

Η ερμηνεία του όρου «Δημόσια Τάξη» ως περιορισμός των ατομικών ελευθεριών στην ΕΣΔΑ και το Σύνταγμα: Τα όρια της δικαιοδοτικής κρίσης του δικαστή κατά την εφαρμογή των περιορισμών των ατομικών ελευθεριών

Του ΠΑΠΑΣΤΥΛΙΑΝΟΥ ΧΡΗΣΤΟΥ

Δ.Ν - Δικηγόρου

[ΤΕΥΧΟΣ 3/2003]

Έχει ήδη επισημανθεί από αρκετούς μελετητές η αδυναμία των ελληνικών δικαστηρίων να αξιοποιήσουν τη νομολογία των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ, η οποία έχει καταλήξει συχνά στην καταδίκη της Ελλάδας[1]. Η κριτική επικεντρώνεται συνήθως στις δυσμενείς για την Ελλάδα συνέπειες από τις καταδίκες αυτές και στην αδυναμία υιοθέτησης από τα ελληνικά δικαστήρια των επιλογών που απορρέουν από την ενσωμάτωση της ΕΣΔΑ στην ελληνική έννομη τάξη. Το ζήτημα όμως των παραβιάσεων των διατάξεων της ΕΣΔΑ που διαπιστώνεται από τη νομολογία των δικαιοδοτικών οργάνων του Στρασβούργου, δεν αφορά μόνο τα περιθώρια εκτίμησης που έχει ο εθνικός δικαστής κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων, επειδή υπάρχει ένας βαθμός δικαιοδοσίας που ασκεί μια «εποπτεία» στον τρόπο εφαρμογής των σχετικών διατάξεων από τα δικαστήρια των κρατών.

Ο σχετικός προβληματισμός περιλαμβάνει και κάποιες άλλες παραμέτρους, που αφορούν κυρίως τα όρια της δικαιοδοτικής κρίσης και της αποστολής του δικαστή κατά την εφαρμογή των νόμων. Η εφαρμογή του δικαίου δεν εξαντλείται στην απλή υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στο διάγραμμα του κανόνα. Στο βαθμό που δεν είναι δυνατό να υπάρξει απόλυτη ταύτιση μεταξύ ατομικής περίπτωσης και του εφαρμοστέου κανόνα, η εφαρμογή του δικαίου απαιτεί αυτοτελή δικαιολόγηση, η οποία δεν εξαντλείται μόνο στην ανεύρεση του νοήματος του νόμου και στην επίκληση της νομοθετικής πρόβλεψης αλλά και στην ανεύρεση του κανονιστικού περιεχομένου της διάταξης, η οποία προϋποθέτει τη δημιουργία νέων «κανόνων» που είναι απαραίτητοι για να επεκταθεί το ρυθμιστικό πεδίο της διάταξης και στις περιπτώσεις όπου η σημασία του νόμου ως κειμένου δημιουργεί αμφιβολίες[2]. Η αντίληψη αυτή αντιμετωπίζει το έργο του δικαστή ως κατεξοχήν δικαιοπλαστικό καθώς η δικαιοδοτική κρίση δεν εξαντλείται στην απλή υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στο περιεχόμενο του κανόνα που εφαρμόζεται, αλλά περιλαμβάνει την ερμηνεία του νόμου υπό το φως των θεμελιωδών αρχών της έννομης τάξης[3]. Στο πλαίσιο αυτό η αναφορά στα συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα και τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται με την ΕΣΔΑ δε συνιστά μόνο αναγωγή σε μια ανώτερη βαθμίδα της έννομης τάξης, η οποία επιβάλλεται από την ιεραρχία των πηγών του δικαίου. Πρόκειται στην ουσία για την «υποταγή» του δικαστή στο νόμο, όχι απλά επειδή η διαδικασία παραγωγής του δικαίου σέβεται την αρχή της πλειοψηφίας, αλλά και γιατί είναι σύμφωνη με τις θεμελιώδεις αξίες που κρίθηκαν άξιες προστασίας από το συντακτικό νομοθέτη. Μια τέτοια θεώρηση της δικαιοδοτικής κρίσης επιβάλλει συγκεκριμένα όρια στην εφαρμογή των νόμων[4].

Η αναγωγή στα συνταγματικά δικαιώματα ως κριτήριο αξιολόγησης της ορθότητας της δράσης των οργάνων του κράτους επιβάλλει στο δικαστή να ελέγχει τη δράση αυτή με βάση «κανόνες» που θέτουν τα δικαιώματα, τα οποία συνιστούν έτσι μια θεμελιώδη παράμετρο για την αξιολόγηση της νομιμότητας της κρατικής δράσης. Σύμφωνα με την αντίληψη αυτή οι διατάξεις του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ αποτελούν κριτήρια θεμελίωσης της δικαιοδοτικής κρίσης, η οποία νοείται ως μια κρίση που δεν μπορεί να αγνοεί την έκταση της προστασίας που προσφέρουν τα δικαιώματα στους φορείς τους. Η σύλληψη αυτή της δικαιοδοτικής κρίσης, επιβάλλει συγκεκριμένους οδηγούς με βάση τους οποίους θα κριθεί η ορθότητα μιας δικαστικής απόφασης. Μια αναφορά σε πρόσφατες αποφάσεις των ελληνικών δικαστηρίων στο τελευταίο μέρος της μελέτης, θα αναδείξει τις διαφορές μεταξύ

της συγκεκριμένης αντίληψης, η οποία κατά τη γνώμη μας διέπει τη νομολογία των δικαιοδοτικών οργάνων του Στρασβούργου από την αντίστοιχη αντίληψη των ελληνικών δικαστηρίων, ακόμη και όταν τα τελευταία εναρμονίζουν «φαινομενικά» την νομολογία με εκείνη των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ. Για τις ανάγκες της μελέτης αυτής θα περιοριστούμε στην εξέταση ρήτρας της δημόσιας τάξης ως περιορισμού των ατομικών ελευθεριών, από το ΕυρΔΔΑ και τα ελληνικά δικαστήρια, σε μια σειρά από υποθέσεις που έχουν ως κοινό στοιχείο, τη διατήρηση των συνθηκών ειρηνικής διαβίωσης των πολιτών σε περιοχές που διαβιούν άτομα που ανήκουν σε διαφορετικές θρησκευτικές ή γλωσσικές μειονότητες.

1.Η δημόσια τάξη ως ρήτρα περιορισμού των ατομικών ελευθεριών στην ελληνική έννομη τάξη και την ΕΣΔΑ. Τα κριτήρια της δικαιοδοτικής κρίσης κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων.

Η δημόσια τάξη εμφανίζεται ως περιορισμός των ελευθεριών σε αρκετές διατάξεις της εσωτερικής έννομης τάξης και της ΕΣΔΑ. Σύμφωνα με την ΕΣΔΑ η δημόσια τάξη κάτω από ορισμένες προϋποθέσεις μπορεί να είναι θεμιτός περιορισμός των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται με τη συνθήκη. Η προσφυγή στη δημόσια τάξη γίνεται μέσω της ρήτρας περί νομιμότητας του σκοπού, στον οποίο πρέπει να αποβλέπει το συγκεκριμένο μέτρο, η οποία συνοδεύει τα άρθρα 9, 10 και 11 της ΕΣΔΑ. Στο πλαίσιο της εξέτασης της νομιμότητας του μέτρου η διατήρηση της δημόσιας τάξης έχει κριθεί ως νόμιμος σκοπός για την λήψη ενός μέτρου από τη νομολογία του ΕυρΔΔΑ[5]. Στο Σύνταγμα η δημόσια τάξη εμφανίζεται ως περιορισμός των δικαιωμάτων είτε μέσω της ρήτρας «τηρώντας τους νόμους του κράτους» η οποία συνοδεύει ως επιφύλαξη την άσκηση των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται με τις διατάξεις των άρθρων 12, 14, και 20 (δικαίωμα συνένωσης, ελευθερία της έκφρασης και δικαίωμα δικαστικής προστασίας), είτε άμεσα όπως συμβαίνει με τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται με τα άρθρα 11 και 13 (ελευθερία συνάθροισης και ελευθερία λατρείας αντίστοιχα)[6]. Στο επίπεδο του κοινού νόμου το Στ κεφάλαιο του ειδικού μέρους του Π.Κ, περιλαμβάνει τις διατάξεις περί επιβουλής της δημοσίας τάξης. Το έννομο αγαθό που προστατεύουν οι σχετικές διατάξεις είναι η κατάσταση κοινής ειρήνης που επικρατεί σε ορισμένο χρόνο και τόπο. Πρόκειται για την κατάσταση κοινωνικής ηρεμίας που επιτρέπει στα άτομα να συμβιώνουν ειρηνικά, έτσι ώστε να είναι δυνατή η συνύπαρξη όλων των επιμέρους ατόμων με όρους που να επιτρέπουν την απόλαυση της «κοινής ειρήνης» από όλα τα μέλη του κοινωνικού συνόλου.[7]

α) Η δημόσια τάξη στον ποινικό κώδικα και η ελευθερία της έκφρασης

Τα εγκλήματα που τιμωρούνται σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις είναι είτε εγκλήματα δημόσιας διέγερσης κατά των προσταγών της κρατικής εξουσίας είτε εγκλήματα που συνιστούν διασάλευση της ευταξίας σε συγκεκριμένο τόπο και χρόνο χωρίς προηγούμενη διέγερση των πολιτών κατά επιταγών της κρατικής εξουσίας, που βλάπτουν όμως την ειρηνική διαβίωση των πολιτών.[8] Στην πρώτη κατηγορία ανήκουν η διέγερση σε απειθεία, ή σε διάπραξη κακουργήματος ή πλημμελήματος, και η εγκωμίαση κακουργήματος αρθ. 183, 184, 185 Π.Κ. Στη δεύτερη κατηγορία ανήκουν η διατάραξη της κοινής ειρήνης με πρόκληση δικόνοιας ή η διατάραξη της ειρήνης των πολιτών, αρθ. 192, 189, 190 Π.Κ.[9] Η βλάβη που προκαλείται από τις συγκεκριμένες πράξεις στο έννομο αγαθό δημόσια τάξη είναι είτε δυνητική, με τη δημιουργία ατμόσφαιρας που μπορεί να οδηγήσει άμεσα στη διασάλευση, είτε πραγματική, με τη διασάλευση της ευταξίας σε συγκεκριμένο χώρο. Σε κάποιες δηλαδή περιπτώσεις τιμωρείται ο δράστης για το δυνητικό αποτέλεσμα των ενεργειών του και σε κάποιες άλλες για το αποτέλεσμα που πραγματικά επέρχεται.

Σε αρκετές περιπτώσεις η πράξη του δράστη δεν τιμωρείται επειδή ο ίδιος προβαίνει σε ενέργειες που οδηγούν στην ανατροπή της κατάστασης που περιγράφεται ως κοινή ειρήνη, αλλά γιατί ο λόγος του προξενεί τις αντιδράσεις των αποδεκτών του λόγου, οι οποίες και οδηγούν στη διασάλευση της τάξης. Δεν πρόκειται για την τιμωρία μιας πράξης που έχει τα χαρακτηριστικά της «οιονεί» ηθικής αυτουργίας, υπάρχει άλλωστε η σχετική διάταξη, αρθ. 186 ΠΚ, που τιμωρεί την πρόκληση και προσφορά για τέλεση κακουργήματος.[10] Ο δράστης τιμωρείται γιατί υπάρχει ένας αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της εκφοράς του λόγου και της αντίδρασης του αποδέκτη του λόγου. Αυτό που κρίνεται αξιόποιο στη συμπεριφορά

του είναι ότι ο τρόπος εκφοράς του λόγου έχει στοιχεία που οδηγούν τον απόδέκτη του μηνύματος να αντιδράσει έντονα. Το αξιόποινο της ενέργειας θεμελιώνεται όχι μόνο στο γεγονός της διασάλευσης της δημόσιας τάξης, η οποία επέρχεται από τις αντιδράσεις, αλλά στα εγκλήματα δυνητικής διακιδύνευσης τυποποιείται ως στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης και το ενδεχόμενο διασάλευσης της τάξης από τις αντιδράσεις που θα προκληθούν λόγω αυτής της ενέργειας. Πρόκειται για τα εγκλήματα της διέγερσης ή πρόκλησης σε απείθεια, αρθ 183, της διέγερσης ή πρόκλησης σε διάπραξη κακουργήματος ή πλημμελήματος αρθ 184 και το έγκλημα της διασποράς ψευδών ειδήσεων, αρθ 191. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις το στοιχείο του αποτελέσματος δεν έχει το χαρακτήρα μιας εμπειρικά διαπιστώσιμης κατάστασης ανατροπής της δημόσιας τάξης, αλλά αρκεί το γεγονός ότι από την ομιλία ή το γραπτό κείμενο μπορεί να δημιουργηθεί τέτοιος κίνδυνος. Γι αυτό και το στοιχείο της τέλεσης της πράξης δημόσια, είναι κρίσιμο, είναι το μέσο για να τεθεί η δημόσια τάξη σε κίνδυνο.^[11] Η δημόσια εκφορά ενός λόγου με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά κρίνεται ως αξιόποινη πράξη λόγω των συνεπειών που θα έχει στη δημόσια τάξη.

Στην περίπτωση αυτή το κρίσιμο ζήτημα είναι εάν τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος προϋποθέτουν την εκφορά λόγου από την πλευρά του δράστη για να είναι τιμωρητέα η πράξη. Μας ενδιαφέρουν λοιπόν οι διατάξεις εκείνες που περιορίζουν την ελεύθερη έκφραση του δράστη, ενόψει των συνεπειών του λόγου του, για να διασφαλίσουν μέσω του περιορισμού αυτού τη δημόσια τάξη. Το ζήτημα σχετικά με το εάν είναι επιτρεπτός ο περιορισμός της ελεύθερης έκφρασης βάσει της προσδοκώμενης βλάβης που θα προκύψει από το λόγο, συνίσταται στο ότι πρέπει να αναζητήσουμε τα κριτήρια εκείνα που δεν θα εξαρτούν τη βλάβη, από την ένταση της δημόσιας αντιπαράθεσης σχετικά με ένα ζήτημα. Η διάκριση αυτή είναι απαραίτητη γιατί σε διαφορετική περίπτωση η έλλειψη ανοχής απέναντι σε μειοψηφικές απόψεις μπορεί να οδηγήσει στην αντίδραση του ακροατηρίου, και διασάλευση της τάξης, δηλαδή στην πλήρωση της αντικειμενικής υποστάσεως του εγκλήματος, χωρίς καν να εξετάζεται το εάν ο περιορισμός αυτός είναι συνταγματικά θεμιτός.^[12]

Β) Περιεχόμενο και συνθήκες εκφοράς του λόγου

Στην περίπτωση της δημόσιας τάξης πρέπει λοιπόν να εξετάσουμε ποια είναι η σχέση που έχει το περιεχόμενο του λόγου με τις βίαιες αντιδράσεις των αποδεκτών του λόγου. Εάν υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του λόγου και των βίαιων αντιδράσεων πρέπει η πράξη να είναι τιμωρητέα σε κάθε περίπτωση; Εάν δεν εξακριβωθεί τέτοιος σύνδεσμος η πράξη του ομιλητή πρέπει να μείνει ατιμώρητη; Η υιοθέτηση της άποψης ότι εάν δεν υπάρχει τέτοιος σύνδεσμος οποιαδήποτε τιμωρία αποσκοπεί στην τιμωρία του δράστη για το φρόνημα του και άρα είναι αντίθετη στις συνταγματικές διατάξεις, παραγνωρίζει ότι υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες η βλάβη που προκαλείται από την ενέργεια του ομιλητή είναι ταυτόχρονη με την εκφορά του λόγου. Οι αποδέκτες του μηνύματος δεν έχουν το χρόνο ή τη δυνατότητα να αποφύγουν την έκθεση στο περιεχόμενο του μηνύματος. Παράδειγμα η προτροπή οπαδού ποδοσφαιρικής ομάδας προς άλλους οπαδούς να απειθήσουν στη διαταγή της αστυνομίας, η οποία τους διάτασε να απομακρυνθούν από τα αποδυτήρια των διαιτητών^[13]. Δεν έχουμε καμμία ένδειξη ότι ο ίδιος και οι άλλοι οπαδοί πρόκειται τελικά να απειθήσουν στη διαταγή. Θα πρέπει λοιπόν η πράξη να μείνει ατιμώρητη; Η απάντηση δεν θα εξαρτηθεί με αναφορά στο είδος της έκφρασης που περιορίζεται, διέγερση ή προκλήση, αλλά στη δικαιολόγηση του περιορισμού, εάν δηλαδή οι περιορισμοί αφορούν το περιεχόμενο του λόγου ή όχι. Η σημασία της διάκρισης ανάμεσα σε περιορισμούς που αφορούν το περιεχόμενο του λόγου και περιορισμούς που είναι άσχετοι με αυτό, έχει σχέση με το νομιμοποιητικό θεμέλιο του κάθε είδους^[14]. Η διάκριση βασίζεται όχι μόνο στο αποτέλεσμα που έχει ο περιορισμός εάν δηλαδή αφορά το περιεχόμενο του λόγου, αλλά και στο κριτήριο που αποτελεί το δικαιολογητικό θεμέλιο του, εάν δηλαδή το κίνητρο του νομοθέτη για την επιβολή του περιορισμού αφορά μόνο το περιεχόμενο του λόγου ή τις ενδεχόμενες συνέπειες που προκύπτουν από αυτό.^[15]

Ωστόσο η αξιολόγηση του περιορισμού δεν είναι ανεξάρτητη από την αξιολόγηση της βλάβης την οποία ο περιορισμός προσπαθεί να αποτρέψει. Εάν δώσουμε έμφαση στο αποτέλεσμα που έχει ο περιορισμός και όχι στο «κίνητρο» ή την αιτία, στην οποία βασίζεται

η επιλογή του νομοθέτη για την απαγόρευση κάποιων μορφών δράσης, τότε μόνο μια αξιολόγηση της βλάβης που προκαλεί ο λόγος σε σχέση με τις άμεσα διακριβώσιμες συνέπειες του, δηλαδή το ξέσπασμα των βιαιοπραγιών, διασφαλίζει ότι δε θίγεται ο ομιλητής για το περιεχόμενο του λόγου. Αυτό όμως θα οδηγούσε πρακτικά στη «φίμωση» του ομιλητή, στις περιπτώσεις τουλάχιστον που οι συνέπειες του λόγου στρέφονται εναντίον του, όπως είναι η περίπτωση του ομιλητή εναντίον του οποίου στρέφεται ένα οργανωμένο ακροατήριο και δεν υπάρχει επαρκής αστυνομική δύναμη να τον προστατέψει.^[16] Με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται ότι η τιμωρία του ομιλητή βασίζεται στις συνέπειες και όχι το περιεχόμενο του λόγου. Οποιοσδήποτε άλλος περιορισμός θεωρείται περιορισμός που αποσκοπεί στο περιεχόμενο, γιατί αποσκοπεί να προστατέψει τους αποδέκτες του λόγου από τις συνέπειες που θα έχει η έκθεση τους στο περιεχόμενο του λόγου. Η μόνη περίπτωση που ο ομιλητής δεν μπορεί να εγείρει τέτοιο δικαίωμα στην περίπτωση των περιορισμών για λόγους δημόσιας τάξης, είναι όταν ο περιορισμός επιβάλλεται προς όφελος του ομιλητή, όπως είναι ένας περιορισμός που αποσκοπεί να προστατεύσει τον ομιλητή από βίαιες αντιδράσεις εναντίον του.

Επειδή όμως στην περίπτωση της δημόσιας τάξης, η βλάβη την οποία προσπαθούν να αποτρέψουν οι περιορισμοί -δημιουργία επεισοδίων- δεν είναι εύκολο να εξακριβωθεί εάν προέρχεται αποκλειστικά από το περιεχόμενο του μυνήματος που εξέφρασε ο ομιλητής ή την πρόσληψη του λόγου από το ακροατήριο από τους αποδέκτες του μυνήματος θα πρέπει να προσφύγουμε αναγκαστικά σε παράγοντες που έχουν σχέση με τις συνθήκες εκφοράς του λόγου, όπως είναι πχ η επάρκεια της αστυνομικής δύναμης^[17]. Εάν βέβαια στραφούμε στο κίνητρο του νομοθέτη και όχι μόνο στο αποτέλεσμα του περιορισμού, θα διαπιστώσουμε ότι ακόμη και εάν το αποτέλεσμα είναι ο περιορισμός με βάση το περιεχόμενο του λόγου, το κίνητρο δεν είναι απαραίτητα πάντα η έλλειψη ανοχής στις απόψεις του ομιλητή.

γ) Οι συνέπειες από την εκφορά του λόγου ως κριτήριο εφαρμογής των σχετικών διατάξεων.

