

Το τέλος του «βασικού μετόχου»... μέσω μιας κοινής αρχής

Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης – Σκέψεις με αφορμή την (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011

ΔΗΜΗΤΡΗΣ Σ. ΝΙΚΗΦΟΡΟΣ*

«...Όπως το κοινοτικό δίκαιο λαμβάνει υπόψη του τη συνταγματική ταυτότητα των κρατών - μελών, έτσι και το εθνικό συνταγματικό δίκαιο οφείλει να προσαρμόζεται στις επιταγές της κοινοτικής έννομης τάξης...»

M. Poiares Maduro, Γενικός Εισαγγελέας στο ΔΕΚ,
Προτάσεις στην C-213/07, σκέψη 33.

Εισαγωγή

Η υπόθεση του «βασικού μετόχου»¹ έφτασε στο τέλος της μετά από σχεδόν μία δεκαετία² με την έκδοση, από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας

* Μεταπτυχιακός φοιτητής Τομέα Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης Τμήματος Νομικής Α.Π.Θ.

¹ Έτσι αποκαλείται, κατά συνεκδοχή, η υπόθεση που εισήχθη ενώπιον του ΣτΕ το 2002 με αίτηση της εταιρίας «Μηχανική» για ακύρωση του πιστοποιητικού περί μη συνδρομής ασυμβίβαστων ιδιοτήτων που εξέδωσε το ΕΣΡ, βάσει του τότε ισχύοντος νόμου 3021/2002, προκειμένου η εταιρία «Σαραντόπουλος» (η οποία στη συνέχεια απορροφήθηκε από την «Παντεχνική») να μπορέσει να συνάψει με τη δημόσια επιχείρηση «Εργα» σύμβαση για την εκτέλεση δημοσίου έργου. Βασικός λόγος ακύρωσης αποτέλεσε η ένσταση αντισυνταγματικότητας των άρθρων 2 παρ. 2 εδ. α και 3 παρ. 2 του ν. 3021/2002 ενόψει του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. Για τα πραγματικά περιστατικά και τα νομικά ζητήματα της υπόθεσης βλ. διεξοδικά σε Λ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα και Κοινοτικό Δίκαιο: το ζήτημα της «υπεροχής», εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2009, σ. 494 επ. Βεβαίως, ο όρος «βασικός μέτοχος» υποδηλώνει, γενικότερα, την πολιτική και νομική συζήτηση για τη «συνταγματική ρύθμιση του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος εδ. ε επ. που θεσπίζει το ασυμβίβαστο μεταξύ επιχειρηματικής και διευθυντικής επαγγελματικής δραστηριότητας στο χώρο των ΜΜΕ και στο χώρο των δημοσίων έργων», όπως επισημαίνει ο Β. Γ. ΤΖΕΜΟΣ, Ο «βασικός μέτοχος», εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σ. 17 επ.

² Αν αναλογιστεί κανείς ότι η σχετική αίτηση ακύρωσης κατατέθηκε στο ΣτΕ στις 24/12/2002 και η δημοσίευσή της (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011 έγινε στις 04/11/2011, αφού, πάντως, χρειάστηκε να εκδοθούν, στο ενδιάμεσο χρονικό διάστημα, μία παραπεμπτική, στην Ολομέλεια, απόφαση του Δ' Τμήματος του ΣτΕ (3242/2004), μία απόφαση της Ολομέλειας του ίδιου δικαστηρίου (3670/2006), στην οποία διατυπώθηκαν τρία προδικαστικά ερωτήματα προς το – τότε – ΔΕΚ και μία προδικαστική απόφαση αυτού (C-213/07), απαντητική στα ερωτήματα της Ολομέλειας. (Οι αποφάσεις αυτές βρίσκονται αναρτημένες σε «Διάλογο», Φάκελος «Βασικός Μέτοχος», www.constitutionalism.gr).

(εφεξής ΣτΕ), της απόφασης 3470/2011³. Σε αυτήν, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας έκρινε ομόφωνα⁴ αντισυνταγματικό «το όλο πλέγμα των διατάξεων του νόμου 3021/2002» που αφορούσαν την έκταση και τις συνέπειες της συνδρομής των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., λόγω αντίθεσής τους προς την προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη. Έτσι, ως προς την περί αντισυνταγματικότητας κρίση του δικαστηρίου, συνεχίστηκε η «παράδοση» των αποφάσεων ΣτΕ 3242/2004⁵ και (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006⁶. Οι ομοιότητες, ωστόσο, μεταξύ τους σταματούν εδώ. Και τούτο διότι στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011, δεν υιοθετήθηκε απλώς σκεπτικό διαφορετικό από τις προηγούμενες αποφάσεις, ως προς τη θεμελίωση της αντισυνταγματικότητας. Αλλά, επιπρόσθετα, το ΣτΕ περιορίστηκε στον έλεγχο συνταγματικότητας των κρίσιμων νομοθετικών διατάξεων, χωρίς να συμπεριλάβει και κάποια σκέψη περί της συμβατότητας των συγκεκριμένων διατάξεων με το ενωσιακό δίκαιο (πρωτογενές και παράγωγο), όπως έπραξε στις δύο προηγούμενες παραπεμπτικές – στην Ολομέλεια και το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (εφεξής ΔΕΚ)⁷, αντίστοιχα – αποφάσεις (I).

³ Μαζί της δημοσιεύτηκαν και οι (Ολ.) ΣτΕ 3471/2011 και 3472/2011, οι οποίες ασχολούνται με δικονομικά ζητήματα της σχετικής περί «βασικού μέτοχου» προβληματικής. Βλ. συγκεντρωτικά σχόλια και για τις τρεις αποφάσεις σε Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, Συνολικές παρατηρήσεις, *ΘΠΔΔ* 12/2011, σ. 1128-1131.

⁴ Η ομοφωνία που επιτεύχθηκε, και δη σε επίπεδο Ολομέλειας, προκαλεί εντύπωση, ιδιαίτερα μάλιστα αν αναλογιστεί κανείς την πλειάδα μειοψηφιών, αλλά και ειδικότερων συντρεχουσών γνώμων (τόσο στην πλειοψηφία, όσο και στη μειοψηφία), που καταγράφηκαν στην προηγούμενη απόφαση (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006. Η σημασία δε της ομοφωνίας αυτής επιτείνεται από το γεγονός ότι συνδέεται με τη θεμελιώδη επιλογή της Ολομέλειας του ΣτΕ να υιοθετήσει τη νομολογιακή πρακτική της εναρμόνισης εθνικής και ενωσιακής έννομης τάξης, προάγοντας, έτσι, συγχρόνως, τον διάλογο μεταξύ του ελληνικού Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου και του ΔΕΚ.

⁵ Πρόκειται για την εναρκτήρια απόφαση της υπόθεσης, παραπεμπτική στην Ολομέλεια του ΣτΕ. Βλ. την απόφαση σε: α) *ΔίΜΜΕ* 2004, σ. 523 επ. καθώς και τις Παρατηρήσεις Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, ΣτΕ 3242/2004: «επιβολή» της υπεροχής του εθνικού Συντάγματος ή bras de fer μεταξύ εθνικού και κοινοτικού δικαστή;, *ΔίΜΜΕ* 1/2005, σ. 34 επ., β) *Εφαρμογές ΔΔ* 1/2005, 260 επ., με Παρατηρήσεις Θ. ΑΝΤΩΝΙΟΥ, Η απόφαση του Δ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας για τη σχέση Κοινοτικού και Συνταγματικού Δικαίου – Μερικές σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 3242/2004 για τον βασικό μέτοχο. Τέλος, βλ. και «Διάλογο», Φάκελος «Βασικός Μέτοχος», www.constitutionalism.gr.

⁶ Είναι η απόφαση της Ολομέλειας, μετά την παραπεμπτική ΣτΕ 3242/2004, η οποία με τη σειρά της υπέβαλε στο ΔΕΚ τρία προδικαστικά ερωτήματα. Βλ. την απόφαση σε: α) *ΤοΣ* 2/2007, σ. 547 επ., με Παρατηρήσεις Β. Γ. ΤΖΕΜΟΥ, Το ασυμβίβαστο του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος από το ΣτΕ προς το ΔΕΚ, β) *ΕφημΔΔ* 3/2007, σ. 287 επ., με Παρατηρήσεις Σ. ΚΟΥΚΟΥΛΗ-ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ, Από την απόφαση ΣτΕ (Δ') 3242/2004 στην απόφαση ΣτΕ (Ολ.) 3670/2006: το Συμβούλιο της Επικρατείας και οι «συνταγματικές» αρχές της έννομης τάξης ΕΚ/ΕΕ, γ) *ΕυρΠολ* 2/2007, σ. 690 επ., με παρατηρήσεις ΣΠ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΥ, Συνταγματικό και ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο σε σχέσεις έντασης. Τέλος, βλ. και «Διάλογο», Φάκελος «Βασικός Μέτοχος», www.constitutionalism.gr.

⁷ Στο πλαίσιο της μελέτης αυτής δεν χρησιμοποιείται ο όρος «Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης» (ΔΕΕ), αλλά η προ της έναρξης ισχύος της Συνθήκης της Λισαβόνας (01/12/2009) ονομασία του (ΔΕΚ), καθαρά για τον λόγο ότι υπό αυτή την ονομασία το Δικαστήριο εξέδωσε την απόφαση στην υπόθεση C-213/07, «Μηχανική».

Ο δικαιολογητικός λόγος της στάσης αυτής της Ολομέλειας θα πρέπει να αναζητηθεί στην υιοθέτηση της κεφαλαιώδους σημασίας θέσης του ΣτΕ για εναρμόνιση της εθνικής με την ενωσιακή έννομη τάξη, που επιχειρείται με όχημα την κοινή σε αυτές αρχή της αναλογικότητας. Κατ' αυτόν τον τρόπο, με την τελικώς επιλεχθείσα λύση, όχι μόνο ξεκαθαρίζεται ο «ερμηνευτικός σχετικισμός»⁸ της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, αλλά, πολύ περισσότερο, εγκαταλείπεται η μονιστική και εθνοκεντρική θεώρηση της παραπεμπτικής απόφασης ΣτΕ 3242/2004. Πάντως, για την επικράτηση της παραπάνω αντίληψης, καθοριστική υπήρξε η αξιοποίηση από το ΣτΕ των απαντήσεων που του έδωσε το ΔΕΚ με την προδικαστική του απόφαση «*Michaniki AE/Ethniko Simvoulío Radiotileorasis, Ipourgos Epikratias*» (C-213/07, εφεξής «*Μηχανική*»)⁹ (II).

I. Η «ρήτρα αναλογικότητας» του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. ζ Συντ.: θεμέλιο της κρίσης για την αντισυνταγματικότητα της περί «βασικού μετόχου» νομοθεσίας ...

Σε ακύρωση του πιστοποιητικού που είχε εκδώσει το ΕΣΡ περί μη συνδρομής των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων, βάσει του ν. 3021/2002¹⁰, οδηγήθηκε τελικώς το ΣτΕ, επειδή έγινε δεκτός λόγος ακυρώσεως, σχετικός με την αντίθεση του πλέγματος των διατάξεων του νόμου αυτού που αφορούσαν την έκταση και τις συνέπειες της

⁸ Ο όρος προέρχεται από την ομότιτλη μελέτη του ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, Ερμηνευτικός σχετικισμός, δικονομικοί καταναγκασμοί, δογματικές αντιφάσεις και πολιτικά διλήμματα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για τις σχέσεις εθνικού συντάγματος και ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου – Η «παραδειγματική» λειτουργία της ΣτΕ (Ολ.) 3670/2006 για το άρθρο 14 παρ. 9 Σ, *ΕφημΔΔ* 1/2008, σ. 85 επ., σύμφωνα με τον οποίο (σ. 91), «ο ερμηνευτικός σχετικισμός αφορά όχι μόνο το συμπέρασμα του δικανικού συλλογισμού ή την αξιολόγηση και την υπαγωγή πραγματικών δεδομένων ή υποδεέστερων κανόνων δικαίου στη μείζονα σκέψη, αλλά αυτήν καθ' εαυτήν τη συγκρότηση της μείζονος σκέψης».

⁹ Βλ. την απόφαση σε: α) *ΤοΣ* 4/2008, με Παρατηρήσεις Α. ΓΕΡΟΝΤΑ, Η νομολογιακή περιπέτεια του βασικού μετόχου. Η απόφαση ΣτΕ 3670/2006 της Ολομέλειας και της 16.12.2008 του ΔΕΚ (υπόθεση C-213/07), *ΤοΣ* 4/2008, σ. 942 επ., β) *ΘΠΔΔ* 5/2009, σ. 618 επ., με Παρατηρήσεις Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, γ) *ΔίΜΜΕ* 4/2008, με Παρατηρήσεις Β. Γ. ΤΖΕΜΟΥ, «Βασικός Μέτοχος» – Αρχή της Αναλογικότητας σημειώσατε 2, *ΔίΜΜΕ* 4/2008, σ. 536 επ., δ) *Εφαρμογές ΔΔ* II/2009, σ. 705 επ. με παρατηρήσεις Κ. Δ. ΚΑΡΑΪΣΚΑΚΗ, ΔΕΚ: υπεροχή κοινοτικής Οδηγίας επί του εθνικού Συντάγματος ή η υπέρτατη πρόκληση για τον εθνικό δικαστή – Ανάγκη επανακαθορισμού της ιεραρχίας των κανόνων στην Ευρώπη. Τέλος, βλ. και «*Διάλογοι*», Φάκελος «Βασικός Μέτοχος», www.constitutionalism.gr.

¹⁰ Του, χρονικά, πρώτου από τους τρεις, συνολικά, εκτελεστικούς νόμους του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. Ειδικότερα, πρόκειται για τους ν. 3021/2002, 3310/2005 και 3414/2005. Βλ. διεξοδικά γι' αυτούς, καθώς και για την ανταλλαγή επιστολών μεταξύ Ελληνικής Κυβέρνησης και Ευρωπαϊκής Επιτροπής, που οδήγησε, αρχικά, σε αναστολή του δεύτερου και, στη συνέχεια, σε αντικατάστασή του από τον τρίτο, κατά σειρά, εκτελεστικό νόμο σε Β. Γ. ΤΖΕΜΟΥ, Ο «Βασικός Μέτοχος», ό.π. (υποσ. 1), σ. 93 επ., 129 επ. και 161 επ., αντίστοιχα, καθώς και σε Α. ΚΑΡΑΝΑΣΙΟΥ, Η προβληματική του βασικού μετόχου, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα, 2007, σ. 23 επ.

συνδρομής των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. προς την προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη¹¹. Η ομόφωνη αυτή κρίση του δικαστηρίου, όπως εύκολα μπορεί να διαπιστώσει κανείς, είναι, ως προς την κατάφαση της αντισυνταγματικότητας των κρίσιμων νομοθετικών διατάξεων, όμοια με τα όσα έγιναν δεκτά, τόσο στην παραπεμπτική απόφαση του Δ΄ Τμήματος ΣτΕ 3242/2004¹², όσο και, κατά πλειοψηφία, στην (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006¹³. Σημαντική και ποιοτική, ωστόσο, διαφοροποίηση – μεταξύ των τριών αποφάσεων – παρατηρείται ως προς το σκεπτικό έκαστης εξ αυτών. Και τούτο διότι οι μεν δύο πρώτες, χρονικά, αποφάσεις στήριζαν τη σχετική επιχειρηματολογία τους στη θέση ότι το ασυμβίβαστο του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. έχει προληπτικό χαρακτήρα (Α), ενώ, αντίθετα, στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011 υιοθετήθηκε ομόφωνα η άποψη ότι η παραπάνω συνταγματική διάταξη καθιερώνει ένα «*ασυμβίβαστο των πράξεων*» (Β).

Α. Η αρχική εμμονή του ΣτΕ στη λογική του «προληπτικού ασυμβιβάστου»

Πιο συγκεκριμένα, η μελέτη των αποφάσεων ΣτΕ 3242/2004 και (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 καταδεικνύει την, καταρχήν, μετατόπιση της θέσης του δικαστηρίου ως προς τη σχετική με το ζήτημα των παρένθετων προσώπων ερμηνεία του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. Πράγματι, στη μεν πρώτη, το Δ΄ Τμήμα του ΣτΕ στήριξε, ομοφώνως, την αντίθεση των διατάξεων των άρθρων 2 παρ. 2 εδ. α και 3 παρ. 2 ν. 3021/2002 προς το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ., στο σημείο που αυτές – μετατρέποντας, το (κατά την παραπάνω γνώμη) θεσπισθέν, από το Σύνταγμα, ως αμάχητο τεκμήριο σε μαχητό – εξαρτούν τη συνδρομή του ασυμβιβάστου στους συζύγους και συγγενείς, ως παρενθέτων προσώπων, από το στοιχείο της «*οικονομικής εξάρτησής*» τους από τον

¹¹ Βλ. στη σκέψη 10 [: «...το όλο πλέγμα των διατάξεων του νόμου 3021/2002, ο οποίος στηρίζεται σε αντίθετη ερμηνεία των διατάξεων του εν λόγω άρθρου (14 παρ. 9) του Συντάγματος και με τον οποίον προσδιορίζονται οι συνέπειες της συνδρομής των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων του εν λόγω άρθρου, προσκρούουν στην αληθή έννοια αυτού και ως αντίθετες με αυτό δεν είναι εφαρμόσιμες. Με τα δεδομένα αυτά η προσβαλλόμενη απόφαση η οποία εξεδόθη κατ' εφαρμογή των αντισυνταγματικών αυτών διατάξεων του νόμου 3021/2002 είναι ακυρωτέα» (η έμφαση δική μας)].

¹² Βλ. στο τέλος της σκέψης 14 [: «...Οι αυτές όμως νομοθετικές διατάξεις (του άρθρου 2 παρ. 2 εδάφ. α και του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 3021/2002) ... αντίκεινται στην διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, η δε προσβαλλόμενη πράξη του ΕΣΡ, η έκδοση της οποίας ερείδεται επί των ανωτέρω κατά το μέρος τούτο αντισυνταγματικών διατάξεων του ν. 3021/2002 θα έπρεπε για τον λόγο αυτό, βασίμως προβαλλόμενο, ν' ακυρωθεί»].

¹³ Βλ. στις σκέψεις 19 (: «...με τα δεδομένα αυτά, η προσβαλλόμενη απόφαση, θα ήταν, καταρχήν, ακυρωτέα, κατ' αποδοχή σχετικού λόγου ακυρώσεως...») και 20 (: «...σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η προσβαλλόμενη με την κρινόμενη αίτηση πράξη θα έπρεπε να ακυρωθεί, διότι εφήρμοσε τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ α' και 3 παρ. 2 του ν. 3021/2002, οι οποίες είναι αντίθετες με το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος...»).

