

ΣΥΝΕΔΡΙΑ ΤΗΣ 7ΗΣ ΙΟΥΝΙΟΥ 2001

ΠΡΟΕΔΡΙΑ ΝΙΚΟΛΑΟΥ ΚΟΝΟΜΗ

ΔΙΚΑΙΟ. — «Τριτενέργεια» και «ἀναλογικότητα» ὡς διατάξεις τοῦ ἀναθεωρηθέντος Συντάγματος, ὑπὸ τοῦ Ἀκαδημαϊκοῦ κ. Γεωργίου Μητσοπούλου.*

I.

Στὸ κείμενο τοῦ ἀναθεωρημένου Συντάγματος ποὺ κυκλοφόρησε μὲ «Συνοπτικὰ σχόλια» τοῦ καθηγητοῦ καὶ Εἰσηγητοῦ ἐπὶ τῆς ἀναθεωρήσεως *E. Βενιζέλου*, ὑπάρχει καὶ τὸ ἀκόλουθο σχόλιο αὐτοῦ σχετικὸ μὲ τὶς δύο νέες διατάξεις ποὺ περιελήφθησαν στὸ ἄρθρο 25 τοῦ Συντάγματος καὶ ἀφοροῦν τὴν «τριτενέργεια» ἢ μίᾳ καὶ τὴν «ἀναλογικότητα» ἢ ἄλλῃ. «Τὸ ἄρθρο 25 ἐμπεριέχει —κατὰ τὸν σχολιαστή— τὶς ἀρχὲς ποὺ διέπουν τὴν ἐρμηνεία καὶ τὴν ἐφαρμογὴ τῶν συνταγματικῶν δικαιωμάτων.

Μὲ τὴν ἀναθεωρημένη μορφή τῆς παραγράφου 1 τοῦ ἄρθρου 25: πρῶτον, εἰσάγεται καὶ ρητὰ ἡ ἀρχὴ τοῦ κοινωνικοῦ κράτους δικαίου· δεύτερον εἰσάγεται ὁ κανόνας πῶς ὅλα τὰ κρατικὰ ὄργανα ἔχουν τὴν ὑποχρέωση νὰ διασφαλίζουν τὴν ἀνεμπόδιστη καὶ ἀποτελεσματικὴ ἄσκηση τῶν συνταγματικῶν δικαιωμάτων· τρίτον εἰσάγεται ὁ κανόνας ὅτι τὰ συνταγματικὰ δικαιώματα ἰσχύουν καὶ στὶς σχέσεις μεταξὺ ἰδιωτῶν στὶς ὁποῖες αὐτὰ προσιδιάζουν, εἰσάγεται δηλαδή ἡ ἀρχὴ τῆς τριτενέργειας· καὶ τέταρτον εἰσάγεται καὶ ρητὰ ἡ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας». Καὶ ἐπιλέγει: «Αὐτὴ ἡ νέα δέσμη κανόνων ποὺ εἰσάγονται στὴν παράγραφο 1 τοῦ ἄρθρου 25, προσδίδει νέες διαστάσεις καὶ νέο κανονιστικὸ περιεχόμενο σὲ ὅλα τὰ συνταγματικὰ δικαιώματα. Τὸ ἄρθρο 25 παρ. 1 εἶναι ἴσως ἡ σημαντικότερη διάταξη τοῦ ἀναθεωρημένου Συντάγματος»¹.

* GEORGES MITSOPOULOS, «Drittwirkung» et «proportionnalité» adaptées au titre des dispositions nouvelles lors de la révision de la Constitution effectuée en 2001.

1. Ἐφημερίς «Τὰ Νέα», Σύνταγμα τῆς Ἑλλάδας 2001, «E. Βενιζέλου, Συνοπτικὰ σχόλια στὶς ἀναθεωρημένες διατάξεις τοῦ Συντάγματος 1975/1996/2001».

II.

1. Ἡ νέα γιὰ τὴν «τριτενέργεια» διάταξη ἔχει ὡς ἐξῆς: «Τὰ δικαιώματα αὐτὰ ἰσχύουν καὶ στὶς σχέσεις μεταξὺ ἰδιωτῶν στὶς ὁποῖες προσιδιάζονται». Ἡ ἔννοια τῆς «τριτενέργειας» εἶναι γερμανικῆς προελεύσεως καὶ ἀφορᾷ τὴν ἔκταση τῆς ἐπιδράσεως τῶν συνταγματικῶν διατάξεων περὶ θεμελιωδῶν δικαιωμάτων καὶ ἐλευθεριῶν στὸν χῶρο τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου. Στὸν καθηγητὴ καὶ πρόεδρο τοῦ Ὁμοσπονδιακοῦ Ἐργατικοῦ Δικαστηρίου τῆς Γερμανίας Nipperdey ὀφείλεται ἡ πρωτοβουλία τῆς ἐρμηνευτικῆς αὐτῆς κατευθύνσεως ὑπὸ τὴν μορφή τῆς ἀμέσου κατ' αὐτόν, τῆς ἐμμέσου δὲ κατ' ἄλλους, ἐνεργείας τῶν ἀτομικῶν δικαιωμάτων στὴν σφαῖρα τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου. Καὶ ἐξεδηλώθη ἡ ἐννοιολογικὴ αὐτὴ διαφωνία μὲ τελικὴ φάση, τὴν ἀποδοχὴ ἐκ μέρους τοῦ Ὁμοσπονδιακοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου τῆς ἐμμέσου, κατ' ἀρχὴν, ἐνεργείας αὐτῶν, ὑπὸ τὴν ἔννοια δηλαδὴ τῆς συνταγματικῆς προσαρμογῆς τοῦ νόμου στὶς διατάξεις αὐτές, καὶ κατ' ἄλλη ἔκφραση, τῆς ἐνεργείας αὐτῶν ὡς προσδιοριστικῶν στοιχείων τῶν ἀορίστων ἐνοιῶν καὶ τῶν γενικῶν ρητρῶν, ποὺ ἀπαντοῦν στὸ ἰδιωτικὸ δίκαιο, ὅταν, κατὰ τὴν ἐρμηνευτικὴ πορεία τοῦ ἐρμηνευτοῦ πρὸς ἐξείδικευση αὐτῶν, ἐνδείκνυται ἡ προσφυγὴ στὶς συνταγματικὲς διατάξεις, ὅποτε πρόκειται περὶ τῆς καλουμένης «συμφώνου πρὸς τὸ Σύνταγμα ἐρμηνείας τοῦ νόμου». Χαρακτηρίζεται δὲ ἡ ἐρμηνευτικὴ αὐτὴ μορφή τῆς τριτενέργειας, ὡς ἐρμηνευτικὴ ἀρχὴ συνταγματικῆς ἰσχύος, μὲ θεμελιωτικὸ λόγο, ὅτι ἀπορρέει ἀπὸ τὴν ἔννοια τοῦ κράτους δικαίου καὶ στηρίζεται στὸ νόημα τῶν σχετικῶν συνταγματικῶν διατάξεων². Ἀπὸ κοινωνιολογικὴ ὅμως ἀποψη, δὲν εἶναι ἄσχετη ἡ ἐρμηνευτικὴ αὐτὴ κατεύθυνση ἀπὸ τὴν ὑφέρπουσα σκέψη, ὅτι καὶ μὲ τὴν δυναμικὴ αὐτὴ ἐρμηνευτικὴ ἐκδήλωση τῆς προστασίας τῶν θεμελιωδῶν δικαιωμάτων θὰ ἀπαλυνθῆ ἡ μνήμη τῆς καταλύσεως αὐτῶν κατὰ τὴν ἐποχὴ τοῦ ἀπαισίου ἐθνικοσοσιαλισμοῦ.

2. Ἡ γερμανικὴ περὶ τοῦ ζητήματος κίνηση ἐπόμενο ἦταν νὰ ἀπασχολήσῃ καὶ τὴν ἐλληνικὴ θεωρία ἐπίσης δὲ καὶ τὴν νομολογία μὲ ἀποδοχὴ, κατὰ βάση, τῆς ἐρμηνευτικῆς σημασίας τῆς «τριτενέργειας», ἀλλὰ μὲ ποικίλλουσα ὀρολογία ποὺ ὀφείλεται στὸν λόγο, ὅτι ὁ ὅρος «τριτενέργεια», ποὺ ἀποδίδει τὸν γερμανικὸ ὄρο «Drittwirkung», δὲν ἀποδίδει τὴν ἀκριβῆ λειτουργία αὐτῆς, καὶ ὡς ἐκ τούτου χρησιμοποιοῦντο καταλληλότερες —κατὰ τοὺς ὑποστηρικτὲς— ἐκφράσεις ὅπως : «περὶ τῶν

2. Γιὰ τὴν γερμανικὴ θεωρία καὶ νομολογία, βλ. Ἡλιοπούλου-Στράγγα: Ἡ «τριτενέργεια» τῶν ἀτομικῶν καὶ κοινωνικῶν δικαιωμάτων τοῦ Συντάγματος 1975 (Ἀθήνα - Α. Σάκουλας), σ. 49 ἐπ.

άνταντακλαστικῶν ἐνεργειῶν» τῶν ἀτομικῶν δικαιωμάτων, ἢ τῆς «έναντι τρίτων» ἰσχύος αὐτῶν, ἢ τῆς «ἀπολύτου ἐνεργείας» ἢ τῆς «ὀριζοντίου ἐνεργείας» αὐτῶν³.

Ἄλλ' ὅλες αὐτὲς οἱ ἐκφράσεις δὲν σημαίνουν τίποτε ἄλλο παρὰ τὴν ἐρμηνευτικὴ θεώρηση τῶν συνταγματικῶν διατάξεων σὲ σχέση μετὰ τὰ ἐπιτρεπτά ὄρια ἰσχύος αὐτῶν στὸν χῶρο τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου, ὅταν μάλιστα ἐξ αὐτοῦ τοῦ περιεχομένου πολλῶν διατάξεων τοῦ Συντάγματος πού ἀφοροῦν ἀτομικὰ δικαιώματα προκύπτει ἡ δυναμικὴ κατεύθυνση αὐτῶν, ὥστε νὰ ἐνδείκνυται ἡ προρρηθεῖσα ἐρμηνεία.

3. Ἡ ἀρχικὴ διστακτικότητά τόσο τῆς ἐλληνικῆς θεωρίας ὅσο καὶ τῆς νομολογίας ὡς πρὸς τὴν ἀποδοχὴ τῆς διεισδύσεως τῶν διατάξεων αὐτῶν στὶς ἰδιωτικὲς σχέσεις, ἄρχισε σταδιακὰ νὰ κάμπτεται· καὶ εἶναι πλέον σταθερὴ ἡ κατεύθυνση, εἴτε τῆς ἀμέσου εἴτε τῆς ἐμέσου ἰσχύος αὐτῶν στὶς ἰδιωτικὲς σχέσεις, μὲ χαρακτηριστικὲς ἀναφορές, ἀναλόγως τῶν περιπτώσεων, στὰ σχετικὰ τοῦ Συντάγματος ἄρθρα⁴. Ἄξια δὲ ἰδιαίτερας ἐξάρσεως ἡ πρόσφατη ὑπ' ἀριθ. 1/2001 ἀπόφαση τῆς Ὁλομελείας τοῦ Ἀρείου Πάγου⁵ ἡ ὁποία — ὡς πρὸς τὸ σημαντικό θέμα, ἂν εἶναι σὲ πολιτικὴ δίκη ἐπιτρεπτὴ ἡ χρησιμοποίηση παρανόμως ἀποκτηθέντων ἀποδεικτικῶν μέσων, ὅπως στὴν κριθεῖσα περίπτωση ἡ μαγνητοταινία — ἐθεμελίωσε τὴν ἀρνητικὴ τῆς κρίση μετὰ τὴν ἀκόλουθη αἰτιολογία: «Κατὰ τὸ ἄρθρο 444 ἀριθ. 3 Κ.Πολ.Δ. ἰδιωτικὰ ἐγγράφα θεωροῦνται καὶ οἱ φωτογραφικὲς ἢ κινηματογραφικὲς ἀναπαραστάσεις, φωνοληψίαι καὶ κάθε ἄλλη μηχανικὴ ἀπεικόνιση, συνεπῶς καὶ οἱ μαγνητοταινίες, ἀφοῦ ἀποτελοῦν τὴν κύρια μορφή τῆς φωνοληψίας. Κατὰ τὴν θεμελιώδη ὁμως διάταξή τοῦ ἄρθρου 2 § 1 τοῦ Συντάγματος «ὁ σεβασμὸς καὶ ἡ προστασία τῆς ἀξίας τοῦ ἀνθρώπου ἀποτελοῦν τὴν πρωταρχικὴ ὑποχρέωση τῆς πολιτείας». Στὴν προστατευομένη ἀπὸ τὸ Σύνταγμα καὶ μάλιστα «πρωταρχικά», ἀξία τοῦ ἀνθρώπου, περιλαμβάνεται καὶ ἡ ἐλευθερία τῆς ἐπικοινωνίας, ἀφοῦ μὲσω καὶ αὐτῆς ἐπηρεάζεται καὶ πραγματώνεται ἡ ἀξία τοῦ ἀνθρώπου. Ἡ συνταγματικὴ κατοχύρωση τῆς ἐλευθερίας αὐτῆς προκύπτει καὶ ἀπὸ τὸ ἄρθρο 9 § 1 ἐδ. β' τοῦ Συντάγματος, πού ὀρίζει, ὅτι ἡ «ἰδιωτικὴ καὶ οἰκογενειακὴ ζωὴ τοῦ ἀτόμου εἶναι ἀπαραβίαστη», καθὼς καὶ ἀπὸ τὸ ἄρθρο 19 τοῦ Συντάγματος, πού ὀρίζει ὅτι «τὸ ἀπόρρητο τῶν ἐπιστολῶν καὶ τῆς ἐλεύθερης ἀνταπόκρισης ἢ ἐπικοινωνίας μὲ ὁποιοδήποτε ἄλλο τρόπο εἶναι ἀπόλυτα ἀπαραβίαστο. Νόμος ὀρίζει τίς ἐγγυήσεις, ὑπὸ τίς ὁποῖες ἡ δικαστικὴ ἀρχὴ δὲν δεσμεύεται ἀπὸ τὸ ἀπόρρητο γιὰ λόγους ἐθνικῆς ἀσφαλείας ἢ γιὰ διακρίβωση ἰδιαίτερα

3. Βλ. Ἑλιοπούλου-Στράγγα (ἀνωτ. σημ. 2), σ. 30-32 καὶ τοὺς ἐκεῖ μνημονευομένους συγγραφεῖς.

