ΑΝΤΙΔΩΡΟ

Liber Discipulorum in honorem Spyridon Flogaitis

ΑΝΤΙΔΩΡΟ

Liber Discipulorum in honorem Spyridon Flogaitis

Επιστημονική επιτροπή έκδοσης: Γλυκερία Π. Σιούτη, Ιωάννης Γιαννίδης, Σπυρίδων Βλαχόπουλος, Γεώργιος Γεραπετρίτης, Γεώργιος Δελλής, Αικατερίνη Ηλιάδου

Κεντρική διάθεση: Εταιρεία Αξιοποιήσεως και Διαχειρίσεως της Περιουσίας του Πανεπιστημίου Αθηνών, Πανεπιστημίου 30, τηλ.: 210-368 8194

Γραφιστική επεξεργασία, εκτύπωση και βιβλιοδεσία: Τμήμα Τυπογραφείου Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών

© Copyright 2024, Α΄Έκδοση

Εκδόσεις Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών

Απαγορεύεται η κατά οποιονδήποτε τρόπο αναπαραγωγή, δημοσίευση ή χρησιμοποίηση όλων ή μερών του βιβλίου αυτού, χωρίς την έγγραφη άδεια του εκδότη και των συγγραφέων.

ISBN: 978-960-466-329-3

ΔΗΛΩΣΗ ΑΠΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΥΘΥΝΩΝ: Η συγγραφή των συμβολών του παρόντος τόμου ολοκληρώθηκε τον Φεβρουάριο 2024. Ο εκδοτικός οίκος, οι συγγραφείς και συντελεστές του τόμου αυτού δεν παρέχουν δια του παρόντος νομικές συμβουλές και ουδεμία ευθύνη φέρουν για τυχόν ζημία τρίτου λόγω ενέργειας ή παράλειψης βασισθείσας στο περιεχόμενο του παρόντος έργου.

Επιστημονική Επιτροπή Έκδοσης

Γλυκερία Π. Σιούτη,

Ομότιμη Καθηγήτρια Δημοσίου Δικαίου και ιδίως Διοικητικού
Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Ιωάννης Γιαννίδης,

Ομότιμος Καθηγητής Ποινικού Δικαίου & Ποινικής Δικονομίας
Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Σπυρίδων Βλαχόπουλος,

Καθηγητής Συνταγματικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Γεώργιος Γεραπετρίτης,

Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Γεώργιος Δελλής,

Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Αικατερίνη Ηλιάδου,

Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Δημοσίου Δικαίου και ιδίως Διοικητικού
Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Θερμές ευχαριστίες στον κ. Μιχαήλ Παπαγεωργίου, Δ.Ν., Εντ. Διδάσκοντα Συνταγματικού & Διοικητικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α., και στην κ. Αθηνά Δαριβιανάκη, Δικηγόρο, ΜΔΕ Ποινικών Επιστημών με Ειδίκευση στην Εγκληματολογία και την Αντεγκληματική Πολιτική Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α., για την πολύτιμη συμβολή τους στη συγκέντρωση και επεξεργασία των συμβολών στον παρόντα Τιμητικό Τόμο.

Βιογραφικό Σημείωμα

Ο Σπυρίδων Ι. Φλογαΐτης, γεννημένος στη Λευκάδα στις 22 Ιουλίου του 1950, είναι Ομότιμος Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου με ειδίκευση στο Διοικητικό Δίκαιο της Νομικής Σχολής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών και νομικός με διεθνή δραστηριότητα, αναγνωρισιμότητα και εμβέλεια.

Αποφοίτησε πρώτος από τη Νομική Σχολή του Ε.Κ.Π.Α. το 1973 με βαθμό Άριστα (9,5/10). Αναγορεύτηκε Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου με ειδίκευση στο Διοικητικό Δίκαιο της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου των Παρισίων ΙΙ (*Paris 2*) το 1978, ενώ το ίδιο έτος ολοκλήρωσε παράλληλα και τη διδακτορική διατριβή του στην Ιστορία στο Πανεπιστήμιο των Παρισίων Ι (*Paris 1*), όντας πτυχιούχος και της *École Pratique des Hautes Études – Histoire et Philologie*.

Το 1982 εξελέγη Λέκτορας στη Νομική Σχολή του Ε.Κ.Π.Α. και έκτακτος Καθηγητής Τακτικής Έδρας της Νομικής Σχολής του Δ.Π.Θ., θέση την οποία τελικώς δεν απεδέχθη, έπειτα από τον διορισμό του στο Πανεπιστήμιο Αθηνών. Δέκα χρόνια αργότερα, το 1992, εξελέγη Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου στο γνωστικό αντικείμενο του Διοικητικού Δικαίου στη Νομική Σχολή του Ε.Κ.Π.Α..

Έχει τιμηθεί ως επίτιμος Διδάκτωρ στο Πανεπιστήμιο της Λισαβόνας στην Πορτογαλία, στα Πανεπιστήμια *NSPSPA* και *Titu Maiorescu* στη Ρουμανία, στο Πανεπιστήμιο της Μαριούπολης στην Ουκρανία, στο Πανεπιστήμιο *USPEE* στη Μολδαβία και στο Πανεπιστήμιο του Καυκάσου στη Γεωργία. Έχει επίσης τον τίτλο του *Honorary Fellow* στο *Wolfson College* του Πανεπιστημίου του *Cambridge* ως Επισκέπτης Καθηγητής και του *Academic Bencher* του *Inner Temple*, Λονδίνο.

Είναι Διευθυντής του μοναδικού Διεθνούς Οργανισμού με έδρα την Ελλάδα και συγκεκριμένα την Αθήνα, του Ευρωπαϊκού Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου (*European Public Law Organization – EPLO*, https://www1.eplo.int/).

Έχει διατελέσει δύο φορές υπηρεσιακός Υπουργός Εσωτερικών (Σεπτέμβριος 2007 και Σεπτέμβριος 2009) και μία φορά Αναπληρωτής Υπουργός Εξωτερικών (Σεπτέμβριος 2015).

Είναι Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω και Συμβουλίω της Επικρατείας και Εταίρος της «Δικηγορικής Εταιρείας Φλογαΐτης - Σιούτη και Συνεργάτες». Είναι Πρόεδρος του Διοικητικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Τράπεζας Ανασυγκρότησης και Ανάπτυξης (*EBRD*), Αντιπρόεδρος της Επιτροπής Προσφυγών του Ευρωπαϊκού Οργανισμού Διαστήματος, Μέλος της Επιτροπής Προσφυγών του Ευρωπαϊκού Οργανισμού για την Εκμετάλλευση των Μετεωρολογικών Δορυφόρων (*EUMETSAT*), του Ευρωπαϊκού Κέντρου Μεσοπρόθεσμων Μετεωρολογικών Προγνώσεων καθώς και της Επιτροπής Διεθνών Δημοσίων Λειτουργών (*ICSC*) των Ηνωμένων Εθνών.

Έχει διατελέσει Πρόεδρος του Διοικητικού Δικαστηρίου των Ηνωμένων Εθνών, Αντιπρόεδρος του Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας, Δικαστής στο Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο της Ελλάδας, Επ. Καθηγητής *Arthur Goodhart* της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Cambridge και *Visiting Fellow* του Κολλεγίου *Wolfson* του Πανεπιστημίου Cambridge, καθώς και Πρόεδρος της Μικτής Επιτροπής Προσφυγών του Διεθνούς Ταμείου Αγροτικής Ανάπτυξης (*IFAD*) του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών.

Έχει τιμηθεί με το παράσημο του Ιππότη της Λεγεώνας της Τιμής (*Chevalier de la Légion d'Honneur*) της Γαλλικής Δημοκρατίας, του Ιππότη της Τάξεως της Αξίας (*Cavaliere dell'Ordine di Merito*) της Ιταλικής Δημοκρατίας, του Ανώτερου Αξιωματούχου του Τάγματος της Τιμής (*La Croix d'Officier de l'Ordre du Mérite*) της Ουγγαρίας, και του Ανώτερου Αξιωματούχου του Τάγματος του Πρίγκιπα Ερρίκου (*Grande-Oficial da Ordem do Infante D. Henrique*) της Πορτογαλικής Δημοκρατίας.

Την περίοδο 1981-1982 διετέλεσε Επιστημονικός Συνεργάτης του Νομικού Συμβούλου του Πρωθυπουργού Ανδρέα Παπανδρέου, Καθηγητή Γεωργίου Κασιμάτη, ενώ ακόμη έχει διατελέσει ειδικός Νομικός Σύμβουλος σε αρκετά υπουργεία.

Είναι νυμφευμένος με τη Φωτεινή Παζαρτζή, Καθηγήτρια Δημοσίου Διεθνούς Δικαίου στη Νομική Σχολή του Ε.Κ.Π.Α., Πρόεδρο της Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του Οργανισμού των Ηνωμένων Εθνών, *Visiting Fellow* στο *Lauterpacht Research Centre of International Law* και στο Κολλέγιο *Wolfson* του Πανεπιστημίου Cambridge και Επισκέπτρια Καθηγήτρια στη Σχολή *Fletcher* του Πανεπιστημίου *Tufts* στο Μέντφορντ της Μασαχουσέτης των Η.Π.Α.. Με τη Φωτεινή Παζαρτζή έχουν αποκτήσει δύο γιούς.

Έχει πλούσιο συγγραφικό έργο δημοσιευμένο στην Ελλάδα, τη Γερμανία, τη Γαλλία, την Ιταλία, την Πορτογαλία, την Ταϋλάνδη, την Ν. Κορέα και αλλού. Ειδικότερα, είναι συγγραφέας νομικών μονογραφιών, συλλογικών μελετών, άρθρων και παρατηρήσεων βιβλιογραφίας και νομολογίας. Ακόμη, είναι ιδρυτής, συντάκτης και μέλος Συντακτικών Επιτροπών πολλών νομικών περιοδικών στο επιστημονικό πεδίο του Δημοσίου Δικαίου στην Ελλάδα και στο εξωτερικό.

Από το συγγραφικό έργο του καθηγητή Σπυρίδωνος Φλογαΐτη διακρίνονται ενδεικτικώς τα εξής έργα:

- Το συλλογικό έργο, από κοινού με Α. Γέροντα/Π. Παυλόπουλο/Γλ. Σιούτη, Διοικητικό Δίκαιο[5], Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδόσεις Σάκκουλα, 2022.

- Η εξέλιξη του Δικαίου και του Κράτους στην Ευρώπη – Επτά μαθήματα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδόσεις Σάκκουλα, 2015.
- The Evolution of Law and the State in Europe – Seven Lessons, London, Hart Publishing, 2014.
- The European Court of Human Rights and its Discontents, (S. Flogaitis, T. Zwart, J. Frazer eds.), London, Elgar Publishing, 2013.
- Les contrats administratifs, London-Brussels, Esperia Publications Ltd-Bruylant, 1998, μεταφρασμένο και στην Ισπανική γλώσσα: Los contratos administrativos, Biblioteca dos Derechos Administrativos, Lex, Ediciones Olejnik, 2022.
- Διοικητική Σύμβαση, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν. Σάκκουλας, 1992.
- Θέματα Διοικητικού Δικαίου, Αθήνα, Ελληνικές Πανεπιστημιακές Εκδόσεις, 1990.
- Georg Ludwig von Maurer, Die Wittelsbacher in Griechenland, edited by S. Flogaitis and W. Roustopani-Sourlas, Athens-Komotini, Ant.N. Sakkoulas editions, 1988.
- Friedrich von Thiersch, De la Régence en Grèce, edited by S. Flogaitis and H. Scholler, Athens-Komotini, Ant.N. Sakkoulas editions, 1987.
- Το Ελληνικό Διοικητικό Σύστημα, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν. Σάκκουλας, 1987.
- Administrative Law et Droit Administratif, Paris, LGDJ, 1986.
- Σύγχρονες όψεις του κρατικού παρεμβατισμού, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν. Σάκκουλας, 1984.
- Βασικές έννοιες διοικητικής οργάνωσης, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ.Ν. Σάκκουλας, 1981.
- Système vénitien de successions ab intestat et structures familiales dans les îles Ioniennes, Paris/Genève, Droz, 1981 (διδακτορική διατριβή).
- La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie, Paris, LGDJ, 1979 (διδακτορική διατριβή).

Πρόλογος

Σπυρίδων Ι. Φλογαΐτης, Καθηγητής Πανεπιστημίου Αθηνών και επισκέπτης Καθηγητής σε πολλά αλλοδαπά πανεπιστήμια και ιδρύματα, Δικηγόρος, Δικαστής διεθνών δικαιοδοσιών, υπηρεσιακός Υπουργός και Διευθυντής του Ευρωπαϊκού Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου. Μια πορεία εντυπωσιακή από τη Λευκάδα του 1950 στην καρδιά των σύγχρονων οριζόντων σχεδόν και των πέντε ηπείρων.

Η πανεπιστημιακή πορεία του Σπύρου Φλογαΐτη, αν και σχετικά μικρό τμήμα της πολυδαίδαλης πορείας και δραστηριότητάς του, απετέλεσε γι' αυτόν πάντοτε την *terra firma* της αυτοαντίληψής του. Είτε στον Ελληνικό πανεπιστημιακό χώρο, τον οποίο πολλαπλώς επηρέασε, τόσο με τη διδασκαλία και τα κείμενά του, όσο και με ό,τι θα αποκαλούσαμε πανεπιστημιακή πολιτική, είτε με τις συνεχείς αναζητήσεις του σε διάφορα Ευρωπαϊκά πανεπιστήμια, ο Φλογαΐτης πάντοτε γνώριζε, αναβαπτιζόταν και ανακτούσε δυνάμεις στο Πανεπιστήμιο. Αυτό είναι εκείνο που του εξασφάλιζε τις αντοχές του για να αναδείξει σε διεθνές επίπεδο την πολυμήχανη και ανεξάντλητη προσωπικότητά του. Αυτό τροφοδοτούσε τα παράλληλα και συνολικά ενδιαφέροντά του και τις επιστημονικές του προσεγγίσεις μέσω της σύγχρονης θεσμικής, πολιτικής και κοινωνικής πραγματικότητας ως αδιάσπαστης ενότητας με την ιστορική διάστασή της, τομέα στον οποίο άλλωστε διαχρονικά εντρυφεί, και αφετέρου της συγκριτικής εξέτασης των δικαιικών κανόνων και της αναζήτησης του κοινού υποβάθρου τους. Αυτό εξάλλου μαρτυρούν αδιάψευστα τα βιβλία του, όπως τα *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie* (1979), *Administrative Law et Droit Administratif* (1986), *Les contrats administratifs* (1998), *The Evolution of Law and the State in Europe: Seven Lessons* (2014).

Ο διεπιστημονικός εν τέλει και ιστορικός τρόπος προσέγγισης των νομικών θεμάτων τον ώθησαν σε μια συνεχή αναζήτηση και έρευνα στο εξωτερικό, κι αυτό με τη σειρά του τον οδήγησε στο μεγαλύτερο ταξίδι της ζωής του,

την ιδέα και την απίστευτα χρονοβόρα και πολύπλοκη διαδικασία πραγματοποίησής της για την ίδρυση ενός επιστημονικού οργανισμού στην Ελλάδα. Ο μοναδικός στην Ελλάδα εδρεύων σήμερα διεθνής οργανισμός είναι πνευματικό τέκνο του Σπύρου Φλογαΐτη. Πρόκειται για έναν μοναδικό στο είδος του Διεθνή Οργανισμό Δημοσίου Δικαίου, τον EPLO, στον οποίο μετέχουν σήμερα 76 Πανεπιστήμια, 14 κράτη και εκατοντάδες επιστήμονες από τον ευρύτερο χώρο του Δημοσίου Δικαίου. Τα ετήσια διεθνή συνέδρια που ο Οργανισμός αυτός διοργανώνει, οι δεκάδες εκδόσεις του, τα Παραρτήματά του σε μια πλειάδα χωρών και η συμμετοχή του στον ΟΗΕ συντελούν σε μια διεθνή επιστημονική διάδραση και εξασφαλίζουν για τη χώρα μας μια συγκροτημένη και λαμπρή παρουσία στο σύγχρονο επιστημονικό και θεσμικό γίγνεσθαι.

Θα μπορούσαμε πολλά να πούμε, ιδίως οι παλαιότεροι από τους εκδότες, η Λίτσα Σιούτη κι ο Γιάννης Γιαννίδης, για τις τουλάχιστον 4 δεκαετίες (στην περίπτωση του Γιαννίδη σχεδόν 6 δεκαετίες!) μιας ζωής κοινής σύμπλευσης, δικηγορίας και φιλίας, με διαφορετική ποσόστωση για τον καθένα μας, μέσα από πολυπρισματικές εμπειρίες, συμφωνίες, διαφωνίες και διαφορετικές αλλά εν πολλοίς διασταυρούμενες στοχεύσεις.

Ας κρατήσουμε όλοι τελικά τούτο, ο τόμος, στον οποίο συμμετέχουν μαθητές του και συνάδελφοι που γενικότερα διδάχθηκαν από τα κείμενά του και τις θέσεις του, επιτρέπει αναντίρρητα μια διαπίστωση: Ο Σπύρος Φλογαΐτης είναι ένας κοσμοπολίτης του πνεύματος και της επιστήμης, με διαρκή εξωστρέφεια, σαν ηλιοτρόπιο στραμμένος στην παρακολούθηση και επεξεργασία πολιτικών, ιστορικών και επιστημονικών διεργασιών των σύγχρονων κοινωνιών.

Γλυκερία Π. Σιούτη
Ομότιμη Καθηγήτρια
Διοικητικού Δικαίου
Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Ιωάννης Γιαννίδης
Ομότιμος Καθηγητής
Ποινικού Δικαίου & Ποινικής
Δικονομίας Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Ιστορία, Μεθοδολογία Δικαίου & Δημόσια Πολιτική

· Τι είναι δίκαιο κανονικότητας και τι είναι εξαίρεση από αυτό.....17

Αντωνίου Θεοδώρα, Καθηγήτρια Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Η δίκη του Κολοκοτρώνη από την άποψη του Κράτους Δικαίου 57

Βλαχόπουλος Σπυρίδων, Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Τεκτονισμός και αμεροληψία του δικαστικού λειτουργού.....73

Δεληκωστόπουλος Ιωάννης, Αναπληρωτής Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Fides Publica: Εκφάνσεις της έννοιας της δημοσίας πίστεως στην αρχαία Ρώμη 83

Δημοπούλου Αθηνά, Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Σπουδή για τη σκεπτική νομική ερμηνεία.....107

Λαζαράτος Πάνος, Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· 'IL VIVERE POLITICO' - Η πραγματικότητα της πολιτικής (από θεωρητικής σκοπιάς) 121

Μακρυδημήτρης Αντώνιος, Καθηγητής Πολιτικής Επιστήμης και Δημόσιας Διοίκησης Ε.Κ.Π.Α.

· Οι δικαστές του Λονδίνου και η συμβολή τους στη θεμελίωση του rule of law: 1603-1616 122

Παπασπύρου Νικόλαος, Αναπληρωτής Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· «Δημοκρατικός προγραμματισμός» και περιφερειακή ανάπτυξη: η αναγκαία μεταρρύθμιση της Αυτοδιοίκησης.....161

Παπατόλιας Απόστολος, Δ.Ν. Δημοσίου Δικαίου **(**Paris X), πρώην Νομάρχης

· Μικρασιατική καταστροφή του 1922 και το Σύνταγμα του 1927.....173

Τσιμάρας Κωνσταντίνος, Καθηγητής Συνταγματικού Δικαίου Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου, Επισκέπτης Καθηγητής Πανεπιστημίου Τουλούζης

· Οι πολιτειακές παραστάσεις του Όθωνα πριν την άφιξή του στην Ελλάδα. Τα Συντάγματα του βασιλείου της Βαυαρίας.....193

Χρήστου Βασιλική, Επίκουρη Καθηγήτρια Συνταγματικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Συνταγματικό Δίκαιο

· Τα θεμελιώδη δικαιώματα στη μεταπολιτευτική συνταγματική εμπειρία. Το Σύνταγμα του 1975, η αναθεώρηση του 2001 και οι μεγάλες κρίσεις..... 207

Ανθόπουλος Χαράλαμπος, Καθηγητής Δικαίου και Διοίκησης Ε.Α.Π.

· Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης και η μεταρρύθμιση του ασφαλιστικού συστήματος.....247

Κατρούγκαλος Γιώργος, Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου Δ.Π.Θ.

· Η απαλλαγή από το Μάθημα των Θρησκευτικών υπό το πρίσμα της Αποφά-

σεως 1478/2022 του Συμβουλίου της Επικρατείας και της Γνωμοδοτήσεως 2/2022 της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα ...299

Παναγοπούλου-Κουτνατζή Φερενίκη, Επίκουρη Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου

· Η Βιωσιμότητα του Ενωσιακού Κράτους Δικαίου.....311

Παπαγεωργίου Μιχαήλ, Δ.Ν./Εντ. Διδάσκων Συνταγματικού & Διοικητικού Δικαίου Νομική Σχολή Ε.Κ.Π.Α., V. F. Research Associate University of Cambridge (Wolfson College/Faculty of Law)

· Οι ΟΠΠΙ, η ακαδημαϊκή ελευθερία και το πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο. Παρατηρήσεις στην ΣτΕ Ολ 2046/2022.....365

Τσιλιώτης Χαράλαμπος, Αναπληρωτής Καθηγητής Συνταγματικού & Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου Πανεπιστημίου Πελοποννήσου

· Πανδημία και θεμελιώδη δικαιώματα: Πτυχές ενός εξελισσόμενου δράματος.....401

Χρυσανθάκης Χαράλαμπος, Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου & Διοικητικών Θεσμών Ε.Κ.Π.Α.

· Η δικαστική ανεξαρτησία μεταξύ Συντάγματος και πραγματικότητας..... 417

Χρυσόγονος Κωνσταντίνος, Καθηγητής Συνταγματικού Δικαίου Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

Διοικητικό Δίκαιο

· Το δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων από τη σκοπιά της οικονομικής ανάλυσης. Μία γενική θεώρηση.....457

Δελλής Γεώργιος, Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Νέες τεχνολογίες και Δημόσια Διοίκηση.....481

Δημητρόπουλος Γεώργιος, Αναπληρωτής Καθηγητής και Αναπληρωτής Κοσμήτορας HBKU College of Law

· Administrative und Verwaltungsgerichtliche Kontrolle 501

Efstratiou Pavlos-Michael, Associate Professor an der Juristischen Fakultt der Nationalenund Kapodestrianschen Universitt Athen/Griechenland

· Διασφάλιση δημοσίου συμφέροντος μέσω δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας.....559

Ηλιάδου Αικατερίνη, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Between a rock and a hard place: Big Brothers Watch and Others v. the United Kingdom 581

Karkalis Ioannis, Supreme Court Judge

· Οι μετακλητοί υπάλληλοι στην ελληνική έννομη τάξη και ο ν. 4622/2019 περί επιτελικού κράτους 593

Κονδύλης Βασίλειος, Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Η αξιολόγηση του προσωπικού στη Δημόσια Διοίκηση: Προβλήματα και προοπτικές 615

Κτιστάκη Σταυρούλα, Σύμβουλος Επικρατείας, Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου

· Η έννοια της διοικητικής σύμβασης κατά το ελληνικό διοικητικό δίκαιο: αδυναμίες και παράδοξα σε σχέση με το γαλλικό διοικητικό δίκαιο 637

Μουζουράκη Παρασκευή, Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Αστική Ευθύνη του Κράτους από νόμιμες ενέργειες κατά το ελληνικό και το ενωσιακό δίκαιο 681

Μουκίου Χρυσούλα, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Διοικητικού Δικαίου Παντείου Πανεπιστημίου

· Η συμβολή των δεδομένων της κοινής πείρας και της καλής πίστης στη διαμόρφωση της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας για την αστική ευθύνη του Δημοσίου και των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου.....707

Μουστάκας Μελέτιος, Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου Παντείου Πανεπιστημίου

· Η θριαμβευτική επάνοδος των κοινωνικών πόρων ως «εργοδοτική εισφορά» επί άλλης βάσης πέραν των αποδοχών των εργαζομένων.....741

Παπαρρηγοπούλου-Πεχλιβανίδη Πατρίνα, Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Η συμμετοχή του Δημοσίου στην προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης ..773

Ρόκας Αλέξανδρος, Επίκουρος Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

· Είναι συνταγματικός ο νομοθετικός προσδιορισμός του ετησίου εισοδήματος βάσει τεκμηρίων; 793

Φορτσάκης Θεόδωρος, Ομότιμος Καθηγητής της Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α., Πρ. Πρύτανης του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών, Αντ. Μέλος της Ακαδημίας Ηθικών και Πολιτικών Επιστημών της Γαλλίας (Institut de France)

Ευρωπαϊκό Δίκαιο & Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο

· Considerations relating to the European Union (EU) and Greek Regime on the Winding Up of Credit Institutions 811

Gortsos V. Christos, Professor of Public Economic Law, Law School, NKUA

· Η αρχή της προφύλαξης ως κριτήριο ελέγχου των σχετικών με το περιβάλλον και τη δημόσια υγεία πράξεων των ενωσιακών οργάνων.....837

Καραγεώργου Βασιλική, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Ευρωπαϊκού Διοικητικού Δικαίου και Ευρωπαϊκού Δικαίου Περιβάλλοντος Παντείου Πανεπιστημίου

· Accountability Issues In European Fiscal Governance 873

Milionis Nikolaos, Member of the European Court of Auditors, emeritus vice-president of the Hellenic Court of Audit, ex assistant Professor of Panteion University

ΙΣΤΟΡΙΑ, ΜΕΘΟΔΟΛΟΓΙΑ ΔΙΚΑΙΟΥ & ΔΗΜΟΣΙΑ ΠΟΛΙΤΙΚΗ

Τι είναι δίκαιο κανονικότητας και τι είναι εξαίρεση από αυτό

Θεοδώρα Αντωνίου

Καθηγήτρια Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

1. Εισαγωγή

Το θέμα της εξαίρεσης από την κανονικότητα στο δίκαιο –είτε αυτό είναι κοινό είτε πολλώ μάλλον συνταγματικό- έχει γίνει αντικείμενο μακράς συζήτησης και κατά το παρελθόν αλλά και σήμερα με τις νέες προκλήσεις για το δίκαιο. Αντικείμενο αυτής της μελέτης είναι να αναδείξει τις διαβαθμίσεις της εξαίρεσης και κυρίως εάν το Σύνταγμα έχει συνέχεια και δεν ανατρέπεται από καμία εσωτερική έκτακτη ανάγκη. Κατ'αρχάς γνωστή είναι η εξωτερική κατάσταση ανάγκης που ρυθμίζεται σε πολλά Συντάγματα, μεταξύ των οποίων και το ελληνικό Σύνταγμα (άρθρο 48), η οποία κάτω από προϋποθέσεις επιτρέπει και την αναστολή ατομικών δικαιωμάτων.

Η έννοια της κατάστασης ανάγκης προκάλεσε μεγάλη θεωρητική συζήτηση κυρίως στον γερμανόφωνο χώρο κατά τον Μεσοπόλεμο. Η έννοια της εξαιρετικής περίπτωσης θεωρείται από τον Carl Schmitt ως κατάσταση που ρυθμίζεται από τον κυρίαρχο, η απόφαση του οποίου διαχωρίζεται από τον νομικό κανόνα. Χαρακτηριστικό είναι το ακόλουθο απόσπασμα:

«Κάθε γενικός κανόνας απαιτεί μια κανονική ρύθμιση των συνθηκών δια-

βίωσης, στις οποίες πρέπει να εφαρμόζεται ως γεγονός και οι οποίες υπόκεινται σε ενεργό ρύθμιση. Ο κανόνας χρειάζεται μια ομοιογενή *de facto* κανονικότητα, δεν είναι απλώς μια «εξωτερική προϋπόθεση» που μπορεί να αγνοηθεί. Ανήκει μάλλον στην έμφυτη εγκυρότητα του κανόνα που θα μπορούσε να εφαρμοστεί σε ένα χάος. Η τάξη πρέπει να καθιερωθεί έτσι ώστε η έννομη τάξη να έχει νόημα. Πρέπει να δημιουργηθεί μια κανονική κατάσταση, και κυρίαρχος είναι αυτός που σίγουρα κυβερνά αυτό το κανονικό κράτος. Όλο το δίκαιο είναι «νόμος κατάστασης». Ο κυρίαρχος δημιουργεί και εγγυάται την κατάσταση ως σύνολο και έχει το μονοπώλιο αυτής της τελικής απόφασης. Εκεί βρίσκεται η ουσία της κυριαρχίας, η οποία δεν πρέπει να οριστεί νομικά ως μονοπώλιο καταναγκασμού ή κυριαρχίας, αλλά ως μονοπώλιο απόφασης, απόφαση υπό την οποία η γενική έννοια πρέπει να αναπτυχθεί περαιτέρω. Η εξαιρετική περίπτωση αποκαλύπτει πιο ξεκάθαρα την ουσία της κρατικής εξουσίας. Εδώ η απόφαση διαχωρίζεται από τον νομικό κανόνα και (για να το θέσω παράδοξα) η εξουσία αποδεικνύει ότι για να δημιουργηθεί νόμος δεν χρειάζεται αυτός να είναι σωστός»[1].

Και ο Carl Schmitt συνεχίζει: «Μόλις προκύψει αυτή η κατάσταση πραγμάτων, είναι σαφές ότι το κράτος επιβιώνει ενώ ο νόμος υποχωρεί. Εδώ η ύπαρξη του κράτους αποδεικνύει μια αναμφισβήτητη υπεροχή έναντι της εγκυρότητας των νομικών κανόνων. Η απόφαση απαλλάσσεται από κάθε κανονιστικό δεσμό και καθίσταται απόλυτη»[2].

Στην πραγματικότητα ο Schmitt απαντά στη θεωρία του Hans Kelsen και την έννοια της δημοκρατίας που αυτός ανέπτυξε. Ο Schmitt επικαλείται το όνομα μιας «φιλοσοφίας της συγκεκριμένης ζωής», δηλαδή το όνομα μιας

1 Βλ. „Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität“. Το έργο εμφανίσθηκε το πρώτον το 1922 και μετά ακόμη μια φορά, το 1934, με τον βασικό τίτλο Politische Theologie, σελ. 19-20. Τα δύο πρώτα κεφάλαια αφιερώνονται στον «ορισμό της κυριαρχίας» και στο «πρόβλημα της κυριαρχίας ως πρόβλημα δικαίου και απόφασης». Ο κύριος αντίπαλος των θέσεών του αυτών είναι πάντα ο Hans Kelsen, ο οποίος ανέπτυξε μια αυστηρά κανονιστική θεωρία του διεθνούς δικαίου και του δικαίου εν γένει σε αντίθεση με τη κοινωνιολογική έννοια του κράτους και έτσι, μέσω της φιλελεύθερης θεωρίας του για τη δημοκρατία, προκάλεσε την παραδοσιακή σκέψη που είχε τις ρίζες της στην κυρίαρχη κρατική οργάνωση εξουσίας.

2 Βλ. Carl Schmitt, όπ.παραπάνω, σελ. 19.

ρεαλιστικής φιλοσοφίας τού πάντα καινούργιου και διαφορετικού, και θεμελιώνει έτσι την αποδεικτική αξία της εξαίρεσης. Ωστόσο, αυτό δεν σημαίνει απλώς οποιαδήποτε παρέκκλιση από έναν κανόνα ή μια έκτακτη ανάγκη, ούτε τον παραδοσιακό θεσμό της κατάστασης πολιορκίας, αλλά την «ακραία περίπτωση», δηλαδή μια υπόθεση απαλλαγμένη από νομικούς κανόνες, επειδή κανονιστικά ούτε καταγράφεται ούτε μπορεί να καταγραφεί καθόλου, εφ'όσον σημαίνει απόλυτη κατάσταση έκτακτης ανάγκης. Η απολύτως παράνομη εξαιρετική κατάσταση πρέπει να αποδεικνύει τα πάντα, η κανονική κατάσταση, από την άλλη, δεν πρέπει να αποδεικνύει τίποτα.

Η κυριαρχία ως «συνδυασμός πραγματικής και νομικής ανώτατης εξουσίας» αποτελεί βασική έννοια της έννομης τάξης. Ο Schmitt φυσικά, δεν επιζητούσε πλέον αυτή τη σύνδεση σε έναν θεϊκό μονάρχη πάνω από το νομικό σύστημα, ούτε στη συνταγματική εξουσία του κυρίαρχου λαού πάνω από κάθε νόμο, αλλά - σύμφωνα με τη γερμανική παράδοση του 19ου αιώνα - στο κράτος. Σε αντίθεση με άλλους «κυρίαρχους», δεν είναι μόνιμα έξω από τον νόμο και υπεράνω αυτού, αλλά μπορεί να βγει από αυτόν σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης. Επομένως, είναι υψίστης σημασίας για τον Schmitt, σε αντίθεση προς τον Kelsen, να διαχωρίσει το κράτος από τη τάξη, τη τάξη από τον νόμο, την απόφαση από τον κανόνα[3].

«Η έννοια του κράτους», διακηρύσσει το 1927, «προϋποθέτει την έννοια του πολιτικού». Εφόσον αυτή του κράτους ποικίλλει, αυτή του πολιτικού πρέπει πρώτα να καθιερωθεί ως πυρήνας του. Αυτό είναι γνωστό ότι συμβαίνει με το κριτήριο της διαφοράς φίλου-εχθρού[4].

Χωρίς να αρνείται την ύπαρξη κατάστασης ανάγκης ο Böckenförde, μαθητής του Carl Schmitt, δέχεται ότι μπορεί να υπάρξει εξαιρετική κατάσταση, πλήν όμως αυτή θα πρέπει να αποκατασταθεί στο φυσιολογικό το συντομότερο δυνατό[5].

3 Βλ. Souverän ist der, wer über den Ausstand entscheidet, Der Staat 2005, 173, 175.

4 Βλ. Καρλ Σμιτ, Η έννοια του Πολιτικού σε μετάφραση Αλίκης Λαβράνου, εκδόσεις ΚΡΙΤΙΚΗ, Βλ. και E.W. Böckenförde, Der Begriff des Politischen, εις: του ιδίου, Recht, Staat, Freiheit-Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main, σελ. 344 επ.

5 Βλ. E.W. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außer

Ο ίδιος ξεκάθαρα τοποθετείται ως προς την υπερσυνταγματική κατάσταση έκτακτης ανάγκης ότι αυτή δεν σημαίνει τίποτα άλλο από τη διάλυση της ακεραιότητας του συντάγματος, του κράτους δικαίου και την εγκατάλειψη της αρχής του συνταγματικού κράτους[6].

Από την υπερνομοθετική έως υπερσυνταγματική προβληματική που εγείρεται κατά τη διάρκεια μιας μέτριας κατάστασης έκτακτης ανάγκης, τοποθετείται υπέρ των συνταγματικών αρχών του συνταγματικού κράτους: κατανομή των εξουσιών, περιορισμένη εξουσιοδότηση και δίκαιη διαδικασία. Στο συνταγματικό πολίτευμα υπάρχει κυρίαρχο όργανο. Επομένως, ο Böckenförde αντιτάχθηκε στη συνέχεια στην καταστολή της κατάστασης έκτακτης ανάγκης από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία[7]. Πρόκειται συνεπώς για τη διαχείριση της κρίσης που πρέπει να γίνεται στο πλαίσιο των συνήθων κανόνων.

Όπως στη δική μας περίπτωση, -το άρθρο 48 Σ για τη κατάστασης πολιορκίας, που είναι η μόνη ρυθμισμένη περίπτωση- και σε πολλές συνταγματικές έννομες τάξεις δεν υπάρχουν ρυθμίσεις για την εσωτερική κατάσταση ανάγκης. Τα κύρια χαρακτηριστικά της τα παραθέτει ο E.W. Böckenförde:

Τα κύρια χαρακτηριστικά της εσωτερικής κατάστασης έκτακτης ανάγκης βασίζονται στον διαχωρισμό αρμοδιοτήτων για την κήρυξη της κατάστασης ανάγκης, στην περιορισμένη νομοθετική εξουσιοδότηση προς την Κυβέρνηση να αναλάβει τις εξαιρετικές αρμοδιότητες. Οι αρμοδιότητες αυτές πρέπει να περιγράφονται ως προς το περιεχόμενό τους και να είναι χρονικά περιορισμένες. Δεν μπορεί να μεταβληθεί μέσω αυτών το Σύνταγμα αλλά θα πρέπει να έχουν τα μέτρα αυτά ανασταλτικό χαρακτήρα. Τέλος θα πρέπει να υπάρχει η δυνατότητα του εκ των υστέρων ελέγχου για όσους ασκήσουν αυτές τις αρμοδιότητες[8].

Lagen, NJW 1978, σελ. 1885.

6 Βλ. E.W.Böckenförde, NJW 1978, σελ. 1883.

7 Βλ. E.W. Böckenförde, Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: Achterberg/ Krawietz/Wyduckel (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel, FS für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, σελ. 259 επ.

8 Βλ. E.W. Böckenförde, in: FS Hirsch, 1981 όπ.π.

Μια άλλη σχετική θεματική είναι αυτή της σταθερότητας του Συντάγματος[9], της συνέχειας του Συντάγματος ανεξάρτητα από την κανονικότητα ή την εξαίρεση. Οι συνταγματικές αλλαγές είναι δείκτες κοινωνικών επιπτώσεων. Τέτοιες διαδικασίες αλλαγής, που θα μπορούσαν να επιφέρουν ακόμη και αναθεώρηση του Συντάγματος, μπορούν να επηρεάσουν είτε τους κοινωνικούς τομείς του Συντάγματος είτε τις αξίες στις οποίες βασίζεται αυτό. Τμήμα της γερμανικής θεωρίας προσεγγίζει αυτή την έννοια της σταθερότητας, αποδίδοντας σε κάθε θεμελιώδη ή βασική έννοια του συνταγματικού δικαίου πολιτικό χαρακτήρα με δυνατότητα επαναπροσδιορισμού σε περιόδους κρίσεων[10]. Υποστηρίζεται όμως και η άποψη ότι οι Βασικοί Νόμοι θεωρούνται μόνιμοι, απαραβίαστοι και υπερισχύουν των άλλων νόμων[11].

Και εδώ όμως θα πρέπει να σημειώσουμε την αντίθετη θέση των Schmitt και Kelsen και συγκεκριμένα ο πρώτος δεν αφήνει τις πολιτικές αποφάσεις στη δικαιοσύνη, ενώ ο δεύτερος δεν αφήνει τη τήρηση του Συντάγματος στην κρίση της πολιτικής. Στη σύγχρονη Γερμανία το δίλημμα αυτό υπάρχει για το πού ανήκει η συνταγματική δικαιοσύνη, στο δίκαιο ή την πολιτική[12]. Υπάρχουν αποφάσεις που η πολιτική θα ήθελε να αποφύγει, μπορεί όμως να υποχρεωθεί σε αυτές όταν το Συνταγματικό Δικαστήριο κρίνει ότι το Σύνταγμα τις απαιτεί[13]. Υποστηρίζεται περαιτέρω ότι είναι δυνατόν να αντληθούν νέα νοήματα από παλιές διατάξεις και να εκληφθούν αυτά ως συνταγματικές αλλαγές, καθώς επίσης και ότι το Σύνταγμα μπορεί να συνδυάσει το ίδιο το

9 Βλ. Peter Häberle, Zeit und Verfassungskultur, in: Anton Peise/Armin Mohker (εκδ.), Die Zeit, München 1983, σελ. 313. Τα συντάγματα ως φιλελεύθερες τάξεις πλουραλισμού προσπαθούν να αποδώσουν δικαιοσύνη στους καιρούς με δύο τρόπους: με τη μορφή διαδικασιών που ειρηνεύουν και απορροφούν τις συγκρούσεις στην κοινωνική αλλαγή, αλλά και δημιουργώντας θεσμούς που εγγυώνται τη μονιμότητα και την ταυτότητα του ατόμου και την πολιτική κοινότητα σε μεταβατικό στάδιο.

10 Βλ. E.W.Böckenförde, in: FS für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, σελ. 317 ff.

11 Βλ. Hasso Hofmann, Recht-Politik-Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, Frankfurt 1986, σελ. 277.

12 Βλ. Dieter Grimm, Recht oder Politik? –Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage, Berlin 2020, σελ. 29.

13 Βλ. Dieter Grimm, Recht oder Politik, οπ.π., σελ. 40.

στοιχείο της ανάπτυξης που σχετίζεται με τον χρόνο, ώστε οι διατάξεις του να μπορούν να αναπτύξουν νέα συνάφεια και δομή[14].

Από την άλλη πλευρά η αμερικανική πολιτική επιστήμη θεωρεί ότι η κατά περίπτωση δικαστική απόφαση συνιστά απροκάλυπτη πολιτική. Στο συμπέρασμα αυτό καταλήγει, επειδή κατά τη κρίση της με τις αποφάσεις αυτές δεν πρόκειται για ερμηνεία Συντάγματος αλλά λόγω της ασάφειας των πολυάριθμων συνταγματικών κανόνων η εφαρμογή τους αποτελεί πολιτική[15].

Ενδιαφέρουσα είναι η νομολογία που αναπτύχθηκε κυρίως στις Ηνωμένες Πολιτείες, το Σύνταγμα των οποίων δεν περιλαμβάνει σχετική ρύθμιση, και συγκεκριμένα κατά πόσον υπάρχει Σύνταγμα κατάστασης ανάγκης ή το Σύνταγμα είναι ένα, τόσο για τον πόλεμο όσο και για την ειρήνη. Χαρακτηριστικές είναι οι ακόλουθες αποφάσεις του Supreme Court:

Στην υπόθεση Ex Parte Milligan[16], η οποία εκδόθηκε το 1866, ένα χρόνο μετά το τέλος του εμφυλίου πολέμου, το Δικαστήριο θα πεί, «ότι το Σύνταγμα των Ηνωμένων Πολιτειών είναι νόμος για κυβερνώντες και λαό, εξίσου σε πόλεμο και ειρήνη... κανένα δόγμα, που να περιλαμβάνει ολέθριες συνέπειες, δεν εφευρέθηκε ποτέ από τον άνθρωπο, έτσι ώστε να μπορεί να ανασταλεί οποιαδήποτε διάταξή του κατά τη διάρκεια οποιασδήποτε από τις μεγάλες ανάγκες της κυβέρνησης…». Περαιτέρω το Δικαστήριο καταδίκασε τον Αβραάμ Λίνκολν επειδή ανέστειλε δικαστικό έλεγχο της κράτησης προσώπου (petition for a writ of Habeas corpus) χωρίς τη συγκατάθεση του Κογκρέσου. Στην υπόθεση αυτή κρίθηκε ότι η ομοσπονδιακή κυβέρνηση δεν μπορούσε να ιδρύσει στρατοδικεία για να δικάσουν αμάχους εκτός από τις περιπτώσεις όπου τα πολιτικά δικαστήρια δεν λειτουργούσαν πλέον σε ένα πραγματικό πλαίσιο πολέμου.

Στην υπόθεση Steel Seizure Case[17] το Δικαστήριο έκρινε ομόφωνα ότι το

14 Βλ. Johannes Masing, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat 44 (2005), σελ. 12 επ.

15 Βλ. Dieter Grimm, Recht oder Politik, οπ.π., σελ.42.

16 71 U.S (4 Wall.) 2 1866.

17 Youngstown Sheer&Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579.

Σύνταγμα δεν αναγνώρισε στον Πρόεδρο διακριτική ευχέρεια, ως αρχιστράτηγος, προκειμένου να διασφαλίσει ότι ο χάλυβας θα συνεχίσει να κατασκευάζεται για να παρέχει πυρομαχικά, προμήθειες, τανκς, όπλα και αεροσκάφη για τις εχθροπραξίες στην Κορέα.

Η τρίτη υπόθεση αφορούσε την απομάκρυνση Αμερικανών ιαπωνικής καταγωγής περίπου 10 εβδομάδες μετά την είσοδο των ΗΠΑ στον Β› Παγκόσμιο Πόλεμο. Ο Πρόεδρος Franklin D. Roosevelt στις 19 Φεβρουαρίου 1942 υπέγραψε το εκτελεστικό διάταγμα 9066. Η εντολή εξουσιοδότησε τον Υπουργό Πολέμου και τις ένοπλες δυνάμεις να απομακρύνουν τους ανθρώπους ιαπωνικής καταγωγής από τις στρατιωτικές περιοχές και τις γύρω κοινότητες στις Ηνωμένες Πολιτείες. Η εντολή έθεσε σε κίνηση τη μαζική μεταφορά και μετεγκατάσταση περισσότερων από 120.000 Ιαπώνων σε χώρους που η κυβέρνηση ονόμασε στρατόπεδα κράτησης που δημιουργήθηκαν και καταλήφθηκαν σε περίπου 14 εβδομάδες. Οι περισσότεροι από τους ανθρώπους που μεταφέρθηκαν ζούσαν στη Δυτική Ακτή και τα δύο τρίτα ήταν Αμερικανοί πολίτες. Σύμφωνα με την εντολή, ο στρατός τους μετέφερε σε περίπου 26 τοποθεσίες σε επτά δυτικές πολιτείες, συμπεριλαμβανομένων απομακρυσμένων τοποθεσιών στην Ουάσιγκτον, το Αϊντάχο, τη Γιούτα και την Αριζόνα. Ο Fred Korematsu, 23 ετών, ήταν ένας ιαπωνικής καταγωγής Αμερικανός πολίτης που δεν συμμορφώθηκε με την εντολή να εγκαταλείψει το σπίτι και τη δουλειά του, παρά το γεγονός ότι οι γονείς του είχαν εγκαταλείψει το σπίτι τους και την επιχείρησή τους με το φυτώριο λουλουδιών. Ο Korematsu σχεδίαζε να μείνει πίσω. Έκανε πλαστική στα μάτια για να αλλάξει την εμφάνισή του, άλλαξε το όνομά του σε Clyde Sarah και ισχυρίστηκε ότι ήταν ισπανικής και χαβανέζικης καταγωγής.

Στις 30 Μαΐου 1942, περίπου έξι μήνες μετά την ιαπωνική επίθεση στο Περλ Χάρμπορ, το FBI συνέλαβε τον Korematsu, επειδή δεν παρουσιαζόταν σε κέντρο μετεγκατάστασης. Μετά τη σύλληψή του, ενώ παρέμενε στη φυλακή, αποφάσισε να αναθέσει στην Αμερικανική Ένωση για τις Συνταγματικές Ελευθερίες να τον εκπροσωπήσει και να αναδείξει την υπόθεσή του ως πρότυπη περίπτωση για να αμφισβητηθεί η συνταγματικότητα της κυ-

βερνητικής εντολής. Ο Korematsu δικάστηκε σε ομοσπονδιακό δικαστήριο στο Σαν Φρανσίσκο, καταδικάστηκε για παραβίαση στρατιωτικών εντολών που εκδόθηκαν βάσει του Εκτελεστικού Διατάγματος 9066, πέντε χρόνια, και στάλθηκε σε Κέντρο Συγκέντρωσης στο Σαν Μπρούνο, της Καλιφόρνια.

Οι δικηγόροι του Korematsu άσκησαν έφεση κατά της απόφασης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου στο αρμόδιο Εφετείο των ΗΠΑ, το οποίο συμφώνησε με το πρωτοβάθμιο δικαστήριο, ότι δηλαδή ο Korematsu είχε παραβιάσει στρατιωτικές εντολές. Ο Korematsu ζήτησε από το Ανώτατο Δικαστήριο δικαστική ακρόαση. Στις 18 Δεκεμβρίου 1944, ένα διχασμένο Ανώτατο Δικαστήριο αποφάσισε, με απόφαση 6-3, ότι η κράτηση ήταν «στρατιωτική αναγκαιότητα» και δεν βασιζόταν σε διάκριση λόγω φυλής.

Η γνώμη της πλειοψηφίας γράφτηκε από τον δικαστή Black. Το Ανώτατο Δικαστήριο έκρινε ότι η εντολή εκκένωσης που παραβίασε ο Korematsu ήταν έγκυρη και ότι δεν ήταν απαραίτητο να αντιμετωπιστούν τα συνταγματικά ζητήματα φυλετικών διακρίσεων σε αυτή την υπόθεση.

Επειδή η εντολή ίσχυε μόνο για άτομα που ήταν Ιάπωνες ή ιαπωνικής καταγωγής, άσκησε τον «πιο βαθύ έλεγχο». Η πλειοψηφία διαπίστωσε ότι παρόλο που ο αποκλεισμός πολιτών από τα σπίτια τους είναι γενικά ανεπίτρεπτη χρήση της κρατικής εξουσίας, υπάρχει εξαίρεση όπου υπάρχει «σοβαρός [ ] επικείμενος κίνδυνος για τη δημόσια ασφάλεια», εφόσον υπάρχει στενή σχέση μεταξύ των ενεργειών της κυβέρνησης και της πρόληψης κατά της κατασκοπείας και του σαμποτάζ. Η πλειοψηφία έκρινε ότι υπήρχε επαρκής κίνδυνος και επαρκής σχέση μεταξύ της διαταγής και της αποτροπής του κινδύνου για να δικαιολογηθεί η απομάκρυνση του Korematsu. Η πλειοψηφία είπε ότι η εντολή ήταν έγκυρη.

Άξια αναφοράς είναι η μειοψηφία του Δικαστή Jackson.

Σε μια έντονα διατυπωμένη διαφωνία, ο δικαστής Ρόμπερτ Τζάκσον υποστήριξε: «Ο Κορεμάτσου... έχει καταδικαστεί για μια πράξη που συνήθως δεν θεωρείται έγκλημα. Συνίσταται απλώς στην παρουσία στην πολιτεία στην οποία είναι πολίτης, κοντά στον τόπο όπου γεννήθηκε, και όπου έζησε όλη του τη ζωή». Οι ανησυχίες για την ασφάλεια του έθνους εν καιρώ πολέμου,

υποστήριξε, δεν ήταν επαρκείς για να στερήσουν από τον Korematsu και τους άλλους κρατούμενους τα συνταγματικά προστατευμένα πολιτικά τους δικαιώματα. Ο δικαστής Τζάκσον αποκάλεσε την εντολή αποκλεισμού «νομιμοποίηση του ρατσισμού» που παραβίαζε τη ρήτρα ίσης προστασίας της δέκατης τέταρτης τροποποίησης. Συνέκρινε την εντολή αποκλεισμού με την απεχθή μεταχείριση των μειονοτικών ομάδων από τις δικτατορικές τυραννίες και επεσήμανε ότι για αυτό το έθνος το πρώτο και πιο θεμελιώδες είναι εάν θα προβλεφθεί ένα ειδικό (νομικό) καθεστώς για την αντιμετώπιση της κατάστασης έκτακτης ανάγκης ή εάν θα αντιμετωπιστεί η κατάσταση, χρησιμοποιώντας κανόνες κανονικού δικαίου στην άσχημη άβυσσο του ρατσισμού.

Η αλήθεια είναι ότι δεν τίθεται εν προκειμένω ζήτημα διακοπής της συνέχειας του Συντάγματος όσον αφορά τη σχέση νόμου και ευχέρειας της εκτελεστικής εξουσίας, αλλά το θέμα τίθεται ως το προς το πόσο μακρυά μπορεί να πάει αυτή η ευχέρεια ώστε να μην υπάρχει πια νόμος. Άρα και εδώ έμμεσα μπορεί να τεθεί η προβληματική της κατάστασης ανάγκης. Κυρίως θα αναδειχθεί ο προβληματισμός αυτός στο κεφάλαιο για την τρομοκρατία.

Σε κάθε περίπτωση το ζήτημα –όπως τίθεται σήμερα- είναι εάν σε περιόδους κρίσης θα προβλεφθεί ένα ειδικό (νομικό) καθεστώς για την αντιμετώπιση της κατάστασης έκτακτης ανάγκης ή εάν θα αντιμετωπιστεί η κατάσταση, χρησιμοποιώντας κανόνες δικαίου της κανονικότητας. Αυτό βέβαια αφορά προβληματισμό έξω από τη διάταξη του άρθρου 48Σ για τη κατάσταση πολιορκίας, δηλαδή άλλου είδους κρίσεις.

2. Οι ελευθερίες μεταξύ κράτους και κοινωνίας

Η θεματική μπορεί να αντιμετωπιστεί και από την οπτική γωνία της σχέσης κράτους και κοινωνίας. Έχει μεγάλη σημασία κατά πόσον οι σχέσεις κράτους και κοινωνίας είναι τέτοιες που να επιτρέπουν στο κράτος να ρυθμίζει τις ελευθερίες κατά βούληση κυρίως σε περιόδους κρίσης. Ο Böckenförde κάνει διάκριση μεταξύ μιας ελευθερίας θεσμικά και νομικά κατοχυρωμένης και μιας πραγματικής ελευθερίας. Την πραγματική ελευθερία τη συνδέει με

τις κοινωνικές προϋποθέσεις. Θεωρεί ότι μέσα από την ύπαρξη αυτών των προϋποθέσεων μπορεί ο άνθρωπος να κάνει χρήση των ελευθεριών του. Η ελευθερία συνδέεται έστω και με ένα μικρό κομμάτι συμμετοχής στα κοινωνικά αγαθά. Αυτή η συμμετοχή αποτελεί κομμάτι της ελευθερίας. Ως έχον το κράτος το μονοπώλιο της νόμιμης εξουσίας εγγυάται την ασφάλεια ως προϋπόθεση της άσκησης των ελευθεριών[18].

Το κράτος έχει το καθήκον να εξασφαλίσει την εξωτερική ελευθερία και ασφάλεια των πολιτών του. Ευθύνη του κράτους έγκειται στην ανύψωση όλων των πολιτών του σε κατάσταση πλήρους ελευθερίας και ανάπτυξης της ατομικής τους προσωπικότητας. Η έννοια της ελευθερίας και της οργάνωσης της ελευθερίας υφίστανται στο φιλελεύθερο κράτος δικαίου μια αλλαγή. Η ελευθερία υπάρχει μόνον ως όρος, ως αποτέλεσμα κοινωνικής οργάνωσης και δεν είναι αυτάρκης αλλά αναπτύσσεται στο πλαίσιο κοινωνικών δεσμεύσεων και σχέσεων.

Η δογματική αυτή προσέγγιση των δικαιωμάτων είναι και σήμερα επίκαιρη. Πρόκειται για την -υποστηριζόμενη από τον Paul Kirchhof- κατευθυνόμενη από το γενικό συμφέρον θετική ελευθερία σε αντιπαράθεση προς την τυπική αντίληψη της κατοχυρωμένης από τα αμυντικά ατομικά δικαιώματα ελευθερίας. Την ελευθερία αυτή ο Kirchhof δεν την αρνείται, πλην όμως ισχυρίζεται ότι το κράτος δεν μπορεί να επιδεικνύει μια παθητική στάση χωρίς ελπίδα να την αλλάξει. Κάνει λόγο για μια παρέμβαση στη διαμόρφωση των δικαιωμάτων προς μια θετική υπέρ του γενικού συμφέροντος άσκηση της ελευθερίας[19] αλλά και για ένα κράτος δικαίου που αποκτά την αυθεντία του μέσα από τη κατανόηση της ελευθερίας με βάση την αρχή της ισότητας[20]. Όπως λέγει χαρακτηριστικά, η ελευθερία από το κράτος μετατρέπεται σε μια

18 Βλ. E.W. Böckenförde (unter Mitarbeit von Christoph Endres), Freiheit und Recht, Freiheit und Staat, εις: του ιδίου, Recht, Staat, Freiheit-Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte-, Frankfurt am Mein 1991, σελ. 51 επ.

19 Βλ. P. Kirchhof, Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen, εις: Mertens/Papier (εκδ.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 1, 2004, παρ. 21, αρ. περιθ. 61 επ.

20 Βλ. Paul Kirchhof, Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit, Potsdam u.a. 2004, σελ. 37.

ελευθερία μέσω του κράτους[21]. Η άποψη αυτή, όπως και του Böckenförde, καταγράφεται στη διαπίστωση των διαχωρισμών και της πόλωσης που υπάρχουν στη κοινωνία, που θέτουν το ερώτημα του κοινωνικού συνδετικού ιστού, όσο μεγαλύτερη ανάγκη υπάρχει[22]. Τα δικαιώματα ως πηγή ετερογένειας θα διαπιστωθεί ότι δρούν κατά της ενσωμάτωσης[23].

Η άποψη αυτή καταγράφεται με διαφορετικό τρόπο αλλά προς την ίδια κατεύθυνση στα Federalist Papers και στη Διακήρυξη της Ανεξαρτησίας. Ο Hamilton θα πεί ότι η εξουσία της Κυβέρνησης είναι σημαντική για την ασφάλεια της ελευθερίας, τα συμφέροντα και των δύο δεν μπορεί ποτέ να έλθουν σε σύγκρουση. Είναι τα δικαιώματα του ανθρώπου και μόνον αυτά μπορεί να δικαιολογήσουν την ενδυνάμωση της εξουσίας του κράτους διότι είναι σκοπός του κράτους να προστατεύσει τα δικαιώματα του λαού.

Έτσι διαφαίνεται τόσο στη γερμανική όσο και στην αμερικανική θεωρία μια τάση για το κράτος προστατευτική της ελευθερίας και μια δέσμευση της ελευθερίας του ατόμου από τη κοινωνία.

Η συνταγματοποίηση μέτρων ανάγκης με αναφορές στην αρχή της αναλογικότητας (δημόσιο συμφέρον - ατομικές ελευθερίες) ίσως επιτρέψει σε καθεστώτα εξαιρετικού δικαίου την ένταξή τους στην κανονικότητα και τη μη αναγνωρισιμότητά τους πλέον ως εξαιρετικών κανόνων. Η θεματική αυτή προϋποθέτει την αποτύπωση στον χρόνο της σχέσης κράτους και κοινωνίας. Μετά την καθιέρωση του κοινωνικού κράτους δικαίου υποστηρίζεται ότι έπαυσε να έχει λόγο η διάκριση αυτή. Η διάκριση βέβαια αυτή ακόμη και αν υφίσταται ως μια αλληλεπίδραση, δεν συνιστά σε καμία περίπτωση μια συνταγματική αρχή και μάλιστα οργανωτικής φύσεως. Το κράτος δεν συνιστά

21 Βλ. Paul Kirchhof, Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit, σελ. 34.

22 Βλ.Stephan Harbarth, Der Auftrag des Staates zur Verwirklichung seiner Voraussetzungen als produktives Dilemma, AöR 2023, σελ. 7. Ο ίδιος θα προτείνει ως λύση τους δύο πόλους την υπακοή στο δίκαιο και το αίσθημα ευθύνης (ήθος) απέναντι στο δίκαιο και το κράτος δικαίου (σελ. 9).

23 S. Horst Dreier, Integration durch Verfassung?, Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie, εις: Hufen (Hrsg), Verfassungen zwischen Recht und Politik, FS zum 70. Geburtstag von Hans-Peter Schneider, 2008, σελ. 70.

μια ουσιαστική ενότητα περιεχομένου αλλά μια οργανωμένη ενότητα δράσης. Πρόκειται για μια οργανωτική πολιτική ενότητα που λαμβάνει αποφάσεις καθορίζουσες το πλαίσιο της ελεύθερης και μη καθοδηγούμενης από το κράτος δράσης της κοινωνίας, καθώς επίσης και τα μέτρα άμυνας για την ύπαρξη και την ασφάλεια της κοινωνίας. Αυτή η δράση του κράτους προυποθέτει και μια συναίνεση της κοινωνίας, το εύρος της οποίας εξαρτάται από το είδος του πολιτεύματος που ισχύει. Στη δικτατορία π.χ. η συναίνεση είναι μικρότερη από ό,τι σε ένα δημοκρατικό πολίτευμα. Αυτή η αλληλεξάρτηση είναι διαλεκτικής φύσεως. Το αυταρχικό μοντέλο διακυβέρνησης επιδιώκει την καθιέρωση της αυτονομίας και ανεξαρτησίας της πολιτικής σφαίρας του κράτους από επιδράσεις της κοινωνίας, ενώ το δημοκρατικό-φιλελεύθερο μοντέλο υποδηλώνει τον συμμετοχικό χαρακτήρα στη λήψη αποφάσεων και το θεσμικό μοντέλο αποβλέπει στην ενσωμάτωση της κρατικής δράσης σε συγκεκριμένους θεσμούς. Το ολοκληρωτικό μοντέλο της σχέσης κράτους και κοινωνίας είναι αυτό που αίρει την αντιπαράθεση κράτους και κοινωνίας με την άνευ περιορισμών επέκταση της κρατικής αρμοδιότητας και την κυριαρχική παρέμβαση στο κοινωνικό σύνολο και το άτομο. Το κράτος είναι σε αυτή την περίπτωση το εκτελεστικό όργανο μιας κοινωνικής ομάδας, του κόμματος. Σήμερα υπάρχουν διάφορα μοντέλα αυταρχικού συνταγματισμού.

Βέβαια σε ένα δημοκρατικό πολίτευμα που όλες οι εξουσίες πηγάζουν από τον λαό και η άσκησή τους νομιμοποιείται από αυτόν, η διάκριση μεταξύ κράτους και κοινωνίας θα πρέπει να τοποθετηθεί με διαφορετικό τρόπο. Σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως κατάργηση της δημοκρατικής αρχής.

Υποστηρίχθηκε η άποψη ότι αυτή η διάκριση εξυπηρετεί τον περιορισμό και τη δέσμευση του κράτους με σκοπό την εξασφάλιση της ατομικής και κοινωνικής ειρήνης. Αυτό σημαίνει ότι ναι μεν ισχύει η αρχή της λαϊκής κυριαρχίας και το κράτος αυτοπεριορίζεται μέσα από αυτήν, πλην όμως όλοι θα μπορούν να αποφασίζουν για όλα και υπάρχει η συμμετοχική ελευθερία στη δημοκρατική διαδικασία, όχι όμως και η ελευθερία έναντι της δημοκρατικής διαδικασίας. Το αποτέλεσμα θα ήταν για τον Böckenförde η ολοκληρωτική

δημοκρατία[24]. Ο ίδιος ανέδειξε ότι η συνταγματική σημασία από πρακτική άποψη της διατήρησης της διάκρισης μεταξύ κράτους και κοινωνίας και στο δημοκρατικό κράτος έγκειται στον περιορισμό της κρατικής εξουσίας.

Η λειτουργική απομείωση του κράτους παύει να ισχύει είτε λόγω αντικειμενικών συνθηκών μιας δεδομένης κατάστασης της κοινωνίας είτε διότι υπάρχει μια συναίνεση από την κοινωνία. Σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει να περιορισθεί η κοινωνική ελευθερία. Όπως χαρακτηριστικά γράφει ο Böckenförde το κράτος δεν μπορεί να δίνει χωρίς να παίρνει από την άλλη πλευρά[25]. Όταν μια απόλυτη κοινωνική ασφάλεια δεν είναι δυνατόν να παραχθεί αυτόνομα από την κοινωνία τότε απαιτείται για την άμεση πραγματοποίησή της ο κρατικός έλεγχος και η κατεύθυνση. Σε αυτή την περίπτωση το κράτος αναγκαστικά διαχωρίζεται από τη σφαίρα μιας ατομικής και κοινωνικής ελευθερίας που είναι κατ' αρχήν προγενέστερη του κράτους, ρυθμίζεται όμως από αυτό σε ορισμένα σημεία, ενώ διατηρείται από αυτό παράλληλα ως τέτοια.

Η αμερικανική ανάγνωση αυτής της διάκρισης μεταξύ κράτους και κοινωνίας, που πέρασε σε αυτή την ίδια τη Διακήρυξη της Ανεξαρτησίας του 1776 αφορά στην ουσία μια επαναδιατύπωση της κυριαρχίας του κράτους. Ο Thomas Jefferson αναφέρει στην ανοικτή επιστολή της Συνέλευσης προς τον Βασιλιά:

«Θεωρούμε ότι αυτές οι αλήθειες είναι αυτονόητες: ότι όλοι οι άνθρωποι έχουν δημιουργηθεί ίσοι: ότι είναι προικισμένοι από τον Δημιουργό τους με ορισμένα αναπαλλοτρίωτα δικαιώματα: ότι μεταξύ αυτών είναι η ζωή, η ελευθερία και η επιδίωξη της ευτυχίας: ότι για την προστασία αυτών των δικαιωμάτων, θεσμοθετούνται οι κυβερνήσεις μεταξύ των ανθρώπων, αντλώντας τη δίκαιη ισχύ τους από τη συναίνεση των κυβερνώμενων»[26] .

Πρόκειται για δικαιώματα αναπαλλοτρίωτα που για τον λόγο αυτό καθι-

24 Βλ. E.W. Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, εις: του ιδίου, Recht,Staat, Freiheit-Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.Main 1991, σελ. 226 επ.

25 Οπ.π., σελ. 243.

26 Βλ. περισσότερα για το απόσπασμα αυτό, εις: Philip Robbitt, Terror and Consent-The Wars for the Twenty-First Century, Penguin Books, σελ. 288.

στούν το κράτος περιορισμένα κυρίαρχο. Δεν μπορούν να εκχωρηθούν αλλοτριωμένα στο κυρίαρχο. Πάνω στα δικαιώματα γύρω από την ιδιωτική ταυτότητα του προσώπου η Κυβέρνηση δεν μπορεί να ασκήσει κυριαρχία. Έτσι σκοπός της Κυβέρνησης δεν είναι να αναγνωρίσει δικαιώματα αλλά να τα προστατεύσει[27].

Από την άλλη πλευρά ορθά τίθεται το ερώτημα εάν ο σκοπός της συνταγματικής διακυβέρνησης είναι η προστασία των δικαιωμάτων, πώς μπορεί ποτέ το κράτος να διεκδικήσει νομιμότητα για τις πράξεις του όταν αυτές οι πράξεις θέτουν σε κίνδυνο τα δικαιώματα[28]. Ο Alexander Hamilton στα Federalist Papers θα επισημάνει:

"Από την άλλη πλευρά, θα λησμονηθεί εξίσου ότι το σφρίγος της κυβέρνησης είναι ουσιαστικό για την ασφάλεια της ελευθερίας, ότι, στο στοχασμό μιας σωστής και καλά ενημερωμένης κρίσης, το ενδιαφέρον τους δεν μπορεί ποτέ να διαχωριστεί και ότι μια επικίνδυνη φιλοδοξία κρύβεται πιο συχνά πίσω από το ειδυλλιακό προσωπείο του ζήλου για τα δικαιώματα του λαού παρά κάτω από την απαγορευμένη εμφάνιση του ζήλου για τη σταθερότητα και την αποτελεσματικότητα της κυβέρνησης."[29].

Εδώ κάπου συναντώνται η γερμανική με την αμερικανική θεωρία για τη σχέση κράτους και κοινωνίας. Οι σχέσεις αυτές δοκιμάζονται κατ'εξοχήν στην αντιμετώπιση καταστάσεων έκτακτης ανάγκης, όπως υπήρξαν μέχρι τώρα η τρομοκρατία, η πτώχευση κράτους και η οικονομική κρίση γενικότερα, η πανδημία και επίκειται η κλιματική αλλαγή.

Ο παραπάνω τρόπος προσέγγισης της διάκρισης μεταξύ κράτους και κοινωνίας δικαιολογεί μια σειρά από συνταγματικά εφικτές μετατοπίσεις μεταξύ των δύο. Ένας τέτοιος είναι π.χ. η ταλάντευση ανάμεσα σε δύο πόλους, η κίνηση προς τον πόλο της κρατικής εξουσίας σε περιόδους εθνικής ή άλλης έκτακτης ανάγκης και η κίνηση προς τον πόλο της κοινωνικής ελευθερίας σε περιόδους ηρεμίας.

27 Βλ. Philip Robbitt, Terror and Consent-The Wars for the Twenty-First Century, Penguin Books, σελ. 243.

28 Βλ. Philip Robbitt, σελ. 244

29 Βλ. για το απόσπασμα αυτό περισσότερα, εις: Philip Robbitt, σελ. 244.

Η θεωρητική αυτή προσέγγιση και ο σχετικός συνταγματικός προβληματισμός κυριαρχούν σε περιόδους κρίσεων, όπως παρακάτω θα αναπτυχθεί.

3. Η περίπτωση της τρομοκρατίας σε αντιδιαστολή με άλλες κρίσεις

Το άρθρο 15 ΕΣΔΑ εισάγει μια ειδική ρήτρα περιορισμού, η οποία επιτρέπει περιορισμούς στα δικαιώματα της Σύμβασης, π.χ. μέσω της εφαρμογής των κοινών περιοριστικών ρητρών στα άρθρα 8-11ή μέσω μιας ελαστικής ανάγνωσης των εγγυήσεων που παρέχονται από τα άρθρα 5 και 6 της ΕΣΔΑ. Η κατανομή εργασίας μεταξύ των εθνικών αρχών και του Δικαστηρίου με στόχο την άρση των περιορισμών είναι ένα επίμαχο ζήτημα, αυτό συμβαίνει ακόμη περισσότερο με την εφαρμογή του άρθρου 15 ΕΣΔΑ.

Επιδεικνύεται ευαισθησία στο γεγονός ότι οι εθνικές πολιτικές αρχές είναι σε καλύτερη θέση να αξιολογήσουν την πραγματικότητα και τη σοβαρότητα μιας κατάστασης έκτακτης ανάγκης. Από την άλλη πλευρά, υποστηρίζεται ότι ο διεθνής χαρακτήρας ενός εποπτικού οργάνου -που αποτελείται από μέλη πολλών διαφορετικών εθνικοτήτων- του επιτρέπει να κρατά μια πιο αποστασιοποιημένη στάση από τις εγχώριες νομοθετικές και εκτελεστικές προσπάθειες για τον περιορισμό των θεμελιωδών δικαιωμάτων[30].

Τόσο το ΕΔΔΑ όσο και η Επιτροπή έκριναν ότι είχαν την αρμοδιότητα να επιληφθούν υποθέσεων, στο πλαίσιο των οποίων τίθετο ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 15 ΕΣΔΑ. Η πρώτη υπόθεση ήταν η Ελλάδα κατά Ηνωμένου Βασιλείου[31], στην οποία η Επιτροπή έκρινε ότι είχε αρμοδιότητα να κρίνει για την ύπαρξη δημοσίου κινδύνου και να αποφασίσει εάν τα μέτρα ελήφθησαν στον βαθμό που επιβάλλεται αυστηρά από την ανάγκη της κατάστασης. Το Δικαστήριο πολύ αργότερα στην υπόθεση Ireland v. UK[32] θα αναφερθεί στη

30 Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak (Edit.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fifth Edition, Cambridge κ.α. 2018, Chapter 33, Derogation in Time of Emergency.

31 Greece v. UK EComHR 26 September 1958 (dec.), appl. no 176/56, 2 Yearbook 174,176 (1958-59).

32 Ireland v. UK, ECtHR (GC) 18 January 1978, appl.no 5310/71, para 207.

θεωρία του περιθωρίου εκτίμησης. Παρά ταύτα τα κράτη δεν έχουν απεριόριστη ευχέρεια. Το Δικαστήριο είναι εκείνο που θα ορίσει εάν τα συμβαλλόμενα κράτη, μεταξύ άλλων, προχώρησαν πέρα από τα όρια που απαιτούνται αυστηρά από τις ανάγκες της κρίσης. Έτσι το περιθώριο εκτίμησης των κρατών συνυπάρχει με την εποπτεία που ασκεί το ΕΔΔΑ. Ασκώντας αυτή την εποπτεία το Δικαστήριο θα πρέπει να δώσει ιδιαίτερη βαρύτητα στην φύση των δικαιωμάτων που περιορίζονται, στις συνθήκες που οδήγησαν σε αυτόν τον περιορισμό, καθώς επίσης και στη διάρκεια της έκτακτης ανάγκης[33]. Στην υπόθεση Brannigan and McBride v. UK, ο δικαστής Pettiti θα επισημάνει ότι ο περιορισμός του άρθρου 15 δεν συνιστά μια ελεύθερη εξουσιοδότηση προς το κράτος για απεριόριστη διάρκεια των περιορισμών χωρίς να λάβει τα αναγκαία μέτρα που του πιβάλλουν οι δεσμεύσεις του από τη Σύμβαση[34].

Αμέσως μετά τις επιθέσεις της 11ης Σεπτεμβρίου, η κυβέρνηση των ΗΠΑ εισήγαγε εκτενή νομοθεσία και επίσης ενήργησε μέσω εκτελεστικών διαταγμάτων με βάση την προϋπάρχουσα εξουσία. Στις 18 Σεπτεμβρίου υπέγραψε το Κοινό Ψήφισμα 23 που επιτρέπει τη χρήση στρατιωτικής βίας. Όπως στην κήρυξη πολέμου, ένα κοινό ψήφισμα εγκρίνεται και από τα δύο σώματα του Κογκρέσου και υπογράφεται σε νόμο από τον Πρόεδρο. Είναι μια από τις διαδοχικές συνταγματικές οδούς με τις οποίες το Κογκρέσο μπορεί να οδηγήσει τη χώρα σε πόλεμο[35].

Ο Νόμος USA Patriot Act, που υπογράφηκε στις 26 Οκτωβρίου 2001, προέβλεπε μια σειρά από μεταρρυθμίσεις όπως είναι η ποινικοποίηση της βοήθειας που παρείχετο σε όσες οργανώσεις χαρακτηρίζονταν τρομοκρατικές. Ο νόμος αυτός με το άρθρο 218 τροποποίησε το Νόμο FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) που αφορούσε την παρακολούθηση και συλλογή ξένων πληροφοριών και ο οποίος θεσπίστηκε αρχικά το 1978. Τροποποιήθηκε με σκοπό να εντάξει μια ακόμη αρμοδιότητα εθνικής ασφάλειας, την εξουσιοδότηση για τις υποκλοπές. Οι αποκαλύψεις μετά το Γουότεργκεϊτ

33 Βλ. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, οπ.π.

34 Βλ. Brannigan and McBride v. UK, ECtHR 26 May 1993, appl. no 14553/80 and 14554/89, γνώμη Δικαστή Pettiti.

35 Βλ. Philip Robbitt, σελ. 250-251.

για καταχρήσεις εξουσίας του FBI, αφορούσαν υποκλοπές που για σκοπούς πληροφοριών είχαν παρακάμψει την τυπική διαδικασία για ποινικές έρευνες, η οποία απαιτούσε να αποδεικνύεται ότι ένα έγκλημα είχε διαπραχθεί ή επρόκειτο, και ότι για τις έρευνες επίσης ήταν γενικά υποχρεωτική η προηγούμενη ειδοποίηση του προσώπου, του οποίου η οικία επρόκειτο να ερευνηθεί. Ο Νόμος FISA χορήγησε τώρα επίσημα πλέον την εξουσία στο FBI να προβεί σε έρευνες και ηλεκτρονικές παρακολουθήσεις πρακτόρων ξένων Κυβερνήσεων, εφόσον χορηγείτο άδεια από ένα ειδικό δικαστήριο που ο ίδιος ο FISA ίδρυσε, το οποίο εξέταζε τις αιτήσεις του Υπουργείου Δικαιοσύνης. Η παραδοσιακή απαίτηση της «πιθανολόγησης» ότι έχει διαπραχθεί ή διαπράττεται έγκλημα χαλάρωσε. Η επιτήρηση εναντίον πολιτών των ΗΠΑ ή κατοίκων νόμιμα διαμενόντων στη χώρα εξακολουθούσε να απαιτεί πιθανολόγηση ότι ο υπό παρακολούθηση στόχος συμμετείχε σε κατασκοπεία κατά παράβαση των ποινικών διατάξεων των ΗΠΑ. Η συλλογή ξένων πληροφοριών έπρεπε να είναι ο μοναδικός πρωταρχικός σκοπός της παρακολούθησης, οι κανόνες όμως περί ελαχιστοποίησης (minimalization) του FISA, (μη αποκάλυψη της ταυτότητας των πολιτών των ΗΠΑ), καθιστούσαν εξαιρετικά δύσκολο για τους εισαγγελείς να συνεργαστούν με τους συλλέκτες πληροφοριών.

Μετά την επίθεση του Σεπτεμβρίου η κυβέρνηση συνέταξε γρήγορα μια λίστα με όλους τους άνδρες ηλικίας 18 έως 33 ετών, καταγωγής Μέσης Ανατολής και Ευρώπης, που είχαν εισέλθει στις ΗΠΑ μετά τον Ιανουάριο του 2000. Περισσότερα από 200 πανεπιστήμια ρωτήθηκαν για τα ονόματα φοιτητών που κατάγονταν από ισλαμικές χώρες. Ο Patriot Act όριζε τη κράτηση κάθε αλλοδαπού που ο Γενικός Εισαγγελέας έκρινε ότι συνδέεται με την τρομοκρατία και μάλιστα χωρίς χρονικό περιορισμό της κράτησης. Θα μπορούσε να διαρκέσει μέχρι την απέλαση του αλλοδαπού και μέχρις ότου δεν αποτελούσε αυτός πια απειλή. Στην άρνηση της κυβέρνησης να αποκαλύψει τα ονόματα των κρατουμένων δόθηκε τεράστια δημοσιότητα και επισημάνθηκε ακόμη και σε γνώμη ενός ομοσπονδιακού δικαστηρίου. Η θέση της κυβέρνησης των ΗΠΑ ήταν ότι μπορεί να συλλάβει οποιονδήποτε πιστεύει ότι αποτελεί τρομοκρατική απειλή και να τον κρατήσει χωρίς κα-

τηγορία για αόριστο χρονικό διάστημα. Όσοι κρατούνταν στο Gruantanamo δεν απολάμβαναν δίκαιη δίκη ακόμη και με την εφαρμογή της νομοθεσίας για τον πόλεμο, ούτε από τη Συνθήκη της Γενεύης. Η θεωρία άσκησε έντονη κριτική στο γεγονός, δηλαδή ότι η εκτελεστική διακριτική ευχέρεια ήταν απόλυτη σε σχέση με αυτούς που αποκαλούνταν εχθροί μαχητές, ότι κάτι τέτοιο δεν μπορεί να είναι σωστό, διότι διαλύει το κράτος δικαίου στο οποίο η ίδια η κράτηση πρέπει να θεμελιώνεται[36]. Όπως διαπιστώθηκε στο πλαίσιο μιας ισορροπίας, η μόνη αποτελεσματική στρατηγική στους Πολέμους κατά της Τρομοκρατίας αποτελεί μια σχολαστική τήρηση του κράτους δικαίου και όπου ο νόμος είναι ανεπαρκής, μια σθεναρή και διαφανής προσπάθεια μεταρρύθμισης του νόμου. Όπως χαρακτηριστικά ειπώθηκε «Το Guantanamo ήταν μια σημαντική μάχη κατά του τρόμου και τη χάσαμε»[37].

Στην υπόθεση Hamdi v. Rumsfeld[38], το Supreme Court έκρινε οτι πολίτες των ΗΠΑ μπορεί να χαρακτηριστούν ως εχθροί μαχητές, αλλά τα δικαιώματα της δίκαιης δίκης εξακολουθούν να ισχύουν για όλους τους πολίτες των ΗΠΑ που βρίσκονται υπό κράτηση. Έχουν επίσης το δικαίωμα σε ακρόαση για την ιδιότητα του εχθρού μαχητή ενώπιον ουδέτερου δικαστηρίου.

Το Συνταγματικό Δικαστήριο της Γερμανίας εξέδωσε την απόφαση της 2ας Μαρτίου 2010[39], στην οποία αντιμετώπισε την Οδηγία 24/2006 του Ευρωκοινοβουλίου και Συμβουλίου, η οποία θεμελιωνόταν στο γεγονός ότι τα δεδομένα κίνησης τηλεπικοινωνιών αποτελούν πολύτιμο εργαλείο για τη δίωξη ποινικών αδικημάτων, ιδίως στους τομείς του οργανωμένου εγκλήματος και της τρομοκρατίας (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 7 έως 10 της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ) και ότι ορισμένα κράτη μέλη διαθέτουν κανονισμούς για τη διατήρηση τέτοιων δεδομένων, οι οποίοι διέφεραν πολύ μεταξύ τους (βλ. αιτιολογική σκέψη 5 της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ). Η ΕΚ εκκινούμενη από το γεγονός ότι οι νομικές και τεχνικές διαφορές που προκύπτουν επηρεάζουν την εσωτερική

36 Βλ. Philip Robbitt, σελ. 141 επ.
37 Βλ. Philip Robbitt, σελ. 288.
38 542 U.S. 507 (2004).
39 1 BvR 256, 263/08, 1 BvR, 1/586/08.

αγορά ηλεκτρονικών τηλεπικοινωνιών, επειδή οι πάροχοι τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών αντιμετωπίζουν διαφορετικές αξιώσεις όσον αφορά τα προς αποθήκευση δεδομένα και την περίοδο αποθήκευσης (βλ. αιτιολογική σκέψη 6 της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ), εξέδωσε την παραπάνω Οδηγία. Το Συνταγματικό Δικαστήριο όρισε περίοδο αποθήκευσης έξι μηνών -δηλαδή την ελάχιστη που απαιτεί η οδηγία της ΕΚ- ως ανώτατο όριο και στην καλύτερη περίπτωση συνταγματικά δικαιολογημένη, επέβαλε στον νομοθέτη να συμπεριλάβει στη ρύθμισή του για τον σκοπό χρήσης τις προϋποθέσεις πρόσβασης, περιορίζοντάς τις στη τεχνολογία καταλόγων δεδομένων στο ποινικό δίκαιο, να επεκτείνει τις υποχρεώσεις κοινοποίησης και τις ελάχιστες προϋποθέσεις νομικής προστασίας με ορισμένο τρόπο. Η πλειοψηφία του Πρώτου Τμήματος του Δικαστηρίου κάλεσε τον νομοθέτη να δημιουργήσει σαφήνεια σχετικά με τις προϋποθέσεις πρόσβασης και διασφάλισης της διαδικασίας στο πλαίσιο του καθορισμού της προβλεπόμενης χρήσης. Με τον τρόπο αυτό, στέρησε από τον νομοθέτη τη ρυθμιστική δυνατότητα να συνεργάζεται με ένα σύστημα συμπληρωματικών νομικών βάσεων σε άλλους τομείς, το οποίο μέχρι στιγμής είχε τεθεί σε αμφισβήτηση.

Εκτός από το ιδιαίτερο βάρος της προς διερεύνηση παράβασης, η ανάκτηση αποθηκευμένων δεδομένων κίνησης πρέπει να είναι κατάλληλη, ειδικά εάν ο νομοθέτης έχει εξοπλίσει τις προϋποθέσεις ανάκτησης με μια αυστηρή ρήτρα επικουρικότητας, σύμφωνα με την οποία το μέτρο επιτρέπεται μόνο εάν η διερεύνηση των γεγονότων ή ο προσδιορισμός της θέσης του κατηγορουμένου θα ήταν μάταια με οποιονδήποτε άλλο τρόπο και η συλλογή των δεδομένων - ακόμη και σε μεμονωμένες περιπτώσεις - είναι σε εύλογη αναλογία με τη σημασία του θέματος. Κατά το Δικαστήριο φαίνεται κατανοητό ο νομοθέτης να συμπεριλάβει ορισμένα αδικήματα στον κατάλογο των σοβαρών εγκλημάτων. Με αυτόν τον τρόπο, ωστόσο, θα έρθει αντιμέτωπος με τα όρια μιας κατάλληλης απειλής τιμωρίας που βασίζεται στην αρχή της ενοχής, η οποία μπορεί να το δικαιολογήσει. Εγκλήματα που δεν προκαλούν ιδιαίτερα μεγάλη ζημιά σε μεμονωμένες περιπτώσεις δύσκολα θα επιτραπεί να συμπεριληφθούν σε έναν τέτοιο κατάλογο που έχει κατά νου το Δικαστήριο.

Όπως καταδείχθηκε στην περίπτωση της τρομοκρατίας η ευχέρεια του κράτους υπήρξε μεγαλύτερη ακόμη και εις βάρος των δικαιωμάτων. Είναι μια κατάσταση εξαίρεσης -έκτακτης ανάγκης- που έπρεπε να επιστρέψει το συντομότερο δυνατό στην κανονικότητα. Μέρος της σύγχρονης θεωρίας υποστήριξε ότι ακόμη και οι τρομοκρατικές προκλήσεις συνήθως αντιμετωπίζονται με τη ρητορική του διοικητικού κράτους. Οι υφιστάμενοι νόμοι ασφαλείας επεκτείνονται ώστε να περιλαμβάνουν εξουσίες με τις οποίες η διοίκηση μπορεί να αντιδράσει σε μια τέτοια κατάσταση, χωρίς σημασιολογική προσφυγή σε γλώσσα κατάστασης έκτακτης ανάγκης:. Αυτός ο τρόπος κρίσης μπορεί να περιλαμβάνει αλλαγές στις διαδικασίες μεταξύ των λειτουργιών του κράτους, δηλαδή τη μετάβαση της εξουσίας από τη νομοθετική στην εκτελεστική. Μπορεί να περιλαμβάνει τη διεύρυνση των εξουσιών δράσης και τη μείωση των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Περαιτέρω σύμφωνα με τη θεωρία αυτή ο τρόπος διακυβέρνησης σε κρίση στην κατάσταση εξαίρεσης μπορεί επίσης να περιλαμβάνει την απόσυρση του δικαστικού ελέγχου ή τη μείωση των προτύπων δικαστικού ελέγχου. Δεν είναι όλοι πρόθυμοι να δεχτούν αυτή τη συνέπεια. Έτσι αν και διαπιστώνεται η τήρηση μιας έντονης τάσης στην πρόσφατη ακαδημαϊκή γραφή ότι η κατάσταση έκτακτης ανάγκης πρέπει να υπόκειται σε συνταγματικά δικαιώματα, διατυπώνεται και ο προβληματισμός ότι η νομική συνταγματοποίηση της κατάστασης εξαίρεσης σε ακραίες περιπτώσεις, μπορεί να σημάνει ότι τα πλαίσια του συνταγματικού δικαίου μεταξύ της κανονικής κατάστασης και της κατάστασης εξαίρεσης δεν διαφέρουν πλέον σημαντικά[40]. Βέβαια ανεξάρτητα από τον τρόπο αντιμετώπισης της εξαιρετικής κατάστασης επιβεβαιώνεται η αναγκαιότητα λήψης μέτρων για την (επαν)εγκατάσταση της κανονικής κατάστασης.

Η τρομοκρατία υπήρξε μια ιδιαίτερη περίπτωση εξαιρετικής κατάστασης ανάγκης, μερικά δε μέτρα για τη καταπολέμησή της ήλθαν και έμειναν, όπως όσαν αφορά μέτρα αστυνομικά και διαφύλαξης της δημόσιας ασφάλειας, ή και ουσιαστικού ποινικού δικαίου.

40 Βλ. Martin Nettesheim, Liberal Constitutionalism in Times of Crisis and Emergency, ERPL/REDP 34 (1/2022), σελ. 28-29.

Είναι γεγονός όμως ότι πολλοί θεωρητικοί του φιλελεύθερου συνταγματισμού έχουν ταξινομήσει τα έκτακτα μέτρα ως μέρος της κανονικότητας του δικαίου και στη συνέχεια τα συνταγματοποίησαν με το κριτήριο της αναλογικότητας, πράγμα που έπραξε κατά πολύ και η νομολογία.

4. Η περίπτωση της οικονομικής κρίσης

α. Το κράτος σήμερα δανείζεται κυρίως μέσω της έκδοσης κρατικών ομολόγων, που είναι εμπορεύσιμα στις διεθνείς κεφαλαιαγορές. Σε περίπτωση κρίσης όμως υπάρχει κίνδυνος αθέτησης υποχρεώσεών του σε σχέση με το δημόσιο χρέος. Η ασφάλεια ενός κρατικού ομολόγου βασίζεται στην αληθινά κατανοητή υπόθεση ότι αυτή η επένδυση, σε αντίθεση με το ιδιωτικό δίκαιο, πρέπει να αποφέρει σε κάθε περίπτωση απόδοση, κάτι που μπορεί να περιορίσει σε περίπτωση αδυναμίας πληρωμών του κράτους τους ευέλικτους ρυθμιστικούς μηχανισμούς του νόμου.

Το ΣτΕ στις κρίσιμες αποφάσεις του 1116-1117/2014 που αφορούσαν το κούρεμα των ελληνικών ομολόγων διατύπωσε ως προς αυτό διαφορετική γνώμη. Συγκεκριμένα έκρινε ότι η επένδυση σε ομόλογα και λοιπούς τίτλους εκδόσεως ή εγγυήσεως κρατών, ως έννομη σχέση παροχής οικονομικής πίστης, δεν είναι απαλλαγμένη του κινδύνου της σύννομης περιουσιακής απώλειας, ακόμη και αν το δίκαιο που διέπει τους τίτλους δεν προβλέπει ότι πριν από τη λήξη τους είναι ενδεχόμενη η επαναδιαπραγμάτευση όρων τους, όπως η ονομαστική αξία, το τοκομερίδιο και ο χρόνος λήξεως. Τούτο, διότι από την έκδοση του τίτλου μέχρι τη λήξη του μεσολαβεί συνήθως ικανό χρονικό διάστημα, κατά το οποίο ενδέχεται να συμβούν γεγονότα απρόβλεπτα που περιορίζουν ουσιωδώς, ακόμη και μέχρι εκμηδενισμού, τις οικονομικές δυνατότητες του κράτους – εκδότη ή εγγυητή των τίτλων. Όταν συμβαίνουν τέτοια γεγονότα, το κράτος -σύμφωνα με την Ολομέλεια του δικαστηρίου- νομίμως επιδιώκει επαναδιαπραγμάτευση βάσει της ρήτρας "rebus sic standibus", η οποία οριοθετεί τη γενική αρχή του δικαίου "pacta sunt servanda". Η αντίθετη νομική εκδοχή στηρίζεται στην παραδοχή ότι το κράτος έχει απόλυτη

φερεγγυότητα, ήτοι τη δυνατότητα να εξασφαλίζει πάντοτε τα αναγκαία κεφάλαια για την ικανοποίηση των πιστωτών του, λόγω της διαρκούς υπόστασής του, απεριόριστου πλούτου και ακλόνητης πιστοληπτικής ικανότητας.

Η παραπάνω κρίση του Δικαστηρίου το οδήγησε να απορρίψει παραβίαση μιας σειράς από δικαιώματα, όπως η παραβίαση του άρθρου 17 παρ. 1, 25 παρ. 1 του Συντάγματος και του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου, εφ'όσον κατά το Δικαστήριο η ακύρωση των τίτλων των ομολογιούχων του ιδιωτικού τομέα και η ανταλλαγή τους με νέους τίτλους, εκδόσεως του Ελληνικού Δημοσίου και του ΕΤΧΣ, συνεπήγετο μεν ουσιαστικώς απώλεια κεφαλαίου κατά 53,5% ή κατά ακόμη υψηλότερο ποσοστό, λόγω της μεταβολής του χρόνου λήξεως που προβλεπόταν στους ακυρωθέντες τίτλους, πλήν όμως η περιουσιακή απώλεια, ως περιορισμός ενοχικού δικαιώματος, δεν προέκυπτε κατά το Δικαστήριο -αν και ιδιαιτέρως σοβαρή- ότι ήταν απρόσφορη ή μη αναγκαία ή υπέρμετρη, ώστε να κριθεί ότι παραβιάζει τα παραπάνω δικαιώματα. Το Δικαστήριο χαρακτήρισε ότι το μέτρο αυτό εξυπηρετεί τη μείωση του δημόσιου χρέους χάριν της διάσωσης της ελληνικής οικονομίας από στάση πληρωμών και κατάρρευση, η οποία θα είχε απρόβλεπτες κοινωνικές και οικονομικές συνέπειες και θα έθετε σε σοβαρότατο κίνδυνο και την απόλαυση των δικαιωμάτων όλων των φυσικών και νομικών προσώπων που έχουν επενδύσει στο δημόσιο χρέος. Είναι χαρακτηριστικό ότι το Δικαστήριο απέρριψε και την αρχή της ισότητας από την άποψη *ότι αυτή δεν επιβάλλει στο Ελληνικό Δημόσιο ιδιαίτερη ευνοική μεταχείριση σε ορισμένους πιστωτές του ακόμη και όταν αυτοί είναι φυσικά πρόσωπα με περιορισμένες οικονομικές δυνατότητες και προσδόκιμο χρόνο ζωής,* τα οποία αντιλαμβάνονται την επένδυσή τους σε ομόλογα ως συμπεριφορά «αποταμιευτών».

Από την άλλη πλευρά θα πρέπει να σημειωθεί ότι υπάρχουν και οι λεγόμενοι πιστωτές αναμονής (hold outs) που δεν συμμετέχουν στη διαδικασία αυτή της ανταλλαγής των ομολόγων και επιδιώκουν την πληρωμή των κρατικών ομολόγων που κατέχουν στην ονομαστική τους αξία. Οι πιστωτές αυτοί, τα hedge funds, γνωστά και ως «γύπες» μπορεί να κερδοσκοπήσουν με τη στάση τους αυτή αγοράζοντας ομόλογα σε πολύ χαμηλή τιμή στη δευτερογενή αγο-

ρά για να απαιτήσουν στη συνέχεια την πληρωμή τους στην ονομαστική τους αξία. Έτσι μπορούν να επωφεληθούν από το υψηλό κόστος των διαφορών. Οι «γύπες» άρχισαν ήδη από νωρίς την αγορά ελληνικών ομολόγων, των οποίων οι τιμές είχαν πέσει σε πολύ χαμηλά επίπεδα. Κυρίως εστίασαν στα ομόλογα που διείποντο από την αγγλοσαξωνική νομοθεσία (περίπου το 10% των συνολικών ελληνικών ομολόγων έως την εφαρμογή του PSI). Η εμπειρία έχει αποδείξει ότι με αυτά είχαν μεγάλες πιθανότητες να δικαιωθούν από τα δικαστήρια, εφ'όσον για τα ομόλογα που υπήγοντο στην ελληνική νομοθεσία αρκούσε ένας νόμος του Ελληνικού Κοινοβουλίου για να χάσουν οι πιστωτές τα χρήματά τους, πράγμα που συνέβη με τον Ν. 4052/2012. Ως γνωστόν τα hedge funds μπορούσαν να αρνηθούν την εθελοντική ανταλλαγή ελληνικών ομολόγων, πράγμα που έπραξαν. Η συνέπεια ήταν να οδηγηθεί η ελληνική πλευρά σε αναγκαστικό κούρεμα και να προβεί στη συνέχεια στην πληρωμή των CDS. Πρόκειται για συμβόλαια παραγώγων χρηματοοικονομικών προϊόντων, τα οποία άρχισαν να χρησιμοποιούνται τα τέλη της δεκαετίας του 1990 και αποτελούν «ασφάλιστρα» έναντι ομολόγων που εκδίδουν είτε κράτη είτε επιχειρήσεις. Συγκεκριμένα ασφάλιστρα κινδύνου (CDS) είναι παράγωγα συμβόλαια στα οποία ο αγοραστής συμφωνεί να προχωρήσει σε μια σειρά από πληρωμές προς τον πωλητή και σε αντάλλαγμα λαμβάνει μια αποζημίωση σε περίπτωση που συμβεί ένα πιστωτικό γεγονός (credit event). Με την έλευση του πιστωτικού γεγονότος το συμβόλαιο λήγει. Η τιμή που πληρώνει ο αγοραστής αναφέρεται ως περιθώριο (spread), το οποίο συνήθως αναφέρεται σε μονάδες βάσης (basis points) και είναι η ετήσια περιοδική πληρωμή που καταβάλλει στον πωλητή, ενώ όσο υψηλότερο είναι το spread συνήθως τόσο υψηλότερες πιθανότητες δίνει η αγορά να συμβεί το πιστωτικό γεγονός. Πιστωτικό γεγονός θεωρείται και η αναδιάρθρωση χρεών, η υποβάθμιση της πιστοληπτικής διαβάθμισης ή ακόμη και η πτώχευση μιας εταιρείας.

Ενας από τους «γύπες» (αρπακτικά) της ελληνικής χρεοκοπίας ήταν η Greylock Capital Management LLC, η οποία ήταν μέσα στη 30μελή συντο-

νιστική επιτροπή του IIF[41] για το ελληνικό πρόγραμμα ανταλλαγής ομολόγων PSI. Η Greylock είχε την προσδοκία να αποκομίσει σημαντικά οφέλη που θα προέκυπταν από τη διαδικασία αναδιάρθρωσης του χρέους διάφορων χωρών. Συνεπώς η συμμετοχή της στον στενό πυρήνα των διαπραγματεύσεων είχε δυσάρεστες συνέπειες. Αλλά και το Ταμείο Elliott Associates συγκέντρωσε ελληνικούς τίτλους στο 10% με 15% της αξίας τους. Οι διαπραγματεύσεις μεταξύ Ελλάδας και αυτών των πιστωτών οδήγησαν σε αδιέξοδο, καθώς με τις πιέσεις των Ευρωπαίων η ελληνική κυβέρνηση ζήτησε χαμηλότερο προεξοφλητικό επιτόκιο (κάτω του 4%) στα νέα ομόλογα που θα εξέδιδε, την ώρα που οι πιστωτές, μέσω του IIF αποδέχονταν επιτόκιο μόνο πάνω από το 4%. Κάποια hedge funds διαπίστωσαν ότι τα spread των ελληνικών ομολόγων ήταν πολύ χαμηλά σε σχέση με τους κινδύνους της οικονομίας. Αυτοί λοιπόν οι επενδυτές άρχισαν να αγοράζουν CDS ελληνικών ομολόγων σε χαμηλές τιμές (γύρω στις 40 μονάδες βάσης), χωρίς απαραιτήτως να έχουν ομόλογα. Σημειώνεται ότι ο επενδυτής μπορεί να αγοράζει ή να πουλάει τα παράγωγα προϊόντα, χωρίς να είναι απαραίτητο να είναι κάτοχος του υποκείμενου προϊόντος. Όταν λοιπόν τα CDS αυξήθηκαν το 2010 γύρω στις 500 μονάδες, οι βραχυπρόθεσμοι αυτοί επενδυτές τα πούλησαν βγάζοντας τεράστια κέρδη. Τα αγόρασαν κυρίως μακροπρόθεσμοι και συντηρητικοί επενδυτές, όπως ασφαλιστικά ταμεία και τράπεζες που είχαν στην κατοχή τους ελληνικά ομόλογα. Έτσι, τα CDS πέρασαν -από πολύ νωρίς- από τα hedge funds σε μακροπρόθεσμους επενδυτές. Διότι οι τελευταίοι, όταν είδαν να αυξάνονται τα spread και τα CDS (δηλαδή ο κίνδυνος των ελληνικών ομολόγων), είχαν δύο επιλογές για να προστατεύσουν τα χαρτοφυλάκιά τους: είτε να πουλήσουν τα ομόλογα, δημιουργώντας μεγάλες πιέσεις στη δευτερογενή αγορά και στα χαρτοφυλάκια όλου του τραπεζικού και ασφαλιστικού συστήματος, είτε να αγοράσουν ασφάλιστρα κινδύνου.

41 Πρόκειται για τη διοικούσα επιτροπή η οποία διεξήγαγε τις διαπραγματεύσεις μεταξύ των ιδιωτών επενδυτών και του ελληνικού δημοσίου για την εθελοντική ανταλλαγή ομολόγων της Ελλάδας, την οποία συγκρότησε το Διεθνές Ινστιτούτο Τραπεζών (IIF). Η επιτροπή αντιπροσωπεύει 30 τραπεζικά ιδρύματα από την Ελλάδα και το εξωτερικό, από τα οποία 11 ιδρύματα μετέχουν στη διοικούσα επιτροπή.

Στην περίπτωση της Ελλάδας τα κράτη μέλη της Ευρωζώνης δεν αποδέχθηκαν το ελληνικό χρέος αλλά δημιούργησαν νέο χρέος υπό τη μορφή νέων πιστώσεων. Τη λύση αυτή, το πακέτο μέτρων για τη διάσωση, δέχθηκε η Ελλάδα το 2010 κυρίως για να ικανοποιήσει τους πιστωτές της, οι οποίοι τότε ήταν κατά κύριο λόγο ιδιώτες και ειδικότερα ευρωπαϊκές τράπεζες. Παράλληλα όμως δέχθηκε και τους αυστηρούς όρους δανεισμού που οδήγησαν σε ύφεση την οικονομία ακόμη και 10 χρόνια μετά.

Η λύση του Μόνιμου στη συνέχεια ΕΜΣ κρίθηκε σύμφωνη προς το άρθρο 125 ΣΛΕΕ, το οποίο κατά το Δικαστήριο της Ένωσης στην υπόθεση Pringle[42] δεν απαγορεύει κάθε είδους οικονομική βοήθεια αλλά μόνον την άμεση ανάληψη χρέους, πράγμα που σημαίνει ότι η μεν ανάληψη χρέους δεν είναι σύμφωνη προς το άρθρο 125 παρ. 1 ΣΛΕΕ, η δημιουργία όμως νέου χρέους είναι. Η διαφορά στη δημιουργία νέου χρέους έγκειται στο πραγματικό γεγονός ότι τα κράτη μέλη της Ευρωζώνης μπορούν και έθεσαν όρους κατά τη χορήγηση δανείου. Τα κράτη μέλη της ζώνης του ευρώ διαθέτουν πλήρη εξουσία κατά τη χορήγηση της πίστωσης και έτσι μπορούν να διασφαλίσουν ότι η χορήγηση χρηματοδοτικής ενίσχυσης δεν δημιουργεί κίνητρα για το δανειζόμενο κράτος να ακολουθήσει μια μη πειθαρχημένη δημοσιονομική πολιτική.

Έτσι στην περίπτωση της Ευρωζώνης τα κράτη μέλη αποφασίζουν για τους όρους και την έκταση του κουρέματος. Υποστηρίζεται ότι το άρθρο 125 παρ. 1 ΣΛΕΕ θα μπορούσε τότε και μόνον τότε να αποκλείσει ως μορφή ελάφρυνσης του χρέους το κούρεμά του στην περίπτωση των χορηγήσεων δανείων χωρίς όρους ή όταν το κούρεμα θα γινόταν από μόνο του χωρίς όρους. Βέβαια η ελάφρυνση του χρέους με κούρεμα μπορεί πράγματι να αφορά τη μακροπρόθεσμη (μελλοντική) βιωσιμότητα των χρεών των κρατών μελών, αλλά μπορεί ωστόσο να έχει και τεράστια επίδραση στη χορήγηση βραχυπρόθεσμων πιστώσεων και, ως εκ τούτου, να αμφισβητήσει την αποτελεσματικότητα του συνόλου του προγράμματος οικονομικής βοήθειας.

42 Βλ. απόφαση ΔΕ της 27ης Νοεμβρίου 2012, υποθ. C-370/12 Pringle v. Ireland, αρ. σκέψης 130.

Συγκεκριμένα αυτό συμβαίνει όταν κατά τον όλο σχεδιασμό του προγράμματος βοήθειας που περιλαμβάνει αναπόφευκτο δανεισμό υπάρχει κίνδυνος αύξησης του συνολικού χρέους του κράτους μέλους, όπως συνέβη και με την Ελλάδα. Προφανώς δεν θα ήταν επιθυμητό εάν η χορήγηση πιστώσεων, ενώ πυροδότησε τις απαραίτητες οικονομικές μεταρρυθμίσεις, δεν θα ήταν σε θέση να αποτρέψει την αφερεγγυότητα του αντίστοιχου κράτους μέλους λόγω υπερβολικού συνολικού δείκτη χρέους, απειλώντας έτσι την οικονομική σταθερότητα της ζώνης του ευρώ στο σύνολό της[43].

Είναι ευρέως αναγνωρισμένο ότι ένας σημαντικός παράγοντας που περιπλέκει την ταχεία και ομαλή επίλυση των κρίσεων κρατικού χρέους είναι το πρόβλημα των ρητρών συλλογικής δράσης, όπου τα κίνητρα για μεμονωμένους πιστωτές αποκλίνουν από αυτά των πιστωτών στο σύνολό τους. Αυτό το πρόβλημα έχει γίνει πιο έντονο καθώς η χρηματοδότηση των ομολόγων αντιπροσωπεύει ένα αυξανόμενο μερίδιο του κρατικού δανεισμού, οδηγώντας σε αυξανόμενο ενδιαφέρον για μηχανισμούς που διευκολύνουν την ταχύτερη και πιο ομαλή αναδιάρθρωση του χρέους.

Σε περίπτωση που θεσμοθετηθεί μια διαδικασία επίλυσης των διαφορών μεταξύ του αφερέγγυου κράτους και των δανειστών του υποστηρίζεται ότι η ρήτρα αυτή στα κρατικά ομόλογα πρέπει να έχει το ακόλουθο περιεχόμενο: «Σε περίπτωση επικείμενης αφερεγγυότητας, το κράτος εξουσιοδοτείται να κινήσει διαδικασία εξυγίανσης αντί της ρήτρας αναδιάρθρωσης χρεών (ρήτρα συλλογικής δράσης CAC)»[44]. Η συμβατική αυτή διαδικασία στην ουσία συνιστά έναν μηχανισμό, όπως ο Ευρωπαϊκός Μηχανισμός Σταθερότητας. Ο τελευταίος στη διάταξη του άρθρου 12 παρ. 3 της ιδρυτικής του σύμβασης υποχρεώνει τα κράτη μέλη να συμπεριλάβουν μια ρήτρα συλλογικής δράσης[45] στα κρατικά χρεόγραφα της ζώνης του ευρώ. Υπό το πρίσμα αυτό, δεν

43 Βλ. Alexander Thiele, E.C.L. Review 2016, 12 (3), σ. 530-531.

44 Βλ. Christoph Paulus, εις: Theodora Antoniou/Markus Heintzen (εκδ.) Staatsverschuldung und Eurokrise im deutsch-griechischen Verfassungsdialog, σ. 230.

45 Από 1ης Ιανουαρίου 2013, σε όλα τα νέα κρατικά χρεόγραφα της ζώνης του ευρώ με προθεσμία

θα χρειαστεί καμία προσπάθεια προσαρμογής για τη σύνδεση της διαδικασίας επίλυσης με τον μηχανισμό ΕΜΣ. Η ρήτρα είναι σε κάθε περίπτωση ένας πιο απλός τρόπος από την έκδοση σχετικού νόμου. Βέβαια η ρήτρα αυτή έχει και ένα μειονέκτημα, τη μακρά χρονική περίοδο που θα χρειασθεί μέχρις ότου όλες οι δανειοδοτικές συμβάσεις εξοπλισθούν με μια τέτοια ρήτρα. Το εφαρμοστέο δίκαιο είναι εν προκειμένω η ίδια η συμβατική ρήτρα συν το προβλεπόμενο σε αυτή εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο. Η επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου στις ρήτρες βασίζεται στους κανόνες περί άρσης της σύγκρουσης όσον αφορά την εφαρμογή συγκεκριμένου δικαίου ή στην επισήμανση αυτή καθ'εαυτή στη ρήτρα του εφαρμοστέου εθνικού δικαίου, που συνήθως είναι το αγγλικό δίκαιο ή το δίκαιο της Νέας Υόρκης.

Το «Πρόγραμμα Αγορών Κινητών Αξιών» (SMP), το οποίο ανακοινώθηκε από το Διοικητικό Συμβούλιο ΕΣΚΤ στις 10 Μαΐου 2010, αποσκοπούσε στη διασφάλιση σε βάθος ρευστότητας σε δυσλειτουργικά τμήματα των αγορών χρεογράφων και στην αποκατάσταση της κατάλληλης λειτουργίας του μηχανισμού μετάδοσης νομισματικής πολιτικής. Το Πρόγραμμα αυτό αντικαταστάθηκε το 2012 από το εξαιρετικά αμφιλεγόμενο Πρόγραμμα OMT (Outright Monetary Transaction Programme). Τον Μάρτιο του 2015, η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα επέκτεινε ξανά το πρόγραμμα αγοράς ομολόγων «πρόγραμμα ποσοτικής χαλάρωσης» (πρόγραμμα αγοράς στοιχείων του ενεργητικού του δημόσιου τομέα στις δευτερογενείς αγορές PSPP) και έκτοτε αγόρασε ομόλογα κρατών μελών σε μηνιαία βάση και συνέχισε να το κάνει τουλάχιστον μέχρι τις αρχές του 2017[46]. Με την υπ'αρ. 3 της απόφασης 2016/1041 της 22ας Ιουνίου 2016 της ΕΚΤ η Ελλάδα εντάχθηκε κατά παρέκκλιση στο πρόγραμμα αγοράς ομολόγων.

λήξης άνω του έτους θα περιλαμβάνονται ρήτρες συλλογικής δράσης με τρόπο που να διασφαλίζει ότι οι νομικές τους συνέπειες είναι απαράλλακτες.

46 Βλ. όμως και απόφαση του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας της 5.5.2021 (2 BvR 859/15), το οποίο εξήτασε κατά πόσον το πρόγραμμα αυτό πληρούσε τα κριτήρια της αρχής της δοτής αρμοδιότητας και το έκρινε ως δυσανάλογο μέτρο. Παρά ταύτα το Δικαστήριο έκρινε ότι το πρόγραμμα ποσοτικής χαλάρωσης δεν συνιστά απ'ευθείας χρηματοδότηση των κρατών μελών κατά τη διάταξη του άρθρου 123 παρ. 1 ΣΛΕΕ 1.

Ως γνωστόν στην απόφαση Gauweiler[47] το ΔΕ έκρινε ότι επιτρέπεται στο Ευρωπαϊκό Σύστημα Κεντρικών Τραπεζών (ΕΣΚΤ) να υιοθετεί πρόγραμμα αγοράς κρατικών ομολόγων στις δευτερογενείς αγορές.

Με την παραπάνω απόφαση το Δικαστήριο απάντησε ότι οι Συνθήκες της Ένωσης επιτρέπουν στο ΕΣΚΤ να υιοθετεί πρόγραμμα όπως το πρόγραμμα ΟΜΤ, κάνοντας μνεία στις διατάξεις των άρθρων 119 ΣΛΕΕ, 123, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ και 127, παράγραφοι 1 και 2, ΣΛΕΕ, καθώς και των άρθρων 17 έως 24 του Πρωτοκόλλου (αριθ. 4) για το καταστατικό του Ευρωπαϊκού Συστήματος Κεντρικών Τραπεζών και της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας. Στην απόφαση αυτή μεταξύ άλλων το Δικαστήριο επεσήμανε ότι το Ευρωσύστημα προτίθεται να διασαφηνίσει με νομική πράξη σχετικά με τις ΟΜΤ ότι δέχεται την ίδια μεταχείριση (pari passu) με τους ιδιώτες πιστωτές ή με άλλους πιστωτές, όσον αφορά τα ομόλογα που έχουν εκδοθεί από χώρες της ζώνης του ευρώ και έχουν αποκτηθεί από το Ευρωσύστημα μέσω των ΟΜΤ, σύμφωνα με τους όρους των ομολόγων αυτών. Περαιτέρω το Δικαστήριο σαφώς όρισε ότι η ρευστότητα που δημιουργείται μέσω των ΟΜΤ αδρανοποιείται πλήρως. Τα όρια καθορίστηκαν ρητά έτσι ώστε η ΕΚΤ δεν μπορούσε να αποτρέψει από μόνη της την αναδιάρθρωση του χρέους. Πέραν αυτού σύμφωνα με το Δικαστήριο το άρθρο 123 ΣΛΕΕ ποτέ δεν εμπόδισε την αγορά ομολόγων κράτους μέλους στη δευτερογενή αγορά από την Τράπεζα, εφόσον δεν καταστρατηγείτο η απαγόρευση. Εξάλλου από τις εξηγήσεις που έδωσε η ΕΚΤ στο πλαίσιο της παραπάνω διαδικασίας προκύπτει ότι η εφαρμογή του προγράμματος ΟΜΤ πρέπει να υπόκειται σε όρους που να αποσκοπούν στην αποτροπή του ενδεχομένου οι παρεμβάσεις του ΕΣΚΤ στις δευτερογενείς αγορές να έχουν αποτέλεσμα ισοδύναμο προς αυτό της απευθείας αγοράς κρατικών ομολόγων στις πρωτογενείς αγορές[48].

Σε κάθε περίπτωση η εφαρμογή του συστήματος ΟΜΤ τίθεται υπό πολλές προϋποθέσεις. Με το σύστημα αυτό η ΕΚΤ θα μπορούσε να γίνει ο μεγαλύ-

47 Υπόθεση C-62/14, απόφαση ΔΕ 4.3.2015.

48 Οπ.π., αρ. σκέψεων 103, 105.

τερος κάτοχος ενός σημαντικού μέρους κρατικών ομολόγων της Ευρωζώνης αλλά θα πρέπει επίσης να επισημανθεί η υπόσχεσή της να μην ψηφίσει υπέρ οποιασδήποτε αναδιάρθρωσης. Με τον τρόπο αυτό το ΔΣ της ΕΚ θέτει περιορισμούς σχετικά με τις συνολικές διακρατήσεις ομολόγων ανά κρατικό εκδότη της Ευρωζώνης και την κατοχή ανά σειρά ομολόγων. Πέραν αυτού η Τράπεζα πρέπει να αξιολογήσει την πιθανή μελλοντική της εξέλιξη πριν πραγματοποιηθεί η πραγματική αγορά των ομολόγων, όπως πράττουν και οι ιδιώτες επενδυτές. Ένα στοιχείο κινδύνου είναι αναπόφευκτα η πιθανή πτώχευση ενός κράτους μέλους, συμπεριλαμβανομένης της πλήρους αθέτησης πληρωμής των ομολόγων του. Μια πιθανή αντίδραση στη χειρότερη αυτή περίπτωση, υποστηρίζεται ότι είναι η ενεργή συμμετοχή της ΕΚΤ στην επέκταση της μορφής ελάφρυνσης του χρέους υπό μορφή κουρέματος. Βέβαια αυτό θα οδηγούσε σε οικονομική απαλλαγή του κράτους-οφειλέτη. Μια τέτοια απαλλαγή δεν αποκλείεται από το άρθρο 123 παρ. 1 ΣΛΕΕ, δεν συνιστά καταστρατήγησή του. Κάθε κάτοχος ομολόγων -ιδιωτικός ή δημόσιος- θα πρέπει να αποφασίσει για την αποδοχή του κουρέματος προκειμένου να διασώσει τουλάχιστον μερική αποπληρωμή των ομολόγων που κατέχει και μάλιστα όταν το συσσωρευμένο χρέος του κράτους-οφειλέτη φαίνεται μη βιώσιμο[49].

Τόσο οι λύσεις που μπορούν να δοθούν από τα όργανα της ΕΕ αλλά και από τους διακρατικούς μηχανισμούς της (ΕΜΣ) αποτέλεσαν, διαμόρφωσαν στην πράξη μια κανονικότητα που διέπει σε μακροπρόσθεσμη και σε τακτική βάση την αντιμετώπιση της έκτακτης αυτής ανάγκης στην οποία μεταξύ άλλων βρέθηκε το ελληνικό κράτος. Βέβαια με αυτόν τον τρόπο δεν διασφαλίσθηκε και δεν διασφαλίζεται η βιωσιμότητα του ελληνικού χρέους, η οποία από το 2010 και μετά έχει βυθίσει την Ελλάδα σε κρίση τόσον όσον αφορά την απώλεια εισοδήματος των πολιτών της όσο και την ανάπτυξη της χώρας εν γένει.

β. Στην περίπτωση της Ελλάδας συμφωνήθηκε με τους εταίρους της Ευρωζώνης ακόμη μια ρύθμιση, η δημιουργία της Ελληνικής Εταιρείας Συμμε-

49 Βλ. Alexander Thiele, E.C.L. Review 2016, 12 (3), σ. 536.

τοχών και Περιουσίας, το επονομαζόμενο Υπερταμείο. Η εταιρεία αυτή είναι εταιρεία συμμετοχών με αποκλειστικό μέτοχο το Ελληνικό Δημόσιο. Συστάθηκε με τον Νόμο 4389/2016 και έχει διάρκεια 99 έτη με δυνατότητα παράτασης[50]. Σκοπός της είναι η διαχείριση του χαρτοφυλακίου του Ελληνικού δημοσίου, η αξιοποίησή του και η εύρυθμη λειτουργία των νομικών προσώπων που ανήκουν σε αυτό. Στην εταιρεία αυτή ανήκει τόσο το ΤΑΙΠΕΔ όσο και η ΕΤΑΔ (Εταιρεία Ακινήτων Δημοσίου ΑΕ), το Ταμείο Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας και η Εταιρεία Δημοσίων Συμμετοχών ΑΕ[51].

Ενδεικτικά αναφέρονται παρακάτω μια σειρά από αποφάσεις του ΣτΕ που έθεσαν κεντρικούς προβληματισμούς όσον αφορά τα περιουσιακά ακίνητα και τις δημόσιες επιχειρήσεις του Δημοσίου.

Με αφορμή τις αιτήσεις ακύρωσης που άσκησαν κάτοικοι της Κω, αφενός, και ο Δήμος Μυκόνου, αφετέρου, κατά των πράξεων της Διυπουργικής Επιτροπής Αναδιαρθρώσεων και Αποκρατικοποιήσεων με αντικείμενο τη «μεταφορά στην Εταιρεία «Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου» περιουσιακών στοιχείων του Δημοσίου κατά τις διατάξεις του Ν. 3986/2011» και συγκεκριμένα του Τουριστικού Λιμένα Κω και του Τουριστικού Λιμένα Τούρλου Μυκόνου, αντιστοίχως, η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας εξέδωσε δύο αποφάσεις[52], με τις οποίες ερμήνευσε τις σχετικές διατάξεις των Νόμων 3985/2011 και 3986/2011. Το Δικαστήριο υπενθύμισε ότι οι λιμένες αποτελούν κοινόχρηστα πράγματα κατά την έννοια του άρθρου 967 ΑΚ, πλην όμως, κατά πάγια νομολογία, στο πλαίσιο της διαχείρισης των εν λόγω πραγμάτων από τη Διοίκηση είναι δυνατόν, σύμφωνα με τον βασικό, δημοσίου δικαίου, κανόνα του άρθρου 970 του ΑΚ, να παραχωρούνται επ' αυτών ιδιαίτερα δικαιώματα προς φυσικά ή νομικά πρόσωπα, εφόσον με την παραχώρηση των ιδιαιτέρων αυτών δικαιωμάτων, – τα οποία έχουν χαρακτήρα δημοσίου και όχι ιδιωτικού δικαίου και αποσκοπούν, κατά

50 Άρθρο 186 παρ. 1.

51 Άρθρο 188 παρ. 1.

52 Βλ. ΣτΕ (Ολομ) 1129 και 1144/2016.

κύριο λόγο, στην εξυπηρέτηση της εμπορικής, επιβατικής, ναυτιλιακής, τουριστικής και αλιευτικής κίνησης και γενικότερα των λειτουργικών αναγκών του λιμένα, – εξακολουθεί να εξυπηρετείται ή, τουλάχιστον, δεν αναιρείται η κοινή χρήση[53]. Με την εν λόγω παραχώρηση δεν αποκλείεται η επιδίωξη και ταμιευτικού σκοπού, εφ' όσον εξυπηρετούνται οι λειτουργικές ανάγκες του λιμένα και δεν αναιρείται ο κατά τα ανωτέρω προέχων σκοπός[54].

Αντίθετα σε σχέση με την ΕΤΑΔ ΑΕ[55] το ΣτΕ έκανε δεκτή την αίτηση ακύρωσης της ΚΥΑ με την οποία παραχωρούνταν στην ΕΤΑΔ ΑΕ κατά διοίκηση και διαχείριση ακίνητα χαρακτηριζόμενα ως «Τουριστικά Δημόσια Κτήματα» ευρισκόμενα εντός της εδαφικής περιφέρειας του αιτούντος Δήμου. Η ΕΤΑΔ ΑΕ, μετά τις επελθούσες μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης νομοθετικές μεταβολές, δεν μπορεί πλέον να διατηρεί στην κυριότητά της ακίνητα του Δημοσίου ή του ΕΟΤ, τα οποία εμπίπτουν στις ρητώς εξαιρούμενες κατηγορίες, ούτε να διοικεί και να διαχειρίζεται τέτοια, ανεξαρτήτως του χρόνου και του τρόπου περιέλευσης αυτών στην κυριότητα ή στη διοίκηση και διαχείριση της ΕΤΑΔ. Πρόκειται για μεταβιβάσεις μεγάλων εκτάσεων του παραλιακού μετώπου της Αττικής, από το Λαγονήσι μέχρι την Παλαιά Φώκαια, που είχαν κατ'αρχάς μεταβιβαστεί στην Εταιρεία Ακινήτων του Δημοσίου.

Με τις 190/2020 (ΕΥΔΑΠ ΑΕ) και 191/2020 (ΕΥΑΘ ΑΕ) του ΣτΕ κρίθηκε ότι η παροχή υπηρεσιών ύδρευσης και αποχέτευσης στον πληθυσμό της ευρύτερης περιοχής της Αττικής δεν συνιστά δραστηριότητα αναπόσπαστη από τον πυρήνα της κρατικής εξουσίας και δύναται να ανατίθεται σε δημόσια επιχείρηση υπό μορφή ανώνυμης εταιρείας, όπως η ΕΥΔΑΠ ΑΕ, η οποία παρέχει υπηρεσίες κοινής ωφέλειας απολύτως ζωτικής σημασίας. Είναι συνταγ-

53 Βλ. ΣτΕ (Ολομ) 891-895/2008.

54 Βλ. ΣτΕ (Ολομ) 1211/1210.

55 Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 188 παρ.7 του Ν. 4389/2016 η πλήρης κυριότητα, νομή και κατοχή του συνόλου των μετοχών της ΕΤΑΔ μεταβιβάζεται από το Ελληνικό Δημόσιο άνευ ανταλλάγματος στην ΕΕΣΥΠ. Η ΕΤΑΔ εξακολουθεί να διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 2636/1998

ματικώς επιβεβλημένος ο έλεγχος της ΕΥΔΑΠ ΑΕ από το Ελληνικό Δημόσιο, όχι απλώς με την άσκηση εποπτείας επ'αυτής, αλλά και δια του μετοχικού της κεφαλαίου.

Μετά από μια σειρά ατυχείς ενέργειες του νομοθέτη όσον αφορά τη συμμόρφωση προς τις παραπάνω αποφάσεις τελικά εκδόθηκε ο Ν. 5045/2023, ο οποίος στη διάταξη 64 όρισε ότι το σύνολο των μετοχών κυριότητας της Ελληνικής Εταιρείας Συμμετοχών και Περιουσίας (Ε.Ε.ΣΥ.Π. Α.Ε.) στις Εταιρείες Υδρεύσεως και Αποχετεύσεως Πρωτευούσης (Ε.Υ.Δ.Α.Π. Α.Ε.) και Ύδρευσης και Αποχέτευσης Θεσσαλονίκης (Ε.Υ.Α.Θ. Α.Ε.) μεταβιβάζεται στο Ελληνικό Δημόσιο. Μετά τη μεταβίβαση τα δικαιώματα του Ελληνικού Δημοσίου ως μετόχου ασκούνται: α) στην Ε.Υ.Δ.Α.Π. Α.Ε. από κοινού από τους Υπουργούς Οικονομικών και Περιβάλλοντος και Ενέργειας, β) στην Ε.Υ.Α.Θ. Α.Ε. από κοινού από τους Υπουργούς Οικονομικών, Εσωτερικών (Τομέας Μακεδονίας Θράκης) και Περιβάλλοντος και Ενέργειας. Με μέριμνα του Υπουργού Οικονομικών η μεταβίβαση αυτή καταχωρίζεται στο Σύστημα του Κεντρικού Αποθετηρίου Τίτλων του Μέρους Πρώτου του Ν. 4569/2018 (Α΄179) και γίνονται οι απαιτούμενες ενημερώσεις του Κεφαλαίου Γ΄ του Ν. 3556/2007 (Α΄91).

Η δημιουργία της ΕΕΣΥΠ μπορεί να υποστηριχθεί ότι αποτελεί ιδιαίτερη εξασφάλιση των δανειστών μη προβλεπόμενη ούτε στο διεθνές ούτε στο ενωσιακό δίκαιο και αφαιρεί από την Ελλάδα στην ουσία όλον τον κατεχόμενο πλούτο της. Πρόκειται για μια conditionality που αποστερεί τη χώρα από την ίδια τη κυριαρχία της και καθιστά το χρέος επαχθές κατά την έννοια του διεθνούς δικαίου, χρέος που στερεί το δανειζόμενο κράτος να εξασφαλίσει την αξιοπρεπή διαβίωση των πολιτών του.

Προφητικά ο Γιώργος Κασιμάτης θα πει με αφορμή τον όρο παραίτησης της Ελλάδας από όλες τις ασυλίες προστασίας της εθνικής κυριαρχίας, όπως αυτές καταγράφονται στη διάταξη του άρθρου 14 παρ. 5 της Σύμβασης Δανειακής Διευκόλυνσης:

«Πρέπει να υπογραμμίσουμε ότι η στενή εφαρμογή της ρήτρας της εξαί-

ρεσης του αναγκαστικού δικαίου ενδιαφέρει κυρίως τους δανειστές, οι οποίοι δεν αποβλέπουν τόσο στην επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης κατά της Ελλάδας για είσπραξη του δανείου, όσο για τη χειραγώγηση της αξιοποίησης και εκμετάλλευσης του επίγειου, ορυκτού και υποθαλάσσιου πλούτου της (αρχαιοτήτων, περιοχών ιδιαιτέρου φυσικού κάλλους, ορυκτών και υποθαλάσσιων αγαθών, παραμεθόριων περιοχών, αγαθών ζωτικής σημασίας για την εθνική κυριαρχία και τις βασικές ανάγκες του κοινωνικού συνόλου κ.ά)»[56].

γ. Η κανονικότητα του κράτους εξαίρεσης στο πλαίσιο της κρίσης φάνηκε και σε σχέση με τη «μόνιμη» τρόπον τινά συρρίκνωση των κοινωνικών ιδίως δικαιωμάτων. Μια σειρά από αποφάσεις της Ολομέλειας του ΣτΕ το επιβεβαιώνουν. Στην απόφασή της 1891/2019 η Ολομέλεια του ΣτΕ έκρινε μεταξύ άλλων, ότι η άμεση εφαρμογή των νέων, ενιαίων κανόνων υπολογισμού των συντάξεων τόσο στους εξερχόμενους από την αγορά εργασίας μετά την έναρξη ισχύος του Ν. 4387/2016 όσο και στους ήδη συνταξιούχους μέσω του επανυπολογισμού των συντάξεών τους με τις διατάξεις μάλιστα για τους συνταξιούχους των άρθρων 14 και 33 του Ν. 4387/2016 και της σχετικής κοινής υπουργικής αποφάσεως, που ως βάση για τον επανυπολογισμό των κύριων συντάξεων λαμβάνουν το ύψος των συντάξεων όπως αυτές είχαν διαμορφωθεί κατά την 31.12.2014, με τις επελθούσες δηλαδή περικοπές των Ν. 4051/2012 και 4093/2012. Ως αιτιολογία το Δικαστήριο παραθέτει ότι ο νομοθέτης, προκειμένου να επιτύχει, εν μέσω της παρατεινόμενης οικονομικής κρίσης και υπό συνθήκες έντονων δημοσιονομικών πιέσεων, τον στόχο της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος -βραχυπρόθεσμα και μεσοπρόθεσμα- αλλά και να διασφαλίσει την ευχερή παρακολούθηση του στόχου αύξησης της συνταξιοδοτικής δαπάνης το πολύ κατά 2,5% του ΑΕΠ του έτους 2009 μέχρι το έτος 2060, προκρίνει, κατ' εφαρμογή των αρχών της διαγενεακής ισότητας και αλληλεγγύης τον επανυπολογισμό των κύριων συντάξεων των παλαιών συνταξιούχων, ο οποίος βέβαια δεν αποβλέπει μόνον σε έμμεσα δημοσιονομικά οφέλη, μέσω της κατ' ουσίαν διατήρησης

56 Βλ. Γ. Κασιμάτης, Το Απάνθρωπο Καθεστώς Δανεισμού της Ελλάδας, Αθήνα 2015, σελ. 72.

των περικοπών των Ν. 4051/2012 και 4093/2012, οι οποίες κρίθηκαν αντισυνταγματικές με τις 2287 και 2288/2015 αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας. Σύμφωνα με το Δικαστήριο με τις ρυθμίσεις αυτές ο νομοθέτης επιρρίπτει το βάρος του στόχου εξασφάλισης της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος όχι μόνον στους ασφαλισμένους και στους νέους συνταξιούχους, αλλά και στους παλαιούς συνταξιούχους, επιφέροντας με τον τρόπο αυτό - ουσιαστικά - νέες περικοπές στις συγκεκριμένες συντάξεις, αντίστοιχες σε ύψος προς εκείνες που είχαν επέλθει με τους Ν. 4051/2012 και 4093/2012 και είχαν κριθεί, κατά τα ανωτέρω, αντισυνταγματικές, υλοποιώντας παράλληλα τη δέσμευση που η Ελληνική Κυβέρνηση ανέλαβε στο πλαίσιο του Μνημονίου έναντι του ΕΜΣ για υιοθέτηση πολιτικών -και όχι απλώς μέτρων- που αντισταθμίζουν τις δημοσιονομικές επιπτώσεις των ως άνω αποφάσεων. Σημειώνεται πάντως ότι το Δικαστήριο στην προκειμένη περίπτωση μέσα σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα ανατρέπει προηγούμενες αποφάσεις του δημιουργώντας την εντύπωση ότι οι νέες αποφάσεις του Δικαστηρίου ακολουθούν την εκάστοτε πολιτική του κράτους και δεν επικεντρώνονται σε μια καθαρά συνταγματική προσέγγιση των διαφορών.

Η Ολομέλεια του αυτού ως άνω Δικαστηρίου στην 1889/2019 απόφασή του που αναφέρεται στην υποχρεωτική επικουρική ασφάλιση προβαίνει σε μια σειρά από συνταγματικές σταθμίσεις. Έκρινε μεταξύ άλλων ότι η δυνατότητα του νομοθέτη να περικόπτει τις ασφαλιστικές παροχές είτε ευθέως είτε με τη θέσπιση νέου συστήματος κοινωνικής ασφαλίσεως, η εφαρμογή του οποίου να οδηγεί στην απονομή μικρότερων συνταξιοδοτικών παροχών σε σχέση με το προϊσχύον σύστημα, δεν είναι απεριόριστη, αλλά οριοθετείται κατά πρώτον από τις αρχές της κοινωνικής αλληλεγγύης (άρθρο 25 παρ. 4 του Συντάγματος) και της ισότητας στα δημόσια βάρη (άρθρο 4 παρ. 5 του Συντάγματος), οι οποίες επιτάσσουν να κατανέμεται εξ ίσου το βάρος της δημοσιονομικής προσαρμογής μεταξύ όλων των πολιτών, καθώς και από την αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος), σύμφωνα με την οποία το συγκεκριμένο μέτρο πρέπει να είναι πράγματι πρόσφορο και αναγκαίο για την αντιμετώπιση του προβλήματος (πρβλ. ΣτΕ 2192-

2196/2014 Ολομ.). Σε κάθε δε περίπτωση, ο νομοθέτης κατά τη θέσπιση του νέου αυτού συστήματος, το οποίο μπορεί, κατά τα προεκτεθέντα, να οδηγεί και σε περικοπή των ήδη απονεμόμενων συντάξεων αλλά και σε μείωση των μελλοντικών συντάξεων σε σχέση με το προϊσχύον καθεστώς, τελεί κατά το Δικαστήριο υπό τους περιορισμούς που απορρέουν από ειδικές συνταγματικές διατάξεις και τις εγγυήσεις που αυτές καθιερώνουν (βλ. 1-4/2018 αποφάσεις Ειδικού Δικαστηρίου άρθρου 88 παρ. 2 του Συντάγματος) και δεν μπορεί να παραβιάζει αυτό που αποτελεί, κατά τα ανωτέρω, τον συνταγματικό πυρήνα του κοινωνικοασφαλιστικού δικαιώματος, τη χορήγηση, δηλαδή, στον συνταξιούχο παροχών αναλόγων προς τις καταβληθείσες από αυτόν εισφορές και τον συνολικό χρόνο ασφαλίσεώς του και ικανών να του επιτρέπουν να διαβιώνει με αξιοπρέπεια, εξασφαλίζοντας τους όρους όχι μόνο της φυσικής του υποστάσεως (διατροφή, ένδυση, στέγαση, βασικά οικιακά αγαθά, θέρμανση, υγιεινή και ιατρική περίθαλψη όλων των βαθμίδων), αλλά και της συμμετοχής του στην κοινωνική ζωή με τρόπο που δεν αφίσταται, πάντως, ουσιωδώς από τις αντίστοιχες συνθήκες του εργασιακού του βίου[57].

Στην ουσία με τις παραπάνω αποφάσεις του το Δικαστήριο επαναφέρει σε ισχύ το καθεστώς των μνημονίων όσον αφορά τις συνταξιοδοτικές παροχές, είτε παρούσες είτε μέλλουσες επιχειρώντας μάλιστα να κλείσει το άνοιγμα στο οποίο είχε προβεί με τις προγενέστερες αποφάσεις του 2287-2288/2015. Συνεπώς οι παραπάνω περικοπές στις ασφαλιστικές παροχές σε συνδυασμό με την επίκληση της διαγενεακής ισότητας και αλληλεγγύης αποτελούν μια κανονικότητα και όχι εξαίρεση λόγω της επελθούσας κρίσης, λαμβάνοντας μάλιστα υπ'όψη οτι το Δικαστήριο με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας μπορεί να δικαιολογεί σε βάθος χρόνου την περικοπή των απονεμομένων συντάξεων και τη μείωση των μελλοντικών συντάξεων με την επίκληση του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος.

57 Βλ. ΣτΕ Ολομ. 2287-8/2015, πρβλ. απόφαση του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας της 9.2.2010, -1 BvL 1/09-, -1 BvL 3/09-, -1 BvL 4/09-, ιδίως Rn. 135.

5. Η πανδημία

Σε καθεστώς κανονικότητας βαίνουν και οι επελθόντες περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων με το πέρας της πανδημίας. Πώς και γιατί συνέβη και αυμβαίνει αυτό;

Η έννομη τάξη διαταράσσεται από μια εξαιρετική κατάσταση. Η εξαιρετική κατάσταση δεν μπορεί να ενσωματωθεί σε ένα σύστημα με βαθειές ρίζες. Ένα δίκαιο εξαίρεσης φέρνει αναταραχές μαζί του, απωθείται και απορρίπτεται από το αυτοδιαιωνιζόμενο σύστημα. Βέβαια οι καταστάσεις εξαίρεσης μπορεί να οδηγήσουν σε περαιτέρω εξέλιξη της έννομης τάξης. Για να γίνει αυτό ξεκάθαρο στην περίπτωση της πανδημίας: Εδώ μπορούν να παρατηρηθούν διαταραχές της κανονικότητας επειδή οι κυβερνήσεις έρχονται στο προσκήνιο με τρόπο που δεν είναι συνηθισμένος στις καλά δοκιμασμένες ρίζες της συνύπαρξης κοινοβουλίου και κυβέρνησης με κατανομή εξουσίας.

Στο φιλελεύθερο συνταγματικό πλαίσιο η σφαίρα του δικαίου ανάγκης αντιμετωπίζεται εν προκειμένω με την απώθηση της μονιμότητας της εξαίρεσης και με την τήρηση των φιλελεύθερων αρχών. Το θετικό δίκαιο εξελίσσεται μετά την εξαίρεση στην κανονικότητα της ελευθερίας.

Ο νομικός θετικισμός εν προκειμένω συνδέεται με συνταγματικό δίκαιο αρχών, πλην όμως ο φιλελευθερισμός και το δίκαιο εξαίρεσης δεν αλληλοαποκλείονται οπωσδήποτε. Χρησιμοποιούνται παράλληλα ή αθροιστικά στη συζήτηση για την αναγνώριση και αντιστοίχιση με ένα κράτος δικαίου εξαίρεσης. Η πραγματική τους σημασία εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από την φύση της εξαιρετικής κατάστασης.

Ο φιλελεύθερος συνταγματισμός πρέπει να ρωτήσει σε ποιο βαθμό πρέπει να επιβάλει τις βασικές αρχές του, ακόμη και σε μια κατάσταση στην οποία διαφαίνεται σημαντική προσβολή δικαιωμάτων και ένας διοικητικός-τεχνοκρατικός τρόπος επίλυσης των προβλημάτων. Αυτός ο τρόπος επίλυσης προβλημάτων οδηγεί σε μέτρα που έχουν μεγάλες συνέπειες για την ελευθερία. Θα πρέπει να λάβουμε υπόψη ότι οι περιορισμοί αυτοί στην ελευθερία είναι πρωτοφανείς στην Ευρώπη της μεταπολεμικής εποχής. Το Σύνταγμα

υποτίθεται ότι είναι ανθεκτικό και ότι διατηρεί το κανονιστικό του περιεχόμενο χωρίς, ωστόσο, να επιδεικνύει αδικαιολόγητη ακαμψία[58].

Το ερώτημα σταθερότητα και προσαρμοστικότητα, ακαμψία και ευκαμψία συνιστά δίλημμα ή ψευτοδίλημμα για την περίπτωση της πανδημίας;

Στην πραγματικότητα η πραγματική απειλή για το Σύνταγμα εντοπίζεται στη σύγχρονη συζήτηση όχι τόσο στο checks and balances όσο στο να προετοιμάσει το συνταγματικό δίκαιο απέναντι σε ένα μέλλον επιρρεπές στην κρίση. Αξιώνεται από αυτό προσαρμοστικότητα, άνοιγμα, μια απαλή μετάβαση του κράτους στο μέλλον και εξορθολογισμός του κράτους για να απαντήσει σε καιρούς κατάστασης ανάγκης. Η ισχύς του Συντάγματος δεν τίθεται σε αμφισβήτηση, αλλά η επιβολή του στο να θέτει όρια στη χρήση της δημόσιας εξουσίας, πράγμα που το εξαναγκάζει σε προσαρμογή.

Ποιος αποφασίζει ότι υπάρχει κατάσταση ανάγκης και ποιος αποφασίζει για την απάντηση σε αυτή την κατάσταση; Πώς γνωρίζουμε πότε η πραγμάτωση του δημόσιου συμφέροντος υπερέχει και δικαιολογεί την παρέμβαση στις θεμελιώδεις ελευθερίες; Και πώς προχωρά η έννομη τάξη στην περίπτωση που η διακινδύνευση της δημόσιας υγείας είναι αβέβαιη; Η ηθική της δημόσιας υγείας, ένας νέος τομέας της βιοηθικής, παρέχει ένα πλαίσιο για την αξιολόγηση της νομοθεσίας. Ο ηθικός προβληματισμός που έχει αναπτυχθεί, θέτει μια σειρά από προβλήματα, συμπεριλαμβανομένων σε αυτά την επιτήρηση, την έρευνα, την κατανομή σπάνιων πόρων, τον καταμερισμό μεταξύ προσωπικής και δημόσιας ευθύνης για την προαγωγή της υγείας και την πρόληψη των ασθενειών, τη διαλογή ασθενών κατά την περίθαλψη[59], τις ανισότητες στην υγεία, τη μείωση του κινδύνου[60].

Σύμφωνα με τη φιλελεύθερη πολιτική φιλοσοφία, η κυβέρνηση δεν θα

58 Βλ. σχετικούς προβληματισμούς, εις: Martin Nettesheim, ERPL/REDP 34 (1/2022), σελ. 33 επ.

59 Βλ. Ralf Poscher, Die Abwägung von Leben gegen Leben, in: Tatjana Hörnle, Stefan Huster und Ralf Poschner, Triage in der Pandemie, σελ. 41 επ.

60 Βλ. Lawrence O. Costin/Lindsay F. Wiley, Public Health Law, Power, Duty, Restraint, 3. Edition, University of California Press, σελ. 39-40.

πρέπει να περιορίζει την ελευθερία των ενηλίκων χωρίς να υπάρχει μια κυρίαρχη αιτιολόγηση. Ο κίνδυνος βλάβης σε άλλα άτομα ή σε περιουσία είναι η πιο συχνά επιβεβαιωμένη και αποδεκτή αιτιολόγηση για τις ρυθμίσεις της δημόσιας υγείας. Εάν ένα άτομο συμπεριφέρεται με τρόπο που ενέχει κίνδυνο μετάδοσης μιας σοβαρής λοίμωξης, δεν έχει σημασία αν η συμπεριφορά είναι αθώα ή σκόπιμη: το κράτος μπορεί να χρησιμοποιήσει βία για να αποτρέψει την απειλή για την υγεία του κοινού. Κατά συνέπεια, ακόμη και εκείνοι που προσκολλώνται σε μια μινιμαλιστική άποψη των εξουσιών του κράτους υποστηρίζουν τη δυνατότητα περιορισμού της ελευθερίας, καθώς επίσης και τα μέτρα ελέγχου των μολυσματικών ασθενειών (υποχρεωτικοί εμβολιασμοί, φυσική εξέταση, θεραπεία, απομόνωση και καραντίνα) τουλάχιστον όταν υπάρχει υψηλός κίνδυνος για τη δημόσια υγεία. Μία άλλη περίπτωση αιτιολόγησης της ρύθμισης της δημόσιας υγείας είναι η προστασία όσων δεν μπορούν να προστατεύσουν τον εαυτό τους. Έτσι άτομα που δεν είναι σε θέση να κάνουν συνειδητές επιλογές, να σκέπτονται και να ενεργούν σύμφωνα με τις επιθυμίες ή τα σχέδιά τους μπορεί δικαιολογημένα να προστατεύονται από τις δικές τους πράξεις καθώς και από βλάβες άλλων[61].

Είναι γεγονός ότι σε μια τέτοια πανδημία που ζήσαμε το προβάδισμα δίνεται στην εκτελεστική εξουσία. Γίνεται λόγος για προνόμιο της εκτελεστικής εξουσίας. Κάτι τέτοιο είναι ανεκτό από το δίκαιο σε καιρούς πανδημίας και άλλων καταστάσεων ανάγκης. Μόνο μετά γίνεται έκκληση για τη στήριξη των μέτρων με περισσότερη νομοθεσία. Είναι θέμα νομιμοποίησης των ΠΝΠ.

Η αλήθεια είναι ότι χώροι γνήσια ελεύθεροι δεν αφήνονται πλέον ούτε και για τη δικαστική εξουσία, σε τέτοιες καταστάσεις έκτακτης ανάγκης. Με την εμπλοκή του δικαστικού σώματος δεν σημαίνει απαραίτητα ότι μπορεί να αλλάξει η πορεία της (πολιτικής) δράσης. Το έδειξε και το πρόσφατο παρελθόν σε ευρωπαϊκό επίπεδο. Εάν η γενική πολιτική βούληση είναι να καταπολεμήσει αποτελεσματικά την κατάσταση ανάγκης ακόμη και με επιβολή περιορισμών σε ατομικές ελευθερίες, η δικαστική εξουσία δεν θα αντισταθεί στην απόφαση της εκτελεστικής εξουσίας

61 Βλ. Lawrence O. Costin/Lindsay F. Wiley, οπ.παραπάνω, σελ. 43 επ.

να προστατεύσει την ασφάλεια. Ακόμη και ισχυρά συνταγματικά δικαστήρια που έχουν το κύρος να σταματήσουν την πολιτική εξουσία δεν μπόρεσαν να θέσουν όρια στη κυβερνητική πολιτική αντιμετώπισης της κατάστασης ανάγκης[62]. Αλλά και ο νομοθέτης ακολούθησε και νομιμοποίησε τις ενέργειες της Διοίκησης[63]. Εκείνο βέβαια που μπορεί και οφείλει να ελέγξει η δικαστική εξουσία είναι την τεχνοκρατική Διοίκηση που δικαιολογεί τα μέτρα. Χαρακτηριστική είναι η απόφαση 2332/2022 του Γ΄ Τμήματος ΣτΕ, η οποία έκρινε ότι κατά τον χρόνο που δημοσιεύθηκε ο Ν. 4917/2022 (31-3-2022) και εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπουργική απόφαση (14-4-2022) είχε παρέλθει χρονικό διάστημα 8 και πλέον μηνών από τη λήψη του μέτρου του υποχρεωτικού εμβολιασμού των εργαζομένων σε δομές υγείας, δηλαδή διάστημα που λόγω της φύσεως του μέτρου και των συνεπειών του, υπερβαίνει προδήλως το εύλογο, χωρίς, ωστόσο, να έχει διενεργηθεί επαναξιολόγησή του, βάσει επίκαιρων, κατά τον χρόνο εκείνο, επιστημονικών και επιδημιολογικών στοιχείων, για την αξία, την αποτελεσματικότητα και τις συνέπειες των εμβολίων κατά του κορωνοϊού και την πορεία και την εξέλιξη της πανδημίας.

Διαπιστώνεται-διαπιστώθηκε πάντως ότι η δικαστική εξουσία δεν θα αντιδράσει και δεν αντέδρασε όταν η πολιτική έκτακτης ανάγκης στη συνέχεια ανακατασκευάζεται ως πραγμάτωση των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ως υποχρέωση προστασίας του κράτους. Η θεωρία όμως των θεμελιωδών ελευθεριών μπορεί να αντιδράσει και αντιδρά με ευελιξία στις επιταγές της δράσης σε κατάσταση ανάγκης.

Όμως το τίμημα της απώλειας της κανονιστικής ποιότητας είναι μεγάλο. Βέβαια τα ατομικά δικαιώματα εξακολουθούν να είναι για τους δικαστές το αντίβαρο αλλά αυτό γίνεται ad hoc στο πλαίσιο μιας διαδικασίας εξισορρό-

62 Βλ. για αλλοδαπά εθνικά δικαστήρια, Θεοδώρα Δ. Αντωνίου, Περιοριστικά μέτρα για τον Covid-19-Αποφάσεις Ανωτάτων Εθνικών Δικαστηρίων, ΔτΑ 91/2022, σελ 75 επ. Βλ. ενδεικτικά για το ΣτΕ τις αποφάσεις 465-9 της Ολομελείας, οι οποίες απέρριψαν πέντε αιτήσεις ακυρώσεως που στρέφονταν κατά της υποχρέωσης εμβολιασμού υγειονομικών. Βλ. και απόφαση 1147/2022 της Ολομελείας ΣτΕ για την υποχρεωτική χρήση μη ιατρικής μάσκας, τα μέτρα για τον περιορισμό μετακίνησης και συνάθροισης πολιτών.

63 Ν.4950/2022.

πησης, πράγμα που μπορεί να οδηγήσει και σε διαφορετικό αποτέλεσμα. Στη θεωρία γίνεται ακόμη λόγος για δικαστικό οπορτουνισμό και λαϊκισμό. Η φιλελεύθερη συνταγματική θεωρία θα επιμείνει ότι η πολιτική κατάστασης έκτακτης ανάγκης πρέπει να υπόκειται σε αξιώσεις αιτιολόγησης, κυρίως εάν ασκείται μια πολιτική προσανατολισμένη στην ασφάλεια.

Η σωρεία νέων εξουσιών για την ασφάλεια που συγκεντρώνονται στην Εκτελεστική εξουσία, που περιλαμβάνονται στο δίκαιο δημόσιας ασφάλειας, στη ποινική δικονομία και στο ουσιαστικό δίκαιο, κατέστησαν εν προκειμένω στην περίπτωση της πανδημίας δίκαιο ανάγκης. Η νέα πρόκληση για τους περιορισμούς που βιώνουμε σήμερα αποτελούν μέρος ενός νέου δικαίου σε έναν κόσμο που έχει να αντιμετωπίσει πανδημίες.

Το δίκαιο ανάγκης εφαρμόζεται εν γένει με μια διαβάθμιση των κινδύνων. Αλλιώς διαμορφώνεται και εφαρμόσθηκε στην περίπτωση της τρομοκρατίας όπου εκεί η κανονικότητα εξαιρετικής κατάστασης ανάγκης μεταφράζεται στην επίταση των αστυνομικών μέτρων και διαφύλαξης της δημόσιας ασφάλειας, ή και ουσιαστικού ποινικού δικαίου.

Αλλιώς γίνεται αντιληπτό το δίκαιο ανάγκης στην περίπτωση της οικονομικής κρίσης που για την περίπτωση της Ευρωζώνης διαμορφώθηκε μια κανονικότητα μέσα στην οποία η Ελλάδα θα οφείλει να αποπληρώσει το χρέος της.

Αλλιώς τέλος εφαρμόστηκε αυτό το δίκαιο στην περίπτωση της πανδημίας στην οποία το κράτος παρεμβατικά και μόνιμα θα προστατεύει δικαιώματα αντί να απέχει, έτσι όπως γίνεται δεκτό στον φιλελεύθερο συνταγματισμό.

Αλλιώς φαίνεται να διαμορφώνεται το δίκαιο της κλιματικής αλλαγής, το οποίο θεμελιώνεται σαφώς σε μια υπερεθνική έννομη τάξη και συντονισμένη δράση, όπως τουλάχιστον δείχνουν οι πρώτες αποφάσεις ανωτάτων Εθνικών και υπερεθνικών Δικαστηρίων[64].

64 Βλ. αφιέρωμα της Εταιρείας Δικαστικών Μελετών για την Κλιματική Κρίση και Δίκαιο με συμβολές Θεοδώρας Αντωνίου, Μαρίας Γαβουνέλη, Εμμανουέλας Δούση, Αικατερίνης Ηλιάδου, Δημήτριου Κυριαζή, Νικολάου Μηλιώνη, Μιχαήλ Παπαγεωργίου και Ματθίλντης Χατζηπαναγιώτου, Αθήνα 2022, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ.

Η δίκη του Κολοκοτρώνη από την άποψη του Κράτους Δικαίου

Σπυρίδων Βλαχόπουλος

Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Α. Η δίκη του Κολοκοτρώνη. Ένα σύγχρονο μάθημα συνταγματικού δικαίου;

Η ενασχόληση ενός συνταγματολόγου με τη δίκη του Κολοκοτρώνη ενδεχομένως να προκαλεί εντύπωση. Σίγουρα η δίκη αυτή έθεσε σοβαρά ζητήματα ποινικού δικαίου. Πώς είναι όμως δυνατόν μια δίκη που διεξάγεται την περίοδο της Αντιβασιλείας, σε μια εποχή δηλαδή που δεν υπάρχει καν Σύνταγμα, να θέτει και θέματα συνταγματικού δικαίου; Και όμως! Όπως θα διαπιστώσει κανείς από τη συνέχεια της μελέτης, η δίκη του Κολοκοτρώνη θα μπορούσε να αποτελέσει ένα σύγχρονο μάθημα συνταγματικού δικαίου. Οι θεμελιώδεις αρχές κάθε κράτους δικαίου και κάθε ευνομούμενης Πολιτείας, όπως η διάκριση των εξουσιών, ο φυσικός ή νόμιμος δικαστής, το τεκμήριο αθωότητας του κατηγορουμένου και η δημοσιότητα/διαφάνεια κατά την απονομή της δικαιοσύνης, δοκιμάστηκαν και παραβιάσθηκαν στη δίκη του Κολοκοτρώνη.

Μικρή, επομένως, σημασία έχει το γεγονός ότι την εποχή εκείνη δεν υπήρχε Σύνταγμα. Άλλωστε, ορισμένοι από τους παράγοντες της δίκης, ακόμη και ο αρνητικός πρωταγωνιστής, Επίτροπος της Επικρατείας Εδουάρδος Μάσσων, αναφέρονται σε «Θεμελιώδεις Νόμους» που πρέπει να γίνονται σεβαστοί, σαν να υπήρχε Σύνταγμα. Να είναι άραγε η «κληρονομιά» που άφησαν τα Συντάγματα της ελληνικής Επανάστασης; Να είναι η αντίληψη

ότι καμία Πολιτεία δεν μπορεί να λειτουργήσει χωρίς κάποιους υπερκείμενους θεμελιώδεις κανόνες, έστω και εάν αυτοί δεν αποτυπώνονται σε κάποιο γραπτό κείμενο; Ή, μήπως, είναι απλά η προσπάθεια των πρωταγωνιστών της δίκης να προσδώσουν μεγαλύτερο κύρος στην επιχειρηματολογία τους; Ό,τι και από τα ανωτέρω να ισχύει, η δίκη του Κολοκοτρώνη αποτελεί ένα case study συνταγματικού δικαίου και δοκιμασίας του κράτους δικαίου.

Ας πάρουμε όμως τα πράγματα με τη σειρά:[1]

Β. Η αρχή της διάκρισης των εξουσιών και η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης

1. Η αρχή της διάκρισης των εξουσιών και η απορρέουσα από αυτήν ανεξαρτησία της δικαιοσύνης, με τις βαθιές φιλοσοφικές και πολιτειολογικές τους ρίζες, κατοχυρώνονταν ήδη από το πρώτο επαναστατικό Σύνταγμα της Επιδαύρου (1822), στο οποίο (άρθρο πζ') οριζόταν ότι το «Δικαστικόν είναι ανεξάρτητον από τας άλλας δύο δυνάμεις, την Εκτελεστικήν και Βουλευτικήν». Στο ισχύον ελληνικό Σύνταγμα οι ίδιες αρχές κατοχυρώνονται σε μια πλειάδα διατάξεων, με κυριότερες από αυτές τις ρυθμίσεις των άρθρων 26[2] και 87[3] επ. Συντ.

1 Για τη δίκη του Κολοκοτρώνη, βλ., αντί άλλων, Τ. Κανδηλώρο, Η δίκη του Κολοκοτρώνη, εκδ. Δρόμων, 2012 (από όπου έχουν ληφθεί και τα παραθέματα του κειμένου, όπου δεν σημειώνεται άλλη πηγή), Θ. Κολοκοτρώνη, Διήγησις συμβάντων της ελληνικής φυλής από τα 1770 έως τα 1836, Τύποις Χ. Νικολαΐδου Φιλαδελφέως, 1846, σ. 257 επ. (βλ. και την πρόσφατη έκδοση με απόδοση στη νεοελληνική σε επιμέλεια Φ. Βγόντζα / Ε.-Φ. Καλαθά και πρόλογο Σ. Καβαλλιεράκη, εκδ. Εν πλω, 2021, σ. 237 επ.), Σ. Μαρκεζίνη, Πολιτική ιστορία της νεωτέρας Ελλάδος 1828-1964, Τόμος Α' (Η αναγέννησις της Ελλάδος 1828-1862), σ. 134 επ., εκδ. Πάπυρος, 1966, Α. Ξεπαπαδάκο, Η δίκη των στρατηγών Θ. Κολοκοτρώνη και Δ. Πλαπούτα, εκδ. Σκάρπα, 1971, Α. Πολυζωΐδη, Η δίκη των Κολοκοτρώνη – Πλαπούτα, εκδ. Πελεκάνος, 2009, Δ. Φωτιάδη, Κολοκοτρώνης, εκδ. Σ. Ι. Ζαχαρόπουλος, 1987.

2 Άρθρο 26 Συντ: «*1. Η νομοθετική λειτουργία ασκείται από τη Βουλή και τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας. 2. Η εκτελεστική λειτουργία ασκείται από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας και την Κυβέρνηση. 3. Η δικαστική λειτουργία ασκείται από τα δικαστήρια· οι αποφάσεις τους εκτελούνται στο όνομα του Ελληνικού Λαού*».

3 Άρθρο 87 Συντ: «*1. Η δικαιοσύνη απονέμεται από δικαστήρια συγκροτούμενα από τακτικούς δικα-*

2. Ωστόσο, οι αρχές της διάκρισης των εξουσιών και της ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης παραβιάσθηκαν πολλαπλώς και με πρόδηλο τρόπο στη δίκη του Κολοκοτρώνη. Είναι γνωστές οι συνεχείς παρεμβάσεις στη δίκη από τον γραμματέα (υπουργό) Δικαιοσύνης, Κωνσταντίνο Σχοινά, με αποκορύφωμα την προσπάθεια εξαναγκασμού των δικαστών, Αναστάσιου Πολυζωΐδη και Γεωργίου Τερτσέτη να υπογράψουν δια της βίας την καταδικαστική απόφαση[4] για τους Θεόδωρο Κολοκοτρώνη και Δημήτριο Πλαπούτα.[5] Είναι τέτοια η έκταση των παρεμβάσεων του Σχοινά, ώστε ο Ν. Ι. Σαρίπολος τον παρομοιάζει με τον Βρετανό George Jeffrey, έναν από τους πιο ανάλγητους και στρατευμένους υπέρ της εξουσίας δικαστές στην ιστορία της ανθρωπότητας: «Δύο δικασταί διακινδύνευσαν την ζωήν των, ουδόλως εκδόντες εις τα ασεβή επιτάγματα του τότε βεβήλου Υπουργού της Δικαιοσύνης. Το όνομά του 'Κ. Σχινάς' ανέγραψεν ήδη η ιστορία παρά τω μυσαρώ του Ζέφφρεϋ, μεγάλου δικαστού επί Ιακώβου Β', επί τη μνήμη των ανοσιουργημάτων του οποίου πά-

στές, που απολαμβάνουν λειτουργική και προσωπική ανεξαρτησία. 2. Οι δικαστές κατά την άσκηση των καθηκόντων τους υπόκεινται μόνο στο Σύνταγμα και στους νόμους και σε καμία περίπτωση δεν υποχρεούνται να συμμορφώνονται με διατάξεις που έχουν τεθεί κατά κατάλυση του Συντάγματος.… ».

4 Η καταδικαστική απόφαση επέβαλε την ποινή του θανάτου, η οποία μετατράπηκε από τον Όθωνα σε εικοσαετή κάθειρξη. Με την ενηλικίωσή του, ο Όθων αποφυλάκισε τον Κολοκοτρώνη και τον διόρισε μέλος του Συμβουλίου της Επικρατείας. Βλ. και Σ. Μαρκεζίνη, Πολιτική ιστορία της νεωτέρας Ελλάδος 1828-1964, Τόμος Α' (Η αναγέννησις της Ελλάδος 1828-1862), σ. 134 επ., εκδ. Πάπυρος, 1966, σελ. 134: «Ανεκδοτολογείται ότι, όταν επληροφόρησαν τον Κολοκοτρώνην, ότι η ποινή του περιωρίσθη εις 20 έτη, ούτος είπε: 'Θα γελάσω τον Βασιλέα, δεν θα ζήσω τόσον'».

5 Βλ. Α. Πολυζωΐδη, Η δίκη των Κολοκοτρώνη – Πλαπούτα, εκδ. Πελεκάνος, 2009, σ. 389-390: «Ο δ' Υπουργός εισελθών με τους συν αυτώ, αθεμίτως εις τον ιερόν τόπον της Θέμιδος, ζητεί ν' αναγκάση τους αρνηθέντας δύο Δικαστάς την υπογραφήν των, να υπογράψωσι την απόφασιν των τριών · αλλ' ούτοι εμμένουν εις την πράξιν των της αναβολής σταθεροί, και δεν ηθέλησαν δια κανένα λόγον να υπογράψωσι της πλειοψηφίας την καταδικαστικήν … Μετά δ' ημισείαν ώραν εξέρχεται ο Υπουργός, δια να λάβη φαίνεται οδηγίας και παρά της αρχής, και επιστρέφει πάλιν μετά του Επιτρόπου, δια να εκτελέση αυτάς. Εν τούτω καλούνται οι δύο αρνηθέντες την εαυτών υπογραφήν να λάβουν καν τας έδρας των, δια να φαίνεται πλήρες το Δικαστήριον ενώπιον του κοινού, όταν μέλλη η απόφασις ν' αναγνωσθή · αλλά και μη θέλοντες να υπακούσουν, παραβιάζονται δια των χειρών της χωροφυλακής, και ο μεν έλεγε, να σεβασθώσι την ελευθερίαν του την ατομικήν, ο δε φιλοσοφών, Κύρ. Τερτζέτης, ότι το μεν σώμα δύνανται να κάμουν όπως θέλουν, αλλά τον στοχασμόν του, την συνείδησίν του να παραβιάσουν δεν εμπορούν. Παρασυρόμενοι δ' ούτω δια της βίας, εκάθισαν εις τας έδρας αυτών · και η είσοδος του Δικαστηρίου αφέθη ελευθέρα εις το κοινόν».

ντες ανεξαιρέτως οι Άγγλοι εκ της παιδικής των ηλικίας αισθάνονται φρίκην. Ο Σχοινάς ούτος εισέβαλεν εις το δικαστήριον εν υπουργική στολή και ταις λόγχαις των στρατιωτών δορυφορούμενος, εξεβίασε τους δικαστάς, όπως καταδικαστικήν εκφέρουσι ψήφον κατά δύο, των επισημοτάτων και γενναιοτάτων του ιερού αγώνος στρατηγών». Και να σκεφθεί κανείς ότι ο Σχοινάς δεν ήταν ένας τυχαίος νομικός και υπήρξε μάλιστα και μαθητής του σπουδαίου von Savigny, επιβεβαιώνοντας για μια ακόμη φορά ότι οι καλές σπουδές δεν είναι από μόνες τους αρκετές για την ορθή και ευσυνείδητη άσκηση ενός δημόσιου λειτουργήματος.

3. Υπάρχουν όμως και άλλες, λιγότερο γνωστές, πτυχές της αρχής της διάκρισης των εξουσιών, οι οποίες παραβιάσθηκαν συστηματικά στη δίκη του Κολοκοτρώνη. Όταν ο Επίτροπος της Επικρατείας Μάσσων δηλώνει ότι δεν θα δευτερολογήσει και επομένως, κατ' αυτόν, δεν θα πρέπει να δευτερολογήσουν ούτε και οι συνήγοροι υπεράσπισης των κατηγορουμένων, στη θέση του αυτή εναντιώνονται οι συνήγοροι υπεράσπισης.[6] Ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου, Αναστάσιος Πολυζωΐδης, τονίζει ότι το ζήτημα της δευτερολογίας των συνηγόρων υπεράσπισης ανήκει στην εξουσία του Προέδρου του δικαστηρίου να διευθύνει τη διαδικασία, σε αντίθεση με τον Επίτροπο που θεωρεί ότι η διχογνωμία πρέπει να λυθεί με συλλογική απόφαση του δικαστηρίου (την πλειοψηφία του οποίου ελέγχει).[7] Η διαφωνία «λύνεται» με δι-

6 Βλ. Α. Πολυζωΐδη, Η δίκη των Κολοκοτρώνη – Πλαπούτα, εκδ. Πελεκάνος, 2009, σ. 379-380: «Ο Επίτροπος · εάν δεν απαντήσω εγώ, κανείς άλλος δεν έχει το δίκαιον της απαντήσεως, ούτε κανείς δύναται να μ' υποχρεώση, αν η κατηγορία είναι ελλειπής κατά τον πρόεδρον, επαφίεται από τους συνηγόρους πάντοτε εις τα φώτα των δικαστών · ότι αν εις κανένα φαίνεται καλητέρα η απάντησις των εγκαλουμένων, κανείς δεν χαίρει το δίκαιον να μ' υποχρεώση εις απάντησιν … Ο Βαλσαμάκης [συνήγορος του Κολοκοτρώνη] · ο Επίτροπος είναι κύριος να παραιτηθή, ούτε το δικαστήριον, ούτε ημείς ημπορούμεν να τον υποχρεώσωμεν, αλλ' ημείς δεν παραιτούμεθα … ποίος ήξευρε ότι ο Επίτροπος θα σκάψη υπόνομον να φεύγη δια να είμαι και εγώ έτοιμος να τον κυνηγήσω; Με κανένα τρόπον δεν παραιτούμαι της ανταπαντήσεως».

7 Βλ. Α. Πολυζωΐδη, Η δίκη των Κολοκοτρώνη – Πλαπούτα, εκδ. Πελεκάνος, 2009, σ. 382: « Ο Επίτροπος · ύστερον από τας παρατηρήσεις τας οποίας καθυποβάλλαμεν παρακαλούμεν να σκεφθή το δικαστήριον και ν' αποφασίση. Ο Πρόεδρος · επαναλαμβάνει ότι πρόκειται περί τάξεως και όταν περί τάξεως πρόκειται πράξις δεν γίνεται. Ο Επίτροπος · δεν πρόκειται περί της Αστυνομικής τάξεως – επρόβαλα ζήτημα και επ' αυτού ζητώ πράξιν. Ο Πρόεδρος · το Δικαστήριον δεν θέλει

άταγμα της Αντιβασιλείας, το οποίο παρουσιάζει στο δικαστήριο ο Μάσσων και το οποίο αφαιρεί από τον Πρόεδρο Πολυζωΐδη το δικαίωμα διεύθυνσης της διαδικασίας:

«Επίτροπος (εν οργή). Όταν ο Επίτροπος παραιτείται του δικαιώματός του ν' απαντήση, τότε δεν χαίρουν αυτού ούτε οι εγκαλούμενοι, ως εξαρτώμενοι από το δικαίωμα του Επιτρόπου.

Πρόεδρος. Εις ζητήματα τάξεως της διεξαγωγής των συνεδριάσεων δεν δύνασθε να έχετε γνώμην. Ως Πρόεδρος προσκαλώ τον κ. Βαλσαμάκην [συνήγορο του Κολοκοτρώνη] να αγορεύση.

Συνέβη τότε το εξής πρωτάκουστον σκάνδαλον. Ο Μάσσων εξάγει εκ του κόλπου του έγγραφον και αφού το ξεδιπλώνει μετά μειδιάματος υψίστης αυταρεσκείας, το παραδίδει μεγαλοπρεπώς εις τον Πολυζωίδην. Ο Πρόεδρος ρίψας εν βλέμμα επί του εγγράφου και ετέρου συνημμένου αυτώ, συνωφρυώθη και έκυψε την κεφαλήν.

Επίτροπος. Παρακαλώ τον κ. Πρόεδρον να διατάξη τον γραμματέα να αναγνώση την προς τον δικαστήριον διαταγήν του Υπουργού της Δικαιοσύνης και της σεβαστής Αντιβασιλείας.

Ο Πρόεδρος κατανεύει και ο γραμματεύς Ζώτος αναγινώσκει: …..

Αριθ. 13672.

ΟΘΩΝ ΕΛΕΩ ΘΕΟΥ ΒΑΣΙΛΕΥΣ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ

Απεφασίσαμεν και διατάττομεν τα εξής: …

Το εν Ναυπλίω δικαστήριον είναι κατά Νόμους υπόχρεον ν' αποφασίση περί των προτάσεων τούτων του Ημετέρου Επιτρόπου και την απόφασιν ταύτην να κάμη κατά νομίμους τύπους, συνδιασκεψάμενον εν Συλλόγω. Αι παρατηρήσεις του Προέδρου δεν δύνανται ν' αναγνωρισθούν ως απόφασις του Δικαστηρίου. Η δε άρνησίς του να απαγγείλη το Δικαστήριον την απόφασίν του κατά τας νομίμους διατυπώσεις, περί των προτάσεων του Επιτρόπου της Επικρατείας, ήθελεν

κάμει απόφασιν …».

αποτελέσει το εν τω άρθρω 480 του Ποινικού Νόμου διαλαμβανόμενον πλημμέλημα της αρνήσεως υπηρεσίας … Εν περιπτώσει αρνήσεως τα μέλη του Δικαστηρίου θέλουν καταδιωχθή δικαστικώς, κατά τας διατάξεις του Νόμου …

Εν ονόματι του Βασιλέως

Η Αντιβασιλεία

ΑΡΜΑΝΣΠΕΡΓ, ΜΑΟΥΡΕΡ, ΕΪΔΕΚ».

Πρόκειται ίσως για την πιο ωμή και απροκάλυπτη επέμβαση της εκτελεστικής εξουσίας στην απονομή της δικαιοσύνης στην ιστορία της νεώτερης Ελλάδας. Σε τέτοιο, μάλιστα, βαθμό, ώστε η εφημερίδα «Εποχή» σχολιάζει σχετικώς: «Η εξουσία αισθανθείσα ότι τα θύματα τα οποία τόσον οργίλως κατεδίωκε έμελλον να διαφύγουν, έρριψε τέλος πάντων το προσωπείον. Εκσφενδόνισε εν τω μέσω των συζητήσεων διάταγμα και ηκύρωσε πράξιν του δικαστηρίου αντικαταστήσαν την θέλησίν του. που ηκούσθη ποτέ η εκτελεστική δύναμις ν' ακυρώνη δικαστικάς πράξεις; Και εις αυτήν την Τουρκίαν ο Σουλτάνος δύναται το πολύ ν' αρνηθή την εκτέλεσιν μιας αποφάσεως. Αλλά δεν έχει την άδειαν ν' ακυρώση απόφασιν ή πράξιν δικαστηρίου …».

Και όλα αυτά σαν να τα είχε προβλέψει ο Πρόεδρος Πολυζωΐδης, όταν στον λόγο του κατά την έναρξη των συνεδριάσεων του Δικαστηρίου ανέφερε: «Της ενεργείας της δικαστικής εξουσίας οι όροι επεριλαμβάνονται εις αυτούς τούτους τους Νόμους. Αυτοί και μόνοι αποτελούσι την στάθμην της διαγωγής της, ουδέ συγχωρείται ποσώς εις τον Ηγεμόνα ή εις τινά των Υπουργών ή εις άλλην οποιανδήποτε των δημοσίων αρχών να φέρη το ελάχιστον εμπόδιον, την ελαχίστην παρενόχλησιν εις την εντός των ορίων της νομοθεσίας κινουμένην ενέργειάν της».

4. Η αρχή της διάκρισης των εξουσιών δεν περιορίζεται όμως μόνον στον κλασικό διαχωρισμό μεταξύ νομοθετικής, εκτελεστικής και δικαστικής εξουσίας. Και εντός της κάθε μιας από αυτές, θα πρέπει να υπάρχουν περαιτέρω διαχωρισμοί και κατανομές αρμοδιοτήτων. Έτσι επιτυγχάνεται αυτό που στη σύγχρονη συνταγματική αντίληψη περιγράφεται με τον όρο «θεσμικά αντίβαρα» («check and balances»).

Ειδικά δε όσον αφορά την ποινική δίκη, μια από τις θεμελιώδεις αρχές της είναι αυτή της διάκρισης μεταξύ εισαγγελικής και ανακριτικής αρχής. Ωστόσο, κατά τον Οργανισμό των εκτάκτων εγκληματικών δικαστηρίων που ίσχυε το 1833, η ποινική κατηγορία δεν διαχωριζόταν από την εξέταση (ανάκριση). Κατά συνέπεια, ο Εισαγγελέας ήταν ταυτόχρονα και Ανακριτής, οι δύο δε αυτές ιδιότητες συγκεντρώνονταν στο πρόσωπο του Επιτρόπου της Επικρατείας.

Γ. Η αρχή του φυσικού ή νόμιμου δικαστή

1. Μια άλλη θεμελιώδης πολιτειακή αρχή που παραβιάσθηκε στη δίκη του Κολοκοτρώνη είναι η αρχή του φυσικού ή νόμιμου δικαστή, το να δικάζεται δηλαδή κάποιος από τον αμερόληπτο δικαστή που του έχει ορίσει ο νόμος με γενικά και απρόσωπα κριτήρια πριν από την έναρξη της εκκρεμοδικίας. Η αρχή αυτή που αποτυπώνεται και στο άρθρο 8 του ισχύοντος ελληνικού Συντάγματος[8] και αποκλείει τα ad hoc δικαστήρια, κατοχυρωνόταν ήδη στα Συντάγματα της Ελληνικής Επανάστασης. Έτσι, το άρθρο 22 του Συντάγματος της Τροιζήνας (1827) όριζε: «Κανείς δεν δύναται ν' αποφύγη το ανήκον δικαστήριον, ουδέ να εμποδισθή από το να καταφύγη εις αυτό».

2. Το Εγκληματικό Δικαστήριο του Ναυπλίου που επρόκειτο να δικάσει τους Κολοκοτρώνη και Πλαπούτα, αποτελείτο από τους Α. Πολυζωϊδη (Πρόεδρο), Γ. Τερτσέτη, Α. Πάικο, Α. Λουκόπουλο και Δ. Σούτσο. Η Αντιβασιλεία εμπιστευόταν μόνον τους Α. Πολυζωΐδη (!), Γ. Τερτσέτη (!) και Δ. Σούτσο, ενώ έβλεπε με δυσπιστία τους Α. Λουκόπουλο και Α. Πάικο που θεωρούσε ότι ανήκαν στο Καποδιστριακό κόμμα. Γι' αυτό «φρόντισε» να προαγάγει τον Α. Πάικο σε Πρόεδρο του Δικαστηρίου στο Μεσολόγγι και να μεταθέσει τον Α. Λουκόπουλο στη Χαλκίδα.[9] Όπως όμως αποδείχθηκε εκ των υστέρων

8 Άρθρο 8 Συντ: «Κανένας δεν στερείται χωρίς τη θέλησή του το δικαστή που του έχει ορίσει ο νόμος. Δικαστικές επιτροπές και έκτακτα δικαστήρια, με οποιοδήποτε όνομα, δεν επιτρέπεται να συσταθούν».

9 Βλ. Α. Πολυζωΐδη, Η δίκη των Κολοκοτρώνη – Πλαπούτα, εκδ. Πελεκάνος, 2009, σ. 35: «

είχε κάνει λάθος στις προβλέψεις της, όσον αφορά τους Α. Πολυζωΐδη και Γ. Τερτσέτη που αρνήθηκαν να υπογράψουν την προειλημμένη καταδικαστική απόφαση.

3. Πάντως, σε σχέση με την αρχή του φυσικού ή νόμιμου δικαστή, σημειώθηκε μια πρόοδος γιατί οι Κολοκοτρώνης και Πλαπούτας δικάστηκαν από τακτικούς και όχι στρατιωτικούς δικαστές. Η Αντιβασιλεία είχε βέβαια προτείνει, αρχές του 1834, στο Υπουργικό Συμβούλιο να συσταθεί στρατιωτικό δικαστήριο για τη δίκη αυτή,[10] με το σκεπτικό ότι ένα τέτοιο δικα-

… συστημένου ήδη ούτω του δικαστηρίου αυτού, η Αντιβασιλεία αφού εσυλλήφθησαν οι εγκαλούμενοι οπλαρχηγοί, μεταθέτει εις την παραμονήν της δίκης, χωρίς ουδένα να έχη λόγον, δύο εκ των μελών αυτού, ως μη όντα με τους κατηγορημένους πολιτικά εχθρά · ενώ κατά την λοιπήν διαγωγήν όχι μόνον ήσαν άμεμπτα και τιμιότητος πολλά γνωστής, αλλά των δύο μάλιστα ο εις, ο κύριος Πάικος, δια τας νομικάς του γνώσεις, εχρημάτισεν ακολούθως επί του Βασιλέως τόσα έτη κατά συνέχειαν επί της Δικαιοσύνης της Επικρατείας Γραμματεύς, ο δ' έτερος ο κύριος Λουκόπουλος, δια το ευσυνείδητόν του, μέλος των εν Ναυπλίω Εφετών, αν και μη το επάγγελμα νομικός · αντικαθιστά δ' αυτά τα μέλη από ανθρώπους ομολογουμένως εχθρικώς έχοντας, με τους μέλλοντας να δικασθώσιν υπ' αυτών στρατηγούς · χωρίς να έχουν ουδέ γνώσεις νομικάς, ουδέ την απαιτουμένην βαρύτητα, δια να μην είπωμεν άλλο τι, την οποία απήτει, έτι μάλλον εις τοιαύτην περίστασιν ειδικήν, η ιερότης του δικαστού». Βλ. επίσης Τ. Κανδηλώρο, Η δίκη του Κολοκοτρώνη, εκδ. Δρόμων, 2012, σ. 149: «Το πραξικόπημα τούτο εκρίθη και τότε και κατόπιν δυσμενέστατα υπό της κοινής γνώμης. Η 'Εποχή' (φύλ. 23) έγραφε: 'Την παραμονήν σχεδόν της εις δίκην εισαγωγής των κατηγορουμένων δύο δικασταί απεπέμφθησαν. Ήσαν δε οι μόνοι εκ των πέντε, οίτινες, καίτοι μη έχοντες σχέσεις μετά των Κολοκοτρώνη και Πλαπούτα, συνεμερίζοντο τα πολιτικά των φρονήματα'. Και η 'Αθηνά' κατόπιν, εν κυρίω άρθρω (22 Αυγούστου) έγραφε: 'Μόλις επλησίαζε ν' ανοίξη η δίκη, δύο εκ των 5 δικαστών, οι μόνοι έχοντες τα αυτά πολιτικά φρονήματα με τους εγκαλουμένους, απεπέμφθησαν από το δικαστήριον, ο μεν εις Μεσολόγγιον, ο δε εις το εν Χαλκίδι, ίνα αναπληρωθώσι δια δικαστών εναντίων φρονημάτων'. Και ο κόμης Λούζης έγραφεν εις την Πρωσσικήν Κυβέρνησιν: 'Είχε ληφθή πρόνοια προς καθαρισμόν του δικαστηρίου και σύνθεσιν αυτού πρόσφορον εις τας επιθυμίας της πλειοψηφίας της Αντιβασιλείας. Άνευ άλλου τινός λόγου μετετέθησαν εις τας επαρχίας δύο δικασταί μη παρέχοντες αγαθάς προσδοκίας και διωρίσθησαν δύο εχθροί του Κολοκοτρώνη'».

10 Η πρόταση αυτή στηριζόταν στον νόμο «περί εκτάκτου στρατιωτικής δίκης» (ΦΕΚ 28/7-9-1833), στο άρθρο 1 του οποίου οριζόταν ότι η «έκτακτος στρατιωτική δίκη δύναται να ενεργηθή εις τα εφεξής εγκλήματα: 1. Εις αποστασίαν, όταν δια την έκτασιν και πεισμονήν της αποκατέστησεν αναγκαία έκτακτα μέτρα προς αποκατάστασιν της ησυχίας, και ασφαλείας· ως αποστασία θεωρείται: όταν διάφορα άτομα συσσωματωθώσι δημοσίως δια να αντισταθώσιν ενωμένοι εις μίαν Αρχήν, ή εις μιαν διάταξιν οποιουδήποτε είδους, ή δια να κατορθώσουν δια της βίας την από μέρους μιας Αρχής ακύρωσιν μιας διατάξεως, δια να εμποδίσουν την σύλληψιν, ήτις διετάχθη από μιαν Αρχήν, ή δια να ελευθερώσουν ένα φυλακισμένον από την εξουσίαν της Αρχής, ή δια να εκδικηθώσι μιαν

στήριο θα ήταν περισσότερο επιρρεπές στην καταδίκη των κατηγορουμένων και στην επιβολή της θανατικής ποινής. Αντέδρασε όμως ο Πρωθυπουργός, Αλέξανδρος Μαυροκορδάτος, «ειπών ότι τα στρατιωτικά δικαστήρια μετά την άφιξιν του Βασιλέως κατηργήθησαν, οι δε φυλακισμένοι, μη όντες πλέον στρατιωτικοί αλλά πολίται απλοί, δέον να δικασθώσιν από τους φυσικούς δικαστάς των, διότι άλλως ο έξω κόσμος της Ευρώπης θα καταδικάση αιωνίως την αδικίαν ταύτην». Τελικά, ο Α. Μαυροκορδάτος φαίνεται ότι πλήρωσε τη στάση του αυτή,[11] αφού διορίσθηκε Πρέσβης στο Μόναχο και στο Βερολίνο προκειμένου να απομακρυνθεί από την Ελλάδα.

Δ. Το τεκμήριο αθωότητας

1. Και αν στην σύγχρονη Γ΄Ελληνική Δημοκρατία υπό το καθεστώς του Συντάγματος του 1975 δεν φαίνεται να υπάρχουν σοβαρά προβλήματα όσον αφορά την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και την αρχή του φυσικού ή νόμιμου δικαστή, δεν φαίνεται να ισχύει το ίδιο και για μια άλλη θεμελιώδη δικαιοκρατική αρχή, το τεκμήριο αθωότητας του κατηγορουμένου, που προστατεύεται στο άρθρο 6 παρ. 2 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ).[12]

Αρχήν δια δημοσίαν της πράξιν αδιαφόρως αν η παραβίασις επεχειρίσθη εναντίον του ατόμου της Αρχής, ή εναντίον των υπηρετών αυτής, ή εναντίον της αποσταλείσης στρατιωτικής δυνάμεως. 2. Όταν εις μέρη τινά εξαπλωθούν υπέρ το σύνηθες φόνοι, ληστείαι, πειρατείαι, ή εμπρησμοί, προ πάντων δε αν ολόκληροι σπείραι συσσωματωθώσι δια τοιαύτα εγκλήματα, και αν τα συνήθη μέτρα προς αποκατάστασιν της κοινής ησυχίας αποβούν μάταια».

11 Ο Α. Μαυροκορδάτος αντέδρασε και μετά την καταδίκη των Θ. Κολοκοτρώνη και Δ. Πλαπούτα, αναφέροντας τα ακόλουθα στο Υπουργικό Συμβούλιο: «Κύριοι, αποδοκιμάζω και διαμαρτύρομαι δια την ανοίκειον κατ' εμέ επέμβασιν του επί της Δικαιοσύνης Υπουργού εις τας πράξεις του Δικαστηρίου ήτις εξέθεσεν όχι μόνον τον ίδιον εις τα όμματα των ξένων και του λαού, αλλά και ολόκληρον την Κυβέρνησιν. Ζητώ δε να αποδοκιμασθή και επισήμως η ενέργεια αυτή, ίνα δειχθή ότι η Κυβέρνησις δεν είχε καν γνώσιν μέτρου όπερ αναιρεί την ανεξαρτησίαν της Δικαστικής Εξουσίας ην έχουν εξασφαλίσει και καθιερώσει αι νομοθεσίαι παντός Κράτους αξιούντος ότι έχει και ψυχία πολιτισμού» (όπως παρατίθεται στον Α. Ξεπαπαδάκο, Η δίκη των στρατηγών Θ. Κολοκοτρώνη και Δ. Πλαπούτα, εκδ. Σκάρπα, 1971, σ. 351-352).

12 Άρθρο 6 παρ. 2 ΕΣΔΑ: «Παν πρόσωπον κατηγορούμενον επί αδικήματι τεκμαίρεται ότι είναι αθώον μέχρι της νομίμου αποδείξεως της ενοχής του».

Σήμερα, σε πολλές περιπτώσεις ο κατηγορούμενος θεωρείται εκ προοιμίου ένοχος (όχι τόσο από τις κρατικές αρχές, όσο από τα Μέσα Μαζικής Ενημέρωσης), με το υπεραπλουστευτικό και ισοπεδωτικό επιχείρημα ότι «όπου υπάρχει καπνός, υπάρχει και φωτιά». Και όμως, το τεκμήριο αθωότητας κατοχυρωνόταν ήδη από το Σύνταγμα της Τροιζήνας (1827), το άρθρο 15 του οποίου όριζε: «Έκαστος προ της καταδίκης του δεν λογίζεται ένοχος». Πόσο όμορφα και λιτά αποτυπωνόταν το τεκμήριο αθωότητας από τους επαναστατημένους Έλληνες!

2. Το τεκμήριο αθωότητας αναπτύσσεται στη δίκη του Κολοκοτρώνη από τον Γ. Τερτσέτη: «Εις τα εγκλήματα εις ά δεν υπάρχει ή δεν δύναται να υπάρξη το σώμα του εγκλήματος, είναι ανάγκη διπλής αποδείξεως, ήτοι του εγκλήματος και του αυτουργού του, δια να προβή ο δικαστής εις καταδικαστικήν απόφασιν και προ πάντων απαιτείται τούτο, αν η απόφασις μέλλη να είναι κεφαλική… Ο δικαστής εις την αμφιβολίαν έχει καθήκον ιερόν να κλίνη υπέρ της αθωότητος. Όσον βαρύτερον το έγκλημα, όσον τρομεροί και αθεράπευτοι αι συνέπειαι της αποφάσεως, τόσο το νομικόν κριτήριον και η συνείδησις του δικαστού πρέπει να πεισθώσι περί της βεβαιότητος της εγκληματικής πράξεως». Ο δε Α. Πολυζωΐδης τονίζει στη συνεδρίαση του δικαστηρίου της 22ης Μαΐου 1834 ότι «κανείς δεν πρέπει να προλαμβάνη την δικαιοσύνην».[13]

Το εντυπωσιακό πάντως είναι ότι το τεκμήριο της αθωότητας το επικαλείται και ο Μάσσων, αναφέροντας όχι μόνο τον Ιερεμία Μπένθαμ, αλλά και τους «Θεμελιώδεις Νόμους της Ελλάδος» που τους σεβάσθηκαν όλοι! Ο Μάσσων φαίνεται να εννοεί την κατοχύρωση του τεκμηρίου αθωότητας στο Σύνταγμα της Τροιζήνας, το οποίο, παρότι μη ισχύον δίκαιο, το θεωρεί δεσμευτικό! Πρόκειται για ένα είδος «μετενέργειας» των επαναστατικών Συνταγμάτων, τα οποία συνέχιζαν, έστω και ατύπως, να επηρεάζουν τη νομική θεωρία και πράξη του νεώτερου ελληνικού Κράτους:[14] «Οι θεμελιώδεις

13 Βλ. Α. Πολυζωΐδη, Η δίκη των Κολοκοτρώνη – Πλαπούτα, εκδ. Πελεκάνος, 2009, σ. 327.

14 Για τα Συντάγματα της ελληνικής Επανάστασης, βλ. Σ. Βλαχόπουλο, Τα Συντάγματα της Επανά-

Νόμοι της Ελλάδος, τους οποίους εσεβάσθησαν όλοι, λέγουν: 'Πας Έλλην θεωρείται αθώος ενόσω δεν καταδικάζεται' … Είναι παλαιωμένον σόφισμα, καθώς το λέγει ο Βένθαμ, το να αθωώνωνται εκατόν ένοχοι, παρά να καταδικάζεται ένας αθώος».

Ε. Οι εγγυήσεις της προσωπικής ασφάλειας

1. Το ισχύον ελληνικό Σύνταγμα, στο άρθρο 6 παρ. 1, ορίζει ότι κανένας δεν συλλαμβάνεται –με την εξαίρεση των αυτόφωρων εγκλημάτων- ούτε προφυλακίζεται χωρίς αιτιολογημένο δικαστικό ένταλμα, το οποίο πρέπει να επιδίδεται τη στιγμή της σύλληψης ή προφυλάκισης.[15] Αντίστοιχες πρόνοιες περιείχαν και τα Συντάγματα της Ελληνικής Επανάστασης. Έτσι, το Σύνταγμα του Άστρους (1823) όριζε: «πβ'. Κανείς να μη μένη εις φυλακήν περισσότερον από εικοσιτέσσαρας ώρας, χωρίς να πληροφορηθή επισήμως τας αιτίας της φυλακώσεώς του, και περισσότερον από τρεις ημέρας, χωρίς ν' αρχίση η διαδικασία του. πγ'. Μετά την σύστασιν των κατά τόπους δικαστηρίων κανείς να μη φυλακώνεται επί λόγω εγκλήματος άνευ της εγγράφου διαταγής του ανήκοντος δικαστηρίου · εκτός εάν συλληφθή επ' αυτοφώρω». Ανεξαρτήτως όμως της ρητής τους κατοχύρωσης, οι πρόνοιες αυτές αποτελούν θεμελιώδεις δικαιοκρατικές εγγυήσεις της προσωπικής ασφάλειας του ατόμου έναντι των οργάνων της κρατικής εξουσίας.

2. Οι ως άνω αρχές παραβιάσθηκαν κατάφωρα στη δίκη του Κολοκοτρώνη και του Πλαπούτα, αφού συνελήφθησαν χωρίς να γνωρίζουν τα αδικήματα για τα οποία κατηγορούνταν. Ενώ δε κατά τον τότε ισχύοντα νόμο η αιτία της σύλληψης έπρεπε να γνωστοποιηθεί στον συλληφθέντα εντός είκοσι τεσσάρων ωρών, το κατηγορητήριο στην περίπτωση του Κολοκοτρώνη

στασης, σε: Θ. Βερέμη – Α. Κλάψη (επιμ.), 1821. Η Επανάσταση των Ελλήνων, εκδ. Ελληνικά Γράμματα, 2021, σ. 279 επ., με περαιτέρω παραπομπές στη βιβλιογραφία.

15 Άρθρο 6 παρ. 1 Συντ: «Κανένας δεν συλλαμβάνεται ούτε φυλακίζεται χωρίς αιτιολογημένο δικαστικό ένταλμα, που πρέπει να επιδοθεί τη στιγμή που γίνεται η σύλληψη ή η προφυλάκιση. Εξαιρούνται τα αυτόφωρα εγκλήματα».

και του Πλαπούτα συντάχθηκε από τον Μάσσονα αρκετούς μήνες μετά τη σύλληψή τους.[16] Δεν ήταν πάντως η μόνη περίπτωση που παραβιάσθηκε από τον Μάσσονα η θεμελιώδης αυτή εγγύηση της προσωπικής ασφάλειας. Όπως αναφέρει ο Γ. Τερτσέτης για τη σύλληψη και φυλάκιση του Αρχιμανδρίτη Αμβρόσιου Φραντζή εξ Αρκαδίας:[17] «… ο Συνταγματικός Χάρτης λέγει ότι ο φυλακισμένος να λαμβάνη είδησιν των αιτιών της φυλακίσεώς του έπειτα από 24 ώραις, και ο επίτροπος πώς επλήρωνε το άρθρον; κλαύσατε και γελάσατε εξηνταετήν άνδρα φυλακισμένον που έχει θυσιάσει εις τον αγώνα λαμπροτάτην κατάστασιν, ιερέα που είχεν ευλογήσει χιλιάκις την σημαίαν που μας ελευθέρωσεν από τον οίκον της δουλείας, πώς και πότε τον εξέταζες συνταγματικέ Μάσωνα; έπειτα από εννέα μήνας ο αστείος επίτροπός μας αντάμωσε τον γέροντα εις το ανήλιον σκοτάδι …».

Στ. Η αρχή της δημοσιότητας της δίκης

1. Τέλος, η δίκη του Κολοκοτρώνη επιβεβαιώνει πόσο σημαντική είναι η αρχή της διαφάνειας κατά την απονομή της δικαιοσύνης. Το ισχύον ελληνικό Σύνταγμα εξειδικεύει και προστατεύει την αρχή αυτή με τη δημοσιότητα των συνεδριάσεων των δικαστηρίων και τη δημόσια απαγγελία των δικαστι-

16 Βλ. Θ. Κολοκοτρώνη, Διήγησις συμβάντων της ελληνικής φυλής από τα 1770 έως τα 1836, Τύποις Χ. Νικολαΐδου Φιλαδελφέως, 1846, σ. 257-258: «Εγύρισα οπίσω εις το Ανάπλι ·επήγα εχαιρέτησα τον Βασιλέα, την Αντιβασιλείαν, τους είδα μουδιασμένους, πλην δεν εκατάλαβα τίποτες · έμεινα εις το περιβόλι μου · Εκεί ήλθαν την νύχτα εις τας 7 Σεπτεμβρίου, και με επήρε ο Κλεόπας μοίραρχος με 40 χωροφύλακας και μ' επήγε εις τον Ιτζκαλέ, και μ' επαρέδοσε εις τον φρούραρχον, και μ' έβαλαν 6 μήναις μυστική φυλακή, χωρίς να ιδώ άνθρωπον, εκτός του δεσμοφύλακα · δεν ήξευρα τι γίνεται δια έξη μήναις, ούτε ποιος ζη, ούτε ποιος απέθανε, ούτε ποιον έχουν εις την φυλακήν … Έπειτα από έξη μήναις μας εκοινοποίησαν την κατηγορίαν, ότι τάχα εκάμναμεν αναφοραίς πότε εναντίον όλης της Αντιβασιλείας, πότε εναντίον των δύο μελών, και υπέρ του Αρμανσπέργ · ότι ηθέλαμεν να κάμωμεν επανάστασιν, και ότι εβγάζαμε δι' αυτόν τον σκοπόν και ληστάς …».

17 Στην απολογία του (στη δίκη που ακολούθησε, με συγκατηγορούμενο τον Α. Πολυζωΐδη, για την άρνηση υπογραφής της καταδικαστικής απόφασης των Κολοκοτρώνη και Πλαπούτα), όπως η απολογία παρατίθεται στον Α. Πολυζωΐδη, Η δίκη των Κολοκοτρώνη – Πλαπούτα, εκδ. Πελεκάνος, 2009, σ. 47-48.

κών αποφάσεων.[18] Αντίστοιχες εγγυήσεις απαντώνται και στα επαναστατικά Συντάγματα, με το Σύνταγμα της Τροιζήνας (1827) να ορίζει τα ακόλουθα: *«140. Αι κρισολογίαι γίνονται δημοσίως εκτός οσάκις η δημοσιότης είναι εναντία εις την σεμνότητα, και τότε το δικαστήριον χρεωστεί να το αποφασίση. 141. Αι αποφάσεις των δικαστηρίων γίνονται πάντοτε δημοσίως».*

2. Στη δίκη του Κολοκοτρώνη, η αρχή της διαφάνειας κατά την απονομή της δικαιοσύνης παραβιάσθηκε με τη μη χορήγηση αντιγράφων της καταδικαστικής απόφασης (ίσως επειδή έλειπαν οι υπογραφές των Α. Πολυζωΐδη και Γ. Τερτσέτη). Αναφέρει σχετικώς η εφημερίδα «Αθηνά»: «Άδεται ότι απηγορεύθη αυστηρώς η δημοσιότης της καταδικαστικής αποφάσεως. Αλλά προς τι τάχα η δημοσιότης της διαδικασίας, όταν δεν γίνωνται γνωσταί εις το κοινόν και αι αντιλογίαι δια τας οποίας καταδικάζονται ή αθωώνονται οι δικαζόμενοι; Πώς ημπορεί να πληροφορηθή ούτω το κοινόν περί της διατηρήσεως της Δικαιοσύνης, όταν δεν έχη υπόψη του την απόφασιν και τας αιτιολογίας της καταδίκης ή της αθωώσεως δια να κάνη και αυτό την κρίσιν του ..;».[19]

18 Άρθρο 93 Συντ: « … 2. Οι συνεδριάσεις κάθε δικαστηρίου είναι δημόσιες, εκτός αν το δικαστήριο κρίνει με απόφασή του ότι η δημοσιότητα πρόκειται να είναι επιβλαβής στα χρηστά ήθη ή ότι συντρέχουν ειδικοί λόγοι προστασίας της ιδιωτικής ή οικογενειακής ζωής των διαδίκων. 3. Κάθε δικαστική απόφαση πρέπει να είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένη και απαγγέλλεται σε δημόσια συνεδρίαση … ».

19 Στο ίδιο φύλλο η «Αθηνά» ανέφερε τα ακόλουθα με το βλέμμα στους Α. Πολυζωΐδη και Γ. Τερτσέτη, συμπυκνώνοντας – και με αναφορές στο «Σύνταγμα»- τις βασικές αρχές της προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας: «Τελευταίον πρέπει η τάξις των δικαστών εις τον υπό του Συντάγματος ωρισμένον κύκλον της ενεργείας αυτών, να είναι ανεξάρτητος και ανυπότακτος. Τούτο απαιτεί απαραιτήτως η αξιοπρέπεια του δικαστικού αξιώματος και η ελευθέρα παρρησία της δικαστικής αποφάσεως. Ποτέ ανωτέρα αρχή, ουδέ αυτή η ανωτάτη, δεν πρέπει να περιπλέκεται εις την διαχείρησιν και εις τας πράξεις της Δικαιοσύνης. Ποτέ δικαστής άνευ δικαστικής αποφάσεως δεν πρέπει να καθαιρήται, ή παρά την ιδίαν αυτού θέλησιν να μετατίθεται. Ποτέ δεν συγχωρούνται εις ανώτερον τινά νεύματα, παραγγελίαι ή απειλαί, δια να αποδειλιάσωσι τον δικαστήν εις την εκτέλεσιν των χρεών του και να τον παραπείσωσι πότε μεν εις συγγνωμοσύνην και συγκατάβασιν, πότε δε εις μεγαλυτέραν αυστηρότητα κατά την απόφασιν … » (όπως παρατίθεται από τον Α. Ξεπαπαδάκο, Η δίκη των στρατηγών Θ. Κολοκοτρώνη και Δ. Πλαπούτα, εκδ. Σκάρπα, 1971, σ. 372).

Ζ. Η ποινική δίκη ως εφαρμοσμένο συνταγματικό δίκαιο. Η δίκη του Κολοκοτρώνη ως επιβεβαίωση της διαχρονικής διαπίστωσης του Ν. Ι. Σαρίπολου

Ο Ν. Ι. Σαρίπολος αναφέρει στο σύγγραμμά του περί ποινικής δικονομίας: «…η ποινική δικονομία μέρος του δημοσίου εστί δικαίου, και … εκ του πολιτεύματος την αξίαν, και δη την τελειότητα αυτής αρύεται. Ως εν μεν ταις ελευθέραις πολιτείας τελειοτέρα ούσα και ακριβέστερον των προσωπικών δικαίων προστατούσα, εν δε ταις δούλαις ατεχνώς το πρόσωπον εις την διάκρισιν της κρατούσης βίας παραδιδούσα».[20] Με άλλες λέξεις, ο Ν. Ι. Σαρίπολος θεωρεί την ποινική δικονομία ως τον «καθρέπτη» του πολιτεύματος: Στις «ελεύθερες πολιτείες» η ποινική δικονομία προστατεύει τα «προσωπικά δίκαια» των πολιτών, ενώ, αντιθέτως, στις «ανελεύθερες» πολιτείες απλώς παραδίδει το πρόσωπο στην κρατούσα βία. Αναμφίβολα, η δίκη του Κολοκοτρώνη, στην οποία δοκιμάσθηκαν και παραβιάσθηκαν οι θεμελιώδεις εγγυήσεις προσωπικής ασφάλειας και δίκαιης δίκης, επιβεβαιώνει τις παραδοχές αυτές του πρώτου Έλληνα μεγάλου συνταγματολόγου.

Πάντως, η κατεξοχήν παραβιασθείσα αρχή στη δίκη του Κολοκοτρώνη είναι αυτή της ισότητας, η οποία μαζί με την ελευθερία αποτελεί τον πυλώνα του κράτους δικαίου. Η αρχή της ισότητας δεν είναι απλά μια θεμελιώδης πολιτειακή αρχή που πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά τη διαμόρφωση της ποινικής δικονομίας, αλλά αποτελεί το κύριο εννοιολογικό της στοιχείο. Όπως σημειώνει και πάλι ο Ν. Ι. Σαρίπολος: «Ο νόμος ούτος, ο ίσα εκατέρω των μαχομένων μερών τα όπλα νέμων, η ποινική εστί δικονομία … δικονομία γαρ σημαίνει της δίκης τον νόμον, επειδή δε δίκη μεν το κατά δίκαιον ίσον δηλοί, νόμος δ' εκ του νέμω παράγεται … έπεται ότι η δικονομία σκοπεί εις την ίσην

20 Ν. Ι. Σαρίπολος, Σύστημα της εν Ελλάδι ισχυούσης ποινικής νομοθεσίας – Μετά προεισαγωγής δια της φιλοσοφίας του δικαίου και της ιστορίας των ποινικών νομοθετημάτων, Τόμοι Τέταρτος και Πέμπτος, Βιβλίο Τρίτο («Ποινική Δικονομία»), Τύποις Χ. Νικολαΐδου Φιλαδελφέως, Αθήνησι 1871, σ. 8-9. Βλ. σχετικά Σ. Βλαχόπουλο, Η ποινική δικονομία ως εφαρμοσμένο συνταγματικό δίκαιο στο έργο του Ν. Ι. Σαρίπολου, ΤοΣ 2006, σ. 612 επ.

προστασίαν της τε διωκούσης κοινωνίας και του εν αιτία ευρισκομένου».[21] Στη δίκη του Κολοκοτρώνη βρίσκονταν, από τη μια, η πανίσχυρη κρατική εξουσία και, από την άλλη, οι κατηγορούμενοι και οι συνήγοροί τους. Ίσως λοιπόν τελικά έχει μια σημασία να θυμόμαστε τη δίκη του Κολοκοτρώνη, ιδίως προκειμένου να αντιληφθούμε το βαθύ δικαιοκρατικό θεμέλιο των αρχών της ποινικής διαδικασίας.

21 Ν. Ι. Σαρίπολος, Σύστημα, όπ. παρ., Τόμος Τέταρτος, σ. 8-9.

Τεκτονισμός και αμεροληψία του δικαστικού λειτουργού

Ιωάννης Στ. Δεληκωστόπουλος

Αναπληρωτής Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Μπορεί ένας δικαστικός λειτουργός να είναι τέκτονας; Το ερώτημα έχει απασχολήσει την Ελληνική Πολιτεία, το Ανώτατο Δικαστικό Συμβούλιο της Ιταλίας στη δεκαετία του ενενήντα, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕυρΔΔΑ) στις αρχές του 21ου αιώνα,[1] τη γαλλική νομική επιστήμη εις βάθος με προεξέχοντα τον πατριάρχη της σύγχρονης δικονομίας *Serge Guinchard*[2] και, ακροθιγώς μόνο στο πρόσφατο παρελθόν, την ελληνική επιστημονική σκέψη.[3] Η κρατούσα θέση, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου του Στρασβούργου όσο και κατά τη γαλλική βι-

1 ΕυρΔΔΑ, 15.06.2000, Salaman κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ΕυρΔΔΑ, 2.08.2001, Grande Oriente d'Italia di Palazzo Guistiniani κατά Ιταλίας, R.T.D. civ. 2001, p. 984, obs. *Marguénaud.* Για την απόφαση Salaman βλ. *Jacobs and White,* The European Convention on Human Rights, *C. Ovey and R. White,* 3rd edition OUP 2002, at 160-161 · *R. Clayton and H. Tomlinson,* The Law of Human Rights, Second annual updating supplement, OUP 2001, at 133.

2 Βλ. ιδίως *S. Guinchard,* 'Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie', *Mélanges Pierre Julien,* La justice civile au vingt et unième siècle, Edilaix 2003, p. 203 et s. Βλ. επίσης S. *Guinchard/C. Chainais/C. Delicostopoulos/I. Delicostopoulos/M. Douchy-Oudot/F. Ferrand/X. Lagarde/V. Magnier/H. Ruiz-Fabri/L. Sinopoli/ J.-M. Sorel,* Droit Processuel, 11ème édition, Dalloz 2021, numéro 566, p. 1039. Σύμφωνα με τον *Guinchard* op. cit., p. 208), à prétendre que les franc-maçons ne pourraient être juges, il faut aller jusqu'au bout de la logique et interdire cette noble profession à tous ceux qui adhèrent à un courant de pensée, une religion, etc'.

3 Βλ. Ι. Δεληκωστόπουλο, Παράβαση του καθήκοντος αυτοεξαίρεσης του δικαστή κατ' άρθρο 55 ΚΠολΔ, ΕΠολΔ 2017. 9 επ., 12 · Ν. Νίκα, Πολιτική Δικονομία², Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ. 72.

βλιογραφία, είναι ότι ο δικαστικός λειτουργός μπορεί να είναι και τέκτονας. Όπως μπορεί να είναι π.χ. στην Ελλάδα, κομμουνιστής, παλαιοημερολογίτης, καθολικός, αντιεμβολιαστής. Η θέση αυτή ισχύει, σύμφωνα με τη νομολογία του Στρασβούργου, ακόμη και αν ο τέκτονας δικαστής δικάζει τέκτονα ή κάποιος μάρτυρας είναι τέκτονας. Πάντα σύμφωνα με το ΕυρΔΔΑ, υφίσταται παραβίαση του άρθρου 11 της ΕΣΔΑ περί ελευθερίας του συνέρχεσθαι και συνεταιρίζεσθαι οποτεδήποτε υποψήφιος σε δημόσιο αξίωμα επιτάσσεται να δηλώσει αν είναι ή δεν είναι τέκτονας.[4]

Οι αποφάσεις αυτές του Στρασβούργου, όπως και άλλες αποφάσεις του εν λόγω δικαιοδοτικού οργάνου, είναι κατ' αρχήν δεκτικές αντιλόγου. Κατά τη γνώμη μας, ειδικά επί δικαιοδοτικής λειτουργίας υπάρχουν δύο αρχές που συγκρούονται: από τη μία η ελευθερία του συνέρχεσθαι και συνεταιρίζεσθαι του άρθρου 11 της ΕΣΔΑ, από την άλλη η επιταγή για αντικειμενική αμεροληψία του δικαστή. Του δικαστή ο οποίος δεν μπορεί να βάζει τα συμφέροντα μίας κοινωνικής ομάδας με φιλοσοφικό έστω υπόβαθρο ή π.χ. ενός κόμματος πάνω από τον όρκο του. Δεν προκύπτει βέβαια εν προκειμένω ζήτημα υποκειμενικής αμεροληψίας, με την έννοια ότι αν ένας δικαστικός λειτουργός είναι τέκτονας και δικάζει αντιδικία μεταξύ τεκτόνων για θέματα της Στοάς, πρέπει, θεωρούμε, να αυτο-εξαιρεθεί. Ενδιαφέρον είναι εξαρχής να παρατηρηθεί ότι και οι δύο κατά τα ανωτέρω αρχές έχουν πολλαπλώς οριοθετηθεί από τη νομολογία του Στρασβούργου. Ενδιαφέρον είναι επίσης να λεχθεί ότι όταν υφίσταται δικαστική αντιδικία μεταξύ τεκτόνων για ζητήματα της Στοάς, η αντιδικία αυτή καθ' εαυτή καταρρίπτει τρόπο τινά, εν μέρει έστω, τον μύθο περί αλληλοβοηθείας μεταξύ τεκτόνων και επιβολής συμφερόντων μίας κοινωνικής ομάδας έναντι του κοινωνικού συνόλου. Εν μέρει μόνο. Και όχι αδιαμφισβήτητα. Το ζήτημα παραμένει 'ανοιχτό'. Στον βαθμό δε που το ζήτημα παραμένει 'ανοιχτό', για ένα μεν μέρος του νομικού μικρόκοσμου το

4 *Guinchard,* 'Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie', op. cit., p. 207.

Στρασβούργο με τη σχετική νομολογία του λέει το αυτονόητο, για ένα όμως άλλο ισχυρό μέρος του νομικού μικρόκοσμου, η έννοια του δικαστή που είναι ταυτόχρονα και τέκτονας προκαλεί αποστροφή.

Ας μας επιτραπεί η προσωπική αναφορά για λόγους διαφάνειας ('une fois n'est pas coutume'): απέκτησα, εξαιτίας του πατέρα μου, πολύ πριν ασχοληθώ με τη δικονομία, έντονη και σε κάποιο βάθος χριστιανική παιδεία. Το αγαπημένο μου βιβλίο όταν ήμουν παιδί ήταν ο Παύλος του Holzner. Αφορούσε στον Απόστολο Παύλο, έναν σπουδαίο, ίσως τον πιο πετυχημένο operative του χριστιανισμού. Αυτός που πήρε μία ιουδαϊκή αίρεση και την έκανε θρησκεία με παγκόσμια εμβέλεια, σήμερα με 2 δισ. πιστούς. Ίδια χριστιανική παιδεία με τη δική μου έχουν πολλοί Έλληνες δικαστικοί λειτουργοί. Ερωτάται: πρέπει να αυτο-εξαιρούνται όταν κρίνουν θέματα Μονών, εκκλησιαστικής περιουσίας και ούτω καθεξής; Θα μπορούσε να υποστηριχθεί - και ενδεχομένως κάποιοι ενδόμυχα υιοθετούν τέτοιες απόψεις - ότι ένας φανατικός χριστιανός δικαστής αποτελεί πρόβλημα. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη γνώμη πάντως, η προβληματική δεν τίθεται με τους ίδιους όρους για τους ορθόδοξους χριστιανούς και για τους τέκτονες. Τούτο διότι για τους πιστούς δεν υπάρχει ιεραρχία στον χριστιανισμό, ούτε η βάπτιση έχει την ίδια έννοια και τις ίδιες προϋποθέσεις με την τεκτονική μύηση. Μεταξύ άλλων, γιατί το μυστήριο της βάπτισης, όπως έχει καθιερωθεί να γίνεται, δεν ενέχει επίσημη διαβεβαίωση οικεία και ελευθέρα βουλήσει του βαπτιζόμενου. Κατ' επιτρεπτή απλούστευση, στην πλειοψηφία των περιπτώσεων, πρώτα βαπτίζεται κάποιος χριστιανός, στη συνέχεια της ζωής του επιλέγει ή όχι να ακολουθήσει τη χριστιανική ηθική και το δρόμο της πίστης. Υπό μία έννοια, θα μπορούσε μάλιστα να λεχθεί ότι γεννηθήκαμε θηλαστικά με μόνη καθαρή γνώση την ανάγκη για επιβίωση (βασικά δια της αναπαραγωγής), ορισμένοι εξελίχθηκαν σε ανθρώπους με ικανοποιητικό βαθμό 'ενσυναίσθησης'.

Πέραν τούτου, η προβληματική για τον τεκτονισμό δεν εξαντλείται στην ανάλυση περί σωματείων. Στον βαθμό που εξαντλείται, πράγματι, δεν γεννάται ζήτημα. Κατ' αντιδιαστολή, ένας δικαστικός λειτουργός μέλος συγκεκριμένου σωματείου που του επιτρέπει να αυτο-προσδιορίζεται ως Τούρκος

δεν μπορεί να είναι δικαστικός λειτουργός στην ελληνική έννομη τάξη. Γιατί; Διότι η θέση αυτή, παρά τα οποιαδήποτε αντίθετα επιχειρήματα, παραβιάζει το Σύνταγμα, το νόμο, τις θεμελιώδεις αρχές της έννομης τάξης. Ο τεκτονισμός, αντίθετα, δεν είναι θρησκευτική ομάδα, ούτε είναι πολιτικός οργανισμός ή όργανο κρατικών υπηρεσιών και τηρεί τους νόμους του κράτους. Η δε μυστικότητα των τεκτόνων έχει βαθιές ιστορικές ρίζες και εξηγήσεις. Στο πρόσφατο παρελθόν μάλιστα, αυτό της αδικίας και του ανθρώπινου πόνου στον 20ο αιώνα, οι διώξεις που γνώρισαν οι τέκτονες π.χ. από το καθεστώς του Βισύ, μάλλον αποτελούν επιχείρημα υπέρ της διατήρησης της μυστικότητας του θεσμού στον 21ο αιώνα. Οι προκαταλήψεις δεν εξαλείφονται, μεταλλάσσονται. Εξάλλου, κατ' επιτρεπτό παραλληλισμό, το να κρίνουμε τη μυστικότητα με όρους της σημερινής εποχής, είναι σαν να αξιολογείται ab initio την εποχή του Me Too το παραδοσιακό καταστατικό ενός σωματείου που δεν δέχεται στους κόλπους του γυναίκες και δεν επιτρέπει δεσμούς με μικτά σωματεία που έχουν γυναίκες ως μέλη. Μεθοδολογικά δηλαδή, όπως είναι απορριπτέο να κριθεί η αποτελεσματικότητα μιας ιατρικής μεθόδου της δεκαετίας του εξήντα με όρους της δεύτερης δεκαετίας του 21ου αιώνα, έτσι και για τη Στοά η εκ των υστέρων πρόγνωση δια της κριτικής που της γίνεται βρίθει προκατάληψης. Στον βαθμό που ο παραλληλισμός δεν γίνεται αποδεκτός γιατί δεν θεωρείται επαρκώς πειστικός, δύναται ακόμη να υποστηριχθεί, ότι η εποχή μας χαρακτηρίζεται κατεξοχήν από το διεθνιστικό μιμητισμό. Για παράδειγμα, όταν διαπιστώνεται στις Η.Π.Α. ότι ζητείται μετ' επιτάσεως - την ώρα που γράφονται αυτές οι γραμμές[5] - στο φιλελεύθερο (με την αμερικανική έννοια του όρου) πραγματιστή δικαστή του Ανώτατου Δικαστηρίου των Η.Π.Α. Stephen Breyer να παραιτηθεί για να μπορέσει ο Αμερικανός Πρόεδρος Biden να προλάβει να προτείνει νεότερο μέλος, το γεγονός αυτοτελώς λαμβανόμενο δεν εκπλήσσει: η έλλειψη σεβασμού είναι σημείο των καιρών. Σ' αυτό το πλαίσιο ανάλυσης, μία συγκεκριμένη, κατ' επίφαση εξω-

5 *L. Greenhouse,* 'Stephen Breyer was the right justice for the wrong age', The New York Times, January 29-30, 2022.

στρεφής, κατά βάση σνομπ και σεκταριστική ιδεολογία, αφού 'αποδόμησε' επιτυχώς πολλά (κράτος, αφοσίωση, λειτούργημα, πίστη), παρακολουθεί εκ του ασφαλούς την επικράτηση της άνευ ορίων διεθνιστικής ιδιοτέλειας μιας υπερδομής συμφερόντων. Πώς φτάσαμε, σταδιακά, ως εδώ; Φτάσαμε, διότι αν κόψεις ένα δέντρο από τη ρίζα του, δεν υπάρχει πλέον δέντρο. Κατ' εξαιρετικά οριακή απλούστευση, κατ' αντιδιαστολή, τα χρυσά καλοκαίρια της νιότης σου ήταν χρυσά όχι γιατί ήσουν πλουσιότερος και γνωστικότερος (δεν ήσουν), νεότερος, ομορφότερος κ.λπ. αλλά, πρωτίστως, διότι υπήρχαν οι ρίζες, ο πατέρας, η μητέρα, ο δήμος, η κοινωνία, ο δρόμος, το χωριό. Αντί αυτών, πλέον, σε κάθε ευκαιρία, με την πρώτη ευκαιρία, μοιράζονται ώρες για τους νέους στο διαδίκτυο (είναι προς το συμφέρον του παιδιού και της κοινωνίας να βαραίνουν και άλλο οι τσάντες και να αποχαυνώνονται οι νέοι στο διαδίκτυο;). Τόσο απλά. Τόσο εσφαλμένα. Δεν είναι τυχαίο, όπως παραθέτει τα επίσημα στοιχεία της ΕΛΣΤΑΤ του 2019 ο Λέκκας σε πρόσφατη μονογραφία του για την επιμέλεια των παιδιών, ότι «σημειώνεται σημαντική αύξηση των διαζυγίων σε απόλυτους αριθμούς και σε αναλογία στον πληθυσμό».[6] Σ' αυτή την ομολογουμένως ευρύτερη κατεύθυνση σκέψης, η εφαρμογή της συνεπιμέλειας μετά το εύκολο ηλεκτρονικό διαζύγιο υποκρύπτει την εσφαλμένη, κατά τη γνώμη μας, ιδέα ότι το παιδί το επιμελούνται μετά το διαζύγιο οι γονείς με τον ίδιο τρόπο που το επιμελούνται εντός της σχέσης της συμβίωσης. Η εντελέχεια της ιδέας αυτής δύναται να αποβεί πιο αρνητική για την εξέλιξη του ανθρωπίνου είδους από το ψευδεπίγραφο θέμα του γάμου των ομόφυλων ζευγαριών. Είτε είσαι χριστιανός, είτε είσαι άθεος, εάν αντιλαμβάνεσαι την ουσία της κεντρικής έννοιας της αγάπης, οφείλεις να είσαι θετικά προδιατεθειμένος έναντι του γάμου των ομόφυλων ζευγαριών. Αντίθετα, το εύκολο, δήθεν ψυχικά ανέξοδο, διαζύγιο και, κυρίως, η συνεπιμέλεια για τα τρίχρονα και τετράχρονα παιδιά, είναι πρόβλημα. Ο μετά άνθρωπος δεν θα είναι χωρίς φύλο. Μπορεί όμως να υποστηριχθεί ότι δεν θα μοιάζει με το σημερινό

6 Γ. Λέκκας, Η επιμέλεια του παιδιού κατά τον Αστικό Κώδικα, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2021, σ. 167, υποσημείωση 19.

άνθρωπο. Θα είναι, ενδεχομένως, πιστεύουμε, πιο κρυψίνους, ετεροβαρώς α-σεξουαλικός και με μειωμένη 'ενσυναίσθηση'.

Επιστροφή στην κεντρική ιδέα. Στα αμέσως ανωτέρω υποστηρίχθηκε ότι όπως το πρόβλημα της ελληνικής κοινωνίας δεν είναι οι συνήθεις ύποπτοι, αλλά είναι πολυ-παραγοντικό, έτσι και το πρόβλημα της ελληνικής δικαιοσύνης δεν είναι οι τέκτονες. Εντούτοις, το ιστορικά αδιαμφισβήτητο γεγονός ότι οι τέκτονες μαζί με τους Εβραίους είναι τα πρώτα θύματα των προκαταλήψεων και του μίσους του χειραγωγημένου όχλου δεν αναιρεί πάντως από την ψύχραιμη επιστημονική ανάλυση τον ακόλουθο προβληματισμό: ο τέκτονας, σύμφωνα με τη γαλλική νομική βιβλιογραφία,[7] για να μυηθεί δίνει επίσημη διαβεβαίωση. Ο τέκτονας γνωρίζει την αξία της σιωπής, τη δομή της ιεραρχίας. Με αυτά τα δεδομένα, τίθεται εκ νέου το θέμα: είναι συμβατές η προσωπική συνταγματικά κατοχυρωμένη ανεξαρτησία του δικαστή και η αντικειμενική αμεροληψία με τη συμμετοχή στη Στοά; Πιο συγκεκριμένα, όταν γίνεται πλέον δεκτό ότι η ιδιαίτερη φιλία μπορεί να επιφέρει δυσπιστία ως προς το αμερόληπτο της κρίσης, καθιστώντας τον δικαστή εξαιρετέο ανεξαρτήτως διαδικασίας[8], όπως και ότι η προηγούμενη γνώση της υπόθεσης και η διαμορφωμένη θέση του δικαστή δημιουργεί, κατ' αντικειμενική κρίση, είτε οι διαδικασίες είναι διαδοχικές, είτε είναι παράλληλες[9], την εντύπωση αδυναμίας αμεροληψίας, δεν είναι εξ ορισμού αντιφατικό ο δικαστής τέκτονας να μπορεί να δικάζει διάδικο τέκτονα;

Δεν είναι εξ ορισμού αντιφατικό. Από την οπτική γωνία της αντικειμενικής αμεροληψίας, το κρίσιμο συχνά (αλλά όχι υποχρεωτικά) είναι η ύπαρξη του ιδίου βιοτικού συμβάντος.[10] Κατά πάγια θέση μας, ο έλεγχος αντικειμενικής

7 *Guinchard,* 'Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie', op.cit., p. 204-5.

8 Έτσι, ΑΠ 328/2011 ΝοΒ 59. 1572.

9 Βλ. Δεληκωστόπουλο, Παράβαση του καθήκοντος αυτοεξαίρεσης του δικαστή κατ' άρθρο 55 ΚΠολΔ, ο.π., 11.

10 Δεληκωστόπουλος, Παράβαση του καθήκοντος αυτοεξαίρεσης του δικαστή κατ' άρθρο 55 ΚΠολΔ, ο.π., 12.

αμεροληψίας «σημαίνει τελικά έλεγχο, κατά πιθανολόγηση, μίας 'τεκμαιρόμενης μεροληψίας' που μπορεί να διακριβωθεί σε συγκεκριμένη υπόθεση. Σε συγκεκριμένη υπόθεση, για συγκεκριμένο βιοτικό συμβάν ως προς το οποίο ο συγκεκριμένος δικαστής έχει εκπεφρασμένη άποψη. Και όχι ένα απόλυτο μέτρο γενικής ισχύος σε μία αυτοματοποιημένη απονομή της δικαιοσύνης».[11] Ένας τέκτονας που δικάζει τέκτονα μπορεί στη συγκεκριμένη υπόθεση, in concreto και όχι εκ των προτέρων, να πρέπει να αυτο-εξαιρεθεί. Ένας τέκτονας δικαστής που δικάζει τέκτονα δεν παραβιάζει εκ προοιμίου την αντικειμενική αμεροληψία. Και ασφαλώς μπορεί να είναι δικαστής. Η απαγόρευση της 'appartenance' είναι που μπορεί να οδηγήσει σε παράνομη συμπεριφορά, όχι η μύηση στη Στοά καθ' εαυτή. Γι' αυτό και είναι ορθή η νομολογία του Στρασβούργου που έχει κρίνει ότι υφίσταται παραβίαση του άρθρου 11 της ΕΣΔΑ περί ελευθερίας του συνέρχεσθαι και συνεταιρίζεσθαι οποτεδήποτε υποψήφιος σε δημόσιο αξίωμα επιτάσσεται έστω και να δηλώσει αν είναι ή δεν είναι τέκτονας. Η δήλωση αυτή καθ' εαυτή αποτελεί πρόβλημα διότι ανοίγει τον Ασκό του Αιόλου. Αν θεωρήσουμε, όπως και θεωρούμε, ότι η συνείδηση είναι αυτό που πολύ καλά γνωρίζουμε, αλλά αδυνατούμε να περιγράψουμε, είτε ο δικαστικός λειτουργός πιστεύει στο Άγιο Πνεύμα, είτε πιστεύει και στη δύναμη της αληθείας (με την Πλατωνική έννοια - για όποιον έχει αντέξει να διαβάσει Κρατύλο - της θεϊκής περιπλάνησης), είναι το ίδιο και το αυτό. Είναι ένας καλός δικαστής που επιδιώκει να αποδώσει ουσιαστική δικαιοσύνη. Η αναζήτηση της αλήθειας είναι κατεξοχήν σκοπός της δίκης[12].

Η πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου εξάλλου επιβεβαιώνει τη θέση μας αμιγώς ως προς το ζήτημα της αντικειμενικής αμεροληψίας επί άσκησης διαδοχικώς δικαιοδοτικών καθηκόντων από τον ίδιο δικαστή στην ίδια υπόθεση. Σύμφωνα με τη θεμελιακή απόφαση υπ. αριθ. 159/2020 του Α1΄ τμήματος,[13] που παραπέμπει ευθέως και αποκλειστικά στη διάταξη του

11 Δεληκωστόπουλος, ο.π.

12 Έτσι, Δεληκωστόπουλος, Η αναζήτηση της αλήθειας στην πολιτική δίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, passim.

13 ΑΠ 159/2020 [Πρόεδρος Γ. Λέκκας Εισηγητής Ι. Μπαλιτσάρης] ΕΠολΔ 2020. 290 επ. (δικηγόρος

άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, περίπτωση εξαίρεσης δικαστή συντρέχει όταν για το ίδιο βιοτικό συμβάν μεταξύ των αυτών διαδίκων δικάζει πρώτα την αναστολή εκτέλεσης της (διαιτητικής) απόφασης, εν συνεχεία την αγωγή ακύρωσης της διαιτητικής απόφασης. Η απόφαση δεν έχει, προφανώς, την παραμικρή σχέση με την προβληματική περί τεκτονισμού και αμεροληψίας του δικαστικού λειτουργού, είναι όμως σημαντική, μεταξύ άλλων, γιατί οριοθετεί πλήρως τη σχετική δικονομική θέση: κρίσιμο είναι ότι προκαλούνται αντικειμενικά υπόνοιες μεροληψίας ακριβώς διότι δίδεται η εντύπωση ότι οι δικαστές οδηγούνται σε κρίση με βάση τη γνώμη που έχουν ήδη εκφέρει στη συγκεκριμένη υπόθεση.

Ο ολισθηρός δρόμος του a priori αποκλεισμού για κάθε υπόθεση ενός δικαστικού λειτουργού επειδή είναι τέκτονας, κομμουνιστής και ούτω καθεξής είναι ο δρόμος του περιορισμού της ελευθερίας. Αν αυτό ακούγεται υπερβολικό, ας αναλογιστούμε αύριο τι θα συμβεί αν κάποιος δικαστικός λειτουργός αρνείται να εμβολιάσει με το καινούργιο εμβόλιο για πάσα μελλοντική ενδεχόμενη νόσο και σύνδρομο (ακόμη και για την απλή διάσπαση προσοχής) το κυοφορούμενο (δια της εγκύου), όχι διότι είναι, ανοήτως, κατά των εμβολίων (ο ίδιος έχει εμβολιαστεί και τηρεί πλήρως τις επιταγές της επιστήμης), αλλά διότι δεν θεωρεί ότι το καινούργιο εμβόλιο για τα έμβρυα που έχει φτιαχτεί από την πολυεθνική εταιρία για μελλοντικά τυχόν σύνδρομα είναι εκ προοιμίου απαραίτητο. Η εκάστοτε διαμορφούμενη πλειοψηφία των πολιτών θα αποφασίσει για το κυοφορούμενο; Η εκτελεστική εξουσία; Ένα ενδεχομένως αμφιταλαντευόμενο ανώτατο δικαστήριο; Με απλά λόγια, αν δεχτούμε, όπως και δεχόμαστε, ότι υπάρχει δυσπιστία έναντι των τεκτόνων (όπως και των ομόφυλων ζευγαριών και άλλων) στην κοινωνική πλειοψηφία, η ίδια ευκαιριακή πλειοψηφία δεν πρέπει να αφήνεται να επιβάλλει τους όρους για το ποιος μπορεί να είναι ή να μην είναι δικαστής. Η προστασία των

του αναιρεσείοντος Ι. Δεληκωστόπουλος). Βλ. σχετικά Α. Πανταζόπουλο, Υπερνομοθετικά θεμέλια της αίτησης εξαίρεσης και αμεροληψία δικαστηρίου επί άσκησης διαδοχικώς δικαιοδοτικών καθηκόντων από τον δικαστή στην ίδια υπόθεση (Με αφορμή την ΑΠ 159/2020), ΕΠολΔ 2020. 233 επ.

θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων υπάρχει γι' αυτές ακριβώς τις όχι προφανείς περιπτώσεις. Είναι ασφαλώς θέμα του 20ου αιώνα, της εποχής της αδικίας και του ανθρώπινου πόνου. Είναι όμως κατεξοχήν διαχρονικά επίκαιρο θέμα του 21ου αιώνα έναντι του φόβου και της προκατάληψης. Ο φόβος για την αρρώστια, τον άγνωστο άλλο, τον διαφορετικό άλλο, δεν δικαιολογεί την κατάλυση θεμελιωδών ελευθεριών. Οι θεμελιώδεις ελευθερίες, επειδή είναι θεμελιώδεις, δηλαδή αδιαπραγμάτευτες, πρέπει να τηρούνται απαρεγκλίτως τις δύσκολες εποχές. Το interregnum το οποίο ζούμε δεν δικαιολογεί άλλο παρά την τήρηση των συνταγματικών και υπερ-συνταγματικών επιταγών. Οι προβληματισμοί είναι για τον κόσμο των ιδεών.

Fides publica: εκφάνσεις της έννοιας της δημοσίας πίστεως στην αρχαία Ρώμη[1]

Αθηνά Δημοπούλου

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Η fides (πίστις) αποτελούσε μία πανάρχαια ρωμαϊκή αρετή και αξία, η οποία εθιμικά κατείχε κυρίαρχη θέση στο Ρωμαϊκό Δίκαιο, ευρισκόμενη στον πυρήνα της ρωμαϊκής αντίληψης περί κράτους δικαίου. Η πολυσήμαντη αυτή έννοια σήμαινε, μεταξύ άλλων, την αξιοπιστία και τιμή ενός θεσμού ή προσώπου, κατόχου δημοσίου αξιώματος ή μη, την ειλικρίνεια, την ευθύτητα, την τήρηση των δεσμεύσεων, την αμοιβαία εμπιστοσύνη.[2] Απέρρεε από τη ρωμαϊκή ηθική αντίληψη η οποία επέτασσε σε κάθε Ρωμαίο να τηρεί τον λόγο του: κατά τον Κικέρωνα η λέξη προέρχεται από το «fit quod dicitur»[3] (γίνεται ό,τι ειπώθηκε). Έχοντας ευρύτατη εφαρμογή στο πεδίο των συναλλαγών, η πίστη υπήρξε ο καταλύτης για τη διαμόρφωση στο Ρωμαϊκό Δίκαιο των συναινετικών συμβάσεων, πώλησης, μίσθωσης, εντολής, εταιρείας, δωρεάς, δηλαδή των συνηθέστερων συμφωνιών της καθημερινής ζωής.[4] Στο δημόσιο δίκαιο, στο οποίο εστιάζει η παρούσα μελέτη, η «πίστις Ρωμαίων» αποτελούσε πυλώνα αξιοπιστίας του ρωμαϊκού κράτους και βασικό κανόνα διεξαγωγής των διεθνών και διπλωματικών σχέσεων, του δικαίου του πολέ-

1 Η παρούσα μελέτη αφιερώνεται στον Σπύρο Φλογαΐτη, καθηγητή μου στη Νομική Σχολή Αθηνών, ένθερμο θιασώτη της ιστορίας του δικαίου, ο οποίος με εισήγαγε στις βασικές αρχές του δημοσίου δικαίου.

2 Για τις ποικίλες έννοιες της fides βλ. Heinze 1929, Hellegouarc'h 1964, σ. 23 επ.

3 Κικέρων, *de Rep*. 4.7,7: fides enim nomen ipsium mihi uidetur habere cum fit quod dicitur.

4 Zimmermann, 1990, σ. 667 επ.

μου και της σύναψης συνθηκών ειρήνης. Χαρακτήριζε την αδιαπραγμάτευτη τιμή της Ρώμης κατά τις επαφές της με τρίτα κράτη, τόσο στις διπλωματικές της σχέσεις, όσο και στο πλαίσιο εχθροπραξιών. Η fides publica αποτελούσε έναν «άγραφο νόμο» της ρωμαϊκής δημόσιας ζωής, που έθετε ένα πρότυπο εντιμότητας για όσους ασκούσαν δημόσια εξουσία στη Ρώμη[5] και οριοθετούσε ορισμένους κανόνες συμπεριφοράς για όλους τους πολίτες. Υποδήλωνε την υποχρέωση πίστεως όλων των Ρωμαίων -διοικητών και διοικουμένων- προς την πατρίδα, το κράτος και τους συμπολίτες, την υποχρέωση πρότα-ξης του δημοσίου συμφέροντος σε κάθε περίσταση, την αποχή από πράξεις διαφθοράς κατά τη διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Απέδιδε το αίσθημα εμπιστοσύνης που συνέδεε δύο μέρη, είτε επρόκειτο για την ασφάλεια και προστασία που δικαιούτο κάθε Ρωμαίος πολίτης εντός των ορίων του κράτους του, είτε για την αμοιβαία εμπιστοσύνη μεταξύ των πολιτών ως σύνολο και στις κατ' ιδίαν τους σχέσεις. Καίτοι θεωρείτο απόρροια ιδίως των ρητών δεσμεύσεων δύο μερών, ως άρρητη προϋπόθεση της πολιτισμένης διαβίωσης σε μία συντεταγμένη πολιτεία, η fides publica παρείχε την προστασία και τις εγγυήσεις της στον καθένα, σε κάθε έκφανση της δημόσιας ζωής, και αυτό ανεξαρτήτως της ύπαρξης κάποιας προηγούμενης συμφωνίας, απόφασης ή διεθνούς συνθήκης. Κάθε Ρωμαίος πολίτης μπορούσε να υπολογίζει σε αυτήν και να την επικαλεστεί ad hoc, στην κατάλληλη περίσταση.

Η σημασία της fides για τους Ρωμαίους ήταν τέτοια, ώστε υπήρξε η πρώτη αρετή που λατρεύτηκε ως θεότητα στη Ρώμη, ως προστάτιδα της καλής πίστης και της τιμής. Ως θεματοφύλακας της εντιμότητας, της ακεραιότητας των συναλλαγών και του σεβασμού των υποσχέσεων, η θεότητα Fides έδρευε στο δεξί χέρι,[6] το οποίο τείνουν οι Ρωμαίοι[7] σε επικύρωση ενός όρκου,

5 Grimal 1974, σ. 150.

6 Servius, *Ad Aen*. 3.608: physici dicunt esse consecrates numinibus singulas corporis partes, ut … dexteram Fidei. Πλίνιος, *Hist. Nat*. 11.251: Inest et in aliis partibus quaedam religio, sicut in dextera: … in fide porrigitur. Βλ. Levi 1985.

7 Κικέρων, *Pro Flac.*, 41P, *In Verr*. 2.5.58.153; *Pro Reg. Dei.* 6.232-2333.8, Τίτος Λίβιος 23.9.3, Οβίδιος, *Ep*. 2.31, *Metam*. 14.297.

μίας συμφωνίας ή διεθνούς συνθήκης,[8] όπως εξάλλου και πριν από αυτούς οι Έλληνες, σε μία διαχρονική χειρονομία δέσμευσης που καταγράφεται ήδη στα έπη του Ομήρου.[9] Συνιστούσε τη θεοποίηση ενός χαρακτηριστικού του Δία - *Deus Fidius* - ως προστάτη των συμφωνιών και του όρκου. Τόσο στη λατρεία αυτή (αντίστοιχος ο Ζευς Πίστιος των Ελλήνων), όσο και εν γένει εν σχέσει με τη σημασία της πίστεως στις δημόσιες σχέσεις και τις ιδιωτικές συναλλαγές, είχε προηγηθεί η αντίστοιχη σημασία της πολυσήμαντης αρχαιοελληνικής πίστεως και η αντίστοιχη συναλλακτική και διπλωματική πρακτική των ελληνικών πόλεων.[10] Οι Ρωμαίοι, καίτοι προσλαμβάνουν από τους Έλληνες την έννοια της πίστεως -όπως εκφράζεται μέσω της χειραψίας[11]- θα προσδώσουν τέτοια σημασία στην fides στον δημόσιο και ιδιωτικό τους βίο, ώστε θα αυτοπροσδιορισθούν ως «ο λαός της fides», ο οποίος αντιλαμβάνεται καλύτερα από κάθε άλλο τη σημασία της τήρησης των δεσμεύσεων.[12] Ενδεικτικό της σημασίας που της αποδίδουν οι Ρωμαίοι είναι ότι ο ναός της Fides populi Romani ή Fides publica είχε ανεγερθεί δίπλα σε αυτόν του Δία (Jupiter Capitolinus), στο ιερότερο σημείο της Ρώμης, τον λόφο του Καπιτωλίου.[13] Ο ναός θα καταστεί σημείο δημοσίευσης των διεθνών συνθηκών (foedera) που συνάπτει η Ρώμη, καθώς και πράξεων παροχής προνομίων (όπως φοροαπαλλαγές) σε τρίτες πόλεις, σε άτομα[14] ή σε ομάδες ατόμων,[15]

8 Τίτος Λίβιος, 23.9.3: dextrae dextras jungentes fidem obstrinximus.

9 Ομήρου *Ιλ.*1.74-77, 2.339, 4.153-163, 6.232-233.

10 Gruen 1982.

11 Εὐστάθιος Θεσσαλονίκης,*Commentarii ad Homeri Odysseam*, Ραψ. Α'στ. 121: τῶν δεξιῶν χειρῶν ἡ συμβολὴ ἔοικεν ἐξ Ἑλλήνων ἐπιχωριάσαι τοῖς Λατίνοις μετὰ καὶ ἄλλων μυρίων ἐθῶν· πολλοὶ γὰρ τῶν Ἑλλήνων οἱ μὲν ἑκόντες μετοικήσαντες, εἶτ' οὖν ἀποικήσαντες, οἱ δὲ καὶ μετὰ τὴν τῆς Ἰλίου ἅλωσιν εἰς τὰ κατὰ τὴν Ἰταλίαν διεκπεσόντες χωρία τήν τε ἅψιν τῶν δεξιῶν, ὡς εἰκός, διέδωκαν τοῖς ἐκεῖ.

12 Boyancé 1972b, σελ. 106.

13 Για την εσκεμμένη γειτνίαση της Fides με τον ναό του Δία, ως προστάτη των όρκων, βλ. Κικέρων, *De off*. 3.104.

14 Την περίοδο της Ηγεμονίας εκεί αναρτώνται οι πινακίδες απονομής της ιδιότητας του πολίτη (tabulae honestae missionis) στους βετεράνους των ρωμαϊκών λεγεώνων, πράξεις που τελούν υπό την προστασία και εγγύηση της θεοποιημένης Fides, βλ. Mommsen, 1907.

15 Όπως, την παροχή της ρωμαϊκής πολιτείας ή του ius conubii, δικαιώματος σύναψης νόμιμου γάμου

τα οποία τελούν υπό την προστασία της. Η παραβίαση των αρχών της fides θεωρείτο άκρως σοβαρό ζήτημα, που επάγεται νομικές όσο και θρησκευτικές συνέπειες. Ενόψει της θρησκευτικής χροιάς της, η προσβολή των υποχρεώσεων της fides θεωρείτο ότι επέσυρε τη θεϊκή οργή, διαταράσσοντας την pax deorum, την «ειρήνη με τους θεούς» που συνιστούσε την προϋπόθεση επιτυχίας των ρωμαϊκών πολεμικών επιχειρήσεων και της σταθερότητας και ασφάλειας του ρωμαϊκού κράτους.

Σύμφωνα με την -ιστορικά αμφισβητούμενη- παράδοση που μεταφέρει ο Διονύσιος Αλικαρνασσεύς, η θεοποίηση της Fides Publica ανάγεται στον αρχαϊκό βασιλέα της Ρώμης Νουμά.[16] Ο Τίτος Λίβιος θεωρεί επίσης τη θεοποιημένη Fides κανονιστικό της συμπεριφοράς των πολιτών παράγοντα ήδη την εποχή του βασιλέα Νουμά, αναφέροντας ότι, χάρις και τον σεβασμό του θείου, η ιερότητα των υποσχέσεων και η ιερότητα των όρκων αποτελούσαν μια δύναμη ελέγχου για την κοινότητα, ελάχιστα λιγότερο αποτελεσματική από τον φόβο που ενέπνεαν οι νόμοι και οι ποινές.[17] Παρότι οι περιγραφές αυτές αποτελούν σαφώς μία εξιδανικευμένη εικόνα της ρωμαϊκής πραγματικότητας τον 7ο π.Χ. αιώνα, είναι ενδεικτικές των αξιών με τις οποίες οι Ρωμαίοι επενδύουν εκ των υστέρων την ιστορία της διαμόρφωσης του κράτους τους,[18] αλλά και της αναγνώρισης της σημασίας της ρωμαϊκής fides ως στοιχείο της ρωμαϊκής ιδιοσυγκρασίας από τους Έλληνες. Ο Μεγαλοπολίτης ιστορικός Πολύβιος, παρατηρητής των ρωμαϊκών ηθών τον 2ο π.Χ. αιώνα, εντοπίζει σε αυτή τη «δεισιδαιμονία» των Ρωμαίων (με την έννοια του σχολαστικού φόβου των θεών), το συνεκτικό στοιχείο του ρωμαϊκού πολιτεύματος. Η ερμηνεία που δίνει είναι ότι ο φόβος της θεϊκής τιμωρίας στους Ρωμαίους συγκρατεί το ασταθές και άνομο πλήθος του λαού, ενώ αντιθέτως, προσθέτει, στους Έλληνες που ασχολούνται με τα κοινά, «αν τους εμπιστευθούν ένα

κατά το Ρωμαϊκό Δίκαιο.

16 Διονύσιος Αλικαρνασσεύς, *Ρωμαϊκή Αρχαιολογία* 2.75, Πλούταρχος, *Νουμάς* 16.1. Ο ναός θα θεμελιωθεί, περί το 250 π.Χ., από τον Atilius Calatinus, βλ. Freyburger 1983.

17 Τίτος Λίβιος 1.21.

18 Boyancé 1972b.

μόνο τάλαντο, αν και περιβάλλονται από δέκα ελεγκτές, άλλες τόσες σφραγίδες και διπλάσιους μάρτυρες, δεν μπορούν να πεισθούν να διατηρήσουν την πίστη: ενώ μεταξύ των Ρωμαίων, στις δημόσιες αρχές και στις πρεσβείες τους, οι άνδρες διαχειρίζονται μεγάλα χρηματικά ποσά, και παρόλα αυτά από σεβασμό στον όρκο πίστεως τηρούν το καθήκον τους. Και, πάλι, σε άλλα έθνη είναι σπάνιο πράγμα να βρει κανείς έναν άνθρωπο που κρατάει τα χέρια του μακριά από το δημόσιο χρήμα και είναι καθαρός σε τέτοια θέματα: αλλά μεταξύ των Ρωμαίων είναι σπάνιο πράγμα να εντοπίσει κανείς έναν άνθρωπο επ'αυτοφώρω να διαπράττει ένα τέτοιο έγκλημα».[19]

Η έννοια της fides publica θα αποτελέσει τον ακρογωνιαίο λίθο της πολιτικής ιδεολογίας της ρωμαϊκής Res Publica. Ο Βαλέριος Μάξιμος, ανάμεσα σε άλλα αξιομνημόνευτα γεγονότα της ρωμαϊκής ιστορίας, της αφιερώνει ένα κεφάλαιο όπου την περιγράφει ως την αρετή που οι ξένοι κατεξοχήν αναγνωρίζουν στο ρωμαϊκό κράτος, η οποία το καθιστά αξιόπιστο έναντι τρίτων. Τα παραδείγματα της fides publica των Ρωμαίων που αναφέρει εξιστορούν περιστατικά επιβεβαίωσης του υψηλού κύρους της Ρώμης στη διεθνή πολιτική σκηνή. Όταν ο βασιλέας της Αιγύπτου Πτολεμαίος ανέθεσε στον ρωμαϊκό λαό την κηδεμονία του γιού του, η ρωμαϊκή Σύγκλητος θα αποστείλει στην Αλεξάνδρεια για να φροντίσει το παιδί ένα από τα πλέον εξέχοντα μέλη της, τον M. Aemilius Lepidus, διατελέσαντα pontifex maximus (αρχιερέα) και δις ύπατο, προκειμένου, αναθέτοντας την αποστολή σε μία προσωπικότητα με μεγάλη πείρα στα δημόσια και ιερά πράγματα «να μην θεωρηθεί ότι η πίστη της πόλης μας είχε ζητηθεί μάταια» (ne fides civitatis nostrae furstra petita existimaretur).[20] Άλλη περίπτωση επίδειξης της ανωτερότητας της ρωμαϊκής

19 Πολύβιος, 6.56: [13] τοιγαροῦν χωρὶς τῶν ἄλλων οἱ τὰ κοινὰ χειρίζοντες παρὰ μὲν τοῖς Ἕλλησιν, ἐὰν ταλάντου μόνον πιστευθῶσιν, ἀντιγραφεῖς ἔχοντες δέκα καὶ σφραγῖδας τοσαύτας καὶ μάρτυρας διπλασίους οὐ δύνανται τηρεῖν τὴν πίστιν: [14] παρὰ δὲ Ῥωμαίοις κατά τε τὰς ἀρχὰς καὶ πρεσβείας πολύ τι πλῆθος χρημάτων χειρίζοντες δι' αὐτῆς τῆς κατὰ τὸν ὅρκον πίστεως τηροῦσι τὸ καθῆκον. [15] καὶ παρὰ μὲν τοῖς ἄλλοις σπάνιόν ἐστιν εὑρεῖν ἀπεχόμενον ἄνδρα τῶν δημοσίων καὶ καθαρεύοντα περὶ ταῦτα: παρὰ δὲ τοῖς Ῥωμαίοις σπάνιόν ἐστι τὸ λαβεῖν τινα πεφωραμένον ἐπὶ τοιαύτῃ πράξει.

20 Βαλέριος Μάξιμος, 6.6.1.

fides υπήρξε αυτή των διπλωματικών διαπραγματεύσεων των Ρωμαίων με τους ηττηθέντες σε ναυμαχία στη Σικελία Καρχηδονίους. Επικαλούμενοι τη fides του κράτους τους, οι ύπατοι καθησύχασαν τον εκπρόσωπο των Καρχηδονίων που είχε ζητήσει τη σύναψη συνθήκης ειρήνης, ότι οι Ρωμαίοι, καίτοι νικητές, δεν θα του επιφυλάξουν την ατιμωτική φυλάκιση που οι συμπολίτες του είχαν επιφυλάξει στον ύπατο Cornelius Asina, κρατώντας τον σιδηροδέσμιο.[21] Υπογραμμίζοντας εξ αντιδιαστολής την αναξιοπιστία της προαιώνιας εχθρού τους Καρχηδόνας, οι Ρωμαίοι είχαν ανάγει σε παροιμιώδη ρήση, κατ᾽ευφημισμό, την «fides punica»[22] (την αξιοπιστία ενός Καρχηδονίου), η οποία γι᾽αυτούς αντιπροσώπευε τον ύψιστο βαθμό προδοσίας: ο λόγος ενός Καρχηδονίου (όπως ο Αννίβας) δεν ήταν αξιόπιστος, ούτε μπορούσε κανείς να βασιστεί σε έναν Καρχηδόνιο ότι θα τηρήσει τις πολιτικές του δεσμεύσεις, εν αντιθέσει προς έναν Ρωμαίο.[23]

Κατά τον Πολύβιο, χαρακτηριστικό της παλαιάς ρωμαϊκής ευθύτητας στα ζητήματα πολέμου ήταν ότι οι Ρωμαίοι δεν κατέφευγαν σε ενέδρες, ότι πολεμούσαν σώμα με σώμα και ότι ενημέρωναν ευθέως τον εχθρό για την πρόθεσή τους έναρξης εχθροπραξιών.[24] Τις αντίθετες ύπουλες τακτικές και τις μάχες με όπλα μακράς αποστάσεως, ο Πολύβιος αποκαλεί «υπέρ το δέον κακοπραγμοσύνη». Για τους Ρωμαίους, η fides in bello (στον πόλεμο) υπαγορεύει την αποχή από ορισμένες ατιμωτικές πράξεις και ύπουλες μεθοδεύσεις. Όπως αναφέρει ο Κικέρων στο De legibus[25] «ως προς το δίκαιο του πολέμου… κατά την κήρυξη, διεξαγωγή και παύση του, η δικαιοσύνη και η

21 Βαλέριος Μάξιμος, 6.6.2.

22 Τίτος Λίβιος 21.4.9; 22.6.12; 30.30.27; Σαλλούστιος, *Iug*. 108.3. Βλ. Freyburger 1983.

23 Κατά τον Πολύβιο, 6.56, οι Καρχηδόνιοι, εν αντιθέσει προς τους Ρωμαίους, κατέφυγαν επίσης συστηματικά στις δωροδοκίες για την κατάληψη των αξιωμάτων.

24 Πολύβιος, 13.3.7: [7] βραχὺ δέ τι λείπεται παρὰ Ῥωμαίοις ἴχνος ἔτι τῆς ἀρχαίας αἱρέσεως περὶ τὰ πολεμικά: καὶ γὰρ προλέγουσι τοὺς πολέμους καὶ ταῖς ἐνέδραις σπανίως χρῶνται καὶ τὴν μάχην ἐκ χειρὸς ποιοῦνται καὶ συστάδην. [8] ταῦτα μὲν οὖν εἰρήσθω πρὸς τὸν ἐπιπολάζοντα νῦν ὑπὲρ τὸ δέον ἐν τῇ κακοπραγμοσύνῃ ζῆλον περὶ τοὺς ἡγουμένους ἔν τε ταῖς πολιτικαῖς καὶ πολεμικαῖς οἰκονομίαις.

25 Κικέρων, *De Legibus,* 2.34: Sequitur enim de iure belli, in quo et suscipiendo et gerendo et deponendo, ius ut plurimum ualeret et fides, eorumque ut publici interpretes essent, lege sanximus.

πίστη έχουν μεγάλη σημασία, γι' αυτό και έχουμε ορίσει με νόμο δημόσιους ερμηνευτές για αυτά». Οι εν λόγω ερμηνευτές, αρμόδιοι να διαφυλάσσουν την fidei publica, την τιμή της Ρώμης έναντι άλλων πόλεων και εθνών στο πλαίσιο των πολεμικών συρράξεων, ήταν οι fetiales, μέλη του κολλεγίου των ιερέων του Δία - προστάτη των όρκων και συνθηκών.[26] Ο Βάρρων[27] συνδέει ετυμολογικά το όνομά τους τόσο με την έννοια της fides, όσο και του foedus, της διεθνούς συνθήκης που συναπτόταν μεταξύ δύο κρατών και επικυρωνόταν με τη δόση όρκου,[28] θεμέλιο της οποίας αποτελούσε η αμοιβαία εμπιστοσύνη των μερών. Οι fetiales μετέχουν στη θρησκευτική και νομική τελετουργία της επίσημης κήρυξης «δικαίου πολέμου» (iustum bellum) υπό τους ποντίφηκες. Κατά το τέλος του πολέμου, η πίστη μεταξύ των μερών μπορούσε να αποκατασταθεί με τη σύναψη συνθήκης (foedus), η οποία συνιστούσε μία διακρατική συμφωνία που επικυρωνόταν με αμοιβαίο όρκο. Σύμφωνα με το ius fetiale, το αυστηρό τυπικό της ορκοδοσίας[29] η οποία προσέδιδε ιερότητα στη δέσμευση,[30] προέβλεπε ότι οι fetiales, ενόσω επιτελούσαν τη θυσία του θυσιαστηρίου, έδιναν όρκο εξ ονόματος του ρωμαϊκού λαού με τα λόγια «accipe daque fidem foedusque feri bene firmum»[31] (δεχτείτε και δώστε πίστη και συνάψτε μία απόλυτα δεσμευτική συνθήκη). Η έκφραση αυτή υπογράμμιζε τον αναγκαίο χαρακτήρα αμοιβαιότητας και εκατέρωθεν τηρήσεως των υποχρεώσεων πίστεως από αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη.[32]

Ως παράδειγμα της ρωμαϊκής ευθύτητας στον πόλεμο, ο Τίτος Λίβιος[33] αναφέρει ότι κατά την πολιορκία της ιταλικής πόλης Falerii, ένας παιδαγωγός στον οποίο οι τοπική ηγεσία είχε εμπιστευθεί τα παιδιά της, τα οδήγησε στη σκηνή του Ρωμαίου στρατηγού Camillus για να του τα παραδώσει, θεωρώ-

26 Ferrary 1995, Rich 2011.
27 Βάρρων, *de Lingua Latina* 5.86.
28 Για τα διαφορετικά είδη διεθνών συνθηκών στη Ρώμη βλ. Τζαμτζής 2006, σελ. 157 επ.
29 Κικέρων, *De off.* 1.36.
30 Boyancé 1972, σ. 95.
31 Έννιος, *Ann.* 33.
32 Τίτος Λίβιος, 1.24.
33 Τίτος Λίβιος, 5.27.

ντας ότι με την εκδούλευση αυτή θα επέτρεπε στους Ρωμαίους να κερδίσουν τον πόλεμο.[34] Καθώς η fides Romana στο πεδίο της μάχης επέτασσε τα παιδιά (όπως και όσοι δεν μπορούσαν να αμυνθούν) να μην γίνονται στόχος των όπλων, ο στρατηγός, αφού τον κατακεραύνωσε για την ατιμία του, δηλώνοντας ότι «υπάρχουν δίκαια του πολέμου όπως υπάρχουν και δίκαια της ειρήνης και έχουμε μάθει να διεξάγουμε τους πολέμους μας με δικαιοσύνη όχι λιγότερο απ' ότι με κουράγιο», παρέδωσε τον παιδαγωγό στα παιδιά, δεμένο πισθάγκωνα, για να τον γυρίσουν πίσω στην πόλη τους. Τότε οι Falerii δήλωσαν υποταγή (deditio) και πίστη (fidei nostra) στη Ρώμη, εκδηλώνοντας την επιθυμία να ζήσουν σύμφωνα με τους δικούς της νόμους.[35] Ο Camillus θα κερδίσει ασύγκριτη δόξα στη Ρώμη, έχοντας υποτάξει τον εχθρό αναίμακτα, μόνον «με την δικαιοσύνη και την πίστη του» (iustitia fideque).[36] Στην ιστορία αυτή, η ρωμαϊκή πίστη εμφανίζεται ως έκφραση της ηθικής ανωτερότητας της ρωμαϊκής πολιτείας και των εκπροσώπων της.

Αντίστοιχη έκφραση της ρωμαϊκής ευθύτητας φέρεται να έλαβε χώρα κατά τη σύγκρουση των Ρωμαίων με τον βασιλέα της Ηπείρου Πύρρο, ο οποίος είχε κατάγει σημαντικές νίκες σε βάρος τους. Ένας εκ των ακολούθων του Πύρρου προσέγγισε τον Ρωμαίο ύπατο Gaius Fabricius ζητώντας αμοιβή για να δηλητηριάσει τον βασιλέα. Η Σύγκλητος έστειλε τότε επιστολή στον Πύρρο με την οποία τον ενημέρωσε εμπιστευτικά για το συμβάν, αναφέροντας ότι επιθυμεί να συνεχίσει τον πόλεμο μαζί του, αλλά με τον ίδιο ζωντανό, ως ζήτημα αρχής και όπως επέτασσε η fides (communis exempli et fidei ergo visum), «προκειμένου να έχουμε την ευκαιρία να σας νικήσουμε στο πεδίο της μάχης», καθότι δεν επιθυμούσαν ο πόλεμος να διεξάγεται με δωροδοκίες, ανταμοιβές ή δόλο.[37] Ο Κικέρων[38] αναφέρει επίσης την περίφημη περίπτωση του υπάτου Marcus Atilius Regulus ο οποίος αιχμαλωτίσθηκε κατά

34 Freyburger 1986, σ. 104.
35 Τίτος Λίβιος, 5.27.
36 Τίτος Λίβιος, 5.28.
37 Αύλος Γέλλιος, *Noctae Atticae* 3.8, Κικέρων, *De off.,* 3.86.
38 Κικέρων, *De off.* 1.39, 3.99-100.

τον πρώτο Καρχηδονιακό πόλεμο. Αφού αφέθηκε -μετά από όρκο που έδωσε στην τιμή του ότι θα επέστρεφε- να πάει στη Ρώμη για να διαπραγματευθεί την επιστροφή Καρχηδονίων αιχμαλώτων, ο ίδιος, απέχοντας από την ψηφοφορία διότι ως αιχμάλωτος δεν νομιμοποιείτο προς τούτο, συνέστησε στη Σύγκλητο να μην συναινέσει στο αίτημα. Παρ' όλα αυτά, προτίμησε, εγκαταλείποντας τους οικείους του για πάντα, να επιστρέψει στην Καρχηδόνα όπου θα αντιμετώπιζε βασανιστικό θάνατο. Διατήρησε έτσι ακέραια και την πίστη του προς την πατρίδα και την τιμή του λόγου που είχε δώσει, ακόμα και προς τους εχθρούς της Ρώμης.

Στο πλαίσιο του Ρωμαϊκού Δικαίου του πολέμου διαμορφώθηκε ο θεσμός της deditio in fidem, όρος που απέδιδε τη διαδικασία οικειοθελούς παράδοσης των εχθρών στη Ρώμη, η οποία μαρτυρείται τόσο από ιστορικές πηγές, όσο και από επιγραφικές μαρτυρίες.[39] Δηλώντας ότι «*in fidem veniunt*», οι παραδιδόμενοι κινούσαν μία διαδικασία με την οποία ενεργοποιείτο η αποδοχή τους από την πίστη των Ρωμαίων (receptio in fidem), στην οποία εμπιστεύονταν ό,τι συγκροτούσε το κράτος τους (την πόλη και τις γαίες της, τα πρόσωπα, τη δημόσια, ιερή και ιδιωτική περιουσία). Η παράδοση επέτρεπε στους πολιορκούμενους να ενταχθούν στη ρωμαϊκή κυριαρχία, αποφεύγοντας την άλωση της πόλης τους.[40] Οι παραδιδόμενοι απέβλεπαν στη ρωμαϊκή επιείκεια και τη διατήρηση της πολιτικής τους υπόστασης, καίτοι με βαριά ανταλλάγματα, όπως την παροχή ομήρων, την παράδοση των όπλων, την καταβολή πολεμικών αποζημιώσεων και την αποδοχή ρωμαϊκής φρουράς intra muros. Για τους Ρωμαίους, η διπλωματική χειρονομία ικεσίας των εχθρών συνεπαγόταν μία αυξημένη ηθική, σχεδόν «συμβατική», υποχρέωση προστασίας των παραδιδόμενων από τις επαχθείς συνέπειες μίας βίαιης κατάκτησης. Η ξένη πόλη ή εθνότητα, θέτοντας τον εαυτό της στη διάθεση των Ρωμαίων, αναγνώριζε de iure και de facto τη ρωμαϊκή υπεροχή, ως το ασθενέστερο μέρος μίας άνισης σχέσης, η οποία προσομοίαζε με πελατειακή, όπου η Ρώμη σε

39 Βλ. για την ανάλυση του θεσμού και συναφή βιβλιογραφία βλ. Sanz 2015.

40 Freyburger 1986, σ. 108-111. Calderone 1964, σ. 65-84.

ρόλο πάτρωνα (patronus) προσέφερε την προστασία της στην έως πρότινος εχθρό και πλέον «πελάτη» (cliens) της.

Η παράδοση στη ρωμαϊκή πίστη γινόταν θεωρητικά άνευ όρων, αλλά στην πραγματικότητα υπήρχαν περιθώρια διαπραγμάτευσης, ανάλογα με την εκάστοτε ισχύουσα ισορροπία δυνάμεων. Ο Πολύβιος αφηγείται την ιστορία της παρανόησης των Αιτωλών,[41] το 191 π.Χ., όταν μετά από διαπραγματεύσεις με τους Ρωμαίους θα επιλέξουν να παραδοθούν «εἰς τὴν Ῥωμαίων πίστιν», αγνοώντας το αληθινό νόημα της λέξης για τους Ρωμαίους, το οποίο ισοδυναμούσε με άνευ όρων παράδοση και παροχή εξουσίας ελέγχου τους (ἐπιτροπή είναι ο όρος που χρησιμοποιεί ο Πολύβιος, παραπέμποντας σε σχέσει επιτροπείας),[42] και όχι με τη διατήρηση του υφιστάμενου πριν τη σύρραξη status quo, όπως εσφαλμένα θεωρούσαν.[43] Όταν ο ύπατος Μάνιος Ακίλιος Γλάβριος θα αρχίσει να τους υπαγορεύει τους όρους του, ο στρατηγός Φαινέας θα τον διακόψει λέγοντας ότι αυτό δεν είναι ούτε δίκαιο, ούτε ελληνοπρεπές. Οπότε ο ύπατος, αποβλέποντας στον εκφοβισμό τους, θα αντιτείνει «ώστε μου κοπανάτε τα περί ελληνοπρέπειας και περί καθήκοντος, ενώ παραδοθήκατε στην πίστη μας; Ενώ εγώ, αν το θελήσω, σας έχω δέσει όλους και πετάξει στη φυλακή;», δίνοντας εντολή να περάσουν στους αποσβολωμένους Αιτωλούς σιδερένια δεσμά στον λαιμό.[44] Η τύχη των υποταγμένων κρεμόταν

41 Πολύβιος, 20.9.10-12: οἱ δ᾽ Αἰτωλοὶ καὶ πλείω λόγον ποιησάμενοι περὶ τῶν ὑποπιπτόντων ἔκριναν ἐπιτρέπειν τὰ ὅλα Μανίῳ, δόντες αὐτοὺς εἰς τὴν Ῥωμαίων πίστιν, οὐκ εἰδότες τίνα δύναμιν ἔχει τοῦτο, τῷ δὲ τῆς πίστεως ὀνόματι πλανηθέντες, ὡς ἂν διὰ τοῦτο τελειοτέρου σφίσιν ἐλέους ὑπάρξοντος. παρὰ δὲ Ῥωμαίοις ἰσοδυναμεῖ τό τ᾽ εἰς τὴν πίστιν αὐτὸν ἐγχειρίσαι καὶ τὸ τὴν ἐπιτροπὴν δοῦναι περὶ αὐτοῦ τῷ κρατοῦντι.

42 Freyburger 1982.

43 Βελισσαροπούλου-Καράκωστα 1993, σελ. 52, Τζαμτζής 2006, σελ. 162-164, με παραπομπή σε περαιτέρω βιβλιογραφία για τη fides στις διεθνείς σχέσεις. Για την ερμηνεία της ιστορίας αυτής του Πολυβίου ως παιδαγωγική για τις ρωμαϊκές αντιλήψεις, βλ. Moreno Leoni 2014.

44 Πολύβιος, 20.10.6-9: ὁ δὲ Φαινέας μεσολαβήσας “ἀλλ᾽ οὔτε δίκαιον,” ἔφησεν, “οὔθ᾽ Ἑλληνικόν ἐστιν, ὦ στρατηγέ, τὸ παρακαλούμενον.” ὁ δὲ Μάνιος οὐχ οὕτως ὀργισθεὶς ὡς βουλόμενος εἰς ἔννοιαν αὐτοὺς ἀγαγεῖν τῆς περιστάσεως καὶ καταπλήξασθαι τοῖς ὅλοις, “ἔτι γὰρ ὑμεῖς ἑλληνοκοπεῖτε” φησὶ “καὶ περὶ τοῦ πρέποντος καὶ καθήκοντος ποιεῖσθε λόγον, δεδωκότες ἑαυτοὺς εἰς τὴν πίστιν; οὓς ἐγὼ δήσας εἰς τὴν ἅλυσιν ἀπάξω πάντας, ἂν τοῦτ᾽ ἐμοὶ δόξῃ.” ταῦτα λέγων φέρειν ἅλυσιν ἐκέλευσε καὶ σκύλακα σιδηροῦν ἑκάστῳ περιθεῖναι περὶ τὸν τράχηλον. οἱ μὲν οὖν περὶ

επομένως απολύτως από τη ρωμαϊκή βούληση και την πρόθεση των Ρωμαίων να επιδείξουν ή μη μεγαλοψυχία. Κατά τον Τίτο Λίβιο, κατά την πολιορκία της Παλαιοπόλεως, ο άρχοντας της πόλης Χαρίλαος θα προσεγγίσει τον επικεφαλής του ρωμαϊκού στρατού ύπατο, δηλώνοντας την πρόθεση παράδοσης της πόλης, αναφέροντας ότι το κατά πόσον πρόδωσε ή έσωσε την πατρίδα του ήταν κάτι που «θα εξαρτηθεί από τη ρωμαϊκή πίστη».[45] Ο Πλούταρχος περιγράφει δε πώς οι Χαλκιδείς, όταν η πόλη τους γλίτωσε την καταστροφή χάρις στον στρατηγό Τίτο Φλαμίνιο, συνέθεσαν ως έκφραση ευγνωμοσύνης ένα παιάνα προς τιμήν του Δία, του στρατηγού και της πίστεως των Ρωμαίων, την οποία ορκίστηκαν να διαφυλάσσουν.[46]

Κατά μία άλλη έκφανσή της, η ρωμαϊκή fides publica στο πεδίο των διεθνών σχέσεων αποτελεί τη δημόσια «εμπιστοσύνη» και «αξιοπιστία», η οποία καθιστά δυνατή τη συνεργασία μεταξύ διαφορετικών κρατών. Με τη μορφή της fides in colloquio, η πίστη εγγυάτο την απόλυτη ασυλία της οποίας όφειλαν να χαίρουν στον αρχαίο κόσμο οι πρέσβεις των πόλεων και κρατών (ius legatorum) κατά τις μεταξύ τους διπλωματικές επαφές. Η ασυλία αυτή δεν προϋπέθετε κάποια προηγούμενη σύναψη συμφωνίας ή διπλωματικών σχέσεων με την ξένη δύναμη, αλλά αναγνωριζόταν εθιμικά και ευρύτατα στον αρχαίο κόσμο, σύμφωνα με τις αρχές του ius gentium. Η παραβίαση της υποχρέωσης σεβασμού των απεσταλμένων ξένων δυνάμεων θεωρείτο, πέραν από ανήθικη, δόλια συμπεριφορά (perfidia ή fraus),[47] η τιμωρία της οποίας εναπόκειτο στους θεούς και θα ερχόταν με τη μορφή της θεϊκής εκδίκησης.[48] Ενεργώντας όπως επέτασσε η δημόσια fides της Ρώμης, η Σύγκλητος θα δώ-

τὸν Φαινέαν ἔκθαμβοι γεγονότες ἕστασαν ἄφωνοι πάντες, οἱονεὶ παραλελυμένοι καὶ τοῖς σώμασι καὶ ταῖς ψυχαῖς διὰ τὸ παράδοξον τῶν ἀπαντωμένων.

45 Τίτος Λίβιος, 8.25.11.

46 Πλούταρχος, *Τίτος Φλαμίνιος* 16 : θύσαντες αὐτῷ τῶν σπονδῶν γενομένων ᾄδουσι παιᾶνα πεποιημένον, οὗ τἆλλα διὰ μῆκος ἡμεῖς παρέντες, ἀνεγράψαμεν ἃ παυόμενοι τῆς ᾠδῆς λέγουσι· Πίστιν δὲ Ῥωμαίων σέβομεν τὰν μεγαλευκτοτάταν ὅρκοις φυλάσσειν· μέλπετε κοῦραι Ζῆνα μέγαν Ῥώμαν τε Τίτον θ’ ἅμα Ῥωμαίων τε Πίστιν· ἰήϊε Παιάν, ὦ Τίτε σῶτερ.

47 Τίτος Λίβιος, 32.32.16.

48 Kaser 1949, σ. 338.

σει εντολή να παραδοθούν στην προαιώνια εχθρό Καρχηδόνα δύο Ρωμαίοι που είχαν βιαιοπραγήσει εις βάρος των Καρχηδονίων πρέσβεων.[49] Σε άλλη περίσταση, η Σύγκλητος θα παραδώσει στους πρέσβεις της Απολλωνίας τους Ρωμαίους -τέως αξιωματούχους- που τους είχαν επιτεθεί κατά την παραμονή τους στη Ρώμη, παρέχοντάς τους επιπλέον συνοδεία φρουρών για την προστασία τους από τυχόν επιθέσεις των συγγενών των συλληφθέντων μέχρι να φτάσουν στο Μπρίντιζι.[50] Ο Σκιπίων ο Αφρικανός θα επιτρέψει επίσης ασφαλή δίοδο σε καράβι επιφανών Καρχηδονίων που του δήλωσαν ότι ήταν πρέσβεις, καίτοι γνώριζε ότι δεν είναι αλήθεια, γιατί «έκρινε προτιμότερο η πίστη ενός Ρωμαίου στρατηγού να διαψευσθεί παρά να την επικαλεστούν μάταια» (ut Romani imperatoris potius decepta fides quam frustra implorata iudicaretur).[51] Ο δε Ιούλιος Καίσαρας, κατά τη διάρκεια του πολέμου στη Γαλατία, θα αποφύγει να απαντήσει στις προκλήσεις του αρχηγού των γερμανικών φύλων Ariovistus, για να μην θεωρηθεί ότι του επιτέθηκε κατά παράβαση όσων υπαγόρευε η πίστη (per fidem in colloquio circumventos).[52]

Στο εσωτερικό της ρωμαϊκής πολιτείας, εκφραστές της fides publica είναι κατ' αρχάς ο ρωμαϊκός λαός και κατ' επέκταση η Σύγκλητος και οι άρχοντες της Ρώμης ως εκπρόσωποί του. Εν απουσία γραπτού Συντάγματος (όπως σε όλες τις αρχαίες έννομες τάξεις), θεμέλιο της ομαλής πολιτικής και κοινωνικής συμβίωσης θεωρείται η άγραφη «συνθήκη» ειρηνικής συμβίωσης μεταξύ των πολιτών (foedus pacis κατά τον ποιητή Λουκρήτιο),[53] εγγύηση της οποίας αποτελεί η fides publica. Η οφειλόμενη πίστη μεταξύ των Ρωμαίων πολιτών ονομάζεται fides Quiritum.[54] Υπό την ειδικότερη έκφρασή της αυτή, η δημόσια πίστη δεσμεύει τα μέλη της κοινότητας που συγκροτούν τον ρωμαϊκό λαό, επιτάσσοντας τη μεταξύ τους αλληλεγγύη σε περιπτώσεις κρίσεων, την αμοιβαία

49 Βαλέριος Μάξιμος, 6.6.3; Τίτος Λίβιος 38.42.

50 Βαλέριος Μάξιμος, 6.6.5.

51 Βαλέριος Μάξιμος, 6.6.4.

52 Ιούλιος Καίσαρ, B.C. 1.46.3.

53 Λουκρήτιος, 5.1154-1155.

54 Quirites είναι η αρχαϊκή ονομασία των Ρωμαίων πολιτών, πιθανώς από την πρώτη μορφή συνέλευσης (co-virites). Για τη fides ως υποχρέωση μεταξύ των πολιτών βλ. Freyburger 2002.

τους στήριξη και την ιδιαίτερη μέριμνα όλων για την προστασία των ασθενέστερων πολιτών. Ως παράδειγμα του τρόπου λειτουργίας όσων υπαγορεύει η πίστη μεταξύ Ρωμαίων, ο Τίτος Λίβιος περιγράφει πώς, όταν ένας γηραιός πολεμιστής εμφανίστηκε στο forum της Ρώμης εξαθλιωμένος, έχοντας χάσει την πατρογονική του γη από τον συνδυασμό πολεμικών επιδρομών και τοκογλυφικού δανεισμού, με αποτέλεσμα να εξαναγκασθεί να δουλεύει υπό άθλιες συνθήκες για να ξεπληρώσει τον δανειστή του, θα ξεσπάσει αναταραχή στη Ρώμη. Οι οφειλέτες διαμαρτύρονται οργισμένοι, επικαλούμενοι την Quiritium fidem, την πίστη μεταξύ των πολιτών, η οποία επιτάσσει τη στήριξη των αναξιοπαθούντων, ιδίως όσων υπηρέτησαν την πατρίδα και τώρα υποφέρουν από την απληστία των τοκογλύφων.[55] Κατά την υποβόσκουσα αντίληψη περί δημοσίας πίστεως η πολιτεία συγκροτείται από μία κοινότητα προσώπων με κοινά δικαιώματα και υποχρεώσεις, όπου οι πολίτες που εκπληρώνουν τις δικές τους υποχρεώσεις προς το κράτος, με προεξάρχουσα τη στρατιωτική θητεία, έχουν βάσιμη αξίωση προστασίας έναντι καταχρηστικών συμπεριφορών που πλήττουν τον πυρήνα βασικών δικαιωμάτων τους, όπως αυτό της ιδιοκτησίας.

Η fides publica εγγυάται την υποχρέωση προστασίας όλων των πολιτών, λόγος για τον οποίο μπορεί να την επικαλεστεί κάθε απειλούμενος, κινητοποιώντας μία αλυσίδα αντιδράσεων από τους συμπολίτες του. Την προστασία της fides των Quirites θα επικαλεστεί ο L. Valerius Poplicola Potitus έναντι της κατάχρησης εξουσίας εκ μέρους του Appius Claudius (εκ των νομοθετών του Δωδεκαδέλτου), όταν αυτός αρνήθηκε να την παραδώσει, όπως και ο Icilius όταν ο ίδιος Appius Claudius θα επιχειρήσει να βιάσει τη μνηστή του Βιργινία, γεγονότα που θα οδηγήσουν εν τέλει στην ανατροπή του.[56] Την fides του ρωμαϊκού λαού θα επικαλεστούν και άλλοι απειλούμενοι πολίτες σε αντίστοιχες περιστάσεις,[57] καταδεικνύοντας ότι η υποχρέωση πίστεως μεταξύ των πολιτών γινόταν αντιληπτή ως ένα δικαίωμα αντιστάσεως στην παραβίαση των άγρα-

55 Τίτος Λίβιος, 2.23.8.

56 Τίτος Λίβιος, 3.45.9.

57 Τίτος Λίβιος, 3.56.8, Κικέρων, *Ad Brut.* 90.

φων αρχών του ρωμαϊκού πολιτεύματος και στην καταπίεση του ρωμαϊκού λαού. Σύμφυτη με την έννοια του πατριωτισμού, η fides publica, ως αναγκαίος δεσμός εμπιστοσύνης μεταξύ των πολιτών, εγγυάται την τήρηση των νόμων και θεσμών της Ρώμης, αγράφων και μη. Όπως ο Κικέρων συνιστά στο De Legibus, οι Τιμητές, οι ανώτατοι άρχοντες της Ρώμης που έχουν ως καθήκον την εποπτεία των ηθών των Ρωμαίων πολιτών, πρέπει να μεριμνούν για τη διασφάλιση της πίστης προς τους νόμους: Censoris fidem legum custodiunto.[58] Την υποχρέωση πίστεως προς την Res Publica, με την έννοια των «συνταγματικών» αρχών του πολιτεύματος, επικαλείται και ο Κικέρων στις επιστολές του προς τον Βρούτο, τον μετέπειτα δολοφόνο του δικτάτορα Ιουλίου Καίσαρα.[59]

Απόρροια της αντίληψης περί δημοσίας πίστεως είναι η διαμόρφωση, επί Res Publica -παρά τον κατά βάση ολιγαρχικό χαρακτήρα του ρωμαϊκού πολιτεύματος της κατά συνθήκη αποκαλούμενης «Ρωμαϊκής Δημοκρατίας»-, ισχυρών μηχανισμών προστασίας των μελών της τάξης των πληβείων έναντι των πατρικίων. Κατά τον Κικέρωνα,[60] χάρις ακριβώς στη μεσολάβηση της fides (interposita fide) κατέστη δυνατή η συμφωνία του λαού με τη Σύγκλητο που θα οδηγήσει στην αναγνώριση του αξιώματος των Δημάρχων (tribuni plebis) ως προστατών των πληβείων. Οι Δήμαρχοι, το πρόσωπο των οποίων θεωρείτο ιερό και απαραβίαστο ώστε να χαίρουν ασυλίας έναντι κάθε απόπειρας συλλήψεως, θα καταστούν ο ισχυρότερος πόλος λαϊκής εξουσίας στη Ρώμη, ως κάτοχοι μοναδικών πολιτικών δικαιωμάτων, μεταξύ των οποίων αυτό της αρνησικυρίας στις αποφάσεις όλων των λοιπών δημοσίων οργάνων που τυχόν βλάπτουν το συμφέρον των πολιτών.

Εκφραστής της δημόσιας πίστης αποτελεί επίσης η ρωμαϊκή Σύγκλητος, η οποία συγκέντρωνε στους κόλπους της, ισοβίως, τους διατελέσαντες σε ανώτατα αξιώματα άρχοντες, οι οποίοι αποκαλούνται «πατέρες» (patres) του έθνους. Η fides senatus αποδίδει την εγγύηση της αξιοπιστίας του κράτους,

58 Κικέρων, *De Leg.* 3.11.
59 Κικέρων, *Ad Brut.* 2.1.2.
60 Κικέρων, *Pro Corn.* I, fr. 25.

την οποία ενσάρκωνε το πλέον σεβάσμιο συλλογικό όργανο της ρωμαϊκής πολιτείας. Η Σύγκλητος όφειλε να ενεργεί ως εκφραστής της λαϊκής βούλησης, με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον. Η υποχρέωση πίστεως προς τους πολίτες και το κράτος δεσμεύει το σώμα των συγκλητικών τόσο συλλογικά, όσο και τα μέλη του ατομικά, όντας σύμφυτη με την πολιτική ιδιότητά τους και θέτοντας ένα πρότυπο αναμενόμενης εκ μέρους τους συμπεριφοράς.[61] Για τους ίδιους, η fides publica αποτελεί απόρροια της δημόσιας εξουσίας που κατέχουν ως συγκλητικοί και της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτουν για την άσκησή της,[62] όντας το θρησκευτικό και ηθικό αντιστάθμισμα του προνομίου κατοχής εξουσίας. Η δημόσια πίστη των συγκλητικών, όπως και των λοιπών δημόσιων αξιωματούχων, υπαγορεύει υποχρεώσεις όπως η προσήλωση στο δημόσιο συμφέρον, η μέριμνα για την προστασία των πολιτών, η κατά συνείδηση ψήφος, η ευσυνείδητη εκτέλεση των καθηκόντων των δημοσίων λειτουργών, η οποία απορρέει από τον όρκο που δίδουν. Ο ρωμαϊκός λαός θα επικαλεστεί την fides της Συγκλήτου το 460 π.Χ. για να αποτρέψει την ανάθεση της εξουσίας στο (κατά τα λοιπά νόμιμο για τα ρωμαϊκά πολιτειακά δεδομένα) αξίωμα του δικτάτορα.[63] Ο Κικέρων θα την επικαλεστεί επίσης όταν θα ξεσπάσει αναταραχή στη Ρώμη λόγω ανατιμήσεων των σιτηρών,[64] όπου διακυβεύεται η πολιτειακή σταθερότητα, κάτι που επιτάσσει κατάλληλους χειρισμούς της Συγκλήτου. Μέρος της υποχρέωσης πίστεως της Συγκλήτου αποτελεί επίσης η υποχρέωση τήρησης των δημοσίων δεσμεύσεων έναντι ειδικών κατηγοριών πολιτών, όπως οι στρατιώτες.[65] Ο Κικέρων χαρακτηρίζει «πειρατική πίστη» την πρόταση συγκλητικού να μην τηρηθούν οι δεσμεύσεις περί φοροαπαλλαγών ορισμένων πόλεων που είχαν κυρωθεί με συγκλητικό δόγμα μετά από πρόταση του Σύλλα.[66] Αντιστοίχως, οι δημόσιοι

61 Kaser 1949, σελ. 338.
62 Freyburger 1986, σελ. 128-129.
63 Τίτος Λίβιος, 3.21.1.
64 Κικέρων, *Dom.* 12.
65 Κικέρων, *Philipp.* 15.29-30.
66 Κικέρων, *De off.* 3.87.

αξιωματούχοι, όπως οι ύπατοι, δεσμεύουν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους τη δημόσια πίστη της Ρώμης, της οποίας θεωρούνται εκφραστές. Επικαλούμενος τη δημόσια πίστη, ο διατελέσας ύπατος M. Valerius Laevinus ζητά από τη Σύγκλητο να αποπληρώσει τα κρατικά χρέη που είχε αναλάβει επί θητείας του,[67] ζήτημα που όπως αναφέρει τον αφορά και προσωπικά. Για τον ίδιο λόγο, ο Σκιπίων ο Αφρικανός καταφέρεται κατά όσων Ιταλών αρνούνται να αποδώσουν τα περιουσιακά στοιχεία που είχαν διαταχθεί να επιστρέψουν στους Συρακούσιους.[68]

Ενόψει της σχέσης της fides με τη δόση όρκου (στο de Officiis του Κικέρωνα αναφέρεται ότι «όποιος παραβιάζει τον όρκο του, παραβιάζει την καλή πίστη»),[69] ο οποίος είναι εξαιρετικά διαδομένος στο ρωμαϊκό κράτος κατά την ανάληψη καθηκόντων εκλεγμένων αρχόντων, δικαστών, μαρτύρων, στρατιωτών, η δήλωση πίστης στο κράτος, υπό το άγρυπνο βλέμμα των θεών, λειτουργεί ως μία αυτοδέσμευση κάθε προσώπου που δραστηριοποιείται στους κόλπους της δημόσιας διοίκησης, των δικαστηρίων και του στρατεύματος,[70] σε ενάσκηση κάποιας μορφής δημόσιας εξουσίας, ότι θα ενεργήσει με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον και με εντιμότητα. Η fides αποτελεί το θεμέλιο της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των διοικουμένων του ρωμαϊκού κράτους (πολιτών και λοιπών υπηκόων της Ρωμαϊκής Αυτοκρατορίας), ότι η ρωμαϊκή δημόσια διοίκηση θα ενεργήσει με βάση την αρχή της νομιμότητας και του σεβασμού του δημοσίου συμφέροντος, και όχι για ιδιοτελείς ή εκδικητικούς σκοπούς. Αυτή την πίστη που «οφείλουμε σε όλους», όπως γράφει ο Κικέρων προς τον αδελφό του από τη θέση του ως διοικητής της επαρχίας της Κιλικίας, ο ίδιος δηλώνει ότι θέλει να επιδείξει ιδιαίτερα προς τους κατοίκους της επαρχίας που τελεί υπό τη διοίκησή του.[71] Αντιστοίχως, διάφορα πρόσωπα που άσκησαν δημόσια εξουσία ή Ρωμαίοι πάτρωνες τιμώνται σε λατινικές

67 Τίτος Λίβιος, 29.16.2.
68 Τίτος Λίβιος, 29.16.2, 29.1.17.
69 Κικέρων, *De off.* 3.104.
70 Boyancé, P. 1972b, σελ. 108.
71 Κικέρων, *Ad Qu.fr.* I.1.28.

επιγραφές, μεταξύ άλλων, για τη fides που επέδειξαν, δηλαδή για την υποδειγματική εκ μέρους τους άσκηση δημοσίων ή ηθικών καθηκόντων.[72]

Σύμφωνα με μία διάσημη ρήση του Κικέρωνα, η πίστη (fides), η οποία εκφράζει τη δεσμευτικότητα και αλήθεια των υποσχέσεων και των συμφωνιών, είναι το θεμέλιο της δικαιοσύνης.[73] Ο Διονύσιος Αλικαρνασσεύς εξηγεί ως εξής τους λόγους για την καθιέρωση της λατρείας της Fides ως δημόσιας εγγύησης της δεσμευτικότητας των συμφωνιών στη Ρώμη, στην οποία αποδίδει την παραδειγματική οργάνωση του ρωμαϊκού κράτους και ανάγει σε πυλώνα της επίλυσης διαφορών στα ρωμαϊκά δικαστήρια: «Παρατηρώντας ότι οι συμβάσεις που συνάπτονται δημοσίως ενώπιον μαρτύρων, τηρούνται γενικά με σεβασμό από τους παρευρισκόμενους και ότι λίγοι είναι ένοχοι για την παραβίασή τους, αλλά ότι εκείνες που συνάπτονται χωρίς μάρτυρες - και αυτές είναι πολύ περισσότερες από τις άλλες - δεν στηρίζονται σε καμία άλλη ασφάλεια παρά την καλή πίστη εκείνων που τα συνάπτουν, θεώρησε επομένως απαραίτητο να καταστήσει την καλή πίστη αυτή το κύριο αντικείμενο της φροντίδας του και να την καταστήσει άξια θείας λατρείας. Θεωρούσε ότι η Δίκη, η Θέμις, η Νέμεσις και εκείνες που οι Έλληνες αποκαλούν Ερινύες, καθώς και άλλες τέτοιες έννοιες, είχαν τύχει επαρκούς σεβασμού και λατρευτεί ως θεότητες από τους ανθρώπους της αρχαιότητας, αλλά ότι η Πίστις, η οποία μεταξύ των ανθρώπων είναι το μεγαλύτερο και ιερότερο πράγμα, δεν είχε ακόμη τιμηθεί στην πόλη ούτε σε δημόσια ούτε σε ιδιωτική μορφή. Ως αποτέλεσμα αυτών των σκέψεων ήταν ο πρώτος από όλους τους ανθρώπους που ανήγειρε ναό για τη δημόσια Πίστη και καθιέρωσε θυσίες προς τιμήν της με έξοδα του κράτους, όπως και για τους υπόλοιπους θεούς. Και είχε στο μυαλό του την ιδέα ότι αυτή η στάση πίστης και σταθερότητας εκ μέρους του κράτους προς όλους τους ανθρώπους θα έκανε με την πάροδο του χρόνου τη συμπεριφορά των διαφόρων πολιτών να μοιάζει. Εν πάση περιπτώσει, η

72 Forbis, 1996, 17, 42, 69, 265.

73 Κικέρων, *De off.* 1.23 : fudamentum autem est iustitiae fides, id est dictotrum conventorumque constatia et veritas.

πίστη θεωρούνταν τόσο απαραβίαστη και τόσο σεβαστή, ώστε τους μεγαλύτερους όρκους που μπορούσε να δώσει ένας άνθρωπος, τους έδινε στην πίστη του, και αυτό είχε μεγαλύτερη βαρύτητα από όλες τις μαρτυρίες μαζί. Και αν υπήρχε διαφωνία μεταξύ ενός ανθρώπου και ενός άλλου σχετικά με μια γραπτή σύμβαση χωρίς μάρτυρες, η πίστη οποιουδήποτε μέρους ήταν αρκετή για να κρίνει τη διαφορά και να την αποτρέψει από το να προχωρήσει περαιτέρω. Και οι δικαστές και τα δικαστήρια στήριζαν τις αποφάσεις τους στις περισσότερες διαφορές στους όρκους πίστης των μερών.»[74]

Η δημόσια πίστη οφείλει να διέπει επομένως και τη λειτουργία των δικαστηρίων, μεταξύ άλλων ως υποχρέωση αμεροληψίας των δικαστών και προϋπόθεση της αξιοπιστίας των μαρτύρων, η ειλικρίνεια της κατάθεσης των οποίων επαφίεται κατά κύριο λόγο στον σεβασμό της. Κατ' αντιδιαστολή, ο Κικέρων, στον δικανικό λόγο υπέρ Φλάκκου, εκφέρει μία άκρως δυσμενή κρίση ως προς την αξιοπιστία των Ελλήνων ως μαρτύρων και την ικανότητά τους να επιδεικνύουν σεβασμό στις αρχές της πίστεως ενώπιον των δικαστηρίων: «Όχι ότι εγώ, από

74 Διονύσιος Αλικαρνασσεύς, *Ρωμαϊκή Αρχαιολογία* 2.75: Ὁ δὲ Νόμας εἰς μὲν εὐτέλειαν καὶ σωφροσύνην διὰ τοιούτων συνέστειλε νόμων τὴν πόλιν, εἰς δὲ τὴν περὶ τὰ συμβόλαια δικαιοσύνην ὑπηγάγετο πρᾶγμα ἐξευρὼν ἠγνοημένον ὑπὸ πάντων τῶν καταστησαμένων τὰς ἐλλογίμους πολιτείας. Ὁρῶν γὰρ ὅτι τῶν συμβολαίων τὰ μὲν ἐν φανερῷ καὶ μετὰ μαρτύρων πραττόμενα ἡ τῶν συνόντων αἰδὼς φυλάττει, καὶ σπάνιοί τινές εἰσιν οἱ περὶ τὰ τοιαῦτα ἀδικοῦντες, τὰ δὲ ἀμάρτυρα πολλῷ πλείω τῶν ἑτέρων ὄντα μίαν ἔχει φυλακὴν τὴν τῶν συμβαλόντων πίστιν, περὶ ταύτην ᾤετο δεῖν σπουδάσαι παντὸς ἄλλου μάλιστα καὶ ποιῆσαι θείων σεβασμῶν ἀξίαν. 2. Δίκην μὲν γὰρ καὶ Θέμιν καὶ Νέμεσιν καὶ τὰς καλουμένας παρ΄ Ἕλλησιν Ἐρινύας καὶ ὅσα τούτοις ὅμοια ὑπὸ τῶν πρότερον ἀποχρώντως ἐκτεθειῶσθαί τε καὶ καθωσιῶσθαι ἐνόμισε, Πίστιν δέ, ἧς οὔτε μεῖζον οὔτε ἱερώτερον πάθος ἐν ἀνθρώποις οὐδέν, οὔπω σεβασμῶν τυγχάνειν οὔτ΄ ἐν τοῖς κοινοῖς τῶν πόλεων πράγμασιν οὔτ΄ ἐν τοῖς ἰδίοις. 3. Ταῦτα δὴ διανοηθεὶς πρῶτος ἀνθρώπων ἱερὸν ἱδρύσατο Πίστεως δημοσίας καὶ θυσίας αὐτῇ κατεστήσατο, καθάπερ καὶ τοῖς ἄλλοις θεοῖς, δημοτελεῖς. Ἔμελλε δὲ ἄρα σὺν χρόνῳ τὸ κοινὸν τῆς πόλεως ἦθος πιστὸν καὶ βέβαιον πρὸς ἀνθρώπους γενόμενον τοιούτους ἀπεργάσασθαι καὶ τοὺς τῶν ἰδιωτῶν τρόπους. Οὕτω γοῦν σεβαστόν τι πρᾶγμα καὶ ἀμίαντον ἐνομίσθη τὸ πιστόν, ὥστε ὅρκον τε μέγιστον γενέσθαι τὴν ἰδίαν ἑκάστῳ πίστιν καὶ μαρτυρίας συμπάσης ἰσχυροτάτην, καὶ ὁπότε ὑπὲρ ἀμαρτύρου συναλλάγματος ἀμφίλογόν τι γένοιτο ἑνὶ πρὸς ἕνα, ἡ διαιροῦσα τὸ νεῖκος καὶ προσωτέρω χωρεῖν οὐκ ἐῶσα τὰς φιλονεικίας ἡ θατέρου τῶν διαδικαζομένων αὐτῶν πίστις ἦν, 4. αἵ τε ἀρχαὶ καὶ τὰ δικαστήρια τὰ πλεῖστα τῶν ἀμφισβητημάτων τοῖς ἐκ τῆς πίστεως ὅρκοις διήτων. Τοιαῦτα μὲν δὴ σωφροσύνης τε παρακλητικὰ καὶ δικαιοσύνης ἀναγκαστήρια ὑπὸ τοῦ Νόμα τότε ἐξευρεθέντα κοσμιωτέραν οἰκίας τῆς κράτιστα οἰκουμένης τὴν Ῥωμαίων πόλιν ἀπειργάσατο.

την πλευρά μου, θα ήμουν περισσότερο από τους άλλους διατεθειμένος να αρνηθώ την πίστη (*fides) σε αυτό το έθνος- διότι αν υπήρξε ποτέ κάποιος από τους συμπατριώτες μας που να μην αποστρέφεται αυτή τη φυλή των ανθρώπων και να το αποδεικνύει με ζήλο και καλή θέληση, νομίζω ότι εγώ είμαι αυτός ο άνθρωπος, και ότι ήμουν ακόμη περισσότερο όταν είχα περισσότερο ελεύθερο χρόνο - αλλά υπάρχουν σε αυτό το σώμα πολλοί ενάρετοι, πολλοί μορφωμένοι, πολλοί σεμνοί άνθρωποι, οι οποίοι δεν έχουν έρθει εδώ σε αυτή τη δίκη. Υπάρχουν επίσης πολλοί θρασείς, αγράμματοι, άχρηστοι άνθρωποι, και αυτούς βλέπω εδώ, ωθούμενους από διάφορα κίνητρα. Αλλά αυτό το λέω για ολόκληρο το γένος των Ελλήνων - τους αναγνωρίζω τη μόρφωση, τους αναγνωρίζω τη γνώση πολλών τεχνών - δεν τους αρνούμαι την ευφυΐα στη συζήτηση, την οξύτητα των ταλέντων και την ευχέρεια στην ομιλία - ακόμη και αν διεκδικήσουν έπαινο για άλλα είδη ικανοτήτων, δεν θα προβάλω καμία αντίρρηση - αλλά η σχολαστική προσοχή στην αλήθεια κατά την παροχή των μαρτυριών τους είναι μια αρετή που το έθνος αυτό δεν έχει καλλιεργήσει ποτέ - αγνοούν παντελώς ποια είναι η έννοια αυτής της ιδιότητας, δεν γνωρίζουν τίποτα για το κύρος ή τη βαρύτητά της.»*[75]

Η σκληρή αυτή κριτική του Κικέρωνα προς τους Έλληνες απηχεί μία κάπως αυτάρεσκη αντίληψη περί ηθικής ανωτερότητας των Ρωμαίων, λαμβανομένου υπόψιν ότι την ίδια περίοδο η απονομή δικαιοσύνης στη Ρώμη θα πρωταγωνιστήσει σε πλείστα όσα σκάνδαλα διαφθοράς δικαστών και μαρτύρων,[76] σε πλήρη αντιστροφή των δεσμεύσεων της fides. Ο ίδιος ο Κικέρων ξεκινά την αγόρευσή του κατά του Verres, διεφθαρμένου διοικητή της Σικελίας, λέγοντας ότι έχει εδραιωθεί η φήμη ότι στα ρωμαϊκά δικαστήρια κανένας πλούσιος άνθρωπος, όσο ένοχος κι αν είναι, δεν μπορεί να καταδικαστεί, και ότι θα ήταν μέγιστη συμφορά αν επιβεβαιωνόταν στην αντίληψη του ρωμαϊκού λαού ότι οι συγκλητικοί, ως προς την επιλογή των δικαστών, παραμερίζουν την αλήθεια, την ακεραιότητα, την πίστη (fides) και τη θρησκεία.[77]

75 Κικέρων, *Pro Flac.,* 9.
76 Δημοπούλου 2022.
77 Κικέρων, *In Ver*. 1.4

Η - διόλου ασυνήθιστη στην πράξη - διαφθορά των δημοσίων λειτουργών αποτελεί μία από τις εκφάνσεις της παραβίασης της υποχρέωσης πίστεως των πολιτικών προς το κράτος και τους πολίτες, η οποία χαρακτηρίζεται στις πηγές δόλια συμπεριφορά (fraus) και θεωρείται ένα είδος προδοσίας. Σχετικά παραδείγματα των πηγών περιλαμβάνουν επίσης περιπτώσεις παρεμβάσεων συγκλητικών σε εκλογές δημάρχων ή καθυστερήσεις στη διεξαγωγή του πολέμου με την Καρχηδόνα.[78]

Άλλη έκφραση της δημόσιας πίστεως αποτελούσε η παροχή εγγυήσεων ασυλίας προς ορισμένα πρόσωπα για λόγους δημοσίου συμφέροντος. Με λαϊκή ψηφοφορία μπορούσε να αποφασισθεί η παροχή της fides publica, με την έννοια της εγγύησης ακαταδίωκτου ή ασυλίας κάποιου προσώπου προκειμένου να καταθέσει στη δικαιοσύνη ως ένα είδος «προστατευόμενου μάρτυρα», όπως συνέβη στην περίπτωση του βασιλέα της Νουμιδίας Ιουγούρθα, στον οποίο οι Ρωμαίοι απέστειλαν τον πραίτορα Κάσσιο για να τον πείσει να έρθει στη Ρώμη να καταθέσει σε βάρος συγκλητικών τους οποίους είχε χρηματίσει.[79] Παροχή εγγυήσεων ασυλίας μέσω της fides publica μπορούσε να χορηγηθεί και από τη Σύγκλητο με συγκλητικό δόγμα (senatus consultum), όπως συνέβη στην περίπτωση υπηρέτριας που κατέδωσε ένα σοβαρό έγκλημα πολλαπλών δολοφονιών με δηλητήριο, με δράστιδες κυρίες της καλής ρωμαϊκής κοινωνίας,[80] καθώς και υπέρ του καταδότη της συνωμοσίας του Κατιλίνα.[81]

Μετά τον μετασχηματισμό της ρωμαϊκής Res Publica σε Ηγεμονία υπό τον Αύγουστο, η δημόσια πίστη θα αξιοποιηθεί ευρύτατα από τους Ρωμαίους αυτοκράτορες ως ισχυρότατος δημόσιος συμβολισμός πολιτικής και διοικητικής αρετής, όπως καταδεικνύει η απεικόνιση της χειραψίας στα ρωμαϊκά νομίσματα της περιόδου της Ηγεμονίας, με τη λεζάντα «fides publica». Το νέο πολιτικό καθεστώς, στο πλαίσιο καλλιέργειας της πολιτικής του ιδεολογίας, θα δώσει μεγάλη έμφαση στις παραδοσιακές ρωμαϊκές αρχές και αξίες των

78 Τίτος Λίβιος, 5.11.3, 22.34.4, 27.21.2.

79 Τίτος Λίβιος, 8.18.4-5.

80 Σαλούστιος, *Iug.* 32.1.

81 Κικέρων, *Cat*. 3.4.8, Σαλλούστιος, *Cat*. 47.1, 48.4. Βλ. Hellegouarc'h 1963, σελ. 18, σημ. 4.

οποίων οι Ρωμαίοι αυτοκράτορες θα θελήσουν να εμφανιστούν ως ανορθωτές και προστάτες, μεταξύ των οποίων προεξάρχουσα θέση κατέχει η έννοια της δημοσίας πίστεως.[82] Ο πλούσιος συμβολισμός και οι ειδικότερες εκφάνσεις της δημοσίας πίστεως θα αποτυπωθούν στις λεζάντες των νομισμάτων της περιόδου, με αναφορές στη «Fides Militum» (πίστη των στρατιωτών), «Legionum» (λεγεώνων), «Equitum» (ιππέων), «Praetorianorum» (πραιτοριανών), «Augusta» (αυτοκρατορική). Η έκφραση «Fides Exercituum» αποδίδει ειδικότερα τον στρατιωτικό όρκο που έδιναν οι στρατιώτες προς τον αυτοκράτορα κατά την ανάρρησή του στην εξουσία, ο οποίος ανανεωνόταν σε κάθε ετήσια επέτειό της, καθώς και στην αρχή κάθε έτους, συμβολιζόμενος από τη χειραψία, όπως απεικονίζεται σε πλείστα ρωμαϊκά νομίσματα της αυτοκρατορικής περιόδου. Η πίστη προς το ρωμαϊκό κράτος μετατοπίζεται πλέον προς μία προσωποπαγή πίστη στον αυτοκράτορα ως ενσάρκωσή του, και ως δήλωση σεβασμού και υπηρεσίας των επιθυμιών του ιδίου ως «έμψυχου νόμου».

Στο ευρύτερο πεδίο της ασφάλειας δικαίου, η δημόσια πίστη ενεργεί ενίοτε ως δημόσια εγγύηση της ασφάλειας των συναλλαγών. Κατά τον Πολύβιο, στην πρώτη διεθνή συνθήκη μεταξύ της Ρώμης και της Καρχηδόνας (509/8 π.Χ.), αναφερόταν ότι στις αγοραπωλησίες μεταξύ Ρωμαίων και Καρχηδονίων που θα λάμβαναν χώρα στη Λιβύη ή τη Σαρδηνία ενώπιον κήρυκα ή γραμματέα, την καταβολή του τιμήματος προς τον πωλητή θα εγγυάτο η «δημοσία πίστη».[83] Πολύ αργότερα, επί Μ. Κωνσταντίνου, τον 4ο μ.Χ. αιώνα, η fides publica, με την έννοια της εγγύησης της ασφάλειας των συναλλαγών, απαντάται σε διάταξη που επιβάλλει τη δημοσιότητα στις μεταβιβάσεις αγροτικών ακινήτων προς απόδειξη της erga omnes ύπαρξης νόμιμου τίτλου κυριότητας,[84] υποχρέωση η οποία θα επεκταθεί εν συνεχεία και σε δωρεές άνω ορισμένου ποσού. Οι πράξεις μεταβιβάσεων ακινήτων θα καθιερωθεί να

82 Milani, 2017, σελ. 45.
83 Πολύβιος, 3.22.
84 Fuentesca 2013.

μεταγράφονται ενώπιον αξιωματούχων που ενεργούν επ' ονόματι του λαού, οι οποίοι, ως κάτοχοι δημόσιας εξουσίας (potestas publica), και του ειδικότερου δικαιώματος μεταγραφής ιδιωτικών πράξεων σε δημόσια έγγραφα (ius conficiendorum actorum), καθίστανται εγγυητές της δημόσιας πίστης των συναλλαγών. Με τον τρόπο αυτό οι τίτλοι του ακινήτου και η συναλλαγή της μεταβιβάσεώς του καθίστανται απρόσβλητα, εξασφαλίζοντας την πλήρη δεσμευτικότητα της συμφωνίας (firmitas contractus). Στον Θεοδοσιανό και αργότερα τον Ιουστινιάνειο Κώδικα θα περιληφθεί διάταξη των αυτοκρατόρων Ονόριου και Θεοδοσίου, σύμφωνα με την οποία οι πράξεις που απορρέουν από δημόσια έγγραφα θα παραμένουν ες αεί εν ισχύ και μετά θάνατον του συντάκτη τους, «καθότι η δημόσια πίστη δεν πρέπει να καταλύεται» με την επέλευσή του,[85] σε κατοχύρωση της αρχής της συνέχειας της διοικήσεως.

Υπό όλες τις έννοιες που προαναφέρθηκαν, η fides publica διαμορφώνεται στη Ρώμη ως κυρίαρχη αρχή του ρωμαϊκού δημοσίου δικαίου, η επιρροή της οποίας, καίτοι έχει μελετηθεί λιγότερο από αυτήν της καλής πίστεως στις συναλλαγές, εντοπίζεται στις μεταγενέστερες έννομες τάξεις. Στη ρωμαϊκή έννοια της δημοσίας πίστεως ο Hugo Grotius[86] θα δει ένα θεμελιώδη κανόνα της δικαιοσύνης, του δημόσιου και διεθνούς δικαίου, ιδιαίτερα πολύτιμο ως κριτήριο για τον προσδιορισμό της νομιμότητας του πολέμου και της ένοπλης αντίστασης. Η fides publica θα επηρεάσει τον John Locke κατά τη διαμόρφωση των θεωριών περί δικαιώματος αντίστασης του λαού σε περίπτωση που η κυβέρνηση παραβιάζει την εμπιστοσύνη του.[87] Τα παραδείγματα που προαναφέρθηκαν για το πώς αντιλαμβάνονται οι Ρωμαίοι την έννοια της δημοσίας πίστεως καταδεικνύουν ότι πλείστες θεμελιώδεις αρχές συγχρόνου δημοσίου δικαίου, mutatis mutandis, έλκουν επίσης την καταγωγή από την περί fides publica ρωμαϊκή αντίληψη: η αρχή της νομιμότητας η οποία απορρέει από την αρχή του κράτους δικαίου και συνεπάγεται ότι η διοίκηση λειτουργεί

85 C.7.52.638 (= CTh.16.5.55).

86 De jure belli ac pacis, Lib. II, Cap. XI, i. Για τη fides ως βάση του δημοσίου διεθνούς δικαίου βλ. Fikentscher 1979.

87 De Wilde 2011.

στο πλαίσιο των νόμων, η αρχή της υπεροχής και της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, η αρχή της δράσης της διοικήσεως η οποία υλοποιείται ως νόμιμη και ως θεμιτή δράση, η αρχή της συνέχειας της λειτουργίας των υπηρεσιών της διοίκησης, η αρχή της χρηστής διοικήσεως, η αρχή της καλής πίστης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου, η αρχή της αμεροληψίας των οργάνων της δημόσιας διοίκησης κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, η αρχή της ισότητας και η αρχή του ελέγχου της δημόσιας διοίκησης.

Σπουδή για τη σκεπτική νομική ερμηνεία

Πάνος Λαζαράτος

Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

1. Η μεγάλη αρχαιοελληνική παράδοση των «δισσών λόγων» για κάθε ρητορικό ζήτημα και τελικώς για κάθε νομικό ζήτημα[1] δεν βρήκε ποτέ ρητή έκφραση στη σύγχρονη μεθοδολογία του δικαίου. Η ευρωπαϊκή μεθοδολογία είναι προσανατολισμένη στην ανεύρεση της *μιας* ορθότερης λύσεως στην εκάστοτε κρινόμενη περίπτωση. Αντίθετα ο σκεπτικισμός που βρίσκεται στη βάση της παραδόσεως των «δισσών λόγων» εκκινεί από μια άλλη: Τη θέση ότι για κάθε φιλοσοφικό ή νομικό επιχείρημα υφίσταται πάντοτε *ισοσθενές αντίθετο*.

2. Τι σημαίνει άραγε «ισοσθενές»[2] αντίθετο επιχείρημα; Σημαίνει μάλλον

1 Βλ. ενδεικτικώς Πισπιρίγκο, *Αντιλήψεις αρχαίων Ελλήνων για τη δικαιοσύνη*, Ανατύπωση 2018, σελ. 60-77 (για τον Πρωταγόρα). Η εκπαίδευση των μαθητών γινόταν βάσει ρητορικού εγχειριδίου του Πρωταγόρα, των Αντιλογιών. Η θεωρητική σύλληψη της διαλεκτικής του βασίζεται στην παραδοχή: «*παντί λόγω λόγον αντικείσθαι*» (Για κάθε επιχείρημα υπάρχει αντίθετο επιχείρημα). Είναι χαρακτηριστική η ρήση του Σενέκα, Epistulae morales 88,4: «*Protagoras sit de omni re in utramque patrem disputari posse ex aequo et de hac ipsa, an omnus res in utramque partem disputabilis sit*» [Ο Πρωταγόρας λέει ότι όλα τα ζητήματα υπόκεινται σε αντίθετη επιχειρηματολογία· Ομοίως (εννοείται υπόκειται σε αντίθετη επιχειρηματολογία) και το ζήτημα αν όλα τα ζητήματα υπόκεινται σε αντίθετη επιχειρηματολογία]. Με αυτή τη συλλογιστική, στο πνεύμα των «*δισσών λόγων*» γίνεται αντιληπτός ο τίτλος που δόθηκε στο σημαντικότερο σύγγραμμα του Πρωταγόρα, «*Αλήθεια ή Καταβάλλοντες (λόγοι)*».

2 Ο όρος «*ισοσθένεια*» λόγων προέρχεται από τον ορισμό της «σκέψεως» στο έργο του Σέξτου του Εμπειρικού, *Πυρρωνείων Υποτυπώσεων* Ι8. Ο περίφημος ορισμός έχει ως εξής: «*Εστί δε η σκεπτική δύναμις αντιθετική φαινομένων τε και νοουμένων αφ΄ ης ερχόμεθα δια την εν τοις αντικειμένοις πράγμασι και λόγοις ισοσθένειαν το μεν πρώτον εις εποχήν, το δε μετά τούτο εις αταραξίαν*». (Ο σκεπτικισμός είναι δύναμη να αντιπαραθέτει κανείς φαινόμενα και νοούμενα καθ΄ οιονδήποτε τρόπο,

ότι δεν υπάρχει αντικειμενικό κριτήριο προκειμένου κάποιος να αποφανθεί ότι το ένα επιχείρημα είναι ισχυρότερο του άλλου. Και έτσι η διαφωνία παραμένει ανεπίκριτος. Και ότι ο τρίτος παρατηρητής ή ο ερευνητής «επέχει»[3], ήτοι αναστέλλει την κρίση του μέχρι για κάποιο λόγο να θεωρήσει ότι κάποιο επιχείρημα υπερισχύει και προσωρινά ενδεχομένως να το υιοθετήσει. Αν υπάρξει εκ νέου άλλο «ισοσθενές» επιχείρημα αναδημιουργεί εσωτερικά στάση εφεκτική. Και ούτω καθεξής σε αέναη «αναζητική πορεία»[4].

3. Ο Σέξτος Εμπειρικός στις περίφημες Πυρρώνειες Υποτυπώσεις παρουσιάζει τους πέντε τρόπους[5] του Αγρίππα[6] με τους οποίους ανατρέπεται

με την οποία φτάνουμε λόγω της ισοσθένειας πραγμάτων και λόγων που αντιπαρατίθενται, κατ΄ αρχάς στην εποχή και στη συνέχεια στην αταραξία).

3 Σύμφωνα με τον Σέξτο Εμπειρικό, *Πυρρωνείων Υποτυπώσεων* Ι10, «*εποχή δε εστί στάσις διανοίας δι ήν ούτε αίρομεν τι ούτε τίθεμεν*» («Εποχή» είναι στάση της διανοίας κατά την οποία ούτε αναιρούμε κάτι ούτε το δεχόμαστε).

4 Στο απόσπασμα 18 του Ξενοφάνη, θεμελιώνεται η γνωστική αισιοδοξία της συνεχούς προόδου μέσω της αναζητήσεως «*Ούτοι απ' αρχής πάντα Θεοί θνητοίς υπέδειξαν αλλά χρόνω ζητούντες εφευρίσκουσιν άμεινον*» (Οι θεοί δεν αποκάλυψαν τα πάντα από την αρχή στους ανθρώπους, αλλά με τον καιρό, με την αναζήτηση, θα βρουν το καλύτερο). Η λέξη «ζητούντες», όπως επισημαίνει ο Ν. Δήμου, *Το απόλυτο και το τάβλι*, Νεφέλη 1994, σελ. 30, είναι η λέξη κλειδί για τη σκεπτική αγωγή.

5 Οι πέντε αυτοί τρόποι του Αγρίππα που αντικαθιστούν και εμπεριέχουν σε πιο καθολικό και αφηρημένο επίπεδο τους παλαιότερους δέκα του Αινησίδημου είναι οι εξής:
α) Ο από της διαφωνίας, ο οποίος βασίζεται στις αντιθέσεις ανάμεσα στις γνώμες των φιλοσόφων, αφού για κάθε μία υπάρχει άλλη αντίθετη.
β) Ο εις άπειρον εκβάλλων (κάθε απόδειξη χρειάζεται και νέα που να την αποδεικνύει- regressus ad infinitum).
γ) Ο από του προς τι (η σχετικότης ως προς τον καθένα των αισθήσεων).
δ) Ο υποθετικός (πίσω από κάθε απόδειξη προϋποτίθενται σιωπηρές υποθέσεις, ήτοι αξιώματα ή λήμματα).
ε) Ο διάλληλος (αυτός που οδηγεί σε φαύλο κύκλο).
Για τους πέντε αυτούς τρόπους βλ. αντί πολλών Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά, Σέξτος ο Εμπειρικός, *Πυρρώνειες Υποτυπώσεις* Α, Β, τ. 2, σελ. 90-118 με πληθώρα υποσημειώσεων στις σελίδες 111-131. Από την περαιτέρω πλούσια βιβλιογραφία σημειώνω ιδιαιτέρως το κλασικό έργο του V. Brochard, Les Sceptiques Grecs, (πρώτη έκδοση 1887), Παρίσι 1932, σελ. 303-306, καθώς και τα έργα των J. Barnes, The toils of scepticism, Cambridge University Press 1990, K. Janaček, Sextus Empiricus sceptical methods, 1972.
Βλ. συνοπτικά τους πέντε τρόπους σε Σέξτο Εμπειρικό, *Πυρρωνείων Υποτυπώσεων*, Ι, 164-177.

6 Για τον Αγρίππα, τον σημαντικότερο ίσως από τους νεώτερους σκεπτικούς, ο οποίος έζησε μετά τον

κάθε επιχείρημα. Και κάθε ρητορικό επιχείρημα φυσικά, όπως διευκρινίζει στο «Προς Ρήτορας». Προφανώς λοιπόν και κάθε νομικό επιχείρημα αφού η ρητορική και τα νομικά είναι άρρηκτα συνδεδεμένα. Οι πέντε αυτοί τρόποι ωριμάζουν και διαμορφώνονται μέσα στους αιώνες. Τον 2ο αι. μ.Χ., όταν τους παρουσιάζει ο Σέξτος, έχουν φθάσει στο απόγειο της ακρίβειας και της εκλεπτύνσεώς τους[7].

4. Είναι η σοφιστική, πρωταγόρεια παράδοση των «δισσών λόγων» η μαγιά που οδήγησε στους πέντε αυτούς τρόπους *ανατροπής κάθε επιχειρήματος και ταυτόχρονης ανορθώσεως ενός τουλάχιστον ισοσθενούς αντιθέτου.* Σε αυτή την παράδοση ακουμπάει και η περίφημη Πρεσβεία Φιλοσόφων στην αρχαία Ρώμη, το 155 π.Χ. για την αποτροπή επιβολής ποινής προς τους Αθηναίους από τη ρωμαϊκή Σύγκλητο[8]. Το πρωί ο Καρνεάδης μίλησε *υπέρ της Δικαιοσύνης ως αγαθού αυτοτελούς και την επομένη, αυτός ο ίδιος, εναντίον της Δικαιοσύνης ως αγαθού καθ' εαυτόν με εξίσου πειστικά ισοσθενή αντεπιχειρήματα*[9]. Τρόμαξε ο Κάτων ο τιμητής και άλλοι σοφοί που τον άκουσαν ότι θα διαφθείρει τη ρωμαϊκή νεολαία και τον έστειλαν γρήγορα πίσω στην πατρίδα του μαζί με τους υπόλοιπους φιλοσόφους- σχολάρχες των ακαδημιών τους.

Αινησίδημο και πριν τον Σέξτο, ελάχιστα είναι γνωστά. Το όνομά του (κακώς) παραλείπεται συνήθως στις ιστορίες της φιλοσοφίας. Ο Simon Sepp, Pyrrhonische Studien, 1893, σελ. 117, αναφέρει πάντως ότι γεννήθηκε στη Βηρυττό και πέρασε μεγάλο μέρος της ζωής του στα Θυάτειρα (της Μ. Ασίας) και μετά στην Αλεξάνδρεια και στην Ιταλία. Ήταν γιατρός και ήκμασε γύρω στα 40-65 μ.Χ. Τον Αγρίππα αναφέρει δύο φορές και ο Διογένης ο Λαέρτιος.

7 Στον Αγρίππα δεν αμφισβητείται, όπως στον Αινησίδημο η κοινή γνώμη ή η αισθητή γνώση, αλλά η ίδια η επιστήμη, η ακρίβεια του συλλογισμού.

8 Βλ. για την πρεσβεία των φιλοσόφων στη Ρώμη το 155 π.Χ., Πεντζοπούλου-Βαλαλά, *οπ.π.,* τ. 2, σελ. 285-293. Κύρια πηγή για την πρεσβεία φιλοσόφων είναι ο Κικέρων, Tusculanae Disputationes IV3, ο Πλούταρχος, Μάρκος Κάτων, 22, ο Aulus Gellius, Noctes Atticae, VI, 14, 10, αλλά και ο Lactantius, Institutiones divinae, V, 14 επ.

9 Ο Κικέρων, De republica III, παρ. 11-13, μεταφέρει ένα μέρος μόνο από τον αρνητικό για τη δικαιοσύνη λόγο, το οποίο όμως είναι φθαρμένο. Ο Lactantius δίδει το γενικότερο περιεχόμενο περιληπτικά και περαιτέρω χρήσιμες πληροφορίες. Ο Καρνεάδης μίλησε μπροστά στους μεγαλύτερους ρήτορες της εποχής, τον Γάλβα και τον Κάτωνα, για τη δικαιοσύνη. Την επομένη αντέκρουσε τον εαυτό του με το ύφος ρητορικής ασκήσεως, όπου αντικρούεται κάθε θετική άποψη. Πρβλ. τη μελέτη της J. Croissant*, La morale de Carnéade, Études de philosophie antique,* Ουσία, 1968, σελ. 230-275 (ιδίως σελ. 258-268), όπου αναλύονται τα χωρία για τη δικαιοσύνη.

5. Πώς όμως η εφεκτική στάση μπορεί να είναι χρήσιμη σε μια δεοντική επιστήμη, η οποία εν πάση περιπτώσει σε κάποιες εκφάνσεις της, όπως στο δικαστικό έργο συνδέεται άρρηκτα με τη λύση της διαφωνίας και τη λήψη αποφάσεως[10]; Είναι χρήσιμος τελικά ο σκεπτικισμός στη νομική επιστήμη και είναι δυνατόν να γίνει λόγος για «σκεπτική» νομική ερμηνεία; Στα κρίσιμα αυτά ερωτήματα πρέπει να δώσει μια στοιχειώδη απάντηση κάθε σπουδή που αφορά τη σχέση σκεπτικισμού και νομικής ερμηνευτικής.

6. Προσωπικά είμαι πεπεισμένος πως ο σκεπτικισμός μπορεί να φανεί χρήσιμος στη νομική επιστήμη σε διάφορα επίπεδα, από τα οποία επιλέγω, εδώ, υπό μορφή σχεδιάσματος ενδεικτικώς τα ακόλουθα:

α) Ο σκεπτικισμός και η σκεπτική νομική ερμηνεία είναι στοιχεία απαραίτητα για τη *νομική έρευνα και τη νομική επιστήμη, ως «επιστήμη» καθ' εαυτή σε ακαδημαϊκό επίπεδο. Ο γνήσιος, αντικειμενικός νομικός ερευνητής, χρησιμοποιώντας τους τρόπους αυτούς (εκών ή άκων) αναζητεί σε κάθε στάδιο της έρευνας και των συλλογισμών του τα δυνατά ισοσθενή επιχειρήματα. Σε γραμματικό, τελολογικό (ιδίως), ιστορικό και συστηματικό επίπεδο. Μεταβαίνει δε εφόσον απαιτείται ακόμη βαθύτερα σε μεθοδολογικό και κυρίως μεταμεθοδολογικό επίπεδο.* Διότι σε άλλα αποτελέσματα οδηγείται κανείς αν προκρίνει τη γραμματική έναντι της τελολογικής ερμηνείας (λ.χ.) ή το αντίστροφο. Ουδείς μετα-μεθοδολογικός κανόνας μπορεί να επιβάλει την μια μεθοδολογία έναντι της άλλης και τη μια νομική ερμηνεία έναντι της άλλης. Και υπάρχουν ως γνωστόν μεθοδολογίες που προκρίνουν την τελολογική, την ιστορική ή τη γραμματική ερμηνεία καθώς και άλλες που επιμένουν, ότι όλες οι μέθοδοι ερμηνείας είναι ισόκυρες. Χωρίς βέβαια να εξηγούν τι συμβαίνει και τί πρέπει να συμβαίνει σε περίπτωση που τα αποτελέσματα των (ισότιμων) ερμηνειών συγκρούονται.

β) Σκεπτική ερμηνεία υιοθετούν συχνά και οι δικηγόροι. Αντιμετωπίζουν

10 Δε μου είναι γνωστή καμία μελέτη για τη χρήση των πυρρώνειων τρόπων της εποχής στη νομική έρευνα από τη σύγχρονη εποχή. Αντίθετα, υπάρχουν πολλές μελέτες στη φιλοσοφία του Δικαίου για τη σημασία του *σχετικισμού* (όχι τόσο του πυρρώνειου σκεπτικισμού) στη νομική επιστήμη.

τα πιθανά ή ήδη υπάρχοντα αντίθετα επιχειρήματα των αντιπάλων τους σαν να ήταν δικά τους. Τα αντικρούουν. Και μετά για να προχωρήσουν ένα επίπεδο πιο βαθιά αντικρούουν την αντίκρουση και συνεχίζουν όσο αντέχουν. Είναι γνωστό ότι αυτή η παλινδρόμηση εκλεπτύνει την επιχειρηματολογία και οδηγεί σε πολύ μεγαλύτερο βάθος και ουσιαστική ακρίβεια το δικόγραφο. Ένα δικόγραφο που τελικά αποκτά έτσι πολύ μεγαλύτερη πειστικότητα, αυξάνοντας την πιθανότητα να επηρεαστεί η δικαστική απόφαση.

γ) Αλλά και η δικαστική απόφαση περνάει πρώτα από ένα εφεκτικό προστάδιο, το οποίο λαμβάνει στην πραγματικότητα χώρα κατά τη διάσκεψη. Εκεί οι δικαστές «πολιορκούν» το κρίσιμο νομικό ζήτημα με αντίθετα, συχνά «ισοσθενή» νομικά επιχειρήματα, δημιουργώντας το κατάλληλο γόνιμο υπέδαφος για τη λήψη της τελικής αποφάσεως. Η «σκεπτική» νομική ερμηνεία βρίσκεται στην πραγματικότητα πολύ συχνά πίσω από κάθε απόφαση επί δυσχερούς νομικού ζητήματος. Το «ισοσθενές» αντίθετο επιχείρημα εκφράζεται συχνά σε μειοψηφία εξίσου πειστική με την άποψη που πλειοψήφησε. Ο γνήσιος νομικός ερευνητής και αναλυτής οριακών δικαστικών αποφάσεων επί δυσχερών νομικών ζητημάτων γνωρίζει ότι συχνά η επιλογή της μιας ή της άλλης απόψεως είναι ζήτημα προ-κατανοήσεων[11] που δεν επιβάλλονται ούτε αντικειμενικά, ούτε αμιγώς επιστημονικά. Προκατανοήσεων αρκετά υποκειμενικών που βρίσκονται σε πεδία εκτός αντικειμενικά ελέγξιμης επιχειρηματολογίας. Η «σκεπτική» νομική ερμηνεία μπορεί να οδηγήσει σε έναν γόνιμο αποχωρισμό των «αντικειμενικών» από τα «υποκειμενικά» επιχειρήματα.

7. Ένας θεμελιώδης τρόπος που μπορεί να οδηγήσει σε εφεκτική στάση τον φιλοσοφούντα αλλά και τον νομικό, ένας θεμελιώδης τρόπος εποχής κατά τον Αγρίππα, είναι ο εξ' υποθέσεως τρόπος. Κάθε θεώρηση, όπως και κάθε νομική ερμηνεία, βασίζεται σε ορισμένες υποθέσεις, σε ορισμένα αξι-

11 Οι συνταγματολόγοι κάνουν συχνά λόγο για προερμηνευτικές επιλογές του ερμηνευτή του δικαίου, χωρίς εντούτοις να αναλύουν πώς αυτές σχηματίζονται και ιδίως, πώς ο ίδιος ο ερμηνευτής επιλέγει μεταξύ περισσότερων δυνατών ερμηνευτικών επιλογών, όταν ιδίως είναι ένας σκεπτικιστής άνθρωπος. Βλ. για όλα αυτά το κλασικό έργο του J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972.

ώματα[12]. Αν αλλάξουν οι υποθέσεις αλλάζει και το αποτέλεσμα της ερμηνείας. Έτσι ακόμη και στη γεωμετρία, την άλγεβρα ή τη φυσική. Θα μπορούσε κανείς να αντιτάξει ότι τον ρόλο των «υποθέσεων-αξιωμάτων» στη νομική επιστήμη διαδραματίζουν οι νόμοι, οι οποίοι τη στιγμή που δημιουργείται το ερμηνευτικό επιχείρημα είναι εκεί, αμετακίνητοι και αντικειμενικοί.

Τούτο όμως υπό προσεκτικότερη θεώρηση δεν ανταποκρίνεται στα πράγματα για μια σειρά από λόγους:

α) Διότι οι νόμοι χρησιμοποιούν έννοιες αξιολογικές και σημασιολογικά ανοικτές, που υπόκεινται σε περισσότερες δυνατές εναλλακτικές ερμηνευτικές προσεγγίσεις. Κάθε κρίσιμη νομική έννοια για την επίλυση οριακού νομικού προβλήματος υπόκειται στη δική της σκεπτική νομική ερμηνεία.

β) Η ανεύρεση της ορθής μείζονος προτάσεως για την επίλυση του νομικού ζητήματος γίνεται με τρόπο που δεν προσδιορίζεται καν και σε κάθε περίπτωση δεν προσδιορίζεται μονοσήμαντα από τη μεθοδολογία του δικαίου. Με άλλα λόγια η ανεύρεση της μείζονος προτάσεως του δικανικού συλλογισμού υπόκειται σε σκεπτική νομική θεώρηση, η οποία εντάσσεται σε αυτό που θα μπορούσαμε να ονομάσουμε σκεπτική νομική ερμηνευτική.

γ) Ακόμα και όταν ανευρεθεί ο κανόνας δικαίου, ο οποίος εκ πρώτης όψεως θα αποτελέσει τη βάση του νομικού συλλογισμού, και πάλι ο ερμηνευτής ενδέχεται να υποβάλει το ερώτημα αν ο κανόνας αυτός δικαίου αντιτίθεται σε πηγή του δικαίου ανώτερης ιεραρχικής ισχύος (δίκαιο της ΕΕ - Σύνταγμα - διεθνή σύμβαση κ.λπ.), ερώτημα το οποίο είναι δυνατόν να τον οδηγήσει σε αντίθετα ανεπίκριτα ισοσθενή νομικά επιχειρήματα.

12 Η "υπόθεση" στην αρχαία ελληνική και στην ελληνιστική φιλοσοφία και επιστήμη έχει την έννοια του αξιώματος, το οποίο δεν είναι αναγκαίο να είναι "αληθές" και όχι την έννοια της Νευτώνειας φυσικής ή τη σύγχρονη έννοια του όρου.
Βλ. για το θέμα αυτό ιδίως L. Russo, *Προς τι η κλασική παιδεία*, Εκδόσεις Δίαυλος, σελ. 169: «*Ο Σέξτος Εμπειρικός για παράδειγμα χρησιμοποιεί τον όρο («υποθέσεις») αναφερόμενος στα αξιώματα της γεωμετρίας*». Έτσι, με αυτή την έννοια, και ο Αρχιμήδης γράφει στον Ψαμμίτη ότι ο Αρίσταρχος ο Σάμιος, «υποθεσιών τινών εξέδωσε γραφάς», υποστηρίζοντας ότι η γη κινείται γύρω από τον ήλιο. Παρόμοια ο L. Russo και στο έργο του, *Η λησμονημένη επανάσταση*, Εκδόσεις Δίαυλος 2006, σελ. 150-151 (Αξιώματα ή υποθέσεις).

δ) Στην ίδια σκεπτική ερμηνεία μπορεί πάντοτε να οδηγήσει επιπροσθέτως ο υπαγωγικός συλλογισμός. Όχι μόνο γιατί η υπαγωγή εμπεριέχει πολλούς ερμηνευτικούς κρυφούς συλλογισμούς με νέες μείζονες προτάσεις, αλλά και γιατί το τμήμα της ελάσσονος προτάσεως, το οποίο αναφέρεται στα πραγματικά γεγονότα στηρίζεται στο δίκαιο της αποδείξεως, το οποίο με τη σειρά του υπόκειται σε σκεπτική νομική ερμηνεία.

8. Στο πλαίσιο της γραμματικής (και όχι μόνο) ερμηνείας ο νομικός κάλλιστα μπορεί να εμβαθύνει χρησιμοποιώντας και τον ες άπειρον εκβάλλοντα[13] τρόπο. Σύμφωνα με αυτόν αναζητεί τον ορισμό της κάθε νομοθετικής έννοιας. Η αναζήτηση αυτή τον οδηγεί σε άλλες έννοιες και αυτές με τη σειρά τους σε άλλες, ες άπειρον. Η εργασία αυτή είναι άκρως ενδιαφέρουσα και δημιουργική για κάθε νομικό της θεωρίας ή της πράξεως. Μέσω αυτής της διαδικασίας ανακαλύπτεται το βάθος και η διασύνδεση των νομικών εννοιών με τρόπο που και η τελολογική ή η συστηματική ερμηνεία μπορούν να καταστούν βαθύτερες και ακριβέστερες.

9. Ο ες άπειρον εκβάλλων τρόπος συνδέεται άρρηκτα με τον διάλληλο τρόπο[14], ο οποίος αναδεικνύει τους φαύλους κύκλους στους οποίους ενδέχεται να εμπλακεί κάθε κατανόηση και φυσικά και η νομική ερμηνευτική.

Το σκεπτικό επιχείρημα, σε αφηρημένο επίπεδο, είναι περίπου το ακόλουθο. Κάθε απόδειξη χρήζει κριτηρίου (δηλαδή κριτηρίου ως προς τον τρόπο διενέργειάς της, την ορθότητα και την επαλήθευσή της). Το κριτήριο αυτό

13 Ανάλυση του τρόπου αυτού και κριτική του βλ. στο έργο του J. Barnes, *The tools of scepticism,* σελ. 41. Ο τρόπος αυτός διακωμωδείται στο έργο του Λουκιανού, *Ερμότιμος ή περί αιρέσεων*, 70. Βλ. επίσης Janaček, *Ο εξ υποθέσεως τρόπος*, Eirene 25, 1987, σελ. 34-65.

14 Ο Σέξτος χαρακτηρίζει τον τρόπο αυτό ως «μοχθηρότατο» και «απορώτατο». Οι δογματικοί (και οι νομικοί όταν εργάζονται δογματικά) στηρίζουν την ελάσσονα πρόταση στη μείζονα και τη μείζονα στην ελάσσονα. Οδηγούνται έτσι από το μερικό στο καθολικό και στο καθολικό από το μερικό. Όλη η δυσκολία έγκειται, όπως επισημαίνει ο Barnes, σελ. 66 επ., στο ότι η μία a priori παραδοχή γίνεται σιωπηλά δεκτή για να αποδειχθεί a posteriori η a priori παραδοχή (!).
Για πολλές λεπτομέρειες βλ. τις αναλύσεις του Barnes, *όπ.π.*, σελ. 66 επ.
Η χρήση του διάλληλου τρόπου νομίζω ότι είναι αντίθετη στον *ορθό λόγο.* Με αυτό το επιχείρημα ο Μάξιμος Πλανούδης επικρίνει τον Ερμογένη που φαίνεται να τον αποδέχεται στους ορισμούς ή ακόμη σε αυτό που ονομάζει *«στοχασμό συγκατασκευαζόμενο».*

για να είναι αντικειμενικό, όσο και η ίδια η απόδειξη, πρέπει να είναι κριτήριο αποδεδειγμένα ορθότερο από τα άλλα προς διενέργεια της αποδείξεως. Και με τρόπο συνοπτικά εκπεφρασμένο:

- *Κάθε απόδειξη χρήζει κριτηρίου αποδεδειγμένου*

Αλλά και:

- *Κάθε κριτήριο χρήζει αποδείξεως κεκριμένης*

Ο «φαύλος κύκλος» εμπεριέχεται στο βάθος των πραγμάτων σε κάθε συλλογισμό, αν μάλιστα κανείς αμφισβητήσει τα ίδια τα αξιώματα (με τον εξ υποθέσεως τρόπο) καθώς και το νόημα των εννοιών που τα συγκροτούν (με τον ες άπειρον εκβάλλοντα τρόπο). Η χρήση του διάλληλου τρόπου από τον νομικό μπορεί να αναδείξει όλες τις petitio principii στις οποίες κινδυνεύει να τον οδηγήσει ο συλλογισμός του. Αναδεικνύει ακόμα φαύλους κύκλους στις νομοθετικές έννοιες ή και στις νομολογιακές προσεγγίσεις των κρίσιμων θεμάτων. Ο δικηγόρος ή ο διαπραγματευτής (σε νομική διαπραγμάτευση) εξοπλίζεται έτσι με απρόσμενα εκλεπτυσμένα επιχειρήματα, τα οποία ο αγνοών τη θεωρία και την πράξη της σκεπτικής νομικής ερμηνείας δεν μπορεί καν να υποψιαστεί.

10. Ύστερα, είναι το θέμα που θέτει ο Ρασομόν του Κουροσάβα. Δεν υπάρχει προνομιακή οπτική γωνία, όπως πιστοποιεί η καθήμενη κυβιστικά ζωγραφισμένη κοπέλα των «Δεσποινίδων της Αβινιόν»[15]. Είναι ο τρόπος της σχετικότητας. Ο τρόπος του «από του προς τι». Ο κάθε ένας βλέπει διαφορετικά τα ίδια τα πραγματικά γεγονότα. Έτσι και ο νομικός ερμηνευτής βρίσκεται ενώπιον πληθώρας διαφορετικών νομικών απόψεων για το ίδιο θέμα.

15 Βλ. χαρακτηριστικά A. Miller, *Αϊνστάιν – Πικάσο*. Ο χώρος, ο χρόνος και η ομορφιά, σελ. 185 αλλά και σελ. 127: «*Το κεφάλι της πόρνης που κάθεται οκλαδόν, το πιο πρωτοποριακό από άποψη γεωμετρικοποίησης και πειραματικής αναπαράστασης, πέρασε από πάρα πολλά στάδια μεταμορφώσεως στα προσχέδια του Πικάσο*». Τα κυβιστικά έργα ξεκινούν με ένα θέμα και στη συνέχεια επιχειρούν να το αναπαραστήσουν με τρόπο που να αποκαλύπτει τη βαθύτερη δομή του. Αυτό περίπου θα πρέπει να επιδιώκει και η σκεπτική νομική ερμηνεία, μη ξεχνώντας ότι τα αντικείμενα είναι πάντα αναγνωρίσιμα στους κυβιστικούς πίνακες, όσο πολυεδρικά ή κατακερματισμένα και αν είναι.

