

ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

ΤΜΗΜΑ ΝΟΜΙΚΗΣ

ΕΡΓΑΣΙΑ ΣΤΟ ΜΑΘΗΜΑ

ΤΩΝ ΕΦΑΡΜΟΓΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ



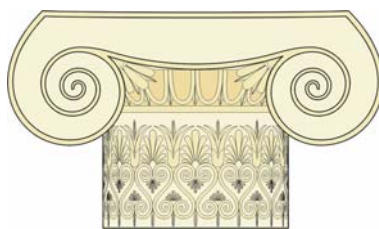
**ΘΕΜΑ: Η ΤΡΙΤΕΝΕΡΓΕΙΑ
ΤΩΝ
ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ
ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ**

**ΣΠΟΥΔΑΣΤΗΣ: ΒΑΣΙΛΕΙΟΥ ΝΙΚΟΛΑΟΣ
Α.Μ. 1340200200615**

ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ: ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟΣ ΑΝΔΡΕΑΣ

ΑΘΗΝΑ 2007

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ



ΤΟ ΘΕΜΑ	2
Εισαγωγικές Παρατηρήσεις	4
1. Γενικές παρατηρήσεις γύρω από τη θεωρία της «τριτενέργειας»	4
2. Πεδίο εφαρμογής της τριτενέργειας από κοινωνιολογική σκοπιά	5
3. Η θεωρία της μεταβολής ή αλλοιώσεως των θεμελιωδών δικαιωμάτων	6
A. Η ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗ ΤΗΣ ΤΡΙΤΕΝΕΡΓΕΙΑΣ	7
1. Ο όρος «τριτενέργεια»	8
2. Κριτική του όρου «τριτενέργεια» - Η απόλυτη αμυντική ενέργεια	9
3. Η δογματική θεμελίωση της «τριτενέργειας»	10
B. ΕΝΕΡΓΕΙΑ, ΧΡΗΣΗ & ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ	13
1. Η διάκριση της «τριτενέργειας» σε άμεση και έμμεση	13
2. Η Ελληνική θεωρία	19
3. Συνοπτική κρίση και κριτική	23
Γ. ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ	26
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ	28

Συντομογραφίες

Αστικός Κώδικας:	Α.Κ.
Άρειος Πάγος:	Α.Π.
Γερμανικό Ομοσπονδιακό Εργατικό Δικαστήριο:	ΓΟΕΔ
Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο:	ΓΟΣΔ
Το Σύνταγμα (περιοδικό):	ΤοΣ.
BVerfG:	ΓΟΣΔ
Βλέπε:	Βλ.
Σελίδα (ες):	σελ.
Όπου παραπάνω:	όπ. παρ.
Επόμενα (ες):	επ.
Τόμος:	τ.

ΤΟ ΘΕΜΑ

Ο όρος «τριτενέργεια», μία θεωρητική κατασκευή γεννημένη στη Γερμανία, έκανε την εμφάνισή του στην ελληνική νομική γλώσσα εδώ και 20 χρόνια. Στη ρίζα της κατασκευής αυτής υπάρχει η σκέψη ότι ορισμένες μεγάλες αρχές του δικαίου έχουν από τη φύση το ηθικό κύρος και τη λογική έκταση ώστε να κυβερνούν όλες τις κοινωνικές σχέσεις μέσα στην πολιτικά οργανωμένη κοινότητα όχι μόνο σε ανώτατο και τελικό βαθμό, αλλά και άμεσα, χωρίς την παρέμβαση ειδικότερων κανόνων. Η έκφραση «τριτενέργεια» έχει το προσόν ότι αποδίδει μονολεκτικά τη σύνθετη λέξη *Drittwirkung* με τη μεγαλύτερη δυνατή εννοιολογική ακρίβεια, ενώ το ουσιαστικό περιεχόμενό της μπορεί να συνοψισθεί ως εξής:

Οι διατάξεις του Συντάγματος, νόμου ανώτατου και άκαμπτου, δε απευθύνονται μόνο στα δημόσια όργανα, αρχίζοντας φυσικά απ' το νομοθέτη, για να χαράζουν σταθερά όρια και θετικά καθήκοντα στην εξουσία τους. Απευθύνονται με το ίδιο κύρος και εξίσου άμεσα προς τα άτομα. Και τούτου υπό την έννοια ότι και αυτά, μέσα από την πλοκή των ιδιωτικών σχέσεων και με τη δύναμη πραγματικών καταστάσεων που δημιουργούν πολλοί και ασύδοτοι κοινωνικοί, οικονομικοί και τεχνολογικοί παράγοντες, συμβαίνει να κατέχουν εξουσία απειλητική ή και καταλυτική δικαιωμάτων και εννόμων συμφερόντων άλλων ατόμων. Τον κίνδυνο της διαταραχής στην ισορροπία των ιδιωτικών σχέσεων, που ο νόμος δεν είναι πάντα αρκετός ή παρών για να αποκαταστήσει, θέλει να αποτρέψει ή να μετριάσει η «τριτενέργεια».

Εισαγωγικές Παρατηρήσεις

1. Γενικές παρατηρήσεις γύρω από τη θεωρία της «τριτενέργειας»

Η συζήτηση για τη σχέση ανάμεσα στα θεμελιώδη δικαιώματα και το ιδιωτικό δίκαιο απασχολεί τα τελευταία χρόνια όλο και εντονότερα τη νομική επιστήμη στις διάφορες δυτικοευρωπαϊκές χώρες. Αυτό συμβαίνει και στη χώρα μας ιδιαίτερα υπό το Σύνταγμα του 1975¹. Στη νομική επιστήμη των τελευταίων κυρίως χρόνων δημιουργήθηκε η αντίληψη ότι το ζήτημα της νομικής θεμελίωσης της διαπροσωπικής εφαρμογής των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι μάλλον ξεπερασμένο. Ο λόγος που κρύβεται πίσω από τη δημιουργία της εντυπώσεως αυτής οφείλεται κατά ένα μέρος και στην ασάφεια ανάμεσα στις δύο θεωρίες που αναπτύχθηκαν σχετικά με την «τριτενέργεια», την άμεση και την έμμεση. Η άμεση θεωρία του H.C. Nipperdey υποστηρίζει την άμεση εφαρμογή των Θεμελιωδών δικαιωμάτων, χωρίς δηλαδή την παρεμβολή διατάξεων του κοινού δικαίου², ενώ αντίθετα η έμμεση θεωρία του G. Durig υποστηρίζει την αναγκαιότητα της μεσολαβήσεως διατάξεων του κοινού ιδιωτικού δικαίου, την εφαρμογή των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο ιδιωτικό δίκαιο με τις γενικές ρήτρες του ιδιωτικού δικαίου. Το αξιοσημείωτο είναι ότι σήμερα δεν αμφισβητείται πλέον σοβαρά ότι τα συνταγματικώς κατοχυρωμένα δικαιώματα και ελευθερίες έχουν επίδραση και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, αλλά οι διαφωνίες επικεντρώνονται στη δογματική θεμελίωση, τον τρόπο, την έκταση και τις πρακτικές συνέπειες της επίδρασης αυτής.

¹ Βλ. Την αντιμετώπιση του θέματος στην Ελληνική θεωρία υπό το Σ. του 1975: Γ. Κασιμάτη, Σύνταγμα και κοινό δίκαιο. Η ισότητα των φύλων και ο θεσμός της οικογένειας στην ελευθερία τελευταίας βούλησης, ΤοΣ. 1981, σ. 1 επ. Α. Καρακατσάνη, το Σύνταγμα και το Εργατικό Δίκαιο, Γ. Λεβέντη, τα Κοινωνικά δικαιώματα του πολίτη, Α. Δημητρόπουλου, Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία – (Συμβολή στο πρόβλημα της «τριτενέργειας»).

² Για τη θεωρία του H.C. Nipperdey, βλ. τις μελέτες του: Gruderinripien des Wirtschaft Svfassungsrechts, DRZ, 1950, σ. 193 επ. – Gleicher Lohn fur gleicher Leistung, BB1951, σ. 282 επ. – Die Würde des menschen, Neumann – Nipperdey – Scheuner: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, τ. II, 1954, σ. 1επ. – Boykott und Freie Meinung Sausserung, DVB1 1958, σ. 445 επ. – Freie Entfaltung der Personlichkeit, Neuman – Nipperdey, Sheuner, Die Grundrecht όπ. παρ. τ. IV, 2, 1962, σ. 741 επ.

2. Πεδίο εφαρμογής της τριτενέργειας από κοινωνιολογική σκοπιά

Το εργατικό δίκαιο υπήρξε ο κλάδος εκείνος του δικαίου ο οποίος έδωσε το έναυσμα και παρείχε πρόσφορο έδαφος για τη δημιουργία και ανάπτυξη αυτής της θεωρίας την οποία η Γερμανική επιστήμη ονομάτισε «τριτενέργεια» (Drittwirkung) και που έχει σήμερα περάσει σε όλο το ιδιωτικό δίκαιο, και πέρα από τα γερμανικά σύνορα. Το γεγονός ότι οι εργασιακές σχέσεις ήταν το πεδίο στο οποίο εμφανίσθηκε ιδιαίτερα επιτακτική η ανάγκη συνταγματικής προστασίας ιδιωτών, των εργαζομένων, στις σχέσεις τους με άλλους ιδιώτες, τους εργοδότες, έχει μέχρι σήμερα αποφασιστική επίδραση στη συζήτηση σχετικά με τους λόγους που οδήγησαν στη δημιουργία και αποδοχή της θεωρίας της «τριτενέργειας» και το πεδίο εφαρμογής αυτής. Μία από τις επικρατέστερες απόψεις, που έχει υιοθετήσει και η ελληνική θεωρία, είναι η άποψη ότι η εφαρμογή της «τριτενέργειας» προϋποθέτει την ύπαρξη σχέσης ιδιωτικής εξουσίας και μάλιστα εντοπίζεται ιδιαίτερα σε περιπτώσεις άσκησης ιδιωτικής εξουσίας οικονομικής υφής³.

Η ανθρώπινη προσωπικότητα, σαν συγκεκριμένη κοινωνική και ηθική αξία η οποία προβάλλεται πίσω από την πολλαπλότητα των αμοιβαίων σχέσεων ομάδων και ατόμων αποτελεί τον κεντρικό άξονα του σημερινού συστήματος προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, εφόσον η προσωπικότητα διακαθορίζεται σε συνάρτηση με την πολλαπλότητα των ομάδων και σε συσχετισμό με τις ποικίλες δραστηριότητες που εκδηλώνουν, δεν είναι διόλου αναγκαίο προς εξασφάλιση της προσωπικότητας του ανθρώπου να παρεμβάλλεται κάθε φορά η τυπική έννοια της εξουσιαστικής πράξεως μίας δημόσιας αρχής.