4. Ἀνάλυση τῶν ἄρθρων τοῦ Συντάγματος γιὰ τὰ ἀτομικὰ καὶ κοινωνικὰ δικαιώματα ἀπὸ ἀποψηθεωρίας καὶ νομολογίας βλ. στὴν ἀνωτέρω μελέτη τῆς Ἑλιοπούλου-Στράγγα, σ. 75 ἐπ.

5. Ὁλ.Α.Π. 1/2001, Δίκη 32 (2001) σ. 517, καὶ σχόλιο Ε. Κ. Μπέη.

σοβαρών έγκλημάτων... 'Ανάλογα προκύπτουν και από την αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 8 τής Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για τα Δικαιώματα του 'Ανθρώπου, που κυρώθηκε με το ν.δ. 52/1974 και έχει υπερνομοθετική ισχύ σύμφωνα με το άρθρο 28 § 1 του Συντάγματος. 'Η έν αγνοία όμως και χωρίς την συναίνεση ενός των συνομιλητών μαγνητοφώνηση ιδιωτικής συνομιλίας, ένχει παγίδευσή του και συνεπώς αποτελεί δέσμευση και περιορισμό στην ελεύθερη άσκηση τής επικοινωνίας. Γι' αυτό, άσχέτως του χώρου που έγινε ή συνομιλία, ή μαγνητοταινία, στην όποια αυτή χωρίς την συναίνεση του άλλου των συνομιλητών αποτυπώθηκε, είναι συνταγματικά απαγορευμένο αποδεικτικό μέσο και δέν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί έναντίον του σε πολιτική δίκη, άνεξαρτήτως του προσώπου που επιχείρησε τή μαγνητοφώνηση, δηλαδή έστω και άν πρόκειται για πρόσωπο που μετέσχε στη μαγνητοφώνηση, συζήτηση ... 'Εξάιρεση από τόν, συνταγματικής ισχύος, κανόνα τής απαγορεύσεως των έν λόγω αποδεικτικών μέσων ισχύει μόνον χάριν τής προστασίας συνταγματικά υπέρτερων έννόμων αγαθών, όπως είναι λ.χ. ή ανθρώπινη ζωή. Κάθε άλλη εξάιρεση από την ως άνω απαγόρευση, είσαγομένη τυχόν με διάταξη κοινού νόμου, όπως είναι και ό Ποινικός Κώδικας, είναι άνίσχυρη κατά τó μέτρο που υπερβαίνει τó κριτήριο τής προστασίας συνταγματικά υπέρτερου έννόμου αγαθοῦ»⁶.

4. 'Ανέφερα τís περικοπές αυτές τής απόφάσεως για δύο λόγους που άφοροῦν τó υπό ανάπτυξη θέμα. 'Ο πρώτος είναι, ότι με την έρμηνευτική θεμελίωση τής απόφάσεως επεκτείνονται τά όρια ισχύος των μνημονευμένων συνταγματικών διατάξεων και στόν χώρο του άστικού δικονομικού δικαίου, ως πρós την άνεπίτρεπτη χρήση παρανόμως άποκτηθέντων αποδεικτικών μέσων σε ιδιωτική διαφορά, χωρίς

6. 'Αποδέχεται ή απόφαση τó πόρισμα είσηγήσεως του Κ. Καλαβρού που παρουσιάσθηκε με την παράλληλη είσηγήση του Α. Καίση στο 13ο Συνέδριο τής 'Ενώσεως 'Ελλήνων Δικονομολόγων στην Θεσσαλονίκη (1985), και είχε ως θέμα «Τó παραδεκτό τής χρήσεως παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων». 'Η είσηγήση αυτή κυκλοφόρησε και σε αυτότελη μελέτη με τίτλο: «'Η μαγνητοταινία στην πολιτική δίκη» 2α έκδ. (Σάκκουλας - 'Αθήνα 1991) σ. 37 έπ., 88 έπ. 'Ως πρós τó πόρισμα του Εισηγητού, που έστηρίζετο στην τριτενέργεια των άτομικών δικαιωμάτων, είχα τότε διατυπώσει επιφυλάξεις, που εξακολουθώ να διατηρώ ως πρós την άνεύρεση τής αλήθειας ως σκοπού τής δίκης σε σχέση με τά όρια του άπαραδέκτου των παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων (πρβλ. παρέμβασή μου, 'Αρμενόπουλος - 'Επιστ. 'Επετηρίδα, 7 (1986) σ. 65 II). Σημειωτέον, ότι και ή απόφαση τής 'Ολ.Α.Π. άποφεύγει την χρησιμοποίηση τής «τριτενέργειας» ως έρμηνευτικής έκφράσεως. Πρβλ. και Σημείωμα Είσαγγελέως 'Αρείου Πάγου Πλαγιανάκου και Είσηγήση 'Αρεοπαγίτη Κονδύλη επί 'Ολ.Α.Π. 17/1993 (Συμβ.) Ελλ. Δικ. 1994, σ. 1963-1964. Βλ. επίσης άγόρευση 'Αντεισ. 'Αρ. Πάγου Κανίγια, επί Α.Π. 673/1983. Δίκη, 14 (1983), σ. 446 και την σχετική έκτοτε νομολογία σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα, 'Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ., άρθρ. 444 άριθ. 7-8.

τὴν συναίνεση τοῦ διαδίκου κατὰ τοῦ ὁποίου στρέφεται τὸ ἀποδεικτικὸ μέσο, ὥστε νὰ ἀποτελῇ αὐτὴ χαρακτηριστικὴ ἐκδήλωση τῆς καλουμένης «ἄμεσης τριτενέργειας» τῶν ἀτομικῶν δικαιωμάτων, μὲ ἐφαρμογὴ καὶ ἐδῶ τῆς τελολογικῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου. Καὶ ὁ δεῦτερος λόγος εἶναι, ὅτι περικλείει ἢ ἀπόφαση ἔμμεση ἐξαγγελία, ὡς πρὸς τὴν ἀνεπίτρεπτη χρῆση παρανόμως κτηθέντων ἀποδεικτικῶν μέσων σὲ ὅλους τοὺς κλάδους τοῦ δικονομικοῦ δικαίου, μὲ ἐξαίρεση μόνον, ὅταν πρόκειται γιὰ τὴν προστασία συνταγματικῶν ὑπερτέρων ἀγαθῶν, ὅπως εἶναι —κατὰ τὴν διατύπωση τῆς ἀποφάσεως— «ἡ ἀνθρώπινη ζωὴ», μὲ τὴν ὑποδηλουμένη ἔννοια τῆς κάμψεως τῆς ἀπαγορεύσεως, ὅταν ὑφίσταται λόγος ἀμύνης ἢ καταστάσεως ἀνάγκης. Σημαίνουν δηλαδὴ οἱ ἀναφερθέντες λόγοι, ὅτι ἐνδεχόμενη νομοθετικὴ πρόθεση ὅπως καθιερωθῇ ἢ ἐν λόγῳ ἀπαγόρευση ὑπὸ μορφῇ διατάξεως γενικῆς δικονομικῆς ἰσχύος, θὰ ἦταν βέβαια ἐφικτὴ, ἀλλὰ σὲ ἐπίπεδο κοινοῦ νόμου· ὥστε νὰ στερεῖται αἰτιολογικοῦ ἐρείσματος ἢ νέα τοῦ Συντάγματος διάταξη (19 § 3) κατὰ τὴν ὁποία: «*Ἀπαγορεύεται ἡ χρῆση ἀποδεικτικῶν μέσων ποὺ ἔχουν ἀποκτηθεῖ κατὰ παράβαση τοῦ ἄρθρου αὐτοῦ καὶ τῶν ἄρθρων 9 καὶ 9Α*»⁷.

5. Δὲν θὰ εἰσέλθω στὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ Συντάγματος, ποὺ ἀπασχολεῖ καὶ τὴν ἑλληνικὴ θεωρία μὲ τὶς βασικὲς ἀρχικὰ συμβολὲς τῶν ἀειμνήστων καθηγητῶν *Θ. Τσάτσου*⁸ καὶ *Α. Μάνεση*⁹, καὶ τὶς μεταγενέστερες ἀλλ' ἐπίσης ἀξιό-

7. Ἐπιφύλαξη γιὰ τὴν διάταξη τοῦ ἄρθρου 19 § 3 διέτυπωσε ἡ Ἄννα Μπενάκη-Ψαρούδα μὲ τὴν ἀκόλουθη παρατήρησή της: «Θεωρῶ ὅτι εἶναι ἐξόχως ἐπικίνδυνο αὐτὴν τὴν σωστὴ ἀπαγόρευση νὰ τὴν περιλάβουμε στὸ Σύνταγμα. Διότι ὅταν τὴν περιλαμβάνουμε στὸ Σύνταγμα, δὲν ἀφήνουμε κανένα παράθυρο ἀνοικτό, δὲν λειτουργοῦν οἱ διατάξεις περὶ ἀμύνης, δὲν λειτουργοῦν οἱ διατάξεις περὶ καταστάσεως ἀνάγκης. Εἶναι μιὰ ἀπόλυτη ἀπαγόρευση. Γι' αὐτὸ τοποθετεῖται καὶ στὸ Σύνταγμα. Καὶ δὲν πρέπει νὰ παρασυρόμαστε ἀπὸ δικαιολογημένη ἀλλὰ ὑπερβολικὴ διάθεση προστασίας τῶν δικαιωμάτων τοῦ πολίτη. Πολλὲς φορὲς πρέπει νὰ παραβιάζονται δικαιώματα τοῦ πολίτη, γιὰ νὰ προστατεῦνται ἄλλα δικαιώματα. Συνεπῶς ἡ ἀποψή μου εἶναι —καὶ τὴν ἐπαναλαμβάνω ὅπως τὴν εἶχα πεῖ καὶ στὴν Ἐπιτροπῇ— ὅτι ἡ παράγραφος 3 τοῦ ἄρθρου 19 δὲν χρειάζεται». (Πρακτικὰ Βουλῆς, Συνεδρίαση 24-1-2001, (πρωί, σ. 4086 Π). Ἡ παρατήρηση ὡς πρὸς τὴν μὴ σιοπιμότητα τῆς διατάξεως εἶναι ὀρθή. Ἄλλ' ὅτι ἡ διάταξη καθιεροῖ «μιὰ ἀπόλυτη ἀπαγόρευση», δὲν θὰ ὀδηγήσῃ —παρὰ τὴν ἐλαττωματικὴν διατύπωσίν της— οὔτε τὴν θεωρία ἀλλ' οὔτε καὶ τὴν νομολογία νὰ δεχθῇ, ὅτι ἀποκλείεται ἡ κάμψη τῆς ἀπαγορεύσεως, «ὅταν πρόκειται γιὰ τὴν προστασία συνταγματικῶν ὑπερτέρων ἀγαθῶν», κατὰ τὴν ἐπιτυχῆ ἔκφραση τῆς ὑπ' ἀριθ. 1/2001 ἀποφάσεως τῆς Ὀ.Α.Π.

8. *Θ. Τσάτσου*, Τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας ἐν τῷ συνταγματικῷ δικαίῳ (Ἀνάτυπον Β' τόμ. Ἐπετ. Ἐπιστ. Παν. Ἀθηνῶν, 1970).

9. *Α. Μάνεση*, Συνταγματικὸ Δίκαιο I (1980) σ. 183 ἐπ. ὅπου καὶ βιβλιογραφία, τοῦ ἴδιου, Αἰ ἐγγυήσεις τηρήσεως τοῦ Συντάγματος I (1956), II (1960-65).

λογες μελέτες διακεκριμένων έρευνητών. Είναι δέ, και κατά την γνώμη μου, όρθή ή έπισημάνση, ότι τά λεγόμενα είδικά κριτήρια τής έρμηνείας του Συντάγματος στηρίζονται στις ίδιες μεθόδους έρμηνείας του δικαίου, που εφαρμόζονται και στους άλλους κλάδους αυτού¹⁰. Το πρόβλημα έπομένως ως προς τά όρια ισχύος των διατάξεων περι τών άτομικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές σχέσεις, είναι αποκλειστικά θέμα έρμηνείας αυτών. Και συνίσταται ή έρμηνεία, στην πρωταρχική ένταξη των συνταγματικών διατάξεων σε τελολογικό σύστημα αξιολογικής διαρθρώσεως του δικαίου, ώστε να καταστή δυνατή ή έξειδικευτική πορεία του έρμηνευτού μέχρι τής συλλογιστικής εκείνης φάσεως, που θα καταστήσει δυνατή την τελική θετική ή άρνητική κρίση, ως προς τά όρια τής ισχύος αυτών στην ιδιωτική σχέση, σε συνάρτηση πάντοτε με τά άτομικά και ιδιαίτερα στοιχεία τής περιπτώσεως¹¹. Άνήκει δέ ή έρμηνεία του δικαίου στην δικαστική έξουσία, και δέν είναι έργο του συνταγματικού νομοθέτη να υποδείξει τον τρόπο έρμηνείας αυτού. Σ' αυτό δέ τον λόγο όφείλεται ή μη άναγραφή στα σύγχρονα Συντάγματα αντίστοιχης διάταξης με την καθιερωθεΐσα. Άλλά και από την άποψη του έπιδιωκομένου σκοπού δέν δύναται να θεωρηθΐ ή νέα αυτή έπι συνταγματικού έπιπέδου ρύθμιση ως άναγκαία. Διότι είτε έκληφθΐ, ότι καθιερώνει δεσμευτική άρχή, είτε ότι άποτελεΐ κατευθυντήρια έρμηνευτική άρχή, πάντως, έφ' όσον εκ τής δικαστικής κρίσεως έξαρτάται, έάν οι συνταγματικοί αυτοί κανόνες «προσιδιάζουν» —κατά την διατύπωση τής διατάξεως— στις ιδιωτικές σχέσεις, ή άκολουθία είναι, ότι ή πραγμάτωση του έπιδιωκομένου σκοπού έξαρτάται από την έπιτυχή ή μη έρμηνεία των διατάξεων αυτών από τον κρίνοντα δικαστή¹². Άρα πα-

10. Αυτΐς τής έκδοχής Φ. Σπυρόπουλος, 'Η έρμηνεία του Συντάγματος. Έφαρμογή ή ύπερβαση τής παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου; (1999), σ. 195-197 και passim. Κ. Σταμάτης, 'Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων. Εισαγωγή στη μεθοδολογία του δικαίου» (1997), σ. 261 έπ. Πρβλ. όμως έπι του θέματος Ε. Βενιζέλου, 'Η έρμηνεία του Συντάγματος και τά όρια του δικαστικού έλέγχου τής συνταγματικότητας των νόμων (1994), σ. 51 έπ., 91 έπ. Β. Σκουρΐ - Ε. Βενιζέλου, 'Ο δικαστικός έλεγχος τής συνταγματικότητας των νόμων (1985) σ. 94 έπ. Α. Μανιτάκη, 'Έρμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος (1996), σ. 37 έπ., 61 έπ., 216 έπ., Δ. Τσάτσου, Συνταγματικό Δίκαιο, Α' (1994) σ. 256 έπ. Γ' (1988), σ. 176 έπ.