Απόψεων της θεωρίας και απόψεων της νομολογίας, και εντός της νομολογίας θα διαπιστώσει την ύπαρξη πλειοψηφιών και μειοψηφιών (πρωτοβάθμιων, δευτεροβάθμιων, αναιρετικών, ευρωπαϊκών δικαστηρίων) που θεμελιώνονται σε επιχειρηματολογία εκ πρώτης όψεως ισοσθενή. Η αντιπαράθεση με την παλέτα των ισοσθενών αυτών επιχειρημάτων, με τρόπο αντικειμενικό, αμερόληπτο και δίχως σκοπιμότητα και συνειδητές προκατανοήσεις είναι αυτό που ονομάζεται σκεπτική νομική ερμηνεία, η οποία είναι δυνατόν να οδηγήσει σε στάση εφεκτική. Τούτη η «εποχή» είτε ως κατάληξη, είτε ως προστάδιο αποφάνσεως μπορεί να είναι ευεργετική για τη νομική επιστήμη.

11. Η σκεπτική νομική ερμηνεία μπορεί να αλλάξει, επίσης ευεργετικά, το ύφος της κλασικής νομικής δημοσιεύσεως, των μεταπτυχιακών εργασιών και των διδακτορικών διατριβών. Να αντιπαρατεθεί στο ψευδοδογματικό ύφος αυθεντίας της παραδοσιακής νομικής επιστήμης[16]. Το δογματικό ύφος της συνήθους νομικής δημοσιεύσεως είναι γνωστό και μάλλον απωθητικό.

Το σκεπτικό νομικό ύφος μπορεί να μεταβάλει λυτρωτικά το αποθαρρυντικό, απωθητικό δογματικό ύφος του ductus της δογματικής νομικής μελέτης. Στη σκεπτική νομική μελέτη αρχικά παρατίθεται το θεμελιώδες ερώτημα που αναλύεται σε επιμέρους νομικά ερωτήματα. Οι επιμέρους απαντήσεις εμφανίζονται υπό διερεύνηση σε μορφή παραλλαγών πολλών διαφορετικών λύσεων με παράθεση των μεθοδολογικών ή ουσιαστικού δίκαιου προκατανοήσεων που βασίζουν την κάθε παραλλαγή. Έτσι σε κάθε νομική μελέτη εγκλείονται πολύ περισσότερες ανάλογα με τη δύναμη, την ικανότητα και την ειλικρίνεια του ερευνητή. Η σκεπτική νομική μελέτη προωθεί πολύ περισσότερο την επιστήμη από τη δογματική μελέτη του συνήθους ύφους αυθεντίας, το οποίο, ακριβώς λόγω της ανειλικρίνειάς του, κινδυνεύει να οδηγήσει τη νομική επιστήμη σε ενδημικό «εκφυλισμό». Ο αναγνώστης-μελλοντικός

16 Μια αυστηρή κριτική στο παραδοσιακό δογματικό ύφος αυθεντίας της μαθηματικής δημοσιεύσεως, σε αντιπαράθεση με το σκεπτικό-ευρετικό ύφος ασκεί ο Lakatos, στην περίφημη διδακτορική του διατριβή. Βλ. Lakatos, *Αποδείξεις και Ανασκευές*, 1996, σελ. 211 επ. («*Δεν έχει γίνει επαρκώς αντιληπτό ότι η τρέχουσα μαθηματική και επιστημονική εκπαίδευση είναι το θερμοκήπιο ενός ύφους αυθεντίας και ο χειρότερος εχθρός της ανεξάρτητης και κριτικής σκέψης*», σελ. 212, υποσ. 261).

ερευνητής δεν έχει μπροστά του μόνο το προϊόν αλλά και ολόκληρο το κατασκευαστικό υλικό, την ίδια την κατασκευή, τα λάθη, τις διεξόδους, τα τρικ και τις τελικές παραλλαγές. Έτσι μπορεί να σταθεί σε κάθε βήμα, να αναστοχαστεί και να οδεύσει, βασιζόμενος συχνά σε ένα απλό παρακλάδι του συλλογισμού, τον δικό του νέο γόνιμο δρόμο των επιμέρους διακλαδώσεων, «δενδρισμών» και σκεπτικών παραλλαγών.

Η εγκατάλειψη του δογματικού ύφους προς όφελος του σκεπτικού φαίνεται σπερματικά να υπόσχεται μια αναβάθμιση των νομικών σπουδών και της νομικής επιστήμης εν γένει, επαναφέροντάς την στα νήματα της εκκινήσεώς της: στην αρχαία ρητορική των δισσών ισοσθενών λόγων για κάθε διαφωνία, συμπεριλαμβανομένης και της νομικής διαφωνίας.

12. Μια σπουδή για τη σκεπτική νομική ερμηνεία δεν μπορεί τέλος να αγνοήσει το «σωριτικό επιχείρημα», το επιχείρημα των «σωριτών»[17]. Το επιχείρημα αυτό το χρησιμοποίησαν οι σκεπτικοί στη διαμάχη τους με τους στωικούς. Για την ακρίβεια τους το «έκλεψαν», το βελτίωσαν και το οικειοποιήθηκαν. Η λέξη «σωρίτης» προέρχεται από τη λέξη «σωρός» και παραπέμπει σε ένα συλλογισμό, ο οποίος οδηγείται πάντοτε, από τη φύση του, σε αδιέξοδο. Είναι ένας άπορος συλλογισμός, όπως έλεγαν οι σκεπτικοί. Ο σωριτικός συλλογισμός, στην απλούστερη μορφή του, στηρίζεται στο ερώτημα πόσοι κόκκοι σιταριού αποτελούν ένα σωρό από σιτάρι. Και επειδή είναι φανερό ότι ακριβής αριθμητική απάντηση είναι αδύνατο να δοθεί, το ερώτημα διατυπώνεται ακόμη πιο απλά: πόσους κόκκους πρέπει να προσθέσουμε σε αυτούς που *ήδη έχουμε, και που ακόμα κατά την αντίληψή μας δε συνιστούν σωρό, ώστε προσθέτοντάς τους να μπορούμε να μιλήσουμε για «σωρό».*

Τι μπορούμε τώρα εμείς οι νομικοί να σκεφθούμε πάνω στο σωριτικό επιχείρημα και πώς μπορούμε να το αξιοποιήσουμε στην εργασία μας; Μέσω

17 Βλ. για το «σωριτικό επιχείρημα» αντί πολλών Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά, *όπ.π.*, τ. 2, σελ. 228-241. Με το σωριτικό παράδοξο μολύνονται και καθημερινές έννοιες, όπως το «*κόκκινο*» ή το «*τραπέζι*». Σημαντική για τη μελέτη του σωρίτη (και την αντιπαράθεση Χρύσιππου- Καρνεάδη) η εργασία του J. Barnes, Medicine, experience and logic *in: Science and Speculation*, Cambridge 1982, σελ. 24-68.

του σωριτικού επιχειρήματος καταλαβαίνουμε αναμφίβολα πόσο δύσκολο είναι να χαράξουμε διαχωριστικές γραμμές ανάμεσα στις έννοιες, τα πράγματα, τις αρχές, τις αξίες. Όχι γιατί δεν προσέχουμε, όχι γιατί σπεύδουμε υπερβολικά να απαντήσουμε, αλλά γιατί από μόνες τους οι διαχωριστικές γραμμές είναι άκρως δυσδιάκριτες.

13. Τοποθετήστε στη θέση των «κόκκων» σιταριού την «εύλογη» χρηματική ικανοποίηση για ηθική βλάβη που πρέπει να δοθεί στο πλαίσιο της αστικής ευθύνης του κράτους κατ' άρθρο 932 ΑΚ ή τον «εύλογο» χρόνο μέσα στον οποίο μπορεί να διενεργηθεί η ανάκληση παράνομης και ευμενούς πράξεως μετά την πάροδο 5ετίας του α.ν. 261/1968 και θα βρεθείτε μπροστά στο «σωριτικό» σκεπτικό πρόβλημα[18]. Ποιος μπορεί σοβαρά να ισχυριστεί ότι ένα ευρώ λιγότερο ή περισσότερο καθιστά το ποσό της αποζημιώσεως που πρέπει, σε *δεοντικό* επίπεδο, να δοθεί εύλογο ή μη εύλογο. Ή ότι η πάροδος μιας ακόμη ημέρας καθιστά πλέον την ανάκληση παράνομη. Ποιο είναι άραγε το κρίσιμο ευρώ, η κρίσιμη ημέρα, (ο κρίσιμος «κόκκος» του σωρού) που μας περνάει από το μη εύλογο στο εύλογο ή αντιστρόφως; Και μπορούμε άραγε με νομικά επιχείρημα να ανεύρουμε το απολύτως εύλογο, το απολύτως αναλογικό, το «αναλογικότερο» από όλα τα αναλογικά;

Μια συνήθης, πρόχειρη όμως απάντηση, είναι ότι το εκάστοτε *εύλογο στην επιμέτρηση ή το αναλογικό στη στάθμιση δεν είναι ένα ακριβώς προσδιορισμένο ποσό, λύση, δυνατότητα, χρονικό σημείο, σημείο σταθμίσεως αλλά ένα πλαίσιο. Μιλούμε για ένα πλαίσιο που διαχωρίζει τις αναλογικές δυνατότητες που είναι νομικώς αποδεκτές από τις μη αναλογικές. Ο δικαστής ευρίσκεται ενώπιον πλαισίου και διορθώνει ό,τι βρίσκεται εκτός άκρων ορίων του πλαισίου αυτού και μόνο.*

14. Αν κανείς προσέξει περισσότερο εντούτοις, το πρόβλημα δεν έχει λυθεί αλλά απλώς μετατεθεί. Ο ερευνητής ή ο εκάστοτε αποφασίζων (διοίκηση

18 Ο ενδιαφερόμενος για εμβάθυνση στο θέμα μπορεί να διαβάσει τη μελέτη μου, *Αναλογικότητα, Δικαστικός έλεγχος και Σκεπτικισμός- Με αφορμή τις ΣτΕ 1249/2010, ΑΠ 6/2009* και μια μελέτη του *Μ. Σταθόπουλου,* Μελέτες Ι, σελ. 139 επ. = ΘΠΔΔ 2001, 769 επ.

ή δικαστής) βαρύνεται με τη *χάραξη* των άκρων ορίων αυτού του *πλαισίου*[19]. Με απόλυτη ακρίβεια πρέπει να προσδιοριστεί *το ευρώ* μετά το οποίο (ή και πριν το οποίο) το επιδικαζόμενο ποσό είναι μη εύλογο. Αναζητούνται για την ακρίβεια δύο σημεία, ένα προς τα κάτω και ένα προς τα πάνω, προκειμένου να σχηματισθεί το ευθύγραμμο τμήμα που θα αποτελέσει το «εύλογο». Και έτσι το δυσεπίλυτο σωριτικό πρόβλημα βρίσκεται πάλι μπροστά μας. Κανείς δεν μπόρεσε ποτέ, με απαιτήσεις αντικειμενικής ορθότητας, να χαράξει αυτά τα άκρα όρια. Η Δικαιοσύνη κόβει «αυθαίρετα» με σπαθί ισχύος.

Αυτό όμως που μπορεί, και πρέπει, να ζητήσει κανείς στο πλαίσιο της σκεπτικής νομικής ερμηνείας, γνωρίζοντας σε βάθος το σωριτικό επιχείρημα, είναι τουλάχιστον την παράθεση των άκρων αυτών ορίων, τα χρησιμοποιηθέντα κριτήρια και την πορεία του συλλογισμού, μέσα από μία αιτιολογία, η οποία να είναι όσο το δυνατόν περισσότερο αντικειμενικά ελέγξιμη. Δίχως αιτιολογημένη παράθεση των άκρων αυτών ορίων του πλαισίου, των άκρων αυτών ορίων ευχέρειας, στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας, κάθε δικαστική ή διοικητική κρίση παραμένει αναιτιολόγητη, με περαιτέρω συνέπεια η διοίκηση να μην μπορεί να συμμορφωθεί ελλόγως στις ακυρωτικές δικαστικές αποφάσεις και οι τακτικοί διοικητικοί ή πολιτικοί δικαστές στις αναιρετικές αποζημιωτικές αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας ή του Αρείου Πάγου.

15. Δεν είναι τυχαία η επιλογή του θέματος της μελέτης αυτής για τον τιμητικό τόμο του Καθηγητή Σπύρου Φλογαΐτη. Ο τιμώμενος, δάσκαλός μου στα μέσα της δεκαετίας του ’80 στη Νομική Σχολή, με παρότρυνε ευεργετικά να ανοίξω τα φτερά μου με ένα θέμα που άγγιζε και άλλους χώρους εκτός από το δογματικό διοικητικό δίκαιο. Μου σύστηνε πάντοτε να βλέπω τα θέματα μέσα στην ιστορική τους διαδρομή και υπό την οπτική γωνία πολλών

19 Το βασικό συμπέρασμα της μελέτης της υπ. 18 είναι ότι ο δικαστής δεν αρκεί να υπονοεί, αλλά θα πρέπει να καθορίζει αιτιολογημένα τα άκρα όρια του πλαισίου του εκάστοτε αναλογικού. Αιτιολογία απαιτείται και για τον προσδιορισμό της ad hoc επιλεγόμενης αναλογικής λύσεως εντός του πλαισίου.

εννόμων τάξεων, όπως ο ίδιος είχε δείξει στη διδακτορική του διατριβή[20]. Ο Σπύρος Φλογαΐτης δε νομίζω ότι πίστεψε ποτέ σε προνομιακές οπτικές γωνίες των πραγμάτων. Και όμως με το έργο του, σε θεωρία και πράξη, φώτισε απλόχερα πολλές, με σεμνότητα αλλά και υγιή δυναμισμό.

20 Flogaitis, La notion de décentralisation en France, en Allemange et en Italie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979 (préface: J. Rivero).

‘IL VIVERE POLITICO’

Η πραγματικότητα της πολιτικής

(από θεωρητικής σκοπιάς)

Αντώνιος Μακρυδημήτρης

Καθηγητής Πολιτικής Επιστήμης και Δημόσιας Διοίκησης Ε.Κ.Π.Α.

Res dura

Κατά τη λεγόμενη θετικιστική ή ρεαλιστική εκδοχή, η σύνδεση μεταξύ πολιτικής και ηθικής σφαίρας δεν είναι αναγκαία, διότι η μεν πολιτική έχει έναν προεχόντως περιγραφικό, πραγματολογικό χαρακτήρα (αναφέρεται στο ισχύον), η δε ηθική έναν κανονιστικό, δεοντολογικό προσανατολισμό (αναφέρεται στο δέον και όχι μόνο στο ον ή στο είναι). Είναι δε τέτοια η διαφορά και η απόσταση ανάμεσα στα δύο επίπεδα αντίληψης (περί του ισχύοντος και περί του δέοντος), που όποιος δεν το αντιλαμβάνεται είναι, όπως έλεγε ο Μακιαβέλλι, όχι μόνο ανεδαφικός, αλλά και αυτοκαταστροφικός· ενώ δεν υπηρετεί ούτε την αλήθεια, στο μέτρο που αυτή βρίθει κακών, τα οποία δεν γίνονται αντιληπτά ούτε αντιμετωπίζονται πρακτικά από την ουτοπική θεωρία. «Πολλοί έπλασαν», έγραφε ο Φλωρεντίνος στοχαστής στο 15ο κεφάλαιο της πραγματείας του για τον Ηγεμόνα (Ν. Μακιαβέλλι, Ο Ηγεμόνας, Πατάκης, 1993, 87, N. Machiavelli, *The Prince*, Penguin Press, 2004, 65 επ.) με σαφείς υπαινιγμούς για τις ‘ουτοπικές’ πολιτικές θεωρίες, «με τη φαντασία τους δημοκρατίες και ηγεμονίες που δεν τις είδε και δεν τις γνώρισε ποτέ

κανείς. Γιατί η απόσταση ανάμεσα στο πώς ζει και στο πώς θα έπρεπε να ζει κανείς είναι τόσο μεγάλη, που όποιος παραλείπει αυτό που γίνεται για εκείνο που θα έπρεπε να γίνει, προετοιμάζει μάλλον την καταστροφή του παρά τη σωτηρία του».[1]

Ο 'πολίτης της Φλωρεντίας' εγκαινιάζει στις αρχές του 16ου αιώνα τη νέα μεγάλη στροφή ή 'στιγμή' στη μελέτη των πολιτικών φαινομένων, τα οποία πρέπει πλέον να γίνονται αντιληπτά 'όπως αυτά είναι' στο πεδίο της πολιτικής πραγματικότητας υπό συγκεκριμένες ιστορικές συνθήκες, και όχι όπως ίσως 'θα θέλαμε να είναι' ή φανταζόμαστε πως είναι στο ιδεατό, φιλοσοφικό ή 'θεολογικό' επίπεδο. Διανοίγει, έτσι, «έναν δρόμο τον οποίο δεν είχε ακολουθήσει κανείς μέχρι τότε», για τούτο και έχει χαρακτηρισθεί ως «ο Κολόμβος» της σύγχρονης πολιτικής επιστήμης (Λ. Στράους σε Π. Κονδύλης, Περί Τυραννίας, Γνώση, 1995, 41, Λ. Στράους, Φυσικό Δίκαιο και Ιστορία, Γνώση, 1988).[2]

Μπορεί ο δρόμος αυτός να είναι ένας δρόμος 'ηθικής αδιαφορίας' από μέρους της πολιτικής πρακτικής, αλλά είναι ένας δρόμος πραγματικός στο μέτρο που η κατάληψη και η διατήρηση, αν όχι και η επέκταση, της εξουσίας καθίσταται ο κύριος σκοπός ή αυτοσκοπός της πολιτικής πράξης, τέχνης ή διαδικασίας.[3] Σκοπός της επιστημονικής ανάλυσης, θα υποστηρίξει ο Φλωρεντίνος, δεν είναι να προσδιορίσουμε πώς θα έπρεπε να ζει ο άν-

1 Ο Μακιαβέλλι είναι ο θεωρητικός 'απόστολος' της ρεαλιστικής στροφής στην πολιτική ανάλυση και επιχειρηματολογία. Για τον λόγο αυτό στο 17ο κεφάλαιο του Ηγεμόνα αναφέρεται ρητά στον στίχο από την Αινειάδα του Βιργιλίου, όπου η Διδώ ομολογεί πως 'η σκληρή πραγματικότητα και οι νέες συνθήκες του βασιλείου την εξωθούσαν να προβεί σε μια πολιτική διασφάλισης των συνόρων': "*Res dura et regni novitas me talia coqunt/ moliri, et late fines custode tueri*".

2 Όπως παραδέχεται και ομολογεί ο ίδιος στην πρώτη κιόλας παράγραφο του 15ου κεφαλαίου του Ηγεμόνα, εγκαινιάζοντας τη νέα (τη δική του) προσέγγιση στην ανάλυση των πολιτικών φαινομένων, "…*especially in discussing this subject, I draw up an original set of rules*" (Machiavelli, όπ. π., 2004, 65 επ.).

3 Δεν επρόκειτο τόσο για έκδηλη ανηθικότητα, όσο μάλλον για ηθική απόσταση και αδιαφορία: "… *for the most part he is not so such much immoral as non moral. He simply abstracts (politics) from other considerations and writes of it as it were an end in itself*" (G. H. Sabine, *A History of Political Thought*, 4th ed., Dryden Press, 1973, 318).

θρωπος σύμφωνα με κάποιες απόψεις, αξίες, ιδέες ή θεωρίες, αλλά πώς ζει, πράττει και ενεργεί στην πραγματικότητα. Έμφαση αποδίδεται πλέον στην πολιτική οντολογία (πώς έχουν τα πράγματα) και όχι στη δεοντολογία (πώς θα επιθυμούσαμε, ίσως, να έχουν σ' ένα ιδεατό πλην ανεδαφικό επίπεδο προβληματισμού).[4] Στο πνεύμα αυτό, η ηθική καθαρότητα ή ακεραιότητα αντικαθίσταται από την πολιτική αποτελεσματικότητα, και αυτή ανάγεται σε ύπατη αρχή (suprema lex) της διοίκησης και της πολιτικής, έστω κι αν ως απώτερη συνέπεια επέρχεται η απομάκρυνση της ηθικής (συνείδησης) από την πολιτική (πράξη).

Mantenere lo stato

Η τέχνη της διακυβέρνησης του 'κράτους' (*art of the state*) έχει μιαν αυτοτέλεια και αυτονομία. Αποσκοπεί δε, κυρίως, στην κατάκτηση και τη διαχείριση της δημόσιας εξουσίας, ενδεχομένως παντί μέσω ή θυσία. "*Mantenere lo stato*", αυτή είναι η βασική επιδίωξη εκείνου που ασκεί την εξουσία, την 'ηγεμονική εξουσία', έγραφε ο Μακιαβέλλι: «να διατηρεί την υπάρχουσα κατάσταση πραγμάτων, και ειδικά να κρατεί υπό τον έλεγχό του το σύστημα διακυβέρνησης που επικρατεί» ή αυτό που κατάφερε να διαμορφώσει (Κ. Σκίνερ, Μακιαβέλι, Νήσος, 2002, 54).[5] Και αν η 'τύχη' κυβερνά κατά το ήμι-

4 Τι νόημα έχει, λ.χ., να εξετάζουμε αν ο Ρωμύλος έπρεπε να δολοφονήσει τον αδελφό του (Ρώμο)· το ζήτημα είναι, από τη σκοπιά της πρακτικής πολιτικής ανάλυσης, ότι ο αδελφοκτόνος υπήρξε ο μυθικός ιδρυτής μιας σπουδαίας πολιτείας (στην οποία έδωσε κατόπιν το όνομα του αδελφού του). Στερείται, όμως, άραγε σημασίας η μοιραία και ολέθρια παράδοση, που εγκαινιάστηκε έκτοτε, της 'εμφύλιας' σύρραξης και διαμάχης μεταξύ των δίδυμων ιδρυτών (αλλά και μερών ή παρατάξεων) μιας πολιτείας;

5 Όπως έγραφε στην επιστολή του προς τον Φρ. Βεττόρι ο Μακιαβέλλι (όπ. π., 1993, 144), «είναι δεκαπέντε χρόνια που κάθισα και μελέτησα την τέχνη του κράτους, και ούτε κοιμήθηκα ούτε έπαιξα». Το απόσταγμα αυτής της μελέτης (εμπειρικού και θεωρητικού χαρακτήρα) ήταν ο παραινετικός του λόγος περί της συνετής διακυβέρνησης προς τον Ηγεμόνα. Μάλιστα, με το κείμενο αυτό «εγκαινιάζεται ουσιαστικά η πολιτική σκέψη των νεότερων χρόνων» (Π. Μ. Κιτρομηλίδης, Πολιτικοί Στοχαστές των νεότερων χρόνων, 2η έκδ., Γνώση, 1992, 47, Π. Μ. Κιτρομηλίδης, Νεότερη Πολιτική Θεωρία, θεωρίες της ελευθερίας, 6η έκδ., Νομική βιβλιοθήκη, 2016, 2 επ.). Τούτο διότι επέρχεται, έτσι, μια ρήξη με την κλασική «ουμανιστική ηθική», που πρέσβευε τη σύγκλιση, σε κανονιστικό

συ την ανθρώπινη κατάσταση και μοίρα, το άλλο ήμισυ όμως εξαρτάται από τις ικανότητες και την ευθύνη των ανθρώπων, οι οποίοι λαμβάνουν εγκαίρως μέτρα για τη σχετική, έστω, ρύθμιση και χαλιναγώγησή της.[6]

Προκειμένου, συνεπώς, να επιτύχει αυτόν τον απώτερο σκοπό της διακυβέρνησης ο πολιτικά υπεύθυνος και συνετός ηγήτορας ή 'Ηγεμόνας', δεν αποκλείεται, αλλά ενδέχεται να χρειάζεται να προβεί στη χρήση οιωνδήποτε μέσων, περιλαμβανομένης της βίας ή και της απάτης, όπως είχε ήδη διαβλέψει ως ενδεχόμενο στο Ε΄ βιβλίο των Πολιτικών ο Αριστοτέλης.[7] Ο απώτερος σκοπός ή το μείζον πρόβλημα δημόσιας πολιτικής που ο Μακιαβέλλι ήθελε να αντιμετωπίσει στην εποχή του, κατά την υστερο-μεσαιωνική και πρώιμη αναγεννησιακή περίοδο, ήταν, όπως ήδη αναφέρθηκε, ο έντονος κατακερματισμός και η πολυδιάσπαση της πολιτικής ζωής στην Ιταλία μεταξύ μιας πλειάδας σχετικά αυτόνομων, αυτοδιοικούμενων και αυτοκυβερνώμενων πολιτειών ('κρατών')· αλλά και ισχυρών οικογενειών ή παρατάξεων 'ευγενών'

βέβαια επίπεδο, μεταξύ ηθικής δεοντολογίας και πολιτικής πρακτικής (Σκίνερ, όπ. π., 2002, 56 επ.). Εξάλλου, το 'κράτος' για το οποίο γίνεται ολοένα και περισσότερο λόγος από τον Μακιαβέλλι, όσο και από άλλους μεταγενέστερους στοχαστές (Bodin, Hobbes, κ. άλ.), δεν είναι πλέον ούτε οι πόλεις-κράτη της αρχαιοελληνικής εποχής, ούτε τα αυτοκρατορικά συστήματα της ρωμαϊκής ή βυζαντινής περιόδου, αλλά τα αναδυόμενα εθνικά κράτη με τη συγκέντρωση της εξουσίας στα χέρια του μονάρχη. Γεγονός που οδηγούσε σταδιακά σε περιθωριοποίηση τις διάσπαρτες ηγεμονίες ή αυτοδιοικούμενες 'πολιτείες-κράτη' ('city republics') της πρώιμης αναγεννησιακής περιόδου. Μάλιστα, η έλλειψη ενότητας μεταξύ των αυτόνομων πόλεων (civitates) της βόρειας Ιταλίας, την οποία υποδαύλιζαν οι αξιώσεις επικυριαρχίας και 'εισπήδησης' επιρροής από μέρους της παποσύνης, που ήταν αντίθετη στην πολιτική ή εθνική ενοποίηση της Ιταλίας, εξηγούσε σε μεγάλο βαθμό, κατά τον Μακιαβέλλι (αλλά και τον Μαρσίλιο της Πάδουας, πριν από αυτόν), την πολιτική καθυστέρηση της χώρας έναντι των πιο ενοποιημένων κρατών υπό τις αντίστοιχες μοναρχίες στην Ισπανία, τη Γαλλία και την Αγγλία. Η ανάλυσή του προώθησε αυτήν ακριβώς την τάση για την οργάνωση της εξουσίας εντός ενός ενιαίου, συγκεντρωτικού (όχι, κατ' ανάγκην, δημοκρατικού) αναδυόμενου 'εθνικού' και ηγεμονικού κράτους (Is. Berlin, "The Question of Machiavelli", *The New York Review of Books, (A Special Supplement)*, Nov. 4, 1971, H. Arendt, *The Portable Hannah Arendt*, ed., intr. P. Baer, Penguin Books, 2003, 500).

6 "*I believe*", θα γράψει στον Ηγεμόνα, "*that it is probably true that fortune is the arbiter of half the things we do, leaving the other half to be controlled by ourselves*" (Machiavelli, όπ. π., 2004, 105).

7 'Οι πολιτείες μεταβάλλονται άλλοτε δια της βίας και άλλοτε δια της απάτης, αρχικής ή και επιγενομένης' – «κινούσι δε τας πολιτείας οτέ μεν δια βίας οτέ δε δι' απάτης· δια βίας μεν ἤ ευθύς εξ αρχής ἤ ύστερον αναγκάζοντες· και γαρ η απάτη διττή» (1304 b 9 – 10).

και πατρικίων εντός αυτών, που όχι σπάνια αντιμάχονταν η μία την άλλη για τη διεκδίκηση εξουσίας και επιρροής έναντι των λαϊκών στρωμάτων ή 'ποπολάρων'.[8]

Manuale politicum

Οι συμβουλές και οι οδηγίες του Μακιαβέλλι προς τον Ηγεμόνα (Il Principe, 1513), εν είδει 'εγχειριδίου' (vade mecum) περί πολιτικής ηγεσίας στην παράδοση της συμβουλευτικής γραμματείας των 'κατόπτρων ηγεμόνων' (Q. Skinner, Τα Θεμέλια της Νεότερης Πολιτικής Σκέψης, Η Αναγέννηση – η εποχή της Μεταρρύθμισης, Αλεξάνδρεια, 2005, 150 επ., 163 επ.),[9] περιλαμβάνουν ένα ρεπερτόριο μεθόδων, ακόμα και τεχνασμάτων, πέρα ή ανεξάρτητα από την ηθική, για την εξυπηρέτηση αυτού του σκοπού ή της αναγκαιότητας ('necessità')· ήτοι, την αποτελεσματική διαχείριση της εξουσίας.[10] Το ισχυρότερο πράγμα στον κόσμο είναι η ανάγκη, το 'μόνο ανίκητο', όπως θα έλεγε ο αρχαίος σοφός Θαλής ο Μιλήσιος. Γιατί δεν γνωρίζει όρια και μάλιστα ηθικά ή νομικά όρια στην ικανοποίησή της. Η επικράτηση σ' ένα κόσμο έντονων συγκρούσεων και αντιπαραθέσεων μεταξύ ατόμων, ομάδων ή πολιτικών οντοτήτων με «τη βία ή με το δόλο», με την αγάπη ή με τον φόβο, με τη σκληρότητα ή την ευσπλαχνία, με την καταστροφή ή την ανανέωση, με την αυστηρότητα ή τη γενναιοδωρία, με τις αλήθειες ή και με τα ψέματα ανήκει, κατά τον Μακιαβέλλι (όπ. π., 1993, 51, 87), σε αυτό το 'florilegium'

8 «Θέμα του είναι η ένωσι της Ιταλίας και αυτό το θέμα ως σκοπός τον υποχρεώνει να δεχθή μια νέα αντίληψι του σωστού και του λάθους και να υιοθετήση αρχές (π.χ., ο σκοπός αγιάζει τα μέσα) που σημαντικές φιλοσοφικο-θρησκευτικές παραδόσεις απορρίπτουν ως ανήθικες» (Στ. Ράμφος, Καλώς Άρχειν και Άρχεσθαι, Περιδιάβασι στα Πολιτικά του Αριστοτέλους, 3η έκδ., Αρμός, 2017, 90, 102 επ.).

9 Πρώτο εκ των οποίων θα πρέπει να θεωρηθεί το 'Περί της Αγωγής των Ηγεμόνων' (de Regimine Principium) σύγγραμμα του μοναχού Αιγίδιου Ρωμαίου (Aegidius Romanus), κατά τον 13ο μ. Χ. αιώνα, που ήταν γνωστός με την προσωνυμία *doctor fundatissimus.*

10 «Είναι απαραίτητο σ' έναν ηγεμόνα που θέλει να διατηρήσει την εξουσία», θα επισημάνει στη ρεαλιστική περιγραφή του ο Μακιαβέλλι, «να μάθει να μπορεί να μην είναι καλός και να χρησιμοποιεί ή όχι αυτή τη γνώση ανάλογα με τις ανάγκες που προκύπτουν» (όπ. π., 1993, 87).

των κρίσιμων πολιτικών 'αρετών' και ικανοτήτων, που συνθέτουν την ηγετική πολιτική προσωπικότητα. Πρόκειται για 'αρετές' που είναι απομακρυσμένες από την πλατωνική σύλληψη του πολιτικού (ως φιλοσόφου κυβερνήτη), όσο και από την αριστοτελική αντίληψη της αρετής ως μεσότητος μεταξύ των άκρων *(«μεσότης μεταξύ δύο κακιών, της μεν καθ' υπερβολήν της δε κατ' έλλειψιν»*, Ηθικά Νικομάχεια, 1107 a 2), εφόσον εν προκειμένω ακόμα και τα άκρα της βίας, του δόλου και της παραπλάνησης μπορεί να επιστρατεύονται προκειμένου να επιτευχθεί ο σκοπός, ήτοι να διασφαλιστεί η εξουσία.

Είτε ο αποδέκτης των συμβουλών του είναι η ηγεμονία (στον Ηγεμόνα) είτε η δημοκρατία (στις Διατριβές) η μακιαβελική ανάλυση και επιχειρηματολογία εστιάζει στην αναγκαιότητα μιας ρεαλιστικής έως 'εργαλειακής' αντίληψης της πολιτικής πράξης, προκειμένου να στερεωθεί και να οργανωθεί κατά το δυνατόν μεθοδικά η συγκεκριμένη πολιτειακή τάξη. Η ανάλυσή του ερείδεται στην ιστορική εμπειρία, όπως αυτή γίνεται αντιληπτή και ερμηνεύεται από εκείνον που είναι διατεθειμένος να διδαχθεί καταλλήλως από αυτήν· κι αν η ιστορία είναι ο 'μέγιστος δάσκαλος' της ζωής (magistra vitae), όπως δεχόταν ο Κικέρων, τότε τα πορίσματα που αντλούνται από αυτήν δεν θα πρέπει να παραμεληθούν.

«Η φύση των λαών είναι περίπλοκη», θα διευκρινίσει ο Πολίτης της Φλωρεντίας σχετικά στο 6ο κεφάλαιο του Ηγεμόνα (Μακιαβέλλι, όπ. π., 1993, 41), θεωρώντας ότι τούτο ισχύει γενικά. Μοιάζει να είναι «εύκολο να τους πείσει κανείς για κάτι, ενώ είναι δύσκολο να τους κρατήσει σταθερούς σ' αυτή την πίστη. Συμφέρει, λοιπόν», συμπεραίνει, «να είναι κανείς οργανωμένος έτσι, ώστε, όταν δεν πιστεύουν, να μπορεί να τους κάνει να πιστέψουν με τη βία». Οι συγκεκριμένες συνθήκες, η νοοτροπία και οι αντιλήψεις ενός λαού, μιας πολιτικής κοινωνίας προσδιορίζουν τη μορφή και την ουσία της πολιτικής συμπεριφοράς, του πολιτικώς ζην και διάγειν – 'vivere politico'.

Στο 9ο κεφάλαιο της πραγματείας του συμπεραίνει συναφώς ότι «ένας σοφός ηγεμόνας πρέπει να σκεφτεί έναν τρόπο διακυβέρνησης με τον οποίο οι πολίτες του, πάντα και σε οποιοδήποτε καιρό, να έχουν την ανάγκη του

κράτους και τη δική του και τότε θα του είναι πάντα πιστοί» (Μακιαβέλλι, όπ. π., 1993, 64, Machiavelli, όπ. π., 2004, 44 - 45). Γιατί το ασφαλέστερο θεμέλιο της εξουσίας είναι η εκούσια αποδοχή της από τους κυβερνώμενους· κι αυτή η αποδοχή κερδίζεται με τη γενναιότητα των ηγητόρων, την επιμέλεια και τη φροντίδα τους για το κοινό συμφέρον της πολιτείας. Τότε 'αυτός που εξουσιάζει δεν θα εξαπατηθεί ποτέ από τον λαό και θα διαπιστώσει πως έχει θέσει τα πιο στέρεα θεμέλια της εξουσίας του'.[11]

Αγάπη ή φόβος;

Παρά ταύτα στο 17ο κεφάλαιο θα διατυπώσει τον βασικό ιστορικό του 'νόμο' ότι στο δίλημμα 'αγάπη ή φόβος' [και αν δεν μπορούν να συνδυαστούν τα δύο, πράγμα που είναι το καλύτερο], τελικά είναι «πολύ πιο ασφαλές [για τον ηγεμόνα] να τον φοβούνται παρά να τον αγαπούν» (όπ. π., 1993: 92 επ.).[12] Γιατί τέτοια είναι, τόσο ευμετάβλητη (ή και 'κακή') η φύση των ανθρώπων, ώστε δεν διστάζουν να σπάζουν τα δεσμά της αγάπης, όταν κρίνουν πως αυτό τους συμφέρει. Οπότε, τότε θα πρέπει να ασκηθεί ο φόβος ή η βία. Μπορεί η πειθώ να διαμορφώνει στερεότερα θεμέλια επιβολής και κυριαρχίας από τον φόβο· εντούτοις, το δέος μπροστά στον ισχυρό και ο σεβασμός που αυτός μπορεί να εμπνέει έχουν την αξία και τη σημασία τους. Ώστε δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο της προσφυγής και σε αυτό το instrumentum regni, εφόσον χρειαστεί· καθότι άλλοτε χρειάζεται η πειθώ και

11 Όπως θα σημειώσει διορατικά στο ίδιο (9ο) κεφάλαιο του Ηγεμόνα, "*But if it is a prince who builds his power on the people,…he will never be let down by the people; and he will be found to have established his power securely*" (Machiavelli, όπ. π., 2004, 44). Σε επόμενο κεφάλαιο (12ο) θα συμπεριλάβει στα γερά θεμέλια της πολιτείας τους 'καλούς νόμους' και τον 'κατάλληλο στρατό'.

12 Κάτι ανάλογο είχαν ισχυριστεί και οι πρέσβεις των Αθηναίων στον περίφημο διάλογό τους με τους Μηλίους στο Ε΄ βιβλίο των Ιστοριών του Θουκυδίδη – 'ο φόβος και το μίσος σας είναι απόδειξη της δύναμής μας': «οὐ γαρ τοσούτον ημάς βλάπτει η έχθρα υμών όσον η φιλία μεν ασθενείας, το δε μίσος δυνάμεως παράδειγμα τοις αρχομένοις δηλούμενον» (Ε, 95). Η φιλία ή συμμαχία είναι εφικτή μεταξύ ίσων· μεταξύ ανίσων δεν είναι παρά δείγμα αδυναμίας των ισχυρών έναντι των ασθενέστερων φίλων ή συμμάχων. Οπότε οι ισχυροί, προκειμένου να διατηρήσουν τη θέση τους, δεν μπορεί παρά να προβαίνουν, ενίοτε, σε επίδειξη της ισχύος τους (!).

άλλοτε η βία - «οι μεν γαρ πειθούς δέονται οι δε βίας», σημείωνε ο Αριστοτέλης (Μετά τα Φυσικά, 1009 a 18 – 19). Κοντολογίς, για τον έναν ή τον άλλο λόγο, η άσκηση ή η απειλή άσκησης βίας αποτελεί στοιχείο της εξουσίας, και το χέρι του ηγέτη (πρέπει να) είναι 'κοντά στο σπαθί' (manus ad ferum), κατά το παλιό λατινικό ρητό.[13]

Η χρήση βίαιων ή δόλιων μέσων πρέπει, ωστόσο, να γίνεται με φειδώ, με σύνεση και μέτρο, γιατί μπορεί μεν ένας ηγεμόνας να αποκτήσει μέσω αυτών τη δύναμη και την ισχύ, αλλ' όχι το κύρος, τη 'δόξα' και την αποδοχή, όπως θα σημειώσει επιγραμματικά ο Φλωρεντίνος στοχαστής – *"these ways may win a prince power but not glory"* (Machiavelli, όπ. π., 2004, 37). Σπεύδει, συναφώς, να τονίσει ότι ο φόβος δεν πρέπει να καταλήγει στο μίσος, γιατί τότε παράγονται τα αντίθετα αποτελέσματα: «αν ο λαός σε μισεί, ακόμα και αν έχεις φρούρια, αυτά δεν σε σώζουν», θα παρατηρήσει προσφυώς (Μακιαβέλλι, όπ. π., 1993, 117).[14] Η προσφυγή στη βία δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά πρό-

13 Τούτο είναι κάτι που αποτελεί συνήθη πρακτική, προκειμένου όμως για τυραννικά, ιδίως, καθεστώτα, τα οποία ως εκ της φύσεώς τους επιβάλλονται επί «μη μόνον βουλομένων αλλά και μη βουλομένων» (Αριστοτέλης, Πολιτικά, 1314 a 36 – 38). Αντιθέτως, σε λιγότερο πιεστικά και πιο ανοιχτά ή ήπια πολιτικά συστήματα, που είναι το ζητούμενο, η ρητορική τέχνη ή δεινότητα (της πειθούς) τείνει να υποκαταστήσει τη διάθεση και την ετοιμότητα προσφυγής στη βία ή τον φόβο κατά την άσκηση της εξουσίας (1304 b 12 – 13).

14 Στο πρώτο μέρος του διαλόγου του Ξενοφώντος Ιέρων ή Τυραννικός ο ομώνυμος ήρωας περιγράφει τον διαρκή φόβο που διακατέχει εκείνους που ασκούν αυτό το είδος της (τυραννικής) εξουσίας: «κι όταν φύγουν από τη μέση όσοι του γεννούσαν φόβους, δεν ξεθαρρεύει παραπάνω, αλλά φυλάγεται ακόμα περισσότερο από πριν. Έτσι ο τύραννος ζει διαρκώς κάνοντας έναν πόλεμο τέτοιον όπως σου τον περιγράφω» (σε Κονδύλη, όπ. π., 1995, 21). Η ανασφάλεια και ο φόβος, καθώς και η έλλειψη αληθινής αγάπης (φιλίας) και εμπιστοσύνης από και προς όσους τους περιβάλλουν, αποτελούν κατά τον Ιέρωνα την κύρια αιτία της δυσφορίας αυτών που ασκούν κυβερνητικά αξιώματα ιδίως υπό συνθήκες ανελευθερίας. Νομίζουν πως βλέπουν παντού εχθρούς – «… αλλά και πάντοθεν πολεμίους οράν νομίζουσιν οι τύραννοι» (vi). Ακόμα και οι φερόμενοι ως φίλοι είναι ύποπτοι σε αυτούς – «τυραννικόν δε το μάλιστ' απιστείν τοις φίλοις» (Αριστοτέλης, Πολιτικά, 1313 b 31). Δεν εμπιστεύονται κανέναν, ιδίως εκείνους που θα μπορούσαν ενδεχομένως να αμφισβητήσουν την ισχύ τους και να τους ανατρέψουν, γνωρίζοντας τα αδύνατα σημεία τους. «Ύποπτος ανδρί αισυμνήτη και των τις ετάρων», ομολογούσε ένας εξ αυτών, που ήταν και διανοούμενος (Περίανδρος ο Κορίνθιος). Δεν εκπλήσσει, λοιπόν, που τα αυταρχικά πολιτεύματα συχνά ανατρέπονται όχι τόσο από λαϊκές εξεγέρσεις όσο από εσωτερικές αντιθέσεις, ιδίως μεταξύ αντίπαλων ηγετικών ομάδων (élite) και των συμφερόντων τους. Η διαφορά των βασιλέων, ως

σκαιρο και μεταβατικό μέσον προκειμένου να υπηρετηθεί ο απώτερος (και ευγενέστερος) σκοπός, που είναι η θεμελίωση και η σταθερή εν συνεχεία και ομαλή λειτουργία του 'κράτους', ως οργανωμένης πολιτικής οντότητας εντός ορισμένης επικράτειας.

Ο πραγματικά ισχυρός άρχοντας και ηγέτης είναι εκείνος τον οποίο οι άλλοι σέβονται μάλλον παρά φοβούνται – «ισχυρόν όντα πράον είναι, όπως οι πλησίον αιδώνται μάλλον ή φοβώνται», έλεγε σ' ένα από τα γνωμικά του ο Χίλων ο Λακεδαιμόνιος (σε Δ. Λυπουρλής, επιμ., Οι Επτά Σοφοί, Διογένους Λαερτίου Βίοι Φιλοσόφων Α 22-122, Ιωάννου Στοβαίου Ανθολόγιον, Πλουτάρχου των Επτά σοφών Συμπόσιον Ηθικά 146 *B – 164 D*, Ζήτρος, 2004, 104). Εν τούτοις, ο ελεγχόμενος φόβος ή μάλλον η εγρήγορση και η συνειδητοποίηση για το ενδεχόμενο απρόβλεπτων κινδύνων μπορεί να αποτελέσει σωτήριο προληπτικό μέτρο για τη βιωσιμότητα μιας πολιτείας, έχει ήδη επισημάνει ο Αριστοτέλης - «ώστε δει τους της πολιτείας φροντίζοντας φόβους παρασκευάζειν, ίνα φυλάττωσι και μη καταλύωσιν ώσπερ νυκτερινήν φυλακήν την της πολιτείας τήρησιν» (Πολιτικά, 1308 a 29-30).[15]

νόμιμης μορφής διακυβέρνησης, από τους τυράννους, ως παρεφθαρμένης ή παρεκβατικής, κατά τη σχετική αριστοτελική διάκριση (Πολιτικά, 1279 a 18 επ.), έγκειται στο ότι οι μεν πρώτοι διαρκώς μεριμνούν για το καλό των υπηκόων τους, και γίνονται από αυτούς αγαπητοί, οι δε τύραννοι διαρκώς φοβούνται μήπως οι υποτελείς εξεγερθούν εναντίον τους. Όπως σημειώνει σχετικά ο Πλούταρχος, «τω γαρ όντι δεδίασιν οι βασιλείς υπέρ των αρχομένων, οι δε τύραννοι τους αρχομένους» (Ηθικά, Χ, 781 Ε). Γενικότερα, αυτοί που κυβερνούν τυραννικά ή αυταρχικά δεν έχουν φίλους, γιατί η φιλία προϋποθέτει ισότητα και ελευθερία, ειλικρίνεια και αλληλεγγύη, όχι φόβο και δυσπιστία.

15 Η έγκαιρη αντίληψη ενδεχόμενου κινδύνου ή κακού εν τη γενέσει του, προτού αυτό διογκωθεί, οπότε η αντιμετώπισή του θα καταστεί δυσχερέστερη, αν όχι αδύνατη, αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα της ηγετικής προσωπικότητας, κατά τον Αριστοτέλη: «ως το εν αρχή γινόμενον κακόν γνώναι οὐ του τυχόντος αλλά πολιτικού ανδρός» (Πολιτικά, 1308 a 35).

Virtuoso

Κοντολογίς, η κατοχή και η έμπρακτη επίδειξη των παραπάνω ('πολιτικών') ικανοτήτων καθιστά τον φορέα τους 'virtuoso' πολιτικό, δεξιοτέχνη. Η πολιτική 'δεξιοτεχνία' ή αρετή ('virtù') αναφέρεται ιδίως στην ικανότητα της ανταπόκρισης στις απαιτήσεις που εγείρουν τα πολιτικά αξιώματα και οι θέσεις, πράγμα διόλου εύκολο ή απλό. Πολλώ δε μάλλον που μόνο μέσω αυτής της πολιτικής ικανότητας ή αρετής μπορεί να αντιμετωπιστούν επιτυχώς οι αντιξοότητες των μεταβαλλόμενων περιστάσεων της 'τύχης' ('fortuna'), που δεν είναι φυσικά πάντοτε ευνοϊκή, αλλά δοκιμάζει τις αντοχές και τους χειρισμούς.[16]

Τα μέσα τα οποία μπορεί να μετέλθει προκειμένου να διατηρηθεί στην εξουσία «ένας ισχυρός και ανδρείος ηγεμόνας» (Μακιαβέλλι, όπ. π., 1993, 66) είναι ποικίλα, θα υποστηρίξει ο Φλωρεντίνος διανοητής· είτε είναι ήπια ή βίαια, είτε θεμιτά ή αθέμιτα (λ.χ. η εξόντωση των αντιπάλων), κρίνονται από τη συμβολή τους στην εξυπηρέτηση του τελικού σκοπού και του επιδιωκόμενου αποτελέσματος, και όχι καθαυτά. «Ένας ηγεμόνας είναι απαραίτητο να ξέρει να δρα και ως θηρίο και ως άνθρωπος», με τη βία ή με τον νόμο, με την πειθώ ή την ισχύ, με την 'πένα' (calamo) ή το 'σπαθί' (gladio), αν χρειαστεί, θα συμπεράνει σχετικά ο Μακιαβέλλι: «Να προτιμά το καλό, αν μπορεί, αλλά να ξέρει να γυρνά στο κακό, όταν είναι ανάγκη» (όπ. π. 1993, 96, 98). 'Καλή είναι η εμπιστοσύνη, αλλά ο έλεγχος είναι καλύτερος' ('Verstraven ist gut, kontrolle ist besser'), κατά ένα γερμανικό ρητό. Ο αποτελεσματικός και υπεύθυνος, όσο και ρεαλιστής πολιτικός (ηγήτορας) θα πρέπει να είναι έτοιμος και ικανός να στραφεί εκεί που επιβάλλουν οι συνθήκες και προστάζουν

16 Η πολιτική ικανότητα ή δεξιοτεχνία μπορεί να συγκριθεί με αυτή των καλλιτεχνών, μάλιστα δε αυτών των παραστατικών τεχνών, που 'εκτελούνται' δημοσίως ενώπιον κοινού (Arendt, όπ. π., 2003, 446 επ., 499 επ.). Ο 'πολιτικός' προϋποθέτει την 'πόλη' (πολιτεία) ως το πεδίο ('θέατρο') δράσης και ανάπτυξης των ικανοτήτων του στη διαχείριση των δημοσίων υποθέσεων. Δεν υπάρχει πολιτικός άνευ πόλεως, ούτε είναι εφικτή η έκφανση της πολιτικής ικανότητας δίχως αντίστοιχο κοινό και δημόσιες υποθέσεις (ή προβλήματα) που απαιτούν χειρισμό.

οι περιστάσεις, οι μεταβολές των δεδομένων (καταστάσεων).[17]

Αν είναι αναγκαία η δράση του ως ζώου, θα πρέπει να είναι «αλεπού για να μυρίζεται τις παγίδες και λιοντάρι για να τρομάζει τους λύκους. Εκείνοι που σταματούν μονάχα στο λιοντάρι δεν καταλαβαίνουν από πολιτική», θα διευκρινίσει σχετικά ο Πολίτης της Φλωρεντίας, έχοντας προφανώς υπόψη του και το παράδειγμα του 'λεοντόκαρδου' βασιλέα της Αγγλίας Ριχάρδου Α΄ του Ανδεγαβού ('Lion – Hearted', 'Coeur de Lion') (Μακιαβέλλι, όπ. π., 1993, 96). Η πονηρία μπορεί να αποδειχθεί χρήσιμη πολιτική 'αρετή', που ίσως μάλιστα αποσοβεί την προσφυγή στη βία και τη σκληρότητα. Η 'αλεπού' ξέρει να αποφεύγει τους 'λύκους' και τις παγίδες κάθε λογής· ξεγλιστρά από τους κινδύνους και επιτυγχάνει τους σκοπούς της με την 'εξυπνάδα' της (πονηρία, κρυψίνοια, υπολογισμός, κ.λπ.).

Εφόσον όμως αυτό δεν αρκεί, ο πραγματιστής πολιτικός και 'ηγεμόνας' δεν θα διστάσει να προσφύγει και στη χρήση βίας ή την απειλή χρήσης βίας – η 'λεοντή' υπάρχει για να φοβίζει τους λύκους. Ακόμα και ο Σόλων, ένας

17 Κατά τους Λατίνους υπήρχε συνάφεια μεταξύ της ανδρικής ιδιότητας της τόλμης και του θάρρους (vir) με την ίδια την πολιτική ικανότητα και αξιοσύνη, την αρετή (virtus) ή ανδρεία, κάτι που γίνεται αποδεκτό και από τον Μακιαβέλλι (Σκίνερ, όπ. π., 2002, 48, 55, 62 επ., 69 επ.). Η κικερώνεια αντίληψη για τον ενάρετο άνδρα (vir virtutis) συνδεόταν όχι μόνο με τη φυσική αντοχή και ρώμη, αλλά και με τη σύνεση και την πειθώ, που καλλιεργούνταν όχι με τη γυμναστική αλλά με τη φιλοσοφία και τη ρητορική (Skinner, όπ. π. 2005, 119 επ.). Συναφώς, η αρχαιοελληνική αντίληψη της αρετής αναφερόταν σε «κάτι πολύ αρρενωπό, καθόλου ταπεινό» (Al. Koyre, Φιλοσοφία και Πολιτεία, εισαγωγή στην ανάγνωση του Πλάτωνα, 2η έκδ., Αλεξάνδρεια, 1993, 20, 92). Δεν περιοριζόταν, όμως, στη σωματική ρώμη, αλλά αφορούσε κάτι ευρύτερο, τη δύναμη και την υγεία της ψυχής, περιλαμβανομένης της επίγνωσης μιας κλίμακας αξιών για την υπεράσπιση των οποίων άξιζε να θυσιάσει κανείς ακόμα και τη ζωή του. "*Areté is the real attribute of the nobleman*", θα παρατηρήσει σχετικά ο W. Jaeger (*Paideia: The Ideals of Greek Culture*, 2nd ed., I, Oxford University Press, 1965, 5 επ., 106 επ.). Η κοινή, πιθανώς, ετυμολογική ρίζα των όρων 'αρετή' και 'άριστος' δηλώνει και τη μεταξύ τους εννοιολογική συνάφεια. Κατά τη (νεοαριστοτελική) ερμηνεία του όρου, που επεξεργάζεται ο Al. MacIntyre, η 'αρετή' αναφέρεται σε ορισμένες πρόσκτητες ανθρώπινες ιδιότητες, ποιότητες ή ικανότητες, που καθιστούν δυνατή την επίτευξη αγαθών και αξιών σε αντίστοιχους τομείς ή σφαίρες της κοινωνικής δράσης (*After Virtue, A Study in Moral Theory*, 3rd ed., University of Notre Dame Press, 2007, 191 επ.). Η ιστορική και πολιτική διάσταση της αρετής, που συνδέεται με ορισμένη κοινωνική πρακτική και τα αγαθά που ενυπάρχουν σε αυτήν, καθίσταται έτσι προφανής.

από τους θεμελιωτές του δημοκρατικού πολιτεύματος στην αρχαία Αθήνα, θα χρησιμοποιήσει μιαν ανάλογη μεταφορά: 'στάθηκα', θα πει, 'σαν λύκος ανάμεσα σε σκύλους' (από τις αντιμαχόμενες πλευρές) και 'αντιστάθηκα σε όλους' – «των ούνεκ' αλκήν πάντοθεν ποιούμενος/ ως εν κυσίν πολλαίσιν εστράφην λύκος» (Αριστοτέλης, Αθηναίων Πολιτεία, 12). Imago leonis, λοιπόν, ο πολιτικός.[18]

18 Τον συνδυασμό αυτών των ζωικών ιδιοτήτων (του λιονταριού και της αλεπούς) εντόπιζε ο Μακιαβέλλι στον Ρωμαίο αυτοκράτορα Σεπτίμιο Σεβήρο (όπ. π., 1993: 70, 106 επ.). Αλλά και ο βυζαντινός αυτοκράτορας Λέων ΣΤ΄, ο επονομαζόμενος και 'Σοφός', στο έργο του περί της 'Τακτικής' συνιστούσε την προσφυγή άλλοτε στη μέθοδο της λεοντής και άλλοτε σε αυτήν της αλωπεκής: «ένθα μη εξαρκεί η λεοντή προσράπτειν δη της αλωπεκής» (σε Ν. Ε. Κουράκης, Διαχρονικές Αρχές Βυζαντινής Στρατηγικής και Τακτικής, με έμφαση στο έργο Τακτικά του Λέοντος ΣΤ΄ του Σοφού, Ποιότητα, 2012, 63 επ., 149 όπου και η αναφορά σε σχετική 'μακιαβελική' ρήση του Ναπολέοντα Βοναπάρτη, ενώπιον μάλιστα του Συμβουλίου της Επικρατείας, το 1806: «είμαι πότε αλεπού και πότε λιοντάρι. Όλο το μυστικό ενός κυβερνήτου είναι να ξέρει πότε πρέπει να είναι το ένα και πότε το άλλο»). Ο συνδυασμός των ιδιοτήτων (της γενναιότητας και της πονηρίας) επιτρέπει στον κάτοχό τους την προσφυγή σε αυτές ανάλογα με τις συνθήκες, ούτως ώστε «ό,τι δεν κατωρθώθη δια της λεοντής, επετυγχάνετο λάθρα δια της αλωπεκής», όπως έγραφε αναφερόμενος σε σχετικό παράδειγμα στο τελευταίο διήγημά του με τίτλο Ο Μοσκώβ – Σελήμ ο Γ. Μ. Βιζυηνός (Το Αμάρτημα της Μητρός μου, Γαλαξίας, 1966, 191). Δεν στερείται, επίσης, σημασίας η επισήμανση της περιγραφής του Θρασυμάχου από μέρους του Πλάτωνος στην Πολιτεία, που και εκείνος εμφανίζεται να πλησιάζει «ώσπερ θηρίον» («ήκε εφ' ημάς ως διαρπασόμενος», 336 b 5-6). Αλλά η 'θηριωδία' δεν αρμόζει στον πολίτη, ούτε επαρκεί για την αντιμετώπιση των κινδύνων, είχε ήδη επισημάνει ο Αριστοτέλης: «ώστε το καλόν αλλ' οὐ το θηριώδες δει πρωταγωνιστείν· οὐ γαρ λύκος ουδέ των άλλων θηρίων τι αγωνίσαιτο αν ουθένα καλόν κίνδυνον, αλλά μάλλον ανήρ αγαθός» (Πολιτικά, 1338 b 30-32). Γιατί σε μια τέτοια αντίληψη περί της πολιτικής (ως 'θηριομαχίας'), μάλλον δεν υπάρχει θέση για τους πράους και τη δική τους αρετή, θα σημειώσει σχετικά ο Ν. Μπόμπιο (Εγκώμιο της πραότητας και άλλα κείμενα περί ηθικής, Πατάκης, 2007, 55): «ουαί εις τους πραείς, δε θα δοθεί σ' αυτούς το βασίλειο της Γης», όπου κυριαρχούν οι ατρόμητοι, οι τολμηροί, ακόμα και οι αιμοβόροι. Κι αν υπάρχει ένας τίμιος άνθρωπος, αυτός δεν πρέπει να χρησιμοποιείται στα δημόσια αξιώματα, έγραφε στη διαθήκη του ο Richelieu, ιδίως μάλιστα αν είναι χαμηλής κοινωνικής καταγωγής: γιατί, κατά την εκτίμησή του, αυτοί οι άνθρωποι «είναι πολύ αυστηροί και πολύ δύσκολοι» (αναφέρεται από τον Μοντεσκιέ, Το Πνεύμα των Νόμων, τόμ. Α΄, Γνώση, 1994, 135). Οι αγαθοί άνθρωποι μοιάζουν καμιά φορά «ως πρόβατα εν μέσω λύκων», προειδοποιούσε τους μαθητές του ο Ιησούς. Απέναντι σ' αυτή τη δυσχερή κατάσταση, άλλη άμυνα δεν έχουν παρά τη φρόνηση και την εντιμότητά τους: «γίνεσθε ουν φρόνιμοι ως οι όφεις και ακέραιοι ως αι περιστεραί» (Ματθ. Ι, 16). Γιατί φιλία, ειρήνη και εμπιστοσύνη μεταξύ λύκων και προβάτων είναι αδύνατη – «ουδέ λύκοι τε και άρνες ομόφρονα θυμόν έχουσιν», σημείωνε ο Όμηρος στην Ιλιάδα (Χ, 263). Αλλά οι άνθρωποι δεν συμπεριφέρονται πάντοτε ως 'άγρια ζώα'· υπάρχουν μέσα μας στοιχεία 'τόσο από τον λύκο και το ερπετό, όσο

Καλός πολιτικός δεν σημαίνει κατ' ανάγκη και καλός άνθρωπος· αντίθετα, ο πολιτικός μπορεί να είναι και 'κακός', όταν και όσο χρειάζεται.[19] Αν οι άνθρωποι ήταν καλοί και αγαθοί, φυσικά ο ηγέτης τους δεν θα χρειαζόταν να είναι κάτι διαφορετικό από αυτούς. Στο μέτρο, όμως, που δεν συμβαίνει αυτό στην πραγματικότητα, αλλά οι άνθρωποι είναι συχνά δύσπιστοι και ιδιοτελείς, ο ικανός πολιτικός ηγέτης πρέπει να είναι σε θέση να τους χειρίζεται κατάλληλα· ακόμα και να τους εξαπατά (σαν πονηρή αλεπού), αν πρόκειται με τον τρόπο αυτό να επιτύχει τον σκοπό του.[20]

Η προσφυγή στη βία, την πονηρία και την εξαπάτηση πρέπει, ωστόσο, να γίνονται με μέτρο και φειδώ· τόσο όσο είναι χρήσιμο και αναγκαίο προκειμένου να διασφαλιστεί η συμφιλίωση και η υποταγή. Διαφορετικά, αν χαθεί ο έλεγχος και το μέτρο, αυτή η πρακτική μπορεί να μην τελεσφορήσει. Ίσως, μάλιστα, προξενήσει τη δυσφορία και την αγανάκτηση, εκθρέψει το μίσος και την αντίδραση. «Όσο μεγαλύτερος είναι ο φόβος, τόσο μικρότερη είναι η αγάπη», προειδοποιούσε διορατικά ο Λούθηρος στην 14η από τις περίφημες 95 Θέσεις του το 1517· αντίθετα, «με τις πράξεις αγάπης μεγαλώνει η αγάπη», προσέθετε στην 44η από αυτές (U. Eco – R. Fedriga, επιμ., Η Ιστορία της Φιλοσοφίας, Ελληνικά Γράμματα, 2018, τόμ. 11, 300 επ.).

Το ρεπερτόριο των συμβουλών του Μακιαβέλλι προς τον πολιτικό ηγήτορα απορρέει εν πολλοίς από τη βαθιά πεσιμιστική του άποψη ως προς την ανθρώπινη φύση: «Δεν προξενεί λοιπόν έκπληξη το ότι αισθάνεται υποχρεωμένος να προειδοποιήσει τον ηγεμόνα πως αφού οι άνθρωποι είναι εν γένει τέτοια 'άθλια πλάσματα' *[ήτοι, 'αχάριστοι, άστατοι, ψεύτες και απατεώνες, αποφεύγουν τον κίνδυνο και είναι άπληστοι για το κέρδος']*, *θα πρέπει να εί-*

και από το περιστέρι', σημείωνε ο Hume στην Έρευνα περί των Αρχών της Ηθικής (9, & 4).

19 Ίσως αξίζει να σημειωθεί εδώ ότι ως 'κακοί' χαρακτηρίζονταν στην ελληνική αρχαιότητα οι εύποροι άνθρωποι που δεν ήταν και ευγενείς – "*were rich but not noble-born… we might translate it as 'the nasty men*'" (J. Ober, *Mass and Elite in Democratic Athens, Rhetoric, Ideology and the Power of the People*, Princeton University Press, 1989, 58).

20 Όπως θα σημειώσει ρητά στο 18ο κεφάλαιο του Ηγεμόνα, "*If all men were good, this precept would not be good; but because men are wretched creatures who would not keep their word to you, you need not keep your word to them*" (Machiavelli, όπ. π., 2004, 74 – 75).

ναι πρόθυμος να αποφύγει τις συμβατικές ευσέβειες αν θέλει να παραμείνει ασφαλής» (Skinner, όπ. π., 2005, 171). Ο Μακιαβέλλι μοιάζει να διακατέχεται από μια «πεσιμιστική οντολογία», θα επισημάνει ο Κ. Ψυχοπαίδης, «που αποκλείει την πραγμάτωση της ευτυχίας χωρίς απάτη και μέσα από την αλήθεια» (Κανόνες και Αντινομίες στην Πολιτική, Πόλις, 1999, 103).[21] Εξ ου και τα mandata non bona, τα αυστηρά ή βίαια προστάγματα και τις ανάλογες 'πολιτικές' πρακτικές, προς τις οποίες (και) ο ίδιος επιδεικνύει εντυπωσιακή ανοχή και κατανόηση ως (αναπόφευκτου;) γνωρίσματος της πολιτικής τέχνης· πράγμα που θα επιτρέψει στον Adam Smith να προβεί στην εκτίμηση ότι 'άνθρωπος που εμφορείται από τέτοιες απόψεις μάλλον βρίσκεται αρκετά μακριά από την επικράτεια της ηθικής' – *"not indeed a man of the nicest morality even for his own times"* (*The Theory of Moral Sentiments*, Penguin Books, 2009, 256).

Ζώον διφυές

Η 'νέα' λογική της αποτελεσματικότητας και της ευελιξίας, που εκτίθεται ως πιο ρεαλιστική και περιγραφικά ακριβέστερη, αλλά και πιο απαισιόδοξη ως προς την ανθρώπινη φύση (στο μέτρο που αυτή έχει χαρακτήρα μικτό ή διφυή – κατά το ένα ήμισυ ανθρώπινη, κατά το άλλο ζωώδης[22]), ερείδεται στην αρχή της αναγκαιότητας και της προσαρμοστικότητας προς τα δεδο-

21 Ενίοτε, ωστόσο, μοιάζει να συμμερίζεται μια πιο θετική ή αισιόδοξη εκτίμηση για την ανθρώπινη ψυχή – 'οι άνθρωποι δεν είναι ποτέ τόσο ανέντιμοι, ώστε να σε βλάψουν με τόση αχαριστία', θα σημειώσει στο 21ο κεφάλαιο του Ηγεμόνα (όπ. π., 2004, 97).

22 Η εικόνα του ανθρώπου ως διφυούς όντος έλκει την καταγωγή της από την αρχαιότητα, όπου και ο μύθος των Κενταύρων (αλογανθρώπων), των οποίων η μορφή ήταν κατά το ένα (άνω) ήμισυ ανθρώπου και κατά άλλο ίππου (αλόγου). Ένας εξ αυτών ήταν, εξάλλου, ο δάσκαλος του κορυφαίου ομηρικού ήρωα Αχιλλέα, κατά τη μυθική παράδοση, υποβάλλοντας έτσι την ιδέα περί της 'διπλής ικανότητας' του πολιτικού: ικανός για την ισχύ αλλά και για την πειθώ, για τη βία και για τη λογική (ή τη θεωρητική και πρακτική διάσταση της ζωής). Όπως ρητά σημειώνει ο Μακιαβέλλι, η αλληγορία του Χείρωνος ως ανθρώπου και ζώου, ταυτοχρόνως, υποβάλλει την ιδέα ότι ο πολιτικός πρέπει να μπορεί να κυβερνά είτε με ήπια είτε με βίαια και αυστηρά μέσα, αν τα πρώτα δεν αρκούν· γιατί 'οι άνθρωποι που δεν πείθονται με τα λόγια, μοιάζουν τότε με ζώα που δεν φοβούνται παρά με τη βία' (Machiavelli, όπ. π., 2004, 74).

μένα της πραγματικότητας: όπως είναι τα πράγματα και όχι όπως θα θέλαμε ίσως να είναι, όπως υπαγορεύουν οι περιστάσεις και τα αντικειμενικά δεδομένα, και όχι οι απατηλές ιδέες και οι ψευδείς παραστάσεις ή αντιλήψεις μας. Γιατί οι άνθρωποι, εν τέλει, κρίνουν από τα αποτελέσματα, όπως γίνονται σε αυτούς αντιληπτά, θα πει ρητά – *"the common people are always impressed by appearances and results"* (Machiavelli, όπ. π., 2004, 76).

Αυτή η στάση είναι 'ορθότερη' ή πιο ρεαλιστική, έστω και αν τούτο συνεπάγεται μια πορεία κατάβασης του ιδεώδους στο πραγματικό, αν όχι και πλήρους διάλυσης του δέοντος στο είναι. Αντί της σταθερής προσήλωσης σε κάποιες απαρέγκλιτες αξίες, θεωρείται προτιμότερη η προσαρμογή της συμπεριφοράς ανάλογα με τις μεταβαλλόμενες συνθήκες με βάση τη σκοπιμότητα ή την κοινή ωφέλεια. Οι αρχές μπορεί να κάμπτονται, να εφαρμόζονται ελαστικά ή και να ανατρέπονται πλήρως, εφόσον είναι τούτο αναγκαίο στον αγώνα για την επικράτηση και την εξουσία. Η 'επιβίωση' μπορεί να απαιτεί προσαρμογές και όχι την προσκόλληση σε έναν τρόπο ή μια μορφή δράσης. Κι ο επιδέξιος πολιτικός καλείται να μοιάζει άλλοτε με 'λύκο' και άλλοτε με 'λιοντάρι' (ή και με την 'πονηρή αλεπού' παρά με τον μονόπλευρο 'σκαντζόχοιρο')· ίσως αυτό να είναι το αναγκαίο κόστος για την επιβίωση και την πρακτική του επιτυχία. Έστω και αν έτσι η πολιτική μοιάζει να διεξάγεται σε μια 'λυκοτοπία' ('Wolfaria') ή 'αλεποτοπία' ('Vulperia').

Ούτως ή άλλως, τα μέσα που χρησιμοποιούνται για την επιδίωξη κάποιου σκοπού κρίνονται (δικαιολογούνται ή καταδικάζονται) ανάλογα με τα πραγματικά αποτελέσματα που επιτυγχάνονται. Αν ο τελικός σκοπός δεν είναι άλλος από την εξυπηρέτηση του δημοσίου ή κρατικού συμφέροντος (raison d'état), τότε η ανάγκη για την επίτευξή του απορροφά (ή 'νομιμοποιεί') τα όποια μέσα, θεμιτά ή και αθέμιτα, που επιστρατεύονται και χρησιμοποιούνται στην προσπάθεια αυτή. Ώστε τα αθέμιτα μέσα (βία, πανουργία, εξαπάτηση, κ.λπ.) δεν (πρέπει να) κρίνονται καθ' αυτά, ως αυτοσκοποί, αλλά σε σχέση με τα επιδιωκόμενα αγαθά ή αποτελέσματα στην επίτευξη των οποίων συμβάλλουν και συντελούν.[23]

23 Η ιστορία βρίθει παραδειγμάτων προσφυγής σε ανάλογης φύσεως τεχνάσματα ή πανουργίες στη

διεξαγωγή πολεμικής ή/και πολιτικής αναμέτρησης (περιλαμβανομένων του αιφνιδιασμού και της παραπλάνησης του αντιπάλου ή ακόμα και του πρώτου, 'προληπτικού' χτυπήματος). Εξού και το σχετικό 'αξίωμα' ότι είναι προτιμότερο να επικρατεί κανείς με στρατηγήματα παρά με ευθεία σύγκρουση, με πονηρία παρά με βαναυσότητα, με τη μέθοδο της αλεπούς παρά αυτή του λιονταριού. Έτσι, «στις περιπτώσεις προικισμένων στρατιωτικών ηγητόρων η αλωπεκή (στρατηγηματική πολιτική της αναίμακτης επικράτησης) εναλλάσσεται με τη λεοντή (πολεμοχαρής πολιτική του εκφοβισμού και του παραδειγματισμού) ανάλογα με τις ανάγκες των περιστάσεων σ' ένα πλαίσιο αυστηρά δομημένων ισορροπιών» (Κουράκης, όπ. π. 2012, 82, 118). Είναι προτιμότερο οι μάχες να κερδίζονται δίχως αιματοχυσία – «τας νίκας άνευ αίματος ποιείσθαι», έλεγε ο αρχαίος σοφός Πιττακός ο Μυτιληναίος (Λυπουρλής, όπ. π., 2004, 114). Σε ανάλογο πνεύμα, ο Κινέζος θεωρητικός του πολέμου Σουν Τζου, εκθειάζοντας τη λογική των ελιγμών, της προσποίησης και της αξιοποίησης των ευκαιριών στη στρατηγική της 'νίκης δίχως μάχη' («να συντρίβεις την αντίσταση του εχθρού χωρίς μάχη», Sun Zu, Η Τέχνη του Πολέμου, Βάνιας, 2003, 20), θα υποστηρίξει ότι «ο στρατός που νικάει είναι εκείνος που νίκησε πριν ακόμα μπει στη μάχη. Ο στρατός που νικιέται είναι εκείνος που ψάχνει τη νίκη του την ώρα του αγώνα». Αξίωμα αυτής της πολεμικής τέχνης ήταν ότι η ευθεία σύγκρουση, δεδομένης της φρίκης που την συνοδεύει, πρέπει να αποφεύγεται, και οι σκοποί της επικράτησης να επιτυγχάνονται με άλλα μέσα, δίχως υπέρμετρη χρήση ένοπλης βίας, με ελιγμούς ή τεχνάσματα, περιλαμβανομένου του αιφνιδιασμού και της παραπλάνησης – «Ω! θεία τέχνη της πανουργίας και της μυστικότητας! Με σένα μαθαίνουμε να είμαστε αόρατοι, με σένα να μην ακουγόμαστε (να μη μας ακούνε) και έτσι μπορούμε να παίρνουμε την τύχη του εχθρού στα χέρια μας» (Sun Zu, όπ. π., 2003, 42, 80). Σκιαγραφώντας την αμυντική πολιτική των Ουτοπιανών ο Th. More αναφέρει ότι «αυτό που τους κάνει πραγματικά περήφανους είναι το ξεγέλασμα του εχθρού». Τούτο διότι «θεωρούν πως συμπεριφέρονται σαν πραγματικοί άνδρες, όταν νικήσουν με κάτι που μόνο ο άνθρωπος διαθέτει, δηλαδή με τη δύναμη της διάνοιας. Λένε πως κάθε ζώο μπορεί να παλέψει με το σώμα του – οι αρκούδες, τα λιοντάρια, οι λύκοι, τα σκυλιά, όλα μπορούν να παλέψουν και τα περισσότερα απ' αυτά είναι δυνατότερα και αγριότερα απ' ό,τι εμείς – μα αυτό που μας υψώνει πάνω απ' τα ζώα είναι η λογική και η εξυπνάδα μας» (Ουτοπία, Κάλβος, 1984, 116, 2007: 129). Κατά τη λεγόμενη στρατηγική ή τακτική της 'έμμεσης προσέγγισης', επιδιώκεται η εξουδετέρωση του αντιπάλου δια των ελιγμών και των πλευρικών κινήσεων, αποφεύγοντας την κατά μέτωπο σύγκρουση και τη μάταιη αιματοχυσία (B. H. Liddell Hart, Η Τακτική Στρατηγική της Έμμεσης Προσεγγίσεως, Βάνιας, 1995, 25 επ.). Κατ' άλλη, πιο σύγχρονη ή 'ρεαλιστική' (μακιαβελικής κι αυτή εμπνεύσεως) θεωρία του πολέμου (συμβατικού ή μη), ο αντικειμενικός σκοπός του, ήτοι η ολική ή οριστική επικράτηση έναντι του αντιπάλου, ο αφοπλισμός και η αδρανοποίηση ή «εκμηδένισή» του, δύσκολα μπορεί να επιτευχθεί δίχως όχι απλά την απειλή αλλά και τη χρήση ένοπλης βίας – "*he who uses force unsparingly, without reference to the bloodshed involved, must obtain a superiority if his adversary uses less in its application*" (C. von Clausewitz, *On War*, Penguin Classics, 1982, 102 επ., 123 επ.). Η τάση ή επιθυμία να καταστραφεί ο αντίπαλος ή μάλλον η πολεμική του δυνατότητα ("*his fighting powers*", στο ίδιο, 131 επ., 309 επ., 342 επ., 395 επ.), περιλαμβανομένου του ηθικού και της εφοδιαστικής του αλυσίδας (Π. Κονδύλης, Θεωρία του Πολέμου, Θεμέλιο, 1997, 136 επ.), βρίσκεται στον πυρήνα της έννοιας του πολέμου (έστω, της 'δυτικής' αντίληψης περί αυτού), που αποτελεί μάχη και σύγκρουση μέχρις εσχάτων ("*war is*

Salus rei publicae

Συνάγεται, ως εκ τούτου, ότι το «κεντρικό ηθικό δίδαγμα της μακιαβελικής πολιτικής τέχνης», όπως σκιαγραφείται στον Ηγεμόνα με λογοτεχνική μάλιστα ενάργεια, είναι ότι τα έργα και οι προθέσεις κρίνονται κυρίως «εκ του αποτελέσματος» (Σκίνερ, όπ. π., 2002, 118, Skinner, όπ. π., 2005: 155). Όπως ανέφερε, μάλιστα, σε ένα μεταγενέστερο έργο του ο Μακιαβέλλι (τις Διατριβές για τα πρώτα δέκα βιβλία της Ιστορίας του Τίτου Λίβιου), αν πρόκειται να σώσει κανείς την πατρίδα του, δεν πρέπει να φείδεται κανενός μέσου ή μέτρου: «δεν πρέπει να υπάρχει κανένα θέμα δικαίου ή αδίκου, επιείκειας ή σκληρότητας, αξιέπαινου ή επονείδιστου· αντίθετα, αφήνοντας κανείς στην άκρη κάθε ενδοιασμό, πρέπει να ακολουθήσει μέχρι το έσχατο όριο κάθε σχέδιο που θα σώσει τη ζωή της και θα διατηρήσει την ελευθερία της» (Σκίνερ, όπ. π., 2002: 91, Μπόμπιο, όπ. π., 2007: 102 επ., Berlin, όπ. π., 1971). Το (φυσικό) δικαίωμα που έχουν τα άτομα και τα φυσικά πρόσωπα για την επιβίωση και τη διατήρησή τους, το έχουν και τα νομικά πρόσωπα, τα κράτη και οι θεσμοί· ακόμα και αν αυτοί είναι επαναστατικής υφής.[24]

Η πολιτική στο πρακτικό επίπεδο και όχι απλά ως αφηρημένη θεωρία υπαγορεύει τη χειραφέτηση και την αποστασιοποίησή της από άλλα ηθικά κριτήρια, περιορισμούς ή αναστολές. Δεν ενδιαφέρει τόσο η ηθική ή αξιακή δικαιολόγηση και η θεωρητική συνέπεια, όσο η αποτελεσματικότητα στη διατήρηση της πολιτικής ή κοινωνικής οντότητας, στην οποία η πολιτική δια-

nothing else but a mutual process of destruction", Clausewitz, όπ. π., 1982, 136, 345). Ως εκ τούτου, η 'αναίμακτη λύση', κατ' αυτή την ερμηνεία, είναι επισφαλής και οδηγεί στην καταστροφή εκείνων που την ασπάζονται και την υιοθετούν.

24 «Όλα επιτρέπονται σε εκείνους που ενεργούν προς την επαναστατική κατεύθυνση», υποστήριζαν οι επαναστάτες του 1789 στη Γαλλία, χωρίς να αποφύγουν για τον σκοπό αυτό ακόμα και την άσκηση τρομοκρατίας (Η. Arendt, Για την Επανάσταση, Αλεξάνδρεια, 2006, 123 επ.). Κατά τον Τρότσκυ, εξάλλου, πριν από τη διαφωνία του με τον Στάλιν, ο σκοπός που 'αγιάζει' κάθε μέσο είναι η επανάσταση, εξού και η προσταγή – «είναι ηθικό ό,τι υπηρετεί την επανάσταση, ενώ ό,τι στρέφεται εναντίον της είναι ανήθικο» (Εντ. Μορέν, Η Μέθοδος, 6. Ηθική, Εκδόσεις του Εικοστού Πρώτου, 2013, 76). Τελικά, έπεσε κι ο ίδιος θύμα της εφαρμογής του αξιώματος που είχε υπερασπιστεί.

δικασία εντάσσεται και εξ ορισμού υπηρετεί (πόλις, κράτος, κ.λπ.). Εξ ού και η 'αρχή', που αποδίδεται με το (ιησουϊτικό) αξίωμα ότι «ο σκοπός αγιάζει τα μέσα» (Μπόμπιο, όπ. π., 2007: 99 επ.). Τουτέστιν, το θετικό αποτέλεσμα 'δικαιώνει' τρόπον τινά (όλα) τα μέσα που χρησιμοποιήθηκαν για την επίτευξή του - "*when the act accuses, the result excuses*" (Walzer, "Political Action: The Problem of Dirty Hands", *Philosophy and Public Affairs*, 1973, 2, 2, 175). Τα πάντα επιτρέπονται, λοιπόν; Ναι, θα έλεγε ο Μακιαβέλλι, αλλά μόνο εάν υπηρετούν έναν ανώτερο πολιτικό σκοπό, λ.χ., τη σωτηρία ή την ευημερία της πολιτείας, της πατρίδας, του δημοσίου ή κοινού συμφέροντος· 'η σωτηρία της πολιτείας' είναι η βασική αποστολή του κράτους, της οργανωμένης πολιτείας, που διέπεται από αυτήν ακριβώς τη 'λογική' ('ragion di stato'). Όπως έγραφε (στις Διατριβές), ακόμα και «οι αξιόμεμπτες πράξεις μπορούν να δικαιολογηθούν από τα αποτελέσματά τους - όταν το αποτέλεσμα είναι καλό, όπως στην περίπτωση του Ρωμύλου, δικαιολογεί πάντοτε την πράξη» (Skinner, όπ. π., 2005: 220).[25]

Όλα τα ανθρώπινα μπορεί να διέπονται από την τύχη ή τη συγκυρία (*fortuna*)· αυτή τη δυσκαθόριστη δύναμη, ώστε δύσκολα μπορεί να υπάρχουν σταθεροί νόμοι και κανόνες, μέθοδοι και αρχές δράσης στην πολιτική διαδικασία, πλην της ίδιας της ανάγκης για πολιτική επικράτηση και επιβίωση, τη 'σωτηρία της πολιτείας'. Μπορεί η 'τύχη' πράγματι να κυβερνά κατά το ήμισυ, έστω, τα ανθρώπινα πράγματα, σπρώχνοντάς τα εδώ κι εκεί με κίνδυνο να συμβούν τα χειρότερα·[26] αλλά υπάρχει κι ένα άλλο ήμισυ που εναπόκειται στην ανθρώπινη βούληση και δράση· στη λελογισμένη δύναμη και ικανότητα ή 'αρετή' (virtù) του ανθρώπου να κινηθεί ανάμεσα σε δύσκολες καταστάσεις προβαίνοντας στις καλύτερες υπό τις περιστάσεις επιλογές, δαμάζοντας

25 Ο Ηγεμόνας γράφτηκε για μια 'δυσλειτουργική κοινωνία', για τούτο εισηγείται ή κάνει αποδεκτούς τρόπους και μεθόδους εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος ή του συλλογικού αγαθού, που δεν θα γίνονταν ίσως ανεκτοί σε μια διαφορετική, πιο ελεύθερη, αρμονική και νομοκρατούμενη πολιτεία.

26 "*Res humanas ordine nullo/ Fortuna regit*", έλεγε ο Χορός στην Φαίδρα του Σενέκα (στίχ., 977 – 78).

τα 'άγρια' προβλήματα και ελέγχοντας, κατά το δυνατόν, τις καταστάσεις.[27]

Μάλιστα, ο ισχυρός και αποφασιστικός ηγέτης ποτέ δεν παραιτείται από αυτό, το άλλο ήμισυ (της ικανής και αποτελεσματικής διαχείρισης ή διακυβέρνησης), που δεν εξαρτάται μόνο από τη συγκυρία και της τύχης τις επιρροές, αλλά από τις ικανότητες και αρετές του ανθρώπου. Ασκεί, αντιθέτως, και εφαρμόζει τη λογική, την προνοητικότητα και την αποφασιστικότητά του απέναντι σε απρόβλεπτα και αρνητικά ενδεχόμενα· όπως απέναντι σε ακραία καιρικά φαινόμενα, που δεν μπορεί μεν να εξαλειφθούν, αλλά ίσως να μετριαστούν με την έγκαιρη και συνετή δράση. Η 'τύχη' ασκεί τη δύναμή της εκεί που δεν υπάρχουν αντίρροπες δυνάμεις (πρόληψης, οργάνωσης και προφύλαξης) για να της αντισταθούν. Ο υπεύθυνος πολιτικός (ηγέτης) λειτουργεί σαν τον κυβερνήτη του σκάφους σε τρικυμία· δεν εγκαταλείπει την προσπάθεια, αλλά επιχειρεί να επιτύχει τα καλύτερα δυνατά αποτελέσματα υπό τις περιστάσεις, ενεργώντας με προσοχή και τόλμη, με σύνεση και καρτερία.

'Ηθική' του αποτελέσματος

Η πολιτική δεν υπηρετεί οποιοδήποτε σκοπό ή αποτέλεσμα, αλλά μόνο αυτό που αναφέρεται και αφορά στην προαγωγή ενός υπέρτερου αγαθού, ήτοι, πρόκειται για έναν 'καλό' σκοπό (σωτηρία της πατρίδας, ωφέλεια των κυβερνωμένων, δημόσιο συμφέρον, κ.λπ.). Σε αυτές και μόνο τις περιπτώσεις, γίνεται υπό προϋποθέσεις αποδεκτή η θυσία της ηθικής καθαρότητας (όπως συμβαίνει, λ.χ., σε έναν αμυντικό πόλεμο), προκειμένου να καταστεί εφικτή η επιβίωση μιας πολιτικής κοινότητας, που είναι το μείζον αγαθό ή αποτέλεσμα. Εφόσον επιτρέπεται δε το μείζον, δεν μπορεί να μην

27 Μια ανάλογη εκτίμηση απαντά στους Νόμους του Πλάτωνος (709 Α), όπου αναγνωρίζεται ότι 'όλα τα ανθρώπινα πράγματα υπόκεινται στης τύχης τις επιρροές' («τύχας δ' είναι σχεδόν άπαντα…»). Ο αρχαίος Αθηναίος φιλόσοφος επισημαίνει, επίσης, ότι υπάρχει και μια 'τρίτη δύναμη' ή 'τέχνη', πιο ήπια και επινοητική, που μπορεί να δαμάσει τις τυχόν αντιξοότητες («ημερώτερον μην τρίτον συγχωρήσαι τούτοις δειν έπεσσθαι τέχνην»). Στο ερώτημα 'ποια είναι αυτή', η απάντηση είναι: 'μια τέχνη κυβερνητική, δεν συμφωνείς;'.

επιτρέπεται το έλασσον, που το υπηρετεί ή το προάγει (κατά τη γενική αρχή του δικαίου – 'non debet cui plus licet, quod minus est non licere').[28]

Υπό την έννοια αυτή, η μακιαβελική ανάλυση δεν χαρακτηρίζεται τόσο από 'ηθική αδιαφορία' όσο από μιαν ιδιάζουσα 'πολιτική ηθική' (Berlin, όπ. π., 1971, Σκίνερ, όπ. π., 2002, Skinner, όπ. π., 2005). Μια ηθική των πραγματικών συνθηκών για την επίτευξη σκοπών και αποτελεσμάτων, την ευθύνη των οποίων αναλαμβάνει ο πολιτικός ηγήτορας. Δεν πρόκειται, επομένως, για έναν 'εξαγιασμό', κατά κυριολεξία, των αθέμιτων ή κακών μέσων, που εξακολουθούν να μην αποβάλλουν τον απεχθή και αποκρουστικό χαρακτήρα τους· αλλά μάλλον για μια συνειδητή, υπεύθυνη και λελογισμένη χρήση ή επιστράτευσή τους ('οικονομία της βίας') προκειμένου να επιτευχθούν ή να υπηρετηθούν ορισμένα επιθυμητά ή 'αγαθά' αποτελέσματα, γιατί από αυτά κρίνονται εν τέλει τα πάντα – "*si guarda al fine*".

Η προσέγγισή του δεν στερείται παντελώς ηθικού ή αξιακού προσανατολισμού· μόνο που αυτός εστιάζει πρωτίστως στο επιδιωκόμενο τελικό αγαθό ή αποτέλεσμα και στη συλλογική δράση, ειδικότερα στην προστασία του δημοσίου ή κοινού συμφέροντος της πολιτικής οντότητας που αυτή αφορά (πόλις, κράτος, κ.λπ.). Κατά την ερμηνεία αυτή, πρόκειται εν τέλει για μιαν 'αριστοτελικού' τύπου ηθική πολιτικού προβληματισμού, που προσιδιάζει στη φύση του ανθρώπου ως 'πολιτικού ζώου'. "*Machiavelli s values are not Christian, but they are moral values"* (Berlin, όπ. π., 1971)· πρόκειται για 'ηθικές' αξίες εκκοσμικευμένου ή καθαρά πολιτικού χαρακτήρα.[29] Στη σκέψη

28 Έτσι, ενδεικτικά, στο πνεύμα της (μακιαβελικής) λογικής του αποτελέσματος, θα μπορούσε (;) να γίνει ανεκτός, ακόμα και σε μια χώρα που κυβερνάται δημοκρατικά, δηλαδή με αιρετή ηγεσία, που λογοδοτεί στο εκλογικό σώμα, ο πυρηνικός βομβαρδισμός αμάχων πολιτών τον Αύγουστο του 1945 στην Ιαπωνία, εφόσον ο σκοπός ήταν η συνθηκολόγηση και η αποσόβηση ακόμα μεγαλύτερων δεινών. Φυσικά τα παραδείγματα μπορούν να πολλαπλασιαστούν, μια και η ιστορία βρίθει από αυτά (περιλαμβανομένης της εξολόθρευσης των Μηλίων από τους αρχαίους Αθηναίους, κατά τη διάρκεια του Πελοποννησιακού πολέμου).

29 Εν τούτοις, ο Αριστοτέλης θα θεωρήσει στα Πολιτικά ότι αν κάποιος ηγεμόνας ασκεί την εξουσία με βία ή εξαπάτηση, δεν απέχει πολύ, αλλά μάλλον ταυτίζεται με τον τύραννο – «αν δε δι' απάτης άρξει τις ή βίας, ήδη δοκεί τούτο είναι τυραννίς» (1313 a 22-23). Ούτε θα δεχθεί (στα Ηθικά Νικομάχεια) ότι μπορεί να είναι ορθή και αποδεκτή (από ηθικής, έστω, απόψεως) μια ενέργεια που

και στην προβληματική του βρίσκεται διαρκώς η Φλωρεντία και η Ιταλία, καθώς και ό,τι εξυπηρετεί και προάγει το ανώτερο ιδανικό - την πολιτική ενότητα και σταθερότητα στην πατρίδα του· ώστε αυτή να καταστεί μια 'εύτακτη' ή καλά οργανωμένη πολιτεία μέσω της σύστασης των κατάλληλων θεσμών, κάτι που τον απασχολεί ιδιαιτέρως στις Διατριβές.

Doctrina daemonica?

Αυτό που κατέστη εν συνεχεία γνωστό ως βασικό μακιαβελικό 'αξίωμα', αναφερόταν στον ισχυρισμό ότι το (θετικό) αποτέλεσμα ή σκοπός δικαιολογεί και αποενοχοποιεί μια (αρνητική) πράξη, που επιστρατεύθηκε εν είδει ενδιάμεσου ή μεταβατικού 'μέσου' ή 'εργαλείου' για την πραγμάτωσή του. Πέραν του παραδόξου που ενέχεται σε αυτή την αντίληψη ('το κακό υπηρετεί κάποιο καλό'), διανοίγεται ενδεχομένως και η προοπτική μιας μεγαλύτερης ετοιμότητας και διάθεσης στην προσφυγή σε κάτι που, ενώ αρχικά προσλαμβάνεται ως έκτακτο και αναγκαίο (ή κατ' εξαίρεση μέτρο), καταλήγει, εκφυλιστικά, έστω, να γίνεται δεκτό ως τακτικό και σύνηθες. Στις περιπτώσεις αυτές η πρακτική πολιτική λογική της αποτελεσματικότητας ή της 'αναγκαιότητας' ('raison d'état'), μοιάζει να φέρει μέσα της το σπέρμα του κακού· ενός κακού που υποτίθεται ότι εξαερώνεται και διαθλάται ή 'νομιμοποιείται' εκ του αποτελέσματος. Αλλ' 'ενός κακού μύρια έπονται', κατά τη γνωστή παροιμιακή έκφραση. Ώστε, εν τέλει, η 'virtus' (αρετή) απορροφάται και εξουδετερώνεται από την 'vis' (ισχύ), η δε μακιαβελική 'virtù' μοιάζει να συγκλίνει περισσότερο με τη δεύτερη παρά με την πρώτη.

Το ζήτημα είναι, ειδικότερα, μήπως, θυσιάζοντας κάποιες αξίες ή αρετές (όπως αυτές της καθαρής ηθικής ή δεοντολογίας) για να επιτευχθούν κάποιες άλλες, διανοίγεται η κερκόπορτα σε αυτόν τον 'δαίμονα της πολιτικής', όπως θα τον χαρακτήριζε αργότερα ο Max Weber· ενός 'δαίμονα' που βρίσκεται

επιτυγχάνει τα επιδιωκόμενα αποτελέσματα με αθέμιτα ή 'ανορθόδοξα' μέσα ή μέτρα – «ώστ' ουδ' αύτη πω ευβουλία, καθ' ἣν οὗ δει μεν τυγχάνει, οὐ μέντοι δι' οὗ έδει» (1142 b 25 – 26).

μέσα στην ψυχή εκείνου που είναι πρόθυμος να ασχοληθεί ('επαγγελματικά') με την πολιτική και το 'μονοπώλιο της βίας που αυτή συνεπάγεται'. Ως πού, άραγε, μπορεί να φτάσει ή μάλλον πού μπορεί να σταματήσει αυτή η 'προδοσία' του καλού ή ηθικού χάριν του αποτελεσματικού και ωφέλιμου 'κακού'; «Επαναλαμβάνω», θα τονίσει διορατικά ο Γερμανός κοινωνιολόγος, ότι [ο πολιτικός ηγέτης] «εγκαταλείπεται σε διαβολικές δυνάμεις, που είναι κρυμμένες μέσα σε κάθε βία» (Η Πολιτική ως Επάγγελμα, 2η έκδ., Παπαζήσης, 1988, 164 επ., 96 επ., 158 επ.).[30] Μπορεί, όμως, να επαίρεται κανείς για τις ικανότητες και τα αποτελέσματά του, όταν διαπράττει αδικία; Μπορεί κανείς να είναι ελεύθερος, όταν δεν ασκεί την ελευθερία; Τούτο είναι αδύνατο, θα υποστήριζε ο Αριστοτέλης.[31] Γιατί δεν υπηρετείται, τότε, ούτε προάγεται το αγαθό της 'εύτακτης' πολιτείας, αλλά μάλλον υπονομεύεται εκ των έσω. Πολλώ δε μάλλον που συχνά, και κατ' αντιστροφή της υποτιθέμενης ιεραρχίας σκοπών και μέσων, τα δεύτερα (μέσα) αναπτύσσουν μια δική τους δυναμική και εκτρέφουν την τάση να 'δημιουργούν' και να υπηρετούν τους δικούς τους (ακόμα και αθέμιτους) σκοπούς, υποκαθιστώντας τους αρχικούς (και θεμιτούς).

Εν κατακλείδι

Ο Στοχαστής της Φλωρεντίας συνδυάζοντας την πολιτική και τη διανοητική ικανότητα και τέχνη διάνοιξε μια νέα οδό στην πολιτική ανάλυση και την επιχειρηματολογία, την οποία εν συνεχεία ακολούθησαν πολλοί, όχι όμως άνευ επιφυλάξεων και κριτικής (εκτενέστερα, Αντ. Μακρυδημήτρης, Είναι ηθική η πολιτική; Τύποι ηγεσίας στον Πολιτικό του Πλάτωνος και άλλα ερωτήματα, γ΄ έκδ., Σάκκουλας, 2023, κεφ. 4ο, 415 επ.). Η συνοπτική ανασκόπηση της προβληματικής του, που προηγήθηκε, δείχνει την παραδειγ-

30 Μεσούντος του 2ου παγκοσμίου πολέμου ο Jacques Maritain παρατηρούσε: «Ο μακιαβελισμός και η πολιτική της επικράτησης,…είναι οι εκ γενετής εχθροί μιας κοινότητας ελευθέρων ανθρώπων» (Χριστιανισμός και Δημοκρατία, εκδ. Κακουλίδη, χχ, 51).

31 «..ουδ' εστίν αγαθός ο μη χαίρων ταις καλαίς πράξεσι, ούτε γαρ δίκαιον ουθείς αν είποι τον μη χαίροντα τω δικαιοπραγείν, ούτ' ελευθέριον τον μη χαίροντα ταις ελευθερίοις πράξεσιν» (Ηθικά Νικομάχεια, 1099 a 17 – 19).

ματική σημασία που αυτή εξακολουθεί να ασκεί στην πολιτική σκέψη και πρακτική. Για τούτο και προσφέρεται ως δείγμα εκτίμησης και φιλίας στον αφιερωματικό τόμο προς τιμήν του καθηγητή Σπυρίδωνα Ι. Φλογαΐτη, που η εξαιρετική διάκρισή του στα γράμματα δεν του αφαίρεσε το ενδιαφέρον και τη φροντίδα και για τα πολιτικά πράγματα. Ο συγγραφέας του παρόντος ποτέ δεν ξεχνά, ούτε έχει πάψει ποτέ να αναπολεί και να εκτιμά την πρώτη συνεργασία τους προ τεσσαρακονταετίας περίπου, κατά την έναρξη της λειτουργίας του Εθνικού Κέντρου Δημόσιας Διοίκησης, αλλ' ούτε και την τελευταία γύρω από την τράπεζα του Υπουργικού Συμβουλίου στο κτίριο της Βουλής στην 'υπηρεσιακή' Κυβέρνηση του Φθινοπώρου 2015.

Οι δικαστές του Λονδίνου και η συμβολή τους στη θεμελίωση του rule of law:

1603-1616

Νικόλαος Παπασπύρου

Αναπληρωτής Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Ο Σπυρίδων Φλογαΐτης έχει διακριθεί διεθνώς για τη συνεισφορά του στο συγκριτικό δημόσιο δίκαιο και στην ιστορία του διοικητικού δικαίου και των δημοσίων θεσμών. Η Αγγλία πάντοτε προσέλκυε το ερευνητικό του ενδιαφέρον, όπως επιβεβαιώνεται στο κλασικό του έργο Administrative law et droit administratif (L.G.D.J., Paris, 1986). Η σκέψη του διασταυρώνεται συχνά με τη σύνθεση του Dicey, ενώ κρίσιμη είναι η παρατήρησή του ότι, κατά τη μετάβαση στη νεωτερικότητα, ο άγγλος δικαστής υπήρξε κατεξοχήν φορέας εξορθολογισμού της κρατικής εξουσίας.[1] Στο ακόλουθο πόνημα, ανατρέχουμε στις αρχές του 17ου αιώνα, εξετάζοντας τη συμβολή του δικαστή του common law στη θεμελίωση της αγγλοαμερικανικής αντίληψης για το rule of law. Η μελέτη εκείνης της περιόδου είναι κρίσιμη για την πληρέστερη κατανόηση αρκετών από τα γνωρίσματα του σύγχρονου δημοσίου δικαίου.

Εισαγωγή

Αναζητώντας τις ιστορικές πηγές του συνταγματικού κράτους, οφείλουμε να εστιάσουμε στη συμβολή του αγγλικού πολιτεύματος. Ήδη, στον ύστερο

1 Spyridon Flogaitis, *The Evolution of Law and the State in Europe: Seven Lessons* (Hart, 2014) σελ. 28.

μεσαίωνα, στο βασίλειο της Αλβιώνας, έλαβαν χώρα τρεις μεταβολές τεκτονικής σημασίας για όσα θα ακολουθούσαν: Πρώτον, η σύναψη της Magna Carta και η κατά διαστήματα έκτοτε νομοθετική της επικύρωση. Ο Μεγάλος Χάρτης αναγνώριζε θεμελιώδη δικαιώματα, όχι μόνο για τους βαρόνους που απαίτησαν τη σύναψή της, αλλά για κάθε liber homo. Δεύτερον, η ανάπτυξη Κοινοβουλίου και μάλιστα η διαμόρφωση της έννοιας της εκπροσώπησης των κοινοτήτων (και όχι τάξεων), αντανάκλαση στο επίπεδο της κεντρικής εξουσίας ενός ισχυρού συστήματος τοπικής αυτοδιοίκησης. Τρίτον, η ανάδειξη μίας θεμελιώδους διάκρισης, ανάμεσα στο gubernaculum, την κυβερνητική εξουσία, και το iurisdictio, την άσκηση δικαιοδοσίας προς προστασία των δικαιωμάτων των υπηκόων.[2] Αμφότερες ασκούνταν στο όνομα του Στέμματος, πλην όμως η δεύτερη ασκείτο από δικαστήρια, που παρουσίαζαν τον εαυτό τους ως εγγυητή του Μεγάλου Χάρτη. Τα δικαστήρια, διαμορφώνοντας νομολογιακά το common law, στο οποίο υπάγονταν τόσο οι βαρόνοι όσο και κάθε άλλο ελεύθερο πρόσωπο, αποτέλεσαν σημαντικό μηχανισμό ενοποίησης και εξασθένησης των φεουδαρχικών δομών. Αυτές οι θεσμικές εξελίξεις πλαισίωσαν μία ιδιαίτερη κοινωνική διάρθρωση, με μετριοπαθέστερη αριστοκρατία και περιθώριο ανέλιξης για τα μεσαία στρώματα.

Κατά τη μετάβαση στον 17ο αιώνα, το κρίσιμο διακύβευμα ήταν η ισχυροποίηση και ο εξορθολογισμός του κράτους, μορφώματος το οποίο επικράτησε στη δαρβινική εξέλιξη της πολιτειακής εξουσίας στην Ευρώπη. Σε αντίθεση με τη σταδιακή επικράτηση του απολυταρχικού παραδείγματος στη Γαλλία, στην Αγγλία, για λόγους που ανάγονται στις ανωτέρω θεσμικές παραδόσεις, την ιδιαίτερη κοινωνική δομή και την αντίστοιχη πολιτισμική βάση, η μετάβαση υπήρξε προϊόν συγκρούσεων, στις οποίες παρατάχθηκαν μαζί οι κοινοβουλευτικοί και οι άγγλοι δικαστές του common law. Απόρροια αυτής της συμμαχίας, ήταν, όταν οι συγκρούσεις τελείωσαν με την ένδοξη επανάσταση το 1688, η εν ταυτώ θέσπιση του Bill of Rights και η αναγνώριση της

2 Charles H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, (Cornell University Press, 1940, 1947).

κυριαρχίας του Κοινοβουλίου. Το Κοινοβούλιο θεωρήθηκε εγγυητής των δικαιωμάτων. Δεν τίμησε ωστόσο τον εγγυητικό ρόλο έναντι των αποίκων, οι οποίοι εικονικά μόνο αντιπροσωπεύονταν σε αυτό. Έτσι, οι ίδιες ιδεολογικές βάσεις οδήγησαν, έναν αιώνα μετά, στην άσκηση συντακτικής εξουσίας από τους αποίκους στην Αρκτώα Αμερική, τη θέσπιση συνταγμάτων που συντάσσουν και οριοθετούν όλες τις κρατικές εξουσίες, και τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων.[3]

Η κατανόηση αυτής της εξέλιξης είναι ιδιαίτερα σημαντική διότι φωτίζει την εσωτερική σχέση ανάμεσα στο συνταγματισμό και την αντιπροσωπευτική δημοκρατία και τις ιστορικές και κοινωνικές της βάσεις. Τα θεμέλια αυτής της σχέσης τέθηκαν στον αγγλοαμερικανικό κόσμο αρκετά πριν τη μετάβαση στη μαζική δημοκρατία. Φωτίζει επίσης τον ιδιαίτερο ρόλο που διαδραματίζει ο δικαστής στην ισορροπία αυτής της σχέσης – όπως και η εμπιστοσύνη στον δικανικό λόγο, ως λόγο οριοθέτησης του gubernaculum.

Στην παρούσα μελέτη, θα εξετάσουμε τις μεγάλες αποφάσεις που εκδόθηκαν από τα δύο μεγάλα δικαστήρια του Λονδίνου, το Court of Common Pleas και το Court of King's Bench, στις πρώτες δύο δεκαετίες του 17ου αιώνα. Σε εκείνη την περίοδο, και ιδίως μέσα από αντιπαράθεση προς τις δυναστικές τάσεις του νέου Βασιλέα Ιακώβου Α΄ (1603-25), τέθηκαν τα θεμέλια της αγγλοαμερικανικής αντίληψης περί rule of law.

3 Βλ. αναλυτικότερα τις σκέψεις μας σε Νίκος Παπασπύρου, *Τα Μονοπάτια του Ευρωπαϊκού Συνταγματισμού,* Διαδρομές και συναντήσεις της αγγλικής, γαλλικής και γερμανικής παράδοσης πριν από τον Μεγάλο Πόλεμο (Αλεξάνδρεια, 2015) σελ. 47 επ.. Η πληρέστερη εξιστόρηση της εξέλιξης του αγγλικού πολιτεύματος δίδεται από τον Ν. Ν. Σαρίπολο στον πρώτο τόμο (β΄) του έργου του *Σύστημα Συνταγματικού Δικαίου και Γενικού Δημοσίου Δικαίου*, 1904, σελ. 233-325.

1. Οικονομική ελευθερία και προνόμια του Στέμματος

Η πρώτη από τις αποφάσεις που θα επισκοπήσουμε εκδόθηκε λίγο πριν τον θάνατο της Ελισάβετ Α΄ και είναι γνωστή ως The Case of Monopolies. Η Βασίλισσα είχε χορηγήσει αποκλειστικό δικαίωμα στον ενάγοντα να εισάγει και να πωλεί χαρτοπαίγνια στην Αγγλία έναντι ετήσιου μισθώματος προς το Στέμμα. Ο ενάγων ήγειρε αγωγή αποζημίωσης κατά εμπόρου που πωλούσε χαρτοπαίγνια, σε πολύ χαμηλότερη τιμή.[4] Το Δικαστήριο δικαίωσε τον εναγόμενο κρίνοντας ότι η πράξη του Στέμματος ήταν άκυρη.

Το δικαστήριο δέχθηκε ότι το εμπόριο χαρτοπαιγνίων συνιστά άσκηση επιτηδεύματος, η οποία αποτελεί ελευθερία και παράλληλα προάγει το κοινό καλό, και επομένως η χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος αντίκειται στο common law. Η απόφαση περιέχει ρητή κρίση ότι τέτοια μονοπώλια δεν προάγουν το κοινό καλό, αλλά αντίθετα οδηγούν σε αύξηση των τιμών και σε πτώση της ποιότητας. Περαιτέρω, η «ματαιότητα» των παιγνίων θεωρήθηκε αδιάφορο ζήτημα, καθώς πρόκειται για σύννομη πράξη και, σε κάθε περίπτωση, είναι σύννομη η υποκείμενη επαγγελματική δραστηριότητα της κατασκευής και εμπορίας των χαρτοπαιγνίων.

Η απόφαση έγινε ευρύτατα γνωστή από την ανάλυσή της από τον Edward Coke, ο οποίος είχε μετάσχει στη δίκη εκ μέρους του Στέμματος (ως Attorney General), υπερασπιζόμενος το κύρος του προνομίου.[5] Η ανάλυση κατακρίνει το προνόμιο ως δυσώδες, συναρτά την απόφαση με τη διάσημη ρήτρα 29 της Magna Carta και εκθέτει επιχειρηματολογία σχετικά με τον προσχηματικό χαρακτήρα της επίκλησης δημόσιου αγαθού.

2. Ο δικαστής φύλακας των δικαιωμάτων

Αν η πρώτη απόφαση αποδίδει ένα στάδιο ωρίμανσης και αυτοπεποίθησης

4 *Edward Darcy v Thomas Allin*, [1603] 77 E. R. 1260 (K.B.).

5 11 Co. Rep. 84b. [1615].

της αγγλικής νομικής σκέψης, οι επόμενες αποφάσεις έχουν έντονα συγκρουσιακό χαρακτήρα. Συντάκτης τους είναι ο ίδιος ο Coke, ο οποίος το 1606 διορίζεται αρχιδικαστής στο Court of Common Pleas και το 1613 στο King's Bench.

Ένα χρόνο μετά την ανάληψη των καθηκόντων του, εκδίδει την πρώτη μεγάλη απόφαση, με την οποία επιδιώκει να κατοχυρώσει την αποκλειστική δικαιοδοσία των δικαστηρίων του common law ως προς την προστασία των δικαιωμάτων των υπηκόων και παράλληλα να επισημάνει στον νέο Βασιλέα ότι ενεργεί στο πλαίσιο κανόνων και διαδικασιών που θέτει το ίδιο το common law και οι συνταγματικές παραδόσεις του Βασιλείου.

Στην απόφαση που έγινε γνωστή ως The Case of Prohibitions, ο Coke, «με τη σύμφωνη γνώμη όλων των δικαστών της Αγγλίας», αποφάνθηκε ότι το Δικαστήριο δεν δεσμεύεται από αποφάσεις του ίδιου του Βασιλέα επί ποινικών υποθέσεων και διαφορών σχετικά με τα δικαιώματα των υπηκόων.[6] Αυτά τα ζητήματα προϋποθέτουν κρίση σύμφωνα με τους νόμους και τα έθιμα της Αγγλίας και όχι άσκηση διακριτικής ευχέρειας και κρίνονται, στο όνομα μεν του Βασιλέα, αλλά πάντοτε per Curiam. Ο Coke θεμελίωσε την απόφαση ανατρέχοντας στις εγγυήσεις της Magna Carta, ιδίως την εγγύηση να μην καθυστερεί η απονομή της δικαιοσύνης και αυτή να γίνεται με δίκαιη διαδικασία («by due Processe»), και στη θεμελιώδη αναστροφή του ηπειρωτικού αυτοκρατορικού δικαίου: «Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo & Lege», που είχε διατυπώσει ο Bracton ήδη στα μέσα του 13ου αιώνα.[7]

3. Η αρχή της νομιμότητας

Η επόμενη μεγάλη σύγκρουση αφορούσε στην εξουσία του Βασιλέα να θέτει με διατάγματα περιορισμούς στην ιδιωτική δράση, δίχως να αντλεί τέ-

6 *The Case of Prohibitions* [1607] EWHC J23 (K.B.).

7 Ο Henry de Bracton στο έργο του *De Legibus et Consuetudinibus Angliae (c. 1235)*, το οποίο αποτελεί την πληρέστερη πραγματεία του αγγλικού δικαίου στον ύστερο μεσαίωνα, διατυπώνει τη θέση ότι ο Βασιλεύς (σε αντιδιαστολή προς τον Τύραννο) νοείται πάντοτε υπό το δίκαιο. Έτσι, έχουμε ήδη σε σπερματική μορφή τη θεωρία του οργάνου.

τοια εξουσία από το common law ή τον νόμο. Η αμφισβήτηση ανέκυψε με αφορμή διάταγμα που απαγόρευε την ανέγερση κτισμάτων και την παραγωγή αμύλου σίτου στο Λονδίνο. Οι σύμβουλοι του Βασιλέα υποστήριξαν ότι το Στέμμα έχει τέτοια εξουσία εφόσον δεν ενεργεί αντίθετα σε νόμο που ρυθμίζει το οικείο ζήτημα. Αν δεν γίνει δεκτό κάτι τέτοιο, ισχυρίστηκαν, ο Βασιλεύς θα καταντήσει σαν τον Δόγη της Βενετίας και δεν θα μπορεί να αντιμετωπίζει τις ανάγκες των καιρών. Το δικαστήριο, σε συμβούλιο, απεφάνθη ότι α) ο Βασιλεύς δεν μπορεί να αλλάξει το κοινό δίκαιο με διάταγμα, δίχως δηλαδή νομοθετικό έρεισμα και β) ο Βασιλεύς δεν έχει άλλες εξουσίες πέραν όσων του δίδουν οι νόμοι και το κοινό δίκαιο.[8]

Η εν λόγω απόφαση, η οποία (όπως και η προηγούμενη) αληθώς είχε το χαρακτήρα γνωμοδότησης προς τον Βασιλέα, δεν δημοσιεύθηκε. Οι σημειώσεις που αποδίδουν το περιεχόμενό της φυλάσσονταν από τον Coke στο αρχείο του, ο οποίος και την ονόμασε The Case of Proclamations. Το αρχείο κατασχέθηκε με τον θάνατο του Coke το 1634 και αποδόθηκε στον υιό του με απόφαση του Κοινοβουλίου στις αρχές του εμφυλίου (διότι αφορούσε «στις ελευθερίες των υπηκόων»). Ο τόμος που περιέχει τις εν λόγω σημειώσεις δημοσιεύθηκε το 1656. Η σημασία τους είναι τεράστια, αφενός για τη σχέση Βασιλέα και Κοινοβουλίου και την αρχή της νομιμότητας και αφετέρου για τη σχέση της κυβερνητικής λειτουργίας προς τον πολίτη σε υπόβαθρο κοινού δικαίου. Αποδίδει την ιδιαίτερη εξέλιξη του αγγλοαμερικανικού δημοσίου δικαίου και κράτους, σε σχέση με την ηπειρωτική Ευρώπη: η ανάγκη δεν θεμελιώνει αρμοδιότητα της εκτελεστικής εξουσίας να αποκλίνει από το κοινό δίκαιο.

4. Ο δικαστικός έλεγχος των νόμων

Με το επόμενο μεγάλο βήμα, ο Coke προσπάθησε να κατοχυρώσει τις αρχές των προηγούμενων αποφάσεων και έναντι του ίδιου του Κοινοβουλίου.

Το Κολλέγιο των Ιατρών είχε συσταθεί με βασιλικό διάταγμα και προέ-

8 The *Case of Proclamations*, [1610] EWHC J22 77 ER 1352 (K.B.).

βλεπε κλειστό αριθμό των ιατρών που ασκούσαν το οικείο λειτούργημα στο Λονδίνο. Ο Dr. Bonham, διδάκτωρ ιατρικής της Οξφόρδης, δεν έγινε δεκτός και ασκούσε το λειτούργημα δίχως άδεια. Το κολλέγιο τον συνέλαβε και τον φυλάκισε βάσει σχετικής νομοθετικής διάταξης. Το δικαστήριο έκρινε, κατά πλειοψηφία, τη φυλάκιση παράνομη θεωρώντας ότι η διάταξη για τη φυλάκιση αφορά μόνο στην πλημμελή άσκηση, όχι στην άσκηση άνευ αδείας του κολλεγίου. Η απόφαση υπήρξε όμως διάσημη, διότι περιείχε dictum κατά το οποίο η σύγχυση στο ίδιο το κολλέγιο της ιδιότητας του μέρους στη διαφορά και του κρίνοντος είναι «παράλογη»: «αν μία Πράξη του Κοινοβουλίου είναι αντίθετη προς το κοινό δίκαιο και τον λόγο ή απεχθής ή αδύνατον να εκτελεσθεί, το common law θα την ελέγξει και θα την κρίνει άκυρη … διότι αυτοί που την θέσπισαν αν το αντιλαμβάνονταν δεν θα την έθεταν σε εφαρμογή».[9]

Η απόφαση εξόργισε τον Βασιλέα. Η μεταγενέστερη νομολογία αγνόησε το dictum, εκλαμβάνοντας είτε ότι ήταν αφελές, είτε ότι απέδιδε την εξουσία του δικαστή να ερμηνεύει τον νόμο σύμφωνα με τις αρχές του common law. Ο διάδοχος του Coke, αρχιδικαστής Hobart, εμφορούμενος από συγγενείς απόψεις, είχε σημειώσει σε μία άλλη διάσημη απόφαση της εποχής ότι οι δικαστές έχουν την εξουσία «να διαπλάθουν τους νόμους στην αληθή και καλύτερή τους χρήση».[10]

5. The James Bagg's Case και οι διαταγές προς τη διοίκηση

Αξιωματούχος της πόλης του Πλύμουθ στερήθηκε του αξιώματός του και συναφών αστικών δικαιωμάτων επειδή καθύβριζε και συκοφαντούσε τον δήμαρχο. Άσκησε αγωγή κατά των δημοτικών αρχών στο King's Bench, το οποίο και διέγνωσε παραβίαση των ελευθεριών του, όπως αυτές κατοχυρώνονταν στην Magna Carta. Το Δικαστήριο, υπό τον Coke, έκρινε περαιτέρω ότι έχει την εξουσία να επανορθώνει πλημμέλεια που ανάγεται σε καταπίεση

9 *Thomas Bonham v College of Physicians,* [1610] 77 E. R. 638, 652 (C.P.).
10 *Lord Sheffield v. Ratcliff*, [1615] Hob. 334, 346 (C.P.).

των υπηκόων ή κακή διοίκηση, «ώστε κανένα αδίκημα ή βλάβη, δημόσια ή ιδιωτική, δεν θα προκαλείται δίχως να επανορθώνεται ή να τιμωρείται με την προσήκουσα ενέργεια του δικαίου». Στη συγκεκριμένη περίπτωση, το Δικαστήριο εξέδωσε διαταγή προς τις δημοτικές αρχές να αποκαταστήσουν τον James Bagg στα αξιώματα και τα δικαιώματά του (Writ to restore).[11]

6. Η συνταγματική σύνθεση του Coke

Αυτό που συνέχει τις μεγάλες αυτές αποφάσεις είναι η αντίληψη ότι η αγγλική συνταγματική παράδοση κατοχυρώνει μία ευρεία, για την εποχή της, θεώρηση της ελευθερίας και παράλληλα επαρκείς εγγυήσεις αποτελεσματικής προστασίας της με κύριο φύλακα τον δικαστή του common law.

Για να υποστηρίξει αυτή τη θέση ο Coke προέβη σε δημιουργική ανάγνωση της διάταξης 29 της Magna Carta, κατά την οποία, κανένα ελεύθερο πρόσωπο δε φυλακίζεται, δε στερείται των δικαιωμάτων, ελευθεριών και ελεύθερων εθίμων, ούτε καταδικάζεται δίχως νόμιμη κρίση από όμοιούς του ή δίχως αυτό να ορίζεται από το δίκαιο της χώρας («the Law of the Land»).[12] Ο Coke συνέδεσε τη διάταξη με μεταγενέστερη νομοθετική διάταξη, η οποία όριζε ότι κανείς (ανεξαρτήτως κοινωνικής θέσης ή κατάστασης) δε φυλακίζεται, δεν καταδικάζεται, ούτε στερείται την ιδιοκτησία του δίχως «due Process of the Law».[13] Συνέθεσε αυτές τις δύο διατάξεις σε ενιαία θεμελιώδη αρχή κατά την οποία:

No man shall be disseised, that is, put out of seison, or dispossessed of his free-hold (that is) lands, or livelihood, or of his liberties, or free customes, that is, of such franchises, and freedomes, and free customes, as belong to him by his free birth-right, unlesse it be by the lawfull judgement, that is, verdict of his equals (that is, of men of his own condition) or by the Law of the Land

11 *James Bagg's Case* [1615] 77 E.R. 1271 (K.B.).
12 Cap 29 of the Magna Carta (25 Edward I, c 9, 1297).
13 28 Edward III, c 3 (1354).

(that is, to speak it once for all) by the due course, and processe of Law.[14]

Από την ανωτέρω σύνθεση ο Coke συνήγαγε επιμέρους δικαιώματα ουσιαστικού ή διαδικαστικού περιεχόμενου, όπως η απαγόρευση των μονοπωλίων, το δικαίωμα της σιωπής, το άσυλο της κατοικίας, το habeas corpus κ.λπ. Η ανάγνωση του Coke βεβαίως δεν απέδιδε τόσο τη θεσμική ιστορία, όπως ο ίδιος υποστήριζε, όσο διαμόρφωνε συνταγματική ιδεολογία ανταποκρινόμενος στις προκλήσεις των καιρών. Η νεώτερη έρευνα επισημαίνει ότι ο Μεγάλος Χάρτης χρησιμοποιείτο στη νομική πράξη ήδη από τη δεκαετία του 1580.[15] Ωστόσο, υπήρξαν οι μεγάλες αποφάσεις των δύο πρώτων δεκαετιών του 17ου αιώνα, η φυσιογνωμία του Coke και η σύγκρουση με τη δυναστεία των Stuart που ανέδειξαν τη νέα σύνθεση. Η ολοκληρωμένη ανάπτυξη (που περιέχει και το ανωτέρω απόσπασμα) δεν εκδόθηκε όσο ζούσε ο Coke, κατασχέθηκε με το υπόλοιπο αρχείο του με το θάνατό του, και κυκλοφόρησε στη μέση του εμφυλίου, το 1642.

7. Ο Coke στο House of Commons

Το 1616 ο Βασιλεύς ζήτησε από τον Coke να διορθώσει, στις συλλογές που εξέδιδε για τη νομολογία, τα σφάλματά του. Ο Coke μετά από τρεις μήνες προέβη σε πέντε μόνο διορθώσεις που αφορούσαν παροράματα, όπως η απόδοση λατινικών όρων. Λίγο αργότερα, ο Βασιλιάς τον καθαίρεσε από τη θέση του διότι δεν συμμορφώθηκε σε διαταγή του Βασιλέα να αναστείλει την εκδίκαση υποθέσεως στην οποία ανέκυπτε ζήτημα σχετικά με τη νομιμότητα πράξεων του Στέμματος. Ο Coke είχε στη συνέχεια ένδοξη πορεία στη Βουλή των Κοινοτήτων, της οποίας διατέλεσε (εκ νέου) πρόεδρος, και υπήρξε κύριος συντάκτης του Petition of Right καθώς και του Statute of Monopolies, με το οποίο απαγορεύονταν τα αποκλειστικά δικαιώματα (πλην των εφευρέσεων).

14 *The Second Part of the Institutes of the Laws of England. Containing the Exposition of Many Ancient, and other Statutes* (London, M. Flesher & M. Young, 1642) σελ. 46.

15 Βλ. John Baker, *The Reinvention of Magna Carta* 1216–1616 (Cambridge, 2017).

Το Petition of Right (1627/28) υπήρξε διάσημο νομοθετικό κείμενο, το οποίο αποτελεί και σήμερα ισχύον δίκαιο στο Ηνωμένο Βασίλειο.[16] Το κείμενο, με πρόταση του Coke, επιβεβαιώνει δίκαιο που φέρεται ότι ήδη ίσχυε στο Βασίλειο, αποδίδοντας αρχές της Magna Carta. Ειδικότερα, διακηρύσσεται ότι είναι παράνομη οποιαδήποτε επιβολή φόρου, εισφοράς ή αναγκαστικού δανείου σε βάρος των υπηκόων δίχως τη ρητή συγκατάθεση του Κοινοβουλίου με νομοθετική πράξη, ανατρέπονται οι συνέπειες διαδικασιών για την είσπραξη τέτοιων εσόδων, αποκηρύσσεται η εξουσία του Στέμματος να επιβάλλει στρατιωτικό νόμο και υποχρεούνται ρητώς όλοι οι αξιωματούχοι του Βασιλείου να ενεργούν, στα προκείμενα ζητήματα, σύμφωνα με τους νόμους του Βασιλείου. Με τον τρόπο αυτόν, η φορολογική πολιτική του Βασιλείου υπήχθη στην αρχή της κοινοβουλευτικής νομιμότητας. Ένα χρόνο μετά ο Κάρολος Α΄ διέλυσε το Κοινοβούλιο και συνέχισε να κυβερνά με άσκηση προνομίων. Το 1949 αποκεφαλίστηκε. Το 1688 οι εμφύλιοι τελειώνουν, με τη νομοθετική κατοχύρωση των αρχών που εκφράστηκαν στις παραπάνω αποφάσεις και την εμπέδωση της αρχής της κυριαρχίας του Κοινοβουλίου.

8. Η σταθεροποίηση του αγγλικού δημοσίου δικαίου

Η συνάρθρωση του rule of law με την κυριαρχία του Κοινοβουλίου, υπό τη συνταγματική διαρρύθμιση του 1688, οδήγησε το αγγλικό δίκαιο σε μία εποχή σταθεροποίησης. Οι πλέον ανατρεπτικές ιδέες του Coke εγκαταλείφθηκαν, ενώ η *Case of Proclamations* επρόκειτο να αναδειχθεί στη μεγαλύτερη παρακαταθήκη του στο αγγλικό δημόσιο δίκαιο.

Επόμενο βήμα σε αυτή την κατεύθυνση ήταν η *Entick v Carrington*,[17] με την οποία κρίθηκε ότι καμία επέμβαση στην ιδιοκτησία των προσώπων και την ιδιωτική σφαίρα (επρόκειτο για έρευνα σε κατοικία για ανατρεπτικά κείμενα) δεν μπορεί να γίνει δίχως η οικεία εξουσία να στηρίζεται είτε σε

16 The Petition of Right [1627] (legislation.gov.uk).

17 [1765] 2 Wils KB 275.

νόμο, είτε στις αρχές του κοινού δικαίου. Η απόφαση θεωρείται ότι αποδίδει, πρώτον, την αρχή ότι η διοίκηση, τουλάχιστον σε ότι αφορά στη σφαίρα δράσης των ατόμων, οφείλει να έχει έρεισμα στο δίκαιο και, δεύτερον, ότι τα συμφέροντα του κράτους δεν μπορούν να υποκαταστήσουν τέτοιο ελλείπον έρεισμα. Έτσι, οποιαδήποτε απόκλιση από το κοινό δίκαιο απαιτεί νομοθετικό έρεισμα. Όπως σημείωσε η *Entick*, «Ο Άσλευ φυλακίστηκε στον Πύργο του Λονδίνου από τη Βουλή των Λόρδων και μόνο επειδή ισχυρίστηκε ότι υπάρχει κάποιο 'δίκαιο του κράτους' διαφορετικό από το common law» και στην υπόθεση των, οι δικαστές διώχθηκαν διότι έκριναν ότι η ανάγκη του Κράτους μπορεί να δικαιολογήσει τη φορολόγηση δίχως συγκατάθεση του Κοινοβουλίου και ότι ο Βασιλεύς ήταν κριτής της ανάγκης».

Ως προς τον ρόλο του δικαστή, η αντίληψη ότι δεν επιτρέπεται η διοίκηση να είναι δικαστής των πράξεών της απέκλεισε κάθε σκέψη για διαμόρφωση διοικητικής δικαιοσύνης. Τα δικαστήρια του common law ωστόσο παρείχαν πλήρη προστασία σε περιπτώσεις που θιγόταν δικαίωμα, καθώς και σε περιπτώσεις δέσμιας διοικητικής δράσης. Η διαταγή που εκδόθηκε στην *Bagg's Case* εντάσσεται στην έννοια του mandamus (Writ of Mandamus). Στον δέκατο έβδομο και δέκατο όγδοο αιώνα εκδίδονταν πολλές τέτοιες διαταγές με αντικείμενο όχι μόνο την αποκατάσταση, αλλά και την το πρώτον είσοδο στην άσκηση δικαιωμάτων ή αξιωμάτων, στην τοπική αυτοδιοίκηση, τα εκκλησιαστικά όργανα και τα πανεπιστήμια. Το περιεχόμενο του Mandamus συστηματοποιήθηκε από τον Λόρδο Mansfield το 1762. Το πόρισμα ήταν ότι αν υπάρχει δικαίωμα στην άσκηση αξιώματος, παροχή υπηρεσίας ή άσκηση δικαιώματος (franchise), ιδίως αν πρόκειται για ζήτημα δημόσιου ενδιαφέροντος ή προσωπικής ωφέλειας, και το πρόσωπο στερείται της δυνατότητας άσκησης ή του αφαιρείται αυτή, και δεν υπάρχει άλλο ειδικό ένδικο εργαλείο, αυτό το Δικαστήριο οφείλει να συνδράμει με mandamus, για λόγους δικαιοσύνης… και για λόγους δημόσιας πολιτικής, ώστε να διασφαλιστεί η ειρήνη, η τάξη και η καλή διακυβέρνηση».[18]

18 *Rex v Barker* [1762] 97 E.R. 823.

Η εφαρμογή του mandamus κατά υπουργών του Στέμματος ήταν ωστόσο σταδιακή και διστακτική.[19] Ωστόσο, το 1993, ο λόρδος Templeman διακήρυξε ότι «το επιχείρημα πως δεν υπάρχει εξουσία επιβολής του νόμου με διαταγή (injunction) εναντίον Υπουργού υπό την υπηρεσιακή του ιδιότητα, αν γινόταν δεκτό … θα ανέτρεπε την έκβαση του εμφυλίου πολέμου».[20]

Αυτή η θεσμική παράδοση, πλέον πρόσφατα, με έμβλημα την *Case of Proclamations*, θεμελίωσε δύο μεγάλες αποφάσεις του UK Supreme Court σχετικά με την έξοδο του Η.Β. από την Ευρωπαϊκή Ένωση. Στην πρώτη, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η εκτελεστική εξουσία (Queen in Council) δεν έχει τη συνταγματική αρμοδιότητα να προκαλέσει την αποχώρηση του Η.Β. από την Ευρωπαϊκή Ένωση δίχως νόμο (Queen in Parliament). Η αυτόνομη εξουσία σύναψης και αποχώρησης από διεθνείς συνθήκες δεν καλύπτει την αποχώρηση από την Ε.Ε. διότι με την τελευταία θα προκαλείτο ευθέως ανατροπή δικαιωμάτων που έχουν αποκτηθεί, λόγω της αμέσου ισχύος του δικαίου της Ένωσης, στο εσωτερικό δίκαιο.[21]

Στον τομέα αυτόνομης δράσης του Στέμματος, το Ανώτατο Δικαστήριο επικαλέστηκε την *Case of Proclamations* για να καταλήξει ότι το κοινό δίκαιο και, ειδικότερα, οι συνταγματικές αρχές που διέπουν το Η.Β., οριοθετούν τον τρόπο άσκησης των βασιλικών προνομίων. Το Δικαστήριο ειδικότερα δέχθηκε ότι έχει την εξουσία να ελέγξει αν η πρόταση του Πρωθυπουργού προς τη Βασίλισσα για αναστολή των εργασιών της Βουλής, ματαιώνει ή εμποδίζει, δίχως επαρκή λόγο, την άσκηση των συνταγματικών λειτουργιών του Κοινοβουλίου ως νομοθετικού οργάνου και ως σώματος αρμοδίου για τον έλεγχο της εκτελεστικής εξουσίας. Και κατέληξε ότι, στην προκειμένη περίπτωση, η πρόταση του Πρωθυπουργού για αναστολή των εργασιών τον Σεπτέμβριο του 2019 ήταν παράνομη και, συνακόλουθα, η διαταγή της Βα-

19 Βλ. *King v Lords Commissioners of the Treasury In re Smith* [1835] 4 Ad. & E. 286, 11 ER 794 (διαταγή για την απονομή σύνταξης αναπηρίας κατ' ενάσκηση δέσμιας υποχρέωσης υπό νόμο του Κοινοβουλίου).

20 *M v Home Office*, [1993] 3 All ER 537, 541.

21 *R (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5.

σίλισσας (Queen in Council) ήταν άκυρη και δεν επέφερε τα επιδιωκόμενα έννομα αποτελέσματα.[22]

9. Η συνταγματική εξέλιξη στην Αρκτώα Αμερική

Η ριζοσπαστική ανάγνωση της Magna Carta και οι θεσμικές προεκτάσεις που υποστήριξε ο Coke βρήκαν ενθουσιώδη υποδοχή στις αμερικανικές αποικίες και συνέβαλαν στη διαμόρφωση του αμερικανικού συνταγματισμού.

Ήδη, το 1647 το Γενικό Δικαστήριο της Μασαχουσέτης παρέλαβε αντίγραφο των συλλογών του. Το 1687 ο William Penn, ιδρυτής της Πεννσυλβανίας, δημοσιεύει το έργο του για τις ελευθερίες των αποίκων, με εκτενή αποσπάσματα από τη Magna Carta και την ερμηνεία του Coke.[23] Η *Case of Monopolies* έγινε λάβαρο των αμερικανών αποίκων στις δεκαετίες πριν την επανάσταση, κατά των αποκλειστικών δικαιωμάτων που παρείχε, πλέον, το ίδιο το βρετανικό Κοινοβούλιο σε βάρος των αμερικανών εμπόρων.[24] Η *Dr. Bonham's Case* αξιοποιήθηκε από τη συνέλευση της Μασαχουσέτης για να αποκρουσθεί η διαβόητη Stamp Act ως άκυρη. Το Αμερικανικό σύνταγμα επικαλείται ευθέως τη ρήτρα περί due process of law.

Λίγα χρόνια αργότερα, εκδίδεται η *Marbury v Madison*. Το Ανώτατο Δικαστήριο αποδέχεται την ανατρεπτική ιδέα του Coke, διακηρύσσοντας την υποχρέωση ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων που παρίστανται εφαρμοστέοι για την επίλυση ένδικης διαφοράς.[25] Το Δικαστήριο θεμελιώνει την απόφαση στην αυξημένη τυπική ισχύ του συντάγματος και όχι σε άγρα-

22 *R (on the application of Miller) v The Prime Minister*, [2019] UKSC 41.

23 William Penn, *The Excellent Priviledge of Liberty and Property* (Philadelphia, 1687). Το έργο ξεκινά με τον ελληνικό όρο «φιλοπολίτες». Ακολουθούν τα εξής: «Στη Γαλλία και σε άλλα έθνη η βούληση του Πρίγκιπα είναι Νόμος ... Στην Αγγλία Νόμος είναι το μέτρο και το όριο του καθήκοντος πολιτικής υπακοής, με κάθε άνθρωπο να έχει το θεμελιώδες εγγενές δικαίωμα στην ελευθερία του προσώπου του και την ιδιοκτησία».

24 Steven Calabresi & Larissa Leibowitz, *Monopolies and the constitution: a history of crony capitalism*, 36 Harvard Journal of Law and Public Policy [2013] 983.

25 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

φες συνταγματικές παραδόσεις, χρησιμοποιεί όμως εμφατικά τους ίδιους όρους που χρησιμοποίησε ο Coke: «void» και «repugnant».

Η ίδια απόφαση, πράγμα που συχνά παραράται, περιείχε και μια άλλη κρίσιμη σκέψη που στηρίζεται στη λογική της *Bagg's Case*: τίποτε δεν εμποδίζει την έκδοση mandamus κατά Υπουργού, εφόσον θίγεται δικαίωμα (ο Υπουργός Εσωτερικών δεν κοινοποιούσε στον ενάγοντα τα νομιμοποιητικά έγγραφα διορισμού του σε θέση ειρηνοδίκη). Κατά το Δικαστήριο, η ουσία της αστικής ελευθερίας εντοπίζεται στην αρχή ότι για κάθε δικαίωμα, πρέπει να υπάρχει ένδικο εργαλείο για την προστασία του: "*Ubi ius, ibi remedium*". Και σε περιπτώσεις όπως η κρινόμενη, προστασία μπορούσε να παρασχεθεί μόνο με mandamus.

Τα θεμέλια του σύγχρονου συνταγματισμού έχουν πλέον τεθεί. Η ρήτρα περί due process of law, σύμφωνα με το νόημα του Coke, θα αποκτήσει παραλλήλως διαδικαστικό και ουσιαστικό περιεχόμενο, κατοχυρώνοντας έναντι διοίκησης και νομοθέτη δικαιώματα, για τα οποία ο δικαστής έχει εξουσία να παρέχει πλήρη προστασία (ιδίως με injunctions).

Αρχικώς, η έμφαση ήταν στα δικαιώματα που παραδοσιακά κατοχύρωνε το common law (ιδίως προσωπική ασφάλεια και οικονομική ελευθερία) – αυτά για τα οποία είχε αγωνιστεί ο αρχιδικαστής Coke εκφράζοντας την κοινή ιδεολογία που ένωνε τους δικαστές του Λονδίνου και το Κοινοβούλιο. Στον μεταπολεμικό κόσμο, αυτή ακριβώς η σύλληψη θεμελίωσε δικαιώματα όπως η άμβλωση (1973)[26] ή, πλέον πρόσφατα, η πρόσβαση ομόφυλων ζευγαριών στον θεσμό του γάμου (2015).[27]

Ειρωνεία σε αυτή την εξέλιξη είναι το γεγονός ότι ο Coke θα έβρισκε αμφότερες τις αποφάσεις αντίθετες στη φυσική τάξη των πραγμάτων.[28] Το

26 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

27 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

28 Ο Coke χαρακτηρίζει απεχθή κακουργήματα τόσο την άμβλωση (αφότου το έμβρυο κινείται), όσο και το σοδομισμό, ο οποίος είναι contra ordinationem Creatoris, et naturae ordinem, και τιμωρείται με θάνατο. *The Third Part of the Institutes of the Lawes of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminall Causes* (London, M. Flesher, for W. Lee, and D.

Ανώτατο Δικαστήριο το 1973 αντιπαρήλθε την ερμηνεία του common law από τον Coke, αποδίδοντάς την σε προσωπικές αντιλήψεις για την άμβλωση και στην επιθυμία του να αφαιρεθούν τομείς δράσης από τα εκκλησιαστικά δικαστήρια,[29] ενώ, στην πρόσφατη διαβόητη απόφαση που ανέτρεψε τη δικαστική αναγνώριση του οικείου δικαιώματος, η νέα συντηρητική πλειοψηφία στηρίχθηκε, μεταξύ άλλων, και στον Άγγλο αρχιδικαστή.[30]

Ωστόσο, αυτή η ειρωνεία είναι εγγενής στη συνταγματική εγγύηση της ελευθερίας και την κριτική της σύλληψη, όπως αυτή ενεργείται στο πλαίσιο δικανικής επιχειρηματολογίας. Η δικανική επιχειρηματολογία χρωματίζεται από τις εκάστοτε κυρίαρχες (ενίοτε αντιπαρατιθέμενες) αξιολογήσεις του νομικού πολιτισμού και τη θεσμική αυτοπεποίθηση του δικαστικού σώματος. Έτσι, ο Coke προσάρμοσε τη φυσιογνωμία της Magna Carta στη μετασχηματιζόμενη κοινωνία του 17ου αιώνα, επικαλούμενος την ιδιαίτερη ορθολογικότητα των αρχών του common law, όπως αυτές αναδεικνύονται από την επεξεργασία που συντελείται στη δικαστική εφαρμογή και τη βελτιστοποίηση που επιτυγχάνεται στον χρόνο.[31] Στην υπόθεση για την πρόσβαση των ομόφυλων ζευγαριών στον θεσμό του γάμου, το Αμερικανικό Δικαστήριο ρητά αποστασιοποιήθηκε από τις παραδοχές του παρελθόντος και, ασκώντας αυτό που το ίδιο αποκάλεσε έλλογη κρίση ("reasoned judgment"), κατέληξε: «Αν τα δικαιώματα ορίζονται με βάση όσους τα ασκούσαν στο παρελθόν, τότε οι παραδεδεγμένες πρακτικές θα λειτουργούν ως αυτό-νομιμοποίηση της διατήρησής τους …Τα δικαιώματα δεν έχουν μόνο αρχαίες πηγές. Προκύπτουν και από τη βαθύτερη κατανόηση του τρόπου με τον οποίο οι συνταγματικές επιταγές προσδιορίζουν την ελευθερία, η οποία παραμένει επιτακτικό αίτημα στις μέρες μας».[32]

Pakeman, 1644) σελ. 50-51 και 58-60.

29 *Roe*, 410 U.S. 135, υπ. 26.

30 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S.- (2022), 17, 26-27.

31 Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Lawes of England: Or, a Commentarie upon Littleton, Not the Name of a Lawyer Onely, but of the Law it selfe* (London, Societie of Stationers, 1628) s. 138 σελ. 97b.

32 *Obergefell*, 576 U.S. 671-72.

«Δημοκρατικός προγραμματισμός» και περιφερειακή ανάπτυξη: η αναγκαία μεταρρύθμιση της Αυτοδιοίκησης

Απόστολος Παπατόλιας

Δ.Ν. Δημοσίου Δικαίου (Paris X), πρώην Νομάρχης

Με τον ν.1622/1986[1] εισήχθη στη χώρα μας ο θεσμός του «δημοκρατικού προγραμματισμού» που καθιέρωνε την ενεργό συμμετοχή της Αυτοδιοίκησης στην κατάρτιση και την εφαρμογή προγραμμάτων περιφερειακής και τοπικής ανάπτυξης. Η εμβληματική αυτή μεταρρύθμιση της δεύτερης κυβέρνησης του ΠΑΣΟΚ (Χριστοφιλοπούλου 1998), στο μέτρο που προωθούσε τη συστημική συνεργασία διαφορετικών διοικητικών επιπέδων (Κεντρικής Διοίκησης - Περιφερειών - Δήμων) στον σχεδιασμό και την υλοποίηση πολιτικών περιφερειακής ανάπτυξης, αποτελούσε την πρώτη νομοθετική απόπειρα να εφαρμοστούν στη χώρα μας οι αρχές της λεγόμενης «πολυεπίπεδης διακυβέρνησης» στο κομβικό πεδίο του αναπτυξιακού προγραμματισμού (Μαΐστρος 2023, 79 επ.). Το πλαίσιο αυτό, που συνδυαζόταν με τη συστηματική αναοριοθέτηση των αρμοδιοτήτων όσων φορέων εμπλέκονταν στην άσκηση αναπτυξιακής πολιτικής, έτυχε, ωστόσο, περιορισμένης εφαρμογής, καθώς υποκαταστάθηκε στην πράξη από το κοινοτικό Σύστημα Διαχείρισης των συγχρηματοδοτούμενων προγραμμάτων, το οποίο ατυχώς απορρόφησε όλες τις κρίσιμες «λειτουργίες διακυβέρνησης» (προγραμματισμός, υλοποίηση, παρακολούθηση, αξιολόγηση), περιθωριοποιώντας πολιτικά και επιχειρησιακά τα Εθνικά Αναπτυξιακά Προγράμματα του «δημοκρατικού προγραμματισμού».

1 Μέρος Τέταρτο «Δημοκρατικός Προγραμματισμός» (άρθρα 70 έως 74) του ν.1622/1986.

Α. Έλλειμμα «δημοκρατικού προγραμματισμού» και «πολυεπίπεδης διακυβέρνησης»

Έκτοτε και παρά τις προσπάθειες εξορθολογισμού του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων -όπως π.χ. με τον ν.4635/2019 (άρθρα 118-141) που καθιέρωνε Εθνικό Πρόγραμμα Ανάπτυξης, Τομεακά και Περιφερειακά Προγράμματα- δεν κατέστη εφικτό να διασφαλιστούν ούτε ο αποτελεσματικός συντονισμός των δημόσιων επενδύσεων ούτε η σύνδεσή τους με τον χωροταξικό σχεδιασμό ούτε, βεβαίως, ο εκδημοκρατισμός ή η ουσιαστική αποκέντρωση της αναπτυξιακής πολιτικής. Οι δομές και οι λειτουργίες της απλής διοικητικής ή τεχνικής «διαχείρισης» των έργων έχουν επιτύχει, εδώ και τρεις περίπου δεκαετίες, να εκτοπίσουν οριστικά αυτές του δομημένου και συμμετοχικού αναπτυξιακού προγραμματισμού, με πρώτο και μεγαλύτερο «θύμα» την Αυτοδιοίκηση. Είναι χαρακτηριστικό ότι τα έργα και οι δράσεις των Δήμων όχι μόνο δεν σχεδιάζονται ως αυτοτελή υποπρογράμματα με την ουσιαστική και παρεμβατική συμμετοχή των συλλογικών οργάνων τους (ΚΕΔΕ ή ΠΕΔ), συγκροτώντας ένα -έστω και υποτυπώδες- «Εθνικό Πρόγραμμα Τοπικής Ανάπτυξης», αλλά αποφασίζονται, συχνά απροσχημάτιστα, από την Κεντρική Διοίκηση με γνώμονα αφενός τη στατική «επιλεξιμότητα» των δαπανών και αφετέρου τις μεταβαλλόμενες προτεραιότητες της ενωσιακής γραφειοκρατίας[2] .

Δεν είναι, επομένως, διόλου τυχαίο ότι η ΚΕΔΕ την τελευταία 15ετία προτείνει επίμονα την επικαιροποίηση του αρχικού πλαισίου για τον «δημοκρατικό προγραμματισμό», προβάλλοντας συστηματικά την ανάγκη μετασχηματισμού των «Τοπικών Αναπτυξιακών Προγραμμάτων» (ΤΑΠ) του ν.1622/1986 από απλές «τεχνικές» αναπτυξιακές μελέτες σε προγραμματικό θεμέλιο ενός ευρύτερου «τοπικού κοινωνικού συμβολαίου» για την προώθηση της ενδογενούς ανάπτυξης, το οποίο θα προκύπτει από τον δομημένο δημοκρατικό διάλογο με τους πολίτες και τους τοπικούς εταίρους και θα

2 Πρβλ. τις αποφάσεις υπ' αρ. 348/10.04.2019 και 367/23.07.2020 του Δ.Σ. της ΚΕΔΕ.

υποστηρίζεται στην εφαρμογή του από ένα σύνθετο πολιτικό και τεχνικό «δίκτυο» (Lerner, Hall 2007, 1 επ. και Μαΐστρος 2000, 117 επ.). Στο ίδιο πλαίσιο, εντάσσεται και η σημαντική (με παγκόσμια απήχηση) καινοτομία του «συμμετοχικού προϋπολογισμού» (Βελεγράκης, Μπεκριδάκη, Ανδρίτσος 2021, Cabanes 2004, 27 επ.) που έχει υιοθετηθεί από ορισμένους Δήμους, εισάγοντας νέες πρακτικές δημοκρατικής και συμπεριληπτικής συμμετοχής στον σχεδιασμό της τοπικής ανάπτυξης (Shah 2007).

Περαιτέρω, από τις ισχύουσες πρακτικές -ενωσιακής κατά βάση προέλευσης-, που ενσωματώνουν στοιχεία τοπικού αναπτυξιακού σχεδιασμού, αξίζει να σημειωθούν οι Κοινοτικές Πρωτοβουλίες "Leader" στον αγροτικό και "Urban" στον αστικό χώρο, όπως και οι «Ολοκληρωμένες Χωρικές Επενδύσεις» (ΟΧΕ) του ΕΣΠΑ, οι οποίες ωφέλησαν μεν τους ΟΤΑ, ως δικαιούχους κυρίως τεχνικών έργων, χωρίς, ωστόσο, να έχουν προκύψει μέσα από ουσιαστική διαβούλευση για την επιλογή και την εφαρμογή των χρηματοδοτούμενων δράσεων. Ενδιαφέρον παρουσιάζει και ο θεσμός των «Επιχειρησιακών Προγραμμάτων» των ΟΤΑ (Ε.Π.) που πήρε ιδιαίτερη ώθηση με τον «Καλλικράτη», ενώ επικαιροποιήθηκε και με πρόσφατα νομοθετήματα (2018 και 2020)[3], χωρίς ωστόσο να επιτύχει να θεραπεύσει δομικές ανεπάρκειες της Αυτοδιοίκησης, όπως η περιορισμένη επιχειρησιακή ικανότητα, η απουσία «προγραμματικής οργανωτικής κουλτούρας» (Τσέκος 2018) και νοοτροπίας τεκμηρίωσης (Αλεξόπουλος, Γρηγοριάδου, Μαραβά 2016), η υποστελέχωση σε ειδικευμένο προσωπικό ή η ελλιπής τεχνική υποστήριξη των λειτουργιών των ΟΤΑ από τα συναρμόδια Υπουργεία. Η βασική, ωστόσο, εγγενής αδυναμία των Ε.Π. αφορά την απολύτως ανεπαρκή σύνδεσή τους με τον σχεδιασμό των συγχρηματοδοτούμενων έργων σε περιφερειακό και τοπικό επίπεδο. Το γεγονός αυτό υπονομεύει δραστικά τη χρηματοδότηση των έργων που προτείνουν οι ΟΤΑ, την ίδια στιγμή που ματαιώνει την αναγκαία

3 Τα Επιχειρησιακά Προγράμματα των ΟΤΑ νομοθετήθηκαν το πρώτον με τα άρθρα 203-207 του ν.3463/2006 (Κώδικας Δήμων και Κοινοτήτων), τροποποιήθηκαν στη συνέχεια με τα άρθρα 266 και 268 του ν.3852/2010 ("Καλλικράτης"), ενώ ακολούθησαν οι τροποποιήσεις των άρθρων 175 του ν.4555/2018 («Κλεισθένης») και 7 του ν.4674/2020.

συμπληρωματική σχέση αναπτυξιακού προγραμματισμού και χωρικού σχεδιασμού αλλά και τη σύνδεση των τοπικών προτεραιοτήτων με τους εθνικούς και τους ευρωπαϊκούς αναπτυξιακούς στόχους.

Οι αδυναμίες αυτές ξαναφέρνουν, επίσης, στο φως μια άλλη διαχρονική ελληνική παθογένεια: αυτή του ελλειμματικού οριζόντιου - διυπουργικού συντονισμού (Σπανού 2018, 301 επ.), που εξουδετερώνει την όποια διορθωτική παρέμβαση του Κεντρικού Κράτους και ακυρώνει κάθε μορφή συστηματικής συνέργειας μεταξύ συναρμόδιων αλλά αυστηρά περιχαρακωμένων Υπουργείων–"silos" (ΥΠΕΣ – ΥΠΑΝΕ – ΥΠΕΝ). Στην πραγματικότητα, όσο δεν υποχωρούν οι πολιτικο-διοικητικοί ανταγωνισμοί και τα -γνωστά, πλην ανθεκτικάφαινόμενα «φεουδοποίησης» στο εσωτερικό της Κεντρικής Κυβέρνησης, είναι πολύ δύσκολο να διασφαλιστεί σε δεύτερο βαθμό η «εταιρική σχέση» Υπουργείων – Περιφερειών – Δήμων, μέσα από αμοιβαίες δεσμεύσεις συνεργασίας και συντονισμού. Ενώ, όμως, ο πολυεπίπεδος αναπτυξιακός σχεδιασμός συναρτάται ευθέως με την αρχιτεκτονική της Κεντρικής Κυβέρνησης (Τσούντας, Τριανταφυλλοπούλου 2009), τα περιλάληητα νομοθετήματα για τον εξορθολογισμό της κυβερνητικής δομής (Επιτελικό Κράτος, Πολυεπίπεδη Διακυβέρνηση), δεν έχουν λάβει, παραδόξως, μέχρι σήμερα καμία σοβαρή μέριμνα για την αξιολόγηση των 23 χιλιάδων περίπου αρμοδιοτήτων των Υπουργείων (!!!), οι οποίες αποτελούν και το πραγματικό μέτρο των αυξημένων αναγκών του κυβερνητικού συντονισμού (Καρκατσούλης 2011, 590 επ.). Ούτε ως προς την κομβική αυτή αξιολόγηση ούτε ως προς τη στοιχειώδη αποσαφήνιση των σχέσεων Κεντρικού Κράτους-Αποκέντρωσης-Αυτοδιοίκησης, η αρχιτεκτονική της διακυβέρνησης περιλαμβάνει κάποια συγκεκριμένη διαρρύθμιση, με αποτέλεσμα να απουσιάζουν παντελώς από την ελληνική εκδοχή του «Επιτελικού Κράτους» τόσο η διάσταση της «περιφερειοποίησης των πολιτικών» όσο και η συστημική συσχέτιση των διαφορετικών επιπέδων διακυβέρνησης[4].

4 Ο επαναπροσδιορισμός των ρόλων Κεντρικής Διοίκησης – Περιφερειών – Δήμων κρίνεται σήμερα απολύτως αναγκαίος υπό το φως των λειτουργικών αρχών της «πολυεπίπεδης διακυβέρνησης», βάσει των οποίων οργανώνεται η συστημική συνεργασία των πολλαπλών διοικητικών επιπέδων (Ε.Ε., Κεντρική Διοίκηση, Αποκέντρωση, Αυτοδιοίκηση), ώστε να εφαρμόζονται μακροπρόθεσμες

Β. Ο αναπτυξιακός σχεδιασμός ως προϊόν «εταιρικής σχέσης» Κράτους-Αυτοδιοίκησης

Η εταιρική σχέση των διοικητικών επιπέδων (Φλογαΐτης 2006, 110 επ.), ιδίως σε ότι αφορά τον αναπτυξιακό προγραμματισμό, δεν ιδρύεται, όμως, ούτε με ευχολόγια ούτε με μονομερείς νομοθετικές πρωτοβουλίες, κατά βάση του Υπουργείου Εσωτερικών, που θεωρεί ότι διαθέτει ως εκ του ρόλου του το προνόμιο του «τελευταίου λόγου» σε θέματα διακυβέρνησης. Προϋποθέτει, αντιθέτως, α) την ορθολογική θεσμοθέτηση σε περιφερειακό και εθνικό επίπεδο συλλογικών οργάνων με «μικτή σύνθεση» (εκπρόσωποι Κυβέρνησης και Αυτοδιοίκησης) για τον σχεδιασμό πολιτικών περιφερειακής ανάπτυξης[5]

στρατηγικές δημοσίου συμφέροντος. Η ιδέα αυτή, παρότι αλλοιώθηκε από το πρόσφατο υπερσυγκεντρωτικό και άτεχνο νομοθέτημα (ν.5013/2023), παραμένει στο οπλοστάσιο της σύγχρονης διακυβέρνησης, έχοντας ως σημείο αναφοράς τις ιδιαίτερα πρωτοποριακές αναπτύξεις της ΚΕΔΕ αλλά και τις πρόσφατες εκθέσεις των εμπειρογνωμόνων για τον προγραμματισμό και την υλοποίηση των δημόσιων πολιτικών σε εθνικό, περιφερειακό και τοπικό επίπεδο (Παπατόλιας 2023, 289 επ.). Σε γενικές γραμμές, οι προσεγγίσεις αυτές προκρίνουν μια Διοίκηση με λιτή δομή τριών επιπέδων (Κεντρική Διοίκηση, αποκεντρωμένες υπηρεσίες και Αυτοδιοίκηση Περιφερειακού και Δημοτικού επιπέδου), καθώς και πλήρως οριοθετημένη κατανομή των αρμοδιοτήτων κατά φορέα, με χρήση του κριτηρίου της αποτελεσματικότητας στην υλοποίηση των δημόσιων πολιτικών και σεβασμό των ακραίων ορίων που θέτει το Σύνταγμα για τις «πυρηνικές πολιτικές» της Αυτοδιοίκησης και τις πολιτικές που πρέπει να ανήκουν στο Κράτος. Ο σχεδιασμός, η παρακολούθηση και ο διορθωτικός έλεγχος των εθνικών δημόσιων πολιτικών ανήκουν κατά βάση στην Κεντρική Διοίκηση, χωρίς όμως αυτό να σημαίνει ότι αποξενώνονται από αυτές οι θεσμοί της Αυτοδιοίκησης, οι οποίοι (η Περιφερειακή, πρωτίστως, αλλά και η Δημοτική Αυτοδιοίκηση συμπληρωματικά) οφείλουν να αποκτήσουν κεντρικό ρόλο στην εξειδίκευση των εθνικών προτεραιοτήτων σε τοπικό επίπεδο, στο πλαίσιο πάντοτε των γενικών κατευθύνσεων της κυβερνητικής πολιτικής.

5 Το παράδειγμα της προώθησης επενδύσεων σε τοπικό και περιφερειακό επίπεδο μας βοηθάει να δούμε το όλο θέμα στην πρακτική του διάσταση. Καθώς δεν υφίσταται στη χώρα μας κανένα πλαίσιο που να οργανώνει τη συμβολή της Αυτοδιοίκησης για την προώθηση των (ιδιωτικών) επενδύσεων στην ελληνική περιφέρεια, είναι αναγκαία η θεσμοθέτηση οργάνων και διαδικασιών που θα επιτρέπουν στους ΟΤΑ να προωθούν ανάλογες πρωτοβουλίες στα όριά τους. Στην κατεύθυνση αυτή, θα ήταν απολύτως σκόπιμη η κατάρτιση, με πρωτοβουλία της Αυτοδιοίκησης, συγκροτημένων «Περιφερειακών Αναπτυξιακών Σχεδίων» (Παπατόλιας 2011), τα οποία, υπερβαίνοντας τις γραφειοκρατικές και διαχειριστικές αγκυλώσεις των συγχρηματοδοτούμενων προγραμμάτων, θα μπορούσαν να επιταχύνουν άμεσα και συντεταγμένα την πραγματοποίηση επενδύσεων ανά Περιφέρεια, λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές συνθήκες της κάθε περιοχής, τα τοπικά συγκριτικά πλεονεκτήματα και τις κοινωνικές προσδοκίες των εγχώριων πληθυσμών για την ενίσχυση του

και τη σύνδεσή τους με τις εθνικές προτεραιότητες (Κείμενο Κοινών Θέσεων ΕΝΠΕ–ΚΕΔΕ, 2018[6]) β) την πρόβλεψη σταθερών θεσμών «διαβαθμιδικής συνεργασίας» των ΟΤΑ σε θέματα αναπτυξιακού προγραμματισμού και γ) την ισχυρή πολιτική εποπτεία της λειτουργίας των θεσμών αυτών στο υπερκείμενο επίπεδο, που δεν είναι άλλο από το εκάστοτε «Κέντρο Διακυβέρνησης» (Παπατόλιας 2019, 81 επ. και 124 επ.).

Ας ληφθεί, επίσης, υπόψη ότι ο αναπτυξιακός προγραμματισμός των ΟΤΑ δεν υποστηρίζεται στη χώρα μας από κάποια ενδογενή δυναμική του πολιτικο-διοικητικού συστήματος, αλλά υπακούει σε αμιγώς «εξωγενή κίνητρα», μεταξύ των οποίων κυριαρχεί η προσδοκία εξασφάλισης των κοινοτι-

βιοτικού τους επιπέδου. Τα Περιφερειακά Αναπτυξιακά Σχέδια θα μπορούσαν να λειτουργήσουν ως εργαλείο άμεσου αναπτυξιακού σχεδιασμού, ικανού να υπερβεί τα προβλήματα συντονισμού μεταξύ συναρμόδιων υπουργείων και να προσφέρει διέξοδο για τη διευθέτηση γραφειοκρατικών εμπλοκών που εμποδίζουν την πυροδότηση της περιφερειακής ανάπτυξης. Το πρώτο βήμα για την κατάρτισή τους θα ήταν η καταγραφή του επενδυτικού ενδιαφέροντος ανάλογα με το ύψος της επένδυσης και τις δημιουργούμενες νέες θέσεις εργασίας, ενώ θα ακολουθούσαν η ομαδοποίηση των επενδυτικών πρωτοβουλιών που σκάλωσαν στα γρανάζια γραφειοκρατικών ή άλλων εμποδίων, η προτεραιοποίησή τους ανά παραγωγικό τομέα, καθώς και ο προγραμματισμός των παρεμβάσεων (κανονιστικών, διοικητικών, επιχειρησιακών) που θα απαιτούσε η υλοποίησή τους. Τέλος, οι ώριμες προς υλοποίηση επενδυτικές πρωτοβουλίες θα εντάσσονταν σε ένα ενιαίο Περιφερειακό Αναπτυξιακό Σχέδιο (ένα για καθεμία από τις 13 Περιφέρειες), το οποίο θα κυρωνόταν νομοθετικά (για λόγους ασφάλειας δικαίου), ενσωματώνοντας τρεις συγκεκριμένους στόχους: α) ύψος επενδύσεων προς υλοποίηση (οικονομικό κατώτατο όριο) β) κατώτατο ποσοστό επιτάχυνσης του ρυθμού ανάπτυξης της κάθε Περιφέρειας και γ) κατώτατο αριθμό νέων θέσεων εργασίας ανά Περιφέρεια. Η δομή στήριξης των επενδύσεων με βάση τα Περιφερειακά Αναπτυξιακά Σχέδια θα είχε «μικτή σύνθεση», με τη συμμετοχή εκπροσώπων και των 3 επιπέδων διακυβέρνησης (Κράτος, Περιφέρεια, Δήμοι), θα αξιοποιούσε για τη στελέχωσή της δεξαμενές στελεχών τόσο του ιδιωτικού όσο και του δημόσιου τομέα, ενώ θα λειτουργούσε αποκεντρωμένα, υπό τη μορφή 13 περιφερειακών "super-markets" παροχής αναπτυξιακών υπηρεσιών, με δυνατότητα άμεσης πρόσβασης όλων των πιθανών επενδυτών.

6 Στην πρόταση του «Κειμένου Κοινών Θέσεων ΕΝΠΕ–ΚΕΔΕ του Συνεδρίου 18-19.04.2018» προβλέπονται τα εξής: «Θα χρειαστεί η νομοθέτηση μικτών συλλογικών οργάνων περιφερειακής ανάπτυξης σε περιφερειακό επίπεδο και σε εθνικό επίπεδο, τα οποία μπορούν να συμβάλλουν, γενικότερα, στον προγραμματισμό και την υλοποίηση των δημόσιων πολιτικών σε εθνικό, περιφερειακό και τοπικό επίπεδο και στον επαναπροσδιορισμό των ρόλων Κεντρικής Διοίκησης – Περιφερειών – Δήμων. Για το λόγο αυτό είναι αναγκαία (…) η θεσμοθέτηση οργάνων συνεργασίας των δυο βαθμών της Τοπικής Αυτοδιοίκησης (κοινού οργάνου Περιφέρειας – Περιφερειακής Ένωσης Δήμων και Εθνικού Συμβουλίου Περιφερειών και Δήμων)».

κών χρηματοδοτήσεων (Τσέκος 2021, 393 και Πασσάς, Τσέκος 2009, 93 επ.), που επιβάλλει με τη σειρά της συγκεκριμένες διαδικασίες τεκμηρίωσης των προτεινομένων δράσεων. Στο πλαίσιο αυτό, δεν είναι αβάσιμο να ελπίζουμε ότι με νέες και αναβαθμισμένες -πολιτικά και επιχειρησιακά- διαδικασίες «δημοκρατικού προγραμματισμού» οι σημερινές προγραμματικές λειτουργίες των ΟΤΑ θα μπορούσαν να μετατραπούν από ανούσια «φορμαλιστική υποχρέωση» (Σωτηρόπουλος 2021, 407) ή αναπόφευκτη «γραφειοκρατική αγγαρεία» σε γνήσια «σχέση εταιρικότητας» των διοικητικών επιπέδων (Ευρωπαϊκής Επιτροπής – Κεντρικής και Αποκεντρωμένης Διοίκησης – Περιφερειών – Δήμων – πολιτών). Με τον τρόπο αυτό, θα μπορούσαν εξίσου να μετριαστούν και οι αυστηρά ιεραρχικές σχέσεις του κλασικού συγκεντρωτικού μοντέλου διοίκησης και να μετασχηματιστούν σε αυθεντικές «σχέσεις επικουρικότητας», που θα υποστηρίζονται σχεδιαστικά και επιχειρησιακά από τα μη ιεραρχικά δικτυακά σχήματα των σύγχρονων ΤΠΕ (Σαλπέα 2018, Cropf 2017 και Mieg, Töpfer 2013). Υπό την έννοια αυτή, είναι απολύτως εύστοχη η επισήμανση του Π. Μαΐστρου ότι «η Ψηφιακή Πολυεπίπεδη Διακυβέρνηση είναι ο καταλληλότερος υποδοχέας του Δημοκρατικού Προγραμματισμού[7]» (Μαΐστρος 2023, 85).

7 Μέσα στον καταιγισμό των αχρείαστων καινοφανών ονομασιών, των ασυντόνιστων πρόσθετων αρμοδιοτήτων και των ασύνδετων νέων δομών, που εισάγει το πρόσφατο, εξόχως προβληματικό, σχετικό νομοθέτημα (ν.5013/23), κινδυνεύει να περάσει απαρατήρητη η ορθή πρόβλεψη για την ανάπτυξη και λειτουργία ενός Πληροφοριακού Συστήματος, που θα υποστηρίζει τη λειτουργία της Πολυεπίπεδης Διακυβέρνησης (Παπατόλιας 2023). Αξίζει να σημειωθούν, ωστόσο, οι κίνδυνοι που ενδέχεται να αντιμετωπίσει το Εθνικό Σύστημα Πολυεπίπεδης Διακυβέρνησης που θεσμοθετείται, εξαιτίας του χαμηλού βαθμού ψηφιοποίησης ορισμένων δημόσιων υπηρεσιών (π.χ. των αυτοδιοικητικών μονάδων) και το αντίστροφο, λόγω της υπερ-ψηφιοποίησης ορισμένων άλλων, σε συνδυασμό με τον χαμηλό βαθμό ψηφιακού αλφαβητισμού του προσωπικού που αναλαμβάνει τη διεκπεραίωση των υποθέσεων.

Γ. Η αναγκαία αναδιαμόρφωση των ισορροπιών στο εσωτερικό της Αυτοδιοίκησης

Σε μια τέτοια κατεύθυνση συνεπούς εκδημοκρατισμού και αποκέντρωσης της αναπτυξιακής πολιτικής, θα μπορούσαν τέλος, να αναδιαμορφωθούν οι ισορροπίες και οι συσχετισμοί στο εσωτερικό της Αυτοδιοίκησης. Το περιβάλλον φαντάζει ευνοϊκό, καθώς η παλαιά ρητορική του Καλλικράτη περί δήθεν «συναλληλίας» των δύο βαθμίδων διαψεύδεται καθημερινά από τις ισχυρούς δεσμούς εξάρτησης και νεο-πελατειακής επιρροής που συνδέουν τους Δήμους με τις Περιφέρειες, οι οποίες ελέγχουν σε μεγάλο βαθμό τη ροή των χρηματοδοτήσεων προς τον πρώτο βαθμό, λειτουργώντας πρακτικά ως εξάρτημα του Κεντρικού Κράτους. Πλέον, οι σχέσεις Περιφερειών – Δήμων θυμίζουν σε μεγάλο βαθμό εκείνες μεταξύ Κρατικής Περιφέρειας και Αυτοδιοίκησης στις προ Καλλικράτη εποχές (Κατσούλης, Παπατόλιας, Χλέπας 2001, 147 επ.), που ενέπνευσαν το εμβληματικό αίτημα του αυτοδιοικητικού κινήματος για «ισχυρή και ακηδεμόνευτη Αυτοδιοίκηση» απέναντι στις κάθε λογής εξαρτήσεις από τους μηχανισμούς πολιτικής χειραγώγησης ενός συγκεντρωτικού, γραφειοκρατικού και κομματικά παρεμβατικού Κεντρικού Κράτους. Δεν είναι, όμως, υπερβολική η διαπίστωση ότι αυτή η πάλαι ποτέ ταυτοτική διεκδίκηση της Αυτοδιοίκησης έχει πρωτίστως εγκαταλειφθεί από το ίδιο το πολιτικό προσωπικό που την υπηρετεί, το οποίο δείχνει να έχει συμβιβαστεί -και μάλιστα απενοχοποιημένα- αφενός με την αναγκαιότητα της συγκεντρωτικής κρατικής διαχείρισης και αφετέρου με την πρωτοκαθεδρία της κομματικής πατρωνείας, στην οποία αναζητεί ολοένα και συχνότερα την πηγή της νομιμοποίησής του (Δουατζής 2023).

Η ανωτέρω επισήμανση αφορά κατά κύριο λόγο τις αιρετές Περιφέρειες, οι οποίες έχουν εγκλωβιστεί σε τέτοιο βαθμό στην απλή διαχείριση και διεκπεραίωση των πολιτικών των Υπουργείων, που δύσκολα διακρίνονται πλέον από την κεντρική κρατική γραφειοκρατία. Οι ίδιοι μάλιστα οι Περιφερειάρχες δείχνουν να απολαμβάνουν τον ρόλο τους ως συμπληρωματικού εξαρτήματος ενός άτυπου και εν τοις πράγμασι διευρυμένου «κυβερνητικού

σχήματος», δίχως να επιδεικνύουν κάποιο ιδιαίτερο ενδιαφέρον στο σκέλος της «διαμόρφωσης πολιτικής», πολλώ δε μάλλον αναπτυξιακής.[8] Στον βαθμό που εξασφαλίζουν τη μακροημέρευση και εδραίωσή τους μέσα από τη διεύρυνση της θεσμικής επιρροής και της εκλογικής απήχησής τους, οι εν ενεργεία ηγέτες των Περιφερειών επενδύουν αναμενόμενα στη διατήρηση του ομφάλιου λώρου με την Κεντρική Κυβέρνηση, αντί για τα αβέβαια συνθήματα του παρελθόντος, όπως η «χειραφέτηση της Αυτοδιοίκησης», η «περιφερειακή διακυβέρνηση» ή η «ενίσχυση της τοπικής δημοκρατίας» (Κατσούλης 2019). Έτσι, αντί για τους 13 «μικρούς Πρωθυπουργούς», που οραματίζονταν οι εμπνευστές του Καλλικράτη (Παπατόλιας 2010, 285 επ.), στην πράξη έχουν εγκατασταθεί 13 «άτυποι Υπουργοί» της εκάστοτε Κεντρικής Κυβέρνησης, υπερπρόθυμοι να εκπληρώσουν διαχειριστικές λειτουργίες για λογαριασμό της, επιφυλάσσοντας, παράλληλα, στους Δήμους τον ρόλο του «πτωχού και εξαρτώμενου συγγενή». Αυτός ο συσχετισμός, που βλάπτει σοβαρά τη δυναμική και τον εκδημοκρατισμό της περιφερειακής ανάπτυξης, δεν μπορεί να ανατραπεί παρά με μια γενναία μεταρρύθμιση της Αυτοδιοίκησης, με σαφή προσανατολισμό και ισχυρή κοινωνική γείωση. Η επιστροφή του «δημοκρατικού προγραμματισμού», υπό την ανανεωμένη «ψηφιακή» εκδοχή του, είναι το πρώτο και πιο ουσιαστικό βήμα προς την κατεύθυνση αυτή.

8 Σύμφωνα με την ιδιαίτερα διαδεδομένη κατηγοριοποίηση του Vickers (1983), η αποστολή της υπό ευρεία έννοια «κυβέρνησης», έγκειται στην «κανονιστική ρύθμιση των θεσμών», η οποία διακρίνεται σε δύο συνιστώσες: α) τη «διαμόρφωση πολιτικής», που καθορίζει το περιεχόμενο των κανόνων μια δημόσιας πολιτικής και β) την «εκτελεστική – τεχνική» συνιστώσα, που εξαντλείται στην εφαρμογή και τη διαχείριση μιας πολιτικής, αποσκοπώντας πρωτίστως στη «διατήρηση της λειτουργίας» των υφιστάμενων θεσμών. Το στάδιο της εκτέλεσης περιλαμβάνει, στο πλαίσιο αυτό,κυρίως «εργαλειακές» ή «τεχνικές» κρίσεις και όχι μείζονες πολιτικές αξιολογήσεις ή πρωτοβουλίες, που αναλαμβάνουν οι «διαμορφωτές πολιτικής» του πρώτου σταδίου. Οι Περιφερειάρχες, στο ισχύον σύστημα διακυβέρνησης, φαίνεται ότι όχι μόνο δεν τοποθετούνται από την πλευρά των «διαμορφωτών πολιτικής», αλλά ότι συμβάλλουν ενεργά στη διατήρηση και αναπαραγωγή του σχετικού μονοπωλίου της Κεντρικής Κυβέρνησης.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

•Αλεξόπουλος Α., Δ. Γρηγοριάδου, Ν. Μαραβά, (2016), «Η εξέλιξη του αναπτυξιακού προγραμματισμού στην τοπική αυτοδιοίκηση, μέσα από τις αντιλήψεις των αιρετών και των στελεχών της», in Α. Γ. Πασσάς, Δ. Π. Σωτηρόπουλος, Α. Τριανταφυλλοπούλου, Θ. Ν. Τσέκος (επιμ.) Οι Θεσμοί στην Ελλάδα της Μεταπολίτευσης. Αποτίμηση μιας Αντιφατικής Περιόδου, Παπαζήσης, Αθήνα.

•Βελεγράκης, Γ., Μπεκριδάκη, Γ., Ανδρίτσος, Θ. (2021), Συμμετοχικός Δημοτικός Προϋπολογισμός: Ένα δημοκρατικό πείραμα, Ίδρυμα Χάινριχ Μπελ, Θεσσαλονίκη.

•Cabannes, Y. (2004), "Participatory budgeting: a significant contribution to participatory democracy", Environment and Urbanization, 16(1), σ. 27-46.

•Δουατζής, Γ. (2023), «"Ανεξάρτητη" Τοπική Αυτοδιοίκηση και κομματικός βρόχος», Η Ναυτεμπορική, 20/08/2023.

•Κατσούλης, Δ. (2019), Τομές Δημοκρατίας στην Αυτοδιοίκηση, Δεδεμάδης, Αθήνα.

•Κατσούλης, Δ. Παπατόλιας, Α., Χλέπας Ν. (2001), Μεταρρυθμίσεις στην Τοπική Αυτοδιοίκηση. Επιπτώσεις στη Διοίκηση και στο πολιτικό σύστημα ΙΣΤΑΜΕ, Αθήνα.

•Lerner, J., Hall, J. (2007), "Participatory Budgeting: A new tool for democratic decision-making", Transformation Journal, τ. 5, σ. 1-7.

•Μαΐστρος, Π. (2023), Η μεταρρυθμιστική τεχνική μέσα από την ιστορική εξέλιξη των διοικητικών μεταρρυθμίσεων στο πεδίο της αποκέντρωσης και της Τοπικής Αυτοδιοίκησης στην Ελλάδα, ΕΕΤΑΑ – ΕΛΙΑΜΕΠ, Αθήνα.

•Μαΐστρος, Π. (2000), Οι Αναπτυξιακοί Θεσμοί της Αυτοδιοίκησης – Συμβολή στην Ιστορική Μνήμη, Λιβάνης, Αθήνα.

•Mieg, H., Töpfer, K. (2013), Institutional and Social Innovation for Sustainable Urban Development, Taylor and Francis.

•Παπατόλιας, Α. (2023), Τεχνοκρατία και Δημοκρατία στη Σύγχρονη Διακυβέρνηση, Παπαζήσης, Αθήνα.

•Παπατόλιας, Α. (2021), Θεωρία και Πράξη του Επιτελικού Κράτους. Θεωρητικό θεμέλιο, Νομοθετική κατοχύρωση, Διοικητική πρακτική, Σάκκουλας, Αθήνα.

•Παπατόλιας, Α. (2011), «Στήριξη των επενδύσεων και Περιφερειακή Ανάπτυξη», https://www.larisanews.gr/archives/4561/23.06. 2011.

•Παπατόλιας, Α. (2010), Πολιτική και Διοίκηση: Προκλήσεις και προοπτικές για την Ελλάδα του 21ου αιώνα, Παπαζήση, Αθήνα.

•Πασσάς, Α., Τσέκος, Θ. (2009), Εθνική Διοίκηση και Ευρωπαϊκή Ολοκλήρωση. Η ελληνική εμπειρία, Παπαζήση, Αθήνα.

•Σαλπέα, Κ. (2018), Ο Συμμετοχικός Προϋπολογισμός στην Τοπική Αυτοδιοίκηση - Καλές Πρακτικές στην Ευρώπη - Η συμβολή των ΤΠΕ στην ανάπτυξη και εφαρμογή του, Μεταπτυχιακή Εργασία στο Διαπανεπιστημιακό Διατμηματικό Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών «Τοπική και Περιφερειακή Ανάπτυξη και Αυτοδιοίκηση», Αθήνα.

•Shah, A. (2007), Participatory budgeting, World Bank, Washington.

•Σπανού, Κ. (2018), Μεταρρυθμίσεις στη Δημόσια Διοίκηση στη διάρκεια της κρίσης. Επισκόπηση/περιγραφή/ αποτίμηση, Ερευνητικό Έργο ΕΛΙΑΜΕΠ, Παρατηρητήριο για την Κρίση, Αθήνα.

•Σωτηρόπουλος, Δ. (2021), «Ελληνική δημόσια διοίκηση, οικονομική κρίση και πανδημία Covid-19» in Σωτηρόπουλος Δ. - Νταλάκου Β. (επιμ.), Το Σύγχρονο Διοικητικό Σύστημα στην Ελλάδα, Εκδόσεις ΕΑΠ, Πάτρας, σ. 402 επ.

•Τσέκος, Θ. (2021), «Η ιστορική εξέλιξη, τα βασικά πολιτισμικά και δομο-λειτουργικά χαρακτηριστικά της δημόσιας διοίκησης και τα προβλήματα της διοικητικής μεταρρύθμισης στην Ελλάδα» in Σωτηρόπουλος Δ.- Νταλάκου Β (επιμ.), Το Σύγχρονο Διοικητικό Σύστημα στην Ελλάδα, Εκδόσεις ΕΑΠ, Πάτρα, σ. 375 επ

•Τσέκος, Θ. (2018), «Προγραμματισμός και Αξιολόγηση στην ελληνική Διοίκηση: Μακροχρόνιες τάσεις και οι επιδράσεις της κρίσης», in Ευ. Μπιτσάνη, Κ. Μαυριάς, Δ. Σωτηρόπουλος, Θ. Τσέκος (επιμ.) Θεσμοί και πολιτικές τον καιρό της κρίσης. Διοίκηση, κοινωνία, υγεία και οι επιπτώσεις της κρίσης, Παπαζήση, Αθήνα, σ. 57 επ.

•Τσούντας Κ., Τριανταφυλλοπούλου Α. (2009), Η Οργάνωση και οι Λειτουργίες της Κεντρικής Διοίκησης & της Τοπικής Αυτοδιοίκησης, Παπαζήσης, Αθήνα.

•Vickers, G. (1983), The Art of Judgement, Harvey and Row, London.

•Φλογαΐτης, Σ. (2006), «Πολυεπίπεδη διακυβέρνηση και διοικητική μεταρρύθμιση στον 21ο αιώνα», in ΕφημΔΔ/1, σ.110 επ.

•Χριστοφιλοπούλου, Π. (1998), «ΠΑΣΟΚ και Τοπική Αυτοδιοίκηση: Οργανωτική Δομή και Πολιτικές», in ΠΑΣΟΚ – Κόμμα – Κράτος – Κοινωνία, Πατάκης, Αθήνα.

Μικρασιατική καταστροφή του 1922 και το Σύνταγμα του 1927

Κωνσταντίνος Τσιμάρας

Καθηγητής Συνταγματικού Δικαίου Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου,

Επισκέπτης Καθηγητής Πανεπιστημίου Τουλούζης

Εισαγωγή

Η Μικρασιατική καταστροφή απετέλεσε ένα θλιβερό ορόσημο στην ιστορία της νεότερης Ελλάδας. Υπήρξε όμως παράλληλα η αφετηρία ραγδαίων κοινωνικών και πολιτικών εξελίξεων. Με τις συνθήκες της Λωζάνης και του Νεϋγύ που ακολούθησαν, επετεύχθη πρώτον η οριστικοποίηση των συνόρων και δεύτερον η πληθυσμιακή ομοιογένεια του πληθυσμού της Ελλάδας. Η ενσωμάτωση 1,5 εκατομμυρίου προσφύγων στην ελληνική κοινωνία, η οποία δεν είχε ολοκληρώσει ακόμα τον αστικό μετασχηματισμό της, προκάλεσε έντονες ανακατατάξεις στην κοινωνική διαστρωμάτωση της και όξυνση του κοινωνικού και πολιτικού ανταγωνισμού.

Για την αντιμετώπιση των εντεινόμενων διεκδικήσεων των λαϊκών τάξεων αλλά και λόγω της κρίσης νομιμοποίησης της κυρίαρχης τάξης, οι πολιτικοί φορείς εναλλάσσονταν στην εξουσία είτε εντός του τυπικού πλαισίου της συνταγματικής νομιμότητας είτε παραβιάζοντας την, συγκεκαλυμμένα ή ανοιχτά, με κινήματα, πραξικοπήματα και δικτατορίες.

Όμως όταν η εξουσία δεν ασκείται βάσει κανόνων παγίων και προκαθορισμένων τα όρια μεταξύ νομιμότητας και παρανομίας καθίστανται δυσδιάκριτα, αναιρείται η ασφάλεια δικαίου και οι εξουσιαζόμενοι παραμένουν

εκτεθειμένοι στην αυθαιρεσία των κυβερνόντων. Η νομιμότητα είναι αδιαίρετη στο κράτος δικαίου στα δημοκρατικά πολιτεύματα και όχι επιλεκτική όπως στα αυταρχικά καθεστώτα.

Για την Ελλάδα η περίοδος του μεσοπολέμου χαρακτηρίζεται από την προσπάθεια ανασυγκρότησης μετά την Μικρασιατική Καταστροφή. Όπως αναφέρει ο Ν. Αλιβιζάτος[1] μετά την Μικρασιατική Καταστροφή έχουμε εντάσεις:

Στο κοινωνικό πεδίο με την άφιξη ενός εκατομμυρίου προσφύγων και την ένταξη τους στην ελληνική κοινωνία,

Στο οικονομικό πεδίο με την πρώτη ουσιαστική προσπάθεια εκβιομηχάνισης,

Στο ιδεολογικό πεδίο με την οριστική εγκατάλειψη της Μεγάλης Ιδέας η οποία κείται σε ερείπια στα παράλια της Μικράς Ασίας όπως αναφέρει χαρακτηριστικά ο Άλκης Ρήγος[2],

Στο πολιτικό πεδίο με την επιβίωση του Διχασμού και την αντιπαράθεση βενιζελικών-αντιβενιζελικών,

Σε διεθνές επίπεδο η αισιοδοξία που επικράτησε μετά την λήξη του Α΄ Παγκοσμίου Πολέμου έδωσε την θέση της σε διαδοχικές εντάσεις στο εσωτερικό τόσο των νικητών όσο και των ηττημένων, με την σταδιακή εγκατάσταση ολοκληρωτικών καθεστώτων[3] όπως στην Ιταλία το 1922, Ουγγαρία το 1920, Πολωνία το 1926, Ισπανία ήδη από το 1923, Πορτογαλία με την δικτατορία Σαλαζάρ.

Η περίοδος μετά τη Μικρασιατική καταστροφή και μέχρι την εγκαθίδρυση της Β΄ Ελληνικής Δημοκρατίας μας προσφέρει τη δυνατότητα να κατα-

1 Ν. Αλιβιζάτου: Εισαγωγή στην Ελληνική Συνταγματική Ιστορία, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα -Κομοτηνή,1981, σελ 127 και εξ.

2 Άλκης Ρήγος: Η Β΄ ελληνική Δημοκρατία 1924-1935, εκδ. Θεμέλιο, γ έκδοση, 1999. Ο Άλ. Ρήγος υποστηρίζει ότι το ιδεολογικό κενό που θα αφήσει η Μεγάλη Ιδέα θα αντικατασταθεί από τον «κομμουνιστικό κίνδυνο» ως ιδεολόγημα του καθεστώτος από τον Μεσοπόλεμο και μετά.

3 Βλ. Σπ. Βλαχόπουλος: Η κρίση του κοινοβουλευτισμού στον μεσοπόλεμο και το τέλος της Β΄ Ελληνικής Δημοκρατίας το 1935, εκδ. Ευρασία, Αθήνα, 2012.

δείξουμε την αμφίδρομη επίδραση ανάμεσα στους συνταγματικούς θεσμούς και τις πολιτικές και κοινωνικές συγκρούσεις, ανάμεσα στο δίκαιο και στην πραγματικότητα[4].

Η ανατροπή

Η ήττα του ελληνικού στρατού και η Μικρασιατική καταστροφή είχε σαν αποτέλεσμα το ξέσπασμα κινήματος (11/24 Σεπτεμβρίου 1922) που οργανώθηκε από αξιωματικούς που είχαν καταφύγει στην Χίο και την Μυτιλήνη, στο οποίο προσχώρησε και ο στόλος.

Κατά τους επαναστάτες η σωτηρία της πατρίδος είναι η μόνη που επιβάλει αξιώσεις. Οι επαναστάτες αξιωματικοί διατύπωναν την άποψη ότι είναι σύμφωνοι με τις αξιώσεις τους τόσο ο υπόλοιπος στρατός και στόλος αλλά και ολόκληρος ο Ελληνικός λαός.

Οι επαναστάτες αξίωναν:

α) την παραίτηση του Βασιλιά υπέρ του Διαδόχου

β) άμεση διάλυση της Βουλής

γ) σχηματισμό Κυβερνήσεως αχρόου και εμπνεούσης εμπιστοσύνη εις Αντάντ δια την τάχιστη και αμερόληπτη ενέργεια εκλογών προς ανάδειξιν Εθνοσυνελεύσεως[5].

Οι επαναστάτες από τα νησιά του ΒΑ Αιγαίου κατευθύνονται στο Λαύριο όπου και αποβιβάζουν στρατεύματα (13/26 Σεπτεμβρίου 1922). Την επομένη ο Κωνσταντίνος παραιτείται και ο Γεώργιος Β΄δίνει τον κατά το Σύνταγμα βασιλικό όρκο. Με ανακοίνωσή τους οι επαναστάτες αναφέρουν ότι «Η Επανάστασις ως κυρίαρχος αποφασίζει και κανονίζει μέχρι συγκροτήσεως της νέας Εθνοσυνελεύσεως» και ότι «μεταβιβάζει εις την σχηματιθησομένην Κυβέρνησιν το δικαίωμα εκδόσεως Νομοθετικών Βασιλικών Διαταγμάτων»[6].

4 Ν. Αλιβιζάτος: Οι πολιτικοί θεσμοί σε κρίση 1922-1974, Θεμέλιο, Αθήνα, 1986, σελ. 22.

5 Α. Παντελής: Εγχειρίδιο Συνταγματικού Δικαίου, 5η εκδ., εκδ. Λιβάνη, Αθήνα, 2020, σελ.245.

6 Απόφαση της Επανάστασης Κ.Σ.Ι. τ.Α, σελ. 678.

Δύο στοιχεία προκύπτουν, πρώτον οι επαναστάτες στην παρούσα φάση δεν θέτουν πολιτειακό ζήτημα, αρκούνται στην παραίτηση του Κωνσταντίνου και την ανάληψη του Θρόνου από τον Διάδοχο. Κατά δεύτερο λόγο δεν φαίνεται διάθεση των στρατιωτικών να παραμείνουν επί μακρόν στην εξουσία εγκαθιδρύοντας δικτατορία.

Η επικράτηση της Επανάστασης προκαλεί θραύση του συνταγματικού πλαισίου[7]. Η Επαναστατική Επιτροπή είναι το κυρίαρχο όργανο και αποτελείται μόνο από αξιωματικούς. Στην αρχή υπάρχει τριμελής εκτελεστική επιτροπή από τους Ν. Πλαστήρα, Στ. Γονατά, Δ. Φωκά, αλλά στη συνέχεια ο Νικόλαος Πλαστήρας θα είναι ο μοναδικός εκφραστής της. Ο Ελ. Βενιζέλος διορίζεται αντιπρόσωπος της Ελλάδος στο εξωτερικό και αναλαμβάνει υπεύθυνος των διεθνών διαπραγματεύσεων. Η Επανάσταση ασκεί συντακτική αρμοδιότητα και με απόφαση της τροποποιεί διατάξεις του Συντάγματος του 1911.

Στις κρίσιμες αυτές στιγμές είναι γεγονός ότι η Επανάσταση έχει να επιδείξει σημαντικό έργο, όπως η συγκρότηση της στρατιάς του Έβρου, η υπογραφή της Συνθήκης της Λωζάνης, η ανταλλαγή των πληθυσμών (όσοι δεν είχαν εκδιωχθεί βιαίως ή δεν είχαν σφαγιαστεί στην Μ. Ασία και Αν. Θράκη), η περίθαλψη και εγκατάσταση των προσφύγων έργο τιτάνιο το οποίο αποτελεί ένα από τα μεγαλύτερα επιτεύγματα του ελληνικού κράτους. Μάλιστα με ειδική διάταξη προβλέπεται η κατάληψη γαιών προ της καταβολής αποζημιώσεως απαλλοτρίωσης με σκοπό την εγκατάσταση των προσφύγων.

Στην Λωζάνη ο Βενιζέλος κατορθώνει να μην χάσει η χώρα περαιτέρω εδάφη. Η δε απόσυρση των ελληνικών δυνάμεων δυτικά του ποταμού Έβρου γίνεται κάτω από την πίεση των Μεγάλων Δυνάμεων οι οποίες απειλούσαν με διακοπή της χρηματοδότησης μέσω δανείων, του ήδη ευρισκόμενου σε οικονομικές δυσκολίες Ελληνικού Κράτους. Ο Κεμάλ Ατατούρκ δεν επιθυμούσε ιδιαιτέρως την κατοχή της Αν. Θράκης διότι πρώτον ήθελε να επιφέρει οριστική ρήξη με το οθωμανικό παρελθόν και η παλιά πρωτεύουσα

7 Αν. Παντελής, ibid σελ. 246.

και έδρα του σουλτάνου, η Κωνσταντινούπολη, δεν τον ενδιέφερε ιδιαιτέρως (απόδειξη ότι πολύ σύντομα η Άγκυρα έγινε πρωτεύουσα του νέου κράτους) και κατά δεύτερο λόγο διότι θεωρούσε ότι λόγω μορφολογίας του εδάφους (μεγάλες πεδιάδες στην πλευρά της ευρωπαϊκής ηπείρου, αποκομμένη από τον κυρίως κορμό του νέου κράτους) η Αν. Θράκη δύσκολα θα μπορούσε να κρατηθεί από τα τουρκικά στρατεύματα σε περίπτωση νέων εχθροπραξιών.

Η Επανάσταση θα προχωρήσει σε εκκαθαρίσεις στο στράτευμα. Ιδίως μετά το αποτυχημένο κίνημα των Λεοναρδόπουλου, Γαργαλίδη, Ζήρα (στις 22 Οκτωβρίου 1923) θα απομακρυνθούν 1284 αξιωματικοί από τις τάξεις του στρατεύματος. Από τα μέσα του 1923 σχηματίζεται «Στρατιωτικός Σύνδεσμος», οργάνωση αξιωματικών με σκοπό την υποστήριξη της Επαναστάσεως.

Ένα ιδιαίτερο σημείο της περιόδου αυτής είναι η Δίκη των έξι και εν συνεχεία η εκτέλεση τους στο Γουδή. Για τον λόγο αυτό θα συσταθεί έκτακτο στρατοδικείο[8].

Στην ανακριτική επιτροπή θα προεδρεύσει ο Θ. Πάγκαλος, του δε στρατοδικείου ο Αλ. Οθωναίος. Καταδικάστηκαν σε θάνατο οι έξι από τους οκτώ κατηγορουμένους (Δ. Γούναρης, Ν. Στράτος, Π. Πρωτοπαπαδάκης, Γ. Μπαλταζής, Ν. Θεοτόκης και Γ. Χατζηανέστης) και σε ποινές φυλάκισης οι Μ. Γούδας και Ξεν. Στρατηγός. Πιθανολογείται ότι το κατηγορητήριο είχε συνταχθεί από τον Γ. Παπανδρέου πολιτικό σύμβουλο της Επαναστάσεως. Οι έξι καταδικάζονται «επί εσχάτη προδοσία» και εκτελούνται στις 15 Νοεμβρίου 1922 παρά τις έντονες διεθνείς αντιδράσεις ιδίως της Αγγλίας. Πριν την έκδοση της αποφάσεως η Κυβέρνηση Κροκιδά παραιτείται και αναλαμβάνει Κυβέρνηση υπό τον Στ. Γονατά. Ο συνταγματάρχης Ν. Πλαστήρας δεν θα συμμετάσχει στην κυβέρνηση.

Η εκτέλεση των έξι αφήνει ακέφαλη την αντιβενιζελική παράταξη ενώ δρα σαν βαλβίδα αποσυμπίεσης για την εντονότατη λαϊκή δυσφορία λόγω της Μικρασιατικής Καταστροφής. Η εκτέλεση είχε σημαντικότατες πολιτικές συνέπειες[9].

8 Διάταγμα Επαναστατικής Επιτροπής 13 Οκτωβρίου 1922, Κ.Σ. Ι. τόμος Α, σελ. 681.

9 Το 2008 ο Μιχαήλ Πρωτοπαπαδάκης, εγγονός του Πέτρου Πρωτοπαπαδάκη, δια του δικηγόρου

Το αποτυχημένο κίνημα του Οκτωβρίου 1923 των Λεοναρδόπουλου και Γαργαλίδη (στο οποίο εμπλεκόταν και ο Ι. Μεταξάς) κατά τον Θ. Βερέμη[10] αποσκοπούσε στην αποδυνάμωση του στρατιωτικού πυρήνα περί τους Γ. Κονδύλη και Θ. Πάγκαλο, έπεται δε χρονικά της προκήρυξης εκλογών, από την Επανάσταση, για συντακτική συνέλευση (απόφαση Επαναστάσεως 12 Σεπτεμβρίου 1923).

Οι εκλογές θα πραγματοποιηθούν στις 16 Δεκεμβρίου 1923. Τα αντιβενιζελικά κόμματα, τα οποία έχουν απαξιωθεί και με την εκτέλεση των έξι έχουν μείνει χωρίς ηγεσία, θα απέχουν από τις εκλογές. Τυπικά επικαλούνται τις διώξεις των φιλικών εφημερίδων προς την αντιβενιζελική παράταξη και την αλλαγή του εκλογικού νόμου. Ουσιαστικά όμως αντιλαμβάνονται ότι είναι αναπότρεπτη η εγκαθίδρυση αβασίλευτής δημοκρατίας και δεν θέλουν να συμπράξουν στην διαδικασία με την συμμετοχή τους στις εκλογές, για να μπορούν να αμφισβητήσουν αργότερα την διαδικασία. Η αποχή υπερβαίνει το 30%[11]. Σε σύνολο 398 βουλευτών μόνο 7 αντιβενιζελικοί θα εκλεγούν. Το κόμμα των Φιλελευθέρων θα κερδίσει 250 έδρες και η Δημοκρατική Παράταξη του Αλ. Παπαναστασίου 120.

Την επομένη των εκλογών ο πρωθυπουργός Στ. Γονατάς (σε συμφωνία με τον Ν. Πλαστήρα) ζητά από τον Γεώργιο Β΄ να ταξιδεύσει στο εξωτερικό υπό μορφή αδείας για να υπάρξει ήρεμη συζήτηση για το προσφορότερο πολίτευμα για την χώρα. Ο Γεώργιος Β΄ (ο οποίος σημειωτέων δεν είχε αντιδράσει στην εκτέλεση των έξι απειλώντας με παραίτηση) θα αναχωρήσει εκτός Ελλάδος στις 18 Δεκεμβρίου 1923 τονίζοντας ότι απέφυγε κάθε ανάμειξιν εις τον εσωτερικόν ανταγωνισμόν». Με απόφαση που υπέγραψε ο αρχηγός της επαναστάσεως Ν. Πλαστήρας η αντιβασιλεία ανατέθηκε στον

του ζήτησε την επανάληψη της διαδικασίας ενώπιον του Αρείου Πάγου, (ΑΠ) επικαλούμενος πληθώρα στοιχείων. Τον Οκτώβριο του 2010 η Ολομέλεια του ΑΠ έκανε δεκτή την αίτηση του Μ. Πρωτοπαπαδάκη και έκρινε αθώους τους κατηγορουμένους.

10 Θ. Βερέμη: Οι επεμβάσεις του στρατού στην ελληνική πολιτική 1916-1936, επανέκδοση 2010, εκ. Αλεξάνδρεια, σελ. 159 κ.εξ.

11 Αν. Παντελής: ibid, σελ.249.

Ναύαρχο Κουντουριώτη.

Οι εκλογές του Δεκεμβρίου του 1923 οδήγησαν (κατά την άποψη των επαναστατών) σ' εκλογές πληρεξουσίων Συντακτικής Συνέλευσης, η δε ονομασία της ήταν Δ΄ εν Αθήναις Συντακτική των Ελλήνων Συνέλευσις. Στην πρώτη της συνεδρία ο Ν. Πλαστήρας, αρχηγός της Επαναστάσεως, δηλώνει ότι το στάδιο της επαναστάσεως έχει τερματιστεί οριστικά. Στην ομιλία του θα κάνει αναφορά στον ρόλο του στρατού ο οποίος πρέπει να εκτελεί τις αποφάσεις των πολιτικών Κυβερνήσεων, πρέπει να υποτάσσεται στα κελεύσματα της λαϊκής κυριαρχίας, αλλά στις περιπτώσεις που η θέληση του λαού καταδυναστεύεται είτε από την απολυταρχία των Βασιλέων είτε από την διαφθορά των φατριών, τότε ο στρατός δρων ως συνείδηση του έθνους εξεγείρεται όχι για να επιβάλει θέληση ιδίαν αλλά για να επιβάλει τον σεβασμό και την αποκατάσταση της λαϊκής κυριαρχίας. Αφού θα κάνει μια αναφορά στις επεμβάσεις του στρατού το 1843, το 1862 και το 1909 θα καταλήξει δηλώνοντας ότι καταθέτει συμβολικά την εξουσία ενώπιον της κυριάρχου Εθνοσυνελεύσεως. Η Δ΄ Εθνοσυνέλευση πρέπει να λύσει το πολιτειακό ζήτημα και να ψηφίσει Σύνταγμα.

Δύο παρατηρήσεις μπορούμε να κάνουμε μέχρι αυτού του σημείου, πρώτον ότι ο στρατός δεν επιθυμούσε τη παραμονή του στην εξουσία εγκαθιδρύοντας στρατιωτική δικτατορία. Δεύτερον ο στρατός φαίνεται να έχει χειραφετηθεί σημαντικά από την βασιλική κηδεμονία, οι στρατιωτικοί πρωτοστατούν στην αλλαγή πολιτεύματος. Ο Θρόνος έχει χάσει πλέον την στήριξη του στρατού, ιδίως των μεσαίων στελεχών τα οποία διεκδικούν για πρώτη φορά άμεση παρέμβαση στον προσδιορισμό των πολιτικών και κοινωνικών κατευθύνσεων του τόπου.[12] Ενώ το 1909 ο στρατός αρκέστηκε σ' ένα pronunciamento και επέστρεψε στους στρατώνες (φέρνοντας και επιβάλλοντας παράλληλα των Ελ. Βενιζέλο ως πρωθυπουργό) από το 1922 και μετά αναπτύσσει μια πιο παρεμβατική στάση. Η διαφοροποίηση του πολιτικού ρό-

12 Παύλος Πετρίδης: Πολιτικές δυνάμεις και Συνταγματικοί Θεσμοί στην νεότερη Ελλάδα 1844-1936, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1984, σελ. 142.

λου του στρατού μετά το 1922 θα έχει αρνητικές επιπτώσεις στην λειτουργία των κοινοβουλευτικών θεσμών, στο μέτρο που οι κυβερνήσεις στον μεσοπόλεμο θα είναι συχνά εξαρτημένες από τον Στρατό[13].

Βέβαια δεν ήταν μόνο οι στρατιωτικοί που παρέμβαιναν στην πολιτική ζωή του τόπου αλλά και οι πολιτικοί παρέμβαιναν στον στρατό, στον βαθμό που η πολιτική πατρωνία και ο πολιτικός φατριασμός διαπερνούσαν τον στρατό από την κορυφή της ιεραρχίας μέχρι τα κατώτατα επίπεδα[14].

Επίσης όπως προκύπτει η Βενιζελική παράταξη μετά τον Διχασμό (που με σημερινούς όρους θα μπορούσε να χαρακτηρισθεί ως χαμηλής έντασης εμφύλιος) φαίνεται ότι έχει διαρρήξει τις σχέσεις της με τα Ανάκτορα. Μην ξεχνάμε ότι ερχόμενος στην Αθήνα ο Βενιζέλος το 1910 στον περίφημο λόγο του στην πλατεία Συντάγματος στις 5 Σεπτεμβρίου είχε επιμείνει στον χαρακτήρα της τότε Εθνοσυνελεύσεως ως Διπλής Αναθεωρητικής, αντικρούοντας στον γνωστό διάλογο με τους οπαδούς του, τον χαρακτήρα της Εθνοσυνελεύσεως ως Συντακτικής, άρα αποφεύγοντας να θέσει πολιτειακό ζήτημα. Λίγο περισσότερο από μία δεκαετία αργότερα η Βενιζελική παράταξη θα στραφεί υπέρ του αβασίλευτου χαρακτήρα του πολιτεύματος (μην ξεχνάμε ότι οι στρατιωτικοί που ηγούνταν της Επανάστασης του 1922 ήταν βενιζελικοί, όπως οι Πλαστήρας, Κονδύλης, Πάγκαλος κ.ά.).

Στην Δ΄ εν Αθήναις Συντακτική Συνέλευση φάνηκε ευθείς εξ αρχής ότι υπήρχαν δύο ομάδες: η αδιάλλακτη στάση με επικεφαλής τον Αλ. Παπαναστασίου που υποστήριζε ότι η Αβασίλευτη Δημοκρατία πρέπει να κηρυχθεί με ψήφισμα της Εθνοσυνελεύσεως και εν συνεχεία να κληθεί ο λαός να επικυρώσει την πολιτειακή αλλαγή με δημοψήφισμα και η μετριοπαθής ομάδα η οποία υποστήριζε ότι το πολιτειακό θα έπρεπε να λυθεί με δημοψήφισμα από τον λαό χωρίς να προηγηθεί ψήφισμα της Εθνοσυνέλευσης. Ο Βενιζέλος ο οποίος είχε επιστρέψει στην Ελλάδα και από την 11η Ιανουαρίου 1924 ήταν πρωθυπουργός εκπροσωπούσε την ήπια θέση. Φοβόνταν ότι σε αντίθετη

13 Π. Πετρίδης: ibid σελ. 142.

14 Βλ. Άλ. Ρήγο ibid, σελ.277 ιδιαιτέρως υποσημείωση υπ.αριθ. 6, σελ. 285.

περίπτωση, μπορεί να δοθεί λαβή να αμφισβητηθεί το νέο πολίτευμα. Οι συγκρούσεις στις συνεδριάσεις της Εθνοσυνέλευσης ήταν σφοδρές, ιδίως μεταξύ Βενιζέλου και Παπαναστασίου. Ο Βενιζέλος δεν ήθελε να έρθει σε ρήξη με τη Δημοκρατική Ένωση, αλλά ούτε και με τους στρατιωτικούς, θα παραιτηθεί και θα φύγει στο εξωτερικό. Τελικά θα επικρατήσει η θέση των αδιαλλάκτων, ενώ κυβέρνηση θα σχηματίσει ο Γ. Καφαντάρης στις 6 Φεβρουαρίου 1924.

Αξίζει να αναφερθεί ότι στην εναρκτήρια συνεδρίαση της Εθνοσυνελεύσεως ο Ν. Πλαστήρας είχε κάνει την εξής αναφορά στο πολιτειακό ζήτημα: «Εν σχέσει προς το πολιτειακόν ζήτημα η Επανάστασις καθ' όλην αυτής την διάρκεια απέφυγε πάσα επέμβασιν». Ανάφερε ότι η αξίωση για την παραίτηση του Κωνσταντίνου απέβλεπε στην αποκατάσταση των διπλωματικών σχέσεων και όχι στην ρύθμιση του πολιτειακού ζητήματος. Υποστήριξε ότι η Βασιλεία στην Ελλάδα ήταν ανέκαθεν πρόξενος δεινών. Και κατέληγε: «Και πιστεύω ακόμη ότι η μεταβολή του πολιτεύματος, η εγκαθίδρυσις Δημοκρατίας, δύναται να αποτελέση αφετηρίαν ευημερίας και αναγεννήσεως της χώρας». Πιο ξεκάθαρο μήνυμα προς την Εθνοσυνέλευση δεν μπορούσε να δοθεί. Ο Άλ. Ρήγος[15] αναφέρει ότι η Επανάσταση του 1922 και η διαχείριση της κατάστασης υπό αυτής έδωσε την κρίσιμη ώρα διέξοδο στην οργή του κόσμου αλλά νομιμοποίησε ταυτόχρονα την ανάγκη της δικτατορικής διαχείρισης και επέμβασης του στρατού στην πολιτική ζωή, ιδιαίτερα του ριζοσπαστικοποιημένου τμήματος των αξιωματικών. Αυτή η επέμβαση θα είναι διαρκής καθ'όλη τη διάρκεια του Μεσοπολέμου (αλλά και μετά μέχρι το 1974) και ενώ δεν κατορθώνει να συσταθεί ως αυτόνομη πολιτική συνιστώσα της πολιτικής σκηνής, αρκεί ως δυναμικό έρεισμα της πολιτικής ζωής για να οδηγήσει στη Β΄ Ελληνική Δημοκρατία αλλά και στην πτώση αυτής αργότερα, από ριζοσπαστικοποιημένους αξιωματικούς της ίδιας βενιζελικής φατρίας στο στράτευμα.

Μετά την ανάληψη της πρωθυπουργίας από τον Γ. Καφαντάρη και σε μία προσπάθεια ανεύρεσης συμβιβαστικής λύσης η Εθνοσυνέλευση ενέκρινε

15 Άλ. Ρήγος ibid σελ. 277, όπου θεωρεί ότι η δημοκρατική αστική διαχείριση δεν γεννιέται ως άρνηση της Μοναρχίας αλλά ως «πολιτική πράξη μιας δικτατορίας».

ψήφισμα όπου δεν ανακήρυσσε την Αβασίλευτη Δημοκρατία, αλλά καταδίκαζε την δυναστεία των Γλυξβούργων «ως ανάξια της Πατρίδος» και τον θεσμό της βασιλείας ως «σύμβολο εθνικής διαιρέσεως» και προκήρυσσε δημοψήφισμα για το καθεστωτικό, αφού προηγουμένως διακήρυσσε ότι μόνο το δημοκρατικό πολίτευμα μπορούσε να θέσει τέρμα «εις τας ολέθριας εσωτερικάς διαιρέσεις».

Ο Καφαντάρης παραιτείται στις 8 Μαρτίου και αναλαμβάνει την πρωθυπουργία ο Αλ. Παπαναστασίου. Η νέα Κυβέρνηση υπέβαλε στο σώμα σχέδιο ψηφίσματος το οποίο εγκρίθηκε από τους 283 παρόντες πληρεξουσίους στην συνεδρίαση της 25ης Μαρτίου 1924. Με το ψήφισμα η Εθνοσυνέλευση:

α) κήρυσσε οριστικώς έκπτωτον τη Δυναστεία των Γλυξβούργων, στερούσε σε όλα τα μέλη της κάθε δικαίωμα επί του Θρόνου, τους στερούσε την ιθαγένεια και απαγόρευε τη διαμονή τους στην Ελλάδα,

β) αποφάσιζε να συνταχθεί η Ελλάδα «εις Δημοκρατίαν κοινοβουλευτικής μορφής» υπό τον όρο ότι αυτή η απόφαση θα εγκριθεί δια δημοψηφίσματος,

γ) προέβλεπε την αναγκαστική απαλλοτρίωση της Βασιλικής περιουσίας,

δ) ανέθετε στον Ναύαρχο Κουντουριώτη καθήκοντα «ρυθμιστή του πολιτεύματος μέχρι συντάξεως του δημοκρατικού χάρτου της Ελλάδος».

Το δημοψήφισμα θα λάβει χώρα την 13η Απριλίου 1924 και θα δώσει ποσοστό 69,95% υπέρ της Αβασίλευτης Δημοκρατίας και 30,05% κατά.

Την επομένη ο Ι. Μεταξάς, ο Αθ. Ευταξίας και άλλοι αντιβενιζελικοί θα αναγνωρίσουν την πολιτειακή μεταβολή. Όχι όμως ο κυριότερος εκφραστής του αντιβενιζελισμού το Λαϊκό Κόμμα (αυτό θα γίνει αργότερα το 1932). Τούτο έχει ως συνέπεια την περιθωριοποίηση του Ι. Μεταξά. Ο Ελ. Βενιζέλος θα αναγνωρίσει το αποτέλεσμα στις 16 Απριλίου[16].

Ο Αλ. Παπαναστασίου θεωρούσε ότι η αντικατάσταση του κληρονομι-

16 Για το χρονικό της πολιτειακής μεταβολής του 1924 βλ. Α. Σβώλου, Το Νέο Σύνταγμα και οι βάσεις του Πολιτεύματος, Αθήνα 1928, ιδίως σελ.45 και εξ.

κού άρχοντα πρέπει να συνοδευτεί από την δημιουργία δεύτερου νομοθετικού σώματος, από αναλογικό εκλογικό σύστημα, ευρύτατη διοικητική αποκέντρωση και ενίσχυση της τοπικής αυτοδιοίκησης[17].

Για την επικρατούσα κατάσταση την εποχή εκείνη είναι ενδιαφέρουσα η ανάλυση του Γ. Παπανδρέου πολιτικού συμβούλου της Επανάστασης του 1922, στην εφημερίδα Ελεύθερος Λόγος τον Ιούνιο-Σεπτέμβριο του 1934, όπου αναλύοντας το έργο και τον χαρακτήρα της Επανάστασης του 1922 γράφει:

«Υπάρχου επικριταί οι οποίοι απογοητεύθησαν διότι η Επανάστασις δεν ανέτρεψεν το κοινωνικό καθεστώς δια να επιβάλει κοινωνική δικαιοσύνη(…..). Η Επανάστασις δεν ήτο κοινωνική. Μη οφειλόμενη εις μιαν ωρισμένην και πάσχουσα κοινωνική τάξιν ήτο φυσικόν να μην αποβλέψη εις μεταβολήν του κοινωνικού καθεστώτος. Η επανάστασις δεν ήτο ούτε Πολιτειακή ούτε Πολιτική(….)Δεν απέβλεπεν ούτε εις την κατάλυσιν των υπαρχόντων κομμάτων(….)ούτε εις την δημιουργίαν νέου. Η επανάστασις υπήρξεν εθνική-στρατιωτική…..»

ΙΙ. Η εκτροπή

Εκτός από την επίλυση του πολιτειακού ζητήματος η Δ΄ Συντακτική Συνέλευση προχώρησε στην κατάρτιση νέου Συντάγματος. Η 36μελής συνταγματική επιτροπή που διόρισε ξεκίνησε τις εργασίες της στις 13 Μαρτίου 1924 υπό την προεδρία του Α. Μιχαλακόπουλου και με εισηγητή τον Γ. Παπανδρέου. Η συζήτηση ξεκίνησε στην Ολομέλεια στις 9 Δεκεμβρίου 1924 και συνεχίστηκε με αργούς ρυθμούς μέχρι την 30η Ιουνίου 1925.

Σ' όλο αυτό το χρονικό διάστημα συζητήθηκαν μόνο 36 άρθρα. Στο ενδιάμεσο η Εθνοσυνέλευση θα εκδώσει πολλά ψηφίσματα μεταξύ των οποίων αυτά για το νέο όνομα της χώρας «Ελληνική Δημοκρατία» και για τον τίτλο του αρχηγού του Κράτους «Πρόεδρος Δημοκρατίας»[18]. Επίσης παρείχε εκτε-

17 Κ.Σ.Ι τ. Β΄ σελ. 17.

18 Ψήφισμα 24ης Μαΐου 1924 Κ.Σ.Ι τ.Β΄, σελ. 29.

ταμένες νομοθετικές εξουσιοδοτήσεις στην εκτελεστική εξουσία για την έκδοση νομοθετικών διαταγμάτων. Αναλόγως του περιεχομένου τους είτε ανακοινώνονται στην Εθνοσυνέλευση είτε εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη ειδικών κοινοβουλευτικών επιτροπών και υποβάλλονται προς κύρωση[19].

Επίσης η Εθνοσυνέλευση είχε εγκρίνει σχέδιο εκλογικού νόμου με το οποίο καθιερώνονταν το ψηφοδέλτιο αντί του σφαιριδίου καθώς και το εκλογικό σύστημα της απλής αναλογικής.

Το κίνημα του στρατηγού Θ. Παγκάλου στις 25 Ιουνίου 1925 θα προκαλέσει θραύση του συνταγματικού πλαισίου. Ο Ναύαρχος Κουντουριώτης θα διορίσει αυθημερόν Πρωθυπουργό τον Πάγκαλο (με προσυπογραφή του μέχρι τότε Πρωθυπουργού Μιχαλακόπουλου). Η Κυβέρνηση Παγκάλου θα εμφανιστεί ενώπιον της Δ΄ Συντακτικής Εθνοσυνέλευσης και θα απαιτήσει ψήφο εμπιστοσύνης, εξαναγκάζοντάς την να την παραχωρήσει. Επί 208 παρόντων βουλευτών 185 ψηφίζουν υπέρ, 14 κατά και 9 αρνούνται ψήφο.

Ενδεχομένως τη μεγαλύτερη ευθύνη για την επικράτηση του κινήματος Παγκάλου την έχει ο Αλ. Παπαναστασίου ο οποίος απέτρεψε δυναμική αντιμετώπιση του κινήματος και προέτρεψε την Εθνοσυνέλευση να δώσει ψήφο εμπιστοσύνης στην κυβέρνηση Παγκάλου[20]. Η δήλωση Παγκάλου ότι θα ήταν έγκλημα να χυθεί έστω και μια ρανίδα αίματος, αδερφικού δημοκρατικού αίματος όπως είχε πει, βρήκε ευήκοα ώτα, αφού έτσι και αλλιώς όλο το κοινοβουλευτικό φάσμα καλύπτονταν από βενιζελικούς. Τα πολιτικά αίτια της επιβολής της δικτατορίας του Παγκάλου μπορούν να αναζητηθούν στις εσωτερικές διενέξεις της βενιζελικής παράταξης, από την οποία προέρχονταν και ο ίδιος ο Πάγκαλος. Τις θεσμικές προϋποθέσεις δημιούργησε όμως η ίδια η Εθνοσυνέλευση με την αδυναμία της να ολοκληρώσει σε λογικές προθεσμίες την ανασύνταξη της Πολιτείας και τη σύνταξη και ψήφιση νέου Συντάγματος. Οι δε διαρκείς παραχωρήσεις απεριόριστων νομοθετικών εξουσιοδοτήσεων, στοιχείο το οποίο μπορεί να ειδωθεί ως κρίση των

19 Αν. Παντελής ibid.

20 Αν. Παντελής ibid σελ. 252.

κοινοβουλευτικών θεσμών, οι οποίες είχαν χορηγηθεί και στην Κυβέρνηση Παπαναστασίου και στην Κυβέρνηση Σοφούλη και τέλος και προς τον ίδιο τον Πάγκαλο, οδήγησαν στην υιοθέτηση αυταρχικών μέτρων, από μία εκτελεστική εξουσία η οποία στο τέλος κατέστη ανεξέλεγκτη και βοήθησε στην πραγματοποίηση της εκτροπής.

Όπως επισημαίνει ο Ν. Αλιβιζάτος[21] ο Πάγκαλος όπως και ο Ι. Μεταξάς έντεκα χρόνια αργότερα, θα αναλάβουν την εξουσία αρχικά με την έγκριση της Εθνοσυνέλευσης.

Η Δ΄ Συντακτική Εθνοσυνέλευση πέντε μέρες μετά το πραξικόπημα του Παγκάλου (στις 30 Ιουνίου) θα συστήσει 30μελή επιτροπή την οποία εξουσιοδότησε να ψηφίσει νέο καταστατικό χάρτη, πρόεδρος δε αυτής της επιτροπής ήταν ο Αλ. Παπαναστασίου. Η επιτροπή θα δημοσιεύσει τον νέο καταστατικό χάρτη ο οποίος θα αποκτήσει αμέσως ισχύ αλλά θα υποβληθεί προς οριστική κύρωση στη συντακτική Εθνοσυνέλευση η οποία μπορούσε να επιφέρει όποιες τροποποιήσεις έκρινε αναγκαίες.

Η επιτροπή θα υποβάλει στις 25 Σεπτεμβρίου 1925 σχέδιο Συντάγματος στην Κυβέρνηση Παγκάλου για να δημοσιευτεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως όπως προέβλεπε το ψήφισμα της 30ης Ιουνίου. Ο Πάγκαλος θα δημοσιεύσει το σχέδιο Συντάγματος αφού προηγουμένως έχει επιφέρει αρκετές τροποποιήσεις (χωρίς να έχει αυτό το δικαίωμα αφού το ψήφισμα της 30ης Ιουνίου προέβλεπε ότι η Δ΄ Συντακτική Εθνοσυνέλευση μπορούσε να επιφέρει τροποποιήσεις που έκρινε αναγκαίες). Την ίδια μέρα ο Πάγκαλος διέλυσε την Εθνοσυνέλευση και η Κυβέρνησή του οικειοποιήθηκε τη συντακτική αρμοδιότητα. Έχει υποστηριχθεί ότι τότε έχουμε την θραύση του συνταγματικού πλαισίου και όχι κατά την εκδήλωση του πραξικοπήματος.

Το σχέδιο Συντάγματος της επιτροπής Παπαναστασίου προέβλεπε:

α) πολίτευμα προεδρευόμενης κοινοβουλευτικής δημοκρατίας

21 Ν. Αλιβιζάτος: Εισαγωγή στην Ελληνική Συνταγματική ιστορία, τευχ. Α΄, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1981, σελ. 136.

β) δύο νομοθετικά σώματα (Βουλή και Γερουσία), η Γερουσία απαρτίζεται από 150 Γερουσιαστές. Οι 100 εκλέγονται έμμεσα από εκλέκτορες που προέρχονται από την τοπική αυτοδιοίκηση κατά το γαλλικό σύστημα, 30 από επαγγελματικές οργανώσεις και 20 από την Βουλή.

γ) καθιέρωση εκ του Συντάγματος του αναλογικού εκλογικού συστήματος.

δ) καθιέρωση μόνιμης μικτής κοινοβουλευτικής επιτροπής εξωτερικών υποθέσεων.

ε) ειδική πρόβλεψη (άρθ. 83 παρ.3&4) ότι κανένας δεν θα μπορούσε να ασκήσει καθήκοντα πρωθυπουργού για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο του έτους κατά συνέχεια ή κατά διαλείμματα. Η διάταξη αυτή (εμπνευσμένη από το ελβετικό σύνταγμα) θα απέτρεπε κατά τον Παπαναστασίου την δημιουργία προσωποπαγών πολιτικών κομμάτων. Είναι ευνόητο ότι η διάταξη δεν θα εφαρμόζονταν σε περίπτωση πολέμου ή γενικής επιστράτευσης.

Η διάλυση της Εθνοσυνέλευσης από τον Πάγκαλο συνεπάγεται την επιβολή απροκάλυπτης δικτατορίας, όπως ειπώθηκε εκείνη την εποχή «αναγκαίας για την υπέρβαση του διχασμού, του εθνοκτόνου χάσματος και την συμφιλίωση του λαού»[22]. Τη διάλυση της Εθνοσυνέλευσης δεν ακολούθησε προκήρυξη εκλογών. Θα προκηρυχθούν αργότερα για τις 24 Μαρτίου 1926 χωρίς να διεξαχθούν τελικά. Στις 4 Ιανουαρίου 1926 με διάγγελμα του ο Πάγκαλος δηλώνει ότι συγκεντρώνει στα χέρια του την υπολειπόμενη συντακτική και νομοθετική εξουσία για την διακυβέρνηση της χώρας, προς εφαρμογή του προγράμματος του.

Μετά την παραίτηση Κουντουριώτη από την Προεδρία της Δημοκρατίας στις 18 Μαρτίου 1926 εκδίδεται συντακτική πράξη που προβλέπει την άμεση εκλογή από τον λαό του Προέδρου της Δημοκρατίας κατά παρέκκλιση των διατάξεων του Συντάγματος της 29ης Σεπτεμβρίου1925. Η πρόθεσή του για την άμεση εκλογή του ΠτΔ είχε διαφανεί στο διάγγελμα της 6ης Ιανουαρίου όπου δήλωνε ότι «είναι αδύνατον πλέον να εμπιστευόμεθα εις το Κοινοβούλιο».

22 Διάγγελμα Κ.Σ.Ι, τ. Β, σελ 120.

Από τότε είχε αναφερθεί η πρόθεση του να εφαρμόσει στην Ελλάδα προεδρικό σύστημα αμερικανικού τύπου, άποψη που είχε αντικρούσει ο Σβώλος[23].

Ορίζεται μάλιστα όριο ηλικίας το οποίο είναι απαγορευτικό για την υποψηφιότητα Ζαΐμη, Κουντουριώτη και Βενιζέλου. Η «εκλογή» θα λάβει χώρα σ' άλλους νομούς στις 4 Απριλίου και σε άλλους στις 11 Απριλίου του 1926. Ο Πάγκαλος θα εκλεγεί με ποσοστό 93,31% των εγκύρων ψηφοδελτίων έναντι 6,69% του Κων. Δεμερτζή, καθηγητή της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών και κοινού υποψηφίου βενιζελικών και αντιβενιζελικών.

Η διακυβέρνηση της χώρας από τον Θ. Πάγκαλο χαρακτηρίζεται από διώξεις κατά των πολιτικών του αντιπάλων. Εξόρισε σε απομακρυσμένα νησιά τους κυριότερους ηγέτες της βενιζελικής παράταξης. Ο Πάγκαλος μ' αυτό τον τρόπο αποξενώνεται από τον βενιζελικό χώρο από τον οποίο προέρχοταν. Κατά τη διάρκεια της δικτατορίας του οι ηγέτες και οπαδοί του κουμμουνιστικού κόμματος υπέστησαν ποικίλες ποινικές και άλλες διώξεις.

Τελικά ο Πάγκαλος θα ανατραπεί με νέο κίνημα του στρατηγού Γ. Κονδύλη στις 22 Αυγούστου 1926.

ΙΙΙ. Η αποκατάσταση

Ο ναύαρχος Κουντουριώτης αναλαμβάνει πάλι Πρόεδρος της Δημοκρατίας και διορίζει τον Κονδύλη Πρωθυπουργό. Προκηρύσσονται εκλογές για τις 7 Νοεμβρίου 1926 οι οποίες θα γίνουν με το σύστημα της απλής αναλογι-

23 Είναι η πρώτη φορά κατά τη διάρκεια της ύπαρξης του ανεξάρτητου ελληνικού Κράτους που θα γίνει προσπάθεια για την εφαρμογή προεδρικού συστήματος. Αντίστοιχη προσπάθεια είχε γίνει κατά τη διάρκεια της Επαναστάσεως του 1821 με το Σύνταγμα της Τροιζήνας το οποίο είχε ως πρότυπο το αμερικανικό Σύνταγμα του 1787 και προέβλεπε την ύπαρξη Κυβερνήτη, ο οποίος εκλέγονταν για 7ετή θητεία. Ο στρατηγός Θ. Πάγκαλος θα προσπαθήσει να εισαγάγει το προεδρικό σύστημα κατά τη διάρκεια της δικτατορίας που επέβαλε. Η επόμενη προσπάθεια εφαρμογής του προεδρικού συστήματος θα γίνει κατά τη διάρκεια της δικτατορίας των συνταγματαρχών του 1967 με το «Σύνταγμα του 1973». Κοινό χαρακτηριστικό των δύο προσπαθειών κατά τη διάρκεια του 20ου αιώνα για την εφαρμογή προεδρικού συστήματος στην Ελλάδα είναι ότι η προσπάθεια αυτή λαμβάνει χώρα κατά τη διάρκεια δικτατοριών.

κής που προβλέπονταν από τον ν.3363/1926 που είχε ψηφίσει η Κυβέρνηση Παπαναστασίου. Τον Σεπτέμβριο του 1926 δημοσιεύεται το Σύνταγμα του 1925 όπως το είχε ψηφίσει η επιτροπή Παπαναστασίου και προβλεπόταν ότι η νέα Βουλή όταν συγκροτηθεί σε σώμα θα μπορούσε να επιφέρει σ' αυτό οποιεσδήποτε τροποποιήσεις έκρινε αναγκαίες.

Ενδεικτικές του κλίματος είναι οι συντακτικές πράξεις οι οποίες εκδόθηκαν από την Κυβέρνηση Κονδύλη όπως η ΣΠ της 11.10.1926 «περί απολύσεως δημοσίων υπαλλήλων προτρεπόντων σε απεργία», η ΣΠ της ίδιας ημερομηνίας με την οποία απαγορεύεται η ανακήρυξη υποψηφίων και η εκλογή διατελεσάντων υπουργών της δικτατορίας Παγκάλου, η ΣΠ της 22.10.1926 με την οποία απολύονταν ορισμένοι δικαστικοί που είχαν ανακηρύξει υποψηφίους βουλευτές, διατελέσαντες υπουργούς της κυβέρνησης Παγκάλου παρά την σχετική απαγόρευση της ΣΠ της 11.10.1926 την οποία οι εν λόγω δικαστικοί είχαν χαρακτηρίσει ως αντισυνταγματική.

Στις εκλογές της 7ης Νοεμβρίου 1926 τα βενιζελικά κόμματα συγκέντρωσαν το 46,5% και 143 επί συνόλου 286 και τα αντιβενιζελικά 41,6 και 127 βουλευτές. Το ΚΚΕ πήρε 4,4% και 10 βουλευτές και τις υπόλοιπες έδρες πήραν τα άλλα μικρά κόμματα.

Για πρώτη φορά μετά από πολλά χρόνια βενιζελικοί και αντιβενιζελικοί ήρθαν σε συμφωνία για τον σχηματισμό βιώσιμης Κυβέρνησης και στις 4 Δεκεμβρίου 1926 σχηματίζεται οικουμενική Κυβέρνηση υπό τον μετριοπαθή βενιζελικό Αλ. Ζαΐμη. Η Βουλή που προέκυψε από τις εκλογές ήταν στην ουσία Συντακτική αν και δεν είχε τέτοια ονομασία. Στην ουσία είχε μια ιδιόρρυθμη «αναθεωρητική» αρμοδιότητα να τροποποιήσει και να κυρώσει το Σύνταγμα της Επιτροπής Παπαναστασίου που είχε εγκριθεί στις 9 Δεκεμβρίου 1926 αφού αποκλείσθηκε κάθε συζήτηση για τη μορφή του πολιτεύματος. Διορίστηκε 30μελής επιτροπή για την επεξεργασία του νέου Συντάγματος. Στην επιτροπή συμμετείχαν όλα τα κόμματα κατά την αναλογία της κοινοβουλευτικής δύναμής τους. Η ολομέλεια του σώματος θα ψηφίσει το νέο Σύνταγμα στις 2 Ιουνίου 1927, την ίδια μέρα θα κηρύξει την λήξη της συντακτι-

κής δικαιοδοσίας της και μετατράπηκε σε απλή. Το Σύνταγμα θα δημοσιευτεί στη εφημερίδα της Κυβερνήσεως με υπογραφές του ΠτΔ, του Προέδρου της Βουλής και του Πρωθυπουργού. Οι υπουργοί δεν θα προσυπογράψουν διότι οι προερχόμενοι από το Λαϊκό Κόμμα ήθελαν με αυτόν το τρόπο να διατηρήσουν τις επιφυλάξεις του για τον αβασίλευτο χαρακτήρα του πολιτεύματος.

Το νέο Σύνταγμα περιέχει διατάξεις του Συντάγματος του 1864/1911, κάποιες διατάξεις επηρεασμένες από τους Lois Constitutionnelles του 1875 της Γαλλίας, καθώς και από το Γερμανικό Σύνταγμα της Βαϊμάρης του 1919. Τα κυριότερα χαρακτηριστικά του είναι τα εξής:

α) καθιερώνεται ο θεσμός του αιρετού ανώτατου άρχοντα. Ακολουθώντας το μοντέλο των γαλλικών συνταγματικών νόμων του 1875 ο ΠτΔ εκλέγονταν για 5ετή (όχι για 7ετή θητεία όπως στην Γαλλία) από την Βουλή και τη Γερουσία σε κοινή συνεδρίαση. Ήταν πολιτικά ανεύθυνος, ευθυνόταν μόνο για εσχάτη προδοσία και εκ προθέσεως παραβίαση του Συντάγματος. Διόριζε και έπαυε τον Πρωθυπουργό και με πρόταση αυτού τους Υπουργούς. Δεν ήταν παράγων της νομοθετικής εξουσίας η οποία ασκούνταν από την Βουλή και την Γερουσία, δεν κύρωνε τους νόμους. Μπορούσε να διαλύσει τη Βουλή μετά από πρόταση της Γερουσίας. Προβλεπόταν επίσης η αυτοδιάλυση της Βουλής (άρθ.79).

β) κατοχυρώνεται ρητά το κοινοβουλευτικό σύστημα που μέχρι τότε αποτελούσε συνθήκη του πολιτεύματος. Η Κυβέρνηση πρέπει να έχει την εμπιστοσύνη της Βουλής (όχι όμως της Γερουσίας).

γ) καθιερώνεται το σύστημα των δύο νομοθετικών σωμάτων, Βουλή και Γερουσία το οποίο είχε ήδη προβλεφθεί και στο Σύνταγμα του 1925. Σε περίπτωση διαφωνίας υπερίσχυε η γνώμη της Βουλής η οποία μπορεί να κάμψει την απόφαση της Γερουσίας ύστερα από δίμηνο με την απόλυτη πλειοψηφία του όλου αριθμού των Βουλευτών. Εντός του διμήνου η Γερουσία μπορούσε να καλέσει κοινή συνεδρίαση των δύο σωμάτων, κατ΄ αυτόν τον τρόπο μια μικρή πλειοψηφία στη Βουλή μπορούσε να καταστεί μειοψηφία στην κοινή συνεδρίαση. Η Γερουσία απαρτίζονταν από 120 γερουσιαστές. Τα 9/12 εκλέ-

γονταν άμεσα από τον λαό, το 1/12 από την Βουλή και την Γερουσία σε κοινή συνεδρίαση και τα 2/12 από επαγγελματικές οργανώσεις. Έτσι εισήχθη έστω και εν μέρει ο θεσμός της επαγγελματικής αντιπροσωπείας. Η θητεία των γερουσιαστών ήταν 9ετής αλλά η σύνθεσή της ανανεωνόταν κατά το 1/3 κάθε τρία χρόνια. Η βενιζελική παράταξη αποσκοπούσε στο να γίνει η Γερουσία βενιζελικό προπύργιο. Η ύπαρξη 9ετούς θητείας μπορούσε να διασφαλίσει κάτι τέτοιο. Όμως μ' αυτό τον τρόπο η Βουλή η οποία στο παρελθόν εύρισκε απέναντί της την εξουσία του στέμματος, τώρα θα είχε ως νομικό αντίβαρο τη Γερουσία την οποία η βενιζελική παράταξη έλπιζε να ελέγχει.

δ) θεσπιζόταν ο θεσμός της νομοθετικής εξουσιοδότησης όπου προβλέπονταν ότι ο ΠτΔ μπορούσε να προβαίνει στην έκδοση νομοθετικών διαταγμάτων κατόπιν ειδικών εξουσιοδοτήσεων των δύο νομοθετικών σωμάτων κατά τη διάρκεια διακοπών του έργου τους, με τη σύμφωνη γνώμη ειδικών μικτών κοινοβουλευτικών επιτροπών. Τα διατάγματα αυτά έπρεπε να υποβληθούν για κύρωση στην Βουλή και την γερουσία (άρθ. 77).

ε) προβλεπόταν προαιρετικό συνταγματικό δημοψήφισμα (άρθ. 125).

στ) επανίδρυε το Συμβούλιο της Επικρατείας ως ανώτατο διοικητικό δικαστήριο, το οποίο αυτή τη φορά θα λειτουργήσει.

ζ) καθιερώθηκε η αρχή του ελέγχου της αντισυνταγματικότητας των νόμων με ερμηνευτική δήλωση στο άρθρο 5.

η) βελτιώνεται η προστασία ορισμένων ατομικών δικαιωμάτων και καθιερώνονται για πρώτη φορά κοινωνικά δικαιώματα όπως η ελευθερία τέχνης και επιστήμης (άρθ.21) , το δικαίωμα εργασίας (άρθ.22), η προστασία του γάμου (άρθ.23).

θ) απλουστευόταν η διαδικασία αναθεώρησης του Συντάγματος[24].

24 Το 1932 θα γίνει προσπάθεια αναθεωρήσεως του Συντάγματος από την Κυβέρνηση Βενιζέλου αλλά θα εγκαταλειφθεί τελικά. Η βασική ιδέα ήταν η ενίσχυση της εκτελεστικής εξουσίας, περιορισμός ορισμένων ατομικών δικαιωμάτων (π.χ. δικαίωμα του συνεταιρίζεσαι). Ο Βενιζέλος προτιμά άμεση εκλογή του ΠτΔ για επταετή θητεία με δικαίωμα αρνησικυρίας των νόμων δηλαδή ένα ημιπροεδρικό σύστημα.

Συμπέρασμα

Η Μικρασιατική καταστροφή του 1922 απετέλεσε τη θρυαλλίδα η οποία σε συνδυασμό με τον ήδη υπάρχοντα από το 1915 διχασμό οδήγησε για πρώτη φορά στη ιστορία του ανεξάρτητου Ελληνικού Κράτους στο πολίτευμα της Αβασίλευτης Δημοκρατίας. Η βενιζελική παράταξη και Στρατός σταμάτησαν να υποστηρίζουν το Στέμμα στο οποίο αποδόθηκαν οι ατυχείς επιλογές που οδήγησαν στη Μικρασιατική Καταστροφή και στην εγκατάλειψη της Ελλάδας από τους συμμάχους της. Σε αντίθεση με το 1909 όπου δεν είχε τεθεί πολιτειακό ζήτημα το 1922 οι στρατιωτικοί που κήρυξαν την Επανάσταση του 1922 σύντομα θα τεθούν υπέρ της αβασίλευτης. Το στοιχείο αυτό δείχνει μια ριζοσπαστικοποίηση ιδίως των μεσαίων στελεχών του στρατού, οι οποίοι μαζί με τους αδιάλλακτους της βενιζελικής παράταξης θα οδηγήσουν τελικά στην αλλαγή πολιτεύματος, αλλαγή στην οποία τελευταία στιγμή θα συναινέσει και η αντιβενιζελική παράταξη (μετά τις εκλογές του 1926).

Βέβαια το Σύνταγμα του 1927 θα αποδειχθεί τελικά βραχύβιο με μόλις 8 χρόνια ζωής. Οι κρίσεις του μεσοπολέμου επηρέασαν τη λειτουργία του πολιτεύματος όπως θα συνέβαινε με οποιοδήποτε πολίτευμα όσο άρτια και να ήταν η συνταγματική αποτύπωση του.

Στην περίοδο εφαρμογής του Συντάγματος 1927 και στο πεδίο οργάνωσης των εξουσιών θα παρατηρήσει κανείς την αντισυνταγματική ενίσχυση της εκτελεστικής εξουσίας. Η τάση αυτή οφείλεται στους βίαιους μετασχηματισμούς που γνώρισε το ελληνικό κράτος το οποίο κλήθηκε να αντιμετωπίσει τόσο τη μεγάλη κοινωνική κρίση μετά το 1922 (προσφυγική κρίση) όσο και την οικονομική κρίση μετά το 1930. Τα προβλήματα που δημιούργησε η μεταπολεμική εποχή επέβαλαν τον κρατικό παρεμβατισμό, το Σύνταγμα του 1927 δεν μπορούσε να εξασφαλίσει κάτι τέτοιο. Παρά τα όποια θετικά στοιχεία του ακολουθούσε κατά βάση το πρότυπο του φιλελεύθερου κράτους του 19ου αιώνα. Η ανεπάρκεια αυτή του Συντάγματος είχε σαν αποτέλεσμα την παραβίασή του είτε έχοντας την μορφή της αυτόνομης κυβερνητικής νομοθεσίας, είτε την μορφή της κατ΄ εξουσιοδότηση νομοθεσίας, οπότε ουσιαστι-

κά η νομοθετική λειτουργία εκφεύγει του ελέγχου του νομοθετικού σώματος (των δυο νομοθετικών σωμάτων στην περίπτωση του Σ1927) για να περάσει σε μεγάλο βαθμό στα χέρια της εκτελεστικής εξουσίας.

Ένας άλλος παράγοντας που θα επηρεάσει την εφαρμογή του Συντάγματος είναι ο εθνικός διχασμός, ο οποίος σε κρίσιμες στιγμές θα οδηγήσει τους κυβερνώντες σε επιλογές που δεν θα μπορούσαν να πραγματοποιηθούν χωρίς την παραβίαση του Συντάγματος.

Ένα σημαντικό στοιχείο επίσης που χαρακτηρίζει αυτή την περίοδο είναι οι στρεβλώσεις που αφορούν την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων και ιδίως όσον αφορά τις διώξεις των πολιτικών αντιπάλων[25]. Εδώ θα πρέπει να αναφερθούν οι διοικητικές εκτοπίσεις και η ψήφιση του ιδιωνύμου (ν.4229/1929) για την αντιμετώπιση όσων επιδίωκαν την ανατροπή του «κρατούντος κοινωνικού συστήματος».

Παρ΄ όλες όμως τις ελλείψεις και τα προβλήματα ένα σημαντικό γεγονός που οδήγησε σε ήττα και απώλεια εδαφών θα δώσει για πρώτη φορά πολίτευμα αβασίλευτης δημοκρατίας στη χώρα. Μερικές δεκαετίες αργότερα πάλι μια ήττα και απώλεια εδαφών, αυτή την φορά στην Κύπρο, θα δώσει στη χώρα το μακροβιότερο Σύνταγμα, αυτό του 1975.

25 Ν. Αλιβιζάτος: Το Σύνταγμα και οι εχθροί του, εκδ. Πόλις, Αθήνα,2011, σελ. 269 κ. εξ.

Οι πολιτειακές παραστάσεις του Όθωνα πριν την άφιξή του στην Ελλάδα. Τα Συντάγματα του βασιλείου της Βαυαρίας

Βασιλική Χρήστου

Επίκουρη Καθηγήτρια Συνταγματικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Εισαγωγή

Ο Όθων γεννήθηκε στα 1815, χρονιά του Συνεδρίου της Βιέννης, και πέθανε στα 1867, λίγα μόλις χρόνια μετά την έξωσή του από τον ελληνικό θρόνο, σε ηλικία 52 ετών. Ήταν γιος του φιλέλληνα βασιλιά της Βαυαρίας Λουδοβίκου Ι του οίκου των Βιττελσβάχων, καθώς και, πράγμα το οποίο είναι λιγότερο γνωστό, ξάδελφος της βασίλισσας Ελισάβετ της Αυστροουγγαρίας.[1] Η περίοδος της αντιβασιλείας,[2] της βασιλείας του Όθωνα και εν γένει ο ρόλος που ο Όθων διαδραμάτισε στα πολιτικά πράγματα του νέου κράτους[3] έχουν

1 Βλ. το γενεαλογικό δέντρο των Βιττελσβάχων (Pfalz-Zweibrücken-Birkenfeld) στην ιστοσελίδα του Μουσείου βαυαρικής ιστορίας: https://hdbg.eu/koenigreich/index.php/objekte/xzoom/herrscher_id/2/id/840

2 Πολύ σημαντικά είναι δύο έργα, τα οποία συνεπιμελήθηκε, αναδεικνύοντας, με την ευρυμάθειά του, τη σημασία της σφαιρικής μελέτης των θεσμών του δημοσίου δικαίου, ο τιμώμενος Καθηγητής Σπυρίδων Φλογαΐτης, για την περίοδο της Αντιβασιλείας: Friedrich von Thiersch, *De la Régence en Grèce*, Spyridon Flogaitis/Heinrich Scholler (Hrsg.), Ant. N. Sakkouls, Athènes-Komotini 1995, καθώς και Georg Ludwig von Maurer, *Die Wittelsbacher in Griechenland als Nachtrag zu dem Buche "Das Griechische Volk"*, Wassiliki Roustopanis-Sourlas/Spyridon Flogaitis (Hrsg.), Ant. N. Sakkoulas, Athen-Komotini 1995.

3 Ενδεικτικά Δημήτρης Φωτιάδης, *Όθωνας. Η μοναρχία*, εκδόσεις Κυψέλη, Αθήνα 1963· John A. Petropoulos, *Πολιτική και συγκρότηση κράτους στο ελληνικό βασίλειο (1833-1843)*, Τόμος Α (1985) και Τόμος Β (1986), εποπτεία μτφρ. Ν. Διαμαντούρος, ΜΙΕΤ, Αθήνα· Αντώνης Κλάψης, *Αφοσιωμένος σε μια ιδέα. Ο Βασιλιάς Όθων και η Ελλάδα*, Hanns Seidel Stiftung/εκδ. Πατάκη, Αθήνα 2020.

μελετηθεί εκτενώς. Περαιτέρω, ιδιαίτερα μεγάλο ενδιαφέρον παρουσιάζει και το να ασχοληθούμε με τις πολιτειακές παραστάσεις του Όθωνα όπως είχαν διαμορφωθεί πριν από την άφιξή του στην Ελλάδα, από τη γενέτειρά του, το βασίλειο της Βαυαρίας, καθώς το πολιτειακό αυτό πρότυπο είναι πιθανόν να λειτούργησε, στο μυαλό του νεαρού μονάρχη, ως εικόνα ορθού πολιτεύματος, όταν ο Όθων αναγκάστηκε να παραχωρήσει Σύνταγμα το 1843. Σε τι έμοιαζε και σε τι διέφερε το Σύνταγμα του 1844 από το βαυαρικό Σύνταγμα του 1818; Σε ποιο βαθμό ο Όθων κινείτο στην πεπατημένη της πατρίδας του και σε ποιο βαθμό εκαλείτο να διαβεί νέες ατραπούς στο νέο βασίλειο;

I. Η σημασία της ναπολεόντιας περιόδου για το βασίλειο της Βαυαρίας. Το Σύνταγμα του 1808

Θα εξετάσουμε, λοιπόν, τους θεσμούς του βασιλείου της Βαυαρίας στο πρώτο μισό του 19ου αιώνα. Το βασίλειο της Βαυαρίας ήταν ένα ως επί το πλείστον καθολικό βασίλειο του γερμανικού νότου. Τούτο σημαίνει αφενός ότι βρισκόταν σε κάποια πολιτιστική διάσταση προς το νέο, αναδυόμενο και προτεσταντικό βασίλειο του βορρά, την Πρωσία, το οποίο στο δεύτερο μισό του 19ου αιώνα θα αποκτούσε την πλήρη ισχύ του ενοποιώντας τα γερμανικά βασίλεια υπό την ηγεμονία του,[4] αφετέρου ότι το βασίλειο της Βαυαρίας είχε δεχτεί μεγάλη επιρροή από τη γαλλική εξωτερική πολιτική και τον Ναπολέοντα, καθώς και από τις νομικές μεταρρυθμίσεις της ναπολεόντειας περιόδου.

Το βασίλειο της Βαυαρίας, μετά την επικράτηση του Ναπολέοντα έναντι των ευρωπαϊκών μοναρχιών στη μάχη στο Αούστερλιτς και τη συνακόλουθη διάλυση της Αγίας Ρωμαϊκής Αυτοκρατορίας του Γερμανικού Έθνους,[5] ήταν

4 Βλ. ενδεικτικά Tillmann Bendikowski, *1870/71. Der Mythos von der deutschen Einheit*, Pantheon, München 2021· James Hawes, *Μικρή ιστορία της Γερμανίας*, (2017), μτφρ. Ανδρέας Παππάς, εκδ. Πατάκη, Αθήνα 2018, σελ. 111 επ.· Otto Kimminich, Deutsche Verfassungsgeschichte, Athenäum Verlag, Frankfurt (M.) 1970· Christoph Nonn, *12 Tage und ein halbes Jahrhundert. Eine Geschichte des deutschen Kaiserreiches. 1817-1918*, Beck, München 2020.

5 Erich Molitor, *Grundzüge der neueren Verfassungsgeschichte*, Müller, Karlsruhe 1948, σελ. 16-31· Θεοδώρα Αντωνίου/Γιώργος Γεραπετρίτης, *Ευρωπαϊκή Συνταγματική Ιστορία. Η Αγγλοσαξωνική επίδραση στην Ηπειρωτική Ευρώπη του 18ου και 19ου αιώνα*, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2014, «18ος

μαζί με την Βεστφαλία, την Βάδη και την Βυρτεμβέργη, την Φρανκφούρτη και άλλα μικρότερα βασίλεια του γερμανικού νότου μέλος της Ομοσπονδίας του Ρήνου («Rheinbund»), την οποία ο Ναπολέων δημιούργησε ως τρίτο ισχυρό πόλο στον γερμανόφωνο χώρο, ως αντίβαρο στην Πρωσία αφενός και στην Αυστρία αφετέρου.[6] Επρόκειτο για ένωση κρατών με τα χαρακτηριστικά μιας πολεμικής -αμυντικής και επιθετικής- συμμαχίας και με κοινή, καθοριζόμενη από τη Γαλλία, ευρωπαϊκή πολιτική. Προστάτης αυτής («Protektor») ανακηρυσσόταν ο Ναπολέων.[7] Μάλιστα, οι Βαυαροί είχαν διεξαγάγει πολλές πολεμικές επιχειρήσεις στο πλευρό του Ναπολέοντα, ακόμη και εναντίον της Αυστρίας, με την οποίαν αισθάνονταν ιδιαίτερα συνδεδεμένοι.[8] Η Ομοσπονδία διαλύθηκε μετά την ήττα του Ναπολέοντα και το Συνέδριο της Βιέννης.[9] Ωστόσο, άφησε ανεξίτηλο το στίγμα της στην πολιτειακή ιστορία του γερμανικού νότου, καθώς, την περίοδο εκείνη, τα κράτη της Ομοσπονδίας μετέβησαν από την προσωποποιημένη αντίληψη περί κράτους στο πρώιμο συνταγματικό κράτος.

Την περίοδο της Ομοσπονδίας του Ρήνου, από το 1806 έως το 1815, τα βασίλεια της Ομοσπονδίας είχαν υιοθετήσει συντάγματα κατά το ναπολεόντειο πρότυπο, δηλαδή συντάγματα με κάποιες ελευθερίες, τα οποία καταργούσαν τα πολιτικά προνόμια των ευγενών, αλλά υπέστειλαν το δημοκρατικό αίτημα της Γαλλικής Επανάστασης.[10] Θύμιζαν δηλαδή το Σύνταγμα του 1799 που ανα-

αιώνας – Γερμανία» (Θεοδώρα Αντωνίου), σελ. 159-163.

6 Richard Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1922, σελ. 980-987· Conrad Bornhak, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart 1934, σελ. 277-309· Walter Eckhardt/Harry v. Rosen-v.Hoewel, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Kohlhammer Verlag/L. Schwann Verlag, Stuttgart/Düsseldorf 1955, σελ. 80-81.

7 Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band I, Reform und Restauration. 1789 bis 1830*, 2η έκδοση (1η έκδοση 1960) Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln 1990, σελ. 80-82.

8 Kimminich, ό.π., υπ. 4, σελ. 308-310. Ο Kimminich αναφέρει ακόμη ότι μεγάλα τμήματα του πληθυσμού θεωρούσαν τη Γαλλία προστάτιδα της Βαυαρίας (σελ. 308).

9 Stuart T. Miller, *Νεότερη και Σύγχρονη Ευρωπαϊκή ιστορία*, μτφρ. Σίσσυ Παπαδάκη, επιμέλεια-επίμετρο Γιώργος Κόκκινος, Gutenberg, Αθήνα 2018, σελ. 98-115 και σελ. 137-152.

10 Michael Hecker, *Napoleonischer Konstitutionalismus in Deutschland*, Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 72, Duncker & Hublot, Berlin 2005, σελ. 82 επ. και 130 επ.

κήρυσσε τον Βοναπάρτη Πρώτο Ύπατο.[11] Η Βεστφαλία, η Βάδη και η Φρανκφούρτη ήταν της αμέσου επιρροής του Ναπολέοντα.[12] Μάλιστα, στο Σύνταγμα της Βεστφαλίας του 1806 εμφανίζεται ο ίδιος ο Ναπολέων Βοναπάρτης να παραχωρεί το Σύνταγμα και να το υπογράφει.[13] Αποκαλείται, μάλιστα, το Σύνταγμα «Constitution» και όχι «Verfassung». Περαιτέρω, στην Βεστφαλία, στην Βάδη και στην Φρανκφούρτη εισήχθη ο ναπολεόντειος αστικός κώδικας, ενώ και στην Βαυαρία προετοιμάστηκε η εισαγωγή του.[14] Ωστόσο, η Βαυαρία δεν ήταν στην άμεση επιρροή του Ναπολέοντα και είχε εγχώριο ηγεμόνα από τον οίκο των Βιττελσβάχων· ωστόσο αναβαθμίστηκε σε βασίλειο από τον ίδιο τον Ναπολέοντα το 1806. Μέχρι το 1808 δεν είχε Σύνταγμα, ήταν δηλαδή απόλυτη μοναρχία. Καθώς, όμως, γινόταν αντιληπτό πως τον Ναπολέοντα ενδιέφερε η εμβάθυνση της Ομοσπονδίας του Ρήνου, ο γαλλόφιλος[15] πάντως πρωθυπουργός Μαξιμιλιανός φον Μόντγελας έσπευσε να προβεί στην κατάστρωση ενός σχεδίου συντάγματος ως αναχώματος στην περαιτέρω πολιτειακή διείσδυση του Ναπολέοντα. Μάλιστα, ακολούθησε το πρότυπο του Συντάγματος της Βεστφαλίας, αυτού που υπέγραφε ο ίδιος ο Ναπολέων, ώστε το εγχείρημά του να μην προσκρούσει σε γαλλικό αντίλογο.[16] Έτσι, δύο χρόνια μετά τη δημιουργία της Ομοσπονδίας του Ρήνου, το 1808, ο Μαξιμιλιανός Ιωσήφ Ι, παππούς του Όθωνα, παραχώρησε Σύνταγμα.[17]

Το Σύνταγμα του 1808 δεν μνημονεύει τον Ναπολέοντα· μνημονεύει, όμως την Ομοσπονδία του Ρήνου ήδη στην πρώτη του παράγραφο, αναγνω-

11 Maurice Duverger, *Constitutions et Documents Politique*s, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, σελ. 70-78.

12 Fritz Hartung, *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, fünfte, neubearbeitete Auflage, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1950, σελ. 199.

13 Βλ. το Σύνταγμα της Βεστφαλίας της 15ης Νοεμβρίου 1807 εις Hecker, ό.π., υπ. 9, σελ. 173-178.

14 Huber, ό.π., υπ. 7, σελ. 84.

15 Έτσι τον χαρακτηρίζει ο Kimminich, ό.π., υπ. 4, σελ. 308.

16 Hartwig Brandt, «Die Verfassung des Königreichs Bayern von 1808», in: Hartwig Brandt/Ewald Grothe (Hrsg.), *Rheinbundnischer Konstitutionalismus*, Peter Lang, Frankfurt, M./Berlin/ Bern/ Bruxelles/New York, NY/Oxford/Wien 2007, σελ. 53-63, ιδίως σελ. 55.

17 Βλ. το Σύνταγμα της Βαυαρίας του 1808 στην ιστοσελίδα: https://www.verfassungen.de/by/verf08-i.htm

ρίζοντας ότι *«[τ]ο βασίλειο της Βαυαρίας αποτελεί τμήμα της Ομοσπονδίας του Ρήνου»,* καθώς και στις διατάξεις του περί των ενόπλων δυνάμεων. Στη δεύτερη παράγραφο συμπυκνώνεται η ουσία του ναπολεόντειου συνταγματισμού: καταργούνται τα πολιτικά προνόμια των ευγενών, οι οποίοι διατηρούν πάντως την ιδιοκτησία τους, και καθιερώνεται η εκπροσώπηση από μια εθνική αντιπροσωπεία («Nationalrepresäntation»). Στην ουσία πρόκειται για μια ψευδεπίγραφη ονομασία, η οποία μετέφερε, αν και ταυτόχρονα καπηλευόταν, το συμβολικό βάρος της Εθνοσυνελεύσεως της Γαλλικής Επανάστασης, καθώς το Σύνταγμα του 1808 δημιουργούσε ένα περιορισμένα αντιπροσωπευτικό σώμα με περιορισμένες εξουσίες. Επίσης, στην ίδια παράγραφο διακηρυσσόταν η ισονομία, η ενοποίηση του φορολογικού συστήματος σε όλο το βασίλειο και προβλεπόταν ότι οι φόροι ακίνητης περιουσίας δεν μπορούσαν να ξεπερνούν το ένα πέμπτο των εισοδημάτων.

Το Σύνταγμα του 1808 ενσωμάτωνε και άλλα φιλελεύθερα στοιχεία. Έτσι, με την τρίτη παράγραφο καταργούνταν η δουλεία. Κατοχυρωνόταν ακόμη η προσωπική ασφάλεια, η ιδιοκτησία, πλήρης ελευθερία συνείδησης και ελευθερία του τύπου κατά τους νόμους περί λογοκρισίας της εποχής.[18] Τα παραπάνω ήταν διατυπωμένα ως εγγυήσεις εκ μέρους της κρατικής εξουσίας και όχι ως δικαιώματα των πολιτών, καθώς υιοθετείτο η διατύπωση *«Der Staat gewährt allen Staatsbürgenrn (...)*». Έτσι επιβεβαιώνεται -και μέσω της διατύπωσης- η λογική της «επανάστασης εκ των άνω»,[19] μια που οι ατομικές ελευθερίες δεν είχαν αποτελέσει ακόμη στη Γερμανία αντικείμενο διεκδίκησης των πολιτών, ακριβέστερα υπηκόων, αλλά παραχώρηση του ηγεμόνα, ενώ την ίδια λογική εφήρμοζε και ο Ναπολέων στις περιοχές που κατακτούσε ή εντάσσονταν στη σφαίρα επιρροής του.

Η εισαγωγή του Συντάγματος του 1808 εξυπηρετούσε και σκοπούς εσωτερικής πολιτικής. Την περίοδο της Ομοσπονδίας του Ρήνου η Βαυαρία αύ-

18 Το Σύνταγμα αναφερόταν στο Διάταγμα περί λογοκρισίας της 13ης Ιουνίου 1803, καθώς και στις Διατάξεις της 6ης Σεπτεμβρίου 1799 και της 17ης Φεβρουαρίου 1806 για τις πολιτικές εφημερίδες.

19 Hecker, ό.π., υπ. 10, σελ. 29.

ξησε τα εδάφη της με ένταξη σε αυτήν και προτεσταντικών περιοχών, καθώς και περιοχών Φράνκων, Σουαβών κ.ο.κ., με αποτελέσμα να μην αποτελεί πλέον ένα ομοιογενές σύνολο.[20] Έτσι, ο συγκεντρωτικός εξισωτισμός του Ναπολέοντα, που εκφραζόταν μέσα από την ισότητα όλων ενώπιον της κεντρικής εξουσίας, εξυπηρετούσε και τα σχέδια του Βαυαρού ηγεμόνα, καθώς και του πανίσχυρου Βαυαρού πρωθυπουργού.[21] Ο γαλλικός συγκεντρωτισμός και η βαυαρική γραφειοκρατία συναντήθηκαν επιτυχώς σε αυτήν την «επανάσταση εκ των άνω» με σκοπό την οικοδόμηση μιας ισχυρής κεντρικής εξουσίας. Δεν είναι τυχαίο, άλλωστε, ότι το Σύνταγμα του 1808 αφιερώνει μεγάλο μέρος του στην οργάνωση της διοίκησης, αφού, μάλιστα, καταργούσε τις μέχρι τότε επαρχίες -με τις οποίες ήταν συνδεδεμένα τα προνόμια των ευγενών- και ίδρυε 15 νέες περιφέρειες («Kreise»), κατά το δυνατόν ίσες μεταξύ τους και κατά το δυνατόν με βάση τα φυσικά σύνορα, οι οποίες έφεραν ονόματα ποταμών. Έτσι δικαιολογείται και το προοίμιο του Συντάγματος αυτού, στο οποίο μνημονεύεται ότι το κράτος δεν μπορεί να παραμείνει ένα απλό συνονθύλευμα διαφορετικών στοιχείων, αλλά πρέπει να οικοδομηθεί μια ενότητα, ένα σύνολο που θα βασίζεται στην ισονομία.

Το σύστημα εξουσίας που καθιέρωνε το Σύνταγμα του 1808 ήταν ένα ολιγαρχικό, τιμοκρατικό και περιορισμένα αντιπροσωπευτικό σύστημα με κληρονομικό μονάρχη. Κάθε περιφέρεια διέθετε μία γενική συνέλευση («allgemeine Versammlung») και μία επιτροπή («Deputation»). Τα μέλη της γενικής συνέλευσης ήταν ισόβια κι επιλέγονταν από τον βασιλιά από τους 400 πιο εύπορους πολίτες (ιδιοκτήτες γης, εμπόρους ή βιοτέχνες) που πλήρωναν τον μεγαλύτερο φόρο ακίνητης περιουσίας. Επιλεγόταν ένα μέλος για κάθε 1000 πολίτες. Η γενική συνέλευση εξέλεγε τους αντιπροσώπους στη βουλή. Κάθε περιφέρεια εξέλεγε επτά αντιπροσώπους, οι οποίοι αυτή τη φορά επιλέγονταν από τους 200 πιο εύπορους πολίτες με βάση τη μεγαλύτερη φορο-

20 Huber, ό.π., υπ. 7, σελ. 77 και σελ. 319.

21 Για την αξιοποίηση του γαλλικού μοντέλου από τη Βαυαρία προς όφελος της δημιουργίας ισχυρής κεντρικής διοίκησης βλ. Eckhardt/v. Rosen-v. Hoewel, ό.π., υπ. 6, σελ. 81· Kimminich, ό.π., υπ. 4, σελ. 310· Huber, ό.π., υπ. 7, σελ 316-317.

λογία επί της γης. Ο βασιλιάς επέλεγε τα μέλη της επιτροπής από τη γενική συνέλευση. Η επιτροπή έκανε νομοθετικές προτάσεις και, επιπλέον, έθετε υπόψη του βασιλιά τα τοπικά ζητήματα. Επρόκειτο, νομίζω, για ένα πρώιμο ομοσπονδιακό στοιχείο, απαραίτητο μάλλον για την πολιτική ισορροπία, εφόσον είχαν καταργηθεί οι επαρχίες και τα τοπικά προνόμια των ηγεμόνων.

Η εθνική αντιπροσωπεία είχε εξαετή θητεία και οι αντιπρόσωποι, όπως ρητά όριζε το Σύνταγμα, είχαν δικαίωμα επανεκλογής. Η βουλή θα συγκαλείτο τουλάχιστον μία φορά ετησίως από τον βασιλιά, ο οποίος άνοιγε και έκλεινε τις εργασίες της χωρίς πρόβλεψη για ελάχιστο χρόνο συνόδου. Ο βασιλιάς μπορούσε να διαλύει τη βουλή· θα έπρεπε, όμως, εντός δύο μηνών να συγκληθεί νέα βουλή. Στην πραγματικότητα, η βουλή του Συντάγματος του 1808 δεν συγκλήθηκε ποτέ.[22] Η βουλή θα ψήφιζε τους νόμους, με την απόλυτη πλειοψηφία των βουλευτών και χωρίς συζήτηση. Τους νόμους εισηγούνταν το μυστικό συμβούλιο, ένα συμβουλευτικό όργανο, στο οποίο μετείχαν οι υπουργοί, αλλά και 12 έως 16 μέλη της προσωπικής επιλογής του ηγεμόνα. Μέλη του μυστικού συμβουλίου συζητούσαν τη νομοθετική πρόταση με τριμελείς ή τετραμελείς επιτροπές της βουλής, προτού την υποβάλουν για ψήφιση.

Η ιδεολογική επιρροή του Συντάγματος του 1808 και η ιστορική σημασία του είναι μεγάλη, καθώς εισήγαγε τη Βαυαρία στη νεωτερικότητα. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι, αν και το Σύνταγμα αυτό δεν ενσωμάτωσε τα δημοκρατικά ιδεώδη της Γαλλικής Επανάστασης, απετέλεσε για τη Βαυαρία ένα βήμα προς τον φιλελευθερισμό και τον πολιτικό εκσυγχρονισμό. Μάλιστα, ο Μαξιμιλιανός Ι Ιωσήφ, μετά τα νέα δεδομένα του Συνεδρίου της Βιέννης, ζήτησε από την κυβέρνησή του, να συντάξει ένα νέο Σύνταγμα, απλώς τροποποιώντας το Σύνταγμα του 1808. Στην πραγματικότητα, όμως, κάτι τέτοιο δεν μπορούσε να γίνει, το σχετικό σχέδιο απορρίφθηκε και το Σύνταγμα του 1818 ήταν ένα νέο Σύνταγμα.[23]

22 Huber, ό.π., υπ. 7, σελ. 320.

23 Huber, ό.π., υπ. 7, σελ. 321.

ΙΙ. Η περίοδος της περιορισμένης μοναρχίας μετά την Παλινόρθωση. Το Σύνταγμα του 1818

Το Σύνταγμα του 1818[24] ήταν ένα σύνταγμα της περιόδου της Παλινόρθωσης· το παραχώρησε ο Μαξιμιλιανός Ι Ιωσήφ, το εφήρμοζε ο Λουδοβίκος Ι, πατέρας του Όθωνα, ο οποίος είχε ανέλθει στον θρόνο το 1825, και αυτό το Σύνταγμα ίσχυε στη Βαυαρία, όταν ο Όθωνας πήρε τον δρόμο για την Ελλάδα. Το Σύνταγμα αυτό επανέφερε, όπως ήταν αναμενόμενο, όλα τα προνόμια των ευγενών, ωστόσο διατηρούσε στοιχεία της ναπολεόντειας παράδοσης στο πεδίο των ελευθεριών και -για την ακρίβεια- αντέγραφε διατάξεις της Γαλλικής Χάρτας του 1814,[25] ενώ υιοθετούσε, σε όλα τα βασικά της στοιχεία, την οργανωτική δομή της Χάρτας.[26]

Σε αντίθεση με το Σύνταγμα του 1808, το Σύνταγμα του 1818, ήδη στην πρώτη παράγραφο διακηρύσσει την κυριαρχία του βασιλείου της Βαυαρίας, την οποία αποκαλεί μοναρχικό κράτος, ενώ στο προοίμιο αναφέρεται ότι το Σύνταγμα είναι προϊόν ώριμης, σταθερής και ελεύθερης βούλησης. Αξίζει να σημειωθεί ότι στον γερμανόφωνο χώρο, μετά τη διάλυση της Ομοσπονδίας του Ρήνου και το Συνέδριο της Βιέννης, είχε δημιουργηθεί, το 1815, η Γερμανική Ομοσπονδία (*«Deutscher Bund»*), που περιλάμβανε τόσο τα κράτη του γερμανικού νότου, όσο και την Πρωσία και την Αυστρία, συνολικά δηλαδή 41 κράτη.[27] Ωστόσο, το Σύνταγμα του 1818 δεν μνημονεύει τη Γερμανική Ομοσπονδία. Μάλιστα, παρά το γεγονός ότι το καταστατικό κείμενο της Γερμανικής Ομοσπονδίας προέβλεπε την υπεροχή του δικαίου της

24 Βλ. το Σύνταγμα του 1818 εις Ernst Rudolf Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Band 1, Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978, σελ. 155-171, καθώς και ηλεκτρονικά στην ιστοσελίδα https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/muenkler/verfassungsdokumente-von-der-magna-carta-bis-ins-20-jahrhundert/verfassung-des-koenigreichs-bayern-26-mai-1818/

25 Duverger, ό.π., υπ. 11, σελ. 80-85.

26 Για την επιρροή του Ναπολέοντα καθώς και της Χάρτας του 1814 στα κράτη του γερμανικού νότου βλ. α.ά. Hans Fehr, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Walter de Gruyter, Berlin 1952, σελ. 233-235.

27 Huber, ό.π., υπ. 7, σελ. 583-639· Hans Erich Feine, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Mohr Siebeck, Tübingen 1937, σελ. 61-66· Schröder, ό.π., υπ. 6, σελ. 987-994.

Ομοσπονδίας,[28] το Σύνταγμα του 1818 αναφέρεται στα άλλα κράτη της Ομοσπονδίας μόνο σε σχέση με το δικαίωμα μετανάστευσης εκτός του βασιλείου και σε σχέση με τους κανόνες διαδοχής στον θρόνο.

Το Σύνταγμα του 1818 διεύρυνε τον κατάλογο των ελευθεριών. Ήδη στο προοίμιό του γίνεται λόγος για την ελευθερία της συνείδησης, την ελευθερία της έκφρασης με περιορισμούς εναντίον της κατάχρησης, την ισότητα πρόσβασης στα δημόσια αξιώματα (όσων είχαν την ιθαγένεια, ήταν ενήλικοι και είχαν κατοικία στο βασίλειο, δηλαδή είτε είχαν ακίνητη ιδιοκτησία, είτε ασκούσαν επάγγελμα το εισόδημα από το οποίο φορολογούνταν, ή ήταν δημόσιοι υπάλληλοι), την ισονομία και την αμεροληψία κατά την απονομή της δικαιοσύνης. Το Σύνταγμα αυτό επαναλάμβανε την απαγόρευση της δουλείας, καθώς και την εγγύηση της προσωπικής ασφάλειας και της ιδιοκτησίας. Ταυτόχρονα, όμως, κατοχύρωνε την αρχή του φυσικού δικαστή και προέβλεπε ειδικά ότι κανείς δεν καταδιώκεται, ούτε συλλαμβάνεται παρά μόνο στις περιπτώσεις και με τον τρόπο που ορίζει ο νόμος. Ακόμη, το Σύνταγμα όριζε πως κανείς δεν στερείται την ιδιοκτησία του, ακόμη και για δημόσιο σκοπό, παρά μετά από επίσημη απόφαση και μετά από αποζημίωση. Το Σύνταγμα του 1818 επαναλάμβανε την κατοχύρωση της πλήρους ελευθερίας της συνείδησης, ήταν όμως πολύ διεξοδικότερο στη ρύθμιση των θρησκευτικών ζητημάτων. Μεταξύ άλλων όριζε ότι όλες οι θρησκείες έχουν δικαίωμα σε έναν απλό οίκο λατρείας, ότι το κράτος δεν επιτρέπεται να επεμβαίνει στα πνευματικά και δογματικά ζητήματα των θρησκειών, καθώς και ότι, κατά τα άλλα, οι θρησκείες και οι εκκλησίες όφειλαν να υπακούουν στον νόμο, να υπάγονται στα δικαστήρια του κράτους, και δεν απαλλάσσονταν από τις υποχρεώσεις έναντι στο κράτος. Και στο θέμα των θρησκειών μπορεί κανείς να διαγνώσει τη γαλλική επιρροή του κοσμικού κράτους. Ακόμη κατοχυρωνόταν η ελευθερία του τύπου και του εμπορίου βιβλίων υπό την επιφύλαξη των ισχυόντων νόμων.

Το σύστημα εξουσίας ήταν μοναρχικό και περιορισμένα αντιπροσωπευ-

28 Huber, ό.π., υπ. 7, σελ. 601 επ.

τικό με δύο βουλές. Το κοινοβούλιο αποκαλείται πλέον συνέλευση των τάξεων («Stände-Versammlung») και σπανιότερα μέσα στο Σύνταγμα απαντά ως γενική συνέλευση («allgemeine Versammlung»). Σε κάθε περίπτωση εγκαταλείπεται ο όρος «εθνική αντιπροσωπεία» του Συντάγματος της ναπολεόντειας περιόδου και είναι σαφής η απομάκρυνση ακόμη και από την κατ' επίφαση επίκληση της δημοκρατικής παρακαταθήκης της Γαλλικής Επανάστασης. Το κοινοβούλιο συγκροτείται από δύο βουλές, στο πρότυπο της Χάρτας του 1814, τη βουλή των αντιπροσώπων και το συμβούλιο του βασιλείου. Στο συμβούλιο του βασιλείου μετέχουν οι πρίγκηπες του βασιλικού οίκου, οι βασιλικοί υπάλληλοι, οι δύο αρχιεπίσκοποι, ευγενείς κληρονομικώ δικαιώματι, που πάντως δεν μπορούσαν να υπερβαίνουν το ένα τρίτο, κι εν τέλει όποιος τον επέλεγε ο βασιλιάς κατά την προσφορά του, την αξία του, την καταγωγή του ή την ιδιοκτησία του. Το συμβούλιο, η άνω βουλή δηλαδή, ήταν ισότιμος πόλος της νομοθετικής εξουσίας με τη βουλή των αντιπροσώπων. Οι νόμοι έπρεπε να έχουν την έγκριση και των δύο βουλών. Επίσης, η συνέλευση των τάξεων έπρεπε να εγκρίνει τους φόρους, τον προϋπολογισμό και τον απολογισμό του κράτους.

Στη βουλή των αντιπροσώπων είχαν δικαίωμα εκλογής οι ιδιοκτήτες γης (που δεν μετείχαν ήδη στην άνω βουλή ως ευγενείς), τρεις εκπρόσωποι των πανεπιστημίων, οι ιερείς της καθολικής και της προτεσταντικής εκκλησίας, αστοί και έμποροι. Η εκπροσώπηση στη βουλή των αντιπροσώπων γινόταν στη βάση της οικογένειας. Έτσι, σε 7000 οικογένειες αντιστοιχούσε ένας αντιπρόσωπος. Οι ιδιοκτήτες γης, που προέρχονταν από την τάξη των ευγενών ανέρχοντο στο ένα όγδοο και οι υπόλοιποι ιδιοκτήτες γης στα δύο τέταρτα. Κατά το ένα όγδοο εκπροσωπούνταν ακόμη οι κληρικοί, ενώ η τάξη των αστών και εμπόρων καταλάμβανε μόλις το ένα τέταρτο. Οι εκπρόσωποι κάθε τάξης εκλέγονταν χωριστά, σύμφωνα με τον εκλογικό νόμο, έπρεπε να είναι τουλάχιστον 30 ετών, η θητεία τους ήταν εξαετής και ήταν επανεκλέξιμοι. Η συνέλευση των τάξεων συγκαλείτο -σύμφωνα με το Σύνταγμα- από τον ηγεμόνα μία φορά στα τρία χρόνια κατ' ελάχιστον και σε αυτήν την περίπτωση διαρκούσε κατά κανόνα δύο μήνες. Ο ηγεμόνας μπορούσε να την καλέσει

τακτικότερα και για μακρύτερο χρόνο. Ωστόσο, ο προϋπολογισμός ήταν εξαετής, όπως και η διάρκεια της θητείας της βουλής. Παρά τις περιορισμένες εξουσίες της βουλής, πάντως στο Σύνταγμα κατοχυρωνόταν το ανεύθυνο των αντιπροσώπων για γνώμη ή ψήφο κατά την άσκηση των καθηκόντων τους.

ΙΙΙ. Ο Όθωνας ενώπιον του Συντάγματος του 1844

Όταν οι Έλληνες διεκδίκησαν σύνταγμα με την επανάσταση της 3ης Σεπτεμβρίου, είναι προφανές από τα παραπάνω ότι ο Όθωνας γνώριζε, όχι μόνο θεωρητικώς, αλλά και από την εμπειρία της Βαυαρίας, το πολίτευμα της συνταγματικής μοναρχίας με δύο Βουλές και έναν κατάλογο ελευθεριών. Το ότι ο ίδιος κυβερνούσε ως απόλυτος μονάρχης αποτελούσε, και για τις δικές του πολιτειακές προσλαμβάνουσες, μια -προφανώς επιθυμητή και βολική- θεσμική οπισθοδρόμηση. Η πολιτειακή εμπειρία της Βαυαρίας και η εξοικείωση του Όθωνα με το πολίτευμα της συνταγματικής μοναρχίας ίσως έρχεται, λοιπόν, να προστεθεί στους πολλούς άλλους λόγους που έχουν επισημανθεί στη βιβλιογραφία, για τους οποίους ο Όθων δέχτηκε πάραυτα το αίτημα των επαναστατών για σύνταγμα.

Πώς αναμετριόταν το Σύνταγμα του 1844 με τις πολιτειακές παραστάσεις του Όθωνα; Επρόκειτο για ένα μοντέλο πολιτεύματος εύπεπτο γι' αυτόν βάσει των θεσμικών εμπειριών της δικής του πατρίδας; Η απάντηση είναι εν μέρει ναι και εν μέρει όχι. Προφανώς, και το Σύνταγμα του 1844 καθιέρωνε μοναρχικό πολίτευμα, ενώ και ο θεσμός της γερουσίας, ενός δεύτερου νομοθετικού σώματος, εισήχθη -για πρώτη φορά σε ελληνικό Σύνταγμα- μετά από σθεναρή απαίτηση του Όθωνα, ο οποίος αντλούσε και από το παράδειγμα του βαυαρικού Συντάγματος του 1818. Εάν ο Όθων έπρεπε να επιτρέψει ένα αντιπροσωπευτικό σώμα, τότε θα έπρεπε οπωσδήποτε να εξασφαλίσει έναν ορισμένο από τον ίδιο αντίπαλο πόλο στη νομοθετική εξουσία. Πράγματι, ο Όθων απαίτησε όχι μόνο την εισαγωγή δεύτερου νομοθετικού σώματος, αλλά και τον ορισμό των μέλων του σώματος αυτού από τον ίδιο, πράγμα το οποίο είχε συμφωνηθεί με τα τρία κόμματα (αγγλικό, γαλλικό και ρωσικό),

καθώς και με τις εγγυήτριες δυνάμεις ήδη προτού να επιληφθεί η Εθνοσυνέλευση.[29] Πράγματι, τουλάχιστον μία φορά κατά τη συζήτηση της Εθνοσυνέλευσης γίνεται αναφορά, προς επίρρωση των επιχειρημάτων υπέρ της γερουσίας, το μοντέλο γερουσίας των συνταγμάτων των γερμανικών βασιλείων.[30] Δηλαδή, η επιμονή του Όθωνα στην εισαγωγή της γερουσίας είχε να κάνει, εκτός άλλων λόγων, και με το πολιτειακό πρότυπο της πατρίδας του. Έτσι, η οργάνωση του κράτους στο Σύνταγμα του 1844 ήταν παρόμοια με αυτήν του βαυαρικού Συντάγματος του 1818, καθώς και -όπως αναφέρθηκε- με τη γαλλική Χάρτα του 1814.

Ωστόσο, η εικόνα πολιτεύματος που απέδιδε το Σύνταγμα του 1844 άλλαζε ουσιωδώς συνδυαζόμενη με τον εκλογικό νόμο του 1844 που προέβλεπε σχεδόν καθολικό δικαίωμα ψήφου των ανδρών άνω των 25 ετών.[31] Σε αντίθεση δηλαδή με τη συνέλευση των τάξεων της Βαυαρίας, που ήταν μια ολιγαρχική βουλή, η βουλή των αντιπροσώπων του ελληνικού Συντάγματος πλησίαζε εγγύτερα προς την έννοια της «εθνικής αντιπροσωπείας» της Γαλλικής Επανάστασης. Τούτο ξένιζε τον Όθωνα και όλη την Ευρώπη εκείνη την

29 Βλ. αναλυτικά Βασιλική Χρήστου, «Η Γερουσία υπό το Σύνταγμα του 1844», in: Βλαχόπουλος/Χρήστου/Κούμας (επιμ.), *Η γένεση του ελληνικού συνταγματισμού: Η ελληνική συνταγματική ιστορία κατά τα επαναστατικά και μετεπαναστατικά χρόνια*, εκδόσεις Πανεπιστημίου Αθηνών, Αθήνα 2023 (υπό έκδοση).

30 *Η Της Τρίτης Σεπτεμβρίου εν Αθήναις Εθνική Συνέλευσις. Πρακτικά – Ανατύπωση με ευρετήριο ομιλητών κατά συνεδρίαση και θεματικό ευρετήριο*, Πηγές του Ελληνικού Δημοσίου Δικαίου, Διεύθυνση: Γιώργος Κασιμάτης 7, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1993, σελ. 273- 274, όπου ο Λέων Μελάς μνημονεύει: «Εις Αθήνας υπήρχε Βουλή εξ ευπόρων πολιτών, προβουλευομένη, της οποίας τα προβουλεύματα εφέροντο εις τον δήμον, εσυζητούντο, και ή εγίνοντο δεκτά, ή απερρίπτοντο. Οι Λακεδαιμόνιοι απέδιδον εις την Γερουσίαν το προβουλεύεσθαι, και συνεκάλουν τον λαόν εις σύσκεψιν επί ουσιωδών αντικειμένων· εις την Ρώμην εσυζητούντο εις τον λαόν τα αντικείμενα, και απεφασίζοντο εις την Γερουσίαν· σήμερον δύο Βουλάς έχουσιν η Αμερική, η Αγγλία, η Γαλλία, το Βέλγιον, η Ισπανία, η Πορτογαλλία, και πάντα τα συνταγματικά κράτη της Γερμανίας».

31 Βλ. ενδεικτικά Νίκο Αλιβιζάτο, *Το Σύνταγμα και οι εχθροί του στη νεοελληνική ιστορία. 1800-2010*, Πόλις, Αθήνα 2011, σελ. 89-95· ακόμη βλ. Δημήτρη Μπίλη, «Ο εκλογικός νόμος του 1844: θεσμική χειραφέτηση και πολιτικές υστεροβουλίες», εις *Η 3η Σεπτεμβρίου 1843 και το Σύνταγμά της. Αποτιμήσεις 150 χρόνια μετά* Διεθνές Επιστημονικό Συνέδριο, Ινστιτούτο Συνταγματικών Ερευνών, Μελέτες 11 Διεύθυνση: Γ. Κασιμάτης, Δίκαιο και Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας, Αθήνα 1999, σελ. 137-150, και σελ 150-157, όπου αναδημοσιεύεται ο ίδιος ο εκλογικός νόμος.

εποχή, πλην όμως ο Όθων γνώριζε ότι η βασιλική του εξουσία ασκείτο σε έναν λαό χωρίς το φεουδαλικό παρελθόν της γενέτειράς του ή και της Γαλλίας ακόμη. Έτσι, ο νεαρός μονάρχης βρέθηκε να αντιμετωπίσει διαφορετικού τύπου προκλήσεις. Διότι, όπως ανέδειξα, τόσο οι Έλληνες όσο και οι Βαυαροί ήταν καλοί μαθητές των Γάλλων· ωστόσο, οι Έλληνες είχαν διεκδικήσει τις συνταγματικές ελευθερίες με επανάσταση και βρίσκονταν εγγύτερα στις δημοκρατικές ιδέες της Γαλλικής Επανάστασης.[32]

Ίδια είναι η εικόνα που αποκομίζουμε και σε σχέση με τις ατομικές ελευθερίες. Τόσο το βαυαρικό Σύνταγμα όσο και το ελληνικό αντιγράφουν την γαλλική Χάρτα του 1814, ωστόσο το ελληνικό Σύνταγμα κατοχυρώνει επιπλέον δικαιώματα που δεν απαντούν στο βαυαρικό Σύνταγμα, όπως είναι η αρχή της νομιμότητας των ποινών, το δικαίωμα αναφοράς στις αρχές, το άσυλο της κατοικίας, το απόρρητο των επιστολών, η απαγόρευση της λογοκρισίας και η απαγόρευση των βασανιστηρίων και της γενικής δήμευσης. Άλλα από αυτά τα δικαιώματα κατοχυρώνονταν ήδη στο Πολιτικόν Σύνταγμα της Ελλάδος, δηλαδή στο Σύνταγμα της Τροιζήνας, όπως τα δικαιώματα προσωπικής ασφάλειας και ελευθερίας, η ελευθερία του τύπου, το δικαίωμα αναφοράς στη Βουλή και η απαγόρευση των βασανιστηρίων και της γενικής δήμευσης. Μάλιστα το Σύνταγμα της Τροιζήνας κατοχύρωνε ακόμη και το τεκμήριο αθωότητας, την αρχή της μη αναδρομικότητας των ποινών και το ανώτατο όριο προφυλακίσεως, καθώς και τα δικαίωματα αντίκρουσης της κατηγορίας, ακόμη δε και ένα δικαίωμα σε ταχεία απονομή της δικαιοσύνης.[33] Άλλα δικαιώματα του Συντάγματος του 1844 απαντούν στο φιλελεύθερο βέλγικο Σύνταγμα του 1831, όπως το απόρρητο της επικοινωνίας και το άσυλο της κατοικίας.[34]

Τέλος, το Σύνταγμα του 1844 ήταν Σύνταγμα-συνάλλαγμα, προϊόν δηλα-

32 Για τη σύνδεση Ελληνικής και Γαλλικής Επανάστασης βλ. Βασιλική Χρήστου, «Η ελληνική επανάσταση στον ευρωπαϊκό αιώνα των επαναστάσεων», *ΤοΣ* 2022, σελ. 139-168, ιδίως σελ. 141-154.

33 Βλ. το Πολιτικόν Σύνταγμα της Ελλάδος σε *Τα Συντάγματα της Επανάστασης (1822-1827)*, Εισαγωγή: Σπύρος Βλαχόπουλος, ΚΕΦιΜ – ΤΑ ΝΕΑ, Αθήνα 2021, σελ. 97-120.

34 Βλ. το Βελγικό Σύνταγμα του 1831 στην ιστοσελίδα https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_1831

δή συμφωνίας μεταξύ της Εθνοσυνέλευσης και του ηγεμόνα, πράγμα το οποίο ήδη ήταν ένας συμβιβασμός για τους Έλληνες, που ήθελαν τα συντάγματά τους να πηγάζουν από εθνοσυνέλευση (και πάλι στην παράδοση της Γαλλικής, αλλά και της Ελληνικής Επανάστασης). Ωστόσο, το Σύνταγμα του 1818 δεν ήταν καν προϊόν συμφωνίας, αλλά παραχώρηση του μονάρχη προς τους υπηκόους του. Ήδη δηλαδή με το Σύνταγμα-συνάλλαγμα, ο Όθων προπορευόταν κατά πολύ, σε βήματα θεσμικού εκσυγχρονισμού, της γενέτειράς του.

Επίλογος

Τα παραπάνω δείχνουν ότι η συνταγματογένεση είναι ένα φαινόμενο πολυσύνθετο, στο οποίο χωνεύονται παραδόσεις και αντιλήψεις που πολλές φορές ξεπερνούν τον τόπο και τον χρόνο του συγκεκριμένου συντάγματος. Έστω και με σημαντικές διαφοροποιήσεις, μια που η Ελλάδα αντλούσε ευθέως και από την δημοκρατική παράδοση της Γαλλικής Επανάστασης, ενώ η Βαυαρία από το φιλελεύθερο και αντιπροσωπευτικό κεκτημένο που επιβίωσε της Γαλλικής Επανάστασης στην Ευρώπη της Παλινόρθωσης,[35] η κοινή πρόσδεση της Βαυαρίας και της Ελλάδας στη γαλλική συνταγματική παράδοση, διευκόλυνε τη συνύπαρξη Όθωνος και Ελλήνων και τη μετάβαση του νέου κράτους από την απόλυτη στη συνταγματική μοναρχία.

35 Βλ. σχετικά Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Einführung - Verfassungsprobleme und Verfassungs bewegung des 19. Jahrhunderts», in Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Kiepenheuer & Witch, Köln 1972, σελ. 13-21, ιδίως σελ. 17-18.

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Τα θεμελιώδη δικαιώματα στη μεταπολιτευτική συνταγματική εμπειρία. Το Σύνταγμα του 1975, η αναθεώρηση του 2001 και οι μεγάλες κρίσεις*

Χαράλαμπος Ανθόπουλος

Καθηγητής Δικαίου και Διοίκησης Ε.Α.Π.

Ι. Οι ταλαντεύσεις της ρύθμισης των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο Σύνταγμα του 1975

Η εκτίμηση του Φαίδωνα Βεγλερή ότι το Σύνταγμα του 1975 κατασκευάστηκε με τα «ιδεολογικά, συνταγματικά και νομοθετικά υλικά της περιόδου 1944 - 1967» και αντικατόπτριζε εν τέλει «τις μέσες αντιλήψεις του κόμματος που το παρασκεύασε μονάχο του [και] το ψήφισε με όλη την τότε κομματική του δύναμη»[1], ήταν εν μέρει μόνο ακριβής, ιδίως

* Εδώ και πολλά χρόνια, ο καθηγητής Σπύρος Φλογαΐτης, με την ίδρυση και τις δραστηριότητες του Ευρωπαϊκού Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου (EPLO) έχει μία σπουδαία εισφορά στην καλλιέργεια της επιστήμης του Jus Publicum Europaeum. Η εκτίμηση που χαίρει ο Σπύρος Φλογαΐτης σε όλη την Ευρώπη δεν οφείλεται, όμως, μόνο στο δημιούργημά του αυτό, αλλά και στο προσωπικό επιστημονικό του έργο, που τον ανέδειξε σε έναν από τους εγκυρότερους ερευνητές της ιστορίας και της συγκριτικής των θεσμών του δημοσίου δικαίου στον ευρωπαϊκό χώρο. Του αφιερώνω τη μελέτη αυτή με όλη τη φιλία και την αγάπη μου.

όσον αφορά τη ρύθμιση των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Πράγματι, το συνταγματικό σύστημα των θεμελιωδών δικαιωμάτων, όπως διαμορφώθηκε τελικά στο Σύνταγμα του 1975, ήταν σημαντικά βελτιωμένο σε σχέση με το κυβερνητικό σχέδιο Συντάγματος της 7.1.1975 και υπήρξε εκείνο το μέρος του Συντάγματος στο οποίο η πανίσχυρη κοινοβουλευτική πλειοψηφία έκανε τα περισσότερα «ανοίγματα» προς την αντιπολίτευση[1]. Παρ' όλα αυτά, το συνολικό επίπεδο προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν ήταν εκείνο που θα ανέμενε κανείς από ένα Σύνταγμα που καταρτίστηκε μετά την πτώση μιας στρατιωτικής δικτατορίας Αρκεί κανείς να διαβάσει τον κριτικό σχολιασμό των νέων διατάξεων από τον Γεώργιο Βλάχο[2], βαθύ γνώστη των μεταπολεμικών θεωρητικών, συνταγματικών και διεθνών εξελίξεων στο θέμα της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων[3], για να αντιληφθεί ότι υπήρχαν προσδοκίες να γίνει κάτι καλύτερο.

Βασικά η κοινοβουλευτική πλειοψηφία αμφιταλαντευόταν. Από τη μία πλευρά, ήθελε και δεν μπορούσε παρά να εναρμονισθεί με το πνεύμα των καιρών για την προστασία των δικαιωμάτων των πολιτών έναντι του κινδύνου της κρατικής αυθαιρεσίας, από την άλλη πλευρά δεν ήταν απαλλαγμένη από τις φοβίες της «βαθείας τομής» του 1963 για τη ροπή των πολιτών προς κατάχρηση των συνταγματικών τους ελευθεριών[4]. Αυτό προκύπτει ictu oculi από τις γενικές διατάξεις που εκφράζουν τον συνολικό προσανατολισμό του

Φ. Βεγλερής, Το Σύνταγμα του 1975 και οι τύχες του (1980), σε: *του ιδίου*, Άρθρα (1974 - 1981), 1982, σ. 135.

1 Βλ. σχετικά *A. Pantelis*, Les grands problèmes de la nouvelle Constitution hellénique, 1979, σ. 124 επ., σ. 134 επ., σ. 182 επ., *Ν. Παπαχρήστου*, Τα «συνταγματικά» εγχειρήματα της δικτατορίας και το συνταγματικό έργο της μεταπολίτευσης, 2001, ιδίως σ. 297 επ., *Χ. Κουρουνδή*, Το Σύνταγμα και η Αριστερά. Από τη «βαθεία τομή» του 1963 στο Σύνταγμα του 1975, 2018, σ. 201 επ., σ. 226 επ., σ. 273 - 412.

2 *Γ. Βλάχος*, Το Σύνταγμα της Ελλάδος (επίμετρο στο Σύνταγμα της Ελλάδος των Α. Σβώλου - Γ. Βλάχου), 1979, σ. 51 επ.

3 Βλ. το βιβλίο του, Κοινωνιολογία των δικαιωμάτων του ανθρώπου, 1979[2].

4 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Το πρόβλημα της λειτουργικής δέσμευσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων, 1993, σ. 68 επ. Βλ. και *Χ. Κουρουνδή*, Το Σύνταγμα και η Αριστερά, ό.π., σ. 273 επ. Για την αντίληψη των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην πρόταση αναθεώρησης του 1963 βλ. *Ν. Αλιβιζάτου*, Το Σύνταγμα και οι εχθροί του στη νεοελληνική ιστορία 1800-2010, σ. 375 επ.

συστήματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Έτσι, ενώ στα άρθρα 2 § 1, 5 § 1 και 25 § 1 Συντ. βρίσκει έκφραση μια φιλελεύθερη - προσωποκρατική αντίληψη των θεμελιωδών δικαιωμάτων που τα εκλαμβάνει ως ένα αξιολογικό prius σε σχέση με το Κράτος[5], ταυτοχρόνως στο άρθρο 25 §§ 2, 3 και 4 Συντ. φαίνεται να βρίσκει έκφραση μια λειτουργική αντίληψη των θεμελιωδών δικαιωμάτων –με άμεσο μάλιστα θετικό προσδιορισμό του σκοπού τους στο άρθρο 25 § 2 Συντ.– που τα προσδένει στην εξυπηρέτηση συλλογικών συμφερόντων όπως αυτά θα καθορίζονται από το Κράτος[6].

5 Βλ. *Γ. Βλάχου*, Το Σύνταγμα της Ελλάδος, ό.π., σ. 55 - 57. Η πηγή των άρθρων 2 § 1, 5 § 1 και 25 § 1 Συντ. ήταν τα άρθρα 1 και 2 του Θεμελιώδους Νόμου της Βόννης του 1949 και το άρθρο 2 του ιταλικού Συντάγματος του 1948. Η σύγκλιση του Συντάγματος του 1975 με την «περσοναλιστική» φιλοσοφία των δύο αυτών μεταπολεμικών Συνταγμάτων δεν έγινε στη βάση της αποδοχής του φυσικού δικαίου ή κάποιου συγκεκριμένου δόγματός του, αλλά είχε κυρίως πολιτικό χαρακτήρα, εξέφραζε δηλαδή την αντίθεση προς το προηγούμενο δικτατορικό καθεστώς. Άλλωστε, αυτή ήταν και κοινή πολιτική μήτρα των προαναφερόμενων άρθρων του δυτικογερμανικού και ιταλικού Συντάγματος, τα οποία ανεξάρτητα από τις ομοιότητες και τις διαφορές των ιδεολογικο-φιλοσοφικών τους ερεισμάτων (βλ. σχετικά την έρευνα του *Ed. Caterina*, Alle origine del personalismo della Legge Fondamentale: un viaggio nei dibattiti costituenti tedeschi nel dopoguerra (1946 - 1949), Diritto Pubblico, 2/2021, σ. 485 επ.), συνέκλιναν στην αρχή της προτεραιότητας των θεμελιωδών δικαιωμάτων έναντι του Κράτους, ως το ειδοποιό τους στοιχείο έναντι του ναζιστικού ή φασιστικού ολοκληρωτισμού. Πρβλ. και *Ν. Κανελλοπούλου-Μαλούχου*, Συνταγματική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, 2021, σ. 328 - 329, με αναφορά στην αναβίωση του φυσικού δικαίου στη μεταπολεμική Γερμανία.

6 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Το πρόβλημα της λειτουργικής δέσμευσης, ό.π., σ. 25 - 63. Βλ. ήδη προηγουμένως, *Αρ. Μάνεση*, Ατομικές ελευθερίες, 1978, σ. 84 - 85, ο οποίος επισημαίνει ότι μία τέτοια θεώρηση τείνει να αναιρεί τον ανταγωνιστικό χαρακτήρα των ατομικών ελευθεριών έναντι του Κράτους. Το ιδιαίτερο γνώρισμα του ελληνικού Συντάγματος είναι ότι περιλαμβάνει περισσότερες διατάξεις οι οποίες χωριστά ή σε συνδυασμό μεταξύ τους μπορούν να δώσουν το χρίσμα της νομιμότητας σε αυτήν την ερμηνευτική εκδοχή. Ειδικότερα, για το άρθρο 25 § 2 Συντ. ο Δημήτρης Τσάτσος αναρωτιόταν εύλογα τι νόημα έχει να «Σου θεσπίζω ελευθερίες και να ξέρεις ότι στις θεσπίζω για να τις χρησιμοποιήσεις προς πραγματοποίηση ενός συγκεκριμένου σκοπού, τον οποίο εγώ σου καθορίζω» (Εισήγηση επί του Κυβερνητικού Σχεδίου Συντάγματος 1975, 1976, σ. 20). Πρβλ. και την κριτική του *E.-W. Böckenförde* στην αντίληψη της ελευθερίας ως «Freiheit um zu» στην κλασική του μελέτη Fundamental Rights: Theory and Interpretation (1974), αγγλική μετάφραση, σε: *του ιδίου*, Constitutional and Political Theory, Selected Writings, επιμ. M. Künkler - T. Stein, 2017, σ. 281. Απερίφραστα εναντίον οποιασδήποτε τέτοιας αντίληψης των θεμελιωδών δικαιωμάτων ο *Ronald Dworkin*: «A right against the Government must be a right to do something even when the Majority would be worse to do it, and even when the Majority would be worse off for having it done. If we now say that society has a right to do whatever is in the general benefit, or the right to preserve

Πρόκειται για δύο διαφορετικές αντιλήψεις για τη φύση και τον χαρακτήρα των θεμελιωδών δικαιωμάτων που έχουν και διαφορετικές πρακτικές συνέπειες για την ερμηνεία τους και την ένταση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νομοθετικών περιορισμών τους[7].

Υπό την πρώτη εκδοχή, η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ειδικότερα εκείνων που διασφαλίζουν την ελευθερία των ατόμων αλλά και των ομάδων (άρθρο 25 § 1 Συντ.)[8] εναντίον του Κράτους, πρέπει να είναι η μέγιστη δυνατή. Τούτο σημαίνει την επεκτατική ερμηνεία των συνταγματικών εγγυήσεών τους (π.χ. του άρθρου 5 § 1 Συντ. ως πηγής νέων θεμελιωδών δικαιωμάτων) και τη συσταλτική ερμηνεία των συνταγματικών περιορισμών τους, εκτός εάν αφορούν την προστασία δικαιωμάτων των άλλων ή ενσωματώνουν τη διάσταση του γενικού συμφέροντος στην ίδια την εσωτερική δομή του δικαιώματος (βλ. π.χ. τους περιορισμούς χάριν του γενικού συμφέροντος ή της εθνικής οικονομίας που θεσπίζουν τα άρθρα 17 § 1 και 106 § 2 Συντ.). Επομένως, σε σχέση με τα προαναφερθέντα δικαιώματα, ο έλεγχος των επιλογών και των σταθμίσεων του κοινού νομοθέτη κατά τη νομοθετική εξειδίκευση των συνταγματικών τους περιορισμών ή τη θέσπιση περιορισμών τους βάσει επιφύλαξης του νόμου, πρέπει να είναι ιδιαίτερα αυστηρός.

Υπό τη δεύτερη εκδοχή, ο βαθμός συνταγματικής προστασίας όλων ανεξαρτήτως των θεμελιωδών δικαιωμάτων εξαρτάται από τη θετική ή τη μη αρνητική συμβολή τους στην εξυπηρέτηση των γενικών συμφερόντων του κοινωνικού συνόλου. Τούτο σημαίνει ότι κάθε νομοθετικός περιορισμός

whatever sort of environment the Majority wishes to live in, and we mean that these are the sort of rights that provide justification for overruling any rights against the Government that may conflict, then we have annihilated the latter rights» (Taking Rights Seriously, 1978², σ. 194).

7 Για το continuum μεταξύ θεωριών ή αντιλήψεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ερμηνειών των θεμελιωδών δικαιωμάτων και τρόπων ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων βλ. *R. H. Fallon Jr.*, The nature of constitutional rights. The invention and logic of strict judicial scrutiny, 2019, ιδίως την Εισαγωγή του, σ. 1 - 12 αλλά και passim.

8 Βλ. *Α. Μανιτάκη*, Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων κατά το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος, 1981, σ. 233 επ., σ. 245 - 246, σ. 255 επ.

τους χάριν των συμφερόντων αυτών, τα οποία μάλιστα δεν χρειάζεται καν να αποτελούν ρητώς κατοχυρωμένα συνταγματικά αγαθά, είναι επιτρεπτός, εκτός εάν βρίσκεται σε μια στοιχειώδη λογική σχέση με τη διαφύλαξή τους. Την αντίληψη αυτή εξέφρασε με χαρακτηριστικό τρόπο η νομολογία της δεκαετίας του 1980 για την ελευθερία των συλλογικών διαπραγματεύσεων και το δικαίωμα της απεργίας, όταν κλήθηκε να εξετάσει τη συνταγματικότητα της νομοθετικής επιβολής ορίων στην αύξηση των αποδοχών των εργαζομένων στον δημόσιο και ιδιωτικό τομέα[9].

Το ενδεχόμενο υποταγής των δικαιωμάτων των ατόμων στα συμφέροντα ενός οργανικού «Όλου» με καταναγκασμό μάλιστα ακόμη και της συνείδησής τους άφηνε ανοικτό και το άρθρο 1 § 3 Συντ. με τη ρήτρα «και … υπέρ του Έθνους»[10] όπως και το άρθρο 16 § 2 Συντ. που ορίζει ως σκοπό της παιδείας

9 Η νομολογιακή αντίληψη του άρθρου 22 § 2 Συντ. αποτυπώνεται στην άποψη του *Β. Ρώτη*, Περιορισμός της παντοδυναμίας του νομοθέτη στα πλαίσια των διατάξεων του άρθρου 22 παρ. 2 του Συντάγματος, ΕΔΕΚΑ, Σύνταγμα και εργασιακές σχέσεις, 1987, σ. 193 ότι «η προστασία του θεσμού της συλλογικής αυτονομίας δε σημαίνει πάντως ότι αυτή αποτελεί τον πρωτεύοντα παράγοντα των εργασιακών σχέσεων. Δεν υπάρχει προδιαγεγραμμένη διαχωριστική γραμμή. Αυτή είναι αενάως μεταβλητή κατά τις υφιστάμενες κοινωνικές συνθήκες και απαιτήσεις του γενικότερου δημόσιου συμφέροντος … [και είναι επιτρεπτή η αφαίρεση από την ύλη των συλλογικών συμβάσεων εργασίας του θέματος των αποδοχών των μισθωτών] «αν λόγοι γενικότερου κοινωνικού συμφέροντος συνδεόμενοι με τη λειτουργία της εθνικής οικονομίας ή επιτακτικές ανάγκες της τελευταίας δικαιολογούν ή επιβάλλουν, κατά την εκτίμηση του νομοθέτη, την αποκλειστική από το νόμο ρύθμιση των αποδοχών ή την απαγόρευση χορήγησης οποιασδήποτε αύξησης στις αποδοχές …». Την περιστασιακή, έστω, εξάρτηση του άρθρου 22 § 2 Συντ. από την οικονομική συγκυρία στην περίπτωση δυσμενών οικονομικών εξελίξεων, είχε υποστηρίξει, με πιο σύνθετη επιχειρηματολογία, και ο *Ευ. Βενιζέλος*, Συνδικαλιστικές ελευθερίες και περιορισμοί κατά το άρθρο 106 Σ., ΕΔΚΑ, Σύνταγμα και εργασιακές σχέσεις, ό.π., σ. 42 επ. Κατά κάποιον τρόπο, το δικαίωμα του άρθρου 22 § 2 Συντ. ήταν ήδη σχεδόν «αποσυνταγματοποιημένο» και πριν από την οικονομική κρίση του 2010 (βλ. παρακάτω, υπό ΙΙΙ).

10 Για τη διατύπωση του άρθρου 1 § 3 Συντ. βλ. την κριτική του *Δ. Τσάτσου*, Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμος Β΄, 1993, σ. 62. Η αντιδιαστολή και η δυνητική αντιπαράθεση μεταξύ «λαού» και «έθνους» στο άρθρο 1 § 3 Συντ. (βλ. *Δ. Κυριαζή-Γουβέλη*, Η μορφή του Πολιτεύματος και τα θεμελιώδη δικαιώματα. Κριτικές παρατηρήσεις επί των άρθρων 1 - 27 του Σχεδίου Συντάγματος, ΤοΣ, 1975, σ. 275), προκαλούσε αρνητικούς συνειρμούς λόγω της διάκρισης μεταξύ «εθνικοφρόνων» και «μη εθνικοφρόνων» πολιτών κατά την περίοδο 1952 - 1967, κατά τη μεταπολίτευση όμως η χρήση της έννοιας του «έθνους» στο άρθρο 1 § 3 Συντ. απέκτησε πρακτική σημασία κυρίως ως επιχείρημα για την ολική ή μερική συνταγματοποίηση της αρχής του ius sanguinis όσον αφορά τον τρόπο κτήσης

την ανάπτυξη της «εθνικής και θρησκευτικής συνείδησης» των Ελλήνων[11].

Ο τρόπος με τον οποίο χρησιμοποιήθηκαν οι εν λόγω διατάξεις από το ΣτΕ στις αποφάσεις του για την κτήση της ελληνικής ιθαγένειας από τα παιδιά των μεταναστών (350/2011 Δ΄ Τμ., 460/2013 Ολ.)[12] και για τη διδασκαλία του μαθήματος των θρησκευτικών στα σχολεία (660/2018 Ολ., 1749/2019 Ολ.)[13],

της ελληνικής ιθαγένειας, μολονότι το άρθρο 4 § 3 εδ. α΄ Συντ. («Έλληνες πολίτες είναι όσοι έχουν τα προσόντα που ορίζει ο νόμος») αναθέτει όχι μόνο σε τεχνικό αλλά και σε πολιτικό επίπεδο τη ρύθμιση της ιθαγένειας στον κοινό νομοθέτη. Βλ. σχετικά *Κ. Χρυσόγονου*, Το «δίκαιο του αίματος» και η πολιτική συμμετοχή αλλοδαπών στην τοπική αυτοδιοίκηση. Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 350/2011, ΘΠΔΔ, 1/2011, σ. 103 επ. και *Δ. Χριστόπουλου*, Ποιος είναι Έλληνας πολίτης;, 2012, σ. 262 επ. Η άποψη του ΣτΕ (Ολ. 460/2013) ότι το ελληνικό Κράτος και η ελληνική κοινωνία «δεν είναι οργανισμοί ασπόνδυλοι και δημιουργήματα εφήμερα αλλά παριστούν διαχρονική ενότητα με ορισμένο πολιτιστικό υπόβαθρο, κοινότητα με σχετικώς σταθερά ήθη και έθιμα, κοινή γλώσσα με μακρά παράδοση, στοιχεία τα οποία μεταβιβάζονται από γενεά σε γενεά με τη βοήθεια μικρότερων κοινωνικών ομάδων (οικογένεια) και οργανωμένων κρατικών μονάδων (εκπαίδευση)» παραπέμπει σε μια βιο-πνευματική ιδέα του έθνους στην οποία κυριαρχεί ο φόβος της ανάμιξης των εθνών. Βλ. και παρακάτω την υποσημείωση 13.

11 Για την δυνητική αντινομία ανάμεσα στο άρθρο 16 § 2 Συντ. και την ελευθερία της συνείδησης και τους τρόπους επίλυσής της βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Το συνταγματικό δικαίωμα στην ελευθερία της συνείδησης, 1992, σ. 46 επ., σ. 52 - 53 και κυρίως *Γ. Σωτηρέλη*, Θρησκεία και Εκπαίδευση, 1983[3], σ. 213 επ., σ. 227 επ. και passim.

12 Με την απόφαση 460/2013 της Ολομέλειας του ΣτΕ κρίθηκε ως κατ' εξαίρεση επιτρεπτή η κτήση της ιθαγένειας βάσει της αρχής του jus soli αλλά υπό την προϋπόθεση να τεκμηριώνεται ο γνήσιος δεσμός του αλλοδαπού προς την ελληνική κοινωνία, δηλαδή την ύπαρξη ήδη διαμορφωμένης ελληνικής εθνικής συνείδησης. Για μια εξαντλητική παρουσίαση όλων των επιμέρους πτυχών της απόφασης και κριτικό σχολιασμό της βλ. *Δ. Ζακαλκά*, Η πρόσβαση των μεταναστών στην ελληνική ιθαγένεια και το στοίχημα της πραγματικής ένταξης, 2016, σ. 204 επ.

13 Με τις αποφάσεις 660/2018 και 1749/2019 της Ολομέλειας του ΣτΕ η έννοια της «ανάπτυξης της … θρησκευτικής συνείδησης» στο άρθρο 16 § 2 Συντ. ταυτίστηκε με την εμπέδωση της ορθόδοξης χριστιανικής συνείδησης και για τον λόγο αυτόν κρίθηκαν ως αντισυνταγματικά τα προγράμματα σπουδών για το μάθημα των θρησκευτικών στα σχολεία, επειδή δηλαδή δεν είχαν τον χαρακτήρα κατήχησης στο ορθόδοξο δόγμα. Το ενδεχόμενο να μην ανήκει στην αρμοδιότητα ενός δημοκρατικού-πλουραλιστικού Κράτους η επέμβαση δια μέσου του δημοσίου σχολείου στην σφαίρα του προσανατολισμού της ελευθερίας της συνείδησης των μαθητών δεν απασχολεί το ΣτΕ ούτε τον *Σ. Ρίζο*, ο οποίος στη μελέτη του Η ανάπτυξη της θρησκευτικής συνειδήσεως των Ελλήνων ως μέρος της εκπαιδεύσεως (άρθρο 16 παρ. 2 Συντ.), ΘΠΔΔ, 11/2018, σ. 977 επ. εισήγαγε την καινοφανή έννοια του «συστήματος των θρησκευτικών διατάξεων του Συντάγματος» (ό.π., σ. 978), το οποίο υπάρχει από μόνο του, και δεν επηρεάζεται από τις θεμελιώδεις αρχές του Συντάγματος, δηλαδή ένα είδος «Θρησκευτικού Συντάγματος» μέσα στο Σύνταγμα (βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Η σχολική θρησκευτική εκπαίδευση, Πρώτο Θέμα, 26.12.2019). Για έναν κριτικό σχολιασμό των

επιβεβαίωσε τις ανησυχίες των επικριτών τους για τον κίνδυνο να προκύψουν από αυτές ή σε συνδυασμό με αυτές ιδεολογικά πολωμένες ερμηνείες του Συντάγματος που προκαλούν αποκλεισμούς και διακρίσεις[14].

Ένα πνεύμα δυσπιστίας προς τον τύπο υφήρπε συνολικά στο μακροσκελές άρθρο 14 Συντ. το οποίο δεν διέφερε ουσιωδώς από το αντίστοιχο άρθρο 14 του Συντάγματος του 1952[15]. Μάλιστα, στο πρώτο (μη οριστικό και τροποποιηθέν στη συνέχεια) κυβερνητικό σχέδιο Συντάγματος της 23.12.1974, η συνταγματική εγγύηση της ελευθερίας του τύπου συνοδευόταν από ένα είδος προειδοποίησης προς τους φορείς του ότι ο τύπος «επιτελεί κοινωνικήν αποστολήν», μια έννοια που άνοιγε τον δρόμο στη συνταγματική διάκριση μεταξύ «ποιοτικού» και «μη ποιοτικού» τύπου[16]. Εκείνη την εποχή, δηλαδή στα μέσα της δεκαετίας του 1970, ήταν γνωστή και κατοχυρωμένη σε διεθνή νομικά κείμενα η έννοια της ελευθερίας της πληροφόρησης, νοούμενη ως προέκταση της ελευθερίας του τύπου που καλύπτει και τα ραδιοτηλεοπτικά μέσα[17]. Αλλά το Σύνταγμα του 1975 έμεινε

αποφάσεων αυτών βλ. *Λ. Παπαδόπουλου*, Θρησκευτική εκπαίδευση στα σχολεία –μια συνολική αποτίμηση, ΤοΣ, 1-2/2020, σ. 866 επ., *Μ. Πικραμένου*, Το μάθημα των Θρησκευτικών σε μια σύγχρονη φιλελεύθερη δημοκρατία, ΤοΣ, 1-2/2020, σ. 439 επ., *Χ. Κουρουνδή*, Θρησκευτική ελευθερία και δικαστική ιδεολογία: οι περιπέτειες της διδασκαλίας του μαθήματος των θρησκευτικών στο Συμβούλιο της Επικρατείας, ΤοΣ, 1-2/2020, σ. 513 επ. Πρβλ. και την κριτική του *Γ. Δρόσου*, Η ιδεολογία ως νομολογία στο παράδειγμα της απόφασης ΣτΕ 660/2018, σε: Τιμητικό Τόμο για τον Αντώνη Μανιτάκη, 2019, σ. 565 επ., ο οποίος, όμως, θεωρεί ότι και η μειοψηφήσασα γνώμη στη ΣτΕ 660/2018 είχε (αντίστροφες) ιδεολογικές προκαταλήψεις.

14 Ειδικότερα για το άρθρο 16 § 2 Συντ. βλ. και *Γ. Βλάχου*, Το Σύνταγμα της Ελλάδος, σ. 86 - 87, ο οποίος υπέδειξε για την επίλυση της ιδεολογικής σύγκρουσης μεταξύ του άρθρου αυτού και του άρθρου 5 § 1 Συντ. την επιλογή που επιβάλλει «ο εν γένει φιλελεύθερος και προσωποκρατικός προσανατολισμός του νέου Συντάγματος».

15 Βλ. *Π. Δαγτόγλου*, Τύπος και Σύνταγμα, 1989, σ. 37 επ., όπου και η παρατήρηση ότι το «ισχύον σύνταγμα του 1975, αν και δεν συντάχθηκε την επομένη του εμφυλίου πολέμου, διατήρησε βασικά την δύσπιστη και περιοριστική διατύπωση του άρθρου 14 του συντάγματος του 1952».

16 Βλ. *Π. Δαγτόγλου*, ό.π., σ. 32 - 33. Βλ. σχετικά με αναφορά και στις προπαρασκευαστικές εργασίες του άρθρου 14 Συντ. *Χ. Ανθόπουλου*, Η αυτορρύθμιση των μέσων πληροφόρησης, ΤοΣ, 3-4/1999, σ. 459 - 461.

17 Βλ. *D. Barrelet*, La liberté de l'information, 1972, σ. 47: «cette liberté s'applique a tous le moyens d'expression, en particulier à la presse, à la radio, à la télévision, et au cinéma».

προσκολλημένο στην αναχρονιστική διάταξη του άρθρου 15 § 1 Συντ. που εξαιρεί τη ραδιοτηλεόραση από τις προστατευτικές διατάξεις για τον τύπο, συμπεριλαμβανομένης και της διάταξης του άρθρου 14 § 2 Συντ. για την απαγόρευση της λογοκρισίας[18]. Η υπαγωγή δε της ραδιοτηλεόρασης στον «άμεσο έλεγχο του Κράτους» (άρθρο 15 § 2 Συντ.) δεν άφηνε πολλά περιθώρια για την αμφισβήτηση της συνταγματικότητας του κρατικού ραδιοτηλεοπτικού μονοπωλίου ακόμη και όταν η τεχνολογική εξέλιξη θα το καθιστούσε αδικαιολόγητο[19].

Καμία βελτίωση δεν υπήρξε στη ρύθμιση της ελευθερίας του συνεταιρίζεσθαι (άρθρο 12 § 1 Συντ.), η οποία όπως και στο Σύνταγμα του 1952 υπόκειται σε γενική επιφύλαξη του νόμου, που αποτελεί την πιο εξασθενημένη μορφή συνταγματικής εγγύησής της απέναντι στον κοινό νομοθέτη και τον δικαστή[20], ενώ λιγότερο φιλελεύθερη ακόμη και σε σύγκριση

18 Για την ιστορική καταγωγή της διάταξης αυτής βλ. *Ν. Αλιβιζάτου*, Κράτος και Ραδιοτηλεόραση. Ο ιδιότυπος κρατικός έλεγχος του άρθρου 15 παρ. 2 του συντάγματος και η δύσκολη θεσμοθέτησή του, σε: Σύμμεικτα προς τιμήν Φαίδωνος Θ. Βεγλερή, ΙΙ, 1988. Για τις παλινδρομήσεις του αναθεωρητικού νομοθέτη του 2001, ο οποίος τελικά δεν επέμεινε στην αρχική του πρόθεση για κατάργηση του άρθρου 15 § 1 Συντ. βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Ραδιοτηλεόραση και συνταγματική αναθεώρηση, ΔτΑ, 10/2001, σ. 390. Εκείνη την εποχή υπήρχε όμως ένα διάχυτο κλίμα δυσπιστίας απέναντι σε μια έστω secundum quid συνταγματική κατοχύρωση της ελευθερίας της ραδιοτηλεόρασης –αφού θα παρέμενε η ειδική ρύθμιση του άρθρου 15 § 2 Συντ.– και αυτό φαίνεται ότι επηρέασε και τον αναθεωρητικό νομοθέτη. Στο πνεύμα αυτό βλ., για παράδειγμα, *Α. Μανιτάκη*, Κριτική θεώρηση της πρότασης αναθεώρησης του άρθρου 15 Σ, ΤοΣ, 6/2020, σ. 1019 επ.

19 Βλ., όμως, τη μειοψηφία Δεκλερή στην απόφαση 5040/1987 της Ολομέλειας του ΣτΕ, ιδιαίτερα σημαντική και από θεωρητικο-συνταγματική άποψη. Σχετικά, βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Κρατικό ραδιοτηλεοπτικό μονοπώλιο, μέθοδοι ερμηνείας και θεωρίες του Συντάγματος, σε: Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας. 75 χρόνια, 2004, σ. 113 επ.

20 Σύγκρινε, για παράδειγμα, τη ρύθμιση του άρθρου 18 του ιταλικού Συντάγματος, όπου η ελευθερία του συνεταιρίζεσθαι προστατεύεται με ειδική ή «ενισχυμένη» επιφύλαξη του νόμου: «Οι πολίτες έχουν δικαίωμα να συνενώνονται ελεύθερα, χωρίς άδεια, για σκοπούς που δεν απαγορεύονται στα άτομα από τον ποινικό νόμο». Η διατύπωση αυτή αποτελεί ένα έξοχο δείγμα συνταγματικού εγγυητισμού. Βλ. σχετικά τη μονογραφία του *P. Ridola*, Democrazia pluralista e libertá associative, 1987, ιδίως σ. 215 - 216, όπου και η παρατήρηση ότι η συγκεκριμένη ειδική επιφύλαξη του νόμου εγγυάται τον «αντιλειτουργικό» χαρακτήρα της ελευθερίας του συνεταιρίζεσθαι. Μια παρόμοια ερμηνεία του άρθρου 12 § 1 Συντ. πρότεινε και ο *Ευ. Βενιζέλος*, Η δημοκρατική αρχή και οι θεμιτοί περιορισμοί του δικαιώματος του συνεταιρίζεσθαι, Δίκαιο και Πολιτική, 5/1983, σ. 297 επ., σ. 300, αλλά η ρήτρα «τηρώντας τους νόμους» δεν φαίνεται ότι μπορεί να περιοριστεί μόνο στην τή-

με το Σύνταγμα του 1952 (άρθρο 10) είναι η ρύθμιση της ελευθερίας του συνέρχεσθαι, κατά το μέρος που επιτρέπει τη γενική απαγόρευση δημόσιων υπαίθριων συναθροίσεων αν εξαιτίας τους επίκειται σοβαρός κίνδυνος για τη δημόσια ασφάλεια (άρθρο 11 § 2 Συντ.)[21]. Αμφιβολίες και κριτική είχε προκαλέσει και η ρήτρα του άρθρου 29 § 1 Συντ. ότι η «οργάνωση και δράση των πολιτικών κομμάτων οφείλει να εξυπηρετεί την ελεύθερη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος», η οποία προς στιγμήν αποσύρθηκε αλλά τελικά επανήλθε στο συνταγματικό κείμενο. Έτσι, το άρθρο 29 § 1 Συντ. δεν περιορίστηκε απλώς στη συνταγματοποίηση των πολιτικών κομμάτων αλλά θέσπισε και κριτήρια για τη συνταγματικότητά τους. Όπως είχα την ευκαιρία να επισημάνω σε μια άλλη μελέτη μου, το άρθρο 29 § 1 Συντ. δεν είναι ένα «κελσενιανό» άρθρο που αφήνει ανυπεράσπιστη τη δημοκρατία απέναντι στα αντιδημοκρατικά πολιτικά κόμματα[22], αλλά εκείνη την εποχή, με νωπές

ρηση των άρθρων 78 - 81 ΑΚ και των ποινικών νόμων (πρβλ. και το άρθρο 105 § 3 ΑΚ). Πάντως, δεν την αντιλαμβάνεται με τον τρόπο αυτόν η νομολογία, η οποία έχει δώσει δείγματα ερμηνείας της ρήτρας αυτής που περιορίζουν την ελευθερία επιλογής των σκοπών του σωματείου με βάση τις «αντιλήψεις του κοινού ή έστω του συντακτικού νομοθέτη». Βλ. *Κ. Χρυσόγονου/Σπ. Βλαχόπουλου*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2017[4], σ. 534. Για τη συζήτηση αυτή βλ. *Σ. Ορφανουδάκη*, Η ελευθερία της συνένωσης, 1996, σ. 190 επ.

21 Αν δεν ξεπεράσουμε τα γραμματικά όρια του άρθρου 11 § 2 Συντ., δεν νομίζω ότι μπορούμε να οδηγηθούμε σε άλλο συμπέρασμα. «Γενικά» στο άρθρο 11 § 2 Συντ. σημαίνει δυνατότητα γενικής απαγόρευσης των δημόσιων υπαίθριων συναθροίσεων, δηλαδή ασυνδέτως προς συγκεκριμένη και επικείμενη συνάθροιση, κατ' ορθή ερμηνεία μόνον όμως για ορισμένη χρονική περίοδο. Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Η γενική απαγόρευση των υπαίθριων συναθροίσεων, σε: <www.constitutionalism.gr>, 17.11.2020. Πρβλ. *Χ. Τσιλιώτη*, Συνταγματικά ζητήματα του ν. 4703/2020 για τις δημόσιες υπαίθριες συναθροίσεις και η μη εφαρμογή του στην περίπτωση της επετείου του Πολυτεχνείου, ΕφημΔΔ, 5/2020, σ. 559 - 561. Σε μια προγενέστερη διατύπωση του άρθρου 11 § 2 Συντ. αντί της λέξης «γενικώς» υπήρχε η λέξη «ειδικώς». Βλ. *Π. Τσίρη*, Η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος της συνάθροισης, 1988, σ. 59 - 60. Ο *Κ. Χρυσόγονος*, Η νομοθεσία για το δικαίωμα της συνάθροισης και το άρθρο 11 του Συντάγματος στην εποχή της πανδημίας, ΕφημΔΔ, 5/2021, σ. 609 - 610, θεωρεί ότι το «γενικά» του άρθρου 11 § 2 Συντ. δεν παύει να αφορά συγκεκριμένη συνάθροιση που έχει ήδη εξαγγελθεί, διότι αλλιώς βρισκόμαστε στο πεδίο του άρθρου 48 Συντ. Έτσι και η *Α. Τσιφτσόγλου*, Άρθρο 11 σε: Φ. Σπυρόπουλου/Ξ. Κοντιάδη/Χ. Ανθόπουλου/Γ. Γεραπετρίτη, Σύνταγμα. Κατ' άρθρο ερμηνεία, 2017, σ. 261 - 262.

22 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Πολιτικά κόμματα και Δημοκρατία. Στοιχεία για μια επανερμηνεία του άρθρου 29 § 1 Συντ., ΕφημΔΔ, 2/2015, σ. 157 επ., όπου και αναφορά στον διάλογο μεταξύ των Κωνσταντίνου Τσάτσου και Αθανασίου Κανελλόπουλου κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες του άρθρου

τις μνήμες των πολιτικών διακρίσεων του «Κράτους των εθνικοφρόνων», κυριαρχούσε η αντίληψη για έναν πολιτικό πλουραλισμό laissez-faire[23].

Όσον αφορά τα κοινωνικά δικαιώματα και ειδικότερα εκείνα που έχουν ως αντικείμενο παροχές του Κράτους, η διατύπωση των σχετικών διατάξεων δημιουργούσε αμφιβολίες για τη δυνατότητα έγερσης αγώγιμων αξιώσεων μόνον επί τη βάσει αυτών[24]. Αλλά έστω και ως θετικοί κανόνες αρμοδιότητας για τον κοινό νομοθέτη σε συνδυασμό και με τα ευρέα περιθώρια επέμβασης στην οικονομικοκοινωνική ζωή που άφηνε το άρθρο 106 Συντ., οι διατάξεις αυτές νομιμοποίησαν την άσκηση προωθημένης κοινωνικής πολιτικής κατά τη δεκαετία του 1980 (π.χ. δημιουργία του ΕΣΥ, το οποίο πλέον αποτελεί έναν συνταγματικό θεσμό, δηλαδή δεν μπορεί να

29 § 1 (ό.π., σ. 169 - 172), με αφορμή την ανένδοτη –έως και αυτοκαταστροφική– υπεράσπιση των ιδεωδών της «ανεκτικής δημοκρατίας» από τον Hans Kelsen, ακόμη και όταν ήταν επί θύραις η καταστροφή της Βαϊμάρης (βλ. *H. Kelsen*, Verteidung der Demokratie, σε: Blätter der Staatspartei, Jahrgang 2, Heft 3/4, 1932, σ. 90 - 98). Βλ. όμως και την κριτική στην πρότασή μου για μια «επανερμηνεία» του άρθρου 29 § 1 Συντ., από τον *Γ. Τασόπουλο*, στη μελέτη του Η δημοκρατία αντιμέτωπη με τους εχθρούς της. Η ωριμότητα του ελληνικού συνταγματισμού, ΘΠΔΔ, 12/2020, σ. 30 επ. Για την ανοιχτή αυτή συζήτηση βλ. *C. Yannakopoulos*, L'interdiction des partis dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: le cas de l'Aube dorée, σε: V. Poirmeur, επιμ., La régulation des partis politiques, 2019, σ. 53 επ., *Γ. Σωτηρέλη*, Αναζητώντας τις άμυνες της δημοκρατίας απέναντι στους εχθρούς της, σε: <www.constitutionalism.gr > (2013). *Σπ. Βλαχόπουλου*, Το ν.δ. 59/1074 περί συστάσεως και επαναλειτουργίας των πολιτικών κομμάτων, ΕφημΔΔ, 6/2014, σ. 751 επ.

23 Στο πεδίο της ερμηνείας του άρθρου 29 § 1 Συντ. η άποψη αυτή κατοχυρώθηκε θεωρητικά με τη μονογραφία του *Γ. Δρόσου*, Η νομική θέση των πολιτικών κομμάτων στην Ελλάδα, 1982, σ. 183 επ., σ. 203 επ.

24 Βλ. *Γ. Βλάχου*, Το Σύνταγμα της Ελλάδος, ό.π., σ. 65, ο οποίος κάνει λόγο για «τετριμμένη ορολογία πατερναλιστικής αποκλίσεως» που εμφανίζει τις κοινωνικές διατάξεις του Συντάγματος «ως μονομερείς παροχές του κράτους» Βλ., όμως, *Κ. Μαυριά*, Τα κοινωνικά δικαιώματα στο Σύνταγμα του 1975, σε: Ένωση Ελλήνων Συνταγματολόγων, Οι συνταγματικές ελευθερίες στην πράξη, 1986, σ. 194 - 195, ο οποίος θεωρεί νομικά σημαντική την αναγραφή κοινωνικών δικαιωμάτων στο Σύνταγμα, αυτήν καθ' εαυτήν, ανεξαρτήτως ορολογίας. Για την ελληνική και διεθνή εμπειρία της συνταγματικής θετικοποίησης των κοινωνικών δικαιωμάτων βλ. *Ξ. Κοντιάδη*, Κράτος Πρόνοιας και κοινωνικά δικαιώματα, 1998, σ. 404 επ. Για το σύστημα του ελληνικού Συντάγματος βλ. πρόσφατα και τη μελέτη της *Λ. Παπαδοπούλου*, Η κανονιστικότητα και εκδικασιμότητα των κοινωνικών δικαιωμάτων, και ταυτόχρονα μία συνηγορία υπέρ του status mixtus των δικαιωμάτων, ΤοΣ, 3-4/2020, σ. 956 επ.

καταργηθεί)[25] και αξιοποιήθηκαν από τη νομολογία για τη δικαιολόγηση της συνταγματικότητας νομοθετικών κοινωνικών περιορισμών των οικονομικών δικαιωμάτων. Σταδιακά δε, άρχισαν να χρησιμοποιούνται και για τη νομολογιακή αναγνώριση extra legem επιμέρους κοινωνικών ή θεσμικών παροχών αλλά και για την προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων contra legem στο πλαίσιο του ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων, σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας[26]. Θα μπορούσε μάλιστα να πει κανείς ότι η χρήση από τη νομολογία των διατάξεων του Συντάγματος που θεσπίζουν δημόσια καθήκοντα μέριμνας και παροχής υποσκέλισε τους δισταγμούς των συνταγματικών διατυπώσεών τους και των προθέσεων του συντακτικού νομοθέτη του 1975, ο οποίος θεωρούσε ότι τα παροχικά κοινωνικά δικαιώματα συνδέονται εξ ορισμού με τις οικονομικές δυνατότητες του Κράτους για την πραγματοποίησή τους[27].

25 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Η προστασία της υγείας ως θεμελιώδες κοινωνικό δικαίωμα, σε: *του ιδίου*, Νέες διαστάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων, 2001, σ. 208 επ., σ. 215 επ. Βλ. σχετικά και το άρθρο μου «Το ΕΣΥ ως συνταγματικός θεσμός», <syntagmawatch.gr>, 11.5.2020.

26 Η αναγνώριση παροχών extra legem γίνεται είτε με την επεκτατική εφαρμογή της αρχής της ισότητας είτε με τη διεύρυνση του αντικειμένου ενός κοινωνικού δικαιώματος (π.χ. για κάλυψη από τους φορείς κοινωνικής ασφάλισης δαπανών για απαραίτητες υπηρεσίες υγείας που δεν μπορούν να προσφέρουν συμβεβλημένα θεραπευτήρια). Βλ. *Σπ. Βλαχόπουλου*, Η συνταγματική προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων, πέρα από τις περικοπές των μισθών και των συντάξεων, στην εποχή της οικονομικής κρίσης, ΔιΔικ, 5/2019, σ. 705 επ. Η προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων contra legem γίνεται με τη μη εφαρμογή διάταξης τυπικού νόμου που κρίνεται αντισυνταγματική ή με την ακύρωση για τον ίδιο λόγο μιας κανονιστικής διοικητικής πράξης, οπότε αναβιώνει και στις δύο αυτές περιπτώσεις το προγενέστερο ευνοϊκό καθεστώς. Η λειτουργία των κοινωνικών δικαιωμάτων ως παραμέτρων του ελέγχου συνταγματικότητας αποτελεί πλέον ένα σταθερό στοιχείο της ελληνικής νομολογίας (βλ. *Β. Μπουκουβάλα*, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των κοινωνικών δικαιωμάτων, ΔιΔικ, 5/2019, σ. 727 επ.) και έχει συμβάλει και στην ανανέωση της συνταγματικής θεωρίας των κοινωνικών δικαιωμάτων. Βλ. *Ξ. Κοντιάδη/Α. Φωτιάδου*, Η ανθεκτικότητα του Συντάγματος, 2016, σ. 143 επ., *Λ. Παπαδοπούλου*, Η κανονιστικότητα, ό.π., σ. 929 επ., *Ιφ. Καμτσίδου*, Η «επικλησιμότητα» των κοινωνικών δικαιωμάτων και η τριπλή υποχρέωση του Κράτους για την προστασία τους, ΔιΔικ, 5/2019, σ. 710 επ. Βλ. πρόσφατα και *Ν. Κανελλόπουλου-Μαλούχου*, Συνταγματική θεωρία, ό.π., σ. 340 επ.

27 Βλ. *Απ. Παπακωνσταντίνου*, Το κοινωνικό δικαίωμα στην υγεία, 2005, σ. 53, ο οποίος παρατηρεί ειδικότερα για το δικαίωμα στην υγεία ότι το «σημαντικότερο … στοιχείο που προκύπτει από τις προπαρασκευαστικές εργασίες του Συντάγματος του 1975 είναι η σύνδεση του δικαιώματος αυτού με τις οικονομικές δυνατότητες του κράτους». Μολονότι η συζήτηση για τα άλλα κοινωνικά

Η συνταγματοποίηση των κοινωνικών δικαιωμάτων αποτελούσε καινοτομία σε σχέση με το Σύνταγμα του 1952 το οποίο δεν περιείχε διατάξεις κοινωνικοπολιτικής φύσης. Καινούργιο στοιχείο ήταν και η ειδική συνταγματική κατοχύρωση των συνδικαλιστικών ελευθεριών (άρθρα 22 - 23 Συντ.)[28] η οποία, όμως, συνάντησε την επιφυλακτικότητα, αν όχι την εχθρότητα, της νομολογίας απέναντι στο δικαίωμα της απεργίας και το δικαίωμα της συλλογικής διαπραγμάτευσης[29]. Πρωτοποριακό ακόμη και για τα ευρωπαϊκά δεδομένα ήταν το άρθρο 9 § 1 εδ. β΄ Συντ. που κατοχύρωσε το δικαίωμα του ιδιωτικού βίου[30] και το ίδιο ισχύει και για το άρθρο 24 § 1 Συντ. που καθιέρωσε υποχρέωση του Κράτους για προστασία του περιβάλλοντος[31]. Βελτιώσεις σε σχέση με το Σύνταγμα του 1975 υπήρξαν και σε άλλα θέματα, π.χ. στα ζητήματα της ακαδημαϊκής ελευθερίας με την κατοχύρωση της «πλήρους» αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ[32].

δικαιώματα ήταν πιο περιορισμένη, η εξάρτησή τους από την οικονομική κατάσταση του Κράτους ήταν μια βασική παραδοχή της κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας και το στοιχείο αυτό αποτυπώθηκε και στον τρόπο της διατύπωσής τους.

28 Βλ. *Γ. Κουκιάδη*, Οι συνδικαλιστικές ελευθερίες και ο νομοθέτης, σε: Οι συνταγματικές ελευθερίες στην πράξη, ό.π., σ. 201 επ.

29 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Το πρόβλημα της λειτουργικής δέσμευσης, ό.π., σ. 243 επ.

30 Βλ. *Κ. Μαυριά*, Το συνταγματικό δικαίωμα ιδιωτικού βίου, 1981.

31 Βλ. *Γλ. Σιούτη*, Η συνταγματική κατοχύρωση της προστασίας του περιβάλλοντος, 1985. Για την εξέλιξη της συνταγματικής προστασίας του περιβάλλοντος στην Ελλάδα με αναφορά και στο αναθεωρημένο άρθρο 24 § 1 Συντ. το οποίο κατοχυρώνει την προστασία του περιβάλλοντος και ως ατομικό δικαίωμα βλ. *C. Yannakopoulos,* Constitution et environnement, Rapport national (Grèce) à la XXXVe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, 6-7.9.2019, Annuaire international de justice constitutionnelle, 2020, σ. 333 επ.

