (ένα σύμβολο το οποίο, ακόμη και αν δεν του έχει αποδοθεί, επιπλέον, μια κοσμική συμβολική αξία, αναμφίβολα αναφέρεται στο Χριστιανισμό), οι κανονισμοί παραχωρούν στην πλειοψηφούσα θρησκείας της χώρας κυρίαρχη προβολή στο σχολικό περιβάλλον. Αυτό, όμως, δεν αρκεί από μόνο του, για να υποδηλώσει μια διαδικασία κατήχησης εκ μέρους του εναγομένου Κράτους και να αποδείξει μια παραβίαση των προϋποθέσεων του Άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1²⁹⁵.

Το Δικαστήριο, στην απόφασή του της 3ης Νοεμβρίου 2009, δέχτηκε ότι η έκθεση Εσταυρωμένων στις αίθουσες διδασκαλίας θα είχε σημαντικό αντίκτυπο για προσφεύγοντες, ηλικίας έντεκα και δεκατριών ετών τότε. Έκρινε ότι, στο πλαίσιο της δημόσιας εκπαίδευσης, οι Εσταυρωμένοι, οι οποίοι ήταν αδύνατο να μην παρατηρηθούν στην αίθουσα διδασκαλίας, γίνονταν, κατ' ανάγκη, αντιληπτοί ως αναπόσπαστο μέρος του σχολικού περιβάλλοντος και θα μπορούσαν, επομένως, να θεωρηθούν ως «ισχυρά εξωτερικά σύμβολα», κατά την έννοια της απόφασης Dahlab²⁹⁶.

Το Τμήμα Μειζονος Συνθέσεως δεν συμφωνεί με την προσέγγιση αυτή. Θεωρεί ότι η απόφαση αυτή δεν μπορεί να χρησιμεύσει ως βάση στην προκειμένη υπόθεση, επειδή τα πραγματικά περιστατικά των δύο αυτών υποθέσεων είναι εντελώς διαφορετικά. Επισημαίνει ότι η υπόθεση Dahlab αφορούσε το μέτρο που απαγόρευε στην προσφεύγουσα να φορά την ισλαμική μαντήλα, ενώ δίδασκε. Η επιλογή του ελβετικού Κράτους να απαγορεύσει τη μουσουλμανική μαντίλα στην εν λόγω διδάσκουσα, επιλογή η οποία πραγματοποιήθηκε στο πλαίσιο του περιθωρίου εκτίμησης του Κράτους αυτού, είχε ως στόχο να προστατεύσει τις θρησκευτικές πεποιθήσεις των μαθητών και των γονέων τους και θεμελιωνόταν στην ανάγκη να εφαρμοστεί η αρχή της θρησκευτικής ουδετερότητας του σχολείου, η οποία κατοχυρωνόταν στο εσωτερικό δίκαιο (§ 73 της απόφασης). Μετά την παρατήρηση ότι οι αρχές είχαν δεόντως σταθμίσει τα ανταγωνιστικά συμφέροντα που διακυβεύονταν, το Δικαστήριο έκρινε, λαμβάνοντας υπόψη, κυρίως, τη μικρή ηλικία των παιδιών για τα οποία ήταν υπεύθυνη η προσφεύγουσα, ότι οι αρχές δεν υπερέβησαν το περιθώριο εκτιμήσεως τους.

Ομολογουμένως, το κυρίαρχο σημείο της απόφασης αποτελεί το περιθώριο

²⁹⁵ Το Δικαστήριο παραπέμπει στο σημείο αυτό, τηρουμένων των αναλογιών, στις προαναφερθείσες αποφάσεις για τις υποθέσεις Folgerø και Zengin. Στην υπόθεση Folgerø, στην οποία κλήθηκε να εξετάσει το περιεχόμενο των μαθημάτων «Χριστιανισμού, Θρησκείας και Φιλοσοφίας» (KRL), διαπίστωσε ότι το γεγονός ότι η εξεταστέα ύλη έδινε μεγαλύτερο μερίδιο στη γνώση της Χριστιανικής θρησκείας από ό,τι σε εκείνη των άλλων θρησκειών και φιλοσοφιών, δεν θα μπορούσε από μόνο του να θεωρηθεί ως απόκλιση από τις αρχές του πλουραλισμού και της αντικειμενικότητας που ισοδυναμεί με κατήχηση. Εξήγησε ότι, λόγω της θέσης που κατέχει ο Χριστιανισμός στην ιστορία και την παράδοση του εναγομένου Κράτους (Νορβηγία), το ζήτημα αυτό έπρεπε να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στο περιθώριο εκτιμήσεως που του παρέχεται κατά το σχεδιασμό και καθορισμό των προγραμμάτων σπουδών (βλ. απόφαση Folgerø, § 89).

Κατέληξε σε παρόμοιο συμπέρασμα, στο πλαίσιο των μαθημάτων «θρησκευτικής κουλτούρας και ηθικής» στα τουρκικά σχολεία, όπου το πρόγραμμα σπουδών δίνει μεγαλύτερη σημασία στη γνώση του Ισλάμ, με την αιτιολογία ότι, παρά τον κοσμικό χαρακτήρα του Κράτους, το Ισλάμ ήταν η πλειοψηφούσα θρησκεία που ασκείται στην Τουρκία (βλ. Υπόθεση Zengin, § 63).

²⁹⁶ Απόφαση Dahlab κατά Ελβετίας, της 15ης Φεβρουαρίου 2001 (αριθ. 42393/98, Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων 2001-V).

εκτίμησης²⁹⁷ σε σχέση με τα θρησκευτικά σύμβολα στο χώρο της εκπαίδευσης. Τέτοιου είδους περιθώριο εκτίμησης απολαμβάνουν τα κράτη και σε ό, τι αφορά τη στάθμιση που πραγματοποιούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους στον τομέα της εκπαίδευσης σε σχέση με το σεβασμό του δικαιώματος που κατοχυρώνεται από το άρθρο 2 ΠΠΠ (§ 69 της απόφασης). Στη συνέχεια, αφού διευκρινίζει ότι ο Εσταυρωμένος αποτελεί προπάντων θρησκευτικό σύμβολο (§ 66 της απόφασης), το Δικαστήριο δεν παραλείπει να υπογραμμίσει ότι η απόφαση να διατηρηθεί ή όχι μια παράδοση απόκειται καταρχήν στο περιθώριο εκτίμησης του Κράτους (§ 66 της απόφασης).

Στο σημείο αυτό έγκειται και η βασική διαφορά προσέγγισης της απόφασης του Τμήματος Μείζονος Συνθέσεως με την απόφαση Lautsi I. Στην απόφαση του 2011, αναγνωρίζοντας το περιθώριο αυτό εκτίμησης στα Κράτη μέρη, το Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως, αφού προχώρησε σε μία σχετικά αναλυτική συγκριτική παρουσίαση της αντιμετώπισης του θέματος ανά την Ευρώπη (§§ 26-28 της απόφασης) έκρινε επί της ουσίας ότι, εν απουσία ευρωπαϊκού consensus σε σχέση με τη παρουσία θρησκευτικών συμβόλων στις σχολικές αίθουσες, το ιταλικό Κράτος δεν είχε υπερβεί το εν λόγω περιθώριο εκτίμησής του. Η απόφαση του Τμήματος Μείζονος Συνθέσεως παρουσιάζει ίχνη θεσμικής θεώρησης.

Οι παράγοντες που φαίνεται να οδήγησαν το Δικαστήριο στο συμπέρασμα αυτό είναι δύο: αφενός το γεγονός ότι δεν είχε στη διάθεσή του στοιχεία που θα μπορούσαν να αποδείξουν ποια ακριβώς επιρροή ασκεί η παρουσία του Εσταυρωμένου στους νεαρούς μαθητές, εκτίμηση για την οποία δεν επαρκεί η υποκειμενική θεώρηση της προσφεύγουσας, αφετέρου, την ίδια τη φύση²⁹⁸ του συμβόλου.

Το ΕΔΔΑ όμως φαίνεται να λαμβάνει ιδιαιτέρως υπόψη του την παράμετρο του περιβάλλοντος εντός του οποίου κρίνεται η έκθεση του Εσταυρωμένου, δηλαδή την αντιμετώπιση των άλλων θρησκειών στο πλαίσιο το ιταλικού δημοσίου σχολείου. Η παράγραφος 74 της απόφασης αναφέρει ότι : «η Ιταλία ανοίγει το θρησκευτικό περιβάλλον και σε άλλες θρησκείες. Η Κυβέρνηση τονίζει λοιπόν ιδίως ότι η μουσουλμανική μαντίλα και άλλα σύμβολα και ενδύματα με θρησκευτική χροιά επιτρέπονται στους μαθητές, ενώ προβλέπονται διάφορες πρακτικές για τη διευκόλυνση επίτευξης αρμονίας μεταξύ της φοίτησης και των πρακτικών μη

²⁹⁷ Σε συνάρτηση με την «αναγκαιότητα» μιας επέμβασης σε μια «δημοκρατική κοινωνία», αναγνωρίζεται στις εθνικές αρχές κάθε χώρας διακριτική εξουσία ή ένα «περιθώριο εκτιμήσεως», βλ. O' Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Quarterly* 1982, σελ. 474 επ. Το περιθώριο αυτό απονέμεται στον εθνικό νομοθέτη καθώς και σε όργανα, μεταξύ άλλων δικαιοδοτικά, τα οποία καλούνται να ερμηνεύσουν και να εφαρμόσουν τους ισχύοντες νόμους. Η εξουσία όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη. Η τελική κρίση ανήκει στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο. Έτσι, για παράδειγμα, η απόφαση στην υπόθεση *Sunday Times* (παρ. 59), παραπέμποντας στην υπόθεση *Handyside*, δέχεται ότι η εξουσία εκτιμήσεως των εγχώριων αρχών δεν είναι η ίδια σε όλες τις περιπτώσεις. Η υπόθεση *Handyside* αφορούσε στην προστασία των ηθών. Το Δικαστήριο έκρινε ότι οι αντιλήψεις περί ηθών διαφέρουν τοπικά και χρονικά, κατά τρόπο ώστε οι εθνικές αρχές είναι, κατά κανόνα, σε καλύτερη θέση να εκφέρουν γνώμη απ' ό, τι ο διεθνής δικαστής. Σχετικά με τις αποφάσεις αυτές και τη θεωρία του περιθωρίου εκτίμησης, βλ. ΚΑΡΑΚΩΣΤΑ I., *Προσωπικότητα και τύπος: νομική θεώρηση ενός δεοντολογικού ζητήματος*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2000, σελ. 129-130.

²⁹⁸ Στην παράγραφο 72 της απόφασης αναφέρεται ότι το σύμβολο αυτό είναι ουσιαστικά παθητικό και δεν μπορεί να συγκριθεί με άλλου είδους εκδηλώσεις, όπως ο διδακτικός λόγος ή η συμμετοχή σε θρησκευτικές δραστηριότητες.

πλειοψηφικών θρησκειών» ενώ «τίποτε δεν αποδεικνύει ότι οι αρχές επιδεικνύουν έλλειψη ανεκτικότητας έναντι μαθητών πιστών σε άλλες θρησκείες, μη πιστών ή όσων έχουν φιλοσοφικές πεποιθήσεις που δεν συνδέονται με κάποια θρησκεία».

Η βασική κριτική που ασκήθηκε κατά της απόφασης Lautsi I θεμελιώθηκε ακριβώς στην ερμηνεία της για την έννοια της ουδετερότητας. Η ουδετερότητα αυτή ταυτίζεται περισσότερο με την έννοια της γαλλικής *laïcité*, η οποία δεν είναι «ουδέτερη» αλλά έχει ιδεολογικό περιεχόμενο²⁹⁹. Η απόφαση του Δευτέρου Τμήματος του ΕΔΔΑ (απόφαση του 2009) θεμελιωνόταν σε μία βασική διάκριση μεταξύ του τι επιτρέπεται να εκφράζει το Κράτος και οι φορείς του και του τι μπορεί να επιτρέπει ή να απαγορεύει στα άτομα, καθώς και στην ιδιαιτερότητα της εκπαιδευτικής λειτουργίας και του εκπαιδευτικού περιβάλλοντος.

Όσο όμως κι αν καταβάλλεται προσπάθεια στο πλαίσιο της κρατικής σφαίρας ώστε να μην δημιουργούνται ανισότητες, είναι γεγονός ότι η αυξημένη «ορατότητα» που αποδίδεται ιδίως στην κυρίαρχουσα θρησκεία δεν μπορεί παρά να δημιουργεί δυσάρεστες καταστάσεις στις σύγχρονες πολυσύνθετες κοινωνίες³⁰⁰. Το γεγονός ότι βρισκόμαστε και διαβιούμε στον ευρωπαϊκό χώρο δεν είναι δυνατό να επιτρέψει την αλλοίωση της πολιτισμικής μας ταυτότητας.

Η απόφαση του Τμήματος Μείζονος Συνθέσεως του ΕΔΔΑ δέχεται λοιπόν ότι οι επικαλούμενες διατάξεις της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων δεν είναι δυνατόν να εφαρμοστούν κατά τον τόσο αυστηρό και απόλυτο τρόπο, σε σημείο που τα ευρωπαϊκά κράτη, να δεσμεύονται υπέρμετρα και πέρα από κάθε λογική και να μην έχουν κανένα απολύτως περιθώριο να κινηθούν και να δείξουν, ότι σέβονται τις αρχές και τις παραδόσεις τους, που σχηματίζουν την πολιτιστική υπόσταση του κράτους.

Δεν είναι δυνατόν επομένως η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων να έρχεται και να αποφασίζει π.χ. ότι τα ευρωπαϊκά κράτη δεν επιτρέπεται να στολίσουν τις σχολικές τους αίθουσες με ένα σύμβολο της ιστορίας τους (της πολιτικής ή της θρησκευτικής) χωρίς κανένα λόγο. Διότι δεν αποτελούν τέτοιο λόγο, το ότι κάποιοι αλλόθρησκοι ή άθεοι πιθανόν, να δυσανασχετήσουν εκ τούτου. Αυτό ακριβώς το πολύ καίριο σημείο πρόσεξε η απόφαση του Τμήματος Μείζονος Συνθέσεως του ΕΔΔΑ στην υπόθεση Lautsi κλπ κατά Ιταλίας και ορθώς βεβαίως το ενέταξε στο παγίως αποδεκτό από τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου «περιθώριο εκτίμησης», που αναγνωρίζεται στα ευρωπαϊκά κράτη κατά την εφαρμογή των διατάξεων της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων.

Το ΕΔΔΑ εξέτασε την εφαρμογή του άρθρου 2 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, το οποίο θεσπίζει το δικαίωμα στην εκπαίδευση. Πρόκειται ουσιαστικά για το μόνο δικαίωμα κοινωνικού χαρακτήρα που περιλαμβάνεται στην ΕΣΔΑ και τα Πρωτόκολλά της. Το

²⁹⁹ Weiler, βλ. το κείμενο της παρέμβασης του Καθηγητή: «Η κοσμικότητα, η *laïcité*...είναι για πολλούς ένας πλούσιος κόσμος που συμπεριλαμβάνει, μεταξύ άλλων, την πολιτική πεποίθηση ότι η θρησκεία νομιμοποιείται να έχει θέση μόνο εντός της ιδιωτικής σφαίρας και ότι δημόσια εξουσία και θρησκεία δεν πρέπει να εμπλέκονται. Είναι μια πολιτική θέση σεβαστή, αλλά σε καμιά περίπτωση "ουδέτερη"».

³⁰⁰ Βλ. ΘΑΝΟΥ Σ., Η αρχή της θρησκευτικής ουδετερότητας στο χώρο της εκπαίδευσης, Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου, 2/2011, σελ. 224-225.

άρθρο καλύπτει α) το δικαίωμα στην εκπαίδευση, που εγγυάται ως τέτοιο το α' εδάφιο το οποίο περιλαμβάνει και τη θετική υποχρέωση του κράτους να διασφαλίζει παροχή δημόσιας εκπαίδευσης και β) την υποχρέωση για τα Κράτη να σέβονται τις θρησκευτικές και φιλοσοφικές απόψεις των γονέων στη μόρφωση και εκπαίδευση των παιδιών τους, που εγγυάται το δεύτερο εδάφιο. Το τελευταίο εδάφιο του συγκεκριμένου άρθρου εκφράζει τον εκπαιδευτικό πλουραλισμό που είναι απαραίτητος σε κάθε δημοκρατία αλλά και την υποχρέωση ουδετερότητας στο επίπεδο που η μόρφωση και η εκπαίδευση «χρωματίζονται» από τις θρησκευτικές και φιλοσοφικές απόψεις των γονέων.

Στο θρησκευτικό επίπεδο το άρθρο 2 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων δίνει μια προτεραιότητα στην επιλογή των γονέων. Αυτό μετουσιώνεται πρακτικά μόνο με την υποχρέωση απόλυτης ουδετερότητας του κράτους σε ό, τι αφορά το κομμάτι της εκπαίδευσης που έχει οποιαδήποτε σχέση με τη θρησκεία. Η οποιαδήποτε σχετικοποίηση του δικαιώματος αυτού αλλοιώνει την ουσία του δικαιώματος των γονέων να καθορίσουν οι ίδιοι αποκλειστικά και μόνο τις θρησκευτικές πεποιθήσεις των παιδιών τους.

Αναμφίβολα, ο Εσταυρωμένος, όπως αναφέρει στην απόφασή του το Δικαστήριο του Στρασβούργου, είναι ένα θρησκευτικό σύμβολο και αποτελεί το κυρίαρχο και χαρακτηριστικότερο σύμβολο διάκρισης του Χριστιανισμού. Επιπλέον, αποτελεί παθητικό σύμβολο, αφού κάθε σύμβολο είναι αναγκαστικά παθητικό. Ενεργοποιείται όμως το σύμβολο αυτό με την τοποθέτησή του σε δημόσιους χώρους που αποτελούν κοινή θέα. Η δε επαναλαμβανόμενη τοποθέτηση σχεδόν σε όλους τους δημόσιους χώρους (πχ. σχολικές αίθουσες, δικαστήρια, γραφεία δημοσίων υπηρεσιών κλπ.) το καθιστούν ενεργή επιλογή του κράτους εγκαθιδρύοντας μια προνομιακή διάκριση υπέρ της πλειοψηφίας των υπηκόων του. Στην ουσία αποτελεί εκπεφρασμένη και επικροτούμενη επιλογή θρησκευτικής τάσης του κράτους³⁰¹.

Όπως προκύπτει από την ανάλυση της συλλογιστικής του, και το Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως του ΕΔΔΑ ακολούθησε την κλασική μέθοδο της "στάθμισης", σταθμίζοντας και πάλι τα ίδια στοιχεία, δηλαδή αφενός το δικαίωμα των γονέων να εκπαιδεύουν τα παιδιά τους σύμφωνα με τις πεποιθήσεις τους (άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1) αλλά και τη θρησκευτική ελευθερία των μαθητών (άρθρο 9 της Συνθήκης) και αφετέρου την κρατική εξουσία ανάρτησης της εικόνας του Εσταυρωμένου στις σχολικές αίθουσες του δημοσίου ιταλικού σχολείου.

Παρ' ό, τι όμως χρησιμοποίησε την ίδια μέθοδο με αυτή που είχε χρησιμοποιήσει στην απόφαση του 2009 το Τμήμα II του Δικαστηρίου, κατέληξε στο αντίθετο αποτέλεσμα από εκείνο, επιβεβαιώνοντας έτσι έμπρακτα τη ρευστή αποτελεσματικότητα της στάθμισης³⁰²!

Είναι αλήθεια πάντως, ότι, έστω και επιφανειακά, η απόφαση του 2011, ρέπει προς το

³⁰¹ Το Κράτος αναρτώντας τον Εσταυρωμένο ασκεί κρατική εξουσία εκπροσωπώντας τη θρησκευτική πλειοψηφία στις αίθουσες διδασκαλίας των δημοσίων σχολείων, «διαφημίζοντας» και προβάλλοντας τα σύμβολα της και απαγορεύοντας στην πράξη άλλα θρησκευτικά σύμβολα. Εδώ έχουμε άσκηση εξουσίας υπέρ της πλειοψηφίας από κρατική οντότητα που υποχρεούται σε ουδετερότητα.

³⁰² Βλ. ΔΟΥΛΗ Μ., Στάθμιση και θεσμική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων – Ζητήματα της θεωρίας και εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων με αφορμή την υπόθεση Lautsi κλπ κατά Ιταλίας (ΕΔΔΑ), ΕΔΔΔΔ, τόμος 57, τεύχος 2, σελ. 310, Ιούνιος 2013

θεσμικό, αντικειμενικό στοιχείο, σε αντίθεση με την πρωτόδικη απόφαση που ασχολήθηκε μονόπλευρα με το υποκειμενικό δικαίωμα της προσφεύγουσας και των ανηλίκων τότε τέκνων της. Πράγματι, το ΕΔΔΑ στην απόφαση του 2011 φαίνεται να λαμβάνει παράλληλα με το υποκειμενικό στοιχείο (δικαίωμα) και το περιβάλλον εντός του οποίου καλείται αυτό να εφαρμοστεί. Για παράδειγμα, παρατηρούμε ότι στις §§ 67-69 της απόφασης Lautsi II το Δικαστήριο έλαβε θετικά υπόψη του τον ισχυρισμό της Κυβέρνησης ότι η παρουσία Εσταυρωμένων σε αίθουσες διδασκαλίας δημόσιων σχολείων της Ιταλίας, όντας το αποτέλεσμα της ιστορικής εξέλιξης του Ιταλικού έθνους³⁰³, αντιστοιχούσε σε μια παράδοση³⁰⁴ που θεωρούσε σημαντικό να διαιωνίσει. Φάνηκε να συμφωνεί με την άποψη ότι, πέρα από τη θρησκευτική του έννοια, ο Εσταυρωμένος συμβόλιζε τις αρχές και τις αξίες που διαμόρφωσαν τα θεμέλια της δημοκρατίας και του δυτικού πολιτισμού, και ότι η παρουσία του στις αίθουσες διδασκαλίας ήταν, για το λόγο αυτό, δικαιολογημένη. Όμως, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του το περιβάλλον σταθμιστικά, ως ένα επιπλέον επιχείρημα ή ως βάση της στάθμισής του και όχι ως ένα αντικειμενικό στοιχείο εντός του οποίου όφειλε να προσαρμόσει θεσμικά τα παρεμποδιζόμενα δικαιώματα.

Ωστόσο, το Δικαστήριο δεν παραβλέπει ότι η αναφορά σε μια παράδοση δεν μπορεί να απαλλάξει ένα συμβαλλόμενο Κράτος από την υποχρέωσή του να σέβεται τα δικαιώματα και τις ελευθερίες που κατοχυρώνονται στη Συνθήκη και τα Πρωτόκολλά της. Συνεπώς, έκρινε ότι κατ' αρχήν οι αποφάσεις των Συμβαλλόμενων Κρατών στα θέματα αυτά πρέπει να είναι σεβαστές, συμπεριλαμβανόμενου και του χώρου που παραχωρούν στη θρησκεία, υπό την προϋπόθεση όμως ότι οι αποφάσεις αυτές δεν θα οδηγούν σε μια μορφή κατήχησης. Η αδυναμία όμως της απόφασης αυτής έγκειται στο ότι ενώ υπήρχαν συγκεκριμένα παρεμποδιζόμενα δικαιώματα αλλά και συγκεκριμένο θεσμικό περιβάλλον εντός του οποίου καλούνταν αυτά να εφαρμοστούν, το Δικαστήριο αρκέστηκε στην επίλυση του θέματος με τη γενικευμένη αναφορά στο "περιθώριο εκτίμησης" κάθε συμβαλλόμενου κράτους.

Η απόφαση του ΕΔΔΑ, εν τέλει, είναι περισσότερο μια πολιτική και διπλωματική απόφαση παρά εναρμονίζεται με τη δημιουργική ερμηνεία της Σύμβασης και των Πρωτοκόλλων της. Ακυρώνει σε σημαντικό βαθμό την υποχρέωση ουδετερότητας του κράτους στην εκπαίδευση των μαθητών. Η απόρριψη της προσφυγής της μητέρας δεν είναι μια προσωπική ήττα της ίδιας αλλά αποτελεί παράλληλα και μια ήττα του σύγχρονου ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού που στηρίζεται στο κοσμικό κράτος και στις αρχές της ισότητας των πολιτών και της ουδετερότητας του κράτους στα θρησκευτικά ζητήματα³⁰⁵.

³⁰³ Ο θεσμός του "έθνους" κατοχυρώνεται στο ιταλικό Σύνταγμα, βλ. άρθρο 9 «*Η Πολιτεία προωθεί την ανάπτυξη του πολιτισμού και της επιστημονικής και τεχνολογικής έρευνας. Προστατεύει το περιβάλλον και την ιστορική και καλλιτεχνική κληρονομιά του Έθνους.*», άρθρο 67 «*Κάθε μέλος του Κοινοβουλίου αντιπροσωπεύει το Έθνος και ασκεί τις λειτουργίες του χωρίς εμπόδια των ψηφοφόρων του*», άρθρο 98 «*Οι δημόσιοι υπάλληλοι είναι στην αποκλειστική υπηρεσία του Έθνους*». Αλλά και οι όροι "εθνική", "εθνικής" απαντώνται πολύ συχνά στο ιταλικό συνταγματικό κείμενο, βλ. ενδεικτικά άρθρο 49 «*Όλοι οι πολίτες έχουν το δικαίωμα να συνενώνονται ελεύθερα σε κόμματα για να συμβάλουν με δημοκρατικό τρόπο στο καθορισμό της εθνικής πολιτικής.*», άρθρο 87 «*ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας είναι ο αρχηγός του Κράτους και αντιπροσωπεύει την εθνική ενότητα.*».

³⁰⁴ Έτσι, την παράγραφο 68 της απόφασης Lautsi II το Δικαστήριο υπογραμμίζει ότι η απόφαση για το εάν θα διαιωνιστεί ή όχι μια παράδοση επιπτεει, κατ' αρχήν, στο περιθώριο εκτίμησης του εναγόμενου Κράτους. Αυτό, άλλωστε, επιβάλλεται και από τη μεγάλη ποικιλομορφία μεταξύ των Ευρωπαϊκών Κρατών, ιδιαίτερα στη σφαίρα της πολιτιστικής και της ιστορικής εξέλιξης.

³⁰⁵ βλ. σχόλιο ΧΕΙΡΔΑΡΗ Β. στην απόφαση Lautsi δημοσιευμένο στο Νομικό Βήμα, σελ. 1045-1046.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: ΛΟΙΠΕΣ ΜΕΘΟΛΟΓΙΚΕΣ ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΕΠΙΛΥΣΗΣ «ΣΥΓΚΡΟΥΣΕΩΝ» ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η αρχή της πρακτικής εναρμόνισης

Ενώ η αφηρημένη στάθμιση δεν είναι θεμιτή, υποστηρίζεται ότι είναι δυνατή και επιδιωκτέα η προσπάθεια πρακτικής εναρμονίσεως των ατομικών δικαιωμάτων στη συγκεκριμένη εφαρμογή τους. Η «αρχή της πρακτικής εναρμόνισης» ως μέθοδος επίλυσης των συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων δύο ή περισσότερων φορέων αναπτύχθηκε στο γερμανικό Συνταγματικό Δίκαιο από τον συνταγματολόγο Konrad Hesse και χρησιμοποιείται από το γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο, έγινε δε αποδεκτή από θεωρία και νομολογία και σε άλλα ευρωπαϊκά Κράτη^{306 307}. Στόχος ήταν να εξευρεθεί μια μέθοδος δια μέσου της οποίας είναι δυνατόν να επιτευχθεί η αποτελεσματικότερη προστασία κατά τη σύγκρουση των συνταγματικών δικαιωμάτων. Βάσει της αρχής αυτής οι διατάξεις του Συντάγματος πρέπει να εφαρμόζονται με τη μεγαλύτερη δυνατή πραγμάτωση του κανονιστικού τους περιεχομένου και όχι με την απλή επικράτηση της μίας ή της άλλης. Με άλλα λόγια, η πρακτική εναρμόνιση έχει την έννοια ότι κανένα από τα αντιτιθέμενα δικαιώματα δεν θα πρέπει να 'θυσιάζεται' ολοκληρωτικά σε βάρος του άλλου αλλά, αντίθετα, θα πρέπει και τα δύο, μέσω αμοιβαίων υποχωρήσεων, να αναπτύσσουν τη μεγαλύτερη δυνατή κανονιστική εμβέλεια με βάση τις συγκεκριμένες συνθήκες³⁰⁸. Γενικότερα η αρχή της πρακτικής εναρμόνισης συνεπάγεται την απαίτηση σεβασμού της εύλογης σχέσης των χρησιμοποιούμενων μέσων, προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ή της συνάφειας του μέσου προς το σκοπό³⁰⁹.

Η αρχή της πρακτικής εναρμόνισης, απορρέουσα από την αρχή της ενότητας του Συντάγματος³¹⁰ επιβάλλει την αναζήτηση της κατά το δυνατόν αποτελεσματικότερης προστασίας των *in concreto* συγκρουόμενων συνταγματικών αγαθών ώστε να μην 'θυσιάζεται' κανένα από αυτά για χάρη του άλλου³¹¹. Αυτό σημαίνει πως ο δικαστής οφείλει να είναι προσεκτικός και να αποφεύγει τη βιαστική στάθμιση των εκατέρωθεν συνταγματικά αναγνωρισμένων αγαθών και μια δημοψηφισματικού τύπου επιλογή με πλήρη παραμερισμό του άλλου³¹². Αντίθετα, καθήκον του είναι να επιδιώκει την εναρμόνισή τους ώστε το καθένα απ' αυτά να προστατεύεται στο μέτρο

³⁰⁶ Βλ. ενδεικτικά τις αποφάσεις του ΓΟΣΔ BVerfGE 41, 29 [51], 77, 240 [255]· 81, 298 [308]. Πρβλ. συναφώς και την απόφαση του γαλλικού Conseil constitutionnel 94-352 της 18.1.1995, όπου χρησιμοποιείται ο συναφής όρος «συμφιλίωση» [conciliation], σε σχέση όμως με τη σύγκρουση όχι θεμελιωδών δικαιωμάτων μεταξύ τους, αλλά θεμελιωδών δικαιωμάτων από τη μια μεριά με συνταγματικούς σκοπούς δημοσίου συμφέροντος από την άλλη, συμφιλίωση την οποία καλείται να επιφέρει ο νομοθέτης. Βλ. επίσης ΚΟΥΤΝΑΤΖΗΣ Σ.-Ι., «Εισαγωγή» σε Konrad Hesse – Το Σύνταγμα της πολιτικής ενότητας και της πρακτικής εναρμόνισης, Μετάφραση-Εισαγωγή Στυλιανός-Ιωάννης Κουτνατζής, Αθήνα, 2017, σελ. 31 επ., 51 επ.

³⁰⁷ Βλ. λ.χ. Εφετείο Αθηνών 6089/2011.

³⁰⁸ Βλ. σχετικά ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., Η Ερμηνεία του Συντάγματος. Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου; Εκδός. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1999, σελ. 143 επ.

³⁰⁹ βλ. ΜΑΝΙΤΑΚΗ Α., Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1994, σελ. 184.

³¹⁰ Βλ. σχετικά ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ – ΣΤΡΑΓΓΑ Τζ., ό.π., σελ. 96.

³¹¹ Βλ. ΔΑΛΑΚΟΥΡΑ Θ., Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, σελ. 134

³¹² Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, σελ. 104 -105

του αμοιβαία δυνατού. Η αμοιβαία οριοθέτησή τους οδηγεί στην καλύτερη πρακτική εφαρμογή και των δύο αγαθών³¹³. Ο ερμηνευτής πρέπει να αναζητά τη νοηματική ενότητα του Συντάγματος αφού το συνταγματικό κείμενο δεν είναι άθροισμα αλλά σύστημα κανόνων δικαίου. Μόνο στην περίπτωση που η προηγούμενη ερμηνευτική προσπάθεια για εναρμόνιση των αγαθών αποδειχθεί ατελέσφορη, ο εφαρμοστής του δικαίου δικαιούται να σταθμίσει και να επιλέξει το ένα δικαίωμα σε βάρος του άλλου³¹⁴.

Η στάθμιση ως νομική μέθοδος συνίσταται στην τοποθέτηση δύο μεγεθών επί του ζυγού της δικαιοσύνης προκειμένου να διαπιστωθεί, ποιο από τα δύο έχει μεγαλύτερο νομικό βάρος³¹⁵. Η μέθοδος μπορεί να καταστεί κατανοητή με την παράθεση ενός παραδείγματος σύγκρουσης δικαιωμάτων με την οποία βρισκόμαστε αντιμέτωποι καθημερινά στη ζωή μας στις μεγαλουπόλεις. Έτσι στην περίπτωση του δικαιώματος του συνέρχεσθαι στους δημόσιους χώρους που εμποδίζει την κυκλοφορία πεζών και οχημάτων καθώς και τη λειτουργία των καταστημάτων (ελεύθερη ανάπτυξη προσωπικότητας και επαγγελματική ελευθερία), το κρατικό όργανο οφείλει να άρει τη σύγκρουση με τον ανάλογο περιορισμό του χρόνου ή του τόπου πραγματοποίησής της συνάθροισης και να επιτύχει τη μικρότερη δυνατή προσβολή των προαναφερόμενων δικαιωμάτων. Συνεπώς στη συνάθροιση παροδικού χαρακτήρα ο περιορισμός της ελευθερίας της οδικής κυκλοφορίας είναι θεμιτός. Αντιθέτως, αν οι συγκεντρωμένοι, καταχρώμενοι τον χώρο και τον χρόνο “καταλάβουν” επί εικοσαήμερο το οδόστρωμα της εθνικής οδού προκειμένου να παραλύσουν την οικονομική ζωή της χώρας και να επιβάλλουν τις απόψεις τους στην πολιτεία τότε προφανώς υπερβαίνουν τα όρια άσκησης του δικαιώματός τους. Μία ήπια και κατάλληλη εξισορρόπηση ή πρακτική εναρμόνιση των αντιτιθεμένων συμφερόντων επιβάλλει την κατά το δυνατό και υπό προϋποθέσεις μερική ικανοποίηση και των δικαιωμάτων των διαδηλωτών από τη μία και αυτών των διερχομένων και των ιδιοκτητών και εργαζομένων στα εμπορικά καταστήματα από την άλλη με τον αντίστοιχο περιορισμό τους υπέρ των δικαιωμάτων των άλλων. Με αυτή τη λύση, ο περιορισμός των διαδηλωτών στο πεζοδρόμιο ή σε ένα μέρος του οδοστρώματος επιτρέπει την ταυτόχρονη άσκηση και των δύο δικαιωμάτων³¹⁶.

Συνεπώς, με βάση την αρχή της ήπιας και κατάλληλης εξισορρόπησης των αντιτιθεμένων συμφερόντων για την εξασφάλιση της πρακτικής εναρμόνισης και της τέλει εξισορρόπησης τους και προς χάριν της κοινωνικής ειρήνης και της

³¹³ Ο Π. Σούρλας παρατηρεί πάντως ότι η αρχή της αναλογικότητας προσθέτει ότι η προτίμηση του προστατευόμενου αγαθού με τη μεγαλύτερη κατά προτίμηση βαρύτητα δεν επιτρέπεται να φτάνει στην πλήρη εκμηδένιση των υπολοίπων. Αντίθετα, ο ερμηνευτής οφείλει να προκρίνει τη λύση που βελτιστοποιεί τη συνολική ικανοποίηση των αγαθών αυτών, κατορθώνει δηλαδή να συμβιβάσει με τον καλύτερο δυνατό τρόπο την επιβαλλόμενη πρόταξη του ενός με το μικρότερο δυνατό, αλλά και σύμμετρο κόστος για τα υπόλοιπα εμπλεκόμενα αγαθά, διασώζοντας σε κάθε περίπτωση τον σκληρό πυρήνα τους, βλ. ΣΟΥΡΛΑΣ Π., Δίκαιο και δικανική κρίση, ό.π., σελ. 765.

³¹⁴ Βλ. ΠΑΠΑΣΠΥΡΟΥ Ν., Η πλοκή ελευθερίας & ανοιχτών θεσμών-συμβολή στη γενική θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2019, σ. 21, κατά τον οποίο στο δίκαιο των θεμελιωδών δικαιωμάτων, η στάθμιση έχει αναδειχθεί σε καθολικό εργαλείο επίλυσης εντάσεων σε κάθε περίπτωση που δεν είναι εφικτή η πρακτική εναρμόνιση των εμπλεκόμενων συμφερόντων.

³¹⁵ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Προβλήματα της στάθμισης ως νομικής μεθόδου, ΕφαρμΔΔ 2009, επετειακό τεύχος, σ. 39 επ., παρ. 5, ΣΤΡΑΤΗΛΑΤΗ Κ., Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος, ΤοΣ 2001, σ. 495 επ.

³¹⁶ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., (επιμ.), Θεμελιώδη δικαιώματα, ό.π., σελ. 24.

ικανοποίησης της ομαλής λειτουργίας της έννομης τάξης, το αρμόδιο για την επίλυση της σύγκρουσης όργανο προβλέπει τον αμοιβαίο περιορισμό όλων των αντιτιθέμενων δικαιωμάτων³¹⁷. Περαιτέρω, η αρχή της πρακτικής εναρμόνισης περιλαμβάνει την απαίτηση για σεβασμό της εύλογης σχέσης των χρησιμοποιούμενων μέσων προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ή της συνάφειας του μέσου προς το σκοπό³¹⁸.

Υπάρχουν πάντως και οι περιπτώσεις στις οποίες η κατευθυντήρια αρχή της *πρακτικής εναρμόνισης* δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής με αποτέλεσμα το ένα συνταγματικό δικαίωμα να πρέπει να υποχωρήσει υπέρ του άλλου, οπότε ο ερμηνευτής και εφαρμοστής του δικαίου καταφεύγουν στη *στάθμιση* των αντιτιθέμενων δικαιωμάτων βάσει των ιδιαίτερων συνθηκών της κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης («*in concreto* στάθμιση»)³¹⁹. Κατά τη στάθμιση κόστους - οφέλους πραγματοποιείται, εν όψει της συγκεκριμένης πραγματικής υπόθεσης, η τελική αναμέτρηση των συνταγματικών αξιών, εκ των οποίων η μία λαμβάνει συνήθως τη μορφή ενός εξατομικευμένου δημοσίου συμφέροντος³²⁰.

Επομένως, στη διαδικασία της *in concreto* στάθμισης των αντιτιθέμενων έννομων αγαθών μπορεί να προσφύγει ο ερμηνευτής του δικαίου σε δύο περιπτώσεις. Είτε στο πλαίσιο εφαρμογής της προαναφερθείσας αρχής, προκειμένου να αξιολογήσει τη σύγκρουση και να αχθεί στον αναγκαίο βαθμό προσβολής κάθε δικαιώματος, ώστε να ανεύρει το μέτρο της μεταξύ τους «εναρμόνισης». Είτε στην περίπτωση κατά την οποία η αναζήτηση της πρακτικής αρμονίας μεταξύ τους δεν τελεσφόρησε, διότι δεν μπόρεσαν να ικανοποιηθούν ταυτόχρονα – ούτε καν εν μέρει – και τα δύο συγκρουόμενα αγαθά³²¹.

2. Η δικαστική τεχνική της στάθμισης στην αμερικάνικη θεωρία και νομολογία του Ανώτατου Δικαστηρίου των Η.Π.Α.

Η δικαστική τεχνική της στάθμισης στην αμερικάνικη θεωρία και νομολογία

³¹⁷ Βλ. ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ ΣΤΡΑΓΓΑ Τζ., Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όψεις της πολυεπίπεδης προστασίας στον ευρωπαϊκό χώρο, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη - Nomos, 2018, σ. 51, ΤΣΙΑΙΩΤΗ Χ., ό.π., σελ. 55-87.

³¹⁸ Βλ. ΜΑΝΙΤΑΚΗ Α., Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος συνταγματικότητας, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 1994, σ. 184.

³¹⁹ Βλ. ΣΤΡΑΤΗΛΑΤΗ Κ., Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος, ΤοΣ 2001, σελ. 495 επ., ΒΡΟΝΤΑΚΗ Μ., Ο δικαστής ως κριτής σταθμίσεων, αξιών και επιλογών του νομοθέτη κατά την πρόκριση των προς θέσπιση ρυθμίσεων, άρθρο διαθέσιμο στη διεύθυνση www.constitutionalism.gr. Πρβλ. επίσης, ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., Συνταγματικό Δίκαιο-Ατομικά Δικαιώματα, Τέταρτη Έκδοση, Τόμος Β', Αθήνα-Κομοτηνή 2012, αρ. περ. 198, ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2η Έκδοση, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σελ. 102, ΡΑΙΚΟ Α., Συνταγματικό Δίκαιο – Θεμελιώδη Δικαιώματα, 2ος Τόμος, 2η Έκδοση, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σελ. 234.

Την εξατομικευμένη (*in concreto*) στάθμιση ανάλογα με την συγκεκριμένη υπό κρίση περίπτωση τονίζει το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο ήδη από την περίφημη και κλασική απόφαση Lütth – BVerfGE 7, 198, 211 – σε σταθερή και αμετάβλητη νομολογία. Την ίδια μέθοδο ακολουθεί και η ΑΠΔΠΧ σε σειρά αποφάσεών της, προκειμένου να κρίνει τη νομιμότητα της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων κατά τη σύγκρουση της προστασίας τους προς άλλα έννομα αγαθά, όπως, λ.χ. το δικαίωμα πληροφόρησης του κοινού διά του τύπου.

³²⁰ Βλ. ΚΑΨΑΛΗ Β., Δημόσιο συμφέρον και έλεγχος συνταγματικότητας στο πλαίσιο της οικονομικής ελευθερίας, ΔτΑ 2008, σελ. 511 επ. (558).

³²¹ Βλ. σχετικά ΚΑΛΥΒΙΩΤΟΥ Μ., Κοινοβουλευτικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα, 2017, σελ. 243.

Η μεταβολή της αμερικανικής νομικής σκέψης στις αρχές του 20ου αιώνα: από το νομικό φορμαλισμό στην πραγματιστική δικαιοσύνη

Η στάθμιση εμφανίζεται στις Ηνωμένες Πολιτείες για πρώτη φορά στις αρχές του 20ού αιώνα ως μία δικανική μέθοδος επίλυσης διαφορών, στα πλαίσια ενός γενικότερου νομικού κινήματος που επιχειρεί να εισάγει τον πραγματισμό στη νομική επιστήμη, η οποία την εποχή εκείνη κυριαρχείται από το φορμαλισμό και την εννοιοκρατία³²².

Πιο συγκεκριμένα, το 19ο αιώνα στις Η.Π.Α. (όπως και στο σύνολο του δυτικού κόσμου) επικρατεί ο νομικός θετικισμός, σύμφωνα με τον οποίο το δίκαιο είναι ένα κλειστό και πλήρες σύστημα, μέσα στο οποίο δεν έχουν θέση υποκειμενικές αξιολογήσεις πολιτικής ή ηθικής φύσεως. Η λύση για κάθε νομικό ζήτημα πρέπει να ανευρίσκεται μέσα σε αυτό το σύστημα κανόνων, του οποίου η δικαιοπολιτική ορθότητα δεν μπορεί να αμφισβητηθεί από τους νομικούς, οι οποίοι αποτελούν απλώς εφαρμοστές του θεσπισμένου από την αρμόδια κρατική αρχή δικαίου.

Στα πλαίσια του νομικού θετικισμού εντάσσεται ο «νομικός φορμαλισμός», μία θετικιστική θεώρηση της ερμηνείας και εφαρμογής του δικαίου, κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ο διαχωρισμός της νομικής αιτιολογίας από κανονιστικά και πολιτικά ζητήματα. Σύμφωνα με το «νομικό φορμαλισμό», ο οποίος εξετάζει το δίκαιο από την οπτική γωνία του δικαστή³²³, οι δικαστές θα πρέπει να περιορίζονται στη στενή ερμηνεία των νομικών κειμένων και την εφαρμογή τους τα πραγματικά περιστατικά, χωρίς να προβαίνουν σε οποιουδήποτε είδους αξιολογικές κρίσεις και στάθμιση συμφερόντων, με τις οποίες παρεμβαίνουν στο έργο της νομοθετικής εξουσίας, παραβιάζοντας με αυτόν τον τρόπο την αρχή της διάκρισης των εξουσιών. Με λίγα λόγια, ο «νομικός φορμαλισμός» είναι η θεωρία ότι το δίκαιο αποτελεί ένα σύνολο κανόνων και αρχών, ανεξαρτήτων από άλλους πολιτικούς και κοινωνικούς θεσμούς³²⁴.

Στην Αυγή του 20ου αιώνα η λεγόμενη και «κλασική νομική σκέψη»³²⁵ η οποία επικρατούσε στην αμερικανική νομική θεωρία, αρχίζει να αμφισβητείται σοβαρά από μία ομάδα διακεκριμένων νομικών που είναι γνωστή ως «Προοδευτικοί» (Progressives)³²⁶.

Κυρίαρχη μορφή του «προοδευτικού κινήματος είναι ο δικαστής του Ανώτατου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου των Η.Π.Α. Oliver Wendell Holmes, μία από τις σημαντικότερες μορφές της αμερικανικής νομικής επιστήμης του 20ου αιώνα, ενώ

³²² ALEINIKOFF T. A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale Law Journal 943 (1987), με αναλυτική παρουσίαση της τεχνικής, παραδείγματα χρήσης της στο συνταγματικό δίκαιο από την αμερικανική νομολογία, καθώς και μία εξαιρετικά ενδιαφέρουσα κριτική θεώρηση των σημαντικότερων προβλημάτων της,

³²³ Σε αντίθεση με τον νομικό θετικισμό ο οποίος υιοθετεί κυρίως την οπτική του νομοθέτη.

³²⁴ Βλ. για τον ορισμό, Black's Law Dictionary, 11th edition, 2019.

³²⁵ Βλ. KENNEDY DUNCAN, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, 1975 αλλά και WILLIAM WIECEK, *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America 1886-1937*. New York and Oxford: Oxford University Press, 1998.

³²⁶ Για μία λεπτομερή περιγραφή της ιδιαίτερα σημαντικής μεταβολής που επήλθε στην Αμερικανική νομική σκέψη στα τέλη του 19ου και στις αρχές του 20ου αιώνα, βλ. TAMANAHA BRIAN, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law (Law in Context)*, Cambridge University Press, 2006.

πρωταγωνιστικό ρόλο στη διαμόρφωση των «προοδευτικών» ιδεών διαδραματίζουν: ο περίφημος ανώτατος δικαστής Benjamin Cardozo, οι ανώτατοι δικαστές Louis D. Brandeis και Harlan F. Stone, καθώς και ο κοσμήτορας της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Harvard, Roscoe Pound. Όλοι οι παραπάνω νομικοί επιστήμονες, επηρεασμένοι από τον φιλοσοφικό πραγματισμό των William James και John Dewey, που είναι ιδιαίτερα διαδεδομένος εκείνη την εποχή θέτουν υπό αμφισβήτηση το κυρίαρχο Μέχρι τότε νομικό φορμαλισμό και υιοθετούν μία εργαλειακή προσέγγιση στο δίκαιο.

Ειδικότερα, οι «Προοδευτικοί» ασκούν έντονη κριτική στην επικρατούσα την εποχή εκείνη συνταγματική νομολογία του Ανώτατου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου των Η.Π.Α. που βασίζεται στο νομικό φορμαλισμό και επιζητούν μία λιγότερο «ενοιοκρατική» και περισσότερο «πραγματιστική» δικαιοσύνη, η οποία προσαρμόζεται σε μεγαλύτερο βαθμό στις κοινωνικές συνθήκες της εποχής, να λαμβάνει υπόψη της τα πραγματικά κοινωνικά συμφέροντα που εμπλέκονται κάθε φορά και να θέτει κοινωνικούς στόχους προς επίτευξη.

Ο κυριότερος λόγος που οδηγεί τους «Προοδευτικούς» να διατυπώσουν αυτές τις σκέψεις είναι οι τεράστιες αλλαγές που επήλθαν στην αμερικάνικη κοινωνία, η οποία στις αρχές του εικοστού αιώνα είναι πλέον πολύ πιο σύνθετη και έχει αναπτυχθεί με τρόπο που δεν θα μπορούσε να έχει προβλεφθεί από τους συγγραφείς του αμερικανικού Συντάγματος. Αυτό έχει σαν αποτέλεσμα το συνταγματικό κείμενο, όταν ερμηνεύεται στενά γραμματικά, να μην ανταποκρίνεται στις ανάγκες των νέων κοινωνικών περιστάσεων και να έχει ανάγκη από μία καινούρια πιο «δημιουργική» ερμηνεία, την οποία και προτείνουν οι «Προοδευτικοί».

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τη φορμαλιστική μέθοδο νομικής ανάλυσης που επικρατούσε μέχρι τότε, η αιτιολογία των δικαστικών αποφάσεων παρουσιαζόταν να απορρέει απλά και αβίαστα από μη αμφισβητούμενες προκειμένες. Από τη στιγμή που βρισκόταν η κατάλληλη ονομασία για ένα αντικείμενο ή πράξη, σύντομα ακολουθούσε και το νομικό συμπέρασμα. Τα πραγματικά περιστατικά εντάσσονταν σε «κατηγορίες», οι οποίες προκαθόριζαν το αποτέλεσμα της δικαστικής απόφασης. Το δίκαιο εξάγονταν από βασικά αξιώματα και γενικούς κανόνες με τη χρήση της λογικής παραγωγής, ενώ οι συνέπειες στον πραγματικό κόσμο και οι ηθικές αξιολογήσεις αποκλείονταν εκ των προτέρων από αυτή τη μέθοδο³²⁷.

Ο πρώτος που ασκεί κριτική στην παραπάνω μέθοδο είναι ο δικαστής Holmes ο οποίος διακηρύσσει ότι το δίκαιο είναι κυρίως προϊόν κοινωνικής εμπειρίας παρά επαγωγικής λογικής και ενώ αποδέχεται ότι αυτό λειτουργεί σε μεγάλο βαθμό με βάση τους κανόνες της λογικής, επισημαίνει ταυτόχρονα τον κίνδυνο της ανεύρεσης λύσεων στα νομικά ζητήματα με μαθηματικό τρόπο από γενικά αξιώματα συμπεριφοράς³²⁸.

³²⁷ BIX BRIAN, Jurisprudence: Theory and Context, 8th edition, 2019, Sweet & Maxwell, όπου παρουσιάζονται όλες οι θεωρίες που έχουν εμφανιστεί ιστορικά στο αμερικάνικο δίκαιο καθώς και η σκέψη των σημαντικότερων Αμερικανών φιλοσόφων του δικαίου.

³²⁸ OLIVER WENDELL HOLMES, The Path of the Law, Harvard Law Review, vol. 10, no. 8, 1897, σελ. 457-478.

Για τον Holmes, η νομιμοποιητική βάση ενός κράτους δικαίου συνίσταται στη συμβολή του στην επίτευξη ενός επιθυμητού κοινωνικού σκοπού³²⁹. Αυτό βέβαια από μεθοδολογική άποψη σημαίνει ότι κατά την ερμηνεία και εφαρμογή του δικαίου, οι απόλυτες αρχές του παρελθόντος θα πρέπει να υποχωρούν απέναντι στα διδάγματα της πείρας και στα κοινωνικά γεγονότα της εποχής, ενώ ο Holmes ταυτόχρονα απορρίπτει τη μέθοδο της υπαγωγής των πραγματικών περιστατικών σε γενικές και αφηρημένες νομικές «κατηγορίες», τονίζοντας ότι οι περισσότερες διακρίσεις του δικαίου δεν είναι διακρίσεις είδους αλλά διακρίσεις βαθμού³³⁰.

Σύμφωνα λοιπόν με τον Holmes, η αξία ενός κανόνα δικαίου εξαρτάται από τις συνέπειές του στην κοινωνία και οι εφαρμοστές του δικαίου (εν προκειμένω οι δικαστές) δεν θα πρέπει να καταφεύγουν σε ερμηνευτικές αναλύσεις (γραμματικές, συστηματικές, ιστορικές) των νομικών κανόνων, αλλά στην εύρεση των στόχων που αυτοί επιδιώκουν να επιτύχουν και στην εξέταση της σκοπιμότητας επίτευξής τους³³¹.

Ιδιαίτερα σημαντική είναι η συμβολή του δικαστή Cardozo, ο οποίος δίνει έμφαση στο δημιουργικό ρόλο του δικαστή και στην αίσθηση της κοινωνικής ευθύνης που θα πρέπει αυτός να έχει κατά την άσκηση του λειτουργήματός του, του οποίου η νομοπαραγωγική διάσταση είναι μία πραγματικότητα. Η δικαστική διαδικασία στο υψηλότερό της επίπεδο δεν είναι για αυτόν ανακάλυψη αλλά δημιουργία³³².

Αν και αναγνωρίζει το ρόλο της λογικής στη λήψη των περισσότερων δικαστικών αποφάσεων, προσδιορίζει όμως τα όριά της, όταν ακινήτων πολύπλοκα νομικά ζητήματα, στα οποία ο δικαστής είναι υποχρεωμένος να προβεί σε πολιτικής φύσεως επιλογές³³³.

Επηρεασμένος και αυτός από τον φιλοσοφικό πραγματισμό των James και Dewey, απορρίπτει την ύπαρξη απόλυτων αρχών και υιοθετεί μία σχετικιστική προσέγγιση στο δίκαιο, σύμφωνα με την οποία αυτό είναι ασταθές, ρευστό και διαρκώς μεταβαλλόμενο, ζωντανό κομμάτι μιας κοινωνίας που βρίσκεται σε ένα διαρκές και ατελείωτο «γίγνεσθαι».

Ακόμη αυστηρότερη κριτική στη φορμαλιστική ερμηνευτική μέθοδο ανάλυσης του δικαίου ασκεί ένας από τους σημαντικότερους θεωρητικούς του δικαίου, ο κοσμήτορας της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Harvard Roscoe Pound, ο οποίος ονομάζει την ιδέα ότι οι περισσότερες δικαστικές αποφάσεις οφείλουν ή μπορούν να απορρέουν λογικά από προκαθορισμένες γενικές έννοιες ή άκαμπτους γενικούς κανόνες, χωρίς να δίνεται καμία σημασία στην εξωτερική πραγματικότητα ή τις συνέπειες, «μηχανιστική θεωρία του δικαίου»³³⁴.

³²⁹ Βλ. του ίδιου, *Law in Science and Science in Law*, *Harvard Law Review*, vol. 12, no. 7, 1899, σελ. 443–463.

