

Η «ώριμη» αναλογικότητα

Η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου και του Δικαίου της ΕΕ που δεν περιλαμβάνει την αναλογικότητα σε στενή έννοια

Βασίλης Γ. Τζέμος, Διδάκτωρ Συνταγματικού και Ευρωπαϊκού Δικαίου (Freiburg), L.L.M (Freiburg), Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Διευθυντής Επιστημονικού Περιοδικού ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ (www.publiclawjournal.com), Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Σύμβουλος ΑΣΕΠ

1. Εισαγωγή

Κοινή συνισταμένη σε όλα τα σημαντικά θέματα της σύγχρονης εποχής των (νέων) κινδύνων, της πληροφορίας και της παγκοσμιοποίησης είναι α) η οικονομική τους διάσταση, β) η πολιτική τους αντιμετώπιση και γ) η νομική τους ρύθμιση. Στο κλασικό τρίγωνο οικονομία, πολιτική, δίκαιο που καλείται να συνδιαμορφώσει και να ρυθμίσει τη νέα εποχή, μία αρχή παίζει επιτελικό ρόλο, λειτουργεί ως διαιτητής¹. Η αρχή της αναλογικότητας².

Η σύγχρονη δημοκρατική πολιτεία δικαίου, εθνική, ευρωπαϊκή και διεθνής, έχει εξουσίες που είναι λειτουργίες για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων³. Δεν βρισκόμαστε στην εποχή του απολυταρχικού κράτους που πρώτα οργανώνει τις εξουσίες του και μετά, δευτερευόντως ενδιαφέρεται για τους υπηκόους, διοικούμενούς του. Το δημοκρατικό, φιλελεύθερο, κοινωνικό κράτος δικαίου οργανώνει και λειτουργεί κρατικές αρμοδιότητες με στόχο και πρακτικό προσανατολισμό την κατοχύρωση των δικαιωμάτων των πολιτών του. Την πρωτοκαθεδρία στην πολιτειακή οργάνωση και λειτουργία, την *ratio* αλλά και τον

¹ Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, *Modern legal battles and their referee: Principle of proportionality*, Third International Conference on e-Democracy, Next Generation Society: Technological and Legal Issues, 2010, σ. 54επ.

² Για την αρχή της αναλογικότητας βλ. ενδεικτικά Α. Γέροντας, *Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο*, Το Σ 1983, σ. 20επ., ο ίδιος, *Η συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της αναλογικότητας*, ΔτΑ 2007, σ. 419επ., ο ίδιος, *Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων*, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), *Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001*, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ., Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο*, 1989, G. Gerapetritis, *Proportionality in administrative law*, 1997, Σ. Ορφανουδάκης, *Η αρχή της αναλογικότητας*, 2003, S. Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?*, *International Journal of Constitutional Law* 2009, σ. 468επ., Κ. Χρυσόγονος, Σ. Βλαχόπουλος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 2017, σ. 126επ., Σ. Βλαχόπουλος (Επιμ.), *Θεμελιώδη Δικαιώματα*, 2017, σ. 25επ., Χ. Ανθόπουλος, *Άρθρο 25*, σε: Φ. Σπυρόπουλος, Ξ. Κοντιάδης, Χ. Ανθόπουλος, Γ. Γεραπετρίτης (Επιμ.), *Σύνταγμα. Κατ'άρθρον Ερμηνεία*, 2017, σ. 700επ., Π. Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 2010, σ. 210επ., H. Jarass, B. Pieroth, GG, *Kommentar*, 2011, σ. 522επ., V. Tzemos, *Das Untermaßverbot*, 2004. Βλ. επίσης τις μελέτες στους δύο τόμους εκτός σειράς του περιοδικού *Δικαιώματα του Ανθρώπου* (2005,2006) με τίτλο *Κράτος Δικαίου και αρχή της Αναλογικότητας*.

³ Βλ. αναλυτικά, Β. Τζέμος, *Οργανωτικό Διοικητικό Δίκαιο*, 2013, σ. 5επ., ο ίδιος, *Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ'άρθρον ερμηνεία.*, 2019, *Εισαγωγή*, ο ίδιος, *Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο*, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 (www.publiclawjournal.com), σ. 211επ. (212επ.).

συνεχή στόχο της, θέτουν τα θεμελιώδη δικαιώματα⁴. Ταυτόχρονα το κράτος⁵ έχει συναίσθηση του ότι εγκυμονούνται κίνδυνοι για τα δικαιώματα των πολιτών όχι μόνο από το ίδιο και τις εξουσίες του, αλλά και από φυσικά φαινόμενα και από τις ιδιωτικές εξουσίες, όπως εν τέλει και από τους απλούς πολίτες. Οι πολίτες είναι δυνάμει θύματα αλλά και θύτες. Οπότε το κράτος πρέπει να οργανώνει και να λειτουργεί τις υπηρεσίες του έτσι ώστε να προστατεύονται τα δικαιώματα των πολιτών και μέσα σε αυτό το σύνθετο πλαίσιο δημοσίων, ιδιωτικών και φυσικών κινδύνων. Συμπέρασμα: Το κράτος αλλά και κάθε σύγχρονη διεθνής μορφή πολιτειακής οργάνωσης υπάρχει, συγκροτείται, οργανώνεται και λειτουργεί για να προστατεύει πραγματικά και αποτελεσματικά τα θεμελιώδη δικαιώματα.

Η πραγματική και αποτελεσματική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν είναι όμως εύκολο ζητούμενο. Δεν δύνανται να την υλοποιούν μηχανικά, απρόσκοπτα ακόμα και οι πιο καλοπροαίρετες, καλά οργανωμένες και ικανές μορφές πολιτειακής εξουσίας-λειτουργίας. Τα θεμελιώδη δικαιώματα συγκρούονται μεταξύ τους στην πράξη. Αυτό είναι αναπόφευκτο. Μπορεί να δυστοκούσε να το αποδεχτεί ο ρομαντικός κλασικός φιλελευθερισμός, αλλά αυτή είναι η σημαντικότερη αν και η πιο πικρή αλήθεια στη σύγχρονη γενική θεωρία και πράξη των θεμελιωδών δικαιωμάτων⁶. Κι αφού τα θεμελιώδη δικαιώματα νομοτελειακά συγκρούονται, χρειάζεται και μία μέθοδος για την επίλυση αυτών των συγκεκριμένων συγκρούσεων. Μια μέθοδος, ένα διαιτητικό εργαλείο, που θα πρέπει να χρησιμοποιούν, σύμφωνα με την θεσμική φυσιογνωμία τους και με τις αρμοδιότητές τους, ο νομοθέτης, η εκτελεστική λειτουργία και ο δικαστής. Αυτή είναι η αρχή της αναλογικότητας⁷.

⁴ Για τα θεμελιώδη δικαιώματα βλ. ενδεικτικά Κ. Χρυσόγονος, Σ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2017, Σ. Βλαχόπουλος (Επιμ.), Θεμελιώδη Δικαιώματα, 2017, Φ. Σπυρόπουλος, Εισαγωγή στο Συνταγματικό Δίκαιο II. Θεμελιώδη Δικαιώματα. Γενικό Μέρος, 2012, Π. Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, 2012, Τ. Ηλιοπούλου-Στράγγα, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων, 2018, Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2006, Δ. Τσάτσος, Συνταγματικό δίκαιο, τ. Γ', Θεμελιώδη Δικαιώματα, 1988, Α. Μάνεσης, Ατομικές Ελευθερίες, 1982, Β. Τζέμος (Επιμ.), ΧΘΔΕΕ. Ερμηνεία κατ' άρθρον, 2019, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 (www.publiclawjournal.com), σ. 211επ., Κ. Μαργαρίτης, Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην ΕΕ και η Συνθήκη της Λισαβόνας, 2016, Π. Παραράς, Res Publica II, Δικαιώματα του ανθρώπου. Η ευρωπαϊκή διάσταση, 2015, Σ. Κουκούλη - Σπηλιωτοπούλου, Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΔτΑ, 2001, σ. 203 επ., S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, 2014, H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2013, C. Calliess, M. Ruffert (Επιμ.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der EU mit Europäischer Grundrechtecharta, 2011, Β. Τζέμος (Επιμ.), Θεμελιώδη δικαιώματα και θεσμοί στην εποχή της κρίσης, Βιβλίο Πρακτικών 1ου Ετήσιου Συνεδρίου Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, 2015, προσβάσιμο σε: www.dimosiodikaio.gr, Β. Tzemos, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: La belle au bois dormant, blogdroiteuropeen, <https://blogdroiteuropeen.com/2017/09/21/la-charte-des-droits-fondamentaux-delunion-europeenne-la-belle-au-bois-dormant-par-basile-g-tzemos/>, Λ. Σισιλιάνος (Επιμ.), ΕΣΔΑ. Ερμηνεία κατ' άρθρον, 2017.

⁵ Όπως και κάθε διεθνής μορφή πολιτειακής οργάνωσης.

⁶ Β. Τζέμος (Επιμ.), ΧΘΔΕΕ. Ερμηνεία κατ' άρθρον, 2019, Εισαγωγή, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 (www.publiclawjournal.com), σ. 211επ. (213επ.),

⁷ Όπως έχει επισημανθεί σε άλλο σημείο (Β. Τζέμος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 (www.publiclawjournal.com), σ. 211επ (213-214.) είναι αναγκαία η ανάπτυξη συγκεκριμένων νομικών κανόνων επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Στο κρίσιμο σημείο αυτό η αρχή της αναλογικότητας υπό τις διάφορες εκδοχές της, διαδραματίζει ρυθμιστικό ρόλο. Γενικότερα επί συγκρούσεως δικαιωμάτων δεν έχει πρακτική σημασία αν η αρχή επίλυσεως συγκρούσεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων θα ονομάζεται Proportionality (Verhältnismäßigkeit Proportionalité, αναλογικότητα), Übermaßverbot (απαγόρευση

Η αρχή της αναλογικότητας, όπως θα καταδειχθεί παρακάτω, έχει πολλά, διαφορετικά πρόσωπα⁸. Το παρόν άρθρο σκοπεύει στην επεξεργασία και στην πρόταση ενός ενιαίου μοντέλου (τεστ) αναλογικότητας που πρώτον να συναρμόζεται τόσο με την ρύθμιση περί αναλογικότητας του ελληνικού Συντάγματος⁹ όσο και με την ρύθμιση περί αναλογικότητας του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ¹⁰. Σκοπεύει δεύτερον να προτείνει έναν πραγματιστικό-μινιμαλιστικό ιδεότυπο αναλογικότητας που να μην καθιστά την αναλογικότητα μια αρχή πορθητή της αρχιτεκτονικής της πολιτειακής οργάνωσης των κοινωνιών που αρθρώνεται πάνω στο τετράπτυχο: 1) δημοκρατία, 2) φιλελευθερισμός (προστασία των θεμελιωδών ελευθεριών), 3) δικαιοκρατία (τήρηση των νόμων, checks and balances, ασφάλεια δικαίου), 4) κοινωνική προστασία¹¹ (θεμελιώδη κοινωνικά δικαιώματα, αρχή της αλληλεγγύης, απαγόρευση διακρίσεων, εντατική προστασία ευάλωτων ατόμων). Το προτεινόμενο ανάπτυγμα αναλογικότητας εδράζεται στην θεώρηση της αναλογικότητας ως μιας αρχής που 1) δημοκρατικά εισήχθη στο θεσμικό πολιτειακό κατεστημένο¹², 2) επιχειρεί να διευθετήσει τους νομικούς «εμφυλίους πολέμους»¹³ εντός του φιλελευθερισμού, 3) είναι κατεξοχήν μορφή πρακτικής δικαιοκρατίας και 4) αναπτύσσει δειλά αλλά σταθερά επενέργεια και στα κοινωνικά προτάγματα¹⁴ των σύγχρονων πολιτειών.

2. Ιστορικές καταβολές και γενικευμένη εφαρμογή

Η αρχή της αναλογικότητας βρίσκει τις καταβολές της στην αρχαία ελληνική σκέψη στην αρχή της «μεσότητας». Μέτρον άριστον¹⁵, όλα πρέπει να γίνονται με μέτρο, αναλογία, στην θετική της διατύπωση. Μηδέν άγαν¹⁶, τίποτα με υπερβολή, δυσαναλογία, στην αρνητική της εκφορά. Η ιδέα της αναλογίας είναι παρούσα και στο ρωμαϊκό δίκαιο. Στην σύγχρονη ιστορία προέρχεται από το πρωσικό δίκαιο της

της υπερβολής), Wesensgehaltgarantie (εγγύηση του πυρήνα), Untermaßverbot (υποχρέωση minimum προστασίας), Weight Formula (Abwägungsnorm κανόνας σταθμίσεων). Διαπιστώνεται ότι συχνά χρησιμοποιούνται διαφορετικά ονόματα για την ίδια μέθοδο επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων και άλλες φορές υπό την ίδια ονομασία (π.χ. αναλογικότητα) στεγάζονται διαφορετικές μέθοδοι επίλυσης. Καίριο είναι ποια θα είναι η δομή της θεσμικά προκρινόμενης μεθόδου επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Αυτό είναι σημαντικό για το εθνικό και το συγκριτικό δημόσιο δίκαιο, για την ΕΣΔΑ και για το Δίκαιο της ΕΕ. Και είναι ιδιαίτερα κρίσιμο αυτό για τις επιλύσεις συγκρούσεων στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο κατά την άσκηση των ευρωπαϊκών πολιτικών, όπου δεν συγκρούονται μόνο θεμελιώδη δικαιώματα μεταξύ τους αλλά και θεμελιώδη δικαιώματα με οικονομικές ελευθερίες.

