

ΝΕΔΑ ΑΘ. ΚΑΝΕΛΛΟΠΟΥΛΟΥ-ΜΑΛΟΥΧΟΥ

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΘΕΩΡΙΑ
ΤΩΝ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ
ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

*για τον μετασχηματισμό
του δικαίου*



ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΘΕΩΡΙΑ
ΤΩΝ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

ΝΕΔΑ ΑΘ. ΚΑΝΕΛΛΟΠΟΥΛΟΥ-ΜΑΛΟΥΧΟΥ

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΘΕΩΡΙΑ
ΤΩΝ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ
ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

Για τον μετασχηματισμό του δικαίου



ΕΚΔΟΣΕΙΣ
ΠΑΤΑΚΗ

Το παρόν έργο πνευματικής ιδιοκτησίας προστατεύεται κατά τις διατάξεις της ελληνικής νομοθεσίας (Ν. 2121/1993 όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει σήμερα) και τις διεθνείς συμβάσεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας. Απαγορεύεται απολύτως άνευ γραπτής αδείας του εκδότη η κατά οποιονδήποτε τρόπο ή μέσο (ηλεκτρονικό, μηχανικό ή άλλο) αντιγραφή, φωτοανατύπωση και εν γένει αναπαραγωγή, εκμίσθωση ή δανεισμός, μετάφραση, διασκευή, αναμετάδοση στο κοινό σε οποιαδήποτε μορφή και η εν γένει εκμετάλλευση του συνόλου ή μέρους του έργου.

Εκδόσεις Πατάκη – Πρακτικοί Οδηγοί
Νέδα Αθ. Κανελλοπούλου-Μαλούχου, *Συνταγματική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, Για τον μετασχηματισμό του δικαίου*
Υπεύθυνος έκδοσης: Άγγελος Κοκολάκης
Διορθώσεις: Γιώργος Ανδρικόπουλος
Σελιδοποίηση: Κωνσταντίνος Καπένης
Copyright © Νέδα Αθ. Κανελλοπούλου-Μαλούχου
και Σ. Πατάκης ΑΕΕΔΕ (Εκδόσεις Πατάκη), Αθήνα, 2021
Πρώτη έκδοση από τις Εκδόσεις Πατάκη, Αθήνα, Νοέμβριος 2021
Κ.Ε.Τ. 8728 Κ.Ε.Π. 595/21 ISBN 978-960-16-5207-8



ΠΑΝΑΓΗ ΤΣΑΛΔΑΡΗ (ΠΡΩΗΝ ΠΕΙΡΑΙΩΣ) 38, 104 37 ΑΘΗΝΑ,
ΤΗΛ.: 210.36.50.000, 801.100.2665, 210.52.05.600, ΦΑΞ: 210.36.50.069
ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΔΙΑΘΕΣΗ: ΕΜΜ. ΜΠΕΝΑΚΗ 16, 106 78 ΑΘΗΝΑ, ΤΗΛ.: 210.38.31.078
ΥΠΟΚ/ΜΑ: ΚΟΥΡΤΣΑΣ (ΤΕΡΜΑ ΠΟΝΤΟΥ – ΠΕΡΙΟΧΗ Β' ΚΤΕΟ), 57009 ΚΑΛΟΧΩΡΙ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ, Τ.Θ. 1213,
ΤΗΛ.: 2310.70.63.54, 2310.70.67.15, 2310.75.51.75, ΦΑΞ: 2310.70.63.55
Web site: <http://www.patakis.gr> • e-mail: info@patakis.gr, sales@patakis.gr

στη μάνα μου, Χρυσή Κανελλοπούλου,
για αυτό το καταπληκτικό φωτεινό της γέλιο,
γιατί «*la faculté de rire aux éclats est preuve
d'une âme excellente*» (Jean Cocteau)

Homo sum, humani nihil a me alienum puto

TERENTIUS

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

<i>Πρόλογος</i>	15
---------------------------	----

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η πολυδιάστατη θεματική των θεμελιωδών δικαιωμάτων