11. Για την τελολογική έρμηνεία του δικαίου, βασική ή μελέτη του Κ. Τσάτσου, Το πρόβλημα τής έρμηνείας του δικαίου² (1978), σ. 88 έπ. Πρβλ. Μ. Καραΐση, Το γνωστικό πρόβλημα τής σχέσεως άτομικού και γενικού στον έπαγωγικό νομικό συλλογισμό, Φιλοσοφία (Κέντρον Φιλοσ. Άκαδ. Άθηνών), τόμ. 25-26 (1995-1996), σ. 58 έπ.

12. Ός προς τά όρια τής διεισδύσεως πρβλ. Δ. Κόρσου, Τα άτομικά δικαιώματα έν τΐ ιδιωτικΐ δικαίΐ, Ξένιον Π. Ζέπου, 1 (1973), σ. 175 έπ. Γ. Βλάχου, Το Σύνταγμα τής Έλλάδος - Έπίμετρο (1979), σ. 60 έπ. και σημ. 26. Α. Μάνεση, Άτομικές έλευθερίες² (1979), σ. 48 έπ. Γ. Κασμάτη, Το ζήτημα τής «τριτενέργειας» των άτομικών δικαιωμάτων, ΤοΣ. 7 (1981) σ. 4 έπ. =

ράβαση τῆς δεσμευτικῆς ἢ ἐρμηνευτικῆς αὐτῆς ἀρχῆς ἐπάγεται ἀναίρεση τῆς ἀποφάσεως, ὥστε κατ' ἀποτέλεσμα, νά ὑποδεικνύεται μὲ τὴν διάταξη ἐρμηνευτικὴ κατεύθυνση πού ἀκολουθεῖ πλέον σταθερὰ ἢ νομολογία, καὶ ἐπομένως νά μὴ δικαιολογεῖται, καὶ γιὰ τὸν πρόσθετο αὐτὸ λόγο, ἡ συνταγματικὴ καθιέρωσή της.

III.

1. Ἡ ἀναθεώρηση ὅμως τῆς πρώτης παραγράφου τοῦ ἄρθρου 25 τοῦ Συντάγματος περιέχει καὶ τὴν καθιέρωση τῆς καλουμένης «ἀρχῆς τῆς ἀναλογικότητας». Κατὰ τὴν διάταξη: «Οἱ κάθε εἶδους περιορισμοὶ πού μποροῦν κατὰ τὸ Σύνταγμα νά ἐπιβληθοῦν στὰ δικαιώματα αὐτὰ πρέπει νά προβλέπονται εἴτε ἀπενθείας ἀπὸ τὸ Σύνταγμα εἴτε ἀπὸ τὸν νόμο, ἐφόσον ὑπάρχει ἐπιφύλαξη ὑπὲρ αὐτοῦ καὶ νά σέβονται τὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας».

2. Εἶναι καὶ ἡ ἀρχὴ αὐτὴ γερμανικῆς συλλήψεως, καὶ διαμορφώθηκε ἐννοιολογικὰ κυρίως ἀπὸ τὴν νομολογία τοῦ Ὁμοσπονδιακοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου, μὲ τὸν χαρακτηρισμὸ μάλιστα αὐτῆς ὡς συνταγματικῆς ἰσχύος καὶ αἰτιολογία, ὅτι προκύπτει ὄχι μόνον ἀπὸ συγκεκριμένες διατάξεις τοῦ Θεμελιώδους Νόμου, ἀλλὰ καὶ ἀπὸ τὴν ἔννοια τοῦ Κράτους Δικαίου¹³. Τὴν ἔλλογη δὲ αὐτὴ σχέση πού ἐκφράζει ἡ ἀόριστη

Μελέτες, III (2000), σ. 71 ἐπ. Δ. Τσάτσου, Συνταγματικὸ Δίκαιο, Γ' (1988), σ. 181 ἐπ. Π. Δαγτόγλου, Ἀτομικὰ δικαιώματα, Α' (1991), σ. 95 ἐπ. Α. Γεωργιάδη, Γεν. Ἀρχές Ἀστ. Δικαίου²(1997), σ. 62 ἐπ.

13. Στὴν ἱστορία τῆς «ἀναλογικότητας» ἀναφέρεται ἡ μελέτη τοῦ διακεκριμένου ἱστορικοῦ τοῦ δικαίου, Franz Wieacker, «Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung» (Festschrift für R. Fischer (1979) = F. Wieacker, *Ausgewählte Schriften*, 2 (1983) σ. 228 ἐπ.). Παρατηρεῖ ὅτι ἡ ἀναλογικότητα, στὴν σύγχρονη διάστασή της, δὲν ἐμφανίζεται ὑπὸ μορφήν θετικῆς διατάξεως ἢ νομικοῦ θεσμοῦ, ἀλλὰ ὡς γενικὴ ἀρχή, διατρέχουσα, σὲ συνεπτυγμένο βαθμὸ, ὀλόκληρο τὸν χῶρο τοῦ δικαίου, καὶ ἀπαντᾷ σὲ σχετικὰ αὐτοῦ διατάξεις, ὅπως στὶς διατάξεις τῶν §§ 138 Abs. 2, 226, 343, 904 BGB καὶ σὲ ἄλλες ἄλλων κλάδων τοῦ δικαίου, πού εἶναι σχετικὲς καὶ μὲ τίς δικές μας, ὅπως τῶν ἄρθρων Α.Κ.: 179 («περιοριστικὰ ὠφελήματα, πού, κατὰ τίς περιστάσεις, βρίσκονται σὲ φανερὴ δυσανάλογα πρὸς τὴν παροχή»), 285 («... κίνδυνος πού ἀπειλεῖ δυσανάλογα μεγαλύτερη ζημία»), 409 («ἂν ἡ ποινὴ εἶναι δυσανάλογα μεγάλη μειώνεται»), 1493 («ἀνάλογη διατροφή»), ἢ ἄρθρ. Ποιν.Κ. 22 § 3 («τὸ ἀνγκαιῶν μέτρο τῆς ἄμυνας κρίνεται...»), 25 § 1 (εἰς τὸν ἕτερον ἂν ἡ βλάβη «εἶναι...σημαντικῶς κατωτέρα») κ.ά. Νομίζει, ὅτι ἡ ἀναλογικότητα δὲν ἀποτελεῖ ἐκδήλωση τῆς ρωμαϊκῆς *aequitas* ἢ τῆς ἐπιεικειᾶς τοῦ ἑλληνικοῦ δικαίου, καὶ ὅτι πρέπει νά διαφοροποιεῖται ἀπὸ τίς γενικὲς τοῦ ἰσχύοντος δικαίου ρῆτρες (σ. 234). Τονίζει ὅμως, ὅτι στὸν Ἀριστοτέλη ὀφείλεται ἡ μεθοδολογικὴ διάρθρωση τῆς ἰδέας τῆς «διανεμητικῆς δικαιοσύνης», ἡ ὁποία ἐπέδρασε καὶ στοὺς ρωμαίους νομικοὺς μὲ τὴν περίφημη φράση τοῦ Οὐλπιανοῦ *ius suum quique tribuere* (D. 1, 1, 1, § 1), ὡς λαμπρῆς ἐκδήλωσής τῆς

αυτή έννοια τής «ἀναλογικότητας», ἐξειδικεύει ἡ γερμανικὴ θεωρία καὶ νομολογία μὲ τὰ ἀκόλουθα τρία ἐννοιολογικὰ κριτήρια: Πρῶτον, τὴν ἀναγκαιότητα τοῦ περιοριστικοῦ μέτρου· νὰ κρίνεται δηλαδὴ ἡ ἐπιβολὴ αὐτοῦ ὡς ἀπαραίτητη καὶ ἐπιβεβλη-

ἀρχῆς τῆς ἰσότητος καὶ ὡς ἀναγκαίου βάρους κάθε κανόνος δικαίου (σ. 237). Καὶ καταλήγει στὸ πόρισμα, ὅτι ἡ ἱστορικὴ ἀναδρομὴ συμβάλλει γιὰ δύο λόγους στὴν ἐφαρμογὴ τῆς ἐπιταγῆς τῆς ἀναλογικότητας, ἐκεῖ ὅπου ἡ δικαστικὴ κρίση συναρτᾶται μὲ ἀόριστα νομικὰ κριτήρια. Ὁ πρῶτος εἶναι, ὅτι ἡ σταθερὴ ἀξιολογικὴ παράδοση γιὰ τὴν δικαιοσύνη παρέχει μεγαλύτερη βεβαιότητα στὴν νομολογία καὶ στὴν κριτικὴ τοῦ δικαίου πρὸς αὐτὴ τὴν κατεύθυνση. Καὶ ὁ δεῦτερος εἶναι, ὅτι παρέχει σταθερότερα περιγράμματα τὰ ὁποῖα πηδαλιοχοῦν τὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας σὲ ἓνα τυπικὰ κενὸ ἢ ἀπροσδιόριστο χῶρο, ποῦ χωρὶς αὐτὴν θὰ ἔπρεπε νὰ ἀκίνητοποιηθῆ ἡ κανονιστικὴ λειτουργία τοῦ θετικοῦ δικαίου (σ. 241). Ἡ ἀνωτέρω ὅμως ἐκδοχὴ εἶναι ἐπιδεικτικὴ ἀντιρρήσεων, τόσο ὡς πρὸς τὶς ἀφετήριες θέσεις ὅσον καὶ ὡς πρὸς τὸ πόρισμά της. Εἶναι βέβαια ἀκριβές, ὅτι στὴν διαπραγματεύση ἀπὸ τὸν Ἀριστοτέλη τοῦ ὅλου θέματος τῆς δικαιοσύνης ἀπαντᾶ καὶ ἡ έννοια τοῦ «ἀναλόγου» τόσο στὸ «διανεμητικὸ» ὅσο καὶ στὸ «διορθωτικὸ» δίκαιο. Γνώστης ὁ Ἀριστοτέλης τῆς τότε μαθηματικῆς ἐπιστήμης (πρβλ. Ν. Ἀρτεμιάδης, Ἱστορία τῶν μαθηματικῶν, Ἐκδ. Ἀκαδ. Ἀθηνῶν 2000, σ. 30-31, 73-74, καὶ γιὰ τὴν «ἀναλογία» σ. 32, 65-66), εἰσάγει κατὰ τὴν ἀνάλυση τῆς δικαιοσύνης, ὡς εἰδικῆς ἀρετῆς, τὴν διάκριση μεταξὺ διανεμητικοῦ καὶ διορθωτικοῦ δικαίου, μὲ ἀφετηρία τὴν ἀρχὴ τῆς ἰσότητος, τὴν ὁποία παρουσιάζει στὸ μὲν διανεμητικὸ δίκαιο ὑπὸ μορφὴ γεωμετρικῆς ἀναλογίας, στὸ διορθωτικὸ δὲ ὑπὸ μορφὴ ἀριθμητικῆς ἀναλογίας (ἩΘ. Νικ. 1131b, 14-20, 30-33, 1132a, 1-4). Ἀλλὰ τόσο στὴν διανεμητικὴ δικαιοσύνη, ποῦ ἀφορᾷ τὴν κατανομὴ τῶν ἀγαθῶν («τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας» ἩΘ. Νικ. 1130b, 31-32), ὅσο καὶ στὴν διορθωτικὴ δικαιοσύνη, ποῦ ἀφορᾷ τὶς ἀνταλλακτικὰς σχέσεις («τὸ δὲ λοιπὸν ἐν τῷ διορθωτικῷ, ὃ γίνεται ἐν τοῖς συναλλάγμασι καὶ τοῖς ἐκουσίοις καὶ τοῖς ἀκουσίοις», ἩΘ. Νικ. 1131b 25-26), ἡ μὲν γεωμετρικὴ ἀναλογία ἐκλαμβάνεται ὡς κριτήριο ἀξίας σὲ σχέση μὲ τὰ πρόσωπα πρὸς τὰ ὁποῖα θὰ γίνῃ ἡ διανομὴ τῶν ἀγαθῶν, ἡ δὲ ἀριθμητικὴ ἀναλογία ἐκλαμβάνεται ὡς ἀντικειμενικὸ μέτρο διορθωτικῆς δικαιοσύνης, δηλαδὴ ὡς μέτρο ἀποκαταστάσεως τῆς ἐπιβαλλομένης ἰσότητος μεταξὺ τῆς ἀξίας διαφορετικῶν ἀγαθῶν (πρβλ. Κ. Δεσποτοπούλου, Διανεμητικὸν καὶ διορθωτικὸν δίκαιον κατ' Ἀριστοτέλη, Μελετήματα Φιλοσοφίας τοῦ Δικαίου (1980) σ. 85 ἐπ. ἰδίᾳ σ. 89 σημ. 3, Π. Σούρλα, Φιλοσοφία τοῦ Δικαίου (2000) σ. 110-117. Ν. Angelis, Être et justice chez Aristote (Paris 1999), σ. 425 ἐπ.). Ἡ έννοια λοιπὸν τοῦ ἀναλόγου στὸν Ἀριστοτέλη ἀφορᾷ τὴν συλλογιστικὴ πορεία τοῦ νομοθέτου κατὰ τὸν καθορισμὸ τοῦ ἴσου καὶ ἀναλόγου μέτρου ποῦ πρέπει νὰ καθοδηγῆ αὐτὸν κατὰ τὴν θέσπιση τῆς καθοριστικῆς ἢ κυρωτικῆς λειτουργίας τοῦ δικαίου, ὅπως θὰ λέγαμε σήμερα, καὶ δὲν ἔχει σχέση μὲ τὴν σύγχρονη έννοια τῆς ἀναλογικότητας ὡς ἐρμηνευτικῆς ἀρχῆς· ἐνῶ ἐξ ἄλλου ἡ ἀριστοτελικὴ ἐρμηνεία τοῦ δικαίου, δὲν συνδέεται μὲ τὸ «ἀνάλογον», ἀλλὰ μὲ τὴν έννοια τοῦ σπουδαίου καὶ ἐπιεικοῦς ἀνδρὸς κατὰ τὴν ἐφαρμογὴ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τοῦ «καθόλου» νόμου, ὥστε νὰ ἀναπληρωθῆ τὸ ἔλλειμμα τοῦ γεγραμμένου νόμου κατὰ τὸν ἴδιον τρόπο κατὰ τὸν ὁποῖο θὰ ἐνήργει καὶ ὁ νομοθέτης ἐπανορθῶν («τὸ ἐλλειφθὲν» ὡς πρὸς τὸ ὁποῖο τότε «ἤμαρτεν ἀπλῶς εἰπὼν») (ἩΘ. Νικ. 1137b, 19-24, 26-32. Πρβλ. C. Despotopoulos, «Le raisonnement juridique» στὴν μελέτη τοῦ ἴδιου καὶ τίτλο: Aristote et sur la famille et la justice (Paris Ousia 1985), σ. 139 ἐπ. Ε. Μιχαλάκη, Ἡ θεωρία τοῦ Ἀ-

μένη για λόγους δημοσίου συμφέροντος. Δεύτερον, *τήν καταλληλότητα* του μέτρου· να θεωρηται δηλαδή, ότι προσαρμόζεται αυτό με πληρότητα στα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της περιπτώσεως. Και τρίτον, να συνιστά — υπό την στενή, κατά την θεωρία, έννοια της αναλογικότητας — *ένδεδεχῆ ἀξιολόγηση* των πλεονεκτημάτων έναντι των μειονεκτημάτων του μέτρου κατά τρόπο, ώστε να προκύπτει ευκρινέστατα ο λόγος της προκριθείσης ἐπιλογῆς¹⁴.