⁸ Βλ. ιδίως παράγραφο 3. Βλ. και Γ. Γεραπετρίτης, Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου αναλογικότητας. Σχόλιο με αφορμή την ΣΕ (Ολομ.) 990/2004, ΔτΑ 2006, ΙΙ, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 269επ.

⁹ Παρακάτω παράγραφος 6.

¹⁰ Παρακάτω παράγραφος 7.

¹¹ Βλ. Β. Τζέμος, Η δεσμευτικότητα και η αγωγιμότητα των κοινωνικών δικαιωμάτων ΝοΒ 2012, σ. 32επ.

¹² Π.χ. στο άρθρο 25 παρ. 1 του Ελληνικού Συντάγματος με την συνταγματική αναθεώρηση του 2001 και στο άρθρο 52 του ΧΘΔΕΕ με την ένταξη του ΧΘΔΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο από τα τέλη του 2009.

¹³ Δηλαδή τις αναπόφευκτες συγκρούσεις θεμελιωδών δικαιωμάτων.

¹⁴ Βλ. ενδεικτικά Γ. Κατρούγκαλος, αρχή της αναλογικότητας και κοινωνικά δικαιώματα, ΔτΑ 2006, ΙΙ, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 141επ.

¹⁵ Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004. σ. 1επ. με περαιτέρω παραπομπές

¹⁶ Βλ. V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004. σ. 1επ. με περαιτέρω παραπομπές

δημόσιας τάξης με την ρήση «δεν επιτρέπεται να κυνηγάμε τα σπουργίτια με κανόνια».

Η αρχή της αναλογικότητας είναι βασικός πρωταγωνιστής στην σύγχρονη θεωρία και πράξη του δημοσίου δικαίου αλλά και του δικαίου γενικότερα, εθνικού, ευρωπαϊκού, διεθνούς. Έχει τύχει ενδελεχούς επεξεργασίας τόσο σε επίπεδο γενικής θεωρίας και δόγματος όσο και στα πλαίσια νομολογιακών εφαρμογών σε πολυάριθμους¹⁷ κλάδους του δικαίου. Ως διττό ηθικοπολιτικό θεμέλιο, ως *ratio* της αρχής της αναλογικότητας ομόφωνα εύστοχα προβάλλονται η αρχή του κράτους δικαίου και τα θεμελιώδη δικαιώματα. Όπως και τα θεμελιώδη δικαιώματα, από την φύση και την συλλειτουργία¹⁸ των οποίων άλλωστε αναπτύχθηκε, έτσι και η αρχή της αναλογικότητας έχει εξελιχθεί σε διεθνές νομικό αγαθό. Είναι ένας μαγνήτης που έλκει όλες τις *hard cases* (δύσκολες περιπτώσεις) νομικής επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Στα πλαίσια της παρούσας μελέτης ερευνάται η αρχή της αναλογικότητας στην βασική «συνταγματική» της λειτουργία: Ως κανόνας α) του ελληνικού Συνταγματικού Δικαίου¹⁹ και β) του Δικαίου της ΕΕ²⁰ που ελέγχει νομικά τους περιορισμούς των θεμελιωδών δικαιωμάτων²¹. Θα εξεταστεί, με άλλα λόγια, η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου και του Δικαίου της ΕΕ. Θα διαπιστωθεί ότι αυτός ο κανόνας μπορεί να εφαρμόζεται ενιαία, και θα επιχειρηθεί να ακτινογραφηθεί ένα ενιαίο μοτίβο αναλογικότητας που α) δεν θα περιλαμβάνει την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια και β) θα διακρίνει περιπτώσεις ως προς την εφαρμογή του τελικού υποκανόνα της αναγκαιότητας.

3. Οι αρχές της αναλογικότητας δικαιοσυγκριτικά στα υπερνομοθετικής ισχύος κείμενα

Η αρχή της αναλογικότητας έχει πολλά πρόσωπα. Το ότι δεν υπάρχει μία ενιαία αρχή της αναλογικότητας αλλά διαφορετικές παράλληλα ισχύουσες αρχές της αναλογικότητας αποδεικνύεται σε ένα πρώτο επίπεδο από τις αποκλίσεις στην θετική κατοχύρωση της αναλογικότητας που χαρακτηρίζουν τα εθνικά συνταγματικά κείμενα, το Ευρωπαϊκό Δίκαιο και το Διεθνές Δίκαιο.

Στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου²² η αρχή της αναλογικότητας δεν θεσπίζεται ως γενικός περιορισμός των περιορισμών των κατοχυρωνόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Συγκεκριμένες εκφάνσεις της

¹⁷ Αν όχι σε όλους του κλάδους του δικαίου.

¹⁸ Από την συρροή και την σύγκρουσή τους στην πράξη, όπως περιγράφηκε στην εισαγωγική παράγραφο.

¹⁹ Άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος. Βλ. παρακάτω παράγραφο 6.

²⁰ Άρθρο 52 παρ. 1 του ΧΘΔΕΕ. Βλ. παρακάτω παράγραφο 7.

²¹ Ως «περιορισμού των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων», όπως είναι η συνήθως χρησιμοποιούμενη ορολογία.

²² Βλ. ενδεικτικά άρθρο 8 (ιδιωτική και οικογενειακή ζωή) παρ. 2 της ΕΣΔΑ: «Δεν επιτρέπεται να υπάρξει επέμβαση δημοσίας αρχής εν τη ασκήσει του δικαιώματος τούτου, εκτός εάν η επέμβαση αυτή προβλέπεται υπό του νόμου και αποτελεί μέτρον το οποίον, εις μίαν δημοκρατικήν κοινωνίαν, είναι αναγκαίον δια την εθνικήν ασφάλειαν, την δημοσίαν ασφάλειαν, την οικονομικήν ευημερίαν της χώρας, την προάσπισιν της τάξεως και την πρόληψιν ποινικών παραβάσεων, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασίαν των δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων.»

θεσπίζονται ως ειδικοί περιορισμοί των περιορισμών στα επιμέρους άρθρα που προστατεύουν ανθρώπινα δικαιώματα. Το βασικό μοτίβο αναλογικότητας στα άρθρα 8-11 της ΕΣΔΑ είναι η επιταγή της αναγκαιότητας σε μια δημοκρατική κοινωνία για την προστασία αποκλειστικά απαριθμούμενων δημοσίων συμφερόντων και άλλων (από το περιοριζόμενο) ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Μεγάλη πρακτική σημασία αναπτύσσει στα πλαίσια του θεμελιώδους δικαιώματος της ιδιοκτησίας. Εκεί η ιδέα της αναλογικότητας θετικοποιείται ως δίκαιη ισορροπία²³.

Στον Χάρτη των θεμελιωδών δικαιωμάτων θεσπίζεται αντίθετα η αρχή της αναλογικότητας ως γενικός περιορισμός των περιορισμών όλων των προστατευόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων²⁴. Στη Συνθήκη θεσπίζεται στο άρθρο 5 παρ. 4 ως γενική «συνταγματική αρχή», δίδυμη και συλλειτουργούσα με την αρχή της επικουρικότητας.

Στο Ελληνικό Σύνταγμα, στο άρθρο 25 παρ. 1, επίσης θεσπίζεται ως γενικός περιορισμός των περιορισμών των θεμελιωδών συνταγματικών δικαιωμάτων²⁵.

Στο γερμανικό Σύνταγμα δεν κατοχυρώνεται ρητά και συγκεκριμένα. Πάντως συνάγεται από τη συνταγματική θεωρία²⁶ και την νομολογία²⁷, ως συνταγματική αρχή εμμέσως πλην αναμφιβόλως θεσπιζόμενη στο Σύνταγμα, συνεχόμενη με το κράτος δικαίου, την ουσία και το σύστημα των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Άλλωστε σε μεγάλο βαθμό είναι η γερμανική δημοσιολογική θεωρία και η νομολογία του Ανωτάτου Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου που συνέβαλαν στην διάπλαση και εμπέδωση της αρχής της αναλογικότητας.

Στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο²⁸ επίσης δεν κατοχυρώνεται ρητά και θετικά ως γενική συνταγματική αρχή. Υποεκφράσεις όμως και εκδοχές-τεστ αναλογικότητας εμφανίζονται στις αποφάσεις των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων και του συνταγματικού συμβουλίου. Κλιμακούμενα τεστ «αναλογικότητας» διέπουν και το αγγλικό²⁹, το αμερικανικό³⁰ και το ιταλικό³¹ δημόσιο δίκαιο, παρά τις σημαντικές διαφορές στην φυσιογνωμία τους.

Κοντολογίς η αρχή της αναλογικότητας δεν θεσπίζεται ρητά σε όλα τα υπερνομοθετικής ισχύος νομικά κείμενα. Και σε αυτά που δεν κατοχυρώνεται ρητά γίνεται πάντως δεκτή ως συνταγματική αρχή. Αλλού θεσπίζεται ρητά και

²³ Άρθρο 1 του πρώτου προσθέτου πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

²⁴ Βλ. παράγραφο 7.

²⁵ Βλ. παράγραφο 6.

²⁶ Βλ. ενδεικτικά R. Zippelius, T. Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, σ. 110επ. και 194επ., Α. Γέροντας, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο, Το Σ 1983, σ. 20επ., Χ. Τσιλιώτης, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό Συνταγματικό Δίκαιο με έμφαση στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, ΔτΑ 2006, ΙΙ, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 159επ., Α. Τσεβάς, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό διοικητικό δίκαιο, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 133επ.,

²⁷ Ενδεικτικά BVerfGE 76,1/51, BVerfGE 79, 179/198, BVerfGE 115, 205/233f.

²⁸ Βλ. ενδεικτικά Β. Καψάλη, Η αρχή της αναλογικότητας στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο, ΔτΑ 2006, ΙΙ, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 309επ.

²⁹ Βλ. ενδεικτικά Α. Le Suuer, Public Law, 2015, σ.724επ.

³⁰ Βλ. ενδεικτικά Α. Barac, Proportionality, 2012, E.T. Sullivan, R.S. Frase, Proportionality Principles in American Law, 2008.

³¹ Βλ. Χ. Ανθόπουλος, Η αρχή της αναλογικότητας στο ιταλικό συνταγματικό δίκαιο, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 105επ.

ονομαστικά, χωρίς περαιτέρω νομοθετικές εξειδικεύσεις ως προς το περιεχόμενο της, την μεθοδολογία ή την λειτουργία της, αλλού κατοχυρώνεται ένα συγκεκριμένο «προσωπείο» της αναλογικότητας. Περαιτέρω τίθεται άλλοτε ως γενικός περιορισμός των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων και άλλοτε ως ειδικός περιορισμός των περιορισμών συγκεκριμένου δικαιώματος. Τέλος διάσταση διαπιστώνεται και στο ζήτημα της εφαρμογής της αναλογικότητας ως αρχής εφαρμοζόμενης μόνο στα θεμελιώδη δικαιώματα ή ως αρχής που εκδιπλώνει την εξισορροπητική της λειτουργία σε όλο το Σύνταγμα³² ή το υπερνομοθετικής ισχύος διεθνές ή ευρωπαϊκό δίκαιο.

Κοινή συνισταμένη, παρά τις μεθοδολογικές, δικονομικές και ουσιαστικές διαφορές είναι ο κανόνας της «αναλογίας μέσου προς σκοπό», ακριβέστερα της «αναλογίας του εκάστοτε ελεγχόμενου δημόσιου περιοριστικού μέτρου μέσου προς ένα θεμιτό δημόσιο σκοπό». Ελάχιστος δε κοινός παρονομαστής είναι οι υποαρχές α) του θεμιτού δημοσίου σκοπού, β) της προσφορότητας και γ) της αναγκαιότητας.

4. Το ζητούμενο του ενιαίου κανόνα αναλογικότητας

Κρίσιμη δεν είναι μόνο η διαπίστωση ότι υπάρχουν διαφορετικές αρχές της αναλογικότητας αλλά και η δυσχέρεια που γεννάται από αυτή την πολλαπλότητα της αναλογικότητας όσον αφορά στην εφαρμογή του ελέγχου αναλογικότητας από τα εκάστοτε αρμόδια όργανα.