Αντίστοιχα προβλήματα παρουσιάζονται και στην περίπτωση που η πρόκληση της βλάβης, γίνει κατανοητή αποκλειστικά μόνο μέσα από μια προσέγγιση των συνεπειών του λόγου στη διασάλευση της δημόσιας τάξης, τότε οι συνέπειες από την εκφορά του λόγου θα είναι το μόνο κριτήριο που θα καθοδηγήσει τη δικαστική κρίση στις συγκεκριμένες περιπτώσεις. Το γεγονός όμως ότι οι συνέπειες αυτές μπορεί να επέλθουν ή επέρχονται^[18] δεν είναι ασφαλές κριτήριο, στο βαθμό που δεν είναι δυνατόν να προβούμε πάντα σε μια ξεκάθαρη διάκριση, ανάμεσα στην αξιολόγηση της συμπεριφοράς του ομιλητή, που προϋποθέτει η έννομη αγathό το οποίο προστατεύεται από το νόμο, εναντίον του οποίου στρέφεται με τον λόγο του. Για παράδειγμα το σύνθημα «κάτω ο στρατός» ή «κάψτε τα σχολεία»,^[19] μπορεί να οδηγήσει κάτω από δεδομένες συνθήκες στη διασάλευση της τάξης. Το γεγονός ότι το συγκεκριμένο σύνθημα ήταν γραμμένο σε τοίχο και άρα δε συντρέχουν οι συνθήκες διασάλευσης της δημόσιας τάξης, καθώς δεν υπάρχει άμεσος αποδέκτης της διέγερσης οδηγεί τη θεωρία να κρίνει ως εσφαλμένη την εφαρμογή της διάταξης που οδήγησε στην τιμωρία του δράστη^[20]. Ωστόσο παραμένει ανοικτό το ζήτημα εάν η εκφώνηση ενός τέτοιου συνθήματος από διαδηλωτές, οπότε υπάρχουν άμεσοι αποδέκτες του μυνήματος, μπορεί να αποτελέσει τιμωρητέα πράξη. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν είναι δυνατή χωρίς να εξετάσουμε εάν η έκφραση αυτή συνιστά και σύμφωνα με ποιές προϋποθέσεις, άσκηση δικαιώματος στο βαθμό που εκφράζει την απαξία του ομιλητή για το έννομο αγαθό που προστατεύουν οι στρατολογικοί νόμοι και ο θεσμός της υποχρεωτικής στράτευσης.

Η έλλευση των συνεπειών δεν αρκεί από μόνη της για τον περιορισμό του δικαιώματος έκφρασης του ομιλητή και για έναν άλλο λόγο. Εάν βασιστούμε στο κριτήριο της διασάλευσης της δημόσιας τάξης, εξαιτίας του ομιλιακού ενεργήματος, τότε αγνοούμε τον παράγοντα προκαταλήψεις ή ευπείθεια του ακροατή, που μπορεί να συμβάλει στο αποτέλεσμα της διέγερσης. Στην περίπτωση λοιπόν που η τιμωρητέα πράξη συνίσταται στη διέγερση των αποδεκτών του λόγου, και τη διασάλευση της δημόσιας τάξης που ακολουθεί εξαιτίας της διέγερσης, το γεγονός ότι η πράξη του δράστη έχει τα στοιχεία της νομοτυπικής μορφής του εγκλήματος δεν μπορεί να είναι αρκετό. Απαιτείται και ένας σύμφωνος προς το Σύνταγμα ορισμός των στοιχείων της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος, στο βαθμό

που τα στοιχεία αυτά, συνιστούν ένα περιορισμό δικαιώματος που είναι συνταγματικά κατοχυρωμένο.

δ) Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των σχετικών με τη δημόσια τάξη διατάξεων.

Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων, είναι μια μέθοδος ερμηνευτικής αναγωγής στο Σύνταγμα, για την ανεύρεση του νοήματος μιας διάταξης του νόμου. Κυρίαρχο ζήτημα είναι η ερμηνεία της διάταξης του νόμου. Το γεγονός ότι ο σκοπός της προστασίας του έννομου αγαθού δημόσια τάξη κρίνεται ως συνταγματικά θεμιτός, δε σημαίνει επαγωγικά ότι το νοηματικό εύρος των σχετικών διατάξεων είναι απεριόριστο. Για να διευκρινιστεί το περιεχόμενο των σχετικών διατάξεων, είναι απαραίτητο να οριοθετηθεί το νοηματικό τους εύρος σε σχέση με τις συνταγματικές διατάξεις και τα δικαιώματα, η άσκηση των οποίων περιορίζεται με βάση τις διατάξεις του ΠΚ. Στη θεωρία γίνεται μια διάκριση ανάμεσα στην σύμφωνη και την προσανατολισμένη προς το Σύνταγμα ερμηνεία, ανάλογα με το εάν τίθεται θέμα συνταγματικότητας του κοινού νόμου ή όχι[21]. Υποστηρίζεται ότι στην περίπτωση που δεν τίθεται ζήτημα συνταγματικότητας του νόμου αλλά αξιοποίησης του Συντάγματος για να διευκρινιστεί το νόημα μιας διάταξης, είναι ορθότερο να χρησιμοποιούμε τον όρο προσανατολισμένη προς το Σύνταγμα ερμηνεία. Στην παρούσα μελέτη θα χρησιμοποιήσω τον όρο σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία. Το νόημα των διατάξεων του κοινού νόμου προσδιορίζεται κάθε φορά ενόψει της εφαρμογής της διάταξης σε μια συγκεκριμένη περίπτωση. Στην περίπτωση δε που τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης της αξιόποινης πράξης συνιστούν περιορισμό της άσκησης συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος, η αναζήτηση του νοήματος της δεν μπορεί να γίνει ανεξάρτητα από το νόημα της σχετικής συνταγματικής διάταξης. Αυτό επιβάλλεται για δύο κυρίως λόγους: Πρώτον, διότι η ερμηνεία των νομικών κειμένων είναι κανονιστική ερμηνεία, διατυπώνεται με όρους δεοντολογικούς, δεν μπορεί δηλαδή να είναι ανεξάρτητη από κανονιστικά πρότυπα συμπεριφοράς που επιβάλλει η συγκεκριμένη διάταξη. Αυτό σημαίνει όμως ότι στην περίπτωση που μια διάταξη νόμου συνιστά περιορισμό άσκησης δικαιώματος, τότε το κανονιστικό πρότυπο συμπεριφοράς που παράγει η συνταγματική διάταξη δεν μπορεί να αγνοείται κατά την εφαρμογή του κοινού νόμου. Εάν με την ερμηνεία των νόμων παράγονται πρακτικά αποτελέσματα, αποτελέσματα που αφορούν το ευ πράττειν, υποδεικνύοντας την επιβαλλόμενη ενόψει του κανόνα συμπεριφορά, το αποτέλεσμα που παράγεται από την εφαρμογή ενός νόμου που περιορίζει κάποιο δικαίωμα, δεν μπορεί να αντιβαίνει στο πρακτικό αποτέλεσμα που παράγεται από την ερμηνεία της συνταγματικής διάταξης που κατοχυρώνει το δικαίωμα. Δεύτερον, το αίτημα της βεβαιότητας και ασφάλειας του δικαίου, επιβάλλει η ερμηνεία μιας διάταξης να γίνεται με τρόπο που περιορίζει αρνητικά το εύρος των δυνατών ερμηνειών. Στην περίπτωση δε που η διάταξη συνιστά περιορισμό κάποιου συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος, το νόημα της συνταγματικής διάταξης πρέπει να συμβάλει στο εύρος των δυνατών ερμηνειών της διάταξης του κοινού νόμου[22].

Για τους λόγους αυτούς ο όρος σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία θεωρούμε ότι αποδίδει ορθότερα τη συστατική ερμηνεία διατάξεων του νόμου, ώστε το νοηματικό τους εύρος να μην περιλαμβάνει περιπτώσεις εφαρμογής αντίθετες με το νόημα μιας συνταγματικής διάταξης. Στη αντίθετη περίπτωση, εάν δηλαδή συνδέαμε τη σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία, μόνο με τις περιπτώσεις που τίθεται ζήτημα αντισυνταγματικότητας της σχετικής διάταξης, θα περιορίζαμε την υποχρέωση του δικαστή να αναζητήσει κριτήρια ορθότητας της ερμηνευτικής του πρότασης στο Σύνταγμα, μόνο στις περιπτώσεις που τίθεται θέμα αντισυνταγματικότητας[23]. Στην Ελλάδα όμως ο έλεγχος της συνταγματικότητας είναι συγκεκριμένος και παρεπίπτων, εφόσον ο σκοπός του δικαστηρίου δεν είναι ο έλεγχος της συνταγματικότητας αλλά η εκδίκαση της σχετικής υπόθεσης. Το δικαστήριο εξετάζει την κρίσιμη διάταξη μόνο στην έκταση που αυτό είναι αναγκαίο για την υπόθεση. Σημείο εκκίνησης για το δικανικό συλλογισμό δεν είναι η συμφωνία του νόμου με το Σύνταγμα αλλά το εάν η εκδίκαση της υπόθεσης επηρεάζεται από τη συνταγματική διάταξη. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι τα δικαστήρια προχωρούν σε έλεγχο συνταγματικότητας μόνο στην περίπτωση που το ζήτημα της συνταγματικότητας καθορίζει την αποδοχή ή όχι του αιτήματος που υποβάλλεται με το ένδικο βοήθημα.[24]

Έτσι όμως μένει ανοικτό το ζήτημα εάν το Σύνταγμα επηρεάζει την εφαρμογή μιας διάταξης και όταν δεν τίθεται ζήτημα συνταγματικότητας της διάταξης. Το γεγονός ότι μια διάταξη κρίνεται ως συνταγματική δε συνεπάγεται και την εφαρμογή της με ένα συγκεκριμένο τρόπο. Δεν σημαίνει επίσης ότι η εφαρμογή δε μπορεί να ελεγχθεί με βάση κάποια κριτήρια που προσφέρει το Σύνταγμα χωρίς να τίθεται θέμα συνταγματικότητας της επίμαχης διάταξης. Επειδή η διάταξη του αρθ 191, περί διασποράς ψευδών ειδήσεων, κρίθηκε σύμφωνη με το Σύνταγμα [25], δε σημαίνει ότι ο δικαστής μπορεί να ερμηνεύει τους όρους που περιγράφουν την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος, όπως είναι η «δυνατότητα» των ειδήσεων να προκαλέσουν συγκεκριμένα αποτελέσματα, πχ κλονισμό στη δημόσια πίστη, αγνοώντας το υπο περιορισμό δικαίωμα [26]. Η διαπίστωση αυτή γίνεται και από τα δικαιοδοτικά όργανα του Στρασβούργου που είναι επιφορτισμένα με την εφαρμογή της ΕΣΔΑ. Αντιδιαστέλουν τη συμφωνία μιας διάταξης με την ΕΣΔΑ, από την υποχρέωση του εθνικού δικαστή να την εφαρμόσει σύμφωνα με το κείμενο της ΕΣΔΑ και κυρίως σύμφωνα με τη ρήτρα «μέτρα που είναι αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία».

ε) Η ρήτρα των μέτρων που είναι «αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία» στο κείμενο της ΕΣΔΑ και η αξιολόγηση των περιορισμών που βασίζονται στη δημόσια τάξη.

Η συγκεκριμένη ρήτρα επιτρέπει στο δικαστή να εξετάσει τα μέτρα που έχουν ληφθεί όχι μόνο σε σχέση με το εάν προβλέπονται στο νόμο, αλλά και με βάση τις θεμελιώδεις σταθμίσεις που αποτυπώνονται στο κείμενο της ΕΣΔΑ, με την εγγύηση συγκεκριμένων δικαιωμάτων τα οποία προσδιορίζουν και το κανονιστικό πεδίο της ρήτρας «δημοκρατική κοινωνία». Η Επιτροπή και το ΕυρΔΔΑ, κυρίως μέσω της ρήτρας των «μέτρων που είναι αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία» κρίνουν τα μέτρα που επιβάλλονται από τα δικαστήρια των κρατών, όχι μόνο σε αναφορά με τη συμφωνία του νόμου με βάση τον οποίο επιβάλλεται το συγκεκριμένο μέτρο, με τη συνθήκη αλλά, και με αναφορά, στη συγκεκριμένη ρήτρα. Για παράδειγμα, το γεγονός ότι οι κυβερνήσεις πρέπει να λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα για την διεξαγωγή του προεκλογικού αγώνα σε κλίμα ηρεμίας, δε σημαίνει ότι δικαιολογείται η καταδίκη έλληνα μεινοτικού υποψήφιου ο οποίος χαρακτήρισε την μειονότητα στη Θράκη ως τουρκική, σε προεκλογική ομιλία, άσχετα από το εάν προκλήθηκαν επεισόδια λόγω της δήλωσης. Το κρίσιμο στοιχείο είναι εάν ο λόγος του προσφεύγοντος προέτρεπε στη χρήση βίας. Στο βαθμό που κάτι τέτοιο δεν προκύπτει από το υλικό της δικογραφίας η καταδίκη του για πρόκληση δικόνοιας, με βάση τη διάταξη του αρθ. 192 ΠΚ, κρίνεται ότι παραβιάζει τη συνθήκη. Η επέλευση των αποτελεσμάτων που αρκεί για την πλήρωση της νομοτυπικής μορφής του εγκλήματος, δεν αρκεί για να θεωρηθεί η καταδίκη σύμφωνη με τη συνθήκη, άσχετα εάν στο κείμενο της συνθήκης η προστασία της δημόσιας τάξης αποτελεί λόγο περιορισμού της ελεύθερης έκφρασης. Κρίθηκε λοιπόν ότι ο τρόπος με τον οποίο εφαρμόστηκε η συγκεκριμένη διάταξη του άρθρου 192 του ΠΚ παραβιάζει το δικαίωμα του προσφεύγοντος στην ελευθερία της έκφρασης που κατοχυρώνεται από το άρθρο 10 της Συνθήκης, και όχι αυτή καθεαυτή η διάταξη [27]. Η σημασία της ρήτρας αυτής είναι ότι αποτελεί ένα φίλτρο με βάση το οποίο κρίνεται εάν η εφαρμογή μιας διάταξης είναι συμβατή με τη Συνθήκη. Η ρήτρα αυτή αξιοποιείται από τα δικαιοδοτικά όργανα του Στρασβούργου για να εξεταστεί η ορθότητα της εφαρμογής μιας διάταξης ενόψει της συγκεκριμένης κάθε φορά περίπτωσης [28]. Θα πρέπει να επισημάνουμε όμως ότι ο δικαστικός συλλογισμός είναι προσανατολισμένος πρωτίστως στην ερμηνεία του κοινού νόμου.

Ο δικαστής όταν ερμηνεύει μια διάταξη ενόψει της επίλυσης μιας διαφοράς, καταλήγει στην διατύπωση ενός μερικότερου κανόνα, με βάση τα πραγματικά περιστατικά που ανταποκρίνονται στο περιεχόμενο του κανόνα δικαίου. Σε ένα σύστημα συγκεκριμένου, διάχυτου και παρεπίπτοντος ελέγχου της συνταγματικότητας, εάν η διάταξη που εφαρμόζεται δεν κριθεί αντισυνταγματική, είναι δυνατό να καταλήγουμε σε διαφορετικά αποτελέσματα κάθε φορά που εφαρμόζεται η διάταξη, ακόμη και εάν οι αξιώσεις που εγείρονται παρουσιάζουν ομοιότητες ως προς τη νομική τους βάση. [29] Ο έλεγχος του αναιρετικού δικαστή δε γίνεται με απευθείας αναγωγή στο κείμενο του Συντάγματος αλλά διαμέσου της ερμηνείας του κοινού νόμου. Εάν μια διάταξη εγείρει ερμηνευτικά ζητήματα ο δικαστής επιλέγει μια από τις υποστηρίξιμες ερμηνείες στην οποία και θεμελιώνει την απόφαση του. Η θεμελίωση αυτή ελέγχεται από το αναιρετικό δικαστήριο. Ο έλεγχος αυτός αφορά την ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του κανόνα σύμφωνα με τη σχετική διάταξη της

ποινικής δικονομίας, (αρθ 510 ΚΠοινΔικ, περιπτ δ,ε,)[30], και η ενδεχόμενη αντισυνταγματικότητα εξετάζεται μόνο εαν αφορά την παραδοχή του αιτήματος που υποβλήθηκε με το ένδικο βοήθημα. Το ίδιο ισχύει και για τα πολιτικά δικαστήρια, ο αναιρετικός έλεγχος δεν μπορεί να μην περιλάβει και τον έλεγχο της ερμηνείας των εννοιών που περιέχονται στο πραγματικό του κανόνα, εφόσον η παράβαση του κανόνα δικαίου αποτελεί λόγο αναίρεσης (αρθ 559 ΚΠολΔ). Όπως προσφυώς σημειώνει ο Γ Μητσόπουλος, «στη συλλογιστική πορεία εφαρμογής των αορίστων εννοιών δεν μπορεί να υπάρξει διαχωριστικό όριο μεταξύ ελεγκτού και ανέλεγκτου»[31]. Θα πρέπει από την αιτιολογία της απόφασης να προκύπτουν σαφώς τα περιστατικά που είναι αναγκαία σύμφωνα με το νόμο για να θεωρηθεί το συγκεκριμένο περιστατικό περίπτωση εφαρμογής του κανόνα. Πολλές φορές όμως ο δικαστής είναι αναγκασμένος να εφαρμόσει διατάξεις που περιέχουν αόριστες αξιολογικές έννοιες, όπως είναι η μη αντίθεση του υπό ίδρυση σωματείου στο νόμο και τη δημόσια τάξη. Τα κριτήρια που θα χρησιμοποιήσει ο δικαστής για να αιτιολογήσει την κρίση το σχετικά με τους όρους που περιγράφονται στο πραγματικό των σχετικών διατάξεων δεν μπορούν να αγνοούν τους συνταγματικούς κανόνες που προσδιορίζουν την έκταση της προστασίας που παρέχει το δικαίωμα συνένωσης στους φορείς του, σύμφωνα με τη διάταξη του αρθ 12 Σ.

στ) Η σημασία των πραγματικών περιστατικών κατά την ερμηνεία των αορίστων αξιολογικών εννοιών.

Η κατηγορική κρίση του δικαστή η οποία αφορά την κρίση για τον νομικό χαρακτηρισμό των περιστατικών που διαπιστώθηκαν δεν είναι ανεξάρτητη από τη νομική αξιολόγηση των γεγονότων αυτών[32]. Παρόμοια είναι και η συλλογιστική των δικαιοδοτικών οργάνων του Στρασβούργου. Όπως προκύπτει και από την εξέταση της νομολογίας, η Επιτροπή και το Δικαστήριο, αφού κρίνουν ότι ο περιορισμός των δικαιωμάτων που προβλέπεται από την διάταξη του κοινού νόμου για λόγους προστασίας της δημόσιας τάξης, μπορεί να είναι αποδεκτός, σε ένα δεύτερο στάδιο κρίνει την εφαρμογή του. Στο στάδιο αυτό, η θεμελίωση της δικανικής κρίσης δε βασίζεται στις αρχές που εξετάστηκαν στο προηγούμενο στάδιο, αυτό δηλαδή που αφορά στη νομιμότητα της δημόσιας τάξης ως αποδεκτού περιορισμού.

Στην περίπτωση της ερμηνείας των διατάξεων του νόμου, η αναφορά στα πραγματολογικά στοιχεία είναι απαραίτητη για την ορθή επίλυση των δικαστικών διαφορών, στο βαθμό που κάθε περιγραφή, η οποία γίνεται στα πλαίσια ενός νομικού συλλογισμού, δεν είναι απλά η περιγραφή ενός γεγονότος αλλά είναι ένα από τα στοιχεία που οδηγεί στην επιλογή της λύσης που πρέπει να ακολουθηθεί[33]. Το τι σημαίνει δημοσιότητα και ο τρόπος που επηρεάζει την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης των εγκλημάτων περί επιβουλής της δημόσιας τάξης, αφορά την εξειδίκευση μιας έννοιας του κοινού νόμου. Το ίδιο συμβαίνει και με τις έννοιες μη αντίθεση του σωματείου στο νόμο και τη δημόσια τάξη[34]. Τα ερωτήματα αυτά αφορούν το πραγματολογικό υπόβαθρο της υπόθεσης και η αξιολόγηση τους από το δικαστή καθορίζει το αποτέλεσμα της δικαιοδοτικής κρίσης. Στο βαθμό που η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν είναι άσχετη με τον περιορισμό ενός ατομικού δικαιώματος δεν μπορούμε να αγνοήσουμε τις διατάξεις του Συντάγματος ή της ΕΣΔΑ που κατοχυρώνουν το συγκεκριμένο δικαίωμα. Ο ορισμός αυτός όμως δεν μπορεί να καθορίσει ποιές περιπτώσεις συνιστούν και ορθή υπαγωγή των γεγονότων στην έννοια που ορίζεται. Είναι η εφαρμογή της έννοιας με βάση τα συγκεκριμένα γεγονότα της υπόθεσης, η οποία και θα καθορίσει το σχετικό αποτέλεσμα. Ο ορισμός της έννοιας είναι ένα απαραίτητο στάδιο, της δικαιοδοτικής κρίσης. Όπως όμως προκύπτει και από την εξέταση των λόγων αναίρεσης που προβλέπονται από την Ποινική Δικονομία, και την Πολιτική Δικονομία καθώς επίσης και από τη σχετική νομολογία, προέχει η εξέταση της ύπαρξης ελαττωμάτων στην υπό αναίρεση απόφαση τα οποία είναι σχετικά με την κρίση για τη διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών ή την κρίση για την υπαγωγή τους στο νόμο[35].

