Neapolis University

HEPHAESTUS Repository **http://hephaestus.nup.ac.cy**

School of Law and Social Sciences Articles

2015

þÿ — À Á ¿ Ä µ Á ± ¹ Ì Ä · Ä ± µ Æ ± Á ¼ ¿ ³ ® Á

þÿ º ¿ ¹ ½ ¿ Ä ¹ º ¿ Í - ½ ± ½ Ä ¹ Ä ¿ Å Ã Å ½ Ä

þÿ · µ ½ ± Á ¼ ¿ ½ ¹ Ã ¼ - ½ · ¼ µ Ä ¿ º ¿ ¹

þÿ µ Á ¼ · ½ µ ¯ ± Ä ¿ Å º ± ¹ · Ä µ Ç ½ ¹ º ®

þÿ ± ½ ± » ¿ ³ ¹ º Ì Ä · Ä ± Â : É Â À Á ¿ ½ ¿ ¼ ¹

þÿ ´ ¹ º ± ½ ¹ º - Â Ä µ Ç ½ ¹ º - Â » µ » ¿ ³ ¹ Ã ¼

þÿ º ± ¹ ¼ µ Ä Á · ¼ - ½ · Â º Á ¯ Ã · Â º ± ¹ - »

þÿ Ã Å ½ ´ ¹ ± » » ± ³ ® Â ” • š º ± ¹ £ Ä • (¼ µ

þÿ Ä ¿ Ä - » ¿ Â Ä ¿ Å « ’ ± Ã ¹ º ¿ Í œ µ Ä Ì Ç

Manitakis, Antonis

http://hdl.handle.net/11728/8401

Downloaded from HEPHAESTUS Repository, Neapolis University institutional repository

Η ΠΡΟΤΕΡΑΙΟΤΗΤΑ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΟΥ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ, Η ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΜΕΝΗ ΜΕ ΤΟ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟ ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΚΑΙ Η ΤΕΧΝΙΚΗ ΤΗΣ ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ

ως προνομιακές δικανικές τεχνικές λελογισμένης και μετρημένης κρίσης και έλλογης συνδιαλλαγής ΔΕΚ και ΣτΕ

(με αφορμή το τέλος του «Βασικού Μετόχου»)

Του Αντώνη Μανιτάκη
Ομότιμου καθηγητή
Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης

Εισαγωγή, οριοθέτηση του θέματος και αντικείμενο της εισήγησης[1]

Θεωρώ την υπόθεση του «βασικού μετόχου» σημαντική, αντιπροσωπευτική περίπτωση «hard case», που φωτίζει και παράλληλα αποκαλύπτει, πολλές και κρίσιμες πτυχές του πολιτειακού μας βίου και όχι μόνον της νομολογίας μας, όπως νομίζεται.

Αφορά ζητήματα που συνδέονται με την *αναθεωρητική διαδικασία* και τα *σιωπηρά όρια* της συνταγματικής αναθεώρησης, των *σχέσεων συντάγματος και ευρωπαϊκού δικαίου*, του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων *και των σχέσεών του με τον δικαστικό έλεγχο της συμβατότητάς τους με το κοινοτικό δίκαιο* και τελικά της σημασίας που έχει και της λειτουργίας που επιτελεί η *δικανική τεχνική της αναλογικότητας* στους δύο προηγούμενους δικαστικούς ελέγχους. Θα θιγούν άρα τέσσερις, συνολικά, κρίσιμες θεματικές

[1] Προφορική εισήγηση που έγινε στην εκδήλωση προς τιμή του Προέδρου του ΔΕΕ Β. Σκουρή στην Θεσσαλονίκη τον Μάρτιο του 2014. Κράτησα στην εισαγωγή και στο τέλος την προφορική εκφορά της εισήγησής μου για λόγους τιμής προς τον τιμώμενο καθηγητή, συνάδελφο Β α σ ί λ η Σ κ ο υ ρ ή . Η γραπτή ωστόσο απόδοσή της είναι αισθητά εκτεταμένη και ξανα-επεξεργασμένη και έχει συμπληρωθεί με την αναγκαία τεκμηρίωση καθώς και με σκέψεις και πορίσματα νέα. Ευχαριστώ πολύ την αγαπητή συνάδελφο Λίνα Παπαδοπούλου για να την μεγάλη ανοχή της στην καθυστερημένη παράδοση του δοκιμίου μου.

συνταγματικού, ευρωπαϊκού και συνταγματικής δικαιοσύνης, που διαπλέκονται μεταξύ τους.

Η επιλογή του θέματος συνδέεται με τον τιμώμενο εκλεκτό συνάδελφο και Πρόεδρο του ΔΕΕ, καθηγητή Βασίλη Σκουρή. Διότι, η απόφαση που εξέδωσε το Δικαστήριο, υπό την φωτισμένη προεδρεία του, αποτελεί ένα αντιπροσωπευτικό δείγμα συμβολής της νομολογίας του ΔΕΕ στη διαδικασία της δημιουργίας ενός κοινού ευρωπαϊκού, δικαιικού χώρου, που σέβεται, έστω και αν δεν το λέει ρητά, τις συνταγματικές ιδιαιτερότητες και ταυτότητες της κάθε χώρας.
Για την ελληνική έννομη τάξη ειδικά, η απόφαση είναι καθοριστική όχι μόνον για τις σχέσεις του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας με το ΔΕΕ αλλά και για τις σχέσεις της ελληνικής έννομης τάξης με την ευρωπαϊκή: θέση τυπικής ιεραρχίας και υπεροχής ή σχέσεις τυπικά ισότιμες, οργανικής και λειτουργικής απλώς διασύνδεσης, με αναγνώριση της προτεραιότητας εφαρμογής του κοινοτικού έναντι του εθνικού; Και ακόμη, ποια είναι η σχέση του ελέγχου της συνταγματικότητάς των νόμων με τον έλεγχο της συμβατότητάς τους με το κοινοτικό δίκαιο;

ΤΑ ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΑ ΠΟΡΙΣΜΑΤΑ ΤΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗΣ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗΣ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ

Η ήπια νομολογιακή αποκατάσταση από την ΣτΕ (Ολ.) 3470-71/2011 της ουσιαστικής συνταγματικής νομιμότητας σε αρμονία με την κοινοτική μέσω της αναλογικότητας και της εναρμονισμένης ερμηνείας

Η απόφαση του ΣτΕ 3471/ 2011 έκλεισε, αισίως, την πολύκροτη υπόθεση «βασικός μέτοχος», μετά από έναν δεκαετή κύκλο δικαστικής αντιδικίας εκδίδοντας μια δικαιοδοτική κρίση τύπου «Καδή». Με διαδίκους την «Μηχανική ΑΕ» κατά του «Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης» και κατά των παρεμβαινόντων «Παντεχνική» ΑΕ και «Ελλάκτωρ», με αίτημα την ακύρωση του πιστοποιητικού διαφάνειας, με το οποίο πιστοποιείτο η μη συνδρομή στο πρόσωπο των παρεμβαινόντων των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων άρθρου 3 του ν. 3021/2002. Οι αιτούντες δικαιώθηκαν μεν δικαστικά, διότι η σχετική νομοθετική διάταξη κρίθηκε πανηγυρικά, για τρίτη συνεχόμενη φορά, αντισυνταγματική, με διαφορετική, όμως, εντελώς, αυτή τη φορά, ερμηνευτική

προσέγγιση: *με την ερμηνευτική προσέγγιση της εναρμονισμένης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του Συντάγματος*. Και αυτό υπήρξε ένα απρόσμενο, ευπρόσδεκτο και καθολικά αποδεκτό, *ερμηνευτικό novum*.
Θρίαμβος, κατ΄αρχήν, της ερμηνείας του Συντάγματος αλλά και διάσωση, παράλληλα, του κύρους του. Δικαίωση, έπειτα, του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, χωρίς αγνόηση του ελέγχου της συμβατότητάς των με το κοινοτικό δίκαιο. Σεβασμός, τέλος, της πρωταρχικότητας ή προτεραιότητας εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου στους τομείς που εμπίπτουν στην δικαιοδοσία του, πέρα από τυπικές ιεραρχίες και υπεροχές. Δικαίωση της δικαστικής προσφυγής στο ΔΕΚ και της ερμηνευτικής δικαιοδοσίας του.
Μια απόφαση σταθμός στη σχετική νομολογία του ΣτΕ, αποτέλεσμα σοβαρού και τεκμηριωμένου δικαστικού διαλόγου αλλά και έλλογου συμβιβασμού. Εκδόθηκε μετά την απόφαση του ΔΕΚ C-213/07, 16 Δεκεμβρίου 2008, «Βασικός Μέτοχος»_Μηχανική/ΕΣΡ, που απάντησε στα προδικαστικά ερωτήματα, που είχαν διατυπωθεί με την υπ΄αριθμόν ΣτΕ 3670/2006 απόφαση της Ολομέλειας.

Έκλεισε, έτσι, και τυπικά μια υπόθεση, που πολιτικά και νομοθετικά είχε κλείσει πριν έξη χρόνια, πράγμα που δείχνει ότι συχνά στο τόπο μας πολιτικές και ιδεολογικές αντιπαραθέσεις μετατρέπονται σε θεσμικές σκιαμαχίες ή σε ξεθυμασμένες αντιδικίες.
Ευτυχώς, όχι επί ματαίω, σε ό,τι αφορά τη συνταγματική νομολογία και θεωρία. Διότι το όφελος υπήρξε ανεκτίμητο για τη θεωρία του Συνταγματικού Δικαίου, για τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, για την ερμηνεία του Συντάγματος και για τις σχέσεις εθνικού δικαίου και κοινοτικού.

1. Η υποκατάσταση της «τυπικής υπεροχής» του κοινοτικού δικαίου από την κατά «προτεραιότητα εφαρμογή» του

Αυτό, βέβαια, που κέντρισε και κράτησε το ενδιαφέρον της συνταγματικής θεωρίας και της νομολογίας στην υπόθεση του

«βασικού μετόχου», δεν ήταν τόσο η συνταγματικότητα ή η συμβατότητα των νομοθετικών ασυμβιβάστων, όσο η υπολανθάνουσα σύγκρουση Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου και το συναρτώμενο με αυτήν ζήτημα της τυπικής υπεροχής ή μη του ενωσιακού δικαίου απέναντι στα εθνικά συντάγματα[2].

i. Με την υπέρβαση της ιεραρχικής αναπαράστασης των σχέσεων κοινοτικού και εθνικού. Η έντεχνη απάντηση του ΔΕΚ

Απάντηση, ωστόσο, στο καυτό αυτό ερώτημα δεν δόθηκε, για τον απλούστατο λόγο ότι τέτοιο ερώτημα, έτσι γενικά διατυπωμένο, με ειδική μάλιστα αναφορά στο τυπικό Σύνταγμα και με όρους τυπικής ιεραρχίας και υπέρτερης ισχύος του κοινοτικού δικαίου και έναντι του Συντάγματος, δε τέθηκε αλλά και ούτε ήταν δυνατόν να τεθεί. Ακόμη και αν υπονοείτο ή και αν, πράγματι, το συμπεριελάμβαναν τα προδικαστικά ερωτήματα, που υποβλήθηκαν στο ΔΕΕ από την απόφαση ΣτΕ 3671/2006, το ευρωπαϊκό δικαστήριο και η απόφαση που ακολούθησε δεν έθιξαν τέτοιο ζήτημα.
Η απάντηση που δόθηκε από το ίδιο το ΔΕΕ, στην 'Υπόθεση C-«Βασικός Μέτοχος»-Μηχανική/ΕΣΡ', βασίστηκε εξάλλου στην ερώτηση που του απευθύνθηκε από το ΣτΕ. Το τελευταίο ρώτησε

---

[2] Βλέπε αναλυτικά επ' αυτού, Λίνα Παπαδοπούλου, ό.π., σ. 193-257 και 484 και 559, που υπερασπίζεται, τελικά, την υπεροχή ισχύος, και Δ. Κονδύλη, Σχέση Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου, ΕφημΔΔ 2006.σ. 7, ο οποίος υπερασπίζεται την τυπική, ιεραρχική, κελσενιανή, υπερίσχυση του ενωσιακού δικαίου και έναντι των εθνικών συνταγμάτων. Και από την αλλοδαπή πλούσια βιβλιογραφία, κυρίως, *Mattias Kumm*, The Jurisprudence of constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, *European Law Journal, 3/2005, pp. 262–307* και Neil Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review*, 2/2002. 317-359. Για μια αναλυτική παρουσίαση των σχέσεων Συντάγματος και Κοινοτικού Δικαίου με βάση την ελληνική θεωρία και νομολογία, για την περίοδο μέχρι το 2002, την εμπεριστατωμένη εισήγηση στο XX, Congress της F.I.D.E., 2002, BIICL, British Institute of International and Comparative Law, των Julia Iliopoulos-Strangas and Evgenie Prevedourou, Les droits de l'Union Européenne et les Constitutions nationales, Creece, 269-366, (304-308), καθώς και μία παλαιότερη μελέτη του Γ. Κατρούγκαλου, Η σχέση Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου, ΝοΒ 2000. 1089 και την παλαιότερη μονογραφία της Τζούλια Ηλιοπούλου Στράγγα, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο και ευρωπαϊκή ενοποίηση, 1996. σ. 64 επ.

αν «διάταξη -έτσι γενικά, χωρίς να κάνει διάκριση αν είναι συνταγματική ή νομοθετική- η οποία ορίζει ότι η ιδιότητα του ιδιοκτήτη κλπ… είναι ασυμβίβαστη με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη κλπ… εξυπηρετεί σκοπούς συμβατούς με τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου και αν η πλήρης αυτή απαγόρευση της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων … είναι συμβατή με την κοινοτική αρχή της αναλογικότητας». Το ΔΕΕ από την μεριά του χρησιμοποίησε στην απάντησή του τον ουδέτερο ή πλέον ακριβή, νομικά, *όρο 'εθνική διάταξη', χωρίς να κάνει και αυτό διάκριση νόμου ή συντάγματος* και χωρίς να παρεμβαίνει ή να παίρνει θέση στην εσωτερική, τυπική ιεράρχηση των πηγών του εθνικού δικαίου. Πώς θα μπορούσε άλλωστε;

Το ΔΕΕ βρέθηκε έτσι, αντιμέτωπο με μια «εθνική ρύθμιση», και κλήθηκε να την εξετάσει και να την αξιολογήσει ως προς το *κανονιστικό περιεχόμενό της* και το συμβατό της με το κοινοτικό δίκαιο, *με όρους αποκλειστικά συμβατής ερμηνείας* των επίδικων διατάξεων με το κοινοτικό δίκαιο και όχι με όρους ισχύος ή υπεροχής. Κλήθηκε να απαντήσει *άρα, με δεδομένο από τον εθνικό δικαστή το νόημά τους, επί του περιεχομένου ή επί της ουσίας τους, ανεξάρτητα από την τυπική τους μορφή και την ισχύ τους.* Από την απάντηση του ΔΕΕ δεν μπορούσε επομένως να συναχθεί, ούτε έμμεσα ούτε άμεσα, ζήτημα τυπικής υπεροχής και υπερίσχυσης του κοινοτικού δικαίου έναντι του εθνικού Συντάγματος, όπως έσπευσε να διαπιστώσει μια μερίδα της θεωρίας.

Και αυτό, διότι η πυραμιδωτή αναπαράσταση και ιεράρχηση των πηγών του Δικαίου είναι μια θεωρητική κατασκευή, που *αναπαριστάνει* την *εσωτερική κατά βάση διάρθρωση των κανόνων μιας έννομης τάξης και δεν επεκτείνεται κατ΄ανάγκην στη διάρθρωση δύο διαφορετικών εννόμων τάξεων ούτε στην μεταξύ τους σχέση ισχύος.* Η ιεράρχηση αφορά άρα κάθε έννομη τάξη, ξεχωριστά, την εσωτερική διάρθρωση των κανόνων της. Αποδίδει τις σχέσεις ισχύος που διατηρούν οι πηγές μεταξύ τους και ειδικότερα την εξάρτηση της ισχύος της μίας πηγής από την άλλη, έχοντας στην κορυφή τους το Σύνταγμα[3].