Το γεγονός ότι η αναλογικότητα είναι μία έννοια με φιλοσοφικές καταβολές και με ποικιλόχρωμες πολιτειολογικές προεκτάσεις δεν νομιμοποιεί την συχνά διαπιστούμενη ασάφεια της δομής της ως νομικής έννοιας. Με άλλα λόγια επειδή κάποιος μπορεί αφορμούμενος από την αρχή της αναλογικότητας δικαιολογημένα να επεκταθεί σε εξαιρετικά ενδιαφέρουσες ατραπούς της φιλοσοφίας, της μεθοδολογίας και της γενικής θεωρίας του δικαίου, δεν σημαίνει ότι η νομική αρχή της αναλογικότητας είναι σωστό να εφαρμόζεται εϊκή και ως έτυχε, διακυμαινόμενη νοηματικά και δομικά και εμείς οι νομικοί να «κλυδωνιζόμαστε» αυτάρεσκα σε αναπάντητα ερωτήματα.

Η αποκρυστάλλωση ενός σταθερού μοντέλου αναλογικότητας είναι σημαντική πρόκληση της σύγχρονης πολιτείας δικαίου³³. Το ζητούμενο να συγκροτηθεί και να εμπεδωθεί ως κοινός τόπος προς γενική και ενιαία χρήση ένα μοτίβο, μία δομή αναλογικότητας είναι στόχος δύσκολος. Σταθερό μοντέλο αναλογικότητας δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ένα ενιαίο και πλήρως δεσμευτικό ανάπτυγμα αναλογικότητας για όλες τις υποθέσεις³⁴. Δύναται εναλλακτικά να σημαίνει σαφή καθορισμό της δομής της αναλογικότητας σε όλες τις κατηγορίες περιπτώσεων, ακόμα κι αν το διάγραμμα του ελέγχου αναλογικότητας ποικίλλει ανά κατηγορία. Ή ακόμα και

³² Βλ. ενδεικτικά BVerfGE 81,310,338- Kalkar-Urteil II, R. Zippelius, T. Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, σ. 112, Α. Γέροντας, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. (462), με περαιτέρω παραπομπές.

³³ Βέβαια βάσιμους προβληματισμούς γεννάει το ότι η αναλογικότητα ως μη αμιγώς θετικιστική, ως «παραθετικιστική» αρχή δεν μπορεί να αναλύεται πλήρως με θετικιστικούς όρους και αντιλήψεις.

³⁴ Βλ. για παράδειγμα παρακάτω την πρόταση στην παράγραφο 9 για τον διαφοροποιημένο έλεγχο αναγκαιότητας.

συνειδητοποίηση της ευρείας διακριτικής ευχέρειας εξειδίκευσης της αναλογικότητας που καταλείπεται στον δικαστή, αλλά και κυρίως των νομικών ορίων αυτής της ελευθερίας³⁵.

Ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου (από το 2001³⁶ και ως κανόνας του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ από 1.12.2009³⁷ θεσπίζεται η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών των δικαιωμάτων. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι α) οι νομοθετικά θεσπιζόμενοι, β) οι από την εκτελεστική εξουσία τιθέμενοι και γ) οι σε δικαστικές αποφάσεις εδραζόμενοι περιορισμοί των θεμελιωδών δικαιωμάτων πρέπει να είναι αναλογικοί. Συγκροτείται μια ρητή νομική επιταγή αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων που απευθύνεται σε όλες τις κρατικές εξουσίες και διατρέχει με ένα παράλληλο νήμα το ελληνικό συνταγματικό δίκαιο, το δίκαιο της ΕΕ και την ΕΣΔΑ³⁸. Οι διαπιστούμενοι δε μη αναλογικοί περιορισμοί των θεμελιωδών δικαιωμάτων πρέπει να κρίνονται αντισυνταγματικοί ή/και αντίθετοι στο ενωσιακό δίκαιο /ή και στην ΕΣΔΑ από τα δικαστήρια. Κι αυτό, καθόσον τα θεμελιώδη δικαιώματα τριτενεργούν³⁹, πρέπει να συμβαίνει τόσο στις κάθετες σχέσεις δημοσίου δικαίου, όσο και στις οριζόντιες σχέσεις ιδιωτικού δικαίου. Υποστηρίζουμε συνεπώς ότι ο υπερνομοθετικής ισχύος κανόνας αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι ενιαίος⁴⁰ στο ελληνικό Σύνταγμα⁴¹ και στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων⁴². Αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα συνταγματικής σύγκλισης. Αυτό που μένει να ερευνηθεί είναι αν και το τεστ (δηλαδή τα υποβήματα εφαρμογής του κανόνα) αναλογικότητας μπορεί να εφαρμόζεται με ενιαίο τρόπο.

5. Η αναλογικότητα και οι «άλλοι»

Η αρχή της αναλογικότητας θίγει έναν αστείρευτο πλούτο ζητημάτων. Θα σταχυολογήσω μόνο ορισμένα με νομικό-μεθοδολογικό ενδιαφέρον: Σχέση στην θεωρία και στην πράξη με την αρχή της ισότητας⁴³. Συχνά ο έλεγχος της αναλογικότητας επιμηνύεται με τον έλεγχο της ισότητας, με συνέπειες στην φυσιογνωμία και των δυο ελέγχων. Συνοπτικά σε αυτό το σημείο είναι κρίσιμο να τονιστεί ότι ο έλεγχος αναλογικότητας, τόσο στην ελληνική συνταγματική, όσο και στην ενωσιακή έννομη τάξη, είναι αυτοτελής έλεγχος, ξεχωριστός από αυτόν της ισότητας. Οι δυο έλεγχοι ουσιωδώς διαφέρουν κατά το ότι η ισότητα είναι

³⁵ Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια, όπως θα τεκμηριωθεί παρακάτω (παράγραφοι 8 και 9), δίνει απεριόριστη ελευθερία στο δικαστή. Αυτή η απεριόριστη ελευθερία του τελευταίου συγκεκριμένα κρίνοντας θέτει και δικαιοκρατικούς προβληματισμούς.

³⁶ Παρακάτω παράγραφος 6.

³⁷ Παρακάτω παράγραφος 7.

³⁸ Με τις μεθοδολογικές ιδιαιτερότητες της ΕΣΔΑ που σκιαγραφήθηκαν ανωτέρω.

³⁹ Για την τριτενέργεια βλ. ενδεικτικά V. Tzemos, *Die dogmatische Herleitung der Grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1999, ο ίδιος, *Das Untermaßverbot*, 2004, σ. 15επ. και σ. 185επ., Β. Τζέμος, *Τα κρατικά καθήκοντα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων*, ΔτΑ 2007, σ. 473επ., Α. Γέροντας, *Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων*, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), *Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001*, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. (506επ.). Βλ. και άρθρο 25 Σ.

⁴⁰ Ακριβέστερα με βάση την γραμματική και την συστηματική ερμηνεία μπορεί να κριθεί ως ενιαίος.

⁴¹ Βλ. παράγραφο 6.

⁴² Βλ. παράγραφο 7.

⁴³ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 311/2018. Για την αρχή της ισότητας βλ. ενδεικτικά Θ. Αντωνίου, *Η ισότητα εντός και δια του νόμου*, 1998.

αυθύπαρκτο θεμελιώδες δικαίωμα, ενώ η παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας πάντα διαπιστώνεται σε συγκεκριμένη συνάρτηση με κάποιο θεμελιώδες δικαίωμα⁴⁴. Κι αυτό ανεξάρτητα από το αν κάποια μέτρα συχνά είναι κατ' αποτέλεσμα σωρευτικά αντίθετα και στην αρχή της ισότητας και στην αρχή της αναλογικότητας.

Συρροή αρχής της αναλογικότητας με το απολύτως απαραβίαστο του πυρήνα των θεμελιωδών δικαιωμάτων και το απολύτως απαραβίαστο της ανθρώπινης αξιοπρέπειας⁴⁵ επίσης ως περιορισμών των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Αλλιώς αναπτύσσεται ο έλεγχος αναλογικότητας όταν έχει προηγηθεί ή συμφύρεται με αυτόν ο έλεγχος της παραβίασης του πυρήνα δικαιωμάτων ή/και της παραβίασης της ανθρώπινης αξίας. Πάντως ο «περιορισμός περιορισμός» πυρήνας⁴⁶ του δικαιώματος πρέπει να εξετάζεται δικαστικά πριν την αρχή της αναλογικότητας. Πριν τον έλεγχο αναλογικότητας θα πρέπει να εξετάζεται και αν θεμελιώνεται παραβίαση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας.

Σχολαστική κατάστρωση των βημάτων της αναλογικότητας: Άλλοτε ο κανόνας της αναλογικότητας αρθρώνεται νομολογιακά σε δύο ή τρία υποβήματα και άλλοτε, με βάση την ιδιαιτερότητα της περίπτωσης, αναπτύσσεται η υφέρπουσα επιχειρηματολογία περί καταληλλότητας, αναγκαιότητας κ.ο.κ. και στην συνέχεια με αναλυτική αιτιολογία καταφάσκει ή απόφασκει η αναλογικότητα του μέτρου. Εφόσον αιτιολογούνται επαρκώς η συνδρομή ή η μη συνδρομή των υποκανόνων της προσφορότητας και της αναγκαιότητας, οι διαφορετικές δικαστικές αυτές τεχνικές δεν θέτουν νομικά προβλήματα.

Αντιμετώπιση της αναλογικότητας ως ερμηνευτικής αρχής ή/και ως νομικού κανόνα. Αυτό το ζήτημα είναι ιδιαίτερα κρίσιμο για το ιδιωτικό δίκαιο και την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου⁴⁷.

Το διακύβευμα της αρμονικής ένταξης της αρχής της αναλογικότητας στον ορθόδοξο υπαγωγικό νομικό συλλογισμό. Το εδώ αναπτυσσόμενο μοντέλο αναλογικότητας δεν δυστοκεί να ενσωματωθεί στον υπαγωγικό νομικό συλλογισμό. Αυτό συμβαίνει βέβαια γιατί απαλείφεται το στάδιο της αναλογικότητας σε στενή έννοια που ταυτίζεται με τον σταθμιστικό συλλογισμό.

Το ερώτημα περί της οικουμενικότητας της αρχής της αναλογικότητας ως νομικής έννοιας.

Το ερώτημα περί της πολυμορφίας της αρχής της αναλογικότητας. Ειδικότερα το ερώτημα αν στον εκάστοτε ισχύοντα νομικό κανόνα «αναλογικότητα» περιέχεται και η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Επίσης τι σημαίνει αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια⁴⁸. Τι σημαίνει επίσης αναγκαιότητα⁴⁹.

Μείζον δε πρακτικό ερώτημα είναι το αν ένα δικαστήριο εφαρμόζοντας την αρχή της αναλογικότητας ερευνά την προφανή δυσαναλογία (ακαταλληλότητα, μη αναγκαιότητα, δυσαναλογία σε στενή έννοια) ή απλώς την δυσαναλογία χωρίς επιθετικούς προσδιορισμούς και διακυμάνσεις. Εμφανίζεται στη νομολογία ο έλεγχος της πρόδηλης αναλογικότητας (Evidenzformell) και ο έλεγχος της πλήρους

⁴⁴ Η και περισσότερα θεμελιώδη δικαιώματα. Πάντως όχι σε συνάρτηση με το θεμελιώδες δικαίωμα στην ισότητα.

⁴⁵ Για την ανθρώπινη αξιοπρέπεια βλ. ενδεικτικά Θ. Αντωνίου, Ο σεβασμός της αξίας Ο σεβασμός της αξίας του ανθρώπου ως αρχή και δικαίωμα στο Σύνταγμα του 1975, 2010, Β. Τζέμος, Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια στο Δίκαιο της ΕΕ, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ (www.publiclawjournal.com) 2016, σ. 1επ. και σε Τιμητικό Τόμο Κ. Κρεμαλή, 2016. Βλ. και την πολύ σημαντική απόφαση Omega, C-36/02 του ΔΕΚ.

⁴⁶ Βασικό περιεχόμενο του δικαιώματος κατά την ορολογία του ΧΘΔΕΕ (άρθρο 52 παρ. 1).

⁴⁷ Βλ. ενδεικτικά Ολ. ΑΠ 9/2015.

⁴⁸ Βλ. παρακάτω παράγραφο 8.

⁴⁹ Βλ. παρακάτω παράγραφο 9.

αναλογικότητας, αναλογικότητας δηλαδή χωρίς συρρικνωτικούς του ελέγχου επιθετικούς προσδιορισμούς (Wirksamkeitsmodell).

Αν ελέγχεται μία κρατική παράλειψη τότε η αναλογικότητα είναι η *Untermassverbot*⁵⁰.

