

Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα*

Αντώνης Μαρτιάκης

Εισαγωγή:

η σημασία της εθιμικής καθιέρωσης
του διάχυτου δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων
στην Ελλάδα και η αναγκαιότητα της διάκρισής του
από τον συγκεντρωτικό έλεγχο

Ο διάχυτος δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα αντιμετωπίζεται κυρίως από την θεωρία σαν ένας έλεγχος που δεν διαφέρει και πολύ από τον συγκεντρωτικό έλεγχο, που ασκούν τα συνταγματικά δικαστήρια σε πολλές ευρωπαϊκές χώρες¹. Οι ουσιώδεις διαφορές που χαρα-

* Ο τιμώμενος καθηγητής Κώστας Μπέης έχει συμβάλει τα μέγιστα στη διερεύνηση των συνταγματικών θεμελίων της δικαστικής προστασίας με πολλές και καίριες μελέτες που έχει δημοσιεύσει κατά καιρούς. Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, που διασταυρώνεται με -και συμπληρώνει- την δικαστική προστασία, δεν έμεινε, βέβαια, έξω από την επιστημονική του ενασχόληση, στο πλαίσιο της οποίας έχει κρίνει άλλωστε και επικρίνει την αντισυνταγματικότητα κρίσιμων νομοθετικών διατάξεων της Πολιτείας. Γι' αυτό και η παρούσα μελέτη, που αναζητά τα ιδιαίτερα ιστορικά γνωρίσματα του δικαστικού ελέγχου στην Ελλάδα, του αφιερώνεται σε αναγνώριση της ανεκτίμητης συμβολής του για την οικοδόμηση κράτους δικαίου στην Ελλάδα. (βλέπε κυρίως τις μελέτες του που δημοσιεύτηκαν στον τόμο «Το ελληνικό έλλειμμα του κράτους δικαίου», εκδόσεις Eunomia Verlag, Αθήνα, 1998).

¹ Σχετικά με τα διάφορα εθνικά συστήματα δικαιοδοτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από την πλούσια βιβλιογραφία, βλέπε από ελληνική βιβλιογραφία κυρίως ΒΑΣ. ΣΚΟΥΡΗ, 'Συστήματα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων', ΤοΣ 1982,

κτηρίζουν τα δύο μεγάλα συστήματα συνταγματικής διακαιοσύνης, το ευρωπαϊκό ή κελσενιανό και το αμερικανικό, όπως σχηματικά αποκαλούνται, συνήθως αποσιωπώνται² ή υποβαθμίζονται στο όνομα των μεγάλων συγκλίσεων που παρατηρούνται διαρκώς μεταξύ τους. Η στάση αυτή την ελληνικής κυρίως θεωρίας, που φαίνεται κυριολεκτικά εντυπωσιασμένη από τις νομολογιακές κατασκευές των Συνταγματικών Δικαστηρίων, έχει ως συνέπεια την υποβάθ-

σ. 507-544 και για την διάκριση των δύο συστημάτων, του αμερικανικού και του ευρωπαϊκού, από ελληνική βιβλιογραφία τη μελέτη του ΓΙΩΡΓΟΥ ΚΑΣΙΜΑΤΗ, *Συνταγματική Δικαιοσύνη*, Αντ.Σάκκουλα, 1999, ιδίως σελ. 13-39. Από την αλλοδαπή βιβλιογραφία αντί πολλών τις μελέτες των L. FAVOREU, *Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, 51-66, ΤΟΥ ΙΔΙΟΥ, *Les Cours Constitutionnelles*, PUF., «Que sais-je?», 2^e éd., 1992, σ. 5-31, το συγκριτικό δοκίμιο των M. CAPPELLETTI και W. COHEN, *Comparative Constitutional Law*, The Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, New York, 1979, σ. 12 επ., και τους συλλογικούς τόμους, «Actualité du contrôle juridictionnel des lois», Bruxelles, Larcier, 1975, «Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité», Paris, Economica, 1986, ακόμη το εγχειρίδιο των CONSTANCE GREWE- HELENE RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF., 1995, σ. 66-100, και τις μικρές συγκριτικές μονογραφίες των DOMINIQUE ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1992, ιδίως σ. 13-23 και MICHEL FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, σ. 1-40.

- ² Χαρακτηριστικό παράδειγμα η μελέτη του καθηγητή Μ.Π. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΥ, «Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων», ΝοΒ 1989, 1-32, [και ανάπτυπο από τις εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 1989], ο οποίος δεν διακρίνει τα δύο μεγάλα συστήματα του δικαστικού ελέγχου, ούτε επισημαίνει τις μεταξύ τους διαφορές, αλλά τα αντιμετωπίζει σαν να διέθεταν κοινή θεμελίωση και κοινά χαρακτηριστικά. Θερμή και πειστική υπεράσπιση του ελληνικού συστήματος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας απέναντι στο σύστημα της ειδικής συνταγματικής δικαιοδοσίας, τονίζοντας κυρίως τα πλεονέκτημα του πρώτου, περιέχει η μελέτη του ΒΑΣΣΟΥ ΡΩΤΗ, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, η έκταση και οι φορείς του, σε 'Αναφορές στη δυναμική του Συντάγματος', Αντ. Σάκκουλα, 1998, σ. 61-78. Σχετικά με ορισμένες ιδιομορφίες του ελληνικού συστήματος, βλέπε ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, Οι ιδιομορφίες του ελληνικού συστήματος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων: παράγοντας εντατικοποίησης ή περιορισμού του ελέγχου, ΤοΣ 1988, σ. 454 επ. Τα μειονεκτήματα και πλεονεκτήματα του διάχυτου και του συγκεντρωτικού ελέγχου ενόψει του ενδεχομένου να ιδρυθεί ποτέ στην Ελλάδα Συνταγματικό Δικαστήριο έχει αναλύσει σε μελέτη του ο ΓΕΡΑΣΙΜΟΣ ΘΕΟΔΟΣΗΣ, «Συνταγματικό Δικαστήριο στην Ελλάδα;» σε 'Η Δικαιοσύνη και το Σύνταγμα', Αντ. Σάκκουλας, 1993, σ. 17-52. Υπέρ του ισχύοντος σε μας συστήματος του διάχυτου ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων τάσσονται με αξιόλογα, ουσιαστικά επιχειρήματα, που αντλούνται κυρίως από την επιταγή διασφάλισης του κράτους δικαίου και όχι απλώς από την ασφάλεια δικαίου, που κατά προτεραιότητα διασφαλίζουν τα συνταγματικά δικαστήρια, οι ΑΝΔΡΕΑΣ ΤΑΚΗΣ και ΧΡΥΣΑ ΧΑΤΖΗ, «Σκέψεις σχετικά με την πρόταση δημιουργίας Συνταγματικού Δικαστηρίου στην χώρα μας», στον ίδιο συλλογικό τόμο, σ. 53-80.

μιση ή και την αγνόηση των ιδιαιτεροτήτων που παρουσιάζει ο παρεμπόπτων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας στον τόπο μας. Η παραγνώριση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών του διάχυτου ελέγχου σε σχέση με τον συγκεντρωτικό οδηγεί την ελληνική θεωρία και νομολογία σε αδυναμία να εντοπίσουν με σαφήνεια τα όρια του ελέγχου, που προκύπτουν από την ιδιαίτερη φύση του. Ο παρεμπόπτων και συγκεκριμένος π.χ. χαρακτήρας του συνεπάγονται κάποια όρια ή κάποιους αυτό-περιορισμούς στην εξουσία του δικαστή να ελέγχει τις αποφάσεις του νομοθέτη, που η λογική και δικαιολόγησή τους διαφέρει από εκείνη του ελέγχου των Συνταγματικών Δικαστηρίων. Η ιστορική αναζήτηση της βαθύτερης «λογικής» του παρεμπόπτοντος ελέγχου στις αποφάσεις της νομολογίας που τον καθιέρωσε, μας επιτρέπει να εντοπίσουμε και να κατανοήσουμε τα ειδικά, χαρακτηριστικά του γνωρίσματα και να διατυπώσουμε τις αρχές που το διέπουν και μέσω αυτών τα όρια της εξουσίας του δικαστή.

Στην παρούσα μελέτη θα περιοριστώ στην αναζήτηση των θεμελίων της εξουσίας του δικαστή να ελέγχει το νομοθέτη και να ακολουθεί αυτήν την πρωτοποριακή και μοναδική -για τη εποχή της- πορεία. Δεν είναι λόγοι πατριωτικοί ούτε εθνικοί που με οδήγησαν σε αυτήν την περιπλάνηση αλλά λόγοι καθαρά μεθοδολογικοί: πιστεύω ότι δεν μπορούμε να προσδιορίσουμε τα όρια και τις μεθόδους ή τις τεχνικές του παρεμπόπτοντος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, αν προηγουμένως δεν κατανοήσουμε την λογική του θεμελίωση και τα χαρακτηριστικά του. Αυτή την βαθύτερη λογική θα επιχειρήσω να προσδιορίσω στην συνέχεια, κάνοντας, ηθελημένα, στιγμιαία, λογική αφαίρεση από την θετή διάταξη του άρθρου 93 παρ. 4, που τυποποιεί, πάντως, μια αιωνόβια δικαστική πρακτική.

Η αναδίφηση στη ιστορική λογική του παρεμπόπτοντος δικαστικού ελέγχου δικαιολογείται, εξάλλου, -αν δεν επιβάλλεται- και από το γεγονός ότι με την ρητή πρόβλεψη στο άρθρο 93 παρ. 4 του ισχύοντος Συντάγματος του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων δημιουργήθηκε η εσφαλμένη εντύπωση ότι ο έλεγχος καθιερώθηκε και εφαρμόζεται, επειδή τον προβλέπει το Σύνταγμα και ότι αν έλειπε η συγκεκριμένη διάταξη ο έλεγχος θα ήταν μετέωρος ή ανύπαρκτος. Έτσι η ρητή συνταγματική κατοχύρωση του ελέγχου ενίσχυσε μεν τυπικά την εξουσία του δικαστή και κατέστησε τον έλεγχο σίγουρο και προδιαγεγραμμένο, ενήργησε όμως, δυστυχώς, παράλληλα, και αποσβεστικά εξαλείφοντας από τη συλλογική νομική μνήμη όχι μόνο το γεγονός ότι η συγκεκριμένη μορφή του ελέγχου ίσχυε και εφαρμοζόταν στην Ελλάδα από τον

προηγούμενο αιώνα χωρίς ρητή συνταγματική πρόβλεψη³, αλλά και ότι η καθιέρωσή του βασίστηκε σε μία σειρά από βασικές αρχές του δημοκρατικού πολιτεύματος, που δυστυχώς παραγνωρίστηκαν ή απλώς αγνοήθηκαν.

Η ανάκληση στη μνήμη μας της λογικής αυτής δεν είναι σήμερα, απλώς, χρήσιμη, είναι και ερμηνευτικά επιβεβλημένη. Διότι, η συνταγματική τυποποίηση του ελέγχου δεν έσβησε, τελικά, τα λογικά και πραγματικά θεμέλια του θεσμού, αυτά που τον στήριξαν κατά τη γένεσή του και δικαιολογούν σήμερα την ισχύ και κραταίωσή του και είναι ανεξίτηλα και σταθερά. Το άρθρο 93 παρ.4Σ επισφραγίζει, άρα, απλώς, μια δικαστική πρακτική για την οποία η ελληνική έννομη τάξη θα πρέπει να καμαρώνει. Η ερμηνεία και κατανόηση των σχετικών συνταγματικών διατάξεων είναι αδιανόητη χωρίς τη γνώση της λογικής προϊστορίας τους.

* * *

Ο διάχυτος και παρεμπόπτων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, έτσι όπως ισχύει και εφαρμόζεται στη χώρα μας, αλλά και όπως καθιερώθηκε στην χώρα-κοιτίδα αυτού του ελέγχου που είναι οι Η.Π.Α.⁴, στηρίζεται σε τρεις ιδέες κλειδιά, που διαπερνούν και συγκροτούν τα λογικά προαπαιτούμενα του συστήματος⁵:

1) στην αντιμετώπιση του Συντάγματος ως *θεμελιώδους ή υπέρτατου Νόμου του κράτους*, που περιέχει διατάξεις με *επιτακτικό χαρακτήρα και δεσμευτική δύναμη* για όλα τα υποκείμενα στα οποία απευθύνεται και ειδικά για τα άμεσα όργανα του κράτους.

³ Για μια σύντομη και περιεκτική παρουσίαση της ιστορικής εξέλιξης του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, βλέπε EPAMINONDAS SPILIOPOULOS, «Judicial Review of Legislative Acts in Greece», *Temple Law Quarterly*, vol. 56 (1983), σ. 463-502. Διεξοδική παρουσίαση και εκτενή σχολιασμό των πρώτων αποφάσεων των ελληνικών δικαστηρίων σχετικά με το ίδιο θέμα βρίσκει κανείς στη σημαντική μελέτη-ελάχιστα γνωστή δυστυχώς, στο ελληνικό νομικό κοινό και ουσιαστικά αναξιοποίητη- του PH.VEGLERIS, «La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce», *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1967, σ. 437-477.

⁴ Για την κοινή θεωρητική και ιδεολογική θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα και στις Η.Π.Α, βλέπε πρόχειρα ANT. MANITAKIS, «Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce», *Revue Internationale de droit comparé*, 1-1988, σ. 39-55.

⁵ Το ζήτημα αυτό έχω αναπτύξει και στη μελέτη μου, «Τα νομιμοποιητικά θεμέλια του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων», 'Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος', Νο 16., εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1992, σ. 13-70.

2) στον *αυστηρό χαρακτήρα του Συντάγματος* από τον οποίο απορρέει και η αυξημένη τυπική δύναμη ή η τυπική υπεροχή του έναντι όλων των άλλων κανόνων της Πολιτείας, και

3) στη *διάκριση των εξουσιών*, με την τυπική και ουσιαστική του όρου έννοια, η οποία συνεπάγεται τη σαφή διάκριση της δικαιοδοτικής λειτουργίας από τη νομοθετική και διασφαλίζει και δικαιολογεί τον δικαιοδοτικό χαρακτήρα του ελέγχου της συνταγματικότητας.

Αυτά τα τρία θεσμικά προαπαιτούμενα θα εξετάσουμε στην συνέχεια.

ii

*Ο επιτακτικός χαρακτήρας του Συντάγματος
ως πρώτη λογική ηρουνόθεση του ελέγχου*

Η πρώτη λογική, και θεσμική συνάμα, αφετηρία της διαδικασίας του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα πρέπει να αναζητηθεί στην καθολική αναγνώριση του Συντάγματος από τους πολίτες και την εξουσία, από τη θεωρία και τη νομολογία ως του θεμελιώδους και υπέρτατου Νόμου της Πολιτείας⁶, που δεσμεύει και υποχρεώνει όλα τα κρατικά όργανα, όλες τις συντεταγμένες εξουσίες. Οι Έλληνες αντιμετώπιζαν το Σύνταγμα πάντοτε ως κείμενο δεσμευτικό, επειδή το θεωρούσαν άρρηκτα συνδεδεμένο με το πολίτευμα. Στα πρώτα συντάγματα της επαναστατικής περιόδου δηλώθηκε ρητά η υποχρέωση του νομοθετικού σώματος να μην νομοθετεί αντίθετα στο Σύνταγμα: «Επ' ουδεμιά προφάσει και περιστάσει δύναται η Διοίκηση να νομοθετήσει εναντίως εις το παρόν Πολίτευμα.» (Νόμος της Επιδαύρου, Β' Εθνική Συνέλευσις εν Άστρει, 1923, ΚΘ Ψήφισμα, παρ. Β'). Η ίδια διάταξη επαναλαμβάνεται και στο Σύνταγμα της Τροιζήνης του 1827 με τρόπο ακριβέστερο: «Επ' ουδεμιά προφάσει και περιστάσει δύναται η Βουλή ή η Κυβέρνησις να νομοθετήσει ή να ενεργήσει τι εναντίον εις το παρόν Πολιτικόν Σύνταγμα». Στο ίδιο συνταγματικό κείμενο, άρθρο 143, διατρανώνεται και η υπεροχή του Συντάγματος απέναντι στους κοινούς νόμους: «Οι παρόντες Συνταγματικοί νόμοι υπερισχύουν απ' όλους τους λοιπούς».