Οι δύο συγκεκριμένες έννομες τάξεις, εθνική και κοινοτική, επειδή διατηρούν και διεκδικούν, ως γνωστόν, *σχετική αυτοτέλεια και αυτονομία, ως προς την δικαιοπαραγωγική τους διαδικασία και την ισχύ*

[3] Για μια κριτική θεώρηση γενικά της πυραμιδωτής, ιεραρχημένης διάρθρωσης των κανόνων δικαίου και της αποτελεσματικότητάς της, βλέπε αντί πολλών τη μελέτη των Fr. Ost et M. Van de Kerchove, De la pyramide au réseau ?, Bruxelles, 2002, σ. 307-383

των διατάξεων τους, δεν μπορεί να τελούν μεταξύ τους, αφού δεν συνιστούν ενιαία έννομη τάξη και μάλιστα ομοσπονδιακού τύπου, σε σχέση τυπικής ιεράρχησης. Κάθε μία έχει την δική της ιεραρχία. Αυτό σημαίνει ότι ούτε το εθνικό Σύνταγμα μπορεί να νοηθεί ότι υπερισχύει, γενικά και αφηρημένα, του κοινοτικού δικαίου και ειδικά των ευρωπαϊκών συνθηκών αλλά ούτε και το κοινοτικό δίκαιο μπορεί να θεωρηθεί ότι τυπικά υπερέχει του εθνικού δικαίου και ειδικά του Συντάγματος[4]. Ευρωπαϊκή και εθνική έννομη τάξη αποτελούν αυτοτελή, διακριτά και αυτόνομα δικαιικά συστήματα, που αυτό-αναπαράγονται κανονιστικά και διαθέτουν τα δικά τους συστήματα δικαστικού ελέγχου της εγκυρότητας των πράξεών τους. Παρόλου που τ*ελούν μεταξύ τους σε σχέση στενής αλληλεξάρτησης και διαρκούς αλληλεπίδρασης, δεν συνιστούν ενιαία έννομη τάξη, για να μπορέσει να ισχύσει η υπεροχή της ομοσπονδιακής απέναντι στις ομόσπονδες έννομες τάξεις*. Το ζητούμενο είναι πώς διατηρώντας κάθε ένα την αυτονομία, την ταυτότητα και την ιδιαιτερότητά του, θα διασφαλιστεί, παράλληλα, η ουσιαστική επικοινωνία και η λειτουργική συνάρθρωσή τους. Άλλωστε, το ζήτημα της πρωταρχικότητας του κοινοτικού δικαίου είναι σύνθετο και συνδέεται άρρηκτα με την πολλαπλότητα των εθνικών εννόμων τάξεων. Όλες μαζί συγκροτούν ένα σύστημα σχέσεων συνταγματικού πλουραλισμού[5]. Ο συνταγματικός

---

[4]Βλέπε κριτική και προτάσεις υπέρβασης της αντινομίας αυτής στις μελέτες των Mattias Kumm ό.π., σ. 281 και 202 επ. και Neil Walker, ό.π., σ. 357 επ.

[5] Εκτενέστερα, Λ. Παπαδοπούλου, ό.π., ιδίως, σ. 657 επ., και ιδίως, σ. 663, 667 και μεταξύ πολλών, Karin Caunes, La nature du système juridique européen, retour sur le principe de primauté ; 'Le pluralisme constitutionnel à la lumière de la constitution pour l' Europe' ; σε 'L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la constitution pour l' Europe, (Sous la dir. de J ; Ziller), L'Harmattan, 2003, σ. 281. Κυρίως, όμως, Neil Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review*, 3/2002, 317-359, Massimo La Torre, Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law, *Ratio Juris,* 2/1999, 182-195 και N. W. Barber Legal Pluralism and the European Union, *European Law Journal*, 3/2006 306-329, καθώς και τις σχετικές επί του θέματος μελέτες, που δημοσιεύτηκαν στο I.CON, v. 6, n. 3, 4 2008, των Armin von Bogdandy, Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the Relationship between international and domestic Constitutional Law, p. 397-413, ο οποίος υποστηρίζει την υπέρβαση της ξεπερασμένη διάκρισης μεταξύ μονιστικής και δυαδικής σχέσεως του διεθνούς δικαίου με το εθνικό και την υποκατάστασή της από μια πλουραλιστική θεωρία των σχέσεων τους. Ακόμη στο ίδιο αφιέρωμα του I. CON, Neil Walker, Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders, 273-396, ο οποίος υποστηρίζει τη θέση ότι η νέα διάρθρωση της διεθνούς έννομης τάξης δεν κατευθύνεται προς την λογική μιας νέας παγκόσμιας τάξης των εθνικών εννόμων

πλουραλισμός και ειδικότερα ο «συντεταγμένος πλουραλισμός» ή ο «δια δικτυωμένος συνταγματικός πλουραλισμός», ως κανονιστικό σχήμα υπέρβασης της ιεραρχικής διάρθρωσης των σχέσεων εθνικής και κοινοτικής έννομης τάξης και η υποκατάστασή του από ένα σχήμα αρμονικής συνταγματικής αναπαράστασης και επικοινωνίας πολλαπλών, ισότιμων, συνταγματικών τάξεων χωρίς τυπική ή αξιολογική ιεράρχηση μεταξύ τους[6], αποτελεί μια δυναμική, εν εξελίξει και ανοικτή, στην *πολλαπλότητα της, ευρωπαϊκής, συνταγματικής πραγματικότητας*[7]. Η τελευταία είναι αναγκασμένη να προχωρά εμπειρικά, βήμα-βήμα, και να πραγματοποιεί την ολοκλήρωσή της, σταδιακά, μέσα από άπειρες αντινομίες, συγκρούσεις και παλινδρομήσεις. Η ιστορική της πορεία δεν μπορεί να είναι γραμμική ούτε μονόδρομη. *Δεν προδιαγράφεται, επινοείται ή προκύπτει*.

Ναι μεν η πρωταρχικότητα του κοινοτικού δικαίου έναντι των εθνικών δικαίων αποτελεί για το ίδιο ζήτημα υπαρξιακό, διότι στηρίζει και στηρίζεται στην ενιαία, άμεση και αποτελεσματική εφαρμογή του. Όμως, η υπαρξιακή αυτή αξίωση αδυνατεί να θίξει ή να ακυρώσει το πρόταγμα κάθε εθνικής έννομης τάξης, να μην έχει και να μην αναγνωρίζει άλλο θεμέλιο της δικής της ύπαρξης και ισχύος πέρα από το Σύνταγμά της και να μην τοποθετεί στην ύπατη βαθμίδα της εσωτερικής ιεραρχίας των πηγών του Δικαίου άλλη πηγή εκτός από το ίδιο.

Η βασική αυτή αντινομία, που διατρέχει τις δύο έννομες τάξεις, συνυπάρχει με την ταυτόχρονη αναγνώριση και των δύο ως σχετικά αυτόνομων αλλά αλληλο-εξαρτώμενων μεταξύ τους. Με

τάξεων αλλά μιας νέας αναδιάταξης των εννόμων τάξεων και των ποικίλων παραγόντων και συντελεστών (λαός, δικαστήρια, συμβολικές αναπαραστάσεις), που τις επηρεάζουν σε μια «αταξία» πολλαπλών δικαιοταξιών.

[6] Από την πλούσια βιβλιογραφία σχετικά με την θεωρία του συνταγματικού πλουραλισμού, και πέρα από τη μονογραφία της Λ. Παπαδοπούλου, κατατοπιστικές είναι οι μελέτες των Fl. Giorgi, Pour une révolution théorique douce: la figuration du pluralisme constitutionnel en reseau, εισήγηση στο *VIIème Congrès de l'Association française de droit constitutionnel* Paris, 2008, εμπνευσμένο από την μελέτη του Neil Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review*, 2/2002. 317-359, που παραθέσαμε πιο πάνω. Βλέπε ακόμη την μονογραφία του Κ. Γιαννακόπουλου, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, Σάκκουλα, 2013, σ. 309-311 και 387 επ., όπου και ενδιαφέρουσες κριτικές αναλύσεις.

[7] Σχετικά με το ζήτημα του συνταγματικού πλουραλισμού με αφορμή την μονογραφία της Παπαδοπούλου, που παραθέσαμε, καθώς και για τη σημασία του διαλόγου των δικαστών βλέπε την κατατοπιστική μελέτη της Ευγενίας Πρεβεδούρου, Η σχέση εθνικού Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου υπό το πρίσμα του διαλόγου των δικαστών, *ΕΔΚΑ*, 2010, σ. 1-38

αποτέλεσμα να μην είναι δυνατόν, πράξη ή κανόνας της μίας έννομης τάξης να αντιταχθεί στην άλλη ούτε να ελεγχθεί και πολύ περισσότερο να ακυρωθεί από την άλλη. Η σχέση τους δεν είναι και δεν μπορεί να είναι συγκρουσιακή ούτε ιεραρχημένη, όσο δεν έχει δημιουργηθεί ούτε τείνει να γίνει η ΕΕ ομοσπονδιακό κράτος[8].

Η υπόθεση του βασικού μετόχου και η νομολογία που έχει διαπλαστεί επιβεβαίωσε τα προηγούμενα, και άνοιξε μετά την τελική απόφαση του ΣτΕ για την ελληνική τάξη μια νέα δίαυλο επικοινωνίας με την κοινοτική, που στηρίζεται στην ελληνική συνταγματική τάξη και παράδοση και εναρμονίζεται, παράλληλα, πλήρως, με τα ισχύοντα στην ευρωπαϊκή κοινοτική δικαιοταξία.

ii) …Με την αναγνώριση ειδικά από τον δικαστή της υπόθεσης της «προτεραιότητας εφαρμογής» του κοινοτικού δικαίου και έναντι του Συντάγματος, με όρους και σιωπηρά όρια

Τέσσερεις είναι οι άξονες της διόδου που ανοίχτηκαν:

α) *επιβεβαιώθηκε, διευρύνθηκε και φωτίστηκε καλλίτερα η συνταγματική πύλη εισδοχής του κοινοτικού δικαίου* στο εθνικό μας δια μέσου του άρθρου 28Σ, που επιτρέπει την εκχώρηση συνταγματικών αρμοδιοτήτων στους διεθνείς οργανισμούς και καθιερώνει κανόνα ανάθεσης και κατανομής δικαιοδοσιών στην ΕΕ,

β) εφαρμόστηκε με επιτυχία η *εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του εθνικού δικαίου και ειδικά του Συντάγματος*, με βάση πάντα το άρθρο 28Σ και την ερμηνευτική του δήλωση

γ) επιβεβαιώθηκε *ο κεντρικός ρόλος που εξακολουθεί να παίζει ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων,* ο οποίος ενσωματώνει, ως έχων τη δικονομική προτεραιότητα, και τον έλεγχο της συμβατότητας[9], και τέλος

δ) χρησιμοποιήθηκε με δεξιοτεχνικό και καταλυτικό τρόπο *για την ερμηνεία η τεχνική της αναλογικότητας*, τόσο από το ΔΕΚ όσο και από το ΣτΕ.

---

[8] Ειδικά γι'αυτό τις διεισδυτικές αναλύσεις του *Mattias Kumm*, The Jurisprudence of constitutional Conflict.. *European Law Journal, 3/2005,* ό.π., σ. 303-307.

[9] Για τις σχέσεις δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας και ελέγχου της συμβατότητας την εξαντλητική μονογραφία του Κ. Γιαννακόπουλου, Η επίδραση του Δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, εκδ. Σάκκουλας, 2013.

Άλλωστε, σχετικά με το ζήτημα της υπέροχής, που τόσο έχει απασχολήσει νομολογία και θεωρία, μια ανακεφαλαιωτική ανάγνωση της σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ, που καθιέρωσε την *πρόταξη ή πρωταρχικότητα* (la primauté, primacy) του κοινοτικού έναντι του εθνικού, με άξονα το σχετικό άρθρο της «Συνταγματικής Συνθήκης», του άρθρου I-6, που συμπύκνωσε και αναγνώρισε αυτό που είχε καθιερωθεί και ίσχυε στη νομολογία και αποκαλείτο σχηματικά «υπεροχή», θα έδειχνε δύο πράγματα: *πρώτον*, ότι το άρθρο I-6 χρησιμοποιεί τον όρο *primauté, primacy* και όχι supériorité, supremacy[10] που σημαίνει κατά λέξη ότι το κοινοτικό δίκαιο *«προέχει», «προτάσσεται»*[11] και *όχι υπερέχει*, και *δεύτερον*, ότι η *πρόταξη* του κοινοτικού έναντι του εθνικού ισχύει μόνον για «την άσκηση των αρμοδιοτήτων που έχουν ανατεθεί στην ΕΕ… (dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celles-ci) και σε *συνάρτηση* με τις αρχές που έθεταν οι διατάξεις του άρθρου I-5 της συνταγματικής συνθήκης, όπως η αρχή της κατ΄ανάθεσιν άσκησης των κοινοτικών αρμοδιοτήτων, η αρχή της επικουρικότητας και της αναλογικότητας καθώς και η αρχή του σεβασμού της συνταγματικής ταυτότητας κάθε μέλους κράτους, στις οποίες περιλαμβάνονται οι θεμελιώδεις πολιτικές και συνταγματικές του δομές.

---

[10] Για τη λεπτή όσο και εξαιρετικά κρίσιμη διάκριση «υπεροχής ισχύος» και «προτεραιότητας εφαρμογής» βλέπε τις αναλύσεις της Λίνας Παπαδοπούλου, ό.π., σ. 197 επ. Τη σημασία της διάκρισης μεταξύ "πρωταρχικότητας ή προτεραιότητας" και "υπεροχής" του κοινοτικού δικαίου ανέδειξε η σχετική νομολογία του Ισπανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου σε μια περίφημη απόφασή , που ξέδωσε με αφορμή την συνταγματική συνθήκη, την DTC n. 1/2004, 13-12-2004. Το Δικαστήριο επικαλούμενο το αντίστοιχο με το ελληνικό 28Σ άρθρο του Ισπανικού Συντάγματος 93, υπογράμμισε ότι η εκχώρηση των σχετικών αρμοδιοτήτων στην ΕΕ έγινε με την σιωπηρή, πλην όμως αυτονόητη επιφύλαξη της μη προσβολής των θεμελιωδών δομών και αρχών του ισπανικού κράτους. Η μεταφορά άρα των αρμοδιοτήτων τελεί υπό την επιφύλαξη ότι η άσκηση των κοινοτικών αρμοδιοτήτων δεν μπορεί να παραβιάσει τα ουσιαστικά όρια που θέτει το ίδιο άρθρο του ισπανικού Συντάγματος.

[11] "I-6 Οι κανόνες δικαίου που θεσπίζονται από τα θεσμικά όργανα της Ένωσης στο πλαίσιο της άσκησης των αρμοδιοτήτων που τους απονέμονται προέχουν (προτάσσονται, priment) του δικαίου των κρατών μελών". Το ζήτημα αυτή της πρωταρχικότητας του κοινοτικού έναντι του εθνικού και όχι της υπεροχής του ούτε βέβαια της υποταγής του δεύτερου στο πρώτο θίγει τονίζει στη σχετική με την συνεργασία του ΔΕΚ με τα Συνταγματικά δικαστήρια των κρατών-μελών μελέτη του ο MICHALIS VILARAS, Cours de justice des Communautés Européennes et particularités constitutionnelles des Etats membres, in «Cours suprêmes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration ?», in Memoriam, L. Favoreu (dir. Julia Iliopoulou-Strangas) Ant. Sakkoulas – Bruylant, 2007, σ. 289, 302.

Εξάλλου, η συγκεκριμένη πρωταρχικότητα δεν καθιερώνει *παρά μια προτεραιότητα στην εφαρμογή και όχι υπεροχή ως προς την ισχύ των κανόνων του κοινοτικού δικαίου*[12]. Δεν καθιερώνει άρα *υπεροχή ισχύος, αλλά πρωταρχικότητα ή προτεραιότητα εφαρμογής*.

Είναι χρήσιμο στο σημείο αυτό να αναφερθούν τα όσα για το ζήτημα της προτεραιότητας του κοινοτικού δικαίου καθώς και για την διαφορά που υπάρχει μεταξύ «υπεροχής» και «προτεραιότητας ή πρωταρχικότητας» έχει επισημάνει το Συνταγματικό Δικαστήριο της Ισπανίας στην DTC n. 1/2004, 13-12-2004 με αφορμή την κρίση του για το άρθρο I-6 της Συνταγματικής Συνθήκης[13].

Στη σημαντική εκείνη απόφασή του υπενθύμισε ότι η «υπεροχή» βασίζεται στην ιεραρχική υπεροχή ενός κανόνα έναντι άλλου και με αυτό τον τρόπο γίνεται η ίδια πηγή ισχύος για όλους τους κανόνες που είναι κατώτεροι. Αυτό έχει ως συνέπεια ότι συνεπάγεται την ακυρότητα του κατώτερου κανόνα εάν αντιβαίνει κατά περιεχόμενο στον ανώτερο κανόνα.

Αντίθετα, η «προτεραιότητα» ή «πρόταξη» (primacy) δεν στηρίζεται κατ΄ανάγκην στην ιεραρχία αλλά στη διάκριση ανάμεσα στα διαφορετικά πεδία εφαρμογής κανόνων, που είναι κατ΄αρχήν και οι δύο κατηγορίες κανόνων έγκυροι, χωρίς να εξαρτάται η εγκυρότητα του ενός κανόνα από τον άλλο. Ο ένας ή περισσότεροι απ΄αυτούς έχει απλώς την ικανότητα να

---

[12] Η ελληνική θεωρία είχε σχετικά έγκαιρα επισημάνει τη σχετικότητα της «υπεροχής» και την εξάρτησή της από μία σειρά από όρους και προϋποθέσεις, μεταξύ των οποίων, η υπεροχή δεν αφορά την υπερίσχυση του κοινοτικού έναντι του εθνικού αλλά την προτεραιότητα απλώς της εφαρμογής του στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων που έχουν εκχωρηθεί στην ΕΕ, βλέπε σχετικά τη μελέτη του Βηλαρά, M. VILARAS, που μόλις παραθέσαμε, σ. 300-303.

Την προτεραιότητα εφαρμογής και όχι την υπεροχή επικαλέστηκε και η μειοψηφία, Ράμμος και Κοτσώνης στην απόφαση ΣτΕ Δ' Τμήμα 3242/2004: «Κάθε ρύθμιση του πρωτογενούς ή παραγώγου δικαίου έχει προτεραιότητα εφαρμογής έναντι όλων ανεξαιρέτως των εσωτερικής προελεύσεως κανόνων δικαίου (προγενέστερων ή μεταγενέστερων) συμπεριλαμβανομένου και του Συντάγματος. Η προτεραιότητα εφαρμογής αναγνωρίζεται από τον έλληνα δικαστή υπό την προϋπόθεση ότι η εφαρμοστέα πράξη σέβεται τις αρχές προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και τις βάσεις του δημοκρατικού πολιτεύματος (19)».

