

Οι (αυτο)δεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπόμπωντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων

του *Αντώνη Μανιτάκη**

Περίληψη : Λέξεις κλειδιά: Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων- Αυτεπάγγελτος έλεγχος- παρεμπόμπων έλεγχος- αυτοδεσμεύσεις.

1. Ο παρεμπόμπων χαρακτήρας του ελέγχου ως πηγή και δικαιολογία κανόνων αυτοδέσμευσης του δικαστή

Το βασικότερο γνώρισμα του ημέτερου συστήματος «διάχυτου» ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, αυτό που κατ' εξοχήν το διακρίνει από το σύστημα του συγκεντρωτικού ελέγχου, που εφαρμόζονται τα Συνταγματικά Δικαστήρια στην Ευρώπη, είναι ο *παρεμπόμπων* χαρακτήρας του(1). Παρεμπόμπουσα δικαστική έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων σημαίνει ότι αυτή διενεργείται με αφορμή, πάντα, κάποια *συγκεκριμένη δίκη*, που έχει ξεκινήσει και της οποίας η έκβαση εξαρτάται από την κρίση σχετικά με τη συνταγματικότητα κρίσιμης για την επίλυση της διαφοράς νομοθετικής διάταξης ή του νομοθετικού κανόνα που ερμηνευτικά συνάγεται από

* Καθηγητής του Συνταγματικού Δικαίου στο Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης.

Η μελέτη αφιερώνεται στην ομότιμη καθηγήτρια Πελαγία Γέσιου-Φαλτσή εις ανάμνηση μιας αξιοσέβαστης ακαδημαϊκής συνεργασίας στο πλαίσιο της Σχολής και του Νομικού Τμήματος και σε αναγνώριση της ακάματης και ανεξίτηλης επιστημονικής της συμβολής στην Πολιτική Δικονομία. Η εικόνα που άφησε η παρουσία της είναι εκείνη της νομικής αρχόντισσας. Δημοσιεύτηκε στον Τιμητικό Τόμο της κ. Γέσιου-Φαλτσή και στο: ΤοΣ 2/2006, σ. 403-429.

1 Βλέπε, μεταξύ πολλών, από τη σχετικά πρόσφατη ελληνόγλωσση και γαλλόφωνη βιβλιογραφία, *Αντώνη Μανιτάκη*, «Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα», ΤοΣ 2003, σ. 13 επ. (25) (=Τιμητικός Τόμος Κ. Μπέη, Αντ. Σάκκουλας, Eunomia, 2003), *Αντ. Μανιτάκη*, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 2004, σ. 465 επ., όπου και σχετική βιβλιογραφία, καθώς και από την παλαιότερη, *Β. Σκουρή*, «Συστήματα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων», ΤοΣ 1982, σ. 507 επ., και *Βάσσου Ρώτη*, «Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων», στο: Αναφορές στη δυναμική του Συντάγματος, Αντ. Σάκκουλας, 1998, σ. 61 επ., και από την ξενόγλωσση, *C. Grewe - H. Ruiz Fabri*, Droits constitutionnels européens, PUF, Paris, 1995, σ. 66-97, *El. Zoller*, Droit constitutionnel, 2^e éd., σ. 100 επ. και 156-157, και *Michel Fromont*, La justice constitutionnelle dans le monde, Dalloz, 1996, ιδίως σ. 41-80.

αυτήν(2). Το ερώτημα της συνταγματικότητας ανακύπτει άρα εφ' όσον συντρέχουν οι δικονομικές προϋποθέσεις κάταρξης και συνέχισης μιας δίκης(3) και καθ' όσον η εξέτασή του είναι *αναγκαίος όρος* για την επίλυση της διαφοράς.

Η εξουσία των δικαστηρίων, κάθε βαθμού και δικαιοδοσίας, για έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων ανακύπτει, επομένως, στο ελληνικό, αλλά και γενικότερα σε κάθε διάχυτο ή ακριβέστερα «κατ' ένσταση» διενεργούμενου σύστημα ελέγχου, εφ' όσον υπάρξει: πρώτον, «δικαστική διαφορά», δηλαδή διαφορά που αφορά προσβολή δικαιωμάτων ή συμφερόντων και έχει αχθεί κατά τους δικονομικούς κανόνες ενώπιον των δικαστηρίων προς επίλυση, και η επίλυσή της συναρτάται, δεύτερον, με την συνταγματική αξιολόγηση ή ερμηνεία του κρίσιμου για τη διαφορά νομοθετικού κανόνα.

Τα δικαστήρια προβαίνουν σε έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων όχι ως γνωμοδοτικά όργανα της πολιτείας ούτε ως σύμβουλοι των διαδίκων. Δεν καλούνται να εκφέρουν εν ψυχρώ ή εν θερμώ τη γνώμη τους ως προς την συνταγματικότητα μιας νομοθετικής διάταξης, ανεξάρτητα αν είναι η ίδια εφαρμοστέα και κρίσιμη για την έκβαση της συγκεκριμένης υπόθεσης που δικάζουν. Καλούνται, αντίθετα, να τάμουν μια διαφορά με σάρκα και αίμα (*with flesh and blood*, όπως λένε στην Αμερική(4)), να δικάσουν μια υπόθεση και παρεμπιπτόντως να αποφανθούν για τη συνταγματικότητα της κρίσιμης για την επίλυση της διαφοράς νομοθετικής διάταξης ενεργώντας εντός των ορίων της δικαιοδοτικής λειτουργίας που τους έχει ανατεθεί και εφ' όσον συντρέχουν οι δικονομικοί όροι εξέτασης της συνταγματικότητάς της.

2. Μια παρεμπιπτούσα ματιά στο αμερικανικό σύστημα

Ως γνωστόν, το ελληνικό σύστημα δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων ανήκει στην ίδια οικογένεια με το αμερικανικό(5). Το τελευταίο αποτελεί το αρχαιότερο και περισσότερο επεξεργασμένο πρότυπο του ελέγχου αυτού του είδους. Θα ήταν χρήσιμο

2 *M. Cappelletti-W.Cohen*, *Comparative Constitutional Law*, The Bobbs-Merrill Company, New York, 1979, σ. 85, και *M. Fromont*, *ό.π.*, σ. 46-47.

3 *Αρ. Μάνεσης - Αντ. Μανιτάκης*, «Κρατικός παρεμβατισμός και Σύνταγμα» (Γνωμοδότηση), ΝοΒ 1981, σ. 1199 επ. (= Η υπόθεση 'Ανδρεάδη' και το οικονομικό Σύνταγμα, Τετράδια Συνταγματικού Δικαίου Νο 15 (1991), σ. 8, και *Ant. Maniatakis*, «Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce», *Revue Internationale de droit comparé* 1-1988, σ. 50.

4 Βλέπε αντί άλλων *J. Barron - C. T. Dienes*, *Constitutional Law*, West Publishing Co, 1995, σ. 23 επ., *G. Gunther - K. M. Sullivan*, *Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., Westbury, New York, (13th ed., 1997), σ. 1 επ., *L. Fisher*, *American Constitutional Law*, McGraw-Hill Inc., (2nd ed., 1995), σ. 97 επ., *L. Fisher*, *Constitutional dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1988, σ. 86 επ.

5 Βλέπε *Αντ. Μανιτάκη*, *ΕλλΣυντΔίκ*, 2004, σ. 460 επ.

συνεπώς να εξετάσουμε μερικές πτυχές του παρεμπόδιοντα χαρακτήρα του, όπως διαμορφώθηκαν από την νομολογία.

Το αμερικανικό σύνταγμα περιορίζει τη δικαιοδοσία των ομοσπονδιακών δικαστηρίων, καθώς και του Ανώτατου, στην επίλυση «υποθέσεων» ή «αντιδικιών» (cases or controversies). Η νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου έχει σχετικά διαπλάσσει μια πλούσια και περιεκτική νομολογιακή θεωρία -ιδιαίτερα διαφωτιστική και για μας- γύρω από τη σημασία των δύο αυτών όρων, συνάγοντας ερμηνευτικά από αυτούς μια σειρά από περιοριστικούς καταναγκασμούς (constraints). Οι δύο όροι απαιτούν την ύπαρξη «διαφοράς», που άγεται ενώπιον των δικαστηρίων με τη μορφή «αμφισβήτησης» ή «αντιδικίας», που επιζητεί επίλυση χωρίς να παραβιάζεται κατά την άσκηση της δικαστικής δικαιοδοσίας η αρχή της διάκρισης των εξουσιών. Ο όρος κλειδί που ορίζει και περιορίζει τη δικαστική εξουσία κατά τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων είναι, στις Η.Π.Α., *διαφορά ικανή δικαστικής διευθέτησης*, justiciability(6): η «υπόθεση που άγεται στα δικαστήρια θα πρέπει να παρουσιάζει μορφή πραγματικής και ουσιαστικής αντιδικίας, η οποία να επιζητεί αναμφίβολα επιδίκαση των δικαιωμάτων που διεκδικούνται»(7). Είναι προφανές ότι οι όροι, «πραγματική» και «ουσιαστική» αντιδικία, προσδιορίζονται κυρίως από την παράμετρο του εννόμου συμφέροντος, από την εξέταση, δηλαδή, αν έχει το πρόσωπο που προσφεύγει στη δικαιοσύνη και ζητά δικαστική προστασία, υποστεί βλάβη στα συμφέροντά του, τα οποία είναι ανιχνεύσιμα δικαστικά και μπορούν να επανορθωθούν με το ένδικο βοήθημα που ασκείται στην συγκεκριμένη περίπτωση(8). «Αντιδικία» και «διαφορά», «επιδεκτική δικαστικής επίλυσης» συνιστούν δύο συνταγματικές προδιαγραφές, που οριοθετούν την εξουσία του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, υποτάσσοντάς την στις επιταγές της αρχής της διάκρισης των εξουσιών και εναρμονίζοντάς την με τη θεωρία της περιορισμένης ή οριοθετημένης κρατικής εξουσίας (limited government).

Η εξαιρετικά πλούσια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου διέπλασε σταδιακά για το θέμα αυτό ορισμένους κανόνες, που λειτουργούν ως όρια στην εξουσία του να ελέγχει τη συνταγματικότητα των νόμων και, τελικά, ως κανόνες αυτοδέσμευσης για τον ίδιο τον Δικαστή(9). Θα ήταν χρήσιμο για το ελληνικό σύστημα να αναφερθούν. Θα μπορούσαν να συνοψιστούν στις ακόλουθες προτάσεις(10):

6 Βλ. σχετικά, *L. Tribe*, *American Constitutional Law*, 2nd. New York, The Foundation Press, 1988, σ. 67-69.

7 *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 509 (1961) (Brennan J., συντρέχουσα γνώμη (concurring) στην απόφαση), βλ. *L. Tribe*, *ό.π.*, σ. 68.

8 *L. Tribe*, *ό.π.*, σ. 68.

9 Για την προσπάθεια του Δικαστηρίου να συστηματοποιήσει τους λόγους του δικαστικού αυτοπεριορισμού και της άρνησης του να γνωμοδοτεί βλ. κυρίως τη γνώμη του

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας ενός νόμου δεν είναι δυνατόν να γίνει αντικείμενο «φιλικής» διευθέτησης, πέρα και ανεξάρτητα από την ύπαρξη μιας αμφισβήτησης ή μιας πραγματικής ή ζωντανής αντιδικίας. Έτσι, τα μέρη μιας διαφοράς δεν θα μπορούσαν να ζητήσουν με ιδιωτικό «συμφωνητικό» από το δικαστήριο να αποφανθεί για την συνταγματικότητα ενός νόμου που τους αφορά, εν είδει, π.χ., διαιτησίας. Το ζήτημα της συνταγματικότητας ενός νόμου δεν μπορεί να εξεταστεί πριν και ανεξάρτητα από την ανάγκη έκδοσης δικαστικής απόφασης, με την οποία συνδέεται άρρηκτα. Το Δικαστήριο προβαίνοντας σε έλεγχο της συνταγματικότητας δεν γνωμοδοτεί ούτε αποφαίνεται επί αφηρημένων ή υποθετικών ζητημάτων αντισυνταγματικότητας, αποφασίζει τέμνοντας μια διαφορά.