Τέλος, σχετικά με το πεδίο εφαρμογής⁴ της τριτενέργειας, ούτε ο εξουσιαστικός χαρακτήρας, ούτε η οικονομική υφή της ιδιωτικής σχέσης είναι αποκλειστικοί παράγοντες για τη δικαιολόγηση ή τη νομιμοποίηση της υπαγωγής της ανάγκης προστασίας του ιδιώτη στις συνταγματικές διατάξεις που κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα ή ελευθερίες. Η «τριτενέργεια» δεν είναι νοητή και απαραίτητη μόνο στις ιδιωτικές σχέσεις, που ενέχουν κάποια

³ Ο κύριος εκφραστής της γνώμης αυτής στην Ελλάδα είναι ο Α. Μάνεσης, Συνταγματικά δικαιώματα, α' Ατομικές ελευθερίες σ. 52 επ., τον οποίο ακολουθεί μεταξύ άλλων και ο Δ. Τσάτσος, Συνταγματικό Δίκαιο, Γ' Θεμελιώδη δικαιώματα, σ. 190.

⁴ Τζούλια – Ηλιοπούλου Στράγγα, Η τριτενέργεια των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Σ. του 1975, σελ. 10 επ.

εξουσίαση, ούτε πρέπει να θεωρηθεί ότι περιορίζεται σε σχέσεις που έχουν μόνο οικονομικό υπόβαθρο.

3. Η θεωρία της μεταβολής ή αλλοιώσεως των θεμελιωδών δικαιωμάτων

Η νομική θεμελίωση της «τριτενέργειας» επιδιώκεται κυρίως με την υποστήριξη της μεταβολής ή αλλοιώσεως των θεμελιωδών δικαιωμάτων και τον τονισμό της αντικειμενικής τους φύσεως. Οι υποστηρικτές της «τριτενέργειας» στην επιστήμη τάσσονται υπέρ της άποψης ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα, ενώ κατά την αφετηρία τους ήταν δικαιώματα κατά της κρατικής εξουσίας, σταδιακά μεταβλήθηκαν⁵ ώστε να καταλήξουν να εφαρμόζονται πλέον και στις διαπροσωπικές σχέσεις. Η μεταβολή όμως αυτή των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν μπορεί να νοηθεί εάν δεν τη συσχετίσουμε με τη γενικότερη δικαϊκή μεταβολή, αυτή της εννόμου τάξεως από ατομικιστική σε ανθρωπιστική. Χωρίς το συνδυασμό του με τη μεταβολή της εννόμου τάξεως, το ζήτημα θεμελιώσεως της διαπροσωπικής αμυντικής ενέργειας καταλήγει σε αδιέξοδο, και αυτό γιατί δεν είναι δυνατή η ένταξη της τριτενέργειας στην ατομικιστική έννομη τάξη. Για να λυθεί το πρόβλημα απαιτείται μία νέα ανθρωπιστική θεώρηση των κανόνων δικαίου, μία επανεξέταση, βασισμένη στην καταστατική αρχή του απαραβίαστου της ανθρωπίνης αξίας. Στην έννομη τάξη του κοινωνικού ανθρωπισμού το πρόβλημα της «τριτενέργειας» παύει να υπάρχει. Η ενότητα της σύγχρονης έννομης τάξης λύνει την προβληματική της εφαρμογής των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο «ιδιωτικό» δίκαιο, ενώ συγχρόνως προστίθεται το επιχείρημα υπέρ της εφαρμογής τους στις διαπροσωπικές σχέσεις λόγω του ότι αποτελούν συνταγματικές διατάξεις. Τέλος η προστατευτική υποχρέωση του σύγχρονου κράτους εξαφανίζει το φαινομενικό πρόβλημα της δέσμευσης της ιδιωτικής εξουσίας. Εφόσον το σύγχρονο κοινωνικό κράτος έχει υποχρέωση όχι μόνο να σέβεται, αλλά και να προστατεύει τα θεμελιώδη δικαιώματα, η δέσμευση της ιδιωτικής εξουσίας προκύπτει σαν αποτέλεσμα δράσεως της κρατικής εξουσίας. Επομένως το ζήτημα της τριτενέργειας είναι βασικά ζήτημα δέσμευσης της κρατικής και όχι της ιδιωτικής εξουσίας.

⁵ Ο Nipperdey υποστηρίζει την «αντικειμενική φύση» των θεμελιωδών δικαιωμάτων, που αρνείται ο Schwabe. Κοινή όμως αντίληψη των δεχόμενων την τριτενέργεια είναι ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα έχουν μεταβληθεί. Βλ. H.C. Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, σ. 18 επ., J. Schwabe, Die Sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, σ. 140 επ.

A. Η ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗ ΤΗΣ ΤΡΙΤΕΝΕΡΓΕΙΑΣ

Η βασική ιδέα γύρω από την οποία αναπτύχθηκαν οι διάφορες θεωρίες περί τριτενέργειας είναι η επέκταση της νομικής προστασίας, την οποία απολαύουν οι ιδιώτες όσον αφορά τις σχέσεις τους με το κράτος, στις σχέσεις τους με τους άλλους ιδιώτες με την αναγνώριση της δυνατότητας να επικαλούνται εκατέρωθεν στις μεταξύ τους σχέσεις τα συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα και ελευθερίες.

Πέρα όμως από αυτή την κοινή αφετηρία, οι υποστηρικτές της επέκτασης της συνταγματικής προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων ή ελευθεριών στις ιδιωτικές σχέσεις διαφωνούν ως προς την ονομασία του νομικού αυτού φαινομένου, τη δογματική του θεμελίωση, και τρίτο και κυριότερο ως προς τον τρόπο εφαρμογής των συνταγματικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις.

Ακολούθως θα παρουσιαστούν εν συντομία τα σχετικά προβλήματα που δημιούργησαν οι διαφωνίες αυτές στην επιστήμη και τη νομολογία και οι πιθανοί τρόποι αντιμετώπισής τους υπό το πρίσμα κυρίως της ελληνικής έννομης τάξης⁶.

⁶ Βλέπε παραπάνω, Γενικές παρατηρήσεις γύρω από τη θεωρία της «τριτενέργειας» υποσημείωση 1.

1. Ο όρος «τριτενέργεια»

Επειδή τα θεμελιώδη δικαιώματα ρύθμιζαν αρχικά κυρίως τις σχέσεις κράτους – πολίτη, η επέκταση του πεδίου εφαρμογής τους και στις σχέσεις με άλλους ιδιώτες, «τρίτους» αναφορικά με τα αρχικά μέρη οδήγησε στην ονομασία της επίδρασης αυτής των συνταγματικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές σχέσεις ως «τριτενέργειας». Ο σχηματισμός όμως σωστής εικόνας του όλου προβλήματος απαιτεί την απομάκρυνση από τον όρο τριτενέργεια και αντ' αυτού τη χρησιμοποίηση του όρου διαπροσωπική ενέργεια ⁷. Αξίζει να σημειωθεί ότι ο όρος «τριτενέργεια» που είναι και ο πρώτος που χρησιμοποιήθηκε για το νομικό αυτό φαινόμενο, και ο οποίος καθιερώθηκε στη γερμανική θεωρία από τον Hans Peter Ipsen ⁸, δεν έτυχε γενικής αποδοχής ούτε στη γενέτειρά του. Λόγω της πολυμορφίας του ζητήματος, διάφοροι νομικοί επιστήμονες από διάφορα νομικά συστήματα το αντιμετώπισαν από διαφορετικές οπτικές γωνίες, και έτσι δημιουργήθηκε μία πλειάδα όρων αντίστοιχων της «τριτενέργειας»⁹. Η διαφορά της χρησιμοποιούμενης ορολογίας είναι χαρακτηριστική των διαφορών της φυσιογνωμίας των νομικών επιστημών, και φυσικά ενδεικτική του διάφορου τρόπου με τον οποίο τίθεται το θέμα σε καθεμιά από αυτές.

⁷ Α. Δημητρόπουλος, Τα αμυντικά δικαιώματα του ανθρώπου και η μεταβολή της έννομης τάξεως, σ. 25-26, 63 επ. όπου ο ίδιος προτείνει την αντικατάσταση της «τριτενέργειας» με την «απόλυτη αμυντική ενέργεια» ή «διαπροσωπική ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων».

⁸ Βλέπε H.P. Ipsen, Gleichheit, in F. Neumann/ H.C. Nipperdey / U. Sheuner (εκδ), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Τόμος II, σελ. 111 επ. (ιδίως 143).

⁹ Για το ζήτημα της «τριτενέργειας» σε διάφορες χώρες βλ. τον τόμο Rene Cassin, Amicorum. Discipulorumque Liber III, La protection des Droits de L' Homme dans le rapports entre personnes privees, 1971.

2. Κριτική του όρου «τριτενέργεια» - Η απόλυτη αμυντική ενέργεια

Ο όρος «τριτενέργεια», όσο καθιερωμένος κι αν είναι, δεν παύει να είναι προβληματικός. Οι ιδιώτες, οι οποίοι δεσμεύονται από τις συνταγματικές διατάξεις που κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα άλλων ιδιωτών δεν μπορούν στις σχέσεις τους με τους άλλους ιδιώτες να χαρακτηριστούν ως « τρίτοι», στους οποίους «επενεργούν» τα συνταγματικά δικαιώματα. Επιπλέον οι εκφράσεις «εφαρμογή των θεμελιωδών δικαιωμάτων στις διαπροσωπικές σχέσεις» όπως επίσης και η «διαπροσωπική ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων» είναι γενικές. Απαιτείται καθορισμός του περιεχομένου της συνταγματικής ενέργειας, που εφαρμόζεται στις διαπροσωπικές σχέσεις, και κάτι τέτοιο προϋποθέτει σαφή διάκριση του αμυντικού από το προστατευτικό και το διεκδικητικό περιεχόμενο των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Η «τριτενέργεια» είναι αμυντική συνταγματική ενέργεια. Με την αναγνώριση της ισχύος των θεμελιωδών δικαιωμάτων και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών αναγνωρίζεται πρωταρχικά η έναντι όλων αδιακρίτως ισχύς των δικαιωμάτων αυτών. Με βάση αυτό το κριτήριο ακριβέστερος φαίνεται να είναι ο όρος «απόλυτη αμυντική ενέργεια» ή αμυντική ενέργεια.

