

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΗΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΝΟΜΩΝ;

Ιάκωβος Γ. Μαθιουδάκης

Δ.Ν., Δικηγόρος

1. *Εισαγωγικά.*
2. *Οι απόψεις της θεωρίας*
 - 2.1. *Οι απόλυτες απόψεις*
 - A) *Η άποψη, που δέχεται γενικά τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων από τη Διοίκηση, θεμελίωση και κριτική της*
 - B) *Η άποψη, που απορρίπτει εξολοκλήρου τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων από τη Διοίκηση, θεμελίωση και προέκτασή της*
 - 2.2. *Οι ενδιάμεσες απόψεις: Απόψεις, που δέχονται υπό όρους τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων από τη Διοίκηση*
3. *Η θέση της νομολογίας*
4. *Κρίσιμα ζητήματα*
 - 4.1. *Σε σχέση με τον κανόνα ελέγχου*
 - A) *Έλεγχος με βάση ορισμένες συνταγματικές διατάξεις;*
 - B) *Έλεγχος με βάση το κοινοτικό δίκαιο;*
 - 4.2. *Σε σχέση με το ελεγκτικό όργανο*
 - A) *Έλεγχος από τις ανεξάρτητες διοικητικές αρχές;*
 - B) *Έλεγχος από κάθε εργαζόμενο της Διοίκησης;*
 - 4.3. *Σε σχέση με την έκταση του ελέγχου: Έλεγχος περιορισμένος;*
5. *Συμπεράσματα*

1. Εισαγωγικά.

Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων αποτέλεσε το αντικείμενο μίας ιδιαίτερα γόνιμης και εκτεταμένης θεωρητικής συζήτησης¹ και ταυτόχρονα, κατά μία άποψη, το επίκεντρο της πιο πρόσφατης συνταγματικής αναθεωρητικής διαδικασίας στα πλαίσια διευκρίνισης του θεσμικού ρόλου της δικαστικής εξουσίας². Απέναντι σε αυτόν τον πακτωλό νομικής παιδείας αντιπαρατίθεται ένας περιορισμένος εγχώριος επιστημονικός προβληματισμός σχετικά με τη δυνατότητα της Διοίκησης να ελέγχει τη συνταγματικότητα των νόμων. Αν εξαιρέσει κανείς μία αναλυτική μονογραφία και ορισμένα χωρία ευρύτερων εγχειριδίων ή μελετών, κατά τα λοιπά, δεν έχει αναπτυχθεί ιδιαίτερη θεωρητική συζήτηση επί του θέματος³. Τα εγχειρίδια του συνταγματικού δικαίου προσδιορίζουν τον διοικητικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, αφενός, ως πολιτικό και, αφετέρου, ως προληπτικό. Ειδικότερα, στον προληπτικό πολιτικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων από τη δημόσια διοίκηση εντάσσεται η αναπομπή ψηφισθέντος σχεδίου νόμου (ή πρότασης νόμου) από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας στη Βουλή ή ο έλεγχος, που ασκεί η ίδια η Βουλή μετά από αίτηση του Προέδρου της, βουλευτή ή μέλους της κυβέρνησης κατά το στάδιο της καταρχήν συζήτησης του σχεδίου ή πρότασης νόμου⁴. Κατά τα λοιπά ο κατασταλτικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ταυτίζεται στη χώρα μας με τον δικαστικό έλεγχο⁵.

Η μελέτη, που ακολουθεί, επιχειρεί να αναθερμάνει τον προβληματισμό σχετικά με τη νομική δυνατότητα των διοικητικών οργάνων να ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων, να προβαίνουν επομένως και αυτά πέραν των δικαστηρίων σε έλεγχο συνταγματικότητας. Αφορμή στην επαναφορά του σχετικού προβληματισμού προσέφερε ένα πρόσφατο πρακτικό του ΕΣΡ, στο οποίο διατυπώθηκε η ανεπιφύλακτη άποψη, ότι ο έλεγχος συνταγματικότητας των νόμων αποτελεί

¹ Τη σχετική βιβλιογραφία, αντί άλλων, συγκεντρώνει ο *Μαυριάς Κ.*, *Συνταγματικό δίκαιο*(3), Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 199 επ.

