

ΑΝΤΩΝΗΣ ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ

ΤΑ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΘΕΜΕΛΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΗΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΝΟΜΩΝ

Α. Ο δικαιοδοτικός έλεγχος του Συντάγματος ως απόρροια και επιβεβαίωση του κράτους δικαίου

Το κράτος δικαίου -με τη θεσμική του όρου έννοια¹- ξεχωρίζει λογικά και ιστορικά από κάθε άλλη μορφή οργάνωσης της εξουσίας, πρώτον, από το γεγονός ότι στη μορφή αυτή θεσπίζονται δικαιοί φραγμοί ή περιορισμοί στη δύναμη του κράτους έτσι ώστε η “άσκησης της κρατικής εξουσίας, προσδιοριζόμενη και περιοριζόμενη δια κανόνων δικαίου να υπόκειται εις το Δίκαιον”² και δεύτερον, από την υπαγωγή όλων των αποφάσεων της κρατικής εξουσίας, μηδέ της νομοθετικής εξαιρουμένης, στην κρίση δικαιοδοτικής αρχής, επιφορτισμένης να επιλύει κάθε διαφορά μεταξύ κράτους και πολιτών³ ή και των πολιτών μεταξύ τους.

Την πιο δραστηκή και ολοκληρωμένη μορφή δικαστικής προστασίας της ελευθερίας των ατόμων από αυθαίρετες επεμβάσεις της κρατικής και κυρίως της νομοθετικής εξουσίας αποτελεί επομένως ο δικαιοδοτικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, που μπορεί να είναι είτε δικαστικός και να ασκείται από τα δικαστήρια κατά την άσκηση του δικαιοδοτικού τους έργου, όπως συμβαίνει στην Ελλάδα και στην Αμερική είτε λειτουργικά μόνο δικαστικός, δηλαδή, ουσιαστικά δικαιοδοτικός και να ασκείται από ειδικά επιφορτισμένες με αυτό το καθήκον αρχές, όπως είναι τα συνταγματικά δικαστήρια, θεσμός που αποκαλείται στην Ευρώπη “συνταγματική δικαιοσύνη”⁴.

¹ Βλ. αναλυτικά τόμο Ι, σ. 76 επ., 121-123 και 149 επ. [Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, Θεσσαλονίκη, 1994]. Πβλ. και την κριτική θεώρηση του ορισμού του κράτους δικαίου που παραθέσαμε από κελσενιανή σκοπιά στη μελέτη του Γάλλου συνταγματολόγου *M. Troper*, *Le concept d'Etat de droit, "Droits", No 15, 1992, σ. 51-63 (=Cahiers de philosophie politique et juridique, 1993, No 24, σ. 23-40)*

Κατά τον συγγραφέα ο όρος κράτος δικαίου δηλώνει ένα σύστημα ιεραρχικά διαρθρωμένων κανόνων δικαίου και επειδή όλα τα σύγχρονα κράτη διαθέτουν ένα τέτοιο σύστημα όλα τα κράτη δικαιούνται το χαρακτηρισμό του “κράτος δικαίου”. Βλ. σχετικά και τόμο πρώτο, σ. 48-59

² *Αρ. Μάνεσης*, *ΣυντΔικ.*, (Παραδόσεις), 1967, σ. 411..

³ Με την ευρύτερη άρα έννοια ο όρος κράτος δικαίου σημαίνει ότι “πάσα εν γένει εκδήλωση κρατικής εξουσίας υπόκειται εις κρίση δικαιοδοτικής εξουσίας, επομένως πάσα διαφορά είτε μεταξύ κρατικών οργάνων, είτε μεταξύ αυτών και ιδιωτών, ... λύεται κατά “δικαιοδοτικόν” τρόπον, κατά την προσιδιάζουσαν, τουτέστιν εις την ‘απονομήν της δικαιοσύνης’ διαδικασίαν” : *Αλ. Σβώλου*, *ΣυντΔικ.* 1934, σ. 315, και σχετικά με τα συστατικά στοιχεία του κράτους δικαίου, βλ. αναλυτικότερα *Αντ. Μανιτάκη*, *Κράτος δικαίου*, τόμος, Ι, σ. 51, 60, 121-123, 140 293, και 428- 433.

⁴ Σχετικά με το θεσμό της συνταγματικής δικαιοσύνης βλέπε αντί πολλών, *D. Rousseau*, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Monchrestien, 1992, ιδίως σ. 9-50 και 115-156, *M. Fromont*, *La*

Η αναγέννηση της δικαιοκρατικής ιδέας στην Ευρώπη⁵ είναι συνδεδεμένη, ιδίως μετά το δεύτερο παγκόσμιο πόλεμο, με την εντυπωσιακή ανάπτυξη της συνταγματικής δικαιοσύνης, ως ξεχωριστής δικαιοδοτικής λειτουργίας, η οποία ασκείται από ειδικά επιφορτισμένα και στελεχωμένα όργανα, που είναι τα Συνταγματικά Δικαστήρια. Τα τελευταία, ενεργώντας στο πλαίσιο της ειδικής δικαιοδοσίας που τους έχει αναγνωρισθεί, επιλαμβάνονται και επιλύουν μια ειδική κατηγορία διαφορών, τις καλούμενες “συνταγματικές διαφορές”⁶, διαθέτοντας συνήθως για το σκοπό αυτό εξουσία κρίσεως και ακυρώσεως πράξεων της νομοθετικής εξουσίας.

1. Το δικαιοκρατικό αίτημα περιορισμού της κρατικής εξουσίας στην ελληνική συνταγματική παράδοση

Η προηγούμενη εικόνα αν και αντικατοπτρίζει την εξέλιξη της συνταγματικής δικαιοσύνης στην ευρωπαϊκή δικαιοσύνη, δεν ανταποκρίνεται, ωστόσο, στην ελληνική συνταγματική πραγματικότητα και, πάντως, δεν αποδίδει ακριβώς αυτό που επικρατεί ή επικρατούσε στην Ελλάδα. Αν μεταφερθεί μάλιστα η γενική αυτή διαπίστωση ασχολίαστη στην ελληνική έννομη τάξη, ενδέχεται να δημιουργήσει και σύγχυση, είτε διότι καλλιεργεί την εσφαλμένη εντύπωση ότι στην Ελλάδα η συνταγματική δικαιοσύνη είναι θεσμός άγνωστος, αφού η ελληνική έννομη τάξη δεν διαθέτει ούτε διαθέτει Συνταγματικό Δικαστήριο, με την έννοια που προσδιορίσαμε πιο πάνω, είτε διότι επιτρέπει και δικαιολογεί το ακριβώς αντίθετο συμπέρασμα, ότι, δηλαδή, στην ελληνική έννομη τάξη η συνταγματική δικαιοσύνη ήταν πάντοτε παρούσα, αφού ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων δεν είναι θεσμός πρόσφατος, ασκείται συνεχώς και αδιαλείπτως από τον περασμένο αιώνα.

Πράγματι, αν ως συνταγματική δικαιοσύνη⁷ νοήσουμε απλώς τη θεσμική δυνατότητα άσκησης δικαιοδοτικού χαρακτήρα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από όργανο, που απλώς καλείται να εφαρμόσει και μάλιστα παρεμπιπτόντως συνταγματικούς κανόνες σε συγκεκριμένη περίπτωση και όχι την υπαρξη ειδικού, ανεξάρτητου, δικαιοδοτικού οργάνου, επιφορτισμένου με την εξουσία να ελέγχει και να αποφασίζει για διαφορές που ανακύπτουν από τη δράση συνταγματικών

justice constitutionnelle dans le monde, Paris, Dalloz, 1996, ιδίως 1-40 και *G Zagrebelsky*, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988.

⁵ Ειδικά για το θέμα αυτό, *Αντ. Μανιτάκη*, *Η πολυσήμαντη επιστροφή του κράτους δικαίου*, σε “Οφεις του κράτους δικαίου” (Επ.. Κ.. Σταμάτη), Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 1990, σ. 27-68, και τις εισαγωγικές παρατηρήσεις του *Γ. Κασμάτη*, *Σχόλιο στη μελέτη του Β. Ρώτη*, *Το φαινόμενο της δυστροπίας της διοικήσεως στην εκτέλεση των αποφάσεων*, σε “Νομικά κείμενα”, *Αντ. Σάκκουλας*, 1989, σ. 365-376, και από την ξένη βιβλιογραφία ιδίως τις μελέτες των *M. Miaille*, *Le retour de l’Etat de Droit. Le debat en France* (σ. 215-251), *J-L. Autin*, *Illusions et vertus de l’Etat de droit administratif*, (σ. 145-170) και *D. Rousseau*, *De l’Etat de droit a l’Etat politique*, (σ. 171-213), που δημοσιεύτηκαν στο συλλογικό τόμο “L’Etat de droit”, (dir. D. Collas), Paris, PUF, 1987.

⁶ Για την έννοια της “συνταγματικής διαφοράς” βλ. *Β. Σκουρή*, *Η επίλυση των συνταγματικών διαφορών στην Ελλάδα*, *Το Σ* 1986. 177-194.

⁷ Για τον ορισμό της “συνταγματικής δικαιοσύνης” βλ. *M. Fromont*, ό.π., σ. 2, ο οποίος διακρίνει δύο τρόπους ορισμού της, ο πρώτος αντιλαμβάνεται τον συνταγματικό δικαστή ως το δικαστή των συνταγματικών οργάνων, ενώ ο δεύτερος ως τον δικαστή που εφαρμόζει τους συνταγματικούς κανόνες.

κρατικών οργάνων, τότε η Ελλάδα θα πρέπει να καταταγεί στις χώρες με τη μεγαλύτερη παράδοση στον τομέα αυτό.

Η μακρόχρονη εμπειρία της ελληνικής έννομης τάξης στην άσκηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων αποτελεί την πιο αδιάμφευστη μαρτυρία ότι το ελληνικό κράτος υπήρξε από την πρώτη στιγμή της εγκαθίδρυσής του δικαιοκρατικό, με την έννοια ότι δεν ήταν απλώς, όπως στη Γαλλία ή στην Ιταλία, “κράτος του Νόμου”⁸ (Etat legal), κράτος του οποίου οι δραστηριότητες της Διοίκησης και της εν γένει εκτελεστικής εξουσίας υπόκεινται στο Νόμο και οφείλουν να εκδηλώνονται σύμφωνα με τις γενικές και αφηρημένες επιταγές του, αλλά κατά κυριολεξία “κράτος του Συντάγματος” ή ορθότερα “συνταγματικό”, αφού όλες οι εξουσίες του “ασκούνταν καθ’ όν τρόπον όριζε το Σύνταγμα”, “εξ ού απορρέουσιν, εφ’ ού βαίνουνσι, και δι’ ού νομιμοποιούνται και συντηρούνται⁹”. Κράτος, επομένως, στο οποίο αναγνωρίζεται η καθολική υπεροχή και η υπέρτερη τυπική ισχύς του Συντάγματος και αξιώνεται η συμμόρφωση στους ορισμούς του όλων των αποφάσεων των κρατικών οργάνων είτε αυτές προέρχονται από τη Διοίκηση είτε πηγάζουν από τη νομοθετική εξουσία.

Το πρώτο λογικό θεμέλιο του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων είναι, λοιπόν, η πανηγυρική αναγνώριση του Συντάγματος ως υπέρτατου ή θεμελιώδους νόμου του κράτους¹⁰.

Με την υποταγή και της νομοθετικής εξουσίας στο Σύνταγμα επιτυγχάνεται η υπαγωγή συνολικά της κρατικής εξουσίας στο Δίκαιο και εμπνέεται έτσι “πάσαν βίαν είτ’ από των αρχών το μέρος, είτε από το του λαού προέρχεται”, αφού εγκαθίσταται ως “ανώτατος της πόλεως άρχων ο Δίκαιον”¹¹.

Για το λόγο αυτό ο Αλ. Σβώλος σημείωνε με ανυπόκριτη εθνική υπερηφάνεια στο Συνταγματικό του Δίκαιο το 1934¹² ότι “Παρ’ ημίν, όπως ετονίσαμεν, ισχύει ταυτοχρόνως και η δικαιοκρατία,

⁸ Ειτενέστερα για την έννοια του “κράτους του νόμου” βλ. τόμο Ι, σ. 82-87, και για τις ανάγκες του παρόντος κεφαλαίου, Αλ. Σβώλος, ΣυντΔικ., (1934) σ. 319 : “Λέγεται δε ούτως το κράτος εκείνον, εις το οποίον η διοικητική λειτουργία καθ’ εαυτήν και εις πάσαν περίπτωσιν... υπόκειται εις τον νόμον, προωρισμένη μόνον να “εκτελή” τας πράξεις αυτής”. Το “κράτος του νόμου” δεν αποβλέπει εις την προστασίαν της νομικής θέσεως των ατόμων, όπως εις το “κράτος δικαίου”, αλλά μόνον εις την έξαρσιν της υπεροχής της νομοθετικής εξουσίας απέναντι της Διοικήσεως.” Βλ. και Αρ. Μάνεση, ΣυντΔικ., (1967), σ. 414-415.

⁹ Ν. Ι. Σαράπολος, Πραγματεία του Συνταγματικού Δικαίου, 1851 (ανατύπωση, 1993, εκδ. Αντ. Σάκκουλας), σ. 65-66. Εξάλλου στη δεύτερη έκδοση της Πραγματείας του, 1874, τόμος πρώτος, σ. 78, υπογραμμίζει ότι στο συνταγματικό κράτος “αι του κράτους αρχαί ουχ υπάρχουσι ει μή δυνάμει του θεμελιώδους της πολιτείας θεσμού, άρα και επί τούτου μόνου στηρίζονται.”

¹⁰ Την πρώτη ιστορική επιβεβαίωση της αρχής αυτής, που ισχύει πλέον για όλες τις χώρες, τη συναντάμε στο συνταγματικό δίκαιο των ΗΠΑ, βλ. σχετικά τις πιο εξειδικευμένες συγκριτικές μελέτες στο θέμα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων του Mario Cappelletti, Le pouvoir des juges, Economica-PUAM, 1990, σ. 179-198 και 287-288, του ίδιου “Γενική εισήγηση” στο διεθνές συνέδριο της Uppsala, 1984, οι πράξεις του οποίου δημοσιεύτηκαν στο “Le controle juridictionnel des lois, (publies par L. Favoreu et J.A. Jolowicz), Economica-PUAM, 1986, σ. 285-300 (291) και Chr. Starck, La constitution comme cadre et mesure du droit, PUAM-Economica 1994, σ. . Αναλυτικότερα για το θέμα αυτό σ’ ό,τι αφορά ειδικά την ελληνική έννομη τάξη βλ. πιο κάτω κεφ. δεύτερο, Ι, σ. και ιδίως τις απόψεις του πατρός και υιού Σαριπόλου σημ.

¹¹ Ν. Ι. Σαράπολος, ό.π., (1851), σ. 69.

¹² Αλ. Σβώλος, ΣυντΔικ., σ. 320

επομένως το πολίτευμα ημών στηρίζεται όχι μόνον επί της “νομιμότητος” της διοικητικής ενεργείας, αλλά και ευρύτερον επί του αυτοπεριορισμού της όλης κρατικής εξουσίας απέναντι των υπηκόων, τόσον δυνάμει του Συντάγματος, όσον και δυνάμει του νόμου.”

Το πόσο βαθειά ήταν, εξάλλου, η δικαιοκρατική ιδέα ριζωμένη στις συνειδήσεις των Ελλήνων νομικών και πόσο αναπτυγμένη αλλά και απόλυτα εναρμονισμένη με τη δημοκρατική ήταν η δικαιοκρατική συνείδησή τους, φαίνεται και από τα γραφόμενα του πρώτου “Ελληνα συνταγματολόγου, του Ν.Ι. Σαριπόλου, ο οποίος ήδη από την πρώτη έκδοση της “Πραγματείας του Συνταγματικού Δικαίου” (1851)¹³, τόνιζε ότι: “Καθ’ ημάς όμως η κυριαρχία του έθνους καλώς εννοουμένη, δεν σημαίνει ότι το έθνος είναι κύριον να πράττη εναντίον του ορθού λόγου και του δικαίου, τουναντίον μάλιστα δηλοί, ότι η μεγίστη αυτή της κοινωνίας εξουσία, είναι υπόχρεος ... πάντοτε τον μεν ορθόν λόγον έχουσα οδηγόν, βάσιν δε το δίκαιον. Το δίκαιον άρα εστί το όντως κυριαρχούν εν τη κοινωνία, ως ο ορθός λόγος κυριαρχεί, ή τουλάχιστον πρέπει να κυριαρχή εν τω ανθρώπω, πάσα δε κυριαρχία της δικαιοσύνης χωρισθείσα ουκ έστιν ει μή βασιλεία της βίας, η δε βία δεν είναι βεβαίως το δίκαιον. Αδιάφορον δε και όλως επουσιώδες το παρὰ τίνος ασκείται η βία, ήγουν είτε εις τύραννος, είτε τινες άριστοι, είτε ο λαός αυτός εξασκίωσι την βίαν, η πράξις αυτή είναι κακή, [έσται αυτόχρημα παράνομος και ριζηδόν άκυρος]¹⁴ ως ανατρεπτική της κοινωνίας, καθό ανατρέπουσα την μόνην ισχυράν αυτής βάσιν, το δίκαιον. ... “Όταν δε το δίκαιον ενθρονισθή ως κυρίαρχον [και προστατούν και καθοδηγούν την πολιτικήν κυριαρχίαν], ειθρονίζει την βίαν, αποδοκιμάζει δε τον δεσποτισμόν του ενός ως και τον των πολλών,· πολύ δε μάλλον τον των πολλών ή τον του ενός ως πολύ επισφαλέστερον”¹⁵.

¹³ Ν. Ι. Σαρίπολος, ό.π., σ. 40. Οι αντιλήψεις του Ν. Ι. Σαριπόλου εναρμονίζονται απόλυτα με τις κρατούσες την εποχή εκείνη φιλελεύθερες αντιλήψεις και μπορούν κάλλιστα να συγκριθούν με τις φυσικοδικαιικές δικαιοκρατικές αντιλήψεις που είχαν καλλιεργηθεί στις ΗΠΑ (βλ. σχετικά πρώτο τόμο, σ. 433 και πρβλ. το κλασσικό έργο του *Al. Tocqueville, De la Democratie en Amerique*, [εκδ. London, Macmillan, 1961] σ. 13-86, κεφ. 5-8, τομ.. Ι.) και πιο κάτω σημ. 13. . Αναλυτική παρουσίαση των δικαιοκρατικών αντιλήψεων του Ν. Ι. Σαριπόλου πραγματοποίησε ο *Ξ. Παπαρηγόπουλος*, (Στοιχεία “κράτους δικαίου” στην ελληνική νομική θεωρία του 19ου αιώνα, “Όψεις του κράτους δικαίου”, 1990, εκδ. Σάνκουλας, σ. 69-107) τα συμπεράσματα και οι κριτικές παρατηρήσεις του οποίου αδικούν, κατά τη γνώμη μου, το μεγάλο Ελληνα συνταγματολόγο.

¹⁴ Οι φράσεις εντός παρενθέσεως είναι παρμένες από τη δεύτερη έκδοση της “Πραγματείας” (1875), γραμμένες εικοσιπέντε χρόνια μετά την πρώτη, όπου φαίνεται η ωριμότητα της διατύπωσης αλλά και η επί το “καθαρευουσιάνικο” στροφή της γλώσσας”(σ. 51-52).

¹⁵ Οι πρώιμες και πρωτοπόρες για την εποχή τους δικαιοκρατικές αντιλήψεις του Σαρίπουλου δεν πρέπει να εκπλήσσουν, αν και εντυπωσιάζουν δικαιολογημένα τους σημερινούς αναγνώστες. Τούτο διότι το πρώτο ιδίως ήμισυ του 19ου είχε επικρατήσει, όπως υπογραμμίζει ο γερμανός πολιτειολόγος C. Schmitt, στη φιλελεύθερη διάνοηση η ιδέα της “κυριαρχίας του λόγου και της δικαιοσύνης”, η οποία και υποκατέστησε την “πολιτική κυριαρχία”, όπως αυτή ιστορικά και συγκεκριμένα κάθε φορά εκδηλωνόταν άλλοτε ως “κυριαρχία του μονάρχη” και άλλοτε ως ‘κυριαρχία του λαού’. Την εποχή μάλιστα της συνταγματικής μοναρχίας και του επιμερισμού της κυριαρχίας μεταξύ μονάρχη και κοινοβουλίου, δεν ήταν λίγοι αυτοί που υποστήριζαν με έμφαση ότι “ούτε ο λαός ούτε ο πρίγκηπας είναι κυρίαρχος αλλά μόνο το Σύνταγμα”. Η προσωποποίηση αυτή του Συντάγματος και η αναγωγή του σε “κυρίαρχο”, γράφει ο C. Schmitt, είχε ως αποτέλεσμα την ανύψωση του θεμελιώδους νόμου πάνω από τις αντιμαχόμενες πολιτικές δυνάμεις (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, (1928), σε γαλλική μετάφραση, (= *Theorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993) σ. 136-137, 338, και σε ιταλική (= *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffre, 1984) σ. 21-22, 266-267. Η “κυριαρχία του Συντάγματος”, αν και ιδέα συγκεχυμένη, κατά τον C. Schmitt,

2. Το αίτημα της δικαιοδοτικής κύρωσης της υπεροχής του Συντάγματος και των παραβιάσεων της νομιμότητας.

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων θεωρείται ως ο κορυφαίος θεσμός του κράτους δικαίου, ο θεσμός που κατ' εξοχήν διασφαλίζει και ολοκληρώνει τη δικαιοκρατική οργάνωση της πολιτείας¹⁶. Και αυτό για δύο βασικά λόγους:

α) με τον έλεγχο της συνταγματικότητας αναγνωρίζεται έμπρακτα, δηλαδή διαδικαστικά, η υπεροχή ή η αυξημένη τυπική δύναμη του Συντάγματος απέναντι στους νόμους και σε κάθε απόφαση των συντεταγμένων εξουσιών, και

β) εγκαθίστανται διαδικασίες και παρέχονται μέσα με τη βοήθεια των οποίων κυρώνεται η τυπική αυτή υπεροχή του Συντάγματος και διασφαλίζεται η δικαιοδοτική προστασία των συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων από προσβολές της νομοθετικής εξουσίας, που ελέγχεται πολιτικά από την εκάστοτε κυβερνητική πλειοψηφία, πιο επικίνδυνης ενίοτε για τις ατομικές ελευθερίες και από την εκτελεστική.

Εφόσον, λοιπόν, κατά την κρατούσα, φιλελεύθερη αντίληψη, κράτος δικαίου σημαίνει το κράτος στο οποίο η “πολιτική κυριαρχία” και ειδικότερα η οργάνωση και η δράση της κρατικής εξουσίας ορίζεται και περιορίζεται από κανόνες δικαίου, με πρώτους και καλλίτερους τους κανόνες του Συντάγματος και εφόσον το ζητούμενο στο κράτος αυτό είναι η τήρηση και ο σεβασμός των κανόνων αυτών, τότε ένας ολοκληρωμένος ορισμός της δικαιοκρατίας πρέπει να περιλαμβάνει και τη θεσμική δυνατότητα διαπίστωσης της ενδεχόμενης παραβίασής τους, διαπίστωση που επιτυγχάνεται μόνον όταν τα άτομα μπορούν να στρέφονται κατά των παράνομων ή αντισυνταγματικών ενεργειών της κρατικής εξουσίας που θίγουν τα δικαιώματα ή συμφέροντά τους¹⁷ και να ζητούν την αποδυνάμωσή τους από μια αρχή που φέρει τα εγγέγγα της ανεξαρτησίας, της αμεροληψίας και της αντικειμενικότητας.

Μια πλήρης επομένως δικαστική προστασία των δικαιωμάτων των πολιτών περιλαμβάνει τόσο τη δυνατότητα προσβολής για παράβαση του νόμου ή του Συντάγματος πράξεων των διοικητικών αρχών με σκοπό την ακύρωσή τους, όσο και τη δυνατότητα επίκλησης ενώπιον των δικαστηρίων¹⁸

ανταποκρινόταν ωστόσο, την εποχή εκείνη και πάντως εξυπηρετούσε καλλίτερα την προσωρινή ισορροπία που είχε επιτευχθεί μεταξύ μοναρχικών πολιτικών δυνάμεων και αστικής τάξης.

¹⁶ Βλ. σχετικά *J. Chevallier*, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1992, σ. 31-34, 94 επ., 116 επ. και την ωραία μελέτη του *Leo Hamon*, *L'Etat de droit et son essence*, *Revue Francaise de droit constitutionnel*, No 4, 1990, 702-703, *C. Emeri*, *L'Etat de droit dans les systemes polyarchiques europeens*, *Rev. fr. dr. const.*, 1992, σ. 27-41, και από την πιό πρόσφατη ελληνική βιβλιογραφία τη μελέτη της *N. Κανελλοπούλου*, *Σκέψεις γύρω από το κράτος δικαίου και την ιδιομορφία των συστημάτων ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων*, *ΤοΣ* 1994, 281-311. (301-309).

¹⁷ Βλ. σχετικά τον ορισμό του κράτους δικαίου μαζί με τα συστατικά του στοιχεία που δώσαμε στον πρώτο τόμο σ. 121-140, 153-159 και 428-433, καθώς και τη δικαιοκρατική θεώρηση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, σ..

¹⁸ Αναλυτικότερα πρώτο τόμο σ. 128-140 και 357-362.

(ή και ενώπιον των διοικητικών αρχών) της αντισυνταγματικότητας διάταξης νόμου με αίτημα τη μη εφαρμογή της, εφ' όσον κριθεί ότι αντίκειται στο Σύνταγμα¹⁹.

¹⁹ Ειδικά σ' ό,τι αφορά την ελληνική συνταγματική τάξη βλ. αναλυτικότερα πιο κάτω κεφ. δεύτερο, Ι, σ.

II. ΕΙΣΑΓΩΓΗ: Η ΔΙΚΑΙΟΚΡΑΤΙΚΗ ΜΗΤΡΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΔΟΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΗΣ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ.

A. Η προστασία της ελευθερίας συνεκτικός ιστός του κράτους δικαίου και της συνταγματικής δικαιοσύνης

Η κεντρική ιδέα που διατρέχει, όπως είδαμε, το κράτος δικαίου είναι²⁰ η προστασία των ατομικών δικαιωμάτων και ελευθεριών απέναντι στην αυθαιρεσία της κρατικής εξουσίας, στόχος που επιδιώκεται είτε με τον έλεγχο της νομιμότητας της διοικητικής δράσης είτε με τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων.

Γι' αυτό και ο συνεκτικός ιστός που συνέχει και δίνει νόημα στη διαδικαστική συνάντηση της έννοιας του κράτους δικαίου με το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων είναι η ιδέα της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας²¹. Η ελευθερία εδώ εκλαμβάνεται με την ευρύτερη δυνατή σημασία, δηλαδή τόσο με την αρνητική έννοια, απουσία καταναγκασμού όσο και με τη θετική ως δυνατότητα αυτονομίας και αυτοπροσδιορισμού²².

Το κράτος δικαίου οικοδομήθηκε εξάλλου με πρόσφηση δύο πυλώνες²³:

α) τη διάκριση των εξουσιών, τη σαφή δηλαδή διάκριση της εξουσίας που θέτει τον κανόνα δικαίου, τόσο από την εξουσία που τον εφαρμόζει, όσο και από την εξουσία που καλείται να κρίνει τις διαφορές που ανακύπτουν κατά την εφαρμογή του. Από θεσμική άποψη, η αρχή αυτή επιτάσσει την κατανομή της κρατικής εξουσίας σε όργανα με αυστηρά προκαθορισμένες και “μετρήσιμες” αρμοδιότητες έτσι ώστε κάθε κρατική δραστηριότητα βρίσκεται “αιχμάλωτη μέσα σ’ ένα δίκτυο αρμοδιοτήτων”²⁴, και

β) τη δικαστική προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων και ελευθεριών.

Απότοκος, λοιπόν, της αρχής της διάκρισης των εξουσιών -όπως αναλυτικά διαπιστώσαμε άλλωστε στον πρώτο τομ.²⁵- η δικαιοκρατία δεν διατηρεί μαζί της δεσμούς μόνο οργανικούς, υπηρετεί την ίδια με εκείνη αξία: την ελευθερία. Διότι, όπως έγραφε χαρακτηριστικά ο Σβώλος, “αληθώς, εις πάσαν εποχήν, πολύ δε περισσότερο εις την σύγχρονον, καθ’ ήν η υπερτέρα θέσις της νομοθετικής εξουσίας εκφράζει γενικώς την εντεινόμενην λαϊκήν δύναμιν, την υπερίσχυσιν, δηλαδή, του δημοκρατικού στοιχείου του πολιτεύματος εις βάρος του φιλελευθερισμού, η διάκρισις των εξουσιών

²⁰ Βλ. σχετικά πρώτο τόμο σ. 138 επ., 159 επ., 170 επ., 400 επ. και ενδεικτικά από την ξένη βιβλιογραφία τη γενική προβληματική του συλλογικού τόμου, του αφιερωμένου στην έννοια του κράτους δικαίου, γραμμένη από τον *J. Goyard-Fabre*, *L'Etat de droit: problematique et problemes*, “*Cahiers de philosophie politique et juridique*”, No 24, 1993, σ. 9-21 (12, 19)

²¹ Με το νόημα που απέδωσε στην πολιτική ελευθερία ο Μάνεσης στο ενακτήριο μάθημά του “Το συνταγματικό δίκαιο ως τεχνική της πολιτικής ελευθερίας”, Θεσσαλονίκη, 1982, (ανάτυπο).

²² Βλ. και πιο κάτω στο ίδιο κεφάλαιο. και Αρ. Μάνεση, *Ατομικά δικαιώματα*,

²³ Στα δύο αυτά συστατικά στοιχεία του κράτους δικαίου εμμένει αναλύοντάς τα και ασκώντας παράλληλα καταλυτική κριτική στην φιλελεύθερη θεώρησή τους ο *C. Schmitt*, ό.π., σ. 337 επ. (= γαλλική μετάφραση) και σ. 265 επ. (=ιταλική μετάφραση). Κλασική παραμένει η περιεκτική παρουσίαση και ανάλυση των χαρακτηριστικών γνωρισμάτων του κράτους δικαίου που κάνει ο *C. Schmitt* στο ίδιο έργο (*Verfassungslehre*) στο κεφ. 12. Βλ. σχετικά και *P. Pasquino*, “*Etat de Droit et Democratie*” (a propos de la “*Verfassungslhere*” de *C. Schmitt*), στο “*L'Etat de droit*”, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1993, No 24, σ. 95-108

²⁴ *C. Schmitt*, ό.π., σ. 270 (=γαλλ. μετ.).

²⁵ Βλ. πρώτο τόμο, ιδίως σ. 124 επ. και 310 επ.

δεν εξασφαλίζει μόνη την ελευθερίαν, και δη τον σεβασμόν των ατομικών δικαιωμάτων...”²⁶, αλλά στο μέτρο που αποτελεί στοιχείο της δικαιοκρατίας, μετριάζει μέσω αυτής την παντοδυναμία της θέλησης του λαού, όπως αυτή εκφράζεται δια των αντιπροσώπων του με το νόμο.

Διάκριση των εξουσιών και συνταγματικά δικαιώματα αντισταθμίζουν, επομένως, ορθώνοντας φραγμούς και ελέγχους, την από το λαό εκπορευόμενη “κρατική εξουσία” και περιστέλλουν κατ’ αποτέλεσμα τον κίνδυνο της κρατικής αυταρχίας ή αυθαιρεσίας.

Στο συνταγματικό κράτος η “κυριαρχία του νόμου” ή η “νομοκρατία” παραχωρεί τη θέση της, όπως είδαμε, στην “κυριαρχία του Συντάγματος”²⁷ ή στη “Δικαιοκρατία” και η μετεξέλιξη αυτή συνεπάγεται μια σημαντική μετατόπιση στην κλίμακα των συνταγματικών αξιών: τα “συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα” αποκτούν τυπική και ουσιαστική υπεροχή απέναντι στο “νόμο”, αφού η συνταγματική νομιμότητα υποσκελίζει περικλείοντας την απλή νομιμότητα.

1. Πρωταρχική ιστορικά αποστολή του δικαιοδοτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων: η εγγύηση της ελευθερίας απέναντι στην αυθαίρετη εκδήλωση της πολιτικής κυριαρχίας.

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων και το δικαίωμα αντιστάσεως αποτελούν τις δύο θεμελιωδέστερες εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος²⁸, και οι εγγυήσεις αυτές θερήθηκαν ταυτόσημες με τη διαφύλαξη της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας²⁹.

Ως θεμελιώδης θεσμός που εγγυάται, λοιπόν, την τήρηση του Συντάγματος και δι’ αυτού την προστασία των συνταγματικών ελευθεριών θα πρέπει, κατά πρώτον λόγο, να

²⁵ Βλ. *Αλ. Σβώλος*, *ΣυντΔικ.*, 1934, σ.

²⁷ Η χρήση του όρου “κυριαρχία του Συντάγματος” είναι εδώ μεταφορική και δεν δηλώνει πάντως την κυριαρχία ενός “θεμελιώδους κανόνα”, πέρα και ανεξάρτητα από τις δυνάμεις που τον στηρίζουν και κάνουν την εφαρμογή του αποτελεσματική, ούτε υπονοεί βέβαια ότι η κυριαρχία, ως σχέση εξουσίας θεμελιακή, έχει στην πραγματικότητα εξανημιστεί προς όφελος μιας ιδεατής κυριαρχίας του Συντάγματος. Εδώ ως κυριαρχία του Συντάγματος θα πρέπει να νοηθεί η ανύψωση του Συντάγματος πάνω από τις αντιμαχόμενες πολιτικές δυνάμεις, οι οποίες επιδίδονται στον ανταγωνισμό διαμορφώνοντας και αναδιαμορφώνοντας διαρκώς τις σχέσεις κυριαρχίας που τις διέπουν σεβόμενες τους συνταγματικούς κανόνες. Η απουσία ενός σταθερού και αμετάβλητου συσχετισμού πολιτικών και κοινωνικών δυνάμεων και η δυνατότητα συγκεκριμένης κάθε φορά αναδιαμόρφωσης της θεμελιακής σχέσης κυριαρχίας, που έχει επικρατήσει σε ένα δοσμένο κράτος, δικαιολογεί σήμερα και επιβάλλει τη λογική αναγωγή του Συντάγματος σε κυρίαρχο. Η “κυριαρχία του Συντάγματος” με αυτήν την έννοια αντιδιαστέλλεται προς την αντίστοιχη κελσενιανή αντίληψη, η οποία εξανημίζει κυριολεκτικά την έννοια της κυριαρχίας ως σχέση εξουσίας πραγματική. Οξυδερκή κριτική της κελσενιανής αντίληψης περί κυριαρχίας άσκησε ο *C. Schmitt* στο έργο του “Πολιτική θεολογία”, *Λεβιάθαν*, Αθήνα, 1994, σ. 42-46, καθώς και στο “*Theorie de la Constitution*”, σ. 187-188, στο οποίο χαρακτηρίζει “πλάσμα” τη φιλελεύθερη αντίληψη περί “κυριαρχίας του Συντάγματος”, την οποία διακρίνει από την αντίστοιχη κανονιστική σύλληψη του Κέλσεν που την θεωρεί αντιφατική, αφού από τη μια μεριά δηλώνεται η “κυριαρχία” του Συντάγματος και από την άλλη αποσυντίθεται το Σύνταγμα σε μερικές και ιδιαίτερες κανονιστικές ρυθμίσεις”.

²⁸ Βλ. και *Αλ. Σβώλου*, *ό.π.*, σ. 361

²⁹ Για μια συνοπτική παρουσίαση των εγγυήσεων προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων βλ. *R. Guastini*, *Reflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la theorie de l’ interpretation*, *Revue du droit public*, 1991. 1079.

αντιμετωπιστεί η δικαιοδοτική έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων και όχι, όπως συνήθως συμβαίνει, ως ένας ακόμη θεσμός εξορθολογισμού της δικαιοπαγωγικής διαδικασίας³⁰. Η ανάπτυξη, βέβαια, του θεσμού στην Ελλάδα οφείλεται κυρίως στο γεγονός ότι οι διάδικοι είδαν σ' αυτόν ένα έσχατο μέσο προάσπισης των συμφερόντων τους. Γ' αυτό και η επίκληση της αντισυνταγματικότητας χρησιμεύει συχνά στους διαδίκους σαν επικουρικό όπλο ενίσχυσης των επιχειρημάτων τους και στήριξης του αιτήματος της αγωγής ή τους λόγους της αιτήσεως ακυρώσεως. Δεν χωρεί, εντούτοις, αμφιβολία ότι η έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια καθιερώθηκε στην Ελλάδα, επειδή θεωρήθηκε τόσο από τη θεωρία, τη νομολογία, αλλά και από τους πολίτες ως θεμελιώδους σημασίας εγγύηση για την προστασία των συνταγματικών ελευθεριών και των δικαιωμάτων της μειοψηφίας απέναντι στην παντοδυναμία ή τις καταχρήσεις της εκάστοτε κυβερνητικής πλειοψηφίας.

Η προστασία των δικαιωμάτων αυτών ανατέθηκε στη δικαστική εξουσία, επειδή αυτή είναι αρμόδια να εφαρμόζει, επιλύοντας διαφορές, τους νόμους, διαθέτει τη μεγαλύτερη δυνατή ανεξαρτησία απέναντι στη νομοθετική και στην εκτελεστική εξουσία και διατηρεί θεσμικά τις μεγαλύτερες αποστάσεις από τις πολιτικές επιρροές και την κομματική αντιδικία, και παρέχει κατά συνέπεια τα περισσότερα εχέγγυα αμερόληπτης κρίσης.³¹

Η παραδοσιακή για την Ελλάδα δικαστική αυτή εγγύηση προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων εναρμονίζεται, πάντως, και με τις σύγχρονες εξελίξεις της συνταγματικής δικαιοσύνης και συγκεκριμένα του δικαιοδοτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από τα Συνταγματικά Δικαστήρια, των οποίων ως βασικότερη νομιμοποιητική λειτουργία έχει αναδειχθεί η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων³². Η προστασία

³⁰ Είναι πάντως ενδεικτικά για την εγγυητική, κατά βάση, αποστολή του θεσμού τα όσα σχετικά έγραψαν ο Σαρίπολος και ο Σβώλος. Ο πρώτος χρησιμοποιώντας το γνωστό δωρικό του ύφος συμπυκνώνει σε λίγες γραμμές τη νομιμοποίηση και το σκοπό του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας: "η υπό των δικαστηρίων εξέταση της συνταγματικότητας των νόμων και η υπ' αυτών μη εφαρμογή νόμου αντισυνταγματικού αποτελεί την σπουδαιότερη εγγύησιν καθ' όσον αφορά εις την τήρησιν των συνταγματικών διατάξεων ιδίως των υπό του συντάγματος καθιερουμένων ατομικών ελευθεριών και την ασφαλέστατην προστασίαν των δικαιωμάτων των μειονοψηφιών. (N.N.Σαρίπολος, ό.π., σ. 335-6). Ο Αλέξανδρος Σβώλος, ακόμη πιο κατηγορηματικός από τον Σαρίπολο, τονίζει με ενάργεια την πολιτική σημασία του θεσμού: "Το σοβαρώτερον πλεονέκτημα του θεσμού, είναι , ότι θεωρείται γενικώς μεν έρεισμα της μειοψηφίας και στοιχείον αντιστάσεως κατά της κομματικής κυριαρχίας επί του κράτους, ειδικώτερον δε μέσον προστασίας της ελευθερίας υπέρ των ατόμων και των κοινωνικών ομάδων, εναντίον της παντοδυναμίας της νομοθετικής εξουσίας. Αληθώς ως ενδοκρατικόν στοιχείον αντιστάσεως των μειονοψηφιών κατά της νομοθετικής θελήσεως του πλειοψηφούντος κόμματος η προσφυγή εις την έρευναν της συνταγματικότητας των νόμων ενέχει πολλήν αξίαν, είτε θεωρηθή ως ειλικρινής τάσις σεβασμού προς την συνταγματικήν υπεροχήν του Δικαίου, είτε χρησιμεύη ως όπλον αμύνης υπέρ πολιτικών ιδεών. Και μάλιστα, υπό την άποψιν ταύτην, ημπορεί να λεχθή ότι θεωρητικώς τόσον περισσότερο ουσιαστική θα είναι η προστασία της μειοψηφίας δια της προσφυγής ταύτης, όσον το αρμόδιον δικαστήριο είναι περισσότερο αντιπολιτικόν" (Αλ.Σβώλος, ό.π., σ. 363).

