

Η ατελής προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ελλάδα και η ανάγκη υπαγωγής της δημόσιας παρέμβασης σε μία «δοκιμασία ελευθερίας»

Γεωργίου Δελλή

Καθηγητή Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ

Νικολάου Παπασπύρου

Επικούρου καθηγητή Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ

Όταν αναζητούνται τα όρια εντός των οποίων είναι επιτρεπτή η επέμβαση των φορέων δημόσιας εξουσίας στα θεμελιώδη δικαιώματα (γνωστά και ως «περιορισμοί των περιορισμών» των δικαιωμάτων), η συζήτηση στη ελληνική θεωρία συνήθως εξαντλείται σε δύο πολυχρησιμοποιημένους όρους: «σκληρός πυρήνας» και «αναλογικότητα». Οι περιορισμοί που επιβάλλονται για λόγους δημοσίου συμφέροντος δεν μπορεί να φτάνουν μέχρι την προσβολή του σκληρού πυρήνα των δικαιωμάτων και πρέπει πάντως να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας κατά το άρθρο 25.1 Σ.¹ Η τελευταία, παρότι εμφανίστηκε σχετικά όψιμα στο ελληνικό δημόσιο δίκαιο -ας όπεται η προσκόλλησή μας στο άρθρο των Γάλλων και η δυσανεξία τους για ο,τιδήποτε γερμανικής προέλευσης- κατέστη πλέον, μέσα και από το δίκαιο της ΕΕ, το «ψωμοτύρι» του δημοσιολόγου. Όταν εξετάζουμε τους επί πτυχίω φοιτητές μας στη Νομική της Αθήνας, οι ερωτήσεις που άπτονται των ορίων της κρατικής παρέμβασης παντρεύονται σχεδόν αυτόματα και μάλλον αβασάνιστα με την αρχή της αναλογικότητας, τα συνώνυμά της (να γίνει «στάθμιση») και τις συνιστώσες της (προσφορότητα, αναγκαιότητα, *stricto sensu* αναλογικότητα). Περίπου όπως ένας (κακός) γιατρός θα συνταγογραφήσει ένα αντιβιοτικό ευρέως φάσματος με το άκουσμα κάποιων συνηθισμένων συμπτωμάτων. Γνωρίζουμε πλέον ότι η υπερβολική χρήση τέτοιων σκευασμάτων είναι διπλά προβληματική: αφενός δεν θεραπεύει το συγκεκριμένο ασθενή, αφετέρου μειώνει συστημικά τη θεραπευτική αξία του φαρμάκου. Το ίδιο ισχύει, όμως, και για τη, δυσανάλογα συχνή, επίκληση της αρχής της αναλογικότητας στο δημόσιο δίκαιο. Από τη μία, είναι άστοχη στις ειδικότερες περιπτώσεις όπου η κρατική επέμβαση δεν είναι απλώς δυσανάλογη αλλά μη θεμιτή (τόσο για αξιακούς όσο και για πρακτικούς λόγους): η καταγραφή του θρησκευματος στις αστυνομικές ταυτότητες δεν πλήττει την αρχή της αναλογικότητας αλλά την ίδια την ελευθερία της συνείδησης. Από την άλλη -και τούτο είναι μάλλον το χειρότερο, ειδικά για την Ελλάδα-, δημιουργεί τις συνθήκες για ένα διάχυτο, υποδόριο κρατισμό. Για ένα σύστημα στο οποίο η κρατική ανάμιξη είναι καταρχήν αυτονόητη, αρκεί να λαμβάνει τις κατάλληλες *in concreto*

¹ Για το περιεχόμενο της αρχής, βλ. αντί πολλών, Π. Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 2012, 4^η εκδ., σελ. 210 επ., Σπ. Βλαχόπουλος, *Θεμελιώδη Δικαιώματα*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 25-6, Τζ. Ηλιοπούλου- Στράγγα, *Γενική Θεωρία Θεμελιωδών Δικαιωμάτων*, εκδ. Σάκκουλα, 2018, σελ. 65 επ., Κ. Χρυσόγονος/Σπ. Βλαχόπουλος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 127, Ε. Βενιζέλος, *Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου*, εκδ. Σάκκουλα, 2021, σελ. 387.

αποχρώσεις. Το φάρμακο «δια πάσαν νόσον» -ή και χωρίς να είμαστε καν βέβαιοι ότι υπάρχει νόσος- είναι δεδομένο (ο παρεμβατισμός), και ασχολούμαστε με την εκάστοτε κατάλληλη δοσολογία.

Η αλόγιστη καταφυγή στην αρχή της αναλογικότητας είναι ένα πρόβλημα που διέγνωσε στην Ελλάδα ο αείμνηστος Σταύρος Τσακυράκης.² Κατά το μέρος που υποδηλώνει, όχι ημιμάθεια, αλλά αφετηριακή προσχώρηση σε ένα συστημικό κρατισμό, η κατάχρηση του εργαλείου της αναλογικότητας υπονομεύει τη φιλελεύθερη βάση του συνταγματικού μας οικοδομήματος. Αδυνατεί να κατανοήσει την *προτεραιότητα* της ελευθερίας, τόσο ως αξιακού θεμελίου -για την προστασία των ατόμων ώστε να αυτοπροσδιορίζονται ως φορείς ίσης ελευθερίας- όσο και ως προαπαιτούμενο για τις πλέον αποτελεσματικές επιλογές χάριν της κοινωνικής ευημερίας.³ *Ο δημοκρατικός φιλελευθερισμός επιτάσσει, στο όνομα της ελευθερίας, να υπάρχει και ένα, πρότερο της αναλογικότητας, συστημικό εμπόδιο στην περιοριστική (και εν γένει ρυθμιστική) δημόσια δράση.* Το εμπόδιο αυτό υπερβαίνει την απλοϊκή και αποσπασματική αναζήτηση του σκληρού πυρήνα εκάστου δικαιώματος.

Κατά την έρευνά μας, αμφότεροι εντοπίσαμε τη σημασία ενός τέτοιου αφετηριακού ορίου, εκκινώντας από διαφορετική οπτική γωνία. Ο ένας, χρησιμοποιώντας την οδό της οικονομικής ανάλυσης και τη θεωρία της ορθολογικής επιλογής, αναφέρθηκε στην *επικουρικότητα* της δημόσιας παρέμβασης έναντι της ιδιωτικής δράσης. Ο δεύτερος, με περισσότερο καντιανές και φιλοσοφικές επιρροές, επισήμανε την ανάγκη να εξετάζεται η *θεμιτή συνάφεια* της παρέμβασης αυτής με την ανθρώπινη ελευθερία.⁴ Παρά τις διαφορές τους, οι δύο διαδρομές καταλήγουν στην πρόταξη μίας *δοκιμασίας* (ενός τεστ, αν θέλετε), την οποία οφείλει να ανταπεξέλθει με επιτυχία κάθε κρατικό μέτρο δημόσιας ρύθμισης, ώστε στη συνέχεια να εξεταστεί κατά πόσον το ίδιο μέτρο είναι σύμφωνο ή όχι και με την αρχή της αναλογικότητας. Πρόκειται για μία «*δοκιμασία ελευθερίας*», στο πλαίσιο της οποίας αξιολογείται κατά πόσο αφενός η ρυθμιστική δράση σέβεται την προτεραιότητα της κοινωνίας και των ελεύθερων θεσμών, αφετέρου τα μέσα που χρησιμοποιεί τελούν σε θεμιτή συνάφεια με τις αρχές της ίσης ελευθερίας.

Στο κείμενο που ακολουθεί, θα επιχειρήσουμε να αναλύσουμε περαιτέρω την παραπάνω θέση μας, εξηγώντας παράλληλα γιατί το «τεστ» που προτείνουμε προηγείται και διαφέρει εκείνων του σκληρού πυρήνα και της

² S. Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?* 7 *International Journal of Constitutional Law* (2009) σελ. 468-493. Βλ. και Π. Σούρλας, *Δίκαιο και Δικανική Κρίση, μια φιλοσοφική αναθεώρηση της μεθοδολογίας του δικαίου*, Παν. Εκδόσεις Κρήτης, 2017, σελ. 764-771.

³ Το πρόβλημα αυτό εντοπίζει και ο Ν. Αλιβιζάτος στο βιβλίο του, *Το Σύνταγμα και οι εχθροί του στην Νεοελληνική Ιστορία, 1880-2010*, Πόλις 2011.670, κατά τον οποίο, η εθνική συνταγματική ανάγνωση «*ευνοούσε για μεγάλα χρονικά διαστήματα τον εξισωτισμό έναντι της αξιοκρατίας, τον κρατικό πατερναλισμό έναντι του ατομικού αυτοκαθορισμού, τον παρεμβατισμό έναντι της επιχειρηματικής ελευθερίας*».

⁴ Γ. Δελλής, *Δήμος και Αγορά*, εκδ. Ευρασία, 2018, και Ν. Παπασπύρου, *Συνταγματική Ελευθερία και Δημόσιοι Σκοποί*, εκδ. Σάκκουλα, 2019.

αναλογικότητας αλλά και γιατί η συγκεκριμένη προβληματική δεν φαίνεται να έχει απασχολήσει επαρκώς μέχρι σήμερα. Ελπίζουμε να συνεισφέρουμε σε μία συζήτηση η οποία απασχολεί όσους καλούνται να εγγυηθούν τα θεμελιώδη δικαιώματα στην Ελλάδα, όπως είναι, κατεξοχήν, η *Κατερίνα Σακελλαροπούλου*, διαχρονική υπερασπιστής της ελευθερίας σε όλες της τις μορφές, πρώτα ως μέλος και ως Πρόεδρος του Συμβουλίου της Επικρατείας, σήμερα ως Πρόεδρος της Ελληνικής Δημοκρατίας.