32 Βλ. *Αρ. Μάνεση*, Η συνταγματική προστασία της ακαδημαϊκής ελευθερίας, 1977, σ. 36 - 37, όπου και η κλασική διατύπωση ότι «πλήρης αυτοδιοίκηση» σημαίνει «ανάδειξη των οργάνων που διοικούν τα ΑΕΙ μόνον από όσους τα απαρτίζουν … αλλά και από όλους όσοι τα απαρτίζουν». Βλ. και *Ευ. Βενιζέλου*, Ο «νόμος-πλαίσιο» για τα Α.Ε.Ι. Ο κοινός νομοθέτης και το άρθρο 16 του Συντάγματος, σε: του ιδίου, Συνταγματικές Μελέτες, 1980 - 1987, 1987, σ. 293 επ. Βλ. επίσης *Χ. Ανθόπουλου*, Η συνταγματική αρχή της πλήρους αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ και η αναδιοργάνωση της πανεπιστημιακής διοίκησης, ΕφημΔΔ, 3/2012, σ. 304 επ. Η αρχή της αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ βρήκε την κατοχύρωσή της στο maximum επίπεδο με τον ν. 1268/1982. Ο ν. 4009/2011 στην αρχική του μορφή ερχόταν σε μετωπική σύγκρουση όχι μόνο με την ερμηνεία του άρθρου 16 § 5 εδ. α΄ Συντ. από τον ν. 1268/1982 αλλά και με το ίδιο το άρθρο αυτό (π.χ. επιλογή του Κοσμήτορα από το Συμβούλιο Διοίκησης, κάτι που προβλεπόταν στο κυβερνητικό νομοσχέδιο ακόμα και για

Όμως, αυτές ή και άλλες θετικές πλευρές του συστήματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο Σύνταγμα του 1975 δεν αναιρούσαν το κύριο προβληματικό του στοιχείο, δηλαδή την απροσδιοριστία της σχέσης μεταξύ των δικαιωμάτων των ατόμων και των ομάδων και των δημοσίων συμφερόντων, η οποία στην πράξη άφηνε ευρύτατα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας στον κοινό νομοθέτη για τη ρύθμιση των ορίων της άσκησης των θεμελιωδών δικαιωμάτων[33]. Και με δεδομένη τη γνωστή από το παρελθόν τάση των ελληνικών δικαστηρίων να επιμένουν «εις την παλαιάν αντίληψιν της παντοδυναμίας του νομοθέτη …»[34], ήταν δικαιολογημένη η κριτική ότι το Σύνταγμα του 1975 όφειλε να προσδιορίσει με μεγαλύτερη σαφήνεια

τον Πρύτανη), αλλά οι πιο μακροσκοπικές αντισυνταγματικότητές του διορθώθηκαν με τον μεταγενέστερο ν. 4076/2012 (βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, ό.π., σ. 315 επ.), εν όψει του οποίου κρίθηκε τελικά ως συνταγματικό από το ΣτΕ το νέο σύστημα εσωτερικής πανεπιστημιακής διακυβέρνησης (βλ. ΟλΣτΕ 519/2015 και *Κ. Χρυσόγονου/Σπ. Βλαχόπουλου*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2017, σ. 385).

33 Η συνταγματική απροσδιοριστία της σχέσης μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων και δημοσίων συμφερόντων υποβοήθησε την υπερτροφική και κρατοκεντρική χρήση της έννοιας του γενικού συμφέροντος από τη νομολογία, η οποία όπως έδειξε ο *Ευ. Βενιζέλος* στη μονογραφία του, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, 1990, οδήγησε σε έναν συνεχή πολλαπλασιασμό των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων και σε μια συσταλτική χρήση της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ιδίως, σ. 193 επ.), και μάλιστα σε μια περίοδο (1975 - 1990) συνταγματικής κανονικότητας. Η ανταγωνιστικότητα των θεμελιωδών δικαιωμάτων έναντι του γενικού συμφέροντος αναπόφευκτα υποχωρεί κατά την περίοδο καταστάσεων ανάγκης. Βλ. *Απ. Γέροντα*, Το Μνημόνιο και η δικαιοπαραγωγική διαδικασία, ΕφημΔΔ, 5/2010, σ. 705 επ., σ. 723 επ. Έτσι, για παράδειγμα, υπό συνθήκες οικονομικής κρίσης, ακόμα και το απλό ταμειακό συμφέρον του Δημοσίου μπορεί να εντοιχισθεί στο Σύνταγμα υπό τη μορφή γενικού συμφέροντος που αφορά την προστασία της εθνικής οικονομίας στο σύνολό της (βλ. ΑΕΔ 25/2012). Αυτή η «προσαρμοστική» νομολογία, η οποία δικαιολογείται μόνο από τις εξαιρετικές περιστάσεις της οικονομικής κρίσης, προκάλεσε, παρά ταύτα, την κριτική της θεωρίας. Βλ. με επιμέρους διαφοροποιήσεις *Π. Παυλόπουλου*, Το Δημόσιο Δίκαιο στον αστερισμό της οικονομικής κρίσης, 2014, σ. 294 επ., *Κ. Γιαννακόπουλου*, Το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης, ΕφημΔΔ, 1/2012, σ. 100 επ., *Ι. Μαθιουδάκη,* Μετασχηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης, ΕφημΔΔ, 4/2011, σ. 478 επ., *Γ. Ζώη*, Το «γενικό συμφέρον» και το «δημόσιο συμφέρον»: ιστορική διαδρομή και σημερινή λειτουργία της έννοιας, ΤοΣ, 1/2017, σ. 109 επ.

34 Βλ. *Π. Δαγτόγλου*, Η συνταγματική εξέλιξις από της εισαγωγής του ισχύοντος Συντάγματος μέχρι του θανάτου του Βασιλέως Παύλου (1952 - 1964) (1966), σε: *του ιδίου*, Νομικά Ανάλεκτα, 2006, σ. 363.

τα συνταγματικά όρια της νομοθετικής εξουσίας απέναντι στις ατομικές ελευθερίας των πολιτών[35].

Η αλήθεια είναι βέβαια ότι η συνταγματική πραγματικότητα των θεμελιωδών δικαιωμάτων κατά τη δεκαετία 1975 - 1985 αποδείχθηκε τελικά καλύτερη, από την άποψη της έκτασης της προστασίας τους, από το ίδιο το γράμμα του Συντάγματος[36]. Και τούτο, κυρίως, επειδή ο κοινός νομοθέτης δεν μπορούσε ή δεν ήθελε να αξιοποιήσει τις δυνατότητες που του παρείχε σειρά ολόκληρη άρθρων του Συντάγματος για τη θέσπιση αυστηρότερων περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων, π.χ. με την επίκληση της αρχής της απαγόρευσης κατάχρησης δικαιώματος κατά το άρθρο 25 § 3 Συντ. ή για τη διεύρυνση των κρατικών εξουσιών, π.χ. με την επιβολή πρόσθετων δημοσίων καθηκόντων στους πολίτες κατ' εφαρμογήν της αρχής της αλληλεγγύης κατά το άρθρο 25 § 4 Συντ.[37]. Ενώ, αντίθετα, ιδίως κατά την περίοδο 1981 - 1985, η κοινή νομοθεσία, πολύ περισσότερο από τη νομολογία, και σε συνέργεια με τη θεωρία, αποτέλεσε τον βασικό παράγοντα για την προώθηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ελλάδα (ν. 1264/1982 για τις συνδικαλιστικές ελευθερίες, ν. 1268/1982 για τον εκδημοκρατισμό των ΑΕΙ, ν. 1329/1983 για τη μεταρρύθμιση του οικογενειακού δικαίου, ν. 1397/1983 για το ΕΣΥ).

35 Βλ. *Φ. Βεγλερή*, Οι περιορισμοί των δικαιωμάτων του ανθρώπου, 1982, σ. 9 - 27.

36 Για μία διαφορετική άποψη βλ. *Κ. Γιαννακόπουλου*, Η μετάλλαξη του υποκειμένου των συνταγματικών δικαιωμάτων, ΕφημΔΔ, 2/2012, σ. 150 επ., ο οποίος θεωρεί ως αρνητικό στοιχείο της μεταπολιτευτικής συνταγματικής εμπειρίας την υπερπροστασία των στοιχείων του πολιτικού φιλελευθερισμού του συστήματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων έναντι των στοιχείων κοινοτισμού που εισήγαγε το άρθρο 25 Συντ. Μετά την εμφάνιση του Covid-19 υπήρξε αντίστροφη τάση που εκδηλώθηκε με μια υποχωρητική ερμηνεία και εφαρμογή των ατομικών δικαιωμάτων, η οποία, όμως, ήταν προϊόν της εξαιρετικής κατάστασης υγειονομικής ανάγκης (βλ. παρακάτω, υπό ΙΙΙ).

37 Εδώ μπορεί κανείς να αποτιμήσει και τη συμβολή της μεταπολιτευτικής συνταγματικής θεωρίας στην ελαχιστοποίηση, κατά το δυνατόν, των περιοριστικών επιπτώσεων του άρθρου 25 § 3 και του άρθρου 25 § 4 Συντ. στα θεμελιώδη δικαιώματα. Εκτός από τις μελέτες και τα βιβλία των *Φ. Βεγλερή, Γ. Βλάχου, Αρ. Μάνεση* που έχουν ήδη μνημονευθεί, βλ. και *Ευ. Βενιζέλου,* Το άρθρο 25 § 3 Συντ. (καταχρηστική άσκηση δικαιώματος) στη νομολογία. Έξι διαπιστώσεις και μία πρόταση ερμηνείας, σε: *του ιδίου*, Ζητήματα Συνταγματικών Ελευθεριών, 1986, σ. 45 επ., *Δ. Τσάτσου*, Θεμελιώδη Δικαιώματα, Ι. Γενικό Μέρος, 1988, σ. 278 επ., *Κ. Χρυσόγονου*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2006[3], σ. 68 επ., σ. 70 επ. και *Χ. Ανθόπουλου*, Το πρόβλημα της λειτουργικής δέσμευσης ό.π., σ. 155 επ., 267 επ.

Όλες, όμως, οι συνταγματικές ρυθμίσεις που θα μπορούσαν ενδεχομένως να οδηγήσουν σε μια μονομερή υποταγή των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο γενικό συμφέρον επικρέμονταν πάνω από αυτά.

Προκάλεσε έτσι κάποια απογοήτευση, τουλάχιστον σε ένα μέρος της θεωρίας, το γεγονός ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης του 1986 δεν ασχολήθηκε με τα θεμελιώδη δικαιώματα, μολονότι το ζήτημα της διεύρυνσής τους και της καλύτερης προστασίας τους είχε τεθεί στις προπαρασκευαστικές εργασίες του Συντάγματος του 1975. Ο Αριστόβουλος Μάνεσης, κλείνοντας τη μελέτη του για τη συνταγματική αναθεώρηση του 1986, έκανε λόγο για την «αναθεώρηση που δεν έγινε»[38].

ΙΙ. Η αναθεώρηση του 2001 και η επαύξηση της συνταγματικής προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων

Η «αναθεώρηση που δεν έγινε» το 1986, έγινε τελικά το 2001. Δεν ήταν, όμως, μόνο στραμμένη προς το παρελθόν, δηλαδή στην άρση ή άμβλυνση των αντιφατικών τάσεων που χαρακτήριζαν τον συνολικό προσανατολισμό του συστήματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο Σύνταγμα του 1975 ή στη διόρθωση ή κατάργηση συνταγματικών διατάξεων που είχαν προκαλέσει την ανησυχία ή δυσπιστία της αντιπολίτευσης στην Ε΄ Αναθεωρητική Βουλή, αλλά και προς το μέλλον, με την αναγνώριση «νέων» θεμελιωδών δικαιωμάτων ή με την επέκταση της ισχύος τους στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών και τη θέσπιση υποχρεώσεων θετικής προστασίας τους εκ μέρους του Κράτους με σκοπό τη διασφάλιση της αποτελεσματικότητάς τους και την προαγωγή της ουσιαστικής ισότητας και των ίσων ευκαιριών.

Όπως σημειώθηκε προηγουμένως, από τα άρθρα 2 § 1, 5 § 1 και 25 § 1 Συντ. προέκυπτε μια κατ' αρχήν προτεραιότητα των θεμελιωδών δικαιωμάτων, τουλάχιστον εκείνων που συνδέονται αναπόσπαστα με την ελεύθερη ανάπτυξη της ανθρώπινης προσωπικότητας, έναντι των συλλογικών

38 *Α. Μάνεσης*, Η συνταγματική αναθεώρηση του 1986, 1989, σ. 136 - 142.

συμφερόντων, την οποία, όμως, αντέφασκε το άρθρο 25 §§ 2, 3 και 4 Συντ. αφού έθετε όλα ανεξαιρέτως τα θεμελιώδη δικαιώματα υπό την επιφύλαξη των συμφερόντων του κοινωνικού συνόλου. Προς την κατεύθυνση των άρθρων 2 § 1, 5 § 1 και 25 § 1 Συντ., έγειρε την πλάστιγγα η καθιέρωση της αρχής της αναλογικότητας των νομοθετικών περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο νέο άρθρο 25 § 1 Συντ. (άρθρο 25 § 1 εδ. δ΄ Συντ.). Εφόσον η αρχή αυτή εφαρμοστεί με συνέπεια και σε όλη την έκταση (συνταγματικότητα του σκοπού του περιοριστικού μέτρου, καταλληλότητα και αναγκαιότητά του, στάθμιση των επιπτώσεων στο δικαίωμα σε σχέση με τη συνταγματική σπουδαιότητα του επιδιωκόμενου σκοπού), αποτελεί, ιδίως στο πλαίσιο του ελέγχου της συνταγματικότητας του σκοπού αλλά και κατά την τελική στάθμιση των πλεονεκτημάτων - μειονεκτημάτων του περιοριστικού μέτρου, έναν ισχυρό αντιπλειοψηφικό και αντιπατερναλιστικό φραγμό των κρατικών παρεμβάσεων στα θεμελιώδη δικαιώματα, εμποδίζοντας, για παράδειγμα, τον «πολλαπλασιασμό» των έννομων αγαθών χάριν των οποίων δικαιολογούνται περιορισμοί στα θεμελιώδη δικαιώματα και ελαχιστοποιώντας την υποταγή των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο «γενικό συμφέρον» στον μέγιστο δυνατό βαθμό[39]. Άλλωστε, αυτήν την ολοκληρωμένη και «δομημένη» έννοια της

39 Πρβλ. προς την κατεύθυνση αυτήν *Ν. Παπασπύρου*, Συνταγματική ελευθερία και δημόσιοι σκοποί, 2019, ο οποίος δίνει ιδιαίτερη έμφαση στον έλεγχο της συνταγματικότητας του σκοπού του περιοριστικού μέτρου, δηλαδή στην ύπαρξη ενός αυθεντικού δημοσίου συμφέροντος, το οποίο κατά τον συγγραφέα δεν μπορεί παρά να εκφράζει «συλλογικά αγαθά ίσων και ελεύθερων πολιτών, οι οποίοι συγκροτούν πολιτική κοινότητα και ασκούν συλλογικά δημόσια εξουσία προς προαγωγή τους» (ό.π., σ. 32). Ο συγγραφέας αποχωρίζει δογματικά τον έλεγχο της συνταγματικότητας του σκοπού –υπό την προαναφερθείσα πιο απαιτητική έννοια του δημοσίου συμφέροντος– από τον έλεγχο της αναλογικότητας, αν και κατά τη γνώμη αυτό δεν είναι απαραίτητο. Πρβλ. επίσης για μια προσανατολισμένη στην προτεραιότητα των θεμελιωδών δικαιωμάτων αντίληψη της αρχής της αναλογικότητας *Σ.-Ι. Κουτνατζή*, Η συμβολή της αρχής της αναλογικότητας στην πραγμάτωση της σχέσης κανόνα-εξαίρεσης μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων και περιορισμών τους, σε: Τιμητικός Τόμος Λ. Θεοχαρόπουλου και Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαρόπουλου ΙΙΙ, 2009, σ. 393 επ. Πρβλ. και την προσέγγιση του *M. Kumm,* Political Liberalism and the Structures of Rights: on the place and limits of the Proportionality Requirement, σε: G. Pavlakos (επιμ.), Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, 2007, σ. 131 επ., ιδίως σ. 141 επ., ο οποίος θεωρεί ότι η αρχή της αναλογικότητας μπορεί να συναρμοστεί με την αρχή της προτεραιότητας των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Πρβλ. επίσης *P. Ridola*, Il principio libertà nello Stato costituzionale, 2018, σ. 123, ο

αρχής της αναλογικότητας, ως ένα είδος πρωτοκόλλου προς προσάρτηση στα άρθρα 87 § 2 και 93 § 4 Συντ., είχε στο νου του ο αναθεωρητικός νομοθέτης του 2001[40], με σκοπό την ενδυνάμωση της αρχής του Κράτους δικαίου που βρήκε και αυτή ρητή συνταγματική κατοχύρωση στο νέο άρθρο 25 § 1 Συντ. (άρθρο 25 § 1 εδ. α΄ Συντ.).

Τον σκοπό της αύξησης της συνολικής προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων υπηρετεί και το άρθρο 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ. στο οποίο κατοχυρώνεται η αρχή της οριζόντιας ενέργειας ή τριτενέργειας των θεμελιωδών δικαιωμάτων στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών. Αυτή η επέκταση του συνταγματικού παραδείγματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο ιδιωτικό δίκαιο εκδηλώνεται κατά το άρθρο 25 § 1 γ΄ με τρεις δυνατές και συμπληρωματικές μεταξύ τους εναλλακτικές μορφές[41]: (α) ως δέσμευση του κοινού νομοθέτη να διαμορφώσει το νομικό υποσύστημα του ιδιωτικού δικαίου σύμφωνα με τους συνταγματικούς κανόνες των θεμελιωδών δικαιωμάτων· (β) ως υποχρέωση του δικαστή για μια σύμφωνη προς τους κανόνες αυτούς ερμηνεία των κανόνων του ιδιωτικού δικαίου γενικά και των γενικών ρητρών του Αστικού Κώδικα ειδικότερα (έμμεση τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων) και (γ) ως υποχρέωση του δικαστή, αν δεν είναι δυνατή μια τέτοια ερμηνεία, να αντλήσει από τους κανόνες αυτούς εκείνον που προσφέρει τη συνταγματικώς ενδεδειγμένη λύση στην κρινόμενη περίπτωση (άμεση τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων). Η συμπληρωματικότητα μεταξύ της έμμεσης και άμεσης τριτενέργειας των θεμελιωδών δικαιωμάτων

οποίος παρατηρεί, με αναφορά στη γερμανική συνταγματική εμπειρία, ότι η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας εξασθένησε στην πράξη κάποια «κοινοτιστική» κλίση του Θεμελιώδους Νόμου της Βόννης, η οποία είχε εκφραστεί στην παλαιότερη νομολογία του γερμανικού συνταγματικού Δικαστηρίου με την αρχή της Gemeinschaftsbezogenheit και της Gemeinschaftsgebundenheit του ατόμου.

40 Βλ. *Ευ. Βενιζέλου*, Το αναθεωρητικό κεκτημένο, 2002, σ. 139 επ.

41 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως συνταγματική αρχή, ΔτΑ, 15/2002, σ. 687 επ. Σχετικά βλ. και *Α. Ράικου*, Θεμελιώδη Δικαιώματα, 2018, σ. 137 - 138. Βλ. και *Τζ. Ηλιοπούλου-Στράγγα*, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων, 2018, σ. 122 επ. Πρβλ. *Χ. Ακριβοπούλου*, Η διαπροσωπική ενέργεια των συνταγματικών δικαιωμάτων και η δικαστική προστασία τους (άρθρο 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ.), ΔτΑ, 30/2006, σ. 483 επ.

κατά την εφαρμογή του ιδιωτικού δικαίου έγινε δεκτή και από την απόφαση 2159/2007 του Αρείου Πάγου (Β2΄ Πολιτικό Τμήμα), την κρίσιμη σκέψη της οποίας αξίζει να παραθέσουμε αυτούσια διότι αποσαφηνίζει ξεκάθαρα το ζήτημα αυτό: «Η (επενέργεια) που μπορεί να έχουν στη ρύθμιση των ιδιωτικών σχέσεων οι συνταγματικές διατάξεις που αφορούν στις θεμελιώδεις αρχές και τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα είναι … έμμεση, δηλαδή δια μέσου της ερμηνείας των εφαρμοστέων διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου, η οποία επιχειρείται και με αναγωγή σε συνταγματικές διατάξεις. Επομένως, για άμεση τριτενέργεια των διατάξεων του Συντάγματος για τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα μπορεί να γίνει λόγος μόνο σε περίπτωση που από τις ρυθμίσεις του συστήματος του ιδιωτικού δικαίου δεν είναι εφικτή λύση ανταποκρινόμενη στις θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές. Έτσι αν δεν υπάρχει άλλη δυνατότητα πλην της ευθείας αναγωγής στην κρίσιμη συνταγματική επιταγή, τότε δεν θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος, ν' αποκλειστεί ακόμη και η άμεση τριτενέργεια της σχετικής διάταξης».

Το τελικό ζητούμενο, λοιπόν, κατά το άρθρο 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ. είναι η επέκταση του πεδίου εφαρμογής του Συντάγματος και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, ανεξάρτητα από το εάν αυτή θα προκύψει από μια ειδική νομοθετική παρέμβαση –αυτή είναι η πιο ενδεδειγμένη λύση από την άποψη της ασφάλειας του δικαίου– ή από την εφαρμογή του άρθρου 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ. από τον δικαστή με μια συνταγματικώς προσανατολισμένη ερμηνεία του ιδιωτικού δικαίου ή με την ευθεία αναγωγή του στο Σύνταγμα. Υπό οποιαδήποτε εκδοχή, αλλά κυρίως όταν δεν υπάρχει ad hoc νομοθετική ρύθμιση, ο δικαστής θα χρειαστεί να προβεί σε μια στάθμιση θεμελιωδών δικαιωμάτων, στην τελευταία περίπτωση μάλιστα πρωτογενώς –αφού οι διάδικοι θα επικαλούνται ο ένας εναντίον του άλλου δικαιώματα που προστατεύονται άμεσα ή έμμεσα από το Σύνταγμα. Στη στάθμιση αυτή μπορούν να βρουν κατ' αναλογία εφαρμογή και τα κριτήρια της αρχής της αναλογικότητας[42].

42 Πρβλ. *Π. Κωνσταντινίδη*, Η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην κυπριακή έννομη

Η φράση ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα «ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν» περιορίζει κάπως το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 25 § 1 εδ. γ΄, αλλά σε πολύ μικρό βαθμό, αφήνοντας έξω από αυτό μόνον τα δικαιώματα που αφορούν αποκλειστικά σχέσεις δημοσίου δικαίου. Μια πιο επιλεκτική ερμηνεία που θα περιόριζε την αρχή της τριτενέργειας μόνον στις ιδιωτικές «σχέσεις εξουσίας» παλαιές ή νέες (π.χ. εργασιακές σχέσεις, οικογενειακές σχέσεις, σχέσεις μεταξύ των ψηφιακών πλατφορμών και των χρηστών τους κ.λπ.), δεν θα ήταν ίσως ξένη προς την πρόθεση του αναθεωρητικού νομοθέτη[43], δεν προκύπτει, όμως, από το γράμμα του άρθρου 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ. Το γεγονός ότι το άρθρο 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ. καταλαμβάνει το σύνολο των σχέσεων μεταξύ ιδιωτών δημιούργησε ανησυχίες ιδίως όσον αφορά τη δυνατότητα συνύπαρξής του με την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων[44], η οποία δεν κατοχυρώνεται μεν ρητά στο ισχύον Σύνταγμα, απορρέει, όμως, από το γενικό δικαίωμα συμμετοχής στην οικονομική ζωή της Χώρας (άρθρο 5 § 1 Συντ.) και αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση του δικαιώματος της ιδιωτικής ιδιοκτησίας (άρθρο 17 § 1 Συντ.) και της ελευθερίας της ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας (άρθρο 106 § 2 Συντ.)[45]. Από μιαν άποψη, όμως, το άρθρο 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ. δεν εκφράζει παρά την ολοκλήρωση μιας τάσης την οποία είχε διαβλέψει ο Νίκος Παπαντωνίου ήδη από τα μέσα της δεκαετίας του 1960, όταν έγραφε ότι «η ελευθερία των συμβάσεων παρίσταται πλέον όχι ως η μόνη αλλ' απλώς ως μία των διαμορφωτικών της συμβάσεως εξουσιών»[46].

Μια τέτοια διαμορφωτική εξουσία των περιεχομένων της σύμβασης με γνώμονα τα θεμελιώδη δικαιώματα αναγνωρίζει πλέον ρητά στον δικαστή

τάξη, 2016, σ. 81 επ.

43 Σε παραδείγματα ιδιωτικών «σχέσεων εξουσίας» αναφέρθηκε χαρακτηριστικά ο Γενικός Εισηγητής της Πλειοψηφίας *Ευ. Βενιζέλος* στην εισήγησή του στη Ζ΄ Αναθεωρητική Βουλή (Έκθεση Επιτροπής Αναθεώρησης του Συντάγματος, 2000, σ. 18).

44 Βλ. *Π. Παπανικολάου*, Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου, 2006, σ. 50 - 51.

45 Βλ. *Π. Παραρά*, Οικονομική Ελευθερία, 2019, σ. 333 - 334.

46 *Ν. Παπαντωνίου*, Η ελευθερία των συμβάσεων εις το σύγχρονον δίκαιον, Ανάτυπον εκ της «Εφημερίδος Ελλήνων Νομικών» (32), 1965, σ. 301 - 314 (σ. 10).

των ιδιωτικών διαφορών το άρθρο 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ., δια μέσου της αναγωγής της μεθόδου της Drittwirkung σε συνταγματική αρχή[47]. Η εκλογίκευση της χρήσης της μεθόδου αυτής με την υπόδειξη των αναγκαίων διαφοροποιήσεων στον τρόπο εφαρμογής των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου και ιδίως στο δίκαιο των συμβάσεων, αποτελεί μια από τις μεγάλες προκλήσεις που έθεσε η αναθεώρηση του 2001 στη σύγχρονη ελληνική νομική επιστήμη[48].

Πιο εστιασμένη από το άρθρο 25 § 1 εδ. γ΄ Συντ. ήταν η στόχευση της αρχής του κοινωνικού κράτους που κατοχυρώθηκε ρητά στο άρθρο 25 § 1 εδ. α΄ Συντ. Σε ένα αφιλόξενο οικονομικό και κοινωνικοπολιτιστικό περιβάλλον (οικονομική παγκοσμιοποίηση, Συνθήκη του Μάαστριχτ, ηγεμονία των ιδεών του «τρίτου δρόμου» στο εσωτερικό της ευρωπαϊκής σοσιαλδημοκρατίας), η εισαγωγή της αρχής αυτής στο άρθρο 25 § 1 εδ. α΄ Συντ. απέβλεπε ειδικότερα στην ενδυνάμωση των κοινωνικών δικαιωμάτων, αφαιρώντας κάθε συνταγματικό έρεισμα από την άποψη ότι το Κράτος δικαίου και το κοινωνικό Κράτος είναι ασυμφιλίωτα σε συνταγματικό επίπεδο[49] –εξ ου και η διατύπωση

47 Για τη σκοπιμότητα της συνταγματοποίησης της αρχής της τριτενέργειας των θεμελιωδών δικαιωμάτων ή της αρχής της αναλογικότητας των νομοθετικών περιορισμών τους, βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Άρθρο 25, σε: Φ. Σπυρόπουλου/Ξ. Κοντιάδη/Χ. Ανθόπουλου/Γ. Γεραπετρίτη, Σύνταγμα, Κατ' άρθρο ερμηνεία, ό.π., σ. 689 - 690. Βλ. όμως και κριτική για τη ρητή θέσπιση της αρχής της αναλογικότητας στο ισχύον Σύνταγμα (και mutatis mutandis, και της αρχής της τριτενέργειας), σε: *Κ. Τσίνα*, Η κυριαρχία των δικαιωμάτων και το δικαίωμα κυριαρχίας στην ερμηνεία. Σκέψεις περί της ρητής θεσπίσεως της αρχής της αναλογικότητας στο άρθρο 25 § 1 εδ. δ΄ Συντάγματος, NoB, 2013, σ. 45 επ.

48 Για ένα πρώτο εγχείρημα βλ. *C. Deligianni-Dimitrakou/C. Akrivopoulou*, Fundamental Rights and Private Relations in Greek and European Law, 2015.

49 Παλαιότερα, αυτή ήταν η άποψη του *Σ. Ρίζου*, Η έντασις μεταξύ Κράτους δικαίου και κοινωνικού Κράτους ως συνταγματικό πρόβλημα, ΤοΣ, 1984, σ. 143 επ., ο οποίος υποστήριζε τότε ότι «τα «κοινωνικά δικαιώματα» πρέπει να αφεθούν στην κρίσι του απλού νομοθέτη και της Διοικήσεως. Διότι είναι εξαρτημένα από τη συγκεκριμένη εκάστοτε οικονομικοκοινωνική κατάστασι … η οποία είναι απρόβλεπτη» και υιοθετούσε την κλασική θέση του Forsthoff: «ότι το "Κοινωνικό Κράτος" δεν ανήκει στο Συνταγματικό Δίκαιο αλλά στο Διοικητικό Δίκαιο» (σ. 160, σ. 161). Βλ., όμως, μια αλλαγή στάσης στο θέμα αυτό στη μελέτη του: Το Συμβούλιο της Επικρατείας μεταξύ του συνταγματικού προτύπου του Κοινωνικού Κράτους και της πολιτικής ενστάσεως «Ουκ αν λάβοις παρά του μη έχοντος», ΘΠΔΔ 4/2015, σ. 289 επ.

του άρθρου 25 § 1 εδ. α΄ Συντ. στην οποία γίνεται λόγος για «κοινωνικό κράτος δικαίου–, και επιβεβαιώνοντας, κατ' επέκταση, τη δυνατότητα δικαστικής προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων απέναντι στον κοινό νομοθέτη. Ο αναθεωρητικός νομοθέτης δεν ήθελε μόνο να εμποδίσει το ενδεχόμενο διολίσθησης των κοινωνικών δικαιωμάτων απλώς σε «νομοθετικά δικαιώματα» εξαρτώμενα από την προαίρεση του κοινού νομοθέτη, αλλά και να θέσει έναν κανόνα ερμηνείας των συνταγματικών διατάξεων τους magis ut valeant, παρά την επιφυλακτικότητα των διατυπώσεών τους. Υπό την εκδοχή αυτήν, χρησιμοποιείται πλέον το άρθρο 25 § 1 εδ. α΄ Συντ. στη νομολογία, π.χ. στη ΣτΕ Ολ. 1880/2019, σύμφωνα με την οποία η αρχή του κοινωνικού Κράτους, «η οποία ρητώς πλέον αναγνωρίζεται στο Σύνταγμα, επιβάλλει τη διασταλτική ερμηνεία (του άρθρου 22 § 5 Συντ.) ώστε κάθε επαγγελματική κατηγορία του ιδιωτικού τομέα, μισθωτοί, αυτοαπασχολούμενοι, ελεύθεροι επαγγελματίες και αγρότες, που αντιμετωπίζει τον ίδιο κίνδυνο απώλειας του εισοδήματος από την εργασία ή το επάγγελμα λόγω γήρατος, ασθένειας, αναπηρίας και θανάτου να έχει πρόσβαση σε ασφαλιστική κάλυψή του» και το ίδιο ισχύει και για τους δημοσίους υπαλλήλους και λειτουργούς στην περίπτωση που ο κοινός νομοθέτης δεν παρέχει σε αυτούς προστασία από κινδύνους γήρατος, ασθένειας, αναπηρίας και θανάτου με ιδιαίτερο τρόπο, διότι «η αρχή του κοινωνικού κράτους δεν θα ανεχόταν τη μη υπαγωγή αυτών σε καθεστώς κοινωνικής ασφάλισης».

Η εισαγωγή της αρχής του κοινωνικού Κράτους στο Σύνταγμα ήταν μια καλή αφορμή για να συζητηθεί ο συνταγματικώς ενδεδειγμένος τρόπος χρηματοδότησης του κοινωνικού Κράτους. Δηλαδή να γίνει κατανοητό, πρωτίστως στο επίπεδο των πολιτικών δυνάμεων, ότι η χρηματοδότηση του κοινωνικού Κράτους δεν μπορεί να βασίζεται στη συνεχή διόγκωση του δημοσίου χρέους και στην αξιοποίησή του ως πόρου προς διανομή με αντάλλαγμα την εκλογική συναίνεση[50], αλλά κυρίως στη φορολογική

50 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Η συνταγματική αναθεώρηση μεταξύ οικονομικής κρίσης και αντιπολιτικής,

υποχρέωση κατά το άρθρο 4 § 5 Συντ. σε μια αναδιανεμητική προοπτική, σύμφωνα και με το άρθρο 25 § 4 Συντ. το οποίο ωθεί προς την κατεύθυνση αυτήν[51]. Η συζήτηση αυτή δεν έγινε ποτέ γιατί θα αποκάλυπτε ένα μεγάλο μυστικό της μεταπολίτευσης, την υποφορολόγηση των Ελλήνων πολιτών[52], η οποία μέχρι την έλευση της οικονομικής κρίσης στο τέλος της δεκαετίας του 2000 αποτελούσε μια βασική πηγή νομιμοποίησης του ελληνικού πολιτικού συστήματος. Θα πρέπει εδώ να σημειωθεί ότι η αρχή του κοινωνικού Κράτους επιβεβαιώνει τον χαρακτήρα των κοινωνικών

σε: *Χρ. Ακριβοπούλου/Ν. Παπαχρήστου*, Η πρόκληση της αναθεώρησης του Συντάγματος, 2013, σ. 268. Για τη στενή σχέση μεταξύ πολιτικού συστήματος, συντεχνιακών ομάδων και πελατειακού κοινωνικού Κράτους στη μεταπολιτευτική Ελλάδα βλ. *Γ. Σωτηρέλη*, «Κράτος πρόνοιας», δικαιώματα και «συντεχνίες», σε: Κ. Σπανού, Κοινωνικές διεκδικήσεις και κρατικές πολιτικές, 1995, σ. 118-120.

51 Για την προνομιακή σχέση του άρθρου 25 § 4 Συντ. με το άρθρο 4 § 5 Συντ. βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Το πρόβλημα της λειτουργικής δέσμευσης, ό.π., σ. 307 - 308, σ. 318. Έτσι και ο *Γ. Κασιμάτης*, Η μετάβαση στη Δημοκρατία και το Σύνταγμα του 1975, 2005, σ. 68: «… η αρχή της αλληλεγγύης αποτελεί… τη βάση νομιμοποίησης της επιβολής αναλογικών βαρών στους οικονομικά ισχυροτέρους υπέρ των ασθενεστέρων». Πρβλ. για τη συσχέτιση αυτή *Κ. Γιαννακόπουλου*, Το ελληνικό Σύνταγμα και η επιφύλαξη του εφικτού της προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων: «να είστε ρεαλιστές, να ζητάτε το αδύνατο», ΕφημΔΔ, 4/2015, σ. 417 επ. –Η συνδυασμένη ερμηνεία των άρθρων 25 § 4 Συντ. και 4 § 5 Συντ. προσδίδει και μια νέα διάσταση στον θεσμό της αστικής ευθύνης του Κράτους διευρύνοντας την υποχρέωση αποζημίωσης και στην περίπτωση νόμιμων ζημιογόνων πράξεων ή ενεργειών των οργάνων του. Βλ. *Κ. Ρέμελη,* Η αστική ευθύνη του Κράτους από νόμιμες ενέργειες των οργάνων του μεταξύ «δημοκρατικού» και «κοινωνιοκρατικού» Συντάγματος, <constitutionalism.gr>, 15.1.2022. Το ζήτημα αυτό απόκτησε μια νέα επικαιρότητα με αφορμή τις ενδεχόμενες βλάβες υγείας από τον εμβολιασμό κατά του Covid-19 και, στην περίπτωση αυτή, κατά τη γνώμη μου, αποζημιωτική ευθύνη υφίσταται ανεξάρτητα από το εάν υπάρχει υποχρέωση εμβολιασμού ή ισχυρή κρατική σύσταση για τη διενέργειά του. Όπως παρατηρεί και ο *Κ. Ρέμελης*, ό.π., η διεύρυνση αυτή της αστικής ευθύνης του Κράτους μέσω του άρθρου 25 § 4 Συντ. αποτελεί έκφραση της αρχής του κοινωνικού Κράτους. Για την περίπτωση του υποχρεωτικού εμβολιασμού νηπίων και παιδιών βλ. την ιδιαίτερα εμπεριστατωμένη ΣτΕ 622/2021 Α΄ Τμ., ΔιΔικ 6/2021, σ. 967 επ.: «σε περίπτωση που, συνεπεία της συνταγματικώς θεμιτής και νομίμου … πραγματοποιήσεως εμβολιασμού, επέλθει ευθέως βλάβη της υγείας προσώπου …, ανακύπτει ευθέως εκ του άρθρου 4 § 5 σε συνδυασμό και με το άρθρο 25 § 4 του Συντάγματος, με το οποίο καθιερώνεται η αρχή της κοινωνικής αλληλεγγύης, ευθύνη του κράτους προς εύλογη αποκατάσταση της ζημίας του παθόντος …»

52 Βλ. τα στοιχεία της έρευνας του Ινστιτούτου Ν. Πουλαντζάς (Τρ. Γιαννόπουλου, Ν. Γιανναγάς, Κ. Φωθιαδάκης, Μ. Κουμερτά, Χρ. Τσίτσικας, Β. Κρίνης, Ν. Παπανδρέου), Ένα δίκαιο και αποδοτικό φορολογικό σύστημα, 2022, σ. 27 επ.

δικαιωμάτων ως γνησίων θεμελιωδών δικαιωμάτων αλλά δεν καταργεί την ιδιαιτερότητά τους σε σχέση με τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, η οποία συνίσταται στην αναγκαιότητα της στάθμισής τους με τις δυνατότητες του κρατικού προϋπολογισμού. Η διαρκής και αναπόσπαστη σχέση μεταξύ πόρων και δικαιωμάτων αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα των κοινωνικών δικαιωμάτων, όχι όλων εν γένει, αλλά εκείνων ειδικότερα που έχουν ως αντικείμενο παροχές του Κράτους[53], και δεν ισχύει, και θα ήταν πολύ επικίνδυνο να θεωρηθεί ότι ισχύει για τα ατομικά και τα πολιτικά δικαιώματα, διότι θα άφηνε ανοιχτό το ενδεχόμενο να επεκταθεί και σε αυτά η στάθμισή τους με τους διαθέσιμους οικονομικούς πόρους[54].

Επιμείναμε ιδιαίτερα μέχρι τώρα, αν και όχι εξαντλητικά[55], στο νέο άρθρο 25 § 1 Συντ., διότι αποτελεί πλέον όπως προκύπτει και από την καθημερινή χρήση του από τη νομολογία, τον «ρυθμιστή» ολόκληρου του συστήματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Το άρθρο αυτό που αποτελεί και μια προσωπική εισφορά του Γενικού Εισηγητή της πλειοψηφίας Ευάγγελου Βενιζέλου στο εγχείρημα του 2001[56], υπερβαίνει κάθε άλλη συνταγματική προσπάθεια στο

53 Η άποψη του *Κ. Γιαννακόπουλου*, Το ελληνικό Σύνταγμα και η επιφύλαξη του εφικτού, ό.π., σ. 433 - 434 ότι «η επίκληση της επιφύλαξης του εφικτού λειτουργεί απλώς ως ιδεολόγημα κατά των κοινωνικών παροχών, το οποίο, έστω και αν στερείται επαρκούς τεκμηρίωσης, διεκδικεί, με κάθε τρόπο, ακόμη και απέναντι στον δικαστή, την άμεση και άκριτη αποδοχή του ως αυτονόητου», δεν λαμβάνει υπόψη ότι οι δημόσιες κοινωνικές δαπάνες στην Ελλάδα κινούνται γύρω στο 25% του ΑΕΠ ενώ το 2009 είχαν φθάσει και στο 29% του ΑΕΠ. Όπως παρατηρεί ο *Μ. Ματσαγγάνης*, Η κοινωνική πολιτική σε δύσκολους καιρούς, 2001, σ. 27 επ. το κοινωνικό Κράτος στην Ελλάδα δεν ήταν μόνο θύμα αλλά και θύτης της οικονομικής κρίσης, λόγω της δημοσιονομικής του γενναιοδωρίας που ήταν σε μεγάλο βαθμό πελατειακά προσανατολισμένη.

54 Για την επισήμανση αυτή βλ. *A. Mangia*, I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria, σε: <www.gruppodipisa.it>, 3.9.2012.

55 Δεν επεκτεινόμαστε εδώ στην ανάλυση του άρθρου 25 § 1 εδ. β΄ Συντ. που κατοχυρώνει την αρχή της «αποτελεσματικότητας» των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Στη διάταξη αυτή βρίσκει συνταγματικό θεμέλιο η ιδέα των θετικών υποχρεώσεων ή προστατευτικών καθηκόντων του Κράτους, αλλά με αναφορά στο σύνολο των θεμελιωδών δικαιωμάτων και όχι μόνο των ατομικών δικαιωμάτων. Βλ. σχετικά *Χ. Ανθόπουλου*, Άρθρο 25, σε: Φ. Σπυρόπουλου/Ξ. Κοντιάδη/Χ. Ανθόπουλου/Γ. Γεραπετρίτη, Σύνταγμα. Κατ' άρθρο ερμηνεία, ό.π., σ. 694-696.

56 Βλ. *Ευ. Βενιζέλου*, Το αναθεωρητικό κεκτημένο, ό.π., σ. 131 επ., ο οποίος χαρακτηρίζει τη διάταξη του άρθρου 25 § 1 Συντ. ως τη «σημαντικότερη ίσως από τις αναθεωρημένες διατάξεις του Συ-

επίπεδο του συγκριτικού συνταγματικού δικαίου, για την ενσωμάτωση σε συνταγματικό κείμενο μιας «θεωρίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων»[57].

Αξίζει, όμως, να αναφερθούμε –εντελώς ενδεικτικά[58]– και σε ορισμένες άλλες καινοτομίες της αναθεώρησης του 2001 στον τομέα των θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Ο αναθεωρητικός νομοθέτης του 2001 υπήρξε ιδιαίτερα προνοητικός στην κατοχύρωση θεμελιωδών δικαιωμάτων που έχουν σχέση με τις νέες τεχνολογίες της πληροφόρησης. Πρώτος στον ευρωπαϊκό χώρο εξύψωσε σε συνταγματικό επίπεδο το «δικαίωμα συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας» (άρθρο 5Α § 2 Συντ.), το οποίο σήμερα πρακτικά σημαίνει δικαίωμα πρόσβασης στο Internet. Η συγκυρία της πανδημίας ανέδειξε την καθοριστική σημασία που θα έχει εφεξής το δικαίωμα αυτό για το σύνολο των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Η αρχική του λειτουργία ως μια νέα μορφή άσκησης της ελευθερίας του πληροφορείν και του πληροφορείσθαι κατά το άρθρο 14 § 1 Συντ. εξακολουθεί να είναι πολύ σημαντική, δεν εξαντλεί όμως τη συνταγματική του εμβέλεια, αφού πλέον όλα τα δικαιώματα συμμετοχής στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της Χώρας εξαρτώνται από το δικαίωμα αυτό. Το άρθρο 5Α § 2 Συντ. δίνει έμφαση ιδίως στη διάσταση του δικαιώματος αυτού ως κοινωνικού δικαιώματος που επιβάλλει θετικές ενέργειες του Κράτους για την εξασφάλιση της δυνατότητας πρόσβασης όλων των πολιτών στο Internet σε όλες τις περιοχές της Χώρας και επί ίσοις όροις, με την προώθηση και υλοποίηση πολιτικών, μέτρων, δράσεων και παροχών που παραμερίζουν τα οικονομικά, πολιτιστικά και άλλα εμπόδια για την απόλαυσή του. Με το Internet –αλλά όχι μόνο– σχετίζεται και το

ντάγματος 1975/1986/2001» (ό.π., σ. 131).

57 Βλ. και *Απ. Παπακωνσταντίνου*, Κοινωνική δημοκρατία και κοινωνικό Κράτος δικαίου κατά το Σύνταγμα του 1975/1986/2001, 2006, σ. 1265 επ.

58 Για μια πλήρη παρουσίαση βλ. *Ξ. Κοντιάδη*, Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001, 2002. Βλ. επίσης και *Π. Μαντζούφα*, Η κατάργηση συνταγματικών αναχρονισμών στα θεμελιώδη δικαιώματα με την αναθεώρηση του 2001, Αρμενόπουλος, 4/2006, σ. 537 επ. καθώς και *Β. Βουτσάκη*, Η αρχή του Κράτους δικαίου και οι νέες διατάξεις περι ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων, NoB, 2002, σ. 7 επ.

«δικαίωμα στην πληροφόρηση» που κατοχυρώνεται στο άρθρο 5Α § 1 Συντ. Δικαίωμα στην πληροφόρηση κατά την έννοια του άρθρου 5Α § 1 Συντ. σημαίνει, μεταξύ άλλων, και δικαίωμα στη μη παραπληροφόρηση[59], το οποίο έχει ως αποδέκτη όχι μόνον τα παραδοσιακά μέσα ενημέρωσης (τύπος, ραδιόφωνο, τηλεόραση) αλλά και τα νέα μέσα ενημέρωσης, δηλαδή τις ψηφιακές πλατφόρμες (Google, Facebook, Twitter, κ.λπ.)[60]. Η προστασία του δικαιώματος στη μη παραπληροφόρηση κατέχει κεντρική θέση στον επικείμενο Κανονισμό της ΕΕ για τις ψηφιακές υπηρεσίες (Digital Services Act), ο οποίος καθιερώνει «διοικητική» ευθύνη των ψηφιακών πλατφορμών για τη μη έγκαιρη απόσυρση των ψευδών ή παραποιημένων ειδήσεων που παράγουν οι χρήστες τους και διακινούνται μέσω αυτών. Νομίζω ότι ειδικότερα στον τομέα αυτόν, δηλαδή στην παραπληροφόρηση online δια μέσου της οιονεί «δημοσιογραφικής δραστηριότητας» των χρηστών των ψηφιακών πλατφορμών, θα έπρεπε να εστιαστεί η πρόσφατη αυστηροποίηση του άρθρου 191 ΠΚ, διότι εκεί κατ' εξοχήν εκδηλώνεται το φαινόμενο της παραπληροφόρησης στην πιο μαζική και επιθετική του μορφή[61].

Δείγμα προωθημένου νομικού και συνταγματικού πολιτισμού αποτελεί το νέο άρθρο 19 § 3 Συντ. το οποίο απαγορεύει κατηγορηματικά και ανεπιφύλακτα τη χρήση αποδεικτικών μέσων με οποιονδήποτε τρόπο σε κάθε

59 Ο όρος «δικαίωμα στη μη παραπληροφόρηση» χρησιμοποιείται από τον *L. Ferrajoli*, Poteri selvaggi, 2011, σ. 56, κατά τον οποίο το δικαίωμα αυτό είναι ένα αρνητικό δικαίωμα των πολιτών εναντίον της χειραγώγησης των ειδήσεων.

60 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Ψηφιακές πλατφόρμες και έλεγχος των περιεχομένων της πληροφόρησης on line, ΕφημΔΔ, 1/2021, σ. 19 επ. Βλ. και τις μελέτες των *Π. Μαντζούφα*, Η επιρροή των εταιρειών του διαδικτύου στην ελευθερία του Λόγου και στην πολιτική αντιπαράθεση, ΕφημΔΔ, 4/2021, σ. 522 επ. και *C. Yannakopoulos*, Les droits et libertés fondamentaux á l'heure numérique: évolution ou révolution? Rapport national (Gréce) à la XXVlle Table ronde international de justice constitutionnelle comparée, 10-11.9.2021.

61 Για τη νέα ρύθμιση του άρθρου 191 ΠΚ η οποία μετατρέπει ξανά τη διασπορά ψευδών ειδήσεων σε αδίκημα αφηρημένης διακινδύνευσης βλ. την κριτική του *Ν. Παπασπύρου*, Είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα η νέα ρύθμιση για τη διασπορά ψευδών ειδήσεων, <www.constitutionalism.gr>, 1.2.2022, ο οποίος, όμως, δεν κάνει τη διάκριση που γίνεται στο κείμενο ανάμεσα σε επαγγελματική δημοσιογραφική πληροφόρηση offline ή online και σε user generated content που αποτελεί το κύριο όχημα των fake news.

είδους δίκη (ποινική, αστική, διοικητική), εφόσον αυτά έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του δικαιώματος του απορρήτου των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας εν γένει (άρθρο 19 § 1 Συντ.), των δικαιωμάτων του ασύλου της κατοικίας και του ιδιωτικού βίου (άρθρο 9 § 1 Συντ.) και του δικαιώματος στην προστασία των προσωπικών δεδομένων (άρθρο 9Α Συντ.). Η πρόθεση του αναθεωρητικού νομοθέτη ήταν να μην αφήσει καμία ρωγμή στην απόλυτη αυτή απαγόρευση με σκοπό να καταστήσει δικονομικά ανώφελη οποιαδήποτε παράνομη συλλογή αποδεικτικών μέσων με προσβολή των προαναφερθέντων (ή άλλων) θεμελιωδών δικαιωμάτων, ώστε να μην υπάρχει κανένα κίνητρο για μια τέτοια συμπεριφορά[62]. Η κυβέρνηση ΣΥΡΙΖΑ-ΑΝΕΛ επέτρεψε τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων στις περιπτώσεις πράξεων κακουργηματικού χαρακτήρα που υπάγονται στην αρμοδιότητα του Εισαγγελέα Οικονομικού Εγκλήματος ή του Εισαγγελέα Εγκλημάτων Διαφθοράς, υπό ορισμένες προϋποθέσεις: τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, μη δυνατότητα απόδειξης της αλήθειας με διαφορετικό τρόπο, μη προσβολή της ανθρώπινης αξίας (άρθρο 65 του ν. 4356/2015). Το άρθρο 19 § 3 Συντ. είναι όμως απροϋπόθετο και δεν επιτρέπει δικαστικές σταθμίσεις κατά περίπτωση[63]. Λίγο πριν από τις βουλευτικές εκλογές του 2019 η ρύθμιση αυτή καταργήθηκε χωρίς επεξηγήσεις με τον νέο Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (ν. 4620/2019). Μετά τις εκλογές, η νέα Κυβέρνηση της Νέας Δημοκρατίας με τον ν. 4637/2019 που περιλαμβάνει τροποποιήσεις του Ποινικού Κώδικα και της Ποινικής Δικονομίας, επανέφερε σε ισχύ την προηγούμενη ρύθμιση του 2015, νομοθετώντας με τον ίδιο τρόπο όπως και η τότε Κυβέρνηση των ΣΥΡΙΖΑ-ΑΝΕΛ: σαν να μην υπήρχε το άρθρο 19 § 3 Συντ.

62 Βλ. τις τοποθετήσεις των *Ευ. Βενιζέλου*, *Κ. Μητσοτάκη* και *Πρ. Παυλόπουλου* κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες του αναθεωρημένου άρθρου 19 § 3 Συντ., στις οποίες αναφέρεται η *Τζ. Ηλιοπούλου-Στράγγα,* Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, 2003, σ. 61, αν και η ίδια θεωρεί ότι ο κανόνας του άρθρου 19 § 3 Συντ. δεν είναι άτεγκτος (ό.π., σ. 107 - 109).

63 Βλ. *Κ. Χρυσόγονου/Σπ. Βλαχόπουλου*, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2017, σ. 305 (με επιφυλάξεις για την ανελαστικότητα της συνταγματικής ρύθμισης).

ΙΙΙ. Σύνταγμα και θεμελιώδη δικαιώματα στην εποχή των κρίσεων

Η αναθεώρηση του 2001 συνέπεσε με την έναρξη μιας περιόδου κατά την οποία οι «καταστάσεις κρίσεων» διαδέχονται η μία την άλλη: παγκοσμιοποίηση της θρησκευτικής τρομοκρατίας, παγκόσμια οικονομική κρίση, πανδημική κρίση, επιτάχυνση της κλιματικής κρίσης, γεωπολιτική κρίση σε εξέλιξη με άγνωστη έκβαση… Η πρόγνωση του Καθηγητή Συνταγματικού Δικαίου και τέως Προέδρου του ιταλικού Συνταγματικού Δικαστηρίου Antonio Baldassarre[64], αμέσως μετά την τρομοκρατική επίθεση της 11ης Σεπτεμβρίου, ότι εισήλθαμε στον «αιώνα της ανασφάλειας», φαίνεται ότι έχει ήδη επαληθευθεί. Τα μέτρα για την αντιμετώπιση των κρίσεων αυτών οδήγησαν σε μια συνολική υποχώρηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων και κλόνισαν και την ίδια την έννοια της κανονιστικότητας του Συντάγματος. Πράγματι, το χαρακτηριστικό γνώρισμα της περιόδου αυτής από την άποψη του συνταγματικού δικαίου, ήταν η μείωση των δυνατοτήτων της κανονιστικής δύναμης του Συντάγματος απέναντι σε γεγονότα τα οποία δεν μπορούσαν να καλυφθούν από αυτό[65]. Το φαινόμενο αυτό γενικεύθηκε διεθνώς με την πανδημική κρίση, αλλά στην Ελλάδα είχε ήδη εκδηλωθεί κατά τη διάρκεια της οικονομικής κρίσης[66]. Έτσι, αυτό που υπό κανονικές συνθήκες θα ήταν παραβίαση του Συντάγματος, υπό συνθήκες κρίσης έγινε αποδεκτό ως άτυπη συνταγματική μεταβολή[67], είτε προσωρινού είτε μόνιμου χαρακτήρα,

64 *A. Baldassarre*, Globalizzazione contro democrazia, 2002, στον πρόλογο του βιβλίου του, σ. IX.

65 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Οικονομική κρίση, συνταγματική ερμηνεία και «αρχή της πραγματικότητας», συμβολή στην επετειακή ανατύπωση του βιβλίου του *Α.-Ι. Δ. Μεταξά*, Το δίκαιο της ανάγκης και η διάστασις της νομολογίας Συμβουλίου Επικρατείας και Αρείου Πάγου, 2017, σ. 39 επ., σ. 44 επ.

66 Βλ. *X. Contiades/I. Tassopoulos*, The impact of the financial crisis and the greek Constitution, σε: X. Contiades (επιμ.), Constitutions in the global financial crisis, 2013, σ. 195 επ., *Π. Μαντζούφα*, Οικονομική κρίση και Σύνταγμα, 2014, *Γ. Καραβοκύρη*, Το Σύνταγμα και η κρίση. Από το δίκαιο της ανάγκης στην αναγκαιότητα του δικαίου, 2014.

67 Για την οικονομική κρίση ως γενεσιουργό παράγοντα άτυπων συνταγματικών μεταβολών βλ. τη θεωρητική και συγκριτική συνταγματική έρευνα της *A. Baraggia*, Ordinamenti giuridici a confronto nell' era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali, 2017, με cases study την Πορτογαλία και την Ελλάδα. Για τις άτυπες συνταγματικές μεταβολές βλ. *X. Contiades/A. Fotiadou*, Models of constitutional change, σε: X. Contiades (επιμ.), Engineering

έστω κι αν είχε ως αποτέλεσμα τη μείωση στο ελάχιστο του κανονιστικού περιεχομένου ορισμένων συνταγματικών κανόνων. Μάλιστα, κατά κανόνα, αυτό έγινε με προσφυγή στην τακτική ή έκτακτη νομοθετική διαδικασία μέσω κανονικών τυπικών νόμων ή πράξεων νομοθετικού περιεχομένου (άρθρο 44 § 1 του ελληνικού Συντάγματος, άρθρο 77 του ιταλικού Συντάγματος), χωρίς προσφυγή στο εξαιρετικό δίκαιο της ανάγκης κατά την έννοια του άρθρου 48 του ελληνικού Συντάγματος και άλλων παρόμοιων ρυθμίσεων στο συγκριτικό συνταγματικό δίκαιο που προβλέπουν τον θεσμό της κατάστασης πολιορκίας και την εν μέρει ή εν όλω αναστολή θεμελιωδών συνταγματικών εγγυήσεων[68]. Και χωρίς ιδιαίτερη δυσκολία αναβίωσε στην κλασική της μάλιστα μορφή, δηλαδή ως υποκατάστατο του τυποποιημένου δικαίου της ανάγκης, η θεωρία των «εξαιρετικών περιστάσεων» (circonstances exceptionelles)[69], η οποία ανήγαγε την κατάσταση ανάγκης σε δικαιολογητική αιτία «εκτάκτων

constitutional change, 2013, σ. 442 - 445, *Σπ. Βλαχόπουλου*, Η δυναμική ερμηνεία του Συντάγματος, 2014, όπου και αναφορά στη γερμανική μήτρα της σχετικής συζήτησης (ό.π., σ. 20), *Ap. Vlachogiannis*, La living Constitution, 2014, ο οποίος εξετάζει την αμερικανική συνταγματική εμπειρία.

68 Βλ. *C. Yannakopoulos*, L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés? Du terrorisme à l'urgence sanitaire, σε: Annuaire international de justice constitutionnelle, 2021, σ. 415 επ. Για τον μετασχηματισμό του δικαίου της ανάγκης βλ. *Π. Φουντεδάκη*, Οι ανατροπές της κανονικότητας και το καθεστώς έκτακτης ανάγκης, ΤοΣ, 4/2007, σ. 1149 επ. και το επίμετρο του *Α.-Ι. Δ. Μεταξά*, Καταστάσεις ανάγκης. Άδοξες μορφές και διλημματικές πρωταρχίες, στην επετειακή ανατύπωση του βιβλίου του «Το Δίκαιο της ανάγκης», ό.π., σ. 361 επ. Βλ. και *Χ. Ακριβόπουλου*, Η κατάσταση έκτακτης ανάγκης και τα όρια της δημοκρατίας και των δικαιωμάτων, ΕφημΔΔ, 5/2020, σ. 623 επ. Βλ. επίσης *Δ. Βόσσου/Αιμ. Γανταδάκη*, Αναγκαίο ένα δίκαιο της ανάγκης; Μία ανασκόπηση από το χθες στο σήμερα…, ΕφημΔΔ, 3/2021, σ. 427 επ.

69 Βλ. υπό κριτικό πρίσμα *Ιφ. Καμτσίδου*, Μια κατάσταση ανάγκης καθόλου εξαιρετική. Η κρίση του δημόσιου χρέους και το λυκόφως του Συντάγματος, ΔτΑ, 73/2017, σ. 587 επ. Με αναφορά στην ΟλΣτΕ 668/2012, βλ. *Π. Πικραμμένου*, Δημόσιο δίκαιο σε έκτακτες συνθήκες από την οπτική της ακυρωτικής διοικητικής διαδικασίας, ΘΠΔΔ 2/2012, σ. 97 επ. Η θεωρία των «εξαιρετικών περιστάσεων» καθιερώθηκε από το Conseil d'État στις αρχές του πρώτου παγκοσμίου πολέμου και αποτελεί ακόμα και σήμερα ισχύον νομολογιακό δίκαιο στη Γαλλία. Ο πυρήνας της θεωρίας αυτής βρίσκεται στην παραδοχή ότι το ισχύον διοικητικό ή και συνταγματικό δίκαιο εφαρμόζεται με διαφορετικό τρόπο σε περιόδους καταστάσεων ανάγκης απ' ότι σε κανονικές συνθήκες. Για την ιστορική καταγωγή και χρήση της θεωρίας αυτής και τη διάκρισή της από το κλασικό δίκαιο της ανάγκης βλ. *Π. Βυθούλκα,* Η θεωρία των εξαιρετικών περιστάσεων και το ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 1980, σ. 71 επ. και 51 επ.

συνταγματικών ερμηνειών»[70] που διευρύνουν τα συνταγματικά όρια υποδοχής υπεραυστηρών και ασυνήθιστων περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων, όπως, για παράδειγμα, της εξάρτησης της άσκησης της ελευθερίας της κυκλοφορίας από προηγούμενη άδεια μετακίνησης (κατά τη διάρκεια των lockdowns). Δεν είναι τυχαίο ότι, κατά την περίοδο αυτήν, εμφανίστηκαν ή επανήλθαν στην επικαιρότητα εναλλακτικές αντιλήψεις της έννοιας της «αυστηρότητας» του Συντάγματος, οι οποίες σε μια πιο ρεαλιστική προοπτική κάνουν λόγο απλώς για την «ανθεκτικότητα»[71] του Συντάγματος ή για την «ήπια κανονιστικότητα»[72] του Συντάγματος ή για την «ελαστικότητα των αυστηρών Συνταγμάτων»[73].

Το κοινό γνώρισμα όλων αυτών των εναλλακτικών αντιλήψεων της «αυστηρότητας» του Συντάγματος είναι η αποδραματοποίηση των αποκλίσεων της συνταγματικής πραγματικότητας από το τυπικό

70 Είχα κάνει λόγο για «έκτακτες συνταγματικές ερμηνείες» στο άρθρο μου «Ο Covid-19 και η εποχή των δικαιωμάτων», σε: <www.constitutionalism.gr>, 20.3.2020. Όταν η κατάσταση δεν είναι κανονική αλλά έκτακτη ή εξαιρετική, αναγκαστικά και η συνταγματική ερμηνεία θα πρέπει να είναι «προσαρμοστική» ώστε να αντλείται από το συνταγματικό κείμενο ό,τι περισσότερο μπορεί να συναχθεί από αυτό για να αντιμετωπισθεί το απρόβλεπτο γεγονός (βλ. *Α.-Ι. Δ. Μεταξά*, Το δίκαιο της ανάγκης, ό.π., σ. 103). Βλ. όμως και τους προβληματισμούς του *Απ. Παπατόλια*, Η «επόμενη μέρα» του εθνικού και ευρωπαϊκού συνταγματισμού, 2020, σ. 21 επ., όπου και κριτική παρουσίαση της εγχώριας συζήτησης για την ερμηνεία των θεμελιωδών δικαιωμάτων κατά την πανδημική κρίση. Βλ. επίσης και *Ιφ. Καμτσίδου*, Η πανδημία και η αναχώρηση του δικαίου, ΔτΑ, 85/2020, σ. 601 επ., η οποία θεωρεί ότι οι «διαφοροποιημένες» συνταγματικές ερμηνείες δεν είναι επιτρεπτές χωρίς την επίσημη κήρυξη της κατάστασης ανάγκης (αλλά με βάση ποιο συνταγματικό άρθρο;).

71 Βλ. *Ξ. Κοντιάδη/Α. Φωτιάδου*, Η ανθεκτικότητα του Συντάγματος, 2016, ιδίως σ. 97 επ., και passim.

72 Βλ. *Α. Μανιτάκη*, Η εντυπωσιακή, παρά την κρίση, ανθεκτικότητα του Συντάγματος, χάρη στην άδηλη μεταβολή του κανονιστικού νοήματός του, σε: *του ιδίου*, Στο λυκόφως της μεταπολίτευσης, 2020, ιδίως σ. 96 επ.

73 *G. Amato*, L'elasticità delle costituzioni rigide, σε: <nomos-leattualitaneldiritto.it>, 1-2016. Το κατ' εξοχήν παράδειγμα «ελαστικής» ερμηνείας του Συντάγματος, ώστε αυτό που προηγουμένως εθεωρείτο αντισυνταγματικό να κρίνεται πλέον ως συνταγματικό (ή το αντίστροφο), είναι η μεταστροφή της νομολογίας του Supreme Court μετά το 1937 σχετικά με τη νομοθεσία του New Deal. Βλ. *Γ. Γεραπετρίτη*, Ο έλεγχος των οικονομικών επιλογών από τον δικαστή: Προβολές του New Deal, ΕφημΔΔ 3/2011, σ. 465 επ.

Σύνταγμα, ώστε να γίνεται αποδεκτή παραπλεύρως προς τη συνταγματική ρύθμιση μια άλλη διαφορετική νομοθετική ρύθμιση που δεν αποτελεί εξειδίκευση ή συγκεκριμενοποίηση της πρώτης, αλλά απλώς δεν έρχεται σε προφανή αντίθεση προς αυτήν[74]. Για να αναφερθούμε σε ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα από την ελληνική νομολογία –όχι μόνον της μνημονιακής περιόδου–, η κανονιστικότητα του δικαιώματος συλλογικής διαπραγμάτευσης κατά το άρθρο 22 § 2 Συντ. γίνεται αντιληπτή ως μια εξαρτημένη μεταβλητή των οικονομικών συνθηκών. Υπό συνθήκες ομαλής λειτουργίας της οικονομίας, η αρμοδιότητα του κοινού νομοθέτη κατά τη ρύθμιση των αποδοχών των εργαζομένων εξαντλείται στη θέσπιση κατώτατου μισθού, ενώ, υπό συνθήκες οικονομικής κρίσης, επεκτείνεται στην αποκλειστική ρύθμιση των αποδοχών τους, με αντίστοιχο περιορισμό του δικαιώματος συλλογικής διαπραγμάτευσης και έσχατο όριο του κανονιστικού προγράμματος του άρθρου 22 § 2 Συντ. μόνο την απαγόρευση της κατάργησης της μονομερούς προσφυγής σε διαιτησία (βλ. ΟλΣτΕ 2307/2014)[75]. Έχει ενδιαφέρον εδώ να σημειωθεί ότι η πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ ενώ αναφέρεται στην αρχή του κοινωνικού Κράτους (άρθρο 25 § 1 εδ. α΄ Συντ.) ως παράγοντα ενδυνάμωσης του άρθρου 22 § 5 Συντ. (βλ. υπό ΙΙ), αντίθετα την αποσυσχετίζει από το άρθρο 22 § 2 Συντ., μολονότι το δικαίωμα συλλογικής διαπραγμάτευσης και οι συνδικαλιστικές ελευθερίες εν γένει αποτελούν θεμελιώδεις ελευθερίες του κοινωνικού Κράτους.

Ένα άλλο παράδειγμα επίδρασης «εξαιρετικών περιστάσεων» στην ερμηνεία του Συντάγματος αποτελεί η νέα ερμηνεία του άρθρου 44 § 1 Συντ. Η θέση του Πέτρου Παραρά, στην πρώτη και μοναδική μέχρι σήμερα

74 Για την προσέγγιση αυτήν αλλά με αναφορά σε ζητήματα ερμηνείας του οργανωτικού-πολιτικού μέρους του Συντάγματος (π.χ. σε θέματα που αφορούν τη «μορφή κυβερνήσεως» και τη συνταγματική οργάνωση της πολιτικής) βλ. *M. Dogliani*, Interpetazioni della Costituzione, 1982, σ. 80 επ.

75 Βλ. *Δ.Α. Τραυλού-Τζανετάτου*, «Κατάσταση ανάγκης», δημόσιο συμφέρον και έλεγχος συνταγματικότητας, σε: *του ιδίου*, Ανώτατα Δικαστήρια και εργασιακές σχέσεις στην εποχή των μνημονίων, 2015, σ. 31 επ. Βλ. επίσης *Α. Παυλόπουλου*, Η συνταγματική προστασία της εργασίας, 2001, σ. 301 επ., όπου και περαιτέρω βιβλιογραφία.

μονογραφική εμβάθυνση στο άρθρο 44 § 1 Συντ.[76], ότι είναι αντισυνταγματική η παροχή μέσω Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου περαιτέρω νομοθετικών εξουσιοδοτήσεων σε άλλα όργανα της διοίκησης για έκδοση κανονιστικών πράξεων, ήταν μέχρι πρόσφατα σχεδόν αναμφισβήτητη[77], διότι πράγματι δεν φαίνεται λογικό «το αυτό όργανον να έχη συγχρόνως την ιδιότητα του εξουσιοδοτούντος και του εξουσιοδοτούμενου»[78]. Πλην, όλες οι πανδημικές πράξεις νομοθετικού περιεχομένου περιελάμβαναν εξουσιοδοτήσεις και μάλιστα για τη ρύθμιση θεμάτων που δεν θα μπορούσαν εύκολα να χαρακτηρισθούν ειδικότερα ή τεχνικά ή λεπτομερειακά –αν υποτεθεί ότι θα μπορούσε στην περίπτωση αυτήν να βρει αναλογική εφαρμογή το άρθρο 43 § 2 εδ. β΄ Συντ.–, χωρίς να υπάρξει καμία αμφισβήτηση της συνταγματικότητάς τους από τα δικαστήρια (βλ. π.χ. ΣτΕ 161/2020 Δ΄ Τμ. Συμβ.)[79].

Όπως έδειξε η ελληνική και η διεθνής εμπειρία, η πανδημική κρίση επηρέασε και τον τρόπο εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας[80], η οποία στην περίπτωση αυτήν λειτούργησε κατ' αποτέλεσμα περισσότερο ως θεμέλιο παρά ως περιορισμός των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Πράγματι, απ' όσο γνωρίζω κανένα ελληνικό δικαστήριο δεν έκρινε ως αντισυνταγματικά λόγω παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας τα αυστηρά περιοριστικά μέτρα για την αντιμετώπιση της πανδημίας (lockdown, διατήρηση πρόσθετων περιορισμών και μετά το lockdown στη φάση της «συμβίωσης με τον ιό», αυτοδιαγνωστικά τεστ, πιστοποιητικά εμβολιασμού

76 Βλ. *Π. Παραρά*, Αι πράξεις νομοθετικού περιεχομένου του Προέδρου της Δημοκρατίας, 1981, σ. 52 - 57.

77 Βλ. *Κ. Χρυσόγονου*, Συνταγματικό Δίκαιο, 2014[2], σ. 303. Βλ. όμως ήδη *Ευ. Βενιζέλου*, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου, Νέα Έκδοση, 2021, σ. 149 - 150.

78 Βλ. *Π. Παραρά*, Αι πράξεις νομοθετικού περιεχομένου, ό.π., 53 (κατ' εφαρμογήν του αξιώματος delegatus non potest delegare).

79 Βλ. *Α. Καϊδατζή*, Πανδημία, δημοκρατία, δικαιώματα, ΔτΑ, 84/2020, σ. 414.

80 Βλ. ενδεικτικά τις δικαστικές αποφάσεις που παρατίθενται σε: ΔιΔικ, 5/2020, σ. 854, επιμ. Ε. Τρουλινού και το γενικό σχόλιο του *Δ. Φιλίππου*, Ελληνική διοικητική δικαιοσύνη και υγειονομική κρίση – Η συνταγματικότητα των μέτρων για την αντιμετώπιση της πανδημίας, σ. 848 επ. (όπου και αναφορά in fine στον διάσημο φιλόσοφο Giorgio Agamben ο οποίος εκείνη την περίοδο υποστήριζε ότι ο Covid-19 είναι μια … βιοπολιτική επινόηση).

ή νόσησης, υποχρεωτικός εμβολιασμός για συγκεκριμένες κατηγορίες εργαζομένων ή ηλικιακές ομάδες, μη αποδοχή εργασίας και περικοπή ή μη καταβολή αποδοχών στην περίπτωση άρνησης υποβολής σε αυτοδιαγνωστικό έλεγχο ή άρνησης εμβολιασμού)[81], και το ίδιο ισχύει, ως γενική τάση, και για τη διοικητική και συνταγματική νομολογία των άλλων ευρωπαϊκών Κρατών.

Δύο είναι νομίζω τα καινούργια στοιχεία του ελέγχου της αρχής της αναλογικότητας από τα ελληνικά δικαστήρια κατά τη διάρκεια της υγειονομικής κρίσης, τα οποία μια συγκριτική έρευνα θα μπορούσε να εντοπίσει και σε ξένες νομολογίες της τρέχουσας περιόδου.

Πρώτον, η συναρμογή της αρχής της αναλογικότητας με την αρχή της προφύλαξης, η οποία διευρύνει τα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας του κοινού νομοθέτη όσον αφορά την πρόγνωσή του για την καταλληλότητά τους και τη διάγνωσή του για την αναγκαιότητά τους (βλ. π.χ. ΣτΕ 1386/2021 Τμ. Δ΄ σκ. 9). Και δεύτερον, μια «προ-δομημένη» στάθμιση των αγαθών με αναγνώριση της υπεροχής των αγαθών της ζωής και της υγείας έναντι όλων των άλλων συνταγματικών αγαθών (βλ. π.χ. ΣτΕ 1386/2021 Τμ. Δ΄ καθώς και ΠρδρΠρΑθ ΑΡ 342/2020 στην οποία γίνεται ρητά λόγος για την υγεία των πολιτών ως «υπέρτερο αγαθό»). Η ιεράρχηση αυτή των συνταγματικών αγαθών έγινε πρωτογενώς από τον κοινό νομοθέτη και μάλιστα χωρίς κάποια ιδιαίτερη έγνοια για την αναζήτηση «συμψηφιστικών λύσεων» που θα μπορούσαν ή θα έπρεπε ίσως να υπάρχουν, αλλά αυτό ήταν ένα θέμα δευτερεύον στις δοσμένες συνθήκες. Η νομολογία ήρθε να επικυρώσει αυτή την ιεράρχηση χωρίς πάντως να δεσμεύεται ότι αυτή η σχεδόν απόλυτη προτεραιότητα

81 Έτσι, κατά βάση, ιδίως κατά την πρώτη φάση της πανδημίας, και η θεωρία. Βλ. ενδεικτικά *Ευ. Βενιζέλου*, Πανδημία, θεμελιώδη δικαιώματα και δημοκρατία, ΔτΑ, 84/2020, σ. 275 επ., *Ξ. Κοντιάδη*, Πανδημία, βιοπολιτική και δικαώματα, 2020, σ. 81 επ., *Ξ. Κοντιάδη/Α. Φωτιάδου,* Πανδημία, Κράτος πρόληψης και ανθεκτικότητα του Συντάγματος, ΕφημΔΔ, 1/2020, σ. 17 επ. (για την προσαρμοστικότητα της αρχής της αναλογικότητας, ό.π., σ. 26), *Σπ. Βλαχόπουλου*, Συνταγματικός μιθριδατισμός, 2020, σ. 37 επ., *Χ. Τσιλιώτη*, Τα περιοριστικά μέτρα για την αντιμετώπιση της πανδημίας Covid-19 στο σύστημα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ΔτΑ, 84/2020, σ. 431 επ., *Β. Τζέμου*, Η μέρα νύχτα. Η πανδημία, η ζωή ως το υπέρτατο αγαθό και οι δύο όψεις της αναλογικότητας, ΔτΑ, 85/2020, σ. 663 επ.

του δικαιώματος στην προστασία της υγείας θα πρέπει να υπάρχει σε όλες τις φάσεις της εξέλιξης της πανδημίας.

Μήπως έτσι φθάσαμε σε αυτό που φοβόταν ο Σταύρος Τσακυράκης[82], δηλαδή σε μια χρήση της αρχής της αναλογικότητας υπέρ του «κοινού καλού» που παραμερίζει τα θεμελιώδη δικαιώματα και τελικά οδηγεί στην υπόκλιση του δικαστή στη βούληση του κοινού νομοθέτη, σε μια deferential review; Σίγουρα, δεν ήταν αυτή η πρόθεση του αναθεωρητικού νομοθέτη του 2001, αλλιώς δεν υπήρχε λόγος να θεσπιστεί ρητά η αρχή αυτή στο ισχύον Σύνταγμα (βλ. παραπάνω, υπό ΙΙ), και πάντως δεν θα ευσταθούσε στην προκειμένη περίπτωση μια τέτοια κριτική. Η συγκεκριμένη χρήση της αρχής της αναλογικότητας αποτελεί προϊόν όλως ειδικών περιστάσεων και δεν ήταν προσανατολισμένη στην εξυπηρέτηση ενός αφηρημένου «κοινού καλού» αλλά στην προστασία της δημόσιας υγείας που αποτελεί τη συλλογική διάσταση του ατομικού δικαιώματος στην υγεία.

Από την άποψη αυτήν, δεν υπήρξε υποταγή των θεμελιωδών δικαιωμάτων σε ένα απρόσωπο συλλογικό συμφέρον, ξένο προς τα ατομικά συμφέροντα, αλλά μια σύγκρουση θεμελιωδών δικαιωμάτων, η οποία υπό τις συνθήκες της πανδημίας δεν θα μπορούσε παρά να αποβεί υπέρ του δικαιώματος στην υγεία, επειδή πολύ απλά σε μια τέτοια κατάσταση ανάγκης υπερισχύει η αρχή primum

82 *S. Tsakyrakis*, Proportionality: An assault on human rights? I. CON, 2009, σ. 468 επ. Από τη μεγάλη διεθνή και παγκόσμια συζήτηση που προκάλεσε η μελέτη αυτή του Σταύρου Τσακυράκη, κάτι ιδιαίτερα τιμητικό για την ελληνική συνταγματική επιστήμη, ξεχωρίζω για τη θεωρητική του εκλέπτυνση το βιβλίο του Francisco Urbina, A critique of proportionality and balancing, 2017, ο οποίος επεξεργάζεται περαιτέρω την κριτική του Τσακυράκη (βλ. ιδίως σ. 98 επ.). Ωστόσο, η κριτική αυτή ισχύει για ορισμένες μόνο θεωρίες της αναλογικότητας και ιδίως την πιο διαδεδομένη από αυτές, δηλαδή εκείνη του *Robert Alexy*, A theory of constitutional rights, 2002, ιδίως σ. 66 επ., σ. 406, ο οποίος απορρίπτει οποιαδήποτε ιεράρχηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων με βάση την κοινωνική και συνταγματική σπουδαιότητά τους και αντιμετωπίζει επί ίσοις όροις τα θεμελιώδη δικαιώματα και τα δημόσια συμφέροντα στην βάση μιας στάθμισης ad hoc. Πρβλ. την κριτική του *A. Barak*, Proportionality. Constitutional rights and their limitations, 2012, ιδίως σ. 528 επ., σ. 542 επ., ιδίως σ. 545 - 546. Πρβλ. και *K. Tuori*, Fundamental rights principles: disciplining the instrumentalism of policies, σε: Agustin José Menéndez - Eric Oddvar Eriksen (επιμ.), Arguing Fundamental Rights, 2006 (τόμος αφιερωμένος στο έργο του Robert Alexy), σ. 33 επ., ιδίως σ. 36 - 38.

vivere[83]. Η σύγκρουση αυτή εκδηλώθηκε και στο εσωτερικό του δικαιώματος στην υγεία, με την εύλογη υποχώρηση της ατομικής ελευθερίας αυτοκαθορισμού σε θέματα υγείας, χάριν της προστασίας του δικαιώματος στην υγεία των άλλων και της αποτροπής της κατάρρευσης του δημοσίου υγειονομικού συστήματος, η ύπαρξη του οποίου εγγυάται το κοινωνικό δικαίωμα στην υγεία[84]. Μάλιστα, στη συγκυρία αυτήν, κατά την οποία η ελευθερία αυτοκαθορισμού του ατόμου σχετικά με την προστασία της υγείας του μπορεί να προκαλέσει βλάβη στην υγεία των άλλων ή ακόμα και τον θάνατο τους, επεκτείνεται η εμβέλεια της αρχής της αλληλεγγύης κατά το άρθρο 25 § 4 Συντ. και πέρα από τη σφαίρα των τυποποιημένων συνταγματικών καθηκόντων, ώστε να μπορεί να θεμελιωθεί σε αυτήν η υποχρέωση εμβολιασμού[85].

83 Πρβλ. *Α. Μανιτάκη,* Η προστασία της ζωής ως συνταγματικής αξίας, ΕφημΔΔ, 3/2020, σ. 250 επ., ιδίως σ. 258 επ.

84 Για τις επιμέρους όψεις του δικαιώματος στην υγεία, οι οποίες μπορούν όλες κατά τη γνώμη μου να ενταχθούν στο νέο άρθρο 5 § 5 εδ. α΄ Συντ. που κατοχυρώνει το δικαίωμα στην προστασία της υγείας εν γένει, βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Πανδημία, δικαίωμα στην υγεία και καθήκον αλληλεγγύης, ΕφημΔΔ, 1/2020, σ. 28 επ.

85 Βλ. *Χ. Ανθόπουλου*, Πανδημία, δικαίωμα στην υγεία και καθήκον αλληλεγγύης, ό.π., σ. 34. Για την κλιμάκωση της υποχρέωσης εμβολιασμού από έμμεση (π.χ. με την επιβολή περιορισμών στην άσκηση δικαιωμάτων των μη εμβολιασθέντων) σε άμεση (με επιβολή διοικητικών ή άλλων κυρώσεων στους μη εμβολιασθέντες) βλ. *Χ Τσιλιώτη*, Αστική ευθύνη του Δημοσίου από τον Αντί- Covid-19 εμβολιασμό: η ένταξη του ζητήματος στην προβληματική της αστικής ευθύνης του Δημοσίου υπό νόμιμες πράξεις των οργάνων του, ΕφημΔΔ, 5/2021, σ. 637 επ. Για τη γενικότερη προβληματική βλ. Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου, *Φ. Παναγοπούλου-Κουτνατζή,* Περί της υποχρεωτικότητας του εμβολιασμού σε περίοδο πανδημίας, 2021, *Χρ. Ακριβοπούλου*, Πανδημία, εμβολιαστικές πολιτικές και ανθρώπινα δικαιώματα, ΕφημΔΔ, 2/2021, σ. 245 επ., *Β. Χρήστου,* Ο υποχρεωτικός εμβολιασμός του γενικού πληθυσμού και η πολιτική σημασία της δημόσιας υγείας, ΘΠΔΔ, 7/2021, σ. 672 επ., *Ν. Σουρή,* Η δυνατότητα του υποχρεωτικού εμβολιασμού, ΕφημΔΔ, 3/2021, σ. 443 επ. *Απ. Βλαχογιάννη*, Υποχρεωτικός εμβολιασμός και Covid-19, <constitutionalism.gr>, 3.12.2020. Από την άποψη της ΕΣΔΑ βλ. το σχόλιο της *Ε. Χρυσουλάκη* στην υπόθεση Vavřička, ΕφημΔΔ, 3/2021, σ. 334 επ. Από θεωρητικο-συνταγματική άποψη, η πιο ενδιαφέρουσα όψη του θέματος αυτού είναι ο μετασχηματισμός σε συνθήκες πανδημίας του δικαιώματος στην υγεία σε δικαίωμα-καθήκον στην υγεία. Βλ. επ' αυτού και *Γ. Καραβοκύρη*, Πανδημία και μεθοδολογία: μια πραγματολογική ανάγνωση των συνταγματικών δικαιωμάτων, ΕφημΔΔ, 1/2021, σ. 105. Στην προ κορονοϊού εποχή το εγγύτερο προηγούμενο ήταν η θέσπιση υποχρέωσης χρήσης ζωνών ασφαλείας ή προστατευτικού κράνους. Βλ. σχετικά *Ευτ. Φυτράκη,* «Για το καλό σου»: Η ποινική καταστολή των αυτοπροσβολών και η διάσταση μεταξύ ατομικού αγαθού και κοινωνικού συμφέροντος, σε: Ι. *Στράγγα* και άλλων (επιμ.), Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο, 2012, σ. 909 - 910

Μια περαιτέρω ανάπτυξη ή μάλλον διακλάδωση της αρχής της αναλογικότητας, που έχει την προϊστορία της στο δίκαιο του περιβάλλοντος, αποτελεί η δικαστική απαίτηση προς τον κοινό νομοθέτη για παροχή επαρκών εξηγήσεων που μπορούν να δικαιολογήσουν in concreto, δηλαδή όχι μόνο με την επίκληση της κατάστασης οικονομικής ανάγκης, την επί τα χείρω τροποποίηση της κοινωνικής νομοθεσίας, ειδικότερα στον τομέα των συντάξεων[86]. Η τάση αυτή της ελληνικής νομολογίας, η οποία την ίδια εποχή εκδηλώθηκε και στη νομολογία του πορτογαλικού και του ιταλικού Συνταγματικού Δικαστηρίου[87], έχει την αφετηρία της στην ΟλΣτΕ 2887/2015

και γενικότερες σκέψεις, σ. 918 - 926. Αλλά στην περίπτωση του υποχρεωτικού εμβολιασμού, εκτός από τη διάσταση του κοινωνικού κόστους, υπάρχει και η διάσταση της προστασίας της υγείας και της ζωής των άλλων, κάτι που δεν ισχύει για την υποχρέωση χρήσης ζωνών ασφαλείας ή προστατευτικού κράνους. Για μια δριμεία κριτική κατά του υποχρεωτικού εμβολιασμού, που υπερασπίζεται την ελευθερία της υγείας, ακόμη και όταν διακυβεύεται η ατομική και η δημόσια υγεία των άλλων, βλ. *Κ. Βαθιώτη*, Από την πανδημία στην κλιματική αλλαγή, 2021, σ. 157 επ., σ. 219 επ.

86 Βλ. *Ι. Σαρμά*, Η λήψη υπόψη εμπειρικών δεδομένων κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας διατάξεων με τις οποίες επιβάλλεται περικοπή αποδοχών (το ζήτημα της «αιτιολογίας» του νόμου) σε: Τιμητικός Τόμος για τον Αντώνη Μανιτάκη, 2019, σ. 458 επ. Για την υποχρέωση αιτιολογίας του νόμου στην προγενέστερη νομολογία βλ. *Κ. Γιαννακόπουλου*, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, 2013, σ. 240 επ. Κατά τη γνώμη μου, ο νομολογιακός κανόνας της υποχρέωσης όχι απλώς της δικαιολόγησης αλλά της αιτιολογίας του νόμου, δηλαδή της απόδειξης από τον νομοθέτη της ύπαρξης εύλογης σχέσης ανάμεσα στις εμπειρικές προϋποθέσεις του νόμου και στους επιδιωκόμενους σκοπούς του, θέτει επιτακτικά το ζήτημα των «λειτουργικών» ορίων της συνταγματικής δικαιοσύνης (βλ. ως προς το θέμα αυτό, *Konrad Hesse*, Λειτουργικά όρια της συνταγματικής δικαιοσύνης, σε: *του ιδίου*, Το Σύνταγμα της πολιτικής ενότητας και της πρακτικής εναρμόνισης, μετάφραση-εισαγωγή του Στ.-Ι. Κουτνατζή, 2017, σ. 245 επ.).

87 Βλ. την απόφαση 862/2013 του πορτογαλικού Συνταγματικού Δικαστηρίου και ιδίως την απόφαση 70/2015 Ιταλικού Συνταγματικού Δικαστηρίου. Και οι δύο αυτές αποφάσεις αφορούσαν περικοπές συντάξεων και προκάλεσαν αντιδράσεις από ένα μέρος της θεωρίας για τον «δικαστικό ακτιβισμό» των οικείων Συνταγματικών Δικαστηρίων. Στην απόφαση του πορτογαλικού Συνταγματικού Δικαστηρίου γίνεται όμως βασικά έλεγχος κατ' ουσίαν των δημοσιονομικών μέτρων (βλ. *A.M. Guerra Martins*, Συνταγματικός Δικαστής, κοινωνικά δικαιώματα και κρίση δημοσίου χρέους. Η πορτογαλική συνταγματική νομολογία, ΕΔΚΑ, 3/2016, σ. 393), ενώ στην απόφαση του ιταλικού Συνταγματικού Δικαστηρίου το κύριο επιχείρημα για την κήρυξη της αντισυνταγματικότητας τους ήταν η απουσία επαρκούς αιτιολογίας τους (βλ. *A. Barbera*, La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte, rivistaaic.it, 15/5/2015).

και συμπυκνώθηκε δογματικά στη σκέψη της απόφασης ΟλΕλΣυν 137/2019 ότι «Όσο εντονότερη είναι η επέμβαση στο θεμελιώδες κοινωνικό δικαίωμα στη σύνταξη, τόσο απαιτητικότερος είναι ο δικαστικός έλεγχος αναφορικά με την τεκμηρίωση που πρέπει να στηρίζει το σχετικό νομοθετικό μέτρο, έτσι ώστε όταν διαπιστώνονται σημαντικές επεμβάσεις να απαιτείται όπως το Δικαστήριο ασκεί ένα βαθύτερο έλεγχο των πραγματικών γεγονότων που δικαιολογούν το μέτρο». Έτσι, ενώ, κατά την περίοδο της υγειονομικής κρίσης, ο δικαστικός έλεγχος της αναλογικότητας των περιορισμών των ατομικών δικαιωμάτων συμπορεύθηκε με τις θεμελιώδεις επιλογές του κοινού νομοθέτη για την αντιμετώπισή της, κατά την περίοδο της οικονομικής κρίσης από το 2015 και μετά[88] και ειδικότερα για νομοθετικές ρυθμίσεις που αφορούσαν τη μείωση των συντάξεων, ο δικαστικός έλεγχος της αρχής της αναλογικότητας, έστω με τον πλάγιο αυτόν τρόπο, που δεν αμφισβητεί κατ' αρχήν το ουσιαστικό περιεχόμενο των σχετικών ρυθμίσεων αλλά μόνον τον τρόπο της δικαιολόγησής τους, εισήγαγε ουσιαστικά ένα «τεκμήριο αντισυνταγματικότητας» τους όταν δεν υπάρχει ειδική τεκμηρίωση για την αναγκαιότητά τους. Με τον τρόπο αυτόν, δεν αποκαταστάθηκε, τουλάχιστον όχι για όλους, η πλήρης κανονιστική ακεραιότητα του άρθρου 22 § 5 Συντ., η οποία σύμφωνα με το ΣτΕ αντιστοιχεί σε ένα επίπεδο διαβίωσης του συνταξιούχου «όσο το δυνατόν εγγύτερο προς εκείνο που είχε κατακτήσει κατά τη διάρκεια του εργασιακού του βίου» (βλ. ΟλΣτΕ 2287/2015), εκ του αποτελέσματος όμως ανακόπηκε η τάση να θεωρείται η κοινωνική ασφάλιση ένα δικαίωμα χωρίς συνταγματικές εγγυήσεις[89].

88 Βλ. *Ευ. Βενιζέλου*, Η οικονομική κρίση ως δικανική πρόκληση σε: Τιμητικός Τόμος για τον Αντώνη Μανιτάκη, ό.π., σ. 102 επ., *A. Poulou*, Risposte giudiziarie alle misure di austerità: il caso della Grecia, σε: *C. Margiotta* (επιμ.) Europa: diritto della crisi e crisi del diritto, 2018, σ. 149 επ.

89 «Κοινωνική ασφάλιση χωρίς εγγυήσεις» ήταν ο τίτλος ενός βιβλίου του *Αγγ. Στεργίου* σε μια εποχή (1992), κατά την οποία ήταν ακόμη αβέβαιη η λειτουργία του άρθρου 22 § 5 Συντ. (τότε 22 § 4 Συντ.) ως αρνητικού ορίου σε θεμελιώδεις επιλογές του κοινού νομοθέτη στον τομέα της κοινωνικοασφαλιστικής και συνταξιοδοτικής πολιτικής (ό.π., σ. 3 επ.). Βλ. σχετικά και *Ξ. Κοντιάδη*, Το κανονιστικό περιεχόμενο των κοινωνικών δικαιωμάτων κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε: Τόμο Τιμητικό του Συμβουλίου της Επικρατείας, 2004, σ. 278 επ.

Ήδη, με αφορμή τα ζητήματα συνταγματικότητας του ν. 4387/2016 για το ενιαίο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης, το ΣτΕ προχώρησε σε έναν πλήρη και κατ' ουσίαν έλεγχο των επιλογών του ασφαλιστικού νομοθέτη (βλ. π.χ. ΟλΣτΕ 1890/2019, ΟλΣτΕ 1891/2019), ανυψώνοντας περαιτέρω το επίπεδο ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, τουλάχιστον (ή κυρίως) στο πεδίο του άρθρου 22 § 5 Συντ.[90]

Κατά τη διάρκεια της οικονομικής κρίσης, ο μέσος ετήσιος μισθός των Ελλήνων πολιτών έπεσε από το 18.567,36 ευρώ το 2010 στα 15.762,85 ευρώ το 2020. Πρόκειται για τη μεγαλύτερη πτώση του εθνικού μέσου μισθού στον χώρο της ΕΕ που οφείλεται στις διαδοχικές περικοπές των αποδοχών των εργαζομένων στον δημόσιο και ιδιωτικό τομέα στο πλαίσιο των λεγόμενων «μνημονιακών» μέτρων. Κατά την περίοδο αυτήν, υπήρξε, όμως, μια συνταγματική διάταξη, αυτή που αφορά τις αποδοχές των δικαστικών λειτουργών (άρθρο 88 § 2 Συντ.), η οποία έτυχε ιδιαίτερης προστασίας από τη νομολογία των ανωτάτων δικαστηρίων της Χώρας. Η νομολογιακή ιστορία και το δημοσιονομικό κόστος του άρθρου 88 § 2 Συντ. το οποίο αποτελεί ένα κληροδότημα της Δ΄ Αναθεωρητικής Βουλής (1946 - 1950)[91]

90 Βλ. *Π. Παπαρρηγοπούλου*, Κρατική εγγύηση, επάρκεια των συντάξεων, ανταποδοτικότητα και ενοποιήσεις στην πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ για την κοινωνική ασφάλιση, ΔτΚΑ, 4/2019, σ. 712 επ. και *Αγγ. Στεργίου*, Η υποχρέωση σύνταξης αναλογιστικών μελετών με αφορμή τις αποφάσεις της ΟλΣτΕ 1889 - 1891/2019. Προς μια θεσμική ενδυνάμωση της κοινωνικής ασφάλισης, ΔτΚΑ, 4/2019, σ. 716 επ., ιδίως σ. 735 - 736, όπου και αναφορά στην έμμεση πλην σαφή θέση του ΣτΕ ότι οι αναλογιστικές μελέτες δεν μπορούν να δικαιολογήσουν οπισθοδρόμηση στην προστασία της αξιοπρεπούς διαβίωσης ασφαλισμένων και συνταξιούχων.

91 Η διάταξη αυτή πρωτοεμφανίσθηκε στο σχέδιο Συντάγματος που καταρτίσθηκε από την Ειδική Κοινοβουλευτική Επιτροπή του ΞΗ΄ ψηφίσματος της Δ΄ Αναθεωρητικής Βουλής και το οποίο στη συνέχεια ψηφίσθηκε ως το νέο Σύνταγμα της χώρας από τη Βουλή που προήλθε από τις εκλογές της 9ης Σεπτεμβρίου 1951. Η ειδική αυτή ρύθμιση ζητήθηκε από τους Προέδρους των τριών Ανωτάτων Δικαστηρίων της Χώρας και συζητήθηκε στην απογευματινή συνεδρίαση της Πέμπτης 29 Σεπτεμβρίου 1949, υπό την προεδρία του Γεωργ. Μπακόπουλου. Μολονότι διατυπώθηκαν επιφυλάξεις για το εάν οι δικαστές αποτελούν άμεσα (δηλαδή συνταγματικά) όργανα του Κράτους (βλ. την τοποθέτηση του *Θ. Τσάτσου*, κατά τον οποίο άμεσα όργανα του Κράτους θα έπρεπε να θεωρούνται ο αρχηγός του Κράτους –τότε ο Βασιλεύς– η Βουλή και η Κυβέρνηση), οι περισσότεροι, αν και όχι όλοι, οι βουλευτές, συμφώνησαν για τη θέσπιση στο Σύνταγμα της διάταξης αυτής, λόγω του πολύ χαμηλού εκείνη την εποχή μισθού των δικαστών. Αλλά, όπως διευκρίνισε κατά τις

(βλ. το αντίστοιχο άρθρο 87 εδ. β΄ του Συντάγματος του 1952), θα πρέπει κάποτε να αποτελέσουν αντικείμενο ειδικής μελέτης, κυρίως από την πλευρά της πολιτικής επιστήμης, διότι εδώ το κρίσιμο θέμα είναι ακριβώς η σχέση του πολιτικού συστήματος με τη δικαστική εξουσία, δηλαδή η αδυναμία του πολιτικού συστήματος και των πολιτικών συνταγματικών οργάνων του Κράτους να εμποδίσουν την «αυτο-αξιοποίηση» του άρθρου 88 § 2 Συντ. από τους εφαρμοστές του[92]. Από νομικής πλευράς το παράδοξο μιας δίκης στην οποία προσφεύγοντες και δικάζοντες έχουν εξ αντικειμένου κοινό συμφέρον προς συγκεκριμένη έκβαση της από την οποία όλοι θα ωφεληθούν είναι αξεπέραστο[93]. Ο αναθεωρητικός νομοθέτης του 2001 πλανήθηκε στην προσδοκία του ότι η ίδρυση του Ειδικού Δικαστηρίου του άρθρου 88 § 2 εδ. β΄ Συντ. με τη συμμετοχή τριών καθηγητών Νομικής, τριών δικηγόρων και τριών δικαστικών λειτουργών, θα συγκρατούσε την ήδη διαμορφωθείσα με επικεφαλής το ΣτΕ νομολογιακή τάση να ερμηνεύεται το άρθρο 88 § 2 υπό το πρίσμα του μισθολογικού συμφέροντος των δικαστών[94]. Στην απόφαση 13/2006, το Δικαστήριο αυτό «δημιούργησε» ένα νέο μισθολόγιο των δικαστικών λειτουργών με βάση τις προκλητικές πράγματι αποδοχές του προέδρου της ΕΕΤΤ. Μειοψήφησαν οι τρεις καθηγητές Νομικής (Νικόλαος

προπαρασκευαστικές εργασίες ο Πρόεδρος της Επιτροπής Γεωργ. Μπακόπουλος, η διάταξη δεν καθόριζε μισθό αλλά «μίαν κατευθυντήριαν γραμμήν, την οποία ο νομοθέτης … θα έχη και πρέπει να έχη υπ' όψει του». Μάλιστα, η σύγκριση δεν γινόταν με τη βουλευτική αποζημίωση αλλά με τον μισθό των άλλων διοικητικών υπαλλήλων. Για τη συζήτηση αυτή βλ. Εστενογραφημένα Πρακτικά της Επιτροπής Αναθεωρήσεως του Συντάγματος (Ψήφισμα ΞΗ΄), Προεδρία Γεωργίου Μπακόπουλου, Εν Αθήναις, 1953, σ. 291 - 307 (για την τοποθέτηση του *Θ. Τσάτσου*, βλ. ό.π., σ. 295, και του *Γ. Μπακόπουλου*, ό.π., σ. 302).

92 Ο *Φ. Βεγλερής* ήδη από το 1951 με αφορμή απόφαση του ΣτΕ (Ολ. 2080/1949) που επεξέτεινε και στους δικαστικούς λειτουργούς μισθολογικό ευεργέτημα που είχε παρασχεθεί σε άλλη κατηγορία δημοσίων υπαλλήλων είχε διαγνώσει εν τω γεννάσθαι τη νομολογιακή αυτή τάση, προτού μάλιστα τεθεί σε ισχύ το Σύνταγμα του 1952. Βλ. το σχόλιό του «Το πρόβλημα της παραβάσεως της ισότητας εκ παραλείψεως του νομοθέτη», Νέον Δίκαιον 7, 1951, σ. 436 επ. αναδημοσιευμένο στο βιβλίο του Παρατηρήσεις επί της νομολογίας περί το δημόσιον δίκαιον, 1955, ό.π., σ. 112, σ. 122.

93 Ο *Χρ. Τριανταφυλλίδης*, Το ειδικό μισθολόγιο των δικαστών, ΔιΔικ, 6/2019, σ. 894 επ. στην εμπεριστατωμένη επισκόπησή του για τη νομολογιακή χρήση του άρθρου 88 § 2 Συντ. δεν αποδίδει ιδιαίτερο βάρος στην ένσταση αυτήν.

94 Βλ. *Ευ. Βενιζέλου*, Το αναθεωρητικό κεκτημένο, ό.π., σ. 344 - 346.

Ρόκας, Σωτήριος Λύτρας, Ευάγγελος Περράκης), οι οποίοι επεσήμαναν, εκτός των άλλων, ότι δεν επιτρέπεται επί τη βάσει απλώς του άρθρου 88 § 2 Συντ. η υποκατάσταση του Δικαστηρίου σε έργα δημοσιονομικού νομοθέτη με κίνδυνο την εξουθένωση των οικονομικών του Κράτους. Την ίδια γραμμή τήρησε το Δικαστήριο και στη φάση της πιο μεγάλης όξυνσης της οικονομικής κρίσης με την απόφαση 88/2013, με μειοψηφία του καθηγητή Φίλιππου Σπυρόπουλου, της καθηγήτριας Δήμητρας Παπαδοπούλου και του δικηγόρου Παναγιώτη Βασιλικόπουλου. Κάπως έτσι ξεκίνησε η «αντιμνημονιακή» νομολογία στην Ελλάδα που επεκτάθηκε στη συνέχεια και στα άλλα ειδικά μισθολόγια. Επειδή, όπως γράφει ο επίτιμος Αντιπρόεδρος του ΣτΕ Δημοσθένης Πετρούλιας, «ίσως οι δικαστές [να μην] θέλησαν να κατηγορηθούν ότι επιφυλάσσουν μόνον στους εαυτούς τους προνομιακή μισθολογική μεταχείριση»[95].

95 Βλ. *Δ. Πετρούλια*, Το Συμβούλιο της Επικρατείας, η ασφάλεια του δικαίου και η δημοσιονομική ισορροπία του Κράτους, the books' journal, 111/2020, σ. 36 επ. (το παρατιθέμενο στο κείμενο απόσπασμα βρίσκεται στη σ. 37 in fine).

Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης και η μεταρρύθμιση του ασφαλιστικού συστήματος

Γιώργος Κατρούγκαλος

Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου Δ.Π.Θ.

Εισαγωγικές παρατηρήσεις: Το ελληνικό ασφαλιστικό σύστημα

Το ασφαλιστικό-συνταξιοδοτικό συγκαταλέγεται στα σημαντικά εθνικά θέματα, όχι μόνο λόγω της κοινωνικής του διάστασης, που αφορά όλους τους εργαζομένους, αλλά και λόγω της διασύνδεσής του με την οικονομία. Μπορεί να συμβάλει σε μία δίκαιη ανάπτυξη, μπορεί όμως, να αποτελέσει, όπως συνέβη στο παρελθόν, τον καθοριστικό παράγοντα τόσο για την διαιώνιση ελλειμματικής προστασίας για το μεγαλύτερο τμήμα του πληθυσμού, όσο και την διόγκωση των δημοσιονομικών ελλειμμάτων.

Το δικαίωμα για κοινωνική ασφάλιση αποτελεί επίσης τον ακρογωνιαίο λίθο του ελληνικού συστήματος κοινωνικής προστασίας. Τα σχετικά κονδύλια απορροφούν το μεγαλύτερο μέρος των κοινωνικών δαπανών του κρατικού προϋπολογισμού[1]. Επιπλέον, λόγω του ότι η χώρα μας ανήκει στο ηπειρωτικό κοινωνικό πρότυπο προστασίας, το σχήμα παροχής-αντιπαροχής

1 Βλ., αντί άλλων, G. Katrougalos, The south-European model of Welfare State, Journal of European Social Policy, 1, 1996, του ιδίου, Το ελληνικό ασφαλιστικό σύστημα και οι προσπάθειες μεταρρύθμισής του, σε Κ. Κασιμάτη κ.α. (επιμέλεια), Κοινωνική θεωρία και κοινωνική πολιτική, Διαστάσεις της κοινωνικής αλλαγής και αναπαραγωγής (Τιμητικός Τόμος Μ. Πετμεζίδου), Εκδ. Τόπος, Αθήνα, 2022.241.

που αντιπροσωπεύει η κοινωνικοασφαλιστική σχέση απετέλεσε σημείο αναφοράς για την αναγνώριση και των υπόλοιπων κοινωνικών δικαιωμάτων. Το ηπειρωτικό ή "βισμαρκιανό" σύστημα κοινωνικής ασφάλισης χαρακτηρίζεται από τη χρηματοδότηση της κοινωνικής πολιτικής κυρίως από τον ασφαλιστικό δεσμό και όχι από τη γενική φορολογία, την κατηγοριοποίηση των κοινωνικών δικαιωμάτων και την αρχή της επικουρικότητας στην κοινωνική πρόνοια.

Είναι αλήθεια ότι αρκετοί θεωρητικοί[2], προτείνουν την ύπαρξη ενός πρόσθετου περιφερειακού «νοτιο–ευρωπαϊκού κράτους πρόνοιας» που περιλαμβάνει τα κράτη της Νότιας Ευρώπης. Τα κύρια χαρακτηριστικά που του αποδίδουν είναι η έντονη επιρροή του καθολικισμού, οι αρχές της συμπληρωματικότητας και της επικουρικότητας, με σημαντικό ρόλο της οικογένειας ως πρώτου και ύστατου δικτύου ασφαλείας, η χαμηλή αποτελεσματικότητα και το περιορισμένο εύρος προστασίας της κοινωνικής πολιτικής (υπερπροστασία των ηλικιωμένων εργαζομένων, ιδίως ευνοημένων κοινωνικών στρωμάτων, υποπροστασία των outsiders της αγοράς). Όλα αυτά όμως είναι κοινά με το ηπειρωτικό πρότυπο και δεν επαρκούν για να διαφοροποιήσουν ουσιαστικά από εκείνο τις μεσογειακές χώρες. Υπάρχουν πράγματι κοινωνιολογικές και θεσμικές διαφορές μεταξύ των τελευταίων. Αυτές όμως απλώς τις προσδιορίζουν ως μία παραλλαγή του ηπειρωτικού πρότυπου, και όχι ως αυτοτελές θεσμικό πρότυπο[3].

Σε κάθε περίπτωση, το ελληνικό σύστημα κοινωνικής προστασίας έχει ορισμένες διαχρονικές παθολογίες που το διακρίνουν από τον ιδεότυπο του ηπειρωτικού μοντέλου. Χαρακτηριζόταν πάγια από οργανωτικό κατακερματισμό, απόρροια των πελατειακών χαρακτηριστικών του πολιτικού συστήμα-

2 M. Ferrera, The southern model of welfare in Social Europe, Journal of European Social Policy, 6, 1996.17.

3 Βλ. περισσότερα επ'αυτού σε G. Katrougalos, The south-European welfare model, Journal of European Social Policy, 6, 1996.41, πρβλ. αναλυτικότερα, του ίδιου, Θεσμοί κοινωνικής πολιτικής και προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων σε διεθνές και εθνικό επίπεδο, Ν. Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2009, Κεφάλαιο 6.

τος και την έντονη ανισορροπία των κοινωνικών δαπανών, με υπερδιόγκωση αυτών για τις συντάξεις σε βάρος των άλλων κατηγοριών. Περαιτέρω, μαστιζόταν από πρόσθετες στρεβλώσεις και στοιχεία ανορθολογικότητας, τα περισσότερα από τα οποία οφείλονται στην ιστορικά ιδιάζουσα ανάπτυξη του κράτους πρόνοιας στην χώρα μας. Συγκεκριμένα, η θεμελίωση του τελευταίου συνέπεσε με το ανώμαλο κλίμα της μετεμφυλιακής περιόδου. Μοιραία, λοιπόν, αντί να αποτελέσει όργανο ιδεολογικής ενσωμάτωσης του συνόλου της κοινωνίας και νομιμοποίησης της κρατικής εξουσίας μέσω γενικευμένων κοινωνικών παροχών, όπως συνέβη σε όλο τον υπόλοιπο δυτικό κόσμο, χρησιμοποιήθηκε ως ένα ακόμη εργαλείο διχασμού και επιλεκτικής επιβράβευσης των κοινωνικών ομάδων που συμμετείχαν στο μετεμφυλιακό πελατειακό σύστημα νομής της εξουσίας[4].

Με άλλα λόγια, ο σχεδιασμός της κοινωνικής πολιτικής, ιδίως του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης, δεν έγινε με στρατηγικό σκοπό την πλήρη κάλυψη του πληθυσμού, αλλά με κριτήρια άμεσα σχετικά με την πελατειακή εξυπηρέτηση συμφερόντων κοινωνικών ομάδων που είτε συμμετείχαν άμεσα στο σύστημα εξουσίας (όπως, π.χ., οι στρατιωτικοί), ή των ανερχόμενων μεσαίων στρωμάτων των οποίων επιδιώχθηκε συστηματικά η ενσωμάτωση σε αυτό (τραπεζοϋπάλληλοι, δημόσιοι υπάλληλοι). Το αποτέλεσμα ήταν ο κατακερματισμός των συνταξιοδοτικών ρυθμίσεων και ο πολλαπλασιασμός ασφαλιστικών φορέων με εξαιρετικά άνισες παροχές και καλύψεις. Από την άλλη μεριά, η κατάσταση αυτή άφηνε περιθώριο αποτελεσματικών διεκδικήσεων και σε «εχθρικές», αντισυστημικές κοινωνικές ομάδες, εφόσον επεδίωκαν με συνέπεια και αγωνιστικότητα καλύτερες ασφαλιστικές παροχές. Το χαρακτηριστικότερο παράδειγμα παρόμοιας κοινωνικής κατηγορίας αποτε-

4 Βλ. ιδίως Κ. Τσουκαλά, Κράτος, κοινωνία, εργασία στη μεταπολεμική Ελλάδα, Θεμέλιο, Αθήνα, 1986, σ. 92 κ.ε., του ίδιου, Η Ελληνική τραγωδία : από την απελευθέρωση ως τους συνταγματάρχες. Αθήνα, Νέα Σύνορα, 1974, σ. 113 κ.ε., Μ. Πετμετζίδου – Τσουλουβή,.Κοινωνικές Ανισότητες και κοινωνική πολιτική, Αθήνα, Εξάντας, 1992, σ. 36 κ.ε., G. Katrougalos, La crise de légitimité de l'administration, Le cas de la Grèce, Sakkoulas Frères, Athènes, 1994, ιδίως το πρώτο κεφάλαιο του δευτέρου μέρους.

λούν οι οικοδόμοι, οι οποίοι, παρ'ότι το σωματείο τους ιστορικά ελέγχεται από την Αριστερά, πέτυχαν σειρά κατακτήσεων σε ότι αφορά την δυνατότητα πρόωρης συνταξιοδότησης και όχι μόνον.

Πρέπει να σημειωθεί μάλιστα ότι η ανορθολογική ανάπτυξη του κράτους πρόνοιας αποτελεί μόνον μία όψη της εκδήλωσης του ιδιόμορφου συστήματος πολιτικής πατρωνίας της περιόδου αυτής. Η διόγκωση της δημόσιας απασχόλησης, όχι προς την κατεύθυνση οικοδόμησης καθολικών προνοιακών θεσμών αλλά με τον πολλαπλασιασμό διοικητικών θέσεων αμφίβολης σκοπιμότητας, λειτούργησε η ίδια ως ένα στρεβλό υποκατάστατο κοινωνικής πολιτικής, προσφέροντας σε ένα σχετικά διογκωμένο σώμα δημοσίων υπαλλήλων κοινωνική ασφάλεια με αντάλλαγμα την πολιτική τους νομιμοφροσύνη.

Παρά την κατάρρευση του μετεμφυλιακού πλέγματος εξουσίας μετά τη μεταπολίτευση, οι στρεβλώσεις αυτές παρέμειναν σε μεγάλο βαθμό και μάλιστα όχι μόνον για λόγους θεσμικής αδράνειας, αλλά και διότι οι πελατειακές σχέσεις, αν και μεταλλαγμένες από την εμφάνιση μαζικών κομμάτων, εξακολουθούσαν να ορίζουν σε μεγάλο βαθμό την πολιτική ζωή του τόπου. Ενδεικτικά παραδείγματα στρέβλωσης του συστήματος ασφάλισης αποτελούσαν ο πολλαπλασιασμός των συντάξεων αναπηρίας, χωρίς ουσιαστικό έλεγχο των ουσιαστικών προϋποθέσεων τους, και ο μεγάλος αριθμός πρόωρων συντάξεων: Οι τελευταίες, μέχρι και το 2000 απορροφούσαν το 21,9% των δαπανών για συντάξεις, με το αντίστοιχο μέσο ποσοστό στην ΕΕ να είναι μόλις 4,9%.[5] (Ανάλογη είναι η κατάσταση στην Ιταλία, όχι όμως στην Ισπανία και την Πορτογαλία, όπου το σύστημα κοινωνικής προστασίας δεν διαμορφώθηκε τόσο από πελατειακές σχέσεις πατρωνίας, αλλά από το ιδιόμορφο σύστημα καθολικού-συντηρητικού κορπορατισμού, που εξέθρεψαν οι δικτατορίες Φράνκο και Σαλαζάρ)[6].

5 Βλ. σχετικά *Δ. Βενιέρη, Χ. Παπαθεοδώρου*, Η κοινωνική πολιτική στην Ελλάδα, Προκλήσεις και Προοπτικές, Ελληνικά Γράμματα, Αθήνα, 2009, σ. 53.

6 Βλ. σχετικά, αντί άλλων, S. Garcia, Ο κατακερματισμός της κοινωνικής ιδιότητας του πολίτη στη Νότια Ευρώπη, σε Μ. Ματσαγγάνη (επιμ.), Προοπτικές του κοινωνικού κράτους στη Νότια Ευρώπη, Ελληνικά Γράμματα, Αθήνα, 1999, σ. 158.

Σε κάθε περίπτωση, τουλάχιστον μέχρι την μεταπολίτευση του 1974, είναι ζήτημα εάν μπορεί να γίνει λόγος για πραγματικό κράτος πρόνοιας στην Ελλάδα, λόγω της υπανάπτυξης των σχετικών δομών και υπηρεσιών[7] και του χαμηλού ύψους των κοινωνικών δαπανών. Ακόμη και σήμερα όμως, παρά την ωρίμανση του συστήματος κοινωνικής πολιτικής η αποτελεσματικότητά του σε ότι αφορά την αντιμετώπιση της φτώχειας και τον περιορισμό των κοινωνικών ανισοτήτων είναι ιδιαίτερα περιορισμένη. Σύμφωνα με τα στοιχεία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι κοινωνικές παροχές μειώνουν το ποσοστό των ατόμων που κινδυνεύουν από τη φτώχεια, κατά 5 – 15% περίπου στην Ελλάδα και την Ιταλία σε σύγκριση με 70% στη Φιλανδία, και μέσο κοινοτικό όρο το 31%. Το ότι η κοινωνική πολιτική δεν έχει σοβαρό αναδιανεμητικό αποτέλεσμα προκύπτει, άλλωστε, και από την ύπαρξη σημαντικών εισοδηματικών ανισοτήτων, από τις μεγαλύτερες στην Ευρωπαϊκή Ένωση.

Αυτό δεν σημαίνει ότι το ελληνικό σύστημα κοινωνικής προστασίας υπήρξε, τάχα, πιο γενναιόδωρο από τον ευρωπαϊκό μέσο όρο, παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς των δανειστών της χώρας, όπως προβάλλονταν για να δικαιολογήσουν τις δρακόντειες περικοπές των μνημονίων. Για παράδειγμα, η έκθεση του ΔΝΤ επί της εφαρμογής του δεύτερου μνημονίου περιείχε την εξής ανακρίβεια: «το επίπεδο κοινωνικών δαπανών της Ελλάδας, ως τμήμα του ΑΕΠ, παραμένει πολύ πάνω από το μέσο όρο της Ευρωζώνης»[8]. Και όμως, το 2009, τελευταίο έτος πριν από τη μεγάλη κρίση, οι κοινωνικές δαπάνες ως ποσοστό επί του ΑΕΠ είχαν ως εξής: Μέσος όρος της Ευρωπαϊκής Ένωσης 28,4%, Μέσος όρος της Ευρωζώνης των 15, 29,1%, Ελλάδα 27,3%.[9]

Στο άρθρο αυτό θα παρουσιάσω αρχικά τις συνταγματικές πλευρές της

7 Ετσι ο G. Esping-Andersen (Budgets and Democracy: Towards a Welfare State in Spain and Portugal, Unpublished Paper, Firenze, Febr. 1992) και για την Ισπανία και Πορτογαλία.

8 Memorandum of Economic and Financial Policies and Technical Memorandum of Understanding, March 9, 2012, σ. 8.

9 Σύμφωνα με το σύστημα κοινωνικών στατιστικών ESSPROS, βλ. σχετικά M. Petmesidou, A.M Guillén (Eds) Economic Crisis and Austerity in Southern Europe, Threat or Opportunity for a Sustainable Welfare State, Routledge, 2015.

κατοχύρωσης της κοινωνικής ασφάλισης ως θεσμικής εγγύησης και ως δικαιώματος (Α), για να περάσω στην συνέχεια στην περιγραφή των προσπαθειών μεταρρύθμισης του ασφαλιστικού συστήματος, με έμφαση στη συνταγματική τους διάσταση (Β).

Α- Η Συνταγματική ρύθμιση της κοινωνικής ασφάλισης[10]

Α-1- Η κοινωνική ασφάλιση ως θεσμική εγγύηση

Εν όψει της «ασθενούς» διατύπωσής του άρθρου 22 παρ. 5 του Συντάγματος («το κράτος μεριμνά για την κοινωνική ασφάλιση των εργαζομένων»), η ελληνική θεωρία και νομολογία διστάζει γενικά να αποδεχθεί την ύπαρξη γνήσιου υποκειμενικού δικαιώματος. Κατά την κρατούσα άποψη, καθιερώνεται μία συνταγματική εντολή για «μέριμνα»[11], ένας συνταγματικός σκοπός[12] και, ενδεχομένως, μία θεσμική εγγύηση[13] που αποσκοπεί κυρίως στην εξασφάλιση του ασφαλιστικού κεφαλαίου[14]. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, συνεπώς, το Σύνταγμα δεν καθιερώνει υποκειμενικό, αγώγιμο δικαίωμα. Απλώς η συνταγματική διάταξη μπορεί να χρησιμοποιηθεί ερμηνευτικά για την διεύρυνση δικαιωμάτων της ασφαλιστικής νομοθεσίας[15].

10 Η παράγραφος αυτή βασίζεται στη σχετική ανάλυση του βιβλίου μου Κοινωνικά Δικαιώματα, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 2008, με μερική συμπλήρωση μεταγενέστερης νομολογίας.

11 ΣτΕ (Ολ.) 1880-1882/2019, 1296/2015, 2087/2012,1970/2002, ΕΣ(Ολ.) 992/2015.

12 Βλ. ΣτΕ (Ολ.) 1890/2019, ΣτΕ 1980/92, ΣτΕ (Ολ.) 2973/91, ΤοΣ 1991.399, 2983/89, ΣτΕ 2947/87, 4108/76, ΣτΕ (Ολ.) 2069/78.

13 Η νομολογία γενικά δεν υιοθετεί τον όρο, εκτός από ορισμένες μεμονωμένες αποφάσεις δικαστηρίων ουσίας. Βλ. π.χ. ΜονΠρωτΞάνθης 89/91. Η ασφάλιση χαρακτηρίζεται απλώς ως θεσμός προς όφελος του κοινωνικού συνόλου. Βλ. ΣτΕ 2180/2004, 3453/2003, 4481/86, 2253/76 ΝοΒ 1977.605, 2747/81. Από τη θεωρία βλ. π.χ. από την παλαιότερη βιβλιογραφία Κ. Κρεμαλή, Δίκαιο κοινωνικών ασφαλίσεων, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 1985, Γ. Λεβέντη, Το δικαίωμα για κοινωνική ασφάλιση, ΝοΒ 1977.628, σ. 629 και τον κριτικότερο Α. Στεργίου, Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1994, σ. 174 και του ίδιου, Το άρθρο 22 παρ. 5 του Συντάγματος, σε Βλαχόπουλο, Κοντιάδη, Τασόπουλο, Σύνταγμα, Ερμηνεία κατ'αρθρο, Αθήνα, 2023, www.syntagmawatch.gr/wp-content/uploads/2023/02/Άρθρο-22-par-5-me-cover.pdf.

14 Βλ ΣτΕ 178/1998, 302/1995, ΕΔΚΑ 1997.367, ΣτΕ 1692/1988, ΕΔΚΑ 1988.514.

15 ΣτΕ 305/1981 ΕΔΚΑ ΚΓ, 204.

Κατά τη γνώμη μου, όμως, τόσο για δογματικούς λόγους όσο και για λόγους πληρέστερης προστασίας των ασφαλισμένων, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το άρθρο 22 παρ. 5 δεν κατοχυρώνει απλώς μία προγραμματική ρύθμιση ή μόνον μια θεσμική εγγύηση αλλά και ένα υποκειμενικό δημόσιο δικαίωμα. Βεβαίως, η πρακτική συνέπεια της διάκρισης δεν είναι, τελικά, τεράστια, εφόσον τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται ότι από την υποχρέωση του κράτους για κοινωνική μέριμνα απορρέουν, αντανακλαστικά, υποκειμενικές αγώγιμες αξιώσεις[16]. Στις επόμενες γραμμές θα καταβληθεί η προσπάθεια να οροθετηθεί ο πυρήνας της θεσμικής εγγύησης της προστασίας του ασφαλιστικού συστήματος εν γένει και του συναφούς υποκειμενικού δικαιώματος.

Η νομολογία θεωρεί παγίως[17] ότι με την διάταξη του άρθρου 22 παρ. 5 ανάγεται σε συνταγματικό θεσμό η αρχή της κοινωνικής ασφάλισης, επαφίεται όμως μεγάλη ελευθερία στον κοινό νομοθέτη, με βασικές δεσμεύσεις την παροχή της υποχρεωτικής κοινωνικής ασφαλίσεως από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και την προστασία του ασφαλιστικού κεφαλαίου[18]. Επομένως, παρά την ύπαρξη θεσμικής εγγύησης, η κοινωνική ασφάλιση δεν κατοχυρώνεται όπως ήταν διαμορφωμένη στη χώρα κατά την ψήφιση του Συντάγματος του 1975. Αντιθέτως, ο θεσμός δέχεται και δεχόταν πολλές επιρροές προς διαφορετικές κατευθύνσεις και είναι ανοικτός για εξέλιξη, αρκεί να διευρύνεται και να μην μειώνεται η προστατευτική του λειτουργία.

Γίνεται, πάντως, γενικά δεκτό[19] ότι η κοινωνική ασφάλιση ως θεσμός δι-

16 Γινόταν εξαρχής δεκτό ότι το Σύνταγμα καθιερώνει υποχρέωση του νομοθέτη να προστατεύει το ασφαλιστικό κεφάλαιο, πάντοτε όμως εν όψει της προαγωγής των ασφαλιστικών συμφερόντων των εργαζομένων. Πρβλ. ΣτΕ 136/1989, Ε.Δ.Κ.Α., 1989, 401, ΣτΕ 241/1989.

17 Βλ., π.χ. ΑΕΔ 5/2002, ΣτΕ 2180/2004, 3453/2003, ΣτΕ (Ολ.) 3101/2001, 910/2001και πάγια σταθερή νομολογία που ανάγεται στη ΣτΕ 2253/1976, ΝοΒ 1976.605.

18 Βλ ενδεικτικά ΣτΕ 139/2002, ΣτΕ (Ολ.) 3100/2001, ΣτΕ 2444/2000, ΣτΕ 1337/2000, ΤοΣ 2000.176, ΣτΕ 3744/1999, 287/1996, 2132/1994, ΕΔΚΑ 1995.145, 3137/1998, 2779/1999, 178/1998, 302/1995, ΣτΕ (Ολ.) 2973/1991, ΤοΣ 1991.99.

19 Βλ. αντί άλλων, *Ξ. Κοντιάδη, Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 2004,* σ. 392.

έπεται στην Ελλάδα από τις εξής κυρίως θεμελιώδεις αρχές[20]: την αρχή της καθολικότητας, την αρχή του δημόσιου χαρακτήρα της υποχρεωτικής ασφάλισης, την αρχή της ανταποδοτικότητας, την αρχή της προστασίας του ασφαλιστικού κεφαλαίου και την αρχή της κοινωνικής αλληλεγγύης. Από αυτές, πλήρη συνταγματική κάλυψη, ως sine qua non του θεσμού[21] έχουν οι δύο πρώτες: ο δημόσιος[22] κατ'αρχήν[23] χαρακτήρας της υποχρεωτικής ασφάλισης και η καθολική κάλυψη για το σύνολο των εργαζομένων των βασικών κινδύνων (θάνατος, γηρατειά, εργατικά ατυχήματα, ανικανότητα προς εργασία, μητρότητα)[24], η προστασία από τους οποίους αντιστοιχεί σε σχετικές επί μέρους αξιώσεις υποκειμενικών δικαιωμάτων. Οι υπόλοιπες, αν και έχουν συνταγματικό έρεισμα, λειτουργούν πολλές φορές αντιθετικά, σε συνθήκες έντασης και πρέπει να εναρμονίζονται κατά την πρακτική εφαρμογή τους.

20 Ενίοτε προτείνονται και άλλες αρχές. Για παράδειγμα, η μειοψηφία της απόφασης ΣτΕ (Ολ.) 3099/2001, υποστήριξε ότι από την αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης συνάγεται η αρχή της βιώσιμης κοινωνικής πολιτικής, που επιφέρει σημαντικές συνέπειες ως προς την οργάνωση των φορέων κοινωνικής προστασίας. (Πρβλ. και Ξ. Κοντιάδη, ibidem, σ. 189). Δεν φαίνεται, κατά τη γνώμη μου, να εισφέρει κάτι νέο η θέση αυτή στις γενικά παραδεκτές θεμελιώδεις αρχές της κοινωνικής ασφάλισης, δεδομένης ότι λόγω της συνταγματικής ρύθμισής του άρθρου 22 παρ. 5, υφίσταται πολύ ειδικότερη sedes materiae για την προστασία του ασφαλιστικού κεφαλαίου.

21 Συζητήσιμο είναι αν παρόμοιο στοιχείο πρέπει να θεωρηθεί και η αρχή της τριμερούς χρηματοδότησης. Αυτή εισήχθη από τον ΑΝ 1846/51 και επιβεβαιώνεται στους διαδοχικούς έκτοτε νόμους ασφάλισης, μέχρι και το ν. 2084/92, αν και σήμερα η κρατική συμμετοχή αποτελεί μικρό κλάσμα των συνεισφορών εργοδοτών και εργαζομένων. Πάντως, κατά τη ΣτΕ 2964/90, ΕΔΚΑ ΛΓ, σ. 426 οι ασφαλιστικές εισφορές δεν αποτελούν φόρο με την έννοια του Άρ. 78 του Συντάγματος, άρα μπορούν να επιβάλλονται κανονιστικά. Πρβλ. Α. Στεργίου, Κοινωνική ασφάλιση χωρίς εγγυήσεις, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1992, σ. 49.

22 Βλ. σχετικά Α. Στεργίου, Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης, ό.π., σ. 79 κ.ε., Γ. Κυμιωνή, Οριοθέτηση της ιδιωτικής από την κοινωνική ασφάλιση, ΕΔΚΑ, 1993.562.

23 Έτσι, όταν ΝΠΙΔ (όπως, π.χ., η ΔΕΗ) κατ'εξαίρεση λειτουργούν ως φορείς κοινωνικής ασφάλισης, αποκτούν χαρακτήρα διφυούς δημόσιου νομικού προσώπου. Γενικά η νομολογία δέχεται ότι για να γίνει δεκτή ανάληψη παρόμοιου ρόλου από νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου χρειάζεται ρητή βούληση του νομοθέτη. Βλ. π.χ. ΕφΑθ 4262/94, 12389/89, ΣτΕ 2241/77, πρβλ. τις σχετικές κριτικές παρατηρήσεις του Κ. Κρεμαλή, Η θέση του κοινοτικού δικαίου και των ευρωπαϊκών τάσεων απέναντι στις επεμβάσεις ενός εθνικού νομοθέτη για ρύθμιση των ιδιωτικών μη κερδοσκοπικών ασφαλιστικών καθεστώτων, σε Κ. Κρεμαλή (επιμ.) Προβλήματα οριοθέτησής της ιδιωτικής από την κοινωνική ασφάλιση, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 1996.37, σ. 38, σημ. 1.

24 Βλ. σχετικά Κ. Κρεμαλή, Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ό.π., σ. 38 κ.ε.

Δημόσιος χαρακτήρας και καθολικότητα της κοινωνικής ασφάλισης

Με τη σημαντική απόφαση ΣτΕ (Ολ.) 5024/1987[25], το ανώτατο διοικητικό Δικαστήριο έκρινε ότι ο δημόσιος χαρακτήρας ανήκει στον πυρήνα της εγγύησης και ότι, επομένως, βάσει του άρ. 22 παρ. 4 (ήδη 5) Συντάγματος η υποχρεωτική κοινωνική ασφάλιση, κύρια και επικουρική, έχει εξαιρεθεί από την ιδιωτική πρωτοβουλία. Η ratio της εξαίρεσης τούτης είναι η ανάγκη προστασίας των ασφαλισμένων από τους επιχειρηματικούς κινδύνους που, μοιραία, απορρέουν από την λειτουργία των ιδιωτικών ασφαλιστικών εταιρειών[26] και η εφαρμογή αρχών κοινωνικής δικαιοσύνης. Μάλιστα, το Συμβούλιο της Επικρατείας ενέμεινε στη θέση αυτή, μολονότι ο νομοθέτης του ν. 2084/92 φάνηκε να θέλει να αφήσει το πεδίο ελεύθερο για την παροχή κοινωνικής ασφάλισης και από ΝΠΙΔ[27]. Άρα, ο ρόλος της ιδιωτικής ασφάλισης μπορεί να είναι μόνον αυστηρά συμπληρωματικός και σε καμιά περίπτωση λειτουργικά ισοδύναμος ως προς αυτόν της δημόσιας[28].

Άλλωστε, ήδη από το 1952 το Συμβούλιο της Επικρατείας[29] είχε κρίνει ότι υφίστατο γενική αρχή του δικαίου, η οποία διατυπώθηκε ρητά με τον νόμο 2868/22, κατά την οποία οργανισμοί κοινωνικής ασφάλισης μπορούν να ιδρυ-

25 ΣτΕ (Ολ.) 5024/1987, ΔιΔικ 1989.332, πρβλ. ΑΕΔ 5/2002, ΣτΕ (Ολ.) 3096-3101/2001, 2287/2015 Ολομ ΣτΕ 3969/2003, 3096-3101/2001, ΑΠ 520/2004.

26 Οι κίνδυνοι αυτοί ενισχύονται από τις τάσεις απορρύθμισής του δικαίου της εποπτείας επί των ασφαλιστικών επιχειρήσεων που ευνοεί το «δεύτερο κύμα» των σχετικών Οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ενωσης (88/357, 90/619), στο πλαίσιο της απελευθέρωσής της ασφαλιστικής αγοράς.

27 Βλ. π.χ. τη ΣτΕ 2692/93. Κριτική απέναντι στη νομολογία αυτή η Π. Παπαρρηγοπούλου, Η κοινωνική ασφάλιση ως δημόσια υπηρεσία, Συνεργασία δημόσιων και ιδιωτικών φορέων, ΔιΔικ 1993.257. Για το θέμα βλ. κυρίως την έκδοση του ΕΠΙΚΑΥΠ (με επιστημονικό υπεύθυνο τον Κ. Κρεμαλή) Προβλήματα οριοθέτησής της ιδιωτικής από την κοινωνική ασφάλιση, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 1996 και ιδίως τις εκεί συμβολές των Κ. Κρεμαλή, Η θέση του κοινοτικού δικαίου και των ευρωπαϊκών τάσεων απέναντι στις επεμβάσεις ενός εθνικού νομοθέτη για ρύθμιση των ιδιωτικών μη κερδοσκοπικών ασφαλιστικών καθεστώτων, σ. 37 και Θ. Αντωνίου, Ασφαλιστικές εταιρείες ως φορείς κοινωνικής ασφαλίσεως στο πλαίσιο μιας ενιαίας εσωτερικής αγοράς; μία συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 22 παρ. 4 του Ελληνικού Συντάγματος, σ. 89.

28 Βλ. και B. Viret, Ιδιωτικές ασφαλίσεις και συμπληρωματική προστασία σε σχέση με την κοινωνική προστασία, ΕΔΚΑ 1991.214.

29 ΣτΕ 2345/52.

θούν μόνο με πράξη της πολιτείας και δη είτε με τυπικό νόμο, είτε με διοικητική πράξη, κατόπιν εξουσιοδότησης[30]. Η νομολογία τούτη δεν θα μπορούσε να παρακαμφθεί με τον περιορισμό των κινδύνων που υπάγονται στην κύρια ασφάλιση ή με την άρση του υποχρεωτικού χαρακτήρα της. Και αυτό όχι μόνον γιατί οι νομοθετημένοι ασφαλιστικοί κίνδυνοι, τους οποίους υποδέχθηκε ο συντακτικός νομοθέτης, έχουν παγιοποιηθεί πλέον συνταγματικά[31] και μόνον η επέκτασή τους είναι νοητή[32], αλλά και για λόγους συνταγματικής πολιτικής, σχετικούς με την ανάγκη να μην εκχωρηθούν στην αγορά -και έτσι διακινδυνευθούν- λειτουργίες που συναρτώνται με ύψιστα κοινωνικά συμφέροντα[33].

Η νομολογία αυτή, σε ό,τι αφορά τον «πρώτο πυλώνα»[34] της ασφάλισης, είναι απολύτως συνεπής με το χαρακτήρα του τελευταίου. Και τούτο, διότι η ιδιωτική ασφάλιση αδυνατεί να ανταποκριθεί στο καθήκον της κοινωνικής αλληλεγγύης, δεδομένου ότι στόχος οποιασδήποτε ιδιωτικής εμπορικής

30 Βλ. Ι. Σαρμά, Η συνταγματική και διοικητική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, Αθήνα, Α. Σάκκουλας, 1990, σ. 378. Σχετικά διαφοροποιημένη εμφανίζεται η νομολογία του Αρείου Πάγου. Πρβλ., ενδεικτικά, ΑΠ 644/87, ΑΠ 797/90, ΑΠ 1638/1991, ΕΔΚΑ 1993.475. Βλ. σχετικά *Κ. Κρεμαλή*, Ασφαλιστικά θέματα: Προβλήματα από την έννοια των φορέων κοινωνικής ασφάλισης, Εισήγηση σε εκπαιδευτικό σεμινάριο ΟΜΕΔ, 18.5.1996.

31 Βλ. σχετικά Α. Παπαϊωάννου, Το Σύνταγμα και η μείωση της κρατικής προστασίας στο χώρο των κοινωνικών ασφαλίσεων, ΕΔΚΑ ΛΓ' 1991.737, σ. 738.

32 Για το ότι οι ασφαλιστικοί κίνδυνοι και οι σχετικές ασφαλιστικές καλύψεις βαίνουν συνεχώς διευρυνόμενοι, βλ. H. Zacher, F. Kessler, Die Rollen der öffentlichen Verwaltung und der privaten Träger in der soziallen Sicherheit, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 1990.97, σ. 103 κ.ε.

33 Πρβλ. τη ΣτΕ 139/87, κατά την οποία "είτε ως κύρια, είτε ως επικουρική η υποχρεωτική κοινωνική ασφάλιση έχει εξαιρεθεί από το χώρο της ιδιωτικής πρωτοβουλίας, τούτο δε έγινε για λόγους δημόσιου συμφέροντος και για να προστατευθούν όσοι υποχρεωτικά ασφαλίζονται ή καταβάλλουν ασφαλιστικές εισφορές από τους επιχειρηματικούς κινδύνους που συνδέονται με την άσκηση της ασφαλιστικής λειτουργίας από ιδιωτικούς φορείς".

34 Το πρότυπο των «τριών πυλώνων» πρωτοπαρουσιάσθηκε αναλυτικά από την Παγκόσμια Τράπεζα στην ετήσια έκθεσή της του 1994. Ο πρώτος πυλώνας καλύπτει τη λειτουργία της αναδιανομής εισοδήματος και εξασφαλίζεται από ένα δημόσιο σύστημα, χρηματοδοτούμενο είτε από τη φορολογία είτε από ασφαλιστικές εισφορές. Συμπληρωματική κάλυψη για τον κίνδυνο του γήρατος θα παρέχει ο δεύτερος πυλώνας, χρηματοδοτούμενος και διαχειριζόμενος ιδιωτικά, αλλά υπό τη ρυθμιστική επίβλεψη του δημοσίου. Ο τρίτος πυλώνας αφορά την παραδοσιακή ιδιωτική ασφάλιση. Βλ. ενδεικτικά, αντί άλλων, M. Queisser, Pension Reform and International Organizations: From conflict to Convergence, International Social Security Review, Volume 53, No 2, 2000, σ. 31-45.

δραστηριότητας δεν μπορεί παρά να είναι η μεγιστοποίηση του κέρδους. Για τον λόγο αυτό παρέχει ασφάλεια μόνον ως προς τους λεγόμενους «ευγενείς κινδύνους», αδυνατώντας να εξασφαλίσει άτομα με μακροχρόνια ή τερματικά προβλήματα υγείας[35]. Πάντοτε, εξάλλου, υφίσταται ο κίνδυνος να μην μπορεί να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της, όπως έδειξε η περίπτωση της πτώχευσης αρκετών ελληνικών ιδιωτικών εταιρειών ασφάλισης αυτοκινήτων στα τέλη της δεκαετίας του 1990.

Υποστηρίζεται από ορισμένους θεωρητικούς, παρ'όλα αυτά, ότι η κοινωνική ασφάλιση δεν βαρύνει, κατ'αρχήν, το κράτος αλλά την κοινωνία, αποτελώντας εκδήλωση της κοινωνικής αλληλεγγύης. Για τους συγγραφείς του κλίματος αυτού, φορείς της σχετικής υποχρέωσης είναι ουσιαστικά τα μέλη του κοινωνικού συνόλου, ενώ η Πολιτεία μόνον «δίκην αντιπροσώπου» υπεισέρχεται στη θέσή τους για να συμβάλλει στην πραγμάτωση της[36]. Η άποψη τούτη, όμως, αντιστρέφει τη σχέση μέσου και σκοπού που υφίσταται μεταξύ του δικαιώματος και των τρόπων εκπλήρωσής του. Πρέπει να είναι σαφές ότι το κράτος παραμένει ο αποκλειστικός φορέας της αντίστοιχης συνταγματικής υποχρέωσης, όπως και ως προς όλα τα θεμελιώδη δικαιώματα. Μόνον ως μέσο για την εξυπηρέτηση του σχετικού συνταγματικού σκοπού μπορεί το Κράτος να αξιώνει από τους πολίτες «την εκπλήρωση της κοινωνικής αλληλεγγύης». Είναι προφανές ότι μόνον έτσι έχει νόημα και η σχετική διάταξη του άρ. 25 παρ. 4 του Συντάγματος, κατά την οποία «το κράτος δικαιούται να αξιώνει από όλους τους πολίτες την εκπλήρωση του χρέους της κοινωνικής αλληλεγγύης».

Ένα άλλο σημαντικό θέμα, στο οποίο όμως ο συντακτικός νομοθέτης έχει αφήσει μεγάλο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στον κοινό, αποτελεί η

35 Βλ. Σ. Ρομπόλη, Μ. Χλέτσο, Τα κοινωνικά και οικονομικά κριτήρια λειτουργίας του ιδωτικού τομέα. Η περίπτωση της ιδιωτικής ασφάλισης στην Ελλάδα, σε Ιδρυμα Σάκη Καράγιωργα, Οριa και σχέσεις δημόσιου και ιδιωτικού, Αθήνα, 1996, σ. 399 κ.ε..

36 Έτσι η Θ. Αντωνίου, Ασφαλιστικές εταιρείες ως φορείς κοινωνικής ασφαλίσεως στο πλαίσιο μιας ενιαίας εσωτερικής αγοράς, ό.π., σ. 96-96, με παραπομπές στους O. Depenheuer (Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? -Vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff, AöR 1995.417, σ. 433-434) και W. Maihofer, (Menschenwürde im Rechtsstaat, 1968, σ. 41).

σχέση μεταξύ της αυτοτέλειας των ασφαλιστικών φορέων και των δυνατοτήτων παρέμβασής του κράτους σε αυτούς. Γενικά η νομολογία αναγνωρίζει πλατύ εύρος κινήσεων στην διοίκηση, απαιτώντας απλώς για τις κρατικές επεμβάσεις την ύπαρξη προγενέστερου τυπικού νόμου ή όχι ιδιαίτερα ευρείας νομοθετικής εξουσιοδότησης[37].

Πέραν τούτων, γίνεται δεκτό ότι ο κοινός νομοθέτης δεν δεσμεύεται από το πνεύμα του Συντάγματος και την αρχή του Κοινωνικού Κράτους, ως προς τον τρόπο οργάνωσης και διοίκησης των φορέων κοινωνικής ασφάλισης[38]. Συνεπώς και δεδομένου ότι ο κατακερματισμός των ασφαλιστικών φορέων αποτελούσε μια πάγια παθογένεια του ελληνικού ασφαλιστικού συστήματος, εύλογα κρίθηκε ότι η συγχώνευση ομοειδών, μη αυτοδιοικούμενων ταμείων σε νέο φορέα δεν παραβιάζει το άρθρο 22 παρ. 5 του Συντάγματος, εφόσον το νέο καθεστώς ασφάλισης των ασφαλισμένων στα συγχωνευθέντα ταμεία δεν εμφανίζεται ως προδήλως απρόσφορο για την εξυπηρέτηση του συνταγματικού σκοπού[39].

Υποστηρίζεται πειστικά, βεβαίως, από τμήμα της θεωρίας[40], ότι στις βασικές αρχές του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης περιλαμβάνεται και η αυτοδιοίκηση των δημόσιων ασφαλιστικών φορέων, υπό την έννοια της συμμετοχής (αν και όχι της πλειοψηφικής εκπροσώπησης) των ασφαλισμένων στη διοίκησή

37 Για τον λόγο αυτό το ΣτΕ έχει επανειλημένα ακυρώσει τροποποιητικές πράξεις καταστατικών οργανισμών κοινωνικών ασφαλίσεων που είχαν εκδοθεί κατόπιν ευρύτατης νομοθετικής εξουσιοδότησης. Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1638/46, 2201/53, 2069/67, contra ΑΠ 524/64, ΝοΒ 13, 120. Βλ. σχετικά Αρ. Μάνεση, Συνταγματικότης νομοθετικής εξουσιοδοτήσεως προς τροποποίησιν καταστατικών Οργανισμών Κοινωνικής Ασφαλίσεως, γνωμοδότηση, Αρμενόπουλος, 1976.260.

38 Βλ. ΣτΕ (Ολ.) 1882/2019, πρβλ. τη ΣτΕ (Ολ.) 2690/1993, ΔιΔικ 1994.334, κατά την οποία δεν αντίκειται στο άρ. 22 παρ. 4 του Συντάγματος η τροποποίηση της συγκρότησής του Δ.Σ. ασφαλιστικού οργανισμού, ώστε να μην έχουν την πλειοψηφία οι εκπρόσωποι των εργαζομένων και συνταξιούχων, δεδομένου ότι ο κοινός νομοθέτης δεν δεσμεύεται στον καθορισμό της συγκρότησης των οργάνων των ασφαλιστικών οργανισμών. Βλ. και ΣτΕ 2692/1993, ΤοΣ 1994.892, ΣτΕ (Ολ.) 5024/1987.

39 Βλ. ήδη για τον ενιαίο φορέα (ΕΦΚΑ) ΣτΕ (Ολ.)1880-1890/2019 πρβλ. για τις παλαιότερες συγχωνεύσεις ΣτΕ 92-94/2001, ΕΔΚΑ 2001.102, Ξ. Κοντιάδη, Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας, ό.π., σ. 403.

40 Βλ. *Κ. Χρυσόγονο*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Αθήνα, 1998, σ. 527, *Ξ. Κοντιάδη*, Κράτος Πρόνοιας και κοινωνικά δικαιώματα, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 1997, σ. 453.

τους. Η νομολογία αποκρούει, πάντως, τη θέση αυτή με τη σκέψη ότι δεν υφίσταται παρόμοιος περιορισμός, δεδομένου ότι ο νομοθέτης είναι ελεύθερος να επιλέξει την παροχή της σύνταξης ακόμη και από το ίδιο το Κράτος. Κατά το Συμβούλιο της Επικρατείας, ανάλογη δέσμευση δεν απορρέει ούτε από το πνεύμα του Συντάγματος ούτε από τις γενικές αρχές που πηγάζουν από τις συνταγματικές διατάξεις με τις οποίες καθιερώνεται η αρχή του Κοινωνικού Κράτους[41].

Βεβαίως, η κρατική παρέμβαση πρέπει να ασκείται αποκλειστικά για την προαγωγή του δικαιώματος και την εξασφάλιση του ασφαλιστικού κεφαλαίου. Η σχετική αρμοδιότητα και ευθύνη του κράτους συνίσταται ειδικότερα στην εγγύηση της καλής λειτουργίας και της ύπαρξης των αναγκαίων πόρων για την επιβίωση των ασφαλιστικών φορέων.

Αυτό δεν αφορά μόνον (ούτε κυρίως) την κάλυψη των ελλειμμάτων τους από τον κρατικό προϋπολογισμό, αλλά ιδίως την άσκηση αποτελεσματικής εποπτείας και την εξασφάλιση επαρκούς ρυθμιστικού πλαισίου λειτουργίας[42], συμπεριλαμβανομένης της κατάρτισης αναλογιστικών μελετών πριν κάθε μείζονα μεταρρύθμιση[43]. Η υποχρέωση αυτή προκύπτει και από την Διεθνή Σύμβαση του Ευρωπαϊκού Κώδικα Κοινωνικής Ασφάλειας[44], ο οποίος προβλέπει στο άρθρο 70 παρ. 3 ότι τα κράτη μέλη «έχουν γενική ευθύνη σε ό,τι αφορά την εξυπηρέτηση των χορηγουμένων παροχών κατ'εφαρμογή του Κώδικα, ως προς όλα τα αναγκαία μέτρα για την επίτευξη του σκοπού αυτού».

41 ΣτΕ 3096-3101/2001, ΕΔΚΑ 2001.746. Η μειοψηφία σε αυτές υποστήριξε ότι δεν είναι επιτρεπτή με βάση το άρθρο 22 παρ. 5 του Συντάγματος η επ' ευκαιρία συγχωνεύσεως εισαγωγή ρυθμίσεων που συνεπάγονται την απώλεια κεκτημένων δικαιωμάτων κοινωνικής ασφάλισης των ασφαλισμένων σε συγχωνευόμενα ταμεία.

42 Βλ., αντί άλλων, Α. Πετρόγλου, Ευθύνη της πολιτείας η καλή λειτουργία όλων ανεξαιρέτως των ασφαλιστικών οργανισμών, ΕΔΚΑ ΚΕ, 1983.193.

43 ΣτΕ (Ολ.) 1889/2019.

44 Που κυρώθηκε με το ν. 1136/81. Βλ. ιδίως το άρθρο 70 παρ. 3 του Κώδικα: «το συμβαλλόμενον μέρος (...) οφείλει να εξασφαλίζει ώστε αι μελέται και οι αναγκαίοι αναλογιστικοί υπολογισμοί οι αφορώντες την οικονομικήν ισορροπίαν, να γίνονται περιοδικώς και εν πάση περιπτώσει εκ προοιμίου και εις πάσαν τροποποίησιν των παροχών, του ποσοστού ασφαλιστικών εισφορών ή των φόρων διατιθεμένων εις την κάλυψιν των υπ' όψει κινδύνων». Πρβλ. σχετικά τις ΠΕΣτΕ 119/1996, 86/1994, 528/1994.

Τα πράγματα είναι διαφορετικά σε ό,τι αφορά τα επαγγελματικά ταμεία του «δεύτερου πυλώνα[45]» και τα αλληλοβοηθητικά ταμεία, δεδομένου ότι αυτά συστήνονται με πρωτοβουλία των μελών τους ή κοινή συμφωνία εργοδοτών και εργαζομένων, στο πλαίσιο δικαιοπρακτικής ελευθερίας, που δεν μπορεί να περιορισθεί από τον κοινό νομοθέτη[46]. Συνεπώς, τα ταμεία αυτά είναι πλήρως αυτοδιοικούμενα και ο νομοθέτης θέτει αποκλειστικά το ρυθμιστικό πλαίσιο οργάνωσης και τις γενικές αρχές λειτουργίας τους, χωρίς να μπορεί να επεμβαίνει στις αποφάσεις διοίκησής τους.

Συνεπώς, όχι απλώς δεν υπάρχει συνταγματικό εμπόδιο για την ενοποίηση όλων των ασφαλιστικών ταμείων του πρώτου πυλώνα σε ένα ενιαίο ασφαλιστικό φορέα, αλλά, αντιθέτως, η ύπαρξη ενός ενιαίου φορέα, ανταποκρίνεται πληρέστερα στην ανάγκη να εκπληρώνει το κράτος την εγγυητική του αποστολή υπέρ της κοινωνικής αλληλεγγύης με ισότητα.

Ασφαλιστικό σύστημα και σχέση ανταποδοτικότητας-ισότητας και κοινωνικής αλληλεγγύης

Κατά την ορθή θέση της νομολογίας, ο συντακτικός νομοθέτης δεν υιοθέτησε αυτούσιο κανένα σύστημα ασφαλιστικής προστασίας, ούτε παγίωσε οποιαδήποτε αρχικό συσχετισμό μεταξύ των βασικών ασφαλιστικών αρχών της ανταποδοτικότητας, της ισότητας και της κοινωνικής αλληλεγγύης. Η διακύμανση των σχέσεων μεταξύ τούτων αντανακλά γενικά την εξέλιξη της κοινωνικής ασφάλισης προς την έννοια της κοινωνικής ασφάλειας.

45 Ήδη ο Ν. 3029/2002 προέβλεψε την δυνατότητα σύστασης επαγγελματικών ταμείων του πυλώνα αυτού, ως νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, που ιδρύονται προαιρετικά ανά επιχείρηση ή κλάδο εργαζομένων, με συμφωνία των εργοδοτών και των εργαζομένων, εφόσον ο αριθμός των ασφαλιζομένων κατά επιχείρηση ή επαγγελματικό κλάδο υπερβαίνει τους 100. Αυτά παρέχουν πρόσθετη ασφάλιση για τους ασφαλιστικούς κινδύνους γήρατος, θανάτου, αναπηρίας, επαγγελματικού ατυχήματος, ασθένειας και διακοπής της εργασίας και λειτουργούν με βάση το κεφαλαιοποιητικό σύστημα.

46 Βλ. ΣτΕ 452/1999, 2692/1993, ΣτΕ (Ολ.) 5024/1987, ΕΔΚΑ 1988.234.

Λόγω της φύσης της κοινωνικής ασφάλισης ως συστήματος παροχής (ασφαλιστικών εισφορών) και αντιπαροχής (ασφαλιστικών παροχών) ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να αποστεί πλήρως από την αρχή της ανταποδοτικότητας μεταξύ ασφαλιστικών παροχών και εισφορών, έχει όμως μεγάλο περιθώριο προσδιορισμού της σχέσης τους[47], σε αντίθεση, με την ιδιωτική ασφάλιση όπου η εισφορά καθορίζει επακριβώς την παροχή[48]. Και τούτο διότι οι ασφαλιστικές παροχές διατηρούν τον αποζημιωτικό/ανταποδοτικό τους χαρακτήρα, έχουν όμως ταυτόχρονα "εμβολιασθεί", στο πλαίσιο του κοινωνικού κράτους, με τις αρχές της κοινωνικής ασφάλειας, που επιβάλλουν την εξασφάλιση ενός αξιοπρεπούς επιπέδου διαβίωσης για τους δικαιούχους τους.

Κατά συνέπεια, αν και ο ασφαλιστικός δεσμός παραμένει η βάση θεμελίωσής του δικαιώματος και η σχέση κρατήσεων-παροχών πρέπει γενικά να γίνεται κατ'αρχήν σεβαστή[49], η αρχή της ανταποδοτικότητας δεν έχει ούτε απόλυτο χαρακτήρα[50], ούτε πλήρη συνταγματική κατοχύρωση[51]. Μπορεί να καμφθεί νομοθετικά, ειδικά όταν για την κάλυψη του ασφαλιστικού κεφα-

47 ΣτΕ (Ολ.) 1890/2019, 2287-8/2015 3487/2008,. ΣτΕ 3496/2000, ΣτΕ (Ολ.) 540/1999, ΣτΕ 2755/1999, ΣτΕ (Ολ.) 548/1999, 3744/1999, 58/1999, 3594/1997, 5029/1997, 824/1997, ΣτΕ (Ολ.) 2263/1982, ΣτΕ 1948/1992, 1428/1997, πρβλ. ΑΠ (Ολ.) 32/1995.

48 Βλ. ΣτΕ ΠΕ 1010/1976, ΤοΣ 1977.165. Πρβλ *Κ. Χρυσογόνου*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, ό.π., σ. 531, του ίδιου, Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων, ΤοΣ 1994.241, σ. 242.

49 Βλ., ενδεικτικά ΣτΕ (Ολ.) 1880/2019, ΣτΕ 3125/92, ΕΔΚΑ Λστ', 1994.145, ΕΣ (Ολ.) 140/94, ΕΔΚΑ, Λστ',1994.318.

50 ΣτΕ (Ολ.) 1880/2019. Εύστοχα παρατηρεί η Θ. Αντωνίου, Ασφαλιστικές εταιρείες ως φορείς κοινωνικής ασφαλίσεως στο πλαίσιο μιας ενιαίας εσωτερικής αγοράς; μία συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 22 παρ. 4 του Ελληνικού Συντάγματος, ό.π., σ. 100 ότι Στο πλαίσιο των υφιστάμενων ασφαλιστικών συστημάτων, η σύνταξη κάθε άλλο παρά συνιστά ανταπόδοση καταβληθεισών εισφορών. Ουσιαστικά ο ασφαλισμένος χρηματοδοτεί τη σύνταξη των γενιών που έχουν αποσυρθεί από την αγορά εργασίας, ενώ ο ίδιος προσδοκά την κάλυψη της δικής του σύνταξης από τις επερχόμενες γενιές.

51 Βλ. π.χ. τη ΣτΕ 2694/1989, ΔιΔικ 1990, 388, κατά την οποία η διαφορετική βάση υπολογισμού καταβαλλόμενων εισφορών σε σχέση με εκείνη των συντάξιμων αποδοχών δεν αντίκειται στην αρχή της ισότητας, ούτε στο άρθρο 22 & 4 του Συντάγματος, γιατί καθόλου δεν προκύπτει από τις παραπάνω διατάξεις ότι οι ασφαλιστικές εισφορές και η ασφαλιστική παροχή υπολογίζονται στην ίδια βάση. Βλ. και ΣτΕ (Ολ.) 2263/1982.

λαίου συνεισφέρουν εκτός από τις ασφαλιστικές κρατήσεις και κοινωνικοί πόροι[52], ή το δημόσιο[53].

Μάλιστα, η ανταποδοτικότητα δεν προστατεύεται ούτε στο πλαίσιο της γενικής αρχής της ισότητας[54]: Το ΑΕΔ με την απόφαση 9/1980 έκρινε ότι η θέσπιση ανώτατου ορίου εφ' άπαξ ασφαλιστικής αποζημίωσης δεν αντίκειται στην αρχή[55]. Γενικά, πριν από την θέσπιση του ΕΦΚΑ, η ισότητα σε σχέση με το ασφαλιστικό δικαίωμα εφαρμοζόταν από τη νομολογία αποκλειστικά στο εσωτερικό του ίδιου ασφαλιστικού φορέα και όχι σε σύγκριση με τους υπολοίπους. Ως προς τα ασφαλιστικά δικαιώματα εργαζομένων διαφορετικών φορέων, ο δικαστικός έλεγχος περιορίζεται στην εξασφάλιση ενός ελάχιστου καθεστώτος ισοδύναμης ασφαλιστικής προστασίας[56]. Από τη νομολογία δεν ελέγχεται η παράβαση της αρχής της ισότητας ακόμη και για ρυθμίσεις γενικού χαρακτήρα, όπου οι διακρίσεις θα έπρεπε να είναι απαράδεκτες[57].

52 Έτσι, έχει κριθεί ότι η θέσπιση ανωτάτου ορίου εφάπαξ εισάγει αντισυνταγματική δυσμενή διάκριση κατά των υψηλόμισθων όταν η παροχή έχει αμιγώς ανταποδοτικό χαρακτήρα (ΑΠ (Ολ.) 32/1995, Ε.Δ.Κ.Α. 1996, 115). Αντισυνταγματική έχει κριθεί (ΑΠ (Ολ.) 567/1986, NoB 1987, 200 βλ. και ΑΠ (Ολ.) 961/1985) και η θέσπιση ανώτατο ορίου συντάξεων ως προς ορισμένες κατηγορίες του προσωπικού, χωρίς ανάλογη μείωση των ασφαλιστικών εισφορών. Πρβλ. ΑΠ 8/2004, ΣτΕ 3385-3393/2003, ΣτΕ (Ολ.) 548/1999, ΑΠ 521/2003, ΑΠ (Ολ.) 32/1995, ΣτΕ 1635/89, 241/89, βλ. και την ΑΕΔ 9/80, παρακάτω, σημ. 473.

53 Βλ., π.χ., τη ΣτΕ 136/89, κατά την οποία είναι επιτρεπτοί τέτοιοι περιορισμοί "οσάκις (...) το κεφάλαιο του χορηγούντος την παροχή αυτή ασφαλιστικού οργανισμού σχηματίζεται μεν κατ` αρχή από εισφορές των ασφαλισμένων, αλλά σε περίπτωση ανεπάρκειας αυτού συμμετέχει στα βάρη και το ΝΠΔΔ".

54 Ούτε, βεβαίως, από τις σχετικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου. Βλ. σχετικά Δ. Κοντιζά, Η εφαρμογή της αρχής της ισότητας στην κοινωνική ασφάλιση, Ελληνική Δικαιοσύνη, 1997.326

55 Κατά την απόφαση αυτή του ΑΕΔ, η επιβολή ανωτάτου ορίου παροχών αφορά αποκλειστικά την κατηγορία των ταμείων προνοίας, ο δε περιορισμός τελεί υπό την προϋπόθεση ότι τα έσοδα των ταμείων δεν προέρχονται μόνο από εισφορές των ίδιων των εργαζομένων, αλλά και από κοινωνικούς πόρους ή επιβαρύνσεις τρίτων. Βλ. και ΣτΕ 136/89. Βλ. και ΣτΕ 1998/1990, ΕΔΚΑ 1990.546 επ., ΣτΕ 3036/1992, ΕΔΚΑ 1993.232.

56 ΣτΕ (Ολ.) 1461/1995, ΔιΔικ 1995.871.

57 Εχει κριθεί, π.χ. (ΣτΕ 952/1986, Ε.Δ.Κ.Α. 1986.732, ΔΕΝ 1987.522) ότι δεν αντίκειται στην αρχή της ισότητας η διαφορετική ρύθμιση της αναστολής σύνταξης των εργαζομένων συνταξιούχων των οποίων το εργασιακό εισόδημα υπερβαίνει ένα ορισμένο όριο. Βλ. και ΣτΕ 5057/88 ΕΔΚΑ ΛΑ, σ. 474, πρβλ. Α. Στεργίου, Κοινωνική ασφάλιση χωρίς εγγυήσεις, ό.π., σ. 14-15.

Η αναγνώριση, σύμφωνα με τα παραπάνω, ευρέος ρυθμιστικού πεδίου στο νομοθέτη δεν σημαίνει πάντως παντελή ασυδοσία του. Το Σύνταγμα επιβάλλει στο νομοθέτη τη συμμετοχή των εργαζομένων με ίσους όρους στο σύστημα παροχών και αντιπαροχών της κοινωνικής ασφάλισης[58]. Ειδικότερα, είχε κριθεί δεν μπορούν να αποκλείονται αυθαίρετα από ευεργετικές ρυθμίσεις ασφαλισμένοι ορισμένων ταμείων, χωρίς κάποιο λόγο δημοσίου συμφέροντος βασισμένο σε συνταγματικό σκοπό[59]. Εξ άλλου, όπως γινόταν δεκτό και από τμήμα της νομολογίας, ακόμη και προκειμένου για ασφαλισμένους σε διαφορετικούς ασφαλιστικούς οργανισμούς, "η τήρησις της αρχής της ισότητος ελέγχεται καθ'όσον αφορά εις την εξασφάλισιν ελαχίστου καθεστώτος ισοδυνάμου ασφαλιστικής προστασίας»[60]. Και οι δύο αυτές δεσμεύσεις δεν απορρέουν τόσο από την γενική αρχή περί ισότητας, όσο από το ελάχιστο περιεχόμενο του ρυθμιστικού πεδίου του άρ. 22 παρ. 5.

Α-2 Το δικαίωμα για ασφάλιση

Το γεγονός ότι στο άρθρο 22 παρ. 5 κατοχυρώνεται, πέραν της θεσμικής εγγύησης, και ένα υποκειμενικό δικαίωμα για ασφάλιση συνεπάγεται πρόσθετη προστασία για τους ασφαλισμένους[61]. Η κοινωνική ασφάλιση, άλλωστε, δεν είναι αυτοσκοπός, αλλά απλώς ένας θεσμικός μηχανισμός για την εξασφάλιση ενός αξιοπρεπούς επίπεδου διαβίωσης σε περίπτωση που επέλθουν οι ασφαλιστικοί κίνδυνοι.

58 ΣτΕ (Ολ.) 1285/2012, 3923/2010, 3231/2008.

59 Βλ. σχετικά ήδη την ΑΕΔ 8/1977, η οποία έκρινε ότι αποτελεί αντισυνταγματική παράβαση της αρχής της ισότητας η εξαίρεση από το θεσμό της διαδοχικής ασφάλισής του ΝΑΤ, αφού με τον τρόποαυτό εισάγεται αντισυνταγματική και ανεπίτρεπτη δυσμενής μεταχείριση σε βάρος των εργαζομένων στη θάλασσα. Ανάλογες και οι ΣτΕ 745/74, ΕΔΚΑ ΙΣτ', 1974.348, ΣτΕ 1822/74, ΣτΕ 2178/72, ΕΔΚΑ ΙΔ', 1972.697, contra η ΑΠ 435/77, ΕΔΚΑ ΙΘ, 1977.669. Βλ. σχετικά Α. Πετρόγλου, Η συνταγματική προστασία της ίσης μεταχειρίσεως των ασφαλισμένων, ΕΔΚΑ 1978.65.

60 Έτσι η ΣτΕ 2253/76.

61 Πρβλ. Ξ. Κοντιάδη, Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας, ό.π., σ. 391.

Προκαταρκτικά πρέπει να αναφερθεί ότι, παρά τη θέση τμήματος της νομολογίας -ιδίως της παλαιότερης του Ελεγκτικού Συνεδρίου[62] -να αντιμετωπίζει την ασφάλιση ως απλή ενοχική σχέση μεταξύ του ασφαλιστικού φορέα και του ασφαλισμένου, όπως ήδη θίχθηκε σε αρκετές περιστάσεις, η υποκείμενη σχέση που συνδέει δικαιούχους και ασφαλιστικούς φορείς υποχρεωτικής ασφάλισης είναι πάντοτε δημοσίου[63] και δη συνταγματικού δικαίου[64].

Η ασφαλιστική παροχή, συνεπώς, αποτελεί γνήσια δημόσια υποχρέωση του ασφαλιστικού φορέα απέναντι στον ασφαλισμένο, ως αξίωση που απορρέει ευθέως από το συνταγματικό δικαίωμα. Στο πλαίσιο αυτής της «ενοχής δημοσίου δικαίου»[65], ο πολίτης μπορεί να αξιώσει από τον ασφαλιστικό οργανισμό και ορισμένη συμπεριφορά για την προστασία των συμφερόντων του.

Κατά συνέπεια η πολιτεία βαρύνεται με την υποχρέωση -και ο πολίτης έχει σχετική αξίωση- να ασκείται αποτελεσματικά ο εγγυητικός κρατικός ρόλος καθ' όλο το χρόνο ασφάλισης, ανεξαρτήτως εάν αυτή παρέχεται από το κράτος ή άλλο φορέα. Μάλιστα, ο εγγυητικός αυτός ρόλος αφορά και τους τρεις «πυλώνες» της ασφάλισης. Για τον ίδιο λόγο, θα ήταν αντισυνταγματική η κατάργηση όχι μόνον της κρατικής εποπτείας[66] αλλά και της υποχρέωσης των ιδιωτών να λάβουν άδεια της δημόσιας αρχής πριν από

62 Βλ., π.χ., ΕΣ 28/94, ΕΔΚΑ Λστ', 1994.412.

63 Ο Κ. Κρεμαλής (Δίκαιο Κοινωνικής ασφαλίσεων, ό.π., σ. 58 κ.ε.) αναλύει την έννομη σχέση κοινωνικής ασφάλισης σε δύο φάσεις, μία ασφαλιστικής προσδοκίας και μία ασφαλιστικής παροχής. Θεωρεί ότι είναι δημόσιας ή ιδιωτικής φύσης ανάλογα με την οργάνωση του συγκεκριμένου ασφαλιστικού φορέα σε νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου.

64 Ο Γ. Παπαχατζής (Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα Διοικητικού Δικαίου, 5η, Αθήναι, 1976, σ. 149) είχε πρώτος χαρακτηρίσει τη σύνταξη ως "ενοχή δημοσίου δικαίου". Πρβλ. την ΔΠρΑθ 9857/83, που δέχεται ότι ο δικαιούχος ασφαλιστικής παροχής δεν είναι αντισυμβαλλόμενος του Ταμείου, αλλά η αξίωσή του για παροχή είναι ένα δημόσιο υποκειμενικό δικαίωμα.

65 Κατά τον *Κ. Κρεμαλή*, Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ό.π., σ. 63, σ. 64. Ο Γ. Παπαχατζής (Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα Διοικητικού Δικαίου, 5η εκδ., Αθήναι, 1976, σ. 149) έκανε λόγο για "ενοχική σχέση δημοσίου δικαίου".

66 Πρβλ. π.χ. τις διατάξεις του ΝΔ 1118/72 και του Ν. 877/79 για την ίδρυση γηροκομείων ή επιχειρήσεων περίθαλψης αναπήρων, τις αντίστοιχες του ΝΔ 4525/66 για την ίδρυση παιδικών σταθμών, κ.λ.π.

την ανάληψη οποιασδήποτε κερδοσκοπικής δραστηριότητας στον ευρύτερο προνοιακό και κοινωνικό τομέα[67].

Η νομική φύση της υποκείμενης αυτής σχέσης συνταγματικού δικαίου δεν πρέπει να συγχέεται με τη νομική φύση των άλλων επιγενόμενων και δευτερογενών αξιώσεων που προκύπτουν μετά από την μεσολάβηση του νομοθέτη. Το άρθρο 22 παρ. 5 του Συντάγματος καθιερώνει μία δέσμη συγκεκριμένων υποχρεώσεων για το κράτος, ως απόρροια της γενικότερης επιταγής για ασφαλιστική μέριμνα του συνόλου του πληθυσμού: υποχρέωση ίδρυσης των ασφαλιστικών φορέων, μέριμνας για την εύρυθμη λειτουργία τους, νομοθετικής και πραγματικής (από πλευράς οικονομικών πόρων) εξασφάλισης των παροχών ώστε να αντιστοιχούν σε ένα αξιοπρεπές επίπεδο διαβίωσης. Ως συνέπεια του γεγονότος αυτού, ο πολίτης έχει εκτός από το δικαίωμα προσδοκίας[68] στη μελλοντική ασφαλιστική παροχή και αξιώσεις που αντιστοιχούν στις παραπάνω κρατικές υποχρεώσεις[69].

Με άλλα λόγια, από τον ασφαλιστικό δεσμό σε δεύτερο μόνον βαθμό και μάλιστα μετά την έλευση του ασφαλιστικού κινδύνου απορρέει σχετική ενοχική αξίωση[70] προς συγκεκριμένη χρηματική παροχή[71]. Αντιθέτως, η συνταγματική σχέση είναι πάντοτε παρούσα, και πριν δηλαδή από τη χρονική αυτή στιγμή, επιβάλλοντας στους ασφαλιστικούς φορείς να λειτουργούν με βάση την αρχή της κοινωνικής δικαιοσύνης και στο κράτος τη γενική υποχρέωση μέριμνας, εποπτείας και γένει εγγύησής του δικαιώματος[72].

67 Βλ. Κ. Κρεμαλή, Το δικαίωμα του ατόμου για κοινωνική πρόνοια, ibidem. Γενικά για το θέμα του διοικητικού ελέγχου, βλ. Ι. Αναστόπουλο, Τα νομικά πρόσωπα του δημόσιου τομέα, Διοικητική Μεταρρύθμιση,1987.113. Πρβλ. ΣτΕ 2411/87, ΣτΕ (Ολ.) 3334/75.

68 Πρβλ. ΣτΕ 54/79.

69 Βλ. σχετικά τη ΣτΕ 1929/78, η οποία θεώρησε ότι το ΙΚΑ είναι υποχρεωμένο να ρυθμίσει κανονιστικά τις ασφαλιστικές κλάσεις, βάσει των οποίων καταβάλλονται οι σχετικές παροχές.

70 Κατά τη νομολογία, η ασφαλιστική αξίωση για παροχή γεννάται μόλις συντρέξουν οι απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 257/74), ενώ η ενάσκηση του δικαιώματος απαιτεί και θετική ενέργεια του ασφαλισμένου, ιδίως υποβολή αίτησης. Βλ. σχετικά ΣτΕ 77/75, πρβλ. Ι. Σαρμά, Η συνταγματική και διοικητική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 1990, σ. 388.

71 Πρβλ. Κ. Κρεμαλή, Η νομική φύση της ασφαλιστικής παροχής, ΕΔΚΑ ΚΓ, 1981.385.

72 Το Συμβούλιο της Επικρατείας θεωρεί ότι υφίσταται γενική αρχή του δικαίου κατά την οποία η

Είναι αλήθεια, βέβαια, ότι πολλές από τις προαναφερθείσες υποχρεώσεις είναι αντικειμενικού δικαίου, δεδομένου ότι αφορούν κυρίως την θεσμική οργάνωση και υποδομή που είναι απαραίτητη για την πραγμάτωση του δικαιώματος. Από το δικαίωμα όμως στην ασφάλιση απορρέουν απ'ευθείας και συγκεκριμένες υποκειμενικές αξιώσεις[73], όπως, π.χ. αυτή στο ελάχιστο περιεχόμενο που πρέπει να έχουν οι σχετικές παροχές, ώστε να εξασφαλίζουν την αξιοπρεπή διαβίωση των δικαιούχων τους.

Έτσι, η παλαιότερη θέση της νομολογίας του Αρείου Πάγου και του Ελεγκτικού Συνεδρίου[74] ότι η νομική φύση του δικαιώματος στην κοινωνική ασφάλιση είναι ενοχική, είναι τόσο άτοπη όσο θα ήταν η ανάλογη ότι το συνταγματικό δικαίωμα, π.χ. στο άσυλο της κατοικίας, είναι ποινικής φύσης, επειδή οι βασικές κυρώσεις που έχουν προβλεφθεί για την εξασφάλιση του ανήκουν στο χώρο του ποινικού δικαίου. Έτσι, και ως προς το δικαίωμα στην ασφάλιση, ενοχική -και μάλιστα "δημοσίου δικαίου ενοχή"[75]- είναι απλώς η αξίωση του δικαιούχου μετά την έλευση του ασφαλιστικού κινδύνου.

παράλειψη του εργοδότη να παρακρατήσει τις ασφαλιστικές εισφορές, ή η αδυναμία του να τις αποδώσει στο Ταμείο δεν επηρεάζουν το ασφαλιστικό δικαίωμα του ασφαλισμένου (ΣτΕ 1428/79, 90/63, 1620/55, βλ. Ι. Σαρμά, Η συνταγματική και διοικητική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 1990, σ. 390. Στην πραγματικότητα δεν πρόκειται για επιμέρους αρχή, αλλά για εκδήλωση της εγγυητικής λειτουργίας του θεμελιώδους δικαιώματος του άρθρου 22 παρ. 4 του Συντάγματος.

73 Πρβλ. και το Χ. Ανθόπουλο, Η προστασία της υγείας ως θεμελιώδες κοινωνικό δικαίωμα, ΤοΣ 1993.741, σ. 743, ο οποίος γράφει ότι "τίποτε δεν εμποδίζει τον μετασχηματισμό ενός "αντικειμενικού" κανόνα δικαίου (...) σ'ένα "υποκειμενικό" συνταγματικό δικαίωμα, δηλαδή την επίκληση του εν λόγω κανόνα από τον πολίτη ενώπιον των Δικαστηρίων για την πράσπιση ή διεκδίκηση δικαιωμάτων συναφών με το αντικείμενο του κανόνα τούτου (...) και τη χρησιμοποίησή του από τον δικαστή ως παραμέτρου του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

74 Βλ. ενδεικτικά ΕΣ 28/94 ΕΔΚΑ 1994.441, ΕΣ 1213/1991, ΕΣ 336/1992, ΕΣ 1306/1993, ΑΠ 24/74, ΕΔΚΑ ΙΣτ', 1974.218. Για τη στροφή της νομολογίας και την αναγνώριση υπερνομοθετικής θεμελίωσής του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης πρβλ. ήδη ΕΣ (Ολ.) 2274/97, ΕΔΚΑ 1998.323, ΕΣ 1617/98, ΕΔΚΑ 1998.806. Βλ. και Α. Πανούση, Νομολογιακές αποκλίσεις από τις καθιερωμένες αρχές του δημοσίου δικαίου κατά την ερμηνεία κανόνων Κοινωνικής Ασφάλισης, ΕΚΔΑ ΛΔ 1992.537.

75 Βλ. και σημ. 65.

Φορείς του δικαιώματος και αποδέκτες των υποχρεώσεων

Η, δυνάμει του άρθρου 22 παρ. 5 του Συντάγματος, υποχρέωση του νομοθέτη για «ασφαλιστική κάλυψη του εργαζόμενου πληθυσμού της χώρας»[76] δεν αποτελεί απλώς πυρηνικό θεσμικό στοιχείο της ασφάλισης αλλά και τη συνταγματική βάση θεμελίωσής της καθολικότητας του αντίστοιχου δικαιώματος. Ήδη η καθολικότητα κατοχυρώθηκε νομοθετικά πλήρως με τον ν. 1305/82. Και χωρίς όμως τη ρητή αυτή κατοχύρωση, εάν κάποιος εργαζόμενος ήταν ακάλυπτος ασφαλιστικά, θα είχε απευθείας από το Σύνταγμα αγώγιμη αξίωση για εγγραφή στο συγγενέστερο με την απασχόληση του ασφαλιστικό ταμείο[77]. Απόρροια της καθολικότητας αποτελεί και η επί μέρους αρχή της πληρότητας της ασφαλιστικής κάλυψης: κατά την αρχή αυτή, δεν μπορεί κανένας εργαζόμενος να είναι ασφαλιστικά ακάλυπτος.

Μάλιστα, ως «εργαζόμενοι» κατά την έννοια της συνταγματικής διάταξης πρέπει να νοηθούν και οι έμποροι, ελεύθεροι επαγγελματίες κ.ο.κ.[78], διότι ούτε τελολογικά ούτε συστηματικά προκύπτει ο περιορισμός της συνταγματικής προστασίας μόνον σε όσους παρέχουν εξαρτημένη εργασία[79]. Άλλωστε, ασφαλιστική κάλυψη απολάμβανε ανέκαθεν το σύνολο σχεδόν του πληθυσμού, ενώ για όλους υφίστανται οι ίδιοι ασφαλιστικοί κίνδυνοι, άρα και η ίδια ανάγκη προστασίας. Μια αντίθετη παλαιότερη απόφαση του ΑΕΔ, η οποία περιόριζε την εφαρμογή της πρώην παρ. 4 του άρθρου 22 Συντ. στους εργάτες και υπαλλήλους[80], όχι μόνο ήταν άστοχη επί της ουσίας αλλά και εκδόθηκε καθ' υπέρβαση της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου, εφόσον η δικαιοδοσία του αφορά αποκλειστικά την άρση αμφισβήτησης για την έννοια τυπικού νόμου και όχι συνταγματικής διάταξης.

76 Βλ., αντί άλλων, τη ΣτΕ (Ολ.) 832/1985, ΕΔΚΑ ΚΖ, 217, η οποία κάνει λόγο για «γενικώτερον πολιτειακόν και κοινωνικόν συμφέρον, όπερ επιτάσσει την κατά το δυνατόν καθολικήν και πλήρη ασφαλιστικήν κάλυψιν των εργαζομένων, προς όφελος του κοινωνικού συνόλου». Πρβλ. τη ΣτΕ 2253/76, βλ. και Γ. Λεβέντη, Το δικαίωμα για κοινωική ασφάλιση, ό.π., σ. 630.

77 Έτσι εύστοχα ο Λεβέντης, ibidem, σ. 631.

78 Πρβλ., *Α. Στεργίου*, Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης, 1994, 66 επ. και – σιωπηρά – ΣτΕ (Ολ.) 2973/1991, ΤοΣ 1991.149.

79 Έτσι και ο *Κ. Χρυσόγονος*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, ό.π., σ. 534.

80 ΑΕΔ 16/1983, ΕΕΝ 1984.149.

Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η συνταγματική προστασία αφορά και το συνταξιοδοτικό δικαίωμα των δημόσιων υπαλλήλων και λειτουργών[81]. Βεβαίως, ως εργαζόμενοι νοούνται καταρχήν όσοι παρέχουν πραγματικά εργασία –όχι απαραίτητα εξαρτημένη- και άρα το στοιχείο αυτό θεμιτά λαμβάνεται υπόψη από τον νομοθέτη για την αναγνώριση χρονικών περιόδων ως καλυπτόμενων ασφαλιστικά, αφού άλλωστε συνεπάγεται τη χρονικά επίκαιρη καταβολή εισφορών[82].

Συνεπώς, ούτε ratione personnae υφίσταται οποιοδήποτε συνταγματικό κώλυμα για την κάλυψη από ενιαίο φορέα κοινωνικής ασφάλισης όλων των κοινωνικών κατηγοριών του πληθυσμού, συμπεριλαμβανομένων των δημοσίων υπαλλήλων και των αυτοαπασχολούμενων ελεύθερων επαγγελματιών[83].

Αξίωση για εξασφάλιση αξιοπρεπούς διαβίωσης

Όπως ήδη αναπτύχθηκε, βασική αρχή του ασφαλιστικού θεσμού αποτελεί η κάλυψη των κύριων ασφαλιστικών κινδύνων, όπως ανεργία, γήρας, θάνατος, εργατικό ατύχημα, επαγγελματική νόσος, εγκυμοσύνη, τοκετός και μητρότητα.[84]. Η συνταγματική όμως κατοχύρωση της ασφάλισης και ως υποκειμενικού δικαιώματος συνεπάγεται όχι μόνον την επανόρθωση των συνεπειών από την έλευση του ασφαλιστικού κινδύνου, βάσει της αρχής της ανταποδοτικότητας, αλλά και την εγγύηση της αξιοπρεπούς διαβίωσής του δικαιούχου[85].

81 ΣτΕ (Ολ.) 1880-1882/2019, contra ΣτΕ 1750/1993, ΕλλΔνη 1994.800.

82 Έτσι ο *Κ. Χρυσόγονος*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, ό.π., σ. 535, πρβλ. ΣτΕ 5020/1997, ΕλλΔνη 1999, 903.

83 Βλ. ήδη ΣτΕ (Ολ.) 1880/2019, 1882 και 1888/2019, πρβλ. ΣτΕ 3294/2011, 3781/2010.

84 Πρβλ. *Κ. Χρυσόγονο*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, ό.π., σ. 533, *Γ. Λεβέντη*, Τα κοινωνικά δικαιώματα του Πολίτη, ΤοΣ 1976, 174-5.

85 Πρβλ. Κ. Κρεμαλή, Δίκαιο Κοινωνικών ασφαλίσεων, σ. 58 κ.ε., σ. 62, σ. 288-290, ο οποίος παρατηρεί ότι στο πλαίσιο της αντίληψης που θέλει την κοινωνική ασφάλιση υπόθεση του κοινωνικού συνόλου, «μειώνεται, αν δεν χάνεται, η σημασία της ασφαλιστικής τεχνικής» και δίνεται προβάδισμα στην κατοχύρωση ενός παραδεκτού επιπέδου διαβίωσης. Κατά το Στεργίου (Α. Στεργίου, Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1994, σ. 340 με

Για το σκοπό αυτό, το ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 22 παρ. 5 διαπλέκεται με το αντίστοιχο του άρ. 21 του Συντάγματος[86], σε συνδυασμό πάντοτε με τις γενικές διατάξεις των άρ. 2 παρ. 1 και 5 παρ. 1Σ[87]. Η απαίτηση, με άλλα λόγια για ένα ελάχιστο όριο αξιοπρεπούς διαβίωσης έχει ως sedes materiae τη ρύθμιση του άρθρου 22 παρ. 5 για τους εργαζομένους και τους συνταξιούχους αφενός και τη συμπληρωματική του άρθρου 21 για τον μη εργαζόμενο πληθυσμό αφ'ετέρου[88].

Στο ελληνικό σύστημα κοινωνικής ασφάλισης η απουσία των θεσμών του ελάχιστου εγγυημένου εισοδήματος ή της καθολικής εθνικής σύνταξης, αντιμετωπιζόταν κυρίως μέσω της τεχνικής των κατώτατων ορίων συντάξεων και του προνοιακού επιδόματος κοινωνικής αλληλεγγύης συνταξιούχων[89] (ΕΚΑΣ)[90]. Και οι δύο αυτές τεχνικές έχουν έντονα στοιχεία προνοιακής παρο-

παραπομπές στις BVerFGE 11, 105 (114), 14 312 (317), 39, 169 (186), 48, 346 (358)) η κοινωνική ασφάλιση αποτελεί ήδη συγκερασμό της ασφαλιστικής αρχής και της κοινωνικής αλληλεγγύης, σε υπέρβαση της παλαιότερης αντίληψης κατά την οποία τη νομική φύση της κοινωνικής ασφάλισης διεκδικούσαν δύο θεωρίες, η ασφαλιστική (Versicherungstheorie) και η κοινωνική αρωγή (Fürsorgetheorie). Πρβλ. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, 1986, σ. 454.

86 Πρβλ. την απόφαση ΣτΕ 834/89, ΕΔΚΑ 1989.662, η οποία συγκαταλέγει το άρθρο 21 στις επιταγές προς το νομοθέτη για την παροχή κοινωνικής ασφάλισης.

87 Βλ. σχετικά Κ. Κρεμαλή, Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ό.π., σ. 39-40, Η συνταγματικότητα του νόμου 2084/92 για την αναμόρφωση της κοινωνικής ασφάλισης, Εκθεση της Διεύθυνσης Επιστημονικών Μελετών της Βουλής, ΕΔΚΑ ΛΕ, 1993.7.

88 Ανάλογα φαίνεται να δέχεται κατ'αρχήν και η Θ. Αντωνίου, Ασφαλιστικές εταιρείες ως φορείς κοινωνικής ασφαλίσεως στο πλαίσιο μιας ενιαίας εσωτερικής αγοράς;, ό.π., σ. 95, αν και λίγο αργότερα (σημ. 16) γράφει ότι «ο συνδυασμός του δικαιώματος στην κοινωνική ασφάλιση με το δικαίωμα για εξασφάλιση ενός ελαχίστου επιπέδου διαβίωσης γίνεται κυρίως σε περιόδους ευημερίας για το κράτος.» Νομίζω ότι ακριβώς το αντίθετο πρέπει να συμβαίνει. Σε περιόδους κρίσης είναι που χρειάζεται περισσότερο από ποτέ να ενεργοποιηθεί ο ελάχιστος εγγυητικός ρόλος του δικαιώματος.

89 Το ΕΚΑΣ καθιερώθηκε με το άρθρο 20 ν. 2434/96.

90 Βλ. σχετικά *Ξ. Κοντιάδη,* Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας, ό.π., σ. 407, Γ. Αμίτση, Η θεσμική κατοχύρωση των ελαχίστων ορίων διαβίωσης στην ελληνική και διεθνή έννομη τάξη, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 2001, Ξ. Κοντιάδη, Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας, ό.π., σ. 407 και *Μ. Ματσαγγάνη*, Αλληλεγγύη και ανταποδοτικότητα. Μια εναλλακτική πρόταση για τις συντάξεις, ΕΔΚΑ 1998, σ. 209 επ., *Γ. Αμίτση, Ο* ρόλος και η λειτουργία των συνταξιοδοτικών παροχών στο πλαίσιο του ελληνικού συστήματος κοινωνικής ασφάλισης, Κοινωνία, Οικονομία

χής, εφόσον δεν θεμελιώνονται στην αρχή της ανταποδοτικότητας, αλλά χρηματοδοτούνται από τον κρατικό προϋπολογισμό[91], παραμένουν όμως εντός των ευρέων πλαισίων της κοινωνικής ασφάλισης[92]. Υποστηρίζεται πειστικά, πάντως, ότι και πριν από τη θέση σε ισχύ του Συντάγματος του 1975, λόγω της καθιέρωσης από το άρ. 5 του α.ν. 1846/51 «ελάχιστου ορίου της εν τη χώρα εξασφαλιστέας προστασίας» με βάση το επίπεδο ασφαλιστικών παροχών του ΙΚΑ, το δικαίωμα για κοινωνική ασφάλιση ενσωμάτωνε και την αξίωση για ένα ελάχιστο επίπεδο παροχών[93]. Ήδη ο ν. 4387/2016 προβλέπει το θεσμό της εθνικής σύνταξης.

Η νομολογία ποτέ δεν αποδέχθηκε την ύπαρξη συνταγματικής κατοχύρωσης ενός συγκεκριμένου ελάχιστου εγγυημένου ορίου παροχών. Ο πυρήνας του δικαιώματος ορίζεται ως «η χορήγηση, στον συνταξιούχο παροχών αναλόγων προς τις καταβληθείσες από αυτόν εισφορές και το συνολικό χρόνο ασφαλίσεώς του και ικανών να του επιτρέπουν να διαβιώνει με αξιοπρέπεια, εξασφαλίζοντας τους όρους όχι μόνο της φυσικής του υποστάσεως (διατροφή, ένδυση, στέγαση, βασικά οικιακά αγαθά, θέρμανση, υγιεινή και ιατρική περίθαλψη όλων των βαθμίδων), αλλά και της συμμετοχής του στην κοινωνική ζωή με τρόπο που δεν αφίσταται, πάντως, ουσιωδώς από τις αντίστοιχες συνθήκες του εργασιακού του βίου[94].»

και Υγεία 3/1993.29.

91 Για το θέμα των σύνθετων παροχών κοινωνικής ασφάλειας βλ. Κ. Κρεμαλή, Σύνθετες παροχές κοινωνικής ασφάλειας, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 1984, Α. Ματθαίου Αλληλεπίδραση κανόνων δικαίου κοινωνικής ασφάλισης και πρόνοιας στους κλάδους αναπηρίας, γήρατος και οικογενειακών βαρών, διδακτορική διατριβή, Πανεπιστήμιο Αθηνών, 1996.

92 Βλ. σχετικά Κ. Κρεμαλή, Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ό.π., σ. 322, Γ. Βακαλόπουλο, Η εξέλιξη των κατώτατων όριων συντάξεως σε σύστημα καθολικής κάλυψης του πληθυσμού με ελάχιστο συνταξιοδοτικό όριο, ΕΔΚΑ 1989.257, σ. 261 κ.ε..

93 Βλ. σχετικά Γ. Λεβέντη, Το δικαίωμα για κοινωική ασφάλιση, ό.π., σ. 630, ΣτΕ 791/65, 3128/72, 805/73, 1483/74. Το ΣτΕ (ΣτΕ 2147/74) επεξέτεινε τη (νομοθετική) αυτή εγγύηση και πέραν του αρχικού ρυθμιστικού πεδίου του νόμου, -τους ασφαλιστικούς φορείς εποπτείας του Υπουργείου Εργασίας- θεωρώντας ότι, επί του προκειμένου, όλοι οι πολίτες δικαιούνται ισοδύναμη ασφαλιστική προστασία,

94 ΣτΕ (Ολ.) 1890/2019, πρβλ. 2287-8/2015.

Κατά τη θεωρία[95], το ελάχιστο αυτό όριο δεν ταυτίζεται με τα προβλεπόμενα standards της κοινωνικής πρόνοιας, υπό την έννοια, προφανώς, ότι κατοχυρώνεται συνταγματικά κάποιο ανώτερο επίπεδο προστασίας. Στην πραγματικότητα, η ειδοποιός διαφορά της συνταγματικής προστασίας των άρθρων 21 και 22 παρ. 5 έγκειται στο ότι η ασφάλιση εγγυάται παράλληλα και αποζημιωτικά τη, μερική τουλάχιστον, αποκατάσταση του κοινωνικο-οικονομικού status του ατόμου πριν από την έλευση του σχετικού κινδύνου. Θα μπορούσε κανείς να πει, επομένως, ότι το maximum της ενέργειας του δικαιώματος κατατείνει στην πλήρη αποκατάσταση της "προγενέστερης κατάστασης" ενώ το απόλυτο minimum εγγυάται τουλάχιστον το αναγκαίο εισόδημα για μία αξιοπρεπή ζωή.

Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, αντισυνταγματική θα είναι και η εξαρχής θέσπιση ανεπαρκών παροχών ή πολύ αυστηρών προϋποθέσεων για την θεμελίωση του δικαιώματος. Όπως παρατηρεί ο Κρεμαλής[96], λόγω της υποχρέωσής της πολιτείας να διαμορφώσει και να εγγυηθεί κατάλληλους όρους για την υλοποίηση του θεσμού, ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί ούτε να καταργήσει ούτε να παρεμποδίσει την κάλυψη ορισμένων κινδύνων ή προσώπων. Έτσι, θα ήταν, π.χ., αντισυνταγματικό το νομοθέτημα που θα θέσπιζε πολύ αυστηρές προϋποθέσεις για τη χορήγηση επιδόματος ανεργίας, γιατί ο σχετικός κίνδυνος ανήκει στο βασικό περιεχόμενο του κοινωνικοασφαλιστικού θεσμού. Για τον ίδιο λόγο θα ήταν αντίθετος προς το Σύνταγμα και ο αποκλεισμός των εργαζομένων κάτω από ορισμένη ηλικία ή πριν συμπληρώσουν ορισμένο χρόνο εργασίας από την υπαγωγή στην κοινωνική ασφάλιση[97].

Για τον ακριβή προσδιορισμό τόσο των μέγιστων όσο και των ελάχιστων σκοπών της κοινωνικής ασφάλισης, απολείπεται μεγάλο εύρος διακριτικής ευχέρειας στους ασφαλιστικούς οργανισμούς, ανάλογα με τις οικονομικές

95 Κ. Κρεμαλή, Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ό.π., σ. 177, με παραπέρα παραπομπές στους Schlenker και Bogs.

96 Κ. Κρεμαλής, Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ό.π., σ. 38-39.

97 Πρβλ. ΣτΕ 867/1975, ΕΔΚΑ 1975.648

δυνατότητες τους[98]. Ο δικαστικός εντοπισμός του ελάχιστου minimum, πάντως,, παρά τις δυσκολίες που παρουσιάζει, δεν είναι αδύνατο να επιτευχθεί με τη χρήση των συνήθων εργαλείων προσδιορισμού των αόριστων αξιολογικών εννοιών και ιδίως των διδαγμάτων της κοινής πείρας[99].

Τέλος, όπως εύστοχα παρατηρείται[100], στον πυρήνα του δικαιώματος δεν ανήκει απλώς η εξασφάλιση επιπέδου παροχών που να επιτρέπουν την αξιοπρεπή διαβίωση, αλλά ταυτόχρονα και η χορήγησή τους σε προσήκοντα χρόνο.

Μήπως η αναγνώριση ενός υποκειμενικού δημόσιου δικαιώματος στην ασφάλιση συνεπάγεται την κατοχύρωση και μιας αξίωσης για διατήρηση του ίδιου επιπέδου ασφαλιστικών παροχών; Η νομολογία πολύ πριν από τη μεγάλη οικονομική κρίση είχε απορρίψει το λεγόμενο "απόλυτο κοινωνικό κεκτημένο" στο χώρο της ασφάλισης[101], θεωρώντας γενικά επιτρεπτή τη σχετική μείωση της ασφαλιστικής προστασίας[102] ακόμη και έναντι ορισμένων μόνον κατηγοριών ασφαλισμένων[103]. Ειδικότερα έχει κριθεί ότι δεν είναι αντίθετη στο Σύνταγμα η μείωση του ποσού συντάξεων[104] ή η αναπροσαρμογή του[105], ή η αλλαγή του τρόπου υπολογισμού των παροχών[106] και του καθορισμού των σχετικών προϋποθέσεων[107], ακόμη και με μείωση του αριθμού των δικαιούχων[108].

98 ΣτΕ 2829/89, ΔιΔικ 1990, 2286/79.

99 Πρόκειται για ένα έργο που ο πολιτικός δικαστής φέρνει σε πέρας καθημερινά, στο πλαίσιο των δικών διατροφής.

100 Α. Στεργίου, Κοινωνική ασφάλιση χωρίς εγγυήσεις, ό.π., σ. 24 κ.ε.

101 Πρβλ. Σ. Ρίζο, Τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα στο Ελληνικό Σύνταγμα του 1975, ΕλΔνη 1992.53.

102 Βλ. σχετικά Α. Παπαϊωάννου, Το Σύνταγμα και η μείωση της κρατικής προστασίας στο χώρο των κοινωνικών ασφαλίσεων, ΕΔΚΑ ΛΓ' 1991.665 και 737, Α. Στεργίου, ό.π., σ. 344 κ.ε..

103 ΣτΕ 898/79, ΣτΕ 2973/91 ΑΠ 450/78.

104 ΣτΕ 967/87, ΕΔΚΑ Κ', 1978.331, ΣτΕ 2914/83, ΣτΕ 1511/82, ΕΔΚΑ ΚΔ', 1982.471, ΣτΕ 1508/82, ΣτΕ 40/85, ΣτΕ 797/77. Για το ΕΔΔΑ βλ. σχετικά Α. Πετρόγλου, Η έννοια της ιδιοκτησίας κατά το άρθρο 1 του Πρώτου Προσθέτου πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, ΕΔΚΑ 1995. 513, σ. 519.

105 ΣτΕ 2739/99.

106 ΣτΕ 2149/2001, ΣτΕ 3824/2000, ΣτΕ 2745/1999, ΣτΕ 1635/89, ΕΔΚΑ 1989.747, ΣτΕ 241/89, ΕπιθΙΚΑ 1989.658, ΣτΕ 2913/83, ΣτΕ 3852/79.

107 ΣτΕ 139/2002, ΕΔΚΑ 2002.350, ΣτΕ 2888/1999, ΣτΕ 3127/2000, ΣτΕ 4516/1997, ΕΔΚΑ 1997.749, ΣτΕ 3177/1998, ΣτΕ 3010/1998.

108 ΣτΕ 2022/82.

Οι όποιοι φραγμοί στην επιδείνωση της κατάστασης των ασφαλισμένων θεμελιώνονταν αρχικά στη νομολογία του ΣτΕ όχι τόσο στο άρ. 22 παρ. 5, όσο στη γενική αρχή της ισότητα[109], που απαγορεύει αδικαιολόγητες και χωρίς αναφορά στο γενικό συμφέρον δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος ορισμένων δικαιούχων[110]. Στο πλαίσιο αυτό είχε κριθεί επιτρεπτή η αναδρομική μείωση εφάπαξ παροχών[111], όπως και η μετατροπή του τρόπου υπολογισμού των παροχών όσων δεν έχουν ακόμη συνταξιοδοτηθεί[112]. Αναγνωρίζεται απλώς, βάσει της αρχής της ισότητας των πολιτών ενώπιον του νόμου και της ισότητας στην κατανομή των δημοσίων βαρών (4 παρ. 1 και 5 του Συντάγματος) σε συνδυασμό με το άρ. 22 παρ. 5 του Συντάγματος, ότι επιβάλλεται η αντιμετώπιση όλων των συνταξιούχων με ίσους όρους στο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης[113]. Η νομολογία επίσης ανέκαθεν δεχόταν το ανεπίτρεπτο της κα-

109 Ή και την ειδικότερη αρχή της ισότητας των δύο φύλων (αρ. 4 παρ. 2 Σ). Είναι γενικά αντισυνταγματική η άνιση μεταχείριση των δύο φύλων ως προς τα συνταξιοδοτικά τους δικαιώματα. Βλ. σχετικά, αντί άλλων, Α. Ματθαίου, Η εξίσωση των φύλων στο δίκαιο κοινωνικής ασφάλισης, Η επόμενη ημέρα, ΕΔΚΑ, 1996.401, πρβλ. ΣτΕ (Ολ.) 4698/1988, Ε.Δ.Κ.Α. 1989. 101. Πρβλ., παρ'όλα αυτά,τη ΣτΕ (Ολ.) 828/1989, Ε.Δ.Κ.Α. 1989, 344, η οποία έκρινε ότι η επαναφορά σε ισχύ των διατάξεων σχετικά με την συνταξιοδότηση των αγάμων θυγατέρων ασφαλισμένων του Ταμείου Νομικών με το άρ. 24 Ν. 1276/82 εισάγει συνταγματικά δικαιολογημένη εξαίρεση από τη συνταγματική ισότητα των δύο φύλων, κατά την έννοια του 116 παρ. 2 του Συντάγματος.

110 ΣτΕ Ολ. 1882/2019, 2197 - 2200/2010, ΑΠ (Ολ.) 567/86, ΤοΣ 1987.512, ΑΠ (Ολ.) 961/85 ΕΔΚΑ ΚΖ 669, ΑΠ (Ολ.) 689/80, 911/81 ΕΔΚΑ ΚΓ 729.

111 Βλ., π.χ., τη ΣτΕ 1279/1994, η οποία έκρινε ότι ο περιορισμός του εφάπαξ βοηθήματος του Ταμείου Προνοίας Δημοσίων Υπαλλήλων για όσους αποχωρούν από την υπηρεσία μετά την 1-1-1984 (βάσει του άρ. 7 του Ν. 2042/ 92), δεν συνιστά περίπτωση αντισυνταγματικής αναδρομικής νομοθέτησης, ούτε προσκρούει στη συνταγματική αρχή της ισότητας, δεδομένου ότι ο χρόνος συνιστά αντικειμενικό κριτήριο διαφοροποίησης. Βλ. και ΣτΕ 2947/87, ΣτΕ 1281/1994, ΕΔΚΑ 1994, 80, ΔΠρΠειρ 2174/1988, Διοικητική Δίκη 1989, 591.

112 Βλ. ιδίως τη ΣτΕ 2132/1994, Ε.Δ.Κ.Α. 1995, 145, η οποία έκρινε συνταγματική τη διάταξη του άρθρου 38 του Ν.1902/90, που άλλαζε αναδρομικά το καθεστώς υπολογισμού εισφορών και συντάξεων. Το Δικαστήριο έκρινε όχι μόνον ότι το Σύνταγμα δεν αποκλείει στον κοινό νομοθέτη την αναδρομική ρύθμιση της μεταβολής του συστήματος συνταξιοδοτήσεως ορισμένων κατηγοριών ασφαλισμένων, αλλά και ότι αυτός έχει τη δυνατότητα, εν όψει μεταβολής στο σύστημα προσδιορισμού των τελευταίων, να θεσπίσει παραγραφή των χρηματικών απαιτήσεων και κατάργηση των εκκρεμών δικών, που έχουν ως αντικείμενο αξιώσεις που στηρίζονται σε καταργηθείσες συστατικές ρυθμίσεις.

113 ΣτΕ (Ολ.). 1285/2012, 3231/2008, 3923/2010.

νονιστικής επιδείνωσης των βασικών κανόνων κοινωνικής ασφάλισης χωρίς ειδικό νόμο, με βάση απλώς πάγιες εξουσιοδοτήσεις[114].

Τα παραπάνω όμως δεδομένα αφορούν την επί μέρους σχετική επιδείνωση της ασφαλιστικής θέσης και την προστασία της νόμιμης προσδοκίας του ασφαλισμένου στην διατήρηση της ασφαλιστικής σχέσης, όταν μεταβάλλονται από το νόμο οι όροι θεμελίωσής του δικαιώματος[115]. Η απαγόρευση προσβολής του πυρήνα του ασφαλιστικού δικαιώματος είναι ο κανόνας και δεν προκύπτει μόνον από την διάταξη του άρθρου 22 παρ. 5 αλλά και τη σύντονη λειτουργία των αρχών του κοινωνικού κράτους και του σεβασμού της ανθρώπινης αξίας.

Όπως είχα ήδη γράψει σε ανύποπτο, από πλευράς οικονομικής κρίσης χρόνο[116], τα κριτήρια που πρέπει να ισχύουν σε περίπτωση μείωσης των συνταξιοδοτικών παροχών λόγω δυσμενούς οικονομικού περιβάλλοντος είναι τα εξής: α) Να υφίσταται αδήριτη οικονομική αναγκαιότητα, δηλαδή συνθήκες μείζονος οικονομικής κρίσης που να μην μπορούν να αντιμετωπισθούν διαφορετικά παρά μόνον με τον περιορισμό των σχετικών παροχών β) Να μην θίγεται ο πυρήνας του δικαιώματος, η δυνατότητα, δηλαδή, αξιοπρεπούς διαβίωσης του δικαιούχου γ) Οι περιορισμοί του δικαιώματος να είναι πρόσφοροι και αναγκαίοι, να υπακούουν δηλαδή στην αρχή της αναλογικότητας και της κοινωνικής δικαιοσύνης, ώστε να είναι μεγαλύτερη η μείωση των παροχών των ισχυρότερων οικονομικά, μικρότερη των αδυνάτων. Με βάση τα κριτήρια αυτά θα πρέπει π.χ., να θεωρηθεί αντισυνταγματική όχι μόνον η ολική κατάργηση του ασφαλιστικού δικαιώματος, αλλά και η μείωση των κατώτατων συντάξεων γήρατος ή ασθένειας κάτω από το όριο φτώχειας[117], ενώ, για την

114 ΣτΕ 818/74.

115 Βλ., π.χ., ΣτΕ 4398/83. Ο Στεργίου (ό.π., σ. 335) μνημονεύει σχετικά την ΔιοικΠρΝαυπλ 58/1989 ΔιΔιΚ 1990.1079, η οποία δέχεται ότι στον πυρήνα του Άρ. 22 παρ. 4 ανήκει και η προσδοκία για αύξηση της σύνταξης. Πρβλ. και ΣτΕ (Ολ.)2973/91, ΤοΣ 1991.614 και ΤρΔιοικΠρ Θεσ. 2951/85 ΕΔΚΑ ΚΗ.177

116 Βλ. Γ. Κατρούγκαλο, Τα Κοινωνικά Δικαιώματα, Α. Σάκκουλας, Αθήνα, 2005, Κεφάλαιο 5, παρ. Α5.

117 Βλ. Στεργίου, ibidem, σ. 334, με παραπομπές στις ΔΠρΘεσ2951/85 ΕΔΚΑ ΚΗ.177 και στη μειοψηφία της ΣτΕ (Ολ.) 2973/1991 ΤοΣ 1991.616.

ταυτότητα του λόγου το ίδιο θα πρέπει να ισχύει και για την μη αναπροσαρμογή τους, εάν λόγω πληθωρισμού υποχωρήσουν κάτω από τα όρια αυτά[118].

Ήδη η μετά τα μνημόνια νομολογία προχωρά σε εντονότερο έλεγχο συνταγματικότητας του ορισμού ή των περικοπών των ασφαλιστικών ρυθμίσεων, βάσει των αρχών της αναλογικότητας[119], της προστασίας του πυρήνα του δικαιώματος[120] και της ανθρώπινης αξίας[121], ενώ και ο Άρειος Πάγος είχε κρίνει με ανάλογο σκεπτικό από το 1995 αντισυνταγματική τη διάταξη του άρθρου 13 παρ. 1 του νόμου 1384/1983[122].

Κατά τη γνώμη μου, δεν πρόκειται απλώς για προστασία της ουσίας του θεσμού, λόγω της ύπαρξης της σχετικής θεσμικής εγγύησης, αλλά κυρίως για σεβασμό της σχετικής αξίωσης που απορρέει από το υποκειμενικό συνταγματικό δικαίωμα. Για τον λόγο αυτό δεν είναι συνταγματικά ανεκτή η επίκληση της ανάγκης προστασίας του ασφαλιστικού κεφαλαίου για να δικαιολογηθεί υποβάθμιση των παροχών σε σημείο που να καθιστά αλυσιτελή τη σχετική προστασία[123]. (Αντιθέτως, συνέπεια της αναγνώρισής του άρ. 22 παρ. 5 μόνον ως θεσμικής εγγύησης θα ήταν η αποδέσμευση της προστασίας από το υποκείμενο της ασφάλισης, τον ασφαλισμένο[124].)

118 Πρβλ. τη ΔΠρΝαυπλ 58/1989 ΔιΔικ 1990.1079, η οποία δέχεται ότι στον πυρήνα του Άρ. 22 παρ. 4 ανήκει και η προσδοκία για αύξηση της σύνταξης. Βλ. σχετικά Στεργίου, ό.π., σ. 327, πρβλ. Γ. Βακαλόπουλο, Η εξέλιξη των κατώτατων όριων συντάξεως σε σύστημα καθολικής κάλυψης του πληθυσμού με ελάχιστο συνταξιοδοτικό όριο, ΕΔΚΑ ΛΑ, σ. 258.

119 ΣτΕ (Ολ.) 2287- 2288/2015, ΣτΕ (Ολ.) 2192-2196/2014.

120 ΣτΕ (Ολ.) 1890/2019, 2287-8/2015.

121 ΣτΕ 2483/04, ΕΔΚΑ,2004. 900, ΕΣ 283/2000, ΕΔΚΑ, 2000.515.

122 Βλ. ΑΠ (Ολ.) 32/1995, ΕΔΚΑ 1996.113.

123 Πρβλ. Α. Πετρόγλου, Η συνταγματική προστασία της κοινωνικής ασφαλίσεως, ΕΔΚΑ ΙΗ.689, σ. 690 ο οποίος δέχεται την ύπαρξη "αρνητικής υποχρέωσής του κοινού νομοθέτη (...) να μην κάνη ρυθμίσεις με τις οποίες άμεσα ή έμμεσα θα θίγωνται ή θα καταργούνται τα εκ της κοινωνικής ασφαλίσεως δικαιώματα."

124 Όπως προαναφέρθηκε (σημ.16), και η νομολογία θεωρεί μεν ως συνταγματικό σκοπό την προστασία του ασφαλιστικού κεφαλαίου, πάντοτε όμως σε συνδυασμό με τον παράλληλο σκοπό της "προαγωγής της κοινωνικής ασφάλισης των εργαζομένων". Βλ., π.χ., ΣτΕ (Ολ.) 2973/91 ΤοΣ 1991.399, ΣτΕ 2983/89.

Γοητευτική, πολύ περισσότερο λόγω της πρότασής της από δικαστή[125], είναι μία άλλη άποψη που θέλει το "κοινωνικό κεκτημένο" να προστατεύει όχι την ασφαλιστική παροχή καθ'εαυτή, αλλά την αναλογία κοινωνικού πλούτου της χώρας και κοινωνικών δαπανών που ίσχυε κατά τη ψήφιση του Συντάγματος του 1975. Κατά την εκδοχή αυτή, το όριο επιδείνωσής της προστασίας τίθεται από την ανάγκη διατήρησής τουλάχιστον εκείνης της σχέσης μεταξύ του επιπέδου οικονομικής ανάπτυξης και του συνόλου των μέτρων κοινωνικής προστασίας που ίσχυε όταν ο ιστορικός νομοθέτης ψήφισε την διάταξη του άρθρου 22 παρ. 4. Επομένως, όταν η χώρα αντιμετωπίζει οικονομικές δυσκολίες, θα επιτρέπεται και η οπισθοχώρηση των κοινωνικών δικαιωμάτων, κατά το μέτρο, όμως, που να διατηρεί την αρχική σχέση ΑΕΠ και προστασίας.

Παρ'όλη την ελκυστικότητα της, η θεώρηση αυτή έχει δύο βασικά μειονεκτήματα: Πρώτον, δεν είναι δυνατό να αποτυπωθεί με μορφή μαθηματικού τύπου η προαναφερθείσα σχέση οικονομικής ανάπτυξης και προστασίας. Οποιαδήποτε παρόμοια προσπάθεια του δικαστή θα τον παρέσυρε επικίνδυνα σε έλεγχο σκοπιμότητας των πολιτικών επιλογών, όπου μάλιστα δεν θα μπορεί να έχει ως οδηγό τα διδάγματα της κοινής πείρας, όπως εάν επιχειρούσε να διαπιστώσει απλώς το κατά πόσο η παροχή εγγυάται την αξιοπρεπή διαβίωση του φορέα της. Δεύτερον, δεν εγγυάται αυτό που κατά τη γνώμη μου θα πρέπει να θεωρείται ως ο ελάχιστος παρονομαστής της εφαρμογής των κοινωνικών δικαιωμάτων, το ότι δηλαδή η τελική παροχή θα εξασφαλίζει την διαβίωση του δικαιούχου στα όρια που επιβάλλει η αρχή του σεβασμού της ανθρώπινης αξίας.

Σε κάθε περίπτωση, αυτή η επιστημονική συζήτηση τέθηκε σε μεγάλο βαθμό εκποδών από την οικονομική κρίση. Τα «μνημόνια» που επέβαλαν οι δανειστές στη χώρα μας, ουσιαστικά απετέλεσαν το δεύτερο «παρασύνταγμα» της συνταγματικής μας ιστορίας, στο βαθμό που η εφαρμογή τους προϋπόθετε αναγκαστικά τον παραμερισμό πολλών θεμελιωδών ρυθμίσεων του οικονομικού –και όχι μόνον- συντάγματος[126]. Η τελική στάση του Συμβουλί-

125 Βλ. Ηρ. Τσακόπουλου, Σχόλιο στην ΣτΕ 2973/91, ΤοΣ 1991.619, σ. 620.

126 Βλ., ενδεικτικά, Το «παρασύνταγμα» του μνημονίου και ο άλλος δρόμος, ΝοΒ, 2011.231.

ου της Επικρατείας, όπως διαμορφώθηκε από το 2015 και εντεύθεν, είναι ότι ο νομοθέτης μπορεί να αποφασίζει, για να προφυλάξει τη βιωσιμότητα του ασφαλιστικού συστήματος, περικοπές των ήδη απονεμόμενων συντάξεων αλλά δεν μπορεί να παραβιάζει αυτό που αποτελεί, κατά τα ανωτέρω, τον συνταγματικό πυρήνα του κοινωνικοασφαλιστικού δικαιώματος, τη χορήγηση, δηλαδή, στο συνταξιούχο παροχών ανάλογων προς τις καταβληθείσες από αυτόν εισφορές και ικανών να του επιτρέπουν να διαβιώνει με αξιοπρέπεια, εξασφαλίζοντας τους όρους της συμμετοχής του στην κοινωνική ζωή[127].

Λόγω της μνημονιακής εμπειρίας, επιδιώχθηκε κατά την αναθεώρηση του 2019, όπου ήμουν Γενικός Εισηγητής της Πλειοψηφίας, να αναθεωρηθεί το Άρθρο 22. Είχε, συγκεκριμένα, προταθεί από το ΣΥΡΙΖΑ-ΠΣ η ριζική αναδιατύπωση της παρ. 5, προκειμένου να αναγνωριστεί ρητά ως κοινωνικό δικαίωμα (και όχι απλά ως κρατική υποχρέωση μέριμνας) το δικαίωμα στην κοινωνική ασφάλιση και να διευκρινιστεί ότι το κράτος υποχρεώνεται να εξασφαλίζει αποτελεσματική προστασία έναντι όλων των ασφαλιστικών κινδύνων μέσω ενός ενιαίου συστήματος καθολικής κάλυψης, στο πλαίσιο δημόσιου αναδιανεμητικού συστήματος, που λειτουργεί βάσει των αρχών της αλληλεγγύης και της ανταποδοτικότητας. Πρακτικά, συνεπώς, η πρόταση επεδίωκε να κατοχυρωθούν με ρητή συνταγματική πρόβλεψη τα θεμελιώδη δομικά χαρακτηριστικά του κοινωνικοασφαλιστικού συστήματος, όπως έχουν διαμορφωθεί ιστορικά στη χώρα μας και είχαν επιβεβαιωθεί από τη νομολογία. Η υπό κρίση ρύθμιση προτάθηκε από την προτείνουσα Αναθεωρητική Βουλή, δεν έγινε δεκτή όμως από την αποφασίζουσα Αναθεωρητική Βουλή.

Β- Απόπειρες μεταρρύθμισης του ασφαλιστικού συστήματος

Β-1 Από την Ίδρυση του ΙΚΑ έως τις μεταρρυθμίσεις των δεκαετιών 1990-2010

Στην εισηγητική έκθεση του πρώτου ασφαλιστικού νόμου 2868/1922

127 Βλ. ΣτΕ 2287, 2288/2015 (Ολ)., με παραπομπές στις αποφάσεις του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας της 9.2.2010, -1 BvL 1/09-, -1 BvL 3/09-, -1 BvL 4/09-, ιδίως Rn. 135.

«Περί υποχρεωτικής ασφαλίσεως των εργατών και ιδιωτικών υπαλλήλων» ο αρμόδιος υπουργός Εθνικής Οικονομίας Ι. Ράλλης επεσήμαινε: «το εκπολιτιστικόν του θεσμού και την ανάγκην της ασφαλείας των εργαζομένων εν Ελλάδι τάξεων κατιδόντες και θεωρούντες το μέσον τούτο ως αρίστην συμβολήν εις την οικογενειακή των εργατών ευτυχίαν, (...) πεποιθότες τέλος, ότι ανακουφιζομένου του εργάτου κατά τας δυσχερείς ημέρας του βίου των, συντελούμενου εκτός της υλικής και εις την ηθικήν αυτού και από των κομμουνιστικών και ανατρεπτικών αρχών απομάκρυνσιν του, φρονούμεν μετά πεποιθήσεως επί πλέον, ότι είναι υποχρεωτική της πολιτείας η μέριμνα, δια την καθόλου πρόοδον και ευημερίαν του κοινωνικού της συνόλου»[128].

Η ίδρυση του ΙΚΑ έγινε με το Ν. 6298/1934, με πρώτο διοικητή τον Παναγιώτη Κανελλόπουλο. Μολονότι ο Ελ. Βενιζέλος ήταν υπέρ ενός ενιαίου φορέα κοινωνικής ασφάλισης, την ίδια περίοδο ιδρύονται τα Ταμεία Ασφαλίσεως Εμπόρων (ΤΑΕ) και Επαγγελματιών και Βιοτεχνών (ΤΕΒΕ), που άρχισαν να λειτουργούν το 1940. Ενδιαφέρον και ελάχιστα γνωστό είναι ότι από το Δεκέμβριο του 1948 έως τον Ιούλιο του 1950, δυνάμει του Α.Ν. 852/1948 (ΦΕΚ Α33), που κύρωσε τη συμφωνία με την Ειδική Αποστολή Οικονομικής Οικονομικής Συνεργασίας των ΗΠΑ, Διοικητής του ΙΚΑ είχε ορισθεί Αμερικανός, ο Ο. Πάουελ. Αυτός είχε εξαγγείλει την κατάργηση όλων των κλαδικών ταμείων και του ΙΚΑ και την ενοποίηση τους σε έναν ενιαίο φορέα, με την ονομασία «Εθνικός Οργανισμός Κοινωνικής Ασφαλίσεως», με κοινή για όλους ενιαία ασφαλιστική εισφορά ύψους 16% επί του μισθού ή των εισοδημάτων από ελεύθερο επάγγελμα.

Η μεταρρύθμιση αυτή δεν είχε τύχη εφόσον, μετά το τέλος του εμφυλίου πολέμου και την αποχώρηση της αμερικανικής αποστολής, το πολιτικό σύστημα δεν είχε καμία διάθεση για παρόμοιες εξορθολογιστικές τομές. Ακριβώς το αντίθετο: κατά τη μετεμφυλιακή περίοδο ιδρύθηκαν 39 νέα ταμεία κύριας και επικουρικής ασφάλισης, από τα οποία τα

128 Ομιλία στη Βουλή στη συνεδρίαση της 25ης Φεβρουαρίου 1922, βλ. Αγαλλόπουλο, Κοινωνικαί Ασφαλίσεις, Αθήναι, 1955, σ. 21.

περισσότερα ήταν ταμεία επικουρικής ασφάλισης υπαλλήλων διάφορων υπουργείων[129].

Παρόλα αυτά, η γενική τάση εξέλιξης των συστημάτων κοινωνικής προστασίας στην Ευρώπη προς μία διευρυμένη αντίληψη κοινωνικής αλληλεγγύης, με άλλα λόγια προς την κατεύθυνση της κοινωνικής ασφάλειας[130], επηρέασε και τον Έλληνα νομοθέτη. Σταθμοί της πορείας αυτής υπήρξαν ο ΑΝ 1846/51, το ΝΔ 2698/53 για την κατοχύρωση κατώτατων ορίων συντάξεων και το σύστημα συνολικής κάλυψης του αγροτικού πληθυσμού από τον ΟΓΑ, χωρίς καταβολή εισφορών (ν. 4169/61).

Έτσι, κατά την Εισηγητική Έκθεση του ΑΝ 1846/51[131] «την κεντρικήν γραμμήν του όλου σχεδίου χαρακτηρίζει η αρχή της αλληλεγγύης, η οποία, ως γνωστόν, αποτελεί το κυριώτερον γνώρισμα των προσφάτων εξελίξεων του θεσμού. Η βασική ιδέα είναι ότι σήμερον η κοινωνική ασφάλισις αποτελεί την έμπρακτον εκδήλωσιν της αλληλεγγύης του έθνους». Βάσει των εξελίξεων αυτών, ορισμένοι θεωρητικοί[132], θεωρούσαν ότι η ασφαλιστική βάση στην οποία στηριζόταν με μικρές υποχωρήσεις η νομοθεσία περί ΙΚΑ είχε ήδη από την δεκαετία του 1950 δώσει τη θέση της στην «αρχή της κοινωνικής προνοίας με τας ελαχίστους προϋποθέσεις δια την απόκτησιν δικαιώματος παροχών και κυρίως με το ελάχιστον όριον συντάξεων.»

Παρά τις νομοθετικές εξαγγελίες, το σύστημα κοινωνικής προστασίας είχε ιδιαίτερα μειωμένη αποτελεσματικότητα και λειτουργούσε αναδιανεμητικά σε βάρος των ασθενέστερων κοινωνικών ομάδων. Οι κοινωνικές παροχές διαχρονικά μειώνουν το ποσοστό των ατόμων που κινδυνεύουν από τη φτώχεια κατά πολύ μικρότερο ποσοστό από ό,τι ο ευρωπαϊκός μέσος όρος. Και το σημαντι-

129 Βλ. Δ. Σωτηρόπουλο, σε Δ. Βενιέρη, Χ. Παπαθεοδώρου, Η κοινωνική πολιτική στην Ελλάδα, Προκλήσεις και Προοπτικές, Ελληνικά Γράμματα, Αθήνα, 2009, σ. 113.

130 Βλ. σχετικά J.M. Belorgey, Logique de l'assurance, logique de la solidaritι, Droit Social, 1995.731 πρβλ. Α. Στεργίου, Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης, ό.π., σ. 115 κ.ε.

131 Όπως παρατίθεται στο ΔΕΝ 7, σ. 315.

132 Χ. Αγαλλόπουλος, Μελέται Εργατικού Δικαίου και Κοινωνικής Ασφάλισης, Αθήνα, 1970, σ. 35, πρβλ. Κ. Κρεμαλή, Σύνθετες παροχές, ό.π., σ. 10 κ.ε. και Α. Στεργίου, Κοινωνική ασφάλιση χωρίς εγγυήσεις, ό.π., σ. 10.

κότερο, ο εν γένει κοινωνικός μισθός (οι κοινωνικές παροχές μείον τους αντίστοιχους φόρους) που η ελληνική εργατική τάξη εισπράττει από το κράτος είναι σταθερά αρνητικός, ενόψει και της εκτεταμένης φοροδιαφυγής σχεδόν όλων των κοινωνικών κατηγοριών, εκτός από τους μισθωτούς και συνταξιούχους.

Στα πάγια αυτά προβλήματα αναποτελεσματικότητας, προστέθηκε και το φάσμα της οικονομικής κατάρρευσης. Λόγω της έλλειψης ορθολογικής διαχείρισης της ασφαλιστικής περιουσίας των ταμείων και της καταλήστευσης των αποθεματικών τους, της δημογραφικής επιδείνωσης της σχέσης εργαζομένων και συνταξιούχων, κυρίως όμως εξαιτίας της συνέχισης διαχείρισης του συστήματος με πελατειακή λογική, από το τέλος του προηγούμενου αιώνα άρχισαν να διευρύνονται ανησυχητικά τα ελλείμματα των ασφαλιστικών ταμείων. Τα ελλείμματα αυτά έγινε προσπάθεια να αντιμετωπισθούν με διαδοχικές αλλά αναποτελεσματικές νομοθετικές παρεμβάσεις που δεν έθιγαν τις δομικές παθογένειες του συστήματος.

Γενικό χαρακτηριστικό των μεταρρυθμιστικών νόμων των τελευταίων δεκαετιών πριν από την κρίση (1902/90, 2084/92, 2458/97, 3029/02, 3655/08), ήταν η επιδίωξη της δημοσιονομικής εξασφάλισης της βιωσιμότητας του συστήματος με λογικές περιορισμού του οικονομικού κόστους, κυρίως μέσω της σχετικής μείωσης της ασφαλιστικής προστασίας, την αύξηση των ορίων ηλικίας και των εισφορών. Η κοινωνική πολιτική, όμως, δεν μπορεί μονομερώς να υποτάσσεται σε χρηματοοικονομικά και μόνο κριτήρια. Σε κάθε περίπτωση, οι παραπάνω νόμοι απέτυχαν τόσο να ομογενοποιήσουν με όρους κοινωνικής δικαιοσύνης το ασφαλιστικό σύστημα, όσο και να δημιουργήσουν επαρκή αποθεματικά σταθερής και διαρκούς βιώσιμης ανατροφοδότησης του ασφαλιστικού συστήματος.

Επειδή από την αρχή ήταν προφανές ότι βασικός παράγοντας του προβλήματος ήταν ο κατακερματισμός του ασφαλιστικού συστήματος, επιχειρήθηκαν συνενώσεις ταμείων, οι οποίες όμως δεν συνοδεύονταν από λειτουργική ενοποίηση των σχετικών με τις εισφορές ή τις παροχές κανόνων, που παρέμεναν, κατά κανόνα, ανεπηρέαστοι. Ειδικότερα, βάσει των ρυθμίσεων του Ν. 3029/2002

οι κλάδοι σύνταξης των ταμείων κύριας ασφάλισης ΤΑΠ-ΟΤΕ, ΤΣΠΗΣΑΠ, ΤΣΠ-ΕΤΕ, ΤΣΠ-ΑΤΕ, ΤΣΠ-ΤΕ, ΤΑΠ-ΙΛΤ, ΤΑΠ-ΕΤΒΑ., ΤΣΕΑΠΓΣΟ και ΤΑ-ΠΑΕ-Εθνική εντάχθηκαν στον κλάδο σύνταξης του Ι.Κ.Α.- Ε.Τ.Α.Μ. Με το Ν. 2458/97 για τη «Σύσταση Κλάδου Κύριας Ασφάλισης Αγροτών και άλλες διατάξεις» ο ΟΓΑ μετατράπηκε σε πλήρως ανταποδοτικό Ταμείο κύρια ασφάλισης.

Το 1999 αποφασίστηκε επίσης η ενοποίηση δώδεκα Ταμείων Αρωγής και συστάθηκε νέος φορέας με την επωνυμία «Ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης Δημοσίων Υπαλλήλων (ΤΕΑΔΥ)» που εποπτεύεται από το Υπουργείο Εργασίας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων. Ταυτόχρονα καταργήθηκαν τα Ταμεία Υπαλλήλων των Υπουργείων Βιομηχανίας, Γεωργίας, Δικαιοσύνης, Εμπορίου, Οικονομικών, Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων, ΠΕΧΩΔΕ, Προεδρίας της Κυβέρνησης και Εξωτερικών, Κοινωνικών Υπηρεσιών, Συγκοινωνιών, καθώς και τα Ταμεία Τελωνιακών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας.

Τέλος, με το ν. 3655/08 συγχωνεύθηκαν πολλά ασφαλιστικά ταμεία, χωρίς όμως και πάλι να ομογενοποιηθούν οι προϋποθέσεις συνταξιοδότησης και οι συνταξιοδοτικές παροχές. Επρόκειτο για συγχώνευση «Ποτέμκιν», εφόσον όλα τα ενσωματώμενα ταμεία εξακολουθούσαν να παρέχουν συντάξεις και να υπολογίζουν τις οφειλόμενες εισφορές σύμφωνα με τις καταστατικές τους διατάξεις. Συνεπώς, δεν εξασφαλίσθηκε ούτε η ισονομία ούτε η αποτελεσματικότητα, μέσω της απλούστευσης των διαδικασιών του συστήματος, αφού κάτω από την ίδια στέγη υπήρχαν ασφαλιστικά ταμεία που ακόμα και μετά την ενοποίησή τους εξακολουθούν να διατηρούν πλήρη οικονομική και λειτουργική αυτοτέλεια. Στο πλαίσιο αυτό το Ι.Κ.Α. είχε 930 διαφορετικούς τύπους ασφάλισης κάλυψης με αντίστοιχα διαφοροποιούμενες παροχές. Ακόμη εντυπωσιακότερο ήταν το παράδειγμα του Ε.Τ.Α.Π.-Μ.Μ.Ε., το οποίο, πριν την ασφαλιστική μεταρρύθμιση του 2016 παρείχε 8.208 συντάξεις και αποτελείτο από 10 τομείς ασφάλισης. Περαιτέρω, η εποπτεία του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης μοιράζόταν ανάμεσα στα Υπουργεία Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας, το Υπουργείο Οικονομικών, το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας και το Υπουργείο Προστασίας του Πολίτη.

Β-2 Οι νομοθετικές παρεμβάσεις των μνημονίων

Οι νόμοι 3863/2010 και 3865/2010, οι πρώτοι ασφαλιστικοί νόμοι της κρίσης, εξακολούθησαν να ανέχονται τη στρεβλή αυτή κατάσταση και επιχείρησαν να αντιμετωπίσουν την διόγκωση των ελλειμμάτων με μεγαλύτερες δόσεις της ίδιας συνταγής της περικοπής των συντάξεων και της επιδείνωσης των όρων παροχής τους. Δώδεκα τουλάχιστον παρόμοιες περικοπές νομοθετήθηκαν από τους νόμους 3833/2010, 3845/2010, 3865/2010, 4002/2011, 4024/2011, 4051/2012 και 4093/2012, συνολικού σωρευτικού αποτελέσματος 45 δις σε βάρος των συνταξιούχων.

Τα σπασμωδικά αυτά μέτρα επιδείνωσαν αντί να θεραπεύσουν τις προϋπάρχουσες δομικές αδυναμίες. Οι διαδοχικές και αλυσιτελείς τελικά περικοπές των συντάξεων αλλοίωσαν σημαντικά την αναλογική (ανταποδοτική) τους πλευρά. Το μέσο εισόδημα από συντάξεις μειώθηκε από 1200 Ευρώ περίπου το 2010 σε 833 ευρώ περίπου το 2015. Οι περικοπές, περαιτέρω, υπονόμευσαν την αξιοπιστία των υποσχέσεων του συστήματος. Στην ουσία, οι μνημονιακές ρυθμίσεις όχι απλώς απέτυχαν να ανορθώσουν το ασφαλιστικό σύστημα, αλλά ουσιαστικά ενεργοποίησαν μια διαδικασία συνεχούς απαξίωσης του, τροφοδοτώντας τάσεις απεμπλοκής από αυτό, είτε με πρόωρες συνταξιοδοτήσεις είτε με εισφοροαποφυγή, κυρίως εκ μέρους των νεότερων, που δεν έλπιζαν ότι θα πάρουν ποτέ σύνταξη.

Το σύστημα παρέμεινε άναρχο, κοινωνικά άδικο, αναποτελεσματικό. Εξακολούθησε να χαρακτηρίζεται από εκτεταμένη πολυνομία, η οποία όξυνε τις κοινωνικές ανισότητες, αφού αντιμετώπιζε όμοιες περιπτώσεις πολιτών με διαφορετικό τρόπο. Οι προϋποθέσεις συνταξιοδότησης (χρόνος ασφάλισης και όρια ηλικίας), τα ποσοστά αναπλήρωσης, οι κατώτατες συντάξεις, οι ασφαλιστικές και εργοδοτικές εισφορές, οι κοινωνικοί πόροι (καταργηθέντες ή υπό κατάργηση) και η κρατική χρηματοδότηση διέφεραν τόσο μεταξύ των ταμείων όσο και μεταξύ ασφαλισμένων στο ίδιο ταμείο.

Επιπλέον, παρόλες τις δρακόντειες περικοπές, το σύστημα δεν έγινε βιώσιμο. Εξαρχής οι περικοπές, οι περισσότερες των οποίων οριζόντιες, δεν ορί-

σθηκαν βάσει αναλογιστικών μελετών, αλλά βάσει των επιταγών των μνημονίων για την μείωση της συνταξιοδοτικής δαπάνης. Τα αποθεματικά των ταμείων που είχαν ήδη σημαντικά απαξιωθεί λόγω της υποχρέωσης κατάθεσης τους στην Τράπεζα της Ελλάδος με μηδενικά ή ελάχιστα επιτόκια, στη συνέχεια εξανεμίσθηκαν από το PSI. Η κρίση επιδείνωσε έτι περαιτέρω την κατάσταση, γιατί δεν υπάρχει ασφαλιστικό σύστημα που να μπορεί να αντέξει οικονομικές συνθήκες στις οποίες το 1/4 του πληθυσμού να είναι άνεργο και το 50% των αυτοπασχολουμένων να αδυνατούν να πληρώσουν τις εισφορές τους. Τα συνολικά έσοδα των ασφαλιστικών φορέων κατέγραψαν σημαντική μείωση την περίοδο της κρίσης από 12% στο Ν.Α.Τ. (το οποίο όμως χρηματοδοτείται κατά 92% από τον κρατικό προϋπολογισμό) έως και 48,9% στο Ε.Τ.Α.Π.-Μ.Μ.Ε..

Επίσης, κατά την διάρκεια της κρίσης ο αριθμός των ασφαλισμένων μειώθηκε, λόγω της εκτεταμένης ανεργίας, ενώ ο αριθμός των συνταξιούχων αυξήθηκε σημαντικά, λόγων των αθρόων αποχωρήσεων υπό το φόβο νέων περικοπών. Το γεγονός αυτό σε συνδυασμό με τις χαμηλότερες αμοιβές των μισθωτών, επί των οποίων υπολογίζονται οι εισφορές υπονόμευσε περισσότερο την οικονομική βιωσιμότητα του συστήματος. Ενόψει της κατάστασης αυτής, το κράτος αναγκαστικά επενέβη, όπως έχει συνταγματική υποχρέωση, για να καλύψει τα εκρηκτικά ελλείμματα που αναπόφευκτα προέκυψαν, επιπλέον της συμμετοχής του στο πλαίσιο της ισχύουσας τότε τριμερούς κρατικής χρηματοδότησης. Ενδεικτικά, στο Ι.Κ.Α.-Ε.Τ.Α.Μ. η κρατική επιχορήγηση αποτελούσε το 39% των εσόδων του ταμείου, στον Ο.Γ.Α. το 90% και στο Ν.Α.Τ. το 92%.

Β-3 Η Ασφαλιστική μεταρρύθμιση του 2016[133].

Η ασφαλιστική μεταρρύθμιση του νόμου 4387/2016 (ο «νόμος Κατρούγκαλου», όπως καθιερώθηκε δημοσιογραφικά) είχε το βάρος της εφαρμογής πρό-

133 Σε αυτή την ενότητα γίνεται εκτεταμένη χρήση του Γενικού Τμήματος της Αιτιολογικής Έκθεσης του ν. 4387/2016, που είχε συνταχθεί από το συγγραφέα του παρόντος.

σθετων μνημονιακών υποχρεώσεων περαιτέρω μείωσης της συνταξιοδοτικής δαπάνης. Παρ'όλα αυτά, η μεταρρύθμιση, αντί να επιβάλει απλώς νέες μειώσεις με οριζόντιες περικοπές, χωρίς καμία επέμβαση στην αρχιτεκτονική του ασφαλιστικού συστήματος, επεδίωξε την αντιμετώπιση των δομικών παθογενειών του. Το οικονομικό περιβάλλον στο οποίο εφαρμόσθηκε ήταν ιδιαίτερα δυσμενές, εφόσον μεταξύ 2010 και 2015 το ΑΕΠ της χώρας είχε μειωθεί περίπου κατά 25%, ενώ το έλλειμμα των ασφαλιστικών ταμείων ανερχόταν σε 1,8 δις. Περαιτέρω, ο κατακερματισμός των ταμείων δεν είχε αντιμετωπιστεί αποτελεσματικά, εφόσον υπήρχαν 13 ταμεία κύριας και επικουρικής ασφάλισης. Στην πραγματικότητα η πολυνομία ήταν πολύ μεγαλύτερη, αφού η κύρια ασφάλιση είχε 27 αυτοτελείς κλάδους με πλήρη αυτονομία, δικούς τους κανόνες λειτουργίας και διαφορετικά μηχανογραφικά συστήματα.

Η μεταρρύθμιση επεδίωξε αφενός την επαναφορά του συστήματος σε ισορροπία, για να αποφευχθεί η κατάρρευση του και να εξασφαλιστεί το μέλλον των συντάξεων, και, αφετέρου, τον ορθολογικό μετασχηματισμό του με βάση τις αξίες της ισονομίας και της κοινωνικής δικαιοσύνης. Το μεταρρυθμιστικό αυτό σχέδιο ήταν αποκλειστικά εθνικού σχεδιασμού. Για την αρχική του διαμόρφωση συγκροτήθηκε μια «Επιτροπή Σοφών», με τη συμμετοχή των σημαντικότερων θεωρητικών και εφαρμοστών της κοινωνικής ασφάλισης στη χώρα, υπό την Προεδρία της Αντιπροέδρου του Ελεγκτικού Συνεδρίου Α. Λιγωμένου. Οι βασικές κατευθυντήριες παρατηρήσεις του Πορίσματος της Επιτροπής[134] με τίτλο «Προς ένα νέο κοινωνικό συμβόλαιο για τις συντάξεις» είχαν ως εξής:

- Σύσταση ενός εθνικού ενιαίου φορέα ασφάλισης με πλήρη διοικητική ενοποίηση των υφιστάμενων ταμείων και την καθιέρωση, ενιαίων κανόνων λειτουργίας για όλους τους ασφαλισμένους (λειτουργική ενοποίηση).
- Το νέο σύστημα θα πρέπει

- Να καταπολεμά τη φτώχεια των ηλικιωμένων.

134 Συστάθηκε με την απόφαση ΥΑ 37564/Δ9.10327/21.8.2015 Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης.

- Να διασφαλίζει τη διαγενεακή ισότητα, καθώς και την ίση κατανομή των θυσιών

- Να εγγυάται την δική του βιωσιμότητα μέσα σε βιώσιμα δημόσια οικονομικά.

- Να διατηρεί μια εγγύτητα με το κεκτημένο κατά τον εργασιακό βίο επίπεδο ζωής.

- Να απλοποιεί τις διαδικασίες και να βελτιώνει τη διοικητική αποτελεσματικότητα του.

Όλες αυτές οι κατευθύνσεις έγιναν αποδεκτές και συμπεριλήφθηκαν στις γενικές αρχές του ν. 4387/2016. Για τον προσδιορισμό των οικονομικών παραμέτρων της μεταρρύθμισης λήφθησαν υπόψη, πέραν των αναλογιστικών μελετών-προβολών της Εθνικής Αναλογιστικής Αρχής οι εξής ειδικές μελέτες, οι οποίες συντάχθηκαν από το Κέντρο Προγραμματισμού και Οικονομικών Ερευνών (ΚΕΠΕ), το Συμβουλίου Οικονομικών Εμπειρογνωμόνων (ΣΟΕ) του Υπουργείου Οικονομικών και ειδική επιτροπή του Υπουργείου Εργασίας: Εύλογες δαπάνες διαβίωσης: ΣΟΕ, Χρήση των ορίων για το ασφαλιστικό σύστημα, Αθήνα, 2016, ΚΕΠΕ, Επίκαιρα θέματα του ασφαλιστικού συστήματος, Αθήνα, 2016 και ειδική οικονομική μελέτη της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης.

Οι δύο θεμελιώδεις αξιακές αρχές της μεταρρύθμισης ήταν η ισονομία και η κοινωνική δικαιοσύνη. Ισονομία, γιατί για πρώτη φορά θεσπίσθηκαν όμοιοι κανόνες για όλους, παλαιούς και νέους συνταξιούχους, εργαζόμενους στον ιδιωτικό και τον δημόσιο τομέα, μισθωτούς και αυτοαπασχολούμενους. Κοινωνική δικαιοσύνη, γιατί με το νέο θεσμό της εθνικής σύνταξης επιτυγχάνεται αναδιανομή, αμβλύνονται οι κοινωνικές ανισότητες και εξασφαλίζεται επαρκής σύνταξη και για τις επισφαλείς κοινωνικά ομάδες.

Ειδικότερα, η μεταρρύθμιση:

- Επεδίωξε τη διοικητική αποτελεσματικότητα του συστήματος, ενοποιώντας τους φορείς ασφάλισης σε ένα και διακρίνοντας πλήρως προνοια-

κές και ασφαλιστικές παροχές. Για το σκοπό αυτό θεσπίσθηκε ένας, εθνικός φορέας κοινωνικής ασφάλισης, ο Εθνικός Φορέας Κοινωνικής Ασφάλισης (ΕΦΚΑ) με ένταξη σε αυτόν όλων των φορέων κύριας ασφάλισης, χωρίς εξαίρεση.

• Καθιέρωσε πλήρη ισονομία, μέσω της ουσιαστικής ενοποίησης του υπάρχοντος καθεστώτος κοινωνικής ασφάλισης με θέσπιση ενιαίων κανόνων για παλαιούς και νέους ασφαλισμένους και επανυπολογισμό των συντάξεων των ήδη συνταξιούχων. Οι ενιαίοι κανόνες είναι αναγκαίοι, γιατί απέναντι στους βασικούς κινδύνους της ζωής πρέπει όλοι οι ασφαλισμένοι να απολαμβάνουν τον ίδιο βαθμό εθνικής/ κοινωνικής αλληλεγγύης. Εξαιρέσεις προβλέπονται μόνον για την προστασία των πιο ευάλωτων κοινωνικών ομάδων (π.χ. των αναπήρων). Στην περίπτωση των αγροτών επίσης προβλέφθηκαν εξαιρετικές ευεργετικές διατάξεις, γιατί το μέσο αγροτικό εισόδημα είναι πολύ κατώτερο από το μέσο αστικό και θα υπήρχε αντικειμενική αδυναμία κάλυψης των εισφορών από σημαντικό τμήμα του αγροτικού πληθυσμού.

Όσον αφορά στις εισφορές, προβλέφθηκαν ενιαία ποσοστά εισφορών με βάση υπολογισμού τους το πραγματικό εισόδημα και τον απλό κανόνα: εισφορά 20% για κάθε εισόδημα από εργασία. (Ειδικά για τους αυτοαπασχολούμενους, το ποσοστό αυτό μειώθηκε στο 13,33% με το Ν. 4578/2018, για να αντιστοιχηθούν με την εισφορά των εργοδοτών στην περίπτωση της μισθωτής εργασίας). Όσον αφορά στις παροχές, καθιερώθηκε ενιαίος τρόπος υπολογισμού της σύνταξης, κύριας και επικουρικής, για παλιούς και νέους ασφαλισμένους, με βάση το μέσο εργασιακό εισόδημα και ίδια ποσοστά αναπλήρωσης για όλους. Η συμμετοχή του συνταξιοδοτικού συστήματος στη δημοσιονομική εξυγίανση της χώρας οριοθετήθηκε από το σεβασμό της ισότητας στα βάρη (άρθρο 4, παρ. 5 Συντάγματος). Για τον προσδιορισμό του ποσοστού των εισφορών επί του πραγματικού εισοδήματος, όπως και εν γένει για τον προσδιορισμό της οικονομικής ισορροπίας και βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος ελήφθησαν υπόψη, πέραν των υφιστάμενων κανονιστικών ρυθμίσεων, αναλογιστικές μελέτες-προβολές της Εθνικής Ανα-

λογιστικής Αρχής, οι οποίες συντάχθηκαν με επιστημονική βοήθεια από την Διεθνή Οργάνωση Εργασίας και την Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

Αναδιανομή, εθνική σύνταξη και ποσοστά αναπλήρωσης

Βασικό χαρακτηριστικό της μεταρρύθμισης ήταν η εισαγωγή έντονα προοδευτικών συνθηκών αναδιανομής υπέρ των ασθενέστερων, σε αναστροφή του αντίθετου μέχρι τότε χαρακτήρα του ελληνικού ασφαλιστικού συστήματος. Με την Εθνική Σύνταξη που έχει συνδεθεί ρητά στην αιτιολογική έκθεση του νομοί με το όριο της φτώχειας όπως ορίζεται από την ΕΕ (60% του διάμεσου εισοδήματος) και τα ποσοστά αναπλήρωσης της ανταποδοτικής σύνταξης, για τα οποία λήφθηκε μέριμνα για την πλήρη αναπλήρωση του εισοδήματος των χαμηλών και μεσαίων εισοδημάτων, μέσω και της πραγματικής σύνδεσης εισφορών και παροχών, η κοινωνική ασφάλιση έγινε πλήρως αναδιανεμητική.

- Βασική καινοτομία υπήρξε η καθιέρωση για πρώτη φορά εθνικής σύνταξης, με χρηματοδότηση από τη φορολογία και όχι τις εισφορές και με σκοπό την εξασφάλιση επαρκούς αναπλήρωσης εισοδήματος για όλους, συμπεριλαμβανομένων των μακροχρόνια ανέργων και όσων εργάζονται με ατυπικές μορφές εργασίας ή αμείβονται με χαμηλούς μισθούς. Κατά τη διάρκεια της κρίσης δημοσίου χρέους η προστασία κατά της φτώχειας των ηλικιωμένων είχε αποκτήσει διάσταση απόλυτης προτεραιότητας, δεδομένου ότι, σύμφωνα με τη Eurostat (SILC 2014), το 23, 1% των ατόμων άνω των 65 ετών ζούσαν στο όριο της φτώχειας.

- Τα ποσοστά αναπλήρωσης του ν. 4387/2016 είναι ανώτερα των αντιστοίχων του προϊσχύοντος νόμου 3029/02 για όλες τις κατηγορίες εργαζομένων με μέσο όρο αμοιβών στο σύνολο του εργασιακού βίου έως 1000 Ευρώ, που αποτελούσαν το έτος 2016 το 87% του συνόλου. Αντιθέτως, για τις συντάξεις με συντάξιμο μέσο όρο αμοιβών εργασιακού βίου άνω των 1000 Ευρώ, ο νόμος αποδίδει μικρότερη σύνταξη σε σχέση με το ν. 3029/02. Όμως αυτές οι συντάξεις καταβάλλονταν ήδη μειωμένες έως και 44% λόγω

των μνημονιακών περικοπών, οπότε συγκρινόμενες με το καταβαλλόμενο ποσό κατά το χρόνο δημοσίευσης του νόμου 4387/2016 (Μάιος 2016) η διαφορά ήταν για τις περισσότερες σχετικά μικρή. Σε κάθε περίπτωση ο νόμος προέβλεψε την διατήρηση της ως «προσωπική διαφορά» υπέρ των παλαιών συνταξιούχων. Όπως προκύπτει από την τελευταία ετήσια έκθεση του ΟΟΣΑ για τις συντάξεις (Pensions at a Glance 2023), τα ποσοστά αναπλήρωσης του νόμου είναι τα δεύτερα υψηλότερα στην Ευρώπη, μετά την Δανία, και κατά 25% περίπου ανώτερα από το μέσο ποσοστό αναπλήρωσης στην ΕΕ.

- Η προσωπική διαφορά προέκυψε από τον επανυπολογισμό των παλαιών συντάξεων με τα κριτήρια του νέου νόμου. Όπου ο επανυπολογισμός κατέληγε σε μικρότερη σύνταξη από την καταβαλλόμενη, η προσωπική διαφορά προστάτευε τις συντάξεις από νέα μείωση: εφόσον το ποσό της σύνταξης, μετά τον υπολογισμό της βάσει του ν. 4387/2016, ήταν μικρότερο από το καταβαλλόμενο, το επιπλέον ποσό εξακολουθεί να καταβάλλεται στον δικαιούχο ως προσωπική διαφορά, συμψηφιζόμενο κατ' έτος, και ως την πλήρη εξάλειψή του, με την εκάστοτε αύξηση των συντάξεων. Αντιθέτως, όταν μετά τον επανυπολογισμό προέκυπτε μεγαλύτερη σύνταξη, αυτή αποδόθηκε στο συνταξιούχο. Ως αποτέλεσμα, με τον επανυπολογισμό όχι μόνο δεν υπέστη μείωση καμία κύρια σύνταξη αλλά για πρώτη φορά μετά από δέκα έτη μνημονιακής λιτότητας 620.000 κύριες συντάξεις αυξήθηκαν από την 1/1/2019, στις περιπτώσεις που ο νέος νόμος κατέληγε σε υψηλότερη σύνταξη από ότι οι παλαιοί. Η πλειοψηφία των συντάξεων αυτών ήταν κάτω των 600 ευρώ, καθώς ο ν. 4387/2016 ήταν ο ευμενέστερος από όλους τους προγενέστερους ως προς τους χαμηλοσυνταξιούχους. Μεγαλύτερη σύνταξη είχαν επίσης ασφαλισμένοι που είχαν καταβάλει υψηλότερες εισφορές, ιδίως στα λεγόμενα «ευγενή ταμεία» δημοσιογράφων και τραπεζών, που επωφελήθηκαν από τις προβλέψεις του νόμου για ανταποδοτικότητα των εισφορών. Πέραν από την προστασία του εισοδήματος των συνταξιούχων που είχαν μεγαλύτερη σύνταξη, με το θεσμό της προσωπικής διαφοράς επιδιώχθηκε επίσης να μην υπάρχουν πολλές κατηγορίες συντάξεων, όπως γινόταν με προηγούμενες μεταρρυθμίσεις. Όταν θα έχει εξαλειφθεί η προσωπική διαφορά όλοι οι συντα-

ξιούχοι θα υπάγονται στο ίδιο καθεστώς και θα εισπράττουν την ίδια σύνταξη με αυτούς που βρίσκονται στην ίδια πραγματική κατάσταση.

- Αντίθετα με την διαδεδομένη αλλά αβάσιμη κριτική, ούτε η ανταποδοτικότητα είχε παραμεληθεί στο πλαίσιο της μεταρρύθμισης. Είναι χαρακτηριστικό ότι ποσοστά αναπλήρωσης στα δύο τελικά κλιμάκια του προηγούμενου νομικού καθεστώτος, του ν. 3863/2010, ήταν 1,4% και 1,5%. Τα δύο καταληκτικά κλιμάκια της μεταρρύθμισης ήταν 1,59% και 1,80%.

Βιωσιμότητα του συστήματος

Ο νόμος 4387/2016 διασφάλισε εκτός από τη διαγενεακή ισότητα και την κοινωνική δικαιοσύνη και τη μακροπρόθεσμη βιωσιμότητα του συστήματος, με ίση κατανομή των θυσιών[135]. Ο ΕΦΚΑ ήταν πλεονασματικός κατά ένα δισεκατομμύριο Ευρώ ήδη από το 2018. Η μέριμνα για την προστασία της βιωσιμότητας χάριν των επόμενων γενεών ανάγεται, κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, στις συνταγματικές υποχρεώσεις του κράτους[136], αλλά και τις κατευθύνσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σύμφωνα με τη Λευκή Βίβλο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τις Συντάξεις του 2012, το κόστος που συνεπάγεται η μεταρρύθμιση των συντάξεων θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη από τη δημοσιονομική στρατηγική κι όχι το αντίθετο, δηλαδή με αποκλειστικό κριτήριο τη δημοσιονομική εξυγίανση να συστέλλεται το βεληνεκές και η αποτελεσματικότητα των ασφαλιστικών μεταρρυθμίσεων. (Δυστυχώς οι ορθές αυτές κατευθυντήριες γραμμές δεν εφαρμόσθηκαν από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά την μνημονιακή περίοδο. Οι εκπρόσωποι της τις περισσότερες φορές συντάσσονταν, αντίθετα, με τις νεοφιλελεύθερες θέσεις του ΔΝΤ.)

Η βιωσιμότητα του συστήματος, δηλαδή η διατήρηση της ικανότητας του να χορηγεί συντάξεις στους τωρινούς και μελλοντικούς συνταξιούχους,

135 Έτσι ρητά η ΣτΕ Ολ. 1890/2019.

136 ΣτΕ Ολομ. 2290/2015, σκέψη 7.

αποτελεί το θεμέλιο λίθο του συμβολαίου ανάμεσα στις γενεές, που βρίσκεται στη βάση κάθε διανεμητικού συστήματος. Με το προϊσχύον σύστημα η σημερινή γενεά εργαζομένων θα πλήρωνε περισσότερα απ' όσα θα λάβει με αβέβαιη την προοπτική της σύνταξης της. Με τη μεταρρύθμιση η αναλογικότητα αποκαταστάθηκε για όλους, με όρους βιωσιμότητας, ακριβώς γιατί αποκαταστάθηκε η ισορροπία εισφορών και παροχών, με την καθιέρωση ίδιων κανόνων για όλους. Μόνον οι πιο αδύναμοι θα λάβουν περισσότερα από όσα έχουν καταβάλει μέσω των εισφορών τους στο σύστημα, κυρίως λόγω της ύπαρξης της εθνικής σύνταξης αλλά και των ευνοϊκών για αυτούς ποσοστών αναπλήρωσης.

Η κοινωνική δικαιοσύνη, με την έννοια της δικαιότερης κατανομής του εθνικού πλούτου, επιτυγχάνεται, τέλος, και με την σύνδεση των συντάξεων με την άνοδο του εθνικού πλούτου, εφόσον αυξάνονται ανάλογα με την εκάστοτε άνοδο του Α.Ε.Π.

Β-4 Η αντιμετώπιση του νόμου 4387/2016 από τη νομολογία και την αντιμεταρρύθμιση

Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας

Οι κεντρικές επιλογές του νόμου 4387/2016, δηλαδή αφενός η δημιουργία ενιαίου φορέα για την ασφάλιση όλων των εργαζομένων του δημόσιου και του ιδιωτικού τομέα, συμπεριλαμβανομένων των δημοσίων υπαλλήλων και λειτουργών και των αυτοαπασχολουμένων, και αφετέρου η πλήρης εξομοίωση παλαιών και νέων συνταξιούχων, μέσω του επανυπολογισμού των συντάξεων, κρίθηκαν συνταγματικές από το Συμβούλιο της Επικρατείας, σύμφωνες με τις αρχές της ισότητας, της αναλογικότητας και της διαγενεα-

κής δικαιοσύνης[137]. Σε ό,τι αφορά τα κύρια ζητήματα το Ελεγκτικό Συνέδριο ακολούθησε, γενικά, αν και με επιμέρους κριτικές παρατηρήσεις, την νομολογία αυτή[138].

Ειδικότερα, με τις αποφάσεις ΣτΕ (Ολ.) 1880-2/2019, κρίθηκε ότι ο νομοθέτης είναι «ελεύθερος να παρέχει την κοινωνική *(ασφάλιση)* από ένα ασφαλιστικό φορέα αδιαφόρως της φύσεως της απασχολήσεως των ασφαλισμένων και, δη, υπό ενιαίους κανόνες, εφ'όσον επιτυγχάνει τούτο με όρους ισότητας» και ως εκ τούτου απέρριψε ως «αβάσιμο και απορριπτέο το λόγος ακυρώσεως κατά τον οποίο το άρθρο 22 παρ. 5 του Συντάγματος, συνδέοντας την κοινωνική ασφάλιση με την επαγγελματική απασχόληση, δεν επιτρέπει την παροχή κοινωνικής ασφαλίσεως από τον ίδιο φορέα κοινωνικής ασφαλίσεως σε ασφαλισμένους με διαφορετικά χαρακτηριστικά απασχολήσεως».

Περαιτέρω, κατά την απόφαση ΣτΕ (Ολ.) 1890/2019 «αιτιολογείται κατ' αρχήν, τόσο, γενικώς, η ανάγκη μεταρρυθμίσεως του υφισταμένου ασφαλιστικού συστήματος, η οποία δεν κωλύεται από την υποχρέωση συμμορφώσεως στις 2287, 2288/2015 αποφάσεις της Ολομελείας του Συμβουλίου της Επικρατείας, όσο και, ειδικώς, ο επανυπολογισμός των συντάξεων των ήδη συνταξιούχων, ώστε να επωμισθούν και αυτοί και όχι μόνον οι νέοι συνταξιούχοι και οι νυν ασφαλισμένοι το βάρος της επιχειρούμενης μεταρρυθμίσεως, για λόγους κοινωνικής δικαιοσύνης και διαγενεακής ισότητας και αλληλεγγύης· δεδομένου ότι και αυτοί ωφελούνται εξ ίσου από την επιδιωκόμενη, με την επιχειρούμενη ασφαλιστική μεταρρύθμιση, διασφάλιση της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος, τη διατήρηση δηλαδή της ικανότητάς του να χορηγεί συντάξεις στους υφιστάμενους και στους μελλοντικούς συνταξιούχους».

Το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο έκρινε, αντιθέτως, με την ΣτΕ (Ολ.)

137 ΣτΕ (Ολ.) 1880-1891.Το ότι η νομολογία αυτή «επιβεβαίωσε τις μεγάλες παρεμβάσεις στο κοινωνικοασφαλιστικό σύστημα της χώρας» δέχεται και ο *Ε. Βενιζέλος*, Η σχέση νόμου και συλλογικών συμβάσεων στη νομολογία της κρίσης και την αναθεώρηση του Συντάγματος, ΕΕργΔ 2020.185, σ.188.

138 Βλ. ΕΣ (Ολ.) 2020/2020.

1891/2019 (σκέψη 30) ότι η επιλογή του ν. 4387/2016 για μεγαλύτερη προστασία των χαμηλότερων εισοδημάτων έρχεται σε σύγκρουση με την αρχή της ανταποδοτικότητας με το εξής σκεπτικό: «ναι μεν υπάρχει κλιμάκωση, ως προς τα ποσοστά αναπλήρωσης, (…) τα ποσοστά δηλαδή αυτά αυξάνονται προοδευτικά ανά κλίμακα ετών ασφάλισης (…όμως) η χορηγούμενη από το σύστημα του νόμου συνολική συνταξιοδοτική παροχή εξασφαλίζει σημαντικά μεγαλύτερο ποσοστό αναπλήρωσης (σχέση συνολικής συνταξιοδοτικής παροχής προς μέσο όρο αποδοχών καθ' όλη τη διάρκεια του ασφαλιστικού βίου ή συντάξιμο μισθό) σε πρόσωπα που υπάγονται στην ίδια κλίμακα από πλευράς χρόνου ασφαλίσεως και έχουν μικρότερες κατά μέσο όρο αποδοχές ή συντάξιμο μισθό σε σχέση με πρόσωπα που ανήκουν στην ίδια κλίμακα αλλά έχουν μεγαλύτερο μέσο όρο αποδοχών ή συντάξιμο μισθό».

Θεωρώ ότι η αμφισβήτηση της βούλησης του νομοθέτη να προστατεύσει περισσότερο τα μέσα και χαμηλότερα εισοδήματα, που συνιστούν άλλωστε τη μεγάλη πλειονότητα των ασφαλισμένων, υπερβαίνει τα όρια της δικαστικής κρίσης. Άλλωστε, όπως προέβαλε και η μειοψηφία, η αρχή της ανταποδοτικότητας προβλέπεται στο νόμο και για όσους ελάμβαναν μεσαίες ή υψηλές αποδοχές, εφόσον κατοχυρώνεται ευθεία αναλογία μεταξύ καταβληθεισών εισφορών και συνταξιοδοτικών παροχών.

Ειδικότερα, κατά τη μειοψηφία, «δεν αποκλείεται στον κοινό νομοθέτη να διαμορφώνει υψηλότερη ανταποδοτικότητα για ασφαλισμένους με λίγα έτη ασφαλίσεως και χαμηλές συντάξιμες αποδοχές προκειμένου αυτοί να λάβουν επαρκή για την διαβίωσή τους ασφαλιστική παροχή. Εν προκειμένω, όπως δέχεται και η πλειοψηφία, ο νόμος προβλέπει κλιμάκωση ως προς τα ποσοστά αναπληρώσεως, δηλαδή τα ποσοστά αναπληρώσεως αυξάνονται προοδευτικά ανά κλίμακα ετών ώστε να ανταμειφθούν όσοι συνεισέφεραν περισσότερα στο ασφαλιστικό σύστημα, τα δε ποσοστά αναπληρώσεως της συνολικής συνταξιοδοτικής παροχής που προβλέπονται για την ίδια κλίμακα χρόνου ασφαλίσεως και αντιστοιχούν στα ποσά αποδοχών δεν είναι ιδιαιτέρως χαμηλά (το χαμηλότερο είναι 65% στην κλίμακα χρόνου ασφαλίσεως 30 ετών) ούτε η μεταξύ τους διαφορά είναι δυσανάλογα μεγάλη (ενδεικτικώς, α) στην κλίμακα χρόνου ασφαλίσεως

30 ετών αντιστοιχεί σε μισθό 800 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 88%, σε μισθό 1000 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 78% και σε μισθό 1500 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 65%, β) στην κλίμακα χρόνου ασφαλίσεως 35 ετών αντιστοιχεί σε μισθό 1000 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 88%, σε μισθό 1500 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 75% και σε μισθό 2000 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 69% και γ) στην κλίμακα χρόνου ασφαλίσεως 42 ετών, που είναι και ο μεγαλύτερος χρόνος ασφαλίσεως, αντιστοιχεί σε μισθό 1500 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 91%, σε μισθό 2000 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 85% και, τέλος, σε μισθό 2500 ευρώ ποσοστό αναπληρώσεως 81%)».

Σε κάθε περίπτωση, η διοίκηση συμμορφώθηκε στην απόφαση αυτή ορίζοντας με το νόμο 4670/2020 ανώτερα ποσοστά αναπλήρωσης για όσους έχουν περισσότερα από 30 χρόνια ασφάλισης, ανεξαρτήτως εισοδήματος κατά τον εργασιακό βίο. Κάτι παρόμοιο είχα διεκδικήσει ως υπουργός κατά την διάρκεια της διαπραγμάτευσης με τους δανειστές, χωρίς αποτέλεσμα, εν όψει των ιδεοληψιών του Διεθνούς Νομισματικού Ταμείου. Παρόμοια ρύθμιση, στο βαθμό που βελτιώνει τις συνταξιοδοτικές αποδοχές της συγκεκριμένης κατηγορίας, χωρίς να επιβαρύνει τις υπόλοιπες των πιο αδύναμων, είναι θετική.

Κρίθηκε, επίσης από τις αποφάσεις ΣτΕ (Ολ.) 1889-1890/2019, αντισυνταγματική η περικοπή των επικουρικών συντάξεων, γιατί το Δικαστήριο έκρινε ότι οι αναλογιστικές προβολές στις οποίες βασίστηκε ο νόμος δεν αποτελούσαν πλήρη αναλογιστική μελέτη, όπως αυτή που συντάχθηκε για τον ΕΦΚΑ. Η αλήθεια είναι ότι επειδή δεν μετασχηματίσθηκε άρδην το σύστημα των επικουρικών συντάξεων, όπως των κύριων, είχε θεωρηθεί ότι οι μερικές αυτές προβολές, που απεδείκνυαν την πλήρη βιωσιμότητα του συστήματος μέχρι την έξοδο της χώρας από την κρίση, ήταν επαρκείς. Σε κάθε περίπτωση, οι περικοπές αυτές δεν ήταν τμήμα του μεταρρυθμιστικού σχεδίου του ν. 4387/2016 αλλά απόρροια των μνημονιακών εμμονών των δανειστών της χώρας, ιδίως του Διεθνούς Νομισματικού Ταμείου.

Τέλος, με την απόφαση ΣτΕ (Ολ) 1880/2019 κρίθηκε αντίθετος στην

αρχή της ισότητας, ως προς τους ελεύθερους επαγγελματίες, ο ενιαίος κανόνας υπολογισμού της ασφαλιστικής παροχής ως ποσοστό επί του εισοδήματος τους με το εξής σκεπτικό:

«Τη (συνταξιοδοτική) παροχή όμως αυτή οι μη μισθωτοί ασφαλισμένοι (αυτοαπασχολούμενοι, ελεύθεροι επαγγελματίες και αγρότες) αποκτούν έχοντας καταβάλει το σύνολο της ως άνω εισφοράς επί του εισοδήματος που πραγματοποιούν από το επάγγελμά τους, ενώ οι μισθωτοί ασφαλισμένοι αποκτούν την ίδια παροχή έχοντας καταβάλει εισφορά 6,67% επί των αποδοχών τους από την εργασία τους, καθώς το υπόλοιπο της εισφοράς (13,33%) βαρύνει τους εργοδότες τους. Συνεπώς, οι μη μισθωτοί ασφαλισμένοι, μη έχοντες εργοδότη βαρυνόμενο με τμήμα της δικής τους εισφοράς, καταβάλλουν τριπλάσιο μέρος του εισοδήματός τους ως αντιπαροχή για την πρόσβαση στην κοινωνική ασφάλιση και την απόληψη της ίδιας παροχής σε σχέση με τους μισθωτούς ασφαλισμένους.»

Κατ'αρχάς να παρατηρηθεί ότι το Δικαστήριο αναφέρεται σε εισφορά 20% ενώ αυτή είχε ήδη μειωθεί, όπως προαναφέρθηκε, στο 13,33% με το Ν. 4578/2018, δεδομένου ότι αυτό ήταν το υφιστάμενο νομικό καθεστώς κατά το χρόνο της συζήτησης της αίτησης ακύρωσης. Ενόψει τούτου, δεν μπορεί να γνωρίζει κανείς εάν η κρίση του περί αντισυνταγματικότητας θα ήταν η ίδια, ενόψει της μεταγενέστερης ρύθμισης.

Περαιτέρω –και κυρίως-, όπως ορθά παρατήρησε η μειοψηφία της απόφασης και όπως πάγια κρίνει η νομολογία[139], και οι εισφορές του εργοδότη αποτελούν τμήμα του μισθού, άρα του εισοδήματος του μισθωτού. Συνεπώς, ο νόμος ισότιμα αντιμετώπισε μισθωτούς και ελεύθερους επαγγελματίες, εφόσον «τόσο οι μισθωτοί όσο και οι μη μισθωτοί ασφαλισμένοι βαρύνονται, στο πλαίσιο των διαφορετικών συνθηκών ασκήσεως του ασφαλιστέου επαγγέλματος τους με εισφορές αναγόμενες σε ίσο ποσοστό επί των προερχομένων από την άσκηση του ασφαλιστέου επαγγέλματος». Αυτή είναι, κατά τη γνώμη μου, η ουσία του θέματος.

139 Βλ. κυρίως ΑΕΔ 3-5/2007.

Άλλη μειοψηφία προσέγγισε το ζήτημα από τη σκοπιά της προστασίας του ασφαλιστικού κεφαλαίου, υποστηρίζοντας ότι, δεδομένου ότι οι μισθωτοί καταβάλλουν, σε απόλυτους αριθμούς, υπερδιπλάσιες εισφορές στον ενιαίο ασφαλιστικό φορέα, δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα άνισης μεταχείρισης εις βάρος των ελεύθερων επαγγελματιών, διότι «η καταβολή μεγαλύτερων εισφορών αποτελεί το αντιστάθμισμα της σημαντικά μειωμένης συμμετοχής της κατηγορίας αυτής ασφαλισμένων στο ασφαλιστικό κεφάλαιο, το οποίο, χρηματοδοτώντας το σύνολο των παροχών, προστατεύει την κατηγορία αυτή από τους, εγγενείς στα διανεμητικά συστήματα κινδύνους». Μάλιστα, θα πρόσθετα εγώ, ενόψει του γεγονότος ότι σε συστήματα pay-as-you-go, όπως το ελληνικό, οι εισφορές μας δεν καταβάλλονται για την κάλυψη της δικής μας σύνταξης αλλά της σύνταξης της παρούσας γενιάς συνταξιούχων, προκύπτει η εξής άνιση μεταχείριση σε βάρος των μισθωτών: θα πρέπει να καλύψουν με τις εισφορές τους και το κενό που προκύπτει από τη μειωμένο ποσό των εισφορών των ελεύθερων επαγγελματιών. Με άλλα λόγια, οι μισθωτοί έμμεσα χρηματοδοτούν έτσι τις συντάξεις των αυτοαπασχολούμενων, ενώ τυχόν υπόλοιπο δημιουργεί έλλειμμα που θα πρέπει να καλυφθεί από τον κρατικό προϋπολογισμό, δημιουργώντας ένα νέο φαύλο κύκλο απειλής για την βιωσιμότητα του ΕΦΚΑ.

Ανάμεσα στα θετικά της προαναφερθείσας νομολογίας είναι και ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας αντιμετώπισε σε όλες τις σχετικές αποφάσεις ενιαία το σύνολο των συνταξιοδοτικών παροχών του λεγόμενου πρώτου πυλώνα, του αθροίσματος δηλαδή, κύριας και επικουρικής σύνταξης και επιβεβαίωσε ξανά την υποχρέωση του κράτους να εξασφαλίζει αξιοπρεπές επίπεδο διαβίωσης «όσο το δυνατόν εγγύτερα προς εκείνο που είχε ο ασφαλισμένος κατά τη διάρκεια του εργασιακού του βίου». Αυτό, σε συνδυασμό με την πάγια νομολογία που απαιτεί οι ασφαλιστικοί φορείς να είναι αποκλειστικά ΝΠΔΔ, αποκλείει κάθε σκέψη ιδιωτικοποίησης του συστήματος και, κατά πάσα πιθανότητα, κάθε σύστημα που δεν εξασφαλίζει προκαθορισμένες παροχές.

Ο νόμος 4670/2020

Ο νόμος 4670/2020, στο μέτρο που δεν εφαρμόζει απλώς, κατά συμμόρφωση, τις προαναφερθείσες αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας που διαπίστωσαν επιμέρους αντισυνταγματικότητες, αποτελεί μια προσπάθεια επιστροφής στο παρελθόν, μια μερική αντιμεταρρύθμιση. Δεν αποτελεί πάντως ριζική τομή, γιατί η βασική θεσμική λογική του νόμου 4387/2016 διατηρηθηκε, ως προς τα ουσιώδη στοιχεία του. Βασικό χαρακτηριστικά του νέου νόμου είναι η επιστροφή στη λογική των κατακερματισμένων ρυθμίσεων, με την εισαγωγή εξαιρέσεων από το σύστημα κοινών κανόνων που καθιέρωσε ο νόμος 4387/2016 και η ιδιαιτέρα δυσμενής μεταχείριση που επιφυλάσσει στους μισθωτούς σε σχέση με τους ελεύθερους επαγγελματίες. Οι τελευταίοι όχι μόνον θα καταβάλλουν στο εξής κλάσμα των εισφορών που πληρώνει ένας μισθωτός ίδιου εισοδήματος για την κύρια σύνταξη, αλλά λιγότερα και για τις παροχές υγείας.

Ειδικότερα, βάσει του άρθρου 35 του Ν. 4670/2020, οι εισφορές των ελεύθερων επαγγελματιών δεν ορίζονται πλέον με αντικειμενικά κριτήρια, αλλά προβλέπεται ελεύθερη επιλογή μίας από τις έξι ασφαλιστικές κατηγορίες που συστήνονται. (Υπενθυμίζω ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας δεν έκρινε αντισυνταγματική την αντικειμενική σύνδεση της εισφοράς με εισόδημα, αλλά μόνον το ύψος της, όπως είχε αρχικά διαμορφωθεί στο 20%, πριν τη μείωση της στο 13,33% το 2018.) Αυτό δεν συνιστά μόνον εισαγωγή στοιχείων προαιρετικότητας ξένων με την υποχρεωτικότητα του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης, αλλά κυρίως είναι κοινωνικά άδικο, όχι μόνον σε βάρος των μισθωτών αλλά και της πλειονότητας των ελεύθερων επαγγελματιών. Με βάση το παλαιό καθεστώς του υπολογισμού της εισφοράς βάσει του 13,33% του εισοδήματος, οι περισσότεροι από αυτούς κατέβαλαν το 2018 180 Ευρώ μηνιαίες εισφορές. Το 2024 θα καταβάλλουν στη χαμηλότερη ασφαλιστική κατηγορία 249,38 Ευρώ.

Βεβαίως, δεδομένου ότι η βασική λογική του νόμου για την ανταποδοτικότητα των εισφορών διατηρείται, συνέπεια των μειωμένων εισφορών που

επιλέγει η πλειονότητα των αυτοαπασχολουμένων, ακόμη και των σχετικά εύπορων, είναι ότι οι συντάξεις τους θα είναι σχετικά χαμηλές και δεν θα εξασφαλίζουν επαρκή αναπλήρωση εισοδήματος. Το γεγονός αυτό ωθεί ήδη τα υψηλότερα εισοδηματικά στρώματα στην ιδιωτική ασφάλιση, άρα στην έμμεση εξαγωγή χρημάτων από το δημόσιο σύστημα ασφάλισης. Με άλλα λόγια, η δυνατότητα που δίνεται στα ανώτερα κλιμάκια, στα οποία ουσιαστικά χαρίζονται όσα αφαιρούνται από τους φτωχότερους και από τη μεσαία τάξη, να αξιοποιήσουν τα χρήματα που τους απομένουν στην ιδιωτική ασφάλιση, θα τους ωφελήσει προσωπικά, αλλά θα αδυνατίσει ιδιαίτερα το σύστημα. Αυτή η αφαίρεση, αφαίμαξη χρημάτων από το σύστημα επιφέρει μία λανθάνουσα, «de facto» ιδιωτικοποίηση του.

Στο μέλλον θα πρέπει να επιδιωχθεί η ρύθμιση των εισφορών των ελεύθερων επαγγελματιών, κατόπιν διαβούλευσης με τις συνδικαλιστικές τους οργανώσεις, ούτως ώστε να υπάρξει ένα δίκαιο και αντικειμενικό σύστημα ευρύτατης αποδοχής που θα ανταποκρίνεται στις αρχές της ισότητας και της προστασίας των πλέον ευάλωτων που ορίζει ο ν. 4387/2016, εξασφαλίζοντας μιαν αξιοπρεπή σύνταξη σε όλους, χωρίς να είναι αναγκαία η προσφυγή στην ιδιωτική ασφάλιση, παρά μόνον ως προσωπική συμπληρωματική επιλογή.

Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Η ασφαλιστική μεταρρύθμιση του ν. 4387/2016 υπήρξε τομή για το ασφαλιστικό σύστημα της χώρας. Προφανώς κανένας νόμος δεν αποτελεί πανάκεια, ούτε λύνει όλα τα προβλήματα εσαεί. Οι ασφυκτικές προθεσμίες, που επέβαλαν οι δανειστές της χώρας, χωρίς την αναγκαία πρόβλεψη μεταβατικών περιόδων, δημιούργησαν δυσκολίες που θα μπορούσαν να έχουν αποφευχθεί τόσο για την εφαρμογή όσο και την κατανόηση του από την κοινή γνώμη. Οι γενικές αρχές όμως που έθεσε, ιδίως ότι για πρώτη φορά όλοι οι συνταξιούχοι θα παίρνουν σύνταξη με βάση τους ίδιους κανόνες, από έναν ενιαίο φορέα ασφάλισης, θέτουν το πλαίσιο και για τις αναγκαίες μεταρρυθμίσεις τους μέλλοντος.

Η απαλλαγή από το Μάθημα των Θρησκευτικών υπό το πρίσμα της Αποφάσεως 1478/2022 του Συμβουλίου της Επικρατείας και της Γνωμοδοτήσεως 2/2022 της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα

Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή

Επίκουρη Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου, Δ.Ν. (Humboldt), M.P.H. (Harvard), Μ.Δ.Ε., Ph.D. (Ε.Κ.Π.Α.)

Ι. Εισαγωγή

Η διδασκαλία του μαθήματος των Θρησκευτικών αποτελούσε ανέκαθεν αντικείμενο έντονου διαλόγου και αντιπαραθέσεων.[1] Η παγία νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας φαίνεται να εμμένει στη διδασκαλία ενός ομολογιακού μαθήματος, περιορίζοντας υπερβολικά την πολιτική ελευθερία του νομοθέτη και της κανονιστικώς δρώσας διοικήσεως.[2]

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την Απόφαση ΣτΕ 660/2018, το μάθημα των Θρησκευτικών οφείλει να έχει «ομολογιακό» περιεχόμενο και αυτό

1 Η παρούσα συμβολή αποτελεί επεξεργασμένη εκδοχή της μελέτης μου στο Syntagma Watch, 5.9.2022, διαθέσιμο σε: https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/merikes-skepseis-me-aformh-thn-apofash-1478-2022-tou-ste/. Βλ. *Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή,* Οι σύγχρονες περιπέτειες της διδασκαλίας του μαθήματος των Θρησκευτικών. Μια ηθικο-συνταγματική προσέγγιση, Εκδόσεις Παπαζήση, Αθήνα 2021, σ. 1 επ..

2 Βλ. *Λίνα Παπαδοπούλου,* Θρησκευτική εκπαίδευση στα σχολεία – μια συνολική αποτίμηση, σε: Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή (επιμ.), Ενενήντα Έτη Εταιρείας Διοικητικών Μελετών, Επίκαιρα Ζητήματα Διοικητικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2022, σ. 151 επ. (152), διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: www.edm.gr.

δεν αντίκειται στην απαραβίαστη θρησκευτική ελευθερία (άρθρο 13 παρ. 1 Σ), καθώς αφορά αποκλειστικώς στους μαθητές που ασπάζονται το Ορθόδοξο χριστιανικό δόγμα και όχι στους ετεροδόξους, αλλοθρήσκους ή αθέους. Οι τελευταίοι έχουν δικαίωμα πλήρους απαλλαγής από το μάθημα των Θρησκευτικών, χωρίς καμία δυσμενή συνέπεια, εφ' όσον οι γονείς τους υποβάλουν αξιόπιστη δήλωση ότι δεν επιθυμούν, για λόγους θρησκευτικής συνειδήσεως, ήτοι ότι είναι ετερόδοξοι, αλλόθρησκοι ή άθεοι, να παρακολουθήσουν τη διδασκαλία του μαθήματος των Θρησκευτικών που έχει το προεκτεθέν περιεχόμενο, χωρίς η δήλωση αυτή να παραβιάζει τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 13 Σ υπό την προϋπόθεση ότι γίνεται χάριν απαλλαγής (των τέκνων τους) από την επιβαλλόμενη -κατ' αρχήν από το Σύνταγμα και το νόμο- υποχρέωση παρακολουθήσεως του μαθήματος αυτού. Περαιτέρω, η πολιτεία δύναται να περιλαμβάνει στα σχολικά προγράμματα, στο πλαίσιο άλλων μαθημάτων (όχι του μαθήματος των Θρησκευτικών) απευθυνόμενων στο σύνολο του μαθητικού πληθυσμού ανεξαρτήτως θρησκεύματος και εκπαίδευση «θρησκειολογικού» χαρακτήρα με πληροφορίες και για άλλες θρησκείες και δόγματα «κατά τρόπο αντικειμενικό, κριτικό και πλουραλιστικό, χωρίς να επιδιώκει κατηχητικό σκοπό».

Στην μεταγενέστερη απόφαση 926/2018 η Ολομέλεια του ΣτΕ αναφέρει ρητώς ότι η ανάπτυξη, εμπέδωση και ενίσχυση της Ορθόδοξης χριστιανικής συνειδήσεως των Ορθοδόξων Χριστιανών μαθητών συνιστά τον αποκλειστικό σκοπό της θρησκευτικής εκπαιδεύσεως μέσω της μεταδόσεως του φρονήματος, του ήθους και της πνευματικότητας της Ορθοδοξίας. Παράλληλα, τονίζεται η ανάγκη σαφούς οριοθετήσεως της Ορθόδοξης ομολογίας σε σχέση με τις διδασκαλίες των λοιπών θρησκειών και δογμάτων, ενώ δεν πρέπει να προωθείται, μέσω της διδασκαλίας, η αντίληψη ότι η θρησκευτική πίστη μπορεί και πρέπει να είναι «κριτική», καθώς με αυτόν τον τρόπο κλονίζεται η ορθόδοξη χριστιανική συνείδηση των μαθητών με κίνδυνο εκτροπής από αυτήν.

Με τις 1749-1750/2019 αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας το Δικαστήριο υιοθέτησε, κατά πλειοψηφία, το σκεπτικό της αποφάσεως υπ' αρ. 660/2018 του ιδίου σχετικά με τον στόχο και το περιε-

χόμενο του μαθήματος των Θρησκευτικών στη δευτεροβάθμια εκπαίδευση. Ειδικότερα, κατά την πλειοψηφία, τα προγράμματα σπουδών του μαθήματος των Θρησκευτικών, όπως προκύπτουν από τις προσβαλλόμενες υπουργικές αποφάσεις, «δεν αποβλέπουν στην ανάπτυξη της θρησκευτικής συνειδήσεως των ορθόδοξων μαθητών, διότι τα μεν προγράμματα του δημοτικού και του γυμνασίου δεν περιέχουν ολοκληρωμένη -και διακριτή έναντι άλλων δογμάτων και θρησκειών- διδασκαλία των δογμάτων, ηθικών αξιών και παραδόσεων της ορθόδοξης εκκλησίας, το δε πρόγραμμα του λυκείου είναι αποσυνδεδεμένο από τη διδασκαλία αυτή. Αντιθέτως, δίδεται ιδιαίτερη έμφαση είτε στην προβολή στοιχείων κοινών με τη διδασκαλία άλλων δογμάτων και θρησκειών (δημοτικό - γυμνάσιο) είτε στη διδασκαλία διαφόρων ηθικών και κοινωνικών ζητημάτων, τα οποία είτε είναι αντικείμενο κυρίως άλλων μαθημάτων (δημοτικό - γυμνάσιο) είτε είναι άσχετα ή και αντίθετα με την ορθόδοξη χριστιανική διδασκαλία (λύκειο)».

Οι αποφάσεις τόνισαν, επιπρόσθετα, την υποχρέωση της πολιτείας να προβλέψει τη διδασκαλία ισότιμου μαθήματος προκειμένου να αποτραπεί ο κίνδυνος «ελεύθερης ή χαμένης ώρας», εφόσον συγκεντρώνεται ικανός αριθμός μαθητών που απαλλάσσονται από το μάθημα των Θρησκευτικών. Ο τρόπος επιτεύξεως αυτού του σκοπού καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της πολιτείας. Πλήρης απαλλαγή από το μάθημα μπορεί να χορηγηθεί σε ετερόδοξους, αλλόθρησκους ή άθεους μαθητές με μόνη την επίκληση λόγων θρησκευτικής συνειδήσεως σε σχετική υπεύθυνη δήλωση.

Ο εκπεφρασμένος αντίλογος -μεταξύ άλλων- περί λανθασμένης ερμηνείας του άρθρου 3 Σ[3] δεν είναι ανάξιος προβληματισμού.[4] Η πρόσφατη απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας 1748/2022 και η Γνωμοδότηση 2/2022

3 Βλ. *Γιώργο Σταυρόπουλο,* Το μάθημα των θρησκευτικών υπό το φως της πρόσφατης απόφασης 660/2018 του Συμβουλίου της Επικρατείας, Constitutionalism, 10.6.2018, διαθέσιμο σε: https://www.constitutionalism. gr/stavropoulos-mathima-thriskeutikon-ste-660-2018/ .

4 Βλ. *Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή,* Οι σύγχρονες περιπέτειες της διδασκαλίας του μαθήματος των Θρησκευτικών. Μια ηθικο-συνταγματική προσέγγιση, Εκδόσεις Παπαζήση, Αθήνα 2021, σ. 93 επ..

της ΑΠΔΠΧ αναφορικά με την απαλλαγή από το μάθημα των Θρησκευτικών αποδεικνύουν περίτρανα ότι δεν έχει βρεθεί ακόμα η λυδία λίθος.

Στο πλαίσιο της παρούσης εισηγήσεως θα εκφρασθούν κάποιες σκέψεις με αφορμή την πρόσφατη απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας και τη Γνωμοδότηση της ΑΠΔΠΧ, χωρίς να γίνεται απόπειρα εξαντλητικής αναλύσεως της δικαστικής αποφάσεως και της γνωμοδοτήσεως της ΑΠΔΠΧ.

ΙΙ. Η Απόφαση 1748/2022 του ΣτΕ και η Γνωμοδότηση 2/2022 της ΑΠΔΠΧ

Σύμφωνα με την Απόφαση 1478/2022 της Ολομελείας του Συμβουλίου της Επικρατείας, έγινε δεκτή αίτηση ακυρώσεως γονέων, με την οποία ζητούσαν την ακύρωση της 61178/ΓΔ4/28.5.2021 κοινής αποφάσεως της Υπουργού και της Υφυπουργού Παιδείας και Θρησκευμάτων (Β΄ 2005), καθ' ο μέρος με αυτή ρυθμίζεται η απαλλαγή των μαθητών /μαθητριών από το μάθημα των Θρησκευτικών. Ο λόγος της ακυρότητας ήταν ότι η μη παροχή γνώμης της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα συνιστά παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

Δυνάμει της Γνωμοδοτήσεως 2/2022 της ΑΠΔΠΧ, η σύμφωνη με το ισχύον ελληνικό Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ μορφή ασκήσεως του δικαιώματος απαλλαγής από το μάθημα των Θρησκευτικών, είναι μια δήλωση των ενδιαφερομένων γονέων ή μαθητών, συμπεριλαμβανομένων και των Χριστιανών Ορθοδόξων που τυχόν το επιθυμούν, στην οποία θα πρέπει να αναφέρεται απλώς ότι «Λόγοι συνείδησης δεν επιτρέπουν τη συμμετοχή (μου ή του παιδιού μου) στο μάθημα των θρησκευτικών». Με διαφορετική διατύπωση, αυτό συνεπάγεται ότι απαλλαγή από το μάθημα των Θρησκευτικών μπορούν να δηλώνουν και οι Χριστιανοί Ορθόδοξοι.

ΙΙΙ. Προβληματισμοί

1. Η ΑΠΔΠΧ γνωμάτευσε επί του θέματος προς συμμόρφωση με την Από-

φαση του ΣτΕ 1748/2022, η οποία έκρινε ότι η Γνωμοδότησή της πριν από την έκδοσή της Υπουργικής Αποφάσεως απαιτείται ως ουσιώδης τύπος, η έλλειψη του οποίου οδηγεί σε ακύρωση της πράξεως. Επομένως, κατά την κρίση του Δικαστηρίου πριν από την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξεως απαιτείτο, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας (άρθρο 48 π.δ/τος 18/1989), η παροχή γνώμης της Αρχής.[5] Βεβαίως, η κρίση για τον χαρακτήρα του τύπου ως ουσιώδους ανήκει στον ίδιο τον δικαστή,[6] ο οποίος και την έκανε. Για λόγους διοικητι-

5 Σύμφωνα με το άρθρο 36 παρ. 4 του ΓΚΠΔ υπό τον τίτλο "Προηγούμενη Διαβούλευση", «Τα κράτη μέλη ζητούν τη γνώμη της εποπτικής αρχής κατά την εκπόνηση προτάσεων νομοθετικών μέτρων προς θέσπιση από τα εθνικά κοινοβούλια ή κανονιστικών μέτρων που βασίζονται σε τέτοια νομοθετικά μέτρα, τα οποία αφορούν την επεξεργασία». Περαιτέρω, στο άρθρο 57, παρ. 1, στοιχ. κβ΄ ΓΚΠΔ υπό τον τίτλο "Καθήκοντα" ορίζεται ότι: « Με την επιφύλαξη των άλλων καθηκόντων που ορίζονται στον παρόντα κανονισμό, κάθε εποπτική αρχή στο έδαφός της: α) ... ... κβ) εκπληρώνει κάθε άλλο καθήκον σχετικό με την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα». Στο άρθρο 58 παρ. 3 στοιχ. α΄ και β΄ ΓΚΠΔ υπό τον τίτλο τίτλο "Εξουσίες" ορίζεται ότι: «Κάθε αρχή ελέγχου διαθέτει όλες τις ακόλουθες αδειοδοτικές και συμβουλευτικές εξουσίες: α) να παρέχει συμβουλές στον υπεύθυνο επεξεργασίας σύμφωνα με τη διαδικασία προηγούμενης διαβούλευσης που αναφέρεται στο άρθρο 36, β) να εκδίδει, με δική της πρωτοβουλία ή κατόπιν αιτήματος, γνώμες προς το εθνικό κοινοβούλιο, την κυβέρνηση του κράτους μέλους ή, σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους μέλους, προς άλλα όργανα και οργανισμούς, καθώς και προς το κοινό, για κάθε θέμα το οποίο σχετίζεται με την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, γ) ...». Σύμφωνα με αιτιολογική σκέψη 96 του ΓΚΠΔ «διαβούλευση με την εποπτική αρχή θα πρέπει επίσης να πραγματοποιείται κατά την εκπόνηση ενός νομοθετικού ή κανονιστικού μέτρου που προβλέπει την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, προκειμένου να διασφαλίζεται η συμμόρφωση της σχεδιαζόμενης επεξεργασίας προς τον παρόντα κανονισμό και, ιδίως, να μετριάζονται οι κίνδυνοι για το υποκείμενο των δεδομένων». Ακολούθως, στο άρθρο 9 του ν. 4624/2019, ορίζεται ότι: «Η εποπτεία της εφαρμογής των διατάξεων του ΓΚΠΔ, του παρόντος και άλλων ρυθμίσεων που αφορούν την προστασία του ατόμου έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στην Ελληνική Επικράτεια ασκείται από την Αρχή που έχει συσταθεί με τον ν. 2472/1997 (Α' 50). Η Αρχή αποτελεί ανεξάρτητη δημόσια αρχή κατά το άρθρο 9Α του Συντάγματος και εδρεύει στην Αθήνα» και στο άρθρο 13 με τον τίτλο "Καθήκοντα της αρχής" ορίζεται ότι: «1. Επιπλέον των καθηκόντων της δυνάμει του άρθρου 57 του ΓΚΠΔ, η Αρχή: α) ... γ) παρέχει γνώμη για κάθε ρύθμιση που πρόκειται να περιληφθεί σε νόμο ή σε κανονιστική πράξη, η οποία αφορά επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Η διαβούλευση πραγματοποιείται κατά το στάδιο εκπόνησης της ρύθμισης σε χρόνο και με τρόπο που καθιστά εφικτή την έγκαιρη διατύπωση γνώμης από την Αρχή και τη σχετική διαβούλευση επί του περιεχομένου του σχεδίου ρύθμισης, δ) ...».

6 Βλ. *Επαμεινώνδα Σπηλιωτόπουλο,* Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος Ι, Έκδοση 15η, Αθήνα 2017, σ. αρ. περιθ. 500.

κής αποτελεσματικότητας,[7] δεν συνιστά λόγο ακυρώσεως κάθε παράβαση των κανόνων της διαδικασίας, αλλά μόνον η παράλειψη των ενεργειών που είναι ουσιώδεις.[8] Κριτήρια για τον σχηματισμό της κρίσεως ως ουσιώδους τύπου είναι α) η σημασία που έχει η διαδικαστική ενέργεια για την προστασία του διοικουμένου, την καλή λειτουργία της διοικήσεως και τον δικαστικό έλεγχο της πράξεως και β) η επιρροή της παραλείψεως του τύπου στη ρύθμιση που θεσπίζεται με την πράξη.[9] Η δικαιολογητική βάση της υποχρεώσεως τηρήσεως ουδιώδους τύπου είναι η προφύλαξη της διοικήσεως από αβασάνιστες αποφάσεις.[10] Ο χαρακτηρισμός της παροχής γνώμης ως ουσιώδους τύπου της διαδικασίας δεν είναι άμοιρος προβληματισμού. Πέραν του ότι διευρύνεται η έννοια του ουσιώδους τύπου, εκφράζεται η ανησυχία ότι η υποχρεωτική παροχή γνώμης εκ μέρους της ΑΠΔΠΧ για οποιαδήποτε πράξη δύναται να οδηγήσει σε μεγάλες καθυστερήσεις της νομοπαραγωγικής διαδικασίας. Η προστασία προσωπικών δεδομένων αγγίζει κάθε πτυχή του σύγχρονου εννόμου βίου και αν για κάθε κανονιστική πράξη απαιτείται η παροχή γνώμης της Αρχής, το βάρος θα καταστεί ανυπέρβλητο, θα προκληθεί μεγάλη ανασφάλεια δικαίου και κίνδυνος ακυρότητας πληθώρας αποφάσεων. Σημειωτέον ότι ο αυτοπεριορισμός του ΣτΕ (σκ. 15) ότι ο ουσιώδης τύπος αφορά στα δεδομένα ειδικής κατηγορίας (ευαίσθητα) δεν είναι ασφαλής, καθώς εξαιρεί τα τραπεζικά δεδομένα, τα φορολογικά κ.ο.κ.., τα οποία δυνάμει του άρθρου 9 παρ. 1 ΓΚΠΔ δεν ανήκουν στις ειδικές κατηγορίες δεδομένων.

2. Περαιτέρω, η υποχρεωτικότητα της προηγούμενης διατυπώσεως γνώμης της Αρχής δύναται να οδηγήσει σε μετακύληση της ευθύνης λήψεως αποφάσεων σε αρχές που δεν εντάσσονται στην ιεραρχική πυραμίδα και τοποθετούνται μακριά από τους μηχανισμούς αποδόσεως πολιτικής ευθύνης.[11]

7 Βλ. *Πάνο Λαζαράτο,* Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα 2013, αρ. περιθ. 725.

8 Βλ. *Επαμεινώνδα Σπηλιωτόπουλο,* Διοικητικό Δίκαιο, όπ. ανωτ., αρ. περιθ. 500.

9 Βλ. *Επαμεινώνδα Σπηλιωτόπουλο,* Διοικητικό Δίκαιο, όπ. ανωτ., αρ. περιθ. 500.

10 Βλ. *Δημήτριο Ι. Κόρσο,* Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2010, σ. 212.

11 Βλ. *Φερενίκη Παναγοπούλου,* Ζητήματα συνταγματικότητος των ανεξαρτήτων αρχών στις Η.Π.Α.-

Επίσης, η θέση του Ανωτάτου Δικαστηρίου αναφορικά με την παροχή γνώμης της Αρχής δύναται να δημιουργήσει την πεπλανημένη εντύπωση ότι το Δικαστήριο μετακυλίει το βάρος μιας δύσκολης αποφάσεως ή ακόμα και το βάρος της αλλαγής ή και εξελίξεως της πρότερης νομολογίας του[12] στην ΑΠΔΠΧ, καθιστώντας την κατά κάποιο τρόπο σε Αρχή γενικής εφαρμογής των ατομικών δικαιωμάτων. Και αν η ΑΠΔΠΧ διαφοροποιηθεί από την προηγούμενη νομολογία του Δικαστηρίου, όπερ και έγινε, ποια θα πρέπει να είναι η θέση της διοικήσεως; Η απάντηση είναι να συμμορφωθεί με την απόφαση του ΣτΕ. Αλλά με ποια απόφαση; Αυτή που παραπέμπει στην ΑΠΔΠΧ ή την πρότερη νομολογία του,[13] στην οποία έκρινε ad hoc επί του ζητήματος;

3. Η δυνατότητα απαλλαγής από το μάθημα των Θρησκευτικών για λόγους συνειδήσεως σε όλους δύναται να ανοίξει τον ασκό του Αιόλου και να οδηγήσει σε αίτημα απαλλαγής και από άλλα μαθήματα. Ποιος θα εμποδίσει έναν γονέα να ζητήσει για λόγους συνειδήσεως την απαλλαγή από την ενότητα ενός μαθήματος στο οποίο διδάσκεται η θεωρία εξελίξεως του Δαρβίνου; Σε αυτό το πλαίσιο αναδύεται το ερώτημα αν το ΣτΕ μπορεί να ελέγχει με παρόμοια ερμηνευτική προσέγγιση το πρόγραμμα όλων των μαθημάτων που συνδέονται με την ανάπτυξη της εθνικής συνειδήσεως που προβλέπεται στο άρθρο 16 παρ. 2 Σ ως σκοπός της εκπαιδεύσεως, όπως και η ανάπτυξη της θρησκευτικής συνειδήσεως.[14] Υπό το φως αυτής της νομολογίας, θα μπορούσαν να προσβληθούν με αίτηση ακυρώσεως λόγοι σχετικοί με την απουσία, υποβάθμιση ή εσφαλμένη προσέγγιση της ελληνικής πολιτιστικής κληρονο-

Οι προεκτάσεις τους στην ελληνική έννομη τάξη, σε: Εταιρεία Διοικητικών Μελετών, Πεπραγμένα 1992-2003, Αθήνα 2004, σ. 95 επ. (137).

12 Σύμφωνα με την Απόφαση ΣτΕ 1479/2019, η δήλωση απαλλαγής από το μάθημα των Θρησκευτικών πρέπει να έχει το εξής περιεχόμενο: «Λόγοι θρησκευτικής συνείδησης δεν επιτρέπουν τη συμμετοχή (μου ή του παιδιού μου) στο μάθημα των θρησκευτικών».

13 Βλ. ενδεικτ. ΣτΕ 660/2018, 926/2018, 1749-1750/2020.

14 Βλ. *Ευάγγελο Βενιζέλο,* Η αμφιθυμία της πρόσφατης νομολογίας γύρω από τη θρησκευτική ελευθερία και το μάθημα των Θρησκευτικών, Ο εσωτερικός διάλογος στο Σ.τ.Ε. και οι αποκλίσεις από τη νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α., Νομοκανονικά 2020, σ. 19 επ. (29).

μιάς στα φιλολογικά και ιστορικά λ.χ. μαθήματα.[15] Με τον ίδιο τρόπο ιστορικές αναφορές που οδηγούν σε «γενοκτονία της μνήμης»[16] θα μπορούσαν να έχουν όμοια έκβαση.

IV. Πρόταση

Ο δρόμος είναι μακρύς και δύσβατος. Μακάρι το Δικαστήριο να είχε επιδείξει μεγαλύτερη τόλμη προκρίνοντας ένα εγκυκλοπαιδικού χαρακτήρα μάθημα Θρησκευτικών με έμφαση στην ελληνορθόδοξη χριστιανική παράδοση και εμπλουτισμένο με πολλά στοιχεία θρησκειολογίας. Μακάρι η τόλμη αυτή να φανερωθεί ως αυτονόητη πολύ σύντομα, σε πιο ώριμες εποχές που δεν θα αμφισβητούν τη σημασία της Ελληνορθόδοξης Χριστιανικής παραδόσεως, αλλά και δεν θα φοβούνται να την αντιπαραβάλλουν με την ετερότητα τους ανήσυχους εφήβους που βιώνουν έντονες ψυχολογικές μεταβολές,[17] και συγκρούονται με υπαρξιακές εμπειρίες και αξίες που αντιπροσωπεύονται από θεσμούς, κοινωνικές συμβάσεις ή το συλλογικό ασυνείδητο.[18] Μόνο μέσα από το διάλογο με την ετερότητα διαπλάθεται η ώριμη και συμβάλλουσα στην ανάπτυξη της προσωπικότητας θρησκευτική συνείδηση[19].

Η συζήτηση δεν θα πρέπει να αποσυνδεθεί από τη σημασία της θρησκευτικής παιδείας, γενικότερα, και τη χρησιμότητα αυτής στην κατανόηση τόσο

15 Βλ. *Ευάγγελο Βενιζέλο,* Η αμφιθυμία της πρόσφατης νομολογίας γύρω από τη θρησκευτική ελευθερία και το μάθημα των Θρησκευτικών, Ο εσωτερικός διάλογος στο Σ.τ.Ε. και οι αποκλίσεις από τη νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α., όπ. ανωτ., σ. 29-30.

16 Πρβλ. *Σταύρο Γιαγκάζογλου,* Παλινωδίες και αδιέξοδα στη θρησκευτική εκπαίδευση, Νομοκανονικά 2020, σ. 69 επ. (75).

17 Βλ. *Κωνσταντίνο Ι. Κορναράκη,* Παιδεία Κυρίου. Ο οντολογικός χαρακτήρας και η διαλεκτική φύση του παιδαγωγικού έργου κατά τους Τρεις Ιεράρχες, σε: του ιδίου, Ο Άνθρωπος απέναντι στην εικόνα του, Εκδόσεις Αρμός, Αθήνα 2011, σ. 305 επ. (326).

18 Βλ. *Κωνσταντίνο Ι. Κορναράκη,* Ο μυστικός και αποκαλυπτικός χαρακτήρας του συμβόλου κατά τη θεώρηση του χριστιανικού παιδαγωγικού ιδεώδους, σε: του ιδίου, Ο Άνθρωπος απέναντι στην εικόνα του, Εκδόσεις Αρμός, Αθήνα 2011, σ. 365 επ. (369).

19 Βλ. *Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή,* Οι σύγχρονες περιπέτειες της διδασκαλίας του μαθήματος των Θρησκευτικών. Μια ηθικο-συνταγματική προσέγγιση, όπ. ανωτ., σ. 139.

του ελληνικού όσο και του ευρωπαϊκού πολιτισμού.[20] Όποιος ζει και κυρίως φοιτά σε σχολείο εντός της ελληνικής επικράτειας οφείλει να γνωρίζει ορισμένα δομικά χαρακτηριστικά της διαπλάσεως του ελληνικού έθνους.[21] Κλασική περίπτωση είναι η ιστορία της Εκκλησίας της Ελλάδος, οι εορτές της Ορθοδοξίας, η πίστη των Ορθοδόξων, οι βάσεις της ελληνοχριστιανικής αγωγής, η κατασκευή των εικόνων κ.ο.κ..[22] Περαιτέρω, οφείλει να γνωρίζει τις βάσεις του ευρωπαϊκού πολιτισμού, ο οποίος στηρίζεται εν πολλοίς και στη χριστιανική παράδοση. Η απαιτούμενη θρησκευτική γνώση μπορεί οδηγεί στην κατανόηση της τέχνης, αλλά και της στάσεως ζωής των ανθρώπων. Η πλειονότητα της τέχνης στηρίζεται σε θεολογικές παραγγελίες. Για παράδειγμα ο «Nabucco» του Verdi στηρίζεται στη βιβλική ιστορία. Οι μέγιστοι των Ελλήνων συνθετών Μάνος Χατζηδάκης και Μίκης Θεοδωράκης έχουν επηρεασθεί βαθύτατα από τα τροπάρια της Μεγάλης Εβδομάδος. Η βυζαντινή υμνωδία συναντάται στο έργο τους. Η συμπεριφορά άλλων εθνών μπορεί να εξηγηθεί, επίσης, επί τη βάσει των θρησκευτικών τους παραδόσεων. Κλασικό παράδειγμα είναι η εμμονή στην τήρηση του κανόνα και την αποταμίευση από τους Προτεστάντες, το απεχθές της εκτρώσεως από τους Καθολικούς κ.ο.κ.. Για να κατανοήσουμε αυτές τις συμπεριφορές πρέπει να έχουμε γνωρίσει το θεολογικό υπόβαθρο των λαών αυτών. Σπουδαίου ζωγράφοι, όπως ο Τσαρούχης και ο Εγγονόπουλος, ήταν μαθητές του Φώτη Κόντογλου, και μέσω αυτού γνώρισαν τη βυζαντινή τέχνη.[23] Αυτές είναι απαραίτητες γνώσεις, αντίστοιχες με τις ιστορικές, μαθηματικές και φιλολογικές. Από αυτές τις γνώσεις, εάν δοθούν με αντικειμενικό και κριτικό τρόπο, δεν πρέπει να νομι-

20 Βλ. *Παναγιώτα Β. Μούρκου,* Η απαλλαγή από το μάθημα των Θρησκευτικών υπό το φως της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, σε: Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή (επιμ.), Ενενήντα Έτη Εταιρείας Διοικητικών Μελετών, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλινίκη 2022, σ. 115 επ. (148), διαθέσιμο σε: www.edm.gr.

21 Βλ. *Φερενίκη Παναγοπούλου-Κουτνατζή,* Οι σύγχρονες περιπέτειες της διδασκαλίας του μαθήματος των Θρησκευτικών. Μια ηθικο-συνταγματική προσέγγιση, όπ. ανωτ., σ. 145.

22 Βλ. *Σωτήρη Μητραλέξη,* Το μάθημα των θρησκευτικών στην Ευρωπαϊκή Ένωση, Καθημερινή της Κυριακής, 11.11.2018, Ειδική Έκδοση, Σχέσεις κράτους και Εκκλησίας, διαθέσιμη σε: https://s.kathimerini.gr/resources/article-files/kratos_ekklhsia.pdf, σ. 11 επ. (17).

23 Βλ. *Κωνσταντίνο Κορναράκη,* Χαιρετισμός, Ηράκλεια 2022, αδημ..

μοποιείται να απαλλαγεί κανείς. Είναι αυτονόητο ότι ένας Ιταλός με ιταλική εθνική συνείδηση, ένας Γερμανός με γερμανική εθνική συνείδηση δεν μπορεί να ζητήσει στο ελληνικό σχολείο την απαλλαγή του από το μάθημα της Ιστορίας ή της Γεωγραφίας, ώστε να διδαχθεί την αντίστοιχη ιταλική ιστορία για λόγους συνειδήσεως.[24] Περαιτέρω, η γνώση και η ερμηνεία της Βίβλου μπορεί επίσης να είναι οδηγός μας για την ερμηνεία άλλων επιστημών. Για παράδειγμα η Ερμηνευτική, κλάδος της οποίας είναι και η Ερμηνευτική του Συντάγματος, έχει ως αφετηρία την ερμηνεία του Ομήρου και παλαιοδιαθηκικών κειμένων. Η πολιτική θεολογία του Καρλ Σμιτ στηρίζεται σε θρησκευτικές βάσεις. Ως εκ τούτου, οι μαθητές δεν πρέπει να «απαλλάσσονται» από γνώσεις που είναι απαραίτητες για όλους όσοι διαμένουν εντός της ελληνικής επικράτειας, προκειμένου να γνωρίσουν τόσο τους εαυτούς τους όσο και τους άλλους. Σε αυτή την κατεύθυνση το μάθημα των Θρησκευτικών μπορεί να εμπνευσθεί ως ένα υποχρεωτικό για όλους εγκυκλοπαιδικό μάθημα με πρωταρχικό περιεχόμενο την ιστορία της Παλαιάς και της Καινής Διαθήκης και την ιστορία της Εκκλησίας (όχι ως μυθολογία), με χριστιανικό πραγματολογικό περιεχόμενο, χωρίς ομολογιακό ή κατηχητικό χαρακτήρα. Αυτή την κατεύθυνση υιοθετεί η πλειονότητα των ευρωπαϊκών χωρών.[25] Θα πρέπει να υιοθετηθεί μια αντικειμενική προσέγγιση του θρησκευτικού φαινομένου με έμφαση, από ποσοτική άποψη, στην επικρατούσα θρησκεία και τον Χριστιανισμό, αλλά και με άνοιγμα τουλάχιστον στις μη χριστιανικές μονοθεϊστικές θρησκείες.[26] Σε αυτή την κατεύθυνση όραμά πρέπει να είναι ένα σύγχρονο, πλουραλιστικό και ελκυστικό μάθημα Θρησκευτικών, που κερδίζει την προσοχή του μαθητή, που αναπτύσσει την προσωπικότητά του και την κριτική του σκέψη, με έντονα θρησκειολογικά στοιχεία αλλά που δεν μπορεί να μην

24 Βλ. *Σωτήρη Μητραλέξη,* Το μάθημα των θρησκευτικών στην Ευρωπαϊκή Ένωση, όπ. ανωτ., σ. 17.

25 Βλ. διεξοδ. *Σωτήρη Μητραλέξη,* Το μάθημα των θρησκευτικών στην Ευρωπαϊκή Ένωση, όπ. ανωτ., σ. 12 επ..

26 Βλ. *Χαράλαμπο Ανθόπουλο,* Η σχολική θρησκευτική εκπαίδευση, Εφημερίδα Πρώτο Θέμα, 26.12.2019, διαθέσιμο σε: https://www.protothema.gr/blogs/haralabos-anthopoulos/article/958892/i-sholiki-thriskeutiki-ekpaideusi/.

έχει χριστιανικό και ορθόδοξο περιεχόμενο.[27] Και το μάθημα αυτό πρέπει να είναι υποχρεωτικό για όλους τους μαθητές που μένουν στην Ελλάδα, καθώς οφείλουν να γνωρίζουν τον δυναμικό ρόλο που διαδραματίζει η Ορθοδοξία στην ιστορία του ελληνικού έθνους, αλλά και ο Χριστιανισμός εν γένει στον ευρωπαϊκό πολιτισμό. Το σχολείο δεν έχει σκοπό μόνο την μετάδοση γνώσεων ή της χρησιμοθηρίας και του ωφελιμισμού, αλλά πρωτίστως τη διάπλαση της ανθρώπινης προσωπικότητας που σημαντικότατη συμβολή σε αυτό οφείλει να έχει το μάθημα των Θρησκευτικών.[28] Πέραν αυτού του υποχρεωτικού κορμού η πολιτεία οφείλει να προσθέτει στο πλαίσιο αναπτύξεως της θρησκευτικής συνειδήσεως εκπαιδευτικές δραστηριότητες με επιλογή ανάμεσα στον ομολογιακό ή αμιγώς θρησκειολογικό χαρακτήρα. Το μάθημα δεν πρέπει να είναι κατήχηση, καθώς αυτό είναι αποστολή της Εκκλησίας που δεν πρέπει να την εμπιστευθεί σε κανέναν άλλον.[29]

V. Αντί επιλόγου

Σε ένα τόσο κοινωνικά και ηθικά διαφιλονικούμενο ζήτημα, όπως είναι η διδασκαλία του μαθήματος των Θρησκευτικών, που διχάζει την κοινωνία και η απάντηση στο οποίο είναι περισσότερο αποτέλεσμα φιλοσοφικών ιδεολογικών, θρησκευτικών και ηθικών αντιλήψεων και όχι μόνο νομικής επι-

27 Βλ. *Ευάγγελο Βενιζέλο,* Το συνταγματικό και διεθνές νομικό πλαίσιο της διδασκαλίας των θρησκευτικών και το δικαίωμα εξαίρεσης από αυτή, Ομιλία στην ημερίδα που διοργάνωσε στις 20.2.2016 στη Θεσσαλονίκη ο Πανελλήνιος Θεολογικός Σύνδεσμος «ΚΑΙΡΟΣ – για την αναβάθμιση της θρησκευτικής εκπαίδευσης στην Ελλάδα» με θέμα «Το μάθημα των θρησκευτικών και ο δημόσιος χώρος», διαθέσιμο σε: https://www.evenizelos.gr/speeches/conferences-events/407-conferencespeech2016/5299-2016-04-01-17-47-28.html#a2.

28 Βλ. *Γιάννη Αντωνιάδη,* Το μάθημα των Θρησκευτικών στην Ευρώπη, παιδεία news, 4.7.2020, διαθέσιμο σε: https://paideia-news.com/oelmek/2020/07/04/to-mathima-ton-thriskeytikon-stin-eyropi/.

29 Βλ. *Μητροπολίτη Μεσογαίας και Λαυρεωτικής Νικόλαο*, "Δεν με ενδιαφέρει πώς φέρεται η Πολιτεία. Με ενδιαφέρει τι κάνουμε ως Εκκλησία", αναδημοσίευση συνεντεύξεως, Orthodoxia Info, 21.1.2017, διαθέσιμη σε: https://orthodoxia.info/news/%CE%BC%CE%B5%CF%83%CE%BF%CE-%B3%CE%B1%CE%AF%CE%B1%CF%82-%CE%B4%CE%B5%CE%BD-%CE%BC%CE%B5-%CE%B5%CE%BD%CE%B4%CE%B9%CE%B1%CF%86%CE%AD%CF%81%CE%B-5%CE%B9-%CF%80%CF%8E%CF%82-%CF%86%CE%AD%CF%81%CE%B5%CF%84/.

χειρηματολογίας με βάση το κείμενο του Συντάγματος η προτεραιότητα λήψεως της αποφάσεως ανήκει κατά κύριο λόγο στον δημοκρατικά εκλεγμένο νομοθέτη, ενώ αντίστοιχα η ερμηνευτική αρμοδιότητα του δικαστή πρέπει να περιορίζεται με αυστηρά νομικά κριτήρια στον έλεγχο των άκρων ορίων της νομοθετικής επιλογής,[30] χωρίς να υπερβαίνει τον ρόλο του ως ακυρωτικού δικαστή.[31] Ο δικαστής οφείλει να αυτοπεριορίζεται, καθώς κινδυνεύει να αναγάγει μια ιδεολογική και πολιτική επιλογή του δημοκρατικά εκλεγμένου νομοθέτη «είτε σε συνταγματική αναγκαιότητα είτε σε κατά συνταγματική επιταγή αποκλειόμενη επιλογή».[32] Υπό αυτή την εκδοχή, «ο κοινός νομοθέτης σε κοινωνικά επίμαχα θέματα διαθέτει ένα ευρύ πλαίσιο διαφορετικών πολιτικών επιλογών, καμία από τις οποίες δεν μπορεί να εκληφθεί ως η μόνη συνταγματικά συνεπής»,[33] καθώς υπάρχει δυνατότητα επιλογής.

30 Βλ. *Σπύρο Βλαχόπουλο,* Η δυναμική ερμηνεία του Συντάγματος, Εκδόσεις Ευρασία, Αθήνα 2014, σ. 84.

31 Βλ. *Λίνα Παπαδοπούλου,* Θρησκευτική εκπαίδευση στα σχολεία – μια συνολική αποτίμηση της νομολογίας, όπ. ανωτ., σ. 162.

32 Βλ. *Γιάννη Ζ. Δρόσο,* Η ιδεολογία ως παράδειγμα της απόφασης ΣτΕ 660/2018, σε: Το Σύνταγμα εν εξελίξει, Τιμητικός Τόμος για τον Αντώνη Μανιτάκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2019, σ. 565 επ. (578).

33 Βλ. *Χαράλαμπο Ανθόπουλο,* Συνταγματική ερμηνεία και θεμελιώδη δικαιώματα. Η προσέγγιση του Δημήτρη Θ. Τσάτσου, σε: Σύνταγμα και ερμηνεία. Η συμβολή του Δ. Θ. Τσάτσου, σε: Σύνταγμα και ερμηνεία. Η συμβολή του Δ. Θ. Τσάτσου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2008, σ. 51 επ. (72, όπ. περαιτ. παραπ.).

Η Βιωσιμότητα του Ενωσιακού Κράτους Δικαίου[1]

Μιχαήλ Θ. Παπαγεωργίου

Δ.Ν./Εντ. Διδάσκων Συνταγματικού & Διοικητικού Δικαίου
Νομική Σχολή Ε.Κ.Π.Α., V. F. Research Associate University of Cambridge (Wolfson College/Faculty of Law)

Ι. Εισαγωγικό - Εννοιολογικό πλαίσιο

"*There is no stability without solidarity and no solidarity without stability*"
Jose Manuel Barroso, πρώην Πρόεδρος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

1. Στις ημέρες μας, οι ρυθμιστικές απαιτήσεις και έννομες επιδιώξεις της έννοιας της Βιωσιμότητας ("Sustainability") στους δικαιοκρατικούς και δικαιοπαραγωγικούς κόλπους της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των Κρατών-μελών της στοιχειοθετούν-και διεκδικούν- πολύπλευρα και πολυεπίπεδα την πλέον σύγχρονη όψη του κοινού ενωσιακού συμφέροντος με τρόπο πολιτειακά διάχυτο και έντονα διακυβερνητικά διαδραστικό. Ως κοινό και αλληλέγγυο ενωσιακό συμφέρον, η έννοια της Βιωσιμότητας, αλληλεπιδρά και συναρτάται με τις

1 Σημ.: Η παρούσα μελέτη είναι αφιερωμένη με αγάπη, σεβασμό και βαθιά εκτίμηση στον Καθηγητή μας κ. Σπ. Φλογαΐτη που με την ακαδημαϊκή του διαδρομή αφενός ανέδειξε τη σημασία και το θεσμικό ρόλο της πλουραλιστικής σύνθεσης του Ευρωπαϊκού Δημοσίου Δικαίου και αφετέρου ενέπνευσε γενιές νομικών για την πολυδιάστατη θεώρηση του Κράτους Δικαίου τόσο κατά την ιστορική του μετεξέλιξη, όσο και ως προς τη δικαιοαξιακή του συνοχή ανάμεσα στις ευρωπαϊκές κοινωνίες. Προσωπικά τον ευχαριστώ με ευγνωμοσύνη για την επιστημονική ώθηση και την έμπρακτη υποστήριξή του επί της ερευνητικής μου παρουσίας στο Πανεπιστήμιο του Cambridge (Faculty of Law/ Wolfson College), όπου ο ίδιος κοσμεί με τη διαχρονική ακαδημαϊκή του διαδρομή ως V. Professor και Honorary Senior Fellow.

«δια-πολιτειακές» αξιώσεις της ευρωπαϊκής Κοινωνίας των Πολιτών και τις ανταγωνιστικές ανάγκες της κοινοτικής Οικονομίας της Αγοράς, με διαγενεακές μάλιστα επιδιώξεις, εγγυήσεις, σταθμίσεις και αναφορές. Κατ' επέκταση, λοιπόν, η δικαιοπλαστική προοπτική των όρων και των ορίων της «Βιώσιμης Ανάπτυξης», παράλληλα της συνεκτικής εφαρμογής των προτύπων και των απαιτήσεων της «θεσμικής Βιωσιμότητας» εν γένει των ενωσιακών δράσεων και πολιτικών, διαλαμβάνουν σημαίνουσες δικαιο-πολιτειακές και διακυβερνητικές διαστάσεις, αναπλάθοντας δομικά επί του πρακτέου το ευρωπαϊκό δημόσιο δίκαιο, τη δικαιοαξιακή ταυτότητα του ενωσιακού Οικοδομήματος, αλλά και το λειτουργικό προσανατολισμό του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου. Αυτό συμβαίνει με την ολοένα και πιο μεθοδολογικά συστηματική εφαρμογή του τελευταίου, κατά τη συνεπέστερη έννομη -κοινή και συγκλίνουσα- υιοθέτησή του από τα Κράτη-μέλη, αλλά και από τον ίδιο τον ενωσιακό μηχανισμό προς αυτά, με όλο και πιο δυναμικές κανονιστικές-ρυθμιστικές παρεμβάσεις. Ως εκ τούτου, το ενωσιακό Κράτος Δικαίου, με άξονα τη συνταγματική και διαπολιτειακή του προοπτική, στοχεύοντας ακριβώς αυτοαναφορικά στην ίδια τη Βιωσιμότητά του, αναπτύσσεται με ολοένα και πιο συγκροτημένη και ολιστική συνοχή αφενός μεν ως θεσμικό κεκτημένο, αφετέρου δε και ως διαρκής «συμπολιτειακή» επιδίωξη-ζητούμενο ειδικά στα πεδία: της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, της αποδοτικής διαφύλαξης των κατοχυρωμένων έννομων δικαιωμάτων και της αντίστοιχης ισόρροπης προάσπισης των παραγωγικών ελευθεριών, καθώς και της ουσιαστικής ανάδειξης των δημοκρατικών θεσμών και διαδικασιών στον πυρήνα της διασφάλισης των κοινών έννομων αγαθών και αξιών. Αναμορφώνονται έτσι, κατά μία θεμελιώδη και αιτιώδη ρυθμιστική βάση-σχέση αιτίας και αιτιατού, τυπολογικά, αλλά και ουσιαστικά, τα ταυτοτικά (και… επιτακτικά βιώσιμα) καταστατικά χαρακτηριστικά του σύγχρονου ενωσιακού «διαπολιτειακού δικτύου» υπό το διακρατικά συμπεριληπτικό και αλληλέγγυα εναρμονιστικό πρίσμα ενός αναπτυξιακά φιλελεύθερου και κοινωνικά εγγυητικού δημοκρατικού «υπερ-διακυβερνητικού» πλαισίου.[2]

2 Σημ.: Για τη σημασία και τη θέση της δημοκρατικής διακυβέρνησης στη προώθηση του Κράτους

2. Εστιάζοντας καταρχήν σε μία δομική αξιολογική προσέγγιση για την εννοιολογική πρακτική κατανόηση, όπως αντίστοιχα και για την ερμηνευτική θεωρητική θεμελίωση των παραπάνω, μπορεί να υποστηριχθεί πως η «έννοια- πλαίσιο» της Βιωσιμότητας στο Δημόσιο Δίκαιο της Ένωσης διακρίνεται και αναπτύσσεται διττά:

α) ως ένα αμιγώς «οργανωτικό - θεσμικό» σύστημα-πλέγμα αναφοράς, κυρίωςως προς τη συνέπεια, τη συνοχή, τις απαιτήσεις, τον προσανατολισμό και τη «διαπολιτειακή» προοπτική του ίδιου του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου, καθώς και

β) ως ένα κατεξοχήν «λειτουργικό – διακυβερνητικό» δίκτυο εφαρμογής ρυθμιστικής διάχυσης και έννομης ενσωμάτωσης των όρων της Βιώσιμης Ανάπτυξης στο σύνολο των θετών ενωσιακών δράσεων και πολιτικών, κατά τη συντεταγμένη μεθοδολογική της απόδοση στο (ως άνω) ευρωπαϊκό δικαιοκρατικό σύστημα δικαίου. Συντίθεται συνεπώς, ένας αντίστοιχα θεμελιώδης (οργανωτικά και λειτουργικά) και θεσμικά κινητήριος συνταγματικός πυρήνας[3] ασφαλείας-κεκτημένων, αλλά συνάμα και διεκδικήσεων για το ευρωπαϊκό Κράτος Δικαίου και για το σύγχρονο δημοκρατικό κοινωνικο-οικονομικό προσανατολισμό της πολυεπίπεδης ευρωπαϊκής δημόσιας διακυβέρνησης ανάμεσα στην Ένωση και τα Κρατη-μέλη, που προωθεί και συμβάλλει αέναα, σχεδόν νομοτελειακά, στην αλληλέγγυα διάρθρωση και συνέχειά τους.

3. Πριν από οποιαδήποτε, βέβαια, περαιτέρω ερμηνευτική προσέγγιση και συστηματική ανάλυση κρίσιμο είναι να καταδειχθεί το σύγχρονο «τρισυπόστατο» λειτουργικό πλέγμα της «Βιώσιμης Ανάπτυξης», που αποτελεί

Δικαίου βλ. J. Habermas, On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy, σε European Journal of Philosophy, Τεύχος3, Basil Blackwell, 1995, σελ.12-20. Ειδικά στο πλαίσιο της Ε.Ε. βλ. P. Nemitz, Acting Before it is Too Late: Promoting Democracy and the Rule of Law in the Member States of the EU, σε επιστημ. επιμ. A. Rosas - J. Raitio - P. Pohjankoski, The Rule of Law's Anatomy in the EU: Foundations and Protections, Hart Publishing, 2023, σελ. 123–138 και Ανακοίνωση Ε.Ε., European Democracy Action Plan, COM (2020), 790 final.

3 Βλ. A. Jakab, Sustainability in European Constitutional Law, σε M.-Cl. Cordonier Segger - U. M. Szabó - P. Peter - A.R. Harrington, Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation, Cambridge University Press, 2021, σελ. 166 επ.

και το «προϋποθετικό» πεδίο για τη σύνθεση των ευρύτερων ρυθμιστικών απαιτήσεων και επιδιώξεων της αντίστοιχης οργανωτικής διάστασης της «Βιωσιμότητας» για το ευρωπαϊκό Κράτος Δικαίου, τη δημοκρατική του συνοχή και την αλληλέγγυα επενέργειά του ανάμεσα στα Κράτη- μέλη, την Κοινωνία των Πολιτών και την Οικονομία της Αγοράς της Ένωσης. Εντός του ενιαίου διακρατικού συνταγματισμού της ενωσιακής έννομης τάξης δεν νοείται η κανονιστική ρήτρα-βάση της αειφορίας (=βιωσιμότητας) δίχως τη συστηματικά ισόρροπη και ερμηνευτικά τελολογική συμπερίληψη: i) της προστασίας του περιβάλλοντος, ii) της οικονομικής συνοχής και ανάπτυξης και iii) του κοινωνικού οφέλους με τρόπο ρυθμιστικά αιτιώδη για κάθε «δημόσια» (ενωσιακή και εθνική) παρέμβαση ή μέτρο, κατ' εφαρμογή των όρων και των αρχών της νομιμότητας του ευρωπαϊκού δικαιοκρατισμού σε συνάρτηση με τη συνεπή τήρηση των δημοκρατικών διαδικασιών και την έννομη αποτελεσματικότητα ενός διάχυτου δικαιοδοτικού -δικαστικού ελέγχου. Σχηματοποιείται, επομένως, μία πολυεπίπεδη μεν έννομη τάξη, όπου τα κλιμακούμενα περιθώρια εκτίμησης των οικείων, ενωσιακών και εθνικών, πρωτοβουλιών και δράσεων επιδιώκουν αποδοτικά τη δίκαιη και βιώσιμη ισορροπία των αλληλεπιδρώμενων κοινωνικο-οικονομικών και περιβαλλοντικών έννομων συμφερόντων, κάτω από τις ελεγκτικά και ερμηνευτικά αιτιώδεις «δικαιο- παραγωγικές» εκτιμήσεις των ευρύτερα δικαιο-αξιακών αρχών της αναλογικότητας, της επικουρικότητας και του κόστους-οφέλους της «Καλής Διακυβέρνησης», κατά τη διακριτή και συγκροτημένη σύγχρονη οριοθέτησή τους ως προς την εκάστοτε θέαση του δημοσίου συμφέροντος. Ωριμάζοντας και συνεξελίσσοντας έτσι τον εναρμονισμένο δικαιοκρατισμό και δικαιωματισμό της Ευρωπαϊκής Συμπολιτείας με ευθύτητα ως προς την πλέον αποτελεσματική και ορθολογική σύζευξή τους. Με την έννομη, μάλιστα, λογοδοσία των αντίστοιχων δημόσιων ρυθμιστικών παρεμβάσεων να διαρθρώνεται και να οριοθετείται παράλληλα υπό το πρίσμα τόσο των δημοκρατικών κεκτημένων, όσο καιτων απαραίτητων τεχνοκρατικών προτύπων-αποδόσεων εν μέσω, βέβαια, των σύγχρονων προκλήσεων-πιέσεων επί των σχετικών παγκόσμιων συσχετισμών.

ΙΙ. Η «οργανωτική» - «θεσμική» διάσταση της Βιωσιμότητας στο δίκαιο της Ένωσης. Παράμετροι, βάσεις και προκλήσεις για τη βιωσιμότητα του ίδιου του ενωσιακού κράτους δικαίου.

1. Εκκινώντας από την «οργανωτική - θεσμική» θεώρηση των εγγυήσεων, των επιταγών και των διεκδικήσεων της Βιωσιμότητας του ίδιου ευρωπαϊκού κράτους δικαίου με τρόπο αυτοαναφορικό για τον ευρωπαϊκό δικαιοκρατισμό και τις απαιτήσεις του διαπιστώνεται ότι οι αξιώσεις της εγκαθιδρύονται και διαπνέονται:

α. αφενός από τη δυναμική της αποτελεσματικής έννομης διαφύλαξης των κατοχυρωμένων ανθρωπίνων δικαιωμάτων και των παραγωγικών κοινωνικο- οικονομικών ελευθεριών υπό την «κοινο-ωφελιμιστική», μάλιστα, "win-win" καιαλληλέγγυα «κοινο-συμφεροντολογική» διάστασή τους και

β. αφετέρου από τη διασφάλιση της ανθεκτικής προάσπισης του φιλελεύθερου δημοκρατικού πολιτεύματος,[4] κατά τη μάχιμη πρόταξη ενός ουσία αξιακού δικαιοκρατισμού[5]και μίας ισόρροπα «διαπολιτειακής» Διάκρισης των «Λειτουργιών», αλλά και των… «Αρμοδιοτήτων» ανάμεσα στην Ένωση και τα Κράτη-Μέλη της.

Επιδίωξη όλων των παραπάνω, αποτελεί η συντεταγμένη καθιέρωση συμπαγών και πολυεπίπεδων θεσμικών αντιβάρων -με δεσπόζουσα καταλυτική παράμετρο την ανεξάρτητη οργανωτικά και αποτελεσματική λειτουργικά έννομη δικαστική προστασία-, που εν τέλει θα εγγυώνται στο διηνεκές την «ανοιχτή» ολοκληρωματική διαδικασία και την αέναα εξελικτική ωρίμανση του ευρωπαϊκού «Συμπολιτειακού» Οικοδομήματος, πέρα και πάνω από

4 C. Antpöhler - J. Dickschen - S. Hentrei - M. Kottmann - M. Smrkolj - A. von Bogdandy, Reverse Solange - Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, σε Common Market Law Review, Τεύχος 49, Kluwer Law International B.V. 2012, σελ. 489 και J.W. Müller, A Democracy Commission of One's Own, or: What it would take for the EU to safeguard Liberal Democracy in its Member States, σε επιστ. επιμ. A. Jakab - D. Kochenov, Enforcement of EU Law, Oxfrord University Press, 2017, σελ. 234-251.

5 Τ. Γιαννίτσης, Κράτος, Διακυβέρνηση και ευρωπαϊκό σύστημα αξιών, στο Η Ελλάδα στην Ευρώπη, επιστημ. επιμελ.. Λ. Παπαδοπούλου - Κ. Γώγος - Μ. Πικραμένος, Ευρασία, 2019, σελ. 29-37.

τις έσωθεν και έξωθεν εμβόλιμες πολιτικο-συμφεροντολογικές παρεκκλίσεις και τις τυχόν επιμέρους σκοπούμενες εκπτωτικές του στρεβλώσεις από την ανταγωνιστική επενέργεια των Κρατών-μελών και της ίδιας της ανοιχτής Οικονομίας της Αγοράς. Άλλωστε, με τη ραγδαία νομοτελειακή μετεξέλιξη της Ενωσιακής Ενοποίησης, ειδικά μέσα και απότις δύσκολες ταλαντώσεις των αλλεπάλληλων κρίσεων της τελευταίας δεκαπενταετίας (χρηματοπιστωτική, δημοσιονομική, μεταναστευτική, υγειονομική, θεσμική, δικαιοπολιτική, ενεργειακή), έχει γίνει αποδεκτό ότι η ευρωπαϊκή Συμπολιτεία διαρκώς θ' αναδιαρθρώνεται, άλλοτε με πιο συνεπείς και άλλοτε με πιο βεβιασμένες «δικαιοπολιτειακές» παρεμβάσεις και αντιδράσεις, που το δικαιοδοτικό σύστημα απονομής της Δικαιοσύνης θα επιδιώκει είτε να θωρακίσει, είτε να τιθασεύσει σ' ένα πολυεπίπεδο δίκτυο ρυθμιστικών συσχετισμών. Σε κάθε περίπτωση, ωστόσο, τελικώς αναπλάθεται ένα αυτοτελές διακυβερνητικό πλέγμα εγγυήσεων, επιλογών, αναγκών, αλλά και προκλήσεων, που αναπόφευκτα αξιώνουν, αποζητούν και επιζητούν την ισορροπία των ρυθμιστικών παραμέτρων της Βιωσιμότητάς τους στην πολύπλευρη διελκυστίνδα των επάλληλων (και εν τέλει κοινών) συμφερόντων Ένωσης-Κρατών-Κοινωνίας-Αγοράς.

2. Αποτιμώντας τις «Συμπολιτειακές»[6] βάσεις της δικαιοκρατικής Βιωσιμότητας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο πρωτογενές δίκαιο των Συνθηκών είναι ξεκάθαρο πως πρωταγωνιστική θέση καταλαμβάνει η εμπέδωση, η θωράκιση και η προαγωγή των κοινών όρων και των συνθηκών του Κράτους Δικαίου, τόσο ως προς τη συνέπεια των πολιτικών αντι-δράσεων και των επιμέρους παρεμβάσεων των Κρατών- μελών, όσο και ως προς τη συνοχή των δράσεων και των πρωτοβουλιών της ίδιας της Ενωσιακής Διακυβέρνησης. Ήδη δε, από το Προοίμιο της Σ.Ε.Ε., τονίζεται η «προσήλωση»-δέσμευση της Ένωσης στις αρχές της ελευθερίας και της δημοκρατίας, στη

6 Περί Ευρωπαϊκής Συμπολιτείας και κοινών δικαικών αρχών βλ. γενικά Δ. Τσάτσος, Ευρωπαϊκή Συμπολιτεία, Για μία Ευρωπαϊκή Ένωση των Κρατών, των Λαών, των Πολιτών και του Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Πολιτισμού, Α.Α. Λιβάνη, 2007.

διαφύλαξη των ανθρώπινων δικαιωμάτων και του Κράτους Δικαίουμε συναθροιστικό αποδοτικό γνώμονα τις προοπτικές της Βιώσιμης Ανάπτυξης. Ενοποιητικές, δηλαδή, θεμέλιες αναφορές-κοινές συνισταμένες για την Ένωση και ταΚράτη-μέλη της, που επαναδιατυπώνονται και στο στρατηγικά ταυτοτικό και επίσης δομικό άρθρο 2 της Σ.Ε.Ε.. Ενώ παράλληλα με το… «πολύ - διαπραγματευόμενο» θεσμικά άρθρο 6 της Σ.Ε.Ε.,[7] ως προς το συγκλίνοντα «δικαιοαξιακό»[8] σεβασμό στις επιταγές της Ε.Σ.Δ.Α.,[9] όπως και με τη ρητή ισοδύναμη κανονιστικά ισχύ του Χ.Θ.Δ. της Ένωσης, το ενωσιακό Κράτος Δικαίου εμβαθύνει και διαχέει τη πολυδιάστατη «δικαιοπολιτειακή» συνταγματική του δυναμική προς τα Κράτη-Μέλη του, πέρα από τη μερικότερη σύνθεση μίας Κοινής Ευρωπαϊκής Αγοράς με αμιγώς οικονομοκεντρικές διακρατικές επιδιώξεις. Μετεξελίσσοντας τοιουτοτρόπως, αλυσιδωτά, και τον αντίστοιχο δικαιοδοτικό έλεγχο του Δικαστηρίου της Ένωσης, κατά ένα συνταγματικά ευθύ και δικαιοκρατικά ακτινοβόλο εγγυητικό διάλογο με την ανεξάρτητη δικαστική εξουσία των Κρατών-Μελών, ιδίως ως προς την πολυεπίπεδη λογοδοσία των εκτελεστικών δράσεων και των νομοθετικών παρεμβάσεων των ενωσιακών και εθνικών πολιτειακών οργάνων και μηχανισμών, ειδικά κατά την προάσπιση και τη σύνθεση των όρων της ευρωπαϊκής νομιμότητας και των κοινών έννομων συμφερόντων.