³³⁰ Βλ. υπόθεση *Panhandle Oil Co. v. Mississippi*, 277 U.S. 218 (1928). Στη φράση αυτή της μειωφρούσας γνώμης του δικαστή Holmes εκφράζεται η βασική φιλοσοφία πάνω στην οποία στηρίζεται η στάθμιση ως ερμηνευτική μέθοδος του δικαίου.

³³¹ Βλ. *HOLMES O.*, ό.π., υποσημ. 9.

³³² Βλ. *CARDOZO BENJAMIN*, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1922, σελ. 166.

³³³ Του ίδιου, *The Growth of the Law*, Yale University Press, 1924, σελ. 59–60.

³³⁴ *POYND Roscoe*, *Mechanical Jurisprudence*, *Columbia Law Review*, vol. 8, no. 8, 1908, σελ. 605–623. Το δίκαιο, σύμφωνα με τον Pound, θα πρέπει να γίνει εργαλείο για την επίτευξη κοινωνικών

Εξίσου σημαντικές είναι και οι κριτικές παρατηρήσεις των δικαστών Brandeis και Stone, οι οποίοι με τις μειοψηφικές τους κυρίως εισηγήσεις στο Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο επισημαίνουν την απόσταση που χωρίζει το δικαστήριο από την κοινωνική πραγματικότητα και εφιστούν την προσοχή τους στην απαιτούμενη ανάλυση από τους δικαστές των γεγονότων και των κοινωνικών συνθηκών, των λεγόμενων «κοινωνικών πηγών» του δικαίου. Ειδικότερα, ο Brandeis καταδεικνύει την ανάγκη να λαμβάνουν υπόψη τους οι δικαστές τις σύγχρονες κοινωνικές, οικονομικές και πολιτικές συνθήκες της κοινότητας που επηρεάζεται από κάποια απόφασή τους, καθώς και να υπολογίζουν τις συνέπειες που αυτή θα έχει στην παραπάνω κοινότητα³³⁵, ενώ ο Stone καταφέρεται εναντίον της «μηχανιστική ερμηνείας» του δικαίου, που απέχει σε τέτοιο βαθμό από τα πραγματικά δεδομένα, ώστε να μην έχει καμιά ουσιαστική αξία και συνηγορεί και αυτός με τη σειρά του υπέρ της εξέτασης από τους δικαστές όλων των γεγονότων και των περιστάσεων που σχετίζονται με την εκάστοτε κρινόμενη από αυτούς υπόθεση³³⁶.

Η απομυθοποίηση του ρόλου της λογικής στο νομικό συλλογισμό και στην απονομή της δικαιοσύνης από τους «Προοδευτικούς» προλειαίνει το έδαφος για την πλήρη αμφισβήτηση του νομικού φορμαλισμού και συνολικά της κλασικής νομικής σκέψης από τους «Νομικούς Ρεαλιστές»³³⁷, οι οποίοι είναι πολύ πιο επιθετικοί στην κριτική τους απέναντι στην κυρίαρχη τότε μέθοδο νομικής ανάλυσης. Για τους ρεαλιστές, η ουδετερότητα και η αντικειμενικότητα των νομικών εννοιών δεν είναι παρά μία ψευδαίσθηση, ενώ αυτές δεν μπορούν να καθορίσουν το αποτέλεσμα σε μία δικαστική υπόθεση. οι δικαστές σύμφωνα πάντα με τους ρεαλιστές δεν στηρίζουν στην πραγματικότητα τις αποφάσεις του στη λογική αλλά στις προσωπικές τους προκαταλήψεις τα ένστικτα τους³³⁸, στις πολιτικές τους απόψεις και στις ψυχολογικές τους προδιαθέσεις³³⁹.

Το κίνημα των «Προοδευτικών» μαζί με το κίνημα του «Νομικού Ρεαλισμού» θέτουν τις βάσεις για τη μεγάλη αλλαγή στην αμερικανική νομική σκέψη από την εννοιοκρατία και το φορμαλισμό του 19ου αιώνα στο ρεαλισμό και στην εργαλειοκρατία του 20ου. Το δίκαιο δεν αποτελεί πλέον ένα κλειστό και αυτάρκες σύστημα βασισμένο σε λογικούς κανόνες, αλλά είναι εργαλείο για την επίτευξη κοινωνικών και πολιτικών στόχων.

στόχων, ενώ οι κανόνες του θα πρέπει να επιδεικνύουν πρακτική χρησιμότητα και να προσαρμόζονται στις ανθρώπινες ανάγκες. Αυτό τον οδηγεί στο συμπέρασμα ότι το δίκαιο θα πρέπει να κρίνεται από τα αποτελέσματα από τη μηχανή και όχι από την ορθότητα της εσωτερικής του δομής.

³³⁵ Βλ. την μειοψηφούσα γνώμη του δικαστή Brandeis στην υπόθεση *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921), στην οποία κρίθηκε αρνητικά από την πλειοψηφία του δικαστηρίου η νομιμότητα μιας ειρηνικής εργατικής διαδήλωσης, ενώ ανάμεσα στους μειοψηφούντες δικαστές ήταν και ο Holmes.

³³⁶ Βλ. την μειοψηφούσα γνώμη του δικαστή Stone στην υπόθεση *Di Santo v. Pennsylvania*, 273 U.S. 34 (1927).

³³⁷ Για το κίνημα του νομικού ρεαλισμού, βλ. ενδεικτικά WILLIAM W. FISHER III, MORTON J. HORWITZ & THOMAS A. REED, eds., *American Legal Realism* (New York: Oxford, University Press, 1993). Μεγάλη επιρροή στη διαμόρφωση του νομικού ρεαλισμού έχει ασκήσει και το έργο του γερμανού θεωρητικού του 19ου αιώνα Rudolf von Jhering, ο οποίος θεωρείται ο ιδρυτής της κοινωνιολογικής σχολής του δικαίου, βλ. ιδίως σε ελληνική μετάφραση του Σαραντάκη Γ., *Ο σκοπός εν τω δικαίω*, Αθήνα 1955.

³³⁸ HUTCHESON Joseph, Jr., *The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision*, 14 Cornell Law Quarterly 274-288 (1929).

³³⁹ FRANK JEROME, *What Courts Do in Fact*, 26 Illinois Law Review, 1932.

Όλες οι παραπάνω απόψεις φυσικά δεν προκύπτουν καθόλου τυχαία. Αντίθετα αποτελούν από τη μία πλευρά το αποτέλεσμα μακροχρόνιων ζυμώσεων στην Αμερικανική νομική φιλοσοφία και από την άλλη αντικατοπτρίζουν τους πολιτικούς και κοινωνικούς συσχετισμούς της Αμερικής των αρχών του 20ου αιώνα, όπου κυριαρχεί η σύγκρουση του Ανώτατου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου με τις αμερικανικές κυβερνήσεις και ιδιαίτερα με την κυβέρνηση του Franklin Roosevelt. Συγκεκριμένα, οι αμερικανικές κυβερνήσεις των αρχών του 20ου αιώνα προσπαθούν να εφαρμόσουν διάφορες κοινωνικές πολιτικές, κυρίως για να βελτιώσουν τις συνθήκες εργασίας του αμερικανικού λαού, ο οποίος, ειδικά μετά τη μεγάλη οικονομική ύφεση που ακολούθησε το κραχ του χρηματιστηρίου το 1929, μαστίζονταν από τη φτώχεια και την ανεργία. Τις σημαντικότερες κοινωνικές μεταρρυθμίσεις επιχειρεί να προωθήσει ο Franklin Roosevelt ο οποίος, ως πρόεδρος των Ηνωμένων Πολιτειών, εφαρμόζει την περίφημη πλέον πολιτική του New Deal Με σκοπό να ανακουφίσει το λαό να θεραπεύσει την οικονομία και να αναμορφώσει το οικονομικό σύστημα των Η.Π.Α.

Στις παραπάνω όμως κοινωνικές πολιτικές αρχίζει να θέτει εμπόδια όλο και συχνότερα το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο³⁴⁰, το οποίο απορρίπτει πολλές νομοθετικές ρυθμίσεις της ομοσπονδιακής κυβέρνησης αλλά και των πολιτειών ως αντισυνταγματικές.

Ξεκινώντας το 1905 από την περίφημη υπόθεση - ορόσημο *Lochner v. New York*³⁴¹, όπου το δικαστήριο ακυρώνει ένα νόμο της πολιτείας της Νέας Υόρκης που περιορίζει τις ώρες εργασίας στα αρτοποιεία της ομώνυμης πόλης, ξεκινάει από κει που χαρακτηρίζεται από τη σιωπηρή σύγκρουση της νομοθετικής με τη δικαστική εξουσία, η οποία είναι γνωστή ως «εποχή του *Lochner*» και διαρκεί έως τη λεγόμενη «συνταγματική κρίση» του 1937.

Η στάση που κρατάει το δικαστήριο απέναντι στις κοινωνικές μεταρρυθμίσεις των αμερικανικών κυβερνήσεων βασίζεται κυρίως στις αρχές του κράτους δικαίου και στην κατά το δυνατό μεγαλύτερη προστασία των ατομικών δικαιωμάτων, ιδιαίτερα της ελευθερίας των συμβάσεων, ενώ έμμεσα είναι επηρεασμένο ιδεολογικά από το κλασικό φιλελευθερισμό και την αποστροφή του προς τις οποιεσδήποτε κρατικές παρεμβάσεις στην οικονομία.

Μετά τη χρηματιστηριακή κρίση του 1929 και την άνοδο στην εξουσία του Roosevelt, η σύγκρουση αυτή αποκτά ακόμη μεγαλύτερη σημασία, καθώς το Δικαστήριο ακυρώνει όλο και συχνότερα τις νομοθετικές μεταρρυθμίσεις του New Deal ως αντισυνταγματικές. Η παραπάνω στάση του Δικαστηρίου οδηγεί τον Roosevelt να προβεί τον Φεβρουάριο του 1937 σε μία από τις πιο αμφιλεγόμενες ενέργειες της προεδρικής του θητείας, την προσπάθεια αύξησης με νόμο του αριθμού των μελών του Δικαστηρίου, ώστε να εξασφαλίσει μία φιλική προς την πολιτική του πλειοψηφία³⁴². Αν και το συγκεκριμένο νομοσχέδιο καταψηφίζεται από το Κογκρέσο, το Δικαστήριο επηρεασμένο προφανώς από τη γενικότερη λαϊκή αντίδραση απέναντι

³⁴⁰ Εφεξής Δικαστήριο

³⁴¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

³⁴² Βλ. LEUCHTENBURG William, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York: Oxford University Press, 1995.

στις αποφάσεις του, μεταβάλλει τη στάση του απέναντι στην πολιτική του New Deal σε θετική.

Όλες οι παραπάνω εξελίξεις οδηγούν το Δικαστήριο να αναζητήσει νέους τρόπους ανάγνωσης του Συντάγματος, που να ανταποκρίνονται στις σύγχρονες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες. Ένα από τα αποτελέσματα αυτής της αναζήτησης είναι και η υιοθέτηση από τους Ανώτατους Δικαστές της τεχνικής της στάθμισης των έννομων συμφερόντων, ως μεθόδου ερμηνείας του συνταγματικού κειμένου με σαφή τελολογικό προσανατολισμό.

Η συγκρατημένη στάθμιση των προοδευτικών

ι) Η εμφάνιση της στάθμισης στην αμερικάνικη νομολογία: η μειοψηφούσα εισήγηση του Holmes στην απόφαση Lochner v. New York

Η τεχνική της στάθμισης εμφανίζεται στην αμερικανική νομολογία ως το ιδανικό μεθοδολογικό εργαλείο για την απονομή μιας περισσότερο πραγματιστικής δικαιοσύνης, δεδομένου ότι αυτή στηρίζεται στην ανεύρεση, εκτίμηση και σύγκριση των κοινωνικών συμφερόντων που εμπλέκονται σε μία υπόθεση καθώς και στην επιλογή του συμφέροντος εκείνο που εξυπηρετεί καλύτερα τους επιδιωκόμενους από το δίκαιο σκοπούς.

Τις πρώτες δεκαετίες του 20ού αιώνα, όπου στο Δικαστήριο κυριαρχεί ακόμη ο νομικός φορμαλισμός, η έννοια της στάθμισης εμφανίζεται ρητά ή σιωπηρά σε νομικά κείμενα, είτε πρόκειται για τις μειοψηφούσες απόψεις δικαστών του Δικαστηρίου, είτε για εξωδικαστικά κείμενα που ασκούν κριτική στη νομική συλλογιστική του.

Ο πρώτος που χρησιμοποιεί τη στάθμιση στην αμερικάνικη νομολογία (χωρίς όμως να την κατονομάζει) είναι ο δικαστής Holmes. Στην περίφημη πλέον απόφαση Lochner v. New York³⁴³, η μειοψηφούσα άποψη του Holmes αποτελεί μία δριμεία επίθεση τον φορμαλισμό, όπως αυτός εκφράζεται στην πλειοψηφούσα άποψη του δικαστή Peckham.

Η απόφαση Lochner αφορά στη συνταγματικότητα του νόμου της πολιτείας της Νέας Υόρκης, ο οποίος ρυθμίζει μεταξύ των άλλων το ελάχιστο ωράριο εργασίας αυτών που δουλεύουν στα αρτοποιεία της Νέας Υόρκης. Η πλειοψηφία του Δικαστηρίου έκρινε ότι ο νόμος αντίκειται στην ελευθερία των συμβάσεων³⁴⁴ και απορρίπτει τον ισχυρισμό της πολιτείας ότι η νομοθετική αυτή ρύθμιση αποτελεί νόμιμη άσκηση της ρυθμιστικής εξουσίας του Κράτους³⁴⁵.

³⁴³ Για μία ενδελεχή ανάλυση της υπόθεσης και της συνολικής επιρροής που αυτή άσκηση στο αμερικάνικο δίκαιο, βλ. BERNSTEIN David, Lochner v. New York: A Centennial Retrospective, 83 Washington University Law Quarterly 1469 (2005).

³⁴⁴ Η ελευθερία των συμβάσεων (η οποία στην προκειμένη περίπτωση εκλαμβάνεται ως η ελευθερία των εργοδοτών και των εργαζομένων να καταλήγουν ελεύθερα σε συμφωνίες για το ωράριο εργασίας) προστατεύεται ως μέρος της κατοχυρωμένης από την 14η τροποποίηση του αμερικανικού Συντάγματος γενικής ελευθερίας του ατόμου.

³⁴⁵ Σύμφωνα με τη 10η Τροποποίηση του αμερικανικού Συντάγματος, «οι εξουσίες που δεν παραχωρούνται από το Σύνταγμα στις Ηνωμένες Πολιτείες, ούτε απαγορεύονται στις Πολιτείες, επιφυλάσσονται στις Πολιτείες ή στο λαό». Γίνεται λοιπόν δεκτό από τα αμερικανικά δικαστήρια ότι,

Συγκεκριμένα, ο εισηγητής της πλειοψηφίας δικαστής Peckham απέρριψε τον ισχυρισμό της Πολιτείας της Νέας Υόρκης, ότι με τη θέσπιση της συγκεκριμένης ρύθμισης του ωραρίου εργασίας στα αρτοποιεία επιχειρούσε να προστατέψει την υγεία των εργαζομένων και υποστήριξε ότι ο πραγματικός σκοπός της δίαιτας ήταν η άσκηση κοινωνικής πολιτικής, η οποία δεν δικαιολογεί, σύμφωνα με τον Peckham, τον περιορισμό της ατομικής ελευθερίας που συνεπάγεται η παρέμβαση της Πολιτείας σε μία εργατική σύμβαση καταρτιζόμενοι από αυτόνομους ενήλικες³⁴⁶.

Η εισήγηση του Peckham αποτελεί ένα κλασικό παράδειγμα της φορμαλιστικής νομικής συλλογιστικής, η οποία κυριαρχούσε στην αμερικάνικη συνταγματική νομολογία του τέλους του 19ου και των αρχών του 20ου αιώνα. Ο Peckham, αφού αναλύει την έννοια της ελευθερίας, όπως αυτή προστατεύεται από την 14η Τροποποίηση του αμερικανικού Συντάγματος, στη συνέχεια της παρέχει απόλυτη προστασία απέναντι σε οποιαδήποτε νομοθετική παρέμβαση του κράτους, η οποία δικαιολογείται μόνο όταν στηρίζεται στους περιοριστικά αριθμημένους από την αμερικανική νομολογία λόγους, που σχετίζονται με την προστασία της υγείας, της ασφάλειας, των χρηστών ηθών και της γενικής ευημερίας του λαού.

Χρησιμοποιώντας νομικές κατηγορίες (ατομική ελευθερία, προστασία της υγείας), διαπιστώνει ότι η νομοθετική ρύθμιση της Πολιτείας δεν εντάσσεται στην κατηγορία της προστασίας της υγείας και καταλήγει με αυτό τον τρόπο στο συμπέρασμα ότι δεν μπορεί η ρύθμιση να αποτελέσει νόμιμη εξαίρεση στην απόλυτη προστασία που επιτάσσει η κατηγορία της ατομικής ελευθερίας, στην οποία εντάσσεται το δικαίωμα στην ελεύθερη σύναψη των συμβάσεων. Αποφεύγει φυσικά να σταθμίσει τα δύο συγκρουόμενα αγαθά και να προχωρήσει σε εκτίμηση των κοινωνικών και οικονομικών συνεπειών της απόφασης, μένοντας πιστά προσηλωμένος στο γράμμα του νόμου και στην αυστηρή υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης νομικές διατάξεις.

Ο δικαστής Holmes διατυπώνοντας μία από τις απόψεις της μειοψηφίας, απορρίπτει συνολικά τη λογική στην οποία βασίζεται η εισήγηση της πλειοψηφίας, η οποία συνάγει ως λογική αναγκαιότητα την αντισυνταγματικότητα της ρύθμισης μέσα από τις συνταγματικές διατάξεις. Σε μία φράση ιστορική για το νομικό πραγματισμό, ο Holmes διατείνεται ότι «οι γενικές προτάσεις δεν μπορούν να αποφασίζουν σε συγκεκριμένες υποθέσεις»³⁴⁷.

Στο δίκαιο δεν υπάρχουν για τον Holmes απόλυτες αρχές, γι' αυτό το λόγο και τα δικαιώματα δεν θα πρέπει να τυγχάνουν απόλυτης προστασίας. Το δικαίωμα για ελεύθερη κατάρτιση συμβάσεων δεν είναι απαράγραπτο δικαίωμα, όπως πιστεύει ο δικαστής Peckham, αλλά ένα απλό έννομο συμφέρον. Η νομοθετική εξουσία έχει

στα πλαίσια αυτής της Τροποποίησης, οι Πολιτείες έχουν την εξουσία να παρεμβαίνουν ρυθμιστικά, περιορίζοντας ακόμη και τα συνταγματικά προστατευόμενα δικαιώματα των πολιτών, όταν ο σκοπός τους συνίσταται στην προστασία της υγείας, της ασφάλειας, των χρηστών ηθών και της γενικής ευημερίας του λαού. Οι εξουσίες αυτές, που διατηρούν συνταγματικά οι Πολιτείες και συγκρούονται συχνά με τα ατομικά δικαιώματα, ονομάζονται «αστυνομικές εξουσίες» (police powers) του κράτους και ομοιάζουν με τις ελληνικές συνταγματικές ρήτρες «επιφύλαξης υπέρ του νόμου», για τις οποίες βλ. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ Ιφ., Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2001.

³⁴⁶ 198, U.S., 64.

³⁴⁷ 198 U.S. 76.

λοιπόν το δικαίωμα να προβαίνει σε σταθμίσεις των ατομικών συμφερόντων με κοινωνικά και οικονομικά συμφέροντα και οι αποφάσεις της θα πρέπει να γίνονται σεβαστές από τα δικαστήρια, με μόνες εξαιρέσεις τις περιπτώσεις εκείνες όπου υπάρχει σαφής παραβίαση του Συντάγματος. Αναφέρει μάλιστα χαρακτηριστικά ότι «το Δικαστήριο δεν θα έπρεπε να παρεμβαίνει στο δικαίωμα της πλειοψηφίας να ενσωματώνει τις απόψεις της το δίκαιο»³⁴⁸, αφού αυτή η στάση αποτελεί κατάχρηση της δικαστικής εξουσίας και οδηγεί στην παραβίαση της αρχής της διάκρισης των εξουσιών.

Ο Holmes όμως κατηγορεί ταυτόχρονα την πλειοψηφία του Δικαστηρίου, ότι πίσω από τη φορμαλιστική κατασκευή στην οποία στηρίζει την απόφασή της, κρύβεται μία συγκεκριμένη στάθμιση των διαπλεκόμενων συμφερόντων, η οποία αποβαίνει σε βάρος των εργαζομένων και υπέρ των επιχειρήσεων. Θεωρεί δηλαδή ότι πίσω από την απόφαση της πλειοψηφίας κρύβεται η ιδεολογική προτίμηση των δικαστών για την ελεύθερη οικονομία της αγοράς και η απέχθειά τους για οποιαδήποτε ρυθμιστική παρέμβαση του κράτους στην οικονομία. Αυτή όμως η στάση του Δικαστηρίου αποτελεί για τον Holmes ευθεία παραβίαση του δικαιώματος του λαού να μεταβάλλει τις απόψεις του σε θέματα ιδεολογίας και να της εκφράζει νομοθετικά μέσω των εκλεγμένων αντιπροσώπων του. Ισχυρίζεται μάλιστα ότι η απόφαση του Δικαστηρίου βασίστηκε «πάνω σε μία οικονομική θεωρία, την οποία ένα μεγάλο μέρος της χώρας δεν δέχεται»³⁴⁹, αναφερόμενος με αυτό τον τρόπο στο ιδεολογικό κλίμα της εποχής, στην οποία κυριαρχούσε η όλο και ευρύτερη αμφισβήτηση των ιδεών του κλασικού φιλελευθερισμού.

Στην απόφαση αυτή παρουσιάζονται τα βασικά χαρακτηριστικά της στάθμισης, όπως αυτή εμφανίζεται στην αμερικανική νομολογία και χρησιμοποιείται από τους «Προοδευτικούς» στις αρχές του αιώνα. Πέρα από την αντίθεσή της στη φορμαλιστική μέθοδο, η οποία αποτελεί το βασικό της χαρακτηριστικό μέχρι και σήμερα, διακρίνονται και δύο άλλα χαρακτηριστικά, τα οποία διαφοροποιούνται της στάθμης των «Προοδευτικών» από τη στάθμιση που προσαρμόστηκε αργότερα: α) την αντίθεσή της στο δικαστικό ακτιβισμό και β) την αντιμετώπιση των ατομικών δικαιωμάτων ως απλών εννόμων συμφερόντων.

Ανάμεσα στο δικαστικό ακτιβισμό και στο δικαστικό αυτοπεριορισμό

Το πρώτο χαρακτηριστικό είναι η αντίθεση της απόφασης το δικαστικό ακτιβισμό. Όπως διαπιστώνεται από την απόφαση, ο Holmes ασκεί έντονη κριτική στην ακτιβιστική στάση του Δικαστηρίου, το οποίο ουσιαστικά ελέγχει τη σκοπιμότητα της νομοθετικής ρύθμισης και επιβάλλει την πολιτική του επιλογή, απορρίπτοντας την αντίστοιχη επιλογή του δημοκρατικά εκλεγμένου νομοθετικού σώματος της Πολιτείας. Αυτό έχει σαν συνέπεια την κατάχρηση της δικαστικής εξουσίας από τους πλειοψηφούντες δικαστές, οι οποίοι με αυτό τον τρόπο παραβιάζουν την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και αναλαμβάνουν ένα ρόλο που δεν τους ανατίθεται από το Σύνταγμα.

Ο Holmes αντίθετα ζητά τους δικαστές περισσότερο σεβασμό της δικαστικής εξουσίας προς τις αποφάσεις της νομοθετικής. Όταν η νομοθετική εξουσία προβαίνει

³⁴⁸ 198 U.S. 75.

³⁴⁹ 198 U.S. 75-76.

σε σταθμίσεις των ατομικών δικαιωμάτων με τα κοινωνικά και οικονομικά συμφέροντα, οι αποφάσεις της θα πρέπει να γίνονται σεβαστές από τα δικαστήρια, εκτός και αν αυτές είναι εμφανώς παράλογες και παραβιάζουν απροκάλυπτα το Σύνταγμα.

Με τις απόψεις αυτές του Holmes συμφωνούν και άλλοι Προοδευτικοί. Ο δικαστής Stone για παράδειγμα, σε διάλεξη που έδωσε στα μέσα της δεκαετίας του 1930, υποστηρίζει ότι, αν και το Δικαστήριο έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το κατά πόσο ένας νόμος ξεπερνά τα όρια του *εύλογου*, ο έλεγχος αυτός θα πρέπει να γίνεται με εξαιρετική προσοχή και σεβασμό προς τις νομοθετικές αποφάσεις και τις σταθμίσεις που έχει ήδη πραγματοποιήσει ο νομοθέτης. Αυτός, σύμφωνα με τον Stone, είναι και ο κατεξοχήν αρμόδιος να προβαίνει στις απαραίτητες σταθμίσεις, αφού έχει τη δυνατότητα να εξετάσει πληρέστερα τα κρίσιμα κοινωνικά ζητήματα μέσα από τις επίσημες κοινοβουλευτικές διαδικασίες. Γι' αυτό και η δικαστική εξουσία, η οποία είναι υποδεέστερη της νομοθετικής, θα πρέπει να αυτοπεριορίζεται, όταν πρόκειται να κρίνει τις σταθμίσεις του νομοθέτη, κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας μιας νομοθετικής διάταξης³⁵⁰. το ίδιο ισχυρίζεται και ο Pound, ο οποίος τονίζει τις δυσκολίες της δικαστικής λήψης αποφάσεων και σημειώνει ότι «κανένα δικαστήριο δεν μπορεί να οργανώσει τέτοιες ακροάσεις, όπως αυτές που οργανώνονται από τις νομοθετικές επιτροπές»³⁵¹.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι οι Προοδευτικοί θεωρούν πως η στάθμιση αποτελεί κυρίως νομοθετική λειτουργία που θα πρέπει να γίνεται σεβαστή από τους δικαστές, οι οποίοι θα πρέπει να εφαρμόζουν τη στάθμιση Μόνο στις περιπτώσεις εκείνες, όπου το Σύνταγμα και ο νόμος σιωπούν για κάποιο ζήτημα, οπότε αναγκάζονται να υποκαταστήσουν το νομοθέτη στο έργο του. Τότε οι δικαστές έχουν τη δυνατότητα να νομοθετήσουν, κάτω όμως από ορισμένες προϋποθέσεις.

Τον τρόπο με τον οποίο θα πρέπει να λειτουργούν οι δικαστές, όταν αναγκάζονται να παράγουν δίκαιο παρουσιάζει εύγλωττα ο δικαστής Stone, σκιαγραφώντας ταυτόχρονα τη μέθοδο της στάθμισης, όπως αυτή γίνεται αντιληπτή από τους Προοδευτικούς. Για τους παραπάνω λόγους, αξίζει να παρατεθεί ένα απόσπασμα από το κείμενο του λόγου του αυτούσιο:

«Καταλήγουμε να διαπιστώνουμε πληρέστερα ότι το δίκαιο δεν είναι αυτοσκοπός, αλλά το μέσο για να επιτευχθεί ένας σκοπός - ο επαρκής έλεγχος και προστασία εκείνων των συμφερόντων, κοινωνικών και οικονομικών τα οποία απολαμβάνουν την ιδιαίτερη φροντίδα της κυβέρνησης, επομένως και του δικαίου· (διαπιστώνουμε) ότι αυτός ο σκοπός θα πρέπει να επιτευχθεί μέσα από τη λογική προσαρμογή του δικαίου στις μεταβαλλόμενες οικονομικές και κοινωνικές ανάγκες ζυγίζοντάς τις με την ανάγκη της συνέχειας του νομικού μας συστήματος και την παλαιότερη εμπειρία από την οποία έχουν αναπτυχθεί τα «νομικά προηγούμενα»³⁵². (διαπιστώνουμε) ότι μέσα στα όρια

³⁵⁰ STONE H., The Common Law in the United States, Harvard Law Review, Vol. 50, No. 1 (1936).

³⁵¹ POUND R., A Survey of Social Interests, Harvard Law Review, Vol. 57, No. 1 (1943).

³⁵² Στο Κοινοδίκαιο ισχύει η αρχή του *stare decises*, σύμφωνα με την οποία, τα κατώτερα δικαστήρια δεσμεύονται από τις αποφάσεις των ανώτερων δικαστηρίων που θεσπίζουν κάποιον κανόνα ή αρχή, όταν πρόκειται να κρίνουν υποθέσεις με παρόμοια περιστατικά, αλλά και όλα τα δικαστήρια δεσμεύονται από τις δικές τους παλαιότερες αποφάσεις όταν κρίνουν νεότερες υποθέσεις με παρόμοια περιστατικά, εκτός αν υπάρχει κάποιος ιδιαίτερος σοβαρός λόγος να τις ανατρέψουν. Το σύνολο όλης

βρίσκονται ανάμεσα στις προταγές των νόμων από τη μία πλευρά και τους περιορισμούς των «νομικών προηγούμενων» και των «νομικών δογμάτων», των κατά κοινή αποδοχή δεσμευτικών από την άλλη, ο δικαστής έχει την ελευθερία της επιλογής του κανόνα που θα εφαρμόσει και ότι η επιλογή του αυτή θα βασίζεται ορθά πάνω στα συγκριτικά βάρη των κοινωνικών και οικονομικών πλεονεκτημάτων, τα οποία θα στρέψουν Τελικά τη ζυγαριά της δικαιοσύνης Προς όφελος ενός χρόνων παρά ενός άλλου. Μέσα σε αυτό το πεδίο, (ο δικαστής) εκτελεί κατά βάση τη λειτουργία του νομοθετικού σώματος και από μία πραγματική έννοια θεσπίζει δίκαιο»³⁵³.

Επομένως, ο Stone θεωρεί ότι ο δικαστής έχει τη δυνατότητα να νομοθετήσει αλλά η δημιουργική του αυτή ελευθερία θα πρέπει να λειτουργεί κάτω από συγκεκριμένους περιορισμούς. Καταρχήν οφείλει να κινηθεί μέσα στα πλαίσια που ορίζονται από το νόμο και τις γενικές αρχές που απορρέουν από τη νομικά δεσμευτική νομολογία (προηγούμενα και δόγματα). Δεύτερον, η επιλογή του θα πρέπει να βασίζεται στην αναγνώριση, εκτίμηση και σύγκριση των κοινωνικών και οικονομικών συμφερόντων που εμπλέκονται στην υπόθεση. Βασικό στοιχείο της όλης δικαιοπλαστικής διαδικασίας που θα πρέπει να ακολουθήσει ο δικαστής αποτελεί η προσπάθεια τήρησης της ισορροπίας ανάμεσα στη συνέχεια του νομικού συστήματος και την ανάγκη για δυναμική εξέλιξη του, ανάμεσα στην εμπειρία που είναι συγκεντρωμένη στα δικαστικά προηγούμενα και την προσαρμογή τους στα νέα κοινωνικοοικονομικά δεδομένα.

Ως προς τον τρόπο με τον οποίο θα πρέπει να λειτουργεί ο δικαστής όταν αναγκάζεται να προβεί σε σταθμίσεις, ο δικαστής Cardozo συμφωνεί με το δικαστή Stone, ότι αυτός θα πρέπει να κινείται μέσα στα όρια που θέτουν τα νομικά προηγούμενα, το έθιμο και το Κοινοδίκαιο. Μέσα στα όρια αυτά, η τελική επιλογή του δικαστή θα πρέπει να καθορίζεται από το κριτήριο της καταλληλότητας για ένα σκοπό (fitness to an end)³⁵⁴.

Επίσης, όταν ο δικαστής σταθμίζει, σύμφωνα με τον Cardozo, δεν θα πρέπει να εφαρμόζει τη δική του κλίμακα αξιών, αλλά την κλίμακα των αξιών που αποκαλύπτεται σε αυτόν κατά την έννοια του κοινωνικού πνεύματος³⁵⁵.

Τα λόγια αυτά του Cardozo είναι ενδεικτικά της πίστης των Προοδευτικών ότι οι δικαστές μπορεί να καταλήγουν στις αποφάσεις τους παρατηρώντας εμπειρικά την κοινωνία και την αξία που αυτή αποδίδεται στα διάφορα συμφέροντα. Η στάθμιση γι' αυτούς δεν είναι τίποτε άλλο παρά η περιγραφή της κοινωνικής πραγματικότητας και της κλίμακας αξιών που αυτή υιοθετεί. Το συμπέρασμα για το ποιο συμφέρον τελικά θα υπερισχύσει προκύπτει από τη στάθμιση με σχεδόν επιστημονικό τρόπο, όπως ακριβώς προκύπτει το αποτέλεσμα μιας μέτρησης από έναν φυσικό επιστήμονα. Αρκεί οι δικαστές να αναζητούν τη θέση στην οποία έχουν τοποθετηθεί τα διάφορα συμφέροντα την ιστορία, την παράδοση και τις τρέχουσες κοινωνικές αντιλήψεις.

αυτής της νομικά δεσμευτικής νομολογίας μαζί με το επίσης δεσμευτικό μακροχρόνια εδραιωμένο έθιμο, συνιστούν τα «νομικά προηγούμενα» (presedents).

³⁵³ Βλ. STONE, ό.π., σελ. 20.

³⁵⁴ Βλ. CARDOZO BENJAMIN, The Nature of the Judicial Process, ό.π., σελ. 102-103.

³⁵⁵ Βλ. CARDOZO BENJAMIN, The Paradoxes of Legal Science, New York: Columbia University Press, 1928, 55.

Ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα είναι και η άποψη ενός άλλου υπέρμαχου της χρήσης της στάθμισης, του Thomas Reed Powell, ο οποίος αναφέρει ότι οι δικαστές, όταν αιτιολογούν τις αποφάσεις τους, καλύπτουν συνήθως τις σταθμιστικές τους επιλογές κάτω από επικλήσεις αμετάβλητων αρχών που υποτίθεται ότι είναι σύμφυτες στη φύση των πραγμάτων ή έχουν εγκαθιδρυθεί οριστικά από τις επιταγές που περιέχονται στις αποφάσεις των προκατόχων τους. Παρατηρεί μάλιστα σκωπτικά ότι αυτοί συνηθίζουν διακηρύττουν πως δεν είναι αυτοί που μιλούν αλλά το Σύνταγμα που μου λέει μέσα από αυτούς, ακόμα και όταν το Σύνταγμα είναι απολύτως σιωπηλό για τη συγκεκριμένη υπόθεση που δικάζουν. Καλεί λοιπόν τους δικαστές, όταν δεν υπάρχουν κανόνες στους οποίους μπορούν να στηριχθούν για την επίλυση μιας υπόθεσης, να αναλαμβάνουν την ευθύνη της απόφασης, βασίζοντας την επιλογή τους ανοιχτά και με ειλικρίνεια στη στάθμιση των εμπλεκόμενων ανταγωνιστικών συμφερόντων³⁵⁶.

Παρατηρείται, λοιπόν, ότι για τους Προοδευτικούς, ο ρόλος του δικαστή ισορροπεί ανάμεσα στο δικαστικό ακτιβισμό και στον δικαστικό αυτοπεριορισμό, καθώς αυτός θα πρέπει από τη μία πλευρά να σέβεται τις αποφάσεις της νομοθετικής εξουσίας και κατά κάποιο τρόπο να αυτοπεριορίζεται, από την άλλη πλευρά όμως θα πρέπει να είναι έτοιμος να αναλάβει το ρόλο του νομοθέτη όταν ένα ζήτημα αντιμετωπίζεται για πρώτη φορά και επομένως να λειτουργήσει ακτιβιστικά. Ακόμα όμως και σε αυτή την περίπτωση, ο δικαστής περιορίζεται από το Κοινοδίκαιο και τις βασικές αρχές που το διέπουν, προσαρμόζοντάς το βέβαια μέσα από τη διαδικασία της στάθμισης τα οικονομικά και κοινωνικά δεδομένα της εκάστοτε περίπτωσης. Ο δικαστής λοιπόν, όπως τον περιγράφουν οι θεμελιωτές της στάθμισης στο αμερικάνικο δίκαιο, τηρεί μία συγκρατημένη στάση που δεν ταυτίζεται όμως με την παθητική στάση του απλού εφαρμοστή του δικαίου, αλλά αναλαμβάνει ενεργό δικαιопαραγωγικό ρόλο όταν οι συνθήκες της επίδικης υπόθεσης το απαιτούν³⁵⁷.

Η θεώρηση των συνταγματικών δικαιωμάτων ως απλών εννόμων συμφερόντων

Το δεύτερο χαρακτηριστικό της στάθμισης το οποίο προκύπτει από την απόφαση *Lochner* είναι η θεώρηση από τη δικαστή *Holmes* των συνταγματικών δικαιωμάτων όσων έννομων συμφερόντων, τα οποία μπορούν να σταθμιστούν ελεύθερα με οποιοδήποτε άλλο συμφέρον. Η στάση αυτή του *Holmes* έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τη στάση του δικαστή *Peckham*, ο οποίος θεωρεί ότι τα δικαιώματα χρήζουν απόλυτης προστασίας απέναντι σε οποιοδήποτε ιδιωτικό ή δημόσιο συμφέρον και αυτά μπορούν να περιοριστούν μόνο κάτω από αυστηρά συγκεκριμένες προϋποθέσεις, όπως αυτές που προβλέπονται στο νόμο σχετικά με τις αστυνομικές εξουσίες του Κράτους³⁵⁸.

Τα «όρια των πολιτικών αρχών» περιορίζουν, κατά τον *Holmes*, την άσκηση των δικαιωμάτων. Κάθε πολιτική αρχή διεκδικεί για τον εαυτό της εφαρμογή σε συγκεκριμένες υποθέσεις και βασίζεται σε αρκετά ισχυρά επιχειρήματα, ώστε να έχει τη δυνατότητα να αμφισβητήσει την εφαρμογή των αντιτιθέμενων προς αυτήν αρχών.

³⁵⁶ Βλ. POWELL T., *Indirect Encroachment on Federal Authority by the Taxing Powers of the States V* III, 32 *Harvard Law Review* 902, 1919, 929-930.

³⁵⁷ Βλ. PORAT, ό.π., σελ. 13 επ. που χαρακτηρίζει τη στάθμιση αυτού του είδους «ενεργό στάθμιση» (active balancing).

³⁵⁸ Βλ. πιο πάνω, υποσημείωση 24.

Αυτό σημαίνει πως καμία αρχή δεν είναι απόλυτη, ακόμη κι αν στηρίζεται σε αυτήν κάποιο από τα συνταγματικά αναγνωρισμένα δικαιώματα και μπορεί να σταθμιστεί με οποιαδήποτε άλλη αρχή ισότιμα. Σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, η στάθμιση μπορεί να έχει διαφορετικό αποτέλεσμα, αφού δεν υπάρχει κάποια φόρμουλα που να το προκαθορίζει, παρά μόνο οι παρόμοιες αποφάσεις της προγενέστερης νομολογίας, οι οποίες αποτελούν πολύτιμο οδηγό για τη διευθέτηση των ορίων, στα οποία τα συγκρουόμενα συμφέροντα κάθε φορά ισορροπούν³⁵⁹.

Η θεώρηση των δικαιωμάτων ως απλών εννόμων συμφερόντων παρουσιάζεται όμως ακόμα καθαρότερα από τον Pound, ο οποίος έφερε στο προσκήνιο της αμερικανικής θεωρίας τη συζήτηση για τη στάθμιση. Με αφορμή την εφαρμογή της 14ης τροποποίησης του αμερικανικού Συντάγματος από το Δικαστήριο, ο Pound ασκεί έντονη κριτική στη θεώρηση των δικαιωμάτων ως απόλυτων εμποδίων σε οποιαδήποτε ρυθμιστική παρέμβαση του Κράτους.

Συγκεκριμένα, ο Pound αντιδρώντας απέναντι στην τακτική των δικαστών να επικαλούνται αυθαίρετα θεμελιώδη δικαιώματα από την 14η τροποποίηση τα οποία χρήζουν απόλυτης προστασίας, όπως για παράδειγμα η ελευθερία των συμβάσεων που επικαλέστηκε ο δικαστής Peckham στην υπόθεση *Lochner*, διακηρύσσει ότι τα δικαιώματα αυτά δεν είναι παρά ατομικές απαιτήσεις, ατομικές αξιώσεις, ατομικά συμφέροντα που θεωρήθηκε ότι θα έπρεπε να διασφαλιστούν μέσω νομικών δικαιωμάτων ή μέσω κάποιου άλλου νομικού μηχανισμού³⁶⁰. Ο Pound υποστηρίζει στη συνέχεια ότι η 14^η Τροποποίηση θα πρέπει να ερμηνεύεται από τα δικαστήρια ως ένας απλός γνώμονας που επιβάλλεται στο νομοθέτη από το Σύνταγμα, ώστε όταν αυτός περιορίζει τα προστατευόμενα από αυτήν ατομικά συμφέροντα, η παρέμβασή του αυτή να είναι ορθολογική και όχι αυθαίρετη.

Για τον Pound λοιπόν τα δικαιώματα αποτελούν και αυτά εκφράσεις δημόσιας πολιτικής όπως ακριβώς και τα συμφέροντα τα οποία επικαλείται το κράτος για να περιορίσει. Δεν αποτελούν παρά ατομικά συμφέροντα, τα οποία κάποια στιγμή θεωρήθηκε για λόγους δημόσιας πολιτικής ότι θα πρέπει να προστατευθούν λαμβάνοντας τη μορφή των νομικών δικαιωμάτων. Αυτό όμως δεν αρκεί για να τους εξασφαλίσει προνομιούχα θέση, όταν συγκρούονται με τις επίσης αναγνωρισμένες δημόσιες πολιτικές τις οποίες επιδιώκει να εφαρμόσει το κράτος (όπως η προστασία της υγείας, του περιβάλλοντος, της δημόσιας τάξης κλπ). Η παραπάνω σύγκρουση επιλύεται μέσω της σταθμίσει πίνακας των εμπλεκόμενων συμφερόντων και της ορθολογικής τους διευθέτησης.

Το δίκαιο λοιπόν αποτελεί για τον Pound ένα σύνολο από συμφέροντα, τα οποία διεκδικούν εφαρμογή τις παρουσιαζόμενες κάθε φορά υποθέσεις και έργο των λειτουργών (επομένως και του ερμηνευτή και του εφαρμοστή) του δικαίου είναι η διαρκής προσπάθεια συμφιλίωσης των αντιθέσεων τους με απώτερο σκοπό την ικανοποίηση των περισσότερων ή των σημαντικότερων για την κοινωνία συμφερόντων με το μικρότερο δυνατό κόστος για τη συνολική τους ισορροπία μέσα στο δίκαιο. Αυτό βέβαια σημαίνει ότι ο δικαστής οφείλει να προβαίνει σε συνεχείς

³⁵⁹ Βλ. για παράδειγμα την κατάληξη της πλειοψηφικής του εισήγησης στην απόφαση *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 414 (1922).

³⁶⁰ POUND, ό.π., 4

σταθμίσεις των συμφερόντων μεταξύ τους, ώστε να επιτυγχάνει το καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα για κάθε υπόθεση.

Η «ακτιβιστική» στάθμιση

α) η σταδιακή επέκταση και κυριαρχία της στάθμισης στην αμερικάνικη συνταγματική νομολογία

Μετά τη συνταγματική κρίση του 1937, η οποία προέκυψε από τη σύγκρουση του Δικαστηρίου με την κυβέρνηση του Franklin Roosevelt, το Δικαστήριο μεταβάλλει άρδην τη στάση του από εχθρική απέναντι στα μέτρα του New Deal σε φιλική³⁶¹. Μετά την απόφαση αυτή ακολουθούν και άλλες παρόμοιες αποφάσεις, καθώς, προς το τέλος της δεκαετίας του 1930 είναι πλέον ενταγμένες στο πνεύμα του πραγματισμού. Άμεση συνέπεια των εξελίξεων αυτών είναι και η χρήση από το δικαστήριο πραγματικών μεθοδολογικών εργαλείων συνεπώς και της τεχνικής της στάθμισης.

Η εφαρμογή της στάθμισης ως δικαστικής μεθόδου αρχίζει σταδιακά να εξαπλώνεται σε όλο και περισσότερους τομείς του συνταγματικού δικαίου, από την ελευθερία του λόγου³⁶² και τη φυλετική ισότητα μέχρι τα δικαιώματα της προσωπικής ασφαλείας και της συνένωσης. Η μορφή όμως της στάθμισης που εφαρμόζεται πλέον από την πλειοψηφία του Δικαστηρίου είναι διαφορετική από τη μορφή της στάθμισης των Προοδευτικών ιδιαίτερα στις περιπτώσεις εκείνες όπου εμπλέκονται ατομικά δικαιώματα που θεωρούνται από το Δικαστήριο θεμελιώδη.

Καταρχήν οι ανώτατοι δικαστές δεν επιδεικνύουν πλέον τον ίδιο αυτοπεριορισμό με τους Προοδευτικούς δικαστές, τόσο όσον αφορά την εφαρμογή της σταθμιστικής μεθόδου, όσο και τον σεβασμό των αποφάσεων της νομοθετικής εξουσίας. Το δικαστήριο αρχίζει σταδιακά να εφαρμόζει τη στάθμιση σε όλο και περισσότερα πεδία του συνταγματικού δικαίου, όχι μόνο στις περιπτώσεις όπου το Σύνταγμα σιωπά για κάποιο ζήτημα, αλλά σε κάθε περίπτωση όπου αυτό κρίνει ότι η εφαρμογή της μεθόδου καθίσταται απαραίτητη για την ορθή επίλυση του ζητήματος. Η στάθμιση παύει να θεωρείται μία αποκλειστικά νομοθετική μέθοδος που χρησιμοποιείται κατ' εξαίρεση από τους δικαστές, όπως ακριβώς την ήθελαν οι Προοδευτικοί και μετατρέπεται σε κυρίαρχη δικαστική μέθοδο διευθέτησης των συνταγματικών διαφορών.

Παράλληλα, οι σταθμίσεις στις οποίες εμπλέκεται κάποια από τα θεωρούμενα από τους δικαστές ως θεμελιώδη δικαιώματα δεν διεξάγονται πλέον ανάμεσα σε δύο ισότιμα έννομα συμφέροντα, κατά το πρότυπο στάθμισης των Προοδευτικών, αλλά ανάμεσα σε δύο διαφορετικού επιπέδου νομικές κατηγορίες, η μία από τις οποίες

³⁶¹ η μεταβολή αυτή σηματοδοτείται από την απόφαση *West Coast Hotel Co. V. Parrish* (300 U.S. 379, 1937), η οποία λαμβάνεται όσο ακόμη εκκρεμεί η ψηφοφορία του νομοσχεδίου που φέρνει ο Roosevelt στο Κογκρέσο για την αύξηση του αριθμού των δικαστών και η οποία επικυρώνει τη συνταγματικότητα ενός πολιτικού νόμου που καθιερώνει ελάχιστη ενέργεια της οργανωμένης πολιτείας της Ουάσινγκτον.

³⁶² Ειδικά για την εφαρμογή της στάθμισης στην ελευθερία του λόγου τόσο στις ΗΠΑ όσο και στην Ελλάδα βλ. ΦΩΤΙΑΔΟΥ Α. Σταθμίζοντας την ελευθερία του λόγου. Δικαστικές τεχνικές και ελευθερία του λόγου στις Η.Π.Α. και στην Ελλάδα, εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2006.

επιβάλλει τους όρους της στάθμισης στην άλλη. Σε κάθε στάθμιση αυτού του είδους, τα δικαιώματα τοποθετούνται εκ των προτέρων σε προνομιούχα θέση και διαμορφώνουν από θέση ισχύος τις προϋποθέσεις της σταθμιστικής διαδικασίας, οι οποίες θα καθορίσουν τελικά το αποτέλεσμα της σύγκρουσης. Οι προϋποθέσεις αυτές συνήθως συνίσταται στο σταθμιστικό τεστ «αυστηρού εξονυχιστικού ελέγχου», το οποίο υιοθετεί το Δικαστήριο, με απώτερο σκοπό την επαρκή προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων όταν αυτά συγκρούονται με οποιεσδήποτε κυβερνητικές πολιτικές κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων. Παράλληλα, για όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις, στις οποίες δεν εμπλέκονται θεμελιώδη δικαιώματα καθιερώνονται δύο ηπιότερα σταθμιστικά τεστ, ο «έλεγχος ορθολογισμού», ο οποίος βρίσκεται πιο κοντά στη στάθμιση των Προοδευτικών και ο «ενδιάμεσος εξονυχιστικός έλεγχος». Τα τρία παραπάνω τεστ χρησιμοποιούνται ως γνώμονες για τη στάθμιση ανάμεσα στα ατομικά δικαιώματα και στα κρατικά συμφέροντα κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των κρατικών ρυθμίσεων και συγκροτούν τη «στάθμιση πολλαπλών βαθμίδων» η οποία ως μέθοδος βρίσκεται κοντά στη φορμαλιστική κατηγοριοποίηση, δεδομένου ότι η ένταξη ενός δικαιώματος σε ένα από τα τρία τεστ προκαθορίζει σε μεγάλο βαθμό το αποτέλεσμα της στάθμισης.

Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η στάθμιση μετατρέπεται από ένα ουδέτερο εργαλείο που χρησιμοποιείται από τους δικαστές μόνο σε έκτακτες περιπτώσεις, αντιμετωπίζει τα ατομικά δικαιώματα ως απλά έννομα συμφέροντα και τα αντιπαραθέτει ισότιμα με όλα τα άλλα συμφέροντα, σε ένα ακτιβιστικό εργαλείο, το οποίο παραμερίζει τις νομοθετικές ρυθμίσεις και παρέχει αυξημένη προστασία στα θεμελιώδη δικαιώματα έναντι όλων των άλλων συμφερόντων, εξασφαλίζοντας τους έτσι προνομιακή θέση στην εκάστοτε αντιπαράθεση.

Η προστατευτική αυτή στάση του Δικαστηρίου απέναντι στα ατομικά δικαιώματα μεταβάλλεται προσωρινά στις αρχές της δεκαετίας του 1950 όταν στο Δικαστήριο κυριαρχεί μία ομάδα δικαστών που αντιμετωπίζει τα δικαιώματα με τον ίδιο τρόπο που τα αντιμετώπιζαν και οι Προοδευτικοί, δηλαδή ως απλά έννομα συμφέροντα. Κυρίαρχη μορφή ανάμεσά τους ο δικαστής Felix Frankfurter, ο οποίος ακολουθώντας τη στάθμιση των Προοδευτικών και ιδιαίτερα του στενού του φίλου και μέντορα δικαστή Holmes, σέβεται τις αποφάσεις της νομοθετικής εξουσίας και αντιτίθεται έντονα στην επικρατούσα μέχρι εκείνη τη στιγμή προστατευτική των δικαιωμάτων τάση του Δικαστηρίου, θεωρώντας, όπως και οι Προοδευτικοί, ότι αυτά θα πρέπει να σταθμίζονται ισότιμα με τα υπόλοιπα έννομα συμφέροντα³⁶³.

Η στάση του αυτή τον φέρνει αντιμέτωπο με τον δικαστή Hugo Black, ο οποίος θεωρεί ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα, όπως η ελευθερία του λόγου, δεν μπορούν να υπόκεινται με ευκολία στους περιορισμούς που θέτει ο εκάστοτε νομοθέτης και θα πρέπει να προστατεύονται επαρκώς από το Δικαστήριο. Ταυτόχρονα, όμως, επειδή δεν εμπιστεύεται ούτε τις κρίσεις των δικαστών, όταν αυτή πρόκειται να σταθμίσουν δικαιώματα με τις διάφορες κρατικές ρυθμίσεις, απορρίπτει τη μέθοδο της στάθμισης,

³⁶³ Βλ. JACOBS C.E., *Justice Frankfurter and Civil Liberties*, Berkeley: University of California Press, 1961.

υιοθετεί τη φορμαλιστική θεωρία της κατά γράμμα ερμηνείας του Συντάγματος και υποστηρίζει την απόλυτη προστασία των δικαιωμάτων³⁶⁴.

Στις αρχές της δεκαετίας του 1960 μέχρι και τις αρχές της δεκαετίας του 1970, με αρχιδικαστή τον ιδιαίτερα προοδευτικό Earl Warren, το δικαστήριο αρνείται πεισματικά να εφαρμόσει τη μέθοδο της στάθμισης στις συνταγματικές διαφορές που παρουσιάζονται ενώπιον του, θεωρώντας την ένα συντηρητικό δικαστικό εργαλείο που δεν ανταποκρίνεται στην προοδευτική φύση του Δικαστηρίου.

Το 1968, ο Καθηγητής Nimmer³⁶⁵, σε άρθρο του, εκφράζει την άποψη ότι το Δικαστήριο Warren³⁶⁶ εφαρμόζει μία διαφορετικού είδους στάθμιση την οποία ονομάζει «εννοιολογική» στάθμιση (definitional balancing) και την αντιπαράθεση με τη χρησιμοποιούμενη μέχρι τότε ad hoc στάθμιση, θεωρώντας ότι η πρώτη διασφαλίζει πιο αποτελεσματικά της ελευθερίας και συμβάλλει σημαντικά στην ασφάλεια του δικαίου.

Η διαφορά της «εννοιολογικής» από τη συγκεκριμένη στάθμιση είναι ότι η πρώτη παράγει έναν κανόνα εφαρμόσιμο σε όλες τις υποθέσεις με παρόμοια περιστατικά που πρόκειται να παρουσιαστούν μελλοντικά ενώπιον του Δικαστηρίου, καθιστώντας με αυτόν τον τρόπο την μεταγενέστερη στάθμιση στις παρεμφερείς υποθέσεις περιττή.

Από τα μέσα της δεκαετίας του 1970 και μετά, η στάθμιση επεκτείνεται σε όλο και περισσότερες υποθέσεις που καλύπτουν σχεδόν όλο το φάσμα του συνταγματικού δικαίου. Η στάθμιση και με τις τρεις μορφές (ad hoc, πολλαπλών βαθμίδων, εννοιολογική) καθίσταται το κυριότερο εργαλείο του Αμερικανού δικαστή για την επίλυση των περισσότερων συνταγματικών υποθέσεων.

Τη δεκαετία του 1990 παρουσιάζεται μία σχετική κάμψη στη χρήση της μεθόδου από το Δικαστήριο, στην οποία συμβάλλει ιδιαίτερα η κριτική η οποία ασκείται από τη θεωρία για υπερβολική χρήση της στάθμισης από το Δικαστήριο, ακόμη και σε περιπτώσεις όπου αυτή εμφανώς δεν είναι καταλληλότερη τεχνική για την επίλυση της διαφοράς, αλλά και η συνολική αμφισβήτηση της στάθμισης από τους θεωρητικούς ως μεθόδου επίλυσης των συνταγματικών διαφορών³⁶⁷.