Η *Untermaßverbot* εισήχθη στην επιστήμη του δημοσίου δικαίου με την δεύτερη απόφαση του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου⁵¹ για τις εκτρώσεις. Πρόκειται ουσιαστικά για την αρχή της αναλογικότητας επί τριτενέργειας των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Η αρχή αυτή απαντάει στο ερώτημα ποιο μίνιμουμ προστασίας υποχρεούται να εγγυάται και να πραγματώνει το κράτος, αλλά και κάθε ευρωπαϊκή ή διεθνής εξουσία, σε περιπτώσεις μη κρατικών (κυρίως ιδιωτικών, αλλά και προκαλουμένων από φυσικές καταστροφές) διακινδυνεύσεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Με άλλη διατύπωση η αρχή αυτή καλείται κάθε φορά να προσδιορίζει πότε οι προσβολές και οι διακινδυνεύσεις των θεμελιωδών α) συνταγματικών, β) κατοχυρωμένων στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και γ) προστατευόμενων από το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο δικαιωμάτων είναι νομικά μη ανεκτές, μη αναλογικές.

Όταν έχουμε πολυπολικές έννομες σχέσεις⁵², με συγκρούσεις ένθεν κακείθεν άνω των δύο δικαιωμάτων, γίνεται λόγος για συνολική αναλογικότητα (*Gesamtverhältnismäßigkeit*⁵³).

Εξεταστέο περαιτέρω είναι αν αλλιώς εκδηλώνεται ο κανόνας επίλυσης συγκρούσεως θεμελιωδών δικαιωμάτων όταν συγκρούεται *in concreto* θεμελιώδες δικαίωμα με θεμελιώδες δικαίωμα κι αλλιώς όταν ο συγκρουόμενος με ένα περιοριζόμενο θεμελιώδες δικαίωμα σκοπός δημοσίου συμφέροντος δεν είναι επίσης δικαίωμα⁵⁴.

Σχέση της αρχής της αναλογικότητας με την δημοκρατική αρχή και με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών⁵⁵.

Εξεταστέος δε σε βάθος είναι συναφώς και ο προβληματισμός αν άλλη είναι η λειτουργία του κανόνα αναλογικότητα των περιορισμών όταν απευθύνεται στο νομοθέτη, άλλη στην κατ' εξουσιοδότηση κανονιστικώς δρώσα διοίκηση, άλλη στην διοίκηση όταν ασκεί αρμοδιότητα κατά διακριτική ευχέρεια και άλλη όταν έχει ως αποδέκτη τον δικαστή. Τα λειτουργικά όρια της συνταγματικής ερμηνείας⁵⁶ στο σημείο αυτό μπορεί να αποβούν γόνιμα. Με βάση αυτόν τον προβληματισμό υποστηρίζουμε την παρακάτω αναπτυσσόμενη θέση περί διαφορετικού ελέγχου αναγκαιότητας ανάλογα με την κατηγορία περιπτώσεων.

Επίσης ανάλογα με τις ιδιαιτερότητες του εκάστοτε τομέα του δικαίου (π.χ. διεθνές, εργατικό, ποινικό, διοικητικό, αστικό, αναγκαστική απαλλοτρίωση) η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων προσαρμόζεται. Η συγκεκριμένη εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας εξαρτάται από τέσσερις παραμέτρους: 1) την κάθε έννομη τάξη, 2) τις εκάστοτε δικονομικές ιδιαιτερότητες, 3) τον ειδικό

⁵⁰ V. Tzemos, *Das Untermaßverbot*, 2004 με περαιτέρω παραπομπές.

⁵¹ BVerfGE88, 203ff.

⁵² Βλ. ενδεικτικά BVerfGE 115, 205/233f.

⁵³ W. Hoffmann-Riem, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, DVBL 1994, σ. 1381επ., V. Tzemos. *Das Untermaßverbot*, 2004, σ. 178.

⁵⁴ Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, *Das Untermaßverbot*, 2004, σ. 158επ.

⁵⁵ Βλ. τις κριτικές αναπτύξεις σε παραγράφους 8,9 και 10.

⁵⁶ Βλ. ενδεικτικά F. G. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, 1980, V. Tzemos, *Das Untermaßverbot*, 2004, σ. 65επ. με περαιτέρω παραπομπές.

κλάδο δικαίου και 4) το συγκεκριμένο κάθε φορά σύστημα συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Κρίσιμη είναι δε η σχέση της αρχής της αναλογικότητας με άλλες «ανερχόμενες» αρχές του δημοσίου δικαίου, π.χ. με την αρχή της ασφάλειας του δικαίου⁵⁷ και την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Τίθεται για παράδειγμα το ζήτημα αν η αρχή της αναλογικότητας μπορεί να απορροφά σκέψεις ασφάλειας και προστατευόμενης εμπιστοσύνης, έτσι ώστε να παρέλκει η ξεχωριστή θεμελίωση μιας δικαστικής απόφασης σε αυτές τις αρχές. Κατά την γνώμη μου η αρχή της ασφάλειας του δικαίου, σε συστηματική ερμηνεία με την αρχή της αναλογικότητας, μας οδηγεί στο εδώ υποστηριζόμενο συμπέρασμα⁵⁸ ότι ο συνταγματικός και ο ενωσιακός κανόνας δικαίου αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν περιέχει και την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια.

6. Η αρχή της αναλογικότητας στο Ελληνικό Σύνταγμα

Το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ του Συντάγματος, μετά την συνταγματική αναθεώρηση του 2001, προβλέπει: «Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας.»

Η λειτουργία της αρχής της αναλογικότητας, όπως αυτή προσδιορίζεται στο άρθρο 25 του Συντάγματος, είναι η εξής: Η αρχή της αναλογικότητας είναι συνταγματικός περιορισμός των καταρχάς θεμιτών περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων που θεσπίζονται στα άρθρα 4-25 του Συντάγματος. Δηλαδή η αρχή της αναλογικότητας δίνει την απάντηση στο εξής ερώτημα: Πότε οι περιορισμοί σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα παρότι καταρχάς καλύπτονται από το Σύνταγμα και τους νόμους (κείνται εντός του Συντάγματος και των νόμων) παρόλα αυτά είναι συγκεκριμένα αντισυνταγματικοί; Είναι κρίσιμο ότι το ερώτημα αν ένας περιορισμός είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας πρέπει να τίθεται αφού έχει εξεταστεί το ερώτημα αν ο περιορισμός αυτός είναι σύμφωνος με τις συνταγματικές οπές περιορισμών στο εν λόγω δικαίωμα.

Η κρίση περί της αναλογικότητας του περιοριστικού μέτρου σε ένα δικαίωμα δεν επιτρέπεται να υποκαθιστά τον έλεγχο αν το περιοριστικό αυτό μέτρο είναι σύμφωνο με το νομικό πλαίσιο των περιορισμών που προβλέπονται από το Σύνταγμα για το κατοχυρωμένο θεμελιώδες δικαίωμα που περιορίζει το μέτρο. Ο γενικός περιορισμός των περιορισμών της αναλογικότητας έπεται ως ασφαλιστική δικλείδα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ειδικού συστήματος των συνταγματικών περιορισμών κάθε δικαιώματος. Αυτό είναι μεθοδολογικά κρίσιμο. Η βιαστική παρώθηση στον έλεγχο της αναλογικότητας χωρίς τον έλεγχο της συμφωνίας του μέτρου με το ειδικό σύστημα περιορισμών είναι αντισυνταγματική.

⁵⁷ Βλ. ενδεικτικά Ολ. ΣτΕ 1738/2017, σκέψη 5, ΣτΕ 1102/2018.

⁵⁸ Βλ. παράγραφοι 8,9 και 10.

Το ελληνικό Σύνταγμα συντάσσει την αναλογικότητα ως γενικό περιορισμό των περιορισμών των θεμελιωδών συνταγματικών δικαιωμάτων. Καθορίζει την λειτουργική θέση της και την συστηματική κατάταξή της στο σύστημα του ελέγχου της συνταγματικότητας ενός μέτρου, δημοσίου ή ιδιωτικού. Μιας δράσης δυνάμει (υπό εξέταση) παραβιαστικής ενός θεμελιώδους δικαιώματος. Δεν προσδιορίζει όμως το περιεχόμενό της και την δομή της ως αρχής ελέγχου.

Ως προς τα υποβήματα του τεστ αναλογικότητας η συνταγματική ρύθμιση σιωπά. Ποιο είναι το περιεχόμενο της αρχής της αναλογικότητας καθορίζουν πρωτίστως το διεθνές, το ευρωπαϊκό δίκαιο και οι ειδικοί εθνικοί νόμοι. Αν γίνει δεκτή η ισοκυρία⁵⁹ Συντάγματος, Πρωτογενούς Ενωσιακού και ΕΣΔΑ και προκριθεί το κριτήριο της ειδικότητας⁶⁰ τότε η αναλογικότητα που εφαρμόζεται είναι η ειδικότερη. Για παράδειγμα, όσον αφορά σε μέτρα περιοριστικά των δικαιωμάτων των άρθρων 8-11 της ΕΣΔΑ, η ΕΣΔΑ θεσπίζει μία ειδική αρχή της αναλογικότητας με συγκεκριμένο περιεχόμενο.

Αν η αρχή της αναλογικότητας δεν προσδιορίζεται ούτε συνταγματικά, ούτε διεθνώς, ούτε ευρωπαϊκά, τότε δύναται να προσδιορίζεται νομοθετικά⁶¹.

Αν δεν προσδιορίζεται ούτε νομοθετικά τότε παραμένει το ερώτημα για το περιεχόμενο της αναλογικότητας. Κατά το ισχύον δίκαιο, το βασικό μοτίβο αναλογικότητας είναι κατά την γνώμη μου το εξής:

- 1) Υπάρχει ένας συνταγματικά θεμιτός δημόσιος σκοπός (προστασία ενός ανθρωπίνου δικαιώματος, περισσότερων ανθρωπίνων δικαιωμάτων ή άλλου θεμιτού εννόμου συμφέροντος) που προκαλεί το περιοριστικό σε ένα δικαίωμα μέτρο; Ποιος είναι αυτός⁶²;
- 3) Το περιοριστικό μέτρο είναι πρόσφορο⁶³ (ικανό, κατάλληλο) για την πραγματοποίηση αυτού του δημοσίου σκοπού;
- 4) Το περιοριστικό μέτρο είναι αναγκαίο (απαραίτητο) για την πραγματοποίηση αυτού του δημοσίου σκοπού⁶⁴;

Η γενέθλιος απόφαση του ΣτΕ περί αναλογικότητας η 2121/84⁶⁵, αναφέρεται μόνο σε καταλληλότητα και αναγκαιότητα ως στοιχεία της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Μετά από μία αμφιταλάντευση του ΣτΕ ως προς το υποστοιχείο της αναγκαιότητας, αποκρυσταλλώνεται στη νομολογία του ανωτάτου διοικητικού δικαστηρίου το ζεύγμα καταλληλότητα-αναγκαιότητα ως υποβήματα της αρχής της αναλογικότητας. Μέχρι την συνταγματική αναθεώρηση του 2001, κατά την οποία η αναλογικότητα γίνεται αντικειμενικός κανόνας δικαίου στο άρθρο 25, θεωρία και νομολογία είναι εφεκτικές ως προς την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια⁶⁶. Κι αυτό παρά την

⁵⁹ Βλ. Β. Τζέμος, Ο Βασικός Μέτοχος, 2006.

⁶⁰ Β. Τζέμος, Ο Βασικός Μέτοχος, 2006.

⁶¹ Με όρια τις συνταγματικές ρυθμίσεις π.χ. την δημοκρατική αρχή, την αρχή της διάκρισης των εξουσιών.

⁶² Ο θεμιτός σκοπός πρέπει να είναι συγκεκριμένος, ορατός.

⁶³ Βλ. ενδεικτικά 10/2017 ΣτΕ για το άνοιγμα των καταστημάτων της Κυριακής.

⁶⁴ Για την έννοια της αναγκαιότητας βλ. αναλυτικά παρακάτω παράγραφο 9.

⁶⁵ ΣτΕ 2112/1984, ΤοΣ 1985, σ. 63επ.

⁶⁶ Βλ. αναλυτική νομολογία σε Α. Γέροντα, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. και σε Κ. Γώγο, Πτυχές ελέγχου της αναλογικότητας στη νομολογία του ΣτΕ, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 299επ.

οριακά αντίθετη κρατούσα στάση σε γερμανική θεωρία και νομολογία. Σημειωτέον ότι στο γερμανικό Σύνταγμα (Grundgesetz) η αναλογικότητα ακόμα δεν αναφέρεται ρητά. Η ίδια επιφυλακτικότητα απέναντι στην αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια διαγιγνώσκεται και στη νομολογία του ΔΕΚ πριν τη νομικοποίηση του ΧΘΔΕΕ. Με την απόφαση 10/2003 ο ΑΠ κάνει ρητά δεκτή και την αναλογικότητα σε στενή έννοια. Τι ίδιο ισχύει μετά το 2001 και σε πολλές αποφάσεις του ΣτΕ και του ΕλΣυν. Αλλά προϊόντος του χρόνου και στην συνταγματική θεωρία η αποδοχή της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια εξελίσσεται σε οριακά κρατούσα άποψη. Η θεωρία διατηρεί, όμως, και δικαιολογημένα, κριτική στάση στην υπερβολική χρήση της αναλογικότητας σε στενή έννοια.

Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια δεν αποτελεί κατά την γνώμη μου, βάσει του Συνταγματικού Δικαίου, τμήμα του βασικού μοντέλου αναλογικότητας. Όπως θα καταδειχθεί ακριβώς παρακάτω⁶⁷, κρίσιμη στο ζήτημα αυτό είναι και η ερμηνεία που θα δοθεί στον κανόνα της αναλογικότητας, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 52 του ΧΘΔΕΕ.

7. Η αρχή της αναλογικότητας στον ΧΘΔΕΕ

Η αναλογικότητα στο κοινοτικό δίκαιο αναγνωρίστηκε νομολογικά ως αρχή ήδη από την δεκαετία του 1970⁶⁸. Και πριν την θέση σε ισχύ του ΧΘΔΕΕ⁶⁹ αποτελεί βάσει του άρθρου 5 παρ. 4 της ΣυνθΕΕ αρχή που δεσμεύει γενικά όλα τα ενωσιακά όργανα. Με το άρθρο 52 ΧΘΔΕΕ θεσπίζεται ως ρητός κανόνας που περιορίζει τους περιορισμούς των θεμελιωδών δικαιωμάτων από τα ενωσιακά όργανα και από τα κρατικά όργανα καθόσον εφαρμόζουν ενωσιακό δίκαιο. Πρέπει από την αρχή να τονιστεί ότι ο κανόνας των αναλογικών περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο άρθρο 52 είναι πρακτικά ο ίδιος κανόνας με τον κανόνα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος⁷⁰.

Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ στο άρθρο 52⁷¹ με τίτλο «Εμβέλεια και ερμηνεία των δικαιωμάτων και των αρχών» θεσπίζει ένα πολύπλοκο αλλά

⁶⁷ Παράγραφος 7.

⁶⁸ Βλ. ενδεικτικά Ε. Πρεβεδούρου, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 167επ.

⁶⁹ Για τον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.), Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ'άρθρον ερμηνεία, 2019, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 (www.publiclawjournal.com), σ. 211επ.

⁷⁰ Μορφολογικά είναι ειδικότερος. Αυτό γιατί ρητά θεσπίζει ως περιορισμό των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων το απαραβίαστο του πυρήνα (βασικού περιεχομένου) των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Τον καθιερώνει δε ορθώς ως περιορισμό των περιορισμών που προηγείται μεθοδολογικά του περιορισμού των περιορισμών αναλογικότητα. Το ίδιο γίνεται βέβαια δεκτό και στα πλαίσια της ελληνικής συνταγματικής τάξης, παρότι δεν έχουμε ρητή αναφορά στον πυρήνα των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο Σύνταγμα.

⁷¹ Βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.), Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ'άρθρον ερμηνεία, 2019, άρθρο 52.

ερμηνευτικά διευκρινίσιμο γενικό σύστημα περιορισμών και περιορισμών των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων⁷².

Η παράγραφος 1 προβλέπει: «Κάθε περιορισμός στην άσκηση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που αναγνωρίζονται στον παρόντα Χάρτη πρέπει να προβλέπεται από το νόμο και να σέβεται το βασικό περιεχόμενο των εν λόγω δικαιωμάτων και ελευθεριών. Τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, περιορισμοί επιτρέπεται να επιβάλλονται μόνον εφόσον είναι αναγκαίοι και ανταποκρίνονται πραγματικά σε στόχους γενικού ενδιαφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων και ελευθεριών των τρίτων.»

Η παράγραφος 1 του άρθρου 52 θέτει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες είναι νομικά θεμιτοί οι περιορισμοί των θεμελιωδών δικαιωμάτων του Χάρτη⁷³. Το άρθρο 52 παρ. 1 ορθώς έπεται του άρθρου 51 που καθορίζει ποιοι οι είναι οι αποδέκτες (δεσμευόμενοι) των δικαιωμάτων του Χάρτη. Δηλαδή το άρθρο 51⁷⁴, ιδίως δε το άρθρο 51 παρ. 1⁷⁵, ρυθμίζει ποια μέτρα (κρατικά ή ευρωπαϊκά) ελέγχονται ως προς την συμβατότητά τους με τον Χάρτη. Τα μέτρα αυτά εφόσον λοιπόν περιορίζουν κάποιο θεμελιώδες δικαίωμα του Χάρτη θα πρέπει να είναι σύμφωνα με τις γενικά ισχύουσες προδιαγραφές περιορισμών που θέτει το άρθρο 52 παρ. 1.

Το άρθρο 52 παρ. 1 απαιτεί πρώτον ο εκάστοτε περιορισμός να προβλέπεται από νόμο (1). Τι είναι νόμος το καθορίζει η γενική θεωρία του δικαίου της ΕΕ και της εκάστοτε έννομης τάξης από την οποία προέρχεται ο περιορισμός σε θεμελιώδες δικαίωμα του Χάρτη. Κρίσιμη για την έννοια και τη λειτουργία την απαίτησης για πρόβλεψη σε νόμο είναι η νομολογία του Δικαστηρίου⁷⁶.

Δεύτερον ο περιορισμός δεν επιτρέπεται να θίγει το βασικό περιεχόμενο του δικαιώματος του Χάρτη⁷⁷ (2). Η έννοια του βασικού περιεχομένου είναι ταυτόσημη νοηματικά με την έννοια του πυρήνα (της ουσίας) του δικαιώματος. Επίσης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο περιορισμός στο βασικό περιεχόμενο πολλών

⁷² Θεμελιωδών δικαιωμάτων σε ευρεία έννοια, δηλαδή δικαιωμάτων σε στενή έννοια και αρχών (βλ. αναλυτικά Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2019, Εισαγωγή και άρθρο 52 παρ. 5).

⁷³ S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1455επ., H. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2013, σ. 463επ.

⁷⁴ Βλ. αναλυτικά Β. Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2019, άρθρο 51.

⁷⁵ «Οι διατάξεις του παρόντος Χάρτη απευθύνονται στα θεσμικά και λοιπά όργανα και τους οργανισμούς της Ένωσης, τηρουμένης της αρχής της επικουρικότητας, καθώς και στα κράτη μέλη, μόνον όταν εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης. Κατά συνέπεια, οι ανωτέρω σέβονται τα δικαιώματα, τηρούν τις αρχές και προάγουν την εφαρμογή τους, σύμφωνα με τις αντίστοιχες αρμοδιότητές τους και εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων της Ένωσης, όπως της απονέμονται από τις Συνθήκες.»

⁷⁶ Βλ. ενδεικτικά C-470-08, Knauf Gips, σκ. 91, C-92/09 και C-93/09, Volker and Schecke, σκ. 66, C-291/12, Schwarz, σκ. 35, T-187/11, Trabelsi, σκ. 84, 117, T-590/10, Thesing, σκ. 76. Βλ. και C-274-99, Connolly, σκ. 51, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1470επ.

⁷⁷ Βλ. ενδεικτικά C-59/11, Kokopelli, σκ. 77, C-93/09, Volker and Schecke, σκ. 50, T-187/11, Trabelsi, σκ. 81. Βλ. και C-292/97, Karlsson, σκ. 45.

δικαιωμάτων από αυτά που κατοχυρώνει ο Χάρτης συχνά συρρέει-ταυτίζεται με παραβίαση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας⁷⁸.

Τρίτον ο περιορισμός θα πρέπει να σέβεται την αρχή της αναλογικότητας (3)⁷⁹. Είναι ζήτημα ερμηνείας ποια είναι η δομή και το περιεχόμενο της αρχής της αναλογικότητας που θεσπίζει το άρθρο 52 παρ. 1 εδ.γ.

Σίγουρο είναι ότι απαραίτητη προϋπόθεση της αναλογικότητας του περιορισμού σε κάποιο δικαίωμα είναι αυτός ο περιορισμός (3α) να εδράζεται σε κάποιον στόχο γενικού συμφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων τρίτων⁸⁰. Δηλαδή θα πρέπει να ερείδεται σε κάποιον κανόνα του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου που προστατεύει κάποιο γενικό συμφέρον της Ένωσης ή κάποιο δικαίωμα. Ο στόχος γενικού συμφέροντος ή το προστατευόμενο δικαίωμα μπορεί να εδράζεται και σε κάποια άλλη πηγή του ευρωπαϊκού δικαίου, πέραν του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου, δηλαδή π.χ. στο παράγωγο ενωσιακό δίκαιο. Αυτό βέβαια υπό την προϋπόθεση ότι το συγκεκριμένο δημόσιο συμφέρον που ρυθμίζεται από το (μη πρωτογενές) ενωσιακό δίκαιο, θα πρέπει να μην βρίσκεται σε αντίθεση με κάποια νομική ρύθμιση του πρωτογενούς δικαίου της ΕΕ. Δεν αρκεί όμως ο περιορισμός μόνο να εδράζεται σε κάποιο σκοπό δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης ή σε κάποιο νομικά κατοχυρωμένο δικαίωμα.

Πρέπει περαιτέρω δεύτερον (3β) να ανταποκρίνεται πράγματι σε αυτόν το σκοπό δημοσίου συμφέροντος, που σημαίνει ότι πρέπει να είναι στην πράξη και συγκεκριμένα (in concreto) πρόσφορος (κατάλληλος, ικανός) να θεραπεύσει (υλοποιήσει, πραγματοποιήσει) αυτό τον σκοπό δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης ή ένα θεμελιώδες δικαίωμα κάποιου τρίτου.

Τρίτον (3γ) θα πρέπει ο περιορισμός αυτός να είναι, πάντα στην συγκεκριμένη περίπτωση και με γνώμονα τα πραγματικά και νομικά δεδομένα της υπόθεσης, όχι απλά πρόσφορος (ικανός, πράγματι ανταποκρινόμενος στο δημόσιο συμφέρον/δικαίωμα) αλλά επιπρόσθετα και αναγκαίος, απαραίτητος για την ικανοποίηση (υλοποίηση, πραγματοποίηση) του σκοπού δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης/του συγκρουόμενου δικαιώματος. Αναγκαίος-απαραίτητος περιορισμός είναι ο λιγότερο επαχθής (παραβιαστικός, προσβλητικός, βαρύς) για το περιοριζόμενο θεμελιώδες δικαίωμα ή εναλλακτικά αυτός που δεν είναι «προδήλως μη αναγκαίος»⁸¹.

Απαιτείται πάντως ο περιορισμός που τίθεται για την ικανοποίηση ενός σκοπού δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης/δικαιώματος να είναι και πρόσφορος και αναγκαίος.

Το άρθρο 52 παρ. 1 εδ.γ στην αρχή του κάνει ρητά αναφορά και στην αρχή της αναλογικότητας. Οπότε, με αυτό το δεδομένο τίθεται το ερώτημα, αν ο Χάρτης στο άρθρο 52 παρ. 1 εδ. γ. απαιτεί ο εκάστοτε περιορισμός προστατευόμενου θεμελιώδους δικαιώματος να είναι και (3δ) αναλογικός σε στενή έννοια, δηλαδή να συνεπάγεται περισσότερα πλεονεκτήματα από μειονεκτήματα για τα συγκρουόμενα έννομα αγαθά κατά την υλοποίησή του. Ότι απαιτείται και αυτό το τέταρτο στάδιο

⁷⁸ Βλ. Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2019, άρθρο 1 και ο ίδιος, Β. Τζέμος, Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια στο Δίκαιο της ΕΕ, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ (www.publiclawjournal.com) 2016, σ. 1επ. και σε Τιμητικό Τόμο Κ. Κρεμαλή, 2016.

⁷⁹ Βλ. ενδεικτικά C-283/11, Sky Österreich, σκ. 45επ., C-544/10, Deutsches Weintor, σκ. 56επ., C-468/10 και C-469/10, ASNEF, σκ. 42επ., C-291/12, Schwarz, σκ. 39επ.

⁸⁰ Βλ. αναλυτικά S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, 2014, σ. 1475επ.

⁸¹ Βλ. αναλυτικά παρακάτω παράγραφο 9.