ριστοτέλους περί των πρακτικῶν ἀρχῶν (1961), σ. 28-29. Γ. Μαριδάκη, Σκέψεις ἐπὶ τῆς θεωρίας του Ἀριστοτέλους περί ἐπιεικείας, Ξένιον Π. Ζέπου, τόμ. 1 (1973), σ. 267 ἐπ. Δ. Κόρσου, «Αἱ γενικαὶ ρῆτραι εἰς τὸ διοικητικὸν δίκαιον», Ἀφιέρωμα στὸν Α. Λιτζερόπουλο, Α' (1985) σ. 481 ἐπ. ἰδία, σ. 503. Γ. Μητσοπούλου, Μελέται Ι (1983), σ. 82 καὶ 232). Ἡ «ἀναλογικότητα» ἐπομένως δὲν ἀπορρέει οὔτε ἀπὸ τὴν έννοια τοῦ «διανεμητικοῦ» δικαίου τοῦ Ἀριστοτέλη, οὔτε ἐπίσης ἀπὸ τίς εἰδικές διατάξεις τοῦ θετικοῦ δικαίου ποῦ ἐπικαλεῖται ὁ Wieaker· διότι ἀπὸ τὴν φύση τῶν ρυθμιζομένων ἀπὸ αὐτὲς θεμάτων ἀποκλείεται νὰ ἀπορρέυση ἡ ἐπικαλουμένη ἀρχή. Ὡς πρὸς τὸ πόρισμα δὲ τῆς μελέτης του, θὰ ἔπρεπε νὰ παρατηρηθῆ, ὅτι ἡ ἔλλειψη κριτηρίων ἐξειδικεύσεως τῆς ἀρχῆς, καθιστᾷ αὐτὴν έννοιολογικὰ ἀόριστη. Οἱ ἀνωτέρω παρατηρήσεις καὶ ὡς πρὸς τὴν ἐπισήμανση, ὅτι ἡ ἔξενη θεωρία καὶ νομολογία, παρ' ὅλον ὅτι χρησιμοποιεῖ τὴν ἴδια ἀριστοτελικὴ έννοια γιὰ τὸν προσδιορισμὸ τῆς σύγχρονης έννοιας τῆς ἀναλογικότητας, ἐν τούτοις δὲν ἀναφέρει ρητὰ τὴν ἀληθῆ πηγὴ τῆς (πρβλ. Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, «Ἡ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος στὸ ἐσωτερικὸ δημόσιο δίκαιον» (1989), σ. 11 σημ. 4. Θ. Δαλακούρα, «Ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας καὶ μέτρα δικονομικοῦ καταγκασμοῦ» (1993), σ. 29 ἐπ.).

14. Ὡς πρὸς τὰ κριτήρια ἐξειδικεύσεως τῆς έννοιας τῆς ἀναλογικότητας, βλ. τὴν ἀνωτέρω ἐκτενῆ μελέτη τῆς Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, σ. 31 ἐπ. πρβλ. Ε. Κ. Μπέη, «Ἡ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας», Δίκη 30 (1999), σ. 470 ἐπ. με εἰδικώτερη ἀνάλυση τῶν στοιχείων τῆς ἀναγκαιότητας καὶ τῆς καταλληλότητας σὲ σχέση με τὸ στοιχεῖο τῆς ἐν στενῇ έννοια ἀναλογικότητας, καὶ τὴν παρατήρησή του, ὅτι ἡ «ἀναλογικότητα, ὑπὸ στενῇ έννοια, δὲν ἔχει τὸν ἐμπειρικὸ χαρακτήρα ποῦ ἔχουν ἡ καταλληλότητα καὶ ἡ ἀναγκαιότητα, ἀλλὰ ἀξιολογικὸ με τὴν έννοια ὅτι σκοπὸς τοῦ μέτρου καὶ τὸ μέτρο καθ'αυτὸ συγκρίνονται ὡς διαφορετικὲς ἀξίες» (σ. 467 καὶ σημ. 62 με παραπομπὴ στὴν μελέτη τοῦ I. Hirschberg). Ἄλλ' ἐφόσον τὰ τρία αὐτὰ κριτήρια ἀποτελοῦν τὰ κύρια χαρακτηριστικὰ γνωρίσματα τῆς έννοιας τῆς ἀναλογικότητας, παύουν, ἐξ αὐτοῦ τοῦ λόγου, νὰ ἀποτελοῦν τὰ μὲν δύο πρῶτα ἐμπειρικὲς έννοιες τὸ δὲ τρίτο ἀξιολογικὴ έννοια· διότι καὶ τὰ τρία αὐτὰ γνωρίσματα, ὡς έννοιολογικὰ στοιχεῖα αὐτῆς τῆς έννοιας τῆς ἀναλογικότητας, ἀποκοτῶν ἀξιολογικὸ χαρακτήρα προσδιοριστικῆς μορφῆς κατὰ τὴν ἐρμηνευτικὴ φάση ἐξειδικεύσεως αὐτῆς, σὲ συνάρτηση πάντοτε με τὰ ἀτομικὰ καὶ ἰδιαίτερα στοιχεῖα τῆς ὑπὸ κρίσιν περιπτώσεως. Ἡ ἐξειδίκευση δηλαδὴ χωρεῖ τεολογικὰ, καὶ ἐγκριεται στὸν προσδιορισμὸ τοῦ κριτηρίου «βάζει τοῦ ὁποῖου μεταξὺ δύο εἰδικωτέρων ἀντιθέτων σκοπῶν εἶναι δυνατόν νὰ εὔρεθῆ ἐκεῖνος ὅστις πρέπει νὰ ἐπικρατήσῃ, διότι εἶναι τὸ προσφορώτερον μέσον πραγματοποιήσεως τοῦ γενικωτέρου σκοποῦ, οὔτινος οἱ εἰδικοί σκοποὶ θεωρητέοι ὡς μέσα» (Κ. Τσάτσος, Ἐὶ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου² (1978), σ. 116). Ἀκριβῶς σ' αὐτὴ τὴν σχέση προσφόρου μέσου καὶ γενικωτέρου σκοποῦ ἐγκριεται ἡ ὅλη έννοιολογικὴ δομὴ τῆς ἀναλογικότητας, ὥστε νὰ ἐναπόκειται στὸν ἐρμηνευτὴ ὁ προσδιορισμὸς τοῦ κριτηρίου τῆς ἐξειδικεύσεως, χωρὶς νὰ ἀπορρέῃ αὐτὸ ἀπὸ τὴν θεωρητικὴ καὶ έννοιοκρατούμενη ἀκαμψία τῶν τριῶν ἐπικαλουμένων στοιχείων, τῶν

3. Δὲν πρόκειται νὰ ἐπεκταθῶ σὲ κριτικὴ ἀνάλυση τῆς ἐκτεταμένης θεωρητικῆς συζητήσεως γιὰ τὰ ἐννοιολογικὰ κριτήρια καὶ τὴν ἔκταση ἐφαρμογῆς τῆς ἀναλογικότητας, πού συνεχίζεται μὲ ἔντονο ρυθμό, ἔπειτα μάλιστα ἀπὸ τὴν ἐφαρμογὴ

ὁποίων ἄλλως τε ἡ ἀξιολογικὴ διακύμανση καὶ ἡ ἀντίστοιχη ἀστάθεια ποικίλλει, ἀναλόγως τῆς ἰδιορρυθμοῦ μορφῆς τῆς περιπτώσεως. Ποία δὲ ἡ σχέση μεταξὺ ἐμπειρικῶν καὶ ἀξιολογικῶν ἐννοιῶν κατὰ τὴν λογικὴ πορεία τῆς ἐξειδικεύσεως τῶν καλουμένων («ἀορίστων» ἢ «ἐλαστικῶν») ἐννοιῶν, ἀνέλυσα ἄλλοτε ἐκτενῶς στὶς ἀκόλουθες, κυρίως, μελέτες μου: α) Αἱ ἀόριστοι ἐννοιαὶ ἐν τῇ ἀναιρετικῇ διαδικασίᾳ. β) Ἡ διάκρισις πραγματικοῦ καὶ νομικοῦ ζητήματος ἐν τῇ ἀναιρετικῇ διαδικασίᾳ, καὶ γ) Περὶ τοῦ νομικοῦ προσδιορισμοῦ τοῦ πραγματικοῦ γεγονότος (Μελέται Γενικῆς Θεωρίας Δικαίου καὶ Ἀστ. Δικ. Δικαίου, I (1983), σ. 3 ἐπ., 93 ἐπ., 115 ἐπ.). Ἐξ ἄλλου ἡ παρατηρουμένη θεωρητικὴ διακύμανση στὴν μελέτη τοῦ Β. Βουτσάνη, «Ἡ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας: Ἀπὸ τὴν ἐρμηνεία στὴν διάπλαση δικαίου» (στὸν τόμο Ὁφείας τοῦ κράτους Δικαίου (1990, σ. 207 ἐπ.), πηγάζει ἀπὸ τὴν προσπάθεια ἀποδεσμεύσεως ἐκ τῆς ἐννοιολογικῆς ἀλληλεξαρτήσεως τῶν τριῶν αὐτῶν ἐννοιολογικῶν κριτηρίων τῆς ἀναλογικότητας, μὲ σκοπὸ θεωρήσεως τοῦ ὅλου προβλήματος ἀπὸ ἄποψη φιλοσοφίας καὶ μεθοδολογίας δικαίου, ἀμφιβόλου ὅμως ὀρθότητος, μὲ τελικὸ καταφύγιο στὴν «προκατανόηση» ἢ «προγνωσία» τοῦ ἐρμηνευτικοῦ κύκλου· τοῦ ὁποίου ὅμως κύκλου τὴν δικαιοκὴ χρησιμότητα ἄλλοτε ἀπέκρουσα κατὰ τὴν διαπραγματεύσει τοῦ θέματος «Τοπικὴ καὶ Ἐπιστήμη τοῦ Δικαίου», Ἀφιέρωμα στὸν Κ. Τσάτσο (1980) σ. 540 ἐπ. = Μελέται I (1983), σ. 221 ἐπ. Ἀπὸ φιλοσοφικὴ ἄποψη πρβλ. τὴν ὥραία Εἰσήγησι τῆς Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά, «Ἡ Θεμελίωση τῆς φιλοσοφικῆς ἐρμηνευτικῆς», ἀνάτυπο (1986) ἐκ τῶν Πρακτικῶν τῆς Α΄ Φιλοσ. Ἡμερίδας, Ἑλλ. Φιλοσ. Ἐταιρίας (1985).

Αἱ ἀνωτέρω ἐπισημάνσεις καὶ σὲ ἀντίρρηση τῆς μελέτης τῆς Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου: «Ὁ ρόλος τῶν ἀορίστων ἐννοιῶν στὸ σύγχρονο κράτος Δικαίου» (στὸν τ. Ὁφείας τοῦ Κράτους Δικαίου, 1980, σ. 315 ἐπ.), μὲ τὴν παρατήρησι ἐπίσης, ὅτι οἰαδήποτε ἐρμηνεία, λογικῶς θεωρουμένη, εἶναι πάντοτε προσδιοριστικὴ τοῦ περιεχομένου τῆς ἀναλελυμένης νομικῆς ἐννοίας. Ζήτημα δὲ ἐρμηνείας εἶναι ὁ καθορισμὸς τῶν κριτηρίων ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ὁποίων θὰ χωρήσῃ ἡ ἐξειδίκευσι τῆς ἐννοίας, μὲ μόνη τὴν διαφορὰ, ὅτι ἡ ἐξειδίκευσι τῆς ἀορίστου ἐννοίας χωρεῖ πάντοτε ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ἀτομικῶν καὶ ἰδιαιτέρων στοιχείων τῆς ἀτομικῆς περιπτώσεως, ὥστε ὁ ὀρισμὸς αὐτῆς νὰ διαμορφώνεται κατὰ τρόπο, πού νὰ καθιστᾷ δυνατὴ τὴν ὑπαγωγὴ ἢ μὴ τῆς περιπτώσεως στὴν ὀριζομένη ἐννοια. «Ὅταν λοιπὸν κρίνεται ἡ διοικητικὴ πράξι, ἐὰν τελῇ σὲ ἀρμονία μὲ τὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας, αὐτὸ σημαίνει, ὅτι ἔχει ἤδη ἐξειδικευθῆ ἡ «ἀοριστία» τῆς ἐννοίας σὲ τέτοιο βαθμὸ — εἴτε μὲ τὴν τριαδικὴ μορφή τῶν κριτηρίων, εἴτε μὲ τὴν τελολογικὴ μορφή τοῦ προσφόρου μέσου καὶ σκοποῦ — ὥστε νὰ παραμένῃ πρὸς ἔλεγχον ἢ ὀρθῇ ἢ μὴ ἐφαρμογὴ αὐτῆς ἐν ὄψει τῶν ἀτομικῶν καὶ ἰδιαιτέρων στοιχείων τῆς περιπτώσεως. Ἄρα δὲν ἀποτελεῖ ἡ ἀναλογικότητα οὔτε ἀδιαμφισβήτητη πολὺτιμη ἀρχή», ἀλλ' οὔτε ἐπίσης καταλήγει «σὲ βαθμιαία διολίσθησι τῆς κλίμακας ἀξιών πού ἐμπνέει τὸν διοικητικὸν δικαστὴ τὴν ὁποία σηματοδοτοῦν σύγχρονες ἐκφάνσεις τῆς ἀρχῆς» (σ. 319), ἀλλὰ ἐρμηνευτικὴ φάσι κινουμένη ἐντὸς τῶν ὑπὸ τοῦ θετικοῦ δικαίου καθοριζομένων ὀρίων· διότι «τεολογικῶς, δηλαδὴ μὲ συσχετισμὸν μέσου καὶ σκοποῦ, σκέπτεται καὶ ὁ νομοθέτης, καὶ ὁ δικαστὴς καὶ ὁ ἀπλὸς ἐφαρμοστὴς τοῦ δικαίου» (Κ. Τσάτσου, Τὸ πρόβλημα ἐρμηνείας τοῦ δικαίου² (1978), σ. 262). Πρβλ. καὶ R. Zippelius, Juristische Methodenlehre⁷(1999), § 10 III c, σ. 54-56, ὅπου ὀρθῇ ἐντάξει τῆς λειτουργίας τῆς ἀναλογικότητας στὴν τελολογικὴ ἐρμηνεία τοῦ δικαίου.