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1: Μια έννοια νομική με απρόβλεπτες κοινωνικοπολιτικές παραμέτρους	25
1. Ελευθερία ή δικαίωμα: μια πρώτη εννοιολογική αποσαφήνιση	25
2. Η αναζήτηση μιας καλύτερης μοίρας	28
3. Μια διαρκής διεκδίκηση, με επισφαλή έκβαση	31
4. Ο πολλαπλασιασμός και η διάχυση των πηγών διακινδύνευσης	42
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 2: Θεωρία, γενική θεωρία, θεωρίες, και συνταγματική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων	65
1. Συνταγματικό δίκαιο των θεμελιωδών δικαιωμάτων	65
2. Γενική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων	70
3. Θεωρίες των θεμελιωδών δικαιωμάτων	75
4. Συνταγματική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων	77

ΠΙΝΑΚΑΣ: Τα θεμελιώδη δικαιώματα: μια πρώτη άποψη στο ελληνικό Σύνταγμα σε συνδυασμό με την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και τον Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης	81
---	----

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ

Η έννοια των θεμελιωδών δικαιωμάτων

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 3: Το ιστορικοπολιτικό και φιλοσοφικό υπόβαθρο της αναγνώρισης των θεμελιωδών δικαιωμάτων	133
1. Η ιστορική καμπή των επαναστάσεων του 18ου αιώνα	133
2. Η πραγματολογική συνιστώσα: Η διεκδίκηση του ανθρώπου για προστασία	138
3. Η πολιτειολογική συνιστώσα: Η θέση του ανθρώπου στην πολιτεία	155
4. Η ιδεολογική συνιστώσα: Η αναγνώριση της αξίας του ανθρώπου και των φυσικών δικαιωμάτων	174
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 4: Η νομική έννοια των θεμελιωδών δικαιωμάτων	196
1. Ο όρος «δικαίωμα» στο δίκαιο	196
2. Ο όρος «δικαίωμα» στο δημόσιο δίκαιο	198
3. Ο όρος «θεμελιώδη δικαιώματα»	215
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 5: Η σχέση δικαιωμάτων και καθηκόντων . . .	221
1. Η πρόβλεψη θεμελιωδών υποχρεώσεων και καθηκόντων	221
2. Είναι τα καθήκοντα το αντάλλαγμα των δικαιωμάτων;	225
3. Από το καθήκον στην ευθύνη;	246

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 6: Η διάκριση των θεμελιωδών δικαιωμάτων	256
1. Οι κλασικές διακρίσεις	256
2. Τα ατομικά δικαιώματα	267
3. Τα πολιτικά δικαιώματα	274
4. Τα κοινωνικά δικαιώματα	285
5. Η συζήτηση για μία τρίτη (και μία τέταρτη) γενιά θεμελιωδών δικαιωμάτων	301
6. Η υπέρβαση της κλασικής διάκρισης των δικαιωμάτων	307
7. Προς μία σχετικοποίηση της διάκρισης;	311
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 7: Η δεσμευτικότητα των θεμελιωδών δικαιωμάτων	327
1. Η συζήτηση περί «θετικών» ή «φυσικών» δικαιωμάτων	327
2. Η κατοχύρωση των θεμελιωδών δικαιωμάτων από το (θετικό) δίκαιο	331
3. Οι εγγυήσεις τήρησης των θεμελιωδών δικαιωμάτων	335
4. Το ζήτημα της κανονιστικότητας και της δικαστικής προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων	340

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ

Η οργάνωση των θεμελιωδών δικαιωμάτων

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 8: Οι φορείς των θεμελιωδών δικαιωμάτων	381
1. Εισαγωγικές αποσαφηνίσεις	381
2. Η βασική ιδιότητα: το πρόσωπο	384
3. Ειδικές ιδιότητες που θεμελιώνουν θεμελιώδη δικαιώματα	418

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 9: Οι αποδέκτες των θεμελιωδών δικαιωμάτων	429
1. Εισαγωγικές αποσαφηνίσεις	429
2. Η δημόσια εξουσία	430
3. Ο ιδιώτης: Η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων	434
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 10: Οι πηγές των θεμελιωδών δικαιωμάτων	447
1. Εισαγωγικές αποσαφηνίσεις	447
2. Το εσωτερικό δίκαιο	451
3. Το διεθνές δίκαιο	476
4. Το ευρωπαϊκό δίκαιο	489
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 11: Οι περιορισμοί των θεμελιωδών δικαιωμάτων	514
1. Η έννοια και το νόημα του περιορισμού των θεμελιωδών δικαιωμάτων	514
2. Ο κανονιστικός περιορισμός των θεμελιωδών δικαιωμάτων	531
3. Ο εξατομικευμένος περιορισμός των θεμελιωδών δικαιωμάτων	571
4. Μία παρωχημένη κατηγορία περιορισμών: η θεωρία της ειδικής σχέσης εξουσίας	576
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 12: Η άρση της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων	586
1. Η αναστολή της ισχύος ορισμένων θεμελιωδών δικαιωμάτων	586
2. Η καταχρηστική άσκηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων	597
<i>Βιβλιογραφικές πηγές & ενδείξεις</i>	<i>607</i>
<i>Ευρετήριο</i>	<i>647</i>