[13] Ειδικά για τη απόφαση του Συνταγματικού Δικαστηρίου της Ισπανίας και τις σκέψεις του για την διαφορά της «υπεροχής» από την «προτεραιότητα ή πρόταξη» βλέπε Laurence Burgorgue-Larsen, La déclaration du 13 décembre 2004, (DTC n. 1 / 2004), «Un Solange II à l' espagnole», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* , 18/2005, σ. 154. Για την ίδια απόφαση και την μελέτη της Theodora Papadimitriou, Constitution européenne et constitutions nationales: l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnols, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* ; 18/2005, σ. 162.

παραμερίζει τους άλλους ή τον άλλο, όταν συμβεί να συγκρούονται νοηματικά, επειδή εφαρμόζονται σε κοινά πεδία, εξ αιτίας της *προτεραιότητας ή της προτίμησης εφαρμογής* που απολαμβάνει για τον ένα λόγο ή τον άλλο λόγο το ένα απέναντι του άλλου.

Με βάση τη διάκριση αυτή, η τυπική υπεροχή του Συντάγματος στο εσωτερικό δίκαιο είναι σε αυτή την περίπτωση συμβατή και δεν αντιστρατεύεται την αρχή τη *προτεραιότητας εφαρμογής* του κοινοτικού δικαίου στους τομείς που έχει δυνάμει και του Συντάγματος *προτίμηση εφαρμογής στο εσωτερικό δίκαιο*.

Το αντίστροφο ισχύει για το κοινοτικό δίκαιο, η πρωταρχικότητά και η προτεραιότητα εφαρμογής *ισχύει και εφαρμόζεται μόνον στους τομείς που έχουν εκχωρηθεί, δυνάμει του εθνικού Συντάγματος*, στη δικαιοδοσία της ενωσιακής έννομης τάξης. Δεν ισχύει άρα γενικά και αόριστα για το σύνολο του Συντάγματος.

Επομένως, μόνον *στούς τομείς που ειδικά και περιοριστικά ορίζονται*, ισχύει και εφαρμόζεται ο *κανόνας της προτεραιότητας εφαρμογής* του κοινοτικού δικαίου έναντι των εθνικών κανόνων είτε ανώτερης είτε κατώτερης βαθμίδος της εσωτερικής έννομης τάξης.

Επί πλέον, ο «μετα-κανόνας» αυτός ισχύει και εφαρμόζεται, χωρίς να επιβάλλεται από κάποια θετή πρόβλεψη του πρωτογενούς δικαίου ούτε του εθνικού συντάγματος. Δεν χρειάζεται άλλωστε τέτοια ειδική πρόβλεψη, αφού αποτελεί *εγγενή ιδιότητα του κοινοτικού δικαίου*[14]. Στην ελληνική έννομη τάξη βρίσκει, άλλωστε, έμμεσο έρεισμα και στη νομοθετική κύρωση των ευρωπαϊκών συνθηκών προσχώρησης της Ελλάδος στην ΕΟΚ και επιβεβαιώνεται στις διαδοχικές, μεταγενέστερες, κυρώσεις των ευρωπαϊκών συνθηκών. Επιχείρημα υπέρ της αναγνώρισης της πρόταξης του κοινοτικού δικαίου μπορεί άλλωστε να αντληθεί και από το άρθρο 28 παρ. 2 και 3Σ καθώς και από την ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28, που ορίζει ότι «το άρθρο 28 αποτελεί θεμέλιο για την συμμετοχή της χώρας στις διαδικασίες της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης».

Άρα, η πρόταξη και η συνακόλουθη προτεραιότητα εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου έναντι του ελληνικού αναγνωρίζεται, με τους όρους που είπαμε, γίνεται *σεβαστή στην ελληνική έννομη τάξη, ως θεμελιώδης και υπαρξιακή κατ΄αρχήν αρχή του κοινοτικού δικαίου*.

---

[14] Βλέπε σχετικά D. Ritleng, Le principe de primauté du droit de l'Union, *Rev. Trim. de Droit Européen*, 2005. 300

Ισχύει, άρα, παράλληλα, και γίνεται αποδεκτή στην ελληνική έννομη τάξη, *δυνάμει και του Συντάγματος και με τις προϋποθέσεις και τους όρους*, που το ίδιο έχει θέσει στο άρθρο 28, 2 και 3Σ «για τις συνταγματικές αρμοδιότητες που έχουν εκχωρηθεί στην ΕΕ» και «υπό την συνταγματική επιφύλαξη της κυριαρχίας»[15].

Από αυτή την άποψη ο κανόνας της πρόταξης δεν επιτρέπεται να εφαρμόζεται ούτε να ερμηνεύεται ως επιταγή τυπικής υπεροχής και ανωτερότητας σε μια ιεραρχικά διαρθρωμένη σχέση των δύο δικαιοταξιών, αλλά ως συνταγματικός «κανόνας σύγκρουσης» ή «διασύνδεσης»[16] διαφορετικών δικαιοταξιών, που έχουν *αυτοτέλεια, αλλά είναι δομικά και λειτουργικά διαρθρωμένες και αλληλο-εξαρτώμενες*.

Το ποιοι τομείς έχουν υπαχθεί στην κοινοτική δικαιοδοσία, αυτό ορίζεται στην ευρωπαϊκή συνθήκη. Όμως, *σε ποιά ακριβώς έκταση και μέχρι ποιών ορίων*, αυτό είναι, τελικά, *θέμα ερμηνείας του δικαστή*, ο οποίος το κρίνει ως δικαστής που έχει τον τελευταίο λόγο, όταν ενεργεί ως κοινοτικός δικαστής και τελικά, εφόσον υπάρχει αμφιβολία, ως προς την ερμηνεία, το ΔΕΚ. Το τελευταίο ναι μεν λύνει την σύγκρουση των κανόνων υποδεικνύοντας τα ερμηνευτικά κριτήρια επίλυσής της, πλήν όμως αναπέμπει την υπόθεση για τελική απόφαση και επίλυση της διαφοράς, πίσω, στον εθνικό δικαστή, ο οποίος τέμνει οριστικά και τελεσίδικα την σύγκρουση των κανόνων ή των αρχών με κριτήρια και δείκτες τόσο κοινοτικά όσο και εθνικά. Ο τελευταίος κρίνει αξιολογώντας και σταθμίζοντας, ελεύθερα, σκοπούς, αόριστες έννοιας και καταστάσεις με βάση τους δικονομικούς καταναγκασμούς στους οποίους υπόκειται η υπόθεση, και με τα ερμηνευτικά κριτήρια που

---

[15] Η επιφύλαξη κυριαρχίας του άρθρου 28 παρ. 3Σ συμπίπτει, εννοιολογικά, με τον σεβασμό, που οφείλει η ΕΕ στην εθνική και συνταγματική ταυτότητα των κρατών μελών και άρα ο σεβασμός της «Δημοκρατία και των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου» θα πρέπει να ερμηνεύεται σε συνδυασμό και αρμονία με την αντίστοιχη ευρωπαϊκή ρήτρα, βλέπε σχετικά, Sébastien Martin, L' identité de l'Etat dans l'Union européenne : identité nationale et identité constitutionnelle ; *Revue française de Droit Constitutionnel*, 2012, 13-44. Για την συνταγματική ταυτότητα των κρατών μελών βλέπε αναλυτικότερα, Κ. Γιαννακόπουλο, ό.π., σ. 360 επ.

[16] Πρβλ. όσον αφορά το Γαλλικό Συνταγματικό Δίκαιο, με αφορμή το σχέδιο του Ευρωπαϊκού Συντάγματος, Anne Levade, Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports des systèmes, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, No 18 /2005, p. 133. Σχετικά με τα όρια και την σχετικότητα της πρωταρχίας του κοινοτικού δικαίου βλέπε Otto Pfersmann, La primauté: double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, No 18 /2005, p. 138, καθώς και Jean-Claude, Gautron, Sur la primauté, σε 'Constitution et construction européenne', Dalloz, 2006, 185.

επιλέγει ο ίδιος, βασιζόμενος στις αξιολογήσεις ή στις νομικές εκτιμήσεις που προβαίνει. Προχωρά σταθμίζοντας, αξιολογώντας και ερμηνεύοντας συγκρουόμενες αρχές, συνταγματικά όρια και παράλληλους σκοπούς, εθνικούς και κοινοτικούς.

Αν βέβαια διαπιστωθεί από τον εθνικό δικαστή στη φάση πριν από την παραπομπή στο ΔΕΚ, κατά τη διαδικασία της εφαρμογής και ερμηνείας κοινοτικών κανόνων του δευτερογενούς δικαίου υπέρβαση των ορίων της κοινοτικής δικαιοδοσίας, η οποία θίγει, κατά την κρίση του, -πράγμα εξαιρετικά σπάνιο έως απίθανο- τα θεμέλια του δημοκρατικού πολιτεύματος ή τα δικαιώματα του ανθρώπου, δηλαδή τη συνταγματική δομή του κράτους και του πολιτεύματος ή την συνταγματική ταυτότητά του, τότε στην περίπτωση αυτή, ενεργώντας ως εθνικός δικαστής, νομιμοποιείται κατά το Σύνταγμα να αρνηθεί να εφαρμόσει την πράξη ή τον κανόνα της ΕΕ[17].

Από τα προηγούμενα συνάγεται ότι το ζήτημα της κατά προτεραιότητα εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου *συναρτάται άμεσα με τον κανόνα της κατανομής ή εκχώρησης αρμοδιοτήτων (ή σχετικής δικαιοδοσίας) στην ΕΕ*. Στην πράξη όμως τα όρια της εκχώρησης και το πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου *εξαρτώνται από τον τρόπο που τα ερμηνεύει κάθε φορά ο δικαστής*. Από τον ερμηνευτή εξαρτάται, τελικά, αν ένας κανόνας ή ένας σκοπός του εθνικού δικαίου, που κρίνεται ως προς την συμβατότητά του, εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, καθώς και το αντίστροφο, καθώς και αν ο έλεγχος της συνταγματικότητας ή της συμβατικότητάς του προηγείται ή έπεται στην συγκεκριμένη υπόθεση.

iii) …χάρις στην ερμηνεία εκείνη που διασφαλίζει την αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου, (effet direct et utile) στην οποία εντάσσεται και η εναρμονισμένη με το ίδιο ερμηνεία του εθνικού, συμπεριλαμβανομένου και του Συντάγματος

---

[17] Εκτενέστερα, Αντώνη Μανιτάκη, Η εκχώρηση κυριαρχίας στην ΕΕ και η επιφύλαξη κυριαρχίας κατά το άρθρο 28 παρ. 2 και 3Σ, Ε Ε Ευρ.Δ., 2003, σ. 757 και 768, ως προς τον δικαστικό έλεγχο των ορίων της εκχώρησης και της κατανομής των δικαιοδοσιών, επίσης του ίδιου, Τα όρια της κοινοτικής αρμοδιότητας και η συνταγματική θεώρησή τους, *Το Σ, 1984*, 472-498, όπου και η συνταγματική θεμελίωση του ελέγχου της συμβατότητας των νόμων με το κοινοτικό δίκαιο, η οποία δεν θεμελιώνεται βέβαια στο άρθρο 93 παρ. 4, αλλά στο άρθρο 28 παρ. 2 και 3Σ

Ένα πράγμα είναι σίγουρο, ότι η πρόταξη του κοινοτικού δικαίου έναντι του εθνικού δεν αποτελεί αυτόματη απόρροια κάποιας δεδομένης και προϋπάρχουσας ιεραρχικής διάρθρωσης των δύο εννόμων τάξεων ή αποτέλεσμα υπέρτερης ισχύος του ενός κανόνα πάνω στον άλλο, αλλά αναγνώριση της ανάγκης άμεσης, ομοιόμορφης και αποτελεσματικής εφαρμογής και άσκησής τους σε κάθε εθνική έννομη τάξη.
Τελικά, το πρακτικό ενδιαφέρον και η κρίση του ζητήματος εστιάζονται αναγκαστικά *στην ερμηνεία που αποδίδεται από τον δικαστή* στην κρίσιμη εθνική ή κοινοτική διάταξη, που φέρεται να συγκρούεται ή να αντιτίθενται νοηματικά η μία στην άλλη. Και είναι οι *όροι, η διαδικασία και οι φορείς της ερμηνείας και εφαρμογής των επίδικων διατάξεων που συντελούν στο να φαίνεται ότι προέχει και υπερισχύει η μία απέναντι στην άλλη*. Η πρωταρχικότητά του κοινοτικού διασφαλίζεται και επιβάλλεται από τις «ερμηνείες των κρίσιμων νομικών κειμένων που διατυπώνονται, και στηρίζεται στις νομικές πεποιθήσεις των συντελεστών της δίκης και των δικαστών που υποστηρίζουν τις ερμηνείες, στο πολιτικό παιγνίδι και στην ιδέα που κυριαρχεί για το κοινοτικό δίκαιο ή για το Σύνταγμα. Είναι το ίδιο το παιγνίδι των δυνάμεων και παραγόντων που ευνοεί την αποτελεσματική εφαρμογή του του κοινοτικού κανόνα»[18] και όχι η φύση των διατάξεων ή κάποια νομική σχέση μεταξύ τους.

Αρκεί κανείς να αναλογιστεί τις διαφορετικές συνταγματικές, πολιτικές και θεσμικές συνθήκες, τις αντιλήψεις που επικρατούσαν ή τις αντιπαραθέσεις που προκλήθηκαν από τις τρείς αποφάσεις του ΣτΕ, καθώς και τις τρείς διαφορετικές ερμηνείες που υπέστη η επίδικη συνταγματική και νομοθετική ρύθμιση. Χρειάζεται να ανακαλέσει κανείς το πολιτικό κλίμα της εποχής, τις ιδέες που επικρατούσαν και τον συσχετισμό των πολιτικών δυνάμεων που κυριαρχούσε τότε, για να εξηγήσει και κατανοήσει το περιεχόμενο των δικαστικών αποφάσεων και τις παλινωδίες της νομολογίας. Η πρωταρχικότητα του κοινοτικού δικαίου «δεν αποτελεί απλώς όρο υπαρξιακό της αποτελεσματικής εφαρμογής του. Συνιστά την ίδια *την ουσία* της αποτελεσματικότητας του κοινοτικού δικαίου»[19] και για τον λόγο

---

[18] Denis Alland, 'A la recherche de la primauté du droit communautaire, *Droits,* 45/2007, σ. (109-125) 124.
[19] Idem.

αυτό δεν είναι δυνατόν να αγνοηθεί. Όμως, η αποτελεσματικότητα του Δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή το ωφέλιμο αποτέλεσμα -για να μιλήσουμε με όρους κοινοτικού δικαίου- διασφαλίζεται στην πράξη κυρίως μέσω της ερμηνευτικής πρακτικής και πιο συγκεκριμένα μέσω της διαλογικής ερμηνείας των εθνικών δικαστηρίων και ΔΕΕ. Και η πλέον κατάλληλη στην περίπτωση αυτή μέθοδος ερμηνείας τους είναι η *εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του εθνικού δικαίου*[20].

*iv) Μετά από μια γόνιμη σε διδάγματα νομολογιακή πορεία: ΣτΕ (**Δ'** Τμήμα) 3242/2004, ΣτΕ (Ολ.) 3670/2006, ΔΕΚ C-213/07 και ΣτΕ (Ολ.) 3470-71/2011*

Η προηγούμενη διαπίστωση μπορεί να επαληθευτεί με μια σύντομη περιδιάβαση στην σχετική με το «βασικό μέτοχο» νομολογία.

Το νομικό ζήτημα της υπεροχής ανέκυψε όταν διαπιστώθηκε στην πρώτη απόφαση του βασικού μετόχου, στην ΣτΕ (**Δ'** Τμήμα) **3242/2004,** ότι η ρύθμιση του άρθρου 14 παρ. 9Σ δεν συνιστούσε κανόνα συνδέσεως των δύο εννόμων τάξεων, επειδή «το ρυθμιστικό πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14 παρ. 9Σ δεν συναντιόταν (ή δεν διασταυρωνόταν) με το ρυθμιστικό πεδίο της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και ειδικά με το άρθρο 24 της οδηγίας, που αφορούσε τις επαγγελματικές αναξιότητες των συμβασιούχων. Και άρα «*δεν συνέτρεχε περίπτωση να τεθεί θέμα ελλείψεως συμβατού των δύο ρυθμίσεων και ανάγκης διατυπώσεως ποία εκ των δύο*

[20] Σχετικά με την εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος από την οπτική όμως γωνία της "σύμφωνης", και όχι απλώς εναρμονισμένης, με τις Συνθήκες ερμηνεία του Συντάγματος, βλέπε, Λίνα Παπαδοπούλου, ό.π., σ. 427 και 502, η συγγραφέας αντιδιαστέλλει την εναρμονισμένη από την σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος συνδέοντας την πρώτη με την ισοκυρία των δύο εννόμων τάξεων ενώ την δεύτερη με την αρχή της υπεροχής, εφαρμόζοντας κατ' αναλογία αυτό που ισχύει στην εθνική έννομη τάξης σχετικά με την σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία του νόμου. Η διάκρισή τους είναι ούτως ή άλλως δυσδιάκριτη, αλλά δεν είναι άνευ πρακτικής σημασίας και πάντως η διαφορά τους δεν βρίσκεται στο ότι η μία, η σύμφωνη, βασίζεται στη λογική της τυπικής υπεροχής του κανόνα που προφέρει τα κριτήρια ερμηνείας ενώ η άλλη, η συγχρονισμένη στηρίζεται σε κριτήρια χαλαρά που αντλούνται εξίσου και από τις δύο πηγές δικαίου, επειδή συμβαίνει να είναι ισόκυρες. Για τις διάφορες μορφές ερμηνείας του εθνικού δικαίου σύμφωνα ή εν όψει ή υπό το φώς ή εναρμονισμένης με το κοινοτικό δίκαιο, βλέπε αναλυτικά την κριτική παρουσίαση της σχετικής νομολογίας, από τον Κ. Γιαννακόπουλο, ό. π., σ. 420- 450. Θεωρώ μετά την απόφαση ΣτΕ 3471/2011 ως καθιερωμένη πλέον από το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο την «εναρμονισμένη» με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος σε αντιδιαστολή προς την «σύμφωνη» που είναι πιο αυστηρή. Για όλα αυτά τις επισημάνεις των Λίνα Παπαδοπούλου και κ. Γιαννακόπουλο στις οικείες μονογραφίες τους.