Ο δικαστής πρέπει να αποδείξει ότι η ερμηνεία που έδωσε στο νόμο συνιστά επιτρεπτή από το νομοθέτη εφαρμογή του νόμου. Στην περίπτωση του νομοθετικού περιορισμού ενός δικαιώματος ο δικαστής είναι υποχρεωμένος να εξετάσει εαν ο σκοπός του νομοθέτη είναι συνταγματικά θεμιτός, και στην περίπτωση που κρίνει αρνητικά να θεωρήσει ότι δε δεσμεύεται από το νόμο και δεν τον εφαρμόζει. Στις υπόλοιπες περιπτώσεις όμως η ορθή εφαρμογή ενός νόμου η οποία ελέγχεται με βάση την αιτιολογία που παρατίθεται,

περιλαμβάνει την ορθή υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών και την επίλυση των αμφιβολιών σχετικά με τις αξιολογικές έννοιες που περιέχονται στο νόμο[36]. Στο στάδιο αυτό η αναγωγή στο Σύνταγμα γίνεται μόνο έμμεσα, μέσω της εξειδίκευσης των αορίστων αξιολογικών εννοιών. Ο δικαστής όταν ασκεί αναιρετικό έλεγχο για να διαπιστώσει εάν υπάρχει εσφαλμένη εφαρμογή ή ερμηνεία του κοινού νόμου, ελέγχει εάν η διατύπωση του συμπεράσματος, το οποίο αφορά τον νομικό χαρακτηρισμό μιας κατάστασης, ανταποκρίνεται στον κανόνα που εφαρμόστηκε. Αντίθετα στην περίπτωση του αφηρημένου ελέγχου της συνταγματικότητας η δικαιοδοτική κρίση αφορά κυρίως το εάν ο νομικός χαρακτηρισμός μιας κατάστασης είναι συνταγματικά αποδεκτός.

Το έργο της ερμηνείας αναγκαστικά μετέχει αξιολογικών κρίσεων, η διαφορά εντοπίζεται στο αντικείμενο της ερμηνείας κατά τη διαδικασία του αναιρετικού ελέγχου μιας απόφασης, σε σχέση με τον αφηρημένο έλεγχο της συνταγματικότητας. Στην περίπτωση αυτή η ορθή ερμηνεία μιας έννοιας κρίνεται από την εφαρμογή της έννοιας στη συγκεκριμένη περίπτωση. Ο δικαστής ελέγχει τη δυνατότητα «εξομίσωσης» της υπο κρίση περίπτωσης με αυτές που αποτελούν το περιεχόμενο του πραγματικού του κανόνα δικαίου. Ο δικαστής πρέπει να διαπιστώσει εάν με βάση τα πραγματικά περιστατικά που έχουν γίνει αποδεκτά, μπορούμε να θεωρήσουμε ότι η απόφαση δικαιολογείται νομικά από τη διάταξη που εφαρμόστηκε[37]. Στην περίπτωση που κρίνεται η συνταγματικότητα σε ένα σύστημα αφηρημένου ελέγχου, ο δικαστής καλείται να διαπιστώσει εάν η διάταξη μπορεί να δικαιολογηθεί με βάση το Σύνταγμα. Αυτή η διαφοροποίηση του αντικειμένου της ερμηνείας δεν αφήνει ανεπηρέαστη τη δικαιοδοτική κρίση. Ο δικαστής ασκώντας τον αναιρετικό έλεγχο εξετάζει εάν η υπο κρίση περίπτωση αποτελεί εμπειρικό περιεχόμενο του πραγματικού του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου, και έτσι ελέγχει τη θεμελίωση του πορίσματος του κατώτερου δικαστηρίου σχετικά με την επέλευση της έννομης συνέπειας, η οποία δεν αφορά πάντα τη συνταγματικότητα του κανόνα.[38] Πρέπει όμως να ελέγχει εάν υπάρχουν περισσότερες από μια υποστηρίξιμες ερμηνείες του νόμου, και να επιλέξει αυτή που είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα. Η επιλογή αυτή θα καθορίσει και το αποτέλεσμα της κρίσης σχετικά με τη ορθότητα της απόφασης του κατώτερου δικαστηρίου, όταν υπάρχουν περισσότερες από μια ερμηνευτικές εκδοχές και το δικαστήριο ακολούθησε μια από αυτές.

Η κατηγορική κρίση του δικαστή, η κρίση δηλαδή που αφορά το νομικό χαρακτηρισμό των γεγονότων που διαπιστώθηκαν αποτελεί αντικείμενο του αναιρετικού ελέγχου[39]. Πέρα από την ορθή επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα είναι απαραίτητη και η ορθή εφαρμογή του. Είναι λοιπόν απαραίτητο να διακρίνουμε ως ξεχωριστά ζητήματα τη σχέση μιας απόφασης με τις προκείμενες του νομικού συλλογισμού, και την ορθότητα των προκείμενων. Η ορθότητα των προκείμενων δεν οδηγεί μηχανικά σε ένα ορθό αποτέλεσμα. Για το λόγο αυτό είναι απαραίτητο να προβούμε σε μια διάκριση ανάμεσα σε εξωτερική και εσωτερική αιτιολόγηση μιας δικαστικής απόφασης[40].

2. Η αιτιολόγηση της δικαστικής απόφασης ως μέσο ελέγχου της ορθότητας της δικαιοδοτικής κρίσης.

Η εσωτερική αιτιολόγηση αφορά την πλήρωση των προϋποθέσεων που αποδεικνύουν ότι η απόφαση παράχθηκε κατά λογικό τρόπο από τις προκείμενες του νομικού συλλογισμού. Η εξωτερική αιτιολόγηση αφορά την ορθότητα των προκείμενων που χρησιμοποιεί ο δικαστής.[41] Η εσωτερική αιτιολόγηση προϋποθέτει τη θεμελίωση ενός νομικού συμπεράσματος στο γεγονός ότι μια συγκεκριμένη πράξη εκπληρώνει τους όρους της αντικειμενικής υπόστασης κάποιου κανόνα. Στο στάδιο αυτό εξετάζονται όλα εκείνα τα στοιχεία που καθιστούν μια απόφαση ως το αποτέλεσμα της υπαγωγής μιας πράξης στην αντίστοιχη αντικειμενική υπόσταση. Η σημασία που έχει η διαδικασία αυτή είναι φανερή καθώς τα σφάλματα στο στάδιο αυτό αποτελούν αιτία αναίρεσης της απόφασης. Η αιτιολογία μιας απόφασης είναι προϋπόθεση για να ελεγχθεί εάν εφαρμοσθηκε σωστά ο κανόνας στον οποίο βασίζεται. Η απόφαση πρέπει να εκθέτει τις σκέψεις με βάση τις οποίες το δικαστήριο κατέληξε στο συγκεκριμένο αποδεικτικό πόρισμα που αποτελεί τη βάση του συλλογισμού, καθώς και τους λόγους που οδήγησαν στον αποκλεισμό όλων των άλλων πιθανών εκδοχών. Σε αντίθετη περίπτωση δεν προκύπτει η λογική σύνδεση των γεγονότων που αποδείχθηκαν με το αποδεικτικό συμπέρασμα και η λογική σύνδεση αυτού με τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης.[42] Στο χώρο της πολιτικής δικονομίας η σχετική

υποχρέωση θεμελιώνεται στη διάταξη του άρθρου 340 παρ 2 που ορίζει ότι στην απόφαση πρέπει να αναφέρονται οι λόγοι που οδήγησαν το δικαστή στο σχηματισμό της πεποίθησης του.

Τα επιχειρήματα που αναπτύσσονται στο στάδιο της εσωτερικής αιτιολόγησης αφορούν τη συνοχή ανάμεσα στις προκείμενες και το συμπέρασμα του δικανικού συλλογισμού. Η διαδικασία υπαγωγής είναι καθοριστική για τη διακρίβωση της συνοχής στο στάδιο αυτό. Υπαγωγή θεωρείται η λογική σχέση ανάμεσα στη λύση που δίνεται σε μια διαφορά και στον κανόνα που αποτελεί τη βάση του δικανικού συλλογισμού.^[43] Ωστόσο η απλή αναφορά στην αντιστοιχία των πραγματικών περιστατικών με το κείμενο του νόμου δεν αρκεί. Είναι απαραίτητη η αναφορά σε αξιολογήσεις διαφορετικού τύπου για να εμφανιστεί η ερμηνεία που επιλέχθηκε ως η λογική συνεπαγωγή των προκείμενων αυτών. Οι προκείμενες στην περίπτωση αυτή δε βρίσκονται στο κείμενο της διάταξης αλλά αναζητούνται στο σύνολο της έννομης τάξης, πρόκειται για τις γενικές αρχές του δικαίου, τα νομολογιακά προηγούμενα και γενικότερα τα επιχειρήματα που αναφέρονται σε δικαϊκά δεδομένα πέρα από το κείμενο του νόμου .

Η εξωτερική αιτιολόγηση αφορά την ορθότητα των επιχειρημάτων που θεμελιώνουν τα ενδιάμεσα βήματα που είναι απαραίτητα για να εφαρμοστεί ο κανόνας σε ένα συγκεκριμένο περιστατικό, όπως είναι τα επιχειρήματα της νομικής δογματικής, η χρήση του νομολογιακού προηγούμενου, ή τα επιχειρήματα αρχών. Πρόκειται για επιχειρήματα που αφορούν την απόδειξη και την ερμηνεία^[44]. Ο στόχος των επιχειρημάτων αυτών είναι να στηρίξουν αντικειμενικά το συμπέρασμα σχετικά με το ποιός είναι ο σκοπός μιας έννομης ρύθμισης, ο οποίος και θα καθορίσει το αποτέλεσμα της απόφασης του δικαστή. Τα επιχειρήματα αυτά αναδεικνύουν κυρίως τη σχέση ανάμεσα στη θεμελίωση της απόφασης και το «σκοπό» της έννομης ρύθμισης που αποτελεί τη βάση του δικανικού συλλογισμού. Η εσωτερική αιτιολόγηση αναφέρεται στο εάν η απόφαση μπορεί να θεωρηθεί το λογικό αποτέλεσμα ενός ισχύοντος κανόνα δικαίου ενώ η εξωτερική αιτιολόγηση αναφέρεται στο εάν η απόφαση μπορεί να θεωρηθεί το αποτέλεσμα μιας διαδικασίας που σέβεται τις απαιτήσεις ορθολογικότητας που κάθε νομικό σύστημα ως σύνολο εγείρει^[45]. Η εξωτερική αιτιολόγηση είναι απαραίτητη γιατί η ισχύς της κρίσιμης νομικής επιταγής δε κρίνεται μόνο σε αναφορά με την εμπειρική πραγματικότητα που περιγράφουν οι κανόνες δικαίου, αλλά και με βάση κριτήρια ουσιαστικής ορθότητας που εγγυώνται ότι το αποτέλεσμα είναι δίκαιο.

Η διάκριση αυτή είναι απαραίτητη γιατί η ορθότητα των δεδομένων στα οποία προσφεύγει ο δικαστής όπως είναι το κείμενο της διάταξης και η αποδεικτική διαδικασία, δεν είναι αρκετή από μόνη της να οδηγήσει στην θεμελίωση μιας ορθής απόφασης, καθώς η εξειδίκευση των εννοιών που περιέχονται στα δεδομένα στα οποία βασίζει ο δικαστής την κρίση του, προϋποθέτει ένα νέο συλλογισμό διαφορετικό από αυτόν που προηγήθηκε για την ανεύρεση των δεδομένων αυτών. Η διαπίστωση του δικανικού συλλογισμού σχετικά με την ύπαρξη μιας διάταξης στην οποία θεμελιώνεται η απόφαση, είναι μια διαπίστωση που αφορά την ένταξη της απόφασης στο νομικό σύστημα, από μόνη της όμως δε μας λέει τίποτε για την ορθότητα του δικανικού συλλογισμού. Αυτό συμβαίνει γιατί η «αλήθεια» των πραγματικών περιστατικών διακρίνεται από την υπαγωγή τους στο νομικό συλλογισμό. Η εξακρίβωση των πραγματικών περιστατικών διαφέρει από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών σε μια νομική έννοια, η οποία αποτελεί ένα ιδιαίτερο συλλογιστικό στάδιο. Η αιτιολόγηση μιας απόφασης δεν εξαντλείται στην επίκληση ενός συγκεκριμένου κανόνα, πρέπει να αποσκοπεί επίσης στη γεφύρωση του χάσματος ανάμεσα στον κανόνα και την ελλάσσονα πρόταση του νομικού συλλογισμού, με την εξειδίκευση των γενικών όρων που περιέχονται στη μείζονα πρόταση^[46]. Στο στάδιο αυτό αποδεικνύεται ότι η συγκεκριμένη περίπτωση ανταποκρίνεται στην περιγραφή της συμπεριφοράς που ρυθμίζεται με τον κανόνα που εφαρμόζεται. Για να καταλήξει ο δικαστής στο συμπέρασμα ότι η χρήση του όρου «Τούρκος» από τον ομιλητή ως προσδιορισμός της εθνικής του καταγωγής, συνιστά περίπτωση υπαγωγής της πράξης του στο νομικό όρο, διέγερση των πολιτών σε αμοιβαία διχόνοια που περιέχεται στο αρθ. 192 ΠΚ, προβαίνει σε ερμηνεία του όρου αυτού^[47]. Για να γίνει όμως δυνατή η υπαγωγή αυτή είναι απαραίτητο ο δικαστής να απαντήσει έστω υπόρρητα στην ερώτηση ποιές είναι οι «ιδιότητες» που είναι δυνατό να ανήκουν στην έννοια αυτή;

α) το κείμενο της διάταξης και η αιτιολόγηση των δικαστικών αποφάσεων

Η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι ζήτημα που αφορά το κανονιστικό περιεχόμενο της διάταξης και όχι ζήτημα εμπειρικής διαπίστωσης της σημασίας ενός κανόνα. Η σύνδεση της κρίσης του δικαστή με αξιολογικές εκτιμήσεις που αναφέρονται στις κανονιστικές επιλογές του νομοθέτη είναι αναπόφευκτη. Η αβεβαιότητα σχετικά με το εάν ο αυτοπροσδιορισμός του ομιλητή ως «Τούρκου», συνιστά διέγερση των πολιτών σε αμοιβαία διχόνοια, είναι κανονιστική αβεβαιότητα σχετικά με την απαγόρευση ή μη ορισμένων πράξεων. Χωρίς αναφορά στις αξιολογήσεις που μπορούν να δικαιολογήσουν ένα κανόνα της μορφής «ο προσδιορισμός της εθνικής καταγωγής των ατόμων που διαβιούν σε μια συγκεκριμένη επικράτεια με τρόπο διάφορο από τον αντίστοιχο των διεθνών συνθηκών, σε περίπτωση που προκαλέσει την βίαιη αντίδραση των αποδεκτών του λόγου συνιστά διέγερση», είναι αδύνατο να κρίνουμε τη θεμελίωση της δικαστικής απόφασης. Στο στάδιο αυτό η προσφυγή σε κριτήρια που βρίσκονται πέρα από το κείμενο του νόμου είναι απαραίτητη, στο βαθμό που η απάντηση σχετικά με τη δικαιολόγηση ενός κανόνα με το παραπάνω περιεχόμενο δεν μπορεί να θεμελιωθεί στην επίκληση του κειμένου της διάταξης.

Είναι φανερό ότι η θεωρία αυτή οδηγεί στην αποδοχή της θέσης που είναι κοινή με άλλους θεωρητικούς όπως ο R Dworkin, ότι ως πηγές του δικαίου εν τη ευρεία έννοια αναγνωρίζονται εκτός από τους νόμους, οι γενικές αρχές, οι σταθμίσεις συμφερόντων, τα νομολογιακά προηγούμενα[48]. Η ορθότητα της απόφασης κρίνεται βάσει κριτηρίων που μπορούν να βρεθούν πέρα από το κείμενο των νόμων. Δίνεται έμφαση στα στοιχεία της απόφασης που παραπέμπουν σε σταθερές πέρα από το κείμενο του νόμου[49]. Ο τρόπος βέβαια που επηρεάζουν τα δεδομένα αυτά τη θεμελίωση του νομικού συλλογισμού στο θεωρητικό μοντέλο που εξετάζουμε διαφέρει από το αντίστοιχο του R Dworkin. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι για τη συγκεκριμένη θεωρία τα επιχειρήματα των διαδίκων αποτελούν τη λογική κατηγορία στην οποία ο ερμηνευτής μπορεί να εντοπίσει τη σύνδεση μεταξύ πραγματικών περιστατικών και του νοήματος του κανόνα. Η δικαστική επίλυση μιας υπόθεσης δε γίνεται με απευθείας αναγωγή σε αρχές. Οι αρχές εισβάλλουν στο πεδίο του δικανικού συλλογισμού διαμέσου των επιχειρημάτων που επικαλούνται οι διάδικοι για την υποστήριξη των αιτημάτων τους. Το ενδιαφέρον του δικαστή στρέφεται στα επιχειρήματα των διαδίκων με βάση τα οποία προσπαθούν να καταδείξουν κυρίως την ορθότητα της υπαγωγής μιας περίπτωσης σε ένα κανόνα.

Η μετατόπιση του ενδιαφέροντος από την ανεύρεση μιας ορθής λύσης στη θεμελίωση της με βάση επιχειρήματα, δεν είναι άσχετη από το γεγονός ότι οι νομικοί διάλογοι θεωρούνται από τον R Alexy ως ειδική περίπτωση πρακτικών διαλόγων. Η άποψη του βασίζεται σε μια σειρά από παραδοχές σε σχέση με την φύση της νομικής επιχειρηματολογίας και απόφασης. Η πρώτη από αυτές τις παραδοχές είναι ότι οι νομικές αποφάσεις λαμβάνονται μετά από μια διαδικασία ορθολογικών διαλόγων και δεν είναι αποτέλεσμα απλά της βούλησης του αποφασίζοντος οργάνου. Η δεύτερη αφορά την υποχρέωση αιτιολόγησης με επιχειρήματα οποιασδήποτε διαφοροποιημένης μεταχείρισης στα πλαίσια μιας νομικής κατηγορίας. Όταν διατυπώνουμε μια αξίωση ισχύος στους νομικούς διαλόγους, διατυπώνουμε ταυτόχρονα την πρόταση ότι η αξίωση αυτή είναι καθολικά ισχύουσα για όλες τις περιπτώσεις που είναι όμοιες με την υπο εξέταση. Η κριτική που αναπτύχθηκε από τον P. Ricouer, είναι ότι η προσφυγή στην έννοια της ομοιότητας συνεπάγεται αναγκαστικά την προσφυγή σε μια ερμηνευτική και όχι βασισμένη σε επιχειρήματα διαδικασία[50]. Δεν θα πρέπει να μας διαφεύγει όμως ότι η αξίωση της καθολικότητας προσανατολίζει τους συμμετέχοντες στους διαλόγους, στη χρήση επιχειρημάτων που αναφέρονται στο γενικεύσιμο χαρακτήρα της αξίωσης τους με βάση το ιδεώδες της δικαιοσύνης. Η παρατήρηση αυτή δεν είναι άσχετη με το πως ο R Alexy αντιλαμβάνεται τις ιδιότητες των πρακτικών διαλόγων.