Στο πλαίσιο της ίδιας λογικής δεν δικαιούται ο δικαστής της συνταγματικότητας να διατυπώσει συνταγματικό κανόνα ευρύτερο από αυτόν που απαιτούν τα πραγματικά περιστατικά στα οποία εφαρμόζεται. Το Δικαστήριο δεν προχωρά σε έλεγχο συνταγματικότητας, έστω και αν ζητείται από τα διάδικα μέρη και μάλιστα με τρόπο δικονομικά πρόσφορο, όταν μπορεί να θεμελιώσει την κρίση του για την συγκεκριμένη υπόθεση σε άλλη, μη συνταγματική, νομική βάση. Αν ο δικαστής έχει να επιλέξει ανάμεσα σε κρίση που βασίζεται ή αναφέρεται στο Σύνταγμα και σε μια άλλη που δεν έχει ανάγκη από αναγωγή σε συνταγματικό κανόνα τότε επιλέγει τη δεύτερη. Το Δικαστήριο δεν εξετάζει τη συνταγματικότητα νόμου, όταν αυτός που επικαλείται την αντισυνταγματικότητά του δεν είναι σε θέση να αποδείξει την βλάβη που υφίσταται από την εφαρμογή του. Το ίδιο ισχύει και όταν ο διάδικος που τον επικαλείται έχει ωφεληθεί ή επωφελείται από την εφαρμογή του. Και ένα τελευταίο που συνέχεται με τα προηγούμενα: ακόμη και όταν έχουν εγερθεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς την συνταγματικότητα ενός νόμου, το Δικαστήριο οφείλει πρώτα να εξακριβώσει, αν είναι δυνατή μια ερμηνευτική εφαρμογή του νόμου που μπορεί να αποφύγει το ερώτημα της συνταγματικότητας(11).

Δικαστή στην απόφαση *Rutledge Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles*, 331 U.S. 549 (1947).

10 Βλ. ιδίως, *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936) (Brandeis, J., concurring opinion). Η υπόθεση αυτή είναι γνωστή από την σειρά κανόνων, με την οποία ο Δικαστής Brandeis, στη συντρέχουσα γνώμη που διατύπωσε, συστηματοποίησε τους τρόπους δικαστικής αυτοδέσμευσης. Οι κανόνες αυτοί έχουν μείνει γνωστοί ως “κανόνες της *Ashwander*”. Βλ. ακόμη, *Escambia Country v. McMillan*, 466 U.S. 48 (1984).

11 Βλ. αναλυτικότερα για το «ποιος» και το «πότε», τις δικονομικές προϋποθέσεις της δικαστικής δικαιοδοσίας του ελέγχου και ειδικότερα για τους όρους «*Standing to Sue*», «*Mootness*» και «*Ripeness*», *L. Fisher*, ό.π., σ. 110, *R. H. Fallon - H. M. Hart - H. Weschler - D.J. Meltzer*, *The Federal Courts and the Federal system*, Foundation Press, (5th ed., 2003), *H.P. Monaghan*, «*Constitutional Adjudication: The Who and the When*», 82 *Yale L.J.* 1363 (1973). Ειδικά για τον παράγοντα του χρόνου, την έλλειψη ωριμότητας, (lack of «*ripeness*») η οποία υφίσταται όταν οι διάδικοι δεν έχουν ακόμη φθάσει στο σημείο της κατά μέτωπο αντιπαράθεσης, και τη «*mootness*» η οποία υφίσταται όταν μετά από την έναρξη της

Οι προηγούμενοι κανόνες συνθέτουν ένα πλέγμα περιορισμών, που αυτοδεσμεύουν το δικαστή και τον εξαναγκάζουν να κινείται αυστηρά στα περιθώρια της δικαστικής δικαιοδοσίας(12). Το γεγονός ότι αυτός είναι «κυρίαρχος» των αυτοδεσμεύσεων, αφού ο δικαστής αποφασίζει σε κάθε περίπτωση ποια είναι τα όρια της εξουσίας του, δεν καθιστά την «διακριτική ευχέρειά» του απεριόριστη, την υποτάσσει απλώς σε σύμφυτους, εγγενείς, περιορισμούς της δικαστικής λειτουργίας και σε καταναγκασμούς που προκύπτουν από τη διάκριση αλλά και από την αλληλεξάρτηση, την αμοιβαία ανάσχεση και εξισορρόπηση των εξουσιών(13).

3. Η σημασία και οι συνέπειες του παρεμπόπτοντος ελέγχου στην Ελλάδα

Οι κανόνες της αμερικάνικης νομολογίας δεν είναι διαφορετικοί, τηρουμένων των αναλογιών (*mutatis mutandis*), από τους αντίστοιχους

υπόθεσης μεταβάλλονται κάποιες συνθήκες με αποτέλεσμα η υπόθεση να μην είναι πια ζωντανή βλ. *Note*, «The mootness Doctrine in the Supreme Court», 88 Harv. L. Rev. 373 (1974). Τη σύγχρονη εξέλιξη του standing αναλύουν οι *G. Gunther - K. M. Sullivan*, ό.π., σ. 30. Σύμφωνα με την ανάλυση τους το έννομο συμφέρον του διαδίκου τείνει να καταστεί αλληλένδετο με το ζήτημα της ύπαρξης διαφοράς ικανής δικαστικής διευθέτησης. Για την εξέλιξη αυτή βλ. επίσης *Warth v. Seldin* 422 U.S.490 (1975), *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992). Για κριτική της σύγχρονης εξέλιξης της έννοιας βλ. *M. V. Tushnet*, «The New Law of Standing: A plea for Abandonment», 62 Cornell L. Rev. 663 (1977). Για έναν «πρακτικό οδηγό» του τρόπου που λειτουργεί το έννομο συμφέρον βλ. *K. E. Scott*, «Standing in the Supreme Court: A Functional Analysis», 86 Harv. L. Rev. 645 (1973).

12 Βλ. την κλασική διαμάχη ανάμεσα στους *A. M. Bickel* και *G. Gunther* για τη χρήση του πλέγματος των περιορισμών για την αυτοδέσμευση του δικαστή, *A. M. Bickel*, «The Supreme Court, 1960 Term – Foreword: The passive Virtues», 75 Harv. L. Rev. 40 (1961), *G. Gunther*, «The Subtle Vices of the ‘Passive Virtues’ – A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review», 64 Columb. L. Rev. 1(1964).

13 Το ζήτημα των ορίων της δικαστικής εξουσίας, όταν αυτή προβαίνει σε έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, στο πλαίσιο του παρεμπόπτοντος ελέγχου, και οι τριβές που δημιουργούνται από την διεύρυνση της εξουσίας αυτής και την είσοδό της σε πεδία που ανήκουν στην «πολιτική εκτίμηση» (*political questions*) της πολιτικής εξουσίας έχει επανειλημμένα απασχολήσει και διχάσει την αμερικανική συνταγματική θεωρία, βλέπε εντελώς ενδεικτικά *M. Tushnet*, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999, *M. Tushnet*, *A Court Divided: The Requist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Company, 2005, *L. D. Kramer*, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004, *J. Waldrom*, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 2001, *R. A. Posner*, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2004 και *R. A. Posner*, «The Supreme Court, 2004 Term – Forward: A political Court» 119 Harv. L. Rev. 31 (2005). Εξάλλου η υπόθεση *Bush v. Gore* έθεσε πολλαπλά ερωτήματα για τον δικαστικό αυτοπεριορισμό, βλ. *C. R. Sunstein - R. Epstein* (eds.), *The Vote: Bush, Gore and the Supreme Court*, University of Chicago Press, 2001. Ακόμη μεταξύ πολλών άλλων την κατατοπιστική μελέτη της *Sylvia Snowiss*, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven and London, 1990, επίσης *Christopher Wolfe*, *The Rise of Modern Judicial Review: from constitution interpretation to judge-made law*, London, Rowman and Littlefield Publishers, 1994, *Kenneth Ripple*, *Constitutional Litigation*, Virginia, The Michie Company, 1984.

κανόνες της ελληνικής, αν τους μελετήσουμε προσεκτικά. Στους ίδιους κανόνες καταλήγει κανείς αν εξετάσει και τη σχετική νομολογιακή πρακτική στην Ελλάδα και επιχειρήσει να ανιχνεύσει την εσωτερική λογική που τη διέπει.

Και σε μας η δικαστική έρευνα είναι κυριολεκτικά βουτηγμένη στους δικονομικούς καταναγκασμούς της δίκης, διενεργείται εντός των δικονομικών ορίων της και υπηρετεί αποκλειστικά τις ανάγκες της. Η εξουσία του δικαστή να προβαίνει σε παρεμπόδιοντα έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων πηγάζει, όπως είδαμε, από την ίδια τη φύση της δικαστικής λειτουργίας(14). Ο δικαστής καλείται να ελέγξει τη συνταγματικότητα διάταξης νόμου, επειδή είναι δικαστής και οφείλει να δικάσει, δηλαδή να επιλύσει διαφορά, που άγεται νομίμως ενώπιον του, με βάση ισχύουσα διάταξη νόμου που δεν αντίκειται στον υπέρτατο Νόμο του κράτους. Ελέγχει τη συνταγματικότητα δικάζοντας και ελέγχοντας δικάζει. Η συνταγματικότητα εξετάζεται ως μέρος αναπόσπαστο και ενόψει μιας επίδικης διαφοράς, που αντικείμενό της μπορεί να έχει είτε την ικανοποίηση κάποιου δικαιώματος, που θεμελιώνεται σε ιδιωτική ή δημόσια έννομη σχέση, είτε την αποκατάσταση κάποιας ζημίας είτε την ακύρωση κάποιας διοικητικής πράξης είτε ακόμη την κατάγνωση ποινής για αξιόποινη πράξη. Η νομιμοποίηση της ελεγκτικής του εξουσίας προσδιορίζει και τα όρια της άσκησής της, που δεν είναι άλλα από τους δικονομικούς περιορισμούς που βαραίνουν την άσκηση της δικαιοδοτικής λειτουργίας. Ελέγχει τη συνταγματικότητα μέσα στα όρια και με βάση τους όρους και τους δικονομικούς κανόνες της δίκης. Η δικαστική εξουσία δεν νομιμοποιείται να ασκεί έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, παρά μόνον επειδή ασκεί δικαιοδοτική λειτουργία και εφ' όσον παραμένει μέσα στα όρια της δικαστικής της αρμοδιότητας(15). Με αυτά τα δεδομένα ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας αποτελεί ταυτόχρονα δικαίωμα και υποχρέωση, προνόμιο και βάρος του δικαστή, τα οποία δεν δικαιούνται να αποποιηθεί, χωρίς να θεωρηθεί ότι αρνησιδικεί. Δεν είναι άλλωστε δυνατόν να τα στερηθεί -δεδομένου ότι ανάγονται στον μη αναθεωρήσιμο πυρήνα της δικαστικής λειτουργίας του- ούτε με την

14 Για τη θεωρητική θεμελίωση και φύση της αρμοδιότητας αυτής βλέπε *Αντώνη Μανιτάκη*, «Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα», ΤοΣ, 2003, σ. 13 επ. (25) (=Τιμητικός Τόμος Κ. Μπέη, Αντ. Σάκκουλας, Eunomia, 2003), και από την ξένη βιβλιογραφία *M. Cappeletti*, *Il controllo giudiziario*, ό.π., σ. 59 επ. και 89 επ., *A. Tunc*, «Le contrôle juridictionnel des lois ayx Etats-Unis», *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Lancier, 1973, σ. 17-41, και *P. G. Kauper*, «Judicial review of constitutional issues in the United States», *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Max-Planck-Institut, Köln-Berlin, 1962, σ. 571, 573 και 593-594.

15 Βλέπε εκτενέστερα *A. Μανιτάκη*, *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων*, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, 1994, σ. 359.

διαδικασία της αναθεώρησης, εφ' όσον αυτή θα ανέτρεπε το ισχύον σύστημα και θα κατάληγε στην καθιέρωση ενός συστήματος συγκεντρωτικού(16).