³¹ Για όλα αυτά αναλυτικότερα κεφ. δεύτερο, I,

³² Βλέπε ειδικά για το θέμα αυτό τις πράξεις του συνεδρίου "La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles", *Revue internationale de Droit compare*, 1981, σ. 251-671) (=Cours constitutionnelles europeennes et droits fondamentaux, Economica-PUAM, 1982,). Για τους παράγοντες νομιμοποίησης γενικά του δικαιοδοτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, την πυκνή και περιεκτική σύνθεση του M. Cappelletti, στο συνέδριο που προαναφέρθηκε "Le controle

τους από τη συνταγματική δικαιοσύνη θεωρήθηκε και θεωρείται συστατικό στοιχείο της αποστολής της είτε διότι έτσι προστατεύονται αποτελεσματικά τα άτομα και οι ελευθερίες τους από τις αυθαιρεσίες της κρατικής εξουσίας και διασφαλίζεται ο φιλελεύθερος χαρακτήρας του πολιτεύματος είτε διότι έτσι τα δικαιώματα και οι ελευθερίες της μειοψηφίας γίνονταν σεβαστά από τις αποφάσεις της εκάστοτε πλειοψηφίας. Και με τις δύο εκδοχές η δικαιοδοτική προστασία των δικαιωμάτων και ελευθεριών αναγορεύεται σε στοιχείο απαραίτητο της λειτουργίας και διατήρησης του δημοκρατικού συστήματος³³.

Η αναγωγή των συνταγματικών δικαιωμάτων σε πρωταρχικό νομιμοποιητικό θεμέλιο³⁴ ή δικαιολογητικό βάθος του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων και η τεράστια σημασία που έχει αποκτήσει για την εφαρμογή του δικαίου θα εξεταστεί στη συνέχεια κάτω από ένα διαφορετικό και νεωτερικό ταυτόχρονα πρίσμα.

2. Η σύγχρονη αποστολή του ελέγχου: η αρμονική σύζευξη της λαϊκής κυριαρχίας με την ατομική και κοινωνική αυτονομία

Μια βαθύτερη ωστόσο εξέταση των λόγων που καθιέρωσαν σήμερα τη συνταγματική δικαιοσύνη ενόψει της σύγχρονης εντυπωσιακής ανάπτυξης της σε όλες τις χώρες ανεξαρτήτως πολιτεύματος μας αναγκάζει να επανεξετάσουμε τους λόγους που νομιμοποιούν ή δικαιολογούν σήμερα την παρέμβαση δικαιοδοτικών αρχών στη θέσπιση και εφαρμογή των νόμων. Οι σχέσεις “κυριαρχίας” και “ελευθερίας” χρειάζεται να επανεξεταστούν κάτω από ένα διαφορετικό πρίσμα.

Είναι γεγονός ότι με την ολοκλήρωση του συνταγματικού κράτους και την ανάπτυξη της συνταγματικής δικαιοσύνης εκείνο που επιτεύχθηκε αρχικά είναι ότι η θεσμικά αυτονομημένη από την εποχή ήδη του φιλελεύθερου κράτους σφαίρα της “ατομικής και κοινωνικής αυτονομίας”³⁵ εγκολπώθηκε θεσμούς δικαιοδοτικούς που ανέλαβαν ως αποστολή να την προστατεύουν από κάθε συνταγματικά “αθέμιτη” ή μη “προβλέψιμη” εισβολή στην επικράτεια της “ζιζανίων” πολιτικής κυριαρχίας και να αποτρέπουν κάθε αδικαιολόγητη ανάμειξη των δύο αυτών συμβολικών σφαιρών, της “κυριαρχίας” με την “ελευθερία”. Ο δικαστής της συνταγματικότητας νομιμοποιήθηκε έτσι να ελέγχει και να κρίνει την ενδεχόμενη παραβίαση από το νομοθέτη ή τη διοίκηση της συνταγματικής αυτής συνθήκης, στο όνομα της συνταγματικής προστασίας των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων.

juridictionnel des lois,” σ. 285-300. Ακόμη *D. Rousseau*, *Droit du contentieux constitutionnel*, Monchrestien, Paris, 1990, σ. 378-387.

³³ Βλ. *D. Rousseau*, ό.π., σ. 380 και *M. Cappelletti*, *Le pouvoir des juges*, σ. 180-279.

³⁴ Στους συγγραφείς των προηγούμενων σημειώσεων πρόσθεσε και την κλασική μαρτυρία του *J. Rivero*, *Rapport de Synthese*, στο συνέδριο που προαναφέρθηκε με τίτλο “La protection des droits fondamentaux...” R.I.D.C., 1981 σ. 659-671

³⁵ Για το διαχωρισμό της σφαίρας της ατομικής και κοινωνικής αυτονομίας από τη σφαίρα της πολιτικής κυριαρχίας, που αντιστοιχεί στη διάκριση ιδιωτικής και πολιτικής κοινωνίας, βλ. *Α.ντ. Μαντάκη*, *Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων*, Σάκουλας, Θεσσαλονίκη, 1981, ιδίως σ. 172-184 επ. και 255 επ.

Η αρνητική ωστόσο αυτή αποστολή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, είτε αυτός είναι συγκεντρωτικός είτε διάχυτος, δεν μπορούσε να σταθεί ως στήριγμα διαρκές και μόνιμη δικαιολογία της λειτουργίας του. Η σημερινή του ακτινοβολία θα πρέπει ωστόσο να αναζητηθεί στη θετική και ενοποιητική λειτουργία που τελικά επιτελεί αποβλέποντας στην εξομάλυνση των εντάσεων που δημιουργούνται μεταξύ των δύο διακριτών αυτών σφαιρών και συγκεκριμένα στην τιθάσευση της δεινής που προκαλείται από τη συνάντηση ή διαπλοκή της “λαϊκής κυριαρχίας”, όπως αυτή μορφοποιείται κάθε φορά από τη θέληση της εκάστοτε κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας, με την “άσκηση της ατομικής και συλλογικής ελευθερίας”. Απώτερος σκοπός του ελέγχου είναι άρα η άρση ή η υπέρβαση της σύγκρουσης που δημιουργείται κάθε φορά ανάμεσα στους δύο αυτούς πόλους του συνταγματικού κράτους, της “ελευθερίας” με την “κυριαρχία”³⁶ και η διάπλαση εστιών αρμονικής συζευξης τους έτσι ώστε ο ένας να μπορεί να λειτουργεί ως *primum in ordine* και συμπλήρωμα του άλλου³⁷. Η αναζήτηση επομένως μιας νέας συνταγματικής ισορροπίας μεταξύ “νόμου” και “ελευθερίας” και όχι η μονομερής προστασία των συνταγματικών ελευθεριών είναι ο βασικότερος στόχος της συνταγματικής δικαιοσύνης αλλά και ο κυριότερος λόγος της σημερινής αίγλης της.

Η σημερινή άρα εντυπωσιακή ανάπτυξη σε όλα τα πλάτη και μήκη της υψηλίου της συνταγματικής δικαιοσύνης και η δεσπίζουσα θέση που κατέλαβε ο θεσμός αυτός οφείλεται, άρα, εν μέρει και στη μοναδική αποστολή που έχει αναλάβει να επιτελέσει: βρέθηκε στο επίκεντρο μιας διαρκούς και εκτεταμένης έντασης που τροφοδοτείται από την αντιπαλότητα της “ελευθερίας” με την “πολιτική κυριαρχία”, των “δικαιωμάτων του ανθρώπου” με τη “λαϊκή κυριαρχία³⁸”, του “νόμου” με τα “δικαιώματα” και αποσκοπεί στη υπέρβαση της αντιπαλότητας αυτής με τη διαμόρφωση νέων, έστω και ασταθών και διαρκώς ανανεώσιμων, ισορροπιών μεταξύ των δύο αυτών πόλων και την αναζήτηση της εσωτερικής αλληλουχίας μεταξύ “δικαιωμάτων” και “κυριαρχίας” έτσι ώστε η άσκηση των δικαιωμάτων και των ελευθεριών του ατόμου και ιδιώτη να μην αντιφάσκει με την άσκηση των δικαιωμάτων των άλλων ούτε με την προστασία συλλογικών συνταγματικών αγαθών, έτσι όπως τα αγαθά αυτά προστατεύονται κάθε φορά στο νόμο.

³⁶ βλέπε σχετικά και πιο κάτω σ.

³⁷ Ειδικά για τη σχέση αυτή βλ. τη σημαντική μελέτη του J. Habermas, *Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions*, “Ratio Juris”, Vol. 7 No 1. 1994 (1-13), στην οποία και βρίσκουν στήριγμα μερικές βασικές ιδέες της προκείμενης μονογραφίας. Αναλυτικότερα για την διαδικαστική-διαλογική θεωρία του Habermas, πιο κάτω ίδιο κεφάλαιο III, σ. Για τις ανάγκες του τρέχοντος τίτλου αρκεί η παράθεση της ακόλουθης συμερασματικής φράσης του γερμανού φιλοσόφου: *The internal connection between popular sovereignty and human rights that we are looking for consists in the fact that human rights state precisely the conditions under which the various forms of communication necessary for politically autonomous law-making can be legally institutionalised. These conditions are no longer constraints, but enabling conditions for the exercise of popular sovereignty (...). Private and public autonomy are co-original and of equal weight. The substance of human rights then resides in the formal conditions for the legal institutionalisation of those discursive processes of opinion- and will-formation through which the sovereignty of the people can be exercised.*” (σ. 12-13).

³⁸ Για τη σχέση αυτή βλ. και πιο κάτω σ. , κυρίως όμως J. Habermas, *Το πραγματικό και το ισχύον*, Αντ. Λιβάνη, 1996, (ελληνική μετάφραση του *Faktizität und Geltung*, 1992), σ. 137-164 (=και γαλλική μετάφραση *Droit et Démocratie*, Gallimard, 1997, σ. 97-120).

3. Οι θεσμικές συνέπειες από τη διασταύρωση της πολιτικής κυριαρχίας με τα συνταγματικά δικαιώματα.

a) Η αλλαγή της σχέσης “νόμου” και “ελευθερίας” και η διαπλοκή της “αρνητικής” με τη “θετική” ελευθερία.

Η υπαγωγή άρα της λαϊκής κυριαρχίας στο Σύνταγμα -εφόσον οφείλει να ασκείται όπως ορίζει το Σύνταγμα- υπακούει τελικά, σ' ένα σύγχρονο κοινωνικό κράτος δικαίου και σ' ένα πολίτευμα πλουραλιστικής δημοκρατίας, στο αίτημα της αρμονικής ενσωμάτωσης της κυριαρχίας στους συνταγματικούς κανόνες, ουσιαστικούς και διαδικαστικούς, που εγγυώνται την ατομική, πολιτική και κοινωνική αυτονομία. Η συνταγματική αξίωση ότι κάθε εκδήλωση κρατικής εξουσίας πηγάζει από το λαό, γράφει ο Χάμπερμας, θα πρέπει κάθε φορά ανάλογα με τις περιστάσεις να εξειδικεύεται και να εκδηλώνεται με τη μορφή των ελευθεριών της έκφρασης και της πληροφόρησης, του συνέρχεσθαι και του συνεταιρίζεσθαι, της ελευθερίας της συνείδησης και της θρησκευτικής ελευθερίας καθώς και με τη μορφή των δικαιωμάτων συμμετοχής σε βουλευτικές εκλογές, ίδρυσης και συμμετοχής σε κόμματα και σε ενώσεις πολιτών κ.ο.κ³⁹.

Μια νέα εσωτερική αλληλουχία δημιουργείται, άρα, με την έλευση του παρεμβατικού και κοινωνικού κράτους, διαφορετική από εκείνη του φιλελεύθερου κράτους δικαίου, μεταξύ “συνταγματικών δικαιωμάτων” και “κυριαρχίας”, η οποία αποτυπώνεται και στη σχέση “νόμου” και “ελευθερίας”⁴⁰. Στο φιλελεύθερο κράτος δικαίου⁴¹ ο νόμος εγκοινωνόταν στην απρόσωπη και αφηρημένη του μορφή την ελευθερία και την ισότητα, γι' αυτό και δεν ήταν δυνατόν να νοηθεί ανεξάρτητα από αυτές και πολύ περισσότερο ότι τις απειλούσε, ενώ στο παρεμβατικό ή κοινωνικό κράτος δικαίου ο νόμος, που αποτελεί μια διαρκή απειλή για την ελευθερία και την ισότητα, χρειάζεται να αποδεικνύει κάθε φορά ειδικά και συγκεκριμένα ότι δεν τις αναιρεί με τα μέσα που θέτει σε ενέργεια και τους σκοπούς που επιδιώκει, γι' αυτό και νοείται όχι μόνο ανεξάρτητα από την ελευθερία και ισότητα αλλά έρχεται συχνά σε οξεία αντιπαράθεση μαζί τους. Ελευθερία και ισότητα νοούνται πλέον ξεχωριστά από το νόμο και τοποθετούνται τελικά περιγυριοντάς τον πιο πάνω από αυτόν, απαιτώντας από τον ίδιο να ανταποκρίνεται ως προς τη μορφή και το περιεχόμενό του σε ορισμένες θεμελιώδους σημασίας δικαιιοκρατικές εγγυήσεις (βεβαιότητας και ασφάλειας δικαίου, απρόσωπου και αφηρημένου χαρακτήρα, συνάφειας ως προς σκοπό, κ.ά.).

Είναι άλλωστε χαρακτηριστική εν προκειμένω η αλλαγή που έχει επέλθει στη σημασία της ρήτρας “επιφύλαξη υπέρ του νόμου”⁴². Αρχικά η ρήτρα δήλωνε ότι οι ελευθερίες προστατεύονταν με το νόμο γι' αυτό και τελούσαν υπό την επιφύλαξή του. Σήμερα που οι ελευθερίες κινδυνεύουν από τις

³⁹ J. Habermas, ό.π., σ. 191 (της ελληνικής απόδοσης) και σ. 146 (της γαλλικής μετάφρασης).

⁴⁰ Ειδικά για τη σχέση αυτή βλ. τη διδακτορική μου διατριβή, *La liberte du commerce et de l' industrie en droit belge et en droit francais*, Bruxelles, Bruylant, 1979, σ. 75-89.

⁴¹ Βλ. αναλυτικά πρώτο τόμο, σ. 71-75, 102 επ., 126-127 και 254 επ.

⁴² Βλ. σχετικά πρώτο τόμο, σ. 348-357.

νομοθετικές αποφάσεις της κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας και ο νόμος έχει μεταβληθεί σε εν δυνάμει απειλή, το ζήτημα είναι πως θα προστατευθούν α π ό αυτόν. Για το λόγο αυτό έχουν καθιερωθεί μια σειρά από δικαιιοκρατικές εγγυήσεις, μια σειρά από “περιορισμούς των περιορισμών” οι οποίοι έχουν μεταβάλει το νόημα και τη σημασία της επιφύλαξη υπέρ του νόμου, η οποία νοείται πλέον ως απαίτηση επιβολής περιορισμών στην άσκηση της ελευθερίας μόνο με βάση κανόνες γενικούς και αφηρημένους, που να είναι δικαιολογημένοι και να ανταποκρίνονται στο σκοπό για τον οποίο τέθηκαν.

Το κέντρο βάρους μεταξύ “λαϊκής κυριαρχίας” και “ελευθερίας” έχει μετατοπιστεί, λοιπόν, προς τη μεριά της “ελευθερίας”, η οποία όμως έχει εν μέρει αποβάλει την αρνητική όψη της και ελαμβάνεται και νοείται κυρίως ως αυτονομία, δηλαδή, ως θετική δυνατότητα δράσης και αυτοκαθορισμού ή συμμετοχής και όχι ως απλή απαίτηση αποχής του κράτους από το χώρο της ιδιωτικής και κοινωνικής δραστηριότητας. Τείνει να συμπεριλάβει και να εκφράσει από υποκειμενική πλέον σκοπιά το βαθύτερο νόημα της λαϊκής κυριαρχίας, που είναι τελικά η διασφάλιση της “δημόσιας⁴³” ή πολιτικής ελευθερίας⁴⁴.

Η σύνδεση αυτή της “αρνητικής” ή αμυντικής ελευθερίας με τη “θετική” ή πολιτική ελευθερία είναι εμφανής και στο Σύνταγμα του 1975, το οποίο στην μεν παράγραφο 3 του άρθρου 5 διακηρύσσει το “απαρβίαστο” της κλασικής προσωπικής ελευθερίας, στην νέα όμως διάταξη της παραγράφου 1 του ίδιου άρθρου κατοχυρώνοντας την ελευθερία δράσης του προσώπου, ορίζει ότι καθένας μπορεί να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του και να συμμετέχει στην οικονομική, κοινωνική και πολιτική ζωή της χώρας⁴⁵.

Η λαϊκή κυριαρχία μετουσιώνεται έτσι σε πολιτική αυτονομία, σε θεσμοποιημένη δυνατότητα πολιτικού αυτοκαθορισμού των μελών της πολιτικής κοινότητας και καθημερινής συμμετοχής στη διαμόρφωση της πολιτικής βούλησης, ενώ η ατομική ελευθερία σε απαίτηση για ίση δυνατότητα του

⁴³ Ο Γ. Χάμπερμας, [ό.π., σ. 357-367 της ελληνικής απόδοσης, και σ. 290-310 της γαλλικής μετάφρασης] αναλύοντας στις δύο αυτές όψεις της ελευθερίας και αναφερόμενος στη φιλελεύθερη και στη δημοκρατική αντίληψη της ελευθερίας, προτιμά εμφανώς τη δεύτερη σημειώνοντας μεταξύ των άλλων ότι : (...”οι αρνητικές ελευθερίες των πολιτών αναλαμβάνουν να εγγυηθούν την ιδιοκτησία τις οικονομικές συναλλαγές των ιδιωτών απέναντι στις παρεμβάσεις την πολιτικής κυριαρχίας που ασκείται με τη διοικητική μορφή.... Η δημοκρατική αντίληψη της πολιτικής δεν παραπέμπει στα δικαιώματα που εγγυάται το κράτος, στο όνομα των οποίων οι ιδιώτες-πολίτες μπορούν να διαθέσουν τη ζωή τους, την ελευθερία τους και την ιδιοκτησία τους, αλλά κατά πρώτο λόγο στις πρακτικές αυτοκαθορισμού των πολιτών που προσβλέπουν στο κοινό καλό και οι οποίοι αντιλαμβάνονται τους εαυτούς τους ως μέλη ελεύθερα και ίσα μια αυτοδιαχειριζόμενης συνεργατικής κοινότητας”(=σ. 358, και σ. 291 της γαλλικής), και πιο κάτω: “κατά τη δημοκρατική αντίληψη η κατάσταση των πολιτών δεν ορίζεται από το πρότυπο της αρνητικής ελευθερίας που αυτοί οι πολίτες μπορούν να διεκδικήσουν ως ιδιώτες. Τα πολιτικά δικαιώματα και κατά πρώτο λόγο τα δικαιώματα πολιτικής συμμετοχής και επικοινωνίας είναι μάλλον θετικές ελευθερίες. Δεν εγγυώνται την ελευθερία από κάθε εξωτερικό καταναγκασμό, αλλά τη δυνατότητα συμμετοχής σε μια κοινή πρακτική με την άσκηση της οποίας και μόνον μπορούν οι πολίτες να καταστήσουν εαυτούς αυτό που θέλουν να είναι: αυτορρογοί πολιτικά αυτόνομοι μιας κοινότητας ελεύθερων και ίσων μελών.” [=ό.π., σ. 362, και σ.294 της γαλλικής].

⁴⁴ Για την έννοια της πολιτικής ελευθερίας ως στοιχείου συστατικού της Δημοκρατίας βλ. κυρίως Αρ. Μάνεση, Το Σύνταγματικό Δίκαιο ως τεχνική της πολιτικής ελευθερίας, (ανάτυπο) σ. 7, 41-53.

⁴⁵ Βλ. κυρίως Γ. Κασμάτη, Σύνταγματικό Δίκαιο, ΙΙ. Οι λειτουργίες του κράτους, Αντ. Σάκκουλας, 1980, σ. 153-162.

καθένα για ελεύθερη - θετική και δημιουργική- ανάπτυξη της προσωπικότητάς του και για ισότιμη συμμετοχή στην πολιτική, οικονομική και κοινωνική ζωή της χώρας.

b) Ο διπλασιασμός του Συντάγματος σε “σύνταγμα των εξουσιών” και σε “σύνταγμα των δικαιωμάτων”

Η διεύρυνση και κραταίωση της έννοιας της συνταγματικότητας μεταβάλλει, άρα, και τις λειτουργίες του Συντάγματος, το οποίο όλο και πιο έντονα δείχνει ότι δεν είναι ένα απλό μέσο οργάνωσης της εξουσίας και κατοχύρωσης του σχετικού χωρισμού της κοινωνίας από το κράτος αλλά και μέσο διασφάλισης με θετικό τρόπο της αμοιβαίας μεταξύ των πολιτών αναγνώρισης των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων, της ίσης από όλους απόλαυσης της ατομικής και κοινωνικής αυτονομίας. Γι’ αυτό και από τίτλο κυρίως νομιμοποίησης της εξουσίας και μέσο κανονιστικής μορφοποίησης και επιβολής της “κρατικής κυριαρχίας”, αναδεικνύεται όλο και περισσότερο σε διὰ μέσο (medium) εγγύησης της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας και διασφάλισης, -την ίδια στιγμή με τις διαδικασίες και τους αντιπροσωπευτικούς θεσμούς που εγκαθιδρύει- της πολιτικής ενότητας της κοινωνίας. Σ’ αυτή τη διπλή και αντιφατική κίνηση - δημιουργία ενός χώρου αυτόνομης ύπαρξης και δράσης του ατόμου και διαφύλαξη της πολιτικής ενότητας του χώρου αυτού μέσω των θεσμών πολιτικής αντιπροσώπευσης και των δικαιωμάτων συμμετοχής στη διαμόρφωση πολιτικής βούλησης- έγκειται η πιο βασική λειτουργία του Συντάγματος⁴⁶.

Η μετατόπιση όμως αυτή επιφέρει και μιάν άλλη συνέπεια: φέρνει σε ευθεία αντιπαράθεση τα δύο συστατικά μέρη του Συντάγματος: το “σύνταγμα των εξουσιών”, αυτό που οργάνώνει την άσκηση της λαϊκής κυριαρχίας και καθορίζει τη διαδικασία σχηματισμού της βούλησης του κράτους και λήψης των κρατικών αποφάσεων, απέναντι στο “σύνταγμα των δικαιωμάτων”, σε αυτό που εγγυάται τα δικαιώματα και τις ελευθερίες του ατόμου και των ομάδων. Η σημασία του Συντάγματος σε ένα ολοκληρωμένο κράτος δικαίου κυριολεκτικά διπλασιάζεται: το Σύνταγμα δεν λειτουργεί πλέον μόνο ως μέσο ορθολογικής οργάνωσης και άσκησης της κρατικής εξουσίας αλλά και ως μέσο θετικής κατοχύρωσης της ατομικής και κοινωνικής αυτονομίας, ως τυπική εγγύηση της “ίσης ελευθερίας” απέναντι στη δύναμη της αυθαιρέτης πολιτικής κυριαρχίας. Αντικείμενό του δεν είναι άρα μόνο η οργάνωση του κράτους αλλά και της κοινωνικής συμβίωσης, αφού εξαγγέλλει και εγγυάται, παράλληλα με τις οργανωτικές βάσεις του πολιτεύματος, τις θεμελιώδεις εκείνες αρχές ή αξίες που διέπουν το σύνολο της έννομης τάξης και μέσω αυτής την κοινωνική διαβίωση τυπικά ελεύθερων και ίσων ατόμων. Οι διαδικασίες που καθιερώνει δεν αναφέρονται μόνο στον τρόπο διαμόρφωσης και εκδήλωσης της κρατικής θέλησης ή της “κάθετης” οργάνωσης της κρατικής εξουσίας, αλλά και στην οριζόντια “επικοινωνία” των ατόμων και μελών του κοινωνικού συνόλου, και κατά συνέπεια και στην αμοιβαία αναγνώρισή τους ως φορέων δικαιωμάτων και αξιοπρέπειας και στην ισότιμη άσκηση και απόλαυση των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων.

⁴⁶ *Αντ. Μανιτάκη*, Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων, σ. 181 επ..

Πλάϊ στο “σύνταγμα του κράτους” ορθώνεται, λοιπόν, το “σύνταγμα της κοινωνίας” και διεκδικεί μια ισότιμη με εκείνο θέση στο συνταγματικό στερέωμα, ή, με άλλες λέξεις, η “πολιτική” αρχή της “δημοκρατίας” καλείται “επίσημα” να συνυπάρξει οργανωμένα και αρμονικά με την “αστική” αρχή της “ελευθερίας” διαμορφώνοντας αυτό που ο C. Schmitt ονομάζει “μικτό σύνταγμα”⁴⁷ και οι σύγχρονοι πολιτειολόγοι αποκαλούν “συνταγματική δημοκρατία”⁴⁸, δηλαδή ένα πολίτευμα στο οποίο η δύναμη της πολιτικής κυριαρχίας μετριάζεται⁴⁹ υποκείμενη όχι μόνο σε διαδικαστικούς αλλά και σε ουσιαστικούς κανόνες δικαίου, η παραβίαση των οποίων επιφέρει κυρώσεις, και είναι υποχρεωμένη να συνυπάρξει στη βάση μιας τεταμένης και διαρκούς αντιπαράθεσης με τη δικαιοκρατική επιταγή του σεβασμού των θεμελιωδών δικαιωμάτων όλων.

Είναι γι’ αυτό το λόγο αναγκαίο ενόψει αυτής της διασταύρωσης της λαϊκής κυριαρχίας με την ατομική και πολιτική αυτονομία να επαναπροσδιοριστεί⁵⁰ το περιεχόμενο και η σημασία των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων, όταν ιδίως αυτά καλούνται γενικά να αποτελέσουν το θεμέλιο και τη δικαιολόγηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

Είναι προφανές, μετά από αυτά που προηγήθηκαν, ότι το κράτος δικαίου, ως στήριγμα και παράγων αναπαραγωγής του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, δεν ταυτίζεται εδώ ούτε με το “κράτος των τύπων και διαδικασιών ή των νομικών τεχνικών 51” ούτε με το “κράτος των

⁴⁷ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, κεφ. 16, σ. 336-39 (της γαλλικής έκδοσης), και σ. 265-267 (της ιταλικής).

⁴⁸ Βλ. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, σ. 365 επ.. Πρβλ. και κριτική των απόψεων που υπεραμύνονται την ιδέα της “συνταγματικής δημοκρατίας” με επισήμανση των κινδύνων που συνεπάγεται για το πολιτικό σύστημα η εγκατάσταση μιας δημοκρατίας των δικαστών, των ειδικών του συνταγματικού δικαίου και των νομικών, B. Francois, *Justice constitutionnelle et “Democratie constitutionnelle”*, (*Critique du discours constitutionnaliste europeen*), σε “*Droit et Politique*”, Centre universitaire de recherches administrative et politique de Picardie, Paris, PUF, 1993, σ. 53-64.

⁴⁹ Σχετικά με τη λειτουργία της συνταγματικής δικαιοσύνης ως μέσου “μετριάσμου” της εξουσίας του κράτους βλ. και M. Fromont, *ό.π.*, σ. 2..

⁵⁰ Βλ. αναλυτικότερα αμέσως πιο κάτω σ.

⁵¹ Σαφώς διαφοροποιημένη είναι η χρήση του όρου “συνταγματικά δικαιώματα” από την κανονοκρατική θεώρησή τους όπως έχει ιδίως καταγραφεί στην κελσενιανή θεωρία περί συνταγματικής δικαιοσύνης. Η συνταγματική δικαιοσύνη δικαιολογείται, κατά τον Κέλσεν, όπως είδαμε (βλέπε σχετικά πιο πάνω σ.) από την ανάγκη διασφάλισης της “συνταγματικής κανονικότητας” κατά την άσκηση των κρατικών λειτουργιών: “η δικαιοδοτική εγγύηση του Συντάγματος -η συνταγματική δικαιοσύνη- αποτελεί στοιχείο του συστήματος των τεχνικών μέτρων που έχουν ως σκοπό την εξασφάλιση της κανονικής άσκησης των κρατικών λειτουργιών” (= H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, σ. 198). Ο νομοθέτης όταν προσβάλλει μια συνταγματικά κατοχυρωμένη ελευθερία παραβιάζει το Σύνταγμα επειδή παραβαίνει τον συνταγματικό κανόνα που καθορίζει “τις αρχές και τα όρια” που διέπουν το περιεχόμενο των νόμων. Στην πραγματικότητα οικειοποιείται συντακτική εξουσία, αφού υπερβαίνει τα αρνητικά όρια της νομοθετικής του αρμοδιότητας, όπως αυτά καθορίζονται από τις συνταγματικές διατάξεις που προστατεύουν τα ατομικά (H. Kelsen, *ό.π.*, σ. 206) και κοινωνικά δικαιώματα. Ο έλεγχος της συνταγματικότητας είναι άρα για τους θετικιστές έλεγχος των διαδικασιών και τήρησης των κανόνων κατανομής αρμοδιοτήτων, (Κριτική, παρόμοια με με αυτή που εκτίθεται εδώ, τόσο της φυσικοδικαιικής αντίληψης των θεμελιωδών ελευθεριών όσο και της αντίστοιχης θετικιστικής με αφορμή τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων ασκεί ο D. Rousseau (*ό.π.*, σ. 378-379). Η συνταγματικότητα με αυτή την έννοια αναλύεται στην αξίωση τήρησης τόσο των διαδικαστικών κανόνων θέσπισης των νόμων όσο και των ουσιαστικών κανόνων που αφορούν τα

φυσικών και απαράγραπτων δικαιωμάτων του ανθρώπου”. Εκλαμβάνεται κυρίως με την έννοια του κράτους της έλλογης και δικαιολογημένης διαπλοκής των συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων, η οποία συντελείται υπό τη σκέπη του νόμου και υπό την επίβλεψη του δικαστή, του κράτους που εγγυάται και διασφαλίζει τη θεσμική δυνατότητα και τις διαδικασίες ισόρροπης και εύλογης συνάρθρωσης των αρχών της ελευθερίας-αυτονομίας με τις αρχές της ίσης ελευθερίας και κοινωνικής αξιοπρέπειας. Η παραδοσιακή δικαιοκρατική απαίτηση για τυπικά ορθολογικό περιορισμό της κρατικής εξουσίας μετουσιώνεται την εποχή του κοινωνικού κράτους δικαίου σε αίτημα για δίκαιη και λελογισμένη χρήση της εξουσίας.

Β. Συνοπτική, προκαταρκτική παρουσίαση των θεωριών για τη νομιμοποίηση της συνταγματικής

Οι θεωρίες σχετικά με τη νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, που έχουν εμφανιστεί σε συγκριτικό επίπεδο⁵² και θα παρουσιαστούν αναλυτικά στην συνέχεια, θα μπορούσαν να καταταχθούν σχηματικά στις ακόλουθες τέσσερις κατηγορίες:

α) Η Συνταγματική Δικαιοσύνη αντιστάθμισμα στην παντοδυναμία της εκάστοτε κυβερνητικής πλειοψηφίας.

Στην πρώτη κατηγορία εντάσσονται οι φιλελεύθερης προέλευσης θεωρίες που βασίζονται στην ιδέα της αλληλοεξισορρόπησης των εξουσιών και του αμοιβαίου ελέγχου της δράσης τους⁵³. Με τον δικαιοδοτικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων αντισταθμίζεται η παντοδυναμία της νομοθετικής εξουσίας και τίθενται υπό διαρκή και αυστηρό έλεγχο οι αποφάσεις της από δικαιοδοτική αρχή που παρέχει τα εγγέγγα της ανεξαρτησίας και αμεροληψίας. Η ιδέα αυτή έλκει την καταγωγή της από την αμερικανική θεωρία της οριοθετημένης εξουσίας (limited government) και βασίζεται στη φιλελεύθερη αρχή της διάκρισης των εξουσιών, της οποίας αποτελεί άλλωστε θεωρητική προέκταση.

ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα και καθορίζουν το περιεχόμενο των νόμων. Και στις δύο περιπτώσεις η αξίωση σεβασμού της συνταγματικότητας αναλύεται στην αξίωση τήρησης κανόνων διαδικασίας και κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ συντακτικού νομοθέτη και νομοθετικής εξουσίας. Η αντισυνταγματικότητα ενός νόμου απορρέει από το γεγονός ότι ο νομοθέτης παρενέβη και ρύθμισε ένα θέμα ή υιοθέτησε μια διάταξη, που δεν ήταν της αρμοδιότητάς του, αλλά ενέπιπε στη δικαιοδοσία του συντακτικού νομοθέτη. Οι συνταγματικές διατάξεις, οι προστατευτικές των δικαιωμάτων, θεσπίζουν μεν “κανόνες ουσίας”, ο δικαιοδοτικός όμως έλεγχός τους αναλύεται τελικά σε έλεγχο τήρησης των κανόνων οριοθέτησης των νομοθετικών αρμοδιοτήτων.

⁵² Βλ. συνοπτικά, *L. Favoreu*, rapport au colloque “Le controle juridictionnel des lois”, σ. 62-65, *D. Rousseau*, La justice constitutionnelle en Europe, Monchrestien, 1992, σ. 42-50, *Michel Fromont*, La justice constitutionnelle, Dalloz, 1996, σ. 2-4, και από ελληνική βιβλιογραφία κυρίως *Μ.Π. Σταθόπουλου*, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Αντ. Σάκκουλας, 1989 (ανάτυπο από ΝοΒ 1989, σ. 1 επ.).

⁵³ Βλ. Αναλυτικότερα, πιο κάτω κεφάλαιο , σ.

Η αξία της βρίσκεται στο γεγονός ότι αποτέλεσε την κοιτίδα από την οποία προήλθε η σημερινή, καθιερωμένη πλέον, σύλληψη του δικαστικού ελέγχου ως μέσου και εργαλείου προστασίας των δικαιωμάτων της μειοψηφίας απέναντι στην αυθαιρεσία της εκάστοτε κυβερνητικής πλειοψηφίας. Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων δικαιολογείται έτσι και γίνεται γενικότερα αποδεικτός, επειδή λειτουργεί ως αντίβαρο ή αντιστάθμισμα στην παντοδυναμία της πλειοψηφίας και χρησιμεύει τελικά ως εγγύηση κατά της “πολιτικής απολυταρχίας”, από όπου και αν αυτή προέρχεται. Ο αντιπλειοψηφικός κατά βάση χαρακτήρας του θεσμού συνέτεινε πολύ στη σημερινή αρμονική ένταξή του στη λειτουργία μιας πλουραλιστικής δημοκρατίας.

b) Η Σ.Δ. εγγύηση τήρησης και προστασίας του Συντάγματος.

Στη δεύτερη από άποψη σπουδαιότητας κατηγορία των νομιμοποιητικών θεμελίων θα πρέπει να καταταχθούν οι δικαιώματα της συνταγματικής νομιμότητας. Διασφαλίζοντας, ωστόσο, την πιστή τήρηση του Συντάγματος, θεμελιώδους νόμου του κράτους, ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων δεν εγγυάται μόνο, όπως υποστηρίζεται από μια σημαντική μερίδα της θεωρίας, την τήρηση γενικά και αφηρημένα της τυπικής συνταγματικής νομιμότητας (δηλαδή, την αυξημένη τυπική ισχύ του Συντάγματος και την τήρηση των προβλεπόμενων διαδικασιών λήψης των κρατικών αποφάσεων) αλλά και την προστασία του ουσιαστικού περιεχομένου των διατάξεων που κατοχυρώνουν τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα και εξαγγέλουν τις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν το σύνολο της έννομης τάξης και διασφαλίζουν την ενότητά της καθώς και την πολιτική ενότητα της κοινωνικής συμβίωσης. Ειδικά σε ό,τι αφορά την ελληνική συνταγματική τάξη, ο δικαστικός έλεγχος στην συνταγματικότητα των νόμων αντιμετωπίστηκε ανέκαθεν από τη συνταγματική θεωρία και τη σχετική νομολογία, μαζί με το δικαίωμα αντιστάσεως, ως θεμελιώδους σημασίας κατασταλτική εγγύηση τήρησης του Συντάγματος και προστασίας του φιλελεύθερου και δημοκρατικού χαρακτήρα του πολιτεύματος⁵⁴.

c) Η Σ.Δ. προστάτης και φύλακας των “δικαιωμάτων του ανθρώπου”. Κριτική. Η τριπλή θετική σημασία του όρου “συνταγματικά δικαιώματα”

Στην τρίτη κατηγορία των νομιμοποιητικών βάθρων του ελέγχου μπορούν να υπαχθούν οι φιλελεύθερες θεωρίες που ανάγονται στα “δικαιώματα του ανθρώπου” (ή στα ατομικά δικαιώματα) και θεωρούν τη δικαιοδοτική προστασία τους ως πρωταρχικής σημασίας δικαιολογητικό θεμέλιο του υπό εξέταση θεσμού⁵⁵. Η προστασία της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας των πολιτών απέναντι στις απολυταρχικές τάσεις της εκάστοτε πολιτικής εξουσίας

⁵⁴ Βλ. ανλυτικότερα πιο κάτω σ.

⁵⁵ Βλ. μία τελευταία, θερμή, υπεράσπιση της θέσης αυτής στις μελέτες του G. Vedel, Conseil constitutionnel gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ?, *Pouvoirs*, 1988, no 45, σ. , *του ίδιου*, La constitution comme garantie des droits, le droit naturel, σε “1789 et l' invention de la constitution”, (sous la dir. de M. Troper et L. Jaume), Bruylant-L.G.D.J., 1994, σ. 205-215.

αποτελέσει -και εξακολουθεί να αποτελεί χωρίς αμφιβολία- πρωταρχικό νομιμοποιητικό θεμέλιο του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων⁵⁶.

Συντείνει, ωστόσο, η θεώρηση αυτή στη δικαιολόγηση αλλά και ταυτόχρονη διεύρυνση της εξουσίας του δικαστή, ο οποίος στο όνομα της προστασίας γενικά και αφηρημένα της ατομικής ελευθερίας των πολιτών από τις καταχρήσεις και τις αυθαιρεσίες της κρατικής εξουσίας αυτοαναγορεύεται σε στηλοβάτη και εγγυητή του φιλελεύθερου χαρακτήρα του πολιτεύματος, λαμβάνοντας αποφάσεις με σαφές αντιπλειοψηφικό χαρακτήρα.

Γι' αυτό και η θεωρία αυτή προκαλεί ορισμένες γενικότερες επιφυλάξεις:

Η επίκληση, πρώτον, των “δικαιωμάτων του ανθρώπου”, έτσι γενικά παραπέμπει σε φυσικοδικαιϊκής προέλευσης θεωρίες⁵⁷, σύμφωνα με τις οποίες τα δικαιώματα ως σύμφυτες ιδιότητες του ανθρώπου προϋπάρχουν του συνταγματικού κράτους και της κοινωνίας και υπερισχύουν του Συντάγματος. Το κράτος και η νομοθετική εξουσία δεσμεύονται, κατά την αντίληψη αυτή, από τις αιώνιες αρχές και τους απαράγραπτους κανόνες που εμψυχώνουν τα δικαιώματα του ανθρώπου, όχι όμως επειδή αποτυπώνουν τη βούληση του συντακτικού νομοθέτη αλλά επειδή εγκοιτώνται αξίες θεμελιώδεις της κοινωνικής συμβίωσης αποδεκτές από όλους και επειδή έχουν εισχωρήσει μέσω των διεθνών συνθηκών “στο πανανθρώπινο δίκαιο και έχουν ενσταλλαχθεί στην οικουμενική συνείδηση των ανθρώπων υπερβαίνοντας τη διάκριση φυσικού και θετικού δικαίου”⁵⁸.

Και είναι μάλιστα γεγονός ότι τα “δικαιώματα του ανθρώπου” ως “φυσικές ελευθερίες” ορθώνουν αποτελεσματικά εμπόδια στις άπληστες και αδηφάγες επεμβάσεις της νομοθετικής εξουσίας, στην πράξη όμως η υπερθετική τους ισχύ και το αβέβαιο και αόριστο περιεχόμενό τους παρέχει πρόσφορο έδαφος στην μεν πολιτική εξουσία για αυθαιρεσίες και καταχρήσεις στη δε δικαστική εξουσία για υποκειμενικές εκτιμήσεις και ερμηνείες.

Η επίκληση της προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου γενικά και αφηρημένα παραμένει, δεύτερον, κυριολεκτικά αιχμάλωτη της κλασικής αντιπαράθεσης μεταξύ “ελευθερίας” και “κυριαρχίας”, και όχι μόνο δεν συντείνει στη γεφύρωση του χάσματος που δημιουργείται μεταξύ των δύο αυτών πόλων της συνταγματικής ιδέας, αλλά προάγει συχνά μια ιδεαλιστική ή φυσικοδικαιϊκή και πάντως ατομοκεντρική θεώρηση των δικαιωμάτων, η οποία αγνοεί ή περιφρονεί το αίτημα της πολιτικής ενότητας και της αρμονικής συνάρθρωσης των “αντικειμενικών” επιδιώξεων του νόμου με τις “υποκειμενικές” αξιώσεις των δικαιωμάτων. Γι' αυτό και η μοναχική σημερινή επίκλησή τους για τη δικαιολόγηση της εξουσίας του δικαστή αν δεν είναι ανεπαρκής, πρέπει να θεωρηθεί τουλάχιστον μη λειτουργική.