Σύμφωνα με τον Alexy ο ρόλος των πρακτικών διαλόγων δεν είναι να καθορίζουν μόνο το κοινό διαφέρον, ότι δηλαδή μπορεί να αναχθεί σε κοινό συμφέρον όλων των εμπλεκόμενων. Η σημαντικότερη λειτουργία τους είναι η «συμφιλίωση» των ενδιαφερόντων που δεν είναι κοινά, με αμοιβαίες υποχωρήσεις. Η διαδικασία αυτή μπορεί να έρθει σε πέρας μόνο εάν λάβουμε υπόψη τα ενδιαφέροντα των άλλων καθώς επίσης και το γεγονός ότι η νομιμοποίηση κάθε αξίωσης που βασίζεται σε ατομικό ενδιαφέρον είναι το διακύβευμα και όχι το δεδομένο. Στο πλαίσιο αυτό ο καθορισμός του ειδικού βάρους κάθε διαφέροντος

ενόψει μιας συγκεκριμένης περίπτωσης, είναι προτιμότερο από την άποψη της ορθότητας της απόφασης να βασίζεται σε επιχειρήματα, απ' ό,τι στη βούληση του αποφασίζοντος. [51]

β) Η ορθολογική διαβούλευση ως μέθοδος αιτιολόγησης

Η συγκεκριμένη θεώρηση βασίζεται σε δύο παραδοχές. Η πρώτη είναι η δυνατότητα μιας διαδικασίας ορθολογικής διαβούλευσης να παράγει κανονιστικά αποτελέσματα, και η δεύτερη αφορά την εμπέλεια που μπορεί να έχει το εγχείρημα θεμελίωσης μιας απόφασης με όρους ορθολογικής διαβούλευσης στο στάδιο της εφαρμογής του δικαίου. Και οι δυο αυτές παραδοχές έχουν επικριθεί. Στην πρώτη κατηγορία ανήκουν οι κριτικές που αρνούνται το χαρακτήρα του νομικού συλλογισμού ως το αποτέλεσμα μιας έλλογης διαβούλευσης [52]. Η δεύτερη κατηγορία κριτικών αναφέρεται στην εμπέλεια των διαδικασιών ορθολογικής διαβούλευσης και την περιορίζει μόνο στο στάδιο της νομοθέτησης [53]. Ωστόσο μόνο εάν περιορίσουμε την έννοια του κανόνα σε αυτή του νόμου μπορούμε να αποκλείσουμε την απαίτηση για ορθολογική θεμελίωση και των δικαστικών αποφάσεων. Κάτι τέτοιο όμως θα συνιστούσε επιστροφή σε καθαρά φορμαλιστικά κριτήρια για το ρόλο της δικαιοδοτικής κρίσης, τα οποία δίνουν έμφαση μόνο στην ισχύ των κανόνων που εφαρμόζονται. Υπάρχει όμως και το ζήτημα της ισχύος της απόφασης. [54] Όπως δείχνουν και οι περιπτώσεις ανάιρεσης για ελεϊπή αιτιολογία ή εσφαλμένη ερμηνεία του νόμου, η ισχύς των κανόνων δεν επηρεάζει και την ισχύ της απόφασης, η οποία μπορεί να αναιρεθεί χωρίς να τίθεται ζήτημα ισχύος των κανόνων που εφαρμόστηκαν, εκτός από την περίπτωση που κριθεί ο εφαρμοστέος νόμος αντισυνταγματικός. Η εξέταση του ζητήματος εάν ο περιορισμός είναι συνταγματικά επιτρεπτός δεν καθορίζει και την ορθότητα της εφαρμογής του κανόνα που θα προκύψει σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, και η θεμελίωση του δικανικού συλλογισμού αφορά κυρίως την εξειδίκευση των στοιχείων της διάταξης που είναι απαραίτητα για να απαντηθεί το ερώτημα εάν μια συγκεκριμένη πράξη εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης. Η ισχύς λοιπόν της απόφασης είναι ένα ζήτημα ξεχωριστό και αφορά τη θεμελίωση της απόφασης, και όχι του κανόνα που αποτελεί τη βάση της.

Όταν λοιπόν εξετάζουμε τα θεμέλια της αιτιολογίας των δικαστικών αποφάσεων δεν μπορούμε να αγνοούμε την παραδοχή ότι η αιτιολογία μιας απόφασης πρέπει να αναφέρεται στα στοιχεία εκείνα που απαντούν στο κανονιστικό ερώτημα που θέτει η κάθε περίπτωση εφαρμογής ενός κανόνα. Η αιτιολόγηση μας παρέχει τα εννοιολογικά κριτήρια που είναι απαραίτητα για να κρίνουμε την ορθότητα μιας δικαστικής απόφασης. Η διαπίστωση αυτή όμως δεν παρέχει από μόνη της κάποια κριτήρια σχετικά με το εύρος των δεσμεύσεων που επιβάλλει στο δικαστή η υποχρέωση της αιτιολογίας των δικαστικών αποφάσεων. Ποιά είναι λοιπόν η λογική σχέση μεταξύ της δυνατότητας ελέγχου και της αιτιολογίας; Η απάντηση στο ερώτημα αυτό δε μπορεί να δοθεί χωρίς να εξετάσουμε τις συγκεκριμένες συνταγματικές αρχές που αποτελούν το κανονιστικό θεμέλιο της υποχρεωτικής αιτιολόγησης [55]. Η σπουδαιότερη από τις αρχές αυτές είναι η αρχή της ασφάλειας δικαίου. Η ασφάλεια του δικαίου νοούμενη ως ασφάλεια μέσω του δικαίου και όχι βεβαιότητα του δικαίου. [56] Η πραγμάτωση της αρχής αυτής σημαίνει ότι η μόνη βεβαιότητα που μπορεί να εγγυηθεί το δίκαιο είναι αυτή η οποία διασφαλίζει κάποια σημαντικά αγαθά του προσώπου μέσω της συνταγματικής τους κατοχύρωσης. Η αναζήτηση της βεβαιότητας δεν μπορεί να γίνει χωρίς την αναγνώριση ότι τα σύγχρονα συντάγματα ορίζουν αποθετικά το περιεχόμενο της ασφάλειας δικαίου, μέσω της κατοχύρωσης της προσωπικής ελευθερίας απέναντι στην αυθαιρεσία.

γ) Η υποχρέωση αιτιολογίας των δικαστικών αποφάσεων και η προστασία των συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων.

Για να διακριθώσουμε τη σχέση που έχει η υλοποίηση της αρχής αυτής με την υποχρέωση της αιτιολογίας είναι απαραίτητο να εξετάσουμε το πλέγμα των συνταγματικών διατάξεων που αφορούν την παροχή δικαστικής προστασίας. Οι διατάξεις δεν περιορίζονται στη διάταξη του άρθρου 20παρ 1 του Συντάγματος. Πρόκειται για ένα σύνολο διατάξεων που αφορούν την κατοχύρωση μιας ιδιαίτερης κατηγορίας συνταγματικών δικονομικών δικαιωμάτων. [57] Κοινό χαρακτηριστικό τους είναι ότι διασφαλίζουν συγκεκριμένους όρους παροχής δικαστικής προστασίας στην περίπτωση που θίγονται τα δικαιώματα ή συμφέροντα των πολιτών. Η ιδιαίτερη αυτή κατηγορία δικαιωμάτων είναι τα δικαιώματα που κατοχυρώνουν

τα αρθ. 7, 20 παρ 1, και 87 παρ 2 του Συντάγματος. Τα δικαιώματα αυτά πρέπει να ερμηνεύονται κατά τρόπο εννιαίο, καθώς κατοχυρώνουν τη δυνατότητα για παροχή έννομης προστασίας μέσα στα πλαίσια που ορίζουν οι νόμοι και το Σύνταγμα. Ο νομικός χαρακτήρας των δικαιωμάτων αυτών είναι διπλός, δηλαδή αποτελούν ταυτόχρονα και θεσμική εγγύηση που αφορά την οργάνωση και απονομή της δικαιοσύνης, αλλά και υποκειμενοποιούν μια αντικειμενική εγγύηση που αφορά τη διασφάλιση των δικαιωμάτων του κάθε ατόμου μεμονωμένα.^[58] Τα δικονομικά αυτά δικαιώματα δε πρέπει να συγχέονται με τα ουσιαστικά δικαιώματα τα οποία καλούνται να διασφαλίσουν. Τα δικαιώματα αυτά χωρίς να στερούνται αυτοτέλειας, προϋποθέτουν την ύπαρξη κάποιων ουσιαστικών δικαιωμάτων την άσκηση των οποίων εγγυώνται.^[59] Η διαπίστωση αυτή δεν αφορά μόνο το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας αλλά και τα υπόλοιπα. Το σύνολο των δικονομικών δικαιωμάτων και η λειτουργία τους, ως συνθήκες διασφάλισης της άσκησης ουσιαστικών δικαιωμάτων, στηρίζουν την υποχρέωση αιτιολογίας καθώς η αιτιολογία αποτελεί τον απαραίτητο όρο τήρησης αυτών των διατάξεων. Καθώς τα δικαιώματα αυτά διασφαλίζουν την άσκηση των ουσιαστικών δικαιωμάτων, η αιτιολογία διασφαλίζει ότι κάθε περίπτωση προσβολής τους γίνεται με βάση σαφώς προσδιορισμένες προϋποθέσεις που έχουν τηρηθεί.

Μια περαιτέρω ανάλυση του τρόπου με τον οποίο τα δικαιώματα αυτά επιδρούν στην ποινική δίκη ειδικότερα θα αναδείξει τη σύνδεση μεταξύ των δικαιωμάτων αυτών και την υποχρέωση αιτιολογίας. Από τη διατύπωση του αρθ 7 του Συντάγματος δε προκύπτει ρητή αναφορά στην έννοια του αδίκου. Γίνεται όμως ρητή αναφορά στο έγκλημα και την πράξη. Ο άδικος χαρακτήρας της πράξης είναι η εννοιολογική προϋπόθεση της συνταγματικής κατοχύρωσης της αρχής n.c.n.p.s.l. Το Σύνταγμα δεν δίνει ένα θετικό ορισμό της πράξης βοηθά όμως να καταλήξουμε σε ένα αποθετικό ορισμό. Η κατοχύρωση συγκεκριμένων ελευθεριών όπως η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, εξαιρεί ορισμένες κατηγορίες από την έννοια της πράξης που μπορεί να είναι τιμωρητέα από το ποινικό δίκαιο, σύμφωνα με το αρθ. 7 του Συντάγματος. Η προστασία της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας σε συνδυασμό με την προστασία της θρησκευτικής συνείδησης και την προστασία που παρέχει το αρθ. 9 της ΕΣΔΑ, στην ελευθερία της συνείδησης γενικά,^[60] συνηγορούν υπέρ του αποκλεισμού της τιμωρίας του φρονήματος του δράστη.^[61] Καταλήγουμε λοιπόν σε δύο διαπιστώσεις, α) Ο άδικος χαρακτήρας της πράξης, είναι η συνταγματικά κατοχυρωμένη προϋπόθεση της επιβολής ποινής και β) ο άδικος χαρακτήρας δε μπορεί να θεμελιωθεί στο φρόνημα του δράστη.

Η αρχή n.c.n.p.s.l., δεν είναι απλά μια διαδικαστική αρχή που απλώς διασφαλίζει ότι πρέπει να υπάρχει τυπικός νόμος για να κριθεί μια πράξη τιμωρητέα. Επειδή ακριβώς διασφαλίζει κάποια ουσιαστικά δικαιώματα όπως η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, επιβάλλει και κάποιους περιορισμούς σχετικά με τον άδικο χαρακτήρα της πράξης, οι οποίοι πρέπει να λαμβάνονται υπόψη από το δικαστή. Η αιτιολογία λοιπόν είναι η απαραίτητη προϋπόθεση για να ελεγχθεί εάν η κρίση του δικαστή σχετικά με τον άδικο χαρακτήρα της πράξης σέβεται τους περιορισμούς αυτούς. Για το λόγο αυτό ο δικαστής είναι υποχρεωμένος να απαντά αιτιολογημένα σε κάθε ισχυρισμό του κατηγορούμενου σχετικά με τον άδικο ή μη χαρακτήρα της πράξης. Αντίστοιχα ο δικαστής των πολιτικών δικαστηρίων έχει την υποχρέωση να αναφέρει τους λόγους που οδήγησαν στο σχηματισμό της δικανικής πεποίθησης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 340 παρ2 ΚΠολΔ. Στη διαδικασία αυτή η εξειδίκευση των αορίστων εννοιών είναι αναγκαία «μέχρι της απαραίτητου εκείνης ακρίβειας, ώστε να επιτελέσει η ούτως εξειδικευθείσα έννοια τη ρυθμιστική της λειτουργία για την ατομική περίπτωση»^[62].

Η υποχρέωση της αιτιολογίας του δικαστή ως προς τα πραγματικά περιστατικά θεμελιώνεται στη δέσμευση του δικαστή από το νόμο σύμφωνα με τη διάταξη του αρθ 87 παρ 2 του Συντάγματος. Επιβάλλει δε συγκεκριμένες δεσμεύσεις στο έργο του δικαστή. Στο ποινικό δίκαιο η υποχρέωση της αιτιολογίας ως προς τις αμφισβητούμενες αξιολογικές έννοιες δεν μπορεί να αγνοεί τους ειδικούς περιορισμούς της αρχής n.c.p.s.l. Η αρχή n.c.p.s.l που έχουμε προαναφέρει, επιβάλλει η αρχή in dubio pro libertate, όσον αφορά την αιτιολόγηση των αξιολογικών εννοιών να εμνησθεί ως in dubio pro certudine. Η εφαρμογή της αρχής δηλαδή, προϋποθέτει ότι ο δικαστής έχει επιλύσει κάθε αμφιβολία σχετικά με το νόημα των αξιολογικών εννοιών και σχετικά με τους ισχυρισμούς που αφορούν τον άδικο χαρακτήρα της πράξης και επίσης ότι έχει απαντήσει αιτιολογημένα σε αυτούς.^[63]

Αντίστοιχη υποχρέωση έχει και ο αναιρετικός δικαστής των πολιτικών υποθέσεων, ο οποίος στο πλαίσιο του αναιρετικού ελέγχου που βασίζεται στο άρθρο 559 αρ 1 του ΚΠολΔ (έλειψη νόμιμης βάσης της απόφασης), πρέπει να ελέγχει την εφαρμογή των κανόνων της λογικής που χρησιμοποιήθηκαν για τη συναγωγή ερμηνευτικών συμπερασμάτων ή την υπαγωγή των πραγματικών γεγονότων στον κανόνα δικαίου[64].

δ) Η αιτιολογία των δικαστικών δεσμεύσεων και οι ουσιαστικές δεσμεύσεις που απορρέουν από τον εγγυητικό χαρακτήρα των δικαιωμάτων

Όπως προκύπτει και από την ανάλυση που προηγήθηκε τα δικονομικού χαρακτήρα δικαιώματα που κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα, συναντούν ένα όριο εξωτερικό ως προς αυτά, το ουσιαστικό περιεχόμενο των ατομικών ελευθεριών, την άσκηση των οποίων και διασφαλίζουν. Αυτό οφείλεται στο χαρακτήρα των ατομικών ελευθεριών. Στην περίπτωση των ατομικών ελευθεριών, το αποτέλεσμα που παράγεται από την τήρηση των διαδικασιών πρέπει να είναι σύμφωνο με το περιεχόμενο των ελευθεριών. Τα δικαιώματα θέτουν τα όρια της διαδικασίας[65]. Η ανάλυση της λειτουργίας που επιτελεί η αιτιολογία στον έλεγχο της ορθότητας της δικαιοδοτικής κρίσης, μας δείχνει ότι εφόσον μια διαδικασία συγκροτείται ως αξίωση θεμελιωμένη σε μια ατομική ελευθερία, ο αμυντικός χαρακτήρας της αξίωσης απαγορεύει την άρση της.

Η παραδοχή αυτή θέτει συγκεκριμένα όρια στη δικαιοδοτική κρίση. Στη διαδικασία αιτιολόγησης τα δικαιώματα δεν μπορούν να έχουν την ίδια δικαιολογητική δύναμη με τα επιχειρήματα που στηρίζουν άλλες νομοθετικές επιλογές. Η σχέση μεταξύ τους είναι μια σχέση προτεραιότητα και υπεροχής και όχι ειδικής προτίμησης υπέρ των δικαιωμάτων. Διαφορετικά αφήνουμε ανοιχτό το ενδεχόμενο σχετικοποίησης των δικαιωμάτων από άλλες αξίες, που στηρίζουν νομοθετικές επιλογές οι οποίες δεν είναι βασισμένες σε δικαιώματα. Εάν δεν αναγνωρίσουμε την υπεροχή των δικαιωμάτων, τα δικαιώματα απλά καταλήγουν να έχουν μια σχέση ειδικής προτίμησης και όχι προτεραιότητας με βάση τη γενική δεσμευτικότητα και την απόλυτη προστασία των σχέσεων που υπάγονται στο κανονιστικό τους πεδίο. Ο εγγυητικός χαρακτήρας των ατομικών δικαιωμάτων δεν είναι συμβατός με μια λειτουργική θεώρηση των δικαιωμάτων. Τα επιχειρήματα υπέρ μιας λειτουργικής δέσμευσης των δικαιωμάτων μπορούν να εισάγονται σε ένα νομικό διάλογο, «μετρούν» όμως μόνο υπό το πρίσμα των εγγυήσεων που επιβάλλει η δεσμευτικότητα των δικαιωμάτων.[66] Ακόμη και εάν οι αξίες αναγνωρίζονται ως θεμελιώδεις από το ίδιο το Σύνταγμα, η έκταση της προστασίας τους θέτει το πρόβλημα των κριτηρίων που μπορεί να χρησιμοποιήσει ο δικαστής προκειμένου να ενεργοποιήσει την προστασία που το Σύνταγμα εξασφαλίζει στα δικαιώματα. Η νομολογία των Ελληνικών δικαστηρίων σχετικά με το δικαίωμα συνένωσης είναι ενδεικτική[67]. Η θεώρηση του πολιτεύματος της Προεδρευομένης Δημοκρατίας ως αξίας που προστατεύεται από το Σύνταγμα, οδήγησε σε αποφάσεις που αποδέχονται περιορισμούς στην άσκηση του δικαιώματος χρησιμοποιώντας σαν κριτήριο την αντίθεση μιας δραστηριότητας στις αξίες του Συντάγματος και στη δυνατότητα που έχουν να κλονίσουν την κοινωνική αποδοχή τους. Έτσι ο δικαστής ελέγχοντας τη νομιμότητα του σκοπού των σωματείων και την μη αντίθεση τους στη δημόσια τάξη, έκρινε ότι οι συνταγματικοί κανόνες που προσδιορίζουν τη μορφή του πολιτεύματος, συνεπάγονται περιορισμούς στην άσκηση δικαιωμάτων. Με το τρόπο αυτό όμως έννοιες όπως το πολίτευμα ή η δημόσια τάξη, θεωρούνται ως πηγή ενός συνόλου στοχοθετικών προταγμάτων που είναι δεσμευτικά του τρόπου άσκησης των δικαιωμάτων.[68]

Η παράλειψη αυτή της ελληνικής νομολογίας καθιστά τις νομοθετικές επιλογές ρυθμιστική αρχή της λειτουργίας του συστήματος των ατομικών ελευθεριών καθώς αναγνωρίζεται στις επιλογές αυτές μια αυτοτελής νομιμοποίηση, που πηγάζει από το σύνολο των αξιών που προστατεύει το Σύνταγμα. Με αυτόν τον τρόπο όμως, οι νομοθετικές επιλογές δεν είναι το μέσο υλοποίησης κάποιων στόχων που πρέπει να κριθούν συμβατοί με τις εγγυήσεις που παρέχουν οι ατομικές ελευθερίες, αλλά αυτοσκοπός η προστασία του οποίου προσανατολίζει τη δικαιοδοτική κρίση.

ε) Ο εγγυητικός χαρακτήρας των δικαιωμάτων και η θεώρηση της δημόσιας τάξης ως αποδεκτού περιορισμού.

