

ΙΟΥΛΙΟΣ - ΣΕΠΤΕΜΒΡΙΟΣ 3/2004

Έτος 1ο, αρ. τεύχους 3

Τιμή τεύχους 18 €

Το ασυμβίβαστο του «βασικού μετόχου» μεταξύ ελευθεριών της επικοινωνίας και κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων

Αθανάσιος Δ. Τσεβάς

Λέκτορας του Τμήματος Επικοινωνίας
και Μ.Μ.Ε. του Πανεπιστημίου Αθηνών,
Δ.Ν., Δικηγόρος

ISSN 1790-0662



120157 03-2004



NOMIKH BIBLIOΘΗKH

w w w . n b . o r g

Το ασυμβίβαστο του «βασικού μετόχου» μεταξύ ελευθεριών της επικοινωνίας και κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων*

“ Το ασυμβίβαστο παράλληλης δραστηριοποίησης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και των μέσων ενημέρωσης προκαλεί τριβές στην εσωτερικά συστημική αρμονία των εγγυήσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων και θέτει σε δοκιμασία τη σχέση εθνικού και κοινοτικού δικαίου. Η δραστηριότητά του αμβλύνεται σημαντικά, από μεν την πλευρά των ελευθεριών των μέσων ενημέρωσης που κατοχυρώνονται στο Σύνταγμα και την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου βάσει των επιταγών της αρχής της αναλογικότητας, από δε την πλευρά του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων λόγω των διατάξεων των κοινοτικών Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις σχετικά με τα κριτήρια επιλογής των αναδόχων και ανάθεσης της σύμβασης. Η οριοθέτηση της οικονομικής ισχύος και η προστασία του σχηματισμού πολιτικής βούλησης μπορεί να επιτευχθεί αρμονικότερα με την εφαρμογή των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού, της πολυφωνίας στην ενημέρωση και της αξιοκρατίας στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, την ορθολογική ρύθμιση του πεδίου των μέσων ενημέρωσης και την ενίσχυση της διαφάνειας της συμμετοχής ιδιωτικών συμφερόντων στα μέσα ενημέρωσης. ”

Αθανάσιος Δ. Τσεβάς

Λέκτορας του Τμήματος Επικοινωνίας
και Μ.Μ.Ε. του Πανεπιστημίου Αθηνών,
Δ.Ν., Δικηγόρος

στη λογική) πτυχών της πολιτικής, κοινωνικής και οικονομικής πραγματικότητας της χώρας, ο προβληματικός χαρακτήρας των οποίων έχει επισημανθεί πολλές φορές, με κυριότερα στοιχεία την υπερτροφία και τα προβλήματα διαφάνειας του

πολιτικού συστήματος,⁴ το σοβαρότατο έλλειμμα ορθολο-

1. Από τη σχετική συζήτηση βλ. Φ. Σπυρόπουλο, Ειδικές εκφάνσεις της οικονομικής ελευθερίας (Η πρόταση αναθεώρησης σχετικά με την καταπολέμηση της διαπλοκής), ΤοΣ 2000, σελ. 1147 επ., Ξ. Κονιάδη, Η οριοθέτηση της σχέσης πολιτικής εξουσίας και μέσων μαζικής ενημέρωσης. Πλουραλισμός και διαφάνεια στο επικοινωνιακό σύστημα κατά τα άρθρα 14 και 15 του νέου Συντάγματος, εις: Δ. Θ. Τσάτσο/Ευ. Βενιζέλο/Ξ. Ι. Κονιάδη (επιμ.), Το Νέο Σύνταγμα (Πρακτικά Συνεδρίου για το αναθεωρημένο Σύνταγμα του 1975/1986/2001), Αθήνα - Κομοτηνή 2001, σελ. 265 επ., Γ. Κασιμάτη, Το ασυμβίβαστο των ιδιοτήτων του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεων Μέσων Ενημέρωσης, σε σχέση με τις αντίστοιχες ιδιότητες προσώπων που αναλαμβάνουν την εκτέλεση έργων ή προμηθειών και την παροχή υπηρεσιών του δημοσίου και νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, ΤοΣ 2003, 295, Α. Μανιτάκη, Η συνταγματικότητα της νομοθετικής απαλλαγής από το «ασυμβίβαστο» του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. στ' του Συντάγματος των «συζύγων» και των «συγγενών», εφ' όσον αποδείξουν την οικονομική τους αυτοτέλεια, ΤοΣ 2003, 311, Ν. Κ. Αλιβιζάτου, Σύνταγμα & «διαπλοκή». Συμβολή στην ερμηνεία της (νέας) παρ. 9 του άρθρου 14 Σ, ΔιΜΕΕ 2004, 16, Δ. Χαράλαμπε, Σκέψεις σχετικά με τα ζητήματα της διαφάνειας, τις «Ασυμβίβαστες Ιδιότητες» και τον «Βασικό Μέτοχο» (Σ άρθρο 14 παρ. 9, Ν 3021/2002), ΔιΜΕΕ 2004, 31, Χ. Π. Συνοδινό, Ασυμβίβαστο μεταξύ ΜΜΕ και επιχειρήσεων που αναλαμβάνουν δημόσιες συμβάσεις και ζήτημα συμβατότητας του με το κοινοτικό δίκαιο, ΔπΣΚΕ 2004, 15, και από τη νομολογία ΣτΕ 1882/2003, ΔτΑ 2003, 1277 (= ΔιΜΕΕ 2004, 78 = ΝοΒ 2004, 137 με παρατηρήσεις Χ. Π. Συνοδινό = ΔπΣΚΕ 2004, 75). Βλ. επίσης το πρακτικό του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου υπ' αριθμ. 234/2002 στο παρόν τεύχος, σελ. 448.
2. Αυτή η δυσχέρεια, και με ανάλογη ένταση, συναντάται και σε άλλες διατάξεις που εισήγαγε η τελευταία αναθεώρηση, όπως η διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 19 του Συντάγματος, η οποία, με την απόλυτη διατύπωσή της, γεννά επίσης σοβαρότατα ερμηνευτικά προβλήματα, βλ. σχετικά Τζ. Ηλιοπούλου - Σιτράγγα, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, 2003, αλλά και τον πρόλογο του Ν. Κ. Ανδρουλάκη, αυτόθι, σελ. 9 επ., 13 επ.
3. Για τις διαστάσεις της συστηματικής ερμηνείας της διάταξης για το ασυμβίβαστο βλ. ιδίως τη σχετική ανάπτυξη του Ν. Κ. Αλιβιζάτου, Σύνταγμα & «διαπλοκή». Συμβολή στην ερμηνεία της (νέας) παρ. 9 του άρθρου 14 Σ, ΔιΜΕΕ 2004, 16 [23 επ.].
4. Βλ. Δ. Χαράλαμπε, Πελαταιακές σχέσεις και λαϊκισμός. Η εξωθεσμική συνείδηση στο ελληνικό πολιτικό σύστημα², 1996. Για το ζήτημα της διαφάνειας επισημαίνεται, ότι αυτό δεν περιορίζεται μόνον στα προβλήματα διαφάνειας της οικονομικής λειτουργίας και των εκλογικών δαπανών των πολιτικών κομμάτων ή τον έλεγχο του «πόθεν έσχες» των πολιτικών προσώπων (βλ. ενδεικτικά Θ. Ξηρό, Η αρχή της διαφάνειας στην περίπτωση των πολιτικών κομμάτων και των υποψηφίων βουλευτών: τα οικονομικά τους στην παρ. 2 του άρθρου 29

* Προδημοσίευση της συμβολής του συγγραφέα στον τιμητικό τόμο του καθηγητή Γεωργίου Κασιμάτη.

γικής ρύθμισης του πεδίου των μέσων ενημέρωσης, ιδίως των ηλεκτρονικών,⁵ και τη δυσανάλογα έντονη εξάρτηση της οικονομίας από το κράτος.⁶ Αντί να εφαρμοστούν, για την οριοθέτηση της οικονομικής ισχύος και την προστασία του σχηματισμού πολιτικής βούλησης, οι αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της πολυφωνίας στην ενημέρωση και της αξιοκρατίας στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων,⁷ προτιμήθηκε μια ρύθμιση που, πέραν των λοιπών της μειονεκτιμάτων, παραπλανά ως προς την εστία του προβλήματος, που θεσπίστηκε για να αντιμετωπίσει, λειτουργώντας ταυτόχρονα ως άλλοθι για τη διαιώνιση των προβλημάτων που προαναφέρθηκαν. Επειδή όμως η ρύθμιση αυτή, όπως έχει παρατηρηθεί, δεν εναρμονίζεται με βασικές αρχές του δικαίου,⁸ προκαλεί αισθητές τριβές στην εσωτερική συστημική αρμονία⁹ των εγγυήσεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ενώ ταυτόχρονα δοκιμάζει τη σχέση εθνικού και κοινοτικού δικαίου.

Πράγματι, το ασυμβίβαστο συνιστά, στο μέτρο που θέτει όρους και προϋποθέσεις για την έκδοση εντύπων και την ίδρυση και λειτουργία ραδιοηλεκτρονικών σταθμών, περιορισμό των ελευθεριών της επικοινωνίας, οι οποίες κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Στο μέτρο που κωλύει τη δραστηριοποίηση στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων συνιστά, ταυτόχρονα, αντικειμενικό περιορισμό της οικονομικής ή επαγγελματικής ελευθερίας.¹⁰ Η απαγόρευση που περιέχει το ασυμβίβαστο, ως μέσο που θέτει προϋποθέσεις για την άσκηση των ελευθεριών της επικοινωνίας, αλλά και οι προβλεπόμενες έννομες συνέπειες της παράβασης του ασυμβίβαστου, εγείρουν το ζήτημα της σχέσης τους προς το σκοπό που επιδιώκουν υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας υπό ευρεία έννοια. Ειδικά για την υπαγωγή των συζύγων και συγγενών στο ασυμβίβαστο τίθεται και το ζήτημα της συμφωνίας της απαγόρευσης με την αξία του ανθρώπου.¹¹ Περαιτέρω, για τους κοινοτικούς αλλοδαπούς το ασυμβίβαστο συνιστά περιορισμό της ελευθερίας κίνησης κεφαλαίων, της ελευθερίας εγκατάστασης καθώς και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, αφού περιορίζει την ελευθερία απόκτησης συμμετοχής σε ημεδαπές επιχειρήσεις ΜΜΕ ή ίδρυσης τέτοιων επιχειρήσεων από επιχειρήσεις που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δραστηριοποιούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων,¹² ενώ ταυτόχρονα αποκλείει από τις ελληνικές δημόσιες συμβάσεις τις επιχειρήσεις που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη και είναι βασικοί μέτοχοι ημεδαπών μέσων ενημέρωσης. Τέλος, στο μέτρο που επεμβαίνει σε τομέα που υπόκειται σε υποχρέωση εναρμόνισης των εθνικών νομοθεσιών, αυτόν των δημοσίων συμβάσεων, το ασυμβίβαστο δοκιμάζει τη σχέση του εθνικού με τις οικείες διατάξεις του παραγώγου κοινοτικού δικαίου.

Από το ευρύ αυτό φάσμα της προβληματικής, η ανάπτυξη που ακολουθεί εστιάζεται στα ζητήματα των ελευθεριών της επικοινωνίας και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, τα

οποία αντανακλούν παραστατικά τις εγγενείς δυσαρμονίες του ασυμβίβαστου.

Συντ., εις: Δ. Θ. Τσάτσο/Ευ. Βενιζέλο/Ξ. Ι. Κονιάδη (επιμ.), Το Νέο Σύνταγμα (Πρακτικά Συνεδρίου για το αναθεωρημένο Σύνταγμα του 1975/1986/2001), Αθήνα - Κομοτηνή 2001, σελ. 265 επ., και ειδικά για το «πολιτικό κρήμα» Ρ. Παναγιωτοπούλου, Η τηλεόραση εκτός των τειχών, 2004, σελ. 157 επ., καθένα με περαιτέρω παραπομπές, αλλά περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, και την αδιαφάνεια της ίδιας της νομοθεσίας, βλ. π.χ. από το χώρο της επικοινωνίας τη διάταξη του άρθρου 11 Ν. 2863/2000 (ως προς το ζήτημα της αρμοδιότητας του Υπουργού Τύπου και ΜΜΕ προς άσκηση ελέγχου νομιμότητας στις πράξεις του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοηλεκτρονικής), καθώς και, γενικότερα, Ι. Κ. Καρακούστα/Α. Δ. Τσεβά, Η Νομοθεσία των ΜΜΕ², 2003, σελ. VIII επ., 531 επ.

5. Όπως είναι γνωστό, με εξαίρεση τους ραδιοφωνικούς σταθμούς της Αττικής, η πολιτεία δεν έχει κατορθώσει έως σήμερα να εκδόσει άδειες λειτουργίας των ραδιοηλεκτρονικών σταθμών βάσει του ισχύοντος (παγίου) δικαίου, αλλά είτε παρατείνει διά νόμου, και βεβαίως χωρίς έλεγχο των νομίμων προϋποθέσεων, την ισχύ παλαιότερων αδειών, είτε θεωρεί τα μέσα «νομίμως λειτουργούντα» (!) βάσει αποσπασματικών ρυθμίσεων. Βλ. για την αλληλουχία των ρυθμίσεων αυτών στο πεδίο της τηλεόρασης Α. Δ. Τσεβά, Θέσπιση διοικητικής πράξης με νόμο, Τιμητικός Τόμος του Συμβουλίου της Επικρατείας - 75 χρόνια, σελ. 463 επ. [475 επ., υποσ. 38] καθώς και, για τους ραδιοφωνικούς σταθμούς, ειδικά τη διάταξη του άρθρου 53 Ν. 2778/1999, και επ' αυτής των ΣτΕ ΕΑ 143/2001, ΤοΣ 2001, 560 επ., με παρατηρήσεις Σπ. Βλαχόπουλου, αυτόθι, σελ. 543 επ., η οποία αποτελεί η ίδια ανάγλυφο δείγμα της δοκιμασίας, στην οποία υποβάλλει την έννομη τάξη η απουσία ορθολογικών ρυθμίσεων.

6. Εξάρτηση όχι μόνον πολιτική, αλλά και διοικητική (λόγω της γραφειοκρατίας και της μειωμένης αποτελεσματικότητας της δημόσιας διοίκησης) και οικονομική (όπως προκύπτει από το ποσοστό του Ακαθάριστου Εγχώριου Προϊόντος που παράγεται από το δημόσιο τομέα καθώς και το γεγονός, ότι το δημόσιο αποτελεί, με απόφαση, τον κυριότερο αγοραστή για μείζονες κλάδους της οικονομίας, βλ. τα σχετικά στοιχεία εις: Γ. Μ. Κορρέ/Δ. Π. Χιόνη, Ελληνική Οικονομία. Οικονομική Πολιτική και Ανάλυση Βασικών Μακροοικονομικών Μεγεθών, 2003, σελ. 30 επ., 69, Ρ. Παναγιωτοπούλου, Η τηλεόραση εκτός των τειχών, 2004, σελ. 79 με υποσ. 24). Μόνον υπό το φως αυτών των πραγματικών συνθηκών δικαιολογείται η ανάδειξη του πεδίου των δημοσίων συμβάσεων ως προνομιακού πεδίου της απαγόρευσης. Και μόνον με τους αυτούς λόγους εξηγείται η επιδίωξη διασφάλισης της αμεροληψίας λειτουργιών του κράτους με την περιστολή των εγγυήσεων ατομικών δικαιωμάτων των πολιτών.

7. Βλ. Φ. Σπυρόπουλο, Ειδικές εκφάνσεις της οικονομικής ελευθερίας (Η πρόταση αναθεώρησης σχετικά με την καταπολέμηση της διαπλοκής), ΤοΣ 2000, σελ. 1147 επ. [1149].

8. Βλ. Φ. Σπυρόπουλο, ό.π., σελ. 1149.

9. Για την αρχή της εσωτερικής συστημικής αρμονίας ή συστημικής δικαιοσύνης (Systemgerechtigkeit) βλ. Θ. Αντωνίου, Η ισότητα εντός και διά του νόμου. Μια συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος του 1975, 1998, σελ. 163 επ., και τις εκεί περαιτέρω παραπομπές.

10. Βλ. Γ. Κασμάτη, Το ασυμβίβαστο των ιδιοτήτων του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεων Μέσων Ενημέρωσης, σε σχέση με τις αντίστοιχες ιδιότητες προσώπων που αναλαμβάνουν την εκτέλεση έργων ή προμηθειών και την παροχή υπηρεσιών του δημοσίου και νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, ΤοΣ 2003, 295 [301].

11. Βλ. Ν. Κ. Αλιβιζάτο, Σύνταγμα & «διαπλοκή». Συμβολή στην ερμηνεία της (νέας) παρ. 9 του άρθρου 14 Σ, ΔιΜΕΕ 2004, 16 [24 επ.].

12. Η αντίστροφη περίπτωση, η απόκτηση δηλ. από κοινοτικά επιχειρήματα μέσων ενημέρωσης συμμετοχής σε ημεδαπή επιχείρηση που δραστηριοποιείται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων ή η ίδρυση από αυτήν τέτοιας επιχείρησης δεν καταλαμβάνεται από το ασυμβίβαστο, όπως ρυθμίζεται με το Ν. 3021/2002, αφού ως μέσο ενημέρωσης για τον προσδιορισμό του πεδίου εφαρμογής του ασυμβίβαστου νοείται μόνον εκείνο που εμπίπτει στη δικαιοδοσία του ελληνικού κράτους με ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 3 ΠΔ 100/2000 (άρθρο 2 της Οδηγίας 89/552/ΕΟΚ, όπως αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 2 του άρθρου 1 της Οδηγίας 97/36/ΕΚ).