² *Τασόπουλος Ι.*, Η συνταγματική θέση της δικαιοσύνης στο πολιτικό μας σύστημα σε Τσάτσος Δ./Βενιζέλος Ε./Κοντιάδης Ξ. (επιμ.), *Το νέο Σύνταγμα*, Πρακτικά συνεδρίου για το αναθεωρημένο σύνταγμα του 1975/86/01, Αθήνα-Κομοτηνή 2001, 357 επ.(369).

³ *Χρυσόγονος Κ.*, Ο αντισυνταγματικός νόμος και η δημόσια διοίκηση, Αθήνα-Κομοτηνή, 1989, όπου στη σελ. 21 η σχετική βιβλιογραφία· *Σκουρής Β./Βενιζέλος Ε.*, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, 1985, σ. 15· *Τάχος Α.*, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο(7), Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003, σ. 419. Αναλυτικές αναπτύξεις αφιερώνουν στο θέμα οι μελέτες των *Μαρίνος Τ.*, Τα όρια υπακοής των διοικητικών οργάνων εις τας πράξεις της νομοθετικής εξουσίας, ΕΔΔΔΔ 1967, 253 επ. και *Παπαλάμπρου Α.*, Μερικές σκέψεις για την έννοια του «νόμου» και το πρόβλημα του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, ΤοΣ 1988, 7.

⁴ *Μαυριάς Κ.*, *Συνταγματικό δίκαιο*, σ. 301-2.

⁵ *Βενιζέλος Ε.*, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου Ι, Θεσσαλονίκη, 1991, σ. 173· βλ. και *Μάνεσης Α.*, Ζητήματα εκ του ανισχύρου του αντισυνταγματικού νόμου, σε *του ίδιου*, *Συνταγματική θεωρία και πράξη*, Θεσσαλονίκη, 1980, σ. 289.

καθήκον κάθε διοικητικού οργάνου⁶. Η μελέτη εκθέτει κριτικά τις απόψεις, που διατυπώθηκαν επί του θέματος και τοποθετείται σε ειδικότερα ζητήματα.

2. Οι διατυπωθείσες απόψεις

2.1. Οι απόλυτες απόψεις

Α) Η άποψη, που δέχεται γενικά τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων από τη Διοίκηση. Θεμελίωση και κριτική της

Η άποψη αυτή εμφανίζεται ως η κρατούσα στην ελληνική θεωρία⁷. Ενόψει του ότι ο σχετικός προβληματισμός χρονολογείται από παλαιά, αναφέρουμε απλά, ότι μεταξύ των επιχειρημάτων, των οποίων μετέλθε η θεωρία του συνταγματικού δικαίου, συγκαταλέχθηκαν και όσα βασιζόνταν, αφενός, στην οργανική θεωρία και, αφετέρου, στον «αναγνωριστικό» χαρακτήρα της κρίσης περί αντισυνταγματικότητας του νόμου. Σύμφωνα με την οργανική θεωρία τα κρατικά όργανα τότε μόνον εκφράζουν την κρατική βούληση, όταν η λειτουργία τους είναι σύμφωνη με τους κανόνες δικαίου και ιδίως το Σύνταγμα, από το οποίο έλκουν την εξουσία τους⁸. Σύμφωνα με το δεύτερο επιχείρημα ο αντισυνταγματικός νόμος υπάρχει ως τέτοιος εξυπαρχής, ώστε –σε αντιστοιχία θα λέγαμε προς τις ανυπόστατες διοικητικές πράξεις- η κρίση περί αντισυνταγματικότητας έχει απλά διαπιστωτικό, αναγνωριστικό, καθαρά μηχανικό χαρακτήρα, ώστε να μπορεί να διατυπωθεί όχι μόνον από τα διοικητικά όργανα αλλά και από οποιονδήποτε πολίτη⁹. Χωρίς να επεκταθούμε σε λεπτομέρειες των απόψεων αυτών επισημαίνουμε μόνο, σε σχέση με την οργανική θεωρία, ότι η περίπτωση της κρατικής ευθύνης ακόμη και για πράξεις κατά κατάχρηση ή επ' ευκαιρία της υπηρεσίας του οργάνου συνηγορεί υπέρ της υπέρβασής της στη σημερινή εξέλιξη του κράτους

⁶ Πρακτικό Ε.Σ.Ρ. 262/2004, Αρμ. 2005, 114.