ιδιοκτήτη, εταίρο, βασικό μέτοχο κτλ¹⁴. Αντίθετα, η (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 δέχθηκε μεν, κατά πλειοψηφία, ότι το άρθρο 14 παρ. 9 εδ. στ' Συντ. καθιερώνει μαχητό τεκμήριο. Έκρινε, ωστόσο, αντισυνταγματικές τις παραπάνω ρυθμίσεις, για τον λόγο ότι εισάγουν την «οικονομική αυτοτέλεια» ως τρόπο απόδειξης της μη ύπαρξης παρενθετότητας, ενώ κατά την προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη η μόνη δυνατότητα που παρέχεται στον σύζυγο, συγγενή ή οικονομικά εξαρτημένο άτομο είναι να αποδείξει ότι στην προκειμένη περίπτωση ενήργησε αυτοτελώς, αποκλειστικά για δικό τους λογαριασμό και προς ίδιον όφελος¹⁵.

¹⁴ Βλ. τα κρίσιμα αποσπάσματα στη σκέψη 14: «...από την γραμματική διατύπωση των κρίσιμων εδαφίων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος προκύπτει, ότι οι σύζυγοι και συγγενείς των ιδιοκτητών, βασικών μετόχων, εταίρων κλπ. επιχειρήσεων μέσω ενημέρωσης θεωρούνται εξ ορισμού ως παρένθετα πρόσωπα σε σχέση με αυτούς και, συνεπώς, καταλαμβάνονται σε κάθε περίπτωση από την απαγόρευση συνάψεως δημοσίων συμβάσεων... ο συνταγματικός νομοθέτης δεν εξήρησε την υπαγωγή των συζύγων και των συγγενών στο καθεστώς της απαγορεύσεως συνάψεως δημοσίων συμβάσεων από την συνδρομή ή μη στο πρόσωπό τους του κριτηρίου της οικονομικής αυτοτέλειας σε σχέση προς τον ιδιοκτήτη, βασικό μέτοχο κλπ. επιχειρήσεως μέσω ενημέρωσης... ο κοινός νομοθέτης, ρυθμίζοντας τα ειδικότερα ζητήματα τα σχετικά με την εφαρμογή της εν λόγω συνταγματικής διατάξεως μπορεί μόνο να καθορίσει τον βαθμό συγγενείας, μέχρι του οποίου εξικνείται η απαγόρευση. Δεν μπορεί, όμως, να περιορίσει το πεδίο εφαρμογής της συνταγματικής διατάξεως, έτσι όπως αυτό έχει προσδιορισθεί από τον ίδιο τον συνταγματικό νομοθέτη, θεσπίζοντας πρόσθετες προϋποθέσεις ή εισάγοντας μαχητά τεκμήρια, σε περίπτωση ανατροπής των οποίων αίρεται η απαγόρευση συνάψεως δημοσίων συμβάσεων και το ασυμβίβαστο για τις ανωτέρω κατηγορίες, κατά τρόπο αντίθετο προς την βούληση του συνταγματικού νομοθέτη... κατά το μέρος που με (τις διατάξεις) αυτές προβλέπεται ότι, οι σύζυγοι και οι συγγενείς ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου κλπ. επιχειρήσεως μέσω ενημέρωσης καταλαμβάνονται από την απαγόρευση συνάψεως δημοσίων συμβάσεων και το ασυμβίβαστο, μόνον εφόσον δεν μπορέσουν να αποδείξουν ότι διαθέτουν οικονομική αυτοτέλεια έναντι αυτού, καθ' ό δηλ. μέρος εισάγουν σχετικώς μαχητό τεκμήριο, αντίκεινται στην διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος». Από τη θεωρία υπέρ της θέσης αυτής τάχθηκαν με γνωμοδοτήσεις τους οι καθηγητές Γ. ΚΑΣΙΜΑΤΗΣ, Το ασυμβίβαστο των ιδιοτήτων του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεων Μέσων Ενημέρωσης σε σχέση με τις αντίστοιχες ιδιότητες προσώπων που αναλαμβάνουν την εκτέλεση έργων ή προμηθειών και την παροχή υπηρεσιών του δημοσίου και νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, *ΤοΣ* 2/2003, σ. 295 επ. και Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, Η συνταγματικότητα της νομοθετικής απαλλαγής από το «ασυμβίβαστο» του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. στ του Συντάγματος, των «συζύγων» και των «συγγενών» εφ' όσον αποδείξουν την οικονομική τους αυτοτέλεια, *ΤοΣ* 2/2003, σ. 311 επ. Πρβλ. και Γ. ΓΕΡΑΠΕΡΙΤΗ, Το Σύνταγμα και ο δικαστής: μια αέναη διαλεκτική σχέση – Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3242/2004 και 3243/2004 του ΣτΕ για τον «βασικό μέτοχο», *ΝοΒ*, 2005, σ. 443 επ. Βλ. όμως Ν. Κ. ΑΛΙΒΙΖΑΤΟΥ, Σύνταγμα και «διαπλοκή» - Συμβολή στην ερμηνεία της (νέας) παρ. 9 του άρθρου 14 Σ, *ΔίΜΜΕ* 1/2004, σ. 16 επ. (και ιδίως σ. 23 επ.) και Δ. ΧΑΡΑΛΑΜΠΗ, Σκέψεις σχετικά με τα ζητήματα της διαφάνειας, τις «Ασυμβίβαστες Ιδιότητες» και τον «Βασικό Μέτοχο», *ΔίΜΜΕ* 1/2004, σ. 31 επ. (και ιδίως σ. 34-37), οι οποίοι θεωρούν αναγκαία τη συστηματική ερμηνεία των άρθρων 14 παρ. 9, 5 παρ. 1 και 2 παρ. 1 Συντ.

¹⁵ Βλ. τα σχετικά αποσπάσματα από τις σκέψεις 15 [: «...Ενεργεί ... ως παρένθετο πρόσωπο, κατά την έννοια της ανωτέρω συνταγματικής διατάξεως, εκείνο το πρόσωπο, το οποίο ασκεί μία δραστηριότητα ή κατέχει μία ιδιότητα στο όνομά του, στην πραγματικότητα, όμως, ενεργεί για λογαριασμό, ή καθ' υπόδειξη, ή κατ' εντολή κάποιου άλλου προσώπου, με το οποίο το συνδέει μία εσωτερική συμφωνία και το οποίο κατευθύνει τις ενέργειες του. Ο συντακτικός νομοθέτης ... (θεσπίζει τεκμήριο) μαχητό υπό την έννοια ότι στα ως άνω μνημονευόμενα πρόσωπα παρέχεται η δυνατότητα να ανταποδείξουν ότι ενεργούν, στην προκειμένη περίπτωση, αυτοτελώς και για ίδιο λογαριασμό, ασκούντες την περί ης πρόκειται δραστηριότητα (σύναψη με το Δημόσιο συμβάσεως έργου, προμήθειας, ή υπηρεσιών) αποκλειστικώς προς ίδιον συμφέρον, χωρίς να απαιτείται τα πρόσωπα αυτά να ισχυρισθούν και να αποδείξουν, πράγμα, άλλωστε, αδύνατον, την ανυπαρξία σχέσεως εντολής ή εσωτερικής συμφωνίας προς τον ιδιοκτήτη, βασικό μέτοχο κ.λπ. μέσω μαζικής ενημέρωσης...»] και 16 [: «οι διατάξεις του

Παρόλα αυτά, αδιατάρακτη παρέμεινε η σύμπτωση των προαναφερθεισών αποφάσεων ως προς το κεντρικό, για την προβληματική, ζήτημα του ασυμβιβάστου που καθιερώνεται στο πέμπτο εδάφιο του άρθρου 14 παρ 9 Συντ. Η σχετική θέση αποτυπώνεται με ενάργεια στην (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006¹⁶, κατά την οποία, με την επιλογή του όρου «*ασυμβίβαστη ιδιότητα*», το Σύνταγμα καθιερώνει ένα *απόλυτο κάλυμα* για τους επιχειρηματίες που δραστηριοποιούνται, ταυτόχρονα, στο χώρο των ΜΜΕ και των δημοσίων έργων, το οποίο δεν μπορεί να άρει ο κοινός νομοθέτης. Και τούτο διότι η εξουσία του περιορίζεται στη θέσπιση των ειδικότερων ρυθμίσεων προς συμπλήρωση του όλου συστήματος των κανόνων που θέτει το Σύνταγμα. Οι νομοθετικές, ωστόσο, αυτές ρυθμίσεις δεν μπορούν να ανατρέψουν ή να καταστήσουν ανενεργείς τις σαφείς συνταγματικές διατάξεις και απαγορεύσεις.

Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παραπάνω άποψη, ο κοινός νομοθέτης θα είναι μεν αυτός, βάσει του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ.¹⁷, ο οποίος θα προσδιορίσει το είδος και τη διαβάθμιση των κυρώσεων για την παραβίαση των επιταγών της προαναφερθείσας συνταγματικής διάταξης. Σε κάθε περίπτωση,

άρθρου 2 παρ. 2 περ. α και 3 παρ. 2 του ν. 3021/2002, κατά το μέρος που με αυτές ορίζεται ότι οι συγγενείς ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου κ.λπ. επιχειρήσεως μέσω ενημέρωσης δεν λογίζονται ως παρένθετα αυτά, αν αποδείξουν ότι διαθέτουν οικονομική αυτοτέλεια, σε σχέση με τα προαναφερθέντα στελέχη επιχειρήσεως μέσω ενημέρωσης, αντίκεινται στην προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη. Τούτο διότι υιοθετείται από αυτές ως στοιχείο, επί τη βάση του οποίου συγγενής στελέχους επιχειρήσεως μέσω ενημέρωσης μπορεί να ανταποδείξει, ότι δεν λειτουργεί ως παρένθετο του στελέχους αυτού πρόσωπο, η εκ μέρους του απόδειξη του γεγονότος, ότι διαθέτει έναντι αυτού οικονομική αυτοτέλεια, ενώ, *κατά τα προλεχθέντα, το μόνο αποδεκτό, κατά το άρθρο 14 παρ. 9 εδάφιο έκτο του Συντάγματος, στοιχείο, για την ανατροπή του μαχητού τεκμηρίου της λειτουργίας κάποιου προσώπου, εκ των μνημονευομένων στην διάταξη αυτή, ως παρενθέτων, είναι η απόδειξη, ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση το, τεκμαιρόμενο ως παρένθετο άλλου, πρόσωπο ενήργησε αυτοτελώς, για ίδιο λογαριασμό και προς το ίδιο συμφέρον*» (η έμφαση δική μας)]. Από τη θεωρία βλ. Β. Γ. ΤΖΕΜΟΥ, Ο «Βασικός Μέτοχος», ό.π. (υποσ. 1), σ. 100 επ.

¹⁶ Θεωρείται, ωστόσο, δεδομένη και για την παραπεμπτική ΣτΕ 3242/2004, με βάση τα όσα έκανε δεκτά για τον αμάχητο χαρακτήρα του τεκμηρίου παρενθετότητας του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. στ' Συντ. και τους γενικούς σκοπούς που εξυπηρετεί η θέσπιση του ασυμβιβάστου στο πέμπτο εδάφιο του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. Βλ. το ακόλουθο χαρακτηριστικό απόσπασμα από τη σκέψη 14: «...Έχοντας, προεχόντως υπόψη την - παγκοίμως γνωστή - τεράστια επιρροή, που ασκούν τα ραδιοτηλεοπτικά ιδίως μέσα ενημέρωσης και επικοινωνίας στην διαμόρφωση και διάπλαση της κοινής γνώμης στις σύγχρονες κοινωνίες, ο συνταγματικός νομοθέτης επιδιώκει, με την επίμαχη ρύθμιση, να αποτρέψει κατ' αρχάς τον κίνδυνο αθεμίτων παρεμβάσεων στη διαδικασία αναθέσεως δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, παρεμβάσεων οι οποίες είναι κατά κανόνα αφανείς, συναρτώνται δε με την εκ μέρους των εν λόγω μέσων ακολουθούμενη εν γένει γραμμή και με την τοποθέτησή τους σε ζητήματα πολιτικής επικαιρότητας. Πρόκειται για παρεμβάσεις, οι οποίες ασκούνται με την επιδίωξη να εξυπηρετηθούν και να προωθηθούν, ανεπιτρέπτος, μεγάλα επιχειρηματικά συμφέροντα, στον τομέα αυτών των οικονομικών δραστηριοτήτων. Έτσι ο συνταγματικός νομοθέτης επιδιώκει με την εν λόγω ρύθμιση να αποκλείσει την, δυσσώρευτη άλλως, δυνατότητα να χρησιμοποιηθούν τα μέσα αυτά από εκείνους που τα ελέγχουν, προκειμένου να καταστούν οι προνομιακοί αντισυμβαλλόμενοι του Δημοσίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων...» (η έμφαση δική μας).

¹⁷ Βλ. διεξοδικά για την επιφύλαξη υπέρ του νόμου που αποδίδεται με τον όρο «*όπως νόμος ορίζει*», ή τον ταυτόσημο «*νόμος ορίζει*», σε Ι. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου ως περιορισμός, εγγύηση και διάμεσος των ελευθεριών, Σάκκουλας, 2001, σ. 223-228 και 342-346.

ωστόσο, οι κυρώσεις αυτές είναι υποχρεωτικές και πρέπει να αποτρέπουν αποτελεσματικά τους επιχειρηματίες, τους δραστηριοποιούμενους στους δύο κρίσιμους τομείς, από την προσπάθεια παραβίασης της συνταγματικής απαγόρευσης. Διαφορετικά, καταλήγει η πλειοψηφία της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, δηλαδή σε περίπτωση μη υιοθέτησης της απόλυτης αυτής ασυμβίβαστης ιδιότητας, καταστρατηγείται ο σκοπός της συνταγματικής διάταξης. Ο τελευταίος συνίσταται στην αποτροπή της δημιουργίας συνθηκών, που θα μπορούσαν να προκαλέσουν κίνδυνο άσκησης τέτοιας αθέμιτης επιρροής, από τα μέσα ενημέρωσης στη διαδικασία της ανάθεσης των δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, που θα ήταν βλαπτική για το δημόσιο συμφέρον¹⁸.

Συμπεραίνουμε, λοιπόν, ότι στις δύο αυτές αποφάσεις το ασυμβίβαστο του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. γίνεται αντιληπτό υπό την αμιγώς προληπτική του μορφή¹⁹, με τους ιδιοκτήτες των μέσων ενημέρωσης που έχουν επιχειρηματικά συμφέροντα και στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων να θεωρούνται, εξ ορισμού και αμάχητα, ως «ύποπτοι» για διαφθορά²⁰. Στο πλαίσιο δε αυτό της μαξιμαλιστικής ερμηνευτικής προσέγγισης του κανονιστικού περιεχομένου της παραπάνω συνταγματικής διάταξης, δικαιολογείται τόσο η αναγνώριση της πλήρους και άμεσης εφαρμογής της²¹, η οποία περιορίζει στο μέγιστο δυνατό βαθμό το περιθώριο διακριτικής ευχέρειας του κοινού

¹⁸ Βλ. την αναλυθείσα συλλογιστική της πλειοψηφίας στην (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 στην αρχή της σκέψης 14.

¹⁹ Ως τις πλέον χαρακτηριστικές και αντιπροσωπευτικές της αντίληψης αυτής φράσεις που χρησιμοποιούνται από τις δύο αποφάσεις θεωρούμε τις ακόλουθες: α) «ο συνταγματικός νομοθέτης επιδιώκει, με την επίμαχη ρύθμιση, να αποτρέψει κατ' αρχάς τον κίνδυνο αθεμίτων παρεμβάσεων ... οι οποίες είναι κατά κανόνα αφανείς» (ΣτΕ 3242/2004, σκέψη 14) και β) «με την ρύθμιση αυτή επιδιώκεται η αποτροπή της δημιουργίας συνθηκών, που θα μπορούσαν να προκαλέσουν κίνδυνο άσκησης τέτοιας αθέμιτης επιρροής, βλαπτικής για το δημόσιο συμφέρον» [(Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, σκέψη 14].

²⁰ Βλ. για την αντίληψη αυτή σε Χ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΥ, Το ασυμβίβαστο των ιδιοκτητών μέσων ενημέρωσης πριν και μετά το νέο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος σε Ξ. ΚΟΝΤΙΑΔΗ (επιμ.), Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001, τόμος α', εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σ. 320-321, ο οποίος, ασκώντας κριτική, επισημαίνει ότι «στη λογική της εκδοχής αυτής (την οποία θεωρεί ασυμβίβαστη με ένα συνταγματικό κράτος δικαίου) εμπεριέχεται μια απαξιωτική εκτίμηση για τον ρόλο του τύπου και των άλλων μέσων ενημέρωσης, αφού αυτά εμφανίζονται ως πειθήνια 'όργανα διαφθοράς' στα χέρια των ιδιοκτητών τους».

²¹ Βλ. το σχετικό απόσπασμα στη σκέψη 14 της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006: «...Η επιλογή του όρου 'ασυμβίβαστη ιδιότητα', όρου περιλαμβάνοντος δύο λέξεις με σαφή και αναμφισβήτητη έννοια, δεν είναι άνευ σημασίας. Σημαίνει ότι, εξ αυτού τούτου του Συντάγματος, καθιερώνεται ένα απόλυτο κώλυμα για τους επιχειρηματίες που δραστηριοποιούνται, υπό τις ειδικότερες, περαιτέρω, διακρίσεις που θέτει η ανωτέρω συνταγματική διάταξη, στον ένα εκ των ως άνω τομέων επιχειρηματικής δραστηριότητας, να δραστηριοποιούνται και στον άλλο, το συνταγματικώς δε θεσπισθέν αυτό κώλυμα ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί βεβαίως να το άρει και δεν έχει περιθώριο θεσπίσεως ρυθμίσεων, επί τη βάση της εξουσιοδοτήσεως, που του παρέχεται με το τελευταίο εδάφιο της διατάξεως αυτής, σε σχέση ειδικά με το ποιο ακριβώς περιεχόμενο έχει ο όρος 'ασυμβίβαστη ιδιότητα', να τον προσδιορίσει, δηλαδή, με τέτοιο τρόπο, ώστε στην πράξη η ιδιότητα που το Σύνταγμα θέλησε να είναι ασυμβίβαστη, να καταστεί τελικά 'συμβατή'».

νομοθέτη, όσο και η απόρριψη της συστηματικής ερμηνείας των άρθρων 14 παρ. 9, 5 παρ. 1 και 3 και 25 παρ. 1 εδ. δ Συντ.²², που θεωρείται ότι καθιστά την κρίσιμη διάταξη κενή περιεχομένου, ανατρέποντας, συγχρόνως, τον σαφή στόχο της²³.