ρυθμίσεων υπερισχύει τυπικώς και πρέπει να εφαρμοστεί στην κρινόμενη υπόθεση». Επειδή ωστόσο στη συνέχεια τέθηκε ζήτημα διατυπώσεως προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΚ, το Τμήμα παραδέχθηκε μεν την ανάγκη διατύπωσης σχετικού ερωτήματος, πλην όμως απέκλεισε την προσφυγή στο ΔΕΚ, επειδή θεώρησε ότι «*δεν νοείται σε καμμία περίπτωση διατύπωση προδικαστικού ερωτήματος προκειμένου να διαπιστωθεί αν διάταξη επιτακτικού χαρακτήρα του ελληνικού Συντάγματος είναι συμβατή κατά περιεχόμενο της ρυθμίσεώς της με διάταξη του πρωτογενούς ή παραγώγου δικαίου*». Με την απόρριψη αυτή έβαζε από την πίσω πόρτα με τρόπο αρνητικό, βέβαια, αυτό που απέκλειε: την τυπική υπεροχή του ενός δικαίου απέναντι στο άλλο. Διότι αν το πεδίο εφαρμογής των δύο διατάξεων συνέπιπτε θα έπρεπε να εξηγήσει με ποιο κανόνα σύγκρουσης θα έλυνε την αντινομία και με βάση ποια ιεράρχηση θα πρότασσε το Σύνταγμα έναντι του κοινοτικού[21]. Το ζήτημα της σύγκρουσης οδηγούσε κατ΄ευθείαν στο ζήτημα της ιεράρχησης των δύο εννόμων τάξεων, πράγμα που, όπως εξηγήσαμε πιο πάνω, είναι εξ ίσου άτοπο.

Το Τμήμα, πάντως, αποφάνθηκε, ρητά και κατηγορηματικά, ότι «δεν μπορεί να γίνει λόγος περί υπεροχής της κοινοτικής εννόμου τάξεως έναντι του Συντάγματος, σε περίπτωση που, καθ΄υπόθεσιν διάταξη του πρωτογενούς και παραγώγου δικαίου θα ερχόταν σε αντίθεση κατά ουσιαστικό περιεχόμενο με επιτακτικού χαρακτήρα κατά το σαφές νόημά της συνταγματική διάταξη». Και κατέληξε με τρόπο εξίσου κατηγορηματικό ότι 'θα ήταν άτοπο… να μην αναγνωρίζεται στον Έλληνα αναθεωρητικό νομοθέτη η εξουσία να αναθεωρεί ελεύθερος και αδέσμευτος το Σύνταγμα τηρώντας βεβαίως τις προϋποθέσεις που θέτει το μόνο εφαρμοστέο εν προκειμένω άρθρο 110Σ».

Εκεί βρισκόταν κατά την γνώμη μου το αδύνατο σημείο του νομικού συλλογισμού της απόφασης 3242/2004: στο ότι αρνήθηκε ότι συνέτρεχε στην επίδικη διαφορά ζήτημα εναρμονίσεως και άρα διασταυρώσεως των πεδίων εφαρμογής εθνικού και κοινοτικού δικαίου. Και επί πλέον –κάτι εξίσου σημαντικό- ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης, υπόκειται και αυτό, ως συντεταγμένη εξουσία, σε περιορισμούς και ειδικά σε αυτούς που απορρέουν από τις διεθνείς δεσμεύσεις της Ελλάδος δυνάμει του άρθρου 28 παρ. 2 και 3 Σ, όπως επισημάναμε πιο πάνω και αλλού[22]. Οι

---

[21] Η μειοψηφική γνώμη των Κοτσώνη και Ράμμου στην απόφαση 3242/2004 αποδείχθηκε εκ των υστέρων ότι ήταν, τελικά, η πιο ενδεδειγμένη. Διότι είχε, χωρίς περιστροφές, από την αρχή διατυπώσει την γνώμη `ότι οι διατάξεις του Συντάγματος άρθρο 14 παρ. 9 και εκείνες του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ ρυθμίζουν ζητήματα ανήκοντα στο αυτό καθ΄ύλην αντικείμενο, καθιερώνοντας και οι δύο περιπτώσεις αποκλεισμού νομίμως λειτουργουσών εργοληπτικών επιχειρήσεων από την διαδικασία αναθέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως δημοσίων έργων…Αφ΄ής στιγμής ένας κανόνας δικαίου έχει συμπεριληφθεί σε οδηγία και η αντιμετωπιζόμενη από εκείνον περίπτωση έχει καταστεί αντικείμενον ρυθμίσεως εκ μέρους της, ο συγκεκριμένος αυτός κανόνας έχει περιαχθεί στο χώρο του παραγώγου δικαίου και συνιστά ρύθμιση εναρμονίσεως.»

[22] Βλέπε σχετικά και τις αντίστοιχες μειοψηφίες στην απόφαση ΣτΕ 3470/2011.

προβλέψεις του άρθρου 28 συνιστούν σιωπηρά όρια, οριοθετούν την αναθεωρητική εξουσία του άρθρου 110Σ.

Με τον τρόπο αυτό η 'εθνοκεντρική', όπως αποκλήθηκε, απόφαση του Δ' Τμήματος 3242/2004, υπερασπίστηκε την υπεροχή του Συντάγματος και το αδέσμευτο της αναθεωρητικής εξουσίας στην ελληνική έννομη τάξη, αγνοώντας παντελώς την ευρω-ενοποιητική και τροποποιητική του Συντάγματος λειτουργία του άρθρου 28Σ καθώς και τα σιωπηρά όρια της αναθεώρησης του Συντάγματος, που απορρέουν από την εφαρμογή του ίδιου άρθρου.

Η υπόθεση παραπέμφθηκε τελικά στην Ολομέλεια, η οποία και την έστειλε με την απόφαση ΣτΕ 3670/2006 στο ΔΕΚ ζητώντας να απαντήσει σε προδικαστικά ερωτήματα ερμηνείας και εφαρμογής του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, που προέβλεπε ορισμένες επαγγελματικές αναξιότητες, ενόψει των ασυμβιβάστων που καθιέρωνε η εθνική μας νομοθεσία. Κατά πόσον ήταν συμβατές οι μεν με τις δε.

Στην προδικαστική αυτή απόφαση της Ολομέλειας διατυπώθηκαν όλες οι δυνατές ερμηνευτικές αποχρώσεις της κρινόμενης συνταγματικής διάταξης με πρώτη εκείνη της πλειοψηφίας, η οποία, εφαρμόζοντας την πλέον ανελαστική και αυστηρή, ούτως ειπείν, ερμηνεία του άρθρου 14 παρ.9Σ, που στην προκειμένη περίπτωση λειτουργούσε ως κανόνας αναφοράς, κατέληξε στην ερμηνευτική διαπίστωση ότι «Η επιλογή του όρου 'ασυμβίβαστη ιδιότητα', όρου περιλαμβάνοντος δύο λέξεις *με σαφή και αναμφισβήτητη έννοια,* δεν είναι άνευ σημασίας. Σημαίνει ότι, *εξ αυτού τούτου του Συντάγματος,* καθιερώνεται ένα *απόλυτο κώλυμα για τους επιχειρηματίες,* που δραστηριοποιούνται υπό τις ειδικότερες διακρίσεις στους τομείς που αναφέρονται περαιτέρω …, ο *κοινός νομοθέτης δεν μπορεί βεβαίως να το άρει και δεν έχει περιθώριο θεσπίσεως ρυθμίσεων*…». Επιλέγοντας στην ουσία την γραμματική σε συνδυασμό με την αναζήτηση της αντικειμενικής βούλησης του νομοθέτη ερμηνευτική προσέγγιση, ο ερμηνευτής- δικαστής δεν άφηνε κανένα περιθώριο διάσωσής της μέσω μιας άλλης, ηπιότερης, ερμηνευτικής εκδοχής. Για την πλειοψηφία τόσο «*το γράμμα της διάταξης όσο και οι στόχοι της ήταν σαφείς*» και άρα δεν επιδεχόταν άλλου είδους ερμηνεία. Δεν είναι, πάντως, η ερμηνευτική μέθοδος που προκάλεσε τις επιφυλάξεις όσο ο απόλυτος τρόπος της διατύπωσής της και η συνειδητή επιλογή *της συγκρουσιακής σχέσης Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου*.

Ο Έλληνας δικαστής γνώριζε ασφαλώς, την εποχή που επέλεγε την συγκρουσιακή αυτή ερμηνευτική εκδοχή, ότι δεν εναρμονιζόταν με τη διαλογική και συμφιλιωτική τάση τόσο των εθνικών συνταγματικών δικαστηρίων όσο και του ΔΕΚ σχετικά με τις σχέσεις των δύο δικαιοταξιών. Και όμως επέλεξε τόσο στο ζήτημα των ασυμβιβάστων, όσο και σε εκείνο των τεκμηρίων των παρένθετων προσώπων την ερμηνευτική εκείνη εκδοχή, που μπορεί μεν να μη οδηγούσε αναγκαστικά σε ευθεία σύγκρουση κοινοτικό δίκαιο και Σύνταγμα,

έθετε, όμως, έμμεσα, το ίδιο το Σύνταγμα, υπό την κρίση του κοινοτικού δικαστή σαν να ήταν ένας κοινός νόμος.

Η ερμηνευτική αυτή επιλογή *περιείχε*, όμως, και *μια αντινομία*: από την μία μεριά ασκώντας έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων κατέληξε στην αντισυνταγματικότητα της κρινόμενης νομοθετικής διάταξης, αναγνωρίζοντας έτσι ρητά την τυπική υπεροχή του Συντάγματος στο εσωτερικό δίκαιο. Και από την άλλη, όταν χρειάστηκε να κάνει έλεγχο της συμβατότητας της ίδιας νομοθετικής διάταξης με το κοινό δίκαιο, αναγκάστηκε για τις ανάγκες του ελέγχου της συμβατότητας και της οικονομίας της δίκης και εξαιτίας της ερμηνείας που είχε δώσει στη συνταγματική ρύθμιση, να αγνοήσει την τυπική υπεροχή του και να το εξομοιώσει με κοινό νόμο. Πως είναι δυνατόν την ίδια στιγμή να ασκεί έλεγχο της συνταγματικότητας και να κρίνει την κρινόμενη νομοθετική διάταξη αντισυνταγματική με κανόνα αναφοράς και ελέγχου το Σύνταγμα και ταυτόχρονα να ασκεί έλεγχο συμβατότητας με κανόνα αναφοράς και ελέγχου το κοινοτικό δίκαιο και με ελεγχόμενο κανόνα την ίδια συνταγματική διάταξη που προηγουμένως την είχε χρησιμοποιήσει ως κανόνα ελέγχου; Και ναι μεν οι δύο έλεγχοι είναι λογικά και διαδικαστικά αυτοτελείς και ανεξάρτητοι μεταξύ τους και δικαιολογείται εν μέρει η διαφορετική μεταχείριση του Συντάγματος στον κάθε ένα έλεγχο. Ωστόσο, επειδή ερμηνευτικά και δικονομικά οι δύο έννομες τάξεις συμπλέκονται μεταξύ τους, απαιτείται μία συνεκτική λογικά και ερμηνευτική μεταχείρισή τους[23].

Έτσι, για να μιλήσουμε με όρους αυτή τη φορά ιδεολογικο-πολιτικούς, αν η απόφαση 3242/2004 διαπνεόταν από ένα πνεύμα «συνταγματικού πατριωτισμού» ή «εθνοκεντρισμού», η 3670/2006 αντίθετα υπέκυψε στον πειρασμό ενός πρωθύστερου ευρωπαϊκού φεντεραλισμού. Στην πράξη αρνήθηκε να υιοθετήσει κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας την ερμηνεία εκείνη της συνταγματικής διάταξης, που θα την οδηγούσε στο να μην θέσει υπό την κρίση του ΔΕΚ ρύθμιση συνταγματική, αλλά μόνον την αντίστοιχη νομοθετική, εκείνη του εκτελεστικού νόμου. Το αποτέλεσμα θα ήταν το ίδιο. Στην πράξη αρνήθηκε να υιοθετήσει μια ενδιάμεση θέση, που θα διέσωζε και το κύρος του Συντάγματος και την πρωταρχικότητα του κοινοτικού δικαίου. Παρέλειψε να ενεργήσει έτσι ώστε και «τούτο ποιείν κακείνο μη αφιέναι».

---

[23] Βλέπε και τον εκτενή κριτικό σχολιασμό της απόφασης από τον Ευ. Βενιζέλο, 'Ερμηνευτικός σχετικισμός, δικονομικοί καταναγκασμοί, δογματικές αντιφάσεις και πολιτικά διλήμματα στη νομολογία του Συμβουλίου Επικρατείας για τις σχέσεις εθνικού Συντάγματος και ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου-Η παραδειγματική λειτουργία της ΣτΕ (Ολ.) 3670/2006 για το άρθρο 14 παρ. 9Σ', *ΕφημΔΔ*, 1/2008. 85 (90, 93) καθώς και τις κριτικές παρατηρήσεις της τόσο της απόφασης ΣτΕ 3670/20006 όσο και της απόφασης ΣτΕ 3242/2004 της Σοφία Κουκούλη-Σπηλιωτοπούλου, Από την απόφαση ΣτΕ (Δ') 3242/2004 στην απόφαση ΣτΕ (Ολ.) 3670/2006: το Συμβούλιο της Επικρατείας και οι «συνταγματικές» αρχές της έννομης τάξης ΕΚ/ΕΕ Κοινοτικό Δίκαιο και Εθνικό Σύνταγμα, *ΕφημΔΔ* , *5*/2007. 290.

Θέση που είχε ωστόσο υποδείξει έγκαιρα και με πληρότητα η μοναχική μειοψηφία ενός Συμβούλου, του Δ. Πετρούλια.
Αξίζει τον κόπο να εκτεθεί η ίδια πιο αναλυτικά, αν και μειοψηφούσα τότε, διότι αποτέλεσε την βάση, το πρόπλασμα για την έκδοση της τελικής απόφασης 3471/2011 μετά την έκδοση της απόφασης του ΔΕΚ. Στην μοναχική του εκείνη γνώμη ο Σύμβουλος Πετρούλιας τόνισε την *αναγκαιότητα της εναρμονισμένης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του συντάγματος και την θεμελίωσε στο ίδιο το Σύνταγμα, υποστηρίζοντας* ότι «Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΚ το κοινοτικό δίκαιο, πρωτογενές ή παράγωγο υπερισχύει κάθε αντίθετης διάταξης, αδιακρίτως, του εθνικού δικαίου των κρατών μελών, έστω και αν πρόκειται για διάταξη συνταγματικού επιπέδου. Ως εκ τούτου εθνικός δικαστής, όταν συντρέχει εφαρμογή κανόνων του εθνικού δικαίου και του κοινοτικού δικαίου και ανακύπτει ζήτημα αντίθεσής τους, οφείλει να ερμηνεύει τις εθνικές διατάξεις υπό το φώς του κοινοτικού δικαίου, επιδιώκοντας στο μέτρο του δυνατού *μια εναρμονισμένη με τους κοινοτικούς κανόνες ερμηνεία του εθνικού δικαίου*».
Και για να μην μείνει αμφιβολία για την συνταγματική θεμελίωση της ερμηνείας αυτής, η μειοψηφήσασα γνώμη επικαλέστηκε τόσο τις συνταγματικές διατάξεις που προβλέπουν την συμμετοχή της χώρας στους Διεθνείς Οργανισμούς, το άρθρο 28 παρ. 2 και 3, *όσο κυρίως την ερμηνευτική δήλωση που προστέθηκε με την αναθεώρηση του 2001 στο άρθρο 28, σύμφωνα με την οποία το άρθρο αυτό «αποτελεί θεμέλιο για την συμμετοχή της χώρας στις διαδικασίες της Ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης»*. Και η γνώμη κατέληγε: «Κατά συνέπεια, αλλά και ενόψει και της προβλεπόμενης αποκλειστικά στο άρθρο 110 του Συντάγματος αυστηρής και με σοβαρούς χρονικούς περιορισμούς, διαδικασίας αναθεώρησης του, *όταν ανακύπτει ζήτημα αντίθεσης συνταγματικών διατάξεων και διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, επιβάλλεται από τις διατάξεις του άρθρου 28, όπως αυτές που ερμηνεύτηκαν αυθεντικά από τον αναθεωρητικό νομοθέτη, η σύγκρουση να αίρεται με μία σύμφωνη κατά το δυνατόν με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος*». Και η μειοψηφούσα γνώμη κατάληγε ότι «η Ολομέλεια πρέπει να επιφυλαχθεί να ερμηνεύσει τις ως άνω συνταγματικές διατάξεις, κατά τρόπο σύμφωνο με το κοινοτικό δίκαιο, μετά την απάντηση του ΔΕΚ επί του προδικαστικού ερωτήματος για την έννοια και το κύρος των κρίσιμων διατάξεων της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ ζητώντας από το ΔΕΚ να αποφανθεί, εάν εθνικές ρυθμίσεις όπως εκείνες όχι του άρθρου 14 παρ. 9Σ αλλά του εφαρμοστέου στην κρινόμενη υπόθεση εκτελεστικού του ν. 3021/2002 είναι συμβατές με το κοινοτικό δίκαιο».
Η θέση αυτή της μειοψηφούσας γνώμης, διαυγής και συνταγματικά τεκμηριωμένη, αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα εναρμονισμένης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του Συντάγματος. Η μόνη, τελικά, σωστή βάση διευθέτησης της σύγκρουσης. Ο ερμηνευτής, ως τελικός κριτής, μπορεί να *αίρει τις νοηματικές αντινομίες* ξεκινώντας από την πρωτογενή, βάσει των συνθηκών, κατανομή των δικαιοδοσιών, χωρίς

να θίγει την ισχύ ή το κύρος της μιας ή άλλης πηγής του δικαίου και χωρίς να αναστατώνει την αρμονική κανονιστική συνάρθρωσή τους[24].