II. Το ασυμβίβαστο ως περιορισμός των ελευθεριών της επικοινωνίας

1. Όπως διαπιστώνει η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετικά με την πρόβλεψη του ασυμβίβαστου στο Ν. 2328/1995, ο σκοπός της θέσπισης του ασυμβίβαστου είναι διπλός: Πρώτον, η ενίσχυση της διαφάνειας της οικονομικής λειτουργίας του κράτους και η αποτροπή του κινδύνου άσκησης αθέμιτης επιρροής, μέσω των μέσων μαζικής ενημέρωσης, σε αυτήν και ειδικότερα στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, που θα είχε ως αποτέλεσμα τη στρέβλωσή τους και τη νόθευση του ελεύθερου ανταγωνισμού. Δεύτερον, η αποτροπή της άσκησης, με αποκλειστικό σκοπό την εξυπηρέτηση ιδιωτικών οικονομικών συμφερόντων, αθέμιτης επιρροής στην πολιτική ζωή, η οποία μπορεί να οδηγήσει εν τέλει σε νόθευση της λαϊκής κυριαρχίας.¹³

Η αθέμιτη επιρροή στις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, την οποία επιδιώκει να αποτρέψει το ασυμβίβαστο, είναι κατά το Συμβούλιο της Επικρατείας η κατά κανόνα αφανής παρέμβαση που ασκείται με την εκ μέρους των μέσων ενημέρωσης «ακολουθούμενη εν γένει γραμμή και με την τοποθέτησή τους σε θέματα πολιτικής επικαιρότητας». Αυτή η παρέμβαση παραβιάζει αθεμίτως, στον συγκεκριμένο τομέα, την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφερόντων εκ μέρους του κράτους κατά τρόπο ουδέτερο και αμεροληπτικό έναντι των ανταγωνιστικών ιδιωτικών συμφερόντων,¹⁴ θέτει δηλαδή σε δοκιμασία την ουδετερότητα και αμεροληψία των κρατικών οργάνων.

Από την ανάλυση αυτή του δικαστηρίου προκύπτει, ότι στην περίπτωση αυτή δεν πρόκειται για παρέμβαση που ασκείται με δημοσιεύματα ή εκπομπές που αναφέρονται σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων,¹⁵ αλλά για παρέμβαση που μεθοδεύεται με τον προσανατολισμό του μέσου ενημέρωσης κατά των κυβερνώντων αντί υπέρ τους σε γενικότερα πολιτικά ζητήματα. Συνεπώς η αθέμιτη επιρροή των μέσων ενημέρωσης δεν ασκείται επί των αρμοδίων για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων κρατικών οργάνων, αλλά επί των πολιτικών τους προϊσταμένων, έτσι ώστε αυτοί, προ του κινδύνου να απολέσουν την εύνοια ή και να διακινδυνεύσουν την αντιπαλότητα του μέσου ενημέρωσης, να επέμβουν με τη σειρά τους παρ'όμως στη διαδικασία και να πιέσουν και εξωθήσουν τα αρμόδια κρατικά όργανα στη λήψη παρανόμων αποφάσεων υπέρ εκείνων των διαγωνιζομένων, που υποστηρίζονται από τα μέσα ενημέρωσης.

Από την άλλη πλευρά, η αθέμιτη επιρροή στην πολιτική ζωή, η οποία μπορεί να οδηγήσει εν τέλει σε νόθευση της λαϊκής κυριαρχίας, αναφέρεται στον άμεσο σύνδεσμο των μέσων ενημέρωσης με δύο βασικά στοιχεία της δημοκρατίας, τον ελεύθερο ανταγωνισμό ιδεών και συμφερόντων και τη δημοσιότητα του πολιτικού βίου.¹⁶ Όπως είναι γνωστό, τα μέσα ενημέρωσης διευκολύνουν την άμεση διάδοση

πληροφοριών και ειδήσεων, παρέχουν βήμα στις διάφορες απόψεις για να ακουστούν και διευκολύνουν τη δημόσια συζήτηση και τη ζύμωση των ιδεών, στο πλαίσιο της οποίας λειτουργούν και ως ανοικτός δίαυλος επικοινωνίας του λαού με τους αντιπροσώπους του στη βουλή και την κυβέρνηση. Η εμπέλειά τους στην κοινωνία τα έχει αναγάγει σε ένα από τα κυριότερα μέσα διαμόρφωσης της κοινής γνώμης. Τα μέσα ενημέρωσης δεν είναι όμως απλώς ένα είδος ουδέτερης επικοινωνιακής υποδομής, αλλά συμμετέχουν ενεργά και αυτόνομα στην επικοινωνιακή διαδικασία με την επιλογή του περιεχομένου και της έκτασης, του τρόπου παρουσίασης αλλά και του χρόνου δημοσίευσης των ειδήσεων. Συνεπώς τα μέσα ενημέρωσης δεν είναι μόνον μέσο, αλλά και ένας σημαντικός παράγοντας διαμόρφωσης της κοινής γνώμης.¹⁷

Εν όψει του ρόλου αυτού των μέσων ενημέρωσης, η εκ μέρους τους έκφραση απόψεων με αποκλειστικό σκοπό την προώθηση των «εξωεπικοινωνιακών» οικονομικών τους συμφερόντων και όχι ανάλογα με τις πεποιθήσεις τους θεωρείται πως προκαλεί στρέβλωση της επικοινωνιακής διαδικασίας, αφού προκαλεί την επιλογή και έκφραση απόψεων που δεν θα διατυπώνονταν, δεν θα επιλέγονταν ή δεν θα εκφράζονταν έτσι αν δεν υπήρχαν τα συμφέροντα που τις υποδαυλίζουν, η οποία με τη σειρά της θεωρείται ότι μπορεί να οδηγήσει σε νόθευση της λαϊκής κυριαρχίας.¹⁸

13. ΣτΕ 1882/2003 (σκέψη 6η), ΔτΑ 2003, 1277 [1282 επ.].

14. ΣτΕ 1882/2003 (σκέψη 6η), ΔτΑ 2003, 1277 [1282 επ.].

15. Πρόκειται επομένως για επιρροή σε κρατικές διαδικασίες, η οποία έχει ιδιαίτερη ποιότητα, διαφορετικά π.χ. από το γνωστό πρόβλημα της παρέμβασης των μέσων ενημέρωσης σε εκκρεμείς δίκες (χωρίς να υποκρύπτονται ίδια οικονομικά συμφέροντα των μέσων ενημέρωσης), όπου η επιρροή ασκείται με δημοσιεύματα σχετικά με το αντικείμενο της δίκης, βλ. για την προβληματική π.χ. Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, υπόθεση Sunday Times, απόφαση της 26ης Απριλίου 1979, Σειρά Α αρ. 30 (υπόθεση θαλιδομιδής). Η περίπτωση, όπου το μέσο ενημέρωσης καθορίζει τον γενικότερο πολιτικό προσανατολισμό του (ή αποδίδεται σε επιθέσεις κατά των δικαστών) για να επηρεάσει εκκρεμή δίκη, στην έκβαση της οποίας έχει συμφέρον ως διάδικος, γνωστή και παλαιά μέθοδος, αντιμετωπίζεται από το ελληνικό δίκαιο με τις γενικές διατάξεις και χωρίς ειδικές απαγορεύσεις ή περιορισμούς.

16. Βλ. σχετικά Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 900 επ., ο οποίος επισμαίνει ότι ο ανταγωνισμός από τον οποίο ζει η δημοκρατία δεν είναι ο ανταγωνισμός μόνο των ιδεών, αλλά και των συμφερόντων (αριθμός περιθ. 901, υποσ. 2).

17. Βλ. ΒVerfGE 20, 162 [175] (Spiegel) και Α. Δ. Τσεβά, Η κυρωτική λειτουργία του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοηλεκτρονικής και ο δικαστικός της έλεγχος, ΔιΔικ 2002, 860 επ. με περαιτέρω παραπομπές.

18. Με τον περιορισμό ασφαλώς, ότι ακόμη και εάν οι επιθέσεις ενός μέσου ενημέρωσης κατά των εκάστοτε κυβερνώντων έχουν ως κίνητρο την εξυπηρέτηση εξωεπικοινωνιακών συμφερόντων των επιχειρήσεων που ελέγχουν το μέσο, δεν μπορούν να θεωρηθούν αθέμιτες, και κατά την άποψη αυτή, σε σχέση με την εξυπηρέτηση της λειτουργίας του δημοκρατικού πολιτεύματος, εφ' όσον αποκάλυπταν παρανομίες (ή αθέμιτες πρακτικές, και με την έννοια της διαπλοκής με άλλα οικονομικά συμφέροντα) των κυβερνώντων, οι οποίες αποκρύπτονται επιμελώς από τα λοιπά μέσα ενημέρωσης που συμπορεύονται, για οποιοδήποτε λόγο, με την κυβέρνηση. Αυτό αποδεικνύει ότι ο ανταγωνισμός εξωεπικοινωνιακών συμφερόντων, ο οποίος εκδηλώνεται στο πεδίο των μέσων ενημέρωσης, δεν έχει μόνον βλαπτικά αποτελέσματα.

Επειδή μάλιστα η απόδειξη, ότι συγκεκριμένα δημοσιεύματα ή εκπομπές εκπορεύθηκαν για την εξυπηρέτηση «εξωεπικοινωνιακών» οικονομικών συμφερόντων είναι ιδιαίτερα δυσχερές, καθώς εξαρτάται από το ενδιάθετο πρόγραμμα ή το κίνητρο του φορέα του μέσου ενημέρωσης,¹⁹ ένα κριτήριο δηλαδή αβέβαιο και δυσχερέστατα διαπιστώσιμο, η αποτροπή των κινδύνων που εκτέθηκαν δεν επιδιώκεται με την εκ των υστέρων αντιμετώπιση, δηλαδή με τη διαπίστωση της αθέμιτης χρήσης των μέσων ενημέρωσης, αλλά προληπτικά με την αποτροπή της δημιουργίας συνθηκών που θα μπορούσαν να προκαλέσουν κίνδυνο άσκησης αθέμιτης επιρροής μέσω των μέσων μαζικής ενημέρωσης ειδικά στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ή γενικά στο σχηματισμό της κοινής γνώμης.²⁰ Επειδή δε οι συνθήκες αυτές δημιουργούνται με μέσα που αντικειμενικά εμπίπτουν στο προστατευτικό πεδίο των ελευθεριών των μέσων ενημέρωσης, η αποτροπή της δημιουργίας τους επιδιώκεται με την πλήρη απαγόρευση της άσκησης των ελευθεριών αυτών σε εκείνους, οι οποίοι καταλαμβάνονται από το ασυμβίβαστο.

2. Όπως γίνεται γενικά δεκτό, η ελευθερία του τύπου περιλαμβάνει, πρωτίτως, την ελευθερία εκδόσεως. Στην ελευθερία αυτή περιλαμβάνεται, εκτός των άλλων, «... η ελευθερία κάθε ατόμου και κάθε ομάδας ατόμων να εκδώσουν οποτεδήποτε, οποιοδήποτε έντυπο, επομένως η απαγόρευση θεσπίσεως προσόντων ή προϋποθέσεων, προσωπικών ή πραγματικών, θηκών ή υλικών, προς έκδοση εντύπων».²¹ Η άμεση ή έμμεση εισαγωγή ειδικών προσόντων ή προϋποθέσεων (με εξαίρεση την υποχρέωση ορισμού προσώπων που θα είναι αστικά και ποινικά υπεύθυνα για τα δημοσιεύματα εφημερίδας ή περιοδικού), θα προσέκρουε στο Σύνταγμα.²²

Εξ άλλου, η ελευθερία του τύπου είναι η ελευθερία του ιδιωτικού τύπου. Περιεχόμενο της συνταγματικής κατοχύρωσης της ελευθερίας του τύπου είναι, στο σημείο αυτό, η ιδιωτική ιδιοκτησία, η ιδιωτική οργανωτική μορφή και κατά τούτο η ιδιωτική - αυτόνομη λειτουργία του τύπου.²³ Στην κατοχύρωση της ιδιωτικής αυτονομίας του τύπου περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, η ελευθερία καθορισμού του προσανατολισμού (κατεύθυνσης) του εντύπου και η ελευθερία από δεσμεύσεις σχετικές με την πολυμέρεια ή ουδετερότητα του εντύπου, η οποία συνδέεται με το επίσης συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα του αναγνωστικού κοινού προς επιλογή του εντύπου της αρεσκείας του.²⁴ Με τον τρόπο αυτό τα έντυπα βρίσκονται μεταξύ τους σε σχέση εκδοτικού - δημοσιογραφικού και οικονομικού ανταγωνισμού, ο οποίος εμπεριέχεται στη θεσμική εγγύηση του άρθρου 14 παρ. 2 του Συντάγματος και αποτελεί προϋπόθεση της ελεύθερης επικοινωνίας που κατοχυρώνει το Σύνταγμα ως συστατικό στοιχείο του δημοκρατικού πολιτεύματος.²⁵

Όπως εξ άλλου γίνεται γενικά δεκτό, η σημασία της λειτουργίας του τύπου για το δημόσιο συμφέρον, και ειδικότερα για τη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος, δεν αρκεί για να θεμελιώσει καθήκοντα και υποχρεώσεις

του τύπου. Τέτοιου είδους υποχρεώσεις, οι οποίες έχουν διατυπωθεί κυρίως σε συνδυασμό με τη λεγόμενη «δη-

Αντιστρόφως, η προσπάθεια χειραγώγησής του με τη θέσπιση ασυμβίβαστων δεν έχει μόνον θετικά αποτελέσματα, αφού αποκλείει εκ προοιμίου από την επικοινωνιακή διαδικασία φωνές που, ακριβώς λόγω του ανταγωνισμού τους, δυναμικά συντελούν σε μεγαλύτερη διαφάνεια.

19. Και τούτο διότι κατά τα εξωτερικά τους στοιχεία αυτά τα δημοσιεύματα και εκπομπές εμπίπτουν στο προστατευτικό πεδίο των ελευθεριών της επικοινωνίας.

20. Ο σκοπός της συνταγματικής διάταξης για το ασυμβίβαστο δεν διαφέρει και κατά τούτο από το σκοπό των σχετικών με το ασυμβίβαστο διατάξεων του Ν 2328/1995, όπως τον διέγραψε η ΣτΕ 1882/2003 (σκέψη 6η), ΔτΑ 2003, 1277 [1282 επ.]. Η απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας αποφαίνεται βεβαίως περαιτέρω κατά τη διάγνωση της ratio legis, ότι «Με τη ρύθμιση αυτή δεν επιδιώκεται απλώς η εκ των υστέρων αντιμετώπιση της ιδιαίτερως βαρείας μορφής παραβάσεως της νομιμότητας που συνιστά η πράγματι γενομένη, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, αθέμιτη χρήση μέσων ενημέρωσης προς άσκηση άμεσης ή έμμεσης επιρροής στη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία πάντως είναι οπωσδήποτε δυσάποδεκτη και, άρα, δυσάποδρη με μόνη την απειλή εκ μέρους του νομοθέτη της επιβολής κυρώσεων στην περίπτωση αποδεικνυόμενης αθέμιτης χρήσης των μέσων ενημέρωσης». Με τον τρόπο αυτό, η απόφαση θέτει τις βάσεις για την εξέταση του ασυμβίβαστου υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας και αποκλείει κατά τούτο την εφαρμογή της αρχής της αναγκαιότητας στην περίπτωση του ασυμβίβαστου, αφού η αρχή αυτή αναφέρεται σε εξ ίσου κατάλληλα μέσα. Ακόμη όμως και εάν θεωρηθεί ότι η πλήρης απαγόρευση αποτελεί το αποτελεσματικότερο μέσον, αυτό δεν σημαίνει, ότι η απαγόρευση αυτή καθίσταται νόμιμος περιορισμός των θιγομένων ατομικών δικαιωμάτων. Προς τούτο απαιτείται στάθμιση μεταξύ των αγαθών, στην προστασία των οποίων αποσκοπεί το ασυμβίβαστο, και των θιγομένων δικαιωμάτων. Στο πλαίσιο αυτό η πλήρης απαγόρευση της άσκησης των δραστηριοτήτων που καταλαμβάνονται από το ασυμβίβαστο προϋποθέτει, ότι η βλάβη που προκαλείται με τη θυσία των θιγομένων ατομικών δικαιωμάτων δεν είναι δυσανάλογα βαρύτερη σε σχέση με τη σκοπούμενη προστασία των αντιμαχόμενων αγαθών, ιδίως μάλιστα εν όψει της δυνατότητας αποτροπής του κινδύνου νόθευσης της λαϊκής κυριαρχίας μέσω των εγγυήσεων του πλουραλισμού καθώς και της επιδίωξης της διαφάνειας στην οικονομική λειτουργία του κράτους με την πρόβλεψη κυρώσεων για τη διάπραξη των παρανόμων πράξεων εκ μέρους των κρατικών λειτουργιών καθώς και άλλων οργανωτικών και διαδικαστικών εγγυήσεων για την αποτροπή τους. Εκεί ο έλεγχος εκ μέρους του Συμβουλίου της Επικρατείας υπήρξε ιδιαίτερα φειδωλός.

21. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 687, ο οποίος επισημειώνει ότι «ο νόμος που κατά το άρθρο 14 παρ. 4 "ορίζει τας προϋποθέσεις και τα προσόντα του δημοσιογραφικού επαγγέλματος" (και δεν έχει εκδοθεί ακόμη) δεν μπορεί να προβλέψει προϋποθέσεις και προσόντα του εκδότη εφημερίδας ή άλλου εντύπου».

22. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 688.

23. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 689 και 728, ο οποίος παρατηρεί ότι «Ο ελεύθερος τύπος, και ιδίως η πολιτική εφημερίδα, ως συστατικό στοιχείο της δημοκρατίας, μπορεί να διατηρηθεί ελεύθερος μόνο αν παραμείνει σε ιδιωτική ιδιοκτησία Η άσκηση της δημοκρατικής λειτουργίας του τύπου προϋποθέτει Ιδιωτικό (δηλαδή ιδιωτικά χρηματοδοτούμενο και ιδιωτικά κατευθυνόμενο) και όχι κρατικό τύπο».

24. Βλ. ΣτΕ 2209/1977, ΝοΒ 1978, 111, ΣτΕ Ολ 903/1981, ΤοΣ 1981, 701 [704].

25. Πρβλ. στο πλαίσιο της γερμανικής έννομης τάξης για την κρατούσα γνώμη Chr. Degenhart, εις: Dolzer-Vogel-Grabhof (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5, Rdnr. 476 επ., 479 επ., αλλά και τις επιφυλάξεις του Hoffmann-Riem, Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, 2002, σελ. 231 επ.