Ωστόσο ο εγγυητικός χαρακτήρας των ατομικών ελευθεριών επιβάλλει μια συγκεκριμένη θεώρηση των αξιών που περιέχονται στο Σύνταγμα και των νομοθετικών επιλογών που βασίζονται σε αυτές. Για παράδειγμα, μια περιγραφική και αξιολογικά ουδέτερη θεώρηση της δημόσιας τάξης επιβάλλεται από τον εγγυητικό χαρακτήρα των δικαιωμάτων. Εάν το περιεχόμενο της δημόσιας τάξης καθοριζόταν με αναγωγή στις θρησκευτικές ή πολιτειακές πεποιθήσεις της πλειοψηφίας, τότε οι περιορισμοί των ελευθεριών που είναι απαραίτητοι για την προστασία της θα εισήγαγαν ένα στοιχείο διαφοροποίησης βασισμένο στις θρησκευτικές ή εθνικές πεποιθήσεις των φορέων. Κάτι που δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό με βάση των εγγυητικό χαρακτήρα των δικαιωμάτων, ο οποίος κατοχυρώνει ένα επίπεδο απόλυτης προστασίας των σχέσεων που ανήκουν στο κανονιστικό πεδίο του δικαιώματος. Ο εγγυητικός χαρακτήρας των δικαιωμάτων επιβάλλει λοιπόν και μια συγκεκριμένη θεώρηση της δημόσιας τάξης, και πιο συγκεκριμένα την «περιγραφική» που είναι απαλλαγμένη από αξιολογικές σταθμίσεις. Ως περιγραφική εκδοχή της δημόσιας τάξης εννοούμε τη διατήρηση του αναγκαίου βαθμού ησυχίας και ασφάλειας που είναι απαραίτητη για την απόλαυση από όλους τους πολίτες του έννομου αγαθού της «κοινής ειρήνης»^[69]. Σύμφωνα με την εκδοχή αυτή οι θρησκευτικές ή πολιτειακές αντιλήψεις των πολιτών δεν μπορούν να αποτελέσουν στοιχείο που καθορίζει τα όρια της προστασίας που απολαμβάνουν οι φορείς ενός δικαιώματος. Η διατάραξη της δημόσιας τάξης δεν μπορεί να προέλθει από το γεγονός ότι κάποιοι ενοχλούνται από τις πεποιθήσεις των συμπολιτών τους αλλά μόνο από συγκεκριμένες ενέργειες που αποσκοπούν στην διατάραξη της δημόσιας τάξης. Η απόλαυση των εννόμων αγαθών στα οποία αποσκοπεί η προστασία της δημόσιας τάξης δεν μπορεί να καταλήγει στην επιλεκτική προστασία των δικαιωμάτων των πολιτών. Κάτι τέτοιο συμβαίνει όταν για παράδειγμα το πολίτευμα της χώρας ή η εθνοτική καταγωγή της πλειοψηφίας ορίζουν και τους όρους απονομής νομικής προσωπικότητας ενός σωματείου ή τις ιδιότητες ενός λόγου ως μισαλλόδοξου ή ψευδούς. Η απόφαση των αρχών μπορεί να βασίζεται στην ανάγκη προστασίας της δημόσιας τάξης σε κάποια από τις εκφάνσεις της, όμως δεν πρέπει να αγνοηθεί ότι η απειλή της δημόσιας τάξης σύμφωνα με τη νομολογία, η οποία οδήγησε και στις καταδίκες από το ΕυρΔΔΑ, προέρχεται αποκλειστικά από το γεγονός ότι οι φορείς των δικαιωμάτων επιλέγουν να ορίσουν την ταυτότητα τους με ένα συγκεκριμένο τρόπο^[70].

Ο εγγυητικός χαρακτήρας των δικαιωμάτων επιβάλλει ως γνώμονα στάθμισης το κανονιστικό πεδίο του δικαιώματος και όχι κάθε νομοθετική επιλογή που μπορεί να κριθεί ορθολογικά θεμελιωμένη. Η προστασία της δημόσιας τάξης μπορεί να κριθεί με όρους ορθολογικής διαβούλευσης ως ένα αγαθό άξιο προστασίας. Η έκταση όμως της προστασίας δε μπορεί να καθοριστεί ανεξάρτητα από τις εγγυήσεις των δικαιωμάτων που ο περιορισμός τους επιβάλλεται για τις ανάγκες προστασίας της δημόσιας τάξης. Η συμβατότητα μιας νομοθετικής επιλογής με τις εγγυήσεις που προκύπτουν από την κατοχύρωση των δικαιωμάτων κρίνει το εάν κάποιο μέτρο μπορεί να είναι αποδεκτό και όχι το αντίστροφο.

3. Η δημόσια τάξη ως περιορισμός των ατομικών ελευθεριών στην πρόσφατη νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων.

Το τελευταίο μέρος αυτής της μελέτης είναι αφιερωμένο σε τρεις υποθέσεις οι οποίες κρίθηκαν πρόσφατα από τα ελληνικά δικαστήρια και συνιστούν μια στροφή της ελληνικής νομολογίας μετά από αποφάσεις των δικαιοδοτικών οργάνων του Στρασβούργου. Με την ανάλυση των συγκεκριμένων υποθέσεων θα αναδείξουμε τις συνέπειες που έχει για την προστασία των δικαιωμάτων η δικαιοδοτική κρίση των ελληνικών δικαστηρίων σε σχέση με την αντίστοιχη του ΕυρΔΔΑ. Οι αποφάσεις αυτές παρουσιάζουν τρία στοιχεία που επιτρέπουν τον κοινό σχολιασμό τους. α) συνιστούν μια στροφή στην νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, σε σχέση με προηγούμενες αποφάσεις για τα συγκεκριμένα ζητήματα, η οποία έγινε μετά από αποφάσεις των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ^[71]. β) αφορούν τη δημόσια τάξη ως περιορισμό των ατομικών ελευθεριών και πιο συγκεκριμένα ως περιορισμό της θρησκευτικής ελευθερίας, της ελευθερίας συνένωσης και της ελεύθερης έκφρασης αρθ 9 παρ 2, 11 παρ 2 και 10 παρ 2 αντίστοιχα της ΕΣΔΑ. Περιορισμός που επιβάλλεται για να διατηρηθούν οι συνθήκες ειρηνικής διαβίωσης των πολιτών, σε περιοχές που διαβιούν διαφορετικές θρησκευτικές ή γλωσσικές μειονότητες. γ) αφορούν τη σύμφωνη με το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ ερμηνεία των διατάξεων του νόμου. Το τρίτο στοιχείο παραπέμπει σε μια μέθοδο ανεύρεσης του νόηματος της εφαρμοστέας διάταξης με αναγωγή

στις διατάξεις του Συντάγματος ή της ΕΣΔΑ. Η αναγωγή αυτή καθίσταται απαραίτητη επειδή η διάταξη αφήνει ανοιχτά περισσότερα ερμηνευτικά ενδεχόμενα μερικά από τα οποία δημιουργούν προβλήματα εναρμόνισης με τις διατάξεις της ΕΣΔΑ και του Συντάγματος και των εγγυήσεων που παρέχουν^[72].

Το ερμηνευτικό ζήτημα που ανέκυψε αφορά τη σύμφωνη με το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ ερμηνεία των διατάξεων του Ποινικού και του Αστικού Κώδικα, που συνιστούν περιορισμό στην άσκηση συγκεκριμένων δικαιωμάτων για λόγους προστασίας της δημόσιας τάξης.^[73] Η αναγνώριση από τα δικαιοδοτικά όργανα της ΕΣΔΑ, ότι η προστασία της δημόσιας τάξης μπορεί να αποτελέσει σε κάποιες περιπτώσεις αποδεκτό περιορισμό των ατομικών ελευθεριών δε σημαίνει ότι οποιοσδήποτε περιορισμός που θεμελιώνεται στην επίκληση της δημόσιας τάξης είναι νομιμοποιημένος. Η τιμωρία του δράστη για να θεωρηθεί αποδεκτή πρέπει εκτός από προβλεπόμενη στο νόμο να είναι και μέτρο που να μπορεί να θεωρηθεί «αναγκαίο σε μια δημοκρατική κοινωνία».^[74] Ο έλεγχος των αποφάσεων των εθνικών δικαστηρίων με βάση την συγκεκριμένη ρήτρα, θα μπορούσε να θεωρηθεί έλεγχος σκοπιμότητας. Ωστόσο ο έλεγχος αυτός όπως έχουμε ήδη αναφέρει, περιλαμβάνει το νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών περιστατικών, περιλαμβάνει δηλαδή ζητήματα που περιέχονται στον έλεγχο της αιτιολογίας μιας δικαστικής απόφασης. Η απόφαση σχετικά με την αναγκαιότητα του μέτρου βασίζεται στο νομικό χαρακτηρισμό των γεγονότων σύμφωνα με τη διάταξη που αποτελεί τη νομική βάση της υπόθεσης.

α) Οι αποφάσεις των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ σχετικά με την εφαρμογή της δημόσιας τάξης ως περιορισμού των δικαιωμάτων από την ελληνική νομολογία.

Στην περίπτωση της αντιποίησης θρησκευτικής αρχής εξετάστηκε το ζήτημα εάν η έκδοση θρησκευτικών μνημάτων κατά τη διάρκεια θρησκευτικών εορτών από άτομο που δεν έχει την ιδιότητα του Μουφτή συνιστά δικαιολογημένα περίπτωση εφαρμογής της συγκεκριμένης διάταξης, αρθ 175 παρ 2 ΠΚ. Κρίσιμο στοιχείο για τη θεμελίωση της δικαιοδοτικής κρίσης του ΕυρΔΔΑ, ήταν το γεγονός ότι ο κατηγορούμενος δεν άσκησε τα δικαιοδοτικά καθήκοντα του Μουφτή αλλά περιορίστηκε στην έκδοση ανακοινώσεων κατά τη διάρκεια θρησκευτικών εορτών. Μια τέτοια ενέργεια δεν κρίθηκε από το ΕυρΔΔΑ ως ασυμβίβαστη με την ελευθερία θρησκευτικής συνείδησης, η οποία σύμφωνα με το δικαστήριο περιλαμβάνει την ελευθερία του ατόμου να εκδηλώνει μαζί με άλλους τις θρησκευτικές του πεποιθήσεις και τη διδασκαλία σχετικά με αυτές.^[75] Το ΕυρΔΔΑ εξέτασε εάν η απόφαση του εθνικού δικαστή, που ήταν καταδικαστική για τον δράστη της παραπάνω ενέργειας, είναι συμβατή με τη ρήτρα του μέτρου που είναι αναγκαίο σε μια δημοκρατική κοινωνία, και προσφεύγοντας στις εγγυήσεις οι οποίες διασφαλίζονται με τη συγκεκριμένη διάταξη της ΕΣΔΑ για τους φορείς του δικαιώματος, έκρινε και την ορθότητα της υπαγωγής των πραγματικών περιστατικών.

Στην περίπτωση που κρίθηκε η νομιμότητα της διάλυσης ενός σωματείου, το κρίσιμο ζήτημα ήταν εάν η μειονοτική συνείδηση των μελών του σωματείου και η προσπάθεια καλιέργειας της συνείδησης αυτής αποτελούν λόγο περιορισμού του δικαιώματος συνένωσης. Για να εξετάσει τη νομιμότητα της διάλυσης ενός σωματείου το δικαστήριο προσφεύγει σε κριτήρια τα οποία αντλούνται από τις αρχές που ενσωματώνονται στο αρθ 11 της ΕΣΔΑ το οποίο κατοχυρώνει την ελευθερία συνένωσης^[76]. Η μειονοτική συνείδηση των ιδρυτών ενός σωματείου δεν αποτελεί λόγο περιορισμού του δικαιώματος τους να ιδρύσουν σωματείο. Ακόμη και η βεβαιότητα των εθνικών δικαιοδοτικών οργάνων, ότι το σωματείο θα επιδοθεί σε δραστηριότητες που δε συμφιλιώνονται με το καταστατικό του δεν αρκεί για τον περιορισμό του δικαιώματος σύμφωνα με τις αρχές της ΕΣΔΑ.^[77] Για να κρίνει δηλαδή την αναγκαιότητα του μέτρου το ΕυρΔΔΑ προσφεύγει σε κριτήρια που αντλούνται από το περιεχόμενο της διάταξης της ΕΣΔΑ που ερμηνεύεται.

Το ίδιο συμβαίνει και με την ελευθερία της έκφρασης η οποία προστατεύεται από το αρθ 10 της ΕΣΔΑ. Η αξιολόγηση του δικαστηρίου για το εάν κάποιος περιορισμός της ελευθερίας μπορεί να θεωρηθεί αποδεκτός, δε στηρίζεται στο γεγονός ότι μια ενέργεια μπορεί να υπαχθεί σε μια έννοια «γένους», όπως η δημόσια τάξη, η οποία αναγνωρίζεται ως δυνατός περιορισμός, αρθ 10 παρ2 ΕΣΔΑ.^[78] Ο περιορισμός ελέγχεται με βάση τις αρχές που ενσωματώνονται στη σχετική διάταξη. Πιο συγκεκριμένα, η Επιτροπή όταν κρίνει την

αναγκαιότητα της τιμωρίας ενός μειονοτικού βουλευτή επειδή σε προεκλογική του ομιλία χαρακτήρισε τους Μουσουλμάνους που διαβιούν στη Θράκη ως «Τούρκους» τόνισε ότι η μόνο η ανταλλαγή απόψεων ακόμη και για θέματα που προκαλούν ένταση, μπορεί να μειώσει τις εντάσεις[79].

Η ερμηνευτική προσέγγιση των συγκεκριμένων διατάξεων από τα δικαιοδοτικά όργανα της ΕΣΔΑ, καταλήγει στη διαμόρφωση κάποιων κριτηρίων, η πλήρωση των οποίων απαιτείται για να θεωρηθεί αποδεκτός ένας περιορισμός που βασίζεται στην επίκληση λόγων προστασίας της δημόσιας τάξης. Η δημιουργία έντασης δε σημαίνει ότι οι Αρχές πρέπει να εξαφανίσουν της αιτία της έντασης με την εξάλειψη του πλουραλισμού, αλλά με τη διασφάλιση της αναγκαίας ανεκτικότητας μεταξύ των αντιπάλων ομάδων[80]. Η εδαφική ακεραιότητα, η εθνική ασφάλεια και η δημόσια τάξη δεν απειλούνται από μια ένωση που ο σκοπός της είναι η προώθηση της τοπικής κουλτούρας ακόμη και εάν υποτεθεί ότι είναι η κουλτούρα μιας μειονότητας[81]. Για να θεωρηθεί ο περιορισμός μιας δραστηριότητας ως συμβατός με την προστασία της δημόσιας τάξης θα πρέπει η συγκεκριμένη δραστηριότητα να αποσκοπεί και όχι απλά να έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία βίαιων επεισοδίων. Με τον τρόπο αυτό τα δικαιοδοτικά όργανα της ΕΣΔΑ περιορίζουν οτ νοηματικό εύρος του όρου δημόσια τάξη με βάση τις αρχές που ενσωματώνονται στην ΕΣΔΑ και τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται.

Η εκτίμηση των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ, για το εάν ο περιορισμός είναι αποδεκτός βασίζεται στην νομική αξιολόγηση της πράξης, στην οποία έχει προβεί ο εθνικός δικαστής. Η κρίση σχετικά με τη «σκοπιμότητα» του μέτρου αφορά την κρίση του εθνικού δικαστή σχετικά με το νομικό χαρακτηρισμό των αποδειχθέντων περιστατικών. Όπως όμως τονίζεται στις προαναφερόμενες αποφάσεις, η ορθότητα της απόφασης του εθνικού δικαστή κρίνεται με βάση τις αρχές που ενσωματώνονται στις αντίστοιχες διατάξεις της συνθήκης[82]. Οριοθετείται πρώτα το κανονιστικό πεδίο της διάταξης που εφαρμόζεται με βάση τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται στη συνθήκη και μετά ο δικαστής προβαίνει στην κρίση σχετικά με το εάν η απόφαση του εθνικού δικαστή είναι σύμφωνη με τη συνθήκη.

Με βάση τη διαπίστωση αυτή μπορούν να γίνουν δύο παρατηρήσεις για τη δημόσια τάξη ως περιορισμό των ελευθεριών, που κατοχυρώνονται με τη συνθήκη. α) η λήψη οποιουδήποτε μέτρου θεωρείται αναγκαίο για την τήρηση της δημόσιας τάξης, δε θεωρείται και νόμιμη. Πρέπει να θεωρείται και μέτρο αναγκαίο σε μια δημοκρατική κοινωνία. Η αναγκαιότητα αυτή κρίνεται με βάση τις αρχές που ενσωματώνονται στη συνθήκη. β) Ο σεβασμός του πλουραλισμού, της ανοχής και της ευρύτητας πνεύματος είναι συστατικό στοιχείο μιας δημοκρατικής κοινωνίας.[83] Τα μέτρα που συνιστούν περιορισμό των ατομικών ελευθεριών πρέπει να σέβονται αυτή τη συνθήκη. Η ειρηνική συμβίωση των πολιτών δεν αποτελεί αυτοσκοπό. Η αμοιβαία ανεκτικότητα δε διασφαλίζεται με την εξάλειψη των αιτιών που προκαλούν την ένταση. Θα πρέπει η πράξη του δράστη να αποσκοπεί στη δημιουργία έντασης και όχι απλά να την προκαλεί ως αποτέλεσμα.

Με το σκεπτικό αυτό κρίθηκε ότι η τιμωρία μειονοτικού βουλευτή, ο οποίος απευθύνθηκε στους μουσουλμάνους ψηφοφόρους, αποκαλώντας τους Τούρκους, δε συνιστά μέτρο αναγκαίο σε μια δημοκρατική κοινωνία, ιδίως όταν δεν προέτρεψε τους αποδέκτες του λόγου σε πρόκληση βιαιοπραγιών[84]. Κρίθηκε επίσης ότι η παρουσία κάποιου ως θρησκευτικού αρχηγού μιας ομάδας πιστών που τον ακολουθούν με τη θέληση τους, αποτελεί πράξη που προστατεύεται από τις αρχές του θρησκευτικού πλουραλισμού[85]. Το δικαστήριο έκρινε επίσης ότι απαγορεύεται η άσκηση προληπτικού ελέγχου των σκοπών ίδρυσης ενός σωματείου, και μόνο η μετά την ίδρυση του εμπλοκή των μελών του σε παράνομες δραστηριότητες δικαιολογεί τη διάλυση του[86]. Και στις τρεις περιπτώσεις η κρίση των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ, σχετικά με το χαρακτηρισμό ή μη του μέτρου ως αναγκαίου στη δημοκρατική κοινωνία, γίνεται με βάση μια ερμηνεία των διατάξεων και των αρχών που ενσωματώνονται στο κείμενο της Συνθήκης.

Μετά τις αποφάσεις αυτές παρατηρήθηκε μια προσπάθεια εναρμόνισης της νομολογίας των Ελληνικών δικαστηρίων με την αντίστοιχη των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ, σχετικά με τα συγκεκριμένα ζητήματα[87]. Εάν όμως εξετάσουμε τη θεμελίωση, των αποφάσεων θα

διαπιστώσουμε κάποιες διαφορές στο σκεπτικό τους με το αντίστοιχο των αποφάσεων που αποτέλεσαν το έναυσμα για την αλλαγή της νομολογίας.

Β) Η δημόσια τάξη ως περιορισμός της ελευθερίας συνένωσης

Η πρώτη περίπτωση αφορά τη διάλυση σωματείου με την επωνυμία «Τούρκικη Ένωση Ξάνθης», το οποίο λειτουργούσε από το 1946. Με αίτηση του Νομάρχη ζητήθηκε η διάλυση του σωματείου αυτού γιατί ο σκοπός και η λειτουργία του είναι αντίθετος στη δημόσια τάξη και παράνομος. Με απόφαση του Εφετείου Θράκης (117/99), κρίθηκε ότι « η αντίθεση του σκοπού του σωματείου στο νόμο, την ηθική ή στη δημόσια τάξη αποτελεί λόγο δικαστικής διαλύσεως του σωματείου χωρίς η διάλυση να προσκρούει στο δεδικασμένο για την απόφαση αναγνώρισης». Τέτοια αντίθεση υπάρχει όταν από τους όρους που χρησιμοποιούνται στο καταστατικό του «δημιουργείται σύγκυση ως προς την υπηκοότητα των μελών του και μάλιστα ως προς το εαν αυτοί είναι μουσουλμάνοι ελληνικής υπηκοότητας ή Τούρκοι κατά την υπηκοότητα και εθνικότητα» Οι όροι αυτοί περιέχονται στο καταστατικό του σωματείου όπου ως σκοπός του σωματείου ορίζεται «όπως εργαστεί υπέρ της σωματικής και ψυχικής διαπαιδαγώγησης των Τούρκων Δυτικής Θράκης, και να δημιουργήσει μεταξύ αυτών ειλικρινώς δεσμούς φιλίας και αλληλεγγύης». Με την χρήση των όρων αυτών δίδεται η εντύπωση ότι «στο χώρο της ελληνικής επικράτειας υπάρχει και λειτουργεί οργάνωση τούρκων και ότι σωματείο που λειτουργεί στα όρια της ελληνικής επικράτειας επιδιώκει ευθέως πολιτειακό σκοπό ξένου κράτους» [88]. Με την απόφαση ΑΠ 1530/2000, αναιρείται η απόφαση του Εφετείου Θράκης 117/99, γιατί δεν «δέχθηκε με πληρότητα και σαφήνεια ότι η διάλυση σωματείου αποτελεί αναγκαίο μέτρο για την εθνική ή τη δημόσια ασφάλεια ή την προάσπιση της τάξης» [89]. Ο Αρειος Πάγος θεωρεί ότι με τον τρόπο αυτό το δικαστήριο παραβίασε «εκ πλάγιου» ουσιαστικού δικαίου διατάξεις και επομένως στέρησε την απόφαση της νόμιμης βάσης. Κρίσιμο στοιχείο είναι η ενδοιαστική κρίση του Εφετείου «δίδεται η εντύπωση», η οποία καθιστά ανέφικτο τον αναιρετικό έλεγχο ως προς την αναγκαιότητα του μέτρου της διάλυσης σωματείου που έχει συσταθεί. Όπως επισημαίνει η απόφαση του ΑΠ, « Απλές μόνο υπόνοιες για τις προθέσεις ή τις τυχόν σκοπούμενες δραστηριότητες του σωματείου ως παράνομες ή αντικείμενες στη δημόσια τάξη με βάση μόνο τη φραστική διατύπωση του καταστατικού ή την ερμηνεία των όρων αυτού, δεν μπορούν να θεμελιώσουν την ανάγκη προσφυγής στο περιοριστικό μέτρο της διάλυσης σωματείου» Στο συμπέρασμα αυτό οδηγείται ο ΑΠ επειδή «η ανάγκη προσφυγής στο περιοριστικό μέτρο της διάλυσης σωματείου δικαιολογείται μόνο όταν υφίσταται σχέση αναλογίας μεταξύ της παραβίασης και του σκοπού στον οποίο αποβλέπει το περιοριστικό μέτρο». Για το λόγο αυτό το δικαστήριο ουσίας πρέπει να αποδεικνύει ότι « η ανάγκη αυτή είναι άμεση και να αποδεικνύεται πειστικά» [90]. Η διατύπωση της απόφασης του Εφετείου, δημιουργεί αμφιβολίες, όσον αφορά την αναγκαιότητα του μέτρου για την προστασία των έννομων αγαθών της δημόσιας ασφάλειας και τάξης, επειδή δεν δέχθηκε με πληρότητα και σαφήνεια ότι η διάλυση του σωματείου αποτελεί το αναγκαίο μέτρο για την προστασία των συγκεκριμένων έννομων αγαθών. Δημιουργείται όμως το ερώτημα, το οποίο και μένει αναπάντητο, εάν θα μπορούσαμε να ισχυριστούμε ότι η κρίση του Εφετείου θα ήταν ορθή στην περίπτωση που δεν ήταν ενδοιαστική.