Η συνταγματικότητα της κρίσιμης ή των κρίσιμων για την υπόθεση διατάξεων δεν είναι κατά συνέπεια το κύριο ούτε το άμεσο αντικείμενο ή το άμεσο αίτημα μιας δίκης -όπως συμβαίνει με τον κύριο και αφηρημένο έλεγχο που ασκούν τα περισσότερα Συνταγματικά Δικαστήρια στην Ευρώπη- αλλά το *παρεμπίπτον ζήτημα*, το οποίο εξετάζεται από τα δικαστήρια *παρεμπιπτόντως*, *σ α ν* να επρόκειτο για *προδικαστικό ζήτημα*, και πάντοτε σε συνάρτηση με τη συγκεκριμένη εφαρμογή και ερμηνεία των κρίσιμων για την επίλυση της επίδικη διαφοράς διατάξεων και την ανάγκη έκδοσης σχετικής απόφασης που να ανταποκρίνεται στο αίτημα των διαδίκων.

Έτσι, μία από τις πιο άμεσες συνέπειες του παρεμπίπτοντος χαρακτήρα του ελέγχου είναι π.χ. το απαράδεκτο της αναγνωριστικής αγωγής, που έχει ως άμεσο αίτημα τη διάγνωση και “κήρυξη” διάταξης νόμου ως αντισυνταγματικής και όχι την ύπαρξη ή ανυπαρξία έννομης σχέσης. Παρόμοιο αίτημα θεωρείται δικονομικά απαράδεκτο, όχι μόνο διότι αναιρεί ένα βασικό χαρακτηριστικό του παρεμπίπτοντος χαρακτήρα του ελέγχου της συνταγματικότητας, αλλά και διότι η καθιέρωση παρόμοιας διαδικασίας θα μετέτρεπε έμμεσα τα πολιτικά δικαστήρια, και σε τελευταία ανάλυση τον Άρειο Πάγο, σε συνταγματικά δικαστήρια, αφού θα τα νομιμοποιούσε να ασκούν, χωρίς άλλη δικονομική προϋπόθεση, πέρα από την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος, αφηρημένο έλεγχο της συνταγματικότητας(17).

Κρίθηκε έτσι απαράδεκτη αναγνωριστική αγωγή με αίτημα την αναγνώριση διάταξης ουσιαστικού νόμου -κανονισμού προσωπικού του ΟΤΕ- ως αντισυνταγματικής, επειδή αντιστρατεύταν την αρχή της ισότητας, καθότι δεν αναγνωρίζεται, όπως είχε κριθεί σε προγενέστερη διαφορά, στα δικαστήρια δικαιοδοσία άμεσης αναγνώρισης διάταξης ως αντισυνταγματικής: «δεδομένου ότι εξ ουδεμιάς διατάξεως δέδοται αυτοίς η εξουσία αναγνωρίσεως της εφ' οιοδήποτε λόγω αντισυνταγματικότητος διατάξεων νόμου, ή, ως προκειμένω, εκούσης ισχύν νόμου, (κανονισμού), δυναμένου δε μόνον παρεμπιπτόντως...να ελέγξουν την αντισυνταγματικότητα οιασδήποτε διατάξεως...»(18).

16 Βλ. αναλυτικότερα *A. Μανιτάκη*, Κράτος δικαίου, σ. 308, *του ίδιου*, ΕλλΣυντΔικ, σ. 326 επ.

17 Βλ. *B. Σκουρή - Εν. Βενιζέλου*, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Αντ. Σάκκουλας, 1985, σ. 56.

18 ΕφΑθ 7623/1981, (εισηγητής Χρ. Σαρτζετάκης), ΤοΣ 1982, σ. 236, με παρατηρήσεις *Φ. Βεγλερή*, (=ΕλλΔνη, 1982, σ. 658). Πρβλ και ΕφΑθ 10657/1980, Αρμ 1981, σ. 245. Βλ. και ΑΠ 1277/1984 ΕλλΔνη 1985, σ. 1991, στην οποία κρίθηκε ότι πάσχει από αοριστία η αγωγή αναγνώρισης της αντισυνταγματικότητας διάταξης του Γενικού Κανονισμού Προσωπικού του ΟΤΕ.

Δεν είναι, αντίθετα, απαράδεκτη αναγνωριστική αγωγή που έχει ως αίτημα τη διάγνωση της ανυπαρξίας έννομης σχέσης που στηρίζεται σε αντισυνταγματικές διατάξεις νόμου. Κρίθηκε έτσι παραδεκτή η αναγνωριστική αγωγή που είχε ως παρεμπίπτον και προκαταρκτικό αίτημα την κρίση περί την συνταγματικότητα διάταξης νόμου, με κύριο αίτημα την κήρυξη μιας απόφασης Γενικής Συνελεύσεως Ανωτάτου Εταιρίας ως ακύρου, επειδή λήφθηκε με βάση νομοθετική διάταξη που αντίκειται στο Σύνταγμα(19).

Εκείνο που δεν επιτρέπεται είναι ο αφηρημένος (in abstracto) έλεγχος, ο οποίος να απολήγει σε απλή “αναγνώριση” από το δικαστή της αντίθεσης ή μη μιας νομικής διάταξης προς το Σύνταγμα(20), χωρίς άλλες έννομες συνέπειες.

Παρεμπίπτων είναι ο έλεγχος ακόμη και όταν διενεργείται στο πλαίσιο ακυρωτικής δίκης, στην οποία εκδικάζεται αίτηση ακυρώσεως κατά διοικητικής πράξης(21), ατομικής ή κανονιστικής, με μοναδικό, ενδεχομένως, λόγο ακυρώσεως παράβαση διατάξεων του Συντάγματος(22). Άμεσο και κύριο αντικείμενο της δίκης δεν είναι στην προκειμένη περίπτωση η αντισυνταγματικότητα του νόμου, στον οποίο στηρίζεται η διοικητική πράξη, αλλά η νομιμότητα ή το κύρος της ίδιας της πράξης και αώτερος στόχος η ακύρωσή της για “παράβαση νόμου”. Μόνο που το κύρος της κρίνεται εδώ εν ενόψει του Συντάγματος, που αντιμετωπίζεται ως νόμος του κράτους, αλλά ως Νόμος Θεμελιώδης με υπερέχουσα έναντι των κοινών νόμων τυπική ισχύ.

Η συνταγματικότητα εκλαμβάνεται εδώ ως μορφή της νομιμότητας(23) με την ευρεία του όρου έννοια και το Σύνταγμα ως θεμελιώδης νόμος του κράτους, που πρέπει να εφαρμόζεται και να γίνεται σεβαστός όπως και κάθε άλλος νόμος.

Η ίδια αντιμετώπιση του Συντάγματος επιφυλάσσεται και στην αναιρετική δίκη. Η παράβαση από πρωτοβάθμιο ή δευτεροβάθμιο δικαστήριο συνταγματικών διατάξεων, η εφαρμογή δηλαδή σε

19 Βλέπε σχετικά τις ΠολΠρΑθ 13256/1979, ΕφΑθ 1136/1985 και ΑΠ 31/1990 δημοσιευμένες στο *Αρ. Μάνεση - Αντ. Μανιτάκη - Γ. Παπαδημητρίου*, Η ‘υπόθεση Ανδρεάδη’ και το οικονομικό Σύνταγμα, Τετράδια Συνταγματικού Δικαίου, Αντ. Σάκουλας, 1991.

20 *Αρ. Μάνεσης και Αντ. Μανιτάκης*, ό.π., σ. 8.

21 Βλ. *Β. Σκουρή - Ευ. Βενιζέλου*, ό.π., σ. 56 και για παράδειγμα την απόφαση του ΣτΕ 14/1988 (Ολομ.), ΝοΒ 1988, σ. 811, η οποία απέρριψε αίτηση ακυρώσεως απαγόρευσης λειτουργίας σχολείου από αλλοδαπό εκπαιδευτικό οργανισμό, που έχει ως μοναδικό λόγο ακύρωσης την παραβίαση του άρθρου 16 παρ. 1 Σ.

22 Με επιφυλάξεις το δέχονται οι *Σκουρής - Βενιζέλος*, ό.π., σ. 56. Βλέπε σχετικά και ΑΠ 528/1985, ΕλλΔνη 1986, σ. 293 (έλεγχος παρεμπίπτων από πολιτικό δικαστήριο της νομιμότητας και συνταγματικότητας ατομικής διοικητικής πράξης). Βλέπε σχετικά και πιο κάτω.

23 Βλέπε εκτενέστερα *Αντ. Μανιτάκη*, «Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα», ΤοΣ 2003, σ. 25 [= Τιμητικός τόμος Κ. Μπέη, ό.π., σ. 3122 επ. [3133]].

συγκεκριμένη δικαστική υπόθεση διατάξεως νόμου αντισυνταγματικής, μπορεί να αποτελέσει αυτοτελή και μάλιστα μοναδικό λόγο αναιρέσεως(24), δεδομένου ότι παγίως η παράβαση συνταγματικής διάταξης από τις δικαστικές αποφάσεις εξομοιώνεται με παράβαση νόμου.

4. Το παραδεκτό και ιδίως η συνδρομή εννόμου συμφέροντος ως όρος αναγκαίος του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

Θα πρέπει να υπογραμμιστεί, ακόμη μια φορά, ότι θεμελιώδης και αναπόφευκτη συνέπεια του παρεμπόμπτοντος χαρακτήρα του ελέγχου είναι ότι η έρευνα της συνταγματικότητας διενεργείται στο πλαίσιο της δίκης και εντός των δικονομικών ορίων και προϋποθέσεων που αυτή επιβάλλει. Θεμελιώδης δικονομικός όρος του ελέγχου είναι άρα η συνδρομή των ουσιαστικών και τυπικών προϋποθέσεων *κάταρξης και συνέχισης της δίκης*. Η έρευνα δηλαδή γίνεται, εφόσον συντρέχουν οι όροι του παραδεκτού και ιδίως οι όροι της νομιμοποίησης του διαδίκου και εφ' όσον διαρκούν οι όροι αυτοί και υπάρχει ανάγκη έκδοσης δικαστικής απόφασης. Η αντισυνταγματικότητα μπορεί να τεθεί με πρωτοβουλία των διαδίκων και να προβληθεί ως νομικός ισχυρισμός στο εισαγωγικό της δίκης δικόγραφο και να συνδεθεί με την ίδια τη βάση της αγωγής ή να αποτελέσει αυτοτελή λόγο ακυρώσεως στην ακυρωτική δίκη ή να προβληθεί *κατ' ένσταση* ή και να ληφθεί υπόψη *αυτεπαγγέλτως* από το δικαστήριο σε οποιαδήποτε φάση της δίκης, σε πρώτο ή δεύτερο για πρώτη φορά βαθμό ή ακόμη και στην αναιρετική δίκη(25), *εφ' όσον όμως συντρέχουν για την προβολή της οι όροι του παραδεκτού και ιδίως ο όρος της συνδρομής εννόμου συμφέροντος*. Η έγερση του ζητήματος της συνταγματικότητας μπορεί να τεθεί και στη φάση της προσωρινής δικαστικής προστασίας, όπως κατά την εκδίκαση αίτησης προσωρινής αναστολής ισχύος διοικητικής πράξης(26).

24 Τούτο είχε ήδη γίνει δεκτό από τα τέλη του 19ου αιώνα, βλ. ΑΠ 169/1893, Θέμις, Δ', (1893), σ. 388, στην οποία είχε απορριφθεί ως "ανυπόστατος" λόγος αναιρέσεως, που στηριζόταν στην παραβίαση του άρθρου 20 του Συντάγματος που προστατεύει το απόρρητο των επιστολών, επειδή είχε το περιεχόμενο της επιστολής ανακοινωθεί από τον παραλήπτη της σε τρίτο πρόσωπο. Για το θέμα ειδικά της συμπερίληψης της παραβίασης του Συντάγματος ως λόγου αναιρέσεως βλ. και την αγόρευση του εισαγγελέα Δ. Τζιβανοπούλου, για την ίδια απόφαση (Θέμις, Δ', 1893, σ. 390), καθώς και τον διαφωτιστικό σχολιασμό της αγόρευσης και της απόφασης από τον Γιάννη Δρόσο, Δοκίμιον Ελληνικής Συνταγματικής Θεωρίας, Αντ. Σάκκουλα, 1996, σ. 189-192, όπου και παρατίθενται εκτενή αποσπάσματα από την απόφαση και την αγόρευση. Μεταξύ πλείστων όσων σχετικών αποφάσεων του ΑΠ βλ. ενδεικτικά ΑΠ 926/1979 (Ολομ.), ΕΕΝ 1979, σ. 737. Σχετικά με το ζήτημα του αναιρετικού ελέγχου βλέπε και Σ. Κουκούλη-Σπηλιωτοπούλου, «Δέσμευση των δικαστηρίων από το κοινοτικό δίκαιο και αυτεπάγγελτος αναιρετικός έλεγχος», Δ 26 (1995), σ. 999-1009.