μόσια αποστολή» του τύπου, δεν βρίσκουν έρεισμα στο Σύνταγμα.²⁶ Το ιδεαλιστικό ή κερδοσκοπικό κίνητρο που υπαγορεύει στο έντυπο τον προσανατολισμό του και το περιεχόμενο των δημοσιευμάτων του είναι αδιάφορο για τη συνταγματική του προστασία.²⁷ Ελλείψει μάλιστα αντιθέτων υποχρεώσεων δεν μπορεί ούτε να γίνει λόγος για «σύγκρουση συμφερόντων» κατά τη λειτουργία του εντύπου, ο ιδιοκτήτης του οποίου ασκεί παράλληλα άλλη οικονομική δραστηριότητα, η οποία εξαρτάται από το κράτος.

Αναγκαία συνέπεια της συνταγματικής κατοχύρωσης του ιδιωτικού χαρακτήρα του τύπου και της απαγόρευσης θέσπισης προσόντων ή προϋποθέσεων προς έκδοση εντύπων είναι, ότι η σύνδεση του τύπου με επιχειρηματικά συμφέροντα (σύμφυτη προς τον ιδιωτικό του χαρακτήρα, αφού και η επιχείρηση - φορέας του εντύπου έχει και αυτή οικονομικά συμφέροντα και οικονομικές σχέσεις με το κράτος) δεν μπορεί να τεθεί ως αρνητική προϋπόθεση της έκδοσης εντύπων. Αυτό δεν έρχεται σε αντίθεση προς τη λειτουργία των μέσων ενημέρωσης στο πλαίσιο του σχηματισμού της κοινής γνώμης, αφού, όπως εκτέθηκε, συστατικό στοιχείο της δημοκρατίας είναι ο ελεύθερος ανταγωνισμός ιδεών και συμφερόντων.²⁸ Στο σύστημα του ιδιωτικού τύπου, το οποίο κατοχυρώνει το Σύνταγμα, η διάδοση πληροφοριών και ειδήσεων, η κυκλοφορία των απόψεων και η δημόσια συζήτηση και ζύμωση των ιδεών και τελικά ο σχηματισμός της κοινής γνώμης επιτυγχάνονται με τον πλουραλισμό του τύπου, ανεξαρτήτως της μονομέρειας του κάθε μεμονωμένου εντύπου, καθώς και των λόγων, στους οποίους οφείλεται η μονομέρεια αυτή. Η κατοχύρωση της ελευθερίας του τύπου υπό τη θεσμική της μορφή μπορεί να δικαιολογήσει βεβαίως τη λήψη μέτρων για τη διασφάλιση της αυτονομίας και της ανεξαρτησίας του τύπου από την επιρροή όχι μόνον εκ μέρους του κράτους, αλλά και εκ μέρους τρίτων, ώστε να προστατευθεί η εμπιστοσύνη του κοινού ως προς τους λόγους που υπαγορεύουν τα δημοσιεύματα και την τοποθέτηση του εντύπου.²⁹ Αυτά τα μέτρα όμως δεν μπορούν να λάβουν μορφή, η οποία αναιρεί το βασικό περιεχόμενο της συνταγματικής κατοχύρωσης του τύπου, δηλαδή δεν μπορούν να μεταβάλουν το χαρακτήρα του τύπου από μέσο για την ικανοποίηση των επικοινωνιακών ενδιαφερόντων του φορέα του σε μέσο που υπηρετεί την ικανοποίηση των επικοινωνιακών ενδιαφερόντων των αποδεκτών του μηνύματος.³⁰

Από τα ανωτέρω προκύπτει ήδη, ότι η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 11 Ν 2328/1995, με την οποία θεσπίστηκε το ασυμβίβαστο παράλληλης δραστηριοποίησης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και των μέσων ενημέρωσης, ήταν, στο μέτρο που αναφερόταν στον τύπο, προδήλως αντισυνταγματική.³¹ Η ανύψωση του ασυμβίβαστου στο επίπεδο του τυπικού Συντάγματος το διασώζει, πλέον, από τη μομφή της αντισυνταγματικότητας, δεν αρκεί όμως για να αφαιρέσει από αυτό τον χαρακτήρα μιας ρύθμισης που αντιφάσκει προς την ίδια τη βασική δομή της συνταγματικής κατοχύρωσης του ατομικού δικαιώματος. Και μάλιστα ενός

δικαιώματος, το οποίο αποτελεί συστατικό στοιχείο του δημοκρατικού πολιτεύματος³² και το οποίο «... δεν είναι απλώς αποθετικό δικαίωμα, δεν δημιουργεί μόνο αξίωση για αποχή του κράτους, αλλά έχει και θετικό περιεχόμενο, λειτουργώντας συγχρόνως και ως πολιτικό δικαίωμα».³³

26. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 669 επ. Για τη «δημόσια αποστολή» του τύπου εν γένει βλ. Chr. Degenhart, εις: Dolzer-Vogel-Grabhof (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5, Rdnr. 540 επ.

27. Το Σύνταγμα δεν προστατεύει μόνον τη γνώμη που εκφράζεται με μη ανιδιοτελή κίνητρα, πρβλ. για τη γερμανική έννομη τάξη Chr. Degenhart, εις: Dolzer-Vogel-Grabhof (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5, Rdnr. 122 επ., 611.

28. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 900 επ., 901 επ.

29. Πρβλ. Hoffmann-Riem, σκόλιο στην απόφαση του ΟVG Berlin της 25.4.1975 - II B 86.74, JZ 1976, 402 [405 επ.]. Η προβληματική που εξετάζεται εδώ εστιάζεται στις σχέσεις με τρίτους εκτός του εντύπου και όχι με τρίτους μεν ως προς τον φορέα καθορισμού του προσανατολισμού (κατεύθυνσης) του εντύπου, αλλά εντός του εντύπου, που συνάπτεται προς το πρόβλημα της λεγόμενης «εσωτερικής ελευθερίας του τύπου», βλ. σχετικά Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 699, 735.

30. Μπορούν όμως να λάβουν μορφή (περιορισμένων) ενισχύσεων του τύπου εκ μέρους του κράτους, καθώς επίσης και τη μορφή μέτρων διαφάνειας, όπως η γνωστοποίηση του ιδιοκτησιακού καθεστώτος, της οικονομικής κατάστασης και των μέσων χρηματοδότησης των μέσων ενημέρωσης κατ' άρθρο 14 παρ. 9 εδάφ. 1 του Συντάγματος. Βλ. σχετικά (και γενικότερα για την προβληματική της σχέσης μεταξύ φιλελεύθερων και θεσμικών στοιχείων της συνταγματικής κατοχύρωσης των ελευθεριών της επικοινωνίας) E. Kuhl, «Dienende Freiheit - dienstbare Medien? εις: P. Badura/R. Schloz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift f. Peter Lerche, 1993, σελ. 663 επ., με περαιτέρω παραπομπές. Για την κατεύθυνση και τις δογματικές συνέπειες της αντίθετης άποψης βλ. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, 2002, σελ. 231 επ., κατά τον οποίο το «μοντέλο της αγοράς» που εφαρμόζεται στον τύπο, η ελευθερία εκδόσεως και οι λοιπές επί μέρους ελευθερίες των φορέων του τύπου τελούν υπό την επιφύλαξη, ότι οι οικονομικές, τεχνολογικές και πολιτιστικές συνθήκες είναι επαρκείς για τη διασφάλιση της σφαιρικής πληροφόρησης του κοινού καθώς και του επικοινωνιακού πλουραλισμού και της ισότητας ευκαιριών στην ενημέρωση. Για τις παραμέτρους της μεταβολής των ατομικών ελευθεριών από ανταγωνιστικές ελευθερίες σε ελευθερίες «εξυπηρέτησης του κοινού συμφέροντος» βλ. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 224 επ.

31. Και αυτό μάλιστα ανεξαρτήτως του γεγονότος, ότι για τον τύπο αποτελούσε lex imperfecta, αφού δεν προέβλεπε έννομες συνέπειες. Το ανεπίτρεπτο της επιβολής του ασυμβίβαστου στον τύπο απηχεί και η ΣτΕ 1882/2003 (σκέψη 7η), ΔτΑ 2003, 1277 [1284], η οποία πάντως δεν είχε αφορμή να απαγγείλει expressis verbis την αντισυνταγματικότητα, αφού εξήτασε το ζήτημα υπό το φως της αρχής της ισότητας, και συγκεκριμένα της ανόμοιας με τον τύπο μεταχείρισης των τηλεοπτικών σταθμών, ως προς τους οποίους ο νόμος προέβλεπε, σε περίπτωση συνδρομής του ασυμβίβαστου, την επιβολή κυρώσεων.

32. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 671, Α. Μάνεσης, Η συνταγματική προστασία της ελεύθερης κυκλοφορίας των εντύπων και η εφαρμογή της στην πράξη, ΤοΣ 1977, 1 επ., Ε. - W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, εις: O autós, Staat, Verfassung, Demokratie - Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, σελ. 289 επ. [323 επ.].

33. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τ. Α', Αθήνα - Κομοτηνή 1991, αριθ. περιθ. 671 και 601, με περαιτέρω παραπομπές.

Από την άλλη πλευρά, οι εγγυήσεις των ελευθεριών στο πεδίο των ηλεκτρονικών μέσων ενημέρωσης³⁴ απολαμβάνουν και αυτές ήδη την προστασία της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Στο πεδίο αυτό το άρθρο 10 της Σύμβασης δεν ανέχεται το μονοπώλιο της δημόσιας ραδιοπλεόρασης.³⁵ Κατά την ορθότερη μάλλον γνώμη κατοχυρώνει την ελευθερία εκπομπής ραδιοπλεοπτικών προγραμμάτων.³⁶ Αφού λοιπόν είναι αναγκαστικός επιτρεπτή η ιδιωτική ραδιοπλεόραση, είναι αναπόδραστη συνέπεια η είσοδος και στο χώρο των ηλεκτρονικών μέσων ποικίλων ιδιωτικών συμφερόντων και η άσκηση επιρροής από αυτά.

Οι περιορισμοί που επιβάλλονται στα ηλεκτρονικά μέσα ενημέρωσης, όπως και οι περιορισμοί στο πεδίο του τύπου, την ελευθερία του οποίου επίσης κατοχυρώνει η ΕΣΔΑ, πρέπει να πληρούν τους όρους νομιμότητας της ίδιας της Σύμβασης.³⁷ Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ο περιορισμός των ελευθεριών του άρθρου 10 πρέπει να επιβάλλεται για έναν από τους θεμιτούς σκοπούς που απαριθμούνται στην παράγραφο 2 του άρθρου αυτού. Στους θεμιτούς αυτούς σκοπούς περιλαμβάνεται πάντως και η κατοχύρωση των δικαιωμάτων τρίτων, η οποία στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου εξελίσσεται σταδιακά σε γενικά κριτήρια για περιορισμούς που δεν εμπίπτουν στις άλλες ρητώς απαριθμούμενες κατηγορίες.³⁸ Στο πλαίσιο αυτό είναι δύσκολο να θεωρηθεί, ότι ο σκοπός που επιδιώκει το ασυμβίβαστο, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, δηλαδή η αποτροπή του κινδύνου άσκησης στην οικονομική λειτουργία του κράτους, μέσω των μέσων μαζικής ενημέρωσης, αθέμιτης επιρροής, που θα είχε ως αποτέλεσμα τη στρέβλωσή της και τη νόθευση του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθώς και η αποτροπή του κινδύνου άσκησης, με αποκλειστικό σκοπό την εξυπηρέτηση ιδιωτικών οικονομικών συμφερόντων, αθέμιτης επιρροής στην πολιτική ζωή, η οποία μπορεί να οδηγήσει εν τέλει σε νόθευση της λαϊκής κυριαρχίας, δεν υπάγεται κατ' αρχήν στις κατηγορίες θεμιτών σκοπών της ΕΣΔΑ.³⁹ Το ασυμβίβαστο όμως πρέπει περαιτέρω να

Χρυσόγιο, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα², 2002, σελ. 296 επ., ο οποίος υπό το φως της νομολογίας του ΕΔΔΑ δέχεται ότι η ελευθερία της ραδιοπλεοπτικής έκφρασης δεν περιλαμβάνει ατομικό δικαίωμα ίδρυσης σταθμού, αλλά μόνον την υποχρέωση του νομοθέτη για καθιέρωση συστήματος αδειοδότησης ιδιωτικών σταθμών, *Ε. Κοντιάδη*, Η οριοθέτηση της σχέσης πολιτικής εξουσίας και μέσων μαζικής ενημέρωσης. Πλουραλισμός και διαφάνεια στο επικοινωνιακό σύστημα κατά τα άρθρα 14 και 15 του νέου Σύνταγματος, εις: Δ. Θ. Τσάτσο/Ευ. Βενιζέλο/Ε. Ι. Κοντιάδη (επιμ.), Το Νέο Σύνταγμα (Πρακτικά Συνεδρίου για το αναθεωρημένο Σύνταγμα του 1975/1986/2001), Αθήνα - Κομοτηνή 2001, σελ. 265 επ. [271 επ.], κατά τον οποίο, υπό το πρίσμα της νομολογίας του ΕΔΔΑ, μπορεί να γίνει δεκτό ένα δικαίωμα για παροχή άδειας εγκατάστασης και λειτουργίας ραδιοπλεοπτικών σταθμών κατά ίσότητα, αντικειμενικό και αμερόληπτο τρόπο, και από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία και μετά τη νεώτερη νομολογία του ΕΔΔΑ δέχεται ότι η ίδρυση ιδιωτικών ραδιοπλεοπτικών σταθμών εναπόκειται στην ευχέρεια του κοινού νομοθέτη μόνο ΣτΕ Ολ 3841/1997, ΕλΔ 1999, 829, με παραπομπές. Βλ. επίσης ΣτΕ, ΠΕ 187-188/2003, που αντιμετωπίζει τη ραδιοπλεοπτική εκπομπή υπό το πρίσμα της δημόσιας υπηρεσίας με τη λειτουργική έννοια του όρου σε συνδυασμό με μια θεσμική εγγύηση πολυφωνίας στην ενημέρωση.

37. Αυτό πρέπει να γίνει δεκτό ότι ισχύει και από πλευράς κοινοτικού δικαίου. Όπως είναι γνωστό, τα θεμελιώδη δικαιώματα, όπως προκύπτουν από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών και από τις διεθνείς συμβάσεις και ιδίως την ΕΣΔΑ, αποτελούν αναπόσπαστο μέρος των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου (βλ. και άρθρο 6 παρ. 2 ΣυνθΕΕ) και αποτελούν κριτήριο ελέγχου εθνικών κανονιστικών ρυθμίσεων εκ μέρους του ΔΕΚ εφ' όσον αυτές εμφανίζουν σύνδεσμο με το κοινοτικό δικαίο. Το ασυμβίβαστο δεν αναφέρεται μien στην εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου, υπόκειται όμως σε έλεγχο της συμβατότητάς του προς το κοινοτικό δικαίο στο μέτρο που, έστω και εάν δεν προβαίνει σε διακριτική μεταχείριση των κοινοτικών αλλοδαπών, περιορίζει την πρόσβαση (την ελευθερία ίδρυσης ή απόκτησης συμμετοχής) στις ημεδαπές επιχειρήσεις ΜΜΕ επιχειρήσεων που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη και δραστηριοποιούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων αλλά και την πρόσβαση στις ελληνικές δημόσιες συμβάσεις επιχειρήσεων που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη και είναι βασικοί μέτοχοι ημεδαπών ΜΜΕ και συνεπώς εμπίπτει στη γενική απαγόρευση περιορισμών στις κοινοτικές ελευθερίες κίνησης κεφαλαίων, εγκατάστασης και παροχής υπηρεσιών, τις οποίες και μπορεί να παρακωλύσει κατά παράβαση του κοινοτικού δικαίου. Έστω και εάν το κράτος μέλος στην περίπτωση αυτή δεν επικαλείται λόγους δημόσιας τάξης, ασφάλειας ή υγείας (βλ. σχετικά ΔΕΚ, απόφαση της 18.6.1991 στην υπόθεση C-260/1989 - EPT, Συλλ. I-1991, 2925, αρ. 43), είναι συνεπές να γίνει δεκτό, ότι τον αναγκαίο σύνδεσμο με το κοινοτικό δικαίο θεμελιώνει η ανάγκη δικαιολόγησης των εθνικών περιοριστικών μέτρων έναντι των απαγορεύσεων περιορισμών των κοινοτικών ελευθεριών, που δεν έχουν λιγότερο δεσμευτικό χαρακτήρα, βλ. σχετικά *M. Tschon*, Cross Ownership und publizistische Gewaltenteilung, 2002, σελ. 398 επ. με περαιτέρω παραπομπές. Συνεπώς το ασυμβίβαστο δεν μπορεί να θεωρηθεί, ούτε από πλευράς κοινοτικού δικαίου, νόμιμο, εάν δεν συνάδει προς τα ατομικά δικαιώματα της ΕΣΔΑ (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 26.6.1997 στην υπόθεση C-368/1995, Συλλ. 1997, I-03689, αρ. 24 - *Familiapress* και *J. Kühling*, Grundrechtskontrolle durch den EuGH: Kommunikationsfreiheit und Pluralismussicherung im Gemeinschaftsrecht. Zugleich eine Besprechung des Familiapress-Urteils des EuGH, EuGRZ 1997, 296 [298 επ.]).

38. *Thilo Marauhn*, εις: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, παρ. 4 II 3, αριθ. περιθ. 31, με περαιτέρω παραπομπές.
39. Η ρήτρα για τα «καθήκοντα και ευθύνες» πάντως, που μνημονεύει το άρθρο 10 παρ. 2 της ΕΣΔΑ, αναφέρεται στη δυνατότητα διαφοροποίησης, κατά τη διαπίστωση της αναγκαιότητας των περιορισμών της ελευθερίας της έκφρασης, ανάλογα με την ιδιαίτερη κατάσταση εκείνου που ασκεί το δικαίωμα και τα καθήκοντα και ευθύνες που συνδέονται με την κατάσταση αυτή, όπως π.χ. τα καθήκοντα και ευθύνες των στρατευμένων ή των δημοσίων υπαλλήλων, και δεν μπορεί να αποτελέσει αυτοτελές θεμέλιο για περιορισμούς, βλ. αναλυτικά *P. van Dijk/G.J.H. van Hoof*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, σελ. 575 επ., *Thilo Marauhn*, εις: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, παρ. 4 II 3, αριθ. περιθ. 31, με παραπομπές στη νομολογία.