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Μία ακόμα θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων; Τι νέο μπορεί κανείς να εισφέρει μετά την κλασική υφηγεσία του Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986), που ανέλυσε τη μέθοδο του νομικού συλλογισμού κατά την πραγμάτωση των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ή το εμβληματικό έργο του Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), που επανεισήγαγε την έννοια της ηθικής ως αντίβαρο της θετικιστικής, ωφελιμιστικής προσέγγισης; Ο πρώτος «οργάνωσε» τη γερμανική και μετέπειτα την ευρωπαϊκή θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ο δεύτερος επηρέασε βαθιά την αμερικανική, και όχι μόνο, σκέψη. Αλλά και στην Ελλάδα, οι επαΐοντες του συνταγματικού δίκαιου έχουν πραγματευτεί, λιγότερο ή περισσότερο εκτενώς, τη γενική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Η παρούσα συνταγματική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων εκκινεί ωστόσο από μια διαφορετική επιστημολογική αφετηρία: τη μετεξέλιξη του δικαίου και της παραδοσιακής νομικής θεωρίας χάριν της μετα-νεωτερικότητας. Στη βάση του εγχειρήματος βρίσκεται η ίδια επιστημονική ανησυχία που οδήγησε την όλη ερευνητική μου πορεία μέχρι σήμερα: η ανάγκη να επανεξετάσουμε τις κλασικές δογματικές και μεθοδολογικές μας παραδοχές υπό το πρίσμα των μεταβολών του δι-

καικού και πολιτειακού φαινομένου, που γίνονται πλέον αισθητές από τα τέλη του 20ού αιώνα και μετά. Η κλασική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων ανάγεται κυρίως στον Georg Jellinek και διαμορφώθηκε με σημείο αναφοράς το εθνικό, συγκεντρωτικό κράτος της γερμανικής συνταγματικής μοναρχίας του τέλους του 19ου αιώνα· η μεταπολεμική συνταγματική νομική επιστήμη παρενέβη μεν διορθωτικά, εισάγοντας το ερμηνευτικό κριτήριο «της άρσης της στεγανής διάκρισης κράτους και κοινωνίας», δεν αμφισβήτησε όμως τις βασικές δομές του παραδοσιακού οικοδομήματος.

Περισσότερο ίσως από τα άλλα πεδία του συνταγματικού δικαίου, η ευαίσθητη ύλη των θεμελιωδών δικαιωμάτων βιώνει τους κραδασμούς της παγκοσμιοποίησης. Το εθνικό δίκαιο και η εθνική νομολογία διαπλέκονται δυναμικά όχι μόνο με το ευρωπαϊκό αλλά και με το διεθνές δίκαιο, καθώς και με την ευρωπαϊκή και διεθνή θεωρία. Η δημόσια εξουσία διαχέεται σε πληθώρα υπερεθνικών και ενδοεθνικών δημόσιων και ιδιωτικών φορέων, οι μορφές πολιτικής, κοινωνικής και οικονομικής εξουσίας μεταβάλλονται, γίνονται πολυεπίπεδες, σύνθετες και διασταυρώνονται, ο δεσμός του πολίτη με το κράτος εξασθενεί. Το κράτος εξαναγκάζεται σε νέους ρόλους ρύθμισης και στρατηγικού σχεδιασμού των κοινωνικών σχέσεων, διαπραγματεύεται, προτρέπει, πλαισιώνει, και χρησιμοποιεί νέα εργαλεία όπως η διαβούλευση, η συνεργασία, το soft law. Παράλληλα, η διάχυση της πληροφορίας εκθέτει την παραδοσιακά ευρωκεντρική θεωρία σε νέες αντιλήψεις που διαμορφώνουν άλλα νομικά συστήματα σε άλλες ηπείρους όπως η Αφρική ή η Λατινική Αμερική, ενώ οι οικονομικές κρίσεις φτωχοποιούν μεγάλα στρώματα των δυτικών κοινωνιών, αμφισβητώντας τις κλασικές διακρίσεις μεταξύ δυτικού και αναπτυσσόμενου κόσμου. Η τρομοκρατία, η μετανάστευση, η κλιματική αλλαγή, η βιοτεχνολογία, οι πανδημίες, όπως η πρόσφατη πανδημία του