25 Βλ. Β. Σκουρή - Ευ. Βενιζέλου, ό.π., σ. 53/54. και Κ. Κεραμέως, Ένδικα μέσα, Σάκκουλας, Θεσσαλονίκη, Γ' έκδ., 2004, σ. 118.

26 Βλέπε μεταξύ πολλών την ΕπιτρΑναστΣτΕ 718/1993, Αρμ 1993, σ. 1169.

Το ζήτημα της συνταγματικότητας εξετάζεται άρα μετά τη διαπίστωση του παραδεκτού της αγωγής ή της αίτησης ακυρώσεως ή μετά την κίνηση της ποινικής δίωξης και έναρξης της δίκης(27). Παρόλο που η συνδρομή των δικονομικών όρων του “παραδεκτού”, π.χ. η ικανότητά του να είναι κανείς διάδικος ή να παρίσταται στο δικαστήριο, ή η μή παρέλευση της προβλεπόμενης για τις αιτήσεις ακυρώσεως προθεσμίας και κυρίως η *θεμελίωση εννόμου συμφέροντος*(28) για την έγερση της αγωγής ή την αίτηση ακυρώσεως, αποτελεί απαραίτητη *δικονομική προϋπόθεση* για την εξέταση του ερωτήματος της συνταγματικότητας(29), μπορεί εντούτοις και η ίδια αυτή η προϋπόθεση να αποτελέσει αντικείμενο αυτοτελούς έρευνας ως προς την συνταγματικότητά της. Έτσι, μπορεί να εξεταστεί η συνταγματικότητα των νομοθετικών ρυθμίσεων που εξαρτούν την άσκηση ενδίκων μέσων ή βοηθημάτων από δικονομικές προϋποθέσεις, όπως συνέβη με τον νομοθετικό αποκλεισμό από την προσωρινή προστασία, που παρέχεται με το βοήθημα της προσωρινής αναστολής ισχύος για ορισμένες διοικητικές πράξεις(30).

Ο όρος του παραδεκτού αφορά και τον αυτεπάγγελο έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων και, κατ’ αρχήν, τον δεσμεύει. Έτσι, η αυτεπάγγελτη από τον δικαστή εξέταση της συνταγματικότητας μιας διάταξης μπορεί να γίνει οποτεδήποτε σε οποιαδήποτε φάση της διαδικασίας, ακόμη και αν δεν έχει προβληθεί σχετικός ισχυρισμός, αρκεί να προκύπτει από την εφαρμογή της αντισυνταγματικής διάταξης *συνδρομή εννόμου συμφέροντος του διαδίκου*(31) για την εξέτασή του από τον δικαστή. Ο όρος του παραδεκτού θα πρέπει να θεωρηθεί *απαρέγκλιτος* για τον έρευνα της συνταγματικότητας και η διαπίστωση

27 E. Spiliotopoulos, «Judicial Review of Legislative Acts in Greece», Temple Law Quarterly, 1983, σ. 463 επ. (479).

28 Ο διάδικος νομιμοποιείται να ασκήσει αγωγή όταν η υπόθεση μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο ιδιωτικής διαφοράς και υπάρχει συγκεκριμένο δικαίωμα του ενάγοντος που προσβάλλεται από πράξη ή παράλειψη του εναγομένου. Στην περίπτωση της αιτήσεως ακυρώσεως πράξης ή παράλειψης της διοίκησης ο αιτών πρέπει να έχει έννομο συμφέρον που να αναγνωρίζεται ή προστατεύεται από το νόμο και να θίγεται από την πράξη ή την παράλειψη, E. Spiliotopoulos, *ό.π.*, σ. 479. Στην ακυρωτική δίκη πάντως ο παρεμπίπτων έλεγχος της συνταγματικότητας διάταξης νόμου εντάσσεται και υποτάσσεται στις δικονομικές προϋποθέσεις διαπίστωσης της συνδρομής εννόμου συμφέροντος όπως αυτές καθορίζονται στην ίδια δίκη, βλέπε εκτενώς και ειδικά *Γλυκερία Σιούτη*, Το έννομο συμφέρον στην Αίτηση Ακυρώσεως, Αθήνα, Αντ. Σάκκουλας, 1998, *ιδίως*, σ. 33-47.

29 Βλ. και σε ό,τι αφορά το συγκριτικό δίκαιο τις διαπιστώσεις του M. Fromont, *ό.π.*, σ. 42-44.

30 Βλέπε χαρακτηριστικά την ΕπιτρΑναστΣτΕ 718/1993, Αρμ 1999, σ. 1169, πρβλ. και ΣτΕ 1476/2004, Ολομ., Ε.Δ.Κ.Α. 2004, σ. 506.

31 Βλ. σχετικά B. Σκουρή - Ευ. Βενιζέλου, *ό.π.*, σ. 54 και Π. Γέσιου-Φαλτσή - Αθ. Καΐση, Η πολιτική δίκη σε κίνηση, I, Θεσσαλονίκη, Σάκκουλας, 1985, σ. 28 επ., Π. Γέσιου-Φαλτσή, «Παρέμβαση», σε: Τα ένδικα μέσα μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του ΚΠολΔ, (επιμ. Ν. Παϊσίδου), Θεσσαλονίκη, Σάκκουλας, 1995, σ. 183-184.

της συνδρομής εννόμου συμφέροντος, θεμελιώδης δικονομική προϋπόθεση για τον δικαστικό έλεγχο.

Σε μια αντιπροσωπευτική, σχετικά με την συνδρομή εννόμου συμφέροντος για την έρευνα της συνταγματικότητας, απόφαση το Στ' Τμήμα του Συμβουλίου Επικρατείας(32), με Πρόεδρο τον Αν. Μαρίνο και εισηγητή τον Σύμβουλο Ν. Σακελλάριου -ο οποίος είχε μειοψηφήσει-, κλήθηκε να αποφανθεί για την αντισυνταγματικότητα νομοθετικής διάταξης που προέβλεπε ένα χωριστό ποσοστό εισαγωγής στα Πανεπιστήμια ατόμων που προέρχονταν από την μουσουλμανική μειονότητα της Θράκης. Οι αιτούντες, υποψήφιοι στις Γενικές Εισαγωγικές Εξετάσεις, επικαλέστηκαν την αντισυνταγματικότητα της διάταξης επειδή εισήγαγε αδικαιολόγητη ευνοϊκή μεταχείριση με βάση το θρησκευτικό κριτήριο σε σχέση με τους λοιπούς υποψηφίους, που ήταν κάτοικοι της ίδιας ακριτικής περιοχής αλλά ήταν χριστιανοί ορθόδοξοι. Το Δικαστήριο αποφάσισε -κατά πλειοψηφία- ότι δεν είχαν έννομο συμφέρον οι αιτούντες να προβάλλουν τους σχετικούς λόγους ακυρώσεως, «δοθέντος ότι η τυχόν αντισυνταγματικότητα της προσβαλλόμενης αποφάσεως, άγουσα εις την μη εφαρμογήν της ως ανισχύρου, κατ' ουδέν ωφελεί τους αιτούντας, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι δεν είναι κατά το Σύνταγμα επιτρεπτή, ούτε άλλωστε και λογικώς νοητή, στην συγκεκριμένη περίπτωση, η δια δικαστικής αποφάσεως επέκτασις των ευνοϊκών για την μουσουλμανική μειονότητα της Θράκης ρυθμίσεων και εις την κατηγορίαν στην οποίαν ανήκουν οι ήδη αιτούντες».

Στην ίδια λογική το Δ' Τμήμα του ΣτΕ(33) με Πρόεδρο τον Μ. Βροντάκη και εισηγητή τον Σ. Χαραλαμπίδη, διατύπωσε με τρόπο κατηγορηματικό το σκεπτικό ότι «ναι μεν κατ' άρθρο 93 παρ. 4 του Συντάγματος τα δικαστήρια υποχρεούνται να μην εφαρμόζουν νόμον, το περιεχόμενο του οποίου αντίκειται προς το Σύνταγμα. Εκ τούτου όμως δεν γεννάται υποχρέωσις ερεύνης κατ'ουσίαν του άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλομένου λόγου, διότι αφ' ενός μεν εν προκειμένω πρόκειται όχι περί εφαρμογής ή μη κανόνος δικαίου σε ατομική περίπτωση, αλλά περί αφηρημένου ελέγχου του κύρους του, αφ' ετέρου, δ' εν πάση περιπτώσει, εν όψει της προβλεπούσης την άσκησιν της αιτήσεως ακυρώσεως διατάξεως του άρθρου 95 παρ. 1 του Συντάγματος, δεν επιτρέπεται στον ακυρωτικό δικαστή έλεγχος νομιμότητος, ο οποίος πέραν της επιδιωκομένης θέσεως εκποδών της προσβαλλομένης πράξεως θα επήγετο δια τον αιτούντα και βλάβην εκ της διατυπώσεως δικαστικής κρίσεως βαινούσης πέραν των αιτηθέντων οίαν συνιστά η διαπίστωσις του ανισχύρου του καθόλου νομικού καθεστώτος το οποίο στηρίζει την

32 ΣτΕ 3118/1996, Τμ. Στ', ΤοΣ 1996, σ. 1055 και σχολιασμό της απόφασης από *Γλυκερία Σιούτη*, ό.π., σ. 191.

33 ΣτΕ 1357/2000, Τμ. Δ', ΤοΣ 2001, σ. 166.

ιδιότητα υπό την οποία ενεργεί. Ο τοιούτος δε έλεγχος του παραδεκτού ή μη προς πάσης υπεισελεύσεως εις το βάσιμον είναι κατά τα παγίως κρινόμενα συνταγματικώς επιτρεπτός». Οι αιτούντες ζητούσαν την ακύρωση υπουργικής απόφασης με την οποία είχε εγκριθεί ο κανονισμός λειτουργίας πρακτορείων αμοιβαίου στοιχήματος. Μεταξύ των λόγων ακυρώσεως που προέβαλλαν ήταν ότι η εξουσιοδοτική διάταξη, που ανέθετε την έγκριση του κανονισμού στον Υπουργό, ήταν αντισυνταγματική επειδή έπρεπε κατά τα άρθρο 43 παρ. 2 Σ να έχει ανατεθεί στον ΠτΔ και η έγκριση του κανονισμού να γίνει με προεδρικό διάταγμα και όχι με υπουργική απόφαση. Οι αιτούντες όμως είχαν αποκτήσει την ιδιότητα του πράκτορα αμοιβαίου στοιχήματος με άδειες που είχαν χορηγηθεί με βάση έναν προηγούμενο κανονισμό, ο οποίος είχε εκδοθεί κατ' εξουσιοδότηση της ίδιας εξουσιοδοτικής νομοθετικής διάταξης που τώρα ισχυρίζονται ότι είναι αντισυνταγματική επειδή εξουσιοδοτεί τον Υπουργό και όχι τον ΠτΔ. Το έννομο συμφέρον τους να ζητήσουν την ακύρωση του κανονισμού στηριζόταν σε ιδιότητα που είχαν αποκτήσει δυνάμει ενός κανονισμού που έπασχε από το ίδιο ελάττωμα που πάσχει και σήμερα ο κανονισμός του οποίου ζητούν την ακύρωση. Αποκλίνουσα άποψη διατύπωσε ο εισηγητής Σύμβουλος Χαραλαμπίδης, ο οποίος υπογράμμισε ότι δεν θα πρέπει να αποκλειστεί εξ ορισμού η δυνατότητα αυτεπάγγελτου ελέγχου της νομιμότητας μιας πράξεως όταν ο έλεγχος της ενδείκνυται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, που συνδέονται με την αντικειμενική νομιμότητα, όπως όταν πρόκειται για την προστασία του περιβάλλοντος και δη για την προστασία των δασών. Μια τέτοια εξαίρεση, που αποκλίνει είναι αλήθεια, από τον κανόνα του μετ' εννόμου συμφέροντος εξεταζόμενου, πάντα, λόγου ακυρώσεως δεν θα πρέπει να αποκλειστεί εντελώς, όπως δείχνει, άλλωστε, και η εξέλιξη της νομολογίας στο θέμα ακριβώς του περιβάλλοντος.