Ο δεσμευτικός του χαρακτήρας δημιουργεί καθήκοντα για τους άρχοντες και

⁶ Βλ. Ν.Ν. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, Σύστημα του Συνταγματικού Δικαίου., τ. Β', (1923), σ. 326/7: το καθήκον των δικαστηρίων να μη εφαρμόζουν νόμον αντισυνταγματικόν "...εξάγεται εξ αυτής της φύσεως του Συντάγματος ως θεμελιώδους νόμου...", και Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, Πραγματεία του Συνταγματικού Δικαίου, τ. τρίτος, (1874), σ. 154 : "...το αρμόδιον (δικαστήριον), οφείλει μάλιστα, βεβαιώσασθαι προς το ότι ο νόμος (...) και προς τον ανώτατον της πολιτείας νόμον ουκ αντίκειται...".

δικαιώματα για τους πολίτες: «οι άρχοντες δεν έχουν ειμή χρέη, οι δε πολίται μόνοι έχουσι δικαιώματα»⁷. Η δεσμευτικότητα πάντως του συντάγματος είναι συνάρτηση της δεσμευτικότητας γενικότερα του Δικαίου, το οποίο εξαναγκάζει σε συμμόρφωση τους πάντες, επειδή επιβάλλεται από μια ισχυρή γενική θέληση, που είναι υπεράνω των ιδιωτικών θελήσεων και τους υποχρεώνει «να τηρώσι τον κοινόν όρον (διαβιώσεως) και να σέβωνται τον γενικόν δίκαιον»⁸. Η εγγύηση τηρήσεως του συντάγματος είναι κατ'αρχήν πολιτική και αφορά το Σύνταγμα με την ουσιαστική και όχι με την τυπική του όρου έννοια. Αφορά άρα το πολίτευμα. Αποτυπώνεται στο ίδιο το συνταγματικό κείμενο, και μάλιστα στο ακροτελεύτιο άρθρο του, που αφιέρωνε την τήρησή του στον πατριωτισμό των Ελλήνων⁹. Για τον λόγο αυτό άλλωστε το δικαίωμα αντίστασης των Ελλήνων σε περίπτωση κατάλυσης του πολιτεύματος θεωρήθηκε ως θεμέλιο και δικαιολογία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας¹⁰.

Το Σύνταγμα παράγει μέχρι τα τέλη του 19ου αιώνα υπακοή και εξαναγκάζει σε συμμόρφωση δια της "πειθούς", που εκπέμπει το περιεχόμενό του και όχι δια της απειλής των κυρώσεων που υπονοεί η νομική του μορφή: "οι κανόνες του συνταγματικού πολιτεύματος εμφανίσθηκαν να αντλούν την ισχύ τους από την ουσία του περιεχομένου τους και όχι από την τυπική μορφή του νομικού τρόπου εκφοράς τους, που είναι το Σύνταγμα", σημειώνει χαρακτηριστικά ο Γ.Δρόσος στη μελέτη του για τη συνταγματική θεωρία της εποχής¹¹, και συνεχίζει: "η υπακοή οφείλεται στην δύναμη που αντικατοπτρίζει ή συμβολίζει το Σύ-

⁷ Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, Πραγματεία του Συνταγματικού Δικαίου, Αθήνησι, 1851, (ανατύπωση, Αντ. Σάκκουλας, 1993), σ. 98.

⁸ Ό.π. σ. 99.

⁹ Βλ. σχετικά και πιο κάτω σ.

¹⁰ Βλ. σχετικά Γ. ΔΡΟΣΟΥ, ό.π., σ. 189 επ. και την εκεί παρατιθέμενη αγόρευση του εισαγγελέα του Αρείου Πάγου Δ. Τζιβανόπουλου που στηρίζει τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων στο άρθρο 110 του Συντάγματος και το δικαίωμα αντίστασης των πολιτών: "η έννοια δε του άρθρου 110 είναι ότι οι πολίται όλοι πρέπει να ώσιν άγρυπνοι ως προς την τήρησιν των συνταγματικών ελευθεριών, αλλά δι'όλων των νομίμων μέσων(...) και δια της προσφυγής ενώπιον των δικαστηρίων, όταν δε τοιαύτη προσφυγή γίνεται ενώπιον αυτών, δεν δύναται το ανώτατον του Κράτους δικαστήριον ν'άρνηθή ακρόασιν επί τω λόγω ότι το άρθρον 458 της Ποινικής Δικονομίας δεν διαλαμβάνει περί της παραβιάσεως του Συντάγματος ως λόγου αναιρέσεως (...).το Σύνταγμα, δημιουργηθέν υπό συντακτικής Συνελεύσεως και ουχί υπό νομοθετικού σώματος, έθηκεν τα θεμέλια εφ'ών ανεγείρεται ολόκληρον το οικοδόμημα της πολιτείας.»

¹¹ Γ. ΔΡΟΣΟΣ, Δοκίμιο Ελληνικής Συνταγματικής Θεωρίας, Αντ. Σάκκουλα, 1996, σ. 72-84 και σ. 177.

νταγμα και όχι στο ίδιο το Σύνταγμα. Το Σύνταγμα μεταφέρει μια επιταγή, δεν είναι το ίδιο επιταγή¹².

Το Σύνταγμα αποτελεί εξάλλου την οργανωτική βάση της ύπαρξης του κράτους, το θεσμικό του στήριγμα: «επειδή αι του κράτους αρχαί ουχ υπάρχουσιν ει μη δυνάμει του θεμελιώδους της πολιτείας θεσμού, άρα και επί τούτου μόνου στηρίζονται...»¹³. Υπόκεινται άρα καθ' ολοκληρίαν στο σύνταγμα «εξ ου έχουσι την γένεσιν, δι' ου νομιμοποιούνται και συντηρούνται...»¹⁴. Η πρωταρχικότητα του Συντάγματος για την οργάνωση της Πολιτείας είναι αναμφισβήτητη.

Το Σύνταγμα προέχει, ως *θεσμός οργανωτικός*, όλων των εξουσιών και υπερέχει, ως *κανόνας δεσμευτικός*, όλων των πράξεων και αποφάσεων τους.

Η θεώρηση του Συντάγματος ως κανόνα επιτακτικού και δεσμευτικού, που αξιώνει τήρηση και εφαρμογή από όλες τις συντεταγμένες αρχές και εξουσίες, διεκδικεί, παράλληλα, και το προβάδισμα κάθε φορά που κατά την εφαρμογή του *συμβαίνει να συγκρούεται* κατά περιεχόμενο με πράξεις της νομοθετικής εξουσίας.

Την αυτονόητη αυτή αλήθεια διατράνωσε ήδη από το 1874 ο Ν.Ι.Σαρίπολος με τρόπο απλό και εύγλωτο: «"επειδή και το Σύνταγμα εστιν εκ των νόμων ούς καλείται εφαρμόσαι ο δικαστής, έπεται λογικώς ότι εάν ευρή τον νόμον αντιστρατευόμενον προς τας του Συντάγματος διατάξεις προτιμήσει τηρήσαι το *πολίτευμα* μάλλον παρά τον νόμον και υποσημάναι ούτω τη νομοθετική ότι δέον ανακαλέσαι τον νόμον"¹⁵».

Το Σύνταγμα είναι ασφαλώς και αυτός «νόμος» του κράτους, αλλά νόμος πρωταρχικός, υπέρτατος, θεμελιώδης, ιδιότυπος, και πανηγυρικός, που διαφέρει και ως προς τη μορφή ή την ισχύ αλλά και ως προς το περιεχόμενο, από τις νομοθετικές επιταγές, ένας νόμος κατ' εξοχήν πολιτικός, συνυφασμένος με την οργάνωση της Πολιτείας.

¹² Γ. ΔΡΟΣΟΣ, ό.π., σ. 77 : «Το Σύνταγμα δεσμεύει λόγω της αντικειμενικής αξίας του περιεχομένου του και τούτο προκύπτει αρνητικά, από την απουσία κάθε τυπικότητας ως στοιχείου από το οποίο πηγάζει η υποχρέωση προς συμμόρφωση. Η υποταγή στους κανόνες του δεν οφείλεται σε κάποια ιδιαίτερη τυπική μορφή ή ισχύ του, από την οποία αντλούν την κανονιστική του δύναμη οι διατάξεις του...».

¹³ Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, Πραγματεία του Συνταγματικού Δικαίου, Αθήνησι, 1874, τομ. πρώτος, σ. 78.

¹⁴ Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, ό.π., σ. 93.

¹⁵ Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, ό.π., τ. πρώτος, 1874, σ. 159.

Αποτελεί, άρα, όπως άλλωστε κάθε νόμος του κράτους, πράξη δεσμευτική, γι' αυτό και οι διατάξεις του θα πρέπει να αντιμετωπίζονται ως επιταγές δεσμευτικές¹⁶. Και επιτακτικοί κανόνες δικαίου είναι όχι μόνο οι διατάξεις, που ρυθμίζουν σχέσεις κράτους και πολίτη, τα συνταγματικά δικαιώματα, αλλά και οι οργανωτικές διατάξεις καθώς και οι διατάξεις κοινωνικού ή οικονομικού περιεχομένου, δηλαδή, τα κοινωνικά δικαιώματα ή οι διατάξεις που τάσσουν σκοπούς ή επιτρέπουν τη χάραξη πολιτικών, όπως είναι η οικονομική, κοινωνική, εκπαιδευτική ή περιβαλλοντική πολιτική κ.ά. Οι αρχές, οι κανόνες, οι σκοποί και τα δικαιώματα που περιέχει το Σύνταγμα δεν αποτελούν απλές διακηρύξεις ή κατευθυντήριες αρχές ή εντολές αλλά κανόνες δεσμευτικούς που αξιώνουν εφαρμογή και συμμόρφωση. Οι συνταγματικές διατάξεις πρέπει να γίνονται ανιληπτές και να ερμηνεύονται ως επιταγές κανονιστικού χαρακτήρα ανεξάρτητα από τα υποκείμενα στα οποία απευθύνονται. Η τήρησή τους είναι πάντοτε, γράφει ο Μάνεσης¹⁷, νομικά υποχρεωτική υπενθυμίζοντας και υπογραμμίζοντας τη ρήση του Γάλλου επαναστάτη Sieyès, το "Σύνταγμα είναι ένα σώμα υποχρεωτικών κανόνων, αλλιώς δεν είναι τίποτε".

Επομένως, για την ελληνική έννομη τάξη ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων αποτελεί, κατά βάση, συνέπεια της πρωταρχικής σημασίας του Συντάγματος για το Πολίτευμα καθώς και της προέλευσης του από την βούληση της κυρίαρχης, της συντακτικής εξουσίας. Η υπεροχή του απέναντι στο νόμο δεν είναι τόσο τυπική όσο είναι ουσιαστική: *περιέχει αρχές του πολιτεύματος και της έννομης συμβίωσης, πρωταρχικές και θεμελιώδεις*. Το Σύνταγμα είναι υπεράνω της νομοθετικής και της δικαστικής εξουσίας, που αποτελούν συντεταγμένες εξουσίες, επειδή είναι *κανόνας πρωταρχικός της συντακτικής εξουσίας και νόμος καταστατικός της Πολιτείας*. Αυτό σημαίνει ότι ο παρεμπόππων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα δεν απορρέει από την δικαιοκρατική οργάνωση των εξουσιών ούτε είναι συνέπεια της εφαρμογής από τα δικαστήρια εν ισχύει και μόνον διατάξεων του θετού δικαίου, όπως υποστήριξε σε μας ο Ν.Ν. Σαρίπολος¹⁸, αλλά άμεση θεσμική συνέπεια της πρωταρχικότητας της συ-

¹⁶ Εδικά για το θέμα αυτό ΠΡ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Σκέψεις για τη σημερινή κατάσταση του Συνταγματικού Δικαίου στη χώρα μας, ΝοΒ 1988. 721 επ.(722) και ΑΝΤ.ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Η νομική φύση και ο πολιτικός χαρακτήρας της ερμηνείας του Συντάγματος, ΤοΣ 1985.476-496(483/4).

¹⁷ ΑΡ. ΜΑΝΕΣΗ, ΣυντΔικ., 1980, Ι, σ. 164.

¹⁸ Βλ. Ν.Ν. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, Σύστημα του Συνταγματικού Δικαίου της Ελλάδος, τ. Β, 1923, σ. 339-344 και ιδίως σ. 340, όπου υπογραμμίζεται: «ουδόλως η τοιαύτη εξέταση αποτελεί υπερο-

ντακτικής εξουσίας και της πολιτειακής και πολιτικής σημασίας του Συντάγματος, η οποία συνοψίζεται στην διαφύλαξη του δημοκρατικού πολιτεύματος, που το ίδιο εγκαθιδρύει.

α)

Εξέλιξη, μορφή και διαβαθμίσεις της κατεστημένης
δεσμευτικότητας των συνταγματικών διατάξεων.

Η προηγούμενη θεώρηση εναρμονίζεται με τις ιδέες του φυσικού δικαίου, που κυριαρχούσαν άλλωστε τον 19^ο αιώνα και συνένωναν σε ένα αρμονικό σύνολο το νομικό με το πολιτικό επίπεδο. Δεν είχε, άλλωστε, εμφανιστεί ακόμη ο νομικός θετικισμός με την αυστηρό διαχωρισμό, δικαίου, πολιτικής και ηθικής¹⁹.

Τα πράγματα αλλάζουν ριζικά τον εικοστό αιώνα και ιδίως στο δεύτερο ήμισυ, όπου ακόμη και στην Ελλάδα, μια από τις αρχαιότερες χώρες που είχε γνωρίζει τον διάχυτο έλεγχο της συνταγματικότητας²⁰, ο δικαστής της συνταγματικότητας αναγορεύεται σε κεντρική φυσιογνωμία του πολιτικού συστήματος

χίν της δικαστικής εξουσίας επί την νομοθετικήν, αλλ'υποτίθωσιν απλώς ότι η συντακτική εξουσία, ήτις έθηκεν το Σύνταγμα είνε υπεράνω αμφοτέρων τούτων των απ'αλλήλων διακεκριμένων εξουσιών. Η ημετέρα αρχή αποτελεί, τουναντίον, εφαρμογήν της θεωρίας της διακρίσεως των εξουσιών, ως παραδέχεται την διάκρισιν ταύτην, επί άλλων βάσεων, η σύγχρονος επιστήμη, δηλαδή τα δικαστήρια εφαρμόζουσι τας πράξεις μόνον εκείνας των οργάνων του Κράτους, αίτινες εγένοντο εντός της όλης εννόμου τάξεως, συμφώνως προς την υπό του Συντάγματος ανατεθείσαν τοις δικαστηρίοις λειτουργίαν. Αληθώς τα δικαστήρια οφείλοντα να εφαρμόζωσι το ισχύον δίκαιον, υποχρεούνται να εξετάζωσιν, ίνα επιλύσωσι την ενώπιον αυτών διαφοράν, π.χ. δι'αναγνώρισεως, επί τη βάσει του ισχύοντος δικαίου, δικαιώματός τινός υπέρ ωρισμένου προσώπου, ποίον είνε το ισχύον δίκαιον, ευρίσκοντα δε αντιθέτους διατάξεις, την μεν εν τω συντάγματι, την δε εν απλώς νόμω, οφείλουσιν να εφαρμόσωσι την διάταξιν του συντάγματος και ουχί την του αντισυνταγματικού νόμου, καθόσον βεβαίως η διάταξις του συντάγματος έχουσα επαυξημένην τυπική δύναμιν, μη δυναμένη να τροποποιηθή δι' απλού νόμου, αποτελεί το ισχύον δίκαιον προς επίλυσιν της ενώπιον του δικαστηρίου διαφοράς, οφείλοντος να εφαρμόση τούτο, ασκούντος ούτω καθαρώς δικαστικήν λειτουργίαν».

¹⁹ Για την εξέλιξη των δικαιοκρατικών ιδεών στην ελληνική έννομη τάξη την μελέτη του ΞΕΝΟΦΩΝΤΑ ΠΑΠΑΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ, Στοιχεία του κράτους δικαίου στην ελληνική νομική θεωρία, σε 'Όψεις του Κράτους Δικαίου', (επιμ. Κ. Σταμάτη), σ. 69-107.

²⁰ Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, διάχυτος και παρεμπíπτων, απαντάται και στις σκανδιναβικές χώρες, με πρώτη την Νορβηγία, στην οποία καθιερώθηκε από τα τέλη του προηγούμενου αιώνα, ενώ έπεται η Δανία και ακολουθεί η Σουηδία. Στοιχεία παρεμπíπτωντος ελέγχου συναντάμε και στην Ελβετία, Ρουμανία και Πορτογαλία χωρίς όμως ιδιαίτερη ανάπτυξη.