³⁶⁴ Βλ. το άρθρο του ίδιου του δικαστή BLACK H., The Bill of Rights, 35 New York University Law Review 549, 1962.

³⁶⁵ Βλ. NIMMER M., The right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy, 56 California Law Review 935, 1968.

³⁶⁶ Η συγκεκριμένη σύνθεση του Δικαστηρίου εμπνευσμένη από το όνομα του αρχιδικαστή Earl Warren, θεωρείται ίσως η πιο προοδευτική και φιλική προς τα δικαιώματα σύνθεση του Ανώτατου Δικαστηρίου, αλλά ταυτόχρονα και μια από τις πιο ακτιβιστικές. Για μια αναλυτική παρουσίαση της νομολογίας του Δικαστηρίου Warren βλ. HORWITZ M., The Warren Court and the Pursuit of Justice: A Critical Issue, New York: Hill and Wang, 1998.

³⁶⁷ Το κυριότερο άρθρο στο οποίο εκφράζεται αυτή η κριτική και το οποίο ασκεί τη μεγαλύτερη επιρροή στη θεωρία είναι το άρθρο του ALEINIKOFF, ό.π., σελ. 972 επ., στο οποίο μπορεί κανείς να βρει την αναλυτικότερη κριτική της στάθμισης μέχρι σήμερα. Αλλά και σε PORAT IDDO, The dual model of balancing: A model for the proper scope of balancing in Constitutional Law, Cardozo review 1393, 2006, που προτείνει τη διάκριση των συγκρουόμενων συμφερόντων σε *πρώτης* και *δεύτερης* τάξης.

Η μειωμένη αυτή η χρήση της μεθόδου συνοδεύεται και από την επανεμφάνιση του φορμαλισμού, εκπροσωπούμενου κυρίως από τον ανώτατο δικαστή Antonin Scalia, ο οποίος ασκεί έντονη κριτική στη στάθμιση με το βασικό επιχείρημα ότι αυτή παρέχει αδικαιολόγητα μεγάλη εξουσία στους δικαστές, υπονομεύοντας με αυτό τον τρόπο το δημοκρατικό πολίτευμα, ενώ συνιστά την επιστροφή στους κανόνες, όπως αυτά αποτυπώνονται στο συνταγματικό κείμενο και στην «με αρχές» εφαρμογή τους σε όλα τα συνταγματικά ζητήματα³⁶⁸.

β) Η στάθμιση πολλαπλών βαθμίδων

Το 1938, με αφορμή την απόφαση *United States v. Carolene Products Company*, ο δικαστής Stone προτείνει την εφαρμογή ενός αυστηρότερου κριτηρίου για το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας ορισμένων νόμων.

Το αυστηρότερο αυτό κριτήριο θα εφαρμόζεται σε τρεις περιπτώσεις:

1. όταν η κρινόμενη νομοθεσία φαίνεται να παραβιάζει άμεσα και φανερά συγκεκριμένες διατάξεις του Συντάγματος, όπως αυτές που περιέχονται στις 10 πρώτες τροποποιήσεις του και οι οποίες συγκροτούν το Χάρτη Δικαιωμάτων (Bill of Rights).
2. όταν η κρινόμενη νομοθεσία περιορίζει εκείνες τις πολιτικές διαδικασίες που μπορούν να επιφέρουν ακύρωση των ανεπιθύμητων νόμων, τα πολιτικά δικαιώματα δηλαδή των οποίων η παραβίαση αποτελεί ένδειξη προσπάθειας διαστρέβλωσης και χειραγώγησης της πολιτικής διαδικασίας και
3. όταν η κρινόμενη νομοθεσία επιβάλλει διακρίσεις σε συγκεκριμένες εθνικές, θρησκευτικές ή φυλετικές μειονότητες και ιδιαίτερα σε εκείνες οι οποίες λόγω περιορισμένου αριθμού και εξουσίας δεν έχουν τη δυνατότητα να αποκαταστήσουν την αδικία μέσα από την πολιτική διαδικασία.

Με την υποσημείωση αυτή, ο δικαστής Stone εισάγει για πρώτη φορά στην αμερικάνικη νομολογία την ιδέα των διαφορετικών επιπέδων εξονυχιστικού ελέγχου (levels of scrutiny), εκφράζει μία συγκεκριμένη θεωρία για τη δικαστική στάθμιση καθώς αυτή θα πρέπει να διαφέρει ανάλογα με το μέγεθος και τη σημασία του προσβαλλόμενου αγαθού.

Όταν η κυβέρνηση ρυθμίζει οικονομικά θέματα, οι σχετικοί νόμοι έχουν το τεκμήριο της συνταγματικότητας και υποβάλλεται σε απλό ορθολογικό έλεγχο από το Δικαστήριο, ο οποίος απαιτεί από την κυβέρνηση μόνο την ύπαρξη κάποιου νόμιμου κρατικού συμφέροντος. Στην προκειμένη δηλαδή περίπτωση, οι δικαστές θα πρέπει να σέβονται τη στάθμιση του νομοθέτη και να της προσδίδουν το τεκμήριο της συνταγματικότητας, αρκεί αυτή να μην είναι προφανώς παράλογη ή αυθαίρετη. Όταν όμως η κυβερνητική ρύθμιση κατευθύνεται στο πεδίο της δημοκρατικής διαδικασίας και των δικαιωμάτων των μειονοτήτων, επιβάλλεται να περάσει από αυστηρό δικαστικό έλεγχο και να δικαιολογείται από κάποιο επιτακτικό δημόσιο συμφέρον.

³⁶⁸ Βλ. SCALIA A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997.

Στις περιπτώσεις δηλαδή αυτές, οι δικαστές δεν θα πρέπει να εμπιστεύονται την κρίση του νομοθέτη, οπότε θα πρέπει να αναλαμβάνουν αυτοί το ρόλο του και να σταθμίζουν τα εμπλεκόμενα συμφέροντα, το ένα τουλάχιστον από τα οποία θα χρήζει αυξημένης προστασίας.

Σταδιακά η νομολογία του Δικαστηρίου διαμορφώνει την τελική μορφή των δύο ως άνω τεστ, η οποία ισχύει μέχρι και σήμερα και είναι η εξής:

α. *αυστηρός εξονυχιστικός έλεγχος* (strict scrutiny review): το υψηλότερο επίπεδο ελέγχου ενός νόμου εφαρμόζεται σε δύο περιπτώσεις: i) όταν αυτός παραβιάζει τα θεμελιώδη δικαιώματα και ιδιαίτερα εκείνα που περιλαμβάνονται στο Χάρτη των Δικαιωμάτων και ii) όταν εφαρμόζοντας μία «ύποπτη ταξινόμηση»³⁶⁹ (racial classification), υποβάλλει σε διακρίσεις εθνικές ή φυλετικές μειονότητες.

Στις περιπτώσεις αυτές ο νόμος θα πρέπει να υποβληθεί σε αυστηρό εξονυχιστικό έλεγχο που σημαίνει ότι για να κριθεί η συνταγματικότητα του από το Δικαστήριο θα πρέπει να ικανοποιεί τρεις προϋποθέσεις:

1. θα πρέπει να δικαιολογείται από ένα επιτακτικό κρατικό συμφέρον (compelling state interest),
2. δεν θα πρέπει να είναι ούτε υπερβολικά περιεκτικός (over-inclusive), δηλαδή να περιορίζει το δικαίωμα περισσότερο από όσο χρειάζεται για τον επιδιωκόμενο σκοπό αλλά ούτε και υποπεριεκτικός (under inclusive), δηλαδή να μην περιορίζει το δικαίωμα όσο χρειάζεται για να επιτευχθεί ο κρατικός σκοπός,
3. θα πρέπει να αποτελεί το λιγότερο περιοριστικό μέσο (least restrictive means) για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, που σημαίνει ότι δεν θα πρέπει να υπάρχει κάποιο εναλλακτικό λιγότερο περιοριστικό μέσο που να εξυπηρετεί εξίσου αποτελεσματικά το σκοπό, καθώς στην περίπτωση αυτή θα πρέπει να προτιμηθεί εκείνο από το νομοθέτη³⁷⁰.

Στον αυστηρό εξονυχιστικό έλεγχο το βάρος απόδειξης της συνταγματικότητας του νόμου φέρει το κράτος.

β. *Ορθολογικός έλεγχος* (rationality review): ο έλεγχος αυτός εφαρμόζεται σε όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις, όπου δεν εφαρμόζεται ο αυστηρός εξονυχιστικός έλεγχος και απαιτεί από τον ελεγχόμενο νόμο να συνδέεται απλά ορθολογικά με ένα νόμιμο κρατικό σκοπό. Στην προκειμένη περίπτωση ο θιγόμενος από το νόμο φέρει το βάρος απόδειξης της αντισυνταγματικότητας του. Όταν ένας νόμος υποβάλλεται σε έλεγχο ορθολογισμού θεωρείται απίθανο να ακυρωθεί από το Δικαστήριο, αφού η συντριπτική πλειοψηφία των σκοπών που επικαλείται το Δικαστήριο είναι ορθολογικοί. Αντίθετα, όταν ένας νόμος υποβάλλεται σε αυστηρό εξονυχιστικό έλεγχο, είναι εξαιρετικά δύσκολο έως ακατόρθωτο να κριθεί συνταγματικός.

³⁶⁹ Δηλαδή ταξινόμηση κάποιων πολιτών σε κατηγορίες με βάση κριτήρια που υποδεικνύουν ότι αυτοί γίνονται αντικείμενο διακρίσεων.

³⁷⁰ Για μία κριτική της χρήσης από το Δικαστήριο του αυστηρού εξονυχιστικού ελέγχου σε σχέση με τον περιορισμό της ελευθερίας του λόγου σε ορισμένες περιπτώσεις και την πρόταση εναλλακτικών λύσεων, βλ. VOLOKH E., Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny, 144 University of Pennsylvania Law Review 2417, 1996.

Τα δύο αυτά στατιστικά test αποτελούν στην ουσία ένα είδος αυτοπεριορισμού που επέβαλλαν οι δικαστές στους εαυτούς τους, ώστε να δεσμεύονται οι επιλογές τους από τους αυστηρούς κανόνες, οι οποίοι οδηγούν τη στάθμιση τις περισσότερες φορές σε συγκεκριμένα αποτελέσματα. Ο δικαστής που επιλέγει να εφαρμόσει τη στάθμιση πολλαπλών βαθμίδων ουσιαστικά περιορίζει την ελευθερία και τη διακριτική του ευχέρεια σε αντίθεση με τον δικαστή της συγκεκριμένης στάθμισης ο οποίος φαινομενικά τουλάχιστον δεν δεσμεύεται από τίποτα εκτός από τον ίδιο του τον εαυτό.

Ο ενδιάμεσος εξονυχιστικός έλεγχος (intermediate scrutiny): η υπόθεση Plyler v. Doe

Η εφαρμογή των δύο test εξονυχιστικού ελέγχου από τα δικαστήρια σύντομα δημιουργεί ένα ζήτημα ως προς την κατηγορία στην οποία πρέπει να ενταχθούν υποθέσεις που αφορούν διακρίσεις σε βάρος ομάδων που δεν εντάσσονται στις *ύποπτες ταξινομήσεις*, όπως για παράδειγμα διακρίσεις βάσει φύλου ή σεξουαλικού προσανατολισμού.

Το Δικαστήριο θεωρεί ότι οι ομάδες αυτές δεν έχουν τα ίδια χαρακτηριστικά με τις υψηλά προστατευόμενες φυλετικές και εθνικές μειονότητες, ώστε οι διακρίσεις σε βάρος τους να θεωρηθούν *ύποπτες ταξινομήσεις* και να απολαύσουν την αυξημένη προστασία του αυστηρού εξονυχιστικού ελέγχου. Το πρόβλημα αυτό οδηγεί το Δικαστήριο στην υιοθέτηση ενός σταθμιστικού test μεσαίου επιπέδου, το οποίο τοποθετείται ανάμεσα στον αυστηρό εξονυχιστικό έλεγχο και στον έλεγχο ορθολογισμού και ονομάζεται «ενδιάμεσος εξονυχιστικός έλεγχος»³⁷¹.

Ο έλεγχος αυτός βρίσκεται πιο κοντά στην παραδοσιακή μέθοδο της συγκεκριμένης στάθμισης, καθώς δεν υπάρχει δυνατότητα ασφαλούς πρόβλεψης του αποτελέσματος της σύγκρουσης. Αυτό σημαίνει ότι ο δικαστής έχει τη δυνατότητα να κινηθεί περισσότερο ελεύθερα και δημιουργικά, αφού από τη μία πλευρά δεν είναι ξεκάθαρο ποιες ακριβώς ομάδες δικαιούνται αυξημένης προστασίας, επιτρέποντας του έτσι να εντάξει στο προστατευτικό πεδίο του test τις διακρίσεις που θεωρεί σημαντικές, ενώ από την άλλη πλευρά η έννοια του *σημαντικού δημοσίου συμφέροντος* επιδέχεται ευρύτερη ερμηνεία από το *επιτακτικό*, ενώ ταυτόχρονα είναι αρκετά αυστηρότερο από το απλά *ορθολογικό*. Μια τέτοια περίπτωση που ο δικαστής χρησιμοποιεί τον ενδιάμεσο εξονυχιστικό έλεγχο με ιδιαίτερα δημιουργικό και επιβλητικό τρόπο είναι η περίπτωση της απόφασης Plyler v. Doe³⁷².

Στην απόφαση αυτή τίθεται το ζήτημα της συνταγματικότητας ενός νόμου της Πολιτείας του Τέξας, ο οποίος αρνείται την παροχή δωρεάν δημόσιας εκπαίδευσης τα παιδιά των παράνομων μεταναστών, περικόποντας τα ανάλογα κρατικά έξοδα και εξουσιοδοτώντας τις τοπικές σχολικές περιφέρειες να αρνούνται την εγγραφή στα δημόσια σχολεία τους σε όσα παιδιά δεν μπορούν να αποδείξουν τη νόμιμη παραμονή τους στη χώρα. Σκοπός του νόμου, σύμφωνα με την Πολιτεία, είναι η

³⁷¹ Σύντομα ο ενδιάμεσος εξονυχιστικός έλεγχος άρχισε να εφαρμόζεται και σε άλλες περιπτώσεις ομάδων που υφίστανται διακρίσεις, όπως τα παιδιά που δεν έχουν γεννηθεί σε γάμο, οι ψυχικά ασθενείς αλλά και τα παιδιά των παράνομων μεταναστών.

³⁷² 457 U.S. 202 (1982).

«διατήρηση των περιορισμένων πόρων της πολιτείας για την εκπαίδευση των νομίμων κατοίκων της».

Ενδιαφέρον στην απόφαση αυτή παρουσιάζουν οι εισηγήσεις των δικαστών Brennan και Burger, στις οποίες εύκολα μπορεί να διακρίνει κανείς τις δύο διαφορετικές φιλοσοφίες για το ρόλο του δικαστή όπως αυτές εκφράζονται μέσα από την υιοθέτηση των διαφορετικών σταθμιστικών τεστ.

Από τη μία πλευρά ο δικαστής Brennan, λειτουργώντας ακτιβιστικά, υιοθετεί το στατιστικό τεστ του *ενδιάμεσου εξονυχιστικού ελέγχου*, το οποίο του επιτρέπει να σταθμίσει με μεγαλύτερη ελευθερία τα συγκρουόμενα συμφέροντα. Παρά το γεγονός ότι αποδέχεται πως με βάση τους διαμορφωμένους από τη νομολογία κανόνες δεν τίθεται στην περίπτωση αυτή ζήτημα αυξημένου εξονυχιστικού ελέγχου, αυτός υιοθετεί το ενδιάμεσο τεστ, με το οποίο πραγματοποιεί μια σχεδόν *ad hoc* στάθμιση, ενισχυμένη όμως με την απαίτηση για ουσιαστικό κρατικό συμφέρον και με τον τρόπο αυτό εξασφαλίζει αυξημένη προστασία σε μία κατηγορία πολιτών, η οποία με μία αυστηρή ανάγνωση του συντάγματος θα παρέμενε τελείως απροστάτευτη.

Σε αυτήν ακριβώς τη στάση αντιτίθεται έντονα ο δικαστής Burger, για τον οποίο ο ρόλος του Δικαστηρίου θα πρέπει να περιορίζεται στον έλεγχο των ορίων της συνταγματικότητας. Αν και συμφωνεί με την ανάγκη παροχής για τα παιδιά αυτά του αγαθού της δωρεάν εκπαίδευσης, δεν τολμά να κάνει το απαραίτητο βήμα για να τα προστατεύσει από το συντηρητικό νόμο της Πολιτείας, αλλά εφαρμόζοντας αυστηρά το Σύνταγμα και τους διαμορφωμένους από τη νομολογία κανόνες υιοθετεί το πιο φιλικό προς την κυβέρνηση στατιστικό τεστ, αυτό του *ορθολογικού ελέγχου*, με βάση το οποίο το συμφέρον των παιδιών υποχωρεί απέναντι στην εκφρασμένη στο νόμο βούληση του νομοθέτη.

Ο δικαστής, κατά των Burger, δεν θα πρέπει να παρεμβαίνει σε ζητήματα δημόσιας πολιτικής ούτε να εμφιλοχωρεί στο έργο του δημοκρατικού νομοθέτη, παρά μόνο όταν οι επιλογές του τελευταίου είναι εμφανώς αυθαίρετες ή παραλογές. Αυτό, σύμφωνα με τον Burger, εξυπηρετεί και τη λειτουργία της δημοκρατίας, αφού η επίλυση όλων των επίμαχων ζητημάτων δημόσιας πολιτικής από τα δικαστήρια θα οδηγούσε στην υποβάθμιση της πολιτικής διαδικασίας.

γ) η *εννοιολογική* στάθμιση: απόφαση *Roe v. Wade*

Αναφέρθηκε ήδη ότι, το 1968 ο καθηγητής Nimmer σε άρθρο του³⁷³, ασκεί έντονη κριτική στη μέθοδο της *ad hoc* στάθμισης, κυρίως όπως αυτή χρησιμοποιείται από το Δικαστήριο στις υποθέσεις ελευθερίας του λόγου και ισχυρίζεται ότι το Δικαστήριο Warren εφαρμόζει μία διαφορετική μορφή στάθμισης, που λειτουργεί αποτελεσματικότερα και την οποία ονομάζει «*εννοιολογική στάθμιση*» (*definitional balancing*).

Συγκεκριμένα ο Καθηγητής Nimmer θεωρεί ότι η *ad hoc* στάθμιση, ειδικά όταν εφαρμόζονται σε ζητήματα ελευθερίας του λόγου, έχει δύο σημαντικά μειονεκτήματα: το πρώτο είναι η μειωμένη ασφάλεια δικαίου, καθώς η έλλειψη

³⁷³ Βλ. υποσημείωση ...

σταθερών κανόνων και η κάθε φορά διαφορετική στάθμιση των συμφερόντων καθιστούν μη προβλέψιμο το δίκαιο που θα εφαρμοστεί σε μελλοντικές υποθέσεις. Το δεύτερο είναι η γενικότερη τάση των δικαστών να επηρεάζονται από εξωτερικές πιέσεις, ιδιαίτερα όταν πρέπει να προστατεύσουν την ελευθερία του λόγου ατόμων που εκφράζουν απόψεις αντίθετες με το δημόσιο αίσθημα, τάση η οποία τους οδηγεί τις περισσότερες φορές σε σταθμίσεις αρνητικές για την παραπάνω ελευθερία.

Επομένως, ο Καθηγητής Nimmer προτείνει τη μέθοδο της *εννοιολογικής στάθμισης* ως μία μέση οδό ανάμεσα στην αυστηρή φορμαλιστική ανάγνωση του Συντάγματος και στη συγκεκριμένη στάθμιση. Χρησιμοποιώντας το παράδειγμα της υπόθεσης *New York Times Co v. Sullivan*³⁷⁴, ως υπόδειγμα εννοιολογικής στάθμισης, ο Nimmer εντοπίζει τη διαφορά της σε σχέση με την *ad hoc* στάθμιση στο γεγονός ότι σε αυτήν δεν σταθμίζεται η αξία των αντιτιθέμενων συμφερόντων στη συγκεκριμένη υπόθεση, αλλά η γενικότερη αξία τους σε μία μεγάλη κατηγορία περιπτώσεων. Η στάθμιση αυτή οδηγεί στη δημιουργία ενός κανόνα, ο οποίος θα εφαρμόζεται σε όλες τις υποθέσεις που εντάσσονται στην παραπάνω κατηγορία περιπτώσεων.

Ειδικότερα στην υπόθεση *New York Times co v. Sullivan*, το Δικαστήριο σταθμίζει την ελευθερία του δυσφημιστικού λόγου με το δικαίωμα στην προστασία της προσωπικότητας των δημόσιων προσώπων και καταλήγει ότι η πρώτη, όταν αφορά στη δημόσια δράση των προσώπων αυτών υπερισχύει γενικά του δικαιώματος στην προστασία της προσωπικότητας τους, εκτός και αν η δυσφήμιση έγινε με γνώση ότι ήταν ψευδής ή με απερίσκεπτη αδιαφορία για το αν ήταν ή όχι ψευδής. Ο κανόνας αυτός είναι εφαρμόσιμος σε όλες τις μελλοντικές υποθέσεις όπου συγκρούονται η ελευθερία του λόγου με το δικαίωμα στην προσωπικότητα των δημοσίων προσώπων, αποκλείοντας στις περιπτώσεις αυτές την ανάγκη καινούργια στάθμιση.

Έτσι ενισχύεται περισσότερο η ασφάλεια δικαίου και ταυτόχρονα αποφεύγονται οι αυθαίρετες *ad hoc* δικαστικές κρίσεις. Η μέθοδος λοιπόν αυτή συνδυάζει την ασφάλεια που προσφέρουν οι κατηγορίες και οι κανόνες με την ευελιξία της στάθμισης.

Η μέθοδος της εννοιολογικής στάθμισης εφαρμόζεται μέχρι και σήμερα σε πολλές αποφάσεις του Δικαστηρίου, χωρίς όμως υιοθέτηση της να δηλώνεται και ρητά από τους δικαστές. Μία από τις σημαντικότερες αποφάσεις της αμερικανικής νομολογίας στην οποία εφαρμόστηκε είναι η απόφαση *Roe v. Wade*³⁷⁵. Η απόφαση αφορά στη συνταγματικότητα ενός νόμου της Πολιτείας του Τέξας, ο οποίος απαγορεύει την έκτρωση σε όλες τις περιπτώσεις, εκτός αν αυτή είναι απαραίτητη ιατρικά για την προστασία της ζωής της μητέρας.

Η απόφαση αυτή νομιμοποίησε ουσιαστικά την έκτρωση στις ΗΠΑ, καθώς όλες οι πολιτείες υποχρεώθηκαν να προσαρμόσουν τη νομοθεσία τους με βάση τον κανόνα που αυτή έθεσε ο οποίος μέχρι και σήμερα δεν έχει ανατραπεί στην ουσία του από καμία δικαστική απόφαση³⁷⁶. Η απόφαση είχε πολλούς υποστηρικτές αλλά και

³⁷⁴ 376 U.S. 254 (1964).

³⁷⁵ 410 U.S. 113 (1973).

³⁷⁶ Βλ. ΤΣΑΟΥΣΗ Α., Το δικαίωμα στην άμβλωση στις Η.Π.Α. Τριάντα χρόνια μετά την ιστορική απόφαση *Roe v. Wade*, 28, ΔτΑ 2005, σελ. 1107, όπου και μία εξαιρετική ανάλυση της απόφασης, των

πολλούς επικριτές, οι οποίοι θεώρησαν ότι αυτή δεν μπορεί να θεμελιωθεί πουθενά στο συνταγματικό κείμενο και είναι εντελώς αυθαίρετη.

Ο δικαστής Blackmun προβαίνει σε τρεις διαφορετικές διαβαθμίσεις με βάση τα τρία στάδια τα οποία χωρίζεται η εγκυμοσύνη της γυναίκας και καταλήγει σε τρία διαφορετικά αποτελέσματα ανάλογα με την αξία που έχει κάθε ένα από τα συγκρουόμενα αγαθά σε κάθε ξεχωριστό στάδιο. Δημιουργεί έτσι έναν κανόνα εφαρμόσιμο για όλες τις μελλοντικές υποθέσεις, ο οποίος θα ισχύει πλέον σε σχέση με το επιτρεπτό ή μη της έκτρωσης αποκλείοντας το ενδεχόμενο μιας νέας στάθμισης για το ίδιο ζήτημα, όπως ακριβώς και στην απόφαση *New York Times Co v. Sullivan*.

Εκ πρώτης όψεως η χρήση της εννοιολογικής στάθμισης από τον Blackmun φαίνεται να αποτελεί μία ένδειξη αυτοπεριορισμού, καθώς αυτός αποφεύγει την αοριστία και το απρόβλεπτο της *ad hoc* στάθμισης και υιοθετεί μία μέθοδο που συνδυάζει την ευελιξία της στάθμισης με τη σταθερότητα των κανόνων, προσπαθεί δηλαδή να προσφέρει μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου και τη δυνατότητα στους πολίτες να μπορούν να προβλέψουν σε μεγαλύτερο βαθμό τα έννομα αποτελέσματα της συμπεριφοράς τους σε σχέση με το θέμα της έκτρωσης, δεδομένου ότι τα αποτελέσματα αυτά θα πάντων να εξαρτώνται από τη στάθμιση στην οποία θα προβεί ο εκάστοτε δικαστής.

Από την άλλη πλευρά όμως, μια τέτοια γενικότερη επίλυση του ζητήματος που ξεφεύγει από τα χαρακτηριστικά της συγκεκριμένης περίπτωσης, αποτελεί στην ουσία άσκηση δημόσιας πολιτικής από το Δικαστήριο και υποκατάσταση του νομοθέτη. Σε αυτήν ακριβώς τη βάση στηρίζεται η κριτική των μειοψηφούντων δικαστών, οι οποίοι κατηγορούν την πλειοψηφία του Δικαστηρίου για το γεγονός ότι για ένα τόσο σοβαρό θέμα δεν εμπιστεύεται την κρίση του λαού των Πολιτειών και τις πολιτικές διαδικασίες, αλλά επιβάλλει αυτό που θεωρεί σωστό και προβαίνει σε μία στάθμιση συμφερόντων την οποία δικαιούται να πραγματοποιήσει μόνο ο δημοκρατικά εκλεγμένος νομοθέτης.

Παρατηρείται συνεπώς ότι ο δικαστής Blackmun, όπως και ο δικαστής Brennan στην υπόθεση *Plyler v. Doe*, προσπαθεί να αποδώσει ουσιαστική δικαιοσύνη σε ένα ευαίσθητο ζήτημα για το οποίο δεν εμπιστεύεται τη νομοθετική εξουσία. Ενώ όμως ο Brennan αξιοποιεί την ελευθερία που του δίνει η σχεδόν *ad hoc* στάθμιση του μεσαίου εξονυχιστικού ελέγχου για να πετύχει το σκοπό του, ο Blackmun προτιμά την ασφάλεια και τη δεσμευτικότητα των κανόνων διαθέτοντας μία αυστηρότερη μορφή στάθμισης, την εννοιολογική, ώστε να διασφαλίσει ότι η εφαρμογή του κανόνα που δημιούργησε δεν θα περιοριστεί μόνο στη συγκεκριμένη υπόθεση, αλλά θα δεσμεύει όλες τις μελλοντικές υποθέσεις ως προς το συμφέρον που θα υπερισχύσει σε δεδομένη χρονική στιγμή της κήσης.

Παράλληλα, για μία ακόμα φορά, όπως και στην *Plyler v. Doe*, συγκρούονται δύο διαφορετικές θεωρίες για την ερμηνεία του Συντάγματος, αυτή της δυναμικής ερμηνείας του Συντάγματος, που εκπροσωπείται από το δικαστή Blackmun, η οποία επιτάσσει την προσαρμογή του στις μεταβαλλόμενες κοινωνικές συνθήκες και αυτή

συνεπειών της των απόψεων που εκφράστηκαν και όλων των εξελίξεων που ακολούθησαν σε σχέση με το ζήτημα της άμβλωσης στις Η.Π.Α.

της στενής γραμματικής ερμηνείας, σύμφωνα με την οποία το Σύνταγμα θα πρέπει να ερμηνεύεται στενά και η επίκληση οποιασδήποτε συνταγματικής αρχής σε μία δικαστική υπόθεση θα πρέπει να απορρέει ξεκάθαρα από το συνταγματικό κείμενο.

3. Η «αμοιβαία ανεκτικότητα»

Η «*συνταγματική ανεκτικότητα*», ως θέση επιστημονική και νομολογιακή, κινείται στο ευρύτερο πεδίο της έννομης τάξης. Δείγμα αυτής της «ανεκτικότητας» αποτελεί η άποψη της αμοιβαίας ανεκτικότητας ως τρόπου επίλυσης συνταγματικών συγκρούσεων στο ζήτημα των σχέσεων τέχνης και θρησκείας. Υποστηρίζεται ότι³⁷⁷ η σχέση μεταξύ τέχνης και θρησκείας δεν είναι σχέση «άσπρου-μαύρου», όπως πολλές φορές παρουσιάζεται στη θεωρία και τη νομολογία, ούτε «πόλεμος χαρακωμάτων». Υπάρχει επαρκής χώρος τόσο για την τέχνη όσο και για τη θρησκεία. Η «χρυσή λέξη» είναι η ανεκτικότητα: Από την πλευρά του πιστού, ανεκτικότητα για να διαδώσει ο καλλιτέχνης το «βλάσφημο» έργο του σε αυτούς που θέλουν να το διαβάσουν, να το δουν ή να το ακούσουν. Και από την πλευρά του καλλιτέχνη, ανεκτικότητα για να μην εξαναγκάζεται ο πιστός να έρχεται σε επαφή χωρίς τη θέλησή του με ένα έργο που προσβάλλει το θρησκευτικό του συναίσθημα.

Τη «συνταγματική ανεκτικότητα» επιλέγει το ΣτΕ και κατά τη ρύθμιση βιοτικών σχέσεων με αντικείμενο την άσκηση μεταλλευτικών δραστηριοτήτων σε δάση. Για παράδειγμα στην απόφαση των μεταλλείων Κασσάνδρας στη Χαλκιδική³⁷⁸ το ΣτΕ δέχτηκε, ότι «...από την ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 57 του ν. 998/1979 (Α' 289) που ρυθμίζουν την άσκηση μεταλλευτικών δραστηριοτήτων εντός δασών και δασικών εκτάσεων, υπό το φως του άρθρου 24 παρ. 1 του Συντάγματος, συνάγεται ότι είναι ανεκτή η μεταβολή της μορφής εκτάσεως με δασική βλάστηση για την άσκηση των δραστηριοτήτων αυτών, προκειμένου να ικανοποιηθούν ανάγκες οι οποίες δεν θα μπορούσαν να ικανοποιηθούν διαφορετικά, εφ' όσον, όμως, κριθεί ότι η συγκεκριμένη ανάγκη υπερτερεί της διαφυλάξεως εκτάσεως με δασική βλάστηση και ότι δεν υφίσταται τρόπος ικανοποίησώς της με άλλο τρόπο...».

Ομοίως και σε μια άλλη απόφασή του, αυτή τη φορά για την υπόθεση των μεταλλείων στις θέσεις «Σκουριές» και «Μαντέμ Λάκκος» του Δήμου Αριστοτέλη της Περιφερειακής Ενότητας Χαλκιδικής³⁷⁹ το Ανώτατο Ακυρωτικό δέχτηκε ότι «...όπως έχει κριθεί (ΣΕ 1429/2013 επτ.), κατά τις ανωτέρω διατάξεις του ν. 998/1979 που ρυθμίζουν την άσκηση μεταλλευτικών δραστηριοτήτων εντός δασών και δασικών εκτάσεων, ερμηνευόμενες υπό το φως του άρθρου 24 παρ. 1 του Συντάγματος που επιτάσσει την προστασία των δασών και δασικών εκτάσεων, είναι ανεκτή η μεταβολή της μορφής εκτάσεως με δασική βλάστηση για την άσκηση των δραστηριοτήτων αυτών, προκειμένου να ικανοποιηθούν ανάγκες οι οποίες δεν θα μπορούσαν να ικανοποιηθούν διαφορετικά, εφόσον, όμως, κριθεί ότι η συγκεκριμένη ανάγκη υπερτερεί της διαφυλάξεως εκτάσεως με δασική βλάστηση και ότι δεν υφίσταται τρόπος ικανοποίησώς της χωρίς θυσία του δασικού οικοσυστήματος...».

³⁷⁷ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Τέχνη και θρησκεία. Η αμοιβαία ανεκτικότητα ως τρόπος επίλυσης συνταγματικών συγκρούσεων, σε Δικαιώματα του Ανθρώπου, 67/2016, σελ. 54-64.

³⁷⁸ Βλ. ΣτΕ 549/2015, σκ. 9.

³⁷⁹ Βλ. ΣτΕ 3115/2015, σκ. 18.

Η Ολομέλεια του ΣτΕ επανέρχεται στο θέμα της «*συνταγματικής ανεκτικότητας*» με την 1858/2015 απόφασή της, δεχόμενη ότι: «...Το Δικαστήριο, χωρίς να αναιρεί τη βασική γραμμή της νομολογίας, η οποία απαιτεί ως αναγκαία συνταγματική προϋπόθεση της δόμησης τον σχεδιασμό, οφείλει να λάβει υπόψη του το πασιδηλό γεγονός, το οποίο εκίνησε τον νομοθέτη στις λύσεις και στα μέτρα του ν. 4178/2013, δηλ. αφενός το ανενεργό του μέτρου της κατεδάφισης επί σειρά δεκαετιών με τα αντίστοιχα αποτελέσματα και αφετέρου τη μαθηματικώς διαπιστωμένη αντικειμενική αδυναμία υλοποίησης του μέτρου αυτού σήμερα, σε αναφορά με όγκο και επιφάνειες. Από τη βασική αυτή παραδοχή εικινώντας και λαμβάνοντας υπόψη το Δικαστήριο τη δέσμη μέτρων που θεσμοθετούνται προς αποτροπή συνέχισης της άνομης οικοδομικής δραστηριότητας για το μέλλον, κρίνει ότι οι σχετικές ρυθμίσεις του νόμου που αναφέρονται στα αυθαίρετα του παρελθόντος είναι *συνταγματικώς ανεκτές*...». Και συνεχίζει ότι³⁸⁰: «...Η αθρόα νομιμοποίηση αυθαιρέτων χρήσεων και κατασκευών μόνο κατ' εξαίρεση είναι δυνατό να γίνει συνταγματικά ανεκτή, εφόσον τεκμηριώνεται ότι η λύση αυτή επιβάλλεται από σπουδαίο δημόσιο συμφέρον και ότι συγχρόνως λαμβάνονται μέτρα, με τα οποία επιχειρείται να αποτραπεί η επανάληψη της αυθαίρεσας και διασφαλίζεται ο περιορισμός στο ελάχιστο δυνατό της επιβάρυνσης του περιβάλλοντος και των όρων διαβίωσης...».

Μια άλλη προσέγγιση εκτιμά την ανεκτικότητα ως αρχή, που συμπλέει με άλλες αρχές: «Οι αρχές της αυτονομίας, της ισότητας, του πλουραλισμού, της ανεκτικότητας, της ουδετερότητας, της επικουρικότητας και της αναλογικότητας, δεν υπαγορεύουν λύσεις αλλά χαράσσουν απώτατα όρια και αποτελούν θεωρητικά εργαλεία με βάση τα οποία σκεπτόμαστε τη δημοκρατία, με τελικό σκοπό την πρακτική εναρμόνιση των επιμέρους δικαιωμάτων κατά την άσκησή τους»³⁸¹.

Το Ε.Δ.Δ.Α. έχει επανειλημμένως δώσει έμφαση στο ρόλο του κράτους ως ουδέτερου και αμερόληπτου οργανωτή του τρόπου που εκδηλώνονται οι διάφορες θρησκείες και οι πεποιθήσεις και αυτός ο ρόλος συνδέεται άμεσα με τη δημόσια τάξη, την αρμονική συνύπαρξη των θρησκειών και πεποιθήσεων και την ανεκτικότητα σε μια δημοκρατική κοινωνία. Το καθήκον του κράτους για ουδετερότητα και αμεροληψία δεν επιτρέπει στα κρατικά όργανα να αξιολογούν τις θρησκευτικές πεποιθήσεις ή τους τρόπους με τους οποίους αυτές εκφράζονται³⁸² γιατί απαιτείται το κράτος να εγγυάται την αμοιβαία ανεκτικότητα μεταξύ των αντιμαχόμενων ομάδων³⁸³. Ο πλουραλισμός και η ανεκτικότητα είναι θεμελιώδη στοιχεία μιας δημοκρατικής κοινωνίας. Αν και τα ατομικά συμφέροντα πρέπει κατά περίπτωση να υποτάσσονται σε αυτά της ομάδας, δημοκρατία δεν σημαίνει απλώς ότι οι απόψεις της πλειοψηφίας επικρατούν πάντοτε. Πρέπει να επιτυγχάνεται ισορροπία που να διασφαλίζει την κατάλληλη αντιμετώπιση των ανθρώπων που ανήκουν στις μειονότητες και να αποφεύγεται η κατάχρηση της υπερέχουσας θέσης της πλειοψηφίας³⁸⁴. Ο πλουραλισμός και η δημοκρατία πρέπει να βασίζονται στο διάλογο και σε ένα πνεύμα συναίνεσης μεταξύ των διαφόρων ομάδων ώστε να τηρούνται και να προωθούνται τα

³⁸⁰ Βλ. ΣτΕ (Ολομ.) 1858/2015, σκ. 22

³⁸¹ ΓΕΩΡΓΙΟΥ Σ., Τα συνταγματικά θεμέλια του δημόσιου χώρου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 387.

³⁸² Ε.Δ.Δ.Α. Μανουσάκης κατά Ελλάδος, σκ. 47, Hasan and Chaush κατά Βουλγαρίας, σκ. 78, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others κατά Τουρκίας, § 91.

³⁸³ Ε.Δ.Δ.Α. United Communist Party of Turkey and Others κατά Τουρκίας, 30.1.1998, σκ. 57.

³⁸⁴ Ε.Δ.Δ.Α. Young, James and Webster κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 13.8.1981, σκ. 63, Chassagnou and Others κατά Γαλλίας, σκ. 112.

ιδανικά και οι αξίες μιας δημοκρατικής κοινωνίας³⁸⁵.

Ωστόσο, το ΕΔΔΑ σε μια ενδιαφέρουσα απόφασή του S.A.S. κατά Γαλλίας της 1.7.2014³⁸⁶ κρίνοντας το ζήτημα της απαγόρευσης της απόκρυψης του προσώπου στον δημόσιο χώρο, δέχθηκε ότι στην περίπτωση μουσουλμάνας γαλλικής υπηκοότητας που προσέφυγε κατά της απαγόρευσης της κάλυψης του προσώπου στους δημόσιους χώρους, δεν υπήρξε παραβίαση των άρθρων 8 και 9, αλλ' ούτε και του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ. Η απόφαση αυτή εισάγει για πρώτη φορά την αρχή της συνύπαρξης ("living together") ως κριτήριο της στάθμισης της επέμβασης στα δικαιώματα και ναι μεν «σε κάθε πόλη, επικρατούν τα έθιμα της πόλης»³⁸⁷, εντούτοις τίθεται το ερώτημα εάν σχετικοποιούνται τα ανθρώπινα δικαιώματα ανάλογα με τον τόπο και τον χρόνο. Φαίνεται ότι μάλλον η επικύρωση της απαγόρευσης της μπούρκας από το ΕΔΔΑ κινείται προς την αντίθετη κατεύθυνση της παλαιότερης νομολογίας του με την οποία τόνιζε το καθήκον των κρατών-μελών να διασφαλίζουν αμοιβαία ανεκτικότητα μεταξύ αντιτιθέμενων κοινωνικών ομάδων χωρίς να απομακρύνουν ή να εξορίζουν την αιτία της έντασης θέτοντας έτσι εικποδών την αξία του πλουραλισμού³⁸⁸.

4. Η «θεμιτή συνάφεια»

Πρόσφατα μερίδα της θεωρίας³⁸⁹, αποδεχόμενη ορισμένη θεώρηση της συνταγματικής ελευθερίας και της πλοκής της με το δημόσιο αγαθό, εισέφερε στο δικανικό συλλογισμό το κριτήριο του θεμιτού.

Η αρχή της θεμιτής συνάφειας δεν αποτελεί ειδική περίπτωση στάθμισης, αλλά αρχή που εφαρμόζεται σε προγενέστερο στάδιο, ενώ η κατάφαση της συνάφειας έλκει σε εφαρμογή, καθοδηγεί και οριοθετεί τυχόν σταθμίσεις. Στο πλαίσιο αυτό, η θεώρηση της θεμιτής συνάφειας δεν απορρίπτει συλλήβδην την αναλογικότητα, αλλά μάλλον τη διασώζει, περιχαράκωνοντας το πεδίο εφαρμογής της. Η θεμιτή συνάφεια καθίσταται εργαλείο για τη θεμιτή χρήση του τεστ αναλογικότητας.

Αναζητώντας τα θεμέλια της θεμιτής συνάφειας στην ηθική φιλοσοφία, ο Ν. Παπασπύρου υποστηρίζει ότι μπορεί να λειτουργήσει ως μηχανισμός εξορθολογισμού των κοινωνικών και οικονομικών θεσμών, διά των οποίων και επιδιώκεται η αποτελεσματική άσκηση των δικαιωμάτων (25 παρ. 1 Συντ.).

Ο Ν. Παπασπύρου, δεχόμενος ορισμένη θεώρηση της συνταγματικής ελευθερίας και της πλοκής της με το δημόσιο αγαθό, εισφέρει στο δικανικό συλλογισμό το κριτήριο του θεμιτού. Την ανάγκη για θεμιτή διασύνδεση μέσου προς σκοπό, ώστε η δικανική κρίση να κατευθυνθεί προς τη σωστή μεριά του διλήμματος. Κατά την άποψη του Παπασπύρου, ο δικαστής επιλύοντας μια σύγκρουση συνταγματικών αγαθών δεν μπορεί παρά να έχει ως αυτοσκοπό τον άνθρωπο. Οι άνθρωποι δεν αναγνωρίζονται

³⁸⁵ Ε.Δ.Α.Α. United Communist Party of Turkey and Others κατά Τουρκίας, σκ. 45, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others κατά Τουρκίας, σκ. 99.

³⁸⁶ Αρ. προσφυγής 43835/11

³⁸⁷ VINCENT R., "Human Rights and International Relations", Cambridge University Press, 1999, σελ. 38.

³⁸⁸ Βλ. Serif v. Greece, (αρ. Προσφυγής 38178/97).

³⁸⁹ Για την αρχή της θεμιτής συνάφειας ως μεθόδου βλ. ΠΑΠΑΣΠΥΡΟΥ Ν., Συνταγματική ελευθερία και δημόσιοι σκοποί, εκδόσεις Σάκκουλα, 2019

μόνο ως έχοντες την ικανότητα για έλλογη άσκηση της αυτονομίας τους. Ως εμπειρικές οντότητες, ασκούν την αυτονομία τους σύμφωνα με τον τρόπο που οι ίδιοι αξιολογούν τις διαθέσιμες επιλογές και ανταποκρινόμενοι στα κίνητρα (ή την έλλειψη κινήτρων) που τους θέτει το θεσμικό περιβάλλον. Μετέχοντας σε έναν κοινωνικό θεσμό είναι καταρχήν θεμιτό τα άτομα να αναλαμβάνουν τα βάρη που είναι αναγκαία για την αποτελεσματική λειτουργία του. Επομένως, η κατάφαση θεμιτής συνάφειας εξηγεί γιατί συχνά η ρυθμιστική επέμβαση στην άσκηση δικαιωμάτων είναι επιτρεπτή (υπό όρους ορθολογικότητας και αναλογικότητας). Αλλά ισχύει και το αντίστροφο: η ομαλή λειτουργία ενός θεσμού, και γενικότερα η κοινωνική συνεργασία προϋποθέτουν το σεβασμό των προσώπων ως διακριτών και ελεύθερων. Όταν ασεβείς στην ικανότητα των προσώπων να αναπτύσσουν τη δημιουργικότητά τους, αυτό επηρεάζει και την άσκηση αυτής της ικανότητας, επομένως και τα αποτελέσματα αυτής.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αυτής της προτεινόμενης θεώρησης παρέχει κατά τον Ν. Παπασπύρου η ΣτΕ (Ολομ.) 986/2014. Η απόφαση εκκινεί από τη σκέψη ότι το σύστημα εξετάσεων για την εισαγωγή στην τριτοβάθμια εξέταση οφείλει να στηρίζεται αποκλειστικά σε ακαδημαϊκά κριτήρια και μάλιστα συναφή με το γνωστικό αντικείμενο φοίτησης. Αναγνωρίζει τη συνταγματική υποχρέωση του κράτους να λαμβάνει φροντίδα υπέρ των πολύτεκνων οικογενειών (21 παρ. 2 Συντ.). Η απόφαση θέτει όμως ως όρο προαγωγής αυτού του σκοπού την τήρηση της αρχής της ισότητας και της αρχής της αξιοκρατίας³⁹⁰. Η απόφαση κρίνει ότι³⁹¹ παρέκκλιση από το γενικό σύστημα εισαγωγής στην τριτοβάθμια εκπαίδευση με την πρόβλεψη της σύστασης θέσεων για υποψήφιους που έχουν την ιδιότητα του μέλους πολύτεκνης οικογένειας, αντίκειται στις αρχές της ισότητας και της αξιοκρατίας «διότι η ιδιότητα του μέλους πολύτεκνης οικογένειας δεν συνδέεται με ικανότητες ή δεξιότητες του υποψηφίου».

Υποστηρίζεται εν προκειμένω ότι το Δικαστήριο δεν προβαίνει σε στάθμιση των δύο συνταγματικών επιταγών (αρχή της αξιοκρατίας και υποχρέωση ειδικής φροντίδας για τις πολύτεκνες οικογένειες), αλλά σε εφαρμογή αρχών θεμιτής συνάφειας:

«Επιβάλλεται μεν, βάσει αυτών των συνταγματικών διατάξεων, να ενισχύονται οι πολύτεκνες οικογένειες για την αντιμετώπιση των αυξημένων εξόδων που απαιτούνται για τη συντήρησή τους, καθώς και για την ανατροφή, την οικονομική εξασφάλιση των πάσης φύσεως σπουδών και την επαγγελματική αποκατάσταση των τέκνων τους, αλλά δεν είναι επιτρεπτό να παρέχονται στα μέλη των οικογενειών αυτών και διευκολύνσεις για την πρόσβαση στην τριτοβάθμια εκπαίδευση, οι οποίες υπερακοντίζουν την προστασία που τους παρέχει το Σύνταγμα λόγω αφ' ενός μεν του περιορισμού των αντίστοιχων δικαιωμάτων πρόσβασης των λοιπών πολιτών, αφ' ετέρου δε της υποχώρησης των ακαδημαϊκών κριτηρίων πρόσβασης»³⁹².

5. Η «ώριμη αναλογικότητα» ή «ενιαία αναλογικότητα - αναγκαιότητα»

Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια στην βασική της μορφή υλοποιεί μία συνολική στάθμιση κόστους-οφέλους, με άλλη διατύπωση μια στάθμιση πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων. Αυτή η στάθμιση από το μηδέν

³⁹⁰ Βλ. ΠΑΠΑΣΠΥΡΟΥ Ν., Συνταγματική ελευθερία και δημόσιοι σκοποί, ό.π. σελ. 102.

³⁹¹ Βλ. σκέψη 11.

³⁹² Βλ. σκέψη 11.

πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων είναι κρίση πολιτικής σκοπιμότητας, καθαρόαιμος έλεγχος πολιτικής ουσίας, που δεν προσιδιάζει πλήρως στην άσκηση δικαστικής λειτουργίας. Η στάθμιση κόστους οφέλους, που προχωρά πέρα κι από την γενικώς ισχύουσα νομική σκόπελο της αναγκαιότητας ομοιάζει με νομοθετική λειτουργία. Θεματοποιεί έναν έλεγχο και σκοπιμότητας, αν όχι μόνο σκοπιμότητας. Δηλαδή καθόσον εκλείπει *in concreto* το άλλως δύνασθαι αναγκαίως πράττειν, μόνος αρμόδιος να αποφασίσει είναι ο δημοκρατικά νομιμοποιημένος νομοθέτης. Οπότε η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια οδηγεί τον δικαστή σε κρίσεις σκοπιμότητας, γεννά ανασφάλεια δικαίου, το πρόβλημα της ανασφάλειας δικαίου σωρεύεται με αυτό του ελέγχου σκοπιμότητας, της άσκησης *de facto* πολιτικής από την δικαστική εξουσία, και η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι περισσότερο δικαιοκρατικά αποσταθεροποιητικός παρά δικαιοκρατικά εξισορροπητικός παράγοντας. Κι αυτό γιατί βασικό στοιχείο της αρχής του κράτους δικαίου πέρα από τον πλήρη δικαστικό έλεγχο είναι και η ασφάλεια του δικαίου. Με άλλα λόγια η αναλογικότητα σε στενή έννοια έχει εγγενώς πολλά πρόσωπα, η εφαρμογή της επαφίεται υπερβολικά στον υποκειμενισμό του κρίνοντος.

Σε αντίθεση με το τεστ της προσφορότητας και το τεστ της αναγκαιότητας, που έχουν σχετικά σαφές μοτίβο, η στάθμιση κόστους-οφέλους ή αλλιώς η στάθμιση πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων ή αλλιώς η αναλογία μέσου προς σκοπό δεν έχουν συγκεκριμένες συντεταγμένες. Με άλλα λόγια η αναλογικότητα σε στενή έννοια έχει εγγενώς πολλά πρόσωπα, η εφαρμογή της επαφίεται υπερβολικά στον υποκειμενισμό του κρίνοντος.

Το επίπεδο της αναγκαιότητας υποστηρίζεται³⁹³ ότι θα πρέπει να είναι το τελευταίο υποστάδιο της συνταγματικής και ενωσιακής αρχής της αναλογικότητας. Το στάδιο της αναγκαιότητας είναι το πιο κρίσιμο στον έλεγχο αναλογικότητας των περιορισμών των συνταγματικών δικαιωμάτων. Είναι και δύσκολο πολύ στην εφαρμογή του συγκριτικά με το στάδιο της προσφορότητας³⁹⁴. Αυτό συμβαίνει κυρίως γιατί κατά την άποψη αυτή αναπτύσσονται δύο βασικά μοντέλα ελέγχου αναγκαιότητας.

Σύμφωνα με το πρώτο μοντέλο, με την αναγκαιότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων αναζητείται το λιγότερο περιοριστικό του θιγόμενου θεμελιώδους δικαιώματος πρόσφορο μέτρο. Ακριβέστερα στο επίπεδο της αναγκαιότητας ερευνάται αν το κρινόμενο νομοθετικό ή διοικητικό μέτρο είναι το λιγότερο επαχθές από τα πρόσφορα. Έχουμε έναν αυστηρό έλεγχο δηλαδή αναγκαιότητας προς εύρεση του ενός μοναδικού αναγκαίου περιοριστικού μέτρου μεταξύ των πολλών πρόσφορων. Η αυστηρή έννοια της αναγκαιότητας, παρομοίως προς την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια, καθόσον το ελεγχόμενο μέτρο ερείδεται σε τυπικό νόμο ή παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, έρχεται σε τριβή με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και την δημοκρατική αρχή, αλλά και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Καταλείπει ευρύ δικαιοθετικό χώρο στον δικαστή και αφαιρεί

³⁹³ Βλ. TZEMO B., Η «ώριμη» αναλογικότητα. Η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου και του Δικαίου της ΕΕ που δεν περιλαμβάνει την αναλογικότητα σε στενή έννοια, σε: ΔιΔικ 2/2019

³⁹⁴ Έτσι και ΓΕΡΟΝΤΑ Α., Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. (474επ.).

αντίστοιχα κατ' αποτέλεσμα νομοθετική ευχέρεια από τη νομοθετική λειτουργία.

Στο δεύτερο μοντέλο εξετάζεται αν το περιοριστικό ενός δικαιώματος μέτρο είναι, όχι αυστηρά αναγκαίο, αλλά πιο ελαστικά, προδήλως μη αναγκαίο. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι δεν αναζητείται, για την κατάφαση της συμφωνίας με την αρχή της αναλογικότητας, ο χαρακτηρισμός του ελεγχόμενου περιοριστικού μέτρου ως του ενός και μοναδικού πιο ήπιου (λιγότερο επαχθούς) από τα πρόσφορα περιοριστικά μέτρα. Ερευνάται αν το μέτρο είναι αναγκαίο υπό την έννοια ότι είναι και πρόσφορο και ήπιο. Καταφάσκειται δηλαδή ότι είναι ένα από πιο ήπια (λιγότερο επαχθή μέτρα) μέτρα. Δεν είναι προδήλως μη αναγκαίο³⁹⁵. Η οδός αυτή έχει το πλεονέκτημα ότι ρεαλιστικά αναζητείται η ηπιότητα ενός μέτρου και όχι το δύσκολα τεκμηριώσιμο, αλλά κυρίως δυσχερώς συμβιβάσιμο με την ευρεία «διαμορφωτική αρμοδιότητα» της νομοθετικής λειτουργίας, ένα και μοναδικό λιγότερο επαχθές πρόσφορο μέσο. Καθόσον ελέγχεται δικαστικά τυπικός νόμος ή παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, αυτό το μοντέλο αναγκαιότητας είναι σύμφωνο με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών, την δημοκρατική αρχή και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου.

Συμπληρωματικά επισημαίνεται ότι αν τα συγκρουόμενα θεμελιώδη δικαιώματα είναι περισσότερα από δυο, η κρίση περί αναγκαιότητας πρέπει να εκφέρεται συνολικά, αλλά πάντα αιτιολογημένα. Συνεπώς, ο δικαστής πρέπει να ελέγχει την αναλογικότητα των περιορισμών των συνταγματικών δικαιωμάτων. Είναι αρμόδιος και οφείλει εκ του θεσμικού του ρόλου να επιλύει δικαιωματοκεντρικά *in concreto* προηγουμένως νομοθετικά ή διοικητικά γενικά διαμορφωθείσες λύσεις επί συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όμως πάντα με μέτρο τους υπερνομοθετικής ισχύος κανόνες δικαίου που αρμονικά και από την δημοκρατική και από την δικαιοκρατική τους καταβολή του απαγορεύουν, έστω και συγκεκριμένα, να υποκαθιστά το νομοθέτη σε κρίσεις σκοπιμότητας, ουσίας. Το κλειδί λοιπόν για την εδώ υποστηριζόμενη απάλειψη του σταδίου της αναλογικότητας σε στενή έννοια ως κανόνα δικαίου που απευθύνεται στον δικαστή, είναι ότι ο δικαστής δεν λειτουργεί με γνώμονα την σκοπιμότητα. Οι κρίσεις σκοπιμότητας είναι το αποκλειστικό πεδίο του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη και της με νομοθετική εξουσιοδότηση κανονιστικώς δρώσας διοίκησης, εν τέλει δε και της συγκεκριμένα κατά ουσιαστική-τεχνική κρίση *in concreto* αποφασίζουσας διοίκησης. Με αυτά τα δεδομένα η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια δεν είναι νομικός κανόνας δικαίου που απευθύνεται στον δικαστή. Είναι αρχή καλής νομοθέτησης που απευθύνεται στο νομοθέτη και στην κανονιστικώς δρώσα διοίκηση.