Το ζήτημα παραπέμφθηκε λόγω της σπουδαιότητός του στην Ολομέλεια, η οποία το έλυσε χωρίς να θίξει τα καθιερωμένα(34). Δέχτηκε κατ' αρχήν ότι οι αιτούντες πράκτορες είχαν έννομο συμφέρον να προβάλλουν ως λόγο ακυρώσεως την αντισυνταγματικότητα της εξουσιοδοτικής διάταξης, κατ' εφαρμογήν της οποίας είχε εκδοθεί ο προσβαλλόμενος κανονισμός, εφ' όσον επέρχεται δια του νέου κανονισμού χειροτέρευση της επιχειρηματικής θέσης τους. Η προβολή εκ μέρους τους του λόγου αυτού ακυρώσεως δεν αντίκειται στην καλή πίστη, δεδομένου ότι η τυχόν αποδοχή του λόγου ακυρώσεως δεν επηρεάζει ευθέως το κύρος των ατομικών αδειών λειτουργίας των πρακτορείων, αφού αυτές εκδόθηκαν με βάση τον προηγούμενο κανονισμό. Η μειοψηφούσα γνώμη των Συμβούλων Σοφ. Χαραλαμπίδη

34 ΣτΕ Ολ. 1314/2001, ΔιΔικ 2002, σ. 657.

και Ελ. Δανδουλάκη επέμεινε ότι το έννομο συμφέρον των αιτούντων ήταν στην προκειμένη περίπτωση αποκρουστέο διότι η τυχόν «αποδοχή του προβαλλόμενου ως άνω λόγου ακυρώσεως θα απετέλει διαπίστωση του ανισχύρου και αυτού του κανονιστικού καθεστώτος βάσει του οποίου οι αιτούντες έχουν λάβει τις οικείες άδειες. Το γεγονός δε της ως άνω διαπιστώσεως καίτοι ήσσον της ακυρώσεως των αδειών καθ' εαυτάς που δεν θα ήταν επιτρεπτή, παρεμπιπτόντως α) συνιστά πάντως χειροτέρευση της θέσεως των αιτούντων ως εκ της δυναμικής του τυχόν ακυρωτικού erga omnes αποτελέσματος της αποφάσεως κατά το στάδιον της συμμορφώσεως της Διοικήσεως, β) η επίκλησις του ως άνω λόγου ενέχει κατ' αποτέλεσμα την υπό της εννόμου τάξεως αποδοκιμαζομένην αντίφασιν, άνευ νομίμου, των αιτούντων προς εαυτούς κατά το μέρος που αποδέχονται ως θεμιτόν το επί της βαλλόμενης διατάξεως ερειδόμενον καθεστώς όταν εξ αυτού αρύωνται ωφελήματα (άδειες)...».

Το συμπέρασμα από τις θέσεις μειοψηφίας και πλειοψηφίας είναι ότι και οι δύο αναζήτησαν, προκειμένου να προβούν σε έλεγχο συνταγματικότητας του προβαλλόμενου λόγου, αν συντρέχει έννομο συμφέρον. Η θέση της πλειοψηφίας έχει το πλεονέκτημα της ευελιξίας, αφού κατάφερε να συνδυάσει την τήρηση του θεμελιώδους κανόνα της μετ' εννόμου συμφέροντος εξέτασης προβαλλόμενου λόγου αντισυνταγματικότητας, χωρίς να θίξει την αντικειμενική νομιμότητα ή το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων και παράλληλα να ικανοποιήσει το αίτημα των αιτούντων αναγνωρίζοντάς τους δικαίωμα δικαστικής προστασίας από αντισυνταγματικό κανονισμό, έστω και αν οι ίδιοι είχαν αποκτήσει τη ιδιότητα του πράκτορα, η οποία τους επιτρέπει σήμερα να προσφεύγουν στον ακυρωτική δικαστή με βάση κανονισμό που στηριζόταν σε αντισυνταγματική νομοθετική εξουσιοδότηση. Η Ολομέλεια υιοθέτησε για τον σκοπό αυτό την επιεικέστερη και πλέον διευρυμένη εκδοχή του εννόμου συμφέροντος.

Μειοψηφία και πλειοψηφία δεν έθιξαν, πάντως, την πάγια θέση ότι ο λόγος της αντισυνταγματικότητας διάταξης νόμου δεν εξετάζεται αυτεπάγγελτα ή κατόπιν προβολής των διαδίκων αν δεν θεμελιώνεται δεσμός εννόμου συμφέροντος.

5. Το ζήτημα του αυτεπάγγελτου δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Υποχρέωση ή δυνατότητα;

Το αρχικό μας ερώτημα παραμένει, πάντως, ακέραιο: πόσο μπορεί η συνδρομή του εννόμου συμφέροντος να αποτελέσει όρο και για τον αυτεπάγγελτο έλεγχο της συνταγματικότητας; Ή με αντίστροφη φορά: η δυνατότητα της αυτεπάγγελτης έρευνας από το δικαστή της συνταγματικότητας του νόμου μπορεί να φθάνει και μέχρι του σημείου να παρακάμψει τη δικονομική προϋπόθεση του εννόμου συμφέροντος; Τέλος, ο δικαστής είναι υποχρεωμένος ή έχει απλώς ευχέρεια να

προβαίνει σε (αυτεπάγγελτο) έλεγχο της αντισυνταγματικότητας των νόμων(35); Στο ερώτημα αυτό η νομολογία φαίνεται να αμφιταλαντεύεται, όπως θα δούμε στη συνέχεια.

Έχει γίνει, κατ' αρχήν δεκτό, ότι τα δικαστήρια «έχουν δικαίωμα να προβαίνουν και σε αυτεπάγγελτο έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων»(36). Από την τελευταία διατύπωση συνάγεται ότι τα δικαστήρια 'δύνανται' και δεν υποχρεούνται να εξετάζουν αυτεπάγγελα την αντισυνταγματικότητα διάταξης νόμου. Υπάρχουν όμως και αποφάσεις που έχουν ρητά διακηρύξει το αντίθετο: «Η υποχρέωση αυτεπάγγελτου ελέγχου που το Σύνταγμα ρητά επιβάλλει στα Δικαστήρια αφορά αποκλειστικά την ουσιαστική συνταγματικότητα της εφαρμοστέας διάταξης νόμου»(37).

Την θέση της υποχρέωσης αυτεπάγγελτου ελέγχου ακόμη και όταν δεν συντρέχει ο όρος του εννόμου συμφέροντος υιοθέτησε και η Ολομέλεια του Συμβουλίου Επικρατείας στην απόφαση 106/1991(38). Εκεί τέθηκε ευθέως το ζήτημα της δυνατότητας αυτεπάγγελης έρευνας της συνταγματικότητας νόμου έστω και αν ο αιτών δεν είχε έννομο συμφέρον να προβάλλει ενώπιον του Δικαστηρίου τον συγκεκριμένο λόγο ακυρώσεως. Το προκαταρκτικό ζήτημα που κλήθηκε να αντιμετωπίσει η Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου εντοπιζόταν στο ερώτημα, αν μπορούσε το δικαστήριο να εξετάσει αυτεπαγγέλτως λόγο ακυρώσεως πράξης, που ανάγεται σε αντισυνταγματικότητα διάταξης νόμου, τον οποίο όμως λόγο δεν μπορούσε να προβάλει παραδεκτώς ο αιτών, αφού δεν αποδείκνυε βλάβη από την εφαρμογή του, αλλά και αν ακόμη γινόταν δεκτό ότι η εφαρμογή του νόμου στη συγκεκριμένη περίπτωση τον έβλαπτε, αδυνατούσε παρόλα αυτά να προβάλλει τον λόγο, διότι η ενδεχόμενη επίκλησή του ήταν αντίθετη στην καλή πίστη (*exceptio doli generalis*). Ενεργούσε εναντίον της καλής πίστης ο αιτών, διότι πρόβαλλε λόγο αντισυνταγματικότητας διατάξεως από την εφαρμογή της οποίας είχε ο ίδιος επωφεληθεί οικοδομώντας σε όμορο ακίνητο με άδεια που είχε εκδοθεί με βάση τον αντισυνταγματικό νόμο.

35 Το ζήτημα απασχόλησε πρόσφατα τη νομολογία και τη θεωρία, Βλέπε, βλέπε ΣτΕ 3195/2000, ΔτΑ, 16/2002, σ. 1199 και τα σχόλια των Π. Παραρά, «Η νομολογιακή ερμηνεία του άρθρου 93 παρ. 4 του Συντάγματος. Παρουσίαση της αποφάσεως ΣτΕ 3195/2000», Κ. Γιαννακόπουλος, «Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων. Σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 3195/2000», Γ. Γεραπετρίτης, «Αυτεπάγγελος έλεγχος συνταγματικότητας και στην κατ' αναίρεση δίκη. Σχόλιο στην ΣτΕ 3195/2000», και Κ. Παπανικολάου, «Σχόλιο» υπό την αυτήν απόφαση, σ. 1172-1202.

36 ΣτΕ 3718/2003, Τμ. Δ', ΕΔΔΔ 2004, σ. 524-528.

37 Ακόμη ΣτΕ Ολομ., 173/1998, ΕΔΔΔ 1998, σ. 296 και ΣτΕ 1521/1992, ΤοΣ 1993, σ. 191: ελέγχεται υποχρεωτικά λόγος αντισυνταγματικότητας που υποβλήθηκε για πρώτη φορά με υπόμνημα δηλαδή απαράδεκτα.

38 ΣτΕ 106/1991, ΔιΔικ 1992, σ. 1053, (=ΤοΣ, 1991, σ. 146), για το ζήτημα αυτό βλ. και Γλ. Σιούτη, ό.π., σ. 30-35.

Στην απόφαση, λοιπόν, 106/1991 το ΣτΕ έκρινε ότι δικαιούται να ελέγξει και αυτεπαγγέλτως τη συνταγματικότητα διάταξης νόμου, που επέτρεπε την οικοδόμηση κάτω από προϋποθέσεις μή άρτιου οικοπέδου, και κατ'εφαρμογήν της οποίας είχε εκδοθεί η προσβαλλόμενη οικοδομική άδεια. Το γεγονός ότι ερχόταν τώρα ο ωφεληθείς από την αντισυνταγματική διάταξη και προέβαλλε εναντίον τρίτου απαραδέκτως την αντισυνταγματικότητά της ενεργώντας έτσι εναντίον της καλής πίστης, δεν εμπόδισε το δικαστήριο να εξετάσει, παρόλα αυτά, και τον λόγο αυτόν, κρίνοντας ότι η διάταξη του άρθρου 94 παρ. 3Σ τον υποχρεώνει να προβαίνει σε έλεγχο αντισυνταγματικότητας ακόμη και όταν δεν συντρέχει ένας όρος του παραδεκτού που είναι η συνδρομή του εννόμου συμφέροντος: «...ουδόλως κωλύεται το δικαστήριο να ερευνήσει αυτεπαγγέλτως τη συνταγματικότητα των διατάξεων του άρθρου 25 του ν. 1337/83, ενόψει της επιταγής του άρθρου 93 παρ. 4 Σ που υποχρεώνει όλα τα δικαστήρια όταν επίδικη σχέση ρυθμίζεται από ορισμένο νόμο να μην εφαρμόζουν το νόμο αυτό, αν το περιεχόμενο αντίκειται προς το Σύνταγμα».