Η προσέγγιση που ακολουθεί ο ΑΠ, δηλαδή η αναίρεση της απόφασης λόγω πλημμελειών στην αιτιολογία της εφετειακής απόφασης, επικεντρώνεται στις αντιφάσεις που παρουσιάζει το σκεπτικό της απόφασης του Εφετείου. Η αναγκαιότητα όμως της διάλυσης ενός σωματείου για λόγους δημόσιας τάξης δε μπορεί να κριθεί μόνο σε αναφορά με το αποδεικτικό σκέλος της υπόθεσης, εάν δηλαδή έχουν αποδειχθεί επαρκώς οι ισχυρισμοί των αντιπάλων μερών της δίκης. Είναι απαραίτητη και η αναφορά στην νομική αξιολόγηση των ισχυρισμών αυτών. Η αναγκαιότητα αυτή προκύπτει από το γεγονός ότι η υποχρέωση της αιτιολόγησης των δικαστικών αποφάσεων, και η δέσμευση του δικαστή από το νόμο υποκειμενοποιούν μια αντικειμενική εγγύηση που αφορά τη διασφάλιση των δικαιωμάτων του κάθε ατόμου, μεμονωμένα [91]. Η αιτιολογία της απόφασης για να είναι πλήρης όμως πρέπει να επιλύει κάθε αμφιβολία για το νόημα των εφαρμοστέων διατάξεων και το εύρος του πεδίου εφαρμογής τους. Στην περίπτωση που οι εφαρμοστέες διατάξεις είναι οι διατάξεις του κοινού νόμου που περιορίζουν την άσκηση δικαιωμάτων τα οποία κατοχυρώνονται στο Συντάγμα και την ΕΣΔΑ, δεν μπορούμε να εξετάσουμε την ορθότητα της απόφασης ανεξάρτητα από το νόημα των διατάξεων αυτών και των εγγυήσεων που

παρέχουν στους φορείς των δικαιωμάτων. Το ζήτημα στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν ήταν εάν αποδείχθηκαν τα πραγματικά περιστατικά αλλά εάν τα πραγματικά περιστατικά που αποδείχθηκαν μπορούν να θεμελιώσουν το δικανικό συλλογισμό για τη διάλυση του σωματείου.

Πιο συγκεκριμένα εξετάζοντας την εφαρμογή μιας διάταξης που επιτρέπει τη διάλυση ενός σωματείου, δε μπορούμε να αγνοήσουμε τον εγγυητικό χαρακτήρα των διατάξεων του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ που αφορούν το δικαίωμα συνένωσης. Η αναγκαιότητα του μέτρου διάλυσης ενός σωματείου δεν κρίνεται με αναφορά στην επίκληση της μειονοτικής συνειδήσης που επικαλούνται οι ιδρυτές του, αλλά στην αξιολόγηση του κινδύνου που προκύπτει από μια τέτοια ενέργεια, αξιολόγηση που δεν μπορεί να γίνει ανεξάρτητα από τις διατάξεις της ΕΣΔΑ. Η κρίση του δικαστηρίου για τη συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων απονομής νομικής προσωπικότητας δεν επιτρέπεται να επεκταθεί και στις προθέσεις των ιδρυτών του σωματείου, γιατί μια τέτοια επέκταση συνιστά προληπτικό έλεγχο που είναι ασύμβατος με τις εγγυήσεις που παρέχει η ΕΣΔΑ και το Σύνταγμα. Η ερμηνεία αυτή υποστηρίζεται όχι μόνο από τις σχετικές διατάξεις του κοινού νόμου (105, 78-83ΑΚ), αλλά και από τις διατάξεις του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ. Το δικαστήριο όταν ερευνά εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις αποδοχής της αίτησης δεν ασκεί έλεγχο σκοπιμότητας αλλά νομιμότητας. Άλλωστε προβλέπεται και ο κατασταλτικός έλεγχος όταν από τη λειτουργία του σωματείου παραβιάζεται ο νόμος [92]. Η απόφαση βέβαια αφορά τη διάλυση σωματείου μετά την ίδρυση του και όχι την άρνηση των Αρχών να το αναγνωρίσουν. Ωστόσο και για τη διάλυση σωματείου στο βαθμό που πρόκειται για ενέργεια των Αρχών η οποία επηρεάζει την άσκηση ενός δικαιώματος δεν μπορούμε να αγνοήσουμε τις αρχές που καθορίζουν το εύρος της προστασίας που παρέχει το δικαίωμα στους φορείς του [93]. Για να κρινουμε δηλαδή εάν παραβιάζεται ο νόμος ή ότι η λειτουργία του σωματείου αντίκειται στη δημόσια τάξη, δεν μπορούμε να καταφύγουμε στις υπόρρητες προθέσεις των ιδρυτών. Στη συγκεκριμένη περίπτωση λοιπόν ο σχηματισμός της δικανικής πεποίθησης στον οποίο πρέπει να αναφέρονται και οι λόγοι στους οποίους θεμελιώνεται, σύμφωνα με το αρθ 340 παρ 2 ΚΠολΔ, δεν μπορεί να αφορά την αξιολόγηση της δήλωσης των ιδρυτικών μελών αλλά μόνο την αξιολόγηση της δράσης των μελών του και πιο συγκεκριμένα της δράσης η οποία αποσκοπεί στην υλοποίηση των στόχων του σωματείου με τη χρήση βίας εναντίον κάποιου προσώπου, των δημοσίων αρχών ή άλλων πολιτών [94].

Ο τρόπος με τον οποίο είναι διατυπωμένη η απόφαση του ΑΠ δεν επιλύει αυτά τα ζητήματα. Η απόφαση αναιρείται επειδή δεν αποδεικνύει με πληρότητα και σαφήνεια ότι η διάλυση του σωματείου αποτελεί αναγκαίο μέτρο για την προάσπιση της δημόσιας τάξης. Ο ΑΠ αποφεύγει να εξετάσει εάν η χρήση συγκεκριμένων όρων στο καταστατικό του σωματείου αρκεί για να τεθεί σε κίνδυνο η δημόσια τάξη χωρίς συγκεκριμένες ενέργειες των μελών του που να οδηγούν στο αποτέλεσμα αυτό. Περιορίζοντας τον έλεγχο της απόφασης του δικαστηρίου ουσίας στις ενδεχόμενες αντιφάσεις του διατακτικού σχετικά με τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του κοινού νόμου, αποφεύγει να πάρει θέση σχετικά με τη σύμφωνη με το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ ερμηνεία των προϋποθέσεων αυτών. Αποφεύγει δηλαδή να πάρει θέση σχετικά με την προηγούμενη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων και να επιδιώξει την αλλαγή της. Η στάση αυτή του δικαστηρίου δεν αξιοποιεί τον εγγυητικό χαρακτήρα των διατάξεων του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ στην ερμηνεία των διατάξεων του κοινού νόμου και αφήνει ανοιχτό το ζήτημα των ορίων του δικαστή όταν ερευνά τη συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων αναγνώρισης και διάλυσης σωματείου. Με τον τρόπο αυτό όμως το δικαστήριο δεν ξεκαθαρίζει ποια είναι τα κανονιστικά αποδεκτά κριτήρια που πρέπει να χρησιμοποιεί ο δικαστής προκειμένου να ενεργοποιήσει την προστασία που το Σύνταγμα εξασφαλίζει στους φορείς της ελευθερίας συνένωσης.

γ) Η δημόσια τάξη ως περιορισμός της θρησκευτικής ελευθερίας.

Αντίθετα η απόφαση του ΑΠ 1045/2002 που αφορά την αντιποίηση θρησκευτικού λειτουργού δεν αποφεύγει τον έλεγχο της απόφασης του δικαστηρίου ουσίας Τριμ Πλημ Λαρ 159/01 αδημ, σχετικά με την ερμηνεία της εφαρμοστέας διάταξης, του αρθ 175 παρ 2 ΠΚ [95]. Αναφέρεται στα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος, που είναι απαραίτητα για τη στοιχειοθέτηση του και κρίνει την ορθότητα της απόφασης του δικαστηρίου ουσίας εξετάζοντας το εάν η πράξη του δράστη, ο οποίος εξέδωσε μυνήματα

προς τους πιστούς κατά τη διάρκεια θρησκευτικής εορτής χωρίς να είναι ο νόμιμα διορισμένος Μουφτής, πληρεί τα στοιχεία αυτά. «Μόνο η άσκηση δικαιοδοτικών ή διοικητικών καθηκόντων δε στοιχειοθετεί αντιποίηση της άσκησης υπηρεσίας Μουφτή». Δεν περιορίζεται στην αρνητική αυτή διατύπωση αλλά προχωρά σε έναν ορισμό της ενέργειας του δράστη ως άσκηση δικαιώματος σύμφωνα με το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ, με αναφορά στη νομολογία του ΕυρΔΔΑ. «Δε συνιστά άσκηση δικαιοδοτικών καθηκόντων και συνεπώς αξιόποινη πράξη ανιποίησης αρχής απλώς η έκδοση από κάποιο πρόσωπο με την ευκαιρία θρησκευτικής εορτής, κάποιου μυνήματος θρησκευτικού περιεχομένου προς τους ομόθρησκους μουσουλμάνους, έστω και εαν γίνεται με την επίκληση της ιδιότητας του Μουφτή, που δεν έχει κατά νόμο. Η δε ως άνω πράξη αποτελεί άσκηση του κατοχυρωμένου από το αρθ 9 της ΕΣΔΑ και 13 του Συντάγματος δικαιώματος της ελευθερίας θρησκευτικής συνείδησης». Παρά την ελλειπτική διατύπωση της απόφασης η αναίρεση της απόφασης βασίζεται στην κρίση του αναιρετικού δικαστηρίου για την ορθότητα της ερμηνείας της εφαρμοστέας διάταξης που ακολούθησε το δικαστήριο ουσίας. Η απόφαση αναιρείται λόγω της εσφαλμένης εφαρμογής ουσιαστικής διάταξης. Το αναιρετικό δικαστήριο δεν ελέγχει την ορθότητα της απόφασης του δικαστηρίου ουσίας με αναφορά στα αποδεικθέντα γεγονότα που αποτελούν την πραγματολογική βάση της υπόθεσης αλλά με αναφορά στην υπαγωγή τους στη σωστή διάταξη. Για να ελεγχθεί η ορθότητα της υπαγωγής θα πρέπει το δικαστήριο πρώτα, να έχει ερμηνεύσει τις διατάξεις που αποτελούν τη βάση της υπαγωγής και να έχει ορίσει το νοηματικό τους εύρος, έτσι ώστε να είναι δυνατός ο έλεγχος της ορθότητας της υπαγωγής. Στη συγκεκριμένη περίπτωση ο ΑΠ παρά την ελλειπτική διατύπωση της απόφασης αξιολογεί την απόφαση του δικαστηρίου ουσίας με βάση κριτήρια που αντλεί από την ερμηνεία των διατάξεων του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ. «Η δε ως άνω πράξη αποτελεί προεχόντως άσκηση του από το αρθ 13 του Σ και 9 της ΕΣΔΑ, η οποία έχει υπερνομοθετική ισχύ αρθ 28 Σ, δικαιώματος προστατεύοντας το δικαίωμα αυτού να εκδηλώνει τη θρησκεία του και δη συλλογικώς και δημόσια, όπως έχει κριθεί και από το ΕυρΔΔΑ». Αποσαφηνίζει το νοηματικό εύρος των εφαρμοστέων διατάξεων και με βάση αυτή την αποσαφήνιση αξιολογεί την ορθότητα της απόφασης του δικαστηρίου ουσίας. Θα πρέπει να επισημανθεί ωστόσο ότι απουσιάζει μια ουσιαστική ανάλυση της θρησκευτικής ελευθερίας όπως αυτή προκύπτει από τις αποφάσεις του ΕυρΔΔΑ.

δ) Η δημόσια τάξη ως περιορισμός του δικαιώματος της ελεύθερης έκφρασης.

Η τρίτη απόφαση είναι η ΤριμΕφΑθ 1341/01 (αδημ) που αφορά το έγκλημα της διασποράς ψευδών ειδήσεων αρθ 191 ΠΚ[96]. Το Εφετείο αιτιολογεί την απόφαση του να κυρυχθεί αθώος ο κατηγορούμενος, στην έλειψη δόλου του δράστη και αποτελέσματος από την πράξη του δράστη, «τα ιδιώματα που ανέφερε ο κατηγορούμενος ομιλούνται σε μερικές περιοχές της Ελλάδος και η υπογράμμιση εκ μέρους του κατηγορουμένου του γεγονότος ότι μεταξύ αυτών ομιλείται στην περιοχή της Θεσσαλίας, Πίνδου και Ηπείρου η μητρική του γλώσσα που είναι τα βλαχικά, δεν προκάλεσε ανησυχία, ούτε αυτός είχε την πρόθεση να δημιουργήσει στην Ελλάδα, μειονοτικά προβλήματα». Η αναφορά στο στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος που αφορά στο αποτέλεσμα ή μη της πράξης του δράστη, δηλαδή την πρόκληση ανησυχίας δε συνοδεύεται από καμία αναφορά στο εαν οι ειδήσεις ήταν ψευδείς ή όχι, το οποίο αποτελεί επίσης στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος. Ωστόσο το στοιχείο αυτό είναι κρίσιμο για την ορθή υπαγωγή του πραγματικού της υπόθεσης στη διάταξη που συγκροτεί τη μείζονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού. Η δικαιοδοτική κρίση στην ποινική δίκη δεν αφορά μόνο την κατάφαση της ενοχής αλλά και του αδίκου. Ο δικαστής θα πρέπει να εξετάζει τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης για να διαπιστώσει εαν υπάρχει «πράξη» κατά την έννοια των διατάξεων που εφαρμόζει, και κατόπιν να υπαγάγει στην πράξη αυτή τα κρίσιμα υποκειμενικά στοιχεία που απαιτούνται για την κατάφαση της ενοχής. Τη συγκεκριμένη πορεία ακολούθησε ο δικαστής του πρώτου βαθμού, ο οποίος και έκρινε τα αναφερόμενα από τον κατηγορούμενο ως ψευδείς ειδήσεις και με βάση αυτήν την αξιολόγηση προχώρησε και στην κατάφαση της ενοχής, Τριμ Πλημ Αθηνών 11263/2001 (αδημ). Το γεγονός ότι ο δράστης διένειμε φυλλάδιο το οποίο ανέφερε ότι στην Ελλάδα ομιλούνται και άλλες πέντε γλώσσες αξιολογήθηκε ως ψευδή φήμη.

Η συγκεκριμένη πορεία της δικαιοδοτικής κρίσης δεν επιβάλεται μόνο από τους κανόνες της λογικής αλλά και από τις εγγυήσεις που περιέχει η συνταγματική κατοχύρωση

συγκεκριμένων προϋποθέσεων για την επιβολή της ποινής. Το ίδιο το κείμενο του Συντάγματος δεν αναφέρεται ρητά στην έννοια του άδικου, αναφέρεται όμως ρητά στο έγκλημα και την «πράξη» αρθ 7 παρ 1. Η εγγυητική λειτουργία της συγκεκριμένης διάταξης συνίσταται στον ελάχιστο προσδιορισμό του εγκληματικού αδικού, ότι δηλαδή αυτό προϋποθέτει πράξη. Επιπλέον η τυποποίηση των εγκλημάτων έχει ως όριο το Σύνταγμα. Η σημασία της τυποποίησης συγκεκριμένων πράξεων ως εγκλημάτων βρίσκεται στην αρνητική λειτουργία της, ορίζει αποθετικά όχι μόνο τι δεν αποτελεί έγκλημα αλλά και τι δεν πρέπει να αποτελεί έγκλημα[97]. Η εξέταση λοιπόν των στοιχείων της πράξης του δράστη και η ένταξη τους στη νομοτυπική μορφή του εγκλήματος αποτελεί συστατικό στοιχείο της δικαιοδοτικής κρίσης η οποία σέβεται το τεκμήριο της ελευθερίας, δηλαδή επιτρέπεται ότι δεν απαγορεύεται. Είναι απαραίτητο λοιπόν ο δικαστής πριν προχωρήσει στην κατάφαση της ενοχής να προσδιορίσει εάν η ενέργεια του δράστη συνιστά «πράξη» σύμφωνα με τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος. Όταν λοιπόν, όπως στη συγκεκριμένη περίπτωση, απαιτούνται για τον ορισμό μιας ενέργειας ως αξιόποινης πράξης κάποια άλλα στοιχεία πέρα από το αποτέλεσμα της ενέργειας η αναφορά σε αυτά είναι απαραίτητος όρος για να θεωρηθεί η απόφαση σε αρμονία με τις αρχές της έννομης τάξης. Η πράξη του εγκλήματος της διασποράς ψευδών ειδήσεων που ορίζεται στο αρθ 191 ΠΚ έχει τρία στοιχεία, διασπορά, ψευδείς ειδήσεις ή φήμες και ικανότητα των ειδήσεων να προκαλέσουν ανησυχία. Ως ψευδής αναφέρεται η είδηση ή φήμη που αναφέρεται σε ανύπαρκτο γεγονός[98]. Ο δικαστής είναι υποχρεωμένος να απαντήσει αιτιολογημένα εάν η πράξη πληρεί και τα τρία στοιχεία. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο δικαστής αποφεύγοντας να πάρει θέση σχετικά με το εάν η ενέργεια του δράστη πληρεί την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος αποφεύγει να αναφερθεί στα στοιχεία εκείνα της πράξης που καθιστούν την τιμωρία του δράστη ως δικαιολογημένη ή όχι σύμφωνα με την ΕΣΔΑ και το Σύνταγμα.