I. Γιατί τα παραδοσιακά εργαλεία προστασίας των δικαιωμάτων είναι ανεπαρκή

A. Η θεωρία του πυρήνα των δικαιωμάτων, τα όρια και τα προβλήματα της

Προκαταρκτικά, θα μπορούσε κανείς να μας αντιτάξει ότι η θεωρία του πυρήνα του δικαιώματος μπορεί να καλύψει το πρόβλημα που επισημαίνουμε. Με άλλα λόγια, ότι θέτει επαρκώς ένα, πρότερο της αναλογικότητας, εμπόδιο στη δημόσια παρέμβαση. Υπάρχουν, ωστόσο, σοβαρές δυσχέρειες σε ένα τέτοιο εγχείρημα. Είναι καταρχήν αληθές ότι ο πυρήνας, η «ουσία» των δικαιωμάτων -“the essence” είναι ο όρος που χρησιμοποιείται συχνότερα στη διεθνή νομολογία- αποδίδει σε αυτά ένα προστατευτικό περιεχόμενο το οποίο δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο διαπραγμάτευσης.⁵ Ωστόσο, η έννοια αυτή γίνεται συνήθως αντιληπτή πρωτίστως ως στοιχείο ποσοτικό και απόλυτο: αφορά σε ένα ελάχιστο μέγεθος απόλαυσης των εκάστοτε προστατευόμενων αγαθών που το κράτος απαγορεύεται να προσβάλει υπό οιαδήποτε συνθήκη. Τούτο είναι, όμως, απλοϊκό, ατελές και, μοιραία, προβληματικό.

Το πρόβλημα εντοπίζεται στην ιδιαίτερα στενή οπτική υπό την οποία γίνεται αντιληπτή η έννοια του πυρήνα. Είναι λάθος το μη διαπραγματεύσιμο περιεχόμενο ενός δικαιώματος να συνάγεται μόνο από τα προστατευόμενα συμφέροντα, αποκλειστικά από το «πόσο αφόρητα πολύ» θίγεται ο συγκεκριμένος φορέας τους. Επιβάλλεται να συναρτάται με μία ευρύτερη - θεσμική και «συστημική»- οπτική. Να προκύπτει, αφενός από την ένταξη του δικαιώματος σε ένα σύστημα «ίσης» ελευθερίας -εκείνο το οποίο υπηρετεί ο δημοκρατικός φιλελευθερισμός- και, αφετέρου, από την συνεκτίμηση του «λόγου» για τον οποίο η δημόσια εξουσία επιθυμεί να επέμβει στην άσκηση του. Ακόμη και για να διαγνώσουμε αν ορισμένη μορφή επέμβασης συνιστά λ.χ. εξευτελιστική μεταχείριση ή βασανιστήριο (από τα πλέον κλασικά παραδείγματα απόλυτης προστασίας), οφείλουμε να εξετάσουμε το ευρύτερο πλαίσιο, το λόγο για τον οποίο αυτή τελείται. Η αναζήτηση αφετηριακών, «απόλυτα κόκκινων γραμμών» στα δικαιώματα -γραμμών οι οποίες είναι παντός καιρού και φτιαγμένες από γρανίτη- αποτελεί ένα υπέροχα βολικό και δημοφιλές εγχείρημα. Οδηγεί, δυστυχώς, τους θεωρητικούς των δικαιωμάτων να συγχέουν τον ιδεαλισμό με την πραγματικότητα (ας θυμηθούμε, προ

⁵ Για σύντομη της διεθνούς προβληματικής γύρω από την έννοια του ουσιαστικού περιεχομένου των δικαιωμάτων βλ. το ειδικό αφιέρωμα στο ζήτημα στο τεύχος 6 του τόμου 20 του περιοδικού *German Law Journal* (2019).

οικονομικής κρίσης, το θεώρημα/ευφυολόγημα του κοινωνικού κεκτημένου για προϋφιστάμενες κρατικές παροχές, το οποίο κατέρρευσε όταν άδειασε το δημόσιο ταμείο). Πιο πρόσφατα, η πανδημία ανέδειξε πτυχές επιτρεπτής ρύθμισης και σε ζητήματα λιγότερο ακραία από τον εξευτελισμό και τα βασανιστήρια –όπως η ελευθερία των μετακινήσεων- οι οποίες, σε άλλες, πιο ανέμελες εποχές, θα φάνταζαν εξ ορισμού ανεπίτρεπτες.

Εξάλλου, ο σκληρός πυρήνας μεγάλου αριθμού δικαιωμάτων (ιδίως εκείνων με οικονομικό χαρακτήρα), όπως παραδοσιακά τον αντιλαμβανόμαστε, είναι από τη φύση του ιδιαίτερα στενός, σχεδόν αδιόρατος. Σαν ένα μόνο μικροσκοπικό κουκούτσι μέσα σε ένα πολύ μεγάλο καρπούζι. Θυμηθείτε τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για την οικονομική ελευθερία του άρθρου 5.1 Σ, κατά την οποία, οι «απόλυτα κόκκινες γραμμές» είναι -ορθότατα- ελάχιστες⁶. Η εξήγηση είναι απλή. Τα συγκεκριμένα δικαιώματα, συνδεδεμένα με τη χρήση πεπερασμένων πόρων (όπως σχεδόν κάθε τι με οικονομική αξία) ενδέχεται να εμφανίζουν σημαντικές κοινωνικές παρενέργειες: εκείνες τις οποίες οι οικονομολόγοι θα ονόμαζαν «αρνητικές εξωτερικότητες». Ως εκ τούτου, δύσκολα μπορεί κανείς να καταλήξει σε απόλυτα προστατευόμενες εκφάνσεις των εν λόγω ελευθεριών δίχως να τα εντάξει προηγουμένως στο προσήκον κοινωνικό πλαίσιο.

Η έλλειψη τέτοιων εκφάνσεων δεν σημαίνει, εντούτοις, πως δεν υπάρχουν αδιαπραγμάτευτα όρια απέναντι στη δημόσια παρέμβαση. Μόνο που καλούμαστε να τα αναζητήσουμε πέρα και έξω από την απλοϊκή θεωρία του πυρήνα των δικαιωμάτων. Διότι, όσο συνεχίζουμε να ταυτίζουμε τα αδιαπραγμάτευτα όρια με τη συγκεκριμένη νομική κατασκευή, υποπίπτουμε σε ένα διπλό σφάλμα. Πρώτον, συρρικνώνουμε το αδιαπραγμάτευτο πεδίο του δικαιώματος σε μία πολύ μικρή λίστα οφθαλμοφανών παραβιάσεων. Το πεδίο αυτό πρέπει να περιλαμβάνει και πλειάδα άλλων περιπτώσεων θεσμικά μη αποδεκτής κρατικής επέμβασης, οι οποίες εκφεύγουν από τη θεώρηση του πυρήνα. Δεύτερον, κινδυνεύουμε να μην εντοπίσουμε σε τί συνίσταται η ειδοποιός διαφορά του πυρήνα ενός δικαιώματος από τις καταστάσεις εκείνες που αρμόζει να αντιμετωπίζονται νομικά υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας. Από τη στιγμή που ο πυρήνας περιγράφεται συνήθως ως το ειδικότερο πεδίο ελάχιστης έντασης προστασίας για κάθε δικαίωμα, καταλήγει συχνά να εκφυλίζεται σε μία υποκατηγορία, έστω πρόδηλη, εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας.⁷ Σε μία υποκατηγορία των

⁶ Ενδεικτικά, οι απαγορεύσεις επιβολής *numerus clausus* για την άσκηση συγκεκριμένης επαγγελματικής δραστηριότητας (ΣτΕ 1665-1666/2011 Ολ., για τα βυτιοφόρα, και ΣτΕ 3665/2005 Ολ., για τα φαρμακεία), επέμβασης σε υφιστάμενη συμβατική σχέση (ΣτΕ 1972/2012 Ολ. και 1909-1910/2001 Ολ.) ή εξαναγκασμού διενέργειας συναλλαγών επί ζημιά (ΣτΕ 3624-3625/2001, για την ανώτατη τιμή πώλησης αλεύρων, και ΣτΕ 85/2006 και 3055/2007, για την ανώτατη τιμή πώλησης φαρμάκων). Πάντως, και στις περιπτώσεις αυτές, δεν είναι σαφές κατά πόσον τέτοιες προσβολές θίγουν τον πυρήνα καθαυτό ή παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας.

⁷ Αυτή είναι η θέση του Robert Alexy, ο οποίος θεωρεί ότι όσο προσεγγίζουμε τον πυρήνα, αυξάνεται δυσανάλογα (με την περιφέρεια) η ισχύς του δικαιώματος! *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002, σελ. 193-195. Για την αντίστοιχη

εκδηλώσεων εκείνων του δικαιώματος οι οποίες υπερέχουν εξ ορισμού από τα κάθε λογής αντίρροπα συμφέροντα. Αλλά τότε, ο πυρήνας συγχέεται με το πεδίο της αναλογικότητας, αδυνατώντας να αποτυπώσει πλήρως και με σαφήνεια όλα τα αδιαπραγμάτευτα όρια που αναζητούμε. Κάτι που εξηγεί, ίσως, γιατί οι φοιτητές μας συγχέουν τον πυρήνα του δικαιώματος με τους έκδηλα δυσανάλογους περιορισμούς του.