Η πρόταση της μειοψηφίας βρήκε, τελικά, ανταπόκριση στην τελική απόφαση του ΣτΕ μετά την απόφαση ου ΔΕΚ, που έκρινε ευθέως την εθνική ρύθμιση του γενικού και απόλυτου αποκλεισμού από τις δημόσιες συμβάσεις μία ολόκληρη κατηγορία εργοληπτών αντίθετη στο κοινοτικό δίκαιο κρίνοντας με *γνώμονα και μέτρο δικαιοδοτικό την τεχνική της αναλογικότητας.*
Το ΔΕΚ κατέληξε στην C-213/07 ότι «εθνική διάταξη η οποία καθιερώνει *γενικό ασυμβίβαστο* μεταξύ του τομέα το δημοσίων έργων και του τομέα των μέσων ενημέρωσης, αποκλείοντας μια ολόκληρη κατηγορία εργοληπτών δημοσίων έργων βάσει αμάχητου τεκμηρίου, σύμφωνα με το οποίο, η παρουσία μεταξύ των υποβαλλόντων την προσφορά –εργολήπτη που εμπλέκεται και στον τομέα των μέσων ενημέρωσης είναι *αναπόφευκτα ικανή να αλλοιώσει τον ανταγωνισμό χωρίς να του παρέχεται δικαίωμα απόδειξης τυχόν προβαλλομένων στοιχείων*, βαίνει πέραν του *αναγκαίου μέτρου* για την επίτευξη των ως άνω προβαλλομένων στόχων της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, *παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας*».

2. Σύνοψη νομολογικών πορισμάτων: γόνιμος διάλογος ΣτΕ με το ΔΕΚ με αγωγό την αναλογικότητα και την εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος

Η νομολογιακή και ερμηνευτική συμβολή του διαλόγου ΔΕΚ και ΣτΕ, που επιβεβαιώθηκε στις προηγούμενες αποφάσεις των Ανώτατων Δικαστηρίων του Ελλάδος και της ΕΕ, μπορεί να συνοψιστεί στα ακόλουθα πορίσματα.

Πόρισμα πρώτο: η *προτεραιότητα εφαρμογής και όχι υπεροχής του κοινοτικού δικαίου έναντι του εθνικού*

Οι αποφάσεις θέτουν τέρμα, πιστεύω, οριστικό στη συζήτηση των σχέσεων εθνικού Συντάγματος και Ενωσιακού Δικαίου. Για την ελληνική, τουλάχιστον, συνταγματική τάξη *δεν τίθεται* θέμα *υπερίσχυσης ή υπεροχής ισχύος του κοινοτικού δικαίου απέναντι στο*

[24] Την ερμηνευτική αυτή εκδοχή είχε επικροτήσει και ο Βενιζέλος, Ερμηνευτικός σχετικισμός, ό.π. σ. 93 επ. Την είχε υποδείξει και η μειοψηφία Κοτσώνη και Ράμμου στην ΣτΕ 3242/2004

Σύνταγμα, για τον απλούστατο λόγο ότι οι σχέσεις των δύο μεταξύ τους –όπως και κάθε άλλη σχέση ενωσιακού και εθνικού δικαίου- δεν διέπονται ούτε μπορούν να διέπονται από σχέση τυπικής ιεράρχησης των δικαιοταξιών τους αλλά από σχέσεις κατανομής δικαιοδοσιών και λειτουργικής συνάρθρωσής τους. Το αίτημα της άμεσης, ομοιόμορφης και αποτελεσματικής εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου προσδίδει, σίγουρα, στο κοινοτικό δίκαιο *προτεραιότητα κατά την εφαρμογή του για τους τομείς που έχουν παραχωρηθεί στην κοινοτική δικαιοδοσία*. Και η προτεραιότητα αυτή αναγνωρίζεται και σε σχέση με το εθνικό Σύνταγμα.

Πόρισμα δεύτερο: εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος

Η *πρόταξη* του κοινοτικού δίκαιου που εκδηλώνεται με τη προτεραιότητα της εφαρμογής του απέναντι στο εθνικό, επιβάλει και δικαιολογεί, δυνάμει και της ευρωενοποιητικής λειτουργίας του άρθρου 28 παρ. 2 και 3Σ, σε συνδυασμό και με την αντίστοιχη ερμηνευτική δήλωση υπό το ίδιο άρθρο, ερμηνεία των τυχόν συγκρουόμενων νοηματικά εθνικών και κοινοτικών διατάξεων τέτοια που να *διευκολύνει την αρμονική νοηματικά συνάρθρωσή τους*. Για την άρση ή επίλυση τυχών αντινομιών μεταξύ των δύο δικαιοταξιών επιβάλλεται άρα να εφαρμόζεται η ερμηνευτική μέθοδος, που *εξασφαλίζει την αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου* με απώτερο στόχο την διασφάλιση του «χρήσιμου αποτελέσματος» (effet direct et utile). Η πλέον αρμόζουσα ερμηνευτική μέθοδος είναι η *ερμηνευτική τεχνική της εναρμονισμένης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του εθνικού δικαίου, στο οποίο περιλαμβάνεται και το Σύνταγμα*[25]. Η εφαρμογή της θεμελιώνεται μάλιστα στο ίδιο το Σύνταγμα και συγκεκριμένα στην «*ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 28 του Συντάγματος από την οποία προκύπτει η υποχρέωση εναρμόνισης των συνταγματικών διατάξεων με τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου που αποτελεί άλλωστε και την εκπεφρασμένη βούληση του αναθεωρητικού νομοθέτη*» (ΣτΕ 3471/2011).

---

[25] Βλέπε και πάλι συνοπτικά MICHALIS VILARAS, ό.π., 294- 302. Προς την ίδια κατεύθυνση, της άρσης της ενδεχόμενης σύγκρουσης μέσω της τεχνικής της ερμηνείας και η συνθετική εισήγηση του FR. MODERNE, Cours suprêmes nationales et Cours européennes : conflits ou collaboration ?, ό.π., σ. 378.

Με τον τρόπο αυτό το ζήτημα της σύγκρουσης ή της αντινομίας δύο διατάξεων, δύο διαφορετικών εννόμων τάξεων, που ξεκινά από μια ασυμφιλίωτη *σύγκρουση δικαιοδοσιών και αρμοδιοτήτων μετατοπίζεται σε ζήτημα ερμηνείας και συμφιλίωσης αντιθετικών νοημάτων και επιδιώκεται να λυθεί με την μέθοδο της εναρμονισμένης ερμηνείας τους*[26].

Το γεγονός ότι η ερμηνευτική αυτή μέθοδος φέρνει σε νοηματική επικοινωνία το Σύνταγμα με πηγή δικαίου κατώτερης ισχύος στην εσωτερική συνταγματική τάξη, δεν δημιουργεί πρόβλημα διότι η ερμηνεία αφορά νοήματα, συνδέεται με το κανονιστικό περιεχόμενο μιας διάταξης και δεν αφορά ούτε επηρεάζεται από την βαθμίδα της τυπικής ισχύος της.

Θα πρέπει ακόμη να επισημανθεί ότι η εναρμονισμένη ερμηνεία είναι πιο ευρεία, πιο ευέλικτη και πιο προσαρμόσιμη στις ιδιαιτερότητες της κάθε υπόθεσης και αφήνει πολύ μεγαλύτερα περιθώρια στην διαπλαστική εξουσία του δικαστή σε σχέση με την *σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία*[27]. Για αυτό και προτιμάται, επειδή αρμόζει στις πολύπλοκες και μεταβαλλόμενης σχέσεις κοινοτικού και εθνικού δικαίου. Με την μέθοδο αυτή δεν εναρμονίζονται διατάξεις αλλά κανονιστικά περιεχόμενα και για την ακρίβεια *νοήματα που πλάθονται από την δικαστική πρακτική ή νομολογία*. Διαδικασία που δείχνει πόσο σημαντική και καθοριστική είναι η δικαιοπλαστική εξουσία του δικαστή, όταν ενεργεί ως δικαστής της συνταγματικότητας και ταυτόχρονα και ως κοινοτικός δικαστής.

Η δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος πλάθει, ερμηνευτικά, κανόνες δικαίου, normes συνταγματικής ουσίας ή περιωπής, που έχουν κύρος συνταγματικό χωρίς όμως να αποτελούν ή να αντιμετωπίζονται, ως διατάξεις του τυπικού Συντάγματος. Στην

---

[26] Σχετικά με το καθήκον του δικαστή να αναζητά και να διατυπώνει ερμηνεία κατάλληλη για την άρση κάθε σύγκρουσης εθνικού και κοινοτικού δικαίου, βλέπε *Mattias Kumm*, The Jurisprudence of constitutional Conflict.. *European Law Journal, 3/2005, σ. 287:* «*The task of national courts is to construct an adequate relationship between the national and the European legal order on the basis of the best interpretation of the principles underlying them both. The right conflict rule or set of conflict rules for a national judge to adopt is the one that is best calculated to produce the best solutions to realise the ideals underlying legal practice in the European Union and its Member States*».

[27] Βλέπε σχετικά για την διαφοροποίηση της εναρμονισμένης από την σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία, Λίνα Παπαδοπούλου, ό.π., σ. 427 και 452, και υποσημείωση 44, και Κ. Γιαννακόπουλου, ό.π., σ. 420-450, οποίος δεν επισημαίνει, ωστόσο, τη διαφορά που υπάρχει μεταξύ τους

προκειμένη περίπτωση μάλιστα με την εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος διαπλάθεται ένας *σύνθετος θεμελιώδης κανόνας δικαίου από την ερμηνευτική γονιμοποίηση συντάγματος και θεμελιωδών αρχών του ενωσιακού δικαίου. Οι σκοποί της Ένωσης διασταυρώθηκαν με τους σκοπούς του Συντάγματος σε αρμονική, νοηματικά, σύζευξη και σύμπλευση μεταξύ τους*[28]. Αυτό φάνηκε στον τρόπο που ο δικαστής ενσωμάτωσε

[28] Βλέπε την διαφορετική θέση του Κ. Γιαννακόπουλου σε μια σειρά από σχετικές μελέτης τους, που παραθέτουμε στο τέλος της σημείωσης. Ο συγγραφέας υποστηρίζει, μεταξύ πολλών πρωτότυπων αναλύσεων, ότι οι κοινοτικοί σκοποί υπερτερούν, υπερισχύουν των συνταγματικών και στην πράξη υποβαθμίζουν ή παραμερίζουν τους συνταγματικούς. Πιστεύω πως είναι άσκοπο να δεχτούμε και μάλιστα a priori, ότι οι κοινοτικοί σκοποί και γενικότερα οι επιδιώξεις ή οι στόχοι των κοινοτικών πολιτικών υπερέχουν, εξ ορισμού, και «επικαθορίζουν» αναγκαστικά τους συνταγματικούς σκοπούς γενικά και αόριστα, όπως υποστηρίζει σε μια σειρά από μελέτες του ο Κ. Γιαννακόπουλος. Στο μέτρο βέβαια που οι κοινοτικές πολιτικές και μαζί τους οι θεμελιώδεις κοινοτικές ελευθερίες επιδιώκουν σκοπούς οικονομικής πολιτικής, που πρέπει να πραγματώνονται και επειδή τα κράτη μέλη βαρύνονται με την υποχρέωση πραγμάτωσή τους, τότε η «υπεροχή» τους είναι αυτονόητη ως αυτόματη συνέπεια της πρωταρχικότητας του κοινοτικού δικαίου έναντι του εθνικού και δεν χρειάζεται με αυτήν την έννοια ούτε καν να επιχειρηματολογεί κανείς. Δεν ισχύει, όμως, το ίδιο έτσι γενικά και αόριστα, και για τους συνταγματικούς σκοπούς. Και τούτο διότι ούτως ή άλλως οι συνταγματικοί σκοποί, όπως άλλωστε και οι κοινοτικοί, δεν ορίζονται ρητά στο Σύνταγμα ούτε βέβαια στις συνθήκες. Είναι από τη φύση τους αόριστοι και άρα διαρκώς προσδιορίσιμοι. Προκύπτουν συνήθως από την ερμηνεία και τις περισσότερες φορές από την συστηματική ερμηνεία του νομοθετικού ή συνταγματικού κειμένου. Οι σκοποί π.χ. του άρθρου 14 παρ. 9Σ π.χ. δεν περιέχονταν στο κείμενο της συνταγματικής διάταξης. Προέκυπταν από τα Πρακτικά της Βουλής ή από την εισηγητική έκθεση του εισηγητή της πλειοψηφίας και από τις συζητήσεις στη Βουλή. Ο δικαστής- ερμηνευτής της διάταξης αναζητούσε και διατύπωνε τον σκοπό. Ο δεύτερος λόγος που καθιστά την τυπική ιεράρχηση των σκοπών ή και την συζήτηση για την υποβάθμιση ή αναβάθμισή τους ή ακόμη και για την μετάλλαξή τους, άσκοπη, είναι, κατά την γνώμη μου, ότι οι σκοποί είναι εξ ορισμού όχι μόνον αόριστοι και γενικοί αλλά και μεταβλητοί. Αυτό συνεπάγεται την αποκάλυψη του νοήματος κυρίως κατά την εφαρμογή τους και καθιστά σχετικά εύκολη την ώσμωση των κοινοτικών με τους εθνικούς συνταγματικούς σκοπούς. Η κανονιστική μετάλλαξη της οικονομικής ελευθερίας σε ελευθερία του ανταγωνισμού τόσο στο εθνικό όσο και στο κοινοτικό δίκαιο διευκολύνει την συναλλαγή και εναρμονισμένη επιδίωξη κοινών τελικά σκοπών. Η συγκρουσιακή ή η ιεραρχημένη αντιμετώπιση συνταγματικών και κοινοτικών σκοπών δεν βλέπω να εξυπηρετεί κάποιο ορατό θεσμικό ή ερμηνευτικό λόγο. Άλλωστε οι σκοποί έχουν, όπως είπαμε, εξ ορισμού ένα εύπλαστο και δυναμικό περιεχόμενο. Μεταβάλλονται και προσαρμόζονται εύκολα, ανάλογα με τις συνθήκες και τις εξελίξεις της οικονομικής πολιτικής των κρατών μελών αλλά και της ΕΕ. Βλέπε Κ. Γιαννακόπουλου, 'Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη', *ΕφημΔΔ*, 5/2008.733, του ίδιου 'Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και διαφάνεια: όρια και σκοποί του κρατικού παρεμβατισμού', *ΕφημΔΔ* 6/2006. 758, του ίδιου, 'Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων', 2013, σ. 396-424, όπου ασκείται έντονη κριτική τόσο στην εθνική νομολογία όσο και στην εθνική νομοθετική πολιτική, υποστηρίζοντας ότι οι εξελίξεις στην ΕΕ και η οικονομική κρίση συντείνουν στην αποδόμηση της εθνικής συνταγματικής τάξης, καθιστούν μη βιώσιμο τον συνταγματικό πλουραλισμό και πλήττουν την συνοχή της ευρωπαϊκής συνταγματικής τάξης. Είναι ο κατηγορηματικός και απόλυτος τρόπος της διατύπωσης του συγγραφέα που προκαλεί τις επιφυλάξεις και εγείρει αμφιβολίες και όχι η

ασκώντας έλεγχο της συνταγματικότητας τους κοινοτικούς σκοπούς της Οδηγίας στον σκοπό του άρθρου 14 παρ. 9. Θεώρησε ότι «σκοπός των διατάξεων του άρθρου 14 παρ.9Σ είναι η αποτροπή όχι βέβαια κάθε εν γένει επιρροής των μέσων ενημέρωσης στην άσκηση της πολιτικής εξουσίας …αλλά μόνον της συγκεκριμένης αθέμιτης επιρροής … και μόνον στην περίπτωση που…ο (συμβαλλόμενος με το δημόσιο) προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια, προκειμένου να πετύχει να του ανατεθεί τελικώς η σύμβαση…».