⁷ Έτσι, ο Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), σ. 21, με παραπομπές στην ελληνική θεωρία, στις οποίες πρόσθεσε τη βιβλιογραφία, που ακολουθεί. Για την παλαιότερη ημεδαπή και αλλοδαπή βιβλιογραφία, Μαρίνος, ο.π. (σημ. 3), ΕΔΔΔΔ 1967, 255-6. Πρόσφατα υπέρ της ίδιας άποψης τάχθηκαν και οι Γέροντας Α./Παπαϊωάννου Ζ., Τυχόν αντισυνταγματικότητα και μη συμβατό με το σύνταγμα και τις θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές, αλλά και με το κοινοτικό δίκαιο, των διατάξεων του ν. 3037/2002 και της κοινής υπουργικής απόφασης που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότησή του, (γνωμοδότηση), ΔιΔικ 2005, 1123 επ.(1136-7).

⁸ Σβάλος Α., Το νέον Σύνταγμα και αι βάσεις του πολιτεύματος, Αθήναι 1928, σ. 12 κατά παραπομπή του Χρυσόγονου, ο.π. (σημ. 3), σ. 22· για την οργανική θεωρία, από την ελληνική θεωρία, Μπαλής Γ., Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου(8), Αθήναι, 1961, παρ. 16, 19· Παπαντωνίου Ν., Γενικές αρχές του αστικού δικαίου(3), Αθήνα, 1983, παρ. 30· επίσης, από τη γερμανική βιβλιογραφία, Kohl J., Die Lehre von der Unrechtsunfähigkeit des Staates (ιδιδ.διατρ.), Köln-Berlin-Bonn-München, 1977· Häfelin U., Die Rechtspersönlichkeit des Staates, I (ιδιδ.διατρ.), Tübingen, 1959.

⁹ Σαρίπολος Ν.Ν., Σύστημα του Συνταγματικού Δικαίου της Ελλάδος, τ. Β, 4^η εκδ., Αθήναι 1923, σ. 327 κατά παραπομπή του Χρυσόγονου, ο.π., (σημ. 3), σ. 28, ο οποίος επισημαίνει με αναφορά στην απόφαση του ΕΑ 1817/1893, Θ Ε, 615, ότι παλαιότερα η κρίση περί αντισυνταγματικότητας εμφολοχωρούσε μόνον στην περίπτωση της πρόδηλης αντισυνταγματικότητας. Επίσης, Σκαπέσος Ν., Δημόσια Διοικήσεις και διοικητικοί υπάλληλοι, Αθήναι, 1961, σ. 54-55, ο οποίος επισημαίνει, ότι ο διοικητικός έλεγχος της συνταγματικότητας μπορεί να οδηγήσει σε ανισότητες, γι' αυτό πρέπει να γίνεται «με μεγάλη σύνεση και έντονον συναίσθημα ευθύνης» (αυτόθι, σ. 60).

δικαίου¹⁰. Το διοικητικό όργανο εκφράζει την κρατική βούληση, έστω κι αν παρανομεί, αρκεί η πράξη του να μην απεκδύεται πλήρως τα στοιχεία της πράξης κρατικού οργάνου και να μην μεταμορφώνεται σε πράξη ιδιώτη. Στο ίδιο συμπέρασμα συνηγορεί και η θεωρία περί ντε φάκτο οργάνων σε αντιδιαστολή προς τις ανυπόστατες πράξεις του οργάνου. Σε σχέση με τον *διαπιστωτικό* χαρακτήρα της αντισυνταγματικότητας ορισμένης διάταξης αρκεί η αναφορά στη μοναδική δυνατότητα κήρυξης της (ουσιαστικής) αντισυνταγματικότητας του νόμου αποκλειστικά και μόνο από το ΑΕΔ (άρθρ. 100 παρ. 1 περ. ε Συντ.) και μάλιστα από τη δημοσίευση της απόφασής του (άρθρ. 100 παρ. 4 εδ. β Συντ.)¹¹, ώστε να καθίσταται σαφές, ότι η κήρυξη διάταξης νόμου ως αντισυνταγματικής κάθε άλλο παρά μηχανική διαδικασία είναι.