πληροί και τις λοιπές προϋποθέσεις, υπό τις οποίες και μόνο ένας περιορισμός των ελευθεριών του άρθρου 10 μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνος με τη Σύμβαση.⁴⁰ Κρίσιμη για την προκειμένη περίπτωση είναι η προϋπόθεση, κατά την οποία ο περιορισμός που επιβάλλεται σε μια από τις κατοχυρωμένες ελευθερίες πρέπει να είναι «αναγκαίος σε μια δημοκρατική κοινωνία».⁴¹

Σύμφωνα με τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, μια δημοκρατική κοινωνία προϋποθέτει «πλουραλισμό, ανεκτικότητα και ανοικτό πνεύμα».⁴² Ένα από τα ουσιώδη θεμέλια μιας τέτοιας κοινωνίας και ένας από τους πρωταρχικούς όρους της προόδου της, καθώς και της ανάπτυξης κάθε ατόμου, αποτελεί η ελευθερία της έκφρασης, υποπεριπτώσεις της οποίας συνιστούν οι ελευθερίες του τύπου και της ραδιοπλεόρασης.⁴³ «Στην ελευθερία αυτή εμπίπτουν όχι μόνον «πληροφορίες» ή «ιδέες» που γίνονται ευμενώς αποδεκτές ή θεωρούνται ανώδυνες ή αδιάφορες, αλλά και αυτές που είναι επιθετικές ή προκαλούν την αντίδραση ή την ανησυχία των άλλων. Αυτό επιτάσσουν ο πλουραλισμός, η ανεκτικότητα και το ανοικτό πνεύμα, χωρίς τα οποία δεν υπάρχει «δημοκρατική κοινωνία»».⁴⁴ Βάσει της νομολογίας αυτής θα πρέπει να θεωρηθεί, ότι συστατικό στοιχείο της δημοκρατικής κοινωνίας κατά την έννοια της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου είναι και η ελεύθερη πρόσβαση στο δημόσιο διάλογο⁴⁵ με όλα τα μέσα έκφρασης που κατοχυρώνονται στην ΕΣΔΑ, δηλαδή και τον τύπο και τη ραδιοπλεόραση.⁴⁶

Εξ άλλου, οποιοσδήποτε περιορισμός επιβάλλεται στις ελευθερίες του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ πρέπει να είναι αναγκαίος, δηλαδή να δικαιολογείται από μια επιτακτική κοινωνική ανάγκη. Από αυτή την προϋπόθεση η νομολογία του ΕΔΔΑ έχει προχωρήσει σταδιακά στη διατύπωση προϋποθέσεων που εντάσσονται στο πεδίο της αρχής της αναλογικότητας.⁴⁷ Βάσει της νομολογίας του Δικαστηρίου, προϋπόθεση της νομιμότητας του περιορισμού είναι η αναγκαιότητα και η αναλογικότητα του μέτρου σε σχέση με την προβαλλόμενη κοινωνική ανάγκη. Στο πλαίσιο αυτό και ειδικότερα ως προς τη διαπίστωση της «επιτακτικής κοινωνικής ανάγκης» αναγνωρίζεται στα συμβαλλόμενα κράτη ένα περιθώριο εκτίμησης. Η τήρηση όμως των ορίων του περιθωρίου αυτού υπόκειται στην επίβλεψη του ΕΔΔΑ, το οποίο έχει και την εξουσία να αποφασίσει σε τελευταίο βαθμό εάν ένας περιορισμός συνάδει με την ελευθερία της έκφρασης, όπως κατοχυρώνεται στην ΕΣΔΑ. Το εύρος του περιθωρίου εκτίμησης ποικίλλει και προσδιορίζεται από περισσότερους παράγοντες, όπως το σκοπό, για τον οποίο επιβάλλεται ο περιορισμός, καθώς και το είδος (τις λειτουργίες) και τη βαρύτητα της προσβολής των θιγομένων δικαιωμάτων.⁴⁸ Κατά την άσκηση της εξουσίας του προς επίβλεψη των εθνικών περιοριστικών μέτρων, το Δικαστήριο δεν έχει σκοπό να υποκατασταθεί στη θέση των αρμοδίων εθνικών αρχών, αλλά να εξετάσει υπό το πρίσμα του άρθρου 10 της Σύμβασης τις αποφάσεις που οι

αρχές αυτές έλαβαν στο πλαίσιο του περιθωρίου εκτίμησης. Αυτό όμως δεν σημαίνει, ότι η επίβλεψη περιορίζεται στη διαπίστωση, κατά πόσον το συμβαλλόμενο κράτος άσκησε την αρμοδιότητά του ευλόγως, προσεκτικά και καλόπιστα. Το Δικαστήριο είναι αυτό που αποφασίζει, κατά πόσον ο περιορισμός είναι «ανάλογος προς τον θεμιτό σκοπό που επιδιώκεται» και κατά πόσον οι λόγοι που επικαλούνται οι εθνικές αρχές για να τον δικαιολογήσουν είναι «κρίσιμοι» και «επαρκείς» για να τον θεμελιώσουν πειστικά.⁴⁹ Σε πε-

40. Ακόμη και υπό το πρίσμα των περιορισμών που μπορούν να εισαχθούν βάσει της ρήτρας του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 10 σχετικά με τη δυνατότητα υποβολής της ραδιοπλεόρασης σε κανονισμούς έκδοσης αδειών λειτουργίας, βλ. από τη νομολογία ιδίως την απόφαση της 28.3.1990 (*Groppera Radio AG and others*), Σειρά Α Νο. 173, παρ. 61 και την απόφαση της 24.11.1993 (*Informationsverein Lentia et al.*), Σειρά Α Νο. 276, παρ. 35, και σχετικά *Frowein - Peukert*, EMRK - Kommentar, 2n έκδ. 1996, σελ. 395 επ., *P. van Dijk/G.J.H. van Hoof*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, σελ. 579 επ.

41. Άρθρο 10 παρ. 2 ΕΣΔΑ. Βλ. για το σύστημα των όρων νομιμότητας των περιορισμών στη νομολογία του Δικαστηρίου του Στρασβούργου εν γένει *I. Σαρμά*, Κράτος και δικαιοσύνη 1. Ελευθερία με υπεροχή του δικαίου. Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, 2003, σελ. 175 επ., *Frowein - Peukert*, EMRK - Kommentar, 2n έκδ. 1996, σελ. 399 επ.

42. ΕΔΔΑ, απόφαση της 7.12.1976 (*Handyside*), Σειρά Α Νο. 24, παρ. 49.

43. Βλ. μόνο *Frowein - Peukert*, EMRK - Kommentar, 2n έκδ. 1996, σελ. 392 επ., με παραπομπές στη νομολογία του ΕΔΔΑ.

44. ΕΔΔΑ, απόφαση της 26.9.1995 (*Vogt*), Σειρά Α Νο. 323, παρ. 52, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του Δικαστηρίου.

45. Βλ. *Στ. Κτιστάκη*, Δημοσιοϋπαλληλικό Δίκαιο & ΕΣΔΑ, 2004, σελ. 199 επ. και υποσ. 147, η οποία επισημάνει, ότι η σκέψη του ΕΔΔΑ σχετικά με τον πλουραλισμό, την ανεκτικότητα και το ανοικτό πνεύμα «... ανάγεται στη θεωρία της «ανοικτής κοινωνίας», που σπριζείται στην «ορθολογική λειτουργία των αρετών του ελεύθερου διαλόγου».

46. Για τον πλουραλισμό στο πεδίο των μέσων ενημέρωσης (τύπου και ραδιοπλεόρασης) βλ. ΕΔΔΑ, απόφαση της 24.11.1993 (*Informationsverein Lentia et al.*), Σειρά Α Νο. 276, παρ. 38.

47. Βλ. σχετικά *Julia Iliopoulos-Strangas*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, εις: Π. - Μ. Ευστρατίου (επιμ.), Το άτομο και το κράτος. Liber amicorum επί τη συμπλήρωσης τριάντα χρόνων τακτικής καθηγεσίας Πρόδρομου Δ. Δαγτόγλου, 2002, σελ. 145 επ. [152 επ.] (= *RabelsZeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht* 1999, σελ. 414 επ.), *P. van Dijk/G.J.H. van Hoof*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, σελ. 80 επ.

48. Πρβλ. από τη νομολογία του ΕΔΔΑ χαρακτηριστικά το (ευρύτερο) περιθώριο εκτίμησης που αναγνωρίζει το Δικαστήριο στην απόφαση της 7.12.1976 (*Handyside*), Σειρά Α Νο. 24, παρ. 48, 53 επ. προκειμένου για περιορισμούς που αφορούν την προστασία της ηθικής, και το (στενότερο) περιθώριο εκτίμησης που αναγνωρίζει το Δικαστήριο στην απόφαση της 26.9.1995 (*Vogt*), Σειρά Α Νο. 323, παρ. 54 επ., προκειμένου για περιορισμό που αφορά την υπακοή των δημοσίων υπαλλήλων στο Σύνταγμα ως μέτρο για την προστασία της εθνικής ασφάλειας, την προάσπιση της τάξης και την προστασία των δικαιωμάτων τρίτων, και γενικότερα με περαιτέρω παραδείγματα και παραπομπές *P. van Dijk/G.J.H. van Hoof*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, σελ. 87 επ. και *Julia Iliopoulos-Strangas*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, εις: Π. - Μ. Ευστρατίου (επιμ.), Το άτομο και το κράτος, 2002, σελ. 145 επ. [156 επ.].

49. ΕΔΔΑ, απόφαση της 26.9.1995 (*Vogt*), Σειρά Α Νο. 323, παρ. 52, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του Δικαστηρίου.

34. Βλ. για τη σχετική συζήτηση από την πρόσφατη βιβλιογραφία *Γ. Κική*, Η ελευθερία των οπτικοακουστικών μέσων, 2003, σελ. 47 επ., 93 επ., με περαιτέρω παραπομπές.

35. ΕΔΔΑ, απόφαση της 24.11.1993 (*Informationsverein Lentia et al.*), Σειρά Α Νο. 276.

36. Βλ. *Chr. Degenhart*, εις: *Dolzer-Vogel-Graßhof* (Hg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5, Rdnr. 653 επ., 658, 659 επ., 661, με περαιτέρω παραπομπές, ο οποίος επισημάνει ότι πρόκειται για δημόσιο εξ υποκειμένου δικαίωμα για την ικανοποίηση των επικοινωνιακών ενδιαφερόντων του φορέα του και όχι για την ικανοποίηση των επικοινωνιακών ενδιαφερόντων των αποδεκτών του μηνύματος, σε αντίθεση προς τη δογματική προσέγγιση του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας, *Frowein - Peukert*, EMRK - Kommentar, 2n έκδ. 1996, σελ. 394, καθώς και *M. Tschon*, Cross Ownership und publizistische Gewaltenteilung, 2002, σελ. 401, η οποία παρατηρεί, ότι την άποψη αυτή ακολουθεί και το ΔΕΚ στην απόφαση της 26.6.1997 στην υπόθεση C-368/1995, Συλλ. 1997, I-03689 (*Familiapress*). Για την υποδοχή της προστασίας που παρέχει η ΕΣΔΑ στο εσωτερικό δικαίο, με δογματικές βεβαίως διαφοροποιήσεις, βλ. ενδεικτικά *K.*

ριπτώσεις περιορισμών που επηρεάζουν τον πλουραλισμό, η επιβλεψη που ασκεί το Δικαστήριο είναι αυστηρή, λόγω της σημασίας των διακυβευομένων δικαιωμάτων.⁵⁰ Στις περιπτώσεις αυτές το Δικαστήριο καλείται να ελέγξει κατά πόσον έχει γίνει μια δίκαιη στάθμιση μεταξύ του θεμελιώδους δικαιώματος που περιορίζεται και του εννόμου συμφέροντος που προστατεύεται με τον περιορισμό, η οποία έχει καταλήξει σε μια εύλογη ισορροπία των αντιμαχομένων συμφερόντων.⁵¹

Εν όψει του γεγονότος, ότι το Σύνταγμα πρέπει να εναρμονίζεται ερμηνευτικά με το διεθνές δίκαιο ή και να ερμηνεύεται σύμφωνα με αυτό,⁵² η διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος πρέπει να ερμηνευθεί σε συμφωνία προς τις εγγυήσεις και της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Υπ' αυτό το πρίσμα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι η ειδική επιφύλαξη του νόμου του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 9 του άρθρου 14 του Συντάγματος⁵³ έχει την έννοια της εξουσιοδότησης στον κοινό νομοθέτη να εξειδικεύσει τη διάταξη για το ασυμβίβαστο σύμφωνα και με τις επιταγές της ΕΣΔΑ.

Οι επιταγές αυτές επιβάλλουν την άμβλυνση του ασυμβίβαστου και εκτός του πεδίου της προβληματικής της έννοιας «βασικός μέτοχος».⁵⁴ Πράγματι, με το ασυμβίβαστο παράλληλης δραστηριοποίησης στα πεδία των μέσων ενημέρωσης και των δημοσίων συμβάσεων το Σύνταγμα τάσσει την επιχειρηματική ενασχόληση με τις δημόσιες συμβάσεις ως αρνητική προϋπόθεση της απόλαυσης του δικαιώματος έκδοσης εφημερίδων και ίδρυσης και λειτουργίας ραδιοηλεκτρονικών σταθμών. Η προϋπόθεση όμως αυτή συνιστά περιορισμό της πρόσβασης στη δημόσια συζήτηση, ο οποίος υπό την έννοια αυτή, αφού περιορίζει τον πλουραλισμό,⁵⁵ αντιστρατεύεται τις ίδιες τις στοιχειώδεις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου αντιλαμβάνεται την ύπαρξη μιας δημοκρατικής κοινωνίας. Περαιτέρω, ο περιορισμός αυτός επιβάλλεται μεν λόγω της άσκησης άλλης οικονομικής δραστηριότητας, δεν θεωρείται όμως παράλληλα, από τον ίδιο εθνικό νομοθέτη που τον θέσπισε, αναγκαίος για την αποτροπή της επιρροής άλλων ισχυρών οικονομικών συμφερόντων που συνδέονται με τα μέσα ενημέρωσης.⁵⁶ Όπως είναι γνωστό, στα μέσα ενημέρωσης, ηλεκτρονικά και μη, συμμετέχουν πλείστες όσες δραστηριότητες, επαγγέλματα και συμφέροντα, με χαρακτηριστικότερα παραδείγματα τα συμφέροντα του χώρου των ναυτιλιακών επιχειρήσεων και των υγρών καυσίμων.⁵⁷ Τα συμφέροντα που διακυβεύονται στα πεδία αυτά είναι συχνά ασύγκριτα μεγαλύτερα από τις συνήθεις δημόσιες συμβάσεις. Αλλά και τα συμφέροντα των ιδίων των ιδιωτικών μέσων ενημέρωσης ως επιχειρήσεων υπερβαίνουν σε μέγεθος την πλειονότητα των δημοσίων συμβάσεων και οδηγούν επίσης στην άσκηση επιρροής σε κρατικές διαδικασίες.⁵⁸ Εξ

(Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, παρ. 4 II 3, αριθ. περιθ. 40 επ., 54 επ. και Julia Iliopoulos-Strangas, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, εις: Π. - Μ. Ευστρατίου (επιμ.), Το άτομο και το κράτος, 2002, σελ. 145 επ. [157 επ.], η οποία αντιδιαστέλλει τη νομολογία των αποφάσεων της 20.11.1989, Σειρά Α Νο. 165 (Markt Intern Verlag and Klaus Beermann) και της 23.6.1994, Σειρά Α Νο. 291-A (Jacubowski) προς αυτήν των αποφάσεων της 28.3.1990, Σειρά Α Νο. 173 (Groppera Radio AG and others) και της 22.5.1990, Σειρά Α Νο. 178 (Autronic AG).