Από την προηγούμενη νομολογιακή διατύπωση προκύπτει αβίαστα ότι ο εθνικός δικαστής μετά την απόφαση του ΔΕΚ ερμήνευσε εντελώς διαφορετικά το άρθρο 14 παρ. 9Σ απ' ό,τι στις προηγούμενες αποφάσεις ενσωματώνοντας στο κανονιστικό περιεχόμενο του άρθρου 14 σκοπούς του κοινοτικού δικαίου και συγκεκριμένα της Οδηγίας 93/37. *Με τον τρόπο αυτό σκοποί του κοινοτικού δικαίου και κανόνες νομολογιακοί του ΔΕΚ έγιναν σκοποί συνταγματικής περιωπής*[29] *σε συνάφεια όμως* και πάντως όχι σε αντίθεση με τους αρχικούς σκοπούς της συνταγματικής διάταξης. Νοήματα του κοινοτικού δικαίου ενσωματώνονται, στο μέτρο που προχωρά η ευρωπαϊκή ολοκλήρωση, μέσω της εναρμονισμένης ερμηνείας συνταγματικών διατάξεων με κοινοτικές διατάξεις, συμπληρώνοντας έτσι και εμπλουτίζοντας τα δικά τους νοήματα, διευρύνοντάς τα ή εξειδικεύοντάς τα.

Άρα σκοποί συνταγματικοί είναι δυνατόν να ερμηνεύονται με τρόπο εναρμονισμένο με αντίστοιχους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου, όταν αναφέρονται σε κοινό ή ταυτόσημο πεδίο εφαρμογής έτσι ώστε να αποφεύγεται η σύγκρουσή τους ή η ιεράρχησή τους. Αν πάλι τύχει και διαπιστωθεί ότι σκοποί του Συντάγματος συγκρούονται με τρόπο ασυμφιλίωτο κατά την επιδίωξή τους με σκοπούς και πολιτικές της ΕΕ και διαπιστωθεί ότι θίγεται η συνταγματική ταυτότητα της Ελληνικής Πολιτείας, τότε φυσικά νομιμοποιείται ο δικαστή να αρνηθεί να εφαρμόσει και οφείλει να παραμερίσει την διάταξη του παραγώγου δικαίου,

---

γενικόλογη διαπίστωση ότι η όλη πορεία δεν είναι ορθολογική ούτε συνεκτική και ότι πλήττεται η συνοχή και η ασφάλεια της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης. Σαν να μην είναι όλα τα τελευταία ζητούμενα και διαμορφωνόμενα αλλά έπρεπε να είναι δεδομένα.

[29] Ως προς το κανονιστικό περιεχόμενό τους ή την ουσία τους και όχι ως προς την τυπική τους ισχύ. Δεν απέκτησαν δηλαδή δύναμη τυπικής συνταγματικής διάταξης αλλά αξία θεμελιώδη νομολογιακού και ερμηνευτικού χαρακτήρα.

που θεωρεί ότι θίγει τη Δημοκρατία ή τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, μετά από αξιολογήσεις και σταθμίσεις που κάνει.

Η ερμηνευτική αυτή μέθοδος εφαρμόστηκε στην υπόθεση του βασικού μετόχου *κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων*, αλλά μπορεί να ανακύψει και κατά τον έλεγχο της συμβατότητας με αντίστροφη ενδεχομένως φορά: την εναρμονισμένη με το Σύνταγμα ερμηνεία και εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου, εφόσον φυσικά βασίζεται στην νομολογία του ΔΕΕ[30].

Το ότι στο θέμα της ερμηνείας της επίμαχης συνταγματικής διάταξης η Ολομέλεια του ΣτΕ έκανε στροφή, μετά την επικοινωνία που είχε με το ΔΕΚ στη ερμηνεία που είχε δώσει τόσο στην απόφαση του Τμήματος όσο και στην παραπεμπτική της Ολομέλειας, δεν συνιστά, κατά την γνώμη μου, τίποτε το παράδοξο ούτε αποτελεί ανατροπή νομολογιακού προηγούμενου. Για τον απλούστατο λόγο ότι οι προηγούμενες «αποφάσεις» του ΣτΕ ήταν «προσωρινές», παραπεμπτικές και μόνον η τελευταία είναι η οριστική και δημιουργεί νομολογιακό κανόνα. Η διαδικασία τελείωσε μετά τον διάλογο που ανοίχτηκε με το ΔΕΚ και είναι απολύτως «κανονικό» και αξιέπαινο το ότι το ίδιο Δικαστήριο άλλαξε «γνώμη» μετά την απόφαση του ευρωπαϊκού δικαστηρίου, προς την οποία συμμορφώθηκε εφαρμόζοντας καθ'υπόδειξη του ΔΕΚ μια καθόλα θεμιτή, συνταγματικά και δικανικά, μέθοδο ερμηνείας, την εναρμονισμένη καθώς και την κοινή στο κοινοτικό και εθνικό δίκαιο τεχνική του δικαστικού ελέγχου της αναλογικότητας. Αυτός είναι άλλωστε και ο λόγος της παραπομπής στο ΔΕΚ: να ερωτηθεί το ίδιο πάνω στην ερμηνεία διάταξης του ευρωπαϊκού δικαίου, και αν από την απάντηση προκύψει ανάγκη αλλαγής της νομολογίας του εθνικού δικαστή, τότε ο εθνικός δικαστής οφείλει να συμμορφωθεί. Τι πιο ορθό και αξιέπαινο;

Τρίτη, ενδιάμεση εισφορά: η πραγματολογική ερμηνευτική προσέγγιση του Συντάγματος

Στο σημείο αυτό ίσως χρειάζεται παρεμπιπτόντως να τονιστεί, με αφορμή τους προηγούμενους συλλογισμούς, ότι η ερμηνευτική μέθοδος που ακολουθήθηκε αποδεικνύει και επιβεβαιώνει πόσο επίκαιρη, αναγκαία και λειτουργική *είναι ερμηνευτική προσέγγιση*

[30] Για όλα αυτά εκτενέστερα τις αντίθετες, κριτικές παρατηρήσεις του Κ. Γιαννακόπουλου, ό.π., σ. 387-486.

του πραγματικού συντάγματος. Η ερμηνευτική δηλαδή προσέγγιση των συνταγματικών διατάξεων όχι ως πήλινα δοχεία αποστεωμένων ή απολιθωμένων κανονιστικών νοημάτων αλλά ως φορέων δυναμικών και εύπλαστων νοημάτων, των οποίων το περιεχόμενο δεν είναι δεδομένο μια για πάντα, αλλά καθορίζεται και επανακαθορίζεται διαρκώς μέσα από την συνταγματική πρακτική ενόψει μιας δυναμικής και μεταβαλλόμενης συνταγματικής πραγματικότητας.

Το πραγματικό νόημά τους δεν αποκαλύπτεται ως θεόραμα ούτε ανακαλύπτεται ως κρυμμένος θησαυρός, διαμορφώνεται μέσα από την πρακτική της έμπρακτης και δογματικής ερμηνείας και της λειτουργίας των θεσμών ή της εφαρμογής των νόμων, στις οποίες αδιάκοπα επιδίδονται φορείς εξουσίας, η θεωρία και τα αρμόδια δικαστήρια, με βάση κάποιες διαδικασίες τυπικές ή και άτυπες, και σε λογική αναφορά προς τις *θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις ρυθμιζόμενες σχέσεις*. Άλλωστε, το τυπικό Σύνταγμα από μόνο του δεν λέει τίποτε. Ο εφαρμοστής και ερμηνευτής του το κάνει να μιλάει. Φωνή αποκτά το Σύνταγμα, όταν πραγματώνεται και πραγματώνεται μέσα από τη νομοθετική, δικαστική, κυβερνητική, διοικητική και δικαστική πρακτική.

Η τυπολατρική ερμηνευτική προσέγγιση του Συντάγματος εμποδίζει τη συνταγματική σκέψη να εγκαταστήσει γέφυρες επικοινωνίας μεταξύ του θετού συνταγματικού κειμένου, της συνταγματικής πραγματικότητας *και των θεμελιωδών αρχών που ισχύουν στη συνταγματική πολιτεία, που* εμπνέουν και συνέχουν το πολίτευμα και την λειτουργία του *και ανταποκρίνονται στην κοινή συνταγματική συνείδηση που διαμορφώνεται διαρκώς και επικρατεί*[31].

Τέταρτο νομολογιακό πόρισμα: η αμφίβολη πρόταξη του ελέγχου της συνταγματικότητας έναντι εκείνου της συμβατότητας

Μία βιαστική ανάγνωση της απόφασης της Ολομέλειας του ΣτΕ ενδεχομένως να δημιουργεί την εντύπωση ότι δημιουργείται νομολογιακό προηγούμενο από την ίδια ότι ο έλεγχος της συνταγματικότητας προηγείται παντού και πάντοτε του ελέγχου

[31] Για την πραγματολογική ερμηνευτική προσέγγιση του Συντάγματος βλέπε Αντ. Μανιτάκη, ΕλλΣυντΔ, Ι., σ. 54 επ.

της συμβατότητας. Η εντύπωση είναι εσφαλμένη και χρειάζεται να αξιολογηθεί στο σωστό της μέγεθος.
Βέβαια αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι μετά την απόφαση του ΔΕΚ, το ΣτΕ αναγκάστηκε να ανατρέψει, όπως είδαμε στην παραπεμπτική του απόφαση, την ερμηνεία που είχε δώσει της κρίσιμης συνταγματικής, αλλάζοντας άρδην το νόημα που της απέδιδε. Έτσι, προκειμένου να ελέγξει το ισχυρό ή ανίσχυρο της επίδικης νομοθετικής διάταξης ο δικαστής της συνταγματικότητας ξανα-ερμήνευσε και ερμήνευσε αυτή τη φορά εντελώς διαφορετικά το Σύνταγμα απ΄ ό, τι στην παραπεμπτική στο ΔΕΚ απόφασή του. Υποχρεώθηκε να ερμηνεύσει τη επίδικη ρύθμιση εκ νέου *υπό το φώς του κοινοτικού δικαίου και της προδικαστικής απόφασης του ΔΕΚ και να διαπλάσει έτσι τον συνταγματικό κανόνα αναφοράς ή ελέγχου με βάση την γνωμοδοτική απόφαση του ΔΕΚ*. Και ο νομολογιακός κανόνας αναφοράς που διέπλασε, ενόψει και του σκοπού της συνταγματικής διάταξης, που προέκυψε από την ερμηνεία ολόκληρης της επίμαχης συνταγματικής διάταξης του άρθρου 14 παρ. 9Σ, διαμορφώθηκε από *ολόκληρο το πλέγμα των κρίσιμων συνταγματικών και νομοθετικών διατάξεων*. Και φυσικά και από την σχετική πρόβλεψη για τους συγγενείς και τα παρένθετα πρόσωπα με το αμάχητο τεκμήριο που καθιερωνόταν, μη λησμονώντας ότι ασκεί πάντα παρεμπίπτοντα και συγκεκριμένο έλεγχο της συνταγματικότητας, ακόμη και όταν ενεργεί μετά από ερώτημα στο ΔΕΚ.
Από την στιγμή που ο Έλληνας δικαστής είχε λύσει ερμηνευτικά το ζήτημα της συμβατότητας των κρίσιμων εθνικών διατάξεων με το δίκαιο της ΕΕ, ήταν υποχρεωμένος να τάμει οριστικά την αντιδικία, που είχε ανακύψει, εκδίδοντας σχετική απόφαση πάνω στην συνταγματική αμφισβήτηση που προείχε. Όφειλε δηλαδή να λύσει το κεντρικό ζήτημα της διαφοράς, που ήταν το ισχυρό ή ανίσχυρο της επίδικης νομοθετικής διάταξης ενόψει του Συντάγματος. *Προηγείτο από αυτήν την άποψη και για λόγους δικονομικούς και ουσιαστικούς ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων*. Ο έλεγχος άλλωστε της συμβατότητας ήταν στην συγκεκριμένη υπόθεση περιττός, παρείλκε, αφού η ερμηνευτική αμφιβολία, που είχε ανακύψει παρεμπιπτόντως, είχε επιλυθεί και μπορούσε με λυσιτέλεια να επιδράσει στον προέχοντα λόγο της αντισυνταγματικότητας.
Από την πρόταξη όμως αυτή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας, θα ήταν βιαστικό και ατεκμηρίωτο να

συναχθεί το συμπέρασμα ότι διαπλάστηκε τάχα ένας γενικός νομολογιακός κανόνας προτεραιότητας του ελέγχου της συνταγματικότητας σε κάθε περίπτωση έναντι του ελέγχου της συμβατότητας. Εξαρτάται από την φύση, από τα πραγματικά και νομικά ή δικονομικά δεδομένα της συγκεκριμένης κάθε φορά διαφοράς καθώς και από το είδος της ερμηνείας των κρίσιμων διατάξεων[32] .

Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων προηγείται μεν κατά κανόνα, λογικά, του ελέγχου της συμβατότητας, όταν η προβολή και εξέταση των λόγων αντισυνταγματικότητάς έχουν προταχθεί δικονομικά και η εξέτασή τους δεν συναρτάται ούτε εξαρτάται από ζητήματα ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου, καθώς και όταν η οικονομία της δίκης ή η λυσιτέλεια του ζητήματος δεν επιβάλλει την προηγούμενη εξέταση της συμβατότητας της κρινόμενης διάταξης πριν κριθεί η συνταγματικότητά της, όπως συνέβη με την απόφαση 3471/2006. Αυτόν τον νομολογιακό κανόνα καθιέρωσε κατά το γνώμη μου και η σχολιαζόμενη εδώ απόφαση του ΣτΕ, μετριάζοντας την απόλυτη προτεραιότητα που αφήνει να εννοηθεί ότι καθιερώνει η απόφαση ΣτΕ 161/2010 για το ίδιο ζήτημα[33].

---

[32] Η σχετικοποίηση του κανόνα, ότι ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας προηγείται του ελέγχου της συμβατότητας, επιβεβαιώθηκε και από την απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ 161/2010, όπου ρητά διακηρύχθηκε ότι «*πρέπει κατ΄αρχάς να εξετάζεται το ζήτημα της συνταγματικότητας της ρύθμισης. Και εάν μεν η ρύθμιση αυτή κριθεί αντισυνταγματική και επομένως μη εφαρμοστέα, θα καταστεί πλέον αλυσιτελής η εξέταση του ζητήματος του συμβατού της ρυθμίσεως με το κοινοτικό δίκαιο. Η τήρηση της ανωτέρω σειράς κατά την εξέταση του εφαρμοστέου ή μη της επίμαχης ρύθμισης όχι μόνον δεν παραβιάζει την υποχρέωση του εθνικού δικαστή να αφήσει ανεφάρμοστη, σε συμμόρφωση προς την αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου, εθνική ρύθμιση αντικείμενη προς το κοινοτικό δίκαιο, αλλά και είναι η μόνη κατάλληλη για την λυσιτελή εξέταση του ζητήματος του συμβατού της εθνικής ρύθμισης προς το κοινοτικό δίκαιο*». Και ο δικαστής κλείνει τον συλλογισμό του, υπογραμμίζοντας ότι και «κατ΄εφαρμογήν του άρθρου 234 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, τα προδικαστικά ερωτήματα», που αφορούν την ερμηνεία κρίσιμων για την διαφορά διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, «*προϋποθέτουν πάντως την πλήρη επίλυση από τον μόνον αρμόδιο προς τούτο εθνικό δικαστή όλων των ζητημάτων που άπτονται της ερμηνείας και του εφαρμοστέου κατά το εθνικό δίκαιο της υπό έλεγχο εθνικής διατάξεως*». Αντιτάχθηκε στην ανωτέρω πλειοψηφική άποψη μια ισχυρή μειοψηφία, η οποία υποστήριξε τη πρόταξη του κοινοτικού με το επιχείρημα ότι το ζήτημα της συνταγματικότητας είχε επιλυθεί ήδη σε προηγούμενες αποφάσεις από την νομολογία. Από την συνδυασμό των δύο απόψεων προκύπτει, πάντως, ότι εφόσον ανακύψει ζήτημα αντισυνταγματικότητας εφαρμοστέας εθνικής διάταξης, η εξέτασή του προηγείται για λόγους ακόμη και λυσιτέλειας ως προς την ερμηνεία και εφαρμογή του κοινοτικού.

[33] Βλέπε σχετικά Ε υ γ ε ν ί α Π ρ ε β ε δ ο ύ ρ ο υ , ό.π., 2 και την εκεί παραπεμπόμενη πλούσια γαλλική σχετική νομολογία.

Η νομολογιακή πορεία της υπόθεσης του Βασικού μετόχου από την πρώτη μέχρι την τελευταία απόφαση δεν έχει κατά την γνώμη μου τίποτε το παράδοξο ούτε το επικριτέο[34]. Οι νομολογιακές παλινωδίες ήταν δικαιολογημένες και εν μέρει αναπόφευκτες και θα έλεγα απόλυτα φυσιολογικές. Υπήρξαν μάλιστα από άποψη διαδικαστική αλλά και ουσιαστική εξαιρετικά διαφωτιστικές όχι μόνον για την καταγραφή και κατανόηση μιας ιδιαίτερα κρίσιμης, αντιφατικής και δυναμικής συνταγματικής και ενωσιακής πραγματικότητας, αλλά και κυρίως για την ωρίμανση των πνευμάτων. Συνέβαλε πάντως, καταλυτικά *δια του νομολογιακού προηγούμενου και κανόνα που διαπλάστηκε τελικά*, στη διαμόρφωση μιας κατασταλαγμένης νομολογικά και στέρεας δογματικά συνταγματικής πραγματικότητας, ειδικά ως προς τις θεμελιακές σχέσεις εθνικού Συντάγματος και ενωσιακού δικαίου.