Περαιτέρω η νεότερη εκδοχή της ίδιας άποψης ανέπτυξε μία επιχειρηματολογία με βάση συγκεκριμένες συνταγματικές διατάξεις και αρχές, εκφράζοντας με βάση αυτές τη θέση, ότι «και τα όργανα της Δημόσιας Διοίκησης έχουν δικαίωμα να ασκούν έλεγχο αντισυνταγματικότητας ορισμένης διάταξης τυπικού νόμου και συνακόλουθα να αρνηθούν την εφαρμογή του»¹². Η άποψη αυτή προβάλλει ως επιχείρημα, ότι:

(α) Με βάση το άρθρο 26 του Συντ. η αρχή της νομιμότητας είναι ενιαία και ισχύει για τα όργανα όλων των λειτουργιών.

(β) Με βάση το άρθρο 50 του Συντ. οι αρμοδιότητες της διοίκησης ασκούνται δυνάμει του Συντάγματος και όσων νόμων είναι σύμφωνοι με το Σύνταγμα.

(γ) Με βάση το άρθρο 103 παρ. 1 εδ. α του Συντ. οι δημόσιοι υπάλληλοι οφείλουν πίστη στο Σύνταγμα.

Τέλος, στο προμνημονευθέν πρόσφατο πρακτικό 242/04 του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης για το πολύκροτο θέμα του λεγόμενου *βασικού μετόχου*, καταγράφηκε η τοποθέτηση μέλους του, σύμφωνα με την οποία «το ΕΣΡ ως ουσία δικαιοδοτικό όργανο δε μπορεί να εκδώσει πιστοποιητικό διαφάνειας χωρίς να έχει συνταγματικώς έγκυρη εξουσιοδότηση να το κάνει, διότι διαφορετικά θα παραβιαζόταν η αρχή της νομιμότητας, που επιβάλλει στα όργανα της διοίκησης μόνον αυτό, που ρητά επιτρέπεται από το Σύνταγμα και τους νόμους»¹³.

¹⁰ Παυλόπουλος Π, «Η αστική ευθύνη του δημοσίου, II, Κατά τους κανόνες του Δημοσίου Δικαίου, ημτ. Α, Αθήνα-Κομοτηνή, 1989, σ. 239 επ.· αντίθετη, κατά βάση, η παλαιότερη άποψη του Στασινόπουλου Μ., Η αστική ευθύνη του κράτους, των δημοσίων υπαλλήλων και των ΝΠΔΔ κατά τον ΑΚ, Αθήναι, 1950 (ανατ. 1968), σ. 174 επ., ο οποίος, ωστόσο (αυτόθι, σ. 181) δέχεται την κρατική ευθύνη στην περίπτωση της αναρμοδιότητας του οργάνου με εξαίρεση την υπέρβαση καθηκόντων και την κατά κλάδον αναρμοδιότητα.

¹¹ Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), σ. 31-32.

¹² Τάχος Α., Παρατηρήσεις στο πρακτικό Ε.Σ.Ρ. 262/2004, Αρμ. 2005, 117-8· ο ίδιος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο (7), Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003, σ. 419· Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου(10), Αθήνα-Κομοτηνή 2000, σ. 437, σημ. 15.

¹³ Αρμ. 2005, 115.

Τα επιχειρήματα αυτά είναι σοβαρά, φοβάμαι, όμως, ότι δεν είναι αναντίλεκτα. Καταρχήν, σε σχέση με την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης. Η εν ευρεία εννοία αρχή της νομιμότητας της διοίκησης γίνεται δεκτό, ότι περιλαμβάνει την υποχρέωση τήρησης του συνόλου των κανόνων δικαίου της έννομης τάξης, κατά συνέπεια και του Συντάγματος¹⁴. Είναι άλλο, όμως, το ζήτημα της έκτασης εφαρμογής ενός συνταγματικού κανόνα –το αν δηλαδή αυτός καταλαμβάνει και τη Διοίκηση- και άλλο το ζήτημα της αρμοδιότητας και της διαδικασίας ελέγχου της εφαρμογής του. Το ότι η αρχή της συνταγματικής νομιμότητας διέπει και τη διοίκηση δε συνεπάγεται και την αρμοδιότητα της τελευταίας να την ελέγχει. Η διάκριση αυτή γίνεται εμφανέστερη αν παραβληθεί προς το σύστημα του συγκεντρωτικού ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων. Σε αυτό, ενώ, βέβαια, το Σύνταγμα δεσμεύει τη διοίκηση στη δράση της, δεν έχει αρμοδιότητα όχι μόνον η τελευταία αλλά ούτε καν τα κοινά δικαστήρια να ελέγξουν την πιθανή αντίθεση διάταξης νόμου προς το περιεχόμενο ορισμένου συνταγματικού κανόνα¹⁵.