νέου κορονοϊού, δεν αποτελούν μόνο νέες πηγές διακινδύνευσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων, αλλά θέτουν στο επίκεντρο την έννοια της ανθρωπότητας. Οι παραδοσιακές βεβαιότητες κλονίζονται και το δίκαιο αποκαλύπτεται αμήχανο να εκπληρώσει πλέον την εγγυητική του λειτουργία για τον σεβασμό της ανθρώπινης ύπαρξης και την αναζήτηση της ευημερίας.

Η παρούσα μελέτη επιχειρεί να συμβάλει σε μία ανά-γνωση της κλασικής θεωρίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων υπό το πρίσμα της νέας αρχιτεκτονικής της πολιτείας που διαφαίνεται σε αυτό το περιβάλλον. Θεωρητική προϋπόθεση και αξίωμα της ανάλυσης παραμένει το μοντέλο της πολιτείας ως «η εν λειτουργία συνένωση δικαίου και κοινωνίας», κατά τον ορισμό του Θεμιστοκλή Τσάτσου (*Εισαγωγή εις το πολιτειακόν δίκαιον*, Π. Δ. Σακελλάριος, 1928), ή ως «αρχιτεκτονική δημόσιας συμβίωσης», κατά τον ορισμό του Δημήτρη Χρυσόχου (*Πολιτειολογία των ενώσεων*, Ι. Σιδέρης, 2020)· γι' αυτό και η ουσιαστική έννοια του Συντάγματος της γαλλικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και του Πολίτη, για την οποία «κάθε κοινωνία στην οποία δεν διασφαλίζεται η προστασία των δικαιωμάτων, ούτε ισχύει η διάκριση των λειτουργιών, δεν έχει Σύνταγμα», αποτελεί τον επιστημολογικό πυρήνα της προσέγγισης. Το Σύνταγμα, με όποιο νομικό τύπο και αν περιβάλλεται, συμπυκνώνει το ιστορικά και πολιτικά θεμελιώδες για την ύπαρξη μιας πολιτικής κοινότητας· υπό την έννοια αυτή, η συνταγματική ποιότητα αποτελεί σταθερό κριτήριο και *Leitmotiv* της ανάπτυξης, η οποία άλλωστε καθορίζεται ως «συνταγματική» θεωρία. Αντίθετα, τα όρια της πολιτικής κοινότητας και ο νομιμοποιητικός ιστός της κοινωνικής συμβίωσης, που αποτελούν το υπόβαθρο του Συντάγματος, νοούνται ως μεταβλητές.

Ασφαλώς, η μελέτη δεν αποσκοπεί στην ανάδειξη μιας νέας θεωρίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως συστηματικής

καταγραφής και ερμηνείας των βασικών δομικών και λειτουργικών χαρακτηριστικών των θεμελιωδών δικαιωμάτων σήμερα. Υπόθεση εργασίας είναι η ανάδειξη των ζητημάτων όπου η κλασική προσέγγιση εμφανίζεται ανεπαρκής ή παρωχημένη. Όπως παρατηρεί ο Bernard Mathieu (*Constitution: rien ne bouge et tout change*, Lextenso, 2013), «une société nouvelle, dont le profil est encore flou, se construit et les outils traditionnels du droit constitutionnel ont du mal à l'appréhender. Avant d'élaborer de nouveaux outils, c'est-à-dire de nouveaux concepts, il convient d'examiner l'adaptation des concepts traditionnels à cette société en mouvement». Η προσδοκία είναι να καταστεί ορατότερη η «γέφυρα» προς τις νέες πραγματικότητες ή, όπως διατυπώνει εύστοχα ο Bernard Mathieu, «découvrir le mouvement derrière la permanence». Η συστηματική πραγμάτευση των νέων δεδομένων υπό τη μορφή μιας ολοκληρωμένης θεωρίας δεν είναι μόνο πρόωμη, αλλά και, όπως καταδεικνύουν οι François Ost και Michel van de Kerchove («De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit», *Archives de Philosophie du Droit*, 1988), μεθοδολογικά εσφαλμένη· το αν το νέο νομικό «τοπίο» που διαμορφώνεται στο πεδίο των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι επιδεκτικό θεωρητικής γενίκευσης και συστηματοποίησης είναι, πέραν όλων των άλλων, επιστημολογικά έωλο.