3. Η δογματική θεμελίωση της «τριτενέργειας»

Όποιος ασχοληθεί με το θέμα δε θα αργήσει να παρατηρήσει ότι οι θεωρητικές διαφωνίες σχετικά με τα θέματα ορολογίας είναι σχεδόν ανύπαρκτες μπροστά στις διαφωνίες που αφορούν τη νομική θεμελίωση της δέσμευσης των ιδιωτών στις μεταξύ τους σχέσεις από τις συνταγματικές διατάξεις που κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα και ελευθερίες.

Κατ' αρχάς πρέπει να παρατηρηθεί ότι ζήτημα θεμελίωσης της τριτενέργειας ανακύπτει λογικά στις περιπτώσεις όπου το ίδιο το Σύνταγμα δεν δίνει έρεισμα για τη δέσμευση των ιδιωτών από τα συνταγματικά δικαιώματα άλλων ιδιωτών. Το σχετικό συνταγματικό έρεισμα μπορεί να θεμελιώνει σαφώς την «τριτενέργεια» όλων των συνταγματικών δικαιωμάτων, όπως είναι για παράδειγμα το άρθρο 25 παρ. 1γ' του Ελληνικού Συντάγματος, μία μεστότατη, περιεκτικότητα διάταξη, ένα Σύνταγμα στο Σύνταγμα όπως θα μπορούσε να πει κανείς. Είναι όμως δυνατό, και επιπλέον συνηθέστερο, ένα Σύνταγμα να καθιερώνει ρητά την «τριτενέργεια» μόνο για ορισμένα δικαιώματα.

Μία μερίδα της συνταγματικής θεωρίας υιοθέτησε τη θεωρία της «λειτουργικής εκδοχής», σύμφωνα με την οποία τα ατομικά δικαιώματα αποτελούν οργανικά στοιχεία του συνόλου της έννομης τάξης, που ρυθμίζει την όλη κοινωνική συμβίωση. Με την επίκληση του σκοπού της συνταγματικής κατοχύρωσης των ατομικών δικαιωμάτων περιορίζει τη δυνατότητα της «τριτενέργειας» στις περιπτώσεις που υπάρχει νομικά κατοχυρωμένη «ιδιωτική εξουσία», και μάλιστα μόνο για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών των εξουσιαζομένων¹⁰. Η άποψη αυτή επικρίθηκε εντόνως, ενώ αμφιβολίες εκφράστηκαν σχετικά με τη λειτουργία της «τριτενέργειας» και την εφαρμογή της στην πράξη και από τον υποστηρικτή της τον ίδιο, ο οποίος την κρίνει ως «δύσκολη», «αμφίβολης αποτελεσματικότητας» και ότι οδηγεί σε ανασφάλεια δικαίου.

Μία άλλη άποψη που αναπτύχθηκε στην ελληνική συνταγματική θεωρία τοποθέτησε την ιδέα της «τριτενέργειας» στη συνταγματική

¹⁰ Α. Μάνεσης, όπ. π. (υποσ. 4) σελ. 51, 53, τον οποίο ακολουθεί κατά βάση ο Δ. Τσάτσος, Συνταγματικό Δίκαιο, Γ' Θεμελιώδη δικαιώματα, σελ. 190, ο οποίος παρατηρεί ότι όπου υπάρχει σχέση ιδιωτικής εξουσίας: «πρέπει, για την ταυτότητα του ιστορικού λόγου, να δεχτούμε κατά κανόνα τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων».

οριοθέτηση της ελευθερίας αναπτύξεως της προσωπικότητας με τα «δικαιώματα των άλλων», τα οποία μπορεί να είναι δικαιώματα ιδιωτικού και δημοσίου δικαίου ή συνταγματικώς κατοχυρωμένα ατομικά δικαιώματα ¹¹ (άρθρο 5 παρ. 1Σ) και εν συνεχεία θεώρησε ότι η δέσμευση των ατόμων από τα ατομικά δικαιώματα θεμελιώνεται και λειτουργεί στη βάση της «αλληλενέργειας και του αλληλοπεριορισμού». Αυτή η βάση, σύμφωνα με την άποψη αυτή, την παρέχει και την επιβάλλει το ίδιο το Σύνταγμα με θεμελιώδεις διατάξεις όπως είναι το άρθρο 5 παρ. 1, το 25 παρ. 1-4, το α. 106 παρ 2 και άλλες ειδικές εγγυήσεις ¹².

Άλλη γνώμη προκειμένου να θεμελιώσει από νομική άποψη τη διπλή κατεύθυνση των δικαιωμάτων του ανθρώπου, τα οποία έχουν αποδέκτες το κράτος, αλλά και κάθε άτομο ξεχωριστά, καταφεύγει σωρευτικά στις συνταγματικές διατάξεις που προστατεύουν την ανθρώπινη αξία (άρθρο 2 παρ. 1), την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας στα πλαίσια του Συντάγματος, των νόμων και των χρηστών ηθών, εφόσον δεν προσβάλλονται τα δικαιώματα των άλλων (άρθρο 5 παρ. 1) καθώς και εκείνες που αποσκοπούν στην κοινωνικά δεσμευμένη και όχι ατομιστική εφαρμογή των δικαιωμάτων του ανθρώπου ¹³.

Μία ακόμη νομική θεμελίωση της κατ' αρχήν αποδοχής της «τριπτενέργειας» επεδιώκεται αφενός με αναφορά στην ιεραρχική υπεροχή του Συντάγματος, η οποία συνεπάγεται ότι το αστικό δίκαιο υπόκειται και αυτό, όπως άλλωστε κάθε άλλος κανόνας δικαίου που περιλαμβάνεται σε κοινό νόμο, στο Σύνταγμα και ότι τα ατομικά δικαιώματα επιδρούν αναμφισβήτητα στο αστικό δίκαιο, και αφετέρου με ερμηνεία των διατάξεων των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 25 του Συντάγματος, οι οποίες προβλέπουν μεταξύ άλλων ότι το κράτος «εγγυάται» και «προστατεύει» τα δικαιώματα του ανθρώπου. Σύμφωνα με την άποψη αυτή «εγγύηση και προστασία» μπορεί να παράσχει το κράτος μόνο ως τρίτος, μόνο δηλαδή εφ' όσον και καθ' όσον τα ατομικά δικαιώματα διέπουν και τις σχέσεις ιδιωτών μεταξύ τους.

¹¹ Γ. Κασιμάτης, Σύνταγμα και κοινό Δίκαιο, Δημοσιεύματα του Ελληνικού Ινστιτούτου Διεθνούς και Αλλοδαπού Δικαίου. Η επίδρασις του Συντάγματος του 1975 επί του ιδιωτικού και επί του Δημοσίου Δικαίου, σελ. 161.

¹² Γ. Κασιμάτης, όπ. π. (υποσ. 1), σελ. 23.

¹³ Α. Κράνης, Η θεωρία της τριπτενέργειας των δικαιωμάτων του ανθρώπου, σ. 264.

Η θεωρία της «απόλυτης αμυντικής ενέργειας»¹⁴ των θεμελιωδών δικαιωμάτων επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 1 και 25 παρ. 1 του Συντάγματος. Σύμφωνα με τη θεωρία αυτή, τα θεμελιώδη δικαιώματα να μην ξεκίνησαν σαν δικαιώματα κατά της κρατικής εξουσίας, στην πορεία όμως σταδιακά μεταβλήθηκαν και γι' αυτό εφαρμόζονται και στις διαπροσωπικές σχέσεις. Αυτό που οδήγησε στη μεταβολή των θεμελιωδών δικαιωμάτων, είναι η μετάβαση στην έννομη τάξη του ανθρωπισμού, και σαν αποτέλεσμα όλα τα θεμελιώδη δικαιώματα εφαρμόζονται στο κοινό δίκαιο.

Χωρίς να παίρνω στο σημείο αυτό οριστικά θέση στο πρόβλημα της δογματικής θεμελίωσης της «τριτενέργειας» των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του ισχύοντος Ελληνικού Συντάγματος, ζήτημα στο οποίο θα επανέλθω στο τέλος της εργασίας, θεωρώ κατ' αρχάς ως πιο πειστική τη θεωρία της «απόλυτης αμυντικής ενέργειας» των θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Αρκετά ενδιαφέρουσα και γοητευτική θα χαρακτήριζα τέλος την άποψη που υποστηρίζεται από το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό δικαστήριο, σύμφωνα με την οποία τριτενεργούν όλα κατ' αρχήν τα θεμελιώδη δικαιώματα, τα οποία έχουν πεδίο εφαρμογής στις ιδιωτικές σχέσεις, και η θεμελίωση της «τριτενέργειας» τους οφείλεται στην ιεραρχική υπεροχή του Συντάγματος και στην ιδιότητά τους ως «αντικειμενικών κανόνων», οι οποίοι εγκαθιδρύουν «μία αντικειμενική τάξη αξιών».

¹⁴ Α. Δημητρόπουλος, Τα αμυντικά δικαιώματα του ανθρώπου και η μεταβολή της έννομης τάξης, σελ. 44 επ., 51 επ., 113, 134.

B. ΕΝΕΡΓΕΙΑ, ΧΡΗΣΗ & ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

1. Η διάκριση της «τριτενέργειας» σε άμεση και έμμεση

Από την αρχή έγινε δεκτό ότι δεν είναι όλα τα θεμελιώδη δικαιώματα δεκτικά «τριτενέργειας»¹⁵. Σχετικά με τον τρόπο της «εισβολής του Συντάγματος στο ιδιωτικό δίκαιο» την οποία συνεπάγεται η αποδοχή της «τριτενέργειας» σχηματίστηκαν στη γερμανική επιστήμη και νομολογία ευθύς εξαρχής κυρίως δύο ρεύματα, τα οποία μεταφέρθηκαν και στις άλλες έννομες τάξεις, στις οποίες εξαπλώθηκε η διδασκαλία της «τριτενέργειας». Αντικείμενο της θεωρητικής διαμάχης είναι συγκεκριμένα αν τα θεμελιώδη δικαιώματα τα οποία κρίνονται ότι είναι δεκτικά «τριτενέργειας» θα εφαρμοστούν στις ιδιωτικές σχέσεις άμεσα, ως αυτοτελής κανόνες δικαίου δηλαδή, ή αν η εφαρμογή τους θα γίνει μόνο έμμεσα, υπό τη μορφή της χρησιμοποίησής τους για την πλήρωση και ερμηνεία των γενικών ρητρών και αορίστων νομικών εννοιών του ιδιωτικού δικαίου.

Βασικός εμπνευστής και ένθερμος υποστηρικτής της λεγόμενης «άμεσης τριτενέργειας» είναι ο γερμανός εργατολόγος και πρώην Πρόεδρος του γερμανικού Ομοσπονδιακού Εργατικού Δικαστηρίου Hans Carl Nipperdey¹⁶, τον οποίο ακολουθεί μέχρι σήμερα στη Γερμανία το ΟΕΔ, το Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό σε ορισμένες αποφάσεις του και μία μικρή μερίδα της γερμανικής επιστήμης.