6. Η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων

6.1 Οι θεωρητικές βάσεις της μεθόδου

Η προτεινόμενη από τον Ομότιμο πλέον Καθηγητή Συνταγματικού Δικαίου Ανδρέα Δημητρόπουλο μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής βασίζεται³⁹⁶ πρώτα απ' όλα στην

³⁹⁵ Όμως και η κρίση περί του προδήλως μη αναγκαίου ενέχει αρκετά στοιχεία υποκειμενισμού. Συμπυκνώνει όμως και το πρόταγμα του δικαστικού αυτοπεριορισμού ως περιοριστικό παράγοντα του δικαστικού ακτιβισμού. Βλ. και TZEMO B., Ο δικαστικός ακτιβισμός και το Δικαστήριο της ΕΕ, ΘΠΔΔ, 7/2010 και σε: Τιμητικό Τόμο για τον Καθηγητή Πέτρο Παραρά, 2012.

³⁹⁶ Βλ. για τις θεωρητικές βάσεις της μεθόδου σε ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, ό.π., σελ. 231-232.

τριμερή διάκριση του περιεχομένου κάθε συνταγματικού δικαιώματος³⁹⁷ σε αμυντικό, προστατευτικό και διασφαλιστικό (διεκδικητικό, εξασφαλιστικό). Το αμυντικό στρέφεται ενάντια σε κάθε απειλή ανεξάρτητα από την προέλευσή της, στρέφεται δηλαδή κατά της κρατικής αλλά και κατά της ιδιωτικής εξουσίας. Το προστατευτικό στρέφεται προς το κράτος, όχι όμως και προς τους συνανθρώπους, και αξιώνει την παροχή βοήθειας για την απόκρουση απειλών προερχόμενων από επιθετικές ενέργειες των συνανθρώπων. Τέλος, το εξασφαλιστικό περιεχόμενο (το οποίο στο ισχύον ελληνικό Σύνταγμα αναγνωρίζεται σε ειδικές περιπτώσεις) στρέφεται και αυτό προς το κράτος και αξιώνει την παροχή των υλικών εκείνων μέσων και υπηρεσιών, που είναι απαραίτητα για την άσκηση του δικαιώματος.

Περαιτέρω, δύο βασικές αρχές στις οποίες στηρίζεται η θεσμική εφαρμογή είναι η *αρχή της καθολικής εφαρμογής* και η *αρχή της βασικής ισχύος των συνταγματικών δικαιωμάτων*. Σύμφωνα με την πρώτη, τα συνταγματικά δικαιώματα εφαρμόζονται στη συνολική έννομη τάξη, δηλαδή τόσο στο δημόσιο όσο και στο ιδιωτικό δίκαιο. Κατά την κλασική θεωρία, τα ατομικά δικαιώματα διαμορφώθηκαν ως νομικοί κανόνες που προστατεύουν το άτομο από την κρατική και όχι από την ιδιωτική εξουσία³⁹⁸. Μέσω της ιστορικής εξέλιξης τα συνταγματικά δικαιώματα υπέστησαν μεταβολή του νοήματος³⁹⁹. Δεν είναι πλέον απλά και μόνο κανόνες δημοσίου δικαίου, αλλά βασικά αξιώματα της συνολικής έννομης τάξης. Σύμφωνα δε με τη δεύτερη αρχή, όλα τα συνταγματικά δικαιώματα εφαρμόζονται σε όλες τις έννομες σχέσεις και καταρχήν ως προς όλο το περιεχόμενό τους.

Παράλληλα, η θεσμική εφαρμογή βασίζεται και στη διάκριση των διαφόρων επιβαρύνσεων που υφίστανται τα συνταγματικά δικαιώματα σε *απλές επιδράσεις*, *απλούς περιορισμούς* και *προσβολές*⁴⁰⁰.

Ειδικότερα, οι *απλές επιδράσεις* είναι επιρροές που ασκούνται από τη νόμιμη άσκηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων στον ελεύθερο κοινωνικοοικονομικό και πολιτικό χώρο, χωρίς όμως να τέμνονται οι κύκλοι δράσης των ατόμων και χωρίς να θίγεται ο προστατευτικός νομικός κύκλος του δικαιώματος.

Απλός περιορισμός είναι κάθε επιτρεπόμενη από το δίκαιο και με ενέργεια κρατικού οργάνου ή ιδιώτη προκαλούμενη συρρίκνωση του γενικού περιεχομένου του δικαιώματος κατά την εφαρμογή του στο πλαίσιο ειδικής σχέσεως.

Οι απαγορευόμενοι περιορισμοί αποτελούν *προσβολές* συνταγματικών δικαιωμάτων.

³⁹⁷ Για τον ορισμό των συνταγματικών δικαιωμάτων βλ. αντί πολλών αυτών που δίνει ο Καθηγητής Α. Δημητρόπουλος, δηλ. ότι *Συνταγματικά δικαιώματα είναι τα παρεχόμενα στα άτομα και ως μέλη του κοινωνικού συνόλου θεμελιώδη, πολιτικά, κοινωνικά και οικονομικά δικαιώματα, τα οποία αποτελούν τις κατά την αντίληψη του συντακτικού νομοθέτη βασικές εξειδικεύσεις της ανθρώπινης αξίας*, ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *Συνταγματικά Δικαιώματα*, Γενικό Μέρος, σελ. 93.

³⁹⁸ Οι λόγοι της αποκλειστικής κατά του κράτους κατεύθυνσης των ατομικών δικαιωμάτων ήταν κατά βάση λόγοι ιστορικοί, κυρίως αναφερόμενοι στις ιστορικοκοινωνικές συγκυρίες της εποχής της επικράτησης του φιλελευθερισμού.

³⁹⁹ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *Γενική Συνταγματική Θεωρία*, ό.π., σελ. 304 επ. Η μεταβολή του νοήματος των συνταγματικών αυτών κανόνων δικαίου αποτελεί μέρος της γενικότερης δικαιοτικής μεταβολής, της μετάβασης δηλαδή από τη δυαδιστική – ατομικιστική στην ενιαία κοινωνική ανθρωπιστική έννομη τάξη.

⁴⁰⁰ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *Συνταγματικά Δικαιώματα*, Γενικό Μέρος, ό.π., σελ. 181-182, 188, 191.

Από την ευρεία έννοια του περιορισμού διακρίνεται η στενή νομική του έννοια (*terminus technicus*). Μόνο οι επιτρεπόμενοι, δηλαδή οι απλοί, οι αιτιώδεις περιορισμοί είναι κατά κυριολεξία υπό νομική έννοια περιορισμοί, καθόσον οι αναιτιώδεις αποτελούν προσβολές των συνταγματικών δικαιωμάτων.

Μια άλλη αρχή στην οποία στηρίζεται η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής είναι αυτή της ταυτόχρονης προστασίας δικαιωμάτων και θεσμών. Στη σύγχρονη έννομη τάξη κατοχυρώνονται ταυτόχρονα δικαιώματα και θεσμοί⁴⁰¹. Αυτοί οι ίδιοι οι θεσμοί αποτελούν το πλαίσιο, μέσα στο οποίο ασκούνται τα συνταγματικά δικαιώματα. Τα ατομικά δικαιώματα διακρίνονται σε αρχές και κανόνες δικαίου. Είναι αρχές κατά το μέρος που αναφέρονται στην άμεση εγγύηση που απορρέει από την κατ' ιδίαν διάταξη του ατομικού δικαιώματος. Ως κανόνες δικαίου τα ατομικά δικαιώματα πηγάζουν από τη διαπίστωση των όρων υπεροχής της μιας αρχής έναντι της άλλης, οι οποίοι συνιστούν αποτελέσματα σταθμίσεων⁴⁰².

Θεμελιώδης για τη θεσμική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων είναι και η αρχή του αιτιώδους των περιορισμών, κατά την οποία επιτρέπονται οι αιτιώδεις και απαγορεύονται οι αναιτιώδεις περιορισμοί. Η χρησιμοποίηση της αιτιώδους συνάφειας, ως λογικού ερμηνευτικού «εργαλείου», στο χώρο των συνταγματικών δικαιωμάτων αποτελεί την αντιπροσωπευτικότερη όλων των περιπτώσεων εφαρμογής της λογικής ερμηνείας⁴⁰³.

Αιτιώδης συνάφεια δικαιώματος και θεσμού είναι ο αιτιώδης σύνδεσμος, ο οποίος συνδέει ένα συγκεκριμένο συνταγματικό δικαίωμα με την έννομη σχέση ή με το σύνολο εννόμων σχέσεων, δηλαδή το θεσμό, μέσα στον οποίο εφαρμόζεται. Όσον αφορά τη θεσμική εφαρμογή των αμυντικών δικαιωμάτων, αιτιώδης συνάφεια είναι η συνάντηση των περιεχομένων θεμελιώδους δικαιώματος και θεσμού σε κοινό συστατικό στοιχείο⁴⁰⁴.

Συνεπώς, η αιτιώδης συνάφεια αποτελεί σχέση μεταξύ δύο πραγμάτων, εν προκειμένω συνδέει θεμελιώδες δικαίωμα και θεσμό. Η ενδιαφέρουσα μορφή αιτιώδους συνάφειας για τη διερεύνηση του αν είναι καταρχήν επιτρεπτός ο περιορισμός των θεμελιωδών δικαιωμάτων, είναι εκείνη, που συνδέει το περιεχόμενο του δικαιώματος και το περιεχόμενο της σχέσης, στο πλαίσιο της οποίας επιδιώκεται η εφαρμογή του. Η εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων προϋποθέτει την ανάλυση του περιεχομένου τους, δηλαδή της φύσης τους, της «φύσης του πράγματος»⁴⁰⁵. Απαραίτητη είναι η ανάλυση του περιεχομένου τόσο του δικαιώματος όσο και της έννομης σχέσης ή του θεσμού, μέσα στον οποίο ασκείται το δικαίωμα.

⁴⁰¹ Βασικό χαρακτηριστικό του θεσμού είναι η διαμόρφωσή του ή η αναγνώρισή του από τη συλλογική, διϋποκειμενική συνείδηση των μελών μιας κοινωνίας. Το στοιχείο αυτό τον καθιστά «αξία» συνεκτική των μελών της κοινωνίας. Σχετικά με τη διάπλαση των θεσμών και τις διακρίσεις τους, βλ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟ Φ., Εισαγωγή στο Συνταγματικό Δίκαιο II – Θεμελιώδη Δικαιώματα (γενικό μέρος), σελ. 35-36.

⁴⁰² Βλ. σχετικά με τη διάκριση αυτή ΑΝΤΩΝΙΟΥ Θ., Ο σεβασμός της αξίας του ανθρώπου ως αρχή και δικαίωμα στο Σύνταγμα του 1975, σελ. 92-93.

⁴⁰³ *Λογική ερμηνεία* είναι εκείνη, που επιδιώκει τον προσδιορισμό του αληθούς νοήματος του νόμου με τους κανόνες της τυπικής και διαλεκτικής λογικής.

⁴⁰⁴ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, σελ. 72.

⁴⁰⁵ Η αιτιώδης συνάφεια αποτελεί φυσική σχέση, επομένως και νομική σχέση των πραγμάτων. Ως φυσική σχέση απορρέει από τη φύση των πραγμάτων, που αποτελεί πηγή του δικαίου.

Επιπλέον, το Σύνταγμα δεν επιτάσσει μόνο την εφαρμογή του γενικού αμυντικού περιεχομένου του δικαιώματος, αλλά και τον περιορισμό του, δηλαδή τη θεσμική του προσαρμογή στις περιπτώσεις που κρίνεται απαραίτητο. Σε αυτές τις περιπτώσεις τίθεται το ζήτημα της αρχής του αιτιώδους των περιορισμών⁴⁰⁶. Γίνεται, επομένως, διάκριση ανάμεσα σε δύο είδη περιορισμών: σε εκείνους που επιτρέπονται από το Σύνταγμα, τους απλούς ή αιτιώδεις περιορισμούς και σε εκείνους που απαγορεύονται και αποτελούν προσβολές των συνταγματικών δικαιωμάτων ή αναιτιώδεις περιορισμούς. Η επιβολή απλών περιορισμών είναι επιτρεπτή μόνο κατά το μέτρο που επιβάλλει η αιτιώδης συνάφεια. Επομένως, επιτρέπονται οι αιτιώδεις και απαγορεύονται οι αναιτιώδεις περιορισμοί. Από αυτή τη βασική αιτιώδη σχέση προσδιορίζεται το περιεχόμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων, αλλά και το περιεχόμενο των θεσμών.

Η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής βασίζεται στην αιτιώδη συνάφεια δικαιώματος και θεσμού. Βέβαια και η αρχή της αναλογικότητας υποδεικνύει επίσης μια μορφή αιτιώδους συνάφειας μεταξύ σκοπού του νόμου και περιοριστικού νομοθετικού μέσου, της οποίας όμως η εφαρμογή δυσχεραίνεται, μεταξύ άλλων, διότι συνδέεται με υποκειμενικά στοιχεία και κρίσεις. Η βασιζόμενη στη αρχή της αναλογικότητας μέθοδος της στάθμισης δημιουργήθηκε για την εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων στις σχέσεις δημοσίου δικαίου και δεν κατευθύνθηκε και προς την εφαρμογή τους και στις διαπροσωπικές σχέσεις. Περιοριζόμενη βασικά στις περιπτώσεις, που μεσολαβεί επιφύλαξη νόμου, δεν έχει πεδίο εφαρμογής σε πολλές άλλες περιπτώσεις. Τελικά, καταλήγοντας στην *in concreto* «στάθμιση» σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση δεν προσφέρει σαφή γενικά κριτήρια για τη δικαιοϊκή άρση των πραγματικών συγκρούσεων.

Κατά την θεωρητική αυτή προσέγγιση, η λύση στο πρόβλημα δεν είναι η προτίμηση του ενός εις βάρος του άλλου (στάθμιση), αλλ' η αμοιβαία προσαρμογή τους κατά το μέτρο, που επιβάλλει η μεταξύ τους αιτιώδης συνάφεια και η τελική σύνθεσή τους σε ενιαίο σύνολο. Η θεσμική εφαρμογή εδράζεται στην ταυτόχρονη συνταγματική προστασία δικαιώματος και θεσμού (υποκειμενική/αντικειμενική) και οδηγεί στην αμφίδρομη υλοποίηση του περιεχομένου τους επιτυγχάνοντας έτσι ταυτόχρονα τη θεσμική προσαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων αλλά και τη φιλελευθεροποίηση των θεσμών. Η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής⁴⁰⁷ μπορεί να δώσει με ακρίβεια απαντήσεις στις συγκρουσιακές καταστάσεις διότι λαμβάνει υπόψη τις ιδιαιτερότητες κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης ενώ ταυτόχρονα υπακούει σε γενικούς κανόνες εφαρμοζόμενους σε όλες τις περιπτώσεις. Η υλοποίηση της θεσμικής εφαρμογής σε μεγάλο αριθμό περιπτώσεων τόσο στις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών όσο και στις σχέσεις κράτους πολιτών, αποδεικνύει ότι η αιτιώδης συνάφεια δικαιώματος και θεσμού αποτελεί ασφαλή μέθοδο άρσης των κάθε μορφής συγκρούσεων⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, ό.π. σελ. 200 επ.

⁴⁰⁷ Για τη θεσμική εφαρμογή βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία σελ. 225 επ., Του ίδιου Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, ό.π. σελ. 231 επ.

⁴⁰⁸ Για τη λύση πολλών περιπτώσεων με τη μέθοδο της θεσμικής εφαρμογής σε διάφορες περιοχές του δικαίου βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία σελ. 251 επ.(εργασιακές σχέσεις), 271 επ. (οικογενειακές σχέσεις) 283 επ. (συναλλακτικές

Η πραγματική σύγκρουση των φορέων των συνταγματικών δικαιωμάτων μετατρέπεται στη συνέχεια σε νομική αντιπαράθεση. Η νομική αντιπαράθεση πρέπει να είναι ικανή να καταλήξει σε ορθές λύσεις. Ιδιαίτερη σημασία έχει ποια στοιχεία θα αντιπαρατεθούν. Η νομική αντιπαράθεση χωρίζεται σε δύο βασικές κατηγορίες: την απλή, η οποία λαμβάνει υπόψη της μόνο το υποκειμενικό στοιχείο και τη σύνθετη που λαμβάνει υπόψη της τόσο το υποκειμενικό όσο και το αντικειμενικό στοιχείο.

Η θεσμική αντιπαράθεση (υποκειμενικό/αντικειμενικό) είναι η αντίθεση δικαιώματος και θεσμού μέσα στον οποίο ασκείται, η εξέταση του δικαιώματος στο θεσμικό του περιβάλλον. Το θεσμικό περιβάλλον είναι αυτό που διαμορφώνει ένα πλαίσιο μέσα στο οποίο αναπτύσσεται το δικαίωμα, γι' αυτό και κάθε φορά θέτει τα όρια στην άσκηση του, με αποτέλεσμα να «συγκρούεται» με αυτό. Η θεσμική αυτή αντιπαράθεση είναι το «κλειδί» της εφαρμογής τους. Το αντικειμενικό στοιχείο αποτελεί το πλαίσιο μέσα στο οποίο εκδηλώνονται και εφαρμόζονται τα υποκειμενικά. Η θεσμική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων βασίζεται στην αντιπαράθεση των περιεχομένων δικαιώματος και διαπροσωπικής σχέσης (θεσμού). Εφόσον επιχειρείται η εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων σε ειδικότερες έννομες σχέσεις και θεσμούς, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, ταυτόχρονα και το περιεχόμενο του δικαιώματος, αλλά και το περιεχόμενο της σχέσης, στο πλαίσιο της οποίας επιδιώκεται η εφαρμογή τους. Τόσο το δικαίωμα, όσο και ο θεσμός, έχουν συνταγματική θεμελίωση, πρόκειται δηλαδή για συστηματική ερμηνεία των συνταγματικών διατάξεων, προς την οποία άλλωστε στρέφεται και η πρακτική εναρμόνιση, βασιζόμενη στην ενότητα του Συντάγματος. Αυτή η συστηματική ερμηνεία αφορά όλα τα συνταγματικά δικαιώματα, όχι μόνο τα λεγόμενα ανεπιφύλακτα, αλλά και όσα συνοδεύονται από επιφύλαξη νόμου.

6.2 Τα επιμέρους στάδια της προτεινόμενης μεθόδου

Η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής αναπτύσσεται σε τρία στάδια⁴⁰⁹.

ι) Α' στάδιο: Απλή επίδραση ή περιορισμός δικαιώματος.

Το πρώτο, το κεντρικό ερώτημα που τίθεται σε κάθε πρακτικό ζήτημα είναι αν η παρεμπόδιση την οποία υφίσταται ο φορέας του δικαιώματος αποτελεί απλή επίδραση ή περιορισμό δικαιώματος (α' στάδιο). Τούτο, διότι οι φορείς των δικαιωμάτων υφίστανται ενοχλητικές πολλές φορές επιδράσεις, οι οποίες όμως δεν συνιστούν και περιορισμούς δικαιώματος. Δημιουργείται, δηλαδή, η εσφαλμένη εντύπωση ότι υπάρχει προσβολή δικαιώματος ενώ στην πραγματικότητα δεν υπάρχει. Επομένως, εξετάζεται αρχικά αν στη συγκεκριμένη κάθε φορά υπόθεση υπάρχει πράγματι περιορισμός συνταγματικού δικαιώματος, αν δηλαδή πράγματι περιορίζεται συνταγματικά προστατευόμενο αγαθό και αν ναι, ποιο είναι το δικαίωμα αυτό. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό παρέχεται μέσω δικανικού συλλογισμού υπαγωγής της παρεμποδιζόμενης δράσης στο περιεχόμενο του δικαιώματος. Εξετάζεται, δηλαδή, αν η παρεμποδιζόμενη δράση υπάγεται στο περιεχόμενο του δικαιώματος. Εφόσον

σχέσεις), 301 επ. (κληρονομικές σχέσεις 312 επ., του ίδιου Εφαρμογές Συνταγματικού Δικαίου II, εκδόσεις Σάκκουλα, 2007

⁴⁰⁹ Βλ. αναλυτικά για τα στάδια της μεθόδου σε ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, όπ. σελ. 234 επ.

υπάγεται, πρόκειται για περιορισμό. Αν, αντίθετα, δεν υπάγεται, πρόκειται για απλή επίδραση. Έτσι, το πρώτο στάδιο εκτυλίσσεται σε τρεις φάσεις, που αντιστοιχούν στα τρία μέρη του δικανικού συλλογισμού:

Στην πρώτη φάση συγκεκριμενοποιείται η παρεμποδιζόμενη δράση (ενέργεια ή παράλειψη) του φορέα του δικαιώματος [ελάχιστων πρόταση]. Στη φάση αυτή γίνεται λόγος για παρεμποδιζόμενη (όχι περιοριζόμενη) δράση, διότι δεν έχει ακόμη διακριβωθεί αν υπάρχει απλή επίδραση ή περιορισμός. Η απομόνωση και η ορθή περιγραφή της παρεμποδιζόμενης δράσης αποτελεί σημαντικό βήμα. Πρέπει δηλαδή να διακριβωθεί ποια είναι η δράση του φορέα του δικαιώματος η οποία παρεμποδίζεται, σε τι συνίσταται η παρεμπόδιση του δικαιώματος. Στις περισσότερες περιπτώσεις ο περιορισμός του δικαιώματος συνίσταται σε παρεμπόδιση του φορέα να προβεί σε κάποια ενέργεια στην οποία δικαιούται να προβεί βάσει του περιεχομένου του δικαιώματος, π.χ. η ελευθερία της λατρείας παρέχει στο φορέα την εξουσία να προβαίνει σε λατρευτικές πράξεις, η ελευθερία του συνέρχεσθαι παρέχει την εξουσία διοργάνωσης συναθροίσεων και συμμετοχής σε αυτές κλπ.

Στη δεύτερη αναλύεται το περιεχόμενο του παρεμποδιζόμενου δικαιώματος [μείζων πρόταση], το οποίο περιλαμβάνει α) το αντικείμενο⁴¹⁰ του δικαιώματος (προστατευόμενο αγαθό) και β) την άσκηση. Πρόκειται και εδώ για παρεμποδιζόμενο (και όχι περιοριζόμενο δικαίωμα), διότι δεν έχει ακόμη διακριβωθεί αν υπάρχει απλή επίδραση ή περιορισμός, επομένως ο όρος «περιοριζόμενο δικαίωμα» μπορεί να προκαλέσει σύγχυση δημιουργώντας την εντύπωση ότι υπάρχει περιορισμός. Το παρεμποδιζόμενο δικαίωμα είναι το δεύτερο μέρος του υπαγωγικού συλλογισμού. Η απάντηση στο ερώτημα προϋποθέτει τον εντοπισμό των μερών του υπαγωγικού συλλογισμού, δηλαδή του παρεμποδιζόμενου δικαιώματος και της παρεμποδιζόμενης δράσης. Η έρευνα της υπαγωγής της ενέργειας του φορέα στο περιεχόμενο του δικαιώματος αφορά αφενός μεν το προστατευόμενο αγαθό αφετέρου δε, εφόσον είναι απαραίτητο, την άσκηση του δικαιώματος.

Η ελευθερία άσκησης ως ελευθερία επιλογής τόπου, χρόνου και τρόπου πρέπει να είναι σύμφωνη προς τις γενικές ρήτρες (δικαιώματα των άλλων, χρηστά ήθη κλπ). Οι γενικές αυτές ρήτρες οριοθετούν την άσκηση κάθε δικαιώματος, θέτουν το πλαίσιο μέσα στο οποίο ασκούνται τα δικαιώματα. Δεσμεύσεις άσκησης που προκύπτουν από τη «συνήθη» και «κατά τις περιστάσεις» άσκηση του δικαιώματος, σύμφωνα με τα κρατούντα ήθη και τις συνήθειες που επιβάλλουν το σεβασμό της συνταγματικής νομιμότητας, των χρηστών ηθών και των δικαιωμάτων των άλλων. Αντίθετα, θα πρόκειται για περιορισμό αν η συγκεκριμένη δέσμευση συνιστά δέσμευση της άσκησης πέραν των ορίων αυτών, «μη συνήθη επιβάρυνση», «ασυνήθη δέσμευση», δηλαδή υποχώρηση από τη γραμμή της αναγνωρισμένης άσκησης του δικαιώματος. Για την απάντηση στο ερώτημα αυτό πρέπει να εξεταστεί η παρεμποδιζόμενη δράση αναφορικά προς το κανονιστικό περιεχόμενο των γενικών ρητρών, ώστε να διαπιστωθεί αν τελικά ευρίσκεται εντός ή εκτός του περιεχομένου του δικαιώματος. Απαραίτητη είναι δηλαδή η εξέταση των ορίων άσκησης του δικαιώματος, ώστε να

⁴¹⁰ Το περιεχόμενο του δικαιώματος περιλαμβάνει το αντικείμενο, δηλαδή το υλικό ή και άυλο αγαθό. Στις περισσότερες περιπτώσεις το αντικείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων είναι άυλο αγαθό, γεγονός που δυσχεραίνει τη διάκριση από την παρεχόμενη στο φορέα εξουσία (περιεχόμενο εν στενή εννοία). Εξετάζεται, συνεπώς, αν η συγκεκριμένη συμπεριφορά (ή ενέργεια) του φορέα του δικαιώματος υπάγεται στο προστατευόμενο αντικείμενο.

διακριβωθεί αν ο φορέας νομίμως ασκεί το δικαίωμά του, δηλαδή μέσα στα όρια που θέτουν οι γενικές ρήτρες ή αν, αντίθετα, επιβάλλονται περιορισμοί πέραν αυτών, δηλαδή περιορισμοί που συρρικνώνουν το γενικό περιεχόμενο του δικαιώματος.

Στην τρίτη φάση επιχειρείται συνολικά η υπαγωγή της ενέργειας του φορέα στο εννοιολογικό περιεχόμενο του προστατευόμενου με το δικαίωμα συνταγματικού αγαθού.

Εφόσον εντοπιστεί ήδη από το πρώτο αυτό στάδιο ότι το παρεμποδιζόμενο δικαίωμα δεν περιορίζεται στην πραγματικότητα, δεν υπάρχει δηλαδή περιορισμός δικαιώματος, αλλ' απλή επιβάρυνση, περιττεύει οποιαδήποτε άλλη εξέταση. Αν όμως διαπιστωθεί ο περιορισμός του δικαιώματος, στη συνέχεια είναι απαραίτητη η διερεύνηση του νομικού πλαισίου μέσα στο οποίο ασκείται το περιοριζόμενο δικαίωμα, δηλαδή η απάντηση στο ερώτημα, αν πρόκειται για γενική ή ειδική σχέση⁴¹¹.

ii) Β' στάδιο: Γενική ή ειδική σχέση.

Αν η έννομη σχέση είναι γενική (κυριαρχική ή διαπροσωπική), τότε ο περιορισμός αποτελεί προσβολή. Στη γενική σχέση δεν είναι ανεκτοί περιορισμοί γιατί προσκρούουν στην ελεύθερη δημοκρατική τάξη. Επομένως, δεν υπάρχουν απλοί περιορισμοί παρά μόνο προσβολές, ακριβώς διότι κάθε περιορισμός είναι ανεπίτρεπτος δηλαδή συνιστά προσβολή. Αν, αντίθετα, η έννομη σχέση είναι ειδική, τότε πρέπει να εξεταστεί καταρχήν η ύπαρξη ρητών περιορισμών. Εφόσον δεν προβλέπονται ρητοί *expressis verbis* περιορισμοί που να ενδιαφέρουν στη συγκεκριμένη περίπτωση, εξεταστέα στο τρίτο και τελευταίο στάδιο η ύπαρξη μη ρητών περιορισμών⁴¹² του δικαιώματος από την αιτιώδη συνάφεια δικαιώματος και θεσμού⁴¹³.

iii) Γ' στάδιο: Θεσμική προσαρμογή – αιτιώδης συνάφεια δικαιώματος – θεσμού

Οι περιορισμοί ενδέχεται να είναι: α) *ρητοί περιορισμοί*, δηλαδή αυτοί που υπάρχουν διατυπωμένοι μέσα στο Σύνταγμα (οι ρητοί περιορισμοί πρέπει να προβλέπονται απευθείας στο ίδιο το συνταγματικό κείμενο και όχι μόνο από το νόμο). Αν ο συντακτικός νομοθέτης προβλέπει ρητούς περιορισμούς, εφαρμόζονται όπως προβλέπονται, δηλαδή εξετάζεται αν ο συγκεκριμένος περιορισμός εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο του προβλεπόμενου από το Σύνταγμα περιορισμού. Αν εμπίπτει και είναι σύμφωνος προς τις συνταγματικές ρυθμίσεις, πρόκειται για θεμιτό περιορισμό. Αν και πάλι εμπίπτει στο ρυθμιστικό περιεχόμενο, αλλά δεν συμφωνεί με αυτό, πρόκειται για προσβολή θεμελιώδους δικαιώματος. Αν ο εξεταζόμενος περιορισμός δεν εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο της διάταξης, εξετάζεται η περίπτωση συνδρομής

⁴¹¹ Βλ. για τη διάκριση σε γενικό και ειδικό πεδίο εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων σε ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *Συνταγματικά Δικαιώματα*, Γενικό Μέρος, όπ. σελ. 54-57, 234-235. Για το ζήτημα των ειδικών κυριαρχικών σχέσεων βλ. σε ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ – ΣΤΡΑΓΓΑ Τζ., *Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων*. Όψεις της πολυεπίπεδης προστασίας στον ευρωπαϊκό χώρο, ό.π., σελ. 81 επ.

⁴¹² Δηλαδή περιορισμών που δεν προβλέπονται ρητά στο συνταγματικό κείμενο, πλην όμως αναγκαία προκύπτουν από τη συστηματική ερμηνεία κατά τη συνεφαρμογή των διατάξεων του Συντάγματος.

⁴¹³ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *Συνταγματικά Δικαιώματα*, Γενικό Μέρος, 2005, σελ. 213, 221, 255.

μη ρητού περιορισμού. Αν ο περιορισμός προβλέπεται και από το νόμο, ερευνάται η συμφωνία τους με τις Συνταγματικές επιταγές και β) *μη ρητοί περιορισμοί*: Αν το Σύνταγμα δεν περιέχει ρητούς περιορισμούς (ανεπιφύλακτα δικαιώματα) ή ο συγκεκριμένος περιορισμός δεν υπάγεται στο ρυθμιστικό περιεχόμενο των προβλεπόμενων, ερευνάται η ύπαρξη μη ρητών περιορισμών, που προκύπτουν από άλλες διατάξεις του Συντάγματος. Αναζητείται τυχόν η ύπαρξη κοινού αντικειμενικού στοιχείου μεταξύ δικαιώματος και θεσμού. Εφόσον υπάρχει τέτοιο κοινό στοιχείο, είναι δυνατός ο περιορισμός του δικαιώματος, αναφορικά πάντοτε προς το στοιχείο αυτό⁴¹⁴. Διαφορετικά, εφόσον δηλαδή δεν διακριβώνεται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του περιορισμού και του θεσμού, πρόκειται για ανεπίτρεπτη προσβολή του δικαιώματος.

7. Συγκριτικές παρατηρήσεις επί των επιμέρους μεθοδολογικών προτάσεων

Επιχειρώντας να επιλύσει ένα μεθοδολογικό πρόβλημα το οποίο εντοπίζει στην εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων, δηλαδή την έλλειψη περίσκεψης με την οποία σπεύδει ο εφαρμοστής στην αρχή της αναλογικότητας για να απαντήσει σε νομικά ερωτήματα ή για να επιλύσει διαφορές, η συνταγματική θεωρία έχει προτείνει ορισμένες μεθοδολογικές λύσεις γύρω από το ζήτημα της «σύγκρουσης» των συνταγματικών δικαιωμάτων είτε ως συμπλήρωμα της κρατούσας είτε ως αντιστάθμισμα αυτής.

Αναφέρθηκε σε αρκετά σημεία ανωτέρω ότι, η ελληνική νομολογία και η θεωρία του συνταγματικού δικαίου σε περίπτωση σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων περισσότερων φορέων ακολουθούν, κατά κανόνα, τη λύση της *ad hoc* στάθμισης των συγκρουόμενων συμφερόντων, λαμβανομένων υπ' όψιν των περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης. Η μέθοδος της στάθμισης των συμφερόντων, εντοπίζει τις αντιθέσεις, δεν στρέφεται όμως προς τον εντοπισμό της ενότητας, προς την σύνθεσή τους, αλλά προς την προτίμηση του ενός ή του άλλου μέρους της διαφοράς, προτίμηση, η οποία, όσο και να εξαρτάται από «αντικειμενικά κριτήρια», δεν μπορεί να απαλλαγεί από υποκειμενικά στοιχεία και κρίσεις⁴¹⁵.

Η υπόθεση Lautsi κλπ κατά Ιταλίας χρησιμοποιήθηκε ανωτέρω ως παράδειγμα και σημείο αναφοράς για την ανάδειξη των προβλημάτων που μπορούν να ανακύψουν από την εφαρμογή της κρατούσας σε θεωρία και νομολογία μεθόδου της αναλογικότητας και της ειδικότερης πτυχής της, της στάθμισης, μέθοδο την οποία εφάρμοσε στην προκειμένη υπόθεση το ΕΔΔΑ.

Η προβληματική που τέθηκε αφορούσε το αξιοσημείωτο (από μεθοδολογικής σκοπιάς) χαρακτηριστικό της συγκεκριμένης υπόθεσης, δηλαδή το πώς το ίδιο Δικαστήριο υπό δύο διαφορετικούς σχηματισμούς του κατάφερε εφαρμόζοντας την ίδια μέθοδο επίλυσης (στάθμιση) να εκδώσει δύο διαφορετικές ως προς το αποτέλεσμα τους αποφάσεις!

Από την ανάλυση που προηγήθηκε εύκολα συμπεραίνει κανείς ότι η μέθοδος της στάθμισης, με τη μεγάλη ελευθερία που δίνει στον εκάστοτε δικαστή να "ζυγίζει" τα

⁴¹⁴ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία, σελ. 236.

⁴¹⁵ Βλ. Τον ίδιο, Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, ό.π., σελ. 230.

σταθμιζόμενα μεγέθη, δεν μπορεί ποτέ να δώσει σταθερό αποτέλεσμα, αφού ενδέχεται δύο διαφορετικές συνθέσεις, όπως συνέβη και στην υπόθεση Lautsi, να δώσουν τελείως διαφορετικό αποτέλεσμα. Με τον τρόπο όμως αυτόν δεν επιτυγχάνεται η ασφάλεια του δικαίου, αντιθέτως καταστρατηγείται.

Μέσω της θεσμικής εφαρμογής όμως αποδεικνύεται ότι είναι εφικτή η ολοκληρωμένη προσέγγιση του εκάστοτε προβλήματος. Το παρεμποδιζόμενο δικαίωμα εντάσσεται σε ένα συγκεκριμένο θεσμό και μέσα εκεί ο εφαρμοστής αναζητεί την αιτιώδη σύνδεση ανάμεσα σε αυτά τα δύο στοιχεία. Έτσι, επιτυγχάνεται παράλληλα ο έλεγχος τόσο του υποκειμενικού (δικαίωμα) όσο και του αντικειμενικού (θεσμός) στοιχείου. Με τον τρόπο αυτόν ο δικαστής κυρίως καταλήγει σε ένα απόλυτα ακριβές και σταθερό αποτέλεσμα, το οποίο δεν μπορεί να αναδειχθεί επαρκώς με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας και της στάθμισης των δικαιωμάτων. Η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής και κυρίως η προσαρμογή του δικαιώματος στην ειδική σχέση ή το θεσμό μέσω της χρήσης του λογικού εργαλείου της αιτιώδους συνάφειας, παρέχει τα εχέγγυα της απαιτούμενης ασφάλειας δικαίου.

Η προτεινόμενη εφαρμογή της θεμιτής συνάφειας προδήλως δεν απορρίπτει στο σύνολό της την αναλογικότητα, αλλά μάλλον τη διασώζει, περιχαράκωνοντας το πεδίο εφαρμογής της. Η θεμιτή συνάφεια καθίσταται εργαλείο για τη θεμιτή χρήση του λεγόμενου τεστ αναλογικότητας. Μοιραία όμως και η προτεινόμενη αυτή λύση δεν αποφεύγει να καταλήξει σε υποκειμενικές κρίσεις και σταθμίσεις. Μπορεί μάλιστα να προηγείται κάποιας μορφής θεσμική προσέγγιση των συγκρουόμενων συνταγματικών δικαιωμάτων, όμως καταλήγει να εφαρμόζει *in concreto* «στάθμιση» σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση και συνεπώς δεν προσφέρει σαφή γενικά κριτήρια για τη δικαιοϊκή άρση των πραγματικών συγκρούσεων.

Αντίστοιχα η «ώριμη αναλογικότητα ή αλλιώς η ενιαία αναλογικότητα – αναγκαιότητα» μπορεί μάλιστα να εντοπίζει τα μειονεκτήματα της εν στενή εννοία αναλογικότητας – στάθμισης και κυρίως την αναπόφευκτη υιοθέτηση από τον δικαστή υποκειμενικών αξιολογήσεων, όμως και αυτή η προτεινόμενη λύση δεν παρέχει με επαρκή τεκμηρίωση τα βέβαια αποτελέσματα που απαιτούνται από μια μέθοδο όταν καλείται να επιλύσει συγκρούσεις συνταγματικών δικαιωμάτων. Η πρόταση του μοντέλου της αναγκαιότητας ενέχει και αυτή αρκετά στοιχεία υποκειμενισμού.

Αντίθετα, η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής⁴¹⁶, που βασίζεται στην αιτιώδη συνάφεια δικαιώματος και θεσμού, μπορεί να δώσει με ακρίβεια λογικές απαντήσεις στις συγκρουσιακές καταστάσεις, διότι λαμβάνει υπόψη τις ιδιαιτερότητες κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης, ενώ ταυτόχρονα υπακούει σε γενικούς κανόνες εφαρμοζόμενους σε όλες τις περιπτώσεις. Η υλοποίηση της θεσμικής εφαρμογής σε μεγάλο αριθμό περιπτώσεων τόσο στις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών όσο και στις σχέσεις κράτους πολιτών, αποδεικνύει ότι η αιτιώδης συνάφεια δικαιώματος και θεσμού αποτελεί ασφαλή μέθοδο άρσης των κάθε μορφής συγκρούσεων⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Για τη θεσμική εφαρμογή βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία σελ. 225 επ., Του ίδιου Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, όπ. σελ. 231 επ.

⁴¹⁷ Για τη λύση πολλών περιπτώσεων με τη μέθοδο της θεσμικής εφαρμογής σε διάφορες περιοχές του δικαίου βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική

Γ' ΜΕΡΟΣ:
Η ΕΠΙΛΥΣΗ ΤΩΝ ΣΥΓΚΡΟΥΣΕΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ
ΕΝ ΚΑΙΡΩ ΠΑΝΔΗΜΙΑΣ

1. Εισαγωγικές επισημάνσεις

Η πανδημία του COVID-19 έχει προκαλέσει διεθνώς όχι μόνο υγειονομική και οικονομική αλλά και σοβαρή θεσμική κρίση. Σε όλες σχεδόν τις χώρες τέθηκαν σε εφαρμογή οι συνταγματικές προβλέψεις περί καταστάσεων ανάγκης (ή επείγοντος ή εξαίρεσης). Σε ορισμένες χώρες ανεστάλη η λειτουργία του κοινοβουλίου. Αρκετές χώρες μέλη του Συμβουλίου της Ευρώπης ζήτησαν να υπαχθούν σε καθεστώς παρέκκλισης (derogation) κατά το άρθρο 15 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ). Μια ομάδα ευρωπαϊκών κρατών αντιμετώπισαν την πανδημία υιοθετώντας ένα καθεστώς εξαίρεσης, ενεργοποιώντας ένα καθεστώς παρέκκλισης⁴¹⁸ σύμφωνα με την κοινοβουλευτική διαδικασία που προβλέπεται συνήθως από τα εθνικά τους Συντάγματα. Παράλληλα, τα κράτη⁴¹⁹ αυτά επικαλέστηκαν και τη διάταξη του άρθρου 15 ΕΣΔΑ, η οποία δίνει τη δυνατότητα στα συμβαλλόμενα κράτη σε δύο περιπτώσεις, ήτοι πολέμου ή κινδύνου για τη ζωή του έθνους, να υποβάλουν μία δήλωση στο Γενικό Γραμματέα του Συμβουλίου της Ευρώπης, με την οποία δηλώνουν ότι για ένα ορισμένο χρονικό διάστημα, λόγω αντιμετώπισης ενός κινδύνου ή κατάστασης πολέμου, αποκλίνουν από την εφαρμογή των υποχρεώσεων που απορρέουν από τις διατάξεις της Σύμβασης. Το άρθρο 15 βέβαια προβλέπει ότι υπάρχουν κάποιες διατάξεις της ΕΣΔΑ από τις οποίες δεν μπορεί να αποκλίνει το συμβαλλόμενο κράτος επικαλούμενο αυτήν την εξαιρετική δυνατότητα της δήλωσης απόκλισης, όπως το δικαίωμα στη ζωή, την απαγόρευση βασανιστηρίων, την απαγόρευση αναγκαστικής εργασίας, την αρχή καμίας ποινή χωρίς νόμο.

Ακόμα όμως και στο καθεστώς της απόκλισης το δικαστήριο κρίνει αν τα συγκεκριμένα μέτρα τα οποία λήφθηκαν πως αντιμετώπιση της κατάστασης τηρούν την αρχή της αναλογικότητας και τις δεσμεύσεις που απορρέουν γενικότερα από το διεθνές δίκαιο. Στην πραγματικότητα, πάντως, στις περιπτώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 15 ΕΣΔΑ ο δικαστικός έλεγχος είναι άκρως οριακός, αναγνωρίζεται δηλαδή ένα μεγάλο περιθώριο εκτίμησης στα συμβαλλόμενα κράτη.

Εκτός από τη δήλωση εξαίρεσης του άρθρου 15, υπάρχει όμως και ένας άλλος τρόπος, δηλαδή να αντιμετωπίζουν τα κράτη την πανδημία με το κανονικό συνταγματικό τους δίκαιο, δηλ. κατά βάση με εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας.

εξουσία σελ. 251 επ.(εργασιακές σχέσεις), 271 επ. (οικογενειακές σχέσεις) 283 επ. (συναλλακτικές σχέσεις), 301 επ. (κληρονομικές σχέσεις 312 επ., του ίδιου Εφαρμογές Συνταγματικού Δικαίου Π, εκδόσεις Σάκκουλα, 2007

⁴¹⁸ Βλ. ΚΟΝΤΙΑΔΗ Ε., Δικαιώματα και Πανδημία, σε: ΔτΑ 84/2020, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 315. ΣΤΑΥΡΙΝΑΚΗ Τ, Άρθρο 15, σε: Αίνος-Αλέξανδρος Σισυλιάνος, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2013, σελ. 527 παρ. 3. KIRCHNER St., Human Rights Guarantees during States of Emergency: The European Convention on Human Rights, Baltic Journal of Law & Politics, 3: 2 (2010), (1), σελ. 13.

⁴¹⁹ Πρόκειται κυρίως για κράτη του πρώην ανατολικού μπλοκ (π.χ. Σερβία), δηλ. κράτη που δεν έχουν στέρρες φιλελεύθερες δημοκρατίες,

Οι απαγορεύσεις που επιβλήθηκαν στην ελευθερία της κίνησης και συνακόλουθα στην οικονομική ελευθερία, την ελευθερία του συνέρχεσθαι συμπεριλαμβανομένου και του συνέρχεσθαι για λατρευτικούς και γενικότερα θρησκευτικούς λόγους (lockdown), έθεσαν πολύ κρίσιμα ζητήματα σχετικά με την προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων και την ένταση των περιορισμών που μπορεί να γίνει ανεκτή κατά το Σύνταγμα, τον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, και γενικότερα το δίκαιο της ΕΕ, την ΕΣΔΑ και γενικότερα το διεθνές σύστημα προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου. Η στάθμιση ανάμεσα αφενός μεν στο δικαίωμα στην υγεία (ατομική και δημόσια) και εντέλει στο δικαίωμα στη ζωή, αφετέρου δε στην ελευθερία της κίνησης και όλες τις θεμελιώδεις ελευθερίες που προϋποθέτουν την ελευθερία της κίνησης, δεν είναι μια απλή εμπειρική διαδικασία. Συχνά θέτει τον εφαρμοστή του δικαίου ενώπιον οριακών αξιακών διλημμάτων.

Εξίσου σημαντικά είναι τα προβλήματα τα σχετικά με τη λειτουργία της φιλελεύθερης Δημοκρατίας: τρόπος του νομοθετείν υπό συνθήκες επείγουσας ανάγκης, λειτουργία των κοινοβουλίων, διεξαγωγή ή αναβολή εκλογικών διαδικασιών και δημοψηφισμάτων, εξ αποστάσεως λειτουργία των άμεσων κρατικών οργάνων κ.ο.κ. Επιπλέον τίθενται ουσιώδη ζητήματα πολιτικής νομιμοποίησης και σχέσης των εκλεγμένων πολιτικών οργάνων με τους ειδικούς / τεχνοκράτες σε εθνικό, ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο.

Η πανδημία έθεσε επίσης οξύτατα προβλήματα σχετικά με την προστασία των προσωπικών δεδομένων και μάλιστα ευαίσθητων δεδομένων σχετικών με την κατάσταση της υγείας των υποκειμένων. Τα προβλήματα αυτά τίθενται στο πεδίο τριών τουλάχιστον έννομων τάξεων: της εθνικής, της ενωσιακής (Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων) και αυτής του Συμβουλίου της Ευρώπης (Σύμβαση 108 και ΕΣΔΑ). Η ανίχνευση κρουσμάτων μέσω εφαρμογών στα κινητά τηλέφωνα και η τήρηση των ιατρικών αρχείων είναι τα δυο πιο χαρακτηριστικά θέματα του κεφαλαίου αυτού.

Έθεσε επίσης οξύτατα ζητήματα βιοηθικής: από τα κριτήρια επιλογής προς παροχή νοσηλείας σε ΜΕΘ σε περίπτωση περιορισμένου αριθμού κλινών μέχρι τις παρηγορητικές και πειραματικές θεραπείες και από την οργάνωση της διεξαγωγής των διαφόρων ειδών τεστ μέχρι την παρασκευή των εμβολίων που είναι διεθνές δημόσιο αγαθό.

Ακόμη και σήμερα εξακολουθούν να υπάρχουν σποραδικές αντιστάσεις στην καθολικά υποχρεωτική χρήση μάσκας που βεβαίως δεν συνιστά περιορισμό της ελευθερίας της έκφρασης (δεν φιμώνει το λόγο αλλά θέτει φραγμό στη διάδοση του ιού). Αν η υποχρεωτική χρήση μάσκας περιορίζει, θεμιτά και εντός του πλαισίου της αρχής της αναλογικότητας, κάποιο δικαίωμα, αυτό είναι η ελευθερία της (σωματικής) κίνησης.

Τώρα που επιτεύχθηκε η παραγωγή διαφόρων εμβολίων (συμβατικών ή mRNA), αυτά εγκρίθηκαν και άρχισαν σε πολλές χώρες οι εμβολιασμοί, αναζωπυρώθηκε η γνωστή αντιεμβολιαστική συνωμοσιολογία και τέθηκε το ερώτημα αν ο εμβολιασμός κατά της COVID-19 μπορεί να καταστεί υποχρεωτικός για τον γενικό πληθυσμό ή κρίσιμες ομάδες όπως οι υγειονομικοί, αυτοί που έχουν σοβαρά υποκείμενα νοσήματα, όσοι υπερβαίνουν ένα ηλικιακό όριο ή όσοι ζουν, εργάζονται ή

σπουδάζουν σε κλειστές δομές. Στην Ελλάδα ο εμβολιασμός οργανώνεται προς το παρόν σε εθελοντική βάση, ακόμη και για τους υγειονομικούς και δεδηλωμένους στόχος της πολιτείας είναι να πεισθούν οι πολίτες για την ανάγκη και τα οφέλη του εμβολιασμού. Ακόμη όμως και αν ο εμβολιασμός καθεαυτόν είναι εθελοντικός, τίθεται το ερώτημα αν μπορεί η έλλειψη εμβολιασμού να συνεπάγεται περιορισμούς αναγκαίους για την προστασία της κοινωνίας, την επίτευξη και διατήρηση της «ανόσιας της αγέλης» και την αποτροπή της διάδοσης του ιού. Πώς πρέπει να αντιμετωπίσει η πολιτεία τους υγειονομικούς που επιλέγουν να μη εμβολιασθούν; Μπορεί να διασφαλισθεί έτσι η λειτουργία των νοσοκομείων και των άλλων δομών υγείας; Τι θα γίνει στα γηροκομεία, τα στρατόπεδα, τα πλοία του Πολεμικού Ναυτικού, τις φυλακές, τα σχολεία, τις δημόσιες υπηρεσίες, τα μέσα μαζικής μεταφοράς, τους χώρους ψυχαγωγίας και άθλησης; Πώς θα συνυπάρχουν και πώς θα διαχωρίζονται εμβολιασθέντες και μη εμβολιασθέντες;

Η Πανδημία του COVID-19 έχει επηρεάσει όλο το δίκαιο, δικονομικό και ουσιαστικό, δημόσιο, ποινικό και αστικό⁴²⁰. Αν και έχει περάσει ενάμιση χρόνος από τότε που ξεκίνησε η πανδημία, θα περίμενε κανείς ότι περισσότερα ζητήματα θα είχαν επιλυθεί σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας από τα δικαστήρια από αυτά που έχουν σήμερα ήδη κριθεί.

Στο όνομα της διαφύλαξης υπέρτερων αγαθών, όπως η συνταγματικά κατοχυρωμένη προστασία της ζωής και της υγείας των πολιτών (άρθρα 5 παρ. 2, 5 και 21 παρ. 3 Συντ.), επιβλήθηκαν σημαντικοί περιορισμοί συνταγματικών δικαιωμάτων. Ειδικότερα, με στόχο τον περιορισμό εξάπλωσης του ιού, επιβλήθηκε η προσωρινή απαγόρευση της λειτουργίας σχολικών μονάδων και πάσης φύσεως εκπαιδευτικών δομών, φορέων και ιδρυμάτων. Ανεστάλη επίσης η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών και ιδιωτικών επιχειρήσεων, δικαστηρίων, χώρων θρησκευτικής λατρείας, αθλητικών και καλλιτεχνικών εκδηλώσεων, θεάτρων, κινηματογράφων, αρχαιολογικών χώρων, μουσείων και καταστημάτων υγειονομικού ενδιαφέροντος. Τα έκτακτα περιορισμού της διασποράς του Covid-19, που υιοθετήθηκαν, περιλαμβάνουν ακόμα, την υποχρεωτική υποβολή προσώπων, για τα οποία υπάρχουν εύλογες υπόνοιες ότι μπορεί να μεταδώσουν άμεσα ή έμμεσα τη νόσο, σε κλινικό και εργαστηριακό ιατρικό έλεγχο, σε υγειονομική παρακολούθηση, εμβολιασμό, φαρμακευτική αγωγή και νοσηλεία. Ταυτόχρονα, για τον περιορισμό του συγχρωτισμού μεταξύ πολιτών και των άσκοπων μετακινήσεων, θεσπίστηκε αυξημένη αστυνομική επιτήρηση του πληθυσμού, έλεγχος κυκλοφορίας των οχημάτων, νυκτερινή απαγόρευση της κυκλοφορίας, περιορισμός των συναθροίσεων, ενώ η έξοδος από το σπίτι επιτράπηκε μόνο για συγκεκριμένο λόγο και με αποστολή SMS στον κωδικό 13033.