Εν κατακλείδι, δεν αρνούμαστε εντελώς τη χρηστικότητα της θεωρίας του πυρήνα, ιδίως για καταφανείς καταστάσεις δημόσιας αυθαιρεσίας. Επισημαίνουμε, ωστόσο, ότι η συγκεκριμένη θεωρία είναι ατελής, αποσπασματική και εγκλωβισμένη στις ιδιαιτερότητες κάθε μεμονωμένου δικαιώματος. Παρότι στην παραδοσιακή διδασκαλία ο πυρήνας αναζητείται συνδυαστικά με την γενικότερη αρχή της αξίας του ανθρώπου, η αναζήτηση αυτή στερείται εν τέλει της αναγκαίας ευρύτητας. Όπως εξηγείται στη συνέχεια, της λείπει μία «συστημικά φιλελεύθερη προσέγγιση», η οποία θα λαμβάνει ευθέως υπόψη τα θεμελιώδη δομικά συστατικά των συνταγματικών δικαιωμάτων. Αλλά πώς να δει κανείς το «σύστημα», όταν περιστρέφεται γύρω από κάτι τόσο εσωστρεφές και εστιασμένο όπως είναι ένας «πυρήνας»;

B. Τεστ αναλογικότητας, αναποτελεσματικές δημόσιες επιλογές και υφέρων κρατισμός

Ας δούμε τώρα και γιατί η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας -το τεστ αναλογικότητας που διενεργείται συνήθως ενώπιον των δικαστηρίων κατά την επίλυση συγκεκριμένης διαφοράς- οδηγεί σε άτοπα αποτελέσματα όταν χρησιμοποιείται «δια πάσαν νόσον». Το συγκεκριμένο τεστ εμφανίζει εγγενή όρια και αδυναμίες τα οποία, όταν παραγνωρίζονται, οδηγούν σε αστοχίες και καλλιεργούν τον κρατισμό. Η σχέση της αρχής της αναλογικότητας με αναποτελεσματικές δημόσιες επιλογές αλλά και με έναν αντιφιλελεύθερο κρατισμό είναι, δυστυχώς, υπαρκτή και έντονη. Θα επιχειρήσουμε να φωτίσουμε ορισμένες όψεις της.

Καταρχάς, η αρχή της αναλογικότητας προσεγγίζει το «νόμιμο» της δημόσιας παρέμβασης από την πλευρά ενός συγκεκριμένου προσώπου -έστω ομάδας προσώπων- που υφίστα(ν)ται βλάβη σε προστατευόμενα συμφέροντά τους. Μία τέτοια προσέγγιση καταλήγει να αντιμετωπίζει τη συνταγματικότητα και την ορθολογικότητα της εξεταζόμενης ρύθμισης από εξ ορισμού μερική (άρα ατελή) σκοπιά. Τα ρυθμιστικά ζητήματα είναι από τη φύση τους ευρύτερα και πολύ πιο σύνθετα: σπάνια εμπλέκεται μόνο το συμφέρον του αιτούντος (ή, έστω, όσων τελούν σε παρόμοια με αυτόν κατάσταση) και κάποιος αντίρροπος δημόσιος σκοπός. Στην πλειονότητα των περιπτώσεων, η δημόσια ρύθμιση αφορά συστημικά στους πάντες, ή έστω τους περισσότερους από εμάς και πάντως πολύ περισσότερους από εκείνους οι οποίοι επικαλούνται - από τη δική τους μόνο σκοπιά- την αρχή της αναλογικότητας. Αφορά σε ένα πλήθος τρίτων προσώπων (και συμφερόντων) τα οποία είναι απόντα από τη

προβληματική προσδιορισμού ακόμη και της αξίας του ανθρώπου βάσει σταθμίσεων βλ. Θ. Αντωνίου, *Ο σεβασμός της αξίας του ανθρώπου ως αρχή και δικαίωμα στο Σύνταγμα του 1975*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2010.

δίκη και από κάθε άλλη διαδικασία κρίσης, στο πλαίσιο της οποίας εφαρμόζεται το τεστ αναλογικότητας. Το πλήθος αυτό -αλλά και η κοινωνική ευημερία ως απρόσωπη συνισταμένη του συγκεκριμένου πλήθους- επηρεάζονται εξ ορισμού από το κρινόμενο κρατικό μέτρο, καθώς και από κάθε άλλο εναλλακτικό μέτρο το οποίο θα υποκαθιστούσε το κρινόμενο εφόσον τούτο θεωρηθεί «μη αναγκαίο» (επειδή τα εναλλακτικά μέτρα είναι ηπιότερα για τον αιτούντα) ή «δυσανάλογο». Η προσβολή μίας συνταξιοδοτικής περικοπής από ορισμένη ομάδα προσώπων στο όνομα της αρχής της αναλογικότητας ενδιαφέρει, επίσης, (α) τις υπόλοιπες κατηγορίες συνταξιούχων, (β) τους υφιστάμενους ασφαλισμένους οι οποίοι θα πρέπει να χρηματοδοτήσουν την άρση της περικοπής, (γ) τους μελλοντικούς ασφαλισμένους, (δ) τους φορολογούμενους, (ε) όσους απολαμβάνουν άλλες πτυχές του κοινωνικού κράτους οι οποίες θα υποχρηματοδοτηθούν ώστε να μην εφαρμοστεί η συγκεκριμένη περικοπή, κλπ. Οι διαστάσεις αυτές, τις οποίες αδυνατούν να υπερασπιστούν αποτελεσματικά οι εκπρόσωποι του Δημοσίου όταν επικαλούνται αορίστως το γενικό συμφέρον⁸, συνθέτουν τη συστημική όψη του υπό ρύθμιση ζητήματος και ξεφεύγουν από το ραντάρ του τεστ αναλογικότητας. Αυτό το διαπιστώσαμε, με δυσάρεστο τρόπο, στη νομολογία για τις περικοπές αποδοχών και συντάξεων, όπου μέρος της νομολογίας είδε μόνο την μία πλευρά του φεγγαριού.⁹ Τούτο έχει ως δυσάρεστο αποτέλεσμα να προκρίνονται, μέσω της αρχής της αναλογικότητας (παραγνωρίζοντας τα συστημικά της όρια), λιγότερο αποτελεσματικές επιλογές για την κοινωνική ευημερία.

Εάν η προαναφερθείσα δυσλειτουργία του τεστ αναλογικότητας έχει απασχολήσει μέρος της νομικής σκέψης στην Ελλάδα, δεν ισχύει το ίδιο για το ακριβώς αντίστροφο πρόβλημα. Αναφερόμαστε στην περίπτωση κατά την οποία, η βλάβη που υφίσταται ο επικαλούμενος την προσβολή των δικαιωμάτων του είναι *in concreto* ήσων. Ως εκ τούτου, η βλάβη αυτή δεν υπερβαίνει το αναγκαίο κατώφλι έντασης ώστε να αμφισβητηθεί η συνταγματικότητα του συγκεκριμένου μέτρου από τη σκοπιά της αρχής της αναλογικότητας. Την ίδια στιγμή, ωστόσο, το μέτρο αυτό ενδέχεται να είναι *θεσμικά* και *συστημικά* προβληματικό: να προσβάλλει και να αλλοιώνει τις θεσμικές εγγυήσεις της ελευθερίας και την απρόσκοπτη λειτουργία των συναινετικών δομών με τις οποίες αυτή συναρτάται. Για παράδειγμα, πριν από μερικά χρόνια, ο νομοθέτης αποφάσισε να καταργήσει/υποκαταστήσει τον μηχανισμό καταγραφής και ιχνηλάτησης (μέσω μικροτσιπ) των ζώων συνοδείας, τον οποίο είχαν δημιουργήσει οι κτηνιατρικοί σύλλογοι της χώρας, με ένα αμιγώς κρατικό σύστημα μηχανοργάνωσης και εποπτείας. Η συγκεκριμένη νομοθεσία ελήφθη χωρίς προηγουμένως να εξετασθεί κατά πόσον ο συναινετικός μηχανισμός των φορέων της ιδιωτικής κοινωνίας (το

⁸ Το Δημόσιο και οι εντολοδόχοι του δεν εκπροσωπούν ευθέως τις συγκεκριμένες ομάδες συμφερόντων, οπότε δεν έχουν ούτε το κίνητρο ούτε τη γνώση/πληροφορία που απαιτούνται για την προαγωγή των συμφερόντων αυτών.

⁹ Βλ. Ι. Σαρμάς, *Η λήψη υπόψη εμπειρικών δεδομένων κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας διατάξεων με τις οποίες επιβάλλεται περικοπή αποδοχών (το ζήτημα της "αιτιολογίας" του νόμου)*, σε *Το Σύνταγμα εν εξελίξει, Τιμητικός Τόμος για τον Αντώνη Μανιτάκη*, εκδ. Σάκκουλα, 2019, σελ. 463.

σύστημα των κτηνιάτρων) λειτουργούσε αποτελεσματικά για την προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος και εάν η ριζική αυτή παρέμβαση είναι απαραίτητη. Ο ανώτατος ακυρωτικός δικαστής, όταν κλήθηκε να εξετάσει τη συνταγματικότητα της ρύθμισης (ΣτΕ 2073/2017), παράκαμψε τις ενστάσεις των κτηνιατρικών συλλόγων. Έκρινε πως δεν θίγεται ο πυρήνας ούτε επιβάλλεται δυσανάλογος περιορισμός κάποιου δικαιώματος από ένα τέτοιο μέτρο οργάνωσης της δημόσιας εποπτείας, για το οποίο ο νομοθέτης απολαμβάνει καταρχήν ευρύτατης εξουσίας. Ο συλλογισμός είναι μεν ορθός - μιας και, όντως, η όποια προσβολή της επαγγελματικής ελευθερίας ήταν, *in concreto*, ήσσονος εντάσεως- πλην όμως ανοίγει διάπλατα την πόρτα στον κρατισμό: στην δυνητικά αχρείαστη υποκατάσταση ιδιωτικών επιλογών και θεσμών από τους αντίστοιχους δημόσιους. Διαπιστώνεται, επομένως, πως το τεστ αναλογικότητας αδυνατεί να αποτρέψει μη θεμιτές μορφές παρεμβατισμού όταν η ένταση της προσβολής είναι μικρή. Πρόκειται για περιπτώσεις στις οποίες, *πριν καν εφαρμοστεί το τεστ αναλογικότητας*, έπρεπε να εξετασθεί κατά πόσον η συναινετική λειτουργία των οριζόντιων θεσμών της ιδιωτικής κοινωνίας είναι *συστημικά* επαρκής για να διασφαλισθούν οι σκοποί γενικού συμφέροντος που συνθέτουν την κοινωνική ευημερία. Η συγκεκριμένη διάσταση της «δοκιμασίας ελευθερίας», στην οποία προσηύκει να υποβάλλεται κάθε κρατικό μέτρο στο όνομα των φιλελεύθερων βάσεων της έννομης τάξης, συναρτάται με την επικουρικότητα της κρατικής δράσης. Η διάσταση αυτή προηγείται και πάντως διαφέρει από την αρχή της αναλογικότητας, όπως η τελευταία εφαρμόζεται μέσω *in concreto* σταθμίσεων.