αυτοῦ τοῦ τρόπου ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, τόσο ἀπὸ τὸ Δικαστήριο τῶν Εὐρωπαϊκῶν Κοινοτήτων¹⁵, ὅσο καὶ ἀπὸ τὸ Δικαστήριο τῶν Δικαιωμάτων τοῦ Ἀνθρώπου¹⁶. Ἐκεῖνο ὅμως τὸ ὁποῖο πρέπει νὰ τονισθῆ, εἶναι ἡ ἐκτεταμένη συγκριτικὴ ἔρευνα τοῦ ζητήματος, καὶ ἡ γενομένη ἐπισήμανση, ὅτι θεωροῦνται τόσο στὴν Γαλλία καὶ Ἰταλία ὅσο καὶ στὴν Ἀγγλία, ὡς ἐπαρκεῖς οἱ τρόποι ἐλέγχου τῆς διακριτικῆς κυρίως ἐξουσίας τῆς διοικήσεως, ὥστε πολλοὶ ἀπὸ τοὺς ἐρευνητὲς νὰ εἶναι τῆς γνώμης, ὅτι δὲν ἀποτελεῖ ἡ ἀναλογικότητα κάποια νέα ἐρμηνευτικὴ ἐφεύρεση καὶ μάλιστα αὐτοτελοῦς μορφῆς, ἀλλὰ κεκαλυμμένο τρόπο τῆς παραδοσιακῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, πού ἀπαντᾷ, τόσο στὴν Γαλλία μὲ τὰ λαμπρὰ κριτήρια πού δημιούργησε τὸ Conseil d'Etat ὡς πρὸς τὸν ἐλεγχο τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας τῆς διοικήσεως¹⁷, πού ἀποδέχθηκε ἐπίσης καὶ ἡ ἰταλικὴ νομολογία¹⁸, ὅσο καὶ στὴν Ἀγγλία¹⁹, μὲ τὴν ἐφαρμογὴ

15. Γιὰ τὴν νομολογία τοῦ ΔΕΚ βλ. G. Xynopoulos, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité. En France, Allemagne et Angleterre (L.G.D.J. Paris, 1995), σ. 258 ἐπ., τοῦ ἰδίου, Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce, Mélanges en l'honneur. E. Spiliotopoulos (N. Sakoulas Athènes 1998) σ. 480 ἐπ.

16. Γιὰ τὴν νομολογία τοῦ ΕΔΑΔ, βλ. G. Xynopoulos (ἀνωτ. ὑποσ. 15), Le contrôle, σ. 250 ἐπ., Réflexions..., σ. 474 ἐπ. ὅπου καὶ ἡ γνώμη τοῦ L. E. Pettiti κατὰ τὴν ὁποία: «Τὸ Δικαστήριο στηρίζει τὶς ἀποφάσεις του, μὲ ἀφετηρία τὶς ὑποβληθεῖσες σ' αὐτὸ εἰδικὲς περιπτώσεις, ἐπὶ ἐνὸς συγκεκριμένου ἀριθμοῦ κανόνων: νομικῆς σταθερότητος, νομικῆς ἐμπιστοσύνης, ἀποτελεσματικότητος, λογικότητος, χωρὶς διάκριση καὶ ἐπὶ πλέον ἀναλογικότητος (...) καὶ ἀποδέχεται ἓνα χαρακτηριστικὸ τελικοῦ τελολογικοῦ σκοποῦ γιὰ τὴν ἐρμηνεία, διότι τείνει σὲ μιὰ ἐφαρμογὴ προοδευτικῆ, ἐξελικτικῆ, μὴ καθηλωμένη στὴν κατάσταση τῶν δικαιωμάτων καὶ τῶν ἠθῶν τοῦ 1950, καὶ λαμβάνει ὑπ' ὄψιν τοὺς μεγάλους συγχρόνους νομικοὺς προσανατολισμοὺς (σ. 475-6).

17. Ἐκτεταμένη ἀνάπτυξη τῆς γαλλικῆς κινήσεως βλ. στὴν ἀνωτ. (ὑποσ. 15) μελέτη τοῦ Xynopoulos, Le contrôle, σ. 40 ἐπ. 110-112, καὶ Φ. Φορτσάκη, Ἡ προδήλως ἐσφαλμένη ἐκτίμηση καὶ ἡ ἀρχὴ τῆς σταθμίσεως κόστους καὶ ζημίας. Ἐξ ἀφορμῆς πρόσφατης νομολογίας τοῦ γαλλικοῦ Conseil d'Etat, ΝοΒ, 35 (1987), σ. 1315 ἐπ. Ἠρβλ. J. Rivero: α) Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif, β) Droit administratif français et droits administratifs étrangers, γ) Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif, στὸ συλλογικὸ ἔργο Pages de Doctrine (L.G.D.J. 1980) σ. 459 ἐπ., 475 ἐπ., 489 ἐπ.

18. Γιὰ τὴν ἰταλικὴ θεωρία καὶ νομολογία βλ. A. Sandulli, La proporzionalità dell'azione amministrativa (cedam, 1998), σ. 324 καὶ passim. Giovanni Maria Ubertazzi, Le principe de proportionnalité en Droit Italien, στὸν τόμο Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen (Heidelberg 1985), σ. 79 ἐπ.

19. Γιὰ τὴν ἀγγλικὴ κίνηση G. Xynopoulos ἀνωτ. (ὑποσ. 15) Le contrôle... σ. 196, A. Sandulli ἀνωτ. (ὑποσ. 18), σ. 41 ἐπ., 55 ἐπ.

τῆς ἐξειδικευτικῆς λειτουργίας τῆς ἀρχῆς τοῦ εὐλόγου ἢ μὴ τοῦ λαμβανομένου διοικητικοῦ μέτρου (principle of reasonableness)²⁰.

4. Ἡ ὅλη θεωρητικὴ κίνηση εἰσέδυσσε καὶ στὸν ἑλληνικὸ ἐπιστημονικὸ χῶρο μὲ ἐκτεταμένη διερεύνηση τοῦ θέματος, καὶ μὲ προσπάθεια μάλιστα ἐπεκτάσεως τῆς λειτουργίας τῆς ἀναλογικότητας σὲ εἰδικωτέρους κλάδους τοῦ δικαίου, κατ' ἐπίδραση καὶ πάλι γερμανικῶν κατευθύνσεων, ἀμφιβόλου ὅμως χρησιμότητος²¹. Καὶ ἀκο-

20. Ὡς πρὸς τὴν ἐφαρμογὴ τῆς ἀρχῆς τοῦ εὐλόγου», χαρακτηριστικὴ ἡ ἀκόλουθη θέση τοῦ ἀντεπιστέλλοντος μέλους τῆς Ἀκαδ. Ἀθηνῶν Lord Bingham: «Ἀναμφιβόλως, ὅπως ἔχει ἤδη εἰπωθῆ, ἡ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας» ἐπικαλύπτει σὲ σημαντικὸ βαθμὸ τὴν καθιερωμένη ἀρχὴ τοῦ «εὐλόγου», ἀπὸ τὴν ὁποία καὶ θεωρεῖται ὅτι προέρχεται: ἐὰν μία διοικητικὴ πράξις δὲν εἶναι ἀναλογικὴ πρὸς τὸν ἐπιδιωκόμενον δημόσιον σκοπὸ τῆς, δύναται νὰ προσβληθῆ ὡς «μὴ εὐλόγη». Παρὰ ταῦτα, ἡ ἐξίσωση τῆς ἔννοιας τοῦ «μὴ εὐλόγου» μὲ τὴν ἔννοια τοῦ «παραλόγου» ἀπὸ τὸν Λόρδο Diplock — ὡς «παραλόγη» δὲ νοούμενης ὁποιασδήποτε ἀποφάσεως ποῦ ἀψηφᾷ τὴν λογικὴ ἢ τὰ χρηστὰ ἦθη σὲ τέτοιο βαθμῷ, ὥστε οὐδεὶς λογικὸς ἄνθρωπος θὰ εἶχε λάβει τέτοια ἀπόφαση — περιορίζει τὴν ἔννοια τοῦ «μὴ εὐλόγου» σὲ πολὺ στενὰ ὅρια. Τὸ ἴδιο ἰσχύει καὶ γιὰ τὸ κριτήριον τοῦ Λόρδου Scarman, σύμφωνα μὲ τὸ ὅποιο οἱ συνέπειες μίας ἀποφάσεως θὰ πρέπει νὰ εἶναι τόσο παράλογες, ὥστε ἡ ἀπόφασις νὰ ἐλήφθη ἀπὸ κάποιον ἐκτὸς ἐαυτοῦ. Πιστεύω ὅτι οἱ νομικοὶ τῆς ἡπειρωτικῆς Εὐρώπης δὲν θὰ κατέφευγαν σὲ μία τόσο συσταλτικὴ ἐρμηνεία τῆς ἀρχῆς τῆς ἀναλογικότητας. «Ὅταν ἓνας δικαστὴς ἀρχίζει νὰ διερωτᾶται κατὰ πόσον μία διοικητικὴ ἀπόφασις εἶναι ἀναλογικὴ πρὸς τὸν ἐπιδιωκόμενον σκοπὸ τῆς, μᾶλλον ὑπείσέρχεται στὸ μυαλὸ ἐκείνου ποῦ ἔλαβε τὴν ἀπόφαση, παρὰ ἐξετάζει τὴ διαδικασία μὲ τὴν ὁποία ἐλήφθη ἡ σχετικὴ ἀπόφασις. Ἀσφαλῶς θὰ ἐπιτρέψῃ σὲ ἐκεῖνον ποῦ ἔλαβε τὴν ἀπόφαση ἓνα σημαντικὸ περιθώριον διακριτικῆς εὐχέρειας, ἀλλὰ ἐνδεχομένως — συνειδητὰ ἢ μὴ — θὰ πλησιάζῃ περισσότερο στὴν κατ' οὐσίαν ἐξέτασι τῆς ἀποφάσεως. Θὰ ἄξιζε νὰ ἐπενδύσῃ κανεὶς στὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας μιὰ ἀνερχόμενη «μετοχὴ» στὸ χρηματιστήριο τῶν νομικῶν ιδεῶν». (Lord T. Bingham, *The Business of Judging* (Oxford 2000), σ. 67). Πρβλ. καὶ τὴν λεπτομερῆ κριτικὴ παρουσίασι τῆς νομολογίας τοῦ Ὁμ. Συντ. Δικ. τῆς Γερμανίας στὸ θέμα τῆς ἀναλογικότητας σὲ σύγκρισιν ἐπίσης μὲ τὴν ἀγγλικὴ νομικὴ σκέψιν, ἀπὸ τὸν καθηγητὴ B. S. Markesinis, *Always on the same path. Essays on foreign law and comparative methodology*, Vol. 2 (Oxford 2001), σ. 27 ἐπ., 30 ἐπ., 65-66, καὶ B. Markesinis-S. Enchelmaier, *The Applicability of Human Rights between Individuals under German Constitutional Law*, στὸν 4ο τόμο μὲ τίτλο: *Protecting Privacy*, Oxford Univ. Press, 1999, 210 ἐπ.