Εξετάζοντας τις σχολιαζόμενες αποφάσεις παρατηρούμε λοιπόν ότι τα ελληνικά δικαστήρια στην προσπάθεια τους να εναρμονιστούν με τη νομολογία των δικαιοδοτικών οργάνων της ΕΣΔΑ δεν καταφεύγουν πάντα στις ερμηνευτικές τομές που είναι απαραίτητες έτσι ώστε η εναρμόνιση αυτή να είναι ουσιαστική και όχι φαινομενική. Με τον τρόπο όμως αυτό το εγχείρημα τους καθίσταται κανονιστικά έωλο, καθώς στα ζητήματα ερμηνείας των σχετικών διατάξεων που έχουν οδηγήσει σε καταδικαστικές για την Ελλάδα αποφάσεις η στάση τους παραμένει αδιευκρίνιστη και δεν συνιστά ουσιαστική αλλαγή του νομολογιακού προηγούμενου. Η στροφή στη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων που παρατηρείται με τις συγκεκριμένες αποφάσεις δεν ακολουθεί το δικανικό συλλογισμό του ΕυρΔΔΑ παρά μόνο ως προς το συμπέρασμα που αφορά τον περιορισμό για λόγους δημόσιας τάξης. Το συμπέρασμα είναι ότι η επίκληση της δημόσιας τάξης δεν πρέπει να λειτουργεί προσχηματικά αλλά πρέπει να δικαιολογείται με βάση τις σταθμίσεις που περιέχονται στην ΕΣΔΑ και το Σύνταγμα. Ακόμη όμως και στις περιπτώσεις όπου τα ελληνικά δικαστήρια αναφέρονται στις αποφάσεις του ΕυρΔΔΑ, παρατηρούμε ότι η δικαιοδοτική κρίση εξακολουθεί να παρουσιάζει αδυναμία προσαρμογής σε μια αντίληψη που αναγνωρίζει τον πρωταρχικό χαρακτήρα των δικαιωμάτων και ό,τι αυτό συνεπάγεται για την προστασία των φορέων τους. Ενώ στη νομολογία του ΕυρΔΔΑ η απόφαση του δικαστηρίου θεμελιώνεται στη νομική αξιολόγηση των πραγματικών περιστατικών με βάση τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται στην ΕΣΔΑ και μια ουσιαστική ερμηνεία αυτών, στην ελληνική νομολογία παρατηρείται μια αδυναμία αναγνώρισης της πρωταρχικότητας των δικαιωμάτων και των δεσμεύσεων που συνεπάγεται. Η έλλειψη ασφάλειας κατά την εφαρμογή και ερμηνεία των συνταγματικών ελευθεριών διατηρείται ως στοιχείο της δικαιοδοτικής κρίσης. Η αναφορά στα δικαιώματα είναι ελλειπτική και απουσιάζει μια ουσιαστική ανάλυση για το κανονιστικό εύρος των δικαιωμάτων που θα οδηγούσε σε ασφαλή συμπεράσματα σχετικά την αναγκαιότητα των περιορισμών που βασίζονται στην επίκληση της δημόσιας τάξης. Η νομοθετική βούληση εξακολουθεί να αποτελεί παράγοντα που καθορίζει το πεδίο άσκησης των δικαιωμάτων και όχι το αντίστροφο. Η στάση αυτή αναγνωρίζει ως όριο της δράσης των κρατικών οργάνων κυρίως τον κοινό νόμο και όχι το Σύνταγμα ή την ΕΣΔΑ και εξακολουθεί να αναπαράγει μια προσέγγιση που έχει οδηγήσει σε καταδικαστικές για την Ελλάδα αποφάσεις από το ΕυρΔΔΑ.

ΥΠΟΣΗΜΕΙΩΣΕΙΣ

1. Μια εξαντλητική αναφορά σε όλες τις σχετικές μελέτες δεν είναι δυνατή στην παρούσα μελέτη. Περιορίζομαι ενδεικτικά στην αναφορά τριών μελετών οι οποίες εξετάζουν την εφαρμογή των διατάξεων της ΕΣΔΑ από τον έλληνα δικαστή, και πιο συγκεκριμένα των διατάξεων που κατοχυρώνουν την ελευθερία θρησκευτικής συνείδησης, αρθ. 9 ΕΣΔΑ, την ελευθερία της έκφρασης αρθ. 10 ΕΣΔΑ και την ελευθερία της συνένωσης, αρθ. 11 ΕΣΔΑ. Οι μελέτες αυτές είναι: Κ. ΤΣΙΤΣΕΛΙΚΗΣ «Υποθέσεις Σαδικ κατά της Ελλάδος ενώπιον των οργάνων ελέγχου της ΕΣΔΑ», ΕΕΕυρΔ 3/1997, σ. 689-711, Κ. ΤΣΙΤΣΕΛΙΚΗΣ «Η προσφυγή Σεριφ κατά Ελλάδος ενώπιον του δικαστηρίου δικαιωμάτων του ανθρώπου», ΔτΑ 8/2000, σ. 947-990, και Δ. ΧΡΙΣΤΟΠΟΥΛΟΣ «Η υπόθεση Σιδηρόπουλου κ λοιπών κατα Ελλάδας ενώπιον του ΕυρΔΔΑ, Το Σ 25/1999, σ 307-323. Για τη στάση των ελληνικών δικαστηρίων απέναντι στην ΕΣΔΑ βλ. επίσης και Κ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ, *Η ενσωμάτωση της ΕΣΔΑ στην εθνική έννομη τάξη. Οι ελληνικές δυσχέρειες προσαρμογής στην ευρωπαϊκή δημόσια τάξη των ανθρωπίνων δικαιωμάτων*, Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2001 σ. 223 κε. [\[1\]](#)

2. Το ζήτημα είναι προφανώς τεράστιο. Η ανάλυση που θα ακολουθήσει υιοθετεί την άποψη ότι η εφαρμογή μιας διάταξης από την οποία απορρέει η επίλυση της κρινόμενης διαφοράς δεν είναι ζήτημα διαπιστωτικό αλλά κανονιστικό, για τη διάκριση αυτή βλ. Κ. ΣΤΑΜΑΤΗΣ, *Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*, ε έκδοση, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 2002, σ. 254 κε. Για τα όρια της γραμματικής ερμηνείας βλ. inter alia Π.ΣΟΥΡΑΣ, «Το κείμενο του νόμου και η γραμματική ερμηνεία», Αφιέρωμα στον Ανδρέα Α. Γαζή, Αντ Σάκκουλας, Αθήνα - Κομοτηνή, 1994, σ. 627-669, βλ επίσης τη σύντομη αλλά εξαιρετικά διεισδυτική μελέτη του Ρ. RICOUER «Interpretation and/or argumentation», σε Ρ. RICOUER, *The Just*, Chicago, Chicago UP, 2000, σ 109-127, όπου ο συγγραφέας εξετάζοντας τις διαφορές μεταξύ των «ερμηνευτικών» θεωριών δικαιολόγησης των δικαστικών αποφάσεων και των αντίστοιχων περί νομικής επιχειρηματολογίας, θεωρεί ότι ανεξάρτητα από τις επιμέρους διαφορές τους και οι δύο αναγνωρίζουν ότι η εφαρμογή του δικαίου είναι ένα ξεχωριστό στάδιο που προϋποθέτει αυτοτελή θεμελίωση, καθώς οποιαδήποτε εφαρμογή του δικαίου σε κάθε επιμέρους περίπτωση απαιτεί την αναζήτηση των στοιχείων εκείνων που καθιστούν την περίπτωση αυτή μέρος του πραγματικού ενός κανόνα. [\[2\]](#)

3. Τη θεώρηση αυτή ακολουθούν δύο μελέτες του Α. Μανιτάκη για το ρόλο του δικαστή και της δικαιοδοτικής κρίσης. Βλ Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, « Η αποστολή του δικαστή σήμερα σε σχέση με το χθές», Εφαρμογές ειδικό τεύχος, 1997, σ. 89-117, και ιδιαίτερα Α ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, « Ο δικαστής υπηρέτης του νόμου ή εγγυητής των συνταγματικών δικαιωμάτων και μεσολαβητής διαφορών», ΝοΒ 47/1999, σ. 177-201. [\[3\]](#)

4. « Ο δικαστής υποτάσσεται και εκτελεί το νόμο επειδή κρίνει ότι η διαδικασία θέσπισης του και το περιεχόμενο του δε συγκρούονται με τις θεμελιώδεις αρχές οργάνωσης της πολιτείας και προστασίας των δικαιωμάτων» Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, 1999, ό.π σ. 197. [\[4\]](#)

5. Βλ Κ. ΤΣΙΤΣΕΛΙΚΗΣ 1997 ο.π, σ. 691, και Δ.ΧΡΙΣΤΟΠΟΥΛΟΣ 1999, ο.π, σ. 311. [\[5\]](#)

6. Για τη δημόσια τάξη ως περιορισμό των δικαιωμάτων στο ελληνικό Σύνταγμα, βλ Ι. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, *Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου ως περιορισμός, εγγύηση και διάμεσος των ελευθεριών*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 2001, σ. 107-122. Ειδικότερα για τη ρήτρα της δημόσιας τάξης και το δικαίωμα συνένωσης βλ Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗΣ, *Η ελευθερία της συνένωσης*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1996, σ.192 κε. [\[6\]](#)

7. Για την ανάλυση του όρου Δημόσια Τάξη από το Ποινικό Δίκαιο βλ. Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ, *Επιβουλή της δημόσιας τάξης*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1994, σ. 21-25. [\[7\]](#)

8. Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ id, σ. 26-27. [\[8\]](#)

9. Η ανάλυση που θα ακολουθήσει θα περιοριστεί, στα άρθρα εκείνα του Π.Κ, στα οποία η συμπεριφορά του δράστη που τιμωρείται θεωρείται ολοκληρωμένη με την εκφορά του λόγου χωρίς να απαιτείται η συμμετοχή του ίδιου σε βιαιοπραγίες, όπως συμβαίνει για παράδειγμα με τη διατάραξη της κοινής ειρήνης αρθ 189 ΠΚ. Στα συγκεκριμένα άρθρα η

εκφορά του λόγου τιμωρείται γιατί μπορεί να οδηγήσει ή οδηγεί στη διάπραξη βιαιοπραγιών από τους αποδέκτες του λόγου. [\[9\]](#)

10. « όποιος προκαλεί ή παροτρύνει με οποιοδήποτε τρόπο κάποιον να διαπράξει ορισμένο κακούργημα ή πλημμέλημα». [\[10\]](#)

11. Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ, 1994, ο.π, σ 56- 57. [\[11\]](#)

12. Βλ σχετικά, F.W.LAWRENCE, «The Collision of Rights in the Violence Conductive Speech», 19/1998, Cardozo Law Review, σ 1333-1357, (1335-1337) [\[12\]](#)

13. Πλ. Μυτιλήνης, 134/66, ΠΧ 1966, σ 370-371. [\[13\]](#)

14. Το ασυμβίβαστο των περιορισμών επί του περιεχομένου του λόγου, με την ελευθερία της έκφρασης, βασίζεται στο γεγονός ότι οι περιορισμοί επί του περιεχομένου αποσκοπούν να προφυλάξουν τους αποδέκτες του λόγου, από τις δυσμενείς για αυτούς συνέπειες που προκύπτουν από την έκθεση τους στο περιεχόμενο του λόγου και υποκρύπτουν ως κίνητρο τη διάθεση των αρχών να παρέμβουν στους όρους διεξαγωγής των δημόσιων διαλόγων. Αντίθετα οι περιορισμοί που δεν επικεντρώνονται στον επικοινωνιακό αντίκτυπο του λόγου, δεν υποκρύπτουν διάθεση των αρχών να επέμβουν στους όρους αυτούς. Για τη σχετική συζήτηση και νομολογία στις ΗΠΑ βλ ΣΤ. ΤΣΑΚΥΡΑΚΗΣ, *Η ελευθερία του λόγου στις ΗΠΑ*, Σάκκουλας, Αθήνα -Κομοτηνή, 1997, σ. 143 κε. [\[14\]](#)

15. Η διάκριση μεταξύ του αποτελέσματος που έχει ο περιορισμός και του «κινήτρου» που αποτελεί το θεμέλιο της πρωτοβουλίας του νομοθέτη είναι πολύ σημαντική. Εάν περιοριστούμε στο αποτέλεσμα τότε κάθε περιορισμός που αποσκοπεί στον αποτροπή κάποιου κινδύνου με βάση το περιεχόμενο του λόγου εμπίπτει στην κατηγορία των περιορισμών που δεν είναι αποδεκτοί γιατί βασίζονται σε ένα κριτήριο που οδηγεί στην τιμωρία του δράστη με βάση το φρόνημα του. Για παράδειγμα ο ποινικός κολασμός του προσυλητισμού δεν είναι αποδεκτός καθώς κάθε απόπειρα θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως απόπειρα συζήτησης για θεολογικά θέματα. Εάν στραφούμε όμως στο κίνητρο του νομοθέτη, το οποίο στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι η αποτροπή της προσπάθειας διείσδυσης στη θρησκευτική συνείδηση του άλλου με σκοπό τη μεταβολή της, τότε η απογόρευση αυτή αποσκοπεί στην προστασία της θρησκευτικής ελευθερίας των ετερόδοξων. Θα μπορούσε βέβαια κάποιος να ισχυριστεί ότι η προσπάθεια μεταβολής δεν είναι αθέμιτος στόχος στο βαθμό που κάθε θρησκεία αποσκοπεί στη διεύρυνση του ακροατηρίου της. Ωστόσο υπάρχουν και περιπτώσεις στις οποίες η προσπάθεια αυτή μπορεί να γίνει με κατάχρηση της επιρροής που κατέχει κάποιος λόγω της θέσης του, π.χ αξιωματικοί του στρατού σε βάρος στρατιωτών. Το παράδειγμα δεν είναι υποθετικό, βλ. υπόθεση «Λαρίσης κατά Ελλάδος» ΕΔΔΑ 140/1996, όπου το δικαστήριο διέκρινε ανάμεσα στην απόπειρα προσυλητισμού προς πολίτες και στρατιώτες, από τους κατηγορούμενους που ήταν αξιωματικοί της Αεροπορίας και έκρινε δικαιολογημένη την καταδίκη τους ως προς τη δεύτερη ενέργεια. Ολόκληρη η απόφαση δημοσιεύεται στις Εφαρμογές II/97 σ. 495 κε. [\[15\]](#)

16. Θα καταφύγουμε στην πλούσια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου των ΗΠΑ η οποία έχει αντιμετωπίσει εξαντλητικά το ζήτημα. Βλ. *Feiner v New York* 340 U.S 268 (1951). Κρίσιμο στοιχείο της υπόθεσης ήταν η παρουσία δύο μόνο αστυνομικών οι οποίοι αδυνατούσαν να συγκρατήσουν το πλήθος. [\[16\]](#)

17. Βλ. *Edwards v South Carolina* 372 U.S 229 (1963). Δεν επιτρέπεται ο περιορισμός του λόγου εάν η αστυνομική δύναμη μπορεί να αποτρέψει ή να αντιμετωπίσει αποτελεσματικά την αντίδραση του εχθρικού ακροατηρίου. [\[17\]](#)

18. Για την άποψη της νομολογίας σχετικά με το ζήτημα αυτό βλ ΑΠ 208/91, Υπεράσπιση, 1/1991, σ 827 κε, με σχόλιο Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗ. [\[18\]](#)

19. ΑΠ 96/1982, ΠΧ, ΛΑ/1982, σ 798. [\[19\]](#)

20. Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ, 1994, ο.π, σ 32 κε, και σ. 63 κε. Το στοιχείο της δυνατότητας να προκληθεί συγκεκριμένο αποτέλεσμα από την πράξη, καθιστά ατιμώρητες τις πράξεις που δεν έχουν αυτή τη δυνατότητα. [\[20\]](#)

21. Βλ σχετικά με το ζήτημα της σύμφωνης με το σύνταγμα ερμηνείας Φ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΣ, *Η ερμηνεία του Συντάγματος*, Σάκκουλας Αθήνα - Κομοτηνή, 1999, σ. 169-172, και επίσης Κ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ «Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων στη νομολογία του ΣτΕ», σε Δ.ΤΣΑΤΣΟΣ, *Η ερμηνεία του Συντάγματος*, Σάκκουλας Αθήνα-Κομοτηνή, 1995, σ. 385 κε. [\[21\]](#)

22. Για τον κανονιστικό χαρακτήρα της νομικής ερμηνείας και τους περιορισμούς που επιβάλλει βλ. Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, *Ερμηνεία του Συντάγματος και Λειτουργία του Πολιτεύματος*, Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 1996, σ. 98-99, και 228-229. [\[22\]](#)

23. Για τη σχετική προβληματική βλ, Φ ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΣ, 1999, ο.π, σ. 169-172, και επίσης Κ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ 1995, ο.π, σ. 394-395. [\[23\]](#)

24. Βλ σχετικά, Β. ΣΚΟΥΡΗΣ, Β. ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ, *Ο έλεγχος της Συνταγματικότητας των νόμων*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1985, σ. 57-59. [\[24\]](#)

25. Εφ Αθ 5280/81, Το Σ 8/1982, σ. 260, Πλ Αθ 44203/1980 Το Σ 7/1981 σ. 473, ΑΠ 1463/81, ΠΧ, ΛΑ 1982, σ. 633. [\[25\]](#)

26. Από τις πολλές αποφάσεις στη σωστή κατεύθυνση βρίσκεται η Τριμ Πλ Αθ, 38098/1993 αδημ, η οποία χαρακτήρισε ως εκφραση γνώμων που προστατεύονται από το Σύνταγμα, τα αναγραφόμενα σε φυλλάδιο της ΟΣΕ, για την ύπαρξη μακεδονικής μειονότητας, σε αντίθεση με άλλες αποφάσεις που χαρακτήρισαν σχετικές απόψεις ως διασπορά ψευδών ειδήσεων και πρόκληση σε διχόνοια. [\[26\]](#)

27. Βλ την έκθεση της Επιτροπής στην υπόθεση, *A.Sadik v Greece*, 4/10/1995, παρ 45,47,48. Το κείμενο της απόφασης δημοσιεύεται στην ιστοσελίδα www.dhcour.coe.fr. [\[27\]](#)

28. Θα μπορούσε κάποιος να ισχυριστεί ότι ο έλεγχος του δικαστηρίου με βάση τη συγκεκριμένη ρήτρα είναι έλεγχος σκοπιμότητας του μέτρου που λαμβάνεται. Ωστόσο στις περισσότερες περιπτώσεις ο έλεγχος βασίζεται στη νομική αξιολόγηση της αξιόποινης πράξης στην οποία έχει προβεί ο εθνικός δικαστής και η κρίση του ΕυρΔΔΑ σχετικά με σκοπιμότητα βασίζεται στην κρίση περί της αξιολόγησης αυτής. Για παράδειγμα στην περίπτωση *Lehidaux and Isorni v France*, 23/9/1998, η οποία αφορούσε την καταδίκη με βάση ένα νόμο που παρουσιάζει πολλές ομοιότητες με τον αντίστοιχο «περί εγκωμιασμού κακουργήματος», αρθ 185 ΠΚ, η κρίση του ΕυρΔΔΑ σχετικά με τη σκοπιμότητα της τιμωρίας στηρίχθηκε στην αξιολόγηση της πράξης από τα εθνικά δικαστήρια και ειδικότερα στο γεγονός ότι οι κατηγορούμενοι δεν εγκωμιάζαν τις πράξεις του στρατάρχη Πεταίν, αλλά απέφευγαν να πάρουν θέση. Η κρίση αυτή βασίζεται στη νομική αξιολόγηση το όρου εγκωμιασμός, και είναι απαραίτητη γιατί το δικαστήριο κρίνει τη σκοπιμότητα του μέτρου με αναφορά στις αρχές που ενσωματώνονται στη διάταξη που προστατεύει το υπο περιορισμό δικαίωμα, στη συγκεκριμένη περίπτωση το αρθ 10 της Συνθήκης, βλ. παρ 51-54, της απόφασης. [\[28\]](#)

29. Βλ Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ 1992, «Τα νομιμοποιητικά θεμέλια της εξουσίας του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων» σε Χ. ΑΠΑΛΑΓΑΚΗ επιμ., *Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων: θέσεις και τάσεις της νομολογίας*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1992, σ 11-71, (36-37). [\[29\]](#)

30. Εσφαλμένη ερμηνεία υπάρχει όταν αποδίδεται στο νόμο έννοια διαφορετική από εκείνη την οποία έχει και έτσι ο δικαστής δεν υπάγει σε αυτόν τα πραγματικά περιστατικά ή αναζητεί άλλα που δεν απαιτούνται από το νόμο. Εσφαλμένη εφαρμογή υπάρχει όταν ο δικαστής δεν υπάγει στην αληθή έννοια του κανόνα τα πραγματικά περιστατικά που αποδείχθηκαν αλλά σε άλλη διάταξη νόμου. Πρόκειται πάντως και στις δύο περιπτώσεις για ερμηνεία και εφαρμογή του κοινού νόμου. Στην περίπτωση αυτή η πηγή της

απροσδιοριστίας είναι ο κοινός νόμος. Θα πρέπει λοιπόν ο δικαστής να απομονώσει τις ερμηνείες που αντίκεινται στο Σύνταγμα και να θεωρήσει ως αποδεκτή την ερμηνεία που δεν αντίκειται στο Σύνταγμα. Για παράδειγμα εαν υπάρχουν περισσότερες απο μια υποστηρίξιμες ερμηνείες σχετικά με τον όρο διέγερση που περιέχεται στο πραγματικό αρκετών διατάξεων περί επιβουλής της δημόσιας τάξης, τότε πρέπει να επιλεγεί αυτή που είναι σε συμφωνία με το Σύνταγμα, και η ορθότητα μιας απόφασης δικαστηρίου ουσίας που εφαρμόζει τις σχετικές διατάξεις να κριθεί ανάλογα με την ερμηνεία του όρου που αποδέχθηκε. [\[30\]](#)

31. Γ. ΜΗΤΣΟΠΟΥΛΟΣ, «Η διάκριση νομικού και πραγματικού ζητήματος εν τη αναιρετική διαδικασία», ΝοΒ 18/1967, σ.955 κε. [\[31\]](#)