Τα προβλήματα του τεστ αναλογικότητας δεν σταματούν εδώ. Ένα άλλο ελάττωμά του -ή, πάντως, του τρόπου με τον οποίο εφαρμόζεται στην πράξη- αφορά στο θεμιτό ή μη της διασύνδεσης των σταθμιζόμενων συμφερόντων. Η καταφυγή στην αναλογικότητα (ακόμη και στο πρώτο της στάδιο, την προσφορότητα, εμφανέστατα δε στις σταθμίσεις που διενεργούνται στο δεύτερο στάδιο, κατά τον έλεγχο εναλλακτικών μέτρων, και στο τρίτο, την στάθμιση) προϋποθέτει ότι τα επιμέρους συμφέροντα είναι ανταλλάξιμα. Ότι, δηλαδή, είναι καταρχήν θεμιτό να θιγούν ορισμένα από αυτά προκειμένου να υπηρετηθούν κάποια άλλα. Όταν καθένας από εμάς αποφασίζει πώς θα χαράξει τον βίο του, καθορίζει ο ίδιος πώς θα αξιολογήσει αμοιβαία οφέλη και κινδύνους και αν θα ακολουθήσει ένα συνεκτικό ή όχι πλάνο ζωής. Όταν όμως πρόκειται για συμφέροντα διαφορετικών προσώπων, τίθεται προκαταρκτικά το ερώτημα αν είναι θεμιτό να ανταλλάσσονται κάποια συμφέροντα ορισμένων από αυτούς προκειμένου να προαχθούν κάποια άλλα συμφέροντα τρίτων ή ακόμη και του γενικού συνόλου (για παράδειγμα, το συμφέρον μου να ανοίγω το κατάστημά μου τις Κυριακές, στο οποίο εργάζομαι μόνο ο ίδιος, ώστε οι ανταγωνιστές μου να μπορούν να μην εργάζονται και να απολαμβάνουν άλλα δικαιώματά τους)¹⁰. Όπως έχει διεισδυτικά παρατηρήσει ο *John Rawls*, η σύγκυση ανάμεσα στις δύο οπτικές -την αμιγώς ιδιωτική/ατομικοκεντρική και τη δημόσια/εναρμονιστική- προσβάλλει τη «διακρίσιμότητα» των προσώπων (ως αν η κοινωνία να είναι ένα άτομο) και

¹⁰ ΣτΕ (Ολ) 100/2017 και ΣτΕ (Δ) 18/2019.

ολισθαίνει σε αντιλήψεις κοινωνικής μηχανικής.¹¹ Μέχρι ποιου σημείου είναι, για παράδειγμα, θεμιτό να διασυνδεθεί η επιλογή ορισμένων μελών της κοινωνίας να μην εμβολιάζονται κατά μίας πανδημικής ασθένειας με ορισμένες εκφάνσεις της ζωής τους, όπως η φορολογική τους μεταχείριση, η πρόσβαση σε κοινωνικές παροχές, η παρακολούθηση μίας ταινίας σε θερινό κινηματογράφο ή η χρήση των δημόσιων μέσων μεταφοράς; Τα μέτρα αυτά ενδέχεται να καλύπτουν τις προδιαγραφές του τεστ αναλογικότητας -ιδίως όταν οι περιορισμοί ή τα «αντικίνητρα» είναι ήσσονος έντασης- δεν είναι όμως προφανές ότι θα κάλυπταν και εκείνες ενός τεστ «θεμιτής συνάφειας». Δεν υποστηρίζουμε εδώ ότι η απάντηση θα ήταν αναγκαστικά αρνητική για το θεμιτό των εν λόγω μέτρων αλλά ότι, πάντως, το εργαλείο της αναλογικότητας αδυνατεί να φωτίσει και να προλάβει μορφές ενδεχόμενης «εργαλειοποίησης» των ατόμων¹².

Μία ακόμη, συναφής αδυναμία της αρχής της αναλογικότητας έγκειται στον άνωθεν (*up to bottom*) τρόπο με τον οποίο αντιλαμβάνεται -και μοιραία εξισώνει- τα επιμέρους προστατευόμενα συμφέροντα. Βλέπει τα πράγματα από την πλευρά του «σοφού εφαρμοστή» του τεστ αναλογικότητας (συνήθως του δικαστή). Θυμίζει, ως ένα βαθμό, την οπτική ενός συνετού *pater familias*, ο οποίος ενδιαφέρεται για την κατανομή των παιχνιδιών στα νεώτερα μέλη της οικογένειας ή τη διευθέτηση ενός οικογενειακού καυγά. Με άλλα λόγια, το τεστ αναλογικότητας δεν μπορεί παρά να λειτουργεί *πατερναλιστικά*. Έτσι, όμως, ενδέχεται να παραγνωρίζει την πλέον βασική λειτουργία του δικαίου εδώ και αιώνες. Το δίκαιο δεν επεμβαίνει για να «βάλει τους πάντες στο ίδιο καλούπι» αλλά για να προτάξει τους θεσμούς εκείνους οι οποίοι διασφαλίζουν το αναγκαίο πλαίσιο ελευθερίας στα υποκείμενα δικαίου. Ο στόχος αυτός προφανώς δεν επιτυγχάνεται με την ανάθεση *πρωτογενώς* (η έμφαση έχει σημασία) σε κάποιο όργανο -νομοθέτη, κρατικό επίτροπο ή δικαστή- να αποφασίζει άνωθεν για την προσήκουσα στάθμιση των συμφερόντων των μελών της κοινωνίας. Πριν την «πατερναλιστική θεραπεία των ελαττωμάτων της ελευθερίας», με την οποία συναρτάται το τεστ αναλογικότητας, προηγείται η *διαμόρφωση κοινωνικών και νομικών θεσμών με όσο το δυνατόν περισσότερο συναινετικό πρόσημο, μέσα από τη λειτουργία των οποίων καταρχήν επιτυγχάνεται, χάρη στη χρήση της ελευθερίας, η ικανοποίηση των ανθρωπίνων συμφερόντων και αναγκών*. Πρόκειται σε μεγάλο βαθμό για δομές όπου η άσκηση ατομικής ελεύθερης βούλησης παίζει καταλυτικό ρόλο. Οι θεσμικές αυτές κατασκευές αφορούν, ενδεικτικά, στην

¹¹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, 1999, σελ. 24 και 163-65 [στην ελληνική: Τζων Ρωλς, *Θεωρία της Δικαιοσύνης*, εκδ. Πόλις, 2001].

¹² Για παράδειγμα, το μέτρο σύμφωνα με το οποίο δεν χορηγούνται δωρεάν *covid* τεστ σε μη εμβολιασμένους εργαζόμενους δεν πλήττει με επαρκή ένταση κανένα από τα δικαιώματά τους (ισότητα, οικονομική ελευθερία και εργασία, υγεία) ώστε να θεωρηθεί δυσανάλογο. Δεν θα πρέπει όμως προηγουμένως να αναρωτηθούμε εάν είναι «θεμιτό» να διασυνδέεται ένα οικονομικό μέτρο πολιτικής υγείας με μία προσωπική επιλογή αυτοπροσδιορισμού; Προς αποφυγή παρεξηγήσεων, και οι δύο μας μάλλον κλίνουμε προς μία θετική απάντηση υπό προϋποθέσεις, πλην όμως το τεστ «θεμιτότητας» το οποίο προτείνουμε για το συγκεκριμένο μέτρο δεν έχει καμία σχέση με την αρχή της αναλογικότητας.

ανταλλαγή αγαθών και ιδεών (αγορά, κανόνες ενδοτικού δικαίου, ελευθεροτυπία, διαδίκτυο), την απόκτηση αγαθών (ιδιοκτησία), την οικογενειακή συνύπαρξη (γάμος και εναλλακτικές μορφές συμβίωσης) ή την ελεύθερη σχέση του ανθρώπου με το θείο (ανεξιθρησκεία, λατρεία). Τέτοιες δομές, στο πλαίσιο των οποίων λαμβάνονται οι σημαντικότερες αποφάσεις που επηρεάζουν καθημερινά τη ζωή μας, εφόσον είναι αρκούντως ανοιχτές, μπορούν να εγγυηθούν λύσεις που χαρακτηρίζονται από περισσότερη δικαιοσύνη, ευημερία και κοινωνική ευστάθεια, από ότι αν ανατίθεντο οι οικείες αποφάσεις είτε στη διοίκηση, είτε στο δικαστή, είτε σε συνδυασμό αμφοτέρων.