21. Σχετικὰ μὲ τὴν διείσδυση σὲ εἰδικωτέρους κλάδους. Βλ. Π. Γέσιου-Φαλτσῆ, Ἡ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας στὴν ἀναγκαστικὴ ἐκτέλεσις, *Χαριστήρια Δεληγιάννη 3 ΠΗ* (1992), σ. 195 ἐπ. τῆς ἰδίας, *Δίκαιο ἀναγκαστικῆς ἐκτελέσεως I Γενικὸ Μῆρος* (1998) σ. 168 ἐπ. κατὰ τὴν ἀποψιν τῆς ὁποίας: ἀπάρχει ὁρατὴ διαφορὰ μεταξὺ τῆς ἀρχῆς τῆς ἀπαγορεύσεως καταχρήσεως δικαιοῦματος, ποῦ ἀπευθύνεται καὶ ὀριοθετεῖ τὴ σχέση δανειστῆ καὶ ὀφειλέτη, αὐτὴν ποῦ ἡ θεωρία σήμερα ἀποκαλεῖ σχέση ἐκτελέσεως, καὶ τῆς ἀρχῆς τῆς ἀναλογικότητας, ποῦ ἔχει ὡς πεδίο ἐφαρμογῆς τὴ σχέση τοῦ κράτους πρὸς τὸν ὀφειλέτη (σχέση δημοσίας ἐπεμβάσεως), καὶ ὑποχρεώνει τὸ κράτος, ὅταν μὲ κρατικὸ καταναγκασμὸ θίγει τὰ συνταγματικὰ δικαιώματα τοῦ ὀφειλέτη γιὰ τὴν ἱκανοποίησιν

λούθησε ή σημαντική αποδοχή αυτής από το Συμβούλιο της Έπικρατείας με την γενέθλια υπ' αριθ. 2112/1984 απόφαση αυτού κατά την οποία: Είς την υπό του άρθρου 5 παρ. 1 του Συντάγματος προστατευομένην ἐλευθερίαν τῆς ἐργασίας δύναται ὁ νο-

τοῦ δανειστῆ, νὰ παραλείπει ἐνέργειες ποῦ τὴν παραβιάζουν· καλύπτει ἐπομένως τὸ πρόβλημα τῶν ἀκαταλύτων, τῶν μὴ ἀναγκαιῶν καὶ τῶν δυσαναλόγων μέσων ἐκτελέσεως (μὲ τὴν ἔννοια τῶν τριῶν ἐκφάνσεων τῆς ἀρχῆς) μὲ τὰ ὁποῖα διεξάγεται ἡ ἐκτελεστικὴ διαδικασίᾳ. Ἐκ τῆς ἐννοιολογικῆς ὁμως διακρίσεως μεταξύ «σχέσεως δανειστοῦ καὶ ὀφειλέτου (σχέσεως ἐκτελέσεως)» καὶ «σχέσεως κράτους καὶ ὀφειλέτου (σχέσεως δημοσίας ἐπεμβάσεως)», δὲν δύναται, κατὰ τὴν γνώμη μου, νὰ θεμελιωθῆ ὁρατὴ διαφορὰ μεταξύ τῆς ἀρχῆς τῆς ἀπαγορεύσεως καταχρήσεως δικαιοῦματος καὶ τῆς ἀρχῆς τῆς ἀναλογικότητος. Διότι ἡ ἔννοια τῆς ἀναλογικότητος μὲ τὴν τριαδικὴ αὐτῆς ἐκδήλωση, ἀποτελεῖ μερικώτερη φάση τῆς τελολογικῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου τῆς προσδιοριζομένης ὁμως ὑπὸ τῶν θετικῶν διατάξεων τοῦ δικαίου καὶ τῶν συνταγματικῶν πλαίσιον αὐτοῦ. Τὰ χρησιμοποιούμενα δὲ κριτήρια ὡς πρὸς τὴν ἐκδήλωση καὶ λειτουργία αὐτῆς, δὲν προσθέτουν νέα ἀξιολογικὰ γνωρίσματα σὲ σχέση μὲ ἐκεῖνα τὰ ὁποῖα χρησιμοποιοῦνται κατὰ τὴν τελολογικὴ ἐξειδικεύση τῆς καταχρηστικῆς ἀσκήσεως μὲ βάση τὴν διάταξιν τοῦ άρθρου 25 § 3 τοῦ Σ. καὶ τὴν τοῦ άρθρου 116 Κ.Πολ.Δ. σὲ συνδυασμὸν καὶ μὲ τὶς εἰδικώτερες διατάξεις τοῦ Κ.Πολ.Δ. ποῦ ἀφοροῦν τὴν ἐκάστοτε κρινομένην περίπτωσιν (πρβλ. Ν. Κλαμαρῆ, Καθορισμὸς ἀξίας κατεσχημένου ἀκινήτου ἀνώτερης τῆς ἐκτιμῆσεως γιὰ τὶς ἀνάγκες τῆς ἐκτελέσεως, τιμ. τόμ. Γ. Μητσοπούλου (1993), σ. 645 ἐπ. ἰδίᾳ σ. 656-7, ὅπου ὀρθὴ τελολογικὴ ἀντιμετώπιση σχέσεως μέσου καὶ σκοποῦ ἐπὶ καταχρηστικῆς ἀσκήσεως δικονομικοῦ δικαιοῦματος· καὶ Ε. Ποδηματᾶ, Ζητήματα ἐφαρμογῆς τῶν άρθρων 933 καὶ 936 Κ.Πολ.Δ. Ἐκδ. Σάκκουλα, Θεσσ., 1991, σ. 48 ἐπ., 68 ἐπ.). Ἡ διείσδυση δὲ τῆς ἀρχῆς τῆς ἀναλογικότητος στὸ χῶρον τοῦ Ἀστικοῦ Δικ. Δικαίου δύναται νὰ ὀδηγήσῃ σὲ ὑπέρβαση τῶν τελολογικῶς ἐπιτρεπομένων ὁρίων τῶν προσδιοριζομένων ὑπὸ τῶν σχετικῶν διατάξεων τοῦ Κ.Πολ.Δ., ὅπως τέτοια ὑπέρβαση ἐμφανίζεται στὴν μελέτη τοῦ Ε. Κ. Μπέη, Ἡ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος, Δίκη 30 (1999), σ. 467-8, ὅπου ὑποστηρίζεται, ὅτι ἡ γενικὴ ἀπαγόρευση ἀσκήσεως ἐνδίκων μέσων ἐπὶ ἀσφαλιστικῶν μέτρων ποῦ καθιεροῦται διὰ τοῦ άρθρου 699 Κ.Πολ.Δ., περιορίζει ὑπέρμετρα τὸ δικαίωμα γιὰ δικαστικὴ προστασία κατὰ τὸ ἄρθρο 20 § 1 τοῦ Σ. καὶ σύμφωνα μὲ τὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος θὰ ἦταν ἐπιτρεπτὴ ἡ ἀσκήση ἐφέσεως. Τῆς αὐτῆς δὲ γνώμης καὶ ὁ Κ. Μπέης μὲ αἰτιολογία ὅτι: «Ὅταν τὸ δικαστήριον ἐκδίδει προσωρινὴν διαταγὴν ἢ ἀπόφασιν ἀσφαλιστικῶν μέτρων καθ' ὑπέρβαση τῶν νομίμων περιορισμῶν, σχετικὰ μὲ τὴν ἐλεύθερον ἀναζήτησιν τοῦ προσφόρου μέτρου, προδήλως παραβιάζει εἴτε τὴ θεμελιωδὴ ἀρχὴ τῆς δίκαιης δίκης, εἴτε τὴ θεμελιωδὴ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος. Ὅμως μὴ τέτοια ἀνωμαλία, ἐφ' ὅσον δὲν εἶναι δεκτικὴ ἀμεσης θεραπείας διὰ μέσου τῆς ἀσκήσεως ἐνδίκου μέσου, δὲν ἐπιτρέπεται νὰ μείνῃ μετέωρη δίχως δυνατότητα δραστηκῆς ἐναντίωσης. Ἀκριβῶς ἡ ἔλλειψη δυνατότητας ἄλλης δραστηκῆς ἐναντίωσης στὴν πρόδηλη παραβίαση τῆς θεμελιώδους ἀρχῆς τῆς δίκαιης δίκης ἢ τῆς ἀναλογικότητος ἐπιβάλλει νὰ γίνῃ δεκτὴ μία ἀπὸ τὶς ἀκόλουθες λύσεις: εἴτε (α) ἡ αὐτοδίκαιη ἀκρόβητος τῆς προσωρινῆς διαταγῆς καὶ τῆς ἀντίστοιχης ἀπόφασης ἀσφαλιστικῶν μέτρων, εἴτε (β) ἡ κάμψη τῆς νομοθετικῆς ἀπαγόρευσης τῶν ἐνδίκων μέσων, ἀφοῦ ὁ κοινὸς νομοθέτης δὲν ἔχει ἐξουσία νὰ καθιστᾷ ἀτελεῖς τὶς παραβιαζόμενες συνταγματικὰς διατάξεις ἀναφορικὰ μὲ τὰ θεμελιωδὰ δικαίωματα. Τρίτη θεμιτὴ λύση δὲν ὑπάρχει» (Εἰσήγησις μὲ θέμα «Ἐλευθερία καὶ δέσμευσις τοῦ δικαστῆ στὰ ἀσφαλιστικὰ μέτρα». Πρακτικὰ Ἐπιστημονικῆς Διημερίδας 2-3 '4-1999 Πρωτοδικείου Ἀθηνῶν μὲ τίτλο: «Ἡ σύγχρονη δυναμικὴ τῶν ἀσφαλιστικῶν μέτρων»

μοθέτης να επιβάλλη όρους και περιορισμούς επί τῆς βάσει ἀντικειμενικῶν κριτηρίων τῶν ὁποίων ἡ ἐκπλήρωσις εἶναι κατὰ νόμον ἀναγκαία διὰ τὴν ἐκπλήρωσιν ὠρισμένου ἐπαγγέλματος. Ὡς τοιαῦτα ὅμως κριτήρια κνοοῦνται μόνον ὅροι καὶ προϋποθέσεις αἱ ὁποῖαι νὰ ἀνταποκρίνονται εἰς τὴν ἐκ τῆς ἐννοίας τοῦ κράτους δικαίου ἀπορεύουσαν συνταγματικὴν ἀρχὴν τῆς ἀναλογικότητος, κατὰ τὴν ὁποίαν οἱ ἐκ μέρους τοῦ νομοθέτου καὶ τῆς διοικήσεως ἐπιβαλλόμενοι περιορισμοὶ εἰς τὴν ἄσκησιν τῶν ἀτομικῶν δικαιωμάτων, πρέπει νὰ εἶναι μόνον οἱ ἀναγκαῖοι καὶ νὰ συνάπτονται πρὸς τὸν ὑπὸ τοῦ νόμου διωκόμενον σκοπὸν»²². Εἶναι δὲ σταθερὴ ἔκτοτε ἡ νομολογία τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας, πού ἀντιστοιχεῖ, καὶ ὡς πρὸς τὴν γλωσσικὴ ἀκόμῃ διατύπωση, μὲ τὴν παγία νομολογιακὴ ἔκφραση τοῦ Ὁμοσπονδιακοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου τῆς Γερμανίας²³.

5. Εἶχα καὶ ἄλλοτε ἐκφράσει τὴν γνώμη, ἀπὸ τὴν θέσῃ μάλιστα αὐτή²⁴, ὅτι ἡ

(Νομικὴ Βιβλιοθήκη, Ἀθήνα 1999), σ. 41-42). Εἶχα ὅμως καὶ τότε διαφωνήσει μὲ τὴν ὡς ἄνω ἐκδοχὴ γιὰ τοὺς λόγους πού περιέχονται στὴν σχετικὴ παρέμβασή μου (σ. 43-45). Ἐπειδὴ δὲ ἡ ἀναλογικότητα ἀπεδόθη καὶ μὲ τὸν ὅρο «ἀναλογία» (πρβλ. Engisch, Εἰσαγωγή στὴν νομικὴ σκέψη - μετάφραση Δ. Σπινέλλη (1981), σ. 158 καὶ σ. 310 σημ. 73), ἡ μὲ τὴν διάζευξη «ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος ἢ ἀρχὴ τῆς ἀναλογίας» (πρβλ. Ε. Σπηλιωτοπούλου, Ἐγχειρίδιο Διοικητικοῦ Δικαίου, 9ῃ ἐκδ. (1999) ἀριθ. 514 inf σ. 324), ἐτόνισα, ὅτι ἡ ἀναλογικότητα δὲν ἔχει καμιά σχέση μὲ τὴν ἀναλογία. Διότι ὁ μὲν ἀναλογικὸς συλλογισμὸς εἶναι ἓνας τρόπος συλλογισμοῦ, ὁ ὁποῖος ὑπάγει καὶ ἐξομοιώνει ὠρισμένα πραγματικὰ περιστατικὰ πρὸς τὰ ὑποθετικῶς καθοριζόμενα εἰς τὸν λόγον τῆς μεζίζονος προτάσεως τοῦ συλλογισμοῦ πού περιέχει τὸν κανόνα δικαίου, ἐνῶ ἡ ἀναλογικότητα περιλαμβάνεται στὴν τελολογικὴ μέθοδος τοῦ μέσου καὶ σκοποῦ ἐντὸς τῶν νομοθετικῶν πλαισίων τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου. Αὐτὴ δὲ εἶναι ἡ γνώμη μου καὶ γιὰ τὴν νέα συνταγματικὴ διάταξη τῆς ἀναλογικότητος, μὲ τὴν ἐλπίδα νὰ μὴν ὀδηγήσῃ ἡ ἐφαρμογὴ τῆς σὲ ὑπέρβαση τῶν ἐρμηνευτικῶν πλαισίων ἐντὸς τῶν ὁποίων ἐξειδικεύεται τὸ «πρόσφορο» μέσον σὲ συνάρτησιν μὲ τὸν ἐπιδιωκόμενο «σκοπὸν». Ὡς πρὸς τὴν ἐπέκτασιν δὲ τῆς ἀναλογικότητος στὸν χῶρον τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου πρβλ. Sophie Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats (Paris L.G.D.J. 2000).

22. Ἡ πρωτοβουλία τῆς καθιερώσεως τῆς ἀναλογικότητος ὀφείλεται στὸν τότε Πάρεδρο καὶ Εἰσηγητὴ τῆς ἀποφάσεως 2112/84 Π. Παραρᾶ. Προανάκρουσμα δὲ τῆς ἀποφάσεως ἀποτελοῦν οἱ μελέτες τοῦ ἴδιου: Αἱ πράξεις νομοθετικοῦ περιεχομένου τοῦ Προέδρου τῆς Δημοκρατίας (1981) σ. 67-68 σημ. 96, καὶ Σχόλιο ἐπὶ ΣτΕ 2952/1975 (Ολ). Το Σ, 2 (1976) σ. 350. Καταφατικὴ θέσῃ γιὰ τὴν ἀπόφαση, 2112/84 Β. Σκουρῆς, Ἡ συνταγματικὴ ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος καὶ οἱ νομοθετικοὶ περιορισμοὶ τῆς ἐπαγγελματικῆς ἐλευθερίας, Ἑλλ. Δικ., 28 (1987) σ. 773 ἐπ.

23. ΣτΕ. 3682/1986 Τμ. Δ', 3111/1990 Τμ. Δ', 1540/1994 Τμ. Δ', 5116/1996 (᾽Ολ.), 2403/1997 (᾽Ολ.), 3362/1997 Α' Τμ. κ.ᾶ.

24. Στὴν ὁμιλία μου κατὰ τὴν ἔκτακτῃ συνεδρία τῆς 21-10-1997 τῆς Ἀκαδημίας Ἀθηνῶν: «Μνήμη Κων/τίνου Τσάτσου - Δέκα χρόνια ἀπὸ τὸν θάνατό του», πού εἶχε ὡς θέμα: «Ἡ συμβολὴ τοῦ Κ. Τσάτσου στὴν Γενικὴ Θεωρία τοῦ Δικαίου καὶ στὴν Νομολογία», Ἀνάπτυκο Πρακτικῶν Ἀκαδ. Ἀθηνῶν (1997), σ. 13 ἐπ. = Δίκη, 28 (1997) σ. 1339 ἐπ.

