

Σκέψεις γύρω από τον δικαστικό έλεγχο της ρυθμιστικής παρέμβασης του κράτους στην οικονομία

του Βασίλη Ανδρουλάκη*

Ας ξεκινήσουμε μνημονεύοντας ένα παλαιότερο, σχετικό, νομολογιακό παράδειγμα:

Το έτος 1976 με κ.υ.α. επιτάχθηκαν τα λεωφορεία που εκτελούσαν συγκοινωνιακό έργο στην περιοχή της πρωτεύουσας διότι οι ιδιοκτήτες τους είχαν εξαγγείλει απεργιακές κινητοποιήσεις για αόριστο χρόνο. Όπως ήταν αναμενόμενο, η κ.υ.α. αυτή προσβλήθηκε με αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Το δικαστήριο, προκειμένου να εξετάσει τη νομιμότητα της πράξεως, έπρεπε να ερμηνεύσει το άρθρο 18 παρ. 3 του Συντάγματος, το οποίο προβλέπει την επίταξη για την θεραπεία άμεσης κοινωνικής ανάγκης που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τη δημόσια τάξη. Ο εισηγητής, μετέπειτα αντιπρόεδρος κος Μ. Δεκλερής στην εισήγησή του (δημοσιευμένη στο περιοδικό ΤοΣ 1978, σελ. 519 επ.) επιχείρησε να προσεγγίσει ερμηνευτικά την έννοια της δημόσιας τάξης, έννοια κρίσιμη για την εφαρμογή της παραπάνω συνταγματικής διάταξης. Κατά τον εισηγητή η έννοια αυτή μπορεί να γίνει αντιληπτή ως το τρίπτυχο «δημόσια ασφάλεια – δημόσια υγεία – ησυχία». Απέκρουσε, όμως, την ερμηνεία αυτή με την αιτιολογία ότι «πρόκειται περί θεωρητικής εκδοχής “δημοσίας τάξεως” παρωχημένου πολιτικού συστήματος (κράτος – χωροφύλαξ) αντιστοιχούντος εις το εκλιπόν φιλελεύθερον οικονομικόν σύστημα του *laissez faire* και έχοντος μάλλον στοιχειώδη δομήν εξασφαλίζουσα τας βασικάς λειτουργίας του κράτους (άμυναν – ασφάλειαν – δικαιοσύνην)». Κατά τον εισηγητή, η δημόσια τάξη «συγχρόνου πολιτικού συστήματος με ανεπτυγμένον διοικητικόν μηχανισμόν εξασφαλίζοντα την παροχήν πολλαπλών κοινωνικών υπηρεσιών είναι έννοια ευρύτερα και βαίνει πέραν της εξασφαλίσεως των ειρημένων στοιχειωδών λειτουργιών του κράτους» περιλαμβάνοντας και την αρχή της συνεχούς λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών που εγγυάται το σύγχρονο κράτος. Η ερμηνεία αυτή έγινε δεκτή και από το Σ.τ.Ε. στην απόφασή του 957/1978 (Ολομ., ΤοΣ 1978, σελ. 516 επ.). Δεν έχει σημασία να αναλυθεί περισσότερο η υπόθεση αυτή. Εκείνο που έχει σημασία, όμως, είναι ότι η παραπάνω ερμηνεία της δημόσιας τάξης, όπως έχει παρατηρηθεί (Γιάννης Δρόσος, Δοκίμιο Ελληνικής συνταγματικής θεωρίας, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, 1996, σελ. 505), αναφέρεται στην κατανόηση εκ μέρους του Δικαστηρίου του σύγχρονου κράτους ως παρεμβατικού, δεν αποτελεί τη δημόσια τάξη του

* Πάρεδρος Συμβουλίου Επικρατείας

κλασικού φιλελεύθερου κράτους. Και μάλιστα δεν μπορεί να μην σημειώσει κανείς ότι ο εισηγητής δεν αισθάνθηκε την ανάγκη να επικαλεστεί κάποια συνταγματική διάταξη για να ενισχύσει την ερμηνευτική εκδοχή ότι το σύγχρονο κράτος, όπως οι λειτουργίες του διαρθρώνονται και αποτυπώνονται στο ισχύον συνταγματικό κείμενο, είναι το παρεμβατικό κράτος, που όπως μας λέει εξασφαλίζει την παροχή πολλαπλών κοινωνικών υπηρεσιών.