Το άρθρο 26 του Συντ. διατυπώνει, όμως, και μία από τις θεμελιωδέστερες οργανωτικές βάσεις του πολιτεύματος, την αρχή της διάκρισης των λειτουργιών. Παρότι διανύουμε μία περίοδο έντονης όσμωσης των αρμοδιοτήτων των τριών κρατικών λειτουργιών, ώστε δίκαια να γίνεται λόγος σε πολλές περιπτώσεις για *διασταύρωσή τους*¹⁶, δε θα πρέπει να διαφεύγει της προσοχής μας, ότι όλες αυτές οι περιπτώσεις *διασταύρωσης των λειτουργιών* παραμένουν εξαιρέσεις σε σχέση με τον κανόνα του άρθρου 26 Συντ. Σύμφωνα με τον κανόνα αυτόν, η διοίκηση αποτελεί το εκτελεστικό όργανο των αποφάσεων του κυρίαρχου Λαού, όπως η έκφραση της βούλησής του μορφοποιείται σε ένα αντιπροσωπευτικό σύστημα μέσω του Κοινοβουλίου. Ο έλεγχος των αποφάσεων της λαϊκής αντιπροσωπείας έχει επιφυλαχθεί στην λειτουργικά ανεξάρτητη δικαστική εξουσία. Παρότι, λοιπόν, οι τρεις λειτουργίες είναι *τυπικά* ισότιμες, δε θα πρέπει να παραβλέπεται το γεγονός, ότι η νομοθετική λειτουργία τόσο ως παραγωγός αποφάσεων όσο και ως εκφραστής

¹⁴ Το ότι όλες οι εξουσίες υποτάσσονται στο Σύνταγμα και ότι η ισχύς των αποφάσεών τους εξαρτάται από τη συμφωνία τους προς αυτό δεν αμφισβητείται από τη θεωρία, ανεξάρτητα από τη θέση, που η τελευταία λαμβάνει σε σχέση με τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων από τη διοίκηση, *Μανιτάκης Α.*, Τα νομικοπολιτικά θεμέλια της εξουσίας του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, σε ΕΝΟΒΕ, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας – θέσεις και τάσεις της νομολογίας, Θεσσαλονίκη, 1992, 15 επ.(33).

¹⁵ Για παράδειγμα στο γαλλικό δίκαιο τον προληπτικό έλεγχο ασκεί το Συνταγματικό Συμβούλιο σύμφωνα με τα άρθρ. 61 και 62 του γαλλικού Συντάγματος 1958 για τους οργανικούς Νόμους και τους Κανονισμούς της Βουλής και της Γερουσίας αλλά και κάθε τυπικού νόμου, στην τελευταία περίπτωση μετά από αίτηση του Προέδρου της Δημοκρατίας, του πρωθυπουργού, του προέδρου της Βουλής και της Γερουσίας ή 60 βουλευτών ή γερουσιαστών, *Σκουρής Β.*, Συστήματα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, ΤοΣ 1982, 507 επ., 513 επ. (516)· ακόμη, *Δένδιας Μ.*, Το Συνταγματικό Συμβούλιο και ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων εν Γαλλία και αλλαχού, ΕΔΔΔ 1959, 337 επ.· *Μαθίας Σ.*, Το γαλλικό «Συνταγματικό Συμβούλιο» και κάποιες σκέψεις για τη συνταγματική δικαιοσύνη στην Ελλάδα, Τιμητικός Τόμος για τα 75 χρόνια του ΣΕ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004, σ. 329 επ..

¹⁶ Βλ., αντί άλλων, την ανάλυση του *Μάνεση Α.*, Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος, ΙΙ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1965, σ. 368 επ.