Με άλλα λόγια, η προσέγγιση που εδώ υιοθετείται είναι ταυτόχρονα θεωρητική και μεταθεωρητική. Η μελέτη της κλασικής θεωρίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων γίνεται, κατά τον ορισμό της μεταθεωρίας του Christian Atias (*Epistémologie juridique*, PUF, 1985), με σκοπό «να κατανοηθούν» και να «αξιολογηθούν» οι κλασικές έννοιες και δομές εν όψει της μετεξέλιξης του δικαίου. Επιχειρείται δηλαδή η εμβάθυνση στην παραδοσιακή θεωρία και η ανάλυση των κλασικών εννοιών και δομών, με στόχο να καταστεί εμφανής η ανάγκη ανανοηματο-

δότησής τους και να καταδειχτούν οι κατευθύνσεις αυτής της ανανοηματοδότησης.

Η ανάπτυξη βασίζεται, συνεπώς, στην παραδοσιακή θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, εκκινώντας από την κλασική διάρθρωση της ύλης, την οποία ωστόσο ήδη αναμορφώνει και κατατάσσει σε δύο βασικές θεματικές που αποτελούν τα δύο μέρη του βιβλίου, την έννοια των θεμελιωδών δικαιωμάτων και την οργάνωσή τους, ενώ προτείνεται και μια αναδιάρθρωση των επί μέρους θεματικών για την ορθολογικότερη υποδοχή των νέων δεδομένων. Στο πλαίσιο αυτό, επιχειρείται η κριτική ανασκόπηση της κλασικής θεωρίας υπό το φως μιας δέσμης κριτηρίων, που αποτελούν και τα μεθοδολογικά εργαλεία της μελέτης.

Η πρώτη δέσμη κριτηρίων ξεκινά από την παραδοχή ότι ο αναστοχασμός των κλασικών εννοιών προϋποθέτει την επιστροφή στις ιστορικές και ιδεολογικές τους ρίζες, για τη διακρίβωση της ratio της υιοθέτησής τους και την ανάδειξη του ουσιαστικού τους περιεχομένου. Όπως εύγλωττα παρατηρεί ο Joseph H.H. Weiler (*The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999), η θεωρία δεν είναι παρά ένα «πρίσμα» για τη θεώρηση ενός τοπίου, «an academic artifact with which one can organize the milestones and landmarks within the landscape (indeed, determine what is a landmark or milestone), an intellectual construct by which one can assign meaning to, or even constitute, that which is observed». Η κρατούσα κάθε φορά θεωρία «ξεχνά», στη ροή του χρόνου, τα πολιτειολογικά αίτια που την καθόρισαν, με αποτέλεσμα να τίθεται εν αμφιβόλω η αντιστοιχία μεταξύ δικαιοκικού φαινομένου και αντίληψης περί αυτού. Δίνεται επομένως έμφαση στα κλασικά έργα και στις πρωτογενείς πηγές, που συνέβαλαν, από την Αρχαιότητα έως σήμερα, στην πολιτική και νομική αντίληψη για τα θεμελιώδη δικαιώματα. Στο πλαίσιο αυτό, επιχειρείται να αναδειχθεί η

ρητή ή άρρητη σύγκρουση των αντιλήψεων, καθώς και να διαφανεί ένας πυρήνας που μπορεί να αποτελέσει κεκτημένο του δυτικού συνταγματικού πολιτισμού.