B. Η τελική επικράτηση της αντίληψης περί «ασυμβιβάστου των πράξεων» μέσω της ανάδειξης της «ρήτρας αναλογικότητας» του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. ζ Συντ.

Στον αντίποδα, ακριβώς, της αντίληψης αυτής εδράζεται η ερμηνευτική προσέγγιση του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., που επιχειρείται στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011. Η διαπίστωση αυτή δεν προκύπτει απλά από το γεγονός ότι στην παραπάνω απόφαση υιοθετήθηκε η αντίστοιχη μειοψηφία²⁴ της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 και, μάλιστα, η ειδικότερη γνώμη αυτής²⁵, αλλά επιβεβαιώνεται, πρωτίστως, από το ουσιαστικό περιεχόμενο της σχετικής επιχειρηματολογίας. Πιο συγκεκριμένα, η αντισυνταγματικότητα του πλέγματος των σχετικών με τη ρύθμιση του ασυμβιβάστου διατάξεων του ν. 3021/2002 εντοπίζεται στην προκειμένη περίπτωση, ακριβώς, στον γενικό και απόλυτο χαρακτήρα του ασυμβιβάστου που αφορά τους ιδιοκτήτες, εταίρους, βασικούς μετόχους κτλ, καθώς και του ασυμβιβάστου λόγω παρενθετότητας (εφόσον τα πρόσωπα της δεύτερης περίπτωσης «δεν καταφέρουν να αποδείξουν ότι ενεργούν δι' ίδιον λογαριασμόν και δεν είναι παρένθετα ή ότι έχουν οικονομική αυτοτέλεια έναντι των συγγενών αυτών»²⁶) που καθιερώνουν οι διατάξεις αυτές.

²² Βλ. το σχετικό απόσπασμα στη σκέψη 14 της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006: «...το γεγονός ότι με το άρθρο 5 παρ. 1 και 3 και 25 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρώνονται το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και της συμμετοχής του καθενός στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της Χώρας, καθώς και η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, κατά την θέσπιση περιορισμών στα ατομικά δικαιώματα, δεν θα μπορούσε να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι η, ισόκυρη με αυτές, διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος (διάταξη η οποία είναι επιπλέον και ειδική διάταξη, σε σχέση με τις άλλες δύο, θεσπισθείσα επί τούτου από τον συνταγματικό νομοθέτη, προκειμένου να καταστούν δυνατοί περιορισμοί στην οικονομική και επιχειρηματική ελευθερία των επιχειρηματιών, των δραστηριοποιουμένων στους τομείς των μέσων ενημέρωσης και των δημοσίων συμβάσεων, οι οποίοι, άλλως, θα ήσαν συνταγματικώς ανεπίτρεπτοι) μπορεί να ερμηνευθεί, υπό το φως των οριζόμενων σε αυτές, με τέτοιο τρόπο, έτσι ώστε να καταστεί κενή περιεχομένου ή να ανατρέπεται το σαφές γράμμα της και οι, ομοίως, σαφείς στόχοι της».

²³ Βλ. διεξοδικά ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, Ερμηνευτικός σχετικισμός..., ό.π. (υποσ. 8), σ. 88-89.

²⁴ Πρόκειται για τη μειοψηφία και την ειδικότερη γνώμη αυτής που διατυπώνονται στο πλαίσιο της σκέψης 14 της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 για το ασυμβίβαστο του πέμπτου εδαφίου του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ.

²⁵ Η ειδικότερη γνώμη της μειοψηφίας στη σκέψη 14 της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 ανήκει στο Σύμβουλο Δημ. Πετρούλια.

²⁶ Αξίζει να επισημανθεί στο σημείο αυτό η διαφοροποίηση που προκύπτει ως προς το ζήτημα των προϋποθέσεων ανατροπής του τεκμηρίου παρενθετότητας, μεταξύ των (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 και 3470/2011. Έτσι, ενώ με βάση την πρώτη, όπως, ήδη επισημάναμε, «το μόνο αποδεκτό, κατά το άρθρο

Και τούτο διότι, με βάση το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ., ο κοινός νομοθέτης μπορεί να επιβάλλει ως κύρωση την απαγόρευση της σύναψης σύμβασης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης μόνο στην περίπτωση όπου πληρούνται, σωρευτικά, δύο προϋποθέσεις: α) δεν απαιτείται να συντρέχει, απλά, σε πρόσωπο (φυσικό ή νομικό), που συμμετέχει σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, μία από τις προαναφερθείσες ασυμβίβαστες ιδιότητες (όπως προβλέπει ο ν. 3021/2002), αλλά, επιπλέον, β) είναι αναγκαίο το πρόσωπο αυτό, κατά τη διαδικασία της ανάθεσης, να *«προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια, προκειμένου να επιτύχει να του ανατεθεί, τελικώς, η εν λόγω δημόσια σύμβαση, με αποτέλεσμα να παραβιασθούν οι αρχές της προστασίας κατά του αθεμίτου ανταγωνισμού και της διαφάνειας»*²⁷.

14 παρ. 9 εδάφιο έκτο του Συντάγματος, στοιχείο, για την ανατροπή του μαχητού τεκμηρίου της λειτουργίας κάποιου προσώπου, εκ των μνημονευομένων στην διάταξη αυτή, ως παρενθέτων, είναι η απόδειξη, ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση το, τεκμαιρόμενο ως παρενθέτο άλλο, πρόσωπο ενήργησε αυτοτελώς, για ίδιο λογαριασμό και προς το ίδιο συμφέρον» (σκέψη 16), η δεύτερη φαίνεται να αποδέχεται, ως προς το σημείο αυτό τη μειοψηφία της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, σύμφωνα με την οποία, ήδη, από τα άρθρα 2 παρ. 2 εδ. α' και 3 παρ. 1 και 2 ν. 3021/2002, προκύπτει ότι «το ασυμβίβαστο ... καταλαμβάνει ως παρενθέτα πρόσωπα, τους συζύγους και τους συγγενείς των ανωτέρω φυσικών προσώπων, όχι μόνον όταν οι σύζυγοι και οι συγγενείς δεν μπορούν να αποδείξουν ότι διαθέτουν οικονομική αυτοτέλεια, σε σχέση με τα πρόσωπα αυτά, αλλά και στην περίπτωση κατά την οποία ήθελε αποδειχθεί ότι οι σύζυγοι και συγγενείς, μολονότι οικονομικά ανεξάρτητοι, ενεργούν, σε συγκεκριμένη περίπτωση 'βάσει γενικής ή ειδικής συμφωνίας, για λογαριασμό ή καθ' υπόδειξη ή εντολή' προσώπου με ασυμβίβαστη ιδιότητα». Βεβαίως, στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011 το ζήτημα αυτό είναι επουσιώδες, καθώς, όπως εκτίθεται στη συνέχεια, η αντισυνταγματικότητα του πλέγματος των σχετικών με τη ρύθμιση του ασυμβίβαστου διατάξεων του ν. 3021/2002 συνδέεται με την παραδοχή ότι, βάσει του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. «μόνη η συνδρομή μιας εκ των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων δεν μπορεί να οδηγήσει στην απαγόρευση αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, αν δεν αποδεικνύεται, περαιτέρω, ότι κατά τη διαδικασία της αναθέσεως της συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως, το εν λόγω πρόσωπο, το φέρον την προαναφερθείσα ιδιότητα προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια, προκειμένου να επιτύχει να του ανατεθεί, τελικώς, η εν λόγω δημόσια σύμβαση».

²⁷ Βλ. το σχετικό απόσπασμα από τη σκέψη 10 της (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011: *«ο νομοθέτης με τον εκτελεστικό του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος νόμο 3021/2002, που ίσχυε κατά τον χρόνο εκδόσεως της προσβαλλομένης πράξεως, με τα άρθρα 2 και 3 του ν. 3021/2002 ..., καθιέρωσε την γενική και απόλυτη απαγόρευση σύναψης δημοσίων συμβάσεων με φυσικά ή νομικά πρόσωπα, των οποίων οι ιδιοκτήτες, βασικοί μέτοχοι, εταίροι και διευθυντικά στελέχη είναι ιδιοκτήτες, βασικοί μέτοχοι, εταίροι και διευθυντικά στελέχη επιχειρήσεων μέσωσ ενημέρωσης καθώς και με φυσικά ή νομικά πρόσωπα των οποίων οι ιδιοκτήτες, βασικοί μέτοχοι, εταίροι και διευθυντικά στελέχη είναι παρενθέτα πρόσωπα ή συγγενείς ιδιοκτητών, βασικών μετόχων, εταίρων και διευθυντικών στελεχών επιχειρήσεων μέσωσ ενημέρωσης, αν τα τελευταία δεν καταφέρουν να αποδείξουν ότι ενεργούν δι' ίδιον λογαριασμόν και δεν είναι παρενθέτα ή ότι έχουν οικονομική αυτοτέλεια έναντι των συγγενών αυτών. Ενόψει όμως της εννοίας των διατάξεων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ... σύμφωνα με την οποία μόνη η συνδρομή μιας εκ των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων δεν μπορεί να οδηγήσει στην απαγόρευση αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, αν δεν αποδεικνύεται, περαιτέρω, ότι κατά τη διαδικασία της αναθέσεως της συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως, το εν λόγω πρόσωπο, το φέρον την προαναφερθείσα ιδιότητα προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια, προκειμένου να επιτύχει να του ανατεθεί, τελικώς, η εν λόγω δημόσια σύμβαση, το όλο πλέγμα των διατάξεων του νόμου 3021/2002, ο οποίος στηρίζεται σε αντίθετη ερμηνεία των διατάξεων του εν λόγω άρθρου του Συντάγματος και με τον οποίο προσδιορίζονται οι συνέπειες της συνδρομής των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων του εν λόγω άρθρου, προσκρούουν στην αληθή έννοια αυτού και ως αντίθετες με αυτό δεν είναι εφαρμοστέες»* (η έμφαση δική μας).

Η ομόφωνη αυτή θέση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας στηρίχθηκε, καταρχάς, στη γραμματική²⁸ και «γενετική»²⁹ ερμηνεία της προαναφερθείσας συνταγματικής διάταξης. Από την αξιοποίηση των δύο αυτών ερμηνευτικών μεθόδων συνήχθη ότι δεν επιβάλλεται εκ του Συντάγματος ως κυρωτική συνέπεια, σε περίπτωση παραβίασης του ασυμβιβάστου του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., η απαγόρευση σύναψης ή η ακύρωση της, ήδη, συναφθείσας σύμβασης. Αντίθετα, με βάση την επιφύλαξη του τελευταίου εδαφίου της συνταγματικής αυτής διάταξης, ο κοινός νομοθέτης έχει τη διακριτική ευχέρεια να επιλέξει τις κατάλληλες, κατά την εκτίμησή του, κυρώσεις που «μπορεί να φτάνουν μέχρι ... και την απαγόρευση σύναψης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης». Η τελευταία, συνιστά, με άλλα λόγια, μία μόνο από τις περισσότερες δυνατές κυρώσεις που δύναται να επιβάλλει ο νομοθέτης «εν όψει των εξελισσόμενων κοινωνικών και οικονομικών συνθηκών και των πολιτικών του εκτιμήσεων, καθώς και των υποχρεώσεων της Χώρας ως μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης»³⁰.

²⁸ Βλ. σκέψη 9: «...από την διατύπωση της διατάξεως του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος...».

²⁹ Η διάκριση της «γενετικής» ερμηνείας από την ιστορική είναι θεμελιώδης στο έργο των MÜLLER και CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, τόμος I, έκδοση θ', Duncker und Humblot, 2004, σ. 336-337, μέσω της οποίας επισημαίνονται δύο παραλλαγές του ιστορικού (εν ευρεία εννοία) στοιχείου του κλασικού μεθοδολογικού κανόνα ερμηνείας. Από την ελληνική βιβλιογραφία βλ. σε Π. ΛΑΖΑΡΑΤΟΥ, Η ιστορική – γενετική ερμηνεία στο ευρωπαϊκό δίκαιο σε «Γενέθλιον Απόστολου Γεωργιάδη», τόμος II, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σ. 1909-1910. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον τελευταίο (σ. 1909), η ιστορική (υπό στενή εννοία) ερμηνεία «βασίζεται σε άντληση επιχειρημάτων από παλαιότερα ισχύσασες διατυπώσεις ενός νομοθετήματος με περιεχόμενο ανάλογο προς τον ερμηνευόμενο κανόνα δικαίου». Έτσι, λοιπόν, για ιστορική ερμηνεία θα μπορούσε να γίνει λόγος, στο πλαίσιο της προβληματικής για τον «βασικό μέτοχο», σε περίπτωση αξιοποίησης του άρθρου 1 παρ. 11 ν. 2328/1995, που συνιστά προσυνταγματική νομοθεσία, σε σχέση με το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ., το οποίο προστέθηκε κατά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001. Αντίθετα, ως γενετική, ο ίδιος ορίζει την «ερμηνευτική εργασία που βασίζεται σε άντληση επιχειρημάτων από το υλικό που δημιουργήθηκε κατά τη διαδικασία δημιουργίας του συγκεκριμένου ερμηνευόμενου νόμου». Συνεπώς, στο γενετικό υλικό του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. εμπίπτουν «οι οικείες συζητήσεις ενώπιον της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής», στις οποίες αναφέρεται η (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011, στη σκέψη 9, για να στηρίξει την επιχειρηματολογία της, με μνεία και των σχετικών Πρακτικών της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής. Με αυτήν, λοιπόν, την έννοια χρησιμοποιούμε κι εμείς για τις ανάγκες της παρούσας μελέτης τον όρο «γενετική» ερμηνεία, τον οποίο θεωρούμε επιτυχέστερο από τον γενικότερο όρο «ιστορική» ερμηνεία, καθώς, μέσα από την ερμηνευτική προσέγγιση του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., που επιχειρεί η Ολομέλεια του ΣτΕ, αναδεικνύεται, όπως εκτίθεται διεξοδικά στη συνέχεια, η «ρήτρα αναλογικότητας» που εμπεριέχεται στο τελευταίο εδάφιο της παραπάνω συνταγματικής διάταξης, ως στοιχείο της «γενετικής» της ταυτότητας. Τέλος, θα ήταν παράλειψη να μην επισημάνουμε ότι στο πλαίσιο της περί «βασικού μετόχου» προβληματικής, από την πλευρά της θεωρίας, ιδιαίτερα επιτυχής χρήση της «γενετικής» και «ιστορικής» (εν στενή εννοία) ερμηνείας πραγματοποιείται από τον Χ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟ, Το ασυμβίβαστο..., ό.π. (υποσ. 20), σ. 334-340.

³⁰ Βλ. τα κρίσιμα αποσπάσματα από τη σκέψη 9: «...Ο συνταγματικός νομοθέτης ανέθεσε, με την διάταξη του τελευταίου εδαφίου ... (του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ.), στον κοινό νομοθέτη τον προσδιορισμό των κυρώσεων, που θα πρέπει να επιβάλλονται, σε περίπτωση παραβίασεως των συνταγματικών επιταγών, ορίζοντας ότι η απαγόρευση σύναψεως συμβάσεως ή η ακύρωση της ήδη συναφθείσας είναι μία εκ των πολλών δυνατών κυρώσεων. Από τα προεκτεθέντα σαφώς προκύπτει ότι από το Σύνταγμα δεν επιβάλλεται ως κυρωτική συνέπεια, σε περίπτωση παραβίασης του ασυμβιβάστου, η απαγόρευση σύναψης ή η ακύρωση της ήδη συναφθείσας σύμβασης, αφού εξουσιοδοτείται ο κοινός

Από την παρουσίαση του σκεπτικού της (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011, που προηγήθηκε, σαφώς προκύπτει ότι, κατά την απόφαση αυτή, το ασυμβίβαστο του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. ε' και στ' Συντ. γίνεται, πλέον, αντιληπτό ως ένα είδος «*ασυμβιβάστου των πράξεων*»³¹. Και τούτο διότι, με βάση και την τελεολογική ερμηνεία³² της παραπάνω συνταγματικής διάταξης, ο σκοπός του ασυμβιβάστου εντοπίζεται στην *αποτροπή* μόνον της *συγκεκριμένης αθέμιτης επιρροής*, που μπορεί να ασκηθεί στο πλαίσιο μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης³³.

Διαπιστώνουμε, συνεπώς, ότι η τελεολογική ερμηνεία του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., έπαιξε καθοριστικό ρόλο για την τελική κρίση του δικαστηρίου, και στις τρεις προαναφερθείσες αποφάσεις. Ειδικότερα, στις ΣτΕ 3242/2004 και (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 ο έλεγχος της αντισυνταγματικότητας των άρθρων 2 και 3 ν. 3021/2002 περιορίστηκε (και ορθώς, με βάση τον συγκεκριμένο³⁴ χαρακτήρα που έχει ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στη χώρα μας) μόνο στη

νομοθέτης να επιλέξει τις, κατά την εκτίμησή του, κατάλληλες κυρώσεις, οι οποίες, κατά την ρητή διάταξη της παρ. 9 του άρθρου 14 του Συντάγματος, 'μπορεί να φθάνουν μέχρι ... και την απαγόρευση σύναψης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης'. Οι διατάξεις, συνεπώς, του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος *παρέχουν στον κοινό νομοθέτη ευχέρεια* κατά τη θέσπιση των αναγκαίων για την εφαρμογή τους 'ειδικότερων ρυθμίσεων', με τις οποίες θα καθορίζει τους, κατά την εκτίμησή του, πλέον πρόσφορους όρους τόσο για τη συνδρομή του ασυμβιβάστου, όσο και για τις συνέπειες της παραβίασής του, *εν όψει των εξελισσόμενων κοινωνικών και οικονομικών συνθηκών και των πολιτικών του εκτιμήσεων, καθώς και των υποχρεώσεων της Χώρας ως μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης*» (η έμφαση δική μας).

³¹ Για την έννοια του «*ασυμβιβάστου των πράξεων*» βλ. διεξοδικά σε Χ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟ, Το ασυμβίβαστο..., ό.π. (υποσ. 20), σ. 326 και 342, ο οποίος επισημαίνει ότι αυτό το είδος ασυμβιβάστου συνυπήρχε με το προληπτικό ασυμβίβαστο στο άρθρο 1 παρ. 11 του ν. 2328/1995. Συνίστατο δε στην «*ex post* κύρωση της αθέμιτης χρήσης των μέσων ενημέρωσης από πρόσωπα στα οποία ήδη συνέτρεχε το ασυμβίβαστο».