(3δ), της αναλογικότητας σε στενή έννοια, γίνεται δεκτό από την οριακά κρατούσα άποψη στην θεωρία. Η προσαπαίτηση και της αναλογικότητας σε στενή έννοια του περιορισμού στοιχειοθετείται από την άποψη αυτή στην ρητή αναφορά του άρθρου 52 παρ. 1 εδ. γ. σε «αναλογικότητα» δίπλα σε «ανταπόκριση» και «αναγκαιότητα». Πειστικότερη είναι πιστεύω πάντως η άποψη ότι το άρθρο 52 δεν απαιτεί και την αναλογικότητα σε στενή έννοια του περιορισμού σε κάθε δικαίωμα του Χάρτη. Σύμφωνα με αυτή την θεώρηση η αρχή της αναλογικότητας εξαντλείται στην προσφορότητα και την αναγκαιότητα του περιορισμού σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα που εδράζεται σε ένα σκοπό δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης/δικαίωμα. Είναι μεν υποστηρίξιμη και κατανοητή η προσέγγιση ότι αν οι συντάκτες του Χάρτη δεν επιθυμούσαν να συμπεριλάβουν στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια δεν θα ξεκινούσαν την ρύθμιση με το «τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας» αλλά θα περιορίζονταν στο λοιπό τμήμα του άρθρου 52 παρ. 1 εδ. Από την άλλη δεν υπάρχει στο δίκαιο μόνο ένα μοντέλο αναλογικότητας, έτσι ώστε όταν γίνεται αναφορά σε αρχή της αναλογικότητας να εννοείται οπωσδήποτε ότι συμπεριλαμβάνεται και η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Κατά την γνώμη μου δεν προκύπτει αβίαστα από την ρύθμιση ότι ο Χάρτης ρυθμίζει και την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Αφήνει άλυτο, όπως και το άρθρο 25 του ελληνικού Συντάγματος, αυτό το κρίσιμο ζήτημα. Σημαντικό τμήμα της νομολογίας του ΔΕΚ/ΔΕΕ εφαρμόζει ρητά ή υπόρρητα και το έλεγχο της *stricto sensu* αναλογικότητας⁸². Το ερώτημα που περαιτέρω τίθεται είναι αν το άρθρο 52 παρ. 1 εφαρμόζεται μόνο για τα δικαιώματα ή και για τις αρχές που θεσπίζει ο Χάρτης⁸³. Η διατύπωση αναφέρεται ρητά μόνο σε δικαιώματα και ελευθερίες του Χάρτη. Ορθότερο όμως συστηματικά-τελολογικά είναι να γίνει δεκτό ότι το άρθρο 52 παρ. 1 εφαρμόζεται και επί αρχών.

8. Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια

Ένα κρίσιμο ερώτημα είναι αν η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια α) πρέπει να είναι και β) είναι τμήμα του εκάστοτε εφαρμοστέου κανόνα της αναλογικότητας. Εδώ το *de lege ferenda* ερώτημα πρέπει να διακρίνεται από το *de lege lata* εξίσου κρίσιμο νομικό ερώτημα αν η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια περιέχεται στον εκάστοτε ισχύοντα και εφαρμοστέο κανόνα περί αναλογικότητας. Και στα δύο ερωτήματα δίνω αρνητική απάντηση.

Τα επιχειρήματα υπέρ της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι σημαντικά:

Η αναλογικότητα σε στενή έννοια σταθμίζει τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα του επιλεγέντος και ελεγχόμενου μέτρου ενόψει όλων των συγκρουόμενων εννόμων συμφερόντων. Κρίσιμο υπομέγεθος που διευκρινίζει την σημασία της

⁸² Ενδεικτικά αν και με διαφοροποιήσεις ως προς τον χρωματισμό της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια βλ. C-112/00, Schmidberger, σκ. 79, C-60/00, Carpenter, σκ. 42, C-365/08, Agrana, σκ. 29, C-58/08, Vodafone, σκ. 48, C-92/09, Schecke, σκ. 77,80. Βλ. σχετικά και H. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2013, σ. 482επ.

⁸³ Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2019, Εισαγωγή και άρθρο 52 παρ. 5, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 (www.publiclawjournal.com), σ. 211επ. (219επ.).

αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι η «αντοχή του θιγόμενου ή των θιγομένων από τις επαχθείς συνέπειες του ελεγχόμενου μέτρου» (Zumutbarkeit). Ένα περαιτέρω βέβαια ερώτημα σε αυτό το σημείο είναι αν το κριτήριο αυτό, είναι κρίσιμο, ως εισφέρον κάτι παραπάνω, καθόσον ως περιορισμός των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων αντιμετωπίζεται, και ο πυρήνας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και η ανθρωπίνη αξιοπρέπεια.

Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια ελέγχει την αναλογία μεταξύ της σημασίας του θεραπευόμενου εννόμου συμφέροντος, νοούμενου ως σκοπού και της έντασης του επιλεγέντος –ελεγχόμενου περιοριστικού μέτρου, νοούμενου ως μέσου. Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια στην βασική της μορφή υλοποιεί μία συνολική στάθμιση κόστους-οφέλους, με άλλη διατύπωση μια στάθμιση πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων. Αυτή η στάθμιση από το μηδέν πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων είναι κατά την γνώμη μου κρίση πολιτικής σκοπιμότητας, καθαρόαιμος έλεγχος πολιτικής ουσίας, που δεν προσιδιάζει πλήρως στην άσκηση δικαστικής λειτουργίας. Η κρίσιμη διαφορά της με το προηγούμενο στάδιο της αρχής της αναγκαιότητας, συνίσταται στο ότι υποβάλλει και τα ήδη κριθέντα ως αναγκαία μέτρα σε έλεγχο κόστους-οφέλους, πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων⁸⁴. Αυτό το σημείο ακριβώς είναι η πηγή και των αρετών της και των προβλημάτων της. Θέτοντας ένα πρόσθετο κριτήριο σε μέτρα που περιορίζουν θεμελιώδη δικαιώματα, λειτουργεί φιλελεύθερα, δικαιωματοκεντρικά, ειδικά όταν το συγκεκριμένα συγκρουόμενο με το (τα) περιοριζόμενο (α) με το μέτρο δικαίωμα (δικαιώματα) δεν είναι κάποιο άλλο θεμελιώδες δικαίωμα αλλά κάποιο δημόσιο συμφέρον. Ταυτόχρονα προσθέτει σε ένα μέχρι εκείνο το σημείο σχετικά μηχανιστικό, ουδέτερο σύστημα σταθμίσεων, ηθική, δικαιοπολιτική επιχειρηματολογία, και μάλιστα πανεποπτική. Ειδικά δε επί συγκρούσεων θεμελιώδους δικαιώματος με δημόσιο σκοπό είναι χρήσιμος ο προβληματισμός ότι ο μηχανισμός της αναλογικότητας χωρίς χώρο για ουσιαστική –ηθική επιχειρηματολογία είναι συνταγματολογικά ανομιμοποιητός.

Κι ενώ τα άνω αδρά σκιαγραφηθέντα προσόντα της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι αποδεκτά καθόσον η αναλογικότητα σε στενή έννοια έχει ως αποδέκτη τον δημοκρατικό νομιμοποιημένο νομοθέτη, ή την κανονιστικώς δρώσα διοίκηση, αντιμετωπίζει σοβαρά ζητήματα ως κανόνας δικαίου που δεσμεύει τον δικαστή. Ο λόγος είναι ο εξής: η στάθμιση κόστους οφέλους, που προχωρά πέρα κι από την γενικώς ισχύουσα νομική σκόπελο της αναγκαιότητας ομοιάζει με νομοθετική λειτουργία. Θεματοποιεί έναν έλεγχο και σκοπιμότητας, αν όχι μόνο σκοπιμότητας⁸⁵. Δηλαδή καθόσον εκλείπει *in concreto* το άλλως δύνασθαι αναγκαίως πράττειν, μόνος αρμόδιος να αποφασίσει είναι ο δημοκρατικά νομιμοποιημένος νομοθέτης. Οπότε η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια οδηγεί τον δικαστή σε κρίσεις σκοπιμότητας.

Επιπρόσθετα ως οπή περιπτώσιολογικής απονομής δικαιοσύνης γεννά ανασφάλεια δικαίου. Ανά πάσα στιγμή μπορεί να ανατραπεί μια ορθή⁸⁶ ή εσφαλμένη⁸⁷

⁸⁴ Πάντως και η αρχή της αναγκαιότητας, καθόσον αναζητά σε πολυπολικές έννομες σχέσεις (συγκρούσεις και συρροές περισσοτέρων θεμελιωδών δικαιωμάτων) το συνολικά λιγότερο επαχθές μέτρο, ουσιαστικά υπεισέρχεται σε σταθμίσεις κόστους-οφέλους, μειονεκτημάτων και πλεονεκτημάτων.

⁸⁵ Βλ. και Θ. Φορτσάκης, Η προδήλως εσφαλμένη εκτίμηση και η αρχή της στάθμισης κόστους-οφέλους, ΝοΒ 1987, σ. 1324επ., Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2002, σ. 94επ., Α. Δημητρόπουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, 2005, σ. 248επ., R. Zippelius, T. Wuerthenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, σ. 111επ., V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004.

⁸⁶⁸⁷ Ο νομοθέτης έχει κατά κανόνα εκτός από την δημοκρατική νομιμοποίηση και την καλύτερη, πληρέστερη γνώση των ρυθμιζόμενων θεμάτων. Οπότε ο δικαστής υστερεί και για πρακτικούς λόγους,

νομοθετική ρύθμιση με ανυπολόγιστες δημοσιονομικές και κυρίως κοινωνικές συνέπειες⁸⁸. Και καθόσον αυτή η ανατροπή εδράζεται σε λόγους νομιμότητας είναι συνταγματικά και ενωσιακά επιβεβλημένη⁸⁹. Όταν όμως συνδυάζεται με συνολική πολιτική επαναστάθμιση, το πρόβλημα της ανασφάλειας δικαίου σωρεύεται με αυτό του ελέγχου σκοπιμότητας, της άσκησης de facto πολιτικής από την δικαστική εξουσία, και η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι περισσότερο δικαιοκρατικά αποσταθεροποιητικός παρά δικαιοκρατικά εξισοροποιητικός παράγοντας. Κι αυτό γιατί βασικό στοιχείο της αρχής του κράτους δικαίου πέρα από τον πλήρη δικαστικό έλεγχο είναι και η ασφάλεια του δικαίου.

Περαιτέρω, ενώ το τεστ της προσφορότητας και το τεστ της αναγκαιότητας, έχει σχετικά σαφές μοτίβο, η στάθμιση κόστους-οφέλους ή αλλιώς η στάθμιση πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων ή αλλιώς η αναλογία μέσου προς σκοπό δεν έχουν συγκεκριμένες συντεταγμένες. Με άλλα λόγια η αναλογικότητα σε στενή έννοια έχει εγγενώς πολλά πρόσωπα, η εφαρμογή της επαφίεται υπερβολικά στον υποκειμενισμό του κρίνοντος.

Ο αείμνηστος Καθηγητής Τσακυράκης στο διεθνώς πολύ επιδραστικό άρθρο του για την αναλογικότητα⁹⁰, τεκμηριωμένα κατακρίνει την μηχανιστικότητα, την ουδετερότητα, και εν τέλει την σταθμιστική τυχειότητα ιδίως του σταδίου της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Αυτά τα χαρακτηριστικά της εργαλειακής υπερστάθμισης τα κριτικάρει ως προβληματικά σε σχέση με την φύση των θεμελιωδών δικαιωμάτων, το ηθικό τους dna και τελικά επικρίνει την αρχή της αναλογικότητας ως προσβλητική των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Το επιχείρημα ότι με τις ατέρμονες σταθμίσεις απόλλυται το ηθικό περιεχόμενο των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι πειστικό. Η μέθοδος γίνεται η ουσία και η ουσία χάνεται στον έλεγχο. Αυτές οι βάσιμες ενστάσεις⁹¹ όμως μπορούν να διασκεδαστούν με ένα οριακό, πιο σφριγηλό, εντός του ορθόδοξου υπαγωγικού συλλογισμού και με απόλυτο σεβασμό στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια και στον πυρήνα όλων των θεμελιωδών δικαιωμάτων (δηλαδή και ηθικοπολιτικά ευαίσθητο) έλεγχο αναλογικότητας, όπως ο εδώ προτεινόμενος.

Κατά τον έλεγχο τόσο της προσφορότητας όσο και της αναγκαιότητας εξετάζουμε την αναλογικότητα του μέτρου με γνώμονα και τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, και παραμένουμε στα πλαίσια της υπαγωγικής διαδικασίας.

Με την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια α) αποσυνδέμαστε από την πρωταρχία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, β) μεταφερόμαστε σε γενικευμένο μηχανιστικό δικαστικό έλεγχο, γ) εξελίσσεται ο δικαστής σε εν δυνάμει τελικός νομοθέτης⁹² και δ) συσσωρεύεται ανασφάλεια δικαίου. Το νόμισμα έχει δύο όψεις: Από την μια πλευρά έχουμε επί της αρχής πιο εντατικό δικαιοκρατικό έλεγχο της

έλλειψης εποπτείας και εμπειρογνωμοσύνης. Συμπερασματικά την ορθότητα ενός μέτρου την αποφασίζει ο νομοθέτης και τη νομιμότητα ενός μέτρου έχουν αρμοδιότητα να την εξετάζουν και ο νομοθέτης και ο δικαστής.