Η δεύτερη δέσμη κριτηρίων συνδέεται με τον μετασχηματισμό της εξουσίας, αφού τα θεμελιώδη δικαιώματα έγκεινται στη «σχέση εξουσίας και εξουσιαζόμενων». Ο μετασχηματισμός αυτός συντελείται, αφενός, με την άμβλυση της διάκρισης δημοσίου και ιδιωτικού, που επέφερε η εισαγωγή των αρχών του new public management στον δημόσιο τομέα αλλά και η ανάπτυξη των μέσων κοινωνικής δικτύωσης· αποτέλεσμα είναι μια διαδικασία ανακαθορισμού του ρόλου της διοίκησης και της θέσης του διοικούμενου, με την εισαγωγή εννοιών όπως η διαφάνεια, η πληροφόρηση και η διαβούλευση, αλλοίωση της έννοιας του γενικού συμφέροντος και διάτρησης των συλλογικοτήτων. Συντελείται, αφ' ετέρου, με την εγκαθίδρυση θεσμών και αρχών «πολυεπίπεδης διακυβέρνησης» ή «δικτύων», όπου διαπλέκονται και επενεργούν διεθνή, ευρωπαϊκά και εθνικά περιβάλλοντα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων· στη μελέτη αναδεικνύεται η αμοιβαία πρόσληψη των εννοιών, με το σκεπτικό ότι ο «διάλογος» μεταξύ των συστημάτων αυτών δεν περιορίζεται στη «διασταύρωση των υποδοχών», κατά το μοντέλο του Peter Häberle για την «κατά βαθμίδες παραγωγή του δικαίου» («Textstufen als Entwicklungsweg des Verfassungsstaates», στο: J. Jekewitz et al., 1989, *Η θεωρία των «βαθμίδων εξέλιξης των κειμένων»*, Αντ. Σάκκουλας, 1992), αλλά διαμορφώνει σταδιακά μια αυτόνομη συνταγματική τάξη και μια νέα συνταγματική θεωρία.

Η τρίτη δέσμη κριτηρίων στηρίζεται σε μία νέα οπτική του ρόλου του δικαίου και της εγγυητικής του λειτουργίας στο πεδίο των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Το ατομοκεντρικό ή ανθρωποκεντρικό αξίωμα του ευρωπαϊκού συνταγματικού πολιτισμού εκφράζεται με τη συστατική σχέση δικαιωμάτων και δι-

καίου – η Danièle Loschak την χαρακτηρίζει ως «*consubstantialité*» («*Mutations des droits de l’homme et mutation du droit*», *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 1984/2). Στην κλασική θεωρία, ο ρόλος του δικαίου γίνεται κυρίως αντιληπτός ως άμυνα ή ανάχωμα έναντι της εξουσίας, με αποτέλεσμα μεγάλο μέρος της ουσιαστικής προστασίας των δικαιωμάτων να επαφίεται στην πολιτική, στην οικονομία ή στους κοινωνικούς μηχανισμούς: η επίλυση των κοινωνικών ζητημάτων, από την αντιμετώπιση της φτώχειας έως την επίτευξη της ευημερίας, εξέφευγε παραδοσιακά από το ρυθμιστικό πεδίο του δικαίου. Η κατάσταση άρχισε να αλλάζει την επαύριον του Δευτέρου Παγκοσμίου Πολέμου, ωστόσο η παρέμβαση του δικαίου στα κοινωνικά ζητήματα είχε ως κύριο στόχο τη διασφάλιση της κοινωνικής συνοχής και όχι την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Σήμερα διαμορφώνεται μια νέα αντίληψη του δικαίου – η Diane Roman (*Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002) την περιγράφει ως «*juridicisation du social*» – που αναγνωρίζει στο δίκαιο έναν ενεργητικό ρόλο για τη διαμόρφωση των κοινωνικών και οικονομικών προϋποθέσεων απόλαυσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων, με τη μορφή θετικών υποχρεώσεων του νομοθέτη. Στο πλαίσιο αυτό, την τελική ευθύνη της προστασίας δεν φέρει μόνον ο δικαστής αλλά επιμερίζεται και ο νομοθέτης.

Η ανάπτυξη δεν φιλοδοξεί να είναι εξαντλητική. Η ύλη των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι άλλωστε ιδιαίτερα σύνθετη και εμπλέκει όχι μόνον τις κοινωνικές επιστήμες αλλά και πορίσματα των φυσικών επιστημών, καθώς και την τεχνολογία. Για να καταφύγω ξανά στη διατύπωση του Jean-Louis Bergel (*Théorie générale du droit*, Dalloz, 1989), η μέθοδος της ανάπτυξης είναι «*ιμπρεσιονιστική*»: άλλοτε δίνεται βαρύτητα στο θεσμικό πλαίσιο ή τη νομολογία, άλλοτε στη νομική θεωρία, άλλοτε στη φιλοσοφία, την πολιτική θεωρία ή την ιστορία. Χρειά-