Αυτή η αντίληψη περί κράτους, που με αρκετή σαφήνεια αναλύεται ίσως για πρώτη φορά στην απόφασή αυτή, φωτιζόμενη και από την εισήγηση, φαίνεται να βρίσκεται πίσω από τη νομολογία σχετικά με τον οικονομικό παρεμβατισμό που ανέπτυξε το Σ.τ.Ε.

Το λεγόμενο «Οικονομικό Σύνταγμα» συνάγεται κατά βάση από δύο συνταγματικές διατάξεις: το άρθρο 5 και το άρθρο 106. Το μεν πρώτο κατοχυρώνει την οικονομική ελευθερία, το δε δεύτερο αποτελεί το έρεισμα του κρατικού παρεμβατισμού στην οικονομία. Αφ' ενός μεν ο καθένας μπορεί να συμμετέχει στην οικονομική ζωή της Χώρας, αφ' ετέρου δε το Κράτος, για να προστατεύσει το γενικό συμφέρον, μπορεί να προγραμματίζει και να συντονίζει την οικονομική δραστηριότητα της Χώρας. Εύθραυστη η ισορροπία: Ατομικό δικαίωμα από τη μια, που αποκρούει την κρατική ανάμιξη· οικονομικός παρεμβατισμός από την άλλη, που επιζητεί ρύθμιση των οικονομικών σχέσεων, με αναπόφευκτη συνέπεια περιορισμό της οικονομικής ελευθερίας. Επιδιαιτητής της σύγκρουσης, όρος της σύνθεσης, της εναρμόνισης των δύο, η έννοια του «γενικού, δημοσίου, κοινωνικού» συμφέροντος. Έννοια Ιανός, που έχει διπλή λειτουργία: Αφ' ενός αποτελεί όριο της οικονομικής ελευθερίας (με όποια μορφή και αν εμφανίζεται: ελευθερία της σύναψης συμβάσεων, της επιλογής επαγγέλματος, επιχειρηματικής δραστηριότητας), αλλά και κριτήριο της συνταγματικότητας των περιορισμών της. Και περαιτέρω, ένας περιορισμός, όμως, της οικονομικής ελευθερίας, η οποία, κατά το Σύνταγμα, αποτελεί και τον κανόνα στην οικονομική δραστηριότητα (κι αυτό δεν πρέπει να το ξεχνάμε), δεν αρκεί να εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, πρέπει να σέβεται και την αρχή της αναλογικότητας, καθώς και να μην θίγει την οικονομική ελευθερία στον πυρήνα της. Το τελευταίο σημαίνει ότι οι διάφοροι περιορισμοί δεν πρέπει να άγουν σε ουσιαστική κατάλυση ή αδρανοποίηση του δικαιώματος.

Κατά βάση λοιπόν ο δικαστικός έλεγχος των μέτρων ρύθμισης της οικονομίας και της εν γένει οικονομικής – επαγγελματικής δραστηριότητας, στρέφεται γύρω από αυτούς τους δύο άξονες: Δημόσιο συμφέρον, αρχή της αναλογικότητας. Ωστόσο, η νομολογία δεν είναι στατική. Εξελίσσεται, μεταβάλλεται, προσεγγίζει και νοηματοδοτεί με διαφορετικό τρόπο μέσα στο χρόνο τις έννοιες κλειδιά του ελέγχου της κρατικής ρύθμισης.

Η μείζων, με διάφορες παραλλαγές, είναι γνωστή: «*Με το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος προστατεύεται η οικονομική ελευθερία και δη η*