Συναφώς, η πρώτη και πλέον κρίσιμη αποστολή του δικαίου είναι να εγγυάται την ύπαρξη, τον ανοιχτό χαρακτήρα και την προσβασιμότητα των συγκεκριμένων δομών. Σε επόμενο στάδιο, και μόνον εφόσον η αυθόρμητη λειτουργία των θεσμικών αυτών εγγυήσεων αποδεικνύεται ανεπαρκής, αναποτελεσματική και εν τέλει άδικη, αρμόζει να ενεργοποιείται η δεύτερη, πιο «Σολομώντεια» αποστολή του δικαίου, στο πλαίσιο της οποίας οι *in concreto* σταθμίσεις δεν μπορεί παρά να ενέχουν και κάποιες δόσεις πατερναλισμού. Το τεστ αναλογικότητας -εργαλείο της δεύτερης αυτής αποστολής του δικαίου- αδυνατεί, ελλείπει επαρκούς ορίζοντα, να αποδώσει την αναγκαία σημασία στη θεσμική και συστημική διάσταση του νομικού φαινομένου. Δεν είναι και ο σκοπός του αυτός. Όταν ενεργοποιείται, έχει ουσιαστικά γίνει αποδεκτός ο, συστημικά θεμιτός, χαρακτήρας της δημόσιας παρέμβασης. Βάζει στη ζυγαριά τα ατομικά συμφέροντα του συγκεκριμένου προσώπου ή προσώπων ώστε να δει εάν αυτά πλήττονται κατά τρόπο δυσανάλογο από το κρατικό μέτρο. Θα πρέπει, πολύ πριν επιλεγεί η οδός της κρατικής επέμβασης και πάντως του πατερναλισμού, να εξετασθεί εάν η υπό έλεγχο δημόσια ρύθμιση είναι θεσμικά θεμιτή. Ή εάν, αντίστροφα, προϋφιστάμενες, πιο συναινετικές επιλογές και δομές της ιδιωτικής κοινωνίας υπηρετούν αποτελεσματικά την κοινωνική ευημερία ως γενικό συμφέρον, οπότε η δημόσια παρέμβαση κινδυνεύει να αλλοιώσει την ελεύθερη και ανοιχτή λειτουργία τους.

II. Η ανάγκη υπαγωγής της κρατικής δράσης σε μία «δοκιμασία ελευθερίας» ώστε να διασφαλίζεται η πρόταξη των συναινετικών θεσμών και η θεμιτή συνάφεια της δημόσιας παρέμβασης.

A. Η πρόταξη των ανοικτών συναινετικών θεσμών και ο ρόλος του κράτους

Στο δημόσιο δίκαιο, κάνουμε συχνά αναφορά στις «φιλελεύθερες βάσεις» του πολιτεύματος και της έννομης τάξης μας, τόσο της εθνικής όσο και της ευρωπαϊκής. Δεν φαίνεται όμως να αντιλαμβανόμαστε πλήρως τη σημασία και την εμβέλεια της αναφοράς μας αυτής. Στην συνήθη περίπτωση, την ταυτίζουμε με την κατοχύρωση ενός σώματος θεμελιωδών δικαιωμάτων το οποίο προστατεύει τα άτομα και τις κοινωνικές ομάδες απέναντι στην αυθαιρεσία της πλειοψηφίας, δηλαδή από κινδύνους που απορρέουν από την άλλη, τη δημοκρατική όψη του πολιτεύματος (την οποία, παρά την ισχυρή φιλοσοφική κριτική, στην νομική κουλτούρα εξακολουθούμε να

εκλαμβάνουμε πρωτίστως διαδικαστικά). Στην καλύτερη περίπτωση, επικαλούμαστε την αρχή *in dubio pro libertate*.¹³ Ωστόσο, η αρχή αυτή δεν τυγχάνει πρακτικής εφαρμογής στη νομολογία, λόγω της φύσης της ως ερμηνευτικού κανόνα άρσης αμφιβολιών, ασαφούς μάλιστα ουσιαστικού περιεχομένου.

Το φιλελεύθερο συνταγματικό θεμέλιο είναι, πριν από όλα, κάτι άλλο: κατοχυρώνει τη συστημική πρόταξη της ελευθερίας και των θεσμικών της εκφάνσεων, ως το κατεξοχήν μέσο για την προάσπιση των ανθρώπινων αξιών και αναγκών αλλά και για την αποτελεσματική επιδίωξη της ατομικής και της κοινωνικής ευημερίας. Αποτελεί το σημείο συνάντησης φιλοσοφικών, πολιτικών και οικονομικών θεωριών, οι οποίες συγκλίνουν στην ίδια αφετηριακή θέση: η ελεύθερη δράση των ανθρώπων οδηγεί καταρχήν σε καλύτερες και δικαιότερες επιλογές για τους ίδιους και για το κοινωνικό σύνολο. Οι θεωρίες αυτές προωθούν τη διαμόρφωση θεσμών για τη συνετή άσκηση και οριοθέτηση της ελευθερίας σε όλες τις εκφάνσεις της ζωής. Ας μην παραβλέπουμε ότι, αφενός, η αντιπροσωπευτική δημοκρατία μέσω ελεύθερων καθολικών εκλογών, και αφετέρου, η ανοιχτή ανταγωνιστική αγορά καθώς και η «αγορά» ιδεών, δεν αποτελούν απλά το ζητούμενο του πολιτικού, του οικονομικού και του κοινωνικού φιλελευθερισμού αντίστοιχα είναι θεσμικά μορφώματα τα οποία περιέχουν το ίδιο DNA και στηρίζονται στην ίδια μηχανική.¹⁴ Διαπνέονται από την παραδοχή ότι η ατομική δράση του καθενός, ως εκλογέα, υποψηφίου, καταναλωτή ή προσφέροντος αγαθά και υπηρεσίες, και εν γένει σκεπτόμενου ατόμου, όταν ασκείται σε ένα περιβάλλον ελευθερίας, διαφάνειας και ισότιμων σχέσεων, οδηγεί στο βέλτιστο αποτέλεσμα, είτε αναφορικά με τη λήψη των δημοσίων αποφάσεων, είτε με την αποτελεσματική κάλυψη των βιοτικών αναγκών. Παράλληλα, δημιουργεί συνθήκες ενσυνείδητης αναζήτησης της γνώσης και ελέγχου της αυθεντίας.

Αντίστοιχα, ο ρόλος του δικαίου σε μία φιλελεύθερη έννομη τάξη είναι να σέβεται, να προάγει και να υπηρετεί τις θεσμικές εκφάνσεις της ελευθερίας, οριοθετώντας και επεμβαίνοντας στην τελευταία μόνο εφόσον τεκμηριωμένα τούτο είναι αναγκαίο. Η συγκεκριμένη ανάγκη εμφανίζεται με δύο τρόπους. Αφενός, συχνές είναι οι αποτυχίες της ελευθερίας (και της αγοράς, *market failures*). Οδηγούν σε ομορπονιστικές συμπεριφορές, σε (αξιακά) άδικες καταστάσεις και σε αναποτελεσματικές (από οικονομική και κοινωνική σκοπιά) επιλογές. Οι αποτυχίες αυτές καθιστούν αναγκαία τη θεραπευτική παρέμβαση του δικαίου και των κρατικών, μη συναινετικών θεσμών.¹⁵ Υπό

¹³ Βλ. Φ. Σπυρόπουλος, *Συνταγματικό Δίκαιο*, εκδ. Σάκκουλα, 2021, 2^η εκδ., σελ. 171-72, Ε. Βενιζέλος, ο.π. υπ. 1, σελ. 387.

¹⁴ Βλ. Για την ενότητα ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων στο πολίτευμα της «φιλελεύθερης δημοκρατίας» και τη γενικευμένη ευμάρεια που συντελέστηκε στο πλαίσιο ανάπτυξής του, βλ. Α. Παντελής, *Εγχειρίδιο Συνταγματικού Δικαίου*, εκδ. Λιβάνη, 2021, 5^η εκδ., σελ. 475.

¹⁵ Η θέσπιση του εμβολιασμού ως αντικειμενικής επαγγελματικής προϋπόθεσης σε κατηγορίες επαγγελματιών, αποτελεί το πλέον πρόσφατο παράδειγμα που δείχνει ότι

την προϋπόθεση, ωστόσο, ότι οι τελευταίοι αντιλαμβάνονται και σέβονται την ελευθερία δράσης ως αφετηριακή επιλογή. Αφετέρου, οι ιδιωτικοί θεσμοί μπορεί μεν να υπάρχουν από τις απαρχές της ανθρώπινης ιστορίας, χαρακτηρίζονταν όμως για μεγάλο διάστημα από αυταρχισμό, εσωστρέφεια, έλλειψη ανεκτικότητας και κλειστές δομές (γάμος, θρησκεία, επιτρεπτές συναλλαγές).¹⁶ Στην εποχή της νεωτερικότητας, ο ρόλος του δικαίου είναι να δημιουργήσει τις συνθήκες για τη μετάβαση σε ανοιχτές¹⁷ δομές, δηλαδή δομές ελευθερίας σε όλα τα επίπεδα (κοινωνικό, πολιτικό και οικονομικό).¹⁸ Αυτή είναι και η συστημική όψη του φιλελευθερισμού τον οποίο κατοχυρώνουν τα συντάγματά μας: η εμπιστοσύνη στον ορθό λόγο, στην ανθρώπινη αυτονομία και δημιουργικότητα, άρα και στην προτεραιότητα των συναινετικών θεσμών.

Η παραπάνω, θεμελιώδης παραδοχή είναι προπαντός κρίσιμη για το δημόσιο δίκαιο, όταν αυτό καλείται να περιγράψει το ρόλο του κράτους, ως συνόλου μη συναινετικών θεσμών, και, ειδικότερα, τα χαρακτηριστικά και τα όρια της κρατικής παρέμβασης. *Η δημόσια ρύθμιση είναι θεμιτή εφόσον αναγνωρίζει την προτεραιότητα των ελεύθερων θεσμών -εν τέλει την προτεραιότητα της κοινωνίας επί του κράτους- και σέβεται την ακεραιότητά τους ως χώρων ενάσκησης της ελευθερίας.* Αυτή η τοποθέτηση αποδίδει θέση αρχής, ερμηνεύουσα τις θεμελιώδεις αρχές του Συντάγματος (δημοκρατία, ελευθερία και ισότητα) και νοηματοδοτεί με τη σειρά της επιμέρους εγγυήσεις όπως αυτές περιγράφονται πλέον στο δίκαιο (ελευθεροτυπία, αγορά, γάμος κ.λπ.). Με αυτή την παραδοχή, η συστημική βάση για τη «δοκιμασία ελευθερίας» στην οποία θεωρούμε πως πρέπει να υποβάλλεται κάθε μέτρο κρατικής ρύθμισης ή παρεμβατισμού, θα πρέπει να αναζητηθεί στη φύση των ανοιχτών κοινωνιών. Κατοχυρώνει τον ανοιχτό χαρακτήρα των θεσμών, ώστε να εκδηλώνεται η ανθρώπινη δημιουργικότητα και να παρέχονται τα ορθά κίνητρα για την εκδήλωσή της.