⁵⁶ Βλέπε κυρίως *D. Rousseau*, *Droit du contentieux constitutionnel*, σ. 378-379. Πρόσθεσε στη σχετική βιβλιογραφία και την κλασική μελέτη της *D. Loschak*, *Le Conseil constitutionnel protecteur des libertes* ?, *Poinvois*, 1986, no 13, σ. και αναλυτικά πιο πάνω σ.

⁵⁷ Βλ. σχετικά *Αρ. Μάνεση*, *Ατομικά δικαιώματα*, σ.

⁵⁸ *G. Vedel*, ό.π., σ. 212. Βλ. σχετικά και την ωραία και προφητική μελέτη του *Δ. Ευρυγένη*, *Δικαιώματα του Ανθρώπου*,

Σε αντιπαράθεση τόσο με τη φυσικοδικαιική ή φιλελεύθερη όσο και με τη θετικιστική-κανονοκρατική επίκληση των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ως νομιμοποιητικού θεμέλιου του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, προκρίνουμε μια άλλη θεώρηση μεταθετικιστική και πλουραλιστική, η οποία τα συμπεριλαμβάνει στον γενικό όρο “συνταγματικά δικαιώματα” αποδίδοντάς του την ακόλουθη τριπλή σημασία:

α) η πρόταξη του επιθετικού προσδιορισμού “συνταγματικά” δηλώνει πρώτα ότι πρόκειται για δικαιώματα που είναι συνταγματικά κατοχυρωμένα, για δικαιώματα που περιβάλλονται, δηλαδή, με το κύρος και την ισχύ ή τις τυπικές εγγυήσεις ενός τυπικού και αυστηρού συντάγματος.

Η τυπική αυτή ιδιότητα ακολουθεί τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα στην ελληνική έννομη τάξη από τη γένεση του ελληνικού συνταγματικού κράτους. Βρίσκεται άρα απόλυτα εναρμονισμένη με τη συνταγματική μας παράδοση.

Δεν είναι όμως μόνο η αυξημένη τυπική ισχύς των σχετικών με τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα διατάξεων που δικαιολογεί τη χρήση του όρου “συνταγματικά”, αλλά η ουσιαστική τους αξία, αυτή που συνδέεται με το θεμελιακό και καταστατικό για το κράτος και την κοινωνία χαρακτήρα των σχέσεων που εκφράζονται από αυτά. Γι’ αυτό και όρος “συνταγματικά” είναι εδώ συνώνυμος με τον όρο “θεμελιώδη δικαιώματα”.

Ο επιθετικός προσδιορισμός “συνταγματικά” υπογραμμίζει και υπενθυμίζει άρα τη μοιραία ιστορική διαδικασία “θετικοποίησης” ή “εκσυνταγματισμού” αρχών ή αξιών που άλλοτε είχαν απλώς ηθική ή μεταφυσική μόνο αξία. Την εποχή μας, εποχή του κοινωνικού κράτους δικαίου και της πλουραλιστικής δημοκρατίας η παραδοσιακή αντιπαράθεση της φυσικοδικαιικής με τη θετικιστική θεώρηση του δικαίου, η οποία έχει σημαδέψει τη σκέψη και το έργο του Μάνεση τείνει να ξεπεραστεί⁵⁹. Ολα δείχνουν ότι η εποχή μας οδεύει προς μία μεταθετικιστική θεώρηση του δικαίου, η οποία υπερβαίνει την παλαιά αντιπαράθεση ιδεαλιστών και θετικιστών, επιζητώντας τη σύνθεση των δύο θεωρήσεων σε μια νέα ενότητα που βρίσκεται όμως ακόμη υπό κατασκευή.

β) η επίκληση των συνταγματικών δικαιωμάτων γίνεται εδώ κυρίως με την έννοια των “εννόμων αντιστάσεων κατά της εξουσίας”, έννοια που περιλαμβάνει και υπογραμμίζει την πρωταρχική “εγγυητική” και “υποκειμενική” τους σημασία, χωρίς ωστόσο να αποκλείει και την αντικειμενική ή θεσμική τους σημασία⁶⁰, την αντιμετώπισή τους ως “θεμελιωδών αρχών” της έννομης τάξης ή της οργανωμένης κοινωνικής συμβίωσης.

γ) τέλος, ο όρος “συνταγματικά δικαιώματα” ή “συνταγματικές ελευθερίες” υπογραμμίζει την ισότιμη τυπικά θέση των “συνταγματικών υποκειμενικών καταστάσεων” με τις “αντικειμενικού χαρακτήρα θεσμικές καταστάσεις” που διαμορφώνονται στο οργανωτικό μέρος του Συντάγματος, στο μέρος εκείνο δηλαδή που αναφέρεται στην οργάνωση των κρατικών εξουσιών και αρμοδιοτήτων. Η τυπική αυτή ισοτιμία επιτρέπει, στη συνέχεια, την ουσιαστική συσχέτιση των δύο αυτών τμημάτων του Συντάγματος μέσα από το πρίσμα του “πραγματικού συντάγματος” και την ουσιαστική διαπλοκή ή διασταύρωση των εγγυήσεων της ατομικής και κοινωνικής αυτονομίας

⁵⁹ Βλ. *M. Cappelletti*, *Le pouvoir des juges*, σ. 275, και

⁶⁰ Βλ. αναλυτικότερα τόμο I, σ.

με τις εγγυήσεις της πολιτικής και κοινωνικής συμμετοχής, της ελευθερίας με τη δημοκρατία.

d) Η Σ.Δ. εγγυητής της λαϊκής κυριαρχίας στην πρωταρχική ή συντακτική της εκδήλωση.

Τέλος μια τέταρτη κατηγορία, η οποία θεωρητικά βρίσκεται στον αντίποδα της προηγούμενης και αποτελεί με παραλλαγές την πλέον θετικιστική και καλὰ εδραιωμένη εκδοχή, αναζητά τη νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας στο ίδιο το Σύνταγμα και στη δημοκρατική προέλευσή του⁶¹: ο συνταγματικός δικαστής εξετάζοντας στο όνομα του Συντάγματος και με αναφορά το ίδιο τις αποφάσεις της νομοθετικής εξουσίας, στην ουσία επιβάλλει την υποταγή της θέλησης των αντιπροσώπων του λαού στη θέληση του ίδιου του κυρίαρχου λαού, όπως αυτή έχει αποτυπωθεί στο Θεμελιώδη Νόμο του κράτους, που αποτελεί την υπέρτατη και πιο αυθεντική έκφραση της λαϊκής κυριαρχίας.

Η δημοκρατική αυτή θεώρηση του δικαστικού ελέγχου πάσχει κυρίως από την εξής πλευρά: στηρίζεται σε μια “ανθρωπομορφική” και συμπαγή αναπαράσταση της “κυριαρχίας” ιστορικά ξεθωριασμένη και θεσμικά αναποτελεσματική. Βασίζεται δηλαδή σε μια αντίληψη της κυριαρχίας που έχει υποστεί τις πιο καταλυτικές κριτικές από τη θεωρία και εμφανίζει τις σημαντικότερες και ουσιαστικότερες αλλοιώσεις στη νομική και πολιτική σημασία της. Η θεμελιωδέστερη αυτή κατηγορία του Συνταγματικού Δικαίου, αυτή που αποτέλεσε και αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο του, εμφανίζεται σήμερα κυριολεκτικά κατακερματισμένη και άλλοτε διαχέεται στο εσωτερικό του κράτους και βρίσκεται να κατοικοεδρεύει σε μερικότερα πολυπληθή αποκεντρωμένα ή αυτόνομα θεσμικά κέντρα εξουσίας και άλλοτε συρρικνούμενη βλέπει τον εαυτό της παραμερισμένο από την αναγνώριση ή ειχώρηση αρμοδιοτήτων σε υπερεθνικά κέντρα εξουσίας⁶².

Η βασικότερη ωστόσο αδυναμία της κλασικής σύλληψης της κυριαρχίας έγκειται στην μονιστική και ανθρωπομορφική αναπαράστασή της. Η λαϊκή κυριαρχία ελλαμβάνεται ως ιδιότητα κάποιου πλασματικού και φετιχοποιημένου υποκειμένου -άλλοτε ήταν ο μονάρχης ή το έθνος σήμερα είναι ο λαός⁶³- τη θέληση του οποίου ο συνταγματικός δικαστής οφείλει να διαγνώσει.. Αμεση συνέπεια της προσέγγισης αυτής είναι ότι ο δικαστής μετατρέπεται σε υπηρέτη του Συντάγματος και της

⁶¹ Βλ. σχετικά και πιο κάτω σ.

⁶² Σχετικά με τη σημερινή έκλειψη της κυριαρχίας βλ. από τη γαλλική βιβλιογραφία, κυρίως, P. Bourretz, “Souverainete”, σε “Dictionnaire constitutionnel”, (Ol. Duhamel και Yv. Meny, ed.), Paris, P.U.F., 1992, σ. , του ίδιου Progres du droit, *Le Debat*, No 74, 1993, σ. 157-163, και από ελληνική Αρ. Μάνεση, Το Σύνταγμα στο κατώφλι του 21ου αιώνα, “Πρακτικά της Ακαδημίας”, τ. 68 (1993), σ. 453-471 (470-471), και Αντ. Μανιτάκη, Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος, Αντ. Σάκκουλας, Αθήνα, 1996, σ. 244-246.

⁶³ Βλ. σχετικά εκτενέστερα, Αντ. Μανιτάκη, Η δημοκρατική αρχή στο έργο του Μάνεση και οι λογικές και ιστορικές προεκτάσεις της, “Χαρμόσυνο Αριστ. Μάνεση”, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1994, σ. 237-257 (255-256)

αποστεωμένης θέλησης που αυτό ενσωματώνει και αναγκάζεται να εφαρμόζει κατά προτεραιότητα την ιστορική ερμηνεία ή να ενεργεί ερμηνευτικά σαν να ήταν το “στόμα του Συντάγματος”⁶⁴.

Η κλασική “ανθρωπομορφική” αυτή αναπαράσταση της κυριαρχίας αποδεικνύεται ανεπαρκής και ξεπερασμένη για την εξήγηση των σημερινών συνταγματικών φαινομένων, γι’ αυτό και η πρόταση του Χάμπερμας⁶⁵ για την παράσταση της λαϊκής κυριαρχίας ως συνόλου διαδικασιών χωρίς υποκείμενο -ή μετα-υποκείμενο- που αποβλέπουν στην έλλογη διαμόρφωση πολιτικής βούλησης μέσα από θεσμοποιημένες ή άτυπες διαδικασίες διύποκειμενικής επικοινωνίας και διαλογικής συζήτησης (ή διαβούλευσης), πρέπει να συνατήσει την προσοχή. Η έλλογη και ελεύθερη αυτή διαμόρφωση γνώμης και βούλησης μέσα από μια διαδικασία δημόσιας ανταλλαγής επιχειρημάτων συντελείται σε αυτόνομες “δημόσιες σφαίρες”, οι οποίες συγκροτούν τους συμβολικούς τόπους όπου αγωνίζεται να σχηματιστεί “ελεύθερα”, σε απόσταση από την ασφυκτική κηδεμονία του κράτους και τις απαιτήσεις “του επείγοντος”, η κοινή γνώμη των πολιτών και να διαπλαστεί η πολιτική τους βούληση⁶⁶.

Και οι τέσσερις κατηγορίες νομιμοποίησης του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων που αναφέραμε, αποτελούν εκδοχές που έχουν καθιερωθεί στην πράξη και ανταποκρίνονται στις κοινωνικές και πολιτικές προϋποθέσεις της εποχής που τις γέννησαν. Οι γενεσιουργοί κοινωνικοί και πολιτικοί όροι ενός θεσμού δεν τον ακολουθούν ωστόσο αναγκαστικά και στη μετέπειτα ζωή του, γι’ αυτό και η αποδοχή του από την κοινωνία ή η αποτελεσματικότητά του στο πολιτικό σύστημα μεταβάλλονται με το χρόνο. Οι λόγοι που δικαιολογούσαν και έκαναν δυνατή την καθιέρωση της συνταγματικής δικαιοσύνης κάποτε, ενδέχεται να μην ισχύουν σήμερα, ή το αντίστροφο, αυτό που σήμερα δικαιολογεί και εξηγεί τη σημερινή εντυπωσιακή ανάπτυξη και διάδοση της συνταγματικής δικαιοσύνης μπορεί να οφείλεται σε λόγους που συνδέονται με τις σύγχρονες αποκλειστικά μεταμορφώσεις της Δημοκρατίας και του Δικαίου. Κάθε δικαιοσύνη θεσμός είναι, εξάλλου, συνδεδεμένος με τη συγκεκριμένη δικαιοσύνη παράδοση της χώρας που λειτουργεί και μόνο στα πλαίσια της νομικής και πολιτικής ιστορίας της χώρας αυτής είναι δυνατόν να αναλυθεί και εξηγηθεί. Οι προηγούμενες σκέψεις ισχύουν κυρίως για τη νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ο οποίος καθιέρωθηκε, ως γνωστόν, τον περασμένο

⁶⁴ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, σ. 34 επ., *του ίδιου*, *Droit du contentieux constitutionnel*, σ. 381.

⁶⁵ J. Habermas, *Η λαϊκή κυριαρχία ως διαδικασία*, σ. 670-676, καθώς και τις σχετικές μελέτες των P. Ladrière, *Espace public et démocratie*, και J. Lenoble et A. Bertin, *L’ espace public comme procédure*, σε *Raisons Pratiques*, 3, 1992, *Pouvoir et légitimité, Figures de l’ espace public*, σ. 19-43, και 83-108, αντίστοιχα.

⁶⁶ “Μία άνευ υποκειμένου ανώνυμη και διύποκειμενική διάχυτη λαϊκή κυριαρχία ενσωματώνεται στις δημοκρατικές διαδικασίες και στις επικοινωνιακές προϋποθέσεις για την εφαρμογή της. Μεταρσιώνεται σε εκείνες τις μετά βίας απτές αλληλεπενέργειες μεταξύ μιας θεσμοποιημένης από το κράτος δικαίου διαμόρφωσης της βούλησης και των πολιτιστικά κινητοποιημένων δημοσιοτήτων. Η επικοινωνιακά διάχυτη κυριαρχία εκδηλώνεται μέσα από την ισχύ των δημόσιων διαλόγων που πηγάζουν από αυτόνομες δημόσιες σφαίρες, πρέπει όμως να μορφοποιείται και στις αποφάσεις δημοκρατικά συγκροτημένων θεσμών διαμόρφωσης γνώμης και βούλησης, επειδή η ευθύνη για τις πρακτικά λειτουργικές αποφάσεις πρέπει να καταλογίζεται θεσμικά σε κάποιο όργανο με τρόπο σαφή”.(Γ. Χάμπερμας, *Η λαϊκή κυριαρχία ως διαδικασία*, σ. 671.

αιώνα. Οι λόγοι που τον καθιέρωσαν, ωστόσο, δεν συμπίπτουν με τους σημερινούς λόγους της ανάπτυξης του και δεν αρκούν για να εξηγηθεί η εξέχουσα θέση που κατέλαβε στο νομικό και πολιτικό μας σύστημα, ιδίως μετά τη μεταπολίτευση. Τους ύστερους αυτούς λόγους θα επιχειρήσουμε να ανιχνεύσουμε στη συνέχεια. Συμβαίνει πάντως να μην είναι εντελώς διαφορετικοί από αυτούς που ισχύουν σε άλλα συστήματα δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, ακόμη και διαφορετικά από το δικό μας. Παρατηρείται εξάλλου μια σύγκλιση των διαφόρων εθνικών συστημάτων και θεωριών και όλο και περισσότερο γίνονται ορατά κοινά χαρακτηριστικά γνωρίσματα.

III. Η ΕΓΓΥΗΤΙΚΗ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ

A. Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ως εγγύηση τήρησης του Συντάγματος

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων είναι, όπως είδαμε, λογικά και ιστορικά δεμένος με την οργάνωση και την αποστολή της δικαιοκρατικής εξουσίας. Γι' αυτό και η σχετικά πρόσφατη ενασχόληση του κλάδου του Συνταγματικού Δικαίου με τα προβλήματα της συνταγματικής δικαιοσύνης συνάπτεται με την αναγέννηση της δικαιοκρατικής ιδέας⁶⁷. Εντούτοις, παρόλο που η συνταγματική δικαιοσύνη ως αυτόνομος συνταγματικός θεσμός αποτελεί μια πρόσφατη κατάκτηση του Συνταγματικού Δικαίου, η πρωταρχική, η βαθύτερη αιτία που δικαιολογεί και στηρίζει το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων θα πρέπει να αναζητηθεί σε μια ιδέα πολύ παλιά, που βρίσκεται βαθειά ριζωμένη στην ελληνική, τουλάχιστον, συνταγματική συνείδηση: στην ανάγκη υπεράσπισης του Συντάγματος και διασφάλισης της τήρησης των διατάξεών του⁶⁸. Με αυτή την έννοια ο θεσμός της συνταγματικής δικαιοσύνης, ανεξάρτητα από τη μορφή με την οποία εμφανίζεται, (δικαστικός έλεγχος διάχυτος ή συγκεντρωτικός) λειτουργεί ως κατασταλτική ή και ως προληπτική εγγύηση τήρησης του Συντάγματος.

Ειδικά σε ό,τι αφορά την ελληνική έννομη τάξη, ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων θα πρέπει κατ'αρχήν να θεωρηθεί, σε αρμονία και με την συνταγματική μας παράδοση, ως θεμελιώδης κατασταλτικού χαρακτήρα εγγύηση τήρησης του Συντάγματος⁶⁹. Λειτουργεί αντικειμενικά ως κυρωτική συνέπεια της ενδεχόμενης παραβίασης του θεμελιώδους νόμου του κράτους από τα νομοθετούντα όργανά του και αποσκοπεί στην αποκατάσταση της συνταγματικής νομιμότητας που τρώθηκε.

1. Οι εγγυήσεις τήρησης γενικά του Συντάγματος

Η θέσπιση και η εφαρμογή ενός Συντάγματος συναρτάται άμεσα με θεσμούς και διαδικασίες τήρησης και διατήρησης της ισχύος του. Τα Συντάγματα θεσπίζονται με τη προσδοκία των συντακτών τους ότι θα αντέξουν στο χρόνο και θα εξασφαλίσουν στους πολίτες ένα σταθερό και διαρκές κανονιστικό πλαίσιο πολιτικής διαβίωσης. Ο όρος “σύνταγμα” είναι, άλλωστε, συνώνυμος με

⁶⁷ Αναλυτικά, *Αντ. Μαντάκη*, Η πολυσήμαντη επιστροφή του κράτους δικαίου, σε “Όψεις του κράτους δικαίου”, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, σ. 27-68.

⁶⁸ Την ιδέα αυτή αναπτύσσει διεξοδικά και υπερασπίζεται πειστικά ο ιταλός συνταγματολόγος *G. Zagrebelsky*, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988, σ. 11 επ. Βλ. ακόμη *G. De Vergottini*, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, Cedam, 1987, σ. 177 και *Ch. Landfried*, (εκδ.) *Constitutional Review and Legislation, An International Comparison*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988,

⁶⁹ Γράφει χαρακτηριστικά ο Ν.Ν. Σαρίπολος, “η υπό των δικαστηρίων εξέταση της συνταγματικότητας των νόμων και η υπ' αυτών μη εφαρμογή νόμου αντισυνταγματικού αποτελεί σπουδαιότερη εγγύησιν καθ' όσον αφορά εις την τήρησιν των συνταγματικών διατάξεων, ιδίως των υπό του Συντάγματος καθιερουμένων ατομικών ελευθεριών (Συστ.Συντ.Δικ., τ. Β', [1923], σ. 335-336) .”

την “τάξη” και με τη σταθερότητα του πολιτικού συτήματος που εγκαθιδρύεται μαζί του⁷⁰. Η φύλαξη επομένως των θεμελιωδών εκείνων συνταγματικών αρχών, που προσδίδουν στο πολίτευμα την ταυτότητά του και συνθέτουν ένα αναλλοίωτο, σκληρό πυρήνα της έννομης τάξης, αποτελεί την πρωταρχική φροντίδα κάθε συντακτικής εξουσίας και είναι φυσικό να αποτυπώνεται στο ίδιο το κείμενο του Συντάγματος, το οποίο ενδιαφέρεται έτσι για την “αυτοσυντήρησή του”: “άμεσος πρωταρχικός σκοπός πάσης πολιτειακής οργάνωσης είναι η διασφάλις της ίδιας αυτής υποστάσεως”, θα τονίσει στη διδακτορική του διατριβή ο Αριστόβουλος Μάνεσης⁷¹.

Είναι, επόμενο, λοιπόν, το ίδιο το Σύνταγμα να προβλέπει και να οργανώνει εγγυήσεις υπεράσπισης του και τήρησης της συνταγματικής νομιμότητας, εγγυήσεις προστασίας δηλαδή του Συντάγματος⁷² ή του πολιτεύματος από επαπειλούμενες καταλύσεις, υπονομεύσεις, καταδολιεύσεις, ανατροπές ή απλές παραβιάσεις.

Ως εγγυήσεις του Συντάγματος, ο Μάνεσης ορίζει, τις ‘κυρώσεις’ με την ευρεία του όρου έννοια, που τίθενται από το Σύνταγμα και αποβλέπουν στην περιστολή της κρατικής εξουσίας και στη διασφάλιση της συμμόρφωσης των κρατικών οργάνων προς τις διατάξεις του⁷³. Όταν με τις εγγυήσεις αυτές σκοπείται ή επιδιώκεται η παρεμπόδιση και αποτροπή αντισυνταγματικής συμπεριφοράς, οι εγγυήσεις αποκαλούνται, προληπτικές, ενώ όταν επιδιώκεται η επανόρθωση και αποκατάσταση της συνταγματικής τάξης, που παραβιάστηκε έστω και σε ορισμένα σημεία, με την περιστολή, την αδρανοποίηση ή και την άρση της αντισυνταγματικής συμπεριφοράς, τότε οι εγγυήσεις αποκαλούνται κατασταλτικές. Μεταξύ των κατασταλτικών εγγυήσεων συγκαταλέγονται, ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων και το δικαίωμα αντίστασης.

Οι εγγυήσεις τήρησης του Συντάγματος μπορούν να προσλάβουν πολλές μορφές ανάλογα με το πολίτευμα και τη συνταγματική ιστορία κάθε χώρας. Μπορεί να είναι γενικές και διάχυτες στο κείμενο του Συντάγματος και να απορρέουν από την ίδια τη διάρθρωση και οργάνωση των εξουσιών, τις μεταξύ τους σχέσεις και τις διαφορετικές λειτουργίες που επιτελούν αντισταθμίζοντας, ελέγχοντας ή συμπράττοντας η μία εξουσία με την άλλη, ενδέχεται όμως να είναι ειδικές, με την έννοια ότι η πρωταρχική και άμεση αποστολή τους συνίσταται στον έλεγχο και στη διασφάλιση της τήρησης και της προστασίας του Συντάγματος. Στην τελευταία περίπτωση η ειδική αυτή αποστολή ανατίθεται σε ένα ειδικό όργανο, που μπορεί να είναι πολιτικού ή δικαστικού χαρακτήρα. Άλλοτε, πάλι η εγγύηση μπορεί να αφορά τη συνταγματική τάξη συνολικά και να αποβλέπει στην προστασία του πολιτεύματος από απόπειρες ανατροπής ή κατάλυσής του και άλλοτε μπορεί να περιορίζεται στην

⁷⁰ Βλ. *Gius. De Vergottini*, *Diritto costituzionale comparato*, σ. 167-168.

⁷¹ *Αρ. Μάνεσης*, “Περί αναγκαστικών νόμων”, Νικ. Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1953, σ. 133, του ίδιου “Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος”, ΙΙ, Αφοί Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1965, σ. 23 σημ. 1..

⁷² Για την προστασία του Συντάγματος γενικά και τις εγγυήσεις τηρήσής του βλ. *G. De Vergottini*, ό.π., σ. 167 επ., *Ang. Ant. Gervati*, *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, (estratto dal v. “Il pensiero di C. Mortati”) Giuffrè, Milano, 1990, σ. 417-469, και βέβαια *Αρ. Μάνεση*, *Αι Εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος*, ΙΙ, σ. 9-32, καθώς και *H. Kelsen*, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, (La justice constitutionnelle), *Revue du droit public*, 1929, σ. 197- 1557 (212 επ.)

⁷³ *Αι Εγγυήσεις*, ΙΙ, σ. 11-12

τήρηση της συνταγματικής νομιμότητας και στην προστασία της από επί μέρους παραβιάσεις και αυθαίρετες συμπεριφορές των κρατικών οργάνων.⁷⁴

Το σύστημα των συνταγματικών εγγυήσεων ποικίλει, λοιπόν, από συνταγματικό κράτος σε συνταγματικό κράτος και περιλαμβάνει ένα ευρύτατο φάσμα εγγυητικών παραλλαγών, που συναρθρώνονται με διαφορετικούς τρόπους. Έτσι, σ' ένα πολίτευμα πλουραλιστικής δημοκρατίας, που διέπεται από τις αρχές της ελευθερίας, του σεβασμού της ατομικής και κοινωνικής αξιοπρέπειας, της κοινωνικής αλληλεγγύης και του κοινωνικού και πολιτικού πλουραλισμού, το σύστημα των συνταγματικών εγγυήσεων δεν μπορεί παρά να είναι ανοικτό και να αρθρώνεται με θεσμούς και διαδικασίες τέτοιες που να εξασφαλίζουν το θεσμικό διάλογο και τη διαδικαστική επικοινωνία και να εγγυώνται τις προϋποθέσεις για μια ανεμπόδιστη ανέλιξη της συνταγματικής ζωής.

Οι συνταγματικές εγγυήσεις μπορούν, εξάλλου, να ξεκινούν από τις πανηγυρικού χαρακτήρα δηλώσεις νομιμοφροσύνης προς την καθεστηκυία συνταγματική τάξη, όπως είναι ο όρκος κατά την ανάληψη δημοσίων αξιωμάτων ή η πολιτική και ποινική ευθύνη των υπουργών και να καταλήγουν στην εγκαθίδρυση ενός συστήματος δικαστικής προστασίας της νομιμότητας.

Το καθήκον, πάντως, προστασίας του Συντάγματος είναι δυνατόν, όπως σημειώσαμε, να ανατεθεί είτε σε όργανο πολιτικού χαρακτήρα, όπως είναι ο αρχηγός του κράτους ή το κοινοβούλιο είτε σε ένα ειδικά επιφορτισμένο με την αποστολή αυτή όργανο με δικαιοδοτικές αρμοδιότητες, όπως είναι το συνταγματικό δικαστήριο, είτε ακόμη να ανατεθεί στους ίδιους τους πολίτες με τη μορφή του “φυσικού” δικαιώματος αντιστάσεως.

Τέλος, οι εγγυήσεις τήρησης του Συντάγματος μπορεί να λειτουργούν είτε ως εγγυήσεις της συνταγματικότητας γενικά και αφηρημένα και προστασίας της αντικειμενικής συνταγματικής νομιμότητας είτε ως εγγυήσεις προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων των πολιτών.

Από τις διάφορες παραλλαγές προστασίας του Συντάγματος συνάγεται ένα δεδομένο: το σύστημα των εγγυήσεων ενός Συντάγματος τελεί σε συνάρτηση με τη μορφή του κράτους ή του πολιτεύματος που ισχύει σε κάθε χώρα. Στα μοναρχικά πολιτεύματα, καθώς και στα μονοκομματικά ή μονοταξικά πολιτικά συστήματα, η προστασία του Συντάγματος είναι ζήτημα πολιτικό ή πραγματικό και το έχει αναλάβει μονομερώς και αποκλειστικά η πολιτική δύναμη που βρίσκεται στην εξουσία, η εκάστοτε κυρίαρχη δύναμη, η οποία και εγγυάται τη συνταγματική τάξη και σταθερότητα μέσα από τους πολιτικούς ή κρατικούς θεσμούς που ελέγχει. Έτσι σ' ένα πολιτικό σύστημα με αναμφισβήτητη την πολιτική ηγεμονία μιας τάξης (π.χ. της αστικής) και της απόλυτης κυριαρχίας του κοινοβουλίου, η εγκαθίδρυση οργάνου με πολιτικά “ουδέτερο” χαρακτήρα, εξοπλισμένου ενδεχομένως με την ικανότητα αμερόληπτης και αποτελεσματικής παρέμβασης σε στιγμές κρίσεις για την επίλυση διαφορών και πολιτικών αμφισβητήσεων όχι μόνο δεν είναι αναγκαία, αλλά αντιφάσκει και με την πολιτικά μονομερή λογική του συστήματος. Ο μονιστικός χαρακτήρας ενός κοινοβουλευτικού συστήματος στον οποίο ηγεμονεύει ή πιστεύει ότι ηγεμονεύει πολιτικά χωρίς επικίνδυνους

⁷⁴ Για τα διάφορα είδη των συνταγματικών εγγυήσεων στο συγκριτικό συνταγματικό δίκαιο βλ. αναλυτικά, *Gius. De Vergottini*, ό.π., σ. 167-177

κλυδωνισμούς και καταλυτικές αμφισβητήσεις ένα καθορισμένο συγκρότημα εξουσίας, δεν συμβιβάζεται με όργανα και διαδικασίες συμβιβασμού και θεσμικής καταφυγής, πολιτικά ουδέτερες, ανεξάρτητες από το όργανο της πολιτικής αντιπροσώπευσης που εκφράζει και διαμορφώνει κάθε φορά τους πολιτικούς συσχετισμούς και τις πολιτικές ισορροπίες.

2. Οι ειδικές εγγυήσεις τήρησης του ελληνικού Συντάγματος

Στην ισχύουσα ελληνική συνταγματική τάξη μπορεί κανείς να διακρίνει, πριν φθάσει στον ρητά προβλεπόμενο στο άρθρο 93 παρ.4 Σ. δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, τις ακόλουθες ειδικές συνταγματικές εγγυήσεις τήρησης του Συντάγματος:

α) τη συμβολική, αλλά με τεράστια πολιτική απήχηση, ανάθεση της ευθύνης τήρησης του Συντάγματος κατά πρώτον λόγο στον πατριωτισμό των Ελλήνων (άρθρο 120 παρ. 1 εδ.α Σ). Η διάταξη αυτή που απαντάται ήδη στα Συντάγματα της επαναστατικής περιόδου, καθιερώθηκε δε ρητά για πρώτη φορά στο ακροτελεύτιο άρθρο 107 του συντάγματος του 1844 για να εμφανιστεί υπό τον αριθμό 114 στο Σύνταγμα του 1952. Παρόλο τον “ηθικοπολιτικό” χαρακτήρα της συνταγματικής αυτής διακήρυξης, η νομική και πολιτική σημασία της δεν πρέπει να παροράται. Αποτέλεσε το αρχικό θεμέλιο του δικαιώματος αντίστασης των πολιτών στις απόπειρες “κατάλυσης” του Συντάγματος⁷⁵, και παρέσχε έρεισμα για τη δικαιολόγηση του δικαιώματος και καθήκοντος των δικαστηρίων να ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων⁷⁶, με βάση το επιχείρημα ότι το άρθρο αυτό έχει την έννοια “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..”⁷⁷.

β) τις εξίσου συμβολικού χαρακτήρα διατάξεις που καθιερώνουν την μετά όρκου δήλωση συνταγματικής νομιμοφροσύνης των βουλευτών και του Προέδρου της Δημοκρατίας. Οι βουλευτές ορκίζονται να “υπακούουν στο Σύνταγμα” (άρθρο 59Σ), ενώ ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας ορκίζεται να “φυλάσσει το Σύνταγμα και τους νόμους και να μεριμνά για την πιστή τήρησή τους” (άρθρο 33 παρ.2Σ). Με τη δόση του όρκου αναγνωρίζεται δημόσια η συμμόρφωση των ορκοδοτούντων προς τις θεμελιακές επιλογές του συντακτικού νομοθέτη.

γ) τη διάταξη του άρθρου 87 παρ. 2Σ, η οποία ρητά ορίζει ότι “οι δικαστές δεν υποχρεούνται να συμμορφώνονται με διατάξεις που έχουν τεθεί κατά κατάλυση του Συντάγματος”. Πρέπει να

⁷⁵ Για το δικαίωμα αντίστασης αντί άλλων, βλ. Φ. Σπυρόπουλου, Το δικαίωμα αντίστασης κατά το άρθρο 120 παρ.4 του Συντάγματος, Αντ. Σάκκουλας, 1987, ιδίως σ. 25, 51 επ., 65 επ.

⁷⁶ Βλέπε εκτενέστερα τα όσα αναφέρει ειδικά για το θέμα αυτό ο Γ. Δρόσος, Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας, Αντ. Σάκκουλας, 1996, σ. 181-192. Τη νομική σημασία της διάταξης του άρθρου 114 του Σ 1952 αρνείται ρητά ο Χρ. Σγουρίτσας, ο οποίος αναφερόμενος σε αυτήν αποκρούει την άποψη ότι αποτελεί έρεισμα για την “στήριξιν του δικαιώματος των δικαστηρίων να ελέγχουν την συνταγματικότητα των νόμων” (Χρ. Σγουρίτσας, ΣυντΔικ. τ. Β, τ. α', Αντ. Σάκκουλας, Αθήναι, 1964, σ. 55). Ο Ν.Ν. Σαρίπολος, (ΣυστΣυντΔικ. τ. Β', 1923, σ. 335) αντίθετα, θεμελιώνει την εξουσία αυτή των δικαστηρίων στο αντίστοιχο ακροτελεύτιο άρθρο 110 του Συντάγματος του 1864/1911.

⁷⁷ Αγόρευση του εισαγγελέα του Αρείου Πάγου Δ. Τζιβανόπουλου, στην 169/1893 (Β' τμ.), Δ', Θέμις, (1893), σ. 388, όπως παρατίθεται και σχολιάζεται από τον Γ. Δρόσο, ό.π., σ. 188-191.

σημειωθεί εδώ ότι τόσο το δικαίωμα αντίστασης των πολιτών κατά το άρθρο 120 παρ. 4Σ όσο και η αντίστοιχη υποχρέωση μη υποταγής των δικαστών σε διατάξεις καταλυτικές ή ανατρεπτικές της συνταγματικής τάξης δεν ενεργοποιούνται παρά μόνο αν πρόκειται για “κατάλυση⁷⁸” και όχι για απλή “παραβίαση” του Συντάγματος. Για το λόγο αυτό δύσκολα θα μπορούσαν οι διατάξεις αυτές να αποτελέσουν νομικό έρεισμα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, ο οποίος σκοπεύει στην κύρωση των αντισυνταγματικών ενεργειών που προκύπτουν από παραβιάσεις του ισχύοντος και αποτελεσματικά εφαρμοζομένου Συντάγματος⁷⁹ και όχι από “παραβιάσεις” που αποτελούν στην ουσία απόδειξη ανατροπής του πολιτεύματος, οπότε γεννάται υποχρέωση άρνησης συμμόρφωσης προς τις επιταγές μιας de facto εξουσίας.

δ) την ειδική ποινική ευθύνη των υπουργών και του Προέδρου της Δημοκρατίας και την καθιέρωση ειδικής διαδικασίας για την άσκηση της σχετικής ποινικής διώξης και την εκδίκαση ενώπιον Ειδικού Δικαστηρίου υποθέσεων που αφορούν “πολιτικά αδικήματα”, αξιόποινες πράξεις που συνδέονται δηλαδή με την ενάσκηση δημόσιων καθηκόντων και προσβάλλουν το συνταγματικό πολίτευμα της χώρας. Ο πολιτικός χαρακτήρας ή “το πολιτικό ενδιαφέρον του αντικειμένου αυτών των υποθέσεων” δικαιολογεί την υπαγωγή τους σε μια ειδική δικαιοδοσία που αποκαλείται “πολιτική δικαιοσύνη”⁸⁰.

3. Πολιτική ή δικαιοδοτική εγγύηση τήρησης του Συντάγματος; Η αντιπαράθεση Κέλσεν και Σμιτ.

Οι εγγυήσεις προστασίας και τήρησης του Συντάγματος μπορεί να είναι είτε πολιτικού είτε δικαιοδοτικού χαρακτήρα, ανάλογα με τη διάρθρωση, τη σύνθεση και την αποστολή του οργάνου στο οποίο έχει ανατεθεί ο εγγυητικός αυτός ρόλος⁸¹. Και στις δύο όμως περιπτώσεις το όργανο που αναλαμβάνει να παίζει αυτόν το ρόλο πρέπει να προσφέρει κάποια εγγέγγυα “αντικειμενικότητας” και “πολιτικής αμεροληψίας”.

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων αποτελεί από τη φύση του εγγύηση δικαιοδοτικού χαρακτήρα και εφ’ όσον ασκείται, όπως συμβαίνει στην Ελλάδα, από τα δικαστήρια, κατά την καθημερινή απονομή της δικαιοσύνης, τα οποία απαρτίζονται από πρόσωπα που απολαμβάνουν προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας, δεν μπορεί να τεθεί υπό αμφισβήτηση ο αντικειμενικός και αμερόληπτος τρόπος επίλυσης των συνταγματικών διαφορών που ανακύπτουν.

Ζήτημα όμως γεννάται ως προς τον “πολιτικό” ή “νομικό” χαρακτήρα της συνταγματικής αμφισβήτησης, εξ αιτίας του πολιτικού χαρακτήρα που έχει το επίδικο αντικείμενο και του πολιτικού

⁷⁸ Για την έννοια της “κατάλυσης του Συντάγματος” βλ. αναλυτικά, Φ. Σπυρόπουλου, ό.π., σ. 51 επ..

⁷⁹ Αντίθετοι στην άποψη αυτή οι Βασ. Σκουρής και Ευ. Βενιζέλος, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Αντ. Σάκκουλας, 1985, σ. 14-15 και 50-51, (όπου ορθά επισημαίνεται, ωστόσο, ότι το άρθρο 87 παρ. 2Σ δεν φαίνεται να καθιερώνει υποχρέωση ανυπακοής των δικαστών σε αντισυνταγματικούς νόμους) και ο Μ. Κυπραίος, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια, “Γιμνησιακός τόμος ΣτΕ”, τ. Ι, Αντ. Σάκκουλας, 1979, σ. 201-270 (206-208) και Γ. Κασμάτης, Σύνταγμα και κοινό δίκαιο, σ. 127

⁸⁰ Βλ. σχετικά και τις κλασικές απόψεις του C. Schmitt, La theorie de la Constitution, σ. 272-276

⁸¹ Βλ. Σχετικά, G. De Vergottini, ό.π., σ. 177-179.

ενδιαφέροντος που παρουσιάζει η επίλυσή του. Μπορεί, επομένως, το όργανο που έχει αναλάβει να επιλύει συνταγματικές διαφορές να ενεργεί με τρόπο και μέσα δικαιοδοτικά, η λειτουργία, ωστόσο, που επιτελεί να ανάγεται στην άσκηση μιας άλλης κρατικής λειτουργίας και να εκληρώνει τελικά ένα ρόλο πολιτικό⁸² με την έννοια της εμπλοκής του σε μια πολιτική αντιδικία, την οποία οφείλει να άρει με βάση κανόνες συνταγματικούς εγγυόμενα την τήρηση και την ασφάλεια του Συντάγματος.

Οποιαδήποτε πάντως συζήτηση για την εγγυητική αποστολή της συνταγματικής δικαιοσύνης και τη φύση της κρατικής αυτής λειτουργίας δεν είναι δυνατόν να αγνοεί τον καθοριστικό διάλογο που είχαν στον μεσοπόλο γύρω από αυτό το θέμα οι δύο σημαντικότεροι του αιώνα μας εκπρόσωποι της νομικής, ο πρώτος, και της πολιτειολογικής σκέψης, ο δεύτερος: ο H. Kelsen και ο C. Schmitt. Οι σκέψεις τους είναι εξαιρετικά διαφωτιστικές και επίκαιρες για την εξήγηση της σημερινής εξέλιξης της συνταγματικής δικαιοσύνης, μόνο που η κατανόηση των καιριών παρατηρήσεών τους προϋποθέτει στοιχειώδη εξοικείωση με το θεωρητικό υπόβαθρο των απόψεών τους⁸³.