ἀναλογικότητα δὲν ἀποτελεῖ τίποτε ἄλλο παρὰ τελολογικὴ φάση τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, μὲ ἐννοιολογικὴ ἐξειδίκευση τοῦ προσφορωτέρου μέσου πρὸς πραγματοποίησιν τοῦ γενικωτέρου δικαιικοῦ σκοποῦ, ὅπως τὸ ὅλο αὐτὸ θέμα εἶχε ἀναλύσει —πρὸ τῆς ἐμφανίσεώς του ὑπὸ τὴν νέα θεωρητικὴ καὶ νομολογιακὴ μορφή τῆς ἀναλογικότητος— ὁ *Κων/νος Τσάτσος* κατὰ τρόπο ἐξάαιρετο, στὴν βασικὴ του μελέτη γιὰ «Τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου». Καὶ γι' αὐτὸν τὸν λόγο θεώρησα ὡς ὀρθότερη —σὲ σύγκρισιν μὲ τὴν νέα νομολογία τοῦ ΣτΕ— τὴν σταθερὴ νομολογία τοῦ Ἄρειου Πάγου, ποῦ ἐφαρμόζει —κατὰ τὴν χαρακτηριστικὴ διατύπωση τῆς Ὀλομελείας του— τὴν *«λογικὴ ἢ τελολογικὴ ἐρμηνεία*, ὡς ἀναγομένη εἰς τὰ ἀφορῶντα τὴν ὀρθὴν ἐφαρμογὴν τῶν νόμων ἔργα καὶ καθήκοντα τῆς δικαστικῆς ἐξουσίας, τὰ ὅποια οὔτε ἤθελαν οὔτε ἠδύνατο νὰ ἀποκλείσῃ ὁ κοινὸς νομοθέτης, ἄνευ κινδύνου παραβάσεως τοῦ ἄρθρου 26 τοῦ Συντάγματος»²⁵.

25. Α.Π. Ὀλ. 246/1986, ΝοΒ, 35 (1987), σ. 1574 Π. Πρβλ. Ὀλ.Α.Π. 70/1990 ΝοΒ, 39 (1991), 403 Ι, Α.Π. 823/1992, 583/1993. Ἐν τούτοις μὲ τίς ὑπ' ἀριθ. 253 καὶ 254/2000 ἀποφάσεις τοῦ Α' Τμ. (Ἑλλ. Δ., 41 (2000) σ. 1000-1001) ἀπεδέχθη καὶ ὁ Ἄρειος Πάγος τὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος ἐπὶ θέματος προσωπικῆς κρατήσεως καὶ μὲ τὴν ἀκόλουθη αἰτιολογία: «Κατὰ τὸ ἄρθρο 1047 § 1 Κ.Πολ.Δ. προσωπικὴ κράτηση διατάσσεται καὶ κατ' ἐμπόρων γιὰ ἐμπορικὰς ὑποθέσεις, μπορεῖ δὲ νὰ διαταχθῇ καὶ γιὰ ἀπαιτήσεις ἀπὸ ἀδικοπραξίες. Μὲ τὸ ν. 2462/1997 κυρώθηκε τὸ Διεθνὲς Σύμφωνο γιὰ τὰ ἀτομικὰ καὶ πολιτικὰ δικαιώματα. Τὸ ἄρθρο 11 τοῦ Συμφώνου αὐτοῦ, τὸ ὅποιο μὲ τὴν κύρωσή του ἔχει τὴν ἰσχὺν ποῦ ὀρίζει τὸ ἄρθρο 28 τοῦ Συντ., ὀρίζει ὅτι: «κανένας δὲν φυλακίζεται ἀποκλειστικὰ λόγω τῆς ἀδυναμίας του νὰ ἐκπληρώσει συμβατικὴ ὑποχρέωση». Ἡ διάταξις αὐτή, γιὰ τὴν ὀρθὴ ἐφαρμογὴ τῆς ὁποίας ἀπαιτεῖται ὁ συνδυασμὸς τῆς μὲ τίς διατάξεις τῶν ἄρθρων 2 § 1 καὶ 25 § 3 τοῦ Συντ., καὶ τὴ συναγομένη ἀπὸ αὐτὰς καὶ τὴ διάταξις τοῦ ἄρθρου 951 § 2 τοῦ Κ.Πολ.Δ. ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος κατὰ τὴν παροχὴ ἔννομης προστασίας μὲ τὴν μορφή ἀναγκαστικῆς ἐκτελέσεως, δὲν ἐπέφερε κατάργησιν τῆς προσωπικῆς κρατήσεως, ἀλλὰ, προϋποθέτοντας τὴν ἰσχὺν τῆς ὡς τοῦ μέσου ἀναγκαστικῆς ἐκτελέσεως γιὰ τὴν ἱκανοποίησιν χρηματικῶν ἀπαιτήσεων, περιέσταιε μόνον τὸ πεδίο ἐφαρμογῆς τῆς». Ἡ αἰτιολογία δὲ τῆς ἀποφάσεως προφανῶς στηρίχθηκε στὴν ἐρμηνευτικὴ λύσιν, τὴν ὁποία ἐπρότεινε ὁ Ἀντιπρόεδρος τοῦ Ἄρειου Πάγου Γ. Βελλῆς μὲ τὴν Εἰσήγησή του: «Ἡ προσωπικὴ κράτηση μετὰ τὸν ν. 2462/1997» στὴν διημερίδα Ἐνώσεως Ἑλλ. Δικονομολόγων καὶ Ἐταιρίας Νομικῶν Βορείου Ἑλλάδος ποῦ ἔγινε στίς 22 καὶ 23/1-1999 στὴν Θεσσαλονίκην (Ἑλλ. Δικ. 40 (1999) σ. 9 ἐπ.). Ἡ προσφυγὴ ὅμως στὴν ἔννοια τῆς ἀναλογικότητος ἦταν, κατὰ τὴν γνώμη μου, περιττή. Ὅχι μόνον διότι δὲν ἀπορρέει αὐτὴ ἀπὸ τίς ἐπικαλούμενες συνταγματικὰς διατάξεις — γιὰ τοὺς λόγους ποῦ ἐξέθεσα στὸ κείμενο αὐτῆς τῆς ἀνακοινώσεως— οὔτε ἐπίσης ἀπὸ τὴν διάταξις τοῦ ἄρθρου 951 § 2 Κ.Πολ.Δ. —ποῦ ἐκ τῆς φύσεως τῆς ρυθμιζομένης περιπτώσεως ἀφορᾷ εἰδικὴ σχέση καλύψεως χρηματικῆς ἀπαιτήσεως μὲ κατάσχεσιν ἀντίστοιχης ἀξίας περιουσιακῶν ἀντικειμένων τοῦ ὀφειλέτη— ἀλλὰ καὶ διότι δὲν ἦταν ἀναγκαία: δεδομένου ὅτι ἐκ τῆς τελολογικῆς ἐρμηνείας τῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 11 τοῦ Διεθνoῦς Συμφώνου πρὸς τὴν διάταξις τοῦ ἄρθρου 1047 § 1 Κ.Πολ.Δ. προέκυπτε ἡ δοθεῖσα καὶ ἀπὸ τὸν Ἄρειο Πάγο λύσις. Ἐὰν δὲ ἐφήρμοζε ὁ Ἄρειος Πάγος τὴν προγενέστερη ἐρμηνευτικὴ τακτικὴ, θὰ ἦταν δυνατὴ ἡ ἀκόλουθη διατύπωσις

6. Καθ' ὅσον γνωρίζω, ἀντίστοιχη καὶ πρὸς τὴν νέα αὐτὴ διάταξη τοῦ Συντάγματος, δὲν ἀπαντᾷ στὰ σύγχρονα Συντάγματα. Καὶ ὁ λόγος εἶναι ὁ ἴδιος ποὺ προηγουμένως ἀνέφερα σχετικὰ μὲ τὴν καθιέρωση τῆς διατάξεως ποὺ ἀφορᾷ τὴν «τριτενέργεια» τῶν ἀτομικῶν δικαιωμάτων· ὅτι δηλαδὴ τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου ἀνήκει στὴν δικαστικὴ λειτουργία τῆς πολιτείας καὶ δὲν ἀνάγεται σὲ συνταγματικὸ κύκλο ἰδεῶν καὶ ἀποφάσεων. "Ἄρα δὲν δύναται, κατὰ τὴν γνώμη μου, νὰ θεωρηθῆ ὡς ἐπιτυχὴς καὶ ἡ συνταγματικὴ αὐτὴ πρωτοβουλία, ἡ ὁποία καὶ ὡς πρὸς τὴν γλωσσικὴ διατύπωση τῆς διατάξεως εἶναι ἀνεπιτυχὴς· διότι «οἱ κάθε εἶδους περιορισμοὶ ποὺ μποροῦν κατὰ τὸ Σύνταγμα νὰ ἐπιβληθοῦν στὰ δικαιώματα αὐτὰ πρέπει» νὰ προσιδιάζουσι ἢ νὰ στοιχοῦν πρὸς τὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητος καὶ ὅχι «νὰ σέβονται» αὐτήν.

IV.

Συνοψίζω τὴν σύντομη αὐτὴ ἀνάλυση τοῦ ὅλου θέματος στὰ ἀκόλουθα πορίσματα:

Προβλήματα ἐρμηνείας τοῦ Συντάγματος ἀνήκουν στὴν ἐπιστῆμη τοῦ δικαίου καὶ ἰδιαίτερα στὴν πλαστοουργὸ δύναμη τῆς νομολογίας.

Ἐκ τῆς δύναμης δὲ τῶν εἰδικωτέρων διατάξεων τοῦ Συντάγματος καὶ τὴν τελολογικὴ ἔνταξη αὐτῶν σὲ σύστημα δικαίου, ἀπορρέουν καὶ τὰ ὅρια ἰσχύος αὐτῶν.

Τριτενέργεια, ἀναλογικότητα καὶ ἀποδεικτικὴ ἰσχύς παρανόμως κτηθέντων ἀποδεικτικῶν μέσων, ἀποτελοῦν θέματα, ποὺ ἐξέρχονται τῶν ὁρίων συνταγματικῆς ρυθμίσεως.

"Ἄλλως ὅμως ἔκρινε —μὲ σημαντικὴ μάλιστα πλειοψηφία— ἡ Βουλὴ γιὰ τὶς προαναφερθεῖσες τρεῖς νέες διατάξεις, ποὺ, ὡς συνταγματικοὶ κανόνες, ἀποκτοῦν πλέον ἰδιάζουσα ἐρμηνευτικὴ βαρῦτητα, καὶ δύνανται, ἐνδεχομένως, νὰ ὀδηγήσουν σὲ ἐπικίνδυνη ὑπέρβαση τῶν ὁρίων ἰσχύος αὐτῶν.

τῆς αἰτιολογίας: «Ἐπειδὴ κατὰ τὴν λογικὴ καὶ τελολογικὴ ἐρμηνεία τῆς διατάξεως τοῦ ἀρθροῦ 11 τοῦ Διεθνoῦς Συμφώνου, ποὺ ἔχει σύμφωνα μὲ τὸ ἀρθρο 28 § 1 τοῦ Συντάγματος ἀξὴμένη τυπικὴ ἰσχύς, συνάγεται, ὅτι σκοπὸς αὐτῆς εἶναι ἡ ἀπαγόρευση προσωπικῆς κρατήσεως τοῦ ὀφειλέτη, ὅταν συντρέχουν λόγοι ἀδυναμίας ἐκπληρώσεως τῆς ὀφειλῆς. Ἡ ἀδυναμία δὲ ἐκπληρώσεως τῆς ὀφειλῆς, ποὺ προσδιορίζεται μὲ βάση τοὺς κανόνες τῆς λογικῆς καὶ τῆς ἀνθρώπινης πείρας, ἐπάγεται τὸν περιορισμὸ ἐφαρμογῆς τῆς προβλεπομένης ὑπὸ τοῦ ἀρθροῦ 1047 § 1 Κ.Πολ.Δ. προσωπικῆς κρατήσεως ὡς μέσου ἀναγκαστικῆς ἐκτελέσεως, ὥστε νὰ ἀπορρῆ ἀπὸ αὐτὴ τὴν διατύπωση τῆς διατάξεως ἀλλὰ καὶ τὸν διωκόμενο μ' αὐτὴ σκοπὸ, ἀντίστοιχη δυνατότητα ἐναντιώσεως τοῦ καθ' οὗ ἡ ἐκτέλεση μὲ προβολὴ ἰσχυρισμοῦ περὶ ἀνυπαρξίας ἀξιώσεως πρὸς ἀναγκαστικὴ ἐκτέλεση αὐτῆς τῆς μορφῆς, λόγῳ τῶν ἀτομικῶν καὶ ἰδιαιτέρων στοιχείων τῆς περιπτώσεως».

Ἄλλ' ὁ προσδιορισμὸς τῶν ὁρίων αὐτῶν ἐξαρτᾶται, ἀποκλειστικά, ἀπὸ τὸν ἔρμηνευτὴ τοῦ δικαίου καὶ τελικὰ ἀπὸ τὴν δικαστικὴ ἐξουσία, ποὺ σημαίνει: ἄμεση ἐπάνοδο στὴν τελολογικὴ ἔρμηνεία τοῦ δικαίου, σὲ συνάρτηση μὲ τὴν σταθερὴ πλέον πορεία τῆς νομολογίας ὡς πρὸς τὸν προσδιορισμὸ τῶν ἐπιτρεπτῶν ὁρίων διεισδύσεως αὐτῶν στὸν χῶρο τοῦ οὐσιαστικοῦ καὶ δικονομικοῦ δικαίου. Ποιὸς λοιπὸν ὁ σκοπὸς τῶν νέων διατάξεων;

ἌΟ Ἀκαδημαϊκὸς κ. Ἀπόστολος Γεωργιάδης, μετὰ τὸ πέρας τῆς ἀνακοινώσεως, λέγει τὰ ἑξῆς:

Κύριε Πρόεδρε τῆς Ἀκαδημίας,

Κυρίες καὶ Κύριοι συνάδελφοι,

Αἰσθάνομαι τὴν ἀνάγκη νὰ εὐχαριστήσω θερμὰ καὶ νὰ συγχαρῶ τὸν κ. Μητσόπουλο γιὰ τὴν ἄκρως τεκμηριωμένη ἐπιστημονικὴ κριτικὴ ποὺ ἄσκησε στὴν § 1 τοῦ ἄρθρου 25 τοῦ Συντάγματος, ὅπως αὐτὴ διατυπώθηκε κατὰ τὴν πρόσφατη ἀναθεώρηση τοῦ Καταστατικοῦ Χάρτη τῆς Χώρας.