Κάποιοι ίσως διστάζουν να αναγνωρίσουν την προτεραιότητα των συναινετικών θεσμών και, γενικότερα, την προτεραιότητα της κοινωνίας επί του κράτους, διότι θεωρούν -ορθώς- ότι κανένας θεσμός δεν υπέρκειται του δικαίου. Το γεγονός όμως ότι η έννομη τάξη ρυθμίζει θεσμούς, δεν καθιστά τους τελευταίους ούτε δημιουργήματα, ούτε όργανα του κράτους. Οι θεσμοί ρυθμίζονται από το δίκαιο ώστε να διασφαλίζεται η ακεραιότητά τους και η αρμονική ένταξή τους σε ένα σύστημα κοινωνικής συνεργασίας και ίσης ελευθερίας των προσώπων. Έτσι, ο θεσμός του γάμου έχει μετεξελιχθεί από

η ελευθερία, νοούμενη πάντοτε ως ίση ελευθερία, δεν πρέπει να συγγέεται με την ασυδοσία σε βάρος των άλλων, ιδίως των ευάλωτων.

¹⁶ Τέτοιες αγκυλώσεις παραμένουν ακόμη, όπου οι κοινωνικές, πολιτικές και πολιτισμικές συνθήκες το επιτρέπουν (καπιταλισμός επί Πινοσέτ ή στη σημερινή Κίνα, πιστοποιητικά κοινωνικών φρονημάτων στην μεταπολεμική Ελλάδα).

¹⁷ Ο αγγλικός όρος είναι “*inclusive*”. Θα μπορούσε να μεταφραστεί και ως «περιληπτικές» δομές, εκείνες που αποσκοπούν να συμπεριλάβουν και όχι να αποκλείσουν συγκεκριμένες κατηγορίες προσώπων.

¹⁸ Βλ. τη συνεισφορά της οικονομικής των θεσμών. D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1991 και D. Acemoglu & J. Robinson, *Why Nations Fail*, Crown Business, 2012.

το δίκαιο, και συνεχίζει να μετεξελίσσεται, κατά τρόπο που εκφράζει καλύτερα τις θεμελιώδεις αρχές ενός συστήματος ίσης ελευθερίας – δίχως ανεπίτρεπτες σχέσεις καταδυνάστευσης ή αδικαιολόγητους αποκλεισμούς από την πρόσβαση στο θεσμό. Η πρόσβαση στην ανοιχτή αγορά, περιλαμβανομένης της αγοράς εργασίας, διέπεται από κανόνες που αποκλείουν αθέμιτες διακρίσεις.

Αντιστοίχως, σφάλουμε όταν αντιλαμβανόμαστε μηχανιστικά την παλαιά διάκριση ανάμεσα σε αμυντική και θετική διάσταση των δικαιωμάτων και παραγνωρίζουμε την ιδιαιτερότητα της ελευθερίας. Πράγματι, η αμυντική και η θετική διάσταση των δικαιωμάτων πλέκονται μεταξύ τους, ακριβώς διότι δεν είναι ξεκομμένα από το θεσμικό περιβάλλον στο οποίο ασκούνται. Αυτό το γνωρίζουμε ήδη από την *Magna Carta*, η οποία κατοχύρωνε πρωτίστως διαδικαστικές (άρα θετικές) εγγυήσεις της ελευθερίας (περιλαμβανομένου του δικαιώματος σε παροχή δικαστικής προστασίας που σταδιακά εξελίχθηκε στο ευρύτερο *due process of law*). Η ελευθερία προϋποθέτει θεσμούς που καθιστούν ρεαλιστική την άσκησή της, από τη διαμόρφωση ενός δικαστικού συστήματος το οποίο διασφαλίζει την ισχύ των κλασικών, αστικών δικαιωμάτων, ως τη διαδικασία περιβαλλοντικής αδειοδότησης ή ελέγχου της αποτελεσματικότητας και ασφάλειας εμβολίων και την λειτουργία ανεξάρτητων αρχών για την προστασία της ιδιωτικότητας (ασφάλεια επικοινωνιών) ή του ελεύθερου ανταγωνισμού. Για να δημιουργηθεί, το θεσμικό αυτό οπλοστάσιο προϋποθέτει και δημόσια ρύθμιση και κρατικά όργανα υλοποίησης στο πλαίσιο ειδικής διαδικασίας. Το κρίσιμο, ωστόσο, διακύβευμα συνίσταται στο ποιος είναι ο ρόλος της ρύθμισης: η εγγύηση της ελευθερίας ή η υποκατάστασή της από κάποιον ο οποίος, άνωθεν, θα μας υποδείξει δεσμευτικά μέχρι πού εκτείνεται η ελευθερία μας να επικοινωνούμε ή να ανταγωνιζόμαστε μεταξύ μας;

Πρέπει να τονισθεί ότι το παραπάνω δίλημμα δεν αφορά μόνο στα ζητήματα μείζονος σημασίας (όπως η περιβόητη υπόθεση της αναγραφής του θρησκευόμενου στις ταυτότητες¹⁹). Αντιθέτως, στη Χώρα μας, το διακύβευμα δεν είναι η ευθεία ανατροπή, αλλά η διαρκής νόθευση των ελευθέρων θεσμών με εργαλεία δημόσιας παρέμβασης, έκαστο των οποίων δεν είναι καθ'αυτό αθέμιτο. Αναφέραμε ήδη την περίπτωση της καταγραφής των ζώων συνοδείας και την ευκολία με την οποία ο διοικητικός δικαστής του ηπειρωτικού δημοσίου δικαίου επικαλείται τη γαλλική θεωρία του «*rouvoir d'organisation du service public*» για να ταυτίσει την επιδίωξη του γενικού συμφέροντος με τη δημιουργία δημόσιων οργανωτικών δομών. Ας εξετάσουμε ένα δεύτερο χαρακτηριστικό παράδειγμα, με εξόχως ευρύτερο πρακτικό ενδιαφέρον.

Με την απόφαση 3037/2008 της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, κρίθηκε αντισυνταγματική η νομοθεσία κατά την οποία η ίδρυση υπεραγορών προϋπέθετε τη χορήγηση άδειας σκοπιμότητας από το κατά τόπους αρμόδιο νομαρχιακό συμβούλιο, στο πλαίσιο άσκησης ευρύτατης διακριτικής ευχέρειας και κατ' εκτίμηση πλήθους ενδεικτικώς αναφερόμενων

¹⁹ ΣτΕ (Ολ) 2281/2001.

σκοπών δημοσίου ενδιαφέροντος. Η πλειοψηφία, με επιμέρους θεμελιώσεις, εστίασε στην αοριστία και τον ασπόνδυλο χαρακτήρα των επιδιωκόμενων σκοπών καθώς και στο αδικαιολόγητο εύρος της χορηγούμενης διακριτικής ευχέρειας. Σημείωσε, ακόμη, ότι η αποσπασματικότητα των ατομικών σταθμίσεων στις οποίες καλείται να προβεί το εκάστοτε όργανο της τοπικής αυτοδιοίκησης, αντίκειται στις αρχές του ορθολογικού σχεδιασμού. Η (αριθμητικά ισχυρή) μειοψηφία αντέτεινε τρεις σκέψεις: πρώτον, ότι «στο μέτρο που τα [νομοθετικά] κριτήρια ... αντιστοιχούν στην εξυπηρέτηση σκοπών, θαλπομένων από διάφορες συνταγματικές διατάξεις, η υποχρεωτική πρόσδοση μείζονος βαρύτητας σε ένα από αυτά θα κατέλυε την αρχή της ισοδυναμίας των συνταγματικών διατάξεων»· δεύτερον, ότι «από καμμία αρχή ή κανόνα δεν συνάγεται ότι η, κατά διακριτική ευχέρεια, απόφαση της Διοικήσεως επί θεμάτων ασκήσεως οικονομικής δραστηριότητας συνιστά, καθ' εαυτήν, περιορισμό, μάλιστα δε κατ' εξαίρεση μόνον επιτρεπόμενο από το Σύνταγμα, της οικονομικής ελευθερίας»· τρίτον, ότι «δεν αποτελεί δε αδυναμία του συστήματος αυτού, συνεκτιμητέα κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας του, το αποσπασματικό των σταθμίσεων του, διότι η αποσπασματικότητα αυτή είναι σύμφυτη με τον χαρακτήρα, ως ατομικής διοικητικής πράξεως, κάθε, κατά διακριτική ευχέρεια εκδιδομένης, διοικητικής αδείας». Για τη μειοψηφία, ήταν επαρκές ότι έκαστος των νομοθετικών σκοπών είναι καθαυτό «συνταγματικώς θαλπόμενος» και ότι η εξατομικευμένη στάθμιση είναι «δικαστικώς ελέγξιμη».