Τέταρτη εισφορά: η χρήση της αναλογικότητας ως ερμηνευτικής τεχνικής ή ως γνώμονα στάθμισης, κοινού στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο

Τέλος, η τέταρτη σημαντική εισφορά της υπόθεσης, καθόλου αμελητέας, υπήρξε η ανανεωμένη χρήση της αρχής της αναλογικότητας, *ως ερμηνευτικής τεχνικής στο πλαίσιο ενός σταθμιστικού συλλογισμού* με τελικό στόχο την υπέρβαση μιας ασυμφιλίωτης, εκ πρώτης όψεως, *σύγκρουσης εθνικού συνταγματικού δικαίου και κοινοτικού δικαίου*[35].

Η επίκληση της αρχής της αναλογικότητας έγινε για να αποκλειστεί μια *αντίθετη* από αυτή που τελικά υιοθετήθηκε *ερμηνεία της επίμαχης συνταγματικής διάταξης*: για να αποκλειστεί το ερμηνευτικό ενδεχόμενο να αποδοθεί στο Σύνταγμα νόημα αντίθετο προς το κοινοτικό δίκαιο. Δηλαδή η καθιέρωση ενός γενικού και απόλυτου ασυμβίβαστου μαζί με ένα αμάχητο

---

[34] Αντίθετος επ΄αυτού ο Κ. Γιαννακόπουλος, ο οποίο ασκεί οξεία κριτική (ό.π., σ. 424-434), στην ΣτΕ 3470/2011 υποστηρίζοντας, μεταξύ των άλλων, ότι επιτεύχθηκε έτσι η τυπική μεν διάσωση του Συντάγματος αλλά με τον ουσιαστικό παραμερισμό του καθώς και ότι το ΣτΕ με την απόφασή του αυτή προέβη σε υπέρβαση των αναρίθμητων πλειοψηφικών απόψεών του φθάνοντας σε έναν εμπειρικό συμβιβασμό που στερείται καθαρής νομολογιακής στρατηγικής (;).

[35] Βλ. *Δημήτρη Νικηφόρου*, 'Το τέλος του «βασικού μετόχου»…μέσω μιας κοινής αρχής ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης-Σκέψης με αφορμή την ΣτΕ (Ολ.) 3470-71/2011, *Το Σ*, 3/2011, 615-650.

τεκμήριο ως προς τη συνδρομή ασυμβιβάστων στους συγγενείς ή στα παρένθετα πρόσωπα.

Η επίκλησή της βοήθησε να *ερμηνευτεί σε συνδυασμό με την εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία* τόσο η συνταγματική διάταξη όσο και η νομοθετική, και στάθηκε έτσι δυνατόν η μέν συνταγματική διάταξη να διασώσει το κύρος της, η δε νομοθετική να πληρώσει, μόνη αυτά, τα σπασμένα, ως αντισυνταγματική.

Η αναλογικότητα λειτούργησε και εδώ, όπως και στις περισσότερες περιπτώσεις, ως *ερμηνευτικός οδηγός, ως γνώμονας ορθολογικής αξιολόγησης της σχέσης ενός μέτρου απαγορευτικού σε σχέση με τον σκοπό* που επιδιωκόταν. Η λειτουργία της αρχής υπήρξε, επομένως, *κατά βάση και πρωταρχικά ερμηνευτική*[36], με την έννοια ότι εντάχθηκε η χρήση της στην ερμηνευτική διαδικασία και μάλιστα, για να χρησιμοποιήσω σκέψη του Μητσόπουλου, στη φάση της τελεολογικής ερμηνείας[37]. Συνέβαλε ως *ερμηνευτικό κριτήριο* ή, καλύτερα, ως *ερμηνευτικός γνώμονας* στην ορθότερη τελολογικά και συστηματικά ερμηνεία της κρίσιμης, συνταγματικής διάταξης. Για την ακρίβεια, χρησιμοποιήθηκε ως «σταθερά» (standard) ορθολογικής αξιολόγησης της συνάφειας ή της βαρύτητας ενός νομοθετικού μέτρου ενόψει του σκοπού του. Αφού προηγουμένως έγινε μια δικαϊκή-κανονιστική εκτίμηση των ατομικών και ιδιαίτερων πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης υπόθεσης ενόψει του νόμιμου σκοπού της ρύθμισής της. Η αξιολόγησή τους έγινε, πάντως, μέσα από δικαιική σκοπιά.

Θα πρέπει να υπογραμμιστεί εδώ, ακόμη, με αφορμή τις προηγούμενες σκέψεις ότι, ως προς την νομική της φύση και λειτουργία, η «αρχή της αναλογικότητας», όπως επικράτησε να αποκαλείται, *δεν συνιστά κανόνα δικαίου* (règle de droit) με καθορισμένο κανονιστικό περιεχόμενο που επιβάλλει συμπεριφορές, *ούτε μια γενική αρχή του δικαίου*, όπως συνήθως αντιμετωπίζεται στην ελληνική κυρίως βιβλιογραφία[38]. Αλλά μια

---

[36] Την ερμηνευτική λειτουργία της αρχής με την πλήρωση κενών εντοπίζει στο κοινοτικό δίκαιο, η Ευγ. Πρεβεδούρου, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, *ΔτΑ*, Κράτος Δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, Ι, 2005, σ. 223.

[37] Βλέπε επ΄αυτού την καίρια θέση του ακδημαϊκού Γ. Μητσόπουλου, «Τριτενέργεια» και «αναλογικοτητα» ως διατάξεις του αναθεωρητθέντος Συντάγματος, Πρακτικά της Ακαδημίας Αθηνών, έτος 2001: τόμος 76ος, Εν α Αθήναις, 2001, σ. 412-431

[38] Βλέπε αντί άλλων Σ. Ορφανουδάκη, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη, Σάκκουλας, 2003.

δικαιική μεν αρχή, αφού λειτουργεί στο χώρο του δικαίου ή της νομιμότητας και όχι της σκοπιμότητας Μια *αρχή δικαίου «ανοικτή, δικανικού χαρακτήρα»*, που συντείνει στη διαμόρφωση και θεμελίωση εξατομικευμένων κρίσεων και διατύπωση εξατομικευμένου «κανόνα», με την έννοια του norme και όχι του règle de droit.

Ο κανόνας (ή η νόρμα) που διαπλάσσεται κάθε φορά από την εφαρμογή της τεχνικής της αναλογικότητας, συνάγεται μεν με βάση τον εφαρμοστέο στην υπόθεση κρίσιμο κανόνα δικαίου, λαμβάνοντας όμως υπόψη τις περιστάσεις, τα ατομικά πραγματικά περιστατικά και την ιδιαιτερότητα της κάθε υπόθεσης.

Η παραβίαση ή η αγνόηση του γνώμονα της αναλογικότητας δεν συνιστά άρα παραβίαση κανονιστικής συνταγματικής διάταξης ή αρχής ή ακόμη συνταγματικού κανόνα δικαίου. Αλλά *παραγνώριση* από το αρμόδιο κρατικό όργανο που κλήθηκε να αποφασίσει -είτε θεσπίζοντας νόμο είτε ενεργώντας ως διοίκηση με διακριτική ευχέρεια μετά από εκτίμηση και νομική αξιολόγηση πραγματικών περιστατικών είτε αποφασίζοντας εφαρμόζοντας αόριστες έννοιες- *μιας θεμελιώδους δικαιικής υποχρέωσής του να κρίνει και να αποφασίζει με μέτρο, ισόρροπα και πάντα μετά λόγου και εύλογα*[39]. Ο δικανικός γνώμονας της αναλογικότητας αξιώνει άρα μέσα από τον σταθμιστικό συλλογισμό και με την χρήση της σταθμιστικής τεχνικής ή του τεστ της συνάφειας μέσου προς τον σκοπό, κάθε κρίση ή απόφαση δημόσιας αρχής να είναι *λελογισμένη, δίκαιη και δικαιολογημένη*, εκτός από τυπικά έγκυρη και διαδικαστικά νόμιμη. Να είναι ουσιαστικά δίκαιη, εκτός από τυπικά νόμιμη. Ύπατο κριτήριο άρα *ορθολογικής, εύλογης, δίκαιης και δικαιολογημένης κρίσης είναι ο γνώμονας της αναλογικότητας* και ως τέτοιον την χρησιμοποιεί ο δικαστής κάθε έννομης τάξης[40].

---

[39] Βλ. Αντώνη Μανιτάκη, Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1994, σ. 209-212. Την πρόσληψη της αρχής ως γνώμονα του «εύλογου ή λελογισμένου» και ως ειδικότερη αξίωση της ορθολογικότητας του δικαίου έχει αναπτύξει η ιταλική νομολογία μέσω του όρου της ragionevolezza, βλέπε σχετικά την κατατοπιστική μελέτη του Χαρ. Ανθόπουλου, Η αρχή της αναλογικότητας στο ιταλικό συνταγματικό δίκαιο, ΔτΑΤεΣ, 2005, σ. 105-131.

[40] Τον χαρακτήρα της αρχής ως αρχής του ορθολογικού και του εύλογου τονίζει στην μελέτη της για την αρχή της αναλογικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο, η Χριστίνα Ακριβοπούλου 'Ο πολιτικός δικαστής αντιμέτωπος με την αναλογικότητα κατά τον αναιρετικό έλεγχο της εύλογης αποζημίωσης», *Τιμητικός Τόμος Πέτρου Παραρα'*, 2012, σ.29-54 (32-33).

Η νομική φύση της αρχής και η σημασία της διάκρισης, (κανονιστικής αρχής ή κανόνα δικαίου από την μία μεριά και ερμηνευτικής ή σταθμιστικής αρχής από την άλλη[41]) αναδεικνύεται ανάγλυφα στον αναιρετικό έλεγχο δικαστικής απόφασης, οπότε καθίσταται κρίσιμο το αν η παραβίαση του «γνώμονα-κανόνα» της αναλογικότητας ισοδυναμεί με παραβίαση νόμου, οπότε ελέγχεται ακόμη και αυτεπάγγελτα αναιρετικά ως νομικό ζήτημα, ή αν, αντίθετα, πρόκειται για παραβίαση που ανάγεται σε κρίση και αξιολόγηση ουσιαστική του δικαστή της ουσίας (ως πραγματικό ζήτημα), οπότε δεν χωρά αναιρετικός έλεγχος για παράβαση νόμου αλλά μόνον για εσφαλμένη, ελλιπή ή μη νόμιμη αιτιολογία της δικαστικής απόφασης[42].

Αποτελεί, τελικά, *αρχή δικαίου*[43], που δεν διαθέτει όμως κανονιστικό περιεχόμενο, ούτε δημιουργεί δικαιώματα και υποχρεώσεις. *Παρέχει ωστόσο, ερμηνευτικά κριτήρια* και συνεπάγεται ερμηνευτικές προτάσεις που εντάσσονται στην ερμηνευτική διαδικασία –όπως συνέβη στην υπόθεση του βασικού μετόχου- ή, πιο συγκεκριμένα, *θεμελιώνει αξιολογικές κρίσεις στο πλαίσιο σταθμιστικών συλλογισμών*[44]. Στην τελευταία περίπτωση, που είναι

---

[41] Για την σημασία αρχής στην αναιρετική δίκη και την «έμμεση ενέργειά της», τις διεισδυτικές παρατηρήσεις της Χρ. Ακριβοπούλου, ό.π.,σ. 42, 49 επ.

[42] Σχετικά με την αναιρετική λειτουργία της αρχής στην αναιρετική δίκη και στον αναιρετικό έλεγχο την εξαντλητική μελέτη της Ελένης Θεοχαροπούλου, «Εφαρμογές της αρχής της αναλογικότητας. Συνταγματικά και υπερεθνικού δικαίου ζητήματα, σχετικά με την έκταση του αναιρετικού ελέγχου κατά την επιβολή πολλαπλών τελών για λαθρεμπορική τελωνειακή παράβαση», ΔτΑ, τ. Ι, 2005, σ. 227-298. (288), Βλέπε επ΄αυτού και Σαράντου Ορφανουδάκη, Οι διοικητικές κυρώσεις για τελωνειακές παραβάσεις λαθρεμπορίας και ο δικαιοδοτικός έλεγχος επιβολής τους, Σχόλιο με αφορμή την Ολομέλεια ΣτΕ 990/2004, ΔτΑ, 2005, 79-103. Για την διάκριση νομικού πραγματικού ζητήματος στην αναιρετική πολιτική δίκη, κυρίως, τις επισημάνσεις της Χρ. Ακριβοπούλου, ό.π., σ. 50 επ.

[43] Ως αρχή του δικαίου, που συνάγεται από την γενικότερη αρχή του κράτους δικαίου, που διέπει το σύνολο της κοινοτικής έννομης τάξης χωρίς να θεμελιώνεται η ισχύ της σε κάποια συγκεκριμένη διάταξη την αντιμετωπίζει στην εμπεριστατωμένη μελέτης της η Ευγενίας Πρεβεδούρου, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, *ΔτΑ*, Ι, 2005, σ. 182-83.

[44] Βλέπε σχετικά Βασίλη Βουτσάκη, Η αρχή της αναλογικότητας : από την ερμηνεία στη διάπλαση δικαίου, σε «Όψεις του κράτους Δικαίου», Σάκκουλας, 1990, σ. 207 επ. Γενικότερα για τις έννοιες standards ή γνώμονες στάθμισης και αξιολότησης βλέπε μια παλαιότερη μελέτη μου με ένα Σχόλιο σε μελέτη του Βάσου Ρώτη για τον 'εύλογο χρόνο' και τη σχέση του με τις αόριστες έννοιες ή με τις «σταθερές» ή τους «γνώμονες», όπως γενικότερο δημόσιο συμφέρον, χρηστή διοίκηση, δικαιολογημένη εμπιστοσύνη, εξαιρετικές περιστάσεις, δημόσια ωφέλεια κ. ά., Αντ. Μανιτάκη, «Ο εύλογος χρόνος στη νομολογία του Συμβουλίου Επικρατείας, σε 'Νομικά κείμενα, Δικαιοσύνη και Σύνταγμα', Αντ. Σάκκουλας, Αθήνα, 1989, σ. 577-586.

και η πιο χαρακτηριστική και αντιπροσωπευτική, η αρχή της αναλογικότητας λειτουργεί ως σταθμιστική αρχή[45]. Αυτό συμβαίνει όταν έχουμε σύγκρουση δικαιωμάτων, αρχών ή συμφερόντων και θα πρέπει το αποφασίζον όργανο να κρίνει και αξιολογήσει σταθμίζοντας, προκειμένου να θεμελιώσει ερμηνευτικές προτάσεις και αξιολογικές κρίσεις.

Η τεχνική της αναλογικότητας συνιστά στην ουσία μια *δικανική τεχνική*[46], που απευθύνεται κυρίως στην κρίση του δικαστή, αλλά έμμεσα και στου νομοθέτη, και λειτουργεί κυρίως στο πλαίσιο της σταθμιστικής λογικής.

Επιτρέπει πάντως στο δικαστή να επιτελέσει την δικαιοδοτική του αποστολή έχοντας ως οδηγό του και μέτρο της δίκαιης και ευθύβολης κρίσης του *ένα σταθερό μέτρο* αξιολόγησης και στάθμισης της σύγκρουσης συμφερόντων ή δικαιωμάτων. Δεν ήταν πάντως αυτή η μορφή της αναλογικότητας, δηλαδή η σταθμιστική, που χρησιμοποιήθηκε στην υπόθεση του βασικού μετόχου.

Η αναλογικότητα ως δικανική τεχνική με τα τρία γνωστά στάδια, της καταλληλότητας-αναγκαιότητας και αναλογικότητας-απαιτεί, ως γνωστόν, το νομοθετικό μέτρο που λαμβάνεται, ενόψει του σκοπού που επιδιώκεται, να μην υπερβαίνει (αρνητική αξιολόγηση), με βάση τα *συγκεκριμένα πραγματικά και νομικά περιστατικά της υπόθεσης, το αναγκαίο μέτρο, να μην είναι υπέρμετρο ή δυσανάλογα αυστηρό*. Θα πρέπει με άλλες λέξεις να είναι ανάλογο του επιδιωκόμενου σκοπού, να μην είναι προφανώς ακατάλληλο και να μην υπερακοντίζει τον επιδιωκόμενο σκοπό[47].

---

[45] Χρ. Ακριβοπούλου, ό.π., σ. 54. Ειδικά για την σταθμιστική λειτουργία της αναλογικότητας, στις εθνικές έννομες τάξεις G. Xynopoulos, Le contrôle de proportionnalité, ό.π., σ. 395 επ. και σε ό, τι αφορά τη νομολογία του ΕυρΔΔΑ , την κατατοπιστική μελέτη του Η. Καστανά, Η αρχή «της δίκαιης ισορροπίας» στη νομολογία του ευρωπαϊκού δικαστηρίου των δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΔτΑ, IV/2006, 215-267.