Πράγματι, μὲ τὴ διάταξη αὐτὴ ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης παρεισέφερσε σὲ ἀλλότρια ἔργα καὶ συγκεκριμένα σὲ ἔργα τῆς νομικῆς ἐπιστήμης καὶ τῆς νομολογίας. Ὁ νομοθέτης —καὶ πολλῶ μᾶλλον ὁ συνταγματικὸς— καθορίζει ἔννομες συνέπειες, ἀπονέμει δικαιώματα, ἐπιβάλλει ὑποχρεώσεις· δὲν υἱοθετεῖ ἢ ἀπορρίπτει θεωρίες ἢ θεωρητικὲς κατασκευές, γιὰτὶ αὐτὸ ἀποτελεῖ ἔργο τῆς ἐπιστήμης καὶ τῆς νομολογίας.

Ἡ «τριτενέργεια» ἢ ὀρθότερα ἢ «ἀπόλυτη ἐνέργεια» τῶν ἀνθρώπινων δικαιωμάτων εἶναι μιὰ θεωρία, τῆς ὁποίας ἡ ἀποδοχὴ ὀδηγεῖ σὲ διέυρυνση τοῦ κύκλου τῶν (ἀποδεκτῶν) τῶν θεμελιωδῶν δικαιωμάτων, δηλαδὴ τοῦ κύκλου τῶν προσώπων ποὺ δεσμεύονται ἀπὸ αὐτά. Ἀπὸ τὴν παραδοσιακὴ ἀντίληψη ὅτι τὰ ἐν λόγῳ δικαιώματα ἀφοροῦν στὶς σχέσεις Κράτους-Πολίτη, ὀδηγοῦμεθα μὲσω τῆς θεωρίας αὐτῆς στὴ θέση ὅτι τὰ δικαιώματα τοῦ ἀνθρώπου ἔχουν ἄμεση ἰσχὺ καὶ στὶς σχέσεις μεταξὺ ἰδιωτῶν.

Τὸ ἐὰν ὅμως ἡ θεωρία αὐτὴ εἶναι ὀρθὴ ἢ ὄχι καὶ ἐὰν πρέπει νὰ υἱοθετηθεῖ ἢ ὄχι, εἶναι θέμα ἀποκλειστικὰ τῆς νομικῆς ἐπιστήμης καὶ τῆς νομολογίας καὶ ὄχι τοῦ νομοθέτη καὶ μάλιστα τοῦ συνταγματικοῦ.

Τὰ ἴδια ἰσχύουν καὶ γιὰ τὴν ἀρχὴ τῆς ἀναλογικότητας. Ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης δὲν πρέπει νὰ θεωρητικολογεῖ ἢ νὰ δογματίζει, ἀλλὰ νὰ θέτει κανόνες δικαίου.

Ἐπομένως ἡ ρύθμιση τοῦ ἄρθρου 25 § 1 τοῦ Συντάγματος, ἡ ὁποία μάλιστα ἀποτελεῖ καὶ διεθνή πρωτοτυπία, οὔτε ἐπιτυχὴς εἶναι οὔτε ἐπιδοκιμαστέα.

ἌΟ Ἀκαδημαϊκὸς κ. Κ. Δεσποτόπουλος ἔλαβε τὸν λόγο καὶ εἶπε τὰ ἑξῆς:

Συγχαίρω τὸν ἀκαδημαϊκὸ κ. Γεώργιο Μητσόπουλο γιὰ τὴν Ἀνακοίνωσή του, καὶ ἰδιαίτερα γιὰ τὴν παρρησία του, συνδυασμένη ἐξ ἄλλου μὲ νομικὴ ἐπιστη-

μονικότητα, δηλαδή με όρθη επίκληση έννοιων και αρχών, πρόσφορων για τη θεμελίωση όρθης κριτικής.

Ό κ. Γεωργιάδης εξέηρε ήδη την αξία τής ανακοινώσεως με τὰ σχόλιά του, ώστε πρέπει νὰ περιορίσω τὰ ιδικά μου, πρὸς ἀποφυγὴν ἐπαναλήψεων.

Ὡς πρὸς τὴν ἔκφραση «κράτος δικαίου» ὑπενθυμίζω, ὅτι ἡ χρῆση τῆς ἐγκαινιασθήκε τὸ 1832 ἀπὸ τὸν Robert von Mohl, μετὰ τὸ βιβλίον του «Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates». Ἡ σύστοιχη ὅμως ἔννοια, *avant la lettre*, ὑπῆρχε ἤδη πολὺ πρὶν. Ὁ ἴδιος ὁ von Mohl ἀποδίδει τὴ διαμόρφωσὴ τῆς ιδιαίτερα στὸν Kant καὶ ἀναγνώριζε τοὺς Ἄγγλους Hobbes, Locke καὶ Milton ὡς πρώτους ἀποστόλους τῆς. Εἶχα τὴν εὐκαιρία νὰ καταδείξω, καὶ μετὰ εἰδικὴ μελέτη μου στὴν Γαλλία καὶ μετὰ εἰδικὸ γι' αὐτὴν κεφάλαιο στὸ βιβλίον μου «Μελετήματα Πολιτικῆς Φιλοσοφίας» (4η ἔκδοση 1983, σελίδες 49-71), ὅτι ἡ ἔννοια τοῦ λεγόμενου σὲ νεωτερικὴ γλῶσσα «κράτους δικαίου» ὑπάρχει ἤδη στὴν ἀρχαία Ἑλλάδα, εἴτε σημαίνει ἀπλῶς νομοκρατία, δηλαδή συμμόρφωση τῆς κρατικῆς ἐξουσίας πρὸς τὸ θετικὸ δίκαιο, εἴτε σημαίνει δικαιοκρατία, δηλαδή συμμόρφωση τῆς κρατικῆς ἐξουσίας πρὸς τὸ θετικὸ δίκαιο, ἀλλὰ καὶ τοῦ θετικοῦ δικαίου πρὸς τὸ φυσικὸ δίκαιο, δηλαδή πρὸς τὴν ἰδέα τῆς δικαιοσύνης. Πράγματι, ἡ δικαιοκρατία διακηρύσσεται ἤδη μετὰ τὴν περίφημη Ρήτρα τοῦ Λυκούργου, θεμελιωτικὴ τοῦ Σπαρτιατικοῦ πολιτεύματος, ἀλλὰ καὶ ἀπὸ τὸν Σόλωνα στὸν ἀπολογισμὸ τοῦ νομοθετικοῦ ἔργου του γιὰ τὴν πόλη τῶν Ἀθηναίων. Διάχυτη βρίσκεται καὶ στὰ πολιτειολογικὰ ἔργα τοῦ Πλάτωνος ἡ ἔννοια τοῦ κράτους δικαίου ὡς δικαιοκρατία ἀλλὰ καὶ ἡ νομοκρατία εἰδικὰ στοὺς Νόμους (715c), ὅπου ἡ φράση «τοὺς δ' ἄρχοντας λεγομένους νῦν ὑπηρέτας τοῖς νόμοις ἐκάλεσα». Ἡ προβολὴ τῆς ἔννοιας τοῦ κράτους δικαίου στοὺς Νεώτερος χρόνους ὑπαγορεύθηκε ἀπὸ τὴν πρόθεση νὰ τονισθεῖ ἡ ἀντίθεση πρὸς τὴν αὐθαιρεσία τῶν ἀρχόντων, ἢ καὶ νὰ ἐξασφαλισθεῖ μετὰ εἰδικούς θεσμούς ἡ ἀποτροπὴ τῆς αὐθαιρεσίας αὐτῆς, ἐκφρασμένης ἀκραῖα μετὰ τὴν συνθηματικὴ ἔκφραση *rex lex*, δηλαδή βασιλεὺς = νόμος. Ἀπὸ τὴν εὐστοχία τῶν εἰδικῶν αὐτῶν θεσμῶν ἐξαρτᾶται ἡ καταξίωση τῆς ἔννοιας τοῦ κράτους δικαίου, ἄλλωστε διαφορετικὴ στὶς διάφορες ἐπάλληλες φάσεις τοῦ θετικοῦ δικαίου. Ἄλλως παραμένει τὸ κράτος δικαίου ἀπλῶς ὠραῖο αἶτημα ἢ σχεδὸν ἀπλῶς σύνθημα.

Ὅρθὰ εἶναι ὅσα εἶπε ὁ κ. Μητσόπουλος γιὰ τὴ λεγόμενη «τριτερέγεια». Ἡ ἰσχὺς τῶν θεσπισμένων ἀπὸ τὸ Σύνταγμα δικαιωμάτων, ἀτομικῶν εἴτε κοινωνικῶν, ὑπὲρ τὰ δικαιώματα ἢ καὶ τὶς ὑποχρεώσεις ἐκ τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου, δηλαδή τὸ προβάδισμα ἰσχύος τῶν κανόνων τοῦ Συντάγματος πρὸς τοὺς κανόνες ἰδιωτικοῦ δικαίου, εἶναι κάτι αὐτονόητο, προερχόμενο ἀπὸ τὴν πραξιολογικὴ συνοχὴ τοῦ συνόλου τῶν κανόνων τοῦ δικαίου ὡς συστήματος, καὶ ἀπὸ τὴ λειτουργικὴ τους ἱεραρχία, καὶ ἰδι-

αίτερα τὴν ἐδραιωμένη ἀπὸ αἰώνων καὶ συστατικὴ τοῦ Συντάγματος ὑπεροχὴ τῶν κανόνων του σὲ ἴσχυ ἀπὸ τοὺς κανόνες τῆς ἄλλης νομοθεσίας.

Εὐστοχα ἐπίσης εἶναι καὶ ὅσα εἶπε ὁ κ. Μητσόπουλος γιὰ τὴν «ἀναλογικότητα» ὡς ἐρμηνευτικὴ ἀρχὴ καὶ τὴν ταύτισή της οὐσιαστικὰ πρὸς τὴν τελολογικὴ φάση τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου. Ἄς ὑπενθυμίσω, ὅτι ὁ Ἄριστοτέλης χρησιμοποιοῖ τὴ λέξι «ἀναλογία» μόνον πρὸς καθορισμὸ τοῦ «διανεμητικοῦ δικαίου» διεπομένου ἀπὸ τὴν «γεωμετρικὴν ἀναλογία», καὶ τοῦ «ἐν τοῖς συναλλάγμασι δικαίου» διεπομένην ἀπὸ τὴν «ἀριθμητικὴν ἀναλογία», χωρὶς δηλαδὴ ἀναφορὰ στὸν τρόπο ἐρμηνείας τοῦ δικαίου (Ἠθικὰ Νικομάχεια 1131a 31, 1131b 12, 30-33 1132a, 30). Καὶ ὅταν ἀναφέρεται ὁ Ἄριστοτέλης στὴν ἐρμηνεία τοῦ δικαίου, γράφει: «τὸ μὴ πρὸς τὸν νόμον, ἀλλὰ πρὸς τὸν νομοθέτην, καὶ μὴ πρὸς τὸν λόγον ἀλλὰ πρὸς τὴν διάνοιαν τοῦ νομοθέτου σκοπεῖν... καὶ μὴ πρὸς τὸ μέρος ἀλλὰ πρὸς τὸ ὅλον».

R É S U M É

Communication de M. Georges Mitsopoulos, membre de l'Académie d'Athènes, présentée à la séance plénière de l'Académie (7-6-2001) sur le sujet suivant: la «*Drittwirkung*», la «proportionnalité» et d'interdiction d'utiliser des moyens de preuve illégalement acquis», adoptées au titre de dispositions nouvelles lors de la révision de la Constitution de 1975 effectuée en 2001.

La consécration de la «*Drittwirkung*» et de la «proportionnalité» a été effectuée par le complément apporté à l'article 25 de la Constitution, qui dispose que: «1. Les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, et le principe de l'État de droit social sont placés sous la garantie de l'État. Tous les organes de celui-ci sont obligés d'en assurer l'exercice libre et efficace. Ces droits sont également valables dans les relations entre particuliers auxquelles ils sont propres. Les restrictions de toute sorte qui peuvent, selon la Constitution, être imposées à ces droits doivent être prévues soit directement par la Constitution soit par la loi, s'il existe une réserve en sa faveur, et respecter le principe de proportionnalité».

Pour ce qui est de la disposition: «Ces droits sont également valables dans les relations entre particuliers» — par laquelle est adoptée l'orientation jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle allemande connue sous l'appellation de «*Drittwirkung*» des droits fondamentaux—, il est souligné que cela a été une erreur de l'élever au rang constitutionnel. Car le problème des limi-

tes de la validité des dispositions portant sur les droits individuels dans les relations privées est exclusivement une question d'interprétation de celles-ci. Et l'interprétation consiste en l'insertion primordiale des dispositions constitutionnelles dans un système téléologique à articulation axiologique, de sorte à rendre possible le processus interprétatif du juge jusqu'à cette phase où deviendra possible le jugement positif ou négatif concernant les limites de la validité de ces dispositions dans le droit privé, en liaison toujours avec les données individuelles et particulières du cas. Par ailleurs, la consécration de la «proportionnalité» comme principe constitutionnel est également jugée comme mal venue. Car la proportionnalité n'est pas autre chose qu'une phase téléologique de l'interprétation du droit, par une spécification conceptuelle du moyen le plus convenable de réaliser le but juridique plus général; c'est ainsi que la question a été analysée par le regretté professeur de Philosophie du droit et membre de l'Académie Constantin Tsatsos dans son étude sur *Le problème de l'interprétation du droit* (1932), à une époque, notons-le, où l'évolution interprétative de la proportionnalité n'en était pas encore arrivée à un point de principe, constitutionnel qui plus est.

Telle est la raison pour laquelle n'est pas jugée acceptable l'opinion qui a dominé également au Conseil d'État hellénique avant la modification de la Constitution, concernant la proportionnalité comme principe constitutionnel —sous l'influence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande—, à l'opposé de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui s'appuie sur l'interprétation logique et téléologique du droit.

Enfin, est jugée impropre la nouvelle disposition de l'article 19, paragraphe 3, de la Constitution, selon laquelle: «L'usage de moyens de preuve qui ont été acquis en violation de cet article et des articles 9 et 9A est interdit». En d'autres termes, l'interdiction d'utiliser des moyens de preuve se réfère tant au caractère inviolable du secret des lettres et de la correspondance ou de la communication (art. 19, par. 1) qu'à l'interdiction de violer l'asile familial (art. 9) ou les dispositions sur la protection des données personnelles (art. 9A). Mais la consécration de dispositions portant interdiction de l'usage de moyens de preuve acquis de manière illégale relève de la compétence du législateur ordinaire et ne constitue pas matière à réglementation constitutionnelle.

Le texte intègre les interventions de A. Georgiadis et de C. Despotopoulos, membres de l'Académie, qui ont exprimé leur accord avec l'ensemble de l'argumentation de cette communication.