*ελευθερία ασκήσεως επιχειρηματικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας. Οι συνταγματικές όμως αυτές διατάξεις δεν αποκλείουν τη θέσπιση από τον κοινό νομοθέτη ή την κανονιστικώς δρώσα διοίκηση περιορισμών της ελευθερίας αυτής για λόγους δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος ... Οι περιορισμοί αυτοί πρέπει να είναι αναγκαίοι και πρόσφοροι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου από το νόμο σκοπού» (Σ.τ.Ε. 1992/2005 Ολομ.). Η νομολογία δεν αρκείται, και τούτο είναι εύλογο, στην εξαγγελία του νόμου ότι εξυπηρετεί δημόσιο συμφέρον· διαπιστώνει και βεβαιώνει την συνδρομή του. Βέβαια, υπό το ισχύον Σύνταγμα που κατοχυρώνει σειρά κοινωνικών δικαιωμάτων, το πιθανότερο είναι ότι ο σκοπός του οποίου γίνεται επίκληση θα μπορεί να στεγαστεί σε κάποιο από αυτά (π.χ. προστασία της δημόσιας υγείας ή αναπήρων ατόμων ή της εργασίας ή του περιβάλλοντος). Περισσότερα προβλήματα παρουσιάζει η εκτίμηση ρύθμισης που αποβλέπει στην εξασφάλιση της οικονομικής ανάπτυξης όλων των τομέων της εθνικής οικονομίας ή στην αποτροπή βλάβης της εθνικής οικονομίας, έννοιες που απαντώνται στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 106 του Συντάγματος. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, το συμφέρον που επικαλείται ο νομοθέτης πρέπει να συνδεθεί με το Σύνταγμα, δεδομένου ότι ένας περιορισμός ατομικού δικαιώματος δεν μπορεί παρά να εδράζεται σ' αυτό. Και, όπως διαβάζουμε σε παλαιότερες κυρίως αποφάσεις, «από την άποψη της συνταγματικής αρχής της διάκρισης των εξουσιών ... στην αρμοδιότητα της διοικητικής και όχι της δικαστικής εξουσίας ανήκει η ουσιαστική εκτίμηση του δημόσιου συμφέροντος και μόνο η υπέρβαση των ακραίων λογικών ορίων της εννοίας εμπίπτει στο πεδίο ελέγχου νομιμότητας τον οποίον ασκεί ο ακυρωτικός δικαστής» (Σ.τ.Ε. 1094/1987 Ολομ.). Τα ίδια *mutatis mutandis* ισχύουν και προκειμένου να ελεγχθεί η συνταγματικότητα νομοθετικών περιορισμών.*

Είναι γεγονός ότι ελάχιστες φορές κρίθηκε ότι οι περιορισμοί της οικονομικής ελευθερίας δεν υπηρετούν σκοπό δημοσίου συμφέροντος. Παρ' ότι για την αναζήτηση της αιτιολόγησής τους ο δικαστής ανατρέχει στην εισηγητική έκθεση του νόμου ή και στις συζητήσεις στη Βουλή, παραθέτοντας ενίοτε εκτενή σχετικά αποσπάσματα στις αποφάσεις του, σπάνια κρίνει ότι ο σκοπός δεν υπηρετεί το δημόσιο συμφέρον. Αυτό έχει συμβεί κυρίως σε περιπτώσεις όπου το μέτρο, όπως βέβαια το εκτιμά ο ακυρωτικός δικαστής, αποβλέπει κατ' ουσίαν στην εξυπηρέτηση του οικονομικού συμφέροντος επαγγελματικής τάξεως, «έστω και πολυπληθούς», σύμφωνα με τη διατύπωση της νομολογίας. Ενδιαφέρουσα στο σημείο αυτό είναι και μια σκέψη, όχι η βασική, πάντως, της παραπεμπτικής στην Ολομέλεια αποφάσεως 1177/2003 σχετικά με τον καθορισμό της ανώτερης τιμής των φαρμάκων: Η πλειοψηφία σημειώνει, μεταξύ άλλων, ότι ο επίδικος τρόπος καθορισμού δεν εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον της προστασίας της υγείας διότι ενδέχεται να οδηγήσει σε αδυναμία εισαγωγής φαρμάκων. Είναι

αξιοσημείωτο ότι στην προκειμένη περίπτωση ο δικαστής δεν διστάζει να προβεί σε οικονομικής φύσεως εκτιμήσεις σχετικά με την μελλοντική εξέλιξη της αγοράς ενός σημαντικού αγαθού. Δεν μπορούμε, όμως, να μην αναρωτηθούμε αν, και σε ποιο βαθμό, η οικονομική πρόγνωση είναι εφικτή και, κυρίως, ποιος νομιμοποιείται (και με ποια επιστημονικά εφόδια) να προβεί σε αυτήν.