Κατά την γνώμη μας, η αντίληψη της μειοψηφίας αποδίδει, ως ένα βαθμό, την (ακόμα;) κυρίαρχη ερμηνευτική τάση στη χώρα μας. Υποβαθμίζει τη θεσμική σημασία των ανοικτών θεσμών -εν προκειμένω, της ελεύθερης αγοράς- για την επιδίωξη της κοινωνικής ευημερίας. Θεωρεί αυτονόητη την ευρύτητα και την αποσπασματικότητα της δημόσιας παρέμβασης, παραγνωρίζοντας ότι η τελευταία -ιδίως όταν δεν «δικαιολογείται (τεκμηριώνεται;) επαρκώς από την ειδική φύση του αντικειμένου της ρυθμίσεως», όπως απαιτήσε η πλειοψηφία- είναι ασύμβατη με τη λειτουργία ελεύθερων θεσμών. Η ασυμβατότητα αυτή δεν προκύπτει από την *ad hoc* στάθμιση των επιμέρους συμφερόντων εκείνου ή εκείνων που αιτήθηκαν ανεπιτυχώς την ίδρυση υπεραγοράς στο Ηράκλειο ή τα Ιωάννινα μέσω του τεστ αναλογικότητας. Ανάγεται σε κάτι πρότερο, θεμελιώδες, κατά τη γνώμη μας αφητηριακό: στη δομική πρόταξη των οριζόντιων/συναινετικών έναντι των κάθετων/δημόσιων θεσμών.

Οι συναινετικοί θεσμοί της ιδιωτικής κοινωνίας προηγούνται της κρατικής παρέμβασης για δύο λόγους. Αφενός, διότι, όπως αποδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας η οικονομική θεωρία, οδηγούν *καταρχήν* σε πιο αποτελεσματικές επιλογές για την κοινωνική ευημερία. Αφετέρου, διότι, οι θεσμοί αυτοί συνιστούν το πλαίσιο άσκησης της ίσης ελευθερίας των ατόμων, η οποία συνιστά τη θεμελιώδη αξία σε κάθε φιλελεύθερη και δημοκρατική έννομη τάξη. Η κρατική παρέμβαση είναι φυσικά νοητή και συχνά απαραίτητη, αλλά όχι αυτονόητη. Προϋποθέτει *τεκμηρίωση της αναγκαιότητάς της*, όχι στο πλαίσιο *ad hoc* στάθμισης με συγκεκριμένα ιδιωτικά συμφέροντα, αλλά, πολύ πιο πριν, από θεσμική και συστημική σκοπιά. Είναι θεσμικά/συστημικά αναγκαία και θεμιτή η επέμβαση σε ένα πεδίο το οποίο καταρχήν

δημιουργήθηκε για να λειτουργεί υπό συνθήκες ελευθερίας; Ή μήπως, πριν φτάσουμε να δούμε κατά πόσον θίγονται επί μέρους συμφέροντα κατά τρόπο δυσανάλογο, η εν λόγω επέμβαση είναι συστημικά προβληματική γιατί δεν σέβεται επαρκώς το υπόβαθρο των ελεύθερων και ανοιχτών θεσμών;

Μεθοδολογικά, η παραπάνω τεκμηρίωση της κρατικής δράσης -και ο δικαστικός της έλεγχος- εμφανίζουν ομοιότητες με το τεστ *επικουρικότητας* το οποίο γνωρίζουμε από το δίκαιο της ΕΕ. Πρόκειται για ένα συγκριτικό έλεγχο αποτελεσματικότητας σε δύο στάδια. Αρχικά, εξετάζεται κατά πόσο οι δομές και τα εργαλεία της ιδιωτικής κοινωνίας υπηρετούν αποτελεσματικά το γενικό συμφέρον. Εφόσον δοθεί αρνητική απάντηση, αξιολογείται στη συνέχεια κατά πόσον η δημόσια παρέμβαση μπορεί να αποδειχθεί περισσότερο επιτυχής στην επιδίωξη του συγκεκριμένου σκοπού, χωρίς όμως να ανατρέπει την προτεραιότητα, την ακεραιότητα και τη συστημική λειτουργία του οριζόντιου θεσμού στον οποίο παρεμβαίνει. Στην περίπτωση των υπεραγορών, το παραπάνω τεστ επικουρικότητας θα αναδείκνυε το συστημικά προβληματικό της συγκεκριμένης νομοθεσίας, καθότι αυτή αλλοιώνει τη διαδικασία λήψης επιχειρηματικών αποφάσεων και την κατανομή των πόρων σε ένα τμήμα της οικονομίας δίχως αποχρώντα λόγο που να τη δικαιολογεί. Το τεστ αυτό, το οποίο θα επέτρεπε στο δικαστή να προστατεύει συνολικά την ακεραιότητα των οριζόντιων θεσμών πριν προβεί σε εξατομικευμένες σταθμίσεις περί αναλογικότητας, θα επέτρεπε και τις χαοτικές συνέπειες των εν λόγω σταθμίσεων, όπως αυτές γίνονται από τα διοικητικά δικαστήρια υπό το μανδύα της πλημμελούς αιτιολογίας (η απόρριψη της αίτησης για ίδρυση υπεραγοράς λ.χ. στο Αγρίνιο είναι προσηκόντως αιτιολογημένη ενώ εκείνη για τη Λάρισα ακυρωτέα).

Ορισμένες ακόμη σκέψεις προς αποφυγή παρεξηγήσεων. Καταρχάς, η διαμόρφωση μίας δοκιμασίας νομικού/δικαστικού ελέγχου η οποία θα προασπίζεται την συστημική πρόταξη των οριζόντιων θεσμών δεν καθιστά εξαιρετικό τον κρατικό παρεμβατισμό. Στο παράδειγμα των υπεραγορών, τέτοια μέτρα είναι καθόλα νοητά για την προστασία του ελεύθερου και του αθέμιτου ανταγωνισμού ή των συμφερόντων του καταναλωτή, καθώς και για λόγους κοινωνικής ρύθμισης (εργατική νομοθεσία, χωροταξικός σχεδιασμός, περιβάλλον, κανόνες ασφάλειας, κλπ.). Δεν μπορούν όμως να λάβουν τη μορφή ενός αγοραφοβικού μοντέλου πατερναλιστικής λήψης αποφάσεων πριν και έξω από τους συναλλασσόμενους με ασπόνδυλη, εν δυνάμει προσηματική και πάντως ατεκμηρίωτη επίκληση άλλων συνταγματικών σκοπών. Αντιθέτως, η προσέγγισή μας αποδίδει μία συνεπή και συνεκτική σύλληψη της έννοιας του κοινωνικού κράτους δικαίου (άρθρο 25 παρ. 1 Σ). Αντικείμενο άσκησης της δημόσιας εξουσίας, ως της συλλογικής εξουσίας των ελεύθερων και ίσων μελών της πολιτικής κοινότητας, είναι, μεταξύ πολλών άλλων, η ρύθμιση της κοινωνικής και της οικονομικής ζωής ώστε να προάγεται η παραγωγή και πρόσβαση των πολιτών σε αγαθά και υπηρεσίες γενικότερου ενδιαφέροντος υπό δίκαιους όρους. Η εν λόγω ευθύνη, η οποία μπορεί κατά περίπτωση να αποκτήσει και εγγυητικό χαρακτήρα, ουδόλως αντιστρατεύεται την προτεραιότητα των θεσμών της ελευθερίας. Στο σημείο αυτό, είναι χρήσιμη η αναγωγή στο δίκαιο της Ένωσης. Κρατικές ενισχύσεις ή

ακόμη και αποκλειστικά δικαιώματα θεωρούνται μεν συμβατά με τις αρχές και κανόνες του ελεύθερου ανταγωνισμού, αλλά μόνο στο βαθμό που υπάρχει πραγματική ανάγκη δημόσιας υπηρεσίας και πληρούνται ουσιαστικοί και διαδικαστικοί όροι οι οποίοι στοιχούν σε, δίχως να υπερακοντίζουν, αντίστοιχες ατέλειες της αγοράς (άρθρο 106 παρ. 2 ΣΛΕΕ όπως έχει ερμηνευθεί από τη νομολογία).²⁰ Αντίθετα, οργάνωση της οικονομικής ζωής κατά τρόπο που στηρίζεται σε επιλεκτικά πλεονεκτήματα, θεωρείται αντίθετη προς το δίκαιο της Ένωσης διότι αναπαράγει κλειστές οικονομικές δομές, συχνά σε εναγκαλισμό με κλειστές πολιτικές δομές, και καθιστά εικονική την επίκληση κοινωνικού προσήμου.²¹

Τέλος, αν και αυτονόητο, ας τονισθεί ότι το προτεινόμενο στάδιο δικαστικού ελέγχου πριν καν ενεργοποιηθεί το τεστ αναλογικότητας δεν αφορά μόνο σε οικονομικούς θεσμούς. Προστατεύει από τον αθέμιτο κρατισμό/πατερναλισμό και κάθε άλλο θεσμικό περιβάλλον για την απόλαυση της ίσης ελευθερίας: την ελευθερία του τύπου και της ενημέρωσης, την ακαδημαϊκή ελευθερία, την κοινωνία της πληροφορίας, την πρόσβαση σε παροχές κοινωνικής ασφάλισης των ατόμων τα οποία έχουν επιλέξει εναλλακτικές μορφές συμβίωσης αντί για τον γάμο, κλπ. Οδηγεί το δικαστή να αντιληφθεί τη σημασία των θεσμών αυτών και την ανάγκη να διατηρούνται αρκούντως ανοιχτοί και ατέραιοι. Τούτο θα του επιτρέψει να κατανοήσει καλύτερα την ουσία, όχι μόνο των επί μέρους δικαιωμάτων, αλλά της ίδιας της ελευθερίας, ως ανάχωμα σε κάθε απόπειρα άνωθεν εργαλειοποίησης του ανθρώπου στο όνομα οιασδήποτε υποτιθέμενα υπέρτερου συλλογικού συμφέροντος. Η συνειδητοποίηση αυτή είναι κρίσιμη και για να αποτρέπονται, όχι πλέον χάριν της αποτελεσματικότητας αλλά στο όνομα της αξίας του ανθρώπου, αθέμιτοι συσχετισμοί δημόσιων σκοπών με επεμβάσεις στα θεμελιώδη δικαιώματα, όπως εξηγούμε αμέσως παρακάτω.