Η «άμεση τριτενέργεια» θεωρείται, σύμφωνα με την άποψη των οπαδών της, ως συνέπεια της φύσης των συνταγματικών διατάξεων που κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα ως «αντικειμενικών κανόνων δικαίου», οι οποίοι ισχύουν για ολόκληρη την έννομη τάξη και συνεπώς και για το ιδιωτικό δίκαιο. Όπως χαρακτηριστικά παρατηρεί το ΓΟΕΔ, «όχι βέβαια όλα, αλλά όμως μία σειρά σημαντικών θεμελιωδών δικαιωμάτων του Συντάγματος

¹⁵ Όπως χαρακτηριστικά τονίζει ο εμπνευστής και ένθερμος οπαδός της «άμεσης τριτενέργειας» H.C. Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Rechtsgutachten*, σ. 16, το ερώτημα αν τα θεμελιώδη δικαιώματα δεσμεύουν και τους ιδιώτες, μπορεί να απαντηθεί μόνο από το συγκεκριμένο περιεχόμενο, από τη φύση και τη λειτουργία του καθ' ένα δικαίωματος και ακριβέστερα του καθ' ένα κανόνα δικαίου, ο οποίος απορρέει από το θεμελιώδη δικαίωμα. Βλ. τον ίδιο, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Festschrift für E. Molitor*, σελ. 19, 20.

¹⁶ Η πρώτη περίπτωση που συζητήθηκε περισσότερο ήταν η ισότητα αμοιβής μεταξύ ανδρών και γυναικών για ίσης αξίας εργασία. Ο H.C. Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, *RdA* 1950, σελ. 121 επ. Θεώρησε ότι η γενική διάταξη για την ισότητα του θεμελιώδους Νόμου (άρθρο 3) ισχύει «άμεσα και αναγκαστικά» και για τους ιδιώτες, και θεώρησε ως άκυρες τις διατάξεις που περιέχονται σε ατομικές ή συλλογικές συμβάσεις εργασίας εφόσον αποτελούν δυσμενή μεταχείριση για τις γυναίκες.

δεν εγγυώνται μόνο ελευθερίες απέναντι στην κρατική εξουσία, αλλά είναι πολύ περισσότερο αρχές τάξης για τον κοινωνικό βίο, οι οποίες έχουν άμεση σημασία και για τις ιδιωτικές έννομες σχέσεις των πολιτών μεταξύ τους». Η νομική ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο ιδιωτικό δίκαιο είναι, σύμφωνα με τους οπαδούς της «άμεσης τριτενέργειας», άμεσα κανονιστική, κατά τρόπο ώστε μέσω αυτών να τροποποιούνται υπάρχοντες κανόνες ιδιωτικού δικαίου ή να δημιουργούνται νέοι¹⁷, είναι επίσης δυνατό να αναπτύσσεται είτε απλώς ως «δέσμευση αντικειμενικού δικαίου» είτε ακόμη ως υποκειμενικό ιδιωτικό δικαίωμα¹⁸.

Με το επιχείρημα κυρίως ότι η αποδοχή της «άμεσης τριτενέργειας» αναιρεί τη συνταγματικά κατοχυρωμένη ιδιωτική αυτονομία και ιδιαίτερα την ελευθερία των συμβάσεων και με τον τρόπο αυτό ολόκληρο το σύστημα του ιδιωτικού δικαίου, επικράτησε εντούτοις στη γερμανική θεωρία η άποψη η οποία τάσσεται υπέρ της «έμμεσης τριτενέργειας»¹⁹. Η εφαρμογή των συνταγματικών διατάξεων οι οποίες κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα σε σχέσεις ιδιωτών πραγματοποιείται μέσα από γενικές ρήτρες και αόριστες νομικές έννοιες οι οποίες περιέχονται σε κανόνες του ιδιωτικού δικαίου, όπως η καλή πίστη, τα χρηστά ήδη κ.λπ.

Ενδιαφέρον είναι να υπογραμμισθεί ότι και η «έμμεση τριτενέργεια», την οποία ακολουθεί σημειωτέον κατά τη βάση και το γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο, θεμελιώνεται με αναφορά στην αντικειμενική αξιολογική τάξη, την οποία ενσωματώνουν οι συνταγματικές διατάξεις για τα θεμελιώδη δικαιώματα και η οποία δεσμεύει και το ιδιωτικό δίκαιο. Όπως χαρακτηριστικά τονίζει το γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο σε μία από τις πιο πρόσφατες σχετικά με την «τριτενέργεια» αποφάσεις του – στην οποία επαναλαμβάνει στην ουσία και επιβεβαιώνει τη θέση που πήρε ευθύς εξαρχής, το 1958, στην πρώτη απόφασή του για την «τριτενέργεια» - ... Κατά τη νομολογία του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου δεν τίθεται θέμα άμεσης

¹⁷ H.C. Nipperdey in Ennecerus / Nipperdey, Allgemeiner Teil des Privatrecht, οπ.π. υποσ. 17, σελ. 17επ.

¹⁸ H.C. Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in K.A. Bettermann/H.C. Nipperdey (εκδ), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis, τόμος IV, ημτ. 2, σελ. 741 επ (748).

¹⁹ Κύριος εκφραστής και θερμός υποστηρικτής της άποψης αυτής είναι ο G. Durig, ο οποίος υπαινίχθηκε πρώτος της θεωρία της «έμμεσης τριτενέργειας» το 1954, Freizugigkeit, in F. Neumann / H.C. Nipperdey / U. Scheuner (εκδ) Die Grundrechte Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, τόμος II σελ. 525 και στη συνέχεια ανέπτυξε τη θεωρία αυτή σε σειρά εργασιών του.

δέσμευσης του δικαστή από τα θεμελιώδη δικαιώματα κατά τη δραστηριότητά του στα πλαίσια της επίλυσης διαφορών στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου, αλλά μόνο κατά το μέρος που Θεμελιώδης Νόμος ίδρυσε στο κεφάλαιό του για τα θεμελιώδη δικαιώματα ταυτόχρονα στοιχεία αντικειμενικής τάξης, τα οποία ως θεμελιώδεις συνταγματικές αποφάσεις έχουν ισχύ για όλους τους κλάδους του δικαίου και συνεπώς επηρεάζουν και το ιδιωτικό δίκαιο... Εδώ επιδρά το νομικό περιεχόμενο των θεμελιωδών δικαιωμάτων στον καθ' έκαστον κλάδο του δικαίου με το διάμεσο των διατάξεων, οι οποίες δεσπόζουν άμεσα τον κλάδο αυτό του δικαίου, ιδιαίτερα δε των γενικών ρητρών και λοιπών εννοιών που είναι επιδεκτικές ερμηνείας και έχουν ανάγκης πλήρωσης, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται σύμφωνα με την έννοια αυτού του νομικού περιεχομένου (...-λεγόμενη αντανάκλαστική ή έμμεση τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων)....

Θα πρέπει όμως να υπογραμμισθεί ότι και το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο δεν αποκλείει τη δυνατότητα απευθείας προσφυγής σε συνταγματικές διατάξεις που κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα και ελευθερίες. Συγκεκριμένα – όπως και το ίδιο έκρινε ρητά στην παραπάνω απόφασή του της 23.4.1986 – «... Το BverfG προέβη σε έναν έλεγχο απευθείας με κριτήριο το άρθρο 2 I σε συνδυασμό με το άρθρο 20 III GG μόνο σε περιπτώσεις νομολογιακής εξέλιξης του δικαίου».

Πρακτική συνέπεια της αποδοχής της «έμμεσης τριτενέργειας» είναι ότι δε θεωρείται κατ' αρχήν δυνατή η απευθείας εφαρμογή των συνταγματικών δικαιωμάτων στις σχέσεις των ιδιωτών μεταξύ τους, αλλά κατά κανόνα απαιτείται να υπάρχουν στο ιδιωτικό δίκαιο τα λεγόμενα «σημεία εισβολής» (“Einbruchstellen”), δηλαδή γενικές ρήτρες, αόριστες νομικές έννοιες κ.λπ.

Από πλευράς δε μεθόδου, με την αποδοχή της εφαρμογής των θεμελιωδών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές σχέσεις μόνο με το διάμεσο του ιδιωτικού δικαίου, ακολουθείται στην «έμμεση τριτενέργεια» η «σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία»²⁰. Τα συνταγματικά δικαιώματα ενεργούν ως

²⁰ Για τη «σύμφωνη ή εναρμονισμένη με το Σύνταγμα ερμηνεία» ή ερμηνεία «συνταγματικής προσαρμογής» βλ. Γ. Κασιμάτη, Σύνταγμα και κοινό δίκαιο, Δημοσιεύματα του Ελληνικού Ινστιτούτου Διεθνούς και Αλλοδαπού Δικαίου, Η επίδρασις του Συντάγματος του 1975 επί του Ιδιωτικού και επί του Δημοσίου δικαίου, σελ. 109 επ. (130 επ.) και Π. Δαγτόγλου, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων. Σκέψεις για τη σημερινή κατάσταση του συνταγματικού δικαίου στη χώρα μας, σελ. 25-26. Περισσότερα για την ερμηνευτική αυτή μέθοδο που διαμορφώθηκε βασικά στη Γερμανία και την Αυστρία, χώρες δηλ. που έχουν δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων και υιοθετήθηκε πρόσφατα και από το γαλλικό Conseil Constitutionnel, βλ. αντί πολλών Κ. Hesse,

ερμηνευτικές οδηγίες και ως μέτρα κρίσης για τη συγκεκριμενοποίηση των κανόνων του ιδιωτικού δικαίου²¹.

Μία ανάπαυλα στη θεωρητική διαμάχη μεταξύ «άμεσης» και «έμμεσης» «τριτενέργειας», η οποία απασχόλησε τη γερμανική επιστήμη, με εξάρσεις και υφέσεις, ολόκληρη την εικοσαετία μεταξύ 1950 και 1970, και ταυτόχρονα ένα νέο έναυσμα στη συζήτηση πρόσφερε η θεωρία του Jurgen Schwabe για «Τη λεγόμενη τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων» το 1971. Σύμφωνα με τη νέα αυτή θεωρία – η οποία στην ουσία αποτελεί μία παραλλαγή της «άμεσης τριτενέργειας», παρουσιάζει ομοιότητες με την αμερικάνικη θεωρία της «state action», την οποία ακολουθεί σε πολλές περιπτώσεις το Ανώτατο δικαστήριο των ΗΠΑ²² και αμβλύνει τέλος τη διάκριση μεταξύ δημόσιου και ιδιωτικού δικαίου – τα θεμελιώδη δικαιώματα ισχύουν άμεσα στις σχέσεις ιδιωτών με βάση τη διάταξη του Θεμελιώδους Νόμου, η οποία καθιερώνει τη δέσμευση της νομοθετικής, της εκτελεστικής και της δικαστικής εξουσίας από τα θεμελιώδη δικαιώματα που κατοχυρώνονται σ' αυτόν «ως άμεσα ισχύον δικαίο» (άρθρο 1 παρ. 3 Θεμελιώδους Νόμου).