⁸⁷ Σε πολλές περιπτώσεις είναι εντελώς υποκειμενικό το τι είναι ορθό και τι είναι λάθος, καθώς εξαρτάται και από προσωπικές ιδεολογίες, συμφέροντα, εμπειρίες.

⁸⁸ Βλ. και Π. Παυλόπουλος, Το δημόσιο δίκαιο στον αστερισμό της οικονομικής κρίσης, 2013.

⁸⁹ Αυτό σημαίνει μεταξύ άλλων κράτος δικαίου: Καμία εξουσία να μην είναι νομικά ανεξέλεγκτη, ούτε ο δημοκρατικά νομιμοποιημένος νομοθέτης.

⁹⁰ S. Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, International Journal of Constitutional Law 2009, σ. 468επ.

⁹¹ Στις οποίες, μεταξύ άλλων, στηρίζομαστε, ώστε να οδηγούμαστε στην εδώ υποστηριζόμενη θέση για αφαίρεση του σταδίου της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια από το τεστ αναλογικότητας.

⁹² Έτσι για παράδειγμα η 244/2017 Ολ. ΕΣ.

δημοκρατίας. Πρακτικά, από την άλλη μεριά, έχουμε μια νέα κρίση σκοπιμότητας, μια επανεξέταση της ουσίας.

Συνελόντι ειπείν, κατά το ισχύον συνταγματικό και ενωσιακό δίκαιο πιστεύω ότι ο κανόνας αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων α) δεν πρέπει να εμπεριέχει⁹³ και β) δεν εμπεριέχει⁹⁴ την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια, τουλάχιστον καθόσον απευθύνεται στον δικαστή. Εξάιρεση σε αυτή την παραδοχή θα μπορεί να προκύψει αν κατοχυρωθεί ρητώς γενικά ή ειδικά συνταγματικά η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Ή εναλλακτικά, εφόσον η αναλογικότητα σε στενή έννοια γίνει δεκτό ότι εδράζεται στην ΕΣΔΑ⁹⁵ ή σε άλλως ισχύον διεθνές δίκαιο.

9. Η αναγκαιότητα ως τελευταίο στάδιο του ελέγχου αναλογικότητας με δύο υποεκδοχές

Το επίπεδο της αναγκαιότητας είναι κατά την γνώμη μου το τελευταίο υποστάδιο της συνταγματικής και ενωσιακής αρχής της αναλογικότητας, του εδώ προτεινόμενου ενιαίου μοντέλου. Πριν διευκρινιστεί πώς θα πρέπει να γίνεται διαβαθμισμένα ο έλεγχος αναγκαιότητας, διακρίνοντας δύο κατηγορίες περιπτώσεων, θα τονιστεί συνοπτικά η σημασία της ιδέας της αναγκαιότητας, υπό διαφορετική λειτουργία, και κατά τον έλεγχο της μη παραβίασης της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και του πυρήνα των θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Η αναγκαιότητα είναι κρίσιμη και κατά την εξέταση του άλλου θεμελιακού περιορισμού των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων, της προστασίας του πυρήνα κάθε θεμελιώδους δικαιώματος. Είναι τελικά νομικά θεμιτός κάθε περιορισμός σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα όταν κρίνεται *in concreto* αναγκαίος για την προστασία του πυρήνα ενός συγκρουόμενου θεμελιώδους δικαιώματος ή για την *in concreto* πάντα προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας⁹⁶. Σε αυτό το σημείο δε είναι κομβικό να τονιστεί ότι η εδώ προτεινόμενη εφαρμογή της αναλογικότητας έπεται μεθοδολογικά της εφαρμογής των άλλων περιορισμών των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων, του απαραβίαστου της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και του πυρήνα όλων των συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όμως η διάσταση της αναγκαιότητας εμφανίζεται και στους δύο αυτούς προηγούμενους ελέγχους

⁹³ De lege ferenda.

⁹⁴ De lege lata.

⁹⁵ Όντως εδράζεται ιδιοτύπως στο άρθρο 1 του πρώτου προσθέτου πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ όσον αφορά στο θεμελιώδες δικαίωμα στην ιδιοκτησία.

⁹⁶ Όπως έχει επισημανθεί σε άλλο σημείο (Β. Τζέμος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 (www.publiclawjournal.com), σ. 211επ (214)) κοινός παρανομαστής κάθε μεθόδου επίλυσης συγκρούσεως δικαιωμάτων πρέπει να είναι ότι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια θα παραμένει απαραβίαστη, όπως και ο πυρήνας (το βασικό περιεχόμενο) κάθε συγκρουόμενου θεμελιώδους δικαιώματος. Αυτό πρακτικά σημαίνει, (πιο αναλυτικά βλ. V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004, σ. 158επ.), ότι οι περιορισμοί σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα (ανεξαρτήτως δε εννόμου τάξεως), είναι θεμιτοί, όταν είναι απολύτως αναγκαίοι για την *in concreto* προστασία της με αυτό συγκρουόμενης ανθρώπινης αξιοπρέπειας ή του πυρήνα ενός άλλου, με αυτού συγκρουόμενου θεμελιώδους δικαιώματος. Και αυτός ο συγκεκριμένος και ειδικός έλεγχος αναγκαιότητας της προστασίας της ανθρώπινης αξίας και του πυρήνα (βασικού περιεχομένου) όλων των θεμελιωδών δικαιωμάτων, θα πρέπει να προηγείται μεθοδολογικά του τυχόν νομικά προβλεπόμενου ελέγχου αναλογικότητας.

περιορισμών των περιορισμών⁹⁷. Ο έλεγχος δε της αναλογικότητας παρέλκει καθόσον το ελεγχόμενο μέτρο δεν πληροί τις προδιαγραφές του απαραβιάστου της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και της προστασίας του πυρήνα των περιοριζόμενων-συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Κατά την εξέταση της αναγκαιότητας ως τελευταίου σταδίου του ενιαίου τεστ αναλογικότητας είναι κρίσιμη προλογικά η εξής παρατήρηση: Εφόσον το ελεγχόμενο μέτρο είναι νόμος⁹⁸, θα πρέπει κατά τον έλεγχο της αναγκαιότητας να λαμβάνεται σοβαρά υπόψιν η ευρεία δικαιοθετική ευχέρεια του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη⁹⁹. Με άλλα λόγια το ελεγχόμενο νομοθετικό μέτρο που δημοκρατικά έχει τάμει συγκρούσεις μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων, εφόσον α) πληροί τις προδιαγραφές αα) του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και αβ) της προστασίας του πυρήνα όλων των συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων και β) είναι πρόσφορο για την επίτευξη του τιθέμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος ή για την προστασία συγκεκριμένων θεμελιωδών δικαιωμάτων, θα πρέπει γ) να είναι προφανώς (κατάδηλα)¹⁰⁰ μη αναγκαίο για να κρίνεται μη αναλογικό. Με αυτή την θεώρηση συναρμόζονται α) η αναγκαία για τον έλεγχο αναλογικότητας παράμετρος της ευρείας ευχέρειας του νομοθέτη κατά την επίλυση συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων, β) η θέση για δικαστικό αυτοπεριορισμό κατά τον έλεγχο της νομοθεσίας, έτσι ώστε ο δικαστικός έλεγχος να μην παραβιάζει την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και την δημοκρατική αρχή, γ) η ανάγκη για δικαιοκρατικό (δηλαδή αποτελεσματικό, πλήρη αλλά αμιγώς νομικό και όχι ουσιαστικό) δικαστικό έλεγχο αντισυνταγματικότητας (αντίθεσης στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο) της νομοθεσίας με γνώμονα τα θεμελιώδη δικαιώματα και δ) η ζυγοστάθμιση ενός συνεκτικού μοντέλου αναλογικότητας. Το μοντέλο αυτό αναγκαιότητας σέβεται ισόρροπα και τις δημοκρατικές και τις δικαιοκρατικές συνιστώσες του δικαστικού ελέγχου αντισυνταγματικότητας-αντίθεσης στο ενωσιακό δίκαιο.

Το στάδιο της αναγκαιότητας είναι το πιο κρίσιμο στον έλεγχο αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Είναι και δύσκολο πολύ στην εφαρμογή του συγκριτικά με το στάδιο της προσφορότητας¹⁰¹. Αυτό συμβαίνει κυρίως γιατί κατά την γνώμη μου αναπτύσσονται δύο βασικά μοντέλα ελέγχου αναγκαιότητας. Σύμφωνα με το πρώτο μοντέλο, με την αναγκαιότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων αναζητείται το λιγότερο περιοριστικό του θιγόμενου θεμελιώδους δικαιώματος πρόσφορο μέτρο. Ακριβέστερα στο επίπεδο της αναγκαιότητας ερευνάται αν το κρινόμενο νομοθετικό ή διοικητικό μέτρο είναι το λιγότερο επαχθές από τα πρόσφορα. Έχουμε έναν αυστηρό έλεγχο δηλαδή αναγκαιότητας προς εύρεση του ενός μοναδικού αναγκαίου περιοριστικού μέτρου μεταξύ των πολλών πρόσφορων. Η αυστηρή έννοια της αναγκαιότητας, παρομοίως προς την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια¹⁰², καθόσον το ελεγχόμενο μέτρο ερείδεται σε τυπικό νόμο ή παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, έρχεται σε τριβή με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και την δημοκρατική αρχή, αλλά και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Καταλείπει ευρύ δικαιοθετικό χώρο στον δικαστή και αφαιρεί αντίστοιχα κατ' αποτέλεσμα νομοθετική ευχέρεια από τη νομοθετική λειτουργία.

⁹⁷ Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004, σ. 178επ

⁹⁸ Η αντίστοιχα σε επίπεδο ενωσιακού δικαίου κανονισμός, οδηγία ή απόφαση.

⁹⁹ Βλ. ενδεικτικά και απόφαση 7/2016 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου

¹⁰⁰ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 311/2018 και ΣτΕ Ολομ. 3013, 3016/2014, 3802-3804/2014, 3962/2014, 1210/2010, 3031/2008.

¹⁰¹ Έτσι και Α. Γέροντας, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. (474επ.).

¹⁰² Βλ. ανωτέρω κεφάλαιο 8.

Αντίθετα, ο αυστηρός έλεγχος αναγκαιότητας, ως πιο πλήρης δικαιοκρατικός έλεγχος, προσιδιάζει στον δικαστικό έλεγχο των διοικητικών πράξεων και ιδίως της διακριτικής ευχέρειας της περιοριστικής δημόσιας διοίκησης. Επίσης είναι κατά την γνώμη μου ο κανόνας¹⁰³ συνταγματικού και πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου που απευθύνεται προς το νομοθέτη και την εκτελεστική λειτουργία. Σύμφωνα με το δεύτερο μοντέλο εξετάζεται αν το περιοριστικό ενός δικαιώματος μέτρο είναι, όχι αυστηρά αναγκαίο, αλλά πιο ελαστικά, προδήλως μη αναγκαίο. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι δεν αναζητείται, για την κατάφαση της συμφωνίας με την αρχή της αναλογικότητας, ο χαρακτηρισμός του ελεγχόμενου περιοριστικού μέτρου ως του ενός και μοναδικού πιο ήπιου (λιγότερο επαχθούς) από τα πρόσφορα περιοριστικά μέτρα. Ερευνάται αν το μέτρο είναι αναγκαίο υπό την έννοια ότι είναι και πρόσφορο και ήπιο. Καταφάσκειται δηλαδή ότι είναι ένα από πιο ήπια (λιγότερο επαχθή μέτρα) μέτρα. Δεν είναι προδήλως μη αναγκαίο¹⁰⁴. Η οδός αυτή έχει το πλεονέκτημα ότι ρεαλιστικά αναζητείται η ηπιότητα ενός μέτρου και όχι το δύσκολο τεκμηριώσιμο, αλλά κυρίως δυσχερώς συμβιβάσιμο με την ευρεία «διαμορφωτική αρμοδιότητα» της νομοθετικής λειτουργίας, ένα και μοναδικό¹⁰⁵ λιγότερο επαχθές πρόσφορο μέσο. Καθόσον ελέγχεται δικαστικά τυπικός νόμος ή παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, αυτό το μοντέλο αναγκαιότητας είναι σύμφωνο με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών, την δημοκρατική αρχή και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Συνοψίζοντας, α) ο υποκανόνας της αναγκαιότητας ως συνταγματικός και ενωσιακός κανόνας που απευθύνεται στον εθνικό και ενωσιακό νομοθέτη και στην εκτελεστική λειτουργία απαιτεί την υλοποίηση του λιγότερου επαχθούς¹⁰⁶ μέτρου από τα «διαθέσιμα» πρόσφορα μέτρα για τη επίτευξη του συγκεκριμένου θεμιτού νομικά δημοσίου σκοπού, β) ο ίδιος υποκανόνας της «πλήρους αναγκαιότητας» πρέπει να εφαρμόζεται καθόσον ο δικαστής ελέγχει την αναλογικότητα διοικητικών πράξεων που εκδόθηκαν κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας, γ) ο υποκανόνας της «πρόδηλης αναγκαιότητας» θα πρέπει να εφαρμόζεται από την δικαστική λειτουργία καθόσον ελέγχεται από τον αρμόδιο έλληνα ή ενωσιακό δικαστή η αναλογικότητα εθνικών νόμων, παραγώγου ενωσιακού δικαίου και κανονιστικών διοικητικών πράξεων.