Η επίκληση του γενικότερου κοινωνικού συμφέροντος που συνδέεται με τη λειτουργία της εθνικής οικονομίας μπορεί, πάντως, να οδηγήσει σε σοβαρούς περιορισμούς ατομικών δικαιωμάτων. Το ακόλουθο παράδειγμα είναι ενδιαφέρον εν όψει και της τρέχουσας οικονομικής συγκυρίας: Κρίθηκε (Σ.τ.Ε. 955/1988) ότι αυτοί οι γενικότεροι λόγοι κοινωνικού συμφέροντος μπορεί να αδρανοποιήσουν, για προσωρινό έστω διάστημα, τις πολύ ειδικές διατάξεις των άρθρων 22 και 23 του Συντάγματος περί προστασίας των συλλογικών διαπραγματεύσεων, με αποτέλεσμα να είναι δυνατή η απαγόρευση των αυξήσεων των αποδοχών των μισθωτών του ιδιωτικού τομέα. Είναι χαρακτηριστικό ότι στη μείζονα δεν γίνεται καν επίκληση του άρθρου 106· οι περιορισμοί συνάγονται από την ερμηνεία των άρθρων 22 και 23, ως εάν τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται στις διατάξεις αυτές να τελούν υπό κάποιο γενικότερο περιορισμό που εξυπακούεται και ο οποίος δεν είναι ανάγκη να διατυπώνεται σε συνταγματική διάταξη. Εν πάση περιπτώσει, ο δισταγμός, στο σημείο αυτό, του ελέγχου εκ μέρους του δικαστή οφείλεται στο ότι οι επίμαχες ρυθμίσεις απηχούν βασικά πολιτικές επιλογές και διαφεύγουν για το λόγο αυτό τον δικαστικό έλεγχο. Μια παρένθεση: Εγείρεται ένα ερώτημα: Μήπως η επίκληση του δημοσίου συμφέροντος επιτρέπει τελικώς τα πάντα και υπάρχει κίνδυνος να αποτελέσει, από έννοια που εξασφαλίζει την κοινωνική συνοχή προκάλυμμα ευρύτερων περιορισμών των ατομικών εν γένει δικαιωμάτων. Νομίζω πως η απάντηση είναι αρνητική και τούτο συνδέεται με την έννοια της οικονομικής ελευθερίας. Η οικονομική ελευθερία δεν είναι ατομική ελευθερία που μπορεί να εξομοιωθεί πλήρως με τις άλλες. Το ίδιο το συνταγματικό κείμενο την οριοθετεί πολύ πιο αυστηρά από οποιαδήποτε άλλη, που τελεί ενδεχομένως υπό την επιφύλαξη του νόμου, κυρίως με την ρητή πλέον αναφορά στο κοινωνικό κράτος. Εξ άλλου, κάθε περιοριστικό μέτρο ελέγχεται με βάση την αρχή της αναλογικότητας.

Ο «πραγματικός» έλεγχος των νομοθετικών πρωτοβουλιών και στο ζήτημα που μας απασχολεί ασκείται όταν η ρύθμιση που επελέγη τίθεται υπό την βάση της αρχής της αναλογικότητας. Στο στάδιο αυτό θα συναντήσουμε και τις περισσότερες αποφάσεις οι οποίες ελέγχουν κυρίως μέτρα σχετικά με την επαγγελματική ελευθερία, αυτή την ειδική μορφή οικονομικής ελευθερίας. Πρόκειται για αρχή εξαιρετικά δημοφιλή θα έλεγα, η οποία έχει ιδιαίτερα εμπλουτίσει την φαρέτρα του δικαστή και που με το πέρασμα των ετών έχει γνωρίσει ιδιαίτερη νομολογιακή

επεξεργασία. Φαίνεται ότι πρόκειται περί αρχής που διατρέχει το δίκαιο και δεν περιορίζεται σε θέματα κυρώσεων ή περιορισμού των ατομικών δικαιωμάτων: Το δικαστήριο την έχει εφαρμόσει σε οργανωτικά ζητήματα, επί μετατροπής ν.π.δ.δ. σε ν.π.ι.δ., ενώ και ο δικαστής των εκλογικών διαφορών έχει κρίνει το εκλογικό σύστημα με βάση την εν λόγω αρχή (Α.Ε.Δ. 36/1991).