και το Σύνταγμα αντιμετωπίζεται κυρίως και βασικά ως κείμενο νομικό, με αυτοδύναμη νομική δεσμευτικότητα και ιδιότυπη θετή κανονιστικότητα²¹.

Η ιστορική προσέγγιση της συνταγματικής δικαιοσύνης μαζί με τις εξελίξεις και μεταμορφώσεις του συνταγματισμού κυρίως στη Ευρώπη τον εικοστό αιώνα δείχνουν και αποδεικνύουν, πάντως, ότι η παρεμβολή του συνταγματικού δικαστή στη διαδικασία εφαρμογής και τήρησης του Συντάγματος και γενικότερα ο δικαιοδοτικός έλεγχος του Συντάγματος από τα Συνταγματικά Δικαστήρια δεν εξαντλούνται σε μερικές επιβεβαιωτικού ή παθητικού χαρακτήρα λειτουργίες. Έχουν και μια εξαιρετικά σημαντική, διαπλαστική, αν και αντανάκλαστική, συνέπεια: ο δικαιοδοτικός έλεγχος της συνταγματικότητας δεν φανερώνει ούτε αποκαλύπτει απλώς μian ενυπάρχουσα στο Σύνταγμα κανονιστική δεσμευτικότητα, προσδίδει στο συνταγματικό κείμενο νομική υποχρεωτικότητα, το προικίζει με κανονιστική, δεσμευτική δύναμη²², την οποία διαμορφώνει και διαρκώς ανανεώνει. Η διαδικασία, δηλαδή, του δικαστικού ελέγχου ενεργεί *συστατικά* ως προς την πρόσκτηση νομικής κανονιστικότητας. Το Σύνταγμα δεν γεννιέται με μια δεδομένη κανονιστικότητα και δεσμευτικότητα, τις αποκτά κατά την εφαρμογή του, με τις κανονιστικές προσδοκίες που καλλιεργεί στα υποκείμενα που απευθύνεται, μέσα από τις διαδικασίες και τις κυρώσεις του δικαιοδοτικού ελέγχου του.

Άλλωστε ούτε οι συνταγματικές διατάξεις διαθέτουν όλες την ίδια κανονιστική πυκνότητα ή την ίδια ένταση νομικής δεσμευτικότητας. Ο βαθμός της κανονιστικής δεσμευτικότητας μιας συνταγματικής διάταξης είναι συνάρτηση της ιδιαίτερης φύσης της επιταγής που καθιερώνεται (γενική αρχή, κανόνας, δικαίωμα, ατομικό, κοινωνικό, διάταξη σκοπού, κλπ.), της διατύπωσης ή του κανονιστικού περιεχομένου της, της φύσης των σχέσεων που ρυθμίζει, καθώς και της επο-

²¹ Τις εξελίξεις αυτές ως προς την κανονιστικότητα και το είδος της δεσμευτικότητας του Συντάγματος επισημαίνει ο ΔΡΟΣΟΣ στην μονογραφία, που προαναφέραμε (Δοκίμιο Ελληνικής Συνταγματικής θεωρίας) και ιδίως στις σελίδες 72-115, 177-221 και 307-368.

²² Η διαπίστωση αυτή, που ίσως να μην βρίσκει σαφή επιβεβαίωση στην ελληνική συνταγματική τάξη, στην οποία ουδέποτε αμφισβητήθηκε η νομική δεσμευτικότητα του Συντάγματος, βρίσκει ωστόσο αντίκρισμα στη γαλλική, στην οποία η κανονιστική αξία του Συντάγματος "ανακαλύφθηκε" με τη δημιουργία του Συνταγματικού Συμβουλίου και με τη νομολογία που το ίδιο διέπλασε, από την πλούσια βιβλιογραφία, D.ROUSSEAU, *Une ressurection: la notion de la constitution*, *Revue du Droit Public*, 1990, σ. 5-22, H. OBERDORFF, *A propos de l'actualité de la déclaration de 1789*, *Revue du droit public*, 1990, σ. 665-684 και από τα γαλλικά εγχειρίδια κυρίως ELISABETH ZOLLER, *Droit Constitutionnel*, PUF, 2^e éd., 1999, σ. 31 επ.

χής που εφαρμόζεται. Τα κοινωνικά δικαιώματα π.χ. δεν είχαν πάντοτε την κανονιστική δεσμευτικότητα που τους αποδίδεται σήμερα, η οποία είναι εν πάση περιπτώσει εξαρτημένη, αφού η πραγμάτωση του κανονιστικού περιεχομένου ενός κοινωνικού δικαιώματος εξαρτάται από την παρέμβαση του νομοθέτη και την αντίστοιχη οργάνωση των κατάλληλων κοινωνικών υπηρεσιών. Ανεξάρτητα όμως από την ένταση της δεσμευτικότητάς τους ή τον βαθμό της κανονιστικότητάς τους όλες οι συνταγματικές διατάξεις μπορούν, χωρίς εξαίρεση, να αποτελέσουν κανόνες αναφορές για αξιολογήσεις ή σταθμίσεις και τη διατύπωση, βάσει ερμηνείας, δικαστικών κρίσεων.

Η κανονιστική δεσμευτικότητα των συνταγματικών διατάξεων δεν είναι άρα κάτι το αυτονόητο ούτε το δεδομένο. Τα Συντάγματα δεν γεννιούνται κουβανώντας μέσα τους κάποια εγγενή κανονιστικότητα ούτε είχαν ανέκαθεν και σε όλες τις χώρες την ίδια δεσμευτικότητα. Αποκτούν κάθε φορά την κανονιστική δύναμη, που η πολιτική πρακτική και η ιστορία κάθε χώρας τους προσδίδουν και ο συσχετισμός ή ο ανταγωνισμός των πολιτικών δυνάμεων και κυρίως η διάρθρωση των εξουσιών τους απονέμουν. Το ιστορικό προηγούμενο της Γαλλίας²³ ή και της Ελλάδος²⁴ είναι επί του προκειμένου χαρακτηριστικό.

Τα συνταγματικά κείμενα της Γαλλίας, που δεν περιλάμβαναν κατάλογο ατομικών δικαιωμάτων και περιορίζονταν στην οργάνωση των εξουσιών, είχαν μέχρι και το Σύνταγμα του 1958 κυρίως πολιτική σημασία και δέσμευαν τα πολιτικά υποκείμενα και τις εξουσίες με το πολιτικό κύρος που ανέδυναν παρά με τη νομική δεσμευτικότητά τους. Οι διατάξεις των γαλλικών συνταγμάτων αποκτούσαν νόημα και σημασία από την ασκούμενη συνταγματική πρακτική των άμεσων οργάνων του κράτους και όχι από την αφηρημένη ερμηνεία τους από κάποιο δικαστήριο. Το ίδιο ίσχυε και για την περίφημη γαλλική διακήρυξη των δικαιωμάτων του ανθρώπου και του πολίτη, η οποία εξανάγκαζε τις κρατικές εξουσίες σε συμμόρφωση χάρη στην τεράστια ηθική και πολιτική σημασία της

²³ Το ρόλο αυτό της συνταγματικής δικαιοσύνης, που χωρίς αυτήν το Σύνταγμα είναι "ένα πολιτικό πρόγραμμα, ένα σύνολο καλών συμβουλών προς το νομοθέτη", υπογράμμισε και ο Γάλλος δημοσιολόγος CH. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d' Autriche*, Paris, Economica, 1986, σ. 20.

²⁴ Την εξέλιξη της κανονιστικής σημασίας και δεσμευτικότητας του Συντάγματος στις διάφορες εποχές της συνταγματικής μας ιστορίας έχει αναλύσει ο ΓΙΑΝΝΗΣ ΔΡΟΣΟΣ, *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας*, Αντ. Σάκκουλας, 1996, ιδίως τις σελίδες 213-221, όπου επισημαίνεται συνοπτικά η «ανατροπή» της «πολιτειακής» θεώρησης του Συντάγματος από την «τυπική» ή «θετική» θεώρησή του: «...μεταβάλλεται η οπτική γωνία: το εξεταζόμενο αντικείμενο δεν είναι πλέον το πολίτευμα, ...αλλά το Σύνταγμα που είναι θετικός νόμος και ο ιεραρχικά υπέρτατος νόμος του κράτους».

παρά χάρη στη κανονιστική της δεσμευτικότητα, η οποία κυριολεκτικά “ανακαλύφθηκε” το 1971 και άρχισε σταδιακά να διαπλάθεται από τη νομολογία του Συνταγματικού Συμβουλίου²⁵.

Αλλά και στην Ελλάδα χώρα με παράδοση τυπικού και αυστηρού Συντάγματος και με αναπτυσσόμενη συνταγματική συνείδηση, η κανονιστική σύλληψη του Συντάγματος, που κατά την διάρκεια του 19^{ου} αιώνα εναρμονιζόταν με τις κρατούσες τότε φυσικοδικαιικές θεωρίες, αρχίζει να προσλαμβάνεται από τις αρχές του εικοστού ως θετική, τυπική κανονιστικότητα, η οποία οφείλει την δεσμευτικότητά της αποκλειστικά στο θετό κείμενο του Σύνταγματος και μόνον σε αυτό. Το Σύνταγμα δεσμεύει επειδή είναι ένα κείμενο νομικό. Η πρώτη αναγνώριση στην Ελλάδα της κανονιστικής δεσμευτικότητας του Συντάγματος οφειλόταν, όπως σημειώσαμε, κυρίως στη αντικειμενική λειτουργία του ως συμβόλου εθνικής ανεξαρτησίας, καθώς και στην πρόσληψή του από τους Έλληνες ως μέσου εγγύησης της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας τους. Η υπαγωγή του στην κατηγορία των νόμων και η εξομίωσή του με “καταστατικό Νόμο” του κράτους συντελέστηκε ουσιαστικά τον εικοστό αιώνα και ολοκληρώθηκε με το Σύνταγμα του 1975, το οποίο με τις διατάξεις κοινωνικού χαρακτήρα και με την πληρέστερη κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων καθιστά το *Σύνταγμα τυπικό, κανονιστικό θεμέλιο της έννομης τάξης και όλων των εννόμων σχέσεων*. Το Σύνταγμα δεσμεύει όχι μόνον επειδή ταυτίζεται με το πολίτευμα, αλλά επειδή τίθεται και επιβάλλεται ως θετός, θεμελιώδης κανόνας (norme). Η άμεση λογική συνέπεια της πρόσληψής του ως “καταστατικού της πολιτείας νόμου”, “δια του οποίου ρυθμίζονται τα όρια και η ενέργεια εκάστης των εν τω Κράτει πολιτικών εξουσιών, επομένως και της νομοθετικής”²⁶, είναι η τυπική κατίσχυσή του απέναντι σε όλες τις κρατικές πράξεις. Κατάληξη της ιστορικής αυτής διαδικασίας αποτελεί η αναγνώριση κανονιστικής δεσμευτικότητας στο άρθρο 24 του Συντάγματος, που εγγυάται την προστασία του περιβάλλοντος. Σε κάθε περίπτωση η σημερινή τυπική αξία και κανονιστική ακτινοβολία του Συντάγματος 1864/1911/1952/1975 αποκαλύφθηκε -αν δεν δημιουργήθηκε- μετά την μεταπολίτευση του 1974.

²⁵ Βλ. συνοπτικά αντί πολλών, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, σ. 11-13, 58-61, 350-362 και 366-370.

²⁶ ΠρωτΑθ 3504/1892, Θέμις, Γ', (1892-1893), σ. 474, βλέπε παράθεση του κρίσιμου σκεπτικού πιο κάτω.

b)

Το επόμενο στάδιο:
η αναγωγή της συνταγματικότητας
σε μορφή νομιμότητας και οι συνέπειές της

Η τομή, πάντως, στην κανονιστική δεσμευτικότητα του Συντάγματος συντελείται με την μετάβαση από την φυσικοδικαιική σύλληψή του στην θετικιστική του και γίνεται αισθητή με την ίδρυση του Συμβουλίου της Επικρατείας, το οποίο καλείται μεν να προστατεύσει την αρχή της νομιμότητας, ή της νόμιμης δράσης της διοίκησης, μέσω όμως αυτής της αποστολής του αναγορεύεται σε κατ'εξοχήν δικαστή της συνταγματικότητας των νόμων. Μέσω της διοικητικής νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας αρχίζει, δηλαδή, και διαμορφώνεται σταδιακά μια συνταγματική νομολογία, που αναδεικνύει από υπόθεση σε υπόθεση την κανονιστική δυναμική του Συντάγματος. Η κανονιστικότητά του αποκαλύπτεται ή ακριβέστερα πλάθεται, ευρύνεται και ανανεώνεται μέσα από τις συνταγματικές διαφορές, που δικάζονται με αφορμή τον έλεγχο νομιμότητας της διοικητικής δράσης.

Έτσι, η θεώρηση του Συντάγματος ως θεμελιώδους νόμου του κράτους με αυξημένη τυπική δύναμη έναντι των κοινών νόμων οδηγεί στο μεσοπόλεμο το Συμβούλιο της Επικρατείας στην ενακτήρια του μόλις απόφασή του²⁷, να διακηρύξει με τρόπο πανηγυρικό και αναντίρρητο την αμετάκλητη πρόθεσή του να ενεργεί σαν να είναι συνταγματικό δικαστήριο. Με την απόφασή του εκείνη το ΣτΕ ακύρωσε πράξη απόλυσης αρχιφύλακα της Αστυνομίας Πόλεων, διότι κρίθηκε παρεμπιπτόντως ότι η συγκρότηση του υπηρεσιακού συμβουλίου που το αποφάσισε ήταν αντίθετη στη διάταξη 114 του Συντάγματος του 1927.

Την εξουσία του παρεμπιπτόντος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων την άντλησε βέβαια τότε από την ερμηνευτική δήλωση του άρθρου 5 του Συντάγματος του 1927, που υποχρέωνε το δικαστήριο να μην εφαρμόζει νόμο του οποίου το περιεχόμενο ήταν αντίθετο στο Σύνταγμα. Τη δυνατότητα όμως να ανάγεται ευθέως στο Σύνταγμα και να ακυρώνει ατομική διοικητική πράξη, που στηρίζεται σε αντισυνταγματική διάταξη νόμου, τη θεμελίωσε στην εξομίσωση της "παραβίασης του Συντάγματος" με την πλημμέλεια της "παραβίασης νόμου", κρίνοντας ότι πράξη της διοίκησης, κανονιστική ή ατομική, που στηρίζεται σε νόμο αντισυνταγματικό είναι ανίσχυρη. Η παραβίαση του Συντάγματος

²⁷ Η απόφαση (ΣτΕ 1/1929, Θεμ. Μ' 361.) παρατίθεται και σχολιάζεται στη συλλογή του Ι. ΣΑΡΜΑ, "Η συνταγματική και διοικητική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας", Αντ. Σάκκουλας, 1990, σ. 9 επ.

αντιμετωπίζεται έκτοτε ως μια μορφή παραβίασης του νόμου, που δικαιολογεί αίτηση ακυρώσεως, έστω και αν η αντισυνταγματικότητα αποτελεί τον μοναδικό λόγο ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης.

Η τήρηση της νομιμότητας με την ευρεία του όρου έννοια, στην οποία περιλαμβάνεται και η συνταγματικότητα²⁸, αποτέλεσε άρα το πρωταρχικό λογικό βάθρο πάνω στο οποίο οικοδομήθηκε η εξουσία του ανώτατου δικαστικού οργάνου ελέγχου της νομιμότητας της διοικητικής δράσης, να προβαίνει παράλληλα και σε έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων²⁹.

“Η αποδοχή της εξουσίας του ΣτΕ, σημειώνει εύστοχα ο Φ. Βεγλερής³⁰, να ελέγχει τις πράξεις των διοικητικών αρχών και υπό την έποψη της συμφωνίας των διοικητικών και των άλλων νόμων με τους κανόνες τους Συντάγματος αποτελούσε αναγνώριση μιας έννοιας ‘υπερβάσεως εξουσίας ή παραβιάσεως του νόμου’ διαφορετική από τη ‘νομιμότητα’ που παραφυλάσσει το γαλλικό Conseil d’ Etat”, μια έννοια της “νομιμότητας” ευρύτερη και ριζικότερη, αφού περικλείει και εκείνη της “συνταγματικότητας”³¹.

²⁸ Για τη σχέση ειδικά “νομιμότητας” και “συνταγματικότητας”, βλ. L. FAVOREU, Le principe de constitutionnalité, Hommage à Ch. Eisenmann, Paris, 1975, σ. 33- 48 και ΑΝΤ. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, ό.π., 45-49.