Και οι δύο επιχειρούν πάντως να απαντήσουν στο ίδιο ερώτημα: ποιά εγγύηση ενδείκνυται για την προστασία και τήρηση του Συντάγματος. Ερώτημα που έχει σήμερα χάσει μέρος της καθοριστικής σημασίας του, αφού έχει ουσιαστικά αντικατασταθεί από ένα άλλο παρεμφερές: ποια ερμηνεία του Συντάγματος ανταποκρίνεται καλλίτερα στις απαιτήσεις μιας πολύπλοκης και πλουραλιστικής συνταγματικής πραγματικότητας και εξασφαλίζει την τήρηση και προσαρμογή του στις εξελίξεις.

Ο Κέλσεν άρχισε τη συζήτηση το 1928 με μια ειδική μελέτη του παρατηρώντας ότι “η δικαιοδοτική εγγύηση του Συντάγματος είναι ένα στοιχείο του συστήματος των τεχνικών μέτρων που έχουν για σκοπό τους την εξασφάλιση της κανονικής άσκησης των κρατικών λειτουργιών.”⁸⁴ Στο επίκεντρο του θεωρητικού του προβληματισμού έθεσε την έννοια της “κανονικότητας” και το ειδικότερο πρόβλημα που επιχείρησε να αντιμετωπίσει εντοπίστηκε στη διασφάλιση της “κανονικότητας της νομοθετικής λειτουργίας”. Για τον θεωρητικό της ιεραρχικής διαβάθμισης των κανόνων του δικαίου “κανονικότητα δεν μπορεί να σημαίνει τίποτε άλλο παρά σχέση ανταπόκρισης μιας κατώτερης βαθμίδας της έννομης τάξης προς μια ανώτερη” και σε ό,τι αφορά ειδικά τη σχέση του νόμου προς το Σύνταγμα, η κανονικότητα διασφαλίζεται με τις εγγυήσεις της συνταγματικότητας των νόμων: “εγγυήσεις του Συντάγματος” σημαίνει εγγυήσεις της κανονικότητας των κανόνων των άμεσα υπαγομένων στο Σύνταγμα, δηλαδή, ουσιαστικά εγγυήσεις της συνταγματικότητας των νόμων.⁸⁵ Τελικά, οι εγγυήσεις του Συντάγματος δεν είναι παρά μέσα που αποσκοπούν στην προστασία του Συντάγματος και στρέφονται κατά των αντισυνταγματικών νόμων.

⁸² Σχετικά με τον πολιτικό χαρακτήρα του ελέγχου βλέπε και Β. Σκουρή-Εν. Βενιζέλου, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, σ. 21-22 και από την ξένη βιβλιογραφία αντί πολλών τους γόνιμους προβληματισμούς του D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, 365 επ..

⁸³ Για μια συνοπτική όσο και περιεκτική παρουσίαση των δύο αυτών θεωριών πάνω στο θέμα που μας απασχολεί βλέπε P. Pasquino, *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen*, στο “1789 et l’ invention de la constitution, (dir. M. Troper), Bruylant, L.G.D.J, 1994, σ. 143-152..

⁸⁴ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, *Revue du Droit Public*, 1928, (197-257), σ. 198

⁸⁵ H. Kelsen, *op. cit.*, σ. 200-201.

Τότε μόνο υπάρχει αποτελεσματική εγγύηση της συνταγματικής νομιμότητας όταν διασφαλίζεται διαδικαστικά η ακυρωσιμότητα των πράξεων που παραβιάζουν το Σύνταγμα. Στο ζήτημα αυτό η θέση του Κέλσεν είναι διαυγής: “δεν είναι δυνατόν να υπολογίζει κανείς στο ίδιο το κοινοβούλιο για την πραγματοποίηση της υποταγής του στο Σύνταγμα. Μόνο σ’ ένα όργανο διαφορετικό από αυτό, ανεξάρτητο από το ίδιο και κατά συνέπεια και από κάθε κρατική αρχή, θα πρέπει να ανατεθεί το καθήκον της ακύρωσης των αντισυνταγματικών πράξεων, δηλαδή σε μια δικαιοδοσία ή σ’ ένα δικαστήριο συνταγματικό”⁸⁶. Και καταλήγει στην ίδια πάντα μελέτη του με μια αποφασιστική κατηγορηματικότητα: “ένα Σύνταγμα που δεν περιέχει την εγγύηση της ακυρωσιμότητας των αντισυνταγματικών πράξεων δεν είναι πλήρως υποχρεωτικό, ... ισοδυναμεί από νομική άποψη με ευχή χωρίς υποχρεωτική δύναμη.”⁸⁷

Στο κλασικό του έργο “Η καθαρή θεωρία του δικαίου”⁸⁸ ο Κέλσεν δεν απορρίπτει το ενδεχόμενο, σε μια δοσμένη έννομη τάξη, ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας να ασκείται παρεμπιπτόντως με αφορμή μια συγκεκριμένη υπόθεση από τα κοινά δικαστήρια. Στην περίπτωση αυτή το δικαστήριο περιορίζεται στη μη εφαρμογή της διάταξης νόμου που κρίθηκε αντισυνταγματική. Το αίτημα ωστόσο της ενότητας του συστήματος του δικαίου είναι στην περίπτωση αυτή πιο επιτακτικό. Τις αδυναμίες ενός τέτοιου συστήματος διάχυτου ελέγχου καλείται να καλύψει το σύστημα του συγκεντρωτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, που συγκεντρώνει για το λόγο αυτό την προτίμηση του Κέλσεν, διότι διασφαλίζει με τρόπο πιο αποτελεσματικό την ενότητα και την αποτελεσματική ισχύ του δικαίου.

Προς μια εντελώς διαφορετική κατεύθυνση αναζητά ο Σμίτ την εγγύηση προστασίας του Συντάγματος⁸⁹. Για τον Σμίτ εκείνο που προέχει είναι η προάσπιση του Συντάγματος ή του πολιτεύματος από δυνάμεις που απειλούν τη “συγκεκριμένη ύπαρξη της πολιτικής ενότητας του λαού” ως πραγματικής -και όχι όπως στον Κέλσεν ως νομικής- κατάστασης. Το Σύνταγμα για τον Σμίτ με τη θετική του όρου έννοια, η θεμελιώδης δηλαδή πολιτική απόφαση που καθορίζει τη συγκεκριμένη ύπαρξη του λαού ως πολιτικής ενότητας⁹⁰, για να διατηρηθεί έχει ανάγκη από ένα φύλακα, ρόλο τον οποίο πρέπει να αναλάβει το όργανο που έχει τη δύναμη και την ικανότητα να επιβάλλεται σε στιγμές κρίσεις⁹¹.

⁸⁶ H. Kelsen, op. cit., σ. 223

⁸⁷ H. Kelsen, op.cit., σ. 250. Ειδικά για το πρόβλημα της ισχύος των αντισυνταγματικών κανόνων δικαίου κατά την κελσενιανή θεωρία του Συντάγματος βλ. τη μελέτη του St. L. Paulson, Kelsen et la constitutionnalite. Apercu. στο “1789 et l’ invention de la constitution”, (sous la dir. de M. Troper), Bruylant, L.G.D.J, 1994, σ. 124-137.

⁸⁸ H. Kelsen, Theorie pure du droit, Paris, Dalloz, 1962, (γαλλική μετάφραση του Reine Rechtslehre, 1934), σ. 360-367

⁸⁹ Κλασικό παραμένει για το θέμα αυτό το έργο του C. Schmitt, Der Huter der Verfassung, 1931. Από ελληνική βιβλιογραφία πάνω στο έργο αυτό βλ. N. Ανδρουλάκη, Το κράτος των δικαστών- Ένα ανύπαρκτο σκιάχτρο, ΝοΒ 1985. 1505-1515 (1510), M. Κυπραίου, Το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο, ΤοΣ 1977. 250-279 (274-275) και από την ξένη βιβλιογραφία, αντί άλλων, τη συνοπτική όσο και περιεκτική παρουσίαση του G. Zagrebelsky, στο La giustizia costituzionale, 1988, σ. 28-33.

⁹⁰ C. Schmitt, La Theorie de la Constitution, σ. 152-154

⁹¹ C. Schmitt, ό.π., σ. 248, 313, 317

Για τον Κέλσεν, αντίθετα, η συνταγματική δικαιοσύνη υπερασπίζεται το Σύνταγμα από τους κινδύνους που προκύπτουν καθημερινά από την “εσωτερική” παραβίαση της συνταγματικότητας, την οποία επιδιώκει να θωρακίσει με την καθιέρωση μιας πρακτικής που εναρμονίζεται με τη συνταγματική νομιμότητα. Δεν ασχολείται ο αυστριακός νομικός με τους κινδύνους που μπορούν να προέλθουν από δυνάμεις “εξωτερικές” και ανατρεπτικές του Συντάγματος και αποσκοπούν στην κατάλυσή του. Με το πρόβλημα αυτό και την προστασία του Συντάγματος από τέτοιου είδους κινδύνους ασχολείται κυρίως ο Σμιτ, για τον οποίο εκείνο που προέχει είναι ο εξοπλισμός ενός κρατικού οργάνου με πλήρεις εξουσίες ώστε να μπορεί να αντιμετωπίζει τις συνταγματικές κρίσεις που προέρχονται από τους “εχθρούς του λαού”, με τη χρήση μέτρων καταστολής. Το όργανο το κατάλληλο για τέτοιες οριακές καταστάσεις είναι εκείνο στο οποίο ανήκει η αποφασιστική εξουσία κήρυξης της χώρας σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης, αρμοδιότητα που κατά το Σύνταγμα της Βαϊμάρης ανήκε στον Πρόεδρο της Δημοκρατίας. Ο φύλακας επομένως του Συντάγματος κατά τον Σμιτ πρέπει να είναι ένα όργανο πολιτικό και όχι δικαιοδοτικό., αφού καλείται να αποφασίσει για ενέργειες που προσβάλλουν άμεσα το Σύνταγμα και συνδέονται με την ύπαρξη του⁹².

Η διαφωνία όμως του Σμιτ με τον Κέλσεν δεν βρίσκεται μόνο στον προσδιορισμό των κινδύνων που απειλούν το πολίτευμα και τη συνταγματική νομιμότητα και στο διαφορετικό τρόπο αντιμετώπισής τους, αλλά και στον τρόπο που αντιλαμβάνονται τη φύση και την αποστολή της “συνταγματικής δικαιοσύνης”. Για τον Κέλσεν η “συνταγματική δικαιοσύνη”, εφόσον διαθέτει την εξουσία να ακυρώνει νόμους μετέχει της νομοθετικής λειτουργίας με τρόπο αρνητικό: “η ακύρωση ενός νόμου ισοδυναμεί με θέσπιση ενός γενικού κανόνα, διότι η ακύρωση ενός νόμου έχει τον ίδιο χαρακτήρα γενικότητας, που έχει η ψήφισή του, δεν συνιστά η ίδια παρά θέσπιση νόμου με γνώρισμα αρνητικό, δηλαδή λειτουργία νομοθετική. Και ένα δικαστήριο που έχει την εξουσία να ακυρώνει νόμους είναι κατα συνέπεια όργανο της νομοθετικής λειτουργίας”⁹³.

Αλλά και για τον Σμιτ η συνταγματική δικαιοσύνη, εφόσον καλείται να επιλύσει με τρόπο δικαιοδοτικό “συνταγματικές διαφορές”, δεν μπορεί να υπαχθεί στη δικαστική λειτουργία, δεδομένου ότι η δικαιοδοτική δραστηριότητα ξεχωρίζει από το γεγονός της λογικής υπαγωγής των πραγματικών περιστατικών μιας υπόθεσης σ’ ένα κανόνα δικαίου και κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει κατά την απόδοση συνταγματικής δικαιοσύνης. Όταν, μάλιστα, ο δικαστής δεν ανευρίσκει να εφαρμόσει κανόνα δικαίου με επακριβές περιεχόμενο αδυνατεί να ασκήσει τη δικαιοδοτική του αποστολή. Μπροστά σε τέτοια αδιευκρίνιστη κατάσταση βρίσκεται ο συνταγματικός δικαστής όταν καλείται να αναχθεί σε κανόνα συνταγματικού δικαίου προκειμένου να κρίνει τη συνταγματικότητα ενός νόμου. Διότι στην περίπτωση αυτή δεν υπάγει πραγματικά περιστατικά σε συνταγματικό κανόνα, ούτε προβαίνει, όπως εσφαλμένα νομίζεται, στην υπαγωγή ενός κανόνα (του κοινού νομοθέτη) κάτω από έναν άλλο κανόνα υπέρτερης ισχύος (συνταγματικού) ⁹⁴, αλλά καλείται απλώς να μετρήσει και

⁹² Βλ. σχετικά, *P. Pasquino*, ό.π., σ. 148-149

⁹³ *H. Kelsen*, ό.π., σ. 224-226.

⁹⁴ Βλ. σχετικά *N. Ανδρουλάκη*, ό.π., σ. 1510, *Μιχ. Κυπραίου*, ό.π., σ. 275 και *G. Zagrebelsky*, ό.π., σ. 29

αξιολογήσει τη συμβατότητα με το Σύνταγμα διάταξης νόμου με βάση έναν συνταγματικό κανόνα αναφοράς με εγγενώς αμφισβητούμενο ή ασαφές νοηματικό περιεχόμενο.

Οι διατάξεις των σύγχρονων συνταγμάτων είναι γεμάτες από αόριστες έννοιες, ασαφείς εντολές και απροσδιόριστες γενικές αρχές. Το όργανο επομένως που αποφασίζει, κατά τον Σμιτ, για το περιεχόμενο διάταξης της “συνταγματικής νομοθεσίας” αποφαινεται τέμνοντας την αμφισβήτηση που είχε ανακύψει ως προς το ακριβές νόημα συνταγματικής διάταξης με αντιλεγόμενο περιεχόμενο. Αίροντας όμως ο συνταγματικός δικαστής μια τέτοια αμφισβήτηση επιτελεί λειτουργία “συντακτικού νομοθέτη και όχι λειτουργία δικαιοδοτική”. Οποιος αποφαινεται για το περιεχόμενο συνταγματικού κανόνα αίροντας σχετική αμφισβήτηση ερμηνεύει “αυθεντικά” συνταγματικό κανόνα, κάνει δουλειά που ανήκει στο νομοθέτη και όχι σε δικαστή. Η αξία μιας τέτοιας απόφασης δεν βρίσκεται στο ότι στηρίζεται σε μια πειστική επιχειρηματολογία αλλά στο ότι “αίρει εξουσιαστικά μια αμφισβήτηση που προέκυψε από τη δυνατότητα ανάπτυξης διαφόρων επιχειρηματολογιών”⁹⁵. Το γεγονός πάντως ότι η απόφαση για τη συνταγματικότητα ενός νόμου δεν μπορεί να συναχθεί λογικά από μια άλλη “απόφαση μετρήσιμη, υπολογίσιμη και προσδιορίσιμη”, που να ενυπάρχει ήδη στο Σύνταγμα, καθιστά άτοπη και αλυσιτελή την ανάθεση τέτοιας αρμοδιότητας σε ανεξάρτητη δικαιοδοτική αρχή⁹⁶.

Το συμπέρασμα είναι ότι κάτω από αυτές τις συνθήκες οι αποφάσεις ενός Συνταγματικού Δικαστηρίου δεν μπορούν να απαλλαγούν από την εγγενή αμφισημία που τις χαρακτηρίζει, αφού κινούνται μεταξύ της “πολιτικής” και της “δικαιοσύνης”. Η αναπόφευκτη πολιτική λειτουργία της συνταγματικής δικαιοσύνης εξαναγκάζει το δικαστή, κατά τον Σμιτ, να αναλάβει το βάρος μιας πολιτικής ευθύνης, η οποία δεν συμβιβάζεται με τις εγγυήσεις ανεξαρτησίας με τις οποίες ο ίδιος περιβάλλεται, ενώ, ταυτόχρονα, η δικαστικοφανής επίλυση αμφιλεγόμενων πολιτικών ζητημάτων από το συνταγματικό δικαστήριο οδηγεί όχι στη “δικαιοποίηση της πολιτικής” αλλά στην “πολιτικοποίηση της δικαιοσύνης”⁹⁷.

Το κοινό σημείο και των δύο θεωρητικών προτύπων είναι πάντως ότι αποβλέπουν και τα δύο στη διατήρηση της σταθερότητας και της ενότητας του Συντάγματος ή του κράτους. Στο θεωρητικό σχήμα του Κέλσεν η συνταγματική δικαιοσύνη είναι ένα εργαλείο στην υπηρεσία της ενότητας αυτής, μόνο που ο στόχος αυτός επιδιώκεται με μέσα διαδικαστικά και αναζητείται μια ενότητα τυπική και διαδικαστική, ενώ για τον Σμιτ σημασία έχει η εξασφάλιση μιας ενότητας ουσιαστικής και πολιτικής.

Σύμφωνα με τη σμιτιανή αντίληψη η απάντηση στην πλουραλιστική αποδιοργάνωση του κράτους και στην απειλή καταστροφής της πολιτικής συνοχής που επιφέρουν οι ανταγωνιστικές διεκδικήσεις των διαφόρων κοινωνικών ομάδων, των πολιτικών κομμάτων και των αμέτρητων ομάδων συμφερόντων βρίσκεται στην ιστορική αποκατάσταση της κυριαρχίας ως πραγματικής αποφασιστικής δύναμης. Κάθε απόπειρα αποκατάστασης της διαταραχθείσας πολιτικής ενότητας του κράτους μέσα από

⁹⁵ G. Zagrebelsky, ό.π., σ. 29

⁹⁶ G. Zagrebelsky, ό.π., σ. 29.

⁹⁷ C. Schmitt, ό.π., σ. 257, βλ. και N. Ανδρουλάκη, ό.π., σ. 1509.

συμβιβασμούς ή μέσα από την εγκατάσταση δυαδικών ή πλουραλιστικών ισορροπιών είναι μάταιη και ασυμβίβαστη με τη θετική έννοια του Συντάγματος, ως θεμελιώδους απόφασης που σφοδρά τη συγκεκριμένη πολιτική ενότητα ενός λαού. Η μόνη ρεαλιστική πρόταση είναι η εγκαθίδρυση ενός ολοκληρωτικού κράτους στο οποίο καταργείται η διάκριση κρατους κοινωνίας προς όφελος του πρώτου.

Η συζήτηση μεταξύ Κέλσεν και Σμιτ για τη φύση και την αποστολή της συνταγματικής δικαιοσύνης δεν φαίνεται να παρουσιάζει από πρώτη άποψη ιδιαίτερο ενδιαφέρον για την ελληνική έννομη τάξη, αφού περιστρέφεται γύρω από το πρόβλημα της ίδρυσης Συνταγματικού Δικαστηρίου και είναι επικεντρωμένη στο ερώτημα αν η προστασία και η τήρηση του Συντάγματος πρέπει να επιδιώκεται με μέσα πολιτικά ή δικαιοδοτικά και αν η εγγύηση αυτή πρέπει να ανατεθεί σε ειδικό όργανο (πολιτικό ή δικαιοδοτικό) εξοπλισμένο με τα εγγέγνα της πολιτικής ανεξαρτησίας ή ουδετερότητας⁹⁸.

Στα ερωτήματα αυτά έχει απαντήσει η ελληνική συνταγματική παράδοση με το δικό της τρόπο.

4. Ο πολιτικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα και η διάκρισή του από το δικαιοδοτικό.

Θα πρέπει, όμως, πριν προχωρήσουμε στην ανάλυση του δικαιοδοτικού ελέγχου, να τον διακρίνουμε από τον πολιτικό έλεγχο⁹⁹.

Ο έλεγχος τήρησης του Συντάγματος και σεβασμού των διατάξεών του μπορεί, πράγματι, να πάρει διάφορες μορφές και να ανατεθεί το καθήκον διαπίστωσης της ενδεχόμενης παραβίασης συνταγματικών διατάξεων είτε σε αρχή πολιτική είτε σε αρχή δικαιοδοτικού χαρακτήρα.

Στην πρώτη περίπτωση ο έλεγχος της συνταγματικότητας ασκείται από όργανο που μετέχει ήδη στην άσκηση λειτουργίας πολιτικής διεύθυνσης της χώρας ή λειτουργίας “πολιτικού” ελέγχου, όπως είναι η Βουλή ή ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας, ενώ στη δεύτερη περίπτωση ο έλεγχος διενεργείται είτε από όργανα της δικαστικής εξουσίας κατά την άσκηση της δικαιοδοτικής τους λειτουργίας είτε από όργανο ειδικής σύνθεσης και αποστολής που επιτελεί όμως ουσία δικαιοδοτικό έργο.

Στη δεύτερη περίπτωση ο έλεγχος ασκείται από όργανο που δεν μετέχει ούτε άμεσα ούτε έμμεσα στην πολιτική διεύθυνση της χώρας και παρεμβαίνει ως τρίτος και όργανο “εξωτερικό” στη διαδικασία έρευνας της συμφωνίας ή ασυμφωνίας μιας πράξης με το Σύνταγμα. Η παρέμβαση αυτή μπορεί να εκδηλώνεται είτε με τρόπο συγκεντρωτικό και να ασκείται από ένα όργανο ειδικά επιφορτισμένο με αυτή την αποστολή (Συνταγματικό Δικαστήριο ή Συνταγματικό Συμβούλιο) είτε

⁹⁸ Σχετικά με τη διάκριση πολιτικού και δικαιοδοτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από συγκριτική σκοπιά, βλ. *M. Cappelletti και W. Cohen, Comparative Constitutional Law, New York, The Bobbs-Merrill comp., 1979, σ. 19-24.*

⁹⁹ Για τη διάκριση αυτή βλ. μεταξύ άλλων, *Gius. De Vergottini, Diritto costituzionale comparato, Padova, Cedam, 1987, σ. 177 επ., G. Burdeau, Fr. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, L.G.D.J., 1995, 24e ed., σ. 74/75, Ph. Ardant, Institutions Politiques et Droit constitutionnel, L.G.D.J., 1989, σ. 109-111..*

με τρόπο αποκεντρωμένο και να ασκείται από κάθε δικαστή κατά την ενάσκηση των καθηκόντων του. Χαρακτηριστικό γνώρισμα του ελέγχου αυτής της μορφής είναι ότι τόσο η θέση του οργάνου που ασκεί τον έλεγχο, το οποίο βρίσκεται εκτός του κυκλώματος λήψης της πολιτικής απόφασης, όσο και η διαδικασία που ακολουθείται φέρει τα χαρακτηριστικά δικαιοδοτικής λειτουργίας.

Στην πρώτη περίπτωση ο έλεγχος μπορεί να χαρακτηριστεί πολιτικός είτε διότι το όργανο που ελέγχει είναι από τη σύνθεση και την αποστολή του πολιτικό είτε διότι στις αποφάσεις για τη συνταγματικότητα που λαμβάνει βαραίνουν εκτιμήσεις και κριτήρια πολιτικής σκοπιμότητας¹⁰⁰.

Στην ελληνική συνταγματική τάξη πολιτικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων ασκούν η Βουλή και ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας¹⁰¹.

Σύμφωνα με το άρθρο 100 του Κανονισμού της Βουλής κάθε βουλευτής ή μέλος της Κυβέρνησης ή ο Πρόεδρος της Βουλής μπορεί να ζητήσει κατά τη διάρκεια της καταρχήν συζήτησης να αποφανθεί η Βουλή κατά προτεραιότητα για τη συνταγματικότητα νομοσχεδίου ή πρότασης νόμου. Είναι προφανές ότι η συζήτηση περιστρέφεται μεν περί το “τεχνικό” ζήτημα της συμφωνίας ή μη διάταξης νόμου με το Σύνταγμα και διεξάγεται με νομικά κατά βάση επιχειρήματα, οι κρίσεις όμως που διατυπώνονται καθώς και η τελική απόφαση που λαμβάνεται από την κοινοβουλευτική πλειοψηφία είναι διαποτισμένες από εκτιμήσεις πολιτικής στρατηγικής και αξιολογήσεις κομματικής ή κυβερνητικής σκοπιμότητας.

Προληπτικό έλεγχο της συνταγματικότητας αναθέτει στη Βουλή το ίδιο το Σύνταγμα δια του άρθρου 74 παρ. 5 που ορίζει ότι “νομοσχέδιο ή πρόταση νόμου που περιέχει διατάξεις άσχετες με το κύριο αντικείμενό του δεν εισάγεται για συζήτηση. Καμμία προσθήκη ή τροπολογία δεν εισάγεται για συζήτηση, αν δεν σχετίζεται με το κύριο αντικείμενο του νομοσχεδίου ή της πρότασης. Σε περίπτωση αμφισβήτησης αποφαινεται η Βουλή.”. Σπάνια ωστόσο ενεργοποιείται η αρμοδιότητα αυτή προληπτικού ελέγχου της Βουλής.

Ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας ασκώντας κατά το Σύνταγμα (άρθρο 42Σ) την αρμοδιότητα έκδοσης των νόμων έχει και το δικαίωμα να αναπέμψει στη Βουλή πρόταση νόμου ή νομοσχέδιο που έχει ήδη ψηφιστεί και να ζητήσει την επανεξέτασή του για λόγους που εκθέτει, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται κυρίως λόγοι αντισυνταγματικότητας. Και στην περίπτωση αυτή ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας ενεργεί πρωτίστως ως όργανο πολιτικό και φύλακας μη δικαιοδοτικός της συνταγματικής νομιμότητας, έστω και αν επικαλείται για την αναπομπή λόγους “τεχνικούς”, που παίρνουν τη μορφή νομικών κρίσεων. Οι λόγοι που δεσπόζουν πάντως στην απόφαση αναπομπής

¹⁰⁰ Βλ. σχετικά, *Ph..Ardant*, ό.π., σ. 110 και *G. Burdeau, Fr. Hamon, M. Troper*, ό.π., σ. 75, και με αφορμή τη διάκριση της “νομικής” από την “πολιτική” ερμηνεία και τα αντίστοιχα κριτήρια που προτάθηκαν, βλ. *Κ. Μαυριά*, Η ερμηνεία του Συντάγματος μεταξύ πολιτικής αξιολόγησης και νομικού δόγματος ΤοΣ 1989, σ. 31-42, *Εν. Βενιζέλου*, Η ερμηνεία του Συντάγματος μεταξύ νομικής δογματικής και επιστημολογικής ειλικρίνειας, ΝοΒ 1986. 1529-1538 και *Αντ. Μανιτάκη*, Η νομική φύση και ο πολιτικός χαρακτήρας του Συντάγματος, ΤοΣ 1985. 478-496, *του ίδιου*, Δικαιϊκοί καταναγκασμοί και κριτήρια ορθότητας της συνταγματικής ερμηνείας ΤοΣ 1990. 361-395. (= Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος, *Αντ. Σάκκουλας*, 1996, σ. 37 επ. και 61 επ.).

¹⁰¹ Για τον προληπτικό χαρακτήρα του ελέγχου αυτού βλ. *Δ. Τσάτσου*, ΣυντΔικ., τ. Β', *Αντ. Σάκκουλας*, 1992, σ. 491 και *Βασ. Σκουρή- Εν. Βενιζέλου*, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, *Αντ. Σάκκουλας*, 1985, σ. 11-13.

συνδέονται προφανώς με την ομαλή λειτουργία του Πολιτεύματος, την αρμονική σχέση κυβερνητικής πλειοψηφίας και αντιπολίτευσης, τις αντιδράσεις ή ανησυχίες που προκάλεσε το επίμαχο νομοσχέδιο στην κοινή γνώμη κ.ά..

Είναι δύσκολο να ξεχωρίσει κανείς με ευκρίνεια τον πολιτικό έλεγχο της συνταγματικότητας από τον δικαιοδοτικό, και αυτό γιατί τα κριτήρια διάκρισης του ενός ελέγχου από τον άλλο είναι ρευστά και σχετικά¹⁰². Εκείνο που κυρίως συντείνει στη διάκριση είναι η φύση του οργάνου ή η διαδικασία που ακολουθείται, καθώς και η σχετικά δεσπόζουσα ή υπερέχουσα θέση που κατέχουν στην κρίση του ελέγχοντος οργάνου τα νομικά ή πολιτικά επιχειρήματα.

Ενα πρόσθετο επιχείρημα υπέρ του πολιτικού χαρακτήρα του ελέγχου στην περίπτωση που αυτός ασκείται από τη Βουλή ή τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας είναι ότι η έρευνα της συνταγματικότητας διενεργείται από το ίδιο το όργανο που λαμβάνει την πράξη ή που συμπράττει στην έκδοσή της. Αποτελεί δηλαδή ο έλεγχος στοιχείο της εσωτερικής διαδικασίας έκδοσης της πράξης και προσλαμβάνει αναγκαστικά χαρακτήρα προληπτικό.

Αντίθετα, στο δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας ο έλεγχος διενεργείται από όργανο ανεξάρτητο που βρίσκεται εκτός της διαδικασίας λήψης της ελεγχόμενης απόφασης και φέρει ως όργανο εξωτερικό και τρίτος τα εγγέγγα της αμερόληπτης και απροσωπώληπτης κρίσης.

B. Ο ιστορικός χαρακτήρας του δικαστικού ελέγχου στην Ελλάδα: εγγύηση δικαιοδοτική -κατασταλτική- προστασίας των συνταγματικών ελευθεριών

Ο δικαστικός χαρακτήρας του ελέγχου της συνταγματικότητας, που ασκείται στην Ελλάδα τώρα και έναν αιώνα, φαίνεται να καθιστά το ερώτημα, δικαστική ή πολιτική εγγύηση τήρησης του Συντάγματος, χωρίς αντικείμενο. Ο ειδικότερος όμως προσδιορισμός της φύσης ή της έκτασης του δικαστικού αυτού ελέγχου καθώς και της απώτερης λειτουργίας, που αντικειμενικά επιτελεί ο ίδιος, δεν έχουν χάσει την πρακτική και θεωρητική αξία τους¹⁰³. Πρόκειται για προβλήματα που παραμένουν επίκαιρα και τα οποία χρειάζονται όμως μια σύγχρονη και σύνθετη αντιμετώπιση, που να σέβεται την ελληνική ιδιαιτερότητα και να αξιοποιεί, όσο χρειάζεται, τα πορίσματα του συγκριτικού δικαίου.

Και ένα από τα πρώτα ζητήματα που ανακύπτουν σε σχέση με τα προηγούμενα είναι ο αντικειμενικός ή υποκειμενικός χαρακτήρας του ελέγχου. Πιο συγκεκριμένα, ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων είτε είναι διάχυτος και ασκείται από όλα τα δικαστήρια είτε είναι συγκεντρωτικός και ασκείται από ένα ειδικά επιφορτισμένο δικαστήριο, το συνταγματικό, μπορεί να αποσκοπεί άμεσα είτε στην τήρηση και φύλαξη της συνταγματικής νομιμότητας¹⁰⁴ γενικά και

¹⁰² Βλ. G. Burdeau- Fr. Hamon- M. Troper, ό.π., σ. 75

¹⁰³ Βλ. σχετικά τις επισημάνσεις του Ν. Ανδρουλάκη, ό.π., σ. 1507 επ.

¹⁰⁴ Έχει έτσι επισημανθεί ότι κατά την κρατούσα άποψη η “ατομική προσφυγή στο Συνταγματικό Δικαστήριο της Γερμανίας επιτελεί τελικά μια αντικειμενική λειτουργία, ενώ μεταπίπτει σε δεύτερη θέση η υποκειμενική λειτουργία της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων” (=J. C. Beguin, “Cours Constitutionnelles Europeenes et droits fondamentaux”, Paris, Economica PUAM, 1982, σ. 211, του ίδιου, Le controle de la constitutionnalite des lois en R.F.A., Paris, Economica PUAM, 1982, σ. , και L. Favoreu, Le controle juridictionnel des lois, (Actes de colloque publies par L. Favoreu et J.A. Jolowicz)

αφηρημένα είτε στην προστασία κατά πρώτο λόγο των υποκειμενικών εννόμων καταστάσεων των των πολιτών είτε, τέλος, και στα δύο ταυτόχρονα με προέχοντα ωστόσο βάρος πότε στο ένα και πότε στο άλλο.

Παρόλο τον ακαδημαϊκό και εν μέρει αυθαίρετο χαρακτήρα της διάκρισης αυτής, η επισήμανσή του δεν στερείται νομικής σημασίας και πρακτικής αξίας. Στην ελληνική έννομη τάξη ο δικαστικός έλεγχος αποβλέπει, πάντως, πρωταρχικά στην προστασία και εγγύηση των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων και κατά δεύτερο λόγο στην προστασία της συνταγματικής νομιμότητας γενικά και αφηρημένα, όπως θα δούμε αναλυτικά στο επόμενο κεφάλαιο. Η έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων είναι, λοιπόν, στο ελληνικό σύστημα προσανατολισμένη στην προστασία προεχόντως των συνταγματικών δικαιωμάτων, αφού ως κανόνες αναφοράς προκειμένου να κριθεί η συνταγματικότητα διάταξης νόμου χρησιμοποιούνται κυρίως οι συνταγματικές διατάξεις που προστατεύουν έννομες υποκειμενικές καταστάσεις του ατόμου.

Την εγγυητική λειτουργία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων είχε έγκαιρα διαγνώσει και υπογραμμίσει η ελληνική συνταγματική θεωρία¹⁰⁵, η οποία είδε με ιδιαίτερη συμπάθεια το θεσμό και τον αγάλιασε, όπως και η ελληνική κοινωνία με ζέση, προσβλέποντας σ' αυτόν με εμπιστοσύνη, επειδή τον θεωρούσε μηχανισμό προάσπισης των δικαιωμάτων τους ισάξιο του δικαιώματος αντιστάσεως.

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων και το δικαίωμα αντιστάσεως αποτελούν τις δύο θεμελιωδέστερες εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος¹⁰⁶, και οι εγγυήσεις αυτές θερήθηκαν ταυτόσημες με τη διαφύλαξη της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας¹⁰⁷. Ως θεμελιώδης θεσμός που εγγυάται, λοιπόν, την τήρηση του Συντάγματος και την προστασία των ατομικών ελευθεριών θα πρέπει, κατά πρώτον λόγο, να αντιμετωπιστεί η δικαιοδοτική έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων και όχι, όπως συνήθως συμβαίνει, ως ένας ακόμη θεσμός εξορθολογισμού της δικαιοπραγωγικής διαδικασίας. Η ανάπτυξη, βέβαια, του θεσμού στην Ελλάδα οφείλεται κυρίως στο γεγονός ότι οι διάδικοι είδαν σ' αυτόν ένα έσχατο μέσο προάσπισης των συμφερόντων τους. Γ' αυτό και η επίκληση της αντισυνταγματικότητας χρησιμεύει συχνά στους διαδίκους σαν επικουρικό όπλο ενίσχυσης των επιχειρημάτων τους και στήριξης του αιτήματος της αγωγής ή του λόγου ακυρώσεως.

Είναι πάντως ενδεικτικά για την εγγυητική, κατά βάση, αποστολή του θεσμού τα όσα σχετικά έγραψαν ο Σαρίπολος και ο Σβώλος. Ο πρώτος χρησιμοποιώντας το γνωστό δωρικό του ύφος

Rapport sur "L' Europe Occidentale", Paris, Economica-PUAM, 1986, σ. 40, (=Actualite et legitimité du controle juridictionnel des lois, *Revue du droit Public*, 1984 σ. 1147-1201 (1172), σχετικά με το ρόλο του Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας βλ. και την τελευταία πριν το θάνατό του μελέτη του Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle dans la Republique Federale d' Allemagne*, "Etudes en l' honneur de L. Hamon", Itinéraires, Economica, 1982, σ. 195-215.

¹⁰⁵ Βλ. ενδεικτικά Ν.Ν. Σαρπόλου, ό.π., σ. Αλ. Σβώλου, ό.π., σ. Φ. Βεγλερή, και Αρ. Μάνεση, Αι Εγγυήσεις, τ. II, σ.

¹⁰⁶ Βλ. και Αλ. Σβώλου, ό.π., σ. 361

¹⁰⁷ Για μια συνοπτική παρουσίαση των εγγυήσεων προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων βλ. R. Guastini, *Reflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la theorie de l' interpretation*, *Revue du droit public*, 1991. 1079.

συμπυκνώνει σε λίγες γραμμές τη νομιμοποίηση και το σκοπό του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας: "η υπό των δικαστηρίων εξέταση της συνταγματικότητας των νόμων και η υπ' αυτών μη εφαρμογή νόμου αντισυνταγματικού αποτελεί την σπουδαιότερη εγγύησιν καθ' όσον αφορά εις την τήρησιν των συνταγματικών διατάξεων ιδίως των υπό του συντάγματος καθιερουμένων ατομικών ελευθεριών και την ασφαλεστάτην προστασίαν των δικαιωμάτων των μειονοψηφιών.¹⁰⁸"

Ο Αλέξανδρος Σβώλος, ακόμη πιο κατηγορηματικός από τον Σαρίπολο, τονίζει με ενάργεια την πολιτική σημασία του θεσμού: "Το σοβαρότερον πλεονέκτημα του θεσμού, είναι, ότι θεωρείται γενικώς μεν έρεισμα της μειοψηφίας και στοιχείον αντιστάσεως κατά της κομματικής κυριαρχίας επί του κράτους, ειδικώτερον δε μέσον προστασίας της ελευθερίας υπέρ των ατόμων και των κοινωνικών ομάδων, εναντίον της παντοδυναμίας της νομοθετικής εξουσίας. Αληθώς ως ενδοκρατικόν στοιχείον αντιστάσεως των μειονοψηφιών κατά της νομοθετικής θελήσεως του πλειοψηφούντος κόμματος η προσφυγή εις την έρευναν της συνταγματικότητας των νόμων ενέχει πολλήν αξίαν, είτε θεωρηθή ως ειλικρινής τάσις σεβασμού προς την συνταγματικήν υπεροχήν του Δικαίου, είτε χρησιμεύη ως όπλον αμύνης υπέρ πολιτικών ιδεών. Και μάλιστα, υπό την άποψιν ταύτην, ημπορεί να λεχθή ότι θεωρητικώς τόσον περισσότερον ουσιαστική θα είναι η προστασία της μειοψηφίας δια της προσφυγής ταύτης, όσον το αρμόδιον δικαστήριον είναι περισσότερον αντιπολιτικόν"¹⁰⁹.

Δεν χωρεί, λοιπόν, αμφιβολία ότι η έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια καθιερώθηκε στην Ελλάδα, επειδή θεωρήθηκε τόσο από τη θεωρία, τη νομολογία, αλλά και από τους πολίτες ως θεμελιώδους σημασίας εγγύηση για την προστασία των ατομικών ελευθεριών και των δικαιωμάτων της μειοψηφίας απέναντι στην παντοδυναμία ή τις καταχρήσεις της εκάστοτε κυβερνητικής πλειοψηφίας.

Η προστασία των δικαιωμάτων αυτών ανατέθηκε στη δικαστική εξουσία, επειδή αυτή είναι αρμόδια να εφαρμόζει, επιλύοντας διαφορές, τους νόμους, διαθέτει τη μεγαλύτερη δυνατή ανεξαρτησία απέναντι στη νομοθετική και στην εκτελεστική εξουσία και διατηρεί θεσμικά τις μεγαλύτερες αποστάσεις από τις πολιτικές επιρροές και την κομματική αντιδικία, και παρέχει κατά συνέπεια τα περισσότερα εχέγγυα αμερόληπτης κρίσης¹¹⁰.

¹⁰⁸ Ν.Ν.Σαρίπολος, ό.π., σ. 335-6

¹⁰⁹ Αλ.Σβώλος, ό.π., σ. 363

¹¹⁰ Βλ. σχετικά πιο κάτω σ. και πιο πάνω σ.

IV. Η ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΚΗ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ.

A. Το αίτημα της αρμονικής σύζευξης του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τη δημοκρατική αρχή

Η εγγυητική νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου, έστω και αν εμφανίζεται ιστορικά και πολιτικά καταξιομένη, είναι από συνταγματική και νομιμοποιητική άποψη ελλιπής, διότι ο δικαστικός έλεγχος μένει έτσι εκτός της δημοκρατικής διαδικασίας και έρχεται επί πλέον σε διαρκή και ασυμφιλίωτη αντίθεση με την αρχή της λαϊκής κυριαρχίας. Η εγγυητική θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων εισέφερε άρα στο πολίτευμα μια εγγενή αντίφαση: εγκατέστησε μια διαδικασία διαρκούς αμφισβήτησης των αποφάσεων του οργάνου που κατ' εξοχήν εξέφραζε τη λαϊκή κυριαρχία και παρέσχε επί πλέον τη δυνατότητα σε ανεξάρτητο δικαιοδοτικό όργανο να αποδυναμώνει ή να ακυρώνει πράξεις της νομοθετικής εξουσίας.