³² Βλ. για την τελεολογική ερμηνεία, ειδικά, των συνταγματικών διατάξεων σε Φ. Κ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΥ, Η ερμηνεία του Συντάγματος, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1999, σ. 73-78, σύμφωνα με τον οποίο, «η τελεολογική ερμηνεία αποβλέπει στον καθορισμό του *αντικειμενικού* σκοπού του νόμου, στο σύνολο δηλαδή των λόγων, που δικαιολογούν κατά τον καλύτερο και αρτιότερο δυνατό τρόπο τη ρύθμιση του νόμου ως τμήμα του συνόλου του δικαίου συστήματος» (σ. 77, η έμφαση στο κείμενο) και διακρίνεται από την (εν ευρεία εννοία) ιστορική ερμηνεία, η οποία «*διερευνά την υποκειμενική βούληση, δηλαδή τον σκοπό του νομοθέτη*» (σ. 74, η έμφαση δική μας).

³³ Βλ. σχετικά στη σκέψη 9: «...σκοπός των διατάξεων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος είναι η αποτροπή, όχι βεβαίως κάθε εν γένει επιρροής, των μέσων ενημέρωσης στην άσκηση της πολιτικής εξουσίας, η οποία είναι, άλλωστε, σύμφυτη με το ρόλο των μέσων αυτών στις σύγχρονες δημοκρατικές κοινωνίες, αλλά μόνον της συγκεκριμένης αθέμιτης επιρροής, που μπορεί να ασκηθεί στα πλαίσια μιας διαδικασίας αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, με σκοπό την επίτευξη συνάψεως της σχετικής συμβάσεως».

³⁴ Βλ. για τον συγκεκριμένο χαρακτήρα του δικαστικού ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα σε Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο, τόμος Ι, Σάκκουλας, 2004, σ. 465-466, σύμφωνα με τον οποίο, ο έλεγχος είναι συγκεκριμένος «*επειδή ασκείται με αφορμή την εφαρμογή και ερμηνεία της κρίσιμης νομοθετικής διάταξης ή των κρίσιμων διατάξεων σε μια συγκεκριμένη διαφορά, και η κρίση για την αντισυνταγματικότητα διατυπώνεται πάντα – αυτό είναι το πιο ουσιαστικό – ενόψει των πραγματικών και νομικών περιστατικών της επίδικης διαφοράς και για τις ανάγκες επίλυσής της. Η κρίση περιορίζεται άρα αποκλειστικά στην κρίσιμη διάταξη και στο νόημα που αυτή αποκτά για την επίλυση της διαφοράς*».

νομοθετική εξειδίκευση του ασυμβίβαστου παρενθετότητας, χωρίς να καταλάβει και το βασικό ασυμβίβαστο, επειδή θεωρήθηκε ότι το τελευταίο συνάδει απόλυτα με τον προληπτικό, γενικό και απόλυτο χαρακτήρα του προβλεπόμενου στο άρθρο 14 παρ. 9 εδ. ε' Συντ. ασυμβίβαστου, στον οποίο και κατέληξε το ΣτΕ με βάση την τελλολογική ερμηνεία της συνταγματικής αυτής διάταξης³⁵. Αντίθετα, στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011, ακριβώς επειδή το δικαστήριο θεώρησε (αξιοποιώντας τη γραμματική, γενετική και, κυρίως, τελλολογική ερμηνεία) ότι το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. καθιερώνει ένα «*ασυμβίβαστο των πράξεων*», έκρινε αντισυνταγματικό (υπερβαίνοντας εν μέρει τον συγκεκριμένο χαρακτήρα του ελέγχου συνταγματικότητας) «*το όλο πλέγμα των διατάξεων του ν. 3021/2002*», δηλαδή όχι μόνο ως προς τη νομοθετική εξειδίκευση του ασυμβίβαστου παρενθετότητας, αλλά και ως προς αυτήν του βασικού ασυμβίβαστου, καθώς και, γενικά, ως προς τον προσδιορισμό των συνεπειών της συνδρομής των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων³⁶.

Θεμέλιο δε για τη συγκεκριμένη κρίση περί αντισυνταγματικότητας και, συγχρόνως, συνεκτικό ιστό της όλης συλλογιστικής του δικαστηρίου αποτέλεσε, στην τελευταία αυτή απόφαση, η «*ρήτρα αναλογικότητας*»³⁷ που εμπεριέχεται στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. Η ρήτρα αυτή, η οποία αξιώνει την κλιμάκωση των κυρώσεων ανάλογα με τη βαρύτητά τους και τις συνέπειες της παράβασης των εδαφίων ε' και στ' του παραπάνω άρθρου³⁸, είναι εγγεγραμμένη στο

³⁵ Όπως, ήδη, διεξοδικά παρουσιάσαμε, στις δύο παραπεμπτικές - στην Ολομέλεια του ΣτΕ και το ΔΕΚ, αντίστοιχα - αποφάσεις, το σχετικό συνταγματικό ασυμβίβαστο ερμηνεύτηκε ως προληπτικό, επειδή θεωρήθηκε ότι ο σκοπός του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. συνίσταται στην *αποτροπή της δημιουργίας συνθηκών που θα μπορούσαν να προκαλέσουν τον κίνδυνο της αθέμιτης χρήσης των ΜΜΕ, στο πλαίσιο της σύναψης δημοσίων συμβάσεων*.

³⁶ Σύμφωνα προς τη θέση αυτή και ο Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΣ, Συνολικές παρατηρήσεις, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1130. Προς διερεύνηση παραμένει (βλ. παρακάτω υπό II), ωστόσο, ο λόγος που ώθησε το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο να διαφοροποιηθεί στην υπό σχολιασμό απόφαση, ως προς την ratio της παραπάνω συνταγματικής διάταξης, σε σχέση με τις δύο προηγούμενες αποφάσεις.

³⁷ Ο εύστοχος όρος ανήκει στον Χ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟ, Το ασυμβίβαστο..., ό.π. (υποσ. 20), σ. 342, ο οποίος υποστηρίζει ότι «*η απαγόρευση σύναψης ή η ακύρωση μιας συγκεκριμένης σύμβασης μπορεί να επιβληθεί μόνο όταν διαπιστώνεται στη συγκεκριμένη περίπτωση αθέμιτη χρήση των μέσων ενημέρωσης στις επιχειρήσεις των οποίων μετέχουν πρόσωπα που εμπίπτουν στο ασυμβίβαστο του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. ε και στ Συντ, για την άσκηση επιρροής στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης αυτής*».

³⁸ Πρβλ. Ξ. Ι. ΚΟΝΤΙΑΔΗ, Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα, 2002, σ. 305-306, σύμφωνα με τον οποίο, «*η αναφορά στις μέγιστες κυρώσεις που μπορούν να θεσπιστούν δεν θα ήταν ορθό να θεωρηθεί ότι αποσκοπούν μόνο στο να δοθεί έμφαση στις αυστηρές συνέπειες της παράβασης των περιορισμών και απαγορεύσεων των προηγούμενων εδαφίων του άρθρου, αλλά φαίνεται να παραπέμπει, εμμέσως πλην σαφώς, στην προσεκτική αξιοποίηση της αρχής της αναλογικότητας στην επίμαχη περίπτωση*» (η έμφαση στο κείμενο).

DNA της σχετικής συνταγματικής διάταξης, από το 2001³⁹. Έμελλε, ωστόσο, να αξιοποιηθεί στη νομολογία του ΣτΕ⁴⁰, παρά τις έγκαιρες επισημάνσεις της θεωρίας⁴¹, μόλις δέκα χρόνια μετά τη συμπερίληψή της στο εδάφιο ζ' του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ.

Τίθεται, συνεπώς, το ερώτημα σχετικά με το ποιος είναι ο δικαιολογητικός εκείνος λόγος που ώθησε το ΣτΕ να μεταβάλλει άρδην την αντίληψή του, ως προς την ερμηνεία (γραμματική, γενετική, και, κυρίως, τελολογική) των κρίσιμων εδαφίων ε', στ' και ζ' του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. Ο λόγος αυτός συνδέεται στενά με τις απαντήσεις που έδωσε το ΔΕΚ με την προδικαστική του απόφαση C-213/07. Συγχρόνως, δε, εξηγεί και το γιατί, στη συγκεκριμένη απόφαση, το δικαστήριο - σε αντίθεση με τις ΣτΕ 3242/2004 και (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006⁴² - περιορίστηκε μόνο σε έλεγχο αντισυνταγματικότητας των διατάξεων του ν. 3021/2002, χωρίς να θέσει και το ζήτημα της συμβατότητάς τους με το πρωτογενές και παράγωγο ενωσιακό δίκαιο.

II. ... και προϊόν της εναρμόνισης Συντάγματος και ενωσιακού δικαίου μέσω της κοινής στις δύο έννομες τάξεις αρχής της αναλογικότητας

Το «κλειδί» για την κατανόηση της πλήρους μεταστροφής (ή ορθότερα αντιστροφής) της νομολογίας του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας, με την ανάδειξη της «ρήτρας αναλογικότητας» του εδ. ζ' του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. σε

³⁹ Το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. αναθεωρήθηκε στο πλαίσιο της συνταγματικής αναθεώρησης του 2001. Για την αναθεωρημένη μορφή του βλ. διεξοδικά σε ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002, σ. 200 επ. (και ιδίως 206-207).

⁴⁰ Βεβαίως, όπως επισημίναμε, η σχετική ερμηνεία είχε, ήδη, προταθεί στη σκέψη 14 της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, από τη μειοψηφία και, κυρίως, από την ειδικότερη γνώμη αυτής. Για πρώτη, όμως, φορά η άποψη αυτή καθίσταται κρατούσα και, δη ομοφώνως, μέσα στους κόλπους του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου, στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011.

⁴¹ Βλ. τις υποσ. 37 και 38 και τους εκεί αναφερόμενους συγγραφείς.

⁴² Πράγματι, τόσο στην ΣτΕ 3242/2004, όσο και στην (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 διατυπώνονται σκέψεις και ως προς τη συμβατότητα των άρθρων 2 και 3 ν. 3021/2002, αλλά και του ίδιου του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., τόσο προς το πρωτογενές, όσο και προς το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο. Μάλιστα, κάπως σχηματικά [λόγω του πλήθους των μειοψηφιών και των ειδικότερων γνωμών στην (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006], θα μπορούσαμε να πούμε ότι συντελείται μία εναλλαγή πλειοψηφίας – μειοψηφίας μεταξύ των δύο αποφάσεων. Ειδικότερα, η μεν ΣτΕ 3242/2004 αποφάνθηκε (κατά πλειοψηφία) ότι ουδόλως υφίσταται ζήτημα σύγκρουσης του εθνικού με το ενωσιακό δίκαιο, καθώς ο κανόνας της παραπάνω συνταγματικής διάταξης δεν εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο εφαρμογής του θεσπιζόμενου με το άρθρο 24 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ κανόνα [βλ. διεξοδική παρουσίαση και κριτική των θέσεων της πλειοψηφίας και της μειοψηφίας σε Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟ, ΣτΕ 3242/2004: «επιβολή»..., ό.π. (υποσ. 5), σ. 38-40]. Αντιθέτως, η (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, υιοθετώντας, κατά βάση, τη μειοψηφία της παραπεμπτικής, προχώρησε σε έλεγχο συμβατότητας των κρίσιμων εθνικών διατάξεων τόσο με την προαναφερθείσα Οδηγία, όσο και με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου και, ακριβώς, λόγω του έντονου «ερμηνευτικού σχετικισμού» μεταξύ των μελών του δικαστηρίου, υπέβαλε στο ΔΕΚ τα τρία προδικαστικά ερωτήματα που αναφέρονται στην υποσ. 43 [βλ. διεξοδικά σε Α. ΓΕΡΟΝΤΑ, Η νομολογιακή περιπέτεια..., ό.π. (υποσ. 9), σ. 961-974].

κεντρικό πυλώνα της συλλογιστικής που υιοθέτησε η Ολομέλεια, εντοπίζεται στις απαντήσεις του ΔΕΚ στα τρία προδικαστικά ερωτήματα της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006⁴³. Και τούτο διότι το ΣτΕ, μένοντας πιστό στο θεσμικό διάλογο που το ίδιο ξεκίνησε με το Δικαστήριο της Ένωσης, προσέτρεξε, όπως και το τελευταίο, στην αρχή της αναλογικότητας για να εναρμονίσει την προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη με τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου (Α). Κατ' αυτόν τον τρόπο, θα μπορούσαμε να υποστηρίξουμε ότι επιλέχθηκε μία λύση, η οποία, στηριζόμενη σε μια κοινή αρχή του ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού, απομακρύνεται από τις μονιστικές θεωρίες και εντάσσεται στη λογική του συνταγματικού πλουραλισμού (Β).

Α. Η προσφυγή στην αρχή της αναλογικότητας για την πραγμάτωση της εκ του Συντάγματος απορρέουσας υποχρέωσης εναρμόνισης του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. με το ενωσιακό δίκαιο

Ειδικότερα, με την απόφαση «Μηχανική» (C-213/07), κρίθηκε – εν πολλοίς – ότι οι περιορισμοί που επέρχονται στις ενωσιακές ελευθερίες εγκατάστασης και παροχής υπηρεσιών⁴⁴ από εθνική διάταξη, η οποία καθιερώνει γενικό ασυμβίβαστο

⁴³ Τα ερωτήματα που έθεσε η (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 στο ΔΕΚ είναι – συνοπτικά - τα ακόλουθα: 1^ο) είναι περιοριστικός ή όχι ο χαρακτήρας της απαρίθμησης των λόγων αποκλεισμού εργοληπτών δημοσίων έργων του άρθρου 24 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ;, 2^ο) υπό την εκδοχή ότι η μνεία λόγων αποκλεισμού εργοληπτών στο προαναφερθέν άρθρο της Οδηγίας δεν είναι περιοριστική, διάταξη (όπως οι κρίσιμες εθνικές) θεσπίζουσα τα επίμαχα ασυμβίβαστα για λόγους προστασίας της διαφάνειας των κρατικών οικονομικών λειτουργιών, εξυπηρετεί σκοπούς συμβατούς με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου και συμβιβάζεται με την ευρωπαϊκή αρχή της αναλογικότητας; και 3^ο) εάν γίνει δεκτό ότι η μνεία των λόγων αποκλεισμού είναι περιοριστική, ή είναι ενδεικτική και το δεύτερο ερώτημα απαντηθεί αρνητικά, η παραπάνω Οδηγία παραβιάζει τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου περί προστασίας του ανταγωνισμού και της διαφάνειας, καθώς και την αρχή της επικουρικότητας; Βλ. την πλήρη διατύπωση των ερωτημάτων στις σκέψεις 28, 30 και 31 της απόφασης, αντίστοιχα.

⁴⁴ Στο σημείο αυτό οφείλουμε να υπογραμμίσουμε ότι το ΔΕΚ δεν ανέφερε, κατά τη διενέργεια του ελέγχου αναλογικότητας στο πλαίσιο της υπόθεσης «Μηχανική», ποιες ελευθερίες περιορίζονται από την καθιέρωση στην ελληνική έννομη τάξη του ασυμβίβαστου στους τομείς των δημοσίων έργων και των μέσων ενημέρωσης, για την επίτευξη των θεμιτών στόχων της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Τούτο, όμως, μπορούμε να το συνάγουμε από τη σκέψη 39 της απόφασης «Μηχανική», όπου και κατονομάζονται οι ενωσιακές ελευθερίες που προωθούνται με την οδηγία 93/37. Ειδικότερα, το ΔΕΚ επισημαίνει ότι «από τη δεύτερη ... αιτιολογική σκέψη και από τη δέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 93/37 προκύπτει ότι ο συντονισμός αυτός αποσκοπεί στην ταυτόχρονη πραγματοποίηση της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων, καθώς και στην ανάπτυξη, σε κοινοτική κλίμακα, πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα αυτόν, εννοώντας την ευρύτερη δυνατή εκδήλωση ενδιαφέροντος από τους εργολήπτες των κρατών μελών» (η έμφαση δική μας). Εφόσον, λοιπόν, οι ελληνικές ρυθμίσεις περί του ασυμβίβαστου αυτού συμπληρώνουν την οδηγία 93/37, ως προς τα μέτρα αποκλεισμού εργολήπτη από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης δημοσίων έργων, λειτουργούν περιοριστικά για τις ενωσιακές ελευθερίες εγκατάστασης και παροχής υπηρεσιών που προάγονται με την οδηγία. Από τη θεωρία βλ. Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, Ασυμβίβαστο μεταξύ ΜΜΕ και επιχειρήσεων που αναλαμβάνουν δημόσιες συμβάσεις

στους τομείς των δημοσίων έργων και των μέσων ενημέρωσης, αποκλείοντας μια ολόκληρη κατηγορία εργοληπτών, βάσει αμάχητου τεκμηρίου (σύμφωνα με το οποίο, η παρουσία – μεταξύ των υποβαλλόντων την προσφορά – εργολήπτη που εμπλέκεται και στον τομέα των μέσων ενημέρωσης είναι αναπόφευκτα ικανή να αλλοιώσει τον ανταγωνισμό, χωρίς να του παρέχεται δικαίωμα απόδειξης προς αντίκρουση τυχόν προβαλλόμενων στοιχείων), βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη των θεμιτών, από ενωσιακή σκοπιά, στόχων της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας^{45,46}. Κατ' αυτόν τον τρόπο, το ΔΕΚ απεφάνθη, δεσμευτικά⁴⁷, για το ΣτΕ, επί της ενωσιακής αρχής της αναλογικότητας σε θέματα ανταγωνισμού, διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων⁴⁸.

Έχοντας, λοιπόν, ως δεδομένο ότι προληπτικό, γενικό και απόλυτο ασυμβίβαστο μεταξύ του τομέα των δημοσίων έργων και των μέσων ενημέρωσης αντιβαίνει στην ενωσιακή αρχή της αναλογικότητας (και, ακριβέστερα, στην ειδικότερη αρχή της αναγκαιότητας⁴⁹), δηλαδή στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο⁵⁰, η

και ζήτημα συμβατότητάς του με το κοινοτικό δίκαιο, *ΔηΣΚΕ* 1/2004, σ. 20-21, σύμφωνα με τον οποίο οι εθνικές διατάξεις περί ασυμβίβαστου είναι ικανές να παρεμποδίσουν την άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών εγκατάστασης, παροχής υπηρεσιών (ενώ, συγχρόνως, προσθέτει) και κυκλοφορίας κεφαλαίων (η οποία, όμως, δεν περιλαμβάνεται από το ΔΕΚ μεταξύ των ενωσιακών ελευθεριών που προωθούνται με την οδηγία 93/37).

⁴⁵ Βλ. ΔΕΚ 16.12.2008, C-213/07, *Michaniki AE/Ethniko Simvoulío Radiotileorasis, Ipourgos Epikratias*, σκέψεις 61-69.