της λαϊκής βούλησης *ουσιαστικά* υπερέχει έναντι των άλλων δύο¹⁷. Χωρίς τη δικαιοπαραγωγική διαδικασία της Βουλής ούτε η εκτελεστική διοικητική λειτουργία ούτε η ελεγκτική δικαστική λειτουργία θα είχε λόγο ύπαρξης. Επιπλέον, για να ακυρώσει, ερμηνεύσει αυθεντικά ή καταστήσει ανενεργείς ορισμένο όργανο πράξεις άλλου οργάνου θα πρέπει να βρίσκεται σε καθεστώς είτε υπεροχής είτε τουλάχιστο ισότητας προς αυτό. Εκτελεστική και δικαστική λειτουργία εξυπηρετούν την ανάγκη ελέγχου και εξισορρόπησης (check and balances) της κυρίαρχης νομοθετικής λειτουργίας. Η ισορροπία αυτή μεταξύ των τριών λειτουργιών και η τοποθέτηση κάθε μίας από αυτές στη θέση, που της επιφύλαξε το συνταγματικό κείμενο, βοηθά την απάντηση στο ερώτημα, αν ορισμένη λειτουργία μπορεί να αναλάβει ρόλο, ο οποίος δεν εντάσσεται στην κύρια αποστολή της. Η διασταύρωση των λειτουργιών θα πρέπει να γίνει κατανοητό, ότι αποτελεί παρέκκλιση από τον βασικό κανόνα του άρθρου 26 και ότι είναι δυνατή *μόνον στο μέτρο, που αυτό προβλέπεται από το ίδιο το συνταγματικό κείμενο* (π.χ. άρθρ. 43 παρ. 2 Συντ.). Καμία, όμως, συνταγματική διάταξη δεν προβλέπει την αρμοδιότητα της Διοίκησης να διενεργεί έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων. Πολλώ δε μάλλον, που η ρητή συνταγματική αναγνώριση της εξουσίας της δικαστικής λειτουργίας να προβαίνει σε έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων (άρθρ. 87 παρ. 3 και 93 παρ. 4 Συντ.) και η σιωπή του συνταγματικού κειμένου σε σχέση με τη Διοίκηση, οδηγεί στο αντίθετο συμπέρασμα.

Η επιχειρηματολογία αυτή μάλλον επιτείνεται παρά αποδυναμώνεται από την επίκληση του άρθρου 50 του Συντάγματος. Με το άρθρο αυτό καθορίζεται το λεγόμενο τεκμήριο αρμοδιότητας υπέρ της Βουλής και κατά της Διοίκησης: η Διοίκηση ασκεί (μόνον) τις αρμοδιότητες, που τις απονέμει το Σύνταγμα και οι νόμοι, που είναι σύμφωνοι με αυτό¹⁸. Με βάση τη στενή αυτή έννοια της αρχής της νομιμότητας τα διοικητικά όργανα έχουν αρμοδιότητα δράσης δυνάμει χορηγούμενης αρμοδιότητας και μόνον βάσει ρητής διάταξης κανόνα δικαίου και όχι, όπως οι ιδιώτες, στο μέτρο, που η δράση τους δεν απαγορεύεται από ορισμένον κανόνα. Καμία, όμως, διάταξη δε χορηγεί –όπως απαιτεί το άρθρο 50 Συντ.- αρμοδιότητα στη Διοίκηση να ελέγχει την αντισυνταγματικότητα των νόμων.

¹⁷ *Μανιτάκης Α.*, Κράτος δικαίου και έλεγχος συνταγματικότητας, Ι, Θεσσαλονίκη, 1993, σ. 325· *Βενιζέλος Ε.* ως εισηγητής της πλειοψηφίας κατά την αναθεώρηση του Συντάγματος του 2001, Πρακτικά Ολομέλειας Ζ αναθ. Βουλής, συνεδρίαση ΡΛΒ, 7-3-01 (πρώι), σ. 5670-1 κατά παραπομπή του *Τασόπουλου*, Η συνταγματική θέση της δικαιοσύνης στο πολιτικό μας σύστημα, ο.π., 367-8. Την αντίθετη θέση υποστηρίζει ο *Τασόπουλος* (αυτόθι) με το επιχείρημα, ότι κατά τη σύγκρουση της δημοκρατίας (την οποία εκφράζει η νομοθετική λειτουργία) με το κράτος δικαίου (το οποίο εκφράζει η δικαστική λειτουργία) υπερισχύει το δεύτερο προκειμένου να προστατευθούν τα δικαιώματα των μειοψηφιών.