Ο διάχυτος και παρεμπόδιων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων εισήγαγε επομένως στο δημοκρατικό πολίτευμα στοιχεία που δεν εναρμονίζονταν απόλυτα με τη δημοκρατική αρχή και διατάρασαν την παραδοσιακή ισορροπία δικαστικής και νομοθετικής εξουσίας, έτσι όπως αυτή προέκυπτε από την αρχή της διάκρισης των εξουσιών¹¹¹.

Το αίτημα της αρμονικής ένταξης και λειτουργίας του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων σ' ένα σύγχρονο δημοκρατικό κράτος δικαίου παρέμενε ωστόσο και παραμένει επιτακτικό¹¹². Η πρωταρχικότητα που είχε και εξακολουθεί να έχει για την οικοδόμηση και λειτουργία του συνταγματικού κράτους η έννοια της “λαϊκής κυριαρχίας” και η αντιπαράθεση που προκαλείται μαζί της από την άσκηση δικαστικού ελέγχου στις αποφάσεις του “κυρίαρχου” επέβαλε και επιβάλλει τη διαρκή επανεξέταση των σχέσεων της νομοθετικής λειτουργίας με τη δικαιοδοτική και δικαιολογεί την επίμονη αναζήτηση μιας εναρμονισμένης με τη δημοκρατική αρχή θεμελίωσης του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

Η εναρμόνιση αυτή περνά αναγκαστικά από τη συμφιλίωση των σχέσεων του δικαστή με τη νομοθετική λειτουργία και τη λαϊκή κυριαρχία. Μόνο μέσα από αυτή τη συμφιλίωτική προοπτική μπορούσε να επαναξεταστεί το κλασσικό πρόβλημα των σχέσεων κράτους δικαίου και δημοκρατίας, ελευθερίας και κυριαρχίας. Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων θέτει, άρα, επί τάπητος με τρόπο οξύ και μοναδικό ένα κλασσικό και ανυπέρβλητο πρόβλημα του Συνταγματικού Δικαίου, των σχέσεων των δικαιωμάτων του ατόμου και του πολίτη με τη λαϊκή κυριαρχία.

¹¹¹ Βλ. κυρίως *M. Cappelletti*, *Le pouvoir des juges*, σ. 215-248, 270-275.

¹¹² Βλ. ενδεικτικά από την πρόσφατη σχετική συζήτηση στη Γαλλία τις μελέτες των *M. Troper*, *Democratie continue et justice constitutionnelle*, (σ. 125-136) και *D. Rousseau*, *De la Democratie continue* (σ. 5-25) στο συλλογικό τόμο “*La Democratie continue*”, (dir. D. Rousseau), Bruylant, L.G.D.J., 1995, και ειδικά για το θέμα, *M. Troper*, *Justice constitutionnelle et democratie*, *Revue française de droit constitutionnelle*, 1990. (1). 31-48)

Στη συνέχεια θα εξετάσουμε πιο αναλυτικά τις θέσεις που αναπτύχθηκαν σχετικά με τη δημοκρατική θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου εμμένοντας περισσότερο στις αντίστοιχες αμερικανικές συνταγματικές θεωρίες ως συγγενέστερες θεσμικά με το δικό μας σύστημα του διάχυτου και παρεμπόπτοντος ελέγχου, αρχίζοντας από τις θεωρίες που ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις της πιο φιλελεύθερης εκδοχής της δημοκρατίας.

B. Οι διαδικαστικού χαρακτήρα νομιμοποιήσεις

1. Ο δικαστικός έλεγχος ως αντιπλειοψηφικό αντιστάθμισμα.

Η ένταξή του στη φιλελεύθερη λογική της αλληλοεξισορρόπησης των εξουσιών

Πρωταρχική αποστολή και δικαιολογία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων υπήρξε, όπως σημειώσαμε, η προστασία των ατομικών ελευθεριών, γι' αυτό και ο έλεγχος είχε προσλάβει, και εξακολουθεί να έχει, αναξάρτητα από τον τύπο του ελέγχου, χαρακτήρα κατά πρώτο λόγο εγγυητικό: εγγύηση κατά της αυταρχικότητας και αυθαιρεσίας της εκάστοτε κυβερνητικής πλειοψηφίας.

Την πρωταρχική αποστολή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων επεσήμανε έγκαιρα σε μας ο Αλ. Σβώλος¹¹³, ο οποίος είδε την έρευνα της συνταγματικότητας πρωτίστως ως εγγύηση υπέρ της μειοψηφίας: “καθ’ ό μέτρον εν γένει η ύπαρξις αυστηρού Συντάγματος αποτελεί εγγύησιν υπέρ των κατακτήσεων του λαού. Ο εφαρμοστής, εν άλλοις λόγοις του Δικαίου, ...προφυλάσσει τας εν τω συστήματι του Δικαίου κατωχρωμένας κατακτήσεις των ατόμων και των ομάδων από των διαβατικών αυθαιρεσιών της πλειονοψίας των βουλών, η οποία ενδέχεται να μη εκπροσωπή καν αληθώς την πλειονοψηφίαν του λαού εν συγκεκριμένη περιπτώσει”. Η εγγυητική κατά βάση σύλληψη του θεσμού δεν εμποδίζει τον Σβώλο να τον αντιμετωπίσει και ως παράγοντα εξισορρόπησης των εξουσιών, ως στοιχείο μετριασμού των απολυταρχικών συνεπειών από την απεριόριστη εφαρμογή της αρχής της πλειοψηφίας. Υπέρμαχος ενός “μεικτού” πολιτικού συστήματος, που να συνδυάζει τα δικαιοκρατικά με τα δημοκρατικά στοιχεία και να ισορροπεί την παντοδυναμία της κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας με την προστασία της ελευθερίας, εξέτασε το θεσμό ως “τάσιν του δικαιοκρατισμού” που κινείται εντός “δημοκρατικού-κομματικού πολιτεύματος” και συνιστά “εγγύησιν κατά της πολιτικής, εξ οιασδήποτε μορφής πολιτεύματος, απολυταρχίας”¹¹⁴ και άρα εγγύηση και κατά του πλειοψηφικού απολυταρχισμού¹¹⁵.

¹¹³ Αλ. Σβώλου, Το νέον Σύνταγμα, σ. 364

¹¹⁴ Αλ. Σβώλου, ό.π., σ. 367

¹¹⁵ Είναι εντυπωσιακό ότι πενήντα χρόνια μετά το έργο αυτό του Σβώλου, η συνταγματική θεωρία αντιμετωπίζει το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων ακόμη και στην πατρίδα που συνάντησε την μεγαλύτερη εχρότητα, τη Γαλλία, κυρίως ως “εγγύηση κατά του πλειοψηφικού απολυταρχισμού”, βλ. ενδεικτικά D. Roussseau, ό.π., σ. 380.

Το πλέον επεξεργασμένο ωστόσο θεωρητικά και δοκισμένο ιστορικά παράδειγμα αρμονικής ένταξης του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στο δημοκρατικό πολίτευμα μας το έδωσε ωστόσο η συνταγματική τάξη των Η.Π.Α. Στην πατρίδα αυτή του διάχτυου και παρεμπιπτόντως ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων η φιλελεύθερη θεώρηση της Δημοκρατίας, όπως προκύπτει μέσα από το σύστημα της εξισορρόπησης και αντιστάθμισης των εξουσιών, του περίφημου συστήματος των “checks and balances”, οικοδομήθηκε από την αρχή με βάση την αναγκαστική συνύπαρξη του δημοκρατικού στοιχείου με το δικαιοκρατικό. Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων αντιμετωπίστηκε ως αντίβαρο ή ανάσχεση στην παντοδυναμία της κυβερνητικής πλειοψηφίας.

Η αντίληψη αυτή αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο του αμερικανικού συστήματος δικαστικού ελέγχου, ο οποίος γίνεται αποδεικτός επειδή λειτουργεί πολιτικά ως αντιστάθμισμα στον κανόνα της πλειοψηφίας¹¹⁶, στην ανεξέλεγκτη επιβολή του οποίου ορθώνεται ένα ισχυρό ανάχωμα. Η θεμελιώδης σύγκρουση μεταξύ του δημοκρατικού κανόνα της πλειοψηφίας και της καθολικής ισχύος των θεμελιωδών δικαιωμάτων τροφοδοτεί διαρκώς το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, ο οποίος μετατρέπεται έτσι προεχόντως σε μηχανισμό προστασίας των ατομικών ελευθεριών. Για τους περισσότερους αμερικανούς συγγραφείς τα ατομικά δικαιώματα γίνονται, λοιπόν, αντιληπτά κυρίως ως αντιστάσεις κατά της θέλησης της πλειοψηφίας¹¹⁷ και ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας αναδεικνύεται σε προνομιακό πεδίο προστασίας των δικαιωμάτων αυτών από τις αποφάσεις της.

Ως αντιπλειοψηφικά αντισταθμίσιμα αντιλαμβάνεται τελικά τα ατομικά δικαιώματα και ο R. Dworkin¹¹⁸, ο οποίος συντασσόμενος με την κρατούσα άποψη υπογραμμίζει ότι τα συνταγματικά δικαιώματα “προστατεύουν τα άτομα και τις ομάδες απέναντι στις αποφάσεις που μια πλειοψηφία πολιτών θα ήθελε να λάβει, ακόμη και όταν αυτή η πλειοψηφία ενεργεί εξυπηρετώντας αυτό που η ίδια αντιλαμβάνεται ως γενικό ή κοινό συμφέρον”. Οι απόψεις του στο σημείο αυτό δεν διαφέρουν ουσιαστικά από εκείνες του J. H. Ely, ο οποίος, αν και υποτάσσει, όπως θα δούμε αμέσως μετά, την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων στην εξυπηρέτηση των δημοκρατικών θεσμών και υπεραμύνεται μια “διαδικαστική” αντίληψη και λειτουργία του δικαστικού ελέγχου της

¹¹⁶ Βλέπε χαρακτηριστικά τις απόψεις τριών από τους πιο αντιπροσωπευτικούς και πιο έγκυρους αμερικανούς θεωρητικούς, όπως των *J. H. Ely*, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980, σ. 4-72 (67-69), *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978 (1989), κεφ. 5, σ. 131 επ., και *M. Perry*, *The Constitution, the Courts and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1982, σ. Για μια συνθετική παρουσίαση των σχετικών απόψεων βλέπε την κατατοπιστική μελέτη των *R. Martin and St. Griffin*, *Constitutional Rights and Democracy in U.S.A.: The Issue of Judicial Review*, *Ratio Juris*, v. 8, 1995. 180-198. Κριτική παρουσίαση της αμερικανικής θεωρίας για το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας και τη σύγκρουση που αναπτύχθηκε μεταξύ της “φιλελεύθερης και αξιακής” θεώρησης και της “δημοκρατικής διαδικαστικής” περιέχεται στο τελευταίο βιβλίο του *Jurgen Habermas*, *Το πραγματικό και το ισχύον, Συμβολή στη διαλογική θεωρία του δικαίου και του δημοκρατικού κράτους δικαίου*, (ελληνική μετάφραση με πολλά λάθη ορολογίας και νοηματικές ατέλειες), Νέα Σύνορα- Αντ. Λιβάνη, 1996, σελ. 323-285

¹¹⁷ Βλ. τις σχετικές απόψεις των αμερικανών συγγραφέων όπως συνοπτικά παρατίθενται στη μελέτη των *R. Martin and St. Griffin*, ιδίως σ. 183-185 και 189-195, ακόμη .

¹¹⁸ *R. Dworkin*, ό.π., σ. 133.

συνταγματικότητας των νόμων, δεν απαγκιστρώνεται από τη λογική της αντιπαράθεσης πλειοψηφίας-δικαιωμάτων¹¹⁹.

Η αμερικανική αντίληψη για το σκοπό και τη λειτουργία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων δεν μπορεί, πάντως, να γίνει αντιληπτή από τους ευρωπαίους θεωρητικούς αν δεν ενταχθεί και δεν εξεταστεί στο πλαίσιο της συνταγματικής παράδοσης και ιστορίας των Η.Π.Α. Η βασική ιδέα που διατρέχει τον αμερικανικό συνταγματισμό και εξηγεί τις σημερινές συζητήσεις είναι εκείνη της “οριοθετημένης εξουσίας” (limited government): σκοπός του συντάγματος είναι να θέσει φραγμούς ή όρια στην άσκηση της εξουσίας¹²⁰. Τα κυριότερα μέσα για την επίτευξη του σκοπού αυτού είναι η διάκριση των εξουσιών και η κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων.

Το νόημα όμως και η πολιτική σημασία της διάκρισης των εξουσιών στις Η.Π.Α. διαφέρει αισθητά από τα αντίστοιχα νοήματα του ίδιου θεσμού στην Ευρώπη. Η διάκριση των εξουσιών γίνεται αντιληπτή κυρίως ως θεσμός εξισορρόπησης, αντιστάθμισης και αλληλεξάρτησης ή αλληλεπίδρασης των εξουσιών, ως checks and balances και όχι απλώς ως οριοθέτηση και εξιδείκευση κρατικών αρμοδιοτήτων. Με αυτή την έννοια είναι θεσμός κεφαλαϊδούς σημασίας που λειτουργεί συστατικά, δομεί και ορίζει τη δημοκρατία, η οποία μέσα από αυτή τη σύλληψη σκιαγραφείται κυρίως ως φιλελεύθερη¹²¹.

Ο θεσμός του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων εναρμονίζεται, επομένως, απόλυτα με αυτή τη θεσμική προοπτική της “οριοθετημένης εξουσίας” και έρχεται ως εστία “αντιεξουσίας” να αντισταθμίσει και αναχαιτίσει την δύναμη της πολιτικής εξουσίας¹²². Στο μέτρο που εγγυάται εξάλλου στις ελευθερίες των ατόμων και των ομάδων και ιδίως την ελευθερία της έκφρασης, της συνένωσης, της συνάθροισης και της διάδοσης πολιτικών ιδεών και συμμετοχής στη διαμόρφωση πολιτικής βούλησης, συντείνει καθοριστικά στη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος.

¹¹⁹ *J. H. Ely*, ό.π., σ. 4-72, (14-21) (63-72) και 88-104.

¹²⁰ Βλ. μεταξύ άλλων *J. D. Whyte*, εισήγηση στο συνέδριο “Le controle juridictionnel des lois. Legitimite, effectivite et developpements recents” (ed. *L. Favoreu et J. Ant. Jolowicz*), Economica-PUAM, 1986, σ. 155-174 (155-158), ο οποίος παρουσιάζει τη δημοκρατική κυρίως θεωρία για τη νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου, και από ελληνική βιβλιογραφία κυρίως *Κ. Δουζίνα*, *Μεταξύ απολογίας και ουτοπίας, Συνταγματισμός και κριτική θεωρία*, Αντ. Σάκκουλα, 1986, σ. 13 επ., 25 επ., 37 επ.

¹²¹ Μέσα από μια “φιλελεύθερη-εγγυητική” κατά βάση θεώρηση εξετάζει τη σχέση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τη δημοκρατική αρχή και τη δημοκρατία ο *M. Cappelletti*, *Le pouvoir des juges*, Economica-PUAM, 1990, ιδίως σελ. 46 επ., 84-96, 215-219 και 270-279, αντικρούοντας επιφανειακά τις θέσεις του *Ely* (ειδικά για την αντίκρουση αυτή βλ. σ. 92, 217).

¹²² Έτσι τουλάχιστον την αντιλαμβάνονται οι οπαδοί της παραδοσιακής φιλελεύθερης θεώρησης, βλ. ιδίως τις απόψεις του *M. Cappelletti*, στο έργο και στις σελίδες της προηγούμενης σημείωσης.

2. Η κελσενιανή δημοκρατική πρόταση του διαδικαστικού συμβιβασμού της πλειοψηφίας με τη μειοψηφία

Ο πρώτος που επιχειρήσε να θεμελιώσει μια συμβιβαστική πρόταση μεταξύ δημοκρατικής αρχής και δικαστικού ελέγχου ήταν ο εμπνευστής του συγκεντρωτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, ο αυστριακός νομικός Κέλσεν. Στην κλασική του μελέτη “Η δικαιοδοτική εγγύηση του Συντάγματος”¹²³ αναζήτησε την πολιτική σημασία της συνταγματικής δικαιοσύνης στον έλεγχο που ασκείται μέσω αυτής στην κρατική εξουσία καθώς και στην αποτελεσματική προστασία που παρέχεται από την ίδια στην μειοψηφία απέναντι στις παρεμβάσεις της πλειοψηφίας. Έγγραφε χαρακτηριστικά στην μελέτη του εκείνη: “κάθε μειοψηφία -ταξική, εθνική ή θρησκευτική- της οποίας τα συμφέροντα προστατεύονται με οποιονδήποτε τρόπο από το Σύνταγμα έχει συμφέρον άμεσο στη θεσμοθέτηση του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων”¹²⁴, και ολοκλήρωνε τη σκέψη του με την εξής σημαντική επισήμανση: “αν κάποιος βλέπει την ουσία της δημοκρατίας, όχι στην παντοδυναμία της πλειοψηφίας, αλλά στο διαρκή συμβιβασμό μεταξύ των ομάδων που αντιπροσωπεύονται στο Κοινοβούλιο από την πλειοψηφία και την μειοψηφία, και στη συνέχεια στην κοινωνική ειρήνη, η συνταγματική δικαιοσύνη εμφανίζεται ως μέσο ιδιαίτερα κατάλληλο για την πραγματοποίηση της ιδέας αυτής. Η απλή και μόνο απειλή της προσφυγής στο συνταγματικό δικαστήριο μπορεί να αποβή στα χέρια της μειοψηφίας ένα εργαλείο πρόσφορο ώστε να εμποδιστεί η πλειοψηφία να παραβιάσει αντισυνταγματικά τα έννομα συμφέροντά της και να αντισταθεί έτσι σε τελευταία ανάλυση στη δικατατορία της πλειοψηφίας, που δεν είναι λιγώτερο επικίνδυνη για την κοινωνική ειρήνη από εκείνη της μειοψηφίας”¹²⁵.

Η κελσενιανή αυτή αντίληψη για το ρόλο και την πολιτική σημασία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων δεν έρχεται σε αντίθεση, είναι αλήθεια, με την προηγούμενη φιλελεύθερη θεώρηση του ελέγχου. Δεν αρνείται πάντως την εγγυητική του λειτουργία. Εκείνο που κομίζει ωστόσο ο Κέλσεν στη θεωρία του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας ανοίγοντας μια νέα προοπτική είναι η σύνδεση του θεσμού με τη λειτουργία της Δημοκρατίας, η ένταξή του στην αντιπαράθεση πλειοψηφίας μειοψηφίας και η αναγόρευσή του σε παράγοντα εξισορρόπησης και συμβιβασμού του πολιτικού και κομματικού ανταγωνισμού.

Για τον Κέλσεν η ουσία του δημοκρατικού πολιτεύματος βρίσκεται σε αυτή τη δυνατότητα που παρέχει, χάρη στις διαδικασίες που καθιερώνει το ίδιο, ώστε “τα συμφέροντα των διαφόρων ομάδων που είναι οργανωμένα σε κόμματα να ξεκινούν μια πάλη που τελειώνει με ένα συμβιβασμό”¹²⁶. Άλλωστε η βαθύτερη σημασία της πλειοψηφικής αρχής δεν έγκειται στην απόλυτη επικράτηση της θέλησης της πλειοψηφίας επί της μειοψηφίας αλλά στο “σχηματισμό της γενικής θέλησης μέσα από την αμοιβαία επιρροή που ασκεί η μία ομάδα πάνω στην άλλη καθώς και από το “σόν” που

¹²³ H. Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution, *Revue du Droit Public*, 1928, σ. 197-257.

¹²⁴ H. Kelsen, *ό.π.*, σ. 253

¹²⁵ H. Kelsen, *ό.π.*, σ. 253

¹²⁶ H. Kelsen, La democratie, sa nature - sa valeur, (traduction de Charles Eisenmann), Paris, Economica, 1988 (1929, 1932), σ. 59.

προκαλείται από τους ανταγωνιστικούς τους πολιτικούς προσανατολισμούς”¹²⁷. Η πλειοψηφική αρχή στο κοινοβουλευτικό σύστημα επιβεβαιώνεται άρα τελικά ως μια αρχή διαρκούς συμβιβασμού της πλειοψηφίας με τη μειοψηφία.

Στη διαδικαστική αυτή θεώρηση της φιλελεύθερης Δημοκρατίας ενέταξε και τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων ο Κέλσεν και τον κατέστησε οργανικό στοιχείο της.

3. Η δημοκρατικο-διαδικαστική θεώρηση του δικαστικού ελέγχου από τον Ely

Την αμερικανική συνταγματική θεωρία απασχόλησε πολύ και εξακολουθεί να απασχολεί έντονα, όπως ενδεικτικά είδαμε, η σχέση της Δημοκρατίας με το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, σχέση που τελικά συμπυκνώνεται στο πρόβλημα, πόσο η ελευθερία της πλειοψηφίας να νομοθετεί περιορίζεται από τα δικαιώματα της μειοψηφίας.

Οι οπαδοί του δικαστικού αυτοπεριορισμού υπερασπίζονται τη θέση της στενής ή περιοριστικής ερμηνείας του Συντάγματος και ιδίως των διατάξεων του που κατοχυρώνουν τα συνταγματικά δικαιώματα στο όνομα του σεβασμού της θέλησης της πλειοψηφίας και της αρχής της λαϊκής κυριαρχίας. Αντίθετα οι οπαδοί ενός “ελεγχόμενου” και “περιορισμένου” δικαστικού παρεμβατισμού υπερασπίζονται την ανάγκη επιβολής “ορίων” και “καταναγκασμών” στις δραστηριότητες του νομοθέτη και στις επιλογές της κυβερνητικής πλειοψηφίας στο όνομα των συνταγματικών ελευθεριών και δικαιωμάτων καθώς και των θεμελιωδών αρχών του Συντάγματος. Η αντιπαράθεση δικαστή και νομοθέτη, δικαστικής και πολιτικής εξουσίας είναι διαρκής και αποκτά διάφορες μορφές, ανάλογα με την εποχή και την πολιτική συγκυρία. Ο ανταγωνισμός μεταξύ των δύο αυτών θεσμικών οργάνων τροφοδοτείται ιδεολογικά διαρκώς από τη μόνιμη σύγκρουση της λαϊκής κυριαρχίας με τα θεμελιώδη δικαιώματα.

Η πιο σημαντική συμβολή στη διαμόρφωση μιας δημοκρατικής θεωρίας για το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, σε αντιδιαστολή με την κρατούσα, φιλελεύθερη κατά βάση, αντίληψη των “αμοιβαίων ανασχέσεων”, που σκιαγραφήσαμε προηγουμένως, υπήρξε για το αμερικανικό συνταγματικό δίκαιο εκείνη του J.H. Ely. Ο αμερικανός συνταγματολόγος παρεμβαίνοντας στη συζήτηση για το αν νομιμοποιείται ο δικαστής να προβαίνει κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων και την ερμηνεία των συνταγματικών δικαιωμάτων και αρχών σε προσωπικές αξιολογήσεις και να επιλέγει μεταξύ ανταγωνιστικών αξιών, τάχθηκε απερίφραστα υπέρ του δικαστικού αυτοπεριορισμού υποστηρίζοντας ότι η δικαστική εξουσία δεν νομιμοποιείται να “ορίζει αξίες και να διακυρήσσει αρχές¹²⁸”. Ο δικαστής δεν νομιμοποιείται να

¹²⁷ H. Kelsen, ό.π., σ. 59-60.

¹²⁸ J. H. Ely, ό.π., σ. 43 επ. και 72 επ., “...the choosing of values is a prerogative appropriately left to the majority...”(σ. 179). “In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfuction occurs when the process is undeserving of trust...” (σ. 103), “Reflection has convinced me that freedoms are

επιβάλλει ερμηνεύοντας και εφαρμόζοντας το Σύνταγμα τις δικές του, προσωπικές, επιλογές αξιών, τις δικές του αξίες. Η κοινωνία μας, υπογράμμισε, δεν καθιέρωσε συνταγματικά την καθολική ψηφοφορία μόνο και μόνο για να την περιγράψει και να επιβάλει πάνω στις λαϊκές αποφάσεις τις “αξίες” των δικαστών, έστω και αν συγκροτούν οι ίδιοι μια ομάδα επιλέκτων νομικών, μια “πρώτης-τάξης ομάδα νομικών”¹²⁹.

Ο J.H. Ely υπερασπιζόμενος, λοιπόν, τη θέση ότι ο δικαστής δεν νομιμοποιείται να προβαίνει σε αξιολογικές κρίσεις πολιτικού ή ηθικού χαρακτήρα, διότι τέτοια δυνατότητα έχει αναγνωριστεί μόνο στο δημοκρατικά νομιμοποιημένο νομοθέτη, υποστήριξε με θέρμη την άποψη ότι η προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων προκύπτει από τις διαδικαστικούς χαρακτήρα εγγυήσεις τους και όχι από το ουσιαστικό περιεχόμενό τους¹³⁰. Η πραγμάτωση των ουσιαστικών αρχών της δικαιοσύνης και του ουσιαστικού περιεχομένου των συνταγματικών δικαιωμάτων ανήκει στη δικαιοδοσία του νομοθέτη και όχι του δικαστή. Το Σύνταγμα, γράφει, κατοχυρώνει μια διαδικασία διακυβέρνησης και όχι μια ιδεολογία διακυβέρνησης¹³¹, εγκαθιδρύει διαδικαστικούς περιορισμούς στη δράση και στις αποφάσεις της εξουσίας, και σε ό,τι αφορά ειδικά την προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων, εκείνο που προτάσσει είναι η τήρηση της διαδικασίας θέσπισης των νόμων και των άλλων αποφάσεων της κρατικής εξουσίας, η μη παρέμβαση δηλαδή της εξουσίας στον προστατευόμενο χώρο των δικαιωμάτων των πολιτών παρά μόνο με τους όρους και τις διαδικασίες που ο νόμος ορίζει (με σεβασμό κυρίως των διαδικαστικών ρητρών των “due process of law” και “equal protection”).

Είναι προφανές ότι ο Ely προσδίδει στη ρήτρα του “due process of law” -η οποία αντιστοιχεί, χωρίς όμως να ταυτίζεται μαζί της, με τη δική μας της “επιφύλαξη των νόμων”- διαδικαστική αποκλειστικά σημασία¹³². Αντιλαμβάνεται το κράτος δικαίου, για να μιλήσουμε με όρους του ευρωπαϊκού-ηπειρωτικού δικαίου, με τη διαδικαστική και όχι με την ουσιαστική του όρου έννοια και γ’ αυτό αποκλείει κάθε αξιολογική κρίση στο δικαστή. Σκοπός του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων είναι, κατά τον Ely, η προστασία των δημοκρατικών διαδικασιών

more secure to the extent that find foundation in the theorie that supports our entire government, rather than they gaining protection because the judge deciding the case thinks they’ re important.” (σ. 102).

¹²⁹ J. H. Ely, ό.π., σ. 59

¹³⁰ “The principle answer to the question, how has been pursued the concern that our Constitution has always been substantially concerned with preserving liberty, that is by quite extensive set of procedural protections, and by a still more elaborate scheme designed to ensure that in the making of substantive choices the decision process will be open to all on something approaching an equal basis, with the decision-makers held to a duty to take into account the interests of all those their decision affect. ... The general strategy has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that a such a majority not systematically treat others less well than it treats itself -by structuring decision process at all levels to try to ensure, ..., that everyone’ s interests will be actually or virtually represented at the point of substantive decision...” (σ. 100-101).

¹³¹ “What has distinguished the American Constitution has been a process of government, not a governing ideology” (σ. 101).

¹³² J. H. Ely, ό.π., σ. 14-16.

λήψης των κρατικών αποφάσεων από αλλοιώσεις και παρεμβάσεις καθώς και των δικαιωμάτων πολιτικής συμμετοχής και ελεύθερης έκφρασης γνώμης και διαμόρφωσης πολιτικής βούλησης. Καθήκον του Ανωτάτου Δικαστηρίου είναι, άρα πρωτίστως, η προστασία των πολιτικών δικαιωμάτων των πολιτών, με την ευρεία του όρου έννοια, και όχι των ατομικών δικαιωμάτων, εφ' όσον η αποτελεσματική άσκηση των πολιτικών δικαιωμάτων καθορίζει και εγγυάται την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων¹³³.

Επομένως, η τήρηση των διαδικαστικών εγγυήσεων λήψης των πολιτικών αποφάσεων εναρμονίζεται τελικά και δεν συγκρούεται με τη θεμελιώδη πολιτική αξία της “οριοθετημένης εξουσίας” (limited government) και ο θεσμός του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων αποβλέπει κυρίως στην τήρηση των συνταγματικών αυτών εγγυήσεων. Με τον τρόπο αυτό οι “δικονομικοί έλεγχοι” λειτουργούν ως “προσδιορισμοί” και “διαδικαστικοί καταναγκασμοί” της δημοκρατίας και υποκαθιστούν ή κάνουν περιττά τα ουσιαστικά αντισταθμίσιμα στην πλειοψηφική αρχή, όπως αυτά προκύπτουν από το ουσιαστικό κανονιστικό περιεχόμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων.

Όταν οι νόμοι θεσπίζονται με την προβλεπόμενη από το Σύνταγμα διαδικασία, έχουν τη μορφή και το περιεχόμενο που απαιτούνται από ένα κράτος δικαίου (γενικό και αφηρημένο χαρακτήρα, σεβασμός της ασφάλειας δικαίου), και τηρούνται οι διαδικασίες εφαρμογής τους, τότε και ο σεβασμός των αρχών της ελευθερίας και της ισότητας προκύπτει έμμεσα από την τήρηση των διαδικασιών αυτών και πάει να έχει, ως αυτοτελής απαίτηση, επείγοντα και επιτακτικό χαρακτήρα. Απορροφάται από την τήρηση της “κατά τους δημοκρατικούς διαδικαστικούς όρους πολιτικής διαδικασίας”¹³⁴.

Η δημοκρατικο-διαδικαστική θεώρηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από τον Ely στηρίζεται και προϋποθέτει άλλωστε λογικά μια διαδικαστική κατά βάση σύλληψη της δημοκρατίας και του κράτους δικαίου. Υπόκειται επομένως στην ίδια κατά βάση γενική κριτική, που υπόκειται κάθε θεωρία που ασπάζεται, την εποχή του κράτους πρόνοιας και του παρεμβατικού κράτους, μια τέτοια θεώρηση¹³⁵.

Η απόρριψη πάντως κάθε δυνατότητας ουσιαστικής αξιολόγησης των νομοθετικών αποφάσεων από το δικαστή δεν μπορεί να είναι απόλυτη ούτε κατηγορηματική. Η δικαστής σύρρεται ετών-άκων σε τέτοιους είδους αξιολογήσεις, γι' αυτό και όλο και πιο δύσκολα τις αποφεύγει. Το κρίσιμο επομένως ερώτημα δεν είναι αν ο δικαστής νομιμοποιείται να προβαίνει σε κρίσεις ή σταθμίσεις “αξιών”, ή αν

¹³³ Βλ. και το σχετικό σχόλιο στην παρουσίαση του αμερικανικού συνταγματισμού από τον J. Elster, Introduction στο “Constitutionalism and Democracy”, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 (1993), σ. 1-17 (7).

¹³⁴ J. Habermas, Το πραγματικό και το ισχύον, ό.π., σ. 354. Ο Habermas όχι μόνο παρουσιάζει αναλυτικά τη δημοκρατικο-διαδικαστική θεωρία του Ely αλλά τη χρησιμοποιεί για να στηρίξει τη δική του θεωρία περί “διαβουλευτικής δημοκρατίας” και να δικαιολογήσει το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων από το γεγονός ότι έτσι ενισχύεται και διευρύνεται η βάση της πολιτικής επικοινωνίας μεταξύ ίσων και ελεύθερων πολιτών και εξασφαλίζεται η αποτελεσματική άσκηση των δικαιωμάτων συμμετοχής και επικοινωνίας. (σ. 345-370).

¹³⁵ Την κριτική αυτή την έχουμε εν μέρει κάνει στο πρώτο τόμο της πραγματείας αυτής αντιπαράθετοντας το ουσιαστικό στο τυπικό κράτος δικαίου.

νομιμοποιείται να αμφισβητεί τις επιλογές του νομοθέτη, αλλά πώς, μέσα από ποιά διαδικασία και σε ποιά έκταση δικαιούται να το κάνει..

Ο ίδιος άλλωστε ο Ely δεν αρνείται συνολικά το ρόλο και τη σημασία των συνταγματικών αξιών κατά την ερμηνεία και εφαρμογή του Συντάγματος. Διακρίνει απλώς τις “συμμετοχικές αξίες” (participational values) από τις άλλες (non participational) αναγνωρίζοντας στο δικαστή το δικαίωμα να υπερασπίζεται μόνο τις πρώτες, διότι αυτές κατοχυρώνονται ρητά από το Σύνταγμα και εναρμονίζονται επί πλέον με τον αντιπροσωπευτικό χαρακτήρα του πολιτεύματος¹³⁶.

Η διάκριση όμως αυτή είναι προβληματική, όχι μόνο διότι τοποθετεί τις διαδικαστικές διατάξεις του Συντάγματος σε ανώτερη αξιολογική κλίμακα από τις ουσιαστικές, αλλά και διότι επιφυλάσσει διαφορετική δικονομική μεταχείριση στις πρώτες σε σχέση με τις δεύτερες. Έτσι επιτρέπει και δικαιολογεί το δικαστικό “ακτιβισμό” και τη μη γραμματική ή μη ιστορική ερμηνευτική προσέγγιση (noninterpretative review)¹³⁷ σε ό,τι αφορά τις “οργανωτικές διατάξεις” του Συντάγματος, καθώς και τις διατάξεις που κατοχυρώνουν “συμμετοχικά” δικαιώματα, ενώ αποκλείει στο όνομα της πλειοψηφικής αρχής την ίδια προσέγγιση όταν πρόκειται για ερμηνεία διατάξεων που εγγυώνται συνταγματικά δικαιώματα που δεν συνυφάνονται με συμμετοχικές διαδικασίες¹³⁸.

4. Η διαδικαστική-διαλογική θεμελίωση του Χάμπερμας

Οι προηγούμενες αναλύσεις μας οδηγούν στο χαμπερμασιανό δημοκρατικό πρότυπο, σύμφωνα με το οποίο η νομιμοποίηση της εξουσίας του δικαστή να ελέγχει μετά από αίτημα των πολιτών τους κανόνες που έχει θέσει ο νομοθέτης, στηρίζεται στην εγκαθίδρυση τόσο μιας θεσμοποιημένης δικαστικής διαδικασίας όσο και μιας επιχειρηματολογικής επικοινωνιακής διαδικασίας, μιας πρακτικής, δηλαδή, έλλογης διαβούλευσης φορέων δικαιωμάτων και συμφερόντων, οι οποίοι επικοινωνούν μεταξύ τους με επιχειρήματα και διαλέγονται γύρω από το νόμο, τους όρους θέσπισης

¹³⁶ Το ακόλουθο παράθεμα είναι χαρακτηριστικό: “ My point would be that the ”values” the Court should pursue are “participational values” of the sort I have mentioned, since those are the “values” (1) with which our Constitution has preeminently and most successfully concerned itself, (2) whose “imposition” is not incompatible with, but on the contrary supports, the American system of representative democracy, and (3) that courts set apart from the political process are uniquely situated to “impose””. (σ. 75).

¹³⁷ Σχετικά με τη σημαντική για το αμερικανικό συνταγματικό δίκαιο και την ερμηνεία του Συντάγματος διάκριση του μεθοδολογικού-ερμηνευτικού ρεύματος του “ερμηνευτισμού” από το αντίστοιχο του “μη ερμηνευτισμού”, βλέπε μεταξύ άλλων *Fr. Michant, L’ inscription de la decision judiciaire. Reflexion sur l’ evolution de la doctrine americaine contemporaine, Revue du Droit Public*, 1989. 1009-1059 (1029-1043), *J. H. Ely*, ό.π., σ. 1-9, και *M. Perry*, ό.π., σ. 9-36. Το μεθοδολογικό ρεύμα του “ερμηνευτικού δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας” (interpretive judicial review) χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι μένει προσηλωμένο στο κείμενο του Συντάγματος και αναζητά το νόημα των διατάξεων διερευνώντας τις προθέσεις του συντακτικού νομοθέτη. Το αντίθετο ρεύμα (noninterpretivism) χωρίς να παρακάμπτει το κείμενο του συντάγματος ή το γράμμα των συνταγματικών διατάξεων αναζητά κυρίως το σιωπηρό, το συναγόμενο λογικά νόημά τους σε συνάρτηση με τη σύγχρονη εφαρμογή τους και με τις θεμελιώδεις αρχές που τις διέπουν. Η διάκριση είναι πάντως πολυσήμαντη και καθοριστική για την ερμηνεία του αμερικανικού συντάγματος ώστε δεν χωρά σε μια υποσημείωση.

¹³⁸ Βλ. σχετικά την κριτική που ασκεί στις απόψεις του Ely ο συμπατριώτης του *M. Perry*, ό.π., ιδίως σ. 117-128.

και ισχύος του, τη μορφή και το περιεχόμενό του, κάτω από ενδεδειγμένους όρους συζήτησης και επικοινωνίας, ενεργώντας ως πολίτες και όχι ως ιδιώτες. Αυτό που απασχολεί τον Χάμπερμας είναι η ανεύρεση μιας εσωτερικής συνάφειας μεταξύ λαϊκής κυριαρχίας και δικαιωμάτων του ανθρώπου και ο εντοπισμός της “εσωτερικής σύνδεσης του συστήματος των δικαιωμάτων με την πολιτική αυτονομία των πολιτών”. Ακολουθώντας στο σημείο αυτό τον Ρουσό και τον Καντ αναζητά όλες εκείνες τις ιδανικές διαδικαστικές προϋποθέσεις που θα του επιτρέψουν να αναγάγει την άσκηση της πολιτικής κυριαρχίας στην άσκηση της αυτονομίας των πολιτών¹³⁹

Στο θεωρητικό αυτό πρότυπο η συνταγματική δικαιοσύνη “πρέπει να ενεργεί ώστε η διαδικασία θέσπισης του δικαίου να πραγματοποιείται σύμφωνα με τους καταστατικά νόμιμους όρους της διαβουλευτικής πολιτικής¹⁴⁰”. Μια “διαλογική πρακτική αυτοπροσδιορισμού των πολιτών” εκτυλίσσεται σε δύο παράλληλα επίπεδα: στο ένα διαμορφώνεται συλλογικά η βούληση των κοινοβουλευτικών σωμάτων σύμφωνα με τις θεσμοποιημένες και προκαθορισμένες διαδικασίες, ενώ στο άλλο η πολιτική βούληση διαμορφώνεται στους άτυπους κύκλους της πολιτικής επικοινωνίας¹⁴¹. Μετέχοντας σε μια τέτοια διαδικασία διαμόρφωσης γνώμης και βούλησης οι πολίτες αντιλαμβάνονται το ατομικό δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητάς τους και του ατομικού τους αυτοπροσδιορισμού ως ένα δημόσιο ή πολιτικό δικαίωμα, δηλαδή ως δικαίωμα συμμετοχής στα κοινά¹⁴².

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων βρίσκεται, έτσι, στο επίκεντρο μιας συνεχούς επικοινωνιακής διαδικασίας, η οποία, επειδή, σε ό,τι αφορά ειδικά τη συνταγματική δικαιοσύνη, συντελείται στη δημόσια σφαίρα και υπόκειται στους διαδικαστικούς κανόνες της δημοσιότητας, της αιτιολογημένης απόφασης και της τυπικής και έλλογης ανταλλαγής επιχειρημάτων αλλά και της δημόσιας κριτικής και κυρίως επειδή υπηρετεί την ικανοποίηση και προστασία συνταγματικών δικαιωμάτων και συμφερόντων, θα μπορούσε να εκληφθεί ως εκδήλωση πολιτικού αυτοκαθορισμού των πολιτών και να θεωρηθεί ότι συντείνει και αυτή με την ενεργοποίηση των δικαιωμάτων συμμετοχής και επικοινωνίας στην πραγμάτωση της πολιτικής ελευθερίας, έτσι όπως την εννοούσε ήδη ο Μάνεσης, δηλαδή ως ικανότητα ατομικού και πολιτικού αυτοπροσδιορισμού.

Κατά τον Χάμπερμας και τη δημοκρατική σύλληψη της πολιτικής, η “πολιτική δεν αναφέρεται στα κρατικώς εγγυημένα δικαιώματα των ιδιωτών-ατόμων επί της ζωής της ελευθερίας και της ιδιοκτησίας αλλά κατά πρώτο λόγο στην πρακτική αυτοπροσδιορισμού πολιτών προσηλωμένων στο κοινό καλό, οι οποίοι θεωρούν εαυτούς ως ελεύθερα και ισότιμα μέλη μιας συνεργατικής και

¹³⁹ Habermas, ό.π., σ. 261

¹⁴⁰ Habermas, ό.π., σ. 368.