²⁹ Χαρακτηριστική είναι και η απόφαση του ΣτΕ 27/1931 “Όταν το Συμβούλιο της Επικρατείας έρχεται να δικάσει μια υπόθεση εφαρμόζοντας το νόμο, έχει την εξουσία και την υποχρέωση να εξετάσει αρχικά αν ο νόμος φέρει όλα τα αναγκαία τυπικά στοιχεία και αν το ουσιαστικό περιεχόμενο των διατάξεων του είναι αντίθετο στο Σύνταγμα.....

³⁰ Φ. ΒΕΓΛΕΡΗΣ, Χαρακτηριστικά του ελληνικού Συμβουλίου της Επικρατείας, Τόμος τιμητικός του ΣτΕ, Ι, Αντ. Σάκκουλας, 1979, σ. 13-43 (17), ΤΟΥ ΙΔΙΟΥ, La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1967, σ. 458 και ειδικά για τη θεμελίωση της εξουσίας ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από το Συμβούλιο της Επικρατείας την εξαντλητική μελέτη ΤΟΥ ΙΔΙΟΥ, Le Conseil d’ Etat et l’ examen de la constitutionnalité des lois en Grèce, Studi in onore di Silvio Lessona, Bologna, Zanichelli, 1961, ιδίως σ. 602-605. Για το ίδιο θέμα τη μελέτη μου “Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce, ό.π., σ. 45 επ..

³¹ Το δικαίωμα και καθήκον και των διοικητικών δικαστηρίων να εξετάζουν τη συνταγματικότητα των νόμων υποστήριξε και ο Ν.Ν. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, με το ίδιο επιχείρημα: “...η λέξις νόμος εν τω άρθρω 82, εδ.γ’ του Συντάγματος...”, που καθιερώνει την “κατ’ αίτησιν ακύρωσιν δια παράβασιν νόμου των πράξεων των διοικητικών αρχών περιλαμβάνει βεβαίως και το Σύνταγμα, ούσα εν τη γενικωτάτη αυτής σημασία”, (Συστ.Συντ.Δικ., τ. Β’, 1923, σ. 322), Ο Σαρίπολος μάλιστα υποστήριξε ότι δυνατότητα εξέτασης της συνταγματικότητας των νόμων έχουν όχι μόνο τα δικαστήρια αλλά και κάθε εξουσία επιφορτισμένη με την εντολή να εφαρμόζει τον νόμο άρα και η διοίκηση και ακόμη και οι πολίτες, δεδομένου ότι “νόμος αντισυνταγματικός δεν είναι νόμος”, τα δε δικαστήρια αλλά και οι πολίτες και οι υπάλληλοι “ο-

Με την υποχρέωση σεβασμού της "νομιμότητας" με την ευρεία έννοια και συμμόρφωσης προς τις επιταγές της βαρύνονται εξίσου τόσο η εκτελεστική όσο και η νομοθετική εξουσία, καθότι και η τελευταία "έχει περιωρισμένην υπό του συντάγματος εξουσίαν, δυναμένη να ενεργή μόνον εντός ωρισμένων ορίων..."³² και το Σύνταγμα "αποτελεί όριον δια την νομοθετικήν, τούτο δε και οι νόμοι αποτελούν όριον δια την εκτελεστικήν"³³. Οφείλουν και οι δύο να ενεργούν "καθ'όν τρόπον ορίζει το Σύνταγμα"³⁴.

Η αναγωγή της "συνταγματικότητας" σε μια ειδική μορφή "νομιμότητας", που αξιώνει, όπως εκείνη, σεβασμό είχε τις ακόλουθες θεσμικές συνέπειες:

ι) *ενίσχυσε, πρώτον, την έννοια του κράτους δικαίου*, την οποία συνέδεσε με την έννοια της νομιμότητας, αφού την διεύρυνε και την οχύρωσε με θεσμούς και διαδικασίες που να εγγυώνται αποτελεσματικά την τήρηση των κανόνων δικαίου και την συμμόρφωση πάντων προς αυτούς. Κατέστησε, δεύτερον, *δυνατή και επιτρεπτή την πρόβλεψη κυρώσεων*, δια μέσου του δικαστικού ελέγχου της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, για τις περιπτώσεις παραβίασεως των κανόνων αυτών. Εξάλλου η συνταγματική δικαιοσύνη αυτή την ανάγκη και αυτήν τη δυνατότητα υπηρετεί. Ο δε διάχυτος και παρεμπόππων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων αποτελεί, όπως είδαμε, μια θεμελιώδους σημασίας κατασταλτικού χαρακτήρα εγγύηση τηρήσεως του Συντάγματος, δεδομένου ότι λειτουργεί αντικειμενικά ως κυρωτική συνέπεια της ενδεχόμενης παραβίασης του θεμελιώδους νόμου του κράτους από τα νομοθετούντα όργανά του.

φείλουσιν κατ'αρχήν, υπακούην μόνον εις νομίμους, ουσιαστικώς και τυπικώς, εν γένει διατάγας της Πολιτείας" (σ. 320).

³² Ν.Ν. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, ΣυστΣυντΔικ., τ. Β', 1923, σ. 325.

³³ Και ο ίδιος κλασσικός συγγραφέας συνεχίζει: "Ως δε τα δικαστήρια ιδίως εξετάζουσιν αν ετηρήθη και το όριον τούτο, ούτω δέον να εξετάζωσιν αν ετηρήθη και το όριον εκείνο, εφαρμόζοντα τας πράξεις μόνο εκείνας των οργάνων του κράτους, αίτινες εγένοντο εντός των νομίμων αυτών ορίων. 'Όργανόν' τι του Κράτους τότε μόνον, κατά κανόνα, ενεργεί ως όργανον του Κράτους, όταν ενεργή εντός των νομίμων αυτού ορίων και κατά τους νομίμους τύπους, άλλως η πράξις αυτού, η βούλησις ήν εκφράζει, δεν είναι πράξις, βούλησις της Πολιτείας, αλλά πράξις ιδιώτου, ή ομάδος ιδιωτών, άνευ νομίμου ισχύος, ήν ουδείς οφείλει υπακοήν. Αντισυνταγματικός 'νόμος' δεν είνε νόμος, αντισυνταγματικόν ή παράνομον 'διάταγμα' δεν είνε διάταγμα". (Ν.Ν.ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, Ελληνικόν Συνταγματικόν Δίκαιον, τ. Β', (1914), σ. 199 (=Σύστημα του Συνταγματικού Δικαίου της Ελλάδος, τ. Β', 1923, σ. 324).

³⁴ Τούτο έγκαιρα είχε υπογραμμίσει και ο ΑΡ. ΜΑΝΕΣΗΣ, Ζητήματα εκ του ανισχύρου των αντισυνταγματικών νόμων, *Νέον Δίκαιον*, 15 (1955) σ. 573 επ.[=Συνταγματική θεωρία και πράξη, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1980, σ. 288-315 (289)].

ii) συντέλεσε μέσα κυρίως από τον δικαστικό έλεγχο της νομιμότητας των πράξεων της διοικήσεως στη διατράνωση της *τυπικής υπεροχής του Συντάγματος*³⁵, κάθε φορά που η προσβαλλόμενη διοικητική πράξη βασίζεται σε νόμο που κατά την εφαρμογή του συμβαίνει να συγκρούεται κατά περιεχόμενο με το Σύνταγμα, σύγκρουση που αναγκαστικά οδηγεί στον παραμερισμό των διατάξεων κατώτερης τυπικής δύναμης.

Επομένως, η διαδικασία του δικαστικού ελέγχου της νομιμότητας όχι μόνον επιβεβαιώνει την τυπική και ουσιαστική υπεροχή των αρχών και αξιών του Συντάγματος απέναντι σε όλους τους κανόνες που διέπουν τις έννομες σχέσεις, αλλά εγγυάται παράλληλα και τη συμμόρφωση όλων των κρατικών οργάνων στις επιταγές του Συντάγματος αναθέτοντας στο δικαστή την φροντίδα για την τήρηση της συνταγματικής νομιμότητας.

Με τον τρόπο αυτό όλες οι κρατικές εξουσίες υποτάσσονται στο Σύνταγμα, που σημαίνει ότι οφείλουν να *ενεργούν εντός ορίων*, που καθορίζει το ίδιο, οι δε αποφάσεις τους είναι ισχυρές *μόνον εφόσον δεν αντιτίθενται σε διατάξεις του Συντάγματος*³⁶.

Τούτο σημαίνει "ότι η άσκηση της νομοθετικής εξουσίας πρέπει : i) να ενεργείται από τα κρατικά όργανα στα οποία το Σύνταγμα έχει απονείμει τέτοια αρμοδιότητα και κατά την διαδικασία που αυτό προβλέπει (*τυπική συνταγματικότητα των νόμων*), και ii) να έχει περιεχόμενο που να μη αντίκειται στο περιεχόμενο των συνταγματικών διατάξεων (*ουσιαστική συνταγματικότητα*)."³⁷

Η υπαγωγή της νομοθετικής εξουσίας υπό δικαστικό έλεγχο δεν δηλώνει πάντως υποταγή του νομοθέτη ή της λαϊκής θέλησης στη θέληση του δικαστή ούτε καθιστά τη δικαστική εξουσία ανώτερη της νομοθετικής, σημαίνει απλώς ότι όλες οι συντεταγμένες εξουσίες οφείλουν να σέβονται και να τηρούν εξίσου

³⁵ Ειδικά για την υπεροχή του Συντάγματος και την εγγύησή της ιδιότητας αυτής από τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, βλ. ΒΑΣ. ΣΚΟΥΡΗ ΚΑΙ ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟ, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Αντ. Σάκκουλας, 1985, σ. 9 επ., CHR. STARCK, La constitution cadre et mesure du droit, PUAM-Economica, 1994, σ. 7-30.

³⁶ Βλέπε τις οξυδερκείς επί του θέματος σκέψεις του Ν.Ν.ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, Σύστημα του Συνταγματικού Δικαίου της Ελλάδος, τ. Β, (1923), ιδίως σ. 340, όπου υπογραμμίζεται : "ουδόλως η τοιαύτη εξέταση αποτελεί υπεροχήν της δικαστικής εξουσίας επί την νομοθετικήν, αλλ'υποτίθησιν απλώς ότι η συντακτική εξουσία, ήτις έθηκεν το Σύνταγμα είνε υπεράνω αμφοτέρων τούτων των απ'αλλήλων διακεκριμένων συντεταγμένων εξουσιών..."

³⁷ ΑΡ. ΜΑΝΕΣΗΣ ΚΑΙ ΑΝΤ.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, Κρατικός παρεμβατισμός και Σύνταγμα (Γνωμοδότηση), ΝοΒ 1981.1199 επ., (=Η υπόθεση "Ανδρεάδη" και το οικονομικό Σύνταγμα, "Τετράδια Συνταγματικού Δικαίου", Νο 15, [1991] σελ.15).

το Σύνταγμα, και ότι προϋπόθεση ισχύος παντός νόμου είναι η μη αντίθεσή του στο θεμελιώδη νόμο. Η ελεγκτική αρμοδιότητα του δικαστή είναι λογική συνέπεια της φύσης της λειτουργίας που ασκεί, αλλά και αποτέλεσμα της νομικής και λογικής διαπίστωσης ότι διάταξη νομοθετική αντίθετη στο θεμελιώδη νόμο του κράτους είναι ανίσχυρη³⁸.

iii)

Η τυπική υπεροχή του Συντάγματος ως απόρροια
των αυστηρού χαρακτήρα του: δεύτερη λογική προϋπόθεση

Δεύτερη λογική προϋπόθεση του ελέγχου είναι ο *αυστηρός χαρακτήρας* του Συντάγματος³⁹.

Τη θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στον αυστηρό χαρακτήρα του Συντάγματος υποστήριξε η ελληνική συνταγματική θεωρία υπό την ισχύ ήδη του Συντάγματος του 1864 και υιοθέτησε οριστικά η νομολογία με τη δύση του 19ου αιώνα.

Τη θέση αυτή της ελληνικής θεωρίας και νομολογίας συμπύκνωσε με το γνωστό δωρικό του ύφους ο Ν.Ν. Σαρίπολος στο Σύστημα του Συνταγματικού Δικαίου:

“Το Σύνταγμα είναι θεμελιώδης νόμος, περιορίζων τας συντεταγμένας εξουσίας έχων επηυξημένην τυπικήν δύναμιν, μη δυνάμενος να τροποποιηθή ή να ευρμηνευθή αυθεντικώς δι’ απλής πράξεως της συντεταγμένης νομοθετικής εξουσίας, δι’ απλού νόμου, αλλά μόνον υπό της Βουλής κατά τας περί αναθεωρήσεως διατάξεις του άρθρου 108 του συντάγματος,...”⁴⁰

Με ανάλογη λιτή διατύπωση είχε καθιερώσει με την απόφαση σταθμό 23/1897 τον έλεγχο και ο Άριος Πάγος⁴¹, ο οποίος, με αφορμή υπόθεση που έθιγε τη συνταγματικότητα του άρθρου 4 του νόμου ΡΟΓ' του 1867, με το οποίο κηρύχθηκε απαράδεκτη κάθε αξίωση που αφορούσε τις γαίες που βρίσκονταν στην νόμιμη παράμετρο της συνήθους πλημμύρας της λίμνης Κωπαΐδος, ανήρεσε απόφαση του Εφετείου Αθηνών⁴², διότι είχε αρνηθεί να εξετάσει την αντισυνταγματικότητα του άρθρου 4 του νόμου ΡΟΓ' του 1867, παραβιάζοντας έτσι

³⁸ Αναλυτικά για την έννοια, τη δικαστική διαπίστωση και τις συνέπειες του ανισχύρου βλ. ΑΡ. ΜΑΝΕΣΗ, Ζητήματα εκ του ανισχύρου των αντισυνταγματικών νόμων, ό.π., σ. 288-315.

³⁹ Βλ. σχετικά ΡΗ. VEGLERIS, (1967), σ. 447 επ. και ΑΝΤ. ΜΑΝΤΑΚΗΣ, ό.π., σ. 44-45.

⁴⁰ Ν.Ν. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, ό.π., σ. 332-333.

⁴¹ ΑΠ 23/ 1897, (Α' Τμήμα), Θέμις, Η', 1898.329.

⁴² ΕφΑθ 924/1892, Θέμις, Γ' 1892-1893. 349.

το άρθρο 17Σ, που όριζε ότι κανένας δεν στερείται την ιδιοκτησία του χωρίς πρηγούμενη αποζημίωση. Σε ένα λακωνικό αλλά μεστό σε νόημα σκεπτικό το ανώτατο δικαστήριο διακήρυξε ότι:

*"όταν διάταξις νόμου αντίκειται εις το Σύνταγμα, ως μεταβάλλουσα δι' απλού νομοθετήματος θεμελιώδη διάταξιν αυτού δικαιούται το δικαστήριο να μην εφαρμόζη αυτήν εν τω θέματι περί ου δικάζει."*⁴³.

Η πρακτική που γεννήθηκε με την ιστορική αυτή απόφαση του Αρείου Πάγου δημιούργησε σταδιακά συμπληρωματικό συνταγματικό έθιμο, που ίσχυσε έκτοτε ως κανόνας συνταγματικού δικαίου, μέχρι τη θέσπιση του ισχύοντος Συντάγματος. Δεν νομίζω πάντως ότι η βασική αυτή σκέψη των ελληνικών δικαστηρίων έχει στο σημείο αυτό να ζηλέψει πολλά από τη σκέψη του αμερικανού δικαστή John Marshall που εισηγήθηκε με πανομοιότυπο σκεπτικό τον διάχυτο και παρεμπόπτοντα δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων στις Η.Π.Α.⁴⁴. Μπορεί η σκέψη του να ήταν πιο εκτενής, στην ουσία της παρέμενε ωστόσο η ίδια.

⁴³ Είχε, βέβαια, προηγηθεί η απόφαση του ΑΠ 18/1871, η οποία είχε προετοιμάσει το έδαφος διακηρύσσοντας ότι η δικαστική εξουσία δεν μπορεί, βέβαια, να ελέγξει αν ένας νόμος είναι ισχυρός όταν φέρει όλους τους τύπους που απαιτεί το Σύνταγμα, εκτός εάν ο νόμος είναι προφανώς αντίθετος προς το Σύνταγμα. Βλέπε το σκεπτικό της απόφασης αυτής σε ΕΡ.ΣΠΙΛΙΟΤΟΡΟΥΛΟΣ, ό.π., σ. 471, καθώς και το σκεπτικό της πρώτης απόφασης, που αντιμετώπισε ζήτημα συνταγματικότητας, της ΑΠ 198/1847, που παρατίθεται πιο κάτω, υποσημ. 58.