Τα πρωτόγνωρα αυτά μέτρα, τουλάχιστον σε μια δημοκρατική χώρα όπως η Ελλάδα, περιόρισαν σειρά συνταγματικών δικαιωμάτων, όπως το δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, η ελευθερία έκφρασης, η θρησκευτική και συναλλακτική ελευθερία, το δικαίωμα στην εργασία, στην εκπαίδευση, το δικαίωμα

⁴²⁰ Η πανδημία επηρεάζει και τη δημοκρατική διαδικασία. Βλ. π.χ. υπόθεση που απασχόλησε τη γαλλική έννομη τάξη το 2020 οπότε και μετατέθηκε η διενέργεια του β' γύρου των δημοτικών εκλογών. Κρίθηκε απ' το Γαλλικό Συμβούλιο ότι αυτό επιτρέπεται. Βλ. [Απόφαση αριθ. 2020-849 QPC της 17ης Ιουνίου 2020 | Κονσεϊλ συνταγματικό \(conseil-constitutionnel.fr\)](#)

του συνέρχεσθαι, το δικαίωμα στην προστασία της ιδιωτικής ζωής κ.λπ.⁴²¹ Την πανδημία στο πεδίο της υγείας ακολούθησε μια «πανδημία ερμηνειών» εκ μέρους σχολιαστών σχετικά με την αναλογικότητα (κατ' άρθρο 25 παρ.1 εδ. 4 Συντ) και την προσφορότητα των ληφθέντων έκτακτων μέτρων.⁴²² Εκτός από τις ενστάσεις που εκφράστηκαν αναφορικά με την ακρίβεια των επιδημιολογικών δεδομένων και με την «κυριαρχία των ειδικών», γιατρών, καθηγητών και λοιμωξιολόγων, ο επιστημονικός διάλογος επικεντρώθηκε στις ευρύτερες επιπτώσεις των περιορισμών στους θεσμούς, στα ανθρώπινα δικαιώματα, στις ευρωπαϊκές αξίες και στην ίδια τη δημοκρατία. Στο πλαίσιο του δημοσίου διαλόγου, αμφισβητήθηκε, μεταξύ άλλων, και η συνταγματικότητα των αστυνομικών διατάξεων περί γενικής απαγόρευσης των υπαίθριων συναθροίσεων (κατ' άρθρο 11 παρ. 2 Συντ). Ως χαρακτηριστικό παράδειγμα απόφασης που βρέθηκε στο στόχαστρο της κριτικής ήταν η Απόφαση του Αρχηγού της Ελληνικής Αστυνομίας⁴²³ περί απαγόρευσης στο σύνολο της Επικράτειας, όλων των δημόσιων υπαίθριων συγκεντρώσεων, στις οποίες συμμετέχουν 4 ή και περισσότερα άτομα, από το πρωί της 15ης έως το βράδι της 18ης Νοεμβρίου 2020 με την απειλή επιβολής ατομικών διοικητικών κυρώσεων κατά των πολιτών. Σύμφωνα με την Ένωση Δικαστών και Εισαγγελέων (ΕΝΔΕ), η αστυνομική αυτή διάταξη βρίσκεται εκτός συνταγματικού πλαισίου του άρθρου 11 παρ. 2 Συντ⁴²⁴ (το οποίο επιτρέπει γενική απαγόρευση των συναθροίσεων μόνο όταν συντρέχει σοβαρός κίνδυνος για τη δημόσια ασφάλεια), και συνεπώς η απόφαση αυτή είναι ανακλητέα. Περαιτέρω, η αναστολή του δικαιώματος του συνέρχεσθαι (άρθρο 11) και των άλλων συνταγματικών ελευθεριών⁴²⁵ επιτρέπεται μόνο με απόφαση της Βουλής, μετά από πρόταση της κυβέρνησης, επί κατάστασης πολιορκίας (κατ' άρθρο 48 Συντ). Τέτοια περίπτωση συντρέχει σε περίπτωση πολέμου, επιστράτευσης εξαιτίας εξωτερικών κινδύνων, άμεσης απειλής της εθνικής ασφάλειας και εκδήλωσης ένοπλου κινήματος για την ανατροπή του δημοκρατικού πολιτεύματος.⁴²⁶

⁴²¹ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., το συνταγματικό δίκαιο στην εποχή του κορωνοϊού, ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ, τεύχος 138, Μάρτιος-Απρίλιος 2020, Νομική Βιβλιοθήκη

⁴²² ΠΑΠΑΤΟΛΙΑ Α., «Η «επόμενη μέρα» του εθνικού και ευρωπαϊκού συνταγματισμού - Ερμηνευτικοί (ανα)στοχασμοί μετά την πανδημία» εκδ. Παπαζήση, 2020

⁴²³ Απόφαση 1029/8/18/13.11.2020, Δημόσιες υπαίθριες συναθροίσεις (ΦΕΚ Β' 5046/14-11-2020).

⁴²⁴ Κατά την ΕΝΔΕ, η γενική απαγόρευση των συναθροίσεων ισοδυναμεί με αναστολή της ισχύος του άρθρου 11 του Συντάγματος, η οποία είναι επιτρεπτή μόνο επί κατάστασης πολιορκίας, υπό τις έκτακτες συνθήκες του άρθρου 48 του Συντάγματος (Σβάλου/Βλάχου, Το Σύνταγμα της Ελλάδος, Β', 1955, σελ. 228, Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, έκδ. 2006, σελ. 489). Η δε ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 5 του Συντάγματος, την οποία επικαλείται η απόφαση του Αρχηγού της Ελληνικής Αστυνομίας, αφορά στη λήψη ατομικών διοικητικών μέτρων περιορισμού της ελεύθερης κίνησης (π.χ. θέση σε καθεστώς καραντίνας συγκεκριμένου πολίτη) και δεν βρίσκει έδαφος εφαρμογής στις μαζικές υπαίθριες συναθροίσεις για τις οποίες προβλέπει αποκλειστικά και μόνο το άρθρο 11. Επιπρόσθετα θα πρέπει να τονιστεί, ότι για τις συναθροίσεις κατά την επέτειο του Πολυτεχνείου όπως και της Πρωτομαγιάς, σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 3 του ΠΔ 73/2020 που εκδόθηκε για τη ρύθμιση ειδικότερων θεμάτων του Ν 4703/2020, δεν οφείλεται γνωστοποίηση στις Αρχές. Επομένως, η Πολιτεία οφείλει να προστατεύσει τη δημόσια υγεία μέσα στις συνθήκες της πανδημίας, χωρίς να υπερβαίνει, όπως εν προκειμένω, τα όρια του Κράτους Δικαίου, Βλ. την από 16.11.2020 δήλωση προεδρείου ΕΝΔΕ σε <https://ende.gr/>

⁴²⁵ Άρθρα 5 παρ. 4, 6, 8, 9, 11, 12 παρ. 1 έως και 4, 14, 19, 22 παρ. 3, 23, 96 παρ. 4 και 97 Συντάγματος.

⁴²⁶ Βλ. ακόμα Ένωση Δικαστών: Εκτός Συνταγματικού πλαισίου η απόφαση για τη γενική απαγόρευση των συναθροίσεων, άρθρο 15.11.2011, σε <https://www.lawspot.gr/nomika-nea/enosi-dikaston-ektos-syntagmatikoy-plaisiyo-i-apofasi-gia-ti-geniki-apagoreysi-ton>

Οι σχετικές κανονιστικές ρυθμίσεις (κοινές υπουργικές αποφάσεις) εκδόθηκαν κατ' επίκληση του άρθρου 5 παρ. 4 Συντ. και της ερμηνευτικής δήλωσης κάτω από αυτό ⁴²⁷ όπως και δυνάμει σχετικών νομοθετικών εξουσιοδοτήσεων.⁴²⁸ Βάσει των σχετικών ρυθμίσεων τα επιβαλλόμενα μέτρων, διαβαθμίζονται σε τρία επίπεδα, δηλαδή επιτήρησης, αυξημένου κινδύνου και πολύ αυξημένου κινδύνου. Πράγματι, ανατρέχοντας στο κείμενο των σχετικών κοινών υπουργικών αποφάσεων μπορεί να διαπιστώσει κανείς σημαντικούς περιορισμούς σε σειρά από κατοχυρωμένα – ασκούμενα ακωλύτως ή σχεδόν ακωλύτως υπό κανονικές συνθήκες ατομικά, πολιτικά και κοινωνικά δικαιώματα. Πρόκειται δηλαδή για: (α) την αναστολή των συναθροίσεων και των δημόσιων κοινωνικών εκδηλώσεων, (β) την περιορισμένη πρόσβαση στις δημόσιες υπηρεσίες, (γ) την υπό σοβαρούς περιορισμούς ή και την αναστολή λειτουργίας ορισμένων ιδιωτικών επιχειρήσεων, (δ) την περιορισμένη άλλως εξαιρετικώς περιορισμένη λειτουργία των δικαστηρίων, με ό,τι αυτό συνεπάγεται για την έκταση και την ένταση του δικαιώματος όπως και της ποιότητας της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας, (ε) την υπό ειδικές προϋποθέσεις και περιορισμούς πρόσβαση στις μονάδες υγείας, (στ) την υπό ειδικούς περιορισμούς πρόσβαση στις μονάδες φροντίδας ειδικών κατηγοριών πληθυσμού (ηλικιωμένοι, ευπαθείς ομάδες, άστεγοι κ.λπ.) όπως και στις μονάδες φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών, (ζ) την ουσιαδώς διαφοροποιημένη λειτουργία του εκπαιδευτικού συστήματος και των τριών βαθμίδων εκπαίδευσης, (η) την υπό έντονους περιορισμούς άσκηση της θρησκευτικής λατρείας (τέλεση θρησκευτικών τελετών χωρίς πιστούς ή μόνον με την παρουσία περιορισμένου αριθμού προσώπων), (θ) την αναστολή της λειτουργίας και συνακόλουθα της πρόσβασης σε μουσεία, σπήλαια, εκδηλώσεις παραστατικών τεχνών, κινηματογραφικές προβολές, συνέδρια και εκθέσεις, (ι) την απαγόρευση επισκεψιμότητας των κέντρων υγειονομικού ενδιαφέροντος, πλην επιτόπιας/στιγμιαίας λήψης ή/και διανομής φαγητού (take away & delivery), (ια) τον περιορισμό της μεταφοράς επιβατών και συνακόλουθα της πραγματοποίησης ταξιδιών εντός και εκτός της Χώρας, (ιβ) την αναστολή λειτουργίας των αθλητικών εγκαταστάσεων και στοιχηματικών υπηρεσιών όπως και την υπο περιορισμούς τέλεση αθλητικών αγώνων, (ιγ) την υπό περιορισμούς λειτουργία των καταστημάτων τροφίμων και την αναστολή ή υπό εξαιρετικούς περιορισμούς λειτουργία του λοιπού λιανεμπορίου και των προσωπικών υπηρεσιών

⁴²⁷ Βλ. Συντ. άρθρο 5 παρ. 4: «Απαγορεύονται ατομικά διοικητικά μέτρα που περιορίζουν σε οποιονδήποτε Έλληνα την ελεύθερη κίνηση ή εγκατάσταση στη Χώρα, καθώς και την ελεύθερη έξοδο και είσοδο σ' αυτήν...». Ερμηνευτική Δήλωση: «Στην απαγόρευση της παραγράφου 4 δεν περιλαμβάνεται η απαγόρευση της εξόδου με πράξη του εισαγγελέα, εξαιτίας ποινικής δίωξης, ούτε η λήψη μέτρων που επιβάλλονται για την προστασία της δημόσιας υγείας ή υγείας ασθενών, όπως ορίζει...». Επίσης Συντ. άρθρο 5 παρ. 5: «Καθένας έχει δικαίωμα στην προστασία της υγείας και της γενετικής του ταυτότητας...». Η διατύπωση των διατάξεων αυτών, σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στα άρθρα 2 παρ.1, 5 παρ.1 και 21 παρ. 3 Συντ., επιτρέπει το συμπέρασμα ότι το καθήκον προστασίας της δημόσιας υγείας έχει νομική φύση κοινωνικού δικαιώματος, ενώ της υγείας του ασθενούς μικτό, κοινωνικό και ατομικό χαρακτήρα, βλ. ΧΡΥΣΑΝΘΑΚΗ Χ. (Ευαγγ. Γαλάνη – Π. Πανταζόπουλου), Εισηγήσεις Συνταγματικού Δικαίου, εκδ. 2η, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2020, αρ 467-468, σελ. 214-216.

⁴²⁸ Πρόκειται για τις ακόλουθες πράξεις νομοθετικού περιεχομένου, κυρωμένες με διάταξη νόμου: ΠΝΠ της 1.5.2020, άρθρο 44ο /κυρ. Ν 4690/2020, άρθρο 2, ΠΝΠ της 25.2.2020, άρθρο 1ο/κυρ. Ν 4682/2020, άρθρο 1, ΠΝΠ της 14.3.2020, άρθρο 23ο παρ. 4/ κυρ. Ν 4682/2020, άρθρο 3, ΠΝΠ της 11.3.2020, άρθρο 11/κυρ. Ν 4682/2020, άρθρο 2 & ΠΝΠ της 20.3.2020 και άρθρο 68ο παρ. 3/κυρ. Ν 4683/2020, άρθρο 1.

υγιεινής (κομμωτήρια, κ.λπ.), ΚΤΕΟ και, τέλος, αλλά κάθε άλλο παρά ήσσονος σημασίας, (ιδ) τον περιορισμό της κίνησης/ελεύθερης κυκλοφορίας των πολιτών.⁴²⁹

Η πανδημία είναι μια έκτακτη ανάγκη που επηρεάζει όλο το δίκαιο, γιατί στο πλαίσιο αντιμετώπισης αυτής της πανδημίας λαμβάνονται μέτρα και επιβάλλονται μία σειρά περιορισμών σε σημαντικά συνταγματικά δικαιώματα. Θεωρία και νομολογία δίνουν έμφαση κυρίως σε τρία ζητήματα:

α. στην προσωρινότητα των μέτρων που λαμβάνονται για την αντιμετώπιση της πανδημίας

Στο πλαίσιο του ελέγχου της αρχής της αναλογικότητας εξετάζεται αν τα μέτρα λαμβάνονται όχι για απεριόριστο χρονικό διάστημα αλλά για ένα συγκεκριμένο περιορισμένο διάστημα και αν συνεχώς αναθεωρούνται, διότι, σε διαφορετική περίπτωση, ελλοχεύει ο κίνδυνος πολλά από αυτά τα εξαιρετικά μέτρα, που ελήφθησαν και λαμβάνονται για την αντιμετώπιση πανδημίας, να παραμείνουν σε μόνιμη βάση ως περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, ό, τι δηλαδή αποκάλεσε ευφύως ο Καθηγητής Βλαχόπουλος ως συνταγματικό μιθριδατισμό⁴³⁰. Επομένως, είναι πολύ σημαντικό ότι η νομολογία δίνει έμφαση στον προσωρινό χαρακτήρα των μέτρων και στην διαρκή αναθεώρηση τους επί τη βάση επιδημιολογικών κυρίως δεδομένων.

β. η παροχή δικαστικής προστασίας

Είναι εξίσου σημαντικό να διασφαλίζεται η παροχή δικαστικής προστασίας σε εκείνους που υφίστανται τα μέτρα τα οποία λαμβάνονται προς αντιμετώπιση της πανδημίας, δηλαδή είναι σημαντικό να διασφαλίζεται ότι ακόμα και σε έκτακτες συνθήκες δίνεται η δυνατότητα στα υποκείμενα να αμφισβητούν τη συνταγματικότητα των υιοθετούμενων μέτρων κατά της πανδημίας.

γ. διαφάνεια,

Υπό την έννοια της προσβασιμότητας στα πραγματικά στοιχεία που στηρίζουν τις αποφάσεις των μέτρων που λαμβάνονται προς αντιμετώπιση της πανδημίας, π.χ. προσβασιμότητα στις γνωμοδοτήσεις⁴³¹ της Επιτροπής Λοιμωξιολόγων, τα πρακτικά της επιτροπής που συμβουλεύει την Κυβέρνηση και τον νομοθέτη πριν λάβουν κάθε νέο μέτρο.

Το μεθοδολογικό εργαλείο με το οποίο λύνονται τα διάφορα ζητήματα που ανακύπτουν από την εφαρμογή των περιοριστικών μέτρων κατά της διάδοσης της πανδημίας είναι η αρχή της αναλογικότητας. Το ζήτημα είναι τι ένταση έχει αυτός ο έλεγχος αναλογικότητας σε μία έκτακτη συνθήκη, όταν τα επιμέρους ζητήματα είναι ιδιαιτέρως τεχνικά και επιστημονικά. Μπορεί ο δικαστής να προβαίνει σε έναν εντατικό έλεγχο αναλογικότητας; Συνακόλουθα, ανακύπτει και ένα ζήτημα που έχει να κάνει με το ρόλο του δικαστή στο πλαίσιο της διάκρισης των λειτουργιών (άρθρο

⁴²⁹ Ο όρος “πολίτης” δεν χρησιμοποιείται με την έννοια του έχοντος της ελληνική ιθαγένεια, αλλά του κατοίκου ή του οπωσδήποτε διαμένοντος ή του απλώς (μετα)κινουμένου στην πόλη ή στην Χώρα.

⁴³⁰ Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Συνταγματικός μιθριδατισμός. Οι ατομικές ελευθερίες σε εποχές πανδημίας, Αθήνα, εκδ. Ευρασία, 2020, ιδίως σελ. 37 επ.

⁴³¹ Στην Ελλάδα παραμένουν μυστικά τα στοιχεία αυτά.

26 του Συντάγματος). Σε ό, τι αφορά την περίπτωση της πανδημίας, ο ρόλος του δικαστή δεν αντιπαραβάλλεται προς τον ρόλο της συνταγματικά νομιμοποιημένης πολιτικής εξουσίας, αλλά αντιπαραβάλλεται προς μια τεχνοκρατία⁴³², μια μη νομιμοποιημένη τεχνοεπιστήμη.

Η δυσκολία εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας είναι εμφανής: οι περιοριστικές ρυθμίσεις αποφασίζονται από την κυβέρνηση σύμφωνα με τα πορίσματα μιας ομάδας ειδικών, οι κρίσεις της οποίας δεν μπορούν να ελεγχθούν με τα διδάγματα της κοινής πείρας, ενώ οι κανόνες της λογικής – δεν μπορεί παρά να – επιβάλλουν την προστασία των «πρωτευόντων» δικαιωμάτων⁴³³.

Επομένως, αντιλαμβάνεται κανείς ότι οι υποθέσεις της πανδημίας έχουν και ένα ευρύτερο πολιτειολογικό ενδιαφέρον. Ποιος είναι ο αντίκτυπος στη δημοκρατία⁴³⁴; Σε μία εποχή ραγδαίων τεχνολογικών εξελίξεων ο ρόλος της τεχνοεπιστήμης καθίσταται ολοένα και πιο σημαντικός. Σήμερα υπάρχει η πανδημία του κορονοϊού, ενδεχομένως αύριο θα εμφανιστεί κάτι άλλο και πάλι ενδεχομένως θα χρειάζεται η λήψη μέτρων μετά από γνώμη μιας αντίστοιχης επιτροπής τεχνοκρατών και κάθε φορά θα ανακύπτει η διερώτηση, ποιος θα πρέπει να έχει τον τελευταίο λόγο; Ο πολιτικός, ο δικαστής ή ο τεχνοκράτης; Αυτή τη φορά μπορεί να μην είναι ο γιατρός, μπορεί να είναι π.χ. ο επιστήμονας πληροφορικής (IT expert).

2. Επισκόπηση νομολογίας αναφορικά με σταθμίσεις σε υποθέσεις περιορισμών για την αντιμετώπιση της πανδημίας

Ακολουθεί κατηγοριοποίηση της νομολογίας και της ακολουθούμενης μεθοδολογίας ελέγχου των περιορισμών ανάλογα με τη φύση των περιοριστικών μέτρων:

2.1 Μέτρα κοινωνικής αποστασιοποίησης

Τα μέτρα της λεγόμενης «καραντίνας» επιβλήθηκαν από τους πρώτους μήνες που ξέσπασε η υγειονομική κρίση. Τα μέτρα αυτά αποτελούν σοβαρή παρέμβαση στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας του ατόμου και κυρίως στην ελεύθερη μετακίνηση⁴³⁵ που κατοχυρώνεται στο άρθρο 5 παράγραφος 4 του Συντάγματος το οποίο ορίζει ότι: *«Απαγορεύονται ατομικά διοικητικά μέτρα που περιορίζουν σε οποιονδήποτε Έλληνα την ελεύθερη κίνηση ή εγκατάσταση στη Χώρα, καθώς και την ελεύθερη έξοδο και είσοδο σ' αυτήν. Τέτοιου περιεχομένου περιοριστικά μέτρα είναι*

⁴³² Όπως είχε συμβεί πρόσφατα στο πλαίσιο της δημοσιονομικής και οικονομικής κρίσης. Βλ., ενδεικτικά, ΜΑΝΤΖΟΥΦΑ Π., Οικονομική Κρίση και Σύνταγμα, εκδ Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2014, σελ. 356-7, ΒΙΔΑΛΗ Τ., «Η βουβή νομιμοποίηση», <https://www.constitutionalism.gr/>. Βλ., σχετικά, το κείμενο του ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΥ Χ., «Επιστήμη και πολιτική στην κρίση του κορονοϊού», ο προβληματισμός του οποίου παραπέμπει στην αγωνία του Δ. Τσάτσου να διαφυλάξει την πρωταρχικότητα του πολιτικού λόγου έναντι του επιστημονικού ως εγγύηση της δημοκρατίας.

⁴³³ ΚΑΜΤΣΙΑΔΟΥ Ι., Η πανδημία και η αναχώρηση του δικαίου, σε: ΔτΑ 85/2020, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 611.

⁴³⁴ Βλ. για τις ανησυχίες αυτές ΡΕΘΥΜΝΙΩΤΑΚΗ ΕΛ., 'Μοιάζει πράγματι να ιατρικοποιείται η πολιτική και να πολιτικοποιείται η ιατρική!', «Πανδημία, ειδημοσύνη και δημοκρατική πολιτική», in Π. ΚΑΠΟΛΑΓ. ΚΟΥΖΕΛΗΣ/ΟΡ. ΚΩΝΣΤΑΝΤΑΣ (επ.), Αποτυπώσεις σε στιγμές κινδύνου, Τοπικά ΙΘ', 2020, σελ. 251 επ. (252), πρβλ. ΤΣΙΤΣΕΛΙΚΗ Κ., «Η υγειονομική κρίση του 2020 και η εντροπία του του α-πολιτικού», <https://www.constitutionalism.gr/>.

⁴³⁵ Σε επίπεδο ΕΣΔΑ η ελευθερία μετακίνησης κατοχυρώνεται στο άρθρο 5.

δυνατόν να επιβληθούν μόνο ως παρεπόμενη ποινή με απόφαση ποινικού δικαστηρίου, σε εξαιρετικές περιπτώσεις ανάγκης και μόνο για την πρόληψη αξιόποινων πράξεων, όπως νόμος ορίζει».

Το ΣτΕ δεν αμφισβήτησε τη συνταγματικότητα των μέτρων αυτών, λαμβάνοντας υπόψη και την ερμηνευτική δήλωση που περιέχει το άρθρο 5 («Στην απαγόρευση της παραγράφου 4 δεν περιλαμβάνεται η απαγόρευση της εξόδου με πράξη του εισαγγελέα, εξαιτίας ποινικής δίωξης, ούτε η λήψη μέτρων που επιβάλλονται για την προστασία της δημόσιας υγείας ή της υγείας ασθενών, όπως νόμος ορίζει.»).

Το ζήτημα ωστόσο απασχόλησε και τη νομολογία του Γαλλικού Συνταγματικού Συμβουλίου⁴³⁶ αλλά και του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου⁴³⁷. Το Γαλλικό Συνταγματικό Συμβούλιο το απασχόλησε σε επίπεδο οριστικής συνταγματικής προσφυγής, έκρινε δε τα μέτρα αυτά συνταγματικά. Το ΓΟΣΔ σε επίπεδο προσωρινής δικαστικής προστασίας (διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων) έκρινε επί αίτησης ανασταλεί μία διαταγή για κοινωνική αποστασιοποίηση ενός κρατιδίου της Βαυαρίας και κάνοντας μία στάθμιση βλάβης από τη λήψη του μέτρου στον αιτούντα και βλάβης για το δημόσιο συμφέρον για το κράτος το Δικαστήριο απέρριψε την αίτηση.

Η αιτιώδης σχέση του δικαιώματος της ελεύθερης κίνησης με το αγαθό της δημόσιας υγείας στις περιπτώσεις πανδημίας, συνίσταται στο ότι η επαφή και επικοινωνία μεταξύ των ανθρώπων είναι η αιτία της μετάδοσης της νόσου στον πληθυσμό. Αυτό ακριβώς σημαίνει ότι η ελεύθερη άσκηση του δικαιώματος κίνησης εμπεριέχει μέγιστη διακινδύνευση του αγαθού της δημόσιας υγείας. Είναι επομένως δυνατός ο κατά χρόνο και τρόπο περιορισμός του δικαιώματος κατά το μέτρο πάντα που αυτό είναι αναγκαίο για την αντιμετώπιση της πανδημίας⁴³⁸.

2.2. Το μέτρο του υποχρεωτικού εμβολιασμού

Στην Ευρώπη οι πολιτικές που υιοθετούνται σχετικά με τον υποχρεωτικό εμβολιασμό λόγω Covid είναι ακόμα υπό διαμόρφωση. Καταρχήν ο εμβολιασμός για το γενικό πληθυσμό είναι εθελοντικός, ενώ διάφορες καμπάνιες υιοθετούνται για την προώθηση του εμβολιασμού. Ορισμένα κράτη όμως, μεταξύ αυτών πρόσφατα και η Ελλάδα, ξεκινούν να υιοθετούν ρυθμίσεις οι οποίες καθιστούν υποχρεωτικό τον εμβολιασμό κάποιων συγκεκριμένων επαγγελματικών ομάδων. Με το άρθρο 206 του ν. 4820/2021 (Α' 130) κατέστη υποχρεωτικός ο εμβολιασμός για το υγειονομικό προσωπικό κάθε είδους και προβλέφθηκαν οι συνέπειες από τη μη τήρηση του μέτρου αυτού⁴³⁹.

⁴³⁶ [Decision no. 2020-800 DC of 11 May 2020 | Conseil constitutionnel \(conseil-constitutionnel.fr\)](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020-800)

⁴³⁷ [Bundesverfassungsgericht - Τύπος - Ανεπιτυχείς αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικών μέτρων σε σχέση με την πανδημία COVID-19](https://www.bundesverfassungsgericht.de/Pressemitteilungen/BVVerf/2020-02-14.html)

⁴³⁸ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α. και ΛΟΤΤΙΔΗ Χ., Θεσμική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων εν μέσω πανδημίας 14.02.2021 άρθρο δημοσιευμένο σε: <https://m.kathimerini.com.cy/gr/apopseis/prosopikotites-stin-k/1-thesmiki-efarmogi-ton-syntagmatikwn-dikaionaton-en-meso-pandimias>

⁴³⁹ Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 206 Ν. 4820/2021: «Στην περίπτωση μη τήρησης της υποχρέωσης αυτής, επέρχονται οι ακόλουθες συνέπειες:

α) Ειδικώς στην περίπτωση εργαζομένων σε φορείς του δημοσίου τομέα, υπό την έννοια της περ. (α) της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4270/2014 (Α' 143), που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος, με

Καταρχάς πρέπει να τονιστεί ότι στο δημοκρατικό κοινωνικό κράτος δικαίου κανείς δεν μπορεί νόμιμα να υποχρεώσει άμεσα οποιονδήποτε άνθρωπο και να τον υποβάλλει σε εμβόλιο ή άλλη επέμβαση σώματος. Η ελευθερία του ατόμου επάνω στο σώμα του κατοχυρώνεται συνταγματικά. Ωστόσο είναι δυνατή η έμμεση υποχρέωση εμβολιασμού. Και τούτο διότι στον κοινωνικό χώρο τα δικαιώματα δεν ασκούνται από το άτομο μεμονωμένα. Αντίθετα, αποκτούν αξία και αναδύεται η

απόφαση του επικεφαλής του φορέα επιβάλλεται, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης, το ειδικό διοικητικό μέτρο της αναστολής καθηκόντων για επιτακτικούς λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας. Κατά τον χρόνο αναστολής καθηκόντων, ο οποίος δεν λογίζεται ως χρόνος πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας, δεν καταβάλλονται αποδοχές. Με την πραγματοποίηση της πρώτης ή της μοναδικής δόσης η αναστολή αίρεται με όμοια απόφαση του φορέα, υπό την προϋπόθεση της ολοκλήρωσης του εμβολιαστικού κύκλου, σύμφωνα με τις προβλεπόμενες διαδικασίες και στον προβλεπόμενο χρόνο.

β) Σε κάθε άλλη περίπτωση πλην της περ. (α) και μέχρι την πραγματοποίηση της πρώτης ή της μοναδικής δόσης, όπως επίσης σε περίπτωση μη ολοκλήρωσης του εμβολιαστικού κύκλου σύμφωνα με τις προβλεπόμενες διαδικασίες και στον προβλεπόμενο χρόνο, ο εργοδότης υποχρεούται να μην κάνει δεκτή την παροχή της εργασίας του εργαζομένου και απαλλάσσεται από την υποχρέωση καταβολής αποδοχών για το χρονικό διάστημα μη παροχής εργασίας λόγω εφαρμογής του παρόντος. Το προηγούμενο εδάφιο εφαρμόζεται και σε συμβάσεις έργου, παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών, καθώς και σε συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας δανειζόμενου προσωπικού ή προσωπικού που συμβάλλεται με εργολάβο. Στον εργοδότη που απασχολεί προσωπικό ή παρέχει υπηρεσίες σε ωφελομένους κατά παράβαση του παρόντος, επιβάλλεται διοικητικό πρόστιμο: βα) δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ για κάθε παράβαση και έως πενήντα χιλιάδων (50.000) ευρώ και, ββ) σε περίπτωση υποτροπής, που διαπιστώνεται σε επανέλεγχο, είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ για κάθε παράβαση και έως διακοσίων χιλιάδων (200.000) ευρώ. Υπόχρεο εργοδότη, για τους σκοπούς εφαρμογής του παρόντος, συνιστά κάθε εργοδότης για το σύνολο του προσωπικού του, στο οποίο περιλαμβάνεται και το δανειζόμενο σε αυτόν ή το απασχολούμενο σε αυτόν μέσω Εταιρειών Προσωρινής Απασχόλησης προσωπικό. Κατ' εξαίρεση, υπόχρεοι εργοδότες είναι οι πάροχοι υπηρεσιών-εργολάβοι για το προσωπικό που απασχολούν σε δομές ή και φορείς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος, στο πλαίσιο εκτέλεσης σύμβασης παροχής υπηρεσιών.

γ) Για τους ιδιώτες υπόχρεους, που εργάζονται στις δομές που εντάσσονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος ως ελεύθεροι επαγγελματίες επιβάλλεται διοικητικό πρόστιμο: α) δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ για κάθε παράβαση και έως πενήντα χιλιάδων (50.000) ευρώ και, β) σε περίπτωση υποτροπής, που διαπιστώνεται σε επανέλεγχο, είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ για κάθε παράβαση και έως διακοσίων χιλιάδων (200.000) ευρώ.

Στους ελεύθερους επαγγελματίες που παρέχουν υπηρεσίες υγείας στις ανωτέρω δομές, κατά παράβαση του παρόντος, επιβάλλονται, επιπλέον, οι ακόλουθες κυρώσεις:

γα) καταγγέλλεται αυτοδικαίως και αζημίως για το Δημόσιο, από την ημερομηνία της βεβαίωσης της παράβασης, κάθε σύμβαση του επαγγελματία με τον Εθνικό Οργανισμό Παροχής Υπηρεσιών Υγείας (ΕΟΠΥΥ) και τα δημόσια ασφαλιστικά ταμεία,

γβ) αναστέλλεται η δυνατότητα ηλεκτρονικής συνταγογράφησης του ν. 3892/2010 (Α' 189), και

γγ) αναστέλλεται η δυνατότητα εκτέλεσης ηλεκτρονικών συνταγών του ν. 3892/2010.

Οι επαγγελματίες που παρέχουν ιατρικές υπηρεσίες σε ιδιωτικές δομές πρωτοβάθμιας φροντίδας υγείας (ιδιωτικά ιατρεία, φαρμακεία) οφείλουν να επικολλούν στην εξωτερική θύρα της δομής έγγραφο με το οποίο ενημερώνουν τους ασθενείς ότι όλοι οι εργαζόμενοι στη δομή έχουν εμβολιαστεί σε συμμόρφωση με το παρόν. Η παράλειψη της τήρησης της υποχρέωσης του προηγούμενου εδαφίου τιμωρείται με διοικητικό πρόστιμο ύψους τριακοσίων (300) ευρώ.

Οι κυρώσεις της παρούσας περίπτωσης ισχύουν για παραβάσεις που τελούνται από τη δημοσίευση του παρόντος.

δ) Στην περίπτωση φοιτητών, ο επικεφαλής της ακαδημαϊκής μονάδας και ο διδάσκων κάθε μαθήματος, καθώς και στην περίπτωση των σπουδαστών των Ι.Ε.Κ. και των Κολλεγίων, οι Διοικήσεις τους και οι εκπαιδευτές των αντίστοιχων μαθημάτων υποχρεούνται να μην επιτρέπουν τη συμμετοχή του φοιτητή ή του σπουδαστή σε κάθε είδους εκπαιδευτική διαδικασία που διεξάγεται εντός των νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ., των πανεπιστημιακών νοσοκομείων και των ιδιωτικών δομών υγείας.

χρησιμότητα και η σκοπιμότητα τους, όταν ασκούνται μέσα στην κοινωνία⁴⁴⁰.

Ο υποχρεωτικός εμβολιασμός έχει την έννοια ότι αν κάποιος δεν συμμορφωθεί με την υποχρεωτική επιβολή του μέτρου του εμβολιασμού, θα υποστεί κάποιες δυσμενείς συνέπειες, οι οποίες για παράδειγμα μπορεί να είναι η απαγόρευση συμμετοχής σε κάποιες δραστηριότητες ή ενδεχομένως κάποιες δυσμενείς συνέπειες εργασιακής φύσης, που αφορούν την άσκηση ενός επαγγέλματος. Σε ένα επόμενο στάδιο, ανακύπτει το ερώτημα αν οι ρυθμίσεις αυτές είναι συνταγματικές και γενικότερα σύμφωνες με την ΕΣΔΑ.

Μέχρι στιγμής νομολογία *ad hoc* για τα εμβόλια του Covid δεν έχει ακόμα παραχθεί. Οι ρυθμίσεις αυτές είναι πάρα πολύ πρόσφατες και στην Ελλάδα και στα υπόλοιπα ευρωπαϊκά κράτη, οπότε δεν έχουν προλάβει να απασχολήσουν τα δικαστήρια. Επομένως, για την ώρα τουλάχιστον, μόνο κάποιες εκτιμήσεις μπορούν να γίνουν επί τη βάσει κάποιου *corpus* αποφάσεων που έχουν προηγουμένως παραχθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας και από προηγούμενες αποφάσεις του ΕΔΔΑ σχετικά με παλαιότερες ρυθμίσεις που αφορούν άλλους υποχρεωτικούς εμβολιασμούς, διότι πέραν του εμβολίου κατά του Covid, υπάρχουν και άλλα εμβόλια καταπολέμησης άλλων μεταδοτικών ασθενειών, τα οποία επίσης προβλέπονται ως υποχρεωτικά και συνήθως πρόκειται για ρυθμίσεις που αφορούν εμβολιασμούς νηπίων και παιδών κατά κάποιων γνωστών και μεταδοτικών μολυσματικών ασθενειών (π.χ. ιλαρά).

Στην κατηγορία αυτή των υποθέσεων σημαντικές είναι οι ακόλουθες κρίσεις του ελληνικού Συμβουλίου της Επικρατείας:

ι) *ΣτΕ 7μ 2387/2020*: η υπόθεση αφορούσε υποχρεωτικό εμβολιασμό νηπίων και βρεφών με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας. Πιο συγκεκριμένα, η αίτηση ακύρωσης στρεφόταν κατά του αποκλεισμού με ατομική διοικητική πράξη του Διοικητικού Συμβουλίου του ΝΠΔΔ Βρεφονηπιακού Σταθμού ενός Δήμου της Βορείου Ελλάδος από τον Σταθμό ενός νηπίου, το οποίο δεν είχε προβεί στον προβλεπόμενο από τον Κανονισμό Λειτουργίας των Βρεφονηπιακών Σταθμών εμβολιασμό. Το μέτρο του εμβολιασμού, καθ' εαυτό, συνιστά σοβαρή παρέμβαση στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και στην ιδιωτική ζωή του ατόμου και δη στη σωματική και ψυχική ακεραιότητα αυτού. Στην ΕΣΔΑ η προστασία αυτή προκύπτει από το άρθρο 8 παρ. 1 ΕΣΔΑ ως δικαίωμα στο αυτοκαθορισμό (*self-determination*) στο πλαίσιο της προστασίας του δικαιώματος στον ιδιωτικό βίο. Στην ελληνική συνταγματική τάξη, η προστασία από την παρέμβαση στο σώμα έναντι βιοϊατρικών παρεμβάσεων, όπως ο εμβολιασμός, προκύπτει πλέον μετά την συνταγματική αναθεώρηση του 2001 *expressis verbis* από το άρθρο 5 παρ. 5 εδ. β' Σ και συμπληρωματικά από την προστασία της ανθρώπινης αξίας του άρθρου 2 παρ. 1 Συντ.

Έτσι, προβλεπόταν και προβλέπεται ότι πρέπει να γίνουν μια σειρά από εμβόλια με βάση το Εθνικό Πρόγραμμα Εμβολιασμών, το οποίο καταρτίζεται κάθε χρόνο από αρμόδια επιτροπή, και αν δεν γίνουν τα εμβόλια αυτά από ένα βρέφος, τότε δεν

⁴⁴⁰ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α., *Επιδημία και θεσμική προσαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων*, άρθρο, δημοσιεύθηκε στις 11 Ιουνίου 2021 σε: News 247, συνέντευξη στην Αντ. Ξυνού μαζί με κείμενα των Κ. Χρυσόγονου και Π. Λαζαράτου

επιτρέπεται η εγγραφή του βρέφους σε βρεφονηπιακούς σταθμούς⁴⁴¹ ή αργότερα και στην πρωτοβάθμια εκπαίδευση.

Με βάση το ιστορικό της υπόθεσης ένα κορίτσι είχε εγγραφεί σε βρεφονηπιακό σταθμό και κάποια στιγμή ο αρμόδιος Δήμος διαπίστωσε ότι το κορίτσι δεν είχε κάνει όλα τα εμβόλια, τα οποία έπρεπε να έχει κάνει και για το λόγο αυτό διεγράφη από το βρεφονηπιακό σταθμό. Οι γονείς προσέβαλαν τις σχετικές πράξεις του Δήμου και το ζήτημα έφτασε ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Η μείζονα σκέψη του ΣτΕ επικεντρώνεται στα ακόλουθα σημεία:

α. ο υποχρεωτικός εμβολιασμός είναι μία σοβαρή παρέμβαση και στο άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος (ελεύθερη ανάπτυξη προσωπικότητας) και στο άρθρο 8 της ΕΣΔΑ (ιδιωτική ζωή), πλην όμως είναι ανεκτή υπό κάποιες προϋποθέσεις:

- i. ο υποχρεωτικός εμβολιασμός πρέπει να προβλέπεται από ειδικό νόμο και από έγκυρα και ενημερωμένα ιατρικά επιδημιολογικά πορίσματα και
- ii. να παρέχει δυνατότητα εξαίρεσης από τον υποχρεωτικό εμβολιασμό σε ειδικές ατομικές περιπτώσεις στις οποίες αυτός αντενδείκνυται

β. η απόφαση αντιμετωπίζει περαιτέρω και ένα ενδιαφέρον ζήτημα περί ισότητας. Οι αιτούντες γονείς προέβαλαν το επιχείρημα ότι σε κάθε περίπτωση δεν υπάρχει πρόβλημα από το γεγονός ότι το κορίτσι δεν εμβολιάστηκε, διότι, επειδή όλα τα υπόλοιπα παιδιά του βρεφονηπιακού σταθμού αντίστοιχης ηλικίας είχαν εμβολιαστεί, δεν προκαλείται κάποια βλάβη σε τρίτους από το γεγονός ότι το κορίτσι δεν είχε εμβολιαστεί. Στο σημείο αυτό, το Δικαστήριο υποστηρίζει ότι αν δεχόμασταν αυτόν τον ισχυρισμό, τότε είναι που θα παραβιαζόταν στην πραγματικότητα η ισότητα, δοθέντος ότι δεν θα μπορούσε να δημιουργηθεί πραγματική «ανοσία της αγέλης» και θα κινδύνευαν κάποια πρόσωπα τα οποία για σοβαρούς ιατρικούς λόγους δεν μπορούν να εμβολιαστούν.

γ. περαιτέρω, είχε προβληθεί και παραβίαση του δικαιώματος στην παιδεία, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 16 παρ. 4 του Συντάγματος, το οποίο όμως απορρίφθηκε, διότι η εκπαίδευση σε βρεφονηπιακό σταθμό δεν κατατάσσεται στην υποχρεωτική εκπαίδευση την οποία κατοχυρώνει το άρθρο 16 του Συντάγματος.

Πράγματι ο υποχρεωτικός εμβολιασμός ελλοχεύει κάποιους κινδύνους ακόμα κι αν διενεργείται νομίμως, γιατί, όπως όλες οι ιατρικές πράξεις, έχει και αυτός σε κάποιο ποσοστό ορισμένες ανεπιθύμητες παρενέργειες. Σε αυτές όμως τις περιπτώσεις, θεμελιώνεται αστική ευθύνη του Δημοσίου από νόμιμη συμπεριφορά των οργάνων του με νομικό θεμέλιο το άρθρο 5 παράγραφος 4 του Συντάγματος⁴⁴².

⁴⁴¹ Η παρεχόμενη στους παιδικούς σταθμούς προσχολική αγωγή δεν εντάσσεται στην υποχρεωτική εκπαίδευση και δεν εμπίπτει στα άρθρα 16 παρ. 4 του Συντάγματος και 14 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ (ΣτΕ 2387/2020)

⁴⁴² Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ (Ολ.) 1501/2014, σκέψη 5: «Επειδή, το άρθρο 4 παρ. 5 του Συντάγματος, ορίζοντας ότι «Οι Έλληνες πολίτες συνεισφέρουν χωρίς διακρίσεις στα δημόσια βάρη, ανάλογα με τις δυνάμεις τους» έχει αναγάγει σε συνταγματικό κανόνα την ισότητα ενώπιον των δημοσίων βαρών, συνιστά δε, παράλληλα, και διάταξη στην οποία θεμελιώνεται η αποζημιωτική ευθύνη του Δημοσίου από πράξεις των οργάνων του που προκαλούν ζημία, παράνομες (ΣτΕ 980/2002) ή νόμιμες (ΣτΕ 5504/2012). Τοότο, διότι η ισότητα ενώπιον των δημοσίων βαρών επιτάσσει και την αποκατάσταση της ζημίας που κάποιος υφίσταται από την δράση, χάριν του δημοσίου συμφέροντος, των οργάνων του Κράτους, όταν η

Από την απόφαση αυτή μπορούν να συναχθούν κάποια ευρύτερα συμπεράσματα σε σχέση με τον εμβολιασμό κατά του Covid. Φαίνεται ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας, επί της αρχής, δέχεται ότι ένας υποχρεωτικός εμβολιασμός μπορεί, αν και αποτελεί σημαντική παρέμβαση στο δικαίωμα που κατοχυρώνεται στο άρθρο 5 του Συντάγματος και 8 της ΕΣΔΑ αντίστοιχα, να είναι θεμιτή αν συντρέχουν οι παραπάνω προϋποθέσεις⁴⁴³. Βέβαια η υπόθεση αφορούσε εμβόλια τα οποία έχουν δοκιμαστεί για δεκαετίες, αφορούσε νήπια και βρέφη, δεν αφορούσε τα εμβόλια κατά του COVID -19 που στηρίζονται σε νέες τεχνολογίες που ενδεχομένως δεν έχουν ακόμα δοκιμαστεί, αφορούσε προσχολική εκπαίδευση, μη υποχρεωτική και όχι λ.χ. μια περίπτωση που δεν έγινε δεκτή η εισαγωγή ενός μαθητή σε ένα δημοτικό σχολείο, οπότε και εκεί θα ετίθετο ένα ζήτημα σε σχέση με την προσβολή στο δικαίωμα στην παιδεία που κατοχυρώνεται στο άρθρο 16 παράγραφος 4 του Συντάγματος.

Σίγουρα όμως η απόφαση αυτή προδιαθέτει για μία αντίστοιχη θέση σε ένα ζήτημα υποχρεωτικού εμβολιασμού που ενδεχομένως θα ανακύψει ενώπιον του ΣτΕ π.χ. από την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 206 του ν. 4820/2021 σχετικά με τον υποχρεωτικό εμβολιασμό του υγειονομικού προσωπικού.

ii) *ΣτΕ 622/2021*: αφορά αστική ευθύνη του Ελληνικού Δημοσίου από νόμιμο εμβολιασμό ενός κοριτσιού που υποβλήθηκε σε νόμιμο υποχρεωτικό εμβολιασμό προκειμένου να εγγραφεί στο δημοτικό σχολείο και το οποίο στη συνέχεια εμφάνισε κάποιες επιπλοκές με αποτέλεσμα να πεθάνει. Από το άρθρο 4 παράγραφος 5 του Συντάγματος απορρέει υποχρέωση του Ελληνικού Δημοσίου να αποζημιώνει εκείνους που έπαθαν βλάβη στην υγεία τους συνεπεία ακόμη και ενός νόμιμου εμβολιασμού. Συγχρόνως, όμως, η απόφαση έκρινε ότι από το Σύνταγμα δεν υφίσταται κάποια υποχρέωση θέσπισης ενός αποκαταστατικού μηχανισμού σε περιπτώσεις εμβολιασμών που γίνονται με κρατική πρόνοια, δηλαδή από το Σύνταγμα δεν είναι υποχρεωμένο το κράτος να θεσπίσει ένα ταμείο π.χ. με σκοπό αποζημιωτικό για αυτούς που έπαθαν βλάβες στην υγεία τους από υποχρεωτικό εμβολιασμό, επόμενως κρίθηκε εν προκειμένω ότι δεν υπάρχει παράλειψη του Κράτους να θεσπίσει τέτοιον αποκαταστατικό μηχανισμό.

iii) *ΣτΕ Επ Αναστ.133/2021*: απόφαση επί αιτήσεως παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας

Στην υπόθεση αυτή, βάσει μιας διαταγής του Αρχηγού της πυροσβεστικής αποφασίστηκε ότι όσα μέλη της ΕΜΑΚ⁴⁴⁴, δεν εμβολιαστούν μέχρι ένα ορισμένο χρονικό διάστημα, θα μεταφερθούν σε άλλες υπηρεσίες.

Στη συνέχεια, ασκήθηκε αίτηση ακύρωσης κατά αυτής της διαταγής. Το ΣτΕ έκρινε την υπόθεση στο πλαίσιο του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 με μία στάθμιση της βλάβης που προκαλείται αφενός στους αιτούντες και αφετέρου της βλάβης του

δράση αυτή δεν είναι σύννομη ή όταν είναι μεν νόμιμη αλλά προκαλεί βλάβη ιδιαίτερη και σπουδαία, σε βαθμό ώστε να υπερβαίνει τα όρια που είναι κατά το Σύνταγμα ανεκτά προκειμένου να εξυπηρετηθεί ο σκοπός δημοσίου συμφέροντος στον οποίο αποβλέπει η δράση αυτή, σύμφωνα με την οικεία νομοθεσία...».

⁴⁴³ Βλ. και ΤΣΙΑΛΙΩΤΗ Χ., Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 2387/2020 (7μ) - Το ΣτΕ ως προάγγελος της συνταγματικότητας ενδεχόμενου υποχρεωτικού «αντί-Covid-19» εμβολιασμού, ΘΠΔΔ, 11/2020, σελ.1015-1025

⁴⁴⁴ ειδική υπηρεσία της Πυροσβεστικής Υπηρεσίας που αναλαμβάνει μεταξύ άλλων απεγκλωβισμούς προσώπων

δημόσιου συμφέροντος που επιβάλλει την άμεση εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης δοθέντος ότι τα στελέχη της ΕΜΑΚ έρχονται σε επαφή με κοινό, δηλαδή η ΕΜΑΚ είναι μία υπηρεσία νευραλγική, καθώς αναλαμβάνει δράση σε έκτακτες συνθήκες καταστροφών (π.χ. πυρκαγιών κ.λ.π.) και συνεπώς πρέπει να διαθέτει αξιόμαχο προσωπικό συνεχώς. Συνεπώς, έκρινε το Δικαστήριο, θα πρέπει τα μέλη της ΕΜΑΚ να είναι εμβολιασμένα και άρα συνεχώς διαθέσιμα ανά πάσα στιγμή για να εκτελέσουν το καθήκον τους.

Παρατηρείται ότι εν προκειμένω το ΣτΕ κρίνει τελικά το ζήτημα σε επίπεδο στάθμισης βλάβης των αιτούντων και του δημόσιου συμφέροντος που επιβάλλει την άμεση εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης.

Περαιτέρω, το Δικαστήριο στην απόφασή του περιλαμβάνει και μια ειδική σκέψη περί μη πρόδηλης βασιμότητας των λόγων ακυρώσεως που προβάλλουν οι αιτούντες για ορισμένους ειδικότερους λόγους⁴⁴⁵ μεταξύ των οποίων ότι... γ) *Ο λόγος για παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, πέραν όσων εκτέθηκαν στη σκέψη 5, δεν μπορεί να θεωρηθεί προδήλως βάσιμος, ενόψει της φύσεως των καθηκόντων των στελεχών που υπηρετούν στις Ε.Μ.Α.Κ. και ιδίως των ειδικών συνθηκών υπό τις οποίες ασκούν τα καθήκοντά τους (έκτακτες και ιδιαίτερες αυξημένης δυσκολίας περιστάσεις καταστροφών, ανάγκη αυξημένης κινητικότητας των μονάδων διάσωσης), οι οποίες επιβάλλουν την υψηλότερη δυνατή προστασία της υγείας από τον κίνδυνο νόσησης λόγω κορωνοϊού τόσο των ίδιων των στελεχών (λόγω της ομαδικής εργασίας τους), όσο και των προσώπων που οι Ε.Μ.Α.Κ. καλούνται να διασώσουν, με άμεση σωματική επαφή σε περιπτώσεις που αυτό απαιτείται. Ενόψει αυτών, εξάλλου, η πρόβλεψη εμβολιασμού κατά του κορωνοϊού ως όρου για την άσκηση των καθηκόντων των στελεχών των Ε.Μ.Α.Κ. δεν μπορεί να θεωρηθεί μέτρο προδήλως απρόσφορο ή δυσανάλογο για την εξυπηρέτηση των πιο πάνω σκοπών δημοσίου συμφέροντος.*

Σε επίπεδο διεθνούς δικαίου, ζητήματα σχετικά με βιοϊατρικές επεμβάσεις, όπως ο εμβολιασμός, ρυθμίζει η Σύμβαση του Οβιέδο. Στο άρθρο 5 αυτής προβλέπεται πως «Επέμβαση σε θέματα υγείας μπορεί να υπάρξει μόνον αφού το ενδιαφερόμενο πρόσωπο δώσει την ελεύθερη συναίνεσή του⁴⁴⁶, κατόπιν προηγούμενης σχετικής ενημέρωσής του». Ωστόσο, ο κανόνας της ενημερωμένης συναίνεσης δύναται κατ' εξαίρεση να καμφθεί δυνάμει του άρθρ. 26 παρ. 1. Η σχετική δυνατότητα δίνεται υπό τις εξής προϋποθέσεις: ο περιορισμός να προβλέπεται από σχετικό νόμο, να είναι αναγκαίος σε μια δημοκρατική κοινωνία και να αποβλέπει στην προστασία ενός υπέρτερου αγαθού, μεταξύ των οποίων η δημόσια υγεία. Είναι προφανές, λοιπόν, πως η Σύμβαση του Οβιέδο αφήνει περιθώριο επιβολής υποχρεωτικού εμβολιασμού, εφόσον αυτό επιβάλλεται από λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας.

Στην ΕΣΔΑ, ειδικότερα, αναφέρθηκε ήδη ότι, στο άρθρο 8 αυτής προστατεύεται το δικαίωμα στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή και, κατ' επέκταση, τη σωματική και

⁴⁴⁵ Βλ. αναλυτικά σκέψη 6 της ΣτΕ Επ. Αν. (Ολομ.) 133/2021. Με βάση τη σκέψη αυτή φαίνεται ότι το ΣτΕ μάλλον θα ακολουθήσει την κρίση αυτή και σε επίπεδο παροχής οριστικής προστασίας.

⁴⁴⁶ Για το ζήτημα της συναίνεσης στο Ιατρικό Δίκαιο βλ. ΠΑΠΑΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ – ΠΕΧΑΙΒΑΝΙΑΗ Π., Το Δημόσιο Δίκαιο της Υγείας. Οργάνωση των δημοσίων υπηρεσιών υγείας – Δικαιώματα του χρήστη – Δημόσια υγεία, 2η εκδ., εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 331 επ.

ψυχική ακεραιότητα και αυτονομία του προσώπου⁴⁴⁷. Νομολογία του ΕΔΔΑ για τον υποχρεωτικό εμβολιασμό υπάρχει εδώ και χρόνια⁴⁴⁸. Σύμφωνα με αυτήν, ο υποχρεωτικός εμβολιασμός συνιστά σοβαρή επέμβαση στο δικαίωμα αυτό⁴⁴⁹. Εντούτοις, το μέτρο είναι, υπό προϋποθέσεις, θεμιτό, δυνάμει του άρθρ. 8 παρ. 2 ΕΣΔΑ, υπό προϋποθέσεις που ταυτίζονται με εκείνες του άρθρου 26 της Σύμβασης του Οβιέδο. Στην κατεύθυνση αυτή, άλλωστε, κινείται και η σχετική νομολογία του ΕΔΔΑ, όπως έχει διαμορφωθεί από τις υποθέσεις *Solomakhin κατά Ουκρανίας* (Αρ. 24429/03, 15.3.2012) και *Vanříčka κ.α. κατά Τσεχίας*. Σύμφωνα με την πρώτη, η επέμβαση στη σωματική ακεραιότητα μπορεί να θεωρηθεί δικαιολογημένη από λόγους δημόσιας υγείας και από την ανάγκη να ελεγχθεί η διασπορά μιας μεταδοτικής ασθένειας, όπως συμβαίνει, κατ' εξοχήν, σε μια πανδημική κρίση⁴⁵⁰. Πολύ πρόσφατα δημοσιεύτηκε και μία ακόμα σημαντική απόφαση του ΕΔΔΑ για υποχρεωτικό εμβολιασμό. Πρόκειται για την απόφαση *Vanříčka κατά Τσεχίας*⁴⁵¹ (Αρ. 47621/13, 8.4.2021)⁴⁵², απόφαση που εκκρεμούσε από το 2013 και με την οποία αποφάσισε το ΕΔΔΑ να εμπλακεί στο ζήτημα περί υποχρεωτικότητας εμβολιασμών, σε μία στιγμή που όλη η Ευρώπη παραμιλάει για το ζήτημα αυτό. Η υπόθεση αφορούσε επιβολή προστίμου σε έναν γονέα όποιος δεν έκανε όλα τα εμβόλια κατά ορισμένων μεταδοτικών ασθενειών στα παιδιά του και ως συνέπεια αυτού, του επιβλήθηκε ορισμένο πρόστιμο. Το ΕΔΔΑ σε αυτή την απόφαση, στην πραγματικότητα επανέλαβε την ήδη υπάρχουσα νομολογία του για το ζήτημα του υποχρεωτικού εμβολιασμού, ότι δηλαδή συνιστά μία επέμβαση σοβαρή στο άρθρο 8 της Σύμβασης, η οποία όμως είναι τελικά θεμιτή, εφόσον στηρίζεται σε επαρκή και τεκμηριωμένα επιστημονικά δεδομένα και προβλέπονται εξαιρέσεις στις περιπτώσεις όπου ο εμβολιασμός αντενδείκνυται καθώς και ότι ο υποχρεωτικός εμβολιασμός εξυπηρετεί τον θεμιτό σκοπό της θωράκισης της υγείας και των δικαιωμάτων των άλλων.