Η θεωρία διακρίνει διάφορα στάδια κατά τον έλεγχο με βάση την αρχή της αναλογικότητας, τα οποία στη νομολογία, βέβαια, δεν διακρίνονται με συστηματικό τρόπο: Εν πρώτοις ελέγχεται αν το μέτρο είναι κατάλληλο (πρόσφορο) για την επίτευξη του σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ακολούθως αν είναι αναγκαίο (δηλ. αν υπάρχει άλλο εξ ίσου κατάλληλο αλλά ηπιότερο), τέλος δε ελέγχεται αν το μέτρο είναι υπερβολικά επαχθές ως προς τις συνέπειές του έναντι των ευεργετικών αποτελεσμάτων που θα έχει η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Κανένα πλέον μέτρο δεν διαφεύγει από αυτόν τον έλεγχο. Δεν νομίζω ότι ήταν πάντοτε έτσι: Στην παλαιότερη, αλλά πολύ σημαντική απόφαση, που αφορά στην υπαγωγή των προβληματικών επενδύσεων στις ρυθμίσεις του ν. 1386/1986 (Σ.τ.Ε. 1094/1987 Ολομ.), το Δικαστήριο ενώ έκρινε ότι ο επιδιωκόμενος σκοπός απέβλεπε στην θεραπεία του γενικού συμφέροντος (το οποίο και ειδικότερα προσδιόρισε) δεν έκρινε σκόπιμο να εξετάσει τα επιλεγέντα από τον νομοθέτη μέτρα με βάση την αρχή της αναλογικότητας, αν και ο εισηγητής, τότε σύμβουλος και μετέπειτα Πρόεδρος του Σ.τ.Ε. Β. Μποτόπουλος, στην εισήγησή του είχε επισημάνει, πολύ ελλειπτικά ότι *«Η σοβαρότητα των λόγων αυτών [εν. που δικαιολογούν τις επίδικες ρυθμίσεις] και του κινδύνου στην ανατροπή του οποίου αποβλέπει η ρύθμιση, είναι τόση, ώστε το μέτρο δεν προσβάλλει την “αρχή της αναλογικότητας”»*. Το ίδιο και στην απόφαση Σ.τ.Ε. 955/1988, που προαναφέρθηκε, παρ’ ότι στην περίπτωση εκείνη το δικαστήριο δεν είχε να αντιπαραβάλλει δύο κάπως γενικόλογες συνταγματικές διατάξεις (οικονομική ελευθερία με το γενικό συμφέρον της οικονομίας) αλλά το γενικό συμφέρον προς μια πολύ συγκεκριμένη συνταγματική διάταξη. Και τούτο ενώ ήδη από το έτος 1984 το Σ.τ.Ε. είχε αναγνωρίσει ότι η αρχή της αναλογικότητας απορρέει από την αρχή του κράτους δικαίου και, επομένως, έχει συνταγματική καταγωγή (Σ.τ.Ε. 2112/1984, υπόθεση των αγιογράφων, ΤοΣ 1985, σελ. 63 επ.). Τη δεκαετία του 1980 η αρχή δεν είχε τύχει ιδιαίτερης νομολογιακής, τουλάχιστον, επεξεργασίας: Είναι χαρακτηριστικό ότι σε εισήγησή του, εκτάσεως 22 σελίδων, σχετική με τα προβλήματα ερμηνευτικής τακτικής του Σ.τ.Ε. σε θέματα οικονομικού προγραμματισμού και παρεμβατισμού στο Α’ συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Συνταγματολόγων (1983), ο νύν αντιπρόεδρος κος Μ. Βροντάκης, αφιερώνει στην αρχή της αναλογικότητας 8 γραμμές. Αν προσθέσουμε σ’ αυτές και μισή σελίδα αφιερωμένη στην αρχή της αναγκαιότητας, όπως την ονομάζει, τότε

έχουμε μια σελίδα που πραγματεύεται το ζήτημα, ενώ παρόμοια μελέτη σήμερα θα αφιέρωνε σ' αυτό πολύ μεγαλύτερη έκταση.