στηκε επίσης να γίνουν επανειλημμένα επιλογές μεταξύ κρίσιμων ιστορικών ζητημάτων, θεωρητικών τοποθετήσεων, ερμηνευτικών προσεγγίσεων ή δικαστικών αποφάσεων. Στόχος είναι να προκύψει, μέσα από τη συνολική ανά-γνωση της θεωρίας, το μονοπάτι της μετάβασης, ο βηματισμός της μετεξέλιξής της. Γι' αυτό αναπτύσσονται όχι μόνον τα ζητήματα όπου «κάτι αλλάζει», αλλά και εκείνα που φαίνεται να παραμένουν σταθερά, αφού μια θεωρία είναι ένα σύστημα και όχι μια συνολική παράθεση.

Στη γνωστή απόφασή του για την οπλοκατοχή, το 2008, το αμερικανικό Ανώτατο Δικαστήριο αναγνώρισε ως ερμηνευτική αρχή ότι «the Constitution was written to be understood by its voters; its words and phrases were used in their *normal and ordinary* as distinguished from *technical meaning*. [...] Normal meaning may of course include an idiomatic meaning, but it excludes secret or technical meaning that would not have been known to ordinary citizens in the founding generation». Ο τελικός αποδέκτης της νομικής επιστήμης, και ιδιαίτερα του συνταγματικού δικαίου, είναι ο άνθρωπος και ο πολίτης: οι εξουσίες του οφείλουν να είναι κατανοητές. Την παραίνεση αυτή προσπάθησα να ακολουθήσω κατά τη συγγραφή του παρόντος πονήματος.

Τέλος, ευχαριστώ πάντα τον δάσκαλό μου Δημήτρη Τσάτσο για την γενναιοδωρία του και την εμπιστοσύνη που μου έδειξε, όταν πριν από πολλά χρόνια –ήμουν τότε νεαρή υποψήφια διδάκτορας– μου ανέθεσε να συνδράμω στη δική του γενική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, μυώντας με στην αναμφισβήτητη γοητεία της ύλης.

Νέδα Αθ. Κανελλοπούλου-Μαλούχου
Μάρτιος 2021

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η πολυδιάστατη θεματική
των θεμελιωδών δικαιωμάτων

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1

Μια έννοια νομική με απρόβλεπτες κοινωνικοπολιτικές παραμέτρους

1. Ελευθερία ή δικαίωμα: μια πρώτη εννοιολογική αποσαφήνιση

1.1. Στον καθημερινό λόγο, όταν μιλάμε για ελευθερία εννοούμε συνήθως την εξουσία αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου, χωρίς ξένους ηθικούς ή υλικούς καταναγκασμούς. Ο άνθρωπος όμως ζει σε κοινωνία και, κατά την κλασική λατινική ρήση: *Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo: ubi homo, ibi ius.* Το δίκαιο, ως σύστημα κανόνων που ρυθμίζουν τη συμπεριφορά των μελών μιας κοινωνίας, προσλαμβάνει την έννοια της ελευθερίας όπως επικρατεί σε μια συγκεκριμένη κοινωνία και της δίνει νομική υπόσταση, δηλαδή την καθορίζει νομικά, «μετατρέποντάς» τη σε δικαίωμα.¹

Σε αυτό το πλαίσιο, η ελευθερία είναι έννοια προ-νομική, υπάρχει δηλαδή «πριν» ή «πέρα» από το δίκαιο. Αντίθετα, ο όρος δικαίωμα είναι νομική έννοια, «κατασκευάζε-

1. Βλ. J. Rivero, *Les libertés publiques, 1/ Les droits de l'homme*, PUF, 1984, σ. 20 επ.

ται» από το δίκαιο και αποκτά το νόημά της στο πλαίσιο μιας έννομης τάξης. Έτσι, ενώ η ελευθερία έχει μία διάσταση γενική και αφηρημένη, το δικαίωμα έχει τη συγκεκριμένη διάσταση που του αποδίδει το δίκαιο και η συγκεκριμένη έννομη τάξη. Μπορεί κανείς να πει πως το δικαίωμα είναι το (νομικό) «εργαλείο» για την κτήση και προστασία της ελευθερίας στη συγκεκριμένη κοινωνία.