Στην θέση της Ολομέλειας αντιτάχθηκε μια ισχυρή μειοψηφία (έξι μέλη), η οποία αντλώντας επιχειρήματα από τον παρεμπίπτοντα χαρακτήρα της έρευνας της συνταγματικότητας αλλά και από τους πάγιους δικονομικούς όρους, που διέπουν την ακυρωτική δίκη πρότεινε να απορριφθεί ο προβαλλόμενος λόγος ακυρώσεως ως अपαράδεκτος. Οι συλλογισμοί της μειοψηφίας αξίζουν ιδιαίτερης προσοχής, όχι μόνο διότι χαρακτηρίζονται από λογική συνοχή αλλά και διότι δείχνουν τις δικονομικές δεσμεύσεις του παρεμπίπτοντος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Η παράθεσή τους έχει, τουλάχιστον, διδακτική αξία:

«Αντικείμενο της ακυρωτικής δίκης δεν είναι, κατά το Σύνταγμα, η συνταγματικότητα μιας διάταξης νόμου, αλλά η νομιμότητα μιας διοικητικής πράξης. Τούτο σημαίνει ότι το ζήτημα της συνταγματικότητας του νόμου εξετάζεται παρεμπίπτοντως και κατά τους δικονομικούς όρους που ισχύουν στην ακυρωτική δίκη. Στη δίκη αυτή το δικαστήριο δεν έχει την εξουσία να εξετάσει αυτεπαγγέλτως λόγο ακυρώσεως μιας διοικητικής πράξης, το οποίο ο αιτών δεν θα μπορούσε να προβάλει παραδεκτώς, όπως συμβαίνει όταν το συμφέρον του αιτούντος να προβάλει το λόγο αυτό δεν είναι “έννομο”. Εξάλλου όπως έχει κριθεί, το συμφέρον του αιτούντος προς ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, και κατά συνεκδοχή για την προβολή σχετικού λόγου ακυρώσεως, δεν είναι έννομο όταν αντίκειται στην καλή πίστη.... Αν το άρθρο 25 του νόμου 1337/1983, το οποίο αποτέλεσε τη βάση όχι μόνο για την χορήγηση της προσβαλλόμενης άδειας, αλλά και της άδειας για την ανοικοδόμηση της πολυκατοικίας των αιτούντων, είναι αντισυνταγματικό, και οι δύο αυτές άδειες δεν είναι νόμιμες και οι αιτούντες, παρ' όλο ότι η οικοδομική άδεια που αφορά τη

δική τους πολυκατοικία έχει ενδεχομένως διαφύγει, λόγω παρόδου της προθεσμίας, την ακυρωτική προσβολή, δεν θα μπορούσαν να προβάλλουν παραδεκτώς, από άποψη έννομου συμφέροντος, ότι η προσβαλλόμενη άδεια στηρίζεται σε νόμο αντισυνταγματικό, αφού η προβολή τέτοιου λόγου θα αντέκειτο στην καλή πίστη, δοθέντος ότι και η άδεια για τη δική τους πολυκατοικία στην ίδια διάταξη στηριζόταν. Συνακόλουθα, ενόψει της μνημονευόμενης δικονομικής αρχής, σύμφωνα με την οποία το δικαστήριο δεν εξετάζει αυτεπαγγέλτως λόγο ακυρώσεως, που ο αιτών δεν μπορεί να προβάλλει παραδεκτώς, δεν μπορεί στην προκειμένη περίπτωση να εξεταστεί αυτεπαγγέλτως λόγος ακυρώσεως αναγόμενος στην αντισυνταγματικότητα του άρθρου 25 του νόμου 1337/1983»(39).

Η περίπτωση της απόφασης που εξετάσαμε για να γίνει κατανοητή θα πρέπει να εξηγηθεί εντασσόμενη σε μια ορισμένη κατηγορία περιπτώσεων, όπου το αυτεπάγγελτο του ελέγχου δικαιολογείται από την παραβίαση κανόνα συνταγματικού, που η σημασία του έχει γενικότερο χαρακτήρα και υπερβαίνει το στενό ατομικό συμφέρον του αιτούντος και την υποκειμενική του έννομη κατάσταση. Πρόκειται για παραβίαση συλλογικού συνταγματικού αγαθού, όπως είναι το περιβάλλον. Έτσι, ακόμη σε σχετικά πρόσφατη απόφασή του το ίδιο Δικαστήριο(40) διακήρυξε ότι «λόγος αναγόμενος στην συνταγματικότητα εφαρμοσθείσης διατάξεως νόμου είναι αυτεπαγγέλτως ερευνητέος» και ακύρωσε υπουργική απόφαση που στηριζόταν σε διάταξη που οδηγούσε με τις ρυθμίσεις της σε επιδείνωση του οικιστικού περιβάλλοντος και των όρων διαβίωσης των κατοίκων μιας περιοχής καθιερώνοντας χρήσεις γής δυσμενέστερες σε σχέση με αυτές που ίσχυαν στο παρελθόν και μεταβάλλοντας επί τα χείρω το υπάρχον περιβάλλον.

Στην απόφαση αυτή θα πρέπει επομένως να επισημανθεί ότι το αυτεπάγγελτο του ελέγχου επιβλήθηκε και δικαιολογήθηκε από τον γενικότερο χαρακτήρα που είχε το πληττόμενο με την αντισυνταγματική ρύθμιση συνταγματικό αγαθό, το οποίο δεν αφορούσε την προστασία απλώς ενός ατομικού δικαιώματος ή ενός προσωπικού συμφέροντος του διαδίκου, αλλά στην επιδείνωση των συνθηκών διαβίωσης μιας ολόκληρης περιοχής. Είναι ο υπερατομικός χαρακτήρας του προσταυόμενου συνταγματικού αγαθού που δικαιολογεί και επιτάσσει την αυτεπάγγελτη από τον δικαστή παρέμβαση, ακόμη και αν δεν θεμελιώνεται για τον συγκεκριμένο διάδικο έννομο συμφέρον για την προβολή του συγκεκριμένου λόγου ακυρώσεως.

Τέλος, ιδιαίτερα διαφωτιστική για το ζήτημα που μας απασχολεί χωρίς όμως να δίνει, ούτε αυτή, συνολική απάντηση στο ζήτημα, είναι η απόφαση ΣτΕ 3718/2003 του Δ' Τμ. Το Δικαστήριο κλήθηκε να

39 ΣτΕ 106/1991, ΤοΣ 1991, σ. 149.

40 ΣτΕ 1528/2003, Αρμ 2003, σ. 1346.

απαντήσει στο ερώτημα αν δικαιούται να εξετάσει αυτεπαγγέλτως λόγο ακυρώσεως που αναφέρεται σε παράβαση από την Διοίκηση του άρθρου 20 παρ. 2 που επιτάσσει την προηγούμενη ακρόαση του διοικουμένου για κάθε δυσμενή για τα συμφέροντά του πράξη. Κατά την πλειοψηφία του δικαστηρίου δεν υπάρχει συνταγματική διάταξη ή διάταξη νόμου ούτε και γενική αρχή του διοικητικού δικαίου που να του επιβάλλει τέτοια υποχρέωση, αν εξαιρέσει κανείς τις πειθαρχικές διαδικασίες. Σε αυτεπάγγελτη έρευνα προβαίνει, κατά τους δικονομικούς κανόνες, όταν η πράξη εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο, επειδή θεωρείται ότι τότε παραβιάζεται κανόνας δημόσιας τάξης. Στην συνέχεια το ίδιο δικαστήριο διατυπώνει ένα σκεπτικό που επιδέχεται διπλή ανάγνωση: αρχικά υποστηρίζει ότι «η υποχρέωση αυτεπάγγελτου ελέγχου που το Σύνταγμα ρητά(!) επιβάλλει στα Δικαστήρια αφορά αποκλειστικά την ουσιαστική συνταγματικότητα της εφαρμοστέας διάταξης νόμου»... «Περιορίζεται συνεπώς η υποχρέωση αυτή στην εξέταση της συμφωνίας του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου και δεν εκτείνεται στο διαφορετικό ζήτημα του ελέγχου της τήρησης των εφαρμοστέων συνταγματικών κανόνων κατά την έκδοση των διοικητικών πράξεων». Στην συνέχεια αναιρώντας εν μέρει τα όσα διατύπωσε, προηγουμένως, καταλήγει να υποστηρίξει μια θέση από την οποία συνάγεται *a contrario*, εξ αντιδιαστολής, το αντίθετο από αυτό που περιέχεται στο αρχικό σκεπτικό: «Υπό την αντίθετη εκδοχή» -αν, δηλαδή, γινόταν δεκτό ότι η εξέταση δεν περιορίζεται στον έλεγχο του κύρους του κανόνα δικαίου και «επεκτείνεται και στο διαφορετικό ζήτημα του ελέγχου της τήρησης των εφαρμοστέων συνταγματικών κανόνων κατά την έκδοση διοικητικών πράξεων»-, τότε θα έπρεπε να γίνει δεκτό ότι τα «Δικαστήρια θα όφειλαν να εξετάζουν αυτεπαγγέλτως εάν συντρέχει παραβίαση όχι μόνον του κατοχυρωμένου από το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος ατομικού δικαιώματος αλλά και κάθε ατομικού δικαιώματος καθώς επίσης και κάθε εφαρμοστέας συνταγματικής διάταξης. Μάλιστα δε και κατά μείζονα λόγο στις περιπτώσεις αυτές, διότι δεν είναι νοητό να εξετάζεται αυτεπαγγέλτως η τήρηση ενός διαδικαστικού τύπου που έχει πάντως αναχθεί σε ατομικό δικαίωμα και να μην ισχύει τούτο όσον αφορά την τήρηση των τασσομένων από το Σύνταγμα ουσιαστικών προϋποθέσεων προστασίας των λοιπών ατομικών δικαιωμάτων χάριν διασφάλισης των οποίων έχει θεσπισθεί η διαδικαστική εγγύηση του άρθρου 20 παρ. 2. του Συντάγματος».

Η θέση της πλειοψηφίας είναι σωστή, κατά τη γνώμη μου, εφ' όσον εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι δεν είναι δυνατόν να γίνει διάκριση μεταξύ των ουσιαστικών και των διαδικαστικών συνταγματικών κανόνων προστασίας των δικαιωμάτων και ότι αν γινόταν δεκτό ότι οι παραβιάσεις των διαδικαστικών συνταγματικών κανόνων εξετάζονται αυτεπαγγέλτως τότε θα έπρεπε για την ταυτότητα του νομικού λόγου να

γίνει δεκτό ότι είναι υποχρεωτικά αυτεπάγγελτη και η έρευνα της παραβίασης ουσιαστικών συνταγματικών κανόνων.

6. Η εξέταση λόγου αντισυνταγματικότητας από το δικαστή υπόκειται στον δικονομικό όρο του παραδεκτού της προβολής του και δεν παρακάμπτεται η προϋπόθεση αυτή από τη δυνατότητα της αυτεπάγγελτης εξέτασής του.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει, ωστόσο, να γίνει μια θεμελιώδης και αναγκαία διάκριση που εμφιλοχωρεί μεν στο σκεπτικό της πλειοψηφίας χωρίς όμως να συνάγονται οι απαραίτητες συνέπειες από αυτή. Θα πρέπει να διακριθεί ο έλεγχος της «συνταγματικότητας» μιας ατομικής διοικητικής πράξης με ευθεία αναγωγή στο Σύνταγμα από τον έλεγχο της συνταγματικότητας της νόμιμης (ή κανονιστικής) βάσης της διοικητικής πράξης. Στην πρώτη περίπτωση έχουμε να κάνουμε με ευθύ έλεγχο νομιμότητας της ατομικής διοικητικής πράξης, χρησιμοποιώντας ως κανόνα ελέγχου ή αναφοράς της νομιμότητάς της κανόνα συνταγματικό. Στην δεύτερη περίπτωση έχουμε μεν και εκεί έλεγχο νομιμότητας ή του εγκύρου της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, μόνο που για να κριθεί να έγκυρό της εξετάζεται παρεμπιπτόντως η συνταγματικότητα της νομοθετικής διάταξης που αποτελεί την αναγκαία βάση της. Στην πρώτη περίπτωση έχουμε από την αρχή μέχρι το τέλος έλεγχο νομιμότητας διοικητικής πράξης, ανεξάρτητα αν ή νομιμότητα ελέγχεται με βάση κανόνα συνταγματικής περιωπής. Στην δεύτερη περίπτωση έχουμε καθαρά παρεμπίπτοντα έλεγχο της συνταγματικότητας νόμου ουσιαστικού, ο οποίος αποτελεί τη νόμιμη βάση προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης.