Η ουσία της κρίσης του ΕΔΔΑ είναι ότι επιβάλλεται ο εμβολιασμός και ενόψει της υποχρεωτικής υιοθέτησης από το Κράτος μέτρων προστασίας της Δημόσιας Υγείας, που είναι μία υποχρέωση που απορρέει και από το άρθρο 2 (προστασία της ζωής) και από το άρθρο 8 (περί προστασίας του ιδιωτικού βίου) της Σύμβασης. Δηλαδή απορρέει από τις διατάξεις αυτές και η υποχρέωση να προστατευτούν οι υπόλοιποι, δηλαδή για να δημιουργηθεί ένα «τείχος ανοσίας» αλλά και για να προστατευτούν εκείνοι οι οποίοι αντικειμενικά αδυνατούν να αποκτήσουν ανοσία επειδή δεν μπορούν να εμβολιαστούν λόγω κάποιας προηγούμενης σοβαρής πάθησης. Προκύπτει εμφανώς η προδιάθεση και του ευρωπαϊκού δικαστή, όταν θα κριθούν ενώπιόν του τα μέτρα που λαμβάνονται σε σχέση με τον υποχρεωτικό εμβολιασμό, ότι θα θεωρήσει αυτά σύμφωνα με την ΕΣΔΑ, εφόσον δεν θα προβλέπουν κάποια

⁴⁴⁷ Βλ. ΒΛΑΧΟΓΙΑΝΝΗ Α., Υποχρεωτικός εμβολιασμός και COVID-19: η προστασία της δημόσιας υγείας ως λόγος περιορισμού θεμελιωδών δικαιωμάτων εν μέσω πανδημίας, ΤοΣ, 3/2020, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 21.

⁴⁴⁸ Βλ. ενδεικτικά ΕΔΔΑ, *Salvetti κατά Ιταλίας*, Αρ. 42197/98, 8.7.2002, *Y.F. κατά Τουρκίας*, Αρ. 24209/94, 22.7.2003 και *X και Y κατά Ολλανδίας*, Αρ. 8978/80, 26.3.1985.

⁴⁴⁹ Έτσι, π.χ. ΕΔΔΑ *X και Y κατά Ολλανδίας*, ό.π., σκ. 22.

⁴⁵⁰ ΕΔΔΑ, *Solomakhin κ. Ουκρανίας*, Αρ. 24429/03, 15.3.2012, σκ. 36: «In the Court's opinion the interference with the applicant's physical integrity could be said to be justified by the public health considerations and necessity to control the spreading of infectious diseases in the region».

⁴⁵¹ Η απόφαση αυτή είναι είναι εξαιρετικό δείγμα όσον αφορά τη μεθοδολογία που τηρεί το ΕΔΔΑ σε σχέση με τη νομιμότητα του ελεγχόμενου περιορισμού (περιλαμβάνει όλα τα στάδια).

⁴⁵² Για την απόφαση βλ. [<https://eulawlive.com/app/uploads/case-of-vavricka-and-others-v-the-czech-republic-1-1.pdf>].

δυσβάστακτη κύρωση ή ποινική καταστολή. Επομένως, κατά τον έλεγχο της αναλογικότητας που κάνει το ΕΔΔΑ, λαμβάνεται υπόψιν του και τη συνέπεια που συνδέεται με τη μη τήρηση του υποχρεωτικού εμβολιασμού.

Σε όλα αυτά υπάρχει και μία μεγάλη αίρεση που είναι τα επιδημιολογικά δεδομένα στα οποία στηρίζεται η όλη εμβολιαστική προσπάθεια. Δεν είναι λίγοι εκείνοι που αμφιβάλλουν για το αν ορθώς έπραξαν και εμβολιάστηκαν, με το σκεπτικό ότι πρόκειται για νέες τεχνολογίες που δεν έχουν τύχει μέχρι στιγμής ευρείας εφαρμογής, δεν είναι γνωστές οι μακροπρόθεσμες συνέπειες που μπορεί να έχουν και ότι αυτό που ονομάζεται *ανοσία της αγέλης* δεν έχει επιτευχθεί μέχρι στιγμής από την εφαρμογή των συγκεκριμένων εμβολίων, τουλάχιστον στα επιθυμητά αποτελέσματα. Πάντως, για την ώρα, φαίνεται ότι η στάση και του ΣτΕ και του ΕΔΔΑ είναι θετική για την υποχρεωτικότητα του εμβολιασμού.

Στις ΗΠΑ το ζήτημα της συνταγματικότητας του υποχρεωτικού εμβολιασμού έχει ήδη λυθεί από τις αρχές του 20ού αιώνα. Στην υπόθεση *Jacobs v. Massachusetts*⁴⁵³ κρίθηκε ότι η υποχρεωτικότητα του εμβολιασμού κατά της ευλογιάς δεν προσβάλλει τη ρήτρα *due process* της 14ης Τροποποίησης⁴⁵⁴. Το δεδικασμένο μάλιστα της απόφασης αυτής επιβεβαιώθηκε και μεταγενέστερα ως προς την κύρωση της άρνησης εγγραφής ανεμβολίαστων παιδιών σε σχολεία⁴⁵⁵, ενώ η απόφαση έχει γίνει αντικείμενο επίκλησης και στην πρόσφατη πανδημία.

Στη Γαλλία, όπου προβλέπεται επίσης υποχρεωτικός εμβολιασμός⁴⁵⁶, το Συνταγματικό Συμβούλιο, κατόπιν ερωτήματος του Ακυρωτικού Δικαστηρίου, έχει κρίνει ότι οι σχετικοί νόμοι που προβλέπουν τον υποχρεωτικό εμβολιασμό και τον συνοδεύουν από ποινικές και άλλες κυρώσεις δεν παραβιάζουν το δικαίωμα στην υγεία, που κατοχυρώνεται στην παρ. 11 του Προοιμίου του Συντάγματος του 1946 και διαθέτει συνταγματική ισχύ⁴⁵⁷. Πιο πρόσφατα, το Γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας απέρριψε προσφυγές κατά του διατάγματος, με το οποίο προστέθηκαν στους ήδη υπάρχοντες νέοι υποχρεωτικοί εμβολιασμοί. Με τις αιτήσεις ακύρωσης που κατατέθηκαν είχαν προβληθεί ως ισχυρισμοί ότι η πράξη προσκρούει στην ΕΣΔΑ και τη Σύμβαση του Οβιέδο. Όπως αναφέρει το Δικαστήριο (σκέψεις 12 και 16 αντιστοίχως), κατά τον έλεγχο συμβατότητας που διεξήγαγε:

«Προκύπτει από τα προαναφερθέντα ότι καθιστώντας υποχρεωτικά τα έντεκα εμβόλια που βρίσκονταν ήδη στο ημερολόγιο εμβολιασμών, το οποίο έχει δημοσιεύσει ο

⁴⁵³ 197 U.S. 11 (1905).

⁴⁵⁴ Βλ. ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ – ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Π., Το Δημόσιο Δίκαιο της Υγείας. Οργάνωση των δημόσιων υπηρεσιών υγείας – Δικαιώματα του χρήστη – Δημόσια υγεία, ό.π., υποσημείωση 250.

⁴⁵⁵ *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922).

⁴⁵⁶ Βλ. άρθρα L. 3111-2 και L. 3111-3 του Κώδικα Δημόσιας Υγείας, καθώς και άρθρο 227-17 του ΠΚ.

⁴⁵⁷ Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Époux L., σκέψη 10: « 10. Considérant qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé ; ».

Υπουργός Υγείας, για τα οποία όμως υπήρχε, πλην τριών εξ αυτών, προηγουμένως απλή σύσταση, οι προσβαλλόμενες νομοθετικές διατάξεις περιορίζουν το δικαίωμα στο σεβασμό της ιδιωτικής ζωής κατά τρόπο που δικαιολογείται από τον σκοπό της βελτίωσης της εμβολιακής κάλυψης, έτσι ώστε, ειδικότερα, να επιτευχθεί το αναγκαίο όριο της ανοσίας της αγέλης, προς όφελος του συνόλου του πληθυσμού, και [κατά τρόπο] αναλογικό προς αυτόν τον σκοπό [...]

Ο περιορισμός που επιφέρει το άρθρο L. 3111-2 του Κώδικα Δημόσιας Υγείας στην υποχρέωση συναίνεσης του νόμιμου εκπρόσωπου ανηλίκου σε κάθε παρέμβαση σε θέμα υγείας είναι εγγενής στον υποχρεωτικό χαρακτήρα του εμβολιασμού, ο οποίος, όπως αναφέρθηκε ως άνω, δικαιολογείται από την ανάγκη προστασίας της δημόσιας υγείας και παρίσταται αναλογικός ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Υπό αυτές τις συνθήκες, οι διατάξεις αυτού του άρθρου δεν είναι ασύμβατες με όσα ορίζει η παρ. 2 του άρθρου 6 της Σύμβασης που υπογράφηκε στο Οβιέδο στις 4 Απριλίου 1967.»

Τέλος, στη Γερμανία, παρότι θεωρείται γενικά μια χώρα που δεν τάσσεται υπέρ του υποχρεωτικού εμβολιασμού, ο υποχρεωτικός εμβολιασμός έχει κριθεί τη δεκαετία του '50 συνταγματικός με απόφαση του Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου⁴⁵⁸. Πριν από την πανδημία θεσπίστηκε ομοσπονδιακός νόμος που καθιστά υποχρεωτικό τον εμβολιασμό για την αντιμετώπιση της ιλαράς επί ποινή μη αποδοχής των παιδιών στις προσχολικές δομές. Με απόφασή του στις 11 Μαΐου 2020, το BVerfG απέρριψε αίτηση αναστολής κατά της εφαρμογής του νόμου, σταθμίζοντας τα δικαιώματα του προσφεύγοντος και την προστασία της δημόσιας υγείας⁴⁵⁹.

2.3. Πανδημία και δικαίωμα δικαστικής προστασίας.

Το δικαίωμα αυτό κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 του Συντάγματος, στο άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, στο άρθρο 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΧΘΔΕΕ) και στο άρθρο 14 παρ. 2 εδ. Β' του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (ΔΣΑΠΔ). Ουσιαστικά, συνιστά το θεμελιώδες δικονομικό δικαίωμα της προσφυγής ενώπιον των δικαστηρίων και η ουσιαστική άσκησή του τελεί πάντα υπό την προϋπόθεση ότι το κράτος θα ενεργοποιηθεί, ώστε να το προστατεύσει, μέσω της λήψης μέτρων και της εισαγωγής των κατάλληλων θεσμών και κανόνων⁴⁶⁰.

Το δικαίωμα της δικαστικής προστασίας, δεν εγγυάται σε καμία περίπτωση τη θετική έκβαση του δικαστικού αγώνα στον αιτούντα και άρα δεν κατοχυρώνει την αποδοχή της ουσιαστικής βασιμότητας του ασκηθέντος ενδίκου βοηθήματος ή μέσου. Στον αντίποδα, η κατοχύρωση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας συναρτάται με τον παραδεκτό χαρακτήρα της αίτησης παροχής δικαστικής προστασίας, και συμβάλλει στην εμπέδωση του γεγονότος ότι ο καθένας ανεξάρτητα από το φύλο, την καταγωγή του, την κοινωνική του προέλευση ή την οικονομική του κατάσταση μπορεί να αποταθεί στα δικαστήρια, προκειμένου να προασπίσει τα έννομα συμφέροντά του.

⁴⁵⁸ BVerfG Urteil des 14/7/1959, IC 170/56.

⁴⁵⁹ Beschluss vom 11. Mai 2020, 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20. Για μια περαιτέρω συνολική και αναλυτική συγκριτική επισκόπηση της νομολογίας βλ. ΒΛΑΧΟΓΙΑΝΝΗ Α., Υποχρεωτικός εμβολιασμός και COVID-19, ό.π.

⁴⁶⁰ Βλ. για το δικαίωμα δικαστικής προστασίας ενδεικτικά: ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π.Δ., Ατομικά Δικαιώματα, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, σελ. 961-974, ΛΑΖΑΡΑΤΟ Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Ε.Ε., 2015, σελ. 8-10, ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Θεμελιώδη Δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 727-744

Απώτερος σκοπός της προσφυγής αυτής είναι η αποκατάσταση της ισορροπίας της έννομης τάξης, που έχει διαταραχθεί λόγω της ανακύψας δικαστικής διαφοράς και η κατοχύρωση και αποκατάσταση του θιγέντος δικαιώματος ή συμφέροντος.

Προκειμένου το δικαίωμα δικαστικής προστασίας να μην καθίσταται κολοβό και αιώλο, είναι απαραίτητο η παρεχόμενη δικαστική προστασία να είναι πλήρης και αποτελεσματική. Η πληρότητα της δικαστικής προστασίας έχει την έννοια ότι δεν είναι δυνατόν να υπάρχει οποιαδήποτε διαφορά, ανεπίδεκτη δικαστικής κρίσης. Παράλληλα, αποτελεσματική θεωρείται η δικαστική προστασία, όταν παρέχεται σε χρόνο εύλογο και παράλληλα κατά τρόπο ορθό. Από τη μία, δηλαδή, είναι απαιτητέα η ύστερα από ορθή και έλλογη δικανική κρίση επίλυση της διαφοράς σε ένα σχετικά βραχύ χρονικό διάστημα, ώστε να καθίσταται εφικτή η άμεση επίλυση των ανακυψουσών διαφορών.

Σε κάθε περίπτωση, η κατοχύρωση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας είναι μείζονος σημασίας και αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι μιας δημοκρατικής και ευνομούμενης πολιτείας, που παρουσιάζεται ως προστάτης και θεματοφύλακας των δικαιωμάτων των πολιτών της και λαμβάνει όλα τα πρόσφορα και αναγκαία μέτρα, προκειμένου να διασφαλίζει την ορθή και όσο το δυνατόν ταχύτερη επίλυση των διαφορών, που ανακύπτουν στο πλαίσιο της κοινωνικής συνύπαρξης και ζωής.

2.3.1. Τα ειδικότερα μέτρα που έχουν απασχολήσει τη νομολογία αναφορικά με το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας

Ενδεικτικά, κατά την περίοδο της πανδημίας, έχουν απασχολήσει τα ακόλουθα μέτρα αναφορικά με το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας: Σε ένα πρώτο επίπεδο, επιβλήθηκαν με αλληπάλληλες ΚΥΑ υποχρεωτικές αναβολές εκδίκασης των υποθέσεων λόγω αναστολής λειτουργίας των δικαστηρίων κατά παραβίαση του άρθρου 20 παρ. 1 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ που κατοχυρώνει το δικαίωμα σε έγκαιρη και ταχεία απονομή της δικαιοσύνης. Στην πορεία εξέλιξης της πανδημίας θεσπίστηκαν ειδικές δικονομικές προϋποθέσεις, λ.χ. ο περιορισμός της δημοσιότητας/προφορικότητας κάποιων διαδικασιών⁴⁶¹.

Ένας τέτοιος περιορισμός επιβλήθηκε στη Γαλλία, όπου θεσπίστηκε διάταξη που όριζε ότι με απόφαση του δικαστή μπορεί μια διαδικασία που κανονικά ήταν προφορική να γίνει έγγραφη. Η υπόθεση έφτασε ενώπιον του γαλλικού Συνταγματικού Συμβουλίου που έκρινε ότι δεν είναι αντισυνταγματικό το μέτρο, διότι γίνεται για την αντιμετώπιση των συνεπειών της πανδημίας και ότι είναι ένας θεμιτός περιορισμός, μια θεμιτή ρύθμιση που επιβάλλεται για την προστασία της δημόσιας υγείας, αρκεί βέβαια και στο πλαίσιο της έγγραφης διαδικασίας να εξασφαλίζονται τα δικαιώματα άμυνας, αντιμωλίας και οι λοιπές δικονομικές⁴⁶².

Στη Γερμανία, ένας κατηγορούμενος, 70 ετών, με ορισμένα υποκείμενα νοσήματα, είχε μία εκκρεμή ποινική διαδικασία σε βάρος του και ενημερώθηκε ότι η υπόθεση του θα δικαστεί στο ακροατήριο με προφορική διαδικασία, σε μία περίοδο που η

⁴⁶¹ Παραβίαση 6 ΕΣΔΑ και θεσμική εγγύηση 93 παρ. 2, 3 Συντ. το δικαίωμα καθενός να παρακολουθεί δημόσια μία δίκη.

⁴⁶² Βλ. για την απόφαση: [Απόφαση αριθ. 2020-866 QPC της 19ης Νοεμβρίου 2020 | Κονσεϊλ συνταγματικό \(conseil-constitutionnel.fr\)](#)

μεταδοτικότητα του ιού ήταν υψηλή και ο κίνδυνος από τη νόσο εξαιρετικά έντονος. Εκείνος δήλωσε ότι δεν θέλει να δικαστεί η υπόθεση του γιατί κινδυνεύει η ζωή του, επειδή ανήκει σε ευπαθή ομάδα. Ζήτησε αναβολή στην υπόθεση και το αίτημα αυτό απορρίφθηκε. Ο κατηγορούμενος έθεσε ζήτημα παραβίασης του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη, γιατί θεώρησε ότι δικάζεται ενώ κινδυνεύει η ζωή του. Στη συνέχεια εκδόθηκε η απόφαση του ΓΟΣΔ⁴⁶³, το οποίο αφού εκτίμησε κάποιες ιατρικές γνωματεύσεις οι οποίες βεβαίωναν ότι δεν υπήρχε κάποιος σοβαρός κίνδυνος για την υγεία του κατηγορούμενου, έκρινε ότι η συνέχιση της διαδικασίας ακόμα και σε συνθήκες πανδημίας δεν παραβιάζει τα δικαιώματα του κατηγορουμένου.

2.3.2. Η προβληματική της κατάργησης των εκκρεμών δικών λόγω λήξης των περιορισμένης χρονικής ισχύος κανονιστικών πράξεων επιβολής των μέτρων

Σήμερα, στην Ελλάδα, μετά από ενάμιση χρόνο από το ξέσπασμα αυτής της πανδημίας και μετά από τόσα μέτρα που έχουν ληφθεί προς αντιμετώπιση των συνεπειών της, το μεγάλο ζήτημα που ανακύπτει, είναι ότι ελάχιστες μόνο αποφάσεις του ΣτΕ έχουν εκδοθεί σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας και αυτό γιατί οι περισσότερες κανονιστικές πράξεις με τις οποίες θεσπίζονταν τα περιοριστικά μέτρα, επί των οποίων ασκούνταν οι σχετικές αιτήσεις ακύρωσης από τους θιγόμενους διαδίκους, είναι περιορισμένης χρονικής ισχύος. Το ΣτΕ όμως αργούσε να προσδιορίσει προς συζήτηση της σχετικές υποθέσεις, με αποτέλεσμα όταν έφθαναν να εκδικασθούν στο ακροατήριο, να έχει λήξει η χρονική ισχύς των προσβαλλόμενων πράξεων και να ανακύπτει ζήτημα κατάργησης της δίκης βάσει των άρθρων 32 παρ. 2, 3 π.δ. 18/1989 ελλείψει συνήθως ιδιαίτερου συμφέροντος για τη συνέχιση της δίκης.

Ενδεικτικά, κάτι τέτοιο συνέβη στις ακόλουθες περιπτώσεις:

i) ΣτΕ 2507/2020 (Δ' Τμ.): επί αιτήσεως ακυρώσεως της 2131.1/20719/30.3.2020 πράξεως του Αρχηγείου του Λιμενικού Σώματος- Ελληνικής Ακτοφυλακής, σχετικής με την απαγόρευση λήψης θαλάσσιου λουτρού, ως προσωρινού μέτρου απαγόρευσης της κυκλοφορίας προς αντιμετώπιση των συνεπειών από τη διασπορά του κορωνοϊού COVID-19⁴⁶⁴.

ii) ΣτΕ 1294/2020 (Δ' Τμ.): επί αιτήσεως ακυρώσεως: α) της 2867/Y1/16-3-2020 κοινής αποφάσεως των Υπουργών Παιδείας και Θρησκευμάτων και Υγείας, με τίτλο "Επιβολή του μέτρου της προσωρινής απαγόρευσης της τέλεσης κάθε είδους λειτουργιών και ιεροπραξιών στους θρησκευτικούς χώρους λατρείας από 16-3-2020

⁴⁶³ Βλ. για την απόφαση: [Bundesverfassungsgericht - Αποφάσεις - Απόρριψη αίτησης προδικαστικής διαταγής σχετικά με την αιτούμενη ακύρωση καθορισμένων ημερομηνιών δίκης με βάση τον κίνδυνο μόλυνσης από τον κορωνοϊό](#)

⁴⁶⁴ Βλ. σκέψη 5 της απόφασης που αναφέρει ότι: «5. Επειδή, το άρθρο 32 του πδ/τος 18/1989 (Α' 8), όπως συμπληρώθηκε με την προσθήκη παραγράφου 3 με το άρθρο 31 παρ. 1 του ν. 3772/2009 (Α' 112), ορίζει τα εξής: «1. ... 2. Καταργείται... η δίκη αν μετά την άσκηση της αίτησης ακυρώσεως και έως την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης η προσβαλλόμενη πράξη έπαυσε για οποιονδήποτε λόγο να ισχύει, εκτός αν ο αιτών επικαλείται ιδιαίτερο έννομο συμφέρον που δικαιολογεί τη συνέχιση της δίκης...». Κατά την ανωτέρω διάταξη, εφόσον η προσβαλλόμενη πράξη δεν ανατρέπεται εξ' υπαρχής, αλλά παύει να ισχύει για το μέλλον, οι τυχόν βλαπτικές για τον αιτούντα διοικητικής φύσεως συνέπειες, που δημιουργήθηκαν κατά την διάρκεια της ισχύος της και διατηρούνται και μετά την λήξη της ισχύος της, συνιστούν λόγο συνεχίσεως της δίκης, εάν ο αιτών τις επικαλεσθεί και τις αποδείξει, προκειμένου να επιτύχει δια της ακυρώσεως της πράξεως την άρση των εν λόγω συνεπειών (Ολ. ΣτΕ 1660/2009)».

έως 30-3-2020" (Β' 872/16-3-2020), η οποία εκδόθηκε κατ' επίκληση του άρθρου πρώτου (παρ. 2 περ. στ' και παρ. 4 περ. δ') της από 25-2-2020 πράξεως νομοθετικού περιεχομένου του Προέδρου της Δημοκρατίας περί λήψεως κατεπειγόντων μέτρων για την αποφυγή και τον περιορισμό της διαδόσεως της επιδημίας κορωνοϊού "covid-19" (εφεξής: "επιδημία κορωνοϊού" ή "επιδημία") και β) της Δ1α/ΓΠ.οικ. 21285/28-3-2020 κοινής αποφάσεως των ίδιων Υπουργών (Β' 1082/29-3-2020), με την οποία η ισχύς της υπό στοιχείο α' πράξεως παρατάθηκε έως τις 11-4-2020⁴⁶⁵.

Σε όσες περιπτώσεις το ΣτΕ δεν κατήργησε τη δίκη, εξέδωσε αποφάσεις σε επίπεδο προσωρινής δικαστικής προστασίας, δηλαδή κατά την εκδίκαση αιτήσεων αναστολής εκτέλεσης. Συνεπώς, ζητήματα στην Ελλάδα που αφορούν επιβολή περιοριστικών μέτρων λόγω Covid -19 και έχουν κριθεί σε επίπεδο προσωρινής δικαστικής προστασίας είναι:

α. ΣτΕ Ολ. Επ. Αν. 44/2021: περί αναστολής εκτέλεσης της επίμαχης ΚΥΑ, κατά το μέρος που με την προσβαλλόμενη απόφαση επιβάλλεται προσωρινή αναστολή λειτουργίας των δικαστηρίων, καθώς και των διαδικασιών αναγκαστικής εκτέλεσης και διενέργειας πλειστηριασμών. Η αίτηση αναστολής εν προκειμένω απορρίφθηκε με όρους βλάβης και μη πρόδηλης βασιμότητας των προβληθέντων λόγων⁴⁶⁶. Ειδικότερα, το Δικαστήριο παρότι διαπίστωσε ότι η προσβαλλόμενη ΚΥΑ είχε ήδη καταργηθεί, εντούτοις προχώρησε σε κρίση περί της μη πρόδηλης βασιμότητας των λόγων κύρωσης (βλ. σκέψη 8) διαπιστώνοντας μεταξύ άλλων ότι: «... (γ) Το μέτρο της προσωρινής αναστολής της λειτουργίας των δικαστηρίων για την αντιμετώπιση απολύτως επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος, αναγομένων στην προστασία της δημόσιας υγείας από την περαιτέρω διάδοση του νέου κορωνοϊού, δεν συνιστά, καθ' εαυτό, περιορισμό της επαγγελματικής ελευθερίας των δικηγόρων, αλλά πρόσκαιρη και απολύτως επιβεβλημένη ρύθμιση του τρόπου λειτουργίας των δικαστηρίων, προς την οποία προσαρμόζονται και οι αντίστοιχες υπηρεσίες των δικηγόρων προς τους πελάτες τους. Ως εκ τούτου, δεν μπορούν να θεωρηθούν ως προδήλως βάσιμοι οι λόγοι ακυρώσεως, με τους οποίους προβάλλεται ότι τα επίμαχα μέτρα συνιστούν προσβολή

⁴⁶⁵ Βλ. σκέψη 5 της απόφασης που αναφέρει ότι: «5. Επειδή το άρθρο 32 του π.δ. 18/1989, όπως συμπληρώθηκε με την προσθήκη παραγράφου 3 με το άρθρο 31 παρ. 1 του ν. 3772/2009 (Α' 112), ορίζει τα εξής: "1 ... 2. Καταργείται ... η δίκη αν μετά την άσκηση της αίτησης ακυρώσεως και έως την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης η προσβαλλόμενη πράξη έπαυσε για οποιοδήποτε λόγο να ισχύει, εκτός αν ο αιτών επικαλείται ιδιαίτερο έννομο συμφέρον που δικαιολογεί τη συνέχιση της δίκης ... 3. Αν η κατά την προηγούμενη παράγραφο πάυση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξεως οφείλεται στο ότι αυτή ήταν περιορισμένης χρονικής ισχύος και μετά τη λήξη της εκδόθηκε νεότερη πράξη ομοίου περιεχομένου ή στο ότι αυτή τροποποιήθηκε ή αντικαταστάθηκε με πράξη η οποία εξακολουθεί να είναι δυσμενής για τον αιτούντα, η δίκη δεν καταργείται αν ο αιτών προβάλει με δικόγραφο, κατατιθέμενο έξι (6) πλήρεις ημέρες πριν από την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως, σχετικό ισχυρισμό και ζητήσει τη συνέχιση της δίκης. Με το δικόγραφο αυτό, ο αιτών μπορεί να προβάλει και νέους λόγους ακυρώσεως, στρεφόμενους κατά της νέας πράξεως. Μπορεί επίσης με το ίδιο δικόγραφο να παραιτείται από την προσβολή πράξεων ή από λόγους ακυρώσεως που δεν έχουν αντικείμενο ..."».

⁴⁶⁶ Βλ. σκέψη 6 της απόφασης που αναφέρει ότι: «6. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, η αναστολή της εκτέλεσης κανονιστικής πράξης ή η διαταγή άλλου κατάλληλου μέτρου σε σχέση με κανονιστική πράξη προς αποτροπή βλάβης του αιτούντος δεν είναι κατ' αρχήν επιτρεπτή. Συγχωρείται κατ' εξαίρεση στην περίπτωση που η ασκηθείσα αίτηση ακυρώσεως είναι προδήλως βάσιμη, καθώς και στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος επικαλείται και αποδεικνύει ότι από την εφαρμογή της κανονιστικής πράξης θα υποστεί ευθεία και άμεση βλάβη, δυσχερώς επανορθώσιμη σε περίπτωση ευδοκίμησης της αίτησης ακυρώσεως, οπότε –και εφ' όσον δεν συντρέχει λόγος δημοσίου συμφέροντος περί του αντιθέτου– χορηγείται αναστολή της εκτελέσεως μόνον ως προς τον αιτούντα (βλ. Ε.Α. 262-3/2020 Ολομ. κ.ά.)».

του δικαιώματος των δικηγόρων στην επαγγελματική ελευθερία και ότι τα εν λόγω μέτρα αντίκεινται, και μάλιστα προδήλως, ως απρόσφορα και ακατάλληλα να επιτελέσουν τον σκοπό τους, στην αρχή της αναλογικότητας. (δ) Τέλος, ενόψει όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, για τη λήψη των επίμαχων μέτρων η Διοίκηση έλαβε υπόψη εισήγηση της αρμόδιας επιστημονικής Επιτροπής, στηριζόμενη σε δεδομένα σοβαρής αύξησης του επιδημιολογικού κινδύνου (ιδίως στην περιοχή της Αττικής) και του συναφούς κινδύνου σοβαρής αδυναμίας του νοσηλευτικού συστήματος να ανταποκριθεί στη διαφαινόμενη αύξηση των αναγκών νοσηλείας τόσο σε απλές κλίνες, όσο και σε κλίνες εντατικής θεραπείας και αυξημένης φροντίδας. Ως εκ τούτου, ούτε ο λόγος ακυρώσεως για παντελή έλλειψη ουσιαστικής τεκμηρίωσης της ανάγκης λήψης των επίμαχων μέτρων μπορεί να θεωρηθεί ως προδήλως βάσιμος...».

β. ΣτΕ Ολ. Επ. Αν. 49/2020: περί αναστολής εκτέλεσης της ΚΥΑ με την οποία επιβλήθηκε για προληπτικούς λόγους δημόσιας υγείας, εξαιτίας της επιδημίας του λοιμώδους νοσήματος "COVID-19" που οφείλεται σε κορωνοϊό, το μέτρο της προσωρινής απαγορεύσεως της τελέσεως κάθε είδους λειτουργιών και ιεροπραξιών στους θρησκευτικούς χώρους λατρείας για το χρονικό διάστημα από 16.3.2020 έως 30.3.2020. Το Δικαστήριο και εδώ απέρριψε την αίτηση αναστολής με όρους βλάβης και μη πρόδηλης βασιμότητας των προβληθέντων λόγων⁴⁶⁷.

γ. ΣτΕ Ολ. Επ. Αν. 263/2020: περί αναστολής εκτελέσεως της 1029/8/18/13.11.2020 αποφάσεως του Αρχηγού της Ελληνικής Αστυνομίας «Δημόσιες υπαίθριες συναθροίσεις» (Β' 5046/14.11.2020), με την οποία αποφασίσθηκε, για επιτακτικούς λόγους αντιμετώπισης σοβαρού κινδύνου δημόσιας υγείας, που συνίσταται στον σοβαρό κίνδυνο διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, η απαγόρευση όλων των δημόσιων υπαίθριων συναθροίσεων στο σύνολο της Επικράτειας στις οποίες συμμετέχουν τέσσερα (4) ή περισσότερα άτομα, από 15.11.2020 και ώρα 6.00 π.μ. έως και 18.11.2020 ώρα 9.00 μ.μ., καθώς και η επιβολή κυρώσεων σε περίπτωση παράβασης της ανωτέρω απαγόρευσης, περαιτέρω δε καθορίσθηκαν το ύψος των διοικητικών προστίμων και τα όργανα βεβαίωσης των παραβάσεων και επιβολής των προστίμων (απαγόρευση συναθροίσεων ενόψει εκδηλώσεων επετείου Πολυτεχνείου).

Στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο ενσωματώνει στο επιχείρημά του για τη συνταγματικότητα του περιορισμού του δικαιώματος την ένταξή του σε ένα ευρύτερο πλέγμα περιορισμών. Αναφέρει ειδικότερα ότι «(γ) στο πλαίσιο της παρούσας εξαιρετικής (...) συγκυρίας (τρέχουσας επιδημιολογικής επιβάρυνσης της χώρας) έχουν ήδη ληφθεί έκτακτα μέτρα προστασίας της δημόσιας υγείας από τον κίνδυνο περαιτέρω διασποράς του κορωνοϊού COVID-19 στο σύνολο της Επικράτειας από την 7.11.2020 έως και την 30.11.2020 με την ΚΥΑ Δ1α Γ.Π.οικ.71342/6.11.2020 (Β' 4899), όπως ο περιορισμός των συναθροίσεων και της κυκλοφορίας των πολιτών εν όλω με περιοριστικώς καθοριζόμενες εξαιρέσεις, καθώς και η απαγόρευση της μετακίνησης με οποιοδήποτε μέσο εκτός Περιφερειακής Ενότητας ή Περιφέρειας με περιοριστικώς καθοριζόμενες εξαιρέσεις, τα μέτρα δε αυτά προσαρμόζονται συνεχώς αναλόγως με τα επιδημιολογικά δεδομένα (βλ. ΚΥΑ από 9.11.2020 - Β' 4946, από 12.11.2020 - Β' 4999 και από 14.11.2020 - Β' 5043) και ήδη έχει ανασταλεί η διά ζώσης εκπαιδευτική λειτουργία των σχολικών μονάδων κάθε βαθμού με περιοριστικώς προβλεπόμενες εξαιρέσεις».

⁴⁶⁷ Βλ. σκέψη 6 της απόφασης.

Αυτή η προσέγγιση ακολουθείται και από Ανώτατα Δικαστήρια στην αλλοδαπή, όπως στην πρόσφατη απόφαση Association Civitas et autres, της 29.11.2020 του Conseil d'Etat για τα περιοριστικά, λόγω της πανδημίας, μέτρα, στην άσκηση της θρησκευτικής λατρείας. Εν προκειμένω, το Δικαστήριο επιβάλλει την τροποποίηση των διατάξεων του διατάγματος της 29ης Νοεμβρίου 2020, που περιορίζει σε τριάντα άτομα τον αριθμό των πιστών στις θρησκευτικές συναθροίσεις. Υπογραμμίζει τη θεμελιώδη (ακόμη και για ένα κοσμικό Κράτος, όπως η Γαλλία) σημασία της ελευθερίας της λατρείας και διαπιστώνει ότι αυτή περιλαμβάνει, μεταξύ των ουσιωδών συνιστωσών της, το δικαίωμα συλλογικής συμμετοχής σε τελετές. Αφού εξετάζει ενδελεχώς υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας το επίμαχο μέτρο, καταλήγει στο βάσιμο των ισχυρισμών των αιτούντων. Το Δικαστήριο προβαίνει σε σύγκριση της απόλυτης και γενικής απαγόρευσης της συμμετοχής στις θρησκευτικές τελετές για πάνω από τριάντα άτομα με τους περιορισμούς που ισχύουν για τις άλλες νόμιμες δραστηριότητες (π.χ. λειτουργία καταστημάτων), οι οποίοι καθορίζονται σε συνάρτηση με την επιφάνεια των χώρων άσκησής τους⁴⁶⁸.

Σε μεταγενέστερη απόφασή του, με αντικείμενο την πρόσβαση στη φυσική διδασκαλία στην πανεπιστημιακή εκπαίδευση, το Conseil d'Etat εξετάζει στην ουσία τη δυνατότητα εκπλήρωσης του δικαιώματος μέσω της τηλεεκπαίδευσης, διαπιστώνει ότι αυτή είναι εφικτή και, κατά συνέπεια, απορρίπτει το αίτημα των πανεπιστημιακών για την άρση των περιορισμών στα γαλλικά πανεπιστήμια⁴⁶⁹.

Στις Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής, το Supreme Court των ΗΠΑ κλήθηκε να προβεί σε σχετική δικαιοδοτική κρίση με αφορμή τον περιορισμό της θρησκευτικής ελευθερίας στην πόλη της Νέας Υόρκης. Το Ανώτατο Δικαστήριο με παρόμοιο σκεπτικό στην υπόθεση *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo*, διατύπωσε ένα συλλογισμό που έδινε έμφαση στην (μη) προσφορότητα και αναγκαιότητα του περιοριστικού μέτρου σε συνδυασμό με την ύπαρξη ηπιότερων που θα εξυπηρετούσαν τον ίδιο σκοπό. Έτσι, θεώρησε αντίθετα στην Πρώτη Τροποποίηση του Αμερικανικού Συντάγματος τα περιοριστικά μέτρα στις εκκλησίες στην Πολιτεία της Νέας Υόρκης, όπως αυτά προσδιορίστηκαν από την Διαταγή του Κυβερνήτη της⁴⁷⁰. Ειδικότερα, μεταξύ άλλων επιχειρημάτων που αναφέρονται στα κρίσιμα πραγματολογικά δεδομένα και τη μη επιβάρυνση της πανδημίας από τους

⁴⁶⁸ Το Conseil d'Etat υπογραμμίζει τον θεμελιώδη χαρακτήρα της θρησκευτικής ελευθερίας και εξετάζει ενδελεχώς τη συμβατότητα του περιορισμού της στο ανώτατο όριο των 30 ατόμων. Ειδικότερα, το δυσανάλογο έγκειται στο ότι σε όλους τους άλλους χώρους, οι οποίοι είναι ανοιχτοί στο κοινό επιβάλλεται μόνο το κριτήριο εμβαδού, ενώ στη θρησκευτική ελευθερία το κριτήριο του εμβαδού συμπληρώνεται με το ανώτατο όριο των 30 ατόμων. Βλ. αναλυτικά ΚΑΣΤΑΝΑ Ι., Παρατηρήσεις στην Conseil d'Etat συνεκδ. υποθ. 446930, 446941, 446968 και 446975, διάτ. της 29.11.2020 (Ασφ) - Η ελευθερία της λατρείας στην εποχή της πανδημίας του covid-19 - Άσκηση στην αναλογικότητα, ΘΠΠΔ, 1/2020, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 85 - 86.

⁴⁶⁹ Βλ. CE, ord., 10 déc. 2020, n° 447015, M. Cassia et autres. Σε αντίθεση με τη θρησκευτική ελευθερία, το Conseil d'Etat έκρινε ότι, από τα επιδημιολογικά δεδομένα, αλλά και τις συνθήκες παροχής και τις ρυθμίσεις για την εξ αποστάσεως εκπαίδευση, σε συνδυασμό με τη δυνατότητα για φυσική παρουσία, όταν δεν μπορεί αλλιώς να εξασφαλιστεί η παροχή (π.χ. σε μαθήματα πρακτικά που δεν μπορούν να διεξαχθούν εξ αποστάσεως), συνάγεται η αναγκαιότητα και η αναλογικότητα των περιορισμών στην πρόσβαση (δια ζώσης) στην εκπαίδευση και την προσωπική ελευθερία των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας. Βλ. όμως και κριτική σε αυτήν την απόφαση, στο όνομα της ισότητας στη μεταχείριση με τη θρησκευτική ελευθερία σε MELLERAY F., Les voies du Seigneur, AJDA 2020, σελ. 2457.

⁴⁷⁰ 592 U. S. (2020), *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York, v. Andrew M. Cuomo*, Governor of New York (Application No. 20A87).

πιστούς, ο περιορισμός των πιστών στους ναούς σε 10 (για τις κόκκινες ζώνες) και 25 (για τις πορτοκαλί), για λόγους δημόσιας υγείας, συνιστά, σύμφωνα με το Δικαστήριο, δυσανάλογη μεταχείριση των χώρων αυτών, σε σχέση με άλλους δημόσιους και εκκοσμικευμένους («secular») χώρους, όπως τα καταστήματα με είδη πρώτης ανάγκης (π.χ. κομμωτήρια). Στην πορτοκαλί ζώνη η διακριτική αυτή μεταχείριση (disparate treatment), είναι ακόμη πιο εμφανής, καθώς, παρότι η προσέλευση στις εκκλησίες προσδιορίζεται άκαμπτα στα 25 άτομα, δεν υπάρχει κανένα όριο στα εμπορικά καταστήματα, ακόμη και σε εκείνα που δεν εμπίπτουν στην κατηγορία των «essentials».

Ιδιαίτερα ενδιαφέρονσα είναι η σκέψη με την οποία το Supreme Court απέρριψε τη συνδρομή λόγου δημοσίου συμφέροντος που επέτασσε την άμεση εφαρμογή της απόφασης του Κυβερνήτη της Ν. Υόρκης. Η εν λόγω σκέψη θεμελιώθηκε σε δύο λόγους: «το κράτος δεν ισχυρίστηκε ότι η παρακολούθηση τελετών από τους αιτούντες οδήγησε σε διασπορά του ιού. Και το κράτος δεν έδειξε ότι η δημόσια υγεία θα βρισκόταν σε κίνδυνο αν επιβάλλονταν λιγότερα περιοριστικά μέτρα». Τέλος, το δικαστήριο, σε μία εμβληματική αποστροφή του λόγου του, κατέληξε ότι «Τα μέλη του Δικαστηρίου δεν είναι εξειδικευμένοι επιστήμονες της δημόσιας υγείας και πρέπει να σεβόμαστε την κρίση αυτών που έχουν ειδική γνώση και ευθύνη στο συγκεκριμένο πεδίο. Αλλά ακόμη και σε συνθήκες πανδημίας, το Σύνταγμα δεν παραμερίζεται και δεν λησμονείται. Οι επίδικοι περιορισμοί (...) πλήττουν τον πυρήνα της εγγύησης της θρησκευτικής ελευθερίας της Πρώτης Τροπολογίας. Πριν επιτρέψουμε να συμβεί αυτό, έχουμε το καθήκον να διεξάγουμε μία σοβαρή έρευνα για την αναγκαιότητα ενός τόσο δραστικού μέτρου»⁴⁷¹.

Στην υπόθεση αυτή το Ανώτατο Δικαστήριο προβληματίστηκε αρκετά ως προς την ένταση του ελέγχου που μπορεί να ασκήσει, γιατί τα ζητήματα σε ένα μεγάλο βαθμό είναι τεχνικά και επιστημονικά, δηλαδή αφορούν εκτίμηση - αξιολόγηση ιατρικών δεδομένων. Τελικά όμως έκρινε ότι είναι παράνομη η σχετική απαγόρευση με το επιχείρημα ότι δεν είναι ουδέτερη, γιατί ενώ σε άλλες όμοιες δραστηριότητες επιτρέπει να ασκούνται με κάποιους περιορισμούς (π.χ. κουρείο, studio παραγωγής του Hollywood), απαγορεύεται απολύτως η συγκέντρωση σε έναν θρησκευτικό χώρο. Το μέτρο που παραβιάζει την αρχή της ουδετερότητας στην πραγματικότητα παραβιάζει την αρχή της ισότητας, γιατί αυτή η δραστηριότητα που είναι όμοια απαγορεύεται ενώ σε άλλες περιπτώσεις σε δραστηριότητες που είναι επίσης όμοιες επιτρέπεται⁴⁷². Για το λόγο αυτό κρίθηκε αντισυνταγματική η σχετική απαγόρευση.

⁴⁷¹ Βλ. ΚΟΥΡΟΥΝΔΗ Χ., Το νέο δίκαιο των συναθροίσεων και το Σύνταγμα: περιορισμοί και απαγορεύσεις στη σκιά της πανδημίας, σε: ΕφημΔΔ 2/2021, εκδ. Σάκκουλα, σελ. 284.

⁴⁷² Σύμφωνα με την απόφαση είναι παράλογο να απαγορεύεται ένας ψάλτης να τραγουδήσει τηρώντας κάποιους περιορισμούς ως προς την απόσταση αλλά ο ίδιος ψάλτης να επιτρέπεται να τραγουδήσει σε ένα στούντιο του Χόλιγουντ. Πρβλ. για την εν λόγω απόφαση και ΚΑΡΑΒΟΚΥΡΗ Γ., ΕφημΔΔ 1/2021, ό.π., σ. 113 - 114, όπου και ιδιαίτερη μνεία στην αποστροφή του Δικαστή Gorsuch ότι το Σύνταγμα δεν ανέχεται διατάγματα της εκτελεστικής εξουσίας με χρωματισμένες κατηγοριοποιήσεις, που ξανανοίγουν κάβες και καταστήματα που πωλούν ποδήλατα αλλά κατεβάζουν τα ρολά σε εκκλησίες, συναγωγές και τζαμιά. Με βάση τη συνολική προσέγγιση του Γ. Καραβοκύρη, η νομολογία της πανδημίας διατυπώνει κανονιστικά την καινοφανή συνθήκη της ιδιόμορφης (αναλογικής) «ισότητας» των δικαιωμάτων στους περιορισμούς, δίχως ανεπίτρεπτες μεταξύ τους διακρίσεις, παρότι αναγνωρίζει στο νομοθέτη ευρεία διακριτική ευχέρεια στην προτεραιοποίηση.

Στο ίδιο μήκος κύματος κινήθηκε και το Γ'ΟΣΔ (BVerfG)⁴⁷³. Χαρακτηριστική είναι η απόφασή του αναφορικά με τη συνταγματικότητα της απαγόρευσης δημόσιας υπαίθριας συνάθροισης που είχε εκδοθεί στη βάση του «Νόμου περί Συναθροίσεων» (Versammlungsgesetz/VersG) και των ρυθμίσεων για την αντιμετώπιση του COVID-19 που επέβαλαν μέτρα κοινωνικής αποστασιοποίησης στο κρατίδιο της Έσσης⁴⁷⁴. Στο πλαίσιο προσωρινής δικαστικής προστασίας, το BVerfG έκρινε ότι η απαγόρευση δημόσιας υπαίθριας συνάθροισης χωρίς την αξιολόγηση τυχόν εναλλακτικών μέτρων από την αρμόδια αρχή η οποία και είχε τη σχετική διακριτική ευχέρεια συνιστά παραβίαση του άρθρου 8 του Θεμελιώδους Νόμου (GG), που ορίζει ότι «1. Όλοι οι Γερμανοί έχουν το δικαίωμα, χωρίς ειδοποίηση ή άδεια, να συνέρχονται ησυχώς και χωρίς όπλα. 2. Για τις δημόσιες υπαίθριες συναθροίσεις, τούτο το δικαίωμα μπορεί να περιοριστεί διά νόμου ή στη βάση νόμου». Απέδωσε, μάλιστα, την παραβίαση του Συντάγματος στην εξ αρχής εσφαλμένη ερμηνεία της συνταγματικής διάταξης, η οποία επιτάσσει να λαμβάνεται υπόψη τόσο η σημασία της όσο και το πεδίο εφαρμογής της πριν από την επιβολή οιασδήποτε περιορισμού. Τέλος, το δικαστήριο επισήμανε ότι η διοίκηση όφειλε πριν απαγορεύσει τη συνάθροιση να λάβει υπόψη της τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, χωρίς να αρκείται στην έγερση γενικών αμφιβολιών για τους εγκυμονούντες κινδύνους. Σε άλλη απόφασή του⁴⁷⁵ το BVerfG, ακολουθώντας την ίδια μεθοδολογία ελέγχου, επικύρωσε την απαγόρευση συνάθροισης όταν η διοίκηση τεκμηρίωσε ότι η πραγματοποίηση διαδήλωσης με 20.000 άτομα στην πόλη της Βρέμης καθιστούσε ανέφικτη την τήρηση οιασδήποτε μέτρου υγειονομικής προστασίας.

Η ίδια μεθοδολογία ακολουθήθηκε και από τον εκπρόσωπο της έτερης μεγάλης ηπειρωτικής έννομης τάξης, το γαλλικό Conseil d'État (CE)⁴⁷⁶, το οποίο προέβη σε εντατικό έλεγχο αναλογικότητας. Έτσι, για παράδειγμα, σε αποφάσεις που αφορούσαν στη συνταγματικότητα του μέτρου της καθολικής χρήσης μάσκας στους εξωτερικούς χώρους έκρινε ότι *«Η αναλογικότητα ενός μέτρου αξιολογείται αναγκαία υπό το φως των συνεπειών του στα ενδιαφερόμενα πρόσωπα και της προσφορότητάς του για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος. Η απλότητα και η προσβασιμότητά του, που είναι αναγκαία για να κατανοηθεί και να εφαρμοστεί από τους αποδέκτες του, είναι στοιχείο της αποτελεσματικότητάς του, που πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη»*⁴⁷⁷. Σ' αυτό το πλαίσιο, μόνον αφότου διέγνωσε ότι δεν υπήρχε

⁴⁷³ Για τη νομολογία του BVerfG κατά την πρώτη περίοδο της πανδημίας βλ. αναλυτικότερα ΠΑΠΑΝΙΚΟΛΑΟΥ Κ., Περιορισμοί της θρησκευτικής λατρείας και των συναθροίσεων για την αντιμετώπιση της πανδημίας. Οι αποφάσεις του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας, σε: www.constitutionalism.gr. Πρβλ. επίσης ΧΡΗΣΤΟΥ Β. ΔτΑ 85/2020, Οι ατομικές ελευθερίες και η μεταβολή της ανθρώπινης συνθήκης, σελ. 659.

⁴⁷⁴ Βλ. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20 -, Rn.12. Πρβλ. για τον σχολιασμό της απόφασης ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟ Α., Συνάθροιση, η αναγέννηση ενός λησμονημένου δικαιώματος, ΘΠΔΔ 4/2021, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 347 - 348 (344 - 351).

⁴⁷⁵ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 05. Dezember 2020-1 BvQ 145/20-, Rn. 1-9 (ιδίως Rn. 7).

⁴⁷⁶ Για τη νομολογία των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων κατά το πρώτο κύμα της πανδημίας βλ. ΚΑΨΑΛΗ Β., Η υγειονομική κρίση υπό το βλέμμα της γαλλικής διοικητικής δικαιοσύνης: υπάρχει έδαφος για συγκρίσεις;, ΕφημΔΔ 1/2020, σελ. 46 - 54 αλλά και ΚΑΡΑΒΟΚΥΡΗ Γ., ΕφημΔΔ 1/2021, ό.π., σ. 113, όπου και συνοπτική αναφορά στις αποφάσεις του Conseil d'État για τον περιορισμό της θρησκευτικής ελευθερίας και την τηλεδιδασκαλία στην πανεπιστημιακή εκπαίδευση.

⁴⁷⁷ Conseil d'État 443750/2020 και Conseil d'État 443751/2020, διαθέσιμες σε: [<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-6-septembre-2020-port-obligatoire-du-masque-a-lyon-et-villeurbanne>].

οποιοδήποτε ηπιότερο, προσφορότερο και εφαρμόσιμο μέτρο για την προστασία από τη διασπορά του ιού στην περιφέρεια Rhône, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η επιβολή της υποχρέωσης καθολικής χρήσης μάσκας είναι ανεκτή. Ταυτόχρονα, στην εν λόγω υπόθεση, το CE επέβαλε την τροποποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που δεν εξαιρούσε από το μέτρο όσους ασκούν φυσική/αθλητική δραστηριότητα. Από την άλλη πλευρά, αξιοποιώντας την ίδια συλλογιστική, στην υπόθεση που αφορούσε την περιφέρεια Bas-Rhin, το Γαλλικό Συνταγματικό Συμβούλιο έκρινε ότι το διάταγμα που επέβαλε την καθολική χρήση μάσκας έπρεπε να τροποποιηθεί ώστε να εφαρμόζεται μόνον σε εκείνους τους χώρους, στους οποίους υπάρχει μεγάλη πυκνότητα πληθυσμού και δυσκολία διασφάλισης της τήρησης των απαιτούμενων αποστάσεων⁴⁷⁸.

Από την ενδεικτική επισκόπηση της συγκριτικής νομολογίας στις διάφορες δικαιιοταξίες προκύπτει καταρχήν ο σεβασμός των δικαιοδοτικών μηχανισμών τόσο στις επιλογές του νομοθέτη όσο και στην επιστημονική κρίση των ειδικών. Έτσι, ως κρίσιμο στοιχείο για την εκάστοτε κρίση αναδεικνύεται η αιτιολογία της απόφασης περιορισμού ή απαγόρευσης ενός δικαιώματος, η οποία με τη σειρά της συνδέεται οργανικά με την αναγκαιότητά του⁴⁷⁹. Η διεθνής νομολογία στηριζόμενη στο τρίπτυχο *αναλογικότητα, γνωμοδότηση των ειδικών και αιτιολογία* θεμελιώνει (ή όχι) τα μέτρα που λαμβάνονται στο όνομα της αντιμετώπισης της πανδημίας ώστε να διασφαλίζεται η αναγκαία ορθολογική σχέση μέτρου προς σκοπό.

Προβληματίζει όμως το γεγονός ότι το ελληνικό ΣτΕ αντιμετωπίζει τα σχετικά πολύ σημαντικά ζητήματα σε επίπεδο υπαινιγμών «*το μέτρο είναι πράγματι αυστηρό πλην όμως αναγκαίο*»⁴⁸⁰. Είναι πολύ σημαντικό δικαιοπολιτικά, για τη διαφύλαξη του κράτους δικαίου, να λαμβάνονται οριστικές θέσεις σε κρίσιμα ζητήματα. Δεν μπορεί να κρίνονται τέτοιες αποφάσεις με όρους βλάβης και κατά τα λοιπά η βασιμότητα των μέτρων να κρίνεται σε επίπεδο υπαινιγμών. Και στο σημείο αυτό ανακύπτει ο έντονος προβληματισμός σχετικά με την ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου στη χώρα. Το ζήτημα αυτό απασχολεί έντονα την εγχώρια συνταγματική θεωρία, αλλά και γενικότερα τον δημόσιο διάλογο, επανερχόμενο στο προσκήνιο κάθε φορά που συμπληρώνεται ο (πενταετής) χρονικός περιορισμός για την συνταγματική αναθεώρηση κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 110 του Συντάγματος. Καθίσταται λοιπόν κατανοητή η ανάγκη να γνωρίζουν όλοι οι πολίτες της χώρας (εργαζόμενοι, εργοδότες κ.λ.π.) τη συνταγματικότητα των μέτρων που λαμβάνονται κατά την παρούσα περίοδο πανδημίας. Η ανάγκη είναι σημαντική γιατί μεταξύ άλλων αφορά την εθνική ανάπτυξη της Χώρας, τη δημιουργία επενδύσεων και τη δημιουργία θέσεων απασχόλησης. Αναρωτιέται κανείς εύλογα γιατί π.χ. για ζητήματα όπως αυτά της απαγόρευσης των υπαίθριων συναθροίσεων ενόψει των εκδηλώσεων της επετείου του Πολυτεχνείου να υπάρχουν διάφορες υποθετικές γνώμες και να μην υπάρχει μία οριστική απόφαση του Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου της Χώρας; Γιατί να υποσκάπτεται λόγω αυτής της αδράνειας μία διαρκής αμφισβήτηση; Είναι πλήγμα για την κοινωνία και τους δημοκρατικούς θεσμούς. Όμως, αν ένα αρμόδιο Δικαστήριο οριστικά επέλυε τα ζητήματα αυτά, θα μπορούσαν με ασφάλεια δικαίου να ρυθμιστούν οι σχετικές έννομες σχέσεις και εν γένει διοικητικές καταστάσεις.

⁴⁷⁸ Conseil d'État 443750/2020, σκ. 12.