¹⁸ Για το τεκμήριο αρμοδιότητας κατά του Προέδρου της Δημοκρατίας και υπέρ της Βουλής, *Τσάτσος Α.*, Συνταγματικό δίκαιο, τ. Β, Οργάνωση και λειτουργία της Πολιτείας, Αθήνα-Κομοτηνή, 1992, σ. 344-5, ο οποίος εντοπίζει τη σημασία της κατά τα λοιπά αυτονόητης διάταξης στην ερμηνευτική της λειτουργία εντάσσοντάς την, μάλιστα, στις μη αναθεωρήτες διατάξεις του Συντάγματος με αναγωγή στην αρχή της λαϊκής κυριαρχίας και το προεδρικό σύστημα.

Τέλος, το άρθρο 103 παρ. 1 εδ. α του Συντάγματος προβλέπει ότι οι δημόσιοι υπάλληλοι «οφείλουν πίστη στο Σύνταγμα και αφοσίωση στην Πατρίδα». Όπως διευκρινίζεται «πίστη στο Σύνταγμα» σημαίνει την υποχρέωση των διοικητικών οργάνων να συμμορφώνονται με ενέργεια ή παράλειψη στην έννομη τάξη, που το Σύνταγμα καθιερώνει, δηλαδή στο κρατούν πολιτειακό και κοινωνικό οικονομικό καθεστώς¹⁹. Η ειδική αυτή υποχρέωση αντιστοιχεί στη γενική υποχρέωση των πολιτών να σέβονται την έννομη τάξη κατ' άρθρ. 120 παρ. 2 Συντ.²⁰. *Πίστη στο Σύνταγμα* σημαίνει, λοιπόν, υποχρέωση συμμόρφωσης και όχι υποχρέωση ελέγχου – με την επιφύλαξη εφαρμογής του άρθρ. 120 παρ. 4 Συντ. Παράλληλα, η ίδια διάταξη στο πρώτο της εδάφιο χαρακτηρίζει τους δημοσίους υπαλλήλους ως «εκτελεστές της θέλησης του κράτους» και ως «υπηρέτες του λαού». Οι δημόσιοι υπάλληλοι υπηρετούν την εκάστοτε κυβέρνηση, η οποία είναι αρμόδια για την υλοποίηση της λαϊκής βούλησης. Η λαϊκή βούληση ψηφίζει νομοθετικά κείμενα κατά τεκμήριο²¹ σύμφωνα με το Σύνταγμα, τόσο από τυπικής (διαδικαστικής) όσο και ουσιαστικής άποψης. Η λαϊκή αντιπροσωπεία αυτοελέγχεται μέσω της δικαιοπαραγωγικής διαδικασίας κατά τον προληπτικό πολιτικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων. Πρόκειται για τη μόνη δυνατή περίπτωση μη δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας ενός νόμου. Η δημοσιοϋπαλληλική πίστη στο Σύνταγμα μπορεί να συνδέεται με τις περιπτώσεις άμεσης εφαρμογής του Συντάγματος²², αντίστασης σε περίπτωση βίαιης κατάλυσής του, όπως άλλωστε προβλέπεται για όλους τους πολίτες στο ακροτελεύτιο άρθρο 120 παρ. 4 Συντ.²³, ή χειρισμού των πρόδηλα αντισυνταγματικών διαταγών των προϊσταμένων, όπως η διαδικασία εξειδικεύεται στο άρθρο 25 του Υπαλληλικού Κώδικα (Ν. 2683/99), χωρίς αυτό να συνεπάγεται και τον έλεγχο της αντισυνταγματικότητας νομοθετικών διατάξεων.

Β) Η άποψη, που απορρίπτει εξολοκλήρου τον έλεγχο συνταγματικότητας των Νόμων από τη Διοίκηση, θεμελίωση και προέκτασή της.

¹⁹ Τάχος Α., Θεμελιώδεις υποχρεώσεις των δημοσίων υπαλλήλων, Θεσσαλονίκη, 1981, σ. 147-8.

²⁰ Τάχος Α., Θεμελιώδεις υποχρεώσεις των δημοσίων υπαλλήλων, σ. 148.

²¹ Μάνεσης Α., Ζητήματα εκ του ανισχύρου των αντισυνταγματικών νόμων, σε *του ίδιου*, Συνταγματική θεωρία και πράξη, ο.π. (σημ. 5), σ. 293· Αλιβιζάτος Ν., Το «τεκμήριο της συνταγματικότητας των νόμων» σε Χαρμόσυνο Α. Μάνεση, Ι, 1994, σ. 63 επ.