51. Πρβλ. ΕΔΔΑ, απόφαση της 26.9.1995 (Vogt), Σειρά Α Νο. 323, παρ. 53, και γενικότερα P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, σελ. 80 επ., Julia Iliopoulos-Strangas, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, εις: Π. - Μ. Ευστρατίου (επιμ.), Το άτομο και το κράτος, 2002, σελ. 145 επ. [158].
52. Βλ. Κ. Χρυσόγονο, Συνταγματικό Δίκαιο, 2003, σελ. 201 επ., 209 επ., Κ. Ιωάννου - Κ. Οικονομίδη - Χ. Ροζάκη - Α. Φατούρου, Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο. Σχέσεις Διεθνούς και Εσωτερικού Δικαίου, 1990, παρ. 20 (σελ. 53 επ.), παρ. 128 (σελ. 190 επ.), Τζ. Ηλιοπούλου - Στραγγα, Χρήση παρανόμων κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαιώμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, 2003, σελ. 108 επ., με παραπομπή στην ΑΠ Ολ 8/1999, ΕλΔ 1999, 558 επ. [562]. Για τη διείσδυση του διεθνούς δικαίου στις εσωτερικές έννομες τάξεις από γενικότερη οπτική γωνία, και ειδικά στο παράδειγμα της ΕΣΔΑ, βλ. Π. - Μ. Ευστρατίου, Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας σε διοικητικές διαδικασίες και άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, τ. Α', 1996, σελ. 64 επ.
53. Βλ. σχετικά Γ. Κασσιμάτη, Το ασυμβίβαστο των ιδιοτήτων του ιδιοκτήτη, του εταιρίου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεων Μέσων Ενημέρωσης, σε σχέση με τις αντίστοιχες ιδιότητες προσώπων που αναλαμβάνουν την εκτέλεση έργων ή προμηθειών και την παροχή υπηρεσιών του δημοσίου και νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, ΤοΣ 2003, 295 [299].
54. Βλ. σχετικά Ξ. Κοντιάδη, Η οριοθέτηση της σχέσης πολιτικής εξουσίας και μέσων μαζικής ενημέρωσης. Πλουραλισμός και διαφάνεια στο επικοινωνιακό σύστημα κατά τα άρθρα 14 και 15 του νέου Συντάγματος, εις: Δ. Θ. Τσάτσο/Ευ. Βενιζέλο/Ξ. Ι. Κοντιάδη (επιμ.), Το Νέο Σύνταγμα (Πρακτικά Συνεδρίου για το αναθεωρημένο Σύνταγμα του 1975/1986/2001), Αθήνα - Κομοτηνή 2001, σελ. 265 επ. [294 επ.]. Η έννοια του βασικού μετόχου αποτελεί περιορισμό του ασυμβίβαστου, ο οποίος συνδέεται μεν στενά και με την αρχή της αναλογικότητας, χωρίς όμως να εξαντλεί την προβληματική της. «Βασικός μέτοχος», με ποσοτικά και ποιοτικά έννοια, είναι αυτός που έχει τη δυνατότητα άσκησης αξιολογικής - αν και όχι κυρίαρχης - επιρροής στην επιχείρηση. Δεν μπορεί πάντως να θεωρηθεί «βασικός», χωρίς τη συνδρομή και άλλων παραγόντων, ο μέτοχος που κατέχει μία μόνον μετοχή, διότι εάν δεν έχει δυνατότητα άσκησης επιρροής, ο περιορισμός που του επιβάλλεται δεν είναι καν κατάλληλος για την επιδίωξη του σκοπού που επιδιώκει και συνεπώς αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας. Επομένως η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 11 Ν 2328/1995 για το ασυμβίβαστο ήταν και κατά τοούτο αντισυνταγματική.
55. Δεν περιορίζει δηλαδή το δικαίωμα χάρην του πλουραλισμού, όπως συμβαίνει με τα μέσα που λαμβάνονται για την αποφυγή συγκέντρωσης στο χώρο της επικοινωνίας, αλλά στρέφεται εναντίον του ίδιου του πλουραλισμού.
56. Η αντιμετώπιση από την εθνική έννομη τάξη του ευρύτερου προβλήματος, στο οποίο εντάσσεται ο κρινόμενος περιορισμός περιλαμβάνεται στο πλαίσιο της έρευνας για την αναγκαιότητα του περιορισμού από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, βλ. σχετικά ΕΔΔΑ, απόφαση της 26.9.1995 (Vogt), Σειρά Α Νο. 323, παρ. 55.
57. Βλ. St. Papatthanassopoulos, The Effects of Media Commercialization on Journalism and Politics in Greece, The Communication Review 1999, σελ. 379 [397: A new interplay between media and politicians ?]
58. Πρβλ. την ιδιαίτερα εύγλωττη διάταξη του άρθρου 45 παρ. 3 Ν 2172/1993, με την οποία επιτεύχθηκε η παραβίαση, uno actu, μιας ιδιαίτερα εντυπωσιακής σωρείας διατάξεων του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ, και επ' αυτής ΑΠ Ολ 40/1998, ΕλΔ 1999, 46 (= Δ 1999, 229 = ΕΔΚΑ 1999, 138 = ΤοΣ 1999, 103 = ΝοΒ 1999, 752 με εκτενές σχόλιο Γ. Κασσιμάτη, αυτοίθι, σελ. 705 επ.), καθώς και Απ. Σ. Γεωργιάδη,

άλλου, ο περιορισμός που εισάγει το ασυμβίβαστο δεν έχει θεωρηθεί αναγκαίος από οποιοδήποτε άλλο κράτος μέλος του Συμβουλίου της Ευρώπης για οποιαδήποτε οικονομική δραστηριότητα, συμπεριλαμβανομένης αυτής που συνδέεται με δημόσιες συμβάσεις.⁵⁹ Ο περιορισμός αυτός υποσκάπτει τέλος την ίδια την κατοχύρωση του δικαιώματος, αφού υποδνλώνει την εξουσία του νομοθέτη να εξαιρεί κατηγορίες δικαιούχων από τις εγγυήσεις της Σύμβασης, ορίζοντας προϋποθέσεις για την άσκηση των δικαιωμάτων που αυτή κατοχυρώνει, ώστε τίποτε δεν θα απέκλειε, εάν ο συγκεκριμένος περιορισμός εντάσσεται στη γενικότητα του στο «περιθώριο εκτίμησης» που αναγνωρίζει στα κράτη μέλη η ΕΣΔΑ, την επέκτασή του σε τόσες άλλες οικονομικές δραστηριότητες, ώστε το δικαίωμα να καθίσταται πλέον ουσιαστικά ανενεργό, αφού η απόλαυσή του θα προϋποθέτει την αποκλειστική ενασχόληση με αυτό.⁶⁰ Περαιτέρω, το ασυμβίβαστο υπόκειται στην ανάγκη δίκαιης στάθμισης του δικαιώματος που περιορίζεται με το προστατευόμενο αγαθό.⁶¹ Υπόκειται επομένως στον έλεγχο, κατά πόσον η βλάβη που προκαλείται με τη θυσία των θιγομένων ατομικών δικαιωμάτων είναι δυσανάλογα βαρύτερη σε σχέση με τη σκοπούμενη προστασία των αντιμαχομένων αγαθών, ιδίως εν όψει της δυνατότητας αποτροπής του κινδύνου νόθευσης της λαϊκής κυριαρχίας μέσω των εγγυήσεων του πλουραλισμού καθώς και της επιδίωξης της διαφάνειας στην οικονομική λειτουργία του κράτους με την πρόβλεψη κυρώσεων για τη διάπραξη των παρανόμων πράξεων εκ μέρους των κρατικών λειτουργών καθώς και άλλων οργανωτικών και διαδικαστικών εγγυήσεων για την αποτροπή τους.⁶² Στο πλαίσιο αυτό ελέγχεται επίσης, κατά πόσον το ασυμβίβαστο μπορεί να καταλαμβάνει όλους τους δραστηριοποιούμενους στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων αδιακρίτως, χωρίς εκτίμηση της αντικειμενικής δυνατότητας που έχουν προς άσκηση επιρροής, χωρίς διαβάθμιση της έντασης των συμφερόντων τους, και μάλιστα για την αποτροπή κινδύνου που θεωρείται μεν πιθανός, χωρίς όμως να εξετάζεται εάν και κατά πόσον ο κίνδυνος αυτός επέρχεται.⁶³

Προβλήματα συνταγματικότητας του άρθρου 45 παρ. 3 Ν 2172/1993, Δ 1995, σελ. 229 επ.

59. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου εξετάζει την αναγκαιότητα του περιορισμού και με συγκριτικά επιχειρήματα, πρβλ. ΕΔΔΑ, απόφαση της 26.9.1995 (Vogt), Σειρά Α Νο. 323, παρ. 59. Στο πλαίσιο αυτό, η διαπίστωση της ύπαρξης ή της απουσίας κοινής στάσης των κρατών μελών της Σύμβασης επηρεάζει το εύρος του περιθωρίου εκτίμησης και την ένταση του δικαστικού ελέγχου, βλ. σχετικά P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, σελ. 87. Για τη μοναδικότητα της ρύθμισης που εισήχθη με το ασυμβίβαστο βλ. Ν. Κ. Αλιβιζάτο, Σύνταγμα & «διαπλοκή». Συμβολή στην ερμηνεία της (νέας) παρ. 9 του άρθρου 14 Σ, ΔιΜΕΕ 2004, 16 (: «παγκόσμια πρωτοτυπία»).
60. Ο αποκλεισμός της επιρροής ιδιωτικών εξωεπικοινωνιακών συμφερόντων στα μέσα ενημέρωσης έχει εγγενή όρια: Η θέσπιση της επικοινωνιακής δραστηριότητας ως αποκλειστικού σκοπού των νομικών προσώπων - φορέων μέσων ενημέρωσης, την οποία προβλέπει π.χ. το άρθρο 38 του Συντάγματος της Πορτογαλίας, περιορίζεται στο ίδιο το μέσο και δεν επεκτείνεται στους μετόχους, ενώ δεν εμποδίζει την οικονομική εξάρτηση του μέσου από τα εξωεπικοινωνιακά συμφέροντα

των εταιρών ή μετόχων και τρίτων χρηματοδοτών. Η απαγόρευση επιδοτήσεων του μέσου ενημέρωσης από άλλες δραστηριότητες των εταιρών ή μετόχων και τρίτων χρηματοδοτών, την οποία (και πέραν του ασυμβίβαστου) προβλέπει και το ελληνικό δίκαιο (βλ. για τα ηλεκτρονικά μέσα ενημέρωσης άρθρα 1 παρ. 16 και 6 παρ. 16 Ν 2328/1995 προκειμένου για έσοδα από χαριστική αιτία και άρθρα 1 παρ. 13 και 6 παρ. 11 Ν 2328/1995 καθώς και άρθρο 7 παρ. 2 τελευταίο εδάφιο Ν 2644/1998 σε συνδυασμό με άρθρο 1 παρ. 13 Ν 2328/1995 προκειμένου για δάνεια) είναι αλυσιτελής, διότι δεν εμποδίζει τη ροή κεφαλαίων μέσω αυξήσεων του εταιρικού ή μετοχικού κεφαλαίου. Ο περιορισμός της αύξησης κεφαλαίου σε ποσόν που δικαιολογείται από τα κέρδη των προηγούμενων χρήσεων του ίδιου του μέσου ενημέρωσης, έτσι ώστε να εμποδιστούν οι χρηματοδοτήσεις από «τρίτες» πηγές, θέτει όρια στην οικονομική ανάπτυξη του μέσου, πλήττοντας καίρια τη βιωσιμότητά του σε καθεστώς ελεύθερου οικονομικού ανταγωνισμού. Η εναλλακτική λύση της θέσπισης ορίων και προϋποθέσεων στο πεδίο αυτό (όπως η θέσπιση υποχρέωσης κατάρτισης προϋπολογισμού ή επιχειρησιακών σχεδίων για τη δικαιολόγηση της αύξησης με βάση τις εργασίες της επιχείρησης) θα έθετε το μέσο ενημέρωσης υπό αφορητή κρατική επιτήρηση, η οποία λίγο απέχει από την κληρονομία. Εδώ έχει πλέον θέση η άποψη του γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, ότι εάν είναι επιτρεπτή η ιδιωτική ραδιοηλεκτρονία, δεν είναι δυνατόν να είναι επιτρεπτή υπό όρους που καθιστούν τη λειτουργία της δυσχερή, αν όχι αδύνατη (BVerfGE 73, 118 και σχετικά Α. Δ. Τσεβά, Το συνταγματικό πλαίσιο λειτουργίας της ιδιωτικής ραδιοηλεκτρονίας (BVerfGE 73, 118), Το Σύνταγμα 1987, σελ. 705 επ. [711, 715]). Εν όψει αυτού μόνον η πλήρης απαγόρευση, όπως αυτή που εισάγεται με το ασυμβίβαστο, φαίνεται ικανή (αν δεν ληφθούν υπ' όψιν οι σεβαστές δυνατότητες παράκαμψής της) να αποκλείσει εντελώς την επιρροή ιδιωτικών εξωεπικοινωνιακών συμφερόντων στα μέσα ενημέρωσης. Αυτή όμως καταλήγει, με τη σειρά της, στον κίνδυνο που εκτίθεται στο κείμενο, δηλαδή δεν μπορεί να επεκταθεί σε τόσες δραστηριότητες, ώστε να καθιστά ανενεργό το δικαίωμα, έχει συνεπώς κατ' ανάγκη επιλεκτικό χαρακτήρα. Ο επιλεκτικός αυτός χαρακτήρας της είναι η κυριότερη αδυναμία της, αφού η ένταση της επιρροής των διαφόρων συμφερόντων δύσκολα διακρίνεται βάσει του περιεχομένου των δραστηριοτήτων.

61. Για την αναγκαιότητα της δίκαιης στάθμισης ως προϋπόθεση της αναλογικότητας του περιορισμού βλ. P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, σελ. 80 επ. και Julia Iliopoulos-Strangas, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, εις: Π. - Μ. Ευστρατίου (επιμ.), Το άτομο και το κράτος, 2002, σελ. 145 επ. [158].
62. Όπως ο έλεγχος των συμβάσεων, στις οποίες συμβαλλόμενος είναι το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται από την άποψη αυτή με το Δημόσιο, από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τη νέα διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1 στοιχ. β' του Συντάγματος, Συνταγματικά επιτρεπτή είναι επίσης η θέσπιση υποχρέωσης των μέσων ενημέρωσης να δημοσιοποιούν (και πέραν των υποχρεώσεών τους βάσει των διατάξεων του άρθρου 10α ΠΔ 213/1995 και του ΠΔ 310/1996) σε τακτά χρονικά διαστήματα και με τρόπο άμεσα προσιτό στο κοινό (π.χ. για τα έντυπα ακόμη και σε κάθε φύλλο ή τεύχος στην ίδια την ταυτότητα του εντύπου), τη μετοχική τους σύνθεση, το αντικείμενο της επιχείρησης των μετόχων και όσα άλλα στοιχεία είναι απαραίτητα για τη διαφάνεια των οικονομικών συμφερόντων που μπορούν να επηρεάζουν το μέσο, πρβλ. P. Lerche, Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration, 1971, σελ. 112 επ.
63. Είναι χαρακτηριστικό, ότι ούτε κατά τη συζήτηση του Ν 2328/1995 στη Βουλή, ούτε κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες της τελευταίας αναθεώρησης του Συντάγματος ή τις σχετικές συζητήσεις της Αναθεωρητικής Βουλής, όπου επικράτησαν οι έντονες τοποθετήσεις κατά της «διαπλοκής», εμφανίστηκε έστω και μία τεκμηριωμένη μελέτη για τη διασύνδεση των μέσων ενημέρωσης με «εξωεπικοινωνιακά» οικονομικά συμφέροντα (στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και ευρύτερα), τις επιπτώσεις της, τη δραστηριότητά της σε σχέση με τις συνθήκες λειτουργίας των μέσων (οι οποίες ήδη λόγω της μαζικότητας του ακροατηρίου τους, την οποία για προφανείς οικονομικούς λόγους τείνουν να μεγιστοποιούν τα μέσα, θέτουν όρια στη μονομέρεια πολιτικών προσεγγίσεων), αλλά και τη σημασία της σε σχέση με τις λοιπές ασφαλιστικές δικλείδες που υπάρχουν στο πεδίο του κοινωνικοπολιτικού ανταγωνισμού αλλά και όσες

50. ΕΔΔΑ, απόφαση της 24.11.1993 (Informationsverein Lentia et al.), Σειρά Α Νο. 276, παρ. 35, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του Δικαστηρίου. Βλ. επίσης Thilo Marauhn, εις: Dirk Ehlers

Εν όψει αυτών πρέπει να γίνει δεκτό, ότι το ασυμβίβαστο δεν συνάδει προς τις επιταγές της αρχής της αναλογικότητας, και συγκεκριμένα την επί μέρους αρχή της καταλληλότητας, όταν καταλαμβάνει περιπτώσεις, στις οποίες δεν υπάρχει καν δυνατότητα άσκησης επιρροής στην κοινή γνώμη για θέματα πολιτικής επικαιρότητας. Τέτοια δυνατότητα δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι υπάρχει στην περίπτωση επιχειρήσεων που έχουν ως δραστηριότητα την εκτύπωση εντύπων ή την έκδοση εντύπων εκπαιδευτικού ή επιστημονικού χαρακτήρα. Συνεπώς η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 στοιχείο α' Ν 3021/2002, η οποία υπάγει στο ασυμβίβαστο τέτοιες επιχειρήσεις, αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας. Αλλά ούτε και στην περίπτωση σταθμών ειδικής στόχευσης με εγκεκριμένο π.χ. μουσικό πρόγραμμα τίθεται ζήτημα επηρεασμού της κοινής γνώμης για θέματα πολιτικής επικαιρότητας.⁶⁴ Περαιτέρω, η ισορροπία των αντιμαχομένων συμφερόντων δεν μπορεί να θεωρηθεί εύλογη, εάν το ασυμβίβαστο καταλαμβάνει περιπτώσεις, στις οποίες δεν υφίσταται, εν όψει του εκάστοτε επιπέδου πλουραλισμού, δυνατότητα άσκησης αισθητής επιρροής στην κοινή γνώμη για θέματα πολιτικής επικαιρότητας.⁶⁵ Τέτοια δυνατότητα δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι υπάρχει στη χώρα μας σήμερα στην περίπτωση επιχειρήσεων που έχουν ως δραστηριότητα την έκδοση ηλεκτρονικών εντύπων, όπως και στην περίπτωση εντύπων με χαμηλό ποσοστό στο σύνολο της αναγνωσιμότητας του τύπου ή σταθμών ηλεκτρονικών μέσων ενημέρωσης με χαμηλά ποσοστά στο σύνολο της ακροαματικότητας ή τηλεθέασης. Περαιτέρω, εν όψει της έντασης των περιορισμών που επιφέρει το ασυμβίβαστο, πρέπει να γίνει δεκτό ότι βρίσκονται εκτός εύλογης ισορροπίας οι περιπτώσεις απλώς περιστασιακής και όχι συστηματικής δραστηριοποίησης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, οι περιπτώσεις μικρομεσαίων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, όπως και οι περιπτώσεις όπου το αντικείμενο της σύμβασης δεν είναι τόσο σημαντικό, ώστε να δικαιολογεί τη θυσία των συγκεκριμένων ελευθεριών. Τον τελευταίο αυτό περιορισμό έχει ήδη, αν και με υπερβολική φειδώ, υλοποιήσει ο νομοθέτης, εξαιρώντας από το πεδίο εφαρμογής του ασυμβίβαστου τις συμβάσεις, η αξία των οποίων δεν είναι μεγαλύτερη των 250.000 ευρώ.⁶⁶

Όπως είναι φυσικό, η αρχή της αναλογικότητας δεν μπορεί να περιορίζεται σε αυτά, αλλά εισχωρεί και στην εξειδίκευση της έννοιας του βασικού μετόχου. Όπως ήδη σημειώθηκε, στο πεδίο αυτό το ασυμβίβαστο δεν μπορεί να καταλαμβάνει συμμετοχές που δεν έχουν δυνατότητα αξιολογικής επιρροής στην επιχείρηση, θεσπίζοντας μια απόλυτη απαγόρευση⁶⁷ ή τόσο χαμηλό ποσοστό συμμετοχής στο εταιρικό ή μετοχικό κεφάλαιο, που δεν αφήνει, χωρίς τη συνδρομή άλλων παραγόντων, περιθώρια αξιολογικής επιρροής.⁶⁸ Το αυτό ισχύει και στο πεδίο των κυρώσεων, όπου η επιβολή κυρώσεων για λόγους, τους οποίους δεν μπορούσε να γνωρίζει και δεν μπορούσε να επηρεάσει ο καθ' ού ν κύρωση, δηλαδή όταν κάποιος εμπίπτει στο ασυμβίβαστο επειδή κατείχε μετοχές εταιρίας, η δραστη-

ριότητα της οποίας είναι ασυμβίβαστη με τη δραστηριότητα εταιρίας στην οποία έχει μετοχές άλλος συγγενής του ή επειδή συγγενής του έγινε διευθυντικό στέλεχος εταιρίας που εμπίπτει στο ασυμβίβαστο, συνιστά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας.⁶⁹

προβλέπει η έννομη τάξη ή θα μπορούσε να προβλέπει, των οποίων όμως δεν γίνεται χρήση. Αυτή η έλλειψη όμως, η οποία εξακολουθεί να αποπροσανατολίζει και τη γενικότερη (πολιτική) σύλληψη από την ουσιαστική προσέγγιση του προβλήματος, πρέπει να ληφθεί υπόψη για την εκτίμηση της περικυκλικότητας των επιχειρημάτων υπέρ της ευρύτερης ερμηνείας του ασυμβίβαστου. Επισημαίνεται, ότι η έλλειψη αυτή βαρύνει και την ΣτΕ 1882/2003 (σκέψη 6η), ΔτΑ 2003, 1277 [1282 επ.], η οποία αναφέρεται στην «... πράγματι γενομένη, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, αθέμιτη χρήση μέσων ενημέρωσης προς άσκηση άμεσων ή έμμεσων επιρροής στη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία πάντως είναι οπωσδήποτε δυσαπόδεκτη ...», χωρίς όμως να τεκμηριώνει τον ισχυρισμό με προσδιορισμό των «συγκεκριμένων περιπτώσεων» στις οποίες αναφέρεται, ούτε του τρόπου με τον οποίο, παρά το δυσσπόδεκτο, τις διεπίστωσε.