⁴⁷⁹ Βλ. ΚΟΥΡΟΥΝΔΗ Χ./ΤΣΙΓΑΡΙΔΑ Β., Η νέα απαγόρευση συναθροίσεων και το Σύνταγμα, σε: www.constitutionalism.gr

⁴⁸⁰ Βλ. σκέψη 9 της απόφασης.

Εν τέλει, για το πολύ σημαντικό ζήτημα του εμβολιασμού (υποθέσεις ΕΜΑΚ, ΠΟΕΔΗΝ, Σωματείου εργαζομένων ΕΚΑΒ, φυσικών προσώπων που συζητήθηκαν στην Ολομέλεια στις 8 Οκτωβρίου 2021), μόλις την 3.12.2021, ο Πρόεδρος του Σ.τ.Ε, σύμφωνα με το άρθρο 34 παρ.8 του π.δ. 18/1989, όπως προστέθηκε με το άρθρο 25 του ν. 4786/2021, σχετικά με το αποτέλεσμα της διάσκεψης των υποθέσεων για τον υποχρεωτικό εμβολιασμό, ανακοίνωσε ότι:

Ι. Επί της αιτήσεως ακυρώσεως που αφορά την ΕΜΑΚ το Δικαστήριο: 1) Έκρινε (ομοφώνως) ότι η προσβαλλόμενη πράξη του Αρχηγού του Πυροσβεστικού Σώματος (ΠΣ), καθ' ο μέρος προβλέπει ότι στις ΕΜΑΚ υπηρετεί μόνον εμβολιασμένο προσωπικό και ορίζει απώτατη προθεσμία προγραμματισμού του εμβολιασμού όσων δεν είχαν εμβολιαστεί ή προγραμματίσει τον εμβολιασμό τους προκειμένου να μην απομακρυνθούν από τις υπηρεσίες αυτές, αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη. 2) Έκρινε (ομοφώνως) ότι η ανωτέρω πράξη δημοσιεύθηκε μεν στον εσωτερικό ιστότοπο του ΠΣ, όφειλε όμως να είχε δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. 3) Περαιτέρω, το Δικαστήριο, λόγω της σπουδαιότητας των τιθεμένων ζητημάτων, προχώρησε στην εξέταση αυτών και έκρινε, μεταξύ άλλων, (με μειοψηφία 3 μελών) ότι η προσβαλλόμενη πράξη δεν αντίκειται στις συνταγματικές ή υπερνομοθετικές διατάξεις των οποίων γίνεται επίκληση, διότι α) ο εμβολιασμός επιβάλλεται στους υπαλλήλους του ΠΣ που υπηρετούν στις ΕΜΑΚ προς διασφάλιση της αδιάλειπτης επιχειρησιακής λειτουργίας και της πλήρους υπηρεσιακής διαθεσιμότητας του προσωπικού των εν λόγω υπηρεσιών, που έχουν ειδική αποστολή και ιδιαίτερες συνθήκες άσκησης καθηκόντων, β) προβλέπεται από ουσιαστικό νόμο και, ειδικότερα, από την προσβαλλόμενη κανονιστική πράξη, η οποία εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 79 παρ. 13 του ν. 4662/2020 σε συνδυασμό με άλλες διατάξεις του ίδιου νόμου, οι οποίες παρέχουν εξουσιοδότηση στον Αρχηγό του ΠΣ να θεσπίσει εγκύτως, ως πρόσθετο προσωρινό, υπό περιστάσεις πανδημίας, όρο για την καλή κατάσταση της υγείας των υπηρετούντων στις ΕΜΑΚ, τον εμβολιασμό τους κατά του κορωνοϊού covid-19, γ) στηρίζεται σε έγκυρα επιστημονικά δεδομένα επισήμων φορέων στην Ελλάδα (Εθνική Επιτροπή Εμβολιασμών, ΕΟΔΥ) και διεθνώς, σύμφωνα με τα οποία ο εμβολιασμός είναι ο αποτελεσματικότερος τρόπος ελέγχου εξάπλωσης της νόσου, ενώ τα οφέλη των εμβολίων υπερτερούν των τυχόν παρενεργειών, οι οποίες είναι εξαιρετικά σπάνιες. 4) Κρίθηκε επίσης ότι η υποχρέωση εμβολιασμού δεν παραβιάζει τις αρχές της ισότητας και της απαγόρευσης των διακρίσεων, διότι η διαφορετική μεταχείριση με κριτήριο τον εμβολιασμό ερείδεται επί αντικειμενικού κριτηρίου, κυρίως λόγω της μη αμφισβητούμενης ούτε από τους αιτούντες, μειωμένης συχνότητας και έντασης με την οποία νοσούν και μεταδίδουν την νόσο οι εμβολιασμένοι σε σχέση με τους ανεμβολίαστους. 5) Τέλος, το Δικαστήριο εφαρμόζοντας το άρθρο 50 παρ. 3 εδ. α του π.δ. 18/1989 και σταθμίζοντας τα έννομα συμφέροντα των διαδίκων, αποφάσισε (ομοφώνως) να αναβάλει την έκδοση οριστικής απόφασης και να χορηγήσει στη Διοίκηση προθεσμία ενός μηνός από την κοινοποίηση σ' αυτήν της απόφασης της Ολομέλειας, προκειμένου να προβεί στη δημοσίευση της πράξης του Αρχηγού του ΠΣ στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

ΙΙ. Επί των εννέα αιτήσεων ακυρώσεως που αφορούν το απασχολούμενο σε δομές υγείας ιατρικό, παραϊατρικό, νοσηλευτικό και λοιπό προσωπικό (αιτήσεις ΠΟΕΔΗΝ, Σωματείου εργαζομένων ΕΚΑΒ και υπόχρεων φυσικών προσώπων), το Δικαστήριο 1) απέρριψε ορισμένες ως απαράδεκτες. 2) Τις υπόλοιπες αιτήσεις απέρριψε (με

μειοψηφία 3 μελών) με την αιτιολογία, μεταξύ άλλων, ότι ο υποχρεωτικός εμβολιασμός (άρθρο 206 ν. 4820/2021) δεν αντίκειται στις συνταγματικές ή υπερνομοθετικές διατάξεις των οποίων γίνεται επίκληση, διότι, στην προκειμένη περίπτωση, αυτός: α) επιβάλλεται στη συγκεκριμένη επαγγελματική ομάδα στο πλαίσιο της συνταγματικής υποχρέωσης για επίδειξη κοινωνικής αλληλεγγύης, ειδικώς δε όσον αφορά το ιατρικό και νοσηλευτικό προσωπικό λόγω της αυξημένης ευθύνης που έχει ως προς τη διαφύλαξη της υγείας των ασθενών, β) προβλέπεται από τον νόμο, γ) στηρίζεται σε έγκυρα επιστημονικά δεδομένα τα οποία αποδέχεται η συντριπτική πλειοψηφία των αρμόδιων επιστημονικών φορέων στην Ελλάδα και διεθνώς, σύμφωνα με τα οποία ο εμβολιασμός αποτελεί βασικό εργαλείο για την ανάσχεση της πανδημίας του κορωνοϊού covid-19 και δ) σύμφωνα με τα υπάρχοντα επιστημονικά δεδομένα, οι σοβαρές παρενέργειες του εμβολιασμού είναι εξαιρετικά σπάνιες. Εξ άλλου, (με μειοψηφία 5 μελών) κρίθηκε ότι η αναστολή εργασίας χωρίς την καταβολή του συνόλου των αποδοχών είναι συνταγματικώς ανεκτή. Κρίθηκε επίσης αφ' ενός ότι η υποχρέωση εμβολιασμού μόνο του ιατρικού, παραϊατρικού, νοσηλευτικού και λοιπού προσωπικού δεν παραβιάζει την αρχή της ισότητας εν σχέσει με άλλες κατηγορίες εργαζομένων και αφ' ετέρου ότι η προβλεπόμενη διαδικασία παρακολούθησης και ελέγχου της συμμόρφωσης με την υποχρέωση εμβολιασμού κατά του κορωνοϊού δεν παραβιάζει τη νομοθεσία περί προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

2.4 Η προστασία της ιδιωτικής ζωής και το δικαίωμα προστασίας προσωπικών δεδομένων σε περίοδο πανδημίας

Η συνταγματική κατοχύρωση του απαραβίαστου της ιδιωτικής ζωής στο άρθρο 9 παρ. 1 Συντ. σημαίνει ότι στη ζωή του κάθε ατόμου υπάρχει ένας πυρήνας, στον οποίο κυριαρχεί αυτός μόνος και στον οποίο δεν μπορεί να διεισδύσει το κράτος⁴⁸¹ ή οι τρίτοι, δεδομένου ότι το δικαίωμα αυτό ισχύει και στις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. γ' Σ). Το απαραβίαστο της ιδιωτικής ζωής συνίσταται στην απαγόρευση δημοσιοποίησεως της ζωής του ανθρώπου. Ως εκ τούτου, η ανάγκη περιφρουρήσεως της ιδιωτικής σφαίρας νομιμοποιεί την απόκρυψη περιστατικών, που ανήκουν στο σκληρό πυρήνα του ιδιωτικού βίου, όπως η κατάσταση της υγείας του ατόμου⁴⁸². Για την επίτευξη του στόχου της καταπολεμήσεως του ιού κρίθηκε αναγκαία η παρακολούθηση των πολιτών από τις κρατικές αρχές, προκειμένου να ελεγχθεί, αλλά και να αποτραπεί η διασπορά του ιού. Η παρακολούθηση αυτή θέτει επί τάπητος το ζήτημα στάθμισης ανάμεσα στην προστασία του δημοσίου συμφέροντος, ήτοι της δημόσιας υγείας, και της ιδιωτικότητας και του δικαιώματος προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα⁴⁸³.

Τονίζεται ότι το δικαίωμα στην προστασία προσωπικών δεδομένων δεν είναι ένα

⁴⁸¹ Βλ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., ό.π., σελ. 397.

⁴⁸² Βλ. ΚΟΥΚΙΑΔΗ Ι. (επιμ.), Η παραδοσιακή προστασία της προσωπικότητας του εργαζομένου, σε: Προστασία Προσωπικότητας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2008, σελ. 121 επ. (125).

⁴⁸³ Βλ. ΜΗΤΡΟΥ Λ., Τα προσωπικά δεδομένα την εποχή του Κορωνοϊού, Syntagma Watch, 16.3.2020, διαθέσιμο σε: <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/ta-prosopika-dedomena-stin-epoxi-tou-koronoiou/>. Βλ. και ΠΑΝΑΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΚΟΥΤΝΑΤΖΗ Φ., Η προστασία των προσωπικών δεδομένων στην εποχή του κορωνοϊού, Syntagma Watch, 17.3.2020, διαθέσιμο σε: <https://www.syntagmawatch.gr/trendingissues/i-prostasia-ton-prosopikon-dedomenon-stin-epoxi-toukoronoiou/>.

απόλυτο, «τυραννικό» δικαίωμα. Τούτο επισημαίνεται emphaticά στον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων 679/2016/ΕΕ (ΓΚΠΔ): σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 4 του ΓΚΠΔ το εν λόγω δικαίωμα «πρέπει να εκτιμάται σε σχέση με τη λειτουργία του στην κοινωνία και να σταθμίζεται με άλλα θεμελιώδη δικαιώματα, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας». Άλλωστε, ρητούς περιορισμούς επιβάλλουν τα άρθρα 1 παρ. 3 και 85 του ΓΚΠΔ σχετικά με την ελεύθερη ροή των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την ελευθερία εκφράσεως και πληροφόρησης αντίστοιχα. Κατά συνέπεια, σε περίπτωση συγκρούσεως του δικαιώματος προσωπικών δεδομένων με άλλα έννομα αγαθά και δικαιώματα, όπως είναι η προστασία της δημόσιας υγείας, η στάθμιση και η εναρμόνιση αυτών, με βάση τη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, είναι απαραίτητη⁴⁸⁴. Αυτό υπαγορεύεται από την ανάγκη άρσεως των ενδεχομένων συγκρούσεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων μέσω της σταθμίσεως συμφερόντων σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση⁴⁸⁵.

Το δικαίωμα για την προστασία της ιδιωτικής ζωής (άρθρο 9 παρ. 1 Συντ.) και των προσωπικών δεδομένων (άρθρο 9Α Σ) συχνά συγκρούεται με την ελευθερία της εκφράσεως και του τύπου για την ενημέρωση του κοινού (άρθρο 14 παρ. 1 Σ), καθώς και με το δικαίωμα στην πληροφόρηση (άρθρο 5Α Συντ.)⁴⁸⁶. Από το Σύνταγμα δεν προκύπτει *in abstracto* επικράτηση του ενός ατομικού δικαιώματος επί του άλλου. Ως εκ τούτου, πρέπει να γίνεται μια *in concreto* οριοθέτηση των πεδίων εφαρμογής των συγκρουόμενων δικαιωμάτων, σύμφωνα με τις αρχές της *ad hoc* σταθμίσεως των αντιτιθέμενων συμφερόντων και της πρακτικής αρμονίας. Ταυτόχρονα, θα πρέπει να εφαρμόζεται και η αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 Συντ.) με τέτοιον τρόπο, ώστε τα προστατευόμενα αγαθά (ελευθερία του τύπου, δικαίωμα των πολιτών στην πληροφόρηση και δικαίωμα στην προστασία της ιδιωτικής ζωής του ατόμου και στον πληροφοριακό αυτοκαθορισμό) να διατηρήσουν την κανονιστική τους εμβέλεια⁴⁸⁷.

Η επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα πρέπει να στηρίζεται σε μια από τις νόμιμες βάσεις επεξεργασίας που ορίζονται στο άρθρο 5 και 6 ΓΚΠΔ. Οι αρχές αυτές συνοψίζονται στην αρχή της νομιμότητας (τα προσωπικά δεδομένα πρέπει να αποκτηθούν με νόμιμο και θεμιτό τρόπο), της διαφάνειας (το υποκείμενο των δεδομένων πρέπει να γνωρίζει αν και ποια προσωπικά δεδομένα τηρούνται για αυτό), της ελαχιστοποιήσεως των δεδομένων (τα προσωπικά δεδομένα πρέπει να είναι κατάλληλα, σχετικά και όχι περισσότερα απ' ό,τι επιβάλλει ο σκοπός που δικαιολογεί την επεξεργασία τους και εν προκειμένω η πρόληψη της νόσου)⁴⁸⁸, του σκοπού της επεξεργασίας (τα προσωπικά δεδομένα υποβάλλονται σε επεξεργασία και τηρούνται

⁴⁸⁴ Βλ. ΠΑΝΑΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΚΟΥΤΝΑΤΖΗ Φ., Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017, Εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 24.

⁴⁸⁵ Βλ. ΜΑΝΕΣΗ Α., Ατομικές Ελευθερίες, τ. α', β' έκδοση, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1979, σελ. 64-65 και ΡΑΪΚΟ Α., Συνταγματικό Δίκαιο, Θεμελιώδη Δικαιώματα, 4η έκδοση, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2011, σελ. 185

⁴⁸⁶ Βλ. ενδεικτ. ΑΠΔΠΧ, Αποφάσεις 26/2007, 43/2007, 58/2007, 36/2012, 165/2012, 16/2015, 17/2015, 52/2015.

⁴⁸⁷ Βλ. και Εγχειρίδιο σχετικά με την ευρωπαϊκή νομοθεσία για την προστασία των προσωπικών δεδομένων, Έκδοση του Οργανισμού Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Ευρώπης, 2014, ενότητα 1.2. – Στάθμιση δικαιωμάτων και υποενότητα 1.2.1. – Ελευθερία της έκφρασης, σελ. 26 επ.

⁴⁸⁸ Βλ. ΛΙΑΛΙΑΝ ΜΗΤΡΟΥ, ό.π.

με νόμιμο και θεμιτό τρόπο μόνο για περιορισμένους, σαφώς προσδιορισμένους και νόμιμους σκοπούς, δηλαδή την καταπολέμηση των συνεπειών και την πρόληψη της διαδόσεως του κορωνοϊού), του χρονικού περιορισμού (τα προσωπικά δεδομένα δεν μπορεί να τηρούνται περισσότερο από τον αναγκαίο χρόνο), της ακρίβειας (πρέπει να είναι ακριβή και να ενημερώνονται τακτικά, π.χ. να καταγραφεί ότι κάποιος θεραπεύθηκε), της ακεραιότητας (λήψη κατάλληλων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων ασφαλείας, προκειμένου να αποφεύγονται μη εξουσιοδοτημένες προσβάσεις, αλλαγές, διαρροές προσωπικών δεδομένων και τυχαία απώλεια, καταστροφή φθορά αυτών).

Για το ζήτημα των θεμιτών παρεμβάσεων στον πληροφοριακό αυτοκαθορισμό, δηλαδή στην επεξεργασία ιατρικών προσωπικών δεδομένων υπάρχει σχετική απόφαση του γαλλικού Συνταγματικού Συμβουλίου η οποία έκρινε ότι οι διάφορες ρυθμίσεις που αφορούσαν την ιχνηλάτηση των επαφών που προβλέπουν επεξεργασία τέτοιων ευαίσθητων δεδομένων, είναι συμβατές με το Σύνταγμα, διότι γίνεται για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας και τηρούν την αρχή της αναλογικότητας⁴⁸⁹.

Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας απαιτεί όχι μόνο την ερμηνεία αλλά και τη διάπλαση δικαίου από τον δικαστή. Επιχειρώντας δηλαδή ο δικαστής να σταθμίσει το μέτρο και τον επιδιωκόμενο σκοπό, καταφεύγει συχνά στην αναζήτηση ερεισμάτων πέραν του θετικού δικαίου, οπότε η ευρέως αποδεκτή τυποκρατική μεθοδολογία, κατά την οποία κριτήριο εγκυρότητας της δικανικής κρίσης είναι η τυπική συμφωνία με το θετικό δίκαιο, υποχωρεί έναντι της ουσιαστικής προσέγγισης του προβλήματος⁴⁹⁰. Η εφαρμογή, συνεπώς, της αρχής της αναλογικότητας κατά τη δικανική κρίση «εμπεριέχει μια δημιουργική στιγμή», καθώς ο δικαστής επιχειρεί να προσδιορίσει την εύλογη συνάφεια μεταξύ των επιλεγόμενων μέσων και του επιδιωκόμενου σκοπού⁴⁹¹.

Όπως παρατηρείται από το σκεπτικό δικαστικών αποφάσεων όπως αυτή για τον «Μεγάλο Περίπατο» (ΣτΕ 1992/2020), την απαγόρευση τέλεσης ιεροπραξιών και ενγένει θρησκευτικών τελετών από 16.3 έως 30.3.2020 (ΕΑ ΣτΕ 49, 60/2020) και περί απαγόρευσης δημόσιων υπαίθριων συναθροίσεων επ' αφορμή του εορτασμού του Πολυτεχνείου (ΕΑ ΣτΕ 262 και 263/2020), κεντρικό σημείο αναφοράς συνιστά η αρχή της αναλογικότητας. Η επίκλησή της συνιστά παραδοχή του γεγονότος ότι πράγματι με τα λαμβανόμενα μέτρα προκαλείται περιορισμός σειράς συνταγματικών δικαιωμάτων. Ο περιορισμός αυτός θεωρείται κατ' αρχήν θεμιτός, ενόψει (α) της περιορισμένης χρονικής ισχύος του περί ου πρόκειται μέτρου, (β) της διαφοροποίησης των λαμβανόμενων μέτρων αναλόγως με το στάδιο της πανδημίας (όξυνση ή ύφεση), (γ) της διατύπωσης προηγούμενης γνώμης ειδικής επιστημονικής επιτροπής και (δ) της κρίσης ότι είτε το λαμβανόμενο μέτρο είναι το ηπιότερο δυνατό (ΕΑ ΣτΕ 161/2020) είτε υφίσταται αδυναμία ανεύρεσης, εναλλακτικώς, κάποιου άλλου πρόσφορου μέτρου για την διαφύλαξη της δημόσιας υγείας (ΕΑ ΣτΕ 49, 60/2020). (ε) Η προστασία/διαφύλαξη της δημόσιας υγείας κατά την παρούσα περίοδο της πανδημίας στοιχειοθετεί υπέρτερο λόγο δημόσιου συμφέροντος.

⁴⁸⁹ [Decision no. 2020-800 DC of 11 May 2020 | Conseil constitutionnel \(conseil-constitutionnel.fr\)](#)

⁴⁹⁰ ΒΟΥΤΣΑΚΗ Β., Η αρχή της αναλογικότητας: από την ερμηνεία στη διάπλαση δικαίου, σε: Κ. Σταμάτη (επιμ.), Όψεις του Κράτους Δικαίου, εκδ. Σάκκουλα, 1990, σελ. 208 και 233.

⁴⁹¹ Ίδιου, ό.π., σελ. 229.

Το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο αποδέχεται ότι η προστασία της δημόσιας υγείας κατά την περίοδο της πανδημίας αποτελεί εξαιρετικό και επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος, που καθιστά αναγκαίο και δικαιολογεί τον περιορισμό μιας σειράς συνταγματικών δικαιωμάτων και ελευθεριών. Υπό αυτό το πρίσμα, γίνεται αντιληπτό ότι το δικαίωμα στην υγεία φαίνεται να εκκινεί από αναβαθμισμένη θέση ισχύος σε οποιαδήποτε σύγκρουση με άλλα συνταγματικά δικαιώματα. Η διαφαινόμενη αυτή ιεράρχηση δείχνει να επιβεβαιώνεται και από τα πορίσματα της απόφασης 2387/2020 του Δ' τμήματος⁴⁹², η οποία δεν εντάσσεται ευθέως στη θεματική της πανδημίας.

Από την επισκόπηση της τρέχουσας νομολογίας προκύπτει μια ορισμένη τάση ως προς τον ασκούμενο έλεγχο συνταγματικότητας σε περιπτώσεις σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων με το δικαίωμα στην υγεία. Η θεωρία της πρακτικής εναρμόνισης τείνει να παραγκωνίζεται, η δε αναφορά στην αρχή της αναλογικότητας εξικνείται προεχόντως στην απαίτηση τεκμηρίωσης των εφαρμοζόμενων μέτρων από τη Διοίκηση βάσει των επιστημονικών εισηγήσεων των επιδημιολόγων και δευτερευόντως στον προσωρινό χαρακτήρα τους⁴⁹³.

Μολονότι τούτο δεν αποτυπώνεται ξεκάθαρα στις πρόσφατες δικαστικές αποφάσεις (και δεν θα μπορούσε βεβαίως να αποτυπωθεί ενόψει της θέσης περί τυπικής ισοδυναμίας των διατάξεων του Συντάγματος), παρατηρούμε ότι εν προκειμένω η στάθμιση μεταξύ των εκάστοτε συγκρουόμενων εννόμων αγαθών υπήρξε μάλλον αφηρημένη: το δικαίωμα στην υγεία εισέρχεται στη διαδικασία στάθμισης από ιεραρχικά υπέρτερη θέση⁴⁹⁴. Πιθανότατα, αυτή η υπεροχή εξηγείται λόγω της στενής διασύνδεσής του με την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, η οποία αποτελεί την υπέρτατη συνταγματική αξία και πρωταρχική υποχρέωση του κράτους⁴⁹⁵. Ωστόσο, το γεγονός ότι η έχουσα την πρωτοβουλία για τον καθορισμό της γενικής πολιτικής κυβέρνηση και η νομοθετούσα Βουλή έχουν προτεραιοποιήσει – επί των συνθηκών πανδημίας – τη διαφύλαξη της δημόσιας υγείας ως υπέρτερου των λοιπών αγαθών (αναλαμβάνοντας βεβαίως προς τούτο την αντίστοιχη πολιτική ευθύνη) δεν πρέπει να οδηγεί στην άνευ όρων δικαστική αναγνώριση της συρρίκνωσης όλων των άλλων ατομικών και συλλογικών ελευθεριών, τουλάχιστον στις περιπτώσεις εκείνες όπου χωρεί θεμιτή διορθωτική επέμβαση.

Το Σύνταγμα (στα άρθρα 5 παρ. 4 και Ερμ. Δήλ., 7 παρ. 2, 21 παρ. 3, 22 παρ. 4, 44 παρ.1 Συντ.) ρυθμίζει την υγεία αντικειμενικά ως συλλογικό και ως ατομικό

⁴⁹² Με τη συγκεκριμένη απόφαση κρίθηκε ότι η υποχρέωση εμβολιασμού των νηπίων ως προϋπόθεση εγγραφής στους δημοτικούς παιδικούς σταθμούς «διενεργείται με σκοπό την προστασία της υγείας, συλλογικώς και ατομικώς» και, παρά το γεγονός ότι συνιστά σοβαρή παρέμβαση στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και στην ιδιωτική ζωή τους, δεν προσκρούει σε καμία συνταγματική διάταξη.

⁴⁹³ Χαρακτηριστικές ως προς αυτά τα σημεία υπήρξαν οι αποφάσεις 262-263/2020 της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ σε ολομέλεια, που εξέτασαν την απαγόρευση των δημόσιων υπαίθριων συναθροίσεων τεσσάρων ατόμων και άνω σε ολόκληρη την επικράτεια για σχεδόν τέσσερις ημέρες (πριν και μετά την επέτειο της 17ης Νοεμβρίου), κατόπιν απόφασης του Αρχηγού της Ελληνικής Αστυνομίας

⁴⁹⁴ Με παρεμπόδιση κρίση του στην απόφαση ΣτΕ 3381/2001 (ΝΟΜΟΣ) σχετικά με την εγκατάσταση από τον ΟΤΕ σταθμού Ασύρματης Τηλεπικοινωνίας σε όμορο προς τη Μονή Προφήτου Ηλίου Θήρα γήπεδο, το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο είχε επισημάνει (σκέψη 8) ότι «η προστασία της ανθρώπινης υγείας προηγείται παντός άλλου αγαθού».

⁴⁹⁵ Βλ. ΚΟΝΤΙΑΔΗ Ε., Πανδημία, βιοπολιτική και δικαιώματα, 2020, εκδόσεις Καστανιώτη, σελ. 86.

συνταγματικό αγαθό και ως δημόσια υγεία και υποκειμενικά ως δικαίωμα, ως ατομικό αγαθό. Υποκειμενική και αντικειμενική προστασία βρίσκονται σε αρμονία, έτσι ώστε η προστασία του αγαθού της δημόσιας υγείας να μην προσβάλλει τα συνταγματικά δικαιώματα και ανάστροφα η άσκηση των συνταγματικών δικαιωμάτων να μην εμποδίζει και να μη διακινδυνεύει την προστασία της δημόσιας υγείας. Ο συντακτικός νομοθέτης προστατεύοντας τη δημόσια υγεία ιδρύει και την ομώνυμη ειδική κυριαρχική σχέση⁴⁹⁶ κράτους - πολιτών. Μέσα στο μερικότερο νομικό πλαίσιο της ειδικής αυτής σχέσης δημόσιας υγείας ασκούνται τα συνταγματικά δικαιώματα των πολιτών. Και όπως συμβαίνει και με τις άλλες κυριαρχικές και λοιπές ειδικές σχέσεις, από το σύνολο των συνταγματικών δικαιωμάτων, άλλων μεν επιβάλλεται η συρρίκνωση, ενώ άλλων η αλώβητη, απεριόριστη άσκηση, καθ' όλο το μήκος και πλάτος τους.

Το μέτρο του περιορισμού ενός εκάστου των αιτιωδώς συνδεόμενων δικαιωμάτων καθορίζεται επίσης από το Σύνταγμα καθόσον η αιτιώδης συνάφεια δεν καθορίζει μόνον το εάν αλλά και το πόσο, την έκταση δηλαδή του περιορισμού ενός εκάστου δικαιώματος. Στην ειδική κυριαρχική σχέση δημόσιας υγείας η άσκηση ορισμένων συνταγματικών δικαιωμάτων και συγκεκριμένα εκείνων, που αιτιωδώς συνδέονται με το αγαθό της υγείας, απλώς περιορίζεται, δηλαδή προσαρμόζεται στις ειδικές συνθήκες της συγκεκριμένης ειδικής κυριαρχικής σχέσης⁴⁹⁷. Πρόκειται για τα δικαιώματα εκείνα των οποίων η απεριόριστη άσκηση θέτει σε διακινδύνευση τη δημόσια υγεία κατά συνέπεια και την ατομική υγεία ενός εκάστου πολίτη. Στην ειδική αυτή κυριαρχική σχέση η Κυβέρνηση δεν μπορεί να περιορίσει τα δικαιώματα εκείνα των οποίων η άσκηση δεν συνδέεται με μετάδοση της νόσου και με την προστασία της υγείας⁴⁹⁸.

Στην έκτακτη κατάσταση ανάγκης (άρθρ. 44 παρ. 1 Συντ), δηλαδή σε έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης επιβάλλεται η θεσμική προσαρμογή μόνον των συνταγματικών δικαιωμάτων, που αιτιωδώς συνδέονται με τη συγκεκριμένη ανάγκη -όπως εν προκειμένω για την αντιμετώπιση της πανδημίας – και μόνο κατά το μέτρο που επιβάλλεται από την αιτιώδη συνάφεια. Οι συναθροίσεις εμπεριέχουν μεγάλο κίνδυνο διεύρυνσης της πανδημίας λόγω της συγκέντρωσης μεγάλου αριθμού ατόμων, εφόσον βέβαια δεν λαμβάνονται και δεν τηρούνται τα απαραίτητα μέτρα προληπτικά μέτρα.

Είναι επομένως δυνατή στο πλαίσιο της συνταγματικά προβλεπόμενης ειδικής κυριαρχικής σχέσεως δημόσιας υγείας, η κατά το άρθρο 11 Συντ. γενική η τοπική απαγόρευση συναθροίσεων – κατά συστηματική ερμηνεία του άρθρου 11 και των άρθρ. 5παρ.4 ερμ. δήλ., 7 παρ.2, 21 παρ.3, 22παρ. 4, 44 παρ. 1 – μόνο όμως κατά το μέτρο, που πράγματι εμπεριέχουν κίνδυνο παραπέρα μετάδοσης του ιού. Αντίθετα δεν

⁴⁹⁶ Σχετικά με τις ειδικές κυριαρχικές σχέσεις βλ. μεταξύ πολλών ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ -ΣΤΡΑΓΓΑ Τζ., Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων, ό.π., σελ. 82 επ.,

⁴⁹⁷ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟ Α. και ΛΟΤΤΙΑΔΗ Χ., Θεσμική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων εν μέσω πανδημίας 14.02.2021 άρθρο δημοσιευμένο σε: <https://m.kathimerini.com.cy/gr/apopseis/prosopikotites-stin-k/1-thesmiki-efarmogi-ton-syntagmatikwn-dikaionaton-en-meso-pandimias>

⁴⁹⁸ Έτσι θα ήταν αντίθετος προς το Σύνταγμα ο περιορισμός π.χ. της ελευθερίας του τύπου, της ελευθερίας της γνώμης, της ελευθερίας της τέχνης, της επιστήμης κ.λ.π. Είναι επίσης αντίθετη προς το Σύνταγμα η υπέρβαση του επιβαλλόμενου μέτρου, π.χ. η παράταση της απαγόρευσης ελεύθερης κίνησης πέραν του αναγκαίου χρόνου κ.λ.π

είναι σύμφωνες προς το Σύνταγμα απαγορεύσεις μορφών συνάθροισης που δεν εμπεριέχουν αυτόν τον κίνδυνο όπως π.χ. κατάθεση στεφάνων από αντιπροσωπείες περιορισμένου αριθμού ατόμων που τηρούν τα προβλεπόμενα προληπτικά μέτρα⁴⁹⁹.

Λόγω της πανδημίας είναι θεμιτός ο περιορισμός της ελευθερίας κίνησης μόνο όμως κατά το μέτρο εκείνο που επιβάλλεται από υγειονομικούς λόγους επιστημονικά θεμελιωμένους και συνίσταται στις περιπτώσεις όπου συγκεντρώνονται πολλά άτομα στο ίδιο χώρο, κυρίως σε κλειστό. Αντίθετα, είναι αντισυνταγματικός ο περιορισμός της ελευθερίας της κίνησης σε χώρους που δεν υπάρχει ο κίνδυνος μετάδοσης του ιού⁵⁰⁰. Κρίσιμη είναι η αιτιώδης συνάφεια⁵⁰¹ ανάμεσα στην απαγόρευση και στο δικαίωμα κίνησης και συγκεκριμένα, αν η κίνηση εμπεριέχει κίνδυνο μετάδοσης του ιού.

Δεν είναι λίγοι και εκείνοι που εκφράζουν τις ανησυχίες τους για μελλοντικές καταχρήσεις. Οι ανησυχίες επικεντρώνονται στο ότι υπάρχει αυξημένος κίνδυνος μονιμοποίησης των έκτακτων και κατ' αρχήν παροδικών μέτρων για την αντιμετώπιση της κρίσης, ακόμη και μετά την πάροδο αυτής, γεγονός που θα επιβεβαίωνε τον φόβο περί συνταγματικού μιθριδατισμού, ορισμένων θεωρητικών⁵⁰², δηλαδή το «δηλητήριο» της συνταγματικών περιορισμών να γίνει συνήθεια μέχρι την τελική ανοσία. Τέτοιες ανησυχίες πάντως δεν αφορούν την συνταγματική ρύθμιση. Η υπάρχουσα συνταγματική ρύθμιση δεν παρέχει εν λευκώ εντολή στην εκτελεστική εξουσία να περιορίζει ελεύθερα τα συνταγματικά δικαιώματα αλλά μόνον στις περιπτώσεις εκείνες, που προβλέπει το Σύνταγμα και κατά το μέτρο, τον τρόπο και τον χρόνο που οι περιορισμοί αυτοί συνδέονται με αιτιώδη συνάφεια με τα θεσμικά αντικειμενικά περιβάλλον μέσα στο οποίο ασκούνται. Επαφίεται στην ίδια τη Βουλή μέσω των ΠΝΠ που εγκρίνει και τροποποιεί αλλά και τη δικαστική εξουσία που καλείται να κρίνει την νομιμότητα των περιοριστικών μέτρων να εγγυηθούν την παρεμπόδιση μιας ενδεχόμενης μελλοντικής κατάχρησης⁵⁰³.

Παρά την ευρεία χρήση της τεχνικής της στάθμισης στο δικαστικό έλεγχο, η κριτική όσον αφορά την επιστημονικότητα και την εγκυρότητα της, εμφανίζεται μάλλον ευχερής. Οι προβληματισμοί, αναφέρθηκε ήδη ότι, επικεντρώνονται ιδίως στις τεχνικές δυσκολίες που χαρακτηρίζουν την οριοθέτηση του δικαστή με το νομοθέτη ως υποκείμενο της πρωτογενούς στάθμισης (α), στην ρευστότητα και ασάφεια των παραμέτρων, ιδίως των πραγματολογικών, που λαμβάνονται υπόψη κατά τη στάθμιση (β) και, τέλος, στην αδυναμία συμμετρησιμότητας των σταθμιζόμενων αγαθών και στην έλλειψη κριτηρίων στάθμισης (γ).

⁴⁹⁹ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟΥ Α., Συνταγματική Νομιμότητα και Προβλήματα της Υγειονομικής Απαγόρευσης Συναθροίσεων, 17-11-2020, κείμενο δημοσιευμένο σε <https://andreasdimitropoulos.blogspot.com/2020/>

⁵⁰⁰ π.χ. μετάβαση σε εξοχική κατοικία μεμονωμένα.

⁵⁰¹ Για παράδειγμα, για ένα νοσηλευτή που έρχεται σε επαφή με το κοινό, ο υποχρεωτικός εμβολισμός δεν θεωρείται προσβολή. Αν όμως, κάποιος εργάζεται από το σπίτι μέσω ηλεκτρονικού υπολογιστή, τότε δεν υπάρχει αυτή η αιτιώδης συνάφεια και οποιαδήποτε υποχρέωση είναι αντισυνταγματική.

⁵⁰² Βλ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟ Σπ., Συνταγματικός Μιθριδατισμός. Οι ατομικές ελευθερίες σε εποχές πανδημίας, Ευρασία, Αθήνα 2020, σελ. 40 επ., ΚΟΝΤΙΑΔΗ Ξ., Πανδημία, βιοπολιτική και δικαιώματα, εκδ. Καστανιώτη, Αθήνα 2020.

⁵⁰³ Βλ. ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟΥ Α., Το Σύνταγμα, η επιδημία και τα μέτρα 31.03.2020 άρθρο δημοσιευμένο σε:

<https://www.dikastiko.gr/articles/andreas-dimitropoulos-to-syntagma-i-epidimia-kai-ta-metra/>

Ο βαθμός προστασίας της δημόσιας υγείας είναι μία πολιτική απόφαση εντός ενός συγκεκριμένου μείγματος προστασίας των συνταγματικών αγαθών (υγεία, εκπαίδευση, οικονομική ελευθερία κ.ο.κ.) που προκρίνει η πλειοψηφία. Η πολιτική αυτή απόφαση, που οφείλει να λάβει υπόψη το σύνολο των συνταγματικών εγγυήσεων, προηγείται της εμπλοκής των επιστημόνων, που έργο έχουν μόνον την προστασία ενός εκ των συνταγματικών αγαθών, αυτού δηλαδή της δημόσιας υγείας. Η πολιτική απόφαση είναι πολυσύνθετη. Πρόκειται για μία περίτεχνη στάθμιση, την οποία πραγματοποιούν οι εκλεγμένοι, κι οφείλουν να ελέγχουν οι δικαστές ως δικαστές, κάνοντας δηλαδή έναν έλεγχο ευλόγου μιας δεδομένης απόφασης, και όχι λαμβάνοντας οι ίδιοι την απόφαση⁵⁰⁴.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Επιχειρώντας να επιλύσει ένα μεθοδολογικό πρόβλημα το οποίο εντοπίζει στην εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων, δηλαδή την έλλειψη περίσκεψης με την οποία σπεύδει ο εφαρμοστής στην στάθμιση για να απαντήσει σε νομικά ερωτήματα ή για να επιλύσει διαφορές, η συνταγματική θεωρία έχει προτείνει ορισμένες μεθοδολογικές λύσεις γύρω από το ζήτημα της «σύγκρουσης» των συνταγματικών δικαιωμάτων είτε ως συμπλήρωμα της κρατούσας είτε ως αντιστάθμισμα αυτής.

Αναφέρθηκε σε αρκετά σημεία ανωτέρω ότι, η ελληνική νομολογία και η θεωρία του συνταγματικού δικαίου σε περίπτωση σύγκρουσης συνταγματικών δικαιωμάτων περισσότερων φορέων ακολουθούν, κατά κανόνα, τη λύση της *ad hoc* στάθμισης των συγκρουόμενων συμφερόντων, λαμβανομένων υπ' όψιν των περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης, προς το σκοπό της επίτευξης «πρακτικής αρμονίας ή εναρμόνισης». Η μέθοδος της στάθμισης των συμφερόντων, εντοπίζει τις αντιθέσεις, δεν στρέφεται όμως προς τον εντοπισμό της ενότητας, προς την σύνθεσή τους, αλλά προς την προτίμηση του ενός ή του άλλου μέρους της διαφοράς, προτίμηση, η οποία, όσο και να εξαρτάται από «αντικειμενικά κριτήρια», δεν μπορεί να απαλλαγεί από υποκειμενικά στοιχεία και κρίσεις.

Η προτεινόμενη θεωρία της *θεμιτής συνάφειας* προδήλως δεν απορρίπτει στο σύνολό της την αναλογικότητα, αλλά μάλλον τη διασώζει, περιχαράκωνοντας το πεδίο εφαρμογής της. Η θεμιτή συνάφεια καθίσταται εργαλείο για τη θεμιτή χρήση του λεγόμενου τεστ αναλογικότητας. Μοιραία όμως και η προτεινόμενη αυτή λύση δεν αποφεύγει να καταλήξει σε υποκειμενικές κρίσεις και σταθμίσεις. Μπορεί μεν να προηγείται κάποιας μορφής θεσμική προσέγγιση των συγκρουόμενων συνταγματικών δικαιωμάτων, όμως καταλήγει να εφαρμόζει *in concreto* «στάθμιση» σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση και συνεπώς δεν προσφέρει σαφή γενικά κριτήρια για τη δικαιοϊκή άρση των πραγματικών συγκρούσεων.

Αντίστοιχα, η «*ώριμη αναλογικότητα ή αλλιώς η ενιαία αναλογικότητα – αναγκαιότητα*» μπορεί μεν να εντοπίζει τα μειονεκτήματα της εν στενή εννοία αναλογικότητας – στάθμισης και κυρίως την αναπόφευκτη υιοθέτηση από τον δικαστή υποκειμενικών αξιολογήσεων, όμως και αυτή η προτεινόμενη λύση δεν παρέχει με επαρκή τεκμηρίωση τα βέβαια αποτελέσματα που απαιτούνται από μια μέθοδο όταν καλείται να επιλύσει συγκρούσεις συνταγματικών δικαιωμάτων. Η

⁵⁰⁴ ΧΡΗΣΤΟΥ Β., Οι ατομικές ελευθερίες και η μεταβολή της ανθρώπινης συνθήκης, σε: ΔτΑ 85/2020, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 655.

πρόταση του μοντέλου της αναγκαιότητας ενέχει και αυτή αρκετά στοιχεία υποκειμενισμού.

Αντίθετα, η μέθοδος της θεσμικής εφαρμογής, που βασίζεται στην αιτιώδη συνάφεια δικαιώματος και θεσμού, μπορεί να δώσει με ακρίβεια απαντήσεις στις συγκρουσιακές καταστάσεις, διότι λαμβάνει υπόψη τις ιδιαιτερότητες κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης, ενώ ταυτόχρονα υπακούει σε γενικούς κανόνες εφαρμοζόμενους σε όλες τις περιπτώσεις.

Η πανδημία απέδειξε ότι οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων δεν μπορούν να εξηγηθούν με τα παραδοσιακά συνταγματικά κριτήρια.

Η πανδημία συνιστά έκτακτη κατάσταση υγειονομικής ανάγκης, η οποία θέτει το ευρύτερο θεσμικό - συνταγματικό πλαίσιο μέσα στο οποίο ασκούνται προσαρμοζόμενα τα συνταγματικά δικαιώματα. Στο πλαίσιο αυτό τα δικαιώματα υφίστανται θεσμική προσαρμογή, προσαρμόζονται δηλαδή περιορίζονται κατά το μέτρο εκείνο που επιβάλλει η αιτιώδης συνάφεια που υπάρχει ανάμεσα στο συγκεκριμένο δικαίωμα και στο θεσμικό περιβάλλον της πανδημίας. Αυτό ακριβώς σημαίνει, ότι δικαιώματα των οποίων η άσκηση διευκολύνει την παραπέρα μετάδοση της νόσου πρέπει να περιορίζονται κατά το αναγκαίο μέτρο, ώστε να εμποδίζεται η μετάδοση.

Η ένταση της πανδημίας δεν είναι σταθερή, άλλοτε αυξάνεται και άλλοτε μειώνεται. Οι διακυμάνσεις της νόσου προκαλούν και τις ανάλογες διακυμάνσεις στο θεσμικό συνταγματικό πλαίσιο μέσα στο οποίο ασκούνται τα συνταγματικά δικαιώματα. Άλλη λοιπόν είναι η ένταση των περιορισμών των συνταγματικών δικαιωμάτων στην αρχή μιας πανδημίας και άλλοι είναι στην κορύφωση της. Περιορισμοί που στην αρχή της πανδημίας μπορούσαν να είναι αρκετοί για την αντιμετώπιση της νόσου ενδεχομένως να μην επαρκούν με την αύξηση της έντασης και την κορύφωση της. Η αντιμετώπιση της στο στάδιο αυτό εύλογα χρειάζεται εντονότερους περιορισμούς⁵⁰⁵. Όταν λοιπόν παρά τη λήψη διαφόρων μέτρων η πανδημία εξακολουθεί να καλπάζει και να αποτελεί έτσι υπαρκτό άμεσο και μέγιστο κίνδυνο για το κοινωνικό σύνολο, όταν όλα τα άλλα μέτρα δεν έχουν αποδώσει και δεν έχουν επιφέρει το επιθυμητό αποτέλεσμα, τότε αποκτά μεγάλη σημασία η υποχρεωτικότητα του εμβολιασμού. Η συνταγματικότητα της υποχρεωτικότητας του εμβολιασμού βαίνει παράλληλα και ανάλογα προς την κρισιμότητα της κατάστασης της πανδημίας.

Καταληκτικά, η παρούσα μελέτη διαπιστώνει, με αφορμή και την περίπτωση της τρέχουσας ατυχούς εμπειρίας της πανδημίας ότι η υλοποίηση της θεσμικής εφαρμογής σε μεγάλο αριθμό περιπτώσεων τόσο στις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών όσο και στις σχέσεις κράτους πολιτών, αποδεικνύει ότι η αιτιώδης συνάφεια δικαιώματος και θεσμού αποτελεί ασφαλή μέθοδο άρσης των κάθε μορφής συγκρούσεων.

⁵⁰⁵ Εδώ ακριβώς, εν μέσω δηλαδή της κορύφωσης της πανδημίας, ανακύπτει το θέμα της υποχρεωτικότητας του εμβολιασμού ως επιτακτικά αναγκαίου κατά τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης μέσου για την προστασία ενός εκάστου ατόμου και του κοινωνικού συνόλου.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΠΗΓΕΣ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ ΥΛΙΚΟΥ

- *Ακριβοπούλου Χ.*, Ο δικαστής ως δημόσιο πρόσωπο μεταξύ δημοσίου ελέγχου και προστασίας των προσωπικών του δεδομένων Με αφορμή την απόφαση ΑΠΔΠΧ 41/2017, ΔιΜΕΕ 14 (2017)
- *Ακριβοπούλου Χ.*, Η έννοια του ‘διαβιούμεε μαζί’ (vivre ensemble) ως όριο της θρησκευτικής ελευθερίας – Παρατηρήσεις στην υπόθεση ΕΔΔΑ S.A.S. versus France, No 43835/11, της 1 Ιουλίου 2014, σε: ΔτΑ 73/2017
- *Ακριβοπούλου Χ.*, Το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή. Από τη γένεση, στη σύγχρονη διαμόρφωση και προστασία του, 2012
- *Ακριβοπούλου Χ.*, Ελευθερία του τύπου κατά ιδιωτικότητα: Οι υποθέσεις Mosley και Campbell ενώπιον του ΕΔΔΑ, ΤοΣ 2011
- *Ακριβοπούλου Χ.*, Οι αμβλώσεις μετά τη Whole Woman’s Health versus Hellerstendt (2016), σε: ΔτΑ 83/2020
- *Αλαφραγκή Ε.*, Σύγκρουση του δικαιώματος στην προσωπικότητα με το ηθικό δικαίωμα του δημιουργού έργου πνευματικής ιδιοκτησίας, 2011
- *Aleinikoff Al.*, Constitutional Law in the Age of Balancing, Yale Law Journal, 96/1987
- *Alexy R.*, A Theory of Constitutional Rights, transl. by Julian Rivers, Oxford University Press UK (2002)
- *Alexy R.*, The Argument from Injustice. A reply to legal positivism, Oxford: Oxford University Press (2002)
- *Alexy R.*, On the structure of legal principles, Ratio Juris Vol.13, Issue3 (September 2000)
- *Alexy R.*, On balancing and subsumption. A structural comparison, Ratio Juris Vol. 16, Issue 4 (December 2003)
- *Alexy R.*, The construction of constitutional rights, Law & Ethics of Human Rights (2010)
- *Alexy R.*, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Oxford University Press, (1989)
- *Alexy R.*, Constitutional rights and proportionality, Revus 22 (2014)
- *Alexy R.*, (2005), “Balancing, Constitutional Review and Representation”, in: International Journal of Constitutional Law 3(4): 572-581.
- *Alexy R.*, “Discourse Theory and Fundamental Rights”, in: MENENDEZ A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), (2006) Arguing Fundamental Rights, Springer, 15-29.
- *Αλιβιζάτου Ν.*, Ιδιωτικότητα και δημοσιοποίηση - Επίκαιρες παρατηρήσεις για τα όρια των δημοσιογραφικών αποκαλύψεων, ΔιΜΕΕ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2005
- *Αλιβιζάτου Ν.*, Η «υπόθεση Bork», Εισαγωγικό σημείωμα, ΤοΣ, 1988
- *Ανδρουλάκη Β.*, Σκέψεις γύρω από το δικαστικό έλεγχο της ρυθμιστικής παρέμβασης του κράτους στην οικονομία, άρθρο διαθέσιμο στη διεύθυνση www.constitutionalism.gr.
- *Ανδρουλάκη Β.*, Χρειαζόμαστε πραγματικά ένα Συνταγματικό Δικαστήριο ; Μια πάντα επίκαιρη συζήτηση, σημ. 5, διαθέσιμο εδώ: <https://www.constitutionalism.gr/androulakis-syntagmatiko-dikastirio/>

- *Ανδρουτσόπουλου Γ.*, Οι ανεξάρτητες αρχές για ζητήματα θρησκείας. Συνήγορος του Πολίτη - Αρχή Προστασίας Δεδομένων, σε σειρά: Νομοκανονικά Παράφυλλα, αρ. τεύχους: 1, εκδόσεις Σάκκουλα, 2018
- *Ανθόπουλου Χ.*, Το Ε.Σ.Υ. ως συνταγματικός θεσμός, άρθρο διαθέσιμο σε: www.syntagmawatch.gr, αναρτήθηκε την 11.5.2020
- *Ανθόπουλου Χ.*, Νέες διαστάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων, εκδόσεις Σάκκουλα, 2001
- *Ανθόπουλου Χ.*, Η αρχή της αναλογικότητας στο ιταλικό συνταγματικό δίκαιο, ΔτΑ 2005 Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας
- *Ανθόπουλου Χ.*, Ελευθερία της πληροφόρησης και δικαιώματα της προσωπικότητας: η αστική ευθύνη των μέσων ενημέρωσης, σε: Μ. Τσαπόγα/Δ. Χριστόπουλο (επιμ.), Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953 -2003, 2004
- *Αντωνίου Θ.*, Η ισότητα εντός και διά του νόμου: Μια συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος του 1975, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1998
- *Αντωνίου Θ.*, Η στάθμιση ως μέθοδος ερμηνείας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας. Μερικές σκέψεις με αφορμή τις 3478/2000 και 613/2002 αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε: Συμβούλιο της Επικρατείας, Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας, εκδόσεις Σάκκουλα, 2004
- *Αντωνίου Θ.*, Ο δικαστικός έλεγχος των περιορισμών της ελευθερίας του τύπου και της ελευθερίας της γνώμης (Μερικές σκέψεις με αφορμή την Πλημμ. Λαρ. 1074/1992, ΠοινΧρ. ΜΒ', 1221 επ.), ΠοινΧρ. ΜΒ' (1992)
- *Αντωνίου Θ.*, Περιορισμοί ατομικών δικαιωμάτων λόγω της τέλεσης των Ολυμπιακών Αγώνων, εις: Ν.Κλαμαρή/Α. Μπρεδήμας/Α. Μαλάτος (Επιμ.), Ολυμπιακοί Αγώνες και Δίκαιο -Εισηγήσεις και Πρακτικά Διεθνούς Επιστημονικού Συνεδρίου-, Αθήνα 21-23.05.2003, Αθήνα-Κομοτηνή 2005
- *Αντωνίου Θ.*, Ο σεβασμός της αξίας του ανθρώπου ως αρχή και δικαίωμα στο Σύνταγμα του 1975
- *Αρμαμέντου Π. - Σωτηρόπουλο Β.*, Προσωπικά Δεδομένα, Ερμηνεία Ν. 2472/1997, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005.
- *Barak A.*, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, 2012
- *Beatty D.*, The Ultimate Rule of Law (OxfordUniv. Press 2004)
- *Βεγλερή Φ.*, Οι περιορισμοί των δικαιωμάτων του ανθρώπου, Αθήνα/Κομοτηνή Α. Σάκκουλας, 1982
- *Βενιζέλου Ευ.*, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, παρατηρητής, Θεσσαλονίκη, 1990
- *Βενιζέλου Ευ.*, Η αμφιθυμία της πρόσφατης νομολογίας γύρω από τη θρησκευτική ελευθερία και το μάθημα των θρησκευτικών - Ο εσωτερικός διάλογος στο ΣτΕ και οι αποκλίσεις από τη νομολογία του ΕΔΔΑ, Νομοκανονικά 1/2020
- *Βενιζέλου Ευ.*, Η ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου στο πλαίσιο του ελληνικού συστήματος της συνταγματικότητας των νόμων, ΤοΣ 2006
- *Bernal Pulido C.*, (2006), "On Alexy's Weight Formula", σε: Menendez A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), (2006) Arguing Fundamental Rights, Springer.