Ο έλεγχος νομιμότητας μιας διοικητικής πράξης δεν πρέπει να συγχέεται με τον έλεγχο της συνταγματικότητας ενός νόμου. Βέβαια, οι δύο έλεγχοι διασταυρώνονται ιδίως στις ακυρωτικές διαφορές αφού, όπως είδαμε, η παραβίαση του Συντάγματος ισοδυναμεί με παράβαση Νόμου και μπορεί να αποτελέσει και μοναδικό λόγο ακυρώσεως. Εξάλλου αντικείμενο της δίκης και στις δύο περιπτώσεις είναι ο έλεγχος νομιμότητας της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης. Όμως, έλεγχος νομιμότητας και έλεγχος συνταγματικότητας διαφέρουν και ως προς το αντικείμενο και ως προς τις μεθόδους. Ο πρώτος έχει ως αντικείμενό του τη νομιμότητα διοικητικής πράξης, ο δεύτερος την συνταγματικότητα διάταξης νόμου. Εξάλλου, οι διαφορές τους ως προς τις τεχνικές ή τις μεθόδους ελέγχου στην μία ή στην άλλη περίπτωση είναι σημαντικές. Αρκεί μόνον να αναφέρουμε ότι στον έλεγχο νομιμότητας ελέγχεται η (θετική) συμφωνία της διοικητικής απόφασης με τον νόμο, ενώ στον έλεγχο συνταγματικότητας ελέγχεται η μη αντίθεση του νόμου, και στην κυριολεξία η αντισυνταγματικότητα ή η μη αντισυνταγματικότητά του προς το Σύνταγμα. Η σχέση Συντάγματος και νόμου δεν μπορεί να

εξομοιωθεί με τη σχέση Νόμου και διοικητικής πράξης: η νομιμότητα απαιτεί η διοικητική πράξη να είναι σύμφωνη με το νόμο, πάντα εντός του νόμου και ποτέ αντίθετα ή πέρα από το νόμο, πάντα *intra* και *secundum legem* και ποτέ *ne contra, ne praeter, ne ultra legem*(41). Έτσι, ενώ η ατομική διοικητική πράξη αποτελεί πιστή εκτέλεση ή εξατομίκευση ενός κανόνα δικαίου που εμπεριέχεται σε νόμο, ο νόμος δεν εκδίδεται αναγκαστικά -με εξαίρεση τους εκτελεστικούς νόμους, αλλά και σε αυτήν την περίπτωση πάλι(42) υπάρχει ουσιώδης διαφοροποίηση από τη λογική σχέση νόμου και ατομικής διοικητικής πράξης- κατ' επιταγήν ή εις εκτέλεση συνταγματικής ή συνταγματικών διατάξεων, δεν αποτελεί απλή εκτέλεση του συντάγματος. Στην έρευνα της συνταγματικότητας απαιτείται ο νόμος να μην είναι αντίθετος σε διάταξη συνταγματική. Η αξίωση της νομιμότητας επιβάλλει, εντούτοις, μία σχέση θετικής συμφωνίας νόμου και διοικητικής πράξης, η απαίτηση της συνταγματικότητας μια σχέση μη αντίθεσης. Ακόμη και το τεκμήριο της νομιμότητας μιας διοικητικής πράξης δεν παρουσιάζει τα ίδια γνωρίσματα με το τεκμήριο της συνταγματικότητας των νόμων(43).

41 Εκτενέστερα *Αντ. Μανιτάκη*, Κράτος δικαίου, σ. 87 επ., 128 επ και 340 επ.

42 Βλέπε εκτενέστερα *Γλυκερία Σιούτη*, Το τεκμήριο της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, *Αντ. Σάκκουλα*, 1994, σ. 42-46.

43 Για το τεκμήριο νομιμότητας βλέπε κυρίως *Γλ. Σιούτη*, *ό.π.*, σ. 35-37. Βλέπε ωστόσο τις διαφορετικές για το θέμα αυτό απόψεις του *Κ. Γιαννακόπουλου*, ο οποίος υποστηρίζει ότι με το τεκμήριο συνταγματικότητας εκδηλώνεται βασικά η ίδια νομική λογική που θεμελιώνει και το τεκμήριο της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων. Αν γίνει, πάντως, δεκτό, όπως υποστηρίζει ο *Γιαννακόπουλος* («Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων. Σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 3195/2000», *ΔτΑ*, 2002, σ. 1175 επ. [1182-1183]), ότι ο δικαστής κινείται κυρίως στο δίπολο «αντισυνταγματικότητα - μη αντισυνταγματικότητα», δεν καταλαβαίνω πώς ο νομοθέτης υποτάσσεται τελικά στη λογική του δίπολου αντισυνταγματικότητα - συνταγματικότητα που συνεπάγεται μια πιο χαλαρή από αυτήν που υποστηρίζει ο συγγραφέας σχέση νόμου και συντάγματος. Ένα από τα δύο: ή πρόκειται για έλεγχο συνταγματικότητας ή για έλεγχο αντισυνταγματικότητας. Αν συμβαίνει το δεύτερο τότε η σχέση Συντάγματος και νόμου είναι μια σχέση «μη αντίθεσης», και ο νομοθέτης έχει υποχρέωση να ενεργεί απλώς εντός των ορίων του Συντάγματος και να τα παραβιάζει, κάνοντας έτσι χρήση μιας «πρωτογενούς» και όχι παραγώγου, δυνάμει του άρθρου 26 του Συντάγματος «εξουσίας» που έχει (Βλέπε εκτενέστερα *Αντ. Μανιτάκη*, *ΕλληνΣυντΔικ*, 2004, σ. 409). Νομοθετεί ενεργώντας «ελεύθερα», με δική του πρωτοβουλία και όχι κατ' εντολή ή κατ' επιταγήν, συγκεκριμένων συνταγματικών διατάξεων, εκτός και αν πρόκειται για εκτελεστικούς ή οργανωτικούς του Συντάγματος νόμους. Ασκώντας τη συνταγματική του εξουσία να νομοθετεί, θέτει κανόνες δικαίου και ρυθμίζει σχέσεις, όπως αυτός κρίνει ότι είναι ωφέλιμο και πλέον συμφέρον για το κοινωνικό σύνολο, ο νομοθέτης δεν ενεργεί στο πλαίσιο όρια «διακριτικής ευχέρειας» -όπως συμβαίνει με τη διοίκηση- αλλά στο πλαίσιο μιας πρωτογενούς συνταγματικής εξουσίας, η οποία οριοθετείται κατ' αρχήν αρνητικά. Ακόμη και όταν νομοθετεί σε εκπλήρωση συνταγματικών διατάξεων σκοπού, όπως συμβαίνει κυρίως με τις συνταγματικές διατάξεις κοινωνικού χαρακτήρα, παιδεία, υγεία, κοινωνική ασφάλιση κ.ά., ή με τις συνταγματικές διατάξεις για το περιβάλλον και πάλι ο νομοθέτης διαθέτει ευρύτατα περιθώρια δράσης και επιλογής πολιτικών ή μέσων, που δεν συγκρίνονται με την διακριτική ευχέρεια της διοίκησης και τις περιορισμένες επιλογές που διαθέτει η ίδια. Από αυτή και μόνο την άποψη το «τεκμήριο συνταγματικότητας των νόμων» συγκρινόμενο με το «τεκμήριο της νομιμότητας», διαθέτει ένα εύρος

Οι διαφορές όμως που χαρακτηρίζουν την έννοια της νομιμότητας από την έννοια της συνταγματικότητας δεν επεκτείνονται και στον τρόπο του δικαστικού ελέγχου, ο οποίος διενεργείται στο δικονομικό περιβάλλον του ελέγχου νομιμότητας. Διότι ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων είναι ως παρεμπίπτων, εγκλωβισμένος στις ακυρωτικές τουλάχιστον διαφορές στους δικονομικούς διαύλους του ελέγχου της νομιμότητας. Περνά αναγκαστικά μέσα από, και γίνεται πάντα με βάση του όρους και τους δικονομικούς κανόνες της διοικητικής δικονομίας(44). Τούτο επιβάλλεται από τον παρεμπίπτοντα χαρακτήρα του ελέγχου της συνταγματικότητας.

Από τους ίδιους άλλωστε δικονομικούς διαύλους περνάει και ο παρεμπίπτων έλεγχος της νομιμότητας κανονιστικών πράξεων, που αποτελούν το έρεισμα ατομικής διοικητικής πράξης. Δεν ελέγχεται παρεμπιπτόντως η νομιμότητα της πρώτης παρά μόνον αν οι λόγοι παρανομίας που προβάλλονται κατ' αυτής αφορούν τις διατάξεις επί των οποίων βασίζεται η προσβαλλόμενη ατομική διοικητική πράξη, και εφ' όσον παραδεκτώς προσβάλλεται η ίδια(45). Η δυνατότητα του αυτεπάγγελτου παρεμπίπτοντος ελέγχου της κανονιστικής πράξης που αποτελεί την βάση της ατομικής δεν μπορεί να υπερβεί το ενδεχόμενο του απαράδεκτου ενδεχομένως χαρακτήρα της εξέτασής του. Έτσι, δεν μπορεί να εξεταστεί παρεμπιπτόντως λόγος που αφορά την νομιμότητα του κανονιστικού ερείσματος κανονιστικής πράξης όταν αυτός δεν προβάλλεται παραδεκτώς(46).

Στην δική μας έννομη τάξη τόσο ο έλεγχος νομιμότητας όσο και ο έλεγχος συνταγματικότητας έχουν και οι δύο κατ' αρχήν και κατά βάση υποκειμενικό χαρακτήρα, διεξάγονται με πρωτοβουλία των διαδίκων και για την υπεράσπισή κατά πρώτο λόγο των δικαιωμάτων και

πολλαπλάσιο και μια ποιότητα διαφορετική. Για τον ίδιο λόγο άλλωστε και ο έλεγχος της συνταγματικότητας με κανόνα αναφοράς το Σύνταγμα είναι κατά κυριολεξία έλεγχος αντισυνταγματικότητας και όχι συνταγματικότητας, έλεγχος μη αντίθεσης σε συνταγματικό κανόνα και όχι έλεγχος συμφωνίας με τον ίδιο, όπως συμβαίνει στον έλεγχο νομιμότητας.

44 Βλέπε σχετικά, *Πρ. Δαγτόγλου*, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Αντ. Σάκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, σ. 114 επ.

45 Βλέπε *Γλ. Σιούτη*, ό.π, σ. 165-166.

46 Βλέπε την αντίθετη άποψη και ως προς αυτό το ζήτημα του *Κ. Γιαννακόπουλου*, «Προκυρήξεις δημοσίων έργων και παρεμπίπτων έλεγχος των κανονιστικών πράξεων, Σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 1415/2000», ΔτΑ 14/2002, σ. 513 επ. (527-530) και την εκεί παρατιθέμενη σχετική νομολογία (ΣτΕ 1521/1992, Διδικ 1993, σ. 1077), ο οποίος αναγκάζεται ωστόσο να δεχτεί ότι η αυτεπάγγελη έρευνα του δικαστή της νομιμότητας ενός λόγου συνταγματικότητας προϋποθέτει ότι έχει παραδεκτώς εγερθεί η αίτηση ακυρώσεως και ότι ο αιτών έχει επικαλεστεί παραδεκτώς έστω και έναν λόγο ακυρώσεως. Δεν μας εξηγεί όμως ο συγγραφέας για ποιο λόγο έχει δεχτεί αυτήν την ρωγμή στον κανόνα που έχει διατυπώσει προηγουμένως και αν αυτή η ρωγμή αποτελεί εξαίρεση στο κανόνα. Αν ναι τότε σε ποια γενική αρχή του δικονομίας θεμελιώνεται υποχρέωση παράκαμψης της δικονομικής αξίωσης για δυνατότητα αυτεπάγγελτου παρεμπίπτοντα ελέγχου ενός λόγου συνταγματικότητας ή νομιμότητας και όταν δεν συντρέχουν όροι του παραδεκτού;

συμφερόντων τους. Η αντικειμενική νομιμότητα ή συνταγματικότητα δεν είναι παρά ο παρεπόμενος σκοπός τους(47).