Συμπληρωματικά επισημαίνεται ότι αν τα συγκρουόμενα θεμελιώδη δικαιώματα είναι περισσότερα από δυο, η κρίση περί αναγκαιότητας πρέπει να εκφέρεται συνολικά, αλλά πάντα αιτιολογημένα¹⁰⁷.

Συνοψίζοντας, ο δικαστής πρέπει να ελέγχει την αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Είναι αρμόδιος και οφείλει εκ του θεσμικού του ρόλου να επιλύει δικαιωματοκεντρικά *in concreto* προηγουμένως νομοθετικά ή διοικητικά

¹⁰³ Απορρέων από το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος και το άρθρο 52 παρ. 1 του ΧΘΔΕΕ.

¹⁰⁴ Βέβαια οφείλουμε να παραδεχτούμε ότι και η κρίση περί του προδήλως μη αναγκαίου ενέχει αρκετά στοιχεία υποκειμενισμού. Συμπυκνώνει όμως και το πρόταγμα του δικαστικού αυτοπεριορισμού ως περιοριστικό παράγοντα του δικαστικού ακτιβισμού. Βλ. και Β. Τζέμος, Ο δικαστικός ακτιβισμός και το Δικαστήριο της ΕΕ, ΘΠΔΔ, 7/2010 και σε: Τιμητικό Τόμο για τον Καθηγητή Πέτρο Παραρά, 2012.

¹⁰⁵ Βλ. στο ίδιο μήκος κύματος την εύστοχη κριτική στην δικαστική αναζήτηση του ενός και μοναδικού αναλογικού μέτρου σε R. Zippelius, T. Wuertenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 2005, σ. 112 με περαιτέρω παραπομπές.

¹⁰⁶ Όσον αφορά στον περιορισμό όλων των διακυβευόμενων (συρρεόντων και συγκρουόμενων) θεμελιωδών δικαιωμάτων.

¹⁰⁷ Βλ. ενδεικτικά 244/2017 Ολ. ΕΣ.

γενικά διαμορφωθείσες λύσεις¹⁰⁸ επί συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όμως πάντα με μέτρο τους υπερνομοθετικής ισχύος κανόνες δικαίου που αρμονικά και από την δημοκρατική και από την δικαιοκρατική τους καταβολή του απαγορεύουν, έστω και συγκεκριμένα, να υποκαθιστά το νομοθέτη σε κρίσεις σκοπιμότητας, ουσίας. Το κλειδί λοιπόν για την εδώ υποστηριζόμενη απάλειψη του σταδίου της αναλογικότητας σε στενή έννοια ως κανόνα δικαίου που απευθύνεται στον δικαστή, είναι ότι ο δικαστής δεν λειτουργεί με γνώμονα την σκοπιμότητα. Οι κρίσεις σκοπιμότητας είναι το αποκλειστικό πεδίο του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη και της με νομοθετική εξουσιοδότηση κανονιστικώς δρώσας διοίκησης, εν τέλει δε και της συγκεκριμένα κατά ουσιαστική-τεχνική κρίση *in concreto* αποφασίζουσας διοίκησης. Με αυτά τα δεδομένα η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια δεν είναι νομικός κανόνας δικαίου που απευθύνεται στον δικαστή. Είναι αρχή καλής νομοθέτησης που απευθύνεται στο νομοθέτη και στην κανονιστικώς δρώσα διοίκηση. Είναι επίσης υποεκδοχή χρηστής διοίκησης¹⁰⁹ κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της δημόσιας διοίκησης. Ο νομικός (συνταγματικός, ενωσιακός και στην ΕΣΔΑ¹¹⁰ εδραζόμενος) υπερνομοθετικής ισχύος κανόνας αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων εξαντλείται στον έλεγχο της αναγκαιότητας¹¹¹ του κρατικού περιοριστικού μέτρου.

10. Τελικά συμπεράσματα

Μήπως οι διαφορετικές δικαστικές τεχνικές αναλογικότητας έχουν τον λόγο τους; Καθόσον βέβαια, όπως τονίστηκε, τηρούνται οι κανόνες-πυλώνες του άρθρου 25 Σ και 52 του ΧΘΔΕΕ, που όντως δεν προδιαγράφουν ρητά τα βήματα του τεστ αναλογικότητας. Μήπως στην μετεξέλιξη της αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων από άγραφη αρχή σε υπερνομοθετικής ισχύος κανόνα με πολλές νομικές βάσεις (Σύνταγμα, ΕΣΔΑ, ΣΥΝΘΕΕ, Χάρτης) είναι χρήσιμος ο δικαιολογημένος πλουραλισμός των δικαστικών τεχνικών υλοποίησης του κανόνα; Η μήπως το ένα, ενιαίο, όσο γίνεται απλό μοτίβο είναι η ορθή νομική και δικαιοπολιτική λύση; Υποστηρίζω, μετά από έντονο προβληματισμό, το δεύτερο.

Η αρχή της αναλογικότητας σε μια δημοκρατικά και δικαιοκρατικά ζυγοσταθμισμένη της εφαρμογής ολοκληρώνει την αρχή της νομιμότητας. Αρτιώνει το υπαγωγικό συλλογισμό και, τουλάχιστον κατά την εδώ σκιαγραφούμενη υλοποίησή της, δεν τον ανατρέπει.

Η αρχή της αναλογικότητας πρέπει πάντα να συνεξετάζεται με την παραδοχή της ευρείας δικαιοθετικής ευχέρειας του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη. Εν αμφιβολία πρέπει να τασσόμεθα υπέρ της αναλογικότητας μιας νομοθετικής ρύθμισης. Υπό αυτή και μόνο την έννοια υιοθετούμε τις δικαστικές κρίσεις περί

¹⁰⁸ Ή και προηγουμένως συγκεκριμένα διαμορφωθείσα λύση από άλλο δικαστήριο.

¹⁰⁹ Για την αρχή της χρηστής διοίκησης βλ. ενδεικτικά Β. Τζέμος, Συνήγορος του Πολίτη, 2012, σ. 105επ., ο ίδιος, Η «σύννομη κακοδιοίκηση», ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2017 (www.publiclawjournal.com), σ. 95επ. με περαιτέρω παραπομπές.

¹¹⁰ Βλ. και το άρθρο 52 παρ. 3 του ΧΘΔΕΕ.

¹¹¹ Υπό τις άνω, στην παράγραφο 8, διακρίσεις περιπτώσεων.

«προφανούς/πρόδηλης μη αναγκαιότητας». Υπό αυτή την έννοια βρίσκουν και τα δικαιοπολιτικά τους ερείσματα οι θέσεις περί δικαστικού αυτοπεριορισμού.

Είναι επίσης κρίσιμο ότι η αρχή της αναλογικότητας δεν δύναται να ανατρέψει σαφείς και ειδικές συνταγματικές ρυθμίσεις. Δεν είναι για παράδειγμα δογματικά ορθό¹¹² ότι η αρχή της αναλογικότητας μπορεί να αλλοιώνει το περιεχόμενο της μάλλον αχρειαστής, βερμπαλιστικής¹¹³, κριθείσας ως αντίθετης με το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο¹¹⁴, αλλά ρητής και ειδικής ρύθμισης του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος¹¹⁵.

Η αρχή της αναλογικότητας, όπως εύστοχα σημειώθηκε¹¹⁶, εξελίσσεται σε μια «διάμεσο» της ελληνικής συνταγματικής τάξης και της ενωσιακής τάξης, αλλά και της ΕΣΔΑ. Ο κανόνας αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι ενιαίος στο ελληνικό συνταγματικό και στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Αποτελεί κορυφαία νομική παράμετρο συνταγματικής σύγκλισης.

Με την εποχή της αναλογικότητας σημειώνεται μια σημαντική πρόοδος στο κράτος δικαίου και στην πραγματική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων σε σχέση με την προηγούμενη περίοδο του δημοσίου συμφέροντος¹¹⁷. Μετά την ενθουσιώδη υποδοχή με την γενέθλιο απόφαση του ΣτΕ, η συνέχεια δόθηκε με τη συνταγματική και ενωσιακή ρητή κατοχύρωση-καταξίωση. Ήταν μακρά και ενδιαφέρουσα η φάση της νομολογιακής πολυχρωμίας. Τα θεμελιώδη δικαιώματα από δόγμα και υψιπετής γενική θεωρία δικαίου εξελίχθηκαν με την προσθήκη της αναλογικότητας και σε εφαρμοσμένο διοικητικό δίκαιο. Είναι όμως πλέον πιο χρήσιμα από ποτέ α) η συνειδητοποίηση της ενότητας του κανόνα δικαίου αναλογικότητα στο συνταγματικό και στο ενωσιακό δίκαιο, β) το ενιαίο και απλό τεστ αναλογικότητας και γ) η πρακτική ζυγοστάθμιση της αρχής της αναλογικότητας με το οργανωτικό συνταγματικό δίκαιο και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Με την αναλογικότητα σε στενή έννοια ο δικαστής υποστασιοποιεί την αποτελεσματική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Κορυφώθηκε δε ο δικαιοκρατικός έλεγχος του νομοθέτη και της διοίκησης. Χρειάζεται όμως μία διόρθωση με γνώμονα το οργανωτικό συνταγματικό δίκαιο και ιδίως με την δημοκρατική αρχή και την αρχή της διάκρισης των εξουσιών. Ιδίως καθόσον με τον εντατικό έλεγχο αναλογικότητας η νομοθετική λειτουργία τίθεται υπό διαρκή δικαστηριακή αμφισβήτηση, υπό

¹¹² Αν και είναι δικαιοπολιτικά εύστοχο.

¹¹³ Βλ. αναλυτικά Β. Τζέμος, Ο Βασικός Μέτοχος, 2006, με περαιτέρω παραπομπές.

¹¹⁴ Βλ. Β. Τζέμος, Βασικός Μέτοχος - Αναλογικότητα Σημειώσατε 2, Σχόλιο στην από 16.12.2008 απόφαση του ΔΕΚ για τον «Βασικό Μέτοχο», ΔιΜΕΕ 2008, σ. 536επ.

¹¹⁵ Έτσι όμως έκρινε κατ' αποτέλεσμα η απόφαση 3470//2011 του ΣτΕ για τον Βασικό Μέτοχο. Σύμφωνα με την σκέψη 9 «...ερμηνευόμενη η επίμαχη διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ως έχουσα, δηλαδή, την έννοια ότι απαγορεύει την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως σε διαγωνιζόμενο αποκλειστικώς και μόνον εκ γεγονότος ότι στο πρόσωπο του συντρέχει μια εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων, θα ήταν αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί αρχή τόσο της ελληνικής εννόμου τάξεως (κατοχυρούμενη, μάλιστα από το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ. 1 τελευταία περίοδο)...».

¹¹⁶ Δ. Νικηφόρος, Η αρχή της αναλογικότητας ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης, 2012.

¹¹⁷ Για το δημόσιο συμφέρον βλ. ενδεικτικά Ε. Βενιζέλος, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, 1990. Π. Λαζαράτος, Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης, ΘΠΔΔ 2013, σ. 684επ, Β. Τζέμος, Δημοκρατικό κράτος δικαίου, δυσχερή οικονομικά δεδομένα και συνταγματική ρήτρα «χρεοφρένου», ΘΠΔΔ 2011, σ.496επ.

νομολογιακή επιτροπεία. Ο δικαστής δεν επιτρέπεται να αποφαινεται περί της σκοπιμότητας, δεν είναι πολιτειολογικά ορθό να χαράσσει πολιτική διαφορετική από τη νομοθετική και την εκτελεστική λειτουργία.

Η εδώ προτεινόμενη «ενιαία αναλογικότητα-αναγκαιότητα» διατηρεί σημαντικό μέρος της δικαιοκρατικής προστιθέμενης αξίας του ελέγχου αναλογικότητας, επιδιωκώντας συμμετρία στις «γραμμές» των δημοσίων λειτουργιών. Συνεπάγεται μια αναλογική έκπτωση στα πολυτελή δικαιοκρατικά standards.