64. Πρβλ. και άρθρο 8 παρ. 1 τελ. εδάφιο Ν 2328/1995: «Δεν επιτρέπεται η μετάδοση ειδήσεων από ειδικούς σταθμούς».

65. Επισημαίνεται ότι σε άλλες έννομες τάξεις υπάρχουν κανόνες περιορισμού συγκέντρωσης στο πεδίο των ηλεκτρονικών μέσων ενημέρωσης, οι οποίοι θέτουν όρια που προσδιορίζονται με το μερίδιο αναγνωσιμότητας, ακροαματικότητας ή τηλεθέασης στην αγορά. Οι κανόνες αυτοί θέτουν επίσης ένα απόλυτο όριο επιρροής που καταλαμβάνει και όλα τα εξωεπικοινωνιακά οικονομικά συμφέροντα. Εάν ο νομοθέτης αποστεί από την ανελαστική λογική του ασυμβίβαστου, που διακρίνει κατά δραστηριότητες, και συνεπώς κατ' ανάγκην επιλεκτικά, και θεσπίσει όρια με την έννοια αυτή των περιορισμών συγκέντρωσης, τότε η αποτροπή της επιρροής εξωεπικοινωνιακών συμφερόντων επιτυγχάνεται μέσω των εγγυήσεων του πλουραλισμού, όπως άλλωστε έχει προταθεί σε σχέση με το ασυμβίβαστο (βλ. Δ. Χαράλαμπος, Σκέψεις σχετικά με τα ζητήματα της διαφάνειας, τις «Ασυμβίβαστες Ιδιότητες» και τον «Βασικό Μέτοχο» (Σ άρθρο 14 παρ. 9, Ν 3021/2002), ΔιΜΕΕ 2004, 31 [38]). Βλ. σχετικά και την κριτική της ανελαστικότητας των ισχυουσών ρυθμίσεων από τον Χ. Ανθόπουλο, Οι σχέσεις μεταξύ ραδιοηλεκτρονικών και εκδοτικών επιχειρήσεων, εις: Ο αυτός, Νέες διαστάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων, 2001, σελ. 71 επ. [88].

66. Άρθρο 1 στοιχ. 3 Ν 3021/2002.

67. Όπως οι διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 11 Ν 2328/1995, κατά τις οποίες το ασυμβίβαστο συνέτρεξε έστω και σε περίπτωση συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο με μία μετοχή. Η ΣτΕ 1882/2003, ΔτΑ 2003, 1277 [1284] δέχθηκε μεν ότι οι διατάξεις αυτές ήταν σύμφωνες προς την αρχή της αναλογικότητας, δεν είχε όμως λόγο, στο πλαίσιο της κρινόμενης υπόθεσης, να εξετάσει την περίπτωση αυτή. Στο θέμα των κυρώσεων άλλωστε, όπου η αρχή της αναλογικότητας ήταν κρίσιμη για την κρινόμενη υπόθεση, το Δικαστήριο έλαβε θέση με συνεπή εφαρμογή των επιταγών της αρχής αυτής.

68. Αυτό άλλωστε προκύπτει και από τις συζητήσεις στη Ζ' Αναθεωρητική Βουλή, βλ. Πρακτικά Βουλής, Ζ' Αναθεωρητική Βουλή, Ι' Περίοδος (Προεδρευόμενη Δημοκρατία), Σύνοδος Α', Συνεδρίαση ΡΖ' / 7.2.2001, σελ. 4533, 4535, 4541, 4579. Για το πλαίσιο εξειδίκευσης της έννοιας «βασικός μέτοχος» βλ. Ε. Κονιάδη, Η οριοθέτηση της σχέσης πολιτικής εξουσίας και μέσων μαζικής ενημέρωσης. Πλουραλισμός και διαφάνεια στο επικοινωνιακό σύστημα κατά τα άρθρα 14 και 15 του νέου Συντάγματος, εις: Δ. Θ. Τσάτσος/Ευ. Βενιζέλο/Ε. Ι. Κονιάδη (επιμ.), Το Νέο Σύνταγμα (Πρακτικά Συνεδρίου για το αναθεωρημένο Σύνταγμα του 1975/1986/2001), Αθήνα - Κομοτηνή 2001, σελ. 265 επ. [294 επ.].

69. Πρβλ. Α. Δ. Τσεβά, Η κυρωτική λειτουργία του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοηλεκτρονικής και ο δικαστικός της έλεγχος, Διδικ 2002, 860 επ. [878, υποσ. 53] και ΣτΕ 1882/2003, ΔτΑ 2003, 1277 [1287 επ.]. Ήδη ο νομοθέτης απέφυγε να επαναλάβει στο Ν 3021/2002 διάταξη όπως αυτή του άρθρου 1 παρ. 11 Ν 2328/95, βάσει της οποίας, σε περίπτωση παράβασης των διατάξεων για το ασυμβίβαστο από

III. Το ασυμβίβαστο ως κριτήριο αποκλεισμού προσφερόντων στο πεδίο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων

Ο βασικός κορμός του παλαιότερου, ακόμη ισχύοντος ουσιαστικού κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων⁷⁰ αποτελείται, σε επίπεδο παραγώγου δικαίου, από τις Οδηγίες 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14.6.1993 «περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών»,⁷¹ 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14.6.1993 «περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων»,⁷² και 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18.6.1992 «περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών»,⁷³ όπως έχουν τροποποιηθεί με την Οδηγία 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13.10.1997 «περί τροποποίησης των Οδηγιών 92/50/ΕΟΚ, 93/36/ΕΟΚ και 93/37/ΕΟΚ "περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και συμβάσεων δημοσίων έργων, αντιστοίχως"».⁷⁴

Οι Οδηγίες αυτές περιλαμβάνουν ειδικές διατάξεις για τα κριτήρια επιλογής των αναδόχων στα άρθρα 20 έως 24 της Οδηγίας προμήθειας υλικών, 24 έως 29 της Οδηγίας δημοσίων έργων και 29 έως 35 της Οδηγίας δημοσίων υπηρεσιών.⁷⁵ Στις διατάξεις αυτές γίνεται διάκριση μεταξύ των γενικών λόγων αποκλεισμού από τη διαδικασία, που προτάσσονται στην αρχή κάθε κεφαλαίου, και των κατά κυριολεξία κριτηρίων καταλληλότητας ή επιλογής των αναδόχων. Λόγοι αποκλεισμού από τη διαδικασία είναι η πτώχευση ή κίνηση ανάλογης διαδικασίας, η διάπραξη ορισμένων επαγγελματικών παραπτώματων ή αδικημάτων, η μη εκπλήρωση ασφαλιστικών ή φορολογικών υποχρεώσεων και η υποβολή ψευδών δηλώσεων. Κριτήρια καταλληλότητας ή επιλογής είναι πρώτον η χρηματοπιστωτική ικανότητα, δεύτερον η οικονομική ή χρηματοοικονομική ικανότητα και τρίτον η τεχνική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων, δηλαδή η ικανότητα να φέρουν εις πέρας το αντικείμενο της σύμβασης, η οποία εκτιμάται βάσει της τεχνολογίας, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

Περαιτέρω, οι Οδηγίες ρυθμίζουν και τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης στα άρθρα 26 της Οδηγίας προμήθειας υλικών, 30 της Οδηγίας δημοσίων έργων και 36 της Οδηγίας δημοσίων υπηρεσιών.⁷⁶ Βάσει των διατάξεων αυτών, κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης είναι είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή, είτε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία κρίνεται π.χ. βάσει της τιμής, της ημερομηνίας παράδοσης, του κόστους λειτουργίας, της αποδοτικότητας, της ποιότητας, των αισθητικών και λειτουργικών χαρακτηριστικών, των τεχνικών πλεονεκτημάτων, της εξυπηρέτησης μετά τη σύμβαση ή της τεχνικής βοήθειας.

Το ασυμβίβαστο παράλληλα δραστηριοποιείται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και των μέσων ενημέρωσης, το οποίο λειτουργεί ως λόγος αποκλεισμού του προσφέροντος,⁷⁷ δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να υπα-

ιδιοκτήτη ή μέτοχο ή μέλος της διοίκησης της εταιρίας - φορέα του σταθμού, οι διοικητικές κυρώσεις επιβάλλονταν στην ίδια την εταιρία, και προβλέπει την επιβολή κυρώσεων όχι σε περίπτωση συνδρομής στο πρόσωπο φυσικού ή νομικού προσώπου των ασυμβίβαστων ιδιοστών, αλλά κατοχής τους από το πρόσωπο αυτό, καθώς επίσης και την επιβολή κυρώσεων μόνο στο ίδιο αυτό πρόσωπο που κατέχει τις ασυμβίβαστες ιδιότητες.

70. Για το δικονομικό δίκαιο στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων βλ. Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21.12.1989 «για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων» (ΕΕ L395/33/30.12.1989) και Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25.2.1992 «για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών» (ΕΕ L 76/14/23.3.1992).

71. ΕΕ L 199/1/9.8.1993.

72. ΕΕ L 199/54/9.8.1993.

73. ΕΕ L 209/1/24.7.1992.

74. ΕΕ L328/1/28.11.1997. Η Οδηγία 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής της 13.9.2001 «για την τροποποίηση του παραρτήματος IV της Οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των παραρτημάτων IV, V και VI της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των παραρτημάτων III και IV της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όπως τροποποιήθηκαν από την Οδηγία 97/52/ΕΚ, καθώς και των παραρτημάτων XII έως XV, XVII και XVIII της Οδηγίας 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όπως τροποποιήθηκαν από την Οδηγία 98/4/ΕΚ (Οδηγία για τη χρήση τυποποιημένων εντύπων στη δημοσίευση των προκηρύξεων δημοσίων συμβάσεων)» (ΕΕ L285/1/29.10.2001), αφορά τη χρήση τυποποιημένων εντύπων στη δημοσίευση των προκηρύξεων δημοσίων συμβάσεων και δεν περιέχει ουσιαστικές διατάξεις. Εξ άλλου, η Οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14.6.1993 «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών» (ΕΕ L199/84/9.8.1993), όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 98/4/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Φεβρουαρίου 1998 για την τροποποίηση της Οδηγίας 93/38/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (Ε L101/1/1.4.1998, αντικαταστάθηκε ήδη με τη νέα Οδηγία 2004/17/ΕΚ, για την οποία βλ. κατωτέρω).

75. Η Οδηγία 93/38/ΕΟΚ για τις δημόσιες συμβάσεις στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών περιλαμβάνει διατάξεις για την προεπιλογή, επιλογή και ανάθεση στον τίτλο V (άρθρα 30 - 37). Στις διατάξεις όμως αυτές τα κριτήρια επιλογής και ανάθεσης δεν προσδιορίζονται ειδικότερα. Μόνο στο άρθρο 31 παρ. 1 ορίζεται για τη συμμετοχή σε κλειστή διαδικασία ή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, ότι οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να προβαίνουν σε επιλογή «... σύμφωνα με τα αντικειμενικά κριτήρια και τους αντικειμενικούς κανόνες που έχουν ορίσει ...».

76. Για την Οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών βλ. την προηγούμενη υποσημείωση.

77. Το ασυμβίβαστο προβλέπεται μεν ως λόγος αποκλεισμού του προσφέροντος με το Ν 3021/2002, στη διάταξη όμως του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος εμφανίζεται με τη γενικότερη μορφή ενός περιορισμού της ανάληψης και άσκησης των δραστηριοτήτων που καταλαμβάνονται από αυτό. Ανακύπτει συνεπώς το ερώτημα, εάν το ασυμβίβαστο καταλαμβάνεται και στη γενικότερη αυτή μορφή του από τις Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις. Κρίσιμο ως προς αυτό θα πρέπει να θεωρηθεί το γεγονός, ότι το ασυμβίβαστο δεν αναφέρεται στην εντιμότητα, την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα, την τεχνολογία, την αποτελεσματικότητα, την εμπειρία, την αξιοπιστία ή άλλα

χθεί σε κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού ή τα κριτήρια επιλογής ή ανάθεσης που προβλέπουν οι Οδηγίες.

Στο πεδίο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων ερίζεται όμως το ερώτημα, κατά πόσον η αναθέτουσα αρχή επιτρέπεται να θεσπίσει κριτήρια επιλογής των αναδόχων ή ανάθεσης της σύμβασης άσχετα προς το αντικείμενο του συστήματος των δημοσίων συμβάσεων με σκοπό την επιδίωξη γενικότερων κοινωνικοπολιτικών στόχων, ή, σε γενικότερο πλαίσιο, σε ποιο βαθμό το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων θεσπίζει την προτεραιότητα της αρχής της οικονομικά αποτελεσματικότερης κάλυψης εκ μέρους του κράτους των αναγκών του από την ιδιωτική οικονομία ή επιτρέπει τη χρήση του συστήματος δημοσίων προμηθειών, έργων ή υπηρεσιών ως μέσου άσκησης κοινωνικοοικονομικής πολιτικής.⁷⁸ Ο σχετικός προβληματισμός αφορά κοινωνικοοικονομικές ή κοινωνικοπολιτικές επιδιώξεις όπως η καταπολέμηση της ανεργίας, η ενίσχυση της ανάπτυξης υποβαθμισμένων περιοχών, η ενθάρρυνση της επαγγελματικής κατάρτισης, η ενίσχυση της γυναικείας απασχόλησης, η χρησιμοποίηση ατόμων με ιδιαίτερες δυσκολίες ένταξης, η επέκταση των κατωτάτων ορίων μισθών που προβλέπονται από τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας που ισχύουν στον τόπο εκπλήρωσης της παροχής από τη δημόσια σύμβαση, η προστασία της δημόσιας διοίκησης από τη διείσδυση της οργάνωσης των σαϊεντολόγων αλλά και η προστασία του περιβάλλοντος.⁷⁹

Στη θεωρία υποστηρίζονται περισσότερες εκδοχές. Εν όψει του ότι η αποκλειστικότητα ή μη των κριτηρίων που προβλέπονται στις Οδηγίες δεν μπορεί να θεμελιωθεί στις εξουσιοδοτικές διατάξεις του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου, αφού αυτό επιτρέπει την εναρμόνιση της νομοθεσίας των κρατών - μελών τόσο με διατάξεις που καθορίζουν ένα ελάχιστο κοινό περιεχόμενο, όσο και με εξαντλητικές ρυθμίσεις, οι προσπάθειες ερμηνείας στρέφονται προς τις ίδιες τις Οδηγίες.⁸⁰

Σύμφωνα με μία άποψη, η πρόβλεψη στις Οδηγίες τόσο των γενικών λόγων αποκλεισμού από τη διαδικασία, όσο και των κατά κυριολεξία κριτηρίων επιλογής του αναδόχου και ανάθεσης της σύμβασης έχει κατά βάση αποκλειστικό χαρακτήρα, και συνεπώς η λήψη υπ' όψιν στόχων κοινωνικοοικονομικής πολιτικής επιτρέπεται μόνον έμμεσα, στο μέτρο που συμβαδίζει με την εφαρμογή των κριτηρίων που προβλέπονται στις Οδηγίες.⁸¹ Η άποψη αυτή βασίζεται κυρίως στο γράμμα αλλά και το σκοπό των Οδηγιών. Όπως επισημαίνεται, σκοπός των Οδηγιών είναι, μεταξύ άλλων, η πραγμάτωση της κοινής αγοράς και της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών, η άρση των εμποδίων της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, η αποτροπή των διακρί-