Η άποψη αυτή θεμελιώνεται κυρίως με το επιχείρημα ότι ακόμη και στην περίπτωση αξιώσεων του ιδιωτικού δικαίου οι οποίες οδηγούν στην ανοχή εκ μέρους άλλων ιδιωτών προσβολών θεμελιωδών δικαιωμάτων τους, η επέμβαση στα θεμελιώδη δικαιώματα πραγματοποιείται σε τελευταία ανάλυση από την κρατική εξουσία με τη μορφή επιταγών και απαγορεύσεων. Αυτό συμβαίνει, σύμφωνα με τη γνώμη αυτή, γιατί το ιδιωτικό δίκαιο, το οποίο εφαρμόζουν οι ιδιώτες στις μεταξύ τους σχέσεις, είναι και αυτό δίκαιο που έχει θεσπισθεί από το νομοθέτη, ο δε δικαστής ο οποίος το εφαρμόζει στις ιδιωτικές διαφορές, ενεργεί ούτως ή άλλως ως φορέας δημόσιας εξουσίας, στην ίδια κατεύθυνση φαίνεται να οδηγεί και μία άλλη νεότερη προσπάθεια στη γερμανική θεωρία για τη δικαιολόγηση της ενέργειας των θεμελιωδών δικαιωμάτων απέναντι σε ιδιωτικές προσβολές. Η προσβολή θεμελιωδών δικαιωμάτων ιδιωτών πρέπει να καταλογίζεται στο Κράτος, επειδή αυτό

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, §2 IV, σελ. 29 επ. με περαιτέρω παραπομπές και R. Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, τόμ. II, σελ. 108 επ.

²¹ Στη θέση αυτή των οπαδών της «έμμεσης τριτενέργειας» ασκεί κριτική ο C.W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, σελ. 201 επ. (224), ο οποίος σωστά υποστηρίζει ότι η ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο ιδιωτικό δίκαιο δεν περιορίζεται σ' αυτή την επίδραση.

²² Βλέπε Τζούλια Ηλιοπούλου – Στράγγα, Η τριτενέργεια των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Σ. 1975, σελ. 55 και επ.

καθιερώνει μία «γενική υποχρέωση για ανοχή μη απαγορευμένης συμπεριφοράς των άλλων».

Δεδομένου ότι η παραπάνω θεωρία του J. Schwabe, παρ' όλο ότι παραμένει μέχρι σήμερα στο επίκεντρο της επιστημονικής συζήτησης για την «τριτενέργεια», δεν κατάφερε να θέσει ένα τέλος στη θεωρητική διαμάχη μεταξύ «άμεσης» και «έμμεσης» «τριτενέργειας», η διαμάχη αυτή συνεχίστηκε. Η αξία της διαμάχης μειώνεται όμως αισθητά από το γεγονός ότι και οι δύο θεωρίες καταλήγουν συχνά στην πράξη σε ίδιες λύσεις. Εν τούτοις το ενδιαφέρον της γερμανικής επιστήμης για τη δογματική θεμελίωση της σχέσης ανάμεσα στα συνταγματικά δικαιώματα και το ιδιωτικό δίκαιο παραμένει μέχρι σήμερα αμείωτο και καταβάλλονται προσπάθειες για την ανεύρεση νέων θεωρητικών θεμελίων για τη δέσμευση των ιδιωτών στις μεταξύ τους σχέσεις από τα θεμελιώδη δικαιώματα.

Στις προσπάθειες αυτές συγκαταλέγεται και η θεωρία του λεγόμενου «μοντέλου τριών επιπέδων της τριτενέργειας»²³, η οποία όμως στην ουσία, όπως άλλωστε υπονοεί και ο εμπνευστής της, αποτελεί ένα συγκερασμό των τριών θεωριών που παρουσιάστηκαν παραπάνω, με κάποια προτίμηση μάλιστα προς την αποδοχή της «άμεσης τριτενέργειας». Τα τρία επίπεδα τα οποία διακρίνει η θεωρία αυτήν είναι τα ακόλουθα: α) το επίπεδο των υποχρεώσεων του Κράτους (δέσμευση του Κράτους από τα θεμελιώδη δικαιώματα κατά τη νομοθετική θέσπιση κανόνων ιδιωτικού δικαίου και κατά την απονομή δικαιοσύνης σε ιδιωτικές διαφορές), β) το επίπεδο των σημαντικών για την «τριτενέργεια» δικαιωμάτων απέναντι στο Κράτος (δέσμευση της δικαιοσύνης από τα θεμελιώδη δικαιώματα, υπό την έννοια ότι ο δικαστής παραβαίνοντας την υποχρέωσή του να λαμβάνει κατά την ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου υπόψη την τάξη αξιών που ενσωματώνουν τα θεμελιώδη δικαιώματα προσβάλλει θεμελιώδη δικαιώματα υπό τη μορφή υποκειμενικών δικαιωμάτων) και τέλος γ) το επίπεδο των νομικών σχέσεων μεταξύ υποκειμένων ιδιωτικού δικαίου (άμεση ισχύς των θεμελιωδών δικαιωμάτων υπό την έννοια ότι εξαιτίας λόγων που σχετίζονται με τα θεμελιώδη δικαιώματα υφίστανται στις σχέσεις των ιδιωτών μεταξύ τους ορισμένα δικαιώματα ή μη δικαιώματα, ορισμένες ελευθερίες ή μη ελευθερίες, ορισμένες αρμοδιότητες ή μη αρμοδιότητες, τα οποία δεν θα υπήρχαν εάν δεν υπήρχαν οι λόγοι αυτοί). Τα τρία αυτά επίπεδα δεν έχουν,

²³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, σελ. 484, επ.

σύμφωνα με το δημιουργό τους, κάποια διαβάθμιση, αλλά συνδέονται μεταξύ τους με μία σχέση «αλληλοπροϋπόθεσης». Και από τη θεωρία αυτή δεν αμφισβητείται ότι ο πολιτικός δικαστής δεσμεύεται κατ' αρχήν από το ιδιωτικό δίκαιο, υποστηρίζεται όμως ότι αν θέλει με βάση αρχές, οι οποίες συνδέονται με τα θεμελιώδη δικαιώματα να αποκλίνει από το ιδιωτικό δίκαιο, τότε φέρει «το βάρος της απόδειξης».

Μεγαλύτερη όμως σημασία και συνεχώς αυξανόμενους οπαδούς αποκτά στη σύγχρονη γερμανική επιστήμη, τόσο του ιδιωτικού όσο και του δημοσίου δικαίου, η αντιμετώπιση της «τριπενέργειας» στα πλαίσια και σε συνδυασμό με τη λειτουργία των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως κρατικών υποχρεώσεων για προστασία τους – λειτουργία η οποία συνδέεται με την αναγνώριση στα συνταγματικά δικαιώματα του χαρακτήρα των αρχών αντικειμενικού δικαίου. Τη λειτουργία αυτή των θεμελιωδών δικαιωμάτων συνάγει η γερμανική θεωρία και νομολογία κατ' αρχάς από τη γενική διάταξη του Θεμελιώδους Νόμου, η οποία καθιερώνει την «υποχρέωση κάθε κρατικής εξουσίας» να σέβεται και να προστατεύει την ανθρώπινη αξιοπρέπεια (άρθρο 1 παρ. 1 εδαφ. Β΄) και καθιερώνεται ρητά και στην ειδική διάταξη του Θεμελιώδους Νόμου που αναφέρεται στην προστασία του γάμου και της οικογένειας (άρθρο 6 παρ. 1). Θεωρία και νομολογία αναγνωρίζουν σήμερα ότι η λειτουργία αυτή των θεμελιωδών δικαιωμάτων ισχύει γενικά και επιβάλλει στο Κράτος να τα προστατεύει. Ειδικότερα σχετικά με την «τριπενέργεια» επιχειρείται να θεμελιωθεί με βάση τα «καθήκοντα προστασίας» (“Schutzpflichten”) η υποχρέωση του Κράτους, κυρίως δε του νομοθέτη και στη θέση αυτού του δικαστή, να προστατεύει τους φορείς των θεμελιωδών δικαιωμάτων και από επεμβάσεις τρίτων σε συνταγματικά κατοχυρωμένες θέσεις τους. Γίνεται δε από ορισμένους συγγραφείς δεκτό ότι και η λειτουργία των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως «επιταγών προστασίας» (“Schutzgebotsfunktion”) είναι δυνατόν σε ιδιαίτερες περιπτώσεις να ενεργοποιηθεί στις ιδιωτικές σχέσεις άμεσα, χωρίς δηλαδή τη μεσολάβηση του νομοθέτη. Θα πρέπει πάντως να παρατηρηθεί ότι η νέα αυτή θεώρηση της «τριπενέργειας» υπό το πρίσμα της κρατικής υποχρέωσης προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων ούτε απορρόφησε την πρώτη από τη δεύτερη, ούτε και οδηγεί στην πράξη σε νέες, διαφορετικές λύσεις.

2. Η Ελληνική θεωρία

Στην ελληνική θεωρία υπάρχουν τόσο μεταξύ των ιδιωτικολόγων όσο και μεταξύ των δημοσιολόγων θιασώτες και των δύο «ειδών» «τριτενέργειας». Υποστηρίζεται όμως και η άποψη «ότι η διάκριση της τριτενέργειας σε άμεση και έμμεση είναι δυνατή» μόνο «στα πλαίσια της παραδοσιακής ατομικιστικής έννομης τάξεως, ενώ δεν είναι δυνατή στα πλαίσια της σύγχρονης ενιαίας κοινωνικής – ανθρωπιστικής έννομης τάξεως»²⁴. Άλλοι πάλι συγγραφείς, χωρίς να αρνούνται –υπό προϋποθέσεις- την «τριτενέργεια», δεν διακρίνουν μεταξύ «άμεσης» και «έμμεσης»²⁵, ενώ τέλος μία μερίδα της θεωρίας τάσσεται υπέρ της αποδοχής και των δύο τρόπων εφαρμογής των συνταγματικών διατάξεων, οι οποίες κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα, στις σχέσεις ιδιωτών, δηλαδή «άμεσα» για ορισμένα μόνο δικαιώματα ή σε ορισμένες μόνο περιπτώσεις και «έμμεσα» κατά κανόνα.