⁴⁶ Η αντίθεση του συγκεκριμένου ασυμβίβαστου με την ενωσιακή αρχή της αναλογικότητας είχε εγκαίρως επισημανθεί, σε επίπεδο θεωρίας, τόσο από τον Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟ, *Ασυμβίβαστο μεταξύ ΜΜΕ...*, ό.π. (υποσ. 44), σ. 15 επ. (και, ιδίως, σ. 22-26), όσο και, κυρίως, από την ΕΥ. ΚΟΥΤΟΥΠΑ-ΡΕΓΚΑΚΟΥ, *Οι νόμοι περί βασικού μετόχου και η απόφαση του ΔΕΚ της 03.03.2005 στην υπόθεση Fabricom*, *ΔηΣΚΕ* 1/2005, σ. 20-24, η οποία, αξιοποιώντας τα πορίσματα από την – τότε – πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ (υπόθεση *Fabricom*, στην οποία, άλλωστε, στηρίχθηκε και το ίδιο το Δικαστήριο της Ένωσης στην κρίση του επί της C-213/07, «*Μηχανική*»), σχεδόν προφητικά, υπογράμμισε (σ. 24) ότι «ο τελικός γνώμονας του συμβατού των νόμων περί βασικού μετόχου προς το κοινοτικό δίκαιο είναι η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, ο βαθμός δηλαδή περιορισμού των σχετικών ελευθεριών. Ο απόλυτος και in abstracto τρόπος λειτουργίας του ασυμβίβαστου και το αμάχητο τεκμήριο που οι νόμοι αυτοί εγκαθιστούν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας...» (η έμφαση στο κείμενο).

⁴⁷ Για τη δέσμευση του δικαστή της κύριας δίκης από την απόφαση του ΔΕΚ επί της προδικαστικής παραπομπής βλ. διεξοδικά Β. ΣΚΟΥΡΗ, σε ΤΟΥ ΙΔΙΟΥ, *Ερμηνεία Συνθηκών*, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003, ά. 234 ΕΚ, αρ. περ. 32.

⁴⁸ Πρβλ. Β. Γ. ΤΖΕΜΟΥ, «*Βασικός Μέτοχος*» - Αρχή της Αναλογικότητας..., ό.π. (υποσ. 9), σ. 539.

⁴⁹ Βλ. για τη χρήση της αρχής της αναγκαιότητας ως παραμέτρου του δικαστικού ελέγχου συνταγματικότητας των αμάχητων τεκμηρίων, από την άποψη του συγκριτικού συνταγματικού δικαίου, σε Χ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΥ, *Η αρχή της αναλογικότητας στο ιταλικό συνταγματικό δίκαιο*, *ΔτΑΤεΣ* III/2005, σ. 124-125.

⁵⁰ Αξίζει να υπογραμμίσουμε ότι η συμβατότητά του ασυμβίβαστου με το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο διασφαλίστηκε, χάριν της απάντησης που δόθηκε στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα. Πιο συγκεκριμένα, από την απάντηση αυτή, προέκυψε ότι μπορεί μεν το άρθρο 24 εδ. α της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ να απαριθμεί εξαντλητικά τους στηριζόμενους σε αντικειμενικές σκέψεις - απόμεινες της επαγγελματικής ιδιότητας - λόγους αποκλεισμού της συμμετοχής ενός εργολήπτη από διενεργούμενο

Ολομέλεια του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου προχώρησε σε μία θεμελιώδη επιλογή: να αποφύγει μία σύγκρουση του ενωσιακού δικαίου με το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. Θεώρησε δε την επιλογή αυτή ως επιβεβλημένη και, μάλιστα, από το ίδιο το Σύνταγμα. Και τούτο διότι, κατά την ομόφωνη θέση του δικαστηρίου, τόσο από τη γενετική ερμηνεία του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ.⁵¹, όσο και από τη συστηματική ερμηνεία⁵² της διάταξης αυτής με την ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28 Συντ., προκύπτει η «υποχρέωση εναρμόνισης των συνταγματικών διατάξεων με τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου»^{53,54}.

διαγωνισμό. Ωστόσο, η Οδηγία αυτή δεν κωλύει ένα κράτος μέλος να προβλέψει - κατά διακριτική ευχέρεια - άλλα μέτρα αποκλεισμού αποσκοπούντα στη διασφάλιση της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας, υπό την επιφύλαξη της αρχής της αναλογικότητας. Συνεπώς, κρίθηκε ότι η βούληση του ελληνικού κράτους να αποτρέψει τον κίνδυνο εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό, οι οποίες θα μπορούσαν να προκληθούν - κατά την εκτίμησή του - από την παρουσία, μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά κατά τη σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης, εργολήπτη ο οποίος ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης ή διατηρεί δεσμούς με πρόσωπο εμπλεκόμενο στον τομέα αυτόν, συνάδει προς τους ενωσιακούς σκοπούς γενικού συμφέροντος περί διατήρησης της πολυφωνίας και της ανεξαρτησίας των μέσων ενημέρωσης καθώς, επίσης, και της καταπολέμησης της απάτης και της διαφθοράς. Βλ. διεξοδικά, για τα σχετικά ζητήματα, σε D. MCGOWAN, Exclusion of Bidders on Grounds of Holding Media Interests: *Michaniki AE v Ethniko Simvoulion Radiotileorasis and Ipourgos Epikratias (C-213/07)* – Case Comment, *PPLR*, 2009, σ. 79-82.

⁵¹ Επίσημανε, δηλαδή, το ΣτΕ (παραπέμποντας στα σχετικά Πρακτικά της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής), ότι η διάταξη αυτή, εγγενώς, αποζητά να συμβαδίζει με τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου. Βλ. διεξοδικά για τη θέση αυτή ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, Οι εγγυήσεις πολυφωνίας και διαφάνειας στα ΜΜΕ κατά το άρθρο 14 § 9 – Οι κανόνες ερμηνείας του Συντάγματος και οι σχέσεις Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου, *NoB*, 2005, σ. 424 επ. (και, ιδίως, 432-433, 441-442), ο οποίος, με παραπομπή στα σχετικά Πρακτικά της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής, υπογραμμίζει (σ. 432-433) ότι «η επιφύλαξη (του εδ. ζ του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ.) ... δεν εννοείται μόνο ως επιφύλαξη υπέρ του εθνικού τυπικού νόμου και των κανονιστικών πράξεων που εκδίδονται κατ' εξουσιοδότηση του νόμου στο πλαίσιο του άρθρου 43 Σ. αλλά και ως επιφύλαξη υπέρ της κοινοτικής νομοθεσίας και του διεθνούς δικαίου...». Καταλήγει (σ. 442) δε με τη διαπίστωση ότι «η ερμηνευτική ... εναρμόνιση μεταξύ των άρθρων 14 § 9 και 28 επιβάλλει όλες οι επιφυλάξεις υπέρ του νόμου και όλες οι έννοιες του άρθρου 14 § 9 να ερμηνεύονται έτσι ώστε να μην δημιουργείται πρόβλημα ως προς τη σχέση Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου, μέσα στο πλαίσιο της γραμματικής διατύπωσης, της συστηματικής θέσης και του ιστορικού υποβάθρου της συνταγματικής διάταξης».

⁵² Βλ. για τη συστηματική ερμηνεία σε Φ. Κ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΥ, Η ερμηνεία..., ό.π. (υποσ. 32), σ. 62-71, σύμφωνα με τον όποιο (σ. 63) πρόκειται για «ερμηνεία του κανόνα σε σχέση πάντοτε με άλλους κανόνες, ενταγμένους είτε στο ίδιο νομοθέτημα είτε στον ίδιο κλάδο δικαίου είτε στο συνολικό δικαιοσύστημα» και από την πιο πρόσφατη βιβλιογραφία Γ. ΚΑΣΙΜΑΤΗ, Μορφές ερμηνείας ιεραρχικής εναρμόνισης του δικαίου – Οι νέες διαστάσεις της συστηματικής ερμηνείας του δικαίου, *ΤοΣ* 1/2006, σ. 6 επ.

⁵³ Η λύση της συστηματικής ερμηνείας των άρθρων 14 παρ. 9 και 28 (ερμηνευτική δήλωση) Συντ. είχε υποστηριχθεί στη θεωρία από τον Γ. ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ, *Συνταγματικά Ανάδελφοι*; σε ΤΟΥ ΙΔΙΟΥ, *Η Δημοκρατία σε δοκιμασία*, εκδόσεις Πόλις, 2008, σ. 81 επ., ήδη, από το 2005 (καθώς το σχετικό άρθρο δημοσιεύτηκε, αρχικά, στην εφημερίδα «Το Βήμα», 03/04/2005). Ειδικότερα, σύμφωνα με τον τελευταίο (σ. 86), «το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. για το βασικό μέτοχο πρέπει να ερμηνευτεί σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 28 παρ. 2 και 3 Συντ. και την ερμηνευτική δήλωσή του. Οι παραπάνω διατάξεις επιβάλλουν την επίμονη αναζήτηση της ερμηνείας του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., η οποία θα επέτρεπε την εφαρμογή του με τους κρίσιμους κανόνες τόσο του πρωτογενούς όσο και του παράγωγου κοινοτικού δικαίου». Και τούτο διότι, όπως ο ίδιος υπογραμμίζει (σ. 83-84), το άρθρο 28 παρ. 2 και 3 Συντ. «εκτός από έρεισμα για την προσχώρηση και τη συμμετοχή της χώρας στην Ευρωπαϊκή Ένωση, αποτελεί έρεισμα για την εγγυητική λειτουργία του Συντάγματος ως προς την απρόσκοπτη εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στο πλαίσιο της έννομης τάξης μας». Οι τελευταίες

Οι τελευταίες αυτές κινήσεις του δικαστηρίου είναι έμπλεες συμβολισμών, καθώς αποκαλύπτουν ένα βασικό, αλλά και, συνάμα, παράτολμο, στόχο του: να μην διακυβεύσει το κύρος του ελληνικού Συντάγματος⁵⁵, χωρίς, συγχρόνως, να κατηγορηθεί για εθνικό μονισμό. Ακριβώς δε προς επίτευξη του στόχου αυτού, το ΣτΕ, στη συγκεκριμένη περίπτωση⁵⁶, χρησιμοποίησε ως μέθοδο την «*εναρμόνιση των συνταγματικών διατάξεων με τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου*»⁵⁷, που προάγει τον αμοιβαίο σεβασμό των δύο εννόμων τάξεων, και όχι τη λεγόμενη «*σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος*»⁵⁸, η οποία παραπέμπει στην αξίωση υπερίσχυσης του ενωσιακού δικαίου. Ειδικότερα, η μέθοδος της πρακτικής εναρμόνισης, προϋποθέτοντας την ισοκυρία συνταγματικών διατάξεων και κανόνων του ενωσιακού δικαίου, συνεπάγεται την αμοιβαία υποχώρηση αυτών, προκειμένου να προσεγγίσουν οι μεν τους δε. Αντίθετα, η πρόταση της σύμφωνης με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνείας του Συντάγματος «*υπονοεί και προϋποθέτει την προτεραιότητα εφαρμογής, αν όχι την ιεραρχική υπεροχή, του πρώτου έναντι του δεύτερου, κατά την ίδια έννοια που η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία του νόμου απορρέει από την τυπική υπεροχή του πρώτου έναντι του δεύτερου*».⁵⁹ Επιπλέον, εντοπίζοντας το συνταγματικό έρεισμα της επιλεγείσας μεθόδου, τόσο στην ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28 Συντ., όσο και στο ίδιο το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ., και ερμηνεύοντας συστηματικά τις δύο διατάξεις, η Ολομέλεια του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου θέλησε να καταδείξει ότι αυτή η υποχρέωση εναρμόνισης απορρέει από το ίδιο το

δε επισημάνσεις θεωρεί (σ. 86) ότι «εμπεδώνονται στην ερμηνευτική δήλωση που το συνοδεύει και η οποία προστέθηκε με την αναθεώρηση του 2001».

⁵⁴ Βλ. το απόσπασμα από τη σκέψη 9: «... Η ερμηνεία αυτή των διατάξεων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ενισχύεται άλλωστε και από την ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28 του Συντάγματος από την οποία προκύπτει η υποχρέωση εναρμόνισης των συνταγματικών διατάξεων με τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου, που αποτελεί, και την εκπεφρασμένη βούληση του Αναθεωρητικού νομοθέτη κατά τις συζητήσεις στην Ζ' Αναθεωρητική Βουλή, τόνος επί του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος όσον και επί του άρθρου 28 αυτού (βλ. Πρακτικά Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής, συνεδρίαση ΡΙΔ' - 14.2.2001 πρωί - σελ. 4851 επόμε. και ιδίως σελ. 4857 και 4859)».

⁵⁵ Σύμφωνος με τη θέση αυτή ο Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΣ, Συνολικές παρατηρήσεις, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1130.

⁵⁶ Και σε αντίθεση με άλλες υποθέσεις, όπου το ΣτΕ επιστράτευσε τη σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος. Βλ. σχετικά παραδείγματα σε Ξ. Ι. ΚΟΝΤΙΑΔΗ/Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, Ο «βασικός μέτοχος» και η νέα αιτιολογημένη γνώμη της Ευρωπαϊκής Επιτροπής – Σκέψεις για τα όρια της σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας, *ΕφημΔΔ* 4/2007, σ. 419 και υποσ. 65.

⁵⁷ Για το πώς αξιοποιεί τη μέθοδο αυτή η Ολομέλεια του ΣτΕ βλ. αμέσως παρακάτω.

⁵⁸ Βλ. γενικά για τη σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία του εθνικού δικαίου (του Συντάγματος συμπεριλαμβανομένου), Α. Σ. ΜΕΤΑΛΛΗΝΟΥ, Η σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία σε «Ενθύμημα Άλκη Αργυριάδη», τόμος ΙΙ, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1996, σ. 607 επ., ο οποίος την ορίζει (σ. 608) ως «την ερμηνευτική εκείνη μέθοδο που απαιτεί από τον εφαρμοστή του δικαίου, όταν υπάρχουν περισσότερες δυνατές ερμηνείες ενός κανόνα, από τις οποίες μία τουλάχιστον είναι αντίθετη με το κοινοτικό δίκαιο και μία τουλάχιστον είναι σύμφωνη με αυτό, να επιλέγει την τελευταία, ή αν είναι περισσότερες μία από τις τελευταίες».

⁵⁹ Βλ. Α. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα..., ό.π. (υποσ. 1), σ. 435-436.

ελληνικό Σύνταγμα, ανεξαρτήτως του αν επιβάλλεται και από το ενωσιακό δίκαιο. Έτσι, κατόρθωσε, απολύτως επιτυχημένα, να αποφύγει κάθε υπόνοια για «υπόθαλψη» της συγκρουσιακής λογικής περί υπεροχής, είτε του ενωσιακού δικαίου, είτε του εθνικού Συντάγματος.

Με ποιον τρόπο, όμως, επετεύχθη, η εναρμόνιση του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. με τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου; Πρόκειται για το πλέον κρίσιμο σημείο ολόκληρης της απόφασης, καθώς η εναρμόνιση αυτή, η οποία και οδήγησε το δικαστήριο στην υιοθέτηση της λογικής του «*ασυμβιβάστου των πράξεων*», συντελέστηκε μέσω μιας κοινής, στην ελληνική⁶⁰ και την ενωσιακή⁶¹ έννομη τάξη, αρχής. Και η κοινή αυτή αρχή δεν είναι άλλη από την αρχή της αναλογικότητας⁶², τη «*βασιλίσσα του σύγχρονου συστήματος κατοχύρωσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων*»⁶³. Ειδικότερα, η χρήση του επιθέτου «*κοινή*» οφείλεται, ακριβώς, στο γεγονός ότι η εθνική και η ενωσιακή πρόσληψη της αναλογικότητας παρουσιάζουν σημαντικές ομοιότητες ως προς την καταγωγή (γερμανική), το θεμέλιο (αρχή του ουσιαστικού Κράτους Δικαίου ή Κοινότητας Δικαίου, αντίστοιχα), τη φύση (αρχή συνταγματικού ή οιοει συνταγματικού επιπέδου, αντίστοιχα), τη νομική ισχύ (έναντι κάθε μορφής κρατικής εξουσίας, αλλά και ιδιωτικής), καθώς και ως προς τα προσδιοριστικά στοιχεία της αρχής, που συνίστανται στην κατάφαση τριών εν γένει σταδίων ελέγχου (καταλληλότητας, αναγκαιότητας, εν στενή έννοια αναλογικότητας)⁶⁴.

⁶⁰ Για την αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη βλ. αντί άλλων τις μονογραφίες των Δ. ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ-ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο, Σάκκουλας, 1989 και Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗ, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη – Από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση, Σάκκουλας, 2003.

⁶¹ Για την αρχή της αναλογικότητας στην ενωσιακή έννομη τάξη βλ. ΕΥ. ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ΔτΑΤεΣ III/2005, σ. 167-226, η οποία, μάλιστα, την θεωρεί ως «*παράδειγμα δημιουργικής αλληλεπίδρασης των εννόμων τάξεων, λόγω της ευρείας εφαρμογής της στο σύνολο των δικαιοκόν συστημάτων των κρατών μελών*», Β. Γ. ΤΖΕΜΟΥ, Η αρχή της αναλογικότητας στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο σε «*Μελέτες Ευρωπαϊκού Δικαίου*», 2003, www.dimosiodikaio.gr, G. GERAPETRITIS, Proportionality in administrative law – Judicial review in France, Greece, England and the European Community, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 1997, σ. 59 επ. και Τ. TRIDIMAS, Proportionality in Community Law: searching for the appropriate standard of scrutiny σε Ε. ELLIS (επιμ.), The principle of proportionality in the Laws of Europe, Hart Publishing, 1999, σ. 65 επ.

⁶² Βλ. χαρακτηριστικά Δ. ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ-ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Πριν και ... μετά τον Πρόλογο, ΔτΑΤεΣ III/2005, σ. 15, η οποία υπογραμμίζει ότι «*η αρχή δεν γνωρίζει πλέον ... σύνορα μεταξύ εθνικού ή υπερεθνικού Δικαίου, όπως κοινοτικού ... δικαίου, απ' όπου άλλως τε και προήλθε η σύγχρονη έννοιά της*».

⁶³ Κατά τον Β. Γ. ΤΖΕΜΟ, Ο «*Βασικός Μέτοχος*», ό.π. (υποσ. 1), σ. 227.