Για πρώτη φορά στην υπόθεση της χρησιμοποίησης από ιδιωτικές κλινικές της επωνυμίας «ιατρικό κέντρο» ή «κέντρο υγείας» η αρχή αναλύθηκε διεξοδικά (Σ.τ.Ε. 1149/1988 επταμ.): Όπως κρίθηκε, ο δικαστής καταλήγει στην κρίση ότι το επίδικο μέτρο παραβιάζει την συνταγματική αρχή της αναλογικότητας «μόνον εάν είναι κατάδηλο ότι αυτό είναι από τη φύση του ακατάλληλο για τον σκοπό που ο νόμος επιδιώκει ή ότι υπερακοντίζει, επίσης καταδήλως, τον σκοπό αυτόν, όχι δε όταν μπορεί να αμφισβητηθεί η σκοπιμότητα απλώς του μέτρου, η οποία διαφεύγει τη δικαιοδοσία του δικαστή, αφού ανάγεται στην αξιολόγηση του νόμου από την άποψη, μόνο, αν είναι καλός νόμος ή κακός νόμος. Αν στην προκειμένη περίπτωση, για την προστασία του κοινού από τη σύγχυση, θα ήταν πιο σκόπιμο, πιο ήπιο μέτρο, ... είναι ζήτημα που ανάγεται στη σκοπιμότητα του μέτρου και όχι στη συνταγματικότητά του και τέτοιο ζήτημα δεν ανήκει στη δικαιοδοσία του δικαστή της νομιμότητας». Είναι προφανές ότι η κρίση αυτή αντιστοιχεί στην κρίση που αναφέρθηκε πιο πάνω σχετικά με την εκτίμηση των λόγων δημοσίου συμφέροντος. Εξ άλλου, και οι δύο αποφάσεις προέρχονται από την ίδια γραφίδα.

Τα τελευταία όμως χρόνια ο έλεγχος της αναλογικότητας γίνεται εντατικότερος. Ο δικαστής υπεισέρχεται όλο και περισσότερο σε αναλυτικό έλεγχο της αναλογικότητας. Η τάση αυτή της νομολογίας είναι μεν θετική, διότι έτσι πλαισιώνεται αυστηρότερα η επιβολή περιορισμών στην οικονομική ελευθερία, δεν παύει όμως να προβληματίζει διότι με τον αυστηρότερο έλεγχο είναι δυνατόν, «ανεπαισθήτως» έστω, αυτός να διαβεί τη γραμμή που χωρίζει την νομιμότητα από την σκοπιμότητα και ουσιαστική εκτίμηση ενός μέτρου. Ας πάρουμε για παράδειγμα την απόφαση για τα φαρμακεία (Σ.τ.Ε. 3665/2005 Ολομ.): Το κρίσιμο ζήτημα στην υπόθεση αυτή ήταν η συνταγματικότητα του πληθυσμιακού κριτηρίου που έθετε ο νόμος προκειμένου να χορηγηθεί άδεια φαρμακείου (ύπαρξη αναλογίας μεταξύ του πληθυσμού μιας περιοχής και του αριθμού των φαρμακείων). Σύμφωνα με την άποψη που πλειοψηφήσε, τα πληθυσμιακά κριτήρια είναι αντισυνταγματικά διότι περιορίζουν ανεπίτρεπτα την επαγγελματική ελευθερία, εφ' όσον επιβάλλονται για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας προς τους οποίους, όμως, προδήλως (κατά την πλειοψηφία), δεν σχετίζονται (άρα παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας), δεδομένου ότι η δημόσια υγεία προστατεύεται με τη θέσπιση των κατάλληλων εγγυήσεων για την ορθή άσκηση των συναφών με την υγεία επαγγελματικών δραστηριοτήτων και όχι με περιορισμούς που οδηγούν στην απαγόρευση πρόσβασης στο επάγγελμα. Ωστόσο, θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς, όπως δέχεται και η μειοψηφούσα γνώμη, ότι, εν όψει και της ιδιαίτερης θέσης του φαρμακείου, που δεν εκτελεί μια απλή επιχειρηματική δραστηριότητα (όπως, εξ άλλου, δέχεται και το Δικαστήριο του

Λουξεμβούργου), αλλά που η λειτουργία του συνάπτεται στενά με το δημόσιο συμφέρον συνιστάμενο στην διαφύλαξη της δημόσιας υγείας (αγαθού που προστατεύεται συνταγματικά), η εκτίμηση του νομοθέτη ότι η απειλή σε βάρος της οικονομικής βιωσιμότητας των φαρμακείων, που θα έχει δυσμενείς επιπτώσεις στην δημόσια υγεία, καθιστά αναγκαία την επίμαχη ρύθμιση. Όπως δε επισημάνθηκε από τη μειοψηφία, η ρύθμιση αυτή εξυπηρετεί και την ανάγκη μεγαλύτερης διασποράς των φαρμακείων στον χώρο και την αποφυγή συγκέντρωσής τους στα αστικά κέντρα. Και η εκτίμηση αυτή του νομοθέτη δεν φαίνεται προδήλως εσφαλμένη ούτε και σχετική ρύθμιση αυτή είναι προφανώς αδικαιολόγητη.