προόντα του υποκειμένου προς άσκηση του αντίστοιχου επαγγέλματος, αλλά, όπως προκύπτει και από το γράμμα της συνταγματικής διάταξης, πρόκειται για ειδική ρύθμιση στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, που εισάγει περιορισμό της δυνατότητας ειδικά των αναθετουσών αρχών ή φορέων κατά την έννοια των Οδηγιών να αγοράζουν από την ιδιωτική οικονομία, καθώς και αντικειμενικό περιορισμό πρόσβασης

των επαγγελματιών του κλάδου ειδικά στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων (και συνεπώς περιορισμό της ελευθερίας του ανταγωνισμού, πρβλ. για το χαρακτήρα αυτό των επαγγελματικών συμβιβασμών Ch. Tsiliotis, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen. Eine grundrechtliche Untersuchung im deutschen Wirtschaftsverfassungsrecht mit einer Erweiterung im Wirtschaftsverfassungsrecht der EG-EU*, 2000, σελ. 177 επ. με περαιτέρω παραπομπές). Υπ' αυτά την έννοια το συμβιβαστο δύσκολα μπορεί να θεωρηθεί πως δεν συναντάται με τις διατάξεις των Οδηγιών, στο μέτρο που αυτές έχουν σκοπό, μεταξύ άλλων, την πραγμάτωση της κοινής αγοράς και της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών, την άρση των εμποδίων της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και τη διασφάλιση ενός γνήσιου, πανευρωπαϊκού και ανόθευτου ανταγωνισμού, βλ. για την τεχνολογία των Οδηγιών M. Kling, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge*², 2003, σελ. 192 επ. Αυτό συνάδει και με το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο. Σύμφωνα με τις διατάξεις του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου, στις οποίες θεμελιώνεται η κοινοτική αρμοδιότητα προς έκδοση των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις (άρθρο παλαιό 57/νέο 47 ΣυνθΕΚ), ο συντονισμός των κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών δεν έχει σκοπό μόνον τη διευκόλυνση της αναγνώρισης των διπλωμάτων κ.λπ., αλλά και τη διευκόλυνση της ανάληψης και άσκησης μη μισθωτών δραστηριοτήτων. Στο πλαίσιο αυτό οι όροι «ανάληψη» και «άσκηση» πρέπει να ερμηνεύονται ευρέως. Όπως γίνεται δεκτό, η λειτουργία των διατάξεων αυτών της Συνθήκης έγκειται στην προώθηση της πραγμάτωσης της ελευθερίας εγκατάστασης και (μέσω του άρθρου 55) της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών με τον παραμερισμό ρυθμίσεων των κρατών μελών, οι οποίες διαφεύγουν από τις άμεσες απαγορεύσεις των άρθρων 52 (νέο 43) και 59/60 (νέα 49/50) ΣυνθΕΚ (π.χ. διότι στο πλαίσιο των διατάξεων αυτών δικαιολογούνται από «επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος», που επιδιώκονται σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας), βλ. σχετικά και για την όλη προβληματική *Randelzhofer/Forsthoff*, εις: E. Grabitz/M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, τόμος II (EUV/EGV), άρθρο 47 (2001), αριθ. περιθ. 3 επ., 8 επ.

78. Βλ. σχετικά *Stehmann*, εις: E. Grabitz/M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, τόμος IV (Sekundärrecht), τμήμα E (Außenwirtschaftsrecht) αρ. 28 (Öffentliches Auftragswesen), 1999, αριθ. περιθ. 3 επ., 60 επ., 101 επ., M. Kling, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge*², 2003, σελ. 196 επ. με διεξοδική αναφορά στο στάδιο της διεθνούς συζήτησης, καθώς και M. Brenner, *Die Einwirkungen der EG-Vergaberichtlinien auf die Struktur der Auftragsvergabe in Deutschland*, εις: B. Ziemeke/T. Langheid/H. Wilms/G. Haverkate, *Festschrift f. Martin Kriele*, 1997, σελ. 1431 επ.

79. Για μια πλήρη επιστομεία των γενικότερων κοινωνικοπολιτικών επιδιώξεων που απασχολούν τις ευρωπαϊκές ένομες τάξεις ως κριτήρια εκτός του αντικείμενου των δημοσίων συμβάσεων βλ. M. Kling, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge*², 2003, σελ. 263 επ. Ειδικά για την προστασία του περιβάλλοντος βλ. από τη θεωρία Κ. Θ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του περιβάλλοντος ως κριτήριο ανάθεσης των συμβάσεων δημοσίων έργων, *ΠερΔικ* 2003, 36 επ., K. Schumacher, *Vergabefremde Umweltkriterien im Abfallrecht und Gemeinschaftsrecht*, DVBl. 2000, 467 επ., καθώς και με περαιτέρω παραπομπές. Για τις δυνατότητες λήψης υπ' όψιν τέτοιων επιδιώξεων στο πλαίσιο του ισχύοντος παραγώγου κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων βλ. τις ερμηνευτικές ανακοινώσεις της Επιτροπής υπ' αρ. COM (2001) 274 τελικό (EE C 333/28.11.2001, σελ. 12) σχετικά με την προστασία του περιβάλλοντος και COM (2001) 566 τελικό (EE C 333/28.11.2001, σελ. 27) σχετικά με τη λήψη υπ' όψιν στόχων κοινωνικής πολιτικής.

80. Για μια διεξοδική ανάπτυξη των ερμηνευτικών επιχειρημάτων σε σχέση με τις Οδηγίες των δημοσίων συμβάσεων βλ. M. Kling, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge*², 2003, σελ. 172 επ.

81. Τέτοιες δυνατότητες αναλύονται στις ερμηνευτικές ανακοινώσεις της Επιτροπής υπ' αρ. COM (2001) 274 τελικό (EE C 333/28.11.2001, σελ. 12) σχετικά με την προστασία του περιβάλλοντος και COM (2001) 566 τελικό (EE C 333/28.11.2001, σελ. 27) σχετικά με τη λήψη υπ' όψιν στόχων κοινωνικής πολιτικής.

σεων και η διασφάλιση ενός γνήσιου, πανευρωπαϊκού και ανόθευτου ανταγωνισμού. Ο ανόθευτος όμως ανταγωνισμός προϋποθέτει όχι μόνον τη συμμετοχή περισσότερων σε αυτόν, αλλά κυρίως την ελεύθερη πρόσβαση στην αγορά. Όσο όμως μεγαλώνει ο αριθμός των ξένων προς το αντικείμενο της σύμβασης λόγω αποκλεισμού ή κριτηρίων επιλογής ή ανάθεσης, τόσο μειώνεται η ελεύθερη πρόσβαση στον διαγωνισμό και νοθεύεται ο ανταγωνισμός. Συνεπώς η εισαγωγή στους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων λόγω αποκλεισμού ή κριτηρίων επιλογής ή ανάθεσης πέραν εκείνων που προβλέπονται ρητώς στις Οδηγίες, ξένων προς το αντικείμενο της σύμβασης, αντιστρατεύεται τους σκοπούς των Οδηγιών και δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Τα κριτήρια επιλογής ή ανάθεσης μπορούν να εξειδικευθούν περαιτέρω, όπως το κριτήριο ανάθεσης με βάση την πλέον συμφέρουσα προσφορά, η οποία κρίνεται π.χ. βάσει της τιμής, της ημερομηνίας παράδοσης, του κόστους λειτουργίας, της αποδοτικότητας, της ποιότητας, των αισθητικών και λειτουργικών χαρακτηριστικών, των τεχνικών πλεονεκτημάτων, της εξυπηρέτησης μετά τη σύμβαση ή της τεχνικής βοήθειας. Όλα αυτά τα κριτήρια μπορούν να ποικίλλουν ανάλογα με το αντικείμενο της εκάστοτε σύμβασης, εντάσσονται όμως στη στενή έννοια της «πλέον συμφέρουσας προσφοράς», η οποία αναφέρεται στην οικονομική ωφέλεια ειδικώς σε σχέση με το υπό ανάθεση αντικείμενο και όχι γενικώς σε σχέση με άλλα έμμεσα μακροοικονομικά οφέλη, ενώ δεν επιτρέπεται να συμπληρωθούν με κριτήρια άλλα από αυτά που αναφέρονται στις ίδιες τις Οδηγίες.⁸²

Σύμφωνα με την αντίθετη γνώμη, η άποψη για τον αποκλειστικό χαρακτήρα των κριτηρίων επιλογής δεν συνάδει προς μια εύλογη εξισορρόπηση μεταξύ του ανοίγματος της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων και των λοιπών θεμιτών σκοπών της Κοινότητας και των κρατών μελών, όπως οι στόχοι κοινωνικής πολιτικής. Η άποψη αυτή αναγνωρίζει, ότι οι Οδηγίες περιορίζουν την ευχέρεια των κρατών μελών, θεωρεί όμως, ότι στο μέτρο που δεν τίθεται σε κίνδυνο το άνοιγμα της αγοράς,⁸³ δεν αποκλείουν τη χρήση του συστήματος δημοσίων προμηθειών, έργων και υπηρεσιών ως μέσου επιδίωξης ευρύτερων κοινωνικοοικονομικών ή κοινωνικοπολιτικών στόχων.⁸⁴ Κατ' άλλη άποψη η πρόβλεψη κριτηρίων επιλογής άλλων από αυτά που προβλέπονται στις Οδηγίες επιτρέπεται προκειμένου για την επιδίωξη στόχων, οι οποίοι προβλέπονται από την ίδια τη Συνθήκη των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, όπως η ενίσχυση της εξίσωσης ανδρών και γυναικών και η προστασία του περιβάλλοντος.⁸⁵

Η νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων τάσσεται με σειρά αποφάσεων υπέρ μιας ελεγχόμενης διεύρυνσης των κριτηρίων που προβλέπονται ρητώς στις Οδηγίες. Με την απόφαση *Beentjes*⁸⁶ το Δικαστήριο δέχθηκε μεν στο πεδίο των δημοσίων έργων τον αποκλειστικό χαρακτήρα των κριτηρίων επιλογής, όπως επίσης και ότι τα κριτήρια ανάθεσης μπορούν να εξειδικευθούν μόνο στο πλαίσιο της επιλογής της οικονομικά συμφερότερης

προσφοράς,⁸⁷ στη συνέχεια όμως δέχθηκε επίσης, ότι «... η Οδηγία δεν θεσπίζει ενιαίο και εξαντλητικό κοινοτικό δίκαιο, αλλά τα κράτη μέλη έχουν τη δυνατότητα, με την επιφύλαξη της συμμόρφωσης προς όλες τις κρίσιμες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου και ιδίως προς τις απαγορεύσεις που προκύπτουν από τις βασικές αρχές που τίθενται στη Συνθήκη στο πεδίο του δικαιώματος εγκατάστασης και της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, να διατηρούν ή να θεσπίζουν ουσιαστικές ή διαδικαστικές ρυθμίσεις στο πεδίο των συμβάσεων δημοσίων έργων»,⁸⁸ και θεώρησε νόμιμη την πρόβλεψη, ως πρόσθετου όρου εκτέλεσης της σύμβασης, μιας υποχρέωσης προς πρόσληψη μακροχρόνια ανέργων μετά την κατακύρωση.

Με την απόφασή του της 26.9.2000 στην υπόθεση της Επιτροπής κατά Γαλλίας, γνωστή ως *Beentjes II*, το Δικαστήριο έκρινε ότι η διάταξη του άρθρου 30 παρ. 1 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ για τα κριτήρια ανάθεσης «δεν στερεί εντελώς από τις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να χρησιμοποιήσουν ως κριτήριο έναν όρο που συνδέεται με την καταπολέμηση της ανεργίας, υπό την προϋπόθεση ότι ο όρος αυτός τρέφει όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοι-

82. Βλ. M. Brenner, *Der Ausschluß von Wettbewerbern als Sanktion im öffentlichen Auftragswesen vor dem Hintergrund der EG-Richtlinien*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht αρ. 77, 1997, σελ. 10 επ., 15 επ., O. αυτός, *Neuere Entwicklungen im Vergaberecht der Europäischen Union*, 1997, σελ. 40 επ., M. Kling, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge*², 2003, σελ. 172 επ., M. Dreher, σκόλιο στην απόφαση ΔΕΚ της 26.9.2000 στην υπόθεση C-225/1998 [Επιτροπή/Γαλλίας] (*Beentjes II*), JZ 2001, 140 επ. Για τον αποκλειστικό χαρακτήρα της απαρίθμησης ειδικά των γενικών λόγων αποκλεισμού βλ. και τα επιχειρήματα που εκθέτει ο Κ. Θ. Γιαννακόπουλος, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2003, σελ. 121 επ., υποσ. 228 (ο οποίος διατηρεί πάντως επιφυλάξεις λόγω της νομολογίας του ΔΕΚ που εκθέτει σε σχέση με τα κριτήρια ανάθεσης αυτό, σελ. 136 επ., υποσ. 257). Για τον αποκλειστικό χαρακτήρα των λόγων αποκλεισμού και κριτηρίων ελέγχου καταλληλότητας, επιλογής και ανάθεσης της Οδηγίας δημοσίων έργων βλ. Κ. Π. Χαράμη, Το Δίκαιο των Δημοσίων Έργων, 2003, σελ. 332, 334, 338.

83. Όπως συνέβαινε στην περίπτωση της υπόθεσης C-360/1989, απόφαση ΔΕΚ της 3.6.1992 [Επιτροπή/Ιταλίας], Συλλ. 1992, I-03401, όπου επρόκειτο για επιβολή της υποχρέωσης στον ανάδοχο να αναθέσει μέρος των έργων σε εταιρίες που έχουν την έδρα τους εντός της περιοχής όπου εκτελούνται τα έργα, καθώς και για προτίμηση των ενώσεων επιχειρήσεων και κοινοπραξιών που ασκούν τη δραστηριότητα τους εντός της περιοχής όπου εκτελούνται τα έργα.

84. Βλ. τις αναφορές του M. Kling, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge*², 2003, σελ. 196 επ.

85. Βλ. σχετικά V. Nessler, *Politische Auftragsvergabe durch den Staat? - Zur europarechtlichen Zulässigkeit politischer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe*, DÖV 2000, 145 επ.

86. Απόφαση της 20.9.1988 στην υπόθεση C-31/1987 (*Gebroeders Beentjes BV/Netherlands*), Συλλ. 1988, I-4635, αρ. 20 (αφορά την Οδηγία 71/305/ΕΟΚ).

87. Απόφαση της 20.9.1988 στην υπόθεση C-31/1987 (*Gebroeders Beentjes BV/Netherlands*), Συλλ. 1988, I-4635, αρ. 17 - 19.

88. Απόφαση της 20.9.1988 στην υπόθεση C-31/1987 (*Gebroeders Beentjes BV/Netherlands*), Συλλ. 1988, I-4635, αρ. 20.

νοτικού δικαίου και, κυρίως, την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων ...».⁸⁹

Στην απόφαση Concordia Bus Finland σχετικά με τα κριτήρια ανάθεσης βάσει του άρθρου 36 παρ. 1 της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ το Δικαστήριο αποφάνθηκε, ότι η διάταξη αυτή δεν αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προβλέπει, στο πλαίσιο της εκτίμησης της πλέον συμφέρουσας οικονομικά προσφοράς, ποιοτικά και ποσοτικά κριτήρια και πέραν αυτών που μνημονεύονται ρητώς στην Οδηγία, έστω και εάν αυτά δεν είναι αμιγώς οικονομικής φύσεως, και τα οποία μπορούν να μεταβάλλονται ανάλογα με την εκάστοτε σύμβαση, και δέχθηκε τη νομιμότητα ενός κριτηρίου σχετικού με τη διατήρηση του περιβάλλοντος. Επιβεβαιώνοντας και συνεχίζοντας όμως την προηγούμενη νομολογία του ως προς τους όρους πρόβλεψης των κριτηρίων αυτών⁹⁰ το Δικαστήριο δέχθηκε ταυτόχρονα, ότι τα πρόσθετα αυτά κριτήρια (1) πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, (2) δεν επιτρέπεται να παρέχουν απεριόριστη ελευθερία επιλογής στην αναθέτουσα αρχή για την κατακύρωση του διαγωνισμού υπέρ ενός διαγωνιζομένου, (3) πρέπει να τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, και, ιδίως, την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων, όπως αυτή απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης για τα δικαιώματα εγκατάστασης και ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και (4) πρέπει να μνημονεύονται ρητώς στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, ει δυνατόν σε φθίνουσα τάξη ανάλογα με τη σημασία που τους αποδίδεται, προκειμένου οι επιχειρηματίες να είναι σε θέση να λάβουν γνώση της ύπαρξης και της σημασίας τους.⁹¹ Η απόφαση αυτή επιβεβαιώθηκε ήδη με την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Wienstrom, στην οποία το Δικαστήριο κατέστησε σαφές, ότι τα πρόσθετα κριτήρια πρέπει να αναφέρονται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, δηλαδή στο αντικείμενο ή τον τρόπο εκπλήρωσης της συγκεκριμένης παροχής, όχι σε χαρακτηριστικά των υποψηφίων αναδόχων που δεν συνδέονται με τη συγκεκριμένη προκηρυχθείσα παροχή.⁹²

Η νομολογία του ΔΕΚ για την κατ' αρχήν δυνατότητα πρόβλεψης προσθέτων κριτηρίων αφορά μόνο τα κριτήρια ανάθεσης και όχι τους γενικούς λόγους αποκλεισμού, στους οποίους υπάγεται το ασυμβίβαστο παράλληλης δραστηριοποίησης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και των μέσων ενημέρωσης. Και τούτο όχι μόνο επειδή οι αποφάσεις του Δικαστηρίου αναφέρονται ειδικώς στα εν λόγω κριτήρια, αλλά και διότι αυτό είναι αναγκαία συνέπεια των περιορισμών που θέτει η νομολογία. Πράγματι, η προϋπόθεση της σύνδεσης των κριτηρίων με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης που θέτει το ΔΕΚ δεν επιτρέπει εξ ορισμού την εφαρμογή «γενικών», και κατά τούτο ανεξάρτητων από το αντικείμενο της σύμβασης, λόγων αποκλεισμού.⁹³ Συνεπώς το ασυμβίβαστο δεν μπορεί να δικαιολογηθεί, αφού είναι κριτήριο από τη φύση του εντελώς ξένο προς το αντικείμενο ή τον τρόπο εκπλήρωσης της παροχής στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων.⁹⁴

Αυτό ισχύει και για το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Με τη νέα Οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31.3.2004 «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών»⁹⁵ καταργούνται οι Οδηγίες 92/50/ΕΟΚ (εξαιρέσει του άρθρου 41), 93/36/ΕΟΚ και 93/37/ΕΟΚ από τη λήξη της προθεσμίας προσαρμογής στις 31.1.2006. Εξ άλλου, η Οδηγία 93/38/ΕΟΚ αντικαθίσταται από την Οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31.3.2004 «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών».⁹⁶ Και οι δύο νέες Οδηγίες βασίζονται, σύμφωνα με την κατά τούτο ταυτόσημη πρώτη αιτιολογική τους σκέψη, «στη νομολογία του Δικαστηρίου, ιδίως στη νομολογία σχετικά με τα κριτήρια ανάθεσης, η οποία διασαφηνίζει τις δυνατότητες των αναθετουσών αρχών να ικανοποιούν

89. Απόφαση της 26.9.2000 στην υπόθεση C-225/1998, [Commission/France] (Beentjes II), Συλλ. 2000, I-7445, αρ. 50.