32. Βλ ΣΤ. ΓΑΒΑΛΑΣ, «Η αιτιολογία των ποινικών αποφάσεων», σε Χ. ΑΠΑΛΑΓΑΚΗ επιμ, 1992, *Η αιτιολογία των δικαστικών αποφάσεων, δικαστική μειοψηφία, η κριτική των δικαστικών αποφάσεων*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1992, σ. 74 επ. [\[32\]](#)

33. Το ζήτημα εαν οι ισχυρισμοί ψευδών γεγονότων καλύπτονται από το δικαίωμα στην ελεύθερη έκφραση είναι ένα θέμα που αφορά το σκοπό της συνταγματικής κατοχύρωσης της ελευθερίας αυτής. Δεν καθορίζει όμως τι αποτελεί ισχυρισμό, γνώμη, ή περιγραφή γεγονότων, χαρακτηρισμός που παίζει ρόλο στην οριοθέτηση της δυσφήμισης από την εξύβριση. Για το ζήτημα των πραγματολογικών στοιχείων και της ερμηνείας τους βλ. KIM LANE SHEPELLE 1996, «Facing Facts in Legal Interpretation», σε R.POST ed 1996, *Law and the Order of Culture*, Berkeley, California University Press, σ. 42-78. [\[33\]](#)

34. Βλ Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗΣ, 1996, ο.π, σ. 258 κε. [\[34\]](#)

35. Βλ. Γ. ΜΗΤΣΟΠΟΥΛΟΣ, 1967 οπ.π, σ. 947-948. [\[35\]](#)

36. Για το ζήτημα της υπαγωγής στις αξιολογικές έννοιες βλ Κ. ΣΤΑΜΑΤΗΣ, 2002, ό.π σ. 233 κε. [\[36\]](#)

37. Για τον έλεγχο των γεγονότων και της νομικής αξιολόγησης τους κατά την αναίρεση βλ Γ. ΜΗΤΣΟΠΟΥΛΟΣ, 1967, ο.π, σ. 945 επ. [\[37\]](#)

38. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η απόφαση ΑΠ 1045/2002, αδημ. που αφορά την εφαρμογή της διάταξης 175 Π.Κ, περί αντιποίησης θρησκευτικού λειτουργού. Η απόφαση αυτή ακολούθησε την απόφαση του ΕυρΔΔΑ, *Serif v Greece*, 14/12/1999, με την οποία κρίθηκε το εύρος της προστασίας που περιέχει το αρθ 9 της συνθήκης. Η απόφαση αφορούσε την καταδίκη ενός πολίτη ο οποίος παρότι δεν τοποθετήθηκε στη θέση του Μουφτή νομότυπα, ασκουσε θρησκευτικά, και όχι δικαιοδοτικά καθήκοντα. Το δικαστήριο έκρινε ότι «αφού τα δεκτά γενόμενα ως αποδεχθέντα περιστατικά δεν αποτελούν αξιόποινη πράξη αντιποίησης θρησκευτικού λειτουργού, αλλά άσκηση ατομικού δικαιώματος που προστατεύεται από το αρθ 13 του Σ και το αρθ 9της ΕΣΔΑ, κυρρήσει τον κατηγορούμενο αθώο». Το ενδιαφέρον του αναιρετικού δικαστή στρέφεται στο εαν ο δικαστής ουσίας υπήγαγε τα γεγονότα που αποδείχθηκαν στην σωστή διάταξη, το δικαίωμα ή τον περιορισμό χωρίς να εξετάζει τη συνταγματικότητα του περιορισμού που επιβάλλει η συγκεκριμένη διάταξη. Βέβαια καταφεύγει σε ερμηνεία της σχετικής διάταξης, θεωρώντας ότι η άσκηση θρησκευτικών και όχι δικαιοδοτικών καθηκόντων αποτελεί άσκηση δικαιώματος και όχι συμπεροφορά η οποία περιγράφεται στο πραγματικό του κανόνα. Η ορθότητα της απόφασης όμως δεν αφορά το εαν ο περιορισμός είναι αποδεκτός ή όχι, αλλά εαν τα αποδειχθέντα γεγονότα μπορούν να υπαχθούν στη μια ή την άλλη κατηγορία. [\[38\]](#)

39. ΣΤ. ΓΑΒΑΛΑΣ , 1992, ο.π, σ. 74-76. [\[39\]](#)

40. Για τη διάκριση αυτή ο αναγνώστης μπορεί να ανατρέξει καταρχήν στη μελέτη του J. WROBLESKI, «Legal Syllogism and Rationality on Judicial Decision», *Rechtstheorie* 5/1974, σ 33-46. [\[40\]](#)

41. Θα αναφερθούμε κυρίως στις αναλύσεις του R.ALEXΥπου περιέχονται στο έργο του *Theory of Legal Argumentation*, 1989, Oxford, Claredon, σ 221 κε. [\[41\]](#)
42. ΣΤ. ΓΑΒΑΛΑΣ, 1992, ο.π, σ. 86. [\[42\]](#)
43. R. ALEXΥ, 1989, ο.π, σ. 221. [\[43\]](#)
44. Βλ R. ALEXΥ 1989, ο.π, σ. 230 [\[44\]](#)
45. Ο Alexy θεωρεί ότι το θεσμικό ενέργημα απαγγελίας μιας δικαστικής απόφασης εγείρει πάντα μια αξίωση ορθότητας ακόμη και εαν η συγκεκριμένη αξίωση συμβαίνει να μην ικανοποιείται πάντα. Αυτό ισχύει γιατί σύμφωνα με τον Alexy, οποιαδήποτε άλλη εκδοχή που θα αποσύνδεε την απαγγελία μιας δικαστικής απόφασης με την αξίωση ορθότητας της απόφασης, αποτελεί μια επιτελεστική αντίφαση. Σχετικά με το εαν η επίκληση μιας επιτελεστικής αντίφασης αποτελεί ικανό λόγο θεμελίωσης, ο Alexy ισχυρίζεται ότι με την επίκληση μιας επιτελεστικής αντίφασης αποδεικνύουμε ότι κάποιοι κανόνες ισχύουν αναγκαία, γιατί όλες οι υπόλοιπες εκδοχές συνιστούν ενεργήματα εμπρακτής αντίφασης, (Performative Contradiction), παραδοχή που συνιστά ικανό λόγο θεμελίωσης. R. ALEXΥ, «Το Δίκαιο και το Ορθό», *Ισοπολιτεία*, 3/ 1999,σ. 17-22. [\[45\]](#)
46. Ι. ΓΙΑΝΝΙΔΗΣ, *Η Αιτιολόγηση των Ποινικών Δικαστηρίων. Θεωρητικά Θεμέλια*, Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 1989, σ 174, 184-186. [\[46\]](#)
47. Βλ. ΑΠ 208/1991, ο π. [\[47\]](#)
48. Βλ. εντελώς ενδεικτικά, R. DWORKIN, «The model of rules», σε *Taking Rights Seriously*, 1978 London, Duckworth, σ. 14-45, R. DWORKIN, «No Right Answer?», σε *A. Matter of Principle*, Cambridge Mass, Harvard UP, 1985, σ. 119-145, R. DWORKIN, «On Gaps in the Law» , σε *Controversies about Law's Ontology*, P. Amselek,. N. Mac Cormick, 1991, Edinburgh, Endinburgh UP, σ.84-91. [\[48\]](#)
49. Βλ Μ. LA TORRE, *Theories of Legal Argumentation: Concepts of Law, an Approximation*, EUI, WP/Law, 98/1, σ 26-27. [\[49\]](#)
50. P. RICOUER 2000, ο.π, σ 116-123. [\[50\]](#)
51. R.ALEXΥ, «A Discourse Theoretical Conception on Practical Reason», *Ratio Juris*, 5/1992, σ. 231 κ.ε [\[51\]](#)
52. Για την πρώτη κριτική βλ Ο. WEIBERGER, « Basic Puzzles of Discourse Philosophy», *Ratio Jris* 9/1996, σ. 172- 181, και Ο WEINBERGER, « Legal validity, acceptance of law, legitimacy», *Ratio Juris* 12/199, σ. 336-353. Βέβαια η βούληση του δικαστή που εκφράζεται μέσω του δικανικού συλλογισμού δεν είναι αυθαίρετη, βασίζεται σε γλωσσικές συνθήκες που δεν μπορούν όμως να θεωρηθούν ως το αποτέλεσμα της εφαρμογής κανόνων ορθολογικής διαβούλευσης. [\[52\]](#)
53. Βλ Κ. GUNTHER, *The Sense of Appropriateness*, 1988, SUNY, New York, σ 41-159, και Κ. GUNTHER, «Critical Remarks ο R Alexy's «Special Case Thesis», *Ratio Juris* 5/1993, σ.157 κε [\[53\]](#)
54. Για την απάντηση του R Alexy, στην κριτική αυτή βλ R.ALEXΥ, «Justification and Application of Norms», *Ratio Juris*, 6/1993, σ 155 κε, και Ι. DWARS, «Application Discourse and the Special Case Thesis», 5/1992, *Ratio Juris*, σ 67 κε. [\[54\]](#)
55. Δεν αναφέρομαι μόνο τις συγκεκριμένες συνταγματικές διατάξεις του αρθ 93 παρ3,4 Σ. [\[55\]](#)

56. Η διάκριση αυτή αναπτύχθηκε από τον G. Radbruch, Για τις συνέπειες της διάκρισης βλ. Φ ΒΑΣΙΛΟΓΙΑΝΝΗ, «Περί Αντισυνταγματικών Κανόνων του Συντάγματος», Χαριστήρια Α.Μανεση, τ. 2, Αντ Σάκκουλας Αθήνα-Κομοτηνή, 1998. σ 18-19.[\[56\]](#)
57. Βλ Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, 1999, ο.π, σ 193-199[\[57\]](#)
58. Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ 1999, ο.π, σ 193-199.[\[58\]](#)
59. Για το Δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας, βλ. Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ 1999, ό.π σ. 193-199.[\[59\]](#)
60. Στο Ελληνικό Σύνταγμα δεν κατοχυρώνεται ρητά η ελευθερία της συνείδησης αλλά μόνο της θρησκευτική. Ωστόσο όπως επισημαίνει εύστοχα ο Χ. Ανθόπουλος, το γεγονός ότι η αρχή της ελευθερίας της συνείδησης κατοχυρώνεται ρητά από το αρθ. 9 της ΕΣΔΑ, μπορεί να λειτουργήσει ως παράγοντας ερμηνείας των διατάξεων όχι μόνο του κοινού νόμου αλλά και του ελληνικού Συντάγματος, στο βαθμό που το Ελληνικό Σύνταγμα αναφέρεται μόνο στις θρησκευτικές πεποιθήσεις, στο αρθ. 13 αλλά δεν αποκλείει ρητά τις μη θρησκευτικές πεποιθήσεις. Βλ Χ.ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΣ, *Το Συνταγματικό Δικαίωμα στην Ελευθερία της Συνείδησης*. 1992, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, σ 37 κε.[\[60\]](#)
61. Για το αρθ 7 παρ 1 του Σ βλ. Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ, «άρθρο 7 παρ1», σε Γ. ΚΑΣΣΙΜΑΤΗ και Κ. ΜΑΥΡΙΑ, *Ερμηνεία του Συντάγματος II*, Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 1999, σ. 16 και Ν. ΠΑΡΑΣΚΕΥΟΠΟΥΛΟΣ, «Η συνταγματική κατοχύρωση του αδίκου και της ενοχής», σε *Χαριστήρια Α.Μανεση*, IV Varia, Σάκκουλας, Αθήνα- Κομοτηνή, 1998, σ. 63-83. [\[61\]](#)
62. Βλ Γ. ΜΗΤΣΟΠΟΥΛΟΣ, 1967, ο.π σ 955.[\[62\]](#)
63. Βλ Ι. ΓΙΑΝΝΙΔΗΣ, 1989 , ο.π, σ. 59.[\[63\]](#)
64. Βλ. Κ. ΚΕΡΑΜΕΥΣ *Αστικό Δικονομικό Δίκαιο*, Σάκκουλας 1983,Αθήνα-Κομοτηνή, σ 504 κε[\[64\]](#)
65. Κάτι που αποδέχεται και ο R. Alexy. Βλ. R. ALEXY, *Theorie Der Grundrechte, Frankfurt a Main*, 1986, σ 444-445.[\[65\]](#)
66. Για το θέμα της λειτουργικής δέσμευσης των δικαιωμάτων βλ την εξειδικευμένη μονογραφία του Χ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΥ, *Η λειτουργική δέσμευση των δικαιωμάτων*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1992. Για μια κριτική αντιμετώπιση του Συντάγματος ως συνόλου αξιών με αναφορές σε παραδείγματα από τη νομολογία βλ επίσης, Γ. ΔΡΟΣΟΣ, «Ο δικαστής ο νόμος και η ουσία των πραγμάτων», ΕφΔΔ, ειδικό τεύχος Ι, 1997, σ 117- 169.[\[66\]](#)
67. Βλ. Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗΣ, 1996, ο.π, σ 264 κε.[\[67\]](#)
68. Βλ Ι. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, ο.π. 2001, σ, 113- 114, και ειδικότερα για το δικαίωμα συνένωσης, Σ. ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗΣ, 1996, ο.π, σ. 269 κε. [\[68\]](#)
69. Για μια ανάλυση του όρου κοινή ειρήνη, βλ. Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ , 1994, ο.π σ 18 κε.[\[69\]](#)
70. Ανάλυση της συγκεκριμένης νομολογίας παρουσιάζεται από την Ι. ΚΟΥΡΤΟΒΙΚ, «Δικαιοσύνη και Μειονότητες», σε Κ. ΤΣΙΤΣΕΛΙΚΗΣ, Δ. ΧΡΙΣΤΟΠΟΥΛΟΣ, *Το Μειονοτικό Φαινόμενο στην Ελλάδα*, Αθήνα, 1997, Κριτική, σ 245-281.[\[70\]](#)
71. Για την ελευθερία της έκφρασης, βλ *Sadik v. Greece*, Αναφορά της Επιτροπής 4 /4/ 1995, για την ελευθερία συνένωσης, *Sidiropoulos v. Greece*, απόφαση του ΕυρΔΔΑ 10/7/ 1998, για τη θρησκευτική ελευθερία, *Serif v Greece*, απόφαση ΕυρΔΔΑ 14 /12/ 1999. Οι αποφάσεις δημοσιεύονται στην ιστοσελίδα www.dhcour.coe.fr. Η περίπτωση Σαδικ αφορά την καταδίκη του δράστη από τα ελληνικά δικαστήρια για το έγκλημα της πρόκλησης

δικόνοιας αρθ 192 ΠΚ και όχι της διασποράς ψευδών ειδήσεων αρθ 191 ΠΚ, όπως η εδώ σχολιαζόμενη εφευετική απόφαση ΕφΑθ 13149/01. Ωστόσο αποτελεί ένα νομολογιακό προηγούμενο σχετικά με τις προϋποθέσεις που είναι απαραίτητες για να θεωρηθεί η δημόσια τάξη αποδεκτός περιορισμός της ελεύθερης έκφρασης σύμφωνα με την ΕΣΔΑ. [\[71\]](#)

72. Βλ επίσης, εκτός των μελετών που αναφέρονται στην υποσημείωση 21, και Γ. ΠΙΝΑΚΙΔΗΣ, «Η Σύμφωνη με το Σύνταγμα Ερμηνεία», ΤοΣ, 26/2000, σ. 3 κε. [\[72\]](#)

73. Η αντιποίηση θρησκευτικής αρχής δεν ανήκει στα εγκλήματα επιβουλής της δημόσιας τάξης σύμφωνα με το ελληνικό Ποινικό Δίκαιο. Ωστόσο η ελληνική κυβέρνηση υποστήριξε ενώπιον του ΕυρΔΔΑ ότι τα ελληνικά δικαστήρια προσπατεύοντας το νόμιμο Μουφτή απέβλεψαν στη διατήρηση της τάξης στη συγκεκριμένη θρησκευτική κοινότητα αλλά και στην ευρύτερη τοπική κοινωνία, και άρα πρόκειται για μέτρο που εμπίπτει στους αποδεκτούς από τη Συνθήκη περιορισμούς των δικαιωμάτων, ισχυρισμός που δεν έγινε δεκτός από το ΕυρΔΔΑ Βλ παρ 53 της απόφασης. *Serif v Greece*. [\[73\]](#)

74. Βλ *Serif v. Greece* παρ. 43-45, *Sidiropoulos v Greece*, παρ. 38-40, *Sadik v. Greece* παρ. 37-38. [\[74\]](#)

75. Βλ *Serif v. Greece*, παρ 37,38,51. [\[75\]](#)

76. Βλ. *Sidiropoulos v Greece*, παρ 40. [\[76\]](#)

77. Βλ. *Sidiropoulos v Greece*, παρ 44-45 [\[77\]](#)

78. Βλ *Sadik v Greece* παρ 37. [\[78\]](#)

79. Βλ *Sadik v Greece* παρ 48 [\[79\]](#)

80. Βλ. Αποφάσεις *Serif v Greece*, παρ 53 και *Sadik v Greece*, παρ. 53. [\[80\]](#)

81. Βλ. απόφαση *Sidiropoulos v Greece* παρ 41 [\[81\]](#)

82. Βλ. *Sidiropoulos v Greece* παρ 40, και *Sadik v Greece* παρ 48. [\[82\]](#)

83. Βλ. *Sadik v Greece* παρ 50, *Serif v Greece* παρ 51, *Sidiropoulos v Greece* παρ 41. [\[83\]](#)

84. Βλ. *Sadik v Greece*, παρ 40 [\[84\]](#)

85. Βλ. *Serif v Greece* παρ 52. [\[85\]](#)

86. Βλ. *Sidiropoulos v Greece*, παρ 45,46. [\[86\]](#)

87. Η ερμηνεία των διατάξεων του κοινού νόμου που αποτελεί το εφαρμοστέο δίκαιο των αποφάσεων που αναφέρονται ήταν σύμφωνα με την προηγούμενη νομολογία των Ελληνικών δικαστηρίων εντελώς διαφορετική από την ερμηνεία που ακολούθησαν τα ελληνικά δικαστήρια στις σχολιαζόμενες εδώ αποφάσεις. Για την αντιποίηση θρησκευτικής αρχής βλ ΑΠ 1133/99 αδημ, για τη διάλυση σωματείου βλ 795/94 αδημ και για τη διασπορά ψευδών ειδήσεων βλ ΑΠ 1126/94, ΝοΒ 43/1995, σ 93-100. [\[87\]](#)

88. Για το ιστορικό της υπόθεσης βλ. Εφ Θράκης 117/99, Ελλ Δικαιοσύνη, 42/2001, σ. 234-235. [\[88\]](#)

89. Βλ. ΑΠ 1530/2000, Ελλ. Δικαιοσύνη, 42/2001, σ. 441- 443. [\[89\]](#)

90. Βλ. ΑΠ 1530/2000, ο.π σ 442. [\[90\]](#)

91. Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ , 1999, ο.π σ 193-201. [\[91\]](#)
92. Βλ. *Sidiropoulos V Greece*, παρ 46. [\[92\]](#)
93. Για την προστασία που περιέχει το δικαίωμα συνένωσης στους φορείς του βλ επίσης, Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, *Το Υποκείμενο των Συνταγματικών Δικαιωμάτων*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1981, σ. 233 κε. [\[93\]](#)
94. Για την αξιολόγηση της πρόθεσης των ιδρυτικών μελών του σωματείου βλ. Σ. Ορφανουδάκης, ό.π. 1996, σ. 211. Για τη διάκριση μεταξύ βίαιης δράσης ως μέσο υλοποίησης των στόχων ενός σωματείου και της προπαγάνδας σχετικά με χρήση βίας βλ *Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Iliden, v Bulgaria*, παρ 88,89,90. Η απόφαση δημοσιεύεται σε Εφαρμογές ΙΕ/2002, σ 576-630. [\[94\]](#)
95. Βλ. ΑΠ 1045/2002, ΝοΒ 50/2002, σ 1928-1930, με σχόλιο Χ. ΑΡΓΥΡΟΠΟΥΛΟΥ. [\[95\]](#)
96. Ο κατηγορούμενος διώχθηκε ποινικά γιατί διένειμε σε συγκέντρωση βλάχικων σωματείων φυλλάδιο που αναφερόταν στη ύπαρξη μειονοτικών γλωσσών στην Ελλάδα. [\[96\]](#)
97. Βλ Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ, 1999, ό.π, σ 16. [\[97\]](#)
98. Βλ Ι. ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ, 1994, ό.π, σ 219. [\[98\]](#)

* Το Civilitas.GR και ο «ΔΗΜΟΣΙΟΣ ΥΠΑΛΛΗΛΟΣ» προτίθενται να απομακρύνουν το κείμενο αυτό από την Ιστοσελίδα τους, εάν η αναδημοσίευσή του προσβάλλει κεκτημένα πνευματικά ή εμπορικά δικαιώματα (info@civilitas.gr)