⁶⁴ Βλ. διεξοδικά Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗ/Β. ΚΟΚΟΤΑ, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στην ελληνική και την κοινοτική έννομη τάξη: συγκλίσεις και αποκλίσεις, ΕΕΕυρΔ 4/2007, σ. 691-720 (και, ιδίως, σ. 697, 700 και 719). Ωστόσο, όπως προκύπτει, ήδη, από τον τίτλο της μελέτης αυτής, οι συγγραφείς δεν περιορίστηκαν μόνο στην επισήμανση των ομοιοτήτων μεταξύ της ελληνικής και της

Βεβαίως, δεν είναι η πρώτη φορά⁶⁵ που το ΣτΕ κάνει χρήση της αρχής της αναλογικότητας με αναφορά στο διττό θεμέλιό της, δηλαδή εκείνο της συνταγματικής πρόβλεψής της στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Συντ. και εκείνο της νομολογίας του ΔΕΚ⁶⁶. Είναι, ωστόσο, η πρώτη φορά που η αναλογικότητα χρησιμοποιείται, πέρα από σταθμιστική μέθοδος συγκρουόμενων συνταγματικών αγαθών⁶⁷, και ως μηχανισμός εναρμόνισης της εθνικής με την ενωσιακή έννομη τάξη.

ενωσιακής πρόσληψης της αρχής της αναλογικότητας, αλλά, παράλληλα, συμπεριέλαβαν και μία σειρά παρατηρήσεων σχετικά με τις αποκλίσεις που διαπίστωσαν. Οι τελευταίες εντοπίζονται, σύμφωνα, πάντα, με τους ίδιους (σ. 719-720), «στο πεδίο εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας», όπου, στο πλαίσιο της ελληνικής έννομης τάξης, «η λειτουργία της αρχής περιορίζεται αυστηρά στον ορίζοντα προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων», με συνέπεια «(να) διατηρεί και (να) προτάσσει την ουσιαστική της όψη, η οποία συνίσταται στην εξεύρεση μιας σχέσης αναλογίας μεταξύ συγκρουόμενων συνταγματικών δικαιωμάτων», χωρίς, ωστόσο, να «παραγνωρίζεται (και) η διαδικαστική της λειτουργία». Αντίθετα, στο πλαίσιο της ενωσιακής έννομης τάξης, «η αρχή εφαρμόζεται περισσότερο σε άλλους τομείς (της κοινής αγροτικής πολιτικής, του ανταγωνισμού, του ελέγχου των κρατικών ενισχύσεων), παρά στα δικαιώματα, η δε λειτουργία της αποσκοπεί στη διασφάλιση των τεσσάρων κοινοτικών ελευθεριών, για την προώθηση των οποίων τα θεμελιώδη δικαιώματα που αναγνωρίζει η Ένωση λειτουργούν, εν τέλει, επικουρικά». Έτσι, σ' αυτή την περίπτωση, η αρχή της αναλογικότητας «λειτουργεί περισσότερο εργαλειακά – διαδικαστικά, κατανέμοντας αρμοδιότητες μεταξύ των νομοθετούντων εθνικών και κοινοτικών οργάνων, αφού η κρίση περί αναλογικότητας ή μη του περιοριστικού (εθνικού ή κοινοτικού) μέτρου ισοδυναμεί με κρίση περί της αρμοδιότητας ή μη του νομοθετούντος (εθνικής ή κοινοτικής προελεύσεως) οργάνου» (η έμφαση στο κείμενο).

⁶⁵ Βλ. αντί άλλων την αντιπροσωπευτική (Ολ.) ΣτΕ 990/2004, *ΔτΑΤεΣ* III/2005, σ. 327 επ., όπου και επισημαίνεται, στη σκέψη 12 αυτής, (σ. 347) ότι «η αρχή της αναλογικότητας, απορρέουσα από την έννοια και τους θεσμούς του κράτους δικαίου, καθιερώνεται ήδη ρητώς από το Σύνταγμα (άρθρ. 25 παρ. 1) και συγκαταλέγεται, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, μεταξύ των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου». Βλ. διεξοδικά για την απόφαση αυτή Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗ, Οι διοικητικές κυρώσεις για τελωνειακές παραβάσεις λαθρεμπορίας και ο δικαιοδοτικός έλεγχος επιβολής τους – Σχόλιο με αφορμή την απόφαση Ολομ. ΣτΕ 990/2004, *ΔτΑΤεΣ* III/2005, σ. 79-103, Γ. ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗ, Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου αναλογικότητας – Σχόλιο με αφορμή την ΣΕ (Ολομ.) 990/2004, *ΔτΑΤεΣ* IV/2006, σ. 269-278 και, κυρίως, Ε. Λ. ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Εφαρμογές της αρχής της αναλογικότητας. Συνταγματικά και υπερεθνικού δικαίου ζητήματα, σχετικά με την έκταση του αναιρετικού ελέγχου κατά την επιβολή πολλαπλών τελών για λαθρεμπορική τελωνειακή παράβαση – Απόφαση 990/2004 Ολομέλειας του ΣτΕ, *ΔτΑΤεΣ* III/2005, σ. 227-298, σύμφωνα με την οποία (σ. 264-265), από το προαναφερθέν απόσπασμα της απόφασης «αποδεικνύεται και το νόημα και η σημασία της ρητής κατοχυρώσεως της αρχής αυτής στην αναθεώρηση του 2001 του Συντάγματος, υπό την έννοια ότι αναγνωρίζεται πως η αναλογικότητα – πέραν μιας κλασσικής της εκδοχής, ως αρχής 'συγχωνευμένης' σε άλλες συγγενείς αρχές – έχει και σύγχρονο περιεχόμενο: εκείνο που της προσέδωκε η νομολογία του ΔΕΚ, αλλά και του ΣτΕ μέχρι σήμερα και το οποίο περιεχόμενο εγκλείεται στο άρθρο 25§1 του αναθεωρημένου Συντάγματος (2001)» και Μ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Η κοινοτική αρχή της αναλογικότητας ενώπιον του εθνικού δικαστή. Απαράκαμπτη δικαϊκή σταθερά ή νομολογιακά προσδιοριζόμενη μεταβλητή; - Με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 990/2004, *ΔτΑΤεΣ* IV/2006, σ. 279-308.

⁶⁶ Βλ. διεξοδικά για τη λειτουργία του ΣτΕ ως ενωσιακού δικαστή της αναλογικότητας σε Κ. ΓΩΓΟΥ, Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, *ΔτΑΤεΣ* III/2005, σ. 312-314, ο οποίος παρατηρεί ότι «η λειτουργία του Συμβουλίου της Επικρατείας ως κοινοτικού δικαστή επηρέασε ουσιαστικά το δικαστήριο κατά τον προσδιορισμό των βασικών θέσεων του ως προς την αρχή της αναλογικότητας».

⁶⁷ Η πρωταρχική αυτή λειτουργία της αρχής της αναλογικότητας δεν εξαφανίζεται στην προκειμένη περίπτωση, καθώς μέσω της εναρμόνισης που επιτυγχάνει, μεταξύ του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. και του ενωσιακού δικαίου, συντελείται και η στάθμιση της αρχής της διαφάνειας με την επιχειρηματική ελευθερία.

Πιο συγκεκριμένα, στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011, δεν έγινε επίκληση της αρχής της αναλογικότητας στο πλαίσιο του ελέγχου συνταγματικότητας του πλέγματος των σχετικών με τη ρύθμιση του ασυμβιβάστου διατάξεων του ν. 3021/2002, για να εξεταστεί αν η θέσπιση, από τον κοινό νομοθέτη, προληπτικού, γενικού και απόλυτου ασυμβιβάστου της επιχειρηματικής δραστηριότητας, μεταξύ του τομέα των ΜΜΕ και εκείνου των δημοσίων συμβάσεων, συνιστά κατάλληλο, αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό, περιοριστικό της επιχειρηματικής ελευθερίας, μέτρο, χάριν της προαγωγής της αρχής της διαφάνειας, ως συνταγματικού σκοπού⁶⁸. Αντίθετα, κρίθηκε, όπως, ήδη, παρουσιάσαμε, ότι τα άρθρα αυτά αντίκεινται στο άρθρο 14 παρ. 9 Συντ.

Παρόλα αυτά, και πάλι η αρχή της αναλογικότητας διαδραμάτισε καθοριστικό ρόλο στη σχετική κρίση του δικαστηρίου. Με τη μόνη διαφορά ότι ο τελευταίος εντοπίζεται, εν προκειμένω, στο επίπεδο της ερμηνείας της προαναφερθείσας συνταγματικής διάταξης. Πράγματι, ήταν η αρχή αυτή, που προέκρινε την ερμηνευτική εκείνη εκδοχή, η οποία εναρμονίζει το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. με το ενωσιακό δίκαιο. Τούτο, ωστόσο, συντελέστηκε με αρνητικό τρόπο, καθώς η εκδοχή του «*ασυμβιβάστου των πράξεων*», την οποία υιοθέτησε το δικαστήριο, αναδείχθηκε μέσω της απόρριψης της εκδοχής του προληπτικού, γενικού και απόλυτου ασυμβιβάστου.

Ειδικότερα, η τελευταία κρίθηκε, από το ΣτΕ, ότι αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, «*η οποία αποτελεί αρχή τόσο της ελληνικής εννόμου τάξεως (κατοχυρούμενη, μάλιστα από το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ. 1 τελευταία περίοδο), όσο και της κοινοτικής, η οποία κατά τη βούληση του αυτού συντακτικού νομοθέτη πρέπει να εφαρμόζεται στην εσωτερική έννομη τάξη*»⁶⁹. Κατ' αυτόν δε τον

⁶⁸ Για το γεγονός ότι η αρχή της διαφάνειας κατέστη, μετά την αναθεώρηση του 2001, από απλό όριο της κρατικής δράσης, συνταγματικός σκοπός (χαρακτηριστική είναι η διατύπωση του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. β Συντ.: «για την πλήρη διασφάλιση της διαφάνειας»), βλ. διεξοδικά Κ. ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και διαφάνεια: όρια ή σκοποί του κρατικού παρεμβατισμού;, *ΕφημΔΔ* 6/2006, σ. 758-763, ο οποίος, αναφερόμενος στις επιπτώσεις αυτής της μεταλλαγής, τονίζει (σ. 761) ότι «όπως κατέδειξε η εξέλιξη της υπόθεσης του 'βασικού μετόχου', η παραπάνω αντίληψη παραβιάζει διατάξεις του παράγωγου κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου για τη διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας. Δεν ήταν λοιπόν, παράδοξο ότι, τελικώς προκλήθηκαν τριβές μεταξύ της εθνικής και της κοινοτικής έννομης τάξης, οι οποίες οδήγησαν σε υπονόμευση του κύρους του ίδιου του εθνικού Συντάγματος».

⁶⁹ Βλ. το σχετικό απόσπασμα από τη σκέψη 9 της (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011: «Αντιθέτως ερμηνεύομενη η επίμαχη διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ως έχουσα, δηλαδή, την έννοια ότι απαγορεύει την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως σε διαγωνιζόμενο αποκλειστικώς και μόνον εκ γεγονότος ότι στο πρόσωπό του συντρέχει μια εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων, θα ήταν αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί αρχή τόσο της ελληνικής εννόμου τάξεως (κατοχυρούμενη, μάλιστα από το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ. 1 τελευταία περίοδο), όσο και

τρόπο, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας, όχι μόνο απεφάνθη το ίδιο, ως φυσικός δικαστής⁷⁰, ότι η λογική του προληπτικού, γενικού και απόλυτου ασυμβιβάστου αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, αλλά, επιπλέον, όπως προκύπτει και από τη σχετική διατύπωση της απόφασης, αντιλήφθηκε και ως κοινή την ελληνική και ενωσιακή πρόσληψη της αρχής αυτής. Τούτο αποδεικνύεται, άλλωστε, και από το γεγονός ότι υπόδειγμα του δικαστηρίου για την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας αποτέλεσε η αντίστοιχη, δεσμευτική για το ίδιο, κρίση του ΔΕΚ («Μηχανική») περί της αντίθεσης του παραπάνω ασυμβιβάστου με την ενωσιακή αρχή της αναλογικότητας⁷¹.

Έτσι, λοιπόν, η κοινή (εθνική και ενωσιακή) αρχή της αναλογικότητας, μέσω της «σκίασης» της λογικής του προληπτικού ασυμβιβάστου, κατόρθωσε να «φωτίσει» εκείνες τις πτυχές της γραμματικής, γενετικής – ιστορικής, τελολογικής και συστηματικής ερμηνείας του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., οι οποίες και συνέβαλαν στην ανάδειξη - αποκάλυψη της, εγγενώς, προβλεπόμενης στο τελευταίο εδάφιο αυτού, «ρήτρας αναλογικότητας», ως του νοηματικού πυρήνα του θεσπιζόμενου ασυμβιβάστου. Αξιοποιώντας δε τη ρήτρα αυτή, το ΣτΕ έκανε, εν συνεχεία, δεκτό ότι το ασυμβίβαστο των εδαφίων ε' και στ' του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. συνιστά ένα (μη αντικείμενο και προς τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου, με βάση την απόφαση του ΔΕΚ «Μηχανική») «ασυμβίβαστο των πράξεων» προς το οποίο αντιβαίνει, όμως, το καθιερούμενο στο ν. 3021/2002 προληπτικό, γενικό και απόλυτο ασυμβίβαστο.

Με βάση την ανάλυση που προηγήθηκε, μπορούμε, πλέον, να κατανοήσουμε, πλήρως, και τον λόγο για τον οποίο η Ολομέλεια του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου, στην (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011 [και σε αντίθεση με τις προηγηθείσες ΣτΕ 3242/2004 και (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006], περιορίστηκε μόνο σε έλεγχο συνταγματικότητας των σχετικών με τη ρύθμιση του ασυμβιβάστου διατάξεων του ν.

της κοινοτικής, η οποία κατά την ρητή βούληση του αυτού συνταγματικού νομοθέτη πρέπει να εφαρμόζεται στην εσωτερική έννομη τάξη (βλ. ανωτέρω τα κριθέντα με την απόφαση της 16.12.2008 του ΔΕΚ, σύμφωνα με τα οποία η κοινοτική αρχή της αναλογικότητας και η Οδηγία 93/37/ΕΚ, δεν επιτρέπει ρυθμίσεις που καθιερώνουν αμάχητο τεκμήριο ασυμβιβάστου μεταξύ, αφενός, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης και, αφετέρου, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών - σκ. 69 -)».

⁷⁰ Βλ. για την αναγκαιότητα της διενέργειας του ελέγχου αναλογικότητας από το δικαστήριο της κύριας δίκης, και όχι από το ΔΕΚ, εφόσον το πρώτο είναι περισσότερο ικανό να εκτιμήσει τις ιδιαιτερότητες της εθνικής περίπτωσης, σε V. KOSTA, Case Note – European Court of Justice, Case C-213/07, *Michaniki AE v. Ethniko Simvoulío Radiotileorasis, Ipourgos Epikratias*, *EuConst* 5/2009, σ. 510-514 (και, ιδίως, σ. 513-514).

⁷¹ Σύμφωνα με τη θέση και ο Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΣ, *Συνολικές παρατηρήσεις*, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1130.

3021/2002, χωρίς να θέσει, συγχρόνως, και το ζήτημα της συμβατότητας αυτών με το ενωσιακό δίκαιο. Τούτο το έπραξε, ακριβώς, επειδή μέσω της, τελικώς, επικρατήσασας εκδοχής του «*ασυμβιβάστου των πράξεων*» συντελέστηκε η εναρμόνιση του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. με το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Κρίθηκε, επομένως, ότι αρκεί ο έλεγχος συνταγματικότητας και για την κάλυψη των επιταγών του ενωσιακού δικαίου.

B. Η ένταξη της υιοθετούμενης από την Ολομέλεια λύσης στη λογική του συνταγματικού πλουραλισμού

Κατ' αυτόν τον εύστοχο τρόπο, λοιπόν, η Ολομέλεια του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου απέφυγε, εν τέλει, μία, άλλως αναπότρεπτη, σύγκρουση του Συντάγματος με το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Το αξιοπρόσεκτο, πάντως, σημείο στην όλη μέθοδο που ακολούθησε το ΣτΕ εντοπίζεται στο ότι αυτό δεν κατέφυγε στην αρχή της υπεροχής (του Συντάγματος⁷² ή του ενωσιακού δικαίου⁷³)

⁷² Σε αντίθεση με την ΣτΕ 3242/2004, όπου η κρατήσασα άποψη έκρινε υπέρ της υπεροχής του ελληνικού Συντάγματος έναντι του ενωσιακού δικαίου, θεωρώντας αδιανόητη την υποβολή προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΚ, σχετικού με τη συμβατότητα του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. με το ενωσιακό δίκαιο. Βλ. σχετικά αποσπάσματα από τη σκέψη 19 της παραπάνω απόφασης: «... Εφόσον, όμως, η κοινοτική έννομη τάξη ισχύει στην Ελλάδα επί τη βάσει του ως άνω κυρωτικού τυπικού νόμου, ο οποίος εξεδόθη δυνάμει του συγκεκριμένου άρθρου του Συντάγματος, διατάξεως δηλαδή ισότιμης και ισόκυρης με τις όλες τις υπόλοιπες συνταγματικές διατάξεις, δεν μπορεί να γίνει λόγος περί υπεροχής της κοινοτικής εννόμου τάξεως έναντι του Συντάγματος, σε περίπτωση που, καθ' υπόθεση, διάταξη του πρωτογενούς ή του παραγώγου δικαίου θα ερχόταν σε αντίθεση, κατά το ουσιαστικό περιεχόμενό της, με επιτακτικού χαρακτήρα, κατά το σαφές νόημά της, συνταγματική διάταξη... δεν είναι δυνατόν στην ελληνική έννομη τάξη να αναγνωρισθεί κανόνας υπερτέρας τυπικής ισχύος από οποιαδήποτε επιτακτικού χαρακτήρος συνταγματική διάταξη, έτσι ώστε να παρακαμφθεί η εφαρμογή της, τουλάχιστον κατά την παρούσα φάση εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, και ενόσω δεν έχει θεσπισθεί, ως υπερκείμενος κανών, κοινό ευρωπαϊκό συνταγματικό κείμενο δεσμεύον τα κράτη μέλη να τροποποιούν τα συντάγματά τους, κατά το μέρος που αντιβαίνουν προς αυτό, με συνέπεια να δημιουργείται εξουσία και καθήκον του εθνικού δικαστή, να ελέγχει το συμβατόν διατάξεων του εθνικού συντάγματος προς αυτό το ευρωπαϊκό συνταγματικό κείμενο». Βλ. διεξοδικά για τη θέση αυτή της πλειοψηφίας, με συνακόλουθη κριτική, σε Λ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα..., ό.π. (υποσ. 1), σ. 516-522, Γ. ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗ, Το Σύνταγμα και ο δικαστής..., ό.π. (υποσ. 14), σ. 453-456 και ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, Οι εγγυήσεις πολυφωνίας..., ό.π. (υποσ. 51), σ. 436-438.