90. Βλ. ήδη απόφαση της 20.9.1988 στην υπόθεση C-31/1987 (Gebroeders Beentjes BV/Netherlands), Συλλ. 1988, I-4635, αρ. 37.

91. Απόφαση της 17.9.2002 στην υπόθεση C-513/1999 (Concordia Bus Finland), Συλλ. 2002, I-7213, αρ. 53 επ. (= ΔΣΚΕ 2004, 55 επ. με παρατηρήσεις Σπ. Παναγόπουλου).

92. Απόφαση της 4.12.2003 στην υπόθεση C-448/2001 (Wienstrom) αρ. 30 επ.

93. Ο M. Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge?, 2003, σελ. 153 επ., επεκτείνει τη νομολογία της απόφασης Beentjes στους λόγους αποκλεισμού και τα κριτήρια καταλληλότητας, με το επιχείρημα ότι τελικά η ικανότητα του προσφέροντος δεν μπορεί να κριθεί ανεξάρτητα από το εάν είναι ικανός να εκπληρώσει τα κριτήρια ανάθεσης ή τους πρόσθετους όρους εκτέλεσης της σύμβασης, ώστε κινδυνεύει με αποκλεισμό ήδη για το λόγο αυτό, και θεωρεί αλυσιτελή την προσπάθεια του ΔΕΚ για κατάτμηση της διαδικασίας και διαφορετική κρίση κάθε σταδίου, υποβάλλοντας τη νομολογία σε έντονη κριτική και για το λόγο αυτό. Η κριτική αυτή θα ήταν δικαιολογημένη, εάν δεν υπήρχε ο περιορισμός της σύνδεσης με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης. Εν όψει όμως της προϋπόθεσης αυτής, από τη νομολογία του ΔΕΚ δεν προκύπτει ότι μπορούν να ληφθούν υπ' όψιν γενικοί λόγοι αποκλεισμού, άσχετοι προς το αντικείμενο της σύμβασης, αλλά ακριβώς το αντίθετο.

94. Ακόμη και το πιο ξένο, προς τις δημόσιες συμβάσεις, από τα κριτήρια που απασχολούν άλλες έννομες τάξεις, αυτό της μη ύπαρξης δεσμού του προσφέροντος με την οργάνωση των σαιεντολόγων, μπορεί κατά περίπτωση να εντοπιστεί τόσο, ώστε να αφορά τη συγκεκριμένη παροχή, όπως π.χ. σε περιπτώσεις που το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται σε υπηρεσίες ασφάλειας δημοσίων εγκαταστάσεων ή σε εκπαίδευση προσωπικού της δημόσιας διοίκησης, οπότε -και τότε μόνον!- αφορά την αξιοπιστία του προσφέροντος στο πλαίσιο εκτίμησης της τεχνικής ικανότητας ως κριτηρίου καταλληλότητας των προσφερόντων, βλ. αναλυτικά M. Brenner, Der Ausschluss von Wettbewerbern als Sanktion im öffentlichen Auftragswesen vor dem Hintergrund der EG-Richtlinien, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht αρ. 77, 1997, σελ. 26 επ. Αντίθετα, η κατοχή της ασυμβίβαστης ιδιότητας του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ακόμη και εάν θεωρηθεί ότι σχετίζεται με την ικανότητα του προσφέροντος, όχι μόνον δεν μπορεί να θεμελιώσει τον αποκλεισμό, αλλά ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης μπορεί, αντίθετα, να θεμελιώσει τη μεγαλύτερη καταλληλότητα του προσφέροντος.

95. ΕΕ L 134/114/30.4.2004.

96. ΕΕ L 134/1/30.4.2004.

τις ανάγκες του ενδιαφερομένου κοινού, συμπεριλαμβανομένου του περιβαλλοντικού ή κοινωνικού τομέα, υπό τον όρο ότι τα κριτήρια αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, δεν παρέχουν απεριόριστη ελευθερία επιλογής στην αναθέτουσα αρχή, μνημονεύονται ρητώς και τηρούν τις θεμελιώδεις αρχές ...».

Ακολουθώντας τη νομολογία που επικαλείται και μάλιστα στο πνεύμα της απόφασης Beentjes, η Οδηγία 2004/18/ΕΚ προβλέπει κριτήρια ελέγχου καταλληλότητας, επιλογής των συμμετεχόντων και ανάθεσης των συμβάσεων,⁹⁷ αλλά και όρους εκτέλεσης της σύμβασης, οι οποίοι προσφέρουν έδαφος για γενικότερες κοινωνικοοικονομικές ή κοινωνικοπολιτικές επιδιώξεις. Οι όροι αυτοί, υπό την προϋπόθεση ότι είναι συμβατοί με το κοινοτικό δίκαιο και ότι επισμαίνονται στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, μπορούν να αφορούν ιδίως κοινωνικές και περιβαλλοντικές παραμέτρους, όπως την ενθάρρυνση της επιτόπιας επαγγελματικής κατάρτισης, τη χρησιμοποίηση ατόμων με ιδιαίτερες δυσκολίες ένταξης, την καταπολέμηση της ανεργίας ή την προστασία του περιβάλλοντος.⁹⁸ Ακόμη και εάν θεωρηθεί όμως, ότι οι όροι εκτέλεσης της σύμβασης επηρεάζουν τα κριτήρια ανάθεσης,⁹⁹ εν τούτοις, όπως συνάγεται από το γεγονός, ότι ο κοινοτικός νομοθέτης έθεσε τις γενικότερες κοινωνικοοικονομικές ή κοινωνικοπολιτικές επιδιώξεις των κρατών μελών στην υπηρεσία εκτέλεσης της σύμβασης, και οι όροι αυτοί πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της παροχής στο πλαίσιο της συγκεκριμένης σύμβασης. Η επιδίωξη, αντίθετα, γενικότερων πολιτικοοικονομικών ή κοινωνικοπολιτικών στόχων με τη θέσπιση γενικών λόγων αποκλεισμού από τη διαδικασία ή κριτηρίων επιλογής, που δεν συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης (με τη συγκεκριμένη προκηρυχθείσα παροχή), απαγορεύεται από τη νέα Οδηγία ακριβώς όπως και από τις παλαιότερες.¹⁰⁰

Περαιτέρω, όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού, η απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού που αφορούν την προσωπική κατάσταση του υποψηφίου ή του προσφέροντος είναι, σύμφωνα με τα άρθρα 44 παρ. 1 και 45 της Οδηγίας, αποκλειστικά. Το αυτό ισχύει και για την απαρίθμηση των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων ή προσφερόντων, τα οποία διακρίνονται σε κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (άρθρο 47) και κριτήρια τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητας (άρθρο 48), όπως προκύπτει τόσο από την αδιάστικτη διατύπωση του άρθρου 44 παρ. 1 της Οδηγίας, όσο και από τις διατάξεις αυτές. Η ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να εξειδικεύουν τις πληροφορίες σχετικά με την καταλληλότητα των συμμετεχόντων, καθώς και να προσδιορίζουν το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που ζητούν, οριοθετείται βάσει του αντικείμενου της σύμβασης,¹⁰¹ ενώ ταυτόχρονα στην ίδια την Οδηγία καθορίζεται σε ποιο βαθμό και με ποιο τρόπο η εφαρμογή μέτρων ή συστημάτων περιβαλλοντικής διαχείρισης μπορεί να επηρεάζει την επιλογή του προσφέροντος.¹⁰² Τέλος, στο πεδίο των κριτηρίων ανάθεσης, τα κριτήρια της πλέον συμ-

φέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς και της χαμηλότερης τιμής διατηρούν την αποκλειστικότητά τους.¹⁰³ Το πρώτο μπορεί βεβαίως να εξειδικευθεί σε περαιτέρω κριτήρια, τα οποία όμως πρέπει να πληρούν τις προϋποθέσεις της νομολογίας του ΔΕΚ και, στο πλαίσιο αυτό, όπως με έμφαση αναφέρει η ίδια η Οδηγία, να συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης.¹⁰⁴ Το ότι ο δεσμός αυτός πρέπει να αναφέρεται στο αντικείμενο ή τον τρόπο εκτέλεσης της συγκεκριμένης παροχής, προκύπτει επίσης από τη νομολογία του ΔΕΚ.¹⁰⁵

Από την άλλη πλευρά, η Οδηγία 2004/17/ΕΚ περιλαμβάνει διατάξεις για την προεπιλογή, επιλογή και ανάθεση στο κεφάλαιο VII (άρθρα 51 - 57). Στις διατάξεις αυτές τα κριτήρια προεπιλογής και επιλογής δεν προσδιορίζονται ειδικότερα. Στα άρθρα 53 παρ. 3 και 54 παρ. 4 ορίζεται μόνο, ότι τα κριτήρια προεπιλογής και επιλογής, αντίστοιχα, μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια αποκλεισμού που απαριθμούνται στο άρθρο 45 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, ή, όταν ο αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, περιλαμβάνουν τα κριτήρια αποκλεισμού που απαριθμούνται στο άρθρο 45 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Από αυτό όμως δεν μπορεί να συναχθεί η δυνατότητα απεριόριστης διεύρυνσης των κριτηρίων προεπιλογής και επιλογής.¹⁰⁶ Διότι με τον τρόπο αυτό η ρύθμιση θα ερχόταν σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 55 της Οδηγίας για τα εκεί αποκλειστικά προβλεπόμενα κριτήρια ανάθεσης, καθώς και την εμμονή της Οδηγίας στη στενότερη ερμηνεία τους βάσει της νομολογίας του ΔΕΚ, εφ' όσον όποια γενικότερη κοινωνικοπολιτική επιδίωξη της αναθέτουσας αρχής δεν μπορεί να οριστεί ως κριτήριο συνδεόμενο με το αντικείμενο της

97. Άρθρα 44 επ. Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

98. Άρθρο 26 και αιτιολογική σκέψη 33 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

99. Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 26.9.2000 στην υπόθεση C-225/1998, [Commission/France] (Beentjes II), Συλλ. 2000, I-7445, αρ. 52, όπου το Δικαστήριο αποφαινεται ρητώς, ότι ο όρος εκτέλεσης της σύμβασης που αποτέλεσε αντικείμενο της αντιδικίας στην υπόθεση Beentjes «... είχε χρησιμεύσει ως βάση για τον αποκλεισμό προσφέροντος και δεν μπορούσε, επομένως, παρά να συνιστά κριτήριο ανάθεσης του έργου».

100. Βλ. σχετικά ΔΕΚ, απόφαση της 3.6.1992 στην υπόθεση C-360/1989 (Επιτροπή/Ιταλία), Συλλ. 1992, I-03401, αρ. 18 και 20.

101. Άρθρο 44 παρ. 2 εδάφιο 2 της Οδηγίας, κατά το οποίο «Η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 47 και 48 καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης» (έμφαση του γράφοντος).

102. Άρθρο 48 παρ. 2 στοιχ. στ' και 50 καθώς και αιτιολογική σκέψη 44 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

103. Άρθρο 53 και αιτιολογική σκέψη 46 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

104. Βλ. αναλυτικά αιτιολογική σκέψη 46 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

105. Απόφαση της 4.12.2003 στην υπόθεση C-448/2001 (Wienstrom) αρ. 30 επ.

106. Βλ. σχετικά και την αιτιολογική σκέψη 51 της Οδηγίας, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα πρέπει να λειτουργούν τα συστήματα προεπιλογής, μπορούν να αφορούν τις ικανότητες των οικονομικών φορέων και/ή τα χαρακτηριστικά των έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών που καλύπτονται από το σύστημα, καθώς και άρθρο 49 παρ. 4 και 5.

παροχής στο πλαίσιο της συγκεκριμένης σύμβασης, θα μπορούσε να διατυπωθεί ως λόγος αποκλεισμού ή κριτήριο επιλογής, καταστρατηγώντας έτσι τον περιορισμό που εισάγεται με τα κριτήρια ανάθεσης. Εξ άλλου τότε δεν θα είχε νόημα ούτε η πρόβλεψη του άρθρου 38 της Οδηγίας, βάσει της οποίας η δυνατότητα γενικότερων κοινωνικοπολιτικών επιδιώξεων παρέχεται στο στάδιο των όρων εκτέλεσης της σύμβασης, και συνεπώς παρέχεται στο μέτρο που συνδέεται με τη συγκεκριμένη παροχή. Επομένως ούτε στην περίπτωση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ μπορεί να γίνει δεκτό, ότι το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων παρέχει στις αναθέτουσες αρχές ευχέρεια για την εισαγωγή κριτηρίων, ανεξάρτητων από τη συγκεκριμένη προκηρυχθείσα παροχή, κατά παρέκκλιση της αρχής της οικονομικά αποτελεσματικότερης κάλυψης εκ μέρους του κράτους των αναγκών του από την ιδιωτική οικονομία. Αυτήν όμως ακριβώς τη συνέπεια έχει το ασυμβίβαστο του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος.¹⁰⁷

Σύμφωνα με τη διάταξη του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ο νομοθέτης μπορεί να προβλέψει για την περίπτωση συνδρομής του ασυμβίβαστου διάφορες κυρώσεις, που μπορεί να φθάνουν μέχρι την ανάκληση της άδειας ραδιοφωνικού ή τηλεοπτικού σταθμού και μέχρι την απαγόρευση σύναψης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης. Εν όψει όμως των ανωτέρω και βάσει της αρχής της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου αλλά και της σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του Συντάγματος¹⁰⁸ θα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι ο εκτελεστικός νόμος του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος μπορεί να προβλέπει την έννομη συνέπεια του αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης ή τη μη ανάθεση ή την ακυρότητα της κατακύρωσης (ή άλλες δυσμενείς

συνέπειες ή κυρώσεις ικανές να ματαιώσουν έμμεσα το επιδιωκόμενο από τις Οδηγίες αποτέλεσμα) μόνον προκειμένου για συμβάσεις, οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών¹⁰⁹ - υπό την επιφύλαξη βεβαίως, ότι δεν παραβιάζονται με τον τρόπο αυτό οι θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης και ιδιαίτερα οι εγγυήσεις της για την ελευθερία εγκατάστασης, την ελευθερία κίνησης κεφαλαίων και την ελευθερία παροχής υπηρεσιών.¹¹⁰

107. Βλ. Ν. Κ. Αλιβιζάτο, *Σύνταγμα & «διαπλοκή»*, Συμβολή στην ερμηνεία της (νέας) παρ. 9 του άρθρου 14 Σ, ΔιΜΕΕ 2004, 16 [23].

108. Βλ. από τις πρόσφατες συμβολές στη σχετική συζήτηση Κ. Χρυσόγονο, *Συνταγματικό Δίκαιο*, 2003, σελ. σελ. 201 επ., 209 επ., με περαιτέρω παραπομπές.

109. Αυτό ισχύει βεβαίως ακόμη και εάν το ασυμβίβαστο περιοριστεί σε καθαρά εσωτερικές περιπτώσεις. Η δυσμενής μεταχείριση των ημεδαπών έναντι των κοινοτικών αλλοδαπών (discrimination a rebours, reverse discrimination) δεν έχει υπαχθεί ακόμη στο κοινοτικό δίκαιο, αν και το γεγονός αυτό υφίσταται κριτική από μέρος της θεωρίας, βλ. για τη σχετική συζήτηση Christian Tietje, εις: Dirk Ehlers (Hrsg.), *Euroäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 10 II 3, αριθ. περιθ. 37 επ. (Βλ. όμως και Σκουρή, εις: Ο αυτός, *Ερμηνεία Συνθηκών*, άρθρο 234 ΕΚ, αρ. περιθ. 11, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία). Δεν συντρέχει όμως τέτοια περίπτωση και η διαφοροποιημένη μεταχείριση των ημεδαπών δεν είναι δυνατή, εάν επιχειρείται σε τομέα που έχει αποτελέσει αντικείμενο κοινοτικής κανονιστικής ρύθμισης ή υπόκειται σε υποχρέωση εναρμόνισης των εθνικών νομοθεσιών, όπως εν προκειμένω (βλ. σχετικά τις αποφάσεις ΔΕΚ που παραπέμπει η ΣτΕ (Ολ.) 1792/1997, ΔιΔικ 1997, 1167 [1170] με αφορμή το ζήτημα της ονομαστικοποίησης των μετοχών ελληνικών Α.Ε. που μετέχουν στις διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων).

110. Βλ. σχετικά Χ. Π. Συνοδινό, *Ασυμβίβαστο μεταξύ ΜΜΕ και επιχειρήσεων που αναλαμβάνουν δημόσιες συμβάσεις και ζήτημα συμβατότητας του με το κοινοτικό δίκαιο*, ΔνΣΚΕ 2004, 15, αλλά και ειδικά για την αρχή της αναλογικότητας την ανάλυση της Ε. Β. Πρεβεστούρου, Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ΕΕΕυρΔ 1997, 1 επ., 247 επ., καθένα με περαιτέρω παραπομπές.

* * * * *