3. Με αυτόν τον οργανωτικά και θεσμικά βιώσιμο προσανατολισμό του σύγχρονου ενωσιακού συνταγματισμού γύρω από την ακτινοβολία και την κανονιστική ισχύ των εφαρμοστικών όρων και των συνθηκών του Κράτους Δικαίου, της διαφύλαξης των έννομων δικαιωμάτων και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας είναι ξεκάθαρο, και πλέον ολοένα πιο δι-

7 Μ. Παπαγεωργίου, Ευρωπαϊκός Συνταγματισμός και Ανθρώπινα Δικαιώματα, σε Δημόσιο Δίκαιο-www.publiclawjournal.com,Τεύχος 4, 2018, σελ. 447-466.

8 Σημ.: και βέβαια κατεξοχήν δικαιοκρατικές, κατά τη γνώμη του γράφοντος, παρά τις υπερέχουσες ενωσιακοκεντρικές επιφυλάξεις του Δ.Ε.Ε..

9 Βλ. το Προοίμιο της ΕΣΔΑ και το άρθρο 3 του Καταστατικού του Συμβουλίου της Ευρώπης για τους πυλώνες του Συμβουλίου της Ευρώπης, που με τη σειρά τους αποτελούν την ιστορική μήτρα και για τη ενοποιητική πολιτειακή μετεξέλιξη και το Ενωσιακού Οικοδομήματος (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm).

καιοπολιτικά αποδεκτό, πως παραμερίζονται -καταρχήν- οι αναχρονιστικές ultra vires επιφυλάξεις, ιδίως ως προς τα διακυβερνητικά ενωσιακά θεσμικά αντίβαρα επί των εθνικών έννομων τάξεων σ' ένα ενιαίο σύστημα Δικαίου. Διαχέοντας το πεδίο εφαρμογής και ενισχύοντας τις απαιτήσεις περί αποτελεσματικότητας του δικαίου της Ένωσης και του επ' αυτού ενωσιακού δικαιοδοτικού ελέγχου, ανενδοίαστα και συμπαγώς ανάμεσα στα Κράτη- μέλη στο σύνολο της ευρω-πολιτειακής διακυβερνησιμότητας και της επίδρασης που αυτή διαλαμβάνει στις παραπάνω κοινές θεσμικές και δικαιοκρατικές ενωσιακές δεσμεύσεις. Πλέον, με όλο και λιγότερες διακρατικές επιφυλάξεις και σαφώς πιο περιορισμένες θεσμικά «διαγκωνιστικές» - ανταγωνιστικές τάσεις συγκρουσιακήςυπεροχής ανάμεσα στην Ένωση και στα Κράτη-μέλη, το κανονιστικό πλαίσιο της διάρθρωσης, της οριοθέτησης και της ανάπτυξης των εκχωρούμενων διακυβερνητικών αρμοδιοτήτων, αλλά και η οριζόντια διαπολιτειακή διαφύλαξη των θετών εγγυήσεων του ενωσιακού Κράτους Δικαίου προσδιορίζονται με κοινή ταυτοτική αναφορά τις βιώσιμες εναρμονιστικές εγγυήσεις, επιδιώξεις και προσδοκίες του ενιαίου ευρωπαϊκού συνταγματισμού με όρους δικαιοπολιτικής αναγκαιότητας, αμοιβαίας εμπιστοσύνης, διακρατικής συνοχής και ισότητας, κρατικής ανεξαρτησίας και ιδιαιτερότητας,[10] αλλά και διακριτών και ευνομούμενων πολιτειακών περιθωρίων εκτίμησης, αντίστοιχου θεσμικού ελέγχου και ορίων σ' ένα ισορροπημένο και συγκλίνον διαπολιτειακό "check and balances" δημοκρατικής, αλλά και δικαιοδοτικής λογοδοσίας ανάμεσα στα Κράτη-μέλη και το ενωσιακό διακύβευμα.[11]

10 Σημ.: Περί σεβασμού της εθνικής συνταγματικής ταυτότητας και διακυβέρνησης εντός του εναρμονιστικού ενωσιακού συνταγματισμού βλ. άρθρο 4 παρ. 2 Σ.Ε.Ε. και άρθρο 52 Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε., όπως και άρθρο 11 Σ.Ε.Ε. περί συμμετοχικής δημοκρατίας στην Ένωση. Βλ. εκτενώς και Α. Βλαχογιάννης, Το Σύνταγμα στην ενιαία οικονομική διακυβέρνηση, Τάσεις και αλλοιώσεις του εθνικού συνταγματισμού, Σάκκουλας, 2018.

11 Βλ. γενικότερη εύστοχη προσέγγιση σε Α. Μεταξά, Μετά την Ευρώπη τι; στο Η κρίση του Κράτους Δικαίου στην Ε.Ε., επιμ. Α. Μεταξάς, Ευρασία, 2019, ιδίως σελ.38-44. Σημαντικός δε και ο παραδοσιακά εγγυητικός ρόλος του Δικαστηρίου της Ένωσης ως προς την υπερέχουσα τήρηση, την επιβλητική καθιέρωση και την ισόρροπα εναρμονιστική ερμηνεία του δικαίου των Συνθηκών με βάση της αρχές της νομιμότητας, της διάκρισης των Λειτουργιών και της εθνικά εκχωρηθείσας αρμοδιότητας των κοινοτητών/ενωσιακών οργάνων και θεσμών.

4. Γι' αυτό και, αντιφατικά της παραπάνω ευρω-διακυβερνητικής συνταγματικής μετεξέλιξης, οι αλλεπάλληλες κρίσεις και υφιστάμενες αμφισβητήσειςτων πιέσεων της πραγματικότητας και των «αυτονομιστικών» διακρατικών πολιτικώνσυσχετισμών εντός του ενωσιακού Οικοδομήματος της Ε.Ε. θέτουν προ των πυλών επιπρόσθετες θεσμικές προκλήσεις. Άκρως δυσχερέστερες, μάλιστα, από εκείνες των χρόνων της πάλαι ποτέ Ε.Ο.Κ., ειδικά σε σχέση με την αλυσιτελή ενεργοποίηση και την παρεκκλίνουσα απόδοση των ως άνω θεσμικών (και σαφώς ώριμα δικαιοκρατούμενων) κεκτημένων, επαπειλώντας πλέον τα ίδια τα υπαρξιακά θεμέλια του κοινού ευρωπαϊκού δικαιοκρατισμού και της ουσιαστικής κανονιστικής του ισχύος. Καθώς στην ουσία τους αμφισβητούν, όχι απλώς ένα διακηρυκτικό συμβατικό πλαίσιο υπερεθνικής-διεθνούς «καλοπιστίας» και διακρατικών "soft law" συναινέσεων, αλλά τη συνεπή εφαρμοστική απόδοση[12] και ουσία του ίδιου του ενωσιακού Κράτους Δικαίου, αναφορικά με τις θεμελιώδεις προσδοκίες συνοχής της βιωσιμότητάς του σε επίπεδο έννομης ενσωμάτωσης και αποτελεσματικότητας. Μάλιστα, με την εν λόγω σκόπιμη και διάσπαρτη υποβάθμιση του ενωσιακού δικαιοκρατισμού και συνταγματισμού,[13] ιδίως μέσα από την αντιθεσμική συμπεριφορά ορισμένων Κρατών-μελών, παρεισφρέουν και επιβάλλονται διακρατικά κατακερματισμένα ανταγωνιστικά συμφέροντα με σαφείς εκπτωτικές τάσεις και a la carte συγκρουσιακές παρεμβάσεις σχετικά με την ουσία και τον προορισμό του. Με τελικούς χαμένους την ίδια την ευρωπαϊκή συνοχή, την ισόρροπη κοινωνικο- οικονομική ευημερία των ευρωπαίων πολιτών και τη διακριτή μεν, συντεταγμένη δε, πολιτειακή πρόοδο των Κρατών-μελών, κατά την υπαναχώρηση - οπισθοχώρηση των βιώσιμων όρων του Κράτους Δικαίου της Ευρωπαϊκής Συμπολιτείας· σ' ένα φαύλο κύκλο

12 Βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης μέσα από τις πρόσφατες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, www.prevedourou.gr/h-ανεξαρτησία-της-δικαιοσύνης, 2020 και C. Yannakopoulos, La déréglementation constitutionnelle en Europe, Sakkoulas Publications, 2019, σελ. 159 επ..

13 Σημ.: Περί ευρωπαϊκού συνταγματισμού υπό τη θεώρηση του «επαυξημένου Συντάγματος» βλ. Ε. Βενιζέλος, Δικαστικός Έλεγχος της Συνταγματικότητας των Νόμων και Ερμηνεία του Συντάγματος, Σάκκουλας, 2022, σελ. 59 επ..

επιμέρους μικροπολιτικής ατζέντας, τόσο προς το εσωτερικό της, όσο και προστο διεθνές στερέωμα για τη διαρθρωτική και (επιτακτικά) κοινή αντιμετώπιση των παγκόσμιων προβληματικών, αναγκών και κινδύνων. Εξ αυτού του λόγου, η προάσπιση των όρων και των ορίων του Κράτους Δικαίου εντός της Ενωσιακής συνεκτικότητας και εμπιστοσύνης ανάμεσα στα Κράτη-μέλη στοιχειοθετεί και εκφράζει ένα κρίσιμο διακύβευμα καταρχάς επιβίωσης και συνακόλουθα προόδου της αέναης ευρωπαϊκής ενοποιητικής διαδικασίας που αποτελεί περισσότερο μία διαρκή, διεκδικήσιμη και εξελισσόμενη διακυβερνητική προοπτική-ζύμωση, παρά ένα δεδομένο διακηρυκτικό θεσμικό θέσφατο. Έτσι, υπό αυτές τις περιστάσεις, οργανωτικά, η Βιωσιμότητα του ενωσιακού Κράτους Δικαίου επαφίεται στον πυρήνα της, όσο ιδεαλιστικό και μοραλιστικό και αν φαίνεται, στην κανονιστική δυναμική και ενδεδειγμένη εφαρμογή των αρχών της διακρατικής αλληλεγγύης και της θεσμικής δημοκρατικής διαφάνειας. Ήτοι, μέσα από την προώθηση της αμοιβαίας εμπιστοσύνης και της συμπεριληπτικής ισορροπίας των αλληλεπιδρώμενων διαπολιτειακών συμφερόντων και των επιμέρους παράλληλων κοινωνικο - οικονομικών και δικαιοπολιτικών διεκδικήσεων, με τρόπο ορθολογικό, διάφανο, αλλά και αξιακό ως προς την καλλιέργεια της συνέπειας και της αποδοτικότητας του ενωσιακού δικαιοκρατισμού. Κάτω από αυτές τις βάσεις και προσανατολισμό, συνακόλουθα τίθεται σε δυναμική ρυθμιστική εφαρμογή και το αντίστοιχο «λειτουργικό» πλαίσιο των όρων της Βιωσιμότητας. Με την αποτελεσματική και συνεπή δικαιοκρατική «ενσωμάτωση» των έννομων όρων της Βιώσιμης Ανάπτυξης στο σύνολο-πλέγμα των ενωσιακών δράσεων και πολιτικών και των επακόλουθων εθνικών αντιδράσεων να προδιατίθενται στο εναρμονισμένο «σύστημα δικαίου» κατά τις αντίστοιχες διαδικαστικές και ουσιαστικές απαιτήσεις μίας εγγυημένης δικαιοδοτικής λογοδοσίας από τα εθνικά και ευρωπαϊκά Δικαστήρια, υπό το αντίστοιχο πρίσμα μίας συναφώς οριοθετημένης και διακριτής δημοκρατικής και τεχνοκρατικής απόδοσης ανάμεσα στις Κυβερνήσεις των Κράτων-μέλων, στουςδιακυβερνητικούς

φορείς της Ε.Ε. και στην ίδια την κοινή Αγορά.[14] Ως μείζονα δε συνταγματικά ταυτοτικά στοιχεία της Βιώσιμης Ανάπτυξης της Ευρωπαϊκής Συμπολιτείας και παράλληλα σημαντικές αξιακές παράμετροι των προδιαγραφών του ενωσιακού Κράτους Δικαίου ανάμεσα στον κοινωνικό δικαιωματισμό της ευρωπαϊκής Κοινωνίας των Πολιτών και στον ρυθμιστικό φιλελευθερισμό της κοινής Οικονομίας της Αγοράς, οι αρχές της αλληλεγγύης και δημοκρατικής ισορροπίας, ειδικά την τρέχουσα περίοδο των ρηξικέλευθων «κοινού συμφέροντος» προκλήσεων, από την κλιματική αλλαγή μέχρι τη λαϊκίστικη καταστρατήγηση επιμέρους εθνικών πολιτειακών θεσμών, επί της ουσίας διαπνέουν τη δικαιοπαραγωγική προώθηση των πλέον καίριων και επιτακτικών διαπολιτειακών παρεμβάσεων με διαγενεακή αναφορά και ενότητα, αλλά και με εξισορροπημένα πολυδιάστατο και αμοιβαίο μεταρρυθμιστικό πλουραλισμό ανάμεσα στα Κράτη - μέλη (unity indiversity)·[15] κατά τα συνταγματικά πρότυπα ενός κοινού σύγχρονου ενωσιακού Κοινωνικού Συμβολαίου «ελευθερίας, ισότητας και αδελφοσύνης».[16] Ενός ιδιότυπου δικαιοκρατούμενου Κοινωνικού Συμβολαίου, που επανα-επικυρώνεται, επανακαθορίζεται και εν τέλει ενδυναμώνεται -τουλάχιστον μέχρι στιγμής- σε κάθε περίπτωση αμφισβήτησης και ανατροπής του, παρά τις διάσπαρτες και επιτηδευμένες δικαιοπολιτικά συγκρουσιακές σκοπιμότητες, αφενός του έντονα αναδυόμενου διακυβερνητικού λαϊκισμού και αφετέρου των αμιγώς μονεταριστικών πιέσεων της ανοιχτής Αγοράς.[17] Άλλωστε, σήμερα, η ερμηνευτική και θεσμική υπεροχή της Ένωσης Δικαίου στη δικαιοπαραγωγική ταυτότητα

14 Βλ. διατάξεις άρθρου 114 παρ. 1 έως 10 της Σ.Λ.Ε.Ε. για τη διαμόρφωση των κοινών, αλλά διαφοροποιημένων έννομων συμφερόντων και αναγκών των Κρατών-μελών, ιδίως σε ζητήματα δημοσίου συμφέροντος, κοινωνικής πολιτικής και περιβαλλοντικής προστασίας.

15 L. Besselink, The Primacy of the Rule of Law and Member States' Constitutional Identities, σε επιστημ. επιμ. A. Rosas- J. Raitio - P. Pohjankoski, The Rule of Law's Anatomy in the EU: Foundations and Protections, Hart Publishing, 2023, σελ. 74.

16 Μ. Παπαγεωργίου, Αφιέρωμα: 230 χρόνια μετά την επίδραση της Γαλλικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου», www.syntagmawatch.gr/trending- issues/, 08/2019.

17 Jean - Claude Juncker, Ομιλία του Προέδρου της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τις συνθήκες, τις προκλήσεις και τις προοπτικές της Ένωσης το 2017, διαθέσιμο στον διαδικτυακό τόπο https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_17_3165

της Ε.Ε. επιδιώκει να εγκολπώσει τα βέλτιστα και κοινά συνταγματικά πρότυπα των Κρατών-μελών[18] με τρόπο αναδεικτικό και διασφαλιστικό επί των κοινών θεσμικών, διακυβερνητικών και «δικαιωματικών» τους επιδιώξεων, μέσα τόσο από την υπερεθνική ενωσιακή πρωτοβουλία, όσο και από την εκάστοτε πολιτειακή εθνική αντίδραση με ασκήσεις «ενωσιακοκεντρικής» αλληλέγγυας εναρμόνισης σ' ένα βελτιστοποιητικό minimum έννομων προτύπων και αυτοδεσμεύσεων, έναντι μίας αδόκιμης ιεραρχικής και διχαστικής σύγκρουσης των επιμέρους έννομων τάξεων και συμφερόντων.

5. Με αναμοχλευτήρια πίεση τις αλλεπάλληλες θεσμικές κρίσεις κατά την (ως επί το πλείστον θετική)[19] αντιμετώπιση ιστορικών προκλήσεων την τελευταία δεκαπενταετία που διαρκώς προδιαθέτουν αρνητικές συνθήκες ως προς τη βιωσιμότητα της ενωσιακής διακυβέρνησης και της ευρωπαϊκής έννομης τάξης (βλ. ελληνική δημοσιονομική κρίση, κρίση Brexit, κρίση του Κράτους Δικαίου από τις σκοπούμενες δικαιοπολιτικές παρεμβάσεις των κυβερνήσεων της Ουγγαρίας και της Πολωνίας, την προβληματική της Κλιματικής Αλλαγής, το Μεταναστευτικό κ.λπ.) οι εγγυήσεις και οι απαιτήσεις τήρησης και διαφύλαξης των αποδοτικών όρων και των ρυθμιστικών προδιαγραφών της έννοιας - πλαίσιο του Κράτους Δικαίου αναδύονται καταλυτικά στη διαμόρφωση ενός δικτύου ασφαλείας, που διεκδικεί τη συνοχή των Κρατών - μελών και την αντοχή της Ένωσης Δικαίου κάτω από τις κοινές[20] και αλληλέγγυες συνισταμένες των ουσιαστικών δημοκρατικών αρχών, του αξιακού δικαιοκρατισμού και της αποτελεσματικής επ' αυτών δικαιοδοτικής λειτουργίας του συστήματος απονομής της Δικαιοσύνης. Το, για τους πολέμιους της ενωσια-

18 Σημ.: Κατά αυτό το σκεπτικό δομείται η πλουραλιστική συνταγματική ταυτότητα της Ένωσης ως συνάρθοισμα διαφορετικών έννομων τάξεων με εναρμονιστικές συγκλίσεις βλ. άρθρο 67 παρ. 1 Σ.Λ.Ε.Ε. , 4 παρ. 2 Σ.Λ.Ε.Ε. και άρθρο 52 παρ. 4 Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε.

19 Βλ. Χ. Ράμμος, www.constitutionalism.gr/2019-11-rammos-evropi-koinotita-dikaiou.

20 Σημ.: Βλ. την απόφαση Wightman (C-621/18) με αφορμή τις διαδικασίες του Brexit, στη σκέψη 63 αποτυπώνεται η έννοια των κοινών δικαιικών αξιών και η αρχή της αμοιβαιότητας: «η Ένωση απαρτίζεται από κράτη που έχουν αποδεχθεί ελεύθερα και οικειοθελώς τις ως άνω αξίες, οπότε το δίκαιο της Ένωσης στηρίζεται στη θεμελιώδη παραδοχή ότι κάθε κράτος μοιράζεται τις εν λόγω αξίες με όλα τα υπόλοιπα κράτη μέλη και αναγνωρίζει ότι και αυτά τις αποδέχονται όπως το ίδιο».

κής δικαιοκρατικής ενοποίησης, αφηρημένο πολιτικά, διακηρυκτικά soft law και γενικόλογα «κατευθυντήριο» άρθρο 2 της Σ.Ε.Ε. στις ημέρες μας αξιακά διαλαμβάνει ένα όλο και πιο συμπαγές κανονιστικό[21] πλέγμα ερμηνευτικής εφαρμογής, τόσο σε επίπεδο νομολογιακής ερμηνείας και δικαιοδοτικού αξιολογικού ελέγχου, όσο και σε επίπεδο εφαρμοσμένης παραγωγής δικαίου (από πλευράς νομοθετικής πρωτοβουλίας και διοικητικής εκτελεστότητας).[22] Ενώ το κυρωτικό αυτού άρθρο 7 της Σ.Ε.Ε.[23], όσους δικαιοπολιτικούς περιο-

21 Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα Δ.Ε.Ε. P. Maduro, Υπόθεση C-127/07, σκ. 16.

22 Βλ. Άρθρο 2 Σ.Ε.Ε. : Η Ένωση βασίζεται στις αξίες του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, της ελευθερίας, της δημοκρατίας, της ισότητας, του κράτους δικαίου, καθώς και του σεβασμού των ανθρώπινων δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων των προσώπων που ανήκουν σε μειονότητες. Οι αξίες αυτές είναι κοινές στα κράτη μέλη εντός κοινωνίας που χαρακτηρίζεται από τον πλουραλισμό, την απαγόρευση των διακρίσεων, την ανοχή, τη δικαιοσύνη, την αλληλεγγύη και την ισότητα μεταξύ γυναικών και ανδρών.

23 Βλ. Άρθρο 7 Σ.Ε.Ε.:
Το Συμβούλιο δύναται, βάσει αιτιολογημένης προτάσεως του ενός τρίτου των κρατών μελών, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου ή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, αποφασίζοντας με την πλειοψηφία των τεσσάρων πέμπτων των μελών του και κατόπιν της έγκρισης του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, να διαπιστώσει την ύπαρξη σαφούς κινδύνου σοβαρής παραβίασης από κράτος μέλος των αξιών του άρθρου 2. Το Συμβούλιο, προτού προβεί στη διαπίστωση αυτή, ακούει το εν λόγω κράτος μέλος και δύναται, αποφασίζοντας με την ίδια διαδικασία, να του απευθύνει συστάσεις. Το Συμβούλιο επαληθεύει τακτικά ότι εξακολουθούν να ισχύουν οι λόγοι που οδήγησαν στη διαπίστωση αυτή.
Το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, αποφασίζοντας ομόφωνα μετά από πρόταση του ενός τρίτου των κρατών μελών ή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και αφού λάβει την έγκριση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, δύναται να διαπιστώσει την ύπαρξη σοβαρής και διαρκούς παραβίασης από κράτος μέλος των αξιών του άρθρου 2, αφού καλέσει το εν λόγω κράτος μέλος να υποβάλει τις παρατηρήσεις του.
Εφόσον γίνει η αναφερόμενη στην παράγραφο 2 διαπίστωση, το Συμβούλιο δύναται να αποφασίζει, με ειδική πλειοψηφία, την αναστολή ορισμένων δικαιωμάτων τα οποία απορρέουν από την εφαρμογή των Συνθηκών ως προς το εν λόγω κράτος μέλος, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων ψήφου του αντιπροσώπου της κυβέρνησης αυτού του κράτους μέλους στο Συμβούλιο. Ενεργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο, το Συμβούλιο λαμβάνει υπόψη τις πιθανές συνέπειες μιας τέτοιας αναστολής στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις φυσικών και νομικών προσώπων. Οι υποχρεώσεις του εν λόγω κράτους μέλους, δυνάμει των Συνθηκών, εξακολουθούν, εντούτοις, να δεσμεύουν αυτό το κράτος μέλος.
Το Συμβούλιο δύναται να αποφασίσει, εν συνεχεία, με ειδική πλειοψηφία, να μεταβάλει ή να ανακαλέσει μέτρα που έχουν ληφθεί σύμφωνα με την παράγραφο 3, ανάλογα με τις μεταβολές της καταστάσεως, η οποία οδήγησε στην επιβολή τους.
Ο τρόπος ψηφοφορίας που, για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, εφαρμόζεται στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο και στο Συμβούλιο καθορίζεται στο άρθρο 354 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

ρισμούς και αν επιδέχεται από τους εκάστοτε διακρατικούς συσχετισμούς, και παρά την περιπλοκότητά του αποτελεί ένα σημαντικό ελεγκτικό-λογοδοτικό μηχανισμό για την τήρηση και την προάσπιση των διακυβερνητικών επιταγών και των δικαιικών αξιών του άρθρου 2 της Σ.Ε.Ε. με προληπτικές,[24] αλλά και κατασταλτικές[25] παρεμβάσεις έναντι των Κρατών-μελών που προκλητικά και επιτηδευμένα παρεκκλίνουν[26] από το δικαιοαξιακό πλαίσιο της Ένωσης. Παρόλα αυτά, αυτό το κατεξοχήν διακρατικό και πολιτικο-κεντρικό[27] εγγυητικό

Από τις ως άνω διατάξεις προκύπτουν οι δικαιοπολιτειακές και διαδικαστικές θεσμικές δυσκολίες για την ενεργοποίηση του άρθρου 7, όπως χαρακτηριστικά είναι η δυσχέρεια πλήρως εμπεριστατωμένης τεκμηρίωσης-αναφοράς σε σχέση με τη γενικότητα που παρατίθενται οι όροι που επιβάλλεται να εξεταστούν για την εξακρίβωση τέτοιων δικαιο-αξιακού βάρους και θεμελιώδους σημασίας παραβάσεων ενάντια του Κράτους Δικαίου και της ευρω-διακυβερνητικής πολιτειακής του οργάνωσης. Περιστάσεις που χρήζουν ευθέως ενός αντίστοιχα συνεκτικού και διακριτού δικαιοδοτικού δικαστικού ελέγχου. Πως οριοθετείται άλλωστε η «σοβαρή και διαρκής παραβίαση» των δικαιικών αξιών του άρθρου 2 της Σ.Ε.Ε. ή ο επαπειλούμενος «κίνδυνος σοβαρής παραβίασης από κράτος μέλος», όταν η ερμηνευτική ελεγκτική διαδικασία και ουσία προσδιορίζεται πολιτικά από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο ή την Επιτροπή με έγκριση των συσχετισμών του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου, δίχως την ανάλογη δικαστική έννομη κρίση με την αντίστοιχη ευκρινή δικαιοδοσία που έχει (ήδη) το Δ.Ε.Ε. στην πράξη, ασχέτως της μη ευθείας σχετικής πρόβλεψης, ειδικά για τις εν λόγω προκλήσεις στο επίμαχο άρθρο 7, όπου αναπτύσσεται αποκλειστικά μέσα από τις διαδικασίες του άρθρου 354 της Σ.Λ.Ε.Ε.. Απαιτώντας την ισχυρή πλειοψηφική και κατεξοχήν φύσει πολιτική συναίνεση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και θεσμοθετώντας την επιβολή κυρώσεων από την Ένωση σε Κράτος- μέλος, χωρίς να έχει προηγηθεί απόφαση ενός ανεξάρτητου δικαιοδοτικού δικαστικού οργάνου. Μία εσφαλμένη πρακτική που θέτει υπό αμφισβήτηση δομικά τα πρότυπα και το περιεχόμενο του Κράτους Δικαίου της Ε.Ε. σε σχέση με τον έλεγχο και την άσκηση της δημόσιας εξουσίας από μία ανεξάρτητη Δικαιοσύνη που διασφαλίζει την αποτελεσματική έννομη δικαστική προστασία και προς τους διοικούμενους και προς τα συμβαλλόμενα Κράτη-μέλη, κατά πλήρη διαφάνεια του ελέγχου νομιμότητας και των δομικών παραβιάσεων του ευρωπαϊκού δικαίου. Θέση υπέρ του ευθύ δικαιοδοτικού ελέγχου και της άμεσης μεταβίβασης της σχετικής δικαιοδοτικής αρμοδιότητας από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο στο Δ.Ε.Ε. στο πλαίσιο της διαπίστωσης παραβάσεων του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε. βλ. και σε Μ. Περάκη, Από την πολιτική πίεση στο δικαστικό εξαναγκασμό: Η περίπτωση της Πολωνίας ως τομή στη διασφάλιση του Κράτους Δικαίου στην Ε.Ε., στο: Κράτος Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση: Κεκτημένο ή ζητούμενο; σε επιστημ. επιμ. Μ. Χρυσομάλλη, Digesta, 2021, σελ. 78-79.

24 Βλ. τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε.

25 Βλ. τις διατάξεις της παρ.2 και 3 του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε.

26 L. Bustikova - P. Guasti, The Illiberal Turn or Swerve in Central Europe? Politics and Governance Τεύχος 5, Cogitatio, 2017, σελ. 166.

27 Σημ.: Υπενθυμίζεται άλλωστε πως το άρθρο 7 της Σ.Ε.Ε. θεσπίστηκε με τη συνθήκη του

εργαλείο για την αξία και τη βιωσιμότητα του ευρωπαϊκού δικαιοκρατισμού επιβάλλεται, μέσα από την αναπόδραστη ωρίμανση του εφαρμοσμένου ενωσιακού συνταγματισμού, να ενισχυθεί απόλυτα αποφασιστικά και συντεταγμένα σ' επίπεδο ευθείας, πλέον, κυρωτικής-ελεγκτικής δικαιοδοτικής λογοδοσίας από πλευράς δικαστικού ελέγχου, με τη μεταβίβαση των σχετικών έννομων κρίσεων-εκτιμήσεων από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο στο Δ.Ε.Ε. με αποκλειστικό σκοπό τη συνεπή δικαιική ερμηνεία και τη διάχυτη κανονιστική ισχύ των θεμελιωδών δικαιικών αρχών του Κράτους Δικαίου.[28]

Με τη δικαιοδοτική εκχώρηση άλλωστε της συγκεκριμένης ελεγκτικής αρμοδιότητας στο Δ.Ε.Ε. διασφαλίζεται πληρέστερα: αφενός η εναρμονισμένη απόδοση του κοινού ευρωπαϊκού δικαιοκρατισμού κάτω από συγκεκριμένα ρυθμιστικά πρότυπα και αποδοτικές έννομες συγκλίσεις, και αφετέρου η επιτελική τήρηση της διάκρισης των Λειτουργιών σ' ένα πολυεπίπεδο σχήμα ευρωπαϊκής διακυβέρνησης, που διατίθεται υπέρ των κοινών συνισταμένων των κανονιστικών όρων και των θεσμικών ορίων του Κράτους Δικαίου. Θεσπίζοντας έτσι ένα κατεξοχήν και βαθιά δικαιοπολιτειακό τροχοπέδη σ' ευθέως παραμορφωτικές και καιροσκοπικές στρεβλώσεις του τελευταίου, δίχως να (εκ-) τίθεται για την αποτίμησή του στην πολιτική διαπραγμάτευση-διάπλαση των συνθηκών και των αξιών του.

Άμστερνταμ ως κατεξοχήν πολιτική διαδικασία μπροστά στην πρόκληση ένταξης νέων κρατών μελών ειδικά από την Ανατολική Ευρώπη και τα Βαλκάνια με σοβαρότατα μέχρι τότε πολιτειακά ελλείμματα σχετικά με την απονομή της δικαιοσύνης και τον σεβασμό των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Βλ. Γ. Βαλασίδης, Ερμηνεία άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε. - Η παραβίαση των θεμελιωδών αρχών της Ένωσης, σε επιστ. επιμ. Β. Σκουρή, Συνθήκη της Λισαβόνας, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σάκκουλας, 2020, σελ. 102- 105.

28 Σημ.:Υφίσταται ευθεία κριτική για το διακυβερνητικό χαρακτήρα και τους πολιτικούς συσχετισμούς που περιβάλλει την όλη διαδικασία και πρωτοβουλία για την επιβολή συστάσεων ή κυρώσεων σε περίπτωση καταστρατήγησης των δικαιοαξιακών επιταγών του άρθρου 2 της Σ.Ε.Ε. βλ. Π.Αργαλιάς, Οι ενωσιακοί μηχανισμοί διασφάλισης του Κράτους Δικαίου στα Κράτη-μέλη της Ε.Ε., σε επιστ. επιμ. Μ. Χρυσομάλλη, Η αρχή του κράτους δικαίου στην έννομη τάξητης Ε.Ε., Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 88 επ., βλ. και D. Kochenov, Busting the Myths Nuclear: A Commentary on Article 7 TEU, EUI Working Paper LAW 2017/10, European University Institute, 2017.

6. Γίνεται αποδεκτό, ότι με το άρθρο 2 της Σ.Ε.Ε. προβάλλεται και αναδεικνύεται η Ένωση Δικαίου και η Κοινότητα των Αξιών[29] της ίδιας της Ένωσης, αλλά και των Κρατών-μελών, με βάση τις διαχρονικά κοινές πολιτειακές αξίες και διακυβερνητικές αρχές που οικοδομούν κοινές επιδιώξεις και δεσμεύσεις, πέρα της δημιουργίας μίας ενιαίας Κοινότητας της Αγοράς.[30] Συντίθεται, λοιπόν, «από την Ένωση» και «για την Ένωση» μία κοινή και αλληλέγγυα συνταγματική ταυτότητα δημοκρατικών προτύπων,[31] κοινωνικής δικαιοσύνης και δικαιοκρατούμενου πλαισίου, αμφίδρομου και διάχυτου ελέγχου και διεκδικήσεων ανάμεσα στα Κράτη- μέλη, την ευρωπαϊκή πλουραλιστική Κοινωνία των Πολιτών, την κοινή Οικονομία της Αγοράς, αλλά και την ίδια την Ένωση ως διακριτό διαπολιτειακό θεσμικό πλαίσιοκαι αυτοτελή νομική - υπερνομοθετική διακυβερνητική οντότητα, σύμφωνα και με το πολυεπίπεδο πλαίσιο των αντίστοιχων δοτών αρμοδιοτήτων της.[32] Με τη ρητή δε, δικαιοκρατική κατοχύρωση των θεμελιωδών δικαιικών αρχών, των κοινών πολιτειακών εγγυήσεων και των συνταγματικών δικαιωμάτων στο νομικό θετικισμό κατά την περαιτέρω καταστατική συμπερίληψη στο πρωτογενές δίκαιο του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε.,[33] αλλά και με τη παράλληλη ευρύ-

29 J. Larik, From Speciality to a Constitutional Sense of Purpose: On the Changing Role of the Objectives of the European Union, The International and Comparative Law Quarterly, Τεύχος 63, Cambridge University Press, 2014, σελ. 935 επ.. Βλ. και Δ.Ε.Ε. C-619/18 Επιτροπή κατά Πολωνίας παρ. 42 και 43, L.D.Spieker, Breathing Life into the Union ' s Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crises, σε German Law Journal, Τεύχος 20, Cambridge University Press, σελ. 1182 και σελ. 1199.

30 Σημ.:Η Ε.Ε. παρά τις οικονομοκεντρικές της καταβολές καταρχάς ως Οικονομική Κοινότητα άρχισε ήδη κατά την πρώιμη περίοδο της θεμελίωσής της να στηρίζει την συστατική και τη δυναμική της υπόσταση ως «Κοινότητα Δικαίου» κυρίως μέσα από τις δικαιοδοτικές ερμηνευτικές κρίσεις που απέδιδε το τότε Δ.Ε.Κ. Βλ. Δ.Ε.Κ., Les Verts C-294/83 παρ. 23, Δ.Ε.Κ. C-101/87 παρ. 5, Δ.Ε.Κ. C-15/00 "Community based on the rule of law".

31 H.C. H. Hofmann - C. Rowe - A. H. Turk, Administrative Law and Policy of the European Union, Oxford University Press 2011, σελ., 145-148. Βλ. Δ.Ε.Κ. C-138/79 Roquette κατά Συμβουλίου παρ. 33και Δ.Ε.Κ.C-300/89 Επιτροπή κατά Συμβουλίου (Titanium dioxide) περί δημοκρατικής αρχής, κατά ταπρώτα στάδια, της προ Συνθήκης Μάαστριχτ, περιόδου της ευρωπαϊκής Κοινότητας.

32 N.W. Barber, The Principles of Constitutionalism, Oxford University Press, 2018, σελ. 85, βλ. και άρθρο 3 παρ. 2 και 5 της Σ.Ε.Ε. και άρθρα 4 και 5 της Σ.Ε.Ε.

33 Μ. Παπαγεωργίου, Η προστασία του περιβάλλοντος και η Οικονομική Ελευθερία, από τη

τατη διαφύλαξη της δίκαιης ισορροπίας σε σχέση με την Ε.Σ.Δ.Α, υπό τα κοινώς αναγνωρισμένα και νομιμοποιητικά δημοκρατικά περιθώρια εκτίμησης του κάθε Κράτους - μέλους,[34] το ίδιο το Δικαστήριο της Ε.Ε. αξιώνει και δέχεται ότι διαθέτει μία διακριτή ερμηνευτική δυναμική για την αντίστοιχη δικαιοδοτική προάσπιση της ασφάλειας του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου και τη διαπολιτειακή ανάδειξη της ευρωπαϊκής έννομης τάξης. Προσπερνώντας τα περιοριστικά αδιέξοδα μίας κατακερματισμένης κατεξοχήν πολιτικής (και εν πολλοίς διχαστικής) θεώρησης, που απομειώνει και τις αντίστοιχες ισορροπίες των επιβεβλημένων θεσμικών αντιβάρων επί μίας πολυεπίπεδης δημόσιας διακυβέρνησης στο σύνολο της ευρωπαϊκής έννομης τάξης.[35] Στην ουσία, όσο σύνθετες και ανφαίνονται οι παραπάνω συναρτήσεις, ο σύγχρονος εγγυητικός δικαιοδοτικός έλεγχος του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου, επί του πρακτέου, από το ίδιο το Δ.Ε.Ε. σε ανοιχτή, μάλιστα, διαλεκτική με την αποτελεσματική δικαστική προστασία που (επιβάλλεται) ν' αναπτύσσεται διάχυτα από τα εθνικά Δικαστήρια των Κρατών - μελών προσδίδει μία βαθιά αξιακή θεσμική εγγύηση-αντίβαρο επί των επιμέρους στρεβλώσεων, όπου ακόμα και το λειτουργικό δημοκρατικό έλλειμα που καταλογίζεται στην Ένωση ως προς τη φεντεραλιστική της οργάνωση[36] τίθεται προς μία εξισορ-

σύγκρουση συμφερόντων στη Βιώσιμη Ανάπτυξη: Η αρχή της εναρμονισμένης ενσωμάτωσης στο εθνικό και ευρωπαϊκό Δημόσιο Δίκαιο, Σάκκουλας/E.P.L.O., 2022, σελ. 157 επ.

34 Μ. Παπαγεωργίου, Η προστασία του περιβάλλοντος και η Οικονομική Ελευθερία, από τη σύγκρουση συμφερόντων στη Βιώσιμη Ανάπτυξη: Η αρχή της εναρμονισμένης ενσωμάτωσης στο εθνικό και ευρωπαϊκό Δημόσιο Δίκαιο, Σάκκουλας/E.P.L.O., 2022, σελ. 166 επ. και 635 επ.

35 Σημ.: «όταν τα εσωτερικά θεσμικά αντίβαρα έχουν εξουδετερωθεί» για την ενωσιακή προάσπιση του Κράτους Δικαίου, βλ. εκτενώς Λ. Παπαδοπούλου, Το Κράτος δικαίου στην Ευρώπη και ο αυταρχικός λαϊκισμός ως «δούρειος ίππος» για την άλωσή του, σε Τιμητικό Τόμο για την Κατερίνα Σακελλαροπούλου, Το Βιώσιμο Κράτος, Ε.Ε.Δ.Π., Σάκκουλας, σελ. 64.

36 D Grimm, The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case, σε European Law Journal, Τεύχος 21, Wiley Online Library 2015, σελ. 460 και G. Majone, Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, σε European Law Journal, Τεύχος 4, Blackwell Publishers Ltd. 2002, σελ. 5επ. A Moravcsik, In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union, Journal of Common Market Studies, Τεύχος 4, Blackwell Publishers Ltd., 2002, σελ. 603, βλ. και S. Hix, What's Wrong with the Europe Union and How to Fix It, Polity Press, 2008.

ροπιστική αποκατάσταση εν μέσω του ως άνω συνεπή αξιακού και συνεκτικού δικαιοκρατισμού, που τείνει και καταλήγει μάλιστα να ελέγχει ακόμα και την αποτελεσματική τήρηση των ίδιων των δημοκρατικών διαδικασιών και αξιών σε διακρατικό επίπεδο.

7. Άλλωστε, σύμφωνα με όλες αυτές τις θεσμικές συνέργειες γίνεται πλέον αδιαπραγμάτευτη συνείδηση δικαίου -και όχι μόνο στρουθοκαμηλίζον… διακρατικό διακύβευμα- ότι το δικαιοαξιακό κεκτημένο-ζητούμενο του Κράτους Δικαίου[37] δεν στοιχειοθετεί μόνο μια σειρά απαραίτητων διακρατικών πολιτειακών προϋποθέσεων ένταξης, προσχώρησης και ενσωμάτωσης στην ευρωπαϊκή Οικογένεια, κατ' άρθρο 49 της Σ.Ε.Ε.[38] με βάση και τα πρότυπα της Συνόδου της Κοπεγχάγης του 1973[39] ή κατ' άρθρο 21 παρ. 1 της Σ.Ε.Ε. στο πλαίσιο των εξωτερικών σχέσεων,[40] είτε για τη σύναψη διεθνών εμπορικών συμφωνιών, είτε εντός του ευρύτερα συνεργατικού Ε.Ο.Χ..[41] Εξίσου

37 Δ. Αναγνωστοπούλου, Η Αξιακή ταυτότητα της Ε.Ε. : Οικοδόμηση και χαρακτηριστικά, σε Digesta, Κράτος Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση: Κεκτημένο ή ζητούμενο; σε επιστημ. επιμ. Μ. Χρυσομάλλη,2021, σελ. 43.

38 Βλ. Γεν. Δικαστήριο Ε.Ε. Τ-348/14 σκ. 98, Τ-346/14 σκ. 97 και Τ- 340/14 σκ. 87, Π. Παυλόπουλος, Η κρίση του Κράτους Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση στο Η κρίση του Κράτους Δικαίου στην Ε.Ε., επιμ. Α. Μεταξάς, Ευρασία, 2019, σελ. 22 και Χρ. Ράμμος, Κρίση του Κράτους Δικαίου στην Ευρώπη.Μία ακόμη ευρωπαϊκή κρίση ή βαθύτερη και υπαρξιακή κρίση, επίσης στο Η κρίση του Κράτους Δικαίου στην Ε.Ε., επιμ. Α. Μεταξάς, Ευρασία, 2019, σελ. 49. Ιστορικά βλ. και Συμπεράσματα Ευρωπαϊκού Συμβουλίου Κοπεγχάγης 21-22 Ιουνίου 1993, DOC/93/3, σημείο 7, διαθέσιμο στον διαδικτυακό τόπο ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/DOC_93_3, σχετικά με τα στοιχεία της ευρωπαϊκής ταυτότητας και την σύνδεσή της με τους δημοκρατικούς θεσμούς, τα ανθρώπινα δικαιώματα και το κράτος δικαίου.

39 P. Pohjankoski, Of Carrots and Sticks: Constitutional Limits to Rule-of-Law Conditionality, επιστημ.επιμ. A. Rosas- J. Raitio - P. Pohjankoski, The Rule of Law's Anatomy in the EU: Foundations and Protections, Hart Publishing, 2023, σελ. 158, και C.Hillion, The Copenhagen Criteria and Their Progeny, σε επιστ. επιμ. C Hillion, E U Enlargement: A Legal Approach, Hart Publishing, 2004, σελ. 1επ..

40 Βλ. Partnership agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, [2000] OJL317/3, άρθρα 9 και 96 (2), όπως και Άρθρο 21 παρ. 1 Σ.Ε.Ε.

41 Βλ. R Savage, Norway, Iceland, Lichtenstein cancel grant to Polish " LGBT-free zone ", Reuters (2 February 2021), www.reuters.com/article/us-poland-lgbt-norway-trfn-idUSKBN2A22MD. Βλ. επίσης άρθρο 1 of Protocol 38C on the EEA Financial Mechanism (2014–2021) annexed to Agreement between the EU, Iceland, Liechtenstein and Norway onan EEA Financial Mechanism

θεμελιωδώς απαιτεί και αξιώνει την ίδια την αδιάλειπτη δικαιοπαραγωγική συνέπεια των ενωσιακών θεσμικών αξιών και προτύπων στο διηνεκές της διακυβερνητικής συμπόρευσης και της δικαιοπαραγωγικής εναρμόνισης των Κρατών-μελών,[42] κατά τη βιώσιμη διαμόρφωση μίας κοινής ευρωπαϊκής δικαιοκρατικής ταυτότητας.[43] Και αλίμονο, αν η τήρηση των όρων και των συνθηκών του Κράτους Δικαίου δεν λάμβανε μία προέχουσα και διαρκή εγγενή δέσμευση και επιταγή για την ευνομούμενη ενωσιακή προοπτική και τη συνοχή των ευρωπαϊκών Κρατών-μελών. Καθώς αντίθετη ασυνεπής και σχετικοποιημένη a la carte διακρατική προσέγγιση θα συνέβαλε αδιαμφισβήτητα στην έκπτωση της ευρωπαϊκής Ολοκλήρωσης στο βωμό διάσπαρτων και κατακερματισμένων ανταγωνιστικών συμφερόντων. Διαλύοντας ευθέως τις θεμελιώδεις ρήτρες της αμοιβαίας εμπιστοσύνης, της αλληλεγγύης και της βιώσιμης σύγκλισης των κοινών δικαιικών στόχων και αναγκών.

8. Σε όλη αυτή, λοιπόν, τη διακυβερνητική διαδικασία που πολλές φορές χρήζει δυναμικής ερμηνευτικής υπαγωγής και απόδοσης, τα εθνικά και τα υπερεθνικάδικαστήρια, όπως το Δ.Ε.Ε. και το Ε.Δ.Δ.Α.,[44] έχουν επιδράσει καταλυτικά για τη βιώσιμη ανάδειξη αποτελεσματικών κοινών δικαιοκρατικών προτύπων με βάση τόσο το σεβασμό στην εθνική συνταγματική ταυτότητα, όσο όμως και στην παγίωση των ευρωπαϊκών προσδοκιών για τον ισόρροπο

2014–2021 [2016] OJ L141/3) (“All programmes and activities funded (…)shall be based on the common valuesof … the rule of law …”). Βλ. και άρθρο 2 of Agreement between Norway and the European Union ona Norwegian Financial Mechanism for the period 2014–2021 [2016] OJ L141/11.

42 W Schroeder, The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply?, σε επιστημ. επιμ. A. von Bogdandy - P. Bogdanowicz - I. Canor - C. Grabenwarter- M. Taborowski - M. Schmidt, Defending Checks and Balances in EU Member States: Taking Stock of Europe ’ s Actions, Springer, 2021, σελ.113 επ..

43 M. Loughlin, Foundations of Public Law, Oxford University Press, 2010, σελ. 336, W. Schroeder, An Active EU Rule – of - Law Policy, σε επιστημ. επιμ. A. Rosas - J. Raitio - P. Pohjankoski, TheRule of Law’s Anatomy in the EU: Foundations and Protections, Hart Publishing, 2023, σελ. 108-111.

44 Βλ. Δ.Ε.Ε. C- 216/18 παρ. 48, Δ.Ε.Ε. C-824/18 παρ. 116, Δ.Ε.Ε. C- 896/19 παρ. 1 και αντίστοιχα Balla κατά Ουγγαρίας Ε.Δ.Δ.Α. , Αριθμ. Προσφ. 20261/12 με βάση τα άρθρα 6 και 10 Ε.Δ.Δ.Α..

δημοκρατικό[45] και δικαιοαξιακό προσανατολισμό των Κρατών - μελών. Γι' αυτό και η συνδιαμορφούμενη νομολογία του Δ.Ε.Ε. και του Ε.Δ.Δ.Α.,[46] όπως και οι συνακόλουθες επιμελέστατες εκθέσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής,[47] παράλληλα των κατευθυντηρίων γνωμοδοτικών παρεμβάσεων του αντίστοιχου συμβουλευτικού θεσμικού οργάνου του Συμβουλίου της Ευρώπης των 47 συμβαλλομένων (γεωγραφικά) ευρωπαϊκών Κρατών, της «Επιτροπής της Βενετίας»,[48] έχουν αναγνωρίσει και ομογενοποιήσει σειρά από επιμέρους δικαιικές αρχές της μείζονας υπέρ -αρχής- πλαίσιο του Κράτους Δικαίου,[49] που ως επί το πλείστον κανονιστικά και ρυθμιστικά αυτονομούνται και ελέγχονται ειδικά και διακριτά, αποκωδικοποιώντας στενότερα τις έννομες αποδόσεις και τις αξίες του ευρωπαϊκού δικαιοκρατισμού.[50]

9. Αυτές είναι: η αρχή της νομιμότητας, υπό το πρίσμα μάλιστα της εκπλήρωσης μίας διάφανης και πλουραλιστικής (κατ' ουσία και κατά διαδικασία

45 L. Papadopoulou, All good things come in threes':from a double to a triple democratic legimacy of the EU,σε επισημ. επιμ. L. Papadopoulou - I. Pernice - J.H.H. Weiler, Legitimacy Issues of the European Union in the Face of Crisis, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, σελ.69.

46 Σημ.: ασχέτως της μεταξύ τους ανταγωνιστικής θέσης, κυρίως επί της δικαιοδοτικής τους αρμοδιότητας σε σχέση με το ρυθμιστικό πλαίσιο των έννομων δικαιωμάτων εντός του ευρωπαϊκού δικαίου, εν μέσω της καλόπιστης αλληλένδετης ερμηνευτικής σύγκλισης που μέχρι σήμερα έχουν υιοθετήσει.

47 COM 2020 580, COM 2020, 790, Final και COM 2021 700, Final. Το 2016 το ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο εξέδωσε Ανακοίνωση παροτρύνοντας την Επιτροπή να προχωρήσει στην έκδοση Εκθέσεων και Συστάσεων για τις έννομες συνθήκες και απαιτήσεις των ρυθμιστικών συστατικών του Κράτους Δικαίου εντός του ενωσιακού Οικοδομήματος και ευθέως προς τα Κράτη-μέλη, υπό την εγγυημένη ενδυνάμωση και επιβεβαίωση του ευρωπαϊκού δικαίου και του ευρωπαϊκού διακυβερνητισμού ως διάχυτη δικαιοκρατική συστατική βάση για κάθε ευρωπαϊκή έννομη τάξη που εντάσσεται στους κόλπους της Ένωσης. (2015/2254 INL).

48 Βλ. Venice Commission, Report on the Rule of Law, CDL-AD, 2011.

49 Σημ.: Αποκαλούμενη και ως δικαιική αρχή «ομπρέλα» κατά τη συμπερίληψη και προστασία επιμέρους δικαιικών παραμέτρων της ενωσιακής έννομη τάξης βλ. Δ. Αναγνωστοπούλου, Η Αξιακή ταυτότητα της Ε.Ε.: Οικοδόμηση και χαρακτηριστικά, σε Digesta, Κράτος Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση: Κεκτημένο ή ζητούμενο; σε επιστημ. επιμ. Μ. Χρυσομάλλη, 2021, σελ. 35.

50 K. Lenaerts, The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System, of the European Union, Τεύχος 44, Common Market Review, Kluwer Law International B.V., 2007, σελ. 1625, H. Hofmann, General principles of EU Law and Eu administrative law, σε επιστ. επιμ. C. Bernard - S. Peers, European Union Law, 3η εκδ., Oxfrord University Press, 2020, σελ. 222.

παραγωγής των νόμων και κατά την εκτέλεση των αντίστοιχων διοικητικών αποφάσεων) δημοκρατικής αρχής, η αρχή της χρηστής διοίκησης και της καλής διακυβέρνησης, η αρχή της ασφάλειας του δικαίου, η αρχή της ανεξαρτησίας και της αμεροληψίας της Δικαιοσύνης, η αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας,η αρχή της διάκρισης των Λειτουργιών, η αρχή της ισότητας και της μη διάκρισης ενώπιον του νόμου, η αρχή της απαγόρευσης της κρατικής αυθαιρεσίας και δη της εκτελεστικής και νομοθετικής εξουσίας, η αρχή της δοτής αρμοδιότητας, ο ευνομούμενος σεβασμός στα ανθρώπινα δικαιώματα και ο αντίστοιχα οριοθετημένος πολιτειακός παρεμβατισμός σε αυτά με βάση: ένα συνεκτικό δημόσιο συμφέρον κατά την εμπεριστατωμένη τεκμηρίωση των σύννομων περιθωρίων εκτίμησης της πολιτειακής δράσης για τη διασφάλιση του εκάστοτε επιδιωκόμενου «θεμιτού σκοπού», ανέκαθεν μέσα από την παράλληλα αιτιώδη ανάλυση των αρχών της αναλογικότητας και της επικουρικότητας, κατά τη διάφανη συνοχή και τις αντοχές της ευρωπαϊκήςδημοκρατικής κοινωνίας και διακυβέρνησης.

10. Ως εκ τούτου, το τρίπτυχο Δημοκρατία – Δικαιωματοκρατία – Δικαιοκρατία βρίσκεται στον πυρήνα της ταυτοτικής βιωσιμότητας και στην ουσία του ανθρωποκεντρικού συνταγματισμού της ευρωπαϊκής Ένωσης Δικαίου, με τρόπο όχι μόνο αποθετικό-αμυντικό, αλλά και θετικό-ενεργητικό για τη συστηματική ανασύνθεση του ίδιου του κοινού ενωσιακού συμφέροντος και την οργανωτική αναδιάρθρωση της ενιαίας διαπολιτειακής και δικαιοκρατικής (ανα-) συγκρότησης μεταξύ Ε.Ε. και Κρατών-μελών.[51] Ενισχύοντας κατ' επέκταση και τη λειτουργική απόδοση του ευρωπαϊκού δικαίου (όπου εφαρμοστικά δεσπόζουσα θέση καταλαμβάνουν οι ολιστικές επιδιώξεις και οι στοιχειοθετημένοι όροι της Βιώσιμης Ανάπτυξης στις ενωσιακές δράσεις και πολιτικές). Εξάλλου, παρά τους επιμέρους διαφοροποιημένους εννοιολογικούς ορισμούς γύρω από το ευρωπαϊκό Κράτος Δικαίου, από το Rule of law,

51 BZ Tamanaha, On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press, 2004, σελ. 111, S. Douglas - Scott, Justice, Injustice and the Rule of Law in the EU, σε papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457266.

το L' Etat de Droit και το Rechtsstaat[52] το συνταγματικό επίκεντρο του ενωσιακού δικαιοκρατικού κεκτημένου συνοψίζεται συστηματικά στο ότι: «όλες οι δημόσιες εξουσίες ενεργούν πάντοτε με βάση τους περιορισμούς που θέτει ο νόμος, σύμφωνα με τις αξίες της δημοκρατίας και τα θεμελιώδη δικαιώματα και υπό τον έλεγχο ανεξάρτητων και αμερόληπτων δικαστηρίων».[53]

ΙΙΙ. Η δικαιοδοτική σημασία του δικαστικού ελέγχου και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας για τη βιωσιμότητα του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου.

1. Στο σύνολο της βιβλιογραφίας του Ευρωπαϊκού Δημοσίου Δικαίου προβάλλεται ο κομβικός ρόλος και η σημασία της ανεξάρτητης Δικαιοσύνης αφενός ως θεσμικής πολιτειακής εγγύησης – αντίβαρο επί της διάκρισης των Λειτουργιών, καθώς και αφετέρου ως έννομο δικαίωμα πρόσβασης σε μία αποτελεσματική δικαστική προστασία υπέρ της διασφάλισης των κατοχυρωμένων έννομων συμφερόντων και αγαθών σε μία ευνομούμενη ευρωπαϊκή έννομη τάξη.[54] Αυτή η διττή όψη της σημαίνουσας θέσης του δικαστικού δικαιοδοτικού ελέγχου βρίσκεται στον πυρήνα της έννοιας του ενωσιακού Κράτους Δικαίου[55] με το Δ.Ε.Ε. ν' αποτελεί το θεμέλιο λίθο για την ερμηνευτική απόδοση του τελευταίου[56] στο σύνολο των Κρατών-

52 Βλ. A. Le Sueur - M. Sunkin - J.E. K. Murkens, Public Law: Text, Cases and Materials, 4η εκδ., 2019, σελ. 89 επ., για το πώς επιμέρους ορίζεται και πώς προστατεύεται.

53 Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ανακοίνωση, Ενίσχυση του κράτους δικαίου εντός της Ένωσης – Στρατηγικό σχέδιο δράσης, COM(2019) 343 final, σελ.5.

54 Ενδεικτικά, μεταξύ πολλών: P.Craig, The Rule of Law and the EU: Responsibility, Independence and Rights, σε επιστημ. επιμ. A. Rosas- J. Raitio - P. Pohjankoski,, The Rule of Law's Anatomy in the EU: Foundations and Protections, Hart Publishing, 2023, σελ. 36 επ., L. Pech, The Rule of Law, σε επιστημ.επιμ., P. Craig- G. de Burga, The evolution of the EU Law, Oxford University Press, 2021, σελ. 306 επ..

55 Βλ. Μ. Χρυσομάλλης, Η διασφάλιση του κράτους δικαίου στην Ε.Ε.: Η περίπτωση της Ουγγαρίας, στο Κράτος Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση: Κεκτημένο ή ζητούμενο; σε επιστημ. επιμ. Μ. Χρυσομάλλη, 2021, Digesta, σελ. 47.

56 Βλ. μεταξύ πολλών και σκεπτικό σε Β. Σκουρή, Έλεγχος συνταγματικότητας και/ή αντίθεσης προς το ενωσιακό δίκαιο, σε Σύνταγμα εν εξελίξει, Τιμητικός Τόμος για τον Α. Μανιτάκη, Σάκκουλας,

μελών,[57] κυρίως ενάντια επιμέρους εθνικών κυβερνητικών παρεκκλίσεων που αποσκοπούν στην άτακτη απορρύθμιση και στον υποβαθμιστικό κατακερματισμό της ευρωπαϊκής Συμπολιτείας, κατ' επίκληση μάλιστα μίας λαϊκίστικής εκδοχής της έννοιας της εθνικής κυριαρχίας[58] εις βάρος των ίδιων των πολιτειακών της εγγυήσεων. Μια άκρως αρνητική τάση που καταγράφεται ως δικαιοπολιτικό φαινόμενο με τον απαξιωτικό χαρακτηρισμό της «οπισθοδρόμησης του ευρωπαϊκού κράτους δικαίου» ("the back sliding of rule of law").[59] Αποκαλύπτοντας, πολλές φορές, ακόμα και την οργανωτική ανεπάρκεια/αλυσιτέλεια των ευρωπαϊκών μηχανισμών και των Κρατών-μελών σε σχέση με την αέναη δυναμική και τη συνέχεια της ευρωπαϊκής Ολοκλήρωσης. Ο επί τούτου παρεμβατικός ρόλος και ο δικαιοδοτικός ελιγμός του Δ.Ε.Ε.,[60] όπως θα καταγραφεί και παρακάτω, συνιστά ένα βασικό

2019, σελ. 525 και 527.

57 Βλ. άρθρο 19 Σ.Ε.Ε. και άρθρο 258 Σ.Λ.Ε.Ε., L. Besselink, The Primacy of the Rule of Law and Member States' Constitutional Identities, σε επιστημ. επιμ. A. Rosas - J. Raitio - P. Pohjankoski,, The Rule of Law's Anatomy in the EU: Foundations and Protections, Hart Publishing, 2023, σελ. 77 επ..

58 Σημ.: Το ότι οι θεσμικές εκτροπές της Ουγγαρίας και της Πολωνίας εκπληρώνονται με «δούρειο ίππο» το θετό δίκαιο που υιοθετεί μία λαϊκίστικη, αντι-φιλελεύθερη κυβερνητική πλειοψηφία, με τυπική δημοκρατική νομιμοποίηση ως προς την εκλογή της δεν σημαίνει ότι ως Κράτη-μέλη του ενωσιακού οικοδομήματος ικανοποιούν και τις αναγνωρισμένες ως κοινό κεκτημένο, και θεμελιωδώς αποδεκτές δημοκρατικές συνθήκες και πολιτειακές προδιαγραφές της έννοιας του Κράτους Δικαίου. Το τελευταίο αποτελεί μία ευρύτερη και σαφώς πιο ουσιαστική έννοια από την τυπική αρχή της νομιμότητας, όπως ακριβώς και οι δημοκρατικές διακυβερνητικές εγγυήσεις σε επίπεδο κανονιστικών αρχών και πλαισίων είναι σαφώς πιο ολιστικές από την τυπική πολιτική υπερισχύ μίας τυπικά δημοκρατικής νομοθετικής και εκτελεστικής κρατικής πλειοψηφίας. Βλ. και J. Raitio, σε επιστημ. επιμ. A. Rosas - J. Raitio - P. Pohjankoski, The Rule of Law's Anatomy in the EU: Foundations and Protections, Hart Publishing, 2023, σελ. 60.

59 Μεταξύ πολλών: Μ. Χρυσομάλλης, Η «Οπισθοδρόμηση του Κράτους Δικαίου» σε κράτη – μέλη της Ε.Ε. και οι μηχανισμοί για την αντιμετώπισή της, σε επιστημ. επιμ. Λ.Παπαδοπούλου - Δ. Αναγνωστοπούλου, Προς μία Συμπεριληπτική Ευρωπαϊκή Πολιτότητα, Κέντρο Αριστείας Jean Monnet Πανεπιστημίου Μακεδονίας, Παπαζήση, 2019, σελ.78. Βλ. επίσης, Α.Πλιάκος, Η οπισθοδρόμηση του κράτους δικαίου στην Ε.Ε. και ο ρόλος του Δ.Ε.Ε., σε επιστ. επιμ. Μ. Χρυσομάλλη, Ο Ευρωπαϊκός Συνταγματισμός και η κρίση του, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ. 85 και P. Craig - G. De Burga, EU Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2020, σελ. 48επ.

60 GranariaBV v Hoofdproduktschapvoor Akkerbouwprodukten, Δ.Ε.Κ. C- 101/78, παρ. 5, και Δ.Ε.Ε. C- 64/16 Associação Sindicaldos Juízes Portugueses κατά Tribunal de Contas.

δίχτυ προστασίας-εγγυητικό θεσμικό αντίβαρο για τους όρους πλήρωσης του Κράτους Δικαίου[61] εντός της ενωσιακής έννομης τάξης.[62] Ειδικά, όταν οι υφιστάμενοι δικαιοπολιτικοί μηχανισμοί και θεσμοί της Ένωσης φέρουν εγγενείς αγκυλώσεις ως προς την ουσιαστική και αποφασιστική λογοδοσία πράξεων, δράσεων και αντιδράσεων Κρατών-μελών που επιθυμούν να διαφύγουν του ελέγχου και της συμμόρφωσης επί της ακτινοβόλας εφαρμογής και διάχυτης εισδοχής του ευρωπαϊκού δικαίου εν γένει στις εθνικές έννομες τάξεις, μέσα από ένα «κρυφτοκυνηγητό» επάλληλων αρμοδιοτήτων και δήθεν κυριαρχικών εξουσιών στους εφαρμοστέους όρους και στις συνθήκες νομιμότητας και νομιμοποίησης της εκάστοτε κρίσιμης πολιτειακής επιλογής-αντίδρασης.

2. Τα αντανακλαστικά του Δ.Ε.Ε. αποδεικνύουν και υποδεικνύουν, δίχως αμιγώς «διπλωματικούς» συμβιβασμούς, το δρόμο για τη βιωσιμότητα της ενωσιακής έννομης τάξης. Περιβάλλοντας με φως τον αστερισμό των όρων του Κράτος Δικαίου ως προϋποθετική και αιτιώδη κανονιστική βάση για την έννομη απόδοση συμφερόντων, δικαιωμάτων, ελευθεριών, αλλά και της ίδιας της δημόσιας εξουσίας στην πολιτειακή διακυβέρνηση ενός ευρωπαϊκού Κράτους-μέλους.[63] Όλως ενδεικτικά, ως σημασιολογικές αποφάσεις για τους πρότυπους όρους, τις ρυθμιστικές προδιαγραφές και τις κοινές συνθήκες του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου μέσα από την ερμηνευτική δικαιοδοτική κρίση του Δ.Ε.Ε.[64] διακρίνονται, μεταξύ άλλων, οι εξής:

61 Βλ. J. Raz, The Rule of Law and its Virtue, σε επιστ. επιμ. J. Raz, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, 1979, Oxford Sholarship Online, 2012.

62 Βλ. Δ.Ε.Ε. C- 72/ 15, The Queen, ex parte PJSC Rosneft Oil Company κατά Her Majesty's Treasury and Others, παρ. 73 και L.Pech, A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law, European Constitutional Law Review, Τεύχος 6, Cambridge University Press, 2010, σελ. 359.

63 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A new EU Framework to strengthen the Rule of Law', COM (2014) 158 final, 5.

64 Σημ.: Σημειώνεται πως ήδη εν έτει 1983 είχε εκδοθεί η απόφαση του τότε Δ.Ε.Κ. C-294/83 η λεγόμενη υπόθεση των Πρασίνων όπου αναγορεύτηκε η αρχή του Κράτους Δικαίου σε «συνταγματική» αρχή του δικαίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων καθώς υποστηρίχθηκε ότι η Ε.Ο.Κ. συνιστά Κοινότητα Δικαίου, υπό την έννοια πως ούτε τα όργανα της Κοινότητας, ούτε

3. Στην υπόθεση "Associação Sindical dos Juízes Portugueses" (C-64/16)[65] τέθηκε ως προδικαστικό ερώτημα από το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο της Πορτογαλίας το αν η προσωρινή μείωση μισθολογικών αποδοχών των δικαστικών λειτουργών του πορτογαλικού Ελεγκτικού Συνεδρίου (Tribunal de Contas) εξαιτίας της δημοσιονομικής κρίσης και στο πλαίσιο της χρηματοδοτικής ενίσχυσης της Πορτογαλίας από την ίδια την Ευρωπαϊκή Ένωση αντιστρατεύεται, πέρα του πορτογαλικού Συντάγματος, και το ενωσιακό δίκαιο σε σχέση με το πλαίσιο ρύθμισης του Κράτους Δικαίου, προτάσσοντας μάλιστα ειδικότερα τις διατάξεις του άρθρου 19 παρ. 1 εδ. β της Σ.Ε.Ε. και του άρθρου 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης περί ανεξαρτησίας της Δικαιοσύνης. Στην συγκεκριμένη υπόθεση, αποσαφηνίστηκαν ορισμένες από τις εγγυήσεις που πρέπει να φέρει ητελευταία ως βασικός πολιτειακός παράγοντας για την προάσπιση του Κράτους Δικαίου στο πλαίσιο της εύρυθμης λειτουργίας της. Καταδείχθηκε δε ευθέως, ότι ο εθνικός δικαστής είναι παράλληλα και ενωσιακός δικαστής, κατά την επί τούτου διάχυτη εθνική εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Εν προκειμένω, από το Δ.Ε.Ε. δεν διαπιστώθηκε παραβίαση κατ' άρθρο 19 παρ. 1 εδ. β΄ Σ.Ε.Ε., εξαιτίας τόσο του ρητά προσωρινού και γενικού χαρακτήρα της επίμαχης δημοσιονομικής πολιτικής παρέμβασης, όσο και του δημόσιου (δημοσιονομικού) συμφέροντος που αυτή εξυπηρετούσε· εξετάζοντας παράλληλα και την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας από πλευράς της οικείας πορτογαλικής νομοθετικής ρύθμισης σε σχέση με τον επιδιωκόμενο δημόσιο θεμιτό σκοπό. Παρά ταύτα, με την εν λόγω κρίση του, το Δ.Ε.Ε.[66] επιβεβαίωσε δυναμικά ότι διαθέτει την αρμοδιότητα ν' αποφαίνεται ως προς τη συμβατότητα με το ενωσιακό δίκαιο εθνικών νομοθετικών μεταρρυθμί-

τα Κράτη-μέλη μπορούν να διαφύγουν του ελέγχου των πράξεών τους και της συμβατότητας των τελευταίων με το Δίκαιο των Συνθηκών.

65 L. Pech - S. Platon, Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associaçao Sindical dos Juízes Portugueses», EU Law Analysis, 13.03.2018, διαθέσιμο στον ιστότοπο: eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/rule-of-law- backsliding-in-eu-court-of.htm.

66 Βλ. και Δ.Ε.Ε. C-216/18, Minister for Justice and Equality.

σεων που άπτονται της ανεξάρτητης και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Προδιαγράφοντας το δρόμο ακόμα και στην ίδια την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, κατά το συνδυασμό των διατάξεων του 258 της Σ.Λ.Ε.Ε. και του άρθρου 2 της Σ.Ε.Ε. ν' αξιώσουν γενικότερα την άρση τυχόν συναφών σχετικών παραβιάσεων ή και την επιβολή αντίστοιχων κυρώσεων, υπερβαίνοντας τους κατεξοχήν πολιτικούς διακρατικούς συσχετισμούς της ενωσιακής - «οιονεί» διοικητικής - κυρωτικής διαδικασίας του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε., όπως επιβεβαιώθηκε την αμέσως επόμενη περίοδο.

4. Έτσι, και στην υπόθεση «Επιτροπή κατά Πολωνίας» (C-619/18), επί της άτακτης αναδιάρθρωσης του εθνικού πολωνικού συστήματος απονομής της δικαιοσύνης[67] (μεταξύ άλλων, με την σκόπιμη μείωση του ορίου ηλικίας συνταξιοδότησης των ανώτατων δικαστών, με αναδρομική ισχύ ακόμα και σε εν ενεργεία δικαστές, και από την άλλη με την, κατά το δοκούν, παράταση πέρα του νέου ορίου ηλικίας της θητείας συγκεκριμένων δικαστικών λειτουργών απευθείας με απόφαση του Προέδρου της Δημοκρατίας) το Δ.Ε.Ε., κινούμενο πέρα από τα εμπόδιατων πολιτικών συσχετισμών του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε., αναγνώρισε την ευθεία παράβαση των συστατικών αρχών του Κράτους Δικαίου από πλευράς Πολωνίας.[68] Πιο συγκεκριμένα, στην εν λόγω υπόθεση οι διατάξεις του άρθρου 47του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε. ερμηνεύτηκαν ως προς την ουσία του δικαιώματος των διοικούμενων περί αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας σε ευθεία αιτιώδη συνάφεια με τη λειτουργική και οργανωτική ανεξαρτησία και αμεροληψία της Δικαιοσύνης του, επίσης καίριου και για τη συγκεκριμένη υπόθεση, άρθρου 19 της Σ.Ε.Ε., ως θεσμικής εγγύησης-γενικής αρχής του ενωσιακού δικαιοκρατισμού, που υπόκεινται σε άμεσο δικαιοδοτικό έλεγχο σε σχέση με την ευνομούμενη απόδοσή τους

67 Σημ.: Έτερη και συναφής παράβαση της Πολωνίας αφορούσε περαιτέρω μεταρρυθμίσεις επί της ανεξάρτητης Δικαιοσύνης, που επέτρεπαν τον χαρακτηρισμό του περιεχομένου δικαστικής αποφάσεως ως πειθαρχικού παραπτώματος, τροποποιώντας την αντίστοιχη νομοθεσία και μη διασφαλίζοντας την εξέταση των πειθαρχικών υποθέσεων από δικαστήριο «που έχει συσταθεί νομίμως» βλ. Δ.Ε.Ε., Υπόθεση C-791/19, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Δημοκρατίας της Πολωνίας, ιδίως σκ. 235.

68 Βλ. σκ. 56 απόφασης.

από το Δ.Ε.Ε.·[69] όντας, δηλαδή, ουσία κανονιστικές διατάξεις που βρίσκονται στον πυρήνα του πρωτογενούς ευρωπαϊκού δικαίου. Με τις υπό κρίση εθνικές νομοθετικές παρεμβάσεις να μην μπορούν, παράλληλα, να δικαιολογήσουν και να υπερβούν τη βάσανο των έννομων εκτιμήσεων της αρχής της αναλογικότητας ως προς την αναγκαιότητα και την καταλληλόλητα των επίμαχων μέτρων σε σχέση με τον -τυχόν θεμιτό- επιδιωκόμενο δημόσιο σκοπό της ρύθμισης, που στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν ήταν άλλος από την επιτήδεια απομάκρυνση από το δικαστικό σώμα προκαθορισμένου μέρους δικαστικών λειτουργών του Ανώτατου Δικαστηρίου της χώρας, αλλοιώνοντας τις επιβεβλημένες διακριτές ισορροπίες στη δικαιοκρατική βάση της Διάκρισης των Λειτουργιών.[70]

5. Οι πλέον, ωστόσο, καίριες αντιδράσεις του Δ.Ε.Ε. για τη σημασία της διακριτής τήρησης των όρων του Κράτος Δικαίου στις δημόσιες παρεμβάσεις και στιςεπιμέρους νομοθετικές ρυθμίσεις των Κρατών-μελών, με την αναγνώριση της ευθείας κυρωτικής πρωτοβουλίας από πλευράς Ε.Ε. επί της γενικευμένης παραβίασήςτους είναι οι κρίσεις του στις Προσφυγές που ασκήθηκαν από την Ουγγαρία (C-156/21) και την Πολωνία (C-157/21) έναντι του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και Κοινοβουλίου και κατά της θέσπισης του Κανονισμού υπ' αριθμ. 2020/2092. Ήτοι, προσβάλλοντας ευθέως το γε-

69 Σημ.: Με την έννομη κινητοποίηση του άρθρου 19 παρ. 1 Σ.Ε.Ε., το Δ.Ε.Ε. θωρακίζει την ανεξαρτησία των εθνικών δικαστών. Παράβαση των συναφών υποχρεώσεων μπορεί να καταλήξει στην άσκηση σχετικής προσφυγής και στην καταδίκη του οικείου Κράτους-μέλους. Για τη διασφάλιση της εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης, η ένδικη διαδικασία της προσφυγής λόγω παράβασης του άρθρου 258 της Σ.Λ.Ε.Ε. είναι προφανώς ευχερέστερη στην εφαρμογή της και, συνακόλουθα, αποτελεσματικότερη από την πολιτική διαδικασία του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε., που de facto απαιτεί εκπτωτικές συναινέσεις μεταξύ των Κρατών-μελών. Η δικαστική λειτουργία, σε κάθε περίπτωση, εκτιμάται πως διαθέτει αποτελεσματικότερα μέσα για την αντιμετώπιση της κρίσης του Κράτους Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση σε σχέση με τα κατεξοχήν πολιτικά θεσμικά όργανα της Ένωσης. Αυτό, σε καμία περίπτωση, δεν σημαίνει ότι η δραστική, πλην, αποσπασματική, κατ' ανάγκη, επέμβαση του Δικαστή μπορεί να επιλύσει συνολικά το βαθύ πολιτικό πρόβλημα της απειλής της δημοκρατίας στην Ευρώπη. Βλ. ειδικά Ε. Πρεβεδούρου, Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης μέσα από τις πρόσφατες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, www.prevedourou.gr/h- ανεξαρτησία-της-δικαιοσύνης, 2020.

70 Βλ. σκ. 85 απόφασης.

νικό καθεστώς αιρεσιμότητας για την προστασία του προϋπολογισμού της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ακριβώς επί της παραβιάσεως των αρχών του Κράτους Δικαίου από ένα Κράτος - μέλος. Πιο αναλυτικά, στο σκεπτικό των απορριπτικών αποφάσεων έναντι Ουγγαρίας και Πολωνίας τονίζεται ότι, με βάση το μηχανισμό αιρεσιμότητας, η τήρηση της αρχής του Κράτους Δικαίου και ο σεβασμός των αξιών που πρεσβεύει η Ε.Ε. από τα Κράτη-μέλη συνιστά conditio sine qua non, και κατ' επέκταση απαραίτητη προϋπόθεση για την χρηματοδότησή τους από τον ευρωπαϊκό προϋπολογισμό. Προτάσσοντας έτσι, με τον πλέον εμφατικό καιολοκληρωμένο τρόπο, την κανονιστική διάσταση και διάχυση του Κράτους Δικαίου στην ίδια την χρηματοδοτικά αναπτυξιακή και ευνομούμενα παραγωγική οικονομική προοπτική των Κρατών-μελών με την αξιοποίηση των ερμηνευτικών κριτηρίων των άρθρων 2 και 7 της Σ.Ε.Ε. και της συμβατότητας αυτών των πρωτογενών διατάξεων με τον επίδικο «δημοσιονομικό» Κανονισμό και τις κυρώσεις που αυτός επιφέρει ως αντικίνητρο στην παρεμβολή και στην επιβολή αθέμιτων - ευρύτερα ασύμβατων εθνικών νομοθετικών ρυθμίσεων και νομιμοφανών διοικητικών εφαρμογών, που καταστρατηγούν[71] ευθέως και ευρέως το ενωσιακό δικαιοκρατικό και δικαιοαξιακό κεκτημένο. Ήτοι ενάντια σε εθνικές διακυβερνητικές πρακτικές που επηρεάζουν και απομειώνουν ανενδοίαστα τις συνθήκες νομιμότητας και της ασφάλειας δικαίου σε σχέση με τη συστημική ανάπτυξη και την προώθηση των ως άνω ευρωπαϊκών χρηματοδοτικών κεφαλαίων και κοινών οικονομικών πόρων, κατά ένα μη βιώσιμο και άκρως θεσμικά εκπτωτικό πολιτειακό εθνικό προσανατολισμό. Αξίζει να επισημανθεί ότι και οι ενστάσεις της Ουγγαρίας και της Πολωνίας προέβαλαν επίσης τη σημασία του Κράτους Δικαίου στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο, υποστηρίζοντας ωστόσο με τη δική τους «προκρούστεια» προσέγγιση και οπτική ότι οι διατάξεις των ως άνω άρθρων της Συνθήκης πρέπει να κρίνονται στενά, με ευθύτητα και αυτοτέλεια με βάση γενικότερη συμπεριφορά τους ως Κράτη-μέλη της Ευρω-

71 Λ. Παπαδοπούλου, Το κράτος δικαίου στην Ευρώπη και ο αυταρχικός λαϊκισμός ως «δούρειος ίππος» για την άλωσή του», σε: Το βιώσιμο Κράτος. Τιμητικός Τόμος για την Κατερίνα Σακελλαροπούλου, Ελληνική Εταιρία Δικαίου του Περιβάλλοντος, Σάκκουλας, 2022 σελ. 51-66.

παϊκής Ένωσης. Επενδύοντας αποκλειστικά στους πολιτικούς συσχετισμούς (και εν πολλοίς στους "veto" εκβιασμούς) που καλλιεργεί το διαδικαστικό τυπικό του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε. και ισχυριζόμενες αντίστοιχα ότι η έκδοση του Κανονισμού 2020/2092 αποτελεί παραβίαση του Ευρωπαϊκού Δικαίου, καθώς εκδόθηκε καθ' υπέρβαση της δοτής αρμοδιότητας της Ε.Ε. σε συνάρτηση με την κυρωτική διάσταση της ρήτρας της αιρεσμότητας επί του προϋπολογισμού της Ένωσης και της αντίστοιχης εξαρτώμενης χρηματοδότησης των Κρατών-μελών. Ωστόσο, η αρμοδιότητα της Ε.Ε. επί της διαφύλαξης του ίδιου του δικαιοκρατισμού της ως έννομη αξία που αφενός διατρέχει το σύνολο των διακυβερνητικών και διαπολιτειακών της δράσεων (άρα και της κατάρτισης του προϋπολογισμού της επί της συντεταγμένης, διάφανης και ευνομούμενης δημοσιονομικής χρηματοδότησης των Κρατών-μελών από το κοινό ταμείο και της βιώσιμης ανάπτυξής τους μέσω αυτού, σε αιτιώδη και ισόρροπη συνάφεια με το ευνομούμενο πλαίσιο που επιτάσσεται να λειτουργεί η κοινή και ενιαία Αγορά), αλλά και που αφετέρου την επιφορτίζει στο ν' αξιώνει την τήρηση των όρων του Κράτους Δικαίου ως βάση αμοιβαίας συναλλακτικής εμπιστοσύνης, διακρατικής καλής πίστης και αλληλεγγύης, διαφάνειας και ασφάλειας δικαίου σ' ευθεία συνάρτηση με την ανάπτυξη και την παραγωγική θωράκιση των γενικότερων οικονομικών της συμφερόντων[72] τονίστηκε από το Δ.Ε.Ε. ότι ενυπάρχει στον πυρήνα της υπόστασης και της ταυτότητάς της ως Ένωσης Δικαίου Κρατών-μελών με κοινές δεσμεύσεις, επιδιώξεις και κανόνες. Ενώ εκτιμήθηκε ότι με την παράλληλη εξέταση της επίσης δικαιοαξιακής αρχής της αναλογικότητας (που αποτελεί και σημαίνουσα ρυθμιστική παράμετρος του ενωσιακού Κράτους Δικαίου) στην σχέση της έκτασης και της έντασης του επίμαχου ενωσιακού κυρωτικού μέσου και μέτρου με τον επιδιωκόμενο ενωσιακό σκοπό διασφαλίζεται η αποτελεσμα-

72 Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής, της 15ης Οκτωβρίου 2003: Σεβασμός και προώθηση των αξιών στις οποίες βασίζεται η Ένωση, COM(2003) 606 τελικό « (…) παραβιάσεις εκ μέρους ενός Κράτους-μέλους θεμελιωδών αξιών, της σοβαρότητας που απαιτείται για την εφαρμογή του άρθρου 7 της Σ.Ε.Ε., κινδυνεύουν να τορπιλίσουν τα ίδια τα θεμέλια της Ένωσης, καθώς και την εμπιστοσύνη μεταξύ των μελών της, ανεξαρτήτως του τομέα στον οποίο γίνονται οι παραβιάσεις αυτές».

τικότητα του Κανονισμού ως μέτρο, αλλά και ως γενικότερη παρεμβατική εγγύηση στη βιώσιμη συνοχή Ε.Ε. και Κρατών-μελών. Εξάλλου, κατά την ίδια την εφαρμογή των κυρωτικών μηχανισμών στην πράξη η Ευρωπαϊκή Επιτροπή και το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο πρέπει να τηρούν, υπό τον έλεγχο μάλιστα του Δ.Ε.Ε., αυστηρές διαδικαστικές εγγυήσεις έναντι του κατά περίπτωση παρεκκλίνοντος Κράτους-μέλους, οριοθετώντας έτσι και τα δικά τους περιθώρια εκτίμησης και τις αντίστοιχες έννομες δεσμεύσεις. Οπότε και δια μέσω αυτών των συναρτήσεων ικανοποιούνται πλήρως και οι αντίστοιχες προϋποθετικές απαιτήσεις της θεμελιώδους ενωσιακής αρχής της ασφάλειας του δικαίου του … ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου. Με την ευκρινή συλλογιστική του το Δ.Ε.Ε. υποστήριξε ότι η αρχήτης αμοιβαιότητας επί των πολιτειακών αξιών της δημόσιας διακυβέρνησης πουενσωματώνει στον πυρήνα της τους όρους του Κράτους Δικαίου συνιστά αιτιώδη απόδοση - βάση της αρχής της αλληλεγγύης[73] εν μέσω, μάλιστα, της αμοιβαίας εμπιστοσύνης ως προς το πολιτειακό και αναπτυξιακό πλαίσιο που συγκροτείται δομικά το κάθε Κράτος-μέλος και της Βιώσιμης Ανάπτυξής του Ενωσιακού Οικοδομήματος από πλευράς των συμβαλλόμενων μερών που θέλουν να ανήκουν σε μία κοινή και συνεκτική Ένωση Δικαίου. Για το λόγο αυτό, η ίδια για Ένωση επιβάλλεται σε κάθε περίπτωση να βρίσκεται σε θέση προστατευτικής υπεράσπισης των εν λόγω κοινών δικαιοκρατικών αξιών, που εκτός των άλλων εγγυώνται και την ύπαρξή της. Περαιτέρω δε, ακόμα πιο στενά ερμηνευτικά, από τα άρθρα 310 και 317 της Σ.Λ.Ε.Ε. προκύπτει πως η οργανωτικά ευνομούμενη και λειτουργικά χρηστή διαχείριση των κοινών ενωσιακών δημοσιονομικών κεφαλαίων εκφράζει έναση μαντικό πυλώνα σύνθεσης και θεσμικού προσανατολισμού του προϋπολογισμού της Ένωσης εν σύνολω, που συνδέεται ευθέως με τη γενικότερη οικονομική απόδοση των έννομων συμφερόντων της, με άμεσο αντίκτυπο στις ευρύτερες αναπτυξιακές προοπτικές των Κρα-

73 Βλ. σκ. 147 της απόφασης: «…ο προϋπολογισμός της Ένωσης αποτελεί ένα από τα κύρια μέσα για την πρακτική εφαρμογή, στις πολιτικές και τις δραστηριότητες της Ένωσης, της αρχής της Αλληλεγγύης, η οποία αναφέρεται στο άρθρο 2 Σ.Ε.Ε. και αποτελεί, από μόνη της, μια από τις θεμελιώδεις αρχές της Ένωσης.»

τών-μελών. Άλλωστε, συν τοις άλλοις, ο προϋπολογισμός της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποτελεί και το κύριο μέσο για την εφαρμογή του συνόλου των πολιτικών που αυτή υιοθετεί, καθώς όμως και ουσιωδέστατη ρυθμιστική εγγύηση επί της πολυεπίπεδης, οργανωτικά και λειτουργικά, αρχής της αλληλεγγύης ανάμεσα στα Κράτη-μέλη της και στην αναπτυξιακή τους δυναμική εντός της ενιαίας Αγοράς και την κοινής έννομης τάξης. Συνεπώς, η ίδια η συστατική απόδοση της αρχής της αλληλεγγύης προϋποθέτει την εγκαθίδρυση μίας αμοιβαίας και διάφανης εμπιστοσύνης ανάμεσα στα Κράτη-μέλη σε στέρεες δικαιοκρατικές βάσεις ασφάλειαςτου ενωσιακού δικαίου, ειδικά για την επί τούτου καλόπιστη, υπεύθυνη και ευνομούμενη δημοσιονομική διαχείριση και απορρόφηση των κοινών χρηματοδοτικών πόρων που παρέχονται μεταξύ αλλήλων. Καθίσταται δε, και αντίστροφα ευκρινές, πως η αντίστοιχη ενωσιακή δημοσιονομικο-κεντρική απόδοση των όρων του Κράτους Δικαίου συνεπάγεται ότι αξιώνει από την επιμέρους εθνική πολιτειακή δράση να υλοποιείται και να εκπληρώνεται εντός ενός διάφανα καθορισμένου διακυβερνητικού ρυθμιστικού πλαισίου, που και αυτό με τη σειρά του θα διασφαλίζει αναπτυξιακά καλόπιστα την εγγυημένη εξασφάλιση συγκεκριμένων δικαιοκρατικών απαιτήσεων και αναγκών και την τήρηση ενδεδειγμένων νομιμοποιητικών διαδικασιών με βάση ένα υπέρτερο συνταγματικό πλαίσιο, που δομείται υπέρ της ολοκληρωμένης αναπτυξιακής προοπτικής και της πολυεπίπεδης χρηματοδοτικής διαφάνειας ενός ενιαίου και υπερκείμενου οικονομικού και διαπολιτειακού forum, όπως η Ε.Ε..[74]

74 Σημ.: Αξιοποιούνται και θεσπίζονται έτσι κίνητρα-ρήτρες κατεξοχήν οικονομο-κεντρικού χαρακτήρα για τη διασφάλιση των κοινών έννομων συνθηκών και για την προάσπιση των ενοποιητικά πρότυπων δικαιοκεντρικών/δικαιοκρατικών εγγυήσεων. Συνδέοντας τις ιστορικές βάσεις - παρακαταθήκες της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας με τις σύγχρονες προδιάγραφες και επιδιώξεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης Δικαίου και Διακυβέρνησης. Ο Κανονισμός 2020/2092 στο άρθρο 4 παρ. 1 και 2, απαριθμεί εκείνους τους τομείς όπου οι παραβιάσεις της αρχής του Κράτους Δικαίου μπορούν να βλάψουν τη λειτουργία των θεσμών ή των διαδικασιών, που σχετίζονται με τη χρήση των κονδυλίων της Ε.Ε. με τέτοιο τρόπο καθίσταται εθικτό να επιβληθούν κυρώσεις με την εγγυητική έννομη ενεργοποίηση ανέκαθεν της αρχής της αναλογικότητας. Ήτοι το (κυρωτικό) μέτρο ν' αντικατοπτρίζει ισόρροπα και αποτελεσματικά τον βαθμό στον οποίο η παράβαση του Κράτους Δικαίου έχει αντίκτυπο στον αναπτυξιακό προϋπολογισμό της Ε.Ε.. Μεταξύ άλλων, αμιγώς δη-

6. Από τις παραπάνω προσεγγίσεις, προκύπτει ότι και η δημοσιονομική ευρω- πολιτειακή διακυβέρνηση υπεισέρχεται πηγαία ως αξιολογική βάση στο σύνολο των ενωσιακών αρμοδιοτήτων, στόχων και εγγυήσεων, χωρίς να γίνονται αποδεκτές, επιπρόσθετα και υπό αυτή την προοπτική, ultra vires ενστάσεις, περί έλλειψης αρμοδιότητας, εξαιτίας της εγκάρσιας και της προϋποθετικής σημαίνουσας θέσης, αλλά και της πλήρωσηςτου αναπτυξιακού-παραγωγικού περιεχομένου του Κράτους Δικαίου στην Ένωση Δικαίου και στους όρους της πολυεπίπεδης ενωσιακής διακυβερνητικής δομής οριζόντια με όρους έννομης αποτελεσματικότητας και συνοχής. Παρότι, λοιπόν, οι Συνθήκες νομοτυπικά δεν θέτουν ρητά ως γενική απαίτηση τη ρητή εφαρμογή των όρων του Κράτους Δικαίου στους επιμέρους τομείς δράσεων και πολιτικών προκύπτει συστηματικά και θεσμικά συμπαγώς ανενδοίαστα ότι αποτελούν ερμηνευτική σταθερά και απαραίτητη πολιτειακή προϋπόθεση ήδη από τη διαδικασία των ενταξιακών διαπραγματεύσεων, αλλά και εντός του ενωσιακού Οικοδομήματος, όπωςχαρακτηριστικά και λειτουργικά διαφαίνεται, κατά τα διαλαμβανόμενα των διατάξεων του άρθρου 114 της Σ.Λ.Ε.Ε., περί προσέγγισης των εθνικών νομοθεσιών με «σκοπό την εγκαθίδρυση και την εύρυθμη λειτουργία της κοινής αγοράς». Διασφαλίζοντας και αξιώνοντας έτσι, με ολιστικά συνεπή τρόπο τη Βιωσιμότητα του ενωσιακού δικαιοκρατισμού μέσα από την συμπολιτειακή, αλλά και την παραγωγική του ανάπτυξη.

7. Επομένως, επιβάλλεται πιο νομοτελειακά από ποτέ, χωρίς επιμέρους στρουθοκαμηλισμούς, η συνεκτικότερη σύννομη εξέταση ουσιαστικών διακυβερνητικών ζητημάτων, όπως και των επιμέρους διαδικαστικών κανονιστικών απαιτήσεωνκατά την ερμηνευτική απόδοση και τη ρυθμιστική στοιχειοθέτηση των όρων και των προδιαγραφών του Κράτους Δικαίου· ιδίως

μοσιονομικών παραμέτρων, καταγράφεται η απαίτηση αποτελεσματικού δικαστικού ελέγχου από μία ανεξάρτητη Δικαιοσύνη γύρω από τη δημοσιονομική διαχείριση, αλλά και την ευρύτερη διαφύλαξη των εν γένει οικονομικών συμφερόντων της Ένωσης. Οι κυρώσεις που αναφέρονται στον Κανονισμό (άρθρο 5 Κανονισμού 2022/2092) κυμαίνονται, από την αναστολή πληρωμών (άρθρο 5 παρ. 1 περ. α΄ στοιχ i) μέσω της αποφυγής νέων δεσμεύσεων έως και τη μη εκταμίευση δανείων (άρθρο 5 παρ.1 περ.α΄ στοιχ.ν).

σε σχέση με την τήρηση των απαιτήσεων της δημοκρατικής δημόσιας διακυβέρνησης και την έννομη προστασία των δικαιωμάτων και των ελευθεριών ως πεδίο-βάση παραγωγικής οικονομικής ανάπτυξης και διαπολιτειακής εμπιστοσύνης μεταξύ των Κρατών-μελών. Καταγράφοντας με την αντίστοιχη συνεκτική τεκμηρίωση, τόσο τα σύννομα περιθώρια εκτίμησης των διακριτών επιλογών της εκάστοτε πολιτειακής (ενωσιακής και εθνικής) παρέμβασης, όσο, ακόμα πιο πρακτικά, τη σαφή οριοθέτηση του κοινού δημοσίου συμφέροντος σε κάθε αναπτυξιακή και ανταγωνιστική κλίμακα, κάτω από μία πολυεπίπεδη διαπολιτειακή και δικαιοδοτική αναφορά ισορροπημένων θεσμικών αντιβάρων.

IV. Η λειτουργική διάσταση των όρων της Βιωσιμότητας του ενωσιακού Κράτους Δικαίου κατά την ευθεία κανονιστική ενσωμάτωση των απαιτήσεων της Βιώσιμης Ανάπτυξης στις δράσεις, στις παρεμβάσεις και στη συνοχή του ευρωπαϊκού δικαίου και των ενωσιακών δράσεων.

1. Ακριβώς επειδή το ρυθμιστικό πλαίσιο των όρων και των εφαρμογών του Κράτους Δικαίου διαχέεται και διαπνέει το οργανωτικό σύνολο της ενωσιακής έννομης τάξης, εγγενώς και αντανακλαστικά, η αντίστοιχη κανονιστική λειτουργική συνέπεια του ίδιου του θετού ενωσιακού δικαιοκρατισμού, που ενσωματώνει ρητά την έννομη εκτίμηση κεκτημένων δικαιικών αρχών στους πρωτογενείς και δευτερογενείς κανόνες δικαίου αποτελεί μείζονα πρόκληση ωρίμανσης, συνέπειας, συνοχής και ασφάλειας της «Συμπολιτειακής» και «Διαπολιτειακής» προοπτικής της Ένωσης.

2. Όταν, λοιπόν, εναρμονιστικά και «οριζόντια» υπό το λειτουργικό πρίσμα της δικαιικής «μετα-αρχής» της ενσωμάτωσης, κατ' άρθρο 11 της Σ.Λ.Ε.Ε, η αρχή της Βιώσιμης Ανάπτυξης «πρέπει» να ενυπάρχει και να συμπεριλαμβάνεται σε κάθε ενωσιακή δράση, πρωτοβουλία και παρέμβαση, κατά τις συναφείς δικαιοκρατικές προβλέψεις, θέτοντας την προστασία του περιβάλλοντος ως προϋπόθεση-βάση της οικονομικής ανάπτυξης εντός

της ενιαίας αγοράς και της κοινωνικής προόδου και συνοχής ανάμεσα στα Κράτη-μέλη, τότε γίνεται αντιληπτό πως κυκλικά το ενωσιακό Κράτος Δικαίου, η πολυεπίπεδη δημοκρατική διακυβέρνηση, οι θεμελιώδεις έννομες ελευθερίες και τα κατοχυρωμένα -και ευρωσυνταγματικά- έννομα δικαιώματα επιβάλλεται να διαπνέονται και να επισφραγίζουν συντονισμένα αυτόν το «συστημικό» προσανατολισμό. Αποδίδεται έτσι, με το πλέον συμπαγές και συνεπές κανονιστικό πλέγμα, η αντίστοιχη διαπολιτειακή ταυτότητα στο πολλά υποσχόμενο ενωσιακό διακυβερνητικό διακύβευμα και στις επιμέρους απαιτήσεις του «από και προς αυτό» για τα Κράτη - μέλη, αλλά και τρίτους αντισυμβαλλόμενους παράγοντες στο παγκόσμιο υπερεθνικό στερέωμα.

3. Εντός αυτού του «συστήματος δικαίου», που αποζητά διαρκώς τη θεσμική και λειτουργική του συνέπεια και αποτελεσματικότητα, επιβεβαιώνεται πως ο σύγχρονος ενωσιακός Συνταγματισμός ξεπερνά τα επιμέρους μονοδιάστατα πρότυπα σύνθεσης μίας κοινής και ενιαίας Οικονομίας της Αγοράς και ότι αναδιαρθρώνει τη συντεταγμένη επενέργεια των δοτών του αρμοδιοτήτων και των δικαιοπολιτικών του δράσεων προς τα Κράτη-μέλη, σχεδόν νομοτελειακά, για την ολοκληρωμένη προάσπιση και τη συντεταγμένη ανάδειξη ενός δικαιοκρατούμενου κοινού δημόσιου ευρωπαϊκού συμφέροντος «Βιωσιμότητας», τόσο «στενά διακυβερνητικής» σε σχέση με τα Κράτη-μέλη και την ανοιχτή Οικονομία της Αγοράς, όσο και ευρύτερα «διαπολιτειακής» με τη διαγενεακή νομιμοποίησή του μέσα από την ολιστικά αλληλέγγυα και «πράσινη» Ευρώπη των λαών και των ευρωπαίων πολιτών. Συσπειρώνοντας τη διαφάνεια και τη λογοδοσία αυτών των πολυεπίπεδων θεσμικών συσχετισμών σ' ένα διακριτό «Οικοσύστημα Δικαίου» με εσωτερικές συγκλίσεις και κοινές εξωτερικές διεκδικήσεις για τη προστασία των υπέρτερων έννομων αγαθών και των κοινών συμφερόντων της Βιώσιμης Ανάπτυξής του.

4. Ως βασικά γνωρίσματα και άξονες διάπλασης της «λειτουργικής» διάστασης της Βιωσιμότητας στις δημόσιες πολιτικές μίας ευρωπαϊκής Συμπολιτείας, που δομείται σε συνθήκες νομιμότητας και νομιμοποίησης κατ' εφαρμογή των όρων του Κράτους Δικαίου, μπορούν να καταγραφούν, αναμ-

φισβήτητα και παράλληλα προς την πολυδιάστατη υποστήριξη και την υλοποίηση της αρχής της Αλληλεγγύης:

Η έννομη θωράκιση της ανθεκτικότητας της κοινωνικής συνοχής-ευημερίας σ' ένα ασφαλές και υγιές (φυσικό και ανθρωπογενές) περιβάλλον διαβίωσης, η δίκαιηκαι ισόρροπη αναδιανομή των κεφαλαιακών πόρων (φυσικών και ανθρωπογενών) μέσα από αντίστοιχες δημοσιονομικές και αναπτυξιακές ρυθμιστικές παρεμβάσεις, η δημοκρατική και διαγενεακή απόδοση[75] της διαφάνειας των σχετικών δημόσιων δράσεων και αντιδράσεων, ιδίως κατά τη διαβουλευτική και συμπεριληπτική διαδικασία λήψης των δημοσίων αποφάσεων, καθώς και η διασφάλιση μίας αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας προς διαφύλαξη των αντίστοιχα συναρτώμενων έννομων (δημοσίων) συμφερόντων, δικαιωμάτων και ελευθεριών.

Επομένως, η «οριζόντια» αναπτυξιακή ρήτρα των όρων της Βιωσιμότητας από αφηρημένη-αόριστη νομική έννοια του πολυεπίπεδου ευρωπαϊκού συνταγματισμού συγκεκριμενοποιείται επαγωγικά in concreto με βάση κανονιστικά συνεκτικότατες και αιτιώδεις, αμιγώς δικαιοπλαστικές, εκτιμήσεις-απαιτήσεις με τεχνοκρατικό, αλλά και βαθιά δικαιοαξιακό περιεχόμενο ως προς την τεκμηριωμένη και οριοθετημένη σύννομη τήρησή τους από τη νομοθετική πρωτοβουλία και τη διοικητική εφαρμογή. Αξιώνοντας έτσι και τον αντίστοιχο δικαιοδοτικό έλεγχο και λογοδοσία ανάμεσα στις Λειτουργίες μίας ευνομούμενης Πολιτείας. Οι εν λόγω δε ρυθμιστικές και θεσμικές συνθήκες σκιαγραφούν τη σύγχρονη προοπτική ενός ιδιότυπου δικαιοκεντρικού

75 Σημ.: Βλ. άρθρο 3 παρ. 3 της Σ.Ε.Ε. και Προοίμιο του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε. που συναθροίζουν τη διαγενεακή ισότητα από τη δικαιοκρατική δέσμευση πολλών ευρωπαϊκών συνταγματικών κειμένων σε επίπεδο τόσο πολιτειακής προοπτικής κράτους, όσο και λειτουργικής έκφρασης των δικαιωμάτων, Αξίζει να τονιστεί πως η κατευθυντήρια και πρωτοποριακή, κατά τη δεκαετία του 1990, ακόμα και για το ευρωπαϊκό δημόσιο δίκαιο, εθνική νομολογία του ΣτΕ (βλ. ενδ. ΣτΕ 1784/1993) ενσωμάτωσε πρωτότυπα τη διαγενεακή ισότητα στους όρους της βιώσιμης ανάπτυξης, ενταγμένη ευθέως στον πυρήνα του δημοσίου συμφέροντος της Πολιτείας, αλλά και του κοινωνικού δικαιωματισμού. Σε θεσμικό διεθνές επίπεδο εντοπίζεται ήδη από τη Συνδιάσκεψη του Ο.Η.Ε. για το περιβάλλον το 1972, βλ. "Report of the UN Conference on the Human Environment, Declaration of the UN Conference on the Human Environment", 1972, σελ. 3.

και φιλελεύθερου «πατερναλισμού»[76] για την ευρωπαϊκή δημόσια διακυβέρνηση εγγυητικά αυτής καθαυτής και διασφαλιστικά ενός σαφώς πιοστοχευμένου κοινού και εναρμονιστικού δημοσίου συμφέροντος. Ενός κοινού και αλληλέγγυου δημοσίου συμφέροντος με δικαιοπαραγωγικές σταθερές εκτίμησης, τεκμηρίωσης, λογοδοσίας και ελέγχου, πέρα από την όποια συγκυριακή αυθαιρεσία και την σκόπιμη νομιμοφανή προσαρμογή της εκάστοτε δημόσιας εξουσίας και της αμιγώς πλειοψηφικής -τύποις δημοκρατικής- νομιμοποίησης επιμέρους δημοσίων παρεμβάσεων, που αντιστρατεύονται τις επιβεβλημένες έννομες ισορροπίες και τις απαιτούμενες βελτιστοποιητικές συγκλίσεις των αλληλεπιδρώμενων έννομων συμφερόντων.

5. Αν και τα εθνικά Συντάγματα αμέσως μετά τη Διακήρυξη του Ρίο το 1992 συμπεριέλαβαν ως επί το πλείστον προγραμματικού τύπου θεσμικές εγγυήσεις περί Βιωσιμότητας και Αειφορίας με σημείο αφετηριακής αναφοράς την προστασία του περιβάλλοντος· ολοένα και πιο κανονιστικά καταρχάς από τις αρχές της δεκαετίας του 2000 και ακόμα πιο συνεκτικά από το 2010 και εντεύθεν με αναμοχλευτήριες παραμέτρους τις βελτιστοποιητικά «πράσινες» αναπτυξιακές παρεμβάσεις έναντι της αντιμετώπισης της κλιματικής αλλαγής, της αποσταθεροποιητικής χρηματοπιστωτικής και δημοσιονομικής κρίσης, της αστάθμητης υγειονομικής απειλής και των αβέβαιων ανταγωνιστικών παραγωγικών συνθηκών της παγκοσμιοποίησης, με σκοπό τον ασφαλή και δίκαιο εκσυγχρονισμό των προδιαγραφών της κοινωνικά υπεύθυνης Οικονομίας της Αγοράς και της ποιοτικά ισόρροπης κοινωνικής διαβίωσης, η ρήτρα της Βιωσιμότητας φαίνεται να θεμελιώνεται στο σύστημα των πρωτογενών κανόνων δικαίου με σαφώς πιο οριζόντιο και εναρμονιστικό στρατηγικό σχεδιασμό. Διεκδικώντας ένα συγκροτημένοκαι ολοκληρωματικό κοινό δημόσιο συμφέρον, που συμπεριλαμβάνει και εμπερικλείει ουσιαστικά και διαδικαστικά δικαιώματα και ελευθερίες, δημοκρατικές αξίες και διαδικασίες και τεχνοκρατικά πρότυπα, αλλά και τις αντίστοιχες,περιβαλλοντικά και αναπτυξιακά, προστατευτικές πολιτειακές επιδιώξεις - εγγυήσεις.

76 C. Sustein, C. Sunstein, The Cost-Benefit Revolution, MIT Press, 2018, σελ. 212.

6. Σε διακρατικό επίπεδο, η διακυβερνητική υιοθέτηση των Στόχων Βιώσιμης Ανάπτυξης των Ηνωμένων Εθνών (SDGS) το 2015,[77] παράλληλα με την εκτεταμένη κύρωση της διεθνούς Συμφωνίας του Παρισιού για την Κλιματική Αλλαγή το ίδιο έτος,[78] προσδίδει ήδη μια νέα ώθηση στις δημόσιες παρεμβάσεις σχετικά με τον ως άνω ολιστικό προσανατολισμό των όρων και ορίων της Βιώσιμης Ανάπτυξης, τις ρυθμίσεις, τους περιορισμούς και τις ενισχύσεις που πρέπει να επιδιωχθούν και να επιτευχθούν για την πολύπλευρη προάσπιση των αναπτυξιακών συνθηκών βιωσιμότητας με άμεσο αντίκτυπο όχι μόνο μεταξύ των Κρατών, αλλά και εντός των ανταγωνιστικών συμφερόντων της παγκοσμιοποιημένης Οικονομίας της Αγοράς και της Κοινωνίας των Εθνών με διεθνικές, μάλιστα, αναφορές, συμμετοχή και επίδραση.Μπορεί να υποστηριχθεί, πως οι εν λόγω διεθνείς τάσεις με ευθείες διακρατικές αναφορές και επιδιώξεις κανονιστικών περισσότερο και λιγότερο soft law κατευθύνσεων προσδίδουν την ελπίδα ότι αναδιαμορφώνουν το πλαίσιο των δημόσιων πολιτικών και τις αντίστοιχες έννομες δεσμεύσεις της εθνικής λογοδοσίας και ελέγχου των συμβαλλόμενων Κρατών,[79] όντας απόλυτα αλληλένδετες με τιςανάγκες και τις απαιτήσεις της Κοινωνίας των Πολιτών και της Οικονομίας της Αγοράς. Ως εκ τούτου, οι λειτουργικές προδιαγραφές και οι επιδιώξεις της Βιωσιμότητας διαχέονται ευθέως στις ρυθμιστικές εγγυήσεις του Κράτους Δικαίου σ' ευθεία συνάρτηση και σαφώς κανονιστικά στενότερα προς την αποτελεσματική έννομη απόδοση των συναφών ανθρωπίνων δικαιωμάτων και ελευθεριών και των αντίστοιχων ευνομούμενων συνθηκών της παραγωγικής ανάπτυξης και ανταγωνιστικότητας. Η Ε.Ε., ειδικά μέσα και από το στρατηγικό προγραμματικό πλαίσιο του ευρωπαϊκού Green Deal[80]

77 Βλ. The UN General Assembly, General Assembly Resolution 70/1. Transforming Our World: the2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1/ 2015, www.undocs.org/A/RES/70/1.

78 Βλ. The Paris Agreement, Paris, 12 December 2015, in force 4 November 2016, U.N. Doc.FCCC/CP/2015/L.9/Rev/1.

79 Βλ. σχετική νομολογία Ε.Δ.Δ.Α. περί Κλιματικής Δικαιοσύνης σε Μ. Παπαγεωργίου, www.syntagmawatch.gr/trending-issues/klimatiki-dikaiosynh-orismos-prooptikes-prokliseis/

80 Βλ. The European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the

έχει διαδραματίσει πρωταγωνιστικό ρόλο για την επικύρωση των ως άνω Διεθνών επιταγών με επαυξημένη δικαιοκρατική δυναμική, τόσο για την ίδια την Ένωση, ως Ένωση Δικαίου, όσο και για Κράτη - μέλη της, ως υπερεθνική διακυβερνητική οντότητα. Καθιερώνοντας τις μεταρρυθμιστικές επιταγές των απαιτήσεων, των αναγκών και των προδιαγραφών της Βιώσιμης Ανάπτυξης, ως εξισορροπιστικό, αθροιστικό και εναρμονιστικό κοινό δημόσιο συμφέρον με ιδιαίτερα αξιολογικά στοιχεία αλληλεγγύης και διαγενεακής ισότητας, τόσο στις εσωτερικές παρεμβάσεις επί της ενιαίας Αγοράς,[81] όσο και στις εξωτερικές ανταγωνιστικές διεκδικήσεις της έναντι τρίτων μερών (κρατών, αλλά και μη κρατικών πολυεθνικών επιχειρηματικών οργανισμών και συμφερόντων).

6. Σηματοδοτικές διατάξεις, που θεμελιώνουν τη «γέφυρα» της διασύνδεσης μεταξύ του «οργανωτικού» και «λειτουργικού» μέρους της Βιωσιμότητας στο ενωσιακο-κεντρικό σύστημα του Κράτους Δικαίου, δεν είναι άλλες, από αυτές του άρθρου 11 της Σ.Λ.Ε.Ε., όπως επανα-πιστώνονται και στις «δικαιωματικές» προβλέψεις του άρθρου 37 του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε..[82] Με τη δικαιική «μετ-αρχή» της ενσωμάτωσης ν' αποτελεί την πλέον δικαιοπλαστική συστηματική «μεταρ-ρυθμιση» στη σύνθεση του πρωτογενούς συνταγματικού δικαίου των Συνθηκών για την αλληλέγγυα και ισόρροπη διασφάλιση του συνόλου των δράσεων, των πολιτικών και εν τέλει των έννομων συμφερόντων της Ένωσης «για και προς» τα Κράτη-μέλη τησμε συγκεκριμένο θεσμικό προσανατολισμό και νομιμοποιητικό περιεχόμενο. Η δε ερμηνευτική έννομη απόδοση της δικαιικής μετ-αρχής της ενσωμάτωσης της «πράσινης» Βιωσιμότητας της Ανάπτυξης στις οριζόντιες εφαρμογές της υπερ-αρχής του ενωσιακού Κράτους Δίκαιου, ως ουσιώδες μέρος τήρησης

Committee of the Regions: The European Green Deal, 11.12.2019,COM(2019) 640 final.

81 B. Sjafjell, Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business, Τεύχος 2, ECFR, 2021, σελ. 192.

82 K. Hectors, The Chartering of Environmental Protection: Exploring the Boundaries of Environmental Protection as Human Right, European Energy and Environmental Law Review, Kluwer Law International, 2008, σελ. 165 και 167.

μίας καθόλα σύννομηςδιαδικασίας σχεδιασμού, λήψης, εκτέλεσης και ελέγχου των σχετικών ενωσιακών πρωτοβουλιών και αποφάσεων, αλλά και ως προς τη νομότυπη αξιολόγησή της απότη δικαστική λογοδοσία, στην ουσία της συνιστά ένα μεθοδολογικό δικαιοπαραγωγικό και νομιμοποιητικό μηχανισμό «ρυθμιστικής εκτίμησης επιπτώσεων» για κάθε συναφή ενωσιακή παρέμβαση και μέτρο προς τα Κράτη-μέλη. Καθώς αξιώνει την ενδελεχή και διάφανη νομιμοποιητική τεκμηρίωση των ενωσιακών επιλογών και αποφάσεων μέσα από τ' αντίστοιχα τεχνοκρατικά, δημοκρατικά και δικαιοαξιακά πρότυπα, που διεκδικούν τη συνεπή και συνεκτική κανονιστική εφαρμογή τους σε κάθε σημαντική πρωτοβουλία που λαμβάνεται σ' επίπεδο Ε.Ε., αλλά και αντιστρόφως σ' επίπεδο Κρατών-μελών,[83] όταν οι σχετικές δημόσιες παρεμβάσεις αντανακλούν, αναπτύσσονται, και ανάγονται στο ευρωπαϊκό δίκαιο, σύμφωνα και παράλληλα με τις εξίσου, εν προκειμένω, σημαίνουσες δικαιικέςεγγυήσεις των αρχών της αναλογικότητας και της επικουρικότητας.

7. Παρατηρείται πως, η συστηματική ενότητα της μετ-αρχής της ενσωμάτωσης της Βιώσιμης Ανάπτυξης του άρθρου 11 της Σ.Λ.Ε.Ε. και του άρθρου 37 του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε. εντός του ενωσιακού Κράτους Δικαίου συσχετίζεται και επιβεβαιώνεται με σειρά κατεξοχήν δικαιοαξιακών προβλέψεων και σε άλλες διατάξεις, όπως του άρθρου 3 παρ. 3 και 5 και του άρθρου 21 παρ. 1 της Σ.Ε.Ε.. Η κανονιστικότητά της με τη ρητή και διακριτή ένταξη-διατύπωσή της στο δίκαιο των Συνθηκών, όπως και ο «φύσει» εναρμονιστικός της χαρακτήρας ερμηνευτικά και διαρρυθμιστικά αίρει τις αντίστοιχες αντιπαραθετικές συγκρούσεις, ξεπερνά τουςεκπτωτικούς -αμιγώς δικαιοπολιτικούς- συμβιβασμούς ή τις a la carte διχαστικά ιεραρχικές εκτιμήσεις και προάγει το βελτιστοποιητικό έννομο συγχρονισμό τωνεπιμέρους ενωσιακών επιταγών και πρωτοβουλιών. Έτσι, η επίσης δικαιοκρατικά διάχυτη έννομη προστασία του περιβάλλοντος αυτοπροσδιορίζεται καιπροσανατολίζεται τελολογικά εντός της ενιαίας αγοράς μέσα από την ισορροπημένη ικανοποίηση

83 S.R.W. van Hees, Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalizing the Concept, www.utrechtlawreview.org , Τεύχος 10, 2014.

της Βιώσιμης Ανάπτυξης, που τίθεται τόσο ως αίτιο, όσο και ως αιτούμενο για τις ενωσιακές δημόσιες πολιτικές. Αντίστοιχα, την ίδια ρυθμιστική δυναμική διαλαμβάνει, παρά τις επιμέρους ερμηνευτικές επιφυλάξεις και το πανομοιότυπο «πράσινο» εγγυητικό κεκτημένο του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε. στο οικείο άρθρο 37, ενδυναμώνοντας τη δικαιοπαραγωγική ισχύ της τελευταίας στον ευρωπαϊκό δικαιωματισμό και στον «ευρω-πολιτειακό» προστατευτικό παρεμβατισμό εν γένει σ' ένα πλέγμα διατάξεων και έννομων δεσμεύσεων που υπηρετούν πρωτίστως την ικανοποίηση της αρχής της Αλληλεγγύης.

8. Ασχέτως της μέχρι σήμερα σχεδόν αναιμικής δικαιοδοτικής ελεγξιμότητας αυτών των δυο θεμελιωδών διατάξεων[84] από το Δ.Ε.Ε., κάτω από τη γενικότερη δικαιοπολιτική δικονομική δογματική της αναγνώρισης ευέλικτων και θεμιτών περιθωρίων εκτίμησης για την ανάπτυξη του «Κράτους Δικαίου της Ε.Ε.» από και προς την ίδια την Ένωση ως διακυβερνητική οντότητα, οι προϋποθετικές συνέργειες της αρχής της περιβαλλοντικής ενσωμάτωσης στις δικαιοπαραγωγικές εκτιμήσεις της Βιώσιμης Ανάπτυξης, σύμφωνα με την κανονιστική ενότητα και την τυπική ισοδυναμία των πρωτογενών συνταγματικών διατάξεων του δίκαιου των Συνθηκών, αναπόφευκτα και νομοτελειακά - έστω και σταδιακά με βάση και τις κοινές προκλήσεις της ίδιας της πραγματικότητας– προβιβάζουν το εφαρμοστικό και συνακόλουθα το ελεγκτικό τους περιεχόμενο, αποβλέποντας ευθέως στην ευρύτερη κανονιστική συνέπεια του ευρωπαϊκού συνταγματισμού και στην ασφάλεια του ευρωπαϊκού δικαιοκρατισμού. Χαρακτηριστικό άλλωστε, είναι και το ισοσκελισμένο και εναρμονιστικά διακείμενο εννοιολογικό πλαίσιο των επιμέρους θεματικών καταστατικών διατάξεων όπως περί: προστασίας του περιβάλλοντος των άρθρων 191-193 της Σ.Λ.Ε.Ε., ενεργειακής θωράκισης του άρθρου 194 της Σ.Λ.Ε.Ε., προστασίας των καταναλωτών του άρθρου 169 παρ. 1 και 2 περ. 2 της Σ.Λ.Ε.Ε., οικονομικής, κοινωνικής και εδαφικής συνοχής του άρθρου 174 της Σ.Λ.Ε.Ε., κοινωνικής πολιτικής του άρθρου 151 της Σ.Λ.Ε.Ε. και πολιτιστικής κληρονομιάς τουάρθρου 167 της Σ.Λ.Ε.Ε.,

84 Σημ: του άρθρου 11 της Σ.Λ.Ε.Ε. και του άρθρου 37 του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε.

όπως και οι καίριες δομικά ενωσιακές προβλέψεις των "opt-out" εθνικών προστατευτικών επίλογων των άρθρων 36 και 114 παρ. 3-6 της Σ.Λ.Ε.Ε., που ενεργοποιούν τις «ασκήσεις της βιωσιμότητας», τόσο για την εμπεριστατωμένη ενσωμάτωση της προστασίας του περιβάλλοντος στην ενιαία αγοράκαι ανάμεσα στα Κράτη - μέλη, όσο και για τη συντεταγμένη και δικαιοκρατική διακυβερνητική εναρμόνιση των Κρατών-μελών με την Ε.Ε. αναφορικά με κοινούς στόχους και επιδιώξεις, αλλά και με τις διαφοροποιημένες αλληλέγγυες ανάγκες και απαιτήσεις της κάθε ευρωπαϊκής Πολιτείας.

9. Από «επιχειρησιακή» άποψη αρμοδιοτήτων και δράσεων, δεν μπορούν να μην διακριθούν και να μην υπομνηστούν περαιτέρω, οι διατάξεις του ειδικότερου άρθρου 191 της Σ.Λ.Ε.Ε., που στοιχειοθετούν εκτενώς την παράλληλη καισυντρέχουσα δοτή αρμοδιότητα της Ένωσης σχετικά με την προστασία του περιβάλλοντος με σαφή προσανατολισμό στις κοινωνικο-οικονομικές συνθήκες της Βιώσιμης Ανάπτυξης και στην ισόρροπη διασύνδεση των περιβαλλοντικών θεσμικών εγγυήσεων με το σύνολο των ενωσιακών πολιτικών και των αντίστοιχων εθνικών εφαρμογών στην επίτευξη στόχων, όπως: η διατήρηση, η προστασία και η βελτίωση της ποιότητας του περιβάλλοντος, η προστασία της ανθρώπινης υγείας, η ορθολογική διαχείριση των φυσικών πόρων σε περιφερειακή και αναπτυξιακή παγκόσμια κλίμακα, και αντιμετώπιση της κλιματικής αλλαγής και όλα τα παραπάνω με τη ρητή δέσμευση για ένα «υψηλό επίπεδο» προστασίας, λαμβάνοντας ταυτόχρονα υπόψη τη διακυβερνητική ποικιλομορφία, τις διαφοροποιημένες λειτουργικές/περιβαλλοντικές ανάγκες και τις ιδιάζουσες επιμέρους παραγωγικές/αναπτυξιακές ιδιαιτερότητες των Κρατών και των επιμέρους «περιοχών», (κατά τη διατύπωση της Συνθήκης) της Ε.Ε..

10. Παρά το ως άνω, πράγματι σύνθετο και πολυπαραγοντικό, δικαιοκρατικό κεκτημένο, όπως προαναφέρθηκε, η ρυθμιστική εφαρμοστικότητα και η έννομη ελεγξιμότητα της ίδιας της αρχής της ενσωμάτωσης αυτής καθεαυτής είναι περιορισμένη,[85] με την αποδοχή και την παραδοχή σχεδόν δικαιοδοτικά

85 Βλ. Μεταξύ άλλων, Ανακοίνωση της Επιτροπής, COM (2007) 225, Final, 3, S. Kingston - V.

ανέλεγκτων περιθωρίων εκτίμησης, ιδίως ως προς την ευέλικτη υιοθέτησή της από τους θεσμούς και τα όργανα της Ένωσης, σε μία κατεξοχήν πολιτική βάση κλιμακούμενων πρωτοβουλιών ως προς την ένταση και την έκταση των όρων και των εκτιμήσεων της Βιώσιμης Ανάπτυξης στις οικείες ενωσιακές δράσεις.[86] Αναλύοντας, ωστόσο, την ισχύουσα Συνθήκη της Λισαβόνας, με τη διακριτή πλέον διατύπωση της μετ-αρχής της ενσωμάτωσης στο άρθρο 11 της Σ.Λ.Ε.Ε., κατά την εξελικτικά διακεκριμένη καθιέρωσή της στον κατευθυντήριο - επιτελικό ενωσιακό σχεδιασμό,[87] έπειτα και από τις ιστορικά επίμονες θεσμικές πιέσεις που είχαν ασκηθεί για την καθιέρωσή της κυρίως από πλευράς της, ανέκαθεν πρωτοπόρας κοινωνικά και περιβαλλοντικά, Σουηδίας, διαπιστώνεται πως αποπνέει μία αμφίδρομη κανονιστική επενέργεια στο ρυθμιστικό περιεχόμενο και στο συμπαγές σύστημα του Δικαίου των Συνθηκών, που αποτελεί και το συνταγματικό πυρήνα του ενωσιακού Κράτους Δικαίου. Καθώς αφενός προσανατολίζει την έννομη προστασία του περιβάλλοντος στην

Heyvaert - A. Cavoski, European Environmental Law, Cambridge University Press, 2017, σελ. 11, S. Dimas, Προλογικό Σημείωμα ως Ευρωπαίος Επίτροπος, σε: EU Environmental Policy Handbook, A Critical Analysis of EU Environmental Legislation, επιστημ. επιμ. S. Scheuer, European Environmental Bureau, 2005, σελ. 3, E. Morgera-G. Marín-Durán, Article 37, σε: The EU Charter of Fundamental Rights, επιστημ. επιμ. S. Peers - T. Hervey - J. Kenner - A. Ward, Hart Publishing, 2014, σελ. 983 και 985 και Γ. Κρεμλής, Η εφαρμογή και η επιβολή της κοινοτικής περιβαλλοντικής νομοθεσίας στην Ελλάδα, σε: Η κοινωνία των πολιτών και η εφαρμογή του περιβαλλοντικού δικαίου, επιστημ. επιμ. Γ. Παπαδημητρίου, Νόμος και Φύση, Α.Ν. Σάκκουλας, 2007, σελ. 145. Γενικώς, τονίζεται η αοριστία της διάταξης ως προς την έκταση και το περιεχόμενό της, καθώς και η ηθελημένη αναιμικότητά της και επί του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε. (κατ' άρθρο 37) στο να καθιερώσει ένα ατομικό δικαίωμα και μία άμεση έννομη αξίωση περιβαλλοντικής προστασίας σε ενωσιακό επίπεδο, βλ. και R. O' Gorman, Case for Enshrinking a Right to Environment with in EU Law, European Public Law, Τεύχος 19, Kluwer Law International BV, 2013, σελ. 583 και 587.

86 Σημ.: βλ. τη δικαιοπολιτική προβληματική που θέτει ο L. Kramer, Direct Effect of EC Environmental Law, σε: Protecting the European Environment: Enforcing EC Environmental Law, επιστημ. επιμ. H. Somsen, Blackstone Press Ltd, 1996, σελ. 113.

87 Σημ.: Η αρχή της ενσωμάτωσης σε επίπεδο Συνθηκών, για πρώτη φορά εντοπίζεται στην Ε.Ε.Π. το 1987 εντός των διατάξεων της προστασίας του περιβάλλοντος στο άρθρο 130P, αφού νωρίτερα είχε ήδη εμφανιστεί στο Πρώτο Πρόγραμμα Δράσης για το Περιβάλλον 1973-1976 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Μία δεκαετία αργότερα, με τη Συνθήκη του Άμστερνταμ, αυτονομήθηκε από την αμιγώς περιβαλλοντική Ενότητα (τότε κατ' άρθρο 174 Σ.Ε.Κ.) και τοποθετήθηκε με αυτοτέλεια στο άρθρο 6 της Σ.Ε.Κ..

«προώθηση της βιώσιμης ανάπτυξης»[88] και αφετέρου αντίστροφα εσωτερικεύει τις περιβαλλοντικές απαιτήσεις στον καθορισμό και στη σύνθεση όλων των υπολοίπων (κατεξοχήν) αναπτυξιακών πολιτικών και βιώσιμων δράσεων της Ένωσης. Στις ημέρες μας, λοιπόν, με την ολοένα και πιο επιτακτικά συνεπή δικαιοκρατική ωρίμανση και ευθύνη του ενωσιακού Οικοδομήματος και υπό το πρίσμα της κανονιστικής αναβάθμισης και άλλων «δικαιο-αποδοτικών» μεθοδολογικών εργαλείων-προτύπων, όπως είναι η θεσμική αναγκαιότητα της θεμελιώδους υιοθέτησης των ρυθμιστικών όρων της «Καλής Διακυβέρνησης» στο ενωσιακό Κράτος Δικαίου, η αρχή της ενσωμάτωσης επιβάλλεται να λαμβάνεται όλο και περισσότερο ενεργητικά-νομιμοποιητικά υπόψη στον αποτελεσματικό ενωσιακό νομοθετικό σχεδιασμό και στην επιμέρους εθνική διοικητική πρακτική κατά την εξέταση της ευρύτερης ενωσιακής νομιμότητας από το Δ.Ε.Ε.[89] για πράξεις και παραλείψεις που άπτονται της συνοχής και της ακτινοβολίας του ευρωπαϊκού δικαίου. Βέβαια, το Δικαστήριο, δέκα τέσσερα και πλέον χρονιά από τη σύνθεση του τελευταίου Καταστατικού Status, συνεχίζει δικαιοδοτικά να προτιμά ως τάση «θεσμικού αυτοπεριορισμού» την «κάθετη» ερμηνευτική απόδοση των επιμέρους νομικών βάσεων της Συνθήκης, παρά το να συνεκτιμήσει συστηματικότερα την έννομη επαγωγή της ως άνω μετ-αρχής ως διακριτή και «οριζόντια» νομική βάση- πλαίσιο ελέγχου και ως αυτοτελή κανονιστική υποχρέωση στους αντίστοιχα εφαρμοστέους και παραγόμενους κανόνες δικαίου,[90] είτε ανά πεδίο ενωσιακής αρμοδιότητας και

88 L. Kramer, EU Environmental Law, 7η έκδ., Sweet & Maxwell, 2011, σελ. 12 και σελ. 20-21 βλ. και άρθρο 3 παρ. 3 της Σ.Ε.Ε..

89 Σημ.: Έμμεσα νομολογιακά η αρχή της ενσωμάτωσης καθιερώνεται μέσα από διοικητικά πρότυπα των Εκτιμήσεων των Περιβαλλοντικών Επιπτώσεων, που ως «ρυθμιστικό πλαίσιο» υλοποιούν ευθέως την εφαρμογή της αρχής. Εξαίρεση στον κανόνα της κανονιστικής επιφύλαξης ήταν η υιοθέτηση της αρχής στην Π.Ε.Κ., Τ-37/04, «Azores κατά Συμβουλίου», βλ. και την αναιρετικά απορριπτική Δ.Ε.Κ. C-444/08P. Αφορούσε τον Κανονισμό 1951/2003 για την αδειοδότηση αλιείας στα ύδατα των Αζόρων, δίχως προηγούμενο έλεγχο περιβαλλοντικών επιπτώσεων στο ευάλωτο τοπικό οικοσύστημα, βλ. προσέγγιση L. Kramer, L. Kramer, Eu Environmental Law, 8η έκδ., Thomson Reuters-Sweet & Maxwell UK, 2016, σελ. 97.

90 Σημ.: J. Holder- M. Lee, Environmental Protection Law and Policy, 2η έκδ., Cambridge University Press, 2007, σελ. 170-171. Προσδίδεται έτσι, μία ευρύτερη «οριζόντια διασύνδεση» της ενωσιακής νομοθεσίας σε όλα τα πεδία δράσης της αρμοδιότητάς της όπως είναι οι τομείς: της

παρέμβασης, είτε σε επίπεδο προστασίας δικαιωμάτων με βάση τον Χάρτη[91] στις πράξεις και τις παραλείψεις της ενωσιακής Ενοποίησης εν γένει.[92] Υπό

εργασίας, της γεωργίας, της ενιαίας αγοράς, της αναπτυξιακής συνεργασίας, της βιομηχανίας, της αλιείας, της οικονομικής πολιτικής, των μεταφορών, της ενέργειας, του τουρισμού σε σχέση με τη βιώσιμη ανάπτυξη και την προστασία του περιβάλλοντος με την πρακτική και δογματική αντίληψη, πως δεν είναι αντιπαραθετικές επιδιώξεις, αλλά ένα εναρμονιστικά ισορροπημένο σύστημα δικαίου. Προς αυτήν την κατεύθυνση διατυπώθηκε και η Δήλωση υπ' αριθμ. 12, που υιοθέτησε η Διακυβερνητική Διάσκεψη του Άμστερνταμ, ως προς την ειδική σημασία για το ευρωπαϊκό δίκαιο εν γένει, της Εκτίμησης των Περιβαλλοντικών Επιπτώσεων. Παράλληλα, ακόμα και στο «χρηματοδοτικό» άρθρο 177 παρ. 2 της Σ.Λ.Ε.Ε. προβλέφθηκε στοχευμένα, ένα «Ταμείο Συνοχής», που αφορά τον στρατηγικά συνεκτικό δημοσιονομικό σχεδιασμό υπέρ και των περιβαλλοντικών ενισχύσεων, υποδεικνύοντας πως και αμιγώς οι οικονομικές πολιτικές της Ένωσης έχουν πολυσχιδή περιβαλλοντικό χαρακτήρα, βάση και σκοπό.

91 Σημ.:Πέρα από τη θετική πρωτοβουλία προτάσεων Γενικών Εισαγγελέων, που καταδεικνύουν την ανάγκη ενεργητικότερης δεσμευτικότητας των περιβαλλοντικών δικαιικών αρχών και των ενωσιακών δεσμεύσεων, σε επίπεδο αποφάσεων, η δυναμικότερη αξιολογική κρίση του άρθρου 37 του Χ.Θ.Δ. εντοπίζεται και στην απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου Γ.Ε.Δ., Τ-614/13, "Romonta". Μεταξύ άλλων, κρίθηκε ότι κατά την ελεύθερη διανομή δικαιωμάτων εκπομπών αερίων του θερμοκηπίου με βάση την αρχή της αναλογικότητας, η Επιτροπή πρέπει να προωθεί και να λειτουργεί, λαμβάνοντας υπόψη και τις προβλέψεις του άρθρου 37 του Χάρτη, εντάσσοντας τις αρχές του υψηλού επιπέδου της περιβαλλοντικής προστασίας, της περιβαλλοντικής ενσωμάτωσης και της βιώσιμης ανάπτυξης στην ερμηνεία των ατομικών δικαιωμάτων. Στην προκειμένη νομολογιακή περίσταση, αναφορικά με την ανάπτυξη επαγγελματικής ελευθερίας και των ιδιοκτησιακών δικαιωμάτων (άρθρα 15 και 17 του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε.) με βάση τους περιορισμούς της Απόφασης 2011/278, σχετικά με τον καθορισμό ενωσιακών μεταβατικών κανόνων για την εναρμονισμένη δωρεάν κατανομή δικαιωμάτων εκπομπής κατ' εφαρμογή του άρθρου 10α της Οδηγίας 2003/87/ΕΚ.

92 Σημ.: Η συστηματικά συνεπέστερη διάχυση της αρχής της ενσωμάτωσης αποτελεί ορθολογική και εύνομη αναγκαιότητα επί των θεσμικών προκλήσεων, της κανονιστικής συνέπειας και των προστατευτικών απαιτήσεων μίας ισόρροπης και εναρμονισμένης βιώσιμης ενωσιακής ρύθμισης-παρέμβασης. Αντιπροσωπεύει κρισιμότατες «Ευρωπολιτειακές» επιταγές για το ευρωπαϊκό κράτος δικαίου όπως: η αυστηρά θετικιστική μεθοδολογική συνέπεια, η συνταγματική συνοχή, η ολιστική πρωτογενής ενότητα και η στρατηγικά «πράσινη» βιώσιμη διακυβερνητική ταυτότητα της Ένωσης. Όσο το Δικαστήριο της Ένωσης δεν εκφράζει ευθεία θέση για τη νομική δεσμευτικότητα και την ερμηνευτική εφαρμογή του άρθρου 11 της Σ.Λ.Ε.Ε., το βασικό μεθοδολογικό πλαίσιο των ευρωπαϊκών Συνθηκών παραμένει εκκρεμές και παράλληλα ασυνεπές σε μία περιπτωσιολογική και «κάθετη» οργανωτική αντιπαραβολή μεμονωμένων πολιτικών και «α-συνάρτητων» δράσεων. Σε κάθε περίπτωση, αν διαπιστώνεται πως μια «συνταγματικού» κύρους διάταξη δεν πρόκειται να ενεργοποιήσει ανάλογες ρυθμιστικές δεσμεύσεις και αντίστοιχη κανονιστική ισχύ, είναι προτιμότερο με παρρησία να καταργείται ή ευθέως να συνομολογείται ρητώς πως αποτελεί «δικαιοπολιτική ευχή- διακήρυξη», παρά να παραμένει ένα δικαιικά αλυσιτελές κενό γράμμα ή

αυτό το σκεπτικό, πράγματι αποδίδονται σημαντικά περιθώρια δικαιοπολιτικής ευελιξίας στον έλεγχο και στη λογοδοσία του θεσμικού πλαισίου που μπορούν να κινηθούν η ίδια η Ένωση και τα Κράτη-μέλη της προς αυτή.[93] Μολαταύτα συμπιέζεται η πολλά υποσχόμενη ρυθμιστική δυναμική του δικαιοαξιακού κεκτημένου του ενωσιακού συνταγματισμού, σχετικοποιώντας την κανονιστικότητα των όρων του ίδιου του ενωσιακού Κράτους Δικαίου και τη συνέπεια των πρωτογενών έννομων δεσμεύσεών του. Διαμορφώνοντας κατ' επέκταση και αντίστοιχες «εκπτωτικές» αντιδράσεις ως προς τη γενικότερη ανάγκη ενδυνάμωσης του ευρωπαϊκού δικαίου των Συνθηκών και την εντατικής υιοθέτησής του από τα Κράτη - μέλη.

11. Σε κάθε περίπτωση, δομικά, αλλά και ως θεσμική προσδοκία για τον ενωσιακό συνταγματισμό, το άρθρο 11 της Σ.Λ.Ε.Ε. είναι ένας αταλάντευτος «πράσινος» αναπτυξιακός προσανατολισμός για το συνολικό δικαιοπολιτικό πλέγμα της Ένωσης,[94] που αναμένει τη δυναμικότερη και αιτιωδέστερη έννομη αποτελεσματικότητά του, είτε αυτούσια, είτε συνδυαστικά

αντικείμενο δικαιοπλαστικής ρητορικής, θέτοντας σε "a la carte" αμφισβήτηση το κύρος και τη συνέπεια του συνόλου πρωτογενών και θεμελιωδών κανόνων της (εκάστοτε) έννομης τάξης. Αν και μέχρι σήμερα το Δ.Ε.Ε. δεν αποδέχεται ότι η καταστρατήγηση ή η παράλειψη της αρχής της ενσωμάτωσης στοιχειοθετεί αυτοτελή λόγο ακύρωσης της νομοθεσίας της Ε.Ε., ορισμένοι από τους Γενικούς Εισαγγελείς κινούνται επιτακτικά προς αυτήν την κατεύθυνση. Βλ. και Προτάσεις του Έλληνα Γεν. Εισαγγελέα Γ. Κοσμά για τη Δ.Ε.Κ., C-321/95 P Greenpeace: Στο σκεπτικό του υποστηρίζει πως η αρχή της ενσωμάτωσης πρέπει να έχει άμεσο εφαρμοστικό αποτέλεσμα.

93 Βλ. L. Kramer, EU Environmental Law, 7η έκδ., Sweet & Maxwell, 2011, σελ. 12 και σελ. 449-450, όπου προβάλλεται το επιχείρημα, πως οι πολιτικές δεσμεύσεις και οι κατευθυντήριες πολιτειακές εγγυήσεις ενδεχομένως να είναι και πιο αποτελεσματικές για την οργάνωση της προστασίας του περιβάλλοντος, σε σχέση με την έννομη, αλλά και καταφανώς διαπλαστική ισχύ των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, ειδικά επί των κοινών και συλλογικών/κοινωνικών συμφερόντων, όπου υπό την αιτιώδη δικονομική απαίτηση ενός «στενού έννομου συμφέροντος», οι τυχόν επιμέρους περιβαλλοντικές αξιώσεις τεκμαίρονται ιδιαίτερα αποδυναμωμένες στην απόδειξη της βλάβης ή του παράνομου και στην απόδοση-εκτίμηση της «πρόδηλης» παράβασης, με βάση τα κεκτημένα δικαιοπολιτικά περιθώρια εκτίμησης των κρατών-μελών, πόσω δε μάλλον της ίδιας της Ένωσης, υποβαθμίζοντας τελικώς την ίδια την ουσία της δικαιοδοτικής κρίσης και την έννομη προστασία του περιβαλλοντικού αγαθού.

94 Βλ. και ανάλυση S. van Hees, Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalizing the Concept, Utrecht Law Review, Τεύχος 10, Ubiquity Press, 2014, σελ. 60-76, διαθέσιμο και στο: www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.269.

ως ο κατεξοχήν επιτελικός «νομικός κρίκος της αλυσίδας» των ενωσιακών στόχων, όρων και επιλογών της Βιώσιμης Ανάπτυξης, αλλά καιεπιπρόσθετα και ως παράμετρος που βρίσκεται στον πυρήνα της δικαιοπολιτειακής συνέπειας και τη δικαιοκρατικής ταυτότητας[95] της ενωσιακής έννομης τάξης[96] για τη βιώσιμη θεσμικά και διακυβερνητικά[97] ανάπτυξή της. Η συλλογιστική μάλιστα αυτή επιρρωνύεται ρητά και από τις συντονιστικές επιταγές του άρθρου 7 της Σ.Λ.Ε.Ε.,[98] το οποίο θεσπίσθηκε ακριβώς για να περιορίσει μονόπλευρες ετεροβαρείς ερμηνείες που θα επέφεραν διακρίσεις ή την εγκαθίδρυση απόλυτων «υπερδιατάξεων» ή της ιεραρχικής προτιμησιακής διαβάθμισης των ενωσιακών δράσεων και αρμοδιοτήτων, όπως θα μπορούσαν δυνητικά να παρερμηνευτούν και να παρέλκουν μονοδιάστατα ακόμα οι ίδιες οι προβλέψεις του άρθρου 11 της Σ.Λ.Ε.Ε. με βάση τις επιφυλάξεις που διατυπώνονται από μέρος της θεωρίας.[99] Έτσι, η περιβαλλοντική προστασία δεν διατίθεται ανταγωνιστικά ή προτιμησιακά, αλλά διαχέεται προϋποθετικά, βελτιστοποιητικά και σωρευτικά στις υπόλοιπες ενωσιακές δράσεις και πολιτικές ως ουσιώδης και αιτιώδηςαναπτυξιακή παράμετρος. Η δε γραμματική

95 Σημ.:Βλ. Ανάλυση της νομικής διάστασης του Άρθρου 11 της Σ.Λ.Ε.Ε. σε S. Kingston, Greening EU Competition Law and Policy, Cambridge University Press, 2012, σελ. 7-40, B. Sjåfjell, The legal Significance of Article 11 TFEU for EU Istitutions and Member States, σε: The Greening of European Business under EU Law, επιστημ. επιμ. B. Sjåfjell - A. Wiesbrock, Routledge, Taylor & Francis Group, 2015, σελ. 51-72 και Α. Γκιζάρη - Ξανθοπούλου, Οι νέοι μηχανισμοί περιβαλλοντικής πολιτικής στην Ε.Ε., Σάκκουλας, 2003, σελ. 308.

96 L. Kramer, EU Environmental Law, 7η έκδ., Sweet & Maxwell, 2011, σελ. 12 και 20.

97 B. Sjåfjell, Corporate Governance for Sustainability. The Necessary Reform of EU Company Law, σε: The Greening of European Business under EU Law, Taking Article 11 TFEU Seriously, επιστημ. επιμ. B. Sjåfjell - A. Wiesbrock, Routledge, Taylor & Francis Group, 2015, διαθέσιμο και στο:ssrn.com/abstract=2535215.

98 Σημ.: Βλ. άρθρο 7 της Σ.Λ.Ε.Ε.: «Η Ένωση μεριμνά για τη συνοχή μεταξύ των διάφορων πολιτικών και δράσεών της, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των στόχων της και σύμφωνα με την αρχή της δοτής αρμοδιότητας». Διάταξη που συνδέει, ερμηνεύει και εντατικοποιεί ευθέως τις «αποκλειστικές», τις «συντρέχουσες» και τις «υποστηρικτικές» αρμοδιότητες των διατάξεων του άρθρου 4 έως 6 της Σ.Λ.Ε.Ε., επιδιώκοντας, αφενός την αποτελεσματική συνταγματική εσωτερική συνάφεια της Ένωσης, και αφετέρου τη συνταγματικά εναρμονιστική της διασύνδεση με την πολιτειακή-πρωτογενή εξουσία των κρατών - μελών.

99 E. Reid, Balancing Human Rights, Environmental Protection and International Trade: Lessons from the EU Experience, Hart Publishing, 2015, σελ. 49 και 54.

αναφορά στο αποφασιστικό «πρέπει» ("must be") της αρχής της ενσωμάτωσης, πέρα από δεοντολογική και αξιολογική υπόμνηση, εκπέμπει και ένα αδιαπραγμάτευτο κανονιστικό βάθος και αιτία στην απόδοση της νομιμότητας των περιθωρίων εκτίμησης της ενωσιακής ρυθμιστικής πρωτοβουλίας.[100] Αποκαλύπτεται, δηλαδή, η "erga omnes" πυκνή δικαιοθεσμική ακτινοβολία της διάταξης, τόσο για τα όργανα και τους θεσμούς της Ένωσης, όσο και για τα Κράτη-μέλη της· ιδίως όταν τα τελευταία εφαρμόζουν το δίκαιο της Ε.Ε. Αλλά, ακόμα πιο διασταλτικά, και αντίστροφα, όταν υιοθετούν εθνικά μέτρα- πολιτειακές παρεμβάσεις, που κατά την εκτελεστότητά τους σε καμία περίπτωση δεν πρέπει ν' αντιστρατεύονται, ν' αλλοιώνουν και να επιδρούν αρνητικά-αντιφατικά στους εφαπτόμενους ευρωπαϊκούς κανόνες και σκοπούς. Ακόμα λοιπόν και από αυτήν τη «συντακτική» γραμματική λεπτομέρεια του ευρωπαϊκού δικαιικού «Οικοσυστήματος», διασπείρεται η θεσμική διεκδίκηση της «συγχρονισμένης» εύνομης συμπεριφοράς ανάμεσα στα προστατευόμενα έννομα συμφέροντα και αγαθά ως προς τις διαρκείς και δικαιοκεντρικές βελτιστοποιήσεις των κεκτημένων του Κράτους Δικαίου στις συνέργειες της ευρωπαϊκής με την εθνική έννομη τάξη. Νομιμοποιητική αντίληψη-πλαίσιο που συντίθεται υπέρ της αέναης ευρωπολιτειακής Ολοκλήρωσης, αίροντας επίσης και υπό αυτό το πρίσμα τις αμοιβαίες "ultra vires" ενστάσεις στο σύνολο των «συμπολιτειακών» εναρμονίσεων και του δικαιοδοτικού ελέγχου του ενιαίου ευρωπαϊκού συνταγματισμού.[101] Οι δε εξισορροπιστικές εκφάνσεις[102] του τελευταίου τεκμηριώνουν με «συνταγματικό πραγματισμό» από τη μία τη σημασία της περιβαλλοντικής ενσωμάτωσης, και από την άλλη τη συνοχή της βιώσιμης ανάπτυξης, μέσα από το

100 Σημ.: Περιπτωσιολογικά, η δέσμευση «περί ενσωμάτωσης» έγινε και νομολογιακά αποδεκτή μεταξύ άλλων και στην απορριπτική προσφυγή της Ελλάδας κατά του Συμβουλίου στη Δ.Ε.Κ. C-62/88 για την ακύρωση του Κανονισμού (ΕΟΚ) 3955/87, σχετικά με τους όρους εισαγωγής γεωργικών προϊόντων καταγωγής τρίτων χωρών μετά το ατύχημα στον πυρηνικό σταθμό του Τσέρνομπιλ.

101 Μ. Παπαγεωργίου, Η Προστασία του Περιβάλλοντος και η Οικονομική Ελευθερία, από τη σύγκρουση συμφερόντων στη Βιώσιμη Ανάπτυξη, Σάκκουλας - EPLO, σελ. 153.

102 A. Epiney, Umweltrecht in der Europäischen Union, 4ηέκδ., Nomos, 1997, σελ. 107-108.

συγκερασμό, τη συνέπεια και συγχρονισμό των συναφών έννομων αγαθών και αξιώσεων με το κοινό διαπολιτειακό δημόσιο συμφέρον, που συνθέτουν.[103] Καθιερώνοντας εν τέλει, συγκλίνουσες "win - win"[104] δικαιοπολιτειακές συνέργειες αμοιβαίου οφέλους για τη «χρυσή τομή» ("juste milieu")[105] ανάμεσα στον φιλελευθερισμό της κοινής και ενιαίας Οικονομίας της Αγοράς και στον προστατευτισμό του ευρωπαϊκού κοινωνικού Κράτους Δικαίου,[106] υπέρ ενός σαφώς πιο συγκεκριμενοποιημένου και «βιώσιμου» κοινού δημοσίου συμφέροντος, σε σχέση με τα παραδοσιακά αφηρημένα, εύπλαστα και "à la carte" αξιολογικά του πρότυπα, για τη συμπαγή νομιμοποίηση των αντίστοιχων προστατευτικών παρεμβάσεων.

12. Η επιμελέστερη και η πλέον συγκροτημένη εφαρμογή της μετ-αρχής της ενσωμάτωσης στην ουσία υπόσχεται και προδιαθέτει -μέσω μίας σαφώς

103 Σημ.: Βλ. Τις συναφείς διατάξεις του άρθρου 37 του Χ.Θ.Δ. της Ε.Ε. για την προστασία του περιβάλλοντος, που αποτυπώνουν μία δυναμική ερμηνευτική αρχή δικαιωματισμού, αλληλεγγύης και εγγυήσεων επί της νομιμότητας των πράξεων και των παραλείψεων της Ένωσης ή των Κρατών-μελών,στις περιπτώσεις που οι δράσεις των τελευταίων επιδρούν στο Ενωσιακό δίκαιο (άρθρο 52 παρ. 5 του Χάρτη). Είναι στοχευμένα πανομοιότυπες, με αυτές του άρθρου 11 της Σ.Λ.Ε.Ε. για την αρχή της ενσωμάτωσης, συντείνοντας και οι δύο προς τη βιώσιμη ανάπτυξη.

104 Ανακοίνωση της Επιτροπής, COM (2007) 225, Final, 3, S. Kingston - V. Heyvaert - A. Cavoski, European Environmental Law, Cambridge University Press, 2017, 11, Dimas S., Προλογικό Σημείωμα ως Ευρωπαίος Επίτροπος, σε: S. Scheuer (επιμ.), EU Environmental Policy Handbook, A Critical Analysis of EU Environmental Legislation, Commissioner EU-EU Environmental Policy Handbook, 2005, 3, E. Morgera-G. Marín-Durán, Article 37, σε: S. Peers-THervey-J. Kenner-A. Ward (επιμ.), The EU Charter of Fundamental Rights, Hart Publishing, 2014, 983, 985 και Γ. Κρεμλής, Η εφαρμογή καιη επιβολή της κοινοτικής περιβαλλοντικής νομοθεσίας στην Ελλάδα, σε: Γ. Παπαδημητρίου (επιμ.) Η κοινωνία των πολιτών και η εφαρμογή του περιβαλλοντικού δικαίου, Νόμος και Φύση, Βιβλιοθήκη Περιβαλλοντικού δικαίου, Α.Ν. Σάκκουλας, 2007, 145, 105.

105 Σημ.:Βλ. L. Idot, Environnement et droit communautaire de la concurrence, σε: J.V. Masclet (επιμ.),La Communaute europeenne et l' environnement, La Documentation Française, 1997, σελ. 383. Όπως θα καταδειχθεί και καταληκτικά στην παρούσα μελέτη, η δικαιοπολιτειακή ωρίμανση της βιώσιμης ανάπτυξης και της αρχής της αναλογικότητας κατά το ρυθμιστικό εκσυγχρονισμό του κράτους δικαίου και κατά την πλέον συγκροτημένη έννομη αποτελεσματικότητα του δημοσίου συμφέροντος μετατρέπει την εν λόγω «χρυσή τομή» σε «χρυσή λύση» ευνομίας και βιωσιμότητας.

106 M. Lee, EU Environmental Law, Governance and Decision-Making, Hart Publishing, 2005, σελ. 57-58.

πιο αιτιολογημένης, συμπεριληπτικής και διάφανης δημόσιας απόφασης- την προάσπιση και την εκπλήρωση μίας ολιστικής Βιωσιμότητας για τα προστατευόμενα έννομα αγαθά και συμφέροντα[107] στις διάσπαρτες προκλήσεις[108] της πολυεπίπεδης ευρωπαϊκής διακυβέρνησης.[109] Ενώ ο νομικός ορθολογισμός που προϋποθέτει στη σύνθεση της αξίας και της διαδικασίας του ενωσιακού δικαιοκρατισμού αναδεικνύει όρους «έννομης αποτελεσματικότητας» ανάμεσα στα δικαιώματα, τις ελευθερίες και τις δημόσιες επιδιώξεις[110] πέρα και πάλι από διχαστικές μεταξύ τους συγκρούσεις. Καλλιεργώντας μία πηγαία βάση νομικής συνέπειας και ισορροπημένων ρυθμιστικών εναρμονίσεων, με την πρακτική -και διακριτή- αξιοποίηση τόσο των τεχνοκρατικών, όσο και των δικαιοπολιτικών εκφάνσεων του περιεχομένου της.[111] Επομένως, η δικαιική αρχή της ενσωμάτωσης, που προσιδιάζει στη «νομιμοποιητική» και αποδοτική λογική των θετικών «εσωτερικεύσεων» της αμιγώς οικονομικής ανάλυσης,[112] εκφράζει μία δεσπόζουσα και «ουσία» διαδικαστική «συνταγματική εντολή» κοινού δημοσίου συμφέροντος για τη συστηματική και βιώσιμη σύμπλευση των οικονομικών, των περιβαλλοντικών και των κοινωνικών συμφερόντων του ευρωπαϊκού κεκτημένου ανάμεσα στην ευρωπαϊκή συμπολιτεία, την κοινή οικονομία της αγοράς και την ευρωπαϊκή κοινωνία των πολιτών.

13. Όλος αυτός ο δικαιοαξιακά ακτινοβόλος και δικαιοπαραγωγικά συ-

107 Βλ. Άρθρο 3 ως άνω Ψηφίσματος.

108 Communicaton from Commission, COM (2008), 773/4.

109 Βλ. Ανακοινώσεις της Επιτροπής COM (2005) 658, Τελικό/2 και COM (2009) 400, Τελικό.

110 Γ. Δελλής, Το ατομικό δικαίωμα αντιμέτωπο στο οικονομικό και οικολογικό έννομο συμφέρον. 1953-2003, Η συρρίκνωση της ατομικότητας, Νόμος και Φύση, 2014, διαθέσιμο στο: nomosphysis.org.gr/7058.

111 V. De Lucia, Critical Environmental Law and the Double Register of the Anthropocene: A Biopolitical Reading, στο Environmental Law and Governance for the Anthropocene, επιστημ. επιμ. L.J. Kotzé, Hart Publishing, 2017, σελ. 97-116 και J. Verschuuren, The Role of Sustainable Development and the Associated Principles of Environmental Law and Governance in the Anthropocene, στο Environmental Law and Governance for the Anthropocene, επιστημ. επιμ. L. J. Kotzé, Hart Publishing,2017, σελ., 3-13.

112 Μ. Παπαγεωργίου, Η Προστασία του Περιβάλλοντος και η Οικονομική Ελευθερία, από τη σύγκρουση συμφερόντων στη Βιώσιμη Ανάπτυξη, Σάκκουλας - EPLO, σελ. 156.

στηματικός ενωσιακός σχεδιασμός αναπτύσσεται με ιδιαίτερο διακυβερνητικό και συνταγματικό βάρος στο σύνολο των προστατευτικών εγγυήσεων των Ευρωπαϊκών Συνθηκών και του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ένωσης, δεσμεύοντας: τη δευτερογενή νομοθετική πρωτοβουλία της Επιτροπής, τις αποφασιστικές επιδιώξεις του Συμβουλίου, τις διεκδικήσεις του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, τις συναφείς εθνικές ρυθμιστικές και δικανικές εφαρμογές και τις ερμηνευτικές δικαιοδοτικές κρίσεις του Δ.Ε.Ε., υποδεικνύοντας το θεσμικό και ρυθμιστικό προσανατολισμό της Ευρωπαϊκής Ένωσης Δικαίου. Στο συγκεκριμένο εκσυγχρονιστικό δικαιοπαραγωγικό πλαίσιο της ενωσιακής έννομης τάξης, υπό το πολυεπίπεδο πρίσμα της «ευρωπολιτειακής» συνεξέλιξης και του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου, χαρακτηριστική είναι άλλωστε η σύγχρονη προσέγγιση της νομικής θεωρίας ότι το «τρισυπόστατο» σχήμα Βιώσιμης Ανάπτυξης: α) η οικονομική ευημερία, β) η κοινωνική συνοχή και γ) η περιβαλλοντική βιωσιμότητα, αντικατοπτρίζει την «εκ του αποτελέσματος νομιμοποίηση» του ευρωπαϊκού συμπολιτειακού οικοδομήματος, σε συντεταγμένη συνάφεια με τη «διαδικαστική νομιμοποίηση», που πηγάζει από τα κράτη, τους λαούς και τους πολίτες της Ε.Ε. και την «αξιακή νομιμοποίηση», που στηρίζεται στην πολιτική ισότητα, την ελευθερία καιτην αλληλεγγύη.[113]

14. Έτσι, οι Θεσμοί του ευρωπαϊκού διακυβερνητικού Οικοδομήματος και «Οικοσυστήματος Δικαίου», υιοθετώντας μία σειρά στρατηγικών ρυθμιστικών πρωτοβουλιών και νομοθετικών παρεμβάσεων προς το συνολικό αναπτυξιακό συντονισμό των Κρατών-μελών,[114] αξιοποιούν της πολυλειτουργικές βάσεις της βιώσιμης ανάπτυξης[115] για τη συνεκτικότερη και πλέον συ-

113 Βλ. προσέγγιση σε Λ. Παπαδοπούλου, Από τη διπλή στη τριπλή νομιμοποίηση της ευρωπαϊκής Ένωσης: το μετέωρο βήμα του Δημήτρη Τσάτσου και η πρακτική φιλοσοφία του Γιώργου Παπαδημητρίου, στο:Η Ελλάδα στην Ευρώπη, Πρακτικά Συνεδρίου στη μνήμη των καθηγητών Συνταγματικού Δικαίου Δ.Τσάτσου - Γ. Παπαδημητρίου, επιστημ. επιμ. Λ. Παπαδοπούλου - Κ. Γώγος - Μ. Πικραμένος, Ευρασία, 2019, ιδίως σελ. 78 επ.

114 Βλ. διαδικτυακό τόπο για τις συντονισμένες πρωτοβουλίες της Ε.Ε. προς τη Βιώσιμη Ανάπτυξη: ec.europa.eu/environment/eussd/

115 Σημ.: Για το νέο οικονομικό μοντέλο της «πράσινης» ανάπτυξης με ισόρροπες κοινωνικές

γκλίνουσα πραγμάτωση των επιμέρους επιδιώξεών τους. Η δε ολοένα και πιο κανονιστική εισδοχή της αρχής της ενσωμάτωσης παράλληλα και προς επιβεβαίωση της προάσπισης της βιωσιμότητας του ίδιου του ενωσιακού δικαιοκρατισμού προδιαθέτει ως σύγχρονο έννομο αποτέλεσμα τα κριτήρια και οι προοπτικές της να εκφράζουν, έστω κατά το δέον, τη βασική απόδοση του «κοινού δημοσίου συμφέροντος» μεταξύ των Κρατών- μελών και της Ένωσης,[116] στο εσωτερικό τους διακυβερνητικό οικοδόμημα, αλλά και στην εξωστρεφή τους κοινή διεθνή στρατηγική.[117]

15. Επί του θεσμικού πρακτέου, ύστερα από την απορρόφηση μίας διάσπαρτης και άτακτης δημοσιονομικής αποσταθεροποίησης και τον επιχειρούμενο

αποδόσεις, βλ. S.Tisma - A.M. Boromisa - A. Kaselj, Environmental Finance and Development, Routledge, 2012, σελ. 1 επ. και C. De Perthuis - P. Jouvet, Green Capital A New Perspective on Growth, Columbia University Press, 2015, σελ. 48. Σημ.: Από την αρχή της βιομηχανικής επανάστασης καταξιωμένοι οικονομολόγοι τόνιζαν τη διασύνδεση της οικονομικής μεγέθυνσης με την εξάντληση ή την επιβάρυνση του περιβάλλοντος και την ευθεία αλληλεπίδρασή της με την ανθρώπινη διαβίωση και εξέλιξη (ενδεικτικό το έργο του βρετανού, γνωστού και ως Φιλέλληνα κατά την ελληνικήεπανάσταση D. Ricardo, Principles of Political Economy and Taxation, σε εκδ. John Murray, το 1817). Για τους νεωτεριστές οικονομολόγους το φυσικό κεφάλαιο πολλές φορές αναλύεται ως ένα σύνολο οριοθετημένων και οικονομικά αποτιμητών πόρων εξαντλήσιμων, σπάνιων ή ανανεώσιμων, υιοθετώντας διαφορετικές πρακτικές διαχείρισης της βιωσιμότητάς του, με βάση την επαγωγική ένταση της συνεκτίμησης των περιβαλλοντικών και των κοινωνικών παραμέτρων στην αντίστοιχη οικονομική διαρρύθμιση, για την ορθολογικότερη και αποδοτικότερη αξιολόγηση των αναπτυξιακών προτύπων και των παραγωγικών εφαρμογών. Οι εκπρόσωποι της νεοκλασσικής θεωρίας, όπως ο R. Solow, απορρίπτοντας «εξω-οικονομικά» ζητήματα διαγενεακής ισότητας, κοινωνικής αλληλεγγύης, περιβαλλοντικής αειφορίας και επάρκειας φυσικών πόρων, εστίασαν στη δύναμη της μεγέθυνσης και της «υποκαταστατικής/αντικαταστατικής» βιωσιμότητας, δημιουργώντας εντός της ερμηνευτικής δυναμικής της τελευταίας μία έντονα διαπλαστική πολιτικο-οικονομική διάσταση, σχετικοποιώντας το εφαρμοστικό της νόημα, υπό τις διάφορες κλιμακούμενες κατά περιεχόμενο προοπτικές της, έξωθεν των συναφών δικαιικών και πλέον ισόρροπων ρυθμιστικών κεκτημένων-εγγυήσεων.

116 Σημ.: Εκτενής ανάλυση της έννοιας του ενωσιακού «κοινού δημοσίου συμφέροντος», ως σύγχρονη προβληματική για την πλουραλιστική ευρωπαϊκή κοινωνία, βλ. και σε Ν. Κανελλοπούλου-Μαλούχου, Η έννοια του κοινού συμφέροντος στην σύγχρονη πολιτεία, στο: Η Ελλάδα στην Ευρώπη, Πρακτικά Συνεδρίου στη μνήμη των καθηγητών Συνταγματικού Δικαίου Δ.Τσάτσου - Γ. Παπαδημητρίου, επιστημ. επιμ. Λ. Παπαδοπούλου - Κ. Γώγος - Μ. Πικραμένος, Ευρασία, 2019, ιδίως σελ. 60-68.

117 Βλ. Communication from the Commission, COM (2002) 82, Final.

κατευνασμό μίας αναπάντεχης και ανατρεπτικής υγειονομικής κρίσης, η στρατηγική και ενιαία αντιμετώπιση των πολύπλευρων και κοινών επαπειλούμενων κινδύνων ειδικά επί των αβέβαιων μεταβολών και συσχετισμών της κλιματικής αλλαγής, μέσα από τη δικαιοαξιακά συνεπή και την ορθολογικά συνετή επανεστίαση των έννομων ορίων και των συνθηκών της οικονομικής ανάπτυξης και των διαπολιτειακών αναγκών και επιδιώξεων της περιβαλλοντικής και της κοινωνικο-οικονομικής ευημερίας, εγκαθιστά ρυθμιστικά τους λειτουργικούς όρους της Βιωσιμότητας πιο ενεργητικούς, πιο διαδραστικούς και εν τέλει πιο… επιτελικούς από ποτέ για τις ενωσιακές αξιώσεις και τις εθνικές προοπτικές του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου, ως ένα ευρύτερο πλαίσιο διακυβερνητικής μεταρρύθμισης και διαπολιτειακού προσανατολισμού. Η δε δικαιοπολιτικά σαφώς πιο νομιμοποιημένη, αποδεκτή και επιβεβλημένη -από προηγούμενες εποχές- θέση και ρόλος της κοινής ευρωπαϊκής πολιτειακής διακυβέρνησης και ο δικαιοπαραγωγικά ισόρροπος εναρμονισμός των Κρατών-μελών σε περαιτέρω αλληλέγγυους και σταθεροποιητικούς άξονες αποτελούν θεσμικό μονόδρομο, αλλά και πρόκληση για την ουσιαστικά μεταρρυθμιστική και την αποδοτικά ανταγωνιστική προάσπιση από πλευράς Ε.Ε.ενός πολυεπίπεδου και ριζοσπαστικού βιώσιμου "*Green Deal*"[118] σε παγκόσμια κλίμακα.[119] Μία θεσμική ενωσιακή πρωτοβουλία και διαπολιτειακή διαδικασία που πανευρωπαϊκά σε καμία περίπτωση δεν πρέπει συγκυριακά να θυσιαστεί ή να μετριαστεί μπροστά σε επιμέρους μικρο-

118 Βλ. κρίσιμες σκέψεις σε Χ. Ζερεφός, Η πανδημία θα αλλάξει το…κλίμα ή θα ακυρώσει το Green Deal, Το Βήμα, 12-04-2020, σελ. 34-35.

119 Σημ.: Επιβάλλεται, δηλαδή, να προαχθεί και να προταχθεί παγκοσμιοποιημένα η ρήτρα της Βιωσιμότητας, ως το νέο δικαιο-πολιτειακό διακυβερνητικό πλαίσιο συγκροτημένων παραγωγικών ελευθεριών και επιβεβλημένα ισόρροπων, δίκαιων, εκσυγχρονιστικών και αλληλέγγυων προστατευτικών κανόνων στα αναπτυξιακά πρότυπα ενός «Παγκόσμιου Σχεδίου Μάρσαλ» ΚλιματικήςΔικαιοσύνης, όπως πρωτοπροτάθηκε από τον -πλέον ακτιβιστή- πρώην Αντιπρόεδρο των Η.Π.Α., Al Gore στο έργο του "Earth in Balance", Houghton Mifflin, 1992. Βλ. και F. Ekardt, Sustainability and a New Concepte of Liberty στο Sustainable Development in International and National law, στο Sustainable Development in International and National law, επιστημ. επιμ. H. Bugge - C. Voigt, Europa Law Publishing, 2008, σελ. 42-43. Η Ε.Ε. έχει το θεσμικό και συνταγματικό υπόβαθρο να σταθεί ανταγωνιστικά και ανθρωπιστικά ως διεθνής εγγυητικός και καταλυτικός παράγοντας γι' αυτήν τη παγκόσμια δίκαιοαξιακή και δικαιοκεντρική μετάβαση.

πολιτικές διακρατικές στρεβλώσεις και αμιγώς μονεταριστικές μεσοπρόθεσμες παρεκκλίσεις, καθώς επιτάσσεται να προάγει άμεσα και να διασφαλίσει ευθέως τις διαγενεακές ανάγκες και τη βιώσιμη προοπτική του σύγχρονου κόσμου.

16. Από όλα τα παραπάνω γίνεται αποδεκτό πως, η αξία και το ρυθμιστικό περιεχόμενο του ενωσιακού Κράτους Δικαίου στη σύγχρονη πραγματικότητα δεν μπορεί να υφίσταται ως μια «υποσχετική» ευχή ή να επιδέχεται μίας «προκρούστειας» προσαρμογής από επιμέρους εκπτωτικές διακρατικές παρεκκλίσεις στην ερμηνεία καιστην εφαρμογή του. Ούτε βέβαια δικαιοκρατικά θεμελιώδεις, πρωτογενούς δικαίου, συνταγματικές διατάξεις, που εμπεριεκλείουν και ενσωματώνουν δικαιικές αρχές, να μένουν δίχως κανονιστική υπαγωγή και απόδοση ως ένα δικαιο-αξιακό περίβλημα δίχως ουσιαστικό και ρυθμιστικό περιεχόμενο, προβάλλοντας την ασυνέπεια του ενιαίου και θετού συνταγματισμού και την ασυμβατότητά του με μία ανειλικρινή πραγματικότητα. Συνεπώς, η Βιωσιμότητα των δράσεων και των επιταγών του ευρωπαϊκού Κράτους Δικαίου εξαρτάται ως επί το πλείστον από την κανονιστική του απόδοση και εφαρμογή, αλλά και από την αταλάντευτη συμπερίληψη στις κοινές δημόσιες πολιτικές των απαραίτητων έννομων ισορροπιών, με τη συνεκτική διασφάλιση-ενσωμάτωση των ισοδύναμων κανονιστικά προστατευόμενων έννομων αγαθών και συμφερόντων.

17. Ας μην παροράται, άλλωστε, ότι το ίδιο το περιεχόμενο του Κράτους Δικαίου αποτελεί ένα συνταγματικά ισόρροπο «Οικοσύστημα» που απαιτεί και διεκδικεί τη Βιωσιμότητά του μέσα από μεγάλες πραγματιστικές πιέσεις και κρίσεις θεσμών, οικονομικής συνοχής, δημοκρατικής νομιμοποίησης, κοινωνικοπολιτικών μεταβολών και περιβαλλοντικών προκλήσεων, που επιβάλλεται να υπερβαίνει και να θωρακίζει με συνέπεια επί των «λόγων» και των «σκοπών» της διακυβερνητικής του υπόστασης και διασφαλιστικά υπέρ της Βιώσιμης προστασίας των κοινών έννομων αγαθών και δικαιωμάτων, όπως και των αντίστοιχων παραγωγικών ελευθεριών και συμφερόντων, με ανθρωποκεντρική αναφορά και διαγενεακή αξία χάρη και κατά… προσδοκία της ολιστικά αλληλέγγυας ευρωπαϊκής Συμπολιτείας.

Οι ΟΠΠΙ, η ακαδημαϊκή ελευθερία και το πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο. Παρατηρήσεις στην ΣτΕ Ολ 2046/2022

Χαράλαμπος Τσιλιώτης

Αναπληρωτής Καθηγητής Συνταγματικού & Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου Πανεπιστημίου Πελοποννήσου

Α. Εισαγωγή

Η απόφαση της Ολομελείας του ΣτΕ υπ' αριθμ. 2046/2022 κρίνει τυπικά κατόπιν υποβολής αιτήσεως ακυρώσεως την νομιμότητα της υπ' αριθμ. 6000/2/6785-πε΄/31-5-2021 απόφασης του Αρχηγού της Ελληνικής Αστυνομίας (ΕΛΑΣ) με την οποία προκηρύχθηκε διαγωνισμός για την πρόσληψη ιδιωτών στην ΕΛΑΣ ως Ειδικών Φρουρών για τη συγκρότηση Ομάδων Προστασίας Πανεπιστημιακών Ιδρυμάτων (ΟΠΠΙ), οι οποίες συνεστήθησαν με τη διάταξη του άρθρου 18 παρ. 1 του Ν. 4777/2021. Ωστόσο, το προκαταρκτικό αλλά κατ' ουσίαν κυριότερο αντικείμενο της δίκης ήταν ο κατ' άρθρο 93 παρ. 4 Συν παρεμπίπτων έλεγχος της συνταγματικότητας των άρθρων 18-20 του ιδίου νόμου. Τα βασικά θέματα Συνταγματικού Δικαίου που αντιμετώπισε το Δικαστήριο στην εν λόγω απόφαση και με τα οποία θα ασχοληθούμε στην παρούσα μελέτη ήταν το κατά πόσο θίγεται η ακαδημαϊκή ελευθερία ως ατομικό θεμελιώδες δικαίωμα και το αυτοδιοίκητο των Πανεπιστημιακών Ιδρυμάτων ως αρχή αλλά και ως θεμελιώδες δικαίωμα όπως θα εξετασθεί κατωτέρω κατ' άρθρο 16 παρ. 1 και 5 Συν με την εγκατάσταση των ως άνω Ομάδων εντός των χώρων ορισμένων Πανεπιστημιακών Ιδρυμάτων με σκοπό και αντικείμενο την φύλαξή τους από έκνομες ενέργειες μερίδας φοιτητών ή/και κυρίως εξωπανεπιστημιακών στοιχείων.

Το θέμα ήταν πρόσφορο για την διερεύνηση ενδιαφερόντων ζητημάτων που αφορούν την δογματική της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, το Δικαστήριο επιχείρησε την αντιμετώπιση αυτή, βασιζόμενο και σε παλαιότερη νομολογία του επί των ζητημάτων της ακαδημαϊκής ελευθερίας και του αυτοδιοίκητου των ΑΕΙ, είχε όμως να αντιμετωπίσει ένα καινοφανές ζήτημα, το κατά πόσο η φύλαξη των ΑΕΙ από Ομάδες Προστασίας που δεν θα ανήκουν σε αυτά ούτε θα υπάγονται στην εποπτεία τους αλλά στην Ελληνική Αστυνομία εντάσσεται στο συνταγματικά κατοχυρωμένο πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο. Παράλληλα η Ολομέλεια του ΣτΕ καλούνταν να εξετάσει και ένα άλλο ζήτημα που δεν είχε απασχολήσει μέχρι τώρα νομολογία και θεωρία, εάν το πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο υπόκειται σε περιορισμούς από τον νομοθέτη ή ισχύει απεριόριστα. Ας εξετάσουμε, εάν, πώς και κατά πόσο το ΣτΕ εξέτασε τα παραπάνω ζητήματα και τι απαντήσεις έδωσε, αφού παρατεθεί το συνταγματικό πλαίσιο εντός του οποίου το Δικαστήριο αναζήτησε την λύση στα ως άνω ζητήματα. Σημειωτέον ότι για τα εδώ εξεταζόμενα ζητήματα υπήρξε μειοψηφία 6 δικαστών, η οποία θα εξεταστεί ξεχωριστά.

Β. Το εν γένει συνταγματικό πλαίσιο

Ι. Η συνταγματική έννοια της ακαδημαϊκής ελευθερίας

Σύμφωνα με το Δικαστήριο οι βασικές αρχές που διέπουν την παροχή της ανώτατης εκπαίδευσης, για την οποία θεσπίζονται συγκεκριμένα οργανωτικά και λειτουργικά πλαίσια που οριοθετούν τη δράση όχι μόνο της διοίκησης αλλά και του κοινού νομοθέτη είναι αφενός η αρχή της ακαδημαϊκής ελευθερίας και αφετέρου η αρχή της πλήρους αυτοδιοίκησης[1].

Η ακαδημαϊκή ελευθερία ως θεμελιώδες ατομικό (αμυντικό)[2] δικαίωμα

1 Βλ. ΣτΕ Ολ 2786/1984 ΝοΒ 1984, σελ. 1430, ΣτΕ Ολ 982/2012, σκ. 15, ΣτΕ Ολ 41/2013, σκ. 9 ΔιΔικ 2013, σελ. 659, ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21, ΣτΕ (Γ΄ Τμήμα-επταμ.) 411/2008, σκ. 9.

2 Ως κλασσικό αμυντικό δικαίωμα ιδρύει αξίωση έναντι του Κράτους για αποχή - πρβλ. συναφώς Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα/Ρεγκάκου, Δίκαιο της Παιδείας, Γ΄ Έκδοση, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2007, σελ. 12, 27.

του ερευνητή ή πανεπιστημιακού δασκάλου[3] αλλά και του διδασκόμενου (φοιτητή)[4] αποτελεί την ειδικότερη έκφανση των επιμέρους θεμελιωδών δικαιωμάτων της ελευθερίας της έρευνας, της επιστήμης και της διδασκαλίας, που κατοχυρώνονται στο άρθρο 16 παρ. 1 εδ. α΄ Συν, εντός των πανεπιστημιακών ιδρυμάτων[5]. Ρητή μνεία της γίνεται στο εδ. β΄ της παρ. 1 του άρθρου 16 Σ, όπου και τίθεται ως ενδογενές όριό της το καθήκον υπακοής στο Σύνταγμα. Η γραμματική αναφορά της ακαδημαϊκής ελευθερίας μαζί με την ελευθερία της διδασκαλίας στο εδ. β΄ της διάταξης αυτής υπονοεί αντιδιαστολή των δύο, υπό την έννοια ότι είναι διαφορετικά αγαθά, ορθότερη, όμως, και κρατούσα είναι η άποψη ότι η δεύτερη μαζί με τις άλλες επιμέρους ελευθερίες που μνημονεύονται στο εδ. α΄ αποτελεί μέρος της πρώτης εντός των πανεπιστημιακών ιδρυμάτων[6].

Η αρχή της ακαδημαϊκής ελευθερίας εγγυάται την αδέσμευτη επιστημονική σκέψη, έρευνα και διδασκαλία και νοείται όχι μόνο ως ατομικό δικαίωμα του πανεπιστημιακού δασκάλου ή ερευνητή αλλά και αντικειμενικά (θεσμική εγγύηση) ως οργανωμένη δραστηριότητα, αναπτυσσόμενη σύμφωνα με κανόνες που θεσπίζει και οικονομικά μέσα που παρέχει το Κράτος[7]. Από

3 Βλ. ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21.

4 Ως ελευθερία του διδάσκεσθαι η οποία αντιπαραβάλλεται στην ελευθερία του διδάσκειν που ισχύει για τους πανεπιστημιακούς δασκάλους. Η ελευθερία των φοιτητών βέβαια είναι συγκριτικά με την αντίστοιχη των διδασκόντων περιορισμένη – πρβλ. Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 34, Π. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο Ατομικά Δικαιώματα, Τέταρτη Έκδοση, Αθήνα-Κομοτηνή 2012, αρ. περ. 936, 965α, 973.

5 Βλ. Α. Μάνεσης, Η συνταγματική προστασία της ακαδημαϊκής ελευθερίας, Ανάτυπο «Ο Πολίτης», Αθήνα 1977, σελ. 5-6, Κ. Χρυσόγονος/Σ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 4η Έκδοση, Αθήνα 2017, σελ. 371-372.

6 Βλ. Α. Μάνεσης, ibidem, Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 941, Κ. Χρυσόγονος/Σ. Βλαχόπουλος, ibidem, σελ. 371-372, Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή. Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (ΙΙ), σε: syntagmawathc.gr 3.2.2021, διαθέσιμο σε: Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή: Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (ΙΙ) - Syntagma Watch. Την άποψη αυτή υιοθετεί και το ΣτΕ – βλ. ΣτΕ Ολ 2786/1984 NoB 1984, σελ. 1430, ΣτΕ Ολ 519/2015, σκ. 14, ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21.

7 Βλ. ΣτΕ Ολ 982/2012, σκ. 15 NoB 2012, σελ. 736, στην οποία χρησιμοποιείται για πρώτη και

την θεσμική της φύση προκύπτει και θετική αξίωση των φορέων της για παροχή εκ μέρους του Κράτους των αναγκαίων μέσων για την εξασφάλιση των εν γένει προϋποθέσεων για ελεύθερη επιστημονική έρευνα και διδασκαλία ή αντίστοιχα υποχρέωση των οργάνων του Κράτους για την εξασφάλιση των προϋποθέσεων αυτών[8], είτε με την μορφή υλικής παροχής είτε με την μορφή λήψης θετικών μέτρων για την προστασία του δικαιώματος όταν αυτό διακινδυνεύεται ή παραβιάζεται από τρίτους (πρβλ. και expressis verbis άρθρο 16 παρ. 1 εδ. α΄ Συν ότι η ανάπτυξη και προαγωγή των δικαιωμάτων αυτής της διάταξης αποτελεί υποχρέωση του Κράτους)[9]. Η αρχή αυτή αποτελεί ειδικότερη έκφραση της εν γένει πνευματικής ελευθερίας και της ανεμπόδιστης διακίνησης των ιδεών. Στο πλαίσιο της ελευθερίας ακαδημαϊκής έρευνας και διδασκαλίας εντάσσεται και η αξίωση ακώλυτης διεξαγωγής της έρευνας και της διδασκαλίας[10], ειδικότερα η αξίωση να μην επεμβαίνει το Κράτος περιοριστικά (με προληπτικά ή κατασταλτικά μέσα) στην διαδικασία κτήσης και μετάδοσης των επιστημονικών γνώσεων[11]. Η αξίωση αυτή ισχύει όχι μόνο έναντι του Κράτους αλλά και έναντι τρίτων ιδιωτών κατά την θεωρία της «τριτενέργειας»[12] η οποία έχει υιοθετηθεί από το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. γ΄ Συν, όπως αυτό εισήχθη με την αναθεώρηση του 2001. Υπό αυτή την έννοια ορθά

τελευταία φορά μέχρι τώρα ρητά ο όρος «θεσμική εγγύηση». Προς την κατεύθυνση της αναγνώρισης νομικής φύσης θεσμικής εγγυήσεως στην ακαδημαϊκή ελευθερία τείνουν όμως και οι ΣτΕ 4009/2000 (Τμήμα Γ΄-επταμ.), σκ. 6, ΣτΕ (Γ΄ Τμήμα-επταμ.) 411/2008, σκ. 9. Πρβλ. και Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 14, 28, Κ. Χρυσόγονος/Σ. Βλαχόπουλος, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 372.

8 Πρβλ. Α. Μάνεσης, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 39.

9 Πρβλ. συναφώς Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 7.

10 Βλ. Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 965α.

11 Βλ. Α. Μάνεσης, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 8, Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 12,13.

12 Την «τριτενέργεια» της ελευθερίας της επιστήμης, της έρευνας και της διδασκαλίας δέχονται και οι Κ. Χρυσόγονος/Σ. Βλαχόπουλος, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 374. Συνακόλουθα το αυτό πρέπει να γίνει δεκτό και για την ακαδημαϊκή ελευθερία. Ως αποδοχή της εφαρμογής της θεωρίας αυτής στην περίπτωση της ακαδημαϊκής ελευθερίας θα πρέπει να θεωρηθεί η αποστροφή του ΣτΕ ότι «η ακαδημαϊκή ελευθερία «… ισχύει έναντι πάντων» - βλ. ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21 καθώς και ΣτΕ Ολ 519/2015, σκ. 14.

έχει επισημανθεί ότι η ελευθερία μαθήσεως του φοιτητή (ελευθερία του διδάσκεσθαι), ως στοιχείο της ακαδημαϊκής ελευθερίας κατά τα ανωτέρω, δεν περιλαμβάνει την ελευθερία παρακωλύσεως των παραδόσεων[13] ή άλλων επιστημονικών εκδηλώσεων ή διοικητικών δραστηριοτήτων του Πανεπιστημιακού Ιδρύματος (π.χ. βίαιη διακοπή πανεπιστημιακής παράδοσης, κατάληψη πανεπιστημιακής αίθουσας με σκοπό την ματαίωση πανεπιστημιακής διάλεξης ή άλλης επιστημονικής ή πολιτικής δράσης που νομίμως διεξάγεται, διακοπή συνεδρίασης οργάνου διοίκησης, κατάληψη πανεπιστημιακών χώρων, που προορίζονται για διάφορες μορφές δράσης των φορέων της πανεπιστημιακής κοινότητας, με σκοπούς μη ακαδημαϊκούς, και μάλιστα που συνιστούν εγκληματικές πράξεις κ.α.). Τοσούτω έλασσον υφίσταται μία τέτοια αξίωση από εξωπανεπιστημιακούς παράγοντες.

Η ακαδημαϊκή ελευθερία προστατεύεται ανεπιφύλακτα, μη υπαγόμενη τόσο στο εδ. α΄ όσο και στο εδ. β΄ της παρ. 1 του άρθρου 16 Συν σε επιφύλαξη του νόμου. Ορίζει όμως το εδ. β΄ ότι η ακαδημαϊκή ελευθερία και η ελευθερία της διδασκαλίας δεν απαλλάσσουν από την υποχρέωση υπακοής στο Σύνταγμα. Οι φορείς δηλ. της ακαδημαϊκής ελευθερίας υπόκεινται στον ενδογενή περιορισμό της υπακοής στο Σύνταγμα[14]. Η Ολομέλεια του ΣτΕ ακολουθώντας προγενέστερη νομολογία του[15], θεωρεί ότι «η ακαδημαϊκή ελευθερία είναι, ως

13 Έτσι Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 965α.

14 Κατά τον Π. Δαγτόγλου, ibidem, αρ. περ. 977, η άσκηση της ακαδημαϊκής ελευθερίας τελεί υπό την επιφύλαξη της τηρήσεως των γενικών νόμων, όπως και η ελευθερία της έκφρασης του άρθρου 14 παρ. 1 Συν. Μόνο που εκεί η επιφύλαξη αυτή ορίζεται ρητά, ενώ στο άρθρο 16 Σ παραλείπεται, όχι τυχαία. Πρβλ. συναφώς αλλά πιο στενά απ' ό,τι ο Δαγτόγλου Α. Μάνεσης, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 10-12. Άλλωστε, τα παραδείγματα γενικών νόμων που αναφέρει ο Δαγτόγλου, αφορούν την προστασία συνταγματικών αγαθών, που εντάσσονται στην υπακοή στο Σύνταγμα κατά την έννοια αυτής της διάταξης. Πέραν δε τούτου, η ακαδημαϊκή ελευθερία ως ανεπιφύλακτο θεμελιώδες δικαίωμα μπορεί να περιοριστεί με βάση την αρχή της ενότητας του Συντάγματος προς χάρη συνταγματικών δικαιωμάτων τρίτων και άλλων συνταγματικών αγαθών όταν η άσκησή της συγκρούεται με αυτά πάντοτε κατόπιν στάθμισης των αντικρουομένων συνταγματικών αγαθών και με τήρηση της αρχής της αναλογικότητας – έτσι Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή. Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (ΙΙ), όπ. παρ. (υποσημ. 6).

15 Βλ. ΣτΕ Ολ 2786/1984 NoB 1984, σελ. 1430, ΣτΕ Ολ 519/2015, σκ. 14.

προς το περιεχόμενο και τη μέθοδο της διδασκαλίας και της έρευνας, απόλυτη και ισχύει έναντι πάντων, μη επιδεχόμενη άλλους περιορισμούς πέραν εκείνων που απορρέουν από την υποχρέωση σεβασμού, εκ μέρους του πανεπιστημιακού διδασκάλου ή ερευνητή, των λοιπών διατάξεων του Συντάγματος»[16].

ΙΙ. Έννοια, νομική φύση και περιεχόμενο του αυτοδιοίκητου των ΑΕΙ κατά το άρθρο 16 παρ. 5 εδ. α΄ Σ

Το αυτοδιοίκητο των πανεπιστημίων κατοχυρώνεται ρητά στην παρ. 5 εδ. α΄ του άρθρου 16 Σ, το οποίο αφενός ορίζει την συγκρότηση των ΑΕΙ υπό την μορφή ΝΠΔΔ αφετέρου επιτάσσει την αυτοδιοίκησή τους και μάλιστα υπό πλήρη μορφή όπως αναφέρει[17]. Αυτοδιοίκηση του Πανεπιστημίου σημαίνει ότι τα ΑΕΙ διαχειρίζονται με αυτοτέλεια έναντι του Κράτους τις υποθέσεις τους στο πλαίσιο που θεσπίζουν οι νόμοι. Σημείο αναφοράς της αυτοτέλειας αυτής είναι συνεπώς η διαχείριση των ιδίων υποθέσεων, δηλ. των σχετικών με την επιστήμη υποθέσεων[18]. Γίνεται δεκτό ότι υπάρχουν δύο όψεις της πανεπιστημιακής αυτοδιοίκησης: η οργανωτική συγκρότηση των επιστημονικών κοινοτήτων και η προστασία απέναντι στις οιεσδήποτε παρεμβάσεις στην επιστημονική διαδικασία[19].

Η νομική φύση του αυτοδιοικήτου των ΑΕΙ είναι διφυής[20] και έγκειται στο ότι αφενός μεν αποτελεί εγγύηση θεσμού (Institutsgarantie) ή θεσμική εγγύηση (institutionelle Garantie) και μάλιστα παρέχοντας υποχρεωτικά στα

16 ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21.

17 Βλ. ΣτΕ Ολ 2786/1984 ΝοΒ 1984, σελ. 1430.

18 Βλ. Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 46-47.

19 Βλ. Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, ibidem, σελ. 47.

20 Βλ. Α. Μάνεσης, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 7 επ., Κ. Χρυσόγονος, Το Σύνταγμα και ο Νόμος 4009/2011 για την δομή και λειτουργία των ΑΕΙ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2011, σελ., 5, Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 941, Κ. Χρυσόγονος/Σ. Βλαχόπουλος, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 383, Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή. Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (ΙΙ), όπ. παρ. (υποσημ. 6).

ΑΕΙ νομική προσωπικότητα του Δημοσίου Δικαίου[21], αλλά και, κατ' εξαίρεση για ΝΠΔΔ, την κατοχύρωση ενός θεμελιώδους ατομικού δικαιώματος[22], το οποίο αποσκοπεί στην πληρέστερη εγγύηση της ακαδημαϊκής ελευθερίας[23]. Πάντως αυτοδιοίκητο δεν σημαίνει αυτονομία, δηλ. την αυτοδύναμη θέσπι-

21 Πρβλ. ΣτΕ Ολ 982/2012, σκ. 15 NoB 2012, σελ. 736, ΣτΕ Ολ 41/2013, σκ. 9 ΔιΔικ 2013, σελ. 659, ΣτΕ Ολ 519/2015, σκ. 14, ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21, ΣτΕ 4009/2000 (Τμήμα Γ΄-επταμ.), σκ. 6. Πρβλ. και τις αναφορές στην νομολογία του ΣτΕ στην υποσημ. 7 και στην θεωρία στην υποσημ. 20.

22 Ο κανόνας στην γενική θεωρία προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι ότι το νομικό πρόσωπο του Δημοσίου, τα λοιπά ΝΠΔΔ αλλά και ΝΠΙΔ του ευρύτερου δημόσιου τομέα, δεν είναι υποκείμενα (φορείς) των θεμελιωδών δικαιωμάτων αλλά αποδέκτες τους – πρβλ. μεταξύ άλλων Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 144 επ., Τ. Ηλιοπούλου-Στράγγα, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2018, σελ. 113-114, Σ. Βλαχόπουλος, Γενική Θεωρία των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, σε: του ιδίου, Θεμελιώδη Δικαιώματα, 2η Έκδοση, Αθήνα 2022, αρ. περ. 20. Συνεπώς δεν μπορεί στο ίδιο πρόσωπο να συνυπάρχουν οι ιδιότητες του υποκειμένου και του αποδέκτη ενός θεμελιώδους δικαιώματος. Μία από τις εξαιρέσεις από αυτόν τον κανόνα αποτελεί η ακαδημαϊκή ελευθερία αλλά και αυτοδιοίκητο των ΑΕΙ τα οποία μπορούν να επικαλεστούν τα δικαιώματα αυτά έναντι των λοιπών κρατικών εξουσιών και κυρίως έναντι του νομοθέτη. Πρβλ. από την συνταγματική νομολογία στην Γερμανία BVerfGE τόμ. 15, σελ. 256 επ., 262 (Universitäre Selbstverwaltung) όπου το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο δέχεται πολύ εύστοχα ότι «[i]n der Regel können zwar weder der Staat noch seine Einrichtungen Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte in Anspruch nehmen, insofern sie nicht gleichzeitig Träger und Adressat von Grundrechten sein können. Dieser Grundsatz gilt jedoch dann nicht, wenn Einrichtungen des Staates Grundrechte in einem Bereich verteidigen, in dem sie vom Staat unabhängig sind. Das ist insbesondere bei den deutschen Universitäten der Fall, die zwar in der Regel vom Staat gegründet sind und auch von ihm unterhalten werden, aber in Wissenschaft, Forschung und Lehre frei sind.. (σε μετάφραση: «Κατά κανόνα δεν μπορούν ούτε το Κράτος ούτε οι βραχίονές του να επικαλούνται τα θεμελιώδη δικαιώματα ως υποκειμενικά δημόσια δικαιώματα, εφόσον δεν μπορούν να είναι ταυτόχρονα φορείς και αποδέκτες των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Αυτή η αρχή, όμως, δεν ισχύει, όταν κρατικά ιδρύματα υπερασπίζονται θεμελιώδη δικαιώματα σε μία περιοχή στην οποία είναι ανεξάρτητα από το Κράτος. Αυτή είναι η περίπτωση ιδιαίτερα με τα γερμανικά Πανεπιστήμια, τα οποία ναι μεν κατά κανόνα έχουν ιδρυθεί και χρηματοδοτούνται από το Κράτος, αλλά σε ό,τι αφορά την επιστήμη, την έρευνα και την διδασκαλία είναι ελεύθερα» (σ.σ. από αυτό). Πρβλ. επίσης, στην ελληνική συνταγματική τάξη για την κατ' εξαίρεση θεμελιοδικαιική ικανότητα των ΑΕΙ ως ΝΠΔΔ όσον αφορά το αυτοδιοίκητο των ΑΕΙ κατ' άρθρο 16 παρ. 5 εδ. α΄ Συν ως θεμελιώδες υποκειμενικό δικαίωμα Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ., αρ. περ. 146, 941, Τ. Ηλιοπούλου-Στράγγα, όπ. παρ., σελ. 114, Σ. Βλαχόπουλος, όπ. παρ. αρ. περ. 20, Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή. Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (ΙΙ), όπ. παρ. (υποσημ. 6).

23 Πρβλ. και ΣτΕ Ολ. 1817/1983, ΣτΕ Ολ 1245/1984 NoB 1984, σελ. 1430, ΣτΕ 1803/2019.

ση κανόνων δικαίου[24], πλην της εξαιρέσεως της κανονιστικής δράσης της διοικήσεως κατ' άρθρο 43 παρ. 2 εδ. β΄ Συν και στο μέτρο της εξουσιοδότησης που παρέχει ο τυπικός νομοθέτης, ενώ τα ΑΕΙ σύμφωνα με το εδ. β΄ της παρ. 5 του άρθρου 16 Συν τελούν υπό την εποπτεία του Κράτους, η οποία σε ό,τι αφορά το αυτοδιοίκητο περιορίζεται σε έλεγχο νομιμότητας των πράξεων των πανεπιστημιακών οργάνων από τον αρμόδιο Υπουργό[25]. Την κρατική εποπτεία υπό την ως άνω μορφή το ΣτΕ θεωρεί ως τον μοναδικό και αναγκαίο περιορισμό του συνταγματικού αυτοδιοίκητου των Πανεπιστημίων[26].

Γίνεται ειδικότερα δεκτό ότι με τις πιο πάνω παρατεθείσες συνταγματικές διατάξεις, κατοχυρώνεται η ελεύθερη ανάπτυξη της επιστήμης ως θεμελιώδης σκοπός του κράτους και καθορίζονται οι βασικές προϋποθέσεις και οι αρχές που πρέπει να διέπουν την παροχή της ανώτατης εκπαιδεύσεως, για την οποία θεσπίζονται συγκεκριμένα οργανωτικά και λειτουργικά πλαίσια, που οριοθετούν τη δράση όχι μόνο της διοικήσεως αλλά και του κοινού νομοθέτη κατά την από αυτόν ρύθμιση των σχετικών θεμάτων[27].

Εξάλλου, η αρχή της πλήρους αυτοδιοικήσεως των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων συνίσταται στην εξουσία των ιδρυμάτων αυτών να αποφασίζουν για τις υποθέσεις τους με δικά τους αποκλειστικά όργανα (ατομικά ή συλλογικά) οριζόμενα μεν από τον κοινό νομοθέτη, απαρτιζόμενα όμως, οπωσδήποτε, από πρόσωπα, τα οποία είναι επιφορτισμένα ή μετέχουν, κατά τις προαναφερθείσες συνταγματικές διατάξεις, στην πραγματοποίηση της εκπαιδευτικής και ερευνητικής αποστολής τους, της κρατικής εποπτείας περιοριζόμενης μόνο σε έλεγχο νομιμότητας των πράξεων των οργάνων αυτών[28]. Επίσης, στην

24 Βλ. Α. Μάνεσης, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 36, Π. Μαντζούφας, Η ακαδημαϊκή ελευθερία, Αθήνα-Κομοτηνή 1997, σελ. 231, Κ. Χρυσόγονος, Το Σύνταγμα και ο Νόμος 4009/2011 για την δομή και λειτουργία των ΑΕΙ, όπ. παρ. (υποσημ. 20), σελ. 5.

25 Βλ. ΣτΕ Ολ 2786/1984, ΝοΒ 1984, σελ. 1430, ΣτΕ Ολ 1013/2013, ΣτΕ Ολ 519/2025, σκ. 14, ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21.

26 Βλ. ΣτΕ Ολ 982/2012, σκ. 15 ΝοΒ ΝοΒ 2012, σελ. 736, ΣτΕ Ολ 519/2015, σκ. 14, ΣτΕ Ολ 2086/2022, σκ. 21.

27 Βλ. ΣτΕ Ολ 2786/1984, ΝοΒ 1984, σελ. 1430.

28 Βλ. ΣτΕ Ολ 2786/1984, ΝοΒ 1984, σελ. 1430, ΣτΕ Ολ 982/2012 σκ. 15 ΝοΒ 2012, σελ. 736,

έννοια του αυτοδιοίκητου των ΑΕΙ εμπίπτει και η εξουσία επιλογής δια των ιδίων τους οργάνων του διδακτικού - κύριου και βοηθητικού - και του διοικητικού προσωπικού τους[29], η οικονομική αυτοτέλεια, δηλ. η ικανότητα διοίκησης και διαχείρισης της ίδιας περιουσίας με ίδια μέσα και η ικανότητα σύνταξης ιδίου προϋπολογισμού και η κατάρτιση των προγραμμάτων σπουδών[30].

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι κατά το ΣτΕ οι ίδιες υποθέσεις που εντάσσονται στο πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο σχετίζονται με θέματα επιστήμης, έρευνας, διδασκαλίας, οικονομικής διαχείρισης και διοικητικού προσωπικού, θέματα δηλ. αμιγώς ακαδημαϊκά, οικονομικά και διοικητικά[31], ενώ δεν εμπίπτει κάθε θέμα των ΑΕΙ που δεν σχετίζεται με τα παραπάνω στο αυτοδιοίκητο[32]. Αξιοσημείωτο είναι ότι, παρά την σαφή τοποθέτηση της θεωρίας[33] και την δική του θέση[34] όσον αφορά την αρχή της ακαδημαϊκής ελευθερίας, το ΣτΕ δεν χαρακτηρίζει ρητά την αρχή της αυτοδιοίκησης των Πανεπιστημίων ως ατομικό δικαίωμα αυτών, δεν το αποκλείει, όμως, αν και φαίνεται να το αντιμετωπίζει περισσότερο ως θεσμική εγγύηση.

ΣτΕ Ολ 519/2015, σκ. 14, ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 21, ΣτΕ 32/1990 (Γ΄ Τμήμα), ΣτΕ 32/2009 (Γ΄ Τμήμα-7μελής).

29 Βλ. ΣτΕ Ολ 519/2015, σκ. 14, ΣτΕ 2046/2022, σκ. 21, ΣτΕ 3010/2000 (Γ΄ Τμήμα), ΣτΕ 1431/2005 (Γ΄ Τμήμα), ΣτΕ 1803/2019 (Γ΄ Τμήμα).

30 Βλ. Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 949 επ., Κ. Χρυσόγονος/Σ. Βλαχόπουλος, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 385-386 και από την νομολογία τις αναφορές στις αμέσως ανωτέρω υποσημειώσεις 26-29.

31 Πρβλ. επίσης και από την θεωρία Π. Μαντζούφας, όπ. παρ. (υποσημ. 24), σελ. 231, Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 46 επ., Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 957.

32 Έτσι έγινε δεκτό ότι η πρόσληψη δικηγόρου ΑΕΙ με πάγια αντιμισθία για την στελέχωση της νομικής του υπηρεσίας, ο οποίος δεν ανήκει στο διοικητικό προσωπικό δεν ανήκει στο αυτοδιοίκητο των ΑΕΙ κατ' άρθρο 16 παρ. 5 εδ. α΄ Σ και κατά συνέπεια η εφαρμογή του άρθρου 11 Ν. 1649/1986 που προβλέπει την πρόσληψη με ειδική διοικητική διαδικασία πρόσληψης από πενταμελές όργανο στο οποίο συμμετέχει μόνο ένα μέλος προερχόμενο από το ΑΕΙ δεν παραβιάζει το συνταγματικά κατοχυρωμένο πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο – πρβλ. ΣτΕ 1803/2019. Πρβλ. περαιτέρω από την θεωρία εκτενώς Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 949 επ.

33 Πρβλ. τις αναφορές στην υποσημ. 20.

34 Πρβλ. τις αναφορές στην υποσημ. 6.

Γ. Η έννοια της δημόσιας τάξης και της δημόσιας ασφάλειας

Το Δικαστήριο συνδέει το ζήτημα της φύλαξης των Πανεπιστημίων σύμφωνα με τις κρίσιμες διατάξεις των άρθρων 18-20 Ν. 4777/2021 και με τις έννοιες της δημόσιας τάξης και ασφάλειας.

Σύμφωνα με τον παραδοσιακό ορισμό, ως δημόσια τάξη νοείται το σύνολο των κανόνων δικαίου αναφορικά με την συμπεριφορά το πολίτη μέσα στο κοινωνικό σύνολο, η τήρηση των οποίων αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την εξασφάλιση μιας ομαλής κοινωνικής συμβίωσης των πολιτών μιας χώρας[35]. Το περιεχόμενο της έννοιας της τάξης επιτελεί ρυθμιστική λειτουργία, εφόσον σκοπός της τάξης είναι η κανονικότητα των ανθρώπινων σχέσεων[36].

Η έννοια της δημόσιας ασφάλειας καλύπτει την διατήρηση της ακεραιότητας της ζωής, της υγείας, της ελευθερίας, της τιμής και της περιουσίας του ατόμου καθώς και την διαφύλαξη της υπόστασης και της λειτουργίας του κράτους και των υπηρεσιών του[37].

Τα έννομα αυτά αγαθά καθ' εαυτά δεν αποτελούν συνταγματικά αγαθά ούτε τα καθιστά ως συνταγματικά το γεγονός ότι αποτελούν λόγους περιορισμών συγκεκριμένων θεμελιωδών δικαιωμάτων με βάση ειδική επιφύλαξη του νόμου (πρβλ. άρθρα 5^{A} παρ. 2, 11 παρ. 2 εδ. β, 13 παρ. 2 εδ. β΄, 19 παρ. 1 εδ. β΄) ή λόγους κήρυξης της χώρας σε κατάσταση πολιορκίας (πρβλ. άρθρο 48 παρ. 1 Σ), καθότι δεν ενδείκνυται η μεταφορά της ειδικής επιφύλαξης του νόμου για την προστασία ενός θεμελιώδους δικαιώματος σε ένα άλλο[38], εκτός

35 Βλ. Ζ. Παπαϊωάννου, Αστυνομικό Δίκαιο, Β΄ Έκδοση, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2006, σελ. 189 (με περαιτέρω παραπομπές στην υποσημ. 678 – εκεί).

36 Βλ. Α. Τάχος, Δίκαιο της Δημόσιας Τάξης, Θεσσαλονίκη 1990, σελ. 16.

37 Βλ. Ζ. Παπαϊωάννου, όπ. παρ. (υποσημ. 35), σελ. 259.

38 Το αυτό ισχύει και για την τριάδα των περιορισμών του άρθρου 5 παρ. 1, ιδιαίτερα για τα χρηστά ήθη, καθότι Σύνταγμα και δικαιώματα των άλλων, στο μέτρο που αυτά είναι συνταγματικά δικαιώματα, αποτελούν λόγους περιορισμού κάθε θεμελιώδους δικαιώματος με βάση την αρχή της ενότητας του Συντάγματος και την θεωρία των ενδογενών περιορισμών όλων των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Contra Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 39-40 ειδι-

εάν και στο μέτρο που σε αυτά περιέχονται συνταγματικά αγαθά, όπως π.χ. η ζωή, η υγεία ή η περιουσία, η προστασία των οποίων επιβάλλει τον περιορισμό άλλων συνταγματικών δικαιωμάτων.

Αρμόδιο για την προστασία αυτών των εννόμων αγαθών είναι το Κράτος μέσω της αστυνομικής αρχής και δη της Ελληνικής Αστυνομίας (πρβλ. Ν. 1481/1984, Ν. 2800/2000)[39]. Την αρμοδιότητα αυτή μπορεί ο νομοθέτης να μεταβιβάσει σε άλλα ΝΠΔΔ, δεν είναι, όμως, υποχρεωμένος[40].

Δ. Ζητήματα συνταγματικότητας της φύλαξης των Πανεπιστημίων από τις ΟΠΠΙ – Οι απαντήσεις της ΣτΕ Ολ 2046/2022

Ερχόμαστε τώρα στις απαντήσεις που έδωσε η απόφαση στο προκείμενο ζήτημα, της υπαγωγής δηλ. των κρίσιμων διατάξεων των άρθρων 18-20 Ν. 4777/2021 στις παραπάνω συνταγματικές αρχές της ακαδημαϊκής ελευθερίας και του πανεπιστημιακού αυτοδιοίκητου του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. β΄ και 5 Σ, ούτως ώστε να προβεί στον έλεγχο συνταγματικότητας των διατάξεων αυτών με βάση τις ως άνω συνταγματικές αρχές.

Το Δικαστήριο αφού προβαίνει στην μείζονα πρόταση εν πολλοίς στις παραπάνω παραδοχές όσον αφορά την νομική φύση και την συνταγματική σημασία των αρχών της ακαδημαϊκής ελευθερίας και του πανεπιστημιακού αυτοδιοίκητου, όπως και της δημόσιας τάξης και κρατικής ασφάλειας, εν συνεχεία παίρνει θέση κατά την υπαγωγή στο κατά πόσο η σύσταση και λειτουργία των ΟΠΠΙ εντός των πανεπιστημιακών χώρων με αποστολή την φύλαξή τους συνάδει ή όχι με τις παραπάνω αρχές.

Με τις επισημάνσεις που κάνει στις σκέψεις 21 και 22 της απόφασης η

κότερα για τα δικαιώματα του άρθρου 16 παρ. 1 Σ και γενικά για όλα τα θεμελιώδη δικαιώματα Π. Παραράς, Οικονομική Ελευθερία Άρθρο 5 παρ. 1 Σ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2019, σελ. 434.

39 Πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 2194/2014, ΣτΕ Ολ 16/2015, ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 22, ΣτΕ 1879/2012 (Τμήμα Δ΄), ΣτΕ 701/2015 (Τμήμα Δ΄).

40 ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 22 με περαιτέρω παραπομπές στην δική του νομολογία.

Ολομέλεια του ΣτΕ φαίνεται να αντιμετωπίζει τις συνταγματικές αρχές του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. β΄ και 5 Συν αφενός και την δημόσια τάξη και ασφάλεια αφετέρου ως αντίρροπα έννομα αγαθά, υποκείμενα σε στάθμιση, στην οποία προβαίνει τόσο στην σκέψη 22 καταρχήν όσο και στις παρακάτω σκέψεις αναλυτικότερα.

Ι. Προσβάλλει η φύλαξη από τις ΟΠΠΙ την ακαδημαϊκή ελευθερία;

1. Η θέση της πλειοψηφίας

Στο συγκεκριμένο ερώτημα η πλειοψηφία του Δικαστηρίου προβαίνει καταρχάς στην εξής παραδοχή, χρησιμοποιώντας μία πολύπλοκη και δυσνόητη διατύπωση ότι «όταν ο κοινός νομοθέτης εκτιμά ότι το δημόσιο συμφέρον, το οποίο συνίσταται στην προστασία της δημόσιας τάξης και ασφάλειας αλλά και στην ίδια τη διασφάλιση της ακώλυτης άσκησης της ακαδημαϊκής ελευθερίας, επιβάλλει την αστυνόμευση στους χώρους των ΑΕΙ σε συνέχεια, μάλιστα, σειράς προϊσχυσάντων ηπιότερων μέτρων ασφάλειας και προστασίας του προσωπικού και της περιουσίας των ΑΕΙ, τα οποία κρίνονται από τον νομοθέτη απρόσφορα να υπηρετήσουν τους σκοπούς αυτούς, δεν απορρέει από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 16 του Συντάγματος, στις οποίες δεν κατοχυρώνεται αυτοτελώς «άσυλο»[41]*), υποχρέωση του νομοθέτη να αναθέτει, ύστερα από απόσπασή τους από την παρέχουσα, λόγω της αποστολής της, μείζονες εγγυήσεις ασφάλειας ΕΛΑΣ, τις αρμοδιότητες της πρόληψης και καταστολής του εγκλήματος στους χώρους των ΑΕΙ στα όργανα αυτών ούτε να προβλέπει συμμετοχή τους στην άσκηση των εν λόγω αρμοδιοτήτων*»[42].

Από την παραπάνω σκέψη προκύπτουν prima facie τουλάχιστον τρεις σημαντικές παραδοχές: α) Ότι βάσει ιστορικής ερμηνείας του Συντάγματος

41 Με παραπομπή στα πρακτικά συζητήσεων επί του Συντάγματος 1975 της Ολομέλειας της Ε' Αναθεωρητικής Βουλής και κυρίως τις τοποθετήσεις του Υπουργού Παιδείας Π. Ζέπου σελ. 505, 509 και του Κ. Τσάτσου σελ. 506.

42 ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 22.

δεν κατοχυρώνεται από τις συνταγματικές αρχές της ακαδημαϊκής ελευθερίας και του πανεπιστημιακού αυτοδιοίκητου το λεγόμενο πανεπιστημιακό «άσυλο», υπό την έννοια της απαγόρευσης αστυνομικής παρέμβασης στους χώρους των πανεπιστημίων, ακόμα και για την επιβολή ή την αποκατάσταση της δημόσιας τάξης όταν τελούνται ποινικά αδικήματα[43], β) ότι το δημόσιο συμφέρον, το οποίο εξειδικεύεται εν προκειμένω στην δημόσια τάξη και ασφάλεια αλλά και στην ακώλυτη άσκηση της ακαδημαϊκής ελευθερίας, μπορεί να επιβάλει την παρουσία της αστυνομίας στους χώρους των ΑΕΙ με σκοπό την αστυνόμευση, όπου ως αστυνόμευση νοείται τόσο η πρόληψη όσο και η καταστολή και γ) ότι τα παραπάνω ισχύουν υπό την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, όταν ηπιότερα μέτρα έχουν καταστεί απρόσφορα για την προστασία των ως άνω έννομων αγαθών του δημοσίου συμφέροντος (επιμέρους αρχές της καταλληλότητας ή προσφορότητας και της αναγκαιό-

43 Contra Α. Μάνεσης, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 41, με την παράθεση όμως του εκ της ιστορικής ερμηνείας αντίθετου επιχειρήματος στην υποσημ. 63 (εκεί), Ε. Βενιζέλος, Ο «νόμος-πλαίσιο» για τα Α.Ε.Ι. Ο κοινός νομοθέτης και το άρθρο 16 του Συντάγματος, σε: Μελέτες συνταγματικού δικαίου: 1980-1987, Θεσσαλονίκη 1987, σ. 293 Δ. Τσάτσος, Το πανεπιστημιακό άσυλο, σε: Η ελληνική πολιτεία 1974-1997, Αθήνα 1998, σ. 460 επ., Κ. Χρυσόγονος, Το Σύνταγμα και ο Νόμος 4009/2011 για την δομή και λειτουργία των ΑΕΙ, όπ. παρ. (υποσημ. 20), σελ. 8 επ., Α. Μανιτάκης, Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος, Αθήνα-Κομοτηνή 1996, σελ. 175-179 με τις επισημάνσεις ότι «[τ]*ο πανεπιστημιακό άσυλο, αν και δεν είναι ρητά συνταγματικά κατοχυρωμένο, διαθέτει ωστόσο συνταγματική ισχύ ως άγραφος, αυτόνομος αν και παραπληρωματικός, κανόνας του πραγματικού Συντάγματος, που έχει προκύψει από μακροχρόνια πρακτική, ανταποκρίνεται σε μια συλλογική συνείδηση της πανεπιστημιακής κοινότητας και συναρτάται λειτουργικά με την προστασία συγκεκριμένης συνταγματικής ελευθερίας, χάριν της οποίας και έχει δημιουργηθεί*». Πρβλ. επίσης, ο ίδιος, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο, Ι, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2004, σ. 368. Πρβλ., ωστόσο, διαφορετικά Ε. Βενιζέλος, Ακαδημαϊκή ελευθερία χωρίς ασφάλεια δεν υπάρχει, ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ 7.3.2022, διαθέσιμο σε: Άρθρο του Ευάγγελου Βενιζέλου στην «Κ»: Ακαδημαϊκή ελευθερία χωρίς ασφάλεια δεν υπάρχει | Η ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ (kathimerini.gr), Α. Μανιτάκης, Οι ιερόσυλοι του ασύλου και οι μωροί υποστηρικτές τους, ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ 8.3.2021, διαθέσιμο σε: Άρθρο του Αντώνη Μανιτάκη στην «Κ»: Οι ιερόσυλοι του ασύλου και οι μωροί υποστηρικτές τους | Η ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ (kathimerini.gr). Πρβλ. περαιτέρω την επιχειρηματολογία γιατί το πανεπιστημιακό άσυλο δεν μπορεί να αποτελεί έννομο αγαθό συνταγματικής περιωπής αλλά μόνο στο μέτρο που το ανάγει σε έννομο αγαθό ο κοινός νομοθέτης Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή. Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (ΙΙ), όπ. παρ. (υποσημ. 6).

τητας).

Επιπλέον, από την αποκωδικοποίηση της παραπάνω σκέψης σε συνδυασμό με όσα εκτίθενται στην παρακάτω σκέψη 24 μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η πλειοψηφία καταλήγει στην κρίση ότι η αστυνόμευση στους πανεπιστημιακούς χώρους, έτσι όπως προβλέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 18-20 Ν. 4777/2021, δεν θίγει καν την ακαδημαϊκή ελευθερία αλλά τουναντίον διασφαλίζει την ακώλυτη άσκησή της ως ένα είδος υλοποίησης κρατικού καθήκοντος προστασίας της, χρησιμοποιώντας τους όρους «διαφύλαξη και ενίσχυση της ακαδημαϊκής ελευθερίας» ως σκοπό της δράσης των ΟΠΠΙ. Ως συμπέρασμα δε της σκέψης της, η πλειοψηφία κρίνει ότι «με την ένδικη ρύθμιση όχι μόνο δεν πλήττεται αλλά θάλπεται η συνταγματική τάξη»[44].

Περαιτέρω, η απόφαση δέχεται ότι «από καμία διάταξη του ν. 4777/2011 δεν προκύπτει ότι η σύσταση των ΟΠΠΙ θέτει σε κίνδυνο την ακώλυτη άσκηση του έργου τους (σ.σ. των ΑΕΙ) και την ακαδημαϊκή ελευθερία ούτε τις λοιπές ελευθερίες ή την αξία του ανθρώπου, τις οποίες, κατά τα προαναφερόμενα, επικαλούνται οι αιτούντες. Ειδικότερα, οι ΟΠΠΙ δεν έχουν αρμοδιότητα ούτε, συνεπώς, δυνατότητα επέμβασης επί θεμάτων επιστήμης, έρευνας, διδασκαλίας, λειτουργίας των ΑΕΙ, τα οποία εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των τελευταίων· αντίθετα έχουν ως αποστολή και αρμοδιότητα την πρόληψη και καταστολή των εγκλημάτων προς διαφύλαξη και ενίσχυση της ακαδημαϊκής ελευθερίας έναντι αξιόποινων πράξεων κατά της ζωής και σωματικής ακεραιότητας των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας και κατά των εγκαταστάσεων και της περιουσίας των ΑΕΙ κατ' εφαρμογή των αρχών της νομιμότητας και αναλογικότητας ιδίως όσον αφορά την παρουσία και δράση τους στους χώρους όπου ασκούνται δραστηριότητες έρευνας και διδασκαλί-

44 ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 24. Ως συνταγματική τάξη εδώ δεν νοείται μόνο η αρχή της ακαδημαϊκής ελευθερίας που θίγεται όταν διαπράττονται ποινικά αδικήματα στον χώρο των Πανεπιστημίων κατά μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας αλλά και άλλα συνταγματικά αγαθά που προστατεύονται ως θεμελιώδη υποκειμενικά δικαιώματα όπως και το αντικειμενικού δικαίου καθήκον του Κράτους να τα προστατέψει με θετικές πράξεις – πρβλ. υποσημ. 47.

ας. Συνεπώς, με την ένδικη ρύθμιση όχι μόνο δεν πλήττεται αλλά θάλπεται η συνταγματική τάξη. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, αβασίμως προβάλλεται ότι τα άρθρα 18-20 του ν. 4777/2021 πλήττουν τις αρχές της ακαδημαϊκής ελευθερίας και της πλήρους αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ· ούτε τίθεται συνεπώς κατ' αρχήν ζήτημα παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας από την εν γένει πρόβλεψη σύστασης και λειτουργίας ΟΠΠΙ στα ΑΕΙ ως περιορισμού της ακαδημαϊκής ελευθερίας».

«Παράλληλα, η δράση των ΟΠΠΙ, η οποία ελέγχεται πειθαρχικά και ποινικά και είναι δυνατόν να θεμελιώσει αστική ευθύνη του Δημοσίου κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, (πρβλ. ΣτΕ 877/2013, 950/2014, 3292/2017, 1972/2021), διέπεται από το Σύνταγμα και τις κείμενες διατάξεις, εν γένει δε από τις αρχές της νομιμότητας και αναλογικότητας…. Η τελευταία, ειδικά όσον αφορά την αστυνόμευση στους χώρους των ΑΕΙ, δεν επιτρέπει την επέμβαση της αστυνομικής δύναμης στις περιπτώσεις μη σοβαρής διατάραξης της ευταξίας εντός των χώρων των ΑΕΙ, περιπτώσεις για τις οποίες προβλέφθηκαν κατά τα προαναφερθέντα τα μέτρα ασφαλείας που λαμβάνουν τα ίδια τα ΑΕΙ. Επιπρόσθετα, με τις διατάξεις των άρθρων 18-20 του ν. 4777/2021 λαμβάνεται ειδική μέριμνα για την εγκαθίδρυση κλίματος εμπιστοσύνης και συνεργασίας μεταξύ των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας και των ΟΠΠΙ. Προς τον σκοπό αυτόν οι τελευταίες, όπως προαναφέρεται, συγκροτούνται (και) από ειδικούς φρουρούς, οι οποίοι προσλαμβάνονται ειδικώς προς τούτο, λαμβάνουν ομοίως ειδική εκπαίδευση προσανατολισμένη στην καλλιέργεια φιλοσοφίας προσαρμοσμένης στις ιδιαιτερότητες των ΑΕΙ (βλ. τοποθετήσεις στη Διαρκή Επιτροπή Μορφωτικών Υποθέσεων της Βουλής της Υπουργού Παιδείας και της Εισηγήτριας της πλειοψηφίας στις 2-2-2021), δεν φέρουν πυροβόλο όπλο και υποχρεούνται να συνεργάζονται με τις πανεπιστημιακές αρχές και όργανα σύμφωνα με όσα ειδικότερα προβλέπονται στα άρθρα 18-20 ν. 4777/2021. Εξάλλου, διάθεση των ΟΠΠΙ σε ΑΕΙ λαμβάνει χώρα, κατά τον νόμο, μόνον εφόσον και στο μέτρο που διαπιστώνεται ανάγκη προς τούτο, προφανώς με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας, υπό το πρίσμα της οποίας υπόκειται αυτοτελώς σε δικαστικό έλεγχο η σχετική απόφαση για δι-

άθεση ΟΠΠΙ σε ΑΕΙ»[45].

Σε συνέχεια των παραδοχών που προέβη στην σκέψη 23 η πλειοψηφία παραθέτει το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς, το οποίο τόσο ο νομοθέτης στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4777/2021 όσο προφανώς και η πλειοψηφία της απόφασης κρίνουν ανεπαρκές και αναποτελεσματικό για να αποτρέψουν εγκληματικές ενέργειες και εν γένει ενέργειες που συνιστούν ανωμαλία στην Ανώτατη Εκπαίδευση και παρακώλυση έως παραβίαση της ακαδημαϊκής ελευθερίας διδασκόντων και διδασκομένων ή σοβαρή διατάραξη της διοικητικής λειτουργίας των ΑΕΙ[46], και τονίζει το ότι η δράση των ΟΠΠΙ δεν εκτείνεται στην συμμετοχή στα όργανα διοίκησης των Πανεπιστημίων ούτε σε παρέμβαση σε θέματα εκπαιδευτικά-ακαδημαϊκά,. Για τον λόγο αυτόν υπογραμμίζει την δραστηριότητά των με αυστηρή τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, την οποία μάλιστα κρίνει ότι υπόκειται σε σταθερό και διαρκή δικαστικό έλεγχο, στο μέτρο δηλ. που η παρέμβασή των είναι κατάλληλη, αναγκαία και αναλογική υπό στενή έννοια για την επίτευξη του επιδιωκόμενου θεμιτού σκοπού της διατήρησης και εάν χρειαστεί της επιβολής της δημόσιας τάξης στα Πανεπιστήμια. Πάντως, αποφεύγει να αναφερθεί ρητά σε προγενέστερα περιστατικά κατά τις τελευταίες δεκαετίες, που συνιστούσαν όχι απλά παραβίαση της ακαδημαϊκής ελευθερίας παραγόντων της πανεπιστημιακής κοινότητας αλλά και άλλων έννομων και δη συνταγματικών αγαθών[47] των πληττομένων

45 Ibidem.

46 Μερικά από αυτά περιγράφονται σε Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή: Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (Ι), σε: SyntagmaWatch.gr 2.2.2021, διαθέσιμο σε: Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή: Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (Ι) - Syntagma Watch. Το να αρνείται κάποιος ή να υποβαθμίζει την ύπαρξη τέτοιων περιστατικών σημαίνει την άρνηση ή υποβάθμιση της ίδιας της πραγματικότητας διαχρονικά σε ορισμένα ΑΕΙ.

47 Η πλειοψηφία μνημονεύει ρητά την ζωή και την σωματική ακεραιότητα των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας και την περιουσία των ΑΕΙ. Σε αυτά πρέπει να προστεθούν και η ανθρώπινη αξιοπρέπεια, η προσωπική ελευθερία και η προσωπικότητα των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας ή και τρίτων, π.χ. όταν μέλη της ακαδημαϊκής κοινότητας λοιδορούνται, προπηλακίζονται, υβρίζονται ή κατακρατούνται παρανόμως στα γραφεία τους ή στις αίθουσες συνεδριάσεων των πανεπιστημιακών οργάνων ή όταν τα πανεπιστήμια χρησιμοποιούνται ως κατασκευαστήρια αυ-

από έκνομες ενέργειες και που δικαιολογούν την παρουσία των ΟΠΠΙ στα Πανεπιστήμια, περιοριζόμενη να παραθέσει τους ισχυρισμούς του νομοθέτη του Ν. 4777/2021 στην αιτιολογική έκθεση του νόμου και τους ισχυρισμούς και τα στοιχεία της Διοικήσεως στις απόψεις και στο υπόμνημα ενώπιον του Δικαστηρίου[48], ενώ ως τέτοιο δικαιολογητικό επιχείρημα για την παρουσία των ΟΠΠΙ στα Πανεπιστήμια χρησιμοποιεί την εξυπακουόμενη ποινική και πειθαρχική ευθύνη των μελών των ΟΠΠΙ καθώς και την αστική ευθύνη του Δημοσίου κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ σε περίπτωση παράνομης δράσης τους[49].

2. Η θέση της μειοψηφίας

Η μειοψηφία των 6 συμβούλων, αφού αναφέρεται στον ιστορικό περίγυρο της συνταγματικής κατοχύρωσης της ακαδημαϊκής ελευθερίας στο άρθρο 16 Σ 1975 λόγω των τραυματικών εμπειριών της επταετούς δικτατορίας και των αντιφιλελεύθερων και αντιδημοκρατικών δράσεών της στα πανεπιστημιακά ιδρύματα, όσον αφορά την συνταγματική και εν γένει νομικοπολιτική φύση της ακαδημαϊκής ελευθερίας προβαίνει στις κάτωθι παραδοχές: «Η ακαδημαϊκή ελευθερία, που αποτελεί ειδικότερη πτυχή της πνευματικής ελευθερίας και ανεμπόδιστης διακίνησης των ιδεών (καρπών του διαφωτισμού), έχει ως περιεχόμενο την αξίωση για την αποχή των κρατικών οργάνων από επεμβάσεις, έστω και έμμεσες, στο περιεχόμενο, στη μέθοδο και στη διαδικασία της επιστημονικής έρευνας και

τοσχεδίων όπλων, παρακαταθήκες απαγορευμένων ουσιών (ναρκωτικών), ορμητήρια για την διάπραξη εγκληματικών ενεργειών ή προκαλύμματα για την εκτόξευση αντικειμένων που συνιστούν όπλα κατά το Ποινικό Δίκαιο (πρβλ. Ν. 2168/1993, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με τον Ν. 4678/2020), όπως πέτρες, τούβλα, μάρμαρα ή το χειρότερο βόμβες μολότωφ κατά προσώπων.

48 Από την παράθεση αυτών των απόψεων και στοιχείων κατά την αιτιολογία της απόφασης, η πλειοψηφία φαίνεται να τα υιοθετεί.

49 Η αποστροφή του διαρκούς δικαστικού ελέγχου της δράσης των ΟΠΠΙ με βάση την αρχή της αναλογικότητας πρέπει να αφορά, εκτός από την διάθεση των ΟΠΠΙ στα Πανεπιστήμια, όπως αναφέρει ρητά η πλειοψηφία – ibidem, σκ. 24 -, και τις περιπτώσεις ελέγχου από τα αρμόδια δικαστικά και διοικητικά όργανα (ποινικά δικαστήρια, πειθαρχικά όργανα, διοικητικά δικαστήρια ουσίας, το ίδιο το ΣτΕ κατά την αναιρετική και ακυρωτική του αρμοδιότητα), όταν εξετάζουν την ποινική και πειθαρχική ευθύνη των μελών των ΟΠΠΙ ή την αστική ευθύνη του Δημοσίου από φερόμενη παράνομη και ζημιογόνα πράξη των οργάνων τους.

διδασκαλίας που διενεργείται στα ΑΕΙ…. Εξ άλλου ο κοινός νομοθέτης κατά την ευχέρειά του να θεσπίζει κανόνες για την οργάνωση και λειτουργία των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων δεν μπορεί να θεσπίζει ρυθμίσεις που θίγουν ή παρακωλύουν ουσιαστικά, έστω και έμμεσα, την συνταγματικά κατοχυρωμένη πλήρη αυτοδιοίκησή τους και ακαδημαϊκή ελευθερία (ΣτΕ 2786/1984 Ολομέλεια). Επέμβαση διοικητικού οργάνου εντός των ΑΕΙ για την τήρηση της αστυνομικής υφής δημόσιας τάξεως πρέπει να διενεργείται με την προϋπόθεση της διασφάλισης της ελευθερίας διδασκαλίας, έρευνας και διακίνησης των ιδεών στο πλαίσιο της πλήρους αυτοδιοίκησης των εν λόγω ιδρυμάτων. Ναι μεν ο θεσμός της ακαδημαϊκής ελευθερίας δεν είναι legibus solutus, ωστόσο οι νομοθετικές ρυθμίσεις που αφορούν τα ΑΕΙ δεν επιτρέπεται να παρέχουν εξουσία σε κρατικά όργανα που μπορεί να παρακωλύσει ή να δυσχεράνει δυσανάλογα την ελευθερία έρευνας και διδασκαλίας στα ιδρύματα αυτά, υπό την πλήρη αυτοδιοίκησή τους. Και τούτο διότι για την πρακτική – ουσιαστική αξία των ατομικών δικαιωμάτων καθώς και των θεσμικών εγγυήσεων του Συντάγματος δεν αρκεί η κατοχύρωσή τους από αυτό, αλλά αναγκαίο στοιχείο αποτελεί η κατάλληλη νομοθετική και διοικητική ρύθμισή τους, ώστε να υλοποιούνται αποτελεσματικά. Από τα προηγηθέντα συνάγεται ότι η διασφάλιση της τάξης και της ασφάλειας στα ΑΕΙ είναι αναγκαία στο κράτος δικαίου, προκειμένου, ειδικότερα, να μπορέσουν τα ιδρύματα αυτά να επιτελέσουν ακωλύτως τη λειτουργία τους με την ελεύθερη ανάπτυξη της επιστήμης. Όταν προβλέπεται η άσκηση εξουσίας κρατικών οργάνων, στα οποία έχουν ανατεθεί αστυνομικά καθήκοντα, στον χώρο των ΑΕΙ, τα όργανα των ιδρυμάτων αυτών είναι εκ του Συντάγματος αρμόδια, σε επίπεδο διοίκησης, να διασφαλίσουν ότι κατά την άσκηση αστυνομικής εξουσίας στους χώρους τους δεν διαταράσσεται ή δεν δυσχεραίνεται δυσανάλογα η ομαλή λειτουργία τους και η αποτελεσματική εκπλήρωση της αποστολής τους με την άσκηση της ακαδημαϊκής ελευθερίας.

Αφού δε, η μειοψηφία παραθέτει τις διατάξεις του Ν. 4777/02021 όσον αφορά την αποστολή και τα μέσα των ΟΠΠΙ εντός των πανεπιστημιακών χώρων καταλήγει κατά την υπαγωγή: «Κατόπιν των προεκτεθέντων, η ανάθεση της προστασίας και ασφάλειας των προσώπων που βρίσκονται στους χώρους των ΑΕΙ

και των υποδομών τους και ιδίως της πρόληψης και καταστολής των αξιόποινων πράξεων, στους χώρους τους (που εντάσσονται στην διασφάλιση της δημόσιας τάξης και ασφάλειας και αποτελούν αρμοδιότητες αναπόσπαστες από τον πυρήνα της κρατικής εξουσίας) στο συνιστώμενο με τις αναφερθείσες διατάξεις του ν. 4777/2021 ειδικό αστυνομικό σώμα που υπάγεται στην Ελληνική Αστυνομία, δηλαδή στο κράτος, και το οποίο μπορεί να εγκατασταθεί στους χώρους των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων, να δρα στους χώρους τους, στους οποίους καλλιεργείται ελεύθερα η επιστήμη με τη θεσμική εγγύηση της πλήρους αυτοδιοίκησης των ιδρυμάτων αυτών (αρμοδίων κατά το Σύνταγμα για την διοικητική ρύθμιση της ακαδημαϊκής ελευθερίας), προς πρόληψη των αξιοποίνων πράξεων (με μέσα, όπως η παρουσία και περιπολία του προσωπικού των Ομάδων στους χώρους των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων, η ηλεκτρονική επιτήρηση και συγκέντρωση πληροφοριών) και καταστολή τους (με τη δυνατότητα χρήσεως μέσων αποκατάστασης της τάξης και επιβολής του νόμου, πλην των πυροβόλων όπλων), προσκρούει στις προαναφερθείσες συνταγματικές διατάξεις¨(σ.σ. της ακαδημαϊκής ελευθερίας και του αυτοδιοικήτου των ΑΕΙ)….».

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι η μειοψηφία της απόφασης εξετάζει άρρηκτα συνδεδεμένα και αναπόσπαστα τις δύο κρίσιμες συνταγματικές αρχές του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. β΄ και 5 Σ, της ακαδημαϊκής ελευθερίας και του αυτοδιοικήτου των ΑΕΙ, και θεωρεί ότι με τις επίδικες ρυθμίσεις του Ν. 4777/2021 παραβιάζονται και οι δύο. Ο τρόπος που χειρίζεται τις δύο συνταγματικές αρχές δεικνύει ότι φρονεί πως ό,τι θίγει την μία αντίστοιχα αντανακλά και στην άλλη, κάτι που κρίνεται συνταγματικά προβληματικό.

ΙΙ. Προσβάλλει η φύλαξη από τις ΟΠΠΙ το αυτοδιοίκητο των Πανεπιστημίων;

Το ερώτημα αυτό ήταν κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη το πιο κρίσιμο και πλέον δυσχερές που καλείτο να απαντήσει η Ολομέλεια του ΣτΕ, η απάντηση που έδωσε δε, προκαλεί περαιτέρω ερωτήματα για το τι ακριβώς θέλησε να πει η πλειοψηφία της απόφασης.

1. Η θέση της πλειοψηφίας

Παρά το ότι η πλειοψηφία της απόφασης ορθά δεν προβαίνει στον χειρισμό των δύο συνταγματικών αρχών του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. β΄ και 5 Σ κατά τρόπο που να τις συνδέει άρρηκτα μεταξύ τους, όπως πράττει η μειοψηφία, δεν τις εξετάζει, όμως, και αποκομμένες. Τις συσχετίζει υπό την έννοια ότι ενδεχόμενη απόκλιση από την μία (αρχή του αυτοδιοίκητου) επιτρέπεται για την προστασία («διαφύλαξη και ενίσχυση» κατά την ορολογία της πλειοψηφίας) της άλλης (αρχή της ακαδημαϊκής ελευθερίας)[50]. Άλλωστε, η πανεπιστημιακή αυτοδιοίκηση θεωρείται η φυσική προέκταση[51] και η οργανωτική διασφάλιση[52] της ακαδημαϊκής ελευθερίας. Αποτελεί την ενδυνάμωση του ατομικού δικαιώματος της ακαδημαϊκής ελευθερίας, ως ένα περαιτέρω επίπεδο για την διασφάλιση αυτοτέλειας και συνεπώς εξυπηρετεί την ελευθερία της επιστημονικής επικοινωνίας και δράσης σε συνθήκες οργανωμένης επιστήμης[53].

Στο θέμα του αυτοδιοίκητου των ΑΕΙ η πλειοψηφία εκθέτει ότι «…όπως γίνεται παγίως δεκτό[54]*…, η δημόσια τάξη και η κρατική ασφάλεια, ειδικότερες εκφάνσεις των οποίων αποτελούν η πρόληψη και η καταστολή του εγκλήματος, ως κατ' εξοχήν δημόσιες εξουσίες και εκφράσεις κυριαρχίας, αποτελούν αρμοδιότητες αναπόσπαστες από τον πυρήνα της κρατικής εξουσίας. Για τον λόγο αυτόν, η άσκηση των επιμέρους αρμοδιοτήτων που συγκροτούν την αποστολή των ενόπλων σωμάτων ασφαλείας, κλάδο των οποίων αποτελεί η Ελληνική Αστυνομία, μη δυνάμενη κατ' αρχήν να παραχωρηθεί σε ιδιώτες ασκείται μέσω της αστυνομικής αρχής μόνο από το Κράτος και από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου που είναι κι αυτά αποκεντρωμένες καθ' ύλην δημόσιες υπηρεσίες. Και είναι μεν δυνατή η, ύστερα από τμηματική και περιστασιακή απόσπαση από*

50 ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 22.

51 Βλ. Κ. Χρυσόγονος/Σ. Βλαχόπουλος, όπ. παρ. (υποσημ. 5), σελ. 383.

52 Βλ. Π. Μαντζούφας, όπ. παρ. (υποσημ. 24), σελ. 228 επ.

53 Βλ. Β. Σκουρής/Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, όπ. παρ. (υποσημ. 2), σελ. 47.

54 Πρβλ. τις αναφορές σε προγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου στην υποσημείωση 39.

την ΕΛΑΣ, ανάθεση σε άλλα όργανα της Δημόσιας Διοίκησης ορισμένων από τις αρμοδιότητες αυτής με πράξη του κοινού νομοθέτη (ΣτΕ Ολομ. 16/2015)· ωστόσο, όταν ο κοινός νομοθέτης εκτιμά ότι το δημόσιο συμφέρον, το οποίο συνίσταται στην προστασία της δημόσιας τάξης και ασφάλειας αλλά και στην ίδια τη διασφάλιση της ακώλυτης άσκησης της ακαδημαϊκής ελευθερίας, επιβάλλει την αστυνόμευση στους χώρους των ΑΕΙ σε συνέχεια, μάλιστα, σειράς προϊσχυσάντων ηπιότερων μέτρων ασφάλειας και προστασίας του προσωπικού και της περιουσίας των ΑΕΙ, τα οποία κρίνονται από τον νομοθέτη απρόσφορα να υπηρετήσουν τους σκοπούς αυτούς, δεν απορρέει από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 16 του Συντάγματος, ..., υποχρέωση του νομοθέτη να αναθέτει, ύστερα από απόσπασή τους από την παρέχουσα, λόγω της αποστολής της, μείζονες εγγυήσεις ασφάλειας ΕΛΑΣ, τις αρμοδιότητες της πρόληψης και καταστολής του εγκλήματος στους χώρους των ΑΕΙ στα όργανα αυτών ούτε να προβλέπει συμμετοχή τους στην άσκηση των εν λόγω αρμοδιοτήτων...»[55].

Από την περίπλοκη αυτή διατύπωση, η οποία κατά την εδώ εκτίμηση πρέπει να αποτελεί ενδεχομένως συναίρεση επιμέρους αντιτιθέμενων απόψεων εντός της πλειοψηφίας, συνάγεται ότι η πλειοψηφία του Δικαστηρίου κρίνει στην σχολιαζόμενη απόφαση σε συνδυασμό και με όσα αναφέρει στην παρακάτω σκέψη 23 ότι καταρχήν η αρμοδιότητα της φύλαξης των Πανεπιστημίων όσον αφορά την πρόληψη και καταστολή εγκληματικών ενεργειών είναι αρμοδιότητα της αστυνομικής αρχής. Δέχεται όμως δύο εξαιρέσεις από τον ως άνω κανόνα με απόφαση του νομοθέτη: πρώτον, η ανάθεση μίας τέτοιας αρμοδιότητας και σε άλλα ΝΠΔΔ, τα οποία όμως θα πρέπει να είναι αποκεντρωμένες δημόσιες υπηρεσίες, και δεύτερον η ανάθεση αυτή και σε άλλα όργανα της Δημόσιας Διοίκησης, μόνον ύστερα από τμηματική και περιστασιακή απόσπαση από την ΕΛΑΣ, και μόνον ορισμένων από τις αρμοδιότητες αυτής. Σε αμφότερες τις περιπτώσεις αυτό όμως δεν αποτελεί συνταγματική υποχρέωση του νομοθέτη και επ' ουδενί υφίσταται υποχρέωση του νομοθέτη εκ του άρθρου 16 Συν και ιδίως της αρχής του αυτοδιοικήτου

55 ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 22.

των ΑΕΙ κατά την παρ. 5 του άρθρου αυτού να αναθέτει μία τέτοια αποστολή στο όργανα διοίκησης των Πανεπιστημίων. Αυτό δε, ισχύει τοσούτω μάλλον όταν τα έννομα αγαθά της δημόσιας τάξης και της δημόσιας (κρατικής) ασφάλειας, τα οποία εξειδικεύουν την αόριστη νομική έννοια του δημοσίου συμφέροντος, ενόψει και της αρχής της αναλογικότητας δεν δικαιολογούν την ανάθεση των αρμοδιοτήτων της πρόληψης και της καταστολής εγκληματικών πράξεων στους χώρους των πανεπιστημίων στα όργανα διοικήσεως αυτών. Από e contrario όμως ερμηνεία της παραπάνω σκέψης του Δικαστηρίου μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι αφίεται στην διακριτική ευχέρεια του νομοθέτη να αναθέσει την αρμοδιότητα αυτή στα όργανα διοίκησης των ΑΕΙ, το ότι δεν το πράττει όμως στην προκειμένη περίπτωση δεν μπορεί από πλευράς Συνταγματικού Δικαίου να του προσαφθεί αντισυνταγματική συμπεριφορά. Με την παραδοχή αυτή το Δικαστήριο προσπαθεί να δικαιολογήσει συνταγματικά την προγενέστερη συμπεριφορά του κοινού νομοθέτη, αρχής γενομένης από τον Ν. 1268/1982.

Περαιτέρω, κατά την υπαγωγή των ενδίκων νομοθετικών διατάξεων στην μείζονα πρόταση η πλειοψηφία της απόφασης εκθέτει: «Υπό τα ως άνω δεδομένα[56]*, οι αμφισβητούμενες ρυθμίσεις των άρθρων 18-20 του ν. 4777/2021 κινούνται εντός των πλαισίων της αρχής της πλήρους αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ και δεν θίγουν το δικαίωμα των ιδρυμάτων αυτών να αποφασίζουν επί των υποθέσεών τους με δικά τους όργανα για τους ακόλουθους λόγους: α) Αφενός και αναφορικά με ζητήματα εσωτερικής λειτουργίας και τάξης, ήτοι με ζητήματα κοινής ακαδημαϊκής ευταξίας, κοινής φύλαξης και ασφάλειας των πανεπιστημιακών χώρων και ελέγχου της πρόσβασης σε αυτούς, προβλέπεται σειρά μέτρων ασφάλειας και προστασίας προσώπων και υποδομών στα ΑΕΙ, αρμοδιότητας των ιδίων αυτών οργάνων, σύμφωνα με όσα ειδικότερα ορίζονται στα άρθρα 12-17 ν. 4777/2021 και εκτίθενται αναλυτικότερα στη σκέψη 12. β) Αφετέρου, ο νομοθέτης, εκτιμώντας τις περιστάσεις και ιδίως ότι η προηγουμένως προ-*

56 Όσα επικαλείται η αιτιολογική έκθεση του Ν. 4777/2021 καθώς και οι ισχυρισμοί, απόψεις και στοιχεία που παρέθεσε η Διοίκηση στο Δικαστήριο και τα οποία φαίνεται το τελευταίο να υιοθετεί.

κριθείσα λύση της ανάθεσης στα ΑΕΙ συμμετοχής τους (δια της δυνατότητας να επιτρέπουν ή μη την επέμβαση δημόσιας δύναμης) στη, βαίνουσα πέραν των ως άνω ζητημάτων εσωτερικής λειτουργίας και τάξης, αντιμετώπιση ζητημάτων φύλαξης και προστασίας των χώρων των ΑΕΙ και των δραστηριοποιούμενων σε αυτούς έναντι αξιόποινων πράξεων ώστε να διασφαλίζεται ότι κατά την εν λόγω επέμβαση δεν θα διαταράσσεται ή δεν θα δυσχεραίνεται δυσανάλογα η ομαλή λειτουργία τους και η αποτελεσματική εκπλήρωση της αποστολής τους με την άσκηση της ακαδημαϊκής ελευθερίας «εφαρμόζεται δεκαετίες ολόκληρες […] έχει, όμως, αποτύχει»…. γ) Δεν προβλέπεται συμμετοχή των ΟΠΠΙ σε διοικητικό όργανο των ΑΕΙ. Συγκεκριμένα: ι) όπως προαναφέρεται (σκέψη 12), η Μονάδα Ασφάλειας και Προστασίας στελεχώνεται από προσωπικό, τακτικό ή προσλαμβανόμενο με σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου, των ΑΕΙ, ο δε Προϊστάμενός της, ο οποίος μετέχει στην ΕΑΠ (άρθρο 15 παρ. 3 περ. γ ν. 4777/2021), είναι μόνιμος υπάλληλος κατηγορίας ή κλάδου ΠΕ ή ΤΕ σύμφωνα με τα άρθρα 84-87 του ν. 3528/2007 (άρθρο 14 παρ. 1 ν. 4777/2021), ιι) στην ΕΑΠ ο επικεφαλής ΟΠΠΙ μπορεί να καλείται στις συνεδριάσεις και να συμμετέχει χωρίς δικαίωμα ψήφου (άρθρο 15 παρ. 3 εδ. τελ.), άρα δεν μετέχει στην κατά τον νόμο συγκρότηση του οργάνου ούτε συμπράττει στη λήψη της απόφασης αυτού αλλά προφανώς εκφέρει απλή γνώμη για τη διαφώτιση των αρμοδίων μελών του οργάνου, ενώ, τέλος, ιιι) η λειτουργία και υποστήριξη των Κέντρων Ελέγχου και Λήψης Σημάτων και Εικόνων στο πλαίσιο της άσκησης των αρμοδιοτήτων των ΟΠΠΙ παράλληλα με την αρμοδιότητα των ΑΕΙ (ειδικότερα της Μονάδας Ασφάλειας και Προστασίας ή ιδιωτών ύστερα από σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών) να λειτουργούν τα εν λόγω Κέντρα Ελέγχου και Λήψης Σημάτων και Εικόνων, τα οποία εγκαθίστανται στα ΑΕΙ ανεξάρτητα από το εάν σε αυτά διατίθενται ή όχι ΟΠΠΙ (κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 12 παρ. 3, 14 παρ. 2 περ. δ, 14 παρ. 3 εδ. τελ.), δεν συνιστά ανάθεση άσκησης αρμοδιότητας των ΑΕΙ στις ΟΠΠΙ…. Ειδικότερα, οι ΟΠΠΙ δεν έχουν αρμοδιότητα ούτε, συνεπώς, δυνατότητα επέμβασης επί θεμάτων επιστήμης, έρευνας, διδασκαλίας, λειτουργίας των ΑΕΙ, τα οποία εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των τελευταίων· αντίθετα έχουν ως αποστολή και αρμοδιότητα την πρόληψη και

καταστολή των εγκλημάτων προς διαφύλαξη και ενίσχυση της ακαδημαϊκής ελευθερίας έναντι αξιόποινων πράξεων κατά της ζωής και σωματικής ακεραιότητας των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας και κατά των εγκαταστάσεων και της περιουσίας των ΑΕΙ κατ' εφαρμογή των αρχών της νομιμότητας και αναλογικότητας ιδίως όσον αφορά την παρουσία και δράση τους στους χώρους όπου ασκούνται δραστηριότητες έρευνας και διδασκαλίας. Συνεπώς, με την ένδικη ρύθμιση όχι μόνο δεν πλήττεται αλλά θάλπεται η συνταγματική τάξη. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, αβασίμως προβάλλεται ότι τα άρθρα 18-20 του ν. 4777/2021 πλήττουν τις αρχές της ακαδημαϊκής ελευθερίας και της πλήρους αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ…»[57].

Κατά την πλειοψηφία η αρχή του αυτοδιοίκητου των ΑΕΙ, όπως αυτή κατοχυρώνεται στο άρθρο 16 παρ. 5 Σ δεν παραβιάζεται από τις κρίσιμες διατάξεις των άρθρων 18-20 Ν. 4777/2021 για τρεις περαιτέρω λόγους: α) Τα ζητήματα κοινής ακαδημαϊκής ευταξίας, κοινής φύλαξης και ασφάλειας των πανεπιστημιακών χώρων και ελέγχου της πρόσβασης σε αυτούς ανατίθενται στα πανεπιστημιακά όργανα σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 12-17 Ν. 4777/2021, β) η άσκηση των αρμοδιοτήτων για τα πέραν των ανωτέρω ζητημάτων εσωτερικής (ακαδημαϊκής) λειτουργίας και τάξης, ζητήματα φύλαξης και προστασίας των χώρων των ΑΕΙ και των δραστηριοποιούμενων σε αυτούς έναντι αξιόποινων πράξεων στα όργανα διοικήσεως των ΑΕΙ, διά του συστήματος της αυτορρύθμισης από τα ίδια όργανα αυτών, αποδείχθηκε επί δεκαετίες αναποτελεσματική και γ) τα όργανα των ΟΠΠΙ δεν συμμετέχουν στα όργανα διοικήσεως των Πανεπιστημίων.

Με τις παραπάνω παραδοχές συνάγεται ότι η πλειοψηφία προβαίνει σε μία λεπτή, αν και δυσδιάκριτη, διάκριση μεταξύ κοινής ακαδημαϊκής ευταξίας, κοινής φύλαξης και ασφάλειας των πανεπιστημιακών χώρων και ελέγχου της πρόσβασης σε αυτούς αφενός, που υπονοεί ότι εντάσσονται στο πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο[58], και φύλαξης των Πανεπιστημίων με σκοπό την

57 ΣτΕ Ολ 2046/2022, σκ. 24.

58 Τέτοια μέτρα είναι αυτά που προβλέπονται στο κεφάλαιο Α΄ «Πολιτική ασφάλειας και προστασίας

αποτροπή ή καταστολή τέλεσης ποινικών αδικημάτων τα οποία, όχι μόνο αφηρημένα[59] αλλά και συγκεκριμένα με βάση τις διατάξεις των άρθρων 18-20 Ν. 4777/2021[60] δεν εμπίπτουν στο συνταγματικά κατοχυρωμένο πανεπιστη-

των ΑΕΙ» (άρθρα 12-17) του μέρους Β΄ Ν. 4777/2021 τα οποία αφορούν ιδίως α) την έγκριση από τα Πρυτανικά Συμβούλια σχεδίων ασφάλειας και προστασίας των ΑΕΙ, τα οποία περιλαμβάνουν αφενός τεχνικά και άλλα αναγκαία μέτρα για την τήρηση της τάξης και της ασφάλειας εντός των χώρων των ΑΕΙ και για την προστασία της ζωής και της σωματικής ακεραιότητας του διδακτικού, διοικητικού και λοιπού προσωπικού, των φοιτητών και τρίτων φυσικών προσώπων-επισκεπτών και της ακίνητης και κινητής περιουσίας των ΑΕΙ, και αφετέρου το χρονοδιάγραμμα και τους χώρους εφαρμογής των εν λόγω μέτρων, καθώς και, ως παραρτήματα, σχέδια ασφάλειας και αντιμετώπισης καταστροφών, εσωτερικούς κανονισμούς διαχείρισης φυσικών, τεχνολογικών και ανθρωπογενών καταστροφών και μελέτες ενεργητικής πυροπροστασίας και εγκατάστασης-τοποθέτησης μέτρων/μέσων πυροπροστασίας· όλα τα τεχνολογικά συστήματα ασφάλειας και επικοινωνίας συνδέονται με το «Κέντρο Ελέγχου και Λήψης Σημάτων και Εικόνων» (άρθρο 12, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 240 του ν. 4798/2021, Α΄ 68), β) την υποχρεωτική εφαρμογή συστημάτων ελεγχόμενης πρόσβασης στα ΑΕΙ σε εξωτερικούς ή εσωτερικούς χώρους των ΑΕΙ βάσει κανονισμού ελεγχόμενης πρόσβασης ο οποίος εγκρίνεται με απόφαση του Πρύτανη (άρθρο 16), γ) τη σύσταση της «Μονάδας Ασφάλειας και Προστασίας» η οποία αποτελεί αυτοτελή υπηρεσία υπαγόμενη απευθείας στον Πρύτανη, στελεχώνεται από προσωπικό του ΑΕΙ (τακτικό ή, εάν αυτό δεν επαρκεί, προσωπικό ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου) και είναι αρμόδια, μεταξύ άλλων, για την εφαρμογή των μέτρων ασφάλειας και προστασίας, όπως η φύλαξη των υποδομών και εγκαταστάσεων του ΑΕΙ, η εφαρμογή του συστήματος ελεγχόμενης πρόσβασης, η στελέχωση, λειτουργία και υποστήριξη του Κέντρου Ελέγχου και Λήψης Σημάτων και Εικόνων (άρθρο 14), δ) την πρόβλεψη δυνατότητας ανάθεσης των εν λόγω τριών αρμοδιοτήτων της «Μονάδας Ασφάλειας και Προστασίας» σε ιδιώτες δυνάμει συμβάσεων παροχής υπηρεσιών του ν. 4412/2016 (άρθρο 14 παρ. 3), ε) τη σύσταση της «Επιτροπής Ασφάλειας και Προστασίας» η οποία συγκροτείται με απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου και έχει ως επί το πλείστον εισηγητικές αρμοδιότητες, μεταξύ των οποίων η κατάρτιση και υποβολή προς έγκριση του σχεδίου ασφάλειας και προστασίας και των παραρτημάτων αυτού καθώς και του κανονισμού ελεγχόμενης πρόσβασης (άρθρο 15), στ) τον προσδιορισμό σχετικών αρμοδιοτήτων του Πρύτανη, ο οποίος, μεταξύ άλλων, εγκρίνει τον κανονισμό ελεγχόμενης πρόσβασης, αποφασίζει τη λήψη κάθε αναγκαίου μέτρου για την ομαλή και απρόσκοπτη λειτουργία του ΑΕΙ, προεδρεύει στην «Επιτροπή Ασφάλειας και Προστασίας», εποπτεύει τη λειτουργία της «Μονάδας Ασφάλειας και Προστασίας», μεριμνά για την εκ μέρους της εφαρμογή του σχεδίου ασφάλειας και προστασίας και του κανονισμού ελεγχόμενης πρόσβασης και επικοινωνεί και συνεργάζεται με τους επικεφαλής και το προσωπικό των ΟΠΠΙ (άρθρο 13)· ομοίως, τον προσδιορισμό σχετικών αρμοδιοτήτων άλλων οργάνων των ΑΕΙ (βλ. ιδίως για το Πρυτανικό Συμβούλιο άρθρα 12 παρ. 4 και 7, 15 παρ. 2, 17 παρ. 3-5 όπως τροποποιήθηκαν με το άρθρο 240 του ν. 4798/2021).

59 Όπως εκτίθεται στην σκ. 22.

60 Όπως εκτίθεται στην σκ. 24.

μιακό αυτοδιοίκητο[61]. Το αποτέλεσμα είναι ότι οι διατάξεις αυτές που αναθέτουν την δημόσια αυτή λειτουργία στις ΟΠΠΙ κρίνονται συνταγματικές.

2. Η θέση της μειοψηφίας

Η θέση της μειοψηφίας στο ζήτημα του εάν οι ΟΠΠΙ προσβάλλουν το πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο, εκτίθενται ανωτέρω[62]. Επ' αυτού δεν υφίσταται κάτι επιπλέον σε όσα προαναφέρθηκαν, δεδομένου ότι όπως αναφέρθηκε η μειοψηφία συνδέει αναπόσπαστα ακαδημαϊκή ελευθερία και πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο, οπότε η παραβίαση της πρώτης με τις διατάξεις των άρθρων 18-20 Ν. 4777/2021 συνεπάγεται και την παραβίαση της δεύτερης.

Ε. Κριτικές σκέψεις

Ι. Περί της ακαδημαϊκής ελευθερίας

Η θέση της πλειοψηφίας του Δικαστηρίου ότι οι επίμαχες ρυθμίσεις δεν θίγουν καν την ακαδημαϊκή ελευθερία ως υποκειμενικό θεμελιώδες δικαίωμα των φορέων του (διδασκόντων και διδασκομένων στα ΑΕΙ) είναι απολύτως ορθές, ενώ εντύπωση προκαλεί η αντίθετη άποψη που εκφράζει η μειοψηφία. Ούτε από τις επίμαχες διατάξεις του νόμου ούτε από την Αιτιολογική Έκθεση ούτε και από την κοινή λογική συνάγεται ότι σκοπός των υπαγομένων στην ΕΛΑΣ ειδικών αυτών Ομάδων Προστασίας των ΑΕΙ είναι ή θα μπορούσε να είναι η παρέμβαση σε θέματα ακαδημαϊκής φύσεως, επιστήμη, διδασκαλία, έρευνα, διοίκηση κ.τ.ό. που αφορούν την ακαδημαϊκή λειτουργία των ΑΕΙ. Άλλωστε, η ιστορία κατέδειξε ότι από το 1974 και μετά ουδέποτε αστυνομική ή άλλη εξωπανεπιστημιακή κρατική αρχή παρενέβη σε ακαδημαϊκά θέματα εντός των χώρων του Πανεπιστημίου, οι δε σπανιότατες αστυνομικής

61 Θέση που υποστήριξε αρχικά ο Ε. Βενιζέλος, Ακαδημαϊκή ελευθερία χωρίς ασφάλεια δεν υπάρχει, όπ. παρ. (υποσημ. 43).

62 Βλ. ανωτέρω υπό Ι 2.

φύσεως παρεμβάσεις δεν υπερέβαιναν τα όσα προβλεπόταν από την εκάστοτε κείμενη νομοθεσία και αποκλειστικά για λόγους αντιμετώπισης παραβατικών συμπεριφορών κυρίως κακουργηματικού χαρακτήρα. Αντίθετα, εάν η ακαδημαϊκή ελευθερία παραβιάστηκε κατά τις τελευταίες δεκαετίες αυτό δεν ήταν από την αστυνομική ή όποια άλλη κρατική αρχή αλλά από ομάδες ιδιωτών, οργανωμένες ή μη, πανεπιστημιακών ή κυρίως εξωπανεπιστημιακών, που παρενέβαιναν με βία σε δράσεις αμιγώς ακαδημαϊκού χαρακτήρα (παραδόσεις μαθημάτων ή σεμιναρίων, εκδηλώσεις με προσκεκλημένους ομιλητές, συνεδριάσεις διοικητικών οργάνων των ΑΕΙ, ώρες ακροάσεως Καθηγητών στα γραφεία τους, εκδηλώσεις πανηγυρικού χαρακτήρα όπως π.χ. ανακηρύξεις επιτίμων διδακτόρων κ.α.) με σκοπό την ματαίωσή τους πολλές φορές με προπηλακισμούς, ξυλοδαρμούς, εκδιώξεις και διαπομπεύσεις μη αρεστών προσώπων και υλικές καταστροφές κτιρίων, επίπλων, υλικοτεχνικής υποδομής, έργων τέχνης κ.α.[63].

Ορθές είναι επίσης οι επισημάνσεις ότι οι επίμαχες ρυθμίσεις όχι μόνο δεν διαταράσσουν την ακαδημαϊκή ελευθερία αλλά αποσκοπούν στην διαφύλαξή της, όπως και στην προστασία άλλων έννομων αγαθών της συνταγματικής τάξης ως την υλοποίηση ενός κρατικού καθήκοντος προστασίας της με θετική δράση, αποφεύγοντας να κατονομάσει, όμως, την συνταγματική sedes materiae ενός τέτοιου καθήκοντος. Ως τέτοιο θα μπορούσε να αναφερθεί πέραν της γενικής ρήτρα του άρθρου 25 παρ. 2 Σ ότι η αναγνώριση και η προστασία των απαράγραπτων και θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου από την Πολιτεία (σ.σ. πρωτίστως από τον νομοθέτη) αποβλέπει στην πραγμάτωση της κοινωνικής προόδου μέσα σε ελευθερία και δικαιοσύνη[64], και το ειδικότερο καθήκον εκ του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α΄ Σ[65].

63 Πρβλ. ανωτέρω υπό Β Ι, ΙΙ τις επισημάνσεις περί «τριτενέργειας» της ακαδημαϊκής ελευθερίας ως θεμελιώδους δικαιώματος.

64 Πρβλ. εκτενέστερα Χ. Τσιλιώτης, Η επίλυση της σύγκρουσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων μέσω της υλοποίησης του καθήκοντος προστασίας τους, ΔτΑ 2016, σελ. 55 επ. (με περαιτέρω αναφορές).

65 Πρβλ. εκτενέστερα ανωτέρω υπό Β Ι και Ε Ι.

Αντίθετα, συνταγματικά προβληματική είναι η πλήρης ταύτιση της ακαδημαϊκής ελευθερίας με το πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο, στην οποία προβαίνει η μειοψηφία της απόφασης. Ενώ είναι όντως αμφισβητούμενο, εάν η επίμαχη ρύθμιση θίγει και μάλιστα κατά τρόπο συνταγματικά ανεπίτρεπτο την αρχή της αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ, άποψη την οποία και αποδέχεται εν τέλει η μειοψηφία, καταφεύγει στην παραδοχή μέσω της κατασκευής της ταύτισης ότι τελικά παραβιάζεται και η αρχή της ακαδημαϊκής ελευθερίας. Ναι μεν, η πρώτη αποτελεί κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα[66] προέκταση της τελευταίας, δεν μπορεί να θεωρηθεί όμως κάθε παραβίαση του πανεπιστημιακού αυτοδιοίκητου και παραβίαση της ακαδημαϊκής ελευθερίας. Υπό αυτή την έννοια είναι ανεξήγητη από την μειοψηφία η παραδοχή ότι η ανάθεση της φύλαξης των ΑΕΙ σε ειδικές ομάδες προστασίας υπαγόμενες στην ΕΛΑΣ μπορεί να παρακωλύσει ή να δυσχεράνει δυσανάλογα την ελευθερία έρευνας και διδασκαλίας στα ιδρύματα αυτά, υπό την πλήρη αυτοδιοίκησή τους. Η μειοψηφία υπερεκτιμά για την έκφραση της δικαιοδοτικής κρίσης των μελών που την συνθέτουν την σημασία της ιστορικότητας της καθιέρωσης του πανεπιστημιακού ασύλου και τις τραυματικές εμπειρίες της περιόδου 1967-1974 από τις δυνάμεις ασφαλείας του δικτατορικού καθεστώτος, δηλ. γεγονότων και καταστάσεων που συνέβησαν πριν από πενήντα και πλέον χρόνια και δεν επαναλήφθηκαν επί δημοκρατικών συνθηκών, και υποτιμά πλήρως τα παραπάνω ακραία περιστατικά παραβίασης της ακαδημαϊκής ελευθερίας από ομάδες ιδιωτών καθ' όλη την διάρκεια της μεταπολίτευσης και επί σειρά δεκαετιών, παραγνωρίζοντας και την σημασία της «τριτενέργειας» της ακαδημαϊκής ελευθερίας.

ΙΙ. Περί του πανεπιστημιακού αυτοδιοικήτου

Πιο περίπλοκα είναι ομολογουμένως τα πράγματα όσον αφορά το πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο και το ερώτημα εάν οι κρίσιμες νομοθετικές ρυθμί-

66 Πρβλ. ανωτέρω υπό Δ ΙΙ 1.

σεις το θίγουν ή ακόμα και το παραβιάζουν. Επίμαχες και επίδικες δεν είναι οι διατάξεις των άρθρων 12-17 Ν. 4777/2021 που αφορούν την εσωτερική ασφάλεια από φυσικές καταστροφές (πυρκαϊές, σεισμούς, πλημμύρες κ.α.) αλλά αυτές των άρθρων 18-20 του ιδίου νόμου που αφορούν την φύλαξη και προστασία από εγκληματικές ενέργειες είτε πανεπιστημιακών είτε κυρίως εξωπανεπιστημιακών στοιχείων. Για τις τελευταίες το Δικαστήριο δέχεται ότι η αρμοδιότητα φύλαξης των Πανεπιστημίων δεν εντάσσεται στο αυτοδιοίκητο των ΑΕΙ[67] αλλά ανήκει στην έννοια της δημόσιας τάξης και ασφάλειας για τις οποίες υπάρχει τεκμήριο υπέρ της Ελληνικής Αστυνομίας, το οποίο μόνο ο κοινός νομοθέτης εάν το κρίνει σκόπιμο μπορεί κατ' εξαίρεση να το καταρρίψει αναθέτοντας την σχετική αρμοδιότητα σε άλλα ΝΠΔΔ.

Ανεξάρτητα από το δόκιμο της παραπάνω διάκρισης η φύλαξη των Πανεπιστημίων δεν μπορεί να ανήκει στο αυτοδιοίκητο αυτών κυρίως γιατί ex natura rei δεν αποτελεί ακαδημαϊκό ή διοικητικής φύσεως θέμα η πρόληψη και η δίωξη εγκληματικών πράξεων έστω κι αν αυτό γίνεται με την μορφή της μόνιμης φύλαξης αλλά συνθέτει αρμοδιότητες που η άσκησή τους έχει ανατεθεί από τον νόμο και ιδιαίτερα τον ΚΠΔ στην αστυνομική και εισαγγελική αρχή. Η αρμοδιότητα αυτή και το καθήκον ανήκει αφενός στην Ελληνική Αστυνομία ως κατά νόμον αρμόδια υπηρεσία[68] στο πλαίσιο του κρατικού μονοπωλίου του καταναγκασμού, τηρουμένων των δικαιοκρατικών αρχών της νομιμότητας και αναλογικότητας και αφετέρου στην εισαγγελική αρχή ως κατά νόμον αρμόδια δικαστική αρχή για την εντολή διεξαγωγής προανάκρισης ή προκαταρκτικής εξέτασης ή την άσκηση ποινικής δίωξης[69].

67 Πρβλ. ήδη Ε. Βενιζέλος, Ακαδημαϊκή ελευθερία χωρίς ασφάλεια δεν υπάρχει, όπ. παρ. (υποσημ. 43), Χ. Τσιλιώτης, όπ. παρ. (υποσημ. 6). Contra Α. Παυλόπουλος, Γιατί η πρόβλεψη της Ο.Π.Π.Ι. αντίκειται στο Σύνταγμα, σε: syntagmawatch.gr 10.3.2021, διαθέσιμο σε: Γιατί η πρόβλεψη της Ο.Π.Π.Ι. αντίκειται στο Σύνταγμα - Syntagma Watch, ο οποίος προβαίνει επίσης σε μία δυσδιάκριτη διάκριση μεταξύ φύλαξης και καταστολής.

68 Πρβλ. ανωτέρω υπό Γ.

69 Βλ. Ε. Βενιζέλος, Ραδιοφωνική συνέντευξη στον ραδιοφωνικό σταθμό ΣΚΑΪ 103,4 FM και στον δημοσιογράφο Παύλο Τσίμα, 15.1.2021, διαθέσιμο σε: Συνέντευξη Ευάγγελου Βενιζέλου στο ραδιόφωνο του Σκαι και στον δημοσιογράφο Παύλο Τσίμα (evenizelos.gr)., ο ίδιος, Ακαδημαϊκή

Ακόμα, όμως, κι αν ήθελε θεωρηθεί κατ' αντίθεση προς την εδώ υποστηριζόμενη άποψη που δέχθηκε και η πλειοψηφία στην ΣτΕ Ολ 2046/2022 ότι η αρμοδιότητα αυτή εμπίπτει στο αυτοδιοίκητο των ΑΕΙ, το τελευταίο τόσο ως υποκειμενικό θεμελιώδες δικαίωμα όσο και ως θεσμική εγγύηση των ΑΕΙ[70] δεν αποτελεί απεριόριστο συνταγματικό αγαθό, αλλά όπως όλα τα θεμελιώδη δικαιώματα μπορεί να περιοριστεί για την προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων τρίτων ή άλλων συνταγματικών αγαθών, σε περίπτωση που συγκρούεται με αυτά. Άλλωστε, ο ίδιος ο συνταγματικός νομοθέτης σχετικοποιεί τόσο το δικαίωμα όσο και την θεσμική εγγύηση υπάγοντας το αυτοδιοίκητο στην εποπτεία του Κράτους και την λειτουργία τους σύμφωνα με τους νόμους του Κράτους, οι οποίοι όμως με την σειρά τους πρέπει να μην θίγουν το αυτοδιοίκητο κατά τα ανωτέρω. Από την ερμηνεία που έχει δώσει το ΣτΕ στο πλέγμα των ορισμών του άρθρου 16 παρ. 5 Σ συνάγεται ότι υπάρχει μία καταρχήν αλληλεπίδραση (Wechselwirkung) μεταξύ αυτοδιοίκητου και εποπτείας του Κράτους υπό το καθεστώς μίας ιδιότυπης ειδικής (και πολύ περιορισμένης) επιφύλαξης του νόμου.

Το ζήτημα είναι εάν η παρουσία της αστυνομίας στα ΑΕΙ για λόγους καθαρά αστυνόμευσης και αποτροπής εγκληματικών πράξεων ή επικούρησης στην ποινική δίωξη αυτών εντάσσεται στην εποπτεία του Κράτους επί του αυτοδιοίκητου. Το ερώτημα πρέπει να το απαντήσουμε αρνητικά, επειδή η εποπτεία αποτελεί έλεγχο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων των πανεπιστημιακών οργάνων και δεν μπορεί να φτάσει μέχρι του σημείου να αποτελεί έλεγχο νομιμότητας των παραλείψεών τους να αποτρέψουν ή και να συμβάλουν στην δίωξη και τον κολασμό εγκληματικών πράξεων ως οφείλουν[71]. Τα πανεπιστημιακά όργανα δεν υπόκεινται στην κρατική εποπτεία για τις ανωτέρω πράξεις ή παραλείψεις, υπέχουν όμως, ποινική και πειθαρχική

ελευθερία χωρίς ασφάλεια δεν υπάρχει, όπ. παρ. (υποσημ. 43), Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή: Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (ΙΙ), όπ. παρ. (υποσημ. 6).

70 Πρβλ. ανωτέρω υπό Β ΙΙ.

71 Πρβλ. ανωτέρω υπό Β ΙΙ και τις αναφορές στη νομολογία του ΣτΕ στην υποσημ. 25.

ευθύνη και δημοσιονομική ευθύνη δημοσίων υπολόγων. Βέβαια ουδέποτε προέκυψε ποινική ή πειθαρχική ευθύνη διοικούντων τα ΑΕΙ, ούτε επιβλήθηκε δημοσιονομικός καταλογισμός εις βάρος τους επειδή δεν επέτρεψαν ή δεν προκάλεσαν την είσοδο της αστυνομίας προς αποτροπή ή κολασμό εγκληματικών ενεργειών ή πράξεων που συνιστούσαν παραβίαση της αρχής της ακαδημαϊκής ελευθερίας και την πρόκληση ζημιών εις βάρος της περιουσίας του ΑΕΙ, ενώ όσοι ελάχιστοι το έκαναν λοιδορήθηκαν[72]. Παρά ταύτα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η παρουσία της αστυνομικής δύναμης εντός των ΑΕΙ διά των ΟΠΠΙ υπερβαίνει την απλή εποπτεία του Κράτους επί του αυτοδιοικήτου, ακόμα κι εάν δεχθούμε ότι η αστυνόμευση των Πανεπιστημίων εντάσσεται στο αυτοδιοίκητο, όπως δέχεται η μειοψηφία στην απόφαση του ΣτΕ και θεωρεί μία άποψη στην θεωρία[73].

Η παρέμβαση του νομοθέτη στο αυτοδιοίκητο σε αυτή την περίπτωση μπορεί να δικαιολογηθεί εξ άλλης επόψεως και δη του κρατικού καθήκοντος να προστατέψει τα θεμελιώδη δικαιώματα όταν η άσκησή τους παρεμποδίζεται, διακινδυνεύεται ή παραβιάζεται εκ μέρους τρίτων, όπως εκτέθηκε ανωτέρω για την ακαδημαϊκή ελευθερία[74]. Όπως προαναφέρθηκε δεν υπάρχουν θεμελιώδη δικαιώματα απεριόριστα, ακόμα κι αν προστατεύονται ανεπιφύλακτα ή με ειδική επιφύλαξη του νόμου. Σε αυτές τις περιπτώσεις οι περιορισμοί εν γένει ή κατά το μέτρο που αυτοί υπερβαίνουν το πεδίο εφαρμογής της ειδικής επιφύλαξης του νόμου δικαιολογούνται για την προστασία άλλων συνταγματικών αγαθών, κυρίως δε θεμελιωδών δικαιωμάτων τρίτων[75], τοσού-

72 Βλ. Χ. Τσιλιώτης, Η φύλαξη των Πανεπιστημίων από την αστυνομική αρχή: Η συνταγματικότητα μίας «ανεπιθύμητης» παρουσίας για την αντιμετώπιση μίας αποτρόπαιης πραγματικότητας (Ι), όπ. παρ. (υποσημ. 46), με το περιστατικό με τον τότε Πρύτανη του ΕΚΠΑ Καθηγητή και Ακαδημαϊκό Μιχάλη Σταθόπουλο.

73 Βλ. Δ. Χριστόπουλος, Δεν είναι δουλειά της Ελληνικής Αστυνομίας η φύλαξη των πανεπιστημίων, σε LiFO 17.12.2020, διαθέσιμο σε: Δεν είναι δουλειά της Ελληνικής Αστυνομίας η φύλαξη των πανεπιστημίων | LiFO, Ξ. Κοντιάδης, Η αυτοπροστασία των Πανεπιστημίων, εφημερίδα ΤΟ ΒΗΜΑ 18.12.2020, διαθέσιμο σε: Η αυτοπροστασία των πανεπιστημίων - Ειδήσεις - νέα - Το Βήμα Online (tovima.gr).

74 Πρβλ. ανωτέρω υπό Β Ι.

75 Η άποψη αυτή γίνεται αποδεκτή από μέρος της ελληνικής θεωρίας - πρβλ. και Π. Δαγτόγλου,

τω μάλλον όταν τα τελευταία διακινδυνεύονται κλπ. Στην περίπτωση αυτή η παρέμβαση του νομοθέτη δεν είναι μόνο συνταγματικά επιτρεπτή αλλά και επιβεβλημένη[76]. Άλλωστε με την ανάπτυξη της θεωρίας της λεγόμενης «τριτενέργειας» δηλ. της ισχύος ή επίδρασης των θεμελιωδών δικαιωμάτων στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, την οποία υιοθέτησε και το Σύνταγμά μας expressis verbis με την αναθεώρηση του 2001 στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. γ΄ Συν, γίνεται δεκτό ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα δεν κινδυνεύουν μόνο από το κράτος ή τους βραχίονές του οι οποίοι παρεμβαίνουν στην άσκησή τους, αλλά και από ιδιωτικούς φορείς[77], όχι απαραίτητα φορείς ιδιωτικής εξουσίας, οπότε

όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 275, Θ. Αντωνίου, Η έννοια των εκτελεστικών του Συντάγματος νόμων για την άσκηση και προστασία των ατομικών δικαιωμάτων, σε: Το Δημόσιο Δίκαιο σε εξέλιξη. Σύμμεικτα Πέτρου Παραρά, Αθήνα-Κομοτηνή 2012, σελ. 88, Σ. Βλαχόπουλος, Τέχνη και θρησκεία. Η αμοιβαία ανεκτικότητα ως τρόπος επίλυσης συνταγματικών συγκρούσεων, ΔτΑ 2016, σελ. 45 επ., Α. Ράικος, Συνταγματικό Δίκαιο Θεμελιώδη Δικαιώματα, 5η Έκδοση, Αθήνα 2018, σελ. 181, Τ. Ηλιοπούλου-Στράγγα, όπ. παρ. (υποσημ. 22), σελ. 63, Χ. Τσιλιώτης, Τα περιοριστικά μέτρα για την αντιμετώπιση της πανδημίας Covid-19 στο σύστημα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ΔτΑ 2020, σελ. 454. Στην περίπτωση αυτή υπάρχει kollidierendes Verfassungsrecht. Η σύγκρουση εν προκειμένω επιλύεται με στάθμιση ίσης τυπικής (συνταγματικής) ισχύος εννόμων αγαθών. Πρβλ. από την γερμανική συνταγματική νομολογία BVerfGE 28, 243, 260-261 (Dienstpflichtverweigerung), BVerfGE 69, 1, 21 (Kriegsdienstverwweigerung), BVerfGE 83, 130, 139 (Josefine Mutzenbacher), BVerfGE 93, 1, 21 (Kruzifix), BVerfGE 107, 104, 118 (Anwesenheit im JGG-Verfahren) και από την θεωρία μεταξύ άλλων *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Allgemeine Lehren der Grundrechte, Band III/2, München 1994, § 84, σελ. 689 (με περαιτέρω παραπομπές), *M. Sachs*, Grundrechtsbegrenzungen außerhalb der Gesetzesvorbehalte, in: JuS 1995, σελ. 884 επ.

76 Πρβλ. και Δ. Χριστόπουλος, όπ. παρ. (υποσημ. 73) για την περίπτωση των Πανεπιστημίων.

77 Πρβλ. σε επίπεδο Συγκριτικού Συνταγματικού Δικαίου την νομολογία του ΓΟΣΔ BVerfGE 34, 269, 282 (Soraya), BVerfGE 35, 202, 221 (Lebach), BVerfGE 39, 1, 41 (Abtreibung I), BVerfGE 46, 160, 164 (Schleyer), BVerfGE 88, 203, 260 (Abtreibung II, BVerfGE 92, 26, 46 (Zweitregister), BVerfG, απόφαση της 22.2.2020, σκ. 223-224 (Sterbehilfe) και από πλευράς ΕΣΔΑ ΕΔΔΑ, απόφαση της 21.61988, αρ. προσφ. 10126/82, Series A 139, σελ. 12, § 32 (Platform «Ärtzte für das Leben» ./. Αυστρίας), ΕΔΔΑ, απόφαση της 22ας Οκτωβρίου 1996, αριθμ. προσφ. συνεκδ. υποθέσεων 36-37/1995/542-543/628-629 Συλλογή 1996-IV, σελ. 1505, παρ. 61-62 (Stubbings και λοιποί. ./. Ηνωμένου Βασιλείου), ΕΔΔΑ απόφαση της 24.6.2004, αρ. Προσφυγής 59320/00, Συλλογή 2004-VI, παρ. 57 (von Hannover ./. Γερμανίας), ΕΔΔΑ, απόφαση της 25.8.2009, αρ. προσφ. 23458/02 (Giuliani and Gaggio ./. Ιταλιας). Πρβλ. επίσης και την πολύ πρόσφατη απόφαση ελληνικού ενδιαφέροντος, σχετιζόμενη με το συζητούμενο θέμα, ΕΔΔΑ, απόφαση της 3.12.2020, αρ. προσφ. 12929/18 (Παπαχελά και AMAZON ΑΕ ./. Ελλάδας), όπου το Δικαστήριο δέχθηκε ότι υφίσταται ένα κρατικό καθήκον από το άρθρο 1 παρ. 1

και απευθύνονται έναντι των ιδιωτών. Στην περίπτωση αυτή, που ο κοινός νομοθέτης και η κατ' εξουσιοδότηση αυτού κανονιστικώς δρώσα διοίκηση σε μία σύγκρουση θεμελιωδών δικαιωμάτων υλοποιούν το καθήκον προστασίας των δικαιωμάτων θα πρέπει να τηρούν τόσο την αρχή της αναλογικότητας ως απαγόρευση υπερβολικής δράσης της κρατικής εξουσίας (Übermassverbot) στην άσκηση του θεμελιώδους δικαιώματος που περιορίζεται όσο και την αντίστροφη αναλογικότητα ως απαγόρευση μειωμένης προστασίας του διακινδυνευομένου από παρεμβάσεις τρίτων (ιδιωτών) συνταγματικού αγαθού (Untermassverbot), που χρήζει προστασίας. Στην τελευταία περίπτωση το κρατικό όργανο έχει υποχρέωση να προβεί σε θετική πράξη (status positivus) όχι υπό την έννοια κοινωνικού δικαιώματος που ικανοποιείται με υλική παροχή (όπως π.χ. στην περίπτωση της δωρεάν παροχής εκπαίδευσης κατ' άρθρο 16 παρ. 4 Συν) αλλά πράξη (νομική ή υλική) που θα συνιστά παρέμβαση στην άσκηση τού με το προστατευόμενο συνταγματικό αγαθό συγκρουομένου θεμελιώδους δικαιώματος, το αυτοδιοίκητο των ΑΕΙ εν προκειμένω. Την ισορροπία μεταξύ των δύο πρέπει να διασφαλίσει ο νομοθέτης[78].

Η πράξη έδειξε ότι τα τελευταία τουλάχιστον 40 χρόνια ενώ ο κοινός νομοθέτης φρόντισε να εξασφαλίσει το αυτοδιοίκητο από παρεμβάσεις της αστυνομικής εξουσίας μέχρι βαθμού υπερβολής, δεν φρόντισε ή δεν φρόντισε επαρκώς να εξασφαλίσει την προστασία των προαναφερθέντων συνταγματικών αγαθών, πρωτίστως της ακαδημαϊκής ελευθερίας διδασκόντων και διδασκομένων, από εξωθεσμικές και εγκληματικές ενέργειες τρίτων. Κι όταν το έπραξε με τρεις νόμους, τους Ν. 3549/2007, 4009/2011 και Ν. 4623/2019,

ΠΠΠ ΕΣΔΑ να προστατέψει με θετικά μέτρα την περιουσία όταν αυτή προσβάλλεται από κατάληψη από παράνομους μετανάστες και αλληλέγγυους. Το Δικαστήριο φαίνεται να θέτει όρια στην ακτιβιστική δράση ορισμένων ομάδων όταν με αυτήν προσβάλλονται θεμελιώδη δικαιώματα άλλων και παράλληλα συνάγει εκ του άρθρου 1 ΠΠΠ ΕΣΔΑ όχι μόνο υποχρέωση προς αποχή αλλά και προς δράση με θετικά μέτρα για την προστασία του θεμελιώδους δικαιώματος. Πρβλ. από την ελληνική θεωρία μεταξύ άλλων Χ. Τσιλιώτης, Η επίλυση της σύγκρουσης θεμελιωδών δικαιωμάτων μέσω της επίλυσης του καθήκοντος προστασίας τους, σε: ΔτΑ 2016, σελ. 55 επ. (με πλήθος παραπομπών στην υποσημ. 59 – εκεί - από την ελληνική θεωρία και νομολογία).

78 Βλ. Χ. Τσιλιώτης, ibidem, σελ. 61 επ.

οι εφαρμοστές αυτών των νόμων, τα όργανα διοίκησης ορισμένων ΑΕΙ, τα οποία ως όργανα ΝΠΔΔ δεσμεύονται επίσης από την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων (πρβλ. άρθρο 25 παρ. 1 εδ. α΄ και β΄ Σ)[79] και πρώτα απ' όλα της ακαδημαϊκής ελευθερίας διδασκόντων και διδασκομένων ως εκ του νόμου και όχι μόνο εκ του Συντάγματος υπόχρεοι, είτε από ιδεοληψία, είτε από απροθυμία, είτε από αβελτηρία είτε (κυρίως) από φόβο δεν τους εφάρμοσαν, όταν βέβαια οι συνθήκες το επέβαλαν. Κατά συνέπεια νομοθέτης και όργανα διοίκησης ορισμένων ΑΕΙ παραβίασαν το εκ του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ καθήκον τους να προστατέψουν τα δικαιώματα αυτά που συνιστούν συνταγματικά αγαθά και αγαθά προστατευόμενα από την ΕΣΔΑ.

Αυτή ακριβώς η εκ μέρους των πανεπιστημιακών αρχών και για δεκαετίες αδυναμία για οποιονδήποτε λόγο ή κίνητρο προστασίας των ως άνω συνταγματικών αγαθών και κυρίως της ακαδημαϊκής ελευθερίας από ακραία φαινόμενα παραβίασής των δικαιολογεί εξ επόψεως της αρχής της αναλογικότητας ως αρχής της καταλληλότητας, αναγκαιότητας και αναλογικότητας εν στενή εννοία μεταξύ επιδιωκομένου σκοπού και χρησιμοποιουμένου μέσου τον περιορισμό στο πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο του άρθρου 16 παρ. 5 εδ. α΄ Σ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 18-20 Ν. 4777/2021, εάν ήθελε βέβαια γίνει δεκτό, κατ' αντίθεση προς την εδώ κύρια υποστηριζόμενη άποψη, ότι στο αυτοδιοίκητο του Πανεπιστημίου εμπίπτει και η φύλαξη των χώρων του. Η καλόπιστα προταθείσα από πολλούς, κυρίως μέλη της ακαδημαϊκής κοινότητας, που αναγνωρίζουν το πρόβλημα της βίας στα Πανεπιστήμια, λύση της ανάθεσης της πανεπιστημιακής φύλαξης σε ιδιωτική εταιρία φύλαξης υπό την διοίκηση των πανεπιστημιακών οργάνων αλλά φυσικά με δαπάνη από τον κρατικό προϋπολογισμό[80] κρίνεται κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη ανεπαρκής και εν τέλει αναποτελεσματική και μη συνάδουσα με την αρχή της αντίστροφης αναλογικότητας όπως αυτή εκτέθηκε ανωτέρω, καθότι και

79 Το εδ. β΄ της παρ. 1 του άρθρου 25 Σ μιλά για όλα τα όργανα του Κράτους, συμπεριλαμβανομένων και των ΝΠΔΔ, ακόμα και των αυτοδιοικουμένων – πρβλ. Π. Δαγτόγλου, όπ. παρ. (υποσημ. 4), αρ. περ. 171.

80 Πρβλ. μεταξύ άλλων Ξ. Κοντιάδης, όπ. παρ. (υποσημ. 73).

το ίδιο δαπανηρή θα είναι αλλά κυρίως θα περιπέσει στον ίδιο φαύλο κύκλο αδράνειας των πανεπιστημιακών αρχών όπως εδώ και δεκαετίες.

Κρίνεται θετικό και ιδιαίτερα ικανοποιητικό ότι ορισμένες από τις παραπάνω διαπιστώσεις έγιναν δεκτές από την πλειοψηφία της 2046/2022 απόφασης της Ολομέλειας του ΣτΕ, η οποία όμως δεν χρειάστηκε ούτε για την εκφορά επάλληλης σκέψης να καταφύγει στην θεωρία των ενδογενών περιορισμών της αρχής του αυτοδιοικήτου των ΑΕΙ, καθότι δέχθηκε ότι η φύλαξη των Πανεπιστημίων για την αποτροπή και την δίωξη εγκληματικών ενεργειών δεν εμπίπτει στο πανεπιστημιακό αυτοδιοίκητο.

ΣΤ. Επίλογος

Η σχολιαζόμενη υπ' αριθμ. 2046/2022 απόφαση της Ολομελείας του ΣτΕ είναι από τις σημαντικότερες αποφάσεις του Δικαστηρίου σε θέματα λειτουργίας των ΑΕΙ και την ερμηνεία των συνταγματικών αρχών-θεμελιωδών δικαιωμάτων της ακαδημαϊκής ελευθερίας και του αυτοδιοίκητου των ΑΕΙ. Κλήθηκε να επιλύσει ένα δύσκολο νομικά ζήτημα, το οποίο προκάλεσε έντονες πολιτικοϊδεολογικές και επιστημονικές αντιδράσεις κατά μίας νομοθετικής επιλογής. Οι παραδοχές της πλειοψηφίας εκκινούν από ορθή αφετηρία, δεν αποκλίνουν από όσα έχουν γίνει δεκτά από την ίδια την νομολογία του ΣτΕ και την κρατούσα άποψη στην θεωρία όσον αφορά την ερμηνεία των κρίσιμων συνταγματικών αρχών σε παλαιότερα ζητήματα και άγονται καταρχήν σε σωστή κατάληξη, δημιουργούν, όμως, ενδιάμεσα προβληματισμούς και αφήνουν κάποια σημεία θολά για περαιτέρω επεξεργασία.

Το εάν ο θεσμός των ΟΠΠΙ επιτύχει, κάτι που δεν συνάγεται από την μέχρι τώρα πραγματικότητα, είναι ανεξάρτητο από την συνταγματικότητα της νομοθετικής καθιέρωσής τους. Το Δικαστήριο όφειλε να ελέγξει μόνο το τελευταίο ζήτημα και έκρινε υπέρ της συνταγματικότητας. Πέραν, όμως, της συνταγματικότητας της όποιας ρύθμισης, ζητούμενο είναι να δούμε μία άλλη κατάσταση σε ορισμένα ΑΕΙ, στα οποία συμβαίνουν περιστατικά που δεν δικαιολογούν τον χαρακτήρα και την αποστολή τους.

Πανδημία και θεμελιώδη δικαιώματα:

Πτυχές ενός εξελισσόμενου δράματος[1]

Χαράλαμπος Χρυσανθάκης

Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου & Διοικητικών Θεσμών Ε.Κ.Π.Α.

[Ι] Εισαγωγικά σχόλια

[1] Είναι γεγονός ότι η πανδημία που ξεκίνησε εδώ και τρία περίπου έτη (στην Ελλάδα εκδηλώθηκε στις αρχές του 2020) και εξελίσσεται με τραυματικό τρόπο τόσο σε εσωτερικό όσο σε οικουμενικό επίπεδο συνεχίζει να δοκιμάζει τις αντοχές όχι μόνον τα εθνικών συστημάτων υγείας, της επιστήμης και της κρατικής πολιτικής, αλλά και των πολιτικών συστημάτων όπως και των θεμελιωδών δικαιωμάτων και εντέλει της ελευθερίας του Ατόμου. Ο κίνδυνος και ο φόβος που τον συνοδεύει[2] φαίνεται να οδηγεί τις τρεις εξουσίες της Πολιτείας σε επιλογές που αφήνουν να διαφανεί ανοχή σε μέτρα και πρακτικές, περιοριστικές της ελευθερίας του προσώπου που υιοθετούνται κατ΄ επίκληση της προστασίας της δημόσιας υγείας. Η επέλαση της πανδημίας και οι σοβαρές συνέπειες που επαπειλεί επιτρέπει την θέση ότι όλα τα

1 Το ανά χείρας κείμενο συνιστά συνέχεια-εξέλιξη των σκέψεων που διατυπώθηκαν σε κείμενο, εισαγωγικό του τόμου «Covid-19 – Πρακτικά ζητήματα έννομης προστασίας», (εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2021, σελ. 1-8) με αφορμή τις εξελίξεις που έλαβαν χώραν στο μεταξύ..

2 Βλ. σχετικώς τον εξαιρετικώς ενδιαφέροντα τόμο του Συλλόγου «Λινός» - Παγκόσμιος Φιλοσοφικός Ιστός υπό τον τίτλο «Η φιλοσοφία ως αντίδοντο στον φόβο», εκδ. Αγγελάκη, Αθήνα, 2021. Μεταξύ των μελετών που δημοσιεύονται ιδιαίτερη αναφορά πρέπει να γίνει στις εργασίες της Ευαγγ. Μαραγγιανού, Η φιλοσοφία ως αντίδοτο στους φόβους που καταδυναστεύουν τον σύγχρονο άνθρωπο, σελ. 47 επ. και Π. Κοτσώνη, Κοινωνικοοικονομικές προκλήσεις & φόβος στην εποχή του covid-19, σελ. 79 επ.

υπόλοιπα «παραμερίζονται»-θυσιάζονται στον βωμό της διασφάλισης της δημόσιας υγείας ως μορφή ύψιστου δημόσιου συμφέροντος. Η απειλή νόσησης και συνακόλουθα απώλειας της υγείας ή και της ζωής έχει οδηγήσει εθνικά και διεθνή όργανα, περιλαμβανομένων και των δικαιοδοτικών, σε μία σχεδόν «οριζόντια» αποδοχή των μέτρων, χωρίς να τίθενται όρια, όροι ή προϋποθέσεις στη λήψη και υιοθέτησή τους. Ο προκαλούμενος περιορισμός των θεμελιωδών δικαιωμάτων θεωρείται αναμενόμενος και μάλιστα σε πολλές περιπτώσεις επιδοκιμαζόμενος, χωρίς ιδιαίτερους ενδοιασμούς, αμφιβολίες ή αντιρρήσεις, επιτρέποντας την δημιουργία ενός κρίσιμου – εξαιρετικώς ευαίσθητου κεκτημένου που μπορεί να αξιοποιηθεί και στο μέλλον. Το βασανιστικό ερώτημα που έχει τεθεί και συνεχίζει να υφίσταται είναι το ακόλουθο: «Επιτρέπεται και πλέον έως πότε η πανδημία να περιορίζει το τεκμήριο ελευθερίας που αποπνέουν αλλά και ενσωματώνουν τα θεμελιώδη δικαιώματα και σε καταφατική περίπτωση έως ποιο σημείο;». Το ερώτημα αυτό εξακολουθεί να τίθεται βασανιστικά παρά την μάλλον ομοιόμορφη- «γραμμική» (καταφατική) στάση της επιστημονικής κοινότητας έναντί του[3].

[ΙΙ] Νομοθετική επισκόπηση των περιορισμών

[2] Σε προηγούμενη μελέτη μας είχαμε την ευκαιρία να παρουσιάσουμε σειρά προκαλούμενων περιορισμών[4]. Στο πλαίσιο της μελέτης εκείνης πραγματοποιήθηκε μία σύντομη επισκόπηση των ρυθμίσεων που καθιέρω-

3 Χαρακτηριστική εξαίρεση από αυτή την μάλλον «γραμμική» στάση πρέπει να θεωρήσει κανείς την μελέτη του Γ. Τασσόπουλου, Υποχρεωτικός εμβολιασμός και ενδιάμεσος έλεγχος αναλογικότητας, ΘΠΔΔ 12/2021, σελ. 1201-1203, ο οποίος επισημαίνει, μεταξύ άλλων κριτικών σχολίων, ότι το θεμιτό του περιορισμού με την καθιέρωση της υποχρεωτικότητας του εμβολιασμού λόγω της πανδημίας επιβάλλει την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας με ενδιάμεση ένταση, ούτε χαμηλή, όπως συμβαίνει σε περιπτώσεις κρατικού παρεμβατισμού ούτε και απαγορευτική, όπως εάν επρόκειτο για εμβολιασμό δια της βίας. Το αυτό ισχύει και ως προς την μειοψηφήσασα άποψη παρέδρου του Δικαστηρίου στην απόφαση ΣτΕ 1386/2021 σε σχέση την υποχρέωση καταχώρισης σε ηλεκτρονική πλατφόρμα των αποτελεσμάτων του αυτοδιαγνωστικού ελέγχου.

4 Βλ. Χ. Χρυσανθάκη, όπ.π. (υποσημ. 1), σελ.2-4.

σε η νομοθεσία, κυρίως με τη μορφή κανονιστικών πράξεων[5]. Οι σχετικές κανονιστικές ρυθμίσεις (κοινές υπουργικές αποφάσεις) εκδόθηκαν, έχοντας αφενός ως συνταγματικό υπόβαθρο την διάταξη του άρθρου 5 παρ. 4 Συντ. και την ερμηνευτική δήλωση κάτω από αυτό[6] και αφετέρου ως νομοθετικό θεμέλιο σειρά σχετικών νομοθετικών εξουσιοδοτήσεων[7]. Η προσέγγιση των περί ων ο λόγος ρυθμίσεων επιτρέπει το συμπέρασμα ότι τα προβλεπόμενα μέτρα, διαβαθμίστηκαν σε τρία επίπεδα, δηλαδή επιτήρησης, αυξημένου κινδύνου και πολύ αυξημένου κινδύνου για να υποχωρήσουν και σήμερα πλέον, καθ΄ ον χρόνο συντάσσονται οι γραμμές αυτές, να τείνουν να εξαφανιστούν.

[3] Ανατρέχοντας στο κείμενο των σχετικών κοινών υπουργικών αποφάσεων μπορεί να διαπιστώσει κανείς ότι κατά καιρούς (και μάλιστα για ικανό χρονικό διάστημα) καθιερώθηκαν ουσιώδεις περιορισμοί σε σειρά από

5 Βλ. ενδεικτικώς την ΚΥΑ με αριθμ. Δ.1.α/Γ.Π.οικ. 13805/3.4.2021 (ΦΕΚ Β΄ 843/2021) υπό τον τίτλο: «΄Εκτακτα μέτρα προστασίας της δημόσιας υγείας από τον κίνδυνο περαιτέρω διασποράς του κορωναϊού COVID-19 στο σύνολο της Επικράτειας για το διάστημα από την Πέμπτη, 4 Μαρτίου 2021 και ώρα 6.00 έως και την Τρίτη, 16 Μαρτίου 2021 και ώρα 6.00.». Παρόμοια είναι και η προγενέστερη όπως και η μεταγενέστερη ρύθμιση του ζητήματος με τις ΚΥΑ Δ.1.α/Γ.Π.οικ. 16320/13.3.2021 (ΦΕΚ Β΄ 996/2021) αφενός και Δ.1.α/Γ.Π.οικ.18877/27.3.2021 (ΦΕΚ Β΄1994/221 αφετέρου. Στη συνέχεια το κανονιστικό καθεστώς του ζητήματος μεταβαλλόταν συνεχώς, ενόψει των αποφασιζόμενων κατά περίπτωση μέτρων αναλόγως προς τα επιδημιολογικά δεδομένα.

6 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 στο άρθρο 21 παρ. 3 Συντ., επιτρέπει το συμπέρασμα ότι το καθήκον προστασίας της δημόσιας υγείας έχει νομική φύση κοινωνικού δικαιώματος, ενώ της υγείας των ασθενών μικτό, κοινωνικό και ατομικό χαρακτήρα (άρθρα 2 παρ.1 και 5 παρ.1), βλ. Χ. Χρυσανθάκη (Ευαγγ. Γαλάνη – Π. Πανταζόπουλου), Εισηγήσεις Συνταγματικού Δικαίου, εκδ. 2η, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2020, αρ. 467-468, σελ.214-216.

7 Πρόκειται για τια 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, άρθρο 68ο παρ. 3/κυρ. Ν. 4683/2020, άρθρο 1.

κατοχυρωμένα – ασκούμενα ακωλύτως ή σχεδόν ακωλύτως υπό κανονικές συνθήκες ατομικά, πολιτικά και κοινωνικά δικαιώματα, μεταξύ των οποίων, όλως ενδεικτικώς περιλαμβάνεται:

(1) η αναστολή συναθροίσεων και δημόσιων κοινωνικών εκδηλώσεων,

(2) η περιορισμένη πρόσβαση στις δημόσιες υπηρεσίες,

(3) η υπό σοβαρούς περιορισμούς ή και αναστολή λειτουργίας ορισμένων ιδιωτικών επιχειρήσεων,

(4) η 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,

(5) η υπό ειδικές προϋποθέσεις και περιορισμούς πρόσβαση στις μονάδες υγείας,

(6) η υπό ειδικούς περιορισμούς πρόσβαση στις μονάδες φροντίδας ειδικών κατηγοριών πληθυσμού (ηλικιωμένοι, ευπαθείς ομάδες, άστεγοι κ.λπ.) όπως και στις μονάδες φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών,

(7) η ουσιωδώς διαφοροποιημένη λειτουργία του εκπαιδευτικού συστήματος και των τριών βαθμίδων εκπαίδευσης,

(8) η υπό έντονους περιορισμούς άσκηση της θρησκευτικής λατρείας (τέλεση θρησκευτικών τελετών χωρίς πιστούς ή μόνον με την παρουσία περιορισμένου αριθμού προσώπων),

(9) η αναστολή της λειτουργίας και συνακόλουθα της πρόσβασης σε μουσεία, σπήλαια, εκδηλώσεις παραστατικών τεχνών, κινηματογραφικές προβολές, συνέδρια και εκθέσεις,

(10) η απαγόρευση επισκεψιμότητας των κέντρων υγειονομικού ενδιαφέροντος, πλην επιτόπιας/στιγμιαίας λήψης ή/και διανομής φαγητού (take away & delivery),

(11) ο περιορισμός της μεταφοράς επιβατών και συνακόλουθα της πραγματοποίησης ταξιδιών εντός και εκτός της Χώρας,

(12) η αναστολή λειτουργίας των αθλητικών εγκαταστάσεων και στοιχη-

ματικών υπηρεσιών όπως και η υπο περιορισμούς τέλεση αθλητικών αγώνων,

(13) η υπό περιορισμούς λειτουργία των καταστημάτων τροφίμων και η αναστολή ή υπό εξαιρετικούς περιορισμούς λειτουργία του λοιπού λιανεμπορίου και των προσωπικών υπηρεσιών υγιεινής (κομμωτήρια, κ.λπ.), ΚΤΕΟ και, τέλος, αλλά κάθε άλλο παρά ήσσονος σημασίας, και

(14) ο περιορισμός της κίνησης - της ελεύθερης κυκλοφορίας των ενδιαφερομένων.

[4] Σήμερα πλέον, καθ΄ ον χρόνο συντάσσονται αυτές οι γραμμές[8], οι περιορισμοί αυτοί έχουν εξαλειφθεί, χωρίς βεβαίως να αποκλείεται η επάνοδός τους. Ανατρέχοντας ωστόσο, στα σχετικά κανονιστικά κείμενα, διαπιστώνει κανείς, εκτός των γενικών περιορισμών, την επιβολή μέτρων που αφορούν το δίπολο εμβολιασμένοι-ανεμβολιάστοι, υπό την έννοια της επιβολής έντονων περιορισμών στην δεύτερη κατηγορία. Η πίεση αυτή γίνεται αισθητή όχι μόνον σε ρυθμιστικό επίπεδο, αλλά και σε επικοινωνιακό επίπεδο, μέσω της ειδησεογραφίας και του ραδιοτηλεοπτικού σχολιασμού εκ μέρους της πλειονότητας των μέσων μαζικής ενημέρωσης.

> Έτσι, λ.χ. αν ανατρέξουμε στο κείμενο της Κ.Υ.Α. της με αριθμ. Δ1α/Γ.Π.οικ.81558/2021 «Έκτακτα μέτρα προστασίας της δημόσιας υγείας από τον κίνδυνο προστασίας της δημόσιας υγείας από τον κίνδυνο περαιτέρω διασποράς του κορωναϊού COVID-19 στο σύνολο της Επικράτειας για το διάστημα από την Πέμπτη 30 Δεκεμβρίου 2021 και ώρα 6.00 έως και την Δευτέρα 17 Ιανουαρίου 2022 και ώρα 6.00» (ΦΕΚ Β΄ 6290/29.12.20121), θα διαπιστώσουμε ότι τα σχετικώς επιβαλλόμενα μέτρα ήταν οργανωμένα ως αφενός γενικά και αφετέρου ειδικά. Ως γενικό μέτρο υιοθετείτο η χρήση μάσκας στους εσωτερικούς και εξωτερικούς χώρους κατά τα ειδικό-

8 Ιούλιος 2022.

τερα αναφερόμενα στην Κ.Υ.Α. αυτή. Ως ειδικά μέτρα, ανά δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα και δραστηριότητα, προβλεπόταν η τηλεργασία κατά 50%, η οργανωμένη–περιορισμένη επικοινωνία του κοινού με τις δημόσιες υπηρεσίες, τις τράπεζες, τα νοσοκομεία και τις δημόσιες επιχειρήσεις, η εξ αποστάσεως συνεδρίαση των συλλογικών οργάνων, περιλαμβανομένων και των διασκέψεων των δικαστηρίων, η περιορισμένη παρουσία κοινού στις αίθουσες των δικαστηρίων και των εκκλησιών, η περιορισμένη επισκεψιμότητα των καταστημάτων λιανεμπορίου, πλην των καταστημάτων τροφίμων και των φαρμακείων, η επιτρεπόμενη παρουσία μόνον εμβολιασμένων (ή και νοσησάντων) στους κλειστούς χώρους θεάματος, πολιτισμού ή εστίασης, ο υποχρεωτικός εμβολιασμός των ιατρικού-νοσηλευτικού-παραϊατρικού και διοικητικού προσωπικού των νοσηλευτικών ιδρυμάτων όπως και του προσωπικού των μονάδων φροντίδας ηλικιωμένων ή χρονίως πασχόντων, ενώ αντιθέτως πλήρης εκπαιδευτική λειτουργία των μονάδων των πρωτοβάθμιας, δευτεροβάθμιας και τριτοβάθμιας εκπαίδευσης. Η παραβίαση των μέτρων αυτών επέσυρε τις σοβαρές διοικητικές και ποινικές κυρώσεις που προβλέπονταν στην Κ.Υ.Α. αυτή.

[5] Η προεκτεθείσα συνοπτική παράθεση/αναφορά οδηγεί στο συμπέρασμα ότι πρόκειται για έναν κρίσιμο περιορισμό δικαιωμάτων και ελευθεριών που συνδέονται με την πεμπτουσία της ίδιας της ανθρώπινης υπόστασης και της αξιοπρέπειας (άρθρο 2 παρ 1 Συντ.). Πράγματι, φαίνεται ότι έχουμε να κάνουμε με έναν αδιάκριτο-«οριζόντιο» περιορισμό δικαιωμάτων, χωρίς εξατομικευμένη στάθμιση, ο οποίος φαίνεται μάλιστα ότι σε ορισμένες περιπτώσεις εγγίζει τον πυρήνα τους. Η δραστική αυτή επέμβαση δεν είναι αυτονόητη ούτε επιτρέπεται να γίνει δεκτή ως αυταπόδεικτη.

[ΙΙΙ] Νομολογιακή επισκόπηση των περιορισμών

[6] Όπως ήδη καταδείχθηκε σε άλλο σημείο[9], η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας[10] χαρακτηρίζεται από μία σταθερή στάση έναντι του ζητήματος. Συγκεκριμένα, με σειρά πρόσφατων αποφάσεων κρίθηκε ότι:

(α) Ο προσωρινός περιορισμός της κυκλοφορίας στην περιοχή του Κέντρου των Αθηνών («Μεγάλος Περίπατος») δεν τελεί σε αιτιώδη σύνδεσμο με την αποφυγή συγχρωτισμού λόγω covid-19 για την προστασία της δημόσιας υγείας (ΣτΕ 1992/2020). Η επίκληση εκ μέρους της κανονιστικής διοίκησης της πανδημίας ως δικαιολόγηση του ληφθέντος μέτρου του περιορισμού της κυκλοφορίας με τη δέσμευση λωρίδων της Λεωφόρου Πανεπιστημίου κρίθηκε ότι δεν τελεί σε αιτιώδη σύνδεσμο με την εξυπηρέτηση των επιτακτικών σκοπών της δημόσιας υγείας, δηλαδή την αντιμετώπιση του συγχρωτισμού για την αντιμετώπισης της διάδοσης του κορωνοϊού. Ως εκ τούτου, το μέτρο κρίθηκε ως ακυρωτέο ως στερούμενο νόμιμου ερείσματος (εκτός νομοθετικής εξουσιοδότησης). Με τον τρόπο αυτόν η νομολογία επιχείρησε να αποκαταστήσει την ελεύθερη κίνηση / κυκλοφορία των πολιτών στο κέντρο των Αθηνών.

(β) Όσον αφορά την άσκηση της θρησκευτικής λατρείας, ο περιορισμός της παρουσίας πιστών κατά την πραγματοποίηση θρησκευτικών τελετών δεν αντίκειται στο Σύνταγμα, δεδομένου ότι πρόκειται για μέτρο περιορισμένης χρονικής ισχύος, το οποίο υιοθετήθηκε μετά από εισήγηση ειδικής επιστημονικής επιτροπής και φαίνεται να είναι το ηπιότερο δυνατό (ΕΑ ΣτΕ 161/2020). Με παρόμοιες σκέψεις, οι οποίες συνδέονται με την επίκληση υπέρτερων λόγων δημόσιου συμφέροντος, κρίθηκε επίσης εναρμονισμένη με το Σύνταγμα η απαγόρευση ιεροπραξιών και ενγένει θρησκευτικών τελετών σπό 16.3 έως 30.3.2020 (ΕΑ ΣτΕ 49, 60/2020) και από 7.12 έως 14.12.2020 (ΕΑ ΣτΕ 3/2021) όπως και η αναστολή πραγματοποίησής τους παρουσία πι-

9 Βλ. Χ. Χρυσανθάκη, όπ.π. (υποσημ. 1), σελ. 4-7.

10 Βλ. την χρήσιμη επισκόπηση της σχετικής νομολογίας με επιμέλεια της Μαρίας Αθ. Αλεξοπούλου σε ΘΠΔΔ 1/2021, σελ. 77 επ.

στών από 15.12.2020 έως 7.3.2021 με περιορισμένης φύσεως εξαιρέσεις στις 25.12.2020 (εορτή των Χριστουγέννων), 1.1.2021 (ημέρα της Πρωτοχρονιάς) και 6.1.2021 (εορτή των Θεοφανείων) (ΕΑ ΣτΕ 1 και 2/2021),

(γ) είναι απορριπτέες αιτήσεις αναστολής απόφασης του Αρχηγού της Ελληνικής Αστυνομίας περί απαγόρευσης δημόσιων υπαίθριων συναθροίσεων επ΄ αφορμή του εορτασμού του Πολυτεχνείου λόγω συνδρομής επιτακτικών λόγων δημόσιου συμφέροντος (ΕΑ ΣτΕ 262 και 263/2020),

(δ) κρίθηκαν επίσης απορριπτέες, με την απόφαση ΣτΕ Ολομ. 1400/2022, αιτήσεις ακυρώσεως εκ μέρους του προσωπικού της ΕΜΑΚ κατά πράξης του Αρχηγού του Πυροσβεστικού Σώματος, με την οποία καθιερωνόταν ο υποχρεωτικός εμβολιασμός του προσωπικού (της ΕΜΑΚ) επ΄ απειλή δυσμενών επιπτώσεων στην υπηρεσιακή κατάσταση και στις αποδοχές των μη εμβολιαζομένων. Η αιτιολογία της απόρριψης στηριζόταν στον νευραλγικό χαρακτήρα της οικείας δημόσιας υπηρεσίας, στην ανάγκη προστασίας της υγείας που στηρίζεται σε έγκυρα επιστημονικά δεδομένα - αντικειμενικά κριτήρια που δικαιολογούν ανισότιμη μεταχείρηση, δεδομένου ότι οι ανεμβολίαστοι νοσούν και μεταδίδουν την νόσο συχνότερα και με μεγαλύτερη ένταση σε σχέση με τους εμβολιασμένους, ενώ οι παρενέργειες είναι σπάνιες.

Ενωρίτερον με τις αποφάσεις 133 και 250-252/2021 της Επιτροπής Αναστολών της Ολομέλειας είχαν απορριφθεί ομοίως και σχετικές αιτήσεις αναστολής εκτελέσεως.

(ε) Προηγουμένως επίσης είχε κριθεί συνταγματική η υποχρέωση εμβολιασμού με τις αποφάσεις ΣτΕ (Δ΄) 2387/2020 (με σχετικό σύμφωνο σχόλιο του Χαρ. Τσιλιώτη στην ιστοσελίδα Syntagma Watch) όπως επίσης με τις αποφάσεις ΣτΕ (Δ΄) 1758 και 1759/2021.

(στ) Ομοίως κρίθηκε με την ΣτΕ (Δ) 1386/2021 (ΕφΔΔ 5/2021, σελ. 586 επ.) καθόλα συνταγματικώς ανεκτό το μέτρο της περικοπής αποδοχών ή ακόμα και η απομάκρυνση από την εργασία του εργαζομένου εκείνου, ο οποίος δεν υποβάλλεται σε αυτοδιαγνωστικό έλεγχο. Η υποχρέωση υποβολής σε διαγνωστικά τεστ (selftest, rapidtest ή pcr) θεωρείται, ανεξαρτήτως περιπτώσεως, συ-

νταγματικώς επιτρεπτή καθ΄ όλα, όπως επίσης και η υποχρεωτική καταχώριση του σχετικού αποτελέσματος στην σχετική ηλεκτρονική πλατφόρμα, ακόμα και αν δεν υφίσταται συγκατάθεση του υποκειμένου της επεξεργασίας, αφού τούτο υπαγορεύεται εκ λόγων δημόσιου συμφέροντος. Ως προς την τελευταία αυτή κρίση, πρέπει ωστόσο να επισημάνει κανείς την ύπαρξη αξιοπρόσεκτης μειοψηφήσασας γνώμης, κατά την οποία το μέτρο αυτό παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας ως μη αναγκαίο (υπό την έννοια ότι θα μπορούσε να διαπιστώνεται με την επίδειξη σχετικής εντύπης βεβαίωσης).

(ζ) Εξάλλου, με την ΣτΕ Ολομ. 1284/2022 κρίθηκε συνταγματικώς ανεκτή η απαγόρευση μετακίνησης για άσκηση θήρας κατ΄ επίκληση της προστασίας της δημόσιας υγείας λόγω κινδύνου διασποράς του κορωναϊού, ενώ αντιθέτως νόμιμη η εξαιρετική μετακίνηση για την θήρα αγριοχοίρου προς αντιμετώπιση της αφρικανικής πανώλης των χοίρων στις Περιφερειακές Ενότητες Έβρου, Ροδόπης και Ξάνθης. Τέλος,

(η) με την ΣτΕ 1147/2022 κρίθηκε συνταγματικώς επιτρεπτή η επιβληθείσα υποχρεωτική χρήση μη ιατρικής μάσκας καθώς και ο περιορισμός της μετακίνησης και συνάθροισης του κοινού που επιβλήθηκε για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα.

[7] Ανατρέχοντας στο σκεπτικό των ενλόγω δικαστικών αποφάσεων, μπορεί να οδηγηθεί κανείς στο ακόλουθο συμπέρασμα. Κεντρικό σημείο αναφοράς – διήκουσα γραμμή των νομολογιακών λύσεων, οι οποίες προεξετέθησαν, συνιστά η αρχή της αναλογικότητας. Η επίκλησή της συνιστά παραδοχή του γεγονότος ότι πράγματι με τα λαμβανόμενα μέτρα προκαλείται περιορισμός σειράς θεμελιωδών δικαιωμάτων. Ο περιορισμός αυτός θεωρείται κατ΄ αρχήν θεμιτός ενόψει (α) της περιορισμένης χρονικής ισχύος του οικείου μέτρου, (β) της διαφοροποίησης των λαμβανόμενων μέτρων αναλόγως με το στάδιο της πανδημίας (όξυνση ή ύφεση), (γ) της διατύπωσης προηγούμενης γνώμης ειδικής επιστημονικής επιτροπής, (δ) της κρίσης ότι είτε το λαμβανόμενο μέτρο είναι το ηπιότερο δυνατό (ΕΑ ΣτΕ 161/2020) είτε της αδυναμίας λήψης εναλλακτικώς, κάποιου άλλου μέτρου για τη διαφύλαξη

της δημόσιας υγείας (ΕΑ ΣτΕ 49, 60/2020) και (ε) της σκέψης ότι η προστασία/διαφύλαξη της δημόσιας υγείας κατά την παρούσα περίοδο της πανδημίας στοιχειοθετεί υπέρτερο λόγο δημόσιου συμφέροντος. Όπως επισημαίνεται χαρακτηριστικώς στην θεωρία[11], η δημόσια υγεία προσεγγίζεται ως ένα συλλογικό έννομο αγαθό, το οποίο συντίθεται από τα θεμελιώδη δικαιώματα της ζωής και της υγείας. Μάλιστα χαρακτηριστικό της βαρύτητας που αποδίδεται σε αυτό είναι ότι έχει κριθεί ως εναρμονισμένη με το Σύνταγμα και η νομοθετική υποχρέωση εμβολιασμού των νηπίων και των παιδιών επ΄ απειλή μη εγγραφής τους στους δημοτικούς παιδικούς, βρεφικούς και βρεφονηπιακούς σταθμούς (ΣτΕ 2387/2020, ΕφημΔΔ 2020, τευχ. 5, σελ. 594 επ.), υπό την προϋπόθεση ότι επιβάλλεται από ειδική νομοθεσία που έχει θεσπιστεί βάσει τεκμηριωμένων επιστημονικών (ιατρικών και επιδημιολογικών) δεδομένων και παρέχεται δυνατότητα εξαίρεσης για συγκεκριμένες περιπτώσεις βρεφών ή νηπίων, εφόσον ο εμβολιασμός αντεδείκνυται.

[8] Προσφάτως, με την ΣτΕ Ολομ. 1400/2022 υιοθετήθηκαν τα ακόλουθα κριτήρια, κατά μερική αναδιατύπωση των προεκτεθέντων, η συνδρομή των οποίων δικαιολογεί τα επιβαλλόμενα περιοριστικά μέτρα, δηλαδή να: (α) θεσπίζεται ειδική νομοθετική πρόβλεψη, η οποία να λαμβάνει υπόψη της τεκμηριωμένα επισημονικά, ιατρικά και επιδημιολογικά δεδομένα καθώς και (να) προσδιορίζει την κατηγορία των προσώπων που αφορά (: ο εμβολιασμός) όπως και τις συνέπειες μη συμμόρφωσής τους, (β) επιβάλλεται το μέτρο χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις, (γ) προβλέπεται δυνατότητα δικαιολογημένης εξαίρεσης, εφόσον τα λαμβανόμενο μέτρο αντεδείκνυεται για την υγεία συγκεκριμένου προσώπου ή κατηγορίας προσώπων και (δ) λαμβάνεται το οικείο μέτρο μόνο για το αναγκαίο χρονικό διάστημα.

Τα κριτήρια αυτά διαφέρουν των προηγηθέντων κατά το μέτρο που προβλέπεται η ανάγκη θέσπισης ειδικής ρύθμισης για το ζήτημα, η οποία να στηρίζεται σε τεκμηριωμένα επιστημονικά δεδομένα και συνοδεύεται από την αρχή της απαγόρευσης αδικαιολόγητων διακρίσεων. Κατ΄ ουσίαν συνιστά

11 Βλ. Χ.Τσιλιώτη, Συνταγματικά ζητήματα του Ν. 4703/2020, ΕφΔΔ 5/2020, σελ. 558.

μία μορφή «ωρίμανσης» των κριτηρίων προσέγγισης του ζητήματος, η οποία πραγματοποιείται, όπως είναι εύλογο, χωρίς την έντονη πίεση που προκαλείται, όταν το πρόβλημα είναι πρωτοφανές, οξυμένο και υπό το κράτος του «τρόμου» των συνεπειών που επαπειλεί για την ανθρώπινη κοινότητα.

[9] Πλην όμως, η ένταση που προκαλεί η οξύτητα του προβλήματος δεν επιτρέπεται να επηρεάζει την επιστημονική και ιδίως την νομική σκέψη. Η τελευταία καλείται να αντιμετωπίσει το ζήτημα με νηφαλιότητα, ψυχραιμία και κριτική διάθεση, σταθμίζοντας τις επιμέρους παραμέτρους του και ιδίως τις αξίες της έννομης τάξης, όχι ως απλές τυπικές κανονολογικές ρυθμίσεις, αλλά ως ουσιαστικές συνταγματικές αξίες[12]. Η κρατική δραστική επέμβαση δεν είναι ούτε νοείται ως αυταπόδεικτη, αν και πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί η αν όχι ομόθυμη πάντως ευρύτατη αποδοχή των επιβληθέντων περιορισμών εκ μέρους της επιστήμης και της διανόησης. Η κοινότητα των διανοουμένων, όπως και αν τους ορίσει κανείς, φαίνεται να κάνει αποδεκτή τις δρομολογηθείσες λύσεις, παρέχοντας πρόσθετη νομιμοποιητική βάση στο εγχείρημα. Δίδει δηλαδή την εντύπωση μίας πλήρους-αναντίρρητης στοίχησης με το σύνολο των υιοθετηθεισών επιλογών, χωρίς την τήρηση κριτικής στάσης ή και έστω κάποιας απόστασης από αυτές, τουλάχιστον εκ μέρους της πλειονότητάς της (κοινότητας αυτής).

[IV] Η Θέση και η λειτουργιά των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην έννομη τάξη

[10] Οι παραδοχές της προαναφερόμενης νομολογίας θέτουν επί τάπητος το ζήτημα (του προσδιορισμού) της θέσης και της λειτουργίας των θεμελιω-

12 Με τις εξαιρέσεις που προαναφέρθηκαν πιο πάνω στην υποσημείωση 3. Πρβλ. επίσης Ν. Παπασπύρου, Συνταγματική ελευθερία και δημόσιοι σκοποί: 15. Από την ανθρώπινη ζωή στη χοάνη των σταθμιζόμενων συμφερόντων. Το παράδειγμα του υποχρεωτικού εμβολιασμού, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 79-80. Η «απάντηση» του συγγραφέα στο υπό έρευνα πρόβλημα διέρχεται μέσα από την θεωρία της θεμιτής συνάφειας (moral relevancy) (όπ.π., σελ. 38), την οποία θεωρεί ως πειστικότερη σε σχέση με την αρχή της αναλογικότητας ή την θεωρία της πρακτικής εναρμόνισης των δικαιωμάτων.

δών δικαιωμάτων στην έννομη τάξη. Υπενθυμίζεται ότι παραδοσιακά τα θεμελιώδη δικαιώματα προσσεγγίζονται ως εγγυώμενα έναν χώρο ελευθερίας για το υποκείμενό τους. Σύμφωνα με την κλασσική τριπλή διάκριση των θεμελιωδών δικαιωμάτων, αυτά διακρίνονται σε ατομικά/αμυντικά/αποθετικά, κοινωνικά και πολιτικά. Η «αμυντική προσέγγιση», τουλάχιστον κατά την κρατούσα αντίληψη, φαίνεται να είναι εμφανέστερη στα ατομικά δικαιώματα, τα οποία και κατοχυρώνουν αξιώσεις του προσώπου έναντι του κράτους, έχοντας ως σημείο αναφοράς την ελευθερία του ατόμου στον καθορισμό της ζωής του[13]. Τα ατομικά δικαιώματα «εγγυώνται» ένα πεδίο ελεύθερης δράσης και επιλογών για το πρόσωπο με πλέον χαρακτηριστικές ρυθμίσεις αυτές των άρθρων 2 παρ.1 και 5 παρ.1 Συντ. Όπως όμως επισημαίνει ο Πρ. Δαγτόγλου «Πρόκειται για τις κατ΄ εξοχήν ατομικές ελευθερίες.…Το αγαθό, το οποίο υπηρετούν είναι όμως πάντοτε η ελευθερία και μάλιστα η ελευθερία από το κράτος και την εν γένει δημόσια εξουσία (αν και μετά τον δεύτερο παγκόσμιο πόλεμο τέθηκε το ζήτημα αν τα δικαιώματα αυτά προστατεύουν την ελευθερία και από προσβολές προερχόμενες από ιδιωτικές πηγές και αναπτύσσουν την λεγόμενη τριτενέργεια στην οποία θα επανέλθουμε)…»[14] (Η έμφαση οφείλεται στον παραπεμπόμενο συγγραφέα). Όπως και αν διατυπώνονται, δηλαδή ως απαγόρευση επέμβασης ή ως μόνη επιτρεπόμενη επέμβαση, διακήρυξη ελευθερίας ή απαραβίαστου ενός έννομου αγαθού ή ως συνδυασμός των δύο, δικαίωμα του προσώπου να τηρεί ορισμένη συμπεριφορά ή και ως τοποθέτηση ενός έννομου αγαθού υπό την προστασία του κράτους[15] (αν και πρέπει να είναι προσεκτικός κανείς στο πλαίσιο της διάκρισης ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων) δεν παύουν να εγγυώνται την «ελευθερία».

Περαιτέρω, τα κοινωνικά δικαιώματα, αναγόμενα στο status positivus, καθιερώνουν το καθήκον του Κράτους για την εξασφάλιση στοιχειωδών ή βασικών και ουσιωδών έννομων αγαθών και υπηρεσιών στο πλαίσιο της αρ-

13 Βλ. Πρ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα Α΄, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα, 1991, αρ. 98, σελ. 54.

14 Όπ.π., αρ. 99, σελ. 54.

15 Κατά τις διακρίσεις του Πρ. Δαγτόγλου, όπ.π., αρ. 100, σελ. 54-55.

χής του κοινωνικού κράτους δίκαιου που καθιερώνει το Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ.1. Τα κοινωνικά δικαιώματα σήμερα πλέον δεν περιορίζονται στην απλή διακήρυξη δικαιωμάτων που επαφίενται στην ευχέρεια της Πολιτείας, αλλά εν πολλοίς συνδεόμενα με τα ατομικά συνταγματικά δικαιώματα όπως και διεθνή συμβατικά κείμενα, τείνουν να αποκτήσουν επιτακτικό και δεσμευτικό χαρακτήρα για το Κράτος, στο μέτρο των δυνατοτήτων του, αλλά οπωσδήποτε όσον αφορά ένα ελάχιστο περιεχόμενο. Και τούτο, διότι η άσκηση ορισμένων κοινωνικών δικαιωμάτων, ιδίως εκείνων που αφορούν ζωτικά έννομα αγαθά (όπως η διαβίωση, η εργασία κ.α.) συνδέονται στενότατα με την «ελευθερία». Έτσι, δεν νοείται ελεύθερη δράση ούτε αυτονομία του προσώπου, εάν δεν είναι διασφαλισμένο το ελάχιστο όριο διαβίωσης.

Τέλος, τα πολιτικά δικαιώματα, υπαγόμενα στο status activus, εγγυώνται την ελευθερία συμμετοχής (ή μη συμμετοχής) στην δημόσια ζωή, στην δημόσια εξουσία ως βασικό στοιχείο της δημοκρατικής αρχής[16]. Τα πολιτικά δικαιώματα, πέραν της ελευθερίας, την οποία καθ΄ εαυτήν εμπεριέχουν και εγγυώνται, συνιστούν προϋπόθεση για την ύπαρξη και διασφάλιση της εν γένει ελευθερίας του προσώπου να διαβιώνει και να αναπτύσσει πολύποικιλα την προσωπικότητά του[17].

[11] Όλα όσα προαναφέρθηκαν είχαν ως σκοπό να αναδείξουν ότι σημείο αναφοράς της όλης προβληματικής είναι η «ελευθερία». Την ελευθερία εγγυάται, όπως επισημαίνει ο Αρ. Μάνεσης[18], η αρχή της νομιμότητας: «… Κανένας να μην εξαναγκάζεται να κάνει κάτι που δεν τον υποχρεώνει ο νόμος και, αντίστροφα, να μην κάνει κάτι που ο νόμος του επιτρέπει, όπως έγραφε ο Montesquie (''Το πνεύμα των νόμων'', βιβλ. XI, 4). Ή, κατά τη διατύπωση της γαλλικής Διακήρυξης των δικαιωμάτων του ανθρώπου και του πολίτη του 1789: Ο,τι δεν απαγορεύεται από το νόμο δεν μπορεί να εμποδιστεί· και κα-

16 Βλ. Πρ. Δαγτόγλου, όπ.π., αρ. 107, σελ. 58.

17 Για την παραπληρωματική σχέση που χαρακτηρίζει τις τρεις κατηγορίες θεμελιωδών δικαιωμάτων βλ. την κλασική ανάπτυξη του Αρ. Μάνεση στο έργο του «Ατομικές ελευθερίες, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1979, σελ. 23-25.

18 Όπ.π., σελ. 74-75.

νείς δεν μπορεί να εξαναγκαστεί να κάνει κάτι που ο νόμος δεν διατάζει (άρθρο 5). Έτσι ο πολίτης αποκτά ‘’ασφάλεια δικαίου’’, γνωρίζει από πριν πότε μία συμπεριφορά του είναι νόμιμη (και επιτρέπεται) και πότε παράνομη (και απαγορεύεται). Και επιπλέον, η αρχή της νομιμότητας ιδρύει ένα τεκμήριο: “εν αμφιβολία, υπέρ της ελευθερίας” (in dubio pro libertate)». Πράγματι, η αρχή αυτή αποτυπώνει την κεντρική φιλοσοφία όχι μόνον της κατοχύρωσης και προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, αλλά της σύνολης έννομης τάξης. Κινητήριος μοχλός, σημείο αναφοράς των υποκειμένων της έννομης τάξης καθώς και αφετηρία των αρμοδιοτήτων των οργάνων του κράτους είναι η «ελευθερία». Οτιδήποτε περιορίζει την ελευθερία αυτή συνιστά εξαίρεση και υπόκειται στους περιορισμούς της εξαίρεσης, δηλαδή ειδική και συγκεκριμένη ρύθμιση, αρκούντως αιτιολογημένη, στο αναγκαίο μέτρο και σεβόμενη απολύτως τον χαρακτήρα της καθώς και το δεδομένο ότι δεν επιτρέπεται επ΄ ουδενί λόγω να θίξει τον πυρήνα της ελευθερίας.

Υπενθυμίζεται στο σημείο αυτό ότι σύμφωνα με την κλασική προσέγγιση των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε περίπτωση επιβολής ορισμένου περιορισμένου από τον νομοθέτη θα πρέπει να πληρούνται οι ακόλουθες γενικές αρχές, δηλαδή να θεσπίζεται απρόσωπη και αντικειμενική ρύθμιση ώστε να διασφαλίζεται η αρχή της ισότητας, η οποία να υπαγορεύεται εκ σοβαρών λόγων γενικότερου δημόσιου συμφέροντος, να πληροί την αρχή της αναλογικότητας, να μην θίγει / αναιρεί τον πυρήνα του περί ου πρόκειται δικαιώματος και να ερμηνεύεται συσταλτικώς[19]. Η ερμηνευτική αυτή θέση προϋποθέτει ότι η σχετική περιοριστική ρύθμιση έχει «εξαιρετικό χαρακτήρα», δηλαδή συνιστά εξαίρεση από τον γενικό κανόνα της ελευθερίας. Ωστόσο, η προηγηθείσα έκθεση του ζητήματος αναδεικνύει την αντιστροφή του κανόνα αυτού, όπου ως κανόνας έχει αναχθεί ο περιορισμός και ως εξαίρεση η «ελευθερία», η ελεύθερη άσκηση των δικαιωμάτων. Ίσως τούτο να σημαίνει, εκτός των άλλων, ότι τα κλασικά εργαλεία προστασίας των δικαιωμάτων έχουν πλέον καταστεί ανεπαρκή και ότι ενδεχομένως εκείνο που

19 Βλ. Αρ. Μάνεση, Ατομικές ελευθερίες, όπ.π., σελ. 76-77.

χρειάζεται είναι μία «αλλαγή φιλοσοφίας» κατά την προσέγγιση των σχετικών ζητημάτων[20].

20 Την αγωνία του ενωσιακού νομοθέτη να μην φανεί (δώσει την εντύπωση) ως αναιρών τον βασικό κανόνα της ισχύος των θεμελιωδών κοινοτικών ελευθεριών, ισορροπώντας μεταξύ της ακώλυτης εφαρμογής τους και των περιορισμών τους εκ λόγων προστασίας έναντι της πανδημίας, αποτυπώνει με λίαν χαρακτηριστικό τρόπο ο Κανονισμός (ΕΕ) 2021/1993 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 2021 «σχετικά με το πλαίσιο για την έκδοση, την επαλήθευση και την αποδοχή δυσλειτουργικών πιστοποιητικών εμβολιασμού κατά της COVID-19, διαγνωστικού της ελέγχου και ανάρρωσης από αυτή (Ψηφιακό Πιστοποιητικό COVID της ΕΕ) με σκοπό να διευκολυνθεί η ελεύθερη κυκλοφορία κατά τη διάρκεια της πανδημίας της COVID-19». Σύμφωνα με το άρθρο 1 του Κανονισμού ρυθμίζεται το ζήτημα των περί ων πρόκειται πιστοποιητικών για την διευκόλυνση του δικαιώματος ελεύθερης κυκλοφορίας των κατόχων τους κατά την διάρκεια της πανδημίας. Ανατρέχοντας ωστόσο στο προοίμιο του Κανονισμού, διαπιστώνει κανείς την αμφιταλάντευση των ενωσιακού νομοθέτη μεταξύ της περί ης ο λόγος κοινοτικής ελευθερίας και των περιορισμών της. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το σημείο (1): «Κάθε πολίτης της Ένωσης έχει το θεμελιώδες δικαίωμα να κυκλοφορεί και να διαμένει ελεύθερα στο έδαφος των κρατών μελών υπό την επιφύλαξη των περιορισμών και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στις Συνθήκες και στις διατάξεις που θεσπίζονται για την εφαρμογή τους…» (: Δηλαδή τίθενται ταυτοχρόνως-ισοτίμως, σε παρατακτική σειρά, τόσο ο κανόνας όσο και οι περιορισμοί του). Περαιτέρω, στο σημείο (3) του Προοιμίου του Κανονισμού αναφέρεται: «Για να περιοριστεί η διασπορά του SARS-CoV-2, τα κράτη μέλη έλαβαν ορισμένα μέτρα, τα οποία είχαν αντίκτυπο στην άσκηση του δικαιώματος των πολιτών της Ένωσης να κυκλοφορούν και να διαμένουν ελεύθερα στην επικράτεια των κρατών μελών,όπως περιορισμούς εισόδου ή απαιτήσεις υποβολής των διασυνοριακών ταξιδιωτών σε καραντίνα ή αυτοαπαμόνωση ή σε διαγνωστικό έλεγχο για μόλυνση από τον SARS-CoV-2.», ενώ στο σημείο (6): «Τα κράτη μέλη δύνανται, σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης, να περιορίζουν το θεμελιώδες δικαίωμα της ελεύθερης κυκλοφορίας για λόγους δημόσιας υγείας. Οποιοιδήποτε περιορισμοί στην ελεύθερη κυκλοφορία των προσώπων εντός της Ένωσης επιβάλλονται για τον περιορισμό της διασποράς του SARS-CoV-2 θα πρέπει να βασίζονται σε συγκεκριμένους και περιορισμένους λόγους δημόσιου συμφέροντος, και συγκεκριμένα στην προστασία της δημόσιας υγείας όπως τονίζεται στην σύσταση (ΕΕ) 2020/1475. Οι περιορισμοί αυτοί είναι ανάγκη να εφαρμόζονται σύμφωνα με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, ιδίως τις αρχές της αναλογικότητας και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Συνεπώς, οποιαδήποτε μέτρα λαμβάνονται θα πρέπει να είναι περιορισμένα ως προς το πεδίο εφαρμογής και τη διάρκεια ισχύος τους, σύμφωνα με τις προσπάθειες για την αποκατάσταση της ελεύθερης κυκλοφορίας εντός της Ένωσης, και να μην υπερβαίνουν τα απολύτως αναγκαία για την προστασία της δημόσιας υγείας. Επιπλέον τα μέτρα αυτά θα πρέπει να συνάδουν με τα μέτρα που λαμβάνονται από την Ένωση για τη διασφάλιση της απρόσκοπτης ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων και βασικών υπηρεσιών σε ολόκληρη την εσωτερική αγορά,…», στο δε σημείο (9): «Μονομερή μέτρα για τον περιορισμό της διασποράς του SARS-CoV-2 θα μπορούσαν να προκαλέσουν σημαντική διαταραχή στην άσκηση του δικαιώματος ελεύθερης κυκλοφορίας και να εμποδίσουν την ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς…» (: Τούτο κατ΄ εξοχήν ισχύει και στο εσωτερικό των κρατών και των κοινωνιών τους).