⁷³ Αξίζει να υπογραμμίσουμε ότι η (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006 απέφυγε μεν να δώσει απάντηση στο δυσχερές ερώτημα για το αν υπερέχουν οι διατάξεις του Συντάγματος ή του ενωσιακού δικαίου, η πλειοψηφία, ωστόσο, δεν απέκλεισε το ενδεχόμενο να υιοθετηθεί η θέση της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου (πρωτογενούς και παράγωγου) έναντι και των συνταγματικών διατάξεων. Η μη σαφής θέση του δικαστηρίου οφείλεται στο γεγονός ότι η αντιμετώπιση του σχετικού ζητήματος δεν ήταν αναγκαία για την επίλυση της συγκεκριμένης διαφοράς. Βλ. διεξοδικά ΣΠ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΥ, Συνταγματικό και ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο..., ό.π. (υποσ. 6), σ. 710. Ωστόσο, σύμφωνα με την Σ. ΚΟΥΚΟΥΛΗ-ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ, Από την απόφαση..., ό.π. (υποσ. 6), σ. 299, για την πλειοψηφία η υπεροχή του ενωσιακού δικαίου θεωρείται δεδομένη. Τέλος, ο ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ, Ερμηνευτικός σχετικισμός..., ό.π. (υποσ. 8), σ. 93, θεωρεί ότι «η θέση της πλειοψηφίας της Ολομέλειας του ΣτΕ και αυτή καθ' εαυτή η αποστολή των προδικαστικών ερωτημάτων συνιστά και απάντηση του Δικαστηρίου στο ζήτημα των σχέσεων Εθνικού Συντάγματος και ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου: εφόσον το ίδιο το εθνικό

για να άρει τη σχετική σύγκρουση, αλλά, αντίθετα, προκρίνοντας τη μέθοδο του αμοιβαίου σεβασμού και της πρακτικής εναρμόνισης, χρησιμοποίησε την αρχή της αναλογικότητας ως διάμεσο της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης. Θεώρησε, δηλαδή, ότι η αρχή της αναλογικότητας συνιστά μία κοινή⁷⁴ συνταγματική αρχή του ευρωπαϊκού νομικού συστήματος⁷⁵, η οποία μπορεί να λειτουργήσει ως μηχανισμός άρσης των συγκρούσεων που ανακύπτουν μεταξύ εθνικού Συντάγματος και ενωσιακού δικαίου⁷⁶, σε αντικατάσταση της αρχής της υπεροχής⁷⁷.

Σε αντίκρουση της παραπάνω θέσης θα μπορούσε, πάντως, να προβληθεί ο ισχυρισμός ότι αυτή αναβιώνει τη συζήτηση περί αντισυνταγματικών διατάξεων του

Σύνταγμα καθίσταται αντικείμενο ελέγχου της συμβατότητάς του προς το ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο και μάλιστα το παράγωγο, αυτό προφανώς υπερέχει του εθνικού Συντάγματος στο πεδίο της εφαρμογής του». Συγχρόνως, πάντως, ο ίδιος δεν αποκλείει και «μια ‘χαραμάδα’ εθνικής συνταγματικής ‘αντίστασης’ μετά από μια απόφαση του ΔΕΚ που θα απαντά στα προδικαστικά ερωτήματα του ΣτΕ με τρόπο που θα καθιστά αναπόφευκτο τον παραμερισμό του εθνικού συνταγματικού κανόνα και θα επιβεβαιώνει την αυτοαναφορική υπεροχή του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου».

⁷⁴ Βλ. διεξοδικά σε Λ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα..., ό.π. (υποσ. 1), σ. 530, σύμφωνα με την οποία «η αρχή της αναλογικότητας, καθώς είναι κοινή θεμελιώδης αρχή τόσο των εθνικών όσο και της κοινοτικής έννομης τάξης, συνιστά ένα στοιχείο του κοινού ευρωπαϊκού συνταγματικού πολιτισμού, η δε στήριξη της δικανικής κρίσης σε αυτή εντάσσεται στο πλαίσιο της συμπλοκής και σύμπραξης των δύο εννόμων τάξεων, εθνικής και κοινοτικής, και της δημιουργίας μιας ενιαίας ευρωπαϊκής συνταγματικής τάξης. Η τελευταία αρθρώνεται μεν σε διαφορετικά επίπεδα νομοθετικής πράξης και δικανικών κρίσεων, διέπεται όμως από τις ίδιες σε γενικές γραμμές αρχές και αξίες» (η έμφαση δική μας). Για το ότι η αρχή της αναλογικότητας συνιστά «θεμελιώδη αρχή και αξία του ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού» βλ. διεξοδικά Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗ, Η αρχή της αναλογικότητας..., ό.π. (υποσ. 60), σ. 29-30.

⁷⁵ Ο σχετικός όρος προέρχεται από τη διάκριση που κάνει ο Κ. TUORI, *The Many Constitutions of Europe* σε Κ. TUORI/S. SANKARI (επιμ.), *The many Constitutions of Europe*, Ashgate Publishing, 2010, σ. 3-30, σε «έννομη τάξη» και «νομικό σύστημα», όπου η πρώτη έννοια «αναφέρεται στο δίκαιο ως ένα συμβολικό – κανονιστικό φαινόμενο», ενώ η δεύτερη παραπέμπει στις «νομικές πρακτικές που παράγουν και αναπαράγουν την έννομη τάξη (νομοπαράγωγή, νομολογία και νομική επιστήμη)». Με βάση, λοιπόν, τη διάκριση αυτή «μπορούμε να αντιληφθούμε την έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης και τις εθνικές έννομες τάξεις ως αυτόνομες πλην όμως ως μέρη του ίδιου ευρωπαϊκού νομικού συστήματος». Βλ. διεξοδικά Μ. Ρ. MADURO, *Τρεις θεωρήσεις συνταγματικού πλουραλισμού, Εφαρμογές ΔΔ Π/2010*, σ. 908.

⁷⁶ Πρβλ. Π. Ε. ΔΕΓΛΕΡΗ, *Διαφθορά & Δημόσιες Συμβάσεις – Η νομοθετική και δικαστική περιπέτεια του «Βασικού Μετόχου» και του «Πιστοποιητικού Διαφάνειας»*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 269-270, σύμφωνα με τον οποίο «η επίλυση του ζητήματος υπήρξε εν τέλει έντεχνα ομαλοποιητική, ακολουθώντας την άποψη ότι οι ενστάσεις μεταξύ του κοινοτικού δικαίου και των εθνικών Συνταγμάτων μπορούν να επιλυθούν με τη σύνθεση των διαφορετικών απόψεων που εκφράζουν και την αναζήτηση του κοινού παρονομαστή αυτών, που δεν είναι άλλος από τις θεμελιώδεις αρχές και την Συνθήκη της Ε.Ε. Δηλαδή αντί να γίνεται λόγος για υπεροχή του ενός ή του άλλου νομικού συστήματος, μπορεί κάλλιστα να γίνει λόγος για αμοιβαίο σεβασμό και τήρηση των θεμελιωδών αρχών, τόσο σε συνταγματικό, όσο και σε κοινοτικό επίπεδο ... Με τις παραπάνω σκέψεις η αρχή της αναλογικότητας ... έγινε στην προκειμένη περίπτωση ο μοχλός άρσης των συγκρούσεων, αποκαθιστώντας την ισορροπία μεταξύ των δύο νομικών συστημάτων».

⁷⁷ Για τη θέση ότι η αρχή της αναλογικότητας μπορεί να αντικαταστήσει την αρχή της υπεροχής, στο πεδίο της άρσης συνταγματικών συγκρούσεων βλ. και Μ. ROSS, *Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?*, *E.L. Rev.*, 2006, σ. 495-497 (και, ιδίως, σ. 497), παρά το ότι ο ίδιος προκρίνει, εντέλει, την αρχή της αποτελεσματικότητας.

Συντάγματος⁷⁸. Ειδικότερα, με βάση την αντίληψη αυτή, η υιοθετηθείσα για το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. ερμηνευτική εκδοχή, περί «*ασυμβιβάστου των πράξεων*», εμφανίζεται ως συμμόρφωση της προαναφερθείσας συνταγματικής διάταξης με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία, μάλιστα, γνωρίζει και ρητή συνταγματική κατοχύρωση στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Συντ. Δηλαδή, υπονοείται σαφώς ότι, μέσω ενός τέτοιου εγχειρήματος, η τελευταία συνταγματική διάταξη αναδεικνύεται τυπικά ανώτερη σε σχέση με εκείνη του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., γεγονός που έχει ως συνέπεια να υποσκάπτεται το ισόκυρο των συνταγματικών διατάξεων⁷⁹.

Ο ισχυρισμός αυτός φρονούμε ότι δεν ευσταθεί. Και τούτο διότι, αν η προαναφερθείσα άποψη γινόταν δεκτή τότε οι γενικές συνταγματικές αρχές θα έχαναν την κανονιστική τους δύναμη και δεν θα μπορούσαν να επιτελέσουν τον ρόλο τους ο οποίος συνίσταται στο να «*φωτίζουν*» το νόημα των υπό ερμηνεία διατάξεων και «*προσανατολίζουν*» τον ερμηνευτή στην επιλογή των ερμηνευτικών προτάσεων του⁸⁰. Αυτό ακριβώς έπραξε, εν προκειμένω, και η κοινή στο ευρωπαϊκό νομικό σύστημα αρχή της αναλογικότητας, η οποία, λειτουργώντας ως μηχανισμός αποφυγής της σύγκρουσης μεταξύ του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. και του ενωσιακού δίκαιου, συνέβαλε, απλά, στο να τονιστεί η «*ρήτρα αναλογικότητας*» του εδαφίου ζ' του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., που, ωστόσο, υπήρχε σ' αυτό από τη θέσπισή του με τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001.

Πιο συγκεκριμένα, η θέση που προκρίνεται στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης υποστηρίζει ότι η ακολουθούμενη από την Ολομέλεια του ΣτΕ τακτική, η οποία με την απόρριψη της λογικής της υπεροχής, απομακρύνεται από τις θεωρίες περί μονισμού (εθνικού ή ενωσιακού), θα μπορούσε βάσιμα να ενταχθεί στη λογική του συνταγματικού πλουραλισμού⁸¹. Ο τελευταίος αποτελεί εκείνη τη θεωρητική

⁷⁸ Με βάση την τελευταία, «υπάρχουν συνταγματικοί κανόνες και συνταγματικές αρχές που έχουν ανώτερο τυπικό κύρος σε σχέση με άλλες συνταγματικές διατάξεις, διότι ενσωματώνουν αρχές και αξίες ακατάλυτες και απαραβίαστες, δηλαδή αρχές και αξίες φυσικοδικαϊκές, ή αρχές και αξίες που ο ίδιος ο συντακτικός νομοθέτης εξήρε ως ιδιαίτερα σημαντικές, καθορίζοντάς τις ως μη αναθεωρήσιμες». Για τη θεωρία αυτήν και την αντίκρουσή της, βλ. διεξοδικά σε Φ. Κ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΥ, Η ερμηνεία..., ό.π. (υποσ. 32), σ. 136-143.

⁷⁹ Βλ. σχετικά Α. ΓΕΡΟΝΤΑ, Η νομολογιακή περιπέτεια..., ό.π. (υποσ. 9), σ. 952 και υποσ. 23.

⁸⁰ Βλ. Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Κράτος Δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, τόμος Ι, Σάκκουλας, 1994, σ. 368. Ως τέτοια συνταγματική αρχή θεωρεί - μεταξύ άλλων - ο ίδιος και την αρχή της αναλογικότητας (σ. 365).

⁸¹ Για τον συνταγματικό πλουραλισμό καθώς και για τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματά του σε σχέση με τις μονιστικές θεωρίες, βλ. διεξοδικά Λ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα..., ό.π. (υποσ. 1), σ. 575 επ., όπου και πλήρης επισκόπηση της σχετικής επιστημονικής συζήτησης, με πλούσιες παραπομπές στην ξενόγλωσση βιβλιογραφία. Γενικά για το φαινόμενο του νομικού πλουραλισμού, δηλαδή για τη «συνύπαρξη στον ίδιο κοινωνικοπολιτικό χώρο ποικίλων εξωκρατικής προέλευσης συστημάτων νομικών κανόνων, τα οποία λειτουργούν παράλληλα με το επίσημο κρατικής προέλευσης

κατασκευή που, αφενός, λειτουργεί ως ένα μέσο αντιμετώπισης συγκρούσεων συνταγματικής τάξης και, αφετέρου, μπορεί να περικλείσει και να ρυθμίσει τη φύση του πολιτικού συστήματος της Ευρωπαϊκής Ένωσης⁸².

Η αφετηρία του συνταγματικού πλουραλισμού είναι περιγραφική. Και τούτο διότι με αυτόν αποδίδεται το φαινόμενο της πολλαπλότητας των συνταγματικών πηγών και αξιώσεων υπεροχής, μεταξύ της ενωσιακής και των εθνικών εννόμων τάξεων, οι οποίες αντιμετωπίζονται, ως κανονιστικά αυτόνομες, αλλά, συγχρόνως, και ως θεσμικά συνδεδεμένες. Μέσω δε του φαινομένου αυτού δημιουργούνται οι συνθήκες για ενδεχόμενες συνταγματικές συγκρούσεις, οι οποίες, ωστόσο, δεν ρυθμίζονται ιεραρχικά, αλλά «ετεραρχικά»⁸³. Ειδικότερα, η θεωρητική αυτή κατασκευή προϋποθέτει ότι τόσο το Δικαστήριο της Ένωσης όσο και τα εθνικά ανώτατα ή συνταγματικά δικαστήρια έχουν συναίσθηση των ανταγωνιστικών θεωρήσεών τους και δρουν ανάλογα, συμβιβάζοντας τις αντίστοιχες απαιτήσεις τους, ώστε να περιορίζεται ο κίνδυνος συνταγματικών συγκρούσεων⁸⁴.

Το πλεονέκτημα της παραπάνω προσέγγισης, η οποία αφήνει ανοικτό το ζήτημα της υπεροχής, έγκειται, ακριβώς, στην ευελιξία της, καθώς αυτή επιτρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι εξελίξεις στο πεδίο των πραγματικών σχέσεων και, άρα, δίνει το προβάδισμα στην πολιτική διευθέτηση. Το πλεονέκτημα, όμως, αυτό, ως άλλος «Ιανός», αποτελεί, παράλληλα, και τη σημαντικότερη αδυναμία της περιγραφικής θεώρησης. Και τούτο διότι αυτή, αδυνατώντας να προσφέρει συγκεκριμένα μεθοδολογικά εργαλεία που θα μπορούσαν να αντιμετωπίσουν μία συνταγματική σύγκρουση, η οποία δεν κατέστη δυνατό να αποφευχθεί, δημιουργεί σοβαρή ανασφάλεια δικαίου⁸⁵.

Για την υπέρβαση της αδυναμίας αυτής, ο συνταγματικός πλουραλισμός προχώρησε στην αναζήτηση εκείνων των αρχών και των κανόνων, μέσω των οποίων θα πρέπει να επιλύονται οι τυχόν ανακύπτουσες συγκρούσεις μεταξύ των εθνικών Συνταγμάτων και του ενωσιακού δικαίου. Ακριβώς, δε λόγω της διαμεσολαβητικής αυτής λειτουργίας που καλούνται να επιτελέσουν, οι αρχές αυτές εντοπίστηκαν στις

δίκαιο» βλ., από την ελληνική βιβλιογραφία, Χ. ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ-ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΥ, Συγκριτικό Δίκαιο και νομικός πλουραλισμός, Σάκκουλας, 2008, σ. 3 επ.

⁸² Πρβλ. Μ. Ρ. MADURO, Τρεις θεωρήσεις..., ό.π. (υποσ. 75), σ. 905.

⁸³ Κατά τη διατύπωση του Ν. WALKER, The Idea of Constitutional Pluralism, *MLR*, 2002, σ. 337.

⁸⁴ Βλ. διεξοδικά για την περιγραφική (ή «εμπειρική») θεώρηση του συνταγματικού πλουραλισμού σε Μ. Ρ. MADURO, Τρεις θεωρήσεις..., ό.π. (υποσ. 75), σ. 907-916.

⁸⁵ Για τα πλεονεκτήματα και τις αδυναμίες της περιγραφικής θεώρησης βλ. διεξοδικά Λ. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα..., ό.π. (υποσ. 1), σ. 594-596.

κοινές αρχές του ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού, που γίνονται αποδεκτές τόσο από την ενωσιακή, όσο και από τις εθνικές έννομες τάξεις. Ειδικότερα, πρόκειται για τη δικαιοκρατική⁸⁶ και δημοκρατική αρχή, την ισότητα και την ατομική ελευθερία⁸⁷, οι οποίες και συγκροτούν την ιδέα του ευρωπαϊκού συνταγματισμού⁸⁸.

Κατ' αυτόν τον τρόπο, η κανονιστική πρόσληψη του συνταγματικού πλουραλισμού, αποφεύγοντας τα δογματικά αδιέξοδα της ευθείας αντιπαράθεσης, εστιάζει στην αξιακή ομοιογένεια της ενωσιακής και των εθνικών εννόμων τάξεων. Μάλιστα, η παραπάνω θεωρητική κατασκευή βρίσκει έκφραση στο διάλογο των εφαρμοστών του δικαίου⁸⁹, τόσο τον κάθετο (μεταξύ Δικαστηρίου της Ένωσης και εθνικών ανώτατων ή συνταγματικών δικαστηρίων), όσο και τον οριζόντιο (μεταξύ των εθνικών ανώτατων ή συνταγματικών δικαστηρίων)⁹⁰.

Στο πλαίσιο δε του κάθετου διαλόγου των δικαστών εντάσσεται και η (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011, καθώς η Ολομέλεια του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας, ακολουθώντας τον δρόμο που είχε, ήδη, χαράξει το ΔΕΚ στην υπόθεση

⁸⁶ Από την αρχή του κράτους δικαίου συνάγεται και η αρχή της αναλογικότητας, η οποία, ωστόσο, «μπορεί να παρασταθεί και ως αρχή με εξειδικευμένο κανονιστικό περιεχόμενο». Βλ. διεξοδικά Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Κράτος Δικαίου..., ό.π. (υποσ. 80), σ. 150 και 423. Για το ό,τι η αρχή της αναλογικότητας εντάσσεται στις θεμελιώδεις αρχές και αξίες του ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού βλ. ανωτέρω υποσ. 74 και τους εκεί αναφερόμενους συγγραφείς.

⁸⁷ Βλ. διεξοδικά Μ. ΚΥΜΜ, *The jurisprudence of Constitutional Conflict: constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, *ELJ* 2005, σ. 289.

⁸⁸ Βλ. αναλυτικά για την κανονιστική θεώρηση του συνταγματικού πλουραλισμού και την αξιολόγησή της σε Α. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, *Εθνικό Σύνταγμα...*, ό.π. (υποσ. 1), σ. 596-604.