¹⁴¹ Habermas, ό.π., σ. 368/9

¹⁴² “Η διαμόρφωση πολιτικής βούλησης στη δημόσια σφαίρα και στο κοινοβούλιο δεν υπακούει στις δομές των διαδικασιών της αγοράς, αλλά στις δομές μιας δημόσιας επικοινωνίας προσανατολισμένης στη συνεννόηση. Για την πολιτική με την έννοια της πρακτικής αυτοπροσδιορισμού των πολιτών, το παράδειγμα δεν είναι η αγορά αλλά η συζήτηση.” (=Χάμπερμας, ό.π., σ. 366)

αυτοδιοικούμενης κοινότητας...143”. Το συνταγματικό δικαστήριο προασπίζει το σύστημα εκείνο των δικαιωμάτων που διασφαλίζει την ιδιωτική και δημόσια αυτονομία¹⁴⁴, επιδιώκει άρα την εναρμόνιση και την ανεύρεση κάθε φορά της ειδικής για την περίπτωση εσωτερικής συνάφειας μεταξύ της πρακτικής αυτοκαθορισμού του πολιτών και της απρόσωπης εξουσίας των νόμων.

Μέσα από αυτή την οπτική γωνία ο θεσμός του διάχυτου κυρίως δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων μπορεί να λειτουργήσει ως προνομιακό πεδίο διασταύρωσης της λαϊκής κυριαρχίας με τα συνταγματικά δικαιώματα. Για το σκοπό όμως αυτό η λαϊκή κυριαρχία εγκαταλείπει τον υψιπετή κοινοβουλευτικό θώκο της καθώς και τα γραφειοκρατικά δώματα της κρατικής εξουσίας, απ' όπου εκδηλωνόταν με μονοπωλιακό και μονομερή τρόπο η κρατική ισχύ, και εγκαθίσταται στη δημόσια πολιτική σφαίρα στην οποία δοκιμάζεται η αυθεντία της διασταυρωνόμενη με την άσκηση ατομικών, διαδικαστικού και πολιτικού χαρακτήρα, δικαιωμάτων¹⁴⁵. Μεταμορφώνεται σε μια αέναη και διαρκή διαδικασία επαλήθευσης και επιβεβαίωσης της δύναμης και της αυθεντίας της μέσα όμως από τη διαλογική συζήτηση των ελάχιστων φορέων των αντίστοιχων δικαιωμάτων¹⁴⁶ ή συμφερόντων. Τα υποκείμενα δικαίου υπερασπίζονται τα ιδιωτικά τους συμφέροντα και δικαιώματα ως πολίτες και μέλη του κοινωνικού συνόλου αντιπαραθέτοντάς τα, ως δημόσια πλέον δικαιώματα, στις κοινές αποφάσεις της πολιτικής κοινότητας, όπως αυτές αποτυπώνονται στους νόμους.

Η συνταγματική δικαιοσύνη αναζητά, λοιπόν, κατά τον Χάμπερμας την ύπατη νομιμοποίησή της κυρίως στην έλλογη και διαδικαστικά ρυθμισμένη ιδανική διαλογική επικοινωνία των πολιτών. Οι αποφάσεις της νομοθετικής εξουσίας είναι τυπικά και ουσιαστικά νομιμοποιημένες όταν τηρούνται οι διαδικαστικοί όροι γένεσής τους και ανταποκρίνονται οι ίδιες

¹⁴³ Χάμπερμας, ό.π., σ. 358 και πιο κάτω : “Τα δικαιώματα των πολιτών, κατά πρώτο λόγο τα δικαιώματα συμμετοχής και επικοινωνίας είναι μάλλον θετικές ελευθερίες και όχι αρνητικές ελευθερίες που μπορούν οι “αστοί” ως ιδιώτες να αξιώνουν κατά του κράτους. Τα δικαιώματα αυτά δεν εγγυώνται την ελευθερία από εξωτερικό καταναγκασμό αλλά τη δυνατότητα συμμετοχής σε μια κοινή πρακτική με την άσκηση της οποίας και μόνον μπορούν οι πολίτες να καταστήσουν εαυτούς ό, τι θέλουν να είναι: πολιτικά αυτόνομοι αυτουργοί μιας κοινότητας ελεύθερων και ίσων μελών” (σ. 362).

¹⁴⁴ Χάμπερμας, ό.π., σ. 352.

¹⁴⁵ Βλ. αναλυτικότερα, *Αντ. Μαντάκη*, Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα, 1996, σ. 244 επ.

¹⁴⁶ Γ. Χάμπερμας, ό.π., σ. 238-243. (: “Σύμφωνα με την αρχή της λαϊκής κυριαρχίας το υποκείμενο δικαίωμα της ίσης, κατά τις ευκαιρίες, συμμετοχής στη δημοκρατική διαμόρφωση της βούλησης συναντά την αντικειμενική νομική δυνατότητα μιας θεσμοποιημένης πρακτικής πολιτικού αυτοκαθορισμού. Η αρχή αποτελεί τον αρμό ανάμεσα στο σύστημα των δικαιωμάτων και στην οικοδόμηση ενός δημοκρατικού κράτους δικαίου.”... “Με τη βασισμένη στη διαλογική θεωρία ανάγνωσή της η αρχή της λαϊκής κυριαρχίας δηλώνει ότι κάθε πολιτική εξουσία επηγάξει από την επικοινωνιακή ισχύ των πολιτών. Η άσκηση πολιτικής κυριαρχίας κατευθύνεται και νομιμοποιείται από τους νόμους που θεσπίζουν οι ίδιοι οι πολίτες με μια διαλογικά δομημένη διαμόρφωση γνώμης και βούλησης. Η πρακτική αυτή οφείλει τη νομιμοποιητική της δύναμη, όταν αντιμετωπιστεί ως διαδικασία επίλυσης προβλημάτων, σε μια δημοκρατική διαδικασία που σκοπό έχει να εγγυάται την έλλογη αντιμετώπιση πολιτικών ζητημάτων. Η ορθολογική αποτελεσματικότητα όσων αποτελεσμάτων επιδιώκονται σύμφωνα με την εν λόγω διαδικασία εξηγείται από τη θεσμοποίηση δικτυωμένων μορφών επικοινωνίας που διασφαλίζουν σε ιδεατό επίπεδο ότι όλα τα συναφή ερωτήματα ή θέματα θα διατυπώνονται γλωσσικά και θα αντιμετωπίζονται με διαλόγους και διαπραγματεύσεις βάσει των άριστων δυνατών πληροφοριών και αιτιολογιών”. (σ. 238/239).

στις ελάχιστες δικαιοκρατικές και δημοκρατικές απαιτήσεις μιας έλλογης και σε επιχειρήματα βασισμένης συζήτησης σχετικά με το περιεχόμενο και τη μορφή τους.

Είναι προφανές ότι για τη “διαλογική θεωρία” του Δικαίου η διαδικαστική νομιμοποίηση της ισχύος του νόμου και του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητάς του έχει το προβάδισμα απέναντι σε κάθε άλλου είδους νομιμοποίηση. Η διαδικαστική όμως κατά βάση αυτή οπτική γωνία δεν αποκλείει την ανάγκη της ορθολογικής θεμελίωσης των κανονιστικών αποφάσεων και των νομικών κρίσεων, μόνο που η “η ορθότητα” κρίνεται σε τελευταία ανάλυση διαδικαστικά, προκύπτει και αυτή “διαλογικά”, από μια κοινά αποδεκτή ορθολογική επιχειρηματολογία βασισμένη σε στέρεες αιτιολογίες¹⁴⁷. Ούτε άλλωστε τα ηθικού περιεχομένου επιχειρήματα είναι ξένα προς τη διαδικαστικο-διαλογική θεμελίωση της ισχύος του νόμου, δεδομένου ότι οι περί Ηθικής απόψεις διαδραματίζουν κάποιο ρόλο στη δικαιοδοσία, ενώ το θετό δίκαιο έχει αναπόφευκτα αφομοιώσει ηθικά περιεχόμενα. Η διαλογική θεωρία του δικαίου “εκκινεί από τη θέση ότι μέσω της δημοκρατικής διαδικασίας θέσπισης των νόμων -και των θεμιτών όρων των συμβιβασμών- επιφορμών στο δίκαιο ηθολογικές αιτιολογίες”¹⁴⁸. Γι’ αυτό και κρίσιμο ζήτημα είναι να εξηγηθεί ο τρόπος με τον οποίο τα “ηθικά περιεχόμενα μεταφράζονται νομικά και περιέχονται στο δικαιοκώδικα, πώς η σημασία τους μεταβάλλεται και προσαρμόζεται στη δικαιοκή μορφή”.

Για το λόγο αυτό η θεωρία του Χάμπερμας αν και συστηματικά κατατάσσεται στη χορεία των διαδικαστικών νομιμοποιήσεων της συνταγματικής δικαιοσύνης και στέκεται κριτικά έως απορριπτικά απέναντι στις θεωρίες περί συνταγματικών αξιών δεν μπορεί να χαρακτηριστεί θετικιστική.¹⁴⁹ Εντάσσεται μάλλον σε ένα ρεύμα μεταθετικιστικής θεμελίωσης και εξήγησης του δικαίου¹⁵⁰.

¹⁴⁷ βλ. αναλυτικότερα, σ. 308-309 και σ. 264 (: “Το βλέμμα πρέπει να στραφεί στους διαλόγους και στις διαπραγματεύσεις, όπου διαμορφώνεται η βούληση του νομοθέτη, καθώς και στο δυναμικό των αιτιολογιών που νομιμοποιούν τους νόμους”).

¹⁴⁸ ό.π., σ. 280-281

¹⁴⁹ Δεν είναι του παρόντος η συστηματική και εξαντλητική παρουσίαση και κριτική της εξαιρετικά σημαντικής θεωρίας του Χάμπερμας για το Δίκαιο και τη νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Στην παρούσα μελέτη έγιναν απλώς ορισμένες νίξεις, τόσες όσες ήταν αναγκαίες για να φανεί η αξία της δημοκρατικής-διαλογικής θεώρησης και να καταδειχθεί η τεράστια σημασία στο δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των διαδικαστικών προϋποθέσεων γένεσης και ισχύος του νόμου.

¹⁵⁰ Βλ. μια ακόμη τέτοια απόπειρα στο έργο του Ewald.

С. Οι βουλησιοκρατικές θεμελιώσεις του δικαστικού ελέγχου. Το θετό κείμενο του Συντάγματος, ως έκφραση της κυρίαρχης θέλησης, πηγή νομιμοποίησης.

1. Μια ακραιφνώς θετικιστική περίπτωση: η τυπική θεμελίωση του ελέγχου στο άρθρο 93 παρ.4 του ισχύοντος ελληνικού Συντάγματος.

Η κρατούσα, ιδίως στον τόπο μας, αντίληψη για τη θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων είναι απλή έως απλοϊκή και βέβαια ακραιφνώς θετικιστική. Ο δικαστής της συνταγματικότητας ασκεί έλεγχο επειδή του το επιτρέπει ή του το επιβάλλει ρητά και ειδικά το Σύνταγμα, και σε ό,τι αφορά την ελληνική συνταγματική τάξη που εγκαθιδρύθηκε το 1975, επειδή το ορίζει ειδικά και περιοριστικά στο άρθρο 93 παρ. 4 Σ., θεμέλιο θετικό και αναμφισβήτητο του διάχυτου και παρεμπόπτοντος δικαστικού ελέχου¹⁵¹.

Η διαυγής αυτή τοποθέτηση, που δεν χρειάζεται εξηγήσεις -αφού είναι αυταπόδεικτη- κινδυνεύει, ωστόσο, να χαρακτηριστεί επιφανειακή και προκλητικά νωχελική. Διότι οι υποστηρικτές της απαλλάσσονται από τον κόπο ή παραιτούνται συνειδητά από κάθε προσπάθεια δικαιολόγησης της εξουσίας αυτής, από κάθε απόπειρα εξήγησης της και βέβαια αρνούνται να δούν την ιστορική της προέλευση, αγνοούν επιδεικτικά την εθιμική της καθιέρωση στην Ελλάδα, τώρα και έναν αιώνα, και το σημαντικότερο, αδυνατούν να κατανοήσουν τη φύση της, να διαγνώσουν την ιστορική της προοπτική και δυναμική και βέβαια να εντοπίσουν τα όριά της.

Η συζήτηση για τη θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου δεν έχει, εντούτοις, όπως πιστεύουν ενδεχομένως ορισμένοι, ακαδημαϊκό μόνο ή θεωρητικό αποκλειστικά χαρακτήρα, παρουσιάζει έντονα πρακτικό ενδιαφέρον, διότι συναρτάται με την έκταση της εξουσίας του δικαστικού ελέγχου, καθώς και με την αποτελεσματικότητα και ισχύ των αποφάσεων που εκδίδει ο συνταγματικός δικαστής.

Η αναγωγή αποκλειστικά στο άρθρο 93 παρ. 4Σ για τη θεμελίωση του διάχυτου και παρεμπόπτοντος δικαστικού ελέγχου δεν είναι μόνο δογματικά ανεπαρκής αλλά και προκλητικά περιφρονητική προς την ελληνική συνταγματική παράδοση, η οποία γνώρισε και εφάρμοσε το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας επί έναν περίπου αιώνα χωρίς ειδική συνταγματική θεμελίωση, όπως θα δούμε αναλυτικά στο αμέσως επόμενο κεφάλαιο. Η αναζήτηση επομένως των λογικών θεμελιών του δικαστικού ελέγχου, η διακρίβωση των δικαιολογικών βάσεων της παρέμβασης του δικαστή στη διαδικασία εφαρμογής του νόμου και έρευνας των καταστατικών προϋποθέσεων ισχύος του αποτελεί όρο αναγκαίο και κριτήριο ερμηνείας του άρθρου 93 παρ. 4Σ., που στην ουσία κωδικοποιεί μια εθιμική πρακτική αιώνος¹⁵².

Πώς δικαιολόγησαν και πού θεμελίωσαν, λοιπόν, οι Έλληνες δικαστές την εξουσία τους να προβαίνουν σε έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων; Οσο και αν φαίνεται παράδοξο η θεωρητική θεμελίωση δεν ήταν διαφορετική - όπως θα δούμε- από εκείνη που είχαν κάνει οι

¹⁵¹ Βλ. αναλυτικά στο επόμενο κεφάλαιο.

¹⁵² Βλ. αναλυτικά στο επόμενο κεφάλαιο.

Αμερικανοί δικαστές του Ανωτάτου Δικαστηρίου μερικές δεκαετίες πριν από τους Έλληνες. Η μόνη ουσιώδης διαφορά μεταξύ των δύο θεμελιώσεων βρίσκεται κυρίως στο γεγονός ότι οι πρώτοι δικαιολόγησαν την εξουσία αυτή με εκτεταμένα και τεκμηριωμένα σκεπτικά, ενώ οι Έλληνες συνάδελφοί τους αρκέστηκαν λόγω της διαφορετικής παράδοσης και του διαφορετικού νομικού συστήματος σε σύντομες, λακωνικές σκέψεις. Για το λόγο αυτό η αναφορά στην αμερικανική συνταγματική παράδοση δεν είναι απλώς συγκριτικά ωφέλιμη, είναι μεθοδολογικά επιβεβλημένη λόγω της συγγένειας του συστήματος του δικαστικού ελέγχου με το δικό μας.

2. Η αμερικανική περίπτωση: το Σύνταγμα, ως υπέρτατος νόμος του κράτους και δημιουργήμα της υπέρτατης θέλησης, θεμέλιο επαρκές και αναγκαίο του ελέγχου.

Η καθιέρωση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στις Η.Π.Α. προήλθε από μια πολύ απλή ιδέα: της αναγνώρισης ανώτερων αρχών (supremes principles), προς τις οποίες θα πρέπει να εναρμονίζονται όλοι οι νόμοι του κράτους και να προσαρμόζεται η δικαιοδοτική εφαρμογή του δικαίου¹⁵³. Η ιδέα, όταν ανπτύχθηκε τον XVIII αιώνα, δεν ήταν καινοφανής, αντίθετα, μάλιστα, η ύπαρξη ενός “υπέρτατου νόμου” (supreme law) στις επιταγές του οποίου θα πρέπει να υποτάσσονται ακόμη και οι προβλέψεις της συντακτικής εξουσίας, ήλκυε την καταγωγή της από την πολιτική φιλοσοφία και τους θεωρητικούς του φυσικού δικαίου, οι οποίοι δέχονταν την ύπαρξη φυσικών, αιώνιων και αναλλοίωτων “υπέρτατων αρχών”, που διέπουν τις σχέσεις των ανθρώπων και κατευθύνουν την οργάνωση της κοινωνίας.

Οι ανώτερες αυτές αρχές βρέθηκαν με τη θέληση και των “πατέρων” του αμερικανικού Συντάγματος ενσωματωμένες στο συνταγματικό κείμενο. Το Σύνταγμα και ειδικότερα οι διατάξεις που κατοχυρώνουν τα ατομικά δικαιώματα συγκροτούν την θετικοποιημένη έκφραση αυτών των υπέρτατων αρχών. Με την έννοια αυτή θα πρέπει το Σύνταγμα, κυρίως λόγω του περιεχομένου του, να θεωρηθεί ο υπέρτατος, ο θεμελιώδης νόμος του κράτους.

Είναι πολύ λογικό, λοιπόν, ο δικαστής, ο οποίος έχει ταχθεί να εφαρμόζει και ερμηνεύει τους νόμους του κράτους, να φροντίζει με την ίδια υπευθυνότητα και για τους ίδιους λόγους και για την τήρηση και ερμηνεία και του υπέρτατου νόμου¹⁵⁴. Η δικαστική εφαρμογή και ερμηνεία του Συντάγματος είναι απόρροια της αντιμετώπισής του ως θεμελιώδους νόμου του κράτους, κειμένου δεσμευτικού για όλους και δεν υποδηλώνει ούτε υπονοεί την υπεροχή της δικαστικής εξουσίας απέναντι στη νομοθετική αλλά την ουσιαστική υπεροχή της θέλησης που αποτυπώνει το ίδιο απέναντι σε κάθε άλλη κρατική θέληση¹⁵⁵. Η θέληση του συντακτικού νομοθέτη ως έκφραση της κυρίαρχης

¹⁵³ Βλ. σχετικά αντί άλλων *M. Cappelletti*, *Le pouvoir des juges*, σ. 183 επ., 194, 212, *του ίδιου*, rapport general au colloque “Le controle juridictionnel des lois”, *Economica-PUAM*, 1986, σ. 291-295, και από ελληνική βιβλιογραφία, *Κ. Λουζινάς*, *Μεταξύ απολογίας και ουτοπίας, Συνταγματισμός και κριτική θεωρία*, 1986, σ. 13 επ., και 25 επ..

¹⁵⁴ Βλ. σχετικά

¹⁵⁵ Βλ. σχετικά *A. E. Dick Howard*, *La conception mecaniste de la constitution*, σε “1789 et l’ invention de la constitution, (sous dir. de M. Troper et L. Jaume), *L.G.D.J.*, 1994, 153-173 (166)

θέλησης, στην πρωταρχική και υπέρτατη εκδήλωσή της που είναι η θέσπιση ή τροποποίηση του Συντάγματος, υπερέχει απέναντι στη θέληση κάθε συντεταγμένης εξουσίας. Σε περίπτωση επομένως σύγκρουσης δύο νομικών κειμένων, όπως είναι ο νόμος και το Σύνταγμα, η τυπική υπεροχή του δεύτερου είναι αναγκαία λογική συνέπεια της υπέρτερης νομικής και πολιτικής βαρύτητας, που διαθέτει η θέληση που το ίδιο ενσωματώνει.

Ασκώντας, επομένως, έλεγχο της συνταγματικότητας ο δικαστής δεν κάνει τίποτε άλλο από το να δηλώνει την υποταγή του απέναντι στη λαϊκή κυριαρχία, ύπατο θεμέλιο του Συντάγματος και του πολιτεύματος. Αυτοαναγορεύεται έτσι σε προστάτη και εγγυητή όχι απλώς της συνταγματικής νομιμότητας γενικά και αφηρημένα αλλά και του δημοκρατικού χαρακτήρα του πολιτεύματος και της πρωταρχικής θέσης που κατέχει στη διάρθρωση των εξουσιών η αρχή της λαϊκής κυριαρχίας.

Η λογική της προηγούμενης βουλευσιοκρατικής θεώρησης είναι τόσο διαυγής ώστε δεν χρειάζεται διευκρινίσεις, γι' αυτό ίσως και διαδόθηκε εύκολα πέρα από την επικράτεια των Η.Π.Α. και διεκδικεί καθιέρωση ακόμη και σε χώρες, όπως είναι η Γαλλία, που από παράδοση αρνείται την ιδέα του διάχτου και παρεμπόδιοντα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.¹⁵⁶

Η προσφυγή στη θεώρηση αυτή έχει ως θετική απόληξη τη συμφιλίωση του δικαστικού ελέγχου με τη δημοκρατία, με αρνητικό όμως αντιστάθμισμα την ενίσχυση της εξουσίας του δικαστή. Διότι όταν ο δικαστής της συνταγματικότητας “τιμωρεί” το κοινοβούλιο επειδή δεν σεβάστηκε τους συνταγματικούς κανόνες, μπορεί να μην αντιτίθεται μεν στη λαϊκή κυριαρχία, δεν αντιτάσσει, ενδεχομένως, τη δική του θέληση στη θέληση του κοινοβουλίου, “απαγορεύει”, ωστόσο, μόνος αυτός, και κατά την κρίση του στις συντεταγμένες εξουσίες να ασκούν τις αρμοδιότητές τους πέρα και έξω από τα όρια που έχει θέσει ο συντακτικός νομοθέτης¹⁵⁷.

3. Η γαλλική περίπτωση: η “γενική θέληση”, η εναρμονισμένη με το Σύνταγμα, θεμέλιο και δικαιολογία του ελέγχου.

Το θεσμικό αποτέλεσμα της δημοκρατικής νομιμοποίησης του δικαστικού ελέγχου είναι ωστόσο στην περίπτωση αυτή παράδοξο. Διότι ενώ στοχεύει να υποτάξει το δικαστή στη λογική και στις απαιτήσεις της λαϊκής κυριαρχίας, τοποθετεί τελικά το δικαστή στο όνομα της ίδιας της κυριαρχίας, πιο πάνω από το Σύνταγμα και τη λαϊκή κυριαρχία, αφού τον μετατρέπει σε ανεξέλεγκτο κριτή και εγγυητή τους.

Και το παράδοξο αυτό αποτέλεσμα γίνεται εμφανές ιδίως στη Γαλλία, στη χώρα που ακόμη και σήμερα αποκρούει την ιδέα εγκαθίδρυσης ενός συστήματος διάχτου και παρεμπόδιοντος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων¹⁵⁸ με το επιχείρημα ότι ο νόμος αποτελεί

¹⁵⁶ Βλ. σχετικά

¹⁵⁷ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, (1990), σ. 378.

¹⁵⁸ Σχετικά με την “πολιτική” συζήτηση που προκλήθηκε στη Γαλλία από την πρόταση του Γάλλου Προέδρου Fr. Mitterand, τον Απρίλιο του 1990, να καθιερωθεί με αναθεώρηση του Συντάγματος ο παρεμπόδιον ή κατ' ένσταση έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων βλ. C. Castano, *L' exception d' inconstitutionnalite: la contrainte du droit, la force du politique*, *Revue Francaise de Droit Constitutionnel*,

την πιο αυθεντική έκφραση της μυθικής “γενικής θέλησης”,¹⁵⁹ μπροστά στην οποία υποκλίνονται όλες οι εξουσίες.

Η συζήτηση εξάλλου για τη δικαιοδοτική ή νομοθετική λειτουργία που ασκεί το γαλλικό “Συνταγματικό Συμβούλιο”, φαίνεται πως δεν έχει ακόμη λήξει.¹⁶⁰ Παρόλο που έχει πια επικρατήσει η αντίληψη ότι το Συνταγματικό Συμβούλιο ενεργεί ως δικαιοδοτικό όργανο και άρα επιτελεί ουσία δικαιοδοτική λειτουργία, μια μικρή αλλά σημαντική μερίδα της θεωρίας, χωρίς να αγνοεί τη δικαιοδοτική δραστηριότητα του Συμβουλίου, διαβλέπει στις ενέργειές του και μιαν άλλη παράλληλη, καθόλου ευκαταφρόνητη, αποστολή: τη δικαιοπαραγωγική.¹⁶¹ Υποστηρίζεται, λοιπόν, μετ’ επιτάσεως ότι το όργανο αυτό “μετέχει στη διαμόρφωση του νόμου”, με τις “τεχνικές του ελέγχου που χρησιμοποιεί”, και ότι “δημιουργεί δίκαιο, με την αναγκαία εργασία ερμηνείας των κειμένων” που προβαίνει.¹⁶²

Η γαλλική συνταγματική θεωρία βρίσκεται μπροστά σε ένα δίλημμα. Η μακροαίωνα και ένδοξη γαλλική συνταγματική παράδοση έκρινε ασυμβίβαστη με την αρχή της λαϊκής κυριαρχίας κάθε ιδέα δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας του νόμου, διότι έτσι ο δικαστής αναμειγνύοταν στο έργο του νομοθέτη, έργο που μόνο οι αντιπρόσωποι του λαού νομιμοποιούνται να επιτελούν. Ο νόμος, γνήσιο δημιούργημα της αφεγάδιαστης και αλάνθαστης “γενικής θέλησης”, είναι άθικτος. Καμμιά εξουσία δεν νομιμοποιείται να παρεμβαίνει και να ελέγχει και πολύ περισσότερο να ακυρώνει την εκάστοτε έκφραση της γενικής θέλησης. Κάθε δικαιοδοτικός εντούτοις έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων συνεπάγεται αναγκαστικά παρέμβαση στο περιεχόμενο και στη διαδικασία της νομοθετικής λειτουργίας και των αποφάσεων των νόμιμων και νομιμοποιημένων εκφραστών της γενικής θέλησης.

Ένας τρόπος για να παραμείνει αλώβητο το κύρος του νόμου είναι να γίνει δεκτό ότι το κοινοβούλιο δεν αποτελεί τον αποκλειστικό εκφραστή της γενικής θέλησης και ότι και άλλα όργανα δικαιούνται να μετέχουν μερικά στη διαμόρφωσή της και να ακούν έτσι έργο νομοθετικό.

Θέλοντας να εναρμονίσουν ακριβώς τη σύγχρονη συνταγματική πραγματικότητα με τη ρουσοϊκή αντίληψη για το νόμο, ορισμένοι σύγχρονοι Γάλλοι συνταγματολόγοι αναγκάστηκαν να δεχτούν ότι το Συνταγματικό Συμβούλιο, με τον προληπτικό έλεγχο που ασκεί στα ψηφισμένα νομοσχέδια και με την εξουσία που έχει να εμποδίζει τη δημοσίευσή τους, συμμετέχει, μαζί με άλλα κρατικά όργανα, όπως το κοινοβούλιο και η κυβέρνηση, “σ’ ένα ανταγωνιστικό σύστημα εξαγγελίας των

1990 σ. 631-649 και από ελληνική βιβλιογραφία Ν. Κανελλοπούλου, Σκέψεις γύρω από το κράτος δικαίου και την ιδιομορφία των συστημάτων ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, ΤοΣ 1994. 281 (282-83).

¹⁵⁹ Βλ. σχετικά με τη μυθική ιδιότητα του νόμου.

¹⁶⁰ Βλ. ενδεικτικά L. Favoren, La legitimité du juge constitutionnel, *Revue Internationale de droit compare*, 1994. 557-581., του ίδιου La justice constitutionnelle en Europe, *Melanges offerts a Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, J. Rivery, La fin d’ un certain absolutisme, *Pouvoirs* 13, 1986 σ. 5-16 και Ν. Κανελλοπούλου, ό.π., σ. 281 επ..

¹⁶¹ Βλ. ειδικά M. Troper, Justice constitutionnelle et democratie, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990. 1.. σ. 31-48., του ίδιου, Democratie continue et justice constitutionnelle, σε “La democratie continue” (dir. D. Rousseau), Bruylant-L.G.D.J., 1995, σ. 125-136, D. Rousseau, De la democratie continue, στον ίδιο τόμο, σ. 5-25 (17-24), του ίδιου, Droit du contentieux constitutionnel, σ. 385.

¹⁶² D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, σ. 383.

κανόνων και σχηματισμού της γενικής θέλησης¹⁶³”. Με τον τρόπο αυτό το Συμβούλιο μετατρέπεται σε ”νομοθέτη”, χωρίς να παύσει να είναι ταυτόχρονα (!) και “δικαστής”, αφού είναι δεδομένο ότι μόνο “ευκαιριακά αποφάινεται”, και κάτω από ορισμένες διαδικαστικές προϋποθέσεις, για τη “σκοπιμότητα” του νόμου, “εκφράζει” δε τη γενική θέληση με ιδιότυπο τρόπο: μόνο μέσα από τη νομολογία που δημιουργεί¹⁶⁴ και με βάση μια ειδική διαδικασία.

Ο Troper είναι μάλιστα στο σημείο αυτό κατηγορηματικός: ο “συνταγματικός δικαστής, ο οποίος αποφάινεται στο τέλος μιας ειδικής διαδικασίας και δεσμεύεται από ορισμένους διαδικαστικούς καταναγκασμούς, που συνδέονται με την οργάνωσή του και τη θέση του στο νομικό σύστημα, είναι μια αληθινή αντι-εξουσία. Συμμετέχει στο σχηματισμό του νόμου με τέτοιο τρόπο ώστε ο νόμος να εκφράζει συνολικά χάρη στην παρεμβασή του τη γενική θέληση¹⁶⁵”.

Ο νόμος όμως έχει τις ιδιότητες που του αρμόζουν μόνο όταν εκφράζει πραγματικά τη γενική θέληση και “δεν εκφράζει τη γενική θέληση παρά μόνο εφ’ όσον σέβεται το Σύνταγμα¹⁶⁶”. Ο νομοθέτης “δεν μπορεί να απαλλαγεί από την υποχρέωση σεβασμού των αρχών και κανόνων συνταγματικής αξίας που επιβάλλονται σε όλα τα κρατικά όργανα¹⁶⁷”. Ένας νόμος άρα που δεν σέβεται το Σύνταγμα, που δεν σέβεται τις δίκαιες και ορθές αρχές του, δεν εκφράζει τη γενική θέληση. Και η γενική θέληση δεν ταυτίζεται με τη θέληση της κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας της στιγμής. Όταν ο δικαστής της συνταγματικότητας ελέγχει τη συμφωνία του νόμου προς το Σύνταγμα στην ουσία ελέγχει τη συμφωνία του νόμου προς τη “γενική θέληση”, η οποία ανάγεται στη θέληση του “κυρίαρχου”, που στα δημοκρατικά πολιτεύματα είναι ο λαός. Με την έννοια αυτή ο δικαστής της συνταγματικότητας συμμετέχοντας στη διαδικασία έκφρασης της γενικής θέλησης ενεργεί έμμεσα ως αντιπρόσωπος του κυρίαρχου λαού¹⁶⁸.

Θέλοντας να παραμείνει πιστή στη δημοκρατική συνταγματική παράδοση και να μη διακόψει την ιστορική συνέχεια του γαλλικού συνταγματισμού, η γαλλική δημοκρατική συνταγματική θεωρία κατόρθωσε τα ακατόρθωτα: κατόρθωσε με βάση το “πλάσμα της γενικής θέλησης” να συμφιλιώσει την “αρχή της εθνικής κυριαρχίας” και το “άθικτο του νόμου” με τον έλεγχο της συνταγματικότητάς του από ένα Συμβούλιο που συμμετέχει στη νομοθετική λειτουργία. Για τη θεωρία αυτή, ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων όχι μόνο δεν καταστρέφει την αντιπροσωπευτική δημοκρατία ούτε αντιτίθεται σ’ αυτήν αλλά συμβιβάζεται απόλυτα μαζί της και συγκροτεί σε αρμονία με τον κλασικό ορισμό της μία από τις ενδεχόμενες και, με τις σημερινές συνθήκες, αναγκαίες μορφές της¹⁶⁹.

¹⁶³ D. Rousseau, ό.π., σ. 385

¹⁶⁴ M. Troper, *Democratie continue*, σ. 134/135, *του ίδιου*, *Justice constitutionnelle*, σ. 43.

¹⁶⁵ M. Troper, *Democratie continue*, σ. 135, *του ίδιου*, *Justice constitutionnelle*, σ. 47.

¹⁶⁶ Φράση χαρακτηριστική απόφασης του Συνταγματικού Συμβουλίου, που συμπυκνώνει και δικαιολογεί το δικαιοδοτικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων στη Γαλλία και αναφέρεται από όλους τους συγγραφείς: C.C. 81-132 16 janvier 1982.

¹⁶⁷ C.C. 85-197 23 aout 1985,

¹⁶⁸ Στο σημείο αυτό συγκλίνουν οι απόψεις των Troper και Rousseau, στις μελέτες που έχουμε παραθέσει πιο πάνω.

¹⁶⁹ Βλ. κυρίως M. Troper, *Democratie continue et justice constitutionnelle*, σ. 125-129.

Διότι η δημοκρατία δεν ταυτίζεται με την μορφή εξουσίας στην οποία η κυβέρνηση στηρίζεται απλώς στη θέληση της εκάστοτε πλειοψηφίας ούτε εξαντλείται στη μορφή εκείνη διακυβέρνησης όπου οι νόμοι κατασκευάζονται από το λαό ή τους αντιπροσώπους του. Προϋποθέτει και συνεπάγεται την προστασία των δικαιωμάτων της μειοψηφίας και την ύπαρξη κανόνων που εγγυώνται την ομαλή λειτουργία του πολιτικού ανταγωνισμού και την εναλλαγή “μειοψηφίας-πλειοψηφίας” στην εξουσία¹⁷⁰.

4. Κριτική αποτίμηση των δημοκρατικών-θετικιστικών και διαδικαστικών νομιμοποιήσεων.

Από τα προηγούμενα συνάγεται, πρώτον, ότι όλο και περισσότερο κατακτά έδαφος η αντίληψη ότι ο συνταγματικός δικαστής εφαρμόζοντας και ερμηνεύοντας το νόμο ενόψει των κανόνων του Συντάγματος μετέχει τελικά στη “δημιουργία” και στην “παραγωγή” δικαιοκρινών κανόνων και, εφ’ όσον διαθέτει και την εξουσία ακύρωσης πράξεων της νομοθετικής εξουσίας, τότε ασκεί στην κυριολεξία αυτό που ο Κέλσεν, πρώτος, αποκάλεσε “αρνητική νομοθετική εξουσία”. Δεύτερον, η εξουσία του εν λόγω δικαστή έστω και αν προκαλεί τη δημοκρατική συνείδηση, συμβιβάζεται, κατά τη γαλλική τουλάχιστον δημοκρατική θεωρία, με τη δημοκρατία είτε διότι με τον έλεγχο επιζητείται μέσω του Συντάγματος η εναρμόνιση της νομοθετικής βούλησης με τη “γενική θέληση” ή με τη θέληση του κυρίαρχου λαού, είτε διότι αξιώνεται η συμβατότητα του νόμου με τις θεμελιώδεις αρχές και αξίες, που ο κυρίαρχος λαός ως συντακτικός νομοθέτης αποτύπωσε στο θεμελιώδη νόμο του κράτους.

Με τη θεωρητική αυτή κατασκευή επιτεύχθηκε, είναι αλήθεια, η επιζητούμενη συμφιλίωση δημοκρατίας και δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας¹⁷¹. Η συμφιλίωση όμως αυτή πραγματοποιήθηκε, όπως σημειώσαμε ήδη, σε βάρος της παραδοσιακής συνταγματικής ισορροπίας μεταξύ της νομοθετικής και της δικαστικής εξουσίας και του θεμελιώδους για κάθε συνταγματικό κράτος αξιώματος της σαφούς διάκρισης των λειτουργιών μεταξύ τους.

Ανάγοντας τη νομιμοποίηση της ελεγκτικής εξουσίας του δικαστή κατευθείαν στη “γενική θέληση” (ή στη “λαϊκή κυριαρχία”), στη νομιμοποιητική δηλαδή πηγή κάθε εξουσίας, η αντίληψη αυτή αναγνωρίζει τελικά στο συνταγματικό δικαστή χωρίς να το θέλει μια διευρυμένη και ανεξέλεγκτη ουσιαστικά εξουσία, αφού του επιτρέπει, χωρίς ειδικούς ή πρόσθετους περιορισμούς που να συνάγονται από τη φύση της νέας του αποστολής, να κρίνει και να αξιολογεί τις αποφάσεις της

¹⁷⁰ Εκτενέστερα *C. Emeri*, L' 'Etat de droit dans les systemes polyarchiques europeens, *R.F.D.C.*, 1992. 27-41.

¹⁷¹ “Με την έννοια αυτή ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων μακριά από του να θίγει τη δημοκρατία, μετατρέπεται σε εγγυητή της, διότι επιτρέπει να επιβληθεί στο κοινοβούλιο και σε όλα τα όργανα του κράτους ο σεβασμός του Συντάγματος, έκφραση υπέρτατη της γενικής θέλησης και της λαϊκής κυριαρχίας. (= *D. Rousseau*, ό.π., σ. 378). “Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας δεν είναι ένα εμπόδιο ούτε μια απλή διόρθωση της δημοκρατίας αλλά το αναγκαίο εργαλείο της”. (= *M. Troper*, *Justice constitutionnelle*, σ. 33).

νομοθετικής εξουσίας. Δεν εξομοιώνει απλώς τη νομοθετική με την διαστική εξουσίας αλλά έμμεσα αναβαθμίζει τη δεύτερη σε ισότιμη της συντακτικής, αφού της αναγνωρίζει τη δυνατότητα να ερμηνεύει αυθεντικά το Σύνταγμα. Μένει έτσι αναπάντητο το πιο κρίσιμο ερώτημα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων: ποιά η έκταση και ποιά τα όρια της ελεγκτικής αυτής αρμοδιότητας; Η θεμελίωση επομένως της εξουσίας αυτής μέσω του Συντάγματος στη λαϊκή κυριαρχία ενισχύει αντί να περιορίζει τη θέση του δικαστή μέσα στο πολιτικό σύστημα και δικαιολογεί τελικά αντί να αποδυναμώνει τη δυνατότητα της αντιπαράθεσής του με το νομοθέτη.

Αμερικανικό και γαλλικό σύστημα, παρόλες τις εντελώς διαφορετικές ιστορικές καταγωγές και λογικές τους, παρόλο που ανήκουν σε δύο διαφορετικές οικογένειες δικαστικού ελέγχου και νομικού συστήματος, καταλήγουν, ειδικά σε ό,τι αφορά τη νομιμοποίηση του ελέγχου της συνταγματικότητας, σε μια κοινή θεμελίωση και από αυτή την άποψη συγκλίνουν: θεμέλιο της νομιμοποίησης θεωρείται το ίδιο το Σύνταγμα, ως έκφραση πρωταρχική ή υπέρτατη και πλέον αυθεντική της λαϊκής κυριαρχίας, τη στιγμή που η ίδια εμφανίζεται και ενεργεί ως συντακτική εξουσία.

Και τα δύο όμως συστήματα μένουν εγκλωβισμένα σε μια θετικιστική και βουλευσιοκρατική προσέγγιση και εξήγηση του φαινομένου, αφού η θεμελίωση της δικαστικής εξουσίας ανάγεται τελικά στη θετικοποιημένη στο κείμενο του Συντάγματος θέληση της κυρίαρχης εξουσίας. Παρόμοια προσέγγιση, επειδή δεν μπορεί να απορριφθεί εκ των προτέρων ως η πλέον διαδεδομένη και πειστική, χρειάζεται μια προσεκτική επανεξέταση ενόψει των νέων σχέσεων κράτους και κοινωνίας και των μετεξελίξεων της Δημοκρατίας και των μεταμορφώσεων του Δικαίου, που θα εξετάσουμε στη συνέχεια.

D. Απόπειρα κατασκευής μιας μεταθετικιστικής θεωρίας για τη νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

Οι θεωρίες για τη νομιμοποίηση του δικαστικού ελέγχου, που εξετάσαμε, αναφέρονται κατά προτεραιότητα άλλες στην έννοια του “Συντάγματος” άλλες στην έννοια των “δικαιωμάτων του ανθρώπου” ή των “θεμελιωδών ελευθεριών” και άλλες στην έννοια της “λαϊκής κυριαρχίας”. Καμμιά όμως από αυτές τις έννοιες δεν μπορεί να παράσχει, όπως είδαμε, από μόνη της μια επαρκή και πειστική εξήγηση της σημερινής αίγλης του θεσμού. Μόνο μια συνδυασμένη επανεξέταση της σημερινής σημασίας των συνταγματικών αυτών κατηγοριών θα μπορούσε να οδηγήσει στην ανακάλυψη του κρυμμένου δυναμισμού της συνταγματικής δικαιοσύνης.