Είναι, εξάλλου, αξιοσημείωτο το γεγονός ότι η πρωτόδικη απόφαση 2566/1885, που αποτέλεσε και την αφετηρία για την έκδοση της γενέθλιας του διαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας απόφασης 23/1897 του ΑΠ, είχε αποδεχτεί την υπέρτερη του νόμου ισχύ του Συντάγματος, ενώ η απόφαση του Εφετείου Αθηνών, η 924/1892, που ακολούθησε, είχε απορρίψει, όπως είδαμε, τον δικαστικό έλεγχο με το ακόλουθο χαρακτηριστικό σκεπτικό: "η εξενεχθείσα υπό του Πρωτοδικείου κρίσις ότι η προμνησθείσα διάταξις αντίκειται εις το Σύνταγμα και δεν δύναται να επικρατήσει τούτου δεν είναι νόμιμος, διότι τα δικαστήρια δεν έχουν το δικαίωμα νόμους προσηκόντως καταρτισθέντας να επικρίνουν ως αντικειμένους εις το Σύνταγμα και να αρνηθώσι την εφαρμογήν των, αφού υποχρεούνται ως εκ των καθηκόντων των και των ορίων της ενασκουμένης παρ' αυτών εξουσίας να υποτάσσονται εις τους νόμους και να εφαρμόζωσι αυτούς", (βλ εκτενέστερα Γ. ΔΡΟΣΟΥ, ό.π., σ. 198).

⁴⁴ Βλέπε εκτενή αποσπάσματα της απόφασης *Marbury v. Madison* (1803) που καθιέρωσε τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων στις Η.Π.Α., στο περιοδικό ΤοΣ 1979 σελ.674 επ., μετάφραση Κ.Μαυριά. Το κρίσιμο σκεπτικό της απόφασης παρατίθεται και στα εγχειρίδια των ΔΗΜ.ΤΣΑΤΣΟΥ, ΣυντΔικ., τ. Α' 1985, σ.190-191, και ΧΡ. ΣΓΟΥΡΙΤΣΑ, ΣυντΔικ., τ. Β', τευχ. Α' 1964, σ. 56, και παρουσιάζεται σχολιασμένο από τον Β.ΣΚΟΥΡΗ, Συστήματα, ό.π., σ. 518- 523.

Από τη στιγμή που η αναθεώρηση του Συντάγματος πραγματοποιείται από ειδικό όργανο και με ειδική διαδικασία, διαφορετική από εκείνη της ψηφίσεως των κοινών νόμων, δεν χωρεί αμφιβολία ότι ο συντακτικός νομοθέτης θέλησε να διαχωρίσει την αναθεωρητική από τη νομοθετική εξουσία υποτάσσοντας τη δεύτερη στην πρώτη. Έθεσε παράλληλα το Σύνταγμα, μαζί με τις θεμελιώδεις και κοινά αποδεκτές αξίες που αποτυπώνει, πάνω από τις εφήμερες κομματικές αντιπαραθέσεις και μακριά από τα πυρά της συγκυριακής κυβερνητικής πλειψηφίας. Το νομοθετικά απυρόβλητο του Συντάγματος θα κινδύνευε, αν μπορούσε ο νομοθέτης να αποφασίζει κατά παράβαση του Συντάγματος ή αντίθετα προς αυτό. Τέτοια δυνατότητα θα ισοδυναμούσε με εν λευκώ εξουσιοδότηση προς τη νομοθετική εξουσία να τροποποιεί σιωπηρά το Σύνταγμα αγνοώντας και τελικά καταργώντας τον αυστηρό του χαρακτήρα.

Α)

Ο αυστηρός χαρακτήρας συνεπάγεται όχι μόνο την τυπική αλλά και την ουσιαστική υπεροχή του Συντάγματος, ενώ αγροεί την ιεραρχική δομή των κανόνων δικαίου

Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ήταν λοιπόν λογική απόρροια της τυπικής και ουσιαστικής υπεροχής του Συντάγματος έναντι των νόμων, υπεροχή που οφείλεται στο γεγονός ότι το Σύνταγμα είναι δημιούργημα της συντακτικής εξουσίας, της πρωταρχικής και υπέρτατης σέ ένα κράτος θέλησης, αποτελεί άρα προϊόν της λαϊκής κυριαρχίας στην πρωταρχική της εκδήλωση. Η ουσιαστική υπεροχή απορρέει, εξάλλου, από το γεγονός ότι το Σύνταγμα αποτυπώνει τις *πιο θεμελιώδεις, τις πιο διαρκείς κοινές αξίες μιας πολιτικά οργανωμένης κοινωνίας*. Καταγράφει ό,τι πιο θεμελιώδες και ουσιώδες αξιολογικά υπάρχει σε μια πολιτική κοινωνία και θεωρείται για το λόγο αυτό άξιο φύλαξης και προστασίας από τις αλλαγές της πολιτικής εξουσίας και τη φθορά του χρόνου.

Η υπεροχή, επομένως, του Συντάγματος και η αυξημένη τυπική δύναμη που διαθέτει έναντι των νόμων είναι αναγκαία λογική συνέπεια του αυστηρού χαρακτήρα του και της προέλευσής του από τη συντακτική εξουσία και δεν πηγάζει από κάποια αφηρημένη αξίωση της λογικής, από κάποιο αφηρημένο λογικό κατασκεύασμα, όπως είναι η ιεραρχική διάρθρωση των κανόνων του δικαίου⁴⁵.

⁴⁵ Όπως δέχεται η κρατούσα άποψη, βλ. αντί άλλων Αλ. ΣΒΩΛΟΥ, Η έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων υπό των δικαστηρίων, *Δικαιοσύνη*, 1927, αναδημοσιευμένο "Νομικά Μελέται", Β', σ. 213 (227): "Μόνον η αρχή της ιεραρχίας των κανόνων του Δικαίου φαίνεται

Δεν αποτελεί άρα αίτημα της τυπικής λογικής, αλλά λογική απόρροια της διάκρισης της συντακτικής από τις συντεταγμένες εξουσίες και συνέπεια του γεγονότος ότι η λαϊκή κυριαρχία δεν είναι αδέσμευτη αλλά συνταγματικά οριοθετημένη. Γι' αυτό και η Δημοκρατία, που καθιερώνει το Σύνταγμα, είναι μια "περιορισμένη συνταγματική δημοκρατία"⁴⁶.

Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων δεν αντιστρατεύεται τη δημοκρατική αρχή, αφού η κυριαρχία του λαού υπάρχει και εκδηλώνεται στο πλαίσιο του ισχύοντος πολιτεύματος και μόνον μέσα στα όρια και με τους περιορισμούς που καθορίζει το Σύνταγμα. Εναρμονίζεται άρα με τη θεμελιώδη συνταγματική αρχή σύμφωνα με την οποία "όλες οι εξουσίες πηγάζουν από το λαό ασκούνται δε κατά τον τρόπο που ορίζει το Σύνταγμα", καθώς και με την εξίσου θεμελιώδη όσο και παλαιά ακροτελεύτια διάταξη "η τήρηση του Συντάγματος αφιερούται στον πατριωτισμό των Ελλήνων"⁴⁷. Άλλωστε, η θεωρία της ιεραρχικής διάρθρωσης των δικαιοκρινών κανόνων ήταν άγνωστη στους Έλληνες δικαστές την εποχή εκείνη, ενώ η κελσιανή αντίληψη για τη συνταγματική δικαιοσύνη δημιουργήθηκε σε διαφορετική βάση μερικές δεκαετίες αργότερα⁴⁸.

Δεν είναι, συνεπώς, απόλυτα ακριβές, όταν λέγεται ότι ο παρεμπόππων και

ημίν πειστική. Ούτε τουτέστιν υφίσταται διάκρισις μεταξύ συνταγματικού και κοινού κανόνος, συνέπεται αναγκάως ότι αφού το Σύνταγμα είναι ο υπέρτερος νόμος της χώρας πας απλούς νόμος ψηφισθείς υπό της Βουλής και ευρισκόμενος εις αντίθεσιν με το Σύνταγμα πρέπει να εξαφανιστεί, διότι το υποδεέστερον πρέπει να υποχωρή προ του υπερτέρου... Καταλήγω θεωρών λογικώς αναγκαίαν την προκειμένην αρμοδιότητα των δικαστηρίων εις ά κράτη υπάρχει η ιεραρχική σχέσις των κανόνων του Δικαίου όπως παρ' ημίν". (217). Από την τελευταία φράση του Σβώλου συνάγεται ωστόσο ότι και για τον ίδιο η "ιεραρχική σχέσις" των κανόνων είναι λογική και αναγκαία συνέπεια της διάκρισης της νομοθετικής από τη συντακτική εξουσία εξ αιτίας του αυστηρού χαρακτήρα Συντάγματος.

⁴⁶ ΑΝΤ. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, σ. 294-296.

⁴⁷ Για όλα αυτά εκτενέστερα στις βασικές για το θέμα μελέτες του Φ. ΒΕΓΛΕΡΗ, *Le Conseil d'Etat et l'examen de la constitutionnalité des lois*, (1961), ιδίως, σ. 650-651 και *La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce*, (1967), ιδίως, σ. 443-455.

⁴⁸ Βλέπε Η. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, *Revue du Droit Public*, 1928 σ. 197- 257. Κατά τον Κέλσεν η δημιουργία συνταγματικού δικαστηρίου αποτελεί δικαιοδοτική εγγύηση τηρήσεως του Συντάγματος και αποβλέπει στην κανονική (regulier) άσκηση των κρατικών εξουσιών. Ο έλεγχος της συνταγματικότητας υπηρετεί την "κανονικότητα", εξασφαλίζει, δηλαδή, την ανταπόκριση των κανόνων, που υπόκεινται στο Σύνταγμα, στις συνταγματικές διαδικασίες και στο περιεχόμενο του συνταγματικών διατάξεων, αποσκοπεί άρα στην τήρηση των διαδικασιών παραγωγής και εκτέλεσης των νόμων, αλλά και στον σεβασμό του περιεχομένου των διατάξεων που κατοχυρώνουν ατομικά δικαιώματα.

συγκεκριμένος έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, έτσι, όπως, ασκείται στην Ελλάδα, είναι άμεση συνέπεια της αυξημένης τυπικής δύναμης του Συντάγματος⁴⁹: πρώτον, διότι η αυξημένη του δύναμη είναι το ζητούμενο και όχι δεδομένο και εν πάση περιπτώσει αποτελεί παράγωγη ιδιότητα του αυστηρού χαρακτήρα του Συντάγματος και δεύτερον, διότι έτσι ο έλεγχος αφυδατώνεται και εμφανίζεται σαν διαδικασία αυστηρά τυπική, που μοναδική του αποστολή έχει να διαφυλάξει την ιεραρχημένη ενότητα της έννομης τάξης και όχι να εγυνηθεί ό,τι κρίθηκε θεμελιώδες και απρόσβλητο από την πολιτική εξουσία, όπως είναι τα συνταγματικά δικαιώματα.

Στο ελληνικό σύστημα ο έλεγχος πηγάζει, επομένως, από την ανάγκη διαφύλαξης του αυστηρού χαρακτήρα του Συντάγματος⁵⁰ και των θεμελιωδών αρχών, που αυτό κατοχυρώνει και ιδίως από την ανάγκη προάσπισης του δημοκρατικού πολιτεύματος και των συνταγματικών δικαιωμάτων. Αποτελεί κατασταλτική εγγύηση τηρήσεως της συνταγματικής νομιμότητας. Συνεπάγεται και δεν προϋποθέτει απλώς την αυξημένη τυπική δύναμη του Συντάγματος.

B)

Η νομολογιακή αφετηρία του παρεμπόπτοντος δικαστικού ελέγχου:

η διάκριση της «κυριαρχίας» από τις «αρχές»

ή της συντακτικής εξουσίας από τις συντεταγμένες

καθώς και της τυπικής από την ουσιαστική νομιμότητα

Η απώτερη, κατά συνέπεια, λογική αφετηρία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας βρίσκεται στη θεωρητική διάκριση της συντακτικής εξουσίας από τη συντεταγμένη νομοθετική ή για να χρησιμοποιήσουμε την φρασεολογία του Ν.Ι. Σαριπόλου, στη σαφή διάκριση της «κυριαρχίας» από τις «αρχές»⁵¹. Από

⁴⁹ Έτσι, ΠΡ. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, ό.π., σ.721 επ., και Μ.ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π., (ανάτυπο) σ.14. Το ίδιο υποστηρίζει και ο ΜΑΝΕΣΗΣ, (Ζητήματα εκ του ανισχύρου, σ. 289) αν και σπεύδει να θεμελιώσει το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας κυρίως στην ιδιότητα του Συντάγματος ως θεμελιώδους νόμου του κράτους που δεσμεύει όλες τις συντεταγμένες εξουσίες.

⁵⁰ Αυτό δεν σημαίνει ότι ο αυστηρός χαρακτήρας συνεπάγεται αναγκαστικά τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων. Αντιπροσωπευτικό είναι το παράδειγμα του Βελγίου, το οποίο διαθέτει αυστηρό Σύνταγμα χωρίς να γνωρίζει τον παρεμπόπτοντα δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας, βλέπε σχετικά ΑΝΤ. ΜΑΝΤΑΚΗΣ, ό.π., σ. 42/43, και L.PHILIP, Les Cours constitutionnelles, σε "Traité de science politique" (εκδ. M. Grawitz et J. Leca), t. 2., Paris, 1985, σ. 406-423.

⁵¹ "Αλλά και αι αρχαί, αι κατά το σύνταγμα της πολιτείας τα καθ'εαυτάς ενεργούσαι, ου δύναται συγχυθήναι μετά της κυριαρχίας ή αφομοιωθήναι αυτή. Η μεν γαρ κυριαρχία ουδένα ε-

την ίδια διάκριση πηγάζει και η αδυναμία μεταβολής των συνταγματικών διατάξεων με τη διαδικασία των κοινών νόμων, ενώ από τον ίδιο τόπο αντλεί και τεκμηριώνει το Σύνταγμα την "επηρεαζόμενη τυπική δύναμή του"⁵².

Στο σημείο αυτό θα ήταν χρήσιμο να γίνει μια σύντομη ιστορική αναδρομή στη νομολογία για να φανεί καλλίτερα η ιστορική προέλευση και η θεωρητική θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας στην Ελλάδα⁵³. Η αποσπασματική, έστω, παρουσίαση των πρώτων δειγμάτων της ελληνικής συνταγματικής νομολογίας αποβαίνει, όπως τονίσαμε, ιδιαίτερα διδακτική για τη φύση και τα όρια του ελέγχου⁵⁴.

Για πρώτη φορά ζήτημα συνταγματικότητας των νόμων τέθηκε στα ελληνικά δικαστήρια το 1847⁵⁵ με αφορμή μια αντιδικία που έφερε αντιμέτωπους το δη-

αυτής επί γής πλὴν του Θεού και του Λόγου αναγνωρίζει ανώτερον, αὐ δ' ἀρχαὶ τουναντίον υπόκεινται εἰς τὸ Σύνταγμα, ἐξ οὗ ἔχουσι τὴν γένεσιν, δι' οὗ νομιμοποιούνται καὶ συντηροῦνται, ἐπομένως ὡς τούτῳ υποκείμεναι οὐδὲ μεταβαλεῖν αὐτὸ δύνανται". Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, Πραγμ.Συντ.Δικ., 1874, τ. πρώτος, σ. 93.

⁵² "...δὲν ἐπιτρέπεται ἡ ὑπὸ τῶν τακτικῶν νομοθετικῶν ὀργάνων τῆς πολιτείας ἢ κατὰ τὴν συνήθη διὰ τὰς ἄλλας νομοθετικὰς πράξεις διαγραφομένην διαδικασίαν ἐρμηνεία ἢ μεταβολὴ αὐτῶν. Οὕτω δ' ἀπέβησαν αὐταὶ (αἱ συνταγματικαὶ διατάξεις) τυπικῶς ὑπέρτεραι τῶν ἀπλῶν νόμων, καὶ ἐπὶ κατ' οὐσίαν (μὴ) ὑπερτερώσι τῶν ἀπλῶν οὐσιαστικῶν νόμων, καὶ ἀν δὴλονότι αὐταὶ μὴ περιέχῃσι κανόνα δικαίου...", ΑΡΑΒΑΝΤΙΝΟΣ, Εἰδικόν μέρος, τόμος Β' 1902, σ. 180, καὶ ἐκτενέστερα Γ. ΔΡΟΣΟΣ, ὁ.π., σ. 212.