[12] Όσα εξετέθησαν έχουν την έννοια ότι θα πρέπει κανείς να είναι εξαιρετικώς επιφυλακτικός με τους περιορισμούς των δικαιωμάτων. Να μην τους αποδέχεται παρά μόνον ύστερα από μεγάλη βάσανο και πάντα ως εξαιρέσεις και όχι ως εύκολες υπεκφυγές σε δύσκολα ερωτήματα. Πρέπει να έχει ως αφετηρία την ελευθερία και όχι τον περιορισμό, κάτι το οποίο σήμερα τείνει να αγνοηθεί στην «πρακτική» (εφαρμογής) των δικαιωμάτων. Ιδιαίτερη προσοχή, αλλά και επιφυλακτικότητα θα πρέπει να χαρακτηρίζει την επίκληση του δημόσιου συμφέροντος όχι ως πηγή περιορισμού των δικαιωμάτων, αλλά ως γενικός κανόνας οριοθέτησης της ελευθερίας. Άλλωστε, το δημόσιο συμφέρον εγγυάται την «ελευθερία» και όχι την παρακάμψη ούτε την «φυλάκισή της» σε κανονολογικό και νομολογιακό πλαίσιο. Σε αυτό μπορεί αποφασιστικά να συμβάλει ο δικαστής, ενεργώντας ως «λειτουργός» αλλά και ο νομοθέτης, διαπνέομενος από τα ιδεώδη και τις αξίες που ενσωματώνει η δημοκρατική αρχή.

Τέλος, σύμφωνα με το σημείο (36): «Είναι αναγκαίο να αποτρέπονται οι διακρίσεις, άμεσες ή έμμεσες, σε βάρος των προσώπων που δεν έχουν εμβολιαστεί, για παράδειγμα για ιατρικούς λόγους, επειδή δεν ανήκουν στην ομάδα-στόχο για την οποία χορηγείται ή επιτρέπεται επί του παρόντος το εμβόλιο κατά της COVID-19, όπως τα παιδιά, ή επειδή δεν είχαν ακόμη τη δυνατότητα να εμβολιαστούν ή επέλεξαν να μην το πράξουν. Κατά συνέπεια, η κατοχή πιστοποιητικού εμβολιασμού, ή η η κατοχή πιστοποιητικού εμβολιασμού που αναφέρει εμβόλιο κατά της COVID-19, δεν θα πρέπει να αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση του δικαιώματος ελεύθερης κυκλοφορίας ή για τη χρήση διασυνοριακών υπηρεσιών μεταφοράς επιβατών, για παράδειγμα υπηρεσιών αεροπορικής ή σιδηροδρομικής μεταφοράς ή μεταφοράς με λεωφορείο ή πορθμείο ή με οποιοδήποτε άλλο μεταφορικό μέσο. Επιπλέον, ο παρών κανονισμός δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι θεσπίζει δικαίωμα ή υποχρέωση εμβολιασμού.». Η προσπάθεια εξισορρόπησης είναι εμφανής, όπως επίσης φανερή είναι και η επιρροή του δίπολου «ελευθερία-περιορισμοί της» που τίθενται μάλλον υπό ίση μοίρα, ενώ η πρώτη θα έπρεπε να είναι ο κανόνας, οι δε δεύτεροι ως εξαίρεση να τίθενται εμφανώς σε υποδέεστερη θέση.

Η δικαστική ανεξαρτησία μεταξύ Συντάγματος και πραγματικότητας

Κωνσταντίνος Χ. Χρυσόγονος

Καθηγητής Συνταγματικού Δικαίου Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

Ι. Εισαγωγή

Η προστασία της δικαστικής ανεξαρτησίας κατά αποτελεσματικό τρόπο, έτσι ώστε να διασφαλίζεται η αμερόληπτη απονομή της δικαιοσύνης, αποτελεί διαχρονικό ζητούμενο στην Ελλάδα, όπου οι παρεμβάσεις της πολιτικής εξουσίας είναι ποικίλες και επαναλαμβανόμενες, περίπου στο σύνολο της ιστορικής διαδρομής του νεοελληνικού κράτους. Από την εποχή της δίκης του Κολοκοτρώνη το 1834 έως την εποχή της παρακολούθησης τηλεφωνικών συνδιαλέξεων πολιτικών της αντιπολίτευσης από τις κρατικές μυστικές υπηρεσίες με εισαγγελική παραγγελία (!) το 2022, οι εκάστοτε κυβερνώντες συχνά επιδιώκουν και όχι σπάνια επιτυγχάνουν να επηρεάζουν τη δικαστική εξουσία και να τη χρησιμοποιούν ως όργανο για την εξυπηρέτηση των δικών τους στοχεύσεων. Στο μεγαλύτερο μέρος των τελευταίων δύο αιώνων λιγότερο ή περισσότερο ισχυρές συνταγματικές εγγυήσεις της δικαστικής ανεξαρτησίας βρίσκονταν θεωρητικά σε ισχύ, αλλά η εφαρμογή τους στην πράξη ήταν ελλιπής έως άκρως προβληματική[1]. Σκοπός της παρούσας μελέτης είναι

1 Πρβλ. ενδεικτικά τις ιστορικές ανασκοπήσεις των Μ. Πικραμένου, Η δικαστική ανεξαρτησία στη δίνη των πολιτικών κρίσεων, 2002, σ. 57 - 294 και Μ. Παπαϊωάννου, Η περιπέτεια της δικαιοσύνης, 2019, σ. 47 - 189.

να αναδείξει την ανάγκη αφενός μεν ερμηνείας και εφαρμογής των ισχυουσών συνταγματικών διατάξεων κατά τρόπο ώστε να ενισχυθεί η δικαστική ανεξαρτησία και αμεροληψία, αφετέρου δε θέσπισης νέων ρυθμίσεων προς την ίδια κατεύθυνση.

Η γενική αρχή του άρθρου 87 παρ. 1 Συντ.

α. Οι «τακτικοί δικαστές» ως φορείς της ανεξαρτησίας

Η κατοχύρωση της δικαστικής ανεξαρτησίας αποτελεί ακρογωνιαίο λίθο της συνταγματικής διαρρύθμισης της δικαστικής εξουσίας (άρθρα 26 παρ. 3 και 87 έως 100Α Συντ.). Τη σχετική γενική εξαγγελία του άρθρου 87 παρ. 1 Συντ. εξειδικεύουν κυρίως οι διατάξεις των παρ. 2 και 3 του ίδιου άρθρου, καθώς και των άρθρων 88 έως 91 Συντ. Όλες αυτές οφείλουν να ερμηνεύονται κατά τρόπο συνεπή προς τη γενική αρχή της παρ. 1 του άρθρου 87 και βέβαια μέσα στο ίδιο πλαίσιο πρέπει να κινείται ο κοινός νομοθέτης, όταν θεσπίζει (ή τροποποιεί και καταργεί) ρυθμίσεις σχετικές είτε με την υπηρεσιακή κατάσταση των δικαστικών (και εισαγγελικών) λειτουργών, είτε με την οργάνωση και λειτουργία των δικαστηρίων γενικότερα. Η δικαστική ανεξαρτησία, ως γενική αρχή, συνιστά εξάλλου ουσιώδες συστατικό στοιχείο του κανονιστικού περιεχομένου της διάκρισης των λειτουργιών (ή εξουσιών)[2] και άρα πρέπει να θεωρηθεί απαγορευμένη, με βάση τον συνδυασμό των άρθρων 26 παρ. 3 και 110 παρ. 1 Συντ., κάθε προσπάθεια κατάργησης ή έστω και αποδυνάμωσής της σε μελλοντική συνταγματική αναθεώρηση, λ.χ. μέσω της μετατροπής των δικαστικών λειτουργών σε κοινούς δημοσίους υπαλλήλους, με καθεστώς ιεραρχικής εξάρτησης από τον Υπουργό Δικαιοσύνης[3].

Παράλληλη και ομόρροπη προς τη συνταγματική της κατοχύρωση είναι η προστασία της δικαστικής ανεξαρτησίας στο άρθρο 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ (δικαίωμα δίκαιης δίκης από ανεξάρτητο και αμερόληπτο δικαστήριο), αλλά

2 ΣτΕ 2649/2017, Ολ., ΤοΣ 2017, σ. 1152 (σκέψη 16).

3 Πρβλ. Ε. Βενιζέλου, Τα όρια της αναθεώρησης του Συντάγματος, 1984, σ. 86 επ., σ. 105 επ.

και στο ευρωπαϊκό ενωσιακό δίκαιο. Ως προς το τελευταίο, πρέπει να επισημανθεί ότι η δικαστική ανεξαρτησία συνιστά αφενός καθοριστικής σημασίας συνιστώσα της κατά το άρθρο 2 ΣυνθΕΕ θεμελιακής (για την Ένωση) «αξίας» του κράτους δικαίου[4] και αφετέρου αντικείμενο προστασίας με βάση το άρθρο 47 (εδ. β') ΧΘΔΕΕ (αντίστοιχο του άρθρου 6 παρ. ΕΣΔΑ). Δεδομένου εξάλλου ότι (και) τα εθνικά δικαστήρια καλούνται να ερμηνεύουν και εφαρμόζουν το ενωσιακό δίκαιο, παραβιάσεις της δικαστικής ανεξαρτησίας από τη νομοθετική και/ή την εκτελεστική εξουσία σε κράτος-μέλος της Ένωσης μπορούν να επιφέρουν την εφαρμογή σε βάρος του κυρώσεων («μέτρων»), σύμφωνα με τον Κανονισμό 2020/2092 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16.1.2020 περί γενικού καθεστώτος αιρεσιμότητας για την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης[5].

Η άσκηση της δικαστικής εξουσίας (ή λειτουργίας[6]) ανατίθεται κατ' αρχήν, σύμφωνα με το άρθρο 87 παρ. 1 Συντ., σε «τακτικούς δικαστές» που απολαμβάνουν τις εγγυήσεις ανεξαρτησίας (προσωπικής και λειτουργικής). Οι ειδικότερες συνταγματικές διατάξεις, ωστόσο, καθιερώνουν ορισμένες εξαιρέσεις από τον παραπάνω κανόνα, όπως η συμμετοχή λαϊκών δικαστών, δηλ. ενόρκων, σε συνθέσεις ποινικών δικαστηρίων (άρθρο 97 παρ. 1 Συντ.), καθηγητών πανεπιστημίου στο Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο σε κάποιες περιπτώσεις (άρθρο 100 παρ. 2 Συντ.) και τόσο καθηγητών πανεπιστημίου όσο και δικηγόρων στο Δικαστήριο Αγωγών Κακοδικίας (άρθρο 99 παρ. 1 Συντ.), άρα και στον αρμόδιο για την εκδίκαση μισθολογικών, συνταξιοδοτικών ή φορολογικών υποθέσεων δικαστών σχηματισμό του τελευταίου (άρθρο 88 παρ. 2 Συντ.). Η κατοχύρωση της λειτουργικής ανεξαρτησίας πρέπει να γίνει δεκτό, με βάση τον συνδυασμό των παρ. 1 και 2 του άρθρου 87 Συντ., ότι ισχύει και για τα πρόσωπα αυτά κατά την άσκηση των δικαιοδοτικών τους

4 ΔΕΕ 27.2.2018, Associacao Sindical dos Juizes, C-64/16, σκέψεις 30 επ., ΔΕΕ 25.7.2018, Minister for Justice, C-216/18, σκέψεις 50-54.

5 Βλ. σχετικά τα άρθρα 4 έως 6 του Κανονισμού.

6 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1914, σ. 501 και 608, R. Carré de Malberg, Théorie générale de l'Etat, τόμ. I, 1920, σ. 259.

καθηκόντων (δεδομένου ότι, σε αντιδιαστολή προς την παρ. 1, η παρ. 2 κάνει λόγο γενικά για δικαστές και όχι αποκλειστικά για τακτικούς δικαστές, ενώ πάντως συντρέχει και για τους ενόρκους, καθηγητές πανεπιστημίου και δικηγόρους η ίδια ανάγκη προστασίας της αντικειμενικότητας και αμεροληψίας τους, όπως και για τους τακτικούς δικαστές). Αντίθετα, οι παραπάνω εκ των πραγμάτων δεν υπάγονται στο υπηρεσιακό καθεστώς των ισόβιων δικαστικών λειτουργών και άρα δεν μπορούν να περιβάλλονται από τις εγγυήσεις προσωπικής ανεξαρτησίας εκείνων.

Η έννοια του «τακτικού δικαστή» διευκρινίζεται περαιτέρω στην παρ. 3 του άρθρου 87 και στα άρθρα 88-89 Συντ., όπου προβλέπονται με αρκετές λεπτομέρειες οι εγγυήσεις προσωπικής ανεξαρτησίας που τον συνοδεύουν. Αν και δεν υφίσταται σχετική ρητή μνεία στις διατάξεις αυτές, πρέπει να θεωρηθεί ότι εξυπακούεται πως ο «τακτικός δικαστής» είναι πρόσωπο το οποίο διαθέτει επαρκείς νομικές γνώσεις για την επιτέλεση της αποστολής του, όπως τούτο τεκμαίρεται από την κατοχή (τουλάχιστον) πανεπιστημιακού πτυχίου νομικής σχολής.

Οι εγγυήσεις της ανεξαρτησίας τους μπορούν μάλιστα να συνοδεύουν τους δικαστές και μετά τη λήξη της σταδιοδρομίας τους στο δικαστικό σώμα. Έχει κριθεί έτσι π.χ. ότι προσκρούει στα άρθρα 87 και 88 Συντ. το κώλυμα διορισμού πρώην δικαστικών λειτουργών ως δικηγόρων (άρθρο 13 ν. 1366/1983)[7]. Γεγονός είναι ότι το να έχει ο δικαστής ως προσωπική του «εφεδρεία» μια εναλλακτική (μετά από μια τυχόν έξοδο του) δυνατότητα βιοπορισμού, σε περίπτωση κατά την οποία δεχθεί ασφυκτικές πιέσεις σχετικά με τον τρόπο άσκησης των δικαιοδοτικών καθηκόντων του, μπορεί υπό προϋποθέσεις να ενισχύσει την ανθεκτικότητά του απέναντι στις πιέσεις αυτές. Περαιτέρω γίνεται δεκτό ότι οι ίδιοι λόγοι, που επιβάλλουν ιδιαίτερη φορολογική μεταχείριση των αποδοχών των εν ενεργεία δικαστικών λειτουργών, συντρέχουν για την εφαρμογή των ίδιων διατάξεων και στις συντάξεις τους[8] (προφανώς άλλωστε, αν ο δικαστής

7 ΣτΕ 1628/1989, Ολ., ΕλλΔνη 1991, σ. 403, ΣτΕ 354/1992, ΝοΒ 1992, σ. 1097.

8 ΣτΕ 1883/1998, ΔιΔικ 1998, σ. 1302.

γνωρίζει ότι μετά την αφυπηρέτησή του θα περιέλθει σε κατάσταση οικονομικής ανέχειας, λόγω του χαμηλού ύψους και/ή της υψηλής φορολόγησης της σύνταξής του, η ανεξαρτησία του de facto διακυβεύεται κατά παρόμοιο τρόπο, όπως και αν μειωνόταν δραστικά οι αποδοχές του εν ενεργεία).

β. Η ανεξαρτησία ως θεσμική εγγύηση

Η δικαστική ανεξαρτησία εξάλλου κατοχυρώνεται υπέρ των φορέων της, αλλά όχι προς όφελος των φορέων της. Σε αντίθεση με τα ατομικά δικαιώματα, τα οποία συνιστούν κατά βάση αυτοσκοπούς, οι θεσμικές εγγυήσεις, όπως είναι η δικαστική ανεξαρτησία, αποσκοπούν στο όφελος του κοινωνικού συνόλου[9], στη συγκεκριμένη περίπτωση υπό τη μορφή της, στο μέτρο του εφικτού, αντικειμενικής και πάντως αμερόληπτης απονομής της δικαιοσύνης. Η άρρηκτη σύνδεση της ανεξαρτησίας με τον σκοπό της, δηλ. την αμεροληψία, καθίσταται ιδιαίτερα εμφανής στη γραμματική διατύπωση των άρθρων 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ και 47 ΧΘΔΕΕ (ανεξάρτητο και αμερόληπτο δικαστήριο), αλλά υπονοείται και στο άρθρο 87 παρ. 1 και 2 Συντ. Επομένως, η θεσμική εγγύηση της ανεξαρτησίας δεν πρέπει να συγχέεται με την αυθαιρεσία και καθόλου δεν αποκλείει την αναζήτηση και τον καταλογισμό ευθύνης στον δικαστή, μέσα από νόμιμες διαδικασίες, σε περιπτώσεις παρεκτροπών (π.χ. αν ζητήσει ή λάβει αθέμιτο ωφέλημα για συμπεριφορά που ανάγεται στην εκτέλεση των καθηκόντων του κατά την απονομή της δικαιοσύνης, άρθρο 237 παρ. 1 ΠΚ). Από τη θεσμική εγγύηση της δικαστικής ανεξαρτησίας προκύπτουν αξιώσεις τόσο των ίδιων των δικαστών για τη μη παραβίασή της από άλλους φορείς δημόσιας εξουσίας ή και από ιδιώτες, όσο όμως και των διαδίκων για την εκδίκαση των υποθέσεών τους από ανεξάρτητο (και αμερόληπτο) δικαστήριο, όπως θα εκτεθεί ειδικότερα στη συνέχεια.

Ερμηνεύοντας το άρθρο 47 ΧΘΔΕΕ, σε συνδυασμό προς το άρθρο 19 ΣυνθΕΕ (αρχή της πραγματικής δικαστικής προστασίας), το Δικαστήριο της

9 Βλ. αναλυτικότερα Κ. Χρυσόγονου, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2023, §3, Α.

Ευρωπαϊκής Ένωσης δέχεται ότι η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης αναλύεται σε: α) εξωτερική ανεξαρτησία, όταν το σχετικό (δικαστικό) όργανο ασκεί τα καθήκοντά του με πλήρη αυτονομία, χωρίς να υπόκειται σε ιεραρχική σχέση ή σχέση υπαγωγής έναντι κανενός και χωρίς να λαμβάνει εντολές ή οδηγίες οποιασδήποτε προέλευσης, άρα προστατεύεται από εξωτερικές παρεμβάσεις ή πιέσεις που θα μπορούσαν να θίξουν την ανεξάρτητη κρίση των μελών του και να επηρεάσουν τις αποφάσεις τους, β) εσωτερική ανεξαρτησία και αμεροληψία, όταν τηρούνται ίσες αποστάσεις ως προς τους διαδίκους και τα αντιπαρατιθέμενα συμφέροντά τους σε σχέση με το αντικείμενο της διαφοράς[10]. Θα μπορούσαν εδώ να διατυπωθούν ενστάσεις ως προς τη χρησιμοποιούμενη ορολογία, υπό την έννοια ότι οι όροι εξωτερική και εσωτερική ανεξαρτησία είναι μάλλον σκοπιμότερο να συνδέονται με την πηγή της διακινδύνευσης, αν δηλ. προέρχεται έξωθεν ή από το εσωτερικό του δικαστικού σώματος (βλ. παρακάτω, Α, ε), προκειμένου να τονισθεί ότι οι απειλές μπορούν να προέλθουν και από το τελευταίο. Επί της ουσίας πάντως δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι, όπως ακριβώς δέχεται η ανωτέρω νομολογία, η αμεροληψία συνδέεται άρρηκτα με την ανεξαρτησία, συνιστώντας και τον απώτερο σκοπό της κατοχύρωσής της.

γ. Η έννοια και οι διακρίσεις της ανεξαρτησίας

Ως «ανεξαρτησία» κατά την έννοια του άρθρου 87 παρ. 1 Συντ. θα μπορούσε να νοηθεί η θεσμική προστασία που παρέχεται από την πολιτεία στον δικαστή απέναντι σε κάθε είδους πιέσεις, επιρροές και επιδράσεις σχετικές με την άσκηση των δικαιοδοτικών καθηκόντων του, ώστε να μπορεί να τα ασκήσει με αμεροληψία και με μοναδικό κριτήριο την εφαρμογή του ισχύοντος δικαίου[11]. Η προστασία αυτή εξειδικεύεται στις επόμενες παραγράφους

10 ΔΕΕ 19.11.2019, A.K., C-585/18, σκέψεις 121-122, ΔΕΕ 24.6.2019, Επιτροπή κατά Πολωνίας, C-619/18, σκέψεις 73-74, ΔΕΕ 27.2.2018, Assosiacao Sindical, C-64/16, σκέψη 44, ΔΕΕ 25.7.2018, Minister for Justice, C-216/18, σκέψη 65.

11 Πρβλ. τις, εν μέρει διαφορετικές, προσπάθειες ορισμού των Χ. Φραγκίστα, Δικαστική ανεξαρτη-

του ίδιου άρθρου και στα άρθρα 77-91 Συντ. μέσω μιας δέσμης θεσμικών εγγυήσεων, όπως θα εκτεθεί στη συνέχεια της παρούσας θεματικής ενότητας. Η δικαστική ανεξαρτησία με την παραπάνω έννοια είναι βέβαια ένα ιδεώδες, η εκπλήρωση του οποίου σε πολλές περιπτώσεις δεν μπορεί να είναι πλήρης. Ο δικαστής δεν είναι ούτε εξωγήινος, ούτε αυτόματο μηχάνημα υπαγωγής των πραγματικών περιστατικών στους νομικούς κανόνες, ώστε να μπορεί να μείνει απολύτως ανεπηρέαστος από την περιρρέουσα ατμόσφαιρα στην κοινωνία όπου ζει και μετέχει[12]. Εξάλλου η ερμηνεία και εφαρμογή των κανόνων του δικαίου δεν είναι μια καθαρά λογική νοητική διεργασία, όπως η λύση ενός μαθηματικού προβλήματος[13]. Η ερμηνεία πάντως των ειδικότερων συνταγματικών διατάξεων που μορφοποιούν την προστασία της δικαστικής ανεξαρτησίας (δηλ. των παρ. 2 και 3 του άρθρου 87 και των άρθρων 88 επ. Συντ.), καθώς και της σχετικής κοινής νομοθεσίας, πρέπει, ενόψει της γενικής αρχής του άρθρου 87 παρ. 1 Συντ., να στοχεύει κατά κανόνα στην ενίσχυση της παραπάνω προστασίας.

Πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι, όσο πλήρης κι αν είναι η παρεχόμενη από την πολιτεία θεσμική προστασία, ο δικαστής δεν πρόκειται να είναι πραγματικά ανεξάρτητος και αμερόληπτος, αν δεν το θέλει και ο ίδιος. Όποιος δεν διαθέτει αναπτυγμένο σε επαρκή βαθμό το θάρρος της γνώμης του, καθώς και εκείνος που έχει ελαστική συνείδηση, θα είναι πάντα εκτεθειμένοι σε αθέμιτες επιρροές από τον κοινωνικό τους περίγυρο και/ή τους ισχυρούς της ημέρας. Και αντίστροφα, εκείνος ο οποίος σέβεται τον εαυτό του και το δικαστικό του λειτούργημα δεν πρόκειται να υποκύψει ούτε στην πιο άμεση απειλή. Τον 3ο αιώνα μ.Χ. ο Ρωμαίος πραίτωρ (και κορυφαίος νομοδιδάσκαλος) Αιμίλιος Παπινιανός αρνήθηκε να δικαιολογήσει την απόφαση του αιμοδιψή αυτοκράτορα Καρακάλλα να

σία, 1940, σ. 9, Κ. Σακελλαροπούλου, Το Σύνταγμα, η Δικαιοσύνη και ο Δικαστής, στης ίδιας κ.ά., Η Δικαιοσύνη στην Ελλάδα, 2019, σ. 72, K.-A. Bettermann, Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit, 1969, σ. 45.

12 Πρβλ. Κ. Σημίτη, Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης. Μύθος και πραγματικότητα, στου ίδιου, Πολιτική, κυβέρνηση, δίκαιο, 1981, σ. 55.

13 Contra P. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, I, 1911, IX.

φονεύσει τον μικρότερο αδερφό και συναυτοκράτορά του Γέτα, γνωρίζοντας ότι τούτο εξέθετε και τον ίδιο στη δολοφονική μανία του τυράννου (με τελικό αποτέλεσμα τον αποκεφαλισμό του). Πιο πρόσφατα, το 1834, οι δικαστές Τερτσέτης και Πολυζωίδης αρνήθηκαν να υπογράψουν τη θανατική καταδίκη των ηρώων της ελληνικής επανάστασης, Κολοκοτρώνη και Πλαπούτα, όπως απαιτούσε η βαυαρική Αντιβασιλεία, με συνέπεια να παυθούν, να φυλακιστούν και να κακοποιηθούν οι ίδιοι. Ο μέσος άνθρωπος πάντως δεν είναι ούτε έρμαιο των πιέσεων, ούτε όμως και ήρωας. Για τον λόγο αυτόν, η ποιότητα της απονομής της δικαιοσύνης σε μια χώρα συναρτάται, σε σχέση ευθείας αναλογίας, με το επίπεδο προστασίας της δικαστικής ανεξαρτησίας στη χώρα εκείνη.

Δεδομένου εξάλλου, ότι, όπως προαναφέρθηκε, το να διαθέτει ο δικαστής το θάρρος της γνώμης του συνιστά προϋπόθεση της πραγματικής ανεξαρτησίας του, εύστοχα κρίθηκε ότι η δημοσίευση των ονομάτων των δικαστών που μειοψηφούν σε μια απόφαση όχι μόνο δεν μειώνει τη δικαστική ανεξαρτησία, αλλά αντίθετα την ενισχύει (η δημοσίευση αυτή καθιερώθηκε με το άρθρο 40 ν. 2172/1993, ενώ έως τότε τα ονόματα καταχωρίζονταν μόνο στα πρακτικά και όχι στο κείμενο της απόφασης)[14]. Θα μπορούσε μάλιστα να προσθέσει κανείς εδώ ότι η διαχρονική διαφάνεια σε ό,τι αφορά την άποψη και ψήφο κάθε δικαστή σε κρίσιμα νομικά ζητήματα (ιδίως μάλιστα στα ανώτατα δικαστήρια), αποτελεί μια μορφή εγγύησης απέναντι στο ενδεχόμενο να του ασκηθούν αφανώς πιέσεις, από τη μία ή την άλλη πηγή, για μεταστροφή της θέσης του χωρίς να συντρέχει αποχρών αντικειμενικός λόγος.

Αντικείμενο θεωρητικής συζήτησης αποτελεί περαιτέρω το ζήτημα κατά πόσο η ανεξαρτησία ανήκει μόνο στους δικαστές[15] ή και στη δικαιοσύνη ως θεσμό και λειτουργία της πολιτείας[16]. Η πρώτη εκδοχή βρίσκεται πιο κοντά στη γραμματική διατύπωση του άρθρου 87 παρ. 1 Συντ. και, εκτός τούτου, η αναγνώριση μιας «ανεξαρτησίας» με την έννοια της αυτονομίας (δηλ. οι

14 ΣτΕ 996/1994, Ολ., ΤοΣ 1994, σ. 895.

15 Έτσι ο Β. Σκουρής, Εγγυήσεις και παραμορφώσεις της λειτουργικής ανεξαρτησίας των δικαστών, σε ΕΝΟΒΕ (επιμ.), Προβλήματα ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης, 1988, σ. 17.

16 Βλ. Δ. Ράικου, Δικαστική ανεξαρτησία και αμεροληψία, 2008, σ. 24 επ.

δικαστές να αποφασίζουν για θέματα οργάνωσης και λειτουργίας των δικαστηρίων, δικονομίας, αποδοχών, προϋπολογισμού κ.λπ.) θα προσέκρουε στη γενική νομοθετική αρμοδιότητα της Βουλής[17], δηλ. του μοναδικού άμεσα νομιμοποιημένου από το εκλογικό σώμα κρατικού οργάνου. Παρά ταύτα, νομοθετικές ρυθμίσεις σχετικές με την απονομή της δικαιοσύνης ως κρατική λειτουργία πρέπει να γίνει δεκτό ότι υπόκεινται σε εντατικότερο δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητάς τους από ό,τι εκείνες που αφορούν την οργάνωση και λειτουργία της διοίκησης, ως μέρος της εκτελεστικής λειτουργίας ή εξουσίας[18]. Και τούτο διότι, σε αντιδιαστολή προς τους (ανεξάρτητους) δικαστικούς λειτουργούς, οι δημόσιοι υπάλληλοι είναι, κατά το άρθρο 103 παρ. Συντ., απλοί «εκτελεστές της θέλησης του Κράτους», με αποτέλεσμα να υπόκεινται ούτως ή άλλως σε ιεραρχικές εντολές και οδηγίες (εγκυκλίους κ.λπ.). Με άλλες λέξεις, εκείνο το οποίο απαγορεύεται να πράξει άμεσα ο νομοθέτης, δηλ. να καθυποτάξει τη δικαιοσύνη στις επιθυμίες του κυβερνώντος κόμματος, οφείλει να μην το επιχειρεί ούτε και εκ πλαγίου, μέσω οργανωτικών ρυθμίσεων. Συναφής είναι η κρίση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας ότι η οργάνωση της δικαιοσύνης ρυθμίζεται από τον κοινό νομοθέτη, οι σχετικές ρυθμίσεις όμως πρέπει να αποβλέπουν στην εύρυθμη λειτουργία της, να προάγουν την αποτελεσματικότητα της απονομής της και το κύρος των δικαστηρίων και να διασφαλίζουν την ανεξαρτησία της δικαιοσύνης που συνδέεται με τη δικαστική αμεροληψία καθώς και την προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των δικαστών[19].

Στην πράξη βέβαια τα όρια μεταξύ οργανωτικών και ψευδο-οργανωτικών ρυθμίσεων δεν είναι πάντα ευδιάκριτα. Ο νομοθέτης οπωσδήποτε δεσμεύεται από την αρχή του νόμιμου δικαστή (άρθρο 8 παρ. 1 Συντ.) και άρα οφείλει να καθορίζει (ή τροποποιεί) τη δικαιοδοσία, την αρμοδιότητα και τη συγκρότηση των δικαστηρίων κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο. Αν πληρούνται αυτές

17 Α. Μάνεση, Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος, ΙΙ, 1961-65, σ. 373-4.

18 Πρβλ. T. Ellwein, Regierung und Verwaltung, 1970, σ. 16 επ., 31.

19 ΣτΕ 1580/2021, Ολ. (σκέψη 13).

οι προϋποθέσεις, δεν μπορεί να ελεγχθεί δικαστικά η ειλικρίνεια των «δηλώσεων» του νομοθέτη για τον σκοπό του νόμου, όπως εκείνες προκύπτουν μέσα από την αιτιολογική έκθεση του νομοσχεδίου και/ή τη σχετική συζήτηση στα πρακτικά συνεδριάσεων της Βουλής. Ούτε μπορεί, πολύ περισσότερο, ο δικαστής να διαγνώσει ο ίδιος, με τη συναγωγή αναπόδεικτων τεκμηρίων, τον υποκρυπτόμενο ψευδοοργανωτικό σκοπό ή να αξιώσει ως προϋπόθεση της θέσπισης οργανωτικών (της δικαιοσύνης) ρυθμίσεων τη σύμφωνη γνώμη π.χ. της ολομέλειας του οικείου ανώτατου δικαστηρίου[20]. Θα μπορούσε όμως να υποστηριχθεί ότι πάντως απαιτείται, ιδίως όταν πρόκειται για τροποποιήσεις καθιερωμένων οργανωτικών και δικονομικών κανόνων, να προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση και/ή συνοδευτικά της στοιχεία ο, βελτιωτικός της λειτουργίας της δικαιοσύνης, σκοπός του νόμου (κατ' αναλογία προς όσα έχουν γίνει δεκτά, με αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, για την αναγκαιότητα τεκμηρίωσης περικοπών συνταξιοδοτικών παροχών σε σχέση με τη διασφάλιση της βιωσιμότητας των οργανισμών και κοινωνικής ασφάλισης[21]).

Όταν πρόκειται ειδικότερα για τη θέσπιση οργανωτικών ρυθμίσεων (π.χ. ίδρυση νέων δικαστηρίων) με κανονιστικές πράξεις κατόπιν νομοθετικής εξουσιοδότησης, απαιτείται να προκύπτει η λειτουργικότητα των ρυθμίσεων αυτών από τα στοιχεία του σχετικού φακέλου (μεταξύ άλλων ως προς τη δυνατότητα στελέχωσης των δικαστηρίων, καθώς και την εξέταση εναλλακτικών λύσεων για την ορθολογική διάρθρωση της δικαιοσύνης)[22]. Περαιτέρω έχει κριθεί ότι, με βάση τα άρθρα 8 παρ. 1, 87 και 88 Συντ., η πολιτεία υποχρεούται να προβαίνει «αμελλητί» στις νόμιμες ενέργειες για την πλήρωση των νομοθετημένων κενών θέσεων δικαστικών λειτουργών και η τυχόν παράλειψη προσβάλλεται

20 Όπως υπαινικτικά συνέβη στη - μάλλον μεμονωμένη - περίπτωση της ΣτΕ 2152/1993, Ολ., ΤοΣ, 1994, σ. 117 επ. Ομοίως πάντως και η (διοικητική) Ολομέλεια του Αρείου Πάγου 61/1993, ΤοΣ 1995, σ. 448 επ., θεώρησε ότι προεδρικό διάταγμα για τον ορισμό των τμημάτων του, τη συγκρότηση και τις αρμοδιότητές τους και άλλες λεπτομέρειες της λειτουργίας του δικαστηρίου (ή της Εισαγγελίας του) πρέπει να εκδίδεται ύστερα από σύμφωνη γνώμη της Ολομέλειάς του.

21 ΣτΕ 2287/2015, Ολ., ΣτΕ 1819/2019, Ολ.

22 ΣτΕ ΠΕ 74-77/2010.

παραδεκτά με αίτηση ακυρώσεως[23].

Η δικαστική ανεξαρτησία αναλύεται σε προσωπική και λειτουργική, ανάλογα με το τι αφορά η παρεχόμενη στον δικαστή θεσμική προστασία. Συγκεκριμένα, εφόσον η προστασία αφορά τη δικαιοδοτική του συμπεριφορά και κρίση στις υποθέσεις που καλείται να χειριστεί, γίνεται λόγος για λειτουργική ανεξαρτησία, η οποία εξειδικεύεται κυρίως στην παρ. 2 του άρθρου 87 Συντ. Εφόσον, από την άλλη πλευρά, η προστασία αφορά γενικότερα το υπηρεσιακό του καθεστώς και την επαγγελματική του σταδιοδρομία, τότε πρόκειται για την προσωπική ανεξαρτησία. Η τελευταία κατοχυρώνεται με σειρά ολόκληρη λεπτομερών διατάξεων, στην παρ. 3 του άρθρου 87 και στα άρθρα 88, 89, 90 και 91 Συντ. Περαιτέρω, η δικαστική ανεξαρτησία διακρίνεται σε εσωτερική και εξωτερική, ανάλογα με την προέλευση της ενδεχόμενης απειλής. Η εξωτερική ανεξαρτησία προστατεύει τον δικαστή έναντι προσπαθειών επηρεασμού του προερχόμενων είτε από την πολιτική εξουσία (δηλ. το εκάστοτε κυβερνών κόμμα ή συνασπισμό κομμάτων, που ελέγχει ουσιαστικά τόσο την κοινοβουλευτική πλειοψηφία όσο και την κυβέρνηση, στα πλαίσια του κοινοβουλευτικού συστήματος), είτε από άλλους εξωδικαστικούς παράγοντες (πολιτικά κόμματα, μέσα μαζικής ενημέρωσης, συλλογικούς φορείς διαφόρων μορφών κ.λπ.). Ως εσωτερική ανεξαρτησία νοείται η προστασία του δικαστή (σε όσο βαθμό υπάρχει) έναντι αθέμιτων επιρροών προερχόμενων από τους κόλπους της ίδιας της δικαιοσύνης, π.χ. από ανώτερους ή ανώτατους δικαστικούς ή εισαγγελικούς λειτουργούς, οι οποίοι αθέμιτα επιχειρούν να παρέμβουν στην κρίση κατώτερων σε βαθμό συναδέλφων τους[24]. Με άλλες λέξεις, όπως δέχεται το ΕΔΔΑ ερμηνεύοντας την ομόρροπη προς τα

23 ΣτΕ 1628/1989, ΕλλΔνη 1991, σ. 403.

24 Βλ. ιδίως Χ. Σαρτζετάκη, Επιτελών το καθήκον μου, 2016, σ. 219-227, όπου αναλυτική μνεία του περιεχομένου της τηλεφωνικής παρέμβασης του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου Κων/νου Κόλλια, με σκοπό τον εκφοβισμό του νεαρού Πρωτοδίκη (και ανακριτή στην υπόθεση της δολοφονίας του βουλευτή Γρηγόρη Λαμπράκη) Σαρτζετάκη, τον Ιούλιο του 1963. Πρβλ. και ΑΠ 7/2008, Ολ. (Ποιν.), ως προς τη νομική αξιολόγηση τηλεφωνικών οχλήσεων Αντιπροέδρου του Αρείου Πάγου και Προέδρου της Ένωσης Δικαστών και Εισαγγελέων (!) προς κατώτερους δικαστές σε σχέση με τη δικανική κρίση τους σε εκκρεμή ποινική υπόθεση.

άρθρα 87 επ. Συντ. διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ, η δικαστική ανεξαρτησία απαιτεί να είναι ατομικά ο κάθε δικαστής ελεύθερος από αθέμιτες επιρροές και πιέσεις προερχόμενες όχι μόνο έξω από το δικαστικό σώμα, αλλά και από το εσωτερικό του τελευταίου. Η εσωτερική δικαστική ανεξαρτησία επιτάσσει να είναι οι δικαστές απαλλαγμένοι από οδηγίες ή πιέσεις συναδέλφων τους, έστω και αν εκείνοι έχουν διοικητικές ευθύνες στο δικαστήριο, π.χ. ασκούν την προεδρία του (ή την προεδρία του τμήματός του)[25]. Ο Κώδικας Οργανισμού Δικαστηρίων και Κατάστασης Δικαστικών Λειτουργών (ν. 4938/2022) ανταποκρίνεται στις προδιαγραφές αυτές, αφού ορίζει (άρθρο 23 παρ. 3) ότι οποιαδήποτε οδηγία, σύσταση ή υπόδειξη σε δικαστικό λειτουργό για ουσιαστικό ή δικονομικό θέμα σε συγκεκριμένη υπόθεση ή κατηγορία υποθέσεων είναι ανεπίτρεπτη και συνιστά πειθαρχικό αδίκημα.

ΙΙΙ. Λειτουργική ανεξαρτησία

Η πρόβλεψη της παρ. 2 του άρθρου 87 Συντ. ότι οι δικαστές κατά την άσκηση των καθηκόντων τους «υπόκεινται μόνο» στο Σύνταγμα και στους νόμους θεμελιώνει εξ αντιδιαστολής τη λειτουργική ανεξαρτησία, υπό την έννοια ότι δεν «υπόκεινται» σε εντολές, οδηγίες, υποδείξεις κ.ο.κ., από οπουδήποτε και αν προέρχονται εκείνες. Κατά τα άλλα η ίδια παράγραφος, στο δεύτερο μισό του μοναδικού εδαφίου της, καθιερώνει και ένα ιδιαίτερο δικαίωμα και καθήκον αντίστασης για τους δικαστές, πέρα από, και παράλληλα προς, τη σχετική γενική ρύθμιση του άρθρου 120 παρ. 4 Συντ[26].

Ως «δικαστές», κατά την έννοια του άρθρου 87 παρ. 2 Συντ, πρέπει καταρχήν να νοηθούν όχι μόνο οι δικαστικοί αλλά και οι εισαγγελικοί λειτουργοί, παρά το γεγονός ότι οι τελευταίοι συνδέονται μεταξύ τους με σχέση ιεραρχικής εξάρτησης, με προϊστάμενο όλων τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου (ως προς την εκτέλεση όμως των καθηκόντων τους και την έκφραση

25 ΕΔΔΑ 10.10.2000, Daktaras, παρ. 36 και 38, ΕΔΔΑ 3.5.2007, Bochan, παρ. 74, ΕΔΔΑ 9.10.2008, Moiseyev, παρ. 184, ΕΔΔΑ 22.12.2009, Pavlov-Tkalcic, παρ. 86.

26 Βλ. Κ. Χρυσόγονου, Συνταγματικό Δίκαιο, 2022, σ. 201.

της γνώμης τους ενεργούν αδέσμευτα, άρθρο 28 παρ. 4 του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων, ν. 4938/2022). Συναφώς γίνεται λόγος για «περιορισμένη εσωτερική λειτουργική ανεξαρτησία» των εισαγγελέων, ενώ πλήρης είναι η εξωτερική (έναντι της εκτελεστικής εξουσίας)[27].

Ως «καθήκοντα» εξάλλου νοούνται τόσο τα stricto sensu δικαιοδοτικά έργα (συμμετοχή στην έκδοση αποφάσεων σε υποθέσεις που άγονται προς επίλυση ενώπιόν του) όσο και οι διοικητικές (της δικαιοσύνης) αρμοδιότητες του δικαστή (π.χ. η άσκηση καθηκόντων προϊσταμένου του δικαστηρίου, η συμμετοχή σε πειθαρχικά και άλλα συμβούλια κ.ο.κ.)[28]. Και τούτο διότι, εάν έστω ως προς αυτές μόνο τις αρμοδιότητες ήταν συνταγματικά ανεκτό να καθοδηγείται ο δικαστής από εξωτερικούς παράγοντες (π.χ. παρεμβάσεις του Υπουργού Δικαιοσύνης ως προς τον τρόπο εξειδίκευσης των πειθαρχικών αδικημάτων από τα οικεία συμβούλια), τότε θα υπονομευόταν η δικαστική ανεξαρτησία και ως προς τα κύρια δικαιοδοτικά έργα.

Η έννοια της επιταγής του άρθρου 87 παρ. 2 Συντ., περί υπαγωγής του δικαστή μόνο στο Σύνταγμα και τους νόμους και αντίστροφα περί μη υπαγωγής του σε εντολές, οδηγίες κ.λπ. τρίτων προσώπων, είναι ότι δεν μπορεί να του καταλογισθεί καμιάς μορφής ευθύνη ή να υποστεί άλλες δυσμενείς συνέπειες επειδή δεν συμμορφώθηκε προς τις υποδείξεις εκείνων. Επομένως στην ελληνική έννομη τάξη οι δικαστές δεν δεσμεύονται από τα τυχόν νομολογιακά προηγούμενα, έστω του ίδιου ή ανώτερου (και ανώτατου ακόμη) δικαστηρίου[29], και δεν μπορούν να τους επιβληθούν κυρώσεις όταν αποκλίνουν

27 Πρβλ. Δ. Ράικου, Δικαστική ανεξαρτησία και αμεροληψία, 2008, σ. 85 επ.

28 Πρβλ. Α. Ράικου, Συνταγματικό δίκαιο, Ι, Β', 2002, σ. 1024.

29 Βλ. Κ. Τσάτσου, Το πρόβλημα των πηγών δικαίου, τεύχ. Α', 1941 (επανέκδοση 1993), σ. 234 επ., Χ. Χρυσανθάκη, Οι νέες ρυθμίσεις για τη διοικητική δίκη: ο Ν. 3900/2010: Μια «ανοιχτή» επιστολή προς την Πολιτεία, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1324, Ι. Μανωλεδάκη, Άρθρο 7, σε ΕρμηΣ, 2003, σ. 23, Σ. Βλαχόπουλου, Οι συνταγματικές διαστάσεις της μεταβολής της νομολογίας, 2019, Κ. Στρατηλάτη, Η επίκληση της νομολογίας στο Διοικητικό Δίκαιο, και στη νομική επιστήμη γενικότερα, ΕφημΔΔ 2015, σ. 94 επ., contra Δ. Κοντόγιωργα - Θεοχαροπούλου, 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: της ιδίας/Ε. Κουτούπα- Ρεγκάκου, Εμβάθυνση δημοσίου Δικαίου 2005, σ. 187-8, κατά την οποία η

από αυτά. Το περισσότερο που μπορεί να αξιώσει κανείς, στο πλαίσιο και της κατά το άρθρο 93 παρ. 2 Συντ. υποχρέωσης για ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολόγηση των δικαστικών αποφάσεων, είναι να μνημονεύονται στην απόφαση τα αντίθετα νομολογιακά προηγούμενα, ιδίως όταν προέρχονται από το ΔΕΕ, το ΕΔΔΑ ή εθνικά ανώτατα δικαστήρια, και να παρατίθενται οι λόγοι για τους οποίους οι κρίσεις τους θεωρούνται εσφαλμένες ή πάντως ανεφάρμοστες στην ένδικη υπόθεση. Κατά μείζονα λόγο βέβαια δεν θα ήταν ανεκτή η δέσμευση του δικαστή από οδηγίες της εκτελεστικής εξουσίας, π.χ. υπηρεσιών του Υπουργείου Εξωτερικών ως προς την ερμηνεία και/ή την εφαρμογή διεθνών συμβάσεων[30].

Διάσταση γνωμών εμφανίσθηκε στη (διοικητική) Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, όταν συζητήθηκε εκεί το ζήτημα των ορίων της (λειτουργικής) ανεξαρτησίας, αφενός, και του πειθαρχικού κολασμού, αφετέρου[31]. Η πλειοψηφία είχε ταχθεί υπέρ της άποψης ότι μπορεί να ελεγχθεί πειθαρχικά ο δικαστικός λειτουργός για προφανές σφάλμα του από «βαριά αμέλεια», όπως όταν δέχθηκε ερμηνευτική εκδοχή (για την έννοια της εκάστοτε κρίσιμης διάταξης νόμου) η οποία «να μη δύναται, αντικειμενικώς, να θεωρηθεί υποστηρίξιμη», ή διαπίστωσε πραγματικό γεγονός «διάφορο εκείνου που αντικειμενικώς... προκύπτει από αποδεικτικά στοιχεία ληπτέα υπ' όψιν». Ακόμη είναι θεμιτή, κατά τη συλλογιστική αυτή, η επιβολή πειθαρχικής ποινής σε δικαστή, εάν ο τελευταίος προέβη σε προδήλως εσφαλμένη υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου. Τούτο συμβαίνει όταν το συμπέρασμα του δικανικού συλλογισμού της απόφασης «ευρίσκεται σε προφα-

νομολογία του Συμβουλίουτης Επικρατείας έχει αναχθεί σε «ουσιαστική ή άλλως καταχρηστική πηγή του Διοικητικού Δικαίου», Γ. Κατρούγκαλος, Οι θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές στη νομολογία του ΣτΕ, 1974-2003, σε: Τιμ. Τόμ. ΣτΕ – 75 χρόνια, 2004, σ. 253, ο οποίος τάσσεται υπέρ της αναγνώρισης της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας ως άμεσης πηγής και του συνταγματικού δικαίου.

30 ΕΔΔΑ 24.11.1994, Beaumartin, και 13.2.2003, Chevrol (παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ). Πρβλ. Β. Μπουκουβάλα, Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης μέσα από τις αποφάσεις του δικαστηρίου του Στρασβούργου, ΤοΣ 2019, σ. 347.

31 ΑΠ 18/1993, Ολ., ΕλλΔνη 1993, σ. 1064.

νή ανακολουθία» προς τον συνδυασμό κανόνων και γεγονότων, ή «στερείται εκδήλως πραγματικής βάσεως». Θα μπορούσε ωστόσο να επισημανθεί εδώ ότι η ήρεμη βεβαιότητα των υποστηρικτών της παραπάνω άποψης πως υπάρχουν αντικειμενικά νοήματα και/ή γεγονότα, καθώς και προφανείς ή έκδηλες συμφωνίες ή ανακολουθίες μεταξύ τους, ενδέχεται σε αρκετές περιπτώσεις να μην επαληθεύεται από τα πράγματα. Πέρα από αυτό, η χρήση τόσο αόριστων εννοιών για την οριοθέτηση ανεξαρτησίας και (πειθαρχικού) ελέγχου δεν συμβάλλει στην επίτευξη της απαιτούμενης, για τη διασφάλιση της εσωτερικής ανεξαρτησίας όσων μπορούν να ελεγχθούν (δηλ. κυρίως πρωτοδικών και εφετών), διαφάνεια και προβλεψιμότητα των κριτηρίων του ελέγχου. Από την άλλη πλευρά, η μειοψηφία της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου υποστήριξε ότι «δεν επιτρέπεται πειθαρχικός έλεγχος των δικαστικών λειτουργών για τη δικαστική κρίση τους καθαυτή, δηλαδή για την επιστημονική άποψη που ακολούθησαν όσον αφορά τα νομικά ζητήματα που αντιμετώπισαν και για την πεποίθηση την οποία σχημάτισαν από την εκτίμηση των αποδείξεων». Εδώ βέβαια ερωτάται τι συνιστά «επιστημονική» άποψη και αν θα μπορούσε να υπάρχει, πέρα από τα όριά της, προφανής αυθαιρεσία στη δικανική κρίση.

Παρά τις εγγενείς αυτές δυσχέρειες στην οριοθέτηση μεταξύ λειτουργικής ανεξαρτησίας, αφενός, και ερμηνευτικής αυθαιρεσίας, αφετέρου, είναι πάντως δεδομένο ότι ο δικαστής καλείται από το άρθρο 87 παρ. 2 Συντ. να εφαρμόζει το Σύνταγμα και τους νόμους. Επομένως δεν δικαιούται σε καμία περίπτωση να θέτει τις προσωπικές του πολιτικές, κοινωνικές, φιλοσοφικές κ.λπ. πεποιθήσεις υπεράνω των υφιστάμενων κανόνων δικαίου, ούτε να εφαρμόζει προκρούστειες μεθόδους για να προσαρμόσει τους κανόνες στα μέτρα των πεποιθήσεών του[32]. Κριτήρια σκοπιμότητας είναι θεμιτό να λαμβάνονται υπόψη κατά την ερμηνεία των κανόνων μόνο σε πολύ περιορισμένη κλίμακα, στο πλαίσιο της αντικειμενικής τελεολογικής ερμηνευτικής μεθόδου, και μόνο εφόσον βρίσκουν έρεισμα σε μια ευρέως επικρατούσα κοινωνική αντίληψη σχετικά με το τι θα μπορούσε αντικειμενικά να συνιστά τη ratio συγκεκριμένης διάταξης.

32 Πρβλ. Μ. Πικραμένου, Η λογοδοσία των δικαστών στη δημοκρατία, 2022, σ. 54.

Και βέβαια είναι τελείως διαφορετική υπόθεση η ερμηνεία μιας διάταξης in abstracto, όπου η μεθοδολογικά σημαντική συναίνεση της κοινωνίας των ερμηνευτών του δικαίου μπορεί και πρέπει να ληφθεί υπόψη για την επαλήθευση της, σχετικής έστω, ορθότητας των επιμέρους ερμηνευτικών «βημάτων», και τελείως άλλο η υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις κρίσιμες διατάξεις και η συναγωγή του συμπεράσματος του δικανικού συλλογισμού. Εκεί ο δικαστής, ειδικά μάλιστα σε ζητήματα προστασίας συνταγματικών δικαιωμάτων, ούτε οφείλει ούτε καν δικαιούται να «αφουγκράζεται την κοινωνία» ή να «εναρμονίζεται με την εικαζόμενη βούληση μιας θολής πλειοψηφίας»[33], αφού η ratio των δικαιωμάτων αυτών είναι ακριβώς η προστασία των μειοψηφιών, των μειονοτήτων, ή και των μεμονωμένων ατόμων, απέναντι στην πλειοψηφία[34].

Εξάλλου η έκδοση δικαστικών αποφάσεων συνιστά μια μορφή άσκησης δημόσιας εξουσίας και γι' αυτό υπόκειται σε δημόσια κριτική, σύμφωνα με τα άρθρα 14 Συντ. και 10 ΕΣΔΑ. Ωστόσο η κριτική από τους εξουσιαζόμενους, πολίτες, φορείς της κοινωνίας των πολιτών, νομικούς κ.λπ., είναι κάτι ποιοτικά διαφορετικό από την κριτική που προέρχεται από (άλλους) φορείς δημόσιας εξουσίας. Ως προς την τελευταία επομένως εύστοχα είχε γίνει δεκτό από τον Άρειο Πάγο (σε σχηματισμό διοικητικής Ολομέλειας) ότι δημόσιο εγκώμιο ή επίκριση συγκεκριμένης δικαστικής απόφασης από τον Υπουργό Δικαιοσύνης μπορεί να εκληφθεί ως απόπειρα επηρεασμού και ενέχει εξ αντικειμένου επέμβαση στη (λειτουργική και όχι στην προσωπική, όπως εσφαλμένα αναφέρεται) ανεξαρτησία των δικαστών, ιδίως μάλιστα όταν αφορά εκκρεμή υπόθεση[35]. Ακόμη, ο ίδιος σχηματισμός διατύπωσε την κρίση ότι δεν είναι επιτρεπτός ο κοινοβουλευτικός έλεγχος, όταν αναφέρεται σε δικαιοδοτική κρίση δικαστικών οργάνων[36]. Ο όρος (μη) «επιτρεπτός» δεν είναι ακριβής, αφού δεν μπορεί να υπάρξει δικαστική επέμβαση στα interna

33 Πρβλ. Β. Σκουρή, Η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης: 30 χρόνια μετά, ΤοΣ 2017, σ. 937.

34 Βλ. αναλυτικότερα Κ. Χρυσόγονου, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2023, §2, ΣΤ, α και §3, Ε, γ., με περαιτέρω ενδείξεις.

35 ΑΠ 8/1998, Ολ., ΤοΣ 1998, σ. 404.

36 ΑΠ 9/1998, Ολ., ΤοΣ 1998, σ. 410.

corporis της Βουλής[37], αλλά ούτε το κοινοβούλιο δικαιούται να επεμβαίνει σε εκκρεμείς δίκες και άρα μια απόπειρα άσκησης πίεσης ή επιρροής στους δικαστές υπό τον μανδύα της συζήτησης ερώτησης στη Βουλή θα ήταν αντιδεοντολογική, συνιστώντας υποβάθμιση της λειτουργικής ανεξαρτησίας του δικαστή.

Περαιτέρω, υποστηρίζεται στη θεωρία η θέση ότι επιμέρους παράμετρο της λειτουργικής ανεξαρτησίας του δικαστή συνιστά ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων κατά το άρθρο 93 παρ. 4 Συντ[38]. Τούτο όμως δεν ευσταθεί, επειδή η πρόβλεψη και ο τρόπος οργάνωσης ενός τέτοιου ελέγχου αποτελεί ιδιαίτερο ζήτημα και αντικείμενο διακριτής ρύθμισης στο συνταγματικό κείμενο. Εξάλλου σε άλλα κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαγορεύεται γενικά η άσκηση δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων (άρθρο 120 του ολλανδικού Συντάγματος), ή ο έλεγχος αυτός συγκεντρώνεται σε ειδικό δικαιοδοτικό όργανο (όπως το Συνταγματικό Συμβούλιο στη Γαλλία, άρθρα 61 και 61-1 του Συντάγματος), χωρίς βέβαια τούτο να σημαίνει ότι εκεί δεν υφίσταται (λειτουργική) δικαστική ανεξαρτησία.

IV. Προσωπική ανεξαρτησία

α. Έναρξη και λήξη της σταδιοδρομίας του δικαστή

Η προσωπική ανεξαρτησία του δικαστή θωρακίζεται πρώτιστα με την εγγύηση της ισοβιότητάς του στο άρθρο 88 παρ. 1 Συντ. Όπως καθίσταται πάντως σαφές από τον συνδυασμό της παραπάνω διάταξης με την παρ. 5 του ίδιου άρθρου, αλλά και από την αντιπαραβολή της προς το εδ. α' της παρ. 4 του άρθρου 103 Συντ. (μονιμότητα των δημοσίων υπαλλήλων που κατέχουν οργανικές θέσεις, εφόσον όμως αυτές υπάρχουν), η ισοβιότητα δεν νοείται κυριολεκτικά. Υποδηλώνει απλώς ότι οι δικαστικοί λειτουργοί δεν μπορούν

37 Βλ. Δ. Τσάτσου, Συνταγματικό Δίκαιο, τόμ. Α', 1994, σ. 396 επ.

38 Βλ. Μ. Πικραμένου, Η λογοδοσία των δικαστών στη δημοκρατία, 2022, σ. 50, Π. Γέσιου-Φαλτσή, Ευθύνη των δικαστών στην Ελλάδα, ΤοΣ 1983, σ. 553.

να απολυθούν πριν από τη συμπλήρωση του προβλεπόμενου ορίου ηλικίας, έστω κι αν ο νομοθέτης καταργήσει τις θέσεις τους.

Ως προς την έναρξη της σταδιοδρομίας του δικαστή και κατά συνέπεια της ισοβιότητάς του, η παρ. 1 του άρθρου 88 Συντ. αρκείται στην πρόβλεψη διορισμού με προεδρικό διάταγμα, σύμφωνα με νόμο που ορίζει τα προσόντα και τη διαδικασία της επιλογής. Ερμηνευτικά ωστόσο γίνεται δεκτό ότι από την «εν γένει οικονομία» του άρθρου αυτού, και ενόψει ειδικότερα της παρ. 3 (δυνατότητα καθιέρωσης εκπαιδευτικής και δοκιμαστικής περιόδου έως τριών ετών, πριν από τον διορισμό του δικαστή ως τακτικού), συνάγεται ότι η είσοδος σε κάποιον κλάδο της δικαιοσύνης πρέπει να γίνεται στον εισαγωγικό βαθμό του και να ακολουθεί η περαιτέρω εξέλιξη του δικαστή μέσω προαγωγών, σε συνάρτηση και με την απόκτηση εμπειρίας από την υπηρεσία του στις επιμέρους βαθμίδες του κλάδου[39]. Επομένως, κατά τη συλλογιστική αυτή, τυχόν απόπειρα νομοθετικής καθιέρωσης στο μέλλον συστήματος απευθείας εισόδου σε ανώτερους ή ανώτατους βαθμούς του δικαστικού σώματος προσώπων εκτός εκείνου θα ήταν αντισυνταγματική[40].

Κατά τα άλλα πάντως ο κοινός νομοθέτης είναι καταρχήν ελεύθερος να καθορίζει τα προσόντα των υποψηφίων που κρίνει αναγκαία προκειμένου οι μέλλοντες να διορισθούν να μπορούν να ανταποκριθούν αποτελεσματικά στις εκάστοτε ανάγκες του δικαστικού έργου, όπως αυτές διαμορφώνονται από τις ισχύουσες συνθήκες. Όσο για τη βαθμολογική τους εξέλιξη, εκείνη πρέπει να διενεργείται κατόπιν κρίσεως, η οποία διασφαλίζει ότι ο δικαστής συγκεντρώνει τα αναγκαία προσόντα για να ανταποκριθεί στις αυξημένες απαιτήσεις του ανώτερου βαθμού[41]. Εδώ θα μπορούσε να παρατηρήσει κανείς ότι, όπως προαναφέρθηκε (βλ. παραπάνω,II,α), στα προσόντα των υποψηφίων πρέπει να συγκαταλέγεται απαραίτητα η κατοχή πανεπιστημιακού πτυχίου νομικής σχολής (προκειμένου οι μελλοντικοί δικαστές να μπορούν

39 ΣτΕ 105/1981, Ολ., ΤοΣ 1981, σ. 457.

40 ΣτΕ 851/2011 (σκέψη 10).

41 ΣτΕ 3762/2010, ΣτΕ 851/2011.

να αντιλαμβάνονται επαρκώς το κανονιστικό περιεχόμενο του Συντάγματος και των νόμων, ώστε να τα εφαρμόζουν, όπως επιτάσσει η παρ. 2 του άρθρου 87 Συντ.). Περαιτέρω περιορισμοί για τα περιθώρια επιλογών του κοινού νομοθέτη, σε ό,τι αφορά την είσοδο νέων στελεχών στο δικαστικό σώμα, απορρέουν από τη συνταγματική αρχή της αξιοκρατίας[42] και άρα πρέπει να θεωρηθεί συνταγματικά επιβεβλημένη η διεξαγωγή διαγωνισμού για τη διαπίστωση των -νομικών κυρίως– γνώσεων και δεξιοτήτων των υποψηφίων (ενδεχομένως με συνεκτίμηση, ως ένα σημείο, κατά την κρίση του νομοθέτη, και αντικειμενικών κριτηρίων αναγόμενων στην κατοχή τίτλων σπουδών). Στην πράξη ο νομοθέτης έχει επιλέξει να συνδυάσει, ως προϋπόθεση εισαγωγής στο δικαστικό σώμα, την επιτυχία σε εισαγωγικό διαγωνισμό και την επιτυχή φοίτηση, μετά ταύτα, στην Εθνική Σχολή Δικαστών (άρθρα 9 επ. και 16 επ. ν. 3689/2008, όπως έχει τροποποιηθεί έκτοτε και ισχύει).

Ως προς τον τερματισμό της σταδιοδρομίας του δικαστή, η παρ. 5 του άρθρου 88 Συντ. θέτει την 30ή Ιουνίου του έτους συμπλήρωσης του 67ου έτους της ηλικίας τους, για όσους κατέχουν βαθμό προέδρου εφετών και άνω, ως όριο αποχώρησής τους από την υπηρεσία. Για όσους κατέχουν βαθμό εφέτη (ή αντίστοιχο, π.χ. αντιεισαγγελέα εφετών) και κάτω το ίδιο όριο είναι η 30ή Ιουνίου του έτους συμπλήρωσης του 65ου έτους της ηλικίας τους. Τα όρια αυτά δεν μπορούν ούτε να αυξηθούν ούτε και να μειωθούν με διάταξη νόμου ή κανονιστικής πράξης, για κανέναν λόγο. Και τούτο προκειμένου να αποφευχθεί η επανάληψη αυθαιρεσιών του παρελθόντος (π.χ. μεταξική δικτατορία) που τραυμάτιζαν τη δικαστική ανεξαρτησία[43]. Κρίσιμη εξάλλου είναι η πραγματική ηλικία του δικαστικού λειτουργού, όπως αυτή αποδεικνύεται με τα προβλεπόμενα από τον κοινό νομοθέτη στοιχεία (έτσι π.χ. η διόρθωση του έτους γεννήσεως στο μητρώο αρρένων, με βάση τις κείμενες διατάξεις, κρίθηκε ότι λαμβάνεται υποχρεωτικά υπόψη, κατά διαφοροποίηση από όσα

42 Βλ. αναλυτικότερα Κ. Χρυσόγονου, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2023, §13, Ε, γ, με περαιτέρω ενδείξεις.

43 Βλ. Μ. Πικραμένου, Η δικαστική ανεξαρτησία στη δίνη των πολιτικών κρίσεων, 2002, σ. 85.

όριζε το άρθρο 36 παρ. 7 ν. 1756/1988 σχετικά με τα προσόντα διορισμού, αν και ο ν. 4938/2022, άρθρο 43 παρ. 6, ουσιαστικά επαναλαμβάνει την ίδια ρύθμιση)[44].

Νωρίτερα πάντως ο δικαστικός λειτουργός μπορεί να παυθεί, σύμφωνα με την παρ. 4 του ίδιου άρθρου, ύστερα από δικαστική απόφαση, εξαιτίας καταδίκης για ποινικό αδίκημα ή για βαρύ πειθαρχικό παράπτωμα, καθώς και σε περιπτώσεις ασθένειας ή αναπηρίας ή υπηρεσιακής ανεπάρκειας. Όλα αυτά πρέπει να βεβαιώνονται όπως ορίζει σχετικός νόμος και με τήρηση των επιταγών δημοσιότητας και αιτιολογίας των παρ. 2 και 3 του άρθρου 93 Συντ. Το άρθρο 72 του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων (ν. 4938/2022) προβλέπει ότι οριστική παύση επιβάλλεται αν ο δικαστικός λειτουργός α) στερήθηκε τα πολιτικά του δικαιώματα λόγω αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης, ή β) καταδικάσθηκε αμετάκλητα σε ποινή στερητική της ελευθερίας άνω των 3 μηνών για αδίκημα που τελέσθηκε με δόλο, ή γ) καταδικάσθηκε αμετάκλητα σε οποιαδήποτε ποινή για αδίκημα συνεπαγόμενο κώλυμα διορισμού, κατά το άρθρο 44 παρ. 1 περ. ε' του ίδιου Κώδικα. Για τις υπόλοιπες περιπτώσεις οριστικής παύσης το άρθρο 72 του Κώδικα κατά βάση επαναλαμβάνει το άρθρο 88 παρ. 4 Συντ., χωρίς περαιτέρω διευκρινίσεις. Στην πράξη ως βαθιά πειθαρχικά παραπτώματα θεωρούνται, μεταξύ άλλων, η πραξικοπηματική δημοσίευση απόφασης από τον πρόεδρο δικαστηρίου χωρίς να έχει προηγηθεί διάσκεψη των μελών της σύνθεσης (!)[45], ή η απόπειρα δωροδοκίας δικαστή από συνάδελφό του[46]. Ως «υπηρεσιακή ανεπάρκεια» νοείται η επί μακρό χρόνο αδυναμία του δικαστή να ανταποκριθεί στα καθήκοντά του και να παράγει έργο, ανεξάρτητα αν οφείλεται σε υπαιτιότητά του (π.χ. ραθυμία και αδιαφορία) ή όχι (π.χ. προσωπικές ή οικογενειακές περιπέτειες ή ουσιαστική ανεπάρκειά του)[47]. Περαιτέρω, το άρθρο 50 του ίδιου Κώδικα προβλέπει την περικοπή μισθού σε περιπτώσεις υπερβολικών καθυστερήσεων στη

44 ΣτΕ 3224/2008.

45 ΣτΕ 2241/1999, Ολ.

46 ΣτΕ 2395/2004, Ολ.

47 ΣτΕ 2172/2002, Ολ., ΝοΒ 2003, σ. 545, ΣτΕ 2772/2011, Ολ., ΣτΕ 2230/2012, Ολ.

διεκπεραίωση υποθέσεων, οι οποίες έχουν ανατεθεί σε συγκεκριμένο δικαστικό λειτουργό. Σε ό,τι αφορά τέλος τις περιπτώσεις ασθένειας ή αναπηρίας, το άρθρο 72 παρ. 2 περ. α' του Κώδικα παραπέμπει στις (εκάστοτε) κείμενες διατάξεις για τους δημόσιους πολιτικούς υπαλλήλους.

β. Το ιδιαίτερο μισθολογικό καθεστώς

Σπουδαία εγγύηση της προσωπικής ανεξαρτησίας των δικαστικών λειτουργών συνιστά και η επιταγή του άρθρου 88 παρ. 2 εδ. α' Συντ. να είναι οι αποδοχές τους «ανάλογες» με το λειτούργημά τους, ενώ κατά τα λοιπά το εδ. β' της ίδιας παραγράφου προβλέπει ότι η βαθμολογική και μισθολογική τους εξέλιξη και γενικά η (υπηρεσιακή) κατάστασή τους καθορίζεται με ειδικούς νόμους. Η κατά το Σύνταγμα «αναλογία» μεταξύ του λειτουργήματος και των αποδοχών των δικαστών (και εισαγγελέων) σημαίνει ότι οι τελευταίες οφείλουν να καθορίζονται από τον νομοθέτη σε ύψος τέτοιο ώστε να επιτρέπει αφενός την αξιοπρεπή διαβίωση των λειτουργών της δικαιοσύνης, ενόψει των ειδικών συνθηκών ως εκ της θέσης και της αποστολής τους, και αφετέρου την ανταπόκρισή τους στο κόστος που συνεπάγεται η ανάγκη για διαρκή επιστημονική κατάρτισή τους, αλλά και εν γένει πνευματική καλλιέργεια, καθώς και η αφοσίωσή τους στα δικαστικά έργα. Η χορήγηση αποδοχών κατώτερου ύψους από αυτό θα υποβάθμιζε την οικονομική ανεξαρτησία του δικαστή και θα δημιουργούσε σοβαρούς κινδύνους για την ανεπηρέαστη και ποιοτική απονομή δικαιοσύνης.

Στην πρώτη εικοσιπενταετία της ισχύος του Συντ. 1975 το Συμβούλιο της Επικρατείας είχε ειδικότερα δεχθεί ότι οι αποδοχές των προέδρων των ανωτάτων δικαστηρίων πρέπει να διαμορφώνονται σε επίπεδα παραπλήσια προς εκείνα των υπουργών και βουλευτών (και να υπόκεινται σε παρόμοιο φορολογικό καθεστώς). Ειδικό μισθολόγιο των δικαστών σημαίνει, κατά τη λογική αυτή, μισθολόγιο αυξημένο έναντι των άλλων δημόσιων λειτουργών και αντίστροφη απαγόρευση μισθολογικής εξομοίωσης των τελευταίων προς

τους δικαστές[48]. Η ανωτέρω νομολογία προκάλεσε πάντως πολιτικές αντιδράσεις και οδήγησε στην προσθήκη της υποπαραγράφου β' (εδ. γ', δ' και ε') στην παρ. 2 του άρθρου 88 Συντ., με την αναθεώρηση του 2001. Έκτοτε οι διαφορές σχετικά με τις αποδοχές και τις συντάξεις των δικαστικών λειτουργών εκδικάζονται (εφόσον η επίλυση των σχετικών νομικών ζητημάτων μπορεί να επηρεάσει τη μισθολογική, συνταξιοδοτική και/ή φορολογική κατάσταση ευρύτερου κύκλου προσώπων) από το Δικαστήριο Αγωγών Κακοδικίας του άρθρου 99 Συντ., κατά παρέκκλιση από τις ρυθμίσεις των άρθρων 94, 95 και 98 Συντ. Δεδομένου εξάλλου ότι το Ειδικό Δικαστήριο αυτό σε τέτοιες περιπτώσεις συγκροτείται με συμμετοχή ενός επιπλέον καθηγητή πανεπιστημίου και ενός δικηγόρου, η ευρεία (δύο τρίτα) πλειοψηφία του ανήκει σ' εκείνες τις δύο κατηγορίες μελών από κοινού και όχι στους τακτικούς δικαστές. Ωστόσο το Ειδικό Δικαστήριο (ή «Μισθοδικείο») τούτο στις κρίσιμες αποφάσεις του μετά το 2001 κατά βάση δεν αφίσταται από τις παραδοχές της προγενέστερης νομολογίας. Έτσι έκρινε ότι οι αποδοχές των δικαστικών λειτουργών δεν μπορεί να είναι κατώτερες από τις αποδοχές κρατικού λειτουργού που τελεί σε ίδιες με αυτούς συνθήκες. Άρα πρέπει να είναι ανώτερες από εκείνες κάθε άλλου δημόσιου λειτουργού ή υπαλλήλου, ο οποίος κατέχει οργανική θέση και σταδιοδρομεί στο Δημόσιο[49].

Τα ζητήματα οργάνωσης και λειτουργίας του δικαστηρίου του άρθρου 88 Συντ. ρυθμίζονται στον εκτελεστικό νόμο 3038/2002. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 4, 5 και 8 του νόμου αυτού, ερμηνευομένων ενόψει του άρθρου 88 παρ. 2 Συντ., στη δικαιοδοσία του Ειδικού Δικαστηρίου υπάγονται οι σχετικές με κάθε είδους αποδοχές και συντάξεις των δικαστικών λειτουργών διαφορές, εφόσον η επίλυση των οικείων νομικών ζητημάτων αφορά ειδικά τους δικαστικούς λειτουργούς και μπορεί ταυτόχρονα να επηρεάσει τη μισθολογική, συνταξιοδοτική ή φορολογική κατάσταση ευρύτερου

48 Βλ. μεταξύ άλλων, ΣτΕ 1688/1991, Αρμ. 1991, σ. 812, ΣτΕ 3458/1998, ΕΔΔ 1999, σ. 331, ΣτΕ 3150/1999, ΔιΔικ 1999, σ. 999.

49 Ειδ. Δικαστ. Άρθρο 88 Συντ. 17/2006 (11η σκέψη).

κύκλου των προσώπων αυτών. Αντίθετα, δεν υπάγονται στη δικαιοδοσία του Ειδικού Δικαστηρίου μισθολογικές και συνταξιοδοτικές διαφορές δικαστικών λειτουργών, στις οποίες ανακύπτουν ζητήματα που αφορούν και άλλες κατηγορίες λειτουργών υπαλλήλων ή συνταξιούχων του Δημοσίου. Και τούτο διότι, όταν το αρμόδιο τακτικό διοικητικό δικαστήριο ή το Ελεγκτικό Συνέδριο εκδικάζει όμοια με τα εγειρόμενα ενώπιον του Ειδικού Δικαστηρίου νομικά ζητήματα που αφορούν και άλλους λειτουργούς, υπαλλήλους ή συνταξιούχους του Δημοσίου, πλην των δικαστικών λειτουργών, ενδέχεται να εκδοθούν αντιφατικές αποφάσεις για το ίδιο νομικό ζήτημα, χωρίς να υπάρχει δυνατότητα άρσης της σχετικής σύγκρουσης[50]. Περαιτέρω, κατά την έννοια των ίδιων διατάξεων, το Ειδικό Δικαστήριο, μετά την επίλυση του εμπίπτοντος στη δικαιοδοσία του νομικού ζητήματος, εφόσον τούτο δεν έχει ήδη επιλυθεί με προηγούμενη απόφασή του, παραπέμπει τη σχετική υπόθεση για την περαιτέρω εκδίκασή της στο αρμόδιο δικαστήριο, δηλαδή είτε σε τακτικό διοικητικό δικαστήριο είτε στο Ελεγκτικό Συνέδριο[51]. Το δικαστήριο στο οποίο παραπέμπεται η υπόθεση, συμμορφούμενο, ως προς το κρίσιμο νομικό ζήτημα, με την απόφαση του Ειδικού Δικαστηρίου, επιλύει οριστικά τη διαφορά[52]. Αν το τιθέμενο στην υπόθεση νομικό ζήτημα έχει ήδη επιλυθεί με προηγούμενη απόφασή του, το Ειδικό Δικαστήριο, αφού διαπιστώσει τούτο, παραπέμπει την υπόθεση στο αρμόδιο δικαστήριο για την περαιτέρω εκδίκασή της και δεν προβαίνει στην εκ νέου κρίση επί του ζητήματος αυτού[53].

γ. Δικαστικά ασυμβίβαστα

Το άρθρο 89 Συντ. καθιερώνει μια σειρά απαγορεύσεων άλλων, παράλληλων δραστηριοτήτων για τους δικαστικούς λειτουργούς, με σκοπό όχι μόνο να ασκούν εκείνοι απερίσπαστοι τα δικαστικά τους έργα, αλλά και να

50 Ειδ. Δικαστ. Άρθρο 88 Συντ. 130/2020, 1-4/2018, 137/2016, 203/2014.
51 Ειδ. Δικαστ. Άρθρο 88 Συντ. 255/2021, 130/2020, 1-4/2018, 203/2014, 78/2013.
52 Ειδ. Δικαστ. Άρθρο 88 Συντ. 255/2021, 130/2020.
53 Ειδ. Δικαστ. Άρθρο 88 Συντ. 1-3/2020, 1-4/2018.

προληφθεί η εμπλοκή τους σε ποικίλες βιοτικές σχέσεις, οι οποίες θα μπορούσαν de facto να συνεπάγονται εμφανείς ή αφανείς εξαρτήσεις από τρίτα πρόσωπα. Αν και το Σύνταγμα δεν προβλέπει ρητά κυρώσεις για την τυχόν παραβίαση των παραπάνω απαγορεύσεων, θα πρέπει να θεωρηθεί πως κάτι τέτοιο συνιστά βαρύ πειθαρχικό παράπτωμα για τον εμπλεκόμενο[54], κατά την έννοια της παρ. 4 του άρθρου 88.

Η παρ. 1 του άρθρου 89 Συντ. εισάγει μια γενική απαγόρευση παροχής κάθε άλλης μισθωτής υπηρεσίας, καθώς και άσκησης κάθε επαγγέλματος από (εξυπακούεται εν ενεργεία) δικαστικούς λειτουργούς. Άρα απαγορεύεται η παροχή τόσο εξαρτημένης εργασίας, με σύμβαση εργασίας ή έργου, σε φορείς του ιδιωτικού ή του δημοσίου τομέα αδιακρίτως, όσο και υπηρεσιών ελεύθερου επαγγελματία. Ενόψει όμως του άρθρου 16 παρ. 1 Συντ. (ελευθερία της τέχνης και της επιστήμης) θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, παρά την αδιάστικτη διατύπωσή της, η απαγορευτική ρήτρα του άρθρου 89 παρ. 1 Συντ. δεν καταλαμβάνει την ενδεχόμενη συγγραφική δραστηριότητα του δικαστή, είτε επιστημονική (π.χ. νομικού ή ιστορικού περιεχομένου) είτε λογοτεχνική, και δεν τον εμποδίζει από την είσπραξη συναφών δικαιωμάτων του[55]. Εξάλλου η είσπραξη συγγραφικών δικαιωμάτων δεν δημιουργεί, με βάση τα δεδομένα της λογικής και της κοινής πείρας, σχέση εξάρτησης μεταξύ εκδότη και συγγραφέα και άρα δεν θίγει τη ratio του άρθρου 89 παρ. 1 Συντ.

Η παρ. 2 του άρθρου 89 Συντ. επιτρέπει κατ' εξαίρεση στους δικαστικούς λειτουργούς να εκλέγονται μέλη της Ακαδημίας Αθηνών ή του καθηγητικού προσωπικού των Α.Ε.Ι., καθώς και να μετέχουν σε συμβούλια ή επιτροπές που ασκούν αρμοδιότητες πειθαρχικού, ελεγκτικού ή δικαιοδοτικού χαρακτήρα και σε νομοπαρασκευαστικές επιτροπές, εφόσον η συμμετοχή τους αυτή προβλέπεται ειδικά από το νόμο. Κατά τα άλλα πάντως η παρ. 3 του ίδιου άρθρου, μετά την αναθεώρηση του 2001, απαγορεύει γενικά την ανάθεση διοικητικών καθηκόντων σε δικαστικούς λειτουργούς, διευκρινίζοντας

54 Πρβλ. Α. Τσιρωνά, Άρθρο 89, σε ΕρμΣυν, 2017, σ. 1366.

55 Πρβλ. Π. Παραρά, Σύνταγμα 1975 - Corpus, III, 1999, σ. 458.

όμως ότι θεωρούνται δικαστικά τα καθήκοντα τα σχετικά με την εκπαίδευση των δικαστικών λειτουργών (εννοείται προφανώς και των μελλοντικών, δηλ. των σπουδαστών της Εθνικής Σχολής Δικαστών). Ακόμη επιτρέπεται η ανάθεση σε δικαστικούς λειτουργούς καθηκόντων εκπροσώπησης της χώρας σε διεθνείς οργανισμούς (σχετικές είναι οι διατάξεις του άρθρου 62, παρ. 6 και 8, ν. 4938/2022).

Η απαγόρευση ανάθεσης διοικητικών καθηκόντων στους δικαστικούς λειτουργούς θεσπίσθηκε το 2001 σε συνέχεια των επικρίσεων που είχαν διατυπωθεί, σχετικά με τη de facto υποβάθμιση της δικαστικής ανεξαρτησίας κατά την εφαρμογή της αντίθετης αρχικής (το 1975) πρόβλεψης της παρ. 3 του άρθρου 89 Συντ.[56] Επομένως η απαγόρευση αυτή, ως μια περαιτέρω εγγύηση της αρχής της ανεξαρτησίας, πρέπει να θεωρηθεί ως γενικός κανόνας, οι εξαιρέσεις από τον οποίο πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά. Τούτο ισχύει και για τις σχετικές προβλέψεις της παρ. 2 του άρθρου 89 Συντ. και άρα ως «συμβούλια ή επιτροπές ελεγκτικού χαρακτήρα» νοούνται όσα ασκούν αρμοδιότητες οικονομικού ή δημοσιονομικού ελέγχου και όχι π.χ. επιτροπές ασκήσεως ελέγχου νομιμότητας σε πράξεις οργάνων της τοπικής αυτοδιοίκησης[57] ή επίλυσης δασικών αμφισβητήσεων[58] ή επιλογής δικηγόρων με πάγια αντιμισθία σε φορείς του δημόσιου τομέα[59]. Αντίθετα κρίθηκε ότι συνιστούν όργανα με αρμοδιότητες «δικαιοδοτικού χαρακτήρα» οι Ανεξάρτητες Επιτροπές που αποφαίνονται επί ενδικοφανών προσφυγών κατά των αποφάσεων της Υπηρεσίας Ασύλου (άρθρα 4 και 5 ν. 4375/2016)[60]. Επίσης δεν παραβι-

56 Από τη σχετική συζήτηση βλ. Μ. Πικραμένου, Η ανάθεση διοικητικών καθηκόντων σε δικαστικούς λειτουργούς, σε Γ. Θεοδόση κ.ά., Η δικαιοσύνη και το Σύνταγμα. 1993, σ. 81 επ., Κ. Χρυσόγονου, Η ανάθεση διοικητικών καθηκόντων σε δικαστικούς λειτουργούς κατά το άρθρο 89 παρ. 3 Συντ. και η κατοχύρωση της δικαστικής ανεξαρτησίας, σε: Εταιρεία Ελλήνων Δικαστικών Λειτουργών για τη Δημοκρατία και τις Ελευθερίες (επιμ.), Μορφές εξάρτησης της δικαιοσύνης από την εκτελεστική εξουσία, 1992, σ. 121 επ.

57 ΣτΕ 3503/2009, Ολ., ΘΠΔΔ 2010, σ. 50.

58 ΣτΕ 3036/2015.

59 ΣτΕ 3744/2005.

60 ΣτΕ 1237/2017, Ολ., ΣτΕ 1580/2021, Ολ.

άζεται το άρθρο 89 παρ. 2 Συντ. από τη συμμετοχή τακτικών δικαστών σε συμβούλια αρμόδια για την παροχή γνωμοδότησης σχετικά με την επιβολή πειθαρχικών ποινών σε αιρετούς αξιωματούχους της τοπικής αυτοδιοίκησης[61] ή σε επιτροπές αρμόδιες να αποφανθούν αν συντρέχει λόγος απόλυσης εργαζόμενου συνδικαλιστή από τον (ιδιώτη) εργοδότηση[62]. Περαιτέρω, εφόσον η παρ. 2 του του άρθρου 89 Συντ. κάνει λόγο για κατ' εξαίρεση συμμετοχή σε «συμβούλια ή επιτροπές», δηλ. συλλογικά όργανα, εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι επανερχόμαστε στον γενικό απαγορευτικό κανόνα της παρ. 3 του άρθρου 89 Συντ. όταν πρόκειται για ανάθεση διοικητικών καθηκόντων μονομελούς οργάνου[63]. Είναι άρα αντισυνταγματική η απόσπαση δικαστικού ή εισαγγελικού λειτουργού σε διοικητικές υπηρεσίες και μάλιστα κατ' αποκλειστικότητα (χωρίς δηλ. άσκηση άλλων, δικαιοδοτικών καθηκόντων), προκειμένου να δρα ως μονοπρόσωπο όργανο, όπως π.χ. συμβαίνει με το άρθρο 5 παρ. 3 ν. 3649/2008 («ιδρυματικός» εισαγγελέας αποσπασμένος στην Εθνική Υπηρεσία Πληροφοριών). Σε κάθε περίπτωση εξάλλου, από την κατοχύρωση της δικαστικής ανεξαρτησίας ως ειδικότερης έκφανσης της οργανικής διάκρισης των λειτουργιών (άρθρα 26 παρ. 3 και 87-91 Συντ.) απορρέει η αρχή ότι για τη συμμετοχή δικαστικών λειτουργών σε όλα τα προβλεπόμενα στο άρθρο 89 παρ. 2 Συντ. συλλογικά όργανα απαιτείται σχετική πράξη (επιλογής προσώπων) του αρμόδιου κατά τον νόμο οργάνου της δικαστικής λειτουργίας. Δεν πρόκειται πάντως για «τοποθέτηση» κατά την έννοια του άρθρου 90 παρ. 1 Συντ. και άρα το όργανο αυτό δεν απαιτείται οπωσδήποτε να είναι το ανώτατο δικαστικό συμβούλιο[64].

Η παρ. 4 του άρθρου 89 Συντ. απαγορεύει στους δικαστικούς λειτουργούς τη συμμετοχή στην κυβέρνηση. Με την αναθεώρηση πάντως του Συντάγμα-

61 ΣτΕ 94/2013, Ολ., ΘΠΔΔ 2013, σ. 872 επ.

62 ΑΠ 371/2013 (πολιτικές).

63 ΣτΕ 2980/2010. Contra η ΓνωμΕισΑΠ 2/2022, χωρίς όμως πειστικά επιχειρήματα.

64 ΣτΕ 2347/2017, Ολ. (προκειμένου για επιτροπές δικαιοδοτικού χαρακτήρα, για την ταυτότητα όμως του νομικού λόγου τα ίδια πρέπει να θεωρηθούν ότι ισχύουν και για τις επιτροπές ή συμβούλια πειθαρχικού ή ελεγκτικού χαρακτήρα).

τος το 1986 καθιερώθηκε, κατ' εξαίρεση από τον κανόνα αυτόν, η ανάθεση της πρωθυπουργίας υπηρεσιακής-εκλογικής κυβέρνησης στον Πρόεδρο του Αρείου Πάγου, του Συμβουλίου της Επικρατείας ή του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κατ' επιλογή του Προέδρου της Δημοκρατίας[65]. Εξυπακούεται ότι μετά τη διεξαγωγή των εκλογών και τον σχηματισμό νέας, πολιτικής κυβέρνησης ο/η πρώην πρωθυπουργός της υπηρεσιακής-εκλογικής κυβέρνησης επιστρέφει στα δικαστικά του καθήκοντα.

Τέλος η παρ. 5 του ίδιου άρθρου επιτρέπει, ως εκ περισσού, τη συγκρότηση ένωσης δικαστικών λειτουργών (ούτως ή άλλως η συμμετοχή σ' αυτή δεν εμπίπτει στις απαγορεύσεις των προηγούμενων παραγράφων και θα συνιστούσε δικαίωμα με βάση τα άρθρα 12 και 23 παρ. 1 Συντ. και 11 ΕΣΔΑ, ακόμη κι αν δεν υπήρχε η παρ. 5 του άρθρου 89).

δ. Υπηρεσιακές μεταβολές

i. Οι αρμοδιότητες δικαστικών οργάνων

Οι παρ. 1 και 2 του άρθρου 90 Συντ. καθιστούν αρμόδιο για τις υπηρεσιακές μεταβολές (προαγωγές, τοποθετήσεις, μεταθέσεις, αποσπάσεις, μετατάξεις) των δικαστικών λειτουργών το ανώτατο δικαστικό συμβούλιο, η σχετική απόφαση του οποίου περιβάλλεται στη συνέχεια τον τύπο του προεδρικού διατάγματος. Όταν πρόκειται για λειτουργούς της πολιτικής και ποινικής δικαιοσύνης, το συμβούλιο συγκροτείται από τον Πρόεδρο και τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, καθώς και από εννιά μέλη που ορίζονται με κλήρωση, για θητεία ενός έτους, μεταξύ των αντιπροέδρων, των αρεοπαγιτών και των αντιεισαγγελέων του Αρείου Πάγου (με την περαιτέρω προϋπόθεση να έχουν δύο τουλάχιστον έτη υπηρεσίας στο ανώτατο δικαστήριο). Δύο από τους εννιά είναι αντεισαγγελείς και οι υπόλοιποι αντιπρόεδροι ή αρεοπαγίτες. Εάν όμως πρόκειται για προαγωγή σε βαθμό προέδρου ή εισαγγελέα εφετών και

65 Πρβλ. Μ. Πικραμένου, Ο θεσμός της υπηρεσιακής-εκλογικής κυβέρνησης, 1987, σ. 71 επ.

άνω, τα κληρωτά μέλη ανέρχονται σε δεκατρία. Αν εξάλλου πρόκειται για θέματα υπηρεσιακών μεταβολών εφετών ή προέδρων εφετών μετέχουν και δύο (επίσης κληρωτοί) ομοιόβαθμοι των κρινόμενων, όπως και αν πρόκειται για θέματα μεταβολών εισαγγελέων ή αντ!εισαγγελέων εφετών, χωρίς πάντως δικαίωμα ψήφου, καλούμενοι απλώς να διατυπώσουν τη γνώμη τους (άρθρο 92 παρ. 2 του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων, ν. 4938/2022). Αντίστοιχα το ανώτατο δικαστικό συμβούλιο διοικητικής δικαιοσύνης συγκροτείται από τον πρόεδρο του Συμβουλίου της Επικρατείας και δέκα μέλη του δικαστηρίου αυτού, οριζόμενα με κλήρωση για μονοετή θητεία. Αν πρόκειται όμως για προαγωγή στον βαθμό του συμβούλου επικρατείας ή προέδρου εφετών διοικητικών δικαστηρίων ή διορισμό Επιτρόπου ή αντεπιτρόπου της επικρατείας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, τα κληρωτά μέλη ανέρχονται σε δεκατέσσερα. Στο ίδιο συμβούλιο μετέχει και ο Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας, αντικαθιστώντας το τελευταίο κατά τη σειρά της κλήρωσης μέλος, όταν πρόκειται για θέματα σχετικά με δικαστές των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων. Επίσης μετέχουν χωρίς ψήφο δύο πάρεδροι του Συμβουλίου της Επικρατείας ή δύο πρόεδροι εφετών ή δύο εφέτες διοικητικών δικαστηρίων, ανάλογα με τον βαθμό των κρινόμενων κάθε φορά (άρθρο 67 Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων). Αντίστοιχες διατάξεις ισχύουν και για το ανώτατο δικαστικό συμβούλιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που συγκροτείται από τον Πρόεδρο και επτά ή εννιά μέλη του, τα οποία ορίζονται με κλήρωση (άρθρο 80 Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων). Δικαίωμα προσφυγής στην ολομέλεια του οικείου ανώτατου δικαστηρίου κατά των αποφάσεων του ανωτάτου δικαστικού συμβουλίου έχουν τόσο ο Υπουργός Δικαιοσύνης όσο και ο κρινόμενος κάθε φορά δικαστικός λειτουργός, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 90 Συντ. Στην ολομέλεια μετέχει, στις περιπτώσεις αυτές, το σύνολο των μελών του δικαστηρίου, ενώ, σε περίπτωση κωλύματος κάποιων από αυτά, οι παρόντες πρέπει πάντως να είναι περισσότεροι από το μισό του συνόλου όσων υπηρετούν (άρθρο 81 παρ. 9 Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων, πρβλ. και τα άρθρα 86 και 91 παρ. 12 και του ίδιου). Τόσο οι αποφάσεις της ολομέλειας, όσο και εκείνες του ανώτατου δικαστικού συμβουλίου με τις

οποίες δεν διαφώνησε ο Υπουργός Δικαιοσύνης είναι υποχρεωτικές για εκείνον (άρθρο 90 παρ. 4 Συντ.). Επομένως ο Υπουργός έχει δέσμια αρμοδιότητα να εκτελεί, μέσα στον αντικειμενικά αναγκαίο χρόνο, τις αποφάσεις αυτές και δεν μπορεί ούτε να αναστείλει την εκτέλεσή τους, ούτε να καθυστερήσει την κοινοποίηση των σχετικών εγγράφων στους ενδιαφερόμενους[66].

ii. Οι αρμοδιότητες του υπουργικού συμβουλίου

Ειδικά πάντως σε ό,τι αφορά προαγωγές στις θέσεις του προέδρου και του αντιπροέδρου του Συμβουλίου της Επικρατείας, του Αρείου Πάγου και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η παρ. 5 του άρθρου 90 Συντ. προβλέπει ότι ενεργούνται με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται ύστερα από πρόταση του υπουργικού συμβουλίου, με επιλογή μεταξύ των μελών του αντίστοιχου ανώτατου δικαστηρίου, όπως νόμος ορίζει. Τα ίδια ισχύουν, mutatis mutandis, και για τις θέσεις Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου και γενικών επιτρόπων των διοικητικών δικαστηρίων και του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Οι διατάξεις της παραγράφου αυτής έχουν προκαλέσει κατά καιρούς οξείες επικρίσεις[67], με το σκεπτικό ότι ανοίγουν μια κερκόπορτα επηρεασμού της δικαιοσύνης από την εκτελεστική εξουσία. Μια αξιοσημείωτη πρόταση τροποποίησης είχε διατυπωθεί από τη (διοικητική) Ολομέλεια του Αρείου Πάγου στο πλαίσιο των ζυμώσεων πριν από τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 (επιλογή αντιπροέδρων από την ολομέλεια του δικαστηρίου, μεταξύ των αρχαιοτέρων μελών του, με μυστική ψηφοφορία, και του προέδρου από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας μεταξύ των τριών αρχαιότερων αντιπροέδρων)[68]. Ο αναθεωρητικός νομοθέτης τελικά περιορίσθηκε στην προσθήκη της δεύτερης υποπαραγράφου στην παρ. 5 (εδ. ε' και στ'), η οποία περιόρισε στα τέσσερα έτη, κατ' ανώτατο όριο, στις θέσεις του προέδρου καθενός από τα τρία ανώτατα δικαστήρια, καθώς και σε εκείνες του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου και των

66 ΑΠ 1/1997, Ολ., ΕλλΔνη 1997, 727.

67 Βλ. ενδεικτικά Ι. Μανωλεδάκη, 7 θέσεις για το Δίκαιο και τη Δικαιοσύνη, 1992, σ. 81 επ., 97 επ.

68 Πρακτικό 14/1998, ΤοΣ 1998, σ. 907 επ.

γενικών επιτρόπων (διοικητικών δικαστηρίων και Ελεγκτικού Συνεδρίου). Αποκλείσθηκε έτσι η επανάληψη κυβερνητικών ακροτήτων του παρελθόντος, ενίοτε με υπερδεκαετή θητεία δικαστή επιλεγόμενου σε θέση προέδρου.

Θα πρέπει να σημειωθεί εδώ ότι, ως προς τις θέσεις προέδρων, το ελληνικό Σύνταγμα δεν υπερβαίνει τον ευρωπαϊκό μέσο όρο διασταύρωσης μεταξύ εκτελεστικής και δικαστικής λειτουργίας[69]. Το ουσιαστικό πρόβλημα εντοπίζεται όμως στον ραγδαίο πολλαπλασιασμό, με νομοθετικές ρυθμίσεις, των θέσεων των αντιπροέδρων των ανωτάτων δικαστηρίων, χωρίς καμία αντιστοίχιση προς τις λειτουργικές ανάγκες των τελευταίων. Έτσι το Συμβούλιο της Επικρατείας (άρθρο 3 παρ. 1 ν. 3258/2004) έχει φθάσει να διαθέτει δέκα θέσεις αντιπροέδρων, ενώ τα τμήματά του δεν είναι περισσότερα από έξι. Πλήθος θέσεων αντιπροέδρων υφίσταται και στον Άρειο Πάγο (άρθρο 3 παρ. 1 Ν 3258/2004) και το Ελεγκτικό Συνέδριο (δέκα και οκτώ αντίστοιχα) και εκεί καθ' υπέρβαση του αριθμού των τμημάτων (επτά στο Ελεγκτικό Συνέδριο, έξι πολιτικά και τρία ποινικά στον Άρειο Πάγο). Είναι φανερό ότι με τις νομοθετικές αυτές μεθοδεύσεις παρέχονται εξ αντικειμένου κίνητρα σε σημαντικό αριθμό μελών των ανωτάτων δικαστηρίων, να γίνονται με τη συμπεριφορά τους αρεστά στην εκάστοτε κυβέρνηση, ώστε να έχουν αυξημένες πιθανότητες επιλογής σε κάποια από τις θέσεις αντιπροέδρων οι οποίες κενώνονται (ή δημιουργούνται) ανελλιπώς κατ' έτος, υπό τις παραπάνω προϋποθέσεις[70]. Επειδή εξάλλου τα μέλη των ανώτατων δικαστηρίων ασκούν, λόγω των διατάξεων των παρ. 1-4 του άρθρου 90 Συντ., ισχυρή επιρροή στους υπόλοιπους λειτουργούς της δικαιοσύνης[71], η κυβερνητική επίδραση διαχέεται έτσι εν δυνάμει στο σύνολο του δικαστικού σώματος. Αν λοιπόν θέλουμε ανεξάρτητη δικαιοσύνη, θα έπρεπε να καταργηθούν όλες οι θέσεις αντιπροέδρων στα ανώτατα δικαστήρια, εκτός από μία για το καθένα, έτσι ώστε ο/η αντιπρόεδρος να είναι αυτό που υποδηλώνει ο όρος, δηλ. αναπλη-

69 Βλ. Β. Σκουρή, Ζητήματα έννομης προστασίας στην αναθεώρηση του Συντάγματος, 2000, σ. 72 επ.

70 Πρβλ. Σ. Ματθία, Ακηδεμόνευτη δικαιοσύνη, ΕλλΔνη 1998, σ. 741 επ.

71 Πρβλ. Κ. Σημίτη, Πολιτική-κυβέρνηση-δίκαιο, 1981, σ. 49.

ρωτής του/της προέδρου. Τα τμήματα των δικαστηρίων αυτών θα μπορούσαν να προεδρεύονται από το αρχαιότερο μέλος τους. Η νομοθετική κατάργηση των πλεοναζουσών θέσεων Αντιπροέδρων θα έπρεπε μάλιστα να συνοδευθεί από την προσθήκη σχετικής ερμηνευτικής δήλωσης κάτω από το άρθρο 90 παρ. 5 στην επόμενη αναθεώρηση του Συντάγματος, αν και η γραμματική διατύπωση της παραπάνω συνταγματικής διάταξης (κάνει λόγο για θέσεις «Αντιπροέδρου» και όχι «Αντιπροέδρων») θα επέτρεπε την υποστήριξη της ίδιας εκδοχής ακόμη και de constitutione lata.

Η τροποποίηση εξάλλου του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων και Κατάστασης Δικαστικών Λειτουργών με τον ν. 3841/2010, σύμφωνα με την οποία οι προαγωγές στις θέσεις του Προέδρου και των Αντιπροέδρων των Ανωτάτων Δικαστηρίων ενεργούνται ύστερα από γνώμη της Διάσκεψης των Προέδρων της Βουλής (άρθρο 59 παρ. 3 ν. 4938/2022), έχει συμβολικό χαρακτήρα. Πέραν του γεγονότος ότι οι επίμαχες διατάξεις επικρίθηκαν ως αντισυνταγματικές από τη Διοικητική Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας[72], η εν λόγω μεταρρύθμιση δεν επιφέρει αλλαγή στην επιλογή της ηγεσίας των Ανωτάτων Δικαστηρίων από την κυβέρνηση (δεν θα μπορούσε άλλωστε να τροποποιηθεί συνταγματική διάταξη με κοινό νόμο), ούτε καθιερώνει έναν ουσιαστικό μηχανισμό ελέγχου και αξιολόγησης των προσόντων των υποψηφίων. Νομολογιακά έχει κριθεί ότι η παρ. 5 του άρθρου 90 Συντ. έχει την έννοια ότι για την προαγωγή π.χ. σε θέση Γενικού Επιτρόπου στο Ελεγκτικό Συνέδριο απαιτείται προηγούμενη συναίνεση του επιλεγόμενου δικαστικού λειτουργού, επειδή το τετραετές συνταγματικό όριο θητείας μπορεί να έχει ως συνέπεια την πρόωρη αποχώρησή του από την υπηρεσία, πριν τη συμπλήρωση του 67ου έτους ηλικίας (αλλά και την απομάκρυνσή του από τα καθήκοντα του τακτικού δικαστή, αν ο επιλεγόμενος είναι μέλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου και όχι της Επιτροπείας)[73].

72 Πρακτικό 2/2010, ΔτΑ 2010, σ. 491 επ.

73 ΣτΕ 435/2019, Ολ.

iii. Ο αποκλεισμός του δικαστικού ελέγχου

Η παρ. 6 του άρθρου 90 Συντ. αποκλείει την προσβολή των αποφάσεων ή πράξεων των προηγουμένων παραγράφων του ίδιου άρθρου στο Συμβούλιο της Επικρατείας. Νομολογιακά γίνεται δεκτό[74] ότι τούτο αφορά την προσβολή με αίτηση ακυρώσεως τόσο της αποφάσεως του οικείου Ανωτάτου Δικαστικού Συμβουλίου και κατά περίπτωση της Ολομέλειας του οικείου Δικαστηρίου, όταν επιλαμβάνεται σε δεύτερο βαθμό, όσο και των προεδρικών διαταγμάτων, που εκδίδονται κατ' εφαρμογή των αποφάσεων των δικαστικών αυτών οργάνων. Το απαράδεκτο, καθ' όσον αφορά στα προεδρικά διατάγματα, τελεί υπό την προϋπόθεση ότι αυτά εκδίδονται μέσα στα όρια αρμοδιότητας που τάσσονται από το άρθρο 90. Το τελευταίο εννοείται ότι απαιτεί να είναι το διάταγμα σύμφωνο με την απόφαση του Ανωτάτου Δικαστικού Συμβουλίου του οικείου Δικαστηρίου ή, κατά περίπτωση, της Ολομέλειάς του, δεν καλύπτει όμως παραλείψεις συμμορφώσεως προς την παραπάνω απόφαση ή ορισμούς ή προσθήκες που περιέχονται στο προεδρικό διάταγμα και είτε βρίσκονται σε αντίθεση με την παραπάνω απόφαση, είτε κείνται πέραν αυτής και τίθενται είτε κατ' ευθεία εφαρμογή του νόμου, είτε σε συμμόρφωση με απόφαση του Συμβουλίου της Επικράτειας που επιβάλλει τον πρόσθετο ορισμό[75]. Ειδικότερα, κρίσιμο για το παραδεκτό της αιτήσεως ακυρώσεως, με την οποία αμφισβητείται η νομιμότητα τυχόν τεθείσας στο οικείο προεδρικό διάταγμα ρήτρας αναδρομικής προαγωγής δικαστικού λειτουργού, είναι το αν η ρήτρα αυτή είχε αποτελέσει ή όχι περιεχόμενο της αποφάσεως του οικείου Ανωτάτου Δικαστικού Συμβουλίου ή, κατά περίπτωση της Ολομέλειας, στην οποία στηρίζεται το προεδρικό διάταγμα[76]. Σε καταφατική περίπτωση δεν εμπίπτουν στο απαράδεκτο και εξετάζονται κατ' ουσίαν μόνον οι λόγοι ακυρώσεως που αμφισβητούν την συνδρομή όρου ή περιορισμού που τίθεται ευθέως από τις διατάξεις των άρθρων 1 έως 4 του άρθρου 90 του Συντάγμα-

74 ΣτΕ 3635/2020 (σκέψη 3).

75 Από την παλαιότερη νομολογία ΣτΕ 167/1978, Ολ., ΣτΕ 159/1981, ΣτΕ 2486/1985, Ολ.

76 Πρβλ. ΣτΕ 643 και 646/2004, Ολ

τος ή την έννοια των διατάξεων αυτών, ενώ δεν είναι παραδεκτοί λόγοι ακυρώσεως αναφερόμενοι σε παράβαση όρων ή περιορισμών που τίθενται από τον κοινό νομοθέτη. Εκείνοι δεν μετουσιώνονται, κατά την έννοια των πιο πάνω συνταγματικών διατάξεων, σε όρους του Συντάγματος και, επομένως, ο έλεγχός τους εμπίπτει στο απαράδεκτο της παραγράφου 6[77].

ε. Επιθεώρηση και πειθαρχικός έλεγχος

Όπως εκτέθηκε, η συνταγματική κατοχύρωση της δικαστικής ανεξαρτησίας αποσκοπεί στην αμερόληπτη απονομή δικαιοσύνης με βάση το ισχύον δίκαιο και όχι στην απεριόριστη άσκηση εξουσίας από τον δικαστή κατά αυθαίρετη κρίση. Επομένως ανακύπτει η ανάγκη εσωτερικών (μέσα στο πλαίσιο της ανεξάρτητης δικαιοσύνης) ελέγχων, για την πρόληψη και/ή καταστολή ατομικών παρεκτροπών. Κατά την θέσπιση πάντως των σχετικών ρυθμίσεων τόσο ο συντακτικός (ή ο αναθεωρητικός) όσο και ο κοινός νομοθέτης καλούνται να επιδοθούν σε μια δύσκολη άσκηση ισορροπίας, έτσι ώστε να καταστεί εφικτή η αποτελεσματική αντιμετώπιση φαινομένων καταχρηστικής άσκησης εξουσίας, ανεπάρκειας ή απλώς ραθυμίας μεμονωμένων δικαστικών λειτουργών, χωρίς να πλήττεται η εσωτερική ανεξαρτησία του δικαστικού σώματος συνολικά.

Στο πλαίσιο αυτό εντάσσεται ο θεσμός της επιθεώρησης, η οποία σύμφωνα με το άρθρο 87 παρ. 3 Συντ, ασκείται, όταν ο επιθεωρούμενος είναι τακτικός δικαστής, από δικαστές ανώτερου βαθμού, καθώς και από τον Εισαγγελέα και τους αντιεισαγγελείς του Αρείου Πάγου. Όσο για τους εισαγγελείς, εκείνοι επιθεωρούνται από αρεοπαγίτες και εισαγγελείς ανώτερου βαθμού. Οι σχετικές διατάξεις των άρθρων 93 επ. του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων (ν. 4938/2022) προβλέπουν, μεταξύ άλλων, τη σύνταξη αιτιολογημένων ατομικών εκθέσεων αξιολόγησης για κάθε δικαστικό λειτουργό, με βαθμολόγηση επιμέρους κριτηρίων (άρθρα 101-102 ν. 4938/2022). Αν κατά την

77 Πρβλ. ΣτΕ 1757/2008, Ολ., ΣτΕ 1274/1993, Ολ., ΣτΕ 292/1984, Ολ.

επιθεώρηση διαπιστωθεί ανικανότητα ή υπηρεσιακή ανεπάρκεια δικαστικού λειτουργού, κινείται η διαδικασία της οριστικής παύσης του (άρθρο 106 ν. 4938/2022). Υποστηρίζεται πάντως με πειστικά επιχειρήματα στη θεωρία η άποψη ότι η τυχόν παρουσία επιθεωρητή δικαστή είτε στη διάσκεψη είτε και στο ακροατήριο του δικαστηρίου, κατά την εκδίκασης υπόθεσης, παραβιάζει τη λειτουργική ανεξαρτησία των επιθεωρούμενων[78].

Τα θεμελιώδη ζητήματα της άσκησης πειθαρχικής εξουσίας στους δικαστικούς λειτουργούς ρυθμίζονται στο άρθρο 91 Συντ. Στους βαθμούς του αρεοπαγίτη ή αντιεισαγγελέα του Αρείου Πάγου, ή στους αντίστοιχους (σύμβουλος ΣτΕ ή ΕλΣυν), και πάνω η πειθαρχική αγωγή εγείρεται από τον Υπουργό Δικαιοσύνης ενώπιον Ανώτατου Πειθαρχικού Συμβουλίου (παρ. 1). Στο τελευταίο προεδρεύει ο Πρόεδρος του Συμβουλίου της Επικρατείας (ή του Αρείου Πάγου, αν διώκεται μέλος του Συμβουλίου της Επικρατείας) και μετέχουν από δύο μέλη (αντιπρόεδροι ή αρεοπαγίτες/σύμβουλοι) των άλλων δύο ανώτατων δικαστηρίων, εκτός εκείνου στο οποίο ανήκει ο διωκόμενος, όπως επίσης και δύο τακτικοί (πρωτοβάθμιοι) καθηγητές νομικών μαθημάτων νομικών σχολών, ύστερα από κλήρωση (παρ. 2). Στη θεωρία η παρεμβολή του Υπουργού επικρίνεται ως εν δυνάμει κίνδυνος για τη δικαστική ανεξαρτησία[79], αν και στην πράξη η άσκηση της σχετικής αρμοδιότητάς του δεν φαίνεται να έχει προκαλέσει ιδιαίτερη αμφισβήτηση.

Είναι αξιοσημείωτο ότι το άρθρο 113 παρ. 2 του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων (ν. 4938/2022) αναθέτει την αρμοδιότητα για την επιβολή της ποινής της οριστικής παύσης στην Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, αν ο εγκαλούμενος είναι μέλος (δηλ. σύμβουλος ή ανώτερος) του Συμβουλίου της Επικρατείας, και στην Ολομέλεια του τελευταίου, αν ο εγκαλούμενος είναι μέλος του Αρείου Πάγου ή του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Και τούτο προφανώς με το σκεπτικό ότι το Ανώτατο Πειθαρχικό Συμβούλιο δεν είναι δικαστήριο (άλλωστε η παρ. 1 του άρθρου 113 του Κώδικα εξαγγέλλει επί της αρχής

78 Βλ. Κ. Μπέη, Το ελληνικό έλλειμμα κράτους δικαίου, 1998, 429 επ., σ. 443.

79 Βλ. Χ. Δετσαρίδη, Άρθρο 91, σε ΕρμΣυντ, 2017, σ. 1398.

ότι «η πειθαρχική δικαιοδοσία στους δικαστικούς λειτουργούς ασκείται από δικαστήρια και δικαστικά συμβούλια») και άρα δεν μπορεί να εκδώσει «δικαστική απόφαση» κατά την έννοια του άρθρου 88 παρ. 4 Συντ.[80] (βλ. παραπάνω, Γ, α). Επομένως το Συμβούλιο αυτό μπορεί να επιβάλλει κατώτερες πειθαρχικές ποινές, δηλ. επίπληξη, πρόστιμο ή προσωρινή (μέχρι 6 μήνες) παύση (άρθρο 111 παρ. 1 Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων), ενώ εφόσον κρίνει ότι ο πειθαρχικά διωκόμενος πρέπει να τιμωρηθεί με οριστική παύση παραπέμπει την υπόθεση με αιτιολογημένη απόφαση στην αρμόδια ολομέλεια (άρθρο 125 παρ. 1 Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων).

Στους υπόλοιπους δικαστικούς λειτουργούς ή πειθαρχική εξουσία ασκείται από συμβούλια συγκροτούμενα με κλήρωση από τα τακτικούς δικαστές (άρθρο 91 παρ. 3 Συντ. και άρθρα 113 και 115 του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων). Αρμόδιοι για την άσκηση πειθαρχικής δίωξης εδώ είναι ανώτατοι ή ανώτεροι δικαστικοί ή εισαγγελικοί λειτουργοί, με τις ειδικότερες διακρίσεις του άρθρου 117 παρ. 1 του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων, παράλληλα με, και ανεξάρτητα από, τον Υπουργό Δικαιοσύνης. Και στις περιπτώσεις αυτές βέβαια, ποινή οριστικής παύσης μπορεί να επιβληθεί μόνο από την ολομέλεια ανώτατου δικαστηρίου, κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 113 του Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων (του Συμβουλίου της Επικρατείας για προέδρους και εισηγητές του, καθώς και για τους δικαστές των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, του Αρείου Πάγου για τους λειτουργούς της πολιτικής και ποινικής δικαιοσύνης και του Ελεγκτικού Συνεδρίου για τους παρέδρους και εισηγητές του τελευταίου).

Κατά διασταλτική ερμηνεία του συνδυασμού των διατάξεων των άρθρων 87 παρ. 3, 88 παρ. 4, 90 και 91 Συντ. γίνεται δεκτό ότι το επιφορτισμένο με τον έλεγχο των δηλώσεων περιουσιακής κατάστασης και οικονομικών συμφερόντων των δικαστών όργανο πρέπει να συγκροτείται κατά πλειοψηφία, συμπεριλαμβανομένων του προέδρου του, από ανώτατους δικαστές[81].

80 Πρβλ. Α. Ράικου, Συνταγματικό δίκαιο, Ι, Β', 2002, σ. 1046.

81 ΣτΕ 2649/2017, Ολ., ΤοΣ 2017, ΙΙ52 (σκέψη 17).

Τέλος, η παρ. 4 του άρθρου 91 Συντ. ορίζει ότι οι πειθαρχικές αποφάσεις κατά τις διατάξεις του άρθρου αυτού δεν προσβάλλονται στο Συμβούλιο της Επικρατείας. Η απαγόρευση αυτή κρίθηκε ότι δεν αντίκειται ούτε στο άρθρο 20 παρ. 1 Συντ., αφού οι συνταγματικές διατάξεις είναι ισοδύναμες μεταξύ τους, ούτε όμως και στο άρθρο 6 ΕΣΔΑ[82].

V. Επίλογος: Η πραγματική κατάσταση της δικαστικής ανεξαρτησίας στην Ελλάδα

Το επίπεδο της συνταγματικής κατοχύρωσης της δικαστικής ανεξαρτησίας αποτελεί πάντως μία μόνο παράμετρο της τελευταίας, έστω και ιδιαίτερα σημαντική. Η πραγματική κατάσταση σε ό,τι αφορά τον σεβασμό της ανεξαρτησίας εξαρτάται και από μια σειρά άλλων παραγόντων, όπως η εξειδίκευση (ή μη) των σχετικών συνταγματικών επιταγών από την κοινή νομοθεσία και η σχετική με το ζήτημα συμπεριφορά τόσο των κρατικών οργάνων όσο και ευρύτερα της κοινωνίας.

Η διείσδυση της διαφθοράς στο δικαστικό σύστημα δεν αποτελεί χαρακτηριστικό της εποχής μας, αλλά μία διαχρονική απειλή, η καταπολέμηση της οποίας λειτουργούσε και εξακολουθεί να λειτουργεί ως αιτιολογικός σκοπός της θέσπισης σχετικών νομοθετημάτων. Η αποκάλυψη εξάλλου του παραδικαστικού κυκλώματος το 2005 ανέδειξε την πιο απαξιωτική μορφή διαφθοράς δικαστών. Ο πλημμελής χειρισμός πολλών υποθέσεων, με τη μορφή χρηματισμού, καθυστέρησης εκδίκασης, έκδοσης αποφάσεων υπέρ σταθερά ορισμένων προσώπων ή συγκέντρωσης υποθέσεων σε συγκεκριμένα δικαστήρια και συνθέσεις, αποδείχθηκε πως συνιστούσε τη συνέπεια της συστηματικής δράσης ενός οργανωμένου μηχανισμού, στον οποίο εμπλέκονταν δικαστικοί λειτουργοί, πολιτικοί, επιχειρηματίες και θρησκευτικοί λειτουργοί[83]. Δέκα χρόνια αργότερα, το 2016, παραπέμφθηκε σε δίκη τριψήφιος (!)

82 ΣτΕ 2128/2018.

83 Βλ. Αν. Ρουπακιώτη, Η διαφθορά στη δικαιοσύνη, σε: Συλλογικό Έργο, Οικονομία - τεχνολογία - δίκαιο και εργασία, 2020, σ. 1136.

αριθμός κατηγορουμένων μεταξύ άλλων για σύσταση, ένταξη και διεύθυνση εγκληματικής οργάνωσης, νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, ψευδή βεβαίωση κ.λπ., όπου και πάλι εμπλεκόμενα ήταν άτομα με τις αυτές ιδιότητες και αξιώματα[84]. Τελικώς, πέντε από αυτούς καταδικάστηκαν κατά περίπτωση για τα αδικήματα της παθητικής και ενεργητικής δωροδοκίας, της διαμεσολάβησης σε δωροδοκία και της άμεσης συνέργειας σε νομιμοποίηση εσόδων από παράνομη δραστηριότητα[85]. Εξάλλου κατά την έρευνα και εκδίκαση μεγάλων πολιτικών σκανδάλων, λ.χ. Novartis, Siemens, δικαστικοί λειτουργοί κατέθεσαν ενώπιον του Ειδικού Δικαστηρίου του άρθρου 86 του Συντάγματος ότι λαμβάνουν χώρα αθέμιτες δικονομικές πρακτικές από συναδέλφους τους[86].

Προς αντιμετώπιση των παραπάνω τάσεων έχουν προταθεί μέτρα, όπως η ενθάρρυνση των αιρετών διοικήσεων στους δικαστικούς σχηματισμούς, η ενίσχυση της δράσης των δικαστικών ενώσεων αλλά και ο έλεγχος και η τιμώρηση των μελών των δικηγορικών συλλόγων που συνδράμουν στα φαινόμενα της διαφθοράς[87]. Η προσήκουσα κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ δικαστικών λειτουργών και υπαλλήλων με γνώμονα τη δυνατότητα αποτελεσματικής άσκησής τους, η ορθολογική οργάνωση ανθρώπινου δυναμικού και αξιοποίηση των υποδομών και πόρων, καθώς και η εισαγωγή νέων τεχνολογιών μπορούν να συμβάλουν στην αποτελεσματικότερη[88] και κατ' επέκταση πιο ανεξάρτητη απονομή της δικαιοσύνης. Ομοίως, σύμφωνα με το Συμβούλιο Υπουργών του Συμβουλίου της Ευρώπης στη Σύσταση CM/Rec/(2010)12 με

84 https://www.cnn.gr/ellada/story/38350/sto-edolio-104-gia-to-paradikastiko-no-2 (ανάρτηση στις 6.7.2016).

85 https://www.cnn.gr/ellada/story/164752/paradikastiko-kykloma-katadiki-gia-pente-atoma(ανάρτηση στις 6.2.2019).

86 Βλ. κατάθεση της τέως Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου Ξένης Δημητρίου στην Ειδικη Κοινοβουλευτική Επιτροπή για την υπόθεση Novartis, στην από 13/05/2020 «Εφημερίδα των Συντακτών» διαθέσιμο σε: https://www.efsyn.gr/node/243153.

87 Βλ. Αν. Ρουπακιώτη, Η διαφθορά στη δικαιοσύνη, σε: Συλλογικό Έργο, Οικονομία - τεχνολογία -δίκαιο και εργασία, 2020, σ. 1138.

88 Βλ. Μ. Πικραμένου, Προσανατολισμοί για ένα σύγχρονο ανοιχτό και αποτελεσματικό δικαστικόσύστημα, ΘΠΔΔ 3-4/2017, σ. 223.

αντικείμενο «Ανεξαρτησία, αποτελεσματικότητα και ευθύνη των δικαστών» θα μπορούσε να προωθηθεί και η διαδικασία αξιολόγησης των δικαστών, η οποία θα ανατίθεται σε δικαστικό όργανο, θα βασίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια που θα δημοσιοποιούνται από την αρμόδια δικαστική αρχή και θα συνοδεύεται από δυνατότητα αμφισβήτησης των αποτελεσμάτων ενώπιον δικαστικού οργάνου[89].

Ακανθώδες είναι το ζήτημα της επιλογής της ηγεσίας της δικαιοσύνης από την εκάστοτε κυβέρνηση, το οποίο τροφοδοτούσε ανέκαθεν τη συγκρουσιακή σχέση δικαστικής και πολιτικής - εν ευρεία εννοία - εξουσίας. Η ετήσια έκθεση για το Κράτος Δικαίου στην Ελλάδα για το έτος 2022 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής υπογραμμίζει τη δυνητικά ισχυρή επιρροή της εκτελεστικής εξουσίας κατά το εθνικό μας σύστημα διορισμού προέδρων και αντιπροέδρων των Ανωτάτων Δικαστηρίων και εντοπίζει την απόκλιση από τα ευρωπαϊκά πρότυπα, σύμφωνα με τα οποία κατά τη διαδικασία αυτή θα πρέπει να διατυπώνονται συστάσεις ή γνώμες από μία ανεξάρτητη αρχή που απαρτίζεται σε σημαντικό βαθμό από δικαστικούς, τις οποίες η κυβέρνηση εφαρμόζει στην πράξη, όπως επίσης θα πρέπει να εξασφαλίζεται η δυνατότητα προσβολής της απόφασης[90].

Από αυτή την οπτική γωνία αποκτούν ιδιαίτερο ενδιαφέρον και τα συμπεράσματα ερευνών ως προς την αντίληψη του κοινού για την ανεξαρτησία της δικαιοσύνης. Από τις σχετικές έρευνες των υπηρεσιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως εκείνες αποτυπώνονται στις ετήσιες εκθέσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την κατάσταση της δικαιοσύνης στα κράτη-μέλη (EU Justice Scoreboard), προκύπτει μια μάλλον ανάμικτη εικόνα για τη δικαστική ανεξαρτησία στην Ελλάδα. Σε ό,τι αφορά την αντίληψη του ευρέος κοινού περί της ανεξαρτησίας των δικαστηρίων και των δικαστών, οι έρευνες της περιό-

89 Βλ. και Γνώμη no 17 (2014) του Γνωμοδοτικού Συμβουλίου των Ευρωπαίων Δικαστών (CCJE) «Για την αξιολόγηση του έργου των δικαστών, την ποιότητα της δικαιοσύνης και το σεβασμό της δικαστικής ανεξαρτησίας», Μ. Πικραμένος, Προσανατολισμοί για ένα σύγχρονο ανοιχτό και αποτελεσματικό δικαστικό σύστημα, ΘΠΔΔ 3-4/2017, σ. 225 - 226.

90 Διαθέσιμη σε ec.europa.eu/info>rule-law (ανακτήθηκε στις 27.7.2022).

δου 2016-2021 δείχνουν ότι αυτή βρίσκεται στη χώρα μας περίπου στη μέση του πίνακα των κρατών-μελών, με τους ερωτώμενους να είναι πιο αισιόδοξοι ως προς τον βαθμό σεβασμού στη δικαστική ανεξαρτησία στα περισσότερα από τα δυτικοευρωπαϊκά κράτη (Γερμανία, Ολλανδία, Γαλλία κ.ά.) και πιο απαισιόδοξοι στα αντολικοευρωπαϊκά (Ρουμανία, Ουγγαρία, Βουλγαρία, Κροατία κ.ά.), αλλά και σε κάποια μεσογειακά (Ισπανία, Ιταλία). Οι κύριοι λόγοι τους οποίους επικαλείται το ευρύ κοινό για την εκλαμβανόμενη ως έλλειψη, ή πάντως τα ελλείμματα, ανεξαρτησίας σχετίζονται λιγότερο (τόσο στην Ελλάδα, όσο και στα υπόλοιπα κράτη-μέλη) με το καθεστώς και τη (νομική) θέση των δικαστών και περισσότερο με τις ανησυχίες του για παρεμβάσεις ή πιέσεις από οικονομικά ή άλλα ειδικά συμφέροντα και (ακόμη πιο πολύ) με παρεμβάσεις ή πιέσεις από την κυβέρνηση και πολιτικούς[91].

Όλα αυτά καταλήγουν στο ότι, όπως έγραψε κορυφαίος δικαστικός λειτουργός, η ελληνική δικαιοσύνη «είναι και δεν είναι ανεξάρτητη, είναι και δεν είναι αξιόπιστη», αφού «λειτουργεί υπό τη σκιά της Διοίκησης, δηλαδή του κόμματος που βρίσκεται κάθε φορά στην εξουσία»[92]. Είναι χαρακτηριστικό ότι πριν από μερικά χρόνια σε έρευνα για λογαριασμό της Παγκόσμιας Τράπεζας σχετικά με τη δικαστική ανεξαρτησία σε εξήντα πέντε συνολικά κράτη, η Ελλάδα κατέλαβε τη 10η θέση στη de jure κατάταξη, υψηλότερα από όλα τα κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά την 39η θέση στη de facto κατάταξη, χαμηλότερα από τα περισσότερα από αυτά[93]. Εξάλλου, καίριες παρατηρήσεις για τα ελλείμματα δικαστικής ανεξαρτησίας στη χώρα μας περιέχονται στις ετήσιες εκθέσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την κατάσταση του «κράτους δικαίου» (ουσιαστικά για την ποιότητα και λειτουργικότητα των συνταγματικών θεσμών) σε κάθε κράτος-μέλος της Ένωσης. Από τις επισημάνσεις της έκθεσης του 2020 μπορεί να ξεχωρίσει κανείς τη διαπίστωση ότι «το σύστημα απονομής δικαιοσύνης εξακολουθεί να

91 Πηγή: The 2021 EU Justice Scoreboard, COM (2012) 389, 2021, 41 (διαγράμματα 48-49).

92 Σ. Ματθία, Ακηδεμόνευτη δικαιοσύνη, ΕλλΔνη 1998, σ. 741 και 743.

93 Βλ. Γ. Κατρούγκαλου, Η κρίση της δικαιοσύνης: Προβλήματα ανεξαρτησίας και νομιμοποίησης της δικαστικής εξουσίας, ΕΔΔ 2008, σ. 594.

αντιμετωπίζει προκλήσεις όσον αφορά την ποιότητα και την αποδοτικότητά του»[94], από την έκθεση του 2021 ότι «εξακολουθούν να υπάρχουν ανησυχίες σχετικά με τη διαδικασία διορισμού στις ανώτερες θέσεις δικαστικών και εισαγγελέων»[95] και τέλος από εκείνη του 2022 τη σύσταση, όπως προαναφέρθηκε, να θεσμοθετηθεί κάποια μορφή συμμετοχής του δικαστικού σώματος στη διαδικασία επιλογής προέδρου και αντιπροέδρου στα τρία ανώτατα δικαστήρια[96]. Επομένως, εάν θέλουμε να αποφύγουμε στο μέλλον ενδεχόμενες περιπέτειες με τον Κανονισμό 2020/2022, δηλ. με τη διαδικασία επιβολής κυρώσεων σε περίπτωση, μεταξύ άλλων, «διακινδύνευση(ς) της ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης» (άρθρο 3 περ. α' του παραπάνω κανονισμού), θα ήταν ευκταίο να ξεκινήσει από τώρα ένας σοβαρός δημόσιος διάλογος, ώστε να επιτευχθεί μια όσο το δυνατόν ευρύτερη πολιτική και κοινωνική συναίνεση προς την κατεύθυνση της ανάληψης θεσμικών πρωτοβουλιών για την ενίσχυση της δικαστικής ανεξαρτησίας.

94 Διαθέσιμη σε ec.europa.eu/info/publication/2020-rule-law-report (αναρτήθηκε στις 20.2.2022)

95 Διαθέσιμη σε ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholling-rule-law/2021 - rule-law-report (ανακτήθηκε στις 20.2.2022).

96 Διαθέσιμη σε ec.europa.eu/info>rule-law (ανακτήθηκε στις 27.7.2022).

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Το δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων από τη σκοπιά της οικονομικής ανάλυσης

Μία γενική θεώρηση

Γεώργιος Δελλής

Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Όπως επισήμανε έγκαιρα και εύστοχα ο καθηγητής Σπυρίδων Φλογαΐτης[1], η σύμβαση αποτελεί κατεξοχήν εργαλείο του σύγχρονου διοικητικού δικαίου για την επιδίωξη των σκοπών του, σε αντιδιαστολή προς τη μονομερή κρατική δράση. Λόγω της σχέσης των συμβάσεων αυτών με το γενικό συμφέρον, το Δημόσιο (εν ευρεία εννοία) διαθέτει ειδικές εξουσίες (pouvoirs exorbitants) αλλά και υποχρεώσεις αναφορικά με τη σύναψη και την εφαρμογή τους[2]. Για το λόγο αυτό, η ανάθεση και η εκτέλεση τέτοιων συμβάσεων υπόκειται σε ειδικούς κανόνες οι οποίοι αποκλίνουν από τις γενικές διατάξεις του αστικού δικαίου. Στην πορεία, το δίκαιο της ΕΕ -μέσα από μία σειρά από γενικές αρχές αλλά και δια-

1 Φλογαΐτης Σ., *Η διοικητική σύμβαση – Έννοια και φύση*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή, 1991.

2 Γέροντας Α. σε Γέροντας Α., Παυλόπουλος Π., Σιούτη Γ., Φλογαΐτης Σ., *Διοικητικό Δίκαιο*, Σάκκουλας, 2022, σελ. 339 επ., Σπηλιωτόπουλος Ε., *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 195επ.

τάξεις της παράγωγης νομοθεσίας[3]- εισήγαγε δικό του ρυθμιστικό πλαίσιο για την ανάθεση των συμβάσεων εκείνων τις οποίες ορίζει ως «δημόσιες» (υπερβαίνοντας το, αμιγώς οργανικό, κριτήριο του εθνικού δικαίου για τις «διοικητικές» συμβάσεις)[4]. Επιβάλλει, ειδικότερα, στη συμβατικώς δρώσα Διοίκηση και στα εξαρτώμενα από την ίδια όργανα και πρόσωπα (αναθέτουσες αρχές), να τηρούν τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας και των ίσων όρων ανταγωνισμού. Το καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων συνιστά, πλέον, ένα από το πιο γόνιμα και δυναμικά αντικείμενα του διοικητικού δικαίου, με μεγάλο θεωρητικό και νομολογιακό ενδιαφέρον[5].

Ας αφήσουμε όμως το νομικό δόγμα και ας κοιτάξουμε τις δημόσιες συμβάσεις από μία άλλη σκοπιά, εκείνη της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου[6]. Όπως και για τα υπόλοιπα αντικείμενα του δημοσίου δικαίου, η προσέγγισή τους με τις μεθόδους και τα διδάγματα της οικονομικής επιστήμης είναι πολλαπλά ευεργετική[7]. Φωτίζει πτυχές, επιβεβαιώνει επιλογές αλλά και ανατρέπει σταθερές που το θετικό δίκαιο έχει αβασάνιστα παγιώσει από υπέρμετρο νομικισμό και οικονομικό αναλφαβητισμό.

3 Γιαννακόπουλος Κ., *Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης, Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, Σάκκουλας, 2019, σελ. 23επ. και 120επ., Ράικος Δ., *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2022, σελ. 95επ., Κουτούπα-Ρεγκάκου Ε., *Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Σύνοψη των αποφάσεων 1976-2021*, Σάκκουλας, 2021

4 Δελλής Γ. σε Δελλής Γ. (επιμ.), *Το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Γενική ανάλυση του νέου Ν 4782/2021*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2021.

5 Βλ. ανωτέρω, υποσ. 2,3 και 4

6 Για την οικονομική ανάλυση ιδίως των θεσμών του δημοσίου δικαίου, βλ. Δελλής Γ., *Δήμος και Αγορά. Το δημόσιο δίκαιο «αλλιώς», με το βλέμμα της οικονομικής ανάλυσης,* Ευρασία, 2018.

7 Pig G., Treumer St. (eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge 2016, Piga G., Tatrai T.(eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge 2020, 1, Bovis Chr., "The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law", *European Law Journal*, 1998.4.220, Ho Chen T., An economic approach to public procurement, *Journal of Public Procurement*, 2008.407 καθώς και το εμβληματικό βιβλίο των Jean-Jacques Laffont και Jean Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993.

Ι. Η αποστολή του δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις: δημιουργία συνθηκών διαφανούς ανταγωνισμού και μείωση του κόστους συναλλαγής για τα συμβαλλόμενα μέρη

Κατά την οικονομική θεωρία, η σύμβαση ως εργαλείο για την επίτευξη στόχων που συναρτώνται με το «γενικό συμφέρον» [εξοπλισμός ενός Υπουργείου με το κατάλληλο πληροφοριακό σύστημα για να παρέχει υπηρεσίες διοίκησης, κατασκευή ενός δρόμου για τη μεταφορά ανθρώπων και εμπορευμάτων], εμφανίζει συγκριτικά πλεονεκτήματα σε σχέση με την αμιγώς μονομερή, μονοπωλιακή δράση [το Κράτος να διαθέτει κατ' αποκλειστικότητα δικά του μέσα παραγωγής για την κατασκευή πληροφοριακών συστημάτων ή δρόμων][8]. Αφενός, μέσα από τη διάδραση με τους εν δυνάμει αντισυμβαλλόμενους ιδιώτες, το Κράτος μειώνει το έλλειμα πληροφόρησης το οποίο μαστίζει κάθε άνωθεν, μονομερή επέμβαση: είναι σε θέση να αναζητήσει τις, βέλτιστες για τις ανάγκες του, αντιπαροχές (υπηρεσίες πληροφορικής και κατασκευής έργων υποδομής), όπως αυτές εξελίσσονται δυναμικά από τους φορείς της ιδιωτικής κοινωνίας (τεχνολογική έρευνα, αγορά). Αφετέρου, εάν αναζητήσει τον αντισυμβαλλόμενό του μέσα από ένα διαφανές και ανταγωνιστικό περιβάλλον, απολαμβάνει τα πλεονεκτήματα αποτελεσματικότητας τα οποία αποδεδειγμένα η οικονομική θεωρία αναγνωρίζει στο θεσμό της αγοράς (κανόνας της προσφοράς και της ζήτησης)[9]: είναι σε θέση να ικανοποιήσει τις ανάγκες του (άρα, τις πτυχές του γενικού συμφέροντος), στην καλύτερη σχέση τιμής και ποιότητας/ποσότητας, δηλαδή με τη βέλτιστη χρήση των, από τη φύση τους πεπερασμένων, δημόσιων πόρων[10]. Με μία φράση, η οδός της δημόσιας σύμβασης είναι, τουλάχιστον στη θεωρία, πιο αποτελεσματική σε αρκετά σημεία από την άνωθεν, μονοπωλιακή δράση του Κράτους[11].

8 Δελλής, 2018, οπ.παρ., σελ.328.

9 Ibid., σελ. 60.

10 Pospisil R., Kunz P., Krocil O. "The Impact Of Public Procurement Law To The System Of Public Finance", *Global Economic Observer*, 2019.7.

11 Το συγκεκριμένο πλεονέκτημα εξηγεί σε μεγάλο βαθμό μία κρίσιμη οργανωτική μεταστροφή του σύγχρονου διοικητικού φαινομένου: από τη δεκαετία του 1990, υπό την επίδραση του ενωσιακού

Ωστόσο, η σύναψη μίας σύμβασης -όπως και κάθε συναλλαγή άλλωστε- παρεμποδίζεται από μία σειρά από κόστη συναλλαγής, τα οποία αθροίζονται στους ελάχιστους πόρους για την ικανοποίηση της συγκεκριμένης ανάγκης [δηλαδή, στο παράδειγμά μας, τον ελάχιστο αριθμό μονάδων σε χρήμα, πρώτες ύλες και ανθρώπινο δυναμικό, για τη δημιουργία του πληροφοριακού συστήματος ή του δρόμου]. Σύμφωνα με τη διάσημη διάκριση του Ronald Coase, πρόκειται για κόστη τα οποία καταγράφονται σε τρία στάδια, κατά την «έρευνα», τη «διαπραγμάτευση» και την «εφαρμογή/εκτέλεση» της σύμβασης[12]. Ως «κόστη συναλλαγής», μπορούμε να περιγράψουμε όλα τα πιθανά εμπόδια και δυσκολίες τα οποία εμφανίζονται στα τρία αυτά στάδια και αποτρέπουν τους συναλλασσόμενους (άρα και το Δημόσιο) από τη βέλτιστη, την πιο αποτελεσματική επιλογή· εκείνη, δηλαδή, η οποία θα ικανοποιήσει με τον καλύτερο τρόπο τις ανάγκες του. Για να ανατρέξουμε σε ένα καθημερινό παράδειγμα, όταν επιθυμώ να κατασκευάσω ένα σπίτι, δεν γνωρίζω ακριβώς τα τεχνικά και οικονομικά ζητήματα που εγείρονται (πληροφοριακή ασυμμετρία), πρέπει να ενεργήσω μέσω δικηγόρων, μεσιτών και μηχανικών οι οποίοι δρουν ως εντολοδόχοι μου αλλά θέλουν να ικανοποιήσουν και το ατομικό τους συμφέρον (κόστη αντιπροσώπευσης), υπάρχει μεγάλη αβεβαιότητα για το πώς θα διαμορφωθούν οι συνθήκες την επόμενη εικοσαετία όταν θα αποπληρώνω το τραπεζικό δάνειο ή θα υφίσταμαι τους φόρους ακίνητης περιουσίας που θα επιβάλει τότε το Κράτος (κόστος αβεβαιότητας, εξωγενές διοικητικό κόστος), κλπ. Μήπως, λοιπόν, για το λόγο αυτό (για να μειώσουμε

δικαίου, παρατηρείται άνθιση του θεσμού των δημοσίων συμβάσεων με παράλληλη συρρίκνωση εκείνου των δημοσίων επιχειρήσεων. Οι τελευταίες, με μονοπωλιακό συνήθως χαρακτήρα (ΟΤΕ, ΔΕΗ κλπ.) στοιχίζουν πολύ περισσότερο στον κρατικό προϋπολογισμό, διότι μαστίζονται από συστημική, μόνιμη κακοδιαχείριση. Αντιθέτως, η απελευθέρωση των δημοσίων υπηρεσιών και η ιδιωτικοποίηση των υποδομών παροχής τους, αποδεικνύεται πιο αποτελεσματική διότι εισάγει μία λογική αγοράς στην άσκηση των συγκεκριμένων δραστηριοτήτων. Την ίδια στιγμή, η αμιγώς παροχική λειτουργία της Διοίκησης δεν εγκαταλείπεται. Για ό,τι θεωρείται κοινωνικά κρίσιμο αλλά δεν καλύπτεται από ιδιώτες παρόχους, το Κράτος συνάπτει δημόσιες συμβάσεις για την κάλυψή του (συμβάσεις εκτέλεσης δρομολογίων άγονης γραμμής ή παροχής «καθολικής υπηρεσίας» στα πεδία των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και της ενέργειας).

12 Χατζής Α., Ronald Coase, *Επίκεντρα,* 1991.77.

τα υψηλά κόστη συναλλαγής), προτιμάμε να μένουμε στο νοίκι ή να αγοράζουμε έτοιμο διαμέρισμα, παρότι δεν αντιστοιχεί απόλυτα στις προτιμήσεις μας, όπως θα ήταν αν το σχεδιάζαμε οι ίδιοι; Σύμφωνα με την αφετηριακή θέση της οικονομικής ανάλυσης, σκοπός του δικαίου είναι να παρεμβαίνει στις ανθρώπινες σχέσεις ώστε να μειώνει τα κάθε είδους κόστη συναλλαγής, δηλαδή τις αναποτελεσματικότητες που εμφιλοχωρούν ή πάντως επηρεάζουν τη συμβατική σχέση[13]. Με τον τρόπο αυτό, επιτρέπει στους αντισυμβαλλόμενους να προσεγγίσουν καλύτερα τις, βέλτιστες για τους ίδιους, συναλλακτικές επιλογές.

Η περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων -και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων- δεν είναι διαφορετική από το γενικό πλαίσιο το οποίο θέτει η οικονομική ανάλυση του δικαίου. Οι κανόνες για την ανάθεση και την εκτέλεσή τους επιδιώκουν δύο κύριους και, εν πολλοίς, αλληλοεπικαλυπτόμενους στόχους[14].

Πρώτον, αποσκοπούν στη διαμόρφωση συνθηκών αγοράς και υγιούς ανταγωνισμού κατά την αναζήτηση του αντισυμβαλλομένου του Δημοσίου[15]. Η κατακύρωση μίας δημόσιας σύμβασης σε ιδιώτη ισοδυναμεί με ειδικό ή αποκλειστικό δικαίωμα υπέρ του, ώστε αυτός να καλύψει μία συγκεκριμένη ανάγκη που συνδέεται με το γενικό συμφέρον: στο παράδειγμά μας, η ανάγκη συνίσταται στην κατασκευή πληροφοριακού συστήματος σε ένα Υπουργείο ή ενός αυτοκινητοδρόμου· καταλήγει -κατά τρόπο κλειστό και, ως ένα βαθμό, μη διαπραγματεύσιμο πλέον- σε συγκεκριμένους «αναδόχους» οι οποίοι αποκτούν το προνόμιο να συμβληθούν με το Δημόσιο για το εν λόγω αντικείμενο.

13 Χατζής Α., Το Δίκαιο ως Εργαλείο Μείωσης του Κόστους των Συναλλαγών: Το Θεώρημα του Coase και η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου, σε: Καλαμπούκα-Γιαννοπούλου (επιμ.), *Ο Ρόλος της Δικαιοσύνης στην Άσκηση της Επιχειρηματικής Δραστηριότητας*, Νομική Βιβλιοθήκη 2012.31

14 Raudla R., "Law and Economics Analysis of the Estonian Public Procurement Act", σε Piga/Thai (eds), *Advancing Public Procurement. Practices, Innovation and Knowledge Sharing*, Boca Raton, PrAcademics Press, 2007.202.

15 Τη θέση αυτή υιοθετεί, εξάλλου, και η «παραδοσιακή» νομική θεωρία για το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, βλ. Γιαννακόπουλος Κ.,*Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2003, σελ.240επ.

Επομένως, είναι κρίσιμο να δημιουργηθεί ένα, όσο το δυνατόν, ανοικτό και προσβάσιμο ανταγωνιστικό πλαίσιο πριν και προς την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, το οποίο να μιμείται εκείνο μίας υγιούς αγοράς (*competition for the market)*[16]. Με τον τρόπο αυτό, δηλαδή με τη δημιουργία συνθηκών ίσου ανταγωνισμού για την αναζήτηση του αναδόχου, οι κρατικοί φορείς, ενεργώντας ως αναθέτουσες αρχές, επωφελούνται του πλεονάσματος ευημερίας (*welfare surplus)* το οποίο, κατά το πρώτο θεώρημα των οικονομικών της ευημερίας, μία ανταγωνιστική αγορά κατανέμει δίκαια μεταξύ προσφοράς και ζήτησης[17]. Με μία φράση, έτσι ωφελούνται και οι δύο πλευρές της συναλλαγής.

Δεύτερον, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων (πρέπει να) επιδιώκει τη μείωση των ειδικότερων μορφών κόστους συναλλαγής τα οποία επιβαρύνουν τις εν λόγω συμβάσεις, στα στάδια της έρευνας, της διαπραγμάτευσης και της εφαρμογής τους[18]. Ως δημοσιολόγοι, έχουμε από κεκτημένη ταχύτητα συνηθίσει να αντιλαμβανόμαστε τη διάσταση αυτή μονόπλευρα: ταυτίζουμε τη μείωση του συγκεκριμένου κόστους προεχόντως με την προάσπιση των συμφερόντων του Δημοσίου, ώστε το τελευταίο να προβεί στη βέλτιστη χρήση των δικών του πόρων. Ωστόσο, οι κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων [και οι εφαρμοστές τους, ιδίως η Διοικητική Δικαιοσύνη] προσήκει να μην βλέπουν μόνο τη μία πλευρά του νομίσματος. Ακόμη και αν μας ενδιέφερε μόνο το στενό συμφέρον του Δημοσίου, τούτο εξυπηρετείται με την υγιή λειτουργία της «αγοράς των δημοσίων συμβάσεων» εν γένει· άρα, και από τη μείωση του κόστους συναλλαγής το οποίο φέρουν οι εν δυνάμει αντισυμβαλλόμε-

16 Williamson O., Franchise Bidding for Natural Monopolies- In general and with respect to CATV, *Bell Journal of Economics* 1976.73. Οι διαγωνισμοί αποτελούν το *ersatz* της αγοράς σε πεδία στα οποία αυτή δεν μπορεί να υπάρξει: η κατακύρωση δημόσιας σύμβασης αποτελεί ουσιαστικά ένα αποκλειστικό δικαίωμα, με την έννοια ότι το συγκεκριμένο έργο ή προμήθεια ανατίθενται σε ένα μόνο οικονομικό φορέα. Η ανάθεση του αποκλειστικού δικαιώματος μέσω διαγωνισμού δημιουργεί ανταγωνιστικές συνθήκες αγοράς σε ένα ανάντι στάδιο, σχηματίζοντας τελικά μία αγορά δημόσιων συμβάσεων για τα συναφή προς ανάθεση αντικείμενα.

17 Δελλής 2018, οπ.παρ., σελ. 62.

18 Klinger D., "Measuring what matters in public procurement law: efficiency, quality and more", Journal of Management Policy and Practice, 2020.3.73.

νοί του. Όσο μεγαλύτερο είναι το τελευταίο, τόσο το ρίσκο των υποψηφίων αναδόχων ανεβαίνει, με διπλή αρνητική συνέπεια για τις αναθέτουσες αρχές. Αφενός, αυξάνεται το συμβατικό αντάλλαγμα σε βάρος του Δημοσίου: ένας ορθολογικός προσφέρων έχει κίνητρο να συμπεριλάβει στην προσφερόμενη τιμή το αυξημένο κόστος συναλλαγής το οποίο φέρει (π.χ. ρίσκο αβεβαιότητας, για το πόσο «ακριβά» θα του στοιχήσει η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, ενόψει και των ειδικών προνομίων του Δημοσίου). Αφετέρου, αντίστροφα, αυξάνεται ο κίνδυνος κακής εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης, εάν ο αντισυμβαλλόμενος έχει υπολογίσει λάθος τα κόστη του και «πέσει έξω». Στην περίπτωση αυτή, την οποία συναντάμε καθημερινά στο πεδίο των δημοσίων έργων, δεν ζημιώνεται μόνο ο εργολάβος που (κανονικά) θα κηρυχθεί έκπτωτος· «την πληρώνει» και το γενικό συμφέρον, η εξυπηρέτηση του οποίου μέσω του δημοσίου έργου είναι πλημμελής ή καταλήγει στις καλένδες. Κατά συνέπεια, για να είναι αποτελεσματικό, το δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις οφείλει να επιδιώκει τη μέγιστη μείωση του κόστους συναλλαγής τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους μελλοντικούς αναδόχους. Αυτή είναι η πρώτη, θεμελιώδης συμβολή της οικονομικής ανάλυσης στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Δυστυχώς, τα νομοθετικά κείμενα και η νομολογία φαίνεται να αντιλαμβάνονται ευκολότερα μόνο την πρώτη από τις δύο όψεις.

ΙΙ. Τα ειδικότερα κόστη συναλλαγής που βαρύνουν το Δημόσιο και η αντιμετώπισή τους με τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις

Είναι, πάντως, ακριβές ότι το Δημόσιο μαστίζεται από εγγενείς αναποτελεσματικότητες, οι οποίες μεταφράζονται σε σοβαρά κόστη συναλλαγής που βαρύνουν περισσότερο το ίδιο[19]. Τα συγκεκριμένα κόστη επιβάλλεται να αντιμετωπισθούν μέσω του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλιώς οι εν δυνάμει ανάδοχοι είναι ορθολογικό να τα εκμεταλλευτούν για το δικό τους

19 Δελλής, 2018, οπ.παρ. σελ. 151 επ.

όφελος, σε βάρος του Δημοσίου[20]. Αξίζει, επομένως, να εξετασθούν εκτενέστερα οι αναποτελεσματικότητες που αφορούν ειδικά το Δημόσιο στο πεδίο της συμβατικής του δράσης.

Κατά πρώτον, οι δημόσιοι φορείς (πάντα με την ευρεία έννοια του όρου) υποφέρουν από πληροφοριακή ασυμμετρία και από έλλειψη κατάλληλων κινήτρων αποτελεσματικότητας. Τούτο είναι εύλογο, από τη στιγμή που λειτουργούν μέσω μονοπωλιακών δομών, οι οποίες είναι σχεδιασμένες για να ενεργούν μονομερώς: πρόκειται για όργανα τα οποία, λόγω του αποκλειστικού χαρακτήρα των αρμοδιοτήτων που τους έχουν απονεμηθεί (κατά κλάδον αρμόδια Υπουργεία, κατά τόπον αρμόδιοι ΟΤΑ, καθ' ύλην αρμόδια ΝΠΔΔ, κλπ.), έχουν συνηθίσει να μην συναλλάσσονται σε καθεστώς ισότητας αλλά να παρεμβαίνουν «άνωθεν» και κυριαρχικά. Κανένα όμως μονοπώλιο, ιδιωτικό ή δημόσιο, δεν εμφορείται από επαρκή κίνητρα ώστε να δρα αποτελεσματικά· πόσο μάλλον, εκείνο το οποίο βρίσκεται έξω και πάνω από την κοινωνία και την αγορά, όπως είναι το σύνολο σχεδόν των δημόσιων θεσμών που συγκροτούν το κρατικό φαινόμενο. Οι μονοπωλιακές αδυναμίες (έλλειψη κινήτρων για κάλυψη των αναγκών στις βέλτιστες συνθήκες κόστους-οφέλους) προστίθενται στα πληροφοριακά ελλείμματα (επαρκής κατανόηση των αναγκών και των μέσων για την ικανοποίησή τους). Δεν είναι καθόλου τυχαίο ότι οι φορείς του δημόσιου τομέα στην Ελλάδα ουδέποτε ασχολήθηκαν σοβαρά με την εκ των προτέρων, διαφανή και τεκμηριωμένη καταγραφή των αναγκών που πρόκειται να καλύψουν μέσω διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ούτως ώστε να καταρτίσουν καλύτερες διακηρύξεις και να γνωρίζουν τι να αναμένουν από τους συμμετέχοντες σε αυτές. Παρά το ότι η φάση αυτή του σχεδιασμού είναι κρίσιμη και περιγράφεται ρητά στις ενωσιακές Οδηγίες και τη νομοθεσία[21], ουδέποτε τηρήθηκε επισταμένως στην

20 Εάν η παραπάνω διατύπωση σας φαίνεται κυνική, σας παραπέμπω σε ένα, οικουμενικής εφαρμογής, δίδαγμα της οικονομικής ανάλυσης: κάθε μέρος μίας συναλλαγής είναι δεδομένο -διότι είναι, καταρχήν, ορθολογικό- ότι θα χρησιμοποιήσει προς όφελός του κάθε πλεονέκτημα το οποίο διαθέτει.

21 Βλ. άρθρα 44 επ. του ν. 4412/2016. Για τη σημασία του στρατηγικού διαχειριστικού σχεδιασμού

πράξη. Η Διοίκηση έχει μάθει να ενεργεί «στα τυφλά» και δεν βλέπει το λόγο να σταματήσει να το κάνει. Αντίστοιχη απάθεια χαρακτηρίζει και τη στάση του Δημοσίου στο στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων, όπου η άγνοια και η αδιαφάνεια είναι ακόμη πιο έντονες.

Κατά δεύτερον, οι δημόσιες δομές φέρουν ένα υψηλότατο «κόστος αντιπροσώπευσης». Όλες τους οι αποφάσεις λαμβάνονται από αιρετούς άρχοντες ή υπαλλήλους οι οποίοι ενεργούν ως εντολοδόχοι κάποιου άλλου: οι μεν «στο όνομα» του Κράτους και του Λαού, οι δε στο πλαίσιο μίας ιεραρχικής ή εποπτικής σχέσης με τις κεφαλές της διοικητικής πυραμίδας. Το ίδιο ισχύει και για το σύνολο των πράξεων που συναρτώνται με μία δημόσια σύμβαση. Σε μία μικρή ιδιωτική επιχείρηση, το τί είναι αναγκαίο να αγοραστεί, το ποιος το προσφέρει με τους καλύτερους όρους και το αν η σύμβαση εκτελείται προσηκόντως, αποφασίζονται και εποπτεύονται από τον ιδιοκτήτη/επικεφαλής της επιχείρησης, ο οποίος έχει και το κίνητρο να προβεί στις πλέον αποτελεσματικές επιλογές. Στο δημόσιο τομέα, οι λαμβάνοντες τις αντίστοιχες αποφάσεις είναι αντιπρόσωποι διαφόρων: του Λαού, της Κυβέρνησης, του Δημοσίου ως μετόχου (για τις δημόσιες επιχειρήσεις), κλπ.. Όπως κάθε αντιπρόσωπος σε μία σχέση εντολής, τα πρόσωπα αυτά έχουν εξ ορισμού τη δική τους «ατζέντα» (επανεκλογή, προώθηση συγκεκριμένων συμφερόντων με το αζημίωτο, λιγότερη δουλειά, κλπ.). Ακόμη χειρότερα, η καθημερινή εφαρμογή των συγκεκριμένων αποφάσεων επαφίεται σε εντολοδόχους/υπαλλήλους με ανύπαρκτα κίνητρα αλλά και εχέγγυα αποτελεσματικότητας (οριζόντιες χαμηλές απολαβές, μονιμότητα, αδιαφάνεια, πλημμελής εποπτεία, ελλειμματική ευθύνη για αμελείς συμπεριφορές). Προβλήματα αντιπροσώπευσης υπάρχουν σχεδόν σε όλες τις ανθρώπινες σχέσεις, οικονομικές και μη, αποτελούν δε κατεξοχήν αντικείμενο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου. Πολλαπλασιάζονται, ωστόσο, στο πεδίο της δημόσιας δράσης, ακριβώς διότι οι

στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, Abutabenjeh S., "Strategic Management in State Government Two Servants of the Same Master: Procurement and Finance", *International Journal of Public Administration*, 2021.607.

δημόσιοι θεσμοί ερείδονται σε ένα ιδιαίτερα σύνθετο και πολύ-επίπεδο πλέγμα σχέσεων αντιπροσώπευσης, χωρίς επαρκώς αποτελεσματικά και διαφανή εργαλεία για την εποπτεία των εντολοδόχων[22].

Οι ανωτέρω αναποτελεσματικότητες του Δημοσίου εκτοξεύουν τα δυνητικά συναλλακτικά κόστη για το ίδιο σε όλα τα στάδια ωρίμανσης μίας δημόσιας σύμβασης. Πρώτον, μεγεθύνουν το κόστος έρευνας· όπως αναφέρθηκε, εντοπίζεται έλλειμμα πληροφοριών αλλά και κινήτρων[23] κατά τον προσδιορισμό και την αναζήτηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής. Δεύτερον, υφίσταται κίνδυνος αύξησης του κόστους διαπραγματεύσεων, από τη στιγμή που το Δημόσιο συμμετέχει σε αυτές με χαμηλόμισθους και ευεπίφορους σε «σκοτεινές» συνδιαλλαγές εντολοδόχους. Τρίτον, αντίστοιχα σημαντικό ενδέχεται να αποδειχθεί και το κόστος εφαρμογής της δημόσιας σύμβασης για τον συμβαλλόμενο δημόσιο φορέα· συνήθως, η πλήρης υλοποίηση του συμβατικού αντικειμένου εκτείνεται σε βάθος χρόνου, ενώ η εποπτεία για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης διενεργείται αδιαφανώς από κακοπληρωμένες και αδιάφορες επιτροπές παραλαβής[24].

Ευτυχώς, τα παραπάνω δεν είναι εντελώς άγνωστα στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Οι επί μέρους διατάξεις της σχετικής νομοθεσίας έχουν ως κεντρικό στόχο να μειώσουν τα συγκεκριμένα κόστη συναλλαγής και -είναι αλήθεια- το επιτυγχάνουν σε μεγάλο βαθμό. Ενδεικτικά, η υποχρέωση να τηρείται μία διαφανής και ανταγωνιστική διαδικασία που εκκινεί με τη δημοσίευση διακήρυξης, η οποία παγιώνει το προς ανάθεση αντικείμενο και θέτει τους όρους του παιχνιδιού, στη βάση αντικειμενικών και όσο το δυνατόν παραμετροποιημένων κριτηρίων[25], μειώνει καταλυτικά τα κόστη έρευνας και διαπραγμάτευσης. Προστατεύει τόσο το Δημόσιο από τις δικές του παθολογίες

22 Βλ. Από τη σκοπιά αυτή, το δημόσιο δίκαιο δεν είναι τίποτε άλλο παρά ένας νομικός μηχανισμός μείωσης του ενδογενούς κόστους αντιπροσώπευσης στο Κράτος και τη Διοίκηση. Το εγχείρημα αυτό εμφανίζει σοβαρές δυσχέρειες.

23 Laffont/Tirole, οπ.παρ.

24 Raudla, οπ.παρ.

25 Βλ. ιδίως άρθρα 54, 73 έως 77 και 86 του ν. 4412/2016.

όσο και τους εν δυνάμει συμμετέχοντες ή την αγορά εν γένει. Γενικότερα, η όλη ευρωπαϊκή νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις η οποία εστιάζει κατά κύριο λόγο στο καθεστώς για την ανάθεσή τους, επιδιώκει τη βέλτιστη μείωση των δύο αυτών μορφών κόστους συναλλαγής, ενώ περιορίζει έμμεσα και το κόστος εφαρμογής. Για παράδειγμα, θέτοντας εμπόδια στην ανέλεγκτη μεταβολή των όρων της σύμβασης μετά τη σύναψή της για να μην φαλκιδεύεται εκ των υστέρων η αντικειμενικότητα της διαδικασίας ανάθεσης[26], μειώνεται κάπως και το πρόβλημα εποπτείας της δημόσιας σύμβασης. Συναφώς, με την προώθηση, την τελευταία 20ετία, της ευρωπαϊκής νομοθεσίας για τις διαδικασίες παραχώρησης δημοσίων έργων και ανάθεσης συμπράξεων δημοσίου/ιδιωτικού τομέα (ΣΔΙΤ)[27], δίνονται κίνητρα για την προσήκουσα εκτέλεση των συγκεκριμένων συμβάσεων. Συγκεκριμένα, μεταφέροντας στον παραχωρησιούχο τον οικονομικό κίνδυνο της κακής κατασκευής και συντήρησης ενός αυτοκινητόδρομου, αυτός έχει πλέον συμφέρον να εκτελέσει σωστά το συγκεκριμένο έργο. Αντίστοιχα, μειώνεται το κόστος εποπτείας για την αναθέτουσα αρχή, συγκριτικά με την περίπτωση που ο ίδιος αυτοκινητόδρομος κατασκευαζόταν από εργολάβο για να παραδοθεί προς λειτουργία από το Δημόσιο.

III. Η «κατάρα του μειοδότη», ως αναποτελεσματικότητα στη δράση των υποψηφίων αναδόχων και η πλημμελής κατανόησή της από το δίκαιο

Ωστόσο, η επιτυχία των κανονιστικών εργαλείων προϋποθέτει την κατανόηση, όχι μόνο των εγγενών αδυναμιών στη δράση της αναθέτουσας αρχής, αλλά και εκείνων που εντοπίζονται στο πρόσωπο των ιδιωτών με τους οποί-

26 Βλ. άρθρο 132 του ν. 4412/2016 και Ράικος Δ., *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2022, σελ. 650επ.

27 Βλ. ν. 4413/2016 (οδηγία 2014/23/ΕΕ) σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, όπως και ν. 3389/2005 και άρθρο 1 παρ. 7 του ν. 4412/2016 σχετικά με τις συμπράξεις δημόσιου και ιδιωτικού τομέα.

ους αυτή συμβάλλεται. Κρίσιμες είναι, ιδίως, οι αναποτελεσματικότητες στο στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, οι οποίες προκαθορίζουν σε μεγάλο βαθμό τις προοπτικές καλής (ή λιγότερο καλής) εκτέλεσής της. Για να αντιληφθεί κανείς τους περιορισμούς με τους οποίους βρίσκεται αντιμέτωπος ο υποψήφιος ανάδοχος όταν αναζητεί τη βέλτιστη για τον ίδιο επιλογή -με τη μορφή της υποβολής συγκεκριμένης προσφοράς προς την αναθέτουσα αρχή- είναι χρήσιμα τα διδάγματα της θεωρίας παιγνίων αναφορικά με τις δημοπρασίες και τη στρατηγική που ακολουθούν οι συμμετέχοντες. Η συνήθης διαδικασία ανάθεσης των «κλασσικών» δημοσίων συμβάσεων προμήθειας (αγαθά, υπηρεσίες, έργα) -δηλαδή ο ανοιχτός και ο κλειστός διαγωνισμός- δεν είναι τίποτε άλλο παρά ένας «αντίστροφος πλειστηριασμός με ένα χτύπημα»: θα επιλεγεί, όχι εκείνος που θα δώσει τα περισσότερα, αλλά εκείνος που θα ζητήσει τα λιγότερα για το συμβατικό αντικείμενο, με τη μία και μοναδική προσφορά του. Τούτο ισχύει πλήρως για τις διαδικασίες με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά και σε μεγάλο βαθμό για εκείνες με κριτήριο την βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής (πλέον συμφέρουσα προσφορά).

Από τη συγκεκριμένη σκοπιά, το μεγαλύτερο πρόβλημα το οποίο αντιμετωπίζουν οι συμμετέχοντες σε διαδικασίες αντίστροφων πλειστηριασμών είναι η «κατάρα του νικητή/μειοδότη»[28] *(winner's curse)*. Ειδικότερα, η πιθανότητά τους να επικρατήσουν των ανθυποψηφίων τους αυξάνεται όσο υψηλότερα αξιολογούν σε οικονομικούς όρους την προοπτική να τους ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Η σχέση αυτή ευθείας αναλογίας παραπέμπει στο πασίγνωστο «θεώρημα του Coase», θεμελιώδες για την οικονομική ανάλυση του δικαίου, σύμφωνα με το οποίο, σε συνθήκες μηδενικού κόστους συναλ-

28 Βλ. ιδίως το κείμενο των Hendricks K., Preston McAfee R., και Williams M., Auctions and Bid Rigging, σε Blair R., Sokol D. (επιμ.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 2, 2014.498 (500 επ.), και Hendricks, K., Porter R., Tan. G., *Bidding Rings and the Winner's Curse*, *Rand Journal of Economics*, 2008.39.1018, Malmendier U., Han Lee Y., The Bidder's curse, *The American Economic Review,* 2011.101.749, Schneider H., The Bidder's Curse: Comment, *American Economic Review*, 2016.106.1182.

λαγής, ένα δικαίωμα καταλήγει εν τέλει στο μέρος εκείνο που του προσδίδει μεγαλύτερη οικονομική αξία[29]. Στην περίπτωση, ωστόσο, των υποψηφίων αναδόχων, το κίνητρο της «νίκης/μειοδοσίας» δεν ταυτίζεται αναγκαστικά με το πραγματικό τους συμφέρον, με την υποβολή, δηλαδή προσφοράς με τεχνικούς και οικονομικούς όρους που είναι εν τέλει επωφελείς για τους ίδιους. Οι υποψήφιοι βρίσκονται αντιμέτωποι με το ακόλουθο δίλημμα, το οποίο θυμίζει κάπως το «δίλημμα του φυλακισμένου»[30]: είτε να ακολουθήσουν μία συντηρητική τακτική, υποβάλλοντας υψηλή οικονομική προσφορά και αυξάνοντας παράλληλα τον κίνδυνο να μην καταστούν ανάδοχοι, είτε να κινηθούν πιο επιθετικά, μειώνοντας μεν το τίμημα που ζητούν αλλά αυξάνοντας τον κίνδυνο να υπογράψουν μία σύμβαση επιζήμια για τους ίδιους.

Με άλλα λόγια, λόγω των χαρακτηριστικών του, ο μειοδοτικός διαγωνισμός ωθεί τους συμμετέχοντες να προσφέρουν το συμβατικό αντικείμενο ακόμη και κάτω από το οριακό τους κόστος, να υποπέσουν επομένως στην κατάρα του μειοδότη. Η συγκεκριμένη συμπεριφορά δεν είναι ορθολογική και οδηγεί όσους την ακολουθούν σε επιζήμιες/αντίστροφες επιλογές (*adverse selections*). Συνιστά, λοιπόν, ένα ιδιαίτερο κόστος συναλλαγής το οποίο επιβαρύνει ειδικά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων. Είναι κρίσιμο να τονισθεί ότι η κατάρα του μειοδότη δεν πλήττει τους υποψήφιους μειοδότες με την ίδια ένταση σε όλες τις περιπτώσεις. Το αντίθετο μάλιστα, εμφανίζει πολύ μεγάλες διακυμάνσεις και επηρεάζεται από μία σειρά από παράγοντες.

Καταρχάς, είναι ευθέως ανάλογο των ελλειμμάτων πληροφόρησης τα οποία δεν επιτρέπουν στον διαγωνιζόμενο να αντιληφθεί επακριβώς το προς ανάθεση συμβατικό αντικείμενο, τα επί μέρους χαρακτηριστικά του, τα κριτήρια αξιολόγησης ή/και την ευθύνη που αναλαμβάνει σε βάθος χρόνου. Το συγκεκριμένο έλλειμμα προστίθεται σε μία άλλη συμπεριφορική ανθρώπινη

29 Χατζής 2012, οπ.παρ.

30 Δελλής 2018, οπ.παρ. σελ. 82.

αδυναμία, την υπέρμετρη αισιοδοξία (*overoptimism)* [31], η οποία διακρίνει κάθε επιχειρηματία όταν καλείται να σταθμίσει ένα τωρινό όφελος (απόκτηση της σύμβασης) με μελλοντικά και αβέβαια κόστη (τι ακριβώς θα στοιχήσει η εκτέλεσή της). Ο συνδυασμός των ελλειμμάτων και των αδυναμιών αυτών αποτελεί τη χρυσή συνταγή για την υποβολή μίας, υπέρ το δέον, γενναιόδωρης ή και ανέφικτης προσφοράς. Κατά δεύτερον, η τάση προς επιζήμιες επιλογές ενισχύεται όσο περισσότερο εξαρτημένος είναι ο υποψήφιος ανάδοχος από την ανάληψη της δημόσιας σύμβασης. Εάν η επιχειρηματική του δραστηριότητά απευθύνεται σχεδόν αποκλειστικά στο Δημόσιο εν ευρεία εννοία (εργολάβος δημοσίων έργων, προμηθευτής μόνο του Δημοσίου) είναι προφανές ότι η αποτυχία του να καταστεί ανάδοχος σε συγκεκριμένη διαδικασία περιορίζει αυτόματα τον κύκλο εργασιών του. Η επαναλαμβανόμενη απώλεια τέτοιων συμβάσεων καθιστά τον οικονομικό φορέα μη βιώσιμο, έως και του στερεί το λόγο ύπαρξης. Περαιτέρω, όσο μικρότερος είναι ο ετήσιος αριθμός και ο τζίρος των προς ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, τόσο μεγαλύτερη είναι η εξάρτηση του οικονομικού φορέα από τις διαδικασίες αυτές και η τάση του να συνθηκολογήσει στις μονοψωνιακές απαιτήσεις του Δημοσίου, ακόμη και με καταστροφικές για τον ίδιο προσφορές. Αντίστροφα, εάν η επιχειρηματική του δραστηριότητα έχει και άλλους δυνητικούς αποδέκτες, ιδίως εντός της ιδιωτικής αγοράς (π.χ., προμήθεια ηλεκτρονικών συσκευών και ψηφιακών λύσεων), μειώνεται αντίστοιχα η ανάγκη του να συμβληθεί με την αναθέτουσα αρχή· θα το κάνει μόνο με συμφέροντες για τον ίδιο όρους, χρησιμοποιώντας ως συγκριτικό παράδειγμα για την προσφορά του τα τιμολογιακά δεδομένα της ελεύθερης αγοράς. Τέλος, η έκθεση στην κατάρα του μειοδότη συναρτάται και από την ένταση του ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων στη σχετική αγορά των προς σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Όσο αυξάνεται ο ανταγωνισμός μεταξύ των υποψηφίων [από τον αριθμό και τα χαρακτηριστικά των εν δυνάμει συμμετεχόντων σε συγκεκριμένο είδος δημοσίων έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών] τόσο μεγαλώνει η πίεση, άρα και ο κίνδυνος υποβολής επιζήμιας προσφοράς.

31 Φωκά-Καβαλιεράκη, *Οικονομική Ψυχολογία,* Παπαδόπουλος, 2017.85.

Κατά συνέπεια, η κατάρα του μειοδότη βαραίνει, περισσότερο ή λιγότερο, κάθε υποψήφιο ανάδοχο και αποτελεί ένα συστημικό παράγοντα αναποτελεσματικότητας στη διαδικασία δημοσίων συμβάσεων. Εάν, μάλιστα, υπερβεί ένα μη ανεκτό κατώφλι επικινδυνότητας, τότε υπονομεύει καίρια το θεσμό διότι οδηγεί νομοτελειακά σε μη βέλτιστες συναλλαγές, πλήττοντας, εν τέλει, τα συμφέροντα και των δύο μερών. Τούτο είναι κρίσιμο να γίνει κατανοητό από τον εφαρμοστή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Πράγματι, εάν δεν μειωθούν οι παράγοντες που πολλαπλασιάζουν τον κίνδυνο μόλυνσης από την κατάρα του μειοδότη, οι απώλειες από το κόστος αυτό θα έχουν ως απώτερο αποδέκτη την αναθέτουσα αρχή. Η τελευταία, θα βρεθεί μεταξύ δύο δεινών. Αφενός, ενδέχεται να προμηθευτεί ακριβότερα το συμβατικό αντικείμενο: όταν ένας ορθολογικός υποψήφιος βρίσκεται ενώπιον ενός αυξημένου κόστους αβεβαιότητας (δεν γνωρίζει επακριβώς τα χαρακτηριστικά και τις δυσκολίες εκτέλεσης της σύμβασης, το πώς θα χρησιμοποιήσει ενδεχομένως σε βάρος του τις υπερεξουσίες της η αναθέτουσα αρχή, το αν θα υπάρξουν στο μέλλον διαγωνισμοί με αντίστοιχα αντικείμενα, κλπ.) και φέρει υψηλό κίνδυνο να υποπέσει στη κατάρα του μειοδότη, θα προτιμήσει να μετακυλήσει το κόστος του κινδύνου αυτού στην προσφορά του, αυξάνοντας το τίμημα. Σε μία ώριμη αγορά «σοβαρών» και «ισχυρών» παικτών, οι ανάδοχοι δεν επωμίζονται το συγκεκριμένο ρίσκο αλλά το μεταφέρουν στην αναθέτουσα αρχή. Αντίστροφα, εάν η τελευταία καταφέρει να περιορίσει τους παράγοντες αυτούς -για παράδειγμα, κάνοντας σαφέστερη την περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου- θα βρεθεί να καταβάλει μικρότερο συμβατικό αντάλλαγμα. Αφετέρου, η αναθέτουσα αρχή είναι εκτεθειμένη στο ενδεχόμενο -το οποίο είναι συνηθέστερο στην πράξη, ειδικά σε ανώριμες αγορές όπως η ελληνική- να συμβληθεί μεν με χαμηλότερο τίμημα (διότι ο τελικός ανάδοχος θα έχει προσβληθεί από την ασθένεια της καταστροφικής μειοδοσίας), ωστόσο η σύμβαση που θα υπογράψει να είναι θνησιγενής και εν πολλοίς ανέφικτη. Το πρόβλημα θα εκδηλωθεί στο στάδιο της εκτέλεσης, όπως συχνά συμβαίνει στα δημόσια έργα τα οποία έχουν δημοπρατηθεί σε υπερβολικά χαμηλές τιμές. Για το λόγο αυτό, το δίκαιο επιχειρεί να ανακόψει

με διάφορους τρόπους τις υπερβολικά χαμηλές προσφορές, χωρίς μέχρι σήμερα να έχει βρεθεί η χρυσή συνταγή[32].

Επιπρόσθετα, η αυξημένη πιθανότητα καταστροφικής για τους υποψηφίους συμμετοχής σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιφέρει και μία άλλη ανεπιθύμητη συνέπεια: εκείνη της «ορθολογικά παραβατικής» συμπεριφοράς από μέρους τους. Τούτο είναι ιδίως εμφανές στο πεδίο των δημοσίων έργων, ενόψει της ιδιαίτερα υψηλής έκθεσης των εργοληπτικών επιχειρήσεων στην κατάρα του μειοδότη[33]. Η μη «αυτοκτονική» αντιμετώπιση του παραπάνω κινδύνου, οδηγεί τον υποψήφιο ανάδοχο σε ορθολογικές στρατηγικές νόθευσης του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτό, προσπαθεί να εξαλείψει τον κίνδυνο για τον ίδιο, στρεβλώνοντας υπέρ του τη βέλτιστη κατανομή πόρων στην οποία θα κατέληγε μία υγιής διαγωνιστική διαδικασία. Επίσης, διασφαλίζει αποκλειστικά για λογαριασμό του το κοινωνικό όφελος το οποίο, υπό κανονικές συνθήκες, μία ανοικτή αγορά μοιράζει δίκαια ανάμεσα στα μέρη της συναλλαγής. Οι στρατηγικές νόθευσης είναι ουσιαστικά δύο.

Αφενός, ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας θα καταφέρει να ελέγξει τη διαγωνιστική διαδικασία προς όφελός του, εάν αποκτήσει αθέμιτη προνο-

32 Βλ. άρθρο 88 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και από το άρθρο 32 του ν. 4782/2021, Πούγγουρας Π. σε Δελλής Γ. (επιμ.), 2021, σελ.29 επ.

33 Επιστρέφοντας στο παράδειγμά μας, αρκεί να συγκρίνουμε μία μεγάλη εταιρεία κατασκευής Η/Υ η οποία προμηθεύει το δημόσιο και μία εργοληπτική εταιρεία που θα αναλάβει ένα μεγάλο έργο υποδομής. Η πρώτη έχει σαφή γνώση του αντικειμένου, του δικού της κόστους, του κόστους των ανταγωνιστών της (με βάση τις τιμές στις οποίες πωλούν στην ιδιωτική αγορά) και πολύ μικρότερη εξάρτηση από την ανάθεση της σύμβασης η οποία ενδέχεται να αποτελεί ένα αμελητέο μερίδιο του κύκλου εργασιών της. Αντιστρόφως, ο εργολάβος δεν γνωρίζει επακριβώς τις δυσκολίες και τους κινδύνους του προς ανάθεση έργου υποδομής ενόψει της μοναδικότητάς του, ενώ έχει σοβαρά κενά και στην οικονομική συμπεριφορά των ανταγωνιστών του. Την ίδια στιγμή, η ανάληψη του έργου ενδέχεται να ισούται με το σύνολο του κύκλου εργασιών που μπορεί να αναλάβει σε μία χρονική περίοδο. Αν ακολουθήσει μία παθητική στρατηγική, καταθέτοντας υψηλή προσφορά, κινδυνεύει να βρεθεί εκτός αγοράς διότι το Δημόσιο ως μονοψώνιο δεν θα συμβληθεί με αυτόν. Αν η στρατηγική του είναι επιθετική, προσφέρει δηλαδή υψηλές εκπτώσεις, κινδυνεύει να χρεοκοπήσει εκτελώντας το έργο και να υποστεί τις δρακόντειες χρηματικές, διοικητικές ή και ποινικές κυρώσεις τις οποίες μπορεί να του επιβάλει η δημόσια αρχή, κάνοντας χρήση των δημόσιων προνομίων της.

μιακή σχέση με την αναθέτουσα αρχή (ομηρεία, διαφθορά)[34]. Έτσι, εξασφαλίζει το προς ανάθεση αποκλειστικό δικαίωμα, λειτουργώντας εξ αρχής ως εν δυνάμει μονοπώλιο το οποίο αδιαφορεί για τους ανταγωνιστές και τους πελάτες του. Το επιτυγχάνει υπαγορεύοντας στους εκπροσώπους της αναθέτουσας αρχής (να, και εδώ, το πρόβλημα αντιπροσώπευσης στο Δημόσιο) τους όρους του διαγωνισμού ώστε να τον φωτογραφίζουν, κατευθύνοντάς τους σε διακριτική δυσμενή μεταχείριση των ανταγωνιστών του με σκοπό τον εξοβελισμό τους και διασφαλίζοντας ότι η σύμβαση θα του ανατεθεί με το περιεχόμενο που επιθυμεί, καθώς η ερμηνεία και η εκτέλεση των συμβατικών όρων θα γίνεται ευνοϊκά για τον ίδιο. Με μία φράση, ο ανάδοχος του «στημένου» διαγωνισμού αποκτά μία πρόσοδο (προσοδοθηρία, *rent-seeking*)[35] σε βάρος του γενικού συμφέροντος, την οποία ουδέποτε θα διασφάλιζε σε συνθήκες ελεύθερης αγοράς.

Αφετέρου, ο υποψήφιος έχει μεγάλο κίνητρο να αποφύγει τον καταστροφικό για τον ίδιο ανταγωνισμό μέσω συνεννοήσεων με τους εν δυνάμει ανθυποψηφίους του, ελέγχοντας συλλογικά την έκβαση του διαγωνισμού (καρτέλ). Η προηγούμενη συνεννόηση διαγωνιζομένων -με χειρότερη εκδοχή, την υποβολή προσυνεννοημένων προσφορών, κάποιες από τις οποίες είναι εικονικές, ή την μη συμμετοχή στη διαδικασία έναντι ανταλλαγμάτων[36]- συνιστά χαρακτηριστική μορφή παράνομης οριζόντιας σύμπραξης κατά το δίκαιο

34 Για την ομηρεία και τη διαφθορά ως παθολογίες της δημόσιας δράσης λόγω ιδίως του προβλήματος αντιπροσώπευσης, βλ. Δελλής, 2018, οπ.παρ., σελ. 174. Ειδικά για το πεδίο των δημόσιων συμβάσεων, ιδιαίτερα γόνιμο για φαινόμενα διαφθοράς, Klinger, οπ.παρ., Fazekas M., Cingolani L., "Breaking the Cycle? How (Not) to Use Political Finance Regulations to Counter Public Procurement Corruption", *The Slavonic and East European Review*, 2017.1.76, Celentani M., Ganuza J-J, Corruption and competition in procurement, *European Economic Review*, 2002.46.1273.

35 Για την έννοια της προσοδοθηρίας, Χατζής Α., Πολιτική Χωρίς Ρομαντισμό: Διανεμητικές Συσπειρώσεις και Προσοδοθηρία, σε, *Το Δημόσιο Δίκαιο σε εξέλιξη: Σύμμεικτα προς τιμήν του Καθηγητού Πέτρου Ι. Παραρά*, Σάκκουλας, 2012.1121.

36 Barrus D., Scott F., Single Bidders and Tacit Collusion in Highway Procurement Auctions, *Journal of Industrial Economics,* 2020.68.483.

του ελεύθερου ανταγωνισμού[37]. Επιφέρει τα ίδια αποτελέσματα που προαναφέρθηκαν, θίγοντας, εκτός από το Δημόσιο και όσους δεν συμμετέχουν στο καρτέλ. Η παρανομία αυτή διευκολύνεται σε αγορές όπου η εταιρική συνεργασία είναι συνήθης και εύλογη πρακτική[38]. Την ίδια στιγμή, ωστόσο, η σύμπραξη εμφανίζει εσωτερικούς εχθρούς: κάθε συμμετέχων είναι εν δυνάμει λαθρεπιβάτης, έχει δηλαδή κίνητρο να εγκαταλείψει ή να καταγγείλει τη συμμετοχή του στην παράνομη συμφωνία, καταθέτοντας αυτόνομη προσφορά όταν τούτο θα εξυπηρετεί τα συμφέροντά του[39]. Για τον ίδιο λόγο, το καρτέλ χρειάζεται μηχανισμούς ώστε να ελέγχει τη συμμόρφωση των μελών του και να παρέχει κίνητρα για τη διατήρησή του (μελλοντικές αναθέσεις, υπεργολαβίες)[40]. Εάν ο μηχανισμός αυτός συνδυαστεί με υπόγειες συνεννοή-

37 Sanchez-Graells A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Studies in Competition Law 2η εκδ. 2017, Kuzma K., Hartung W., *Combating Collusion in Public Procurement. Legal Limitations on Joint Bidding*, Edward Elgar 2020, Dekel O., The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts, *Public Contract Law Journal* 2008.237, Cabanes C., Neveu B., *Droit de la concurrence dans les contrats publics. Pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, controls et sanctions*, Paris, Le Moniteur, 2008, Kovacic W.E., Bidding Rings and the Design of Anti–Collusive Measures for Auctions and Procurements, σε Dimitri N. κ.α. (επιμ.), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006.381, Weishaar S.E., Cartels, *Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging, New Horizons in Competition Law and Economics*, Edward Elgar, 2013, Γιαννακόπουλου Κ., *Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων*, εκδόσεις Σάκκουλα, 2006.

38 Όπως στην περίπτωση των εργοληπτικών επιχειρήσεων, με τις συνεχείς κοινοπραξίες και υπεργολαβίες.

39 Τα εργοληπτικά καρτέλ εμφανίζουν «αδυναμίες συλλογικής δράσης», οι οποίες έχουν διαγνωστεί από την οικονομική θεωρία και χρησιμοποιούνται από το σύγχρονο δίκαιο για την πάταξη των συγκεκριμένων παραβατικών συμπεριφορών. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί ο θεσμός της υπαγωγής σε καθεστώς «επιείκειας», κατά τη νομοθεσία περί ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα με τον οποίο δίνεται κίνητρο ακόμη και πλήρους απαλλαγής από την ευθύνη σε μέλος καρτέλ που καταδίδει τους υπολοίπους, προσφέροντας στην ελεγκτική αρχή τα κατάλληλα αποδεικτικά στοιχεία (άρθρο 29Β ν. 3959/2011.). Δεν είναι τυχαίο ότι ο θεσμός αυτός εφαρμόστηκε για πρώτη φορά επιτυχώς στην Ελλάδα για την αποκάλυψη του καρτέλ εργοληπτικών επιχειρήσεων που συμμετείχαν σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων (ΕπΑντ 642/2017).

40 Όπως έχει εύστοχα παρατηρηθεί, η γνώση των προς ανάθεση συμβάσεων στο αμέσως επόμενο χρονικό διάστημα, επιτρέπει στο καρτέλ να ικανοποιήσει τα μέλη του οργανώνοντας εκ των προτέρων την κατανομή μελλοντικών αντικειμένων.

σεις με την αναθέτουσα αρχή ή τους φορείς της δημόσιας εξουσίας (αρμόδια Υπουργεία, εποπτικές αρχές), το αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα πάνω στη συγκεκριμένη αγορά δημόσιας σύμβασης λαμβάνει τη μέγιστη τιμή του.

Το ισχύον δίκαιο και οι εφαρμοστές του προφανώς δεν αγνοούν τα παραπάνω. Ωστόσο, ο νομικισμός, η τυπολατρία και η ηθικοπλαστική οπτική με την οποία επιχειρείται να αντιμετωπισθούν τα παραπάνω ζητήματα κάθε άλλο παρά φέρνουν τα επιθυμητά αποτελέσματα. Η αβασάνιστη προδιάθεση σε βάρος του «κακού» και επιρρεπούς στην παρανομία υποψηφίου αναδόχου και η δυσανάλογη επιμονή στο να προστατευτεί το κοινό καλό μέσα από μία οριζόντια και φορμαλιστική θεώρηση περί νομιμότητας δεν έχουν αποδώσει καρπούς. Ας δώσουμε τρία παραδείγματα, τα οποία αφορούν τόσο το ευρωπαϊκό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις όσο και τον τρόπο μεταφοράς του στη Χώρα μας:

Πρώτον, θα πρέπει να μας βάλει σε σκέψεις το γεγονός ότι το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο επιβάλλει σχεδόν το ίδιο κανονιστικό πλαίσιο για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, ανεξάρτητα από το επί μέρους αντικείμενό τους (αγαθά, υπηρεσίες, έργα). Αρκεί μία ανάγνωση των αντίστοιχων Οδηγιών για να εξαχθεί το αδιαμφισβήτητο αυτό συμπέρασμα[41]. Ωστόσο, η κατάρα του μειοδότη αφορά με εντελώς διαφορετική ένταση τα συγκεκριμένα αντικείμενα: όπως εξηγήθηκε, στην περίπτωση των δημοσίων έργων ο συγκεκριμένος κίνδυνος είναι σαφώς πολλαπλάσιος. Όταν το δίκαιο χρησιμοποιεί τα ίδια εργαλεία θεραπείας για τη ρύθμιση οικονομικών σχέσεων με τελείως διαφορετικά κόστη συναλλαγής –όπως είναι η απόκτηση Η/Υ από μία δημόσια αρχή ή η κατασκευή ενός αυτοκινητοδρόμου, για να επανέλθουμε στο παράδειγμά μας- οι πιθανότητες να αποδειχθεί αποτελεσματικό είναι εξ υπαρχής μειωμένες[42].

41 Βλ. Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ.

42 Η θέσπιση ενιαίων, οριζόντιων ρυθμίσεων σε ευρωπαϊκό επίπεδο σίγουρα μειώνει τα κόστη συναλλαγής τα οποία προκαλεί η πολυνομία και η εφαρμογή διαφορετικών καθεστώτων στα διάφορα κράτη-μέλη. Ωστόσο, εάν η εναρμόνιση γίνεται σε στρεβλή βάση, τότε το πρόβλημα απλά γενικεύεται. Hickman D., "Horizontal Policies in Public Procurement-Their Use and Effectiveness in

Δεύτερον, το παραπάνω πρόβλημα δεν επιλύεται απλά με τη θέσπιση δρακόντειων κανόνων και την ενδυνάμωση της συμβατικής θέσης της αναθέτουσας αρχής με ακόμη περισσότερα προνόμια. Προς αυτή την επιλογή έχει κινηθεί ο εθνικός νομοθέτης, ιδίως για το στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων δημοσίων έργων, αυξάνοντας τις εξουσίες του Δημοσίου (αυστηρές διαδικασίες παραλαβής, δυνατότητες κήρυξης του εργολήπτη ως εκπτώτου, αποβολή από μελλοντικούς διαγωνισμούς, ποινικές κυρώσεις, κλπ.)[43]. Όπως έχει αποδειχθεί μέχρι σήμερα, τα συγκεκριμένα όπλα είναι μάλλον άσφαιρα. Χωρίς προφανώς να προτείνεται η ριζική κατάργηση των συγκεκριμένων κανόνων, μήπως θα πρέπει να μας βάλει σε σκέψη η αναποτελεσματικότητά τους; Η υπερβολική νομική ενίσχυση του ενός συμβαλλόμενου μέρους, το οποίο συχνά συμπεριφέρεται μονοψωνιακά και διαθέτει το μονοπώλιο της δημόσιας εξουσίας, εκτός του ότι διευκολύνει στρεβλώσεις του ανταγωνισμού προερχόμενες από το Δημόσιο[44], κάνει δυσβάστακτη την «κατάρα» των υποψήφιων μειοδοτών. Τούτο, μοιραία, τους ωθεί στη λήψη αντιμέτρων, ακόμη και των πλέον παραβατικών (καρτέλ, διαφθορά υπαλλήλων, διαπλοκή με πολιτική εξουσία, απόπειρα επιρροής της Δικαιοσύνης, κλπ.). Η κατάσταση θυμίζει, κάπως, εκείνη στις πολιτείες του αμερικανικού νότου: η μεγάλη αστυνόμευση και οι συστηματικές θανατικές καταδίκες κάθε άλλο παρά μειώνουν την εγκληματικότητα.

Τρίτον, θα πρέπει επιτέλους να γίνει αντιληπτό ότι η τυπολατρία, ιστορική επιλογή του Έλληνα δικαστή από τα πρώτα χρόνια της εφαρμογής των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις (ν. 2522/1997), δεν αποτελεί πανάκεια, ούτε διασφαλίζει την τήρηση της νομιμότητας. Είναι, απλά, «μία κάποια, ψευδο-σολομώντεια λύσις», ώστε οι οπαδοί της να αισθάνονται ότι δεν αδίκησαν καμία πλευρά. Ωστόσο, ο άκρατος φορμαλισμός δεν διασφαλίζει ίσους όρους

EU Law and Policy", *EPPPL* 2/2019.

43 Με τα άρθρα 57 επ. του νόμου 4782/2021 τροποποιήθηκαν προς αυτή την κατεύθυνση οι διατάξεις του ν. 4412/2016 σχετικά με το στάδιο της εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Τσιρωνάς Αθ. σε Δελλής Γ. (επιμ.), 2021, σελ.57επ.

44 Sanchez-Graells A., Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It, *University of Oxford, Center for Competition Law and Policy*, 2009, CCLP (L). 23.

ανταγωνισμού αλλά μάλλον ευνοεί παίκτες με μεγαλύτερη ισχύ και περιθώρια υποβολής τεράστιων φακέλων προσφορών, με στρατιές δικηγόρων ικανών να διυλίσουν τον κώνωπα. Ακόμη χειρότερα, είναι το ιδανικό προκάλυμμα αθέμιτων συναλλαγών: οι πλέον ύποπτες αποφάσεις (είτε αναθετουσών αρχών, είτε της, πάλαι ποτέ, ΑΕΠΠ) ισορροπούν μεταξύ «ρεαλισμού» και «φορμαλισμού» κατά το δοκούν. Τέλος, και όταν δεν υποκρύπτει διαπλοκή, η τυπολατρία -ή, όπως, ευφυώς το διατύπωσε το *Consiglio di Stato,* το κυνήγι του τυπικού σφάλματος (*caccia al errore*)[45]- ζημιώνει τελικά το Δημόσιο και τον Έλληνα φορολογούμενο: στερεί το Κράτος από τη δυνατότητα να προμηθευτεί την καλύτερη λύση σε χαμηλότερη τιμή, διότι ο οικονομικός φορέας που την υπέβαλε δεν προσκόμισε εγκαίρως κάποιο από τα εκατοντάδες έγγραφα της διακήρυξης, παρότι θα μπορούσε κάλλιστα να το καταθέσει στη συνέχεια συμπληρώνοντας την προσφορά του και παρότι το έγγραφο αυτό δεν συνδέεται ουσιωδώς με τα κρίσιμα χαρακτηριστικά της προσφοράς και του ιδίου. Στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, ο διοικητικός δικαστής φαίνεται να ξεχνά τον επιθετικό προσδιορισμό «ουσιώδης» τύπος, τον οποίο σοφά εφαρμόζει στα υπόλοιπα πεδία της κρατικής δράσης. Πρόσφατα, η διάχυτη δυσανεξία στην εφαρμογή του νέου άρθρου 102 του ν. 4412/2016, το οποίο διεύρυνε σημαντικά τα περιθώρια εκ των υστέρων συμπληρώσεων και διορθώσεων των κατατεθειμένων προσφορών[46], καταδεικνύει ότι οι ρίζες του φορμαλισμού είναι ακόμη βαθιές στο σύστημά μας.

Συμπέρασμα. Αναζητώντας ένα αποτελεσματικό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις

Εν κατακλείδι, απέχουμε πολύ από τη διαμόρφωση ενός αποτελεσματικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις, εθνικού και ευρωπαϊκού[47]. Για να συμβεί

45 Consiglio di Stato sez. V, 494/21.9.2005.

46 Βλ. άρθρο 42 του ν. 4782/2021, με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως επίσης και ΣτΕ 725/2022, σκ. 35, Πούγγουρας Π. σε Δελλής Γ. (επιμ.), σελ. 32 επ., 2021.

47 Το ζήτημα απασχολεί ιδιαίτερα το δίκαιο της ΕΕ. ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣ ΤΟ

αυτό, είναι κρίσιμο οι κανόνες που τις διέπουν να εκπονούνται από το νομοθέτη και να ερμηνεύονται από τις αναθέτουσες αρχές, τα Δικαστήρια και τις αρμόδιες ανεξάρτητες αρχές, με γνώμονα το κατά πόσον επιτυγχάνουν ταυτόχρονα τη δημιουργία συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού και την βέλτιστη μείωση των διαφόρων μορφών κόστους συναλλαγής τα οποία καταγράφονται στο ειδικό αυτό πεδίο. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορεί να αποδειχθεί πολύτιμη στη συγκεκριμένη προσπάθεια, ακριβώς διότι αντιπαραθέτει το ρεαλισμό και την εμπειρική έρευνα στον ιδεοληπτικό νομικισμό. Τα περιθώρια χρήσης των εργαλείων της οικονομικής ανάλυσης είναι ιδιαίτερα ευρέα, είτε για την επιβεβαίωση είτε για την ανατροπή των θέσεων που ακολουθεί μέχρι σήμερα η παραδοσιακή νομική προσέγγιση. Το βέβαιο είναι πως μπορεί να φωτίσουν «όψεις του Καθεδρικού» -κατά τη διάσημη φράση του *Guido Calabresi*- οι οποίες ακόμη μας διαφεύγουν. Εξάλλου, τα χρησιμοποιούμε ήδη, καμιά φορά από διαίσθηση, για να τεκμηριώσουμε την εξέλιξη της νομοθεσίας. Ορισμένες αλλαγές του ν. 4782/2021, όπως η προαναφερθείσα διεύρυνση των περιθωρίων συμπλήρωσης μίας προσφοράς[48], η έμφαση στην τεκμηρίωση των ιδιαίτερα χαμηλών προσφορών[49], η ενίσχυση των ηλεκτρονικών διαγωνισμών[50] και, ιδίως, η προτίμηση στη χρήση εργαλείων ψηφιακής διαφάνειας αντί για επιπλέον διαδικασίες και περιορισμούς[51] απηχούν μία ευτυχή «νομικο-οικονομική συναντίληψη». Το καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων επιτυγχάνει περισσότερα όταν δίνει τα σωστά κίνητρα και «σκουντήματα» (*nudges*)[52] στους οικονομι-

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΙΟ, ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ, ΤΗΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΚΑΙ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΤΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΩΝ, *Να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών αποτελεσματικές μέσα στην Ευρώπη και για την Ευρώπη, Στρασβούργο*, 3.10.2017, COM(2017) 572 final.

48 Βλ. άρθρο 42 του ν. 4782/2021, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

49 Βλ. άρθρο 32 του ν. 4782/2021, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 88 του ν. 4412/2016.

50 Βλ. άρθρο 3 του ν. 4782/2021, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 34 του ν. 4412/2016.

51 Βλ. άρθρα 4, 5 και 6 του ν. 4782/2021, τα οποία τροποποίησαν, αντίστοιχα, τα άρθρα 36, 37 και 38 του ν. 4412/2016, σχετικά με τη χρήση του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) και του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ).

52 Για την έννοια αυτή, βλ. Karampatzos A., *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis: The Mandated-Choice Model (Markets and the Law)*, Routledge 2020.

κούς φορείς, τους χρηματοδότες τους και στις αναθέτουσες αρχές[53], όταν αξιολογεί και παραμετροποιεί την αποδοτικότητα των επιλογών του[54] και, πάνω από όλα, όταν προβληματίζεται για τις πιθανές παρενέργειες των δεσμευτικών κανόνων που εισάγει[55].

53 Από τη σκοπιά αυτή, η αρτιότερη χρήση μηχανισμών διαφάνειας και «έξυπνης» σύμπραξης με την ιδιωτική κοινωνία μπορεί να βελτιώσει σοβαρά την κατάσταση. Για παράδειγμα, η υποχρεωτική ιδιωτική ασφάλιση των δημοσίων έργων θα ενίσχυε τις προοπτικές της καλής τους εκτέλεσης, διότι θα καθιστούσε συνυπεύθυνες τις τραπεζικές και ασφαλιστικές επιχειρήσεις για την επίβλεψή τους. Θα έχουν το κίνητρο να το πράξουν προσηκόντως, αλλιώς θα υποστούν το οικονομικό κόστος της πλημμελούς εκτέλεσης. Η χρήση του χρηματοπιστωτικού κλάδου ως έμμεσου επόπτη της τήρησης της νομιμότητας δεν πρέπει να ξαφνιάζει. Παρατηρείται ήδη σε άλλα πεδία, όπως για παράδειγμα σε εκείνο των ενεργειακών έργων από τη σκοπιά των περιβαλλοντικών τους επιπτώσεων. Οι τράπεζες εξετάζουν όλο και πιο αυστηρά τις περιβαλλοντικές επιδόσεις των έργων που πρόκειται να χρηματοδοτήσουν.

54 Klinger οπ.παρ. Αξίζει, για παράδειγμα, να εξετασθεί κατά πόσον τα κόστη συναλλαγής που βαραίνουν μία διαδικασία ανάθεσης θα μπορούσαν να μειωθούν εάν επιλεγεί διαφορετική διαδικασία μειοδοσίας (π.χ., μειοδοτικός διαγωνισμός με περισσότερους γύρους, τον οποίο χρησιμοποιεί επιλεκτικά το Υπουργείο Υγείας για νοσοκομειακές προμήθειες). Στις περιπτώσεις αυτές, η κατάρα του μειοδότη και τα περιθώρια καρτέλ ενδέχεται να μειώνονται: Hendricks/Preston McAfee/Williams, οπ.παρ., Skrzypacz A., Hopenhayn H., Tacit Collusion in Repeated Auctions, *Journal of Economic Theory*, 2004.114.153, Robinson, M., Collusion and the Choice of Auction, *Rand Journal of Economics* 1985.16.141.

55 Την ίδια στιγμή, δεν αρμόζει να υπεραισιοδοξούμε. Σε ανώριμες, θεσμικά, έννομες τάξεις και οικονομίες, τα περιθώρια απόκλισης από την προκρούστεια, υπερεξαντλητική ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων, είναι μικρότερα. Βλ. Bosio E., Djankov S., Glaeser E.L., Shleifer A., "Public Procurement in law and practice", NBER WORKING PAPER SERIES, 2020. Η μελέτη εξετάζει τα «trade offs» μεταξύ λεπτομερούς νομικής ρύθμισης και παροχής διακριτικής ευχέρειας στις αναθέτουσες αρχές. Η ρύθμιση είναι πιο χρήσιμη για κράτη με ανώριμο θεσμικό οπλοστάσιο διότι φαίνεται να αποτελεί άμυνα κατά της διαφθοράς και της ομηρείας. Αντιθέτως, σε κράτη με ώριμους θεσμούς η ρύθμιση καθίσταται τροχοπέδη. Η παροχή διακριτικής ευχέρειας στις αναθέτουσες αρχές οδηγεί σε καλύτερα αποτελέσματα.

Νέες τεχνολογίες και Δημόσια Διοίκηση

Γεώργιος Δημητρόπουλος

Αναπληρωτής Καθηγητής και Αναπληρωτής Κοσμήτορας HBKU College of Law

Εισαγωγή

Η ιεραρχική δόμηση της Δημόσιας Διοίκησης αποτέλεσε βασικό μέλημα κατά τη διάρκεια της δημιουργίας του μοντέρνου κράτους. Ο Καθηγητής Σπύρος Φλογαΐτης αποτέλεσε και αποτελεί τον πρωτοπόρο μελετητή του Διοικητικού Δικαίου στην ανάδειξη των ιστορικών συνεχειών της οργάνωσης της διοίκησης και της εξέλιξης του Διοικητικού Δικαίου από την αρχαία Ρώμη μέχρι σήμερα.[1]

Οι νέες τεχνολογίες μεταβάλλουν ριζικά τις ανθρώπινες και κοινωνικές σχέσεις. Μεταβάλλουν επίσης τον τρόπο διεξαγωγής των συναλλαγών, καθώς και σταδιακά τον τρόπο οργάνωσης της Δημόσιας Διοίκησης και διάδρασής της με τους πολίτες.[2] Δεν αλλάζουν φυσικά όλες οι νέες τεχνολογίες τη Δημόσια Διοίκηση με τον ίδιο τρόπο. Δεν έχουν άλλωστε όλες οι νέες τεχνολογίες την ίδια φύση.

1 *S. Flogaitis*, Fundamental Concepts of Administrative Organization, A. N. Σάκκουλας, 1981. *Spyridon Flogaitis*, The Evolution of Law and the State in Europe, Hart, 2014.

2 Βλ. σχετικά τις ακόλουθες εξαιρετικές μελέτες: *Π. Λαζαράτος*, Νομική φύση και τύπος αυτοματοποιημένων διοικητικών πράξεων, ΤοΣ 1990, 197 επ. *Π. Λαζαράτος*, Το δικαίωμα της προηγούμενης ακροάσεως του άρθρου 20 παρ. 2 Συντ. κατά την έκδοση διοικητικών πράξεων με τη βοήθεια ηλεκτρονικών υπολογιστών, ΝοΒ 1990, 427 επ. *Α. Χάνος*, Δίκαιο και τεχνολογική εξέλιξη στην κοινωνία των πληροφοριών – Με παράδειγμα το διοικητικό δίκαιο, Μελέτημα που δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα Ελλήνων Νομικών 2000, 718 επ.

Οι πλατφόρμες επικοινωνίας και τα μέσα δικτύωσης, για παράδειγμα, έχουν την τάση να συγκεντρώνουν πληροφορίες και να ενισχύουν ένα κεντρικό και ιεραρχικό τρόπο οργάνωσης. Το *facebook* επιτρέπει στην ιδιοκτήτρια εταιρεία *Meta* να συγκεντρώνει τεράστιο αριθμό πληροφοριών και να επιβάλλει όρους χρήσης στους χρήστες του δικτύου σε όλο τον κόσμο. Πλατφόρμες ανταλλαγής υπηρεσιών όπως η *Uber*, στον τομέα υπηρεσιών μετακίνησης, και η *Airbnb* στον τομέα υπηρεσιών διαμονής, μοιράζονται κάποια από τα παραπάνω χαρακτηριστικά. Οι πλατφόρμες αυτές συλλέγουν κεντρικά στοιχεία χρηστών και επιβάλλουν όρους χρήσης στους μεμονωμένους χρήστες. Υπάρχει όμως μία διαφορά ανάμεσα στο *Facebook* και στις πλατφόρμες ανταλλαγής υπηρεσιών. Οι πλατφόρμες της δεύτερης κατηγορίας επιτρέπουν τη διομότιμη (*peer to peer* – P2P) παροχή υπηρεσιών από τους χρήστες. Δημιουργούν έτσι ένα δίκτυο ομότιμων χρηστών καταργώντας σε μεγάλο βαθμό τους ενδιάμεσους παρόχους υπηρεσιών.

Μεταβαίνουμε όμως γοργά και σε μια τρίτη κατηγορία νέων τεχνολογιών. Θα μπορούσαμε να αποκαλέσουμε αυτές τις τεχνολογίες «αποκεντρωμένες τεχνολογίες» ή «κατανεμημένα δίκτυα». Το βασικό παράδειγμα κατανεμημένου δικτύου είναι το *blockchain* ή «αλυσίδα συστοιχιών». Το *blockchain* βρίσκει εφαρμογής σε μια πληθώρα πεδίων. Η συγκεκριμένη μελέτη ασχολείται με τη χρήση του *blockchain* από τη Δημόσια Διοίκηση και τις αλλαγές που θα μπορούσε να επιφέρει η χρήση του *blockchain* στην ιστορική (ιεραρχική) δομή της, καθώς και στο διοικητικό δίκαιο.[3]

Στην ανάλυση που ακολουθεί επιχειρείται η παρουσίαση των αλλαγών που θα μπορούσαν να επιφέρουν οι αποκεντρωμένες τεχνολογίες στη Δημόσια Διοίκηση, με βάση το παράδειγμα του *blockchain*. Αρχικά εκτίθεται το γενικότερο πλαίσιο μετάβασης σε χρήση τεχνολογιών αποκεντρωμένου τύπου (υπό Α.). Έπειτα αναλύεται η χρήση του *blockchain* από τη Δημόσια Δι-

3 Το κεφάλαιο αντλεί για το τεχνικό και το νομικό κομμάτι από: *G. Dimitropoulos*, The Law of Blockchain, Washington Law Review, 95, 2020, 1117 επ. *G. Dimitropoulos*, Law and Digital Globalization, University of Pennsylvania Journal of International Law, 44, 2022, 41 επ.

οίκηση (υπό Β.), και τέλος παρουσιάζονται οι πιθανές μεταβολές που μπορεί να επιφέρει η χρήση του blockchain στη Δημόσια Διοίκηση και το διοικητικό δίκαιο (υπό Γ.).

Α. Νέες Τεχνολογίες: Από τη «Συγκέντρωση» στην «Αποκέντρωση»

Διαφορετικές νέες τεχνολογίες έχουν διαφορετικά χαρακτηριστικά και λειτουργούν με τελείως διαφορετικούς τρόπους. Το πρώτο μέρος του κεφαλαίου έχει στόχο να ξεχωρίσει και να παρουσιάσει μία κατηγορία νέων τεχνολογιών, τις «αποκεντρωμένες τεχνολογίες», από άλλες τεχνολογίες που δεν έχουν το χαρακτηριστικό της αποκέντρωσης. Το κυριότερο παράδειγμα αποκεντρωμένης τεχνολογίας είναι το blockchain.

Ι. Αποκεντρωμένες τεχνολογίες

Διαφορετικές νέες τεχνολογίες έχουν διαφορετική φύση. Οι πλατφόρμες επικοινωνίας και τα μέσα δικτύωσης, για παράδειγμα, έχουν την τάση να συγκεντρώνουν πληροφορίες κεντρικά και ιεραρχικά.[4] Το *facebook,* για παράδειγμα, επιτρέπει στην ιδιοκτήτρια εταιρεία *Meta* να συγκεντρώνει τεράστιο αριθμό πληροφοριών και να επιβάλλει όρους χρήσης στους χρήστες του δικτύου σε όλο τον κόσμο. Πλατφόρμες παροχής και ανταλλαγής υπηρεσιών όπως η *Uber* και η *Airbnb* μοιράζονται κάποια από τα ίδια χαρακτηριστικά. Οι πλατφόρμες αυτές συλλέγουν κεντρικά τα στοιχεία των χρηστών και επιβάλλουν όρους χρήσης στους μεμονωμένους χρήστες. Υπάρχει όμως μία διαφορά ανάμεσα στο *facebook* και στις πλατφόρμες παροχής υπηρεσιών. Οι πλατφόρμες της δεύτερης κατηγορίας καθιστούν εφικτή την παροχή υπηρεσιών από τον ένα χρήστη στον άλλο. Επιτρέπουν δηλαδή τη διομότιμη (*peer*

4 Βλ. σχετικά *F. Pasquale*, Two Narratives of Platform Capitalism, Yale Law & Policy Review, 35, 2016, 309; *Sofia Ranchordás*, Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy, Minnesota Journal of Law, Science And Technology, 16, 2015, 413 επ.

to peer – P2P) παροχή υπηρεσιών από τους χρήστες. Δημιουργούν έτσι ένα δίκτυο διομότιμων χρηστών· καταργούν με τον τρόπο αυτό σε μεγάλο βαθμό τους ενδιάμεσους παρόχους υπηρεσιών.

Μεταβαίνουμε όμως σταδιακά σε μια τρίτη κατηγορία νέων τεχνολογιών. Θα μπορούσαμε να αποκαλέσουμε αυτές τις τεχνολογίες «αποκεντρωμένες τεχνολογίες» ή «κατανεμημένα δίκτυα». Το βασικό παράδειγμα κατανεμημένου δικτύου είναι το *blockchain* ή «αλυσίδα συστοιχιών».

ΙΙ. Η τεχνολογία Blockchain

Blockchain δεν είναι τίποτα περισσότερο και τίποτα λιγότερο από ένα αρχείο. Το αρχείο αυτό έχει ηλεκτρονική μορφή. Το ιδιαίτερο χαρακτηριστικό του αρχείου είναι ότι λειτουργεί με τρόπο ώστε να μπορούν να το μοιράζονται ταυτόχρονα περισσότερα πρόσωπα από κοινού. *Blockchain* θα μπορούσε στα ελληνικά να μεταφραστεί ως μπλοκ ή αλυσίδα συστοιχιών, ή αλυσίδα κατανεμημένης εγγραφής. Είναι μια σχετικά νέα τεχνολογία με τα χαρακτηριστικά που θα περιγραφούν κατωτέρω.

Το *blockchain* αποτελεί διανεμημένη σειρά δεδομένων, ομαδοποιημένων σε χρονικά αριθμημένα τμήματα ή συστοιχίες (*blocks*). Τα δεδομένα δημιουργούν μια αλυσίδα νέων κοινοποιημένων εγγραφών πάνω στο αρχείο. Τα μπλοκ δημιουργούν και αποτελούν κρίκους μιας αλυσίδας. Τα τμήματα ενώνονται χρονικά το ένα μετά το άλλο δημιουργώντας μια αλυσίδα κατασκευασμένη από κοινού από όλους τους συμμετέχοντες. Η αλυσίδα αποθηκεύεται στον αποθηκευτικό χώρο όλων των συμμετεχόντων (ή κόμβων).

Το *blockchain* είναι ένα δίκτυο ομότιμων κόμβων. Το δίκτυο είναι αποκεντρωμένο και διανεμημένο με τον ίδιο τρόπο. Δεν υφίσταται επί της αρχής κάποιος κόμβος που να υπερέχει ή να έχει προτεραιότητα έναντι κάποιου άλλου. Οι κόμβοι είναι ίσοι μεταξύ τους με την έννοια ότι όλοι κατέχουν ισότιμα το αρχείο.

Η δημιουργία, διαφύλαξη και επέκταση του ηλεκτρονικού αρχείου ελέγ-

χεται από ένα σύνολο κανόνων, που ονομάζεται Πρωτόκολλο Συναίνεσης (*consensus protocol*). Το Πρωτόκολλο Συναίνεσης δεν απαιτεί να γνωρίζονται οι συμμετέχοντες μεταξύ τους. Δεν απαιτεί δηλαδή «εμπιστοσύνη» ανάμεσα στους συμμετέχοντες.[5] Το Πρωτόκολλο Συναίνεση έχει ως στόχο να μην απαιτείται να αποδείξουν τα πρόσωπα του δικτύου την «τιμιότητά» τους αναφορικά με τη συμμετοχή τους στο δίκτυο.

Το δίκτυο και η συστοιχία είναι δημόσια, δηλαδή φανερή σε όλους, συμμετέχοντες στο δίκτυο και μη. Όλοι οι κόμβοι που συμμετέχουν στο δίκτυο κατέχουν ξεχωριστά και από κοινού ταυτόχρονα ένα πανομοιότυπο αντίγραφο του αρχείου. Το αρχείο δεν είναι στατικό σε περιεχόμενο, αλλά εμπλουτίζεται συνεχώς με νέο περιεχόμενο. Ο εμπλουτισμός γίνεται με τη συγκόλληση των μπλοκ, η οποία καθίσταται εφικτή στη βάση τεχνικών κρυπτογράφησης. Τα μπλοκ περιέχουν κρυπτογραφικά αποτυπώματα, παρά αυτούσιες τις αρχικές πληροφορίες. Η ειδοποιός διαφορά του αρχείου *blockchain* σε αντίθεση με οποιουδήποτε άλλου είδους αρχείο έγκειται στο ότι απουσιάζει η δυνατότητα διαγραφής δεδομένων από αυτό. Το ιστορικό της συστοιχίας δεν μπορεί να τροποποιηθεί.

Διάφοροι κόμβοι του δικτύου μπορεί να έχουν διαφορετικές αρμοδιότητες, όπως η αποθήκευση και συνεχής ενημέρωση μέρους ή του συνόλου του αρχείου ή/και το δικαίωμα υποβολής υποψηφιότητας νέων μπλοκ στην αλυσίδα. Οι κόμβοι που αποθηκεύουν την αλυσίδα ονομάζονται απλώς κόμβοι. Όσοι κόμβοι διατηρούν το δικαίωμα να υποβάλουν υποψηφιότητα δημιουργίας νέων μπλοκ ονομάζονται «εξορύχοι» (*miners)*.[6] Η διαδικασία εξόρυξης (*mining)* επιτρέπει την συνέχιση της αλυσίδας, η οποία μετά την προσθήκη του μπλοκ αποθηκεύεται τοπικά από όλους τους κόμβους. Όλοι οι κόμβοι συμμετέχουν στον έλεγχο της ακρίβειας των στοιχείων του μπλοκ καθώς επίσης προωθούν τις πληροφορίες στους γειτονικούς κόμβους.

5 Βλ. σχετικά P. De Filippi/M. Mannan/W. Reijers, Blockchain as a Confidence Machine: The Problem of Trust & Challenges of Governance, Technology in Society, 62, 2020, σελ. 101284 επ.

6 Αυτή η ορολογία χρησιμοποιείται κυριώς στο *blockchain* του *bitcoin*.

Κάθε μπλοκ περιέχει συγκεκριμένα δεδομένα: Πρώτον, το κρυπτογραφικό αποτύπωμα του προηγούμενου στην αλυσίδα μπλοκ *(previous block hash*). Δεύτερον, το κρυπτογραφικό αποτύπωμα που προκύπτει από τη λειτουργία μιας συνάρτησης κατακερματισμού πάνω στο σύνολο των εισαχθέντων και ξεχωριστών συναλλαγών *(transactions*) στο εν λόγω μπλοκ, συμπεριλαμβανομένων και αυτών των ίδιων συναλλαγών. Στην περίπτωση του *bitcoin* που θα συζητηθεί αναλυτικότερα κατωτέρω, κάθε ομάδα συναλλαγών αναφέρεται σε και περιγράφει μία νομισματική συναλλαγή. Τρίτον, τη χρονική σφραγίδα *(timestamp*), δηλαδή τον αριθμό των δευτερολέπτων που έχουν μεσολαβήσει μέχρι την στιγμή της παραγωγής της χρονο-σφραγίδας. Τέταρτον, την απόδειξη μόχθου του μπλοκ (*cryptographic nonce*). Πρόκειται για ένα μοναδικά δημιουργημένο αριθμητικό λέξημα, δηλαδή μια σειρά σημαντικών δεδομένων με τυχαία διεργασία. Πέμπτο, το κρυπτογραφικό αποτύπωμα του εν λόγω μπλοκ. Εάν ένα υποψήφιο προς ένταξη στην αλυσίδα μπλοκ, πετύχει την ένταξή του, το κρυπτογραφικό του αποτύπωμα θα αποτελέσει την πρώτη ομάδα του επόμενου από αυτό μπλοκ.

Η απουσία εμπιστοσύνης με την παραδοσιακή έννοια ανάμεσα στους συναλλασσόμενους οδηγεί στην ανάγκη δημιουργίας νέων συμπεριφορικών κανόνων εντός του δικτύου. Οι κανόνες βασίζονται στην εισαγωγή κινήτρων. Το αριθμητικό λέξημα εξασφαλίζει τη σταθερότητα και την ασφάλεια της λειτουργίας του *blockchain*. Η εύρεση του κατάλληλου αριθμητικού λεξήματος βασίζεται σε τυχαίους παράγοντες. Οι κόμβοι όμως που έχουν τη μεγαλύτερη υπολογιστική ισχύ, έχουν και τις περισσότερες πιθανότητες να λύσουν το αριθμητικό λέξημα. Η εύρεση ενός λειτουργικού αριθμητικού λεξήματος αποτελεί την «απόδειξη μόχθου» (*Proof of Work*) στη διαδικασία προσθήκης νέων μπλοκ σε μια αλυσίδα *blockchain*. Η διαδικασία αυτή ονομάζεται απόδειξη μόχθου, καθώς χρειάζονται τεράστια νούμερα παραγωγής και ελέγχου τυχαίων λεξημάτων μέχρι την εύρεση ενός που να ικανοποιεί τη συνθήκη δυσκολίας του εκάστοτε Πρωτοκόλλου Συναίνεσης.

Η διαδικασία εύρεσης ενός λειτουργικού αριθμητικού λεξήματος μοιάζει με τη ρίψη ενός ζαριού με πολύ μεγάλο αριθμό όψεων, από τις οποίες μόνο

ένα πολύ μικρό σύνολο όψεων θεωρούνται επιτυχείς. Όσες περισσότερες οι ρίψεις, τόσο μεγαλύτερη η πιθανότητα εύρεσης κατάλληλου λεξήματος. Η διαδικασία της προσπάθειας εύρεσης κατάλληλου λεξήματος είναι αυτό που ονομάζεται «εξόρυξη» (*mining*) στο *blockchain* του *bitcoin.* Αυτό εξασφαλίζει ισορροπία στην αλυσίδα και οδηγεί στη μη ανάγκη ύπαρξης άλλου τύπου εγγυήσεων εμπιστοσύνης ανάμεσα στους συμμετέχοντες στο δίκτυο. Η εξόρυξη κοστίζει ενέργεια στους κόμβους. Οι εξορύχοι έχουν όμως κίνητρο να συμμετάσχουν στη διαδικασία. Το κίνητρο είναι συνήθως οικονομικό. Το κίνητρο στο *blockchain* του *bitcoin* είναι η απόκτηση κλάσματος του νομίσματος της εκάστοτε αλυσίδας. Αυτό αποδίδεται αυτομάτως στον κόμβο που επιτυγχάνει την ένταξη στην αλυσίδα του μπλοκ. Οι εξορύχοι έχουν και ένα δεύτερο κίνητρο να συμμετάσχουν. Έχουν δικαίωμα να εισπράξουν επίσης τα κόμιστρα των συναλλαγών που ενέταξαν στο μπλοκ. Η ανταμοιβή αυτή επίσης εγγράφεται στη λίστα των δεδομένων του μπλοκ.

Β. Blockchain και Δημόσια Διοίκηση

Οι χρήσεις του *blockchain* επεκτείνονται συνεχώς. Το παρόν μέρος του άρθρου παραθέτει τις ευρύτερες χρήσεις του blockchain. Εστιάζει κυρίως στις συνεχώς εξαπλωνόμενες χρήσεις της νέας τεχνολογίας στη Δημόσια Διοίκηση.

Ι. Χρήσεις του *blockchain*

Η πρώτη εφαρμογή της τεχνολογίας *blockchain* πραγματοποιήθηκε στο πεδίο των «ψηφιακών νομισμάτων». Η τεχνολογία *blockchain* δημιουργήθηκε με αφορμή τη δημιουργία κρυπτονομισμάτων. Το πρώτο κρυπτονόμισμα, το *bitcoin,* έκανε την εμφάνισή του το 2008. Το bitcoin είναι δημιούργημα ενός (ή περισσότερων) προγραμματιστών με το ψευδώνυμο Satoshi Nakamoto σε εργασία που δημοσίευσε το 2008, στον απόηχο της παγκόσμιας οικονομικής

και χρηματοπιστωτικής κρίσης.[7] Το αρχικό ερώτημα της εργασίας ήταν εάν θα ήταν δυνατόν μία κοινότητα ανθρώπων να φτιάξουν ένα δίκτυο από υπολογιστές και μέσω του δικτύου αυτού να εκτελούν χρηματοπιστωτικές συναλλαγές μεταξύ τους με μαθηματικώς αποδεδειγμένη ασφάλεια διαφύλαξης της αξίας της περιουσίας τους. Το βασικό ερώτημα ήταν το κατά πόσο ήταν εφικτό να μην υπάρχει κεντρική εξουσία που να μπορεί να επέμβει στους κανόνες οι οποίοι διέπουν τις συναλλαγές. Οι κανονισμοί αυτοί σχεδιάστηκαν από τον προγραμματιστή και αποτελούν το Πρωτόκολλο Συναίνεσης του *bitcoin,* το οποίο χρησιμοποιεί έναν αλγόριθμο «απόδειξης μόχθου», δηλαδή συνεισφοράς στο δίκτυο. Σήμερα χρησιμοποιούνται και άλλοι αλγόριθμοι, όπως ο αλγόριθμος «απόδειξης μερισμάτων» (*Proof of Stake*) στο ψηφιακό νόμισμα *ethereum.*

Το *bitcoin* επέτρεψε συναλλαγές σε αξία παρακάμπτοντας κεντρικές τράπεζες και χρηματοπιστωτικά ιδρύματα. Το *blockchain* έχει διαδοθεί σε ένα μεγάλο εύρος χρήσεων. Το βασικότερο παράδειγμα πέρα από τα κρυπτονομίσματα είναι το «έξυπνο συμβόλαιο».[8] Έξυπνο συμβόλαιο είναι μία «συμφωνία» ή από κοινού σύνταξη συμβολαίου για οποιουδήποτε είδους συμφωνία, η οποία προγραμματίζεται και εγγράφεται από τα μέρη σε κώδικα. Επιτρέπει έτσι τις συναλλαγές χωρίς παρέμβαση τρίτου μέρους, όπως κρατικής αρχή ή δικηγόρου ή συμβολαιογράφου. Τα έξυπνα συμβόλαια προϋπήρχαν του *blockchain.* Τώρα μπορούν αυτά να προγραμματίζονται στο *blockchain*. Τα έξυπνα συμβόλαια πρωτοεισήχθησαν στο *blockchain* το 2015 από το *ethereum*. Το *bitcoin* επιτρέπει επίσης τώρα τον προγραμματισμό έξυπνων συμβολαίων.[9] Τα έξυπνα συμβόλαια και το *blockchain* μπορούν τώρα να υποστηρίξουν την αυτόματη εκτέλεση συμβολαίων. Αυτό βέβαια δεν σημαίνει ότι τα έξυπνα συμβόλαια είναι πάντοτε συμβόλαια με την νομική έννοια. Θα μπορούσαν όμως συμβόλαια με τη στενή νομική έννοια να εγγραφούν σε έξυπνα συμβόλαια.

7 *S. Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System (2008), https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

8 Βλ. σχετικά *K. Werbach/N. Cornell*, Contracts Ex Machina, Duke Law Journal, 67, 2017, σελ. 313 επ.

9 https://www.cnbc.com/2021/11/14/bitcoin-taproot-upgrade-what-it-means-for-investors.html.

Το *blockchain* έχει όμως πλέον ένα πολύ ευρύτερο πεδίο χρήσεων. Η τεχνολογία μπορεί να εφαρμοστεί σε ένα πλήθος επιπλέον πεδίων οικονομικής και κοινωνικής δραστηριότητας, όπως ενδεικτικά η καταμέτρηση ψήφων, η παιδεία, η υγεία, η διαφύλαξη και διαφάνεια (ιστορικών, δημοσιονομικών, υγειονομικών και άλλων) εγγράφων και ευρύτερων αρχείων, η πιστοποίηση προϊόντων, υπηρεσιών και διαδικασιών, τα κοινωνικά δίκτυα, οι τραπεζικοί, ασφαλιστικοί, κατασκευαστικοί τομείς, κλπ… Μπορεί επίσης να χρησιμοποιηθεί και στην ελεύθερη, και ταυτόχρονα ελεγχόμενη από κοινού, διακίνηση ιδεών και πληροφοριών. Θα μπορούσε να πει κανείς ότι το *blockchain* αποτελεί πλέον μία «τεχνολογία γενικής χρήσης», ή ίσως μια «τεχνολογική υποδομή», η οποία χρησιμοποιείται και θα μπορούσε περαιτέρω να χρησιμοποιηθεί για να υλοποιηθεί μία πληθώρα στόχων και εργασιών από την αποθήκευση πληροφοριών για την διεξαγωγή διεθνούς εμπορίου και χρηματοοικονομικών συναλλαγών μέχρι και γενικότερα την παροχή οποιουδήποτε είδους υπηρεσίας.[10]

ΙΙ. Χρήσεις του blockchain στη Δημόσια Διοίκηση

Η δημόσια διοίκηση σε πολλά μέρη του κόσμου έχει αρχίσει πλέον να χρησιμοποιεί την τεχνολογία *blockchain* με διάφορους τρόπους.[11] Βασικά παραδείγματα χρήσης είναι η τήρηση εθνικού κτηματολόγιου, η εγγραφή σε μητρώο επιχειρήσεων, καθώς και η διαχείριση υγειονομικών δεδομένων. Η Γεωργία, για παράδειγμα, έχει δημιουργήσει ανόθευτες αλυσίδες κοινοποιήσεων Εθνικού Κτηματολογίου και επιτρέπει μεταβιβάσεις ακινήτων με

10 *Βλ. σχετικά* A. Walch, The Bitcoin Blockchain as Financial Market Infrastructure: A Consideration of Operational Risk, N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy, 18, 2015, 837 επ.; Michèle Finck, Blockchain Regulation and Governance in Europe, Oxford University Press, 2018, σελ. 66.

11 *Βλ. σχετικά D. Cagigas/J. Clifton/D. Diaz-Fuentes/M. Fernandez-Gutierrez*, Blockchain for Public Services: A Systematic Literature Review, IEEE Access, 9, 2021, https://ieeexplore.ieee.org/document/9326290; *S. Semenzin/D. Rozas/S. Hassan*, Blockchain-Based Application at a Governmental Level: Disruption or Illusion? The Case of Estonia, Policy and Society, 41, 2022, 386 επ.

τη χρήση *blockchain*.[12] Η αμερικανική ομοσπονδιακή διοίκηση εξετάζει τη χρήση blockchain για την αποθήκευση και μεταβίβαση δεδομένων υγείας.[13] Πολλές διοικήσεις εξετάζουν ή εφαρμόζουν ήδη τη χρήση blockchain για την αποθήκευση και χρήση ηλεκτρονικής ταυτότητας.[14]

Τα βασικά παραδείγματα δικαιοδοσιών που χρησιμοποιούν *blockchain* στη δημόσια διοίκηση είναι η Εσθονία,[15] η Μάλτα[16] και το Ντουμπάι στα Ηνωμένα Αραβικά Εμιράτα.[17] Ο στόχος των κυβερνήσεων των τριών αυτών καθώς και άλλων χωρών είναι, πρώτον, να αποθηκεύουν δημόσια έγγραφα, και δεύτερον να παρέχουν ένα μεγάλο εύρος δημόσιων υπηρεσιών στους πολίτες τους μέσω της τεχνολογίας. Στις συγκεκριμένες δικαιοδοσίες, η τεχνολογία χρησιμοποιείται ως μέρος μιας ολιστικής προσέγγισης αναφορικά με την παροχή δημόσιων υπηρεσιών. Το ίδιο παράδειγμα ακολουθεί και η Κύπρος με την εθνική στρατηγική για τις αποκεντρωμένες τεχνολογίες.[18]

Η Εσθονία είναι πιθανώς η χώρα που πρώτη ανέπτυξε μια συνολική προσέγγιση στη χρήση νέων τεχνολογιών από τη διοίκηση με το «ηλεκτρονικό κράτος» να είναι προσβάσιμο στο https://e-estonia.com/. Αυτό συνέπεσε με την περίοδο ανάπτυξης του *blockhain*, και έτσι η κυβέρνηση της Εσθονίας ξεκίνησε να χρησιμοποιεί την τεχνολογία ήδη από τις απαρχές της δημι-

12 https://cointelegraph.com/news/georgia-becomes-first-country-to-register-property-on-blockchain.

13 J. Bradley, U.S. Department of Health Calls for Blockchain Research, Cryptocoinsnews (07.08.2016), https://www.cryptocoinsnews.com/u-s-department-of-health-calls-for-blockchain-white-papers.

14 *European Parliament*, Technological Innovation for Humanitarian Aid and Assistance, European Parliamentary Research Service (EPRS) – Scientific Foresight Unit (STOA), PE 634.411 (Μάιος 2019), σελ. 57-58.

15 We Have Built a Digital Society and We Can Show You How, E-Estonia, https://e-estonia.com/ [https://perma.cc/3BP8-L5PG].

16 Βλ. σχετικά τις τρεις νομοθετικές πρωτοβουλίες που εισήχθησαν το 2018: Innovative Technology Arrangements and Services Act (2018); Virtual Financial Assets Act (2018); Malta Digital Innovation Authority Act (2018).

17 *A. Bin Bishr*, Dubai: A City Powered by Blockchain, Innovations: Technology, Governance, Globalization, MIT Press, 12, 2019, *σελ*. 4.

18 Κυπριακή Δημοκρατία, Αποκεντρωμένες Τεχνολογίες (Blockchain) – Εθνική Στρατηγική για την Κύπρο (Μάιος 2019).

ουργίας της. Από το 2012, η Εσθονία χρησιμοποιεί την τεχνολογία για την παροχή μιας σειράς από δημόσιες υπηρεσίες καθώς και τήρηση αρχείων και μητρώων, όπως στο πεδίο της δημόσιας υγείας, τα δικαστήρια, και τις επιχειρήσεις,[19] ενώ υπάρχουν πλάνα επέκτασης της τεχνολογίας σε πολλά περισσότερα πεδία. Συναλλαγές που θα απαιτούσαν περισσότερες διατυπώσεις, όπως με την φορολογική διοίκηση και η μεταβίβαση αυτοκινήτων γίνονται πλέον με τη χρήση *blockchain.* Σύμφωνα με τον Toomas Hendrik Ilves, πρώην Πρόεδρο της χώρας, η Εσθονία είναι τώρα ένα «Έθνος *blockchain*».[20]

Το Ντουμπάι έχει επίσης αναπτύξει μια συνολική στρατηγική μετάβασης της δημόσιας διακυβέρνησης στην εποχή των νέων τεχνολογιών με την ονομασία *Smart Dubai*. Αυτή η πρωτοβουλία περιλαμβάνει δράσεις όπως το *Startup Support*, η *Happiness Agenda*, το *AI Lab*, καθώς επίσης και η *Dubai Blockchain Strategy.* Έχει επίσης ιδρυθεί στο Εμιράτο από το *Dubai Future Foundation* το *Global Blockchain Council.* Ακολουθώντας τα χνάρια της Εσθονίας, το Ντουμπάι προσπαθεί να χτίσει μια «πόλη στο *blockchain*».[21] Ο στόχος είναι σύντομα το σύνολο των δημόσιων εγγράφων να αποθηκευτούν στο *blockchain*, καθώς επίσης και μια πληθώρα δημόσιων υπηρεσιών να παρέχεται διαδικτυακά μέσω της τεχνολογίας. Η κυβέρνηση έχει επίσης ανακοινώσει ως στόχο να εισαχθεί και ένα νόμισμα που να βασίζεται στην τεχνολογία προκειμένου να εξυπηρετεί συγκεκριμένες συναλλαγές στο δημόσιο τομέα και πιθανώς εκτός. Το νόμισμα αυτό θα ονομαστεί «emCash».[22]

Η Μάλτα αποτελεί ένα ακόμη ενδιαφέρον παράδειγμα εναγκαλισμού της τεχνολογίας από το κράτος. Το 2018 το Κοινοβούλιο πέρασε νομοθεσία σε τρία επίπεδα για την προώθηση νέων τεχνολογιών με έμφαση στο *blockchain.* Μία από τις νομοθετικές πρωτοβουλίες προέβλεψε τη δημιουργία της *Malta*

19 Semenzin/Rozas/Hassan, οπ.π. (υπ. 11).

20 Estonia is now a blockchain nation, https://medium.com/e-residency-blog/welcome-to-the-blockchain-nation-5d9b46c06fd4.

21 Βλ. σχετικά https://www.smartdubai.ae/initiatives/blockchain.

22 Dubai Economy Launches Partnership to Expedite emCash (Altcoin News, 26.09.2017), https://www.cryptocoinsnews.com/emcash-dubais-first-official-state-cryptocurrency/.

Digital Innovation Authority, μια αρχής για τη ρύθμιση επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στο πεδίο των ψηφιακών τεχνολογιών.

Έχει ειπωθεί ότι κάποια στιγμή θα μπορούσαν τα κρυπτονομίσματα να υποκαταστήσουν τα επίσημα νομίσματα των χωρών.[23] Το Ελ Σαλβαδόρ στην Κεντρική Αμερική υιοθέτησε το 2021 το *bitcoin* ως επίσημο νόμισμα.[24] Μία εξαιρετικά σημαντική χρήση από το κράτος αποτελεί αυτή της δημιουργίας ηλεκτρονικών νομισμάτων από κεντρικές τράπεζες, τα λεγόμενα *Central Bank Digital Currencies* (CBDCs).[25] Τα CBDC λειτουργούν με P2P και αποκεντρωμένο τρόπο, και μπορούν να χρησιμοποιηθούν για να υποκαταστήσουν το κανονικό χρήμα. Δεν είναι κρυπτονομίσματα. Είναι επί της ουσίας επίσημα νομίσματα σε ηλεκτρονική μορφή, τα οποία αποθηκεύονται και λειτουργούν μέσω *blockchain.*

Η Βενεζουέλα έχει δημιουργήσει το *Petro.* Η Σουηδία μελετά χρόνια τη δημιουργία της *e-krona*. Η κεντρική τράπεζα της Κίνας απαγόρευσε τη χρήση των κρυπτονομισμάτων στη χώρα. Ταυτόχρονα δημιούργησε το *digital yuan* με σκοπό τον καλύτερο έλεγχο της ροής χρήματος ηλεκτρονικά και καθώς αυτό αλλάζει χέρια. Βασικός στόχος είναι να αντιμετωπίσει ξέπλυμα βρώμικου χρήματος και άλλες παράνομες συναλλαγές στη χώρα. Ταυτόχρονα στοχεύει η κυβέρνηση της Κίνας να χρησιμοποιήσει το *digital yuan* ούτως ώστε το καθιερώσει το γιουάν ευρύτερα ως νόμισμα διεθνών συναλλαγών.[26]

Τέλος, η χρήση του *blockchain* μεταβαίνει στις διοικήσεις της διε-

23 Βλ. *A. James*, Will Cryptocurrency Replace National Currencies by 2030?, Bitcoinist.com (01.03.2018), https://bitcoinist.com/will-cryptocurrency-replace-national-currencies-by-2030/.

24 *El Salvador has adopted Bitcoin as official legal tender - but will other countries follow?*, World Economic Forum (30.09.2021), https://www.weforum.org/agenda/2021/09/el-salvador-officially-adopts-bitcoin-as-legal-tender-but-will-other-countries-follow/.

25 *A. Lannquist*, 10 Ways Central Banks are Experimenting with Blockchain, World Economic Forum (03.04.2019), https://www.weforum.org/agenda/2019/04/blockchain-distrubuted-ledger-technology-central-banks-10-ways-research/.

26 *Binance Research*, First Look: China's Central Bank Digital Currency: Overview of the expected characteristics from China's CBDC (28 Αυγούστου 2019), https://research.binance.com/en/analysis/china-cbdc#fnref-12, στιχείο 2.3.1. *J. Slawotsky*, U.S. Financial Hegemony: The Digital Yuan and Risks of Dollar De-weaponization, Fordham Journal of International Law, 44, 2020, 1 επ.

θνούς σφαίρας.[27] Από τον Αύγουστο του 2018, η Παγκόσμια Τράπεζα και η CommBank της Αυστραλίας έχουν δημιουργήσει το «bond-*i*», ένα ομόλογο το οποίο έχουν δημιουργήσει και διαχειρίζονται με τη χρήση *blockhain*.[28]

Γ. Νέα Δεδομένα για τη Δημόσια Διοίκηση και το Διοικητικό Δίκαιο

Με την εμφάνιση του ίντερνετ, έγινε λόγος για τη δημιουργία ενός νέου τύπου δικαίου, της *lex informatica*.[29] Τώρα γίνεται πλέον λόγος για την εμφάνιση της *lex cryptographia*.[30] *Lex cryptographia* είναι το «δίκαιο» που δημιουργείται εντός του *blockchain* και βασίζεται στην κρυπτογραφική τεχνολογία και τα έξυπνα συμβόλαια. Έχει ειπωθεί ότι η *lex cryptographia* θα μπορούσε σε μεγάλο βαθμό να αντικαταστήσει τα παραδοσιακό δίκαιο του «φυσικού» κόσμου.[31] Αυτό θα μπορούσε πιθανώς να έχει επιπτώσεις στη διάδραση της Δημόσιας Διοίκησης με τους πολίτες, καθώς επίσης και στην παραδοσιακή δομή και οργάνωση της Δημόσιας Διοίκησης, και συνακόλουθα στη φύση του διοικητικού δικαίου.

Η βασική αρχή που διέπει τη δημόσια διοίκηση είναι η αρχή της ιεραρχίας. Το *blockchain* από την άλλη αποτελεί μία αποκεντρωμένη τεχνολογία ή τεχνολογία αποκέντρωσης. Η χρήση του *blockchain* από τη Δημόσια Διοίκηση θα μπορούσε να παραλλάξει την παραδοσιακή μορφή οργάνωσης της διοίκησης. Αυτό θα μπορούσε να αποτελέσει μια πραγματική επανάσταση, προτείνοντας για πρώτη φορά μια νέα μορφή οργάνωσης της διοίκησης πέρα

27 Βλ. σχετικά *Georgios Dimitropoulos*, The use of blockchain by international organizations: effectiveness and legitimacy, Policy and Society, 41, 2022, 328 επ.

28 Βλ. https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2019/08/16/world-bank-issues-second-tranche-of-blockchain-bond-via-bond-i.

29 *J. R. Reidenberg*, Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology, Texas Law Review, 76, 1998, 553 επ.

30 *A. Wright/P. De Filippi*, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia (10.03.2015), https://ssrn.com/abstract=2580664.

31 *P. De Filippi/S. Hassan*, Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code, First Monday (05.12.2016), https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/7113/5657.

από την ιεραρχική δομή οργάνωσης που διαμορφώθηκε κατά τη διάρκεια της δημιουργίας του μοντέρνου κράτους, ή και προγενέστερα.

Η διοίκηση και ο δημόσιος τομέας είναι υπεύθυνοι για πολλά πεδία εξασφάλισης «εμπιστοσύνης». Αυτό αποτυπώνεται για παράδειγμα στη διαμεσολάβηση του κράτους για τη μεταβίβαση ακινήτων. Ή στην ανάθεση της έκδοσης νομίσματος και διαχείρισης της νομισματικής πολιτικής από ανεξάρτητες κεντρικές τράπεζες.[32] Η εμπιστοσύνη αυτή μπορεί πλέον να υποκατασταθεί μέσω του *blockchain.*

Με τη χρήση και διάδοση του *blockchain* από τη διοίκηση, πολλές από τις υπηρεσίες και λειτουργίες που παρέχει το κράτος θα μπορούσαν επομένως να παρασχεθούν χωρίς την άμεση εμπλοκή της διοίκησης. Όπως το έθεσε ο *Economist* πριν από κάποια χρόνια, η χρήση του *blockchain* από το κράτος οδηγεί στο εξής παράδοξο: τη χρήση από το ίδιο το κράτος μιας τεχνολογίας που είχε σκοπό να το υποκαταστήσει.[33] Πολλές κυβερνήσεις βέβαια είναι διστακτικές στη χρήση του *blockchain* και την υποκατάσταση της κυβερνητικής πίστης από το *blockchain*. Άλλες είναι πιο δεκτικές. Στις Ηνωμένες Πολιτείες για παράδειγμα, ενώ η ομοσπονδιακή διοίκηση είναι αρνητική, αποφεύγοντας σχετικά ρίσκα, οι κυβερνήσεις κάποιων από τις πολιτείες είναι εξαιρετικά δραστήριες στη χρήση αποκεντρωμένων τεχνολογιών.

Η χρήση του blockchain από τη διοίκηση ενέχει επιπλέον δύο βασικούς κινδύνους: τον κίνδυνο της επιστροφής και λειτουργίας του χρηματοπιστωτισμού με τρόπο όπως πριν από την περίοδο της διεθνούς χρηματοοικονομικής

32 Βλ. Καταστατικό της Τράπεζας της Ελλάδος όπως κυρώθηκε με τον Ν. 3424/7.12.1927 ΦΕΚ Α΄ 298 «Περί κυρώσεως του από 10 Νοεμβρίου 1927 ΝΔ/τος ‘’Περί κυρώσεως της από 27 Οκτωβρίου 1927 συμβάσεως περί παραιτήσεως της Εθνικής Τραπέζης της Ελλάδος από του προνομίου εκδόσεως τραπεζικών γραμματίων και περί συστάσεως νέας Τραπέζης υπό την επωνυμίαν «ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ» και του προσαρτωμένου τη συμβάσει Καταστατικού της Τραπέζης της Ελλάδος’’».

33 Governments may be big backers of the blockchain, The Economist (01.06.2017), https://www.economist.com/news/business/21722869-anti-establishment-technology-faces-ironic-turn-fortune-governments-may-be-big-backers («An anti-establishment technology faces an ironic turn of fortune»).

κρίσης. Δεύτερον, και πιο σημαντικό για τις ανάγκες της συγκεκριμένης συμβολής, τη σύγκρουση δημόσιων αρχών και την πιθανή συνακόλουθη απώλεια της εμπιστοσύνης στο κράτος και τη Δημόσια Διοίκηση.[34]

Η παγκόσμια οικονομική και χρηματοπιστωτική κρίση οδήγησε στη δημιουργία πιο περιοριστικών κανόνων για το χρηματοπιστωτικό σύστημα.[35] Καθώς κατέρρεε το δολάριο και άλλα νομίσματα, και μαζί τους βεβαίως και πολλές κυβερνήσεις και η λειτουργία δημόσιων διοικήσεων, το *bitcoin,* το «δολάριο» των κρυπτονομισμάτων, έπαιρνε μορφή και έκανε την εμφάνισή του στο ίντερνετ και στην παγκόσμια αγορά νομίσματος. Ενώ το *bitcoin* και τα άλλα κρυπτονομίσματα είχαν στόχο να παρακάμψουν τους παραδοσιακούς θεσμούς του χρηματοπιστωτισμού, οδήγησαν ταυτόχρονα στη δημιουργία δημόσιων πολιτικών για την προώθηση της κτυπο-οικονομίας. Χαρακτηριστικά παραδείγματα είναι τα *innovation hubs* και τα *regulatory sandboxes*.[36] Με τον τρόπο αυτό, τόσο παραδοσιακά χρηματοπιστωτικά ιδρύματα, όσο και νεοφυείς επιχειρήσεις κινητροδοτούνται από δημόσιους οργανισμούς προκειμένου να παρακάμπτουν περιορισμούς του χρηματοπιστωτικού δικαίου και να επεξεργάζονται τη δημιουργία προϊόντων τα οποία πιθανώς να αποδειχθούν εξίσου επιβλαβή για τους καταναλωτές όσο τα παραδοσιακά χρηματοπιστωτικά προϊόντα. Με τον τρόπο αυτό, η δημόσια διοίκηση σε πολλά μέρη του κόσμου οδηγήθηκε στο να παρακάμπτει περιορισμούς που είχαν επιβληθεί για τον περιορισμό της παραδοσιακής χρηματοοικονομίας.

Ο δεύτερος κίνδυνος είναι αυτός της σύγκρουσης των διοικητικών αρχών. Λόγω των πολλαπλών χαρακτηριστικών και της πολύπλοκης φύσης των κρυπτονομισμάτων, μπορεί αυτά να εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο

34 *G. Dimitropoulos*, Global Currencies and Domestic Regulation: Embedding through Enabling?, σε: *Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos, Stefan Eich*, Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges, Oxford University Press, 2019, σελ. 112.

35 *K. Davis*, Regulatory Reform Post the Global Financial Crisis: An Overview, http://www.apec.org.au/docs/11_con_gfc/regulatory%20reform%20post%20gfc-%20overview%20paper.pdf.

36 *Financial Conduct Authority*, Regulatory Sandbox 2, (FCA.org, Νοέμβριος 2015), https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf.

διαφορετικών ρυθμιστών σε μία χώρα.[37] Για παράδειγμα, θα μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο ρύθμισης από ρυθμιστές στο πεδίο της κεφαλαιαγοράς, των αγαθών, καθώς και των νέων τεχνολογιών. Αυτό οδήγησε, ειδικά τα πρώτα χρόνια εμφάνισης των κρυπτονομισμάτων, σε μία παράδοξη κατάσταση, καθώς αυτά αποτέλεσαν αντικείμενο ρύθμισης από πολλαπλές διοικητικές αρχές. Το αποτέλεσμα ήταν να δημιουργηθεί τεράστια ασάφεια ως προς το εάν και το πώς θα έπρεπε να ρυθμιστούν. Τα ρυθμιστικά προβλήματα που δημιουργήθηκαν ήταν τεράστια.

Διαφορετικές διοικητικές αρχές έχουν διαφορετικές προτεραιότητες και εξυπηρετούν διαφορετικούς σκοπούς. Υπουργεία Οικονομικών και Ανάπτυξης έχουν συνήθως την τάση να προωθούν πολιτικές προσέλκυσης κεφαλαίων. Η προσέλκυση ηλεκτρονικών κεφαλαίων θα ήταν από τη δική τους σκοπιά θεμιτή. Από την άλλη, Υπουργεία Οικονομικών καθώς και κεντρικές τράπεζες έχουν συνήθως την τάση να προωθούν πολιτικές χρηματοοικονομικής σταθερότητας. Επιτροπές κεφαλαιαγοράς μπορεί να προτιμούν πολιτικές και παρεμβάσεις που να μειώνουν το ρίσκο για τους καταναλωτές. Αρχές που δραστηριοποιούνται στο πεδίο της καταπολέμησης της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και της χρηματοδότησης της τρομοκρατίας έχουν την αρμοδιότητα και υποχρέωση να παρέμβουν για την εφαρμογή σχετικών νόμων. Ρυθμιστές βασικών προϊόντων και εμπορευμάτων θα μπορούσαν να επικαλεστούν επίσης αρμοδιότητα στο πεδίο των κρυπτονομισμάτων.

Αυτή η σύγκρουση εκτυλίχθηκε πράγματι στις ΗΠΑ, όπου περισσότερες δημόσιες αρχές διεκδίκησαν ρυθμιστική εξουσία αναφορικά με τα κρυπτονομίσματα. Ενώ η Ομοσπονδιακή Τράπεζα των ΗΠΑ είχε διακηρύξει ότι δεν έχει αρμοδιότητα ούτε σκόπευε να παρέμβει ρυθμιστικά, η Επιτροπή Προθεσμιακών Συναλλαγών Βασικών Εμπορευμάτων (*Commodity Futures Trading Commission* – CFTC) έχει ταξινομήσει διάφορα κρυπτο-περιουσικά στοιχεία

37 *R. Leckow*, Virtual Currencies – the Regulatory Challenges, Yale Journal on Regulation 2017, https://www.yalejreg.com/nc/virtual-currencies-the-regulatory-challenges-by-ross-leckow/.

ως εμπορεύματα.[38] Η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς (*Securities and Exchange Commission* – SEC) έχει υπαγάγει κρυπτονομίσματα στη νομοθεσία για τις κινητές αξίες.[39] Η εφορία (*Internal Revenue Service* – IRS) κατατάσσει το *bitcoin* ως «ιδιοκτησία» για τους σκοπούς της σχετικής νομοθεσίας.[40] Το Δίκτυο καταπολέμησης χρηματοοικονομικών εγκλημάτων (*Financial Crimes Enforcement Network* – FinCEN) κατατάσσει τα κρυπτονομίσματα ως χρήμα για τους σκοπούς της νομοθεσίας που το ίδιο εφαρμόζει.[41] Αυτή η συνθήκη δημιουργεί «ρυθμιστική σύγχυση». Η ρυθμιστική σύγχυση προκαλεί ανασφάλεια δικαίου στους πολίτες και τους ρυθμιζόμενους. Προκαλεί επίσης σύγχυση αρμοδιοτήτων και πιθανή διάρρηξη σχέσεων ανάμεσα στις αρχές. Αυτό θα μπορούσε να υποθηκεύσει τη «συμβολική εξουσία» του κράτους, δηλαδή την αντίληψη και εκτίμηση του κράτους και της Δημόσιας Διοίκησης και των θεσμών στα μάτια των πολιτών.[42] Θα μπορούσε να έχει περαιτέρω συνέπειες στην ικανότητα της να παρέμβει ρυθμιστικά. Η διαδικασία θα μπορούσε να έχει καταστροφικές συνέπειες ειδικά σε χώρες με λιγότερο ισχυρούς θεσμούς, ή σε χώρες όπου η αξιοπιστία των θεσμών έχει ήδη πληγεί από εξωγενείς παράγοντες, όπως οικονομικές και χρηματοπιστωτικές, δημοσιοοικονομικές, υγειονομικές και φυσικά κοινωνικές κρίσεις. Θα μπορούσε να θέσει υπό αμφισβήτηση το ίδιο το κράτος.

Ταυτόχρονα όμως, με τη μετάβαση της χρήσης του *blockhain* στη Δη-

38 In *re Coinflip, Inc., d/b/a/ Derivabit, et al.*, (17.09.2015) Order Instituting Proceedings Pursuant to Sections 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act, Making Findings and Imposing Remedial Sanctions ('Derivabit Order'), CFTC Docket No. 15-29, http://www.cftc.gov/ucm/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfcoinfliprorder09172015.pdf.

39 *US Securities Exchange Commission*, Investor Alert: Bitcoin and Other Virtual Currency-related investments, (Sec.gov, 07.05.2014), https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/investoralertsia_bitcoin.html.

40 Internal Revenue Service, Virtual Currency Guidance, (IRS.gov, 25.03.2014), IRS Notice 2014-21, <http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>.

41 *Dep't of Treasury, Fin. Crimes Enf't Network*, FIN-2013-G001, Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies (2013), https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf.

42 *P. Bourdieu*, Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field, Sociological Theory, 12, 1994, 1 επ.

μόσια Διοίκηση μεταβάλλεται και η φύση της ίδιας της τεχνολογίας. Το *blockchain* αναπτύχθηκε ως «δημόσια» «άνευ εξουδιοδότησης» (*public permissionless*) τεχνολογία.[43] Η διοίκηση χρησιμοποιεί όμως τη συγκεκριμένη τεχνολογία με διαφορετικό τρόπο, μεταβάλλοντας την αποκεντρωμένη φύση της. Περιορίζονται οι κόμβοι που έχουν πρόσβαση στη διαχείριση του δικτύου, και επιβάλλεται έλεγχος σε όσους κόμβους συμμετέχουν στο δίκτυο. Από αποκεντρωμένη, η τεχνολογία γίνεται πιο συγκεντρωτική. Χάνεται έτσι ο αρχικός λόγος δημιουργίας και ύπαρξής της και η κατεξοχήν καινοτομία της. Η Δημόσια Διοίκηση μεταβάλλει έτσι μια νέα τεχνολογία που θα μπορούσε να προσκομίσει πολλά οφέλη μέσω των καινοτομιών τις οποίες θα μπορούσε να γεννήσει.

Η σχέση μεταξύ δικαίου και Δημόσιας Διοίκησης, από τη μία, και νέων τεχνολογιών από την άλλη, είναι αμφίδρομη. Δεν είναι μονομερής όπως κάποιοι ισχυρίζονται. Είναι δύσκολη η πρόβλεψη για το πώς ακριβώς θα διαμορφωθεί αυτή η σχέση. Το κράτος και οι αρχές του έχουν όμως την υποχρέωση να επιβλέψουν δραστήρια και να καθορίσουν τη σχέση αυτή με τρόπο που θα ευνοεί το ίδιο και τους πολίτες.[44]

Επίλογος

Οι νέες τεχνολογίες έχουν τη δυνατότητα να μεταβάλλουν ριζικά τις οικονομικές και κοινωνικές σχέσεις. Μεταβάλλουν την επικοινωνία μεταξύ των ατόμων, καθώς και τη διεξαγωγή των συναλλαγών. Αλλάζουν επίσης σταδιακά τον τρόπο οργάνωσης της Δημόσιας Διοίκησης, καθώς και αλληλεπίδρασής της με τους πολίτες. Από την πληθώρα των νέων τεχνολογιών, οι αποκεντρωμένες τεχνολογίες είναι αυτές που θα μπορούσαν να επιφέρουν την μεγαλύτερη επανάσταση τόσο στις ανθρώπινες σχέσεις, όσο και στις συ-

43 Βλ. σχετικά *K. Wüst/A. Gervais*, Do You Need a Blockchain?, 2018 Crypto Valley Conference on Blockchain Technology 2018, 45, https://ieeexplore.ieee.org/document/8525392.

44 *K. Aiginger/D. Rodrik*, Rebirth of Industrial Policy and an Agenda for the Twenty-First Century, Journal of Industry, Competition and Trade, 20, 2020, 189 επ.

ναλλαγές, καθώς και στη Δημόσια Διοίκηση. Η χρήση του *blockchain* επεκτείνεται συνεχώς. Όλο και περισσότερες διοικητικές αρχές καταφεύγουν στη χρήση της αποκεντρωμένης αυτής τεχνολογίας για την αποθήκευση πληροφοριών και δεδομένων, καθώς και μεταφορά τους. Ταυτόχρονα όμως η χρήση της τεχνολογίας από τη Δημόσια Διοίκηση μεταλλάσσει την ίδια την τεχνολογία. Την οδηγεί στο να την μιμηθεί. Μιμούμενο την οργάνωση της διοίκησης, το *blockchain* γίνεται και αυτό πιο ιεραρχικό, με λιγότερους κόμβους και συγκεντρωτικούς κανόνες συμμετοχής.

Η σχέση μεταξύ διοίκησης και νέων τεχνολογιών είναι αμφίδρομη. Για το λόγο αυτό, η Δημόσια Διοίκηση έχει την υποχρέωση να επιβλέπει και να ελέγχει τις νέες και ειδικά τις αποκεντρωμένες τεχνολογίες, και να ορίζει τη σχέση αυτή με τρόπο που θα ωφελεί τους πολίτες.

Administrative und verwaltungsgerichtliche Kontrolle

Prof. Dr. Pavlos-Michael Efstratiou

Associate Professor an der Juristischen Fakultät der Nationalen und Kapodestrian'schen Universität Athen/Griechenland

I. Das System der Verwaltungskontrollen

1. Verwaltungsinterne und verwaltungsexterne administrative Kontrollen

[1] Im Anschluss an *Martin Kaysers* rechtsvergleichendem Beitrag zu Rechtsschutz und Kontrolle in IPE V[1] kann man grob typisierend zwischen *verwaltungsinternen und verwaltungsexternen administrativen Kontrollverfahren* unterscheiden. Zu ersteren zählen Kontrollverfahren durch die Regierung bzw. den Staatsrat als Rechtsmittelinstanzen und verwaltungsinterne Beanstandungsverfahren (Petitions-, Eingabe-, Anregungs-, Gegenvorstellungs-, Aufsichts-, Widerspruchs-, Einspruchs- und sonstige Beschwerdeverfahren). Zu den verwaltungsexternen Administrativverfahren gehören Kontrollverfahren durch verwaltungsunabhängige Behörden und insbesondere Tribunals, Kontrollverfahren durch Ombudsmänner und Bürgerbeauftragte und alternative Konfliktschlichtungs-, Schieds- und Mediationsverfahren. Hinzu kommen besondere Kontrollformen wie die Staatsaufsicht über rech-

1 Vgl. von Bogdandy/Cassese/Huber (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, 2014, § 91, Rn. 13 f.

tlich verselbständigte Verwaltungseinheiten sowie Haushalts- und Finanzkontrollen durch externe und interne Kontrollinstanzen, und zwar durch Rechnungshöfe oder Inspektoren einerseits und Vorgesetzte oder besondere Beauftragte andererseits.

[2] All diesen administrativen Kontrollverfahren ist gemeinsam, dass bei ihnen – anders als bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle – in der Regel neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit des Verwaltungshandelns kontrolliert werden kann, dass sie dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich vorausgehen und gegenüber letzteren weitere *Vorteile* aufweisen. So sind sie oft weniger formalisiert, rascher, zügiger, umfassender und kostengünstiger als verwaltungsgerichtliche Verfahren, können nicht selten zu einvernehmlichen Lösungen führen, ermöglichen eine fehlerhafte und uneinheitliche Auslegung und Anwendung von Gesetzen und administrativen Normen über den Einzelfall hinaus vorzubeugen, nachträglich zu überprüfen und bei Bedarf zu korrigieren und nehmen damit eine (anlassbezogene) selbst- oder fremdinitiierte Aufsichtsfunktion wahr.

[3] Verwaltungseigene administrative Kontrollverfahren weisen dennoch auch eine Reihe von *Nachteilen* auf. Ihr wichtigster Nachteil besteht in der relativ geringen Distanz des Kontrollsubjekts zum Kontrollobjekt – ein Umstand, der i.V. mit der oft fehlenden Unabhängigkeit und Neutralität der Kontrollinstanz von vornherein auf das Misstrauen der Bürger stößt. Darüber hinaus können solche Kontrollmechanismen dazu veranlassen, Verwaltungsentscheidungen nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorzubereiten, Fehlentscheidungen und sonst schuldhafte Rechtsverletzungen zu verdecken und nicht selten in der Praxis von der Kontrolle ihrer Zweckmäßigkeit Abstand zu nehmen, damit die angegangenen Beschwerdeinstanzen nicht zu nachhaltig in den Verwaltungsablauf „hineinregieren". Auch deswegen und wegen ihrer geringeren Formenbindung werden sie gemeinhin als weit weniger effektiv als die gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten angesehen.[2]

2 Kritisch zu dieser landläufigen Behauptung *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Schenk*, Ein-

2. Notwendigkeit der Verwaltungskontrollen

[4] Nichtsdestotrotz ist die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung unerlässlich vor allem aus dreierlei Gründen:[3] Der erste Grund ist in der Verwaltung und den großen Unternehmen gemeinsam. Die in Bezug auf Kompetenzen, sachliche Mittel und Personal riesige *Organisation* der Verwaltung bereitet Probleme und kann Fehlentwicklungen (z.B. niedrige Leistungsfähigkeit, Verschwendung, Korruption usw.) verdecken, die in einer kleinen Gruppe oder einem kleinen Unternehmen nicht leicht unter den Teppich zu kehren sind. Es bedarf daher einer sorgfältigen und vielseitigen Kontrolle, die Abweichungen von der richtigen und leistungsfähigen Funktionsweise vorbeugt, aufdeckt und abstellt. In dieser Hinsicht hat die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung gemeinsame Gründe und Zwecke mit der Kontrolle eines großen Privatunternehmens und kann insofern gemeinsame Methoden und Kontrollmechanismen nutzen, die sich ähnlich im privaten Sektor finden, wie z.B. besondere Beauftragte (Datenschutzbeauftragte), Auditverfahren usw.

[5] Der zweite und der dritte Grund haben mit dem grundsätzlichen doppelten Unterschied zwischen einem Privatunternehmen und der öffentlichen Verwaltung zu tun. So wichtig für die Allgemeinheit ein privates Unternehmen sein mag, dient es in erster Linie den privaten Interessen seiner Träger (Gesellschafter und Angestellten). Das liegt an der Natur eines Privatunternehmens, die sich aus dem Gesamtsystem der privaten wirtschaftlichen Initiative ergibt, welche natürlich als *System* auch dem öffentlichen Interesse dient. Die öffentliche Verwaltung dient dagegen nicht

leitung, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, Loseblatt-Kommentar, Bd. I, 2018, Rn. 218. Dem (wohl ungerechtfertigten) Vorwurf, gelegentlich zu stark in das Verwaltungs- und Politikgeschehen durchdringen zu wollen, sind übrigens eher die Verwaltungsgerichte ausgesetzt, obwohl Fälle echter justitieller Übergriffe in der Praxis eigentlich sehr selten vorkommen; dazu *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, FS für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 107, 112.

3 Dazu und zum Folgenden *Prodromos Dagtoglou (*Πρόδρομος Δαγτόγλου*)*, Γενικό διοικητικό δίκαιο (Allgemeines Verwaltungsrecht), [7]2015, Rn. 972 f.

(jedenfalls darf sie es nicht) bestimmten privaten Interessen – weder ihrer Träger Politiker und Beamten noch Dritter. Sie dient vielmehr vorrangig dem öffentlichen Interesse und nur zweitrangig („reflexartig" sozusagen) den legitimen Interessen ihrer Bediensteten. Das öffentliche Interesse unterscheidet sich vom Privatinteresse hauptsächlich darin, dass sich sein Träger (sc. die Allgemeinheit) mit denjenigen, die es konkretisieren (sc. gewählte Organe und Beamte), nicht identifizieren lässt. Es existieren keine „Eigentümer" der öffentlichen Verwaltung, wie es solche in einem Privatunternehmen gibt. Diese grundsätzliche (aber in der Praxis durchaus nicht selbstverständliche oder gar überflüssige) Feststellung bedeutet, dass der automatische Selbstkontrollmechanismus, der auf dem eigenen Privatinteresse des Unternehmers beruht und welcher zumindest die Verschwendung abwendet, die Leistungsfähigkeit erhöht und die Befriedigung der Kunden zum Vordergrund stellt, in der Verwaltung nur indirekt (und zwar im Rahmen der Beförderung der politischen oder beamtenrechtlichen Laufbahn der persönlichen Amtswalter der Verwaltung) funktioniert. Die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung basiert also auf einem zusätzlichen Grund, der im privaten Bereich entweder überhaupt nicht vorhanden oder (in den modernen unpersönlichen Großunternehmen, die von Managern beherrscht werden) sehr abgeschwächt ist.

[6] Der zweite grundlegende Unterschied bezieht sich auf das Problem der *Macht.* Zur Konkretisierung, Sicherung und Förderung des öffentlichen Interesses verfügt die Verwaltung über umfangreiche personelle, materielle und rechtliche Mittel. Der technologische Fortschritt einerseits und die Abhängigkeit des modernen Menschen von den Leistungen des Sozialstaates andererseits räumen dem Staat und insbesondere der Verwaltung eine enorme politische Macht ein, die nicht nur von den Politikern, sondern auch von den Verwaltungsbeamten und -angestellten ausgeübt wird. Selbst wenn es stimmt, dass große Privatunternehmen jedenfalls faktisch bis zu einem gewissen Grad Einfluß auf politische Entscheidungen ausüben können, ist die politische Macht der Organe des Staates nicht zuletzt wegen ihrer rechtlichen

Selbständigkeit eigenständig und unterscheidet sich dadurch von der Macht der privaten Großunternehmen.[4] Die Macht des modernen Staates ist potentiell gewaltig und ohne kontinuierliche und konsequente Kontrolle kann ohne weiteres in eine totalitäre Herrschaft ausarten, vor der der Absolutismus des 18. und des Beginns des 19. Jahrhunderts weit zurückschreckt. Den weit ausgreifenden Handlungskompetenzen der Exekutive muss deshalb ein darauf abgestimmtes System von Verwaltungskontrollen entsprechen. Sowohl der Schutz des Einzelnen und seiner rechtlichen Interessen als auch das Überleben der Demokratie gebieten daher die Kontrolle des Staates, was praktisch hauptsächlich die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung bedeutet.

3. Die verschiedenen Kontrollen der Verwaltung

[7] Die oben genannten Gründe rechtfertigen schon die verschiedenen Kontrollen, denen die Verwaltung unterliegt: *die verwaltungseigene bzw. -interne oder inneradministrative Kontrolle bzw. Verwaltungsselbstkontrolle* (hierarchische Kontrolle, Widerspruchskontrolle und Staats- bzw. Verwaltungsaufsicht), die *Haushalts- und Finanzkontrolle*, die ein eigenständiger Teil der Verwaltungsselbstkontrolle ist, die *parlamentarische Kontrolle* und schließlich die *gerichtliche Kontrolle*.[5] Die Institution des *Ombudsmannes* stellt eine zentrale Stelle zur Einreichung und Überprüfung von Beschwerden gegen die Verwaltung dar. Die Institution ist skandinavischen Ursprungs, hat sich aber auch in anderen Staaten in jeweils unterschiedlicher Reichweite und Bezeichnung[6] sowie in der Nachkriegszeit in der

4 Das gilt unbeschadet der Tatsache, dass heute der Verwaltung nicht zuletzt infolge von Privatisierungen häufig mächtige private Investoren gegenübertreten, die es mit ihr an wirtschaftlicher Kraft und juristischer Kompetenz sehr wohl aufnehmen können.

5 Nach der Typisierung von *Dagtoglou* (Fn. 3), Rn. 976. Zur Vielfalt der Verwaltungskontrollen und den Aufgaben einer verwaltungsrechtlichen Kontrolllehre eingehend *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, ^{2}2004, Kap. 4, Rn. 86 f.; *Wolfgang Kahl*, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, ^{2}2013, § 47, Rn. 35 f. und 73 f.

6 So sieht z.B. die spanische Verfassung (Art. 54) einen „Verteidiger des Volkes“ (*Defensor del*

Europäischen Union[7] etabliert. Daneben gibt es in vielen Ländern eine Reihe von *Sonderbeauftragten* für bestimmte Grund- und Querschnittsaufgaben, die teils dem Parlament, teils der Regierung verantwortlich sind. Letztere Eingabe- und Beschwerdemöglichkeiten sind dadurch qualifiziert, dass sie Institutionen gegeben sind, die zur fortlaufenden Beobachtung und Kontrolle bestimmter Verwaltungsbereiche besonders eingerichtet worden sind.[8]

[8] Die Schaffung solcher unabhängigen Kontrollinstanzen ist außerdem eine Reaktion der Rechtsordnung auf *neue Fehlerquellen im Verwaltungsverfahren*:

Pueblo) vor, der als Hoher Beauftragter des Parlaments die Grundrechte schützt, indem er die Verwaltung beaufsichtigt und dem Parlament Berichte vorlegt. Die portugiesische Verfassung (Art. 23) sieht das Recht der Bürger vor, sich gegen Handlungen und Unterlassungen der Verwaltung an den „Beschützer der Justiz" (*Provedor de Justiça*) zu wenden, der keine Entscheidungsbefugnisse hat, sondern Prüfungen vornimmt und Empfehlungen abgibt. Die griechische Verfassung (Art. 103 Abs. 9) sieht nunmehr explizit den „Anwalt des Bürgers" (Συνήγορος του Πολίτη) als unabhängige Behörde vor; seine Aufgabe besteht nach dem Gesetz in der „Mediation zwischen den Bürgern und den Verwaltungsbehörden zum Schutz der Rechte des Bürgers, zur Bekämpfung von Missständen bei der Verwaltungstätigkeit (*κακοδιοίκηση, maladministration*) und zur Erhaltung der Gesetzmäßigkeit". Britische Gesetze sehen einen Parlamentsbeauftragten für die Verwaltung (*Parliamentary Commissioner for Administration*) und verschiedene Beauftragte für die lokale Verwaltung (*Commissioners for Local Government*) vor, während Frankreich einen „Verteidiger der Rechte" (*défenseur des droits*) kennt, der den *médiateur de la Rébublique* abgelöst hat. In Deutschland gibt es dagegen nur in wenigen Bundesländern (Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein) einen solchen allgemeinen Bürgerbeauftragten, der die Verwaltung im Auftrag des Parlaments überwacht, die Bürger beim Verkehr mit den Behörden unterstützt und berät und generell die „sozialen" Belange der Bürger wahrnimmt.

7 Vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. d, Art. 24 S. 3 und Art. 228 AEUV (*Bürgerbeauftragter*) sowie Art. 43 GRCh (*Europäischer Bürgerbeauftragter*).

8 Z.B. in Deutschland: „Zum Schutz der Grundrechte und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle wird ein Wehrbeauftragter des Bundestages berufen. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz" (Art. 45b GG). Weitere Beispiele sind u.a. der Bundesbeauftragte für den Zivildienst, der Bundes- und die Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, der Beauftragte für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, der Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragte, der Ausländerbeauftragte, der Behindertenbeauftragte und der Suchtbeauftragte, die dauerhaft bestimmte konkrete Sachanliegen in der Verwaltung vertreten, die ansonsten als nicht hinreichend repräsentiert gelten; vgl. *Wolfgang Kahl*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, 2014, § 74, Rn. 139 f.

Heute ist nämlich die Freiheit des Bürgers oft nicht so sehr dadurch bedroht, dass die Verwaltung ihre Entscheidungen aufgrund unzureichender oder falscher Informationen trifft, sondern eher dadurch, dass sie *zu viele* Informationen zur Verfügung hat. Hier muss nach organisatorischen Sicherungen, wie Datenschutzbeauftragten, und neuen Sanktionen, wie Verwertungsverboten und Ansprüchen auf Datenlöschung, gesucht werden.[9] Aber auch der Europäischen Kommission geht es angesichts sehr begrenzten eigenen Personals darum, in den Mitgliedstaaten Kontrollmechanismen anzuregen, die ein Eigeninteresse an Überprüfungen haben oder mindestens in hinreichender Distanz zu den mitgliedstaatlichen Verwaltungen stehen. Diesem Ziel dient die in einigen Unionsrechtsakten vorgesehene Schaffung unabhängiger Verwaltungsstellen der Mitgliedstaaten, die insbesondere die Recht- und Ordnungsmäßigkeit der Verwendung von EU-Mitteln überwachen.[10] Darüber hinaus wird im Zuge einer transparenten und rechtmäßigen Verwaltung das Kontrollinstrument der Öffentlichkeit eingesetzt. Gerade in diesen Öffentlichkeitskontrollen sieht wiederum die Europäische Kommission ein wichtiges Mittel, um die Verwaltungen der Mitgliedstaaten im dezentralen Vollzugskonzept der Union zur Erfüllung ihrer europarechtlichen Pflichten anzuhalten.[11]

9 Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann/Hannes Krämer*, Das Verwaltungsverfahren und seine Folgen, EuZöR 1993, Sonderheft, S. 99, 130; *Friedhelm Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, [4]2002, S. 198 f.

10 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie, FS für Helmut Steinberger, 2002, S. 1375, 1398 („reflexive Kontrollstrukturen"). Zur problematischen demokratischen Legitimation solcher unabhängigen Verwaltungsstellen vgl. EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-01885, Rn. 39 f., 42, 46 – *Kommission/Deutschland*: „Dieser Grundsatz (sc. der Demokratie) bedeutet nicht, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus keine öffentlichen Stellen geben kann, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig sind", da „das Bestehen und die Bedingungen für das Funktionieren solcher Stellen in den Mitgliedstaaten durch Gesetz und in einigen Mitgliedstaaten sogar in der Verfassung geregelt sind, und diese Stellen an das Gesetz gebunden sind und der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterliegen", so dass der Umstand, dass ihnen „eine von der allgemeinen Staatsverwaltung unabhängige Stellung zukommt, für sich allein noch nicht geeignet ist, diesen Stellen die demokratische Legitimation zu nehmen"; dazu *Eike Michael Frenzel*, „Völlige Unabhängigkeit" im demokratischen Rechtstaat, DÖV 2010, S. 925; *Thomas Groß*, Unabhängige EU-Agenturen – eine Gefahr für die Demokratie?, JZ 2012, S. 1087.

11 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), ebd.; vgl. auch unten Rn. 37.

4. Die Vielfalt der Rechtsschutz- und Kontrollinstrumente

[9] Die europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtsordnungen vertrauen also die Kontrolle der Exekutive nicht einer einzelnen Instanz an, sondern sehen vielmehr ein ganzes Spektrum interner und externer parlamentarischer, gerichtlicher, verwaltungseigener, haushaltstechnischer, politischer, gesellschaftlicher und sonstiger Kontrollen vor, die in ihrem Zusammenspiel die erforderlichen Kontrollleistungen erbringen sollen.[12] *Kontrolle als System* hat wie die Gewaltenteilung insgesamt die Aufgaben der Machtbegrenzung und der Gewahrleistung von Rationalität. Sie ist folglich ein Teilaspekt der Gewaltenteilung selbst und bildet dogmatisch das verfassungsgebotene Widerlager zur Eigenständigkeit der Verwaltung. Im Mittelpunkt des Systems der Kontrollen stehen gewiss im Bereich des Individualrechtsschutzes die Verwaltungsgerichte, um die sich dann, einem Schalen-Modell vergleichbar,[13] andere komplementäre Rechtsschutz- und Kontrollinstrumente lagern. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren bietet besondere Qualitätsgarantien und die Kontrolle erreicht hier, rechtlich betrachtet, ihre höchste Dichte. Wie sich das Verwaltungshandeln jedoch nicht in der Gesetzessubsumtion erschöpft, sondern auch andere Richtigkeitsmaßstäbe (z.B. Effizienz, Flexibilität, Akzeptanz usw.) zu beachten hat, so muss auch die Kontrollsystematik breiter entfaltet werden: Haushalts- und Finanzkontrollen, Öffentlichkeitskontrollen und die Kontrollen, denen die nationalen Verwaltungen von Seiten der Europäischen Kommission unterliegen, haben ebenfalls Bedeutung für ein umfassendes Recht der Verwaltungskontrollen.[14]

12 Dazu *Peter Lerche*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Geflecht der Rechtskontrollen, BayVBl. 1980, S. 257 f.; *Walter Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 52 f. und 220 f.; *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 892 f.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 302 f.; *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 214 und 217; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 2), S. 114; *ders.* (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 57; *Kahl* (Fn. 5), Rn. 139 f. und 208 f.

13 Sehr anschaulich *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 215.

14 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 57.

[10] Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist insofern Teil eines wesentlich umfassenderen Gefüges von Verfahren und Instrumenten, mit denen der Rechtsschutz gegen die Exekutive und eine Kontrolle ihres Handelns sichergestellt werden sollen.[15] Solche Rechtsschutz- und Kontrollinstrumente können sich an die normalen Verwaltungsinstanzen, an besondere administrative Beschwerde- oder Kontrolleinrichtungen, aber auch an die Volksvertretungen und deren Hilfsorgane wenden. Sie variieren nach ihren Zwecken zwischen subjektivem Interessen- und objektivem Rechtsschutz und weichen in ihren Rechtsfolgen, die sich auf eine Korrektur des angegriffenen Verwaltungshandelns, aber auch auf indirekte haftungsrechtliche Sanktionen richten können, teilweise erheblich voneinander ab. An einigen Stellen überlappen sie sich, während an anderer Stelle Lücken verbleiben. Sie lassen sich in ein komplementäres Verhältnis zueinander setzen, als Teilgefüge verstehen und u.U. als funktionale Äquivalente behandeln. Keines der genannten Kontrollinstrumente soll ein solches Übergewicht bekommen, dass andere Zweige des Kontrollsystems überflüssig werden. Wichtig ist, dass eine kontrollspezifische *Distanz* gewahrt bleibt und dass insgesamt ein hinreichendes *Kontrollniveau (Hill)* erreicht wird.[16]

II. Verwaltungseigene administrative Kontrollen

[11] Es gibt grundsätzlich drei Arten verwaltungseigener administrativer Kontrolle.[17] Wenn sie im Rahmen des hierarchischen Über-/

15 Dazu *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 214; *Friedrich Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, [2]2013, § 50.

16 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle – Einleitende Problemskizze, in: ders./Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 9, 40 mit dem Hinweis auf die Begriffsprägung durch *Hermann Hill*; *ders.* (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 86 f.; vgl. auch *Kahl* (Fn. 5), Rn. 213 („Kontrolleffektivität"). Zum Individualrechtsschutz als funktionales Äquivalent zur Erhöhung des Kontollniveaus und zur Verstärkung der demokratischen Legitimation *Nikolaos Simantiras*, Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund, 2016, S. 127 f.

17 Vgl. *Kayser*, Rechtsschutz und Kontrolle (Fn. 1), Rn. 18 f.; *Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einleitung

Unterordnungsverhältnisses innerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung oder im Rahmen einer verselbständigten Verwaltungseinheit stattfindet, kann man von *hierarchischer Kontrolle* sprechen. Sie umfasst in einem weiten Sinne sowohl die an die erlassende (Ausgangs-)Behörde gerichtete Gegenvorstellung (auch *Abhilfeantrag* oder *Freibeschwerde* genannt) als auch die an die übergeordnete bzw. vorgesetzte (Aufsichts-)Behörde gerichtete hierarchische (Aufsichts-)Beschwerde. Letztere richtet sich als *Fachaufsichtsbeschwerde* gegen den materiellen Inhalt der Verwaltungsentscheidung oder als *Dienstaufsichtsbeschwerde* gegen das persönliche Verhalten des Amtswalters und gegen seine Art, eine bestimmte Sache zu behandeln. Das Gesetz sieht manchmal neben den normalen Verwaltungsinstanzen auch besondere administrative Beschwerde- und Kontrolleinrichtungen außerhalb des hierarchischen Verhältnisses vor, die über förmliche Beschwerden von Privaten im Rahmen einer gerichts- bzw. rechtsmittelähnlich ausgestalteten Kontrolle in der Sache entscheiden. Diese Kontrolle kann man als *Widerspruchskontrolle* bezeichnen. Schließlich wenn die Kontrolle von der Staatsverwaltung über die rechtlich verselbständigten Verwaltungseinheiten ausgeübt wird, heißt sie *Staats- bzw. Verwaltungsaufsicht.*

1. Hierarchische Kontrolle

[12] Die *hierarchische Kontrolle* ergibt sich unmittelbar aus dem hierarchischen Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den vorgesetzten und den ihnen untergeordneten Behörden und der Kompetenz der ersteren die letzteren zu kontrollieren. Dieser Kontrolle unterliegen grundsätzlich alle Verwaltungsorgane, außer dem Staatspräsidenten bzw. König, dem Ministerpräsidenten, den Ministern, Vizeministern und Staatssekretären und

(Fn. 2), Rn. 218 f.; *Dagtoglou*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 3), Rn. 978 f.; weiter differenzierend *Kahl*, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle (Fn. 5), Rn. 90 f.; *Stephanie Schiedermair*, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, [2]2013, § 48, Rn. 6 f.

den übrigen obersten Verwaltungsbehörden sowie den Kollegialorganen (die regelmäßig nicht in die Hierarchie der Organe eingegliedert sind) und den meisten Finanzbehörden (Finanzämtern, Zollämtern usw.) beim Erlass von Verwaltungsakten über die Auferlegung von Steuern, Zöllen und Abgaben; diese Organe unterliegen ausschließlich der gerichtlichen und der parlamentarischen Kontrolle. Dasselbe gilt für die unabhängigen Verwaltungsbehörden (einschließlich Ombudsmännern und Sonderbeauftragten), die ebenfalls nicht der hierarchischen Kontrolle, sondern nur der parlamentarischen und der gerichtlichen Kontrolle nach dem jeweiligen innerstaatlichen System demokratischer Legitimation unterliegen. Außerdem bewirken allgemeine Verwaltungsvorschriften und normkonkretisierende bzw. norminterpretierende Ermessensrichtlinien indirekt auch eine vorgreifende hierarchische (Aufsichts-)Kontrolle im Rahmen des Über-/Unterordnungsverhältnisses.

[13] Die hierarchische Kontrolle hat immer mindestens die Rechtmäßigkeit der Handlungen und Unterlassungen der untergeordneten Behörde zum Gegenstand *(Rechtmäßigkeitskontrolle).* Sie wird selbst dann ausgeübt, wenn die Zuständigkeitsregeln keine andere Intervention der vorgesetzten Behörde gestatten. Die Rechtmäßigkeitskontrolle betrifft die Einhaltung der Vorgaben des Rechts unabhängig zu welcher Rechtsquelle sie enthalten sind: von der Verfassung und den parlamentarischen Gesetzen bis zu den Rechtsverordnungen und Satzungen der Verwaltung und den (ungeschriebenen) allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts. Sie umfasst die Kontrolle der Einhaltung des Unionsrechts und der sonst im betreffenden Land geltenden Regeln des übrigen Europarechts und des Völkerrechts. Sie bezieht sich nicht nur auf die Ausübung von gebundenen Zuständigkeiten und die Tatsachenfeststellung, sondern auch auf die Einhaltung der äußeren (rechtlichen) Grenzen des Verwaltungsermessens sowie auf die Vollständigkeit der Begründung. Die Rechtmäßigkeitskontrolle zielt jedenfalls auf die Einhaltung des *geltenden* und nicht des künftig zu geltenden Rechts.

[14] Die hierarchische Kontrolle erstreckt sich üblicherweise auch auf

die Zweckmäßigkeit des Aktes *(Zweckmäßigkeitskontrolle)*. Dann betrifft sie hauptsächlich die Art und Weise der Ausübung des Verwaltungsermessens, d.h. die vollständige Überprüfung von Ermessensspielräumen und Ermessenserwägungen der untergeordneten Behörde. Substitution der letzteren von der vorgesetzten Behörde umfasst die hierarchische Kontrolle jedoch nur, wenn das Gesetz es ausdrücklich vorsieht, sowie nach richtiger Ansicht in Eilfällen bei ernster Gefahr im Verzug.[18] Sowohl in der Praxis als auch in der Theorie ist gleichwohl die Unterscheidung zwischen Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle nicht immer leicht. Besonders schwierig wird sie, wenn die einschlägigen Gesetzesvorschriften (wie üblich) unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Wenn es sich um Wertbegriffe handelt, stellt ihre Konkretisierung in den meisten Ländern Ausübung von Ermessen dar und die Kontrolle ist eine Zweckmäßigkeitskontrolle. Wenn es sich aber um die Konkretisierung von empirischen Begriffen handelt, befinden wir uns noch im Bereich der (gebundenen) Auslegung des Gesetzes und die Kontrolle ist bloß eine Rechtmäßigkeitskontrolle.[19]

[15] Wenn die Kontrolle vor dem Erlass des Aktes ausgeübt wird, handelt es sich um eine *präventive* Kontrolle. Zu dieser Kontrolle gehört vor allem die Zuständigkeit der vorgesetzten Behörde, Akte der ihr untergeordneten Behörde zu genehmigen. Wenn die Kontrolle nach dem Erlass des Aktes ausgeübt wird, handelt es sich um eine *repressive* Kontrolle. Eine repressive Kontrolle findet üblicherweise statt, wenn die präventive Kontrolle entweder nicht stattgefunden hat oder unzureichend war. Zu ihrer Erleichterung sieht das Gesetz oft die Bekanntgabe des erlassenen Aktes der vorgesetzten

18 Vgl. *Dagtoglou* (Fn. 3), Rn. 979a.

19 *Dagtoglou* (Fn. 3), Rn. 980. Das deutsche Recht geht freilich von einem engeren Begriff des Verwaltungsermessens aus und unterscheidet zwischen Ermessen, Beurteilungs- und Gestaltungsermächtigungen und unbestimmten Gesetzesbegriffen; dazu etwa *Peter M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, [2]1997, S. 132 f.; *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen (Fn. 15), Rn. 260 f., 267 f. und 286 f. Zur naheliegenden einheitlichen Behandlung des gesamten Ermessensthemas auch unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 46 f., 65 f. und 69 f.

Behörde vor. Um die repressive Kontrolle zu erzwingen, sieht das Gesetz außerdem verschiedene Beschwerdemöglichkeiten der Betroffenen vor. Die repressive Kontrolle kann also entweder von Amts wegen oder auf Antrag des Bürgers erfolgen.

2. Petitionsrecht

[16] Als Basis- und Auffanginstitut der verschiedenen Eingabe- und Beschwerdemöglichkeiten fungiert das in vielen Staaten Europas verfassungsrechtlich verankerte allgemeine *Petitionsrecht.*[20] Es handelt sich um ein altes traditionelles Grundrecht, das dem Einzelnen eine Möglichkeit bietet, sich immer wieder neu in die Rechtsgemeinschaft zu integrieren. Seine Wurzeln gehen auf den englischen *Bill of Rights* von 1689 zurück,[21] während das *First Amendement* (1791) der US-Verfassung von 1776 Gesetze untersagte, die das Petitionsrecht einschränkten.[22] In Frankreich verbürgte die Verfassung von 1791 dieses Recht.[23] Vorbild für seine spätere verfassungsrechtliche Gewährleistung in anderen europäischen Ländern stellte aber vor allem Art. 21 der belgischen Verfassung von 1831 dar, der nicht nur das Recht der individuellen Petition (wie die französischen Revolutionsverfassungen), sondern auch der Petition von mehreren Personen gemeinsam gewährleistete.[24] Obwohl das Petitionsrecht eines

20 Dazu *Christine Langenfeld*, Das Petitionsrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, [3]2005, § 39, Rn. 9 f.; *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 221 f.; *Prodromos Dagtoglou (*Πρόδρομος Δαγτόγλου*)*, Συνταγματικό δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα (Verfassungsrecht. Grundrechte), [4]2012, Rn. 1485 f.; *ders.* (Fn. 3), Rn. 982 f.; *Schiedermair* (Fn. 17), Rn. 29 f.

21 „That it is the right of the subjects to petition the King, and all commitments and prosecutions for such petitions are illegal".

22 „Congress shall make no law … abridging … the right of the people … to petition the government for a redress of grievances".

23 Vgl. Titel 1 Nr. 3 „La Constitution garantie pareillement, comme droits naturels et civils: … La liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement" (vgl. auch Art. 32 der Verfassung von 1793 und Art. 37 und 364 der Verfassung von 1795).

24 „Chacun a le droit d'adresser aux autorités publiques des pétitions signées par une ou plusieurs

der ältesten verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte ist und in den meisten modernen Verfassungen enthalten ist,[25] wird es dennoch in keiner internationalen Erklärung zum Schutz der Menschenrechte selbständig garantiert. Die Europäische Menschenrechtskonvention verbürgt immerhin in einer einheitlichen Bestimmung das Recht auf eine effektive Beschwerde bei einer nationalen Instanz (Art. 13 EMRK), die nicht unbedingt ein Gericht, sondern auch eine Verwaltungsbehörde sein kann, soweit der zu gewährende Rechtsschutz in Umfang und Dichte effektiv ist. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleistet nur das Recht, eine Petition an das Europäische Parlament zu richten (Art. 44 GRCh).[26]

[17] Das Petitionsrecht steht jedermann zu, Inländern wie Ausländern und Staatenlosen. Petitionsberechtigt sind neben natürlichen Personen auch juristische Personen des Privatrechts. Eine spezifische Betroffenheit des Petenten wird nicht vorausgesetzt, so dass auch Popularpetitionen grundsätzlich zulässig sind.[27] Das Petitionsrecht ist an keine Frist gebunden und kann individuell ebenso wie kollektiv als Sammelpetition ausgeübt werden. Als minimale förmliche Anforderungen kommen insbesondere die Individualisierbarkeit der Petenten und das Schriftformerfordernis in Betracht, dem allerdings nicht in allen europäischen Staaten auch durch eine Eingabe in fremder Sprache entsprochen wird.[28] Keine zulässige Petition

personnes. Les autorités constituées ont seules le droit d'adresser des pétitions en nom collectif".

25 Vgl. z.B. Art. 21 der belgischen, Art. 17 der deutschen, Art. 50 der italienischen, Art. 10 und 69 der griechischen, Art. 29 der spanischen, Art. 52 der portugiesischen, Art. 5 der niederländischen und Art. 27 der luxemburgischen Verfassung.

26 Vgl. auch Art. 20 Abs. 2 lit. d, Art. 24 S. 2 und Art. 227 AEUV.

27 Die portugiesische Verfassung (Art. 52 Abs. 1) lässt ausdrücklich Petitionen zum Schutz des allgemeinen Interesses zu. Für Verfassungen, die das Petitionsrecht unter Gesetzesvorbehalt garantieren, könnte das Gesetz wohl ein persönliches rechtliches Interesse fordern; vgl. *Dagtoglou*, Verfassungsrecht. Grundrechte (Fn. 20), Rn. 1500.

28 So ist z.B. die Petition im griechischen Recht nach dem Gesetz in griechischer Sprache zu verfassen; deutsch ist ebenfalls die Amtssprache in Verwaltungsverfahren vor deutschen Behörden nach § 23 Abs. 1 VwVfG. Auch Art. 41 Abs. 4 GRCh, der ohnehin nur für Verfahren vor den Organen und Einrichtungen der Union sowie für mitgliedstaatliche Verfahren bei der Durchführung des Unionsrechts gilt (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh), beschränkt speziell das Korrespondenzrecht auf

ist eine Eingabe, die gegen Strafgesetze verstößt oder sonst rechtswidrig ist; für eine unzulässige Schmähkritik kann folglich unter Berufung auf das Petitionsrecht keine Straffreiheit verlangt werden.[29] Eine Petition, die rechtlich Unzulässiges verlangt, ist ihrerseits nicht unzulässig, sondern unbegründet.[30] Nicht unzulässig sind dagegen Petitionen, die sich gegen sog. *Regierungsakte (actes de gouvernement)* richten. Der Gesetzesvorbehalt („unter Beachtung der Gesetze"), unter dem viele Verfassungen das Petitionsrecht garantieren, rechtfertigt nach richtiger Ansicht keine solche Einschränkung, denn der Vorbehalt bezieht sich nur auf das Verfahren und die Art und Weise seiner Ausübung und nicht auf den Wesensgehalt oder Gegenstand des Petitionsrechts.[31]

[18] Die wichtigsten Petitionsadressaten sind einerseits die Parlamente und andererseits alle anderen staatlichen Stellen, insbesondere Verwaltungsbehörden, ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform. Eine in der Sache nicht zuständige Instanz hat die Pflicht, eine bei ihr eingereichte Petition zu empfangen und an die zuständige Stelle weiterzuleiten. Ähnlich wie das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz beinhaltet auch das Petitionsrecht kein Recht auf Erfüllung des in der Petition genannten Anliegens. Es verpflichtet aber zur Entgegennahme der Petition, zur Kenntnisnahme ihres Inhalts, zur sachlichen Prüfung und zur raschen Verbescheidung innerhalb einer angemessenen Frist. Der schriftlich zu verfassende Bescheid muss auch eine Begründung enthalten, die allerdings nur Angaben zur Art und

den Verkehr mit den Organen der Union und bezieht die Agenturen und sonstigen Stellen der EU-Eigenverwaltung bewusst nicht ein; anders indes Art. 20 Abs. 2 lit. d und Art. 24 S. 4 AEUV für Petitionen und den Verkehr mit dem Bürgerbeauftragten der Union.

29 Vgl. *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 221; *Dagtoglou* (Fn. 20), Rn. 1499. Art. 10 Abs. 2 der griechischen Verfassung bestimmt jedoch, dass erst nach Bekanntgabe der endgültigen Entscheidung der Behörde, an die die Petition gerichtet ist und nur mit ihrer Erlaubnis, die Verfolgung des Petenten wegen einer in der Petition enthaltenen Rechtsverletzung gestattet ist.

30 So auch *Langenfeld*, Das Petitionsrecht (Fn. 20), Rn. 29.

31 Wie hier *Dagtoglou* (Fn. 20), Rn. 1490 und 1500 in Bezug auf den gesetzlich vorgesehenen Ausschluss der Regierungsakte aus dem Petitionsrecht nach griechischem Recht.

Weise der Behandlung der Petition, nicht aber inhaltliche Aussagen darüber zu enthalten braucht, wie die Entscheidung in der Sache getroffen worden ist.[32] Die Kontrolle, die die Petition (sowie die Gegenvorstellung und die Aufsichtsbeschwerde) auslöst, kann darüber hinaus auch zur Aufhebung oder Änderung eines bereits erlassenen Verwaltungsakts oder zur Vornahme einer rechtswidrig abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungshandlung führen. In beiden Fällen ergeht ein neuer Verwaltungsakt. Wenn die Kontrolle aber zur Bestätigung des Verwaltungsakts gelangt, m.a.W. wenn die erlassende Behörde auf ihre ursprüngliche Rechtsauffassung besteht, ohne eine erneute materielle Prüfung vorzunehmen, so hat ihr neuer Bescheid lediglich Feststellungscharakter und kann nicht zulässigerweise gerichtlich angefochten werden.[33] Das Anliegen der Petition kann außerdem in der Erteilung von Informationen und Dokumenten bestehen.[34] Art. 41 Abs. 2 Buchst. b GRCh („Recht auf eine gute Verwaltung") garantiert insbesondere das Recht jeder Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des berechtigten Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses. Petitionen besitzen weder einen Suspensiv- noch einen Devolutiveffekt und hindern bei Verwaltungsakten nicht den Eintritt der Bestandskraft. Ebenso wenig können sie die Sachentscheidungsvoraussetzung eines förmlichen Vorverfahrens ersetzen.[35]

32 Vgl. *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 222; *Schiedermair* (Fn. 17), Rn. 30. Art. 10 Abs. 1 S. 2 der griechischen Verfassung verpflichtet ausdrücklich die Behörden „zum schnellen Handeln aufgrund der geltenden Vorschriften und zur begründeten Antwort an den Petenten nach Maßgabe der Gesetze".

33 *Dagtoglou* (Fn. 20), Rn. 1490.

34 Z.B. Art. 10 Abs. 3 der griechischen Verfassung verpflichtet nunmehr explizit die zuständige Behörde oder Dienststelle, Anträge auf Erteilung von Auskünften und Dokumenten, insbesondere Zeugnissen, Bescheinigungen und Unterlagen, innerhalb einer bestimmten Frist, nicht länger als 60 Tage, nach Maßgabe der Gesetze zu beantworten. Im Falle des leeren Ablaufes dieser Frist oder einer rechtswidrigen Verweigerung ist dem Antragsteller, abgesehen von etwaigen anderen Sanktionen und rechtlichen Konsequenzen, eine spezielle Entschädigung in Geld nach Maßgabe der Gesetze zu gewähren.

35 *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 218.

3. Widerspruchskontrolle

[19] Während die Erhebung einer formlosen oder förmlichen Verwaltungsbeschwerde lediglich die Unterbrechung der Frist für die gerichtliche Anfechtung des Verwaltungsakts für eine bestimmte kurze Zeit zur Folge haben kann, stellt die vorherige erfolglose Durchführung eines gegebenenfalls gesetzlich vorgesehenen förmlichen *Widerspruchsverfahrens* eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung des jeweils einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfs dar. Ein solches in vielen europäischen Verwaltungsrechtsordnungen obligatorische außergerichtliche Vorverfahren weist eine Doppelfunktion als administrative Verfahrenshandlung und gerichtliche Sachentscheidungsvoraussetzung auf und übt wichtige komplementäre Rechtsschutz-, Selbstkontroll-, Schlichtungs-, Ergänzungs- und Entlastungsaufgaben zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus.[36]

[20] Beim Widerspruch handelt es sich um eine gesetzlich entweder generell oder für bestimmte Fälle vorgesehene förmliche Verwaltungsbeschwerde, bei der das Gesetz nicht nur die zuständige Behörde und die Frist zu ihrer Erhebung, sondern auch die Möglichkeit einer über die Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehenden materiellen Nachprüfung vorsieht *(Zweckmäßigkeitskontrolle)*.[37] Der Widerspruch richtet sich gegen bestimmte Verwaltungsentscheidungen, insbesondere gegen Verwaltungsakte, und

36 Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2018, Rn. 249; *Jens-Peter Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, [3]2022, § 28, Rn. 120 f.; *Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einleitung (Fn. 2), Rn. 200; *Dagtoglou*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 3), Rn. 985 f.; *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen (Fn. 15), Rn. 345 f.; *Schiedermair*, Selbstkontrollen der Verwaltung (Fn. 17), Rn. 31 f.

37 Aus diesem Grund, nämlich dass der Rechtsschutz, den der Widerspruch gewährt, umfassender ist als die Rechtsschutzmöglichkeit, die die einfache Gegenvorstellung bietet, verstößt das gesetzliche Verbot der Erhebung von Gegenvorstellung gegen die Entscheidung der Widerspruchsbehörde, die den Widerspruch zurückgewiesen hat, nicht gegen das Petitionsrecht. Gegen den Widerspruchsbescheid ist der verwaltungsgerichtliche Rechtsbehelf zulässig; vgl. *Dagtoglou*, Verfassungsrecht. Grundrechte (Fn. 20), Rn. 1491.

entfaltet in der Regel *aufschiebende* Wirkung. Er ist grundsätzlich innerhalb der Anfechtungsfrist schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen und führt zu einer Entscheidung der angerufenen Stelle in der Sache; es darf nicht bei einer bloßen Verbescheidung bleiben. Widerspruchsbehörde ist die Verwaltungsbehörde, die das Gesetz jeweils bestimmt. Das ist üblicherweise die übergeordnete bzw. vorgesetzte (Aufsichts-)Behörde *(Devolutiveffekt*); es kann aber auch die erlassende (Ausgangs-)Behörde (z.B. in Selbstverwaltun gsangelegenheiten) oder eine andere aus dem normalen Verwaltungsaufbau ausgegliederte Rechtsbehelfsbehörde (verschiedene unabhängige Rechts- oder Widerspruchsausschüsse) sein. Daneben können fachgesetzlich besonders ausgestaltete Eingabemöglichkeiten bestehen, die zu einem Rechtsschutz durch gerichtsähnlich verfasste Kontrollorgane führen, wie z.B. das in Deutschland gesetzlich normierte Nachprüfungsverfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, das der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben dient.[38]

[21] Das Widerspruchsverfahren ist ein rechtsmittelähnlich ausgestaltetes Einspruchs- und Beschwerdeverfahren, das sich von den gerichtlichen Rechtsmittelverfahren dadurch unterscheidet, dass es sich einerseits gegen einen Verwaltungsakt und nicht gegen eine gerichtliche Entscheidung richtet und andererseits vor einer Verwaltungsbehörde und nicht vor einem Gericht durchgeführt wird. Gleichwohl besteht zwischen ihm und dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine besonders intensive Korrelation, weil es dem Klageweg ausdrücklich vorgeschaltet ist und ihn praktisch weitgehend ersetzen soll. Denn wenn der Betroffene den vorgesehenen Widerspruch nicht oder nicht rechtzeitig erhebt, ist der verwaltungsgerichtliche Rechtsbehelf unzulässig und der Betroffene verwirkt sein verfassungsrechtlich garantiertes Grundrecht auf gerichtlichen Rechtsschutz. Das ist eine schwerwiegende Rechtsfolge, die nur dann eintreten darf, wenn der Betroffene von der bestehenden Widerspruchsmöglichkeit wusste bzw. wissen musste.

38 Dazu *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 220; *Kahl*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland (Fn. 8), Rn. 137 f.

Letzteres ist der Fall, wenn die Widerspruchsmöglichkeit gesetzlich entweder generell als Regelfall eingeführt worden ist oder, wenn sie nur für bestimmte Fälle vorgesehenen ist, im Text des bekannt gegebenen ursprünglichen Verwaltungsakts, gegen den der Widerspruch einzulegen ist, eine diesbezügliche Belehrung enthalten ist; anderenfalls ist der gerichtliche Rechtsbehelf auch ohne die vorherige erfolglose Erhebung des Widerspruchs zulässig.[39]

[22] Die Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage darf ihrerseits nicht von der endgültigen Durchführung des Widerspruchsverfahrens abhängig gemacht und an seine Erschöpfung gebunden werden; vielmehr muss verfassungsnotwendig nach Ablauf einer angemessenen Entscheidungsfrist eine Untätigkeitsklage bzw. ein entsprechender gerichtlicher Rechtsbehelf zulässig sein. In diesem Fall richtet sich der gerichtliche Rechtsbehelf zulässigerweise gegen die Entscheidung der Widerspruchsbehörde, die den Widerspruch – ausdrücklich oder stillschweigend im Wege der Fiktion nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist – zurückgewiesen hat.[40] Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Klage ist somit der Widerspruchsbescheid bzw. der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid erfahren hat.[41] Auf der anderen Seite hindert die Garantie wirksamen Rechtsschutzes den Gesetzgeber nicht, für das Widerspruchsverfahren die *reformatio in peius* vorzusehen; tut er das nicht, so darf das Widerspruchsverfahren selbst regelmäßig nicht dazu führen. Es besteht also grundsätzlich ein Verschlechterungsverbot zu Lasten des Widerspruchsführers. Inwieweit das Verbot ausnahmsweise gesetzlich

39 So nach griechischem Recht *Prodromos Dagtoglou (*Πρόδρομος Δαγτόγλου*)*, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο (Verwaltungsprozessrecht), [6]2014, Rn. 560 f. und 642; *ders.* (Fn. 3), Rn. 986b; *Pavlos-Michael Efstratiou*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, 2014, § 76, Rn. 95.

40 *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 200; *Dagtoglou*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 3), Rn. 986a; *Schmidt-Aßmann*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), ebd.

41 *Schoch* (Fn. 15), Rn. 346; *Efstratiou* (Fn. 39), ebd.

aufgehoben werden darf, ist im Übrigen keine Frage der Rechtsschutzgarantie, sondern des materiellen Rechts einschließlich des Zuständigkeitsrechts. So kommt eine reformatio in peius in Prüfungsbewertungsverfahren aus Gründen der Chancengleichheit nicht in Betracht.[42]

[23] Das Widerspruchsverfahren ermöglicht zudem in vielen europäischen Rechtsordnungen eine Nachholbarkeit von unterbliebenen ergebnisrelevanten Verfahrenshandlungen (z.B. die Anhörung, die Begründung und die Mitwirkung anderer Behörden). Insofern werden das ursprüngliche Verwaltungsverfahren und das anschließende administrative Kontrollverfahren, in dem die zunächst fehlende Verfahrenshandlung rechtzeitig nachgeholt wird, als Einheit betrachtet; der Fehler wird „geheilt". Die Nachholung muss grundsätzlich vor Erhebung der gerichtlichen Klage geschehen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist sie nicht mehr möglich; der Verwaltungsakt ist dann wegen des Verfahrensfehlers endgültig rechtswidrig.[43] Das gilt im Prinzip auch für das spanische und das griechische Recht, nicht aber für das französische oder das italienische Recht, die ein derartiges obligatorisches behördliches Vorverfahren nicht kennen, während im englischen Recht die Nachholbarkeit von Verfahrenshandlungen davon abhängt, ob dem Betroffenen im Einzelfall ein *faires Verfahren* gewährleistet ist.[44] Im deutschen Recht können mittlerweile unterbliebene Verfahrenshandlungen auch im Rahmen eines weiteren *prozessbegleitenden („mitlaufenden") administrativen Heilungsverfahrens* nachgeholt werden, das parallel bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens durchgeführt wird.[45] Außerdem ist in jüngerer Zeit in Deutschland eine deutliche Tendenz

42 *Dagtoglou* (Fn. 3), Rn. 986; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 36), Rn. 249; *Schneider* (Fn. 36), Rn. 125.

43 So die Rechtslage in Deutschland vor 1996; vgl. *Schmidt-Aßmann/Krämer*, Das Verwaltungsverfahren und seine Folgen (Fn. 9), S. 113 f.

44 *Schmidt-Aßmann/Krämer* (Fn. 9), S. 114.

45 Vgl. § 45 Abs. 2 VwVfG und dazu *Heinz J. Bonk*, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S. 320, 325 f.; *Armin Hatje*, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozess als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, S. 477, 483 f.; *Christian-Dietrich Bracher*, Nachholung der

zu beobachten, das obligatorische Widerspruchsverfahren auf Landesebene entweder ganz abzuschaffen oder nur mehr als Alternative zur Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage auszugestalten. Dies erfolgt im Zuge der Entbürokratisierung, aber auch aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und Kostensenkung sowie auf der Grundlage empirischer Studien über die mangelnde Erfüllung der Selbstkontrollfunktion des Vorverfahrens. Funktional entspricht es dem meist fakultativen *recours administratif* in Frankreich bzw. dem *ricorso* in Italien, der allerdings in zahlreiche Unterkategorien zerfällt.[46]

Anhörung bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens?: Zur Verfassungsmäßigkeit von § 45 Abs. 2 VwVfG, DVBl. 1997, S. 534 f.; *Johann Bader*, Die Heilung von Verfahrens- und Formfehlern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NVwZ 1998, S. 674, 676 f.; *Helge Sodan*, Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens- und Formfehlern, DVBl. 1999, S. 729, 735 f.; *Friedhelm Hufen*, Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, JuS 1999, S. 313, 317 f.; *Stefan Reinel*, Die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der Heilung von Verfahrensmängeln, BayVBl. 2004, S. 454 f.; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Ann-Katrin Kaufhold*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, [3]2022, § 27, Rn. 86 f. (sog. deutsche „Beschleunigungs"-Diskussion); *Schoch* (Fn. 15), Rn. 129 f.; *Schneider* (Fn. 36), Rn. 131 f.

46 Vgl. *Peter M. Huber*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, in: von Bogdandy/Cassese/ders. (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, 2014, § 73, Rn. 198 f.; *Kahl*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland (Fn. 8), Rn. 136. Gegen diese rechtspolitisch nicht unumstrittene Gesetzgebungspraxis bestehen jedenfalls aus Rechtsschutzgründen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Nur für *besondere* Situationen (z.B. bei anstehenden oder bereits getroffenen Prüfungs- und Leistungsbewertungsentscheidungen) kann ein bestimmtes materielles Grundrecht die Vorschaltung eines Verfahrens administrativen „Überdenkens" fordern, um unvermeidbare Grenzen der gerichtlichen Kontrolle der Bewertung auszugleichen. Die Nachprüfung kann aber unabhängig von einem förmlichen Widerspruchsverfahren stattfinden, mag sich dieses dafür auch anbieten; vgl. *Friedrich Schoch*, Widerspruchsverfahren, in: Ehlers/ders. (Hg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 20, Rn. 94; *ders.*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen (Fn. 15), Rn. 348 f.; *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 200; *Schiedermair* (Fn. 17), Rn. 33 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 36), Rn. 249; *Schneider* (Fn. 36), Rn. 128 f. Zum Ganzen *Josef Franz Lindner*, Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch die Länder? – Zur Verfassungsmäßigkeit des Art. 15 Nr. 21 BayAGVwGO, BayVBl. 2005, S. 65 f.; *Ulrike Rüssel*, Zukunft des Widerspruchsverfahrens, NVwZ 2006, S. 523 f.; *Erwin Allesch*, Zur Abschaffung oder weitgehenden Einschränkung des Widerspruchsverfahrens, GS für Ferdinand O. Kopp, 2007, S. 16 f.; *Ines Härtel*, Rettungsanker für das Widerspruchsverfahren?, VerwArch 98 (2007), S. 54 f.; *Guy Beaucamp/Petra Ringermuth*, Empfiehlt sich die Beseitigung des Widerspruchsverfahrens?, DVBl. 2008, S. 426 f.; *Thomas Holzner*, Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens – Problemstellung und rechtliche Erwägungen, DÖV 2008, S. 217 f.; *Henning Bier-*

Demgegenüber könnte man auch daran denken, die Widerspruchsmöglichkeit nur noch auf bestimmte gesetzlich vorgesehene Fälle zu beschränken, wie es in anderen Staaten (z.B. Griechenland) geschieht.

4. Verbot des „Insichprozesses“

[24] Im Gegensatz zu den Privatpersonen können die Verwaltungsorgane grundsätzlich nicht gegen Akte ihrer hierarchisch Vorgesetzten oder der besonderen Organe, die über Widersprüche entscheiden, gerichtlich vorgehen, weil sie keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Der sog. *„Insichprozess“ (ενδοστρεφής δίκη)* zwischen Organen, die zu derselben juristischen Person gehören, gefährdet die Einheit ihrer Verwaltung und ist nicht gestattet, es sei denn, das Gesetz sieht ausdrücklich etwas anderes vor.[47] Das gleiche gilt für die gerichtliche Anfechtung von Akten eines Organs einer juristischen Person durch die juristische Person selbst.[48]

5. Staats- bzw. Verwaltungsaufsicht

[25] Anders ist die Rechtslage im Verhältnis zwischen der unmittelbaren Staatsverwaltung und den rechtlich verselbständigten, mit Autonomie oder Selbstverwaltung ausgestatteten Verwaltungsträgern (sc. Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts und öffentlichen Unternehmen).[49] Die Verselbständigung dieser Verwaltungseinheiten

mann, Das Widerspruchsverfahren unter Reformdruck, DÖV 2008, S. 395 f.; *Klaus-Peter Dolde/ Winfried Porsch*, Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens – ein bedauernswerter Abbruch eines Grundpfeilers der VwGO?, VBlBW 2008, S. 428 f.

47 So können z.B. in Deutschland die betreffende Fachdirektion bzw. der zuständige Minister nach dem jeweiligen Landesrecht Aufsichtsklage im öffentlichen Interesse gegen die Entscheidungen der unabhängigen Rechts- oder Widerspruchsausschüsse erheben, wenn sie den Widerspruchsbescheid für rechtswidrig halten.

48 *Dagtoglou*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 3), Rn. 987.

49 Das Verhältnis der verselbständigten Verwaltungsträgern zueinander wird im Prinzip durch rechtliche Gleichheit bestimmt, so dass eine gegenseitige Kontrolle nicht in Betracht kommt.

gegenüber der staatlichen Verwaltung wäre zwecklos, wenn ihre Organe weiterhin in einem hierarchischen Über-/Unterordnungsverhältnis zu den staatlichen Organen stünden. Auf der anderen Seite darf ihre rechtliche Verselbständigung nicht zu einer Auflösung der Verwaltung als Ganzes in miteinander beziehungslosen Einheiten führen. Der Staat, der diese Verwaltungseinheiten schafft, kann sich nicht jeder Verantwortung für ihre Funktionsweise entziehen. Zu diesem Zweck braucht er eine hinreichend effektive, wenn auch rechtlich begrenzte Kontrollmöglichkeit durch übergeordnete, letztlich parlamentarisch verantwortliche Organe, die in diesem Fall Staats- bzw. *Verwaltungsaufsicht* heißt.[50] Soweit der Staat eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentliches Unternehmen gründet und ihre Selbstverwaltung anerkennt, ist er berechtigt (und verpflichtet) das Aufsichtsrecht für sich vorzubehalten. In einer parlamentarischen Demokratie, in der das Parlament die Regierung und durch sie die Verwaltung kontrolliert, ist ein Mindestmaß an Aufsicht verfassungsrechtlich geboten, denn nur auf diese Weise kann die ministerielle Verantwortung begründet und die parlamentarische Kontrolle gerechtfertigt werden. Da es sich aber um eine Einschränkung der Autonomie oder Selbstverwaltung handelt, müssen dieser Vorbehalt sowie die Mittel und Grenzen der Aufsicht gesetzlich ausdrücklich bestimmt werden. Die Staatsaufsicht über die Hochschulen und die Kommunalkörperschaften ist in vielen europäischen Rechtsordnungen unmittelbar von der Verfassung vorgesehen.

[26] Die Staatsaufsicht hat nicht die Reichweite der hierarchischen Kontrolle. Sie bezieht sich grundsätzlich nur auf die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Selbstverwaltungseinheit *(Rechtsaufsicht)* und nur in begrenztem Umfang – bei der Erfüllung der im Auftrag oder nach Weisung des Staates wahrgenommenen Aufgaben (sog. „Auftragsangelegenheiten“ oder „Weisungsaufgaben“) – auf die Zweckmäßigkeit ihrer Handlungen

50 Grundlegend *Wolfgang Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000. Zur Abgrenzung von Überwachung, Aufsicht und Kontrolle *Peter M. Huber*, Überwachung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, ²2013, § 45, Rn. 11 f.

(Fach- bzw. Sonderaufsicht).[51] Wie die Staatsaufsicht über die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, so darf auch die Aufsicht über alle anderen verselbständigten Verwaltungsträger „ihre Initiative und freie Tätigkeit" nicht hindern.[52] Dieser Grundsatz wird oft vom Gesetzgeber nicht eingehalten, der immer wieder zur erweiterten und drastischeren Aufsicht und zur entsprechenden Einschränkung der Selbstverwaltung neigt.

[27] Die Staatsaufsicht wird grundsätzlich von Amts wegen ausgeübt. Zu diesem Zweck sieht das Gesetz mehrfach die Pflicht der beaufsichtigten Verwaltungseinheit zur Bekanntgabe oder Genehmigung ihrer Akte durch die Aufsichtsbehörde vor. Die Aufsicht kann aber auch auf Antrag der interessierten Bürger initiiert werden, manchmal sogar infolge von Beschwerde, die speziell vom Gesetz vorgesehen wird. Im Gegensatz zur hierarchischen Kontrolle kann außerdem die Ausführung der Aufsicht nicht nur vom interessierten Bürger, sondern auch von der beaufsichtigten juristischen Person des öffentlichen Rechts gerichtlich angefochten werden, ohne dass es sich dabei um einen verbotenen „Insichprozess" handelt.

6. Gegenseitige Kontrolle

[28] Eine Form gegenseitiger Verwaltungskontrolle bewirkt ebenfalls die Mitwirkung mehrerer Verwaltungsorgane und Behörden, die bei dem Erlass von abstrakt-generellen Maßnahmen (Rechtsverordnungen und Satzungen) oder dem Erlass eines Verwaltungsakts bzw. dem Abschluss eines Verwaltungsvertrags gemeinsam entscheiden.[53] Das ist auch der Fall bei komplexen Verwaltungshandlungen (z.B. beamtenrechtliche

51 Vgl. *Dagtoglou*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 3), Rn. 988 f.; *Kahl*, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle (Fn. 5), Rn. 93 f.; *Schiedermair*, Selbstkontrollen der Verwaltung (Fn. 17), Rn. 25 f. und 45 f.

52 So bestimmt etwa Art. 102 Abs. 4 S. 1 der griechischen Verfassung: „Der Staat übt die Aufsicht über die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften aus, die ausschließlich in Rechtmäßigkeitskontrolle besteht und ihre Initiative und freie Tätigkeit nicht hindern darf".

53 *Dagtoglou*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 3), Rn. 994.

Auswahlverfahren, gestufte Planungsverfahren, Ausschreibungs- und Vergabeverfahren im Beschaffungs- und Auftragswesen usw.). Im Europäischen Verwaltungsverbund haben sich zudem in der Praxis neue alternative Methoden gegenseitiger Kontrolle zwischen kooperierenden mitgliedstaatlichen Verwaltungen entwickelt, wie etwa durch *peer review* oder öffentliches „*naming and saming*" seitens anderer Netzwerkmitglieder.[54]

7. Haushalts- und Finanzkontrolle

[29] Eine besondere Form verwaltungseigener Kontrolle ist die Haushalts- und Finanzkontrolle. Ihre Eigenart liegt in der äußerst formellen Art ihrer Durchführung und dem Umstand, dass sie vornehmlich vom Rechnungshof ausgeübt wird, der in den meisten europäischen Rechtsordnungen nicht mehr ein Hilfsorgan des Parlaments, sondern in erster Linie ein Gericht ist, das auch wichtige administrative Kontrollaufgaben wahrnimmt. So wird die Haushalts- und Finanzkontrolle trotz ihrem verwaltungsrechtlichen Charakter hauptsächlich unter Einhaltung richterlicher Formalität und Unabhängigkeit ausgeübt. Zu den Haushalts- und Finanzkontrollen gehören verwaltungsinterne Selbstkontrollen und Fremdkontrollen. In ihrem Zentrum steht im nationalen Recht wie im EU-Recht die Institution der *Rechnungsprüfung*.[55] Gegenstand der Rechnungsprüfung ist die gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung der öffentlichen Hand. Einbezogen sind Sondervermögen, die mittelbare Staatsverwaltung, die Selbstverwaltung, die Verwaltung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und der öffentlichen Unternehmen und überhaupt aller Stellen, die Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten bekommen haben. Auch Institutionen mit besonderem Autonomieanspruch

54 Vgl. *Martin Eifert*, Legitimationsstrukturen internationaler Verwaltung, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 307, 319, 321; *Simantiras*, Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund (Fn. 16), S. 122 f.

55 Dazu *Dagtoglou*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 3), Rn. 995 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 92 f., Kap. 6, Rn. 170 f.

(z.B. Wissenschaftseinrichtungen) sind nicht ausgenommen.

[30] Die Haushalts- und Finanzkontrolle wird vom jeweiligen Ressortminister, dem Finanzminister und dem Rechnungshof durchgeführt. Jeder *Minister* ist „Hauptzahlungsbevollmächtigter" jeder Ausgabe seines Ministeriums und kann durch Entscheidungen zur Übernahme von Ausgaben über den Haushalt seines Ministeriums verfügen, es sei denn, das Gesetz ermächtigt dazu ein anderes Organ, einen sog. „Zweitzahlungsbevollmächtig ten". Die Zuständigkeit zum Erlass von Entscheidungen zur Übernahme von Ausgaben und von Zahlungsanordnungen beinhaltet auch die Kompetenz der Haushalts- und Finanzkontrolle der Akte und Vorträge der untergeordneten Behörden des Ministeriums. Der Minister übt ferner die Haushalts- und Finanzkontrolle über die juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die öffentlichen Unternehmen seines Geschäftsbereichs aus.

[31] Der *Finanzminister* hat besondere Zuständigkeiten, unter anderem auch in Bezug auf die Haushalts- und Finanzkontrolle. Nach dem jeweiligen Gesetz übt er Aufsicht und Kontrolle über die Verwaltung der öffentlichen Gelder und des öffentlichen Vermögens sowie über die Ausführung der Programme aus, die vom staatlichen Haushalt, der Europäischen Union oder internationalen Organisationen finanziert oder subventioniert werden. Diese Prüfung übt er durch das im betreffenden Land jeweils zuständige allgemeine staatliche *Rechnungs*- bzw. *Prüfungsamt* aus.[56] Die einzelnen besonderen Rechnungs- bzw. Prüfungsämter sind verpflichtet, bevor sie irgendwelche Verpflichtung übernehmen, die Genehmigung des Finanzministers zu ersuchen. Der Finanzminister kann, auch wenn keine Zweifel über die Recht- und Zweckmäßigkeit einer Ausgabe bestehen, durch die besonderen Rechnungs- bzw. Prüfungsämter die Verschiebung der Übernahme einer Verpflichtung anordnen, wenn die öffentlichen Finanzen die Belastung des staatlichen Haushalts nicht gestatten (und nur dann).

[32] Der *Rechnungshof* ist nach der Verfassung und dem Gesetz zuständig

56 *Dagtoglou* (Fn. 3), Rn. 997.

zum einen für die gegebenenfalls präventive Prüfung der Ausgaben des Staates, der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und der öffentlichen Unternehmen und zum anderen für die repressive Prüfung der Rechnungslegungen der genannten Selb stverwaltungskörperschaften, der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, der öffentlichen Unternehmen und der sog. „*rechnungspflichtigen Beamten*" (δημοσίων υπολόγων), d.h. all derjenigen Personen, die Gelder, Werte oder Mittel verwalten, die dem Staat, den Kommunalkörperschaften, den sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und den öffentlichen Unternehmen gehören.

[33] Der Rechnungshof prüft, ob es sich um eine rechtmäßig bewilligte Ausgabe handelt und ob die Bestimmungen des Haushaltsgesetzes eingehalten sind.[57] Prüfungsmaßstäbe sind die Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung. Zur *Ordnungsmäßigkeit* gehört auch die Rechtmäßigkeit, die nach richtiger Ansicht das gesamte für die Verwaltung beachtliche Bindungsprogramm des Gesetzmäßigkeitsprinzips einschließt. Der Maßstab der *Wirtschaftlichkeit* umfasst die Minimierung des Mitteleinsatzes bei vorgegebenem Zweck und die Maximierung des Nutzens bei vorgegebenen Mitteln. Das Maximalprinzip anzuwenden bereitet Schwierigkeiten, weil es eine Bewertung der Zwecke impliziert und damit „*Zuge einer politischen Rationalität" (Reinermann)* annimmt. Natürlich können die Rechnungshöfe ohne greifbare Zweckhierarchien keine umfassenden Politikbewertungen vornehmen; aber grobe Missverhältnisse und Unvertretbarkeiten haben sie zu benennen.[58]

[34] Die spezifische Leistungsfähigkeit der Rechnungshofkontrollen liegt in ihrer *Unabhängigkeit* und in ihrer *Professionalität.*[59] Unabhängigkeit setzt dauerhafte Distanz zu den kontrollierten Stellen und Vorgängen voraus. Beratungstätigkeiten, die neben der Prüfungstätigkeit ausgeübt werden, müssen daher begrenzt bleiben und dürfen nicht zu einer Übernahme von

57 Dazu *Schmidt-Aßmann* (Fn. 55), Kap. 4, Rn. 94 f.
58 So *Schmidt-Aßmann* (Fn. 55), Kap. 4, Rn. 95.
59 Wie hier *Schmidt-Aßmann* (Fn. 55), Kap. 4, Rn. 96 f.

Mitverantwortung führen. Die Prüfungsberichte der Rechnungshöfe bilden nicht nur die Basis für die Entlastung der Regierung, sondern sie wirken zugleich dahin, die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit zu aktivieren. Für den Rechnungshof der EU ist die Veröffentlichung seiner Berichte im Amtsblatt der Union ausdrücklich vorgeschrieben (Art. 248 Abs. 4 AEUV). Das gilt, mutatis mutandis, für die Prüfungsberichte der Rechnungshöfe der Mitgliedstaaten.

[35] In den Sanktionsmechanismen unterscheiden sich die Rechnungshöfe von den Verwaltungsgerichten, die vorrangig mit der verbindlichen Korrektur punktuell erfasster administrativer Vorgänge beschäftigt sind.[60] Das Verhalten beider Kontrollinstanzen zueinander war lange Zeit vorwiegend als Frage nach dem Gerichtsschutz gegen die Tätigkeit von Rechnungshöfen erörtert worden. Für eine verbesserte Kontrollsystematik kommt es jedoch darauf an, das Verhältnis nicht auf konfrontative, sondern auf komplementäre Elemente zu untersuchen. Ein besseres Zusammenspiel hängt vor allem von einer stärkeren materiellen Integration des Haushaltsrechts in das allgemeine Verwaltungsrecht ab.[61] Spezifische Kontrollverknüpfungen sollten bei der gegenseitigen Information beginnen. Zu denken ist daran, dass Rechnungshöfe pathologische Verwaltungspraxen, die in gerichtlichen Urteilen punktuell identifiziert worden sind, in größerer Breite aufnehmen. Das kann z.B. im Subventionswesen und bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu einer strikteren Rechtsdurchsetzung führen. Weitere Verschränkungen sind denkbar, wenn der gerichtliche Interessenschutz weiter ausgebaut und Interessentenklagen auch der Verletzung von Haushaltsrecht geöffnet werden sollten.[62]

8. Öffentlichkeitskontrolle

[36] Anders als verwaltungsgerichtliche Verfahren, in denen eine *actio popularis* nicht gestattet ist, werden anlassbezogene wie anlassunabhängige

60 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 55), Kap. 4, Rn. 97.

61 Zutreffend *Schmidt-Aßmann* (Fn. 55), Kap. 4, Rn. 97, Kap. 6, Rn. 172.

62 Näher *Schmidt-Aßmann* (Fn. 55), Kap. 4, Rn. 80.

Administrativkontrollen auch durch Aktivierung der Öffentlichkeit initiiert.[63] Öffentlichkeit verstanden als aktive Beteiligten- oder Interessentenöffentlichkeit fördert die Transparenz der Verwaltung, intensiviert ihre Kontrolle und sichert damit auch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Partizipationsmöglichkeiten dieser Art für Bürger, Bürgerinitiativen, Nichtregierungsorganisationen u.a. gibt es vor allem im Umwelt-, Planungs- und Regulierungsrecht. Sie beziehen sich teilweise auf das Verfahren zum Erlass von Gesetzen, Rechtsverordnungen und Satzungen oder abstrakt-generellen Maßnahmen der Regulierungsbehörden, überwiegend aber auch auf konkrete Vorhaben- und Fachplanungen. So wurde z.B. der traditionelle Grundsatz einer beschränkten, nur dem Schutz spezifischer Individualinteressen der Verfahrensbeteiligten dienenden Aktenöffentlichkeit durch die Umweltinformationsrichtlinie im Bereich umweltbezogener Informationen zu einem allgemeinen Grundsatz der Verwaltungsöffentlichkeit modifiziert, der verfahrensunabhängig ist und ohne Nachweis eines spezifischen Interesses des Informationssuchenden gilt.

[37] Im Gegensatz zu den Haushalts- und Finanzkontrollen sind Öffentlichkeitskontrollen institutionell und rechtlich weit weniger ausgeformt. Das Kontrollinstrument der Öffentlichkeit ist ein unbeständiges („unstetes") Medium.[64] Zu große Erwartungen dürfen daher an diesen Kontrollansatz nicht geknüpft werden. Die Kontrollmaßstäbe bleiben ebenso schwer fassbar wie die Kontrollinstanz selbst, die bald eine sich autonom konstituierende Öffentlichkeit (z.B. innerhalb eines bestimmten Verwaltungsverfahrens), bald eine medien-

63 Eingehend *Arno Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 255 f.; *ders.*, Öffentlichkeitskontrolle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, ²2013, § 49; *Helge Rossen-Stadtfeld*, Kontrollfunktion der Öffentlichkeit – ihre Möglichkeiten und ihre (rechtlichen) Grenzen, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 117 f.; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Clemens Ladenburger*, Umweltverfahrensrecht, in: Rengeling (Hg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. 1, ²2003, § 18, Rn. 4 f.; *Jan Ziekow*, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung. Der Beginn einer neuen Verwaltungskultur, NVwZ 2013, S. 754 f.; *Ino Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 2, Rn. 113 f., Kap. 4, Rn. 98 f., Kap. 6, Rn. 167 f.

64 Dazu *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), Kap. 2, Rn. 116, Kap. 4, Rn. 98.

konstituierte Öffentlichkeit ist. Trotzdem kann auf das Kontrollpotential einer aktiven Öffentlichkeit nicht verzichtet werden: Ansätze finden sich in der Öffentlichkeitsbeteiligung, die für komplexe Verwaltungsverfahren und Massenverfahren vorgeschrieben ist. Die Umweltverträglichkeitsprüfung zieht einen wesentlichen Teil ihres Effekts aus einer rechtlich geordneten Kommunikation der beteiligten Behörde mit der Öffentlichkeit.[65] Dazu gehören ferner Anhörungs- und Auskunftsrechte im Bauplanungs- und Umweltrecht, Verfahrensvorschriften zum freien Zugang zu Umweltinformationen und zum Daten- und Geheimnisschutz sowie Vorgänge realer administrativer Leistungsbewirkung, wie z.B. die Erbringung sozialer Dienste. Weiter hierher zu zählen ist das öffentliche Berichtswesen der Verwaltung. Subventions- und Umweltberichte sind mehr als reine Unterrichtungsvorgänge. An sie lassen sich Kontrolldiskurse anknüpfen. Ansätze dazu bieten die Prüfungsberichte der Rechnungshöfe. Diese Kontrollansätze lassen sich vorsichtig weiter ausbauen: Qualitätssicherung in der Leistungsverwaltung geschieht am besten durch Kontrollen von Seiten der Nutzer (Marktöffentlichkeit als Kontrollmedium). Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen wird durch die Publizitätspflichten des Kapitalgesellschaftsrechts gestärkt. Die Europäische Kommission sieht schließlich in Öffentlichkeitskontrollen, wie bereits ausgeführt, ein wichtiges Mittel, um die Verwaltungen der Mitgliedstaaten zur Erfüllung ihrer europarechtlichen Pflichten anzuhalten.[66]

III. Wechselbeziehungen zwischen administrativen und verwaltungsgerichtlichen Kontrollverfahren

1. Typus administrativer Kontrollverfahren

[38] Nun sind administrative Kontrollverfahren im ersten und

65 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 99.

66 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 100; *ders.*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie (Fn. 10), S. 1398; vgl. auch oben Rn. 8.

hauptsächlichen Sinne *Verwaltungsverfahren.* Als solche teilen sie ihre Merkmale, d.h. sie sind komplexe Handlungsgefüge, die aus einer Reihe von Handlungen und Interaktionen bestehen, eine Vielfalt von Funktionen und Aufgaben erfüllen und eine Vielzahl von Zwecken verfolgen.[67] Neben der Kontrolle können sie je nach dem einzelnen Verfahrenstyp der Informationsgewinnung und -verarbeitung, der Wiederherstellung der objektiven Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, dem subjektiven Rechtsschutz Betroffener, der Interessendarstellung eines großen Beteiligtenkreises, der Partizipation der Öffentlichkeit, der zwischenbehördlichen Abstimmung, der Konsens- und Ausgleichssuche, der Akzeptanzsicherung und der Legitimation dienen. Insbesondere Widerspruchs- und Beschwerdeverfahren im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen sind Verwaltungsverfahren, die Gerichtsverfahren entlasten oder sogar substituieren sollen.[68] Historisch ist der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz vielerorts aus solchen administrativen Rekursverfahren hervorgegangen – man denke etwa an die Entwicklung des französischen *Conseil d'État* oder an die lange Epoche lediglich verwaltungsinterner Rechtmäßigkeitskontrolle im 17. und 18. Jahrhundert in Deutschland (*Kammer- und Administrativjustiz*),[69] wie umgekehrt Verfahrensstandards des Verwaltungsrechts oft regelmäßig von (zivil-)gerichtlichen Verfahrensregelungen abgeleitet worden sind.[70] Gerade ältere Verwaltungsverfahrensgesetze, z.B. Österreichs von 1925, stellen diese Funktion in den Vordergrund. Heute finden sich solche älteren Verfahrenskonzepte der Rechtsverteidigung und Rechtsdurchsetzung als

67 Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, [2]1996, § 70, Bd. V, [3]2007, § 109; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Ann-Katrin Kaufhold*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 45), Rn. 56 f. („Funktionenvielfalt").

68 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, in: Müller-Graff (Hg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1998, S. 131; auch in: Liber amicorum für Prodromos Dagtoglou, 2002, S. 345.

69 Dazu *Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einleitung (Fn. 2), Rn. 71 f.

70 *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 58.

fakultativ oder meist obligatorisch zu durchlaufende Vorverfahren. Auch Art. 13 EMRK, der systematisch die eigentliche Garantie der Konvention für den Rechtsschutz in Verwaltungssachen ist, spricht, wenn er eine wirksame („effektive") Beschwerdemöglichkeit zu einer innerstaatlichen Instanz garantiert, den Verfahrensgedanken in dieser Variante an. Damit trägt er dem Umstand Rechnung, dass einige europäische Rechtsordnungen heute noch weniger streng zwischen gerichtlichem und verwaltungsinternem Rechtsschutz trennen.[71]

[39] Dabei geht es um ein auf nachträgliche Kontrolle angelegtes kontradiktorisches Verfahren, das justizförmig ausgerichtet ist und das man als *Verfahren justitiellen Typus* bezeichnen kann.[72] Dazu wird ein bestimmter Modus von Kommunikation eingesetzt: Getroffene Verwaltungsentscheidungen sollen im nachhinein aus einer gewissen *Distanz* noch einmal betrachtet und durch eine zweite Instanz kontrolliert werden. Es geht um ein „Gegen-Denken" und gegebenenfalls auch „Gegen-Gestalten".[73] Die Kommunikationsbeziehungen sind hier konfrontativ angelegt: Die Beteiligten agieren in festen Rollen und kämpfen um feste Positionen. Administrative Kontrollverfahren stellen somit den ersten und ältesten Typus von Verwaltungsverfahren der Rechtsverteidigung und Rechtsdurchsetzung dar.[74] Insofern unterscheiden sie sich von anderen Verfahrensarten entweder *kommunikativer Prägung* zu ex ante Steuerung und sorgfältiger Vorbereitung von Verwaltungsentscheidungen durch Information und Artikulierung der Interessen der Beteiligten, wie z.B. die klassischen Verfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts oder zum Abschluss eines Verwaltungsvertrags („rechts- und interessensichernde"

71 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Europäische Rechtsschutzgarantien, FS für Rudolf Bernhardt, 1995, S. 1238, 1292 f.; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 26.

72 *Schmidt-Aßmann*, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht (Fn. 68), S. 133 bzw. 347.

73 So *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Verwaltungskontrolle – Perspektiven, in: Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 325, 343; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 57; *ders.*, Verwaltungskontrolle – Einleitende Problemskizze (Fn. 16), S. 10 f.

74 Typisierung und Bezeichnungen nach *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 57 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 72), ebd.

bzw. „präventiv-rechtsschützende Verfahren"),[75] oder *politischen Charakters* als „a *surrogate political process" (Cassese)* zu durchschaubarer Darstellung und Abklärung mehrpoliger Interessengeflechte durch eine balancierte und adäquate Interessenrepräsentanz, wie z.B. Planungs-, Normsetzungs-, Vergabe-, Verteilungs- oder Regulierungsverfahren und Verfahren der zwischenbehördlichen Kooperation („interessenaggregierende Verfahren").[76] Daneben gibt es auch administrative Verfahren und Verfahrensregelungen, die allein Ziele der Rationalitätsgewährleistung verfolgen. Sie dienen nicht nur der richtigen Darstellung der Entscheidung, sondern auch der Herstellung der richtigen Entscheidung. Solche „rationalitätsfördernden Verfahren" sind z.B. das innere Verfahren der sorgfältigen Erwägung und Abwägung im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung, Haushaltsverfahren und insbesondere Verfahren haushaltsrechtlicher Kosten-Nutzen-Rechnungen, Verfahren nach dem Neuen Steuerungsmodell und Verfahren der sog. „offenen Methode der Koordinierung".[77] Nicht alle Verwaltungsverfahren – nicht einmal alle administrativen Kontrollverfahren – dienen also dem Rechtsschutz oder gar dem Grundrechtsschutz.[78]

2. Trennungsprinzip

[40] *Wie Eberhard Schmidt-Aßmann*[79] es ebenfalls sehr einprägsam

75 *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 59; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 68), S. 133 bzw. 348.