⁸⁹ Πρβλ. ΕΥ. Β. ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, *Η σχέση εθνικού Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου υπό το πρίσμα του διαλόγου των δικαστών – Πρακτική απάντηση σε ένα δογματικό ζήτημα*, *ΕΔΚΑ*, 2010, σ. 265 και 274, σύμφωνα με την οποία, «στο πλαίσιο της νομικής πολυφωνίας και της διάδρασης πλειόνων νομικών χώρων που χαρακτηρίζει την Ευρωπαϊκή Ένωση, ο διάλογος των εφαρμοστών του δικαίου, πρωτίστως δε των δικαστών, στους οποίους απόκειται η ερμηνεία και ο έλεγχος της ορθής εφαρμογής του, είναι το αποτελεσματικότερο εργαλείο για την ολοκλήρωση του συστήματος, την προώθηση της όσμωσης αρχών και αξιών και την άρση μεμονωμένων συγκρούσεων. Ο διάλογος δεν συνιστά νομική έννοια ούτε, βεβαίως, νομικά δεσμευτική υποχρέωση των δικαστών. Πρόκειται για ρεαλιστική προσέγγιση της σχέσης κοινοτικού δικαίου και εθνικών Συνταγμάτων, δεδομένου μάλιστα ότι λειτουργεί αμφίδρομα, με συνέπεια και το κοινοτικό δίκαιο, στη διαμόρφωση των εννοιών και των επιταγών του, να λαμβάνει υπόψη τις ιδιαιτερότητες των δικαίων των κρατών-μελών. Με άλλα λόγια, ο διάλογος προϋποθέτει την ομοιογένεια των αξιών και καθιστά εφικτή την άμβλυση των ενδεχόμενων διαφορών, διευκολύνοντας την προοδευτική κανονιστική εναρμόνιση των εθνικών και ενωσιακών συνταγματικών κειμένων» (η έμφαση δική μας).

⁹⁰ Βλ. διεξοδικά για τον οριζόντιο και τον κάθετο διάλογο των δικαστών σε Μ. Ρ. ΜΑΔΥΡΟ, *Interpreting European Law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, *EJLS* 2/2007, σ. 1-21. Χαρακτηριστικό νομολογιακό παράδειγμα κάθετου, αλλά, συγχρόνως, και οριζόντιου διαλόγου των δικαστών αποτελεί η απόφαση του Conseil d' Etat της 10^{ης} Απριλίου 2008, Conseil national des barreaux. Βλ. για την απόφαση αυτή ΕΥ. Β. ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, *Η σημασία του διαλόγου των δικαστών για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων – (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του γαλλικού Conseil d' Etat της 10^{ης} Απριλίου 2008, Conseil national des barreaux)*, *ΘΠΑΔ* 5/2009, σ. 550-566.

«Μηχανική»⁹¹, χρησιμοποίησε την κοινή στο ευρωπαϊκό νομικό σύστημα αρχή της αναλογικότητας για να εναρμονίσει το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. με το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Βεβαίως, σε καμία περίπτωση δεν υποστηρίζουμε ότι ΣτΕ και ΔΕΚ, εξαιτίας της λύσης που έδωσαν, έχουν επίγνωση του συνταγματικού πλουραλισμού και ότι θεωρούν πως τον πραγματώνουν. Άλλωστε, αυτό δεν απαιτείται ούτε από τον ίδιο τον συνταγματικό πλουραλισμό. Αντίθετα, ο τελευταίος απαιτεί απλώς από τα δικαστήρια να δρουν έτσι ώστε, χωρίς απαραίτητως να δέχονται στην ουσία τους τις

⁹¹ Πράγματι, η θέση του ΔΕΚ θα μπορούσε να χαρακτηριστεί διαλλακτική, καθώς στηρίζει τη δυνατότητα ανεύρεσης βιώσιμης συμβιβαστικής λύσης μεταξύ των δύο εννόμων τάξεων. Βλ. διεξοδικά Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, Παρατηρήσεις, ό.π. (υποσ. 9), σ. 627 επ. και Π. Ε. ΔΕΓΛΕΡΗ, Διαφθορά..., ό.π. (υποσ. 76), σ. 269-270. Χαρακτηριστικές, μάλιστα, μιας ιδιαίτερα ανοικτής στις εθνικές ιδιαιτερότητες πρόσληψης του ενωσιακού δικαίου, θεωρούνται οι κάτωθι σκέψεις του – σημειωτέον – πλουραλιστή (βλ. το πλέον αντιπροσωπευτικό κείμενο του Μ. Ρ. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action* σε Ν. WALKER (επιμ.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003, σ. 501-537) Γενικού Εισαγγελέα του ΔΕΚ, στην υπόθεση «Μηχανική», Μ. Poiares Maduro: (από τη σκέψη 31) «...ο σεβασμός της συνταγματικής ταυτότητας των κρατών μελών αποτελεί καθήκον για την Ευρωπαϊκή Ένωση. Το καθήκον αυτό το είχε από τον χρόνο της ίδρυσής της. Πράγματι, αποτελεί στοιχείο της ίδιας της ουσίας του ευρωπαϊκού σχεδίου που ξεκίνησε στις αρχές της δεκαετίας του 50 και συνίσταται στην πορεία προς την ολοκλήρωση με παράλληλη διατήρηση της πολιτικής οντότητας των κρατών. Απόδειξη αυτού είναι ότι το καθήκον αυτό διατυπώθηκε ρητώς για πρώτη φορά με την ευκαιρία της αναθεώρησης των Συνθηκών, της οποίας οι πρόοδοι προς την ολοκλήρωσή του. Έτσι, το άρθρο ΣΤ, παράγραφος 1, της Συνθήκης του Μάαστριχτ, νυν άρθρο 6, παράγραφος 3, της Συνθήκης για την Ένωση, ορίζει ότι '[η] Ένωση σέβεται την εθνική ταυτότητα των κρατών μελών της'. Η εθνική ταυτότητα στην οποία αναφέρεται η διάταξη αυτή περιλαμβάνει προφανώς τη συνταγματική ταυτότητα του κράτους μέλους. Αυτό επιβεβαιώνεται, εν ανάγκη, από τη ρητή απαρίθμηση των στοιχείων της εθνικής ταυτότητας την οποία επιχειρούν το άρθρο I-5 του Συντάγματος της Ευρώπης και το άρθρο 4, παράγραφος 2, της Συνθήκης για την Ένωση, όπως διαμορφώθηκε με τη Συνθήκη της Λισαβόνας. Πράγματι, από την πανομοιότυπη διατύπωση των δύο αυτών κειμένων προκύπτει ότι η Ένωση σέβεται 'την εθνική [...] ταυτότητα [των κρατών μελών] που είναι συμφυής με τη θεμελιώδη πολιτική και συνταγματική τους δομή', (από τη σκέψη 33) «...Πρέπει, ωστόσο, να διευκρινιστεί ότι ο σεβασμός αυτός της συνταγματικής ταυτότητας των κρατών μελών δεν μπορεί να εκληφθεί ως απόλυτος σεβασμός όλων των εθνικών συνταγματικών κανόνων. Αν ίσχυε αυτό, τα εθνικά συντάγματα θα μπορούσαν να αποτελέσουν ένα μέσο που θα επέτρεπε στα κράτη μέλη να απαλλάσσονται από την υποχρέωση τήρησης του κοινοτικού δικαίου σε ορισμένους τομείς. Επιπλέον, θα μπορούσαν να προκύψουν διακρίσεις μεταξύ κρατών μελών αναλόγως του περιεχομένου που αποδίδουν τα κράτη αυτά στα εθνικά συντάγματά τους. Όπως το κοινοτικό δίκαιο λαμβάνει υπόψη του τη συνταγματική ταυτότητα των κρατών μελών, έτσι και το εθνικό συνταγματικό δίκαιο οφείλει να προσαρμόζεται στις επιταγές της κοινοτικής έννομης τάξης» (η έμφαση δική μας). Βεβαίως, είναι γεγονός ότι το ΔΕΚ κράτησε μια πιο επιφυλακτική στάση σε σχέση με τις προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέα. Και τούτο διότι δεν θέλησε να υποσκάψει την ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Παρόλα αυτά, δεν παρέλειψε ούτε αυτό, εν τέλει, να αφήσει ανοικτή τη δυνατότητα αξιολόγησης των κατ' ιδίαν συνθηκών σε κάθε κράτος-μέλος. Κατ' αυτόν τον τρόπο προσπάθησε, αφενός μεν να διασφαλίσει μία δίκαιη ισορροπία μεταξύ της ενωσιακής έννομης τάξης και των εθνικών ιδιαιτεροτήτων, διατηρώντας και διαφυλάσσοντας, ωστόσο, ταυτόχρονα, την ενότητα του ενωσιακού δικαίου και το χρήσιμο αποτέλεσμα των κανόνων του. Βλ. διεξοδικά Κ. Δ. ΚΑΡΑΪΣΚΑΚΗ, ΔΕΚ: υπεροχή..., ό.π. (υποσ. 9), σ. 745 επ. Το σίγουρο, πάντως, είναι ότι, εν τέλει, το ΔΕΚ έμεινε πιστό στον θεσμικό διάλογο με τον εθνικό δικαστή, κατευθύνοντας το ΣτΕ να αναζητήσει τη λύση του ζητήματος στην αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί όχι μόνο ενωσιακή, αλλά και εθνική συνταγματική αρχή.

αντικρουόμενες συνταγματικές αξιώσεις τους, να τις συμβιβάζουν⁹². Αυτό, ακριβώς, συντελέστηκε με την (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011. Και, μάλιστα, επιτυχημένα.

Επίμετρο

Εγκαταλείποντας τον «νομολογιακό πατριωτισμό»⁹³ της ΣτΕ 3242/2004, αλλά και τη μεταλλαγμένη μορφή αυτού⁹⁴, που απαντάται στο πλαίσιο του «ερμηνευτικού σχετικισμού» της (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, η (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011 ολοκλήρωσε επιτυχημένα (και χωρίς αστερίσκους) τον θεσμικό διάλογο που είχε ανοίξει - μέσω του μηχανισμού της προδικαστικής παραπομπής - το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της χώρας με το ΔΕΚ, διασφαλίζοντας τόσο την αποκατάσταση της ενωσιακής νομιμότητας, όσο και τη διαφύλαξη του κύρους του ελληνικού Συντάγματος. Ειδικότερα, η Ολομέλεια του ΣτΕ, βαδίζοντας στα χνάρια της

⁹² Πρβλ. Μ. Ρ. MADURO, Τρεις θεωρήσεις..., ό.π. (υποσ. 75), σ. 915-916, σύμφωνα με τον οποίο, «ο συνταγματικός πλουραλισμός δεν προϋποθέτει ότι τα δικαστήρια κάνουν λόγο για συνταγματικό πλουραλισμό στις αποφάσεις τους. Ούτε καν απαιτεί έναν ανοικτό διάλογο μεταξύ των δικαστηρίων. Όσοι ισχυρίζονται ότι τα δικαστήρια δεν ενστερνίζονται τον συνταγματικό πλουραλισμό, γιατί ούτε κάνουν λόγο για συνταγματικό πλουραλισμό ούτε αναφέρουν τις αποφάσεις άλλων δικαστηρίων, χάνουν την ουσία. Το γεγονός ότι τα δικαστήρια συνεχίζουν να προσεγγίζουν το δίκαιο υπό την εσωτερική οπτική γωνία των εννόμων τάξεών τους δεν συνεπάγεται ότι αυτή η οπτική γωνία δεν έχει μεταβληθεί λόγω του συνταγματικού πλουραλισμού. Κυριότερο παράδειγμα είναι ο τρόπος με τον οποίο πολλά εθνικά δικαστήρια έχουν ερμηνεύσει τα συντάγματά τους ώστε να ανταποκρίνονται στις απορρέουσες από την αξίωση για υπεροχή του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτήσεις δίχως επίσημα να δέχονται, στις περισσότερες των περιπτώσεων, μία τέτοια υπεροχή. Ο αφηγητής παραμένει ακόμα το εθνικό σύνταγμα, αλλά το σενάριο έχει μεταβληθεί. Αυτό που ο συνταγματικός πλουραλισμός απαιτεί, από την άποψη αυτή, είναι να μεταβάλλουν οι δικαστικοί φορείς την εσωτερική θεώρηση της έννομης τάξης τους με σκοπό να συμβιβάσουν τις αξιώσεις της άλλης έννομης τάξης» (η έμφαση δική μας).

⁹³ Κατά την διατύπωση του Κ. Θ. ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, Τα δικαιώματα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας σε Μ. ΤΣΑΠΟΓΑ/Δ. ΧΡΙΣΤΟΠΟΥΛΟΥ (επιμ.), Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003, Καστανιώτης, 2004, σ. 462-464. Με τον όρο αυτό αποδίδεται η πρακτική που - μέχρι σχετικά πρόσφατα - ακολουθούσε το ΣτΕ για να αποφύγει την υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων στο ΔΕΚ όταν ετίθετο ή μπορούσε να τεθεί ζήτημα σύγκρουσης μεταξύ του ενωσιακού δικαίου και του εθνικού Συντάγματος.

⁹⁴ Πρβλ. Κ. ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, Το άρθρο 16 Σ., το κοινοτικό δίκαιο και το Συμβούλιο της Επικρατείας ... δέκα χρόνια μετά, *ΕφημΔΔ* 2/2007, σ. 145, σύμφωνα με τον οποίο, στην (Ολ.) ΣτΕ 3670/2006, «το Δικαστήριο, αφού διαπίστωσε ότι διατάξεις του άρθρου 14 παρ. 9 Σ. παραβιάζουν το άρθρο 24 και τις αρχές της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, στη συνέχεια ερμήνευσε το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο υπό το πρίσμα της ιδιαίτερης σύλληψης που τυγχάνουν στην ελληνική πραγματικότητα οι αρχές της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού στην ανάληψη των δημοσίων συμβάσεων. Συναφώς, το Δικαστήριο έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι, αν ήθελε γίνει δεκτό πως η Οδηγία 93/37/ΕΟΚ απαγορεύει τη θέσπιση ρυθμίσεων που περιορίζουν τη συμμετοχή στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων όπως αυτή του άρθρου 14 παρ. 9 Σ., θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι η εν λόγω Οδηγία παραβιάζει το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο. Για τον λόγο δε αυτόν, διατυπώθηκε τελικώς σχετικό προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΚ. Φαίνεται λοιπόν [καταλήγει ο ίδιος] ότι ο 'νομολογιακός πατριωτισμός', ο οποίος σε άλλες περιπτώσεις, όπως ... (στη) ΣτΕ Δ' 3242/2004, οδήγησε στην άρνηση υποβολής προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΚ, στις μέρες μας προκρίνει μάλλον μια στρατηγική 'εκ των έσω' αποδόμησης του κοινοτικού δικαίου, ερμηνεύοντας το τελευταίο υπό το πρίσμα των ιδιαιτεροτήτων της εθνικής έννομης τάξης» (η έμφαση δική μας).

προδικαστικής απόφασης «Μηχανική», του ΔΕΚ, χρησιμοποίησε την κοινή (στην ελληνική και την ενωσιακή έννομη τάξη) αρχή της αναλογικότητας, προκειμένου να επιτύχει την, κατά την κρίση της, συνταγματικώς επιβεβλημένη (με βάση την ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28 και το άρθρο 14 παρ. 9 Συντ.) εναρμόνιση του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. με τους κανόνες του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου.

Προϊόν της εναρμόνισης αυτής αποτέλεσε η ανάδειξη - αποκάλυψη της «ρήτρας αναλογικότητας» που ενυπήρχε στο τελευταίο εδάφιο της προαναφερθείσας συνταγματικής διάταξης, ήδη από τη θέσπισή της το 2001, μέσω της οποίας το δικαστήριο οδηγήθηκε στη διαπίστωση ότι το ασυμβίβαστο του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ. συνιστά ένα (μη αντιβαίνον στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο) είδος «*ασυμβιβάστου των πράξεων*». Λόγω, όμως, της ομόφωνης, μάλιστα, απόφασής της αυτής, επόμενο ήταν η Ολομέλεια του ΣτΕ να θεωρήσει ότι «*το όλο πλέγμα των διατάξεων του νόμου 3021/2002*», που αφορούσαν την έκταση και τις συνέπειες της συνδρομής των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων του άρθρου 14 παρ. 9 Συντ., αντιβαίνει στην προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη. Και τούτο διότι οι σχετικές διατάξεις οικοδομήθηκαν στη βάση της καθιέρωσης ενός προληπτικού, γενικού και απόλυτου ασυμβιβάστου της επιχειρηματικής δραστηριότητας μεταξύ του τομέα των ΜΜΕ και εκείνου των δημοσίων έργων.

Από την ανάλυση που προηγήθηκε δεν θα ήταν υπερβολή αν κάναμε λόγο για μία απόφαση αρχής στη νομολογία του ΣτΕ. Η θέση μας δε αυτή δικαιολογείται, όχι μόνο από το γεγονός ότι το δικαστήριο, για πρώτη φορά, δέχθηκε, ομόφωνα, πως η υποχρέωση εναρμόνισης των συνταγματικών διατάξεων με τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου συνάγεται από την ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28 Συντ. Αλλά, κυρίως, επειδή η Ολομέλεια χρησιμοποίησε την αρχή της αναλογικότητας ως διάμεσο της ελληνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης, δηλαδή ως μηχανισμό άρσης ενδεχόμενων συγκρούσεων μεταξύ τους, σε αντικατάσταση της αρχής της υπεροχής. Και μπορεί, όντως, η, τελικώς, δοθείσα στο άρθρο 14 παρ. 9 Συντ. ερμηνεία να υπήρξε ιδιαίτερα «*ελαστική*»⁹⁵. Ωστόσο, η επιλογή του ΣτΕ για συνεργασία και αμοιβαίο σεβασμό μεταξύ Συντάγματος και ενωσιακού δικαίου, μέσω των κοινών αρχών του ευρωπαϊκού συνταγματισμού, αποτελεί σημαντικότερη υποθήκη για τη μελλοντική, εκ μέρους του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου της

⁹⁵ Πρβλ. Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, Συνολικές παρατηρήσεις, ό.π. (υποσ. 3), σ. 1130 και υποσ. 21, ο οποίος, μάλιστα, υποστηρίζει ότι «η περιεχόμενη στην εν λόγω συνταγματική διάταξη έννοια του 'ασυμβιβάστου' κενώθηκε ... περιεχομένου».

χώρας, διαχείριση των σχέσεων του εθνικού μας δικαίου με το ενωσιακό, ιδίως δε στην κρίσιμη περίοδο που διανύουμε.