⁵³ Βλ. σχετικὰ ΕΡ. ΣΠΙΛΙΟΤΟΡΟΥΛΟΣ, ὁ.π., σ. 463-502, ΡΗ.VEGLERIS, (1967), σ. 437-477 καὶ ΑΝΤ. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, ὁ.π., σ. 39-55 καὶ Β. ΣΚΟΥΡΗ-ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, ὁ.π., σ. 24 επ.

⁵⁴ Βλ. καὶ ΑΝΤ. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, Τα νομιμοποιητικὰ θεμέλια τῆς ἐξουσίας τοῦ δικαστῆ, ὁ.π., σ. 21 επ.

⁵⁵ ΑΠ 198/1847, Συλλογὴ τῶν πολιτικῶν αποφάσεων τοῦ Ἀρείου Πάγου τοῦ ἐτους 1847, (παράρτημα τῆς Εφημερίδος τῆς Κυβερνήσεως, 1847, σ. 765 επ.) βλὲπε ἐκτενὴ παρουσίαση καὶ σχόλιο τῆς απόφασης ἀπὸ ΡΗ.VEGLERIS, (1967), σ. 448/49 επ., ἀκόμη Ε. ΣΠΙΛΙΟΤΟΡΟΥΛΟΣ, ὁ.π., σ. 471. Τὴν ἀπόφαση παρουσιάζει καὶ σχολιάζει ὁ Γ. ΔΡΟΣΟΣ, ὁ.π., σ. 84-94, ἀπ' οὗ καὶ τὰ ἀποσπάσματά τῆς: "ἀν καὶ κατὰ τὰς ἀρχὰς τοῦ Συνταγματικοῦ δικαίου, τὰ δικαστήρια εἶναι ἀρμόδια νὰ ἐξετάσουν ἀν τὰ παρὰ τῶν διαδίκων εἰς αὐτὰ καθυποβαλλόμενα ἐγγράφα ὡς νομοθετικαὶ πράξεις φέρουσι νομοθετικὸν χαρακτήρα, τουτέστιν φέρουσι τοὺς παρὰ τοὺς Συντάγματος απαιτούμενους τύπους πρὸς σύστασιν νομοθετικῆς αποφάσεως, καθότι ἡ θέλησις τοῦ νομοθέτου πρέπει νὰ ἴηται ὁδηγὸς τῶν αποφάσεων τῶν δικαστηρίων, καὶ ἡ θέλησις αὕτη δὲν ἐξάγεται εἰμὴ ἐκ τῶν παρὰ τῆς νομοθετικῆς ἐξουσίας πηγάζοντων νόμων καὶ αποφάσεων, δὲν εἶναι ὁμῶς ἀρμόδια καὶ νὰ ἐλέγξουν τὰς τοιαύτας νομοθετικὰς αποφάσεις ὡς πρὸς τὸ περιεχόμενόν των, καθότι δὲν υποτίθεται ποτέ ὅτι ἡ ἐξουσία ἡ παριστάνουσα τὴν τοῦ ἔθνους κυριαρχίαν παρανομεί, ὁ δὲ ἰσχυρισμὸς τοῦ δημοσίου, ὅτι τὰ δικαστήρια δυνάμει τοῦ Συντάγματος ἔχουν δικαίωμα νὰ ἐξετάζουν ἀν τὸ περιεχόμενο των τοιούτων αποφάσεων δὲν περιέχει ὑπέρβασιν τῆς κατὰ τὸ Σύνταγμα ἐξουσίας

μόσιο με έναν ιδιώτη, ο οποίος διεκδικούσε την κυριότητα αγροτικών εκτάσεων που του είχαν παραχωρηθεί με νόμο του κράτους. Το δημόσιο αντέτεινε την αντισυνταγματικότητα του νόμου αυτού και ζητούσε την απόρριψη της αγωγής. Ο Αρειος Πάγος δικαιώνοντας τον ιδιώτη απέρριψε την ένσταση αντισυνταγματικότητας του δημοσίου με το σκεπτικό ότι τα δικαστήρια δεν έχουν αρμοδιότητα να εξετάζουν το περιεχόμενο του νομοθετικού κειμένου, καθότι δεν είναι δυνατόν να γίνει δεκτόν ότι η εξουσία που αντιπροσωπεύει την εθνική κυριαρχία ενήργησε με τρόπο παράνομο. Ο δικαστής έχει, κατά τον Αρειο Πάγο, υποχρέωση να εφαρμόζει το νόμο και να αποφασίζει σύμφωνα με αυτόν και όχι να τον επικρίνει ή να τον ανατρέψει με το επιχείρημα ότι η κυρίαρχη εξουσία δεν είχε δικαίωμα να εκδώσει τέτοιο νόμο ή να πάρει τέτοια απόφαση: "το δε ενάντιον σύστημα ήθελεν επιφέρει το ατόπημα ότι ο νόμος ήθελεν ήσθαι υπό την άμεσον υποταγήν της δικαστικής εξουσίας, ενώ απεναντίας η δικαστική εξουσία οφείλει να ήναι υπό την άμεσον υποταγήν του νόμου, εφαρμόζουσα και ουχί κρίνουσα αυτόν"⁵⁶.

Την ίδια θέση επανέλαβε η νομολογία πενήντα χρόνια αργότερα όταν κλήθηκε να αποφασίσει παρεμπιπτόντως σε μια υπόθεση που αφορούσε πάλι τη διεκδίκηση κυριότητας για τη συνταγματικότητα νόμου, που ανέτρεπε αναδρομικά κτηθέντα δια νόμου δικαιώματα κυριότητας. Απορρίπτοντας ως αβάσιμη την ένσταση περί αντισυνταγματικότητας του εναγομένου το Εφετείο Αθηνών

του νομοθετικού και νομοτελεστικού σώματος... είναι εσφαλμένος, καθότι κατά τα άρθρα 39 και 143 του ίδιου Συντάγματος, ο δικαστής οφείλει μόνον να εφαρμόση τον νόμον και να δικάση επί τη βάσει αυτού, αλλά δεν δύναται να τον επικρίνη, και να τον ανατρέψη επί τώ λόγω ότι η κυριαρχική του έθνους αρχή δεν είχεν εξουσίαν να εκδώση τοιούτον νόμον ή τοιαύτην απόφασιν". Σχολιάζοντας το σκεπτικό της απόφασης ο Γ. Δρόσος σημειώνει ότι κατά την αντίληψη εκείνη των δικαστών "το Σύνταγμα χρησιμεύει αποκλειστικά και μόνον για να διαπιστωθεί αν αυτό που εκφράστηκε είναι πράγματι η κυριαρχική βούληση του έθνους και όχι για να προσδοθεί νομικό κύρος στη βούληση αυτή" (σ. 92).

⁵⁶ Στη νομολογία του αυτή ενέμεινε ο ΑΠ και στην υπ' αριθμόν 254/1883 απόφασή του, όπου τόνισε ότι "εφ' όσον ο νόμος φέρει πάντα τα εξωτερικά γνωρίσματα, ήτοι ότι εν αυτώ λέγεται ότι εψηφίσθη υπό της Βουλής, εκυρώθη υπό του Βασιλέως και εδημοσιεύθη διά της εφημερίδος της Κυβερνήσεως, δεν δισιούνται τα δικαστήρια να εξετάσωσι αν, κατά την κατάρτισιν αυτού, ετηρήθησαν αι εσωτερικαί διατυπώσεις, ήτοι εάν εψηφίσθη σύμφωνα με τα εν τω Συντάγματι ως προς τούτο διαγραφόμενα. Εφ' όσον όμως η νομοθετική εξουσία(...) απεφάνθη (...) ότι νόμος τις εκηρύχθη ως παρά τα δια του Συντάγματος διαγεγραμμένα ψηφισθείς και επομένως ανίσχυρος (?), τοιούτον δέον να παραδεχθώσιν τούτον τα δικαστήρια άτινα δεν δικαιούνται να ελέγξωσιν την νομοθετικήν εξουσίαν", όπως παρατίθεται από τον Γ. ΔΡΟΣΟ, ό.π., σ.185/186.

έκρινε⁵⁷ ότι "ο δικαστής δεν επικρίνει αλλά εφαρμόζει τον νόμο, επομένως εστιν αρμόδιος να εξετάσει μόνον εάν η νομοθετική πράξις φέρει τους παρά του Συντάγματος αναγραφόμενους τύπους προς σύστασιν νομοθετικής αποφάσεως, ότε υπόχρεώς εστι να τον εφαρμόση ακριβώς, ουχί δε και να εξελέγη τας τοιαύτας νομοθετικές αποφάσεις ως προς το περιεχόμενον αυτών, διότι τότε η δικαστική εξουσία, η οποία κρίνει κατά τους νόμους και όχι περί των νόμων, θα καθίστατο ανωτέρα της νομοθετικής".

Εύκολα διακρίνει κανείς στη στάση αυτή της νομολογίας επιρροές και επιχειρήματα της γαλλικής νομικής παράδοσης⁵⁸, η οποία υπήρξε πάντοτε εχθρική απέναντι στο δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων ξεκινώντας από την ιδέα ότι ο νόμος, έκφραση της γενικής θέλησης, δεν είναι δυνατόν να αποδυναμωθεί από τη θέληση καμμίας άλλης κρατικής εξουσίας⁵⁹.

Η ελληνική συνταγματική θεωρία φαίνεται, εντούτοις, την εποχή εκείνη ακόμη να αμφιταλλαντεύεται⁶⁰. Ο πατήρ των Ελλήνων συνταγματολόγων Ν.Ι. Σαρίπολος, αν και διακηρύσσει ότι "του νόμου δούλος ο δικαστής τον νόμον δεσπότην κράτιστον εν τη πολιτεία καθίστησιν",⁶¹ σε άλλο σημείο της πραγματείας του θεωρεί το ζήτημα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων "μάλα αντιλεγόμενον"⁶².

⁵⁷ ΕφαΘ 1590/1896, Θέμις, Η' (1897). 25. Τη θέση αυτή υπογραμμίζει στο σύγγραμμά του και ο Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, ΠραγμΣυντΔικ., τ. τρίτος, εκδ. 2α, 1874, σ. 156: "Χρη τον δικαστήν κατά τους νόμους δικάζειν ουχί περί των νόμων. Ελάλησεν ο νόμος; ο ευόρκως το εαυτού χρέος επιτελών δικαστής εφαρμόττει αυτόν κατά την εαυτού πεποίθησιν..."

⁵⁸ Ph.Vegleris, 1967, σ. 449.

⁵⁹ Βλ. από τη σχετική πλούσια γαλλική βιβλιογραφία αντί άλλων D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 1999, ιδίως σ. 413-469, επ., ΤΟΥ ΙΔΙΟΥ, La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, 1992, σ. 144 επ., G. BURDEAU, FR. HAMON, M. TROPER, Droit Constitutionnel, 24e ed., L.G.D.J., 1995, σ. 70-78, D.Turpin, Contentieux constitutionnel, PUF, 1986, σ. 13-32 και GUILLAME DRAGO, Contentieux constitutionnel français, PUF, σ. 23-86.

⁶⁰ Βλ. σχετικά την κριτική παρουσίαση της θεωρίας από τον Γ. Δρόσο, ό.π., σ. 182-186.

⁶¹ Ν. Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, ό.π., τ. τρίτος, σ. 157.

⁶² Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, ό.π., τ. πρώτος, σ. 159. Από την πρώτη ωστόσο έκδοση της "Πραγματείας" του, το 1851, ο Σαρίπολος δέχεται ότι "ότι η προς τον νόμον υπακοή του δικαστού ούδ'απαγορεύει το δικαίωμά του ούδ'απαλλάττει αυτόν του χρέους του να βεβαιωθή πριν ή τον νόμον εφαρμόση ότι ο νόμος αύτος διήλθε τους συνταγματικούς τύπους όπως την ισχύν αυτού καταρτίση. Ο δε τοιαύτα πράττων και τον νόμον εξελέγχων δικαστής, ού μόνον ουδόλως εις τα των άλλων αρχών έργα επεμβαίνει, αλλά και το προς τον θεμελιώδη της πολιτείας νόμον σέβας αυτού διατρανώνει". (σ. 612-613)

Η επιφυλακτική στάση της θεωρίας και της νομολογίας τις πρώτες δεκαετίες του βίου της ελληνικής συνταγματικής τάξης, αν και καθυστέρησε, δεν στάθηκε ωστόσο ικανή να ανακόψει ένα ισχυρό ρεύμα ιδεών υπέρ του ελέγχου της συνταγματικότητας. Εμπυχωμένη άλλοτε από τη βαθιά ριζωμένη στην ελληνική κοινωνία ιδέα ότι το Σύνταγμα, ως υπέρτατος νόμος του κράτους και πρωταρχική έκφραση της λαϊκής θέλησης, είναι κείμενο ιερό που δεν μπορεί να θίξει η εφήμερη πολιτική εξουσία, και άλλοτε από την εικόνα που είχαν σχηματίσει οι Έλληνες για το Σύνταγμα, το οποίο έβλεπαν σαν το σύμβολο της εθνικής τους ανεξαρτησίας αλλά και ως εγγύηση της πολιτικής τους ελευθερίας⁶³, η νομολογία κατέληξε λίγο πριν ανατείλει ο εικοστός αιώνας στην οριστική καθιέρωση του ελέγχου με την ιστορική απόφαση 23/1897 του Αρείου Πάγου, που παραθέσαμε, την οποία όμως είχαν προετοιμάσει δύο σημαντικές προγενέστερες αποφάσεις η μία του Πρωτοδικείου Αθηνών, η 3504/1892, και η άλλη του Αρείου Πάγου, η 169/1893, η οποία είχε εκδοθεί μετά από μία ιστορική αγόρευση του εισαγγελέα Δ. Τζιβανόπουλου⁶⁴.

Το Εφετείο Αθηνών, εξάλλου, σε μια εύγλωττη και εκτενή απόφασή του⁶⁵,

⁶³ Για τη σύνδεση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με το δικαίωμα αντίστασης βλ. και την αγόρευση του εισαγγελέα του Αρείου Πάγου Δ. Τζιβανόπουλου στην απόφαση 169/1893, *Θέμις*, Δ', 1893.388, εκτενή αποσπάσματα της οποίας παρατίθενται από Γ. ΔΡΟΣΟ, ό.π., σ. 189-192.

⁶⁴ Την εξαιρετικά ενδιαφέρουσα αυτή προϊστορία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα έχει καταγράψει και αναλύσει ο ΓΙΑΝΝΗΣ ΔΡΟΣΟΣ (ό.π., σ. 186-192). Το σκεπτικό της απόφασης του Πρωτ. Αθηνών 3504/1892, (*Θέμις*, Γ' (1892-1893), σ. 474 επ.), είναι εξάλλου, εξόχως, διδακτικό και αρκούντως αναλυτικό ώστε να μη υστερεί και πολύ από το αντίστοιχο σκεπτικό της περίφημης απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου των Η.Π.Α του 1803: "...διότι τα δικαστήρια δεν υπερβαίνουν τα όρια της εξουσίας αυτών ούτε ελέγχουσι την νομοθετικήν εξουσίαν αποφαινόμενα ότι νόμος τις καίτοι περιβεβλημένος απάσας τας εξωτερικάς διατυπώσεις, τας μαρτυρούσας την ύπαρξιν αυτού κατά τας διατάξεις του πολιτεύματος, αντίκειται κατά το περιεχόμενον αυτού προς το Σύνταγμα, διότι το Σύνταγμα απορρέον εκ της συντακτικής του λαού εξουσίας, είναι καταστατικός της πολιτείας νόμος, δια του οποίου ρυθμίζονται τα όρια και η ενέργεια εκάστης εν τω Κράτει πολιτειακών εξουσιών, επομένως και της νομοθετικής, αφού δε αι θεμελιώδεις αυτού διατάξεις ετέθησαν ως απολύτως αμετάβλητοι άνευ τηρήσεως ωρισμένων όρων, πρόδηλον αποβαίνει ότι τα δικαστήρια, οσάκις ήθελον συναντήσει προφανή αντίφασιν μεταξύ Συντάγματος και νόμου από κοινής νομοθετικής εξουσίας απορρέοντος, μη δυνάμενα να θεωρήσωσι κατηργημένον το αμετάβλητον Σύνταγμα, κατ'ανάγκην θέλουσι λύσει την αντινομίαν, αποδίδοντα εις τούτο την επικράτησιν και θεωρούντα τον νόμον ανίσχυρον προς κατάργησιν το Συντάγματος...".