Πριν παρουσιασθεί η επισκόπηση της ελληνικής θεωρίας, θα πρέπει να λεχθεί ότι σχετικά με ορισμένα θεμελιώδη δικαιώματα και ελευθερίες ή συνταγματικές αρχές ο έλληνας συντακτικός νομοθέτης έχει εκφρασθεί κατά το μάλλον ή ήττον με σαφήνεια σχετικά με την *erga omnes* ενέργεια των σχετικών συνταγματικών εγγυήσεων, έτσι ώστε να μην υπάρχει μεγάλο περιθώριο για ερμηνευτικές διαμάχες. Η πιο χαρακτηριστική περίπτωση είναι αυτή του άρθρου 22 παρ. 1 εδαφ. β', στο οποίο κατοχυρώνεται η ισότητα αμοιβής για ίσης αξίας εργασία.

Οι περισσότεροι αστικολόγοι –όπως είναι ίσως φυσικό- θεωρούν ορθότερη²⁶, ή αποδέχονται «έστω μόνο»²⁷, την «έμμεση τριτενέργεια» των συνταγματικών δικαιωμάτων στις σχέσεις ιδιωτών, την εφαρμογή τους δηλαδή μέσα από τις γενικές ρήτρες και τις αόριστες νομικές έννοιες του ιδιωτικού δικαίου. Ως «σημεία εισβολής» του Συντάγματος στο ιδιωτικό δίκαιο γίνονται αποδεκτές και έχουν κατά περιπτώσεις χρησιμοποιηθεί σειρά γενικών ρητρών και διατάξεων του Αστικού Κώδικα. Ενδεικτικά αναφέρονται εδώ η δημόσια τάξη του άρθρου 3 Α.Κ., στην οποία «ενσωματώνεται» η αρχή της ισότητας

²⁴ Α. Δημητρόπουλος, όπ. π. (υπόσ. 1) σελ. 142.

²⁵ Θέση απέναντι στη διάκριση δεν παίρνει λ.χ. ο Μάνεσης, όπ.π. (υπόσ. 16), σελ. 47 επ.

²⁶ Ι. Σπυριδάκης, Γενικές Αρχές, τεύχος Α, σελ. 73.

²⁷ Μ. Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο 1, σελ. 9

των φύλων (άρθρο 4 παρ. 2 Συντ.)²⁸, τα χρηστά ήθη του άρθρου 179 Α.Κ., στα οποία θεωρείται ότι αντίκειται η υπέρμετρη δικαιοπρακτική δέσμευση των ατομικών ελευθεριών γενικά²⁹, η καλή πίστη του άρθρου 288 Α.Κ., από την οποία αντλείται ερμηνευτικά η αρχή της ίσης μεταχείρισης των μισθωτών από τον εργοδότη – αρχής που θεωρείται ότι υπαγορεύεται έμμεσα από τη συνταγματική αρχή της ισότητας (άρθρο 4 Συντ.)³⁰, ή στην οποία θεωρείται ότι έχουν αντίκτυπο και οι συνταγματικές αρχές της ισότητας (άρθρο 4 Συντ.) και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας³¹, το δικαίωμα στην προσωπικότητα του άρθρου 57 Α.Κ., το οποίο ερμηνευόμενο ευρύτερα υπό το πρίσμα της συνταγματικής προστασίας της προσωπικότητας (άρθρα 2 παρ. 1 και 5 παρ. 1 Συντ.) είναι ενδεχομένως δυνατό να οδηγήσει στη θεμελίωση αξίωσης χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη σε περίπτωση αθέτησης ενοχικής υποχρέωσης³², τέλος δε οι διατάξεις των άρθρων 57, 914, 919, 1003-1005, 1027, 1108 και 281 Α.Κ. για την ενέργεια του ατομικού δικαιώματος επί του περιβάλλοντος (άρθρο 24 Συντ.) έναντι άλλων ιδιωτών.

Εν τούτοις υπάρχουν και μεταξύ των αστικολόγων και γενικότερα των ιδιωτικολόγων, ορισμένοι συγγραφείς, οι οποίοι παράλληλα με την αποδοχή της «έμμεσης τριτενέργειας» δεν αρνούνται a priori και την «άμεση». Μερικοί υποστηρίζουν μάλιστα ότι «είναι αναμφίβολο ότι πολλές από τις συνταγματικές αρχές έχουν άμεσα, απόλυτη ενέργεια», στις σχέσεις μεταξύ πολιτών, «χωρίς να χρειάζεται ειδίκευσή τους από τυπικό νόμο» και συγκαταλέγουν ανάμεσα στις αρχές αυτές την αρχή της ισότητας των φύλων (άρθρο 4 παρ. 2 Συντ.), και την αρχή της ελευθερίας της θρησκευτικής συνείδησης (άρθρο 13 Συντ.). Άλλοι πάλι θεωρούν ότι «Η απαγόρευσις διατάξεως τελευταίας βουλήσεως, η επαγομένη ακυρότητα, δυνατόν να προκύπτει αμέσως και εκ διατάξεως του Συντάγματος». Τέλος από ένα μέρος της θεωρίας γίνεται δεκτής –σωρευτικά με την «έμμεση- και η «άμεση τριτενέργεια», όμως μόνο για τις περιπτώσεις εκείνες, στις οποίες υπάρχει εξουσίαση, και μάλιστα απαιτείται η ύπαρξη ιδιωτικής εξουσίας³³.

²⁸ Ι. Ανδρουλικάκη – Δημητριάδου, Οι ισότιμοι, σύζυγοι, σελ. 114.

²⁹ Γ. Μπαλής, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, σελ. 185.

³⁰ Ι. Σπυριδάκης, όπ.π. (υπόσ. 32), σελ. 73.

³¹ Μ. Σταθόπουλος, όπ.π. (υπόσ. 33), σελ. 107 υποσ. 21, 127, 130

³² Α. Παπαχρίστου, Η προστασία της προσωπικότητας και το άρθρο 299 Α.Κ., ΤοΣ 1981, σελ. 42 επ. (56 επ.).

³³ Α. Λιακόπουλος, Η Προστασία του Καταναλωτή και το Σύνταγμα, σελ. 948, επ. Βλ. και τον ίδιο, Βιομηχανική ιδιοκτησία, Ι Αντικείμενο και αρχές προστασίας, σελ. 234.

Αλλά και μεταξύ των δημοσιολόγων λίγοι είναι οι ακραιφνείς οπαδοί της «άμεσης τριτενέργειας», εκείνοι δηλαδή οι οποίοι δέχονται ως κανόνα τη δυνατότητα της άμεσης εφαρμογής συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων και ελευθεριών σε ιδιωτικές σχέσεις. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι και οι οπαδοί αυτοί της «άμεσης τριτενέργειας» υπογραμμίζουν ότι οι σχετικές συνταγματικές εγγυήσεις εφαρμόζονται παράλληλα με τους ειδικούς κανόνες του ιδιωτικού δικαίου και ότι η φύση της έννομης προστασίας είναι και στις δύο περιπτώσεις αστικολογική, ακυρότητα δηλαδή της δικαιοπραξίας και ενδεχομένως αποζημίωση³⁴. Η ουσιαστική διαφορά έγκειται, όπως σωστά παρατηρείται, στον εφαρμοστέο κανόνα του ιδιωτικού δικαίου. Στην «άμεση τριτενέργεια» δεν απαιτείται η ύπαρξη γενικών ρητρών ή αορίστων νομικών εννοιών του ιδιωτικού δικαίου για να εφαρμοσθούν οι συνταγματικές διατάξεις για τα θεμελιώδη δικαιώματα στις ιδιωτικές σχέσεις, αλλά οι συνταγματικές αυτές διατάξεις θεωρούνται ως «απαγορευτική διάταξη νόμου» υπό την έννοια του άρθρου 174 Α.Κ. (με συνέπεια την ακυρότητα της δικαιοπραξίας που προσκρούει σ' αυτές) ή η παράβασή τους μπορεί να στοιχειοθετήσει παράνομη συμπεριφορά υπό την έννοια του άρθρου 914 Α.Κ. (με συνέπεια την παροχή αποζημίωσης – εφόσον, πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις της διάταξης αυτής-)³⁵.

Στην κατηγορία των οπαδών της «άμεσης τριτενέργειας» πρέπει ακόμη να ενταχθεί και η άποψη στη θεωρία, η οποία δέχεται ότι όπου υπάρχει σχέση ιδιωτικής εξουσίασης θα πρέπει να γίνει δεκτή «κατά κανόνα τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Σύμφωνα δε με τον υποστηρικτή της γνώμης αυτής, η «τριτενέργεια» θα είναι έμμεση, αν υπάρχει σχετική ρήτρα στο ιδιωτικό δίκαιο, άμεση δε αν τέτοια ρήτρα δεν υπάρχει, οπότε και η συνταγματική αρχή θα ισχύσει άμεσα.

Ανάμεσα στους οπαδούς της «άμεσης τριτενέργειας» απαντάται μεμονωμένα και η άποψη, ότι όχι μόνο τα ατομικά, αλλά και τα κοινωνικά δικαιώματα, εφόσον έχουν πεδίο εφαρμογής στις ιδιωτικές σχέσεις και στο μέτρο που απορρέουν από αυτά αμυντικά δικαιώματα του ατόμου, «τριτενεργούν»³⁶.

³⁴ Γ. Κασιμάτης, όπ.π. (υπόσ. 1), σελ. 11

³⁵ Γ. Κασιμάτης, όπ.π. (υπόσ. 1), σελ. 11. Βλ. επίσης Α. Κατράνη, όπ.π. (υπόσ. 1), σελ. 266.

³⁶ Γ. Κασιμάτης, Σύνταγμα και κοινό δίκαιο, όπ.π. (υπόσ. 1), σελ. 17, 20 και 160.

Η απευθείας συνταγματική προστασία και απέναντι ιδιωτών θεωρείται, τέλος, από κοινωνιολογική σκοπιά ότι εισχωρεί εντελώς φυσιολογικά στη σύγχρονη νομική σκέψη, εφόσον η ανθρώπινη προσωπικότητα, «φωτιζόμενη στο περιβάλλον του κοινωνικού πλουραλισμού, με τη συνδρομή της ιδέας της μη αλλοτριώσεως, γίνεται άμεσο έρεισμα ενός πλατύτερου υποκειμενικού δικαιώματος», στο οποίο, σύμφωνα με τη γνώμη αυτή, η «Drittwirkung» δεν έχει τίποτε να προσθέσει³⁷.