- *Βλαχογιάννη Α.*, Η ορθόδοξη χριστιανική θρησκεία ως πυρηνικό συστατικό της ελληνικής συνταγματικής ταυτότητας σε: Το Σύνταγμα στη νέα Ευρωπαϊκή οικονομική διακυβέρνηση, 2018
- *Βλαχογιάννη Α.*, «Για ένα ζωντανό Σύνταγμα», Εφημ. ΔΔ, 2013
- *Βλαχογιάννη Α.*, Υποχρεωτικός εμβολιασμός και COVID-19: η προστασία της δημόσιας υγείας ως λόγος περιορισμού θεμελιωδών δικαιωμάτων εν μέσω πανδημίας, ΤοΣ, 3/2020, εκδόσεις Σάκκουλα
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Διαφάνεια της κρατικής δράσης και προστασία προσωπικών δεδομένων. Τα όρια της μεταξύ αποκάλυψης και απόκρυψης στην εκτελεστική εξουσία, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2007
- *Βλαχόπουλου Σπ. (επιμ.)*, Θεμελιώδη δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Θρησκευτική ελευθερία και προστασία της υγείας, άρθρο διαθέσιμο σε: www.constitutionalism.gr, αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική έκδοση της «Καθημερινής» την 21.3.2020
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Λογοτεχνία και δίκαιο: Το Σύνταγμα ως εγγύηση ή απειλή της καλλιτεχνικής δημιουργίας, σε: Παπαχρίστου Α./Μπρεδήμα Α. (επιμ.), Τέχνη και Δίκαιο (συλλ.), εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2007
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Τέχνη και θρησκεία. Η αμοιβαία ανεκτικότητα ως τρόπος επίλυσης συνταγματικών συγκρούσεων, σε: ΔτΑ 67/2016
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Συνταγματικός μιθριδατισμός. Οι ατομικές ελευθερίες σε εποχές πανδημίας, Αθήνα, εκδ. Ευρασία, 2020
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Η δυναμική ερμηνεία του Συντάγματος. Η προσαρμογή του συνταγματικού κειμένου στις μεταβαλλόμενες συνθήκες, εκδ. Ευρασία, 2014
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Το δικαίωμα της αναφοράς κατά το ελληνικό και ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο: οι προϋποθέσεις ασκήσεως, εκδόσεις Σάκκουλας Αντ. Ν., 1998
- *Βλαχόπουλου Σπ.*, Το συνταγματικό δίκαιο στην εποχή του κορωνοϊού, ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ, τεύχος 138, Μάρτιος-Απρίλιος 2020, Νομική Βιβλιοθήκη
- *Βλαχόπουλου Σπ./ Χρυσόγονου Κ.*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 4η έκδ., 2017
- *Vlachopoulos S.*, Freedom of Expression in the Internet. The example of the “Right to be forgotten” », European Review of Public Law Vol. 30, No. 1, (107), 2018.
- *Βουτσάκη Β.*, Η αρχή της αναλογικότητας: από την ερμηνεία στη διάπλαση δικαίου, στον συλλογικό τόμο Κ. Σταμάτη (επιμ.), Όψεις του κράτους δικαίου, 1990
- *Braibant G.*, « Le principe de proportionnalité », in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, LGDJ, 1974, t. II
- *Brat I.*, The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law, Cardozo Law Review, 27 (3)/2006
- *Βρεττού Χ.*, Η αιχμηρή κριτική ως συνταγματικό δικαίωμα, 2014, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη
- *Βρεττού Χ.*, Επαναπροσδιορίζοντας την ελευθερία του λόγου. Αναθεώρηση του άρθρου 14 του Συντάγματος ή «αναθεώρηση» του δικανικού συλλογισμού στις αποφάσεις των ελληνικών δικαστηρίων, σε: ΕφημΔΔ 6/2015, εκδόσεις Σάκκουλα
- *Βροντάκη Μ.*, Ο δικαστής ως κριτής σταθμίσεων αξιών και επιλογών του νομοθέτη κατά την πρόκριση των προς θέσπιση ρυθμίσεων, σε: Αρμ 10/2011

- Γαζή Α., Η σύγκρουσις των δικαιωμάτων, 1959
- Γεραρή Χ., Κριτική δικαστικών αποφάσεων από όργανα της εκτελεστικής εξουσίας, σε: Συλλογικό Έργο, Το Σύνταγμα εν εξελίξει, εκδόσεις Σάκκουλα, 2019
- Γέροντα Απ., Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την Αναθεώρηση του 2001, σε συλλογικό έργο: Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006
- Γέροντα Απ., Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο, ΤοΣ 1982
- Γέροντα Απ., Η συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της αναλογικότητας, ΔτΑ 2007
- Γέσιου-Φαλτσή Π., Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, τόμ. 1, 2η έκδ., 2017
- Γεωργίου Σ., Τα συνταγματικά θεμέλια του δημόσιου χώρου, 2017
- Γεωργίου Σ., σχολιασμός της απόφασης Ολ. ΑΠ 1/2017, ΕφημΔΔ 1/2017
- Γιαγκάζογλου Σ., Παλινωδίες και αδιέξοδα στη θρησκευτική εκπαίδευση, ΝΟΜΟΚΑΝΟΝΙΚΑ 1/2020, εκδόσεις Σάκκουλα.
- Γιαννακάκη Π., Αντιρρήσεις κατά ΚΥΑ - Η απειλή του κορωνοϊού ως δίδαγμα της κοινής πείρας και το «υπέρτερο» αγαθό της δημόσιας υγείας, σχόλιο στην ΠρΔΠρΑθ ΑΡ 342/2020, σε: ΔιΔικ 5/2020
- Γιαννακόπουλου Κ., Η πρόταση ίδρυσης συνταγματικού δικαστηρίου υπό το πρίσμα της εξέλιξης των σχέσεων μεταξύ εθνικού και ενωσιακού δικαίου, σε: Η πρόκληση της αναθεώρησης του Συντάγματος, 1η έκδ., Σάκκουλας, 2013
- Γούλα Δ., Οι διακρίσεις λόγω θρησκευτικών συμβόλων στον χώρο εργασίας, σε σειρά: Κέντρο Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου ΚΔΕΟΔ | Δοκίμια Ευρωπαϊκού Δικαίου, αρ. τεύχους: 4, εκδόσεις Σάκκουλα, 2019
- Γώγου Κ., Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας, ΔτΑ ΤεΣ III/2005
- Cserne P., Consequence-Based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics, σε: Kl. Mathis (ed.), EFFICIENCY, SUSTAINABILITY, AND JUSTICE TO FUTURE GENERATIONS, Berlin, New York, Springer 2011
- Champion Fr., "L' Italie: le catholicisme, patrimoine national", σε: J. BAUBÉROT (dir.), Religions et laïcité dans l' Europe des Douze, Syros, Paris 1994
- Christoffersen J., Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, σε σειρά: International Studies in Human Rights, Volume: 99, εκδότης BRILL, 2009
- Cohen-Eliya M./Porat I., American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins, International Journal of Constitutional Law 8(2)/2010
- Contiades X./Fotiadou A., Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation, International Journal of Constitutional Law, 2012
- Δαγτόγλου Π., Δημόσιο συμφέρον και Σύνταγμα, ΤοΣ, 1986
- Δαγτόγλου Π., Ο κοινωνικός περιορισμός των ατομικών δικαιωμάτων, ΝοΒ 1985
- Δαγτόγλου Π., Συνταγματικό Δίκαιο - Ατομικά Δικαιώματα, 4η έκδ., 2012
- Δαλακούρα Θ., Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1993

- *Decocq A., Montreuil J., Buisson J., Le Droit de la Police, deuxième édition, Lexis Nexis/Litec, 1998*
- *Δελλή Γ., Δήμος και αγορά. Το δημόσιο δίκαιο «αλλιώς», με το βλέμμα της οικονομικής ανάλυσης, εκδόσεις Ευρασία, 2018*
- *Δελλή Γ., Το κόστος των δικαιωμάτων, Εφημερίδα η Καθημερινή, 25.2.2019.*
- *Δημητρόπουλου Α., Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία. Συμβολή στο πρόβλημα της τριτενέργειας, 1982*
- *Δημητρόπουλου Α., Το Σύνταγμα ως βάση της έννομης τάξης, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002*
- *Δημητρόπουλου Α., Σύστημα Συνταγματικού Δικαίου, 2η έκδ., εκδόσεις Σάκκουλα, 2011*
- *Δημητρόπουλου Α., Επιδημία και θεσμική προσαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων, άρθρο, δημοσιεύθηκε στις 11 Ιουνίου 2021 σε: News 247*
- *Δημητρόπουλου Α., Συνταγματικά δικαιώματα, Γενικό μέρος - Ειδικό μέρος. Σύστημα συνταγματικού δικαίου, τόμ. Γ', - Τεύχ. I-III, Β' έκδ., 2008*
- *Δημητρόπουλου Α., Προβλήματα της στάθμισης ως νομικής μεθόδου, ΕφαρμΔΔ 2009, επετειακό τεύχος*
- *Δημητρόπουλου Α., Το Σύνταγμα, η επιδημία και τα μέτρα 31.03.2020 άρθρο δημοσιευμένο σε: <https://www.dikastiko.gr/articles/andreas-dimitropoulos-to-syntagma-i-epidimia-kai-ta-metra/>*
- *Δημητρόπουλου Α., Εφαρμογές Συνταγματικού Δικαίου II Συνταγματικά Δικαιώματα, τόμ. 2, 2η έκδ., 2012.*
- *Δημητρόπουλου Α., Συνταγματική Νομιμότητα και Προβλήματα της Υγειονομικής Απαγόρευσης Συναθροίσεων, 17-11-2020, κείμενο δημοσιευμένο σε <https://andreasdimitropoulos.blogspot.com/2020/>*
- *Δημητρόπουλου Α./ Λοττίδη Χ., Θεσμική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων εν μέσω πανδημίας 14.02.2021 άρθρο δημοσιευμένο σε: <https://m.kathimerini.com.cy/gr/apopseis/prosopikotites-stin-k/1-thesmiki-efarmogi-ton-syntagmatikwn-dikaiomaton-en-meso-pandimias>*
- *Dixon R., Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited, International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals, Vol. 5, No. 3, 2007*
- *Δούκα Β., Η προστασία των προσωπικών δεδομένων στη σχέση εργασίας. Ο ν. 2472/1997 και οι εργαζόμενοι, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2011*
- *Δουλή Μ., Στάθμιση και θεσμική εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων – Ζητήματα της θεωρίας και εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων με αφορμή την υπόθεση Lautsi κλπ κατά Ιταλίας (ΕΔΔΑ), ΕΔΔΔΔ, τόμος 57, τεύχος 2*
- *Δρόσου Ι., Η ιδεολογία ως νομολογία στο παράδειγμα της απόφασης ΣτΕ 660/2018 στο Συλλογικό έργο, Το Σύνταγμα εν εξελίξει, 2019,*
- *Δωρή Φ., Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικού δικαίου σχέσεων και ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο σε: Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας, 2004*
- *Δωρή Φ., Πεδίο ισχύος και σημασία της αρχής της αναλογικότητας στο πλαίσιο της δικαιοδοτικής λειτουργίας του δικαστή, σε: Δικηγορικός Σύλλογος Θεσσαλονίκης, Η πολιτική δίκη υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΚ και του ΕΔΔΑ, 2008*

- *Dworkin R.*, Taking rights seriously, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977
- *Dworkin R.*, 'Rights as trumps' in: Waldron, J. (ed.) Theories of Rights, Oxford, Oxford University Press, (1984).
- *Eberle E. J.*, Dignity and Liberty: Constitutional visions from Germany and the United States, Praeger, Westport, Connecticut, 2002 και «Human dignity, privacy, and personality in German and American Constitutional Law», Utah L. Rev, 1997
- *Eissen M.-A.*, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights" σε MacDonald/Matscher/Petzold, The European System for the Protection of Human Rights, 1993
- *Epsteinr.*, The Imperfect Reconciliation of Liberty & Security in: YOOJ. / REUTERD. (eds.), Confronting Terror, 2011,
- *Evans S. & Stone A.*, Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethics? VII World Congress of the International Association of Constitutional Law (Athens, June 2007)
- *Evans C.*, Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights, Oxford, New York 2001
- *Faigman D. L.*, «Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication», 88 Nw.U. L.Rev.641
- *Feteris E.*, Weighing and Balancing in the Justification of Judicial Decisions, Informal Logic 28(1), 2008.
- *Finocchiaro F.*, "Église et État en Italie", σε: Églises et États dans l' Europe des Douze, Conscience et Liberté" 32 (1986)
- *Gardbaum St.*, A Democratic Defense of Constitutional Balancing, Law and Ethics of Human Rights 4 (1) 2010
- *Zolώτα T.*, Η προστατευτική λειτουργία των ατομικών δικαιωμάτων κατά τη νομολογία του ΕΔΔΑ, εκδόσεις Σάκκουλα, 2018
- *Zucca L.*, Constitutional Dilemmas - Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA, Oxford University Press, 2007
- *Ηλιοπούλου-Στράγγα Τζ.*, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όψεις της πολυεπίπεδης προστασίας στον ευρωπαϊκό χώρο, 2018
- *Ηλιοπούλου – Στράγγα Τζ.*, Η «τρίτενέργεια» των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος 1975, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1990
- *Habermas J.*, Between Facts and Norms - Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, μετάφραση από τον William Rehg, Cambridge: MIT Press. 1996
- *Hart, H.*, Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford: Clarendon Press (1982).
- *Hermann D.*, Legal Reasoning as Argumentation, 12 N. Ky. L. Rev. 467 (1985)
- *Hochmann Th.*, La protection de la réputation, σε: Rev.trim.dr.h. 2008
- *Θάνου Σ.*, Η αρχή της θρησκευτικής ουδετερότητας στο χώρο της εκπαίδευσης, Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου, 2/2011
- *Ιγγλεζάκη Ι.*, Η αρχή της αναλογικότητας υπό στενή έννοια ως μέσο ελέγχου της αντισυνταγματικότητας των νόμων, σχόλιο στην ΑΠ 45/2005 (σε τακτική Ολομέλεια)
- σε: Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου, 4 (2005)

- *Ιγγλεζάκη Ι.*, Το δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη και οι περιορισμοί του, 2014
- *Ιγγλεζάκη Ι.*, Το δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη και οι μηχανές αναζήτησης στο Διαδίκτυο, σε: ΔτΑ 66/2015
- *Jacobs F.* “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law” in E. Ellis (ed) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart Publishing Limited, Oxford, 1999)
- *Jestaedt M.*, *The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses*, σε Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press (2012)
- Kahn Paul W., *The Court, The Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell*, 97 Yale L.J. 1 (1987).
- *Καϊδατζή Α.*, Δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής και προσαρμογές στο μεταβαλλόμενο οικονομικο-πολιτικό περιβάλλον, άρθρο διαθέσιμο στη διεύθυνση: www.constitutionalism.gr.
- *Καϊδατζή Α.*, «Θρησκευτική εκπαίδευση μόνο για την πλειοψηφία; Το Συμβούλιο της Επικρατείας κατά των μειοψηφιών», Αρμ., 2018
- *Καλυβιώτου Μ.*, Κοινοβουλευτικός έλεγχος. Συνταγματικό πλαίσιο και όρια, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017
- *Καμπσίδου Ι.*, Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου. Ως περιορισμός, εγγύηση και διάμεσος των ελευθεριών, 2001
- *Καμπσίδου Ι.*, Η πανδημία και η αναχώρηση του δικαίου, σε: ΔτΑ 85/2020
- *Καραβία Μ.* Ερμηνεία άρθρου 8, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ερμηνεία κατ’ άρθρο, 2η έκδοση, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη
- *Καράκωστα Ι.*, Προσωπικότητα και τύπος: νομική θεώρηση ενός δεοντολογικού ζητήματος, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2000
- *Καρούτη Δ.*, Συνδικαλιστική δράση αστυνομικών στη Σλοβακία. Σχόλιο στην απόφαση ΕΔΔΑ της 25.09.2012, *Trade Union of the Police in the Slovak Republic*, σε: ΔτΑ 67/2016
- *Κασιμάτη Γ.*, Μελέτες Ι, 1975-1995, Δημοκρατία
- *Κασιμάτη Γ.*, Συνταγματικό δίκαιο ΙΙ, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1980
- *Καστανά Η.*, άρθρο 9, σε: Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων το Ανθρώπου, αριθ. περιθ. 4, σελ. 438, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη
- *Καστανά Ι.*, Παρατηρήσεις στην Conseil d’Etat συνεκδ. υποθ. 446930, 446941, 446968 και 446975, διάτ. της 29.11.2020 (Ασφ) - Η ελευθερία της λατρείας στην εποχή της πανδημίας του covid-19 - Άσκηση στην αναλογικότητα, ΘΠΠΔ, 1/2020, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη
- *Κατράνη Κριάρη Ι.*, Η συνταγματική προστασία της γενετικής ταυτότητας, ΔτΑ 2001
- *Καψάλη Β.*, Η υγειονομική κρίση υπό το βλέμμα της γαλλικής διοικητικής δικαιοσύνης: υπάρχει έδαφος για συγκρίσεις; σε: ΕφημΔΔ 1/2020
- *Καψάλη Β.*, Η αρχή της αναλογικότητας στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο, ΔτΑ 2006
- *Καψάλη Β.*, Δημόσιο συμφέρον και έλεγχος συνταγματικότητας στο πλαίσιο της οικονομικής ελευθερίας, ΔτΑ 2008
- *Κανκά Χαρ.*, Η απαγόρευση δωρεάς εμβρύων στην ευρωπαϊκή έννομη τάξη. Με αφορμή την απόφαση της Ολομέλειας του ΕΔΔΑ. Ευρωπαϊκό Δικαστήριο

- Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Parrillo κατά Ιταλίας, σε: ΔτΑ 69/2016, εκδόσεις Σάκκουλα
- *Khosla M.*, Proportionality: An assault on human rights? A reply, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 2, April 2010
 - *Khoury H.*, «S.A.S. v. France: The Full-Face Veil as a Threat to Public Safety and the Protection of Others», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2015
 - *Kirchner St.*, Human Rights Guarantees during States of Emergency: The European Convention on Human Rights, *Baltic Journal of Law & Politics*, 3: 2 (2010)
 - *Klatt M./ Meister M.*, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012
 - *Κοϊμτζόγλου Ι.*, Στοιχεία δημοσίου δικαίου, 3η έκδ., 2005
 - *Κόκοτα Β.*, «Συνταγματικότητα επιβολής ανωτάτου ορίου ως προς τις αναλογικές αμοιβές των συμβολαιογράφων (ΑΠ Ολ 7/2012)», *Συνήγορος* 93/2012
 - *Κομνηνού Α.*, Η σύγκρουση του δικαιώματος επί του περιβάλλοντος και του δικαιώματος ιδιοκτησίας στη νομολογία του ΣτΕ, ΕΔΔΔ 1992
 - *Κονιδάρη Ι.*, Περί προσκυνηματικών ναών. Η περίπτωση της Ροτόντας, «Η Ροτόντα στον «Κύκλο με την Κιμωλία» [=Ιστορία και Πολιτισμός, 6], University Studio Press Έκφραση 1997.
 - *Κονιδάρη Ι.*, «Κοινός νους και σύνεση», άρθρο δημοσιευμένο στην εφημερίδα ΤΟ ΒΗΜΑ
 - *Κοντιάδη Ε. / Φωτιάδου Α.*, Η ανθεκτικότητα του Συντάγματος. Συνταγματική αλλαγή, δικαιώματα και κυριαρχία σε συνθήκες κρίσης, εκδόσεις Σάκκουλα, 2016
 - *Κοντιάδη Ε. / Φωτιάδου Α.*, Κοινωνικά Δικαιώματα, αναλογικότητα και δημοσιονομική κρίση. Θεωρητικές επισημάνσεις επ'ευκαιρία της Ολ ΣτΕ 668/2012, ΔτΑ 53/2012
 - *Κοντιάδη Ε. / Φωτιάδου Α.*, Πανδημία, Κράτος Πρόληψης και ανθεκτικότητα του Συντάγματος. Κράτος και Σύνταγμα μπροστά στην υγειονομική κρίση, σε: ΕφημΔΔ 1/2020
 - *Κοντιάδη Ε.*, Ο νέος Συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001
 - *Κοντιάδη Ε.*, Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004.
 - *Κοντιάδη Ε.*, Δικαιώματα και Πανδημία, σε: ΔτΑ 84/2020, εκδόσεις Σάκκουλα
 - *Κοντιάδη Ε.*, Πανδημία, βιοπολιτική και δικαιώματα, 2020, εκδόσεις Καστανιώτη
 - *Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου Δ.*, Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο (εξ αφορμής της απόφασης 2112/1984 του ΣτΕ, εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1989
 - *Κοντόγιωργα – Θεοχαροπούλου Δ.*, Η επαύξηση της διαπλαστικής εξουσίας του διοικητικού δικαστού, μέσω της ερμηνευτικής λειτουργίας, των διδαγμάτων της κοινής πείρας, της επιστήμης ή τέχνης και των κανόνων της δεοντολογίας και ηθικής, σε: Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Εμβάθυνση Δημοσίου Δικαίου, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005

- *Κουκιάδη Ι. (επιμ.)*, Η παραδοσιακή προστασία της προσωπικότητας του εργαζομένου, σε: Προστασία Προσωπικότητας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2008
- *Κουρουνδή Χ.*, Το νέο δίκαιο των συναθροίσεων και το Σύνταγμα: περιορισμοί και απαγορεύσεις στη σκιά της πανδημίας, σε: ΕφημΔΔ 2/2021, εκδ. Σάκκουλα
- *Κουρουνδή Χ./Τσιγαρίδα Β.*, Η νέα απαγόρευση συναθροίσεων και το Σύνταγμα, σε: www.constitutionalism.gr
- *Κριτσάκη Ι.*, Το δικαίωμα στο περιβάλλον – υπό το πρίσμα του Δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εκδόσεις Σάκκουλα, 2010
- *Ktistaki St.*, Le droit d'entreprendre et le droit à la santé - Nouvelles tendances de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellenique, σε: Annuaire international des Droits de l'Homme, Ant. Sakkoulas, Athènes /Bruylant, Bruxelles, 2009
- *Κτιστάκι Ι.*, Θρησκευτική ελευθερία και Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004,
- *Κτιστάκι Γ.*, Θρησκευτική ελευθερία και Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα 2004
- *Κουβαρά Η.*, Η «επιστημονικότητα» των μεθόδων στάθμισης στο δικαιοδοτικό έργο. Κριτική και υπεράσπιση, σε: ΕφημΔΔ 3/2020
- *Kumm, M.*, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, Law and Ethics of Human Rights 4 (2010)
- *Kumm, M.*, 'Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement', σε: Pavlakos, G., (eds), 2007.
- *Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη*, Ο νέος νόμος 3719/2008: μια πρώτη αποτίμηση, ΕφΑΔΠολΔ 2018
- *Κουντατζή Στ.-Ι.*, μετάφραση – εισαγωγή σε: Konrad Hesse: Το Σύνταγμα της πολιτικής ενότητας και της πρακτικής εναρμόνισης, 2017
- *Κυριαζόπουλου Κ.*, Περιορισμοί στην ελευθερία διδασκαλίας των μειονοτικών θρησκευμάτων, εκδ. Σάκκουλα, 1999
- *Κώνστα Α.-Μ.*, Φύλο και Συγκριτικό Δίκαιο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2020
- *Λαζαράτου Π.*, Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης, ΘΠΔΔ, τεύχ. 8-9/2013
- *Λαζαράτου Π.*, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2015
- *Le Sueur A.*, Public Law, 2015
- *Λιγωμένου Α.*, Κράτος δικαίου και προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος, σε: ΔιΔικ 2/1997
- *MacCORMICK N.*, Rhetoric and the rule of law, Oxford University Press, 2005
- *McBRIDE J.*, «Proportionality and the European Convention of Human Rights», στο E. Ellis (επιμ.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (1999)
- *Μαγγανά Α./Χρυσανθάκη Χ./Βανδώρου Δ./Καρατζά Α.*, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Νομολογία και ερμηνευτικά σχόλια, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2011
- *Μάνεση Α.*, Συνταγματικά δικαιώματα Α' - Ατομικές ελευθερίες, 4η έκδ., 2013

- *Μάνεση Α.*, Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος, εκδόσεις Σάκκουλας Αντ. Ν., 1991
- *Μανιτάκη Α.*, Η αδύναμη κανονιστική δεσμευτικότητα των κοινωνικών δικαιωμάτων: εξαρτημένη από τη βούληση του νομοθέτη και δέσμια της σταθμιστικής δικανικής πρακτικής του δικαστή, σε: Συλλογικό Έργο, Οικονομία - τεχνολογία - δίκαιο και εργασία, Τιμητικός Τόμος Δημήτρη Τραυλού – Τζανετάτου, 2020
- *Μανιτάκη Α.*, Η πανδημία ανάμεσα στο Δίκαιο και στην Ηθική, με την ζωή ως συνταγματική αξία, άρθρο διαθέσιμο σε: www.constitutionalism.gr, Μάιος 2020
- *Μανιτάκη Α.*, Κράτος δικαίου & δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, τόμ. 1, 1994
- *Μανιτάκη Α.*, Δικαιικοί καταναγκασμοί και κριτήρια ορθότητας της συνταγματικής ερμηνείας», Το Σύνταγμα, 1990
- *Μανιτάκη Α.*, Τα νομιμοποιητικά θεμέλια της εξουσίας του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων», σε: “Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων-Θέσεις και τάσεις της νομολογίας”, επιμ. Χ. Απαλλαγάκη, Θεσσαλονίκη, Σάκκουλας, 1992
- *Μανιτάκη Α.*, Η συνταγματική αρχή της ισότητας, ΤοΣ 1978
- *Μανιτάκη Α.*, Η νομική φύση και ο πολιτικός χαρακτήρας του συντάγματος, ΤοΣ 1985
- *Μανιτάκη Α.*, Η Ροτόντα, σύμβολο πολιτισμικής ταυτότητας της Θεσσαλονίκης, σε: «Η Ροτόντα στον «Κύκλο με την Κιμωλία» [=Ιστορία και Πολιτισμός, 6], University Studio Press Έκφραση 1997
- *Μανιτάκη Α.*, Η ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου στις συμπληγάδες συνταγματικής & κοινής δικαιοσύνης, σε Όμιλος Αριστόβουλος Μάνεσης, Η επιστημονικό συμπόσιο, το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπόδιοντος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, Επιμ. Α. Μανιτάκης / Α. Φωτιάδου, Σάκκουλα Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2008
- *Μαντζούφα Π.*, Νομικά ζητήματα από την χρήση του διαδικτύου - Η ελευθερία έκφρασης στα ιστολόγια, σε: Συλλογικό Έργο, Τιμητικός Τόμος Νικολάου Θ. Νίκα, 2018
- *Μαντζούφα Π.*, Οικονομική κρίση και Σύνταγμα. Συνταγματικές και ενωσιακές διαστάσεις της οικονομικής κρίσης στο ελληνικό παράδειγμα. Μορφές και τεχνικές δικαστικού ελέγχου των εφαρμοστικών νόμων των μνημονίων στο πεδίο των δικαιωμάτων, εκδόσεις Σάκκουλα, 2014
- *Μαριά Ε. – Α.*, Η νομική προστασία των δασών, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998
- *Ματθία Σ.*, Το πεδίο λειτουργίας της αρχής της αναλογικότητας, σε: ΕλλΔνη 1/2006
- *Ματθία Σ.*, Το Συνταγματικό Δικαστήριο, σε Όμιλος Αριστόβουλος Μάνεσης, Η επιστημονικό συμπόσιο, το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπόδιοντος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, Επιμ. Α. Μανιτάκης / Α. Φωτιάδου, Σάκκουλα Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2008
- *Μαυριά Κ.*, Συνταγματικό Δίκαιο, 5^η έκδ., εκδόσεις Π.Ν. Σάκκουλα, 2014
- *Melleray F.*, Les voies du Seigneur, AJDA 2020
- *Menendez A. J., Eriksen, O. E.*, (eds.), Arguing Fundamental Rights, Springer (2006).

- Μενουδάκου Κ., Το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπόδισης ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, σε: Ομίλος Αριστόβουλος Μάνεσης, Η επιστημονικό συμπόσιο, το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπόδισης ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, Επιμ. Α. Μανιτάκης / Α. Φωτιάδου, Σάκκουλα Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2008
- Μήτρου Α., Η δημοσιότητα της κύρωσης ή η κύρωση της δημοσιότητας, σειρά: Δίκαιο και Κοινωνία στον 21ο Αιώνα, 2012
- Μήτρου Α., Τα προσωπικά δεδομένα την εποχή του Κορωνοϊού, Syntagma Watch, 16.3.2020, διαθέσιμο σε: <https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/ta-prosopika-dedomena-stin-epoxi-tou-koronoiou/>
- Μητσιοπούλου Σ., Ισορροπία μεταξύ ελευθερίας και ασφάλειας – Με αφορμή την απόφαση 104/2015 της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, σε: ΔτΑ 71/2017
- Μητσόπουλου Γ., Θέματα γενικής θεωρίας και λογικής του δικαίου, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2005
- Μητσόπουλου Γ., «Τριτενέργεια» και «αναλογικότητα» ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος, ΔτΑ 2002
- Moller, K., “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, σε: International Journal of Constitutional Law, Vol. 5, Issue 3, 453-468 (2007).
- Mowbray A., European Convention on Human Rights: Report of the Evaluation Group and Recent Cases, HRLR 2002
- Μπάλτα Ευ., Η αρχή της αναλογικότητας ως μεθοδολογικό και ερμηνευτικό εργαλείο στη δημοσιονομική δίκη περί καταλογισμού δημοσίων υπολόγων. Σχόλιο στην απόφαση Ελ. Συν. Ολ. 4314/2013, ΕφημΔΔ 2/2014
- Μπέη Κ., Η αριστοτελική κατανόηση της δικαιοσύνης υπο το πρίσμα της μεσότητας και η σύγχρονη δικαιοκή αρχή της αναλογικότητας, Δίκη 36 (2005)
- Μπέη Ευ., Η αρχή της αναλογικότητας: Από το δημόσιο στο αστικό και διοικητικό δικονομικό και ιδιωτικό δίκαιο, Δ 1999
- Μποτόπουλου Κ., Κορωνοϊός και έκτακτη ανάγκη, διαθέσιμο σε: SyntagmaWatch.gr, 17.3.2020
- ΜΠΟΤΟΠΟΥΛΟ Κ. Θρησκευτικά, διαγωγή και σύγχρονο Κράτος Δικαίου, Σχόλιο επί της απόφασης 32/2020 της ΑΠΔΠΧ, ΘΠΔΔ, 12/2020
- Μπουκουβάλα Β., Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των κοινωνικών δικαιωμάτων, σε: ΔιΔικ 5/2019
- Μπουχάγιαρ Κ., Η άρση της σύγκρουσης των δικαιωμάτων της ελευθερίας έκφρασης και της θρησκευτικής ελευθερίας στις αποφάσεις του ευρωπαϊκού δικαστηρίου ανθρωπίνων δικαιωμάτων, σε: ΔιΔικ 2/2000
- Νίκας Ν., Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως II, τόμ. 2, 2η έκδ., 2018
- Nimmer M.B., The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Missapplied to Privacy, 56 Cal.L.Rev. 935, 942 (1968)
- Ορφανουδάκη Σ., Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη. Από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση, εκδόσεις Σάκκουλα, 2003
- O’ Donnell, The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Human Rights Quarterly 1982

- *O. de Schutter*, *Fonction de juger et droits fondamentaux: Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, εκδ. Emile Bruylant, 1999
- *Panagis N.*, *Putting Balancing in the Balance*, άρθρο της 20.3.2014, διαθέσιμο σε: <https://tsakyrakis.wordpress.com>
- *Παπαγεωργίου Θ.*, Μάθημα (θρησκευτικής) ταυτότητας ή μάθημα (διαθρησκευτικού) διαλόγου, *NOMOKANONIKA* 1/2018
- *Παναγοπούλου-Κουντατζή Φ.*, Απαγόρευση καπνίσματος και ελευθερία ασκήσεως επαγγέλματος, σε: *ΔτΑ* 62/2014
- *Παναγοπούλου-Κουντατζή Φ.*, Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ, 2017, εκδόσεις Σάκκουλα
- *Παναγοπούλου-Κουντατζή Φ.*, Η προστασία των προσωπικών δεδομένων στην εποχή του κορωνοϊού, *Syntagma Watch*, 17.3.2020, διαθέσιμο σε: <https://www.syntagmawatch.gr/trendingissues/i-prostasia-ton-prosopikon-dedomenon-stin-epoxi-toukoronoiou/>.
- *Παναγοπούλου-Κουντατζή Φ.*, Η λίστα Λαγκάρντ και τα όρια της ελευθερίας του τύπου, σε: *ΕφημΔΔ* 6/2012
- *Παναγοπούλου-Κουντατζή Φ.*, Ερμηνεία άρθρου 8 ΕΣΔΑ, συμβολή στο συλλογικό έργο Ι. Σαρμά/Ξ. Κοντιάδη/Χ. Ανθόπουλου, ΕΣΔΑ, ερμηνεία κατ' άρθρο, 2021
- *Παντελή Α.*, *Ζητήματα συνταγματικών επιφυλάξεων*, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1984
- *Παπαϊωάννου Ζ.*, Η αρχή της αναλογικότητας κατά την άσκηση της αστυνομικής εξουσίας. Με αναφορά στο προσχέδιο νόμου για την οπλοφορία, χρήση πυροβόλων όπλων από αστυνομικούς και εκπαίδευσή τους σε αυτά, 2003
- *Παπακωνσταντίνου Α.*, Τα θεμελιώδη δικαιώματα στο σύγχρονο πεδίο έντασης ανάμεσα στην ελευθερία και την ασφάλεια, *Εφημ. ΔΔ* (2010)
- *Παπανικολάου Κ.*, Το κοινωνικό δικαίωμα των μισθωτών στην κατοικία· σκέψεις σχετικά με σταθμίσεις και συγκρούσεις κοινωνικών δικαιωμάτων, σε: *ΔιΔικ* 5/2019
- *Παπανικολάου Κ.*, Περιορισμοί της θρησκευτικής λατρείας και των συναθροίσεων για την αντιμετώπιση της πανδημίας. Οι αποφάσεις του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας, σε: www.constitutionalism.gr.
- *Παπανικολάου Π.*, *Σύνταγμα και αυτοτέλεια του αστικού δικαίου*, εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2006
- *Παπαρρηγοπούλου – Πεχλιβανίδη Π.*, Το Δημόσιο Δίκαιο της Υγείας. Οργάνωση των δημόσιων υπηρεσιών υγείας – Δικαιώματα του χρήστη – Δημόσια υγεία, 2η εκδ., εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2017
- *Παπασπύρου Ν.*, Η πλοκή ελευθερίας & ανοιχτών θεσμών-συμβολή στη γενική θεωρία των συνταγματικών δικαιωμάτων, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2019
- *Παπασπύρου Ν.*, Μέσα και σκοποί στο δίκαιο των συνταγματικών δικαιωμάτων: Η προσβολή της ανθρώπινης ζωής, σε: *Συλλογικό Έργο, Το Σύνταγμα εν εξελίξει*, εκδόσεις Σάκκουλα, 2019
- *Παπασπύρου Ν.*, Συνταγματική ελευθερία και δημόσιοι σκοποί - Σε αναζήτηση της θεμιτής πλοκής, εκδόσεις Σάκκουλα, 2019

- Παπαστυλιανού Χ., Η απαγόρευση συναθροίσεων και η προστασία του δικαιώματος στην υγεία: οι θετικές υποχρεώσεις του κράτους ως προς την προστασία των δικαιωμάτων και τα όρια των περιορισμών, σε: ΕφημΔΔ 5/2020
- Παπατόλια Α., «Η «επόμενη μέρα» του εθνικού και ευρωπαϊκού συνταγματισμού - Ερμηνευτικοί (ανα)στοχασμοί μετά την πανδημία» εκδ. Παπαζήση, 2020
- Παραρά Π., Οικονομική Ελευθερία - Άρθρο 5 παρ. 1 Σ- Οικονομικός Φιλελευθερισμός Νεωτερική Διαδρομή και Συνταγματική Θεμελίωση, εκδόσεις Σάκκουλα, 2019
- Pavlakos G., "A plea for moderate optimisation: On the structure of principles as interpersonal reasons", στο: M. Brownski/S.L. Paulson/J.-R. Sieckmann (eds.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, εκδ. Mohr Siebeck, Tübingen, 2017
- Pavlakos G., (eds), Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Oxford: Hart Publishing (2007).
- Παυλόπουλου Α. Συνάθροιση, η αναγέννηση ενός λησμονημένου δικαιώματος, ΘΠΔΔ 4/2021, Νομική Βιβλιοθήκη
- Παυλόπουλου Π., Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ή δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας του Συντάγματος, Με αφορμή την απόφαση της 28ης Ιουλίου 1987 του Συνταγματικού Συμβουλίου της Γαλλίας, ΝοΒ 36 (1988)
- Περσελή Ε., Το μάθημα των Θρησκευτικών υπό το φως των αποφάσεων του ΣτΕ των ετών 2018-2019. Παιδαγωγική προσέγγιση, ΝΟΜΟΚΑΝΟΝΙΚΑ 1/2020, εκδόσεις Σάκκουλα
- Petersen N., Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, Cambridge University Press, 2017
- ΠΙΝΑΚΙΑ Η., Η ρήτρα της "Δημοκρατικής Κοινωνίας" στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2007
- Ποδηματά Ε., Η αρχή της αναλογικότητας (25 § 1 εδ. δ' Συντ.) στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου. Από την ΟΛΑΠ 6/2009 στην ΟΛΑΠ 9/2015: αποτίμηση μιας πολυκύμαντης και επισφαλούς πορείας με αφορμή το ζήτημα της «εύλογης» ικανοποίησης κατ' ΑΚ 932, σε: ΕλλΔνη 4/2017
- Ποδηματά Ευ., Μεθοδολογικός προσανατολισμός με αφορμή την Ολ. ΑΠ 6/2009, ΝοΒ 58 (2010)
- Ποδηματά Ε., Σκέψεις για την ερμηνευτική αρχή της αναλογικότητας κατά τη νομολογία του ΕυρΔΔΑ και τον αντίκτυπό της στην ημεδαπή νομολογία, σε: Δικηγορικός Σύλλογος Θεσσαλονίκης, Η πολιτική δίκη υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΚ και του ΕΔΔΑ, εκδόσεις Σάκκουλα, 2008,
- Post H., Hatton and Others: Further clarification of the indirect individual right to a healthy environment, Non-State Actors and International Law 2002
- Πρεβεδούρου Ευγ., Η αρχή της αναλογικότητας στην νομολογία του ΔΕΚ, ΕΕΕυρΔ 1997
- Πρεβεδούρου Ε., Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ, ΔτΑ ΙΙΙ 2005 (τόμος εκτός σειράς)

- *Ράικου Αθ.*, Παραδόσεις Συνταγματικού Δικαίου κατά το Σύνταγμα του 1975, τόμ. β', Τα θεμελιώδη δικαιώματα, τόμος α', Αθήνα, εκδόσεις Σάκκουλα, 1984
- *Ράικου Α.*, Συνταγματικό Δίκαιο, Θεμελιώδη δικαιώματα, 5^η έκδ., Νομική Βιβλιοθήκη, 2018
- *Ράντου Αθ.*, Υπάρχουν ορθές και εσφαλμένες αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις;; σε: ΔτΑ 74/2017
- *Ράντου Αθ.*, Η αναθεωρητική πρόταση δημιουργίας Συνταγματικού Δικαστηρίου στην Ελλάδα, σε Όμιλος Αριστόβουλος Μάνεσης, Η επιστημονικό συμπόσιο, το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπόδισης ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, Επιμ. Α. Μανιτάκης / Α. Φωτιάδου, Σάκκουλα Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2008
- *Raz J.*, Value, Respect and Attachment, Cambridge: Cambridge University Press (2001).
- *Raz J.*, The Practice of Value, Oxford University Press, Oxford (2003).
- *Raz J.*, "Rights and Politics", in: J. Tasioulas (ed.), Law, Values and Social Practices, Aldershot: Dartmouth (1997).
- *Ρεθυμνιωτάκη Ε.*, 'Μοιάζει πράγματι να ιατρικοποιείται η πολιτική και να πολιτικοποιείται η ιατρική!', «Πανδημία, ειδημοσύνη και δημοκρατική πολιτική», in Π. ΚΑΠΟΛΑ/Γ. ΚΟΥΖΕΛΗΣ/ΟΡ. ΚΩΝΣΤΑΝΤΑΣ (επ.), Αποτυπώσεις σε στιγμές κινδύνου, Τοπικά ΙΘ', 2020
- *Ρέμελη Κ.*, Η ένστολη άσκηση του δικαιώματος συνάθροισης από αστυνομικούς υπαλλήλους και η υποχρέωση πολιτικής-κομματικής ουδετερότητας, σε: ΕφημΔΔ 6/2013
- *RENUCCI J.F.*, Article 9 of the European Convention of Human Rights, Freedom of thought, conscience and religion, Human Rights Files, No 20, Council of Europe, Strasbourg 2005
- *ΡΙΖΟΣ Σ.* στο άρθρο του Η ανάπτυξη της θρησκευτικής συνειδήσεως των Ελλήνων ως μέρος της εκπαίδευσεως (άρθρο 16 παρ. 2 Συντ.), ΘΠΔΔ, 11/2018
- *Ripstein A.*, Force and Freedom - Kant's Legal and Political Philosophy, Harvard University Press, 2009
- *Rivers J.*, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal, 65 (1)/2006
- *Rivers J.*, (2002a), "A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution" σε: Alexy R., (2002a), A Theory of Constitutional Rights, Oxford: Oxford University Press.
- *Robert A.*, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. Ratio Juris, Vol. 16 No 4, 2003
- *Robert J.- Duffar J.*, Droits de l' Homme et libertés fondamentales, 6^η έκδ.,
- *Rook D.*, Right to a Private Life, Journal of Civil Liberties 2003
- *Ruggeri A.*, Θεωρία των πηγών του δικαίου και σταθμίσεις μεταξύ των συνταγματικών αξιών, ΤοΣ 2003
- *Σαπαρδάνη Μ.*, Σχολιασμένη Νομολογία ΕΔΔΑ, ΕΕΕυρΔ 4/2019, εκδόσεις Σάκκουλα
- *Σαρμά Ι.*, Η αρχή της αναλογικότητας σε: Θ. Αντωνίου (επιμ.), Γενικές Αρχές Δημοσίου Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014

- Σαρμά Ι., "Η δίκαιη ισορροπία". Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Τα μεγάλα θέματα της νομολογίας - τ. 3 , Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018
- Salles S., Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 147, L.G.D.J, 2016
- Sands P. και Peel J., Principles of International Environmental Law, 3η έκδοση, Cambridge University Press, 2012
- Σατλάνη Χ., Σκέψεις προς αποσαφήνιση του επιτρεπτού ή μη της αξιοποίησης της μαγνητοταινίας ή της βιντεοταινίας ως αποδεικτικού μέσου (Με αφορμή την απόφαση του Αρείου Πάγου υπ' αριθ. 53/2010), ΠοινΔικ, 7/2012
- Schauer Frederick, Commensurability and Its Constitutional Consequences, 45 Hastings L.J. 785, 787 (1994)
- Sieckmann J., Is Balancing a Method of Rational Justification sui generis? σε: Christian Dahlman/Eveline Feteris (ed.), Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives, Springer Netherlands, σειρά: Law and Philosophy Library, 2013
- Σιούτη Γ., Εγχειρίδιο δικαίου περιβάλλοντος, 3η έκδ., Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018
- Σκουρή Β., Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας. Παρατηρήσεις στην απόφαση 2112/1984 του ΣτΕ, ΕλλΔνη 1987
- Σούρλα Π., Δίκαιο Και Δικανική Κρίση: μια φιλοσοφική αναθεώρηση της μεθοδολογίας του δικαίου, Πανεπιστημιακές εκδόσεις Κρήτης, 2017
- Σπυριδάκη Ι., Εισηγήσεις Αστικού Δικαίου
- Σπυριδάκη Ι., Γενικές Αρχές, Α'
- Σπυρόπουλου Φ., Εισαγωγή στο Συνταγματικό Δίκαιο II, Θεμελιώδη Δικαιώματα. Γενικό Μέρος, εκδ. Θέμις, 2012.
- Σπυρόπουλου Φ., Η ερμηνεία του Συντάγματος, Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου;, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1999
- Σπυρόπουλου Φ., Η κανονιστική δύναμη του πραγματικού, ΤοΣ 1983
- Σπυρόπουλου Φ., Το Σύστημα των περιορισμών των ατομικών δικαιωμάτων στο Σύνταγμα, σε: «Κράτος - Νόμος - Διοίκηση». Σύμμεκτα Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλου (Ανάτυπο), Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2000
- Σπυρόπουλου Φ. / Κοντιάδη Ε. / Ανθόπουλου Χ. / Γεραπετρίτη Γ., Σύνταγμα, Κατ' άρθρο ερμηνεία, εκδόσεις Σάκκουλα, 2017
- Σταμάτη Κ, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων, 8^η έκδ., εκδόσεις Σάκκουλα, 2009
- Σταυρινάκη Τ., Άρθρο 15, σε: Λίνος-Αλέξανδρος Σισιλιάνος, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2013
- Σταυρόπουλου Γ., Η επίδραση της ΕΣΔΑ στην ελληνική έννομη τάξη (Εισήγηση στο 16ο Πανελλήνιο Συνέδριο της Εταιρίας Δικαστικών Μελετών), δημοσιευμένη σε ΘΠΔΔ 10/2017, Νομική Βιβλιοθήκη
- Σταυρόπουλου Γ. Το μάθημα των Θρησκευτικών υπό το φως της πρόσφατης 660/2018 απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΘΠΔΔ, 4-5/2018
- ΣΤΑΥΡΟΥ Σ., Η θρησκευτική ελευθερία και η ελευθερία της έκφρασης, ΤοΣ 2002

- *Stone A.*, "The Limits of Constitutional Text and Structure: Standards of Review and the Freedom of Political Communication", *Melbourne University Law Review* 23(3) 1999
- *Στρατηλάτη Κ.*, Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος, ΤοΣ 3/2001
- *Sullivan K.M.*, Foreword: The Justices of Rules and Standards, 106 *Harv.L.Rev.* 22, 59 (1993)
- *Sweet A. St./ Mathews J.*, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008
- *Σωτηρέλη Γ.*, Θρησκεία και εκπαίδευση
- *Σωτηρέλη Γ.*, Θεοκρατικός Κατηχητισμός ή Δημοκρατική Πολυφωνία; Το «όπισθεν ολοταχώς» της πρόσφατης απόφασης της «Ολομέλειας» του ΣτΕ, πηγή: www.constitutionalism.gr
- *Taylor P.*, *Freedom of Religion*, UN and European Human Right Law and Practice, Cambridge, New York 2005
- *Τζέμου Β.*, Η «ώριμη» αναλογικότητα. Η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου και του Δικαίου της ΕΕ που δεν περιλαμβάνει την αναλογικότητα σε στενή έννοια, σε: ΔιΔικ 2/2019
- *Τζέμου Β.*, Τα κρατικά καθήκοντα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, ΔτΑ 2007, εκδόσεις Σάκκουλα
- *Τζωρτζάτου Ο.*, Η προστασία των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων της υγείας στη βιοϊατρική έρευνα, 2015
- *Trigeaud J.-M.*, Le légal et le morale du point de vue positiviste, *Éthique*, n° 22, 1996
- *Tsakyrakis St.*, Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, Issue 3, July 2009
- *Τσακυράκη Στ.*, Δικαιοσύνη η ουσία της Πολιτικής, εκδόσεις Μεταίχμιο, 2019
- *Τσακυράκη Στ.*, Η ελευθερία του λόγου στις ΗΠΑ, εκδόσεις Σάκκουλας Π.Ν, 1997
- *Τσαούση Γ.*, Υπαίθριες συναθροίσεις παρουσία Εισαγγελικού λειτουργού: κριτική αποτίμηση του άρθρου 10 παρ. 3 του ν. 4703/2020, σε: ΕφημΔΔ 5/2020
- *Τσάτσου Δ.*, Συνταγματικό Δίκαιο, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1988
- *Τσάτσου Δ.*, Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμος Γ', Θεμελιώδη Δικαιώματα Ι, Γενικό Μέρος, 1988
- *Τσεβά Α.*, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό διοικητικό δίκαιο, ΔτΑ 2005,
- *Τσεβρένης Β.*, Ανθρώπινη αξιοπρέπεια. Η λειτουργική αξιοποίηση της ρυθμιστικής της εμβέλειας στο νομικό συλλογισμό, 2012
- *Τσιλιώτη Χ.*, Εισαγωγή στην προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Λεωνίδα Κοτσαλή – Γιώργο Τριανταφύλλου (επιμ.), *Ανθρώπινα Δικαιώματα και Ποινικό Δίκαιο*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2007
- *Τσιλιώτη Χ.*, Συνταγματικά ζητήματα του ν. 4703/2020 για τις δημόσιες υπαίθριες συναθροίσεις και η μη εφαρμογή του στην περίπτωση της επετείου του Πολυτεχνείου, σε: ΕφημΔΔ 5/2020

- *Τσιλιώτη Χ.*, Ζητήματα γενικής θεωρίας της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο παράδειγμα της οικονομικής ελευθερίας, ΘΠΔΔ τεύχη 3-4, 2016
- *Τσιλιώτη Χ.*, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό Συνταγματικό Δίκαιο με έμφαση στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, σε: Κράτος Δικαίου και Αρχή της Αναλογικότητας, Δεύτερο Μέρος, ΔτΑ ΤεΣ IV 2006
- *Τσιλιώτη Χ.*, Η επίλυση της σύγκρουσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων μέσω του κρατικού καθήκοντος προστασίας τους, σε: ΔτΑ 67/2016
- *Τσιλιώτη Χ.*, Τα περιοριστικά μέτρα για την αντιμετώπιση της πανδημίας Covid-19 στο σύστημα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: ΔτΑ 84/2020
- *Τσιλιώτη Χ.*, Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 2387/2020 (7μ) - Το ΣτΕ ως προάγγελος της συνταγματικότητας ενδεχόμενου υποχρεωτικού «αντί-Covid-19» εμβολιασμού, ΘΠΔΔ, 11/2020
- *Τσίνα Κ.*, Η κυριαρχία στην ερμηνεία των δικαιωμάτων και το δικαίωμα κυριαρχίας στην ερμηνεία: Σκέψεις περί της ρητής θεσπίσεως της αρχής της αναλογικότητας στο άρθρο 25 § 1 εδ. δ' Συντάγματος», ΝοΒ 61/2013
- *Τσιβόλα Θ.*, Η έννομη προστασία των θρησκευτικών πολιτιστικών αγαθών, εκδόσεις Σάκκουλα, 2013
- *Τσιρωνά Αθ.*, Η Χριστιανική πίστη ως παράγων διαφύλαξης κοινωνικών δικαιωμάτων, ΘΠΔΔ 11/2020
- *Τσιτσελίκη Κ.*, «Η υγειονομική κρίση του 2020 και η εντροπία του του α-πολιτικού», <https://www.constitutionalism.gr/>
- *Τσιφτσόγλου Α.*, Δημόσια Ασφάλεια και Ιδιωτικότητα, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2015
- *Τσολακίδης Ζ.*, Σύγκρουση ιδιωτικών δικαιωμάτων στο πεδίο προστασίας του περιβάλλοντος, σε: Τμ. Πολιτικής Επιστήμης- Δημόσιας Διοίκησης ΕΚΠΑ/Νομική Σχολή ΑΠΘ, Σύνταγμα, Δημοκρατία και Πολιτειακοί Θεσμοί, Μνήμη Γιώργου Παπαδημητρίου, τόμ. 2, εκδόσεις Σάκκουλα, 2013
- *Tuori K.*, (2006), "Fundamental rights principles: disciplining the instrumentalism of policies", in: MENENDEZ A. J., ERIKSEN, O. E., (eds.), (2006) *Arguing Fundamental Rights*, Springer.
- *Vincent R.*, "Human Rights and International Relations", Cambridge University Press, 1999
- *Φορτσάκη Θ.*, Η προδήλως εσφαλμένη εκτίμηση και η αρχή της στάθμισης κόστους – οφέλους: Σκέψεις εξ αφορμής πρόσφατης νομολογίας του γαλλικού Conseil d'État, ΝοΒ 1987
- *Φωτιάδου Α.*, Η προστασία της προσωπικότητας δημοσίου προσώπου κατά την ικανοποίηση του διαδικαστικού δικαιώματος επανόρθωσης από το ΕΣΡ, ΤοΣ 1999
- *Φωτιάδου Α.*, Σταθμίζοντας την ελευθερία του λόγου. Δικαστικές τεχνικές και ελευθερία του λόγου στις Η.Π.Α. και στην Ελλάδα, 2006
- *Φωτιάδου Α.*, Τα θρησκευτικά σύμβολα στην εκπαίδευση, Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου, τ. 1/2010
- *Χάνου Α.*, Η αρχή της αναλογικότητας στο έργο της Δήμητρας Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, σε: Εταιρεία Διοικητικών Μελετών, Τόμος εις μνήμην Καθηγήτριας Δήμητρας Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, 2020

- *Χάνου Α.*, Συμφέρον, στάθμιση και δίκαιο σε: συλλογικό τόμο με τίτλο «Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο – Εισηγήσεις ανακοινωθείσες εις το Διεπιστημονικό Φροντιστήριο 2008/2009 δημοσιευόμενες τη επιμέλεια Ι. Στράγγα / Αντ. Χάνου», Τόμος 5 της επιστημονικής σειράς «Πεπραγμένα της Ελληνικής Εταιρείας Δικαιοφιλοσοφικής και Δικαιοϊστορικής Ερεύννης», εκδόσεις Σάκκουλα (Αθήνα – Θεσσαλονίκη) και L'Harmattan (Paris – Torino -Budapest), 2012
- *Χάνου Α.*, Τελολογική ερμηνεία των νομικών διατάξεων και τελολογικό σύστημα του δικαίου, σε: «Κωνσταντίνος Τσάτσος – ο συγγραφέας, ο φιλόσοφος, ο πολιτικός», Πρακτικά Διεθνούς Επιστημονικού Συνεδρίου, Αθήνα 6-8 Νοεμβρίου 2009, Κέντρο Βυζαντινών, Νεοελληνικών και Κυπριακών Σπουδών, εκδόσεις Εταιρεία Φίλων Κ. και Ι. Τσάτσου, 2010
- *Χειρδάρη Β.* σχόλιο στην απόφαση Lautsi δημοσιευμένο στο Νομικό Βήμα, σελ. 1045-1046.
- *Χορτάτου Κ.*, Η συνταγματική προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και το πρόβλημα της προστασίας των δικαιωμάτων των transsexuals εις την ιδιωτικήν και οικογενειακήν ζωήν, σε: ΕλλΔνη 3/2006
- *Χρήστου Β.*, Οι ατομικές ελευθερίες και η μεταβολή της ανθρώπινης συνθήκης, ΔτΑ 85/2020
- *Χρυσανθάκη Χ. (Ευαγγ. Γαλάνη – Π. Πανταζόπουλου)*, Εισηγήσεις Συνταγματικού Δικαίου, εκδ. 2η, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2020
- *Χρυσόγονου Κ.*, Πολιτειολογία, εκδ. Σάκκουλα, 2016
- *Χρυσόγονου Κ.*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 4η έκδοση
- *Χρυσόγονου Κ.*, Η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου μισό αιώνα μετά, ΤοΣ 2001
- *Χρυσουλάκη Ε.*, σχόλιο στην ΣτΕ Τμ. Δ' 2387/2020 περί υποχρεωτικού εμβολιασμού των νηπίων, σε: ΕφημΔΔ 5/2020
- *Ψαράκη – Φώτρου Μ.*, Η διδασκαλία των θρησκευτικών στο Δημοτικό και το Γυμνάσιο μετά την ΟλΣτΕ 660/2018 απόφαση, ΔτΑ 83/2020
- *Ψήμμα Θ.*, Τα θεμέλια της κοινωνικής ασφάλισης: Διανεμητική Δικαιοσύνη, Ισότητα, Δημοκρατία, εκδόσεις Σάκκουλα, 2020
- *Waldron J.*, Security and Liberty: The Image of Balance, JOPP (2003)
- *Waldron J.*, (eds), Theories of Rights, Oxford, Oxford University Press (1984).
- *Webber G.*, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 23, No. 1, 2010
- *WERHAM K.*, «The classical Athenian ancestry of American freedom of speech», Supreme Court Review, 2008
- *WHITMAN J. Q.*, «The two western cultures of privacy: Dignity versus liberty», Yale L. J., 2006