⁶⁵ ΕφΑθ 1847/1893, *Θέμις*, 615, στην απόφαση αυτή βρίσκονται ενσωματωμένα τόσο τα υ-

που είχε εκδοθεί για το ίδιο πρόβλημα μερικά χρόνια νωρίτερα είχε ήδη ανατρέψει την μέχρι τότε νομολογία κρίνοντας αντισυνταγματικό το άρθρο 4 του νόμου ΡΟΓ' του 1867, που είχε κηρύξει απαράδεκτη κάθε αξίωση για γαίες που βρίσκονταν στην περίμετρο της συνήθους πλημμύρας της λίμνης Κωπαΐδος. Με τη διάταξη αυτή καταργούνταν αναδρομικά τα δικαιώματα κυριότητας που είχαν αποκτηθεί από τους παρόχθιους ιδιοκτήτες, χωρίς την προηγούμενη καταβολή αποζημιώσης, όπως όριζε το άρθρο 17Σ.

Στην απόφασή του εκείνη, την 1847/1893, το Εφετείο Αθηνών έκρινε επί λέξει ότι "εν τινι Συνταγματικώ Κράτει η κυριαρχική του έθνους αρχή δεν είναι απολύτως προς το νομοθετείν ελευθέρα, υποκειμένη εις περιορισμούς διαφόρους και δεσμευομένη, όπως παρ' ημίν πολλαπλώς, ο κατά το περιεχόμενον αντισυνταγματικός νόμος δεν δύναται ποτέ να θεωρηθή ως ισχύων όπως δήποτε και εφαρμοστέος. Καθ' όσον εν τοιαύτη περιπτώσει αποτελεί καθαρώς κατάλυσιν πλήρη ωρισμένης διατάξεως του Συντάγματος (όπερ αναμφισβητήτως είναι υπέρτερον και επικρατέστερον παντός νόμου εκ μόνης της νομοθετικής εξουσίας απορρέοντος) ήτοι τουλάχιστον αναθεώρησιν, ήτις οσάκις αφορά εις θεμελιώδεις αυτού διατάξεις, ρητώς επίσης απηγορεύθη τη νομοθετική εξουσία. Εντεύθεν δε συνάγεται αναγκαίως ότι υπό το κράτος των τοιούτων περί της πλήρους και ανελλιπούς του Συντάγματος εφαρμογής ισχυόντων κανόνων, ο δικαστής (μη λαμβανομένου υπ' όψει του κενού εννοίας αξιώματος, καθ' ό κρίνει κατά τους και ουχί περί των νόμων) δύναται χωρίς να κατακριθί επί υπερβάσει των οικείων της εξουσίας αυτού ορίων ου μόνον να εξετάζη εκάστοτε εάν ο νόμος φέρη πάντα τα γενεθλιακά αυτού στοιχεία, και εάν δεν αντίκειται κατ' ουσίαν προς το Σύνταγμα, αλλά και να αποφαινίται τούτο επικρατέστερον εκείνου. Καθ' όσον και εν τοιαύτη περιπτώσει υποτίθεται ουχί ότι αρνείται υποταγήν εις τον Νόμον, αφ' ού καλούμενος να εφαρμόση αυτόν διατελεί εν τη α-

πέρ όσο και τα κατά του δικαστικού ελέγχου επιχειρήματα. Είναι μάλιστα χαρακτηριστική η γνώμη της μειοψηφίας : "Ει και ηδύνατό τις ειπείν ότι.. είνε μεν αληθές, ότι η νομοθετική εξουσία δεν δύναται να εκδώση νόμον αντισυνταγματικόν, εκ τούτου όμως δεν έπεται πως, και ότι τα τοιαύτας της παριστώσης την κυριαρχίαν του έθνους αρχής παραβάσεις δύναται να εξελέγχωσιν ποτέ τα δικαστήρια. Καθόσον κατά το Σύνταγμα αυτό(όπερ άλλωστε περιέχει αποχρώσας εγγυήσεις, όπως μη παραβιάζεται εκ μέρους της νομοθετικής εξουσίας) ο δικαστής ετάχθη, όπως εφαρμόζη τον νόμον και δικάζη επί τη βάσει αυτού, ουχί δε όπως τον επικρίνη ή τον αναιρέση επί τω λόγω δήθεν ότι η κυριαρχική του έθνους εξουσία δεν ηδύνατο να εκδώσει τοιούτον, όπερ ήθελεν αγάγει ημάς εις το άτοπον συμπέρασμα, ότι η ύπαρξις του νόμου εξαρτάται πάντως από της διακριτικής του δικαστού εξουσίας, ενώ απ' εναντίας η δικαστική αρχή οφείλει να είνε υπό την άμεσον διαταγήν αυτού." βλ. και ΡΗ. VEGLERIS, 1967, σ. 452.

ναποδράστω ανάγκη να εκλέξη το επικρατέστερον μεταξύ τούτου και εκείνου, αλλ' ότι κηρύττει μη καταργηθέν δια νόμου το Σύνταγμα⁶⁶.

Το θέμα κρίθηκε οριστικά, όπως είδαμε, με την απόφαση 23/1897, η οποία καθιέρωσε νομολογιακά τον παρεμπόπτοντα δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων αναγνωρίζοντας έτσι πανηγυρικά ότι "το Σύνταγμα, δημιουργηθέν υπό συντακτικής Συνελεύσεως και ουχί υπό νομοθετικού σώματος, έθηκεν τα θεμέλια εφ' ών ανεγείρεται ολόκληρον το οικοδόμημα της πολιτείας."⁶⁷ και άρα "αι διατάξεις του συντάγματος εισίν είδος τι διατακτικών κανόνων ανωτέρων του συνήθους νόμου, και μή δυναμένων να αλλοιωθώσιν υπ' αυτού μήτε ρητώς μήτε σιωπηρώς" και κατά συνέπειαν "οι αντισυνταγματικοί νόμοι, δεν είναι παντάπασιν νόμοι διότι αι πολιτικά εξουσίαι δύνανται να ενασκώνται μόνον καθ' όν τρόπον ορίζει το Σύνταγμα"⁶⁸.

iv)

Η αρχής της διάκρισης των εξουσιών,
θεμέλιο και όριο του δικαστικού ελέγχου:
τρίτη προνπόθεση

Η εξουσία του δικαστή και κάθε δικαστή να προβαίνει σε έρευνα της συνταγματικότητας του νόμου στηρίζεται και σ' ένα τρίτο έρεισμα: στη διάκριση των

⁶⁶ Την ίδια θέση, όσον αφορά την εξουσία των δικαστηρίων να ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων, είχε ένα χρόνο νωρίτερα, υιοθετήσει το ίδιο δικαστήριο με ένα συνοπτικό αλλά λακωνικό σκεπτικό του: "επειδή η στηριζόμενη εις το άρθρο 4 του νόμου ΡΟΓ' καθ' ό' πάσα αξίωσις επί γαιών κειμένων εντός της περιμέτρου της συνήθους πλημμύρας είναι απαράδεκτος', δεν είναι βάσιμος, διότι η μνησθείσα διάταξις (δεν έχει την έννοιαν ήν η εταιρία αποδίδει, ότι δηλαδή αύτη νομίμως δύναται ν' αφαιρεί αλλοτρίας ιδιοκτησίας κειμένας επί του αιγιαλού της Κωπαΐδος λίμνης ανευ προηγουμένης αποζημιώσεως) ού μόνον απάδει προς όλους τους κανόνες του Δικαίου, αλλά και αντίκειται προδήλως εις θεμελιώδη διάταξιν του Συντάγματος (άρθρον 17) καθ' ό ουδείς στερείται της ιδιοκτησίας του... διατάξεις δε νόμων αντικειμένας προδήλως εις το Σύνταγμα και διατάξεις αυτού θεμελιώδεις αναιρούσας (οία είναι η ως άνω αναφερομένη), ούτε η νομοθετική εξουσία δύναται να εκδώση (άρθρον 107 του Συντάγματος), και συνεπώς ούτε τα δικαστήρια δικαιούνται να εφαρμόσουν": ΕφΑθ 1710/1892, Θέμις, Γ' 1892-1893, σ. 5.

⁶⁷ Από την αγόρευση του Εισαγγελέα Δ. ΤΖΙΒΑΝΟΠΟΥΛΟΥ, υπό την απόφαση ΑΠ 169/1893, Θέμις, Δ', 390.

⁶⁸ ΔΙΟΜΗΔΟΥΣ ΚΥΡΙΑΚΟΥ, Ερμηνεία του ελληνικού συντάγματος, τ. II, σ. 348, 349, όπως παρατίθεται από τον Γ. Δρόσο, ό.π., σ. 184.

εξουσιών.⁶⁹

1.

Η σεβασμός της διάκρισης των εξουσιών
προϋπόθεση της νόμιμης δράσης τους

Με τη διάκριση των εξουσιών δεν κατανέμεται απλώς η άσκηση της “κυριαρχίας” σε τρεις διακριτές και ανεξάρτητες μεταξύ τους “εξουσίες”, δεν οριοθετείται μόνο με ακρίβεια η δικαιοδοσία και αποστολή κάθε μία από τις “αρχόντισσες αρχές”, έτσι ώστε να αποκλείεται η ανάμειξη της μιας στα έργα της άλλης, ανυψώνεται η διάκριση σε προϋπόθεση της έγκυρης δήλωσης βουλήσεως κάθε εξουσίας. Αποκτά δηλαδή η ίδια καταστατική αξία και υπέρτερη ισχύ και ταυτίζεται τυπικά και ουσιαστικά με το ίδιο το Σύνταγμα ή με την “κυριαρχία” που το ίδιο ενσαρκώνει. Η διάκριση των εξουσιών επιβάλλεται ως όρος και προϋπόθεση της ύπαρξης και δράσης των συντεταγμένων εξουσιών. Οι τρεις άρα κρατικές εξουσίες, εφ’ όσον έλκουν την καταγωγή τους από τη μία και ενιαία κυριαρχία, “υπόκεινται εις το σύνταγμα, εξ ου έχουν την γένεσιν, δ’ ού νομιμοποιούνται και συντηρούνται, επομένως εις τούτω υποκείμεναι ουδέ μεταβαλείν αυτό δύνανται”⁷⁰.

Ο σεβασμός, επομένως, της αρχής της διάκρισης των εξουσιών ισοδυναμεί με σεβασμό του Συντάγματος και της συντακτικής εξουσίας που το θέσπισε, η οποία έτσι τοποθετείται “*υπεράνω των απ’ αλλήλων διακεκριμένων συντεταγμένων εξουσιών*”.

Η διάκριση των εξουσιών δεν αποτελεί, κατά συνέπεια, μόνο θεμέλιο της “νόμιμης” δράσης όλων των εξουσιών, αλλά και απαραίτατο όριό τους. Με αφετηρία και κριτήριο την αρχή αυτή η δικαστική εξουσία νομιμοποιείται να εξετάζει στο πλαίσιο της εγγυητικής της λειτουργίας την συνταγματικά “έγκυρη” δήλωση

⁶⁹ Βλ. σχετικά ΒΑΣ. ΣΚΟΥΡΗ ΚΑΙ ΕΥ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ, ό.π., σ. 20, και CHR. STARCK, ό.π., σ. 19. Εδικά όμως για τη σχέση της διάκρισης των εξουσιών και του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στο αμερικανικό σύστημα βλέπε τις περιεκτικές αναλύσεις του G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, σ. 103-113. Ενδιαφέρον παρουσιάζουν και οι απόψεις που είχαν διατυπωθεί σχετικά με το ίδιο θέμα στη βελγική συνταγματική τάξη, η οποία αν και διέθετε αυστηρό, όπως και εμείς Σύνταγμα, ουδέποτε υιοθέτησε το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, βλ. την εξαντλητική μελέτη του HUGUES DUPONT, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique: fonction juridictionnelle ou politique ?*, σε “*Fonction de juger et pouvoir judiciaire*”, (sous dir. Ph. Gerard, F. Ost, M. van de Kerchove), Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, σ. 71-174.

⁷⁰ Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, τ. πρώτος, σ. 93.

βούλησης της νομοθετικής εξουσίας⁷¹. Διότι η δικαστική εξουσία περιορίζεται να ερευνά κατά την εφαρμογή του την ισχύ του νόμου ενόψει και του θεμελιώδους νόμου του κράτους ενεργώντας στο πλαίσιο της διακεκριμένης δικαιοδοτικής αρμοδιότητάς της και αρκείται για το λόγο αυτό σε έναν αρνητικό ρόλο: στη μη εφαρμογή της αντισυνταγματικής διάταξης. Δεν υπερβαίνει άρα τη δικαιοδοσία της όταν ερευνά τη συνταγματικότητα ενός νόμου, αφού δεν αντιπαραθέτει τη δική της βούληση σ' εκείνη της νομοθετικής εξουσίας ούτε ακυρώνει τον αντισυνταγματικό νόμο. Λειτουργώντας απλώς ως εξουσία ανεξάρτητη, που είναι επιφορτισμένη με την εντολή να κρίνει κατά το νόμο τις διαφορές που άγονται ενώπιόν της, εξετάζει μήπως ο νόμος που εφαρμόζει στη συγκεκριμένη περίπτωση προσκρούει στο Θεμελιώδη Νόμο του κράτους. Σε καταφατική περίπτωση αρνείται να τον εφαρμόσει ως ανίσχυρο.

Η πηγή της εξουσίας του δικαστή καθορίζει έτσι ταυτόχρονα και τα όρια της άσκησης της, που δεν είναι άλλα από τους περιορισμούς που βαραίνουν την άσκηση της δικαιοδοτικής λειτουργίας. Ενεργώντας στο πλαίσιο της διάκρισης των εξουσιών, ο δικαστής εκφέρει κρίση και δεν εκφράζει βούληση, δεν παρεμβαίνει στα έργα της νομοθετικής, γι' αυτό και αρκείται μετά τη διαπίστωση της αντισυνταγματικότητας να παραμερίσει την αντισυνταγματική διάταξη νόμου. Η ελεγκτική αυτή αρμοδιότητα δεν επιτρέπεται να μεταβληθεί, όσο και αν διευρύνονται τα όριά της, από εξουσία ελέγχου και ανάσχεσης της νομοθετικής παντοδυναμίας σε εξουσία υποκατάστασής της. Δεν νομιμοποιείται άρα να ασκεί έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, *παρά μόνον επειδή και εφόσον ασκεί δικαιοδοτική λειτουργία και παραμένει στα όρια της αρμοδιότητας αυτής*.

⁷¹ Η αρχή της διάκρισης των εξουσιών είναι τελικά το κομβικό σημείο όχι μόνον για την νομιμοποίηση, αλλά και για την οριοθέτηση της εξουσίας του δικαστή να ερευνά τη συνταγματικότητα του νόμου στο σύστημα του διάχυτου και συγκεκριμένου ελέγχου όπως το δικό μας. Η σημασία της έχει ιδιαίτερα επισημανθεί στο αμερικανικό συνταγματικό δίκαιο, βλέπε, ειδικά για τη σχέση της διάκρισης των εξουσιών και του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, τη διαφωτιστική ανάλυση του G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, ό.π., ιδίως σ.105, όπου παρατίθεται η σκέψη του αμερικανού δικαστή AL.Hamilton: "The judiciary would always be the least dangerous branch of government, having neither force nor will, but merely judgment. In a constitution of limited powers that judgment must be applied to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void...No legislative act therefore contrary to the Constitution could be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal ; that the representatives of the people are superior to people themselves ; that men acting by the virtue of powers may do not only what these powers authorise but what they forbid."

2.

Τα δικαστήρια νομιμοποιούνται
να ασκούν τον έλεγχο συνταγματικότητας,
επειδή είναι φορείς εξουσίας ανεξάρτητης
επιφορτισμένης με την εφαρμογή του νόμου
κατά την επίλυση συγκεκριμένης διαφοράς

Η δικαστική εξουσία επιφορτίζεται, επομένως, με το δικαίωμα και το καθήκον της έρευνας της συνταγματικότητας των νόμων, επειδή σύμφωνα με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών, πρώτον, έχει ως αποστολή της την εφαρμογή του νόμου σε συγκεκριμένη διαφορά (ή ακριβέστερα τη λύση μιας διαφοράς με βάση το νόμο) και, δεύτερον, επειδή παρέχει όλα τα εχέγγυα μιας ανεξάρτητης και αμερόληπτης εξουσίας, εξοπλισμένης με αρμοδιότητες “κρίσης” και όχι “δράσης” ή “βούλησης”⁷². Οι περιορισμοί της δικαιοδοτικής λειτουργίας ορθώνουν εμπόδια, θέτουν όρια στην εξουσία “ελέγχου” της συνταγματικότητας από τον δικαστή.