Το ότι και οι δημοσιολόγοι εμφανίζονται επιφυλακτικοί για την κατ' αρχήν αποδοχή της «άμεσης τριτενέργειας» δεν θα πρέπει να ερμηνευθεί – τουλάχιστον στη σύγχρονη θεωρία – ότι την αποκλείουν και παντελώς. Ο κίνδυνος κλονισμού της ελευθερίας των συμβάσεων, και η διαφύλαξη της αυτοτέλειας του ιδιωτικού δικαίου είναι και την ελληνική επιστήμη του δημοσίου δικαίου τα κύρια επιχειρήματα, τα οποία προβάλλονται υπέρ της «έμμεσης τριτενέργειας» ή κατά της αποδοχής της «άμεσης τριτενέργειας» ως κανόνα. Εν τούτοις δεν αμφισβητείται και από κατ' αρχήν «αρνητές» της «άμεσης τριτενέργειας» ότι, «κατά τη διατύπωση των συνταγματικών διατάξεων» (εννοείται του ελληνικού Συντάγματος του 1975), ορισμένα ατομικά δικαιώματα αναπτύσσουν «άμεση τριτενέργεια» και αναφέρεται ως παράδειγμα το δικαίωμα ίσης αμοιβής για ίσης αξίας εργασία (άρθρο 22 παρ. 1 εδαφ. β', Συντ.).

³⁷ Γ. Βλάχος, Κοινωνιολογία των δικαιωμάτων του ανθρώπου, σελ. 145.

3. Συνοπτική κρίση και κριτική

Στη σύγχρονη ενιαία έννομη τάξη δεν είναι δυνατή η διάκριση της αμυντικής συνταγματικής ενέργειας σε άμεση και έμμεση και για το λόγο αυτό η σύγκρουση των δύο θεωριών δεν έχει ουσιαστικό περιεχόμενο.

Η «τριπενέργεια» είναι αμυντική συνταγματική ενέργεια, και επομένως ορθότερο είναι να χρησιμοποιείται ο όρος απόλυτη αμυντική ενέργεια. Ο όρος «άμεση ενέργεια» δεν προσθέτει κάτι νέο στη γνωστή έννοια της συνταγματικής ενέργειας, αντίθετα δημιουργεί ερμηνευτικά προβλήματα. Αλλά και ο όρος «έμμεση ενέργεια», αναφερόμενος στην αμυντική ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, δεν ικανοποιεί. Τη διάκριση αυτή φαίνεται να αποφεύγει και το ΓΟΣΔ, του οποίου η θέση ως προς τη «σύγκρουση» των δύο θεωριών δεν είναι μέχρι σήμερα ιδιαίτερα σαφής. Το πραγματικό ερώτημα που τίθεται εδώ αφορά το αν η συνταγματική ενέργεια, σαν ανώτερη νομική ενέργεια, εφαρμόζεται ή όχι σε μια συγκεκριμένη νομική περιοχή και στη συγκεκριμένη περίπτωση το αν εφαρμόζεται ή όχι στο «ιδιωτικό δίκαιο». Εφόσον δεχόμαστε ότι εφαρμόζεται, ζήτημα διακρίσεως της νομικά ισχυρότερης συνταγματικής ενέργειας σε άμεση και έμμεση δεν τίθεται. Οι κοινές νομικές διατάξεις που κατισχύουν των συνταγματικών οφείλουν απλώς να εξειδικεύουν το περιεχόμενο των δεύτερων, και αν υπάρχει μεταξύ τους σύγκρουση, οι αντισυνταγματικές διατάξεις του κοινού δικαίου δεν ισχύουν.

Επίκεντρο της διαφωνίας άμεσης και έμμεσης θεωρίας είναι το ζήτημα της αναγκαιότητας της μεσολαβήσεως διατάξεων του κοινού δικαίου ως απαραίτητου «μέσου» για την εφαρμογή των θεμελιωδών δικαιωμάτων στις διαπροσωπικές σχέσεις. Η άμεση θεωρία υποστηρίζει ότι η «μεσολάβηση» δεν είναι απαραίτητη, ενώ αντίθετα η έμμεση θεωρία υποστηρίζει την αναγκαιότητα της μεσολαβήσεως. Ο τρόπος όμως με τον οποίο αντιμετωπίζεται το όλο πρόβλημα, δεν είναι απόλυτα ορθός. Το βασικό ερώτημα δεν είναι, αν η μεσολάβηση του νόμου, δηλαδή του κοινού νομοθέτη είναι ή όχι απαραίτητη. Το πρωταρχικό ερώτημα είναι αν υπάρχει μεσολάβηση νόμου στη σύγχρονη έννομη τάξη. εφόσον δεν υπάρχει είναι περιττή και η συζήτηση για την αναγκαιότητα της μεσολαβήσεως. Αντίθετα μόνο εφόσον γίνεται δεκτή η μεσολάβηση, αποκτά η συζήτηση περιεχόμενο³⁸.

³⁸ Ότι προβλέπεται από τις συνταγματικές διατάξεις δεν είναι απαραίτητο να επαναλαμβάνεται με τον κοινό νόμο. Εάν όμως επαναληφθεί ασφαλώς δεν βλάπτει. Αντίθετα για ότι δεν προβλέπεται από το σύνταγμα είναι απαραίτητη η παρεμβολή νόμου, ακριβώς διότι κατά κανόνα δεν υπάρχει συνταγματική ενέργεια. Η «μεσολάβηση» νόμου, όσον αφορά την αμυντική ενέργεια δεν είναι απαραίτητη, διότι η αμυντική ενέργεια προβλέπεται από το σύνταγμα.

Μεσολάβηση του κοινού δικαίου, όπως είναι π.χ. οι γενικές ρήτρες, σημαίνει μεσολάβηση του κοινού νομοθέτη. Έτσι το όλο θέμα της αναγκαιότητας της μεσολαβήσεως του κοινού δικαίου ανάγεται στο ίδιο το ζήτημα, αν είναι ή όχι συνταγματικά –και όχι μόνο πολιτικά- υποχρεωμένος ο κοινός νομοθέτης να παρέμβει.

Ανάμεσα στην προστατευτική υποχρέωση του κοινού νομοθέτη και την αναγκαιότητα της μεσολαβήσεως νόμου υπάρχει σχέση αντίστροφα ανάλογη. Η προστατευτική υποχρέωση του κοινού νομοθέτη, εξαφανίζεται την αναγκαιότητα της μεσολαβήσεως νόμου, η οποία αντίθετα εμφανίζεται μόνο όταν ο νομοθέτης δεν είναι υποχρεωμένος συνταγματικά να προστατεύει την ανθρώπινη αξία και τα θεμελιώδη δικαιώματα. Αν αναγνωρίζεται συνταγματική προστατευτική υποχρέωση της νομοθετικής εξουσίας, τότε η «μεσολάβηση» δεν είναι απαραίτητη, διότι δεν είναι δυνατό να γίνει δεκτό, ότι ο νομοθέτης είναι υποχρεωμένος να προστατεύει τα θεμελιώδη δικαιώματα και παράλληλα, ότι η παράλειψη της συνταγματικής προστατευτικής υποχρεώσεως οδηγεί στην ανενεργοποίηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Αν πάλι αντίθετα ο κοινός νομοθέτης δεν είναι υποχρεωμένος να προστατεύει τα θεμελιώδη δικαιώματα, τότε η μεσολάβησή τους, η μεσολάβηση του κοινού δικαίου, είναι απαραίτητη. Βασικά –και αναφορικά πάντοτε προς την αμυντική ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων- δεν υπάρχει ζήτημα άμεσης ή έμμεσης ενέργειας, αλλά θέμα προστατευτικής υποχρεώσεως του κοινού νομοθέτη. Η ύπαρξη ή η έλλειψη προστατευτικής υποχρεώσεως του κοινού νομοθέτη καθορίζει ποιοτικά το έργο της νομοθετικής εξουσίας, αλλά και τη φύση των κανόνων του κοινού δικαίου.

Εφόσον ο κοινός νομοθέτης δεν υποχρεούται να προστατεύει την ανθρώπινη αξία, τότε η διαπροσωπική εφαρμογή των θεμελιωδών δικαιωμάτων έχει ανάγκη από τη μεσολάβησή του. Το κοινό δίκαιο είναι το μέσο, με το οποίο η ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων εισχωρεί στις διαπροσωπικές σχέσεις. Εφόσον όμως ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να προστατεύει τα θεμελιώδη δικαιώματα, τότε η «μεσολάβησή» του δεν είναι αναγκαία. Όταν ενεργεί και προστατεύει το κοινό δίκαιο την ανθρώπινη αξία, δεν «μεσολαβεί», αλλ' εκτελεί συνταγματική υποχρέωση. Η ίδια δηλαδή ενέργεια του κοινού νομοθέτη αλλάζει μορφή, αλλάζει ποιότητα.

Από μεσολάβηση πολιτικού χαρακτήρα, μετατρέπεται σε υποχρέωση συνταγματικού δικαίου, δηλαδή «μεταβαίνει σε άλλο γένος». Κατά τον ίδιο τρόπο το κοινό δίκαιο μεταβάλλεται ποιοτικά και από «αυτόνομο» ιδιωτικό

δίκαιο μετατρέπεται σε δίκαιο, υπαγόμενο στην κανονιστική δύναμη των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Επομένως το κοινό δίκαιο δεν είναι πλέον «το μέσο», που αν δεν υπήρχε δεν θα μπορούσε να εφαρμοστεί η αμυντική ενέργεια στις διαπροσωπικές σχέσεις. Είναι οι κατώτερες νομικά διατάξεις, που οφείλουν να εξειδικεύουν το κανονιστικό περιεχόμενο των ανώτερων κανόνων δικαίου.

Συμπερασματικά, η αναγνώριση της προστατευτικής υποχρέωσης του κοινού νομοθέτη, εξαφανίζει αυτή την ίδια την έννοια της «μεσολαβήσεως» και κατά συνέπεια και την αναγκαιότητα της μεσολαβήσεως διατάξεων του κοινού δικαίου. Εφόσον αναγνωρίζεται η προστατευτική υποχρέωση της νομοθετικής εξουσίας, εξαφανίζεται η «μεσολάβηση» του κοινού νομοθέτη. Αυτό σημαίνει ειδικότερα: ότι α) εφόσον υπάρχουν διατάξεις του κοινού δικαίου, μεταξύ των οποίων και οι γενικές ρήτρες, δεν πρέπει να θεωρούνται σαν μέσο, αλλά σαν εξειδίκευση της συνταγματικής ενέργειας. β) εφόσον δεν υπάρχουν διατάξεις του κοινού δικαίου, η εφαρμογή των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν εμποδίζεται, διότι «μεσολάβηση» του κοινού νομοθέτη δεν υπάρχει.