Στην απόφαση αυτή (όπως και στην Σ.τ.Ε. 252/2008 Ολομ. σχετικά με τις ιατρικές εταιρείες παροχής υπηρεσιών υγείας) συγκρούστηκαν δύο συνταγματικώς προστατευόμενα αγαθά: Η οικονομική ελευθερία (με την μορφή της επαγγελματικής ελευθερίας) και η προστασία της υγείας. Η εκτίμηση, η στάθμιση, του νομοθέτη έκλινε υπέρ του περιορισμού της πρώτης, ενώ, αντιθέτως, το Δικαστήριο φαίνεται να δίνει το προβάδισμα σε αυτήν. Κι εδώ ερχόμαστε σε μια τάση που παρουσιάζεται τα τελευταία χρόνια.

Τα τελευταία χρόνια, και προφανώς υπό την πίεση του κοινοτικού δικαίου, αναπτύσσεται μια νομολογιακή τάση η οποία θεωρεί ότι οι αποφάσεις της δεκαετίας του 1980 στις οποίες προαναφέρθηκα «έχουν εκδοθεί στο απώτερο παρελθόν και με βάση παρωχημένες ήδη αντιλήψεις» (Σ.τ.Ε. 3489/2006 παρ. Ολομ.). Περί αντιλήψεων λοιπόν η συζήτηση. Οι παρωχημένες αυτές αντιλήψεις, που εξακολουθούν βεβαίως να υποστηρίζονται, συνίστανται, έτσι τουλάχιστον το αντιλαμβάνομαι, στο ότι στον καθορισμό του δημοσίου συμφέροντος και των μέσων για την εξυπηρέτησή του τον πρώτο λόγο έχει ο δημοκρατικά νομιμοποιούμενος νομοθέτης, στον οποίον αναγνωρίζεται το δικαίωμα να σφάλει, όχι, όμως, προδήλως. Και τούτο διότι το μη πρόδηλο σφάλμα δεν αποτελεί ίσως σφάλμα κατ' ακριβολογία, αλλά διαφορετική ουσιαστική εκτίμηση. Η καινοφανής τάση αφ' ενός μεν προτάσσει από τα διάφορα συνταγματικώς κατοχυρούμενα δικαιώματα και αγαθά την οικονομική ελευθερία, αφ' ετέρου δε και ως συνέπεια της πρώτης επιλογής, υποστηρίζει έναν πολύ αυστηρότερο έλεγχο του νομοθέτη και της διοικήσεως, με ό,τι αυτό συνεπάγεται για την ισορροπία των κρατικών λειτουργιών.

Επί τροχάδην δύο παραδείγματα: Με νόμο ορίστηκε, κατ' απόκλιση από το κοινό δίκαιο των ανωνύμων εταιρειών, ότι πρόστιμο για παράβαση κανόνων δεοντολογίας επιβάλλεται όχι μόνον στην υπαίτια τηλεοπτική εταιρεία αλλά και εις βάρος των μετόχων της που κατέχουν ποσοστό μετοχικού κεφαλαίου άνω του 2,5%. Με την παραπεμπτική στην Ολομέλεια απόφαση του τμήματος (απ' όπου και η παραπάνω αποστροφή περί παρωχημένων αντιλήψεων) κρίθηκε ότι η διάταξη αυτή