1. Η αναγωγή στο Σύνταγμα ως σύστημα θεμελιωδών αρχών οργάνωσης του κράτους και της

Η σημερινή εντυπωσιακή ανάπτυξη του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων πρέπει να αποδοθεί, κατά πρώτο λόγο, στη νέα σημασία που έχει αποκτήσει και στις νέες λειτουργίες που έχει αναλάβει και ασκεί στο νομικό και πολιτικό σύστημα κάθε χώρας ο θεμελιώδης νόμος της, το Σύνταγμα¹⁷².

Είναι γεγονός ότι το Σύνταγμα με την τυπική του όρου έννοια, ως κείμενο, δηλαδή, που το μόνο προσόν που διαθέτει είναι ότι έχει αυξημένη τυπική δύναμη και απαιτεί για το λόγο αυτό και μόνο από όλες τις συντεταγμένες εξουσίες την υποταγή και συμφωνία των αποφάσεών τους στο ίδιο, γίνεται πολύ συχνά, όπως είδαμε, αντικείμενο επίκλησης για τη θεμελίωση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας. Η θετικιστική αυτή αντίληψη, που είναι αλήθεια ευρέως διαδεδομένη, αδυνατεί ωστόσο να εξηγήσει τη σημερινή έξαρση του θεσμού και να δικαιολογήσει την εντυπωσιακή εξουσία που βρέθηκε να έχει με τον έλεγχο αυτό στα χέρια του ο δικαστής της συνταγματικότητας. Δεν είναι δηλαδή σε θέση να εξηγήσει τη σημερινή καθολική διάδοση της συνταγματικής δικαιοσύνης και τη διαρκή δεύρυνση των ορίων της δικαστικής έρευνας.

Η κεντρική θέση που έχει καταλάβει στα σημερινά νομικά συστήματα η φυσιογνωμία του δικαστή της συνταγματικότητας δεν μπορεί να εξηγηθεί, παρά μόνο με αναφορά στην κοινωνική ανάγκη που υπαγορεύει τη συχνή και πυκνή αναγωγή στο Σύνταγμα των διάφορων υποκειμένων και των ομάδων συμφερόντων¹⁷³. Με την επίκληση του Συντάγματος, που έχει προσλάβει στις μέρες μας τη μορφή

¹⁷² Για το νέο ρόλο και τις νέες σημασίες του Συντάγματος στις σύγχρονες πλουραλιστικές δημοκρατίες βλ. αντί άλλων *G. Zagrebelsky*, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, ιδίως σ. 20-50, *του ίδιου*, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988, σ. 52-69, και από τη γαλλική βιβλιογραφία κυρίως, *Yves Poirmeur*, *Themes et debats autour du constitutionnalisme*, και *D. Rousseau*, *Les constitutionnalistes, les politistes et le renouveau de l' idee de constitution*, σε “*Droit et politique*”, P.U.F. 1993, σ. 13-39 και 40-52, *του ίδιου*, *Une resurreccion, la notion de constitution*, *Rev. du droit public*, 1990, σ. 5. Βλ. σχετικά και *Αντ. Μαντάκη*, *Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος*, Αθήνα, Αντ. Σάκκουλας, 1996, 243 επ.

¹⁷³ Βλ. και τόμος I. σ. 201 επ. και τη μελέτη μου, *Η πολυσήμαντη επιστροφή του κράτους δικαίου*, σε “*‘Οψεις του κράτους δικαίου*”, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1990, σ. 27-68 (53-57).

επιδημίας, επιδιώκεται η άρση νομικών αμφισβητήσεων ή πολιτικών διαφορών που ανακύπτουν και η διασφάλιση, καθόσον αφορά τις έννομες σχέσεις, της ενότητας δικαίου, και σε ό,τι αφορά τις πολιτικές σχέσεις, της αναγκαίας πολιτικής ενότητας του κράτους και της κοινωνίας. Συνυφαίνεται άρα η σημερινή αίγλη της συνταγματικής δικαιοσύνης με τις νέες σημασίες που έχει αποκτήσει το Σύνταγμα, το οποίο γίνεται σεβαστό και λατρεύεται ως κείμενο ιερό και απαραβίαστο όχι επειδή οι διατάξεις του συμβαίνει να διαθέτουν αυξημένη τυπική δύναμη, αλλά επειδή εγκοιλώνεται θεμελιώδεις αρχές ή αξίες της κοινωνικής συμβίωσης, που γίνονται αποδοκίματες από όλα τα μέλη της κοινότητας και οι οποίες έχουν την ικανότητα να συνέχουν νοηματικά τις έννομες σχέσεις κομίζοντας σε κάθε εφαρμογή τους νέα, διαρκώς ανανεώσιμες και προσαρμοσμένες στις ιδιαιτερότητες της κάθε περίπτωσης σημασίες. Το Σύνταγμα αναδεικνύεται έτσι σε μόνιμο πεδίο αναφοράς τόσο για τη νομιμοποίηση ή δικαιολόγηση των αποφάσεων της εξουσίας, όσο και για τη διεκδίκηση δικαιωμάτων και την προστασία συμφερόντων και μετατρέπεται αναγκαστικά σε πεδίο έλλογης και συμβολικής διευθέτησης της διαρκούς σύγκρουσης συμφερόντων και αξιών. Η αυξημένη τυπική δύναμη των συνταγματικών διατάξεων είναι δευτερογενής ή παράγωγη συνέπεια της ουσιαστικής σημασίας και συμβολικής αξίας του Συντάγματος.

Η επίκληση του Συντάγματος προκειμένου να κριθεί η συνταγματικότητα ενός νόμου έχει άρα -και όχι μόνο στην Ελλάδα- την έννοια της προσφυγής σε ορισμένες υπέρτερες ή θεμελιώδεις αρχές οργάνωσης του κράτους και της κοινωνίας¹⁷⁴, τις οποίες δεν επιτρέπεται, επειδή διαθέτουν διαχρονική ισχύ και οικουμενική αποδοχή, να θίξει ο κοινός νομοθέτης, που ενεργεί, συνήθως, με βάση τις εφημερες και συγκυριακές επιδιώξεις των κυρίαρχων πολιτικών δυνάμεων. Ο γενικός, αόριστος και ασαφής εξάλλου χαρακτήρας των αρχών αυτών -όπως είναι η προσωπική ελευθερία, η αξιοπρέπεια, η ελευθερία της σκέψης, της συνείδησης και της επικοινωνίας, η ισότητα, το δικαίωμα εργασίας και ασφάλισης, η ελευθερία του συνδικαλισμού, η ασφάλεια δικαίου κ. ά., αρχές που συνδέονται με την υποκειμενική κατάταση των ατόμων ή των ομάδων αλλά και με τη νόμιμη δράση του κράτους - δεν καθιστά την προστατευτική τους λειτουργία επισφαλή. Επιτρέπει, αντίθετα, τη διαρκή προσαρμογή του νοήματός τους στις απαιτήσεις των καιρών και τη συγκεκριμένη κάθε φορά απόλαυσή τους ανάλογα με τις περιστάσεις και τις ιδιομορφίες της κάθε υπόθεσης¹⁷⁵, χωρίς να θίγεται η ενότητα και η συνοχή του δικαιικού συστήματος.

Η επιτακτική άρα ανάγκη αναγωγής σε ορισμένες σταθερές, θεμελιώδεις και γενικές, αλλά με ρευστό¹⁷⁶ και εύπλαστο κανονιστικό περιεχόμενο, αρχές της κοινωνικής και πολιτικής συμβίωσης,

¹⁷⁴ Τη σημασία που έχει για το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων η αναγωγή στις θεμελιώδεις αρχές της έννομης τάξης, καθώς και το ρόλο που ασκούν οι ίδιες κατά τον έλεγχο αυτό θα εξετάσουμε διεξοδικά στα επόμενα κεφάλαια με αναφορές κυρίως στις αποφάσεις της νομολογίας. Το ζήτημα έχει απασχολήσει και την ελληνική θεωρία, βλ. μεταξύ άλλων από την πιο πρόσφατη βιβλιογραφία Διον. Αναγνωστόπουλου, *Θεμελιώδεις αρχές και κατάχρηση εξουσίας στον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων*, ΤοΣ 1995. 617.

¹⁷⁵ Βλέπε σχετικά, M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, σ. 62-68, 253 επ. 275-279, και L. Favoreu, *rapport*, σ. 65

¹⁷⁶ Σχετικά με το ρευστό κανονιστικό περιεχόμενο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων βλ. το έργο της M. Delmas-Marty

πέρα και πάνω από τις καθημερινές κυβερνητικές μεταβολές και τις απρόβλεπτες διακυμάνσεις της πολιτικής ζωής, προσέδωσε πρόσθετη κανονιστική αίγλη στις συνταγματικά κατοχυρωμένες ελευθερίες και στα δικαιώματα του ατόμου και αναζωογόνησε την αυξημένη τυπική ισχύ τους και τη ρυθμιστική αξία τους.

Η συνταγματική αυτή αναβάπτιση -τυπική και ουσιαστική- των συνταγματικών ελευθεριών σε όλα τα σύγχρονα Σύνταγματα της μεταπολεμικής περιόδου, δεν δηλώνει απλώς την ιδεολογική απέχθεια των φιλελεύθερων δημοκρατιών προς τα ολοκληρωτικά φασιστικά ή κρατικο-κομμουνιστικά καθεστώτα, καταγράφει παράλληλα την απόφαση των πολιτικών αυτών συστημάτων να κατοχυρώσουν τις ατομικές και κοινωνικές ελευθερίες ως συστατικά και ουσιώδη στοιχεία του πολιτεύματος ή του πραγματικού συντάγματος¹⁷⁷, προστατεύοντάς τες έτσι από τις εφήμερες, αυθαίρετες και αδικαιολόγητες αποφάσεις του νομοθέτη¹⁷⁸.

Αλλά η αναφορά στο Σύνταγμα επιτελεί και μιαν άλλη εξίσου σημαντική λειτουργία: επειδή το Σύνταγμα εγκοιλώνεται θεμελιώδεις και διαχρονικές αξίες τις κοινωνικής συμβίωσης (ελευθερία, ισότητα, αξιοπρέπεια, κοινωνική αλληλεγγύη, προστασία περιβάλλοντος, υγεία, παιδεία, κοινωνική ασφάλεια, κ. ά), οι αξίες αυτές μετασχηματισμένες σε αρχές κανονιστικές μπορούν και χρησιμεύουν, λόγω του γενικού και κοινά αποδεκτού περιεχομένου τους, ως γνώμονες και μέτρα στάθμισης ή ως ύπατοι κανόνες αναφοράς για τη δικαιική αξιολόγηση κρατικών πράξεων και ιδιωτικών συμπεριφορών ή ακόμη ως κριτήρια ερμηνείας νομικών διατάξεων και θεμελίωσης νομικών κρίσεων και συλλογισμών. Το Σύνταγμα λειτουργεί έτσι ως μέσο εξασφάλισης της αναγκαιότητας για κάθε έννομη τάξη ενότητας και ασφάλειας δικαίου με την παροχή “αντικειμενικών”, “δικαιών”, “ορθολογικά θεμελιωμένων” και “καθολικά αποδεκτών” ερμηνευτικών κριτηρίων για την επίλυση νομικών διαφορών και αμφισβητήσεων και για τη νομική αξιολόγηση κρατικών πράξεων ή δικαιοπραξιών¹⁷⁹.

Λειτουργεί επομένως: α) ως συνεκτικός ιστός της έννομης τάξης και της πολιτικής κοινωνίας, β) ως ύπατος ερμηνευτικός οδηγός των εννόμων σχέσεων και σημείο αναφοράς ή γνώμονας για την αξιολόγηση κρατικών πράξεων και δικαιοπραξιών και γ) ως ανεξάντλητη πηγή νομιμοποίησης των αποφάσεων της εξουσίας και των διεκδικήσεων των πολιτών.

Στη σύγχρονη πλουραλιστική δημοκρατία οι πολιτικές δυνάμεις μετατρέπουν άλλωστε συχνά την πολιτική σύγκρουση σε συνταγματική διαφορά επιζητώντας τη θεσμική και ει δυνατόν τη δικαιοδοτική επίλυσή της από μια βαθμίδα εξουσίας αμερόληπτη και αδέκαστη με βάση κανόνες αντικειμενικούς και καθολικά αποδεκτούς με απώτερο σκοπό τη διασφάλιση της ενότητας του

¹⁷⁷ Ως πραγματικό σύνταγμα εδώ νοείται κυρίως “ο πυρήνας των υπέρτατων αρχών και αξιών που ισχύουν σε μια συνταγματική τάξη και καθορίζουν την εξέλιξη, την ερμηνεία και την εφαρμογή των κανόνων της”, Βλ. *Αντ. Μαντάκη*, Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος, σ. 160-199.

¹⁷⁸ Βλ. *M. Cappelletti*, ό.π., σ. 64-67, 92-96, 217-234, 243, *L. Favoreu*, Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale, *Revue du droit Public*, 1984, σ. 1175-1177, 1183, 1197 επ., (=Le contrôle juridictionnel des lois, *Economica-PUAM*, 1986, σ. 43 επ. 64-65), του *ίδιου*, “La protection des droits fondamentaux”, σ. 271-276.

¹⁷⁹ Βλ. αναλυτικότερα τόμος I, σ. 201-212.

κράτους και της κοινωνίας. Μια ενότητα όμως που δεν είναι δεδομένη αλλά κατασκευάζεται, όπως θα δούμε, μέσα από την αντιπαράθεση και τη διαφορά, που διαμορφώνεται μέσα από συγκεκριμένες κάθε φορά συνθήκες, μια ενότητα που διατυπώνεται με όρους και διαλόγους νομικούς και πέραν μέσα από την αρμονική συνάρθρωση της αντικειμενικής νομιμότητας, όπως αυτή αποτυπώνεται στο νόμο, με τις υποκειμενικές έννομες αξιώσεις των ατόμων, όπως αυτές μορφοποιούνται στα συνταγματικά δικαιώματα.

2. Η υποταγή της λαϊκής κυριαρχίας μέσω του δικαστικού ελέγχου στις απαιτήσεις της τυπικής και ουσιαστικής συνταγματικής νομιμότητας ή η υποταγή της πλειοψηφικής αρχής στις αρχές της πολιτικής ισότητας και ελευθερίας.

Η νέα αυτή θεώρηση του Συντάγματος μετατρέπει και τη σχέση της λαϊκής κυριαρχίας με το ίδιο: η υποταγή της “λαϊκής κυριαρχίας” στο Σύνταγμα και η άσκησή της κατά τους “ορισμούς” και “περιορισμούς” του δεν δηλώνει απλώς την τυπική πλαίσιωσή της από περιοριστικούς νομικούς κανόνες¹⁸⁰, εκφράζει την καταναγκαστική ένταξή της σε μια αενάως αναδιαμορφωμένη δικαιοκρατική ενότητα, της οποίας τα πρωταρχικά συστατικά της είναι η “ελευθερία” η “ισότητα” και η “ασφάλεια”. Η λαϊκή κυριαρχία δεν νοείται άλλωστε, όπως σημειώσαμε ήδη αναλυτικά στον πρώτο τόμο¹⁸¹, ανεξάρτητα ή έξω ή πάνω από το Σύνταγμα, αφού υπάρχει και λειτουργεί δυνάμει του Συντάγματος, από το οποίο αντλεί την ισχύ της και στο οποίο συναντά τα όριά της.

Το Σύνταγμα όμως με τη σύνθετη σημασία του όρου, τυπική και ουσιαστική, δεν τιθασεύει απλώς την τυπική παντοδυναμία της λαϊκής κυριαρχίας ορθώνοντας διαδικαστικού μόνο χαρακτήρα κανόνες για την οργάνωση του κράτους και την προστασία των ελευθεριών. Η βούληση της κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας είναι, βέβαια, υποχρεωμένη κατ’ αρχήν να ειδηλώνεται με τους όρους και τις διαδικασίες που προβλέπει το Σύνταγμα και να σέβεται τις συνταγματικές διαδικαστικές εγγυήσεις, που έχουν θεσπιστεί για την προστασία της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας, όπως είναι η αρχή της διάκρισης των εξουσιών, η επιφύλαξη του νόμου, η αρχή της νομιμότητας, η ανεξαρτησία της δικαιοσύνης, η αρχή της χρηστής διοίκησης, της ασφάλειας και βεβαιότητας δικαίου, κ.ά. Παράλληλα όμως με το σεβασμό των διαδικαστικών αυτών κανόνων το Σύνταγμα υποβάλλει τη λαϊκή κυριαρχία, όταν ιδίως εκφράζεται ως κυβερνητική πλειοψηφία καταστρώνοντας σχέδια νομοθετικής πολιτικής, στην υποχρέωση να μη αντιστρατεύεται τις συνταγματικές αρχές, ουσιαστικού περιεχομένου, όπως είναι η αξιοπρέπεια του ανθρώπου, η ισότητα, η ελευθερία του λόγου, η ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, η κοινωνική δικαιοσύνη και αλληλεγγύη. κ.ά. “Αρχές” και “πολιτικές” συντείνουν στη συγκρότηση ενός λογικά συνεκτικού συνόλου που χρειάζεται συνεχώς, ανάλογα με την περίπτωση, διαρρύθμιση και διευθέτηση με βάση τη λογική

¹⁸⁰ Βλ. αναλυτικά για τη συνταγματική δέσμευση της λαϊκής κυριαρχίας, πρώτο τόμο, σ. 294 επ.

¹⁸¹ Βλ. πρώτο τόμο, σ. 296-297.

του Δικαίου και το Λόγο του Συντάγματος. Η λαϊκή κυριαρχία ως διαδικασία οφείλει άρα να υπηρετεί με ευλάβεια τις συνταγματικές αξίες της ελευθερίας, της ισότητας και της αξιοπρέπειας του ατόμου και να μη αντιτίθεται στους συνταγματικούς στόχους του κράτους πρόνοιας.

Γι' αυτό και η λαϊκή κυριαρχία δεν μπορεί να νοηθεί απλά ως ένα σύνολο διαδικασιών διαλογικής διαμόρφωσης της πολιτικής βούλησης, όπως υποστηρίζει ο Χάμπερμας¹⁸². Διότι οι διαδικασίες αυτές συντελούνται σε ένα περιβάλλον που δονείται από μια διαρκή πάλη συμφερόντων και αξιών. Οι μορφές και οι σημασίες που αποκτούν κάθε φορά οι διαδικασίες πραγμάτωσης της λαϊκής κυριαρχίας δεν μπορεί να είναι ανεξάρτητες από το περιεχόμενο των στόχων και επιδιώξεων της εξουσίας ή των νόμιμων προσδοκιών των ατόμων καθώς και του νομικού ή πολιτικού πολιτισμού της κοινωνίας (παραδόσεων, παιδείας, πολιτικών και νομικών πρακτικών κλπ.). Οι διαδικαστικές μορφές της κυριαρχίας συναρτώνται άρα αναγκαστικά με το περιεχόμενο και τους σκοπούς των ατομικών και συλλογικών πρακτικών που καλούνται να οργανώσουν και εκφράσουν οι ίδιες. Υπάρχει, λοιπόν, μία αλληλεξάρτηση της διαδικαστικής λογικής ή των διαδικαστικών τύπων και του ουσιαστικού περιεχομένου της ατομικής και κοινωνικής ή πολιτικής αυτονομίας που οι διαδικασίες οφείλουν να οργανώνουν και να εγγυώνται. Οι σχέσεις μάλιστα μεταξύ μορφής και περιεχομένου, τύπου και ουσίας δεν είναι ποτέ στατικές, παρουσιάζουν μια δυναμική που επιδρά στις ίδιες τις σχέσεις τους αλλά και στην εκάστοτε φυσιογνωμία τους.

Το πόσο στενά εξαρτημένα είναι η διαδικαστική σύλληψη της λαϊκής κυριαρχίας με το ουσιαστικό περιεχόμενο της δημοκρατίας φαίνεται και από τη σύνδεση που υπάρχει μεταξύ του διαδικαστικού κανόνα της πλειοψηφικής αρχής και των αρχών της ισότητας και της ελευθερίας¹⁸³.

Η πλειοψηφική αρχή ως διαδικαστική έκφραση της δημοκρατικής αρχής προϋποθέτει και στηρίζεται σε δύο έννοιες που αποτελούν και τους ακρογωνιαίους λίθους της Δημοκρατίας: α) την πολιτική ισότητα και β) τον πολιτικό αυτοκαθορισμό ή την πολιτική αυτονομία των πολιτών. Η επίκληση όμως των δύο αυτών πολιτικών αξιών ως ουσιαστικού θεωρητικού υπόβαθρου του αντιπλειοψηφικού χαρακτήρα του δικαστικού ελέγχου μετακινεί δειλά και αδιόρατα τη θεμελίωση του ελέγχου από μια διαδικαστικού αρχικά επιχειρηματολογία σε μια ουσιαστική δικαιολόγηση.

Αναλυτικότερα, η πλειοψηφική αρχή υπονοεί, πράγματι, σύμφωνα με τη δημοκρατική πάντα θεωρία,¹⁸⁴ στην πολιτική ισότητα των πολιτών. Όλοι οι πολίτες διαθέτουν την ίδια πολιτική δύναμη, ενώ η ψήφος και η βούληση του κάθε πολίτη έχει την ίδια νομική βαρύτητα με τη θέληση κάθε

¹⁸² Βλ. σχετικά Χάμπερμας (*par;auema ar;o ke;imen;o toy roy br;isketai so*) και Lenoble,

¹⁸³ Σχετικά με τη σημασία της ισότητας και ελευθερίας ως συστατικών στοιχείων του εννοιολογικού περιεχομένου της δημοκρατικής αρχής βλέπε κυρίως, *Αρ. Μάρεση*, Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος, τ. II, 1965, σ. 37-52 και τις κλασικές αναλύσεις του *H. Kelsen*, *La democratie, sa nature, sa valeur*, (γαλλική μετάφραση του), *Economica*, 1988, ιδίως σ. 17-24, 34-36, 57-67, σε σχέση και με την πλειοψηφική αρχή.

¹⁸⁴ Βλ. κυρίως *Αρ. Μάρεση*, Αι Εγγυήσεις, II, σ. 48-50, *H. Kelsen*, ό.π., σ. 17-24 και 57-67, και ειδικά για τον έλεγχο της συνταγματικότητας *J. D. Whyte*, "Judicial Review and Democratic Theorie", rapport au Colloque "Le controle juridictionnel des lois", (publie par L. Favoreu et J.-A. Jolowicz), *Economica-P.U.A.M.*, Paris, 1986, σ. 155-174.

άλλου πολίτη. Η ισοδυναμία της πολιτικής τους θέσης δεν ισχύει μόνο τη στιγμή που εκδηλώνεται η εκλογική τους βούληση και σχηματίζεται η πλειοψηφούσα θέληση αλλά καθόλη τη διάρκεια άσκησης της εξουσίας: τόσο στη φάση διαμόρφωσης όσο και τη στιγμή της εφαρμογής των πολιτικών αποφάσεων. Πολιτική ισότητα σημαίνει ακόμη ίση πολιτική συμμετοχή των πολιτών στις αποφάσεις που τους αφορούν¹⁸⁵ αλλά και ίση πολιτική προστασία των συμφερόντων και δικαιωμάτων τους. Τα δικαιώματα και συμφέροντα τόσο της πλειοψηφίας όσο και της μειοψηφίας έχουν ή πρέπει να έχουν από μια δημοκρατική εξουσία ισότιμη μεταχείριση και να προστατεύονται ή να λαμβάνονται υπόψη από το νομοθέτη ή το δικαστή εξίσου. Η απαίτηση της ίσης προστασίας των δικαιωμάτων της μειοψηφίας απέναντι στα δικαιώματα και στις αποφάσεις της πλειοψηφίας αποτελεί την πρωταρχική δημοκρατική δικαιολόγηση της επιβολής περιορισμών στην εξουσιαστική δύναμη της πλειοψηφίας¹⁸⁶.

Καμιά ομάδα συμφερόντων, καμιά κατηγορία δικαιωμάτων είτε ανήκει στην πλειοψηφία είτε στην μειοψηφία δεν δικαιούται να έχει ευνοϊκή ή διαφορετική μεταχείριση σε σχέση με τις άλλες. Τα συνταγματικά δικαστήρια νομιμοποιούνται να εμποδίζουν την επικράτηση τέτοιων μεροληπτικών υπέρ μιας ομάδας νομοθετικών επιλογών προκειμένου να προστατεύσουν την ισότητα στην ελευθερία και στα δικαιώματα, την ίση, δηλαδή, ελευθερία. Δικαιούνται άρα με την επίκληση της ανάγκης της οριοθέτησης της κυβερνητικής πλειοψηφίας από τη συνταγματική επιταγή της ίσης προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων και των συμφερόντων να υποβάλλουν τις νομοθετικές αποφάσεις σε έλεγχο ενόψει των κανόνων του Συντάγματος, που ούτως ή άλλως εμνηύουν τα ίδια.

Παράλληλα όμως με την πολιτική ισότητα η δημοκρατική αρχή και ο διαδικαστικός κανόνας της πλειοψηφίας προϋποθέτουν την, και στηρίζονται στην αρχή της πολιτικής αυτονομίας ή ελευθερίας. Η δημοκρατία, γράφει ο Μάνεσης¹⁸⁷, εφραλίζει, διασφαλίζει και πραγματοποιεί την πολιτική ελευθερία, η δε πολιτική ελευθερία έγκειται στην πληρέστερη ταύτιση αρχόντων και αρχομένων, στη δυνατότητα αυτοκαθορισμού του μεγαλύτερου μέρους των πολιτών, διότι μόνο όταν οι πολίτες έχουν τη δυνατότητα να “αυτοκαθορίζονται” είναι πολιτικά ελεύθεροι.

Οι πολίτες όμως ως τυπικά ίσα και ελεύθερα υποκείμενα δικαίου και φορείς δικαιωμάτων συμμετέχουν ισότιμα στη διαμόρφωση πολιτικής βούλησης όχι μόνο με την εκλογή αντιπροσώπων σε τακτά χρονικά διαστήματα αλλά και με τη διαρκή και ενεργό συμμετοχή τους στη διαδικασία διαμόρφωσης και εκτέλεσης των αποφάσεων της πλειοψηφίας. Οι εκλογές “δεν είναι το μοναδικό, αποκλειστικό και επαρκές διακριτικό γνώρισμα της δημοκρατίας, δεν ήταν ούτε είναι ο μοναδικός τρόπος λαϊκής συμμετοχής στην άσκηση της εξουσίας”¹⁸⁸. Η πολιτική συμμετοχή των πολιτών στην επεξεργασία και εκτέλεση των κρατικών αποφάσεων μπορεί να εκδηλώνεται και σε στιγμές

¹⁸⁵ “Πάντας ομοίως κοινωνείν του κατά μέρος άρχειν και άρχεσθαι”, *Αριστοτέλους*, Πολιτικά, Η 14. 1332β, και αναλυτικότερη παρουσίαση των σχετικών ρήσεων του Αριστοτέλη, από *Αρ. Μάνεση*, ό.π., σ. 46 και 48, σημ. 3 και 9.

¹⁸⁶ Βλ. *Αρ. Μάνεση*, ό.π., σ. 43.

¹⁸⁷ *Αρ. Μάνεσης*, ό.π., σ. 38-39, *τον ίδιου*, Το Συνταγματικόν Δίκαιον ως τεχνική της πολιτικής ελευθερίας, (ανάτυπο), Θεσσαλονίκη, 1962, ιδίως σ. 46 επ. .

¹⁸⁸ *D. Rousseau*, *De la democratie continue*, σ. 23.

διαφορετικές από τις ειλογικές. Η πολιτική δημοκρατία οφείλει να προσφέρει στις μειοψηφίες τη δυνατότητα να παρεμβαίνουν μεταξύ του διαστήματος των βουλευτικών εκλογών και να συμμετέχουν στη διαμόρφωση της γενικής θέλησης εξαναγκάζοντας την πλειοψηφία να λαμβάνει υπόψη τις απόψεις της μειοψηφίας και ενδεχομένως να τις ενσωματώνει στις αποφάσεις της¹⁸⁹.

Η δημοκρατική αρχή τελεί άλλωστε υπό τον όρο της μεταβλητότητας των σχέσεων πλειοψηφίας-μειοψηφίας και του προσωρινού χαρακτήρα του αποτελέσματος της ψηφορίας, καθώς και του απόλυτου σεβασμού του συστήματος των δικαιωμάτων, πάνω στα οποία βασίστηκε ο σχηματισμός της πλειοψηφούσας θέλησης και τα οποία συγκροτούν και εγγυώνται την αυτονομία των πολιτών και την ύπαρξη της μειοψηφίας¹⁹⁰.

3. Η έρευνα της συνταγματικότητας στο μεταίχμιο της διαδικαστικής και της ορθολογικής ως προς τον σκοπό ή την αξία νομιμοποίησης.

Η έρευνα της συνταγματικότητας του νόμου γίνεται ακόμη αναγκαία και προκαλείται από την εγγενή απροσδιοριστία των κανόνων δικαίου γενικά, ιδίως όμως των κανόνων που συνάγονται από τις συνταγματικές διατάξεις, απροσδιοριστία που έχει ενταθεί επικίνδυνα στη σημερινή εποχή κρίσης του κοινωνικού κράτους και της πολιτικής¹⁹¹. Το φαινόμενο αυτό της ριζικής απροσδιοριστίας των δικαιοκάνονων, που άλλοτε εμφανίζεται ως ασάφεια ή αοριστία της κρινόμενης νομοθετικής ρύθμισης και άλλοτε ως πολυσημία τείνει να προσλάβει σήμερα εκρηκτικές διαστάσεις, όταν ιδίως συνδυάζεται με τη σημερινή εντυπωσιακή πολυνομία, την απεραντοσύνη και τη λεπτομερειακή διατύπωση των σύγχρονων νομοθετημάτων¹⁹². Δημιουργεί πάντως επικίνδυνες ρωγμές στο παραδοσιακό οικοδόμημα της ασφάλειας και ενότητας του δικαίου και ακολουθεί το κοινωνικό κράτος σε όλες του μορφές.

Τις δικαιοκτικές ανασφάλειες καλείται να καλύψει ο δικαστής της συνταγματικότητας κυρίως με την δυνατότητα που έχει δικονομικά να προσφεύγει στις θεμελιώδεις αρχές του πολιτεύματος και της έννομης τάξης. Η σημερινή τεράστια σημασία που έχουν αποκτήσει οι γενικές αρχές του δικαίου ή οι ρήτρες και οι αόριστες έννοιες στην κοινωνική ρύθμιση και ιδίως στη φάση της εφαρμογής του δικαίου εξηγείται από το γεγονός ότι με τη δικαστική προσφυγή σε αρχές και ρήτρες επιδιώκεται να αναπληρωθεί το έλλειμμα της βεβαιότητας και ενότητας του δικαίου, που δημιουργείται από την ασάφεια,

¹⁸⁹ Βλ. *D. Rousseau*, ό.π., σ. 21-25

¹⁹⁰ Βλ. σχετικά Π. Σούβλα, *Η διαπλοκή δικαίου και πολιτικής*, σ. και *Χάμπερμας*, ό.π., σ. 250

¹⁹¹ Ειδικά για το ζήτημα της απροσδιοριστίας των κανόνων δικαίου και των επιπτώσεών της κατά τη δικαστική εφαρμογή τους βλ. *J. Lenoble*, *Modeles de rationalite et crise de la democratie*, σε “*La democratie continue*” σ. 77-89, *Le juge et la modernite Le debat* no 74, 1993, σ. 180-181, *τον ίδιου*, *Droit et communication: Jurgen Habermas*, σε “*La Force du droit*”, (sous la dir. P. Bouretz), Paris, Esprit, 1991, σ. 163 επ., (184-190), καθώς και τη μελέτη των *J. Lenoble et Bertin*, *L’ espace public comme procedure*, σ. 98-104.

¹⁹² Σχετικά με το φαινόμενο του νομοθετικού πληθωρισμού και τη νομοθετική εξειδίκευση, βλ. τόμο Ι. σ. 254-259.

αντιφατικότητα, μεταβλητότητα και έλλειψη γενικότητας της ειδικής νομοθετικής ρύθμισης¹⁹³. Η συχνή αναγωγή άρα στις συνταγματικές αρχές είναι απόρροια της ανάγκης διασφάλισης της ασφάλειας, βεβαιότητας και συνοχής του δικαίου, έρχεται δε να καλύψει τα νομοθετικά κενά και τις αντιφάσεις της νομοθετικής ρύθμισης και να αντισταθμίσει ή μετριάσει την πολυσημία, αοριστία ή απροσδιοριστία των κανόνων του δικαίου.

Η ανάπτυξη του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των συμβαδίζει, άρα, με τον αυξημένο ρόλο που έχουν αναλάβει και ασκούν οι ρήtores και οι αόριστες έννοιες του Συντάγματος κατά την εφαρμογή του δικαίου. Η εφαρμογή των νόμων αποκτά την εποχή του κοινωνικού κράτους δικαίου μια σχετική αυτοτέλεια και αναδεικνύεται σε στιγμή εξίσου σημαντική όσο και η στιγμή θέσπίσής τους. Η στιγμή μάλιστα της εφαρμογής μιας νομοθετικής διάταξης σε μια συγκεκριμένη περίπτωση απαιτεί μια ειδική και αυτοτελή αιτιολόγηση και δικαιολόγηση, συχνά αναξάρτητη από τη γενική αιτιολόγηση και νομιμοποίηση του νόμου που την εμπεριέχει.

Ο δικαστής του διάχυτου και παρεμπόμπτος δικαστικού ελέγχου οφείλει να διαπλάσει και εκδόσει απόφαση που να λαμβάνει υπόψη του τις ιδιαίτερες περιστάσεις της κάθε συγκεκριμένης υπόθεσης και να καταλήγει σε συμβιβασμό μετά από στάθμιση συγκρουομένων δικαιωμάτων ή αγαθών. Η αιτιολόγηση της απόφασής του πρέπει να βασίζεται εξάλλου σε σκεπτικό που να δείχνει ότι η επιλογή του νομοθέτη έχει κριθεί και αξιολογηθεί τελικά τόσο σε σχέση με τους σκοπούς όσο και σε σχέση με τις συνταγματικές αρχές που το συνταγματικό κράτος υπηρετεί¹⁹⁴. Γι' αυτό και οι νομοθετικές αποφάσεις κρίνονται, αξιολογούνται και θεωρούνται δικαιολογημένες είτε διότι ανταποκρίνονται στους σκοπούς που επιδιώκουν χρησιμοποιώντας ανάλογα προς αυτούς μέσα είτε διότι δεν συγκρούονται με τις θεμελιώδεις αρχές ή αξίες που διέπουν και συνέχουν το σύστημα¹⁹⁵. Ο δικαστής οφείλει να ελέγξει τις συγκεκριμένες επιλογές πολιτικής του νομοθέτη ενόψει των αρχών και σκοπών αυτών.

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας ενός νόμου είναι λοιπόν, προσανατολισμένος την εποχή του κράτους πρόνοιας τόσο στην εξέταση από άποψη συνταγματικότητας των επιδιώξεων και επιλογών πολιτικής του νομοθέτη ενόψει των συνταγματικά επιτρεπόμενων ή επιβαλλόμενων σκοπών της κοινωνικής, οικονομικής, εκπαιδευτικής ή περιβαλλοντικής πολιτικής του κράτους, όσο και στην αξιολόγηση πραγματικών και νομικών καταστάσεων με βάση θεμελιώδεις δικαιοτικές αρχές και ηθικοπολιτικά αξιώματα.

Μια νομοθετική πράξη θεωρείται ισχυρή όχι μόνο όταν εναρμονίζεται με το περιεχόμενο υπερισχύοντος κανόνα δικαίου ή όταν έχει εκδοθεί σύμφωνα με τις προβλεπόμενες διαδικασίες, αλλά και όταν έχει θεμιτό σκοπό και, βέβαια, όταν δεν αντιτίθεται στις θεμελιώδεις αρχές της έννομης τάξης και δεν είναι υπερβολικά αυστηρή ή προφανώς αδικαιολόγητη ή άμετρη. Η συνταγματική αξιολόγηση άρα μιας κρατικής πράξης ή και μιας ιδιωτικής συμπεριφοράς (π.χ. η νομιμότητα μιας απεργίας ή το θεμιτό ενός αποδεικτικού μέσου ή η νομιμότητα του σκοπού ενός σωματείου) κρίνεται

¹⁹³ Για το φαινόμενο αυτό ειδικά βλ. τόμο I, σ. 263-266.

¹⁹⁴ Βλ. σχετικά τόμο I, σ. 195-200.

¹⁹⁵ Αναλυτικότερα τόμος I, σ. 197-200.

πλέον ενόψει του σκοπού που επιδιώκεται και των συνταγματικών συμφερόντων που διακυβεύονται στη συγκεκριμένη περίπτωση. Με άλλα λόγια το αίτημα του ουσιαστικού κράτους δικαίου δεν δικαιολογεί έλεγχο μόνο της τυπικής εγκυρότητας των νομοθετικών πράξεων, αλλά απαιτεί έρευνα και της ουσιαστικής συνταγματικότητας, που σημαίνει έλεγχο μη αντίθεσης της ελεγχόμενης πράξης σε θεμελιώδεις (συνταγματικές) αρχές της έννομης τάξης, οι οποίες λειτουργούν ως πρόσθετος γνώμονας και μέτρο στάθμισης της νομιμότητας των κρατικών παρεμβάσεων.

Την εποχή του ουσιαστικού κράτους δικαίου ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων συντελείται, άλλωστε, όπως σημειώσαμε ήδη στον πρώτο τόμο 196, με άξονες δύο κυρίως τεχνικές, (αν και η μία μπορεί να εκληφθεί ως μερικότερη ειδήλωση της άλλης): την τεχνική της αντιστοιχίας ή αναλογίας του χρησιμοποιούμενου μέσου προς τον επιδιωκόμενο σκοπό και την τεχνική της στάθμισης και αξιολόγησης συγκρουόμενων συνταγματικών συμφερόντων και αγαθών. Η αρχή της αναλογικότητας αναδεικνύεται σε αποφασιστικό όπλο με δύο όψεις στα χέρια του δικαστή, αφού χρησιμοποιείται τόσο ως δικονομικό εργαλείο με σταθμιστική δομή και διαδικαστική ενέργεια επιτρέποντας σταθμίσεις ή συσχετίσεις των μέσων με τους σκοπούς, οι οποίες καθοδηγούνται από την ιδέα της ισορροπίας, όσο και ως κανόνας ουσιαστικός, με περιεχόμενο που αντλείται από τη σφαίρα της ηθικής, αφού ανάγεται στο ηθικοπολιτικό ιδεώδες της διανεμητικής δικαιοσύνης και αποβλέπει στην διατήρηση του προσήκοντος μέτρου ή της εύλογης σχέσης 197. Γενικότερα πάντως ο τύπος του ελέγχου που αρμόζει στο σύγχρονο παρεμβατικό κράτος και στη σύγχρονη πλουραλιστική και ανταγωνιστική κοινωνία είναι αυτός που χρησιμοποιεί προνομιακά την τεχνική της στάθμισης συγκρουόμενων αγαθών ή συμφερόντων, η οποία υποχρεώνει το δικαστή να κρίνει τη συνταγματική νομιμότητα μιας νομοθετικής απόφασης κυρίως από τις συνθήκες της εφαρμογής της και ειδικότερα από την μικρότερη δυνατή βλάβη ή προσβολή που υφίσταται ένα συνταγματικά προστατευόμενο συμφέρον ή δικαίωμα σε σχέση με την ωφέλεια ή ικανοποίηση που αποκομίζει ένα άλλο συνταγματικό αγαθό ή δικαίωμα 198.

Ο δικαστής της συνταγματικότητας είναι αναγκασμένος άρα στο πλαίσιο ενός ουσιαστικού κράτους δικαίου να ελέγχει τις σταθμίσεις ή αξιολογήσεις που αρχικά έχει κάνει ο νομοθέτης θεσπίζοντας ένα νόμο. Ο έλεγχος στον οποίο προβαίνει είναι ωστόσο οριακός και αυστηρά οριοθετημένος, διενεργείται με βάση αυστηρές και τυπικές διαδικασίες και με γνώμονα κανόνες, που υπηρετούν λογικά τα αιτήματα του “μέτρου”, του “εύλογου” και της “ισορροπίας” 199. Με βάση τους γνώμονες αυτούς ο δικαστής της συνταγματικότητας δικαιούται να αρνηθεί να εφαρμόσει κρατικές πράξεις, που αν και τυπικά έγκυρες είναι ουσιαστικά άδικες ή αδικαιολόγητες, ή περιέχουν ρυθμίσεις που εισάγουν υπέρμετρους ή παράλογους περιορισμούς στην άσκηση των συνταγματικών ελευθεριών.