76 *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 60; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 75), ebd.

77 *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 61 f.

78 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), Rn. 24.

79 Dazu und zum Folgenden *Schmidt-Aßmann*, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 2), S. 112; *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 6, Rn. 173 f.; *ders.*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), Rn. 26; *Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einleitung (Fn. 2), Rn. 196; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 45), Rn. 66. In formell-organisatorischer Hinsicht folgen hingegen nicht alle europäischen Rechtsordnungen dem strengen Trennungsprinzip und ordnen traditionell die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der Grundlage eines undifferenzierten Verständnisses einer absoluten Gewaltenteilung immer noch der vollziehenden Gewalt zu, die sie dann aber in materiell-funktioneller Hinsicht von der sog. „aktiven Verwaltung" wieder abgrenzen; so erklärt sich z.B. die Rechtsstellung des *Conseil d'État* in Frankreich.

formuliert, sind Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in materiell-funktioneller Hinsicht Repräsentanten getrennter („besonderer“) Gewalten, deren Eigenständigkeit unangetastet bleiben muss. Administrative und verwaltungsgerichtliche Kontrollverfahren sind daher nach dem Gewaltenteilungsschema strikt voneinander zu trennen *(„Trennungsprinzip“)* und dürfen nicht vermischt werden.Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren sind getrennte Vorgänge mit jeweils eigenen Aufgaben, Beteiligtenrollen und Rechtsregeln, vor allem aber mit unterschiedlichen Verantwortlichkeiten. Die Verwaltung bleibt in allen Verfahren, an denen sie beteiligt ist, dem jeweils fachgesetzlich formulierten öffentlichen Interesse verbunden und ist insofern niemals eine interessendistanzierte, „*neutrale“ Instanz*. Das ist selbst dort der Fall, wo sie wie in mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen eine streitschlichtende Aufgabe zwischen kollidierenden Privatinteressen wahrnimmt. Die Gerichte dagegen verfolgen allein das Ziel der Rechtswahrung. Sie sind selbst dort, wo ihnen lediglich eine bloße objektive Rechtmäßigkeitskontrolle aufgegeben ist, nicht zur Verfolgung des jeweiligen Fachinteresses aufgerufen. Handlungsperspektive und Kontrollperspektive sind klar auseinanderzuhalten.

[41] Die darin begründete Trennung zwischen Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren zeigt sich in der Zuordnung des *Widerspruchsverfahrens,* das dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren zwingend vorausgehen muss und dessen Ergebnis Gegenstand der nachfolgenden Gerichtskontrolle ist.[80] Trotz seiner Doppelstellung und seiner Verknüpfungsaufgabe zwischen administrativem und gerichtlichem Verfahren bleibt es unter rechtssystematischen Gesichtspunkten allein ein Verwaltungsverfahren und gehört grundsätzlich in den Systemzusammenhang der Verwaltungsverfahren. Das Widerspruchsverfahren ist folglich keine Form „verwaltungsbegleitender“

80 Vgl. *Heike Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 27 f. und 82 f.; *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen (Fn. 15), Rn. 355 f.; *ders.*, Widerspruchsverfahren (Fn. 46), ebd.; *Schiedermair*, Selbstkontrollen der Verwaltung (Fn. 17), Rn. 31; *Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren (Fn. 36), ebd.; vgl. auch oben Rn. 19 f.

Gerichtskontrolle und wahrt die unterschiedlichen Verfahrensrationalitäten. Das gilt natürlich umso mehr für alle anderen nicht obligatorischen Verwaltungsbeschwerdeverfahren (Petitions-, Eingabe-, Einspruchs-, Gegenvorstellungs-, Aufsichts- und sonstige formlose oder förmliche administrative Beanstandungsverfahren).

[42] Die klare Trennung zwischen administrativen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedeutet *institutionell,* dass weder das verwaltungsgerichtliche Verfahren als Fortsetzung des administrativen Kontrollverfahrens noch das administrative Kontrollverfahren als bloßes Vorstadium des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens missverstanden werden darf.[81] Beide Verfahrenstypen folgen ihrer eigenen Rationalität. Auch ein noch so rechtsschutzfreundlich oder gerichtsförmig ausgestaltetes administratives Kontrollverfahren kann zwar den verfassungsrechtlich garantierten Gerichtsschutz ergänzen oder entlasten, jedoch im Bereich des Individualrechtsschutzes nicht ersetzen oder förmlich substituieren. Umgekehrt ist ein administratives Kontrollverfahren keineswegs ausschließlich oder auch nur vorrangig dazu da, einer gerichtlichen Auseinandersetzung so gut wie nur irgend möglich den Weg zu bereiten. Ein vorausgehendes Verwaltungsverfahren ist auch nicht allgemein so auszugestalten, dass die Verfahrensbeteiligten danach auf einfachste Weise Gerichtsschutz erlangen können. Aus diesem Grund sind ferner Analogieschlüsse zwischen den beiden Verfahrensrechtsregimen jeweils sorgfältig zu begründen. Identische Begriffe sind nicht notwendig auch identisch auszulegen; vielmehr ist sehr genau nach dem Zweck des einzelnen Instituts im jeweiligen Verfahrenszusammenhang zu fragen. So entspricht z.B. das Recht auf Anhörung im Verwaltungsverfahren nicht in allen Einzelheiten den für das Recht auf gerichtliches Gehör geltenden prozessualen Anforderungen.[82]

81 So *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), Kap. 6, Rn. 174; *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 79), ebd.; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 79), Rn. 67.

82 Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Art. 103 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2018, bes. Rn. 62 f.

[43] *Individuell,* d.h. auf das einzelne Verfahren bezogen, zeigt sich der Trennungsgedanke darin, dass das administrative Kontrollverfahren durch die Klageerhebung nicht in ein verwaltungsgerichtliches Verfahren übergeleitet wird. Über Beginn und Ende des Verwaltungs- bzw. des Gerichtsverfahrens entscheidet die jeweilige Verfahrensordnung.[83] Beide Verfahren können für eine bestimmte Zeit auch parallel laufen. Das ist z.B. bei der Untätigkeitsklage und u.U. auch bei vorbeugenden Feststellungs- oder Unterlassungsklagen der Fall. Für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen findet das vorausgehende Verwaltungsverfahren mit dem Erlass des belastenden bzw. der Ablehnung des begünstigenden Verwaltungsakts seinen Abschluss. Die gerichtliche Aufhebung des Verwaltungsakts lässt das ursprüngliche Verwaltungsverfahren nicht wieder aufleben. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass auch während der Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens das im vorausgehenden Verwaltungsverfahren begründete Verfahrensrechtsverhältnis mindestens nachwirkt. So erscheint es wohl ausgeschlossen, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für die Behörde jemand tätig wird, bei dem die verwaltungsverfahrensrechtlich vorgesehenen Ausschlussgründe vorliegen. Auf der anderen Seite wird die Behörde durch die Rechtshängigkeit nicht gehindert, über den Gegenstand des Verwaltungsverfahrens zu verfügen; sie ist hierzu u.U. sogar verpflichtet.[84]

3. Funktionaler Zusammenhang

[44] Zwischen administrativen und verwaltungsgerichtlichen Kontrollverfahren bestehen gleichwohl vielfältige Wechselbeziehungen. Dieser besonders in der deutschen Literatur mehrfach als *„funktionaler Zusammenhang“* bezeichnete Topos hebt die gegenseitige Zuordnung und Verzahnung, die Querverbindungen und die wechselseitigen Abhängigkeiten

83 So wiederum *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 79), ebd.

84 Vgl. etwa BVerwGE 121, 297, 309 f., wonach die zuständige Ausländerbehörde „zur ständigen verfahrensbegleitenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit ihrer Ausweisungsverfügung“ verpflichtet ist.

zwischen administrativem und gerichtlichem Verfahren hervor, auf denen ihre Ergänzungs-, Entlastungs- und Kompensationsaufgaben füreinander beruhen.[85] Er verlangt, dass bei der Ausgestaltung und praktischen Anwendung des Verfahrensrechts in *einem* Verfahren der spezifische Auftrag des *anderen* Verfahrens nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird. So müssen im Verwaltungsverfahren vor einer irreversiblen Umsetzung des Verfahrensergebnisses gegebenenfalls Vorkehrungen getroffen werden, damit ein sonst zulässiger Rechtsweg auch tatsächlich effektiv beschritten werden kann. Das ergibt sich schon aus dem (im deutschen Sprachgebrauch nicht so geläufigen) *Grundsatz der guten Verwaltung*.[86] Auf diesem Gedanken beruht z.B. die Pflicht einer Behörde, die Teilnehmer eines beamten- oder vergaberechtlichen Auswahlverfahrens über die getroffene Auswahl zu

85 Grundlegend seinerzeit *Jürgen Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 12; *ders.*, Strenge richterliche Verfahrenskontrolle bei weitem administrativem Ermessen, FS für Heribert Franz Köck, 2009, S. 321, 339 f.; *ders.*, Verfahren und Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht – Anmerkungen zur Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsgerichte auf dem Gebiet des europäischen Wirtschaftsrechts, DVBl. 2010, S. 1325, 1332 f.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 222, 264 f.; *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 6, Rn. 174; *ders.*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), Rn. 26 und 248; *Albert von Mutius*, Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren, FS für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 575, 590 f.; *Rainer Wahl*, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl. 2003, S. 1285, 1287 f.; *Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einleitung (Fn. 2), Rn. 197; *Schulze-Fielitz*, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung (Fn. 12), S. 305 f.; *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen (Fn. 15), Rn. 345 f.; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht (Fn. 45), Rn. 67 f.; *Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht (Fn. 80), S. 493 f.; dazu auch EuGH, Rs C-268/90, Slg. 1991, 5469, Rn. 14 – *Hauptzollamt München-Mitte/TU München*: „Soweit jedoch die Organe der Gemeinschaft über einen solchen Beurteilungsspielraum verfügen, kommt eine umso größere Bedeutung der Beachtung der Garantien zu, die die Gemeinschaftsrechtsordnung in Verwaltungsverfahren gewährt".

86 Dazu *Kristin Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 113 f.; *Pavlos-Michael Efstratiou*, Der Grundsatz der guten Verwaltung als Herausforderung an die Dogmatik des nationalen und europäischen Verwaltungsrechts, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 281 f.; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 29 f.

informieren, bevor der ausgewählte Teilnehmer zum Beamten ernannt oder als Auftragnehmer verbindlich unter Vertrag genommen wird und dadurch vollendete Tatsachen geschaffen werden. Dokumentations- und Benachrichtigungspflichten bestehen auch für das Datenschutzrecht sowie für Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (vgl. Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG). Der Gedanke eines wirksamen Gerichtsschutzes entfaltet somit *Vorwirkungen* schon im Verwaltungsverfahren. Er verlangt allerdings nicht, letzteres so auszugestalten, dass ein möglichst exzessives Prozessieren ermöglicht wird.[87] Umgekehrt gilt, dass ein Gerichtsverfahren nicht so geführt werden darf, dass es einem vorausgehenden Verwaltungsverfahren seine Bedeutung als selbständiges Verfahren nimmt. Der Gedanke des Funktionserhalts des Verwaltungsverfahrens entfaltet somit seinerseits *Nachwirkungen* im Gerichtsverfahren. Eine zu hohe gerichtliche Kontrollintensität bei der Anwendung des materiellen Rechts kann die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens minimalisieren und es um seine Wirksamkeit bringen. Dem Verwaltungsverfahren muss insbesondere seine Funktion als prozeduraler Garant der inhaltlichen Richtigkeit und Qualität von Verwaltungsentscheidungen erhalten bleiben. Insofern spricht man zu Recht von „*Richtigkeitsgewähr durch Verfahren*".[88] Selbst das Widerspruchsverfahren und andere administrative Beschwerdeverfahren sind ausschließlich Verwaltungsverfahren und keine gerichtlichen Vorprüfungsverfahren! Die Behörden müssen ihre Verfahrensverantwortung auch wahrnehmen. Sie dürfen sich nicht hinter der Floskel verschanzen, die Konflikte sollten lieber im Gerichtsverfahren ausgetragen werden.[89]

[45] Der funktionale Zusammenhang zwischen administrativen und

87 So *Schmidt-Aßmann*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), Rn. 26; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 45), Rn. 68.

88 Vgl. *Patrick Hilbert*, Erkenntnisfunktion und Richtigkeitsgewähr von Verwaltungsverfahren, DV 51 (2018), S. 313 f.

89 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 6, Rn. 150; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* (Fn. 87), ebd. (Hervorhebung im Original).

verwaltungsgerichtlichen Verfahren macht zunächst einmal *deskriptiv* auf rechtsgeschichtlich nachweisbare, vor allem aber auf systematisch darstellbare gemeinsame Entwicklungslinien und Übergangslagen beider Verfahren aufmerksam.[90] So lassen sich beispielsweise Präklusionsregelungen als Ausdruck eines funktionalen Zusammenhangs des Verwaltungs- und des Gerichtsverfahrens beschreiben und in ihren Wirkungen analysieren. Zum zweiten geht es *heuristisch* darum, aus festgestellten Wechselwirkungen zwischen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren Erkenntnisse für eine sinnvolle Anwendung und Gestaltung des jeweils einschlägigen Verfahrensrechts zu gewinnen. Der Gedanke des funktionalen Zusammenhangs wird dabei entweder rechtsdogmatisch, z.B. bei der Interpretation von Vorschriften über die Heilung von Verfahrensfehlern (vgl. § 45 VwVfG), als Element teleologischer Auslegung genutzt oder aber rechtspolitisch, z.B. bei der Diskussion der Entlastung von Gerichtsverfahren, als Ansatz für Rechtsschutzverlagerungen und ähnliche Lösungsmodelle fruchtbar gemacht.[91] In die gleiche Richtung zielen Überlegungen zum *Grundrechtsschutz durch Verfahren*.[92] Das veranlasst dazu, gemeinsame oder sich gegenseitig ergänzende rechtsschutzfördernde Vorkehrungen für beide Verfahrensarten auszubilden. Das gilt insbesondere in Fällen eingeschränkter gerichtlicher Kontrollintensität. So hat z.B. das (deutsche) Bundesverfassungsgericht für das Prüfungsrecht im Schutzbereich des Art. 12 GG aufgezeigt, dass ein dem Gerichtsschutz vorausgehendes Verwaltungsverfahren notwendig werden kann, um unvermeidbare

90 Wie hier *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Rn. 85), ebd.

91 Dazu *Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz (Fn. 85), S. 48 f.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 85), ebd.

92 Vgl. *Peter M. Huber*, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, 1988; *Wolfgang Kahl*, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch 95 (2004), S. 1; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren, AöR 142 (2017), S. 325; *ders.* (Fn. 67), Bd. V, § 109, Rn. 21 f.; *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 53, und aus der Judikatur BVerfGE 35, 79; 49, 220; 52, 380; 53, 30, 65 f.; 90, 60, 96 f., ständige Rspr.

Kontrollgrenzen des gerichtlichen Verfahrens auszugleichen.[93] Hier spricht man von einem *‚verfassungsrechtlichen Komplementaritätsverhältnis"*.

[46] Neben diesen verfassungsrechtlichen Überlegungen sprechen schließlich auch Gesichtspunkte der europäischen Verwaltungsrechtsentwicklung dafür, auf funktionale Zusammenhänge und Übergänge zwischen beiden Verfahrenstypen zu achten.[94] Wie Art. 13 EMRK zeigt, trennen einige Staaten in Europa weniger streng zwischen gerichtlichem und verwaltungsinternem Rechtsschutz. Aus jüngerer Zeit finden sich denn auch vermehrt Beispiele einer gerichtsähnlichen Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren, in Deutschland etwa das justizförmig ausgestaltete Beschlusskammerverfahren bei der Regulierung der Telekommunikationsmärkte (§§ 133 ff. TKG),[95] das Nachprüfungsverfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (§§ 102 ff. GWB),[96] das besondere Disziplinarverfahren gegen Beamte, Soldaten usw.

4. Institutionelles Rücksichtnahmegebot

[47] Trennungsgedanke und Gedanke des funktionalen Zusammenhangs lassen sich zu einer Linie zusammenführen, die institutionell durch das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme und der Komplementarität zwischen dem administrativen und dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

93 BVerfGE 84, 34, 46 f.: „Ob und inwieweit Garantien für das Verwaltungsverfahren grundrechtlich gefordert sind, richtet sich zum einen nach Art und Intensität des Grundrechtseingriffs, zum anderen danach, inwieweit der Grundrechtsschutz durch die nachträgliche Kontrolle der Gerichte gewährleistet ist"; dazu auch BVerwGE 91, 262; 92, 132, 136.

94 So *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 197.

95 Dieses Verfahren sieht als wesentliches Element eine öffentliche mündliche Verhandlung vor und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Regulierungsbehörde in diesen Fällen u.a. als Schlichtungsstelle im Streit zweier Unternehmen tätig wird.

96 Die zur Entscheidung berufenen Vergabekammern üben ihre Tätigkeit gemäß § 105 Abs. 1 GWB „unabhängig und in eigener Verantwortung" in einem besonders formalisierten Verfahren (§§ 107 f. GWB) aus. Gegen ihre Entscheidungen ist gemäß § 116 Abs. 1 GWB die „sofortige Beschwerde" zulässig, über die bei den Oberlandesgerichten gebildete Vergabesenate entscheiden (§ 116 Abs. 3 GWG); dazu ausführlich *Schoch* (Fn. 15), Rn. 92 f.

bestimmt wird.[97] Nach dem Gebot *der institutionellen Rücksichtnahme* darf kein Verfahren rechtlich so gestaltet oder praktisch so gehandhabt werden, dass es das andere Verfahren um seine Funktion bringt. Im vorausgehenden Verwaltungsverfahren dürfen Fristen nicht so bestimmt, Tatsachen nicht so fixiert werden, dass das gerichtliche Verfahren unzugänglich oder wirkungslos wird. Das administrative Kontrollverfahren darf also keine Barrieren errichten, welche die spätere Zugänglichkeit des Rechtsweges, z.B. durch zu kurze Fristen oder durch Sprachhindernisse, unzumutbar erschweren. Aber auch umgekehrt gilt: Ein Gerichtsverfahren darf nicht so strukturiert sein, dass es einem vorausgehenden Verwaltungsverfahren jeden Sinn nimmt und es für die Beteiligten ganz uninteressant macht, sich vorher erst auf ein administratives Kontrollverfahren einzulassen.

[48] Die Rücksichtnahmepflicht ist insbesondere eine Konsequenz der Gewaltenteilung, die z.B. die Bestandskraft und Tatbestandswirkung von Verwaltungsentscheidungen dagegen absichert, in einem gegebenenfalls nachfolgenden Gerichtsverfahren leichthin überspielt zu werden. Insofern begrenzt sie die gerichtliche Überprüfbarkeit der Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens, soweit eine inzidente Kontrolle der Rechtmäßigkeit des bestandskräftigen Verwaltungsakts nicht mehr stattfinden kann. Hier ist der Regelungsgehalt des letzteren als unverfügbarer Tatbestand aller anschließenden Verwaltungsverfahren zugrunde zu legen. Demgemäß ist in einem Prozess über die Rechtmäßigkeit weiterer Folgeakte die gerichtliche Überprüfbarkeit des Gesamtzusammenhangs infolge der Unkontrollierbarkeit der bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung ebenfalls begrenzt.[98] Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Rechts auf gerichtlichen Rechtsschutz beinhaltet nämlich nicht, dass ein Rechtsschutzsuchender alle Fragen wenigstens einmal in einem mit rechtsstaatlichen Garantien

97 Dazu und zum Folgenden *Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einleitung (Fn. 2), Rn. 198; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 6, Rn. 174; *ders.*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), Rn. 26.

98 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 36), Rn. 248.

ausgestatteten gerichtlichen Verfahren muss überprüfen lassen können, wenn er in einem vorausgehenden Verfahren oder Verfahrensabschnitt *zurechenbar* die Verteidigung seiner Rechte unterlassen hat. Wie das (deutsche) Bundesverfassungsgericht nachdrücklich betont hat, besteht der gerichtliche Überprüfungsauftrag im Rahmen des Art. 19 IV GG nur „unbeschadet" der Tatbestandswirkung von Hoheitsakten, die sich aus den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der Gewaltenteilung legitimieren lässt.[99] Förmlich ersetzen können die Möglichkeiten der Rechtsverteidigung in einem vorausgehenden Verwaltungsverfahren den gerichtlichen Individualrechtsschutz allerdings nicht.

[49] Auf demselben Gedanken sowie auf dem Verwirkungsgedanken und dem Gedanken der notwendigen Konzentration der Sachverhaltsermittlung und der Verfahrensbeschleunigung beruht auch die Verfassungsmäßigkeit der *materiellen Präklusion* von Einwendungen im Gerichtsverfahren. Dabei geht es um den gesetzlichen Ausschluss der gerichtlichen Geltendmachung von Einwendungen, die nicht im vorausgegangenen Verwaltungsverfahren innerhalb der vorgesehenen Einwendungsfrist vorgebracht worden sind.[100] Präklusionsregelungen solcher Art finden sich vor allem bei mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen in komplexen Genehmigungs-, Flachplanungs- und Planfeststellungsverfahren, in denen neben den Interessen der Einwender auch die Interessen der Antragsteller, der Bauherren und der Projektträger zu schützen sind. Denn, wie wiederum das (deutsche) Bundesverfassungsgericht hervorhoben hat, nur wenn die Beteiligten gehalten sind, ihre Einwendungen bereits im Verwaltungsverfahren vorzubringen und sich nicht auf einen künftigen Prozess zurückziehen können, wird die Behörde in die Lage versetzt, den Sachverhalt zureichend ermitteln und würdigen zu können.

99 Näher *Schmidt-Aßmann* (Fn. 36), Rn. 238.

100 Vgl. *Hans Christian Röhl/Clemens Ladenburger*, Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997; *Thorsten Siegel*, Die Präklusion im europäisierten Verwaltungsrecht, NVwZ 2016, S. 337 f.; zu der davon zu trennenden Frage der formellen Präklusion von Einwendungen im Verwaltungsverfahren („Verfahrenspräklusion") *Schmidt-Aßmann* (Fn. 36), Rn. 258.

Gleichwohl ist der Ausschluss der gerichtlichen Geltendmachung von nicht vorgebrachten Einwendungen eine so gravierende Rechtsfolge, die nur dann eintreten darf, wenn der Ausschluss gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist und die Beteiligten gegebenenfalls mittels Belehrung von der bestehenden Einwendungslast im vorausgehenden Verwaltungsverfahren wussten bzw. wissen mussten; anderenfalls ist die materielle Präklusion von Einwendungen im Gerichtsverfahren wohl nicht mehr zulässig.

5. Komplementarität

[50] Während das institutionelle Rücksichtnahmegebot nur einen Mindeststandard an Abgestimmtheit zwischen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zur Geltung bringt, geht es dem Gebot der *Komplementarität* darum, zusätzliche positive Entwicklungsimpulse zu geben, um die Leistungsfähigkeit beider Verfahrenstypen weiter zu verbessern[101]. Neben der Bedeutungssteigerung, die das Verwaltungsverfahrensrecht durch seine sorgfältige Beachtung im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle erfährt, ist in diesem Zusammenhang auch die Entlastungsfunktion beachtlich, die ein akzeptanzförderndes Verwaltungsverfahren für das nachfolgende Gerichtsverfahren entfalten kann. Außerdem kann der Gedanke komplementärer Sicherungen im vorausgehenden Verwaltungsverfahren selbst bei der Bestimmung der gerichtlichen Kontrollintensität mit zu bedenken sein. Die bereits angesprochene Judikatur zum Prüfungsrecht weist schon auf dieses Verhältnis der Komplementarität hin.[102] Insbesondere können verfahrensmäßige Garantien im Verwaltungsverfahren eine ausnahmsweise eingeschränkte materielle gerichtliche Kontrolle, wie z.B. im Fall einer Beurteilungsermächtigung oder von technischen oder ökonomischen Prognosen und Bewertungen der Verwaltung, bis zu einem gewissen Grad

101 So *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 198, mit Verweis auch auf *Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht (Fn. 80), S. 64 f.

102 Vgl. oben Rn. 45.

kompensieren. Solche verfahrensmäßigen Garantien indizieren eben das Bestehen einer Beurteilungsermächtigung und werden vom Gericht vollständig kontrolliert. Dadurch ist freilich die Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit nicht ganz ausgeschlossen: Materielle Fragen, wie z.B. ob die Verwaltung bestehende Bewertungsmaßstäbe eingehalten und ohne evidente Bewertungsfehler entschieden hat, werden sehr wohl auch bei Beurteilungsermächtigungen gerichtlich überprüft.

[51] Wie *Eberhard Schmidt-Aßmann* zutreffend ausführt, wird der Gedanke, Verwaltungsverfahren komplementär zum Verwaltungsprozess einzusetzen, aus rechtsstaatlichen und demokratischen Quellen gespeist, die sich in Überlegungen der Partizipation, in den praktischen Beobachtungen zur Aufbereitungs-, Informations- und Filterfunktion vorgeschalteter Verwaltungsverfahren und in den Feststellungen begegnen, dass Überzeugung das beste Mittel der Entscheidungsverwirklichung bildet.[103] Innerhalb der Komplementärfunktion vorgeschalteter Verwaltungsverfahren ist weiter zwischen sichernden, ergänzenden und verdrängenden Wirkungen zu trennen: *Sichernd* sind Verfahrensausprägungen, ohne die der nachfolgende Gerichtsschutz erschwert würde. Bei komplexen Verwaltungsentscheidungen zählen hierzu neben bekannten Figuren (etwa Rechtsbehelfsbelehrung, Begründung usw.) vor allem Einrichtungen, welche die Übersichtlichkeit und die Erkennbarkeit der Klageansätze und -aussichten verbessern sollen. Man spricht von *Zentralisierungen und Zäsurierung verschachtelter Regelungsgehalte.* Solche sichernden Verfahrensausprägungen genießen den Schutz eines vorwirkenden Gerichtsschutzes.

[52] *Ergänzende Einrichtungen* können ihrerseits Verwaltungsbereiche einsichtig und kontrollierbar machen. Hierher zählen die Absicherung von Bewertungs- und Prognosevorgängen durch Sachverständigengremien, die disziplinierenden Wirkungen von Anhörungen, die qualifizierten

103 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 85), S. 265 f.

Verwaltungsverfahren und die verwaltungsinternen Aufsichtsverfahren. Steigende Bedeutung kommt dabei den Haushalts- und Finanzkontrollen zu, welche jene Effektivitätsprüfungen leisten können bzw. müssen, die üblicherweise gerichtlich nicht kontrolliert werden, die aber auch aus Gründen individueller Rechtssicherung zunehmend wichtig werden. Nicht zuletzt deshalb müssen die ergänzenden Verfahrenseinrichtungen in ein gezieltes Verhältnis zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gebracht werden. Das ist hier wie auch sonst vorrangig eine Aufgabe des *Gesetzgebers,* der die Gedanken der institutionellen Rücksichtnahme und der Komplementarität beider Verfahrenstypen auszuformen und rechtliche Konsequenzen aus ihnen zu ziehen hat. Doch sind diese Gesichtspunkte ihrerseits auch als Intepretationsgesichtspunkte bei der Gesetzesanwendung heranzuziehen. Systematisch betrachtet unterscheidet man, wie noch näher zu besprechen ist, zwischen *Vorwirkungen* des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes auf administrative Kontrollverfahren und *Nachwirkungen* administrativer Kontrollverfahren im Verwaltungsprozess.

[53] Dagegen können komplementäre Sicherungen vorgeschalteter Verwaltungsverfahren den Gerichtsschutz von Verfassungs wegen nicht *verdrängen.* Selbst ausgreifende administrative Kontrollverfahren können, wie erläutert, eine beschränkte gerichtliche Inhaltsüberprüfung nur bis zu einem gewissen Grad und sehr bedingt rechtfertigen.[104] Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat nach Verfassungsauftrag und Tradition besonders in Deutschland auch materielle Kontrolle zu leisten. Extensive Verwaltungsverfahren können zudem auch in Formalismus, in Einschnürungen der Verwaltung und in Verzögerung des Gerichtsschutzes ausarten.

6. Vorwirkungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes auf administrative Kontrollverfahren

[54] Vorwirkungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes können

104 Vgl. auch oben Rn. 50.

für bestimmte Strukturen und für einzelne Elemente von Verwaltungsverfahren prägend werden. Administrative Verfahrensvorkehrungen sind insbesondere so zu gestalten, dass sie den Zugang zum Gericht erleichtern oder, mindestens, in seinen wesentlichen Voraussetzungen nicht unzumutbar und ohne sachlichen Grund erschweren. In keinem Fall darf die Behörde den Bürger über seine gerichtlichen Möglichkeiten irreleiten oder spätere Nachprüfungsmöglichkeiten des Gerichts ausschalten. Das ergibt sich schon aus dem Grundsatz der guten Verwaltung und vor allem aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Grundrechts auf wirksamen und ausgewogenen Gerichtsschutz.[105] So stellt z.B. die Vorschaltung eines förmlichen Widerspruchs- und Beschwerdeverfahrens, das entweder generell oder in bestimmten gesetzlich vorgesehenen Fällen vor Erhebung des gerichtlichen Rechtsbehelfs durchlaufen werden muss, keine unzulässige Rechtswegerschwerung dar. Ein solches vorgeschaltete administrative Kontrollverfahren hat vielmehr wichtige Schlichtungs-, Entlastungs- und Rechtsschutzfunktionen und ist damit in einem weiteren Sinn auf eine Verbesserung der Rechtsschutzsituation angelegt.[106] Voraussetzung ist allerdings, wie bereits ausgeführt, dass nach Ablauf einer angemessenen Frist der einschlägige gerichtliche Rechtsbehelf zulässigerweise erhoben werden kann, unabhängig davon, ob das gesetzlich vorgesehene und tatsächlich beschrittene administrative Vorverfahren endgültig durchgeführt worden ist.[107] Nur rein inneradministrative Selbstprüfungsverfahren ohne ausreichende, auch dem Rechtsuchenden nützliche Korrekturmöglichkeiten sollen nach der

105 So wiederum *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 199.

106 *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 200; *Schmidt-Aßmann*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), Rn. 249. Dabei wird richtig auch bemerkt, dass der Betroffene in Prüfungs- und Leistungsbewertungsverfahren in sonstiger Weise die Möglichkeit haben muss, auf etwaige Fehlbewertungen hinzuweisen, um ein „Überdenken" einer anstehenden oder bereits getroffenen Verwaltungsentscheidung zu erreichen. Daraus folgt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich berufsbezogener Prüfungen die Pflicht des Gesetzgebers, ein dem förmlichen Widerspruchsverfahren gleichwertiges, die Richtigkeitskontrolle der Bewertung umfassend gewährleistendes verwaltungsinternes Kontrollverfahren vorzuschalten; vgl. BVerwGE 92, 132, 136 f. = NVwZ 1993, S. 681, 684 f.; siehe auch oben Rn. 23 (Fn. 46).

107 Vgl. oben Rn. 22.

Rechtsprechung des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts eine unzumutbare Verzögerung des Rechtsweges darstellen.

[55] Die Vorwirkungen der Garantie wirksamen und ausgewogenen Gerichtsschutzes erfassen auch die einzelnen Bestandteile, aus denen Verwaltungsverfahren im Rechtssinne bestehen. Das sind etwa die Bekanntgabe und Veröffentlichung von Verwaltungsentscheidungen, die Begründung, die Auskunft und Akteneinsicht, die Rechtsbehelfsbelehrung, die Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen oder die Präklusion von Einwendungen. Alle diese Elemente haben allerdings ihre Grundlagen regelmäßig nicht nur im verfassungsrechtlich gebotenen Gerichtsschutz, sondern auch in anderen Anforderungen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips sowie im einfachen Gesetzesrecht und in den Grundsätzen guter Verwaltungspraxis. Die Rechtsschutzgarantie veranlasst aber dazu, diese auch „im Lichte" einer u.U. anschließenden gerichtlichen Auseinandersetzung zu betrachten. Die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Institute durch den Gesetzgeber kann daher nicht einheitlich für alle Verwaltungsverfahren sein, sondern hängt auch von dem jeweiligen Verfahrenstyp und von seinen Strukturen ab.[108] Hinzu kommt, dass das Effektivitäts- bzw. Wirksamkeitsgebot verfassungs- und europarechtlich ebenso *Rechtsschutz in angemessener* Zeit verlangt. Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sind also insgesamt rechtzeitig zu Ende zu führen. Das spricht schon gegen den *Ausbau von Verfahrensrechten* besonders in den Fällen der Drittanfechtungsklagen. Hier könnten z.B. Einwendungsverfahren durch die Statuierung von Fristen verkürzt und ihre Versäumung mit Präklusionsregelungen sanktioniert werden.[109]

7. Nachwirkungen administrativer Kontrollverfahren im Verwaltungsprozess

[56] Neben den Vorwirkungen des verwaltungsgerichtlichen

108 So *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 203.

109 *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 210.

Rechtsschutzes auf administrative Kontrollverfahren, die die Gewährung eines wirksamen und ausgewogenen Gerichtsschutzes schon im vorausgehenden Verwaltungsverfahren garantieren, ergeben sich aus dem funktionalen Zusammenhang zwischen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren auch bestimmte Nachwirkungen administrativer Kontrollverfahren im Verwaltungsprozess. Es geht um die Sicherung der Funktion des Verwaltungsverfahrens und seiner Effizienz im Gerichtswege.[110] Das Gewicht fällt hier im Grunde auf die *Ver waltungsverfahrensfehlerlehre und die Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern,* d.h. wie und in welchem Umfang Verstöße gegen Verfahrensvorschriften zu gerichtlichen Konsequenzen führen können. Dabei ist davon auszugehen, dass Verfahrensfehler und materielle Fehler der Verwaltung gleichermaßen gegen das Recht- und Gesetzmäßigkeitsprinzip verstoßen und insofern als Rechtsfehler einheitlich zu behandeln sind.[111]

[57] Der Gleichbehandlung der Folgen von formellen und materiellen Fehlern steht dennoch in einigen europäischen Rechtsordnungen die Vorstellung einer nur *dienenden Funktion (serving function, instrumental function)* des Verwaltungsverfahrens entgegen. Nach dieser Vorstellung sind die Folgen von Verfahrensfehlern gegenüber denjenigen, die bei materiellen Gesetzesverstößen üblicherweise eintreten, zu relativieren.[112] Die Gesamtbetrachtung des Verfahrensrechts zeigt jedoch, dass der Topos

110 Wie hier *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 211.

111 Vgl. *Hermann Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, bes. S. 20 f. und 301 f.; *Clemens Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999; *Friedhelm Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, [4]2002.

112 Dieser Topos geht nämlich davon aus, dass die meisten Verfahrensvorschriften hauptsächlich auf eine möglichst vollständige Verwirklichung des materiellen Rechts gerichtet sind, so dass ihr dogmatischer Eigenwert relativ gering und von nachgeordneter Bedeutung ist und ihre Verletzung folglich weniger gravierend eingeschätzt wird, sofern die getroffene Verwaltungsentscheidung in der Sache richtig ist; vgl. *Schmidt-Aßmann/Krämer*, Das Verwaltungsverfahren und seine Folgen (Fn. 9), S. 101 f.; *Heinrich A. Wolff*, Die dienende Funktion der Verfahrensrechte – eine dogmatische Figur mit Aussagekraft und Entwicklungspotential, FS für Rupert Scholz, 2007, S. 977 f.; *Christian Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 7 f.

von der nur dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens schillernd ist. Zwischen Verfahrensvorschriften mit einer nachweisbar gering gewichtigen Ordnungsfunktion und solchen mit einem ausgeprägten Eigengewicht liegt ein breites Spektrum multifunktioneller Verfahrensregelungen. Die akzeptanzfördernde Wirkung von Verwaltungsverfahren, die Ausweitung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei komplexen Verwaltungsverfahren und Massenverfahren für Großprojekte und der Begriff der *„Prozuderalisierung"* tragen schon zur Aufwertung des Verfahrensgedankens bei. Zu einer allgemeinen Relativierung der Verfahrensfehlerfolgen ist daher die Vorstellung von der nur dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens nicht geeignet.[113] Ausnahmen kann freilich der Gesetzgeber vorsehen, aber nur bereichsspezifisch und nach einer präzisen Funktionsanalyse bestimmter Gruppen von Verfahrensvorschriften.

[58] Der besondere *Grundrechtsbezug* einer konkreten Verfahrensregelung kann auch bei der Bestimmung der Verfahrensfehlerfolgen herangezogen werden. Allerdings ist auch hier vor Verallgemeinerungen zu warnen. Selbst in jenem engeren Bereich, in dem ein Grundrecht bestimmte verfahrensmäßige Sicherungen voraussetzt, stellt die Verletzung irgendeiner Verfahrensvorschrift nicht ohne weiteres auch einen Grundrechtsverstoß dar.[114] Im Übrigen werden die Folgen von Verfahrensfehlern ebenso wie diejenigen von materiellen Fehlern nach den allgemeinen Lehren durch einen Ausgleich zwischen den oft gegenläufigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Rechtsschutzes, des Bestandserhalts, der Verwaltungseffizienz und der Rechtssicherheit bestimmt. Dabei ist die Bedeutung der verletzten Verfahrensvorschrift, die Rechtsform der betreffenden Verwaltungsentscheidung und das Spektrum verfügbarer Sanktionen in die Betrachtung einzubeziehen. Der hierbei bestehende *„Sanktionierungsspielraum" (Weyreuther)* kommt primär dem *Gesetzgeber*

113 *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 212.

114 So auch *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 113), ebd.

und bei seinem Schweigen der *Rechtsprechung und Lehre* zu, die dann entsprechende (ungeschriebene) allgemeine Rechtsgrundsätze entwickeln müssen.[115]

[59] Die allgemeine Lehre von den Fehlern und den Fehlerfolgen des Verwaltungsverfahrens betrifft zudem sowohl den *präventiven* Teil der Verfahrensfehlerlehre, in dem es um die isolierte Geltendmachung von Verfahrensrechten geht, also wie Verfahrenspositionen prozessual zu behandeln sind, als auch den *repressiven* Teil dieser Lehre, die sich mit den Auswirkungen eines Verfahrensfehlers auf die Rechtsbeständigkeit der davon „infizierten" Verwaltungsentscheidung beschäftigt, also wie Verfahrensfehler auf das Entscheidungsergebnis auswirken.[116] Gesetzliche Sonderregelungen für die Behandlung von Verfahrensfehlern sind jedenfalls *restriktiv* auszulegen. Das gilt etwa im deutschen Recht für die Einschränkung der isolierten Geltendmachung von Verfahrensrechten im laufenden Verwaltungsverfahren (Art. 44a VwGO), für die Regelung der Unbeachtlichkeit bestimmter Verfahrensfehler in Fällen der Ergebnisrichtigkeit der getroffenen Entscheidungen (§ 46 VwVfG) und für Sondervorschriften über die Behandlung von Verfahrensfehlern beim Erlass administrativer Rechtsnormen, insbesondere kommunaler Satzungen, vor allem auf dem Gebiet des Bau- und Abgabenrechts (z.B. § 215 BauGB).[117]

115 Vgl. *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 212; *Schmidt-Aßmann/Krämer* (Fn. 9), S. 119 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 36), Rn. 25.

116 *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 2), Rn. 213.

117 Vgl. *Martin Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988; *Friedhelm Hufen*, Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, JuS 1999, S. 313 f.; *Schmidt-Aßmann*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (Fn. 36), Rn. 246; *Schmidt-Aßmann/Schenk* (Fn. 116), ebd. Wie richtig bemerkt wird, entspricht die traditionelle Ausrichtung der gerichtlichen Kontrolle in Deutschland auf die materielle Rechtmäßigkeit der beschriebenen Vorstellung von der nur dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens, die die Verfahrenskontrolle zurückdrängen und auf Fälle begrenzen will, in denen es zugleich um eine mittelbare Ergebniskontrolle geht. So wird ein verfahrensspezifischer Rechtsschutz dadurch verhindert, dass Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern die Kontrollmaßstäbe beschränken (§§ 45, 46 VwVfG) und Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen grundsätzlich nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht

IV. Verwaltungskontrollen im Europäischen Verwaltungsverbund

1. Das Kontrollsystem des Unionsrechts

[60] Administrative und verwaltungsgerichtliche Kontrollen müssen sich im *Europäischen Verwaltungsverbund (European Composite Administration)* sehen, an dem die Verwaltungen und Gerichte der Union und der Mitgliedstaaten mit ihren Aktivitäten beteiligt sind. Der Europäische Verwaltungsverbund ist ein Handlungs-, Entscheidungs-, Planungs- und nicht zuletzt Informationsverbund. Er ist aber auch ein *Kontrollverbund* (Art. 17 Abs. 1 EUV, Art. 337 AEUV), der sowohl in quantitativer als auch in substantieller Hinsicht zu einem deutlichen Zuwachs an Verwaltungskontrollen geführt hat und in den letzten Jahren sogar im Zuge der Schuldenkrise ausgebaut worden ist.[118] Der Schwerpunkt lag ursprünglich vor allem an den Kontrollen der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung bei der Umsetzung von EU-Richtlinien einerseits und an den Kontrollen der EU-Eigenverwaltung durch das Europäische Parlament, den Rechnungshof und die Gerichte der Europäischen Union andererseits. Je deutlicher aber die Verwaltung des Unionsraumes als gemeinsame Aufgabe der Exekutiven auf der Ebene der Union und der Mitgliedstaaten verstanden wird, desto deutlicher wird auch, dass die vielfältigen administrativen Kooperationsbeziehungen Konsequenzen für das Kontrollsystem des Unionsrechts haben müssen. Diese

werden können (§ 44a VwGO). Selbständig durchsetzbare („absolute“) Verfahrensrechte bleiben hingegen punktuelle Ausnahmen (vgl. § 64 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UmwRG, § 97 Abs. 5 GWB).

118 Dazu und zum Folgenden *Alberto Gil Ibanez*, The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law, 1999; *Stefan Kadelbach*, Verwaltungskontrollen im Mehrebenen-System der Europäischen Gemeinschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 205 f.; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold* (Hg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005; *Wolfgang Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010; *Oswald Jansen/Bettina Schöndorf-Haubold* (Hg.), The European Composite Administration, 2011; *Wolfgang Kahl*, Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 50 (2011), S. 353 f.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, FS für Jürgen Schwarze, 2014, S. 419, 420 f.

Verwaltungskontrollen lassen sich nicht wie in den Mitgliedstaaten nach einem zentralen hierarchischen Aufsichtskonzept entwickeln, sondern sind vielmehr ein *pluralistisches Gefüge,* das unterschiedliche Kontrollansätze aufnehmen muss. Daraus können sich auch zusätzliche ergänzende Rechtsschutz-, Klärungs- und Kontrollinstrumente ergeben. Insgesamt geht es an erster Stelle darum, durch Kontrollverschränkungen gegenseitiges Vertrauen in die Unbestechlichkeit, Kompetenz und Leistungsfähigkeit aller beteiligten Verwaltungen aufzubauen. Folglich verlaufen die Kontrollrelationen nicht nur vertikal von oben nach unten, sondern beziehen auch die horizontalen Vernetzungen zwischen den mitgliedstaatlichen Verwaltungen ein *(„Gegenstromprinzip")*.[119]

[61] Gerichtliche Kontrollen werden insbesondere durch den Gerichtshof der Europäischen Union und die mitgliedstaatlichen Gerichte ausgeübt, die insofern als Unionsgerichte agieren. Der Europäische Gerichtshof ist zum einen ein Verwaltungsgericht, soweit er in den Verfahren der Nichtigkeits- und der Untätigkeitsklage (Art. 263 und 265 AEUV) auch administrative Entscheidungen der Unionsorgane kontrolliert. Die Kontrolle der nationalen Exekutiven obliegt dagegen den mitgliedstaatlichen Verwaltungsgerichten, die die Rechtmäßigkeit der Verwaltungshandlungen auch nach Maßgabe des Unionsrechts zu beurteilen haben; durch das Vorlageverfahren (Art. 267 AEUV) tragen sie mittelbar auch zur Sicherung der Rechtmäßigkeit der Rechtsakte der Union bei.[120]

[62] Wichtig ist ferner die Tätigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union bei der Austragung von Aufsichtskonflikten zwischen Organen der Union und der Mitgliedstaaten. Dieser Austragung dient vor allem das *Vertragsverletzungsverfahren,* das die Europäische Kommission gegenüber Mitgliedstaaten (Art. 258 AEUV) anstrengen kann und

119 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 89; *ders.*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie (Fn. 10), S. 1396 f.

120 Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 1385.

welches außer den mitgliedstaatlichen Legislativen, insbesondere wegen unterlassener oder unrichtiger Umsetzung von EU-Richtlinien, auch für die Kontrolle von Verwaltungsvorgängen, z.B. strittige Vergabe- oder Ansiedlungsentscheidungen, zur Verfügung steht. Daneben existiert ein zweiter Typ eines Vertragsverletzungsverfahrens, das ein Mitgliedstaat gegen einen anderen Mitgliedstaat (Art. 259 AEUV) anstrengen kann. Nicht sehr befriedigend sind dagegen die Rechtsschutzfragen der horizontalen Verbundbeziehungen. Die für diese Fragen nach der bisherigen Dogmatik allein zuständigen mitgliedstaatlichen Gerichte verfahren hier nach einem Trennungsprinzip, das den Verflechtungen horizontal kooperierender Verwaltungen nicht in allen Punkten gerecht wird.[121]

[63] Haushalts- und Wirtschaftlichkeitskontrollen liegen ihrerseits vor allem bei den Rechnungshöfen und Einrichtungen vergleichbarer Selbständigkeit und richterlicher Unabhängigkeit. Für die EU-Ebene ist diese Kontrollaufgabe dem *Rechnungshof der Europäischen Union* (Art. 13 EUV i.V. mit Art. 285-287 AEUV) anvertraut.[122] In den gleichen systematischen Kontext gehört die Verselbständigung eines *Amtes für Betrugsbekämpfung* (OLAF), die die Notwendigkeit einer ebenenübergreifenden und in die vernetzten Verwaltungsvorgänge hineinwirkenden eigenständigen Kontrollkompetenz belegt.[123]

2. Kontrolle mitgliedstaatlicher Verwaltungen durch die Kommission

[64] Im Europäischen Kontrollverbund, etwa im Agrar-, Beihilfen-,

121 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 1385 f.; *ders.*, Europäische Rechtsschutzgarantien (Fn. 71), S. 1238 f.

122 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 1386.

123 Vgl. etwa *Ute Mager*, Das Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF), ZEuS 2000, S. 177 f. Darüber hinaus wird auf die Schwächen der Kontrolle von Verbundstrukturen durch das *Europäische Parlament* hingewiesen, wenn die parlamentarischen Kontrollen nicht zu wirklichen Kontrollaufgaben wie z.B. das *Enquêterecht* nach Art. 226 AEUV oder im Fall des Rücktritts der Santer-Kommission, sondern vornehmlich eher zur Bekämpfung des politischen Gegners genutzt werden; vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 122), ebd.

Kartell- oder Umweltrecht, sind die nationalen Kontrollstrukturen in den vergangenen Jahrzehnten nachhaltig europäisiert, d.h. in eine *Verbundaufsicht* eingebunden worden, in deren Mitte typischerweise die auch zu Weisungen ermächtigte Europäische Kommission steht. Daraufhin unterliegen die Mitgliedstaaten weitgehend einer intensiven Aufsicht. Das wird besonders deutlich bei der *Beihilfeaufsicht* (Art. 107-109 AEUV), die einen spezifischen Kontrollmechanismus gegenüber der mitgliedstaatlichen Subventionspraxis darstellt.[124] Sie bildet eine notwendige Ergänzung der im nationalen Recht wenig wirksamen Grenzen und Kontrollen gegenüber einer zu großzügigen Vergabe staatlicher Leistungen. Die mitgliedstaatlichen Gerichte können in diesem Gebiet die erforderlichen ausgreifenderen Rechts- und Erfolgskontrollen nicht leisten. Die Betrauung der Kommission mit der Beihilfeaufsicht verhilft außerdem den konkurrierenden Unternehmen zu einer mediatisierten Stellung, die ihnen den offenen Konflikt mit den nationalen Subventionsverwaltungen erspart und ein neues Kontrollpotential ins Spiel bringt. Eine ähnliche Entwicklung ist auch bei der *Vergabe öffentlicher Aufträge* zu verzeichnen.

[65] Auch das Rechnungsabschlussverfahren des Agrarrechts und die Finanzkorrekturen bei der Verwaltung der Strukturfonds gehören hierher. Das *Rechnungsabschlussverfahren* des Agrarrechts gestattet es der Kommission, die mitgliedstaatlich vorfinanzierten Agrarsubventionen am Jahresende anhand der vorgelegten Unterlagen sehr genau auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu überprüfen und dabei auch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsvollzugs zu kontrollieren.[125] Durch die Praxis der „Anlastungen" ist dieses Verfahren zu einer wirksamen indirekten Rechtsaufsicht geworden, das auch auf die Strukturfonds ausgedehnt worden ist.[126] Ein geeignetes Aufsichtsmittel sind ferner die im Sekundärrecht vorgesehenen *Inspektionen* (Vorort-Kontrollen,

124 Dazu näher *Michael Rodi*, Die Subventionsrechtsordnung, 2000, S. 141 f.; *Christian Koenig/Jürgen Kühling/Nicolai Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 1397.

125 Vgl. *Rudolf Mögele*, Die Behandlung fehlerhafter Ausgaben im Finanzierungssystem der gemeinsamen Agrarpolitik, 1997; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 1397 f.

126 Ausführlich *Bettina Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, 2005.

Kontrollen vor Ort), die die Europäische Kommission in zahlreichen Gebieten des Fachverwaltungsrechts in der Regel als „Kontrolle der Kontrolle" im Sinne der *Strukturaufsicht* einsetzen kann. Inspektionen sind konkrete Aufsichtsmaßnahmen der Kommission, die im Lebensmittel- und Veterinärrecht der Gefahrenvorbeugung, im Fischereirecht der Ressourcenschonung und im Agrarrecht dem Schutz der finanziellen Interessen der Union dienen.[127] Inspektionen werden sowohl gegenüber mitgliedstaatlichen Verwaltungen als auch gegenüber Privaten durchgeführt. Sie verbinden damit Wirtschaftsaufsichts- und Verwaltungskontrolle. In letzterer Hinsicht sind sie regelmäßig als *Systemkontrollen* ausgestaltet. An ihnen werden neben EU-Beamten u.U. auch Amtsträger anderer Mitgliedstaaten beteiligt, um externen Sachverstand zu nutzen und Multiplikatoren für Vertrauen zu gewinnen.[128]

V. Pluralisierung des Konzepts der Verwaltungskontrollen

1. Verwaltungseigene Kontrollen nach dem Neuen Steuerungsmodell

[66] Seit den 1980er-Jahren hat unter dem Stichwort des sog. *New Public Management* bzw. *Neuen Steuerungsmodells* eine Reihe marktwirtschaftlicher, der Unternehmensführung entlehnter Steuerungsinstrumente Einzug in die Verwaltung gehalten, weil man sich von ihnen – dem auf Ökonomisierung aller Lebensbereiche drängenden Zeitgeist entsprechend – eine effektivere und vor allem kostengünstigere Erledigung der Verwaltungsaufgaben versprach. Zu dieseen Steuerungsinstrumenten zählen nach dem „principal-agent-Konzept" etwa die Budgetierung, die Budgetsteuerung, die Zusammenführung von Fach- und Ressourcenverantwortung, Zielvereinbarungen, das integrative Management oder das strategische Verwaltungscontrolling.[129]

127 Dazu *Antje David*, Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht, 2003; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 1398.

128 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 127), ebd.

129 Vgl. *Rainer Pitschas*, Verwaltungsmodernisierung im Spannungsfeld von öffentlichem Dienstleistungsmanagement und dem Steuerungsanspruch des Rechts, in: Merchel/Schrapper (Hg.), „Neue

Die Zugriffsmöglichkeiten der hierarchisch angelegten Fachaufsicht werden besonders durch die *Budgetsteuerung* eingeschränkt, die bewusst eine dezentrale Ressourcenverantwortung der einzelnen Leistungseinheit fördert und ganz oder teilweise an die Stelle der überkommenen Aufsicht tritt. Rechtlich bleibt die Einzelweisung in der Regel zwar möglich, sie stört jedoch die neue Verantwortungsteilung, weil sie auf Einzelpunkte zugreift, während das Neue Steuerungsmodell gerade davon absehen will.[130] Manche Haushaltsgesetze verlangen daher kompensatorisch geeignete „Informations- und Steuerungsinstrumente" (z.B. in Deutschland § 6a Abs. 1 S. 3 HGrG). Der Begriff der Steuerung bezieht sich hier vor allem auf das *Controlling* und die Fixierung von *Leistungsvereinbarungen*. Beide müssen prozesshaft verstanden werden und weisen damit auch Elemente auf, die zum Bild der überkommenen Aufsichtsmittel gehören. Sie können im Rahmen der Budgetsteuerung sogar besser eingesetzt werden, weil die Kontrollinstanzen über detaillierte Informationen verfügen. Aufsicht ist mehr als „Strukturaufsicht" zu verstehen, die sich nicht auf die einzelne Sachentscheidung, sondern auf die Kontextbedingungen des Verwaltungsvollzuges (z.B. die Professionalität des eingesetzten Personals) beziehen soll. Ihr lässt sich jedenfalls partiell mit den Mitteln der klassischen Dienstaufsicht Nachdruck verleihen.[131]

[67] Derzeit sind außerdem innerhalb von hierarchischen Kontrollformen der klassischen Staatsaufsicht auch kooperative Mechanismen anzutreffen. Neben den Kontrollen der hoheitlichen Entscheidungsaufgaben gewinnen Qualitätskontrollen der Leistungserbringung und die Steuerungsaufsicht

Steuerung", 1996, S. 107 f.; *ders.*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, S. 907, 915 f.; *Klaus König/Joachim Beck*, Modernisierung von Staat und Verwaltung, 1997; *Klaus König*, Markt und Wettbewerb als Staats- und Verwaltungsprinzipien, DVBl. 1997, S. 239 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 1, Rn. 41 f., Kap. 4, Rn. 89 f.

130 Dazu *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Finanzkontrolle der Verwaltung durch Rechnungshof und Parlament, in: Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 78 f. („Grundsatz der detailabstinenten Globalsteuerung").

131 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 89.

über öffentliche Unternehmen Bedeutung. Rechtskontrollen besitzen nach wie vor eine zentrale Position; doch veranlassen die „weiteren normativen Orientierungen der Verwaltung“ (*Hoffmann-Riem)* nach zusätzlichen Kontrollinstanzen zu fragen. Eine schwächere materielle Steuerung wird zumal durch Mittel prozeduraler Kontrolle auszugleichen versucht. Unübersehbar ist die große Bedeutung administrativer *Eigenkontrollen*, vor allem solcher im Innenbereich der Behörden, Ämter und anderer Leistungseinheiten. Sie unterstreichen die Bedeutung des Verwaltungsorganisationsrechts und des öffentlichen Dienstrechts als Steuerungsressourcen.[132] Deutlich ist weiter die Verlagerung von der punktuellen Kontrolle der Sachvorgänge zu *Struktur- oder Systemkontrollen* im Sinne „übergreifender Lernprozesse“. Zu beobachten ist demnach die Nutzung von Kontrollmechanismen, die sich ähnlich im privaten Sektor finden, z.B. besondere Beauftragte (Datenschutzbeauftragte), Auditverfahren usw.[133] Erkennbar ist schließlich eine Zunahme *selbstreflexiver Kontrollmechanismen*, insbesondere durch eine stärkere Einbeziehung der Öffentlichkeit in Entscheidungs- und Kontrollzusammenhänge. So ist z.B. im Umweltrecht das „Modell der informierten Öffentlichkeit“ ein Basiselement reflexiver Verwaltungskontrollen.[134]

2. Elemente des Neuen Steuerungsmodells in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

[68] Manche Elemente der Verwaltungsmodernisierung nach dem Neuen Steuerungsmodell lassen sich auch in die Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen: Neue Organisation der Arbeitsabläufe unter Einschaltung von EDV, eine stärkere Professionalisierung der Gerichtsverwaltung

132 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), Kap. 4, Rn. 91.

133 Vgl. *Schulze-Fielitz*, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung (Fn. 12), S. 322 f.; vgl. auch oben Rn. 4.

134 So *Schmidt-Aßmann*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie (Fn. 10), S. 1398.

(„Gerichtsmanagement") und eine Verbesserung der Mitarbeitermotivation. Wie richtig bemerkt wird, sind selbst Budgetierung und Leistungsvereinbarungen bzw. Leistungsbestimmung und Leistungsvergleich auch in der Justiz nicht von vornherein unmöglich und unzulässig.[135] Auf dieser Grundlage lassen sich – bezogen auf das einzelne Gericht als Leistungseinheit – auch die Ansätze der *Budgetierung* und der *Leistungsvereinbarungen* durchaus nutzen. Richterliches Entscheiden ist in Arbeitsabläufe eingebettet, in denen es neben Elementen, die aus der spezifischen Behandlung des jeweiligen Einzelfalls folgen, auch Routinen gibt, über die sich erfahrungsgestützte Aussagen treffen lassen. Behutsam entwickelt, sind sie nicht Vehikel unzulässiger Fremdsteuerung, sondern machen richterliches Entscheiden in seinen Rahmenbedingungen transparent.

[69] Im Übrigen lassen sich u.U. bei der Kontrolle der *Wirtschaftlichkeit* als eines Rechtsmaßstabes des Verwaltungshandelns komplementäre Leistungen zwischen Verwaltungsgerichten und *Rechnungshöfen* ausmachen. Ähnliches gilt im Verhältnis zu *Schiedsverfahren, Schlichtungsstellen* und *Konfliktmittlern*. Schließlich werden die Verwaltungsgerichte erwägen müssen, inwieweit sie selbst über die bisherige Praxis des gerichtlichen Vergleichs hinaus Elemente der *Mediation* in ihre Verhandlungspraxis aufnehmen und damit den Entscheidungsverfahren einen anderen Verfahrenstyp an die Seite stellen wollen.

135 Dazu und zum Folgenden *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der Verwaltungsrechtsentwicklung, VBlBW 2000, S. 52 f.

Διασφάλιση δημοσίου συμφέροντος μέσω δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας

Αικατερίνη Ηλιάδου

Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Ι. Εισαγωγή

Η παρέμβαση του κράτους στην οικονομία με τη μορφή οργανωμένης επιχειρηματικής δραστηριότητας βιομηχανικού και εμπορικού σκοπού, και μάλιστα καθ' υποκατάσταση της ιδιωτικής επιχειρηματικότητας, γίνεται κατά κύριο λόγο με θεσμούς της καθ' ύλην αυτοδιοίκησης, δηλαδή μέσω δημοσίων νομικών προσώπων εξειδικευμένου σκοπού[1], τις δημόσιες επιχειρήσεις. Η σύσταση και λειτουργία τέτοιων επιχειρήσεων, σε γενικότερο πλαίσιο ελεύθερης αγοράς, αποτελεί περίπτωση ιδιαίτερα δραστικής δημόσιας παρέμβασης στην οικονομία, η οποία δικαιολογείται χάριν της εξυπηρέτησης στόχων δημοσίου συμφέροντος.[2]

Ο χώρος της οικονομίας όμως είναι δυναμικός· εξελίσσεται και αλλάζει, για παράδειγμα λόγω της ανάπτυξης και εφαρμογής νέων τεχνολογιών, της ωρίμανσης επιμέρους κλάδων, της εμφάνισης νέων προβλημάτων και καινο-

1 *Σπ. Φλογαΐτης*, Εισαγωγή στο διοικητικό δίκαιο, σε: *Απ. Γέροντας/Π. Παυλόπουλος/Γλ. Σιούτη/Σπ. Φλογαΐτης,* Διοικητικό Δίκαιο[5], Αθήνα 2022, σ. 25 επ. (37), Σπ. Φλογαϊτης, Το ελληνικό διοικητικό σύστημα, Αθήνα -Κομοτηνή 1987.

2 Ενδεικτικώς βλ. *Κ. Χρυσόγονος,* Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα[5], Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2022, σ. 289, όπου και παραπομπές στη σχετική νομολογία, *Σπ. Φλογαΐτης,* Σύγχρονες όψεις κρατικού παρεμβατισμού- Συμβολή στη μελέτη μεθόδων σύμπραξης κράτους και ιδιωτών στην άσκηση οικονομικής πολιτικής, Αθήνα-Κομοτηνή 1984, σ. 40-52.

φανών κινδύνων για τον άνθρωπο (π.χ. προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ζητήματα βιοηθικής κ.ά.) και το περιβάλλον (π.χ. κλιματική κρίση), της παγκοσμιοποίησης της οικονομίας, γεωστρατηγικών κινδύνων, της συμμετοχής σε δομές οργάνωσης που υπερβαίνουν το κράτος, όπως συμβαίνει στην περίπτωση της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, κ.λπ. Οι αλλαγές στο πεδίο της οικονομίας επηρεάζουν μεταξύ άλλων και τον τρόπο κατά τον οποίο νοείται η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος σε δεδομένη εκάστοτε χρονική περίοδο, και κατ' επέκταση διαμορφώνουν αντίστοιχα τη δράση του κράτους ως επιχειρηματία[3]. Αναλόγως επηρεάζεται και το νομικό πλαίσιο που διέπει τη δημόσια επιχειρηματική δραστηριότητα.

Η επιχειρηματική δραστηριότητα του Ελληνικού Κράτους έχει ήδη αρκετά μεγάλη ιστορία, αφού αναπτύχθηκε δυναμικά ιδίως από την μεταπολεμική περίοδο και εφεξής, καταλαμβάνοντας διάφορους κλάδους της οικονομίας και κατεξοχήν τον χώρο των βιομηχανιών δικτύου[4]. Κατ' αυτόν τον τρόπο, ολόκληροι κλάδοι της οικονομίας, πρωτίστως σχετικά με την παραγωγή και διάθεση ιδιαίτερα σημαντικών, άλλως ζωτικών ή «κοινωνικώς σπουδαίων»[5] αγαθών, οργανώθηκαν κατά το μονοπωλιακό πρότυπο, έτσι ώστε τα αγαθά αυτά να παρέχονται βάσει των αρχών που διέπουν την δημόσια υπηρεσία με λειτουργική έννοια, δηλαδή των αρχών της συνέχειας και της οικονομικότητας, αλλά και της ουδετερότητας, της ισότητας, και της προσαρμοστικότητας[6]. Κατά τις τελευταίες δεκαετίες του 20ου αιώνα, η επιχειρηματική δραστηριότητα του κράτους προσαρμόστηκε στα δεδομένα της εφαρμογής πολιτικών απελευθέ-

3 Για τον όρο βλ. *St. Storr*, Der Staat als Unternehmer, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, σ. 1.

4 *Επ. Σπηλιωτόπουλος,* Η δημοσία επιχείρησις[2], Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2010, σ. 26 επ., *ο ίδιος,* Αι δημόσιαι επιχειρήσεις εν Ελλάδι, ΕΔΔΔΔ 1958, σ. 362 επ., *Th. Panagopoulos,* Die öffentlichen Unternehmen in Griechenland und die Rechtsfolgen der Assoziation mit der EWG, Athen 1969, σ. 17 επ., *Ι.Δ.Αναστόπουλος,* Οι δημόσιες επιχειρήσεις, Αθήνα-Κομοτηνή 1987, σ. 14 επ.

5 *Π.Δ.Δαγτόγλου,* Γενικό Διοικητικό Δίκαιο[7], Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2015, σ. 635

6 *Επ. Σπηλιωτόπουλος/Β. Κονδύλης,* Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου[16] – Πανεπιστημιακές Παραδόσεις, Τόμ. 1, Αθήνα 2022, σ. 17, υποσημ. 15, *Π. Παυλόπουλος,* Η δημόσια υπηρεσία, σε: *Απ. Γέροντας/Π. Παυλόπουλος/ Γλ. Σιούτη/Σπ. Φλογαΐτης*, Διοικητικό Δίκαιο[5], ό.π., σ. 255 επ. (276 επ.).

ρωσης των αγορών και ιδιωτικοποιήσεων[7], ενώ μεταγενέστερα, κατά τη δεκαετία της οξείας δημοσιονομικής κρίσης και οικονομικής δυσπραγίας της δεκαετίας 2010 επηρεάστηκε ουσιωδώς. Ειδικότερα, πέραν των προγραμμάτων αποκρατικοποιήσεων που συμφωνήθηκαν στο πλαίσιο των Μνημονίων, κατά την περίοδο αυτήν έγιναν ριζικές αλλαγές σε σχέση με τις επιχειρήσεις του Δημοσίου, όπως συνέβη για παράδειγμα με την κατάργηση ή τη συγχώνευση και με τον μετασχηματισμό υφιστάμενων δημοσίων επιχειρήσεων.[8] Ακόμη, καθιερώθηκαν νέοι τύποι δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας όπως είναι το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου ΑΕ (ΤΑΙΠΕΔ - Ν. 3986/2011, Α' 152) και η Ελληνική Εταιρεία Συμμετοχών και Περιουσίας ΑΕ (ΕΕΣΥΠ / *Υπερταμείο - Εθνικό Επενδυτικό Ταμείο* - Ν. 4389/2016, Α' 94), εταιρικά δηλαδή σχήματα ιδιοκτησίας του κράτους, τα οποία δεν ασκούν (ευθέως) δραστηριότητα παραγωγής αγαθών και υπηρεσιών, όπως αντιθέτως ασκούν οι κλασικές δημόσιες επιχειρήσεις.

Πιο πρόσφατα, αποβλέποντας στην αναμόρφωση του νομικού πλαισίου υπό την επίδραση της εξέλιξης που σημειώθηκε, λαμβάνοντας υπόψη τους σύγχρονους κανόνες εταιρικής διακυβέρνησης που εφαρμόζονται στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου[9], και συνεκτιμώντας τις κατευθυντήριες γραμμές ΟΟΣΑ για τις δημόσιες επιχειρήσεις[10], το νομικό πλαίσιο των δημοσίων επι-

7 Ενδεικτικώς βλ. *Αικ. Ηλιάδου,* Δημόσιες επιχειρήσεις, Αθήνα 2016, σ. 103 επ., 153 επ.

8 Βλ. Παράρτημα ΙΙΙ με τίτλο «Ελλάδα – Μνημόνιο οικονομικής και χρηματοπιστωτικής πολιτικής της 3ης Μαΐου 2010» το οποίο προσαρτάται στον Ν. 3845/2010 (Α' 65), Κεφ. Β.ΙΙ του Ν. 3985/2011 (Α' 151) και μεταγενέστερα Παράρτημα VI του Μνημονίου Οικονομικής και Χρηματοπιστωτικής Πολιτικής του Μνημονίου Συνεννόησης που εγκρίθηκε με το άρθρο 1 παρ. 2 Ν. 4046/2012 (Α' 28) και Παράρτημα Ι Κεφάλαιο ΙΙ του Ν. 4093/2012 (Α' 222), Παράρτημα Κεφάλαιο Β' – ΙΙ του Ν. 4263/2014 (Α' 117), Ν.4336/2015.

9 Βλ. Ν. 4706/2020 «Εταιρική διακυβέρνηση ανωνύμων εταιρειών, σύγχρονη αγορά κεφαλαίου, ενσωμάτωση στην ελληνική νομοθεσία της Οδηγίας (ΕΕ) 2017/828 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, μέτρα προς εφαρμογή του Κανονισμού (ΕΕ) 2017/1131 και άλλες διατάξεις» (Α' 136).

10 Οι κατευθυντήριες γραμμές ΟΟΣΑ για τη διακυβέρνηση των επιχειρήσεων κρατικής ιδιοκτησίας δημοσιεύθηκαν το έτος 2005 και επικαιροποιήθηκαν το έτος 2015. Σχετικά βλ. τη δημοσίευση OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, διαθέσιμο σε: https://www.oecd.org/corporate/soes/

χειρήσεων της χώρας τροποποιήθηκε και αποτυπώθηκε στον Ν. 4972/2022 «Εταιρική διακυβέρνηση των Ανωνύμων Εταιρειών του Δημοσίου και των λοιπών θυγατρικών της Ελληνικής Εταιρείας Συμμετοχών και Περιουσίας, διαχείριση συμμετοχών του Δημοσίου σε ανώνυμες εταιρείες και ρυθμίσεις για την Ελληνική Εταιρεία Συμμετοχών και Περιουσίας κ.λπ.» (Α' 181). Με τις διατάξεις του Ν. 4972/2022 μεταξύ άλλων προβλέπεται η εφαρμογή συγκεκριμένων εργαλείων, με τα οποία επιδιώκεται να τυποποιηθεί άλλως να συστηματοποιηθεί ο τρόπος κατά τον οποίο διασφαλίζεται η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος μέσω της επιχειρηματικής δραστηριότητας του κράτους στη σύγχρονη εποχή. Στην ανάλυση που ακολουθεί καταγράφονται τα εργαλεία αυτά και επιδιώκεται να αξιολογηθούν. Για τον σκοπό αυτόν, λαμβάνονται υπόψη τα σύγχρονα δεδομένα της νομολογίας σχετικά με ζητήματα δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας.

ΙΙ. Δημόσιες επιχειρήσεις και δημόσιο συμφέρον

Α. Νομικό πλαίσιο δημοσίων επιχειρήσεων

Διαχρονικά, οι δημόσιες επιχειρήσεις νοούνται ως «υβριδικές» κατασκευές της έννομης τάξης, επειδή εν προκειμένω συνδυάζονται (α) αφενός τύποι οργάνωσης και δράσης, που εντάσσονται στο πεδίο μελέτης του Ιδιωτικού Δικαίου, όπως είναι το οργανωτικό πρότυπο που εφαρμόζεται, ήτοι για την Ελληνική έννομη τάξη, κατεξοχήν το πρότυπο της ανώνυμης εταιρείας, όπως επίσης και η χρήση συμβατικών δεσμών κατά την άσκηση της οικείας δραστηριότητας, και (β) αφετέρου η απαίτηση σεβασμού των αρχών και κανόνων που διέπουν τη δράση της δημόσιας διοίκησης εν γένει, και ιδίως της αρχής της νομιμότητας κατά την έννοια του Δημοσίου Δικαίου και της αρχής της προσήλωσης στην επιδίωξη του δημοσίου συμφέροντος.

Από δικονομική άποψη, ο υβριδικός χαρακτήρας των δημοσίων επιχειρήσεων αντανακλάται εμφανώς στη νομολογιακή κατασκευή του «διφυούς νομικού προσώπου», έννοια η οποία θεμελιώνει τη δυνατότητα άσκησης δικαστικού ελέγχου από τη Διοικητική Δικαιοσύνη επί πράξεων δημοσίων επι-

χειρήσεων, όταν και στο μέτρο κατά το οποίο οι πράξεις αυτές διενεργούνται κατ' ενάσκηση δημόσιας εξουσίας.[11] Παράλληλα, ο υβριδικός χαρακτήρας των δημοσίων επιχειρήσεων είναι σύμφυτος της διαρκούς επιδίωξης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος, κατά την αποστολή των επιχειρήσεων αυτών. Για τον σκοπό αυτόν, διαμορφώνεται και εφαρμόζεται ένα σύνθετο μείγμα κανόνων Ιδιωτικού και Δημοσίου Δικαίου, το οποίο διέπει την οργάνωση και δράση των δημοσίων επιχειρήσεων.[12] Για λόγους συστηματικής ταξινόμησης, οι κανόνες δικαίου περί των δημοσίων επιχειρήσεων διακρίνονται σε ειδικούς και σε γενικούς.

Στην κατηγορία των ειδικών κανόνων εντάσσονται οι διατάξεις που διέπουν τη σύσταση και λειτουργία κάθε επιμέρους δημόσιας επιχείρησης. Δεδομένης της «ιδιοτυπίας» που χαρακτηρίζει τις επιμέρους δημόσιες επιχειρήσεις όπως επιβάλλεται κατά τον σκοπό και το πεδίο δραστηριότητάς τους, το ειδικό νομικό πλαίσιο που διαμορφώνεται από το σύνολο των κανόνων αυτών κατά περίπτωση, εμφανίζει απεριόριστη «τυπολογία», όπως εκάστοτε κρίνεται ότι προσήκει.[13] Στην Ελληνική έννομη τάξη, τέτοιοι ειδικοί κανόνες προηγούνται ιστορικά, καθώς δεν υπήρξε ευθύς εξ αρχής ενιαίο, συστηματικό νομοθέτημα για τη δημόσια επιχειρηματική δραστηριότητα εν γένει, αλλά αντιθέτως, προηγήθηκε η σύσταση συγκεκριμένων επιμέρους δημοσίων επιχειρήσεων βάσει ειδικών νομοθετημάτων.[14] Σημειώνεται συναφώς ότι κατά τη γενική θεωρία του Διοικητικού Δικαίου, η θέσπιση ειδικών διατάξεων για την ίδρυση των δημοσίων επιχειρήσεων νοείται ως επιβεβλημένη για λόγους που ανάγονται στην αρχή της νομιμότητας, στην ανάγκη θέσπισης ειδικών κανόνων κατ' απόκλιση όσων εν γένει ισχύουν χάριν της επίτευξης του επιδιωκόμενου στόχου δημοσίου συμφέροντος ή στη διαχείριση των περιουσιακών στοιχείων του κράτους, ή που συναρτώνται με την επιβολή σημαντικών περιορισμών στην άσκηση οικονομικής δραστηριότητας. Απόρροια

11 Ενδεικτικώς ΣτΕ (Β Τμ. 2408/2014), σκ. 12.

12 *Επ. Σπηλιωτόπουλος/Β. Κονδύλης,* Εγχειρίδιο[16], ό.π., σ. 391 επ.

13 Για την επιλογή των διατυπώσεων βλ. *Σπ. Φλογαΐτης*, ό.π., σ. 37.

14 *Αικ. Ηλιάδου,* ό.π., σ. 105 επ.

όλων αυτών των παραμέτρων είναι η απαίτηση οι δημόσιες επιχειρήσεις να συστήνονται και να οργανώνονται με βάση διατάξεις νόμου ή κανονιστικής πράξης, που θεσπίζεται δυνάμει νομοθετικής εξουσιοδότησης (ά. 43 Σ).[15] Ενόψει τούτων, το ειδικό νομικό πλαίσιο των δημοσίων επιχειρήσεων μπορεί να περιλαμβάνει μεταξύ άλλων κανόνες που διασφαλίζουν τις δυνατότητες του κράτους για τον καθορισμό της δράσης των δημοσίων επιχειρήσεων από το κράτος, μέσω ελέγχου των επενδύσεων, των τιμών, της ποιότητας κ.ά., όπως εκάστοτε κρίνεται ότι απαιτείται για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος που επιδιώκεται.

Πέρα από τους ειδικούς κανόνες, η μελέτη των οποίων είναι αναμφίβολα χρήσιμη για την κατανόηση του τρόπου οργάνωσης και λειτουργίας κάθε επιμέρους δημόσιας επιχείρησης. κατά τις τελευταίες ιδίως δεκαετίες συστηματοποιούνται και θεσπίζονται ενιαίοι κανόνες, οι οποίοι εφαρμόζονται οριζοντίως στις επιχειρήσεις του Δημοσίου. Αναδεικνύεται έτσι ένα γενικό νομικό πλαίσιο περί δημοσίων επιχειρήσεων.

Το ισχύον γενικό νομικό πλαίσιο περί των δημοσίων επιχειρήσεων στην Ελληνική έννομη τάξη έχει διαμορφωθεί κατά κύριο λόγο με βάση τρεις άξονες:

(α) Πρώτον, την επιδίωξη αύξησης της αποτελεσματικότητας των δημοσίων επιχειρήσεων μέσω νομοθετικών παρεμβάσεων οργανωτικού τύπου χάριν της στροφής προς ιδιωτικο-οικονομικά πρότυπα. Αυτό έγινε κυρίως με την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 2414/1996 (Α' 135) για την τυπική ιδιωτικοποίηση και ενίοτε με την εφαρμογή ειδικών διατάξεων για συγκεκριμένες επιχειρήσεις, όπως για παράδειγμα το άρθρο 43 Ν. 2773/1999 (Α' 286) για την περίπτωση της μετατροπής της ΔΕΗ σε Ανώνυμη Εταιρεία. Η εφαρμογή τέτοιων κανόνων οδήγησε στην καθιέρωση του τύπου της ανώνυμης εταιρείας, ως κυρίαρχο οργανωτικό πρότυπο στο χώρο της επιχειρηματικής δράσης του Ελληνικού Δημοσίου.[16] Επιπροσθέτως, με τον Ν. 3429/2005 «Δημόσι-

15 *Επ. Σπηλιωτόπουλος/Β. Κονδύλης,* Εγχειρίδιο[16], ό.π., σ. 370 επ.

16 Για την ενίοτε «καταχρηστική» χρήση της μορφής της ΑΕ από τον νομοθέτη βλ. *Ελ. Τροβά,* Και

ες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί (Δ.Ε.Κ.Ο.)» (Α' 314) επιδιώχθηκε από τον νομοθέτη η διαμόρφωση ενιαίου, συνεκτικού νομικού πλαισίου οργάνωσης και λειτουργίας των δημοσίων επιχειρήσεων. Για τον σκοπό αυτόν συστηματοποιήθηκαν δύο βασικές κατηγορίες δημοσίων επιχειρήσεων, διακρίνοντας τις πιο «κλασικές» εκδοχές, για τις οποίες τυποποιήθηκαν ενιαίοι κανόνες οργάνωσης και λειτουργίας βάσει των αρχών της εταιρικής διακυβέρνησης, από τις περιπτώσεις των δημοσίων εταιρειών με μετοχές εισηγμένες σε οργανωμένη αγορά, που εκ φύσεως βαρύνονται με την τήρηση των γενικώς ισχύοντων κανόνων περί εταιρικής διακυβέρνησης.[17]

(β) Δεύτερον, την ανάγκη προσαρμογής της λειτουργίας των δημοσίων επιχειρήσεων στο νέο πλαίσιο που διαμόρφωσε η εφαρμογή πολιτικών απελευθέρωσης των αγορών σύμφωνα με το πρόγραμμα της εσωτερικής αγοράς ΕΕ, δηλαδή στο πλαίσιο που δημιουργήθηκε λόγω της εισαγωγής κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού στο πεδίο δραστηριότητας πρώην μονοπωλιακών επιχειρήσεων του κράτους. Η απελευθέρωση των αγορών επηρέασε άμεσα και ευθέως την τύχη των δημοσίων επιχειρήσεων, όχι μόνο γιατί οδήγησε στην ανάγκη προσαρμογής της δραστηριότητας στις απαιτήσεις του ανταγωνισμού, αλλά κυρίως γιατί συνδυάστηκε με την εφαρμογή κανόνων διαχωρισμού *(unbundling)* των υποδομών με χαρακτηριστικά φυσικού μονοπωλίου, όπως συνέβη ιδιαίτερα εμφανώς σε σχέση με τις δημόσιες επιχειρήσεις του ενεργειακού τομέα[18], κάτι το οποίο άλλαξε άρδην την οργανωτική δομή και το πεδίο δραστηριότητας των δημοσίων επιχειρήσεων.

(γ) Τρίτον, τη ρύθμιση των αποτελεσμάτων εφαρμογής πολιτικών ουσιαστικής ιδιωτικοποίησης άλλως αποκρατικοποίησης, η οποία συνεπάγεται ουσιώδη απομάκρυνση του κράτους από την οικονομία, που επιτρέπεται στο

όνομα μεν «ανώνυμος εταιρεία» κέκληται... θεσμικές μεταμφιέσεις και σημειωτικά πειράματα ως άσκηση πολιτικών επιλογών και ιστορικής συνέπειας, σε: Κράτος Νόμος Διοίκηση – Σύμμεικτα Επ. Σπηλιωτόπουλου, Αθήνα-Κομοτηνή 2000, σ. 669 επ.

17 *Αικ. Ηλιάδου,* Δημόσιες Επιχειρήσεις, ό.π., σ. 121 επ.

18 *Αικ. Ηλιάδου*, Η διείσδυση του δημοσίου δικαίου στη ρύθμιση αγορών δικτύου, Αθήνα 2010, σ. 71 επ.

μέτρο κατά το οποίο η σχετική πολιτική απόφαση δεν συναντά ανελαστικά όρια βάσει συνταγματικών κανόνων, καθιστώντας την άσκηση ίδιας επιχειρηματικής δραστηριότητας από το κράτος επιβεβλημένη. Το τελευταίο ζήτημα απασχόλησε ιδιαίτερα έντονα κατά την περίοδο της δημοσιονομικής κρίσης της δεκαετίας 2010. Όπως είναι γνωστό, η εφαρμογή στην πράξη των προγραμμάτων αποκρατικοποίησης δημοσίων επιχειρήσεων που συμφωνήθηκαν στο πλαίσιο των Μνημονίων της περιόδου δημοσιονομικής κρίσης οδήγησαν σε σημαντικές αντιδικίες. Κορυφαίο παράδειγμα αποτελεί η απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας για τη δημόσια εταιρεία νερού ΕΥΔΑΠ ΑΕ (ΣτΕ Ολ 1904/2014)[19]. Κατά την ίδια περίοδο επιπροσθέτως, θεσμοθετήθηκαν νέοι τύποι οργάνωσης της επιχειρηματικής δραστηριότητας του Κράτους, όπως είναι η περίπτωση του ΤΑΙΠΕΔ και λίγα χρόνια αργότερα της ΕΕΣΥΠ, κάτι το οποίο ανέδειξε νέα νομικά ζητήματα.[20]

Το γενικό νομικό πλαίσιο των δημοσίων επιχειρήσεων προσελκύει το ενδιαφέρον, καθώς επιτρέπει να σκιαγραφηθεί ο τύπος οργάνωσης της επιχειρηματικής δράσης του κράτους, που συνοπτικά περιγράφεται με τον όρο «δημόσιες επιχειρήσεις», χωρίς βεβαίως να παραγνωρίζεται η ιδιομορφία που συνοδεύει κάθε επιμέρους τέτοια επιχείρηση, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω. Σε αυτήν την κατηγορία κανόνων εντάσσονται οι γενικές ρυθμίσεις του Ν. 4972/2022, που αποτελούν αντικείμενο της παρούσας μελέτης.

Β. Δημόσιο συμφέρον και δημόσια επιχειρηματική δραστηριότητα

Ακόμη και υπό την εφαρμογή κανόνων για την τυπική ιδιωτικοποίηση, την απελευθέρωση των αγορών και την ουσιαστική ιδιωτικοποίηση των δημοσίων επιχειρήσεων, βασική επιδίωξη του οικείου νομικού πλαισίου αποτελεί διαρκώς η αναζήτηση της βέλτιστης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέρο-

19 Αικ. Ηλιάδου, *Δημόσιες Επιχειρήσεις,* ό.π., σ. 163 επ.

20 Βλ. ιδίως ΣτΕ (Ολ) 190-191/2022. Βλ. και Π. Μαντζούφας, Ε. Λάππα, Αντίθετη με το Σύνταγμα η μεταβίβαση της πλειοψηφίας του Μετοχικού Κεφαλαίου της ΕΥΑΘ ΑΕ την ΕΕΣΥΠ ΑΕ, ΕφΔΔ 1/2022, σ. 7-33.

ντος. Συνοπτικά και εστιάζοντας στην οικονομία, υπενθυμίζεται ότι η σύνθετη, πολυδιάστατη, υψηλής αφαιρετικότητας αόριστη νομική έννοια «δημόσιο συμφέρον»[21], ως ύπατος σκοπός του συνόλου της δράσης του κράτους[22], όπως εκάστοτε εξειδικεύεται από τον νομοθέτη στο πλαίσιο της συνταγματικής και ενωσιακής τάξης, καθορίζει τη δράση της δημόσιας διοίκησης, ενώ παράλληλα είναι και ένας βασικός άξονας για τη θεμελίωση περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ιδίως των δικαιωμάτων που κατατάσσονται στον κύκλο του λεγόμενου «οικονομικού Συντάγματος»[23], δηλαδή των συνταγματικών διατάξεων βάσει των οποίων οργανώνεται και λειτουργεί η οικονομία και ρυθμίζεται η σχέση κράτους και οικονομίας, όπως είναι ιδίως τα άρθρα 5 παρ. 1 Σ για την οικονομική ελευθερία, 17 Σ για την προστασία της ιδιοκτησίας, 106 Σ για τον κρατικό παρεμβατισμό στην οικονομία, και 22 και 23 Σ, για το δικαίωμα εργασίας και τα συλλογικά εργατικά δικαιώματα. Οι δύο αυτές βασικές λειτουργίες του δημοσίου συμφέροντος είναι οι δύο όψεις του ίδιου νομίσματος: Νομιμοποιούν προς δύο κατευθύνσεις την παρέμβαση του κράτους στο πεδίο της οικονομικής δραστηριότητας, με διάφορες μορφές, όπως για παράδειγμα με την επιβολή απαγορεύσεων, με τη ρύθμιση των

21 Για την έννοια του δημοσίου συμφέροντος και τις διαβαθμίσεις της, καθώς και τις συναφείς έννοιες βλ. *Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου,* Το δημόσιο συμφέρον και η ανάκλησις των διοικητικών πράξεων, Τιμητικός Τόμος ΣτΕ 1929-1979 ΙΙ, 1982, σ. 355 επ., *Δ. Κόρσος*, *Διοικητικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος*[4] (Ενημερωμένη και συμπληρωμένη έκδοση από *Μ.-Ε. Κόρσου-Παναγοπούλου*), Αθήνα-Κομοτηνή 2013, σ. 24-29, *Κ. Γιαννακόπουλος*, Το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης, ΕφημΔΔ 2012, σ. 100 επ., *Ευ. Βενιζέλος,* Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, Θεσσαλονίκη 1990, σ. 13 επ., *Α. Μανιτάκης,* Η συνταγματική έννοια της ισότητας και η έννοια του δημοσίου συμφέροντος, *ΤοΣ 1978, σ.* 435 επ., *P. Haeberle,* Öffentliches Interesse als juristisches Problem[2], Berlin 2006 (*passim*), *Ευ. Πρεβεδούρου,* Η έννοια του δημοσίου συμφέροντος (Γενικό Διοικητικό Δίκτυο), διαθέσιμο σε: https://www.prevedourou.gr/%CE%B7-%CE%AD%CE%BD%CE%BD%CE%BF%CE%B9%CE%B1-%CF%84%CE%BF%CF%85-%CE%B4%CE%B7%CE%BC%CE%BF%CF%83%CE%AF%CE%BF%CF%85-%CF%83%CF%85%CE%BC%CF%86%CE%AD-%CF%81%CE%BF%CE%BD%CF%84%CE%BF%CF%82-%CE%B3%CE%B5%CE%BD/, Στ. Κτιστάκη, Εισαγωγή στη δημόσια διοίκηση[2], Αθήνα 2020, σ. 46-49.

22 Ενδεικτικώς *G. Haverkate,* Verfassungslehre – Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992, σ. 6, *Th. Helm,* Der öffentliche Zweck, Tübingen 2022, σ. 71 επ.

23 Για τον όρο βλ. *P. Badura,* Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2011 (passim).

προϋποθέσεων και όρων άσκησης οικονομικών δραστηριοτήτων ή και με την ίδια υποκατάσταση της ιδιωτικής οικονομικής δραστηριότητας, που αποτελεί την πλέον ριζική επέμβαση του κράτους στην οικονομική δραστηριότητα, όπως συμβαίνει στην περίπτωση των δημοσίων επιχειρήσεων.

Ήδη από την περιγραφή των διαφόρων εκδοχών δημόσιας παρέμβασης στην οικονομία αναδεικνύονται οι βασικοί τύποι της δημόσιας διοίκησης, όπως έχουν ταξινομηθεί στη θεωρία, δηλαδή η περιοριστική, η ρυθμιστική και η παροχική διοίκηση[24]: Οι δημόσιες επιχειρήσεις κατατάσσονται κατ' εξοχήν στο πεδίο της παροχικής διοίκησης, όπου η δημόσια παρέμβαση στην οικονομία είναι ιδιαιτέρως δραστική, καθώς εν προκειμένω το κράτος ενεργεί καθ' υποκατάσταση και στο πλαίσιο δημοσίου μονοπωλίου κατ' αποκλεισμό της ιδιωτικής επιχειρηματικής δραστηριότητας. Το ερώτημα πότε θα πρέπει να γίνεται αυτό και με ποιον τρόπο εξυπηρετείται βέλτιστα το δημόσιο συμφέρον, δεν έχει προφανή απάντηση. Συναρτάται ευθέως με το ευρύτερο ερώτημα, ποιο είναι το κατάλληλο μείγμα τεχνικών δημόσιας ανάμειξης στην οικονομία, το οποίο εξίσου δεν μπορεί να απαντηθεί ευχερώς. Όπως άλλωστε αποδεικνύεται από την επιλογή εφαρμογής πολιτικών απελευθέρωσης των αγορών και ιδιωτικοποιήσεων σε διάφορους τομείς πρώην δημοσίων μονοπωλίων, η αυτόματη συνεπαγωγή κατά την οποία γίνεται δεκτό ότι η επιχειρηματική δραστηριότητα του κράτους σε κάποιους τομείς της οικονομίας εξ ορισμού εξυπηρετεί καλύτερα το δημόσιο συμφέρον είναι μάλλον απλώς δογματική κατασκευή, η ακρίβεια της οποίας απαιτείται να ελέγχεται και να τεκμηριώνεται.[25]

III. Η σύγχρονη νομοθεσία για τη δημόσια επιχειρηματική δραστηριότητα

Όπως αναφέρεται ανωτέρω, η πρώτη συστηματική προσπάθεια νομοθετικής παρέμβασης για την ομογενοποίηση του γενικού νομικού πλαισίου ορ-

24 *Π.Δ.Δαγτόγλου,* ό.π., σ. 8 επ.

25 Για το πρόβλημα αυτό βλ. ενδεικτικώς *Αικ. Ηλιάδου*, ό.π., σ. 210 επ.

γάνωσης και λειτουργίας των δημοσίων επιχειρήσεων έγινε με την θέσπιση και εφαρμογή του Ν. 3429/2005 (Α' 314). Οι διατάξεις του νόμου αυτού, όπως μεταγενέστερα τροποποιήθηκαν, εφαρμόστηκαν ως ενιαίο σύστημα για χρονικό διάστημα άνω της δεκαπενταετίας, περιλαμβανόμενης της κρίσιμης για την τύχη των δημοσίων επιχειρήσεων περίοδο της δημοσιονομικής δυσπραγίας, που οδήγησε σε σημαντικές αλλαγές στο πεδίο αυτό. Πιο πρόσφατα, κρίθηκε αναγκαία από τον νομοθέτη η επικαιροποίηση του γενικού νομικού πλαισίου των δημοσίων επιχειρήσεων, κάτι το οποίο επιδιώκεται να γίνει με τον Ν. 4972/2022.

Ο Ν. 4972/2022 είναι ένα εκτενές νομοθέτημα, το ρυθμιστικό αντικείμενο του οποίου δεν εξαντλείται στις δημόσιες επιχειρήσεις, οι δε κανόνες του έχουν συγκεκριμένο πεδίο εφαρμογής, όπως ρητά καθορίζεται στο άρθρο 3. Από την άποψη της ρύθμισης της δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας οι σχετικές διατάξεις περιλαμβάνονται στα κεφάλαια ΙΙ έως IV (άρθρα 4 έως 47). Με αυτό το περιεχόμενο, οι διατάξεις του Ν. 4972/2022 τέμνονται με τις διατάξεις του Ν. 3429/2005, στο μέτρο κατά το οποίο οι τελευταίες δεν καταργούνται ρητώς, όπως συμβαίνει με τις διατάξεις του άρθρου 4 παρ. 4, του άρθρου 7 παρ. 1 έως 3, και των άρθρων 10, 13, 14 και 18 Ν. 3429/2005 (άρθρο 47 παρ. 1 Ν. 4972/2022). Σε άλλες περιπτώσεις, οριοθετείται η εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 3429/2005 σε σχέση με κατηγορίες δημοσίων επιχειρήσεων που ρυθμίζονται ήδη από τον Ν. 4972/2022.[26] Άλλωστε, ο προσδιορισμός του πεδίου εφαρμογής διαφοροποιείται στα δύο νομοθετήματα. Έτσι, ενώ στον Ν. 3429/2005 ακολουθείται ένα λειτουργικό κριτήριο και συγκεκριμένα το κριτήριο της αποφασιστικής επιρροής του Δημοσίου, για τον καθορισμό της έννοιας των δημοσίων επιχειρήσεων στον Ν. 4972/2022 όπως προκύπτει από το άρθρο 3 αυτού, το κριτήριο καθορισμού του πεδίου εφαρμογής είναι αμιγώς περιουσιακό. Συναφώς σημειώνεται ότι και η ορολογία που χρησιμοποιεί ο νομοθέτης έχει αλλάξει: Ο νομοθέτης του Ν.

26 Βλ. άρθρο 46 παρ. 3 Ν. 4972/2022, όπου προβλέπεται ότι οι διατάξεις του Α' Κεφαλαίου Ν. 3429/2005 δεν εφαρμόζονται για τις εταιρείες των παραγράφων 1 και 3 του άρθρου 3 Ν. 4972/2022.

4972/2022 ρυθμίζει τις ανώνυμες εταιρείες στο μετοχικό κεφάλαιο των οποίων συμμετέχει το Δημόσιο, δεν αναφέρεται σε δημόσιες επιχειρήσεις όπως γινόταν στο παρελθόν. Ανεξάρτητα από τις διαφοροποιήσεις κοινό στοιχείο των δύο νομοθετημάτων είναι η επιδίωξη θέσπισης ομοιόμορφων κανόνων δικαίου για διάφορες περιπτώσεις ανάμειξης του κράτους σε επιχειρηματική δραστηριότητα.

Από την άλλη πλευρά, η εφαρμογή του περιουσιακού κριτηρίου οδηγεί σε νέες κατηγοριοποιήσεις της δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας και αντίστοιχα σε διαφοροποιημένους κανόνες αναλόγως κατηγορίας. Έτσι, με βάση τις ρυθμίσεις του άρθρου 3 Ν. 4972/2022 διακρίνονται:

(α) Οι ανώνυμες εταιρείες των οποίων το μετοχικό κεφάλαιο ανήκει άμεσα και κατά απόλυτη πλειοψηφία στο Ελληνικό Δημόσιο και οι θυγατρικές αυτών, για τις οποίες εφαρμόζεται το Κεφάλαιο Β' του νόμου (άρθρα 4-24 Ν. 4972/2022). Η περίπτωση αυτή αποτελεί την κατεξοχήν επιχειρηματική δραστηριότητα του Δημοσίου, για την οποία θεσπίζονται σημαντικοί νέοι κανόνες, περιλαμβανόμενων κανόνων που συναρτώνται ευθέως με την διασφάλιση της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος.

(β) Ειδικές περιπτώσεις εκ των εταιρειών του Δημοσίου απαριθμούμενες στον νόμο, οι οποίες εξαιρούνται της εφαρμογής του ανωτέρω Κεφαλαίου Β'. Πρόκειται συγκεκριμένα για: (1) τις εταιρείες στις οποίες το Ελληνικό Δημόσιο κατέχει μειοψηφικό ποσοστό του μετοχικού κεφαλαίου τους, οι οποίες είναι εταιρείες εκτός δημόσιου τομέα, όπως αυτός οριοθετείται στην περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 14 του Ν. 4270/2014 (Α' 143), και λειτουργούν με βάση τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας, (2) τις εισηγμένες και στις εταιρείες που είναι συνδεδεμένες, κατά την έννοια του άρθρου 32 του Ν. 4308/2014 (Α'251), με εταιρείες εισηγμένες σε ρυθμιζόμενη αγορά, και (3) τις ειδικές περιπτώσεις της Ελληνικής Εταιρείας Συμμετοχών και Περιουσίας Α.Ε. (Ε.Ε.ΣΥ.Π. Α.Ε.) και τις θυγατρικές της, την Ελληνική Αναπτυξιακή Τράπεζα Α.Ε. και τις θυγατρικές της, το Κέντρο Πολιτισμού Ιδρύματος Σταύρου Νιάρχου Μ.Α.Ε., την Ελληνική Εταιρεία Εξαγωγικών Πιστώσεων Α.Ε., την Ελληνική Εταιρεία

Επενδύσεων και Εξωτερικού Εμπορίου Α.Ε. και τη Μονάδα Οργάνωσης της Διαχείρισης Αναπτυξιακών Προγραμμάτων Α.Ε. (Μ.Ο.Δ.Α.Ε.).

(γ) Οι ανώνυμες εταιρείες, στις οποίες το Ελληνικό Δημόσιο κατέχει μετοχές, ανεξαρτήτως του ποσοστού συμμετοχής του στο μετοχικό τους κεφάλαιο, για τις οποίες ισχύει το Κεφάλαιο Γ' του νόμου (άρθρα 25-29 Ν. 4972/2022).

(δ) Οι λοιπές θυγατρικές της Ε.Ε.ΣΥ.Π. Α.Ε., σύμφωνα με το άρθρο 197 Ν. 4389/2016 (Α'94), οι οποίες δεν έχουν μετοχές εισηγμένες στο χρηματιστήριο, και οι οποίες προβλέπεται ότι εμπίπτουν στις διατάξεις του Κεφαλαίου Δ' του νόμου (άρθρα 30-43).

(ε) Οι εταιρείες στις οποίες η Ε.Ε.ΣΥ.Π. Α.Ε. κατέχει μειοψηφικό ποσοστό του μετοχικού κεφαλαίου τους, οι οποίες είναι εταιρείες εκτός δημόσιου τομέα και λειτουργούν με βάση τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας και για τις οποίες, μετά την έναρξη ισχύος του Ν. 4972/2022, δεν ισχύει η νομοθεσία για τον δημόσιο τομέα, ακόμη και αν σε αυτή αναφέρονται ονομαστικά.

IV. Εργαλεία εξυπηρέτησης δημοσίου συμφέροντος

Ειδικά εργαλεία εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος προβλέπονται κατά τις διατάξεις του Ν. 4972/2022 ιδίως σε σχέση με τις εταιρείες του Β' Κεφαλαίου του νόμου, δηλαδή την περίπτωση της κατ' εξοχήν επιχειρηματικής δραστηριότητας του Δημοσίου. Στα εργαλεία αυτά κατατάσσονται το άρθρο 4 για την Πολιτική Κρατικής Ιδιοκτησίας Ανωνύμων Εταιρειών, το άρθρο 5 για την αποστολή και τις ειδικές υποχρεώσεις των δημοσίων επιχειρήσεων και το άρθρο 18 για τα στρατηγικά και επιχειρησιακά σχέδια των δημοσίων επιχειρήσεων.

Α. Πολιτική Κρατικής Ιδιοκτησίας Ανώνυμων Εταιρειών

Με το ά. 4 Ν. 4972/2022 ρυθμίζεται ένα ζήτημα το οποίο δεν είναι συνηθισμένο για τους κανόνες εταιρικής διακυβέρνησης, όπως είναι γνωστοί

στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου. Το ζήτημα αυτό αφορά ευθέως στο ερώτημα πόσο κράτος χρειάζεται η οικονομία, άλλως πόσο τμήμα της οικονομίας πρέπει να καταλαμβάνεται από το κράτος. Διατρέχοντας τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας των τελευταίων ετών για το θέμα είναι προφανές ότι με αναγωγή στη συνταγματική τάξη μπορεί να προσδιορίζονται όρια σε σχέση με τις επιλογές του νομοθέτη σε συγκεκριμένες περιπτώσεις.[27] Από την άλλη πλευρά, έχοντας υπόψη ότι το Σύνταγμα είναι κατά βάση «ανοικτό» σε σχέση με τις οικονομικές επιλογές που γίνονται βάσει πολιτικής απόφασης, δεν καθορίζεται με συνταγματικά κριτήρια εν γένει το βέλτιστο μείγμα ιδιωτικής και κρατικής δραστηριότητας. Κατά βάση το ζήτημα αυτό εμπίπτει στο πεδίο επιλογής του νομοθέτη, με την επιφύλαξη της άσκησης δικαστικού ελέγχου, σε όσες περιπτώσεις ο έλεγχος αυτός κινητοποιείται κατά τρόπο παραδεκτό[28].

Αποβλέποντας στον εξορθολογισμό των νομοθετικών παρεμβάσεων, με το ά. 4 Ν. 4972/2022 προβλέπεται η υποχρέωση σύνταξης «Πολιτικής Κρατικής Ιδιοκτησίας Ανωνύμων Εταιρειών», δηλαδή της διαμόρφωσης ενός πλαισίου σχεδιασμού και αιτιολογίας της δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας, το οποίο εγκρίνεται από το Κυβερνητικό Συμβούλιο Οικονομικής Πολιτικής (ΚΥ.Σ.Οι.Π., ά. 7 Ν. 4622/2019, Α' 133). Σύμφωνα με τον νόμο, αντικείμενο της Πολιτικής Κρατικής Ιδιοκτησίας ΑΕ είναι ο καθορισμός του σκοπού της κρατικής ιδιοκτησίας, των λόγων ίδρυσης και διατήρησης μετοχών ΑΕ από το κράτος, του ρόλου του κράτους στη διακυβέρνηση των δημοσίων ΑΕ και του τρόπου εφαρμογής της εν λόγω Πολιτικής. Προβλέπεται δε περιοδική αναθεώρηση της Πολιτικής αυτής σε «τακτά χρονικά διαστήματα». Κατ' αυτόν τον τρόπο υιοθετείται για πρώτη φορά για την Ελλάδα ένα εξειδικευμένο κείμενο πολιτικής, όπως προτείνεται σύμφωνα με τις κατευθυντήριες γραμμές ΟΟΣΑ 2015 για την εταιρική

27 ΣτΕ (Ολ) 1906/2014 και πιο πρόσφατα ΣτΕ (Δ' Τμ.) 1223/1224/2020 και ΣτΕ (Ολ) 190 και 191/2022 για τις εταιρείες νερού και αποχέτευσης των μεγάλων αστικών κέντρων της χώρας.

28 *Αικ. Ηλιάδου,* άρθρο 5 παρ. 1 Σ, σε: Το Σύνταγμα – Ερμηνεία κατ' άρθρο – Ηλεκτρονική έκδοση (2023), σε: https://www.syntagmawatch.gr/my-constitution/arthro-5-paragrafos-1/, αρ. περ. 69.

διακυβέρνηση των επιχειρήσεων ιδιοκτησίας του κράτους.[29]

Υπενθυμίζεται ότι η δημόσια επιχειρηματική δραστηριότητα στην Ελλάδα αναπτύχθηκε και επεκτάθηκε χωρίς συγκεκριμένο γενικό, στρατηγικού επιπέδου σχεδιασμό για το σύνολο της οικονομίας και χωρίς ενιαίο σαφές νομικό πλαίσιο, τουλάχιστον με τη συστηματικότητα που παρατηρείται το πρώτο με τον Ν. 3429/2005. Τμήματα οικονομικής δραστηριότητας που κρίθηκε εκάστοτε ότι αφορούν στην εξυπηρέτηση στόχων δημοσίου συμφέροντος μέσω της αξιοποίησης πλεονεκτημάτων οικονομιών κλίμακος, τον έλεγχο των τιμών και τη μόχλευση επενδύσεων καλύφθηκαν από το σύστημα δημοσίου μονοπωλίου, έγιναν μέρος της Δημόσιας Διοίκησης με την έννοια των δημοσίων νομικών προσώπων, δέθηκαν με την κλασική αντίληψη για τη δημόσια διοίκηση υπό λειτουργικούς όρους. Στην δεκαετία 1990 παρατηρήθηκε υποχώρηση του μοντέλου οργάνωσης, ως αποτέλεσμα της εφαρμογής πολιτικών απελευθέρωσης αγορών, στο πλαίσιο του προγράμματος της εσωτερικής αγοράς ΕΕ. Στην περίοδο της σφοδρής δημοσιονομικής κρίσης παρατηρήθηκε τάση υποχώρησης του κράτους από την οικονομία, όπως συμφωνήθηκε και αποτυπώθηκε στα προγράμματα αποκρατικοποιήσεων στο πλαίσιο των μνημονίων 1 και 2 και λίγο αργότερα, συστηματοποίηση της οικονομικής δράσης του κράτους στο πλαίσιο ενός νέου τύπου επιχειρηματικής δραστηριότητας, όπως εκφράστηκε μέσω της ΕΕΣΥΠ. Ευνόητο είναι να τίθεται κατά συνέπεια το ερώτημα, με ποιον τρόπο θα καταγραφεί μετά από αυτά η λογική της δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας.

Το Δίκαιο, όπως προαναφέρθηκε, έχει μάλλον περιορισμένες δυνατότητες συμβολής στην απάντηση του ερωτήματος αυτού. Η παρατήρηση αυτή – με την εξαίρεση της ιδιαίτερης περίπτωσης των δημοσίων εταιρειών νερού και αποχέτευσης ΕΥΔΑΠ και ΕΥΑΘ για τις οποίες η νομολογία έχει εμμείνει στην απαίτηση επιχειρηματικής δραστηριότητας του κράτους και δη με σχέση ιδιοκτη-

29 Βλ. OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises (2015), ό.π., σ. 29 επ., 33 επ.

σίας του μετοχικού κεφαλαίου και άμεσης επιρροής στον τρόπο λειτουργίας[30] – ισχύει ακόμη και για τα θεμελιώδη δικαιώματα, τα οποία δύσκολα μπορεί να αναγνωστούν ως υποχρεώσεις συγκεκριμένου τρόπου οργάνωσης κλάδων της οικονομίας. Περαιτέρω, όπως γίνεται εν γένει δεκτό, η παρέμβαση του κράτους στην οικονομία συναρτάται με την επίλυση των αρνητικών εξωτερικοτήτων ή την αξιοποίηση θετικών εξωτερικοτήτων ή την επίλυση των προβλημάτων που ανάγονται στην ύπαρξη υποδομών φυσικού μονοπωλίου ή την επιδίωξη στρατηγικής σημασίας για την εθνική οικονομία στόχων. Όμως το δίκαιο παρέχει και άλλα εργαλεία δημόσιας παρέμβασης στην οικονομία, πέραν των ΔΕ, όπως είναι τα εργαλεία ρύθμισης των αγορών ή οι συμβάσεις συνεργασίας δημοσίου και ιδιωτικού τομέα ή ακόμη και ανάθεσης της εκπλήρωσης υπηρεσιών δημοσίου συμφέροντος σε ιδιώτες.[31] Εάν έτσι είναι τα πράγματα, ποια μπορεί να είναι τελικά η συμβολή της Πολιτικής Κρατικής Ιδιοκτησίας ΑΕ;

Για να διασφαλιστεί πρακτικά η σημασία ενός κειμένου αντίστοιχου περιεχομένου θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η εν λόγω Πολιτική συνιστά μίας μορφής «αυτοδέσμευση» του κράτους, που διαμορφώνει το πλαίσιο λήψης σχετικών αποφάσεων και έτσι διασφαλίζει συνθήκες διαφάνειας συμβάλλοντας στην ασφάλεια, η οποία με τη σειρά της είναι προϋπόθεση για την οικονομική ανάπτυξη. Αυτό σημαίνει ότι πολύ περισσότερο από μία γενικόλογη έκθεση της λογικής που θεμελιώνει την ενεργό ανάμειξη του κράτους στην οικονομία, πολύ περισσότερο από ένα μη νομικά δεσμευτικό κείμενο πολιτικής, η Πολιτική Κρατικής Ιδιοκτησίας ΑΕ χρειάζεται σαφείς κανόνες που επιβάλλουν ένα ειδικό βάρος τεκμηρίωσης των αποφάσεων του νομοθέτη, επιτρέποντας μηχανισμούς δημόσιου ελέγχου και λογοδοσίας. Τι χρειάζεται λοιπόν ώστε η Πολιτική Κρατικής Ιδιοκτησίας ΑΕ να έχει πρακτική αξία βελτιώνοντας ουσιωδώς το περιβάλλον ανάπτυξης της επιχειρηματικής δραστηριότητας του κράτους, το οποίο επηρεάζει αναμφίβολα και τις ιδιωτικές επενδύσεις;

30 Βλ. προσφάτως τα υπ΄αριθμ.7 και 8/2023 πρακτικά του Τριμελούς Συμβουλίου Συμμόρφωσης του ΣτΕ.

31 *Αικ. Ηλιάδου,* ό.π., σ. 210 επ.

Λαμβάνοντας υπόψη ότι βασικός στόχος της δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας είναι μεγέθυνση της αξίας για την κοινωνία μέσω αποτελεσματικής κατανομής των πόρων, ενδεχομένως, τα ζητήματα τα οποία απαιτείται να ρυθμίζονται μπορεί να υποστηριχθεί ότι είναι μεταξύ άλλων τα εξής:

(α) Σαφείς διαδικασίες διαβούλευσης και συμμετοχής στον καθορισμό της Πολιτικής Κρατικής Ιδιοκτησίας ΑΕ, τόσο στο πλαίσιο του κοινοβουλευτικού διαλόγου όσο και γενικότερα με τους οικονομικούς φορείς.

(β) Σαφή κριτήρια προσδιορισμού παραμέτρων δημοσίου συμφέροντος που τεκμηριώνουν την ανάληψη δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας, βάσει των οποίων γίνεται αξιολόγηση των αποφάσεων του νομοθέτη.

(γ) Σύστημα περιοδικής επανεξέτασης των επιλογών του νομοθέτη, ώστε να διασφαλίζεται προσαρμοστικότητα στις ανάγκες που εκάστοτε ανακύπτουν.

(δ) Διαδικασίες καθορισμού ειδικών πλαισίων για κάθε επιμέρους τομέα επιχειρηματικής ανάπτυξης του κράτους, εντός του γενικού πλαισίου.

(ε) Σαφής καθορισμός των υποχρεώσεων του κράτους ως ιδιοκτήτη, όπως απαιτείται και σύμφωνα με τις κατευθυντήριες γραμμές ΟΟΣΑ 2015.

(στ) Σύστημα ελέγχου της τήρησης των κανόνων και διαδικασιών της Πολιτικής Κρατικής Ιδιοκτησίας ΑΕ.

Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 4 Ν. 4972/2022 αποτιμώνται κατ' αρχήν θετικά, αφού επιδιώκεται να αλλάξει το τοπίο της «άναρχης» ενεργού ανάμειξης του κράτους στην οικονομία κατά τα τελευταία 70 χρόνια, αλλά η αποτελεσματικότητά τους επιβάλλει τη συμπλήρωση των κανόνων αυτών με περαιτέρω εργαλεία και ειδικές διατάξεις.

Β. Δηλώσεις Αποστολής και ειδικών υποχρεώσεων εταιρειών του Δημοσίου – Υποχρεώσεις δημοσίου συμφέροντος

Με τις διατάξεις του άρθρου 5 Ν. 4972/2022, ρυθμίζονται περαιτέρω 3 επιμέρους ζητήματα που αφορούν στη δράση των επιχειρήσεων του Κράτους.

Κατά την παράγραφο 1 του άρθρου αυτού προβλέπεται υποχρέωση σύνταξης και δημοσιοποίησης δήλωσης αποστολής κάθε δημόσιας επιχείρησης μετά από έγκριση του κράτους, σύμφωνα με τον καταστατικό σκοπό και τον σχεδιασμό που εφαρμόζεται για την υλοποίηση της σχετικής δημόσιας πολιτικής. Η δήλωση αποστολής προβλέπεται περαιτέρω ότι έχει πενταετή ορίζοντα, επανεξετάζεται και αναθεωρείται περιοδικώς. Κατά την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου προβλέπεται η σύναψη «δήλωσης ειδικών υποχρεώσεων» μεταξύ των ΔΕ και του κράτους τριετούς διάρκειας, σύμφωνα με τον εφαρμοζόμενο στρατηγικό και επιχειρησιακό σχεδιασμό που εφαρμόζεται και η οποία περιλαμβάνει: «α. Τους δείκτες παρακολούθησης των κρίσιμων οικονομικών μεγεθών, ιδίως τους δείκτες κόστους παραγωγής προϊόντων ή παροχής υπηρεσιών, χρηματοοικονομικής απόδοσης, κερδοφορίας, ρευστότητας, β. Τους βασικούς δείκτες απόδοσης της εταιρείας (KPIs), ιδίως παραγωγικότητας, αποδοτικότητας και ποιότητας παραγόμενων προϊόντων ή παρεχόμενων υπηρεσιών, γ. Τους λόγους τροποποίησής της, δ. Τους τρόπους διασφάλισης της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης της εταιρείας, ε. Τις δράσεις της εταιρείας από τις οποίες προκύπτει η εταιρική κοινωνική ευθύνη, στ. Την πολιτική βιώσιμης ανάπτυξης που ακολουθεί η εταιρεία, σύμφωνα με κριτήρια περιβαλλοντικά, κοινωνικά και εταιρικής διακυβέρνησης (Environmental Social Governance ESG), ζ. Τις δράσεις της εταιρείας για τη στήριξη της ανάπτυξης της εθνικής οικονομίας.» Μάλιστα, όπως ορίζεται στην παράγραφο 3 του άρθρου 5, οι δείκτες απόδοσης και οι στόχοι της δήλωσης ειδικών υποχρεώσεων συνδέονται με το ατομικό συμβόλαιο επίτευξης στόχων και ετήσιας ειδικής ανταμοιβής (bonus) για τους διοικητές των κρατικών ΑΕ. Τέλος κατά την παρ. 4 του άρθρου 5, ορίζεται ότι οι «εταιρείες που υποχρεούνται να παρέχουν αγαθά ή υπηρεσίες στο Δημόσιο ή να εκπληρώσουν οποιεσδήποτε άλλες υποχρεώσεις δημόσιου συμφέροντος, συνάπτουν σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας με το ελληνικό Δημόσιο, εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομικών και τον υπουργό που εποπτεύει την εταιρεία, στην οποία περιγράφονται το αντικείμενο, οι όροι παροχής της δημόσιας υπηρεσίας και η αποζημίωση, σύμφωνα με την εθνική και ενωσιακή νομοθεσία για τις κρατικές ενισχύσεις.»

Οι διατάξεις του άρθρου 5 – κυρίως σε σχέση με τη δήλωση ειδικών υποχρεώσεων θυμίζουν σε μεγάλο βαθμό τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 3 Ν.3429/2005, όπως είχαν τροποποιηθεί με την με την παράγραφο 1 άρθρου 16 Ν.3965/2011 για το περιεχόμενο του τετραετούς διάρκειας επιχειρησιακού σχεδίου των δημοσίων επιχειρήσεων. Με την έννοια αυτήν δεν έχουν το στοιχείο της καινοτομίας, που χαρακτηρίζει το άρθρο 4 ανωτέρω. Τα βασικά νέα στοιχεία που προστίθενται εν προκειμένω είναι η απαιτούμενη κατά το νόμο σύμπραξη του Υπουργού των Οικονομικών πέραν του εποπτεύοντος την εκάστοτε επιχείρηση Υπουργού καθώς και η προσθήκη νέων παραμέτρων αξιολόγησης της δράσης της εταιρείας, όπως είναι η πολιτική βιώσιμης ανάπτυξης και η απομάκρυνση από κριτήρια που είχαν θεσπιστεί κατά το παρελθόν στο πλαίσιο της επιδίωξης ελέγχου των ελλειμμάτων ιδίως ενόψει της δημοσιονομικής κρίσης.

Βασική μέριμνα εν προκειμένω του νομοθέτη είναι η επίλυση του προβλήματος εντολέα - εντολοδόχου[32], το οποίο είναι εγγενές σε κάθε θεσμό με τον οποίο τυποποιείται, οργανώνεται και εκδηλώνεται η συνεργασία μεταξύ ανθρώπων, όπως είναι οι εταιρείες και οφείλεται στην ίδια τη συνύπαρξη προσώπων, με διαφορετικές αντικειμενικές συναρτήσεις και άρα αλληλοσυγκρουόμενα συμφέροντα, όπως είναι οι μέτοχοι / επενδυτές και οι διαχειριστές. Το πρόβλημα εντολέα-εντολοδόχου είναι ακόμη πιο δύσκολο στην περίπτωση της δημόσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας, για διάφορους λόγους: Η δημόσια επιχειρηματική δραστηριότητα βασίζεται στην επιδίωξη του δημοσίου συμφέροντος, έννοια εξ ορισμού υψηλής αφαιρετικότητας, που εμπερικλείει πολλαπλούς επιμέρους στόχους και διαστάσεις. Το δημόσιο συμφέρον είναι έτσι πολύ πιο σύνθετος στόχος από το κίνητρο μεγιστοποίησης του κέρδους που λειτουργεί ως μοχλός κινητοποίησης της ιδιωτικής επιχειρηματικής δράσης. Επιπλέον, λαμβάνοντας υπόψη ότι ιδιοκτήτης της ΔΕ είναι ο λαός, η σχέση εντολέα-εντολοδόχου εν προκειμένω περιλαμβάνει περισσότερα επίπεδα (λαός-κυβέρνηση-διοίκηση δημόσιας επιχείρησης).

32 Για το πρόβλημα αυτό βλ. *Αικ. Ηλιάδου*, ό.π., σ. 85 επ.

Ένα από τα βασικά ζητήματα που επηρεάζει την αποτελεσματικότητα αντίστοιχων ρυθμίσεων είναι το πρόβλημα της ασύμμετρης πληροφόρησης, της γνώσης σχετικά με τα πραγματικά οικονομικά δεδομένα της επιχείρησης. Για την αντιμετώπιση του προβλήματος αυτού σύμφωνα με το άρθρο 10 προβλέπεται η σύσταση και λειτουργία Επιτροπής Ελέγχου με αρμοδιότητα μεταξύ άλλων «την παρακολούθηση της διαδικασίας της χρηματοοικονομικής πληροφόρησης και την υποβολή συστάσεων ή προτάσεων για την εξασφάλιση της ακεραιότητάς της». Παραπλήσιες διατάξεις περιλαμβάνονται στο άρθρο 8 Ν. 4795/2021 για το σύστημα εσωτερικού ελέγχου του Δημοσίου Τομέα και στο άρθρο 44 Ν. 4449/2017 για τον Υποχρεωτικό έλεγχο των ετήσιων και των ενοποιημένων χρηματοοικονομικών καταστάσεων, δημόσια εποπτεία επί του ελεγκτικού έργου. Όμως οι αρμοδιότητες της Επιτροπής Ελέγχου αφορούν κατεξοχήν στη χρηματοοικονομική πληροφόρηση και τις οικονομικές καταστάσεις, όχι στις λοιπές εταιρικές πληροφορίες, που συναρτώνται με την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. Και στο σημείο αυτό μπορούμε να υποστηρίξουμε ότι χρειάζεται ένας περισσότερο αυστηρά τυποποιημένος μηχανισμός διαχείρισης της ασύμμετρης πληροφόρησης.

Γ. Σχεδιασμός δραστηριότητας

Το τρίτο σημείο των κανόνων του Ν. 4972/2022 που συναντά ευθέως την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος είναι οι διατάξεις του άρθρου 18, με τις οποίες ρυθμίζεται η υποχρέωση σύνταξης στρατηγικών και επιχειρηματικών σχεδίων. Οι σχετικές διατάξεις ρυθμίζουν έντονα τις αντίστοιχου περιεχομένου διατάξεις των άρθρων 5 και 6 Ν. 3429/2005, εκ των οποίων μετά τον Ν. 4254/2014 επιβίωσαν μόνον τα επιχειρησιακά σχέδια τετραετούς διάρκειας υπό τον έλεγχο του ΓΛΚ. Λαμβάνοντας υπόψη τις παλαιότερες ρυθμίσεις, οι διατάξεις του άρθρου 18 Ν. 4972/2022 δεν είναι πρωτότυπες για την Ελληνική έννομη τάξη: Προβλέπουν τετραετή ορίζοντα για τα στρατηγικά σχέδια, τα οποία επαναφέρονται, ενώ τα επιχειρησιακά έχουν διάρκεια ενός έτους. Δημιουργείται έτσι ένας μηχανισμός στενότερης παρακολούθη-

σης της δράσης των κρατικών ΑΕ, ο οποίος αποτιμάται θετικά.

IV. Συμπέρασμα

Συνοψίζοντας, με τον Ν. 4972/2022 επιδιώκεται η διαμόρφωση ενός σύγχρονου πλαισίου διακυβέρνησης των επιχειρήσεων του κράτους. Είναι η δεύτερη φορά συστηματικής παρέμβασης στο σχετικό νομικό πλαίσιο μετά τον Ν. 3429/2005. Η κατεύθυνση προς την οποία κινείται ο νέος νόμος, σε σχέση με τα ζητήματα που εξετάζονται είναι θετική, ακολουθώντας τις κατευθυντήριες γραμμές ΟΟΣΑ για το θέμα. Ωστόσο, χρειάζονται πολύ περισσότεροι και αναλυτικότεροι κανόνες για την επίλυση του δύσκολου ζητήματος τυποποίησης του τρόπου εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος μέσω της δημόσιας επιχειρηματικής δράσης.

Between a rock and a hard place: Big Brothers Watch and Others v. the United Kingdom

Ioannis Karkalis

Supreme Court Judge

I. Introduction

1. National Security has always been a sensitive issue of major importance for the states around the globe.[1] European states are no exception to the rule. For many years, the European Court of Human Rights (ECtHR) has maintained in his case-law a sustainable balance between non-violation of the rights protected by the European Convention of Human Rights (ECHR) and national security. The Strasbourg Court's case-law recognizes a certain discretion to the states regarding their competence to evaluate a threat to their national security while simultaneously demands in each and every case that such an evaluation is verified in reference to specific facts.[2]

2. Has the Strasbourg Court revisited its traditional approach in 2021? Big Brothers Watch and Others v. the UK judgment didn't come like a bolt from the blue. However, the Grand Chamber judgment appears when red between the lines to be a game-changer for the worse, although it seems to capitalize on the benefits of the precedents that have constructed a pro-

1 Leffler, Melvyn P. "National security." *The Journal of American History* 77.1 (1990): 143-152.

2 Janowiec and Others v. Russia [GC], App no 55508 and 29520/09, 21 October 2013, Konstantin Markin v. Russia [GC], App no 30078/06, ECHR 2012.

human rights firewall within the Council of Europe.[3]

II. Regarding National Security

1. The concept of national security is an ambiguous one.[4] In principle, it is defined politically. More often than not, its definition depends on an evaluation done in a given (in terms of space and time) society.[5] In harsh historical circumstances, national security acquires a different meaning compared to times of peace and security. Extreme situations, like the 9/11 New York attacks, allow plenty of room for manoeuvres regarding the re-definition of what constitutes a threat for a state.[6]

2. Threats to national security include, but are not limited to, military assault, cyber-attack,[7] natural disasters, nuclear proliferation, terrorism, organized crime, espionage, economic warfare, the environment,[8] public health emergencies,[9] migration,[10] even the space.[11] In all these situations, states are given by the case-law of the ECtHR a certain measure of discretion when

3 "National Security and European case-law", Research Division, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2013.

4 Goldman, Emily O. "New threats, new identities and new ways of war: The sources of change in national security doctrine." *Israel's National Security Towards the 21st Century*. Routledge, 2014. 43-76.

5 Donohue, Laura K. "The Limits of National Security." *Am. Crim. L. Rev.* 48 (2011): 1573.

6 Zelikow, Philip. "The transformation of national security: Five redefinitions." *The National Interest* 71 (2003): 17-28.

7 Kramer, Franklin D., Stuart H. Starr, and Larry K. Wentz, eds. *Cyberpower and national security*. Potomac Books, Inc., 2009.

8 Levy, Marc A. "Is the environment a national security issue?" *International security* 20.2 (1995): 35-62. Porter, Gareth. *"*Environmental security as a national security issue*"* *Current History* 94.592 (1995): 218.

9 Hodge Jr, James G., and Kim Weidenaar. "Public health emergencies as threats to national security." *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y* 9 (2017): 81. Peterson, Susan. *"*Epidemic disease and national security*"* *Global Health*. Routledge, 2017. 137-181.

10 Metelev, S. E. "Migration as a threat to national security." *Indian Journal of Science and Technology* 9.14 (2016): 1-6.

11 Bielawski, Radosław. "Space as a new category of threats to national security." *Safety & Defense* 5.2 (2019): 1-7.

they recognize and categorize a potential source of endangerment.[12] In doing so, the states have to justify not only the existence of the threat, but as well the quality of the law that is applied in order to respond to the threat.[13]

III. Secret Surveillance

1. Secret Surveillance is one of the main state responses to sources of endangerment connected to national security while being at the same time a major threat to human rights and the rule of law. Secret surveillance is a generic concept; it includes various specific concepts. Among them, interception of all kinds of communication (telephone calls, voice and video internet calls, emails, computer stored information, photographs, videos, etc.) is a very important type of secret surveillance.

2. Interception of communications can be either targeted or bulk. Targeted interception is focused on individuals and is legally carried out with government or judicial initiative, permission and oversight. Bulk interception, also known as passive, mass or undirected interception, is not focused on any individual; it gathers large volume of information (big data) for possible future use. Thus, in bulk interception the target is unspecified and there is no individualized threat to national security from which the state has to be protected from. The endangerment is of a more general nature, usually connected to the activities of possible state enemies – groups, other states, etc.[14]

3. Bulk Interception is based on the concept of the existence of an invisible

12 Burke, Karen C. "Secret Surveillance and the European Convention on Human Rights." *Stan. L. Rev.* 33 (1980): 1113.

13 Malone v. the United Kingdom, App no 8691/79, 2 August 1984, Kruslin v. France, App no 11801/85, 24 April 1990, Huvig v. France, App no 11105/84, 24 April 1990, Kopp v. Switzerland, App no 13/1997/797/1000, 25 March 1998, Amman v. Switzerland [GC], App no 27798/95, 16 February 2000.

14 Lin, Herbert. "Having a conversation about bulk surveillance." *Communications of the ACM* 59.2 (2016): 40-42. Turanjanin, Veljko. *"*Bulk surveillance between national security and right to privacy.*"* *Archibald Reiss Days* 11 (2021).

enemy.[15] The latter is only being perceived as existent and proof of such an existence usually derives from specific events that are communicated by the Mass and Social Media[16] and shock the public.[17] It is beyond reasonable doubt true that "[t]he digital technologies that have revolutionized our lives have also created minutely detailed records of those lives" and "[i]n an age of terror" governments have shown "a keen willingness to acquire this data and use it for unknown purposes (…) buying and borrowing private sector data bases".[18] Already in 1934, it was known that the National Security Agency of the United States of America "had been building a massive data and supercomputing building in Utah, apparently with the goal of intercepting and storing much of the world's internet communications for decryption and analysis".[19]

IV. The issue of Bulk Interception

1. The ECtHR recognizes that secret surveillance in general is a characteristic of the police state.[20] However, as said, states have a wide margin of discretion to evaluate threats to national security and in doing so, they do not become police states. They remain within the democratic concept and context as long as they manage to verify that there is a reasonable connection

15 Graham, Chadwick M. "Defeating an Invisible Enemy: The Western Superpowers' Efforts to Combat Terrorism by Fighting Illegal Immigration." *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 14 (2004): 281.Bigo, Didier. *"*Security, exception, ban and surveillance.*"* *Theorizing surveillance: The panopticon and beyond* (2006): 46-68. De Benoist, Alain. «Global terrorism and the state of permanent exception.*"* *The International Political Thought of Carl Schmitt* (2007): 73-96.

16 Goodwin, Robin, Sakari Lemola, and Menachem Ben-Ezra. "Media use and insomnia after terror attacks in France." *Journal of psychiatric research* 98 (2018): 47-50.

17 Pyszczynski, Tom, Sheldon Solomon, and Jeff Greenberg. *In the wake of 9/11: The psychology of terror*. American Psychological Association, 2003. Kepel, Gilles. *Terror in France: The rise of jihad in the west*. Princeton University Press, 2017.

18 Richards, Neil M. "The dangers of surveillance." *Harv. L. Rev.* 126 (2012): 1934.

19 *Ibidem.* Bamford, James. "The NSA is building the country's biggest spy center (watch what you say)." *Wired Magazine* 15 (2012).

20 Klass and Others v. Germany, App no 5029/71, 6 September 1978.

between the threat and the action taken, namely the interception.[21]

2. As done in all cases, the Strasbourg Court takes the view that the interception has to be: a) in accordance with the law, b) necessary in a democratic society, c) in pursuance of a legitimate aim.[22]

3. Within this context, the existence of a legal framework that defines and limits the interception is very important as the interception must be "in accordance with the law". In order for this condition to be satisfied, the interception must be provided for in domestic law, the quality of which is evaluated by the ECtHR.[23] The law must be: a) accessible, b) foreseeable, c) detailed.[24]

4. Foreseeability is the most difficult to be clearly defined and consequently understood of the three abovementioned conditions that have to be fulfilled in order for the interference to be in accordance with the law. The ECtHR has thus clarified that this condition is fulfilled if the law is "sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities were empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence".[25] Interestingly, this sufficiently clear position of the Strasbourg Court was included in the first judgment that found a violation regarding the foreseeability of the law that provided for the

21 Janowiec and Others v. Russia [GC], App no 55508 and 29520/09, 21 October 2013, Konstantin Markin v. Russia [GC], App no 30078/06, ECHR 2012.

22 S. & Marper v. the United Kingdom, App no 30562/04 and 30566/04, Liberty and Others v. the United Kingdom, App no 58243/00, 1.10.2008.

23 Malone v. the United Kingdom, App no 8691/79, 2 August 1984, Kruslin v. France, App no 11801/85, 24 April 1990, Huvig v. France, App no 11105/84, 24 April 1990, Kopp v. Switzerland, App no 13/1997/797/1000, 25 March 1998, Amman v. Switzerland [GC], App no 27798/95, 16 February 2000.

24 Kennedy v. the United Kingdom, App no 26839/05, 18 May 2010, Rotaru v. Romania, App no 28341/95, 4 May 2000, Amman v. Switzerland [GC], App no 27798/95, 16 February 2000, Iordachi and Others v. Moldova, App no 25198/02, 10 February 2009.

25 "National Security and European case-law", Research Division, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2013, p. 8.

interception[26] and continued in relevant cases.[27]

5. Necessity in a democratic society of the interception is rarely an issue for the Strasbourg Court. As already said, it recognizes to the states a wide margin of appreciation in order to answer the question if a source of danger poses a threat to their national security. Thus, the legitimacy of the aim sought per se cannot be a real issue for discussion before the ECtHR, unless of course the aim is the overthrow of democracy.

6. Within this context, the basic issues that arise regarding bulk interception are: a) How can a legal framework providing for mass detection and storage of data be foreseeable? The average individual living in a European state a normal everyday life cannot have any clue that their communications are surveilled and thus, foreseeability of the interception is impossible for the majority of the people. b) Is bulk interception consistent with democracy and the rule of law? Isn't it self-evident that in a state in which privacy is not a protected core value although there is no reason for it (by definition, bulk interception targets an indefinite number of individuals with no specific characteristics in terms of threat to national security) democracy is undermined, if not overthrown?

VI. Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom

1. In 2021, national security met with privacy and free expression again in Strasbourg. The meeting was no coincidence; it came in the aftermath of Edward Snowden's revelations about programs of surveillance and intelligence sharing between the United States of America and the United Kingdom. The case under the name "Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom"[28] brought to light complaints about a British operation under the

26 Malone v. the United Kingdom, App no 8691/79, 2 August 1984.

27 See, for example: Leander v. Sweden, App no 8248/81, 26 March 1987, Amman v. Switzerland [GC], App no 27798/95, 16 February 2000.

28 Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, Apps no 58170/13, 62322/14, 24960/15, 25 May 2021.

codename "TEMPORA" within the context of which the competent British state authority, namely the "Government Communications Headquarters" (GCHQ), detected, stored and processed huge volumes of data drawn from "bearers" (underwater cables).

2. The applicants complained about "the scope and magnitude of the electronic surveillance programs operated by the Government of the United Kingdom".[29] The complaints of the applicants regarded three surveillance regimes: a) the bulk interception of communications, b) the receipt of intercept material from foreign governments, c) the obtaining of communication data from communication service providers. The Grand Chamber of the ECtHR considered the complaints under Articles 8 (respect for private and family life) and 10 (freedom of expression).

3. The United Kingdom's authorities neither confirmed nor denied the existence of an operation codenamed "TEMPORA". However, according to the March 2015 Report of the Intelligence and Security Committee of Parliament, the GCHQ was indeed operating two major processing systems for the bulk interception of communications. The first one was targeted at a very small percentage of bearers. As communications flowed across the targeted bearers, the system compared the traffic against a list of simple selectors (specific identifiers, e.g. an email address) relating to a known target. Any communications which matched the simple collectors were selected and analyzed. The second processing system was targeted at an even smaller number of bearers which were deliberately targeted as those most likely to carry communications of intelligence interest.[30]

4. The United States National Security Agency had two surveillance systems operating, namely "PRISM" and "Upstream". Through the first one, the United States' Government obtained intelligence material (such as communications) from Internet Service Providers. PRISM had a specific

29 *Ibidem,* para 3.

30 Ibidem, paras 15 – 18.

and targeted capability.[31] As opposed to PRISM, Upstream was capable of collecting, storing and processing global data, in particular that of non-USA citizens.[32]

5. Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, interestingly enough, takes the view that: a) bulk interception consists an interference with the applicants' Article 8 rights,[33] b) this interception is a gradual process in which the degree of interference with individuals' Article 8 rights increases as the process progresses (four stages: aa) interception and initial retention of communications and related communications data belonging to the intercepted communications, bb) application of specific selectors to the retained communications/related communications data, cc) examination of selected communications/related communications data by analysts, dd) subsequent retention of data and use of the "final product", including the sharing of data with third parties),[34] c) Article 8 applies at each of the four abovementioned stages and reaches its highest level of application at the end of the process, where information about a particular person is analyzed or the content of communications is being examined by an analyst.[35]

6. Based on the abovementioned acknowledgments, the Strasbourg Court revisits "foreseeability" in the context of secret surveillance, such as the interception of communications, taking a step further and redefining it as not being the same as in other fields. According to the ECtHR, "foreseeability cannot mean that individuals should be able to foresee when the authorities are likely to resort to such measures so that they can adapt their conduct accordingly. (…) The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions

31 Although not limited to small numbers. Greenwald, Glenn, and Ewen MacAskill. "NSA Prism program taps into user data of Apple, Google and others." *The Guardian* 7.6 (2013): 1-43.

32 Ibidem, paras 22 – 25.

33 Para 324.

34 Para 325.

35 Para 330.

on which public authorities are empowered to resort to any such measures".[36]

7. Moreover, regarding the necessity in a democratic society of bulk interception, the Strasbourg Court recognizes "that the national authorities enjoy a wide margin of appreciation in choosing how best to achieve the legitimate aim of protecting national security".[37] It further notes that "in view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security (and other essential national interests) may undermine or even destroy the proper functioning of democratic processes under the cloak of defending them", it should be satisfactory enough "that there are adequate and effective guarantees against abuse", such as "the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorize, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law".[38]

VII. A step forward that never was

1. Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom was far from being an easy case to decide. The stake was high and the stakeholders powerful. National security defends democracy and yet, it is this very defender that threatens democracy as well. Technology was let to lead the way once more; the consequence of permitting to a non-institutional actor to take the initiative and bring change is that more problems were caused than solved.

2. The ECtHR's Grand Chamber held that there had been a violation of Article 8 (right to private and family life): a) unanimously, regarding the bulk interception of communications, b) unanimously, regarding the obtaining of communications data from communication service providers, c) by majority vote (12 – 5), regarding the receipt of intercept material from foreign

36 Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, Apps no 58170/13, 62322/14, 24960/15, 25 May 2021, para 333.

37 Ibidem, para 338.

38 Ibidem, para 339.

governments and intelligence agencies.

3. It also held that there had been a violation of Article 10 (freedom of expression): a) unanimously, regarding the bulk interception of communications, b) unanimously, regarding the obtaining of communications data from communication service providers. However, it held by majority vote (12 – 5) that there had been no violation of Article 10 regarding the receipt of intercept material from foreign governments and intelligence agencies.

4. The difficulty of reaching a verdict when the accused are important actors of the geopolitical dynamics of our era is obvious. Five judges argued in three different opinions that the judgment did not cut to the chase. Before the Grand Chamber, the ECtHR Chamber had held that although Articles 8 and 10 had been violated, bulk interception was not per se impermissible under the ECHR.[39] Unfortunately, the Grand Chamber agreed.

5. Interestingly, according to the majority vote of the Grand Chamber, a state can receive all kinds of bulk intercept material from foreign governments (not bound by the ECHR) without thus violating Article 10, while it cannot operate bulk interception systems on its own, nor it can obtain bulk communication data from its own communication providers.

6. By declaring that bulk interception per se does not violate the ECHR, the Strasbourg Court lost a unique opportunity to articulate for the future a strong blanket statement against any possible autocratic use of state power within Europe. The fact that Big Brother and Others v. the United Kingdom judgment allows a lot of room for manoeuvres for the states and other actors that promote technological control of the people through mass surveillance systems is of major importance at an era when artificial intelligence is ante portas. Reading between the lines, arguments can easily be found to support the rhetoric of those who argue for more control and less transparency in European government by default.

39 Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, Review Products, *American Journal of International Law,* Volume 116, Issue 3, July 2022, pp. 585 – 592.

7. Procedural standards that were chosen and promoted as safeguards of democracy cannot be standalone guarantees where the core value is not protected. If the Strasbourg Court accepts that "foreseeability cannot mean that individuals should be able to foresee when the authorities are likely to resort to such measures so that they can adapt their conduct accordingly",[40] then, at the end of the day, it is left for the states to decide on the rules of the game in all areas of private life. Moreover, such a decision on national security laws' foreseeability gives prominence to a new dogma of obligatory political correctness in private life that thus can be controlled any time and numerous times without any warning by the state's authorities. Such an unlimited invasion in the individual's personal sphere transforms the very concept of western democracy[41] in its essence and it is mostly for this reason questionable if it expresses the spirit that the ECHR is trying to uphold as a "living instrument".[42]

40 Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, Apps no 58170/13, 62322/14, 24960/15, 25 May 2021, para 333.

41 Brighenti, Andrea Mubi. "Democracy and its visibilities." *Surveillance and democracy* (2010): 51-68.

42 Letsas, George. "The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy." *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* 2 (2013): 106. Yuwen, F. A. N. *Revisiting ECtHR Interpretation of the ECHR: Living Up to a Living Instrument*. Vol. 65. Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2016.

Οι μετακλητοί υπάλληλοι στην ελληνική έννομη τάξη και ο Ν. 4622/2019 περί επιτελικού κράτους

Βασίλειος Θ. Κονδύλης

Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Στην ελληνική έννομη τάξη, ο θεσμός των μετακλητών υπαλλήλων έλκει το έρεισμά του στο ίδιο το Σύνταγμα: Κατά την παράγραφο 5, του άρθρου 103 του Συντάγματος: «5. Με νόμο μπορεί να εξαιρούνται από τη μονιμότητα ανώτατοι διοικητικοί υπάλληλοι που κατέχουν θέσεις εκτός της υπαλληλικής ιεραρχίας, οι διοριζόμενοι απευθείας με βαθμό πρεσβευτικό, οι υπάλληλοι της Προεδρίας της Δημοκρατίας και των γραφείων του Πρωθυπουργού, των Υπουργών και Υφυπουργών.»

Εφόσον ο Έλληνας Συνταγματικός Νομοθέτης[1] αποδέχεται την ύπαρξη του θεσμού των μετακλητών υπαλλήλων ως εξαίρεση από τη μονιμότητα που αφορά, καταρχήν, τους δημοσίους υπαλλήλους, καθίσταται αναγκαία η εξέταση των βασικών χαρακτηριστικών του θεσμού αυτού τόσο κατά το Σύνταγμα όσο και τη λοιπή νομοθεσία και ιδίως τον ν. 4622/2019 περί Επιτελικού Κράτους[2] στην Κεντρική Κρατική Διοίκηση (ΜΕΡΟΣ Α΄). Ωστόσο, το φαινόμενο αυτό απαντά και στο πλαίσιο άλλων φορέων, όπως της Βουλής, των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοικήσεως (ΟΤΑ) και των Ανεξαρτήτων Διοικητικών Αρχών (ΑΔΑ) που χρήζει επίσης αναλύσεως (ΜΕΡΟΣ Β΄).

1 Ο θεσμός των μετακλητών υπαλλήλων είναι γνωστός σε πολλές έννομες τάξεις· βλ. ενδεικτικά, Kondylis V., Le principe de neutralité dans la Fonction Publique, L.G.D.J., 1995, passim.

2 Ν. 4622/2019 (ΦΕΚ 133/Α/07.08.2019΄), Επιτελικό Κράτος: οργάνωση, λειτουργία και διαφάνεια της Κυβέρνησης, των κυβερνητικών οργάνων και της κεντρικής δημόσιας διοίκησης.

ΜΕΡΟΣ Α΄: Οι μετακλητοί υπάλληλοι στην Κεντρική Διοίκηση του Κράτους

Α. Ο Διορισμός των δημοσίων υπαλλήλων

1) Η δημοσιοϋπαλληλική σχέση

Η είσοδος στο δημοσιοϋπαλληλικό σώμα γίνεται με τον διορισμό, ή, στην περίπτωση των υπαλλήλων με έννομη σχέση ιδιωτικού δικαίου αορίστου ή ορισμένου χρόνου (ΙΔΑΧ ή ΙΔΟΧ), με πρόσληψη.

Στην περίπτωση των τακτικών δημοσίων υπαλλήλων, και, κατά κανόνα, και στην περίπτωση των μετακλητών υπαλλήλων, η ειδική έννομη σχέση που τους συνδέει με το νομικό πρόσωπο του Κράτους παραδοσιακά αναφέρεται με τον όρο «δημοσιοϋπαλληλική σχέση» και διέπεται, αποκλειστικά, από κανόνες του διοικητικού δικαίου, οι οποίοι εκδίδονται, κατά τη νομοπαραγωγική διαδικασία που θεσπίζει το Σύνταγμα, από τη Βουλή ή την κανονιστικά δρώσα Διοίκηση. Για τον λόγο αυτόν η σχέση αυτή μπορεί να χαρακτηρισθεί ως «σχέση δημοσίου δικαίου» ή 'ρυθμιστική' σε αντίθεση προς τη 'συμβατική' νομική σχέση.

Κατά την απολύτως κρατούσα άποψη στη θεωρία[3] και τη νομολογία[4], η σχέση αυτή ιδρύεται με την πράξη του διορισμού, δηλαδή με τη μονομερή δήλωση βουλήσεως του διοικητικού οργάνου που μόνη της δημιουργεί για συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο τη νομική κατάσταση του δημοσίου υπαλλήλου. Η αποδοχή του διορισμού είναι αναγκαίος όρος για να λειτουργήσει η νομική σχέση που έχει δημιουργηθεί με το διορισμό.

2) Συστήματα συγκρότησης του δημοσιοϋπαλληλικού σώματος

Καταρχάς, στη διάταξη του άρθου 103 § 4 Σ, όπου γίνεται μνεία της

3 Σπηλιωτόπουλος Επ./Χρυσανθάκης Χ., Βασικοί θεσμοί Δημοσιοϋπαλληλικού Δικαίου, 10η έκδ., 2021, παρ. 61, Β. Κονδύλης, Σχόλιο στο άρθρο 103 του Συντάγματος, in Φ. Σπυρόπουλου, Ξ. Κοντιάδη, Χ. Ανθόπουλου και Γ. Γεραπετρίτη, «ΣΥΝΤΑΓΜΑ. Κατ' άρθρο ερμηνεία» [Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2017, 1860 σελ., (σελ. 1655-1692), σελ. 1666, παρ. 43.

4 ΣτΕ 3044/1980.

«μισθολογικής εξέλιξης» των δημοσίων υπαλλήλων, εν συνδυασμώ ερμηνευόμενη με εκείνη της παραγράφου 5, όπου γίνεται ρητή αναφορά σε «υπαλληλική ιεραρχία», καθιερώνεται i) το «σύστημα της σταδιοδρομίας», και, επιπλέον, ii) το «σύστημα της μονιμότητας» των δημοσίων υπαλλήλων.

Στο Σύνταγμα, ναι μεν καθιερώνονται τα συστήματα της μονιμότητας και της σταδιοδρομίας, που ερείδονται στην αρχή της αξιοκρατίας, ωστόσο δεν παραβλέπεται η ανάγκη εξαιρέσεων, εισάγοντας εμμέσως στοιχεία συνδεόμενα με το «σύστημα των συγκεκριμένων θέσεων» και «των μετακλητών υπαλλήλων», που θυμίζουν το αμερικανικό *spoils system*[5], αλλά και πρακτικές πολλών δημοκρατικών Χωρών[6].

Ο Συνταγματικός Νομοθέτης, προβαίνοντας σε στάθμιση της ανάγκης αφενός ισχυρής και ουδέτερης Δημόσιας Διοίκησης και αφετέρου οι εκάστοτε Κυβερνήσεις να διαθέτουν προσωπικό της πολιτικής εμπιστοσύνης τους, αποδέχεται την εισαγωγή στοιχείων πολιτικοποίησης στο διοικητικό μοντέλο που υιοθετεί χάριν της αποτελεσματικότητας της διοικητικής δράσης[7]. Έτσι, συνδυάζει το σύστημα της μονιμότητας τόσο με το σύστημα της σταδιοδρομίας όσο και με το σύστημα των συγκεκριμένων θέσεων, ανεξάρτητα από τους κανόνες του δημοσίου ή του ιδιωτικού δικαίου που ρυθμίζουν την ειδική έννομη σχέση του υπαλλήλου με το Δημόσιο (ή άλλα δημόσια νομικά πρόσωπα ή ΝΠΙΔ του Δημόσιου Τομέα). Αντιθέτως, όπως εξηγείται στη συνέχεια,

5 Β. Κονδύλη, Ο δραστικός περιορισμός της εφαρμογής του ‹spoils system› από το Ανώτατο Δικαστήριο των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής, άρθρο στον τόμο ΙΙ του Τιμητικού Τόμου του Αριστόβουλου Μάνεση, 1998, σελ. 229-251· στη μελέτη αυτή αναλύεται κατ΄ αρχάς ο τρόπος δημιουργίας και η εξέλιξη του «spoils system», στο αμερικανικό πολιτικό σύστημα, από τις πρώτες δεκαετίες του 19ου αιώνα ως το 1976, οπότε το Ανώτατο Δικαστήριο των Ηνωμένων Πολιτειών εγκαινίασε με μια σειρά αποφάσεών του μια νέα περίοδο που είχε ως αποτέλεσμα αφενός τον δραστικό περιορισμό της εφαρμογής του «spoils system» για την προστασία της ελευθερίας γνώμης και έκφρασης των αμερικανών δημοσίων υπαλλήλων, η οποία συνεχίζεται μέχρι σήμερα, προκαλώντας ασφαλώς πολλές και ποικίλες αντιδράσεις ακόμα και ανάμεσα στα ίδια τα μέλη του. Πρβλ. και το κλασικό έργο του Al. de Tocqueville, Η Δημοκρατία στην Αμερική, εκδ. Στοχαστής, 2008.

6 Ruban L., La fonction publique, 3η έκδ., 2009, σελ. 5.

7 Β. Κονδύλης, Σχόλιο στο άρθρο 103…, σελ. 1670, παρ, 62.

το σύστημα των μετακλητών υπαλλήλων (103 § 5 Σ) δυσχερώς συνδυάζεται με το σύστημα της σταδιοδρομίας, ενώ ταιριάζει με το σύστημα των συγκεκριμένων θέσεων και μπορεί να εφαρμοσθεί ανεξάρτητα από το καθεστώς της ειδικής έννομης σχέσης που συνδέει τον υπάλληλο με το Δημόσιο ή άλλο δημόσιο νομικό πρόσωπο[8].

Για τους τακτικούς υπαλλήλους ισχύει υποχρεωτικά το σύστημα της σταδιοδρομίας, αφού οι υπάλληλοι αυτοί σχηματίζουν «υπαλληλική ιεραρχία», κατά το άρθρο 103 § 5 του Συντάγματος, και «εξελίσσονται μισθολογικά» (§ 2) και το «σύστημα της μονιμότητας»[9].

Αντίθετο προς το «σύστημα της μονιμότητας» είναι το «σύστημα των μετακλητών υπαλλήλων», κύριο χαρακτηριστικό γνώρισμα του οποίου είναι ότι η Διοίκηση μπορεί να απολύσει τον υπάλληλο οποτεδήποτε, χωρίς να απαιτείται η αιτιολόγηση της πράξης απολύσεως.

Η αποδοχή ή η διατήρηση, πολλώ δε μάλλον η επέκταση του αριθμού των μετακλητών υπαλλήλων και η χορήγηση προνομίων σε όσους κατείχαν τέτοιες θέσεις, ευνοούσε τη διαιώνιση πελατειακών φαινομένων στη Διοίκηση. Χαρακτηριστική της υπερβολής που χαρακτηρίζει η 'άνθιση' του θεσμού αυτού είναι το άρθρο 6, παρ. 4, του ν. 4024/2011[10] σύμφωνα με το οποίο: «Ο χρόνος που διανύθηκε σε αιρετή ή μετακλητή θέση μετά το διορισμό του δημοσίου υπαλλήλου εφόσον αναγνωρίζεται ως χρόνος πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας, λογίζεται ότι διανύθηκε σε θέση προϊσταμένου οργανικής μονάδας επιπέδου Διεύθυνσης […]». Η ατυχής αυτή ρύθμιση επαναλήφθηκε κατ' ουσίαν στο καταργημένο άρθρο 4 § 3, του ν. 4275/2014[11], σύμφωνα με την οποία, ευνοούντο πρόσωπα τα

8 Σπηλιωτόπουλος/Χρυσανθάκης 2021, παρ. 33, Β. Κονδύλης, Σχόλιο στο άρθρο 103…, σελ. 1670, παρ. 62.

9 Πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 1880/2019.

10 Ν. 4024/2011 (ΦΕΚ Α 226/27.10.2011), Συνταξιοδοτικές ρυθμίσεις, ενιαίο μισθολόγιο - βαθμολόγιο, εργασιακή εφεδρεία και άλλες διατάξεις εφαρμογής του μεσοπρόθεσμου πλαισίου δημοσιονομικής στρατηγικής 2012-2015.

11 Ν. 4275/2014 (ΦΕΚ Α 149/15.7.2014), Τροποποίηση διατάξεων του Κώδικα Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ. (ν. 3528/2007) - Επιλογή προϊσταμένων οργανικών μονάδων και άλλες διατάξεις.

οποία θα είχαν υπηρετήσει ως μετακλητοί υπάλληλοι ή ως πρόσωπα που μετείχαν ενεργά σε κομματικούς αγώνες σε βάρος των λοιπών ενδιαφερομένων, ανεξάρτητα της ενδεχόμενης εμπειρίας των προσώπων αυτών[12].

Β. Οι μετακλητοί υπάλληλοι

1) Οι ιδιαιτερότητες του θεσμού

Σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 5, του άρθρου 103 Σ[13], για ορισμένα λειτουργήματα μπορεί ο κοινός Νομοθέτης να εισάγει το σύστημα των συγκεκριμένων θέσεων που καλύπτονται με μετακλητούς υπαλλήλους[14]. Επιτρέπει δε στον κοινό Νομοθέτη να ρυθμίζει την υπαλληλική κατάσταση των υπαλλήλων αυτών[15] ή/και να εξαιρεί τις αναφερόμενες κατηγορίες δημοσίων υπαλλήλων από την αρχή της μονιμότητας[16]: Η εξαίρεση μπορεί να αφορά α) ανώτατους δημοσίους υπαλλήλους, όπως είναι οι γενικοί και οι ειδικοί γραμματείς Υπουργείων, εφόσον κατέχουν θέσεις εκτός της υπαλληλικής ιεραρχίας. Δηλαδή καταλείπεται ευρεία ευχέρεια στον κοινό Νομοθέτη να αυξάνει ή να μειώνει τον κύκλο των υπαγομένων σε αυτή την εξαίρεση προσώπων, β) τους διοριζόμενους απευθείας σε βαθμό πρεσβευτικό, και γ) τους υπαλλήλους της Προεδρίας της Δημοκρατίας και των γραφείων του Πρωθυπουργού, των Υπουργών και Υφυπουργών.

Η ρητή αναφορά ορισμένων λειτουργημάτων στη συνταγματική διάταξη δεν είναι περιοριστική, όπως στα προηγούμενα Συντάγματα, αφού η ίδια διάταξη επιτρέπει και τη δημιουργία συγκεκριμένων θέσεων εξειδικευμένων καθηκόντων, οι οποίες δεν ανήκουν στις οργανικές θέσεις που είναι διαρ-

12 Κονδύλης Β., Ουδετερότητα και πολιτικοποίηση των δημοσίων υπαλλήλων σε συνθήκες κρίσης, μελέτη στο έργο «Θεσμοί δημοσίων υπαλλήλων και η λειτουργία τους σε συνθήκες κρίσης» [Πρακτικά ημερίδας 27.01.2014], σελ. 48.

13 Πρβλ. ΥΚ 39 § 2.

14 Σπηλιωτόπουλος/Χρυσανθάκης 2021, παρ. 36.

15 ΣτΕ Ολομ. 1849/2008.

16 Φ. Σπυρόπουλος, Συνταγματικό Δίκαιο, 2η έκδ. 2020, σελ. 392, παρ. 84.

θρωμένες στην υπαλληλική ιεραρχία και συνεπώς πληρούνται καταρχήν από μόνιμους τακτικούς υπαλλήλους[17]. Στις εν λόγω θέσεις διορίζονται «ανώτατοι υπάλληλοι». Συνεπώς, τέτοιες θέσεις μπορεί να ιδρύσει ο νόμος[18] αρκεί να καθορίζει, σε συνδυασμό με τη σχετική νομοθεσία, τα καθήκοντα του υπαλλήλου, δηλαδή το περιεχόμενο του λειτουργήματός του (όπως θέσεις γενικού γραμματέα Υπουργείου). Λόγου χάριν έχει κριθεί ότι ο Γενικός Επιθεωρητής Δημόσιας Διοίκησης και οι βοηθοί του είναι μετακλητοί υπάλληλοι[19].

Η νομική κατάσταση των μετακλητών υπαλλήλων ρυθμίζεται αποκλειστικά από κανόνες του διοικητικού δικαίου. Το Σύνταγμα όμως δεν αποκλείει τη ρύθμιση της ειδικής σχέσης που τους συνδέει με το δημόσιο νομικό πρόσωπο του Κράτους με κανόνες του ιδιωτικού δικαίου[20]. Τούτο προβλέπει πλέον ρητά ο ν. 4622/2019 (άρθρο 29 § 1 και 46 § 3).

Εν πάση περιπτώσει, αφής το Σύνταγμα αναγνωρίζει τον θεσμό των μετακλητών υπαλλήλων, η «ανάγκη σχέσεως πολιτικής και προσωπικής εμπιστοσύνης μεταξύ υπαλλήλων και Κυβερνήσεως για την απρόσκοπτη εφαρμογή της κυβερνητικής πολιτικής»[21] πρέπει να είναι το κριτήριο για τον καθορισμό των περιπτώσεων εξαιρέσεων από τους συνταγματικούς κανόνες της παροχής ίσων ευκαιριών πρόσβασης και σταδιοδρομίας στις δημόσιες θέσεις, που αποτελεί συνέπεια της εφαρμογής της αρχής της ισότητας και της προτίμησης κατά τον λόγο της προσωπικής αξίας[22]. Τούτο, λόγου χάριν, συμβαίνει στην περίπτωση επιλογής σε θέση Γενικού Γραμματέα της Κυβέρνησης[23]. Η θεσμοθέτηση θέσεων μετακλητών υπαλλήλων (ν. 4622/2019,

17 Σπηλιωτόπουλος/Χρυσανθάκης 2021, παρ. 36, υποσημ. 36.

18 ΣτΕ 1812/1983.

19 ΣτΕ 1636/2014, Ολομ. 96/2013, 1401/2010, και Ολομ. 1849/2008 με ορθές αντίθετες απόψεις της μειοψηφίας. Βλ. και παρακάτω στην Ενότητα Ε του Μέρους Α΄.

20 Σπηλιωτόπουλος/Χρυσανθάκης 2021, παρ. 39 & 41.

21 ΣτΕ 18/1945, 1904/2008.

22 Σπηλιωτόπουλος/Χρυσανθάκης 2021, αρ. 45, Στ. Κοφίνης, Σχόλιο στο άρθρο 4 Σ., in Φ. Σπυρόπουλου, Ξ. Κοντιάδη, Χ. Ανθόπουλου και Γ. Γεραπετρίτη, «ΣΥΝΤΑΓΜΑ. Κατ' άρθρο ερμηνεία», σε. 78-79, παρ. 67-68.

23 ΣτΕ 18/1945.

άρθρο 29 § 1[24] και 46 §§ 2-3[25]) μπορεί να θεωρηθεί συνταγματικά επιτρεπτή πηγή πολιτικοποίησης του δημοσιοϋπαλληλικού σώματος, δηλαδή ενός *sui generis* ελληνικού *spoils system*.

Το καθεστώς πρόσληψης των μετακλητών υπαλλήλων (σύμβουλοι, προσωπικό διοικητικής υποστήριξης) που υπηρετούν λ.χ. στα γραφεία των Υπουργών, αλλά και λοιπών πολιτικών προσώπων, όταν το προβλέπει ο νόμος, αποτελεί κάμψη των παραπάνω αρχών, στο μέτρο που οι εν λόγω υπάλληλοι (επιτρέπεται να) επιλέγονται και (να) προσλαμβάνονται ουσιαστικά χωρίς κανένα ουσιαστικό αξιοκρατικό κριτήριο[26]. Συνεπώς στην περίπτωση αυτή επιτρέπονται αποκλίσεις από τις αρχές της διαφάνειας και της αξιοκρατίας, τις οποίες οι εκάστοτε κυβερνώντες ασφαλώς δεν εμποδίζονται -αντιθέτως, ευχής έργο θα ήταν- να τηρούν εφόσον το επιθυμούν.

Προς την ορθή δε κατεύθυνση πλέον ο Ν. 4622/2019, περί επιτελικού

24 Στη διάταξη αυτή προβλέπεται: «1. Το σύνολο των θέσεων της Προεδρίας της Κυβέρνησης, ανέρχεται στις τετρακόσιες σαράντα (440), εκ των οποίων, εκατό (100) θέσεις μετακλητών υπαλλήλων και τριακόσιες σαράντα (340) οργανικές θέσεις μόνιμων υπαλλήλων δημοσίου δικαίου ή ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου και δημοσιογράφων.»

25 Συγκεκριμένα, προβλέπεται: «2. Ανά ιδιαίτερο γραφείο μέλους της Κυβέρνησης, Υφυπουργού, Γενικού και Ειδικού Γραμματέα προβλέπονται οι εξής θέσεις συνεργατών: (α) έως δεκαοκτώ (18) θέσεις στα γραφεία μελών της Κυβέρνησης, εκ των οποίων έως οκτώ (8) δύνανται να είναι μετακλητοί, (β) έως δώδεκα (12) θέσεις στα γραφεία των Υφυπουργών, εκ των οποίων έως έξι (6) δύνανται να είναι μετακλητοί, (γ) έως οκτώ (8) θέσεις στα γραφεία των Γενικών Γραμματέων, εκ των οποίων τρεις (3) δύνανται να είναι μετακλητοί και (δ) έως τέσσερις (4) θέσεις στα γραφεία των Ειδικών Γραμματέων, εκ των οποίων δύο (2) δύνανται να είναι μετακλητοί. Στα γραφεία των Υπουργών οι θέσεις των μετακλητών της προηγούμενης παραγράφου προσαυξάνονται κατά τον αριθμό των Γενικών Γραμματειών που υφίστανται στο Υπουργείο. Στα γραφεία Αναπληρωτών Υπουργών και Υφυπουργών, ένας εκ των συνεργατών που καλύπτει θέση μετακλητού υπαλλήλου δύναται να είναι δημοσιογράφος. 3. Οι θέσεις των συνεργατών δύνανται να καλύπτονται από: (α) ιδιώτες μέσω πρόσληψης, οι οποίοι καταλαμβάνουν αποκλειστικά θέσεις μετακλητών, (β) δημοσίους υπαλλήλους ή λειτουργούς με σχέση εργασίας δημοσίου δικαίου ή ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου που υπηρετούν σε φορείς του Δημοσίου Τομέα […] μέσω απόσπασης, (γ) δικηγόρους με έμμισθη εντολή του Δημοσίου που υπηρετούν στους φορείς της προηγούμενης περίπτωσης μέσω απόσπασης.». Ειδικότερες, σχετικές ρυθμίσεις, λ.χ. προβλέπει το άρθρο 24 του πδ 98/2020 (ΦΕΚ 236 Α΄/28-11-2020) με το οποίο θεσπίστηκε ο «Οργανισμός της Προεδρίας της Κυβέρνησης».

26 Κονδύλης Β., όπ. παρ., 2014, σελ. 39.

κράτους, προβλέπει τα ελάχιστα απαιτούμενα προσόντα για τον διορισμό ή την πρόσληψη σε θέσεις μετακλητών υπαλλήλων (άρθρο 48· πρβλ. και το άρθρο 29 § 5) και ορίζει τα κωλύματα και τα ασυμβίβαστα αυτών (άρθρο 76). Τονίζεται όμως (άρθ. 47), όσον αφορά τη «Διαδικασία στελέχωσης ιδιαίτερων γραφείων» ότι (§ 1) η πλήρωση των θέσεων των συνεργατών γίνεται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης, και ότι (§ 3) οι αποσπάσεις των εν λόγω συνεργατών στα ιδιαίτερα γραφεία γίνεται κατά παρέκκλιση των κειμένων διατάξεων και χωρίς χρονικό περιορισμό.

2) Η αναγκαιότητα περιστολής του αριθμού των μετακλητών υπαλλήλων

Η ευρεία ευχέρεια του κοινού νομοθέτη δεν είναι απεριόριστη. Δεν μπορεί δηλαδή να εντάσσει στον θεσμό των μετακλητών υπαλλήλων τόσο μεγάλο αριθμό στελεχών της Δημόσιας Διοίκησης ώστε να προσβάλλονται οι βασικές αρχές που διέπουν το δημοσιοϋπαλληλικό σώμα που είναι η συγκρότηση αυτού σύμφωνα με το σύστημα της σταδιοδρομίας, και το ιεραρχικό σύστημα οργάνωσης αυτού, πέραν του ότι παρόμοια εξέλιξη θα υπονόμευε τη θεσμική θέση του Ανώτατου Συμβουλίου Επιλογής Προσωπικού (ΑΣΕΠ).

Επίσης, η περισσότερο ή λιγότερο ευρεία προσφυγή στην επιλογή μετακλητών υπαλλήλων διασαλεύει τη θεσμική μνήμη της Διοίκησης και την συνταγματικής περιωπής αρχή της συνέχειας της δημόσιας υπηρεσίας[27]. Οι, ορθά ασφαλώς, απολυόμενοι *ad nutum* επιλεγέντες μετακλητοί υπάλληλοι και, εν πάση περιπτώσει, απομακρυνόμενοι με την αποχώρηση των πολιτικών τους προϊσταμένων, κατ' ουσίαν έχουν προικοδοτηθεί με θεσμική μνήμη και εμπειρογνωμοσύνη που απέκτησαν ιδίως σε γραφεία Υπουργών που στερείται, στη συνέχεια, η Διοίκηση. Το φαινόμενο αυτό ίσως δεν εμφανίζεται όταν οι συνεργάτες είναι αποσπασμένοι από άλλες υπηρεσίες υπάλληλοι, αλλά σε αυτές τις περιπτώσεις ο επανερχόμενος στην υπηρεσία του αποσπα-

27 Για τη σπουδαιότητα της αρχής αυτής στη σύγχρονη Δημόσια Διοίκηση, βλ., αντί άλλων, Πρ. Παυλόπουλου, Η Δημόσια Υπηρεσία, in Απ. Γέροντα, Πρ. Παυλόπουλου, Γλ. Σιούτη, Σπ. Φλογαΐτη, «Διοικητικό δίκαιο», 5η έκδ., 2022, σελ. 276 επόμ.

σμένος υπάλληλος μπορεί να τύχει εμμέσως, έστω, μη ευνοϊκής μεταχείρισης λόγω της υπηρεσίας του σε πολιτικό πρόσωπο.

Ωστόσο, δεν επιτρέπεται η αναγνώριση δικαιωμάτων και ωφελημάτων σε μετακλητούς υπαλλήλους, σε βάρος των μονίμων που θα υπονόμευαν τη θεμελιώδη αρχή της αξιοκρατίας. Προς την ορθή δε κατεύθυνση, πλέον, και σύμφωνα με τη συνταγματική αρχή της διαφάνειας, το άρθρο 47Α, με τίτλο «Δημοσιοποίηση και καταγραφή στοιχείων συνεργατών ιδιαίτερων γραφείων», του Ν. 4622/2019, που προστέθηκε με το άρθρο 36 του Ν. 4940/2022[28], με έναρξη ισχύος την 1η/9ου/2022, προβλέπει (§ 1) τη δημοσιοποίηση στον διαδικτυακό τόπο του εκάστοτε φορέα, του ονοματεπωνύμου και της ιδιότητας των συνεργατών, που στελεχώνουν τα ιδιαίτερα γραφεία, κατά το άρθρο 46. Ο δε φορέας μεριμνά για την επικαιροποίησή τους. Επιπλέον, ορίζεται: «2. Η Προεδρία της Κυβέρνησης διατηρεί συγκεντρωτικό ηλεκτρονικό κατάλογο με το ονοματεπώνυμο και την ιδιότητα των συνεργατών, καθώς και τον φορέα στον οποίο απασχολούνται και το μισθολογικό τους κλιμάκιο, διακρίνοντας ανά κατηγορία συνεργατών σύμφωνα με το άρθρο 46, και συντάσσει ετήσια έκθεση με στατιστικά στοιχεία για τον συνολικό αριθμό των συνεργατών, το μισθολογικό τους κλιμάκιο, καθώς και για την επιβολή κυρώσεων σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 76. Για τη σύνταξη της έκθεσης, η Προεδρία της Κυβέρνησης συνεργάζεται με τους αρμόδιους φορείς, οι οποίοι έχουν την υποχρέωση να την ενημερώνουν για την κατάσταση των συνεργατών. 3. Ο ηλεκτρονικός κατάλογος και η ετήσια έκθεση της παρ. 2 αναρτώνται στον διαδικτυακό τόπο της Προεδρίας της Κυβέρνησης.»

Γ. Εξαιρέσεις από τα ισχύοντα επί δημοσίων υπαλλήλων

Το Σύνταγμα εξαιρεί ρητά από τη μονιμότητα κάποιες κατηγορίες προσωπικού της Δημόσιας Διοίκησης (μετακλητούς κ.ά.), τις οποίες μπορεί να γίνει δεκτό ότι τις εξαιρεί και από τον έλεγχο της Ανεξάρτητης Αρχής της

28 Ν. 4940/2022 (ΦΕΚ Α' 112/14.06.2022), Σύστημα στοχοθεσίας, αξιολόγησης και ανταμοιβής για την ενίσχυση της αποτελεσματικότητας της δημόσιας διοίκησης, ρυθμίσεις για το ανθρώπινο δυναμικό του δημοσίου τομέα και άλλες διατάξεις.

οποίας προβλέπει τη σύσταση στην παράγραφο 7, του άρθρου 103, ήτοι του ΑΣΕΠ. Οι κατηγορίες προσωπικού που εξαιρούνται από την αρμοδιότητα του ΑΣΕΠ καθορίζονται όχι μόνο από την παράγραφο 5 του άρθρου 103 Σ, που εξαιρεί κάποιες κατηγορίες από την μονιμότητα αλλά και με βάση την παράγραφο 2, του άρθρου 2, του ν. 4765/2021[29]. Βεβαίως ειδικές διαδικασίες επιλογής προσωπικού δεν υπόκεινται στον έλεγχο του ΑΣΕΠ. Λόγου χάριν, έχει κριθεί ότι η διαδικασία επιλογής δικαστικών υπαλλήλων (άρθρο 92 Σ) δεν υπόκειται, ούτε εν όλω ούτε εν μέρει, στον έλεγχο του ΑΣΕΠ[30]. Εξάλλου, οι ειδικές διαδικασίες πρόσληψης προϊσταμένων νομικής ή δικαστικής υπηρεσίας ή νομικού συμβούλου μιας υπηρεσίας δεν διενεργούνται μέσω ΑΣΕΠ[31].

Ειδικότερα, όσον αφορά την ηλικία πρόσληψης, οι σχετικές διατάξεις (ΥΚ 6) καθορίζουν το κατώτατο όριο ηλικίας, η συμπλήρωση του οποίου συνιστά τυπικό προσόν για τον διορισμό ή την πρόσληψη, κατά κατηγορία υπαλλήλων. Ανώτατο ηλικιακό όριο μπορεί να θεσπίζεται από την οικεία Προκήρυξη[32] μόνον εφόσον επιβάλλεται από τη φύση και τις ιδιαιτερότητες των καθηκόντων της προς πλήρωση θέσης[33]. Ειδικές ρυθμίσεις ισχύουν για την πρόσληψη Ειδικού Επιστημονικού Προσωπικού και προσωπικού με

29 Ν.4765/2021 (ΦΕΚ Α 6/15.1.2021), Εκσυγχρονισμός του συστήματος προσλήψεων στον δημόσιο τομέα και ενίσχυση του Ανώτατου Συμβουλίου Επιλογής Προσωπικού (Α.Σ.Ε.Π.) και λοιπές διατάξεις.

30 Λόγου χάριν, έχει κριθεί ότι η διαδικασία επιλογής δικαστικών υπαλλήλων (άρθρο 92 Σ) δεν υπόκειται, ούτε εν όλω ούτε εν μέρει, στον έλεγχο του ΑΣΕΠ· ΣτΕ 138/2014, Ολομ. 195/2013, 3187/2013. Επίσης, οι ειδικές διαδικασίες πρόσληψης προϊσταμένων νομικής ή δικαστικής υπηρεσίας ή νομικού συμβούλου μιας υπηρεσίας δεν διενεργούνται μέσω ΑΣΕΠ· βλ. ενδεικτικά, ΑΠ 17/2013, ΝΟΜΟΣ 605893, ΣτΕ 379/2016, 3287/2014, 1568/2010, 2235/2008, 4238/2005, 962/2002.

31 Βλ. ενδεικτικά, ΑΠ 17/2013, ΝΟΜΟΣ 605893, ΣτΕ 379/2016, 3287/2014, 1568/2010, 2235/2008, 4238/2005, 962/2002.

32 ΣτΕ 413/2012, πρβλ. ΔΕφΑθ (ΑΚΥΡ) 1614 & 1640/2013.

33 ΥΚ 6 § 2· σχετικά με την κατάργηση της διακριτικής μεταχείρισης λόγω ορίου ηλικίας κατά το δίκαιο της ΕΕ, βλ., ενδεικτικά, ΔΕΕ, 19.4.2016, C-441/14, Dansk Industri (DI), ECLI:EU:C:2016:278 (σκ. 22 επόμ.), 22.11.2004, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709 (σκ. 74), και 19.1.2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21 (σκ. 20-21).

σχέση ιδιωτικού δικαίου για την κάλυψη εποχικών και παροδικών αναγκών (εποχιακό προσωπικό[34]).

Ανώτατα ηλικιακά όρια δεν εφαρμόζονται στους μετακλητούς, όπως προβλέπει ρητά το άρθρο 48, παρ. 2, του Ν. 4622/2019. Το γεγονός αυτό, σε συνδυασμό με τα ελάχιστα προσόντα που απαιτούνται για τον διορισμό σε θέση μετακλητού υπαλλήλου κατά το άρθρο 48, του εν λόγω νόμου[35], καθιστούν σαφή τη βούληση του νομοθέτη για οιονεί χαριστικούς διορισμούς που παρέχουν το στίγμα μιας λανθάνουσας κομματικοποίησης της Δημόσιας Διοίκησης.

Δ. Η λύση της σχέσης των μετακλητών υπαλλήλων με το Δημόσιο

Ο σεβασμός της βούλησης του Συνταγματικού Νομοθέτη οδηγεί στην αποδοχή της απόψεως ότι οι μετακλητοί υπάλληλοι διατηρούν τη θέση τους για όσο χρόνο το επιθυμεί το πρόσωπο που τους διόρισε και ότι τη χάνουν αυτοδίκαια όταν αυτό απωλέσει την ιδιότητα υπό την οποία τους διόρισε.

Το φαινόμενο της παραμονής των μετακλητών υπαλλήλων και μετά την αποχώρηση του πολιτικού προσώπου που τους διόρισε συνιστά παθογένεια, η οποία αντίκειται στην αρχή της ισότητας, της διαφάνειας και της αξιοκρατίας που επιβάλλει το Σύνταγμα, αφού πέραν της διαδικασίας επιλογής δημοσίων υπαλλήλων ή υπαλλήλων με σχέση ιδιωτικού δικαίου, η παραμονή των μετακλητών υπαλλήλων στη θέση τους καταστρατηγεί τις παραπάνω αρχές και υπονομεύει τη θεσμική θέση του ΑΣΕΠ.

Ορθά, ο ν. 4622/2019 (άρθρο 45 § 2, εδ. β΄-γ΄) προβλέπει: «Τα ιδιαίτερα γραφεία καταργούνται αυτοδικαίως με την παύση των προσώπων τα οποία

34 ΕλΣυν Τμ. Ι, Πρ. 30/2010, ΝΟΜΟΣ 534653.

35 Το άρθρο 48, παρ. 1, προβλέπει σχετικά: «1. Όσοι καλύπτουν θέσεις συνεργατών των ιδιαίτερων γραφείων […] με πρόσληψη σε θέσεις μετακλητών πρέπει να πληρούν τα εξής ελάχιστα προσόντα: (α) απολυτήριο Γενικού ή Επαγγελματικού Λυκείου, καθώς και κάθε τίτλου που προβλέπεται ως προσόν διορισμού για υπαλλήλους δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης στο π.δ. 50/2001 (Α` 39), όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει και (β) καλή γνώση γλώσσας χώρας της Ε.Ε.».

επικουρούν. Η υπηρεσία του προσωπικού των ιδιαίτερων γραφείων λήγει αυτοδικαίως με την κατά οποιοδήποτε τρόπο λήξη της θητείας του προϊσταμένου μέλους της Κυβέρνησης, Υφυπουργού, Γενικού ή Ειδικού Γραμματέα.»

Για τη λύση της σχέσης των μετακλητών υπαλλήλων δεν προβλέπονται εγγυήσεις, οπότε είναι οποτεδήποτε δυνατή η έκδοση είτε διοικητικής πράξης απόλυσης, όταν η σχέση διέπεται αποκλειστικά από κανόνες του διοικητικού δικαίου είτε η καταγγελία της σύμβασής τους, χωρίς προηγούμενη απόφαση υπηρεσιακού συμβουλίου. Εξάλλου, η λήξη της πρόσληψης ή της απόσπασης συνεργάτη δεν γεννά κανένα δικαίωμα αποζημίωσης στον υπάλληλο του οποίου η σχέση εργασίας στο ιδιαίτερο γραφείο τερματίστηκε (Ν. 4622/2019, άρθρο 47 § 4 εδ. β΄).

Ε. Η δικαστική προστασία των μετακλητών υπαλλήλων

Επιθυμώντας ο Συνταγματικός Νομοθέτης να τονίσει την εξαιρετική σημασία που έχει για τη δημοκρατική λειτουργία του πολιτεύματος το δημοσιοϋπαλληλικό σώμα, θέσπισε ειδικό ένδικο βοήθημα, την (υπαλληλική) προσφυγή, πέραν των λοιπών ενδίκων βοηθημάτων τα οποία μπορεί να ασκήσει ο δημόσιος υπάλληλος για να επιδιώξει τη δικαστική προστασία του όταν βλάπτονται τα δικαιώματα ή τα συμφέροντά του. Στην προσφυγή μπορούν να προβληθούν όλοι οι λόγοι ακυρώσεως.

Δεν έχουν δικαίωμα άσκησης υπαλληλικής προσφυγής μεταξύ άλλων κατηγοριών υπαλλήλων[36] οι κατά το άρθρο 103 § 5 Σ μετακλητοί διοικητικοί υπάλληλοι. Έχουν όμως το δικαίωμα ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως. Η πράξη απολύσεως των μετακλητών υπαλλήλων δεν μπορεί να ελεγχθεί από τον ακυρωτικό δικαστή παρά μόνον ελάχιστα, όπως για αναρμοδιότητα του εκδόντος οργάνου. Επειδή, όμως, το Σύνταγμα δεν επιτρέπει την παύση ή απόλυση των προσώπων που κατέχουν θέση μετακλητού υπαλλήλου, με αιτιολογία που θα αντέβαινε σε άλλες συνταγματικές διατάξεις, όπως εκείνες περί ισότητας

36 Σπηλιωτόπουλος Επ. - Κονδύλης Β., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τ. ΙΙ, 16η έκδ. 2022, § 540.

των φύλων, μη διακρίσεως λόγω π.χ. εθνοτικής καταγωγής, φιλοσοφικών ή θρησκευτικών πεποιθήσεων. Συνεπώς, μόνον εάν το όργανο που την εξέδωσε περιέλαβε αιτιολογία, ελέγχεται ακυρωτικά κατά πόσον η αιτιολογία είναι νόμιμη και δεν παραβιάζει υπέρτερης τυπικής ισχύος διατάξεις.

Λόγου χάριν, κατά την απόφαση ΣτΕ 488/2021 (Γ΄ Τμ.7μ), η ακύρωση της πράξης του Υπουργικού Συμβουλίου, περί παύσης της τότε αιτούσας από τη θέση του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων, κατ' εφαρμογή του άρθρου πρώτου παρ. Ε υποπαρ. Ε2 παρ. 6 του ν. 4093/2012[37], γεννά διαφορά που υπάγεται στην αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας, διότι αφορά την παύση ανώτατου μετακλητού υπαλλήλου, επί θητεία, των εκτός υπαλληλικής ιεραρχίας θέσεων. Κρίθηκε, επίσης, ότι η προσβαλλόμενη αποτελούσε πράξη η οποία δεν ανάγεται στη σφαίρα διαχείρισης της πολιτικής εξουσίας, αλλά αποτελούσε εκτελεστή διοικητική πράξη που υπόκειται σε ακυρωτικό έλεγχο[38].

Ωστόσο, διευκολύνοντας κατά τούτο την εκάστοτε Κυβέρνηση, το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει δεχθεί[39], ερμηνεύοντας τις διατάξεις των άρθρων 29 παρ. 3, 56 παρ. 1, 57 παρ. 3, 103 παρ. 1 του Συντάγματος, με τις οποίες κατοχυρώνεται η πολιτική ουδετερότητα των δημοσίων λειτουργών και υπαλλήλων, ότι δεν συνάγεται ότι καθίσταται συνταγματικώς μη ανεκτή η πρόωρη λήξη με νόμο της θητείας των δημοσίων υπαλλήλων και λειτουργών, όπως εκείνης του Γενικού Επιθεωρητή Δημόσιας Διοίκησης, οι οποίοι δεν απολαύουν της μονιμότητας, έστω και αν απολαύουν προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας. Διότι η υπηρεσιακή κατάσταση του μετακλητού υπαλλήλου ενέχει προσωρινότητα και οι ανωτέρω διατάξεις δεν παραβιάζουν την αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Η νομολογία αυτή γεννά προβληματισμό στο μέτρο που συνάγει ότι υπάρχουν κρατικοί

37 Ν. 4093/2012 (ΦΕΚ Α' 222/12-11-2012), Έγκριση Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016 – Επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012 και του Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016.

38 Πρβλ. και ΣτΕ 302/2016, (7μ) 5038-5041/1997, (7μ) 1438/1993.

39 ΣτΕ Ολομ. 1849/2008, με ορθές θέσεις της μειοψηφίας. Πρβλ. και την απόφαση ΣτΕ Ολομ. 2350/2017.

λειτουργοί που λογίζονται μετακλητοί υπάλληλοι έστω και αν απολαύουν προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας[40].

ΣΤ. Και το αντίδοτο; Μήπως ο μόνιμος Υπηρεσιακός Υφυπουργός;

Επισημαίνεται ότι το Σύνταγμα επιτρέπει την εξάλειψη της πολιτικοποίησης σε επίπεδο ανώτατης υπαλληλικής ιεραρχίας με την ενεργοποίηση και γενίκευση του θεσμού του μόνιμου υπηρεσιακού υφυπουργού (άρθρο 81 § 1 Σ εδ. δ΄)[41]. Αυτό, σε συνδυασμό με την τήρηση της αρχής της ισότητας ευκαιριών και της αξιοκρατίας σε επίπεδο επιλογής Γενικών και Ειδικών Γραμματέων, θα ήταν πράγματι ένα σοβαρό βήμα προς την ισχυροποίηση της Δημόσιας Διοίκησης και την αποτελεσματική προστασία της ουδετερότητάς της, έστω και αν εξακολουθούσε να υφίσταται ο θεσμός των μετακλητών υπαλλήλων[42], θα συντελούσε δε στη διαμόρφωση συνέχειας για τις δημόσιες πολιτικές που σχεδιάζονται για τη Δημόσια Διοίκηση και το προσωπικό της[43].

Συνεπώς, η θέσπιση προϋποθέσεων για την επιλογή ή τον διορισμό σε θέσεις μετακλητών υπαλλήλων με τον ν. 4622/2019, για το Επιτελικό Κράτος, αποτελούσε ένα μεγάλο βήμα προς την κατεύθυνση αυτή που δεν ολοκληρώθηκε με τη θέσπιση του θεσμού του υπηρεσιακού υφυπουργού.

ΜΕΡΟΣ Β΄: Μετακλητοί υπάλληλοι στο πλαίσιο άλλων φορέων

Το φαινόμενο των μετακλητών εμφανίζεται και σε άλλους δημόσιους

40 Βλ. όμως την κριτική Β. Κονδύλη, Η φύση της εννόμου σχέσεως του Γενικού Επιθεωρητή Δημόσιας Διοίκησης (ΓΕΔΔ) με το Δημόσιο, άρθρο στον Τιμητικό Τόμο Αθ. Παπαχρήστου, 2019, τ. Ι, σελ. 757. - Του Ιδίου, Σχολιασμός της Απόφασης ΣτΕ Ολομ. 2350/2017: Το ζήτημα της νομικής φύσης της εννόμου σχέσεως του Γενικού Επιθεωρητή Δημόσιας Διοίκησης και η άσκηση των αρμοδιοτήτων του μετά τη λήξη της θητείας του, ΤοΣ, 82/2019, σελ. 901.

41 Βλ. την ανάλυση της Χρ. Μουκίου, Σχόλιο στο άρθρο 81 Σ., in Φ. Σπυρόπουλου, Ξ. Κοντιάδη, Χ. Ανθόπουλου και Γ. Γεραπετρίτη, «ΣΥΝΤΑΓΜΑ. Κατ' άρθρο ερμηνεία» (σελ. 1260-1278), σελ. 1272, παρ. 48.

42 Κονδύλης Β. 2014, όπ. παρ., σελ. 41.

43 Πικραμμένος Μ., Οι μείζονες μεταβολές στη δημόσια διοίκηση και η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΘΠΔΔ 2015, σελ. 481.

φορείς, αφού κατά την παράγραφο 6 του άρθρου 103 Σ: «6. Οι διατάξεις των προηγούμενων παραγράφων έχουν εφαρμογή και στους υπαλλήλους της Βουλής, οι οποίοι κατά τα λοιπά διέπονται εξ ολοκλήρου από τον Κανονισμό της, καθώς και στους υπαλλήλους των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου.»

Α. Οι μετακλητοί υπάλληλοι της Βουλής

Οι μετακλητοί υπάλληλοι της Βουλής, που διορίζονται στα Γραφεία των Προέδρων των Κοινοβουλευτικών Ομάδων, επιλέγονται από αυτούς, χωρίς την τήρηση διαδικασίας επιλογής ή την ύπαρξη στο πρόσωπό τους ουσιαστικών ή τυπικών προσόντων. Συνεπώς, οι υπάλληλοι αυτοί συνδέονται με σχέση προσωπικής εμπιστοσύνης με τον οικείο Πρόεδρο και, για τον λόγο αυτό, σύμφωνα με το άρθρο 36 παρ. 1 περ. ζ΄ υποπερ. ζγ΄ του Κανονισμού της Βουλής[44], απολύονται αυτοδικαίως με τη διάλυση της Βουλής, δεδομένου ότι παύουν πλέον να υφίστανται οι Κοινοβουλευτικές Ομάδες.

Κατά παγία νομολογία, οι εν λόγω μετακλητοί υπάλληλοι δεν απολαύουν των προβλεπόμενων στην παράγραφο 4 του άρθρου 103 του Συντάγματος εγγυήσεων, των οποίων απολαύουν οι μόνιμοι διοικητικοί πολιτικοί υπάλληλοι και, δυνάμει της παραγράφου 6 του ίδιου άρθρου, όσοι από τους υπαλλήλους της Βουλής είναι μόνιμοι[45]. Συνεπώς, δεν παρέχεται από το Σύνταγμα στους εν λόγω υπαλλήλους δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας[46].

Εξάλλου, ούτε ο Κανονισμός της Βουλής, ο οποίος μπορεί να θεσπίσει για τους μετακλητούς υπαλλήλους εγγυήσεις που προσομοιάζουν με τις εγ-

44 Μέρος Β΄ - Κώδικας Οργανώσεως των Υπηρεσιών της Βουλής, Καταστάσεως του Προσωπικού της και άλλες διατάξεις, Α΄ 51/1997.

45 ΣτΕ 2134/2018, 1448/2020.

46 Δεν τους παρέχεται σχετικό δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής, ακόμη και αν η ποινή της οριστικής παύσεως επιβλήθηκε με απόφαση του προβλεπόμενου στο άρθρο 90 του Κανονισμού της Βουλής Υπηρεσιακού Συμβουλίου, το οποίο αποτελεί και Πειθαρχικό Συμβούλιο (άρθρο 92 παρ. 2)· ΣτΕ 1448/2020.

γυήσεις της μονιμότητας[47], έχει θεσπίσει το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής. Και ναι μεν ορίζεται στο άρθρο 36 του Κανονισμού της Βουλής ότι οι μετακλητοί υπάλληλοι της Βουλής έχουν όλα τα δικαιώματα των μονίμων υπαλλήλων της Βουλής, και από τη διάταξη του άρθρου 92 παρ. 1, περί εφαρμογής γενικώς των διατάξεων του πειθαρχικού δικαίου των δημόσιων πολιτικών διοικητικών υπαλλήλων και στο μόνιμο προσωπικό της Βουλής, ότι ο νομοθέτης θέλησε να καθιερώσει για την κατηγορία των μετακλητών υπαλλήλων της Βουλής το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής κατά των πειθαρχικών αποφάσεων που τους αφορούν, αφού η εφαρμογή των σχετικών διατάξεων του πειθαρχικού δικαίου των δημόσιων πολιτικών διοικητικών υπαλλήλων (τα άρθρα 141 παρ. 8 και 142 παρ. 1 του Υπαλληλικού Κώδικα), θα έπρεπε να προβλέπεται ρητώς[48].

Κατά συνέπεια, ένδικο βοήθημα, στρεφόμενο κατά αποφάσεως του Πειθαρχικού Συμβουλίου για τους υπαλλήλους της Βουλής, με την οποία επιβλήθηκε σε μετακλητό υπάλληλο αυτής, η ποινή της οριστικής παύσεως, δεν έχει χαρακτήρα προσφυγής, η εκδίκαση της οποίας ανήκει στο Συμβούλιο της Επικρατείας αφού κατά της πειθαρχικής αποφάσεως για την εν λόγω κατηγορία προσωπικού δεν προβλέπεται η άσκηση προσφυγής ούτε από το Σύνταγμα ούτε από τον Κανονισμό της Βουλής[49].

Κατά το Συμβούλιο της Επικρατείας, δεν δύναται να ασκήσει επιρροή, από την άποψη αυτή, η μνεία που περιλαμβάνεται στο τέλος της προσβαλλόμενης πειθαρχικής αποφάσεως ότι κατ' αυτής χωρεί προσφυγή ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, εφόσον τόσο το ένδικο βοήθημα κατά διοικητικής πράξεως όσο και το αρμόδιο για την εκδίκασή του δικαστήριο ορίζονται από τον νόμο και όχι από την Διοίκηση[50]. Συνεπώς, κατά της προσβαλλόμενης αποφάσεως προβλέπεται η άσκηση του κατά το άρθρο 95, παρ. 1, του Συντάγματος γενικού ενδίκου βοηθήματος της αιτήσεως ακυρώσεως. Αρμό-

47 ΣτΕ 1448/2020· πρβλ. ΣτΕ 3098/2017 και Ολομ. 956/2011.

48 ΣτΕ 1448/2020, 2255/2019, 1395/2018, 3098/2017, 2147/1999.

49 ΣτΕ 1448/2020.

50 ΣτΕ 1448/2020, 1395/2018, 3098/2017.

διο δικαστήριο για την εκδίκαση αυτής είναι, κατά την παράγραφο 1 περ. α΄ και την παράγραφο 2 περ. γ΄ του άρθρου 1 του ν. 702/1977, το Διοικητικό Εφετείο, εφόσον αυτή αφορά την υπηρεσιακή κατάσταση υπαλλήλου του Δημοσίου (της Βουλής των Ελλήνων), ο οποίος είναι μετακλητός, πλην όχι ανώτατος κατά τον βαθμό του[51].

Β. Οι μετακλητοί υπάλληλοι των Αποκεντρωμένων Διοικήσεων

Κατά το άρθρο 6 § 2, του 3852/2010, υπό την αρχική του διατύπωση, μετακλητός ήταν ο Γενικός Γραμματέας Αποκεντρωμένης Διοίκησης που είναι κρατικό όργανο της αντίστοιχης Αποκεντρωμένης Διοίκησης[52].

Στη συνέχεια, σημειώνεται μια εξαιρετική θεσμική εξέλιξη διότι ο νόμος θέσπισε οργανική θέση προϊσταμένου με τίτλο «Συντονιστής Αποκεντρωμένης Διοίκησης», όπως μετά το 2015 ονομάσθηκε ο Γενικός Γραμματέας Αποκεντρωμένης Διοίκησης[53], στην οποία προβλέφθηκε ότι θα διορίζεται με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών για πενταετή θητεία, η οποία μπορεί να ανανεωθεί για μία ακόμη φορά. Συνεπώς, αφενός ο διοριζόμενος θα απολάμβανε μονιμότητας κατά τη διάρκεια της θητείας του[54] αφετέρου η πράξη

51 ΣτΕ 1448/2020, ΣτΕ σε Συμβούλιο 256/2018, 3411/2017. Περαιτέρω, έχει κριθεί (ΣτΕ 1448/2020, Ολομ. 983/2012), ότι η αρμοδιότητα του Διοικητικού Εφετείου, η οποία προβλέπεται και στο άρθρο 84 του Κανονισμού της Βουλής, δεν αντιβαίνει στη διάταξη του εδαφίου β΄ της παραγράφου 6 του άρθρου 65 του Συντάγματος, καθώς η επιτρεπόμενη από το άρθρο 95 του Συντάγματος υπαγωγή με νόμο κατηγοριών υποθέσεων της ακυρωτικής αρμοδιότητας του Συμβουλίου της Επικρατείας, ανάλογα με τη φύση ή τη σπουδαιότητά τους, στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια δύναται να καταλαμβάνει, για την ταυτότητα του λόγου, και τις σχετικές ακυρωτικές διαφορές που προκύπτουν από την προσβολή αποφάσεων των οργάνων της Βουλής.

52 Ο χαρακτηρισμός του Γενικού Γραμματέα ως μετακλητού υπαλλήλου, προέβλεπε η διάταξη του άρθρου 1, παρ. 2, του Ν. 2503/1997 [ΦΕΚ Α΄ 107/30-5-1997, Διοίκηση, Οργάνωση, στελέχωση της Περιφέρειας, ρύθμιση θεμάτων για την τοπική αυτοδιοίκηση και άλλες διατάξεις], στον οποίο παρέπεμπε ρητά.

53 Βλ. τα άρθρα 28 του ν. 4325/2015 (ΦΕΚ Α΄ 47/11.5.2015, Εκδημοκρατισμός της Διοίκησης - Καταπολέμηση Γραφειοκρατίας και Ηλεκτρονική Διακυβέρνηση. Αποκατάσταση αδικιών και άλλες διατάξεις), και 28Α, όπως προστέθηκε με το άρθρο 24, παρ. 8, του ν. 4368/2016 (ΦΕΚ Α΄ 21/21.2.2016, Μέτρα για την επιτάχυνση του κυβερνητικού έργου και άλλες διατάξεις).

54 Και οι επί θητεία υπάλληλοι απολαμβάνουν νομιμότητας κατά τη διάρκειά της, εφόσον τελούν

διορισμού δεν θα επιτρέπεται να ανακαλείται *ad nutum* αλλά μόνο για σπουδαίο λόγο, σχετικό με την άσκηση των καθηκόντων του. Η θεσμική αυτή βελτίωση της θέσης του Συντονιστή σαφώς αφορά τους ΟΤΑ και το έργο τους αφού πέραν των άλλων θετικών συνεπειών που έχει για την άσκηση του έργου τους, βαίνει προς την ορθή κατεύθυνση της απαλλαγής της εποπτείας των πράξεων και των προσώπων των ΟΤΑ με κριτήρια ανορθολογικά και βάσει λανθανουσών ή μη πολιτικών σκοπιμοτήτων.

Πλέον, η αρχή της διαφάνειας και της αξιοκρατίας χαρακτηρίζει τη ρύθμιση που περιέχει το άρθρο 6Α του ν. 3852/2010, όπως ισχύει[55], με τίτλο «Γραμματέας Αποκεντρωμένης Διοίκησης». Συγκεκριμένα ορίζεται: «1. Σε κάθε Αποκεντρωμένη Διοίκηση προΐσταται Γραμματέας που καταλαμβάνει θέση μετακλητού υπαλλήλου με βαθμό 2ο της κατηγορίας των ειδικών θέσεων. […]. 2. Οι Γραμματείς των Αποκεντρωμένων Διοικήσεων διορίζονται και παύονται με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. […]. 3. Στη θέση του Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης τοποθετούνται πρόσωπα τα οποία διαθέτουν κατ` ελάχιστον: (α) Πτυχίο Ανώτατου Εκπαιδευτικού Ιδρύματος (Α.Ε.Ι.) της ημεδαπής ή ισότιμο σχολών της αλλοδαπής, (β) μεταπτυχιακό τίτλο σπουδών ετήσιας τουλάχιστον διάρκειας ή διδακτορικό τίτλο σπουδών και (γ) πολύ καλή γνώση της αγγλικής ή της γαλλικής ή της γερμανικής ή της ιταλικής ή της ισπανικής γλώσσας σύμφωνα με το άρθρο 28 του π.δ. 50/2001 (Α΄ 39). Επιτρέπεται ο διορισμός στη θέση του Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης και σε δημοσίους υπαλλήλους δημοσίου δικαίου ή

σε ιεραρχική σχέση προς άλλο όργανο του οικείου ΔΝΠ (πρβλ. ΣτΕ 1656/2021, 4372 & 2338-2340/2014, 298/2013, 1784/2012, 585/2008, ΠΕ 861/1984, 2922/1983). Πρβλ. Σπηλιωτόπουλος/Χρυσανθάκης 2021, παρ. 21, Β. Κονδύλης, Σχόλιο στο άρθρο 103…, σελ. 1672, παρ. 71.

55 Το άρθρο 6α προστέθηκε με το άρθρο 63 του Ν. 4954/2022 (ΦΕΚ Α΄ 136/09.07.2022), Συμπληρωματικά μέτρα για την εφαρμογή του Κανονισμού (ΕΕ) 2019/788 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την Ευρωπαϊκή Πρωτοβουλία Πολιτών και του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2019/1799 της Επιτροπής για τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών για τα επιμέρους επιγραμμικά συστήματα συγκέντρωσης Διατάξεις σχετικές με την εκλογική διαδικασία και τον έλεγχο εσόδων και δαπανών κομμάτων, συνασπισμών και υποψηφίων βουλευτών και αιρετών Λοιπές επείγουσες διατάξεις.

Ιδιωτικού Δικαίου Αορίστου Χρόνου ή δημοσίους λειτουργούς, καθώς και σε δικηγόρους με έμμισθη εντολή του δημοσίου τομέα, εφόσον πληρούν τα κριτήρια του πρώτου εδαφίου.»

Συνεπώς, η πρακτική που θα ακολουθείται από τον αρμόδιο Υπουργό Εσωτερικών θα δείξει αν η ευκταία αυτή μεταβολή γίνεται σεβαστή ή όχι.

Γ. Οι μετακλητοί υπάλληλοι των ΟΤΑ

Και στην περίπτωση των υπαλλήλων των ΟΤΑ, οι σχετικοί κανόνες καθιερώνουν την εφαρμογή ενός συνδυασμού δύο συστημάτων συγκρότησης του δημοσιοϋπαλληλικού σώματος, και παράλληλα, σε κάποιες περιπτώσεις, τον συνδυασμό των δύο αντίθετων συστημάτων: στον συνδυασμό Σταδιοδρομία και Μονιμότητα προβλέπεται για ορισμένες θέσεις η κάλυψη με μετακλητούς υπαλλήλους σε συγκεκριμένες θέσεις.

Καταρχάς, κατά τις διατάξεις του άρθρου 161 § 1, του ΚΚΔΚΥ[56], που αφορά τους «Γενικούς Γραμματείς Δήμων», σε δήμους και συνδέσμους δήμων μπορεί να διορίζεται μετακλητός Γενικός Γραμματέας, εφόσον υπάρχει ανάλογη οικονομική δυνατότητα. Για τον διορισμό δεν απαιτείται η πρόβλεψη της αντίστοιχης θέσης στον Οργανισμό Εσωτερικής Υπηρεσίας[57].

Επίσης, προβλέπεται (άρθρο 161 § 2) ότι ο Γενικός Γραμματέας διορίζεται και απολύεται με απόφαση του αρμόδιου για τον διορισμό οργάνου, που δημοσιεύεται σε περίληψη στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, παύει δε να ασκεί τα καθήκοντα του και απολύεται αυτοδικαίως όταν ο Δήμαρχος ή ο Πρόεδρος του Συνδέσμου που τον προσέλαβε απωλέσει την ιδιότητά του για οποιονδήποτε λόγο[58].

56 Ν. 3584/2007 (ΦΕΚ Α΄ 143/28.6.2007), Κύρωση του Κώδικα Κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων.

57 Η παράγραφος 1 παρατίθεται όπως έχει αντικατασταθεί με το άρθρο 11 § 6 του Ν. 4674/2020.

58 Όπως έχει δεχθεί ο Άρειος Πάγος (ΑΠ 658/2018), ο γενικός γραμματέας του δήμου, ο οποίος διορίζεται και απολύεται από τον δήμαρχο με σχετική απόφαση που δημοσιεύεται στην ΕτΚ και αποτελεί ως εκ τούτου συστατική ατομική διοικητική πράξη, είναι μετακλητός υπάλληλος. Με την

Εν συνεχεία, στην παράγραφο 1, υπό α΄, του άρθρου 163 του ΚΚΔΚΥ, προβλέπεται σε κάθε δήμο, η σύσταση αυτοδίκαια θέσεων Ειδικών Συμβούλων ή Ειδικών Συνεργατών ή Επιστημονικών Συνεργατών, συνολικού αριθμού ίσου με τον αριθμό των αντιδημάρχων του δήμου[59]. Σε δήμους με μόνιμο πληθυσμό πάνω από εκατόν πενήντα χιλιάδες (150.000) κατοίκους, σύμφωνα με τα στοιχεία της τελευταίας απογραφής της Ελληνικής Στατιστικής Αρχής, με τον Οργανισμό Εσωτερικής Υπηρεσίας μπορεί να συστήνεται μία (1) θέση Ειδικού Συνεργάτη, επιπλέον των προβλεπόμενων στο προηγούμενο εδάφιο. Κατά δε την παράγραφο 6, στοιχ. δ΄, οι διατάξεις του άρθρου 76 του ν. 4622/2019 ισχύουν αναλόγως και για τους μετακλητούς υπαλλήλους της παραγράφου αυτής.

Χωρίς να μπορεί να χαρακτηρισθεί αντισυνταγματική η σχετική πρόβλεψη συστάσεως οργανικών θέσεων μετακλητών υπαλλήλων, απηχεί πρακτικής που διαιωνίζει το *sui generis* ελληνικό *spoil syxtem* και σε επίπεδο ΟΤΑ, με ότι αρνητικό αυτό μπορεί να σημαίνει για τη λειτουργία τους με στελέχη επιλεγόμενα υπό συνθήκες αξιοκρατίας και διαφάνειας.

Δ. Η Εθνική Αρχή Διαφάνειας

Αν και ο θεσμός των μετακλητών υπαλλήλων δεν προσιδιάζει με τον θε-

ιδιότητά του αυτή καταλαμβάνει θέση που προβλέπεται από τον οργανισμό του οικείου οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης και υπόκειται ιεραρχικά στον δήμαρχο. Συνεπώς ο γενικός γραμματέας του δήμου προσλαμβάνεται για την πλήρωση οργανικής θέσης ρητά προβλεπόμενης από τον νόμο και αποκλειστικά βάσει κανόνων δημοσίου δικαίου. Επομένως, η σχετική διαφορά που εισήχθη στο Δικαστήριο εκ μέρους του ενάγοντα γενικού γραμματέα, ο οποίος ζητούσε την αναγνώριση της ακυρότητας της καταγγελίας της σύμβασης εργασίας του, υπάγεται στη δικαιοδοσία των Διοικητικών Δικαστηρίων. Το γεγονός ότι, εκτός του διορισμού του που δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, καταρτίσθηκε και έγγραφη σύμβαση που χαρακτηρίσθηκε ως σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου, δεν αναιρεί τον πιο πάνω χαρακτήρα της, αφού ο ενάγων διορίσθηκε ως μετακλητός υπάλληλος, στα καθήκοντα του οποίου περιλαμβάνεται η άσκηση δημόσιας εξουσίας.

59 Η παράγραφος 1, υπό α΄, του άρθρου 163 του ΚΚΔΚΥ παρατίθεται όπως έχει αντικατασταθεί με το άρθρο 18 του ν. 4674/2020 (ΦΕΚ 53 Α΄), «Στρατηγική αναπτυξιακή προοπτική των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης, ρύθμιση ζητημάτων αρμοδιότητας Υπουργείου Εσωτερικών και άλλες διατάξεις».

σμό των εκ του Συντάγματος Ανεξαρτήτων Αρχών και των εκ του νόμου Ανεξαρτήτων Διοικητικών Αρχών (ΑΑ/ΑΔΑ) διότι ουσιώδες στοιχείο του καινοφανούς αυτού θεσμού αποτελεί η διασφάλιση της θεσμικής και οργανωτικής τους ανεξαρτησίας, με διασφάλιση στη δεύτερη περίπτωση της διοικητικής και οικονομικής τους αυτοτέλειας, αφενός, και, της προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας των μελών τους, αφετέρου, ο νομοθέτης δεν δίστασε να εισαγάγει το σύστημα των μετακλητών υπαλλήλων και στην Εθνική Αρχή Διαφάνειας (ΕΑΔ), που αποτελεί κατά νόμο ΑΔΑ.

Συγκεκριμένα, κατά το άρθρο 96 §§ 5-6 του Ν. 4622/2019: «5. Για την υποβοήθηση του Διοικητή της Αρχής συνιστώνται έξι (6) θέσεις συνεργατών. Αντίστοιχα, για την υποβοήθηση του Προέδρου της Αρχής και του Συμβουλίου Διοίκησης συνιστώνται δύο (2) θέσεις συνεργατών. Οι θέσεις αυτές καλύπτονται, κατ' ανάλογη εφαρμογή, των προβλεπομένων στις οικείες διατάξεις [του Ν. 4622/2019] για τις θέσεις συνεργατών των ιδιαίτερων γραφείων των μελών της κυβέρνησης και των Υφυπουργών. Στο Γραφείο του Διοικητή της Αρχής συνιστάται θέση Διευθυντή, η οποία καλύπτεται από έναν εκ των συνεργατών. Ο Διευθυντής ασκεί, κατ' αντιστοιχία, τις αρμοδιότητες που προβλέπονται στις οικείες διατάξεις του παρόντος. […]. 6. Στο Γραφείο Τύπου της Αρχής συνιστώνται δύο (2) θέσεις δημοσιογράφων, με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου, […]. Στη σύμβαση τίθεται υποχρεωτικά ο όρος ότι αυτή λύεται αυτοδικαίως και χωρίς αποζημίωση και ο προσληφθείς απολύεται με την αποχώρηση για οποιονδήποτε λόγο του Διοικητή της Αρχής που τον προσέλαβε. Οι θέσεις αυτές μπορεί επίσης να καλύπτονται και με απόσπαση υπαλλήλων ανάλογων προσόντων από τη Γενική Γραμματεία Ενημέρωσης και Επικοινωνίας, σύμφωνα με τις διατάξεις περί αποσπάσεων του παρόντος νόμου.»

Η εισαγωγή παρόμοιων διατάξεων περί μετακλητών υπαλλήλων στις καταστατικές διατάξεις μιας ΑΔΑ μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί λανθάνουσα αντίφαση που ενδέχεται να προκαλεί εύλογες ανησυχίες για την ανεξαρτησία του θεσμού με στόχο ευκαιριακή αντιμετώπιση θεμάτων από πρόσωπα της πολιτικής εμπιστοσύνης του διορίζοντος οργάνου (λ.χ. Διοικητή της ΕΑΔ).

Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Το Σύνταγμα αναγνωρίζει την ευχέρεια του κοινού Νομοθέτη να προβλέπει εξαιρέσεις από τον θεσμό της μονιμότητας και της επιλογής σε ορισμένες οργανικές θέσεις με κριτήριο την προσωπική του αξία και με πλήρη σεβασμό της αρχής της διαφάνειας.

Ο Νομοθέτης αναπαρήγαγε το μοντέλο της αναγνώρισης των μετακλητών υπαλλήλων όχι μόνο σε επίπεδο Κεντρικής και περιφερειακής Διοίκησης αλλά και σε επίπεδο Βουλής, οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και, σε μία τουλάχιστον περίπτωση, στις ΑΔΑ εισάγοντας ένα *sui generis* ελληνικό *spoils system* προς διευκόλυνση των εκάστοτε κυβερνώντων ή του Προεδρείου της Βουλής ή των ΟΤΑ ή του επικεφαλής της ΑΔΑ ώστε να θέσουν σε εφαρμογή την 'πολιτική' τους.

Οι εξαιρέσεις αυτές, που συνιστούν και εξαιρέσεις από τον έλεγχο του ΑΣΕΠ, πρέπει να ερμηνεύονται στενά, ώστε να μη ναρκοθετείται η επιλογή του προσωπικού των προαναφερόμενων φορέων με μη πλήρη συμμόρφωση με τις συνταγματικές αρχές της διαφάνειας, της αξιοκρατίας και της επιλογής κατά τον λόγο της προσωπικής αξίας εκάστου.

Σαφώς, απετέλεσε θετικό βήμα προς την ορθή κατεύθυνση η θέσπιση πλειάδος διατάξεων με τον ν. 4622/2019 περί μετακλητών υπαλλήλων που αποτελεί μια προσπάθεια διαφάνειας μεν των διαδικασιών επιλογής των μετακλητών υπαλλήλων αλλά και τιθάσευσης φαινομένων πελατειοκρατείας, φαβοριτισμού και αναξιοκρατίας που πάντοτε σοβούσαν σε μικρό ή μεγάλο βαθμό, ανάλογα με την εποχή και την ευαισθησία των Κυβερνώντων στην ελληνική έννομη τάξη και τα οποία δεν συνάδουν με την υποχρέωση σεβασμού της θεσμικής μνήμης Διοίκησης και της συνέχειας αυτής.

Η αξιολόγηση του προσωπικού στη Δημόσια Διοίκηση: Προβλήματα και προοπτικές

Σταυρούλα Κτιστάκη

Σύμβουλος Επικρατείας, Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου

Αναμφίβολα, η εύρυθμη λειτουργία της δημόσιας διοίκησης και η κάλυψη απ'αυτήν των αναγκών του κοινωνικού συνόλου εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από την επιτυχημένη διαχείριση του ανθρώπινου δυναμικού της. Ο ανθρώπινος παράγοντας επιτελεί πρωταρχικό ρόλο για την εύρυθμη και αποτελεσματική λειτουργία της διοίκησης. Ένας από τους βασικούς στόχους της διοίκησης του ανθρώπινου δυναμικού είναι η καλύτερη εξυπηρέτηση του συμφέροντος της υπηρεσίας, χωρίς, όμως, να παραγνωρίζεται η παράλληλη εξυπηρέτηση τόσο του γενικότερου συμφέροντος όσο και του ατομικού συμφέροντος του υπαλλήλου. Στο πνεύμα αυτό, για την αποτελεσματική λειτουργία του Κράτους απαιτείται στελέχωση της Διοίκησης με το κατάλληλο ανθρώπινο δυναμικό. Απαιτείται, δηλαδή, η ύπαρξη συντονισμού ώστε τα κατάλληλα άτομα να τοποθετούνται σε συγκεκριμένες θέσεις, παρέχοντας επιτελικές ή εκτελεστικές υπηρεσίες, να είναι αποδοτικά και να πραγματώνεται η στοχοθεσία των διοικούντων.[1] Με την αποτελεσματική εφαρμογή της αξιολόγησης τόσο των παρεχόμενων υπηρεσιών όσο και του ανθρώπινου δυναμικού δίνεται τέλος στις πρακτικές απαξίωσης της δημόσιας διοίκησης.

1 Βλ. αντί άλλων, Λ. Χυτήρη, Διοίκηση Ανθρώπινων Πόρων, γ΄ εκδ. Μπένου, Αθήνα, 2013 και G. Dessler, Διαχείριση ανθρώπινου δυναμικού: Βασικές έννοιες και σύγχρονες τάσεις, εκδ. Κριτική, Αθήνα, 2015.

Για το σκοπό αυτό, πρέπει να εμπεδωθεί στην κοινή γνώμη η πεποίθηση ότι η αξιολόγηση στη δημόσια διοίκηση είναι προς όφελος όχι μόνον των δημοσίων υπαλλήλων και των δημοσίων υπηρεσιών, αλλά και των πολιτών που προσδοκούν την ποιοτική αναβάθμιση των παρεχόμενων υπηρεσιών.

Η παρούσα μελέτη επικεντρώνεται στην αξιολογική διαδικασία των δημοσίων υπαλλήλων. Στο πλαίσιο αυτό, μια σύντομη ιστορική περιήγηση θα επιτρέψει να διαπιστωθεί ότι η αξιολόγηση στον ελληνικό δημόσιο χώρο, μολονότι υπήρξε μία διαρκής επιδίωξη, ανέκαθεν αντιμετωπίστηκε με δυσπιστία και εφαρμόστηκε με δυσκολία από τους αποδέκτες της. Στο ερώτημα δε, κατά πόσο η δυσπιστία αυτή στην αξιολόγηση των στελεχών της Διοίκησης χαρακτηρίζει και διοικητικά συστήματα άλλων χωρών της ηπειρωτικής Ευρώπης, προς τα οποία ομοιάζει εν πολλοίς το ελληνικό διοικητικό σύστημα, επελέγησαν ως συγκριτικά διοικητικά μοντέλα τα διοικητικά συστήματα της Γαλλίας, της Ιταλίας και της Γερμανίας. Με τη σύγκριση αυτή, χωρίς να διεκδικείται η πληρότητα που προϋποθέτει μια πιο διεξοδική μελέτη, επιχειρείται να συναχθούν ορισμένα συμπεράσματα από τις μεταρρυθμίσεις που έχουν εφαρμοστεί στα συστήματα αξιολόγησης των υπαλλήλων των χωρών αυτών και να διατυπωθούν προτάσεις για την αντικειμενικότερη και αποδοτικότερη αξιολόγηση των δημοσίων υπαλλήλων στην Ελλάδα.

Κατ'αρχάς, ως αξιολόγηση των δημοσίων υπαλλήλων ορίζεται η διαδικασία κατά την οποία κρίνεται ο βαθμός επίτευξης του έργου, το οποίο ανατίθεται σε κάθε εργαζόμενο. Κατά την αξιολόγηση, ο αξιολογητής-προϊστάμενος αξιολογεί τους υφισταμένους του, αλλά ταυτόχρονα τίθεται και ο ίδιος υπό αξιολόγηση από αυτούς. Αυτή η εναλλαγή ρόλων επιβεβαιώνει και ενισχύει τη σημασία της αξιολογικής διαδικασίας γενικότερα[2].

Η αξιολόγηση της απόδοσης σε μια οργανωσιακή δομή είναι μια σύνθετη διαδικασία που περιλαμβάνει τα ακόλουθα στάδια:

2 Βλ. Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση Δημόσιων Υπαλλήλων. Πρόσληψη και υπηρεσιακή εξέλιξη, Συστήματα επιλογής, Αξιοκρατικά κριτήρια, Έλεγχος και συνταγματικές αρχές, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2016.

α) Δημιουργία μιας κοινά αποδεκτής άποψης για το σκοπό και τους στόχους της οργάνωσης

β) Περιγραφή της εργασίας και των απαιτούμενων προσωπικών δεξιοτήτων κάθε εργαζομένου, καθώς και του τρόπου με τον οποίο θα συμβάλει στην επίτευξη των κοινών στόχων της συγκεκριμένης οργανωσιακής δομής

γ) Εντοπισμό και ανάλυση των προσόντων κάθε εργαζομένου, όπως και των ελλείψεών του

δ) Στο τελευταίο στάδιο γίνεται η εκτίμηση της απόδοσης και διατυπώνονται συμπεράσματα για τις αναγκαίες αλλαγές στη συγκεκριμένη οργάνωση[3].

Τα κριτήρια της απόδοσης καθορίζονται από τον δημόσιο φορέα, ο οποίος τα χρησιμοποιεί και αποτελούν σταθερή και μόνιμη βάση αξιολόγησης των υπαλλήλων του. Συνεπώς, η αξιολόγηση αποτελεί μια διαρκή διεργασία προσδιορισμού, μέτρησης και ανάπτυξης της απόδοσης στους οργανισμούς μέσω της διασύνδεσης των ατομικών αποδόσεων και των στόχων με την αποστολή και τους σκοπούς κάθε οργανισμού. Η αξιολόγηση του υπαλλήλου σε σχέση όχι μόνο με τα τυπικά του προσόντα αλλά και με το βαθμό ανταπόκρισής του στις ανάγκες-απαιτήσεις της υπηρεσίας του αναδεικνύεται ως παράγοντας καθοριστικής σημασίας για τη βελτίωση της απόδοσης ενός οργανισμού γενικότερα.

Ι. Συνοπτική ιστορική αναφορά στα διοικητικά συστήματα αξιολόγησης του προσωπικού στο ελληνικό Δημόσιο

Εστιάζοντας την προσοχή στις ρυθμίσεις που αφορούν την αξιολόγηση του ανθρώπινου δυναμικού στην ελληνική Δημόσια Διοίκηση κατά την μεταπολιτευτική περίοδο, κατ'αρχάς επισημαίνεται η διοικητική μεταρρύθμιση που επιχειρήθηκε με το νόμο 1943/1991, που έφερε τον τίτλο «Εκσυγχρονισμός της οργάνωσης και λειτουργίας της Δημόσιας Διοίκησης»[4]. Με το άρθρο 54

3 Βλ. Π. Χατζηπαντελή, Διοίκηση ανθρωπίνου δυναμικού, εκδ. Μεταίχμιο, Αθήνα, 1999, σ. 75.

4 ΦΕΚ Α΄ 50. Για την ανάλυση των μεταρρυθμίσεων που επιχειρήθηκε με το Ν. 1943/1991, ως «πρώ-

του νόμου αυτού καθιερώθηκε από 1.1.1992 σύστημα αξιολόγησης των ουσιαστικών προσόντων του προσωπικού των δημοσίων υπηρεσιών και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου. Βασικές αρχές και κατευθύνσεις του συστήματος αξιολόγησης, που εισήγαγε ο ανωτέρω νόμος, είναι «η αντικειμενική και αμερόληπτη στάθμιση της επαγγελματικής ικανότητας και καταλληλότητας των υπαλλήλων σε σχέση με το αντικείμενο της εργασίας τους και τα καθήκοντα που ασκούν, βάσει σαφώς προσδιορισμένων κριτηρίων, σε συνάρτηση με προκαθορισμένους στόχους και δείκτες, που επιτρέπουν την εκτίμηση της απόδοσης των υπαλλήλων εντός ορισμένης χρονικής περιόδου», με σκοπό την αποδοτικότερη λειτουργία των υπηρεσιών. Κατ'εξουσιοδότηση του Ν. 1943/1991 εκδόθηκε το π.δ. 318/1992 [5] για την αξιολόγηση των προσόντων του προσωπικού του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ. Το κανονιστικό αυτό διάταγμα ευαγγελιζόταν να αποτελέσει παράδειγμα δημόσιας πολιτικής για την αντιμετώπιση της προβληματικής κατάστασης που είχε δημιουργηθεί στο πεδίο της αξιολόγησης του προσωπικού στο Δημόσιο. Η υιοθέτηση όμως από τον κανονιστικό νομοθέτη με το συγκεκριμένο προεδρικό διάταγμα πολλών τυπικών κριτηρίων με προκαθορισμένη βαρύτητα, τα οποία χαρακτηρίζονταν από ασαφείς διατυπώσεις, δυσχέραναν στην πράξη το έργο των αξιολογητών να προβούν σε συγκριτική αξιολόγηση και διαφοροποίηση των υπαλλήλων ανάλογα με την απόδοσή τους, γεγονός που ευνόησε την ομοιόμορφη βαθμολογία των αξιολογούμενων υπαλλήλων Ελλείψει, δηλαδή, συγκεκριμένων κριτηρίων αξιολόγησης αλλά και σύγκρισης μεταξύ των αξιολογούμενων, οι αξιολογητές κατέληγαν σε πληθωριστική βαθμολογία, με αποτέλεσμα η πλειοψηφία των υπαλλήλων να βαθμολογείται με άριστα (9-10), γεγονός που μείωνε την αξιοπιστία και ακύρωνε την αξιολόγηση ως εργαλείο διαχείρισης του ανθρώπινου δυναμικού όταν πλέον απαιτείτο σύγκριση μεταξύ των υπαλλήλων, ενόψει ιδίως πρόσβασης σε θέσεις ευθύνης.

τη απόπειρα εισαγωγής των σύγχρονων τάσεων αναδιαμόρφωσης στο χώρο του Δημοσίου», βλ. τη διδακτορική διατριβή της Κ. Γερολυμάτου-Βέλλιου, Συστήματα αξιολόγησης για τον ελληνικό Δημόσιο Τομέα, 2021, σ. 57.

5 ΦΕΚ Α΄ 161.

Ακολούθησε ο νόμος 3230/2004, [6] γνωστός ως ο νόμος που επιχείρησε να θεσπίσει το πρώτον δείκτες μέτρησης της αποδοτικότητας της Διοίκησης. Με το νόμο αυτό καθιερώθηκε ένα σύστημα διοίκησης με στόχους και η μέτρηση της αποδοτικότητας των υπηρεσιών και των υπαλλήλων. Ειδικότερα, προβλέφθηκε ότι κάθε δημόσια υπηρεσία σε ετήσια βάση καθορίζει τους στόχους της, στο πλαίσιο της εκπόνησης επιχειρησιακών προγραμμάτων. Στο πλαίσιο δε αυτό, αξιολογείται η συμβολή των υπαλλήλων στην επίτευξη των στόχων, κατόπιν συνεκτίμησης της γνώσης, των δεξιοτήτων και των εν γένει προσόντων αλλά και της εμπειρίας κάθε υπαλλήλου. Ωστόσο, η εφαρμογή των συγκεκριμένων ρυθμίσεων, που χαρακτηρίστηκαν πολύ πρωτοποριακές,[7] υπήρξε πολύ διστακτική και περιορισμένη και οδήγησε στην κατάργησή τους με τον νόμο 4369/2016 - ο οποίος αναλύεται παρακάτω - και στην καθιέρωση ενός νέου συστήματος αξιολόγησης.

Κατά την περίοδο των μνημονιακών μεταρρυθμίσεων, στο πλαίσιο της λήψης υποχρεωτικών μέτρων περιστολής των δημοσίων δαπανών, το ζήτημα της αξιολόγησης του προσωπικού της διοίκησης συνδέθηκε προεχόντως με την επιχειρούμενη κατάργηση φορέων, την κινητικότητα και υποχρεωτική «έξοδο» (απόλυση) των προσώπων που υπηρετούσαν σε αυτούς τους φορείς. Μια δραστική αντιμετώπιση του προβλήματος επιχειρήθηκε με το άρθρο 20 του ν. 4250/2014,[8] που τροποποιούσε το Π.Δ. 318/1992 και εισήγαγε ένα σύστημα συγκριτικής αξιολόγησης με ανώτατα ποσοστά ανά κλίμακα βαθμολόγησης υπαλλήλων και προϊσταμένων. Συγκεκριμένα, ο νομοθέτης, αναγνωρίζοντας τις στρεβλώσεις και την απαξίωση του συστήματος αξιολόγησης ως αποτέλεσμα της έως τότε εφαρμογής του, επιχείρησε να εισαγάγει την έννοια της συγκριτικής αξιολόγησης των υπαλ-

6 ΦΕΚ Α΄ 44/11.02.2004.

7 Για την ανάλυση της σημασίας της στοχοθεσίας, βλ. αντί άλλων, Μ. Ραμματά, Η Διοίκηση Ολικής Ποιότητας, η Στοχοθεσία και η Μέτρηση της Απόδοσης στο πλαίσιο του "Νέου Δημόσιου Μάνατζμεντ", Διοικητική Ενημέρωση, τεύχ. 7, 2006.

8 Στο κεφάλαιο Γ΄ του νόμου αυτού (4250/2014, ΦΕΚ Α΄ 74/26.03.2014) με τίτλο «Αξιολόγηση του προσωπικού των δημοσίων υπηρεσιών» και συγκεκριμένα, με το άρθρο 20 τροποποιήθηκε η διάταξη του άρθρου 7 του π.δ. 318/1992 και καθιερώθηκαν ανώτατα ποσοστά ανά κλίμακα βαθμολόγησης.

λήλων μέσω του εργαλείου της ποσόστωσης, με τον προσδιορισμό δηλαδή ενός ανώτατου ποσοστού υπαλλήλων ανά Γενική Διεύθυνση που ήταν δυνατό να αξιολογηθούν ανά κλίμακα βαθμολογίας. Η ρύθμιση όμως αυτή είχε την έννοια ότι η αξιολόγηση του προσωπικού θα στηριζόταν κυρίως στην υποκειμενική κρίση κάθε αξιολογητή και όχι σε προκαθορισμένα ποσοτικά ή ποιοτικά στοιχεία της απόδοσης του κάθε υπαλλήλου, ενώ δεν θα λαμβανόταν υπόψιν η διαφορετική φύση των καθηκόντων των συγκρινόμενων υπαλλήλων και θα απουσίαζε παντελώς ο προηγούμενος ακριβής προσδιορισμός στόχων κάθε υπηρεσίας και η σαφής αποτύπωση αντικειμενικών δεικτών απόδοσης.

Η προκληθείσα έντονη αντίδραση των δημοσίων υπαλλήλων προς το σύστημα των ποσοστώσεων οφειλόταν προεχόντως στο γεγονός ότι συνέδεε σταθερά την αξιολόγηση με τις προοπτικές διαθεσιμότητας και απόλυσης των αξιολογούμενων. Για το λόγο αυτό, παρά τις προσπάθειες που καταβλήθηκαν, το σύστημα αξιολόγησης που θέσπισε ο νόμος 4250/2014 στάθηκε αδύνατο να εφαρμοστεί από τη Διοίκηση και είχε ως περαιτέρω συνέπεια, επί αρκετό διάστημα, να μην εφαρμόζεται κανένα σύστημα αξιολόγησης στο Δημόσιο. Το κενό αυτό ήρθε να καλύψει η ελληνική πολιτεία με τον Ν. 4369/2016, όπως αναλύεται κατωτέρω στο οικείο κεφάλαιο.

ΙΙ. Συγκριτικά μοντέλα συστημάτων αξιολόγησης προσωπικού

Προτού όμως αναλυθεί το ισχύον θεσμικό πλαίσιο και εντοπιστούν ενδεχομένως οι όποιες δυσλειτουργίες του, προκειμένου να είναι δυνατό να υποβληθούν βελτιωτικές προτάσεις, θα επιχειρηθεί - όπως προεκτέθηκε - να σκιαγραφηθούν ακροθιγώς τα συστήματα αξιολόγησης των υπαλλήλων σε τρεις άλλες χώρες της ΕΕ: την Ιταλία, τη Γερμανία και τη Γαλλία. Οι νέες προκλήσεις που κλήθηκαν να αντιμετωπίσουν τα κράτη αυτά και οι αλλαγές που επήλθαν με ταχύτατους ρυθμούς, σε οικονομικό, κοινωνικό και πολιτικό επίπεδο, οδήγησαν σε μια σειρά αναγκαίων μέτρων για τον εκσυγχρονισμό της Δημόσιας Διοίκησης των χωρών αυτών.[9]

9 Για τις δυσκολίες που παρουσιάζει η σύγκριση της λειτουργίας και μάλιστα της αξιολόγησης των

1. Το σύστημα αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων στην Ιταλία

Κατ'αρχάς, στην Ιταλία, οι πελατειακές πρακτικές έχουν τις ρίζες τους στα θεμέλια ενός συστήματος κομματικά οργανωμένου, που ευνόησε τη στελέχωση των πιο σημαντικών θέσεων στο δημόσιο τομέα της χώρας με βάση μη αξιοκρατικά κριτήρια.

Μια σύντομη ιστορική αναφορά καταδεικνύει ότι, ενώ η μεταπολεμική Ιταλία διακρινόταν για την εντυπωσιακή ανάπτυξη σε διάφορους τομείς της οικονομίας, παράλληλα «βυθιζόταν στο βάλτο μιας απηρχαιωμένης Δημόσιας Διοίκησης». [10] Μόλις στις αρχές της δεκαετίας του '90, η δημοσιοποίηση σκανδάλων στην πολιτική ζωή της Ιταλίας, αλλά και στην Ιταλική Δημόσια Διοίκηση, οδήγησε σταδιακά στην «ιδιωτικοποίηση των εργασιακών σχέσεων» στον ιταλικό δημόσιο τομέα. Οι απασχολούμενοι στον τομέα αυτό, σε κεντρικό και τοπικό επίπεδο, [11] υπάγονται εφεξής σε καθεστώς ιδιωτικού δικαίου, και μάλιστα, του εργατικού δικαίου.

Όσον αφορά την αξιολόγηση των δημοσίων υπαλλήλων της Ιταλίας, που θεσμοθετήθηκε το 2015, αυτή είχε ως στόχο τη βελτίωση της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών και την ανάπτυξη των επαγγελματικών δεξιοτήτων των απασχολούμενων μέσω της αναγνώρισης της επίτευξης και της προώθησης της αξίας των επιδιωκόμενων από αυτούς στόχων. Όταν η αξιολόγηση των υπαλλήλων και των ανώτερων στελεχών στην Ιταλία είναι θετική, τότε λαμβάνουν επίδομα απόδοσης, οι υπάλληλοι δε με υψηλότατες επιδόσεις, επί

υπαλλήλων στις τοπικές διοικήσεις ευρωπαϊκών κρατών μελών, αλλά και τη σημασία που έχει η συναγωγή συμπερασμάτων από τη σύγκριση διαφορετικών διοικητικών συστημάτων, βλ. το έργο του J.A. Chandler (επιμ.), Δημόσια Διοίκηση, Συγκριτική Ανάλυση, εκδ. Παπαζήση, Αθήνα, 2003 καθώς και τη μελέτη του Ch. Demmke, Evaluation de la performance dans les administrations publiques des Etats membres de l'UE, Maastricht, 2007, ιδίως σ. 96επ.

10 Βλ. R.E. SPENCE: Δημόσια Διοίκηση - Ιταλία, εις J.A. Chandler (επιμ.), Δημόσια Διοίκηση-Συγκριτική ανάλυση, όπ. πρ., υποσημ. 9, σ. 253.

11 Για το σύστημα αξιολόγησης των υπαλλήλων των Ο.Τ.Α. στην Ιταλία, βλ. τη μελέτη μας Συστήματα αξιολόγησης υπαλλήλων Ο.Τ.Α. – Συγκριτικά μοντέλα, Πρακτικά Συνεδρίου Διαδημοτικής Συνεργασίας, με θέμα "Οργάνωση, Στελέχωση και λειτουργία των πρωτοβάθμιων ΟΤΑ", Θεσσαλονίκη, 7-9.11.2021, σ. 299-310, ιδίως σ. 303.

δύο συνεχή έτη ή πέντε συνολικά, έχουν το δικαίωμα να υποβάλουν αίτημα για προαγωγή· γενικά, η θετική αξιολόγηση των υπαλλήλων συνδέεται σε μεγάλο βαθμό με την προαγωγή τους. Σε περίπτωση όμως αρνητικής αξιολόγησης, δεν υπάρχει δυνατότητα επαγγελματικής τους εξέλιξης, ενώ όταν επί δύο συνεχή έτη ο υπάλληλος λάβει αρνητική αξιολόγηση, τότε μπορεί να γίνει καταγγελία της σύμβασης εργασίας.

Η αξιολόγηση δεν πραγματοποιείται στο σύνολο των δημοσίων υπαλλήλων αλλά ανά φορέα. Οι υπάλληλοι αξιολογούνται με βάση τους ομαδικούς ή ατομικούς στόχους τους, τις αρμοδιότητές τους, ενώ τα ανώτερα στελέχη κρίνονται με βάση τους στόχους του φορέα, τους μεμονωμένους στόχους και τις αρμοδιότητές τους.

Μία σημαντική μεταρρύθμιση αφορά την κατάργηση της ετήσιας αυτόματης αύξησης των μισθών των δημοσίων λειτουργών στην Ιταλία. Αποσυνδέεται, επομένως, η αμοιβή των δημοσίων υπαλλήλων από την αρχαιότητα και συνδέεται με κριτήρια, όπως η απόδοση, η επιτυχής ολοκλήρωση προγραμμάτων και η επίτευξη στόχων.

Τα ανώτερα διοικητικά στελέχη στην Ιταλία προσδιορίζουν τους κατώτατους και ανώτατους στόχους και δίνουν έμφαση στην ανάπτυξη των ικανοτήτων των υπαλλήλων. Επιπρόσθετα, στο ιταλικό διοικητικό σύστημα εφαρμόζεται η ποσόστωση στη βαθμολόγηση των αξιολογούμενων υπαλλήλων και συγκεκριμένα, των αξιολογούμενων ως αρίστων σε ποσοστό έως 25%, ως μεσαίων σε ποσοστό 50% και ως χαμηλών επιδόσεων σε ποσοστό 25%. Τα αποτελέσματα του κάθε οργανισμού δημοσιεύονται στο διαδίκτυο, όπως ορίζει ο νόμος. [12]

Από τα προεκτεθέντα αναδεικνύεται ως καλή πρακτική, την οποία θα μπορούσε να υιοθετήσει η ελληνική Διοίκηση, η διαφορετική αξιολόγηση του απασχολούμενου με βάση τους στόχους του φορέα στον οποίο εντάσσεται και την ικανότητά του να ανταποκριθεί σε αυτούς τους στόχους, καθώς

12 Βλ. σχετικά, Ε. Γιαννοπούλου, Συγκριτική ανάλυση συστημάτων αξιολόγησης στο δημόσιο τομέα σε Ελλάδα και Ευρώπη, διπλωματική εργασία, ΠΜΣ Σχολής Επιστημών της Διοίκησης, Πανεπιστημίου Αιγαίου, 2017, https://www.hellanicus.lib.aegean.gr, σ. 62-64.

και η προαγωγή του υπαλλήλου κατόπιν της θετικής του αξιολόγηση ή ακόμη και η λήψη επιδόματος, ως κίνητρο για την ικανοποίηση των ατομικών, παράλληλα με τους υπηρεσιακούς στόχους.

2. Το σύστημα αξιολόγησης των υπαλλήλων στη Γερμανία

Οι απασχολούμενοι στην Διοίκηση, κατά το γερμανικό διοικητικό σύστημα, διακρίνονται σε δύο βασικές κατηγορίες: τους μόνιμους υπαλλήλους (Beamte), για τους οποίους εφαρμόζονται οι σχετικές ρυθμίσεις που ισχύουν για τους δημοσίους υπαλλήλους του ομοσπονδιακού κράτους, όπως αυτές καθορίζονται επιμέρους από κάθε ομόσπονδο κρατίδιο, και τους υπαλλήλους με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου (Angestellte) για τους οποίους ισχύουν κατά κανόνα αντίστοιχες ρυθμίσεις, βάσει των οικείων συλλογικών συμβάσεων ή/και σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων. Αξίζει, πάντως, να σημειωθεί ότι οι απασχολούμενοι με την εργασιακή αυτή σχέση δεν καταλαμβάνουν θέσεις ανώτερων στελεχών, θέσεις τις οποίες μονοπωλούν κυρίως οι υπάλληλοι δημοσίου δικαίου.[13]

Η αξιολόγηση των υπαλλήλων της Δημόσιας Διοίκησης της Γερμανίας πραγματοποιείται με τη συνεργασία των υφισταμένων με τον άμεσο προϊστάμενο και με γραπτή ανατροφοδότηση ανά τακτά διαστήματα, τα οποία προσδιορίζονται σε επίπεδο κρατιδίου για τους υπαγόμενους σε αυτά υπαλλήλους και συνήθως υπερβαίνουν τη διετία. Ο προϊστάμενος, λόγω της διαρκούς επικοινωνίας και στενής συνεργασίας με τον υπάλληλο, δύναται να γνωρίζει την απόδοση αυτού αλλά είναι και αυτός που έχει θέσει από κοινού και σε συμφωνία με τον υπάλληλο τους στόχους απόδοσης. Κατά την αξιολόγηση χρησιμοποιείται ένα εύρος κριτηρίων, όπως η εκτέλεση καθηκόντων, η τήρηση των προθεσμιών κατά την

13 Βλ. Στ. Κτιστάκη, Συγκριτική επισκόπηση της υπηρεσιακής κατάστασης των δημοσίων υπαλλήλων στη Γαλλία, Γερμανία και Ιταλία, σε "Πολιτειακοί θεσμοί και Σύνταγμα", Συνέδριο ΕΙΔΕ (18-20 Δεκεμβρίου 2006), εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2009, σ. 217-242, ιδίως σ. 232 και K. Goetz, The Development and Current Features of the German Civil Service System, in H. Bekke και F. van der Meer, "Civil Service Systems in Western Europe", Cheltenham, UK, 2000, σ. 61-91.

άσκηση των καθηκόντων και η ποιότητα των αποτελεσμάτων, η βελτίωση των δεξιοτήτων και οι ατομικές ικανότητες των αξιολογούμενων.

Η αξιολόγηση έχει ιδιαίτερη σημασία για την υπηρεσιακή εξέλιξη των Γερμανών δημοσίων υπαλλήλων. Και τούτο διότι, σύμφωνα και με το βασικό νόμο [Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG)] που τους διέπει, οι θεμελιώδεις αρχές που εφαρμόζονται για την υπηρεσιακή τους εξέλιξη είναι οι αρχές της αξιοκρατίας, της καταλληλότητας και της αποδοτικότητας.

Εξάλλου, η Γερμανία είναι μία από τις χώρες του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ) που εφαρμόζει, σε μεγαλύτερο βαθμό από το μέσο όρο των μελών του ΟΟΣΑ, σύστημα αμοιβών, το οποίο συνδέεται με την απόδοση των εργαζομένων. Ειδικότερα, για τους απασχολούμενους με σύμβαση ιδιωτικού δικαίου υπαλλήλους έχει καθιερωθεί από το 2006 το σύστημα αμοιβής με βάση την απόδοση, η οποία δύναται να μετράται είτε με βάση μετρήσιμα κριτήρια είτε μέσω του βαθμού επίτευξης των συμφωνημένων στόχων είτε με συνδυασμό των δύο ανωτέρω.

Στο πλαίσιο αυτό, παρέχεται η δυνατότητα για ταχύτερη μισθολογική εξέλιξη του εργαζομένου στην περίπτωση που αυτός επιδεικνύει διαρκώς εξαιρετικές επιδόσεις, αλλά και «πάγωμα» της εν λόγω εξέλιξης σε περίπτωση χαμηλής απόδοσης του υπαλλήλου και για όσο αυτή διαρκεί. Το ποσοστό των υπαλλήλων για τους οποίους ισχύει η προωθημένη μισθολογική εξέλιξη δεν είναι, όμως, δυνατό να ξεπερνά, σε ετήσια βάση, ένα συγκεκριμένο ποσοστό. Επίσης, είναι δυνατόν να προβλέπεται η καταβολή εφάπαξ ανταμοιβής ή επιδόματος σε περίπτωση επίτευξης ιδιαίτερα εξαιρετικών επιδόσεων, ως επιβράβευση της εξαιρετικής απόδοσης των δημοσίων υπαλλήλων αλλά και για την αύξηση της παραγωγικότητας. Ακόμη είναι δυνατόν να προβλεφθεί η καταβολή επιδόματος για την επίτευξη εξαιρετικών αποτελεσμάτων της ομαδικής εργασίας στη Γερμανική Δημόσια Διοίκηση.

3. Το σύστημα αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων στη Γαλλία

Η παραδοσιακή εικόνα του γαλλικού πολιτικού και διοικητικού συστή-

ματος αποδίδει ένα εξαιρετικά συγκεντρωτικό κράτος, με Δημόσια Διοίκηση η οποία ανταποκρίνεται στο Βεμπεριανό γραφειοκρατικό πρότυπο, που διασφαλίζει τη σταθερότητα στις σχέσεις υπαλλήλων και κράτους. Στο πνεύμα αυτό, στη Γαλλία δόθηκε έμφαση στη διαμόρφωση της διοικητικής μηχανής, και μετά τον 19ο αιώνα ακολούθησε η ανάπτυξη της πολιτικής δημοκρατίας. Στα πρώτα χρόνια της, η Πέμπτη Γαλλική Δημοκρατία συχνά χαρακτηρίστηκε και ως «Δημοκρατία των δημοσίων υπαλλήλων»,[14] υποδηλώνοντας τη θέση των ανώτερων, ιδίως, διοικητικών στελεχών στην πολιτική ζωή της χώρας. Αλλά και οι κατώτεροι δημόσιοι υπάλληλοι υιοθετούν το πρότυπο του γαλλικού διοικητικού συστήματος, του οποίου έχουν χαρακτηριστεί «αυθεντικοί εκφραστές».

Το σύστημα αξιολόγησης των υπαλλήλων στη Γαλλία μεταβλήθηκε από 1ης Ιανουαρίου 2015, οπότε η έκθεση αξιολόγησης του ιεραρχικώς προϊσταμένου για τον υφιστάμενο δίνει οριστικά τη θέση της στην ετήσια «επαγγελματική» - όπως χαρακτηρίζεται - συνέντευξη. [15] Η συνέντευξη έχει ως σκοπό την ανταλλαγή απόψεων μεταξύ αξιολογητή και αξιολογούμενων, που κατέχουν μόνιμες θέσεις ή απασχολούνται με σύμβαση αορίστου χρόνου ή ορισμένου χρόνου διάρκειας τουλάχιστον ενός έτους, επί θεμάτων όπως η ανάπτυξη δεξιοτήτων και η επίτευξη αποτελεσμάτων βάσει των τεθέντων υπηρεσιακών στόχων, οι προοπτικές σταδιοδρομίας και οι ανάγκες ενδεχόμενης κατάρτισης για τη βελτίωση των δεξιοτήτων του αξιολογούμενου. Η θετική αξιολόγηση δίνει δυνατότητα προαγωγικής εξέλιξης, ενώ η αρνητική συνεπάγεται στασιμότητα στην ιεραρχική εξέλιξη. Στο πνεύμα δε της ενίσχυσης της αξιοκρατίας και της παραγωγικότητας, καθιερώθηκε και στον γαλλικό δημόσιο τομέα η χορήγηση μισθολογικής αύξησης ως ανταμοιβή για τη θετική αξιολόγηση κάθε υπαλλήλου. [16]

14 J.A. Chandler (επιμ.), Δημόσια Διοίκηση, Συγκριτική Ανάλυση, όπ. π., υποσημ. 9, σ. 119.

15 Βλ. J. Lapin, Performance et fonction publique de l'Etat: les récentes réformes, RFAP, 2009, no 131, σ. 601-614 και F. Larat, Public administration - characteristics and performance in EU28: France, Apr. 2018.

16 Βλ. σχετικά, J. Duveau, Les primes dans la fonction publique: entre incitation et complément de

ΙΙΙ. Το ισχύον σύστημα αξιολόγησης του προσωπικού της Ελληνικής Δημόσιας Διοίκησης

1. Το καθεστώς του Ν. 4369/2016

Η παρουσίαση των ιδιαιτεροτήτων που παρουσιάζουν τα συστήματα αξιολόγησης των υπαλλήλων στις τρεις χώρες της ΕΕ επιτρέπει στον μελετητή να εγκύψει στο ισχύον σύστημα αξιολόγησης στην Ελληνική Δημόσια Διοίκηση και, αφού αναλύσει τα χαρακτηριστικά του, να διαπιστώσει συγκλίσεις ή αποκλίσεις.

Το ισχύον [17] θεσμικό πλαίσιο θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως μίγμα παλαιών και νέων ρυθμίσεων. Πράγματι, ο Ν. 4369/2016 [18] εμπεριέχει στοιχεία του προϊσχύσαντος π.δ. 318/1992, με αποτέλεσμα η αξιολόγηση να μην είναι συγκριτική αλλά αυτοτελής. Αξιολογητές, όπως και παλαιότερα, είναι οι δύο ιεραρχικά προϊστάμενοι που μπορεί να είναι είτε δημόσιοι υπάλληλοι είτε υπάλληλοι ΙΔΑΧ. Τα κριτήρια αξιολόγησης των υπαλλήλων δεν διαφέρουν ιδιαίτερα από εκείνα του π.δ. 318/1992. Κατατάσσονται δε στις ακόλουθες κατηγορίες: Α. Γνώση του αντικειμένου, ενδιαφέρον και δημιουργικότητα Β. Υπηρεσιακές σχέσεις και συμπεριφορά και Γ. Αποτελεσματικότητα. Για την αξιολόγηση των προϊσταμένων υπάρχει ακόμη μια ομάδα κριτηρίων που αφορά την αξιολόγηση των διοικητικών ικανοτήτων. Ειδικά στο κριτήριο της αποτελεσματικότητας εμπεριέχεται και η επίτευξη των στόχων, με σκοπό «τη βελτίωση της ατομικής απόδοσης κάθε υπαλλήλου και συνολικά της απόδοσης της δημόσιας υπηρεσίας». Η επίτευξη στόχων αποτελεί το μόνο κριτήριο αξιολόγησης ως προς το οποίο απαιτείται ειδική και τεκμηριωμένη αιτιολογία.

traitement, διδακτορική διατριβή, Université Rennes 2, 2007.

17 Επισημαίνεται ότι κατά το χρόνο που ολοκληρώνεται η παρούσα μελέτη έχει ήδη τεθεί σε ισχύ ο ν. 4940/2022, σύμφωνα με το άρθρο 65 παρ. 2 αυτού, κατά το οποίο, «η ισχύς των άρθρων 5 έως 15 αρχίζει από 1.1.2023» και θα αναλυθεί στο οικείο κεφάλαιο.

18 Ν. 4369/2016, ΦΕΚ Α΄ 33/27.02.2016, με τίτλο «Εθνικό Μητρώο Επιτελικών Στελεχών Δημόσιας Διοίκησης, βαθμολογική διάρθρωση θέσεων, συστήματα αξιολόγησης, προαγωγών και επιλογής προϊσταμένων (διαφάνεια – αξιοκρατία και αποτελεσματικότητα της Δημόσιας Διοίκησης) και άλλες διατάξεις».

Καινοτομία του νόμου 4369/2016 αποτελεί το γεγονός ότι προβλέπει τη δυνατότητα σύνδεσης της αξιολόγησης με τη μισθολογική και βαθμολογική εξέλιξη του υπαλλήλου, ενώ θεσπίζει πλέον σαφώς τη συμμετοχή των υπαλλήλων στη διαμόρφωση των στόχων της υπηρεσίας. Αναγνωρίζεται, δηλαδή, η αξία της συμμετοχικής διαδικασίας στον προγραμματισμό των στόχων, μέσα από την θέσπιση Ολομέλειας υπαλλήλων σε επίπεδο Διεύθυνσης και Τμήματος. Ως εκ τούτου, ο προγραμματισμός αποκτά μια πιο ρεαλιστική βάση, με τις Ολομέλειες να αναδεικνύονται σε συμβουλευτικά όργανα της Διοίκησης και τους υπαλλήλους να καταθέτουν τις προτάσεις τους για την ορθολογικότερη και αποτελεσματικότερη λειτουργία της υπηρεσίας τους και με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται μεγαλύτερη δέσμευση και αφοσίωσή τους.[19]

Συγκεκριμένα, η βαθμολόγηση του κριτηρίου της επίτευξης των στόχων (άρθρο 23 του Ν. 4369/2016) προϋποθέτει τη σύγκληση της Ολομέλειας του Τμήματος «για τη συλλογική αξιολόγηση αλλά και την ατομική αυτο-αξιολόγηση κάθε υπαλλήλου, σε σχέση με τη στοχοθεσία του». Ο νόμος διευκρινίζει ότι η αυτο-αξιολόγηση δεν καταλήγει σε πρόταση βαθμολογίας κάθε υπαλλήλου, αλλά εντοπίζει προβλήματα και επιτεύγματα κάθε τμήματος και λαμβάνεται υπόψιν από τον αξιολογητή για τη διαμόρφωση της αιτιολογίας της βαθμολογίας του.

Η διαδικασία αυτή αποτελεί ουσιαστική καινοτομία. Ωστόσο, μπορεί να διατυπωθούν επιφυλάξεις ως προς την εφαρμοσιμότητά της, λαμβανομένου υπόψιν ότι η Ολομέλεια Τμήματος έχει ως αντικείμενο και την έγκριση των Εκθέσεων Αξιολόγησης που συντάσσει ο προϊστάμενος σχετικά με το έργο που παρήγαγαν οι αντίστοιχες μονάδες βάσει της στοχοθεσίας.

Όσον αφορά τις ατομικές βαθμολογίες, η κλίμακα (0-100) περιλαμβάνει 7 βαθμολογικές κατηγορίες: άριστοι (90-100), Πολύ επαρκείς (75-89), Επαρκείς (60-74), Μερικώς επαρκείς (50-59), Μέτριοι (40-49), Ανεπαρκείς (25-39) Ακατάλληλοι (0-24). Προκειμένου δε να αποφευχθεί ο πληθωρισμός

19 Κ. Σπανού, Μεταρρυθμίσεις στην δημόσια διοίκηση στην διάρκεια της κρίσης. Επισκόπηση, περιγραφή, αποτίμηση - Επιτελική Σύνοψη, εκδ. Παπαζήσης, Αθήνα, 2018, σ. 65.

στη βαθμολογία των αρίστων (90-100), απαιτείται ειδική αιτιολόγηση στην κατηγορία αυτή. Το αυτό ισχύει και για βαθμολόγηση με βαθμολογία κάτω του 60, οπότε ο προϊστάμενος θα πρέπει να στηρίξει την αιτιολογία του «σε πραγματικά περιστατικά και αντικειμενικά στοιχεία, τα οποία να στοιχειοθετούν την ανεπαρκή διοίκηση της δομής, καθώς και την ανεπαρκή διαχείριση του ανθρώπινου δυναμικού». Πριν από την οριστικοποίηση της αξιολόγησης, ο νόμος προβλέπει συνέντευξη στην οποία συζητούνται τρόποι βελτίωσης της απόδοσης και αξιοποίησης των ικανοτήτων κάθε αξιολογούμενου. Μάλιστα, οι βαθμολογίες κάτω του 60 επιβάλλουν την πρόταση μέτρων βελτίωσης που αφορούν συγκεκριμένες ενέργειες του αξιολογούμενου, του αξιολογητή και της υπηρεσίας. Δεδομένου δε ότι βαθμολογία κάτω του 75 δίνει τη δυνατότητα ένστασης στον αξιολογούμενο, έχει παρατηρηθεί ότι οι αξιολογητές περιορίζονται στις βαθμολογίες 75-89, δηλαδή στην κατηγορία «Πολύ επαρκείς», πολλώ δε μάλλον, εφόσον δεν υπάρχει ανώτατο όριο όσων μπορεί να περιληφθούν στη συγκεκριμένη κατηγορία. Με τον τρόπο αυτό, αποφεύγεται τόσο η υποχρέωση ειδικής αιτιολογίας (άριστοι) όσο και η πιθανότητα άσκησης ενστάσεων από όσους αξιολογηθούν με βαθμό κάτω του 75.

Εν κατακλείδι, όσον αφορά το σύστημα βαθμολογίας, διαπιστώνεται ότι η νέα διαδικασία αξιολόγησης αποβλέπει όχι τόσο στην αποτύπωση με ακρίβεια των διαφο-ροποιήσεων μεταξύ των αξιολογούμενων, όσο στην ένταξη ενός μεγάλου αριθμού των υπαλλήλων σε μια κατηγορία «αποδεκτής» απόδοσης. Απ'την άλλη πλευρά, το ισχύον σύστημα προβλέπει, ως μια μορφή σύνδεσης της αξιολόγησης με την παρακίνηση, τη μείωση του χρόνου προαγωγής κατά ένα έτος όταν υπάλληλος επιτύχει βαθμολογία από 90 και άνω, επί δύο συνεχείς περιόδους.

Στις καινοτομίες του συστήματος αξιολόγησης του ν. 4369/2016 είναι δυνατόν να περιληφθεί ακόμη η εισαγωγή της αξιολόγησης προϊσταμένου από υφιστάμενο. Ειδικότερα, προβλέπεται ότι ο προϊστάμενος κάθε οργανικής μονάδας (Τμήματος, Διεύθυνσης, Γενικής Διεύθυνσης) αξιολογείται από το σύνολο των αμέσως υφισταμένων του, εφόσον αυτοί είναι τουλάχιστον τρεις. Η εν λόγω αξιολόγηση βασίζεται σε ανώνυμο ερωτηματολόγιο και περι-

λαμβάνει κριτήρια, όπως η ικανότητα διοίκησης και διαχείρισης ανθρώπινου δυναμικού, η ικανότητα αποτελεσματικής καθοδήγησης των υφισταμένων, η ικανότητα διαχείρισης κρίσεων ή η ανάληψη ευθύνης. Η αξιολόγηση αυτή περιλαμβάνεται στον ατομικό φάκελο αξιολόγησης κάθε προϊσταμένου και συνεκτιμάται κατά τις αξιολογήσεις αυτού. Η εκ πρώτης όψεως ενδιαφέρουσα αυτή καινοτομία έχει, ωστόσο, πολλές πιθανότητες είτε να εξουδετερωθεί στην πράξη είτε να χρησιμοποιηθεί για ενδουπηρεσιακές συναλλαγές.

2. Οι συνέπειες της μη εφαρμογής του Ν. 4369/2016

Το σύστημα αξιολόγησης που καθιέρωσε ο Ν. 4369/2016 δεν έτυχε της αποδοχής του δημοσιοϋπαλληλικού σώματος. Πράγματι, η ανώτατη συνδικαλιστική οργάνωση των δημοσίων υπαλλήλων, η ΑΔΕΔΥ, διαφωνώντας με το εν λόγω σύστημα, κήρυξε απεργία-αποχή όλων των υπαλλήλων από κάθε διαδικασία αξιολόγησης σε όλα τα επίπεδα, μέχρι τη λήξη της διαδικασίας αξιολόγησης, όποτε αυτή και εάν λάμβανε χώρα. Στο πλαίσιο της αποχής αυτής, κανένας προϊστάμενος δεν αξιολογούσε υφιστάμενους υπαλλήλους, αλλά ούτε και ο υφιστάμενος τον προϊστάμενό του. Όμως, οι δημόσιοι υπάλληλοι οι οποίοι συμμετείχαν στην εν λόγω απεργία-αποχή, αποκλείστηκαν από την διαδικασία αξιολόγησης. Ορισμένοι δε από τους αποκλειομένους από τη διαδικασία αξιολόγησης για προαγωγή στο βαθμό του προϊσταμένου προσέφυγαν στο Συμβούλιο της Επικρατείας, ζητώντας να ακυρωθεί ο πίνακας αποκλειομένων του ειδικού συμβουλίου επιλογής προϊσταμένων.

Το Γ΄ Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας, με επτά αποφάσεις του,[20] απέρριψε τις αιτήσεις αυτές. Ειδικότερα, το Δικαστήριο υπενθυμίζοντας τη ratio της ρύθμισης του άρθρου 24Α του Ν. 4369/2016, που καθιερώνει τη «λειτουργική διασύνδεση των συστημάτων αξιολόγησης και επιλογής προϊσταμένων των δημοσίων υπαλλήλων», τη συνοψίζει στη «συνολική αντιμετώπιση των ζητημάτων διαχείρισης του ανθρώπινου δυναμικού … ώστε

20 ΣτΕ 711-717/2022.

να επιτευχθεί η βέλτιστη αξιοποίησή του», στο πλαίσιο των συνταγματικών αρχών της αξιοκρατίας και της ορθολογικής οργάνωσης και αποτελεσματικής λειτουργίας της Δημόσιας Διοίκησης. [21] Στο πνεύμα αυτό, το ΣτΕ έκρινε ότι η μη διενέργεια από δημόσιο υπάλληλο αξιολόγησης, λόγω της συμμετοχής του σε απεργία, συνιστά μη εκπλήρωση σχετικής υποχρέωσής του και παράλληλα επιφέρει αδυναμία συμμετοχής του σε διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων, χωρίς αυτό να παραβιάζει το συνταγματικό δικαίωμα της απεργίας.

Το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο, στις ως άνω αποφάσεις του, επισημαίνει ότι «στην περίπτωση κατά την οποία δημόσιος υπάλληλος δεν εκπληρώνει την κατά νόμο υποχρέωση αξιολογήσεως των υφισταμένων του, συνεπεία της συμμετοχής του, ελευθέρως και αβιάστως, σε απεργία, δεν πληροί την θεσπισθείσα σχετική προϋπόθεση, ασχέτως προς την νομιμότητα ή μη της απεργίας». Συνεπώς, κατά το ΣτΕ, προϋπόθεση συμμετοχής σε διαδικασίες επιλογής προϊσταμένων για τους ενδιαφερόμενους να καταλάβουν σχετικές θέσεις, οι οποίες συνάπτονται με την διαχείριση του ανθρώπινου δυναμικού με αντικειμενικότητα, αμεροληψία και αποτελεσματικότητα, αποτελεί η εκπλήρωση της υποχρέωσης διενέργειας της κατά νόμο αξιολόγησης των υφισταμένων τους, η οποία συνδέεται με την καταλληλότητά τους να καταλάβουν τις θέσεις αυτές. Εφόσον, δε, οι ενδιαφερόμενοι μπορούσαν να παράσχουν τις εν λόγω υπηρεσίες αξιολόγησης, εκπληρώνοντας την υποχρέωσή τους, και δεν τις παρείχαν, δεν ήταν δυνατόν να μετάσχουν στις διαδικασίες επιλογής και τοποθέτησης προϊσταμένων.

Παρά τη νομολογιακή αυτή κατάφαση της νομιμότητας της κύρωσης της αποχής των προϊσταμένων να αξιολογήσουν του υπαλλήλους, στην πράξη, η αποχή της πλειονότητας του δημοσιοϋπαλληλικού κόσμου από την εφαρμογή των διατάξεων περί αξιολόγησης κατέστησαν σχεδόν ανεφάρμοστο το νέο σύστημα αξιολόγησης. Μέσα στο δαιδαλώδες τοπίο των συνεχών αλλα-

21 ΣτΕ 711-717/2022, σκέψ. 13. Στο ίδιο πνεύμα και οι ΣτΕ Ολομ. 15, 16/2015, σκ. 22 και οι ΣτΕ 2711- 2718/2017 επταμ., σκ. 7.

γών και μεταβαλλόμενων πολιτικών, δεν είναι δυνατό να γίνει λόγος για ένα ευρέως αποδεκτό και εφαρμόσιμο σύστημα αξιολόγησης και υπηρεσιακής εξέλιξης των δημοσίων υπαλλήλων, το οποίο να έχει καθοριστική συμβολή στην αποτελεσματικότερη λειτουργία της Δημόσιας Διοίκησης. [22]

3. Προς ένα νέο σύστημα αξιολόγησης: Ο ισχύων Ν. 4940/2022

Οι προπεριγραφείσες πρακτικές που αποτέλεσαν εμπόδιο στην εφαρμογή του υφιστάμενου νομοθετικού πλαισίου αξιολόγησης των υπαλλήλων υπήρξαν η αφορμή για την καθιέρωση ενός αναμορφωμένου συστήματος αξιολόγησης. Στόχος του νέου συστήματος είναι να γίνει πιο λιτό, ταχύτερο και δυναμικό, καθώς η αξιολόγηση σχεδιάζεται ώστε να πραγματοποιείται δύο φορές εντός του ίδιου έτους[23].

Η έμφαση δίνεται πλέον στον προϊστάμενο, ο οποίος θα ταξινομεί και δεν θα βαθμολογεί τις δεξιότητες των υπαλλήλων. Για την προετοιμασία του νέου πλαισίου αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων μελετήθηκαν πολλά αντίστοιχα συστήματα που εφαρμόζονται με επιτυχία στο εξωτερικό, όπως τα προαναφερθέντα της Γαλλίας και της Ιταλίας. Η δυνατότητα του προϊσταμένου να παρέχει ανταμοιβές, βάσει των συγκριτικών αυτών μοντέλων, μπορεί να λειτουργήσει θετικά στην κατεύθυνση της «κινητροδότησης» των υπαλλήλων, συμβάλλοντας, επιπροσθέτως, ουσιαστικά στην σκοπούμενη παραγωγικότητα της Δημόσιας Διοίκησης.

Με το Ν. 4940/2022 μεταβάλλεται το ισχύον και καθιερώνεται ένα νέο σύστημα αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων με παροχές κινήτρων και ανταμοιβές (bonus), όταν επιτυγχάνονται συγκεκριμένοι στόχοι. Το σύστημα αυτό αρχίζει να ισχύει - όπως προεκτέθηκε - από 1.1.2023, οι δε ήδη συντα-

22 Π. Μαΐστρος, Μεταρρυθμίσεις ή Επικοινωνιακές φωτοβολίδες, εκδ. Παπαζήση, Αθήνα, 2016, σ.69.

23 Βλ. Αιτιολογική έκθεση στο σχέδιο νόμου, με τίτλο "Σύστημα στοχοθεσίας, αξιολόγησης και ανταμοιβής για την ενίσχυση της αποτελεσματικότητας της δημόσιας διοίκησης, ρυθμίσεις για το ανθρώπινο δυναμικό του δημοσίου τομέα και άλλες διατάξεις" (Ν. 4940/2022, ΦΕΚ Α΄ 112/14.06.2022).

χθείσες εκθέσεις αξιολόγησης θα εξακολουθούν να λαμβάνονται υπόψιν. Η παροχή όμως ανταμοιβών σε ορισμένες κατηγορίες δημοσίων υπαλλήλων ανατρέπει την παγιωμένη στην αντίληψη των δημοσίων υπαλλήλων συσχέτιση της αύξησης του μισθού με την αρχαιότητα του υπαλλήλου.

Απ'την άλλη πλευρά, καταργείται η βαθμολογική αξιολόγηση των παραπάνω δημοσίων υπαλλήλων, αντ' αυτής δε, οι υπάλληλοι χαρακτηρίζονται ως «επαρκείς ή μη επαρκείς». Ο υπάλληλος του οποίου η αξιολόγηση είναι χαμηλή, σε συνεννόηση με τον προϊστάμενο, εντοπίζουν από κοινού τις δεξιότητες που χρειάζονται βελτίωση ή περαιτέρω ανάπτυξη και βάσει ορισμένης διαδικασίας προσδιορίζουν τα περαιτέρω βήματα που πρέπει να ακολουθήσει ο υπάλληλος, όπως η υποχρεωτική παρακολούθηση επιμορφωτικών προγραμμάτων απόκτησης και βελτίωσης δεξιοτήτων, ώστε να κριθεί επαρκής. Τα προγράμματα επιμόρφωσης προβλέπεται ότι θα οργανώνονται στα πρότυπα επιμορφωτικών προγραμμάτων, που υλοποιεί το Εθνικό Κέντρο Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης.

Για την εξασφάλιση της αξιοπιστίας και διαφάνειας στη διαδικασία αξιολόγησης προβλέπεται η συγκρότηση επιτροπών εποπτείας αξιολόγησης από μέλη του ΑΣΕΠ, της Εθνικής Αρχής Διαφάνειας και του ΝΣΚ, που θα εξετάζουν ενστάσεις των αξιολογούμενων και θα ελέγχουν τη διαδικασία ώστε να διαπιστώνονται περιπτώσεις δυσλειτουργίας του νέου συστήματος. Επίσης, κατά την αξιολόγηση των προϊσταμένων, οι άμεσα ιεραρχικά υφιστάμενοί τους θα συμπληρώνουν και θα υποβάλλουν το έντυπο [24] «Σφυγμός ομάδας», με στόχευση την αποτύπωση του κλίματος και του τρόπου λειτουργίας της ομάδας.

Τέλος, ομοίως για πρώτη φορά, εξειδικεύονται, με βάση τους τομείς δημόσιας πολιτικής, τα Θεματικά Πεδία Υψηλής Απόδοσης στα οποία δύναται να κριθεί ως εξαιρετική η απόδοση του αξιολογούμενου υπαλλήλου. Σε αυτή την περίπτωση, ο αξιολογητής είναι υποχρεωμένος να καταγράψει στην έκ-

24 Βλ. ΥΑ ΔΑΠΔΕΠ/Φ·5/23/οικ. 18708 (ΦΕΚ Β ΄ 6176/ 5.12.2022).

θεση αξιολόγησης υπαλλήλου τα πραγματικά περιστατικά που στοιχειοθετούν αυτό το γεγονός.

Μολονότι, όμως, καθιερώνεται ένα γενικό πλαίσιο αξιολόγησης δημόσιων οργανισμών και φορέων, εξαιρούνται από τη γενική αυτή ρύθμιση τα Υπουργεία Εξωτερικών, Προστασίας του Πολίτη, Εθνικής Άμυνας, Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής, οι ΟΤΑ, οι αυτοτελείς υπηρεσίες, οι αποκεντρωμένες υπηρεσίες, τα ΝΠΔΔ και τα ΝΠΙΔ που ανήκουν στη γενική κυβέρνηση. Συνεπώς, ένας πολύ μεγάλος αριθμός δημοσίων υπηρεσιών του δημόσιου τομέα δεν έχει υπαχθεί στις ρυθμίσεις του παραπάνω νόμου, ενώ εξακολουθούν να αξιολογούνται με τις προϋφιστάμενες διατάξεις.

Σαφώς πρόκειται περί καινοτόμου επιχειρησιακού σχεδίου, που η επιτυχία του εξαρτάται από τη σωστή επιλογή των προϊσταμένων της ομάδας και των προϊσταμένων διευθύνσεων ολόκληρου του Δημοσίου από τα υπηρεσιακά συμβούλια, δεδομένου ότι η εν λόγω επιλογή πρέπει να γίνεται με αξιοκρατικά και όχι πολιτικά κριτήρια.[25] Πράγματι, οι εκθέσεις αξιολόγησης δεν παίζουν σημαντικό ρόλο στις επιλογές προϊσταμένων, που γίνονται με τριετή ανάθεση καθηκόντων με πολιτικά κριτήρια, ως επί το πλείστον, πολλές φορές όμως γίνονται και με προσωρινή ανάθεση. Η αξιολόγηση των δημόσιων φορέων δεν είναι δυνατόν να γίνει με άλλο σύστημα, επί παραδείγματι από ελεγκτικές εταιρείες, γιατί στα πεδία στα οποία αναφέρεται η έκθεση αξιολόγησης ενδεχομένως να υπάρχει υπηρεσιακό απόρρητο και υπάρχουν πολλά σημεία που μόνον οι υπηρεσιακοί παράγοντες μπορεί να εξειδικεύσουν. Άλλωστε, χρειάζεται απόλυτη ειλικρίνεια στην αξιολόγηση ενός εκάστου, σύμφωνα με τη φύση της εργασίας και την απόδοση του. Επομένως, η ορθολογική εφαρμογή της αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων αποτελεί μια βασική παράμετρο για την καλή λειτουργία του όλου συστήματος της Ελληνικής Δημόσιας Διοίκησης.

25 Βλ. σχετικά, Λ. Ρακιντζή, Η αξιολόγηση των Δημοσίων Υπαλλήλων και ο Κλεμανσώ, capital.gr, 7.07.2022.

Συμπερασματικές σκέψεις - προοπτικές

Η ανάγκη για μια αποδοτική και αποτελεσματική δημόσια διοίκηση καθιστά επιτακτική την ανάγκη για την υιοθέτηση ενός αξιόπιστου συστήματος αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων. Προς την κατεύθυνση αυτή, η ανάπτυξη σχέσεων εμπιστοσύνης μεταξύ υπαλλήλων-προϊσταμένων, η ύπαρξη σαφώς προσδιορισμένων περιγραμμάτων θέσεων εργασίας και η διαρκής εκπαίδευση-επιμόρφωση, διαδραματίζουν πρωτεύοντα ρόλο.

Η κατά καιρούς θεσπιζόμενη νομοθεσία, μολονότι ευαγγελιζόταν την μέσω της αξιολόγησης βελτίωση της αποτελεσματικότητας και αποδοτικότητας των δημόσιων υπαλλήλων και των υπηρεσιών, απέβη μέχρι σήμερα αναποτελεσματική, όχι τόσο γιατί δεν θέσπισε τις αναγκαίες ρυθμίσεις όσο γιατί δεν μπόρεσε να τύχει σωστής εφαρμογής. Η έλλειψη κατάλληλης εκπαίδευσης των προϊσταμένων αναφορικά με την αξιολόγηση (τι αξιολογείται, γιατί αξιολογείται και με ποιον τρόπο αξιολογείται), η έλλειψη κινήτρων συνδεδεμένων με την αξιολόγηση της απόδοσης και, κυρίως, η μέχρι σήμερα κρατούσα αντίληψη ότι την Ελληνική Δημόσια Διοίκηση χαρακτηρίζει η αναξιοκρατία, καθώς, επί μακρό διάστημα, τις θέσεις ευθύνης κατείχαν και, σε πολλές περιπτώσεις, εξακολουθούν να κατέχουν οι πολιτικά αρεστοί και όχι απαραίτητα οι άξιοι και ικανότεροι, καταδίκασαν σε αποτυχία κάθε προσπάθεια που καταβλήθηκε για ένα σύστημα αξιολόγησης αντικειμενικό και αποτελεσματικό. Το κενό εμπιστοσύνης των αξιολογούμενων απέναντι στους προϊσταμένους τους φαίνεται ότι εξακολουθεί να υπάρχει και δεν είναι εύκολο να ανακτηθεί. Αυτό τουλάχιστον δείχνει η σχεδόν καθολική αντίδραση των υπαλλήλων απέναντι στην αξιολόγηση βάσει του Ν. 4369/2016 που έχει, μεταξύ άλλων, ως βασικό επιχείρημα την μέχρι σήμερα μη αξιοκρατική κατοχή θέσεων ευθύνης. Είναι γεγονός ότι παρά τις εκκλήσεις του αρμόδιου Υπουργείου για την εφαρμογή του συστήματος αξιολόγησης του ανωτέρω νόμου, υπήρξε σθεναρή αντίδραση της συντριπτικής πλειοψηφίας των υπαλλήλων του δημοσίου τομέα.[26]

26 Επισημαίνεται ότι για να καμφθεί αυτή η αντίδραση και προκειμένου να προωθηθούν οι λοιπές

Αναμφισβήτητα, ο Ν. 4369/2016 εγκαινίασε μια διαφορετική φιλοσοφία ως προς την αξιολόγηση των δημοσίων υπαλλήλων. Εμπλέκει ενεργά πλέον σε αυτήν και τους ίδιους τους υπαλλήλους, μετατρέποντάς τους σε αξιολογητές των προϊσταμένων τους, συνδέει την ατομική απόδοση με τη βελτίωση της συνολικής αποδοτικότητας της Ελληνικής Δημόσιας Διοίκησης, καθιστά τους υπαλλήλους μέτοχους στην εξειδίκευση των στόχων που θέτει η υπηρεσία και δίνει κίνητρα σε αυτούς, καθώς προβλέπει ρητά δυνατότητα σύνδεσης της ατομικής απόδοσης με την μισθολογική και βαθμολογική τους εξέλιξη.

Ωστόσο, για την επιτυχή εφαρμογή του θεσπιζόμενου συστήματος πρέπει να ακολουθείται σωστή μεθοδολογία αξιολόγησης της απόδοσης των υπαλλήλων. Στο σκοπό αυτό απέβλεψε ο πρόσφατος Ν. 4940/2022, θεσπίζοντας ένα ενιαίο πλαίσιο δεξιοτήτων για το σύνολο των διαδικασιών του ανθρώπινου δυναμικού της Δημόσιας Διοίκησης. Ένα ενιαίο πλαίσιο, το οποίο θα αποτελέσει το σημείο αναφοράς και το μέτρο σύγκρισης όλων των πλαισίων που βασίζονται στην αξιολόγηση δεξιοτήτων του προσωπικού των φορέων του δημόσιου τομέα, όπως η διαδικασία επιλογής προσωπικού, επιλογής προϊσταμένων και αξιολόγησης.

Με την πρόσφατη θεσμική μεταβολή τα μέσα της αξιολογικής διαδικασίας εκσυγχρονίζονται. Η καινοτόμος μετατόπιση της αξιολόγησης στις δεξιότητες του ανθρωπίνου δυναμικού θα μπορούσε να αποτελέσει εργαλείο ορθολογικής διαχείρισης ανθρωπίνων πόρων. Απομένει να επιβεβαιωθεί η σχετική προοπτική από την συνεπή εφαρμογή του νέου συστήματος αξιολόγησης στη Δημόσια Διοίκηση.

μεταρρυθμίσεις που σχετίζονται με την αξιολόγηση, όπως η κινητικότητα και οι προαγωγές, το αρμόδιο Υπουργείο προσανατολίστηκε στην εφαρμογή κινήτρων για όσους υπαλλήλους επιθυμούσαν να προβούν στην συμπλήρωση των εκθέσεων αξιολόγησης καθώς και σε πρόβλεψη δυσμενών συνεπειών και αντικινήτρων, όπως ο αποκλεισμός συμμετοχής από το σύστημα κινητικότητας που προβλέπεται στο ν. 4440/2016 αλλά και από τις κρίσεις για θέσεις Προϊσταμένων. Βλ. σχετική εγκύκλιο του Υπουργείου Εσωτερικών, σε www.aftodioikisinews.gr, 9.9.2020.

Η έννοια της διοικητικής σύμβασης κατά το ελληνικό διοικητικό δίκαιο: αδυναμίες και παράδοξα σε σχέση με το γαλλικό διοικητικό δίκαιο

Παρασκευή Μουζουράκη

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Κεντρική θέση στην εργογραφία του Καθηγητή Σπυρίδωνα Φλογαΐτη κατέχει η μονογραφία του «Η διοικητική σύμβαση»[1], με την οποία εξετάζει την έννοια και τη φύση της διοικητικής σύμβασης. Εξάλλου, στα έργα του, ο τιμώμενος Καθηγητής ακολουθεί πάντα μία συγκριτική προσέγγιση των εξεταζόμενων θεμάτων. Αυτό ισχύει, όχι μόνο για τη διδακτορική του διατριβή «La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie»[2], στην οποία μελετά την έννοια της τοπικής αυτοδιοίκησης σε τρείς διαφορετικές έννομες τάξεις και τη μονογραφία του «Administrative law et Droit Administratif»[3], στην οποία επιχειρεί μία σύγκριση του αγγλικού και του γαλλικού διοικητικού δικαίου, αλλά και για τα μεταγενέστερα έργα του, «Το ελληνικό διοικητικό σύστημα»[4] και «Η διοικητική σύμβαση»[5], στα οποία, αν και αναλύει τις λύσεις του ελληνικό δίκαιο, κάνει πολλές αναφορές σε ξένα

1 Εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1991.
2 LGDJ 1979.
3 LGDJ 1986.
4 Εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1987.
5 Ό.π.

διοικητικά δίκαια, ιδίως στο γαλλικό και ου γερμανικό. Αυτό δεν είναι τυχαίο, αν λάβει κανείς υπόψη του το γεγονός ότι ο τιμώμενος υπήρξε μαθητής του περίφημου Καθηγητή J. Rivero, ο οποίος, ήδη από τη δεκαετία του 1950, δίδασκε συγκριτικό διοικητικό δίκαιο στο πλαίσιο του προγράμματος μεταπτυχιακών σπουδών του Πανεπιστημίου Paris II.[6] Για τους λόγους αυτούς, για τη συμβολή μας στον παρόντα Τόμο, επιλέξαμε να εξετάσουμε την έννοια της διοικητικής σύμβασης κατά το ελληνικό διοικητικό δίκαιο, τις αδυναμίες που παρουσιάζει και πως, ενδεχομένως, αυτές μπορούν να αρθούν με βάση τις λύσεις του γαλλικού διοικητικού δικαίου.

Βέβαια, μετά τους νόμους 4412/2016 και 4413/2016, η διάκριση των συμβάσεων της Διοίκησης σε διοικητικές συμβάσεις και σε συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου έχει χάσει ένα μέρος από την πρακτική της σημασία, λόγω της θέσπισης, από τον ενωσιακό και τον έλληνα νομοθέτη, ενιαίων κανόνων, τόσο για τη σύναψη, όσο και για την εκτέλεση όλων των δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και των συμβάσεων παραχώρησης, ανεξάρτητα από την εκτιμώμενη αξία τους, και της υπαγωγής όλων των διαφορών που ανακύπτουν από αυτές στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, για μεν τις δημόσιες συμβάσεις, τόσο κατά το προσυμβατικό, όσο και κατά το στάδιο εκτέλεσής, ενώ, για τις συμβάσεις παραχώρησης, κατά το προσυμβατικό στάδιο[7]. Ωστόσο, η διάκριση διατηρεί τη σημασία

6 J. Rivero, Cours de droit administratif comparé, DES Droit public, Les cours de Droit, 1954 -1955 «Recherches sur la notion de système juridique appliquée au droit administratif comparé», 1955-56, «Recherches sur la puissance publique dans les principaux systèmes de droit administratif», 1956-57, « Le contrôle juridictionnel de la légalité dans l›Europe des Six ». Στο πεδίο του συγκριτικού δικαίου εντάσσεται και η συμβολή του στο συλλογικό έργο «Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos, LGDJ 1974, σ. 135, με τον τίτλο "Réflexions sur l'étude comparée des sources des droits administratifs».

7 Πράγματι, σύμφωνα με το άρθρο 64, παρ. 1 και 2 του ν. 4413/2016, για τις διαφορές που ανακύπτουν κατά το στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης, έχουν δικαιοδοσία τα πολιτικά ή τα διοικητικά δικαστήρια, ανάλογα με τη νομική φύση της υπό κρίση σύμβασης. Ωστόσο, στην πράξη, σπάνια- αν όχι ποτέ-, ανακύπτει ζήτημα καθορισμού του κατά δικαιοδοσία αρμόδιου δικαστηρίου, λόγω της ύπαρξης, σε όλες τις συμβάσεις παραχώρησης, ρητρών για την υπαγωγή των διαφορών που γεννιούνται κατά την ερμηνεία ή την εκτέλεσή τους σε διαιτησία, η ύπαρξη των οποίων, σύμφωνα με το άρθρο 65 του νόμου, αποκλείει τη δικαιοδοσία των τακτικών δικαστηρίων.

της για αρκετές συμβάσεις δημοσίων έργων, υπηρεσιών και προμηθειών και συμβάσεις παραχώρησης που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω νόμων[8], καθώς και για τις διάφορες «ανώνυμες» συμβάσεις, αυτές δηλαδή που δεν μπορούν να χαρακτηρισθούν ως συμβάσεις δημοσίων έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών ή ως συμβάσεις παραχώρησης, όπως είναι, για παράδειγμα, οι συμβάσεις χρηματοδότησης για την υλοποίηση δράσεων ή έργων αναπτυξιακής συνεργασίας ή ανθρωπιστικής βοήθειας που συνάπτει το Δημόσιο, εκπροσωπούμενο από την Ζ΄ Γενική Διεύθυνση Αναπτυξιακής και Ανθρωπιστικής Αρωγής του Υπουργείου Εξωτερικών, με φορείς της κοινωνίας και ιδιωτικές επιχειρήσεις[9] ή οι συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ του Υπουργού Γεωργίας και γεωργών στα πλαίσια του κοινοτικού προγράμματος «Μακροχρόνια παύση καλλιέργειας γαιών», με αντικείμενο την ένταξη, για μια εικοσαετία, στο κοινοτικό πρόγραμμα της μακροχρόνιας παύσης καλλιέργειας γαιών του Κανονισμού ΕΟΚ 2078/1992, των καλλιεργούμενων από αυτούς γεωργικών εκτάσεων[10].

Όπως είναι γνωστό, η έννοια της διοικητικής σύμβασης, όπως και άλλες κεντρικές έννοιες του ελληνικού διοικητικού δικαίου, εισήλθε σε αυτό από το γαλλικό διοικητικό δίκαιο[11], χωρίς, ωστόσο, να ταυτίζεται πλήρως με τον τρόπο που εκλαμβάνει τη διοικητική σύμβαση το τελευταίο. Συγκεκρι-

8 Βλ., αντίστοιχα, τα άρθρα 7-12 του ν. 4412/2016 και τα άρθρα 9-16 του ν. 4413/2016.

9 Για ένα παράδειγμα, βλ. την υπ'αριθμ. 7/2019 απόφαση του ΑΕΔ, που αναφέρεται σε χρόνο, κατά τον οποίο η αρμοδιότητα για τη σύναψη των εν λόγω συμβάσεων ανήκε στην Υπηρεσία Διεθνούς Αναπτυξιακής Συνεργασίας (ΥΔΑΣ) του Υπουργείου Εξωτερικών.

10 Για το ότι πρόκειται για διοικητικές συμβάσεις, βλ. τις Α.Ε.Δ. 1/2015 και ΣτΕ 699/2014.

11 Πρβλ. την παρατήρηση του P. Weil στο άρθρο του «Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés», Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos, ό.π., σ. 216 (218), ότι «για πολλούς ξένους νομικούς, η διοικητική σύμβαση αποτελεί, μαζί με την αίτηση ακυρώσεως, τον πιο χαρακτηριστικό θεσμό του γαλλικού διοικητικού δικαίου, καθώς περισσότερα από ένα ξένα συστήματα διοικητικού δικαίου τον έχουν δανειστεί από αυτό». Πράγματι, στο γερμανικό διοικητικό δίκαιο, το οποίο επίσης έχει αποτελέσει πηγή έμπνευσης για το ελληνικό διοικητικό δίκαιο, σύμφωνα με τον ορισμό του άρθρου 54, παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, διοικητική σύμβαση είναι εκείνη με την οποία ιδρύεται, τροποποιείται ή καταργείται μία έννομη σχέση δημοσίου δικαίου ·βλ., ενδεικτικά, H. Maurer-Ch. Waldhoff, Verwaltungsrecht, Beck, 2017, σ. 417 επ.

μένα, για το χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της Διοίκησης ως διοικητικής, τόσο το ελληνικό, όσο και το γαλλικό διοικητικό δίκαιο, απαιτούν τη συνδρομή, από τη μία μεριά, ενός οργανικού και, από την άλλη μεριά, ουσιαστικών κριτηρίων, τα τελευταία όμως δεν ταυτίζονται. Πράγματι, το ελληνικό δίκαιο απαιτεί τη συνδρομή ενός λειτουργικού -δημόσιος σκοπός- και ενός τυπικού κριτηρίου – ύπαρξη, στη σύμβαση, ρητρών που προσδίδουν μία υπερέχουσα θέση στο συμβαλλόμενο ν.π.δ.δ-, ενώ το γαλλικό διοικητικό δίκαιο απαιτεί τη συνδρομή δύο ουσιαστικών κριτηρίων που τελούν μεταξύ τους σε διαζευκτική σχέση, συγκεκριμένα, είτε την ύπαρξη, στη σύμβαση, ρητρών που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο προς όφελος του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου, είτε την ύπαρξη μίας προνομιακής σχέσης μεταξύ του αντικειμένου της σύμβασης και μίας δημόσιας υπηρεσίας. Εξάλλου, μολονότι και τα δύο δίκαια απαιτούν τη συνδρομή ενός οργανικού κριτηρίου, το ελληνικό διοικητικό δίκαιο το εκλαμβάνει, αφενός μεν, με πιο αυστηρό, σε σχέση με το γαλλικό διοικητικό δίκαιο, αφετέρου δε, με παράδοξο τρόπο. Με το παρόν άρθρο μας, θα προσπαθήσουμε να καταδείξουμε, από τη μία μεριά, ότι ο τρόπος που εκλαμβάνει το οργανικό κριτήριο το γαλλικό διοικητικό δίκαιο είναι ορθότερος (Ι) και, από την άλλη μεριά, ότι οι αβεβαιότητες που υπάρχουν αναφορικά με τη συνδρομή του τυπικού και του λειτουργικού κριτηρίου στο ελληνικό διοικητικό δίκαιο μπορούν να εξαλειφθούν με έναν εκ νέου ορισμό της διοικητικής σύμβασης, που θα λαμβάνει υπόψη του τις λύσεις της γαλλικής θεωρίας και νομολογίας (ΙΙ).

Ι) Οι αδυναμίες του ελληνικού διοικητικού δικαίου σχετικά με τη συνδρομή του οργανικού κριτηρίου

Η νομολογία των ελληνικών διοικητικών δικαστηρίων αναφορικά με τη συνδρομή του οργανικού κριτηρίου παρουσιάζει δύο αδυναμίες. Η πρώτη είναι ότι είναι πολύ αυστηρή, καθώς απαιτεί, το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο να έχει τη νομική φύση ν.π.δ.δ και δεν επιδέχεται εξαιρέσεις παρά μόνο σε πολύ πιο περιορισμένο βαθμό απ’ότι στο πλαίσιο των διοικητικών

πράξεων, μέσω της νομικής κατασκευής των διφυών νομικών προσώπων (1). Η δεύτερη είναι ότι παρουσιάζει έναν παράδοξο χαρακτήρα, καθώς απαιτεί τη συνδρομή και του τυπικού και του λειτουργικού κριτηρίου ακόμα και σε περίπτωση που το οργανικό κριτήριο υπερπληρούται, λόγω της σύναψης μίας σύμβασης μεταξύ δύο ν.π.δ.δ, όπου θα περίμενε κανείς, το οργανικό κριτήριο να αρκεί για το νομικό χαρακτηρισμό της ως διοικητικής (2). Στις δύο αυτές αδυναμίες, θα αναφερθούμε διαδοχικά.

1) Η πρώτη αδυναμία της νομολογίας αναφορικά με τη συνδρομή του οργανικού κριτηρίου έγκειται στην αυστηρότητα που επιδεικνύει. Συγκεκριμένα, ενώ, προκειμένου για τις διοικητικές πράξεις, αν και αρνείται να υιοθετήσει το λειτουργικό κριτήριο και να δεχθεί ότι μία διοικητική πράξη μπορεί να εκδοθεί και από ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο που διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο, ωστόσο, καταλήγει στο ίδιο αποτέλεσμα με τη νομική κατασκευή των διφυών νομικών προσώπων, προκειμένου για τις διοικητικές συμβάσεις, εφαρμόζει τη θεωρία των διφυών νομικών προσώπων σε πιο περιορισμένο βαθμό[12]. Συγκεκριμένα, δέχεται ότι, για να πληρούται το οργανικό κριτήριο, δεν αρκεί το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο να έχει το χαρακτήρα διφυούς νομικού προσώπου, αλλά θα πρέπει, επιπλέον, να σύναψε την υπό κρίση σύμβαση για την άσκηση μίας αρμοδιότητας δημόσιας εξουσίας. Για παράδειγμα, έχει δεχθεί ότι η ΔΕΗ, κατά το χρόνο που ήταν φορέας ασφάλισης του προσωπικού της, μπορούσε να συνάψει διοικητικές συμβάσεις, υπό την προϋπόθεση ότι πληρούνταν επίσης το τυπικό και το λειτουργικό κριτήριο[13], ότι, όμως, οι συμβάσεις που συνάπτει ο Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε, με τις οποίες ασκεί το έργο της αγοραστικής παρέμβασης, δεν είναι διοικητικές, ελλείψει της πλή-

12 Βλ. και Β. Γκέρτσο-Δ. Πυργάκη, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, οι οποίοι, στο ερμηνευτικό σχόλιό τους στο άρθρο 22 του Κώδικα, σημειώνουν (σ. 365) ότι «από το οργανικό κριτήριο, δεν εξαιρούνται ούτε τα δημόσια νομικά πρόσωπα».

13 Βλ. την ΣτΕ 3740/2012. Στην προκειμένη περίπτωση, κρίθηκε ότι η σύμβαση που είχε συνάψει η ΔΕΗ δεν ήταν διοικητική, ελλείψει της πλήρωσης του τυπικού κριτηρίου.

ρωσης του οργανικού κριτηρίου[14], παρά το γεγονός ότι ο Οργανισμός έχει θεωρηθεί ότι ασκεί δημόσια εξουσία όταν αποφασίζει για την ένταξη σε προγράμματα που επιχορηγούνται από την Ευρωπαϊκή Ένωση και την άσκηση ελέγχου για την τήρηση των δεσμεύσεων του προγράμματος[15]. Η θέση αυτή της νομολογίας οδηγεί, στην περίπτωση των δημοσίων νομικών προσώπων του ιδιωτικού δικαίου που θεωρούνται ότι ασκούν δημόσια εξουσία κατά την έκδοση πράξεων με τις οποίες παραχωρούνται ιδιαίτερα ιδιωτικά δικαιώματα επί κοινοχρήστων ή με τις οποίες επιδιώκεται να εξασφαλισθεί η νόμιμη και ασφαλής χρήση των κοινοχρήστων ως πραγμάτων που έχουν ταχθεί στην εξυπηρέτηση σκοπών δημοσίου συμφέροντος[16], στο εξής παράλογο αποτέλεσμα: να θεωρούνται διοικητικές, οι πράξεις που προηγούνται από τη σύναψη μίας σύμβασης με την οποία θα παραχωρούνται ιδιαίτερα δικαιώματα επί κοινοχρήστων, όπως η διακήρυξη του διαγωνισμού[17] ή η πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος[18], όχι όμως και η ίδια η σύμβαση, με την οποία λαμβάνει χώρα η εν

14 Βλ. την ΑΕΔ 42/2011·Κ. Σκούρα, Άρθρο 22, αρ. περ. 6, σε Β. Γκέρτσο-Ευ. Πρεβεδούρου-Δ. Πυργάκη, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας. Ερμηνεία κατ'άρθρο, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019.

15 Βλ. την ΑΕΔ 21/2012. Μπορεί κανείς να αναρωτηθεί, μαζί με τον J.-Cl. Venezia, «L'originalité du contentieux économique», Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos, ό.π., σ. 147 (150): «δεν είναι αυθαίρετο, εκ μέρους του δικαστή, να αρνείται να αναγνωρίσει τον διοικητικό χαρακτήρα των συμβάσεων στο πεδίο του δημοσίου οικονομικού δικαίου που συνάπτονται από ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου, ενώ συμβάσεις με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο μπορούν να συναφθούν και από ένα νομικό πρόσωπο του δημοσίου δικαίου και δεν είναι κάπως παράδοξο, να επιφυλάσσει μία διαφορετική δικονομική μεταχείριση στις διοικητικές πράξεις που προέρχονται από τα δημόσια νομικά πρόσωπα του ιδιωτικού δικαίου απ' ότι στις συμβάσεις που συνάπτονται από αυτά;».

16 Βλ. τις ΣτΕ 891/2008 (προκειμένου για την -τότε- Εταιρεία Τουριστικών Ακινήτων, ήδη ΕΤΑΔ Α.Ε) και ΣτΕ 1211/2010 (προκειμένου για την Ο.Λ.Π. Α.Ε), οι οποίες έκριναν ότι «πράξεις της Διοικήσεως, με τις οποίες παραχωρούνται ιδιαίτερα δικαιώματα επί κοινοχρήστων πραγμάτων, στις οποίες περιλαμβάνονται και εκείνες με τις οποίες παραχωρείται η συνολική διαχείριση και εκμετάλλευση αυτών, καθώς και εκείνες με τις οποίες καθορίζεται χρηματικό ποσό ως αντάλλαγμα για την παραχώρηση τέτοιου δικαιώματος, αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις, διότι εκδίδονται κατ΄ ενάσκηση δημοσίας εξουσίας και αποβλέπουν σε δημόσιο σκοπό».

17 Όπως στην υπόθεση που αφορούσε η ΣτΕ 1211/2010.

18 Όπως στην υπόθεση που αφορούσε η ΣτΕ 891/2008.

λόγω παραχώρηση![19] [20]

Εξάλλου, η νομολογία θεωρεί ότι η έλλειψη της συνδρομής του οργανικού κριτηρίου δεν μπορεί να καλυφθεί με το ρητό χαρακτηρισμό, από το νομοθέτη, ως διοικητικής μίας σύμβασης στην οποία συμβαλλόμενος είναι δημόσιο νομικό πρόσωπο που διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο, καθώς, από τις διατάξεις του άρθρου 94 παρ.1, 2 και 3 Σ., συνάγεται ότι το Σύνταγμα δεν του χορηγεί την εξουσία να χαρακτηρίζει ως διοικητικές διαφορές όσες από τη φύση τους είναι ιδιωτικές, αλλά του επιτρέπει απλά, σε ορισμένες περιπτώσεις, προς εξασφάλιση της ενιαίας εφαρμογής της ίδιας νομοθεσίας, να αναθέτει την εκδίκαση ορισμένων κατηγοριών ιδιωτικών διαφορών στα διοικητικά δικαστήρια ή αντίστροφα[21]. Ωστόσο, η θέση αυτή δεν είναι αναντίρρητη, καθώς κάποιος μπορεί να αντιτάξει, ότι ο νομοθέτης μπορεί να χαρακτηρίζει μία σύμβαση διοικητική με έμμεσο τρόπο, με το να προβλέπει ένα εξαιρετικό νομοθετικό καθεστώς υπέρ του συμβαλλόμενου δημοσίου νο-

19 Βλ. τις προμνημονευθείσες (υπος. 16) αποφάσεις, που δέχονται ότι: «Συνεπώς, οι διαφορές που δημιουργούνται από τις πράξεις αυτές, εφόσον δεν έχουν υπαχθεί στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, υπόκεινται στον ακυρωτικό έλεγχο του Συμβουλίου της Επικρατείας, ανεξαρτήτως του αν οι εν λόγω πράξεις εντάσσονται τυχόν σε διαδικασία καταρτίσεως συμβάσεως, καθώς και ανεξαρτήτως της φύσεως της συμβάσεως αυτής, εφόσον, πάντως, στην τελευταία αυτή περίπτωση, προσβάλλονται από τρίτους». Ο λόγος για τον οποίο η υπό κρίση σύμβαση δεν θα είναι διοικητική θα έγκειται στην έλλειψη συνδρομής του οργανικού κριτηρίου, καθώς θα πληρούται και το λειτουργικό κριτήριο, αφού, σύμφωνα με τις ίδιες αποφάσεις, «η παραχώρηση ιδιαιτέρων δικαιωμάτων επί κοινοχρήστων πραγμάτων αποβλέπει στην εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος», αλλά και το τυπικό κριτήριο, αφού η ύπαρξη ελέγχου υπέρ του Δημοσίου, με σκοπό να εξασφαλιστεί η χρήση των κοινοχρήστων σύμφωνα με την παραχώρηση, αποτελεί προϋπόθεση της συνταγματικότητας της τελευταίας (βλ. τις ΣτΕ 701/2015 και ΣτΕ 2793-2797/2012).

20 Πρβλ. την απορία του P. Sabourin, La nature juridique des S.A.F.E.R, D. 1970, σ. 11, ο οποίος, αναφερόμενος στην ανάλογη περίπτωση όπου μία «Εταιρεία εδαφικής διαμόρφωσης και αγροτικής εγκατάστασης» (S.A.F.E.R. "Société d'aménagement foncier et d'établissement rural"), η οποία αποτελεί δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου, με μία πράξη της, ασκεί το δικαίωμα προτίμησης αγοράς ενός ακινήτου το οποίο ο ιδιοκτήτης του προτίθεται να πουλήσει, η οποία, σύμφωνα με τη νομολογία, αποτελεί διοικητική πράξη, ενώ η σύμβαση που συνάπτεται στη συνέχεια είναι σύμβαση του ιδιωτικού δικαίου, διερωτάται: «Αλλά, γιατί, η σύμβαση που ακολουθεί άμεσα την πράξη με την ασκείται το δικαίωμα προτίμησης, που δεν είναι παρά η λογική της συνέπεια με σκοπό το δημόσιο συμφέρον, να μην έχει την ίδια νομική φύση με αυτήν»;

21 Βλ. την ΣτΕ 4577/2013.

μικού προσώπου. Πέραν αυτού, σε περίπτωση που ο χαρακτηρισμός αφορά συμβάσεις που τις είχε συνάψει ένα ν.π.δ.δ, το οποίο, στη συνέχεια, μετατράπηκε σε ν.π.ι.δ., χαρακτηρίζοντάς τις ως διοικητικές, ο νομοθέτης μπορεί να θέλει να εκφράσει την επιθυμία του, οι διαφορές που ανακύπτουν στο πλαίσιό τους να εξακολουθούν να εκδικάζονται από τα διοικητικά δικαστήρια και η εκδίκασή τους να μην διασπαστεί σε δύο κλάδους δικαστηρίων, ανάλογα με το χρονικό σημείο (πριν ή μετά τη μετατροπή του συμβαλλόμενου ν.π.δ.δ σε ν.π.ι.δ) δημιουργίας της διαφοράς[22].

Περαιτέρω, η νομολογία δεν δέχεται ούτε τη νομική κατασκευή μίας σχέσης εντολής[23] που να ιδρύεται από το νόμο[24], θεωρώντας ότι δεν είναι νοητό ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου να ενεργεί συμβατικά για «λογαριασμό του Δημοσίου», «διότι το Δημόσιο δεν δύναται να εκπροσωπείται από ιδιώτες στην άσκηση των νομίμων αρμοδιοτήτων των οργάνων του, ούτε οι διοικητικές αρμοδιότητες των οργάνων της δημοσίας διοικήσεως, αν πράγματι είναι διοικητικής φύσεως, ασκούνται από ιδιώτες δυνάμει σχέσεως εντολής»[25]. Η αιτιολογία αυτή φαίνεται να απορρίπτει τη

22 Όπως συνέβαινε στην περίπτωση που αφορούσε η ΣτΕ 4577/2013, όπου, μετά τη μετατροπή του Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε., από ν.π.δ.δ, σε ν.π.ι.δ, το άρθρο 24 παρ. 2 του ν. 2945/2001 εισήγαγε μία διάταξη στον ιδρυτικό νόμο του Οργανισμού, η οποία όριζε ότι, στις αρμοδιότητες του, συμπεριλαμβάνεται η κατάρτιση και η σύναψη διοικητικών συμβάσεων που προβλέπονται στα πλαίσια των εθνικών και κοινοτικών διατάξεων.

23 Έτσι και η διαπίστωση του τιμώμενου Καθηγητή στη μονογραφία του «Η διοικητική σύμβαση», ό.π., σ. 198, ότι «η νομολογία δεν κατέφυγε στην έννοια της εντολής ή της αντιπροσώπευσης, καίτοι τούτο θα ήταν ευεξήγητο».

24 Μπορεί να υποθέσει κανείς ότι, κατά μείζονα λόγο, η νομολογία θα απέρριπτε μία σχέση εντολής που θα ιδρυόταν με συμβατική σχέση μεταξύ ενός ν.π.δ.δ και ενός δημοσίου νομικού προσώπου του ιδιωτικού δικαίου. Για το ότι, στο γαλλικό διοικητικό δίκαιο, στις λύσεις του οποίου θα αναφερθούμε στη συνέχεια, ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο μπορεί να ενεργεί ως εντολοδόχος ενός ν.π.δ.δ για τη σύναψη μίας διοικητικής σύμβασης και ότι η σχέση εντολής μπορεί να ιδρύεται με ποικίλους τρόπους, όπως, με σύμβαση, με μονομερή διοικητική πράξη, με νόμο και, στην τελευταία αυτή περίπτωση, είτε ρητά, είτε με έμμεσο τρόπο, μέσω της ερμηνείας του, βλ.: A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, 1983, σ. 169-170.

25 Βλ. τις ΑΕΔ 42/2011, προκειμένου για τον Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε, και την ΣτΕ 3602/2012, προκειμένου για την Κ.Ε.Δ. (ήδη ΕΤΑΔ Α.Ε). Αντίθετα, Επιτροπές Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας έκριναν ότι ο Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε μπορεί, ενεργώντας ως εντολοδόχος του Δημοσίου, να συνάπτει

δυνατότητα μίας σχέση εντολής μεταξύ του Δημοσίου (ή ενός άλλου ν.π.δ.δ) και ενός δημοσίου νομικού προσώπου που διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο για ένα διττό λόγο: αφενός μεν, επειδή πρόκειται για «ιδιώτη», αφετέρου δε, επειδή, δεν είναι δυνατή μία σχέση εντολής για την άσκηση των διοικητικών αρμοδιοτήτων. Ωστόσο, ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο που διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο δεν είναι «ιδιώτης», καθώς ιδρύεται από το Κράτος - ή από ένα άλλο ν.π.δ.δ-, το οποίο κατέχει την πλειοψηφία του μετοχικού του κεφαλαίου ή το ελέγχει με άλλον τρόπο και, τέλος, ασκεί, την συνταγματικά επιβαλλόμενη εποπτεία σε αυτό, με αποτέλεσμα, το γεγονός ότι διέπεται από ένα καθεστώς ιδιωτικού δικαίου, το οποίο συχνά υπαγορεύεται από λόγους οργανωτικής σκοπιμότητας, να μην είναι καθοριστικό[26]. Από τη στιγμή που η νομολογία δέχεται ότι, υπό τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις, -δηλαδή ίδρυση από το Κράτος και άσκηση ελέγχου από αυτό- ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δίκαιου μπορεί να ασκεί δημόσια εξουσία, τρόπον τινά «ιδίω δικαίω»[27], είναι, πιστεύουμε, αντιφατικό, να μην μπορεί να ασκεί

διοικητικές συμβάσεις. Βλ. τις ΣτΕ (ΕΑ) 885/2006, ΣτΕ (ΕΑ) 755/2007 και ΣτΕ (ΕΑ) 857/2009: «Ο επίδικος διαγωνισμός… κατατείνει στη σύναψη συμβάσεως μεταξύ του αναδόχου και του Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε., ο οποίος, ναι μεν χαρακτηρίζεται στο νόμο ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, οι πράξεις όμως που εκδίδει κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της αγοράς και εκποίησης προϊόντων της αγοραστικής παρέμβασης, ως εντολοδόχος του Ελληνικού Δημοσίου, είναι εκτελεστές διοικητικές πράξεις. Ως εκ τούτου, η σύμβαση που θα καταρτισθεί με τον Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε. μετά το πέρας της διαδικασίας του επίδικου διαγωνισμού, είναι σύμβαση διοικητική, και τούτο διότι ο ένας συμβαλλόμενος (Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε.) είναι νομικό πρόσωπο που εκδίδει, κατά την άσκηση των συγκεκριμένων αρμοδιοτήτων, εκτελεστές διοικητικές πράξεις».

26 Όπως συμβαίνει με τον Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε που αφορούσε η υπ'αριθμ. 42/2011 απόφαση του Α.Ε.Δ., ο οποίος είχε ιδρυθεί αρχικά ως ν.π.δ.δ και, στη συνέχεια, μετατράπηκε σε ν.π.ι.δ και ο οποίος τελεί υπό την εποπτεία του Υπουργού Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, επιχορηγείται από τον κρατικό προϋπολογισμό και διοικείται από ένα 9μελές διοικητικό συμβούλιο, η πλειοψηφία των οποίων (τα 7 μέλη) επιλέγονται από μέλη της Κυβέρνησης (6 από τον Υπουργό Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων και 1 από τον Υπουργό Οικονομικών).

27 Βλ. τις ΣτΕ 2793-2797/2012 και ΣτΕ 891/2008, οι οποίες έκριναν ότι το Σύνταγμα δεν επιβάλλει ορισμένη νομική μορφή του δημοσίου φορέα που ασκεί την διοίκηση και διαχείριση των τουριστικών μονάδων των οργανωμένων ακτών, παρά το γεγονός ότι, στις εν λόγω μονάδες, περιλαμβάνονται και κοινόχρηστα πράγματα, η παραχώρηση ιδιαίτερων δικαιωμάτων επί των οποίων, σύμφωνα με τις ίδιες αποφάσεις, αποτελεί άσκηση δημόσιας εξουσίας. Ο μόνος περιορισμός είναι ότι δεν μπορούν να ανατίθενται σε δημόσια νομικά πρόσωπα του ιδιωτικού δικαίου αρμοδιότητες

δημόσια εξουσία και κατ'αντιπροσώπευση, συνάπτοντας μία διοικητική σύμβαση για λογαριασμό του Δημοσίου. Περαιτέρω, αφού, υπό τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις, το γεγονός ότι πρόκειται για δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου δεν είναι αποφασιστικό, δεν υπάρχει κανένας ενδοιασμός να γίνει δεκτή μία σχέση εντολής, η οποία ενυπάρχει σε πολλούς θεσμούς του διοικητικού δικαίου[28].

Η αυστηρή εμμονή της νομολογίας στη συνδρομή του οργανικού κριτηρίου και η άρνησή της να δεχθεί ότι ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου μπορεί να θεωρηθεί ότι συνάπτει μία διοικητική σύμβαση για λογαριασμό ενός νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου οδηγούν στο αποτέλεσμα, μία

που ανήκουν στον πυρήνα της κρατικής εξουσίας: βλ. την ΣτΕ 1934/1998, αν και η ΣτΕ 891/2008 δέχθηκε -με ισχυρή και πειστική, ωστόσο, αντίθετη μειοψηφία- ότι η πράξη, με την οποία, στα πλαίσια της διαχείρισης των κοινοχρήστων πραγμάτων, παραχωρούνται ιδιαίτερα δικαιώματα επ΄ αυτών, «ανήκει στον πυρήνα της κρατικής εξουσίας, αφού η παραχώρηση αυτή έχει ως άμεση και αναγκαία συνέπεια την ευθεία επέμβαση στο δικαίωμα των τρίτων προς ακώλυτη χρήση του κοινοχρήστου πράγματος, σύμφωνα με τον προορισμό του». Επίσης, η (Ε.Α) ΣτΕ 690/2013 δέχθηκε ότι το έργο της κατασκευής και συντήρησης του οδικού δικτύου της χώρας, το οποίο συνιστά αποστολή του Κράτους, μπορεί, ως εκ της φύσεώς του, να ανατεθεί σε δημόσιες επιχειρήσεις, αλλά και σε ιδιωτικούς φορείς, και ότι το διοικητικό συμβούλιο της δημόσιας επιχείρησης –ή και ο ιδιώτης παραχωρησιούχος- μπορεί, κατά συνταγματικά θεμιτό τρόπο, να καθορίζει το ύψος των εισπραττόμενων διοδίων για τη χρήση του οδικού δικτύου, εντός των ανώτατων και κατώτατων ορίων που καθορίζονται με πράξη κρατικού οργάνου, δηλαδή ότι ασκεί δημόσια εξουσία.

28 Όπως στην περίπτωση της εξουσιοδότησης υπογραφής, που αναλύεται ως μία σχέση εντολής μεταξύ δύο διοικητικών οργάνων, με βάση την οποία το ένα ενεργεί στο όνομα και για λογαριασμό του άλλου: βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο, Τόμος Ι, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ. 136, ή στην περίπτωση των κρατικών αρμοδιοτήτων που οι ΟΤΑ ασκούν στο όνομα και για λογαριασμό του Κράτους, στο πλαίσιο του λεγόμενου «λειτουργικού δυϊσμού»: βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλο, ό.π., σ. 280. Αξίζει να σημειωθεί, ότι η νομολογία δέχεται ότι ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου μπορεί να ασκεί μία αρμοδιότητα του Δημοσίου ή κάποιου ν.π.δ.δ κατά μεταβίβαση αρμοδιότητας. Συγκεκριμένα, αναφορικά με τον (τότε) ΕΟΜΜΕΧ, η νομολογία είχε δεχθεί, ότι, κατά την έκδοση πράξεων περί υπαγωγής ή ανάκλησης υπαγωγής επένδυσης στις διατάξεις του Ν. 1892/1990, ο Πρόεδρος του Διοικητικού Συμβουλίου του εν λόγω Οργανισμού ενεργεί αντί του αρμοδίου προς έκδοση των πράξεων αυτών Υπουργού Εθνικής Οικονομίας κατά μεταβίβαση αρμοδιότητος, με συνέπεια οι πράξεις αυτές να θεωρούνται εκτελεστές πράξεις, οι οποίες υπόκεινται σε αίτηση ακυρώσεως: ΣτΕ 484/1999. Εν προκειμένω, δεν είναι εμφανές, για ποιο λόγο, ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου να μπορεί να ενεργεί για λογαριασμό του Δημοσίου, όταν εκδίδει διοικητικές πράξεις, όχι όμως όταν συνάπτει συμβάσεις.

σύμβαση να μεταβάλει νομική φύση, από αυτήν της διοικητικής σύμβασης, σε αυτήν της σύμβασης του ιδιωτικού δικαίου, σε περίπτωση που μεταβληθεί η νομική φύση του δημοσίου νομικού προσώπου που τη σύναψε[29][30].

Ωστόσο, δεδομένου ότι το περιεχόμενο μίας σύμβασης καθορίζεται από τη διακήρυξή της και τις ρήτρες που περιλαμβάνει, η ανωτέρω θέση οδηγεί στο ασύμβατο της απαίτησης συνδρομής και του οργανικού και του τυπικού κριτηρίου. Πράγματι, καθώς το περιεχόμενο μίας σύμβασης οριστικοποιείται με τη σύναψή της και, κατά το χρόνο αυτό, κρίνεται ότι είναι διοικητική, και λόγω της απαραίτητης συνδρομής του τυπικού κριτηρίου, δηλαδή της ύπαρξης ρητρών που «αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, με βάση τις οποίες το δημόσιο νομικό πρόσωπο βρίσκεται σε υπερέχουσα θέση έναντι του αντισυμβαλλομένου του, δηλαδή σε θέση που δεν προσιδιάζει σ'ένα συμβατικό δεσμό που συνάπτεται κατά τις διατάξεις του ιδιωτικού δικαίου»[31], γεννάται το ερώτημα, πως ρήτρες που δεν μπορούν να συνομολογηθούν σε μία σύμβαση του ιδιωτικού δικαίου, ωστόσο, καθίστανται τμήμα μίας τέτοιας σύμβασης, λόγω της μετατροπής της νομικής φύσης του συμβαλλόμενου νομικού προσώπου[32]. Η ένσταση αυτή μπορεί να αντιμετωπισθεί με έναν από τους δύο τρόπους: είτε να θεωρηθεί ότι το κρίσιμο χρονικό σημείο για το νομικό

29 Α.Ε.Δ 42/2011, ΣτΕ 1955/2013, ΣτΕ 3603/2012, ΣτΕ 2405/2012, ΣτΕ 1568/2012, ΣτΕ 4408/2011, ΣτΕ 2695/2011· βλ. και: Δ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδ. Σάκκουλα, 2022, σ. 30-31, Κ. Σκούρα, ό.π., αρ. περ. 6.

30 Κατά τον Δ. Ράϊκο, ό.π., σ. 31, η άποψη αυτή είναι ορθή, επειδή οι αξιώσεις από τη συμβατική έννομη σχέση απορρέουν από διαρκή έννομη σχέση και, επομένως, δεν μπορεί να είναι κρίσιμος, για τη θεμελίωση της δικαιοδοσίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, αποκλειστικά και μόνο ο χρόνος σύναψης του συμβατικού δεσμού, ακόμη και για τις αξιώσεις από τη σύμβαση που εκτείνονται χρονικά πέραν του χρονικού σημείου της μεταβολής του οργανωτικού σχήματος της διοίκησης, από ν.π.δ.δ σε ν.π.ι.δ. ή υποκατάστασής του από ν.π.ι.δ.

31 ΑΕΔ 42/2011, Α.Ε.Δ. 15, 17/1992, ΣτΕ 4242/2005, ΣτΕ 2160/1997, ΣτΕ 2931/1994.

32 Πρβλ. και την άποψη του τιμώμενου Καθηγητή, «Η διοικητική σύμβαση», ό.π., σ. 217, ο οποίος, αναφερόμενος στο γενικότερο ζήτημα του νομικού χαρακτηρισμού, ως διοικητικών ή ως συμβάσεων του ιδιωτικού δικαίου, των συμβάσεων δημοσίων έργων, ανάλογα με τη νομική φύση του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου, παρατηρεί: «Δεν είναι δυνατό, δύο συμβάσεις με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο και που διέπονται από το ίδιο ακριβώς νομικό καθεστώς, να είναι, η μία διοικητική, και η άλλη ιδιωτικού δικαίου».

χαρακτηρισμό μίας σύμβασης είναι εκείνο της σύναψής της, κατά το οποίο καθορίζεται το περιεχόμενό της, και η νομική της φύση δεν αλλάζει συνεπεία μεταβολών της νομικής φύσης του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου, πράγμα που σημαίνει ότι θα πρέπει να θεωρηθεί αποφασιστικό το τυπικό κριτήριο, είτε να θεωρηθεί ότι αποφασιστικό είναι το οργανικό κριτήριο, οπότε η μεταβολή της νομικής μορφής του δημοσίου νομικού προσώπου μεταβάλλει αυτοδικαίως και τη νομική φύση των συμβάσεων που αυτό σύναψε. Περαιτέρω, η λύση να θεωρηθεί ότι κρίσιμο χρονικό σημείο για το νομικό χαρακτηρισμό μίας σύμβασης είναι εκείνο της σύναψής της δικαιολογείται από λόγους ασφάλειας δικαίου και ταχύτητας απονομής δικαιοσύνης, καθώς αποφεύγονται η διάσπαση της εκδίκασης των διαφορών που γεννιούνται από μία σύμβαση, ανάλογα με το χρόνο που δημιουργήθηκαν και η μεταφορά των υποθέσεων, από το στερούμενο, στο έχον, του λοιπού, δικαιοδοσία δικαστήριο.

Ως προς τα δύο αυτά σημεία, δηλαδή της δυνατότητας σύναψης μίας διοικητικής σύμβασης από ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου, το οποίο θεωρείται ότι ενεργεί ως εντολοδόχος ενός ν.π.δ.δ, και της λήψης υπόψη, για το νομικό χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της Διοίκησης, του νομικού καθεστώτος που ισχύει κατά το χρόνο της σύναψής της, οι λύσεις του γαλλικού διοικητικού δικαίου ικανοποιούν καλύτερα τις απαιτήσεις της λογικής και της συνέπειας που θα πρέπει να διέπει κάθε νομική κατασκευή και θα ήταν καλό να παρακινήσουν την ελληνική νομολογία να αναστοχαστεί τις θέσεις της.

Πιο συγκεκριμένα, ως προς το πρώτο ζήτημα, η γαλλική νομολογία έχει δεχθεί από καιρό ότι το οργανικό κριτήριο για τη σύναψη μίας διοικητικής σύμβασης πληρούται, σε περίπτωση μίας σύμβασης μεταξύ δύο νομικών προσώπων του ιδιωτικού δικαίου, εφόσον το ένα ενεργεί με βάση μία σχέση εντολής που το συνδέει με ένα ν.π.δ.δ[33]. Μία τέτοια σχέση εντολής μπορεί να

33 Αυτή η νομική κατασκευή της σχέσης εντολής μεταξύ ενός ν.π.δ.δ και ενός δημοσίου νομικού προσώπου του ιδιωτικού δικαίου αποτελεί ένα «υποκατάστατο» απέναντι στην άρνηση της γαλ-

υπάρχει σε τρείς περιπτώσεις. Η πρώτη είναι εκείνη όπου η σχέση εντολής θεμελιώνεται σε μία σύμβαση εντολής, υπό την έννοια του αστικού δικαίου, δηλαδή μίας σύμβασης με την οποία ένα πρόσωπο (εντολοδόχος) αναλαμβάνει να διεξαγάγει χωρίς αμοιβή την υπόθεση που του αναθέτει ένα άλλο πρόσωπο (εντολέας)[34]. Η δεύτερη είναι η περίπτωση μίας «εντολής διοικητικού δικαίου»[35], σύμφωνα με την ορολογία που έχει επικρατήσει[36]. Μία τέτοια

λικής νομολογίας να δεχθεί, κατ'αντιστοιχία με τη θέση της σχετικά με την έκδοση διοικητικών πράξεων (βλ. τις αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας της 3.7.1942, Monpeurt, rec., σ. 239, της 13.1.1942, Magnier, rec., σ. 32 και της 15.1.1968, Barbier, rec., σ. 789), ότι ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου μπορεί να συνάπτει διοικητικές συμβάσεις: βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας της 3.4.1969, Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés (Interlait), AJDA 1969, σ. 307, παρατηρήσεις A. de Laubadère, παρά την εισήγηση του κυβερνητικού επιτρόπου Kahn υπέρ της υιοθέτησης αυτής της θέσης. Η άρνηση αυτή δικαιολογείται από λόγους σκοπιμότητας, καθώς, με αυτήν τη νομολογία, επιδιώχθηκε να τεθεί ένας φραγμός στο χαρακτηρισμό, ως διοικητικών, ενός μεγάλου αριθμού συμβάσεων της Διοίκησης με βάση το δεύτερο ουσιαστικό κριτήριο (βλ. κατωτέρω), που είναι εκείνο της σχέσης της υπό κρίση σύμβασης με μία δημόσια υπηρεσία, η οποία υπάρχει σε περίπτωση που η σύμβαση αποτελεί το μέσο εκτέλεσης μίας δημόσιας υπηρεσίας, καθώς όλες οι συμβάσεις που θα συνάπτονταν από τα δημόσια νομικά πρόσωπα του ιδιωτικού δικαίου που δραστηριοποιούνται στο πεδίο του δημόσιου οικονομικού δικαίου θα χαρακτηρίζονταν ως διοικητικές· βλ.: P. Weil, Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés, ό.π., σ. 221-224, B. Plessix, Droit administratif général, LexisNexis, 2022, σ. 1326-1327. Για την υιοθέτηση της θέσης αυτής, συνηγόρησε και το γεγονός ότι ο πολιτικός δικαστής θεωρήθηκε ότι διαθέτει όλες τις απαραίτητες εξουσίες για να κρίνει τις διαφορές που γεννιούνται από μία σύμβαση της Διοίκησης, ενώ, αντιθέτως, στην περίπτωση των διοικητικών πράξεων, θεωρήθηκε ότι δεν διαθέτει ένα τόσο αποτελεσματικό μέσο ελέγχου, όπως είναι η αίτηση ακυρώσεως: βλ. J.-F. Lachaume, Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire émanant d'organismes privés gérant un service public administratif, Mélanges M. Stassinopoulos, ό.π., σ. 95 (99).

34 Βλ.: A. de Laubadère- F. Moderne-P. Délvolvé, ό.π., σ. 169, P.-L. Frier-J. Petit, Droit admnistratif, LGDJ, 2017, σ. 464, B. Plessix, ό.π., σ. 1312, J.-F. Lachaume-H. Pauliat-S. Braconnier-Cl. Deffigier, Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence, 17ème éd., puf, σ. 501. Για παραδείγματα, βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας της 16.5.1983, SA, Compagnie toulousaine de transports publics, rec., σ. 659, και τις αποφάσεις του γαλλικού Συμβουλίου της Επικρατείας της 30.1.1931, Sté Brossette et fils, rec., σ. 123 και της 2.6.1961, Leduc, rec., σ. 365. Για το θέμα της σύμβασης εντολής, βλ. L. Richer, Le contrat de mandat au risque du droit administratif, CJEG 1999, σ.127.

35 Βλ.: B. Plessix, ό.π., σ. 1313-1314, P.-L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 464-466, J-F. Lachaume-H. Pauliat-S. Braconnier-Cl. Deffigier, ό.π., σ. 501-503.

36 Βλ.: M. Canedo, Le mandat administratif, LGDJ, coll. « Bibl. droit public », 2001, A. Coudeville, La notion de mandat en droit administratif, AJDA 1979, σ. 7.

σχέση εντολής γίνεται δεκτή, σε περίπτωση που υπάρχει μία σχέση εξάρτησης ενός δημοσίου νομικού προσώπου του ιδιωτικού δικαίου από ένα νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, κατά τρόπο που να μην διαθέτει καμία αυτονομία κατά την εκτέλεση μίας σύμβασης που συνάπτει με έναν ιδιώτη, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, με αποτέλεσμα να μπορεί να θεωρηθεί ότι ενήργησε για λογαριασμό του ν.π.δ.δ από το οποίο εξαρτάται[37]. Προκειμένου να αποφανθεί για το πότε υπάρχει μία τέτοια σχέση εξάρτησης, ο γάλλος διοικητικός δικαστής λαμβάνει υπόψη του τις περιστάσεις της υπό κρίση περίπτωσης, όπως το αντικείμενο της σύμβασης που συνάπτεται από το δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου, για παράδειγμα, αν αφορά μία αρμοδιότητα που ανήκει στο Κράτος[38], το βαθμό εξάρτησης του δημοσίου νομικού προσώπου του ιδιωτικού δικαίου από το ν.π.δ.δ για λογαριασμό του οποίου θεωρείται ότι ενεργεί, ο οποίος θα είναι έντονος σε περίπτωση που επιχορηγείται από αυτό, υποχρεούται να του μεταβιβάσει το έργο που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης με την αποπεράτωσή του, ενώ το ν.π.δ.δ υποκαθίσταται σε αυτό για την άσκηση αγωγής αποζημίωσης κατά του εργολάβου[39] [40] ή σε περίπτωση

37 Βλ.: CE 30.5.1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, rec., σ. 326 (απόφαση αρχής), CE 7.7.1975, Commune d'Agde, rec., σ. 797, CE 3.6. 2009, Société Aéroports de Paris, rec., σ. 216, TC 16.10.2006, EURL Pharmacie Gare Saint-Charles, rec., σ. 639.

38 Όπως συνέβαινε στην προμνημονευθείσα (προηγούμενη υποσημείωση) απόφαση Société Aéroports de Paris, που αφορούσε μία σύμβαση ανάθεσης, σε μία ιδιωτική εταιρεία, από τις εταιρείες εκμετάλλευσης των αεροδρομίων, του ελέγχου των επιβατών, του προσωπικού των αεροπορικών εταιρειών και των αποσκευών τους. Εν προκειμένω, το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι ο εν λόγω έλεγχος, ο οποίος διενεργείται από τους αντισυμβαλλομένους των εταιρειών εκμετάλλευσης των αεροδρομίων, εκτελείται για λογαριασμό και υπό την εξουσία του Κράτους, στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς του, της αστυνόμευσης των αεροδρομίων και των εγκαταστάσεων τους.

39 Η ευθύνη αυτή του εργολάβου απέναντι στον κύριο του έργου, η οποία αποκαλείται «δεκαετής ευθύνη» (responsabilité décennale) και η οποία γεννάται από το χρονικό σημείο της παραλαβής του έργου, προβλέπεται στο άρθρο 1792 του αστικού κώδικα για κάθε ελάττωμα του έργου που επηρεάζει τη σταθερότητά του, ένα συστατικό του στοιχείο ή ένα στοιχείο του εξοπλισμού του, σε βαθμό που να το καθιστά ακατάλληλο για τον προορισμό του.

40 Οι περιστάσεις αυτές συνέτρεχαν στις υποθέσεις που αφορούσαν οι προμνημονευθείσες αποφάσεις Société d'équipement de la région montpelliéraine και Commune d'Agde.

που το μετοχικό του κεφάλαιο ανήκει καθ'ολοκληρία στο ν.π.δ.δ [41] [42]. Τέλος, η τελευταία περίπτωση είναι εκείνη του «διαφανούς» νομικού προσώπου[43]. Ένα τέτοιο νομικό πρόσωπο θεωρείται ότι υπάρχει, σε περίπτωση που οι συνθήκες ίδρυσης του, ο τρόπος της οργάνωσης και της λειτουργίας του, η προέλευση των εσόδων του και ο έλεγχος που ασκείται σε αυτό από ένα νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου οδηγούν στο συμπέρασμα ότι, ουσιαστικά, πρόκειται για μία υπηρεσία του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου που το ίδρυσε[44]. Υπό αυτές τις συνθήκες, μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα, ότι οι συμβάσεις που συνάπτονται από το «διαφανές» νομικό πρόσωπο, στην πραγματικότητα, συνάπτονται από το ν.π.δ.δ που διαφαίνεται πίσω από αυτό, με συνέπεια να είναι διοικητικές, υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι πληρούται και το ένα από τα δύο εναλλακτικά ουσιαστικά κριτήρια[45].

41 Όπως συνέβαινε στην υπόθεση της απόφασης EURL Pharmacie Gare Saint-Charles.

42 Αντίθετα, με την απόφαση της 17.12.1999, Société Ansaldo Industria et SA Bouygues, rec., σ. 424, το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι δεν υπήρχε σχέση εντολής διοικητικού δικαίου μεταξύ δύο ν.π.δ.δ και του δημοσίου νομικού προσώπου του ιδιωτικού δικαίου που είχε συνάψει την υπό κρίση σύμβαση, δεδομένου ότι η συμμετοχή τους στο μετοχικό του κεφάλαιο ήταν μειοψηφική, οι υπάλληλοί του δεν υπάγονταν στο ίδιο νομικό καθεστώς με αυτό στο οποίο υπάγονταν οι υπάλληλοι των ν.π.δ.δ. και, τέλος, το έργο, αντικείμενο της σύμβασης, δεν θα μεταβιβαζόταν σε αυτά, αλλά θα αποξηλωνόταν μετά την πραγματοποίηση του σκοπού για τον οποίο θα κατασκευαζόταν.

43 Βλ.: B. Plessix, ό.π., σ. 1315, P.-L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 466-467, J.-F. Lachaume-H. Pauliat-S. Braconnier-Cl. Deffigier, ό.π., σ. 503.

44 Αυτό είναι και το στοιχείο διαφοροποίησης της περίπτωσης αυτής από την περίπτωση της σχέσης «εντολής διοικητικού δικαίου», καθώς, στην τελευταία, γίνεται δεκτό ότι υπάρχει ένα ξεχωριστό νομικό πρόσωπο, ενώ, στην περίπτωση του διαφανούς νομικού προσώπου, όχι. Βλ. P.-L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 466-467. Βλ. την απόφαση αρχής του Συμβουλίου της Επικρατείας της 21.3.2007, Compagnie de Boulogne-Billancourt, rec., σ. 130, AJDA 2007, σ. 915, παρατηρήσεις J.-D. Dreyfous: «Σε περίπτωση που ένα νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου ιδρύεται με πρωτοβουλία ενός νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, το οποίο ελέγχει την οργάνωση και τη λειτουργία του και του χορηγεί το μεγαλύτερο μέρος των πόρων του, αυτό το νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου θα πρέπει να θεωρηθεί «διαφανές» και οι συμβάσεις που συνάπτει για την εκτέλεση της δημόσιας υπηρεσίας που του ανατέθηκε είναι διοικητικές».

45 Εκτός από τις τρείς αυτές περιπτώσεις, θα πρέπει να αναφερθεί και μία τέταρτη, η οποία, όμως, από το 2015, έπαυσε να γίνεται δεκτή και η οποία αφορά, συγκεκριμένα, τις συμβάσεις δημοσίων έργων που συνάπτονταν από τις δημόσιες εταιρείες, αλλά και από εταιρείες του ιδιωτικού τομέα, στις οποίες είχε παραχωρηθεί η κατασκευή των αυτοκινητοδρόμων. Με βάση μία νομολογία που είχε εγκαινιάσει το 1963, το Δικαστήριο Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας είχε δεχθεί ότι η κατασκευή

Ως προς το δεύτερο ζήτημα, εκείνο του κρίσιμου χρονικού σημείου για το νομικό χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της Διοίκησης, η νομολογία των γαλλικών δικαστηρίων θεωρεί ότι είναι το χρονικό σημείο της σύναψής της, με συνέπεια, η μεταβολή της νομικής φύσης του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου να μην τον επηρεάζει[46].

Ως προς τα δύο αυτά ζητήματα, για τους λόγους που αναφέραμε προηγουμένως, πιστεύουμε ότι οι λύσεις του γαλλικού διοικητικού δικαίου είναι ορθότερες από τις λύσεις του ελληνικού διοικητικού δικαίου και θα έπρεπε να επηρεάσουν την ελληνική νομολογία. Πιο συγκεκριμένα, η ιδέα μίας σχέσης εντολής μεταξύ ενός ν.π.δ.δ και ενός ν.π.ι.δ, με συνέπεια, οι συμβάσεις που συνάπτει το δεύτερο να μπορούν να χαρακτηρισθούν ως διοικητικές συμβάσεις, θα επέτρεπε στη νομολογία να λάβει υπόψη της τις οργανωτικές μεταβολές στη συγκρότηση της Δημόσιας Διοίκησης, χωρίς να απαρνηθεί το οργανικό κριτήριο, στο οποίο παραμένει προσκολλημένη. Ειδικά, σε ότι αφορά τη νομική κατασκευή του «διαφανούς» νομικού προσώπου, ένα επιχείρημα για την υιοθέτησή της μπορεί να

των εθνικών οδών αποτελεί μία αποστολή που ανήκει «εκ φύσεως» στο Κράτος, με αποτέλεσμα, να μην έχει σημασία για το χαρακτηρισμό ως διοικητικής μίας σύμβασης δημοσίου έργου, αν αυτή συνάπτεται από το Κράτος ή από μία παραχωρησιούχο εταιρεία, η οποία θα πρέπει να θεωρηθεί ότι ενεργεί «για λογαριασμό του»: TC 8.7.1963, Entreprise Peyrot, rec., σ. 787, AJDA 1963, σ. 463, παρατηρήσεις M. Gentot-J. Fourré. Όπως επισημαίνει ο R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 2001, σ. 571, επρόκειτο για μία ειδικότερη περίπτωση μίας σχέσης εντολής, με τη διαφορά ότι, εδώ, η νομολογία θεωρούσε ότι οι εν λόγω συμβάσεις συνάπτονταν για λογαριασμό του Κράτους από μόνο το γεγονός ότι αφορούσαν την κατασκευή των εθνικών οδών, ενώ, στις άλλες περιπτώσεις, για να συναγάγει μία σχέση εντολής, εκτιμά το σύνολο των περιστάσεων. Ωστόσο, η νομολογία αυτή εγκαταλείφθηκε με την απόφαση του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας της 9.3.2015, Rispal c/Sté des Autoroutes du Sud de la France, rec., σ. 500, AJDA 2015, σ. 1204, χρονικό νομολογίας J. Lessi-L. Duthelleit de Lamothe, RFDA 2015, σ. 265, εισήγηση N. Escault, παρατηρήσεις M. Canedo-Paris, με την οποία αυτό έκρινε ότι «μία εταιρεία στην οποία έχει παραχωρηθεί η κατασκευή ενός αυτοκινητοδρόμου, η οποία συνάπτει με κάποια άλλη ιδιωτική εταιρεία μία σύμβαση για την κατασκευή, την εκμετάλλευση ή τη λειτουργία του, δεν μπορεί, εάν δεν συντρέχουν ειδικές περιστάσεις, να θεωρηθεί ότι ενεργεί για λογαριασμό του Κράτους».

46 Βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας με ημερομηνία 16.10.2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, RFDA 2007, σ. 284, με εισήγηση J.-H. Stahl, και σ. 290, παρατηρήσεις B. Delaunay. Βλ., επίσης: P.-L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 463, J.-F. Lachaume-H. Pauliat-S. Braconnier-Cl. Deffigier, ό.π., σ. 497, J. Moreau, Contrats, *in* Répertoire du contentieux administratif, no 283.