Η όλη συζήτηση για την άμεση ή έμμεση ενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων περιορίζεται στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου και δεν επεκτείνεται στο χώρο του ποινικού δικαίου. Πλήν όμως η ποινική προστασία είναι η ισχυρότερη νομική προστασία. Η αδυναμία της διακρίσεως της αμυντικής συνταγματικής ενέργειας σε άμεση και έμμεση, φαίνεται επίσης από την αδυναμία της εφαρμογής της στο ποινικό δίκαιο. Το ποινικό δίκαιο είναι δημόσιο δίκαιο και επομένως εφαρμόζονται τα θεμελιώδη δικαιώματα. Για να είναι όμως δυνατή η ποινική τιμωρία του δράστη, πρέπει να υπάρχει νόμος, σύμφωνα με τη συνταγματική αρχή *nulla poena sine lege*.

Άμεση ή έμμεση μπορεί να είναι η χρήση των συνταγματικών κανόνων, όχι όμως και η ανώτερη νομικά συνταγματική αμυντική ενέργεια, της οποίας το περιεχόμενο δεν μπορεί να αλλοιωθεί με την παρεμβολή διατάξεων του κοινού δικαίου. Άμεση επίσης είναι η εφαρμογή εφόσον πραγματοποιείται από τους ιδιώτες και έμμεση εφόσον πραγματοποιείται από την κρατική εξουσία.

Γ. ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ

Οι συνταγματικοί κανόνες αυτοδίκαια, *ipso jure*, όχι μόνον στρέφονται προς το κράτος, αλλά αναπτύσσουν και διαπροσωπική ενέργεια.

Σύμφωνα με τη θέση αυτή, τα θεμελιώδη δικαιώματα, ως συνταγματικοί κανόνες, εφαρμόζονται όχι μόνο στο δημόσιο, αλλά και στο ιδιωτικό δίκαιο. Η νομική αυτή λογική, βασισμένη στη σύγχρονη ενιαία ανθρωπιστική έννομη τάξη και στην αντίληψη του Συντάγματος ως καθολικού ρυθμιστή του συνολικού δικαιοκού οικοδομήματος, δεν είναι η ίδια με εκείνη της παραδοσιακής νομικής σκέψης και έννομης τάξης. Η διαπροσωπική εφαρμογή του αμυντικού περιεχομένου των θεμελιωδών δικαιωμάτων αποτελεί στοιχείο της δομής και αποτέλεσμα της λειτουργίας της σύγχρονης έννομης τάξης. Η αμυντική διαπροσωπική ενέργεια εφαρμόζεται αναγκαία σε όλες τις έννομες σχέσεις. Όλα τα θεμελιώδη δικαιώματα ως προς την αμυντική τους διάσταση εφαρμόζονται, ως συνταγματικά δικαιώματα, στο κοινό, δημόσιο και ιδιωτικό δίκαιο.

Η απόλυτη αμυντική ενέργεια είναι ουσιαστικά πρόβλημα συνταγματικής δεσμεύσεως της κρατικής εξουσίας, (στην οποία περιέχεται η δέσμευση της ιδιωτικής). Το πρόβλημα, αυτή η ίδια η έννοια της «τριπενέργειας» (σαν αμυντικής ενέργειας προς την ιδιωτική εξουσία) και η διάκρισή της σε άμεση και έμμεση, εμφανίζεται μόνο όταν δεν υπάρχει προστατευτική υποχρέωση του κράτους και εξαφανίζεται όταν το κράτος υποχρεούται να προστατεύει την ανθρώπινη αξία και τα θεμελιώδη δικαιώματα που την εξειδικεύουν. Την προστασία αυτή ανάγει το νέο ελληνικό σύνταγμα σε πρωταρχική υποχρέωση του κράτους. Όσον αφορά τη νέα ελληνική έννομη τάξη η απόλυτη αμυντική ενέργεια αποτελεί συνταγματική επιταγή.

Η αμυντική ενέργεια εκδηλώνεται με τις συνταγματικές διατάξεις, που περιέχουν θεμελιώδη δικαιώματα, αλλά και με τις διατάξεις του κοινού δικαίου. Η εφαρμογή της αμυντικής ενέργειας δεν εξαρτάται από την ύπαρξη διατάξεων του κοινού δικαίου. Η ανυπαρξία σύμφωνων προς το σύνταγμα προστατευτικών διατάξεων του κοινού δικαίου – η οποία αποτελεί παράλειψη εκπληρώσεως συνταγματικής υποχρεώσεως του κοινού νομοθέτη- δεν

εμποδίζει την εφαρμογή του αμυντικού περιεχομένου στις διαπροσωπικές σχέσεις. Η ποινική όμως τιμωρία του δράστη προϋποθέτει τη νομοθετική πρόβλεψη της ποινής.

Η συνταγματική αναγνώριση της απόλυτης αμυντικής ενέργειας, έρχεται σε αντίθεση με βασικά θεωρητικά δόγματα της παραδοσιακής έννομης τάξεως. Γεννάται έτσι το ζήτημα της εντάξεως της απόλυτης αμυντικής ενέργειας στην έννομη τάξη.

Επειδή το σύγχρονο κοινωνικό κράτος οφείλει να προστατεύει τα θεμελιώδη δικαιώματα από τους τρίτους, η λεγόμενη τριτενέργεια περιέχεται στην προστατευτική υποχρέωση του κράτους. Επομένως, η τριτενέργεια ως ιδιαίτερο πρόβλημα μπορεί να υπάρχει μόνο στο πλαίσιο του παλαιάς μορφής φιλελεύθερου κράτους, όχι όμως και στο πλαίσιο του σύγχρονου κοινωνικού προστατευτικού κράτους. Με άλλα λόγια η μεταβολή της μορφής του κράτους και η επιφόρτισή του με τη συνταγματική υποχρέωση της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων εξαφανίζει το πρόβλημα της τριτενέργειας.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- 1) Aelxy Robert, Theorie der Grundrechte, Baden – Baden, 1985.
- 2) Ανδρουλιδάκη – Δημητριάδου Ισμήνη, Οι ισότιμοι σύζυγοι. Συμβολή στην αναδιάρθρωση του Οικογενειακού δικαίου. (Προσωπικές σχέσεις των συζύγων), Αθήνα 1977.
- 3) Βλάχος Γιώργος, Κοινωνιολογία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Β΄ Έκδοση, Αθήνα 1979.
- 4) Canaris Claus – Wilhelm, Grundrechte und. Privatrecht, AcP 1984, σελ. 201 επ.
- 5) Δημητρόπουλος Ανδρέας,
 - Τα αμυντικά δικαιώματα του ανθρώπου και η μεταβολή της έννομης τάξεως, Αθήνα 1981 και
 - Η συνταγματική προστασία του ανθρώπου από την ιδιωτική εξουσία – Συμβολή στο πρόβλημα της τριτενέργειας, Αθήνα – Κομοτηνή 1982.
- 6) Durig, Gunter, Freizugigkeit, in F. Neumann / H.C. Nipperdey / U. Scheuner (εκδ.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, τόμος II, Berlin 1954, σελ. 507 επ.
- 7) Ηλιοπούλου – Στράγγα Τζούλια, Η «τριτενέργεια» των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος του 1975, Αθήνα – Κομοτηνή 1990.
- 8) Ipsen Hans – Peter, Gleichheit, in F. Neumann / H.C. Nipperdey / U. Scheuner (εκδ.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, τόμος II, Berlin 1954, σ. 111επ.

- 9) Καρακατσάνης Αλέξανδρος, Το Σύνταγμα και το εργατικό δίκαιο, Δημοσιεύματα του Ελληνικού Ινστιτούτου Διεθνούς και Αλλοδαπού δικαίου, Η επίδρασις του Συντάγματος του 1975 επί του Ιδιωτικού και επί του Δημοσίου δικαίου, Αθήνα 1976, σ. 31επ.
- 10) Κασιμάτης Γιώργος,
- Το ζήτημα της «τριπενέργειας» των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων. Η ισότητα των φύλων και ο θεσμός της Οικογένειας στην ελευθερία τελευταίας βούλησης, το Σ. 1981, σελ. 1. επ. και
- Σύνταγμα και κοινό δίκαιο, Δημοσιεύματα του Ελληνικού Ινστιτούτου Διεθνούς και αλλοδαπού δικαίου, Η επίδρασις του Συντάγματος του 1975 επί του Ιδιωτικού και επί του Δημοσίου δικαίου, Αθήνα 1976, σελ. 109 επ.
- 11) Λεβέντης Γεώργιος, Τα κοινωνικά δικαιώματα του Πολίτη, ΤοΣ. 1976, σελ. 121 επ.
- 12) Λιακόπουλος Θανάσης, Η προστασία του καταναλωτή και το Σύνταγμα, ΝοΒ 1984, σ. 945επ.
- 13) Μάνεσης Αριστόβουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα, α΄ Ατομικές ελευθερίες γ΄ έκδοση, Θεσ/νίκη 1981.
- 14) Μπάλης Γεώργιος, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, Αθήνα 1961.
- 15) Nipperdey Hans Carl, Gleicher Lohn der Frau fur gleiche Leistung, Rechtsgutachten 1951.
- Gleicher Lohn der Frau fur gleiche Leistung, RdA 1950, σ. 121επ.
- Freie Entfaltung der Personlichkeit, in K.A. Betterman / H.C. Nipperdey (εκδ.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis, τόμος IV, ημίτ. 2, Berlin 1962, σελ. 741επ.
- in Ennecerus / Nipperdey, Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts, πρώτος ημίτομος, 15^η έκδ. 1959.

- Grundrechte und Privatrecht, in Festchrift für E. Molitor, München und Berlin 1962, σ. 17επ.

- 16)** Παπαχρίστου Αθανάσιος, Η προστασία της πρωπικότητας και το άρθρο 299 ΑΚ, ΤοΣ. 1981, σ. 42επ.

- 17)** Schwabe Jurgen, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971.

- 18)** Σπυριδάκης Ιωάννης, Γενικές Αρχές, τεύχος Α΄, Αθήνα-Κομοτηνή 1985.

- 19)** Σταθόπουλος Μιχάλης, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, Αθήνα 1979.

- 20)** Τσάτσος Δημήτρης, Συνταγματικό Δίκαιο, τόμος Γ΄, Θεμελιώδη δικαιώματα Ι, Γενικό μέρος, Αθήνα – Κομοτηνή 1988.