¹⁹⁶ Βλ. τόμο I, σ. 183 επ.

¹⁹⁷ Βλ. τόμο I, σ. 209 και ειδικά για το θέμα αυτό μαζί με τα γενικότερα ζητήματα μεθοδολογίας του δικαίου που αναλύονται την εμβιθή μελέτη του Β. Βουτσάκη, Η αρχή της αναλογικότητας: από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου σε “Όψεις του κράτους δικαίου”, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1990, σ. 205-254.

¹⁹⁸ Βλ. τόμο I, σ. 183-193

¹⁹⁹ Βλ. τόμο, I, σ. 192.

Τη μόνη διεύρυνση της δικαστικής εξουσίας που συνεπάγεται ο μετασχηματισμός του φιλελεύθερου κράτους δικαίου σε κοινωνικό κράτος δικαίου έγκειται στην γένεση της ουσιαστικής δικαιοκρατικής απαίτησης να ελέγχονται και να στιγματίζονται δικαστικά κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας όχι μόνο οι αυθαίρετες ή τυπικά αντισυνταγματικές νομοθετικές αποφάσεις, αλλά και εκείνες, που αν και διαδικαστικά έγκυρες, γίνονται χωρίς μέτρο, χωρίς λόγο και είναι άδικες²⁰⁰. Από την υπεράσπιση των αξιών αυτών που συντελείται με καθορισμένα τεχνικά μέσα και προσδιορισμένες δικονομικές τεχνικές αντλεί ο δικαστής της συνταγματικότητας την αρμοδιότητα να εξετάζει τις αποφάσεις του νομοθέτη σε σχέση με την ανταπόκρισή τους όχι μόνο στις αξιώσεις της διαδικαστικής δικαιοσύνης αλλά και σε σχέση με την μη αντίθεσή τους στις ελάχιστες εύλογες απαιτήσεις της ουσιαστικής δικαιοσύνης. Η δικαιοκρατική απαίτηση για τυπικά ορθολογικό περιορισμό της κρατικής εξουσίας μετουσιώνεται την εποχή του κράτους πρόνοιας σε αίτημα για δίκαιη και λελογισμένη χρήση της εξουσίας.

4. Η άντληση νομιμοποίησης από τη θέση του ενδιάμεσου που κατέχει ο δικαστής μεταξύ συντακτικού και κοινού νομοθέτη.

Η σύγχρονη νομιμοποίηση της εξουσίας του δικαστή να ελέγχει τη συνταγματικότητα των νόμων και να τολμά να αντιπαραθέτει τη δική του κρίση και αξιολόγηση στις αποφάσεις της πολιτικής εξουσίας, θα πρέπει να αναζητηθεί κατά τρίτο λόγο στη θεσμική-διαδικαστική θέση που κατέχει η δικαστική εξουσία στο πολιτικό σύστημα και στην αποστολή που έχει αναλάβει ο ίδιος να ασκεί σήμερα, την εποχή κρίσης του κράτους πρόνοιας και του συστήματος πολιτικής αντιπροσώπευσης. Ο δικαστής της συνταγματικότητας αντλεί βασικά την εξουσία του να κρίνει και να αξιολογεί αποφάσεις της νομοθετικής εξουσίας ενόψει των κανόνων και των αρχών του Συντάγματος από τη θέση του ενδιάμεσου ή του τρίτου που θεσμικά εκπροσωπεί και μπορεί λόγω των διαδικαστικών καταναγκασμών που τον περιβάλλουν να αναλαμβάνει²⁰¹.

Η θέση αυτή του “ενδιάμεσου” ή του “τρίτου” στη συνταγματική διαφορά δεν συμπίπτει απόλυτα με εκείνη που έχει ο δικαστής στις άλλες διαφορές (πολιτικές, ποινικές, διοικητικές), παρουσιάζει μάλιστα βασικές ιδιορρυθμίες. Ο δικαστής θεωρείται “τρίτος” σε μια δίκη, επειδή οφείλει να ενεργεί και να αποφασίζει τηρώντας ίσες αποστάσεις από τα αντιδικούντα μέρη, επειδή τοποθετείται πάνω από τα μέρη αυτά. Στη συνταγματική αντιδικία ωστόσο η διαφορά που ανακύπτει δεν εντοπίζεται μόνο στις συγκρουόμενες δικαστικές επιδιώξεις δύο αντίπαλων διαδικιών αλλά σε μια αμφισβήτηση

²⁰⁰ Βλ. τόμο, I, σ. 208-212

²⁰¹ Ειδικά για την προβληματική της θέσης του δικαστή ως τρίτου βλ. *M. Cappelletti, Le pouvoir des juges*, σ. 71-74, και *Ph. Raynaud, Le juge et la commune*, “Le debat”, no 74, 1993, σ. 145-150, *τον ίδιου, Le juge, la politique et la philosophie*, “La pensee politique”, “Situations de la Democratie”, Gallimard, 1993, σ. 110-120.

γύρω από τη συμβατότητα του νόμου με το Σύνταγμα και επεκτείνεται στην ερμηνεία ασαφούς νοήματος συνταγματικών διατάξεων. Ο δικαστής της συνταγματικότητας κατέχει λόγω της φύσης της αμφισβήτησης που καλείται να άρει, αλλά και από τη διαδικασία που είναι υποχρεωμένος να ακολουθήσει, τη θέση του ενδιάμεσου μεταξύ συντακτικής εξουσίας και νομοθετικής. Βρίσκεται στο ενδιάμεσο του συντακτικού και του κοινού νομοθέτη και καλείται να αποφανθεί αρθρώνοντας το δικό του Λόγο σχετικά με τη συμβατότητα του Λόγου της κυρίαρχης συντακτικής εξουσίας με το Λόγο της δεσμευμένης νομοθετικής εξουσίας. Δεν ενεργεί άρα ως τρίτος, επειδή απλώς κρατά ίσες αποστάσεις από τα διάδικα μέρη και τέμνει μια διαφορά, αλλά επειδή ενεργεί εξοπλισμένος με εγγυήσεις ανεξαρτησίας και αμεροληψίας ως ενδιάμεσος μεταξύ της βούλησης του συντακτικού νομοθέτη και του κοινού νομοθέτη, μεταξύ του Συντάγματος και του νόμου.

Κατά την εκφορά του λόγου του ο δικαστής ασκεί πάντως εξουσία, ενεργεί ως κρατικό όργανο και φορέας κυριαρχίας, αφού θέτει τέρμα εκφέροντας την τελευταία λέξη σε μια αντιδικία με τρόπο επιτακτικό και καταναγκαστικό στο όνομα του λαού και της λαϊκής κυριαρχίας μετά όμως από την ευλαβική τήρηση μιας ειδικής και τυπικής διαδικασίας. Ο συνταγματικός δικαστής κρίνοντας το νόμο από τη θέση του τρίτου ερμηνεύει το Σύνταγμα για λογαριασμό του κοινού νομοθέτη και επιβάλλει τη δική του ερμηνεία ως εντολή και επιταγή όμως του ίδιου του συντακτικού νομοθέτη. Η νομιμοποιητική δύναμη της θεσμικής του εξουσίας και του λόγου του βρίσκεται στην ικανότητά του να ερμηνεύει τη βούληση της συντακτικής εξουσίας ως πρωταρχικής εκδήλωσης της λαϊκής κυριαρχίας, δηλώνοντας έτσι την υποταγή του σε αυτή. Εξασφαλίζει άρα ως ενδιάμεσος μια διαλογική επικοινωνία μεταξύ δύο άφωνων αλλά έμβουλων και έλλογων συνομιλητών, ενεργοποιώντας αδρανοποιημένα σε γραπτό κείμενο νοήματα ή σημασίες και αναπαριστώντας με τη δική του γλώσσα και για λογαριασμό τους ένα διάλογο που υποτίθεται ότι θα είχαν αν μπορούσαν να μιλήσουν οι ίδιοι.²⁰²

Ενεργώντας με το τρόπο αυτό ο δικαστής αναδεικνύει τον επιτακτικό χαρακτήρα του συνταγματικού κειμένου και φανερώνει την κανονιστική δεσμευτικότητα των νοημάτων που ενυπάρχουν σε αυτό. Με τη διαμεσολάβηση άρα του δικαστικού λόγου, όπως αυτός αποτυπώνεται στη δικαστική απόφαση, συγκροτείται και φανερώνεται η κανονιστική φυσιογνωμία του Συντάγματος. Χάρη στο διάλογο που εγκαθίσταται γύρω από το Σύνταγμα και στην κρίση που εκφέρει “κυριαρχικά”, ο δικαστής της συνταγματικότητας κυρώνει την κανονιστική δύναμη του συνταγματικού κειμένου και καθιερώνει τον επιτακτικό λόγο του συντακτικού νομοθέτη. Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας αποτελεί όρο συστατικό της κανονιστικότητας και της δεσμευτικότητας του Συντάγματος.

Αυτή η θέση του ενδιάμεσου ή τρίτου που θεσμικά κατέχει ο δικαστής στο διάχυτο και παρεμπόλιπτοντα έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων μαζί με τις αυστηρές δικονομικές ή

²⁰² Βλέπε σχετικά την ωραία και παραστατική ανάλυση για την υποτιθέμενη και διαμεσολαβημένη από το δικαστή “συνομιλία” συντακτικού και κοινού νομοθέτη, του *Ol. Cayla*, *Les deux figures du juge, Le debat*, no 74, 1993, 164-174.

διαδικαστικές δεσμεύσεις, που η θέση αυτή συνεπάγεται, δικαιολογούν την εμπιστοσύνη που δείχνουν σε αυτόν οι διάδικοι για την επίλυση νομικών αμφισβητήσεων και πολιτικών διαφορών και εξηγούν εν μέρει την εξουσία που οικειώθηκε ο ίδιος κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας.

5. Η συνταγματική δικαιοσύνη στο ρόλο του δικαιοδοτικού διαμεσολαβητή των πολιτικών και κοινωνικών συγκρούσεων.

Θα πρέπει να υπογραμμιστεί τέλος μια κοινή διαπίστωση: ότι ο ρόλος της συνταγματικής δικαιοσύνης, όχι μόνον στις χώρες που έχουν συνταγματικό δικαστήριο²⁰³, αλλά και στην Ελλάδα που εφαρμόζεται το σύστημα του διάχυτου ελέγχου²⁰⁴, μετασχηματίζεται: ενώ ξεκίνησε ως μηχανισμός δικαιοκρατικής εγγύησης των δικαιωμάτων και ελευθεριών, επιτελεί στις μέρες μας κυρίως λειτουργίες εξισορρόπησης εξουσιών και στάθμισης αντιμαχόμενων συμφερόντων. Παραμένοντας πάντα στο πλαίσιο της δικαιοδοτικής του λειτουργίας, ο έλληνας δικαστής είναι υποχρεωμένος, προκειμένου να ελέγξει την μη αντίθεση του νόμου προς στο Σύνταγμα, να ζυγίσει συγκρουόμενα συνταγματικά συμφέροντα και να κρίνει, με βάση κάποιους κανόνες, αντιτιθέμενες κατά την εφαρμογή τους συνταγματικές αξίες, όπως της ελευθερίας με τη δικαιοσύνη, του περιβάλλοντος με την ζωή ή την υγεία ή με την ιδιοκτησία, την ελευθερία της έκφρασης με την προστασία της πορσωπικότητας και της ιδιωτικής ζωής, κλπ.. Το Σύνταγμα αποτυπώνει με τη μορφή κανόνων και αρχών αξίες, που ανήκουν σε διαφορετικές εποχές, εκφράζουν διάφορες πολιτικές φιλοσοφίες και εξυπηρετούν συχνά αντιτιθέμενα συμφέροντα. Είναι ένα κείμενο, επομένως, γεμάτο αντινομίες, φορτισμένο με έννοιες γενικές, αόριστες και πολυσήμαντες, ανοικτό στη σύγκρουση και στην εξέλιξη καθώς και στην πάλη των ιδεών, το οποίο περιμένει, ωστόσο, τη συγκεκριμενοποίηση του νοήματος των διατάξεών του από τον εφαρμοστή και ερμηνευτή του, που είναι υποχρεωμένος με τις ερμηνείες του να υπηρετεί, κάθε στιγμή, μέσα από την πολλαπλότητα των συνταγματικών αξιών, το αίτημα της ασφάλειας και της ενότητας του Συντάγματος .

Ο δικαστής οφείλει να επιλέξει ένα από τα δυνατά νοήματα των εφαρμοζόμενων σωρευτικά και αντιτιθέμενων ενδεχομένως νοηματικά συνταγματικών διατάξεων χρησιμοποιώντας ως ερμηνευτικό του οδηγό ή γνώμονα κάποια συνταγματική αρχή ή κάποια ρήτρα ή αόριστη έννοια, αφού έχει προηγουμένως σταθμίσει τα συνταγματικά συμφέροντα που συγκρούονται στη συγκεκριμένη

²⁰³ Βλέπε σχετικά τις συνθετικές μελέτες των Al. Von Brünneck, *Le controle de constitutionnalite et le legislateur dans les democraties occidentales*, *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, 1988, *Economica-PUAM*, 1990, σ.15-49, (38-47), και L.Favoreu, *Modele europeen et modele americain de justice constitutionnelle*, *Annuaire Internatoional de Justice Costitutionnelle* .1988, ό.π., σ .51-66, (64-65). Βλέπε ακόμη για τα διάφορα εθνικά συστήματα ελέγχου της συνταγματικότητας Β. Σκουρή, *Συστήματα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων*, *ΤοΣ* 1982, σ .507-544.

²⁰⁴ Βλέπε Β.Σκουρή-Ευ.Βενιζέλου, *Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων*, Αθήνα, 1985, ιδίως σ.50 επ., Β.Σκουρή, *Η επίλυση των συνταγματικών διαφορών στην Ελλάδα*, *ΤοΣ* 1986, σ.177- 194(191), και Μιχ.Κοπραιού, *Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια*, *Τόμος τιμητικός του ΣτΕ.*, 1929-1979, I, Αθήνα 1979, σ.201-270 και Ευ.Βενιζέλος, *Οι ιδιομορφίες του ελληνικού συστήματος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων : παράγοντας εντατικοποίησης ή περιορισμού του ελέγχου ;* *ΤοΣ* 1988, σελ.454 επ.

περίπτωση. Οφείλει να καταλήξει σε λύση που να είναι ορθολογικά θεμελιωμένη, λογικά συνεκτική και κοινωνικά αποδεκτή. Στη κάθε περίπτωση όμως ο δικαστής της συνταγματικότητας προορίζει ως ερμηνευτικό του κριτήριο ή έχει ως οδηγό του τον συνταγματικό εκείνο κανόνα που ανταποκρίνεται καλλίτερα στις υποκειμενικές του θεωρητικές προτιμήσεις και στην προσωπική του πολιτική φιλοσοφία. Επιλέγει και επιλέγοντας αξιολογεί.

Εκείνο που χρειάζεται επομένως να γίνει κατανοητό είναι ότι η συνταγματική δικαιοσύνη μετεξελίσσεται από απλό εγγυητή της συνταγματικής νομιμότητας και των συνταγματικών ελευθεριών σε διαμεσολαβητή των κοινωνικών και πολιτικών αντιθέσεων (π.χ. μεταξύ πλειοψηφίας και μειοψηφίας, εργαζομένων και εργοδοτών, ομάδων οργανωμένων και ανοργάνωτων συμφερόντων, κλπ.) και σε υπέρμαχο συνολικά των συνταγματικών εκείνων αξιών που συναντούν τη μεγαλύτερη δυνατή κοινωνική αποδοχή²⁰⁵. Η σύγχρονη ανάπτυξη της συνταγματικής δικαιοσύνης οφείλεται, μεταξύ των άλλων, στην αναζήτηση τόσο από την πολιτική όσο και την ιδιωτική κοινωνία μιας ύπατης βαθμίδας για την δικαιοσύνη συσχέτιση και αποτίμηση των συμφερόντων που συγκρούονται και ενός αυτόνομου θεσμικού υποκειμένου που παρεμβάλλεται μεταξύ πλειοψηφίας και μειοψηφίας για να εγγυάται την ενότητα και ομαλή πορεία του συστήματος, αλλά και ενός τελικού κριτή για την αξιολόγηση και στάθμιση των εννόμων αγαθών.

Στα πλαίσια αυτά είναι επόμενο τα όρια μεταξύ του ελέγχου της νομιμότητας και του ελέγχου της σκοπιμότητας να αποδεικνύονται όλο και πιο ρευστά ή διαρκώς μετακλυόμενα. Ο δικαστής της συνταγματικότητας ωθείται, εκ των πραγμάτων, σύρεται σ' έναν όλο και πιο ενισχυμένο, πιο προωθημένο έλεγχο των πράξεων και αποφάσεων της νομοθετικής εξουσίας²⁰⁶, ο οποίος και μετατοπίζεται διαρκώς από την "εξωτερική" στην "εσωτερική" συνταγματικότητα, από την αρμοδιότητα του νομοθετούντος οργάνου στην έρευνα της συνάφειας του νομοθετικού μέσου προς τον επιδιωκόμενο σκοπό και στην στάθμιση συγκρουομένων συνταγματικών αγαθών²⁰⁷. Σημασία

²⁰⁵ Βλέπε ενδεικτικά για την εξέλιξη αυτή στο συγκριτικό επίπεδο τις κλασικές πλέον μελέτες των *M. Cappelletti*, *Necessite et legitimité de la justice constitutionnelle*, *Revue internationale de droit Compare*, 1981, σ.625-657 και *L.Favoreu*, *Actualite et legitimité du contróle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, *Revue du droit public*, 1984, σ.1147-1201, και *P.Caretti e En.Cheli*, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, "Quaderni costituzionali", 1984, σ. 17-39.

²⁰⁶ Για το φαινόμενο αυτό σε συγκριτικό επίπεδο βλέπε *M. Cappelletti*, *The Law-making Power of the Judge and its Limits : a Comparative Analysis*, *Monash University Law Review*, 1981, v.8, σ.15-67, και για την ανάλογη εξέλιξη στις Η.Π.Α., *N. Glaser*, *L'extension du pouvoir judiciaire : une evolution irreversible*, γαλλική απόδοση του "Towards an imperial judiciary?", που δημοσιεύθηκε μεταφρασμένο στο "Problemes Politiques et sociaux," *La Documentation Francaise*, No 335, σ. 8-15.

²⁰⁷ Η τάση αυτή δεν είναι, βέβαια, μόνον ελληνική, απαντάται και σε άλλες χώρες, στις οποίες εφαρμόζεται ο συγκριτικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, αλλά με διαφορετική ένταση και άλλη μορφή. Έτσι στην Ιταλία το Συνταγματικό Δικαστήριο αντιμετωπίζεται από τη θεωρία ως κρατικό όργανο του οποίου η βασική λειτουργία σήμερα δεν περιορίζεται στην εγγύηση απλώς της συνταγματικής νομιμότητας και των συνταγματικών δικαιωμάτων, αλλά επεκτείνεται και σε λειτουργίες καθοδήγησης και διέυθυνσης του νομοθέτη. Στο πλαίσιο των νέων του καθηκόντων το Δικαστήριο ασκεί τελικά λειτουργίες διαμεσολάβησης μεταξύ συγκρουομένων κοινωνικών συμφερόντων επιλέγοντας λύσεις με βάση τη μέθοδο

δεν έχει στο σημείο αυτό να δούμε αν η εξέλιξη αυτή είναι θετική ή αρνητική, αφού είναι αναπότρεπτη ούτε αν μπορεί ο Έλληνας δικαστής να επωμιστεί και να ασκήσει με συνέπεια έναν τόσο διευρημένο και υπεύθυνο ρόλο, σημασία έχει η διαπίστωση ότι την εποχή του κράτους πρόνοιας και της πλουραλιστικής Δημοκρατίας, ο δικαστής της συνταγματικότητας καλείται αντικειμενικά να αναλάβει αυξημένες ευθύνες και να συνδυάσει τον ρόλο του φύλακα της συνταγματικής νομιμότητας, του υπερασπιστή των ατομικών δικαιωμάτων και ιδίως των δικαιωμάτων της μειοψηφίας, με τον ρόλο του κοινωνικού ειρηνοποιού, του πραίτορα, όταν κρίνει π.χ. την καταχρηστικότητα μιας απεργιάς ή του πολιτικού επιδιαιτητή, όταν κρίνει, και αυτό αφορά ιδίως το ΣτΕ, την συνταγματικότητα νόμων που έγιναν αντικείμενο οξύτατης αντιδικίας μεταξύ της κυβερνητικής πλειοψηφίας και της αντιπολίτευσης.

Η απόσταση που μας χωρίζει από την εποχή που καθιερώθηκε στην Ελλάδα ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας είναι, όπως θα δούμε, μεγάλη και η διαφορά στους ρόλους σημαντική. Το ερώτημα που απαιτεί απάντηση ο προσδιορισμός των των ορίων αυτής της ευθύνης και των κανόνων που διέπουν την άσκηση μιας δικαιοδοτικής κατά βάση λειτουργίας με έκδηλες, ωστόσο, πολιτικές συνέπειες.

6. Η δημιουργία δια μέσου του δικαστικού ελέγχου μιας δημόσιας συμβολικής σφαίρας διαλόγου και συμμετοχής των “μελών του κοινωνικού συνόλου” σε διαδικασίες διαρκούς επανεξέτασης και θεσμικής δοκιμασίας του νόμου ως προς το “ορθό” και “δίκαιο” της θέσπισής και εφαρμογής του.

Η πρόσφατη όμως νομιμοποιητική δύναμη και θεσμική αίγλη του συνταγματικού δικαστή οφείλεται και σ' έναν πρόσθετο λόγο: στην ανάδειξη ή ουσιαστική αναζωογόνηση, την εποχή του κράτους πρόνοιας, της καλούμενης “δημόσιας πολιτικής σφαίρας”, μιας σφαίρας, η οποία κατά τη

της στάθμησης ενόμων αγαθών. Βλέπε σχετικά την διεισδυτική ανάλυση του Fr. Modugno, Corte Costituzionale e potere legislativo, σε "Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia"(εκδ. P.Barile, En. Cheli, St.Grassi), Il Mulino, 1982, σ.19-101, (52- 54, 100). Προς την ίδια κατεύθυνση κινείται και η μελέτη στον ίδιο τόμο του G. Zagrebelsky, La Corte costituzionale e il legislatore, σ.103-157, ο οποίος τονίζει ωστόσο, όσον αφορά το Συνταγματικό Δικαστήριο, τον ρόλο όχι απλώς του διαμεσολαβητή συμφερόντων, αλλά του υπέρμαχου των συνταγματικών αρχών και αξιών συνολικά (σ.156). Ανάλογη τάση, αν και σε πολύ μικρότερο βαθμό, άρχισε να παρατηρείται και στην Γαλλία, η οποία ανακαλύπτει με κάποια καθυστέρηση, είναι αλήθεια, την νομική αξία του Συντάγματος και της διακήρυξης των δικαιωμάτων του ανθρώπου και δια αυτών το διαπλαστικό ρόλο του Συνταγματικού Συμβουλίου, το οποίο ανάγει σε αρχές συνταγματικής περιωπής θεμελιώδεις γενικές αρχές της γαλλικής έννομης τάξης. Βλέπε, μεταξύ άλλων, ειδικά για το θέμα αυτό, D.Rousseau, Une ressurection : la notion de la constitution, Revue du droit public, 1990, σ .5-22, H. Oberdorff, A propos de l'actualite juridique de la declaration de 1789, Revue du droit public, 1990, σ.665-684, Fr.Luchaire, Le Conseil constitutionnel et le gouvernement des juges, Το Σ 1987 σ. 637-649, G.Vedel, Le Conseil Constitutionnel, gardien du droit positif ou defenseur de la transendance des droits de l' homme, "Pouvoirs", 1988, no 45, σ. 149 επ., L.Favoreu, L'apport du Conseil constitutionnel au droit public, "Pouvoirs", 1986, no 13, σ .17-29 και Anna De Vita, I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese, Il Conseil constitutionnel fra nuovi compiti e nuove responsabilita, σε "Quaderni costituzionali", 1984, σ. 41-82.

συμβολική αναπαράσταση της κοινωνικής πραγματικότητας κείται στο ενδιάμεσο μεταξύ κράτους και ιδιωτικής κοινωνίας. Στη δημόσια συμβολική αυτή σφαίρα τα υποκείμενα δικαίου επικοινωνούν μεταξύ τους ως “πολίτες” ή καλλίτερα ως “ισότιμα μέλη του κοινωνικού συνόλου” μέσα από θεσμοθετημένες ή άτυπες διαδικασίες διαλόγου και επικοινωνίας (που συντελούνται στο χώρο της δικαιοσύνης, της κοινής γνώμης, στις συναινετικές διαδικασίες επίλυσης διαφορών, στις επιτροπές δεοντολογίας, στις διοικητικές επιτροπές, στις επιτροπές εκούσιας διαιτησίας, στις ανεξάρτητες διοικητικές αρχές, κ.ά.), και συνδυαλλέγονται ή διαβουλεύονται ανταλλάσσοντας γνώμες και επιχειρήματα ή αντιδικούν μεταξύ τους ή και με την εξουσία προασπιζόμενοι συμφέροντα και διεκδικώντας δικαιώματα που η άσκησή τους έχει αντίκτυπο στην κοινωνία.

Η μεγάλη αρετή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων έγκειται πράγματι στο ότι συντείνει στην ανάδυση μιας αυτόνομης δημόσιας (νομικής) σφαίρας στο εσωτερικό της μεγάλης δημόσιας πολιτικής σφαίρας²⁰⁸, στους κόλπους της οποίας συντελείται ο έλλογος σχηματισμός της κοινής γνώμης και διαμορφώνεται η πολιτική βούληση²⁰⁹.

Ετσι με αφορμή τις συνταγματικές διαφορές που ενδιαφέρουν την κοινή γνώμη, και παράλληλα με τη δίκη ή και ανεξάρτητα από αυτήν, δημιουργείται ένας διαρκής δημόσιος διάλογος μεταξύ διαφόρων υποκειμένων και οργανωμένων ή ανοργάνωτων ομάδων συμφερόντων, που νομιμοποιούνται να παρεμβαίνουν στη “δημόσια σφαίρα” και να αρθρώνουν λόγο ή να διατυπώνουν γνώμη, με σκοπό τη συμμετοχή τους -έστω και έμμεσα και μάλιστα εκ των υστέρων στο στάδιο της εφαρμογής- στην διαδικασία λήψης πολιτικών αποφάσεων νομοθετικού χαρακτήρα. Θεσμοθετημένα όργανα, ενώσεις πολιτών, συνδικάτα και σωματεία, ιδρύματα και τύπος ή άλλοι φορείς, οργανωμένοι ή ανοργάνωτοι της κοινής γνώμης, φυσικά και νομικά πρόσωπα αναπτύσσουν μεταξύ τους, παράλληλα, ανεξάρτητα, πριν ή μετά την κοινοβουλευτική διαδικασία, μια ενεργό και δημόσια “πολιτική επικοινωνία” αμφισπητώντας την ορθότητα ή το δίκαιο κρατικών αποφάσεων, διεκδικώντας δικαιώματα, αντιπαράθετοντας επιχειρήματα και ανταλλάσσοντας γνώμες γύρω από το περιεχόμενο και την τυπική και ουσιαστική συνταγματικότητα των νόμων²¹⁰. Ασκώντας συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματά τους, και ιδίως τα δικαιώματα που ο Χάμπερμας ονομάζει δικαιώματα συμμετοχής και επικοινωνίας και η συνταγματική θεωρία αποκαλεί ατομικά δικαιώματα πολιτικού ή διαδικαστικού χαρακτήρα, όπως είναι το δικαίωμα έκφρασης, συνένωσης, συνάθροισης, ίδρυσης και συμμετοχής σε κόμμα, συνδικαλισμού και απεργίας ή δικαστικής προστασίας, άτομα και ομάδες επιζητούν να συμμετάσχουν στην πολιτική διαδικασία μέσα από μια άτυπη και συνεχή διαβούλευση συγκαθορίζοντας ή επιδρώντας στη διαμόρφωση και

²⁰⁸ Για τη σύγχρονη σημασία της “δημόσιας πολιτικής σφαίρας”, την εποχή του μετασχηματισμού του φιλελεύθερου συνταγματικού κράτους σε κοινωνικό κράτος, καθώς και για τη σημασία της “δημοσιότητας” στο σχηματισμό της κοινής γνώμης, βλ. *J. Habermas, L' espace public*, Paris, Payot, 1978, σ. 231-260, κυρίως όμως το ειδικό αφιέρωμα της περιοδικής έκδοσης “*Raisons pratiques*”, no 3, 1992 με θέμα, “*Pouvoir et legitimité, Figures de l' espace public*”, ιδίως την παρουσίαση του τεύχους καθώς και τις μελέτες των *P. Ladriere, Espace public et democratie*, (σ.19-43) και *J. Lenoble et A. Bertin, L' espace public comme procedure*, (σ. 83-107).

²⁰⁹ Βλ. σχετικά και *Γ. Χάμπερμας*,

²¹⁰ Βλ. αναλυτικότερα, *J. Lenoble, Modele de la rationalite et crise de la democratie*, σε “*La Democratie continue*”, Paris, L.G.D.J., 1995, σ. 77-89.

εφαρμογή του νόμου και γενικότερα στη διάπλαση “πολιτικής” _με την ευρεία του όρου έννοια- γνώμης και βούλησης.

Η έρευνα της συνταγματικότητας ενός νόμου εντάσσεται, λοιπόν, στη δημοκρατική διαδικασία δημόσιας επανεξέτασης ή επανάκρισης, είτε μέσα από μια θεσμοποιημένη (δικαιοδοτική και δικονομικά οργανωμένη) είτε μέσα από μια άτυπη (μέσω της κοινής γνώμης και της κοινότητας των ερμηνευτών του Συντάγματος) συζήτηση με ανταλλαγή επιχειρημάτων μεταξύ των ενδιαφερομένων μερών γύρω από την ορθότητα ή τη συνταγματική νομιμοποίηση μιας νομοθετικής ρύθμισης. Η απαίτηση για ανταπόκριση του ψηφισθέντος (ή σχεδιαζόμενου) νόμου στα συνταγματικά (συμβατικά) κριτήρια της δικαιοσύνης, της ελευθερίας, της ισότητας, της ατομικής και κοινωνικής αξιοπρέπειας της κοινωνικής αλληλεγγύης, επαναξετάζεται έξω από το κοινοβούλιο με αφορμή το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας και γίνεται αντικείμενο δημόσιας, τυπικής ή και άτυπης, συζήτησης. Στο δημόσιο και ανοικτό αυτό διάλογο, που παίρνει τη μορφή έλλογης διαβούλευσης, συμμετέχουν κάθε ενδιαφερόμενος και δυνάμενος να αρθρώσει σχετικό με τη συνταγματικότητα λόγο, κάθε ένας που δικαιούται να ασκήσει συνταγματικά δικαιώματα ως μέλος του κοινωνικού συνόλου²¹¹. Στη συζήτηση συμμετέχουν ακόμη και ειδικοί ή νομικοί επιστήμονες, άνθρωποι της θεωρίας και συνταγματολόγοι, οι οποίοι με την αρθρογραφία ή τις δηλώσεις τους στον ειδικό ή ημερήσιο ή περιοδικό τύπο επιδιώκουν να επιδράσουν και επηρεάσουν την τελική κρίση του δικαστή, ο οποίος οφείλει να λαμβάνει υπόψη του τη συζήτηση και το διάλογο που προηγήθηκε²¹². Η συζήτηση ωστόσο για το περιεχόμενο και τη μορφή ή τη διαδικασία θέσπισης του νόμου είχε αρχίσει να απασχολεί την κοινή γνώμη πριν η κρίση του φθάσει στο δικαστή της συνταγματικότητας. Γι’ αυτό και η συζήτηση με αφορμή τη δικαστική κρίση είναι συνέχεια και προέκταση της δημόσιας αντιπαράθεσης που είχε ξεκινήσει κατά την προετοιμασία του νομοσχεδίου.

Με αφορμή ή αντικείμενο μια συνταγματική διαφορά γενικότερου ενδιαφέροντος εγχαθίσταται άρα μια δημόσια επικοινωνία μεταξύ ισότιμων διαλογικά υποκειμένων, τα οποία διατυπώνοντας σχετική γνώμη ή άποψη συμμετέχουν έμμεσα στην διαμόρφωση, επεξεργασία, ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου και του Συντάγματος. Η διαλογική αυτή επανεξέταση του νόμου θέτει επί τάπητος τόσο το ζήτημα της τυπικής όσο και της ουσιαστικής συνταγματικότητάς του, διότι εξετάζει τόσο την ψήφισή και έκδοσή του σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπει και επιβάλλει το Σύνταγμα, όσο και τη

²¹¹ Βλ. και τόμο Ι, σ. 225-226 και *Αντ. Μανιτάκη*, ΣυντΔικ., Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1987, 78-81, και για τη σημασία της έννοιας “μέλος του κοινωνικού συνόλου” βλ. τη διατριβή μου επί υφηγεία “Το υποκείμενο των συνταγματικών δικαιωμάτων”, σ.

²¹² Ο γάλλος συνταγματολόγος *D. Rousseau*, περιγράφοντας τις σύγχρονες μεταμορφώσεις της Δημοκρατίας και επιχειρώντας να αναλύσει αυτό που ο ίδιος αποκαλεί “συνεχής Δημοκρατία” (“*Democratie continue*”), αναφέρεται στην κοινή γνώμη και στους παράγοντες που την συνθέτουν για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι έχουν πολλαπλασιαστεί οι έμμεσοι συντελεστές της νομοθετικής λειτουργίας και ότι κοινή γνώμη και κυρίως το Συνταγματικό Συμβούλιο ενεργούν ως “παράγοντες νομοθετικοί”. Έχει δημιουργηθεί κατά τον ίδιο συγγραφέα ένα ανταγωνιστικό καθεστώς εξαγγελίας των κανόνων που διέπεται από την αρχή της διαβούλευσης. (*D. Rousseau*, *De la democratie continue*, σ. 18-25, *του ίδιου*, *Droit du contentieux constitutionnel*, σ. 384/85)

δικαιολόγησή του ενόψει κυρίως των αξιών της δικαιοσύνης, της ισότητας και της ελευθερίας, έτσι όπως αυτές έχουν θετικοποιηθεί και συγκεκριμενοποιηθεί στο συνταγματικό κείμενο και όπως το νόημά τους προκύπτει από την εκάστοτε ατομική εφαρμογή τους.

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας είναι λοιπόν μια χρυσή ευκαιρία για μια νέα ερμηνεία και επαναξιολόγηση του νόμου από τη σκοπιά των νομιμοποιητικών του θεμελίων, που είναι τόσο η τήρηση των δημοκρατικών διαδικασιών ψήφισής του όσο και ο σεβασμός των θεμελιωδών αρχών που διέπουν τις έννομες υποκειμενικές σχέσεις των ατόμων, δηλαδή των συνταγματικών δικαιωμάτων.

Οι σύγχρονες μεταμορφώσεις του Δικαίου και της Δημοκρατίας απαιτούν, λοιπόν, ριζική αναδιοργάνωση της διαδικασίας λήψης των νομοθετικών και γενικότερα των κρατικών αποφάσεων καθώς και μια αέναη δικαιολόγηση της έκδοσης και εφαρμογής τους ενόψει των θεμελιωδών αρχών που διέπουν και καθοδηγούν τη Δημοκρατία. Το κρίσιμο δίλημμα που θέτει ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην εποχή μας δεν είναι, όπως κατά κόρον λέγεται, αν η εξουσία μετακυλά από το δημοκρατικά νομιμοποιημένο νομοθέτη στον μη ελεγχόμενο και μη εξαρτημένο άμεσα από τη λαϊκή κυριαρχία δικαστή, αλλά αν είναι δυνατή και εφικτή η μετάβαση από ένα συγκεντρωτικό και μονολιθικό σύστημα θέσπισης, εφαρμογής και δικαιολόγησης της δικαιοσύνης σ' ένα σύστημα αποκεντρωμένο και συμμετοχικό, ανοικτό στην κοινωνία, στο οποίο συμμετέχουν ενεργά και ουσιαστικά τα μέλη της. Το ζητούμενο δεν είναι αν ο δικαστής νομιμοποιείται να αντιτάξει τη δική του κρίση στη θέληση του νομοθέτη, αλλά αν με αφορμή το δικαιοδοτικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων γεννιούνται νέα πεδία δημοκρατικής συμμετοχής των πολιτών ή μελών του κοινωνικού συνόλου, στη διαμόρφωση και στο έλεγχο της πολιτικής βούλησης.

Στο αιώνιο ερώτημα αν ένας νόμος είναι σωστός και δίκαιος η συνταγματική δικαιοσύνη απαντά με την ενεργοποίηση μιας σειράς από διαδικασίες διαβούλευσης, που συντελούνται σε μια αυτόνομη δημόσια κοινωνικοπολιτική σφαίρα συμμετοχής και διαλόγου. Με τον τρόπο αυτό εγκαθίστανται νέοι μηχανισμοί, τυπικοί και άτυποι, θεσμοποιημένοι και μη, διαρκούς ελέγχου των κρατικών πολιτικών, κυρίως όμως εγκαθιδρύονται διαδικαστικές μορφές συμμετοχής της “κοινωνίας των πολιτών” (ομάδων συμφερόντων, φορέων εξουσίας, πολιτών, οργανισμών, ενώσεων πολιτών) στη διαμόρφωση, εκτέλεση και νομιμοποίηση των κρατικών αποφάσεων.

Αυτή η αδιάκοπη και συνεχής επανεξέταση του νόμου (με την ουσιαστική του όρου έννοια) μέσα από διαδικασίες τυπικής ή και άτυπης συμμετοχής και διαλόγου, αυτή η διαρκής, δημόσια συζήτηση της σημασίας του νόμου ενόψει των θεμελιωδών συνταγματικών αρχών οδηγεί αναγκαστικά σε μια διαρκή δοκιμασία της σημασίας και του νοήματος του ίδιου του Συντάγματος και των αρχών που εγκοιλώνεται. Η αναζήτηση του πραγματικού νοήματος των συνταγματικών διατάξεων περνά άρα μέσα από μια διαρκή και αέναη ερμηνεία του ίδιου του Συντάγματος και προϋποθέτει αποδοχή της απαίτησης για συνεχή ενόψει των νέων συνθηκών και των περιστατικών της καθε υπόθεσης επανασημασιολόγηση των συνταγματικών διατάξεων υπό το φως του συνεχώς συγκεκριμενοποιούμενου και ανατροφοδοτούμενου νοήματος των αρχών της ελευθερίας και της

ισότητας. Η μη προσδιορίσιμη εκ των προτέρων με τρόπο γενικό και αφηρημένο σημασία των συνταγματικών αρχών, κάνει τη συνταγματική ερμηνεία δραστηριότητα διαρκή και ανοικτή όχι όμως αυθαίρετη ούτε υποκειμενική. Την προσανατολίζει ή καλλίτερα την υποτάσσει στην αναζήτηση μιας έλλογης, ισορροπημένης και κοινωνικά αποδεικτής ή δικαιολογημένης διαπλοκής ενόψει των πραγματικών περιστατικών της κάθε υπόθεσης και των ιστορικών συνθηκών που επικρατούν της ισότητας με την ελευθερία.

Η ερμηνεία του Συντάγματος αναδεικνύεται έτσι σε διαρκή δραστηριότητα διαλογικής κατανόησης των συνταγματικών επιταγών μέσα από μια έλλογη και διαδικαστικά κατοχυρωμένη διυποκειμενική επικοινωνία²¹³.

Όπως εύστοχα σημειώνει ο βέλγος θεωρητικός του δικαίου Lenoble, οι “δημοκρατίες μας έχουν οικοδομηθεί με βάση τις αξίες της ελευθερίας και της ισότητας, οι οποίες και καθορίζουν την αντίληψή μας περί δικαιοσύνης. Στο δικαστή εναπόκειται να ξεινήσει την ερμηνεία των αξιών αυτών σεβόμενος το απρόβλεπτο της κοινωνικής πραγματικότητας και τον ανανεωτικό αέρα της ιστορικής εξέλιξης. Αν ανήκει στη νομοθετική και εκτελεστική εξουσία και στην κοινωνία πολιτών να καθορίζουν τους συγκεκριμένους στόχους της κρατικής και κοινωνικής δράσης, στο δικαστή ανήκει να αξιολογεί με επιχειρήματα τηρώντας τις 214 διαδικασίες την ανταπόκριση των επιδιώξεων αυτών στις θεμελιώδεις αυτές δημοκρατικές αξίες”²¹⁵.

²¹³ Για περισσότερα *Αντ. Μαντάκη*, Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του Πολιτεύματος, σ. 235 επ..
²¹⁴

²¹⁵ *J. Lenoble*, Crise du juge et transformation necessaire du droit, σε “La crise du juge”, L.G.D.J., 1990, σ. 154