αντληθεί από τη ρύθμιση των άρθρων 12, παρ. 1, 2 και 3 του νόμου 4412/2016 και 16, παρ. 1, 2 και 3 του νόμου 4413/2016, τα οποία μεταφέρουν τις αντίστοιχες ρυθμίσεις των άρθρων 12 και 16 των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/23/ΕΕ που αφορούν τις in house αναθέσεις. Εν προκειμένω, αν οι διατάξεις αυτές εξαιρούν από το πεδίο εφαρμογής των δύο νόμων τις συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ μίας αναθέτουσας αρχής και ενός νομικού προσώπου που αυτή ελέγχει, είναι γιατί, στην πραγματικότητα, το ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο αποτελεί μία υπηρεσία της, στην οποία, αν δεν είχε προσλάβει τη μορφή νομικού προσώπου, θα μπορούσε να αναθέσει την εκτέλεση ενός έργου, την παροχή μίας υπηρεσίας ή μία προμήθεια χωρίς να προσφύγει στη σύναψη μίας σύμβασης. Θα μπορούσε, έτσι, η νομολογία, προεκτείνοντας την ιδέα αυτή, να δεχθεί ότι, σε περιπτώσεις, όπου, υπό τις προϋποθέσεις που η ίδια θα καθορίσει, ένα δημόσιο νομικό πρόσωπο που διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο ουσιαστικά αποτελεί μία υπηρεσία ενός ν.π.δ.δ., οι συμβάσεις που συνάπτει το πρώτο, στην πραγματικότητα, συνάπτονται για λογαριασμό της πρώτης, με συνέπεια να πληρούται το οργανικό κριτήριο. Αλλά και η ιδέα μίας σχέσης εντολής μεταξύ ενός ν.π.δ.δ και ενός ν.π.ι.δ πιστεύουμε ότι θα μπορούσε να υιοθετηθεί από τη νομολογία, σε περίπτωση όπου ο ίδιος ο ιδρυτικός νόμος του δεύτερου όριζε ότι ενεργεί για λογαριασμό ενός ν.π.δ.δ.[47] ή σε περίπτωση που μία επιμέρους υπηρεσία ενός ν.π.δ.δ, για λόγους καλύτερης

47 Όπως συμβαίνει με το άρθρο 14, παρ. 2 στ. ζ) του ν. 2637/1998, σύμφωνα με το οποίο, στις αρμοδιότητες του Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε ανήκει, μεταξύ άλλων, «η άσκηση, ύστερα από απόφαση του Υπουργού Γεωργίας και του αρμόδιου κατά περίπτωση Υπουργού, από τον Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε., ως εντολοδόχου του Ελληνικού Δημοσίου, των αρμοδιοτήτων της αγοράς και εκποίησης προϊόντων της αγοραστικής παρέμβασης…». Ένα άλλο παράδειγμα αποτελεί το άρθρο 5 του προϊσχύσαντος ν. 973/1979, «Περί συστάσεως Κτηματικής Εταιρίας του Δημοσίου», το οποίο όριζε ότι «από της ενάρξεως ισχύος του παρόντος, η Εταιρία έχει την εντολήν και πληρεξουσιότητα διά την επιχείρησιν δικαιοπραξιών αναφερομένων εις τα κατά το άρθρον 2 του παρόντος ακίνητα. Τα αποτελέσματα των δικαιοπραξιών τούτων επέρχονται επ` ονόματι και δια λογαριασμόν τον Δημοσίου». Εδώ θα πρέπει να σημειωθεί ότι, και στο γερμανικό δίκαιο, το οποίο, όπως προαναφέρθηκε (υπος. 11), αλλά και όπως σημειώνει ο τιμώμενος Καθηγητής στη μονογραφία του «Η διοικητική σύμβαση», ό.π., σ. 18, έχει αποτελέσει πηγή έμπνευσης για το ελληνικό διοικητικό δίκαιο από κοινού με το γαλλικό δίκαιο, γίνεται δεκτό ότι μία διοικητική σύμβαση μπορεί να συνάπτεται μεταξύ δύο νομικών προσώπων του ιδιωτικού δικαίου, σε περίπτωση ρητής νομοθετικής εξουσιοδότησης· βλ. H. Maurer-Ch. Waldhoff, ό.π., σ. 421, αρ. περ. 15.

διαχείρισης, αποχωρίζεται από αυτό και οργανώνεται ως νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου[48].

Εξάλλου, πιστεύουμε ότι και η λύση της λήψης υπόψη, για το νομικό χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της Διοίκησης, του νομικού καθεστώτος που ισχύει κατά το χρόνο της σύναψής ικανοποιεί τις απαιτήσεις της ασφάλειας δικαίου και της νομικής λογικής και, για τους λόγους αυτούς, θα έπρεπε να προτιμηθεί από τη νομολογία. Αυτό θα μπορούσε να συμβεί, εάν η νομολογία υιοθετούσε την ιδέα μίας σχέσης εντολής μεταξύ ενός ν.π.δ.δ και ενός ν.π.ι.δ., σε περίπτωση που η σύναψη της υπό κρίση σύμβασης έγινε από το ν.π.δ.δ και, στη συνέχεια, από αυτό, δημιουργήθηκε το ν.π.ι.δ.: καθώς το ν.π.ι.δ. θα θεωρείτο εντολοδόχος του ν.π.δ.δ., η μεταβολή της νομικής του μορφής δεν θα μετέβαλε τη νομική φύση της σύμβασης. Αλλά και εάν ακόμη η νομολογία δεν αποδεχθεί τη νομική κατασκευή μίας τέτοιας σχέσης εντολής, πιστεύουμε ότι θα μπορούσε, εφαρμόζοντας και στις συμβάσεις της Διοίκησης τη λύση που ισχύει αναφορικά με τις διοικητικές πράξεις[49], να θεωρήσει ότι

48 Όπως συνέβη με την «Ανώνυμη Εταιρία Αξιοποίησης Περιουσίας Ε.Ο.Τ», η οποία συστάθηκε με το άρθρο 12 του ν. 2636/1998, στη συνέχεια, με το άρθρο 9, παρ. 4 του ν. 2837/2000, μετονομάστηκε σε «Εταιρία Τουριστικής Ανάπτυξης» και, τελικά, μετά από συγχωνεύσεις με άλλες δημόσιες εταιρίες, σε Εταιρία Ακινήτων του Δημοσίου (ΕΤΑΔ Α.Ε). Όπως αναφερόταν στην εισηγητική έκθεση του ν. 2636/1998, η νομική και οργανωτική μορφή της ανώνυμης εταιρίας επιλέχθηκε, επειδή ο απολογισμός της διαχείρισης των περιουσιακών στοιχείων του ΕΟΤ από τον ίδιο, ο οποίος, ως γνωστόν, αποτελεί ν.π.δ.δ, είχε δώσει ένα έντονο αρνητικό αποτέλεσμα, με ζημίες ανερχόμενες σε δισεκατομμύρια δραχμές. Το ακόλουθο απόσπασμα είναι άκρως χαρακτηριστικό: «Στο συγκεκριμένο κλάδο της εκμετάλλευσης τουριστικών μονάδων, η νομική και οργανωτική μορφή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, όχι μόνο δεν ήταν η κατάλληλη, αλλά αποδείχθηκε στην πράξη και έντονα ζημιογόνα, τόσο για τον ελληνικό τουρισμό, όσο και για τον ελληνικό προϋπολογισμό. Έτσι καθίσταται πλέον επιτακτική η ανάγκη της αξιοποίησης της τεράστιας αυτής περιουσίας μέσα από νέες μορφές διοίκησης και διαχείρισης, οι οποίες θα επιτρέψουν την αποτελεσματική διαχείριση του πλούτου αυτού με καθαρά τεχνοοικονομικά κριτήρια. Η ανάθεση του έργου αυτού σε μια ανώνυμη εταιρεία θα καταστήσει δυνατή την ανάπτυξη και υλοποίηση μιας πολύμορφης και πολυδιάστατης παρέμβασης στη διαδικασία αξιοποίησης του συνόλου των περιουσιακών στοιχείων του Ε.Ο.Τ».

49 Για τις οποίες, ως γνωστόν, ισχύει ότι κρίσιμο νομικό καθεστώς είναι αυτό που ισχύει κατά τον χρόνο της έκδοσής τους. Βλ.: Επ. Σπηλιωτόπουλο, Τόμος Ι, ό.π., σ., 153, υπος. 22 και σ. 155-156· Γ. Σιούτη, σε Απ. Γέροντα-Π. Παυλόπουλο-Γ. Σιούτη-Σ. Φλογαΐτη, Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, 2022, σ. 224.

κρίσιμο νομικό καθεστώς είναι εκείνο της σύναψής τους, με συνέπεια, μεταγενέστερες μεταβολές στην οργανωτική μορφή του συμβαλλόμενου νομικού προσώπου να μην επηρεάζουν τη νομική τους φύση.

2) Η δεύτερη αδυναμία της ελληνικής νομολογίας αναφορικά με την απαίτηση του οργανικού κριτηρίου είναι ότι παρουσιάζει έναν παράδοξο χαρακτήρα. Συγκεκριμένα, απαιτεί την συνδρομή του τυπικού και του λειτουργικού κριτηρίου, ακόμη και στην περίπτωση μίας σύμβασης που συνάπτεται μεταξύ δύο ν.π.δ.δ, στις οποίες το οργανικό κριτήριο υπερπληρούται,[50] έτσι που να μπορεί να θεωρηθεί ότι η συνδρομή και των δύο άλλων κριτηρίων περιττεύει[51]. Πριν να εισέλθουμε στη σχετική προβληματική, θα πρέπει να αναφέρουμε ότι η νομοθεσία προβλέπει, σε αρκετές περιπτώσεις, συμβάσεις μεταξύ ν.π.δ.δ, και γενικότερα συμβάσεις μεταξύ δημοσίων νομικών προσώπων[52]. Παραδείγματα αποτελούν οι προγραμματικές συμβάσεις του άρθρου 100 του ν. 3852/2010, οι οποίες ιδρύουν μία μορφή συνεργασίας μεταξύ φορέων της Τοπικής Αυτοδιοίκησης, μεταξύ τους ή με τα οριζόμενα στο νόμο δημόσια νομικά πρόσωπα, για την εκτέλεση έργων και προγραμμάτων ανάπτυξης μίας περιοχής, καθώς και την παροχή υπηρεσιών και την υλοποίηση προμηθειών κάθε είδους[53], η προγραμματική σύμβαση του άρθρου 16, παρ.

50 «Μία σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ δύο δημοσίων νομικών προσώπων δεν θα είναι αναγκαστικά διοικητική, δεδομένου ότι υπάρχουν διπλάσια δημόσια νομικά πρόσωπα απ' ότι στις άλλες περιπτώσεις;», αναρωτιούνται εύλογα οι P.-L. Frier και J. Petit, ό.π., σ. 467. Στο ίδιο μήκος κύματος, οι J.-F. Lachaume-H. Pauliat-S. Braconnier-Cl. Deffigier, ό.π., σ. 497, σημειώνουν ότι «το οργανικό κριτήριο θα έπρεπε να επαρκεί, σε περίπτωση μίας σύμβασης που συνάπτεται μεταξύ δύο ν.π.δ.δ».

51 Βλ. την ΑΕΔ 14/2007, η οποία αφορούσε μία προγραμματική σύμβαση μεταξύ, αφενός ενός δήμου, μίας δημοτικής επιχείρησης και, αφετέρου, ενός ερευνητικού ακαδημαϊκού ινστιτούτου, την ΣτΕ 2624/2017, η οποία αφορούσε μία σύμβαση δανείου μεταξύ ενός δήμου και του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων και, τέλος, την ΑΠ 210/2016, η οποία αφορούσε μία προγραμματική σύμβαση μεταξύ ενός δήμου και ενός ειδικού διαβαθμιδικού συνδέσμου, με αντικείμενο τη διαχείριση των οικιακών και των εξωοικιακών απορριμμάτων, στις οποίες και τα τρία Ανώτατα Δικαστήρια, για να αποφανθούν για τη νομική φύση των υπό κρίση συμβάσεων, εφάρμοσαν τα τρία «κλασσικά» κριτήρια που εφαρμόζουν και στις συμβάσεις μεταξύ Διοίκησης και ιδιωτών.

52 Οι οποίες καλούνται ομοιογενείς· βλ.: Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, 2014, σ. 348-349, Δ. Ράϊκο, ό.π., σ. 45.

53 Σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, «οι προγραμματικές συμβάσεις είναι διμερείς ή πολυμερείς

6, περ. β) του ν. 4413/2016, την οποία μπορεί να συνάψει μία αναθέτουσα αρχή με κάποιον φορέα του δημόσιου τομέα, σε περίπτωση που η τεχνική της υπηρεσία δεν διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική επάρκεια για τη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης, την εποπτεία και την επίβλεψη μίας σύμβασης παραχώρησης δημόσιου έργου, οπότε, με την προγραμματική σύμβαση, τα καθήκοντα αυτά ανατίθενται στην τεχνική υπηρεσία του άλλου φορέα[54], οι συμβάσεις διαδημοτικής ή διαβαθμιδικής συνεργασίας[55], οι οποίες συνάπτονται, είτε μεταξύ δήμων της ίδιας περιφέρειας ή μεταξύ όμορων δήμων, είτε μεταξύ δήμων της ίδιας περιφέρειας και της τελευταίας και με τις οποίες οι συμβαλλόμενοι ΟΤΑ αναλαμβάνουν την άσκηση μίας αρμοδιότητας ή την υποστήριξη της άσκησής της για λογαριασμό ενός ή περισσότερων των μερών, τέλος, οι δανειακές συμβάσεις, τις οποίες μπορούν να συνάπτουν οι δήμοι με το Κράτος, με δημόσιους οργανισμούς ή με νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, για την πραγματοποίηση σκοπών της αρμοδιότητας ή της δράσης τους, συμπεριλαμβανομένης και της αποπληρωμής ληξιπρόθεσμων ή μη οφειλών[56]. Για το νομικό χαρακτηρισμό αυτών των συμβάσεων, η νομολογία

συμφωνίες που θέτουν το γενικό πλαίσιο για την οργάνωση και διαχείριση δημοσίων υπηρεσιών και την άσκηση συγκεκριμένης κάθε φορά δραστηριότητας, παρέχοντας τη δυνατότητα στους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης, να συμβάλλονται με άλλα δημόσια νομικά πρόσωπα, συνδυάζοντας ή αλληλοσυμπληρώνοντας τις αρμοδιότητες ή τα οικονομικοτεχνικά μέσα που διαθέτουν με εκείνα του αντισυμβαλλόμενου φορέα, προκειμένου να επιτευχθεί η εκπόνηση μελετών, η κατασκευή έργων ή η παροχή υπηρεσιών που εντάσσονται στο πλέγμα των αρμοδιοτήτων και των καταστατικών τους σκοπών»: ΕΣ, Πράξεις 293/2018 και 2967/2014 VI Τμήματος, Πράξεις 143/2021 και 180/2012 Ζ΄ Κλιμακίου.

54 Αντίθετα, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις έργου ή μελέτης, το άρθρο 44 του ν. 4412/2016 παρέχει μία ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που κρίνει ότι δεν διαθέτει τεχνική επάρκεια ή ότι η τεχνική της επάρκεια είναι ελλιπής, να επιλέξει μεταξύ των αναφερόμενων στο άρθρο αυτό λύσεων για να την αναπληρώσει, μία από τις οποίες είναι και η σύναψη προγραμματικής σύμβασης με αντικείμενο τη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης, την εποπτεία και την επίβλεψη της υπό ανάθεση σύμβασης.

55 Βλ. το άρθρο 99 του ν. 3852/2010.

56 Βλ. το άρθρο 176 του ν. 3463/2006. Σύμφωνα με αυτό, οι δήμοι μπορούν να συνομολογούν συμβάσεις δανείων και με αναγνωρισμένα πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοπιστωτικούς οργανισμούς της Ελλάδας ή του εξωτερικού, καθώς και με κάθε είδους δημόσιους οργανισμούς. Από τη μεριά του, το άρθρο 264 του ν. 3852/2010 προβλέπει μόνο τη σύναψη δανείων από δήμους και περιφέρειες με αναγνωρισμένα πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοπιστωτικούς οργανισμούς της Ελλάδας ή του

ακολουθεί την ίδια προσέγγιση που ακολουθεί και για το νομικό χαρακτηρισμό των συμβάσεων μεταξύ Διοίκησης και ιδιωτών, δηλαδή εξετάζει εάν πληρούνται τα τρία «κλασσικά» κριτήρια. Ωστόσο, η εφαρμογή των κριτηρίων αυτών στις συμβάσεις μεταξύ ν.π.δ.δ, αλλά και γενικότερα στις συμβάσεις μεταξύ δημοσίων νομικών προσώπων, επιδέχεται αντίλογο. Συγκεκριμένα, η εφαρμογή τους στην περίπτωση των συμβάσεων μεταξύ Διοίκησης και ιδιωτών δικαιολογείται με το σκεπτικό ότι η συνδρομή τους καταδεικνύει μία σχέση υπεροχής-υποταγής μεταξύ της Διοίκησης και του αντισυμβαλλόμενου της, η οποία δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος[57], με συνέπεια, η σχέση που ιδρύεται με τη σύμβαση να είναι μία σχέση διοικητικού δικαίου[58]. Ωστόσο, στην περίπτωση μίας σύμβασης μεταξύ δύο ν.π.δ.δ., αλλά και γενικότερα μεταξύ δημοσίων νομικών προσώπων, η εξέταση της συνδρομής του λειτουργικού κριτηρίου θα είναι περιττή, καθώς αυτό θα προκύπτει από τον, σύμφωνα με το νόμο, σκοπό της επίμαχης σύμβασης[59], ενώ η εξέτα-

εξωτερικού, αποκλειστικά για τη χρηματοδότηση επενδύσεων και τη χρηματοδότηση χρεών τους, επιτρέποντάς την υπό ορισμένες αυστηρές προϋποθέσεις.

57 Αναφερόμενος στους λόγους που οδήγησαν στη διάπλαση της θεωρίας της διοικητικής σύμβασης στο γαλλικό διοικητικό δίκαιο, ο P. Weil, ό.π., σ. 217-218, σημειώνει: «Η σύμβαση, αυτός ο παλιός θεσμός του ιδιωτικού δικαίου, για τον οποίο η εργατικότητα γενεών από νομικούς είχε διαπλάσει μία από τις πιο αναπτυγμένες –και θα μπορούσε να πει κανείς τις πιο σοφιστικέ- θεωρίες, φαινόταν να αποτελεί την πιο κατάλληλη τεχνική για τη συνεργασία των ιδιωτικών επιχειρήσεων και της Διοίκησης…. Ωστόσο, για να εξασφαλισθεί η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, έπρεπε να μην επιμείνει κανείς στις καθιερωμένες αρχές της ισότητας των συμβαλλομένων και της σταθερότητας της αρχικής βούλησής τους. Για το λόγο αυτό, το Συμβούλιο της Επικρατείας, παρακινούμενο από τους θεωρητικούς της εποχής και υπό την επίδραση των κυβερνητικών επιτρόπων του καιρού, συνέλαβε και, στη συνέχεια, ανέπτυξε και τελειοποίησε αυτήν τη θεωρία μίας σύμβασης, που ήταν σύμβαση χωρίς να είναι ολοκληρωτικά, μίας σύμβασης, στο πλαίσιο της οποίας, η Διοίκηση, ως προνομιούχος συμβαλλόμενος, θα διέθετε ορισμένες εξουσίες για να διασφαλίσει την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, χωρίς, ωστόσο, να θυσιάζονται τα οικονομικά συμφέροντα του ιδιώτη αντισυμβαλλομένου».

58 Πράγματι, τα ίδια κριτήρια, επιδίωξη δημόσιου σκοπού και άσκηση δημόσιας εξουσίας από ένα ν.π.δ.δ καθορίζουν την έννοια και της διοικητικής πράξης: βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλο, ό.π., σ. 88-89, Γ. Σιούτη, ό.π., σ. 161, αλλά και της διοικητικής διαφοράς: βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλο-Κ. Κονδύλη, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 2, 16η εκδ., Νομική Βιβλιοθήκη, 2022, αρ. περ. 410.

59 Έτσι, σύμφωνα με το άρθρο 100 του ν. 3852/2010, όπως αυτό ερμηνεύεται από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ο σκοπός των προγραμματικών συμβάσεων είναι αναπτυξιακός (βλ. τις υπ'αριθμ. 2226-

ση της συνδρομής του τυπικού κριτηρίου άτοπη, καθώς, στην περίπτωση δύο δημοσίων νομικών προσώπων, δεν υπάρχει σχέση υπεροχής-υποταγής, παρά μόνο στην περίπτωση της εποπτείας, και στην έκταση που αυτή φθάνει[60]. Σε αυτήν την περίπτωση, θα ήταν ορθό, προκειμένου να διαπιστωθεί αν η υπό κρίση σύμβαση ιδρύει μία σχέση δημοσίου δικαίου, να εξετασθεί η νομική της φύση, δηλαδή αν αυτή διέπεται από το δημόσιο ή το ιδιωτικό δίκαιο[61]. Με βάση το κριτήριο αυτό, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, σε περίπτωση μίας σύμβασης μεταξύ δύο ν.π.δ.δ, υπάρχει τεκμήριο υπέρ του χαρακτήρα δημοσίου δικαίου της σχέσης που ιδρύει, και επομένως υπέρ του διοικητικού χαρακτήρα αυτής, καθώς ο κανόνας είναι ότι τα ν.π.δ.δ ενεργούν με βάση το δημόσιο δίκαιο και το τεκμήριο αυτό θα ανατρέπεται μόνο σε περίπτωση που η ιδρυόμενη έννομη σχέση εντάσσεται στο ιδιωτικό δίκαιο. Έτσι, θα έχουν το χαρακτήρα διοικητικής σύμβασης, οι προγραμματικές συμβάσεις μεταξύ δύο ν.π.δ.δ[62], όπως και οι συμβάσεις διαδημοτικής ή διαβαθμιδικής συνεργασίας, δεδομένου ότι έχουν ως αντικείμενο την εξασφάλιση της άσκησης, από τους συμβαλλομένους, μίας αρμοδιότητας τους που διέπεται από το δημόσιο δίκαιο. Επίσης, θα είναι διοικητική μία σύμβαση μεταξύ ενός ν.π.δ.δ και ενός δημοσίου νομικού προσώπου του ιδιωτικού δικαίου, σε περίπτωση που το

7/2011 αποφάσεις του VI Τμήματος και τις υπ'αριθμ. 78/2008 και 304/2006 Πράξεις του VII Τμήματος), σύμφωνα με το άρθρο 99 του ίδιου νόμου, ο σκοπός των συμβάσεων διαδημοτικής ή διαβαθμιδικής συνεργασίας είναι η άσκηση αρμοδιότητας για λογαριασμό ενός ή περισσοτέρων των συμβαλλομένων μερών ή η υποστήριξη της άσκησής της και, τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 176 του ν. 3463/2006, σκοπός των δανειακών συμβάσεων των δήμων και των κοινοτήτων, είναι η πραγματοποίηση σκοπών της αρμοδιότητας ή της δράσης τους, συμπεριλαμβανομένης και της αποπληρωμής ληξιπρόθεσμων ή μη οφειλών.

60 Και στην περίπτωση όμως αυτή, η εποπτεία ασκείται με διοικητικές πράξεις, βλ. Σ. Λύτρα, σε Απ. Γέροντα- Σ. Λύτρα-Π. Παυλόπουλο-Γ. Σιούτη-Σ. Φλογαΐτη, Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, 2018, σ. 82-84. Επ. Σπηλιωτόπουλο, Τόμος Ι, ό.π., σ. 232, και όχι με συμβάσεις.

61 Βλ., προκειμένου για τις προγραμματικές συμβάσεις του άρθρου 100 του ν. 3852/2010, το άρθρο μας με τον τίτλο «Οι προγραμματικές συμβάσεις», Τιμητικός Τόμος Γ. Παναγιωτόπουλου, εκδ. Σάκκουλα, 2022, σ. 1071 (1076 επ.).

62 Έτσι, στην ΑΠ 210/2016, αντίθετα με ότι έκρινε το Δικαστήριο, η επίμαχη προγραμματική σύμβαση ήταν διοικητική, καθώς είχε συναφθεί μεταξύ δύο ν.π.δ.δ και αφορούσε την άσκηση μίας αρμοδιότητάς τους, που ήταν η διαχείριση των οικιακών και των εξωοικιακών απορριμάτων.

δεύτερο αναλαμβάνει να παρέχει στο πρώτο μία συνδρομή για την άσκηση μίας αρμοδιότητάς του[63]. Αντίθετα, θα έχει το χαρακτήρα μίας σύμβασης του ιδιωτικού δικαίου, μία σύμβαση δανείου που συνάπτει ένας δήμος με το Κράτος ή με ένα ν.π.δ.δ, καθώς η ιδρυόμενη έννομη σχέση τοποθετείται στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου.

Και ως προς το ζήτημα αυτό, η θέση της γαλλικής νομολογίας ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της νομικής λογικής και, για το λόγο αυτό, θα ήταν ευκταίο αν οδηγούσε την ελληνική νομολογία να επανεξετάσει τον τρόπο της προσέγγισής της. Συγκεκριμένα, η γαλλική νομολογία[64] δέχεται ότι, κα-

63 Όπως συνέβαινε στην προγραμματική σύμβαση που αφορούσε η ΑΕΔ 14/2007, όπου η δημοτική επιχείρηση τεχνολογίας του δήμου Αμαρουσίου και το, προβλεπόμενο από το -πλέον καταργηθέν-άρθρο 2 του ν. 2909/2001, Ερευνητικό Ακαδημαϊκό Ινστιτούτο Τεχνολογίας Υπολογιστών, το οποίο αποτελούσε δημόσιο νομικό πρόσωπο του ιδιωτικού δικαίου, είχαν αναλάβει να συνδράμουν το δήμο για την εκτέλεση-υλοποίηση του επιχειρησιακού σχεδίου πληροφοριακής ανάπτυξης για τη χρονική περίοδο 2001- 2006.

64 Βλ. την απόφαση αρχής του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας της 21.3.1983, Union des assurances de Paris, rec., σ. 537, AJDA 1983, σ. 356, εισήγηση D. Labetoulle, RA 1983, σ. 368, παρατηρήσεις B. Pacteau, αναφορικά με μία σύμβαση μεταξύ του Κράτους, αντιπροσωπευόμενου από τον Υπουργό των Τηλεπικοινωνιών και των Ταχυδρομείων, και του ν.π.δ.δ εκμετάλλευσης των ωκεανών, με την οποία το δεύτερο ανέθετε στον Υπουργό τη διαχείριση ενός ωκεανογραφικού σκάφους. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η σύμβαση, λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου της, είχε δημιουργήσει μεταξύ των μερών έννομες σχέσεις που δεν διέπονταν αποκλειστικά από το ιδιωτικό δίκαιο, καθώς, όπως παρατηρούν οι, P.-L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 467, υπος. 87, «αφορούσε την εκτέλεση μίας δημόσιας υπηρεσίας». Εφαρμόζοντας αυτήν τη νομολογία, το γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε, με τη σειρά του, ότι ήταν διοικητική, μία σύμβαση μεταξύ της πόλης του Montpellier και του μικτού συνδέσμου ύδατος και αποχέτευσης της περιοχής Pic-Saint-Loup, με αντικείμενο την οργάνωση της δημόσιας υπηρεσίας της διανομής πόσιμου ύδατος, της κατανομής της λήψης νερού από το φρεάτιο του Lez και την εγγύηση της παροχής, από την πόλη του Montpellier στο μικτό σύνδεσμο, μίας συγκεκριμένης ποσότητας νερού σε τιμή κατώτερη του κόστους, καθώς είχε συναφθεί μεταξύ δύο δημοσίων νομικών προσώπων, με σκοπό την οργάνωση της δημόσιας υπηρεσίας τους. Εδώ, θα πρέπει να σημειωθεί, ότι η λύση αυτή της γαλλικής νομολογίας καθιερώθηκε αρκετά καθυστερημένα σε σχέση με το γερμανικό δίκαιο, στο οποίο, όπως σημειώνει ο τιμώμενος Καθηγητής, «Η διοικητική σύμβαση», ό.π., σ. 143 επ., από παλιά, γινόταν δεκτό ότι συμβάσεις μεταξύ δύο ν.π.δ.δ είναι διοικητικές, όταν έχουν ως αντικείμενο έννομες σχέσεις ή καταστάσεις δημοσίου δικαίου. Ως προς το σημείο αυτό, βλ. και H. Maurer-Ch. Waldhoff, ό.π., σ. 421, αρ. περ. 15 και σ. 424, αρ. περ. 17. Κατά τον ίδιο, σ. 135, αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι το συγκεντρωτικό γαλλικό κράτος δεν επέτρεψε, στον ίδιο τουλάχιστον βαθμό με το γερμανικό κράτος, την ανάπτυξη συμβατικών σχέσεων μεταξύ των διαφόρων ν.π.δ.δ, ενώ, όταν η ανάπτυξη της αυτοδιοίκησης έφερε, ως αναγκαία συνέ-

ταρχήν, υπάρχει τεκμήριο υπέρ του διοικητικού χαρακτήρα μίας σύμβασης μεταξύ δύο δημοσίων νομικών προσώπων, καθώς, «κατά κανόνα, μία τέτοια σύμβαση αποτελεί το σημείο όπου συναντούνται δύο διαχειρίσεις που διενεργούνται με βάση τους κανόνες του δημοσίου δικαίου»[65], το οποίο, όμως, ανατρέπεται σε περίπτωση που, «λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου της, η υπό κρίση σύμβαση δημιουργεί σχέσεις ιδιωτικού δικαίου μεταξύ των συμβαλλομένων μερών»[66].

ΙΙ. Οι αδυναμίες του ελληνικού διοικητικού δικαίου αναφορικά με το λειτουργικό και το τυπικό κριτήριο

Εκτός όμως από το οργανικό κριτήριο, αδυναμίες παρουσιάζουν και τα δύο άλλα κριτήρια, το λειτουργικό και το τυπικό. Συγκεκριμένα, αυτά χαρακτηρίζονται από ρευστότητα, καθώς δεν είναι πάντοτε εύκολο να κριθεί, αν μία σύμβαση επιδιώκει ένα δημόσιο σκοπό και αν διέπεται από εξαιρετικές ρήτρες, δηλαδή από «όρους που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, οι οποίοι εξασφαλίζουν στο Δημόσιο ή το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου

πεια, την ομοιογενή σύμβαση, τη σύμβαση συντονισμού των δραστηριοτήτων, η γαλλική θεωρία, έχοντας παγιώσει, από δεκαετίες, τα κριτήρια της διοικητικής σύμβασης με βάση τη νομολογία που είχε αναπτυχθεί στις ετερογενείς συμβάσεις, δυσκολεύθηκε στο νομικό της χαρακτηρισμό.

65 Κατά την χαρακτηριστική έκφραση του κυβερνητικού επιτρόπου D. Labetoulle στην εισήγησή του στην προαναφερθείσα απόφαση του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας, Union des assurances de Paris.

66 Το γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας έχει κρίνει, έτσι, ότι δημιουργεί μία έννομη σχέση ιδιωτικού δικαίου, μία σύμβαση μεταξύ του Εθνικού Ταμείου Ενέργειας και ενός δήμου, με την οποία το Ταμείο ανέλαβε την υποχρέωση να καταβάλει στο δήμο το ποσό των τόκων που αυτός όφειλε στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων για ένα δάνειο που του είχε χορηγήσει, με σκοπό την κατασκευή δημοσίων υποδομών, η οποία κατέστη αναγκαία από την αύξηση του πληθυσμού λόγω της ανέγερσης και της θέσης σε λειτουργία, στην εγγύτερη περιοχή, ενός πυρηνικού εργοστασίου: απόφαση της 1.3.2000, Commune de Morestel, rec., tab., σ. 899, όπως και μία σύμβαση μεταξύ ενός διαδημοτικού συνδέσμου διανομής ύδατος και μίας βελγικής δημόσιας εταιρείας διανομής ύδατος, με την οποία ο μεν διαδημοτικός σύνδεσμος ανέλαβε την υποχρέωση να προμηθεύει στην δημόσια εταιρεία ορισμένες ποσότητες ύδατος κατ'έτος, ενώ η τελευταία ανέλαβε την υποχρέωση να προμηθεύει στο δήμο την απαραίτητη ποσότητα ύδατος, σε περίπτωση βλάβης στις εγκαταστάσεις του και για όλο το χρονικό διάστημα μέχρι την αποκατάστασή της: απόφαση της 15.9.2004, Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord, rec., σ. 596.

υπερέχουσα θέση έναντι του αντισυμβαλλομένου του, δηλαδή θέση που δεν προσιδιάζει στον δυνάμει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου συναπτόμενο συμβατικό δεσμό»[67]. Του λόγου το αληθές αποδεικνύεται από το γεγονός ότι, όχι σπάνια, εκδηλώνεται διάσταση, είτε εντός των διοικητικών δικαστηρίων, είτε μεταξύ αυτών και των πολιτικών δικαστηρίων, ως προς τη συνδρομή κάποιου από τα δύο. Πιστεύουμε ότι η ρευστότητα που παρουσιάζουν μπορεί, αν όχι να αρθεί, τουλάχιστον να μειωθεί, σε περίπτωση που, αφενός, το τυπικό και το λειτουργικό κριτήριο συγχωνευθούν σε ένα (Α) και, αφετέρου, διαζευκτικά, καθιερωθεί και κάποιο άλλο κριτήριο, που να ανάγεται στο αντικείμενο της σύμβασης (Β).

Α) Όπως είναι γνωστό, το λειτουργικό κριτήριο αναφέρεται στον σκοπό της σύμβασης και, κατά βάση, στηρίζεται στη γενικότερη διάκριση της κρατικής δραστηριότητας ως imperium ή ως fiscus[68]. Έτσι, οι συμβάσεις που αποβλέπουν στη θεραπεία σκοπών που συνάπτονται με την άσκηση κρατικών αρμοδιοτήτων ή που ανάγονται στις συνταγματικές αποστολές του Κράτους πληρούν το κριτήριο αυτό, ενώ, αντίθετα, δεν το πληρούν οι συμβάσεις που συνάπτονται με βάση ιδιωτικοοικονομικά κριτήρια. Ωστόσο, πέρα από το γεγονός ότι, συχνά, συμβάσεις στις οποίες τα ιδιωτικοοικονομικά κριτήρια παίζουν βασική –συχνά μάλιστα πρωταρχική- σημασία θεωρούνται διοικητικές[69], σε περίπτωση που, παράλληλα, εξυπηρετείται και κάποιος άλλος

67 Έτσι η πάγια διατύπωση των δικαστικών αποφάσεων · βλ., ενδεικτικά: ΑΕΔ 7/2019, 17/2017, 21/2009, ΣτΕ 2676/2017, ΣτΕ 3507/2015.

68 Βλ. Β. Γκέρτσο-Δ. Πυργάκη, ό.π., σ. 367, Κ. Σκούρα, ό.π., αρ. περ. 7.

69 Για παράδειγμα, με την υπ'αριθμόν 858/2012 απόφασή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι μία σύμβαση κατασκευής, παραχώρησης και εκμετάλλευσης του λιμένα αναψυχής Λευκάδας είναι διοικητική, καθώς, εκτός από τα δύο άλλα απαιτούμενα κριτήρια, πληροί και αυτό της εξυπηρέτησης ενός δημόσιου σκοπού, δοθέντος ότι αποσκοπεί στην τουριστική εξυπηρέτηση της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης και στην εξύψωση του προσφερόμενου στην Ελλάδα τουριστικού προϊόντος. Όμως, η τουριστική εξυπηρέτηση της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης και η εξύψωση του προσφερόμενου στην Ελλάδα τουριστικού προϊόντος αποβλέπουν σε ταμιευτικό σκοπό, καθώς ο τουρισμός αποτελεί την κυριότερη πηγή εσόδων της χώρας μας. Την ίδια παρατήρηση μπορεί να κάνει κανείς και για την ΣτΕ 1285/2005, με την οποία το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχθηκε ότι η σύμβαση με την οποία παρέχεται το δικαίωμα λειτουργίας και εκμετάλλευσης καζίνο στις εγκαταστάσεις του Πόρτο Καρράς στη Χαλκιδική είναι διοικητική διότι, εκτός των άλλων δύο κριτηρίων,

σκοπός, τον οποίο το Δικαστήριο θεωρεί ως κύριο και ότι, όπως αποδείχθηκε κατά την περίοδο της δημοσιονομικής κρίσης, και το ταμιευτικό συμφέρον αποτελεί σκοπό δημοσίου συμφέροντος[70], η απάντηση στο ερώτημα, αν μία σύμβαση εξυπηρετεί κάποιο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικοοικονομικά κριτήρια δεν είναι πάντοτε εύκολη στην πράξη, και, κάποιες φορές, η νομολογία υιοθετεί διαφορετική θέση αναφορικά με συμβάσεις που παρουσιάζουν ομοιότητα μεταξύ τους. Για παράδειγμα, έχει κρίνει ότι είναι διοικητική η σύμβαση παραχώρησης της εκμετάλλευσης ανθοπωλείων εντός του χώρου Κοιμητηρίων, δεδομένου ότι «αποβλέπει στην εξυπηρέτηση σκοπού παρεπομένου χαρακτήρα προς την παρεχομένη από το δήμο δημόσια υπηρεσία της λειτουργίας του κοιμητηρίου»[71], ότι, όμως, δεν είναι διοικητική η σύμβαση παραχώρησης του δικαιώματος αφής στα ταφικά μνημεία, διότι «η ταφή συνιστά προαιρετικά παρεχόμενη υπηρεσία προς τους οικείους των νεκρών, αφού εξαρτάται από την βούλησή τους, με τους οποίους η ανάδοχος συνάπτει ατομικές συμβάσεις, δεν αποβλέπει στην ικανοποίηση σκοπού που να έχει αναχθεί από το νόμο σε δημόσιο σκοπό, όπως, αντιθέτως, είναι, ιδίως, η παραχώρηση των χώρων ταφής, η διατήρηση της ασφαλείας, της ευταξίας και της καθαριότητος του κοιμητηρίου, ούτε σε παρεπόμενο σκοπό αυτών, αλλά αποβλέπει, αποκλειστικά και μόνον, στη διευκόλυνση των οικείων των ταφέντων και την, εκ μέρους τους, απόδοση τιμής προς τους νεκρούς, η οποία αποτελεί αυστηρά προσωπική τους υπόθεση, μη εξυπηρετούσα, καθ' οιονδήποτε τρόπον, κανένα σκοπό δημοσίου συμφέροντος»[72]. Η αντιπαραβολή των δύο αυτών αποφάσεων γεννά εύλογα το ερώτημα, γιατί ο στολισμός των τά-

επιδιώκει και την εξυπηρέτηση δημόσιου σκοπού, που συνίσταται στην ανάπτυξη του τουρισμού και στην προσέλκυση τουριστών υψηλής στάθμης.

70 Μεταπλασμένο σε δημοσιονομικό συμφέρον· βλ.: *Κ. Γιαννακόπουλο*, Το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης, ΕφημΔΔ 1/2012, σ. 100, *Πρ. Παυλόπουλο*, Το Δημόσιο Δίκαιο στον αστερισμό της οικονομικής κρίσης. Ο οικονομικός «Λαβύρινθος», ο νεοφιλελεύθερος «Μινώταυρος» και ο θεσμικός «Θησέας», Εκδ. Λιβάνη, 2014, σ. 294 επ., Ι. Μαθιουδάκη, Μετασχηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης, ΕφημΔΔ 2011, σ. 478 επ.

71 ΣτΕ 1425/2001.

72 ΣτΕ 4035-8/2009.

φων από τους οικείους των νεκρών αποτελεί παρεπόμενη υπηρεσία προς τη δημόσια υπηρεσία της λειτουργίας του κοιμητηρίου, όχι όμως και η αφή των κανδηλιών στα ταφικά μνημεία[73] ή, αντίστροφα, γιατί η αφή των κανδηλιών στους τάφους, αποτελώντας απόδοση τιμής προς τους νεκρούς, αποτελεί αυστηρά προσωπική υπόθεση των οικείων τους, όχι όμως και ο στολισμός, εκ μέρους τους, των τάφων με άνθη. Εν προκειμένω, μπορεί να αναρωτηθεί κανείς, γιατί η σύμβαση παραχώρησης της εκμετάλλευσης των ανθοπωλείων δεν συνάπτεται με βάση ιδιωτικοοικονομικά κριτήρια, αφού, με τη μίσθωση των χώρων, ο δήμος επιδιώκει προεχόντως –αν όχι αποκλειστικά- την αύξηση των εσόδων του για την κάλυψη των εξόδων από τη λειτουργία του κοιμητηρίου[74]. Η κρίση αυτή της νομολογίας αξίζει να αντιπαραβληθεί με τη κρίση της αναφορικά με τη σύμβαση εκμίσθωσης του δικαιώματος εκμετάλλευσης του αναψυκτηρίου του Εθνικού Αρχαιολογικού Μουσείου, για την οποία έχει δεχθεί ότι αποβλέπει σε ταμιευτικό σκοπό για το Δημόσιο, και όχι στην άμεση ικανοποίηση συγκεκριμένου δημόσιου σκοπού[75]. Η σύγκριση των δύο αυτών αποφάσεων γεννά το ερώτημα, γιατί η σύμβαση εκμίσθωσης του δικαιώματος εκμετάλλευσης του αναψυκτηρίου του Μουσείου να μην αποβλέπει στην εξυπηρέτηση σκοπού παρεπόμενου χαρακτήρα προς τη δη-

73 Πρβλ. και την άποψη της μειοψηφίας στις προαναφερθείσες αποφάσεις, η οποία υποστήριξε ότι «η σύμβασις… αποβλέπει εις σκοπόν, ο οποίος μετέχει δημοσίου χαρακτήρος, εφ' όσον η αφή των καντηλιών εις τα κοιμητήρια αποσκοπεί, πέραν της ιδιωτικής εκδηλώσεως ευλαβείας, εις την οποίαν αφορά προεχόντως η μεταξύ του αναδειχθησομένου αναδόχου και των οικείων των θανόντων προαιρετικώς καταρτιζομένη σύμβασις, εις την απόδοσιν τιμής εις νεκρούς και εις την μέριμναν διά την ευταξίαν και ομαλήν λειτουργίαν του νεκροταφείου, εν όψει των παραδεδομένων ταφικών συνηθειών και εθίμων εις την χώρα, ούτω δε, αφορά εις παραχώρησιν δημοσίας υπηρεσίας, παρεπομένου χαρακτήρος προς την παρεχομένην διά της λειτουργίας του δημοτικού κοιμητηρίου και βάσει του εσωτερικού κανονισμού λειτουργίας του κοιμητηρίου δημοσίαν υπηρεσίαν, και αποτελεί διοικητικήν σύμβασιν».

74 Βλ. και τη γνώμη των παρέδρων στην ΣτΕ 1425/2001, σύμφωνα με την οποία, «η σύμβαση μισθώσεως των συγκεκριμένων ακινήτων του αιτούντος Δήμου, αποβλέπουσα στην επωφελέστερη εκμετάλλευσή τους και μη τελούσα υπό εξαιρετικό νομοθετικό καθεστώς που να εξασφαλίζει στον Δήμο, ως εκμισθωτή, υπερέχουσα θέση με την άσκηση δημοσίας εξουσίας, έχει αστικό χαρακτήρα και, συνεπώς, πάσα περί αυτήν αμφισβήτηση γεννά διαφορά ιδιωτικού δικαίου».

75 ΣτΕ 1731/2005.

μόσια υπηρεσία της λειτουργίας του Μουσείου, αλλά να επιδιώκει ταμιευτικό σκοπό και να μην συμβαίνει το ίδιο και με τη σύμβαση παραχώρησης της εκμετάλλευσης ανθοπωλείων εντός των κοιμητηρίων.

Τα παραπάνω, ενδεικτικά σταχυολογημένα, νομολογιακά παραδείγματα αποδεικνύουν ότι το όριο μεταξύ ενός δημόσιου και ενός ιδιωτικοοικονομικού σκοπού που μπορεί να επιδιώκει μία σύμβαση της Διοίκησης είναι συχνά δυσδιάκριτο στην πράξη, με συνέπεια ο προσδιορισμός του να μην είναι αναμφισβήτητος.

Αοριστία και ρευστότητα χαρακτηρίζει, όμως, και μάλιστα σε μεγαλύτερο βαθμό από το λειτουργικό, και το τυπικό κριτήριο[76]. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τη νομολογία, αυτό πληρούται, σε περίπτωση που ο συμβατικός δεσμός διέπεται από «εξαιρετικές ρήτρες, οι οποίες προσδίδουν υπερέχουσα θέση στο συμβαλλόμενο Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου - δηλαδή θέση η οποία δεν προσιδιάζει στον δυνάμει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου συναπτόμενο συμβατικό δεσμό - και οι οποίες προκύπτουν, είτε από το νομοθετικό καθεστώς, το οποίο διέπει τη σύμβαση, είτε από τους όρους της οικείας διακηρύξεως, είτε από το ίδιο το περιεχόμενο της σύμβασης»[77]. Η πάγια αυτή διατύπωση της νομολογίας γεννά το ερώτημα, πότε η θέση του συμβαλλόμενου ν.π.δ.δ «δεν προσιδιάζει στον, δυνάμει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου, συναπτόμενο συμβατικό δεσμό», συγκεκριμένα, αν θα πρέπει οι εξαιρετικές ρήτρες που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση σύμβαση να είναι αδύνατες σε μία σύμβαση του ιδιωτικού δικαίου, καθώς συ-

76 Έτσι και η κρίση του Δ. Ράϊκου, ό.π., σ. 32: «… η διαπίστωση της συνδρομής του δεύτερου λειτουργικού στοιχείου που απαιτείται για τον χαρακτηρισμό μιας δημόσιας σύμβασης ως διοικητικής έχει προκαλέσει διακυμάνσεις στη νομολογία, ακόμη και του ανωτάτου διοικητικού δικαστηρίου. Και τούτο, διότι δεν είναι πάντοτε ευχερώς εξακριβώσιμος ο χαρακτήρας της σύμβασης ως διοικητικής ή ιδιωτικού δικαίου βάσει του κανονιστικού καθεστώτος που διέπει αυτή, δηλαδή με βάση τις ρήτρες που περιλαμβάνονται σ' αυτήν και οι οποίες αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο και που τοποθετούν το δημόσιο ή το ΝΠΔΔ σε υπερέχουσα θέση έναντι του αντισυμβαλλομένου του, δηλαδή σε θέση μη προσιδιάζουσα σε συμβατικό δεσμό που συνάπτεται με βάση τις διατάξεις του ιδιωτικού δικαίου».

77 Βλ.: ΑΕΔ 7/2019, 17/2017, 21/2009, 6/2007, 10/2003, ΣτΕ 2676/2017, ΣτΕ 3507/2015, ΣτΕ 987/2011, ΣτΕ 3740/2012, ΣτΕ 3683/2008, ΣτΕ 1372/2007, ΣτΕ 3193/2006.

νάπτονται με προνόμια δημόσιας εξουσίας, αν θα πρέπει να είναι παράνομες ή αν θα πρέπει να είναι ασυνήθιστες[78]. Η νομολογία δεν είναι σταθερή ως προς τον τρόπο που ερμηνεύει το λειτουργικό κριτήριο, καθώς, άλλοτε θεωρεί ότι οι ρήτρες που περιέχει η υπό κρίση σύμβαση θα πρέπει να είναι αδύνατες σε μία σύμβαση του ιδιωτικού δικαίου[79] και άλλοτε ασυνήθιστες. Η διαφορετική αυτή προσέγγιση φαίνεται στη διάσταση της κρίσης ως προς τα δικαιώματα επιβολής κυρώσεων[80] και καταγγελίας μίας σύμβασης εκ μέρους της Διοίκησης. Εν προκειμένω, κάποιες αποφάσεις έχουν δεχθεί ότι τέτοιοι όροι δεν προσδίδουν υπερέχουσα θέση στο συμβαλλόμενο νομικό πρόσωπο, καθόσον τέτοια δικαιώματα υπέρ του ενός των συμβαλλομένων προβλέπονται και σε συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των διατάξεων του ιδιωτικού

78 Για τον αντίστοιχο προβληματισμό στο γαλλικό διοικητικό δίκαιο, βλ.: G. Vedel, Remarques sur la notion de la clause exorbitante, Mélanges offerts à Achille Mestre, Sirey, 1956, σ. 539, J. Moreau, Contrats, ό.π., no 306, A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, ό.π., σ. 218 επ., καθώς και την εισήγηση του κυβερνητικού επιτρόπου F. Desportes στην απόφαση του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας της 13.10.2014, Société Axa France IARD, RFDA 2014, σ. 1068 (1073).

79 Ως αδύνατες ρήτρες στις συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου, θα πρέπει να θεωρηθούν, για παράδειγμα, η δυνατότητα του Δημοσίου να εφαρμόζει το νόμο περί εισπράξεως δημοσίων εσόδων: ΣτΕ 3986/2009, να μεταβάλει μονομερώς τους όρους της σύμβασης χάριν του δημοσίου συμφέροντος: ΣτΕ 3042/2003 ή να επιβάλει κυρώσεις με εκτελεστές διοικητικές πράξεις: ΣτΕ 699/2014, ΣτΕ 1285/2005, ΣτΕ 3763/1999, ΣτΕ 1383/1999, ΣτΕ 3676/1997.

80 Προκειμένου για τις κυρώσεις, η διάσταση των θέσεων της νομολογίας θα πρέπει να αποδοθεί, τουλάχιστον εν μέρει, στον διαφορετικό τρόπο θεώρησης τους, συγκεκριμένα, στο αν λαμβάνεται υπόψη το περιεχόμενο ή τα αποτελέσματά τους, αν δηλαδή αυτές επιφέρουν τα ίδια ή παρόμοια αποτελέσματα με ρήτρες που περιλαμβάνονται στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου. Στη δεύτερη περίπτωση, αν δηλαδή λαμβάνονται υπόψη τα αποτελέσματα των κυρώσεων, υπάρχουν περισσότερες πιθανότητες οι ρήτρες που τις προβλέπουν να μην θεωρηθούν εξαιρετικές, στις περιπτώσεις που τα αποτελέσματα αυτά παρουσιάζουν ομοιότητα με συνέπειες που προβλέπονται στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου, όπως συμβαίνει, για παράδειγμα, με το δικαίωμα επιβολής προστίμου, το οποίο επιφέρει τα ίδια αποτελέσματα με τις ποινικές ρήτρες των συμβάσεων του ιδιωτικού δικαίου. Για το ότι και η νομολογία των γαλλικών, διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων, κάνει μία τέτοια διάκριση για την απόφανση στο ερώτημα αν η υπό κρίση ρήτρα παρουσιάζει «υπέρμετρο χαρακτήρα», βλ. Ch. Fardet, La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA 1999, σ. 115 (116), R. Chapus, ό.π., σ. 552, ο οποίος παρατηρεί ότι «το να δέχεται κανείς ότι η υπό κρίση ρήτρα δεν είναι από αυτές, οι οποίες, λόγω της φύσης τους, δεν μπορούν να συνομολογηθούν κατά το ιδιωτικό δίκαιο, καταλήγει στο να δυσχεραίνει τον ορισμό της «υπέρμετρης ρήτρας», σε σημείο που θα ήταν προτιμότερο να τον εγκαταλείψει».

δικαίου[81], πράγμα που σημαίνει ότι εκλαμβάνουν τις «εξαιρετικές ρήτρες» ως αδύνατες στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου, κάποιες άλλες ότι του προσδίδουν, δεδομένου ότι, με αυτές, το συμβαλλόμενο νομικό πρόσωπο μπορεί να παρεμβαίνει μονομερώς στο συμβατικό δεσμό[82], πράγμα που σημαίνει ότι τις εκλαμβάνουν ομοίως ως αδύνατες στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου[83] και, τέλος, κάποιες άλλες αποφάσεις, επίσης, ότι του προσδίδουν, με την αιτιολογία ότι τέτοιες ρήτρες υπέρ του ενός των συμβαλλομένων τίθενται, προεχόντως, σε διοικητικές συμβάσεις, ανεξαρτήτως του εάν θα ήταν δυνατόν να προβλέπονται και σε συμβάσεις συναπτόμενες βάσει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου[84], πράγμα που σημαίνει ότι τις εκλαμβάνουν ως ασυνήθιστες στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου.

81 Βλ. τις ΣτΕ 1372/2007, ΣτΕ 1173/2004 και ΣτΕ 3144/2005, οι οποίες αφορούσαν τις συμβάσεις του ΙΚΑ με ιδιωτικά ιατρικά κέντρα για τη διεξαγωγή εξετάσεων στους ασφαλισμένους του και την ΣτΕ 16/2012, που αφορούσε τις συμβάσεις του ΟΓΑ με ιδιωτικές κλινικές, όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν αποτελούν ρήτρες που να αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, προβλέψεις στη σύμβαση περί του δικαιώματος του ΟΓΑ να επιβάλλει κυρώσεις σε βάρος της ιδιωτικής κλινικής, ούτε ο όρος περί δικαιώματος μονομερούς καταγγελίας της σύμβασης εκ μέρους του ΟΓΑ, δεδομένου ότι τέτοια δικαιώματα υπέρ του ενός των συμβαλλομένων προβλέπονται και σε συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου. Ειδικότερα, οι κυρώσεις, που, πάντως δεν έχουν ως περιεχόμενο την καθ' οιονδήποτε τρόπο διακοπή της λειτουργίας της κλινικής, μπορεί να περιέχονται και σε ιδιωτικές συμβάσεις, όσον αφορά την χρηματική μορφή τους, με τον τύπο της υποχρέωσης σε αποζημίωση ή της ποινικής ρήτρας».

82 Βλ. τις ΣτΕ 443-444/2013, προκειμένου για τη σύμβαση του ΙΚΑ με ιδιωτικό θεραπευτήριο για την παροχή εξωνοσοκομειακής υγειονομικής περίθαλψης στους ασφαλισμένους του, στις οποίες, όμως, μία μειοψηφούσα γνώμη υποστήριξε την άποψη ότι η δυνατότητα μονομερούς επεμβάσεως στο συμβατικό δεσμό, με την άσκηση ελέγχου και την επιβολή κυρώσεων, δεν προσδίδει, άνευ ετέρου, υπερέχουσα θέση στο ΙΚΑ έναντι του αντισυμβαλλομένου θεραπευτηρίου, διότι οι ρήτρες αυτές μπορούν να προβλεφθούν και σε συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου.

83 Θεωρώντας, όμως, σε αντίθεση με τις αποφάσεις της πρώτης κατηγορίας, δηλαδή αυτές που θεωρούν ότι μία ρήτρα που χορηγεί στο συμβαλλόμενο ν.π.δ.δ δικαίωμα καταγγελίας δεν είναι εξαιρετική, ότι, με το δικαίωμα καταγγελίας, το ν.π.δ.δ έχει την εξουσία να παρεμβαίνει μονομερώς στο συμβατικό δεσμό, κάτι που δεν συμβαίνει προκειμένου για το δικαίωμα καταγγελίας που προβλέπεται στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου υπέρ του ενός ή και των δύο από τους συμβαλλομένους.

84 Βλ. την ΑΕΔ 17/2019, προκειμένου για τη σύμβαση μεταξύ του Δημοσίου (εκπροσωπούμενου από το Υπουργείο Εξωτερικών) και μίας ΜΚΟ, με αντικείμενο τη χρηματοδότηση του αναπτυξιακού έργου «Δράση κατά της παράνομης σωματεμπορίας αλλοδαπών γυναικών».

Πιστεύουμε ότι ο τρόπος με τον οποίο η νομολογία εξετάζει το αν πληρούται το τυπικό κριτήριο δεν είναι ορθός, για περισσότερους λόγους. Καταρχήν, βασίζεται σε μία «κλασσική» αντίληψη των συμβάσεων του ιδιωτικού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, αυτές βασίζονται στην ισότητα των συμβαλλομένων[85], η οποία όμως δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα, καθώς, και στο ιδιωτικό δίκαιο, δεν είναι σπάνιες οι συμβάσεις στις οποίες τα μέρη δεν βρίσκονται σε ισότιμη σχέση[86]. Ύστερα, μπορεί κανείς να διερωτηθεί «πως ο διοικητικός δικαστής, ο οποίος δεν κρίνει ποτέ τις συμβάσεις μεταξύ ιδιωτών, είναι σε θέση να διακρίνει, ποιοι όροι είναι συνηθισμένοι σε αυτές και ποιοι ασυνήθιστοι»[87], πολλώ δε μάλλον που, λόγω της εξέλιξης,

85 Σύμφωνα με την άποψη του G. Vedel, ό.π., οι εξαιρετικές ρήτρες «δεν είναι αυτές που θα ήταν αδύνατες ή παράνομες σε μία σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, αλλά εκείνες που είναι σπάνιες και, κατά συνέπεια, ελάχιστα πιθανές ή ασυνήθιστες ή μη αποδεκτές σε σχέση με το «plerumque fit» (συνήθως συμβαίνον) στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών· ο δικαστής κρίνει, έχοντας υπόψη του ένα ιδανικό μοντέλο των σχέσεων του ιδιωτικού δικαίου: ισότητα των συμβαλλομένων, ισοδυναμία των ωφελειών και των βαρών που απορρέουν από τη σύμβαση, ελευθερία διαπραγμάτευσης των ρητρών της σύμβασης, με αναφορά σε συμβαλλομένους που έχουν ίση δύναμη και ίσες διαστάσεις».

86 Με χαρακτηριστικό παράδειγμα τις συμβάσεις προσχώρησης, τις οποίες καταρτίζει το ισχυρότερο από τα μέρη μίας σύμβασης και στις οποίες προσχωρεί το ασθενέστερο. Ήδη, από το 1956, στην εισήγησή του στην απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας της 11.5.1956, Société Gondrand, AJDA 1956, σ. 247, ο τότε κυβερνητικός επίτροπος (και μετέπειτα Πρόεδρος του Δικαστηρίου) M. Long είχε τονίσει: «Το δημόσιο δίκαιο δεν διαθέτει το μονοπώλιο των συμβάσεων που στηρίζονται στην ανισότητα των δικαιωμάτων των συμβαλλομένων. Τέτοιες συμβάσεις υπάρχουν και στο ιδιωτικό δίκαιο, είτε πρόκειται για συμβάσεις προσχώρησης, είτε για συμβάσεις μεταξύ εταιρειών διαφορετικού μεγέθους. Απαντώνται επίσης στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου δικαιώματα μονομερούς επέμβασης στο συμβατικό δεσμό, όπως και παραπομπές σε καθορισμένους τύπους αναπροσαρμογής της τιμής, σε γενικούς όρους πληρωμής και σε ρήτρες ευθύνης που έχουν καθοριστεί από τα σωματεία των εργαζομένων». Για το θέμα αυτό, βλ. και: M. Canedo, L'exorbitance du droit des contrats administratifs, *in* F. Melleray, L'exorbitance du droit administratif en question(s), Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2004, σ. 127, Frédéric Buy - Charles-André Dubreuil, "Regards croisés droit public-droit privé: Qu'est-ce qu'une clause exorbitante de droit commun ?, JCP, La Semaine juridique, 2014, no 2033, M.-E. André -J. Raynard, Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante, *in* Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. Guibal, Faculté de droit de Montpellier, Collection Mélanges, Université Montpellier I, 2006, σ. 783.

87 Βλ. G. Vedel, Remarques sur la notion de clause exorbitante, ό.π., σ. 539. Από τη μεριά του, ο J. Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif?, ό.π., σ. 294, αναζητώντας το κριτήριο του διοικητικού δικαίου, εκτιμά ότι το διοικητικό δίκαιο δεν μπορεί να οριστεί παρά μόνο με αναφορά

στην πράξη, της συμβατικής ελευθερίας, οι ρήτρες των συμβάσεων του ιδιωτικού δικαίου έχουν ποικίλο και μεταβαλλόμενο περιεχόμενο.[88] Τέλος, το γεγονός ότι κάποιες ρήτρες δεν «προσιδιάζουν στον συναπτόμενο βάσει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου συμβατικό δεσμό» δεν σημαίνει αναγκαστικά ότι έχουν χαρακτήρα διοικητικού δικαίου, καθώς μπορεί να μην «προσιδιάζουν» γιατί είναι ασυνήθιστες ή παράνομες,[89] με συνέπεια, η πρόβλεψή τους σε μία σύμβαση της Διοίκησης να μην την καθιστά διοικητική. Επομένως, για την απάντηση στο ερώτημα, αν οι ρήτρες μίας σύμβασης ιδρύουν μία σχέση διοικητικού δικαίου, θα πρέπει να εξετάσει κανείς, αν αυτές παρουσιάζουν τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της διοικητικής δράσης, που είναι, αφενός μεν, η άσκηση δημόσιας εξουσίας, η οποία συνεπάγεται μία θέση υπεροχής της Διοίκησης απέναντι στους διοικουμένους, με την χορήγηση προνομίων σε αυτήν ή την επιβολή υποχρεώσεων σε εκείνους, αφετέρου δε, η επιδίωξη του δημοσίου συμφέροντος. Αυτό σημαίνει, ότι εξαιρετικές θα πρέπει να θεωρηθούν εκείνες οι ρήτρες που ιδρύουν μία σχέση ανισότητας μεταξύ της Διοίκησης και του αντισυμβαλλομένου της, η οποία δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος. Και αυτό, επειδή ρήτρες που εξασφαλίζουν την υπερέχουσα θέση του ενός συμβαλλομένου απαντώνται και στις συμβάσεις

στο ιδιωτικό δίκαιο, κάτι που αποτελεί, τόσο μία ιστορική αλήθεια, καθώς το διοικητικό δίκαιο δημιουργήθηκε από το ιδιωτικό δίκαιο μετά από μία μακρά προσπάθεια διαφοροποίησης, όσο και μία πρακτική ανάγκη, δεδομένου ότι δεν μπορούμε να χαρακτηρίσουμε ένα σύστημα και να τονίσουμε την πρωτοτυπία του παρά μόνο σε σχέση με ένα άλλο σύστημα, ωστόσο, υποστηρίζει (σ. 296) ότι μόνο μία συγκριτική μελέτη, που θα γίνει από εκπροσώπους και του διοικητικού και του ιδιωτικού δικαίου, μπορεί να αναδείξει, σε ποια σημεία το διοικητικό δίκαιο αποκλίνει από το ιδιωτικό δίκαιο. Και τονίζει: «όσο ο δημοσιολόγος ή ο ιδιωτικολόγος θα αρκείται να αναλύει τους κανόνες του κλάδου του και να τις αντιπαραβάλει ενίοτε με την ιδέα που έχει για το γειτονικό κλάδο, η γνώση των ορίων τους δεν θα προχωρήσει καθόλου. Και ο λόγος είναι ότι η εξειδίκευση έχει τους δικούς της νόμους και είναι λίγοι αυτοί που επιτυγχάνουν να αποκτήσουν την εποπτεία του κλάδου τους, χωρίς να πρέπει να την πληρώσουν με ένα αναπόφευκτο αντίτιμο, που είναι μία ιδέα απλουστευτική και ενίοτε παρωχημένη του γειτονικού κλάδου».

88 Βλ. την εισήγηση του κυβερνητικού επιτρόπου F. Desportes στην απόφαση του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας της 13.10.2014, Société Axa France IARD, ό.π., σ. 1074· επίσης, P.L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 458.

89 F. Desportes, ό.π.

του ιδιωτικού δικαίου, όμως, εκεί, δεν δικαιολογούνται από την ανάγκη εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος, αλλά από την ανάγκη εξυπηρέτησης των ιδιωτικών συμφερόντων του μέρους αυτού. Προκειμένου, έτσι, το τυπικό κριτήριο να ερμηνευθεί κατά τρόπο που να αναδεικνύονται τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της διοικητικής δράσης, θα πρέπει να συγχωνευθεί με το λειτουργικό κριτήριο, πράγμα που σημαίνει ότι δεν θα πρέπει να απαιτείται, η σύμβαση να επιδιώκει την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, αλλά ο σκοπός αυτός θα πρέπει να δικαιολογεί την πρόβλεψη ρυθμίσεων στη σύμβαση ή στο νόμο που τη διέπει, οι οποίες να εξασφαλίζουν υπερέχουσα θέση της Διοίκησης απέναντι στον αντισυμβαλλόμενό της, είτε με τη χορήγηση προνομίων σε αυτήν[90], είτε με την υποβολή υποχρεώσεων σε εκείνον[91]. Με τον τρόπο αυτό, ο ορισμός του τυπικού κριτηρίου θα αναδεικνύει τον διοικητικό του χαρακτήρα και θα γίνει πιο σαφής, ενώ το λειτουργικό κριτήριο δεν θα αποβάλει το περιεχόμενο που έχει, το οποίο στηρίζεται στην αντιπαράθεση του δημοσίου συμφέροντος με ιδιωτικοοικονομικά κίνητρα, καθώς οι περιεχόμενες σε μία σύμβαση ρήτρες, με τις οποίες η Διοίκηση δεν θα επιδίωκε την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, αλλά την ικανοποίηση του ταμιευτικού της συμφέροντος, δεν θα θεωρούνται ότι της παρέχουν μία υπερέχουσα θέση που δεν προσιδιάζει σε μία σύμβαση του ιδιωτικού δικαίου[92]. Περαιτέρω, η συγχώνευση των δύο κριτηρίων σε ένα δικαιολογείται και

90 Για παράδειγμα, η πρόβλεψη, στη σύμβαση, υπέρ της Διοίκησης, εξουσιών ελέγχου της ορθής εκπλήρωσης, εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου της, των συμβατικών του υποχρεώσεων ή καταγγελίας, αναφορικά με τις οποίες, όπως προαναφέρθηκε, υπάρχει διάσταση των κρίσεων της νομολογίας, θα πρέπει να θεωρούνται ότι της προσδίδουν υπερέχουσα θέση, σε περίπτωση που ο δικαιολογητικός τους λόγος έγκειται στην ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος· πρβλ. A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, ό.π., σ. 221.

91 Σε αυτήν την περίπτωση, υπάγονται, για παράδειγμα, ρήτρες που περιέχονται στις συμβάσεις παραχώρησης και που επιβάλλουν στον παραχωρησιούχο, να παρέχει την δημόσια υπηρεσία που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης σε όλους τους χρήστες, κατά τρόπο συνεχή, οικονομικά προσιτό και τηρώντας τους όρους ασφαλείας.

92 Για παράδειγμα, ακόμη και αν σε μία σύμβαση εκμίσθωσης ενός ακινήτου ενός δήμου ή μίας κοινότητας σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων, η οποία, σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, δεν είναι διοικητική, καθώς αποβλέπει στην επίτευξη του καλύτερου οικονομικού αποτελέσματος και στην εξυπηρέτηση ταμιευτικών σκοπών του

από το γεγονός ότι η ξεχωριστή εξέταση της συνδρομής τους είναι –πιστεύουμε- άτοπη, καθώς, από τη μία μεριά, η διαπίστωση της πλήρωσης του λειτουργικού κριτηρίου αποβαίνει περιττή, στην περίπτωση που, στη συνέχεια, διαπιστωθεί ότι δεν πληρούται το τυπικό κριτήριο, ενώ, από την άλλη μεριά, είναι δύσκολο-αν όχι αδύνατο- να φανταστεί κανείς μία σύμβαση που να δημιουργεί εξαιρετικό καθεστώς υπέρ του συμβαλλόμενου ν.π.δ.δ και, παρά ταύτα, η σύμβαση να μην επιδιώκει την ικανοποίηση δημόσιου σκοπού.

Και ως προς το ζήτημα αυτό, η νομολογία των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων θα μπορούσε να αποτελέσει την αφετηρία μίας επανεξέτασης, από την ελληνική νομολογία, της θέσης της. Πιο συγκεκριμένα, με την απόφασή του με ημερομηνία 12.10.2013, Société Axa[93], το Δικαστήριο Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας προσδιόρισε την έννοια της «υπέρμετρης ρήτρας»[94], η ύπαρξη της οποίας σε μία σύμβαση της Διοίκησης προσδίδει σε αυτήν διοικητικό χαρακτήρα[95], την οποία, μέχρι τότε, η νομολογία ερμήνευε ως «μία ρήτρα αναφορικά με δικαιώματα και υποχρεώσεις, τα οποία, εκ φύσεως, είναι ξένα από αυτά που μπορούν να συνομολογηθούν στο πλαίσιο του αστικού ή του εμπορικού δικαίου», συνδέοντάς την με την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος[96]. Εν προκειμένω, το Δικαστήριο έκρινε ότι θα πρέπει η υπό κρίση

οικείου ΟΤΑ (βλ.:ΣτΕ 257/2011, ΣτΕ 3627/2009, ΣτΕ 832/2007, ΣτΕ 479-480/2001), περιέχονται ρήτρες που εξασφαλίζουν στο συμβαλλόμενο ΟΤΑ υπερέχουσα θέση απέναντι στον αντισυμβαλλόμενό του, αυτές δεν θα πρέπει να θεωρηθούν εξαιρετικές, καθόσον δεν δικαιολογούνται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, αλλά αποβλέπουν σε ταμιευτικό σκοπό. Για το ότι οι ρήτρες που περιέχονται σε μία σύμβαση αξιοποίησης της ιδιωτικής περιουσίας ενός ν.π.δ.δ δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως «εξαιρετικές», βλ. και Ch. Fardet, ό.π., σ. 116.

93 AJDA 2014, σ. 1280, χρονικό νομολογίας J. Lessi-L. Dutheillet de Lamothe, JCA 2015, σ. 2020, παρατηρήσεις H. Pauliat, RFDA 2014, σ. 1068, εισήγηση Desportes, RFDA 2015, σ. 23, παρατηρήσεις J. Martin.

94 «Clause exorbitante».

95 Ας σημειωθεί, ότι η καθιέρωση, ως ενός κριτηρίου για το νομικό χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της Διοίκησης ως διοικητικής, της ύπαρξης, σε αυτήν, ρητρών που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, ανάγεται στην απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας της 31 Ιουλίου 1912, Société des Granits porphyroides des Vosges, rec., σ. 909, S. 1917, 3,15, εισήγηση L. Blum, RDP 1914, σ. 145, παρατηρήσεις G. Jèze.

96 Την άποψη ότι, ως «υπέρμετρη ρήτρα», θα πρέπει να νοηθεί και η ρήτρα που φέρει «διοικητικό χαρακτήρα», ο οποίος μπορεί να αποκαλύπτεται και από τους λόγους και το σκοπό που την

ρήτρα να σημαίνει ότι η σύμβαση στην οποία περιέχεται υπάγεται σε ένα εξαιρετικό καθεστώς με σκοπό την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, όπως θα συμβαίνει, ιδίως, στην περίπτωση των ρητρών που παρέχουν στο συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπα προνόμια δημόσιας εξουσίας κατά την εκτέλεση της σύμβασης[97]. Όπως τόνισε χαρακτηριστικά στην εισήγησή του ο κυβερνητικός επίτροπος[98], για να παρουσιάζει αυτό το χαρακτηριστικό η υπό κρίση ρήτρα, δύο προϋποθέσεις θα πρέπει να πληρούνται: πρώτον, θα πρέπει να ιδρύει μία άνιση σχέση υπέρ του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου, όπως θα συμβαίνει στην περίπτωση που του χορηγεί δικαιώματα διεύθυνσης, ελέγχου ή επιβολής κυρώσεων και, δεύτερον, θα πρέπει να επιδιώκει την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, πράγμα που σημαίνει ότι δεν μπορούν να θεωρηθούν ως εξαιρετικές εκείνες οι ρήτρες που, αν και είναι ασυνήθιστες στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου ή άνισες, δεν δικαιολογούνται από την ανάγκη εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος.

Πιστεύουμε ότι η ανωτέρω νομολογία του γαλλικού Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας έχει κάποιες πιθανότητες να εμπνεύσει και τη νομολογία του δικού μας Συμβουλίου της Επικρατείας, καθώς υπάρχουν αποφάσεις του, με τις οποίες δέχθηκε ότι, ρήτρες που δικαιολογούνται από εκτιμήσεις δημοσίου συμφέροντος προσδίδουν μία υπερέχουσα θέση στο συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο απέναντι στον αντισυμβαλλόμενό του. Για παράδειγμα, με την υπ'αριθμ. 3986/2009 απόφασή του, το Ανώτατο

δικαιολογούν, όπως θα συμβαίνει με τις ρήτρες που δικαιολογούνται από εκτιμήσεις δημοσίου συμφέροντος, εκφράζουν και οι A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, ό.π., σ. 226-227. Την ίδια άποψη είχε υποστηρίξει, στην προμνημονευθείσα εισήγησή του στην απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας της 11.5.1956, Société Gondrand, και ο κυβερνητικός επίτροπος M. Long, ο οποίος, αναφερόμενος στις ρήτρες των συμβάσεων του ιδιωτικού δικαίου που ιδρύουν μία σχέση ανισότητας μεταξύ των μερών, είχε τονίσει: «Αυτό που διαφοροποιεί αυτές τις ρήτρες με αυτές που συναντούμε στο δημόσιο δίκαιο είναι… ότι το έρεισμά τους είναι ολότελα ξένο με το σκοπό δημοσίου συμφέροντος που τις εξηγεί και τις δικαιολογεί στο δημόσιο δίκαιο».

97 Βλ.και τις μεταγενέστερες αποφάσεις του Δικαστηρίου, με τις οποίες αυτό επαναλαμβάνει τη νομολογία Société Axa, της 12. 2.2018, SARL The Congres House, AJDA 2018, σ. 1721 και της 8.2.2021, SNCF et SNCF R*é*seau, AJDA 2021, σ. 1336.

98 RFDA 2014, σ. 1068, ό.π.

Δικαστήριο έκρινε ότι καθιερώνει υπερέχουσα θέση υπέρ του συμβαλλόμενου Δημοσίου ρήτρα που επιτρέπει την καταγγελία της σύμβασης, μεταξύ άλλων λόγων, και λόγω γεγονότων που καθορίζουν ουσιωδώς την εφαρμογή και τις επιδιώξεις της κρατικής πολιτικής, ήτοι για λόγους συνδεόμενους με πολιτικές εκτιμήσεις και αναγόμενους στην άσκηση κυβερνητικής πολιτικής. Με αυτήν την απόφαση, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται, δηλαδή, ότι μία ρήτρα που επιτρέπει την καταγγελία μίας σύμβασης για λόγους δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι επηρεάζουν τη διαμόρφωση της κρατικής πολιτικής, αποκλίνει από το κοινό δίκαιο και καθιερώνει μία υπερέχουσα θέση υπέρ του συμβαλλόμενου Δημοσίου: πράγματι, αν το δικαίωμα καταγγελίας καθιερώνεται και στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου υπέρ του ενός συμβαλλομένου, ωστόσο, σε αυτές, δικαιολογείται από την αθέτηση, από τον άλλο συμβαλλόμενο, των συμβατικών του υποχρεώσεων[99]. Αντίστοιχα, με την υπ'αριθμ. 3521/2011 απόφασή του, το Ανώτατο Δικαστήριο δέχθηκε ότι σύμβαση συναπτόμενη μεταξύ ΟΤΑ και ιδιώτη με αντικείμενο το σχεδιασμό και την υλοποίηση του σχεδίου στάθμευσης των οχημάτων εντός των ορίων του ΟΤΑ είναι διοικητική, καθώς η υπερέχουσα θέση του ΟΤΑ είναι δεδομένη εκ του νόμου, δεδομένου ότι η ανατεθείσα στον ιδιώτη αρμοδιότητα διέπεται από γενικότερο νομοθετικό καθεστώς (άρθρα 29 και 30 ΔΚΚ) που επιτρέπει στους ΟΤΑ να προβαίνουν σε κανονιστική ρύθμιση των θεμάτων κυκλοφορίας και στάθμευσης των οχημάτων και της διαδικασίας επιβολής

99 Στο ίδιο πνεύμα, και το γαλλικό Δικαστήριο Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας, με την απόφασή του της 5.7.1999, UGAP, έκρινε ότι αποτελεί «υπέρμετρη ρήτρα», η ρήτρα που καθιερώνει ένα δικαίωμα καταγγελίας του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου, χωρίς ο αντισυμβαλλόμενός του να έχει αθετήσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις». Όπως παρατηρεί ο Ch. Fardet, ό.π., σ. 117-118, «μία ρήτρα που επιτρέπει την καταγγελία μίας σύμβασης μόνο στις προβλεπόμενες από αυτήν περιπτώσεις δεν μπορεί, a priori, να θεωρηθεί ότι συνδέεται πρωτίστως με το δημόσιο συμφέρον, για το λόγο ότι βρίσκει το έρεισμά της στη σύμβαση. Επιπλέον, το γεγονός ότι το δικαίωμα καταγγελίας απαντάται συχνά και στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου αποδεικνύει ότι το δημόσιο συμφέρον δεν είναι εγγενές της στοιχείο. Αντίθετα, στην περίπτωση της απόφασης του Δικαστηρίου Συγκρούσεων Δικαιοδοσίας, μόνο εκτιμήσεις δημοσίου συμφέροντος θα μπορούσαν να υπαγορεύσουν στο συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο να καταγγείλει τη σύμβαση. Ο λόγος καταγγελίας δεν είναι η αθέτηση, εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου του, των συμβατικών του υποχρεώσεων, αλλά το δημόσιο συμφέρον».

και καθορισμού του ύψους των προστίμων, η οποία συνεπάγεται τη μονομερή μεταβολή των όρων και συνθηκών εκτέλεσης της σύμβασης χάριν του δημοσίου συμφέροντος.

Οι δύο αυτές αποφάσεις μαρτυρούν ότι η ερμηνεία της έννοιας της «εξαιρετικής ρήτρας» ή του «εξαιρετικού καθεστώτος», υπό την έννοια ότι χορηγούν στη Διοίκηση προνόμια δημόσιας εξουσίας που δικαιολογούνται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, δεν είναι άγνωστη στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας. Θα ήταν έτσι ευκταίο, οι αποφάσεις αυτές, σε συνδυασμό με τις εξελίξεις της νομολογίας των γαλλικών δικαστηρίων, τις οποίες το Συμβούλιο της Επικρατείας αρκετά συχνά λαμβάνει υπόψη του, να το παρακινήσουν σε έναν επανακαθορισμό της έννοιας της εξαιρετικής ρήτρας.

Β) Η συγχώνευση του λειτουργικού με το τυπικό κριτήριο δεν θα αρκούσε, ωστόσο, για να άρει κάθε αμφιβολία σχετικά με το χαρακτηρισμό μίας ρήτρας που περιέχεται σε μία σύμβαση της Διοίκησης ως εξαιρετικής και, συνακόλουθα, σχετικά με το χαρακτηρισμό αυτής ως διοικητικής. Πράγματι, θα καταλείπονταν περιπτώσεις ρητρών που δεν θα μπορούσαν να χαρακτηρισθούν αναμφίβολα ως εξαιρετικές και, όμως, το νομικό ένστικτο θα μας έλεγε ότι η σύμβαση στην οποία περιλαμβάνονται είναι διοικητική. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν οι ρήτρες που παρέχουν στο συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση, για τις οποίες, όπως προαναφέρθηκε, η νομολογία αμφιταλαντεύεται, καθώς άλλες αποφάσεις δέχονται ότι μία τέτοιες ρήτρες αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, ενώ, άλλες, ότι δεν αποκλίνουν, δεδομένου ότι δικαίωμα καταγγελίας υπέρ του ενός συμβαλλομένου προβλέπεται συχνά και στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου. Η διάσταση αυτή της νομολογίας οδηγεί στο, καθόλου σύμφωνο με την αρχή της συνέπειας - που θα πρέπει να διέπει το δίκαιο γενικά, στο οποίο περιλαμβάνεται και η νομολογία- αποτέλεσμα, συμβάσεις με το ίδιο αντικείμενο να χαρακτηρίζονται διαφορετικά. Και εδώ, το γαλλικό διοικητικό δίκαιο θα μπορούσε να υποδείξει μία λύση για την επίλυση του προβλήματος.

Συγκεκριμένα, σε αυτό, για το νομικό χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της

Διοίκησης ως διοικητικής, χρησιμοποιείται, διαζευκτικά, εκτός από το κριτήριο της ύπαρξης, στη σύμβαση, ρητρών που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, και ένα άλλο κριτήριο, που είναι η ύπαρξη μίας «προνομιακής σχέσης μεταξύ του αντικειμένου της υπό κρίση σύμβασης και μίας δημόσιας υπηρεσίας»[100], όπου η έννοια «δημόσια υπηρεσία» εκλαμβάνεται με ευρύτητα, καθώς περιλαμβάνει, τόσο αυτές με διοικητικό, όσο και αυτές με βιομηχανικό-εμπορικό χαρακτήρα[101]. Εν προκειμένω, θεωρείται ότι υπάρχει μία τέτοια «προνομιακή σχέση» σε δύο περιπτώσεις[102]. Η πρώτη είναι εκείνη όπου η σύμβαση αναθέτει στον αντισυμβαλλόμενο της Διοίκησης την εκτέλεση μίας δημόσιας υπηρεσίας ή ενός μέρους της[103]. Η δεύτερη είναι η περίπτωση όπου η σύμβαση

100 Αξίζει να σημειωθεί ότι η χρησιμοποίηση, ως κριτηρίου για το νομικό χαρακτηρισμό ως διοικητικής μίας σύμβασης της Διοίκησης, της ύπαρξης μίας σχέσης μεταξύ του αντικειμένου της και μίας δημόσιας υπηρεσίας, ανάγεται στις αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας της 6.2.1903, Terrier, rec., σ. 94, D. 1904, 3, 65, εισήγηση Romieu, και της 4.3.1910, Thérond, rec., σ. 193, S. 1911, 3, 17, εισήγηση Pichat, παρατηρήσεις M. Hauriou, RDP 1910, σ. 249, παρατηρήσεις G. Jèze, οι οποίες εκδόθηκαν σε μία εποχή, κατά την οποία, η έννοια της δημόσιας υπηρεσίας θεωρείτο, από τους εκπροσώπους του διοικητικού δικαίου, ως η «έννοια- κλειδί» για τον ορισμό των βασικών εννοιών του, όπως το δημόσιο έργο, η δημόσια κτήση ή ο δημόσιος υπάλληλος. Ωστόσο, στη συνέχεια, με την προμνημονευθείσα (υπος. 95) απόφαση, Société des Granits porphyroides des Vosges, το κριτήριο αυτό εκτοπίστηκε ως κριτήριο ορισμού της διοικητικής σύμβασης, προς όφελος του κριτηρίου της «υπέρμετρης ρήτρας», για να επανέλθει και πάλι με την απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας της 20.4.1956, Époux Bertrand και να αποτελέσει, δίπλα στο τελευταίο, ένα δεύτερο, εναλλακτικό, κριτήριο για το νομικό χαρακτηρισμό μίας σύμβασης ως διοικητικής. Για όλα αυτά, βλ. A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, ό.π., σ. 144 επ. και J. Moreau, ό.π., nos 293-295, 298-302 και 355-364.

101 Βλ.: A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, ό.π., σ. 194-195.

102 Βλ.: A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, ό.π., σ. 190 επ., B. Plessix, ό.π., σ. 1318 επ., P.-L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 460-461, J.-F. Lachaume-H. Pauliat-S. Braconnier-Cl. Deffigier, ό.π., σ. 505 επ., R. Chapus, ό.π., σ. 559-567 (αρ. περ. 733-737), J. Moreau, ό.π., nos 330-341. Η απαίτηση, να υπάρχει μία προνομιακή σχέση μεταξύ του αντικειμένου της υπό κρίση σύμβασης και μίας δημόσιας υπηρεσίας, αποσκοπεί στο να περιορίσει τον αριθμό των συμβάσεων που μπορούν να χαρακτηριστούν ως διοικητικές, αποκλείοντας από αυτές εκείνες που συνάπτονται για τις ανάγκες μίας δημόσιας υπηρεσίας, όπως οι συμβάσεις προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών, οι οποίες παλαιότερα ήταν διοικητικές εάν περιείχαν εξαιρετικές ρήτρες, ενώ τώρα είναι διοικητικές, λόγω του νομοθετικού χαρακτηρισμού τους από το άρθρο 6 του Κώδικα δημοσίων συμβάσεων: βλ. B. Plessix, ό.π., σ. 1306, L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 461.

103 Βλ. την απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας της 20.4.1956, Époux Bertrand, rec., σ. 167, RDP 1956, σ. 156, εισήγηση M. Long, AJDA 1956, σ. 272, εισήγηση M. Long, σ. 221, χρο-

αποτελεί το μέσο, για το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο, να εκτελέσει την αποστολή του[104].

νικό νομολογίας J. Fournier-G. Braibant. Στην υπόθεση αυτή, με μία προφορική σύμβαση - η οποία θεωρείται έγκυρη στο γαλλικό διοικητικό δίκαιο-, η Διοίκηση είχε αναθέσει σε ένα ζεύγος να παρέχει σίτιση στους ρώσους υπηκόους που φιλοξενούνταν στο κέντρο επαναπατρισμού της Meaux, μέχρι την επιστροφή στην πατρίδα τους. Το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι η εν λόγω σύμβαση είχε ως αντικείμενο την ανάθεση, στους δύο συζύγους, της εκτέλεσης της δημόσιας υπηρεσίας του επαναπατρισμού των αλλοδαπών προσφύγων που βρίσκονταν στο γαλλικό έδαφος και το γεγονός αυτό αρκούσε να της προσδώσει το χαρακτήρα της διοικητικής σύμβασης, χωρίς να απαιτείται να εξεταστεί, αν περιελάμβανε ρήτρες που να αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο. Με βάση αυτή τη νομολογία, έχουν κριθεί έτσι ως διοικητικές, για παράδειγμα: η σύμβαση με την οποία η Διοίκηση αναθέτει στον αντισυμβαλλόμενό της την εκμετάλλευση μίας εγκατάστασης αποκομιδής και αποτέφρωσης οικιακών αποβλήτων: CE 2.1.1957, Société Lancery, AJDA 1957.II.58, εισήγηση Lasry, τη μεταφορά και τη φύλαξη των εγκαταλελειμμένων οχημάτων: CE 24.5.1968, Ministre de l'Intérieur c. Chambrin, rec., σ. 331, την διεξαγωγή κινηματογραφικών προβολών σε ένα δημοτικό κτίριο, η οποία αποτελεί ένα τμήμα της δημόσιας υπηρεσίας του συμβαλλομένου δήμου, να μεριμνά για τη ψυχαγωγία και την επιμόρφωση των δημοτών του με τη διοργάνωση θεαμάτων και διαλέξεων: CE 4.7.1969, Trouvé, rec., σ. 360. Στην ίδια κατηγορία, εντάσσονται, επίσης, οι συμβάσεις που συνεπάγονται τη συμμετοχή του αντισυμβαλλομένου της Διοίκησης σε μία δημόσια υπηρεσία, χωρίς, ωστόσο, αυτός να αναλαμβάνει την εκτέλεσή της, είτε η συμμετοχή αυτή είναι μόνιμη, όπως οι συμβάσεις πρόσληψης υπαλλήλων σε μία δημόσια υπηρεσία διοικητικού χαρακτήρα, είτε είναι περιστασιακή, όπως μία σύμβαση μεταξύ ενός νοσοκομείου και ενώσεων ιατρών που ασκούν ελεύθερο επάγγελμα, με αντικείμενο την οργάνωση και τη λειτουργία, στο νοσοκομείο, του κέντρου λήψης και απάντησης κλήσεων παροχής επείγουσας ιατρικής βοήθειας: CE 20.12.2006, AMUEL, rec., σ. 943, μία σύμβαση μεταξύ του Κράτους (εκπροσωπούμενου από το νομάρχη) και ενός τεχνικού κέντρου υγιεινής, με αντικείμενο την απολύμανση χώρων και εγκαταστάσεων με σκοπό την αντιμετώπιση της νόσου του αφθώδους πυρετού, η οποία είχε ως αποτέλεσμα την συμμετοχή του εν λόγω κέντρου σε μία επιχείρηση που εκτελέστηκε στο πλαίσιο της αστυνομικής εξουσίας, πτυχή της οποίας αποτελεί η διασφάλιση της δημόσιας υγείας: CE 10.11.2011, Ministre Alimentation, Agriculture et Pêche c./ Jonnet, rec., σ. 456, RFDA 2012, σ. 481, παρατηρήσεις B. Delaunay, ή, τέλος, μία σύμβαση μεταξύ της Εθνικής Ένωσης Ταμείων Υγείας και οργανώσεων ιδιωτικών μεταφορέων στον τομέα υγείας, η οποία συνεπάγεται τη συμμετοχή των εν λόγω οργανώσεων στην εκτέλεση της δημόσιας υπηρεσίας της ασφάλισης υγείας: TC 8.12.2014, Chambre nationale des services d'ambulance, rec., σ. 474.

104 Παραδείγματα αποτελούν: οι συμβάσεις μεταξύ του Κράτους και ιδιοκτητών εκτάσεων με σκοπό την αναδάσωσή τους, οι οποίες αποτελούν ένα μέσο εκτέλεσης της δημόσιας υπηρεσίας που έχει ως αποστολή, τόσο την διατήρηση, ανάπτυξη και αξιοποίηση των γαλλικών δασών, όσο και την χρησιμοποίηση και την διάθεση των προϊόντων τους, σύμφωνα με τους βέλτιστους όρους για το δημόσιο συμφέρον: CE 20.4.1956, Ministre de l'Agriculture c/consorts Grimouard, rec., σ. 168, RDP 1956, σ. 1058, εισήγηση M. Long, παρατηρήσεις M. Waline, AJDA 1956, σ. 187, εισήγηση

Αν η ελληνική νομολογία χρησιμοποιήσει το κριτήριο αυτό, τότε θα μπορέσει να χαρακτηρίσει με ενιαίο τρόπο συμβάσεις που έχουν το ίδιο αντικείμενο, συγκεκριμένα, που αναθέτουν στον αντισυμβαλλόμενο ιδιώτη την εκτέλεση μίας δημόσιας υπηρεσίας και οι οποίες, με βάση το κριτήριο της ύπαρξης εξαιρετικών ρητρών, χαρακτηρίζονται διαφορετικά, ανάλογα με την απάντηση που δίνεται κατά την εξέταση της συνδρομής τους. Το χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν οι συμβάσεις των ασφαλιστικών οργανισμών με φαρμακοποιούς, ιδιωτικές κλινικές και ιδιωτικά ιατρικά εργαστήρια, τις οποίες η νομολογία άλλοτε χαρακτηρίζει ως διοικητικές και άλλοτε ως ιδιωτικές, ανάλογα με το αν διαπιστώνει ή όχι, σε αυτές, την ύπαρξη εξαιρετικών ρητρών[105], ενώ, σε κάποιες περιπτώσεις, η διαφορετική κρίση μπορεί

M. Long, σ. 221, χρονικό νομολογίας J. Fournier-G. Braibant, μία σύμβαση μεταξύ ενός δήμου και μίας εταιρείας, με την οποία η δεύτερη ανέλαβε την υποχρέωση να μεταφέρει στο έδαφος του πρώτου τα μέσα της παραγωγής και να απασχολήσει τουλάχιστον 100 εργάτες, ενώ ο δήμος ανέλαβε την υποχρέωση να της πουλήσει την έκταση και το κτίριο της εγκατάστασής της στην τιμή της κατασκευής του, να της καταβάλλει τα έξοδα εγκατάστασης και τα έξοδα σύνδεσης με τα δίκτυα, καθώς και να της χορηγήσει διάφορες διευκολύνσεις αποπληρωμής και φορολογικές ελαφρύνσεις, καθόσον η εν λόγω σύμβαση αποτελούσε το μέσο εκτέλεσης, από το δήμο, της αποστολής της βιομηχανικής αποκέντρωσης, προς όφελος της ανάπτυξής του και με την οποία ήταν επιφορτισμένος: CE, 26.6.1974, Société La Maison des Isolants-France, rec., σ. 365, οι συμβάσεις επιδότησης μεταξύ του Ταμείου προσανατολισμού και ρύθμισης της αγροτικής αγοράς και των εξαγωγέων αγροτικών προϊόντων, οι οποίες αποτελούσαν το μέσο εκτέλεσης της δημόσιας υπηρεσίας που είχε ανατεθεί στο Ταμείο: TC 24.6.1968, Société d'approvisionnements alimentaires et Société Distilleries bretonnes, rec., σ. 801, D. 1969, σ. 115, J. Chevallier, τέλος, μία σύμβαση μεταξύ ενός Πανεπιστημίου και μίας ιδιωτικής εταιρείας, με την οποία το πρώτο ανέλαβε την, επικυρούμενη με τη χορήγηση πτυχίου, εκπαίδευση μίας υπαλλήλου της εταιρείας, η οποία αποτελούσε το μέσο εκτέλεσης της δημόσιας υπηρεσίας της δια βίου εκπαίδευσης, με την οποία το Πανεπιστήμιο ήταν επιφορτισμένο: T.C. 18.12.2000, Préfet de l'Esonne c/TGI d'Évry, rec., σ. 779. Σύμφωνα με την άποψη των A. de Laubadère-F. Moderne-P. Delvolvé, ό.π., σ. 206, και J. Lamarque, Le déclin du critère de la clause exorbitante, Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ 1974, tome II, σ. 497 (505), το πεδίο της κρατικής παρέμβασης στην οικονομία είναι εκείνο στο οποίο κατ'εξοχήν οι συμβάσεις με ιδιώτες αποτελούν το μέσο με το οποίο τα δημόσια νομικά πρόσωπα με αποστολή να ασκούν παρέμβαση στην οικονομία, την εκτελούν.

105 Έτσι, σε ότι αφορά τις συμβάσεις των ασφαλιστικών οργανισμών με φαρμακοποιούς, η νομολογία έχει χαρακτηρίσει ως διοικητικές τις συμβάσεις του Ο.Π.Α.Δ.: ΣτΕ 1969/2011, τις συμβάσεις του ΟΓΑ: ΣτΕ 1758/2014, ΣτΕ 2502/2014, ΣτΕ 5067, 6468/1995, ΣτΕ 2738/1999, ΔΕφΑθ 388/2015 και τις συμβάσεις του ΙΚΑ: ΔΕφΑθ 192/1987, ΔΕφΑθ 2172/1995, ΔΕφΑθ 3981/2004, ΔΕφΑθ 112/2014, ενώ έχει χαρακτηρίσει ως ιδιωτικού δικαίου, ελλείψει της ύπαρξης εξαιρετικών ρητρών, τις συμβάσεις της

να αφορά τις ίδιες ρήτρες[106]. Στο σημείο αυτό, θα πρέπει να σημειωθεί ότι, σε δύο παλαιότερες αποφάσεις του που αφορούν συμβάσεις ασφαλιστικών οργανισμών με ιδιώτες ιατρούς, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών αναφέρει, στη μείζονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού του, κατ'επίδραση της γαλλικής θεωρίας στην οποία και παραπέμπει, ότι, για το χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της Διοίκησης ως διοικητικής, θα πρέπει να συντρέχει, είτε το κριτήριο της ύπαρξης ορισμένης σχέσης μεταξύ αυτής και του αντικειμένου ή του σκοπού μιας δημόσιας υπηρεσίας -με την ουσιαστική έννοια του όρου-, είτε το κριτήριο της ύπαρξης, ή στην ίδια τη σύμβαση ή στο νομικό καθεστώς που τη διέπει, εξαιρετικών ρητρών ή κανόνων που αποκλίνουν από το ιδιωτικό δίκαιο[107]. Στη συνέχεια, όμως, με την ανάπτυξη μίας νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας αναφορικά με τα κριτήρια για το χαρακτηρισμό μίας σύμβασης της Διοίκησης, το κριτήριο της σχέσης του αντικειμένου της με μία δημόσια υπηρεσία εκτοπίστηκε ολοσχερώς, με την καθιέρωση του κριτηρίου της ύπαρξης εξαιρετικών ρητρών, παρά το γεγονός ότι, όπως αποδεικνύεται από την εφαρμογή του τελευταίου, η διαπίστωση της συνδρομής του δεν είναι πάντοτε αναμφίβολη και, επομένως, στις περιπτώσεις αυτές, η εξέταση της συνδρομής του κριτηρίου της σχέσης της υπό κρίση σύμβασης

ΔΕΗ, κατά το χρόνο που ήταν φορέας κοινωνικής ασφάλισης του προσωπικού της: ΣτΕ 3740/2012. Σε ότι αφορά τις συμβάσεις των ασφαλιστικών οργανισμών με ιδιωτικές κλινικές, ιδιωτικά εργαστήρια ή ιδιώτες ιατρούς, η νομολογία έχει χαρακτηρίσει ως διοικητικές τις συμβάσεις μεταξύ του Δημοσίου και ιδιωτικών κλινικών: ΣτΕ 4014, 4673/1996, 2865/1997, 821/2001, 1380/2002, 1296/2012, 3093/2012, ΔιΔικ 2013, σ. 1341, καθώς και τις συμβάσεις μεταξύ του Ε.Ο.Π.Π.Υ. και ιδιωτικών ιατρικών εργαστηρίων: Α.Ε.Δ 2/2027, ΣτΕ 184-187/2017, 3149-3151/2017, 3039/2017, ως ιδιωτικού δικαίου, τις συμβάσεις του Ι.Κ.Α: ΣτΕ 1372/2007, ΣτΕ 1173/2004 και τις συμβάσεις του Οίκου του Ναύτου: ΣτΕ 804/2018, ενώ, τις συμβάσεις του ΟΓΑ, άλλοτε ως ιδιωτικού δικαίου: ΣτΕ 16/2012, ΣτΕ 4437/2011, ΔΕφΑθ 1976/2013, ΘΠΔΔ 2014, σ. 1127, και άλλοτε ως διοικητικού δικαίου: ΣτΕ 443/2013, ΣτΕ 3675/2015, ΣτΕ 2865/1997.

106 Αυτό συμβαίνει στην περίπτωση του δικαιώματος καταγγελίας, αναφορικά με το οποίο, όπως προαναφέρθηκε, η νομολογία, άλλοτε θεωρεί ότι καθιερώνει μία υπερέχουσα θέση του συμβαλλόμενου ασφαλιστικού οργανισμού και άλλοτε όχι.

107 Πρόκειται για την ΔΕ 523/1993, ΔιΔικ 1994, σ. 376, που αφορούσε μία σύμβαση μεταξύ του ΙΚΑ και ενός ιατρού με αντικείμενο την παροχή ασφαλιστικής περίθαλψης στους ασφαλισμένους του και την ΔΕ 1493/1987, ΔιΔικ 1989, σ. 155, που αφορούσε μία σύμβαση μεταξύ του Δημοσίου και ενός ιατρού για την εξέταση υποψηφίων οδηγών αυτοκινήτων.

με μία δημόσια υπηρεσία θα μπορούσε να στηρίξει μία περισσότερο πειστική λύση. Πράγματι, εκτός από την περίπτωση των συμβάσεων των ασφαλιστικών οργανισμών με φαρμακοποιούς, ιδιώτες ιατρούς και ιδιωτικά ιατρικά εργαστήρια, αναφορικά με τις οποίες, μετά την ένταξη όλων των ασφαλιστικών οργανισμών στον Ε.Ο.Π.Υ.Υ (ήδη e-ΕΦΚΑ), ο νομικός χαρακτηρισμός τους είναι ενιαίος[108], το εν λόγω κριτήριο θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί, για παράδειγμα, για το νομικό χαρακτηρισμό των συμβάσεων του Δημοσίου, εκπροσωπούμενου από το Υπουργείο Εσωτερικών, με μία ΜΚΟ, με αντικείμενο την εκτέλεση ενός αναπτυξιακού έργου, αναφορικά με τον οποίο η νομολογία των διοικητικών και των πολιτικών δικαστηρίων και οι δικαστές του ΑΕΔ διχάστηκαν, καθώς, με τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων, το Υπουργείο Εξωτερικών εκτελεί τη δημόσια υπηρεσία που του έχει ανατεθεί, που συνίσταται στην αναπτυξιακή συνεργασία και την παροχή ανθρωπιστικής βοήθειας, οι οποίες χρηματοδοτούνται από τον κρατικό προϋπολογισμό ή και από φορείς της Γενικής Κυβέρνησης, της κοινωνίας των πολιτών, ιδιωτικούς φορείς και υπερεθνικούς θεσμούς, στο πλαίσιο των διεθνών δεσμεύσεων που έχει αναλάβει η Χώρα[109]. Μία άλλη, από τις ενδεικτικά απαριθμούμενες περιπτώσεις όπου το εξεταζόμενο κριτήριο θα μπορούσε να αξιοποιηθεί, είναι εκείνη των αναπτυξιακών συμβάσεων, τις οποίες η θεωρία χαρακτηρίζει ως διοικητικές, παρά το γεγονός ότι παραδέχεται ότι αυτές «δεν έχουν αντικείμενο σχετικό με τη λειτουργία μίας δημόσιας υπηρεσίας με λειτουργική έννοια, ούτε δημιουργούν υπέρ του δημοσίου νομικού προσώπου εξαιρετικό συμβατικό καθεστώς, αλλά, αντιθέτως, δημιουργούν εξαιρετικό νομικό καθεστώς για τον αντισυμβαλλόμενο (υπαγωγή σε ευνοϊκές διατάξεις) ή προβλέπουν

108 Πράγματι, η νομολογία έχει χαρακτηρίσει ως διοικητικές, τόσο τις συμβάσεις του Ε.Ο.Π.Υ.Υ (ήδη e-ΕΦΚΑ) με φαρμακοποιούς: ΣτΕ 1758/2014, ΣτΕ 2502/2014, ΔΕφΑθ 388/2015, όσο και με ιδιώτες ιατρούς: ΣτΕ 3093/2012, ΔΕφΑθ 332/2016, ΔΕφΑθ 713/2016, ΔΕφΑθ 783/2015, ΔΕφΑθ 1381/2015 και με ιδιωτικά ιατρικά εργαστήρια: ΑΕΔ 2/2017.

109 Βλ. το άρθρο 458 του ν. 4781/2021«Οργάνωση και λειτουργία Υπουργείου Εξωτερικών, Συμβούλιο Απόδημου Ελληνισμού, ρύθμιση θεμάτων διεθνούς αναπτυξιακής συνεργασίας και ανθρωπιστικής βοήθειας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 31).

παροχές προς αυτόν»[110]. Εν προκειμένω, οι συμβάσεις αυτές μπορούν να χαρακτηρισθούν διοικητικές επειδή αποτελούν το μέσο, για την εκτέλεση, εκ μέρους του συμβαλλόμενου δημοσίου νομικού προσώπου, του αναπτυξιακού έργου που του έχει ανατεθεί[111].

Επίμετρο

Από την ανάπτυξη που προηγήθηκε, δεν θα πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι οι λύσεις του γαλλικού διοικητικού δικαίου είναι άριστες, ενώ οι λύσεις του ελληνικού δικαίου είναι κατακριτέες. Και οι λύσεις του γαλλικού δικαίου παρουσιάζουν αδύνατα σημεία, όπως, ιδίως, ότι είναι πολύπλοκες, και, για το λόγο αυτό, αποτελούν συχνά αντικείμενο κριτικής εκ μέρους της θεωρίας[112]. Ωστόσο, αν και πιο περίπλοκες, ανταποκρίνονται περισσότερο στην πραγματικότητα, τόσο των μορφών δράσης της Διοίκησης[113], όσο και της

110 Έτσι ο Επ. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος Ι, ό.π., σ. 186. Θα πρέπει να σημειωθεί, ότι η διατύπωση «δεν έχουν αντικείμενο σχετικό με τη λειτουργία μίας δημόσιας υπηρεσίας με λειτουργική έννοια», δεν αφορά ένα δεύτερο, δίπλα σε αυτό της ύπαρξης εξαιρετικών ρητρών, εναλλακτικό κριτήριο χαρακτηρισμού μίας σύμβασης ως διοικητικής, αλλά το λειτουργικό κριτήριο, το οποίο, όμως, ως γνωστόν, η νομολογία ερμηνεύει με στενότερο τρόπο, δηλαδή υπό την έννοια ότι, με τη σύμβαση, θα πρέπει να επιδιώκεται η ικανοποίηση σκοπού τον οποίο ο νόμος έχει αναγάγει σε δημόσιο σκοπό: ΑΕΔ 7/2017, 1-2/2016, 12, 11/2013, 3/2012, 42, 28/2011, 18/2009, 6, 12, 14/2007, 10/2003, ΣτΕ 21/2019.

111 Έτσι, στην υπ'αριθμ. 21/2019 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, η υπό κρίση σύμβαση, που είχε συναφθεί κατ' εφαρμογή των άρθρων 1 και 4 παρ. 1 του ν. 4171/1961 «Περί λήψεως γενικών μέτρων δια την υποβοήθησιν της αναπτύξεως της Οικονομίας της Χώρας» μεταξύ του Δημοσίου και των τραπεζών Εμπορική και Ιονική και Λαϊκή, με αντικείμενο την πραγματοποίηση, από τις ανωτέρω τράπεζες, επένδυσης συνολικού ύψους 25.000.000 δολαρίων ΗΠΑ για την ίδρυση εργοστασίου παραγωγής λιπασμάτων στην περιοχή της Καβάλας, αποτελούσε το μέσο για την εκτέλεση, από το Δημόσιο, της αποστολής που του αναθέτει το άρθρο 1 του νόμου, που είναι η «διευκόλυνση της πραγματοποίησης επενδύσεων, που θα συμβάλλουν εις την επιτάχυνση του ρυθμού της ανάπτυξης της Ελληνικής Οικονομίας». Εν προκειμένω, το Συμβούλιο χαρακτήρισε τη σύμβαση ως διοικητική, λόγω της παραχώρησης, με αυτήν, ιδιαίτερων δικαιωμάτων επί κοινοχρήστων.

112 Βλ., ενδεικτικά: P. Weil, Le critère du contrat administratif en crise, ό.π., σ. 831, J. Moreau, ό.π., no 292.

113 Εξετάζοντας το ζήτημα του νομικού χαρακτηρισμού των συμβάσεων μεταξύ δύο προσώπων του ιδιωτικού δικαίου, οι P.-L. Frier-J. Petit, ό.π., σ. 463, θέτουν το ερώτημα: «σε περίπτωση που το

ποικιλίας των συμβάσεών της[114]. Για το λόγο αυτό, πιστεύουμε ότι θα μπορούσαν, όχι να αντιγραφούν, αλλά να αποτελέσουν τη βάση για μία επανεξέταση, από την ελληνική νομολογία, των θέσεών της. Αυτή, άλλωστε, είναι η μεγάλη χρησιμότητα του συγκριτικού δικαίου: να οδηγήσει στη συνειδητοποίηση των αδυναμιών του δικαίου που λαμβάνεται ως βάση σύγκρισης σε σχέση με το δίκαιο που λαμβάνεται ως συγκριτικό πρότυπο και να εμπνεύσει λύσεις για την αντιμετώπισή τους. Και με αυτόν το σκοπό, και ο τιμώμενος Καθηγητής χρησιμοποιούσε το συγκριτικό παράδειγμα στα έργα του.

ένα από τα δύο πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου ενεργεί σε στενή σχέση με τη Διοίκηση, θα πρέπει να λάβει κανείς υπόψη του αυτό το γεγονός και να δώσει την προτεραιότητα στην πραγματικότητα απέναντι σε μία πλασματική αλήθεια; Θα πρέπει δηλαδή να δεχθεί ότι, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, πρόσωπα του ιδιωτικού δικαίου είναι σε θέση να συμβάλλονται «διοικητικά», πράγμα που περιπλέκει το ισχύον δίκαιο; Η, αντίθετα, να απαιτήσει, δίνοντας το προβάδισμα σε μία πλασματική αλήθεια, ότι θα πρέπει πάντοτε το ένα συμβαλλόμενο μέρος να είναι ένα νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, λύση απλή και, ίσως, απλουστευτική;

114 Όπως σημειώνει ο J. Rivero, ό.π., σ. 292, «η πραγματικότητα είναι περίπλοκη: και, ίσως, ένας κανόνας το ίδιο περίπλοκος με αυτήν, έχει περισσότερες πιθανότητες να την αποδώσει με πιστότητα, από μία, αναγκαστικά αυθαίρετη, απλούστευση». Στο ίδιο μήκος κύματος, και ο P. Weil, στο άρθρο του, Le critère du contrat administratif en crise, ό.π., σ. 848, αν και παραπονείται ότι, «μόλις η νομολογία κατάφερε να εξομαλύνει το έδαφος, ο δαίμονας της περιπλοκότητας επανεμφανίστηκε», ωστόσο, παραδέχεται ότι «αναμφίβολα, η πραγματικότητα είναι πολύ περίπλοκη, για να μπορεί να αποδοθεί με απλές έννοιες».

Αστική Ευθύνη του Κράτους από νόμιμες ενέργειες κατά το ελληνικό και το ενωσιακό δίκαιο

Χρυσούλα Π. Μουκίου

Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Διοικητικού Δικαίου
Παντείου Πανεπιστημίου

Κατά τις διδαχές του αγλλοσαξωνικού δικαίου μέχρι το 1947 "The King can do no wrong" δεν νοείτο περίπτωση αποζημίωσης ιδιώτη από πράξεις ή παραλείψεις του Στέμματος.

Από αυτή την εποχή μέχρι την εποχή της εμπέδωσης της αρχής του Κράτους δικαίου, όπως αυτή νοείται στην ηπειρωτική Ευρώπη[1], το δίκαιο διήλθε πολλά στάδια. Μεταξύ αυτών είναι και η ευθύνη των Οργάνων του Κράτους – και του Δημοσίου ευρύτερα- για αποζημίωση των ιδιωτών από παράνομες πράξεις ή παραλείψεις τους.

Όπως ευφυώς είχε αναφέρει ο αείμνηστος Μ. Στασινόπουλος στη μονογραφία του «Η Αστική Ευθύνη του Κράτουςπαρατηρείται μία «σταδιακή πρόσχωσις των αρχών του ιδιωτικού δικαίου στο διοικητικό δίκαιο» [2].

Στο πλαίσιο αυτής της «προσχώσεως», οι κανόνες περί εξωσυμβατικής ευθύνης που προβλέπονται στο ιδιωτικό δίκαιο (ΑΚ 914 επ.) σταδιακά προσχώρησαν στο διοικητικό δίκαιο, το οποίο απεμπολώντας, εν μέτρω τινι, την υπερέχουσα και κυριαρχική θέση του Δημοσίου[3] σε σχέση με τη βού-

1 Βλ.*S. Flogaitis*, Administrative Law et Droit Administratif, LGDJ, 1986, pp. 205 ss.,όπου αναλύει πώς με την ψήφιση της Crown Proceedings Act 1947 εμπεδώθηκε ο μηχανισμός της αστικής ευθύνης του Δημοσίου στην Αγγλία, ενώ μέχρι τότε ίσχυε το ανεύθυνο του Στέμματος.

2 *Μ.Στασινόπουλος,* Η αστική ευθύνη του Κράτους,Αθήναι, 1950 (αν. 1968), σ.1.

3 *Π.Παυλόπουλος*, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου, Ι. Γενική Θεώρηση, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθή-

ληση του ιδιώτη, υπέκυψε στον κανόνα δικαίου, υπηρετώντας τη θεμελιώδη συνταγματική αρχή του Κράτους Δικαίου[4]. Ετσι, με τις διατάξεις άρθρ. 104-106ΕισΝΑΚ, το Δημόσιο ευθύνεται και για πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του που είναι παράνομες, εκτός εάν οι παραβιασθείσες διατάξεις έχουν τεθεί αποκλειστικώς χάριν του δημοσίου συμφέροντος, και ζημιογόνες, προκαλώντας ευθέως συγκεκριμένη υλική ή ηθική βλάβη στο διοικούμενο, θετική ή αποθετική, εφόσον συντρέχει αιτιώδης σύνδεσμος σύμφωνα με την causa adequata,τη θεωρία δηλαδή της πρόσφορης αιτίας[5].

Η ευθύνη αυτή του Δημοσίου είναι αντικειμενική[6]. Δεν απαιτείται πταίσμα του οργάνου στο οποίο αποδίδεται η παράνομη πράξη ή παράλειψη. Και τούτο, διότι ο θεσμός της αστικής ευθύνης του Δημοσίου απορρέει από την Αρχή του Κράτους Δικαίου και όχι από την πταισματική συμπεριφορά του οργάνου[7]. Άλλωστε, κατά παγία θεωρία του διοικητικού δικαίου, δεν ενδιαφέρει η πραγματική ενδιάθετη βούληση του διοικητικού οργάνου, αλλά το «βουληθέν», το αντικειμενικό δηλαδή αποτέλεσμα της βούλησής του[8].

Α. Η ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΚΑΤΟΧΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΘΕΣΜΟΥ ΤΗΣ ΑΣΤΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΕΝ ΓΕΝΕΙ

Η συνταγματική κατοχύρωση του θεσμού της αστικής ευθύνης του Δημοσίου είναι διττή, καίτοι μη ρητά αναφερθείσα στο ισχύον Σύνταγμα 1975.

(α) Καταρχήν, η υποχρέωση αυτή του Δημοσίου πηγάζει από την αρχή του Κράτους Δικαίου, ειδικότερη έκφανση του οποίου αποτελεί η αρχή της νομιμότητας που πρέπει να διέπει τη δράση και λειτουργία όλων των οργά-

να-Κομοτηνή 1986, σ. 72-74.

4 *Π.Παυλόπουλος*, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου, όπ.παρ., σ. 125-128.

5 Βλ.Ε. *Σπηλιωτόπουλο*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, εκδ Νομική Βιβλιοθήκη, 15η εκδ.,§ 221.

6 Βλ. *Ε. Σπηλιωτόπουλο*, όπ.παρ., §-. 226 :.

7 *Π.Παυλόπουλος,* Η συνταγματική κατοχύρωση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου και οι συνέπειές της στην πράξη. Η απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (Τμ.Α') 622/2021 για την αστική ευθύνη του Δημοσίου από βλάβη λόγω νόμιμου εμβολιασμού, in: www.constitutionalism. gr/2021-05-13-pavlopoulos-emvolio

8 *Μ.Στασινόπουλος,* Δίκαιον διοικητικών πράξεων, σ. 158.

νων του Δημοσίου[9]. Συνεπώς, όταν μία ζημιογόνος δραστηριότητα (νομική ή υλική πράξη ή παράλειψη) δεν είναι σύμφωνη με τους ισχύοντες κανόνες δικαίου, παραβιάζει την αρχή της νομιμότητας – και του Κράτους Δικαίου – εν γένει, και γεννά υποχρέωση του Δημοσίου να επανορθώσει την προκληθείσα ζημία του ιδιώτη προκειμένου να αποκατασταθεί η αρχή της νομιμότητας.

Βεβαίως δεν πρόκειται για αποκατάσταση νοούμενη ως restituto in integrum, διότι κάτι τέτοιο θα ήταν πιθανώς ανέφικτο (ιδίως σε περιπτώσεις θανάτων, τραυματισμών ή και ολοσχερούς καταστροφής περιουσίας καθώς και στην περίπτωση της ηθικής βλάβης) αλλ' ως χρηματικό υποκατάστατο επανόρθωσης της προκληθείσας βλάβης. Ο θεσμός δηλαδή της αστικής ευθύνης του Δημοσίου επιτελεί μία επανορθωτική λειτουργία[10] ύστερα από διαπίστωση παραβάσεων της αρχής της νομιμότητας εκ μέρους των οργάνων του Δημοσίου. Και τούτο, διότι η δυνατότητα ακύρωσης ή τροποποίησης της παράνομης διοικητικής πράξης (ή ακύρωσης της παράνομης παράλειψης) με τα διαπλαστικά ένδικα βοηθήματα της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής δεν αποτελούν, σε όλες τις περιπτώσεις επαρκές μέσο για την αποκατάσταση της αρχής της νομιμότητας και την πλήρη εξάλειψη των ζημιογόνων συνεπειών της παράνομης δράσης ή παράλειψης των οργάνων του Δημοσίου[11], όπως έχει κρίνει και το ΕΔΔΑ[12].

Και τούτο, για δύο λόγους. Πρώτον διότι η ακύρωση, έστω και η τροποποίηση μιας πράξης είναι «πλατωνική» κατά την έκφραση του Μ. Στασινό-

9 *Π.Παυλόπουλος,* Η αστική ευθύνη του Δημοσίου, ΙΙ. Κατά τους κανόνες του δημοσίου δικαίου, Ημίτομος Α΄, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1989, σ. 283 επ.

10 *Π.Παυλόπουλος,* όπ.παρ., www.constitutionalism.gr.

11 *Π.Παυλόπουλος,* Η Αστική Ευθύνη του Δημοσίου, Ι. Γενική Θεώρηση, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, 1986 σ. 47-48.

12 *Λ.-Α. Σισιλιάνος,* ΕΣΔΑ, Κατ'άρθρον ερηνεία, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σ. 208 επ., *Χρ. Μουκίου,* Η «σιωπή» της διοίκησης, προς ένα de lege ferenda διοικητικό δίκαιο, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, 2003, σ. 800, όπου γίνεται παραπομπή στην εμβληματική απόφαση Hornsby κατά Ελλάδος της 19ης.3.1997. Επίσης Ουζούνης κατά Ελλάδος της 18ης 4. 2002. Η απόφαση Hornsby αποτελεί απόφαση «αρχής» για το ζήτημα και ακολούθησαν πλείστες όσες αποφάσεις του ΕΔΔΑ που παραπέμπονται από τον Λ.-Α. Σισιλιάνο.

πουλου, εφόσον κατά πλάσμα δικαίου[13] επιφέρει την αναδρομική εξαφάνιση της ακυρωθείσας πράξης από το νομικό κόσμο. Δεύτερον, διότι δεν καλύπτει μία ευρεία κατηγορία περιπτώσεων, όπως λ.χ., οι υλικές ενέργειες, οι μη εκτελεστές διοικητικές πράξεις ή, ακόμη, και οι κυβερνητικές πράξεις[14].

Κατά συνέπεια, η αστική ευθύνη του δημοσίου αναδεικνύεται ως απαραίτητος και αναντικατάστατος επανορθωτικός μηχανισμός για την εφαρμογή της αρχή της νομιμότητας απορρέουσας από την αρχή του Κράτους Δικαίου, αλλά και για την κατοχύρωση της συνταγματικής επιταγής της πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας κατά τις διατάξεις άρθρ. 20 παρ. 1 Σ, που αποτελεί τη δεύτερη εννοιολογική συνιστώσα της αρχής του Κράτους Δικαίου και καλύπτει την αποκατάσταση από πράξεις ή παραλείψεις οργάνων του Δημοσίου που δεν θα καλύπτοντο με την άσκηση διαπλαστικών ένδικων βοηθημάτων.

(β) Το δεύτερο συνταγματικό θεμέλιο του θεσμού της αστικής ευθύνης του Δημοσίου είναι, προδήλως, η αρχή της ισότητας και, ιδίως, η «ισότητα ενώπιον των δημοσίων βαρών» που κατοχυρώνεται στο άρθρ. 4 παρ. 5 Σ. Και τούτο διότι η παράνομη και ζημιογόνος δράση ή παράλειψη των οργάνων του Δημοσίου τείνει – ως οφείλει- στην εξυπηρέτηση σκοπών δημοσίου συμφέροντος αλλά ταυτόχρονα προκαλεί ζημία, υλική ή ηθική, σε ορισμένα φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Δεν είναι όμως σύμφωνο με την αρχή της ισότητας, ένα πρόσωπο ή, το πολύ, μία συγκεκριμένη ομάδα προσώπων, να είναι υποχρεωμένα να υποστούν τις ζημιογόνες συνέπειες μιας παράνομης κρατικής δραστηριότητας ή παράλειψης που εντάσσεται στο πλαίσιο ενός κύκλου αρμοδιοτήτων από την άσκηση των οποίων ωφελείται, τουλάχιστον κατ' αρχή, το κοινοτικό σύνολο. Επομένως, η μη πρόβλεψη της υποχρέωσης

13 *Γ. Μητσόπουλος,* Το πρόβλημα της εννοίας του δικαϊκού πλάσματος, Αθήνα, 1998.

14 Για τη θεμελίωση αποζημιωτικής ευθύνης του Δημοσίου από κυβερνητικές πράξεις λόγω παραβίασης της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών στο γαλλικό δίκαιο : CE du 27 juin 2016, *M. B…C…, Mme A…C…et Mme D…C…* (n° 382319) [*A. Jacquemet-Gauché,* Indemnisation des rapatriés d'Algérie dépossédés de leurs biens : une requête qui ne passe toujours pas, *AJDA* 2017, σ. 67]

του Δημοσίου ν' αποκαθιστά την – προκαλούμενη από παράνομες πράξεις, παραλείψεις ή υλικές ενέργειες- ζημία, θα συνιστούσε κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ισότητας και ιδίως, της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών κατά το άρθρ. 4 παρ. 5 Σ: «Οι Έλληνες συνεισφέρουν χωρίς διακρίσεις στα δημόσια βάρη, ανάλογα με τις δυνάμεις τους»[15].

Βάσει του διττού αυτού συνταγματικού θεμελίου[16] θα ήταν αντισυνταγματική η πλήρης κατάργηση των διατάξεων άρθρ. 105-106 ΕισΝΑΚ ή η ουσιαστική αποδυνάμωση του ρυθμιστικού περιεχομένου τους, ούτως ώστε να περιορίζεται ή να δυσχεραίνεται υπέρμετρα η επανόρθωση των ζημιών που προκάλεσε η παράνομη δράση ή παράλειψη των οργάνων του Δημοσίου. Κυρίως δε, θα ήταν αντισυνταγματική η υποκειμενικοποίηση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου κατά το πρότυπο ΑΚ 914 επ. «Πρωτίστως δε, διότι οι βλαπτικές για τον διοικούμενο συνέπειες από την άσκηση δημόσιας εξουσίας, η οποία πάντοτε εξ ορισμού αποβαίνει υπέρ του δημοσίου συμφέροντος, δεν θα μπορούσαν – με τίμημα την παραβίαση του Συντάγματος – ν' αντιμετωπίζονται αποζημιωτικώς ανάλογα με την ύπαρξη ή μη πταίσματος από την πλευρά του αντίστοιχου οργάνου του Δημοσίου».[17]

Μάλιστα, κατά τον Ε.Σπηλιωτόπουλο, η διάταξη άρθρ. 20 παρ. 1 του Συντάγματος αποτελεί συμπληρωματικό συνταγματικό έρεισμα της εξωσυμβατικής ευθύνης[18], *ενώ κύριο έρεισμα αποτελεί η διάταξη άρθρ. 4 παρ. 5 Σ.*

15 Βλ. αντί άλλων,Ε. Σπηλιωτόπουλος, όπ.παρ. §213

16 Βλ., αντί άλλων, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Π.Παυλόπουλος/ κ.λπ., σ. 134.

17 *Π.Παυλόπουλος,* όπ.παρ.

18 *Ε. Σπηλιωτόπουλος*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, §. 213: *«Συνταγματικό θεμέλιο της κάθε είδους ευθύνης τη Δημόσιας Διοίκησης είναι η διάταξη του άρθρ 4 παρ. 5 Σ. Οι πράξεις, με τις οποίες το Δημόσιο και άλλα δημόσια νομικά πρόσωπα ασκούν τη δραστηριότητά τους, καθώς και οι παραλείψεις κατά την άσκηση της δραστηριότητας αυτής, κατ' εξαίρεση, είναι παράνομες και προκαλούν ζημίες στους διοικουμένους. Αυτό είναι αδύνατο να αποφευχθεί ακόμη και με τις καλύτερες δυνατές συνθήκες λειτουργίας της Δημόσιας Διοίκησης. Οι ζημίες που προκαλούνται συνιστούν ειδικά δημόσια βάρη για τους διοικουμένους, οι οποίες τις έχουν υποστεί, δεδομένου ότι είναι συνέπειες της δραστηριότητας της Δημόσιας Διοίκησης, και δημιουργούν δυσμενή κατάσταση, και συνεπώς άνιση επιβάρυνση, αυτών που ζημιώθηκαν σε σχέση με τους λοιπούς διοικουμένους. Με την αποζημίωση τα ειδικά αυτά δημόσια βάρη γενικεύονται, αφού τα έσοδα του Δημοσίου ή του συγκεκριμένου δημοσίου νομικού προσώπου, που καταβάλλει*

Β. Η ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΚΑΤΟΧΥΡΩΣΗ ΤΗΣ ΑΣΤΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΠΟ ΝΟΜΙΜΕΣ ΠΡΑΞΕΙΣ

Τούτη η δεύτερη συνταγματική βάση του θεσμού της αστικής ευθύνης του Δημοσίου ήτοι της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών, αποτελεί και το δικαιοπολιτικό και συνταγματικό θεμέλιο για την αστική ευθύνη του Δημοσίου από νόμιμες πράξεις ή παραλείψεις του.

Με την απόφαση «αρχής» 1501/2014 το ΣτΕ εν Ολομελεία υιοθέτησε ευθέως την αιτιολογική αυτή βάση: «Επειδή, το άρθρ. 4 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζοντας ότι οι «Έλληνες πολίτες συνεισφέρουν χωρίς διακρίσεις στα δημόσια βάρη ανάλογα με τις δυνάμεις τους» ΄εχει 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 980/2001) ή νόμιμες (ΣτΕ 5504/2012). Τούτο, 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 δράση αυτή δεν είναι σύννομη ή όταν είναι μεν σύννομη 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. Πραγματώνεται δε ο σκοπός της διατάξεως αυτής υπό την ανωτέρω έννοια όταν αποκατάσταση τέτοιας ζημίας καθίσταται δυνατή σε περίπτωση ζημιογόνου δράσεως οιουδήποτε οργάνου του Κράτους».[19]

την αποζημίωση, αποτελούν δημόσια βάρη, τα οποία επιβάλλονται κατά τρόπο γενικό, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων σύμφωνα με τη συνταγματική διάταξη. Συμπληρωματικά, η ευθύνη της Δημόσιας Διοίκησης στηρίζεται και στο άρθρ. 20 παρ. 1 Σ, δεδομένου ότι το περιεχόμενο της δικαστικής προστασίας, δηλαδή της αποκατάστασης της νομικής κατάστασης, ενός προσώπου, η οποία διαταράχθηκε με μία παράνομη πράξη ή παράλειψη ενός άλλου προσώπου (φυσικού ή νομικού, ιδιωτικού ή δημόσιου) είναι και η αποκατάσταση της ζημίας που το πρόσωπο αυτό έχει υποστεί από τη διατάραξη».

19 ΣτΕ Ολ 1501/2014, σκ. 5.

Είναι ενδιαφέρον ότι, όπως στην παραπεμπτική ΣτΕ 2852/2012, η Ολομέλεια επιλέγει ως έρεισμα της ευθύνης την ειδική διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 και όχι τη γενικότερη του άρθρου 20 παρ. 1 του Συντάγματος περί του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, η οποία δεν παρατίθεται ούτε επικουρικά, σε αντιδιαστολή προς προηγούμενες αποφάσεις του Δικαστηρίου[20].

Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή, η συνταγματική θεμελίωση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου επεκτείνεται και στη νόμιμη δράση της. Ήτοι με βάση τη διάταξη άρθρ. 4 παρ. 5 Σ το Δημόσιο ευθύνεται αποζημιωτικώς και για νόμιμες πράξεις ή παραλείψεις του, όταν αυτές συνεπάγονται «υπέρμετρη θυσία» εις βάρος του παθόντος διοικουμένου, για χάρη του συμφέροντος του κοινωνικού συνόλου εν γένει. Και τούτο, διότι στην περίπτωση αυτή ο παθών, υφίσταται ατομικώς βλαβη, λ.χ. στην υγεία του ή στην προσωπικότητά του, λόγω ενεργειών των οργάνων του Δημοσίου οι οποιές μπορεί να είναι καταρχήν νόμιμες, πλην όμως έτσι παραβιάζεται εμμέσως, πλην σαφώς, η αρχή της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών κατά τις διατάξεις 4 παρ. 5 Σ. Διότι στη συγκεκριμένη περίπτωση, ναι μεν ωφελείται το κοινωνικό σύνολο, πλην όμως, το βάρος της ωφέλειας αυτής το επωμίζονται συγκεκριμένα ή και συγκεκριμένο πρόσωπο. Υπό τα δεδομένα αυτά, μπορεί βασίμως να υποστηριχθεί, ότι η εν προκειμένω καταρχήν νόμιμη πράξη των οργάνων του Δημοσίου καθίσταται παράνομη, λόγω της παραβίασης της αρχής της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών. Κατά συνέπεια, ενεργοποιείται ο μηχανισμός της αστικής ευθύνης του Δημοσίου με ευθεία εφαρμογή διατάξεων άρθρ. 105-106 ΕισΝΑΚ.[21]

Ο περιορισμός του ερείσματος στο άρθρο 4 παρ. 5 του Συντάγματος οφείλεται προφανώς στο ότι η απόφαση ΣτΕ Ολ 1501/2014 ανάγει σε κανόνα την αποζημιωτική ευθύνη του Δημοσίου και σε περιπτώσεις νόμιμης κρατικής δράσης, η οποία πλήττει υπέρμετρα ορισμένους πολίτες έναντι άλ-

20 ΣτΕ 1139/2013, 980/2002.

21 *Π.Παυλόπουλος*, όπ.παρ., www.constitutionalism.gr

λων, επαγόμενη ιδιαίτερη θυσία των ελαχίστων, κατά παράβαση ακριβώς της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών[22],[23].

Για πρώτη φορά με την ΣτΕ 5504/2012, στην οποία παραπέμπει η Ολομέλεια, επί ακυρωτικής διαφοράς εξετάσθηκε παρεμπιπτόντως το θέμα της αποζημίωσης από νόμιμες πράξεις[24]. Κατά συνέπεια, δεν κρίθηκε παράνομη κανονιστική πράξη της Διοίκησης περί επιβολής περιοριστικών όρων και απαγορεύσεων σε ιδιοκτησία διοικουμένων κατά το μέτρο που δεν περιεί-

22 Η Ολομέλεια προέβη και σε μία σημαντική νομολογιακή μεταστροφή που συνίσταται στην αναγνώριση της ευθύνης του Δημοσίου για παράνομες πράξεις των οργάνων της δικαστικής λειτουργίας, ερειδόμενη αποκλειστικά στις επιταγές του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος, αν και η ύπαρξη ένδικου βοηθήματος που παρέχει τη δυνατότητα αποκατάστασης των επιζήμιων συνεπειών εσφαλμένης δικαστικής απόφασης ενισχύει την αποτελεσματικότητα του δικαιώματος δικαστικής προστασίας στο πλαίσιο μιας έννομης τάξης, και επομένως θα μπορούσε να βρει έρεισμα και στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος.

23 *Ε. Πρεβεδούρου,* Ευθύνη του Δημοσίου από Πράξεις Οργάνων της Δικαστικής Λειτουργίας – ΣτΕ Ολ 1501/2014, Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου, 5/2014, σ. 413 επ.

24 Κρίθηκε συναφώς ότι, όταν τα μέτρα που λαμβάνονται προς τον σκοπό της προστασίας μιας περιοχής έχουν ως αποτέλεσμα ουσιώδη στέρηση της χρήσης της ιδιοκτησίας, σε σχέση με τον προορισμό της, δεν αναιρείται εκ μόνου του λόγου αυτού η νομιμότητά τους, αλλά γεννάται αξίωση των τυχόν θιγομένων ιδιοκτητών προς αποζημίωση, ανάλογα με την έκταση, την ένταση και τη χρονική διάρκεια της ζημίας, αδιαφόρως εάν έχει περιληφθεί σχετική ρήτρα στην κανονιστική πράξη επιβολής των περιοριστικών όρων και απαγορεύσεων, υπό την αυτονόητη, πάντως, προϋπόθεση ότι το επιβαλλόμενο βάρος υπερβαίνει το εύλογο όριο ανοχής και αλληλεγγύης, το οποίο δικαιούται να αξιώνει το Κράτος από το σύνολο των πολιτών ή ορισμένη μερίδα τους, σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ. 4 του Συντάγματος και ενόψει του κατά το άρθρο 17 παρ. 1 του Συντάγματος κοινωνικού περιεχομένου της ιδιοκτησίας, μεταβάλλεται δηλαδή σε θυσία ελαχίστων κατά παράβαση του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος. Το ζήτημα της αποζημίωσης είναι αυτοτελές, κρινόμενο από τον δικαστή της αποζημίωσης και όχι από τον ακυρωτικό δικαστή. Συνεπώς, η απουσία σχετικής ρήτρας στην οικεία κανονιστική πράξη δεν ασκεί επιρροή στη νομιμότητα του χαρακτηρισμού ορισμένης έκτασης ως περιοχής προστασίας και της επιβολής, συναφώς, περιοριστικών μέτρων] το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται ότι η αποζημιωτική ευθύνη του Δημοσίου στοιχειοθετείται γενικώς (εφόσον βεβαίως συντρέχουν συγκεκριμένες προϋποθέσεις) στην περίπτωση πρόκλησης ζημίας από νόμιμες πράξεις, ανεξαρτήτως των ειδικώς οριζομένων περιπτώσεων (άρθρα 17 παρ. 2 επ., 18 παρ. 5 και 24 παρ. 6 του Συντάγματος και σχετική νομοθεσία). Στην περίπτωση βεβαίως των ζημιογόνων νόμιμων πράξεων, η ευθύνη θεμελιώνεται απευθείας στη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος [βλ. συναφώς ΣτΕ 2165/2013]. Πρόκειται μάλιστα για νομολογιακή διεύρυνση των περιπτώσεων αποζημιωτικής ευθύνης, στην οποία προχώρησε με την απόφαση 1501/2014 η Ολομέλεια, χωρίς η διεύρυνση αυτή να είναι αναγκαία για την επίλυση της συγκεκριμένης υπό κρίση διαφοράς.

χε και ρήτρα αποζημίωσής τους, εφόσον αυτή προβλεπόταν ευθέως εκ του Συντάγματος (άρθρ. 17 παρ. 2, 18 παρ. 5 και 24 παρ. 6) και ούτως ή άλλως μπορούσε να θεμελιωθεί ευθέως στη διάταξη άρθρ. 4 παρ. 5 Σ.

Σε δύο προγενέστερες αποφάσεις της Ολομέλειας σχετικά με το απαράδεκτο του ευθέος ακυρωτικού ελέγχου των κυβερνητικών πράξεων [άρθρο 45 παρ. 5 του π.δ. 18/1989], είχε διατυπωθεί ως obiter dictum κρίση περί του δικαιώματος αποζημίωσης βάσει του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος.

Πράγματι, κατά την ειδική γνώμη που διατύπωσαν μέλη του Δικαστηρίου στις αποφάσεις ΣτΕ Ολ 3669/2006 και ΣτΕ Ολ 22/2007, ο αιτών που βάλλει κατά κυβερνητικής πράξης, όπως η εκ μέρους του Υπουργού Δικαιοσύνης άρνηση άδειας αναγκαστικής εκτέλεσης κατά αλλοδαπού Δημοσίου, δεν στερείται του δικαιώματος δικαστικής προστασίας που προβλέπεται και κατοχυρώνεται από το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, δεδομένου ότι η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος καθιερώνει την ισότητα ενώπιον των δημοσίων βαρών και, συνεπώς, επιτάσσει την αποκατάσταση της ζημίας, πλέον της συνήθους, που οποιοσδήποτε υφίσταται χάριν του δημοσίου συμφέροντος, όπως αυτό εκάστοτε προσδιορίζεται από τα αρμόδια όργανα της Πολιτείας.

Έτσι, στις περιπτώσεις που απασχόλησαν το Δικαστήριο, κατά την εν λόγω συλλογιστική, οι αιτούντες είναι δυνατόν να υποστούν ζημία από την άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης να χορηγήσει άδεια για την επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης εις βάρος του Ιρακινού Δημοσίου ή για την εγγραφή προσημείωσης υποθήκης επί ακινήτων του Γερμανικού Δημοσίου προς εξασφάλιση απαιτήσεων που έχουν διαγνωσθεί με αμετάκλητη δικαστική απόφαση. Η πιο πάνω όμως άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης σκοπεί στη θεραπεία του δημοσίου συμφέροντος και, ακριβέστερα, αφορά στις σχέσεις της Χώρας με το Ιράκ ή την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας. Κατά συνέπεια, η ζημία που προκαλείται σε ένα συγκεκριμένο πρόσωπο, ή κύκλο προσώπων, από την άρνηση αυτή –εφόσον η αποκατάστασή της δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη νόμου– δεν πρέπει να επιρριφθεί αποκλειστικά στον αιτούντα ή στους αιτούντες, αλλά στο κοινωνικό σύνολο, στην εξυπηρέτηση

του οποίου αποβλέπει η άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης. Επομένως, οι αιτούντες έχουν το δικαίωμα, κατ' επίκληση της διάταξης άρθρ. 4 παρ. 5 του Συντάγματος, να ασκήσουν ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων αγωγή κατά του Ελληνικού Δημοσίου και να ζητήσουν την αποκατάσταση της πιο πάνω ζημίας. Στις ανωτέρω αποφάσεις όμως, που κατέληξαν στο απαράδεκτο των αιτήσεων ακύρωσης κατά των προσβαλλόμενων κυβερνητικών πράξεων, η δυνατότητα αποζημίωσης κατ' επίκληση του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος διατυπώθηκε απλώς ως *obiter dictum,* ελλείψει αποζημιωτικών αιτημάτων.

Γ. Η ΘΕΜΕΛΙΩΣΗ ΤΗΣ ΑΣΤΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ ΑΠΟ ΝΟΜΙΜΕΣ ΕΝΕΡΓΕΙΕΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΕΝΩΣΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Η απόφαση «αρχής» ΣτΕ Ολ 1501/2014 παραπέμπει αυτόματα στην εμβληματική πλέον νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης (τ.ΔΕΚ, ήδη ΔΕΕ) για την καθιέρωση της ευθύνης των κρατών-μελών, λόγω παραβιάσεων του κοινοτικού δικαίου και, συγκεκριμένα, στην απόφαση *Köbler*[25], χωρις

25 *Köbler* (EU:C:2003:513). Ο κ G. Köbler, Καθηγητής Πανεπιστημίου στην Αυστρία, άσκησε αγωγή αποζημίωσης κατά της Republik Österreich ενώπιον του ΔΕΕ, αιτούμενος την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη εκ της μη καταβολής του ειδικού επιδόματος αρχαιότητας. Κατά την άποψή του η απόφαση του Verwaltungsgerichtshof της 24ης Ιουνίου 1998 συνιστά παράβαση απευθείας εφαρμοστέων διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, όπως τις έχει ερμηνεύει το Δικαστήριο με τις αποφάσεις του με τις οποίες έκρινε ότι ένα ειδικό επίδομα αρχαιότητας δεν συνιστά ανταμοιβή για την επίδειξη πίστεως Μεταξύ των προδικαστικών ερωτημάτων που τέθηκαν ήταν το εάν το ΔΕΕ, βάσει του περιεχομένου της αίτησης για την έκδοση προδικαστικής απόφασης, είχε όλα τα πληροφοριακά στοιχεία που απαιτούνταν ώστε να μπορέσει να κρίνει το ίδιο αν το Verwaltungsgerichtshof υπερέβη πρόδηλα και κατάφωρα, ενόψει των εκτεθέντων πραγματικών περιστατικών της κύριας δίκης, τα περιθώρια της διακριτικής ευχέρειας ή επαφιόταν στην κρίση του αιτούντος αυστριακού δικαστηρίου η απάντηση στο ερώτημα αυτό. Το Δικαστήριο έκρινε ότι νοείται καταρχήν παραβίαση του κοινοτικού δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων της δικαστικής εξουσίας, αλλά ότι εν προκειμένω, δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση διότι η παραβίαση του κοινοτικού δικαίου, όπως αυτή προκύπτει από τις περιστάσεις της υπόθεσης της κύριας δίκης και από την απόφαση του Verwaltungsgerichtshof της 24ης Ιουνίου 1998, δεν ενέχει τον απαιτούμενο *πρόδηλο* χαρακτήρα, ώστε να θεμελιωθεί δυνάμει του κοινοτικού δικαίου, η ευθύνη κράτους μέλους, λόγω αποφάσεως ενός των αποφαινομένων σε τελευταίο βαθμό δικαιοδοτικών του οργάνων.

την προηγούμενη έκδοση της οποίας, πιθανόν το ΣτΕ να μην είχε προβεί στην έκδοση της 1501/2014.

Το ως άνω νομικό καθεστώς αποτελεί ένα από τα πιο ενδιαφέροντα παραδείγματα νομολογιακής διάπλασης και εναρμόνισης κανόνων των εθνικών δικαίων, με την αναγνώριση της αρχής της ευθύνης προς αποζημίωση κρατών –μελών από παραβίαση κανόνων του παράγωγου ενωσιακού δικαίου και συγκεκριμένα από παράλειψη μεταφοράς ή μη ορθής ενσωμάτωσης Οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο των εθνικών έννομων τάξεων στην απόφαση «αρχής» *Francovich*[26], την ανάπτυξή της στις αποφάσεις *Brasserie du Pêcheur*[27], *Hedley Lomas*[28] και *Dillenkofer*[29] και τη διεύρυνσή της με τη δεύτερη απόφαση «αρχής» απόφαση *Köbler*[30],[31] που έθεσε τις προϋποθέσεις της ευθύνης

26 ΔΕΚ απόφαση της 19ης Νοεμβρίου 1991, *Francovich* (EU:C:1991:428), 30ής Σεπτεμβρίου 2003, *Traghetti* (EU:C:2006:391). Η σχετική νομολογία εμπλουτίσθηκε με τις αποφάσεις της 9ης Σεπτεμβρίου 2015, *Ferreira da Silva e Brito κ.λπ.*, C160/14 (EU:C:2015:565), της 28ης Ιουλίου 2016, *Tomášová*, C-168/15 (EU:C:2016:602), της 24ης Οκτωβρίου 2018, *XC κ.λπ.*, C-234/17, (EU:C:2018:853), της 29ης Ιουλίου 2019, *Hochtief,* C-620/17 (EU:C:2019:630), της 4ης Μαρτίου 2020, *Telecom Italia,* C-34/19 (EU:C:2020:148).

27 ΔΕΚ απόφαση της της 5ης Μαρτίου 1996, *Brasserie du Pêcheur* (EU:C:1996:79).

28 ΔΕΚ απόφαση της της 23ης Μαΐου 1996, *Hedley Lomas* (EU:C:1996:205).

29 ΔΕΚ απόφαση της της 8ης Οκτωβρίου 1996, *Dillenkofer* (EU:C:1996:375).

30 ΔΕΚ απόφαση της *Köbler* (EU:C:2003:513) που έθεσε τις προϋποθέσεις της ευθύνης από πράξεις των δικαιοδοτικών οργάνων των κρατών-μελών.

31 Η απόφαση *Köbler* αποτέλεσε αντικείμενο ευρύτατου σχολιασμού από νομικούς όλων σχεδόν των κρατών μελών. Από την ελληνόγλωσση βιβλιογραφία βλ., αντί πολλών, *Α. Μεταξά*, Ευθύνη του δημοσίου για παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου από αποφάσεις των ανωτάτων εθνικών δικαστηρίων, Εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005, με κριτικές αναφορές στην ξενόγλωσση βιβλιογραφία. Επίσης *Π. Πετρόγλου*, Η αποζημιωτική ευθύνη των κρατών μελών λόγω παραβίασης του κοινοτικού δικαίου εκ μέρους εθνικού ανωτάτου δικαστηρίου. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΔΕΚ *Köbler*, ΕΔΚΑ 2004, σ. 8, και *Β. Σκουρή*, Ποιές συνέπειες επιφέρει η παράβαση της υποχρέωσης εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου από τα εθνικά δικαστήρια;, Τιμητικός τόμος του Συμβουλίου της Επικρατείας, 75 χρόνια, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004, σ.1341 επ. Βλ. αναλυτικά τη θεματική του τεύχους ΕυρΠολ 2/2007, Ευθύνη κράτους μέλους από αποφάσεις των ανωτάτων δικαστηρίων του, σ. 425-527. Ειδικά για την προσωπική ευθύνη των δικαστικών λειτουργών, βλ. *Ε. Πρεβεδούρου*, Η προσωπική ευθύνη των δικαστικών λειτουργών και η αγωγή κακοδικίας υπό το πρίσμα της κοινοτικής νομολογίας, ΕυρΠολ 2/2007, σ. 499. Έντονη κριτική του θεσμού της προσωπικής ευθύνης και εύστοχη επισήμανση των αδυναμιών του βλ., ιδίως, σε *Γ. Κασιμάτη*, Περί του ισχύοντος εν Ελλάδι συστήματος αστικής ευθύνης εκ κακοδικίας, Μελέτες IV,

προς αποζημίωση των κρατών-μελών για πρώτη φορά από πράξεις των δικαιοδοτικών οργάνων των κρατών-μελών, τις οποίες διευκρίνισε περαιτέρω και παγίωσε η απόφαση *Traghetti* και περαιτέρω νομολογία[32].

Είναι ενδιαφέρων εν προκειμένω ο παραλληλισμός με την ενωσιακή έννομη τάξη, στο πλαίσιο της οποίας η συναγωγή της αρχής της ευθύνης των κρατών-μελών για παραβάσεις των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου θεμελιώνεται στις διατάξεις άρθρ. άρθρ. 288 ΕΚ (νυν 340 ΣυνθλΕΕ) και 10 ΕΚ (νυν 4 ΣΕΕ, καθήκον καλόπιστης συνεργασίας των κρατών μελών με την Ένωση)[33], σε συστηματική ερμηνεία τους με θεμελιώδεις αρχές, τις οποίες είχε παλαιότερα διατυπώσει το Δικαστήριο και υιοθετεί έκτοτε κατά πάγια νομολογία, αποτελούν δε τις «ειδικότερες δογματικές καταβολές»[34] της αρχής της ευθύνης. Πρόκειται για τις αρχές του κράτους δικαίου, της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών που πηγάζουν από το κοινοτικό δίκαιο, της ισοδυναμίας και της απαγόρευσης διακρίσεων και της πρακτικής αποτελεσματικότητας.

Ειδική μνεία πρέπει να γίνει, τέλος, των αρχών της άμεσης εφαρμογής και της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου, κατ' επίκληση των οποίων το Δικαστήριο δέχεται παγίως ότι ο εθνικός δικαστής ο οποίος λειτουργεί και ως

Ειδικά θέματα δικαστικής εξουσίας 1973-1999, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2000, σ. 13. Βλ. και σχόλιο της ΣτΕ Ολ 1501/2014 από *Ε. Πρεβεδούρου*, Το διοικητικό δίκαιο παραμένει προεχόντως «νομολογιακό»; εξελίξεις στο νομικό καθεστώς της αστικής ευθύνης του Δημοσίου, ΘΠΔΔ 5/2014, σ. 411.

32 ΔΕΚ απόφαση της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, *Traghetti* (EU:C:2006:391). Η σχετική νομολογία εμπλουτίσθηκε με τις αποφάσεις της 9ης Σεπτεμβρίου 2015, *Ferreira da Silva e Brito κ.λπ.*, C160/14 (EU:C:2015:565), της 28ης Ιουλίου 2016, *Tomášová*, C-168/15 (EU:C:2016:602), της 24ης Οκτωβρίου 2018, *ΧC κ.λπ.*, C-234/17, (EU:C:2018:853), της 29ης Ιουλίου 2019, *Hochtief,* C-620/17 (EU:C:2019:630), της 4ης Μαρτίου 2020, *Telecom Italia*, C-34/19 (EU:C:2020:148).

33 *Β.Χριστιανός,* Συνθήκη ΕΕ και ΣΛΕΕ, Κατ' άρθρο ερμηνεία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 1313 επ., *Ευγ.Σαχπεκίδου,* Ευρωπαϊκό Δίκαιο, 3η εκδ., εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σ. 676 επ., *Π. Κανελλοπουλος,* Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 5η εκδ., σ. 446 επ. Υπό το προϊσχύσαν καθεστώς ΕΕ και ΕΚ, βλ. *Β. Σκουρή,* Ερμηνεία Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, 2003, σ.1615 επ.

34 *Αντ. Μεταξά,* Ευθύνη του δημοσίου για παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου από αποφάσεις των ανωτάτων εθνικών δικαστηρίων, Εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005, σ. 24.

ενωσιακός Δικαστής εντός του οικείου κράτους-μέλους[35], έχει την υποχρέωση να εξασφαλίζει την πλήρη αποτελεσματικότητα (*effet utile*) των κοινοτικών, ήδη ενωσιακών κανόνων και να αφήνει εν ανάγκη ανεφάρμοστη κάθε αντίθετη διάταξη της εθνικής νομοθεσίας, έστω και μεταγενέστερη, χωρίς να υποχρεούται να ζητήσει ή να αναμείνει την προηγούμενη εξαφάνιση ή αναθεώρησή της δια της νομοθετικής οδού ή με άλλη συνταγματικά προβλεπόμενη διαδικασία.

Βάσει των αρχών αυτών, η ευθύνη του κράτους μέλους για παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου που διαπράττουν κρατικά όργανα παρουσιάζεται σύμφυτη προς το σύστημα της Συνθήκης και απορρέουσα από την ιδιομορφία της ενωσιακής έννομης τάξης. Οι ιδρυτικές Συνθήκες των Κοινοτήτων και της Ευρωπαϊκής Ένωσης δημιούργησαν ιδιαίτερη έννομη τάξη, η οποία ενσωματώθηκε στα νομικά συστήματα των κρατών μελών[36]. Στο πλαίσιο αυτής της έννομης τάξης θεσπίζονται υποχρεώσεις που βαρύνουν τους ιδιώτες, αλλά και δικαιώματα υπέρ των ιδιωτών, τα οποία μάλιστα γεννώνται όχι μόνο όταν τούτο προβλέπεται ρητώς στη Συνθήκη, αλλά και λόγω σαφών υποχρεώσεων που αυτή επιβάλλει τόσο στους ιδιώτες όσο και στα κράτη μέλη και στα κοινοτικά όργανα.

Πρέπει να επισημανθεί ότι η ευθύνη αυτή είναι αντικειμενική, γιατί για τη θεμελίωσή της δεν απαιτείται κατ' αρχήν η ύπαρξη σχετικής προθέσεως ή αμέλειας εκ μέρους του διαπράξαντος την παράβαση κρατικού οργάνου, και αυτόνομη, με την έννοια ότι η απορρέουσα από αυτήν αξίωση αποζημιώσεως του ζημιωθέντος ιδιώτη έναντι του αντίστοιχου κράτους μέλους ενεργοποιείται ακόμη και αν οι διατάξεις του εθνικού δικαίου προβλέπουν και άλλη δυνατότητα έννομης προστασίας του συγκεκριμένου ιδιώτη. Αρκεί η έννομη προστασία που παρέχεται από την εθνική έννομη τάξη να είναι ισοδύναμη προς εκείνη που παρέχεται κατά το ενωσιακό δίκαιο.

35 Βλ. *Χρ. Γεραρή*, Ο έλληνας δικαστής και το κοινοτικό δίκαιο, *ΔοικΔικ* 8(1996), σ. 817 επ.

36 ΔΕΚ, 26/62, *Van Gend & Loos,* Συλλ. τόμος 1954-1964, 861 και ΔΕΚ, 6/64, C*osta*, Συλλ. τόμος 1954-1964, 1191. *Π.Παυλόπουλος,* Εγγυήσεις του δικαιώματος δικαστικής προστασίας στο ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο, εκδ Αντ.Ν.Σάκκουλα, 1993, σ.30-33.

α) Η πρώτη αναγκαία προϋπόθεση είναι παραβίαση κανόνα δικαίου που αποσκοπεί στην απονομή δικαιώματος στους ιδιώτες. –χωρίς να απαιτείται να είναι αμέσου εφαρμογής. Το ζήτημα αυτό κρίνεται μεν από το αρμόδιο για την εκδίκαση της αγωγής αποζημίωσης εθνικό δικαστήριο, με βάση όμως τα δεδομένα και τις ερμηνευτικές προσεγγίσεις που υιοθετούνται στο πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου. Στο σημείο αυτό, είναι δυνατή η διατύπωση συγκριτικών παρατηρήσεων όσον αφορά τα σχετικώς ισχύοντα στο πλαίσιο του ελληνικού διοικητικού δικαίου. Σύμφωνα με το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, δεν δύναται να θεμελιωθεί ευθύνη του Δημοσίου στις περιπτώσεις παραβίασης κανόνα δικαίου απ' τον οποίο δεν πηγάζει συγκεκριμένο δικαίωμα του ζημιωθέντος διοικουμένου, εφόσον ο παραβιασθείς κανόνας έχει θεσπισθεί αποκλειστικά και μόνο για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. Η αρνητική αυτή προϋπόθεση θεμελίωσης αστικής ευθύνης του Δημοσίου απηχεί τη βασική αρχή ότι έννομη προστασία παρέχεται μόνο σε αυτόν που μπορεί να θεμελιώσει ειδική σχέση με συγκεκριμένο επίδικο αντικείμενο, η οποία και τον διακρίνει από τους άλλους πολίτες.. Πράγματι, η αποδοχή κρατικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημιογόνο παρανομία θα μπορούσε να οδηγήσει στη θεμελίωση πλήθους αξιώσεων αποζημιώσεως, εν είδει actio popularis ενδεχόμενο το οποίο ο Έλληνας νομοθέτης ήθελε να αποκλείσει μέσω της θέσπισης του συγκεκριμένου περιορισμού, ο οποίος έγκειται στον προστατευτικό σκοπό του κανόνα δικαίου («Schutzzweck der Norm»). Η συγκεκριμένη αρνητική προϋπόθεση ερμηνεύεται ιδιαιτέρως συσταλτικά από την ελληνική νομολογία.

β) Στο πλαίσιο της ανάλυσης της δεύτερης αναγκαίας προϋπόθεσης για την στοιχειοθέτηση της ευθύνης του Δημοσίου, δηλαδή του «κατάφωρου» χαρακτήρα της παραβίασης του κοινοτικού, ήδη ενωσιακού, κανόνα δικαίου, επισημαίνεται ότι για να εκτιμηθεί αν πληρούται η συγκεκριμένη προϋπόθεση, το εθνικό δικαστήριο που εκδικάζει τη σχετική αγωγή αποζημίωσης πρέπει να λάβει υπόψη όλα τα στοιχεία και τις παραμέτρους της επίδικης υπόθεσης , μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται κυρίως ο βαθμός σαφήνειας, ακρίβειας και «αυστηρότητας» του παραβιαζόνου κοινοτικού κανόνα, όπως επίσης ο

εκούσιος ή ακούσιος χαρακτήρας της διαπραχθείσας παράβασης ή της προκληθείσας ζημίας. Σημειώνεται περαιτέρω ότι επιχειρείται στο πλαίσιο της νομολογίας του ΔΕΚ μια «αντικειμενικοποίηση»[37] των κριτηρίων βάσει των οποίων ο εθνικός δικαστής θα αποφανθεί για το κατά πόσο συντρέχει περίπτωση «κατάφωρης παραβίασης» του κοινοτικού δικαίου. Επισημαίνεται, τέλος, ότι, καίτοι δεν απαιτείται η απόδειξη υπαιτιότητας του διαπράξαντος την παράβαση κρατικού οργάνου, ενδείξεις που στοιχειοθετούν την υπαιτιότητά του δύνανται να συνυπολογιστούν για τον χαρακτηρισμό της παράβασης ως «κατάφωρης». Στο σημείο αυτό μπορεί να γίνει εκ νέου παραλληλισμός με τα ισχύοντα στο ελληνικό δίκαιο, στο πλαίσιο του οποίου γίνεται δεκτό ότι η θεμελίωση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 105 και 106 ΕισΝΑΚ (σε αντίθεση με την αδικοπρακτική ευθύνη βάσει του άρθρου 914 ΑΚ) δεν προϋποθέτει υπαιτιότητα του συγκεκριμένου κρατικού οργάνου, στο οποίο καταλογίζεται η παράνομη ζημιογόνος πράξη ή παράλειψη.

γ) Τρίτη προϋπόθεση, η οποία απαντά και στο ελληνικό δίκαιο, είναι η ύπαρξη ζημίας, η οποία πρέπει να είναι πραγματική και βέβαιη[38]. Η αποζημίωση πρέπει να είναι πλήρης, αλλά το βάρος απόδειξης του υποστατού και της έκτασής της φέρει ο ενάγων[39].

δ) Η τέταρτη αναγκαία προϋπόθεση για τη θεμελίωση ευθύνης του Δημοσίου είναι η ύπαρξη αμέσου πρόσφορου αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της παράβασης και της ζημίας, υλικής ή ηθικής, που υπέστησαν οι θιγόμενοι ιδιώτες[40]. Επισημαίνεται ότι και αυτή η προϋπόθεση απαντά στο ελληνικό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι απαιτείται για τη θεμελίωση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου η ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ παράνομης πράξεως ή παραλείψεως του κρατικού οργάνου και της επελθούσας ζημίας, σύμφωνα με τη θεωρία της πρόσφορης αιτίας.

37 *Ευγ. Σαχπεκίδου,* όπ.παρ., σ. 690.

38 *Βλ. Ευγ. Σαχπεκίδου,* όπ.παρ., σ. 690.

39 Ibidem.

40 Για το θέμα βλ. αναλυτικά την απόφαση *Brinkmann Tabakfabriken GmbH* [ΔΕΚ της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, C-319/96, Συλλογή 1998, σ. I-5255, ιδίως σκέψη 29].

Η συνεισφορά της νομολογίας *Köbler* στην αστική ευθύνη κράτους μέλους κατά το ενωσιακό δίκαιο είναι, κατά το ΔΕΚ,η ενιαία μορφή της έννομης τάξης πρέπει να ισχύει κατά μείζονα λόγο και στην κοινοτική, ήδη ενωσιακή, έννομη τάξη, στο πλαίσιο της οποίας όλα τα κρατικά όργανα, συμπεριλαμβανομένων και των δικαστικών, υποχρεούνται να τηρούν τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου. Η περίπτωση αυτή θα πρέπει να συγκριθεί με την προσφυγή λόγω παράβασης δυνάμει του άρθρου 226 ΕΚ (νυν άρθρο 258 ΣΛΕΕ), η οποία μπορεί να ασκηθεί, όποιο και αν είναι το κρατικό όργανο του οποίου η ενέργεια ή η αδράνεια προκάλεσε την παράβαση.

Υφίσταται όμως, κατά το ενωσιακό δίκαιο, υποχρέωση αποζημίωσης από νόμιμες ενέργειες; Η απάντηση είναι καταφατική[41]. Παρά το γεγονός ότι κύρια προϋπόθεση θεμελίωσης της ευθύνης της Ένωσης αποτελεί η παρανομία της πράξης που οδήγησε σε ζημία, εντούτοις η έννοια της ευθύνης από νόμιμες πράξεις δεν είναι άγνωστη ούτε στα δίκαια των κρατών-μελών ούτε στην ενωσιακή έννομη τάξη Πράγματι σε πολλά εθνική δίκαιο, όπως το δικό μας, η ευθύνη από νόμιμες πράξεις στηρίζει στην έννοια της «ειδικής θυσίας» («Sonderöpfer» στα γερμανικά) ή στην έννοια της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών («ruprure de l'égalité devant les charges publiques » στα γαλλικά). Σύμφωνα με τις έννοιες αυτές, το κράτος μπορεί να υποχρεούται να αποκαταστήσει τη ζημία που προκλήθηκε σε έμπορο από κρατικά μέτρα τα οποία ελήφθησαν προς χάριν του γενικού συμφέροντος, εάν ζημιώθηκε κατά τρόπο ξεχωριστό και πιο σοβαρά από άλλους εμπόρους[42].

Όπως γράφει ο Σκουρής, «ασυνήθης» χαρακτηρίζεται η ζημία που υπερβαίνει τα όρια των οικονομικών κινδύνων οι οποίοι είναι σύμφυτοι με τις δραστηριότητες του οικείου τομέα, ενώ και η κανονιστική πράξη που την προκαλεί δεν δικαιολογείται από γενικό οικονομικό συμφέρον. «Ειδική» θεωρείται η ζημία που θίγει μία κατηγορία επιχειρηματικών κατά τρόπο δυσα-

41 *Β.Χριστιανός,* όπ.παρ., σ. 1327-1328, Ευγ. Σαχπεκίδου, όπ.παρ. σ. 694-695, Β. Σκουρής, όπ.παρ., σ. 1619-1620.

42 *Tridimas*, The General Principles of EU Law, Oxford University Press, 2006, p. 493, *Craig /de Burga*, 2011, p. 569.

νάλογο σε σχέση με τους λοιπούς επιχειρηματίες[43]

Ως απόφαση «αρχής» επί του θέματος είναι η υπόθεση *Dorsch Consult*[44] στην οποία το ΠΕΚ έκρινε ότι: « Από την […] νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, σε περίπτωση που θα έπρεπε να αναγνωριστεί στο κοινοτικό δίκαιο η αρχή της ευθύνης της Κοινότητας λόγω νόμιμης πράξεως, η ευθύνη αυτή δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί παρά μόνον αν η προβαλλόμενη ζημία, εφόσον υποτεθεί ότι είναι γεγεννημένη και ενεστώσα, θίγει μία ειδική κατηγορία επιχειρηματιών κατά τρόπο δυσανάλογο σε σχέση με τους λοιπούς επιχειρηματίες (ειδική ζημία) και υπερβαίνει τα όρια των οικονομικών κινδύνων που είναι σύμφυτοι με τις δραστηριότητες του οικείου τομέα (ασυνήθης ζημία), ενώ η κανονιστική πράξη στην οποία οφείλεται η προβαλλόμενη ζημία δεν δικαιολογείται από γενικό οικονομικό συμφέρον». Έτσι, λοιπόν η πρώτη προϋπόθεση περί της ειδικής ζημίας θεωρείται «συμμετοχική» και ανταναλά τη συνισταμένη της αρχής της ισότητας[45]. *Η δεύτερη προϋπόθεση περί της ασυνήθους ζημίας δίνει τη δυνατότητα στο Δικαστήριο να εξισορροπήσει τα αντίρροπα συμφέροντα της Ένωσης και των ζημιωθέντων, υπογραμμίζει τον εξαιρετικό χαρακτήρα του συγκεκριμένου λόγου ευθύνης και τέλος δε, μετατρέπει το κράτος και κατ'επέκταση την Ένωση «από ρυθμιστή σε ασφαλιστή»*.[46]

Πρόκειται αναμφίβολα για ένα εξαιρετικό δείγμα των συνεπειών του θεσμικού διαλόγου του εθνικού δικαστή με τα δικαστήρια υπερεθνικών εννόμων τάξεων αλλά και του άτυπου και ουσιαστικού διαλόγου του με τη θεωρία,

43 *Β.Σκουρής,* Κατ' άρθρ. ερμηνεία όπ.παρ., σ. 1619- 1620. Δεν θεωρήθηκε για παράδειγμα ασυνήθης και ειδική ζημία η επιβολή εμπορικού εμπάργκο κατά του Ιράκ, διότι έθιξε μεν την ελεύθερη άσκηση των οικονομικών δραστηριοτήτων, προκαλώντας ζημία σε άτομα τα οποία δεν έφεραν καμία ευθύνη για την κατάσταση η οποία οδήγησε στην επιβολή των κυρώσεων, πλην όμως ο θεμελιώδης για τη διεθνή κοινότητα σκοπός τερματισμού της εισβολής και κατάληψης του Κουβέιτ από το Ιράκ και διατήρησης της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας στην περιοχή, θεωρήθηκε ικανός να δικαιολογήσεις, τις, έστω και σοβαρές, αρνητικές συνέπειες για ορισμένους επιχειρηματίες (Βλ. ΔΕΚ C-84/95 Bosphorus & T-184/95 Dorsch Consult κατά Επιτροπής).

44 ΠΕΚ 28.4.1988, T-184/95 Dorsch ConsultIngerierunggesellschaftmbH κ. Συμβουλίου και Επιτροπής, σκ. 80.

45 *Tridimas*, όπ.παρ., σ. 494.

46 *Tridimas,* όπ.παρ. σ. 495.

η οποία συχνά εντοπίζει αδυναμίες νομολογιακών επιλογών και αναδεικνύει νέες προοπτικές. Αναμένεται η παγίωση των αρχών που διατυπώθηκαν και η ενδεχόμενη διευκρίνιση ορισμένων πτυχών τους[47].

Δ. Η ΣΤΑΔΙΑΚΗ ΣΥΡΡΙΚΝΩΣΗ ΤΗΣ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑΣ ΘΕΜΕΛΙΩΣΗΣ ΑΓΩΓΗΣ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗΣ ΑΠΟ ΝΟΜΙΜΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ

Έτσι, με μια σειρά αποφάσεων του Ιουνίου 2021 (ΣτΕ Ολ 799-*803/2021*) το ΣτΕ εγκατέλειψε την προσέγγιση που είχε υιοθετήσει στην απόφαση ΣτΕ Ολ 1501/2014, δηλαδή τον κανόνα της ανάλογης εφαρμογής του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ σε περίπτωση προδήλου ή βαρέος σφάλματος οργάνου ενταγμένου στη Δικαστική εξουσία, υιοθετώντας τις απόψεις της μειοψηφίας που είχαν διατυπωθεί από μεγάλο αριθμό δικαστών που μετείχαν στην Ολομέλεια. Ειδικότερα, στην απόφαση ΣτΕ Ολ 1501/2014 το Δικαστήριο έκρινε ότι η παραπάνω διάταξη δεν αναφέρεται ευθέως σε ζημιογόνες πράξεις οργάνων της δικαστικής λειτουργίας, διότι ευθύνη του Δημοσίου προς αποζημίωση λόγω απλώς εσφαλμένης ερμηνείας του νόμου ή απλώς εσφαλμένης εκτιμήσεως των πραγμάτων από Δικαστικό λειτουργό δεν είναι συμβατή με την φύση του δικαιοδοτικού έργου, ως εκ της οποίας το Σύνταγμα εγγυάται στον δικαστικό λειτουργό την λειτουργική και προσωπική ανεξαρτησία του. Εν όψει της φύσεως του δικαιοδοτικού έργου, μόνο πρόδηλο σφάλμα του Δικαστικού λειτουργού επισύρει ευθύνη του Δημοσίου προς αποζημίωση. Εφόσον δε το Σύνταγμα δεν ανέχεται να παραμένουν αναποζημίωτες ζημίες που κάποιος υφίσταται από ενέργειες οποιουδήποτε κρατικού οργάνου, μέχρις ότου ο νομοθέτης ρυθμίσει ειδικώς την ευθύνη του Δημοσίου από πράξεις οργάνων της Δικαστικής λειτουργίας, το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ έχει ανάλογη εφαρμογή σε περίπτωση προκλήσεως ζημίας από πράξεις των οργάνων αυτών η οποία μπορεί να αποδοθεί σε πρόδηλο σφάλμα τους. Ο πρόδηλος δε χαρακτήρας

47 *J.-M. Sauvé*, L'Université et le Conseil d'Etat. Un dialogue "naturel et bienfaisant", Colloque "Le Conseil d'Etat et l'Université », du 7 février 2014.

του σφάλματος της κρίσεως οργάνου της δικαστικής λειτουργίας προκύπτει από τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της συγκεκριμένης περιπτώσεως βάσει των οποίων η δικαστική πλάνη καθίσταται συγγνωστή ή ασύγγνωστη.

Με τις αποφάσεις ΣτΕ Ολ. 799-803/2021, η Ολομέλεια, επιδεικνύοντας αυτοσυγκράτηση, δέχθηκε, αντιθέτως, ότι το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ δεν μπορεί να εφαρμοστεί στη ζημία από πράξη Δικαστικού οργάνου. Ειδικότερα, έκρινε ότι, ενόσω δεν υφίσταται νομοθετικός καθορισμός των όρων αποκατάστασης της ζημίας που προκαλείται από όργανα ενταγμένα στη δικαστική λειτουργία, καθώς και των αρμοδίων προς τούτο δικαστηρίων, η εν λόγω ζημία δεν μπορεί να αποκατασταθεί ούτε με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, ευθέως ή αναλόγως εφαρμοζομένου, ούτε με ευθεία επίκληση του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος. Επομένως, οι σχετικές αξιώσεις δεν είναι δικαστικώς επιδιώξιμες. Διατηρείται μόνον η υποχρέωση του Δημοσίου να προβαίνει στην αποκατάσταση της ζημίας που οι πολίτες υφίστανται λόγω παραβιάσεως του δικαίου της Ένωσης οφειλόμενης σε απόφαση εθνικού Δικαστηρίου αποφαινομένου σε τελευταίο βαθμό, υπό τις προϋποθέσεις που διέπλασε το ίδιο το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, λόγω της ανάγκης διαφύλαξης της ομοιόμορφης ερμηνείας και εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου από τις εθνικές αρχές, στις οποίες προδήλως περιλαμβάνονται και τα δικαστήρια[48] (ΣτΕ Ολ 799/2021). Όπως επισήμανε συναφώς σημαντική μειοψηφία, είναι αντιφατικό σε μία εθνική συνταγματική έννομη τάξη να διασφαλίζονται, και ορθώς, τα δικαιώματα που έλκει ο πολίτης από την έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά να μη διασφαλίζονται τα αυτά ακριβώς δικαιώματα, όταν τα έλκει από την εθνική συνταγματική έννομη τάξη. Πάντως, και στην περίπτωση αυτή, ενόψει του προβλεπόμενου από το Σύνταγμα οργανωτικού σχήματος των χωριστών δικαιοδοσιών, ο έλεγχος των αποφάσεων και λοιπών διαδικαστικών πράξεων ενεργείται υποχρεωτικά από όργανα που ανήκουν στον ίδιο δικαιοδοτικό κλάδο. Ειδικότερα, επί αγωγών αποζημίωσης του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ κατά του Δημοσίου λόγω

48 ΣτΕ 799/2021.

παραβιάσεως του δικαίου της Ένωσης οφειλόμενης σε απόφαση εθνικού Δικαστηρίου αποφαινόμενου σε τελευταίο βαθμό, η κατοχυρούμενη στο άρθρο 1 παρ. 1 περ. η΄ του Ν. 1406/1983 δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων επί των σχετικών διαφορών κάμπτεται, όταν η παραβίαση του ενωσιακού δικαίου αποδίδεται στα πολιτικά δικαστήρια, τα οποία και καθίστανται αρμόδια για την εκδίκαση των οικείων αγωγών αποζημίωσης.

Ιδιαίτερης μνείας χρήζει η προσέγγιση του Δικαστηρίου όσον αφορά τη μεταστροφή της νομολογίας επί ζητημάτων ερμηνείας κανόνων του θετικού δικαίου. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η μεταστροφή αυτή αποτελεί φαινόμενο σύμφυτο με το δικαιοδοτικό έργο και αναγκαίο μέσο για την περαιτέρω εξέλιξη της νομολογίας, τα δε Δικαστήρια διαθέτουν την εξουσία προς πραγματοποίησή της. Κατά συνέπεια, η νομολογιακή μεταστροφή δεν παραβιάζει τις απορρέουσες από το Σύνταγμα[49] και την ΕΣΔΑ αρχές της ασφάλειας δικαίου και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης -από τις οποίες άλλωστε δεν απορρέει δικαίωμα στη σταθερότητα της νομολογίας[50]. Εξάλλου, οι ως άνω αρχές, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με την αρχή της δίκαιης δίκης που κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, ουδόλως υποχρεώνουν τα δικαστήρια σε χρονική μετάθεση των εννόμων συνεπειών που συνεπάγεται η νομολογιακή μεταστροφή και, ειδικότερα, στην εφαρμογή των κανόνων και αρχών που αποτελούν το αντικείμενό της στις εκκρεμείς κατά τη δημοσίευση της απόφασης που την επιφέρει υποθέσεις, εκτός εάν η μεταστροφή αφορά α) σε ζητήματα παραδεκτού του ασκηθέντος ενδίκου μέσου[51], β) σε δικαιώματα, αξιώσεις ή εύλογες προσδοκίες, οι

49 ΣτΕ Ολ 1738/1987.

50 Απόφαση του ΕΔΔΑ της 29.1.2019, Orlen Lietuva Ltd. κατά Λιθουανίας, 45849/13, σκ. 80)-, παρά μόνον εάν αυτή παρίσταται αυθαίρετη ή παντελώς στερούμενη αιτιολογίας (αποφάσεις του ΕΔΔΑ της 22.5.2018, Jureša κατά Κροατίας, 24079/11, σκ. 44, της 30.10.2010, της 12.1.2016, Borg κατά Μάλτας, 37537/13, σκ. 111, S.S. Balikliçeşme Beldesi Tarim Kalkinma Kooperatifi και λοιποί κατά Τουρκίας, 35703/05, σκ. 28

51 ΣτΕ Ολ 3596/1971, Ολ 605/2008, 4304/2001, 1587/2007 7μ, 1023/2009 7μ, 1913/2010 7μ, 2436/2012 7μ, 2131/2015 1898/2016 7μ, 170/2017 7μ, βλ. και απόφαση του ΕΔΔΑ της 26.5.2020, Gil Sanjuan κατά Ισπανίας, 48297/15, σκ. 36-44.

οποίες ερείδονται επί παγιωθείσας νομολογίας και καθίστανται, για τον λόγο αυτό, άξιες προστασίας παρά τη μεταστροφή που συνεπάγεται την εφεξής μη αναγνώρισή τους. Σε κάθε, πάντως, περίπτωση, δεν νοείται άμεση εφαρμογή κανόνα αποτελούντος προϊόν νομολογιακής μεταστροφής κατά παραβίαση της αρχής της προβλεψιμότητας[52].

Οι βασικές θέσεις των αποφάσεων ΣτΕ Ολ 799-803/2021[53] είναι οι εξής:

Ξεκινούν από την παραδοχή ότι: «Πράγματι, λαμβανομένης υπόψη της ιδιαίτερης βαρύτητας του λειτουργήματος το οποίο επιτελεί η δικαστική εξουσία ως προς την προστασία των δικαιωμάτων που αντλούν οι ιδιώτες από τους κανόνες του δικαίου της Ένωσης, και του γεγονότος ότι το αποφαινόμενο σε τελευταίο βαθμό δικαστήριο συνιστά, εξ ορισμού, το τελευταίο δικαιοδοτικό όργανο ενώπιον του οποίου οι ιδιώτες μπορούν να προβάλλουν τα δικαιώματα που τους παρέχονται βάσει των κανόνων αυτών, θα θιγόταν η πλήρης αποτελεσματικότητα των εν λόγω κανόνων και θα εξασθενούσε η προστασία των δικαιωμάτων αυτών, εάν δεν παρεχόταν στους ιδιώτες η δυνατότητα, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, αποκαταστάσεως της ζημίας που υφίστανται λόγω παραβιάσεως του δικαίου της Ένωσης οφειλόμενης σε απόφαση εθνικού δικαστηρίου αποφαινομένου σε τελευταίο βαθμό».

Πλην όμως εντοπίστηκε αφενός η διαφορά των προϋποθέσεων αστικής ευθύνης που συντρέχουν κατά το άρθρο 104-106 ΕισνΑΚ αφενός, και κατά το άρθρ. 340 ΣυνθλΕΕ αφετέρου, καθώς και το θέμα της δικαιοδοσίας του κλάδου δικαιοσύνης για την εκδίκαση τέτοιων αγωγών αποζημίωσης.

Σε ό,τι αφορά τις προϋποθέσεις, το ΣτΕ έκρινε ότι «κρίθηκε ότι μέχρις ότου θεσπισθεί τυχόν, ειδική διαδικασία, η θεμελίωση της αποζημιωτικής

52 Πρβλ. αποφάσεις του ΕΔΔΑ της 26.5.2020, Gil Sanjuan κατά Ισπανίας, της 19.2.2013, Petko Petkov κατά Βουλγαρίας, 2834/06 σκ. 33, της 7.7.2011, Serkov κατά Ουκρανίας, 39766/05, σκ. 40). Για το θέμα των νομολογιακών μεταστροφών βλ. *Σπ. Βλαχόπουλου,* Οι συνταγματικές διαστάσεις της μεταβολής της νομολογίας, Εκδόσεις Ευρασία, 2019, *Β. Χριστιανού,* Οι μεταστροφές της νομολογίας του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, Chloé Pros-Phalippon, Le juge administratif et les revirements de jurisprudence, LGDJ 2018.

53 ΣτΕ 799/2001, ΕφημΔΔ 3/2021, σ. 354 -358.

ευθύνης του Δημοσίου λόγ παραβιάσεως του δικαίου της Ένωσης οφειλόμενης σε απόφαση εθνική δικαστηρίου αποφαινόμενου σε τελευταίο βαθμό διέπεται από τις προϋποθέσεις που όρισε το ΔΕΕ με τη νομολογία του και όχι από τις λιγότερο περιοριστικές προϋποθέσεις που τίθενται στο άρθρο 105 ΕισνΑΚ για τη θεμελίωση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου λόγω παραβιάσεως του εθνικού δικαίου η διαφοροποίηση δε αυτή δεν προσκρούει, κατ' αρχήν στο δίκαιο της Ένωσης».

Σε ο,τι αφορά τη δικαιοδοσία το ΣτΕ έκρινε ότι: «Επιπλέον, επί αγωγών αποζημίωσης του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ κατά του Δημοσίου λόγω παραβιάσεως του δικαίου της Ένωσης οφειλόμενης σε απόφαση εθνικού δικαστηρίου αποφαινομένου σε τελευταίο βαθμό,η η κατοχυρούμενο στο άρθρο 1 παρ. 1 περι. η΄ του ν. 1406/1983 δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων επί των σχετικών διαφορών κάμπειεται, όταν η παραβίαση του ενωσιακού δικαίου αποδίδεται στα πολιτικά δικαστήρια τα οποία και καθίστανται αρμόδια για την εκδίκαση των οικείων αγωγών αποζημίωσης. Τέλος, κρίθηκε ότι η αγωγή αποζημιώσεως λόγω παραβιάσεων του ενωσιακού δικαίου, ,αποδιδομένων σε αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων δεν ανήκει στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, τα οποία δεν είναι αρμόδια για την εκδίκαση των σχετικών διαφορών ελλείψει ειδικών διατάξεων περί ρητής υπαγωγής των σχετικών διαφορών στη δικαιοδοσία τους» και απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η σχετική αγωγή.

Κατά το Σύνταγμα, επιβάλλεται στο νομοθέτη να ορίζει τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες αποκαθίσταται η ζημία που προκαλείται από την δράση οποιουδήποτε κρατικού οργάνου, λαμβάνοντας υπ' όψη την φύση και την αποστολή του έργου που το Σύνταγμα αναγνωρίζει, αναθέτει και εγγυάται στα όργανα των τριών λειτουργιών του Κράτους[54]

Περαιτέρω, η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος, επιβάλλει στον κοινό νομοθέτη να καθορίσει την διαδικασία και τους όρους, υπό

54 ΣτΕ Ολ 1501/2014, 3783/2014 7μ, 1330/2016, 1607/2016 7μ, 1533/2018, 2557/2019.

τους οποίους αποκαθίσταται περιουσιακή ζημία προκληθείσα από πράξεις, παραλείψεις ή εκτιμήσεις οργάνων της δικαστικής λειτουργίας. Επιβάλλει, ειδικότερα, την υποχρέωση να καθορίσει τους όρους, υπό τους οποίους αποκαθίσταται από το Δημόσιο ζημία προκληθείσα από τα όργανα αυτά κατά την άσκηση τόσο του δικαιοδοτικού όσο και του εν γένει δικαστικού τους έργου, στο οποίο περιλαμβάνεται και η διοίκηση της Δικαιοσύνης, καθώς και την έκταση της αποκαθισταμένης ζημίας.

Από τα ανωτέρω παρέπεται ότι, ελλείψει νομοθετικού πλαισίου για τον καθορισμό των όρων του παρανόμου των πράξεων ή και παραλείψεων των οργάνων της δικαστικής λειτουργίας, της έκτασης των σχετικών αποζημιωτικών αξιώσεων και των αρμοδίων δικαστηρίων, η σχετική αξίωση δεν είναι δυνατόν να ασκηθεί ούτε κατ' ευθεία επίκληση του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος. Επομένως, ενόσω δεν υφίσταται νομοθετικός καθορισμός των όρων αποκατάστασης της ζημίας που προκαλείται από όργανα της δικαστικής λειτουργίας, καθώς και της αρμόδιας δικαιοδοσίας για την επίλυση των σχετικών διαφορών, η εν λόγω ζημία δεν μπορεί να αποκατασταθεί, οι δε σχετικές αξιώσεις δεν είναι δικαστικώς επιδιώξιμες.

Η γενόμενη δεκτή με την απόφαση ΣτΕ Ολ 799/2021 υποχρέωση του Δημοσίου να προβαίνει στην αποκατάσταση της ζημίας που οι πολίτες υφίστανται λόγω παραβιάσεως του δικαίου της Ένωσης οφειλόμενης σε απόφαση εθνικού δικαστηρίου αποφαινομένου σε τελευταίο βαθμό, υπό τις προϋποθέσεις που διέπλασε το ίδιο το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, συνιστά διαφορετική περίπτωση, υπαγορευθείσα από την ανάγκη διαφύλαξης της ομοιόμορφης ερμηνείας και εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου από τις εθνικές αρχές, στις οποίες προδήλως περιλαμβάνονται και τα δικαστήρια, και όχι από τη διαπίστωση, από την πλευρά του Δικαστηρίου, της ύπαρξης κοινής στις εθνικές έννομες τάξεις προσέγγισης ως προς την αστική ευθύνη του Δημοσίου από πράξεις οργάνων της δικαστικής λειτουργίας. Εξάλλου, μετά την απόφαση *Köbler* (C-224/01), στις έννομες τάξεις πλειόνων κρατών μελών υφίσταται διάκριση μεταξύ, αφενός, της αποζημιωτικής ευθύνης του Δημοσίου για παραβιάσεις του ενωσιακού δικαίου από τα δικαστήρια, την

οποία τα ίδια αναγνωρίζουν, και, αφετέρου, της αποζημιωτικής ευθύνης του Δημοσίου για παραβιάσεις του εθνικού δικαίου από δικαστικές αποφάσεις, την οποία καταρχήν απορρίπτουν[55].

Τέλος, σχετικά με το επίμαχο θέμα των υποχρεωτικών εμβολιασμών με την ΣτΕ Ε.Α.133/2021[56]σχετικά με την υποχρεωτικότητα εμβολιασμού κατά της COVID-19 των υπηρετούντων στις ΕΜΑΚ, το Δικαστήριο εν Συμβουλίω έκρινε απορριπτέα την αίτηση αναστολής λόγω επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος, σταθμιζόμενοι με τους λόγους που προβάλουν οι αιτούντες, καθώς και διότι οι λόγοι που επικαλέσθηκαν δεν κρίθηκαν προδήλως βάσιμοι. Με την ΣτΕ *622/2021*[57] τέθηκε, το ζήτημα της αποζημιωτικής ευθύνης του δημοσίου από τους υποχρεωτικούς εμβολιασμούς Μ*MR* που προστατεύει από τις παιδικές ασθένειες της ιλαράς, παρωτίτιδας και ερυθράς. Παρά το γεγονός ότι η ενάγουσα επικαλέσθηκε, inter alia, και τη νομολογία για ευθύνη του Δημοσίου από νόμιμες πράξεις ή παραλείψεις του με τη θεωρία της «υπέρμετρης θυσίας», το Δικαστήριο, στηριζόμενο στην ΣτΕ 799/2021 αντέταξε ότι : «……δύναται μεν ο νομοθέτης να προβλέψει την υπαγωγή των περιπτώσεων αυτών σε ειδικό αποζημιωτικό ή εγγυητικό καθεστώς και να θεσπίσει τις σχετικές νομοθετικές διατάξεις, πλην όμως, μη προβλεπομένης σχετικής υποχρεώσεως από υπερτέρας τυπικής ισχύος κανόνα δικαίοιυ, τούτο απόκειται στην απόλυτη κανονιστικη ευχέρεια αυτού, η δε μη πρόβλεψη τέτοιου ειδικού καθεστώτος δεν συνιστά παράλειψη νομοθετήσεως, δυναμένη να στοιχειοθετήσει αξίωση αποζημιώσεως κατ'άρθρο 105 ΕισΝΑΚ».

Συμπέρασμα

Το ζήτημα της ευθύνης του Δημοσίου από νόμιμες πράξεις ή παραλείψεις του αποτελεί μία μετεξέλιξη του δικαίου της αστικής ευθύνης του Δημοσίου

55 Πρβλ. Conseil d' Etat αποφάσεις της 18.6.2008, Gestas, n° 295831, της 16.4.2019, *Société Fauba France*, n° 423643 σκ. 2.

56 ΕφημΔΔ 3/2021, σ. 376 επ.

57 ΕφημΔΔ 2/2021, σ. 199 επ.

προς μία τάση «κοινωνικής αλληλεγγύης» σύμφυτη με την αρχή της αναλογικότητας, όπως επιτάσσει και το άρθρ. 25 πατ. 1 και 2 Σ. Καταρχήν αποζημίωση από νόμιμη ενέργεια δεν νοείται. Όταν όμως η ενέργεια ή παράλειψη αυτή, καίτοι νόμιμη, επιφέρει υπέρμετρα μεγάλη ζημία σε έναν ή σε μία ομάδα διοικουμένων, τότε κρίνεται ότι η θυσία τους είναι «υπέρμετρη» και πρέπει να αποζημιωθούν, διαφορετικά θα υπάρχει παραβίαση άρθρ. 4 παρ. 5 Σ σχετικά με την ισότητα των πολιτών στα δημόσια βάρη. Παρά το γεγονός ότι η θεωρία αυτή εφαρμόστηκε πρώτα στο ενωσιακό δίκαιο με την απόφαση Kö*bler* και ότι την ακολούθησε το ΣτΕ με την απόφαση «αρχής» Ολ. 1501/2014, δεν μπόρεσε να επικρατήσει ως γενική αρχή ούτε του ενωσιακού ούτε το εθνικού δικαίου. Και τούτο, διότι στο μεν ενωσιακό επίπεδο είναι δυσαπόδειχθη η ιδιαίτερη και ασυνήθης ζημία του ενάγοντος, στο δε εσωτερικό δίκαιο λείπει το ειδικότερο νομοθετικό καθεστώς που θα προσδιόριζε τις ειδικότερες παραμέτρους αυτού του μηχανισμού και, ιδίως, τη δικαιοδοσία των αρμοδιων δικαστηρίων. Όμως ο δρόμος έχει ανοίξει για την πραγματική εμπέδωση του Κράτους δικαίου[58] που επιβάλλει την αποκατάσταση της νομικής και πραγματικής κατάστασης των διοικουμένων όταν αυτή βλάπτεται ακόμη και από νόμιμες διοικητικές ενέργειες.

58 "Η έννοια του κράτους δικαίου (Rechstaat) σήμαινε ότι το κράτος πρέπει να υποκούει στο νόμο και – σε γενικές γραμμές – συμφώνησε με τος κράτος δικαίου και την αρχή της νομιμότητας». Σ.Φλογαϊτης, Η εξέλιξη του Δικαίου και του Κράτους στην Ευρώπη. Επτά μαθήματα. Μεταφρ. Στέλλα Χριστοφορίδου, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2015, σ. 139.

Η συμβολή των δεδομένων της κοινής πείρας και της καλής πίστης στη διαμόρφωση της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας για την αστική ευθύνη του Δημοσίου και των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου

Μελέτιος Στυλ. Μουστάκας

Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου Παντείου Πανεπιστημίου

Ι. Εισαγωγή

Η αστική ευθύνη του Δημοσίου και των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου (εφεξής: Ν.Π.Δ.Δ.), η οποία αναγνωρίζεται στο δικαιικό μας σύστημα επί τη βάσει των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ, θεωρείται παραδοσιακά ως ένας βασικός πυλώνας της αρχής της νομιμότητας, θεμελιώδους αρχής του Διοικητικού Δικαίου. Μάλιστα, τονίζεται η ιδιαίτερη σημασία της για την εμπέδωση της αρχής αυτής, δεδομένου ότι η ακύρωση μιας παράνομης διοικητικής πράξης μέσω της ασκήσεως του προβλεπομένου από την ημεδαπή έννομη τάξη οικείου ενδίκου βοηθήματος δεν είναι συχνά ικανή από μόνη της να επιτύχει αφενός να εξαλείψει την τρωθείσα νομιμότητα της διοικητικής δράσης και αφετέρου να αποκαταστήσει τον θιγέντα διοικούμενο στην ολότητα των δικαιωμάτων και των συμφερόντων του.

Ενόψει τούτων, γίνεται αντιληπτό το ένα δικαιολογητικό της θεμέλιο, η αποτελεσματική δικαστική προστασία, η οποία προβλέπεται από τη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Το άλλο δικαιολογητικό της θεμέλιο, η συνταγματική επιταγή της αρχής της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών (άρθρο 4 παρ. 5 του Καταστατικού Χάρτη της χώρας μας), αναδεικνύεται από το γεγονός

ότι η ζημία, την οποία υφίσταται ένας διοικούμενος από μία συγκεκριμένη παράνομη δράση της Δημόσιας Διοίκησης, πρέπει να επιμερίζεται στο σύνολο των διοικουμένων, δεδομένου ότι οι τελευταίοι επωφελούνται από την εν γένει δράση της που κατατείνει στην ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος.

Περαιτέρω, από τα μεγάλα Κεφάλαια του Γενικού Διοικητικού Δικαίου, εκείνο της αστικής ευθύνης του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. γνωρίζει, χάρη στην νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, συνεχή ανανέωση, με προφανείς θετικές συνέπειες για την καθιέρωση ενός σύγχρονου Κράτους Δικαίου[1]. Πράγματι, η εν λόγω αστική ευθύνη δεν συναρτάται πλέον μόνο με τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης, αλλά με τη δράση όλων των κρατικών λειτουργιών (εκτελεστικής, νομοθετικής και δικαστικής), ενώ, επιπροσθέτως, δεν απαιτείται πάντα η προϋπόθεση του παρανόμου της κρατικής δράσης προκειμένου να τεθεί σε εφαρμογή[2] (ως μία από τις πιο πρόσφατες εκδηλώσεις της τελευταίας αυτής εξέλιξης μπορεί να θεωρηθεί η αστική ευθύνη του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. από διακινδύνευση[3])[4].

Τούτων δοθέντων, τα νέα αυτά δεδομένα στη νομολογιακή διαπραγμάτευση της εδώ αναφερόμενης αστικής ευθύνης έχουν προκαλέσει ευλόγως το ενδιαφέρον της επιστήμης. Ωστόσο, και η μελέτη της σχετικής παραδοσιακής νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας αναδεικνύει ζητήματα, τα οποία δεν έχουν τύχει ιδιαίτερης διαπραγμάτευσης εκ μέρους της ημεδαπής

1 Ως ένα πρόσφατο δείγμα της ανανέωσης αυτής, ειδικά ως προς την προϋπόθεση της αιτιώδους συνάφειας ως προϋπόθεσης της αστικής ευθύνης του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ., μπορεί να μνημονευθεί η ΣτΕ 1500/2022. Για τη σημασία της Απόφασης αυτής, βλ., μεταξύ άλλων, *Ι. Μαθιουδάκη,* Η απομακρυσμένη αιτιότητα στο αρ. 105 ΕισΝΑΚ – Εκδοχές κοινωνικοποίησης του κινδύνου στην κρατική ευθύνη (με αφορμή την απόφαση του ΣτΕ Τμ. Α 1500/2022), ΘΠΔΔ 10/2022, σ. 1046-1057.

2 Βλ., επ' αυτών, όλως ενδεικτικώς, *Α. Ρωξάνα,* Εξελίξεις στα ζητήματα της αστικής ευθύνης του Κράτους στην πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΘΠΔΔ 12/2015, σ. 1094 επ..

3 *Μ. Μουστάκας,* Η αστική ευθύνη του κράτους και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από διακινδύνευση, σε: In Memoriam Γεωργίου Χ. Παναγιωτόπουλου, Κοινωνική ασφάλιση – Αστική ευθύνη του Κράτους, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2022, σ. 71-87.

4 Πέραν των ανωτέρω, για ορισμένες πλέον των συνήθων περιπτώσεων αστικής ευθύνης του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ., βλ. *Δ. Εμμανουηλίδη,* Ειδικές περιπτώσεις αποζημιωτικής ευθύνης ενώπιον των Διοικητικών Δικαστηρίων, ΔιΔικ 4/2020(32), σ. 529-533.

θεωρίας του Διοικητικού Δικαίου. Ένα από τα ζητήματα αυτά είναι ο ρόλος παραδοσιακών νομικών εννοιών, όπως είναι εκείνες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης, στη διαμόρφωση της νομολογίας του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας για την αστική ευθύνη του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ.

Κατόπιν τούτων και με δεδομένο ότι οι έννοιες αυτές στη συγκεκριμένη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας εμφανίζονται στο πλαίσιο του παρανόμου ως προϋποθέσεως για την αναγνώριση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ., σ' ένα πρώτο χρόνο προσήκει η διερεύνηση της επιρροής των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης ως προς τη συνδρομή της εν λόγω προϋποθέσεως (ΙΙ), ενώ, σ' ένα δεύτερο χρόνο, θα διατυπώσουμε ορισμένες παρατηρήσεις επί της επιρροής αυτής (ΙΙΙ).

ΙΙ. Το παράνομο της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης ως αποτέλεσμα παραβίασης υποχρεώσεών της επιβαλλόμενων από τα δεδομένα της κοινής πείρας και της καλής πίστης.

Το παράνομο αυτό αποτυπώνεται στα γραπτά της θεωρίας (α), ενώ αναδεικνύεται σε σειρά Αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας (β).

α. Οι απόψεις της θεωρίας

Ο Επαμεινώνδας Σπηλιωτόπουλος, επικαλούμενος νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, αναφέρει σχετικά: «*Στην περίπτωση των υλικών ενεργειών ή της παράλειψης υλικών ενεργειών, η παρανομία μπορεί να συνίσταται στο γεγονός ότι η ενέργεια του διοικητικού οργάνου ή η παράλειψη ενέργειας από το διοικητικό όργανο δεν είναι σύμφωνη προς τους κανόνες της καλής λειτουργίας της Διοίκησης ή προς τους κανόνες της επιστήμης και της τέχνης, που κατά τα δεδομένα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστης είναι σχετικοί με την άσκηση των καθηκόντων του* […]»[5].

5 *Ε. Σπηλιωτόπουλος,* Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, 15η Έκδοση, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2017, σ. 207.

Ο Προκόπης Παυλόπουλος, από την πλευρά του, επί τη βάσει και αυτός της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας και των τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων, εξειδικεύει ένα μέρος της προηγούμενης δογματικής άποψης ως εξής: «*Ειδικά για την αστική ευθύνη σε περίπτωση παροχής ιατρικών υπηρεσιών, παρανομία υφίσταται όταν ο ιατρός δεν ενήργησε σύμφωνα με τις αρχές και τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και δεν επέδειξε την οφειλόμενη ιδιαίτερη επιμέλεια, δεν ενήργησε, δηλαδή, lege artis* […]. *Αναλόγως θα πρέπει να κριθούν και οι υπόλοιπες περιπτώσεις παροχής επιστημονικών υπηρεσιών εκ μέρους υπαλλήλων του δημοσίου ή νομικών προσώπων δημόσιου δικαίου. Έτσι, π.χ. αστική ευθύνη γεννάται και όταν οι αρμόδιες πολεοδομικές υπηρεσίες δεν ασκούν τον απαραίτητο επιστημονικό έλεγχο για την αντισεισμική επάρκεια του κτιρίου μέσω της αξιολόγησης της πληρότητας στατικής μελέτης και της διενέργειας αυτοψιών* […]»[6].

Ο Καθηγητής Κωνσταντίνος Ρέμελης, με τη σειρά του, με αναφορά κυρίως στην νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, υποστηρίζει ότι «[…] *στοιχειοθετείται ευθύνη του Δημοσίου ή των νπδδ, όχι μόνο όταν με τη ζημιογόνο πράξη, παράλειψη ή υλική ενέργεια παραβιάζεται συγκεκριμένη νομοθετική διάταξη με την οποία προστατεύεται ή αναγνωρίζεται συγκεκριμένο ατομικό δικαίωμα ή έννομο συμφέρον, αλλά και όταν παραλείπονται τα ιδιαίτερα καθήκοντα και οι υποχρεώσεις που προσιδιάζουν στη συγκεκριμένη υπηρεσία, όπως αυτά προσδιορίζονται από την κείμενη εν γένει νομοθεσία, τα διδάγματα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστης*»[7].

Περαιτέρω, η Σύμβουλος της Επικρατείας κα Όλγα Ζύγουρα συστηματοποιεί τη σχετική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, διακρίνοντας τις κάτωθι περιπτώσεις: περιπτώσεις κατά τις οποίες τα ως άνω μνημονευό-

6 *Π. Παυλόπουλος,* Η αστική ευθύνη του Δημοσίου κατά τους κανόνες του Δημοσίου Δικαίου, σε: *Α. Γέροντα, Σ. Λύτρα, Π. Παυλόπουλου, Γ. Σιούτη, Σ. Φλογαΐτη,* Διοικητικό Δίκαιο, Δ΄ Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2018, σ. 459.

7 *Κ. Ρέμελης,* Η κρατική αστική ευθύνη από δικαστικές αποφάσεις, σε: Εταιρείας Διοικητικών Μελετών, Τόμος εις μνήμην Καθηγήτριας *Δήμητρας Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου,* Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2020, σ. 33-34.

μενα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις συναρτώνται με την υιοθέτηση εκ μέρους της Διοίκησης μέτρων προστασίας των διοικουμένων· περιπτώσεις που τα συναφή καθήκοντα και υποχρεώσεις απορρέουν από διάφορους διοικητικούς κανονισμούς· περιπτώσεις κατά τις οποίες τα εν λόγω καθήκοντα και υποχρεώσεις είναι σχετικά με κανόνες της ιατρικής επιστήμης και δεοντολογίας, καθώς και άλλων επιστημών, και, τέλος, διάφορες άλλες περιπτώσεις που τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις της Διοίκησης εν προκειμένω αναδεικνύονται από ζημίες, τις οποίες υφίστανται οι διοικούμενοι όταν συμβαίνουν έκτακτες περιστάσεις ή φυσικές καταστροφές[8].

Επί τη βάσει της κατηγοριοποιήσεως αυτής, θα πρέπει, στη συνέχεια, να ερευνηθεί και να εκτεθεί στις βασικές παραμέτρους της η σχετική νομολογία του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας.

β. Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (τομείς δραστηριότητας της Δημόσιας Διοίκησης, όπου επιβάλλονται πρόσθετα καθήκοντα και υποχρεώσεις σ' αυτήν δυνάμει των δεδομένων της κοινής πείρας και της καλής πίστης)

Πριν από κάθε άλλο, επιβάλλεται να διευκρινισθεί ότι η νομολογία που θα παρατεθεί κατωτέρω δεν μπορεί να είναι εξαντλητική, καθόσον τούτο θα υπερέβαινε τα αναγκαστικώς περιορισμένα όρια της παρούσας μελέτης. Συνεπώς, η παραπομπή στην νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας θα περιορισθεί σε χαρακτηριστικές περιπτώσεις.

1. Τομείς λήψης μέτρων προστασίας των διοικουμένων

Στους τομείς αυτούς εντάσσεται, κατά πρώτον, εκείνος των δημοσίων έργων. Στον συγκεκριμένο τομέα, η μελέτη της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας επιβάλλει στη Διοίκηση να προνοεί και να υιοθετεί μέτρα

8 *Ό. Ζύγουρα,* Η αστική ευθύνη του κράτους και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου κατά τα Άρθρα 105, 106 ΕισΝΑΚ στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε: In Memoriam Γεωργίου Χ. Παναγιωτόπουλου, ό.π., σ. 60-63.

προστατευτικά θεμελιωδών εννόμων αγαθών των διοικουμένων, όπως είναι η σωματική ακεραιότητα και η περιουσία τους.

Μία υπόθεση που αναδεικνύει αυτά είναι εκείνη επί της οποίας εκδόθηκε η ΣτΕ 453/2013. Στην υπόθεση αυτή, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας επιλήφθηκε, κατ' αναίρεση, αγωγής αποζημιώσεως, επί τη βάσει του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, κατά του Ελληνικού Δημοσίου λόγω σοβαρού τραυματισμού του διοικουμένου, ο οποίος επέβαινε σε δίκυκλο μοτοποδήλατο, «*κινούμενο στην παρακαμπτήριο Παλαιάς-Νέας Εθνικής Οδού Χανίων- Ρεθύμνου με κατεύθυνση τη Σούδα» και το οποίο «προσέκρουσε σε σωρό υπολειμμάτων εκσκαφής (μπάζα ασφαλτοτάπητα) […] Τα μπάζα προήρχοντο από εργασίες ηλεκτροφωτισμού, που εγίνοντο στην εν λόγω οδό. Ειδικότερα, στην [ως άνω] παρακαμπτήριο και στο άκρο δεξιό τμήμα του οδοστρώματος, εξετελούντο, βάσει συμβάσεως που το […] Ελληνικό Δημόσιο, […] είχε συνάψει […] με […] εργολάβο […] «εργασίες για την κατασκευή του έργου «Ηλεκτροφωτισμός επικίνδυνων θέσεων του εθνικού δικτύου Κρήτης*»» (σκ. 6).

Προκειμένου να τάμει τη διαφορά, το Συμβούλιο της Επικρατείας προέταξε, ερμηνεύοντας την διάταξη του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, τις κύριες και θεμελιώδεις, στο πλαίσιο της μελέτης μας, Σκέψεις, ήδη εκτεθείσες ανωτέρω επ' αφορμή της παρουσιάσεως των θέσεων της επιστήμης επί του αντικειμένου της παρούσας συμβολής μας. Σύμφωνα με τις Σκέψεις αυτές, «*ευθύνη προς αποζημίωση γεννάται και από μη νόμιμες υλικές ενέργειες των οργάνων του Δημοσίου ή από παραλείψεις οφειλομένων νομίμων ενεργειών αυτών, εφ' όσον οι υλικές αυτές ενέργειες ή παραλείψεις συνάπτονται με την οργάνωση και λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών», ενώ επιπλέον «υπάρχει ευθύνη του Δημοσίου, εφ' όσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις του νόμου, όχι μόνο όταν με πράξη ή παράλειψη οργάνου του Δημοσίου παραβιάζεται συγκεκριμένη διάταξη νόμου, αλλά και όταν παραλείπονται τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις που προσιδιάζουν στη συγκεκριμένη υπηρεσία και προσδιορίζονται από την κείμενη νομοθεσία, τα διδάγματα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστεως*» (σκ. 2). Στη συνέχεια, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές προέβαλαν ήδη διαμορφωμένη νομολογία του Συμβουλίου

της Επικρατείας σχετική με την νομοθεσία των δημοσίων έργων, σύμφωνα με την οποία «*ο κύριος δημοσίου έργου […] υπέχει αστική ευθύνη για τις ζημίες που προκαλούνται σε τρίτους εξ αιτίας της εκτελέσεως δημοσίου έργου, έστω κι αν η εκτέλεση του έργου αυτού έχει ανατεθή δια συμβάσεως σε ιδιώτη ανάδοχο* […]. *Η ευθύνη δε του Δημοσίου, όταν συντρέχει, είναι αυτοτελής, μη επηρεαζόμενη από την τυχόν από άλλες διατάξεις προκύπτουσα ευθύνη του αναδόχου για βλάβες στα έργα ή για την μη τήρηση των κατά τον νόμο ή τη σύμβαση ή κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και τους κανόνες της καλής πίστεως υποχρεώσεών του* […]» (σκ. 4). Κατόπιν, έκαναν επίκληση του άρθρου 9 του Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας που φέρει τον τίτλο «*Σήμανση των εργασιών που εκτελούνται στις οδούς*», στην παρ. 3 εδ. β΄ του οποίου ορίζεται: «*Οι φορείς που κατασκευάζουν τα διάφορα έργα στις οδούς ή αναθέτουν την κατασκευή τους σε τρίτους υποχρεούνται να ελέγχουν την τοποθέτηση των μέσων σήμανσης*» (σκ. 5). Τέλος, με την Απόφασή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας δικαίωσε τον ζημιωθέντα διοικούμενο, κάνοντας δεκτό ότι «*οι προκύπτουσες* […] *παραλείψεις του αναδόχου του έργου, εξ αιτίας των οποίων προεκλήθη το ατύχημα, το οποίο είχε ως αποτέλεσμα τον τραυματισμό* […]*, ήτοι η παράλειψη λήψεως μέτρων σημάνσεως και λοιπών μέτρων ασφαλείας σε σχέση με την προσήκουσα διαχείριση των μπάζων από τις πραγματοποιηθείσες εκσκαφές, εσχετίζοντο αμέσως προς την εκτέλεση του έργου και προς τα ιδιαίτερα καθήκοντα και τις υποχρεώσεις που προσιδιάζουν στη συγκεκριμένη υπηρεσία και προσδιορίζονται από την κείμενη νομοθεσία, τα διδάγματα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστεως*»· προσέθεσε δε το Συμβούλιο της Επικρατείας ότι ήταν εν προκειμένω «*αδιάφορο αν η εργασία του αναδόχου έλαβε χώρα εκτός του ωραρίου εργασίας των δημοσίων υπηρεσιών και αν ο επιβλέπων μηχανικός αθωώθηκε με […] απόφαση του Εφετείου […] «με την αιτιολογία ότι δεν ευθύνεται για τις αναφερόμενες άδικες πράξεις, διότι ο εργολάβος εργάσθηκε αυτοβούλως στο έργο ημέρες αργίας*»» (σκ. 7).

Ανάλογη στάση υιοθέτησε το Συμβούλιο της Επικρατείας σε μία άλλη υπόθεση, στην οποία επίσης ετίθετο ζήτημα ευθύνης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, του Ελληνικού Δημοσίου επ' ευκαιρία εκτελέσεως

εκ μέρους του τελευταίου δημοσίου έργου: πρόκειται για την υπόθεση, για την οποία εκδόθηκε η ΣτΕ 2897/2013. Στην νέα αυτή υπόθεση, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας είχε να κρίνει, κατ' αναίρεση, την αποζημίωση από το Ελληνικό Δημόσιο ζημιών στις εγκαταστάσεις και σε ακίνητο διοικουμένων, οι οποίες είχαν προκληθεί από κατολισθήσεις (λόγω μεγάλων βροχοπτώσεων) επ' ευκαιρία βελτίωσης και διαπλάτυνσης εθνικής οδού. Το κύριο επιχείρημα των αντιδίκων του Ελληνικού Δημοσίου, όπως εκτίθεται από την ως άνω Απόφαση, συνίστατο στο ότι τα όργανα αυτού είχαν παραλείψει «*κατά την ανάθεση του ανωτέρω δημόσιου έργου και πριν από την υπογραφή της σχετικής συμβάσεως να προβούν σε μελέτη για τη γαιώδη σύσταση της περιοχής, με συνέπεια η ανάδοχος εταιρεία να προβή σε εκχωμάτωση χωρίς να λάβη μέτρα αντιστηρίξεως του πρανούς προς αποφυγή κατολισθήσεως του εδάφους*» (σκ. 10).

Και στην περίπτωση αυτή, το Συμβούλιο της Επικρατείας προσέφυγε στις δύο ως άνω εκτεθείσες παγίες νομολογίες του: πρόκειται για εκείνη, κατά την οποία γεννάται ευθύνη του Δημοσίου, κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, «*και όταν παραλείπονται τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις που προσιδιάζουν στη συγκεκριμένη υπηρεσία και προσδιορίζονται από την κείμενη νομοθεσία, τα διδάγματα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστεως*» (σκ. 5)· και για την νομολογία, η οποία θεωρεί ότι η ευθύνη του Δημοσίου για τις ζημίες που προκαλούνται στους διοικουμένους επ' αφορμή εκτελέσεως δημοσίων έργων του τελευταίου είναι αυτοτελής και ανεξάρτητη από την τυχόν ευθύνη του αναδόχου των έργων αυτών (σκ. 9). Πέραν τούτων, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές, επικαλούμενοι την εφαρμοστέα στην υπόθεση που είχαν να επιλύσουν οικεία νομοθεσία, και μάλιστα συγκεκριμένη διάταξη αυτής (άρθρο 141 παρ. 1 του Π.Δ.696/1974), έκαναν δεκτό ότι στην περίπτωση πραγματοποιήσεως ειδικώς συγκοινωνιακών έργων πρέπει να λαμβάνει χώρα χαρακτηρισμός των εδαφών, γεγονός το οποίο συνεπάγεται τη σύνταξη γεωτεχνικής μελέτης (σκ. 8). Τέλος, το Συμβούλιο της Επικρατείας δικαίωσε τους διοικουμένους στη συγκεκριμένη υπόθεση, υιοθετώντας «*ως γενεσιουργό της ευθύνης του Δημοσίου λόγο την παράλειψη των οργάνων τούτου […] πριν από*

την ανάθεση του έργου να αναθέσουν την σύνταξη γεωτεχνικής μελέτης, ώστε να ληφθούν (δια των όρων της συμβάσεως αναθέσεως του έργου) τα αναγκαία μέτρα για την αποφυγή των προκληθέντων κατολισθητικών φαινομένων, δηλαδή […] *παράλειψη που συνάπτεται με την τήρηση υποχρεώσεων του κυρίου του έργου, που απορρέουν από τον νόμο* […], *τα διδάγματα της κοινής πείρας και τους κανόνες της καλής πίστεως*» (σκ. 12).

Το Συμβούλιο της Επικρατείας στο πλαίσιο της νομολογίας του της σχετικής με το αντικείμενο της παρούσας συμβολής μας, πλην του τομέα των δημοσίων έργων[9], επιβάλλει στη Δημόσια Διοίκηση την υιοθέτηση εκ μέρους της προστατευτικών για τους διοικουμένους μέτρων και σε άλλους ευαίσθητους τομείς δραστηριότητάς της. Οι τομείς αυτοί αναδεικνύονται με τη βοήθεια δύο ακόμη χαρακτηριστικών παραδειγμάτων από την νομολογία του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας.

Το πρώτο απ' αυτά αντιπροσωπεύεται από την ΣτΕ 1221/2002. Η συγκεκριμένη υπόθεση έθετε ζήτημα ευθύνης δημοσίου νοσοκομείου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ, λόγω του θανάτου βρέφους, κειμένου εντός θερμοκοιτίδας, από πυρκαγιά, η οποία είχε εκδηλωθεί στην πτέρυγα των προώρων νεογνών του νοσοκομείου. Μάλιστα, όπως διευκρινίζεται στην ως άνω Απόφαση, «[…] *η φωτιά ξεκίνησε από το πολύπριζο ή την ηλεκτρική καλωδίωση που βρισκόταν στο πάτωμα πίσω από την θερμοκοιτίδα, στη συνέχεια κάλυψε αυτήν έχοντας μεγαλύτερη ένταση στο μέρος του μηχανήματος του αναπνευστήρα και κατόπιν επεκτάθηκε σε ολόκληρο το θάλαμο* […]» (σκ. 4).

Το Συμβούλιο της Επικρατείας, επί τη βάσει της εδώ μελετώμενης νομολογίας του, ανεγνώρισε την ευθύνη του νοσοκομείου, επικαλούμενο, κατά κύριο λόγο, εφαρμοστέες εν προκειμένω ρυθμίσεις κρίσιμων νομοθεσιών. Έτσι, το νοσοκομείο είχε υποχρέωση να προνοήσει για τη λήψη ιδιαιτέρων μέτρων,

9 Για μία άλλη Απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας αναγνωρίζουσα αστική ευθύνη Δήμου επ' ευκαιρία εκτελέσεως δημοσίου έργου και εντασσόμενη στη θεματική της παρούσας συμβολής μας, παραπέμπουμε στην ΣτΕ 76/2018.

καθόσον, σύμφωνα με τις διατάξεις της νομοθεσίας για τους ιδιοκτήτες ηλεκτρικών εγκαταστάσεων, όφειλε, «*με εξειδικευμένα όργανα, επιφορτισμένα με τη συντήρηση και λειτουργία των ιατρικών μηχανημάτων και των ηλεκτρικών εγκαταστάσεων,* […] *προς αποτροπή μηχανικών και διαβρωτικών δράσεων, που επενεργούν επί των εγκαταστάσεων και των κινδύνων τους οποίους μπορεί να προξενήσει η παρουσία σφαλμάτων* [παρατίθεται εν προκειμένω και διάταξη κανονιστικής Απόφασης του Υπουργού Βιομηχανίας], *να ελέγχει και να λαμβάνει επιμελώς τα απαραίτητα μέτρα για την καλή και ασφαλή λειτουργία των μηχανημάτων και των εγκαταστάσεων σε όλα τα τμήματά του, και ιδιαίτερα στο τμήμα των πρόωρων νεογνών της Νεογνολογικής Κλινικής του, όπου η υπερφόρτωση του δικτύου διοχέτευσης ρεύματος ήταν δεδομένη, διότι,* […], [υπήρχαν] *πολλά μηχανήματα που* [λειτουργούσαν] *με ηλεκτρικό ρεύμα (θερμοκοιτίδες, αναπνευστήρες με υγραντήρες, συσκευές έκχυσης υγρών), ο δε χώρος δεν είχε κατασκευασθεί από την αρχή για το σκοπό αυτό*» (σκ. 4). Επιπλέον, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας κατέληξε στην ετυμηγορία του, λαμβάνοντας υπόψη και τις ακόλουθες παραλείψεις των οργάνων του νοσοκομείου: α) το ότι *«δεν είχε τοποθετηθεί στην αρχή του κυκλώματος αυτόματο ηλεκτροπληξίας, το οποίο θα διέκοπτε το κύκλωμα αμέσως μόλις περνούσε απ' αυτό ρεύμα μεγάλης έντασης λόγω του βραχυκυκλώματος και έτσι θα απετρέπετο η πυρκαγιά»*· β) την ύπαρξη «οξυγόνου στη θερμοκοιτίδα, το οποίο συνετέλεσε στην ταχύτερη εξάπλωση της πυρκαγιάς» (σκ. 5).

Στη συνέχεια, στην περίπτωση της ΣτΕ 1398/2013 οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές κλήθηκαν να αποφανθούν, κατ' αναίρεση πάντοτε, επί υποθέσεως ευθύνης Δήμου, επί τη βάσει των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ, λόγω του θανάσιμου τραυματισμού ανήλικης σε παιδική χαρά του. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης αυτής, όπως εκτίθενται στην ως άνω Απόφαση, στη συγκεκριμένη παιδική χαρά *«υπήρχε σιδερένια συρόμενη καγκελόπορτα περίφραξης διαστάσεων 3,25 μ. επί 1,48 μ. από μασίφ σίδερο βάρους περίπου 100 κιλών, η οποία, όταν κατά τη διάρκεια του παιχνιδιού η ανήλικη… στηρίχθηκε πάνω της, υποχώρησε καταπλακώνοντάς την με αποτέλεσμα το θανάσιμο τραυματισμό της»* (σκ. 6).

Το Συμβούλιο της Επικρατείας απεδέχθη την σχετική ευθύνη του Δήμου, αφού προηγουμένως εστίασε αφενός μεν στη διάταξη του Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα, με βάση την οποία οι όροι της χρήσης και της λειτουργίας των παιδικών χαρών αποφασίζονται από τους οικείους Δήμους (σκ. 5), αφετέρου δε στο ότι *«στο απόσπασμα του ημερολογίου που τηρούσε ο* […] *Δήμος* […] *προβλεπόταν ότι κατά το χρονικό διάστημα πριν από το θανατηφόρο ατύχημα* […] *στο πρόγραμμα του τεχνικού συνεργείου περιλαμβανόταν και ο έλεγχος για τη συντήρηση των παιδικών χαρών του Δήμου, χωρίς όμως να προκύπτει ότι είχε πραγματοποιηθεί έλεγχος από τα αρμόδια όργανα στην εν λόγω παιδική χαρά, ενώ από 13.7.1999 έως και 20.10.1999* [το θανατηφόρο συμβάν είχε λάβει χώρα την 20.10.1999] *δεν προβλεπόταν στο πρόγραμμα του ανωτέρω συνεργείου η διενέργεια ελέγχου για τη συντήρηση των παιδικών χαρών του Δήμου»* (σκ. 6). Τελικά, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας κατέληξε στην αναγνώριση της ευθύνης του Δήμου, προβάλλοντας ότι «*ο* […] *Δήμος, ενόψει των παραπάνω αρμοδιοτήτων [του], είχε υποχρέωση που επιβάλλεται από την καλή πίστη και την κρατούσα κοινωνική αντίληψη να λάβει με τα αρμόδια όργανά του τα απαραίτητα μέτρα προστασίας των παιδιών* […] *από τον κίνδυνο που δημιουργούσε γι' αυτούς η ύπαρξη της ανωτέρω πόρτας στην παιδική χαρά»* (σκ. 8).

Τούτων δοθέντων, σύμφωνα με την ανωτέρω εκτεθείσα στο πλαίσιο της θεωρίας κατηγοριοποίηση, η διασύνδεση των ιδιαιτέρων καθηκόντων και υποχρεώσεων, με τα οποία επιβαρύνεται η δράση των διοικητικών Υπηρεσιών ως αποτέλεσμα των δεδομένων της κοινής πείρας και της καλής πίστεως, εντοπίζεται και σε τομείς της διοικητικής δραστηριότητας όπου υφίστανται διοικητικοί κανονισμοί.

2. Τομείς διεπόμενοι από διοικητικούς κανονισμούς

Μία από τις σχετικές Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, επίκληση των οποίων γίνεται από την επιστήμη, είναι η ΣτΕ 4343/2009. Στην υπόθεση αυτή, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας απησχό-

λησε, κατ' αναίρεση, το ζήτημα της κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ αστικής ευθύνης του Ελληνικού Δημοσίου λόγω του ότι το αρμόδιο αστυνομικό όργανό του δεν είχε επιτύχει να αποτρέψει τη φυγάδευση στο εξωτερικό των τριών ανηλίκων τέκνων Ελληνίδας υπηκόου από τον εν διαστάσει αλλοδαπό, αλλά συγχρόνως Έλληνα πολιτογραφημένο, σύζυγό της, ενώ της είχε ανατεθεί με δικαστική Απόφαση η επιμέλειά τους. Η αντίδικος του Ελληνικού Δημοσίου προκειμένου να θεμελιώσει την αστική ευθύνη του τελευταίου «*ισχυρίστηκε ότι η* […] *παράνομη παράλειψη του αστυνομικού οργάνου, παρά την ύπαρξη της 7/20-1-1997 εσωτερικής διαταγής του Διοικητή του Τμήματος Ασφάλειας Αερολιμένα Ελληνικού με την οποία εφιστάτο η προσοχή των αστυνομικών οργάνων για τον λεπτομερή έλεγχο των ταξιδιωτών, παράλειψη που μπορούσε να αποφευχθεί με την αντιπαραβολή της φωτογραφίας του διαβατηρίου των τέκνων και με την πληκτρολόγηση των στοιχείων τους στον ηλεκτρονικό υπολογιστή, είχε ως αποτέλεσμα να μη διαπιστωθεί η υφιστάμενη απαγόρευση εξόδου των ανηλίκων τέκνων της από την χώρα και να φυγαδευθούν αυτά από τον πατέρα τους* [στο εξωτερικό] […], *χωρίς έκτοτε να έχει τη δυνατότητα επικοινωνίας μαζί τους*» (σκ. 6).

Το Συμβούλιο της Επικρατείας απεφάνθη εν προκειμένω υπέρ της αστικής ευθύνης του Δημοσίου, εστιάζοντας, μεταξύ άλλων, στην «*παράλειψη του αρμοδίου αστυνομικού οργάνου να προβεί στην πληκτρολόγηση* […] των στοιχείων του διαβατηρίου των τέκνων […]*, όπως είχε υποχρέωση με βάση το υπ' αριθμ. πρωτ. 9768/6-428524/6-8-1997 έγγραφο της Διεύθυνσης Κρατικής Ασφάλειας και το από 30-7-1997 τηλετυπικό σήμα της Υπηρεσίας αυτής στο Τμήμα Ασφάλειας του Αερολιμένα Ελληνικού»* (σκ. 9). Πάντως, όπως αναδεικνύεται από την εδώ παρατιθέμενη Απόφαση του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας, η σχετική υποχρέωση πληκτρολόγησης προέκυπτε όχι μόνο από τα μόλις μνημονευθέντα έγγραφο και τηλετυπικό σήμα, αλλά και από Εσωτερική Διαταγή του Διοικητή του Τμήματος Ασφάλειας του Ανατολικού Αερολιμένα Ελληνικού, «*ενέργεια η οποία* […] [προσιδίαζε] *και στα ιδιαίτερα καθήκοντα του αστυνομικού οργάνου που* [απέρρεε] *από την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπηρεσίας*» (σκ. 6).

Μία άλλη Απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία συγκαταλέγεται, κατά τη θεωρία, στον κύκλο των εδώ αναλυομένων Αποφάσεων του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας είναι η ΣτΕ 1183/2013. Στην υπόθεση, επί της οποίας εκδόθηκε η Απόφαση αυτή, η ευθύνη του Δημοσίου, σύμφωνα με το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, ανεζητείτο από τους συγγενείς ιατρού λόγω θανάτου αυτής από την πτώση ελικοπτέρου του ΕΚΑΒ, στο οποίο επέβαινε υπό την επαγγελματική της ιδιότητα κατά την αεροδιακομιδή ασθενούς από την Πάτμο στην Αθήνα. Πιο συγκεκριμένα, στην επίδικη υπόθεση το κεντρικό θέμα εντοπιζόταν στον χαρακτήρα των ενεργειών και παραλείψεων δύο Ελεγκτών Εναέριας Κυκλοφορίας της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας των αεροδρομίων της Μυκόνου και των Αθηνών, οι οποίοι ο μεν πρώτος εξ αυτών εφοδίασε το μοιραίο ελικόπτερο με ανεπίκαιρο δελτίο καιρού, ο δε δεύτερος δεν προέβη στην προσήκουσα ενημέρωση του ιδίου ελικοπτέρου για άκρως δυσμενείς καιρικές συνθήκες που επικρατούσαν στην περιοχή του αεροδρομίου Αθηνών. Προκειμένου να διαμορφώσει την κρίση του, το Συμβούλιο της Επικρατείας, αφού παρέπεμψε τις σχετικές με την εναέρια κυκλοφορία ρυθμίσεις της κείμενης νομοθεσίας, δέχθηκε ότι από τις ρυθμίσεις αυτές «*συνάγεται ότι οι ελεγκτές εναέριας κυκλοφορίας έχουν υποχρέωση να παρέχουν στους χειριστές των αεροσκαφών συμβουλές και πληροφορίες χρήσιμες για την ασφαλή διεξαγωγή των πτήσεων μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και ακριβείς μετεωρολογικές πληροφορίες. Η υποχρέωση αυτή ανάγεται στα ιδιαίτερα καθήκοντα των ελεγκτών αυτών και συνάπτεται με την ιδιαίτερη μέριμνα και επιμέλεια την οποία αυτοί πρέπει να επιδεικνύουν κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους με αποκλειστικό σκοπό την ασφαλή πραγματοποίηση των πτήσεων. Η υποχρέωση αυτή των ελεγκτών εναέριας κυκλοφορίας εξειδικεύεται άλλωστε και σε ιδιαίτερα εγχειρίδια και κανονισμούς, όπως είναι το εγχειρίδιο υπ' αριθμ. 4444 του Διεθνούς Οργανισμού Πολιτικής Αεροπορίας* (*ICAO), με τίτλο: «Κανόνες Αέρος και Εξυπηρέτησης Εναέριας Κυκλοφορίας», η μετάφραση του οποίου από το Αγγλικό πρωτότυπο έγινε με την* […] *απόφαση του Διοικητή της ΥΠΑ, η οποία εκδόθηκε κατ' επίκληση των διατάξεων του άρθρου 28 παρ. Β΄ του ν. 211/1947 και του π.δ. 56/1989*» (σκ. 5).

Κατόπιν τούτων, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές κατέληξαν στην ευθύνη του Ελληνικού Δημοσίου, αποδεχόμενοι ότι με τις ως άνω εκτεθείσες ενέργειες και παραλείψεις τους οι Ελεγκτές Εναέριας Κυκλοφορίας «*παραβίασαν την υποχρέωση ενημερώσεως του μοιραίου ελικοπτέρου για τις επικρατούσες καιρικές συνθήκες, υποχρέωση η οποία ανάγεται* […] *στα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις τους, συνάπτεται δε με την ιδιαίτερη μέριμνα και επιμέλεια την οποία αυτοί οφείλουν να επιδεικνύουν κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους*» (σκ. 11).

Τέλος, σε μία άλλη Απόφαση του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας, από αυτές που εντάσσονται, κατά την επιστήμη, στην εδώ μελετώμενη ειδικότερη νομολογία αυτού, την ΣτΕ 596/2017, κεντρικό ζήτημα ήταν η αστική ευθύνη του Δημοσίου, λόγω του θανάσιμου τραυματισμού υπηρετούντος τη θητεία του στρατευσίμου, στην προσπάθειά του να βοηθήσει αξιωματικό του Στρατού Ξηράς να ρυμουλκήσει με στρατιωτικό όχημα ακινητοποιημένο εξαιτίας βλάβης επίσης στρατιωτικό όχημα. Σημειωτέον ότι ο τραυματισμός αυτός επήλθε κατά τη διαδικασία προσδέσεως των δύο οχημάτων λόγω μετακινήσεως προς τα πίσω του πρώτου από τα εν λόγω οχήματα, με συνέπεια να συνθλιβεί ο μεταξύ αυτών ευρισκόμενος στρατεύσιμος. Οι αντίδικοι του Ελληνικού Δημοσίου, συγγενείς του αποβιώσαντος στρατευσίμου, στο πλαίσιο της κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ αποζημιωτικής αγωγής τους, απέδωσαν το θανατηφόρο συμβάν, αφενός μεν στην «*απερισκεψία και επιπολαιότητα* [του αξιωματικού να δώσει εντολή στον στρατεύσιμο] *να συνδέση τα πίσω τμήματα των δύο οχημάτων με συρματόσχοινα έλξεως, χωρίς προηγουμένως να σβήση τη μηχανή του* […] *ρυμουλκού οχήματος, το οποίο οδηγούσε, αλλά, διατηρώντας τη μηχανή του οχήματος αυτού σε λειτουργία»,* αφετέρου δε στο ότι ο ίδιος αξιωματικός *«πραγματοποίησε κίνηση όπισθεν, χωρίς προηγουμένως να βεβαιωθεί ότι ο* […] *στρατιώτης είχε ολοκληρώσει την ανατεθείσα σε αυτόν εργασία πρόσδεσης και είχε απομακρυνθεί από εκεί, ευρισκόμενος σε ασφαλές σημείο, ενώ γνώριζε τα οριζόμενα στο [Τεχνικό Εγχειρίδιο 32-301/1998 της Διεύθυνσης Εκπαίδευσης του Γενικού Επιτελείου Στρατού], δηλαδή γνώριζε ότι το προσωπικό δεν πρέπει να βρίσκεται κοντά*

σε συρματόσχοινα που είναι διατεταμένα, καθώς και ότι κατά τη διαδικασία περισυλλογής οχήματος, ο κινητήρας πρέπει να είναι σβηστός και στα δύο οχήματα» (σκ. 7).

Υπό τα δεδομένα αυτά, το Συμβούλιο της Επικρατείας ικανοποίησε τους συγγενείς του στρατευσίμου, λαμβάνοντας υπόψη, όπως προκύπτει από τη σχετική Απόφασή του, το μόλις μνημονευθέν και επικαλούμενο από αυτούς Τεχνικό Εγχειρίδιο, «*κυρωθέν με* […] *απόφαση του Διευθυντού Εκπαιδεύσεως του* […] (ΓΕΣ)], στο οποίο «*προβλέπεται μεταξύ άλλων ότι κατά την περισυλλογή [οχημάτων] δέον να λαμβάνεται μέριμνα ώστε οι χειρισταί να μην ευρίσκονται πλησίον συρματόσχοινων υπό τάση, καθώς και ότι όταν τοποθετείται εξάρτηση μεταξύ οχημάτων οι κινητήρες πρέπει να είναι κλειστοί και να έχουν τεθή φρένα*» (σκ. 6). Σημειωτέον, πάντως, ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας στη μείζονά του (σκ. 3) έκανε μνεία των εννοιών των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης.

Ένας ιδιαίτερος τομέας στο πλαίσιο της νομολογίας της σχετικής με το αντικείμενο της παρούσας μελέτης μας είναι εκείνος που ανάγεται στις περιπτώσεις, στις οποίες η δράση της Δημόσιας Διοίκησης προϋποθέτει τη χρήση επιστημονικών γνώσεων.

3. Τομείς παροχής υπηρεσιών συναφών με επιστημονικές γνώσεις

Ένας από τους τομείς αυτούς είναι εκείνος της παροχής από δημόσια νοσοκομεία της χώρας ιατρικής περίθαλψης των διοικουμένων. Εν προκειμένω, εντάσσονται νομολογιακές περιπτώσεις διαπίστωσης ιατρικών λαθών στα μόλις μνημονευθέντα νοσοκομεία. Ορισμένες χαρακτηριστικές τέτοιες περιπτώσεις θα αντληθούν από την πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, με τη σημείωση ότι, όπως τονίζει το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας σ' όλες αυτές, οι σχετικές Αποφάσεις του ενεργοποιούν και εξειδικεύουν τη γενικότερη νομολογία του, που παρατέθηκε ανωτέρω, σύμφωνα με την οποία τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις που επιβάλλονται κατά τη λειτουργία της Δημόσιας Διοίκησης απορρέουν

όχι μόνο από την κείμενη νομοθεσία, αλλά και από τα διδάγματα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστης.

Μία τέτοια Απόφαση είναι η ΣτΕ 717/2018. Στην υπόθεση, επί της οποίας εκδόθηκε η Απόφαση αυτή, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές κλήθηκαν να αντιμετωπίσουν περίπτωση αστικής ευθύνης του Δημοσίου έναντι διοικουμένου για τον λόγο ότι ο τελευταίος δεν ενημερώθηκε *«προσηκόντως για τη σοβαρότητα και για τους κινδύνους μετεγχειρητικών επιπλοκών της νευροχειρουργικής επέμβασης, στην οποία* [είχε υποβληθεί]*»* σε στρατιωτικό νοσοκομείο (σκ. 2). Προκειμένου δε να αποφανθούν έλαβαν υπόψη τους, μεταξύ άλλων, τη Διεθνή Σύμβαση του Οβιέδο της 4ης Απριλίου 1997 (που κυρώθηκε στη χώρα μας με τον Ν. 2619/1998) «Για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της αξιοπρέπειας του ατόμου σε σχέση με τις εφαρμογές της βιολογίας και της ιατρικής: Σύμβαση για τα ανθρώπινα δικαιώματα και τη Βιοιατρική» (σκ. 3 και 6).

Τελικά, δικαίωσαν τον διάδικο διοικούμενο, κάνοντας δεκτό ότι από την εν λόγω Διεθνή Σύμβαση *«συνάγεται ότι ευθύνη του Δημοσίου* […] *στοιχειοθετείται και στην περίπτωση που ιατρός στρατιωτικού νοσοκομείου διενεργεί ιατρική πράξη σε ασθενή χωρίς πλήρη ενημέρωση του ασθενή αυτού και άρα χωρίς έγκυρη συναίνεση του τελευταίου για τη διενέργεια της πράξης αυτής*» (σκ. 8).

Στην ΣτΕ 1594/2020, στη συνέχεια, η ευθύνη δημοσίου πολιτικού νοσοκομείου ανεζητείτο λόγω του θανάτου ασθενή, για τον οποίο είχε εκδοθεί εξιτήριο χωρίς προηγουμένως να «*είχε ληφθεί πλήρες και σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης ιστορικό αυτού (ατομικό και κληρονομικό, προηγούμενες νοσηλείες αυτού κ.λπ.) από όλους τους ιατρούς των διαφόρων ειδικοτήτων που* [είχαν εμπλακεί] *με το* […] *ιατρικό περιστατικό*» (σκ. 11). Προκειμένου δε το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας να σχηματίσει τη δικανική του κρίση στηρίχθηκε σε σειρά ρυθμίσεων της κείμενης νομοθεσίας, οι οποίες εμπεριέχονται στον Κώδικα ασκήσεως του ιατρικού επαγγέλματος και στον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (σκ. 8 και 9).

Ερμηνεύοντας τις ρυθμίσεις αυτές, το Συμβούλιο της Επικρατείας απεφάνθη για την ευθύνη του ως άνω νοσοκομείου, επί τη βάσει των ακολούθων σκέψεων: « […], *αν ιατρός νοσοκομείου κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του παραβιάζει την υποχρέωσή του να ενεργήσει, σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές και τους κοινώς αναγνωρισμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και της επαγγελματικής πείρας που έχει αποκτήσει, επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια, δηλαδή αυτήν που αναμένεται από τον μέσο εκπρόσωπο του κύκλου του, με αποτέλεσμα την εκ μέρους του εσφαλμένη ή εν γένει πλημμελή διάγνωση ή θεραπευτική αγωγή και την ελλιπή ιατρική παρακολούθηση του ασθενούς και, κατ' επέκταση, τη μη ενδεδειγμένη αντιμετώπιση του ιατρικού περιστατικού και τη μη αποτροπή προσβολών ή κινδύνων κατά της σωματικής ακεραιότητας, της υγείας ή της ζωής του τελευταίου, υφίσταται παράνομη πράξη ή παράλειψη κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ* […]. *Παρέπεται δε ότι έκδοση εξιτηρίου στον ασθενή πριν διενεργηθούν εκ μέρους των θεραπόντων ιατρών του οι ιατρικές πράξεις που επιβάλλονται σύμφωνα με τους ανωτέρω κανόνες της ιατρικής επιστήμης και ενώ αυτός παραμένει σε νοσηρή κατάσταση συνιστά παράνομη πράξη, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του ΕισΝΑΚ*» (σκ. 9).

Τέλος, στην ΣτΕ 1943/2020 το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας, επικαλούμενο διατάξεις του Κώδικα άσκησης ιατρικού επαγγέλματος και την μόλις παρατεθείσα νομολογία του (σκ. 6), υιοθέτησε τη θέση της αστικής ευθύνης δημοσίου πολιτικού νοσοκομείου λόγω της παράλειψης «*των ιατρών του νοσοκομείου να διενεργήσουν σε πρόωρο νεογνό με χαμηλό βάρος γέννησης την πρώτη οφθαλμολογική εξέταση με βυθοσκόπηση στο κατάλληλο χρονικό σημείο, σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και το αυστηρά καθορισμένο πρωτόκολλο*», παράλειψη η οποία είχε ως συνέπεια τη «*μη διάγνωση της αμφιβληστροειδοπάθειας της προωρότητας στα πρώιμα στάδια της νόσου» και τη «μη εφαρμογή σε πρώιμο στάδιο της θεραπείας της νόσου με φωτοπηξία ή κρυοπηξία*», έτσι ώστε να προκλη-

θούν στο νεογνό σοβαρά προβλήματα οράσεως (σκ. 8)[10].

Ένας άλλος τομέας υπηρεσιών παρεχομένων στο πλαίσιο της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης, στον οποίο το Συμβούλιο της Επικρατείας επιφορτίζει την τελευταία με ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις είναι εκείνος των πολεοδομικών υπηρεσιών. Ο τομέας αυτός αναδεικνύεται με σειρά Αποφάσεων του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας, οι οποίες εκδόθηκαν επ' ευκαιρία σεισμών που προκάλεσαν την κατάρρευση κτιρίων και την απώλεια ανθρωπίνων ζωών. Σ' όλες αυτές τις Αποφάσεις, το Συμβούλιο της Επικρατείας διεμόρφωσε παγία νομολογία, σύμφωνα με την οποία αναζητείται η ευθύνη των Νομικών Προσώπων, στα οποία υπάγονται οι πολεοδομικές Υπηρεσίες, όταν οι τελευταίες δεν προβαίνουν σε έλεγχο της πληρότητας των στατικών μελετών που τους έχουν υποβληθεί για την κατασκευή κτιρίων και δεν διενεργούν έστω μία αυτοψία κατά το στάδιο της ανέγερσης και της αποπεράτωσης αυτών (ΣτΕ 2692/2009, 1702, 2780-2781, 3558-3559/2010 για τον σεισμό της Πάρνηθας του έτους 1999, ΣτΕ 2896/2013 για τον σεισμό του Αιγίου του έτους 1995).

Όπως προκύπτει από τις ίδιες Αποφάσεις, στην συγκεκριμένη νομολογία κατέληξαν οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές καθ' ερμηνεία διατάξεων, κυρίως, του Γενικού Οικοδομικού Κανονισμού και του Κώδικα Βασικής Πολεοδομικής Νομοθεσίας.

Τούτων δοθέντων, η παρουσίαση της σχετικής με την παρούσα μελέτη νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας ολοκληρώνεται με την παράθεση Αποφάσεων αυτού, στο πλαίσιο των οποίων τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις που επιβάλλονται στη Δημόσια Διοίκηση κατά τη λειτουργία της εμφανίζονται επ' αφορμή εκτάκτων περιστάσεων ή φυσικών καταστροφών.

10 Άλλες Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας με ανάλογο περιεχόμενο με τις προεκτεθείσες ΣτΕ 717/2018, 1594/2020 και 1943/2020 και εντασσόμενες στη θεματική της παρούσας συμβολής μας είναι οι ΣτΕ 2671/2009, 2669/2015 και 116/2019 (δημοσιευθείσα στη ΘΠΔΔ 7/2019, σ. 643-650).

4. Διάφοροι τομείς διοικητικής δραστηριότητας αναδεικνυόμενοι επ' ευκαιρία εκτάκτων περιστάσεων ή φυσικών καταστροφών

Μία σειρά Αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας που συστηματικά ανήκουν, σύμφωνα με τη θεωρία, στην εδώ εξεταζόμενη κατηγορία Αποφάσεών του είναι οι ΣτΕ 2635-2636/1996 και η ΣτΕ 3584/1997. Σ' όλες αυτές τις υποθέσεις, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας απησχόλησε, κατ' αναίρεση, το ζήτημα της αστικής ευθύνης του Δημοσίου, σύμφωνα με το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, λόγω της ολοσχερούς καταστροφής από πυρκαγιά εμπορευμάτων, τα οποία φυλάσσονταν υποχρεωτικά σε αποθήκες του Τελωνείου Αθηνών.

Υπό τις συγκεκριμένες προϋποθέσεις, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές διετύπωσαν νομολογιακή θέση, η οποία συνιστά παγία νομολογία εν προκειμένω και η οποία έχει ως ακολούθως: «[…] *το Ελληνικόν Δημόσιον ευθύνεται δια πάσαν φθοράν ή απώλειαν εμπορευμάτων αποτιθεμένων υποχρεωτικώς εις τας τελωνειακάς αποθήκας ή τελωνειακούς περιβόλους των τελωνειακών αρχών, πλην της περιπτώσεως της φυσικής μειώσεως ή φθοράς αυτών ή της εξ ανωτέρας βίας βλάβης τούτων, τοιαύτην δε περίπτωσιν ανωτέρας βίας συνεπαγομένης την απαλλαγήν του Ελληνικού Δημοσίου από της ευθύνης δεν συνιστά πάντως η πυρκαγιά, έστω και εις εμπρησμόν οφειλομένη*» (σκ. 3 και 4 των δύο πρώτων εκ των ως άνω Αποφάσεων, σκ. 3 της τρίτης εξ αυτών).

Να σημειωθεί ότι το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας κατέληξε στα μόλις παρατεθέντα κατά τρόπο πραιτορικό και ότι υφίσταντο εν προκειμένω διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, τις οποίες εξέθεσε και οι οποίες απέκλειαν την αστική ευθύνη του Δημοσίου για τις φυσικές μειώσεις και φθορές εμπορευμάτων αποθηκευμένων σε χώρους Τελωνείων.

Τέλος, πρέπει να σταθούμε σε μία Απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, την ΣτΕ 522/2014, στην οποία ετίθετο θέμα αστικής ευθύνης του Δημοσίου επ' αφορμή ζημιών που προκλήθηκαν σε διοικουμένους κατά τη διάρκεια εκτέλεσης δημοσίου έργου σε συνέχεια φυσικής καταστροφής, ειδικότερα δε πλημμύρας οφειλόμενης σε αυξημένη βροχόπτωση.

Το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας, προκειμένου να αποφανθεί επί της διαφοράς η οποία ήχθη ενώπιόν του, επανέλαβε, σ' ένα πρώτο χρόνο, ήδη διαμορφωθείσα νομολογία του, εκτεθείσα ανωτέρω, κατά την οποία η ευθύνη του Δημοσίου είναι ανεξάρτητη εν προκειμένω από την τυχόν ευθύνη του αναδόχου του έργου. Κατόπιν, ανεγνώρισε την ευθύνη του Δημοσίου έναντι των διοικουμένων *«από την πλημμύρα του Κηφισού ποταμού λόγω τεχνικώς πλημμελούς προγραμματισμού και οργάνωσης του έργου διάνοιξης της κοίτης του Κηφισού ποταμού, καθώς και λόγω μη λήψης και τήρησης των αναγκαίων μέτρων προστασίας και αντιπλημμυρικών έργων από τους αναδόχους κατά την εκτέλεση αυτού»* (σκ. 13)· συμπλήρωσε δε ότι οι ζημιές που είχαν υποστεί οι διοικούμενοι *«δεν οφείλονταν σε ανώτερη βία οφειλόμενη σε ακραία καιρικά φαινόμενα, αλλά στην* […] *πλημμελή συμπεριφορά των οργάνων του Ελληνικού Δημοσίου»* (σκ. 15).

Σημειωτέον ότι η κρίση του Συμβουλίου της Επικρατείας στην περίπτωση αυτή διεμορφώθη, παρά την ύπαρξη στην κείμενη νομοθεσία για τα δημόσια έργα διατάξεων, στις οποίες αναφέρθηκε και οι οποίες προέβλεπαν ευθύνη του αναδόχου δημοσίου έργου για αποζημίωση ζημιών προκληθεισών σε τρίτους.

Με όλες τις ως άνω εκτεθείσες Αποφάσεις ολοκληρώθηκε η παρουσίαση βασικών πτυχών της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία αναφέρεται στο αντικείμενο της παρούσας μελέτης μας. Στη συνέχεια, θα διατυπώσουμε ορισμένες παρατηρήσεις επί της νομολογίας αυτής.

ΙΙΙ. Παρατηρήσεις επί της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας

Οι παρατηρήσεις αυτές διαρθρώνονται επί τη βάσει των ως άνω τομέων δραστηριότητας της Δημόσιας Διοίκησης, όπου επιβάλλονται σ' αυτήν, κατά την ως άνω κατηγοριοποίηση της θεωρίας, πρόσθετα καθήκοντα και υποχρεώσεις δυνάμει των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης.

1. Η περίπτωση των τομέων λήψης μέτρων προστασίας των διοικουμένων

Όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, ένας τομέας όπου η Δημόσια Διοίκηση, κατά την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, επιβάλλεται να λαμβάνει ιδιαίτερα προστατευτικά έργα για τους διοικουμένους είναι εκείνος της κατασκευής δημοσίων έργων.

Πράγματι, όπως διαπιστώσαμε ανωτέρω επ' ευκαιρία της ΣτΕ 453/2013, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας ανεγνώρισε την αστική ευθύνη του Δημοσίου λόγω του σοβαρού τραυματισμού σε εθνική οδό επιβαίνοντος σε μοτοποδήλατο, το οποίο προσέκρουσε σε σωρό υπολειμμάτων έργων εκσκαφής εκτελούμενων επί της εν λόγω οδού. Στην περίπτωση αυτή, η σχετική αστική ευθύνη θεμελιώθηκε στην ιδιαίτερη πρόνοια, την οποία έπρεπε να επιδείξουν οι αρμόδιες Υπηρεσίες του Δημοσίου για την προστασία των διοικουμένων και η οποία συνίστατο, μεταξύ άλλων, στη λήψη μέτρων σήμανσης των σωρών των υπολειμμάτων των εκσκαφών, όπως τούτο επιβαλλόταν από συγκεκριμένη διάταξη της κείμενης νομοθεσίας, και ειδικότερα του Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας, τα διδάγματα της κοινής πείρας και την καλή πίστη.

Ωστόσο, ο ρόλος των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνέβαλε αποφασιστικά εν προκειμένω στην υιοθέτηση της Αποφάσεως του Συμβουλίου της Επικρατείας· ο ρόλος των εν λόγω εννοιών ήταν επικουρικός. Τούτο συνάγεται από την πρόταξη, στην κρίσιμη Σκέψη της Αποφάσεως (σκ. 7), της διάταξης του Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας περί λήψης μέτρων σήμανσης των σωρών των υπολειμμάτων εκσκαφών έναντι των εννοιών της κοινής πείρας και της καλής πίστης. Άλλωστε, η διάταξη αυτή εμπεριέχει εν σπέρματι τις συγκεκριμένες έννοιες, καθόσον τα διδάγματα της κοινής πείρας και η καλή πίστη επιτάσσουν για προφανείς λόγους ασφαλείας των διοικουμένων να εφιστάται, μέσω των κατάλληλων μέτρων σήμανσης, η παρουσία σε μία οδό, πόσο μάλλον σε μία εθνική οδό όπου αναπτύσσονται από τους οδηγούς συνήθως μεγάλες ταχύτητες, η ύπαρξη σωρών υλικών, όπως είναι τα υπολείμματα εκσκαφών. Τέλος, η καλή πίστη στην περίπτωση αυτή, καίτοι δεν ορίζεται από το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας, συμπυκνώνεται στη σχετική αντίληψη ενός οιουδήποτε μέσου, συνετού πολίτη.

Ανάλογες σκέψεις ισχύουν και στην υπόθεση, επί της οποίας είδε το φως η ΣτΕ 2897/2013. Υπενθυμίζεται ότι και η Απόφαση αυτή επέλυσε ζήτημα αστικής ευθύνης του Δημοσίου, το οποίο ανεφύη με αφορμή εκτέλεση δημοσίου έργου, ειδικότερα δε έκανε δεκτή την εν λόγω ευθύνη, επειδή επήλθαν καταστροφές σε περιουσιακά στοιχεία διοικουμένων από κατολισθήσεις επ' ευκαιρία διαπλατύνσεως εθνικής οδού λόγω μη πραγματοποίησης γεωτεχνικής μελέτης για τον χαρακτηρισμό των εδαφών της περιοχής. Υπενθυμίζεται, επίσης, ότι οι βάσεις της δικαίωσης των διοικουμένων από το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας ήταν και στην περίπτωση αυτή η οικεία νομοθεσία , και δη συγκεκριμένη διάταξη αυτής (σκ. 7 και 8), τα διδάγματα της κοινής πείρας και η καλή πίστη (σκ. 12). Εντούτοις, για τους ίδιους λόγους με τους αναφερθέντες στην προηγούμενη υπόθεση η συμβολή των εννοιών των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης στην έκδοση της εδώ σχολιαζόμενης Απόφασης δεν υπήρξε η πιο αποφασιστική. Μία τουλάχιστον διαφοροποίηση των δύο Αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας θα μπορούσε, ωστόσο, να επισημάνει κανείς: στη δεύτερη από αυτές, οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης δεν μπορούν να προσδιορίζονται επί τη βάσει σταθερών αναγομένων σε ένα οιονδήποτε μέσο, συνετό πολίτη, αλλά επί τη βάσει σταθερών αναγομένων σε μία ιδιαίτερη κατηγορία πολιτών, την κατηγορία των πολιτών των ασχολουμένων, κατά τεκμήριο επαγγελματικά, με τον τομέα της κατασκευής των δημοσίων έργων[11].

Τα αυτά μπορούν να υποστηριχθούν και σχετικά με μία άλλη Απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία συστηματικά ανήκει σ' αυτές που, κατά την επιστήμη, τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις, με τα οποία

11 Στο Γαλλικό Διοικητικό Δίκαιο, από την άλλη πλευρά, η αστική ευθύνη του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. στο πεδίο των δημοσίων έργων γεννάται χωρίς να απαιτείται εκ μέρους του ζημιωθέντος η απόδειξη του παρανόμου της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης (βλ., επ' αυτού, εντελώς ενδεικτικώς, *Patrice Chrétien - Nikolas Chifflot - Maxime Tourbe,* Droit administratif, 17e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2020, σ. 779-780· *Pierre - Laurent Fier – Jacques Petit,* Droit Administratif, 11e édition, L.G.D.J., Lextense éditions, Issy- les-Moulineaux, 2017, σ. 661-662· *Yves Gaudemet,* Droit Administratif, 22e édition, Éditions L.G.D.J., Lextenso éditions, Issy- les-Moulineaux, 2018, σ. 188-189· *Didier Truchet,* Droit administratif, 7e édition, Éditions P.U.F., Paris, 2017, σ. 426-427.

επιφορτίζεται η Δημόσια Διοίκηση, εξηγούνται από την ανάγκη λήψης μέτρων προστασίας των διοικουμένων: πρόκειται για την ΣτΕ 1221/2002, Απόφαση στην οποία το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, τάχθηκε υπέρ της αναγνώρισης της αστικής ευθύνης δημοσίου νοσοκομείου λόγω πυρκαγιάς που εκδηλώθηκε σε θερμοκοιτίδα της Νεογνολογικής Κλινικής του και είχε ως αποτέλεσμα τον θάνατο βρέφους. Προκειμένου να καταλήξει στην ετυμηγορία του, το Συμβούλιο της Επικρατείας προέβη, όπως διαπιστώσαμε, στην ερμηνεία διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας για τους ιδιοκτήτες των ηλεκτρικών εγκαταστάσεων· από την ερμηνεία δε αυτή συνήγαγε ότι το θανατηφόρο γεγονός θα μπορούσε να αποφευχθεί, εάν είχε ληφθεί υπόψη, μεταξύ άλλων, ότι στην ως άνω Κλινική ήταν εγκατεστημένα και λειτουργούσαν πολλά μηχανήματα, καθώς και ότι ο σχετικός χώρος δεν ήταν εξ αρχής κατάλληλος γι' αυτό (σκ. 4). Συνεπώς, και στη συγκεκριμένη υπόθεση βάρυνε προεχόντως η κείμενη νομοθεσία, με τις έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης, και στις οποίες έγινε σε κάθε περίπτωση μνεία στη μείζονα της συγκεκριμένης Αποφάσεως (σκ. 3), να συμμετέχουν δευτερευόντως στη διαμόρφωση της κρίσης του Δικαστηρίου και, πάντως, να έχουν ως περιεχόμενο τις γνώσεις και τις αντιλήψεις όχι οιουδήποτε μέσου, συνετού πολίτη, αλλά πολίτη ανήκοντος στην ειδική κατηγορία πολιτών ασχολουμένων, κατά τεκμήριο επαγγελματικά, με τον τομέα των ηλεκτρικών εγκαταστάσεων.

Σε αντίθεση με τις ως άνω σχολιασθείσες Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, όπου στην κρίση αυτού για την υιοθέτηση μέτρων προστασίας των διοικουμένων, όπως κατεδείχθη, κυρίαρχο ρόλο διεδραμάτισε το γραπτό δίκαιο και ειδικότερα η εφαρμοστέα κάθε φορά νομοθεσία, με τα δεδομένα της κοινής πείρας και την καλή πίστη να επενεργούν συμπληρωματικά, στην περίπτωση της ΣτΕ 1398/2013 που εκτέθηκε ως άνω στο πλαίσιο της συνολικής νομολογίας του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας για την παρούσα μελέτη μας, μπορεί να διακρίνει κανείς μία μικρή υποχώρηση του γραπτού δικαίου και μία μεγαλύτερη συμβολή του μη γραπτού δικαίου, υπό τη μορφή, μεταξύ άλλων, της έννοιας της καλής πίστης.

Υπενθυμίζεται, καταρχάς, ότι στην τελευταία αυτή υπόθεση το Συμβούλιο της Επικρατείας θεώρησε αστικά υπεύθυνο Δήμο για τον θάνατο ανήλικης εξαιτίας πλημμελούς συντήρησης καγκελόπορτας παιδικής χαράς του· προκειμένου δε να διαμορφώσουν την ετυμηγορία τους αυτή, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές επικαλέσθηκαν διάταξη του Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα καθορίζουσα αρμοδιότητα των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.) α΄ βαθμού επί των παιδικών χαρών και την εν γένει λειτουργία τους, καθώς και τις έννοιες της καλής πίστης και της κρατούσας κοινωνικής αντίληψης (σκ. 8 σε συνδυασμό με τη σκ. 5). Συνεπώς, και στην περίπτωση αυτή το Συμβούλιο της Επικρατείας προσέφυγε στο γραπτό δίκαιο και σε συγκεκριμένη διάταξη αυτού. Ωστόσο, η τελευταία δεν επιφόρτιζε τους Ο.Τ.Α. α΄ βαθμού με τη ρητή υποχρέωσή τους να συντηρούν τις παιδικές χαρές τους. Με άλλα λόγια, η εν λόγω διάταξη δεν συγκεκριμενοποιούσε, στο βαθμό που το έκαναν οι διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας στις ως άνω τρείς σχολιασθείσες Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, τα καθήκοντα των Ο.Τ.Α. α΄ βαθμού εν σχέσει με τις παιδικές χαρές τους. Με αποτέλεσμα, το κενό αυτό να έπρεπε να καλυφθεί από το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας με τις έννοιες της καλής πίστης και, εδώ, της κρατούσας κοινωνικής αντίληψης. Τέλος, να σημειωθεί ότι οι έννοιες αυτές αντιστοιχούν προφανώς στην αντίληψη των πραγμάτων από τον μέσο, συνετό πολίτη και όχι στην αντίληψη από μία κατηγορία πολιτών με εξειδικευμένες γνώσεις πάνω σε ένα συγκεκριμένο αντικείμενο.

Πέραν της ως άνω νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, επί της οποίας διετυπώθησαν οι μόλις παρατεθείσες σκέψεις μας, κατά τη συστηματοποίηση, από την επιστήμη, των τομέων δράσης της Δημόσιας Διοίκησης που εντάσσονται στο αντικείμενο της παρούσας συμβολής μας εμπίπτουν και τομείς, όπου τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις δημοσίων Υπηρεσιών έναντι των διοικουμένων απορρέουν από διοικητικούς κανονισμούς.

2. Η περίπτωση των διεπομένων από διοικητικούς κανονισμούς τομέων

Προς ανάδειξη των τομέων αυτών, εκτέθηκαν ως άνω τρία νομολογιακά παραδείγματα, τα οποία επικαλείται η θεωρία και επί των οποίων θα λάβουμε θέση.

Το πρώτο απ' αυτά αντιπροσωπεύεται από την ΣτΕ 4343/2009. Υπενθυμίζεται ότι με την εν λόγω Απόφασή του, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας έλαβε θέση υπέρ της αναγνώρισης της αστικής ευθύνης του Δημοσίου για τον λόγο ότι από πλημμελή άσκηση των καθηκόντων αστυνομικού οργάνου του Ανατολικού Αερολιμένα Αθηνών (παράλειψη πληκτρολόγησης στον ηλεκτρονικό υπολογιστή του Τμήματος ελέγχου διαβατηρίων των στοιχείων διαβατηρίων) φυγαδεύθηκαν στο εξωτερικό τρία ανήλικα τέκνα Ελληνίδας, στην οποία είχε ανατεθεί με δικαστική Απόφαση η επιμέλειά τους, από τον εν διαστάσει σύζυγό της. Το Συμβούλιο της Επικρατείας προς τούτο επικαλέσθηκε και Εσωτερική Διαταγή του Διοικητή του Τμήματος Ασφαλείας του εν λόγω Αερολιμένα επιβάλλουσα την πληκτρολόγηση αυτή, χωρίς κάποια αναφορά στις έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης (σκ. 6). Κατά συνέπεια, στη συγκεκριμένη υπόθεση δεν φαίνεται ότι οι εν λόγω έννοιες διεδραμάτισαν ένα, έστω συμπληρωματικό, ρόλο στη λήψη της Απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας. Εντούτοις, θα μπορούσε να διατυπωθεί η άποψη ότι η ως άνω πληκτρολόγηση ήταν μία υποχρέωση, την οποία ούτως ή άλλως ένα μέσο και συνετό αστυνομικό όργανο όφειλε να εκπληρώσει ως εκ της συγκεκριμένης θέσεώς του.

Το δεύτερο νομολογιακό παράδειγμα εν προκειμένω είναι εκείνο της ΣτΕ 1183/2013. Όπως εκτέθηκε ανωτέρω, με τη συγκεκριμένη Απόφασή τους οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές δικαίωσαν τους συγγενείς ιατρού, η οποία συνόδευε ασθενή με ελικόπτερο του ΕΚΑΒ που πραγματοποιούσε αεροδιακομιδή από την Πάτμο στην Αθήνα και η οποία βρήκε τραγικό θάνατο από την πτώση του εν λόγω ελικοπτέρου, επικαλούμενοι την παροχή μη ακριβών μετεωρολογικών πληροφοριών από τους Ελεγκτές Εναέριας Κυκλοφορίας της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας. Θεμελίωσαν δε την κρίση τους για την αστική ευθύνη του Δημοσίου και σε εγχειρίδιο του Διεθνούς Οργανισμού Πολιτικής Αεροπορίας, μεταφρασμένο από τα Αγγλικά με Απόφαση του Διοικητή της Υ.Π.Α., εγχειρίδιο το οποίο εξειδίκευε την υποχρέωσή τους για παροχή ακριβών μετεωρολογικών πληροφοριών προκειμένου να διασφαλίζεται η ασφάλεια των πτήσεων (σκ. 5). Κατ' αυτόν τον τρόπο, εντούτοις, ρητά

τουλάχιστον, δεν επιβεβαιώνεται η επιρροή των εννοιών των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης στη συγκεκριμένη Απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, καίτοι το τελευταίο στη μείζονά του αναφέρεται και στις έννοιες αυτές (σκ. 2). Παρ' όλα ταύτα, μπορεί να διατυπωθεί η άποψη ότι τα διαλαμβανόμενα στο ως άνω εγχειρίδιο το λιγότερο απηχούν εκείνα τα οποία γνωρίζει εξ επαγγέλματος και αντιλαμβάνεται ένας μέσος Ελεγκτής Εναέριας Κυκλοφορίας και υπ' αυτήν την έννοια μπορεί να λογισθεί ότι τα διδάγματα της κοινής πείρας και η καλή πίστη συνέβαλαν, έστω, πάντως, και μη αυτόνομα, στην κρίση του Δικαστηρίου.

Σ' ένα τρίτο νομολογιακό παράδειγμα που εντάσσεται εδώ, ήτοι στην ΣτΕ 596/2017, έγινε δεκτή, όπως εκτέθηκε σε προγενέστερες αναπτύξεις μας, η αστική ευθύνη του Δημοσίου λόγω θανάτου στρατευσίμου από την παράλειψη αξιωματικού του Στρατού Ξηράς να ακολουθήσει τις οδηγίες Τεχνικού Εγχειριδίου (κυρωθέντος με Απόφαση της Διευθυντή Εκπαίδευσης του Γ.Ε.Σ.), κατά τις οποίες σε περίπτωση ρυμουλκήσεως στρατιωτικού οχήματος από άλλο πρέπει να λαμβάνεται πρόνοια, μεταξύ άλλων, οι κινητήρες των δύο οχημάτων να μην είναι σε λειτουργία (σκ. 6). Εξ αυτού συνάγεται ότι οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης, στις οποίες έγινε επίκληση στη μείζονα της συγκεκριμένης Απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας (σκ. 3), δεν επέδρασαν, τυπικά τουλάχιστον, στη διαμόρφωση της τελευταίας. Και στην περίπτωση αυτή, ωστόσο, μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι σχετικές οδηγίες του ως άνω Τεχνικού Εγχειριδίου εκφράζουν όσα είναι γνωστά σ' ένα στενό επαγγελματικό ή σ' ένα ευρύτερο κύκλο και, συνεπώς, οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης επενέργησαν, συμπληρωματικά πάντως, στη διαμόρφωση των αποφασισθέντων από το Δικαστήριο.

Στη συνέχεια, θα λάβουμε θέση επί Αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι οποίες εκτέθηκαν ανωτέρω και οι οποίες συγκροτούν ένα σύνολο που, κατά τη θεωρία, αναφέρεται σε τομείς παροχής υπηρεσιών της Δημόσιας Διοίκησης συναφών με επιστημονικές γνώσεις, με την οπτική πάντοτε της επίδρασης των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης στη διαμόρφωση των συγκεκριμένων Αποφάσεων.

3. Η περίπτωση των τομέων παροχής υπηρεσιών συναφών με επιστημονικές γνώσεις

Όπως διαπιστώσαμε ανωτέρω, στην εξεταζόμενη περίπτωση εντάσσονται Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι οποίες δέχθηκαν την αστική ευθύνη δημοσίων νοσοκομείων της χώρας μας σε υποθέσεις παροχής ιατρικών υπηρεσιών σε διοικουμένους.

Υπενθυμίζεται ότι σε μία από αυτές, την ΣτΕ 717/2018, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας κατελόγισε ευθύνη στο Ελληνικό Δημόσιο λόγω μη προσήκουσας ενημέρωσης του διοικουμένου εκ μέρους του ιατρικού προσωπικού στρατιωτικού νοσοκομείου, στο οποίο υπεβλήθη σε χειρουργική επέμβαση, για τη σοβαρότητα και τις μετεγχειρητικές επιπλοκές αυτής (σκ. 8). Προς τούτο, επικαλέσθηκε συγκεκριμένη διάταξη Διεθνούς Σύμβασης ενσωματωμένη στην ημεδαπή έννομη τάξη με Νόμο (σκ. 3 και 6). Συνεπώς, εν προκειμένω, αποφασιστικό ρόλο στην επίλυση της διαφοράς, τυπικά τουλάχιστον, φαίνεται να διεδραμάτισε το γραπτό δίκαιο, παρά το γεγονός ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας σε μία από τις μείζονες Σκέψεις του έκανε μνεία και των εννοιών των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης (σκ. 7). Ωστόσο, θα μπορούσε υπό τα δεδομένα αυτά να εκφρασθεί η άποψη ότι το γραπτό κείμενο δεν κάνει τίποτα άλλο από το να αποτυπώνει θεμελιώδη αρχή ή κανόνα της ιατρικής επιστήμης, άρα αρχή ή κανόνα γνωστό στον μέσο ιατρό, επομένως κατ' αυτόν τον τρόπο οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης αποτελούν ουσιαστικό έρεισμα της εδώ σχολιαζόμενης δικαστικής Απόφασης.

Περαιτέρω, σε μία άλλη Απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, την ΣτΕ 1594/2020, όπως εκτέθηκε σε προηγούμενες αναπτύξεις μας, η αστική ευθύνη πολιτικού νοσοκομείου αναγνωρίσθηκε από το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας λόγω θανάτου ασθενούς, στον οποίο χορηγήθηκε εξιτήριο, ενώ ευρίσκετο σε νοσηρή ακόμη κατάσταση, χωρίς να έχουν διενεργηθεί εκ μέρους των θεραπόντων ιατρών του οι απαραίτητες ιατρικές πράξεις (σκ. 9). Στην επίδικη δε αυτή υπόθεση οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές προσέτρεξαν

σε ρυθμίσεις του Κώδικα άσκησης του ιατρικού επαγγέλματος και του Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας (σκ. 8 και 9), ήτοι σε ρυθμίσεις γραπτού δικαίου. Εντούτοις, αφενός μεν στη μείζονά του το Συμβούλιο της Επικρατείας αναφέρθηκε και στις έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης (σκ. 7), αφετέρου δε το Δικαστήριο παραδέχεται ότι οι μόλις μνημονευθείσες ρυθμίσεις του γραπτού δικαίου *«συνιστούν γενικώς παραδεδεγμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης»* (σκ. 9) ή *«θεμελιώδεις αρχές* [...] *της ιατρικής επιστήμης»* (σκ. 9). Κατόπιν τούτων, μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης δεν φαίνεται τυπικά να επενέργησαν στη διαμόρφωση της αναλυόμενης εδώ Αποφάσεως, ουσιαστικά, ωστόσο, μπορεί να διατυπωθεί η άποψη ότι συνέτειναν στη λήψη αυτής, στο μέτρο που οι εν λόγω *«γενικώς παραδεδεγμένοι κανόνες της ιατρικής επιστήμης»* ή οι εν λόγω *«θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής επιστήμης»* αντιστοιχούν σε κανόνες ή αρχές, γνώση των οποίων έχει ένας μέσος ιατρός.

Τέλος, στην περίπτωση της ΣτΕ 1943/2020, στην οποία, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, υιοθετήθηκε η αστική ευθύνη δημοσίου πολιτικού νοσοκομείου λόγω παραλείψεων των ιατρών του σε πρόωρο νεογνό, οι οποίες επέφεραν σοβαρά προβλήματα στην όρασή του (σκ. 8), ανάλογες σκέψεις με τις μόλις διατυπωθείσες μπορούν να γίνουν. Και τούτο, διότι το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας, από τη μία πλευρά, στη μείζονά του περιέλαβε και τις έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης (σκ. 5), από την άλλη δε πλευρά, στηρίχθηκε τυπικά σε γραπτό δίκαιο, ήτοι στον ως άνω μνημονευθέντα Κώδικα άσκησης του ιατρικού επαγγέλματος, προσθέτοντας συγχρόνως, εντούτοις, ότι στον τελευταίο περιλαμβάνονται *«θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής επιστήμης»* (σκ. 6). Το ιδιάζον και ενδιαφέρον της συγκεκριμένης Αποφάσεως, παρ' όλα ταύτα, έγκειται στον ορισμό του ιατρού που ενεργεί, σύμφωνα με τις εν λόγω αρχές, και άρα σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και την καλή πίστη, όπως εννοούνται εδώ. Πράγματι, ο εν λόγω ιατρός είναι εκείνος που αντιστοιχεί στον *«μέσο εκπρόσωπο του κύκλου του»* (σκ. 6)[12].

12 Το ως άνω πεδίο της αστικής ευθύνης αναλύεται εμπεριστατωμένα από τον Καθηγητή

Ένας άλλος τομέας δράσης της Δημόσιας Διοίκησης, στον οποίο τίθεται ζήτημα αστικής ευθύνης της τελευταίας επ' ευκαιρία εφαρμογής επιστημονικών γνώσεων απ' αυτήν, σύμφωνα με την ανωτέρω εκτεθείσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, είναι ο τομέας των πολεοδομικών υπηρεσιών.

Υπενθυμίζεται ότι οι σχετικές Αποφάσεις του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας (ΣτΕ 2692/2009, 1702, 2780, 2781, 3558, 3559/2010, 2896/2013) δέχθηκαν την αστική ευθύνη Νομικών Προσώπων λόγω του ότι οι πολεοδομικές Υπηρεσίες τους παρέλειψαν να προβούν στον δέοντα έλεγχο των στατικών μελετών οικοδομικών αδειών, καθώς και στις δέουσες συναφείς αυτοψίες κατά την ανέγερση κτιρίων, με αποτέλεσμα την κατάρρευσή τους.

Σ' όλες αυτές τις περιπτώσεις, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές στην μείζονά τους προσέτρεξαν μεν και στις έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης (σκ. 9 της ΣτΕ 2692/2009, σκ. 6 της ΣτΕ 1702, 2780, και 2781/2010, σκ. 8 της ΣτΕ 3558 και 3559/2010, καθώς και της ΣτΕ 2896/2013), ωστόσο θεμελίωσαν την ετυμηγορία τους κατά κύριο λόγο στην ερμηνεία συγκεκριμένων ρυθμίσεων του Γενικού Οικοδομικού Κανονισμού και του Κώδικα Βασικής Πολεοδομικής Νομοθεσίας (βλ., εντελώς ενδεικτικώς, τις σκ. 6 και 7 της ΣτΕ 2692/2009, καθώς και τις σκ. 4 και 5 των ΣτΕ 1702, 2780 και 2781/2010). Εν κατακλείδι, εντούτοις, μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι εν λόγω ρυθμίσεις αποτελούν κοινό τόπο του τεχνικού επιστημονικού πεδίου στο οποίο εντάσσονται και, συνεπώς, αποτελούν κτήμα του μέσου επιστήμονα του πεδίου αυτού που υπηρετεί στις πολεοδομικές Υπηρεσίες της χώρας μας· υπ' αυτήν την οπτική οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης μπορούν να θεωρηθούν ότι συνέτειναν,

Χ. Χρυσανθάκη (Η αστική ευθύνη του δημόσιου νοσοκομείου λόγω ιατρικού σφάλματος ως πεδίο όσμωσης της ιατρικής και της νομικής επιστήμης, ΘΠΔΔ 1/2010, σ. 1-7) και τελευταίως από την Αντιπρόεδρο του ΣτΕ *Σ. Χρυσικοπούλου* (Αστική ευθύνη του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ από ιατρικά σφάλματα. Επισκόπηση της πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε: Σὺ καὶ δικαστὴς ἄριστος, Σύμμεικτα εις μνήμην Γεωργίου Χ. Παναγιωτόπουλου, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2022, σ. 1845-1874).

αν όχι τυπικά, τουλάχιστον ουσιαστικά, στη υιοθέτηση της σχετικής νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας.

Τούτων δοθέντων, τα σχόλιά μας επί της νομολογίας, η οποία έδωσε έναυσμα στην παρούσα μελέτη, θα ολοκληρωθούν με εκείνα επί των Αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας που συγκροτούν την ως άνω εκτεθείσα τέταρτη υποομάδα της νομολογίας αυτής.

4. Η περίπτωση διαφόρων τομέων διοικητικής δραστηριότητας αναδεικνυομένων επ' ευκαιρία εκτάκτων περιστάσεων ή φυσικών καταστροφών

Εδώ εντάσσονται, κατά πρώτον, οι ΣτΕ 2635-2636/1996 και 3584/1997, στις οποίες, όπως διαπιστώσαμε, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας θεώρησε αστικά υπεύθυνο το Ελληνικό Δημόσιο λόγω ολοσχερούς καταστροφής εμπορευμάτων, που φυλάσσονταν υποχρεωτικά στις αποθήκες του Τελωνείου Αθηνών, από πυρκαγιά· μάλιστα, υπενθυμίζεται ότι το Δικαστήριο δεν δέχθηκε να εντάξει την πυρκαγιά στην έννοια της ανωτέρας βίας, η οποία θα μπορούσε να απαλλάξει το Ελληνικό Δημόσιο από την κατά τα ανωτέρω ευθύνη του[13].

Στις Αποφάσεις του αυτές, το Συμβούλιο της Επικρατείας ουδόλως αναφέρθηκε στις έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης, ενώ ούτε επικαλέσθηκε συγκεκριμένες ρυθμίσεις γραπτού δικαίου, με συνέπεια η λύση που υιοθέτησε στις σχετικές διαφορές να μπορεί να χαρακτηρισθεί ως πραιτορική. Παρ' όλα ταύτα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι τα διδάγματα της κοινής πείρας και η καλή πίστη υφέρπουν στη συγκεκριμένη νομολογία, καθόσον είναι εύλογο οι ενδιαφερόμενοι να αναμένουν ότι

13 Σημειωτέον ότι και στο Γαλλικό Διοικητικό Δίκαιο γίνεται δεκτό ότι σε περίπτωση ανωτέρας βίας, δεν γεννάται ευθύνη του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. (βλ., σχετικώς, αντί άλλων, *Y. Gaudemet,* ό.π., σ. 182· *D. Truchet,* ό.π., σ. 429). Ωστόσο, ο διοικητικός δικαστής στη Γαλλία σπανίως δέχεται την ύπαρξη ανωτέρας βίας απαλλάσσουσα το Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. από την αστική ευθύνη τους έναντι των ζημιωθέντων διοικουμένων (βλ., επ' αυτού, εντελώς ενδεικτικώς, *P. Chrétien-N. Chifflot-M. Tourbe,* ό.π., σ. 780· *P.-L. Frier – J. Petit,* ό.π., σ. 678· *D. Truchet,* ό.π., σ.429).

τα αντικείμενά τους, όπως τα εμπορεύματα που φυλάσσονται υποχρεωτικά στους χώρους των Τελωνείων, παραμένουν ασφαλή για όσο χρόνο παραμένουν σ' αυτούς και ότι οι αρμόδιες Αρχές λαμβάνουν κάθε πρόσφορο μέτρο προς την κατεύθυνση αυτή. Μάλιστα, μπορεί να υποστηριχθεί ότι από την αυτή προσδοκία διακατέχονται και οι διοικούμενοι γενικότερα. Για τον λόγο αυτόν, άλλωστε, η περίπτωση της πυρκαγιάς, η οποία είναι αναμφίβολα ένα έκτακτο περιστατικό, δεν αντιμετωπίσθηκε από το Συμβούλιο της Επικρατείας ως γεγονός ανωτέρας βίας, πράγμα που σημαίνει ότι, όπως συνάγεται από τις συγκεκριμένες Αποφάσεις του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας, η Διοίκηση θα έπρεπε να είχε προβλέψει το ενδεχόμενο μιας πυρκαγιάς στους χώρους του Τελωνείου Αθηνών και να είχε λάβει τα κατάλληλα μέτρα για την προφύλαξη των εμπορευμάτων που ήταν εκεί υποχρεωτικά εναποτεθειμένα.

Στην ΣτΕ 522/2014, κατόπιν, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές ανεγνώρισαν την αστική ευθύνη του Δημοσίου λόγω ζημιών που προκλήθηκαν σε διοικουμένους λόγω πλημμελούς εκτέλεσης δημοσίου έργου, η οποία αναδείχθηκε σε συνέχεια φυσικής καταστροφής, πιο συγκεκριμένα δε πλημμύρας του Κηφισού ποταμού προκληθείσας από έντονη βροχόπτωση. Μάλιστα, υπενθυμίζεται ότι θεμέλιο της Απόφασης αυτής υπήρξε η παραδοχή από το Συμβούλιο της Επικρατείας τεχνικών παραλείψεων στο έργο της διάνοιξης της κοίτης του εν λόγω ποταμού και μη λήψης συνοδών αντιπλημμυρικών έργων· υπενθυμίζεται, επίσης, ότι το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας μας δεν απεδέχθη ότι η έντονη βροχόπτωση εντασσόταν στην έννοια της ανωτέρας βίας, η οποία θα μπορούσε να απαλλάξει το Δημόσιο από την ως άνω ευθύνη του.

Στην Απόφασή του αυτή και σε αντίθεση με την προηγούμενή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας σε μία από τις μείζονες Σκέψεις του έκανε μνεία και των εννοιών των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης (σκ. 7), χωρίς ωστόσο τυπικά να εξαρτήσει τη θέση του απ' αυτές. Η αναφορά, εντούτοις, του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας στο γεγονός της εμφάνισης *«έντονων καιρικών φαινομένων* [στα οποία εντάσσεται προφανώς η έντονη βροχόπτωση], *η πρόβλεψη των οποίων ήταν δυνατή από το*

μέσο συνετό άνθρωπο» (σκ. 15), μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης αποτελούν το ουσιαστικό υπόστρωμα της δικανικής του κρίσης· και τούτο, διότι από την μόλις παρατεθείσα αναφορά του Συμβουλίου της Επικρατείας μπορεί να συναχθεί ότι ο μέσος πολίτης αναμένει από τη Διοίκηση την εκτέλεση ενός δημοσίου έργου κατά τρόπο τεχνικά άρτιο, ο οποίος περιλαμβάνει και τη λήψη των αναγκαίων αντιπλημμυρικών μέτρων, όταν το έργο αυτό έχει ως αντικείμενο επεμβάσεις σε ποταμό[14].

Με τις τελευταίες αυτές σκέψεις, ολοκληρώθηκαν οι παρατηρήσεις μας επί της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία συναρτάται με το αντικείμενο της παρούσας μελέτης[15].

Συνεπώς, σ' ένα τελευταίο τμήμα αυτής επιβάλλεται η διατύπωση ορισμένων τελικών Συμπερασμάτων.

IV. Συμπεράσματα

Σύμφωνα με τη θεωρία του Διοικητικού Δικαίου, στην περίπτωση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. και αναφορικά με την προϋπόθεση του παρανόμου της δράσης τους, το παράνομο αυτό προκύπτει και από παραλείψεις υλικών ενεργειών των οργάνων τους λόγω μη τήρησης εκ μέρους των τελευταίων υποχρεώσεών τους συναγομένων από τα διδάγματα της κοινής πείρας και της καλής πίστης.

Προς τούτο, οι εκπρόσωποι της επιστήμης επικαλούνται μία σειρά από Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι οποίες μάλιστα ομαδοποιούνται από μία συγγραφέα, όπως διαπιστώσαμε, κατά τομέα δραστηριότητας

14 *Η Ό. Ζύγουρα,* ό.π., σ. 62, από την πλευρά της, υπογραμμίζει ότι οι ως άνω σχολιασθείσες ΣτΕ 2535-2536/1996, 3584/1997 και 522/2014 επιβάλλουν στη Δημόσια Διοίκηση «υποχρεώσεις οργανωτικού χαρακτήρος».

15 Αξίζει να επισημανθεί ότι η σχετική νομολογία απαντάται και σε Αποφάσεις των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων (ως ένα παράδειγμα, παραπέμπουμε την ΔΠρΑθ 17992/ 2015 Τμ. 19ο τριμ., δημοσιευθείσα στη ΘΠΔΔ 3-4/2016, σελ. 286-291).

της Δημόσιας Διοίκησης. Έτσι, κατά την εκπρόσωπο αυτή, οι έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης επιβάλλουν στο Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. υποχρεώσεις, η παραβίαση των οποίων συνεπάγεται την αστική ευθύνη τους, σε τομείς λήψης μέτρων προστασίας των διοικουμένων, σε τομείς διεπόμενους από διοικητικούς κανονισμούς, σε τομείς παροχής υπηρεσιών συναφών με επιστημονικές γνώσεις και σε διαφόρους άλλους τομείς διοικητικής δραστηριότητας αναδεικνυόμενους επ' ευκαιρία έκτακτων περιστάσεων ή φυσικών καταστροφών.

Η μελέτη της σχετικής νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, στη συνέχεια, πιστοποίησε, στις ως άνω περιπτώσεις και τις συναφείς με αυτές Αποφάσεις του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας, την παρουσία κατ' αρχήν των εννοιών των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης.

Ωστόσο, παρατηρούνται διαφοροποιήσεις ως προς τον ρόλο και την επιρροή των εν λόγω εννοιών στη διαμόρφωση της σχετικής νομολογίας. Πράγματι, ο ρόλος και η επιρροή αυτή δεν φαίνεται από πρώτη άποψη αποφασιστικής σημασίας, δεδομένου ότι οι Ανώτατοι Διοικητικοί Δικαστές προτίμησαν κατά κανόνα να θεμελιώσουν την ετυμηγορία τους επί ρυθμίσεων γραπτού δικαίου, ειδικότερα δε διατάξεων της οικείας κάθε φορά νομοθεσίας. Ωστόσο, όπως καταδείξαμε, οι διατάξεις αυτές συμπυκνώνουν διδάγματα κοινής πείρας και συμπεριφορά καλής πίστης, με συνέπεια ο ρόλος και η επιρροή των κεντρικών αυτών εννοιών της παρούσας μελέτης στη σχετική νομολογία να έχει τουλάχιστον ουσιαστικό χαρακτήρα.

Βεβαίως, όλα αυτά ισχύουν και συναρτώνται με τη φύση των εφαρμοστέων κάθε φορά διατάξεων, υπό την έννοια ότι όταν αυτές είναι απολύτως συγκεκριμένες δεν καταλείπεται περιθώριο στις έννοιες των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης να διαδραματίσουν αποφασιστικό ρόλο. Αντιθέτως, όταν οι εν λόγω διατάξεις δεν ενέχουν απόλυτο βαθμό συγκεκριμενοποιήσεως, ο ρόλος και η επιρροή των διδαγμάτων της κοινής πείρας και της καλής πίστης βαίνει αυξανόμενος.

Επιπλέον, ορισμένες φορές το Συμβούλιο της Επικρατείας προβαίνει και σε προσδιορισμό των εννοιών αυτών και, κατ' αυτόν τον τρόπο, γίνεται αντιληπτό εάν οι τελευταίες εκλαμβάνονται σε συνάρτηση με τον μέσο συνετό πολίτη ή με τον μέσο συνετό εκπρόσωπο μιας συγκεκριμένης επαγγελματικής κατηγορίας.

Τέλος, στις περιπτώσεις των Αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας, στις οποίες δεν γίνεται μνεία των εννοιών της κοινής πείρας και της καλής πίστης, παρά το γεγονός ότι οι εν λόγω Αποφάσεις έχουν διαμορφωθεί, σύμφωνα με την επιστήμη, επί τη βάσει των εννοιών αυτών, μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι τελευταίες υφέρπουν κατά την υιοθέτηση των συγκεκριμένων Αποφάσεων.

Η θριαμβευτική επάνοδος των κοινωνικών πόρων ως «εργοδοτική εισφορά» επί άλλης βάσης πέραν των αποδοχών των εργαζομένων

Πατρίνα Παπαρρηγοπούλου-Πεχλιβανίδη

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

1. Διαχρονικά επίκαιροι προβληματισμοί για τη χρηματοδότηση της κοινωνικής ασφάλισης

1.1. Το είδος της χρηματοδότησης συναρτάται με τον τρόπο οργάνωσης του ασφαλιστικού συστήματος

Ο τρόπος οργάνωσης και λειτουργίας του ασφαλιστικού συστήματος[1] έχει καθοριστική σημασία για τον τρόπο και το είδος του δημόσιου βάρους που επιλέγεται για τη χρηματοδότησή του. Η χρηματοδότηση της κοινωνικής ασφάλισης σε ένα σύστημα τύπου Bismarck[2], όπως το ελληνικό, γίνεται

1 Ο τρόπος οργάνωσης του ασφαλιστικού συστήματος στηρίζεται σε κρίσεις που αφορούν το ποσοστό αναπλήρωσης του εισοδήματος των ασφαλισμένων, τη διασφάλιση της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος, την εξισορρόπηση της ανταποδοτικότητας με την αλληλεγγύη, την αποφυγή της επιβράδυνσης της οικονομικής ανάπτυξης, την κατάλληλη διάρθρωση των τριών πυλώνων κοινωνικής προστασίας.

2 Η πρωτοτυπία του συστήματος Bismarck, το οποίο καθιέρωσε ο γερμανός Καγκελάριος Otto von Bismark, συνοψίζεται σε τέσσερα σημεία: Πρώτον, στη χρήση της ασφαλιστικής τεχνικής στον χώρο της εργασίας. Η κοινωνική ασφάλιση διακρίνεται από την ιδιωτική, διότι προβλέπεται στον νόμο και είναι υποχρεωτική. Δεύτερον, στη χρηματοδότηση των παροχών κυρίως από εισφορές των εργοδοτών και των εργαζομένων, χωρίς να αποκλείεται η κρατική συμμετοχή. Οι εισφορές και οι παροχές τελούν κατ' αρχήν σε σχέση παροχής/αντιπαροχής (αρχή της ανταποδοτικότητας). Περιο-

καταρχήν από τις ασφαλιστικές εισφορές. Οι εισφορές στα νομοθετικά καθεστώτα κοινωνικής ασφάλισης αποτελούν δημόσια βάρη, όχι όμως φόρους.[3] Τούτο διότι προορίζονται και διατίθενται για τη χρηματοδότηση της κοινωνικοασφαλιστικής κάλυψης των κινδύνων και όχι των εν γένει δημόσιων δαπανών. Αντίθετα, σε ένα σύστημα κοινωνικής ασφάλειας, τύπου Beveridge[4], η χρηματοδότηση γίνεται καταρχήν από τη φορολογία.

ρισμοί της αρχής της ανταποδοτικότητας επιτρέπονται με έρεισμα την αρχή της κοινωνικής αλληλεγγύης. Τρίτον, στην παρέμβαση του κράτους, προκειμένου να οργανωθεί και να λειτουργήσει το σύστημα κοινωνικής ασφάλισης. Τέταρτον, στην έλλειψη ενιαίας οργάνωσης και στη συμμετοχή των εργοδοτών και των ασφαλισμένων στη διαχείριση των ΟΚΑ. Τα συστήματα αυτά καλούνται και ηπειρωτικά επειδή τα εφαρμόζουν κυρίως οι χώρες της ηπειρωτικής Ευρώπης.

3 Ο Στεργίου Άγγ. στο άρθρο του «Έννοια και νομική φύση των ασφαλιστικών εισφορών. Με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 16/2022», ΔτΚΑ, 1/2022, σ. 12 -13, επισημαίνει ότι η «έννοια της ασφαλιστικής εισφοράς εξαρτάται από τη φυσιογνωμία του συνταξιοδοτικού συστήματος» και ότι διαφορετική είναι η θέση των εισφορών στα κεφαλαιοποιητικά από ότι στα διανεμητικά συστήματα. Η παρατήρηση αυτή είναι εν μέρει ορθή, καθώς το αποφασιστικό κριτήριο είναι αν το σύστημα είναι νομοθετικής προέλευσης ή συμβατικής. Στην πρώτη περίπτωση τα χαρακτηριστικά της εισφοράς είναι αυτά του δημοσίου βάρους, ενώ στη δεύτερη τμήμα των αποδοχών του εργαζομένου. Ενδεικτικά, οι εισφορές στο ΝΠΔΔ Ταμείο Επικουρικής Κεφαλαιοποιητικής Ασφάλισης (ΤΕΚΑ) που εφαρμόζει το κεφαλαιοποιητικό σύστημα και στο οποίο η ασφάλιση είναι δια νόμου υποχρεωτική, οι εισφορές αποτελούν δημόσιο βάρος. Αντίθετα, σε ένα ΝΠΙΔ Ταμείο Επαγγελματικής Ασφάλισης (ΤΕΑ) που ομοίως εφαρμόζει το κεφαλαιοποιητικό σύστημα, αλλά είναι συμβατικής προέλευσης και η υπαγωγή στην ασφάλιση είναι προαιρετική, οι εισφορές αποτελούν τμήμα των αποδοχών των εργαζομένων. Ομοίως δεν είναι πειστική η θέση του συγγραφέα ότι οι εισφορές ως δημόσια βάρη με ανταπόδοση την ασφαλιστική κάλυψη του ασφαλισμένου και των δικαιοδόχων δεν συνιστούν ανταποδοτικά τέλη, επειδή στα ανταποδοτικά τέλη δεν υπάρχει διάρκεια. Πέραν του ότι υπάρχει διάρκεια καθώς εξυπηρετείται σκοπός δημοσίου συμφέροντος, π.χ. ο φωτισμός ή η καθαριότητα, η μικρότερη ή μεγαλύτερη διάρκεια αποτελεί σαφώς ποσοτικό και όχι ποιοτικό στοιχείο και ως εκ τούτου δεν αναιρεί τον χαρακτηρισμό της εισφοράς ως δημοσίου βάρους - ανταποδοτικού τέλους.

4 Τα χαρακτηριστικά του συστήματος Beveridge συνοψίζονται στο ότι η προστασία είναι καθολική, ομοιόμορφη, κατάλληλη και ενιαία. Ειδικότερα, καλύπτεται το σύνολο του πληθυσμού. Οι παροχές είναι ομοιόμορφες, δηλαδή ανεξάρτητες από το εισόδημα που αποκομίζει από την εργασία του ο δικαιούχος και καλύπτουν ένα ελάχιστο επίπεδο αξιοπρεπούς διαβίωσης. Οι οικογενειακές παροχές, η ασθένεια και η μητρότητα χρηματοδοτούνται από τη φορολογία ενώ οι υπόλοιπες παροχές από ενιαία εισφορά. Η διοίκηση είναι ενιαία και για τον σκοπό αυτόν ιδρύεται η Εθνική Υπηρεσία Υγείας και μια ενιαία δημόσια υπηρεσία για την κοινωνική ασφάλιση. Στη σκέψη του εμπνευστή του, Λόρδου W. Beveridge, ο ρόλος του κράτους περιοριζόταν στην εξασφάλιση ελάχιστου εισοδήματος στους ασφαλισμένους χωρίς να απαιτείται προηγούμενος έλεγχος εισοδημάτων. Ωστόσο, σήμερα λόγω των οικονομικών και δημοσιονομικών περιορισμών πολλές παροχές χορηγούνται με εισοδηματικά κριτήρια ενώ τίθεται και θέμα επάρκειας αυτών. Τα συστήματα τύπου Beveridge

Διαφορετικός τρόπος χρηματοδότησης σημαίνει καταρχάς διαφορετική έκταση κοινωνικής αλληλεγγύης, διότι η αλληλεγγύη είναι διευρυμένη (εθνική) στην περίπτωση της χρηματοδότησης από τη φορολογία, ενώ αντίθετα είναι στενότερη (ασφαλιστική) στην περίπτωση της χρηματοδότησης από εισφορές. Μια ακόμη διαφορά, που σχετίζεται με τη διαφορετική χρηματοδότηση, είναι η έκταση των παροχών, καθώς επί χρηματοδότησης από τη φορολογία οι παροχές είναι ομοιόμορφες και ελάχιστες, ενώ επί χρηματοδότησης από εισφορές οι παροχές βρίσκονται σε αναλογία με τις εισφορές που έχουν καταβληθεί και αναπληρώνουν το εισόδημα του ασφαλισμένου που έχει απολεσθεί ή μειωθεί εξαιτίας της αδυναμίας απασχόλησης. Η έννοια της εισφοράς επομένως στηρίζεται στην επαγγελματική αλληλεγγύη των ασφαλισμένων και όχι στην εθνική αλληλεγγύη και την κρατική χρηματοδότηση. [5] Η χρηματοδότηση από τις εισφορές διαφοροποιεί την κοινωνική ασφάλιση από όλα τα άλλα κοινωνικά δικαιώματα που χρηματοδοτούνται από τον κρατικό προϋπολογισμό ή / και κοινωνικούς πόρους. Με τον τρόπο αυτό συνδυάζεται επιτυχώς η ατομική με τη συλλογική ευθύνη.

Η χρηματοδότηση του ασφαλιστικού συστήματος από τη φορολογία σε σχέση με τη χρηματοδότηση από τις εισφορές επιφέρει μεγαλύτερη αναδιανομή του εισοδήματος και μείωση των επιβαρύνσεων των επιχειρήσεων και του εισοδήματος των εργαζομένων. Εξάλλου, από τη φορολογία χρηματοδοτούνται οι οικονομικές ενισχύσεις προνοιακού χαρακτήρα και εν γένει οι μη ανταποδοτικού χαρακτήρα παροχές της κοινωνικής ασφάλισης, των οποίων το Κράτος έχει αναθέσει τη χορήγηση στους ασφαλιστικούς οργανισμούς.

Πάντως, στα συστήματα τύπου Bismarck, που το κύριο μέσο χρηματοδότησης είναι οι εισφορές, το Κράτος, ως ρυθμιστής του ασφαλιστικού συστήματος και εγγυητής της λειτουργίας του, μπορεί να το χρηματοδοτεί από κρατικούς πόρους, αν απαιτείται.[6] Κρατική χρηματοδότηση απαιτείται

καλούνται και αγγλοσαξονικά, επειδή έχουν εξαπλωθεί στον αντίστοιχο χώρο.

5 *Prétot X*., «La notion de cotisation de sécurité sociale», Droit Social, 6/1993, σ. 523.

6 Ισχύει και το αντίστροφο, δηλαδή στα συστήματα τύπου Beveridge να προβλέπονται δευτερευόντως και εισφορές για την κοινωνικοασφαλιστική κάλυψη.

κυρίως σε περιόδους οικονομικών προβλημάτων, πανδημίας, γήρανσης του πληθυσμού κ.λπ. Η κρατική ενίσχυση γίνεται, κατά κανόνα, με κονδύλια του κρατικού προϋπολογισμού, δηλαδή από τα φορολογικά έσοδα, χωρίς να αποκλείεται η θέσπιση ειδικού φόρου υπέρ του ασφαλιστικού συστήματος. Όταν η ενίσχυση γίνεται με ειδικό φόρο και όχι από τον κρατικό προϋπολογισμό, πρέπει να εξετάζονται προσεκτικά οι επιπτώσεις του φόρου στην οικονομία και στους φορολογούμενους, ώστε να επιλέγεται ο κατάλληλος φόρος.[7] Ενδεικτικά, η φορολογία εισοδήματος πλήττει περισσότερο την αποταμίευση κάτι που δεν συμβαίνει με τη φορολογία στην κατανάλωση.[8] Επίσης, η μετάβαση από τη φορολόγηση του εισοδήματος στη φορολόγηση της κατανάλωσης είναι ένας τρόπος να επιβαρυνθούν περισσότερο οι συνταξιούχοι, διότι αναβάλλεται η φορολογική υποχρέωση των εργαζομένων για το μέλλον, δηλαδή στον χρόνο της συνταξιοδότησης. Υποστηρίζεται εξάλλου ότι το «δίδυμο» φόρος επί της κατανάλωσης και φόρος στο κεφάλαιο οδηγεί σε μεγαλύτερη αναδιανομή του εισοδήματος.[9] Τέλος, ο φόρος επί του κύκλου εργασιών θεωρείται «άδικος» και στην ΕΕ έχει προ πολλού αντικατασταθεί από τον φόρο προστιθέμενης αξίας που λαμβάνει υπόψη τη συνεισφορά κάθε φορολογούμενου στο παραγόμενο προϊόν ή την παρεχόμενη υπηρεσία. Τα οικονομικά προβλήματα του ασφαλιστικού συστήματος ενδεχομένως να μην είναι παροδικά και να θέτουν σε κίνδυνο και την ίδια τη βιωσιμότητά του, οπότε απαιτούνται και πρόσθετα διαρθρωτικά μέτρα.

Διαδεδομένα, ήδη από τη δεκαετία του ’80, είναι και τα μεικτά συστήματα χρηματοδότησης. Η στρατηγική της μεικτής χρηματοδότησης, δηλαδή και από φόρους και από εισφορές ανάλογα με τον ασφαλιστικό κίνδυνο, αιτιολογείται από το ότι ορισμένοι κίνδυνοι αφορούν στην κοινωνία και όχι στους ίδιους

7 *Chalon M., W. Scholz, A. v de Meerendonk, K. Hagemejer, F. Bertranou, P. Plamondon, Financing Social Protection*", Quantitative Methods in Social Protection Series, ILO and ISSA, 2004, σ. 237 – 240 και 274-299.

8 *OECD* Questionner les économistes: Le défi des pensions – comment financer les retraites, www.oecd.org/documentprint/0,3455fr_2649_34757_ 38330890_1_1.

9 *Jouyet J.P.,* "Le poids de prélèvements sur le développement des entreprises", Droit Social, no. 3, 1990, σ. 274-277.

τους ασφαλισμένους. Ενδεικτικά, η Γαλλία και η Ισπανία έχουν προκρίνει τη χρηματοδότηση των κινδύνων που αφορούν στην κοινωνία από τη φορολογία και των κινδύνων που αφορούν στους ασφαλισμένους από τις εισφορές. [10] Μάλιστα στη Γαλλία, οι συνδικαλιστικές ενώσεις αρχικά ήταν πολύ σκεπτικές με τη χρηματοδότηση από τη φορολογία, επειδή θεωρούσαν ότι η διάκριση αυτή αποτελεί τον «προθάλαμο» για την ιδιωτικοποίηση της κοινωνικής ασφάλισης και επειδή απομειώνει τον ρόλο τους στη διοίκηση και λειτουργία του ασφαλιστικού συστήματος (μέσω συλλογικών διαπραγματεύσεων και συμβάσεων). Οι παραπάνω επιφυλάξεις μάλλον ήταν υπερβολικές, διότι το κράτος διατηρεί την ευθύνη και εξουσία να καθορίζει τον τρόπο χρηματοδότησης της κοινωνικής ασφάλισης, η δημιουργία ειδικού φόρου για την κοινωνική ασφάλιση επέτρεψε πράγματι την αποτελεσματική λειτουργία του ασφαλιστικού συστήματος και η χρηματοδότηση από την ειδική φορολογία δεν εμπόδισε τους ασφαλιστικούς οργανισμούς να διαχειρίζονται τα χρήματα αυτά. [11]

Τέλος, μπορεί να αξιοποιούνται οι φορολογικές εκπτώσεις και απαλλαγές, ως κίνητρο για την ανάπτυξη της συμπληρωματικής ασφάλισης, ιδίως στον κλάδο ασθένειας. Ενδεικτικά, στην Γαλλία, με τον N 2013-504 της 14.6.2013 γενικεύθηκε η συμπληρωματική ιδιωτική ασφάλιση ασθένειας, ο εργοδότης πρέπει να καταβάλει τουλάχιστον το 50% των εισφορών σε ασφαλιστικό πρόγραμμα που καλύπτει τις ελάχιστες κατά νόμο παροχές για να απολαμβάνει φορολογικές εκπτώσεις.[12] Ο νόμος δεν φαίνεται πάντως να πέ-

10 *Fernades A*. – J., "Les incidences sociales: L'exemple espagnol", Droit Social 1990, no.3, σ. 285-287. Στη Γαλλία η κρατούσα άποψη είναι ότι για τη ρύθμιση των κοινωνικοασφαλιστικών ζητημάτων «νομιμοποιούνται» κατά προτεραιότητα οι κοινωνικοί εταίροι με βάση την επαγγελματική αλληλεγγύη. Ο ρόλος του κράτους είναι επικουρικός. Η θέση αυτή απηχεί μια καχυποψία έναντι του Κοινοβουλίου και του Κράτους, βλ. *Dypeyroux J.J., Borgetto M., Lafore R., Ruellan R*., Droit de la sécurité sociale, 14h έκδ. Dalloz, 2001, σ. 829.

11 *Pellet R.,* «Etatisation privatisation et fiscalisation de la protection sociale. Bilan pour contribuer à une « refondation radicale) (Première partie), Droit Social, no. 7/8, 2020, σ. 661 κ.ε. Του ιδίου, «Gouvernance et financement de la protection sociale», un colloque organise par les sections sociale et du rapport et des études du Conseil d'Etat le 12 Février 2021», La Documentation Française, σ. 96, 97.

12 *Pellet R.,* «Etatisation privatisation et fiscalisation de la protection sociale. Bilan pour contribuer

τυχε, διότι υπήρξαν αυξήσεις στα ασφάλιστρα πολλαπλάσιες του αναμενόμενου. Ακολούθησε ο Ν 2019-733 της 14.7.2019 που επιτρέπει ελεύθερα την καταγγελία της ασφαλιστικής σύμβασης οποτεδήποτε και χωρίς έξοδα μετά τη συμπλήρωση ενός έτους, προκειμένου να πιεσθούν οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις να κρατήσουν χαμηλά τα ασφάλιστρα.

Η πολιτική του Προέδρου Μακρόν στη Γαλλία στοχεύει στη δημιουργία «νέων μορφών αλληλεγγύης και προστασίας» με στοιχεία από το πρότυπο Beveridge αφενός και την ιδιωτική ασφάλιση αφετέρου. Η πολιτική αυτή καταδεικνύει τα αδιέξοδα του συστήματος Bismarck στη Γαλλία και την αναζήτηση λύσεων εκτός του συστήματος αυτού. Υιοθετείται στρατηγική που συνοψίζεται στο «περισσότερο κράτος» και ταυτόχρονα «περισσότερη αγορά». Ωστόσο, αντίστοιχα αδιέξοδα αντιμετωπίζουν και τα συστήματα Beveridge, διότι η χρηματοδότηση από τη φορολογία έχει αγγίξει υψηλά επίπεδα και οι παροχές θεωρούνται ανεπαρκείς. Οι συνταξιούχοι στα κράτη που έχουν επιλέξει αυτό το σύστημα, αν δεν έχουν συμπληρωματική ασφάλιση, δεν διασφαλίζουν ικανοποιητικό επίπεδο διαβίωσης.

1.2. Αναδιανομή και κοινωνική ασφάλιση

Ορισμένοι οικονομολόγοι, όπως ο Th. Piketty, υποστηρίζουν ότι η κοινωνική ασφάλιση πρέπει να καταστεί μηχανισμός αναδιανομής του εισοδήματος, με τον ίδιο τρόπο με τη φορολογία, δηλαδή με την προοδευτική χρηματοδότηση από το σύνολο της περιουσίας του πληθυσμού, ώστε να παύσει

à une « refondation radicale» (Seconde partie), Droit Social, no. 9 Sept. 2020, σ. 3. Όπως ορθά παρατηρεί ο συγγραφέας, η έμπνευση του νόμου έρχεται από την άλλη όχθη του Ατλαντικού. Αναφέρει ειδικότερα ότι «η πολιτική αυτή μοιάζει με την πολιτική του *ObamaCare* στις ΗΠΑ που ομοίως υποχρέωνε τους εργοδότες να ασφαλίζουν το προσωπικό τους για τον κλάδο ασθένειας στις ιδιωτικές ασφαλίσεις έναντι φορολογικών εκπτώσεων. Το παράδοξο είναι ότι στις ΗΠΑ ο δημοκράτης Πρόεδρος είχε να αντιμετωπίσει την άρνηση των Ρεπουμπλικάνων, ενώ στη Γαλλία ο σοσιαλιστής πρόεδρος *Hollande* οργάνωσε τις φορολογικές επιδοτήσεις στους εργοδότες για την συμπληρωματική ασφάλιση ασθένειας σε ιδιωτικές επιχειρήσεις που κάνουν επιλογή των κινδύνων που καλύπτουν».

να αναπαράγει τις οικονομικές και κοινωνικές ανισότητες.[13] Στην ουσία προτείνουν τη μετάβαση από το σύστημα Bismarck σε ένα σύστημα Beveridge, όπου όλοι θα δικαιούνται ελάχιστες και ομοιόμορφες παροχές από την κοινωνική ασφάλιση και για οτιδήποτε παραπάνω θα γίνεται προσφυγή στη συμπληρωματική ασφάλιση από τον δεύτερο και από τον τρίτο πυλώνα.

Οι απόψεις αυτές παραγνωρίζουν ότι το σύστημα Beveridge, ως προς τις παροχές είναι υποδεέστερο, καθώς η κύρια σύνταξη είναι μια ελάχιστη παροχή που δεν αναπληρώνει επαρκώς το εισόδημα που έχει απολεσθεί από την επέλευση των κοινωνικοασφαλιστικών κινδύνων. Για τον λόγο αυτό άλλωστε πολλές χώρες, μεταξύ των οποίων και η Ελλάδα, μετά τον Β Παγκόσμιο Πόλεμο προτίμησαν να διατηρήσουν το προϋφιστάμενο, τύπου Bismarck, ασφαλιστικό τους σύστημα, στο οποίο οι παροχές είναι ανάλογες των εισφορών (ανταποδοτικές). Χαρακτηριστικά ο P. Laroque λίγο μετά τη λήξη του Β Παγκοσμίου Πολέμου έγραφε ότι δεν υπάρχει ασφάλεια για τον εργαζόμενο, αν οι παροχές δεν είναι ανάλογες του εισοδήματος που απώλεσε για την πληρωμή των εισφορών.[14] Ο D. Pieters, ομοίως, επισημαίνει ότι απαιτείται ιδιαίτερη προσοχή ως προς τη διάρθρωση μεταξύ των τριών πυλώνων (κύριας ασφάλισης, συμπληρωματικής και ιδιωτικής). Αν ο πρώτος πυλώνας (κύρια ασφάλιση) παύσει να είναι ανταποδοτικός, τα ανώτερα και μέσα οικονομικά πρόσωπα οδηγούνται στον δεύτερο (συμπληρωματική ασφάλιση) και στον τρίτο πυλώνα (ιδιωτική ασφάλιση) και σε αδιαφορία για τον πρώτο που έτσι σταδιακά θα αποδυναμωθεί. [15]

Σε κάθε περίπτωση, αν γινόταν δεκτή η σκέψη για αναδιανομή του εισοδήματος με προοδευτικές εισφορές, θα έπρεπε να εξετάζονται συνολικά οι επιβαρύνσεις από τη φορολογία και τις εισφορές από τη μια και οι συνολικές

13 *Bozio Ant., Piketty Th.,* «Pour un nouveau système de retraite. Des comptes individuels de cotisations finances par répartition», collection CEPREMAP, εκδ. Rue d' ULM, Presses de l'Ecole Normale Superieure, 2008.

14 *Laroque P.*, "Le plan français de la sécurité sociale », RF. Trav. No. 1, Avr. 1946.

15 *Pieters D.*, Navigating Social Security Options, ed. Palgrave Macmillan, 2019, σ. 22-24, R. Pellet, «Gouvernance et financement de la protection sociale», ό.π., σ. 119 κε.

παροχές από τη φορολογία και από την ασφάλιση από την άλλη. Από τη συνολική εξέταση αυτών είναι πιθανότατο οι κρίσεις για ανάγκη μεγαλύτερης αναδιανομής του εισοδήματος να μην επιβεβαιώνονται. [16]

Η χρηματοδότηση των κοινωνικοασφαλιστικών συστημάτων και γενικότερα της κοινωνικής προστασίας και ιδίως της καταπολέμησης του κοινωνικού αποκλεισμού αναμένεται στο μέλλον να απασχολήσει περισσότερο την ΕΕ, δεδομένου ότι αποτελεί ένα σημαντικό δημόσιο βάρος για όλα τα κράτη - μέλη.[17]

2. Η οριοθέτηση των εισφορών από τους κοινωνικούς πόρους στην Ελλάδα

Στην Ελλάδα, οι παραπάνω προβληματισμοί απασχόλησαν κατά τη θέσπιση του Συντάγματος του ’75 και ο συντακτικός νομοθέτης επέλεξε στην παρ. 5 του άρθρου 22 σύστημα τύπου Bismarck και όχι Beveridge.[18] Το κύριο μέσο χρηματοδότησης είναι οι ασφαλιστικές εισφορές επί των αποδοχών των εργαζομένων και όχι η φορολογία.

Ωστόσο, η νομοθεσία για τη χρηματοδότηση των ασφαλιστικών οργανισμών διατήρησε και εισήγαγε πλήθος ρυθμίσεων που αφορούσαν στους αποκαλούμενους «κοινωνικούς πόρους». Οι κοινωνικοί πόροι διαφοροποιούνται από τους φόρους, διότι δεν αποτελούν έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού ούτε χρηματοδοτούν γενικά όλους τους κρατικούς σκοπούς, αλλά διατίθενται για τη χρηματοδότηση συγκεκριμένου ασφαλιστικού οργανισμού.

16 R. Pellet, «Gouvernance et financement de la protection sociale», ό.π., σ. 115 κε. Ο συγγραφέας με αναλυτικά στοιχεία και συνολικά εξετάζοντας εισφορές και φόρους από τη μια και παροχές από την άλλη υποστηρίζει ότι στη Γαλλία το επίπεδο της αναδιανομής του εισοδήματος είναι ιδιαίτερα υψηλό.

17 *Grand B.,* “Le niveau de prélèvements obligatoires dans les pays de la Communauté”, Droit Social no.3, 1990, σ. 247-251., *Scrivener Chr.,* “Vers unes stratégie européenne en matière de prélèvements obligatoires”, Droit Social 1990, no. 3, σ. 296-298.

18 Το άρθρο 22 παρ. 5 ρητά αναφέρεται στην κοινωνική ασφάλιση των εργαζομένων, συνδέοντας την ασφάλιση με την επαγγελματική απασχόληση.

Μολονότι είναι ειδικοί φόροι υπέρ τρίτων[19], εισάγονται υπό τον μανδύα της «οιονεί εργοδοτικής εισφοράς» και συχνά κατ' ευφημισμό αποκαλούνται «κοινωνικές εισφορές»[20]. Η θεωρία έχει ασκήσει έντονη κριτική στους κοινωνικούς πόρους, διότι παραγνωρίζεται ο ανταποδοτικός χαρακτήρας των ασφαλιστικών παροχών, παρατείνεται η βιωσιμότητα των μη βιώσιμων οργανισμών, αναβάλλοντας τη συγχώνευσή τους στους γενικούς οργανισμούς ή σε άλλους ομοειδείς οργανισμούς, η κατανομή τους δεν ανταποκρίνεται στην κοινωνική δικαιοσύνη και, τέλος, επιβάλλονται συχνά σε άσχετα πρόσωπα προς την ομάδα που ωφελείται από τη συνεισφορά, χωρίς αυτά να έχουν κάποια ωφέλεια από την επιβάρυνσή τους. [21] Οι περισσότεροι κοινωνικοί πόροι

19 Είναι γνωστοί και ως «παραφορολογικές επιβαρύνσεις» ή «ειδικά δημοσιονομικά έσοδα» και έχουν ως κοινό στοιχείο ότι επιδιώκουν σκοπούς κυρίως κοινωνικής και οικονομικής πολιτικής, βλ. Φορτσάκης Θ., Τσουρουφλής Α., «Φορολογικό Δίκαιο», 7η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2022, σ. 22 και 23.

20 Στεργίου Άγγ., ό.π. και του ιδίου, «Η νομική φύση της εργοδοτικής εισφοράς επί του ετήσιου κύκλου εργασιών της επιχείρησης», ΔτΚΑ, 3/2019, σ. 451. Ο συγγραφέας υποστηρίζει ότι η διεύρυνση της έννοιας της ασφαλιστικής εισφοράς είναι επιβεβλημένη στην εποχή της ψηφιοποίησης, και ότι η νομολογία ορθά διαμορφώνει «μια τάση υποκατάστασης των μισθών ως βάσης υπολογισμού των εισφορών από μια ευρύτερη βάση που καλύπτει τους μισθούς, τα χρηματοδοτικά έξοδα, τις αποσβέσεις και τα κέρδη των επιχειρήσεων που απασχολούν τους οικείους ασφαλισμένους». Το επιχείρημα του συγγραφέα είναι ότι ο νομοθέτης σε έναν άυλο κόσμο στον οποίο καταργείται η έννοια του χωροχρόνου πρέπει να βρει έναν σύνδεσμο μεταξύ του ωφελούμενου από το αποτέλεσμα της εργασίας, κι' αυτός είναι ο λήπτης των υπηρεσιών που καθίσταται ο βασικός παράγοντας για την είσπραξη των εισφορών. Στο ζήτημα που θέτει ο συγγραφέας θα έπρεπε να διερευνηθούν περισσότερες εναλλακτικές χρηματοδότησης. Η απάντηση χρειάζεται διεπιστημονική προσέγγιση και συγκριτική αξιολόγηση των εναλλακτικών με βάση τα αποτελέσματα που επιφέρουν στους εργαζόμενους στους εργοδότες και στην οικονομία. Το βέβαιον πάντως είναι ότι το ασφαλιστικό σύστημα στη χώρα στηρίζεται σε συγκεκριμένες αρχές και ιδίως στις αρχές που απορρέουν από την ασφαλιστική λογική. Η αλλαγή του οργανωτικού προτύπου που η χώρα ακολουθεί προϋποθέτει αναθεώρηση του άρθρου 22 παρ 5 του Συντάγματος. Οι εντός του προτύπου αλλαγές δεν επιτρέπεται να οδηγούν σε κατάργηση του προτύπου και των αρχών του, αναίρεση της ασφαλιστικής τεχνικής στην οποία στηρίζεται. Βασική έννοια που δεν μπορεί να καταργηθεί είναι αυτή της «εισφοράς», που στηρίζεται στις αποδοχές του ασφαλισμένου από την απασχόλησή του.

21 Σχετικά με την κριτική αυτή, βλ. Τσουκάτος Ε., «Σκέψεις για ένα δικαιότερο και απλούστερο σύστημα συντάξεων», Αθήνα, 1978, εκδ. ΕΔΕΚΑ, σ. 8 – 10. Επίσης Χατζηδημητρίου Φ. – Ψηλός Γ., Το νέο δίκαιο των κοινωνικών ασφαλίσεων, εκδ. ΔΕΝ 1992, σ. 30- 350 με εκτενή ανάλυση των υφιστάμενων το 1992 κοινωνικών πόρων υπέρ διαφόρων ασφαλιστικών οργανισμών. Οι συγγραφείς γλαφυρά επισημαίνουν ότι ενώ το ΙΚΑ ασφαλίζει το 92% των ασφαλισμένων έχει

καταργήθηκαν στην περίοδο 2010-2015, καθώς είχαν αρνητικές οικονομικές επιπτώσεις και δεν ακολουθούσαν τις συνταγματικές αρχές που διέπουν την επιβολή φόρων, ήτοι τις αρχές της καθολικότητας (όχι αδικαιολόγητες εξαιρέσεις), της αναλογικότητας και της σχετικότητας (ο βαρυνόμενος να έχει κάποια σχέση με την ομάδα που ωφελείται από τη συνεισφορά). [22]

Ενώ το θέμα των κοινωνικών πόρων που είχε επανειλημμένα απασχολήσει τη θεωρία και τη νομολογία φαινόταν λήξαν, νεότερες νομοθετικές ρυθμίσεις που εισάγουν «οιονεί εργοδοτική εισφορά» απασχόλησαν το ΣτΕ, επαναφέροντας τον προβληματισμό του νομικού χαρακτηρισμού και της συνταγματικότητας αυτών. Το ζήτημα του νομικού χαρακτηρισμού μιας επιβάρυνσης ως εισφοράς ή ως φορολογίας είναι λεπτό. Έως το 2020, κατά την κρατούσα στην Ελλάδα νομολογία, κρίσιμο για τον χαρακτηρισμό μιας επιβάρυνσης ως εισφοράς ήταν η σύνδεση με το εισόδημα που αποκτά ο εργαζόμενος από την απασχόλησή του, δηλαδή με τις αποδοχές του.[23] Ομοίως, το

ελάχιστο μερίδιο κοινωνικών πόρων που το 1992 ανέρχονταν στο διόλου ευκαταφρόνητο ποσοστό του 25,44% των προϋπολογιζόμενων συνολικών εσόδων του ασφαλιστικού συστήματος του έτους 1992. Αναλύουν δε τους 26 κοινωνικούς πόρους που ρύθμισε το άρθρο 59 παρ. 4 του Ν 2084/1992, προκειμένου να κατευθύνεται κάποιο μέρος τους στον ΛΑΦΚΑ . Από τις ρυθμίσεις και πάλι του θεσμικού αυτού νόμου είχαν εξαιρεθεί τα ταμεία τύπου και ΜΜΕ, οι πόροι υπέρ της ΕΛ.ΑΣ και του Πυροσβεστικού Σώματος, του ΟΓΑ, του ΤΑΚΕ, του ΤΕΑΠΟΚΑ και του Προσωπικού του Εθνικού Τυπογραφείου.

22 Βλ. την υποπαρ. ΙΑ3 της Παρ. ΙΑ του άρθρου πρώτο του Ν 4254/2014.

23 Χαρακτήρα κοινωνικού πόρου είχε ενδεικτικά η ειδική αύξηση 2% επί της τιμής των εισιτηρίων υπέρ του ΤΑΠ-ΟΣΕ, ΣτΕ 1170/2006, ΔιΔικ 2008, 170, ΣτΕ 2854/2002, δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα Νόμος, το ποσοστό των εσόδων από τις διαφημίσεις υπέρ του Ταμείου Επικουρικής Ασφάλισης και Πρόνοιας Προσωπικού Ελληνικής Ραδιοφωνίας (ΤΕΑΠΠΕΡΤ), ΣτΕ 622/2002, ΕΔΚΑ 2002, 914, ΣτΕ 4219/1987, ΕΔΚΑ 1988, 100, ΣτΕ 622/2002, ΕΔΚΑ 2002, 914, ΔΕφΑθ 3866/2006, δημοσιευμένες στην ιστοσελίδα Νόμος, η κράτηση 6% υπέρ του ΤΣΜΕΔΕ επί της αξίας των εκτελούμενων έργων από το δημόσιο, ΔΕφΘεσ 1236/1998, ΔιΔικ 1999, 970. Εξαιρετικό ενδιαφέρον πάντως παρουσιάζει η άποψη της μειοψηφίας στην απόφαση ΣτΕ (Ολ.) 3231/2008, ΔιΔικ 2010, 159, όπου υποστηρίζεται ότι οι δαπάνες που καλύπτει η εργοδότρια ΔΕΗ για το εφάπαξ βοήθημα που καταβάλλεται στο προσωπικό της έχουν τη μορφή κοινωνικού πόρου, αφού τελικά επιρρίπτονται στους καταναλωτές, συνυπολογιζόμενες στα έξοδα της επιχείρησης, άποψη την οποία έχω υποστηρίξει στο παρελθόν. Βλ. *Παπαρρηγοπούλου-Πεχλιβανίδη Π.*, Η εξέλιξη στο δίκαιο κοινωνικής ασφάλισης, ό.π., σ. 271, όπου αναφέρεται επί λέξει ότι: «…. δεν είναι αποφασιστικό το αν και πώς κατανέμεται η εισφορά μεταξύ του εργοδότη και του εργαζομένου, αφού στην

ΝΣΚ έχει γνωμοδοτήσει σχετικά με την εισφορά των ασφαλιστικών επιχειρήσεων στο ταμείο υποχρεωτικής επικουρικής – επαγγελματικής ασφάλισης ΤΕΑ-ΕΑΠΑΕ που υπολογιζόταν ως ποσοστό επί της παραγωγής των ασφαλιστικών κλάδων με βάση το ίδιο κριτήριο. Δέχθηκε ειδικότερα, ότι η εισφορά συνδέεται με την αμοιβή των εργαζομένων, καθώς η παραγωγή των ασφαλιστικών εταιρειών προκύπτει από την προώθηση των προϊόντων τους από τους υπαλλήλους και οι υπάλληλοι λαμβάνουν πέραν του μισθού προμήθεια επί της παραγωγής που φέρνουν στην επιχείρηση[24]. Δηλαδή κρίσιμη είναι η σύνδεση των αποδοχών των εργαζομένων, ως βάση επιβολής της ασφαλιστικής εισφοράς. Το σκεπτικό αυτό ακολούθησε και η απόφαση 16877/2020 του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών[25], η οποία απέρριψε προσφυγή ασφαλιστικής επιχείρησης κατά του e-ΕΦΚΑ με αίτημα την κατάργηση εργοδοτικής εισφοράς επί των ασφαλίστρων.

Η εισφορά (εργοδότη και εργαζομένου) στο σύστημά μας νοείται ως ποσοστό επί των αποδοχών των εργαζομένων που χρηματοδοτεί την κοινωνικοασφαλιστική τους κάλυψη. Δεν ενδιαφέρει ο τρόπος με τον οποίο καταβάλλονται οι αποδοχές. Μπορεί να είναι πραγματικές, τεκμαρτές, προμήθεια επί πωλούμενων αγαθών κ.λπ. Η εισφορά αποτελεί δημόσιο βάρος, δεδομένου ότι καταβάλλεται για τη χρηματοδότηση της δημόσιας υπηρεσίας κοινωνι-

πραγματικότητα και η εργοδοτική εισφορά επιβαρύνει τον εργαζόμενο. Εκείνο που ενδιαφέρει είναι αν η εισφορά εν όλω ή εν μέρει επιρρίπτεται σε τρίτους που υποχρεωτικά την επιβαρύνονται, λόγω της ανυπαρξίας ή του ανεπαρκούς ανταγωνισμού για τα συγκεκριμένα αγαθά ή υπηρεσίες (μονοπώλια ή ολιγοπώλια). Με άλλα λόγια ενδιαφέρει το αν οι καταναλωτές στερούνται ή έχουν περιορισμένη επιλογή για τα συγκεκριμένα αγαθά ή υπηρεσίες και αναγκαστικά αποδέχονται και καταβάλλουν αυξημένο τίμημα στο οποίο ενσωματώνεται και η εισφορά». Βλ. ΑΠ (Ολ.) 10/1994, ΕΔΚΑ 1995, 105, 1253/1994, δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα Νόμος, σύμφωνα με την οποία αποτελεί κοινωνικό πόρο η κράτηση υπέρ του ΤΣΜΕΔΕ επί της αμοιβής του εργολάβου κατά την εκτέλεση δημόσιων έργων, διότι αφενός επιβάλλεται και στις αμοιβές των εργολάβων που δεν είναι μέτοχοι του ΤΣΜΕΔΕ και αφετέρου επειδή βαρύνει τον εργολάβο και όχι τον κύριο του έργου δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί ως «κράτηση υπέρ τρίτων».

24 ΝΣΚ Γνώμη 309/2015 που έχει γίνει δεκτή από τον Υπουργό Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης.

25 Δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα Νόμος.

κής ασφάλισης[26]. Επομένως το τι εισόδημα αποκτά ο εργοδότης ή το αν ο εργοδότης έχει κέρδη ή ζημίες είναι αδιάφορα για την έννοια της εισφοράς.

Η απόφαση της Ολ. του ΣτΕ 1880/2019 αποσαφήνισε τη νομική φύση της εισφοράς και επιβεβαίωσε ότι είναι δημόσιο βάρος που επιβάλλεται προς αντιμετώπιση της δαπάνης για την κοινωνική ασφάλιση. Δεν είναι όμως φόρος καθώς έχει ανταποδοτικό χαρακτήρα υπό την έννοια ότι αποτελεί αναγκαίο όρο για την ασφαλιστική κάλυψη. Το ΔΕΕ επίσης, για τις ανάγκες εφαρμογής των διατάξεων σχετικά με την ελεύθερη διακίνηση των προσώπων και του ανταγωνισμού, θεωρεί ότι δημόσιο βάρος που έχει επιβληθεί για τη χρηματοδότηση της κοινωνικής ασφάλισης δεν συνιστά φόρο, επειδή προβλέπεται ειδικό αντάλλαγμα και συγκεκριμένα η ασφαλιστική κάλυψη[27].

Εν κατακλείδι, το κρίσιμο εννοιολογικό στοιχείο της εισφοράς σε νομοθετικό καθεστώς κοινωνικής ασφάλισης τύπου Bismarck είναι οι αποδοχές του εργαζομένου. Η εισφορά είναι δημόσιο βάρος και όχι φόρος.

3. Δεν νοείται η επιβολή εργοδοτικών εισφορών σε άλλη βάση εκτός από τις αποδοχές (πραγματικές ή/και τεκμαρτές) των εργαζομένων

Αναλύονται στη συνέχεια σχετικά πρόσφατες αποφάσεις του ΣτΕ που χαρακτηρίζουν εργοδοτική την εισφορά που επιβάλλεται σε άλλη βάση πέραν των αποδοχών των εργαζομένων και οι οποίες προβληματίζουν, διότι δεν συνάδουν με τον τρόπο οργάνωσης του ασφαλιστικού μας συστήματος και εγείρουν πλήθος ζητημάτων.

26 Κατά τη νομολογία δημόσιας υπηρεσίας με το οργανικό κριτήριο και όχι με το λειτουργικό. Βλ. ΣτΕ (Ολ.) 5024/1987, ΣτΕ 2696/2009, 218/2007, 1612/2006, δημοσιευμένες στην ιστοσελίδα Νόμος, ΣτΕ 2898/1999, ΔιΔικ 2001, 1316, ΣτΕ 3099/2001, ΕΔΚΑ 2001, 746, ΣτΕ (Ολ.) 2692/1993, ΕΔΚΑ 1994, 84, ΣτΕ (Ολ.) 3596/1991, ΝοΒ 1992, 160. Επίσης, βλ. *Κοντιάδης Ξ.*, «Οι συνταγματικές δεσμεύσεις της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης», ό.π., σ. 173 και υποσημ. 99 και 100.

27 Βλ. ενδεικτικά τις αποφάσεις ΔΕΚ C-191/1994 AGF Belgium, ECR 1996, I-1859, ιδίως σκέψεις 12, 15 και 16, ΔΕΚ C-34/1998 και C-169/1998, ΔΕΚ C-355/2000 Φρέσκοτ ΑΕ κατά του Ελληνικού Δημοσίου, ΕΔΚΑ 2003, 330-344, στις οποίες γίνεται διάκριση μεταξύ της εισφοράς και του φόρου με βάση το κριτήριο του ειδικού ανταλλάγματος.

3.1. Οι αποφάσεις του ΣτΕ (Ολ.) 2482 -2487/2020 που αφορούν σε «εργοδοτική εισφορά» υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ

Ο ΕΔΟΕΑΠ είναι ασφαλιστικός οργανισμός που καλύπτει την ασθένεια, την επικουρική ασφάλιση και το εφάπαξ των εργαζομένων στα ΜΜΕ. Λειτουργεί καθ› υποκατάσταση του ΕΟΠΥΥ για τον κλάδο ασθένειας και καθ' υποκατάσταση των κλάδων επικουρικής ασφάλισης και εφάπαξ παροχών του e-ΕΦΚΑ που είναι οι εθνικοί πλέον οργανισμοί ασφάλισης για τους κλάδους αυτούς και από τους οποίους εξαιρέθηκε. [28] Στο παρελθόν υπήρχαν οι γενικοί οργανισμοί που ασφάλιζαν ομοιογενείς κατηγορίες εργαζομένων για περισσότερους ασφαλιστικούς κλάδους με κριτήριο το είδος της επαγγελματικής τους απασχόλησης. Για παράδειγμα ο ΟΓΑ τους αγρότες, το ΙΚΑ-ΕΤΕΑΜ τους μισθωτούς, ο ΟΑΕΕ τους αυτοτελώς απασχολούμενους κ.ο.κ. Μετά το 2012 δημιουργήθηκαν εθνικοί οργανισμοί που ασφαλίζουν το σύνολο των ασφαλισμένων ανά ασφαλιστικό κλάδο, όπως ο ΕΟΠΥΥ για τον κλάδο ασθένειας σε είδος και ο e-ΕΦΚΑ για την κύρια σύνταξη και ήδη και την επικουρική καθώς και το εφάπαξ βοήθημα.

Το άρθρο 24 παρ. 5 του Ν 4498/2017 προσέθεσε εδ. β στην παρ. 1 του άρθρ. 6 του ΑΝ 248/1967 που προβλέπει χρηματοδότηση του ΕΔΟΕΑΠ από «εργοδοτική εισφορά» ύψους 2% επί του κύκλου εργασιών (τζίρου) της οικονομικής δραστηριότητας «Ενημέρωση και Επικοινωνία». Την εισφορά

28 Από τον ΕΟΠΥΥ έχει εξαιρεθεί και το προσωπικό της Τράπεζας της Ελλάδος σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 64 του Ν 3863/2010 . Από τον κλάδο επικουρικής ασφάλισης του e-ΕΦΚΑ τέσσερα Ταμεία υποχρεωτικής επαγγελματικής ασφάλισης που έχουν την ιδιαιτερότητα να εφαρμόζουν το κεφαλαιοποιητικό σύστημα και τους κανόνες της επαγγελματικής ασφάλισης. Πρόκειται για:
Το Ταμείο Επαγγελματικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορίου Τροφίμων (ΤΕΕΤ) (Υπουργική Απόφαση Φ. 51020/5054/113, ΦΕΚ Β΄410/22.2.2013)
Το Επαγγελματικό Ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης Προσωπικού Εταιρειών Πετρελαιοειδών (ΕΤΕΑΠΕΠ) (Υπουργική Απόφαση Φ.51020/5358/123, ΦΕΚ Β΄409/22.2.2013).
Το Ταμείο Επαγγελματικής Ασφάλισης – Επικούρησης Ασφαλιστών και Προσωπικού Ασφαλιστικών Επιχειρήσεων (ΤΕΑ-ΕΑΠΑΕ) (Υπουργική Απόφαση Φ.51020/4883/105, ΦΕΚ Β΄411/22.2.2013).
Το Ταμείο Επαγγελματικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Φαρμακευτικών Επιχειρήσεων (ΤΕΑΥΦΕ) (Υπουργική Απόφαση Φ.51020/5352/121, ΦΕΚ Β΄ 412/22.2.2013).

υποχρεούται να καταβάλει κάθε επιχείρηση κατά το μέρος που προέρχεται από αμιγή δραστηριότητα επιχείρησης ή εκμετάλλευσης μέσων μαζικής ενημέρωσης και ψυχαγωγίας. Πέραν αυτής της «εργοδοτικής εισφοράς», έσοδο του ΕΔΟΕΑΠ είναι και οι εισφορές που καταβάλλουν επί των πάσης φύσεως τακτικών μηνιαίων αποδοχών του εργαζόμενου, οι εργοδότες και οι εργαζόμενοι για την επικουρική ασφάλιση (3,5 % έκαστος), για την ασφάλιση υγείας 2,55% για τον εργαζόμενοι και 4,55% για τον εργοδότη καθώς και η εισφορά εργαζομένου για το εφάπαξ βοήθημα, ύψους 1%. Με τον ίδιο νόμο διευρύνονται τα ασφαλιζόμενα στον ΕΔΟΕΑΠ πρόσωπα και προβλέπεται ότι ασφαλίζονται υποχρεωτικά και οι μισθωτοί σε επιχειρήσεις ή εκμεταλλεύσεις μέσων μαζικής ενημέρωσης και ψυχαγωγίας, σε πρακτορεία ειδήσεων και γραφεία τύπου. Όσον αφορά στις παροχές παραμένουν ως είχαν και είναι υψηλότερες των αντίστοιχων των εθνικών οργανισμών, ιδίως στον κλάδο ασθένειας.

Για να αξιολογηθεί το πόσο σημαντικό έσοδο είναι η ανωτέρω εισφορά επισημαίνεται ότι τα κέρδη μιας επιχείρησης συνήθως αντιστοιχούν στο 10% επί του κύκλου εργασιών. Επ› αυτών ο καταβαλλόμενος φόρος εισοδήματος είναι της τάξεως του 30%, δηλαδή ο φόρος εισοδήματος αντιστοιχεί σε περίπου 3% επί του κύκλου εργασιών. Είναι φανερό ότι επιβάρυνση ύψους 2% επί του κύκλου εργασιών υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ αποτελεί στην πραγματικότητα μια δεύτερη φορολογία. Παραδόξως, ο νόμος αυτός δεν συνοδεύεται από αναλογιστική μελέτη που να αφορά στη διασφάλιση της βιωσιμότητας του ΕΔΟΕΑΠ ούτε από οικονομική μελέτη για τις συνέπειες της επιβάρυνσης αυτής ενώ το μέτρο δεν είναι προσωρινού χαρακτήρα, δεδομένου ότι θεσπίσθηκε για την επ' αόριστον διασφάλιση της βιωσιμότητας του οργανισμού αυτού.