Πρέπει ωστόσο να τονιστεί ότι παρά τη διαφορετική σημασία που έχει ο όρος ελευθερία στον καθημερινό λόγο, το δίκαιο χρησιμοποιεί συχνά τον όρο «ελευθερία» ως ταυτόσημο με τον όρο δικαίωμα, κυρίως στο πεδίο του διεθνούς δικαίου και των διεθνών οργανισμών, ή όταν θέλει να δώσει έμφαση σε ιστορικά και πολιτικά χαρακτηριστικά του δικαιώματος. Το στοιχείο αυτό επιτείνει την ασάφεια ως προς τη νομιμότητα μιας συμπεριφοράς, διότι το περιεχόμενο μιας ελευθερίας είναι συνήθως ευρύτερο από αυτό του δικαιώματος.

1.2. Στο πεδίο της φιλοσοφίας, όταν αναφερόμαστε στην ελευθερία, αναφερόμαστε στο στοιχείο της ανθρώπινης ύπαρξης που καθορίζει τον άνθρωπο ως έλλογο ον με ανεξάρτητη βούληση. Η ελευθερία του ανθρώπου νοείται στο αφηρημένο επίπεδο της συνείδησης (*forum internum*), ως εσωτερική αυτονομία. Οι αρχαίοι Έλληνες έκαναν λόγο για το αυτεξούσιο και την προαίρεση, οι Ρωμαίοι για ελεύθερη βούληση (*liberum arbitrium*).

Και το ερώτημα που θέτει η φιλοσοφία και η μεταφυσική είναι κατά πόσον ο άνθρωπος μπορεί πραγματικά να είναι ελεύθερος (η ελεύθερη βούληση είναι πραγματικά ελεύθερη; Υπάρχει διάκριση μεταξύ ελευθερίας δράσης και ελευθερίας σκέψης;) ή, ακόμη, τι είναι η ελευθερία στην ουσία της.²

2. Η κλασική συζήτηση εστιάζει κυρίως στη θεωρία του ντετεرمى-

1.3. Το δίκαιο ρυθμίζει την εξωτερική συμπεριφορά των ανθρώπων ως μελών ενός κοινωνικού συνόλου· στον δυτικό νομικό πολιτισμό, το δίκαιο δεν ενδιαφέρεται για την εσωτερική στάση των ανθρώπων (*forum internum*) παρά μόνον εφόσον αυτή εξωτερικεύεται. Στο δίκαιο και στη νομική επιστήμη λοιπόν η έννοια «δικαίωμα» –ή «ελευθερία»– αφορά τις σχέσεις που αναπτύσσονται μέσα στην κοινωνία.

Χρησιμοποιώντας το παράδειγμα του Ροβινσώνα Κρούσου από το περίφημο μυθιστόρημα του Ντάνιελ Ντεφόε, ο Βέλγος νομικός και ακαδημαϊκός Jean Dabin³ διευκρινίζει ότι όσο ο Ροβινσώνας είναι μόνος του στο νησί δεν τίθεται ζήτημα δικαιωμάτων. Δεν έχει κανένα δικαίωμα γιατί δεν συναγωνίζεται κανέναν άλλον άνθρωπο. Η έννοια δικαίωμα (όπως άλλωστε και η έννοια δίκαιο) δεν αποκτά νόημα παρά μόνον από τη στιγμή που έρχεται και ο Παρασκευάς στο νησί, από τη στιγμή δηλαδή που δημιουργούνται ανθρώπινες σχέσεις.

1.4. Ειδικότερα, η έννοια δικαίωμα –ή ελευθερία– αναφέρεται στις σχέσεις εξουσίας που αναπτύσσονται μέσα στην κοινωνία και έχει ως περιεχόμενο την προστασία του ανθρώπου από κάθε μορφής εξουσία μέσα στο κοινωνικό σύνολο. Με άλλα λόγια, το δικαίωμα ή η ελευθερία είναι η μορφοποίηση από το δίκαιο της προστασίας του ανθρώπου από τις ποικίλες μορφές εξουσίας μέσα στην κοινωνία.

νισμού (Descartes, Spinoza, Hume, Kant) και μετέπειτα στον υπαρξισμό (Heidegger, Sartre). Η νεότερη συζήτηση αναπτύσσεται στο πεδίο των γνωσιακών επιστημών (π.χ. η συμβολή του Eddy Nahmias). Ενδεικτικά: R. Kane (ed.), *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford University Press, ²2011.

3. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, (1952) 2007.