Η κλασική ελληνική συνταγματική θεωρία είναι σχεδόν ομόφωνη στο θέμα αυτό. Μαζί με τον Σαρίπολο πατέρα, τη γνώμη του οποίου παραθέσαμε λίγο πιο πάνω, και ο θετικιστής υιός του, Ν. Ν. Σαρίπολος την ίδια θέση ασπάζεται: ανάγει ρητά το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας στην “εφαρμογήν της θεωρίας της διακρίσεως των εξουσιών, ως παραδέχεται την διάκρισιν ταύτην, επί άλλων βάσεων, η σύγχρονος επιστήμη δηλ. τα δικαστήρια εφαρμόζουσι τας πράξεις μόνον εκείνας των οργάνων του Κράτους, αίτινες εγένοντο εντός της νομίμου του οργάνου αρμοδιότητος, ασφαρίζοντα ούτω την τήρησιν της όλης εννόμου τάξεως, συμφώνως προς την υπό του Συντάγματος ανατεθείσαν τοις δικαστηρίοις λειτουργίαν. Αληθώς τα δικαστήρια οφείλουν να εφαρμόζωσι το ισχύον δίκαιον.”⁷³

Με επίφυλαξη στέκεται ωστόσο απέναντι στη θέση αυτή, αρχικά, ο Αλ. Σβώλος, ο οποίος θεωρεί “ορθόν και λογικώς αναντίρρητον έρεισμα της προκείμε-

⁷² Αυτή είναι εξάλλου μια από τις θεμελιώδεις διαφορές μεταξύ της δικαιοσύνης και της διοίκησης, η οποία δικαιολογεί και θεμελιώνει την εξουσία ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια, ενώ, επειδή τα χαρακτηριστικά της δικαιοδοτικής κρίσης και της λειτουργικής ανεξαρτησίας ελλείπουν από την διοίκηση, δεν δικαιολογεί ούτε θεμελιώνει αντίστοιχη «εξουσία» και στην Διοίκηση, βλέπε σχετικά και ΚΩΣΤΑ ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΥ, Ο αντισυνταγματικός νόμος και η δημόσια διοίκηση, Αντ. Σάκκουλας, Τετράδια Συνταγματικού Δικαίου, 1989, ιδίως σελ. 65-74 και 119-122.

⁷³ Ν.Ν.ΣΑΡΙΠΟΛΟΣ, ΣυστΣυντΔικ., τ. Β, (1923), σ. 340-341.

νης αρμοδιότητος την ιεραρχία των κανόνων του Δικαίου..."⁷⁴. Στη συνέχεια όμως του συλλογισμού του ακολουθώντας τη συνταγματική παράδοση υποστηρίζει ότι η έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων είναι απόρροια του αυστηρού χαρακτήρα του Συντάγματος και λογική συνέπεια της ανάγκης τήρησής του και το όργανο στο οποίο ανήκει η ευθύνη της τήρησης είναι αναγκαστικά αυτό που έχει την ευθύνη εφαρμογής του νόμου. Γράφει χαρακτηριστικά: "τα γραπτά Συντάγματα, η μεταβολή των οποίων υπόκειται εις διάφορον της νομοθεσίας διαδικασίαν, η τήρησις των συνταγματικών διατάξεων αποτελεί λογικὴν ἀνάγκην, το δε ἔργον τούτο ανήκει αναποφεύκτως εις τον εφαρμοστήν του νόμου, υποχρεούμενον να διερευνήσῃ ἐκάστοτε, και εφόσον ο διάδικος ἐνίσταται περί τούτου, αν ἔχῃ πρό αυτού νόμον ἐγκυρον, ἥτοι σύμφωνον προς τον υπερκείμενον συνταγματικόν κανόνα. Η υποχρέωσις αὕτη, η οποία καταλαμβάνει παν ὄργανον ἔχον αρμοδιότητα εφαρμογής του νόμου, περιορίζεται ρητῶς ἢ κατὰ συνήθειαν κυρίως εις τα δικαστήρια, διότι ταῦτα εθεωρήθησαν ως ὅργανα ἔχοντα ανεξαρτησίαν κρίσεως ἀπέναντι της νομοθετικής και εκτελεστικής ἐξουσίας, απορρέει δε ἀπὸ την συνείδησιν ὅτι, αφού η τήρησις του Συντάγματος εις πάσαν περίπτωσιν προηγείται, ο νόμος δεν δύναται να εκτελεσθῇ υπο του αρμοδίου οργάνου, εφόσον παρεβιάσθῃ δι'αυτοῦ κατὰ περιεχόμενον το Σύνταγμα."⁷⁵.

Τη σύγκρουση, που ανακύπτει άρα με αφορμή μια συγκεκριμένη διαφορά μεταξύ νόμου και Συντάγματος, αρμόδιο όργανο να την άρει είναι η εξουσία, που έχει ταχθεί από το Σύνταγμα να επιλύει διαφορές εφαρμόζοντας τους νόμους. Η άρση της γίνεται με βάση την αναγνώριση της τυπικής και ουσιαστικής υπεροχής του Συντάγματος και συντελείται στο πλαίσιο και κατά την άσκηση της δικαιοδοτικής λειτουργίας του δικαστή. Ο δικαστής ασκεί έλεγχο της συνταγματικότητας δικάζοντας και ασκώντας έλεγχο δικάζει.

Απαντώντας επομένως ρητά στο υποδηλούμενο ή υποθετικό ερώτημα γιατί ο δικαστής -περισσότερο από κάθε άλλο όργανο- νομιμοποιείται να ερευνά τη συνταγματικότητα των νόμων, μπορούμε συνοψίζοντας να επαναλάβουμε ότι ο δικαστής αντλεί την εξουσία του αυτή από την αρμοδιότητα που έχει, εξοπλισμένος με τις θεσμικές εγγυήσεις ανεξαρτησίας και αμεροληψίας, να εφαρμόζει τον ισχύοντα εκάστοτε νόμο επιλύοντας διαφορές ή νομικές αμφισβητήσεις που άγονται ενώπιόν του. Η αρμοδιότητά του αυτή ασκείται στο πλαίσιο της αρχής

⁷⁴ Αλ. ΣΒΩΛΟΣ, Το νέον Σύνταγμα και αι βάσεις του πολιτεύματος, Αθήναι, 1928, σ. 360. και λίγο πιο κάτω: "... η έρευνα αὕτη αντιστοιχεί εις την αέναον επαλήθευσιν της ιεραρχικής δομής του Δικαίου και εις την προστασίαν επομένως του Συντάγματος..." (σ. 361).

⁷⁵ Αλ. ΣΒΩΛΟΣ, ό.π., σ. 360.

της διάκρισης των εξουσιών, η οποία συνιστά ταυτόχρονα το θεμέλιο και το όριο της έκτασής της. Περιβεβλημένος καθώς είναι με τις εγγυήσεις της *προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας* και βεβαρυμένος με τις υποχρεώσεις διαδικαστικού χαρακτήρα, της *αιτιολογίας και της δημοσιότητας*, αποτελεί το κρατικό όργανο, που κατ'εξοχήν μπορεί να αναδειχθεί, χωρίς μεγάλο κίνδυνο καταχρήσεως, σε εγγυητή της συνταγματικής νομιμότητας και των συνταγματικών δικαιωμάτων⁷⁶

ν)

Σύνοψη:

τα τέσσερα βασικά γνωρίσματα
ως όρια του δικαστικού ελέγχου

Τα βασικά χαρακτηριστικά γνωρίσματα της παρεμπόπτουσας δικαστικής έρευνας της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα ανευρίσκονται σε μία πρώιμη φράση του Ν.Ι. Σαρίπουλου, στην οποία συνοψίζονται με τρόπο ανάγλυφο τόσο ο έλεγχος της εξωτερικής τυπικής συνταγματικότητας και της εσωτερικής, όσο και η φύση και τα όρια του ελέγχου. Την παραθέτουμε αυτούσια:

"οук έχει η δικαστική απλώς το καθήκον εφαρμόσαι τον νόμον, αλλά πριν ή τούτο πράξη έχει το αρμόδιον, οφείλει μάλιστα, βεβαιώσασθαι προς το ότι ο νόμος πάντας τους εξωτερικούς περιβέβληται τύπους, ήγουν ότι ψηφισθείς υπό του νομοθετικού εκυρώθη παρά του Βασιλέως και παρά του εκτελεστικού κατά τα νενομισμένα εδημοσιεύθη, και ότι προς το ανώτατον της πολιτείας νόμον ουκ αντίκειται. Εν άλλοις λόγοις έξεστιν αυτή εξετάσαι μη τυχόν το κύρος το ήττον έχον προσκρούη τω μείζονι και επικρατεστέρω θεσμοθετήματι της πολιτείας. Την εξέτασιν όμως ταύτην ποιείται το δικαστήριο ουχί ποιούμενον παραστάσεις τω νομοθετικώ, ουχί αυθεντικήν και καθολικήν αλλά μερικήν και συγκεκριμένην ήτοι μόνον ως προς την υπόθεσιν ήτις υποβέβληται τη δικαστική αυτού διαψηφίσει. Ούτω ποιούν περιορίζεται εντός της οικείας αρμοδιότητος και ουδεμίαν ποείται υπερβασίαν, υπερβασία δε τότε χωρεί, όταν εις τα έργα της μιας ή της ετέρας των δύο άλλων του Κράτους εξουσιών επεμβαίνει, είτε γενικώς και αυθεντικώς ερμηνεύον το σύνταγμα ή τους νόμους, είτε την διοικητικήν πράξιν δια παντός ως άκυρον αποφαινόμενον, ως και επιτάττον ή κωλύον την ετέραν εξουσίαν κατά την επιτέλεσιν των εντός της αυτής αρμοδιότητος έργων."⁷⁷

⁷⁶ Βλέπε ΑΝΤ. ΜΑΝΙΤΑΚΗ, «Ο δικαστής υπηρέτης του νόμου ή εγγυητής των συνταγματικών δικαιωμάτων και μεσολαβητής διαφορών», *ΝοΒ*, 1999. 177-201.

⁷⁷ Ν.Ι. ΣΑΡΙΠΟΛΟΥ, *ΠραγμΣυντΔικ.*, 1874, τ. τρίτος, σ. 154/155.

Από την ιστορική εξέταση της νομολογία και της παράθεση της σχετικής θεωρίας προκύπτουν, πιστεύω, ανάγλυφα τα τέσσερα βασικά χαρακτηριστικά του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, έτσι όπως διαμορφώθηκαν αρχικά και εξακολουθούν έκτοτε να τον διακρίνουν από τον αντίστοιχο έλεγχο, που ασκούν ειδικά επιφορτισμένα με εξουσία επίλυσης συνταγματικών διαφορών συνταγματικά δικαστήρια στις ευρωπαϊκές κυρίως χώρες: ο έλεγχος είναι και παραμένει κατά βάση *διάχυτος ή διάσπαρτος, παρεμπίπτων, συγκεκριμένος και δηλωτικός*.

Αναλύοντας τα βασικά αυτά γνωρίσματα διαπιστώνουμε ότι το κάθε ένα από αυτά δηλώνει ειδικότερα:

α) *δ i ά χ υ τ ο ς*, επειδή ασκείται από όλα τα δικαστήρια, ανεξαρτήτως βαθμού ή δικαιοδοσίας, όταν τα ίδια καλούνται να εφαρμόσουν ισχύουσα διάταξη νόμου επιλύοντας διαφορά ή αίροντας αμφισβήτηση σε συγκεκριμένη υπόθεση. Νομιμοποιούνται να ασκούν έλεγχο *επειδή δικάζουν και εφόσον δικάζουν ασκώντας δικαιοδοτική λειτουργία*⁷⁸ και διότι είναι εξοπλισμένα με τις συνταγματικές εγγυήσεις της ανεξαρτησίας και αμεροληψίας.

β) *π α ρ ε μ π ί π τ ω ν*: επειδή ασκείται όταν *συντρέχουν οι ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις κήρυξης της δίκης*, εφόσον, δηλαδή, συντρέχουν οι όροι του παραδεκτού και του εννόμου συμφέροντος. Η αντισυνταγματικότητα μπορεί να τεθεί με πρωτοβουλία των διαδίκων και να προβληθεί ως νομικός ισχυρισμός στο εισαγωγικό της δίκης δικόγραφο και να συνδεθεί με την ίδια τη βάση της αγωγής ή να αποτελέσει αυτοτελή λόγο ακυρώσεως στην ακυρωτική δίκη ή να προβληθεί *κατ' ένσταση* ή και να ληφθεί υπόψη *αυτεπαγγέλτως* από το δικαστήριο σε οποιαδήποτε φάση της δίκης, σε πρώτο ή δεύτερο για πρώτη φορά βαθμό ή ακόμη και στην αναιρετική δίκη.

γ) *σ υ γ κ ε κ ρ ι μ έ ν ο ς*: επειδή ασκείται με αφορμή την εφαρμογή και ερμηνεία της κρίσιμης διάταξης ή των κρίσιμων διατάξεων (ή κανόνων δικαίου) σε μια συγκεκριμένη διαφορά και η κρίση διατυπώνεται, πάντα, -αυτό είναι το πιο ουσιώδες- *ενόψει των πραγματικών και νομικών περιστατικών της επίδικης διαφοράς και για τις ανάγκες επίλυσής της*. Η κρίση περιορίζεται άρα αποκλειστικά στην κρίσιμη διάταξη και στο νόημα που αυτή αποκτά για την επίλυσή της διαφοράς.

⁷⁸ Βλέπε εκτενέστερα, ΑΝΤΩΝΗ ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Τα νομιμοποιητικά θεμέλια της εξουσίας του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, σε «Ο έλεγχος της συνταγματικότητας-θέσεις και τάσεις της νομολογίας», Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος, Εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1992, σ. 11-70, ιδίως σ. 35-39.

δ) δηλώνει ο δικαστής η αντισυνταγματική διάταξη παραμερίζεται και δεν εφαρμόζεται στη συγκεκριμένη διάφορα. Εξαιρουμένου αυτού ισχύει⁷⁹ και μπορεί να εφαρμοστεί από άλλο δικαστήριο. Η δικαστική κρίση για την αντισυνταγματικότητα της κρινόμενης διάταξης περιέχεται εξάλλου στο σκεπτικό, στην μείζονα πρόταση, και όχι στο διατακτικό της απόφασης και γι' αυτό δεν παραγεί δεδικασμένο. Δεσμεύει όσο δεσμεύει ένα νομολογιακό προηγούμενο, η ηθικο-δικαστική δεσμευτικότητα του οποίου αυξάνει όσο αυξάνει το βαθμό είναι και το δικαστήριο που κρίνει. Άλλωστε αυτό που κρίνεται αντισυνταγματικό είναι το νόημα της κρίσης ή των κρίσεων διατάξεων που προκύπτει από την εφαρμογή και στην περίπτωση της επίδικης διαφορά και μόνον αυτό. Ο δικαστής δεν έχει πάντως καμία εξουσία να ακυρώσει την αντισυνταγματική διάταξη, την οποία απλώς θεωρεί «ανίσχυρη» για την υπέρθεση που δικάζει, παραμερίζοντας την.

Με αυτά τα πράγματα, βασικά γνωρίσματα βόδιας τον μοναχικό και μοναδικό του ρόλο ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, χωρίς ρητό συνταγματικό έρεισμα από το Σύνταγμα του 1844 μέχρι το Σύνταγμα του 1975. Το τελευταίο επικύρωσε απλώς στο άρθρο 93 παρ. 4 μια μακράν δικαστική πρακτική, την οποία η ίδρυση και δικαιοδοσία του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου όχι μόνον δεν αναίρεσε αλλά ούτε και θίγει ουσιαστικά μπόρεσε.

⁷⁹ Τα λοιπά ζητήματα που ανακύπτουν από αυτήν την σχετική κήρυξη του ανισχύρου μιας αντισυνταγματικής διάταξης από ένα κοινό δικαστήριο σε αντιπαράθεση με την δυνατότητα ακύρωσής της στα συστήματα που έχουν συνταγματικό δικαστήριο, βλέπε την μελέτη των ΑΝΔΡ. ΤΑΚΗ και ΧΡ. ΧΑΤΖΗ, ό.π., ιδίως σ. 61-67.