Το ΣτΕ εξέτασε αιτήσεις εργοδοτικών επιχειρήσεων με αίτημα την ακύρωση της ως άνω επιβάρυνσης. Οι αιτούντες υποστήριξαν ότι δεν πρόκειται πραγματικά για εργοδοτική εισφορά, αλλά για κοινωνικό πόρο, ο οποίος έχει θεσπισθεί κατά παράβαση των συνταγματικών αρχών της ισότητας και της αναλογικότητας. Το Δικαστήριο με τις αποφάσεις 2482 – 2487/2020 απέρρι-

ψε τις αιτήσεις αυτές. Χαρακτήρισε την επιβάρυνση εργοδοτική εισφορά και έκρινε ότι οι εργοδοτικές εισφορές μπορεί να επιβάλλονται όχι μόνο επί των αποδοχών των εργαζομένων αλλά και επί του κύκλου εργασιών των επιχειρήσεων. Όμως, όπως παραπάνω αναλύεται, σε σύστημα τύπου Bismarck δεν νοείται εισφορά (εργοδότη και εργαζομένου) σε εισόδημα άλλο πέραν των αποδοχών του εργαζομένου. Ασφαλώς ο νομοθέτης μπορεί να προβλέψει και άλλα έσοδα πέραν των εισφορών υπέρ του ασφαλιστικού συστήματος, ιδίως όταν ο ασφαλιστικός οργανισμός αντιμετωπίζει προβλήματα βιωσιμότητας, όπως επιβάρυνση των εργοδοτών σε άλλη βάση πέραν των αποδοχών, αλλά στην περίπτωση αυτή σαφώς δεν πρόκειται για εργοδοτική εισφορά. Η νομική δε φύση του κάθε συγκεκριμένου δημόσιου βάρους, που επιβάλλεται χάριν της διασφάλισης της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού οργανισμού και συνακόλουθα της ασφάλισης των υπαγόμενων σε αυτόν προσώπων, συναρτάται με το περιεχόμενό του.

Συμπερασματικά, η αποσύνδεση της εργοδοτικής εισφοράς προς ασφαλιστικό οργανισμό από τις αποδοχές των εργαζομένων που υπάγονται σε αυτόν αναιρεί τον χαρακτηρισμό της σχετικής επιβάρυνσης ως εισφοράς, διότι ελλείπει το βασικό εννοιολογικό της στοιχείο, δηλαδή οι αποδοχές των εργαζομένων, δηλαδή η σύνδεση του εισοδήματος από την απασχόληση του εργαζομένου με την ασφαλιστική του κάλυψη.

Ήδη, το ΣτΕ ακολούθησε το σκεπτικό των αποφάσεων αυτών στην απόφαση 134/2021, η οποία αφορά στη διατήρηση της προβλεπόμενης από την περ. δ της παρ. 3 του άρθρου 2 του Ν 6071/1934, όπως ίσχυε, «εργοδοτικής εισφοράς» επί των παραγόμενων και πωλούμενων προϊόντων σε βάρος των εργοδοτών που διατηρούσαν επιχειρήσεις χαρτοποιίας, και παραγωγής χάρτου συσκευασίας μετά την ένταξη του πρώην ΝΠΔΔ ΤΑΤ – ΜΓΤ στο ΙΚΑ.[29]

29 «δ. Εισφορά δύο τοις εκατό (2%) επί της αξίας του χάρτου και χαρτονίων που προσδιορίζονται από τις δασμολογικές κλάσεις 4802, 4803, 4804, 4805, 4806, 4807, 4808, 4809 και 4810 της Συνδυασμένης Ονοματολογίας είτε αυτά παράγονται εγχωρίως είτε αποκτώνται από κράτος - μέλος της Ε.Ο.Κ. ή εισάγονται από την αλλοδαπή. … Εισφορά 0,8% επί της αξίας των προϊόντων που προσδιορίζονται ειδικότερα από τις δασμολογικές διακρίσεις της Συνδυασμένης Ονοματολογίας

Επισημαίνεται ότι αυτή καταργήθηκε με την παρ. 44 του άρθρου 34 του Ν 2873/2000[30] στο πλαίσιο της ευρύτερης μεταρρύθμισης και κατάργησης των «κοινωνικών πόρων», δηλαδή των φόρων υπέρ τρίτων. Παρά τον σαφή νομοθετικό χαρακτηρισμό ότι πρόκειται για κοινωνικό πόρο, το ΣτΕ στην ανωτέρω απόφαση χωρίς καμία αιτιολογία χαρακτηρίζει τον κοινωνικό αυτό πόρο ως «εργοδοτική εισφορά». Η γενικόλογη αναφορά ότι μπορεί ο νομοθέτης να επιβάλει ασφαλιστική εισφορά σε άλλη βάση δεν αναιρεί τον χαρακτηρισμό της εν λόγω επιβάρυνσης ως κοινωνικού πόρου. Στο μέτρο πάντως που ο κοινωνικός αυτός πόρος έχει καταργηθεί, η απόφαση έχει μικρότερη σημασία σε σχέση με τις αποφάσεις για τον ΕΔΟΕΑΠ (τις οποίες αναπαράγει με αυτοματισμό).

3.2. Η απόφαση 16/2022 του ΣτΕ που αφορά σε εργοδοτική εισφορά υπέρ του e-ΕΦΚΑ για την ασφάλιση των πλανόδιων λαχειοπωλών

Η απόφαση 16/2022 του ΣτΕ αναφέρεται στην εργοδοτική εισφορά που καταβάλλει ο παραχωρησιούχος που κατέχει το αποκλειστικό δικαίωμα παραγωγής, λειτουργίας, κυκλοφορίας, προβολής και διαχείρισης των λαϊκών λαχείων για τους πλανόδιους λαχειοπώλες. Η εισφορά αυτή καθορίσθηκε με Υπουργική Απόφαση που εκδόθηκε με έρεισμα το άρθρο 29 του Ν 4331/2015

481810, 481820, 481830, 481910, 481930, 481950, είτε αυτά κατασκευάζονται εγχωρίως από επιχειρήσεις που παράγουν οι ίδιες τα προϊόντα των δασμολογικών κλάσεων του προηγούμενου εδαφίου είτε αποκτώνται από κράτος - μέλος της ΕΟΚ ή εισάγονται από την αλλοδαπή … Οι ανωτέρω εισφορές υπολογίζονται ως εξής: α) Για τα εγχώρια προϊόντα επί της τιμής πώλησης από τον παραγωγό ή κατασκευαστή. β) για τα προϊόντα ενδοκοινοτικής απόκτησης επί της τιμής αγοράς. γ) Για τα εισαγόμενα από χώρες εκτός Ε.Ο.Κ. επί της τιμολογιακής αξίας CIF. Η εισφορά βαρύνει τους παραγωγούς, κατασκευαστές, εισαγωγείς και τους αποκτώντες από κράτος - μέλος της Ε.Ο.Κ. και αποδίδεται από αυτούς στο Ι.Κ.Α…».

30 «Άρθρο 34 Κατάργηση φόρων υπέρ τρίτων

Από την Έναρξη ισχύος του παρόντος καταργούνται οι πιο κάτω κοινωνικοί πόροι των αντίστοιχων νομικών προσώπων, Δημοσίου, οργανισμών ή ειδικών λογαριασμών.

44. Η εισφορά που προβλέπεται από την περίπτωση δ` της παραγράφου 3 του άρθρου 2 του ν. 6071/1937 (ΦΕΚ 68 Α`), όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με την παράγραφο 1 του *άρθρου 26* του ν. *2166/1993*».

στο 1% επί της προμήθειας επί των πωλούμενων γραμματίων του Λαϊκού Λαχείου.

Όπως είναι γνωστό, οι πλανόδιοι λαχειοπώλες, μολονότι δεν συνδέονται με ορισμένο πρόσωπο με σχέση εξαρτημένης εργασίας, θεωρούνται αυτοτελώς εργαζόμενοι, ασφαλίζονται ως μισθωτοί στο πρώην ΙΚΑ και ήδη στον e-ΕΦΚΑ μέσω ασφαλιστικών συνεταιρισμών, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 5 του ΑΝ 1846/1951 με βάση ειδικό Κανονισμό. Ενόψει του ότι στο παρελθόν το Κράτος εκμεταλλευόταν τα κρατικά λαχεία[31], αρχικά προβλεπόταν ότι καταβάλλονται στο ΙΚΑ ασφαλιστικές εισφορές (εργατικές και εργοδοτικές για 25 ημέρες απασχόλησης ανεξάρτητα από το αν είναι περισσότερες ή λιγότερες) από τη Διεύθυνση Κρατικών Λαχείων του Υπουργείου Οικονομικών, με παρακράτηση του 1% επί της τιμής πωλήσεων των λαχείων.[32] Στη συνέχεια, από το 1951 και έως το 1975 ο νόμος όρισε ότι καταβάλλεται εργοδοτική εισφορά ύψους 1% επί της τιμής πωλήσεως των λαχείων από τη Διεύθυνση Κρατικών Λαχείων και εργατική εισφορά για κάθε ημέρα εργασίας, σύμφωνα με την ασφαλιστική κλάση του άρθρου 25 του ΑΝ 1846/1951 στην οποία ενέπιπτε το ημερομίσθιο του ανειδίκευτου εργάτη. [33] Από το 1976 προβλέπεται ότι η πώληση του λαχείου γίνεται από τη Διεύθυνση Κρατικού Λαχείου με πίστωση στους πράκτορες Εθνικού Λαχείου και στους ιδιώτες πωλητές λαχείου και ότι οι πωλητές λαχείου δικαιούνται προμήθεια 13% επί της ονομαστικής τιμής πωλήσεως των λαχείων. Από την προμήθεια αυτή το 1% αποδίδεται στο ΙΚΑ για την ασφάλιση των πλανοδίων πωλητών λαχεί-

31 Ειδικότερα πρόκειται για το Στιγμιαίο Κρατικό Λαχείο (άρθρο 17 του Ν 1947/1991, ΦΕΚ Α΄ 70), το Στεγαστικό Λαχείο (άρθρο 17 του Ν 1947/1991, ΦΕΚ Α΄ 70), το Ειδικό Κρατικό Λαχείο υπέρ Κοινωνικής Αντιλήψεως ή Πρωτοχρονιάτικο Λαχείο (ΑΝ 143/1967 ΦΕΚ Α΄ 165), το Λαϊκό Λαχείο (όπως ορίζεται στον Ν ΓΝΖ/1905, Α΄ 120/9.7.1905, και την Μ. 14724/1941 υπουργική απόφαση, ΦΕΚ Β΄ 114), το Εθνικό Λαχείο (Ν 339/1936 και 1419/1937 απόφαση της Επιτροπής Διοίκησης Κρατικών Λαχείων, ΦΕΚ Β΄ 80) και το Έκτακτο ή Ειδικό Λαχείο που κληρώνεται από την Ευρωπαϊκή Ένωση Κρατικών Λαχείων (AELTE) (άρθρο 10 του Ν 2515/1997, (ΦΕΚ Α΄ 154).

32 Άρθρ. 2 της Απόφασης του Υπουργού Εργασίας 46338/5731.16.1.1948 (ΦΕΚ Β΄ 11).

33 Απόφαση του Υπουργού Εργασίας 18023/Ι.220/3.4.1958 που εντάχθηκε ως Κεφάλαιο ΙΓ, άρθρα 90-95 στον Κανονισμό Ασφαλίσεως ΙΚΑ, που θεσπίσθηκε με την Απόφαση 55575/Ι.479/18.11.1965 (ΦΕΚ Β΄ 816) του ιδίου Υπουργού.

ου.[34] Το 1981, η προμήθεια μειώθηκε από 13% σε 12%, αλλά το 1% για την ασφάλιση των λαχειοπωλών διατηρήθηκε. [35]

Μετά την αποκρατικοποίηση των Κρατικών Λαχείων και τη μεταβίβαση του αποκλειστικού δικαιώματος εκμετάλλευσης των κρατικών λαχείων για 15 έτη στο Ταμείο Αξιοποίησης της Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (ΤΑΙΠΕΔ), διενεργήθηκε διεθνής πλειοδοτικός διαγωνισμός και αναδείχθηκε παραχωρησιούχος που απέκτησε για περίοδο 12 ετών το αποκλειστικό δικαίωμα εκμετάλλευσης των κρατικών λαχείων με το προβλεπόμενο στη σύμβαση τίμημα και όρους που κυρώθηκαν με τον Ν 4183/2013. Με βάση τις διατάξεις της σύμβασης και του κυρωτικού νόμου οι πλανόδιοι πωλητές από 1.1.2014 δεν μπορούσαν να ασφαλισθούν στο ΙΚΑ σύμφωνα με τον Κανονισμό Ασφάλισης, γιατί ανεστάλησαν οι διατάξεις που προσιδίαζαν στην εκμετάλλευση των λαχείων από το Κράτος. Ακολούθησε ο Ν 4331/2015 που στο άρθρο 29 ρυθμίζει την ασφάλιση των πλανόδιων λαχειοπωλών και η Απόφαση Φ.11321/31042/1232/20.9.2016 του Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης. Οι νέες ρυθμίσεις εν πολλοίς ακολουθούν αυτά που ίσχυαν και στο παρελθόν. Ειδικότερα, οι εργατικές εισφορές υπολογίζονται επί των αποδοχών των λαχειοπωλών με βάση ασφαλιστικές κλάσεις και τις καταβάλλει ο Συνεταιρισμός και τις εργοδοτικές εισφορές παρακρατεί και αποδίδει στον e-ΕΦΚΑ ο παραχωρησιούχος με βάση όμως ποσοστό 1% επί της προμήθειας από τα πωλούμενα λαχεία και όχι 1% επί της τιμής πωλήσεως αυτών. Πρακτικά, η εργοδοτική εισφορά μειώνεται στο 0,12% της εισφοράς που ίσχυε έως την 1.1.2014.

Ο παραχωρησιούχος άσκησε αίτηση ακυρώσεως στο ΣτΕ και επικαλέσθηκε σειρά λόγων που αφορούν στο νόμιμο της επιβάρυνσης και στους όρους της σύμβασης μεταξύ αυτού και του ΤΑΙΠΕΔ, όπως κυρώθηκε. Το ενδιαφέρον για το παρόν ζήτημα είναι αν το 1% επί της προμήθειας των κρατικών λαχείων που παρακρατά και αποδίδει ο παραχωρησιούχος αποτελεί

34 Απόφαση Υπουργού Οικονομικών Κ.13514/738/1975 (ΦΕΚ Β΄ 1221).

35 Απόφαση του Υπουργού Οικονομικών Κ.11383/302/17.12.1981 (ΦΕΚ Β΄ 787).

εργοδοτική εισφορά ή όχι.

Το ΣτΕ με την απόφαση 16/2022 έκρινε ότι πρόκειται για εργοδοτική εισφορά, επειδή ο νόμος την χαρακτηρίζει έτσι (sic) και επειδή αποβλέπει στην ενίσχυση των εσόδων του e- ΕΦΚΑ και στην ασφάλιση των πλανόδιων λαχειοπωλών. Επίσης, έκρινε ότι η χρηματοδότηση με βάση την προμήθεια των πωλούμενων γραμματίων λαχείων αποτελεί εργοδοτική εισφορά, διότι «υποδηλώνει το μέγεθος της οικονομικής δραστηριότητας του εργοδότη» και διότι έτσι ο εργοδότης «συνεισφέρει ανάλογα με τις δυνάμεις του στη χρηματοδότηση του ασφαλιστικού φορέα».[36] Ως προς το ζήτημα της αναλογικότητας της επιβάρυνσης το Δικαστήριο δέχθηκε ορθά ότι το 1% της προμήθειας επί των πωλούμενων γραμματίων είναι υποπολλαπλάσιο του 1% επί της ονομαστικής αξίας των πωλούμενων γραμματίων και ανέρχεται στο 0,12|% της ονομαστικής τους αξίας.

Μολονότι η απόφαση αυτή παραπέμπει στις ανωτέρω αποφάσεις του ΣτΕ (Ολ.) 2482 και 2487/2020 και στο σκεπτικό της αναφέρει ότι η εισφορά μπορεί να επιβάλλεται σε άλλη βάση πέραν των αποδοχών των εργαζομένων από την εργασία, η απόφαση είναι στην ουσία της ορθή. Τούτο, διότι η προμήθεια επί των πωλούμενων γραμματίων λαχείων αποτελεί την αμοιβή των πλανόδιων λαχειοπωλών, η προμήθεια δηλαδή προκύπτει από την πώληση των λαχείων από τους λαχειοπώλες και οι λαχειοπώλες αμείβονται με βάση αυτήν την προμήθεια. Επομένως, παρά την εσφαλμένη παραπομπή και το σκεπτικό της, η απόφαση καταλήγει στο ορθό ότι δηλαδή πρόκειται πράγματι για εισφορά.

Δεν μπορεί τέλος, να μην επισημανθεί το ότι προβληματίζει η διατήρηση ενός πολύπλοκου και ασυνεπούς συστήματος ασφάλισης των λαχειοπωλών που στηρίζεται στην εξομοίωσή τους με μισθωτούς (ενώ είναι αυτοαπασχο-

36 Χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι με τον τρόπο αυτό «ικανοποιείται ο συνταγματικής τάξεως σκοπός της ασφαλιστικής καλύψεως της πιο πάνω ευπαθούς κατηγορίας εργαζομένων και παραλλήλως εξυπηρετείται και το συμφέρον του παραχωρησιούχου και τελικώς ωφελούμενου από την εργασία των πλανόδιων λαχειοπωλών, οι ωφελούμενοι από την επιχειρηματική δραστηριότητά του να είναι προστατευμένοι από την επέλευση των ασφαλιστικών κινδύνων».

λούμενοι), στην εξομοίωση του συνεταιρισμού με εργοδότη (υπεύθυνου όμως μόνο για τις εργατικές εισφορές), στην εξομοίωση του παραχωρησιούχου επίσης με εργοδότη (μόνο όμως για την απόδοση των εργοδοτικών εισφορών). Θα ήταν πολύ συνεπέστερο ασφαλιστικά και απλούστερο η ασφάλισή τους να γίνεται με βάση την πραγματική φύση της απασχόλησής τους, δηλαδή με βάση τις διατάξεις των αυτοαπασχολουμένων.

4. Το δημόσιο συμφέρον στην κοινωνική ασφάλιση και η επιβολή «εργοδοτικής εισφοράς» επί της παραγωγής υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ

Η έννοια του δημοσίου συμφέροντος είναι νομική. Πηγάζει και οριοθετείται από το Σύνταγμα και αποτελεί προνόμιο και φραγμό της πολιτειακής δράσης.[37] Ο γενικότερος προσδιορισμός του δημόσιου συμφέροντος ανήκει στον νομοθέτη που ωστόσο ενεργεί μέσα στο πλαίσιο που θέτει το Σύνταγμα.[38] Οι αποφάσεις του ΣτΕ (Ολ.) 2482 και 2487/2020 επικαλούνται τη διασφάλιση της βιωσιμότητας του ΕΔΟΕΑΠ ως λόγο δημοσίου συμφέροντος για την επιβολή της «εργοδοτικής εισφοράς» επί του κύκλου εργασιών υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ.

Το δημόσιο συμφέρον στην κοινωνική ασφάλιση νοείται ως η διατήρηση και προαγωγή του συνταγματικά κατοχυρωμένου θεσμού (άρθ. 22 παρ.5), σύμφωνα με τις συνταγματικές αρχές που τον διέπουν. Ο θεσμός της κοινωνικής ασφάλισης συνοψίζεται στην κάλυψη των κοινωνικοασφαλιστικών κινδύνων με τη χορήγηση επαρκών παροχών με βάση την ασφαλιστική τεχνική.[39] Σταδιακά οι ασφαλιστικοί οργανισμοί της χώρας που ασφάλιζαν επι-

37 Κοντόγιωργα – Θεοχαροπούλου Δ., Κουτούπα –Ρεγκάκου Ε., Εμβάθυνση δημοσίου δικαίου, εκδ. Σάκκουλα - Θεσσαλονίκη, 2004, σ. 21.

38 Επ. Σπηλιωτόπουλος Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου 14η έκδ. παρ. 77.

39 Η ασφαλιστική τεχνική συνίσταται στην εξασφάλιση ορισμένων ατόμων από προκαθορισμένους κινδύνους με τη χορήγηση συγκεκριμένων παροχών που χρηματοδοτούνται κατ' αρχήν από πολυάριθμες ατομικές εισφορές. Το ενδεχόμενο να επέλθει ο κίνδυνος σε μια ομάδα φυσικών ή νομικών προσώπων υπολογίζεται μαθηματικά με βάση τις πιθανότητες, αποτιμάται και ασφαλίζεται. Βλ. *Ρόκας Ι.*, Ασφαλιστικό Δίκαιο, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, [4]2019, σ. 21.

μέρους κατηγορίες εργαζομένων για περισσότερους ασφαλιστικούς κλάδους ενοποιήθηκαν και η ασφάλιση όλων των εργαζομένων γίνεται πλέον από εθνικούς οργανισμούς. Ο νομοθέτης για να καταδείξει τη βούλησή του να εφαρμόσει ενιαίους κανόνες για όλους τους ασφαλισμένους χρησιμοποίησε στις επωνυμίες των νέων οργανισμών τις λέξεις «Εθνικός Φορέας» ή «Ενιαίος Οργανισμός»[40] και προέβλεψε την έκδοση ενιαίων Κανονισμών. Η ενοποίηση των ασφαλιστικών οργανισμών υπήρξε ένα από τα διαρθρωτικά μέτρα για την αποκατάσταση της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος. [41]

Ο ΕΔΟΕΑΠ παρέμεινε εξαιρετικώς εκτός των εθνικών οργανισμών επικουρικής ασφάλισης και παροχών ασθένειας σε είδος, χωρίς όμως να είναι βιώσιμος και με ευνοϊκότερες παροχές σε σχέση με τους εθνικούς οργανισμούς[42]. Η επιβολή της επίμαχης «εργοδοτικής εισφοράς» έγινε για να διασφαλισθεί η βιωσιμότητά του. Όμως δεν προκύπτει ότι εξετάσθηκε η εναλλακτική περίπτωση της μείωσης των παροχών του ΕΔΟΕΑΠ στο επίπεδο των χορηγούμενων από τους εθνικούς οργανισμούς ούτε ότι εξετάσθηκε η ένταξη του ΕΔΟΕΑΠ σε αυτούς, που είναι οι διαχρονικά δόκιμες επιλογές. Η εξαίρεση από τους εθνικούς οργανισμούς επιτρέπεται αν προηγουμένως έχει διασφαλισθεί η επάρκεια των παροχών και η βιωσιμότητα του ταμείου. Εν προκειμένω ο ΕΔΟΕΑΠ εξαιρέθηκε ενώ δεν ήταν βιώσιμος με πρόσθετη επιβάρυνση των εργοδοτών. Δεν προκύπτει ποιος είναι ο ειδικότερος λόγος δημοσίου συμφέροντος για τον οποίο ο νομοθέτης δεν αντιμετώπισε με τον συνήθη και εξ αντικειμένου επιτυχή τρόπο τα προβλήματα βιωσιμότητας του ΕΔΟΕΑΠ. Οι ασφαλισμένοι στον ΕΔΟΕΑΠ δεν θα παρέμεναν σε καμία περί-

40 Αντίθετα εξαίρεση των Ταμείων υποχρεωτικής επαγγελματικής επικουρικής ασφάλισης που παραμένουν εκτός του e-ΕΦΚΑ στηρίχθηκε σε αναλογιστική μελέτη και σύμφωνη γνώμη της Εθνικής Αναλογιστικής Αρχής στον Υπουργό Εργασίας προκειμένου να εκδώσει την Υπουργική Απόφαση έγκρισης του Καταστατικού τους.

41 Ο νομοθέτης από το 2008 και μετά με τους Ν 3655/2008, 3863/2010, 3918/2011, 4052/2012, 4281/2014, 4387/2016 και 4670/2020 έχει εντάξει όλους τους προϋφιστάμενους ειδικούς οργανισμούς στους γενικούς με επίκληση της ίσης μεταχείρισης των ασφαλισμένων, το ενιαίο μέτρο και τη δίκαιη επιβάρυνση των εργοδοτών τους (επί μισθωτής εργασίας.

42 Βλ. και μειοψηφία στις αποφάσεις (Ολ.) 2482 και 2487/2020.

πτωση ανασφάλιστοι, ακόμη και αν -υποθετικά- ο ΕΔΟΕΑΠ κατέρρεε, διότι το Κράτος εγγυάται την κοινωνική ασφάλιση. Οι κλάδοι του θα εντάσσονταν στους εθνικούς οργανισμούς (ΕΟΠΥΥ και e-ΕΦΚΑ), όπως έχει πολλάκις γίνει στο παρελθόν με τους ασφαλισμένους σε μη βιώσιμα ασφαλιστικά ταμεία με την ένταξή τους στο ΙΚΑ.[43] Η διατήρησή του προβληματίζει εντονότερα, επειδή ο νομοθέτης δημιούργησε τους εθνικούς οργανισμούς (ΕΟΠΥΥ και e-ΕΦΚΑ) ευαγγελιζόμενος ότι είναι εθνικοί οργανισμοί και χορηγούν παροχές

43 Όταν ιδρύθηκε το ΙΚΑ αποφασίστηκε να διατηρηθούν τα αλληλοβοηθητικά σωματεία που προϋπήρχαν και λειτουργούσαν με βάση τον Ν. 281/1914 καθώς και τα ταμεία που είχαν ιδρυθεί σε επιχειρησιακό επίπεδο δυνάμει του Ν. 2868/1922 (βλ. άρθρο 5 του ΑΝ 1846/1951). Αντίστοιχη πρόβλεψη έγινε και για την επικουρική ασφάλιση, σύμφωνα με την οποία τα πρόσωπα, που υπάγονται για επικουρική ασφάλιση σε ειδικούς οργανισμούς, αποκλείονται από την ασφάλιση του γενικού (Ε.Τ.Ε.Α.Μ) (βλ. το άρθρο 3 παρ. 1 εδ. 2 του Ν. 997/1979 *Σύσταση ταμείου επικουρικής ασφαλίσεως μισθωτών*, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 56 παρ. 1 του Ν. 1140/1981 και στη συνέχεια αντικαταστάθηκε από το άρθρο 18 παρ. 3 του Ν. 1902/1990 καθώς και την 617/1991 γνωμοδότηση του ΝΣΚ). Τα ταμεία που διατηρήθηκαν ως «ειδικοί οργανισμοί ασφάλισης μισθωτών» υποχρεούνται να χορηγούν τις ίδιες, τουλάχιστον καθ' ύψος, κατηγορία και έκταση, παροχές ασθένειας με αυτές που χορηγούν σε χρήμα και είδος οι κλάδοι ασθένειας και μητρότητας των γενικών οργανισμών, αρχικά ΙΚΑ-ΕΤΑΜ και ΙΚΑ-ΤΕΑΜ και ήδη e-ΕΦΚΑ και ΕΟΠΥΥ. Αν δεν χορηγούσαν τις ισοδύναμες παροχές εντάσσονταν στους γενικούς οργανισμούς. Οι παραπάνω νόμοι προβλέπουν ότι οι ειδικοί οργανισμοί κύριας και επικουρικής ασφάλισης που δεν παρέχουν στους ασφαλισμένους ισοδύναμη με τους γενικούς οργανισμούς ασφαλιστική προστασία, συγχωνεύονται υποχρεωτικά με αυτούς (βλ. άρθρο 5 παρ. 2 και παρ. 11 του ΑΝ 1846/1951, όπως η παρ. 11 τέθηκε με το άρθρο 12 του Ν. 825/1978 και το άρθρο 11 παρ. 3 του Ν. 2084/1992). Πρόκειται για μηχανισμό ανάλογο με αυτόν της αγοράς, όπου οι επιχειρήσεις που δεν είναι αποδοτικές και δεν αντέχουν τον ανταγωνισμό λύονται και συχνά συγχωνεύονται με άλλη επιχείρηση. Ως παραδείγματα τέτοιων συγχωνεύσεων αναφέρονται: ο Ν. 23 48/1953 «Περί τροποποιήσεως συμπληρώσεως και καταργήσεως διατάξεων τινών αφορωσών την επεξεργασίαν των φύλλων καπνού και συγχωνεύσεως εις το ΙΚΑ, του Ταμείου Ασφάλισης Καπνεργατών», το ΝΔ 3721/1957 «Περί συντάξεως Οργανισμού Αστικών Συγκοινωνιών Θεσσαλονίκης (ΟΑΣΘ)», το ΝΔ 3764/1964 «Περί υπαγωγής του Κλάδου Συντάξεων του Ταμείου Ασφάλισης Λιμενεργατών Πειραιώς εις το ΙΚΑ», ο ΑΝ 87/1967 με τον οποίο συγχωνεύθηκαν στο ΙΚΑ το Ταμείο Αρτεργατών, Μυλεργατών και Μακαροτεχνικών, το Ταμείο Ασφάλισης προσωπικού ΑΣΟ, το Ταμείο Συντάξεως Προσωπικού Προνομιούχου Ανωνύμου Εταιρείας Γενικών Αποθηκών της Ελλάδος, το Ταμείο Ασφάλισης Εργατών, Κεραμοποιών, Πλινθοποιών και Αγγειοπλαστών κ.λπ. Σχετικά Βλ. Πετρόγλου Αντ., Δίκαιον κοινωνικής ασφαλίσεως, ό.π., σ. 577 με σχετική βιβλιογραφία στην υποσημ. 1, Παπαρρηγοπούλου – Πεχλιβανίδη Π., Η εξέλιξη στο δίκαιο της κοινωνικής ασφάλισης, περισσότερη αγορά και ταυτόχρονα περισσότερο Κράτος, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα, 2004, σ. 126 κε.

με ενιαίους κανόνες στο σύνολο των ασφαλισμένων. Εξάλλου, οι εθνικοί οργανισμοί δημιουργήθηκαν ακριβώς για να αντιμετωπισθεί το ζήτημα της βιωσιμότητας και της επάρκειας των παροχών που αντιμετώπιζαν. Υπήρξε ένα από τα βασικά διαρθρωτικά μέτρα που άλλαξαν τη φυσιογνωμία του ασφαλιστικού συστήματος της χώρας. Με αυτά τα δεδομένα είναι προφανές ότι δεν αρκεί η απλή επίκληση της βιωσιμότητας του ΕΔΟΕΑΠ για την επιβολή της επίμαχης επιβάρυνσης, χωρίς να εξετασθεί η σχέση του με τους εθνικούς οργανισμούς και με την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος που εξυπηρετείται από την ίδρυση και λειτουργία τους. Η εξαίρεση του ΕΔΟΕΑΠ από τους εθνικούς οργανισμούς με την επιβολή ειδικής εργοδοτικής επιβάρυνσης επί της παραγωγής σε συνδυασμό με τη διατήρηση ευνοϊκού καθεστώτος εξυπηρετεί το συμφέρον της συγκεκριμένης ομάδας των ασφαλισμένων (που δεν είναι δημόσιο). Εν κατακλείδι, είναι φανερό ότι το δημόσιο συμφέρον δεν ταυτίζεται με το συμφέρον μιας ομάδας ασφαλισμένων και την πάση θυσία διασφάλιση ενός προνομιακού καθεστώτος που επιβαρύνει τρίτους με την επιβολή δημοσίου βάρους πέραν των εισφορών.

5. Δυσανάλογη και άνιση η επιβάρυνση επί του κύκλου των εργασιών υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ

5.1. Απρόσφορη, μη αναγκαία και ασύμφορη η «εργοδοτική εισφορά» υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ

Η αναλογικότητα καθιερώνεται από το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος και αναλύεται σε τρεις επιμέρους αρχές: την προσφορότητα ή την καταλληλότητα του μέτρου για την επίτευξη του σκοπού δημοσίου συμφέροντος, την αναγκαιότητα του μέτρου που σημαίνει ότι δεν υπάρχουν άλλα λιγότερα επαχθή μέτρα για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και τέλος την stricto sensu αναλογικότητα, σύμφωνα με την οποία οι συνέπειες από τη λήψη του μέτρου δεν πρέπει να είναι δυσανάλογα μεγάλες σε σχέση με τα προσδοκώμενα οφέλη. Επομένως, το μέτρο πρέπει να είναι αναγκαίο (όχι

υπερβολικό), κατάλληλο για τον συγκεκριμένο δημόσιο σκοπό και ορθολογικό, δηλαδή να επιτυγχάνεται η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος με το μικρότερο κοινωνικό κόστος.[44] Τίποτε από τα παραπάνω δεν προκύπτει από τον νόμο και την αιτιολογική του έκθεση για το συγκεκριμένο δημόσιο βάρος και ιδίως δεν προκύπτουν οι οικονομικές του επιπτώσεις για τις επιχειρήσεις και για την οικονομία.

Τα έσοδα του ΕΔΟΕΑΠ το έτος 2021 με βάση τις χρηματοοικονομικές του καταστάσεις από 1.1.2021 έως 31.12.2021 ανήλθαν σε 72.640.863 Ευρώ. Από το ποσό αυτό 44.241.077 Ευρώ προήλθαν από τις εισφορές επί των αποδοχών, ποσό 22.235.828 από το 2% που καταβάλλουν οι εργοδότες επί της παραγωγής και ποσό 5.263.142 Ευρώ από διαφημίσεις στο internet. Επίσης, ο ΕΔΟΕΑΠ έχει λίγα έσοδα από την ασφάλιση ανέργων, εξαγορές προϋπηρεσίας κ.λπ. Επομένως, το 2% επί του κύκλου εργασιών υπερβαίνει το ήμισυ των εισφορών επί της μισθοδοσίας. Πρόκειται για ένα ιδιαίτερα σημαντικό έσοδο υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ. Αν δεν υπήρχε αυτό το έσοδο, οι εισφορές επί των αποδοχών θα έπρεπε να αυξηθούν κατά 50% για να διατηρηθεί το ίδιο επίπεδο παροχών. Το ότι πρόκειται περί σημαντικής επιβάρυνσης προκύπτει και επειδή ή εισφορά του 2% επί του κύκλου εργασιών, ως ποσοστό προσεγγίζει το ποσοστό του φόρου εισοδήματος που (όπως προαναφέρθηκε) κυμαίνεται μεταξύ 2 – 3%.

Επομένως, το μέτρο είναι προδήλως απρόσφορο για την επίτευξη της διατήρησης της βιωσιμότητας, γιατί δεν αποτελεί εισφορά. Είναι επίσης μη αναγκαίο καθώς υπήρχαν άλλα πρόσφορα μέτρα, τα οποία διαχρονικά ακολουθεί ο νομοθέτης για να αντιμετωπίσει το ζήτημα των μη βιώσιμων ασφαλιστικών οργανισμών και να προστατεύσει τα δικαιώματα και τις ασφαλιστικές προσδοκίες των ασφαλισμένων (ενοποίηση σε εθνικούς οργανισμούς ή/και αναπροσαρμογή των

44 Κοντόγιωργα – Θεοχαροπούλου Ε., Η αρχή της αναλογικότητας στο δημόσιο δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα Θεσσαλονίκη, 1989, Σκουρής Β., Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και ο περιορισμός της επαγγελματικής ελευθερίας, Ελλ. Δ/νη, 1987, 28, Χιώλος Κ., Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, ΕΔΔΔ, 2012, Ορφανουδάκης Σ., "Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας σην ελληνική και την κοινοτική έννομη τάξη: από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση", στο Μελέτες Συνταγματικού Δικαίου και Πολιτειολογίας, εκδ. Σάκκουλα, 2003.

παροχών και εισφορών). Από πλευράς δε της εν στενή εννοία αναλογικότητας είναι προφανές ότι η διατήρηση ενός διακριτού καθεστώτος εκτός των εθνικών ασφαλιστικών οργανισμών επιτυγχάνεται με μεγάλο κοινωνικό κόστος, διότι περιορίζονται υπέρμετρα τα εισοδήματα των επιχειρήσεων και συνακόλουθα η οικονομική τους δραστηριότητα και τελικά η εθνική οικονομία.

5.2. Άνιση μεταχείριση (άρθρ. 4 παρ. 1 και 4 παρ. 5 του Συντάγματος)

Α. Άνιση μεταχείριση (4 παρ. 1 του Συντάγματος)

Η αρχή της ισότητας επιβάλλει την ομοιόμορφη μεταχείριση των προσώπων που τελούν υπό τις αυτές ή παρόμοιες συνθήκες. Ο δικαστικός έλεγχος είναι έλεγχος ορίων και όχι ορθότητας των νομοθετικών επιλογών. Αναγνωρίζεται στον κοινό νομοθέτη ή την κανονιστικώς δρώσα διοίκηση η ευχέρεια να ρυθμίζουν με ενιαίο ή με διαφορετικό τρόπο τις ποικίλες προσωπικές ή πραγματικές καταστάσεις και σχέσεις, λαμβάνοντας υπόψη τις υφιστάμενες κοινωνικές, οικονομικές, επαγγελματικές ή άλλες συνθήκες, με βάση γενικά και αντικειμενικά κριτήρια που βρίσκονται σε συνάφεια προς το αντικείμενο της ρύθμισης. Πρέπει, όμως, η επιλεγόμενη ρύθμιση να κινείται μέσα στα όρια που διαγράφονται από την αρχή της ισότητας, τα οποία αποκλείουν τόσο την εκδήλως άνιση μεταχείριση είτε με τη μορφή της εισαγωγής ενός καθαρά χαριστικού μέτρου ή προνομίου, μη συνδεόμενου προς αξιολογικά κριτήρια, είτε με τη μορφή της επιβολής αδικαιολόγητης επιβάρυνσης ή της αφαίρεσης δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται ή παρέχονται από το προϋφιστάμενο ή συγχρόνως τιθέμενο γενικότερο κανόνα, όσο και την αυθαίρετη εξομοίωση διαφορετικών καταστάσεων ή την ενιαία μεταχείριση προσώπων που τελούν υπό διαφορετικές συνθήκες, με βάση όλως τυπικά ή συμπτωματικά ή άσχετα μεταξύ τους κριτήρια[45] . Η ανωτέρω δέσμευση του νομοθέτη υφίσταται και κατά την εκδήλωση της κατ' άρθρο 22 παρ. 5 του Συντάγματος κρατικής μέριμνας για την

45 Βλ. ΣτΕ (Ολ.) 1252 -1253/2003, (Ολ.) 2396/2004, (Ολ.) 2180/2004, (Ολ.) 3010/2014, (Ολ.) 3405/2015), δημοσιευμένες στη Νόμος.

κοινωνική ασφάλιση των εργαζομένων και επιβάλλει τη συμμετοχή αυτών με ίσους όρους στο σύστημα εισφορών και παροχών της κοινωνικής ασφάλισης[46].

Η νομολογία δέχεται ότι κατ' αρχήν δεν πλήττεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης από τη διαφορετική μεταχείριση ασφαλισμένων σε διαφορετικούς οργανισμούς, γιατί βρίσκονται σε διαφορετική κατάσταση με βάση το αντικειμενικό κριτήριο της ασφάλισής τους σε διαφορετικούς οργανισμούς.[47] Ωστόσο, το ζήτημα πλέον δεν τίθεται με τον τρόπο αυτό, διότι ο e-ΕΦΚΑ και ο ΕΟΠΥΥ ασφαλίζουν το σύνολο των εργαζομένων στον δημόσιο και στον ιδιωτικό τομέα και είναι εθνικοί οργανισμοί ασφάλισης. Από την αιτιολογική έκθεση του Ν 4387/2016 προκύπτει ότι ο νομοθέτης ενοποίησε του ασφαλιστικούς οργανισμούς και επίκειται και η ολοκλήρωση της ενοποιήσεως του ασφαλιστικού καθεστώτος στον e-ΕΦΚΑ για όλους τους ασφαλισμένους ενώ ήδη έχει εκδοθεί ο Ενιαίος Κανονισμός Παροχών Υγείας (ΕΚΠΥ) στον ΕΟΠΥΥ. Είναι επομένως σαφές ότι μετά τον Ν 4387/2016 το σύνολο των ασφαλισμένων της χώρας αποτελεί ενιαία ομάδα και ότι η διαφοροποίηση της χρηματοδότησης των παροχών τους είναι κατ› αρχήν συνταγματικά μη ανεκτή. Η παραμονή του ΕΔΟΕΑΠ και των ασφαλισμένων του εκτός του ΕΟΠΥΥ και του e-ΕΦΚΑ και η εκ μέρους του χορήγηση παροχών με χρηματοδότηση από «εισφορές του εργοδότη» επί του κύκλου των εργασιών αντίκειται στο άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος, διότι θεσπίζεται διακριτική μεταχείριση υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ και των ασφαλισμένων του ενώ βρίσκονται σε όμοια κατάσταση με τους υπόλοιπους ασφαλισμένους της χώρας που ασφαλίζονται για επικουρική σύνταξη, εφάπαξ βοήθημα και ασθένεια στους ενιαίους οργανισμούς ΕΤΕΑΕΠ ήδη e-ΕΦΚΑ και ΕΟΠΥΥ. Το σημαντικότερο όμως, θεσπίζεται διακριτή μεταχείριση των εργοδοτών που καλούνται να καταβάλουν πέραν των εισφορών που όλοι οι εργοδότες της χώρας καταβάλλουν, πρόσθετο δημόσιο βάρος (που δεν αποτελεί εισφορά) υπέρ του ΕΔΟΕΑΠ, κάτι που δεν ισχύει για όλους τους εργοδότες, των οποίων το προσωπικό ασφαλίζεται στους εθνικούς οργανισμούς.

46 Βλ. ΣτΕ 195/2018, ΣτΕ (Ολ.) 3231/2008, (Ολ.) 3923/2010, (Ολ.) 1286/2012, (Ολ.) 2180/2014, δημοσιευμένες στη Νόμος.

47 Ενδεικτικά, βλ. ΣτΕ 3294/2011, 3781 – 3783/2010, 1077/2003, δημοσιευμένες στη Νόμος.

Μειοψήφησε μόνον ένας δικαστής που υποστήριξε ότι δεν δικαιολογείται ειδικώς η αιτιολόγηση από τον νομοθέτη η αναγκαιότητα κατ› απόκλιση των γενικώς ισχυόντων περί της ασφαλίσεως υγείας των εργαζομένων σε ενιαίο πλέον Ταμείο (ΕΟΠΥΥ) της διατηρήσεως μέσω της πρόσθετης αυτής εργοδοτικής εισφοράς του εν λόγω ταμείου, το οποίο χορηγεί ευνοϊκότερους όρους έναντι των γενικώς ισχυόντων ενώ διαχρονικά παρουσιάζει υψηλά ελλείμματα. Η άποψη της μειοψηφίας εστιάζει ορθά στην αρχή της ισότητας, παραβλέποντας όμως το προδήλως απρόσφορο και ασύμφορο της επιβάρυνσης και το ότι προδήλως δεν εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον.

Β. Δυσανάλογη συμμετοχή των εργοδοτών στα δημόσια βάρη (4 παρ. 5 του Συντάγματος)

Η θέσπιση της παραπάνω «εργοδοτικής εισφοράς» παραβιάζει και το άρθρο 4 παρ. 5 του Συντάγματος, το οποίο επιβάλλει να συμμετέχουν όλοι στα δημόσια βάρη, ανάλογα με τις δυνάμεις τους. Οι επιχειρήσεις και εκμεταλλεύσεις ΜΜΕ και ψυχαγωγίας, όπως προαναφέρθηκε, καταβάλλουν εισφορές επί των αποδοχών των εργαζομένων τους, όπως όλοι οι εργοδότες, και επιπρόσθετα υποχρεούνται να καταβάλλουν το 2% επί του κύκλου εργασιών για να χρηματοδοτηθεί η ασφάλιση στον ΕΔΟΕΑΠ. Αν ο ΕΔΟΕΑΠ έχει προβλήματα βιωσιμότητας, θα έπρεπε να συμμετέχει στη χρηματοδότησή του το κοινωνικό σύνολο δια του κρατικού προϋπολογισμού με βάση την αρχή της καθολικότητας που ισχύει κατά την επιβολή των δημοσίων βαρών. Επομένως, η εν λόγω φορολογική μεταχείριση παρίσταται συνταγματικά μη ανεκτή και αυθαίρετη, επειδή δεν στηρίζεται σε γενικά και αντικειμενικά κριτήρια και πλήττει ορισμένο κύκλο προσώπων.

Η επιβάρυνση των συγκεκριμένων εργοδοτών με το δημόσιο αυτό βάρος που εισήχθη ως «εργοδοτική εισφορά» είναι σε θέση να βλάψει τους βαρυνόμενους εργοδότες και την εθνική οικονομία καθώς η σωρευτική επιβάρυνση των φόρων, των ασφαλιστικών εισφορών και των λειτουργικών δαπανών, συμπεριλαμβανομένων των μισθών οδηγεί σε εξάντληση των βαρυνόμενων

επιχειρήσεων και προφανώς δεν εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, νοούμενο ως συμφέρον της εθνικής οικονομίας. Ούτε για το ζήτημα αυτό έχει συνταχθεί κάποια ειδική οικονομική μελέτη πριν από τη λήψη του μέτρου. Ακόμη και αν δεχόταν κανείς την προαναφερθείσα θέση κάποιων οικονομολόγων ότι η κοινωνική ασφάλιση πρέπει να καταστεί μηχανισμός αναδιανομής του εισοδήματος, με τον ίδιο τρόπο με τη φορολογία, οι ρυθμίσεις αυτές θα έπρεπε να αφορούν το σύνολο των εργοδοτών και όχι μεμονωμένους εργοδότες και οι πόροι αυτοί να διοχετεύονταν υπέρ του ασφαλιστικού συστήματος και του συνόλου των ασφαλισμένων και όχι υπέρ μεμονωμένου οργανισμού και μικρής ομάδας ασφαλισμένων.

Το ΣτΕ με τις αποφάσεις του (Ολ.) 2482 – 2487/2020 δέχθηκε ότι η βάση υπολογισμού της «εργοδοτικής εισφοράς» είναι πρόσφορη, διότι συνδέεται με το μέγεθος της οικονομικής δραστηριότητας κάθε βαρυνόμενης επιχείρησης, δηλαδή με την ικανότητά της να προσφέρει ανάλογα με τις δυνάμεις της στη χρηματοδότηση του ασφαλιστικού οργανισμού. Το μέγεθος της οικονομικής δραστηριότητας και μάλιστα σε έναν χώρο με υψηλού κόστους πνευματικά δικαιώματα (δραστηριότητα «Ενημέρωση και Επικοινωνία») δεν έχει καμία σχέση με την εισφοροδοτική δυνατότητα κάθε βαρυνόμενης επιχείρησης στο παραγόμενο προϊόν και υπηρεσία. Αν για παράδειγμα, ένας τηλεοπτικός σταθμός προβάλλει απλώς εκπομπές από το National Geographic, καταβάλει υψηλά πνευματικά δικαιώματα στην αλλοδαπή, δεν απασχολεί εργαζόμενους που ασφαλίζονται στον ΕΔΟΕΑΠ, δεν νοείται επιβάρυνση του κύκλου εργασιών με την παραπάνω «εργοδοτική εισφορά», διότι ο εργοδότης δεν ασφαλίζει προσωπικό στον ΕΔΟΕΑΠ και ο κύκλος των εργασιών του δεν έχει καμία ωφέλεια από παρασχεθείσα από ασφαλισμένο στον ΕΔΟΕΑΠ εργασία. Αν πάλι ο ίδιος εργοδότης απασχολούσε μικρό αριθμό εργαζομένων που υπάγεται στην ασφάλιση του ΕΔΟΕΑΠ το ποσοστό του 2% επί του κύκλου εργασιών είναι δυσανάλογα υψηλό σε σχέση με την συνεισφορά των εργαζομένων στο παραγόμενο προϊόν, γιατί δεν αφαιρούνται οι κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής πολύ υψηλότερες δαπάνες, π.χ. για πνευματικά δικαιώματα και δικαιώματα αναπαραγωγής, για αδειοδότηση, για μηχανολογικό εξοπλι-

σμό, για λειτουργικά έξοδα κ.λπ. και για τον λόγο αυτό δεν είναι συνταγματικά ανεκτή. Εξάλλου, η επιχείρηση αυτή όταν καλείται να καταβάλει το 2% επί του κύκλου εργασιών για την ασφάλιση του προσωπικού της στον ΕΔΟΕΑΠ, πλέον των εργοδοτικών εισφορών επί των αποδοχών των εργαζομένων, πλέον φόρου εισοδήματος, το εύλογο περιθώριο κέρδους εκμηδενίζεται και η επιχείρηση μαραζώνει, κάτι που τελικά πλήττει την εθνική οικονομία. Αυτός ακριβώς είναι ο λόγος για τον οποίο ο ΦΠΑ, που αντικατέστησε τον φόρο επί του κύκλου εργασιών στην ΕΕ, επιβάλλεται επί της προστιθέμενης αξίας, δηλαδή της συνεισφοράς της επιχείρησης στο παραγόμενο προϊόν – υπηρεσία και όχι στον κύκλο εργασιών. Για τον ίδιο λόγο και ο φόρος εισοδήματος επιβάλλεται αφού πρώτα αφαιρεθούν οι δαπάνες και όχι επί του κύκλου εργασιών που περιλαμβάνει και τις δαπάνες.

Το γεγονός ότι οι εργαζόμενοι σε κάποιο μέτρο συμβάλλουν στη διαμόρφωση του κύκλου εργασιών δεν είναι αποφασιστικής σημασίας ούτε δικαιολογεί την επιβολή εισφοράς επί του κύκλου εργασιών. Πρώτον, διότι ο κύκλος εργασιών κατά μικρό μέρος σχηματίζεται από την εργασία των εργαζομένων, ιδίως στις επιχειρήσεις με υψηλά πνευματικά δικαιώματα. Η υποχρέωση του εργοδότη να πληρώνει το 2% επί του κύκλου εργασιών στον ΕΔΟΕΑΠ (πέραν της εργοδοτικής εισφοράς επί των αποδοχών των εργαζομένων) καθιστά τον ΕΔΟΕΑΠ και έμμεσα τους εργαζόμενους προνομιακούς οιονεί μετόχους της επιχείρησης καθώς δικαιούνται σε κάθε περίπτωση το ποσοστό αυτό, ανεξάρτητα από τα κέρδη ή τις ζημίες.

Τέλος προβληματίζει το ότι δεν προβλέπεται κάποια κλιμάκωση της επιβάρυνσης που να σχετίζεται με τον αριθμό των εργαζομένων που κάθε επιχείρηση απασχολεί, με την οικονομική κατάσταση (κέρδη) της επιχείρησης και ιδίως με το ποσοστό των εσόδων του ασφαλιστικού οργανισμού που σχηματίζεται από την επιβάρυνση αυτή. Στην ουσία αφαιρούνται όλοι οι πόροι στους οποίους η επιχείρηση αυτή προσδοκούσε για να επιβιώσει. Είναι σαφές ότι η επιβάρυνση αυτή που συνιστά δημόσιο βάρος, ανεξάρτητα του είδους του δημοσίου βάρους, πάσχει, επειδή επιβάλλεται σε βάση που δεν συνδέεται με τη συμβολή της επιχείρησης στο παραγόμενο προϊόν. Συνεπώς,

δεν τηρείται και εκ της αιτίας αυτής η αρχή της ανάλογης με τις δυνάμεις εκάστου στα δημόσια βάρη.

Συμπεράσματα

Η χρηματοδότηση του κοινωνικοασφαλιστικού συστήματος είναι το μέσο για την εκπλήρωση του κοινωνικού σκοπού της κάλυψης των ασφαλιστικών κινδύνων. Τα κριτήρια για την επιλογή του βέλτιστου τρόπου χρηματοδότησης συνδέονται αναπόσπαστα με τον τρόπο οργάνωσης του ασφαλιστικού συστήματος.

Στα συστήματα τύπου Bismarck, όπως κατά το άρθρο 22 παρ. 5 του Συντάγματος είναι το ελληνικό, η χρηματοδότηση γίνεται πρωτίστως από τις εισφορές. Κύριο στοιχείο της έννοιας της εισφοράς είναι οι αποδοχές του εργαζομένου. Η εισφορά αποτελεί αναγκαίο όρο για την ασφαλιστική κάλυψη και είναι δημόσιο βάρος, όχι όμως φόρος. Το Κράτος δεν αποκλείεται να χρηματοδοτεί από τον κρατικό προϋπολογισμό τους ασφαλιστικούς οργανισμούς, αν εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον.

Η επιβάρυνση των εργοδοτών με 2% επί του κύκλου εργασιών δεν έχει τα εννοιολογικά χαρακτηριστικά της εργοδοτικής εισφοράς, αλλά του ειδικού φόρου υπέρ τρίτου. Η ενίσχυση του συνόλου των ασφαλιστικών οργανισμών με χρηματοδότηση από έναν ειδικό φόρο, προκειμένου να αντιμετωπίσουν προβλήματα βιωσιμότητας και επάρκειας των παροχών θα έθετε λιγότερα προβλήματα από ότι η επιλεκτική ενίσχυση του ΕΔΟΕΑΠ με σκοπό τη διατήρησή του εκτός των εθνικών οργανισμών, ενώ δεν είναι βιώσιμος και χορηγεί παροχές με ευνοϊκότερες προϋποθέσεις από ότι οι εθνικοί οργανισμοί. Αν όμως επρόκειτο να ενισχυθεί το σύνολο του ασφαλιστικού συστήματος ερωτάται γιατί θα χρειαζόταν ένας ειδικός φόρος; Δεν θα αρκούσε η χρηματοδότηση από τον κρατικό προϋπολογισμό, δηλαδή από τη γενική φορολογία;

Η ρύθμιση για τον ΕΔΟΕΑΠ δεν αποτελεί παρά επιστροφή σε ένα κακό παρελθόν που όλοι γνωρίζουν ότι οδήγησε τη χώρα σε οικονομικές και κοι-

νωνικές περιπέτειες. Είναι φανερό ότι η επιβολή της εισφοράς δεν εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον που συνίσταται στην προαγωγή του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης με βάση την ασφαλιστική τεχνική. Η βιωσιμότητα του ΕΔΟΕΑΠ μπορούσε να επιτευχθεί με τους δόκιμους στην κοινωνική ασφάλιση τρόπους, χωρίς να επαναφέρει ο νομοθέτης τους κοινωνικούς πόρους. Ενδεικτικά με την ένταξη στους εθνικούς οργανισμούς ή/και τη μείωση των παροχών στο επίπεδο των παρεχόμενων από τους εθνικούς ή /και τη χρηματοδότηση από τη γενική φορολογία, ή / και την καθιέρωση ειδικής φορολογίας υπέρ της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος.

Ο κύκλος εργασιών είναι προδήλως απρόσφορη βάση για την επιβολή της φερόμενης εργοδοτικής εισφοράς, διότι κατά πολύ μικρό μέρος περιλαμβάνει ωφέλεια από την εργασία των ασφαλισμένων. Αυτός άλλωστε είναι και ο λόγος που ο ΦΠΑ αντικατέστησε τον κύκλο εργασιών στην ΕΕ. Το ύψος της εισφοράς είναι ιδιαίτερα υψηλό με αποτέλεσμα να περιορίζονται σημαντικά τα εισοδήματα των υπόχρεων επιχειρήσεων, να εισάγονται αδικαιολόγητες διακρίσεις μεταξύ των εργοδοτών και των ασφαλισμένων στον ΕΔΟΕΑΠ και στους εθνικούς ασφαλιστικούς οργανισμούς.

Ενόψει της δημιουργίας εθνικών οργανισμών, το σύνολο των εργοδοτών αποτελεί ενιαία ομάδα και η διαφοροποίηση της χρηματοδότησης δεν είναι συνταγματικά ανεκτή.

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης πλήττεται από την αδικαιολόγητη εξαίρεση ομάδας ασφαλισμένων από την ασφάλιση στους εθνικούς οργανισμούς και την ασφάλισή τους σε ξεχωριστό οργανισμό, όταν ο τελευταίος δεν είναι βιώσιμος και στηρίζεται στην επιβολή πρόσθετου (πέραν των εισφορών) δημόσιου βάρους στους εργοδότες.

Η συμμετοχή του Δημοσίου στην προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης

Αλέξανδρος Ν. Ρόκας

Επίκουρος Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Στις περισσότερες περιπτώσεις εξυγίανσης επιχειρήσεων, ανακύπτει το ζήτημα της αντιμετώπισης των οφειλών προς το Δημόσιο και τους δημόσιους φορείς. Καθώς παρατηρήθηκε ότι το Δημόσιο και οι δημόσιοι φορείς σπάνια παρείχαν τη συναίνεσή τους για τη σύναψη των συμφωνιών εξυγίανσης, ο ν. 4738/2020 εισήγαγε το λεγόμενο «τεκμήριο συναίνεσης» των φορέων του Δημοσίου, ώστε να επιτυγχάνεται πιο εύκολα η σύναψη συμφωνιών. Εξάλλου, σε περιπτώσεις βιώσιμων επιχειρήσεων, των οποίων η συνέχιση της λειτουργίας αποφέρει περισσότερα για τους πιστωτές σε σχέση με την εκκαθάριση αυτών, η εξυγίανση εξυπηρετεί και το δημόσιο συμφέρον, αφού η επιχείρηση θα συνεχίσει να εισφέρει στην οικονομία, αλλά και στα δημόσια ταμεία, με την πληρωμή φόρων, ασφαλιστικών εισφορών κ.ά.

Ι. Εισαγωγή: το πρόβλημα της συμμετοχής του Δημοσίου σε εξυγιαντικές διαδικασίες

Βασικό χαρακτηριστικό των πτωχευτικών και των προπτωχευτικών (εξυγιαντικών) διαδικασιών είναι ο συλλογικός τους χαρακτήρας.[1] Πρόκειται, δη-

1 Η παρούσα μελέτη αφιερώνεται στον Ομότιμο Καθηγητή του Δημοσίου Δικαίου κ. *Σπυρίδωνα Φλογαΐτη*, με ιδιαίτερες ευχαριστίες για τη συμβολή του στην ολοκλήρωση της νομικής μου παιδείας. Βλ. Περάκη, Η συμφωνία πιστωτών και επιχείρησης κατά τα άρθρ. 44 και 45 ν. 1892/1990, 1993, σ. 125.

λαδή, για διαδικασίες που καταλαμβάνουν στο εύρος τους το σύνολο του παθητικού του οφειλέτη. Επομένως, στο πλαίσιο των εξυγιαντικών διαδικασιών, και οι οφειλές προς το Δημόσιο, τους Φορείς Κοινωνικής Ασφάλισης (ΦΚΑ) και τους δημόσιους φορείς[2] μπορούν να ρυθμιστούν, μέσω των διαδικασιών αυτών.

Στο παρελθόν, ετέθη πολλές φορές με οξύτητα το ζήτημα της συμμετοχής του Δημοσίου και των ΦΚΑ στις διαδικασίες αυτές, ιδίως στην προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων (άρθρ. 99 επ. ΠτωχΚ,[3] ως ίσχυε). Η σχετική διάταξη του νόμου (άρθρ. 102 ΠτωχΚ) προέβλεπε ότι: «Το Δημόσιο, νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, δημόσιες επιχειρήσεις του δημόσιου τομέα, φορείς κοινωνικής πρόνοιας και ασφάλισης, δύνανται να συναινούν στη σύναψη συμφωνίας εξυγίανσης υπογράφοντας τη συμφωνία με τους ίδιους όρους που θα συναινούσε υπό τις αυτές συνθήκες ιδιώτης πιστωτής ακόμη και όταν με τη συμφωνία το Δημόσιο, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, οι δημόσιες επιχειρήσεις του δημόσιου τομέα και οι φορείς κοινωνικής πρόνοιας και ασφάλισης παραιτούνται από προνόμια και εξασφαλίσεις ενοχικής ή εμπράγματης φύσεως». Δηλαδή, η διάταξη αυτή θέσπιζε μία δυνατότητα,[4] όχι όμως υποχρέωση συμμετοχής του Δημοσίου και των λοιπών φορέων στη διαδικασία.

Αυτό που παρατηρήθηκε στην πράξη είναι η – για διάφορους λόγους – περιορισμένη συμμετοχή των φορέων αυτών στη διαδικασία. Αυτό εκφράζεται ανάγλυφα και στην Αιτιολογική Έκθεση του (μεταγενέστερου) ν. 4738/2020, σύμφωνα με την οποία: «Ένα από τα προβλήματα της συμφωνίας εξυγίανσης κατά την εφαρμογή της είναι ότι το Δημόσιο και γενικά οι δημόσιοι φορείς σπάνια παρείχαν τη συναίνεσή τους σε συμφωνίες εξυγίανσης, ακόμη και όταν η πιθανή ανάκτηση βάσει της συμφωνίας εξυγίανσής είναι

2 Στην παρούσα μελέτη, έμφαση δίνεται στη συμμετοχή του Δημοσίου στις εν λόγω διαδικασίες.

3 Πτωχευτικός Κώδικας (ν. 3588/2007, ως ίσχυε).

4 Την αρμοδιότητα συμμετοχής στη διαδικασία είχε ο Διοικητής της ΑΑΔΕ, κατόπιν εισήγησης της Διεύθυνσης Εισπράξεων της ΑΑΔΕ και γνωμοδότησης του ΝΣΚ· βλ. ΠΟΛ 1049/8.3.2018, και συναφές άρθρ. 4 παρ. 6 ν. 3808/2009.

μεγαλύτερη από την ανάκτησή τους σε περίπτωση πτώχευσης».[5] Δύο είναι οι βασικοί λόγοι για τη σπάνια συμμετοχή του Δημοσίου στις συμφωνίες αυτές:

α) Πρώτον, η αποδοχή του αιτήματος για υπογραφή συμφωνίας εξυγίανσης απαιτεί ad hoc αξιολόγηση της επιχείρησης και της βιωσιμότητάς της, καθώς και των επιμέρους όρων της προτεινόμενης συμφωνίας εξυγίανσης, όπως και του επιχειρηματικού σχεδίου και της έκθεσης εμπειρογνώμονα που τη συνοδεύει. Χωρίς χρόνο, εξειδίκευση και υποδομές δεν θα μπορούσε να προχωρήσει αποτελεσματικά αυτή η αξιολόγηση, και αυτό φαίνεται ότι ήταν ένας βασικός λόγος μη συμμετοχής του Δημοσίου στις διαδικασίες αυτές.[6] Ταυτόχρονα, χωρίς την ύπαρξη της αναγκαίας εξειδίκευσης και χρόνου, θα υπήρχε το ρίσκο ανόμοιας αντιμετώπισης παρεμφερών περιπτώσεων. Αντιθέτως, η ρύθμιση του χρέους των οφειλετών σε δόσεις με διατάξεις οριζόντιου χαρακτήρα (χωρίς δηλαδή καμία ουσιαστική αξιολόγηση του οφειλέτη), δεν απαιτεί χρόνο και τις ίδιες υποδομές, γι' αυτό και τα σχετικά πλαίσια χρησιμοποιήθηκαν ιδιαιτέρως στην πράξη.[7]

β) Δεύτερον, υπήρχε πάντοτε ο φόβος ότι η υπογραφή συμφωνίας εξυγίανσης (ιδίως, όταν προβλέπεται αποπληρωμή σε μεγάλο αριθμό δόσεων, ή/και διαγραφή τόκων, προσαυξήσεων ή ακόμη και κεφαλαίου) μπορεί να δημιουργήσει ευθύνες για τα στελέχη του Δημοσίου ή των δημοσίων φορέων, ιδίως ευθύνη για απιστία, ή εν πάση περιπτώσει υπήρχε ο φόβος ότι μπορεί να εκκινηθούν σχετικές διαδικασίες, έστω και αβάσιμα. Μάλιστα, αυτός είναι και ο λόγος που με νομοθετική παρέμβαση του 2017 προβλέφθηκε ότι αποκλείεται η αστική και η ποινική ευθύνη των εκπροσώπων του Δημοσίου

5 Από 12.10.2020 Αιτιολ. Έκθεση επί του άρθρ. 37 (περιεχόμενη στη σ. 226 της «Ανάλυσης Συνεπειών Ρύθμισης» του νμσχ.), διαθέσιμη σε: https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/11593352.pdf.

6 Βλ. ενδεικτικά ΠΟΛ 1087/2010, που περιγράφει τα στάδια για την αποδοχή αιτήματος για συμμετοχή σε διαδικασία συνδιαλλαγής. Εκτός από διάφορες γραφειοκρατικές διατυπώσεις, απαιτείτο επεξεργασία της σχετικής πρότασης από το ΝΣΚ, κάτι το οποίο, ασφαλώς, απαιτούσε χρόνο. Βλ. σχετικά *Αλ. Ρόκα*, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., 2014, σ. 194 επ.

7 Βλ. ενδεικτικά την «πάγια ρύθμιση» που προβλέπει η υποπαρ. Α2 του άρθρου πρώτου του ν. 4152/2013.

που συμμετέχουν σε διαδικασίες αναδιάρθρωσης του ΠτωχΚ, εφόσον συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που διασφαλίζουν την τήρηση των όρων της νομοθεσίας (άρθρ. 65 παρ. 1 και 2 ν. 4472/2017).[8] Παρά ταύτα, δεν παρατηρήθηκε αξιόλογη μεταβολή στη συχνότητα συμμετοχής του Δημοσίου και των λοιπών δημοσίων φορέων σε μεταγενέστερες εξυγιαντικές διαδικασίες. Εξ ου και η Αιτιολογική Έκθεση του νεότερου ν. 4738/2020 περιέχει την ως άνω παραδοχή (περί σπάνιας συμμετοχής των δημόσιων φορέων στις διαδικασίες αυτές), ενώ με τον νόμο αυτόν (άρθρ. 38 ν. 4738/2020) εισάγεται μία ακόμη ισχυρότερη διάταξη περί απαλλαγής των υπαλλήλων από αστική, ποινική ή πειθαρχική ευθύνη για την υπογραφή συμφωνίας εξυγίανσης, εφόσον συντρέχουν οι όροι του άρθρ. 37 ν. 4738/2020, για τους οποίους θα γίνει λόγος παρακάτω. Και αυτή, όμως, η διάταξη, δεν φαίνεται ότι έχει πλήρως άρει τις όποιες «σκιές» και αμφιβολίες για πιθανή ευθύνη των στελεχών των δημοσίων φορέων: Χαρακτηριστικό είναι ότι σε πρόσφατη εξυγίανση σημαντικής επιχείρησης του κλάδου των ναυπηγείων, η οποία ως βασικό πιστωτή είχε το Δημόσιο ή δημόσιους φορείς, θεσπίσθηκε νομοθετικά[9] εξουσιοδότηση προς τον Υπουργό Ανάπτυξης και Επενδύσεων να υπογράψει ο ίδιος την οικεία συμφωνία εξυγίανσης, ενώ από τη συζήτηση στη Βουλή προέκυψε ότι ο βασικός λόγος για αυτή τη ρύθμιση είναι ο φόβος των ευθυνών που υπήρχε στα αρμόδια στελέχη των δημοσίων φορέων, ιδίως μάλιστα ενόψει των προβλεπόμενων στη συμφωνία διαγραφών οφειλών.

8 Κατά κύριο λόγο, οι οικείες ρυθμίσεις του χρέους θα έπρεπε να είναι σύμφωνες με τις διατάξεις του ΠτωχΚ ή τους κανονισμούς του οικείου δημόσιου φορέα, να έχουν ως σκοπό είτε τη ρύθμιση των οφειλών για την είσπραξη τουλάχιστον μέρους της απαίτησης είτε, αν πρόκειται για οφειλές επιχειρήσεων, τη συνέχιση της δραστηριότητας της επιχείρησης με βάση συμφωνία εξυγίανσης ή σχέδιο αναδιοργάνωσης και να μην οδηγούν σε χειροτέρευση της πραγματικής οικονομικής θέσης του νομικού προσώπου του δανειστή, σε σχέση με αυτή στην οποία θα βρισκόταν, αν ο οφειλέτης, η οφειλή του οποίου αναδιαρθρώνεται ή διαγράφεται, ετίθετο άμεσα σε εκκαθάριση ή ρευστοποίηση του ενεργητικού του, σε περίπτωση αναγκαστικής εκτέλεσης σε βάρος του. Πολύ σημαντική είναι και η πρόβλεψη ότι η ποινική δίωξη ασκείται μόνο ύστερα από αίτηση του Γενικού Επιθεωρητή Δημόσιας Διοίκησης (διότι έτσι προστίθεται ένα «φίλτρο», πριν την εκκίνηση της διαδικασίας). Βλ. σχετικά με τη διάταξη αυτή *Δημάκη*, Ζητήματα ποινικής ευθύνης κατά τη ρύθμιση οφειλών (άρ. 65 ν. 4472/2017), εις: Πρακτικά 27ου ΠΣΕΕ, 2018, σ. 329 επ.

9 Άρθρ. 1 ως 4 ν. 4965/2022.

Όμως, και χωρίς ειδική νομοθετική παρέμβαση θα πρέπει να διασφαλίζεται η συμμετοχή του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων σε εξυγιαντικές διαδικασίες, εφόσον αυτό επιτάσσει το δημόσιο συμφέρον. Το δημόσιο συμφέρον, ως γνωστόν, καθοδηγεί τη δράση της Διοίκησης και διαφέρει από το συμφέρον του Δημοσίου, το οποίο αφορά τα στενά συμφέροντα του κράτους καθ' εαυτό.[10] Εν προκειμένω, το δημόσιο συμφέρον εξυπηρετείται σε περίπτωση που η υπό διάσωση επιχείρηση είναι βιώσιμη, καθώς η συνέχιση της λειτουργίας της επιχείρησης (σε αντίθεση με τον κατακερματισμό της περιουσίας της) συνεισφέρει στην οικονομία (καθώς η επιχείρηση απασχολεί εργαζόμενους, προμηθεύει τους ιδιώτες ή άλλες επιχειρήσεις με αγαθά κ.ά.).[11] Αλλά και το εν στενή εννοία συμφέρον του Δημοσίου εξυπηρετείται, διότι η επιχείρηση θα συνεχίσει να αποφέρει έσοδα για το κράτος, δεδομένου μάλιστα ότι στην εναλλακτική της ρευστοποίησης της επιχείρησης το ποσό που θα εισέπραττε το Δημόσιο από το προϊόν ρευστοποίησης είναι μικρότερο.

Η συμμετοχή του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων είναι ιδιαίτερα κρίσιμη και από την οπτική γωνία του οφειλέτη που διαπραγματεύεται τη σύναψη της συμφωνίας εξυγίανσης. Η κρισιμότητα αυτή προκύπτει ιδίως, όταν το ύψος των οφειλών του προς το Δημόσιο και τους δημόσιους φορείς είναι σημαντικό, καθώς τότε ενδέχεται να μην μπορεί να επιτευχθεί συμφωνία εξυγίανσης χωρίς τη συναίνεση των φορέων αυτών (όταν δηλ. δεν είναι δυνατή η επίτευξη των ποσοστών συναίνεσης πιστωτών που επιτάσσει ο νόμος). Στην πράξη, τις περισσότερες φορές η συμφωνία εξυγίανσης υπογραφόταν χωρίς τη συναίνεση των φορέων αυτών,[12] με την επίτευξη των ποσοστών συναίνεσης με τους λοιπούς πιστωτές. Δεν γνωρίζουμε όμως, πόσες ακόμη συμφω-

10 Βλ. *Π. Σοϊλεντάκη*, Η παροχή δικαστικής προστασίας επί διαφορών και υποθέσεων, 2021, σ. 54, με παραπομπές. Για τη μη ταύτιση δημοσίου συμφέροντος και ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου βλ. και *Γέροντα*, Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου, 2η έκδ., 2020, σ. 104.

11 Βλ. σχετικές σκέψεις *Ορφανίδη*, Η συμφωνία εξυγιάνσεως – η συμμετοχή στη συμφωνία του Δημοσίου και των Φορέων Κοινωνικής Ασφαλίσεως, ΝοΒ 2023, 1321, 1341· βλ. επίσης ΠΠρΑθ 209/2020, δημοσ. sakkoulas-online.

12 Από τη νομολογία έχουν εντοπιστεί ελάχιστες περιπτώσεις συναίνεσης: ΠΠρΣυρ 2/2018, ΕΕμπΔ 2019, 187 (συναίνεση ΕΦΚΑ)· ΠΠρΘεσ 2444/2018, αδημ. (συναίνεση ΕΦΚΑ).

νίες εξυγίανσης θα είχαν συναφθεί, αν το Δημόσιο και οι δημόσιοι φορείς συμμετείχαν σε περισσότερες συμφωνίες εξυγίανσης.

Υπό αυτές τις συνθήκες, ο ν. 4738/2020 αντιμετώπισε το ζήτημα της συμμετοχής του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων στις εξυγιαντικές διαδικασίες, «αυτοματοποιώντας» την παροχή συναίνεσης των φορέων αυτών, όπως θα αναλυθεί ειδικότερα στις επόμενες ενότητες.

ΙΙ. Προπτωχευτικές διαδικασίες του ν. 4738/2020 και βασικοί άξονες της αντιμετώπισης του Δημοσίου

Με τον ν. 4738/2020, που κατά το μεγαλύτερο μέρος του τέθηκε σε ισχύ την 1η Μαρτίου 2021,[13] αναμορφώθηκε και εντάχθηκε σε ένα νομοθέτημα το σύνολο της πτωχευτικής νομοθεσίας, συμπεριλαμβανομένων των προπτωχευτικών διαδικασιών. Στο Μέρος Δεύτερο του νόμου ρυθμίζονται οι «Διαδικασίες πρόληψης αφερεγγυότητας», δηλ. ο εξωδικαστικός μηχανισμός ρύθμισης οφειλών (άρθρ. 5-30[14]) και η προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης (άρθρ. 31-64).[15] Και οι δύο αυτές διαδικασίες αποσκοπούν βασικά στην εξυγίανση του οφειλέτη μέσω της αναδιάρθρωσης του χρέους του, παρουσιάζουν όμως ορισμένες δομικές διαφορές. Η πρώτη διαδικασία έχει ευρύτερο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής, καθώς απευθύνεται σε κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο με πτωχευτική ικανότητα (άρθρ. 7 παρ. 1 σε συνδ. με άρθρ. 76 παρ. 1), ενώ η δεύτερη αφορά πρόσωπα τα οποία ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα (άρθρ. 32 παρ. 1). Επιπλέον, ρυθμιζόμενες οφειλές στην πρώτη διαδικασία είναι μόνο αυτές προς χρηματοδοτικούς φορείς, Δημόσιο και ΦΚΑ (άρθρ. 6 παρ. 1 περ. δ΄), ενώ η δεύτερη αφορά τη ρύθμιση του συνόλου του παθητικού. Άλλωστε, βασικό χαρακτηριστικό της πρώτης διαδικασίας είναι ότι αυτή είναι αυτοματοποιημένη (καθώς η αίτηση κατατίθεται σε ειδικά σχε-

13 Άρθρ. 308 ν. 4738/2020, ως ισχύει.

14 Εφεξής, νοούνται τα άρθρα του ν. 4738/2020.

15 Για τη διαδικασία εξυγίανσης υπό τον ν. 4738/2020 βλ. *Περάκη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, 4η έκδ., 2021, σ. 66 επ.· *Ψυχομάνη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, Ι΄ έκδ., 2022, σ. 113 επ.

διασμένη πλατφόρμα, ενώ οι όροι της σύμβασης αναδιάρθρωσης οφειλών μπορεί να προκύπτουν αυτόματα, με τη χρήση του υπολογιστικού εργαλείου του άρθρ. 71 παρ. 2 περ. ζ΄), ενώ στη δεύτερη τα μέρη μπορούν να επιλέξουν οποιαδήποτε ρύθμιση του ενεργητικού και του παθητικού του οφειλέτη, ακόμη και τη μεταβίβαση της επιχείρησης σε νέο φορέα (βλ. άρθρ. 39 και άρθρ. 64). Γενικότερα, η προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης απευθύνεται βασικά σε μεσαίες και μεγάλες επιχειρήσεις, όπου επικρατεί η ανάγκη εξατομικευμένων λύσεων, ενώ ο εξωδικαστικός μηχανισμός ρύθμισης οφειλών σε μικρότερες επιχειρήσεις και φυσικά πρόσωπα, όπου επιδιώκεται η εξεύρεση «εύκολων» και ομοιόμορφων λύσεων για την αναδιάρθρωση του χρέους του οφειλέτη.

Ένα καινοτόμο χαρακτηριστικό και των δύο διαδικασιών σχετίζεται με την αντιμετώπιση των οφειλών προς το Δημόσιο και τους ΦΚΑ. Στον εξωδικαστικό μηχανισμό, τον πρώτο λόγο έχουν οι χρηματοδοτικοί φορείς. Αν αυτοί συναινέσουν κατά πλειοψηφία,[16] τεκμαίρεται ότι και το Δημόσιο και οι ΦΚΑ αποδέχονται την οικεία σύμβαση αναδιάρθρωσης οφειλών, εφόσον συντρέχουν οι όροι του άρθρ. 21 παρ. 2 περ. β΄[17] και δεν αντιλέξουν οι φορείς αυτοί εντός 15 ημερών από τη γνωστοποίηση της συμφωνίας (άρθρ. 21 παρ. 2 περ. γ΄). Με άλλα λόγια, οι χρηματοδοτικοί φορείς συμπαρασύρουν το Δημόσιο και τους ΦΚΑ, οι οποίοι αρκούνται σε έναν πιο παθητικό ρόλο στη διαδικασία. Αυτή η λογική παρατηρείται και στη διαδικασία εξυγίανσης: καθιερώνεται το τεκμήριο συναίνεσης του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων, εφόσον πληρούνται οι όροι του άρθρ. 37 παρ. 2 ν. 4738/2020, οι οποίοι θα αναφερθούν πιο κάτω. Δηλαδή, και εδώ η διαδικασία καθοδηγείται από τους λοιπούς πιστωτές.[18]

16 Άρθρ. 14 παρ. 1 σε συνδ. με άρθρ. 6 παρ. 1 περ. ε).

17 Με τη διάταξη αυτή τίθεται όριο ως προς το ύψος της ρυθμιζόμενης οφειλής, προβλέπεται ότι οι απαιτήσεις των χρηματοδοτικών φορέων πρέπει να υπερβαίνουν σε ύψος αυτές του Δημοσίου και των ΦΚΑ, απαιτείται το περιεχόμενο της ρύθμισης να προκύπτει από το υπολογιστικό εργαλείο του άρθρ. 71 παρ. 2 περ. ζ΄ (εξαίρεση, όμως, προβλέπει το άρθρ. 21 παρ. 4), ενώ κατά τη διαμόρφωση του δοσολογίου ισχύουν οι κανόνες του άρθρ. 22.

18 Στη διαδικασία εξυγίανσης, σε αντίθεση με τον εξωδικαστικό μηχανισμό, λοιποί πιστωτές είναι όχι

Συμπερασματικά, ο νομοθέτης ήθελε να «αυτοματοποιήσει» την συμμετοχή του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων στις εξυγιαντικές διαδικασίες, προφανώς επειδή θεώρησε ως αναποτελεσματικό να τεθεί σε αυτούς το βάρος να προβαίνουν σε εξατομικευμένη αξιολόγηση για την υπογραφή ή μη της σύμβασης αναδιάρθρωσης οφειλών ή της συμφωνίας εξυγίανσης. Θα έλεγε κανείς ότι πρόκειται για τολμηρή και καινοτόμο[19] προσέγγιση στο πρόβλημα της συμμετοχής του Δημοσίου στις εξυγιαντικές διαδικασίες.

ΙΙΙ. Ειδικότερα, το τεκμήριο συναίνεσης του Δημοσίου (άρθρ. 37 παρ. 2 ν. 4738/2020)

Προκειμένου να συναφθεί συμφωνία εξυγίανσης, θα πρέπει να συναινεί ο οφειλέτης[20] καθώς και ορισμένο ποσοστό των πιστωτών, υπολογιζόμενο βάσει του ύψους των απαιτήσεών τους. Ειδικότερα, υπό το καθεστώς του ν. 4738/2020, θα πρέπει να συναινούν πιστωτές που εκπροσωπούν περισσότερο από το 50% των απαιτήσεων με ειδικό προνόμιο, καθώς και περισσότερο από το 50% των λοιπών απαιτήσεων (άρθρ. 34 παρ. 1 και 54 παρ. 1). Στις λοιπές απαιτήσεις περιλαμβάνονται (αθροιστικά) οι απαιτήσεις των ανέγγυων πιστωτών, καθώς και των γενικών προνομιούχων πιστωτών.[21] Εναλλακτικά, θα πρέπει να συναινούν πιστωτές που εκπροσωπούν περισσότερο από το 60% του συνόλου των απαιτήσεων, καθώς και περισσότερο από το 50% των απαιτήσεων με ειδικό προνόμιο (σε αυτή την περίπτωση, θα πρέπει να συντρέχουν και οι λοιποί όροι του άρθρ. 54 παρ. 2).

μόνο οι χρηματοδοτικοί φορείς αλλά και κάθε άλλος ανέγγυος ή ενέγγυος πιστωτής.

19 Τεκμήριο αποδοχής της σύμβασης αναδιάρθρωσης οφειλών προβλεπόταν και στην καταργηθείσα διαδικασία του εξωδικαστικού μηχανισμού ρύθμισης οφειλών επιχειρήσεων, αλλά χωρίς δυνατότητα διαγραφής βασικής οφειλής και μόνο για τις περιπτώσεις οφειλετών με συνολικό ποσό βασικής οφειλής προς το Δημόσιο έως 20.000 ευρώ (άρθρ. 15 παρ. 6 ν. 4469/2017). Κατά τα λοιπά, το Δημόσιο καλείτο να υπερψηφίσει ή όχι τη σύμβαση αναδιάρθρωσης (άρθρ. 15 παρ. 9 ν. 4469/2017). Βλ. σχετικά *Κουλουριάνο*, εις: Ψαρουδάκη/Αλ. Ρόκα/Κουλουριάνο, Εξωδικαστικός μηχανισμός ρύθμισης οφειλών επιχειρήσεων, 2018, σ. 341-344.

20 Συναίνεσή του δεν απαιτείται, υπό τους όρους των άρθρ. 34 παρ. 2 και 54 παρ. 3 περ. ε΄.

21 Βλ. και Αιτιολ. Έκθεση ν. 4738/2020, ό.π., επί του άρθρ. 34.

Η σύναψη συμφωνίας διευκολύνεται από τη νέα ρύθμιση του άρθρ. 37 παρ. 2. Υπό τους όρους της διάταξης αυτής, συνάγεται ότι συναινεί το Δημόσιο και οι δημόσιοι φορείς.[22] Δηλαδή, προσμετράται το ύψος της απαίτησης των φορέων αυτών στους συναινούντες πιστωτές, προς τον σκοπό του υπολογισμού των ως άνω πλειοψηφιών (βλ. άρθρ. 54 παρ. 1 εδάφ. β΄[23]), χωρίς να χρειάζεται το Δημόσιο να υπογράψει τη συμφωνία εξυγίανσης. Το Δημόσιο και οι δημόσιοι φορείς απαλλάσσονται από τη διαδικασία αξιολόγησης των όρων της συμφωνίας εξυγίανσης, και ο οφειλέτης διευκολύνεται κατά τη σύναψη της συμφωνίας. Προκειμένου να τύχει εφαρμογής το εν λόγω τεκμήριο συναίνεσης των φορέων αυτών, θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι εξής τρεις προϋποθέσεις:

α) Η βεβαιωμένη βασική οφειλή του οφειλέτη προς το αντίστοιχο πρόσωπο ή φορέα κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας εξυγίανσης δεν υπερβαίνει το ποσό των 15.000.000 ευρώ. Επομένως, λαμβάνεται υπόψη η βασική οφειλή (χωρίς τόκους ή προσαυξήσεις εκπρόθεσμης καταβολής[24]), χωριστά για το Δημόσιο και καθέναν από τους δημόσιους φορείς. Με την προϋπόθεση αυτή διασφαλίζεται ότι μία απαίτηση εξαιρετικά μεγάλου ύψους δεν θα αντιμετωπιστεί χωρίς κατ' ιδίαν αξιολόγηση του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων.[25]

β) Σύμφωνα με την έκθεση του εμπειρογνώμονα του άρθρ. 46 παρ. 1 περ. δ΄, το Δημόσιο ή ο δημόσιος φορέας δεν θα περιέλθει λόγω της εφαρμο-

22 Πρόκειται για τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, τις δημόσιες επιχειρήσεις (βλ. άρθρ. 1 ν. 3429/2005) και τους ΦΚΑ. Για λόγους συντόμευσης αποκαλούνται στην παρούσα δημόσιοι φορείς.

23 Το Δημόσιο και οι δημόσιοι φορείς, δηλαδή, είναι θιγόμενοι πιστωτές και αναφέρονται στην κατάσταση πιστωτών, και η συναίνεσή τους συνάγεται. Αντιθέτως, οι μη θιγόμενοι πιστωτές αφαιρούνται εντελώς από τον κατάλογο πιστωτών, προς το σκοπό υπολογισμού των πλειοψηφιών (βλ. άρθρ. 34 παρ. 1 εδάφ. α΄ και β΄).

24 Βλ. και ορισμούς άρθρ. 6 παρ. 2 και 3 (που αφορούν μεν άλλο κεφάλαιο του νόμου, αλλά πρόκειται για την ίδια έννοια).

25 Στον εξωδικαστικό μηχανισμό, το αντίστοιχο όριο είναι κατά πολύ χαμηλότερο (1.500.000 ευρώ, βλ. άρθρ. 21 παρ. 2 περ. β΄ υποπερ. i), επιβεβαιώνοντας έτσι το μέγεθος των επιχειρήσεων στο οποίο απευθύνεται η κάθε διαδικασία.

γής της συμφωνίας εξυγίανσης σε χειρότερη θέση ως προς τις βεβαιωμένες απαιτήσεις του κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας εξυγίανσης,[26] από τη θέση στην οποία θα περιέλθει σε περίπτωση πτώχευσης. Ουσιαστικά, εν προκειμένω ο νόμος αναφέρεται στην αρχή της μη χειροτέρευσης της θέσης των πιστωτών (άρθρ. 31), την τήρηση της οποίας εξετάζει ο εμπειρογνώμονας σε σχέση με πιστωτές των οποίων η συναίνεση συνάγεται ή πιστωτές που αντιτάσσονται στη συμφωνία (άρθρ. 48 παρ. 1 σε συνδ. με άρθρ. 54 παρ. 3 περ. β΄).

Επομένως, το δικαστήριο αρκείται στη διαπίστωση ότι κατά την έκθεση του εμπειρογνώμονα πληρούται η εν λόγω προϋπόθεση. Η έκθεση του εμπειρογνώμονα πρέπει να ακολουθεί το περιεχόμενο και τις διαδικασίες της σχετικής ΥΑ,[27] η οποία έχει εκδοθεί κατ' εξουσιοδότηση (βλ. άρθρ. 72 παρ. 4). Ενδεικτικά, προβλέπεται η διαδικασία για την εκτίμηση της αξίας βίαιας ρευστοποίησης των ακινήτων και κινητών του οφειλέτη,[28] ενώ η ανάκτηση στα σενάρια βίαιας ρευστοποίησης και εξυγίανσης υπολογίζεται σε παρούσα αξία.[29] Οι μη συναινούντες πιστωτές, αλλά και οι πιστωτές των οποίων η συναίνεση συνάγεται,[30] έχουν, ασφαλώς, δικαίωμα να ισχυριστούν ενώπιον του δικαστηρίου ότι δεν έχουν τηρηθεί οι εν λόγω διαδικασίες, ασκώντας κύρια παρέμβαση. Σε αυτή την περίπτωση, το δικαστήριο εξετάζει αν τηρούνται οι εν λόγω διαδικασίες από τον εμπειρογνώμονα, ιδίως δε όταν η μη τήρησή τους οδηγεί σε διαφορετικά πορίσματα ως προς την πλήρωση ή μη των προϋποθέσεων επικύρωσης της συμφωνίας εξυγίανσης.[31]

---

26 Το ύψος των απαιτήσεων προς το Δημόσιο προκύπτει από βεβαίωση που έχει εκδοθεί εντός μηνός από την υποβολή της αίτησης (άρθρ. 46 παρ. 1 περ. ε΄, και άρθρ. 4 παρ. 4 της ΥΑ 26400 ΕΞ 2021, ΦΕΚ Β΄ 865/5-3-2021).

27 ΥΑ 26400 ΕΞ 2021, ΦΕΚ Β΄ 865/5-3-2021.

28 Άρθρ. 9 της εν λόγω ΥΑ.

29 Άρθρ. 9 παρ. 2 και 11 παρ. 1 (και παρ. 3) της εν λόγω ΥΑ.

30 Βλ. σχετική Εγκύκλιο του Διοικητή της ΑΑΔΕ (Ε. 2117/28-5-2021), που προβλέπει την άσκηση κύριας παρέμβασης από το Δημόσιο, όταν δεν πληρούνται οι όροι για τη σύνταξη της έκθεσης εμπειρογνώμονα (κεφ. 8).

31 Είναι εύλογο να υποστηριχθεί, βάσει του σκοπού των διατάξεων, ότι επιμέρους αποκλίσεις από τη διαδικασία σύνταξης της έκθεσης, που δεν ανατρέπουν την πλήρωση των προϋποθέσεων επικύρω-

γ) Σύμφωνα με την έκθεση του εμπειρογνώμονα του άρθρ. 46 παρ. 1 περ. δ΄, οι βεβαιωμένες απαιτήσεις του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων (ως σύνολο) κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας εξυγίανσης είναι ως ποσό μικρότερο από το σύνολο των απαιτήσεων των ιδιωτών πιστωτών. Εν προκειμένω, αθροίζεται το σύνολο των οφειλών προς το Δημόσιο και τους δημόσιους φορείς (κεφάλαιο, τόκοι, προσαυξήσεις) και αντιπαραβάλλεται με το σύνολο της απαίτησης των λοιπών θιγόμενων[32] πιστωτών. Με το κριτήριο αυτό, διασφαλίζεται ότι οι ιδιώτες πιστωτές δεν μπορούν να «συμπαρασύρουν», μέσω της εφαρμογής του τεκμηρίου συναίνεσης, το Δημόσιο και τους δημόσιους φορείς, αν η απαίτησή τους είναι αθροιστικά μικρότερη από αυτήν των εν λόγω φορέων. Σε αυτές τις περιπτώσεις, η συναίνεση του Δημοσίου δεν συνάγεται και πρέπει να δοθεί ρητά, κατά τις προβλέψεις του άρθρ. 37 παρ. 1. Μάλιστα, γνωμοδότηση του ΝΣΚ αναφέρεται ακριβώς στην περίπτωση που ο οφειλέτης οφείλει αποκλειστικά στον ΕΦΚΑ και στο Δημόσιο, και δέχεται ότι και σε αυτές τις περιπτώσεις δύναται ο ΕΚΦΑ (ως κύριος πιστωτής, ο οποίος υπέβαλε το ερώτημα στο ΝΣΚ) να συμμετέχει στη διαδικασία εξυγίανσης, δυνάμει του άρθρ. 102 ΠτωχΚ.[33]

Οι ως άνω α) – γ) προϋποθέσεις δεν είναι ιδιαίτερα σύνθετες, αφού οι υπό α) και γ) είναι ποσοτικής φύσεως, ενώ η υπό β) εξετάζεται ούτως ή άλλως από τον εμπειρογνώμονα, ως μία από τις προϋποθέσεις επικύρωσης της συμφωνίας. Στο πρώτο διάστημα της εφαρμογής του ν. 4738/2020, το τεκμήριο συναίνεσης έχει ήδη αξιοποιηθεί αρκετές φορές και επιβεβαιωθεί νομολογιακά.[34]

σης της συμφωνίας εξυγίανσης, δεν οδηγούν σε απόρριψη της αίτησης.

32 Η διάταξη δεν αναφέρει τη λέξη «θιγόμενων», αλλά είναι εύλογο να θεωρήσει κανείς ότι οι μη θιγόμενοι πιστωτές δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, αφού δεν επηρεάζουν τη ρύθμιση οφειλών.

33 Ατομ. Γνμδ. ΝΣΚ 139/2017 (προσθέτοντας ότι η ύπαρξη ειδικών πλαισίων ρύθμισης οφειλών προς τους ασφαλιστικούς φορείς – όπως αυτό του ν. 4152/2013 – δεν αποκλείει τη σύναψη συμφωνίας εξυγίανσης με συμμετοχή του ΕΦΚΑ).

34 ΠΠρΑθ 146/2022, ΕΕμπΔ 2022, 581, με παρατ. *Πανίτσα·* ΠΠρΠατρ 266/2022, δημοσ. ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΑμφ 4/2021, δημοσ. ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΒερ 8/ΕΠ/2022 (αδημ.)· ΠΠρΒερ 9/ΕΠ/2022 (αδημ.)· ΠΠρΜεσολ 5/2022 (αδημ.)·ΕφΠειρ 479/2023, δημοσ. ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 6289/2022,

Σημειώνεται ότι η συναγόμενη συναίνεση του Δημοσίου αφορά τους όρους της συμφωνίας,[35] όχι όμως το ζήτημα της παροχής συναίνεσης του πιστωτή για τον περιορισμό εγγύησης που έχει παρασχεθεί από τρίτο υπέρ ρυθμιζόμενης με τη συμφωνία οφειλής ή αντιστοίχως τον περιορισμό συνοφειλής εις ολόκληρον, κατά τη ρητή διάταξη του άρθρ. 60 παρ. 3.[36] Κατά τα λοιπά, το Δημόσιο διατηρεί το δικαίωμα καταγγελίας ή υπαναχώρησης (άρθρ. 63 παρ. 4 και 40 παρ. 1), ή υποβολής αίτησης ακύρωσης της συμφωνίας (άρθρ. 63 παρ. 1-3), εφόσον συντρέχουν οι όροι προς τούτο.

IV. Όροι συμμετοχής του Δημοσίου σε συμφωνία εξυγίανσης (άρθρ. 37 παρ. 1 ν. 4738/2020)

Όταν δεν συντρέχουν οι όροι του άρθρ. 37 παρ. 2, δεν δύναται μεν να συναχθεί η συναίνεση του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων, όμως το Δημόσιο και οι δημόσιοι φορείς δύνανται να συναινούν στη σύναψη της συμφωνίας εξυγίανσης σύμφωνα με την σχετική διάταξη του άρθρ. 37 παρ. 1. Η διάταξη αυτή έχει ως εξής: «Το Δημόσιο, νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, δημόσιες επιχειρήσεις και Φορείς Κοινωνικής Ασφάλισης δύνανται να συναινούν στη σύναψη συμφωνίας εξυγίανσης, ακόμα και όταν με τη συμφωνία παραιτούνται από προνόμια και εξασφαλίσεις ενοχικής ή εμπράγματης φύσης και από ένδικά μέσα ή βοηθήματα. Κατ' εξαίρεση, η συναίνεση αυτή δεν παρέχεται στην περίπτωση που, λόγω της εφαρμογής της συμφωνίας εξυγίανσης, οι ως άνω φορείς θα περιέρχονταν σε χειρότερη θέση ως προς τις βεβαιωμένες ή ληξιπρόθεσμες απαιτήσεις τους κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας εξυγίανσης σε σχέση με τη θέση στην οποία θα περιέρχονταν ως προς τις απαιτήσεις αυτές σε περίπτωση πτώχευσης του οφειλέτη».

ΕΕμπΔ 2023, 565 με παρατ. *Κουλουριάνου*· ΠΠρΛασιθ 6/2023, δημοσ. ΤΝΠ Νόμος. Σε ορισμένες από τις οικείες συμφωνίες εξυγίανσης, μάλιστα, προβλεπόταν απομείωση και του κεφαλαίου της οφειλής προς το Δημόσιο.

35 Αλλά και την περίπτωση τροποποίησης των όρων της συμφωνίας κατά το άρθρ. 59 παρ. 1.

36 Βλ. και ΠΠρΠατρ 266/2022, δημοσ. ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΑθ 146/2022, ΕΕμπΔ 2022, 581 με παρατ. *Πανίτσα*.

Η διάταξη αυτή δεν υποχρεώνει το Δημόσιο και τους δημόσιους φορείς να υπογράφουν τη συμφωνία εξυγίανσης («δύνανται να συναινούν»). Βέβαια, η διατύπωση του β΄ εδαφ. περί κατ' εξαίρεση μη παροχής συναίνεσης δίνει την εντύπωση ότι το Δημόσιο και οι δημόσιοι φορείς κατά κανόνα συναινούν στη σύναψη της συμφωνίας εξυγίανσης. Θα λέγαμε ότι πρόκειται περισσότερο για μία «ελπίδα» του νομοθέτη, παρά για επιταγή προς συναίνεση.

Η διάταξη του άρθρ. 37 παρ. 1 παρουσιάζει την εξής βασική διαφορά σε σχέση με την προηγούμενη αντίστοιχη διάταξη του ΠτωχΚ (άρθρ. 102, βλ. παραπ. υπό Ι). Το άρθρ. 102 περιείχε ένα θετικό κριτήριο για τη συμμετοχή του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων στις συμφωνίες: οι φορείς αυτοί συμμετέχουν «με τους ίδιους όρους που θα συναινούσε υπό τις αυτές συνθήκες ιδιώτης πιστωτής». Η διατύπωση αυτή διασφάλιζε ότι η συμμετοχή του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων δεν θα θεωρηθεί ως κρατική ενίσχυση υπέρ του οφειλέτη.[37] Το κριτήριο του ιδιώτη πιστωτή επιβεβαιώνεται και στη νομολογία του ΔικΕΕ.[38] Στο άρθρ. 37 παρ. 1, αντιθέτως, απουσιάζει το εν λόγω θετικό κριτήριο.[39] Αναφέρεται, όμως, ότι η συναίνεση του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων δεν παρέχεται, όταν με τη συμφωνία εξυγίανσης οι φορείς αυτοί περιέρχονται σε δυσμενέστερη θέση σε σχέση με τη θέση στην οποία θα περιέρχονταν σε περίπτωση πτώχευσης του οφειλέτη. Δηλαδή, περιορίζεται το κριτήριο αξιολόγησης του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων: δεν αξιολογείται κάθε κριτήριο που θα λάμβανε υπόψη ένας ιδιώτης πιστωτής, αλλά ειδικά η αντιπαραβολή με το σενάριο της πτώχευσης. Η αντιπαραβολή με το σενάριο της πτώχευσης είναι, πάντως, ένα κριτήριο που θα εξέταζε ο ιδιώτης πιστωτής, αλλά όχι το μόνο.

37 Για την προέλευση του όρου βλ. *Περάκη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, 3η έκδ., 2017, σ. 72, με παραπομπές. Βλ. επίσης Ορφανίδη, ΝοΒ 2023, 1321, 1336 επ.· *Αλ. Ρόκα*, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., 2014, σ. 194 επ.· *Χριστοπούλου*, Η διαδικασία εξυγίανσης ως διαχρονικός θεσμός του ελληνικού δικαίου, 2016, σ. 167.

38 Βλ. την από 24-1-2013 απόφ. ΔικΕΕ, C-73/11 P, Frucona, σκ. 71-73.

39 Στην αρχική διατύπωση του άρθρ. 37 παρ. 1, προ των τροποποιήσεων που επέφερε το άρθρ. 34 παρ. 12 ν. 4818/2021, είχε διατηρηθεί το κριτήριο του ιδιώτη πιστωτή.

Σημειωτέον, το κριτήριο της αντιπαραβολής με το σενάριο της πτώχευσης ουσιαστικά αποδίδει την αρχή της μη χειροτέρευσης των πιστωτών, η πλήρωση της οποίας, όπως προαναφέρθηκε (υπό ΙΙΙ), αναλύεται στην έκθεση του εμπειρογνώμονα και εξετάζεται από το δικαστήριο (άρθρ. 31, 48 παρ. 1 και άρθρ. 54 παρ. 3 περ. β΄). Επομένως, εξεταστέα είναι, και σε αυτήν την περίπτωση, η ανάκτηση του Δημοσίου και των δημοσίων φορέων στο σενάριο βίαιας ρευστοποίησης, σε παρούσα αξία, σε αντιπαραβολή με την ανάκτηση κατά τη συμφωνία εξυγίανσης.[40] Το Δημόσιο καλείται να διαπιστώσει την πλήρωση της εν λόγω προϋπόθεσης, εξ ου και η σχετική Εγκύκλιος της ΑΑΔΕ προβλέπει ότι ο οφειλέτης που επιδιώκει τη συμμετοχή του Δημοσίου στη συμφωνία, θα πρέπει να υποβάλει σχετική αίτηση,[41] συνοδευόμενη από σειρά δικαιολογητικών (σχέδιο έκθεσης εμπειρογνώμονα, τυχόν εκθέσεις εκτίμησης, κατάλογο περιουσιακών στοιχείων, βεβαιώσεις βαρών, κατάσταση πιστωτών, επιχειρηματικό σχέδιο κ.ά.).[42] Το εύρος των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών, αλλά και η ακολουθούμενη γραφειοκρατική διαδικασία (εισήγηση Διεύθυνσης Εισπράξεων ΑΑΔΕ, γνωμοδότηση ΝΣΚ, απόφαση Διοικητή ΑΑΔΕ[43]), καταδεικνύουν ότι θα πρόκειται, όπως και προ του ν. 4738/2020, για μία χρονοβόρο διαδικασία, που σπάνια θα οδηγεί στην ταχεία και αποτελεσματική συμμετοχή του Δημοσίου στις συμφωνίες εξυγίανσης. Υπό αυτές τις παραδοχές, το άρθρ. 37 παρ. 1 θα είναι, όπως η προγενέστερη διάταξη του ΠτωχΚ, «δώρον άδωρον».[44]

Στα ως άνω προστίθεται ότι κατά το άρθρ. 72 παρ. 2, με κοινή απόφαση

40 Βλ. και σχετική Εγκύκλιο του Διοικητή της ΑΑΔΕ (Ε. 2117/28-5-2021), κεφ. 9 ΙΙΙ.

41 Η αίτηση προς την ΑΑΔΕ διαβιβάζεται στο Κέντρο Είσπραξης Οφειλών ή την Επιχειρησιακή Μονάδα Είσπραξης (για οφειλές άνω των 8 εκ. ευρώ), που διαμορφώνουν την εισήγησή τους προς τη Διεύθυνση Εισπράξεων της ΑΑΔΕ. Βλ. την ως άνω Εγκύκλιο του Διοικητή της ΑΑΔΕ, κεφ. 9 ΙΙ, VII.

42 Ό.π., κεφ. 9 VI. Αντίστοιχες προβλέψεις και στην Εγκύκλιο του ΚΕΑΟ (33/2-6-2021), κεφ. ΙΙΙ Γ.

43 Ό.π., κεφ. 9 ΙΙ, VII. Σημειώνεται ότι το συναφές, προαναφερθέν υπό Ι, άρθρ. 4 παρ. 6 ν. 3808/2009, εξακολουθεί να εφαρμόζεται· βλ. σχετικά *Χριστοπούλου*, Η διαδικασία εξυγίανσης ως διαχρονικός θεσμός του ελληνικού δικαίου, 2016, σ. 168 (αναφέροντας ότι η εν λόγω γραφειοκρατία παρεμποδίζει, παρά διευκολύνει έναν ιδιώτη πιστωτή).

44 Βλ. *Αλ. Ρόκα*, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., 2014, σ. 196.

των Υπουργών Οικονομικών και Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων μπορούν να τίθενται επιπλέον λόγοι μη συναίνεσης του Δημοσίου και των ΦΚΑ, πέραν των προβλεπόμενων στην παρ. 1 του άρθρου 37. Η εν λόγω απόφαση δεν έχει ακόμη εκδοθεί. Βέβαια, ήδη παρατηρείται ότι στην οικεία Εγκύκλιο της ΑΑΔΕ αναφέρονται ορισμένα πρόσθετα κριτήρια αξιολόγησης,[45] ιδίως: αν τηρείται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των πιστωτών, αν το σχέδιο συμφωνίας περιέχει ασαφείς όρους, αν προβλέπεται η ρύθμιση μη βεβαιωμένων ακόμη οφειλών[46] ή αν προβλέπεται η ρύθμιση οφειλών μη δεκτικών ρύθμισης (από ανάκτηση κρατικών ενισχύσεων, ή από δασμούς). Στο βαθμό που – και πριν την έκδοση της ΚΥΑ του άρθρ. 72 παρ. 2 – η παροχή συναίνεσης του Δημοσίου παραμένει κατά το άρθρ. 37 παρ. 1 δυνατότητα και όχι υποχρέωση, δεν θα πρέπει να εκπλήσσει η ως άνω προσθήκη κριτηρίων για την αξιολόγηση των σχεδίων συμφωνιών εξυγίανσης. Επομένως, παρά τη βούληση του νομοθέτη, η μη παροχή συναίνεσης να είναι η εξαίρεση, μπορεί τελικά να αποδειχθεί ο κανόνας, όπως στο ισχύσαν δίκαιο.

V. Λοιπές προβλέψεις για τη συμμετοχή του Δημοσίου στη διαδικασία εξυγίανσης

Υπάρχουν και άλλες προβλέψεις που διαμορφώνουν τη θέση του Δημοσίου στη διαδικασία εξυγίανσης, οι οποίες αναφέρονται συνοπτικά στην παρούσα ενότητα.

45 Ό.π., κεφ. 9 IV.

46 Είναι συνηθισμένος όρος στις συμφωνίες εξυγίανσης, και έχει γίνει δεκτός από τη νομολογία, ότι ρυθμίζονται και οφειλές που τυχόν προκύψουν από μελλοντικούς φορολογικούς ελέγχους, αλλά αφορούν παρελθούσες διαχειριστικές χρήσεις (στις οποίες εκτείνεται το χρονικό πεδίο της ρύθμισης)· βλ. ενδεικτικά ΠΠρΑθ 108/2023, ΕΕμπΔ 2023, 871 με παρατ. *Πανίτσα*· ΠΠρΑθ 146/2022, ΕΕμπΔ 2022, 581, με παρατ. *Πανίτσα*· ΠΠρΠατρ 581/2021 ΕΕμπΔ 2022, 236 με παρατ. *Κουλουριάνου* (με πρόβλεψη μη μεταφοράς των οφειλών αυτών στη νέα εταιρία και διαγραφής κατά 100%)· ΠΠρΘεσ 5756/2020 ΕΕμπΔ 2020, 723 με παρατ. *Αλ. Ρόκα*. Επομένως, ο όρος αυτός μπορεί να περιλαμβάνεται στις συμφωνίες εξυγίανσης, δεν αναμένεται όμως σε αυτές τις περιπτώσεις να συναινεί το Δημόσιο, υπογράφοντας τη συμφωνία εξυγίανσης (μπορεί, όμως, να συνάγεται η συναίνεσή του).

Κατ' αρχήν, το Δημόσιο και ορισμένοι δημόσιοι φορείς (ΦΚΑ, ΟΤΑ) είναι γενικοί προνομιούχοι πιστωτές,[47] κάτι που ενισχύει τη θέση τους στη διαδικασία, καθώς βάσει της αρχής της μη χειροτέρευσης της θέσης των πιστωτών[48] θα πρέπει να διασφαλίζεται ότι με τη συμφωνία εξυγίανσης λαμβάνουν τουλάχιστον ότι θα λάμβαναν σε περίπτωση πτώχευσης του οφειλέτη. Βάσει της έκθεσης του εμπειρογνώμονα, που έχει συνταχθεί βάσει των προδιαγραφών της σχετικής ΥΑ,[49] θα προκύπτει το ποσό της ικανοποίησής τους σε περίπτωση πτώχευσης του οφειλέτη, σε παρούσα αξία. Έτσι, η συμφωνία εξυγίανσης μπορεί να προβλέπει ρύθμιση της οφειλής σε δόσεις, ή/και διαγραφή τόκων και προσαυξήσεων, ή ακόμη και διαγραφή τμήματος του κεφαλαίου, εφόσον προκύπτει ότι το Δημόσιο λαμβάνει τουλάχιστον ό,τι θα λάμβανε σε περίπτωση πτώχευσης.[50] Σημειώνεται ότι οι προβλέψεις της συμφωνίας εξυγίανσης υπερισχύουν τυχόν προγενέστερων συναφθεισών ρυθμίσεων.[51]

Περαιτέρω, ο νόμος προβλέπει διάφορα διαδικαστικά προνόμια για το Δημόσιο και τους ΦΚΑ: Στην αίτηση επικύρωσης επισυνάπτεται επί ποινή απαραδέκτου βεβαίωση χρεών προς το Δημόσιο και τους ΦΚΑ, η οποία πρέπει να έχει εκδοθεί εντός μηνός πριν την υποβολή της αίτησης επικύρωσης (άρθρ. 46 παρ. 1 περ. ε΄). Μετά την κατάθεση της αίτησης, το Δημόσιο και οι

47 Άρθρ. 975 αρ. 3 και 5 ΚΠολΔ.

48 Άρθρ. 31 και 54 παρ. 3 περ. β΄ ν. 4738/2020 (προηγουμένως, άρθρ. 106β παρ. 2 περ. β΄ ΠτωχΚ).

49 ΥΑ 26400 ΕΞ 2021, ΦΕΚ Β΄ 865/5-3-2021.

50 Αρχικά, ιδίως μέχρι τη μεταρρύθμιση του δικαίου των προνομίων (2015), υπήρχε μεγάλη επιφυλακτικότητα στη ρύθμιση του Δημοσίου σε πολλές δόσεις (άνω των 90) ή πόσο μάλλον στη διαγραφή κεφαλαίου, πλέον όμως έχουν γίνει δεκτές τέτοιες περιπτώσεις συμφωνιών από τη νομολογία. Βλ. ενδεικτικά: ΠΠρΑθ 146/2022, ΕΕμπΔ 2022, 581, με παρατ. *Πανίτσα* (διαγραφή τμήματος του κεφαλαίου και ρύθμιση του υπολοίπου)· ΠΠρΠατρ 581/2021 ΕΕμπΔ 2022, 236 με παρατ. *Κουλουριάνου* (ρύθμιση σε 240 δόσεις)· ΠΠρΡεθ 11/2020, ΕΕμπΔ 2020, 977 (διαγραφή τμήματος του κεφαλαίου και ρύθμιση του υπολοίπου)· ΕφΔωδ 115/2019, ΕΕμπΔ 2019, 935 (120 δόσεις με διαγραφή προσαυξήσεων)· ΠΠρΑθ 233/2019, ΕΕμπΔ 2019, 438 (διαγραφή τμήματος της απαίτησης και ρύθμιση του υπολοίπου)· ΕφΑθ 5177/2017, ΕΕμπΔ 2017, 911 με παρατ. *Φράστανλη* (180 δόσεις). Για τις αντανακλαστικές συνέπειες της μεταρρύθμισης του δικαίου των προνομίων στον τρόπο ικανοποίησης των πιστωτών στις εξυγιάνσεις βλ. *Αλ. Ρόκα*, Οι πρόσφατες τροποποιήσεις στην πτωχευτική διαδικασία με το Ν. 4336/2015, ΧρΙΔ 2015, 657, 663.

51 Βλ. άρθρ. 39 παρ. 1 περ. α΄ ν. 4738/2020.

ΦΚΑ κλητεύονται υποχρεωτικά (άρθρ. 49 παρ. 5 εδάφ. β΄).[52]

Υπάρχουν και προβλέψεις υπέρ του οφειλέτη: Ως ασφαλιστικό μέτρο, το δικαστήριο μπορεί να επιτρέψει τη δανειοδότηση του οφειλέτη άνευ ασφαλιστικής ή φορολογικής ενημερότητας, εφόσον κρίνεται αναγκαίο για τη λειτουργία της επιχείρησης (άρθρ. 50 παρ. 4 εδάφ. β΄). Με την επικύρωση της συμφωνίας αναστέλλεται η ποινική δίωξη της μη καταβολής χρεών προς το Δημόσιο και τους ΦΚΑ (άρθρ. 60 παρ. 6 περ. β΄ και άρθρ. 61). Οι ρυθμιζόμενες με τη συμφωνία εξυγίανσης οφειλές προς το Δημόσιο και τους ΦΚΑ καθίστανται ενήμερες υπό τον όρο τήρησης της συμφωνίας εξυγίανσης και οι αρμόδιες αρχές οφείλουν να χορηγούν τις αντίστοιχες βεβαιώσεις ενημερότητας, σύμφωνα και με τα προβλεπόμενα στη συμφωνία εξυγίανσης (άρθρ. 60 παρ. 6 περ. γ΄). Στην πράξη, οι βεβαιώσεις ενημερότητας, την έκδοση των οποίων προβλέπει η συμφωνία εξυγίανσης, αφορούν συχνά τη μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων στο νέο φορέα που αναλαμβάνει την επιχείρηση του οφειλέτη, δυνάμει του άρθρ. 64.[53] Επιπλέον, η συμφωνία εξυγίανσης μπορεί να προβλέπει την άρση των κατασχέσεων συμπεριλαμβανομένων και των κατασχέσεων εις χείρας τρίτων που έχει επιβάλει το Δημόσιο και έχουν ως αιτία ρυθμιζόμενες με τη συμφωνία οφειλές (άρθρ. 60 παρ. 6 περ. δ΄).[54]

52 Κατά τη (μάλλον μη κρατούσα) στη νομολογία άποψη, λόγω της υποχρεωτικής κλήτευσης του Δημοσίου στη δίκη (άρθρ. 105 παρ. 4 εδάφ. β΄ ΠτωχΚ, ήδη άρθρ. 49 παρ. 5 εδάφ. β΄ ν. 4738/2020), το τελευταίο έχει ήδη αποκτήσει την ιδιότητα του διαδίκου, οπότε τυχόν ασκούμενη κύρια παρέμβαση από αυτό απορρίπτεται ως απαράδεκτη, λαμβάνονται όμως υπόψη οι κατατεθείσες προτάσεις του· ΠΠρΘεσ 15870/2021 (αδημ.)· ΠΠρΠατρ 266/2022, δημοσ. ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΒερ 8/ΕΠ/2022 (αδημ.).

53 Ήδη προ του ν. 4738/2020, στη συμφωνία εξυγίανσης μπορούσε να προβλέπεται όρος παρακράτησης ενός ποσοστού υπέρ του Δημοσίου (το οποίο μπορεί να είναι μικρότερο από τα κατά νόμο ισχύοντα). Βλ. και παλαιότερη γνμδ. ΟλομΝΣΚ 172/2016 (σε συνέχεια της γνμδ. ΝΣΚ 55/2016), που διευκρινίζει ότι οι διευκολύνσεις αυτές αφορούν μόνο τις ρυθμιζόμενες με τη συμφωνία οφειλές. Βλ. επίσης Εγκύκλιο του Διοικητή της ΑΑΔΕ (Ε. 2117/28-5-2021), κεφ. 11 γ. Υπό την ισχύ του ν. 4738/2020, κατά τη μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων με το άρθρ. 64 εφαρμόζονται επιπλέον οι διευκολύνσεις των άρθρ. 170 και 171 (απαλλαγή συναλλαγής από κάθε φόρο, απαλλαγή από την υποχρέωση προσάρτησης πιστοποιητικών της φορολογικής διοίκησης κ.ά.).

54 Γινόταν ήδη δεκτό από τη νομολογία, βλ. ενδεικτικά ΠΠρΘεσ 5756/2020 ΕΕμπΔ 2020, 723 με παρατ. *Αλ. Ρόκα.*

Είναι, τέλος, άξιο μνείας ότι ο νομοθέτης προνοεί για τη ρύθμιση των οφειλών προς το Δημόσιο και τους ΦΚΑ, όταν ο οφειλέτης σύναψε μεν συμφωνία εξυγίανσης, δεν πρόβλεψε όμως με τη συμφωνία εξυγίανσης τη ρύθμιση ορισμένων οφειλών προς το Δημόσιο και τους ΦΚΑ (μπορεί να προβλέφθηκε ότι οι οφειλές αυτές είναι μη θιγόμενες,[55] ή ότι η συμφωνία εξυγίανσης αφορά μόνο οφειλές μέχρι το χρονικό σημείο της σύνταξης της κατάστασης πιστωτών[56]). Στην περίπτωση αυτή, οι οφειλέτες μπορούν να ζητήσουν τη ρύθμιση των οφειλών τους, που ανάγονται σε χρόνο μέχρι την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης, σε 90 δόσεις κατά μέγιστο.[57] Η εξυγίανση, δηλαδή, αναγνωρίζεται ως γεγονός που δικαιολογεί την υπαγωγή σε ρύθμιση.

VI. Επίλογος

Στην αντιμετώπιση του θεσμού της εξυγίανσης από πλευράς του Δημοσίου, παρατηρείται μία σύγχυση στόχων και ρυθμίσεων.[58] Από τη μία πλευρά, δημιουργείται από την πολιτεία ο θεσμός της εξυγίανσης, με σκοπό τη διάσωση των κοινωνικά σημαντικών επιχειρήσεων, χωρίς όμως να παραβλάπτεται η συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών. Από την άλλη πλευρά, το ίδιο το Δημόσιο αντιμετωπίζει εξαιρετικά διστακτικά τη διαδικασία, με τη γραφειοκρατία, τις καθυστερήσεις, την έλλειψη υποδομών ή το φόβο ανάληψης ευθυνών να αποτρέπουν την ενεργητική συμμετοχή του στις εξυγιάνσεις των επιχειρήσεων. Κατ' αποτέλεσμα, επικράτησε το στενό ταμειακό συμφέρον του Δημοσίου, και όχι το ευρύτερο δημόσιο συμφέρον για διάσωση κοινωνι-

55 Βλ. *Αλ. Ρόκα*, Έννοια μη θιγόμενων από τη συμφωνία εξυγίανσης πιστωτών, ΔΕΕ 2017, 1302.

56 Η ρύθμιση οφειλών με τη συμφωνία εξυγίανσης μπορεί να αφορά οφειλές που γεννώνται μέχρι το χρονικό σημείο επικύρωσης της συμφωνίας εξυγίανσης (άρθρ. 60 παρ. 2), χωρίς όμως να είναι υποχρεωτικό η ρύθμιση να εκτείνεται μέχρι το σημείο αυτό.

57 Άρθρ. 64 παρ. 3 και 9 Κ.Ε.Δ.Ε. (ν. 4978/2022) και άρθρ. 119 ν. 4387/2016. Παλαιότερη Απόφαση του ΔΣ του ΙΚΑ (41/2014) προέβλεπε ρύθμιση με μέγιστο όριο τις 180 δόσεις.

58 *Χριστοπούλου*, Η διαδικασία εξυγίανσης ως διαχρονικός θεσμός του ελληνικού δικαίου, 2016, σ. 173 (με αναφορά και στην Εγκύκλιο με αρ. ΠΟΛ 1068/3.4.2018, η οποία αντιμετωπίζει αμυντικά το θεσμό της εξυγίανσης). Βλ. επ' αυτού και *Αλ. Ρόκα*, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., 2014, σ. 199 επ.

κά σημαντικών επιχειρήσεων, οι οποίες θα συνεχίσουν να συνεισφέρουν και στα δημόσια ταμεία σε ένα βάθος χρόνου. Έτσι, αυτό που τελικά συμβαίνει στην πράξη είναι ότι το Δημόσιο δεσμεύεται με την αποδοχή της συμφωνίας από την πλειοψηφία των πιστωτών και την έναντι όλων ισχύ της, ή, μετά τον ν. 4738/2020, δια της συναγόμενης συναίνεσής του με τον μηχανισμό του άρθρ. 37 παρ. 2. Ίσως, σε μία επόμενη φάση εξέλιξης των εξυγιάνσεων, μπορέσει το Δημόσιο να αποκτήσει ίδιες υποδομές για την αξιολόγηση των προτεινόμενων αναδιαρθρώσεων επιχειρήσεων, ιδίως επιχειρήσεων με ιδιαίτερη σημασία για την οικονομία.

Είναι συνταγματικός ο νομοθετικός προσδιορισμός του ετησίου εισοδήματος βάσει τεκμηρίων;

Θεόδωρος Φορτσάκης

Ομότιμος Καθηγητής της Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Πρ. Πρύτανης του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών

Αντ. Μέλος της Ακαδημίας Ηθικών και Πολιτικών Επιστημών της Γαλλίας (Institut de France)

1. Ο Ν. 5073/11-12-2023 *«Μέτρα για τον περιορισμό της φοροδιαφυγής και άλλες επείγουσες διατάξεις»* επανέφερε με δριμύτητα στην επικαιρότητα το ζήτημα της συνταγματικότητας του νομοθετικού προσδιορισμού του εισοδήματος, δηλαδή τον προσδιορισμό της φοροδοτικής ικανότητας του φορολογουμένου, βάσει τεκμηρίων. Πράγματι, με το άρθρο 15 του νόμου αυτού, με τίτλο: *«Ελάχιστο ποσό καθαρού εισοδήματος από την άσκηση ατομικής επιχειρηματικής δραστηριότητας»,* προστέθηκαν στον Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ΚΦΕ, Ν. 4172/2013) το άρθρο 28Α, με το άρθρο 16, με τίτλο «Εισοδήματα που μειώνουν το ελάχιστο ποσό καθαρού εισοδήματος από την άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας», προστέθηκε το άρθρο 28Β και με το άρθρο 17, με τίτλο *«Άλλες μειώσεις του ελάχιστου ποσού καθαρού εισοδήματος από την άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας και ειδικές ρυθμίσεις»,* προστέθηκε το άρθρο 28Γ, με τα οποία θεσπίσθηκε νέο σύστημα τεκμαρτού προσδιορισμού του ελάχιστου ετησίου εισοδήματος των ελευθέρων επαγγελματιών και των αυτοαπασχολουμένων.

Για τον υπολογισμό του ελάχιστου αυτού τεκμαρτού εισοδήματος, που μπορεί να φθάνει μέχρι το ποσό των 50.000 €, λαμβάνεται υπόψη το ετήσιο ποσό του νομοθετημένου μικτού κατώτατου μισθού ή το ποσό που αντιστοιχεί στις μικτές αποδοχές του υψηλότερα αμειβόμενου υπαλλήλου που απασχολείται από το υπόχρεο φυσικό πρόσωπο, μέχρι το ποσό των 30.000 €, που προσαυξάνεται έως 30% ανάλογα με τον χρόνο έναρξης της επαγγελματικής δραστηριότητας του υποχρέου, ενώ σε αυτό προστίθεται ποσό ίσο με το 10% της ετήσιας δαπάνης μισθοδοσίας, μέχρι το ποσό των 15.000 €, καθώς και ποσό που φθάνει στο 5% επί του ποσού κατά το οποίο ο κύκλος εργασιών του υποχρέου υπερβαίνει τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών του συνόλου εκείνων που ασκούν την ίδια δραστηριότητα, λαμβανομένου υπόψη του Κωδικού Αριθμού Δραστηριότητας από την οποία αντλεί ο υπόχρεος τα υψηλότερα έσοδα.

2. Η θέσπιση τεκμηρίων για τον προσδιορισμό του ετήσιου εισοδήματος αποτέλεσε γνώριμη νομοθετική πρακτική για μακρό χρονικό διάστημα. Ο δικαιολογητικός λόγος του προσδιορισμού της φοροδοτικής ικανότητας βάσει τεκμηρίων, δηλαδή βάσει στοιχείων από τα οποία συνάγεται ένα ποσό ετήσιου εισοδήματος που λαμβάνεται ως βάση επιβολής του φόρου, πρέπει να αναζητηθεί στην ανάγκη δραστικής αντιμετώπισης και πάντως περιορισμού της φοροδιαφυγής, λαμβανομένης υπόψη της αδυναμίας άσκησης αποτελεσματικού ελέγχου του συνόλου των φορολογικών δηλώσεων και υποθέσεων. Επίσης ο τεκμαρτός προσδιορισμός χρησιμεύει όταν ο πραγματικός προσδιορισμός του φορολογητέου εισοδήματος είναι ανέφικτος ή αλυσιτελής. Η επιδίωξη αυτή εντάσσεται αναντίρρητα στο πλαίσιο της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Έτσι, στο άρθρο 16 του προϊσχύσαντος Ν. 2238/1994 και του ισχύοντος άρθρου 31 ΚΦΕ για τις αντικειμενικές δαπάνες και υπηρεσίες, καθώς και στα άρθρα 17 και 32 αντίστοιχα για τις δαπάνες απόκτησης περιουσιακών στοιχείων προβλεπόταν και προβλέπεται ο τεκμαρτός προσδιορισμός του εισοδήματος βάσει των δαπανών διαβίωσης του φορολογουμένου. Το άρθρο 12§3 του Ν. 820/1978 είχε μάλιστα καθιερώσει το τεκμήριο βάσει των δαπανών διαβίωσης ως αμάχητο, ενώ το άρθρο 6§5 του Ν. 1249/1982 κατάργησε το αμάχητο του τεκμηρίου αυτού.

Παλαιότερα, τα στοιχεία του τεκμαρτού προσδιορισμού αναφέρονταν στην έκταση της συναλλακτικής δράσης και γενικά των συνθηκών λειτουργίας της επιχείρησης (άρθρο 30§2 του Ν. 2238/1994) ή στις συνθήκες άσκησης του επαγγέλματος του ελεύθερου επαγγελματία (άρθρο 50 του Ν. 2238/1994). Επίσης, μεταξύ 1986 και 1989 είχε εφαρμοσθεί ο τεκμαρτός προσδιορισμός του εισοδήματος του ελεύθερου επαγγελματία ή της επιχείρησης βάσει του τεκμηρίου «επαγγελματικής βιωσιμότητας». Τέλος, τα άρθρα 1 και 3 του Ν. 2214/1994 (και μετέπειτα άρθρο 33 του Ν. 2238/1994) είχαν καθιερώσει τον τεκμαρτό προσδιορισμό του καθαρού εισοδήματος ορισμένων κατηγοριών επιχειρήσεων με τα λεγόμενα «αντικειμενικά κριτήρια», δηλαδή με τον πολλαπλασιασμό της μισθωτικής αξίας της επαγγελματικής εγκατάστασης της επιχείρησης με τους ειδικά προβλεπόμενους συντελεστές εμπορικότητας και απόδοσης. Ειδικότερα, ο προσδιορισμός του καθαρού εισοδήματος με αντικειμενικά κριτήρια εφαρμοζόταν στις ατομικές επιχειρήσεις που δεν τηρούσαν βιβλία ή τηρούσαν βιβλία πρώτης ή δεύτερης κατηγορίας του ΚΒΣ, στις επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών που τηρούσαν προαιρετικά βιβλία τρίτης κατηγορίας του ΚΒΣ, καθώς και σε ορισμένες κατηγορίες ελεύθερων επαγγελματιών (δικηγόρου, γιατρού, οδοντιάτρου κ.ά.) που τηρούσαν βιβλία δεύτερης ή προαιρετικά τρίτης κατηγορίας του ΚΒΣ. Το σύστημα αυτό καταργήθηκε με τον Ν. 2753/1999.

Στον ισχύοντα ΚΦΔ προβλέπονται και συναφείς μέθοδοι έμμεσου προσδιορισμού της φορολογητέας ύλης (άρθρο 27 ΚΦΔ), που λειτουργούν παράλληλα με τον τεκμαρτό προσδιορισμό.

3. Όπως ήταν αναμενόμενο, η θέσπιση τεκμηρίων για τον προσδιορισμό του ετήσιου φορολογητέου εισοδήματος προκάλεσε, στο πλαίσιο καθεμίας από τις σχετικές νομοθετικές προβλέψεις, μεγάλο αριθμό αμφισβητήσεων, με επίκεντρο την προβολή της αντισυνταγματικότητας των ρυθμίσεων αυτών, ιδίως ως προς τη συμφωνία τους με τους κανόνες των άρθρων 78 και 4§5 του Συντάγματος, που τελικά έδωσαν λαβή στη διαμόρφωση μιας πάγιας

νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας.[1] Έχει ειδικότερα προβληθεί ότι οι κανόνες αυτοί επιβάλλουν τη φορολογία υπαρκτής φορολογητέας ύλης, η οποία πρέπει να αντιστοιχεί στην πραγματική φοροδοτική ικανότητα του φορολογουμένου, όπως αυτή εξειδικεύεται βάσει υποκειμενικών κριτηρίων και συνθηκών, αφού κατά ρητή πρόβλεψη του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος, που εξειδικεύει τη γενικότερη συνταγματική αρχή της ισότητας στο πεδίο του φορολογικού δικαίου, *«Οι Έλληνες πολίτες συνεισφέρουν χωρίς διακρίσεις στα δημόσια βάρη, ανάλογα με τις δυνάμεις τους».* Ειδικότερα είχε υποστηριχθεί ότι η θέσπιση αμάχητων τεκμηρίων, όπως αυτά που είχε καθιερώσει ο Ν. 820/1978, αντιτίθεται και προς το συνταγματικό δικαίωμα της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (άρθρο 20§1 του Συντάγματος), ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι ο φορολογούμενος στερείται του δικαιώματος να αποδείξει τη συνδρομή στην περίπτωσή του διαφορετικών πραγματικών στοιχείων και συνθηκών. Όπως είναι γνωστό, το δικαίωμα απόδειξης περιλαμβάνεται στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας. Για τον λόγο αυτό, μετά τον Ν. 1249/1982, αρχικά το άρθρο 16§3 του Ν. 2238/1994 και τώρα το άρθρο 31§2 ΚΦΕ επιτρέπει ρητά την αμφισβήτηση του τεκμηρίου δαπανών διαβίωσης από τον φορολογούμενο και μάλιστα προβλέπει ενδεικτικά περιπτώσεις αμφισβήτησης της αντικειμενικής δαπάνης. Εντούτοις, κατά την επικρατούσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δεν αντιβαίνουν προς το Σύνταγμα οι διάφορες μορφές τεκμαρτού προσδιορισμού της φορολογητέας ύλης που έχουν κατά καιρούς θεσπισθεί από τους φορολογικούς νόμους. Γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι με τα τεκμήρια δεν επιβάλλεται φόρος σε πλασματική φορολογητέα ύλη, αλλά καθιερώνεται ειδική μέθοδος εξακρίβωσης της πραγματικής φοροδοτικής ικανότητας των φορολογουμένων μέσω της εξεύρεσης υπαρκτής μεν, αλλά μη εμφανούς φορολογητέας ύλης (έτσι π.χ. οι ΣτΕ 4897/1987, ΣτΕ 4355/1985).

1 Βλ. αναλυτικά α.π. *Θ. Φορτσάκης – Α. Τσουρουφλής,* Φορολογικό Δίκαιο, 8η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2024, παρ. 119 και *Κ. Φινοκαλιώτης,* Φορολογικό Δίκαιο, στ΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2020, σελ.167 επ..

Ειδικότερα έχει κριθεί ότι:

α) Είναι συνταγματικά ανεκτό το σύστημα αμάχητων τεκμηρίων του Ν. 820/1978, που καταργήθηκε όμως με τον Ν. 1249/1982, καθόσον στηρίζεται σε αντικειμενικά στοιχεία που ανταποκρίνονται προς τα δεδομένα της κοινής πείρας, ιδίως από την άποψη του ύψους των τεκμαιρομένων δαπανών και του ποσοστού της συμμετοχής τους στον οικογενειακό προϋπολογισμό (ΣτΕ Ολ. 4340/1983, ΣτΕ 643/1986, ΣτΕ 309/1987, ΣτΕ 4897/1987). Το σύστημα αυτό είναι αντικειμενικό και δεν αποτελεί προϋπόθεση εφαρμογής των τεκμηρίων η εξακρίβωση στη συγκεκριμένη κάθε φορά περίπτωση της πραγματοποίησης από τον φορολογούμενο ορισμένου εισοδήματος (ΣτΕ 1296/1991).

β) Δεν αντίκειται στο Σύνταγμα το τεκμήριο επαγγελματικής βιωσιμότητας για τον προσδιορισμό του εισοδήματος του ελεύθερου επαγγελματία και επιχείρησης του άρθρου 9§2 του Ν. 1591/1986 (που καταργήθηκε όμως με το άρθρο 4 του Ν 1858/1989), δεδομένου ότι ο νομοθέτης διαθέτει ευρεία ευχέρεια προς επιλογή του κατάλληλου φορολογικού συστήματος για την εξακρίβωση της φοροδοτικής ικανότητας των φορολογουμένων. Κρίθηκε ότι το συγκεκριμένο σύστημα, που απέβλεπε στη σύλληψη περιπτώσεων φοροδιαφυγής, ανταποκρινόταν προς τα δεδομένα της κοινής πείρας. Επιπλέον, το τεκμήριο αυτό είναι μαχητό (ΣτΕ 1694/1990 με μειοψ., ΣτΕ 2504/1991, ΣτΕ 1357/1992, ΣτΕ 3705/1998, ΣτΕ 340/2000).

γ) Είναι συνταγματικό το μαχητό τεκμήριο πραγματοποίησης εισοδήματος από υπερτιμολογήσεις ή υποτιμολογήσεις συναλλαγών μεταξύ επιχειρήσεων οι οποίες έχουν οικονομικούς δεσμούς (π.χ. συμμετοχή στο κεφάλαιο) ή τελούν υπό οικονομικό έλεγχο ή έχουν σχέσεις οικονομικής εξάρτησης (άρθρο 39 του Ν. 2238/1994, ΣτΕ 3498/1991, ΣτΕ Ολ. 1402-1405/1987 και ΣτΕ 3008/1986, υπερτιμολογήσεις-υποτιμολογήσεις).

δ) Αποτελεί συνταγματικά ανεκτό τρόπο προσδιορισμού της πραγματικής φοροδοτικής ικανότητας των φορολογουμένων το τεκμήριο από την ατομική άσκηση ελευθέριου επαγγέλματος (άρθρο 50 και 51 του Ν. 2238/1994) ή τη γεωργική δραστηριότητα (άρθρο 41§2 και 42 του Ν. 2238/1994, ΣτΕ 460/1995).

ε) Δεν αντιτίθεται προς το Σύνταγμα το σύστημα εξωλογιστικού προσδιορισμού του εισοδήματος τεχνικών εργοληπτικών επιχειρήσεων, ασχέτως αν τηρούν επαρκή και ειλικρινή βιβλία (ΣτΕ Ολ. 4101/1981, ΣτΕ 533/1984, ΣτΕ 4463/1985).

στ) Είναι συνταγματικά ανεκτός ο προσδιορισμός του ελάχιστου καθαρού εισοδήματος από την άσκηση ατομικής εμπορικής επιχείρησης με βάση και τη μισθωτική αξία της επαγγελματικής εγκατάστασης της επιχείρησης («αντικειμενικά κριτήρια»), διότι τα κριτήρια αυτά συνάδουν με τα δεδομένα της κοινής πείρας και εξειδικεύονται ανάλογα με τις συντρέχουσες ειδικές συνθήκες, και, επειδή προβλέπεται η δυνατότητα αμφισβήτησής τους, συνιστούν μαχητό τρόπο προσδιορισμού του φορολογητέου εισοδήματος (ΣτΕ 2919/1999, ΣτΕ 1340/2003, ΣτΕ 1576/2002).

ζ) Ο κοινός νομοθέτης δεν εμποδίζεται, κατ' αρχήν, να θεσπίζει τρόπους τεκμαρτού προσδιορισμού της φορολογητέας ύλης, οφείλει όμως να αποβλέπει στη φορολογία πράγματι υφισταμένων εισοδημάτων. Ερμηνευόμενες σύμφωνα με τα ανωτέρω, οι διατάξεις των άρθρων 30, 32 περ. γ΄ και 34 ΚΦΕ, που θεσπίζουν τεκμήριο φορολογητέου εισοδήματος λόγω δαπάνης για την αγορά ακινήτου, εφαρμόζονται μόνο στις περιπτώσεις προσώπων που αποτελούν υποκείμενα του φόρου λόγω της συνδρομής των σχετικών προϋποθέσεων (πηγή εισοδήματος ή κατοικία στην Ελλάδα). Αντιθέτως, στην περίπτωση προσώπου για το οποίο δεν έχει συντρέξει καμία από τις προϋποθέσεις που θα το καθιστούσε υποκείμενο φόρου εισοδήματος, μόνο το γεγονός ότι έχει προβεί σε δαπάνη για την αγορά ακινήτου στην Ελλάδα δεν αρκεί για να εφαρμοσθεί σε αυτόν το τεκμήριο (ΣτΕ 1973/2015, με την οποία κρίθηκε ότι τα τεκμήρια δεν εφαρμόζονται μόνο εκ του γεγονότος της αγοράς ή κατοχής αυτοκινήτου, όταν το φυσικό πρόσωπο δεν είναι κάτοικος Ελλάδος ούτε έχει οποιαδήποτε πηγή εισοδήματος στη Χώρα).

η) Δεν είναι σύμφωνο με το Σύνταγμα το άρθρο 31§14 του Ν. 2238/1994, που θεσπίζει αμάχητο τεκμήριο φοροδιαφυγής ημεδαπής επιχείρησης με υπερτιμολόγηση των αγαθών που αγοράζονται από αλλοδαπή εταιρεία, με

μόνο κριτήριο την απόλαυση από την τελευταία «ιδιαίτερα ευνοϊκής φορολογικής μεταχείρισης» (ΣτΕ 1143/2018).

4. Παραμένει ακέραιο το πρόβλημα της απόδειξης του κατά πόσον η βάση του τεκμηρίου και το συμπέρασμά του συνάδουν πράγματι προς τα δεδομένα της κοινής πείρας (π.χ. σύμφωνα με τις ΣτΕ Ολ. 1402/1987, ΣτΕ 784/1988 και ΣτΕ 3498/1991 αρκεί η φορολογική επιβάρυνση που προκύπτει από την υποτιμολόγηση να αφίσταται ουσιωδώς από εκείνη που θα προέκυπτε σε περίπτωση που η υποτιμολόγηση δεν είχε λάβει χώρα, είναι δε αδιάφορη η πρόθεση φοροδιαφυγής). Η ευρεία χρησιμοποίηση του εξαιρετικού μέτρου του προσδιορισμού του εισοδήματος βάσει τεκμηρίων ενισχύει την τυποποίηση του φορολογικού συστήματος και συνεπώς δεν εναρμονίζεται με την αρχή της νομιμότητας του φόρου και την αρχή της φορολογίας βάσει της φοροδοτικής ικανότητας.

5. Ιδιαίτερα αξίζει να σημειωθεί, για την πληρότητα και καθαρότητα της διατύπωσής της, η ΣτΕ Ολ. 2527/2013, η οποία διακρίνει τα φορολογικά τεκμήρια σε εξωτερικές ενδείξεις και σε στοιχεία άμεσα συναρτώμενα με το τεκμαιρόμενο συμπέρασμα. Η απόφαση δέχθηκε ότι το άρθρο 31 του Ν. 3986/2011, που θέσπισε το τέλος επιτηδεύματος ως φόρο επί του εισοδήματος, βασίσθηκε στην παραδοχή ότι η άσκηση επιχειρηματικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας σε πόλεις με ιδιαίτερο χαρακτήρα, όπως οι τουριστικές περιοχές, ή συγκεκριμένο πληθυσμό, όπως πάνω ή κάτω από 200.000 κατοίκους και πάντως πάνω από 500 κατοίκους ή 3.100 κατοίκους για τα νησιά, για συγκεκριμένη διάρκεια, όπως πέντε τουλάχιστον έτη από την πρώτη έναρξη των εργασιών και έως τρία έτη πριν από τη συνταξιοδότηση, αποφέρει ένα ελάχιστο ετήσιο εισόδημα στο οποίο αντιστοιχεί ως ελάχιστη φορολογική επιβάρυνση 400 ή 500 €, κατά τις ειδικότερες διακρίσεις του νόμου. Το τεκμήριο αυτό δεν στηρίζεται σε εξωτερικές ενδείξεις που συνδέονται με τα πρόσωπα που υπόκεινται στο φόρο πρόσωπο, αλλά σε στοιχεία, δηλαδή κριτήρια, άμεσα συναρτώμενα με ορισμένα δεδομένα της επαγγελματικής δραστηριότητάς τους, όπως είναι ο πληθυσμός της πόλης και ο χαρακτήρας του τόπου όπου ασκείται η δραστηριότητα και τα έτη άσκησής της. Από αυτά

τεκμαίρεται η ύπαρξη αντίστοιχης οικονομικής δύναμης και επομένως φοροδοτικής ικανότητας. Τα κριτήρια είναι γενικά και αντικειμενικά και τελούν σε συνάφεια προς το αντικείμενο της ρύθμισης και δεν αφίστανται των δεδομένων της κοινής πείρας λαμβανομένου υπόψη του καθοριζόμενου χαμηλού ύψους του τέλους και των εξαιρέσεων που θεσπίζονται από την επιβολή του, δηλαδή των οικονομικά ασθενέστερων επιτηδευματιών και στηρίζουν ενόψει αυτών το συμπέρασμα του τεκμηρίου.

6. Η πρόσφατη απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας υπ' αρ. 148/2024 έκρινε συνταγματική την επιβολή τέλους επιτηδεύματος του άρθρου 31 του Ν. 3986/2011, λαμβάνοντας υπόψη τόσο το χαμηλό ύψος του, όσο και την πρόβλεψη εξαίρεσης στον νόμο, έτσι ώστε να απαλλάσσονται οι φορολογούμενοι για τους οποίους προκύπτει ότι δεν έχει αποκτηθεί το αντίστοιχο εισόδημα. Ειδικότερα η απόφαση αυτή έκρινε ότι η επιβολή του τέλους επιτηδεύματος δεν παραβιάζει τα άρθρα 4 παρ. 1 και 5, 17, 25 παρ. 1 και 78 του Συντάγματος, τις αρχές της καθολικότητας και της ισότητας του φόρου, την αρχή της αναλογικότητας ούτε το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ. Έτσι η απόφαση αυτή εγγράφεται στο ευρύτερο πλαίσιο της νομολογίας που έχει εκπονηθεί με αφορμή τα τεκμήρια απόκτησης του εισοδήματος. Το αμάχητο τεκμήριο απόκτησης εισοδήματος εμφανίζει ως προς τη λειτουργία του κάποια ομοιότητα με τέλος επιτηδεύματος. Και πάντως λειτουργεί ως ένα ελάχιστο ποσό κεφαλικού φόρου, αντίθετα με ό,τι προβλέπει το Σύνταγμα.

7. Σχετικά με την αναφορά του Ν. 5073, άρθρο 15, στον κατώτατο μισθό, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η εξομοίωση ελεύθερων επαγγελματιών και μισθωτών ως προς τα έσοδά τους έχει κριθεί αντισυνταγματική από το Συμβούλιο της Επικρατείας με αφορμή το γνωστό «νόμο Κατρούγκαλου» (Ολ. 1880-1889/2019).

8. Εκτός από το ζήτημα της συνταγματικότητας των φορολογικών τεκμηρίων, ζήτημα ανέκυψε για το αν αυτά περιλαμβάνονται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ. Κατά το ΕΔΔΑ η ύπαρξη τέτοιων τεκμηρί-

ων δεν αντιβαίνει κατ' αρχήν στην ΕΣΔΑ, εφόσον όμως αυτά σέβονται την αρχή της αναλογικότητας και δεν θίγουν το δικαίωμα δικαστικής προστασίας (βλ. τις ΕΔΔΑ 7-10-1988, *Salabiaku* και ΕΔΔΑ, 25-9-1992, *Pham Hoang*). Το ΕΔΔΑ, σε σειρά αποφάσεων για την καθιέρωση αμάχητων τεκμηρίων δημιουργίας υπεραξίας των ακινήτων από την κατασκευή μεγάλων δημοσίων έργων έκρινε ότι η οργάνωση ενός τελείως ανελαστικού συστήματος αμάχητων τεκμηρίων αντιβαίνει τελικά στο άρθρο 1 παρ. 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ για την προστασία της ιδιοκτησίας, καθώς δεν επιτρέπει στους διοικουμένους να αμφισβητήσουν το τεκμήριο και να αποδείξουν ότι η ωφέλεια που τους αποδίδεται με αυτό είναι χαμηλότερη ή ανύπαρκτη και έτσι εμποδίζονται να διεκδικήσουν αποζημίωση ανάλογη της βλάβης που υφίστανται (βλ. τις ΕΔΔΑ 15-11-1996, *Τσόμτσος* κτλ. *κατά Ελλάδας,* ΕΔΔΑ 15-11-1996, *Κατικαρίδης κτλ. κατά Ελλάδας*, ΕΔΔΑ 25-3-1999, *Παπαχελάς κατά Ελλάδας*).[2]

9. Μπορούμε συμπερασματικά να συνάγουμε ότι κατά το Συμβούλιο της Επικρατείας η θέσπιση φορολογικών τεκμηρίων εισοδήματος δεν αντιβαίνει στο Σύνταγμα εφόσον αυτά είναι γενικά και αφηρημένα, συναφή με το αντικείμενο της ρύθμισης, ανταποκρίνονται στα διδάγματα της κοινής πείρας ώστε να κατατείνουν στην εξεύρεση του πραγματικού φορολογητέου εισοδήματος, δηλαδή της πραγματικής φοροδοτικής ικανότητας και θεσπίζονται ως μαχητά, δηλαδή παρέχεται στον φορολογούμενο η δυνατότητα να τα αμφισβητήσει ουσιαστικά. Εφόσον συντρέχει η τελευταία αυτή προϋπόθεση η θέσπισή τους δεν αντιβαίνει ούτε στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου κατά το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.

Πάντως η νομολογία τόσο του Συμβουλίου της Επικρατείας όσο και του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων παραμένει διστακτική ως προς την ακριβή διευκρίνηση του περιεχομένου των απαιτούμενων όρων ώστε να αναγνωρισθεί το τεκμήριο ως συνταγματικό. Το Συμβούλιο της Επικρατείας μετέστρεψε μεν την αρχική νομολογία του που αναγνώριζε

2 Βλ. για τη νομολογία αυτή Θ. Φορτσάκης – Α. Τσουρουφλής, ό.π., παρ. 121.

ως συνταγματικά ακόμα και τα αμάχητα τεκμήρια, αξίζει όμως επισημανθεί ότι χρησιμοποίησε γενικά, πλην μιας περίπτωσης, τα κριτήρια συνταγματικότητας που το ίδιο έθεσε «αρνητικά», δηλαδή καταφάσκοντας τελικά τη συνταγματικότητα των διαφόρων σχετικών επίδικων νομοθετικών προβλέψεων. Η στάση αυτή εντάσσεται στο πλαίσιο της γενικότερης αναγνώρισης από τον δικαστή ευρείας ευχέρειας στον νομοθέτη για την επιλογή του πλέον πρόσφορου συστήματος είσπραξης και ελέγχου των φόρων, που εξηγεί και τον δισταγμό του να αναλάβει το βάρος αποφάσεων που βαρύνουν ευθέως τα φορολογικά έσοδα και συνακόλουθα τη σχετική ατολμία του στα ζητήματα συνταγματικότητας στο πεδίο του φορολογικού δικαίου. Αντιστοίχως είναι γνωστή και η θέση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου ότι τα φορολογικά ζητήματα εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου περιορισμένα, υπό συγκεκριμένες μόνο προϋποθέσεις.

10. Αφήνοντας κατά μέρος το ζήτημα της γενικότητας και του αφηρημένου χαρακτήρα των κριτηρίων, καθώς και της συνάφειάς τους με το αντικείμενο της ρύθμισης, και την ανταπόκρισή τους στα διδάγματα της κοινής πείρας, το κρίσιμο σημείο προκειμένου να αποφανθούμε για τη συνταγματικότητα των τεκμηρίων του Ν. 5073 είναι να αναζητηθεί αν οι προβλεπόμενες ρυθμίσεις το καθιστούν στην πραγματικότητα μαχητό όχι. Κατά το άρθρο 15 παρ. 3, το ελάχιστο τεκμαρτό εισόδημα μπορεί να αμφισβητηθεί από τον υπόχρεο για αντικειμενικούς λόγους, εφόσον συντρέχει ιδίως μία από τις παρακάτω προϋποθέσεις ρητά καθορισμένες περιπτώσεις: η στρατιωτική θητεία, η φυλάκιση, η νοσηλεία, η εγκυμοσύνη, οι εκτεταμένες φυσικές καταστροφές, η ανάκληση της άδειας λειτουργίας της επιχείρησης ή της άδειας άσκησης του επαγγέλματος, η απαγόρευση λειτουργίας και άλλοι λόγοι ανωτέρας βίας που εμποδίζουν την άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Στις περιπτώσεις αυτές ο φορολογούμενος οφείλει να προσκομίσει τα αναγκαία δικαιολογητικά στοιχεία για την απόδειξη των ισχυρισμών του στη Φορολογική Διοίκηση, η οποία ελέγχει την αλήθεια των ισχυρισμών και την ακρίβεια των αποδεικτικών στοιχείων και

μειώνει ανάλογα το ελάχιστο ετήσιο εισόδημα (παρ. 4). Επίσης, το τεκμήριο δεν εφαρμόζεται στα κέρδη από αγροτική επιχειρηματική δραστηριότητα, σε όσους αμείβονται σύμφωνα με το άρθρο 12 παρ. 2, περ. στ΄, εφόσον συμβάλλονται με έως και τρία φυσικά ή νομικά πρόσωπα και σε ασφαλιστικούς διαμεσολαβητές που συμβάλλονται έως και με δύο ασφαλιστικές επιχειρήσεις και δηλώνουν ως επαγγελματική έδρα την κατοικία τους, σε πρόσωπα που παρουσιάζουν αναπηρία ίση ή μεγαλύτερη του 80% και σε καφενεία που βρίσκονται σε οικισμούς της Χώρας με πληθυσμό μικρότερο των 500 κατοίκων (παρ. 6). Προβλέπεται επίσης ότι όταν οι επαγγελματικές δραστηριότητες του υποχρέου περιορίζονται χρονικά εντός του φορολογικού έτους από νομοθετικές και κανονιστικές ρυθμίσεις, το τεκμήριο ισχύει αναλογικά για το χρονικό διάστημα που αυτές επιτρέπονται (παρ. 7). Προβλέπονται ακόμη (άρθρα 16 και 17) μειώσεις του τεκμαρτού εισοδήματος για τα πρώτα έτη άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας, για πολύτεκνους, για ανάπηρους άνω του 67%, για γονείς μονογονεϊκής οικογένειας με ανήλικα τέκνα, για γονείς με εξαρτώμενα τέκνα που έχουν αναπηρία και για πρόσωπα τα οποία ασκούν τη δραστηριότητά τους και κατοικούν σε οικισμούς της ηπειρωτικής χώρας με πληθυσμό μικρότερο των 500 κατοίκων ή σε νησιά με πληθυσμό μικρότερο των 3.100 κατοίκων.

Όλες αυτές οι προβλέψεις συνιστούν κατ' ακριβολογία εξαίρεση από το πεδίο εφαρμογής του τεκμηρίου, χωρίς όμως να παρέχεται δυνατότητα να ανατραπεί το τεκμήριο εκεί που εφαρμόζεται. Για παράδειγμα δεν επιτρέπεται να γίνει επίκληση εισοδημάτων από άλλες πηγές που μπορεί τυχόν να έχει ο υπόχρεος. Ακόμη όμως και στις περιπτώσεις αυτές οι λόγοι για την επίκληση της μη εφαρμογής του, δηλαδή κατά την ορολογία του νόμου, της «αμφισβήτησης» του τεκμηρίου είναι ιδιαίτερα δυσαπόδεικτοι. Έτσι το τεκμήριο λειτουργεί ως ουσιαστικά αμάχητο.

11. Προβλέπεται (άρθρο 15, παρ. 4) ότι, αν ο υπόχρεος αμφισβητεί το ποσό που προκύπτει από την εφαρμογή του νόμου για λόγους πέραν των ως άνω προϋποθέσεων του άρθρου 15, παρ. 3, ζητεί τη διενέργεια ελέγχου του άρθρου 23 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας για να αποδειχθεί η ακρί-

βεια της δήλωσής του για εισόδημα μικρότερο του τεκμαρτού. Ερώτημα λοιπόν γεννάται αν η πρόβλεψη αυτή για τη δυνατότητα του φορολογουμένου να ζητήσει φορολογικό έλεγχο προκειμένου να απαλλαγεί από το τεκμήριο καθιστά αυτό το τελευταίο μαχητό. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό πρέπει να είναι αρνητική και τούτο διότι δεν διευκρινίζεται:

- αν η απλή αίτηση του φορολογουμένου οδηγεί σε κατάπτωση του τεκμηρίου,

- αν είναι υποχρεωτική η διεξαγωγή ελέγχου εφόσον αυτός ζητηθεί,

- αν το τεκμήριο ισχύει έως ότου διεξαχθεί ο έλεγχος και αν επομένως είναι καταβλητέος ο φόρος που καταλογίστηκε βάσει του τεκμηρίου,

- μέσα σε πόσο χρόνο πρέπει να διεξαχθεί ο έλεγχος,

- τι θα γίνει αν τελικώς ο έλεγχος δεν διεξαχθεί.

Ως προς τρίτο και ως προς το τελευταίο ερώτημα, φαίνεται ότι, εφόσον ρητά δεν προβλέπεται κάτι διαφορετικό, ο καταλογισμός και η υποχρέωση καταβολής του φόρου βάσει του τεκμηρίου ισχύει εφόσον χρόνο ο έλεγχος αναμένεται και έως ότου αυτός διεξαχθεί, αν διεξαχθεί, οπότε και μόνον ο καταλογισμός θα αναπροσαρμοσθεί κατά το αποτέλεσμά του, ακόμη και έτη μετά.

12. Ως προς το δεύτερο ως άνω ερώτημα, δηλαδή αν είναι υποχρεωτικό να διεξαχθεί ο αιτούμενος φορολογικός έλεγχος, σημειώνεται ότι ο φορολογικός έλεγχος δεν είναι δικαίωμα του φορολογουμένου, είναι εξουσία της διοίκησης που αυτή το ασκεί όποτε το κρίνει σκόπιμο. Προϋποθέτει δήλωση του φορολογουμένου και αμφισβήτησή της. Δεν ασκείται κατ' αρχήν κατόπιν αιτήματος του φορολογούμενου, ο οποίος πάντως δεν διαθέτει τέτοιο δικαίωμα. Δηλαδή η Διοίκηση δεν υποχρεούται να διενεργήσει έλεγχο μόνον επειδή το ζήτησε ο φορολογούμενος και η επίδικη διάταξη δεν προβλέπει κάτι διαφορετικό. Υπενθυμίζεται ότι το φορολογικό δίκαιο βασίζεται ως προς τις δηλώσεις στην αρχή της ειλικρίνειας του φορολογουμένου και ότι με βάση αυτή ξεκινά η επιβολή της φορολογίας. Ο έλεγχος αποσκοπεί στην επαλήθευση της ορθότητας και της ειλικρίνειας του εισοδήματος που δηλώθηκε.

Εξάλλου δεν μπορεί να μην παρατηρηθεί ότι η πρόβλεψη υποχρέωσης του φορολογουμένου να ζητήσει τη διεξαγωγή φορολογικού ελέγχου προκειμένου να διαπιστωθεί ότι το εισόδημά του είναι μικρότερο από το τεκμαρτό θα προσληφθεί από τους ενδιαφερομένους ως υπολανθάνουσα απειλή. Είναι γνωστό ότι ένας έλεγχος που ασκείται με άκρα τυπικότητα και αυστηρότητα μπορεί να οδηγήσει σε άτοπα αποτελέσματα, γι' αυτό την ως άνω πρόβλεψη θα προσλάβουν οι ενδιαφερόμενοι λιγότερο ως δυνατότητα και περισσότερο ως προειδοποίηση του τύπου «τόλμησε και θα σε κανονίσουμε!».

Και πάντως, η πρόβλεψη ότι μπορεί να υποβληθεί αίτημα για έλεγχο δεν ανατρέπει τον αμάχητο χαρακτήρα του τεκμηρίου, απλώς το παραμερίζει αν και όταν αυτός διεξαχθεί.

13. Ανεξάρτητα από τη συνταγματική προσέγγιση για τον κατά τεκμήριο προσδιορισμό της φοροδοτικής ικανότητας το ζήτημα πρέπει να εξετασθεί και από την οπτική γωνία της φορολογικής στρατηγικής, δηλαδή χρειάζεται να αναγνωρίσουμε το πρόβλημα και να εξετάσουμε πως μπορεί αυτό να αντιμετωπισθεί χωρίς την αυθαιρεσία των τεκμηρίων εισοδήματος. Διότι είναι πανθομολογούμενο ότι υπάρχει ένα μεγάλο πρόβλημα, το οποίο πρέπει οπωσδήποτε να επιλυθεί. Είναι γεγονός ότι υπάρχει σημαντική φοροδιαφυγή στα ελεύθερα επαγγέλματα, η οποία είναι δύσκολο να υπολογισθεί με ακρίβεια. Εκτιμήσεις κατά προσέγγιση την υπολογίζουν ότι με τα αμάχητα τεκμήρια του Ν. 5073 θα εισρεύσουν στο δημόσιο ταμείο περί τα 600 εκατομμύρια ευρώ. Χρησιμοποιούνται γι αυτό διάφοροι δείκτες, ιδίως εκείνος που αναφέρεται στην διαφυγή του ΦΠΑ, που υπολογίζεται στην Ελλάδα κατά την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε περισσότερο από 3 δις ευρώ!

Στην Ελλάδα ο αριθμός των ελευθέρων επαγγελματιών και των αυτοαπασχολουμένων είναι ιδιαίτερα υψηλός, υπερβαίνοντας κατά πολύ τον αντίστοιχο μέσο ευρωπαϊκό όρο, με συνακόλουθη πολύ υψηλή συμμετοχή τους στο ΑΕΠ. Η φοροδιαφυγή στους ελεύθερους επαγγελματίες και αυτοαπασχολουμένους δεν αποτελεί ιδιαίτερο ελληνικό φαινόμενο, απαντά σε όλα τα κράτη, ιδιαιτερότητα όμως αποκτά στην Ελλάδα λόγω της έκτασής της

που οφείλεται στο μεγάλο αριθμό τους. Σε αυτό προστίθεται η χρόνια αδυναμία οργάνωσης αποτελεσματικών ελεγκτικών μηχανισμών για τα έσοδα αυτά, καθώς και ο δισταγμός των κυβερνήσεων να λάβουν τα αναπόφευκτα δυσάρεστα στην εκλογική βάση τους αναγκαία μέτρα. Είναι προφανές ότι με τα σημερινά δεδομένα η Φορολογική Διοίκηση δεν είναι σε θέση να ελέγξει αρκετό αριθμό τέτοιων φορολογουμένων ώστε να αποθαρρυνθεί η φοροδιαφυγή. Αλλά η θέσπιση αμάχητων φορολογικών τεκμηρίων, ανεξάρτητα και πέρα από την αντισυνταγματικότητά τους, είναι εξαιρετικά άδικα, διότι αυτά πλήττουν εκείνους οι οποίοι δεν φοροδιαφεύγουν, οι οποίοι έτσι ουσιαστικά οδηγούνται στον αφανισμό, χωρίς πραγματική δυνατότητα ανταπόδειξης, θυσιαζόμενοι κυνικά ως «εκ πλαγίου απώλειες» στον βωμό της είσπραξης των δημοσίων εσόδων. Από νομική άποψη δεν ενδιαφέρει αν τα θύματα αυτά είναι λίγοι ή πολλοί, αρκεί και ένα!

14. Η φοροδιαφυγή, πέρα από τον παράνομο χαρακτήρα της, συνιστά γενικότερα μια πράξη βαθύτατα αντικοινωνική. Εκφράζει όχι μόνο περιφρόνηση του νόμου, αλλά και περιφρόνηση του συμπολίτη, του συνανθρώπου, του γείτονα, προτάσσοντας το άτομο έναντι του κοινωνικού συνόλου. Παρανομία και αντικοινωνικότητα δεν περιορίζονται στο πεδίο του φόρου, αλλά εκδηλώνονται ευρέως και σε πολλά άλλα πεδία, όπως, για ένα μεγάλο παράδειγμα, σε αυτό της πολεοδομίας, για ένα μικρότερο, όμως εξίσου αντιπροσωπευτικό, σε αυτό της στάθμευσης οχημάτων. Η ίδιας φύσης αντικοινωνικότητα εκφράζεται, ακόμη και χωρίς να χαρακτηρίζεται πάντα από παρανομία, και σε άλλες καθημερινές συμπεριφορές, για παράδειγμα στην οδήγηση, αφού η πλειονότητα των οδηγών δεν σέβεται τους πεζούς και σπανίως τους χορηγεί προτεραιότητα. Γνώριμη και η εικόνα εκείνων που καταλαμβάνουν το δρόμο για να διαδηλώσουν ή και απλώς το πεζοδρόμιο για να συζητήσουν, απαγορεύοντας ουσιαστικά τη διέλευση των πεζών. Όλες αυτές οι συμπεριφορές είναι εκφάνσεις του ίδιου φαινομένου, της περιφρόνησης του ατόμου προς το κοινωνικό σύνολο και της πρόταξης της ιδιωτικότητας. Οι συνέπειες των συμπεριφορών αυτών είναι βαρύτατες , αφού σταδιακά οδηγούν σε διάλυση της κοινωνικής συνοχής και κατ' αποτέλεσμα της κοινωνίας. Είναι αναγκαίο

να αναπτυχθεί μια ευρύτατη κρατική πρωτοβουλία για την επανατοποθέτηση των ορίων του επιτρεπτού, δηλαδή αφενός με ευρύτατη επανεκπαίδευση, αφετέρου με συστηματική επιβολή κυρώσεων σε όλο το φάσμα των νόμων. Είναι επομένως αναγκαίο να βρεθεί τρόπος να παταχθεί και η φοροδιαφυγή.

15. Αξίζει να επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι δεν φαίνεται να έχει γίνει καμία μελέτη προκειμένου να προσδιορισθεί ποιες κατηγορίες και ποιοι ακριβώς είναι αυτοί που δηλώνουν τα ιδιαίτερα χαμηλά εισοδήματα που οδήγησαν στη θέσπιση του νόμου και προκειμένου να ερευνηθεί πώς φοροδιαφεύγουν και να εξετασθεί με ποιο τρόπο θα μπορούσε να οργανωθεί εξειδικευμένος στοχευμένος συστηματικός έλεγχος σε αυτούς.

16. Τα αμάχητα τεκμήρια αποτελούν πλέον και ξεπερασμένη τεχνική διασφάλισης εξεύρεσης της πραγματικής φοροδοτικής ικανότητας του φορολογουμένου. Εξάλλου τα τεκμήρια μπορεί να λειτουργήσουν και αρνητικά, δηλαδή να οδηγήσουν εκείνους που δηλώνουν περισσότερο προς τα κάτω, προς το όριο του τεκμηρίου, αφού έτσι φαίνεται να ικανοποιείται η συνθήκη αποφυγής φορολογικού ελέγχου. Η Φορολογική Διοίκηση διαθέτει σήμερα πλήθος σύγχρονων τεχνικών ελέγχου και έτσι δεν δικαιολογείται να καταφεύγει σε τέτοια τεκμήρια. Η πρόβλεψή τους συνιστά ομολογία μεγάλης ανεπάρκειας των υπαρχόντων μηχανισμών ελέγχου, δηλαδή της Φορολογικής Διοίκησης.

Τα άρθρα 28 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος και 27 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας, προβλέπουν αναλυτικά τις έμμεσες τεχνικές ελέγχου, ήτοι τις αρχές της αναλογίας, της ανάλυσης ρευστότητας του φορολογουμένου, τον προσδιορισμό της καθαρής θέσης του, την έρευνα της σχέσης τιμής πώλησης προς το συνολικό όγκο κύκλου εργασιών του, το ύψος των τραπεζικών καταθέσεών του. Ορισμένες από τις τεχνικές αυτές εφαρμόζονται στα νομικά πρόσωπα, ορισμένες στα φυσικά πρόσωπα, από το 2020. Ας σημειωθεί ότι ο Ν. 5073, άρθρο 14, διευρύνει τις δυνατότητες αυτές, παραδόξως, αφού στο αμέσως επόμενο άρθρο του θεσμοθετεί τα κατ' ουσίαν αμάχητα τεκμήρια.

Προκειμένου να αυξηθεί δραστικά ο αριθμός των φορολογικών ελέγχων απαιτείται φυσικά πλήρης αναδιοργάνωση του σχετικού ανθρώπινου δυναμικού και περαιτέρω εκσυγχρονισμός των υποδομών και τεχνικών. Ειδικότερα χρειάζεται αναθεώρηση και επέκταση των διαφόρων «ενδείξεων» κατανάλωσης και πλούτου. Οι έλεγχοι θα έπρεπε να διεξάγονται εξαιρετικά συνοπτικά, με βάση τις τεχνικές που αναφέρθηκαν. Ο εντοπισμός του μαύρου χρήματος δεν είναι εύκολος, γι' αυτό χρειάζεται και εκτεταμένη χρήση των δυνατοτήτων της τεχνητής νοημοσύνης, δηλαδή αλγορίθμων. Οι έλεγχοι αυτοί πρέπει να διεξάγονται ταχύτατα από προσωπικό με ειδική εκπαίδευση, ίσως και κατόπιν ειδικής πρόσληψης. Χρειάζεται οργάνωση ταχύτατης συνοπτικής διοικητικής και δικαστικής εκδίκασης των αμφισβητήσεων που ενδεχομένως θα γεννηθούν από τους ελέγχους αυτούς, με δραστικές απλοποιήσεις, έτσι ώστε όλη η διαδικασία να μη διαρκεί περισσότερο από μερικούς μήνες και πάντως να ολοκληρώνεται εντός του έτους.

Σε όλα αυτά προστίθεται και η ανάγκη λήψης γενικότερων μέτρων, όπως η διεύρυνση της φορολογικής βάσης, η επέκταση της χρήσης του πλαστικού χρήματος και άλλων, που αποτελούν από καιρό αντικείμενο συζήτησης, χωρίς όμως να καταβάλλεται από τους διάφορους διαδοχικά κυβερνώντες, με ελάχιστες πρόσκαιρες εξαιρέσεις, ειλικρινής προσπάθεια θέσπισής τους.

17. Το φαινόμενο της φοροδιαφυγής δεν αντιμετωπίζεται μόνο με μέτρα ελεγκτικά αστυνομικού τύπου. Αν ήταν έτσι η αστυνομία θα είχε εξαφανίσει την εγκληματικότητα! Χρειάζεται να αναδειχθεί η έννοια της φορολογικής συνείδησης, στο πλαίσιο και της γενικότερης προσπάθειας που πρέπει να αναληφθεί για την ανάκτηση από τα άτομα της συνείδησης του ανήκειν σε κοινωνικό σύνολο, για την οποία έγινε λόγος ανωτέρω.

18. Αλλά πρέπει να αναδειχθεί και η έννοια της φορολογικής δικαιοσύνης. Αισθάνεται ακόμη μεγαλύτερη αδικία ο ταλαίπωρος που καλείται να καταβάλει με βάση ένα αμάχητο τεκμήριο χρήματα που δεν έχει κερδίσει, όταν αναλογίζεται ότι μπορεί κάποιος άλλος να μεταφέρει μέχρι και δυόμισι σχεδόν εκατομμύρια στη γυναίκα του και στα παιδιά του χωρίς να πληρώσει ούτε 1 € φόρο!

Επίσης μεγάλη αδικία αισθάνεται και αυτός που έχει μια μικροεπιχείρηση π.χ. ένα συνοικιακό κουρείο και αναγκάζεται να μειώσει την τιμή του κουρέματος στα 6 και 7 € γιατί δίπλα του λειτουργεί ένα άλλο κουρείο χωρίς άδεια λειτουργίας και δεν υποβάλλεται σε κανενός είδους φορολογία και προτείνει το κούρεμα στα 4 €! Που είναι εδώ κρατικός έλεγχος; Τα ίδια ισχύουν και για τα καφενεία και για τα ψιλικατζίδικα και άλλες για μικροεπιχειρήσεις σε διάφορες γειτονιές

Στα ζητήματα φορολογικής δικαιοσύνης μεγάλη σημασία έχουν και οι συμβολισμοί. Το κράτος δεν πρέπει να δείχνει ένα πρόσωπο σπάταλο. Ας αναλογισθούμε τον σπάταλο αριθμό υπουργών, υφυπουργών, γενικών γραμματέων, βουλευτών και άλλων. Σε χρήμα εδώ μπορεί το έξοδο να μην είναι ιδιαίτερα μεγάλο, είναι όμως σπουδαίο το σήμα που εκπέμπεται στην κοινωνία.

19. Ναι, λοιπόν, στην πάταξη της φοροδιαφυγής, όμως όχι με την αυθαιρεσία αμάχητων ουσιαστικά τεκμηρίων προσδιορισμού του εισοδήματος και συνακόλουθα της φοροδοτικής ικανότητας, αλλά έτσι όπως προσιδιάζει στο πλαίσιο του κράτους δικαίου.

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ & ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟ

Considerations relating to the European Union (EU) and Greek Regime on the Winding Up of Credit Institutions

Christos V. Gortsos[1]

Professor of Public Economic Law, Law School, NKUA

A. Introduction

(1) The most important institutional development in European Union (EU) banking law over the last decade has been the establishment of the Banking Union (BU) for the Member States participating therein. This consists of two key pillars: *first*, the Single Supervisory Mechanism (SSM),[2] within which micro-prudential banking supervision is carried out, since November 2014, directly by the European Central Bank (ECB) for significant credit institutions, and by the national competent authorities (NCAs) for less significant ones;[3] and *second*, the Single Resolution Mechanism (SRM),[4] within which banking resolution is carried out by the Single Resolution Board

1 The cut-off date for information included in this study is 31 December 2023.

2 The SSM was established by Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 (OJ L 287, 29.10.2013, 63-89, SSMR).

3 SSMR, Article 6(4) and (5), respectively.

4 The SRM was established by Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council (hereinafter 'the co-legislators') of 15 July 2014 (OJ L 225, 30.7.2014, 1-90, SRMR).

(SRB),[5] together with national resolution authorities (NRAs), the Council and the (European) Commission.[6] These legislative acts are coupled by the 'single rulebook', which applies to all EU Member States and consists of the capital requirements Regulation and Directive (CRR and CRD IV,[7] respectively, as in force[8]), the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD),[9] as well as the delegated and implementing acts adopted by virtue of Articles 290-291 TFEU on the basis of specific provisions of these legislative acts.

(2) The BU is not yet complete. At an initial stage, the prospect of establishing a European deposit insurance scheme (EDIS) for the participating Member States, as the third main component of the BU, had also been discussed in terms of principles and 'high-level' politics, but – as of December 2023 – this had not been established.[10] Deposit guarantee schemes (DGSs) remain national at EU level and their operation is governed by the Deposit Guarantee

5 Unlike the ECB, which is an institution established by the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), the SRB was established by the SRMR (Article 42(1), first sentence) and is a (specific) EU agency with a specific structure corresponding to its specific tasks, which departs from the model of all other EU agencies in order to ensure a swift and effective decision-making process in resolution.

6 Participating Member States means both those whose currency is the euro and those with a derogation, which have established a 'close cooperation' in accordance with Article 7 SSMR, such as, since October 2020, Bulgaria and Croatia (which as of 1 January 2023 became a euro area Member State). For an analysis of the SSMR and the SRMR, see by means of mere indication the contributions in D'Ambrosio (2020, editor), pp. 23-283 and (in even more detail) the Commentary by Binder, Gortsos, Lackhoff and Ohler (2022, editors).

7 Regulation (EU) No 575/2013 and Directive 2013/36/EU of the co-legislators of 26 June 2013 (OJ L 176, 27.6.2013, 1-337 and 338-436, respectively). The content of these two legislative acts was heavily influenced by the international financial standards contained in the so-called 2010 'Basel III regulatory framework' of the Basel Committee on Banking Supervision. For a detailed analysis of this framework, see Gortsos (2022a).

8 Both these legislative acts were amended in 2019 by Regulation (EU) 2019/876 (CRR II) and Directive (EU) 2019/878 (CRD V) of the co-legislators of 7 June 2019 (OJ L 150, 7.6.2019, 1-225 and 253-295, respectively).

9 Directive 2014/59/EU of the co-legislators of 15 May 2014 (OJ L 173, 12.6.2014, 190-348). Both the SRMR and the BRRD are in force as amended (inter alia) in 2019 by Regulation (EU) 2019/877 (SRMR II) and Directive (EU) 2019/879 (BRRD II) of 26 June 2013 (OJ 150, 7.6.2019, 226-252 and 296-344, respectively).

10 On the Commission's proposal for a Regulation of the co-legislators on the establishment of the EDIS (the adoption of which is still halted), see details in Gortsos (2019).

Schemes Directive[11] (DGSD).

A second important missing element in this EU architecture is that the regime for the winding up of insolvent credit institutions, governed by the 2001 Credit Institutions Winding Up Directive (CIWUD),[12] does not provide for the harmonisation of the rules governing winding up proceedings (and reorganisation measures) across the EU[13] (even after the creation of the BU) but merely adopted the principle of their mutual recognition by the administrative or judicial authorities of the home Member State.[14] Hence, these proceedings remain national (and are expected to remain so at least for the foreseeable future), also activating the repayment procedure of national DGSs (albeit upon an ECB decision for the withdrawal of an authorisation).[15]

(3) The Greek regime on the winding up of credit institutions is discussed in the following Section. On the problems arising from this missing element in the EU architecture, see Section C below.

B. Winding up of credit institutions under Greek law

1. Scope, definitions and objectives

1.1 Scope and definitions

The Greek regime on the winding up of credit institutions[16] and financial

11 Directive 2014/49/EU of the co-legislators of 16 April 2014, OJ L 173, 12.6.2014, pp. 149-178.

12 Directive 2001/24/EC of the co-legislators of 4 April 2001, OJ L 125, 5.5.2001, pp. 15-23. This is in force after its amendment, inter alia, by Article 117 BRRD.

13 'Winding up proceedings' means collective proceedings opened and monitored by a Member State's administrative or judicial authorities with the aim of realising assets under the supervision of those authorities (CIWUD, Article 2, ninth point). On this Directive, see Wessels (2017).

14 *Ibid*., Article 9(1).

15 SSMR, Article 4(1), point (a) with reference to Article 14. Under the DGSD, the repayment procedure of DGSs is activated by a decision to withdraw a credit institution's authorisation and wind it up, rendering its deposits 'unavailable' and activating the repayment procedure of *national DGSs*.

16 The Greek banking system consists of four significant credit institutions, directly supervised by the ECB within the SSM. Three of them are classified as significant on the basis of the criterion

institutions is based on the definition of these terms in Law 4261/2014 "Access to the activity of credit institutions and prudential supervision of credit institutions (…)",[17] as in force, which incorporated into Greek Law the CRD IV. In terms of definitions:[18]

(i) credit institution means an undertaking the business of which consists of any of the following: (a) take deposits or other repayable funds from the public and grant credits for its own account; or (b) carry out, under conditions, any of the activities referred to in points (3) and (6) of Section A of Annex I to the Markets in Financial Instruments Directive No II[19] (MiFID II), but it is not a commodity and emission allowance dealer, a collective investment undertaking or an insurance undertaking;

(ii) financial institution means an undertaking other than an institution or a pure industrial holding company, the principal activity of which is to acquire

that they are the largest credit institutions in Greece; the fourth is classified as such since it meets the asset size criterion. The less significant ones, including cooperative banks and one credit institution that recently received a (full) banking license upon transformation from a payment institution, are subject to the direct supervision of the Bank of Greece (BoG) within the SSM as well. Finally, there is also a limited number of branches of foreign credit institutions. The current structure of the Greek banking system is the outcome of a heavy consolidation during the period 2011-2015 (i.e., amidst the fiscal crisis in the euro area) with the resolution of 17 Greek credit institutions (by application of the sale of business and (in two cases) the bridge bank resolution tool) and the closing down of several branches of foreign credit institutions established in Greece, including those of three Cypriot banks, whose assets and liabilities were taken over in 2013 – at the onset of the Cypriot banking crisis – by one of the significant Greek credit institutions (for a detailed analysis, see Gortsos (2016a) and (2022b), both with extensive further references). Three significant credit institutions are subsidiaries of bank holding companies, the latter being the entity listed in the Athens Stock Exchange (ASE); the fourth is listed therein itself. The business model of all four is a fully fledged traditional 'universal banking' one. On the other hand, less significant credit institutions are domestically oriented and with a niche activity under the traditional (purely) banking model. With two exceptions, they are not listed in the ASE. For an overview of the system of EU banking regulation as of December 2022, as this has been shaped under the influence of international financial standards, see Gortsos (2023a).

17 Government Gazette A΄ 107/5.5.2014.

18 Law 4261/2014, Article 3(1), points (1) and (22), respectively, with reference to the definitions in the CRR.

19 Directive 2014/65/EU of the co-legislators of 15 May 2014, OJ L 173, 12.6.2014, pp. 349-496.

holdings or to pursue one or more of the activities listed in points (2)-(12) and (15) of Annex I to the CRD IV; *included* are investment firms, financial holding companies, mixed financial holding companies, investment holding companies, payment institutions within the meaning of the Payment Services Directive no. II[20] (PSD II) and asset management companies; *excluded* are insurance holding companies and mixed-activity insurance holding companies as defined in of Article 212(1), points (f)-(g) of the Solvency II Directive.[21]

(2) Greek law follows the "dual-track" framework set out in EU banking law for dealing with bank failures. In principle, a credit institution will be put into "special liquidation" after a decision has been made that it is failing or likely to fail and the third resolution condition, namely that resolution action is necessary for the public interest, is not being met.[22]This aspect is governed by Article 2 of Law 4335/2015,[23] which incorporated into Greek law the BRRD. Applicable in the case of such a liquidation are (mainly):

(a) Articles 145, 145a, 145b, 146 and 153 of (the above-mentioned) Law 4261/2014.

(b) Decision 180/3/22.2.2016 of the Credit and Insurance Committee (CIC) of the BoG on the "Regulation on the special liquidation of credit institutions and financial institutions supervised by the [BoG] – Repeal of Decision CIC 21/2/4.11.2011".[24] This is an administrative act further specifying Article

20 Directive (EU) 2015/2366 of the co-legislators of 25 November 2015, OJ L 337, 23.12.2015, pp. 35-127.

21 Directive 2009/138/EC of the co-legislators of 25 November 2009, OJ L 335, 17.12.2009, pp. 1- 155.

22 On this resolution criterion, see Section C below.

23 Government Gazette A΄ 87/23.07.2015. It is noted that this Article contains 'internal Articles', as further discussed below.

24 Government Gazette B΄ 717/17.3.2016, as in force. Of relevance are also two CIC Decisions: Decision 77/1/30.5.2013 on the terms and conditions for the settlement of debts in temporary or permanent arrears to credit institutions that have been placed in special liquidation (Government Gazette B΄ 1492/30.5.2013, as in force), and Decision 221/3/17.3.2017 on the terms and conditions for the management of assets by the special liquidator (Government Gazette B΄ 971/22.3.2017, as in force).

145(2) of Law 4261/2014 and applying to all credit institutions under special liquidation (subject to the specific rules of Law 2330/1995[25]) and to all financial institutions supervised by the BoG under special liquidation.[26]

(c) The Bankruptcy Code,[27] as in force, to the extent that its provisions are not contrary to the above-mentioned Law and BoG's Decision.[28]

Special liquidation is perceived differently than bankruptcy, solely as a process of liquidation of property. Hence, without prejudice to the provisions of Law 3458/2006[29] and Article 142 of Law 4261/2014 on the application of the bridge bank resolution tool, a credit institution shall not be declared bankrupt, nor shall it be possible to open a pre-insolvency resolution procedure thereon. This does not apply if the authorisation is revoked following the resignation of the credit institution from it and all its operations falling under Article 11 are transferred to another institution in the context of a partial division or spin-off of a branch[30] (within the meaning of Articles 56-57, respectively, of Law 4601/2019[31]). All categories and legal structures of credit institutions (including cooperative banks) are subject to the same regime.

1.2 Objectives

The objectives of the bank liquidation framework, in accordance with Law 4261/2014, are to ensure the smooth liquidation of the credit institution and the satisfaction of the public interest.[32] It is furthermore provided that the classification of claims in accordance with Article 145a constitutes a mandatory

25 Government Gazette A΄ 172/22.08.1995; this applies to the liquidation of one only credit institution, which is pending for decades.
26 Decision CIC 180/3/22.2.2016, Article 8(1).
27 Law 4738/2020, Government Gazette A΄ 207/27.10.2020.
28 Law 4261/2014, Article 145(2), first sentence.
29 Government Gazette A΄ 94/08.05.2006; this Law incorporated into Greek legislation the CIWUD.
30 Law 4261/2014, Article 145(1), point (a) and Decision CIC 180/3/22.2.2016, Preamble.
31 Government Gazette A΄ 44/A/9-3-2019.
32 Law 4261/2014, Article 145(1), point (j).

rule of public interest.[33] Depositor protection is not explicitly referred to as an objective. On the other hand, pursuant to Law 4261/2014, by decision of the BoG, the Special Liquidator may, until the completion of the liquidation operations and in order to protect financial stability and enhance public confidence in the domestic financial system, oblige the special liquidator to transfer assets of the credit institution under special liquidation to another credit institution or to a bridge credit institution (in accordance with Article 142).[34] This is the only reference made to financial stability (a term not defined at all in Greek law). However, financial stability considerations are also taken into account (as in all 'dual-track' frameworks) in deciding whether a credit institution should be resolved or be put into special liquidation (especially by application of the 'public interest' criterion for resolution action).

2. Institutional model – procedural and operational aspects

2.1 Institutional model

The Greek regime in place is primarily administrative. The management body of the special liquidation is (mainly) the special liquidator, a natural or legal person,[35] and the supervisory body is the BoG,[36] which controls and supervises the special liquidator and may replace him at any time. This control and supervision function have a threefold aim:[37] *first*, the effective management and liquidation of the liquidation assets within the framework of the strategy drawn up by the special liquidator and approved by the BoG;

33 *Ibid.,* Article 145a (4). This Article applies *mutatis mutandis* to the entities referred to in points (b)-(d) of internal Article 1(1) of Article 2 of Law 4335/2015 (*ibid*., Article 145a (5)) but does not apply to special liquidations of credit institutions that started before the entry into force of that Law, which continue to be governed by the provisions in force at the time of its entry into special liquidation (*ibid*., Article 145a (3)).

34 *Ibid.,* Article 145(1), point (f).

35 For more details on the specific structure, see under 2.2 below.

36 Law 4261/2014, Article 145(1) and Decision CIC 180/3/22.2.2016, Article 1(1), first sentence.

37 Law 4261/2014, Article 145(1), point (d).

second, the monitoring of compliance with the law and the decisions of the BoG; and *third*, the monitoring of the special liquidation operations through the submission of data and reports, as specified in a decision to be taken pursuant to Article 145(2) of Law 4261/2014. In accordance with Article 4 of the Bankruptcy Code, it is the court of first instance of the credit institution's seat (in a specific composition and acting upon a special procedure) which has jurisdiction for the court cases referred to in the BoG' CIC Decision.[38]

2.2 Procedural and operational aspects

(1) The decision to place into special liquidation a credit or financial institution whose authorisation is revoked in accordance with Article 19 of Law 4261/2014 is taken by the BoG.[39] Upon notification to the credit institution of that decision, this shall be prohibited from taking deposits; the BoG may also restrict other operations thereof. The provisions on the supervisory responsibilities of the BoG *vis-à-vis* the credit institution and the latter's obligations corresponding to those are not prejudiced by its submission to special liquidation. The supervisory role of the BoG and its supervisory and sanctioning powers are appropriately adapted to the purposes and needs of the liquidation.[40]

(2) During the special liquidation, the management of the credit institution is undertaken by the special liquidator. The same person may undertake the special liquidation of more than one credit institution under special liquidation if this is necessary to better serve the purposes of the special liquidation. In such a case, the special liquidations may be functionally consolidated (which is currently the case), without prejudice to the autonomy of the legal persons in liquidation or to the legal position of the creditors.[41]

38 Decision CIC 180/3/22.2.2016, Article 1(1), second sentence.
39 Law 4261/2014, Article 145(1), points (a)-(b).
40 *Ibid*., Article 145(1), points (f) and (i).
41 *Ibid.,* Article 145(1), point (c).

(3) The special liquidator shall be chosen from among persons of recognised standing and professional experience in banking matters. Remuneration is determined by the BoG and may consist of a fixed and a variable part.[42] This remuneration and the costs of proceedings shall be paid by the credit institution under special liquidation; in case of inability of the credit institution to pay all or part of the expense, the relevant obligation may be taken over by the BoG.[43] If the special liquidator is a legal person, a natural person is also appointed, which is directly responsible to the BoG for the special liquidation, without prejudice to any liability of the legal person.[44]

(4) The special liquidator, without the need to obtain a license, has specific powers, such as the exercise of the right to fulfil pending contracts within the meaning of Article 29(1) of the Bankruptcy Code, the assignment (in accordance with Article 37 of the Bankruptcy Code and Article 145(3) of Law 4261/2014) of objects for which a right of separation is exercised, as well as the conclusion of a settlement and of an arrangement without prejudice to Article 146(2), in compliance with the specific relevant provisions of the BoG and the announcement to the latter of the compromises and arrangements concluded. The special liquidator may conclude the contracts required to assist in the special liquidation workings with the permission of the BoG, except in the case of non-essential operations of the special liquidation, in any case with all due care to limit the costs to an amount consistent with its purpose.[45]

(5) The special liquidator is required to set up a robust and effective corporate governance system that is adequate and proportionate to the scale and complexity of the clearing operations, including a clear organisational structure with transparent and consistent lines of responsibility, effective procedures for identifying, monitoring, managing and reporting risks, and adequate internal control mechanisms.

42 Decision CIC 180/3/22.2.2016, Article 1(2).
43 Law 4261/2014, Article 145(1), point (h).
44 Decision 180/3/22.2.2016, Article 1(2).
45 *Ibid.,* Article 1(3)-(4).

(6) The special liquidator must also appoint an independent, there-member Audit Committee (excluded are the natural persons referred to in Article 1(2) above). For the appointment of its members and the determination of their remuneration, the BoG's agreement is required. The Audit Committee's responsibilities are set out in the BoG's CIC Decision and include, *inter alia*, the monitoring and annual evaluation of the adequacy and effectiveness of the corporate governance system, as well as the supervision and evaluation of the special liquidation work, compliance with the rules governing its operation and its effectiveness. Its members have unrestricted access to all documents and information available to the special liquidator and must take into account the comments of the auditors and the supervisory authorities. The Audit Committee's findings are submitted to the special liquidator and the BoG.[46]

(7) The liability of the special liquidator is confined to wilful misconduct and gross negligence. Liability for any criminal, civil or other liability for debts of the credit institution in liquidation that arose before its appointment, regardless of the time of their confirmation, is excluded. In addition, the special liquidator and its legal representatives shall not be personally liable or liable for any criminal, civil or other liability for debts of the credit institution in liquidation which arose before its appointment, irrespective of the time of their establishment. The preceding also apply to the members of the Committee on Special Liquidations under Article 146 of Law 4261/2014.[47]

A special liquidator violating the provisions of Articles 145-146 of Law 4261/2014, or the regulatory acts adopted on their basis, the natural person designated as directly responsible, and the members of the Audit Committee may be sanctioned by a fine in accordance with Article 55A of the BoG's Statute. In determining the sanction, account shall be taken of the extent of

46 *Ibid.,* Article 1(5).

47 Law 4261/2014, Article 145(1), point (g). The Committee on Special Liquidations has five members appointed by decision of the BoG, for a 3-year term (renewable once for the same period). The special liquidator is obliged to request, on a reasoned and detailed request, the assent of the Commission for specific transactions (*ibid*., Article 146(1)-(2)).

the infringement, its impact on the achievement of the purpose of the special liquidation, as well as the degree of fault of the special liquidator and, if applicable, of the directly responsible natural person.[48]

(8) Notwithstanding the general provisions of administrative and criminal law, Greek banking legislation (including Law 4261/2014) does not contain any specific rules on liability actions against a credit institution's (former) management. However, the BoG can impose administrative sanctions and other measures to earmarked persons (including members of the Board of Directors) for violation of a list of provisions of that law or of the CRR, which may lead to the withdrawal of the credit institution's licence.[49]

3. Grounds for opening insolvency proceedings

(1) Greek law does not provide for an advance 'special liquidation' planning for credit (or financial) institutions, irrespective of their size. A credit institution is placed into special liquidation (by a BoG's decision) when its authorisation is withdrawn pursuant to Article 19 of Law 4261/2014.[50] In all recent relevant cases (of the 2011-2015 period) the withdrawal of authorisation was triggered by a BoG decision, in its capacity as banking resolution authority, to apply resolution tools (namely, the sale of business and (in two cases) the bridge bank tool).[51]

(2) As already noted, the critical aspect for deciding whether a credit institution will be resolved or be placed into special liquidation is whether the 'public interest' resolution criterion is met or not.[52] Pursuant to the SRMR, this determination is made by the SRB for the significant credit institutions

48 Decision 180/3/22.2.2016, Article 1(6).

49 Law 4261/2014, Article 59, which reflects the provisions of Article 67 CRD IV.

50 *Ibid.,* Article 145(1), points (a)-(b).

51 It is noted, that – except for one case in December 2015 – all other resolution decisions were taken under the rules of Greek law as in force before the transposition of the BRRD. See Gortsos (2016a).

52 Law 4335/2015, Article 2, internal Article 32(1), point (c), and SRMR, Article 18(1), first sub-paragraph, point (c) and (5).

and by the BoG for the less significant ones (which apparently include the small- and medium-sized ones).[53]

4. Tools

(1) In accordance with Article 145b of Law 4261/2014 titled "Transfer of assets of the liquidation", the BoG, upon the agreement of the Systemic Stability Board (which is managed by the BoG), can take a decision providing for the transfer to a legally operating credit institution of the assets, liabilities to depositors and contractual relationships of a credit institution previously operating in accordance with its authorisation in specific geographical areas of the country, to which resolution actions were not applied (because the public interest resolution criterion was not met) and which has been placed in special liquidation.[54]

(2) The transfer contract based on such a decision shall be concluded without delay by the special liquidator, as the representative of the credit institution under special liquidation, and the acquiring credit institution. The validity of the transfer and its opposition to third parties shall not require notice to them or their consent, by way of derogation from any other provisions. Pending lawsuits related to the transferred assets are uninterruptedly continued by the acquiring credit institution.[55]

(3) For the purpose such a decision, the assets to be transferred shall be valued on the basis of a fair, prudent and realistic valuation of the assets and liabilities of the credit institution under special liquidation, carried out by a statutory auditor appointed by the BoG. The statutory auditor must be independent of any public authority, including the BoG, and of the credit institution, and not make any interest, direct or indirect, dependent on the

53 SRMR, Article 7(2)-(3), respectively. The BoG's power to act as a resolution authority is laid down in Article 3(1) of Law 4335/2015.

54 Law 4261/2014, Article 145b (1).

55 *Ibid*., Article 145b (2).

valuation's outcome. In relation to the liabilities of the credit institution under special liquidation, the valuation includes its deposits and the claims against it that are satisfied in priority over the Deposit Coverage Scheme of the Hellenic Deposit and Investment Guarantee Fund[56] in accordance with article 145A. The decision may also be issued based on a provisional valuation; in such a case, the final valuation shall be completed within three months.[57]

(4) In selecting the acquiring credit institution, the BoG shall invite credit institutions which, in its opinion and according to the information available, are suitable for the acquisition of the assets to be transferred, in an informal and confidential competitive bidding process. This procedure shall be as transparent as possible, having regard to the circumstances and the need for the transfer to take place expeditiously, and not unduly favour certain potential purchasers.[58]

5. Funding arrangements

(1) The single explicit Greek DGS was established by Law 2324/1995,[59] which incorporated the first EU Directive 94/19/EC in that field;[60] it is thus a 'statutory DGSs'. Currently, the Hellenic Deposit and Investment Guarantee Fund (HDIGF, or TEKE after the Greek acronym of the fund)[61] is governed

56 See just below, under 5.

57 For the valuation applicable are the internal Article 36(6)-(7) of Article 2 of Law 4335/2025, as well as Commission Delegated Regulation (EU) 2018/345 of 14 November 2017 "supplementing [the BRRD] as regards regulatory technical standards specifying the criteria relating to the methodology for assessing the value of assets and liabilities of institutions or entities", which was adopted by virtue of Article 36(15) BRRD (OJ L 67, 9.3.2018, pp. 8-17) (Law 4261/2014, Article 145b (3)). Further specific provisions relating to the outcome of the valuation are set out in Article 145b (4).

58 The last paragraph of the internal Article 39(2) of Article 2 of Law 4335/2025 applies accordingly (*ibid*., Article 145b (5)). These provisions apply in compliance with EU State aid rules (*ibid*., Article 145b (7)).

59 Government Gazette A΄ 146/17.7.1995.

60 Directive 94/19/EC of the co-legislators of 30 May 1994, OJ L 135, 31.5.1994, pp. 5-14.

61 See at: https://teke.gr/index.html.

by Law 4370/2016,[62] as in force, which duly incorporated the provisions of the DGSD, the 1997 'Investor Compensation Schemes Directive'[63] (ICSD) and the BRRD. Hence, TEKE is composed of three separate – albeit clearly distinct from each other – schemes/legs: the Deposit Coverage Scheme, for coverage of depositors; the Investment Cover Scheme, for coverage of investors-clients of credit institutions (investors with investment firms are covered by a separate scheme); and the Resolution Scheme, for the financing of resolution measures. Each is earmarked to its respective purpose and is solely serving this purpose.[64]

(2) TEKE is a legal person governed by private law, supervised by the Ministry of Finance; it is neither a public entity nor a government agency and is outside the narrow or broader public sector.[65] All credit institutions, including cooperative banks, which have been authorised in Greece in accordance with Law 4261/2014 are mandatorily members of all its Schemes.[66] TEKE is governed by a 7-member Board, appointed by the Minister of Finance for a 5-year term that is renewable for an equal period. One of the BoG's Deputy Governors is appointed Chairperson of the Board. The other six members are selected as follows: three by the BoG (which, accordingly, has the majority of members therein); one from the Ministry of Finance; and two by the Hellenic Bank Association (HBA). The Board is responsible for dealing with every issue falling within the scope of its purposes, relating to its administration, management and representation. If not appointed as members, the BoG's Director of the Banking Supervision Department or the Director of the Resolution Department may attend Board meetings without a voting right. When the Board discusses and decides upon matters pertaining to the resolution of a particular credit institution, it is composed of five members,

62 Government Gazette A΄ 37/7.3.2016.

63 Directive 97/9/EC of the co-legislators of 3 March 1997 "on investor-compensation schemes", OJ L 84, 26.3.1997, pp. 22-31.

64 Law 4370/2016, Article 4(2)-(3).

65 *Ibid.,* Article 4(1).

66 *Ibid.,* Articles 5(1)-(3), respectively.

excluding the members selected from the HBA.[67]

(3) As already mentioned, TEKE does not only serve a payout/paybox function for depositors. In accordance with the DGSD and the BRRD, it is also called upon to contribute – under conditions – to resolution financing, both through the Deposit Coverage Scheme and the Resolution Scheme. In particular, the contributions raised at national level are transferred to the Single Resolution Fund (SRF).[68] The other two optional function of DGSs under the DGSD (namely, use of its available financial means for the adoption of 'alternative measures' to prevent a credit institution's failure and the financing of measures to preserve the access of depositors to covered deposits in the context of national insolvency proceedings) are not being performed by TEKE's Deposit Coverage Scheme. Furthermore, TEKE also acts as an investor compensation scheme.

(4) Apart from DGS funding, there are no other sources of 'external funding' that can be used for certain actions, tools, or powers in insolvency, beyond the bank's own resources. Any State aid provided must be compliant with the relevant EU rules.

6. Creditor hierarchy

6.1 The key provisions of Article 145a of Law 4261/2014

The classification of claims in special liquidation is (mainly) governed by the detailed provisions of Article 145a of Law 4261/2014.[69] In particular:

(1) In principle, during the special liquidation of credit institutions the

67 *Ibid.,* Article 48.

68 SRMR, Article 67(1) and (4). It is noted that, by end-2023, the SRF reached the 'target level' laid down in Article 69. Thus, its division into national compartments corresponding to each participating Member State ceased to exist and the funds raised at national level ceased to be allocated to these national compartments (*ibid.,* Article 77).

69 It is noted that Article 145a does not contain any rules on the treatment of e-money and stablecoins.

following requirements shall be classified in the following order:

(a) requirements as set out Article 975(3) of the Code of Civil Procedure (CCP);

(b) claims of the State in case of application of internal Articles 57 or 58 of Article 2 of Law 4335/2015 on Government Financial Stabilisation Tools (GFSTs[70]);

(c) claims from guaranteed deposits or claims of TEKE, which is substituted for the rights and obligations of depositors, to whom it pays compensation, to the extent of this compensation, or claims of TEKE due to the Deposit Coverage Scheme in the context of resolution pursuant to internal Article 104 of Article 2 of Law 4335/2015;

(d) claims of the State from any cause, with the surcharges of any kind and the interest charged on these claims;

(e) the following requirements: (aa) claims of the Resolution Scheme in case of financing for the purpose of fulfilling its obligations, as further defined in internal Article 95 of Article 2 of Law 4335/2015; and (bb) claims from eligible deposits of natural persons and micro, small and medium-sized enterprises in the part exceeding the coverage threshold under Article 9 of Law 4370/2016, as well as from deposits of natural persons and micro, small and medium-sized enterprises that would have been eligible if they had not been made through branches outside the EU of credit institutions domiciled in the EU;

(f) claims from covered investment services or claims of TEKE, which is substituted for the rights and obligations of investor clients to whom it pays compensation, to the extent of such compensation;

(g) claims on eligible deposits in the part that exceed the coverage limit according to Article 9 of Law 4370/2016 and do not fall under point (c) above;

(h) claims from deposits that fall under the exemption from the payment

70 On these tools, see Gortsos (2016b).

of compensation in accordance with Article 12 of Law 4370/2016;

(i) without prejudice to the claims falling under (j)-(k) below, other claims, which do not fall under the above cases nor are they of the last order in the respective contract, such as, but not limited to, claims from loans and other credit agreements, from contracts for the supply of goods or the provision of services or from derivatives, claims arising from debt instruments issued by the credit institution, claims on guarantees given by the credit institution for debt instruments issued by its subsidiaries, regardless of whether they are based in Greece or abroad, as well as claims of such subsidiaries of the credit institution, when these claims arise from a loan or deposit agreement with the credit institution, through which the contract borrows or deposits with the credit institution the proceeds of the issuance of debt instruments by these subsidiaries; where such a subsidiary is deposited with the credit institution, the preceding shall apply to the part of the deposit which does not fall within the scope of point (c) above.[71]

(j) claims, *first*, arising from debt instruments issued by the credit institution which meet the following conditions: (aa) their original contractual duration is at least one year; (bb) do not contain embedded derivatives and are not derivatives, and debt instruments are not considered to contain embedded derivatives only because they have a floating rate based on a widely used reference rate or because they are denominated in a foreign currency if the principal, repayment and interest are in the same currency; and (cc) the relevant contractual documents and, if applicable, the prospectus relating to their issuance and disposal explicitly indicate their classification in the class of this case; and *second*, arising from guarantees given by the credit institution for debt instruments issued by its subsidiaries, regardless of whether they are based in Greece or abroad, bearing the above [under (aa)-(cc)] characteristics and requirements of such subsidiaries of the credit institution, when these claims arise from a loan or deposit agreement with the credit institution,

71 The preferential classification does noy apply to debt instruments that meet specific conditions.

through which the contract borrows or deposits with the credit institution the proceeds of the issuance of such debt instruments by these subsidiaries; if such a subsidiary is deposited with the credit institution, the preceding shall apply to the part of the deposit not falling within the scope of point (c) above; and

(k) claims arising from subordinated debt instruments or Tier 2 instruments or hybrid securities or additional Tier 1 instruments or preference shares or ordinary shares, Common Equity Tier 1 (CET 1) instruments issued by the credit institution, while respecting the differentiation in ranking between the categories of requirements falling under this indent; included are claims arising from guarantees given by the credit institution for subordinated debt instruments or hybrid securities or other securities of its subsidiaries, regardless of whether they are based in Greece or abroad, when these claims arise from a loan or deposit agreement with the credit institution, through which the contract borrows or deposits with the credit institution the proceeds of the issuance of such debt instruments or hybrid securities or other securities by these subsidiaries; where such a subsidiary is deposited with the credit institution, the preceding applies to the part of the deposit which does not fall within the scope of point (c) above. [72]

(2) By way of derogation from the above, the following requirements shall be met preferentially, as specified in each case:[73]

First, if in the special liquidation of a credit institution there are rights under financial collateral arrangements within the meaning of Article 2 of Law 3301/2004,[74] the insurance recipient shall be satisfied by the insurance.

72 The requirements under (aa) and (bb) of point (e) above are satisfied symmetrically. For the rest, applicable are, *mutatis mutandis*, the provisions of Articles 975-978 CCP (Law 4261/2014, Article 145a (1)).

73 *Ibid*., Article 145a (2).

74 Government Gazette A΄ 263/23.12.2004. This law transposed into Greek legislation the EU 'Financial Collateral Arrangements Directive' (Directive 2002/47/EC of the co-legislators of 6 June 2002, OJ L 168, 27.6.2002, pp. 43-50).

Until its full satisfaction, any other requirement is excluded. Otherwise, if there are claims with a privilege over a certain object or quantity of money, applicable is Article 156 of the Bankruptcy Code.[75]

Second, during the activation of the procedure for the compensation of depositors, pursuant to Article 11 of Law 4370/2016, the funds of TEKE's Deposit Coverage Scheme deposited with the credit institution under special liquidation, the resulting accrued interest, as well as any contribution due to that Scheme are immediately attributed to TEKE by those exercising the management of the credit institution, notwithstanding any other provision of substantive or judicial law and before the satisfaction of any other claim.

Finally, when activating the investor compensation procedure, in accordance with the provisions of Articles 12-13 of Law 4370/2016, the funds of TEKE's Investment Coverage Scheme deposited with the credit institution under special liquidation, the resulting accrued interest, as well as any contribution due to that Scheme, are (also) immediately attributed to TEKE by those exercising the management of the credit institution, notwithstanding any other provision of substantive or judicial law and before the satisfaction of any other claim.

6.2 The relevant provisions of Article 145 of Law 4261/2014

(1) Financial instruments belonging to the credit institution's customers, in tangible or intangible form, held, directly or indirectly, by the credit institution, in respect of which the customer's claim is verified on the basis of entries in the books and records of the credit institution, as well as by any other documentary evidence, as well as the contents of bank safe deposit boxes, are separated from the assets to be distributed and are returned to their beneficiaries, unless: *first*, a pledge has been established on them, in which case they are handed over to the pledged creditor; or *second*, there is a claim by the credit institution against the

75 Law 4261/2014, Article 145(4).

beneficiaries, in which case set-off applies.[76]

(2) Furthermore, the special liquidator may apply to the BoG for permission for the temporary use of the cash reserves of a credit institution under special liquidation for the prompt satisfaction of creditors of another credit institution under special liquidation under the same special liquidator whose claims fall under Article 145a (1), point (a). These cash resources may not exceed one fifth of the total verified amount of the claims, which fall under Article 145a (1), point (a), against the credit institution under special liquidation, which is granted the option of temporarily using cash. The amount used in accordance with the above-mentioned shall be repaid to the credit institution which has disposed of it in a reasonable period so as not to delay the end of the liquidation and the satisfaction of the creditors of the credit institution from which the cash is derived. The request to the BoG must substantiate the necessity of using the assets in question for the purpose referred to above and substantiate that there is no risk of repayment of the reserves and that the cash balance of the credit institution into special liquidation, from which the assets are drawn, allows the costs of the special liquidation to be serviced until they are repaid. The BoG, prior to the granting of the license, must confirm documentation of the above and ensure their implementation.[77]

7. Banking groups and cross-border aspects

(1) Notwithstanding the provisions of Law 4335/2015 on the prevention or removal of impediments to resolvability and on the resolution of groups,[78] Law 4261/2014 does not contain any provisions on a group insolvency procedure or for special insolvency rules for networks. Intra-group support measures are allowed under the condition set out in internal Articles 10-17 of Article 2 of

76 *Ibid.,* Article 145(3).

77 *Ibid.,* Article 145(6).

78 Law 4335/2015, Article 2, internal Articles 26 and 84-89, respectively (transposing Articles 18 and 87-92 BRRD).

Law 4335/2015; Articles 13-14 refer in particular to banking groups.[79] It is also noted that the aspect relating to the promotion of coordination in case of simultaneous resolution and special liquidation proceedings within the same group is not explicitly dealt with under Greek law.

(2) The framework governing the special liquidation of credit institutions does not contain any specific provisions for recognising or giving effect to foreign insolvency measures, nor does it explicitly grant recognition or give effect to the acts adopted by bank (or other administrative) authorities in other jurisdictions regarding bank insolvencies. Overall, it does not contain any provisions on cross- border aspects. This holds notwithstanding the provisions of Law 4335/2015 on cooperation among authorities in relation to the resolution of credit institutions and their groups, including with third countries.[80]

C. Problems arising from the absence of harmonised rules

(1) As noted in Section A above, EU banking law does not provide for the (even minimum) harmonisation of the rules governing winding up proceedings across the EU; these proceedings are still national even in the BU. This is inconsistent with the fact that in the case that a decision is taken by the SRB or the NRAs for the resolution of a credit institution by application of resolution tools harmonised rules apply.[81] In this respect, the following is noted:

First, pursuant to Article 23(1) of Commission Delegated Regulation (EU) 2016/1075,[82] for the purposes of assessing the resolvability of (*inter*

79 By virtue of these, Articles 19-26 of the BRRD were transposed into Greek law.

80 *Law 4335/2015* Articles 90-94, transposing into Greek legislation Articles 94-98 of the BRRD.

81 Of specific importance in the application of resolution tools is the 'no creditor worse off (NCWO) principle', according to which, to avoid disproportionate interference with property rights, no creditor should incur greater losses than would have been incurred if a bank would have been wound up under normal insolvency proceedings at the time that the resolution decision is taken in accordance with specific safeguards. On this principle and its application under EU banking law, see, by means of mere indication, Wojcik (2015).

82 Commission Delegated Regulation (EU) 2016/1075 of 23 March 2016 "supplementing [the BRRD]

alia) a credit institution, a 'four-stage strategy' must be implemented, the first stage consisting in the assessment, by the SRB or the NRA, of the *credibility and feasibility* of its liquidation under normal insolvency proceedings.[83] According to this phrasing, liquidation forms part of resolution strategies, even though this is a solution applied outside the resolution framework and is decided upon when the third condition for resolution, i.e., the public interest criterion (discussed just below) is not met, and (then) its winding up is conducted according to the national legislation in the Member State where it is established.[84] It is only after a determination has been made that liquidation is neither feasible nor credible that the SRB should select a preferred resolution strategy, and then assess its feasibility and credibility under the other stages of the above-mentioned strategy.

Second, the (just above-mentioned) third condition for resolution consists in that a resolution action is 'necessary in the public interest'. Under the SRMR[85] (and the BRRD), a resolution action is deemed to be in the public interest if two conditions are met cumulatively: (a) it is necessary for the achievement of, and is proportionate to, at least one of the resolution objectives laid down in Article 14 SRMR; and (b) the winding up of the credit institution under normal insolvency procedures would not meet these resolution objectives to the same extent.[86] In this case, the SRB must compare with a hypothetical

with regard to regulatory technical standards specifying the content of (…) resolution plans and group resolution plans (…)", OJ L 184, 8.7.2016, pp. 1-71.

83 *Ibid.,* Article 24(1)-(3). Lastra, Russo and Bodellini (2019) (at p. 11) correctly refer to the 'dichotomy' between resolution and liquidation. The 'exceptional' nature of resolution actions, irrespective of a credit institution's size or interconnectedness, is reflected in recital (59) SRMR, according to which the winding up of an insolvent entity through normal insolvency proceedings should always be considered before a decision is taken to maintain the entity as a going concern (see also recitals (45)-(46) BRRD). This aspect is further discussed in Hadjiemmanuil (2015), at p. 23 ff.

84 On this aspect, see further under (2) below.

85 SRMR, Article 18(1), first sub-paragraph, point (c) and (5).

86 The first condition for resolution consists in the determination that the credit institution is 'failing or likely to fail' (*ibid.,* Article 18(1), first sub-paragraph, point (a)); the second is that, having regard to timing and other relevant circumstances, there is no reasonable prospect that the failure

national insolvency scenario, which presupposes profound knowledge of the bank insolvency legislation in all Member States.[87]

It is only if the SRB (or an NRA) has determined that normal insolvency proceedings would not achieve the resolution objectives to the same extent as resolution action that the public interest criterion is met.[88] Hence, a decision to resolve a credit institution can be taken only if, in addition to the two other resolution conditions, the public interest criterion (also referred to as the 'public interest test'[89]) is met. If this is not case, the failing or likely to fail credit institution must be wound up under national law.

(2) Considering the above-mentioned, the urgency of the need to harmonise at EU level the rules on the winding up of credit institutions[90] is apparent.[91] When applying national winding up procedures, governments and authorities do not "circumvent EU law", as sometimes claimed; it is the "absence of EU law" which permits them to do so. However, such a development is not visible soon; it is noteworthy that this aspect has not been directly addressed by the Commission even in its recent (18 April 2023) legislative package proposing the amendment of the BBRD and the SRMR "as regards early

of the credit institution could be prevented within a reasonable timeframe by taking in respect of it any 'alternative private sector measures' (such as internal equity financing and the increase of the share capital), or any 'supervisory action', including early intervention measures in accordance with Article 27 BRRD or the write-down or conversion of 'relevant capital instruments' pursuant to Article 59(2) BRRD (SRMR, Article 18(1), first sub-paragraph, point (b)).

87 See on this Grünewald (2017), p. 296.

88 The assessment of critical functions or the meeting of any other resolution objective do not suffice. On the interpretation of the 'public interest' criterion, see Lastra, Russo and Bodellini (2019), pp. 13-15.

89 See indicatively Grünewald (2017) and Binder (2019).

90 It is worth noting in this respect that the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) recently set up a Working Group on Bank Insolvency. The aim is to address the current gap which also exists at global legal, by developing and adopting (by 2024) an international soft law instrument covering key features of bank liquidation proceedings. See on this at: https://www.unidroit.org/work-in-progress/bank-insolvency.

91 This is also closely linked to the so-called 'medium-sized banks' resolution problem, which has been recently highlighted, inter alia, by several policymakers. See by means of indication König (2021).

intervention measures, conditions for resolution and funding of resolution action", and the amendment of the DGSD "as regards the scope of deposit protection, use of deposit guarantee schemes funds, cross-border cooperation, and transparency".[92] Thus, this still remains, along with the establishment of the EDIS, a significant element of the unfinished BU agenda.

Secondary Sources

Binder, J.-H. (2019): Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test, *European Business Organisation Law Review (EBOR),* Volume 20 (also available at: https://ssrn.com/abstract=2990379)

Binder, J.-H., Gortsos, Ch.V., Lackhoff, K. and Ch. Ohler (2022, editors): *Brussels Commentary on the Banking Union*, C.H. Beck, München – Hart Publishing, Oxford – Nomos, Baden-Baden

D'Ambrosio, R. (2020, editor): *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials),* Quaderni di Ricerca Giuridica, Banca d' Italia, Numero 88, April

Gortsos, Ch.V. (2023a): *The European Banking Regulation Handbook, Volume I: Theory of Banking Regulation, International Standards, Evolution and Institutional Aspects of EU Banking Law*, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, Palgrave Macmillan Springer, Cham – Switzerland

Gortsos, Ch.V. (2023b): *A reform of the CMDI framework that supports completion of the Banking Union*, In-Depth Analysis, European Parliament, Briefing paper for the Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), November, available at: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/

92 COM/2023/227 final, COM/2023/226 final and COM/2023/228, respectively. On this legislative package, see Gortsos (2023b), with extensive further references.

STUD/2023/741493/IPOL_STU(2023)741493_EN.pdf

Gortsos, Ch.V. (2022a): Historical Evolution of Bank Capital Requirements in the European Union, in Joosen, B., Lamandini, M. and T. Tröger (2022, editors): *Capital and Liquidity Requirements for European Banks: CRRII and CRDV,* Oxford EU Financial Regulation Series (main editors D. Busch and G. Ferrarini), Oxford University Press, Oxford, Part I, Chapter 1, pp. 3-42

Gortsos, Ch.V. (2022b): On the Cypriot 2012-2013 Banking Crisis and the 2013 Banking Resolution, *Festschrift in Honour of Benjamin Geva, Banking & Finance Law Review,* Volume 38, Section III: The legal nature of money and banking law, pp. 271-284

Gortsos, Ch.V. (2019): The European Deposit Insurance Scheme (EDIS), in Fabbrini, F. and M. Ventoruzzo (2019, editors): *Research Handbook on EU Economic Law,* Chapter 13, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA

Gortsos, Ch.V. (2016a): *The Impact of the Current Fiscal Crisis in the Euro Area on the Greek Banking System and the Measures Adopted to Safeguard its Stability: An Institutional, Supervisory and Regulatory Perspective*, available at: https://ssrn.com/abstract=2769795

Gortsos, Ch.V. (2016b): *A poisonous (?) mix: Bail-out of credit institutions combined with bail-in of liabilities under the BRRD – The use of 'government financial stabilization tools' (GFSTs),* available at: https://ssrn.com/abstract=2876508

Grünewald, S.N. (2017): Legal challenges of bail-in, in *ECB Legal Conference 2017 – Shaping a new legal order for Europe: a tale of crises and opportunities*, European Central Bank, December, pp. 287-310, also available at: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ ecblegalconferenceproceedings201712.en.pdf

Hadjiemmanuil, Ch. (2015): *Bank Resolution Financing in the Banking Union*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 6/2015 (also available at: https://ssrn.com/abstract=2575372)

König, E. (2021): *A European solution to deal with failures of medium-sized banks in the Banking Union,* Eurofi article, 14 April, available at: https://www.srb.europa.eu/en/content/eurofi-article-elke-konig-european-solution-deal-failures-medium-sized-banks-banking-union

Lastra, R.M., Russo, C.A. and M. Bodellini (2019): *Stock take of the SRB's activities over the past years: What to improve and focus on?,* Banking Union Scrutiny, In-depth Analysis, European Parliament, Economic Governance Support Unit, March, available at: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634392/IPOL_STU(2019)634392_EN.pdf

Wessels, B. (2017): Commentary on Directive 2001/24/EC on the Reorganisation and Winding-up of Credit Institutions, in Moss, G., Wessels, B. and M. Haentjens (2017, editors): *EU Banking and Insurance Insolvency*, Chapter II, Second edition, Oxford University Press, Oxford, pp. 61-117

Wojcik, K.-P. (2015): The Significance and Limits of the 'No Creditor Worse Off Principle for an Effective Bail-in, in *ECB Legal Conference 2015 – From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union: New opportunities for European integration,* European Central Bank, December, pp. 253-258, also available at: https://ssrn.com/abstract=2688953

Η αρχή της προφύλαξης ως κριτήριο ελέγχου των σχετικών με το περιβάλλον και τη δημόσια υγεία πράξεων των ενωσιακών οργάνων

Βασιλική (Βίκυ) Ι. Καραγεώργου

Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Ευρωπαϊκού Διοικητικού Δικαίου και Ευρωπαϊκού Δικαίου Περιβάλλοντος Παντείου Πανεπιστημίου

Ι. Εισαγωγή-Η εξελικτική διαμόρφωση της αρχής της προφύλαξης

Η αρχή της προφύλαξης κατέχει μια περίοπτη θέση στο μοντέλο διακυβέρνησης των σύγχρονων κοινωνιών, καθώς θέτει ένα αξιολογικό πλαίσιο και μια κατεύθυνση προς τις αρμόδιες αρχές, όταν αυτές καλούνται να λάβουν αποφάσεις που σχετίζονται με την επιστημονική αβεβαιότητα και την διαχείριση των κινδύνων, υπό την έννοια ότι καθιστά επιτρεπτή την λήψη μέτρων για την προστασία του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας, ακόμη και σε περίπτωση επιστημονικής αβεβαιότητας.[1] Παρά τον κεντρικό χαρακτήρα της στο πεδίο του δικαίου περιβάλλοντος και του κανονιστικού πλαισίου για την διαχείριση κινδύνου (risk regulation) εν γένει, η εν λόγω αρχή έχει επικριθεί σημαντικά στο πεδίο της νομικής θεωρίας τόσο για την ενδεχόμενη σύγκρουσή της με την αρχή της καινοτομίας[2] όσο και για την έλλειψη συνοχής και την μη αποτελεσματικότητά της. υπό την έννοια ότι σε ένα κόσμο που ενέχει κινδύνους, η αντιμετώπιση του ενός κινδύνου μέσω της αρχής της προφύλα-

1 Βλ. K.de Smedt/E.Vos, The Application of the Precautionary Principle in the EU in H.A. Mieg (ed.), The Responsibility of Science, Springer Verlag 2022, σ. 163.

2 Βλ. D. Castro/M. McLaughlin, Ten ways the precautionary principle undermines progress in artificial intelligence. Working paper, Information Technology and Innovation Foundation, 2019, προσβάσιμο σε: https://itif.org/publications/2019/02/04/ten-ways-precautionary-principle-undermines-progress-artificial-intelligence (προσπελάσιμο στις 15.07.2022).

ξης ενδέχεται να προκαλέσει ανεπιθύμητες επιπτώσεις σε άλλες πτυχές της κοινωνικής ζωής, που επίσης εμπεριέχουν την διαχείριση κινδύνων.[3]

Η αρχή εμφανίστηκε για πρώτη φορά στην γερμανική έννομη τάξη στο πλαίσιο του Ομοσπονδιακού Νόμου για την προστασία από τις εκπομπές (Bundesimmissionsschutzgesetz).[4] Στην συνέχεια, η εν λόγω αρχή κυρίως υπό την εκδοχή της προφυλακτικής προσέγγισης (precautionary approach) κατοχυρώθηκε σε διεθνές επίπεδο στο άρθρο 15 της Διακήρυξης του Ρίο, σύμφωνα με την οποία η ύπαρξη επιστημονικής αβεβαιότητας δεν θα πρέπει να αποτελέσει την δικαιολογητική βάση για την αναβολή λήψης οικονομικά αποτελεσματικών μέτρων από τα κράτη, στην περίπτωση κινδύνου πρόκλησης ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης στο περιβάλλον και την δημόσια υγεία.[5]

Η αρχή της προφύλαξης άλλοτε με πιο ασθενή και άλλοτε με πιο ισχυρή διατύπωση κατοχυρώνεται επίσης σε μια σειρά από Πολυμερείς Περιβαλλοντικές Συμφωνίες και Πρωτόκολλα, όπως εν προκειμένω στην Σύμβαση-Πλαίσιο για την Κλιματική Αλλαγή (άρθρο 3 παρ. 3), στην Σύμβαση για την Βιοποικολότητα (προοίμιο), στο Πρωτόκολλο της Καρθαγένης για την διασυνοριακή μεταφορά των γενετικά τροποποιημένων οργανισμών (άρθρο 1 και άρθρο 10 παρ. 6), στην Σύμβαση της Στοκχόλμης για τους μόνιμους οργανικούς ρυπαντές (προοίμιο παρ. 8 και άρθρο 9), καθώς και σε περιφερειακές συμβάσεις, όπως η Σύμβαση της Βαρκελώνης για την προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος της Μεσογείου Θαλασσας (άρθρο 4 παρ. 3) και η Σύμβαση για την προστασία του θαλασίου περιβάλλοντος του Βορείου Ατλαντικού Ωκεανού (άρθρο 3 παρ.3 εδ. c).[6] Η αρχή της προφύλαξης

3 Βλ. C. Sunstein, Laws of Fear, Beyond the Precautionary Principle, CUP 2009.

4 Βλ. G van Calster/L. Reins, EU Environmental Law, Edward Elgar 2017, σ. 28; J. Wiener, Precautionary Principle in: L. Krämer/E.Orlando (Eds). Principles of Environmental Law, Edward Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Edward Elgar, 2017, σ. 174, 175.

5 United Nations Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development, 1992.

6 Βλ. P-M.Dupuy/J. Viñuales, International Environmental Law, 2nd ed., Cambridge University Press, 2018, σ. 72; N. de Sadeleer, The principles of prevention and precaution in international law: two

κατοχυρώνεται επίσης στο άρθρο 5 παρ.7 της Σύμβασης για τα υγειονομικά και τα φυτο-υγειονομικά μέτρα, της οποίας η εφαρμογή τελεί υπό την αιγίδα του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου. Επιπροσθέτως σημειώνεται ότι η εν λόγω αρχή έχει πρόσφατα αποκτήσει επικαιρότητα στο πλαίσιο διαχείρισης της πανδημίας του Covid 19 από τα κράτη, καθώς οι αρμόδιες εθνικές αρχές κλήθηκαν και καλούνται σε συνθήκες επιστημονικής αβεβαιότητας να λάβουν μέτρα για την προστασία της δημοσίας υγείας, το περιεχόμενο των οποίων συναρτάται σε σημαντικό βαθμό με τον καθορισμό του «κοινωνικά αποδεκτού επιπέδου του κινδύνου».[7]

Παρά τις επιμέρους διαφοροποιήσεις τόσο για τον νομικό χαρακτήρα (αρχή ή προσέγγιση) όσο και για το κανονιστικό περιεχόμενο και το πεδίο εφαρμογής της, ο βασικός κανονιστικός πυρήνας της αρχής, καθώς και της προσέγγισης της προφύλαξης (precautionary approach) συνίσταται στην λήψη μέτρων για την αποφυγή πρόκλησης ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης στο περιβάλλον ή την δημόσια υγεία, ακόμη και στις περιπτώσεις που υπάρχει επιστημονική αβεβαιότητα. Η αναγνώριση του εν λόγω κανονιστικού πυρήνα δεν επαρκεί για την αποσαφήνιση κρίσιμων ζητημάτων αναφορικά με την εφαρμογή της αρχής, όπως εν προκειμένω ο προσδιορισμός του τι συνιστά ο κινδυνος πρόκλησης ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης ζημίας, καθώς και ο τρόπος διαχείρισης της επιστημονικής αβεβαιότητας.[8]

Επιπροσθέτως, η στάση των Διεθνών Δικαστηρίων σε σχέση με την αρχή της προφύλαξης δεν είναι ενιαία και συνεκτική. Ειδικότερα, το Διεθνές Δικαστήριο της Χάγης υιοθέτησε μια σχετικά επιφυλακτική προσέγγιση σε σχέση με την αναγνώριση της αρχής της προφύλαξης, καθώς αποφάνθηκε ότι η υιοθέτηση μιας προφυλακτικής προσέγγισης μπορεί να είναι σχετική για την ερ-

heads of the same coin? in: Edward Elgar Research Handbook on International Environmental Law, 2021, σ. 152, 169 επ.

7 Βλ.Kl. Meßerschmidt, Covid-19 legislation in the light of the precautionary principle, The Theory and Practice of Legislation, 2020, σ. 267 επ.

8 Βλ. P-M.Dupuy/J. Viñuales, όπ.π (σημ. 6), σ.72.

μηνεία και την εφαρμογή των προβλέψεων του Καταστατικού του Διεθνούς Δικαστηρίου, αλλά ταυτόχρονα δεν συνεπάγεται και την αντιστροφή του βάρους απόδειξης.[9] Αντιθέτως, το Διεθνές Δικαστήριο της Θάλασσας αποφάνθηκε σε σχετική Γνωμοδότησή του ότι η προφυλακτική προσέγγιση συνιστά αναπόσπαστο στοιχείο της υποχρέωσης δέουσας επιμέλειας (due diligent obligation) των κρατών και έχει σταδιακά τύχει τέτοιας αναγνώρισης, ώστε να αναγνωρίζεται ως εθιμικός κανόνας.[10] Το ΕΔΔΑ έχει επίσης αναγνωρίσει την αρχή της προφύλαξης ως αρχή που θα πρέπει να διέπει την δράση των κρατών, προκειμένου να διασφαλιστεί ένα υψηλό επίπεδο προστασίας για το περιβάλλον και την δημόσια υγεία.[11]

Σ' αντίθεση με την σχετική αβεβαιότητα που υπάρχει στο διεθνές δίκαιο περιβάλλοντος σε σχέση τόσο με την κατηγοριοποίηση της προφύλαξης ως αρχής ή προσέγγισης, όσο και για το ειδικότερο κανονιστικό της περιεχόμενο, η αρχή της προφύλαξης έχει σαφέστερη κανονιστική κατοχύρωση και θέση στην ενωσιακή έννομη τάξη. Ειδικότερα, η εν λόγω αρχή κατοχυρώθηκε για πρώτη φορά στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο στην Συνθήκη του Μααστριχτ και πλέον είναι κατοχυρωμένη στο άρθρο 191 παρ. 2 της Συνθήκης για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΣΛΕΕ), αναφερόμενη ρητά ως αρχή του ενωσιακού δικαίου περιβάλλοντος. Επιπροσθέτως, η εν λόγω αρχή είναι κατοχυρωμένη και σε ορισμένα Συντάγματα χωρών της ΕΕ, όπως στο γαλλικό.[12]

Το βασικό αντικείμενο της παρούσας συμβολής συνίσταται στο να εξετάσει το περιεχόμενο της αρχής της προφύλαξης στην ενωσιακή έννομη τάξη και κυρίως το πως η εν λόγω αρχή λειτουργεί ως κριτήριο ελέγχου των σχε-

9 ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) Judgment, [2010] Rep 14, Separate Opinion of Judge Cançado Trindande, παρ. 164.

10 ITLOS, Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 201, p. 10, παρ. 131 και 135.

11 ΕΔΔΑ, Υπόθεση Tatar κατά Ρουμανίας, Αρ. προσφ.67021/01, Απόφαση της 27ης Ιανουαρίου 2009, παρ. 120. Βλ. επίσης R.Kegge, The precautionary principle and the burden and standard of proof in European and Dutch environmental Law, REALaw 2020, σελ. 113, 118.

12 Βλ. J. Wiener, όπ.π (σημ. 4), σ.176.

τικών με το περιβάλλον και την δημόσια υγεία πράξεων των ενωσιακών οργάνων, οι οποίες μπορεί να είναι νομοθετικές, κανονιστικές ή και με γενικό ή ατομικό περιεχόμενο. Στο πλαίσιο αυτό, στην δεύτερη ενότητα θα εξετασθεί το κανονιστικό περιεχόμενο της αρχής της προφύλαξης στην ενωσιακή έννομη τάξη, καθώς και η κατηγοριοποίηση της εν λόγω αρχής και εν προκειμένω το εάν συνιστά γενική αρχή της ενωσιακής έννομης τάξης ή αρχή του ενωσιακού δικαίου περιβάλλοντος. Στην τρίτη ενότητα θα εξετασθεί το πώς η εν λόγω αρχή λειτουργεί ως κριτήριο δικαστικού ελέγχου των νομοθετικών και των κανονιστικών πράξεων των ενωσιακών οργάνων. Στην τέταρτη ενότητα θα εξαχθούν κάποια συμπεράσματα σε σχέση με την εφαρμογή της αρχής ως κριτήριο δικαστικού ελέγχου.

ΙΙ. Η αρχή της προφύλαξης στην ενωσιακή έννομη τάξη

Α. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Η αρχή της προφύλαξης, όπως ήδη αναφέρθηκε, κατοχυρώνεται στο άρθρο 191 παρ. 2 ΣΛΕΕ, το οποίο ορίζει τα ακόλουθα: «Η πολιτική της Ένωσης στον τομέα του περιβάλλοντος αποβλέπει σε υψηλό επίπεδο προστασίας και λαμβάνει υπόψη την ποικιλομορφία των καταστάσεων στις διάφορες περιοχές της Ένωσης. Στηρίζεται στις αρχές της προφύλαξης και της προληπτικής δράσης, της επανόρθωσης των καταστροφών του περιβάλλοντος, κατά προτεραιότητα στην πηγή, καθώς και στην αρχή «ο ρυπαίνων πληρώνει». Από το περιεχόμενο της προαναφερθείσας διάταξης καθίσταται σαφές ότι δεν δίδεται κάποιος ορισμός για το περιεχόμενο της εν λόγω αρχής.

Ένα επιμέρους ζήτημα, το οποίο συναρτάται με το κανονιστικό περιεχόμενό της, συνίσταται στο εάν συνιστά αρχή ή ακόμη και γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, όπως έχει αναγνωρισθεί από τα ενωσιακά δικαστήρια.[13] Θα πρέπει καταρχάς να σημειωθεί ότι οι αρχές του δικαίου (principles) εκ-

13 Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις T-429/13 and T-451/13, *Bayer,* EU:T:2018:280, σκέψη 109.

φράζουν κάποια θεμελιώδη αξιακά προτάγματα της εκάστοτε έννομης τάξης και αποτελούν την δικαιολογητική βάση για την θέσπιση των κανόνων δικαίου (rules). Οι κανόνες δικαίου εμπεριέχουν ένα συγκεκριμένο κανονιστικό περιεχόμενο για την ρύθμιση ενός ζητήματος, η υλοποίηση του οποίου συνεπάγεται σε αρκετές περιπτώσεις και την επιβολή κυρώσεων.[14]

Το επόμενο ζήτημα το οποίο θα πρέπει να αποσαφηνιστεί συνίσταται στον προσδιορισμό των κριτηρίων επί τη βάσει των οποίων μια νομική αρχή (principle) κατηγοριοποιείται ως γενική αρχή δικαίου του ενωσιακού δικαίου. Σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά στην νομική θεωρία, οι γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου εκφράζουν κάποιες θεμελιώδεις αξίες της ενωσιακής έννομης τάξης και έχουν μια «συνταγματική ποιότητα».[15] Παρά την εν λόγω γενική αφετηρία και δεδομένης της αποσπασματικής προσέγγισης την οποία ακολουθούν τα ενωσιακά δικαστήρια και κυρίως το ΔΕΕ σε σχέση με την κατηγοριοποίηση των γενικών αρχών της ενωσιακής έννομης τάξης, η κατάταξη μιας αρχής ως γενικής αρχής του ενωσιακού δικαίου εξακολουθεί να παρουσιάζει δυσχέρειες. Ως εκ τούτου, καθοριστική στην κατεύθυνση αυτή είναι η κατηγοριοποίηση που προτείνεται από την νομική θεωρία. Εν προκειμένω, πρόσφορη κρίνεται η κατηγοριοποίηση, η οποία προτείνεται από τον Καθηγητή Π. Τριδήμα, σύμφωνα με την οποία οι γενικές αρχές της ενωσιακής έννομης τάξης μπορούν να ενταχθούν σε τρεις κατηγορίες:α) στις γενικές αρχές οι οποίες απορρέουν από την αρχή του κράτους δικαίου β) στις γενικές αρχές οι οποίες συναρτώνται με την «συνταγματική δομή» της Ένωσης και γ) στις ουσιαστικές αρχές του ενωσιακού δικαίου.[16] Υπό το φως των ανωτέ-

14 Για την κατηγοριοποίηση των αρχών και την διάκρισή τους από τους κανόνες δικαίου βλ. R. Dworkin, Taking Rights Seriously (Duckworth 1977), σ. 22, 24, 29 and 30; R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2002, σ. 47–8; T. Tridimas, General Principles of EU Law, 3rd ed., OUP, 2018, σ. 2. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι ο R. Alexy διατυπώνει την θέση ότι, αν και οι αρχές είναι νομικά δεσμευτικές, μπορεί να γίνει στάθμιση μεταξύ τους, ενώ κάτι τέτοιο δεν ισχύει για τους κανόνες δικαίου, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να τηρούνται.

15 Βλ.T Tridimas, The general principles of law, who needs them?' (Conclusion), Cahiers de Droit Européen, 2016, σ. 419, 421.

16 Βλ. T. Tridimas, όπ.π. (σημ. 14), σ. 5.

ρω παρατηρήσεων, θα εξετασθεί το κανονιστικό περιεχόμενο της αρχής της προφύλαξης στην ενωσιακή έννομη τάξη, προκειμένου να εξαχθεί κάποιο συμπέρασμα σε σχέση με την κατηγοριοποίησή της ως αρχής του ενωσιακού περιβαλλοντικού δικαίου ή ακόμη και ως γενικής αρχής της ενωσιακής έννομης τάξης.

Β. Το Κανονιστικό περιεχόμενο της αρχής

1. Η απουσία εννοιολογικού προσδιορισμού

Εκτός από το πεδίο του ενωσιακού δικαίου περιβάλλοντος με χαρακτηριστικό παράδειγμα αυτό των κανόνων της προστασίας της φύσης, η αρχή της προφύλαξης εφαρμόζεται και σε τομείς που σχετίζονται με την ασφάλεια των τροφίμων, την χρήση, την κυκλοφορία και την διαχείριση των χημικών ουσιών, καθώς και την προστασία της δημόσιας υγείας εν γένει.[17] Παρά το γεγονός ότι η αρχή κατοχυρώνεται στο άρθρο 191 παρ.2 ΣΛΕΕ και γίνεται επίκληση αυτής σε μια σειρά νομοθετήματα, δεν έχει επιχειρηθεί επαρκώς να προσδιορισθεί το εννοιολογικό της περιεχόμενο, υπό την μορφή κυρίως της θέσπισης ενός ορισμού σε επίπεδο πρωτογενούς ή και δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου. Ένας πρώτος βασικός ορισμός της αρχής εμπεριέχεται στον Κανονισμό 178/2002.[18] Ειδικότερα, στο άρθρο 7 αυτού ορίζεται ότι στις ειδικές περιπτώσεις κατά τις οποίες, ύστερα από αξιολόγηση των διαθέσιμων πληροφοριών, εντοπίζεται πιθανότητα βλαβερών επιπτώσεων στην υγεία, αλλά εξακολουθεί να υπάρχει επιστημονική αβεβαιότητα, μπορούν να ληφθούν τα προσωρινά μέτρα διαχείρισης του κινδύνου που είναι αναγκαία για την εξασφάλιση του υψηλού επιπέδου προστασίας της υγείας που έχει επιλε-

17 Βλ. K.de Smedt/E.Vos, όπ.π (σημ. 1), σ. 176; Γλ. Σιούτη, Δίκαιο Περιβάλλοντος, 3η εκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα –Θεσσαλονίκη 2018, σ. 55.

18 Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 178/2002 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 28ης Ιανουαρίου 2002, για τον καθορισμό των γενικών αρχών και απαιτήσεων της νομοθεσίας για τα τρόφιμα, για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Αρχής για την Ασφάλεια των Τροφίμων και τον καθορισμό διαδικασιών σε θέματα ασφαλείας των τροφίμων, *OJ L 31, 1.2.2002,* p. 1–24.

γεί στην Κοινότητα, μέχρι να υπάρξουν περαιτέρω επιστημονικές πληροφορίες για μια πιο εμπεριστατωμένη αξιολόγηση του κινδύνου.

Σημαντική σε σχέση με τον εννοιολογικό προσδιορισμό της αρχής και συνεπακόλουθα με τον τρόπο εφαρμογής της, εξακολουθεί να είναι η Ανακοίνωση την οποία εξέδωσε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή το έτος 2000, καθώς αναλύει τους δύο βασικούς άξονες, που συναρτώνται με την εφαρμογή της. Ο πρώτος άξονας συνίσταται στο εάν πρέπει να αναληφθεί δράση στην περίπτωση της «επίμονης» επιστημονικής αβεβαιότητας και ο δεύτερος συνίσταται στο το πώς θα σταθμιστούν τα αντικρουόμενα συμφέροντα και το πώς θα σχεδιαστούν με τον καλύτερο τρόπο τα μέτρα διαχείρισης του κινδύνου, στην περίπτωση που θα αποφασιστεί ότι θα πρέπει να αναληφθεί δράση.[19]

Επιπροσθέτως, καθοριστική για τον εννοιολογικό προσδιορισμό της αρχής είναι και η νομολογία των ενωσιακών δικαστηρίων. Ειδικότερα, ένας πρώτος ορισμός για την αρχή της προφύλαξης δόθηκε από το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην Υπόθεση των «τρελών αγελάδων» (BSE Case). Εν προκειμένω, το ΔΕΚ αποφάνθηκε ότι όποιες φορές υφίστανται αμφιβολίες ως προς τη συνδρομή ή τη σημασία κινδύνων για την υγεία των ατόμων, τα κοινοτικά (νυν ενωσιακά) όργανα μπορούν να λαμβάνουν μέτρα προστασίας, χωρίς να οφείλουν να αναμένουν να αποδειχθεί πλήρως το υπαρκτό και η σοβαρότητα των εν λόγω κινδύνων.[20] Ο εν λόγω ορισμός υιοθετήθηκε και σε μια σειρά μεταγενέστερων αποφάσεων των ενωσιακών Δικαστηρίων.[21] Περαιτέρω, ένας αντίστοιχος ορισμός υιοθετήθηκε σε σχέση με την δυνατότητα των κρατών-μελών να λαμβάνουν μέτρα με βάση την αρχή της προφύλαξης, καθώς το ΔΕΕ έχει αποφανθεί ότι σε περίπτωση κατά την

19 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης της 2ας Φεβρουαρίου 2000, (COM 2000), 1 final. Βλ.G- Cl. Leonelli, Judicial Review of Compliance with the Precautionary Principle from *Paraquat* to *Blaise:* "Quantitative Thresholds", Risk Assessment and the Gap between Regulation and Regulatory Implementation, German Law Journal 2021, σ. 184, 186.

20 C-180/96, Ηνωμένο Βασίλειο της Μεγάλης Βρετανίας και Βόρειας Ιρλανδίας κατά της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ECLI:EU:C:1996:308, σκέψη 99.

21 Βλ. K.de Smedt/E.Vos, όπ.π (σημ. 1), σ. 176, υποσ. 63, όπου αναφέρονται αναλυτικά οι υποθέσεις, στις οποίες υιοθετήθηκε ο εν λόγω ορισμός.

οποία προκύπτει από την σχετική αξιολόγηση κινδύνου ότι υπάρχει μεγάλος βαθμός επιστημονικής και πρακτικής αβεβαιότητας, το κράτος-μέλος μπορεί να λάβει μέτρα προστασίας, χωρίς να αναμένει να αποδειχθούν πλήρως το υποστατό και η βασιμότητα των εν λόγω κινδύνων.[22]

Επιπροσθέτως, τα ενωσιακά δικαστήρια έχουν αποφανθεί ότι η αρχή της προφύλαξης καθιστά επιτρεπτή την λήψη προσωρινών μέτρων διαχείρισης του κινδύνου, τα οποία είναι αναγκαία για την εξασφάλιση ενός υψηλού επιπέδου προστασίας της υγείας, όταν ύστερα από την αξιολόγηση των διαθέσιμων πληροφοριών, εντοπίζεται πιθανότητα βλαβερών επιπτώσεων στην υγεία παρά την ύπαρξη επιστημονικής αβεβαιότητας και έως ότου υπάρξουν περαιτέρω επιστημονικές πληροφορίες για μια ολοκληρωμένη αξιολόγηση του κινδύνου.[23] Αντίστοιχο ορισμό της αρχής της προφύλαξης έχουν υιοθετήσει τα ενωσιακά δικαστήρια και στις περιπτώσεις, κατά τις οποίες η αρχή έχει αποτελέσει την αιτιολογητική βάση για την λήψη μέτρων που επιδρούν περιοριστικά στις οικονομικές ελευθερίες, με σκοπό την προστασία του περιβάλλοντος ή της δημόσιας υγείας.[24]

Από την συστηματική ερμηνεία των προβλέψεων του πρωτογενούς και κυρίως του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου, όπως αυτές έχουν ερμηνευτεί από τα ενωσιακά δικαστήρια, προκύπτει ότι η αρχή αποτελεί ένα είδος ανταπόκρισης στους περιορισμούς που αντιμετωπίζει συχνά η επιστήμη σε σχέση με τη δυνατότητά της να αξιολογεί σύνθετους και αβέβαιους κινδύνους αναφορικά με την πρόκληση περιβαλλοντικής υποβάθμισης, καθώς και

22 C-333/08*, Επ*ιτροπή κατά Γαλλίας, ECLI:EU:C:2010:44, σκέψη 91; C-282/15, *Queisser Pharma,* ECLI:EU:C:2017:26, σκέψη 60.

23 C-111/16, *Fidenato***,** ECLI:EU:C:2017:676, σκέψη 44; C-282/15, όπ.π (σημ.22), σκέψη 54.

24 T-429/13 και T-451/13, όπ.π (σημ. 13), σκέψη 119; C-477/14, *Pillbox*, ECLI:EU:C:2016:324, σκέψη 47; C-78/16, *Pesce and Others*., ECLI:EU:C:2016:428, σκέψη 47; C-282/15, όπ.π (σημ. 22), σκέψη 57; T-584/13, *ASF Agro BV*, ECLI:EU:T:2018:279, σκέψη 68; C-151/17, *Swedish Match AB*, ECLI:EU:C:2018:938, σκέψη 38; C-616/17, *Blaise*, ECLI:EU:C:2019:800, σκέψεις 41-43; C-489/17, *Verlezza and others*, ECLI:EU:C:2019:270, σκέψη 58; C-212/18, *Prato Nevoso Termo Energy*, ECLI:EU:C:2019:898, σκέψη 58; C-499/18P, *Bayer Crop Science,* ECLI:EU:C:2021:367, σκέψη 80.

με την πρόκληση βλάβης στην δημόσια υγεία από την χρήση συγκεκριμένων προϊόντων ή ουσιών.[25]

Η αρχή της προφύλαξης θέτει, συνεπώς, το πλαίσιο για τη διαχείριση του κινδύνου (risk management) σε διαδικασίες λήψης απόφασεων, στις οποίες υπάρχει επιστημονική αβεβαιότητα ως προς τις επιπτώσεις στο περιβάλλον ή στη δημόσια υγεία.[26] Εν προκειμένω, ως «διαχείριση του κινδύνου» νοείται η απόφαση της αρμόδιας διοικητικής ή κυβερνητικής αρχής, με την οποία προσδιορίζεται το κοινωνικά αποδεκτό επίπεδο του κινδύνου, αφού ληφθούν υπόψη και σταθμιστούν τα διάφορα αντικρουόμενα συμφέροντα.[27] Η «διαχείριση του κινδύνου» νοείται ως το δεύτερο και τελικό στάδιο της σχετικής διαδικασίας για την εφαρμογή της αρχής, καθώς το πρώτο στάδιο συνίσταται στην «αξιολόγηση κινδύνου», η οποία παρέχει το επιστημονικό υπόβαθρο για την λήψη της σχετικής απόφασης για την διαχείριση του εκάστοτε κινδύνου.

2. Η αξιολόγηση κινδύνου ως πρώτο στάδιο για την εφαρμογή της αρχής κυρίως στο κανονιστικό πλαίσιο για τη διαχείριση του κινδύνου (risk regulation)

Η «αξιολόγηση του κινδύνου» (risk assessment) αποτελεί μια επιστημονική διαδικασία, στο πλαίσιο της οποίας αναλύονται το είδος και τα χαρακτηριστικά του κινδύνου σε σχέση με μια συγκεκριμένη κατάσταση, καθώς και οι επιπτώσεις που μπορεί να έχει η έκθεση σε αυτόν στην υγεία και το περιβάλλον.[28] Κρίσιμη σε σχέση με την προσφυγή στην διαδικασία της «αξι-

25 Βλ. N. de Sadeleer, The precautionary principle in EU Law, AV&S, 2010, σ. 173,176.

26 Βλ. R.Kegge, όπ.π (σημ. 11), σ.115; Μ. Παπαγεωργίου, Η προστασία του περιβάλλοντος και η οικονομική ελευθερία, Από τη σύγκρουση συμφερόντων στην βιώσιμη ανάπτυξη, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2022, σ. 232 επ.

27 Βλ. N. de Sadeleer, όπ.π (σημ. 25), σ. 178.

28 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης, όπ. π (σημ. 19), σ. 15-16, όπου αναφέρεται ότι η αξιολόγηση κινδύνου έχει τέσσερις συνιστώσες και ειδικότερα τον εντοπισμό της πηγής του κινδύνου, το χαρακτηρισμό της πηγής του κινδύνου, την εκτίμηση έκθεσης και

ολόγησης του κινδύνου» ως πρώτο στάδιο για την εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης είναι η πρόβλεψη της Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία η προσφυγή στην αρχή είναι μια απόφαση η οποία λαμβάνεται υπό συνθήκες, κατά τις οποίες οι επιστημονικές πληροφορίες είναι ανεπαρκείς, μη συνεκτικές ή αβέβαιες και όπου υπάρχουν ενδείξεις μέσω της προκαταρκτικής επιστημονικής αξιολόγησης ότι υπάρχουν βάσιμοι λόγοι ανησυχίας (reasonable grounds of concern), καθόσον τα ενδεχόμενα αποτελέσματα για το περιβάλλον ή την υγεία του ανθρώπου, των ζώων και των φυτών είναι δυνάμει επικίνδυνα και μη συμβατά με το επιδιωκόμενο επίπεδο προστασίας.[29]

Χαρακτηριστική κατηγορία περιπτώσεων προσφυγής στην αρχή της προφύλαξης είναι, συνεπώς, εκείνες κατά τις οποίες δεν υπάρχει επαρκής επιστημονική απόδειξη για τις επιπτώσεις της συγκεριμένης ουσίας, προϊόντος ή δραστηριότητας στο περιβάλλον ή στην δημόσια υγεία, προκειμένου να θεμελιωθεί με βεβαιότητα ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ των δυνητικά επικίνδυνων χαρακτηριστικών τους και των πιθανών επιπτώσεων στο περιβάλλον ή την δημόσια υγεία (hazard-related uncertainties). Χαρακτηριστικά παραδείγματα της κατηγορίας αυτής συνιστούν, μεταξύ άλλων, η χρήση γενετικά τροποποιημένων οργανισμών, η χρήση της γλυφοσάτης ως δραστικής ουσίας που εμπεριέχεται σε φυτοπροστατευτικά προϊόντα, καθώς και η εκτροφή ζώων με συγκεκριμένες αυξητικές ορμόνες.[30] Επιπροσθέτως, οι εμφανιζόμενες αβεβαιότητες μπορεί να συνδέονται είτε με τον βαθμό έκθεσης και τον χαρακτηρισμό του κινδύνου (risk-related uncertainties) είτε με την μέθοδο και τα μοντέλα τα οποία χρησιμοποιούνται για τον προσδιορισμό και τον χαρακτηρισμό του κινδύνου (methodological uncertainties).[31]

το χαρακτηρισμό του κινδύνου.

29 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης, όπ. π (σημ. 19), σ. 8.

30 Βλ. G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σελ. 187.

31 Βλ T Aven, On Different Types of Uncertainties in the Context of the Precautionary Principle, Risk Analysis, 2011, σ. 1515; G- Cl. Leonelli, Acknowledging the Centrality of the Precautionary Principle in Judicial Review of EU Risk Regulation: Why it Matters, 57 CMLRev. 2020**;** σ.1773, G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σελ. 187.

Οι σχετικές προβλέψεις της Ανακοίνωσης καλύπτουν, συνεπώς, όλες τις πιθανές περιπτώσεις προσφυγής στην αρχή της προφύλαξης. Βεβαίως στο σημείο αυτό, θα πρέπει να σημειωθεί ότι δεν αρκεί η ύπαρξη κάποιου πιθανού κινδύνου, προκειμένου να θεμελιωθεί η αναγκαιότητα προσφυγής στην αρχή της προφύλαξης και η συνεπακόλουθη διενέργεια της «αξιολόγησης κινδύνου» ως πρώτο στάδιο για την εφαρμογή της. Όπως ορθώς έχει επισημανθεί από την νομολογία των ενωσιακών δικαστηρίων και την νομική θεωρία, δεν θα πρέπει να γίνει «αξιολόγηση κινδύνου», όταν πρόκειται για έναν εξαιρετικά απομακρυσμένο και «υπολειπόμενο» κίνδυνο[32] ή και για υποθετικούς κινδύνους.[33]

Χρήζει δε ιδιαίτερης μνείας ότι τα ενωσιακά δικαστήρια έχουν θέσει συγκεκριμένες προδιαγραφές που θα πρέπει να πληροί η «αξιολόγηση κινδύνου». Εν προκειμένω, τα ενωσιακά δικαστήρια έχουν αποφανθεί ότι η «αξιολόγηση κινδύνου» θα πρέπει να είναι όσο το δυνατόν πιο ολοκληρωμένη, δεδομένων των ιδιαίτερων συνθηκών της κάθε ατομικής περίπτωσης[34], προκειμένου επί τη βάσει της ανωτέρω ανάλυσης και αξιολόγησης οι αρμόδιες υπηρεσίες να είναι σε θέση να εξετάσουν προσεκτικά και αντικειμενικά όλα τα περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης.[35] Στο πλαίσιο αυτό, η απόφαση για την διαχείριση του κινδύνου, η οποία βασίζεται στην αξιολόγηση του κινδύνου, προϋποθέτει η αξιολόγηση να βασίζεται στα πλέον αξιόπιστα και επίκαιρα επιστημονικά δεδομένα.[36] Επιπροσθέτως, η ύπαρξη των αξιόπιστων

32 Βλ. R.Kegge, όπ.π (σημ. 11), σ.115 με περαιτέρω βιβλιογραφικές αναφορές.

33 T-13/99, *Pfizer*, ECLI:EU:T:2002:209, σκέψη 143; C-236/01, *Monsanto*, ECLI:EU:C:2003:431, σκέψη 106; T-429/13 και T-451/13, όπ.π (σημ. 13), σκέψη 116.

34 T-13/99, όπ.π (σημ. 33), σκέψη 143; C-236/01, όπ.π (σημ. 33), σκέψη 106; C-405/07P, *Ο*λλανδία κατά Επιτροπής, ECLI:EU:C:2008:613, σκέψη 77.

35 C-405/07P, όπ.π (σημ. 34), σκέψη 56, C-77/09, *Gowan,* ECLI:EU:C:2010:803, σκέψη 57.

36 C-236/01, όπ.π (σημ. 33), σκέψη 113; C-42/02, *Ε*πιτροπή κατά Ολλανδίας, σκέψη 49; C-192/01, *Ε*πιτροπή κατά Δανίας, σκέψη 51; T-74/00,-T-76/00, T-83/00 έως T-85/00, T-132/00, T-137/00 και T-141/00, A*rtegodan*, ECLI:EU:T:2002:283, σκέψη 194. Βλ.N de Sadeleer, The Precautionary Principle and the Management of Uncertainties in EU Law on Chemicals, Jean Monnet Working Paper Series, Environment and the Internal Market, No. 1/2019, σ. 11, προσβάσιμο σε: https://tradevenvironment.eu/index.php/2019/11/21/working-paper-2019-1/ (ημερομηνία προσπέλασης

επιστημονικών στοιχείων, στα οποία θα πρέπει να βασίζεται η αξιολόγηση κινδύνου, προϋποθέτει την προσφυγή στις συστάσεις των σχετικών διεθνών, ευρωπαϊκών και εθνικών επιστημονικών επιτροπών και οργάνων.[37] Ένα άλλο στοιχείο, το οποίο θα πρέπει να διέπει την αξιολόγηση κινδύνου, συνίσταται στο ότι αυτή θα πρέπει να έχει συνταχθεί κατά τρόπο ανεξάρτητο, αντικειμενικό και διαφανή,[38] καθώς και ότι η αρμόδια διοικητική αρχή θα πρέπει να αναθέσει την διενέργειά της σε επιστήμονες οι οποίοι μπορούν να εκπληρώσουν την εν λόγω επιστημονική διαδικασία επί τη βάσει των αρχών της αριστείας, της ανεξαρτησίας και της διαφάνειας.[39]

Συνάγεται, συνεπώς, ευχερώς από τα κριτήρια τα οποία θα πρέπει, σύμφωνα με την νομολογία, να πληροί η αξιολόγηση κινδύνου ότι οι επιστήμονες οι οποίοι την διενεργούν, θα πρέπει να διερευνούν τα σχετικά θέματα όσο το δυνατόν ενδελέχεστερα και να χρησιμοποιούν την πλέον κατάλληλη επιστημονική μεθοδολογία για την αξιολόγηση των σχετικών κινδύνων.[40]

3. Η Απόφαση για τη διαχείριση του κινδύνου (risk management)

Το δεύτερο στάδιο εφαρμογής της αρχής της προφύλαξης συνίσταται στην λήψη της απόφασης από την αρμόδια αρχή σε σχέση με τον καθορισμό του κοινωνικά αποδεκτού επιπέδου προστασίας. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει και από το περιεχόμενο της προαναφερθείσας Ανακοίνωσης της Επιτροπής, υπάρχει ένας σαφής σύνδεσμος μεταξύ του καθορισμού του αποδεκτού επιπέδου προστασίας, του κατωφλίου κινδύνου (threshold of risk), ήτοι του επιπέδου του κινδύνου που συνδέεται και με την επέλευση δυσμενών συνεπειών, και της λήψης μέτρων επί τη βάσει της αρχής της προφύλαξης,

17.07.2022).

37 T-13/99, όπ.π (σημ. 33), σκέψεις 300-310**;** C-3/00, Επιτροπή κατά Δανίας, ECLI:EU:C:2003:167, σκέψεις 109-115**;** C-199/13P, *Polyelectrolyte Producers***,** ECLI:EU:C:2014:205, σκέψεις 38-42.

38 T-31/07, *Du Pont de Nemours*, EU:T:2013:167, σκέψη 141; T-429/13 και T-451/13, όπ. π (σημ.13) σκέψεις 115-117.

39 C-236/01, όπ.π (σημ. 33), σκέψεις 78-79, 94; T-31/07, όπ.π. (σημ. 38), σκέψη 141.

40 Βλ. N. de Sadeleer, όπ.π (σημ. 36), σ.11.

υπό την έννοια ότι ενόψει της αβεβαιότητας, ένας κίνδυνος, ο οποίος είναι αρκετά υψηλός να θεωρείται ότι δεν συμβαδίζει με το επιδιωκόμενο επίπεδο προστασίας και να καθιστά επιβεβλημένη την λήψη μέτρων προστασίας.[41]

Στο στάδιο, συνεπώς, της λήψης απόφασης για την διαχείριση του κινδύνου, η αρμόδια αρχή, προκειμένου να προσδιορίσει το επιθυμητό επίπεδο προστασίας, λαμβάνει υπόψη της, εκτός από την αξιολόγηση κινδύνου και μια σειρά από άλλους παράγοντες, όπως εν προκειμένω την κοινωνική αποδοχή του κινδύνου, την ύπαρξη διαθέσιμων και αποτελεσματικών μέτρων διαχείρισης του κινδύνου, τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα λήψης μέτρων, το οικονομικό κόστος, καθώς και τις αναδιανεμητικές επιπτώσεις των μέτρων.[42] Επιπροσθέτως, το εάν ο καθορισμός του επιθυμητού επιπέδου προστασίας και η συνεπακόλουθη λήψη μέτρων με βάση την αρχή της προφύλαξης, ανήκει στην διακριτική ευχέρεια της αρμόδιας αρχής ή συνιστά υποχρέωση αυτής, καθώς και το είδος των λαμβανομένων μέτρων συνιστούν βασικά κριτήρια για την διάκριση μεταξύ της ισχυρής και της ασθενούς εκδοχής της αρχής.

Ειδικότερα, η ισχυρή εκδοχή της αρχής της προφύλαξης καθιστά υποχρεωτική τη λήψη μέτρων, όταν υπάρχει σοβαρός κίνδυνος για την πρόκληση βλάβης στο περιβάλλον και την δημόσια υγεία παρά την ύπαρξη αβεβαιότητας σε σχέση με το είδος της ζημίας και την πιθανότητα επέλευσής της. Αντιθέτως, σύμφωνα με την ασθενή εκδοχή της αρχής εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της αρμόδιας αρχής να λάβει προστατευτικά μέτρα, αφού ληφθεί υπόψη και το οικονομικό κόστος των μέτρων και οι οικονομικές δυνατότητες του φορέα λήψης απόφασης.[43] Κρίνεται, συνεπώς, in concreto από την σχετική διατύπωση, η οποία εμπεριέχεται στον εκάστοτε νομικό κανόνα για την λήψη μέτρων με βάση την αρχή της προφύλαξης το εάν έχει υιοθε-

41 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης, όπ. π (σημ. 19), σ. 15.

42 Βλ.G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σ. 189; N. de Sadeleer, όπ.π (σημ. 25), σ.178.

43 Βλ. K. Garnett/ D.J. Parsons, Multi-Case Review of the Application of the Precautionary Principle in European Union and Case Law, Risk Analysis 2017, σ. 502, 505; R. Kegge, όπ.π (σημ. 11),σ. 118 με αναφορά στο έργο του C. Sunstein.

τηθεί η ισχυρή ή η ασθενής εκδοχή της αρχής. Επιπροσθέτως, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η λήψη προστατευτικών μέτρων κατ' εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης συνιστά, σε κάθε περίπτωση, απόφαση των αρμοδίων αρχών στο πλαίσιο της αποστολής τους για την προστασία του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας, αλλά και της διενεργούμενης στάθμισης με άλλα αντικρουόμενα συμφέροντα. Οι αρμόδιες αρχές διαθέτουν επίσης ένα σημαντικό περιθώριο εκτίμησης, καθόσον αναγνωρίζεται η προτεραιότητα της δημοκρατικής και πολιτικής νομιμοποίησης, που διαθέτουν για τον καθορισμό του κοινωνικά αποδεκτού επιπέδου κινδύνου σε σχέση με την «αρμοδιότητα» των τεχνοκρατών-επιστημόνων.[44]

Περαιτέρω, η Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής εμπεριέχει κάποιες προβλέψεις για το είδος των μέτρων, τα οποία θα πρέπει να λαμβάνονται με βάση την αρχή της προφύλαξης και τα οποία δεν είναι απαραίτητο να έχουν νομική δεσμευτικότητα και ως εκ τούτου να υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο. Πέραν, συνεπώς, των κλασσικών νομικών μέτρων, όπως εν προκειμένω η μη χορήγηση αδειοδότησης για την είσοδο ενός προϊόντος στην αγορά, η απαγόρευση κυκλοφορίας ενός προϊόντος ή μιας ουσίας και η ανάκληση της σχετικής άδειας κυκλοφορίας, μέτρα τα οποία μπορούν να ληφθούν κατ' εφαρμογή της αρχής, είναι και η χρηματοδότηση ενός συγκεκριμένου ερευνητικού προγράμματος ή η απόφαση να πληροφορηθεί η κοινή γνώμη για τους κινδύνους μιας ουσίας.[45] Επιπροσθέτως, τα μέτρα τα οποία λαμβάνονται θα πρέπει, σύμφωνα με την Ανακοίνωση, να πληρούν ορισμένες προϋποθέσεις, οι οποίες σχετίζονται με την τήρηση των βασικών αρχών της ορθής διαχείρισης του κινδύνου. Στο πλαίσιο αυτό, τα λαμβανόμενα μέτρα θα πρέπει να είναι σύμφωνα με τις αρχές της αναλογικότητας και της μη διάκρισης, να βασίζονται σε ανάλυση κόστους-ωφέλους, να λαμβάνουν υπόψη τις επιστημονικές εξελίξεις και να είναι συνεκτικά.[46]

44 Τ-13/99, όπ.π (σημ.33), σκέψη 150; G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σελ. 191.

45 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης, όπ. π (σημ. 19), σ. 17-18.

46 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης, όπ. π (σημ. 19), σ. 20; K.de Smedt/E.Vos, όπ.π (σημ. 1), σ. 169.

Ένα άλλο συναφές ζήτημα το οποίο αφορά τα λαμβανόμενα μέτρα σχετίζεται με το βάρος της απόδειξης. Στο πλαίσιο αυτό, η προαναφερθείσα Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής επισημαίνει ότι στις περιπτώσεις, στις οποίες προβλέπεται η «εκ των προτέρων» έγκριση για την είσοδο ενός προϊόντος ή μιας ουσίας στην αγορά, εναπόκειται στον φορέα της οικονομικής δραστηριότητας που παράγει το προϊόν ή την ουσία, να αποδείξει και μέσω της αξιολόγησης κινδύνου ότι το εν λόγω προϊόν ή ουσία δεν είναι «επικίνδυνη» και ως εκ τούτου μπορεί να τεθεί σε κυκλοφορία. Επιπροσθέτως, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες δεν προβλέπεται «εκ των προτέρων» έγκριση, ένα μέτρο το οποίο λαμβάνεται με βάση την αρχή της προφύλαξης, μπορεί να περιλαμβάνει σχετική ρήτρα δυνάμει της οποίας μετατίθεται το βάρος απόδειξης στον παραγωγό, τον κατασκευαστή ή τον εισαγωγέα. Δυνάμει της εν λόγω ρήτρας, δίνεται η δυνατότητα στους επαγγελματίες που έχουν οικονομικό συμφέρον να αποδείξουν με την προσκόμιση νέων συμπληρωματικών στοιχείων ότι το μέτρο που έχει ληφθεί θα πρέπει να αρθεί, καθώς δεν υφίσταται ο κίνδυνος που θα δικαιολογούσε την ύπαρξή του. Επισημαίνεται δε στην προαναφερθείσα Ανακοίνωση ότι η αντιστροφή του βάρους απόδειξης δεν θα πρέπει να εκλαμβάνεται ως γενική αρχή, αλλά να αντιμετωπίζεται κατά περίπτωση.[47]

Γ. Συμπέρασμα σε σχέση με την κατηγοριοποίηση της αρχής της προφύλαξης

Η ανάλυση του κανονιστικού περιεχομένου της αρχής της προφύλαξης στην ενωσιακή έννομη τάξη οδηγεί σε ένα πρώτο συμπέρασμα, σύμφωνα με το οποίο παρά την ύπαρξη ενός κανονιστικού πυρήνα(«λήψη προστατευτικών μέτρων σε συνθήκες επιστημονικής αβεβαιότητας»), το περιεχόμενο της αρχής χαρακτηρίζεται ταυτόχρονα από αφαιρετικότητα, αξιολογική στόχευση και σχετικά ανοικτό χαρακτήρα υπό την έννοια της δυνατότητας ύπαρξης πολλαπλών κανονιστικών εκδοχών.[48] Επίσης, η αρχή της προφύλαξης ανα-

47 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αρχή της προφύλαξης, όπ. π (σημ. 19), σ. 24-25.

48 Βλ. A. Donati, The Precautionary Principle under European Union Law, Hitotsubashi Journal of

φέρεται ρητά ως αρχή στο άρθρο 191 παρ.2 ΣΛΕΕ, ενώ η διατύπωση στην σχετική διάταξη είναι ρητή και αδιαμφισβήτητη ως προς την νομική δεσμευτικότητά της.[49] Ως εκ τούτου, συνάγεται ευχερώς η διαπίστωση ότι η αρχή της προφύλαξης συνιστά μια θεμελιώδη αρχή τόσο του ενωσιακού δικαίου περιβάλλοντος όσο και των πεδίων εκείνων της ενωσιακής νομοθεσίας, τα οποία σχετίζονται με την διαχείριση του κινδύνου και την προστασία της δημόσιας υγείας. Επιπροσθέτως, δεδομένου του αφαιρετικού της χαρακτήρα και του ευρέως πεδίου εφαρμογής της, η αρχή της προφύλαξης έχει χαρακτηρισθεί κυρίως από το Γενικό Δικαστήριο ως μια γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης.[50] Αντιθέτως, το ΔΕΕ είναι επιφυλακτικό στο να την χαρακτηρίσει γενική αρχή της ενωσιακής έννομης τάξης.

Θα πρέπει δε να σημειωθεί ότι παρά το γεγονός ότι η αρχή της προφύλαξης στην ενωσιακή έννομη τάξη είχε αρχικά μια μεθοδολογική διάσταση υπό την έννοια της υποχρέωσης διενέργειας «αξιολόγησης κινδύνου» και μια στρατηγική διάσταση υπό την έννοια της προϋπόθεσης ύπαρξης συγκεκριμένων στοιχείων, τα οποία προκύπτουν από την αξιολόγηση κινδύνου σε σχέση με το εάν θα πρέπει να ληφθούν προστατευτικά μέτρα,[51] σταδιακά η αρχή στο πλαίσιο της νομολογιακής της διαμόρφωσης αποκτά τόσο διαδικαστικό[52] όσο και, σε κάποιο τουλάχιστον βαθμό ουσιαστικό περιεχόμενο.[53] Η αναγνώ-

Law and Politics 2021, σ. 43, 46-47.

49 Βλ. N. de Sadeleer, όπ.π (σημ. 25), σ. 174.

50 T-74/00, όπ.π (σημ. 36), σκέψη 184; T392/02, *Solvay Pharmaceuticals*, EU:T:2003:277, σκέψη 121;T-31/07, όπ.π (σημ. 38), σκέψη 134; T-429/13 και T-451/13, όπ. π (σημ.13), σκέψη 105; T-584/13, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 68. Βλ. επίσης P. Craig, EU Administrative Law, Oxford University Press, 2008, σ.717 επ.

51 Βλ.G. Winter, Umweltrechtliche Prinzipien des Europäischen Gemeinschaftsrechts, ZUR 2003, σ. 137, 143.

52 Οι διαδικαστικές υποχρεώσεις, οι οποίες απορρέουν από την αρχή της προφύλαξης συνίστανται αφενός στην υποχρέωση της αρμόδιας αρχής να λάβει υπόψη τα συμπεράσματα της αξιολόγησης κινδύνου κατά τρόπο αντικειμενικό και διαφανή και αφετέρου στην υποχρέωσή της να λάβει υπόψη τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα από την ανάληψη δράσης.Βλ. A. Donati, όπ.π (σημ. 48), σ.55-56 με αναφορά σε σχετική νομολογία του ΔΕΕ.

53 Χαρακτηριστική περίπτωση της αναγνώρισης ουσιαστικού περιεχομένου στην αρχή της προφύλαξης συνιστά η ερμηνεία του άρθρου 6 παρ.3 της Οδηγίας 92/43 υπό το φως της προαναφερ-

ριση κυρίως ενός ουσιαστικού κανονιστικού πυρήνα της εν λόγω αρχής σε συνδυασμό και με την διαδικαστική της διάσταση θα μπορούσε να συνηγορήσει στην σταδιακή αναγνώρισή της ως γενική αρχή της ενωσιακής έννομης τάξης υπό την προϋπόθεση της περαιτέρω αποκρυστάλλωσης κρίσιμων κανονιστικών στοιχείων της αρχής. Σύμφωνα δε με την προαναφερθείσα και εδώ ακολουθούμενη κατηγοριοποίηση του Καθηγητή Π. Τριδήμα, η εν λόγω αρχή θα μπορούσε να κατηγοριοποιηθεί στις γενικές αρχές της ενωσιακής έννομης τάξης με ουσιαστικό περιεχόμενο.

Τέλος, σημειώνεται ότι συνεπεία της ρητής αναγνώρισης της αρχής της προφύλαξης ως γενικής αρχής της ενωσιακής έννομης τάξης κυρίως από το Γενικό Δικαστήριο, η εν λόγω αρχή αποτελεί κριτήριο ελέγχου των σχετικών με το περιβάλλον και την δημόσια υγεία νομοθετικών και κανονιστικών πράξεων των ενωσιακών οργάνων, αλλά και των πράξεων των κρατών μελών που εκδίδονται κατ΄εφαρμογή σχετικής νομοθεσίας ενωσιακής προέλευσης.

III. Η αρχή της προφύλαξης ως κριτήριο ελέγχου των σχετικών με το περιβάλλον και την δημόσια υγεία πράξεων των ενωσιακών οργάνων

Α. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Αφετηρία για την σχετική ανάλυση συνιστά η διαπίστωση ότι παρότι τα ενωσιακά δικαστήρια έχουν αναγνωρίσει την υποχρέωση των αρμοδίων ενωσιακών οργάνων να λαμβάνουν υπόψη την αρχή της προφύλαξης, όταν πρό-

θείσας αρχής από το ΔΕΕ. Επί τη βάσει της ανωτέρω ερμηνείας, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η αδειοδότηση ενός σχεδίου ή προγράμματος το οποίο δεν συνδέεται άμεσα με την προστασία ή την διαχείριση της προστατευόμενης περιοχής είναι επιτρεπτή, μόνον εφόσον τα αποτελέσματα της δέουσας εκτίμησης δεν καταλείπουν καμία αμφιβολία σε σχέση με το ότι το υπό έγκριση σχέδιο ή πρόγραμμα δεν θα επιφέρει δυσμενείς συνέπειες στην οικολογική ακεραιότητα του τόπου, στον οποίο πρόκειται να πραγματοποιηθεί ή με τον οποίο γειτνιάζει. Βλ. σχετικά C-258/11, *Peter Sweetman*, EU:C:2013:220, σκέψεις 40-41; C-441/17, Υπόθεση Επιτροπή κατά Πολωνίας, ECLI:EU:C:2018:255 σκέψεις 114-115; C-411/19, *WWF Italia Onlus and others*), ECLI:EU:C:2020:580, σκέψεις 48-49. Βλ. E Lees, Allocation of Decision-Making Power under the Habitats Directive' JEL 2016, σ.191, 201; R Kegge, όπ.π (σημ. 11), σ. 124.

κειται να λάβουν κάθε είδους μέτρα τα οποία σχετίζονται με την διαχείριση κινδύνου[54], έχουν ταυτόχρονα αναγνωρίσει την ευρεία διακριτική ευχέρεια την οποία διαθέτουν τα ενωσιακά όργανα είτε όταν ασκούν νομοθετική αρμοδιότητα είτε όταν ασκούν κανονιστική αρμοδιότητα, ή και όταν λαμβάνουν αποφάσεις, οι οποίες έχουν πολύπλοκο τεχνικό και επιστημονικό υπόβαθρο.[55]

Ο δικαστικός έλεγχος του τρόπου άσκησης της διακριτικής ευχέρειας την οποία διαθέτουν τα ενωσιακά όργανα περιορίζεται, συνεπώς, στην διαπίστωση της ύπαρξης προδήλου σφάλματος κατά την εκτίμηση των στοιχείων και την συνεπακόλουθη λήψη απόφασης επί τη βάσει της αρχής της προφύλαξης ή στην κατάχρηση εξουσίας ή στην υπέρβαση των ορίων της διακριτικής ευχέρειας.[56] Η δικαιολογητική βάση του περιορισμένου δικαστικού ελέγχου που ασκούν τα ενωσιακά δικαστήρια συνίσταται στην αναγνώριση της θεσμικής ισορροπίας που διέπει το ενωσιακό οικοδόμημα υπό την έννοια ότι τα δικαιοδοτικά όργανα δεν επιτρέπεται να υποκαταστήσουν την αξιολόγηση άλλων ειδικών θεσμών και οργάνων που διαθέτουν καλύτερη τεχνική και επιστημονική τεχνογνωσία στο πεδίο αρμοδιότητάς τους με την δική τους τεχνική και επιστημονική αξιολόγηση.[57] Επιπροσθέτως, η περιοριστική προσέγγιση του δικαστικού ελέγχου θεμελιώνεται και στην παραδοχή ότι ο καθορισμός του επιθυμητού επιπέδου προστασίας μέσω της λήψης των κατάλληλων μέτρων απορρέει από μια πολιτική επιλογή της αρμόδιας αρχής και όχι από μια αντίστοιχη επιλογή του Δικαστηρίου.[58]

Ο δικαστικός έλεγχος των πράξεων των ενωσιακών οργάνων με βάση την αρχή της προφύλαξης μπορεί να διακριθεί σε δύο βασικές κατηγορίες.

54 T-257/07, Επιτροπή κατά Γαλλίας, ECLI:EU:T:2011:444, σκέψη 66.

55 C-343/09, *Afton Chemical*, ECLI:EU:C:2010:419, σκέψη 28; C286/14, *Parliament v. Council*, EU:C:2016:183, σκέψη 30; C44/16 P, *Dyson/Commission,* ECLI:EU:C:2017:357*, σκέψη* 53.

56 C-331/88, *Fedesa,* ECLI:EU:C:1990:391, σκέψη 14; T-13/99, όπ.π (σημ.33), σκέψη 166; T-70/99, *Alpharma*, ECLI:EU:T:2002:210, σκέψη 180.

57 Βλ.R Widdershoven, 'The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review', in: J de Poorter et al (eds), Judicial Review of the Administrative Discretion in the Administrative State, Springer Verlag, 2019, *σ.* 54-55.

58 T-257/07, όπ.π (σημ. 54), σκέψη 214.

Στην πρώτη κατηγορία εντάσσονται οι περιπτώσεις κατά τις οποίες η αρχή της προφύλαξης λειτουργεί ως «ασπίδα»(shield), υπό την έννοια ότι πρόκειται για τις περιπτώσεις εκείνες, κατά τις οποίες αντικείμενο του δικαστικού ελέγχου είναι πράξεις οι οποίες έχουν θεσπιστεί κατ΄εφαρμογή της και οι οποίες προσβάλλονται ως εξαιρετικά περιοριστικές κυρίως σε σχέση με το περιεχόμενο των θεμελιωδών ελευθεριών. Στην δεύτερη κατηγορία εντάσσονται οι περιπτώσεις κατά τις οποίες η αρχή της προφύλαξης λειτουργεί ως «σπαθί» (sword) υπό την έννοια ότι προσβάλλονται πράξεις των ενωσιακών οργάνων με την αιτιολογία ότι κατά την έκδοσή τους δεν ελήφθη επαρκώς υπόψη το κανονιστικό περιεχόμενο της αρχής, με συνέπεια να μην διασφαλίζεται ένα ικανοποιητικό επίπεδο προστασίας του περιβάλλοντος ή της δημόσιας υγείας.[59] Επιπροσθέτως, ο δικαστικός έλεγχος τον οποίο ασκούν τα ενωσιακά δικαστήρια μπορεί να έχει ως αντικείμενο είτε σχετικές νομοθετικές προβλέψεις είτε αποφάσεις, κανονιστικές ή ατομικές, των ενωσιακών οργάνων, οι οποίες θεμελιώνονται στην αρχή της προφύλαξης. Το ζήτημα το οποίο αναδεικνύεται, συνίσταται συνεπώς, στο πως διασφαλίζεται η εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης, καθώς και ποια είναι η έκταση και η ένταση του δικαστικού ελέγχου. Στην συνέχεια, θα εξετασθούν τα επιμέρους ζητήματα, τα οποία σχετίζονται με τον δικαστικό έλεγχο της αρχής της προφύλαξης.

Β. Ο έλεγχος των λόγων που δικαιολογούν την εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης

Ένα πρώτο ζήτημα το οποίο εξετάζεται από τα ενωσιακά δικαστήρια συνίσταται στο εάν ο ενωσιακός νομοθέτης ή και η κανονιστικώς δρώσα ενωσιακή διοίκηση ορθώς θεμελίωσαν την λήψη προστατευτικών μέτρων

59 Βλ. J. Scott/ E. Vos, The Juridification of the Uncertainty: Observations of the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO in Ch. Joerges/R.Dehousse (eds), Good Governance in Europe's Integrated Market, OUP, 2002, σ.253επ; G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σ. 185.

για το περιβάλλον και την δημόσια υγεία στην αρχή της προφύλαξης.[60] Στο πλαίσιο αυτό, εξετάζεται καταρχάς εάν η αρμόδια αρχή κατά την λήψη της σχετικής απόφασης διέθετε τα απαιτούμενα επιστημονικά στοιχεία, προκειμένου να θεμελιώσει την ύπαρξη επιστημονικής αβεβαιότητας ως προς τον επαπειλούμενο κίνδυνο. Εν προκειμένω, αντικείμενο του δικαστικού ελέγχου αποτελεί εάν η αρμόδια αρχή προέβη στην διενέργεια «αξιολόγησης κινδύνου», η οποία της επιτρέπει να εξετάσει προσεκτικά και αντικειμενικά όλα τα κρίσιμα περιστατικά της συγκεκριμένης υπόθεσης.[61] Σε κάποιες περιπτώσεις, ωστόσο, το ΔΕΕ έκρινε σύννομη την λήψη προστατευτικών μέτρων επί τη βάσει της αρχής της προφύλαξης, χωρίς προηγουμένως να έχει διενεργηθεί «αξιολόγηση κινδύνου».[62] Επιπροσθέτως, αντικείμενο του δικαστικού ελέγχου συνιστά το εάν ο επαπειλούμενος κίνδυνος, για την αντιμετώπιση του οποίου ελήφθησαν προστατευτικά μέτρα δεν είναι υποθετικός υπό την έννοια ότι ο μη υποθετικός χαρακτήρας θα πρέπει να θεμελιώνεται από τα στοιχεία τα οποία έλαβε υπόψη της η αρμόδια διοικητική αρχή.[63]

Γ. Ο έλεγχος των νομοθετικών προβλέψεων για την «αξιολόγηση κινδύνου», τις εξαιρέσεις από αυτή και τις σχετικές διαδικασίες αδειοδότησης

1. Ο δικαστικός έλεγχος της απλοποιημένης διαδικασίας έγκρισης νέων προϊόντων που περιέχουν Γενετικά Τροποποιημένους Οργανισμούς - Η Απόφαση του ΔΕΕ στην Υπόθεση Monsanto

Αντικείμενο του δικαστικού ελέγχου μπορεί να συνιστά η εξέταση της συμβατότητας νομοθετικών προβλέψεων για την διαδικασία «αξιολόγησης κινδύνου» ή για την εξαίρεση από αυτή με βάση την αρχή της προφύλα-

60 Βλ.K.de Smedt/E.Vos, όπ.π (σημ. 1), σ. 178 επ.

61 C-405/07P, όπ.π (σημ. 34), σκέψη 56; C-77/09, όπ.π (σημ. 35), σκέψη 57.

62 T392/02, όπ.π (σημ,. 50), σκέψεις 144-145; T-70/99,όπ.π (σημ. 56), σκέψη 155. Βλ. επίσης.K.de Smedt/E.Vos, όπ.π (σημ. 1), σ. 178-180.

63 T-13/99, όπ.π (σημ.33), σκέψη 143; T392/02, όπ.π (σημ.50), σκέψη 129; T-429/13 και T-451/13, όπ.π (σημ. 13), σκέψη 116.

ξης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα της κατηγορίας αυτής είναι η υπόθεση Monsanto, όπου το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί σε σχέση με το εάν η απλοποιημένη διαδικασία έγκρισης τροφίμων που περιέχουν γενετικά τροποποιημένους οργανισμούς (εφεξής ΓΤΟ) η οποία δεν απαιτούσε ολοκληρωμένη αξιολόγηση κινδύνου και η οποία τύγχανε εφαρμογής στην περίπτωση που τα υπό έγκριση τρόφιμα ήταν ουσιαστικά ισοδύναμα με υπάρχοντα τρόφιμα, ήταν συμβατή με την αρχή της προφύλαξης και τις σχετικές διατάξεις του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου για την διασφάλιση ενός υψηλού επιπέδου προστασίας της υγείας και του περιβάλλοντος αντίστοιχα. Πρόκειται, συνεπώς, για μια από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η αρχή της προφύλαξης λειτουργεί ως «σπαθί» (sword), όπως έχει αναλυθεί ανωτέρω.[64]

Κατά την εξέταση της εν λόγω υπόθεσης, το Δικαστήριο εκκίνησε από την παραδοχή ότι στην περίπτωση που από την συγκριτική αξιολόγηση των νέων τροφίμων με τα υπάρχοντα διαπιστωθεί η ύπαρξη κινδύνων, τότε δεν εφαρμόζεται η απλοποιημένη διαδικασία έγκρισής τους, αλλά αντιθέτως απαιτείται ολοκληρωμένη αξιολόγηση κινδύνου.[65] Περαιτέρω, το Δικαστήριο για την θεμελίωση του συλλογισμού του, αλλά και για την αξιολόγηση της συμβατότητας της απλοποιημένης διαδικασίας με την αρχή της αναλογικότητας έλαβε υπόψη του τόσο ότι η αξιολόγηση της ισοδυναμίας των νέων με τα υπάρχοντα τρόφιμα γίνεται σε δύο επίπεδα, ήτοι στο ενωσιακό και στο εθνικό όσο και ότι το άρθρο 12 του Κανονισμού 258/97 προέβλεπε ότι ένα κράτος μπορεί να περιορίσει προσωρινά ή να αναστείλει την κυκλοφορία ενός τροφίμου ή συστατικού τροφίμου, όταν κατόπιν νέων στοιχείων ή επανεκτίμησης των υπαρχόντων, θεωρεί ότι συντρέχουν λόγοι σύμφωνα με τους οποίους η χρήση του ενέχει κινδύνους για την δημόσια υγεία και το περιβάλλον.[66] Ενόψει των ανωτέρω, το Δικαστή-

64 Χαρακτηριστικές περιπτώσεις για τις οποίες κλήθηκε να αποφανθεί το ΔΕΕ και στις οποίες η αρχή της προφύλαξης λειτουργούσε ως «ασπίδα» υπό την έννοια ότι αποτέλεσε την δικαιολογητική βάση για την λήψη περιοριστικών μέτρων είναι οι υποθέσεις Pfizer (T-13/99) και Alpfarma (T-70/99).

65 C-236/01, όπ.π (σημ. 33), σκέψη 129.

66 C-236/01, όπ.π (σημ. 33), σκέψη 138 (ως προς τα δύο επίπεδα της εξέτασης της ισοδυναμίας των προϊόντων) και σκέψη 133 (ως προς την σημασία του άρθρου 12 του Κανονισμού 258/97).

ριο αποφάνθηκε ότι η απλοποιημένη διαδικασία αδειοδότησης νέων τροφίμων που δεν απαιτεί ολοκληρωμένη αξιολόγηση κινδύνου, είναι συμβατή με την αρχή της προφύλαξης. Θα πρέπει δε να σημειωθεί ότι υπό την επίκληση της ευρείας διακριτικής ευχέρειας την οποία διαθέτουν τα ενωσιακά όργανα κατά την θέσπιση νομοθετικών ρυθμίσεων, οι οποίες αφορούν πολύπλοκα τεχνικά και επιστημονικά ζητήματα, το Δικαστήριο διενήργησε έναν αρκετά περιορισμένο έλεγχο της συμβατότητας των δομικών στοιχείων και μηχανισμών (απλοποιημένη διαδικασία επί τη βάσει συγκριτικής αξιολόγησης) του Κανονισμού 257/98 σε σχέση με την αρχή της προφύλαξης.[67]

2. Ο έλεγχος του πεδίου εφαρμογής της εξαίρεσης του άρθρου 3 παρ.1 της Οδηγίας 2001/18 και της συνεπακόλουθης μη διενέργειας «αξιολόγησης κινδύνου»-Η Απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση Confédération paysanne

Στην υπόθεση Confédération paysanne, το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί μετά από προδικαστικό ερώτημα, το οποίο υπέβαλε το Γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας, για την ερμηνεία και το πεδίο εφαρμογής της εξαίρεσης η οποία κατοχυρώνεται στο άρθρο 3 παρ.1 της Οδηγίας 2001/18 για την σκόπιμη απελεύθερωση ΓΤΟ. Ειδικότερα, έπρεπε καταρχάς να απαντηθεί εάν οι οργανισμοί οι οποίοι έχουν προέλθει από τις τεχνικές της μεταλλαξιογέννησης, και κυρίως από τις νέες τεχνικές κατευθυνόμενης μεταλλαξιογέννησης συνιστούν ΓΤΟ ή όχι, καθόσον στην τελευταία περίπτωση δεν υπόκεινται στην διαδικασία «αξιολόγησης κινδύνου» και στις λοιπές υποχρεώσεις ιχνηλασιμότητας που προέβλεπε η Οδηγία.[68] Επιπροσθέτως, το Γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας ζήτησε από το ΔΕΕ να αποφανθεί για την συμβατότητα

67 Βλ. G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σελ. 200.

68 Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η σχετική διάταξη του Κώδικα Περιβάλλοντος, η οποία είχε ενσωματώσει την Οδηγία στην γαλλική έννομη τάξη, προέβλεπε την εξαίρεση από τις υποχρεώσεις της Οδηγίας 2001/18 των οργανισμών που είχαν προκύψει από τις νέες μεθόδους της μεταλλαξιογέννησης.

της εν λόγω εξαίρεσης (άρθρο 3 της Οδηγας 2001/18 σε συνδυασμό με το άρθρο 2 αυτής) με την αρχή της προφύλαξης, καθώς η εφαρμογή της συνεπάγεται την απαλλαγή από την υποχρέωση αξιολόγησης κινδύνου και των άλλων μέτρων (ιχνηλασιμότητα) που λαμβάνονται κατ' εφαρμογή της εν λόγω αρχής.[69] Πρόκειται συνεπώς και εδώ για μια περίπτωση κατά την οποία η επίκληση της αρχής της προφύλαξης αφορούσε την λειτουργία της ως «σπαθί» σύμφωνα με τα αναφερόμενα ανωτέρω.

Το Δικαστήριο διενήργησε στην υπόθεση αυτή ένα πιο εκτεταμένο δικαστικό έλεγχο, ο οποίος θεμελιώθηκε στην τελεολογική ερμηνεία των κρίσιμων εφαρμοστέων διατάξεων. Εν προκειμένω, το Δικαστήριο εκκίνησε από την θέση ότι οι οργανισμοί οι οποίοι προκύπτουν από τις μεθόδους της μεταλλαξιογέννησης συνιστούν ΓΤΟ κατά την έννοια του άρθρου 2 της Οδηγίας, καθώς αφενός η απαρίθμηση των ΓΤΟ στο Παράρτημα ΙΑ μέρος 1 είναι ενδεικτική και αφετέρου οι οργανισμοί οι οποίοι προκύπτουν από τις μεθόδους της μεταλλαξιογέννησης δεν περιλαμβάνονται στον εξαντλητικό κατάλογο των μη συνεπαγόμενων γενετική τροποποίηση τεχνικών οι οποίες αναφέρονται στο άρθρο 2, σημείο 2, στοιχείο β΄, της Οδηγίας 2001/18.[70]

Στην συνέχεια, το Δικαστήριο ερμήνευσε την εξαίρεση του άρθρου 3 της Οδηγίας 2001/18 υπό το φως της αρχής της προφύλαξης [71], αλλά και σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 17 της Οδηγίας. Σύμφωνα με την εν λόγω σκέψη, εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας μόνον εκείνοι οι οργανισμοί που προκύπτουν με τεχνικές μεταλλιογέννησης που χρησιμοποιούνται κατά παράδοση σε ορισμένες εφαρμογές, των οποίων η ασφάλεια έχει αποδειχθεί επί μακρό χρόνο.[72]Επιπροσθέτως, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του την διαπίστωση του δικαστηρίου, το οποίο υπέβαλε το προδικαστικό ερώτημα, σύμφωνα με την οποία οι κίνδυνοι που συνδέονται με τη χρήση των νέων αυτών τεχνικών/μεθόδων μεταλλαξιογέννησης ενδέχεται να είναι παρόμοιοι

69 C-528/16, *Confédération paysanne,* ECLI:EU:C:2018:583.

70 C-528/16, όπ.π (σημ. 69), σκέψεις 33-38.

71 C-528/16, όπ.π (σημ. 69), σκέψεις 49-50.

72 C-528/16, όπ.π (σημ. 69), σκέψεις 44-45.

με εκείνους που προκύπτουν από την παραγωγή και τη διάδοση ΓΤΟ μέσω διαγενέσεως. [73]

Στο πλαίσιο της εν λόγω ερμηνείας, το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εξαίρεσης του άρθρου 3 παρ.1 της Οδηγίας 2001/18 οι οργανισμοί που έχουν δημιουργηθεί με τεχνικές μεταλλαξιογέννησης, οι οποίες έχουν αναπτυχθεί μετά από την έκδοση της Οδηγίας, καθώς η αντίθετη εκδοχή δεν θα λάμβανε υπόψη τη βούληση του νομοθέτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως αυτή εκφράστηκε στην αιτιολογική σκέψη 17 της Οδηγίας σε σχέση τους οργανισμούς, οι οποίοι μπορούν να υπαχθούν στην σχετική εξαίρεση.[74]

Συμπερασματικά, το κανονιστικό περιεχόμενο της αρχής της προφύλαξης λειτούργησε ως κριτήριο-μέτρο στο πλαίσιο της τελεολογικής ερμηνείας των κρίσιμων διατάξεων της Οδηγίας από το Δικαστήριο, προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι οι οργανισμοί, οι οποίοι έχουν δημιουργηθεί με νέες μεθόδους μεταλαξιογέννησης δεν εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας και ως εκ τούτου θα πρέπει να υπαχθούν σε «αξιολόγηση κινδύνου» πριν από την είσοδό τους στην αγορά.[75]

3. Ο έλεγχος των νομοθετικών προβλέψεων για την αξιολόγηση του κινδύνου και την αδειοδότηση φυτοφαρμάκων - Η απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση Blaise

Η υπόθεση Blaise συνιστά μία από τις πλέον πρόσφατες υποθέσεις που σχετίζονται με την ανανέωση της έγκρισης της γλυφοσάτης ως «ενεργής ουσίας», η οποία εμπεριέχεται στα φυτοφάρμακα.[76] Η εν λόγω υπόθεση, η οποία

73 C-528/16, όπ.π (σημ. 69), σκέψη 48.

74 C-528/16, όπ.π (σημ. 69), σκέψη 50-51.

75 Βλ. G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σελ 201-202.

76 Βλ. S. Röttger-Wirtz, Case C-616/17, Blaise and others: The precautionary principle and its role in the judicial review-Glyphosate and the regulatory framework for pesticides. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2020, σ. 329.

ήχθη ενώπιον του ΔΕΕ μετά από προδικαστικό ερώτημα το οποίο υπέβαλε γαλλικό δικαστήριο, είχε ως αντικείμενο την εξέταση της συμβατότητας των προβλέψεων του Κανονισμού 1107/2009 για την διάθεση φυτοπροστατευτικών φαρμάκων (φυτοφαρμάκων) στην αγορά με την αρχή της προφύλαξης.[77] Πρόκειται και εδώ για μια περίπτωση κατά την οποία η αρχή της προφύλαξης χρησιμοποιείται ως «σπαθί» (sword) σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα. Ταυτόχρονα, συνιστά μια από τις σπάνιες περιπτώσεις, κατά την οποία ο μηχανισμός προδικαστικής παραπομπής αποτέλεσε το «όχημα», προκειμένου το ΔΕΕ να ελέγξει την συμβατότητα των προβλέψεων ενός Κανονισμού με μια βασική αρχή της ενωσιακής έννομης τάξης.

Η προσέγγιση που ακολούθησε το ΔΕΕ κατά την εξέταση των επιμέρους ερωτημάτων συνίσταται στο εάν ο ενωσιακός νομοθέτης κατά την θέσπιση των νομοθετικών προβλέψεων του Κανονισμού 1107/2009 υπέπεσε σε «πρόδηλο σφάλμα εκτίμησης» σε σχέση με την εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης.[78] Εν προκειμένω, το Δικαστήριο κλήθηκε να αποφανθεί σε σχέση με το εάν ο προαναφερθείς Κανονισμός είναι συμβατός με την αρχή της προφύλαξης, καθόσον δεν προσδιορίζει το τι συνιστά «δραστική ουσία», με συνέπεια να δίνεται η δυνατότητα στον αιτούντα να επιλέξει στο φάκελο της διαδικασίας αδειοδότησης ενώπιον των εθνικών αρχών να προσδιορίσει μόνον μια ουσία ως «δραστική», ενώ στο υπό έγκριση προϊόν ενδέχεται να εμπεριέχονται περισσότερες από μια «δραστικές ουσίες». Για την απάντηση στο ερώτημα αυτό, το Δικαστήριο εκκίνησε από την παραδοχή ότι αν και δεν υπάρχει ορισμός της «δραστικής ουσίας» στον Κανονισμό, το άρθρο 2 παρ.

77 Το αίτημα προδικαστικής παραπομπής υποβλήθηκε από το γαλλικό ποινικό δικαστήριο (Criminal Court of Foix), στο πλαίσιο ποινικής διαδικασίας, καθώς ο κ. Blaise και άλλα 20 άτομα που ανήκαν σε μια ακτιβιστική οργάνωση, κατηγορούνταν για φθορά ξένης ιδιοκτησίας, καθώς είχαν εισέλθει σε δύο καταστήματα και κατέστρεψαν δοχεία ζιζαντιοκτόνων προϊόντων που περιείχαν γλυφοσάτη. Επίσης, σε ένα τρίτο κατάστημα χρησιμοποίησαν ρολά και βαφή από το κατάστημα αυτό, προκειμένου να καταστρέψουν προιόντα του εν λόγω καταστήματος που περιείχαν γλυφοσάτη. Βλ. Γνώμη της Γενικής Εισαγγελέως Sharpston στην Υπόθεση C-616/17, Blaise, ECLI:EU:C:2019:190, σκέψη 32.

78 C-616/17, *Blaise*, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 50.

2 αυτού προβλέπει ότι οι ουσίες, περιλαμβανομένων και των μικροοργανισμών, οι οποίες έχουν γενική ή ειδική δράση στους επιβλαβείς οργανισμούς ή στα φυτά, σε μέρη φυτών ή σε φυτικά προϊόντα, πρέπει να λογίζονται ως δραστικές ουσίες.[79] Επιπροσθέτως, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη ότι ο αιτών την έγκριση ενός προϊόντος θα πρέπει να υποβάλει τις αναγκαίες πληροφορίες σε σχέση με την ύπαρξη «δραστικής ουσίας» στο υπό έγκριση προϊόν (άρθρο 33 του Κανονισμού)[80], καθώς και ότι οι αρμόδιες εθνικές αρχές κατά την χορήγηση της άδειας κυκλοφορίας του προϊόντος θα πρέπει να εξετάσουν εάν όλες οι προσδιοριζόμενες ως «δραστικές ουσίες» έχουν εγκριθεί.[81] Ενόψει των ανωτέρω, το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ο ενωσιακός νομοθέτης δεν υπέπεσε σε πρόδηλο σφάλμα εκτίμησης κατά την θέσπιση των νομοθετικών ρυθμίσεων για τις υποχρεώσεις του αιτούντος την κυκλοφορία ενός προϊόντος που εμπεριέχει «δραστικές ουσίες» παρά το γεγονός ότι δεν υπάρχει σχετικός ορισμός γι' αυτές.[82]

Επίσης, το Δικαστήριο κλήθηκε να αποφανθεί σε σχέση με το εάν η μη αξιολόγηση των σωρευτικών επιπτώσεων των «δραστικών ουσιών» κατά την αδειοδότηση ενός φυτοπροστατευτικού προϊόντος[83] είναι συμβατή με την αρχή της προφύλαξης. Για την θεμελίωση του συλλογισμού του, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη τις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 4 του Κανονισμού 1107/2009, οι οποίες προβλέπουν ότι κατά την έγκριση των δραστικών ουσιών σε ενωσιακό επίπεδο αξιολογείται εάν μία ή περισσότερες αντιπροσωπευτικές χρήσεις ενός τουλάχιστον φυτοπροστατευτικού προϊόντος που περιέχει την υπό έγκριση ουσία

79 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 54.

80 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψεις 55-57.

81 C-616/17, όπ.π (σημ.24), σκέψη 59. Επιπροσθέτως, το Δικαστήριο επισήμανε ότι ο Κανονισμός προβλέπει την δυνατότητα ανάκλησης της άδειας κυκλοφορίας ενός φυτοπροστατευτικού προϊόντος στην περίπτωση κατά την οποία εγκρίθηκε ένα προιόν, το οποίο περιέχει «δραστική ουσία», η οποία δεν έχει τύχει έγκρισης (σκέψη 60).

82 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 61.

83 Για την σύνθετη διαδικασία έγκρισης των φυτοπροστατευτικών προϊόντων, η οποία προϋποθέτει την έγκριση των «δραστικών ουσιών» σε ενωσιακό επίπεδο και την έγκριση των φυτοπροστατευτικών προϊόντων που περιέχουν «δραστικές ουσίες» σε εθνικό επίπεδο βλ. G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σ.202-207.

και τα υπολείμματα ενός τέτοιου προϊόντος, δεν έχουν άμεση ή όψιμη επιβλαβή επίδραση στην ανθρώπινη υγεία, καθώς και εάν υπάρχουν συνεργιστικές και σωρευτικές επιπτώσεις από την χρήση των υπό έγκριση δραστικών ουσιών.[84] Περαιτέρω, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη τις προβλέψεις του άρθρου 29 παρ. 6 του Κανονισμού, δυνάμει του οποίου προβλέπεται ότι η αλληλεπίδραση μεταξύ των δραστικών ουσιών, των αντιφυτοτοξικών, των συνεργιστικών και των βοηθητικών ουσιών πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά την αξιολόγηση για την χορήγηση της άδειας κυκλοφορίας ενός φυτοπροστατευτικού προϊόντος.[85] Στο πλαίσιο της συστηματικής ερμηνείας των προαναφερθεισών διατάξεων του Κανονισμού 1107/2009, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι ο Κανονισμός δεν εμπεριέχει πρόδηλο σφάλμα εκτίμησης σε σχέση με την μη επαρκή συνεκτίμηση της σωρευτικής εκτίμησης των διαφόρων συστατικών ενός φυτοπροστατευτικού προϊόντος.[86]

Επιπροσθέτως, το Δικαστήριο κλήθηκε να αποφανθεί σε σχέση με το εάν είναι συμβατή με την αρχή της προφύλαξης η απουσία σχετικής πρόβλεψης στον Κανονισμό, η οποία θα θέσπιζε την υποχρέωση του αιτούντος την άδεια ενός φυτοπροστατευτικού προϊόντος να προβεί σε ελέγχους καρκινογόνου δράσης και μακροπρόθεσμης τοξικότητας του προϊόντος αυτού. Για την θεμελίωση της κρίσης του, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη το περιεχόμενο των διατάξεων του άρθρου 4 παρ.3 εδ. β΄ και 29 παρ.1 του Κανονισμού, δυνάμει των οποίων δεν είναι επιτρεπτή αδειοδότηση ενός προϊόντος, στην περίπτωση που το εν λόγω προϊόν θα έχει άμεσες ή βραχυπρόθεσμες επιβλαβείς επιπτώσεις στην δημόσια υγεία. Ως εκ τούτου, η αρμόδια αρχή κατά την διαδικασία της αδειοδότησης θα πρέπει να εξετάσει όλα τα επιστημονικά στοιχεία και δεδομένα, προκειμένου να διασφαλίσει ότι το υπό έγκριση προϊόν δεν εμπειρέχει στοιχεία τοξικότητας και καρκινογένεσης.[87] Επί τη βάσει της ανωτέρω ανάλυσης, το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η απουσία σχετικής πρόβλεψης για την προσκόμιση μελετών για την καρκινογόνο δράση και την

84 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψεις 67-69.
85 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψεις 71-72.
86 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 76.
87 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψεις 114-118.

μακροπρόθεσμη τοξικότητα ενός προϊόντος δεν εγείρει θέμα συμβατότητας με την αρχή της προφύλαξης.

Συμπερασματικά, ένα βασικό χαρακτηριστικό της Απόφασης του ΔΕΕ στην υπόθεση Blaise συνίσταται στο ότι το Δικαστήριο εξέτασε τις συγκεκριμένες ρυθμίσεις του Κανονισμού για τις φυτοπροστατευτικές ουσίες in abstracto, υπό την έννοια ότι δεν εξετάσθηκαν ζητήματα που σχετίζονται με την εφαρμογή τους, όπως αυτά αναδείχθηκαν κυρίως στο πλαίσιο έγκρισης της γλυφοσάτης ως δραστικής ουσίας.[88] Επιπροσθέτως, η απόφαση χαρακτηρίζεται σε σημαντικό βαθμό από την αναγνώριση της ευρείας διακριτικής ευχέρειας του ενωσιακού νομοθέτη, όταν καλείται να λάβει αποφάσεις, οι οποίες εμπεριέχουν την στάθμιση αντικρουόμενων συμφερόντων. Όπως δε έχει ήδη αναφερθεί, η αναγνώριση ευρείας διακριτικής ευχέρειας συνεπάγεται την άσκηση ενός περιορισμένου δικαστικού ελέγχου. Ως εκ τούτου, είναι αντιστοίχως περιορισμένη η επιρροή της αρχής της προφύλαξης ως κριτήριο δικαστικού ελέγχου νομοθετικών προβλέψεων της ενωσιακής νομοθεσίας, οι οποίες αποσκοπούν στην προστασία του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας .[89] Αντιθέτως, πιο πυκνός μπορεί να είναι ο δικαστικός έλεγχος στην περίπτωση ελέγχου της συμβατότητας εκτελεστικών πράξεων με την αρχή της προφύλαξης. Επιπροσθέτως, η παρατηρούμενη άσκηση περιορισμένου ελέγχου συναρτάται και με την έλλειψη ενός σαφούς προσδιορισμού του ουσιαστικού περιεχομένου της αρχής της προφύλαξης και κυρίως το πώς αυτή μπορεί να θέσει όρια στην διακριτική ευχέρεια των ενωσιακών οργάνων.

Δ. Ο έλεγχος των διαδικαστικών εγγυήσεων της «αξιολόγησης κινδύνου», του τρόπου λήψης απόφασης και της συμβατότητας των λαμβανομένων μέτρων με βασικές αρχές διαχείρισης κινδύνου

Αντικείμενο του δικαστικού ελέγχου, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες

88 Βλ. G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σ. 207επ.

89 Βλ. S. Röttger-Wirtz, όπ.π (σημ. 76), σ. 535.

η αρμόδια αρχή έχει προβεί σε σχετική «αξιολόγηση κινδύνου» πριν από την λήψη των προστατευτικών μέτρων συνιστά το εάν η λόγω «αξιολόγηση» πληροί τις σχετικές διαδικαστικές προϋποθέσεις, οι οποίες συναρτώνται με την ποιότητα αυτής και έχουν, όπως έχει αναφερθεί, τεθεί από την νομολογία των ενωσιακών δικαστηρίων. Ως τέτοιες αναφέρονται, μεταξύ άλλων, το να βασίζονται οι σχετικές αξιολογήσεις στις πλέον αξιόπιστες και πρόσφατες επιστημονικές πληροφορίες, και στις συστάσεις διεθνών, περιφερειακών και εθνικών επιστημονικών επιτροπών, καθώς και το να έχουν διενεργηθεί με ανεξάρτητο, αντικειμενικό και διαφανή τρόπο από επιστήμονες που διαθέτουν τα σχετικά εχέγγυα.[90]

Αξίζει, ωστόσο, να σημειωθεί ότι αρχικά τα ενωσιακά δικαστήρια δεν είχαν υιοθετήσει ενιαία στάση ως προς το ζήτημα του ελέγχου του εάν τα στοιχεία που λαμβάνονται υπόψη κατά την αξιολόγηση κινδύνου και την λήψη της τελικής απόφασης είναι τα πλέον πρόσφατα, παρά το γεγονός ότι δεδομένων των μεταβαλλόμενων δεδομένων, η αποτελεσματική εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης συναρτάται με την εγκυρότητα και την αξιοπιστία των στοιχείων, επί τη βάσει των οποίων λαμβάνονται τα σχετικά μέτρα. Σταδιακά, ωστόσο, αναγνωρίζεται ρητά και ως εκ τούτου αποτελεί αντικείμενο ελέγχου το εάν τα στοιχεία στα οποία βασίστηκε η αξιολόγηση κινδύνου ήταν τα πλέον πρόσφατα.[91]

90 Βλ. την νομολογία των ενωσιακών δικαστηρίων, η οποία εμπεριέχεται στις υποσημειώσεις 35-39.

91 Βλ. K.de Smedt/E.Vos, όπ.π (σημ. 1), σ. 182-183 με ανάλυση στην διαφορετική προσέγγιση των ενωσιακών δικαστηρίων στις υποθέσεις Solvay (T-392/02, όπ.π (σημ.50)) και Artedogan (T-74/00, όπ.π (σημ. 36)). Ειδικότερα, στην υπόθεση Solvay, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι δεν είναι απαραίτητη η διενέργεια νέας αξιολόγησης κινδύνου των υπό έγκριση ουσιών, καθώς και ότι αρκεί η ανάλυση που διεξάγει η διοίκηση, όταν λαμβάνονται νέα μέτρα με βάση την αρχή της προφύλαξης. Αντιθέτως, στην υπόθεση Artedogan το Γενικό Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι τα παλαιά στοιχεία τα οποία έχουν χρησιμοποιηθεί στις αξιολογήσεις κινδύνου δεν μπορούν να αποτελέσουν μια επαρκή βάση για την ύπαρξη επιστημονικής αβεβαιότητας την μεταγενέστερη χρονική στιγμή, που θα πρέπει να διενεργηθεί αξιολόγηση και να ληφθεί απόφαση (σκέψεις 212-213 της Απόφασης). Η θέση αυτή επαναβεβαιώθηκε και στην υπόθεση Bayern (T-423/13, όπ.π (σημ. 13)), όπου το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι η επιβολή περιορισμών σε ουσίες προϋποθέτει την ύπαρξη νέων επιστημονικών και τεχνικών στοιχείων (σκέψεις 172. 178 και 179 της Απόφασης).

Το ΔΕΕ έχει επίσης αποφανθεί ότι δεν παραβιάζεται η αρχή της προφύλαξης από τις σχετικές προβλέψεις ενός Κανονισμού (άρθρα 7 παρ. 1 και 8 παρ. 1 και 2 του Κανονισμού 1107/2009), δυνάμει των οποίων ορίζεται ότι οι δοκιμές, οι μελέτες και οι αναλύσεις, οι οποίες απαιτούνται τόσο για την έγκριση μιας «δραστικής» ουσίας όσο και ενός φυτοπροστατευτικού προϊόντος, υποβάλλονται από τον αιτούντα την έγκριση, χωρίς να απαιτείται νέα ανεξάρτητη ανάλυση, την οποία θα λάβει υπόψη η αδειοδοτούσα αρχή. Η αιτιολογία δυνάμει της οποίας έχει αποφανθεί το Δικαστήριο ότι δεν τίθεται θέμα σε σχέση με την αμεροληψία και την αντικειμενικότητα των στοιχείων, τα οποία υποβάλλονται από τον αιτούντα, συνίσταται στο ότι αφενός η θέσπιση της υποχρέωσης του αιτούντος να αποδείξει ότι η αιτούμενη προς έγκριση ουσία ή προϊόν δεν έχει επιβλαβείς επιπτώσεις στο περιβάλλον ή την δημόσια υγεία συμβάλει στην εφαρμογή της αρχής της προφύλαξης και αφετέρου στο ότι έχει θεσπιστεί ένα συγκεκριμένο κανονιστικό πλαίσιο σε ενωσιακό επίπεδο για τις ποιοτικές προδιαγραφές των δοκιμών, των μελετών και των αναλύσεων που προσκομίζονται μαζί με την σχετική αίτηση. Επιπροσθέτως, το Δικαστήριο θεμελίωσε την θέση του και στην πρόβλεψη του Κανονισμού (άρθρο 29 παρ.3), σύμφωνα με την οποία η αρμόδια αρχή του κράτους-μέλους που χορηγεί την άδεια κυκλοφορίας του φυτοπροστατευτικού προϊόντος θα πρέπει να προβεί σε ανεξάρτητη, αντικειμενική και διαφανή αξιολόγηση της υποβληθείσας αιτήσεως με βάση τις επίκαιρες επιστημονικές και τεχνικές γνώσεις και να αποφανθεί με βάση τις προαναφερθείσες γνώσεις.[92]

Περαιτέρω, τα ενωσιακά δικαστήρια ελέγχουν κατά πόσο η λήψη της σχετικής απόφασης συνιστά το προϊόν μιας σύνθετης διαδικασίας, η οποία αποτελείται από τρία διαδοχικά στάδια. Ειδικότερα, το πρώτο στάδιο αφορά τον εντοπισμό των ενδεχόμενων αρνητικών επιπτώσεων, οι οποίες απορρέουν από το, προϊόν, την ουσία ή τη δραστηριότητα, που τελεί υπό έγκριση. Το δεύτερο στάδιο συνίσταται στην διενέργεια της αξιολόγησης κινδύνου για την δημόσια υγεία και το περιβάλλον, ενώ το τρίτο στάδιο αφορά την

92 C-616/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψεις 79-92.

διαχείριση του κινδύνου με την λήψη των κατάλληλων μέτρων προστασίας.[93]

Τέλος, αντικείμενο του δικαστικού ελέγχου αποτελεί επίσης και το εάν τα μέτρα τα οποία έχουν ληφθεί με βάση την αρχή της προφύλαξης είναι αντικειμενικά, δεν δημιουργούν διακρίσεις και είναι σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.[94] Ειδικότερα, ο έλεγχος συμβατότητας των λαμβανομένων μέτρων με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία συνιστά μια αναγνωρισμένη αρχή της ενωσιακής έννομης τάξης, είναι αρκετά εκτεταμένος. Ο εν λόγω έλεγχος περιλαμβάνει τον έλεγχο της καταλληλότητας και της αναγκαιότητας του ληφθέντος μέτρου, καθώς και το εάν το μέτρο είναι αναλογικό υπό στενή έννοια υπό το πρίσμα της στάθμισης των αντικρουόμενων συμφερόντων.[95] Επιπροσθέτως, το Γενικό Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι συνιστά μια ειδική έκφανση της αρχής της αναλογικότητας η θέσπιση σχετικής υποχρέωσης για την διενέργεια ανάλυσης κόστους-οφέλους πριν από την λήψη του σχετικού μέτρου με βάση την αρχή της προφύλαξης.[96]

IV. Συμπερασματικές διαπιστώσεις

Ένα πρώτο συμπέρασμα το οποίο αναδεικνύεται από την ανάλυση των σχετικών αποφάσεων του ΔΕΕ και του Γενικού Δικαστηρίου συνίσταται στο ότι η αρχή της προφύλαξης συνιστά ένα σημαντικό κριτήριο ελέγχου των σχετικών με το περιβάλλον και τη δημόσια υγεία πράξεων των ενωσιακών οργάνων και έχει ως εκ τούτου ένα σημαντικό πεδίο εφαρμογής. Επιπροσθέτως, η έλλειψη ενός ενιαίου και αποδεκτού ορισμού της αρχής και του συνεπακόλουθου προσδιορισμού των κανονιστικών της παραμέτρων, αν και παρέχει κάποια ευελιξία, δυσχε-

93 T-584/13, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 60.

94 C-77/09, όπ.π (σημ. 35) σκέψη 76; T-429/13, όπ.π (σημ. 13), σκέψη 117; T-392/02, όπ.π (σημ. 50), σκέψη 125; C-333/08, όπ. π (σημ. 22), σκέψη 93; C-78/16, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 48; C-282/15, όπ.π (σημ. 22), σκέψη 57; T-584/13,όπ.π (σημ. 24), σκέψη 68; C-489/17, όπ.π (σημ. 24), σκέψη 58.

95 C-558/07, S.P.C.M, ECLI:EU:C:2009:430, σκέψη 49; T-13/99, οπ.π (σημ. 33), σκέψη 444 και 459. Βλ. επίσης N. de Sadeleer, όπ.π (σημ. 36), σ. 18επ.

96 T-584/13,όπ.π (σημ. 24), σκέψη 170.

ραίνει ταυτόχρονα σε κάποιο βαθμό τα ενωσιακά δικαιοδοτικά όργανα κατά τον έλεγχο των σχετικών νομοθετικών, κανονιστικών ή άλλου είδους πράξεων (π.χ. αδειοδότηση δραστικής ουσίας) των ενωσιακών οργάνων.[97]

Ένα δεύτερο συμπέρασμα συνίσταται στο ότι τα ενωσιακά δικαστήρια αναγνωρίζουν ένα σημαντικό βαθμό διακριτικής ευχέρειας στα ενωσιακά όργανα, όταν πρόκειται για τη λήψη αποφάσεων, οι οποίες βασίζονται σε πολύπλοκα επιστημονικά δεδομένα και περαιτέρω όταν οι αποφάσεις αυτές αφορούν τον καθορισμό του επιθυμητού επιπέδου προστασίας μετά από την στάθμιση αντικρουόμενων συμφερόντων. Η αναγνώριση της εν λόγω διακριτικής ευχέρειας αποτελεί, όπως έχει ήδη αναφερθεί, απόρροια τόσο της σχετικής τεχνογνωσίας την οποία γίνεται δεκτό ότι διαθέτουν τα διοικητικά ή και τα νομοθετικά όργανα κατά την υιοθέτηση των σχετικών αποφάσεων και νομοθετικών μέτρων, η οποία δεν μπορεί να υποκατασταθεί από την δικανική κρίση όσο και της σχετικής νομιμοποίησης, την οποία γίνεται δεκτό ότι διαθέτουν κυρίως τα νομοθετικά όργανα κατά την θέσπιση ρυθμίσεων που θέτουν το πλαίσιο για την λήψη αποφάσεων για τον καθορισμό του επιθυμητού επιπέδου προστασίας.

Ένα τρίτο συμπέρασμα συνίσταται στο ότι, αν και η προαναφερθείσα αναγνώριση της διακριτικής ευχέρειας των ενωσιακών οργάνων συνεπάγεται τον περιορισμό του ελέγχου που ασκούν τα ενωσιακά δικαστήρια, ο έλεγχος αυτός εμπεριέχει καταρχάς το εάν τα ειρημένα όργανα έχουν υποπέσει σε πρόδηλο σφάλμα εκτίμησης κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Επιπροσθέτως, ο σχετικός δικαστικός έλεγχος γίνεται πιο πυκνός στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η σχετική απόφαση έχει ληφθεί, αφού προηγουμένως έχει διενεργηθεί «αξιολόγηση κινδύνου», καθώς ελέγχεται δικαστικά το εάν έχουν τηρηθεί συγκεκριμένες διαδικαστικές προδιαγραφές, όπως εν προκειμένω το εάν έχουν ληφθεί υπόψη τα πλέον πρόσφατα και αξιόπιστα επιστημονικά δεδομένα, καθώς και εάν η αξιολόγηση έχει διενεργηθεί από εμπειρογνώμονες, οι οποίοι διαθέτουν τα απαραίτητα εχέγγυα σε σχέση με

97 Βλ. K.de Smedt/E.Vos, όπ.π (σημ. 1), σ. 184-185.

την επιστημονική τους κατάρτιση και την αμεροληψία τους. Αντιθέτως, πιο περιορισμένος είναι ο δικαστικός έλεγχος, όπως έχει αναδειχθεί και από την Απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση Blaise, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες τα ενωσιακά δικαστήρια εξετάζουν την συμβατότητα νομοθετικών προβλέψεων με την αρχή της προφύλαξης, καθώς ελέγχεται in abstracto η συμβατότητα των σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων με την αρχή. Κρίσιμη στην περίπτωση αυτή για την αποτελεσματικότητα του δικαστικού ελέγχου είναι η τελεολογική ερμηνεία των επίμαχων διατάξεων.

Εν κατακλείδι, η αρχή της προφύλαξης έχει επιτελέσει σημαντικό ρόλο ως κριτήριο ελέγχου των σχετικών με το περιβάλλον και την δημόσια υγεία πράξεων των ενωσιακών οργάνων από τα ενωσιακά δικαιοδοτικά όργανα. Βεβαίως, η αποτελεσματικότητα του ελέγχου σε σχέση με την διασφάλιση συμβατότητας με την εν λόγω αρχή υφίσταται περιορισμούς, καθώς όπως έχει ήδη αναφερθεί, ο έλεγχος κυρίως των σχετικών νομοθετικών προβλέψεων περιορίζεται, ως εκ της φύσης του, στην εξέταση της συμβατότητας in abstracto, χωρίς να λαμβάνονται υπόψη τα προβλήματα και οι δυσχέρειες, οι οποίες ανακύπτουν κατά την εφαρμογή των προαναφερθεισών προβλέψεων. Ως εκ τούτου, ενδέχεται να τεθεί σε κίνδυνο η εφαρμογή του ουσιαστικού περιεχομένου της αρχής, το οποίο συνίσταται στην αποτελεσματική διαχείριση των μη κοινωνικά αποδεκτών κινδύνων.[98] Η ανωτέρω διαπίστωση αναδεικνύει τα όρια της συμβολής του δικαστικού ελέγχου στην εφαρμογή της αρχής και αφορά κυρίως τις περιπτώσεις, κατά τις οποίες αυτή λειτουργεί ως «σπαθί» (sword).

Στις σύγχρονες κοινωνίες της «διακινδύνευσης», όπου διάφοροι κίνδυνοι για το περιβάλλον και την δημόσια υγεία εμφανίζονται με μεγάλη ταχύτητα και συχνότητα, ο ρόλος του δημοκρατικά νομιμοποιούμενου νομοθέτη είτε σε ενωσιακό είτε σε εθνικό επίπεδο, αλλά και των αρμόδιων διοικητικών οργάνων είναι ο πλέον κομβικός για την λήψη των απαιτούμενων μέτρων (νομοθετικών, κανονιστικών, διοικητικών) για την διασφάλιση ενός ικανοποιη-

98 Βλ. G- Cl. Leonelli, όπ.π (σημ. 19), σ. 214.

τικού επιπέδου προστασίας του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας, μετά και από ενδελεχή στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων. Ο ρόλος του δικαστή σε σχέση με την διασφάλιση της εφαρμογής της αρχής είναι σημαντικός, στις περιπτώσεις εκείνες, στις οποίες διαθέτει ισχυρά νομικά επιχειρήματα, προκειμένου να θεμελιώσει την τυχόν παραβίασή της. Δεν μπορεί, ωστόσο, συνεπεία της εφαρμογής της αρχής της διάκρισης των εξουσιών να «αναπληρώσει» τα υφιστάμενα νομοθετικά και κανονιστικά κενά.

Accountability Issues In European Fiscal Governance

Nikolaos Milionis

Member of the European Court of Auditors, emeritus vice-president of the Hellenic Court of Audit, ex assistant Professor of Panteion University

1. The concept of public accountability

Accountability is a diverse and nuanced concept[1]. It is historically and semantically linked to the concept of accounting[2]. Accountability was originally defined as the accountable person's obligation to provide information[3] or render account in respect of an activity or transaction[4]. This literal concept of being accountable, i.e. giving an account of one's actions, reflects the traditional relationship of subjects vis-à-vis to the ruler. The meaning of concept and the way in which the word is used have evolved to date. "Accountability" is a term nowused in political philosophy, constitutional legislation, modern governance and management science.

1 See: Bovens, M., Curtin, D and 't HART, P., Studying the Real World of EU Accountability: Framework and Design in The Real World of EU Accountability, What Deficit? Oxford University Press, 2010, p. 31 et seq., in particular p. 32; Bovens, M., Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework, European Law Journal, Vol. 3, No 4, July 2007, p. 447 et seq., in particular p. 448; Milionis N., Accountability and European Union, the Financial Dimension, Nomiki Vivliothiki, 2021 (in Greek).

2 See: Soll, J., The Reckoning, Financial Accountability and the Making of Nations, Allen Lane, an imprint of Penguin Books, 2014, p. 7.

3 See: Stewart, J.D., The role of information in Public Accountability in Hopwood, A. G., Tompkins, G.R. (Eds), Issues in Public Sector Accounting, 1984, pp. 13-34.

4 See: Wathelet, J.C., Budget, comptabilité et contrôle externe des collectivités territoriales – Essai prospectif, L'Harmattan, 2000.

The concept changed drastically with the advent of "New Public Management". This era, which began in the Anglo-American sphere in the 1980s, is associated with the transfer of private-sector ideas and administrative practice into public administration, placing the emphasis on cost-benefit auditing, financial transparency, and increased accountability to citizens in terms of the quality of services offered, measured by performance indicators.

Accountability is perceived as a virtue, and therefore ethical. Broadly speaking, accountability (as value-based behaviour) is a concept closer to a sense of responsibility, and particularly a desire to act in a transparent and fair manner. In this highly value-based scenario, accountability refers to the rules of conduct and ethics for public officials (e.g. with regard to conflict of interest, restrictions on electoral funding, measures relating to respect for administrative transparency and supervision, etc.).

However, in the strict sense, accountability, as a relationship mechanism[5], is understood to be the relationship between the accountable person or public organisation (bodies) and the institution to which they are obliged to explain and justify their conduct. The accountable body's obligation may be formal or informal. Public officials and employees are formally required to provide accounts and reports at regular intervals. An informal accountability obligation is that of submitting clarifications to the press, to inform public opinion. Account may be given to institutions such as the Parliament or a Minister (political accountability), or the courts or Supreme Audit Institutions (legal or audit accountability), as well as to the media or social media (social accountability)[6]. Such institutions may ask questions and criticise, while the accountable person or public organisation must provide explanations (accountability)[7].

5 See Hood, C., The "New Public Management" in the 1980s: Variations on a Theme, Accounting, Organizations and Society, volume 20(2-3), pp. 93-109.

6 OECD, European Principles of Public Administration, 1999, op. cit., p. 12.

7 See Bovens, M., Two Concepts of Accountability, op. cit., in Bovens, M., Curtin, D. and 't Hart, P.(eds), op. cit., pp. 33 and 34.

There is no consensus as to whether the imposition of penalties is an essential element of accountability. Hence, it is preferable to use a neutral expression, such as "attribution of responsibility". This may take the form of either standard consequences, such as fines, disciplinary measures, compensation and even criminal penalties, or unwritten rules, such as ministers' political accountability to Parliament, which may result in them having to resign. The negative consequences of being accountable can sometimes be more drastic, as in the case of politicians' informal accountability to the media, which may result in their public image being tarnished and their political career ruined in the wake of negative publicity[8].

2. The concept of fiscal accountability

Fiscal accountability concerns, in particular, supervision of the use of public money. It involves, first of all, confirming the legality and regularity of the transactions underlying public accounts[9]. The concept of good financial management is also promoted as a means of controlling public money, the aim being to ensure that public policies achieve the three Es of economy, efficiency and effectiveness.

To meet the public accountability requirements regarding the use of public resources, modern States have set up specific systems for monitoring the implementation of public policies, and submitting the relevant reports (e.g. the Ombudsman, independent authorities, etc.). The most important instrument for monitoring the use of public funds is financial audit. This is carried out by the Supreme Audit Institutions (whether in the form of judicial authorities or audit institutions), which were set up and operate for this purpose, alongside

8 See March, J. G., Olson, J.P., Democratic Governance, New York: The Free Press, 1995, p. 167; White, F., Hollingsworth, K., Audit, Accountability and Government, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 6; Rabrenović, A., Financial Accountability as a Condition for EU Membership, Institute ofComparative Law, Belgrade, p. 32.

9 See Lord Sharman of Redlynch, Holding to Account, The Review of Audit and Accountability forCentral Government, www.hm-treasury.gov.uk, February 2001, pp. 9-25.

Parliament's Committee on Economic Affairs, i.e. to supervise and verify the veracity of expenditure.

The explanation of the role of public audit in terms of accountability that is given in ISSAI standard No 12 states that "Public sector auditing, as championed by the Supreme Audit Institutions (SAIs), is an important factor in making a difference to the lives of citizens. The auditing of government and public sector entities by SAIs has a positive impact on trust in society because it focuses the minds of the custodians of public resources on how well they use those resources. Such awareness supports desirable values and underpins accountability mechanisms, which in turn leads to improved decisions. Once SAIs' audit results have been made public, citizens are ableto hold the custodians of public resources accountable. In this way SAIs promote the efficiency, accountability, effectiveness and transparency of public administration. An independent, effective and credible SAI is therefore an essential component in a democratic system where accountability, transparency and integrity are indispensableparts of a stable democracy".

3. Accountability arrangements for EU institutions and bodies

In the context of the European Union (EU), accountability includes the institutions' obligation to account for:

a) the political decisions they have taken and the objectives set;

b) the results and implementation of Union policies;

c) the use of funds from private or international sources mobilised to implementEuropean policies, and the related projects' compliance with the Union's strategies;

d) the effectiveness of the Union's response to systemic risks to the economic interestsof the Union and its Member States.

Pursuant to Article 318 TFEU, "The Commission shall submit annually to the European Parliament and to the Council the accounts of the preceding financial year relating to the implementation of the budget", and the Court of

Auditors, pursuant to Article 287(1) TFEU, "shall examine the accounts of all revenue and expenditure of the Union", while the European Parliament, "acting on a recommendation from the Council, shall give a discharge to the Commission in respect of the implementation of the budget", pursuant to Article 319 TFEU.

"Discharge" means the closure of the accounts for a given financial year and relates to the amount of revenue and expenditure effected on the basis of the accounts presented by the Commission, which is the manager of and accounting officer for the Community budget.

The Commission and the majority of the other institutions of the Union and of its agencies are subject to the discharge procedure, which is the culmination of the political accountability process.

4. Accountability gaps in the EU

i) Under Articles 130 and 282 TFEU, the European Central Bank (ECB) and the national central banks of the euro-area countries are independent of the other EU institutions and the governments of the Member States. The ECB is not funded from the EU general budget, and the Protocol[10] does not provide for budgetary discharge by Parliament.

As an accountability mechanism, the Treaty provides for the ECB to submit reports on the activities of the ESCB at least quarterly[11], and an annual report on the ESCB[12] and monetary policy to the European Parliament, the Council and the Commission. The President of the ECB is required to present the report to the European Parliament and the Council for a general debate. Rule 135 of the Parliament's Rules of Procedure provides for the President

10 Protocol No 4 TFEU: Protocol on the statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank.

11 Article 15, Protocol No 4 TFEU. In practice, the ECB meets this requirement by publishing monthly bulletins.

12 Article 284(3) TFEU.

of the ECB to be invited to address the European Parliament four times a year and for ad hoc invitations to be extended to members of the Executive Committee so that there is a regular exchange of views with the European Parliament, and the ECB also replies to written questions from Members of the European Parliament.

The regulations establishing the Single Supervisory Mechanism have entrusted the ECB with supervisory tasks over credit institutions within the euro area and in other participating Member States[13]. The founding regulation provides for a specific accountability regime. Further details on the accountability of the Single Supervisory Mechanism were laid down in an interinstitutional agreement with the European Parliament[14] and a Memorandum of Understanding with the Council[15].

The extent to which central banks are subject to independent external audit by public external auditors generally varies from country to country. As regards the ECB, its accounts are audited in accordance with the Treaty[16] by independent external auditors and not by the ECA. The ECA's audit powers "only apply to an examination of the operational efficiency of the management of the ECB" (operational efficiency)[17]. This wording limits the ECA's remit.

ii) The European Investment Bank is the EU's financing institution and contributes to European integration, growth and cohesion by financing projects in support of EU policies. The European Investment Fund is the EU's specialist vehicle for venture capital and guarantees, primarily in support of

13 Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 entrusting the ECB with specific tasks concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions (OJ L 287, 29.10.2013, p. 63).

14 Interinstitutional Agreement between the European Parliament and the ECB on the practical modalities of the exercise of democratic accountability and oversight over the exercise of the tasks conferred on the ECB within the framework of the Single Supervisory Mechanism.

15 Memorandum of Understanding between the Council of the European Union and the ECB on the cooperation on procedures related to the Single Supervisory Mechanism (SSM).

16 The independent external auditors are appointed by the Executive Board and approved by the Governing Council of the ECB, see Article 27 of Protocol 4 TFEU.

17 Article 27.2 of Protocol 4 TFEU.

SMEs and new technologies.

With regard to accountability, the European Investment Bank is also a "special case" in terms of the current arrangements. Although it has the status of an EU body, its capital resources come from the Member States. The Bank is therefore accountable for its activities to the Board of Governors, which is composed of the Member States' Finance or Treasury Ministers.

There are no specific provisions for the European Investment Bank to report to the European Parliament or for the Parliament to have any direct authority over the Bank or the Fund. In recent years, the European Parliament has expressed concerns about the EIB's accountability on several occasions, including with regard to:

- the level of prudential supervision of the European Investment Bank;
- the exclusion of some of the EIB's management of EU programmes and funds from the discharge procedure applicable to EU spending and reporting on the results achieved[18];
- the assessment of activities with major multiplier effects which are guaranteed by the EU budget;
- the need for a detailed explanation of the administration fees received from the EU budget by the European Investment Bank.

iii) The European Stability Mechanism (ESM) has a Board of Auditors (BoA), to which the ECA appoints a member, that is responsible for inspecting the ESM accounts and verifying that the operational accounts and balance sheet are in order[19]. The ECA itself does not have audit rights, but could assume them on request. In a 2018 opinion[20], the ECA pointed out that the BoA members' terms of office were short, the reporting by the BoA on its audit

18 The ECA proposed that European Investment Bank operations that are unrelated to the EU budgetalso be included in its audit remit, proposal 6 of Review 01/2018: Briefing Paper 'Future of EU finances:reforming how the EU budget operates'.

19 Treaty establishing the European Stability Mechanism, article 30.

20 Opinion No 2/2018: "The audit and accountability considerations concerning the proposal of 6 December 2017 for the establishment of a European Monetary Fund within the Union legal framework".

findings was very limited, and so was the evaluation of ESM performance. The opinion on the ESM financial statements is given by a private external auditor in accordance with international auditing standards.

iv) Some EU agencies are not funded directly from the EU budget. These agencies are either entirely self-financed (European Union Intellectual Property Office and Community Plant Variety Office) and audited by the ECA, or financed through contributions from Member States (European Defence Agency) and independent external auditors[21]. The management of these entities is not linked to the European Parliament's discharge procedure. However, even though the source of revenue is not the EU budget, these entities' revenue arises from the exercise of public authority at EU level, and their use of resources has the same public nature as other EU funds. Hence, there appears to be no compelling reason for this difference in treatment interms of accountability.

v) As for the Recovery and Resilience Facility (RRF), the ECA assessed[22] the appropriateness of the design of the Commission's control system for the Facility, examining whether the system had been set up to ensure the achievement of milestones and target values and the protection of the financial interests of the Union. It concluded that the system provided only limited verified information at EU level that RRF-funded investment projects complied with EU and national rules. The lack of such verified information impacts the assurance the Commission can provide and results in an EU level accountability gap.

21 The problem is highlighted in the ECA's 2017 Annual Report, par. 2.51, p. 75, footnote 54. The external audit of the agency is regulated by article 43 of its financial rules.

22 Special report No 7/2023: Design of the Commission's control system for the RRF - Assurance and accountability gap remains at EU level in the new delivery model, despite extensive work beingplanned.

Epilogue

The ECA has highlighted the importance of the ECA having audit rights, and advocated that public audit mandates be established for all types of financing for EU policies and the ECA be invited to audit all bodies created through agreements outside the EU legal order for the purpose of implementing EU policies. For some of these instruments, the European Parliament has limited oversight.

Public accountability is a fundamental institutional principle of the EU project. As a manifestation of the constitutional requirement of checks and balances in public institutions, this principle culminates in the procedure whereby the Commission is granted discharge by the European Parliament on the basis of the ECA's audit findings. This is the culmination of a logical process in which the managers of European public money are held accountable in front of the representatives of European taxpayers. This can, of course, be replaced by rules instituting other means of rendering accountability, which may or may not be adequate. Hence, as the above analysis shows, there are gaps in the process in that a significant part of the management of the European budget remains on the margins of accountability.