[46] Για την αντιμετώπιση και χρήση της αναλογικότητας, ως δικαστικής τεχνικής και την χρησιμοποίησή της ως «τεστ» με τρία βήματα στο αμερικανικό δίκαιο με αφορμή την ελευθερία του λόγου, βλέπε τη διδακτορική διατριβή της Αλκμήνης Φωτιάδου, Σταθμίζοντας την ελευθερία του λόγου. Δικαστικές τεχνικές και ελευθερία του λόγου στις Η.Π.Α και στην Ελλάδα, Μελέτες Συνταγματικού Δικαίου και Πολιτειολογίας, εκδ. Σάκκουλα, 2006. 142 επ. Για το γαλλικό δίκαιο, Βασιλική Καψάλη, Η αρχή της αναλογικότητας στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο, Δικαιώματα του Ανθρώπου, Κράτος Δικαίου και Αρχή της Αναλογικότητας, 2006, σ. 309-334, και σχετικά με την νομολογία της ΕΣΔΑ, Petr Muzny, La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme, Presse Universitaire d' Aix-Marseille, t. I et II, 2005.

[47] Από την απέραντη βιβλιογραφία, εντελώς ενδεικτικά και αρχικά, τις ελληνικές μονογραφίες, Δημ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, Η αρχή της αναλογικότητας

Είναι πάντως γεγονός ότι στην ελληνική νομολογία και ειδικά σε εκείνη του Συμβουλίου της Επικρατείας ο δικαστικός έλεγχος της δράσης του νομοθέτη ή της διοίκησης είναι κατά κανόνα *οριακός έλεγχος και μάλιστα αρνητικός της 'διακριτικής ευχέρειας του νομοθέτη ή της διοίκησης'* και τότε μόνον θεωρείται ένα μέτρο ότι παραβιάζει την αρχής αναλογικότητας, όταν ο μέτρο «από το είδος και από την φύση του είναι προδήλως ακατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού ή όταν οι δυσμενείς συνέπειες του μέτρου τελούν σε προφανή δυσαναλογία ή υπερακοντίζουν τον επιδιωκόμενο σκοπό»[48].

Ο γνώμονας της αναλογικότητας εφαρμόστηκε στην υπόθεση του βασικού μετόχου με την πρώτη λειτουργία του, της σχέσης μέσου προς σκοπό, της συνάφειας μεταξύ τους. Με αυτή την μορφή χρησιμοποιήθηκε τόσο από τον κοινοτικό όσο και από τον εθνικό δικαστή. Έτσι κρίθηκε αθέμιτη η γενική και απόλυτη απαγόρευση του συγκεκριμένου ασυμβίβαστου. Διότι θεωρήθηκε, άνευ ετέρου, *ως υπέρμετρη, δυσανάλογα μεγάλη ενόψει του σκοπού.* Και ως υπέρμετρη, η συγκεκριμένη νομοθετική απαγόρευση αξιολογήθηκε αντισυνταγματική[49], ενώ η σχετική συνταγματική διάταξη ερμηνεύτηκε με τρόπο που να είναι συμβατή με τον γνώμονα της αναλογικότητας.

Η γενική και απόλυτη απαγόρευση άσκησης μιας δραστηριότητας, αποτελεί την πλέον αρχαϊκή, φιλελεύθερη μορφή αθέμιτου, συνταγματικά, περιορισμού συνταγματικής ελευθερίας. Η μορφή αυτή περιορισμού είχε υπαχθεί από την

στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο, Θεσσαλονίκη, 1989 , Σ. Ορφανουδάκη, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη. Από την νομολογιακή εφαρμογή της στην συνταγματική καθιέρωσή της, Σάκκουλας, 2003 και από την γαλλόφωνη, G. Xynopoulos, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre, L.G.D.J., 1996, του ίδιου Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce, Mélanges en l'honneur de E. Spiliotopoulos, N. Sakkoulas, Athènes 1998, σ. 480. Η σημασία και λειτουργία της αρχής της αναλογικότητας αναδείχθηκε κυρίως στη Γερμανία, όπου πρωτοεμφανίστηκε και έτυχε συστηματικής θεωρητικής και νομολογιακής επεξεργασίας, βλέπε σχετικά την κατατοπιστική μελέτη του Αθ. Τσεβά, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό διοικητικό δίκαιο, ΔτΑΤεΣ, 2005, 133-166.

[48] Βλέπε σχετικά, εκτενέστερα, Κ. Γώγου, Πτυχές του ελέγχου της αναλογικότητας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, *ΔτΑ*, 2005, τ. Ι, σ. 2994-320 (314).

[49] Ειδικά για τον έλεγχο του "reasonableness" ενός ελέγχου αναλογικότητας και εκτίμησης βλέπε, G. Xynopoulos, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de légalité ; en France, Allemagne et Angleterre, L.G.D.J., 1995, σ. 293, επ. Βλέπε ακόμη και την διατριβή του G. Gerapetritis, Proportionality in Administrative law. Judicial review in France, Greece, England, and in thw European Community, Ant. Sakkoulas, 1997:

θεωρία των περιορισμών των δικαιωμάτων στην κατηγορία των «περιορισμών των περιορισμών» στην άσκηση μιας ελευθερίας. Το νομοθετικό μέτρο που την ενσάρκωνε στιγματιζόταν άμεσα ως αντισυνταγματικό, επειδή λόγω τη γενικότητας που περιείχε αναιρούσε ή έθιγε την ουσία του δικαιώματος. Η αθέμιτη αυτή μορφή προσβολής μιας συνταγματικής ελευθερίας μετεξελίχθηκε σταδιακά στον σταθμιστικό συλλογισμό σε απαγόρευση της υπέρμετρης απαγόρευσης. Αυτή η μετάλλαξη του ερμηνευτικού συλλογικού από συλλογισμό λογικής υπαγωγής πραγματικών περιστατικών σε συλλογισμό στάθμισης συγκρουόμενων συμφερόντων και ορθής και δίκαιης αξιολόγησης, είναι που χάρισε όλη την σύγχρονη αίγλη στην αρχή της αναλογικότητας.
Ως *δικαστική τεχνική ερμηνευτικού χαρακτήρα* αλλά και ως *σταθμιστική αρχή* την χρησιμοποίησε και η Ολομέλεια στην κρινόμενη απόφαση, ανατρέποντας την προγενέστερη ερμηνεία που είχε δώσει της κρίσιμης συνταγματικής διάταξης. Με αυτήν την ίδια λειτουργία, την ερμηνευτική, η οποία επενεργεί παράλληλα και νομιμοποιητικά, χρησιμοποιείται σε όλες σχεδόν τις έννομες τάξεις. Είναι προφανές ότι η χρήση της αναλογικότητας από τον δικαστή *πολλαπλασιάζει την δικαιοπλαστική εξουσία του*, αφού κρίνοντας μέσω αυτής παράγει «κανόνα» νομολογιακό, που διευθετεί αντιδικίες και κατευνάζει αντιπαραθέσεις, λειτουργώντας σε αυτήν την περίπτωση και νομιμοποιητικά[50].
Απευθύνεται, πάντως, κατά κανόνα στην *κρίση του δικαστή*, αλλά έμμεσα και στην *ορθοφροσύνη του νομοθέτη* και της διοίκησης, οι οποίοι καλούνται να νομοθετούν ή να εκτελούν το νόμο με μέτρο, με σωφροσύνη και να αποφασίζουν, λελογισμένα και εύλογα[51].
Το ζήτημα, τέλος, αν στην προκειμένη υπόθεση ο εθνικός δικαστής επικαλέστηκε και εφάρμοσε την αρχή της αναλογικότητας, ασκώντας έλεγχο της συνταγματικότητας και όχι της συμβατότητας. Καθώς και αν ερμηνεύοντας συνταγματική διάταξη, εναρμονισμένα, με το κοινοτικό δίκαιο, την χρησιμοποίησε με την κοινοτική ή εθνικό-συνταγματική

---

[50] Για τις δύο αυτές λειτουργίες ειδικά την μονογραφία για την σχετική νομολογία του Στρασβούργου, ΕυΔΔΑ, του Petr Muzny, La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme, ό.π., τ. ΙΙ, σ. 431 επ., καθώς και Χρ. Ακριβοπούλου, ό.π., σ. 50 και 54.
[51] Βλέπε για αυτά συνοπτικά Αντώνη Μανιτάκη, Κράτος Δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, Σάκκουλας, 1994, σ. 208 επ.

σημασία της, δεν έχει και τόση σημασία, αφού στην προκειμένη περίπτωση οι δύο έννομες τάξεις βρέθηκαν αρμονικά συναρθρωμένες και η διάκρισή τους δεν ήταν το κρίσιμο ζήτημα. Βέβαια, τα κριτήρια της εφαρμογής ποικίλουν από τομέα σε τομέα, καθώς και από έννομη τάξη σε έννομη τάξη[52]. Ο εθνικός πάντως δικαστής ακόμη και όταν εφαρμόζει κοινοτικό δίκαιο, όπως στην υπόθεση του βασικού μετόχου, διαθέτει ευρύτατα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας και εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών της κάθε υπόθεσης, ενεργώντας μάλιστα μετά από ερμηνευτικές υποδείξεις του ΔΕΕ[53].

Στην υπόθεση ωστόσο του βασικού μετόχου ο εθνικός δικαστής επικαλέστηκε, ταυτόχρονα, την αρχή της αναλογικότητας τόσο ως αρχή της ελληνικής συνταγματικής τάξης όσο και ως αρχή της κοινοτικής έννομης τάξης χωρίς να κάνει διάκριση.

Και ως προς τα κριτήρια εφάρμοσε, βέβαια, εκείνα της κοινοτικής νομολογίας στο τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Αυτό όμως δεν εμπόδισε τον δικαστή να προσεγγίσει, παράλληλα, την αναλογικότητα ως αρχή δικανική συνταγματικής περιωπής και εθνικής ταυτόχρονα εμβέλειας.

Το συμπέρασμα από την ενιαία αυτή χρήση της αναλογικότητας είναι πάντως, ότι ως *τεχνική του δικανικού και σταθμιστικού συλλογισμού τόσο στην κοινοτική όσο και στην εθνική έννομη τάξη, ο γνώμονας της αναλογικότητας* δεν διαφέρει στην κοινοτική και στις εθνικές έννομες τάξεις. Τα κριτήρια, ωστόσο, η ένταση ή έκταση της εφαρμογής τους, αυτά ποικίλουν, ανάλογα με το πεδίο ή τον τομέα που εφαρμόζονται[54]. Είναι λογικό πάντως και επόμενο τα κριτήρια της εφαρμογής της να διαφέρουν στο κοινοτικό και εθνικό δίκαιο και σίγουρα διαφέρουν στο εθνικό συνταγματικό δίκαιο, όταν διακυβεύονται συνταγματικές ελευθερίες. Η συνταγματική της ισχύ δεν παίζει ρόλο στην ουσιαστική λειτουργία της.

---

[52] Βλέπε σχετικά τις σκέψεις της Μανουέλας Παπαδοπούλου, Η κοινοτική αρχή της αναλογικότητας ενώπιον του εθνικού δικαστή, Απαράκαμπτη δικαιική σταθερά ή νομολογιακά προσδιοριζόμενη μεταβλητή; *ΔτΑ*, 279-308.

[53] Για την σημασία και εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στην κοινοτική έννομη τάξη την εξαντλητική μελέτη της Ευγενίας Πρεβεδούρου, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ό.π., σ. 167-226.

[54] Για τα ποικίλα κριτήρια εφαρμογής της αρχής στο κοινοτικό δίκαιο, Ευγ. Πρεβεδούρου, ό.π, σ. 205.

Εισφορά πέμπτη και τελική: ο έλλογος και διαλλακτικός διάλογος κοινοτικού και εθνικού δικαστή

Τελειώνοντας την εκτενή και πλούσια περιδιάβαση της υπόθεσης του βασικού μετόχου, θα πρέπει να παρατηρήσουμε ότι εκείνο που καταξιώθηκε, πάντως, είναι η θεσμική επικοινωνία εθνικού και κοινοτικού δικαστή, η οποία αποδείχθηκε όχι μόνον γόνιμη θεσμικά αλλά και ειρηνοποιός πολιτικά. Η ήπια, λογική και δικαιολογημένη διαπλαστική εξουσία του Κοινοτικού Δικαστή και στη συνέχεια του Έλληνα Δικαστή της συνταγματικότητας, όπως αποτυπώθηκε στον ερμηνευτικό διάλογο που είχαν, υπήρξε εξόχως ενθαρρυντική και εποικοδομητική για το εθνικό θεσμικό μας οικοδόμημα. Διότι αυτό που τελικά έμεινε και ευτυχώς, μετά από τόσες νομοθετικές ανατροπές και νομολογιακές παλινδρομήσεις, είναι η τελική δικαιοδοτική κρίση του ΣτΕ, η απόφαση σταθμός 3470-71/2011. Η τελευταία έταμε μια πολυσύνθετη και πολύπλευρη διαφορά με μια δίκαιη και *σώφρονα, λελογισμένη και ισορροπημένη κρίση,* κατευνάζοντας πάθη και στείρες αντιπαραθέσεις, πείθοντας και μόνο από την ομοφωνία της, ως προς την ορθότητα της κρίσης της, τα αντιμαχόμενα και αντιδικούντα μέρη, *έχοντας ως γνώμονά της και σταθερά την τεχνική της αναλογικότητας.*

Το εύλογο και το λελογισμένο της λύσης το έδωσε βέβαια το μαγικό ραβδί της αναλογικότητας μέσω όμως *ενός έλλογου και διαλλακτικού διαλόγου εθνικού και κοινοτικού δικαστή*[55], που βασίστηκε και δεν μπορεί παρά να βασίζεται *στη νομολογιακή αξιολόγηση σκοπών και αόριστων εννοιών και στην στάθμιση θεμελιωδών αρχών που διέπουν από κοινού τις εθνικές και την κοινοτική έννομη τάξη και συγκρούονται μεταξύ τους*[56].

Η πρακτική του έλλογου, δικαιιικού διαλόγου που πραγματοποιήθηκε λειτούργησε νομιμοποιητικά για την όλη

---

[55] Για τη σημασία του διαλόγου εθνικού και κοινοτικού δικαστή βλέπε αντί άλλων τη μελέτη της Ευγ. Πρεβεδούρου, Η σχέση εθνικού Συντάγματος και κοινοτικού δικαίου υπό το πρίσμα του διαλόγου των δικαστών, *ΕΔΚΑ*, 2010, σ. 1-38, καθώς και www.constitutionalism.gr.

[56] Για αυτά ειδικά εκτενέστερα τη μελέτη του *Mattias Kumm*, The Jurisprudence of constitutional Conflict.. *European Law Journal, 3/2005*, ό.π., σ. 303 επ. Και για μια πανοραμική άποψη των σχέσεων και του ισότιμου διαλόγου των δικαστών των Cours suprêmes nationales et Cours européennes : conflits ou collaboration ?, την συνθετική εισήγηση του Fr. Moderne, ό.π., σ. 351-371.

διαδικασία της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης και τόνωσε αναμφίβολα των κοινό ευρωπαϊκό χώρο.

Πραγματική όαση στην πολιτική έρημο που περνάμε. Η σύγκριση με το αντίστοιχο οικοδόμημα της πολιτικής εξουσίας είναι δυστυχώς αποθαρρυντική: το δύο επίπεδα, που σας παρουσίασα στο πρώτο και δεύτερο μέρος, πιστεύω ότι το αποδεικνύουν. Η ενεργός συμμετοχή της Ελλάδος στις διαδικασίες της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης αποδείχθηκε ότι είναι όχι απλώς αναγκαία αλλά και ωφέλιμη, μόνο που χρειάζεται πολύ χρόνο, πολύ κόπο, πολύ και σύνθετη δουλειά και πάνω από όλα υπομονή και αντοχή, για να στεριώσει και να καρποφορήσει.

****

Αξιότιμε κύριε Πρόεδρε του Δικαστηρίου της ΕΕ η απόφαση του ΔΕΚ που ανέφερα, με όλα τα χαρακτηριστικά που έχει, φέρει την υπογραφή σας, όπως και πλείστες όσες αποφάσεις στην πολύχρονη προεδρία σας. Για τον τόπο και την δραματική κρίση που περνά η χώρα, που είναι και κρίση εθνικής και πολιτικής ταυτότητας, πολύ σοβαρή, η απόφαση που εκδώσατε φώτισε ως μικρός φάρος τον τρικυμιώδη ωκεανό που διερχόμαστε.
Τιμήσατε και τιμάτε με την πολύχρονη και καταξιωμένη παρουσία σας τον θεσμό που υπηρετείτε και τιμάτε ταυτόχρονα και την χώρα σας. Και η τιμή αυτή, που είναι τιμή με διάσταση ευρωπαϊκή, αντανακλάται και στον τόπο μας και στην πόλη μας και στο πανεπιστήμιο.
Αγαπητέ συνάδελφε, το Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης γνωρίζω ότι σε τίμησε παλαιότερα με την ύψιστη τιμή που μπορεί να απονείμει. Χαίρομαι που σήμερα με μεγάλη καθυστέρηση, είναι αλήθεια, μου δίνεται η ευκαιρία με αφορμή την ευτυχή πρωτοβουλία της Λίνας Παπαδοπούλου, να σου πώ ότι νοιώθω χαρά και μεγάλη τιμή που συνυπάρξαμε συνάδελφοι στον ίδιο τομέα και στο ίδιο Τμήμα. Και λυπάμαι ειλικρινά που δεν μπόρεσα και εγώ αλλά και οι συνάδελφοι του Τομέα Δημοσίου Δικαίου να σου αποδώσουμε την δέουσα τιμή, όπως έπρεπε, όταν έπρεπε.