Ο δικονομικός αυτός εγκλωβισμός του δικαστή, δηλαδή η υποταγή και του αυτεπάγγελτου χαρακτήρα του ελέγχου στον όρο του παραδεκτού αποτελεί απόρροια του παρεμπίπτοντα χαρακτήρα του ελέγχου της συνταγματικότητας. Το ζήτημα επομένως δεν είναι αν ο δικαστής «δικαιούται ή υποχρεούται να προβεί αυτεπαγγέλτως σε έλεγχο αντισυνταγματικότητας», αλλά αν, ενώ είναι εξοπλισμένος με την αρμοδιότητα ή εξουσία να ασκεί έλεγχο της αντισυνταγματικότητας ακόμη και αυτεπαγγέλτως, μπορεί να το κάνει ακόμη και όταν δεν συντρέχει λόγος εννόμου συμφέροντος και γενικότερα όταν ελλείπουν οι προϋποθέσεις του παραδεκτού(48).

Ο δικαστής αντλεί την εξουσία του να ελέγχει τη συνταγματικότητα τυπικά μεν από τα άρθρο 93 παρ. 4 Σ, (μετά την θέση σε ισχύ του Συντάγματος του 1975) ουσιαστικά δε (και πριν από το ισχύον Σύνταγμα) από την ίδια την φύση της δικαστικής του λειτουργίας και τον αυστηρό χαρακτήρα του Συντάγματος(49). Η εξουσία του αυτή αναλύεται σε μια *αρμοδιότητα*, η οποία ασκείται ή ενεργοποιείται κάθε φορά που συντρέχουν οι προϋποθέσεις ή οι όροι άσκησής της. Με αυτήν την έννοια, ο δικαστής *οφείλει, είναι υποχρεωμένος εκ του συντάγματος να ασκεί έλεγχο της συνταγματικότητας, εφ' όσον συντρέχουν οι προς τούτο δικονομικοί όροι και κυρίως οι όροι του παραδεκτού(50)*. Άλλωστε

47 Βλέπε επ' αυτού εκτενέστερα *Αντ. Μανιτάκη*, ΕλλΣυντΔικ, σ. 454-455.

48 Αντίθετος και μάλιστα με τρόπο κατηγορηματικό ο *Κ. Γιαννακόπουλος*, «Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος (αντι)συνταγματικότητας των νόμων», ΔτΑ 16/2002, σ. 1193, όπου γράφει: «Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της αντισυνταγματικότητας είναι σε κάθε περίπτωση υποχρεωτικός».

49 Βλ. *Αντώνη Μανιτάκη*, «Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα», ΤοΣ, 2003, σ. 13-47, *του ίδιου*, ΕλλΣυντΔικ, τόμος Ι, 2004, σ. 455 επ., *του ίδιου*, «Τα νομιμοποιητικά θεμέλια της εξουσίας του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων», Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος, Θεσσαλονίκη, Σάκουλας, σ. 15-70. Σημαντική για την γνώση της ιστορίας αλλά και για την αναζήτηση των θεμελίων του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα αποτελεί η μελέτη του αείμνηστου *Φ. Βεγλερή*, «La Constitution, la Loi et les Tribunaux en Grèce», Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1967, σ. 333-377. Η μελέτη αυτή, άγνωστη και αναξιοποίητη δυστυχώς στην ελληνική θεωρία, αναζητά και εντοπίζει τις ιδιαιτερότητες του ελληνικού συστήματος του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας στην Ελλάδα, χωρίς να αναμασά, όπως κάνουν οι περισσότερες μεταγενέστερες, αλλότρια και άσχετα με το ελληνικό σύστημα πρότυπα και δόγματα.

50 Τη θέση αυτή επιβεβαιώνει με τον πλέον κατηγορηματικό τρόπο μια σχετικά πρόσφατη απόφαση του Αρείου Πάγου, η ΑΠ 1415/2004 (αδημοσίευτη), η οποία απαντώντας σε ισχυρισμό του αναιρεσείοντος, που είχε προβληθεί το πρώτον με το αναιρετήριο ότι η επίδικη νομοθετική διάταξη που τον αφορούσε και δεν τον «κάλυπτε» ήταν «αντίθετη προς το άρθρο 4 παρ. 1 Σ (ισότητα ενώπιον του νόμου) και ότι προς άρση της ανισότητας έπρεπε δια της αποκαταστατικής μεθόδου να επεκταθεί και σ' αυτόν», διακήρυξε με σαφήνεια ότι «Τα ως άνω επικαλούμενα δεν μπορούν να θεμελιώσουν λόγο αναιρέσεως από το άρθρο 559 αρ. 1 ΚΠολΔ, προεχόντως διότι ο σχετικός ισχυρισμός, ο οποίος

τα δικαστήρια ασκούν κατά το άρθρο 93 παρ. 4Σ έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων όταν ενεργούν ως κοινά δικαστήρια, δηλαδή όταν δικάζουν.

Υπάρχει επομένως εκ του Συντάγματος υποχρέωση των δικαστηρίων να ελέγχουν την συνταγματικότητα των νόμων, εφ' όσον και καθ' όσον δικάζουν μια υπόθεση και η υποχρέωση αυτή δεν τα μετατρέπει σε συνταγματικά δικαστήρια ούτε μεταμορφώνει τις υποθέσεις που δικάζουν σε συνταγματικές διαφορές. Ούτε από την υποχρέωση αυτή συνάγεται εξάλλου και υποχρέωση αυτεπάγγελτου ελέγχου της συνταγματικότητας, όταν δεν συντρέχουν οι όροι του παραδεκτού μιας δικονομικής ενέργειας(51). Το αυτεπάγγελτο του ελέγχου είναι όρος δικονομικός και στοιχείο εσωτερικό του παρεμπόδιου ελέγχου. Ως τύπος ελέγχου εντάσσεται και υποτάσσεται στον τελευταίο, τον προϋποθέτει λογικά. Όπως σωστά έχει επισημανθεί «είναι θεμιτός μόνον ως παρεμπόδιου, δηλαδή ως παρεπόμενος του ελέγχου που έχει ζητηθεί από τον αιτούντα»(52).

Άλλωστε και στον έλεγχο νομιμότητας διοικητικής πράξης το αυτεπάγγελτο του ελέγχου καθιερώθηκε νομολογιακά και δικαιολογείται, μόνον όταν πρόκειται για εξέταση λόγου ακυρώσεως, που ανάγεται σε κανόνα δημόσιας τάξης(53) και θα μπορούσε έτσι να θεωρηθεί ως μια εξαιρετική δικονομική ενέργεια(54), έστω και αν συνάγεται από τις γενικές αρχές του ακυρωτικού ελέγχου και υπηρετεί την αντικειμενική νομιμότητα.

Έτσι, η προσβολή ενός ατομικού δικαιώματος συνταγματικά κατοχυρωμένου από την Διοίκηση δεν συνεπάγεται για τον δικαστή της νομιμότητας δυνατότητα ή υποχρέωση αυτεπάγγελτου ελέγχου. Εξάλλου, το γεγονός ότι το Σύνταγμα έχει αυξημένη τυπική δύναμη και περιέχει τους θεμελιώδεις κανόνες και τις βασικές αξίες, από τις οποίες διέπεται η έννομη τάξη, δεν σημαίνει ότι ο δικαστής δικαιούται να εξετάζει αυτεπαγγέλτως την τήρησή τους είτε από τον νομοθέτη είτε από την Διοίκηση. Η προσβολή από τη διοίκηση ή από τον νομοθέτη ενός ατομικού συνταγματικού δικαιώματος, ουσιαστικού ή δικονομικού

προτείνεται προς συμπλήρωση του ως άνω μοναδικού λόγου της ανακοπής και μάλιστα το πρώτον ενώπιον του Αρείου Πάγου, δεν προβλήθηκε σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 585 παρ. 2 ΚΠολΔ, ήτοι με την ανακοπή ή με δικόγραφο πρόσθετων λογών ανακοπής, το περιεχόμενο των οποίων και μόνο οριοθετεί το αντικείμενο της δίκης επί της ανακοπής, ακόμη και αν πρόκειται για αιτιάσεις που ανάγονται σε ακυρότητες, οφειλόμενες κατά νόμο σε άλλη αιτία από εκείνη που αρχικά προβλήθηκε με την ανακοπή (ΑΠ 1025/2003).»

51 Αντίθετος ο Κ. Γιαννακόπουλος, ό.π., σ. 1187.

52 Κ. Γιαννακόπουλος, ό.π., σ. 1179.

53 Πρ. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 103.

54 Αντίθετος ο Ι. Σαρμάς, Η συνταγματική και διοικητική νομολογία του ΣτΕ, Αντ. Σάκκουλας, 1990, σ. 420.

χαρακτήρα δεν συνεπάγεται αυτόματα και δυνατότητα ούτε υποχρέωση για τον δικαστή να ενεργεί -ας το επαναλάβουμε- καθ' υπέρβαση των δικονομικών κανόνων που διέπουν τη δίκη και νομιμοποιούν και οριοθετούν την εξουσία του. Αν το κάνει ο δικαστής παραβιάζει την συνταγματική επιταγή του παρεμπόπτοντος χαρακτήρα του ελέγχου, παραβιάζει, δηλαδή, τα συνταγματικά θεμέλια πάνω στα οποία στηρίζεται η αρμοδιότητά του να ελέγχει την συνταγματικότητα των νόμων. *Ο παρεμπόπτον χαρακτήρας του ελέγχου λειτουργεί εδώ ως αναγκαία λογική προϋπόθεση του δικαστικού ελέγχου και, παράλληλα, ως θεμελιώδης κανόνας αυτοδέσμευσης του δικαστή(55).*

Εν κατακλείδι, ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων περνά αναγκαστικά από τις δικονομικές διαβάσεις της δίκης, τις οποίες δεν μπορεί να αγνοεί χωρίς να αναιρείται η θεμελιώδης λογική προϋπόθεση του ελέγχου, που είναι ο δικαιοδοτικός και παρεμπόπτον χαρακτήρας της. Η προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων από τον δικαστή γίνεται με αφορμή πάντα κάποια δίκη, μέσα στα δικονομικά πλαίσια που θέτει η ίδια και επιτρέπει ή επιβάλλει η δικαιοδοτική λειτουργία, προσδιορισμένη και οριοθετημένη από την αρχή της διάκρισης των λειτουργιών.

Η εξουσία του δικαστή να προβαίνει σε παρεμπόπτοντα έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων πηγάζει, λοιπόν, από την ίδια τη φύση της δικαιοδοτικής του λειτουργίας και δεν είναι δυνατόν να του αφαιρεθεί, χωρίς να πληγεί καίρια η ίδια, και μαζί της η διάκριση των εξουσιών, ιδίως αν δημιουργηθεί ποτέ συνταγματικό δικαστήριο. Ο δικαστικός έλεγχος αποτελεί ταυτόχρονα δικαίωμα και υποχρέωση του δικαστή, ως οργάνου εντεταλμένου να επιλύει διαφορές εφαρμόζοντας τον ισχύοντα και ισχυρό έναντι του Συντάγματος νόμο. Είναι απόρροια του αυστηρού χαρακτήρα του Συντάγματος και της υπεροχής του έναντι των νόμων. Με αυτήν την έννοια συνιστά μαζί με το δικαίωμα αντίστασης μία από τις πλέον θεμελιώδεις εγγυήσεις τήρησης του Συντάγματος και η τήρηση αυτή συνέχεται με την διαφύλαξη της ατομικής και πολιτικής ελευθερίας. Ως θεμελιώδης θεσμός που εγγυάται την τήρηση του συντάγματος και την προστασία των ατομικών ελευθεριών θα πρέπει κατά συνέπεια να αντιμετωπίζεται η έρευνα της συνταγματικότητας των νόμων και, όχι όπως συμβαίνει συχνά στο σύστημα του συγκεντρωτικού ελέγχου, ως ένας ακόμη θεσμός εξορθολογισμού της δικαιο-παραγωγικής διαδικασίας.

55 Βλ. Π. Γέσιου-Φαλτσή, «Η ευθύνη των δικαστών στην Ελλάδα», ΤοΣ 1983, σ. 549 επ. (583 επ.).