B. Η απαίτηση θεμιτής συνάφειας μέσου προς σκοπό

Στην παρούσα ενότητα, η προβληματική για τη λειτουργία των θεσμών συναντάται με τον δεοντοκρατικό χαρακτήρα των συνταγματικών δικαιωμάτων. Ενώ η λογική των ανοικτών θεσμών εστιάζει στη μεγάλη εικόνα, στην ακεραιότητα του θεσμού ενόψει της λειτουργίας του σε μία ανοικτή κοινωνία, ο δεοντοκρατικός χαρακτήρας εστιάζει στα ίδια τα πρόσωπα, και στην ανάγκη να γίνεται σεβαστή η διαφορετικότητα, η «διακριτότητα» τους ως φορέων ίσης ελευθερίας. Το κρίσιμο διακύβευμα είναι η απαγόρευση εργαλειοποίησης του προσώπου και, γενικότερα, η αντιμετώπιση ενός εκάστου και μίας έκαστης εξ ημών ως ίσου φορέα θεμελιωδών ικανοτήτων να διαμορφώνουμε το πλάνο ζωής μας και να αναπτύσσουμε σχέσεις δικαιοσύνης μεταξύ μας. Το διακύβευμα ανακύπτει

²⁰ C-280/00, *Altmark Trans GmbH και Regierungspräsidium Magdeburg κατά Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, T-454/13, *Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNMCM) κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής*.

²¹ Ενδιαφέρουσα στο σημείο αυτό η νομολογία του ΔΕΕ σε ένα ζήτημα αντίστοιχο προς εκείνο το οποίο αντιμετώπισε ο Έλληνας ακυρωτικός δικαστής στην προαναφερθείσα απόφαση ΣτΕ (Ολ) 3037/2008: ΔΕΚ, απόφαση της 24^{ης} Μαρτίου 2011, C-400/08, *Επιτροπή/Ισπανία*.

ακόμη κι αν -και δη ιδίως αν- η εργαλειοποίηση παρίσταται ως ένα πρόσφορο, αναγκαίο και (υπό απρόσωπη οπτική) μη δυσανάλογο μέσο (π.χ. άρνηση παροχής δικαστικής προστασίας στο φοροφυγά, στέρηση των μη εμβολιασμένων από την πρόσβαση σε αγαθά όπου δεν τίθεται σε διακινδύνευση η δημόσια υγεία, κ.ο.κ.).

Σε αυτό το πλαίσιο, καθίσταται εμφανές γιατί η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας προϋποθέτει, δίχως να μπορεί να υποκαταστήσει, την θεμιτή ανταλλαξιμότητα των εκατέρωθεν συμφερόντων, η οποία πάντοτε αξιολογείται σε ορισμένο πλαίσιο λήψης αποφάσεων και δράσης. Η συγκρότηση από απρόσωπη οπτική των επιμέρους δημόσιων αγαθών και οι αναγκαίες για την προστασία τους σταθμίσεις συμφερόντων, *προϋποθέτουν* ότι ο τρόπος με τον οποίο μεταχειριζόμαστε τα πρόσωπα σέβεται την ηθική αυτονομία και τη διακριτότητα των εμπλεκόμενων ως ίσων προσώπων.

Το δεύτερο, λοιπόν, πόρισμά μας είναι ότι, πριν από την εξέταση της αρχής της αναλογικότητας, πρέπει να εξετάζεται αν συντρέχει *θεμιτή συνάφεια* μεταξύ του μέσου που έχει επιλεγεί και του (σε αφηρημένο επίπεδο θεμιτού) σκοπού στον οποίο κατατείνει η δημόσια δράση. Αυτή η απαίτηση συναντάται με τη «μεγάλη», τη θεσμική εικόνα: Τα μέσα που επιτρέπεται να χρησιμοποιούνται για την προαγωγή σκοπών κοινωνικής ευημερίας οφείλουν να σέβονται την ακεραιότητα του θεσμού, ως χώρου ενάσκησης της ίσης ελευθερίας ενός έκαστου προσώπου, και τον ανοιχτό, δίχως αποκλεισμούς, χαρακτήρα του.

Για παράδειγμα, απασχόλησε την εθνική και ευρωπαϊκή νομολογία το ερώτημα αν επιτρέπεται να αρνηθεί το ποινικό σύστημα στο φυγόποινο την πρόσβαση στο ένδικο μέσο της αίτησης αναιρέσεως.²² Η βασική ιδέα της θεωρίας της θεμιτής συνάφειας προσεγγίζει το ζήτημα ως ακολούθως: όταν η πρόσβαση στην αίτηση αναιρέσεως εξαρτάται από παράγοντες που δεν συνάπτονται με τη λειτουργία του θεσμού της αίτησης αναιρέσεως, πρέπει να αναρωτηθούμε μήπως ο διάδικος αποστερείται της ιδιότητας του ίσου μέλους της κοινότητας δικαίου που έχει απαίτηση να γίνονται σεβαστά τα δικαιώματά του και να έχει πρόσβαση στους μηχανισμούς ελέγχου που το κοινό δικαιο θεωρεί πρόσφορους για την εμπέδωση του κράτους δικαίου. Και αν, *mutatis mutandis*, επιτρέπεται η πολιτική κοινότητα να χαλαρώνει τις εγγυήσεις που η ίδια θέτει ώστε να μην αδικεί τους πολίτες, ανάλογα με την εν γένει συμπεριφορά των τελευταίων. Τέτοια εξαίρεση από την προστατευτική λειτουργία του δικαίου είναι ανεκτή σε ένα κράτος δικαίου; Αυτό το ζήτημα δεν ανάγεται στην αναλογικότητα μέσου προς σκοπό, αλλά στο πρότερο στάδιο διασφάλισης της θεμιτής διασύνδεσής τους.

Πρέπει, ακόμη, να διευκρινισθεί ότι αυτή η προσέγγιση δεν οδηγεί σε απολυτοποίηση των δικαιωμάτων, στη λεγόμενη «δικαιωματοκρατία». Αντιθέτως, αναζητά το ορθό κριτήριο για να διαγνωσθεί αν η ισχύς ενός συνταγματικού δικαιώματος είναι μη διαπραγματεύσιμη: όταν η επέμβαση

²² ΕΔΔΑ, Χ κατά Ελλάδος, απόφαση της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2003 (αρ. 63000/00), ΑΠ (Ολ) 14-16/2001.

στην άσκησή του εδράζεται σε αθέμιτο σκοπό και όταν η διασύνδεση της επέμβασης προς τον υπηρετούμενο σκοπό παρίσταται αθέμιτη – διότι ασεβεί στην ιδιότητα όλων των προσώπων ως ίσων αυτοσκοπών και αντιστρατεύεται τη θεώρηση της πολιτείας ως του συλλογικού βραχίονα εξουσίας ίσων και ελεύθερων προσώπων. Όπου, ωστόσο, συγκροτείται θεμιτή συνάφεια μέσου προς σκοπό, τότε το δικαίωμα αναπτύσσει ήπια ισχύ και έλκονται σε εφαρμογή μέθοδοι στάθμισης συμφερόντων, υλοποιώντας την εσωτερική οικονομία της ίσης ελευθερίας.

Μία καταληκτική διευκρίνιση. Η οπτική που εξετάσαμε εν προκειμένω είναι εν πολλοίς ανεξάρτητη από την ένταση του δικαστικού ελέγχου. Ένας ατροφικός έλεγχος (στη λογική ότι, εφόσον τα πάντα είναι ζήτημα στάθμισης, όλως εξαιρετικώς δικαιολογείται η δικαστική ανατροπή των επιλογών των πολιτικώς νομιμοποιημένων οργάνων) σίγουρα διευκολύνει ένα παρεμβατικό νομοθέτη που αδιαφορεί για την εσωτερική ακεραιότητα των θεσμών. Ωστόσο, ισχύει και το αντίστροφο. Ο δικαστικός ακτιβισμός, όταν εκδηλώνεται μέσα από την αδιάκριτη αναμόρφωση των νομοθετικών σταθμίσεων, οδηγεί σε δικαικό χάος. Πρόβλημα που επιτείνεται αν οι σχετικές επιλογές χαρακτηρίζονται από περιπτωσιολογία. Το ζήτημα, επομένως, δεν είναι ο περισσότερος ή λιγότερος ακτιβισμός της Δικαιοσύνης, αλλά η κατανόηση των θεσμικών εκφάνσεων της ελευθερίας και η προσήλωση σε αυτές. Ο διοικητικός δικαστής έχει επιδείξει τέτοια δείγματα γραφής, δυστυχώς όχι τόσο συχνά και όσο πανηγυρικά χρειάζεται.²³ Η προσθήκη στη φαρέτρα του, μίας δοκιμασίας ελευθερίας η οποία θα προηγείται εκείνης της αναλογικότητας, θα μπορούσε να βοηθήσει προς αυτή την κατεύθυνση.

²³ Για παράδειγμα, όταν κρίνει ότι οι λόγοι δημόσιας υγείας που επικαλείται ο νομοθέτης είναι ανεπαρκείς για να δικαιολογήσουν περιορισμούς στην επαγγελματική ή την επιχειρηματική ελευθερία, ο αληθής λόγος της αντισυνταγματικότητας δεν είναι αναγκαστικά η ανακάλυψη σφαλμάτων στο ρυθμιστικό σύστημα, αλλά η (έμμεση) διάγνωση ότι κανένας θεμιτός δημόσιος σκοπός δεν δικαιολογεί τους συγκεκριμένους περιορισμούς. Βλ., ενδεικτικά, ΣτΕ (Ολ) 1991/2005, για τα καταστήματα οπτικών. Στις περιπτώσεις αυτές, μπορεί μεν το Δικαστήριο να επικαλείται την αρχή της αναλογικότητας, στην πραγματικότητα όμως αναζητεί τη θεμιτή συνάφεια ανάμεσα στον επιδιωκόμενο σκοπό και τον επιβαλλόμενο περιορισμό.