παραβιάζει τον πυρήνα της οικονομικής ελευθερίας διότι η δυνατότητα του Κράτους να ρυθμίζει τα των εταιρειών δεν εκτείνεται μέχρι του σημείου να επιβάλλει για ορισμένους τομείς οικονομικής δραστηριότητας ειδικού τύπου α.ε., που δεν συγκεντρώνουν τα βασικά χαρακτηριστικά του εταιρικού αυτού τύπου, όπως είναι η ανυπαρξία προσωπικής ευθύνης του μετόχου για τις εταιρικές υποχρεώσεις. Όλη η επιχειρηματολογία της πλειοψηφίας προϋποθέτει ότι τα βασικά χαρακτηριστικά της α.ε. όπως έχει διαμορφωθεί ιστορικά κατοχυρώνονται συνταγματικά και δεν μπορούν να θιγούν από τον νομοθέτη ούτε στο ελάχιστο, ακόμα και αν πρόκειται να εξυπηρετηθεί σκοπός δημοσίου συμφέροντος. Τα αντίθετα υποστήριξε η μειοψηφία, η γνώμη της οποίας πλειοψήφησε τελικώς στην Ολομέλεια (Σ.τ.Ε. 3031/2008 Ολομ.) η οποία διατύπωσε προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΚ, σχετικά με την συμβατότητα της διατάξεως προς οδηγίες που διέπουν την λειτουργία των ανωνύμων εταιρειών. Πρόταξη της οικονομικής ελευθερίας γίνεται και στην απόφαση της Ολομέλειας σχετικά με την ίδρυση υπεραγορών (Σ.τ.Ε. 3037/2008 Ολομ.). Κρίθηκε ότι από το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος συνάγεται ότι δεν είναι επιτρεπτό να παρέχεται στην Διοίκηση διακριτική ευχέρεια για την χορήγηση ή μη αδείας ιδρύσεως καταστήματος. Σύμφωνα με την πλειοψηφούσα γνώμη *«Θεμελιώδη επιδίωξη του κράτους δικαίου αποτελεί ο περιορισμός της διακριτικής ευχέρειας της Διοικήσεως»*. Από το εν λόγω άρθρο επιβάλλεται να παρέχεται δέσμια αρμοδιότητα στην Διοίκηση για την χορήγηση αδείας ιδρύσεως υπεραγορών. Δεν μπορεί δηλαδή η Διοίκηση να εκτιμά κοινωνικούς ή άλλους παράγοντες κατά την έκδοση τέτοιων αδειών. Ορθά νομίζω επισημαίνεται από τη μειοψηφία ότι η ερμηνευτική εκδοχή που έγινε δεκτή *«άγουσα σε μονοσήμαντη, υπέρμετρη προστασία της οικονομικής ελευθερίας του επιχειρούντος έναντι άλλων σκοπών δημοσίου συμφέροντος, την ισόρροπη εξυπηρέτηση των οποίων επιβάλλει, ..., το ίδιο το Σύνταγμα, ανατρέπει την σχετική συνταγματική ισορροπία, κατά την οποία, εντός του θεμελιώδους και μη αναθεωρητέου πλαισίου κατοχυρώσεως και προστασία του πυρήνα της οικονομικής ελευθερίας, επαφίεται, κατά τα λοιπά, στον εκάστοτε νομοθέτη η ευχέρεια να ρυθμίζει και να οργανώνει την άσκηση της ελευθερίας αυτής κατά τρόπο στοιχούντα προς τις κοινωνικές του επιδιώξεις και προς τον σκοπό εξυπηρέτησεως και άλλων, θαλπομένων από το Σύνταγμα, σκοπών»*. Είναι σαφές ότι η «αντίληψη» που εκφράστηκε με την εισήγηση Δεκλερή και τις αποφάσεις Μποτόπουλου, στις οποίες αναφέρθηκα, βρίσκεται υπό αμφισβήτηση. Έντονη μάλιστα. Η νεώτερη αυτή αντίληψη τονίζοντας και προτάσσοντας την οικονομική ελευθερία του ατόμου, υποβαθμίζει όχι μόνον την συνταγματικώς προβλεπόμενη και εκ των πραγμάτων επιβαλλόμενη –όπως δείχνει η τρέχουσα συγκυρία– δημόσια ανάμειξη στην οικονομία, αλλά και την κανονιστική σημασία της κατοχύρωσης του κοινωνικού κράτους. Κυρίως, όμως, φαίνεται να αμφισβητεί την προτεραιότητα του νομοθέτη για τον καθορισμό του δημοσίου

συμφέροντος, δημιουργώντας, με τον τρόπο αυτό, ερωτηματικά
συνταγματικής τάξεως.

Μάρτιος 2010