²² Τάχος Α., Η άμεση εφαρμογή του Συντάγματος από τη δημόσια διοίκηση, Αρμ. 1987, 85 επ. (=Σύμμεικτα Φ. Βεγλερή Ι, 1986, 86 επ.).

²³ Σπυρόπουλος Φ., Το δικαίωμα αντίστασης κατά το άρθρ. 120 παρ. 4 Συντ., Αθήνα-Κομοτηνή, 1987, σ. 69 για την (επικουρική) εφαρμογή του άρθρ. 87 παρ. 2 Συντ. ως θεμελίου ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

Με ιδιαίτερα αναλυτικό τρόπο εκφράσθηκαν σοβαρές επιφυλάξεις ως προς τη δυνατότητα των διοικητικών οργάνων να προβαίνουν σε κατασταλτικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων²⁴. Όπως χαρακτηριστικά διατυπώνεται σε γενικό επίπεδο «το Σύνταγμα δεν ερμηνεύεται ούτε όπως να ‘ναι, ούτε όπου να ‘ναι, ούτε απ’ όποιον να ‘να»²⁵. Η άποψη αυτή χωρίς να προσπερνά τις συνταγματικές αρχές και διατάξεις που συνηγορούν υπέρ του αντιθέτου (την αρχή της υπεροχής των συνταγματικών διατάξεων, τα άρθρ. 1 παρ. 3, 25 παρ. 1 και 103 παρ. 1 Συντ.) καταλήγει στην αδυναμία των διοικητικών οργάνων να ελέγξουν τη συνταγματικότητα των νόμων με βάση τα ακόλουθα επιχειρήματα:

(α) Ο συνταγματικός νομοθέτης θεσπίζει την υποχρέωση κατασταλτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων *μόνον για τους δικαστές* (άρθρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 του Συντ.) και όχι για τη διοίκηση.

(β) Οι σχετικές συνταγματικές διατάξεις τοποθετούνται στο κεφάλαιο, που αφορά τη δικαστική λειτουργία. Η πρώτη μάλιστα διάταξη, το άρθρ. 87 παρ. 2 θεμελιώνει το δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων και κατοχυρώνει τη λειτουργική ανεξαρτησία των δικαστών.

(γ) Από το άρθρ. 71 του προϊσχύσαντος ΥΚ (ΠΔ 611/77, σημερινό άρθρ. 25 Ν. 2683/99) προκύπτει, ότι η αντισυνταγματικότητα της διαταγής δεν απαλλάσσει οριστικά τον υπάλληλο από το καθήκον υπακοής αλλά αποτελεί λόγο αναβολής ή αναστολής της διαδικασίας. Έστω μετά από την άρνηση υπακοής στην πρώτη διαταγή, ο υπάλληλος τελικά οφείλει να συμμορφωθεί σε νεότερη διαταγή, η οποία προδήλως αντίκειται σε σαφείς και ρητές διατάξεις του Συντάγματος, εφόσον διατυπώνονται επείγοντες λόγοι γενικότερου συμφέροντος από τον προϊστάμενό του. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει, κατά την ίδια τοποθέτηση, ότι ούτε ο κοινός νομοθέτης προσανατολίζεται προς τη δυνατότητα των διοικητικών οργάνων να ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων. Η επιχειρηματολογία αυτή ερμηνεύει *e contrario* τη στενή έννοια της συνταγματικής νομιμότητας, υπογραμμίζει την αρμοδιότητα ελέγχου συνταγματικότητας ως απόρροια της λειτουργικής ανεξαρτησίας των δικαστών και προβαίνει σε λογική ερμηνεία του άρθρ. 71 του ΠΔ 611/77.

Ξεκινώντας από το τελευταίο επιχείρημα σχετικά με την προσωρινή μόνον δυνατότητα άρνησης συμμόρφωσης σε αντισυνταγματική διαταγή, θα πρέπει να θεωρηθεί ορθή, βέβαια, η συναγόμενη βούληση του κοινού νομοθέτη να μην επιτρέψει στα διοικητικά όργανα τον (οριστικό) έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων. Η διάταξη, όμως, του άρθρ. 71 ΠΔ 611/77 (σημερινό άρθρ. 25 ΥΚ) έχει χαρακτηριστεί –όχι άδικα– ως αντισυνταγματική²⁶, ώστε να μη μπορούν να συναχθούν

²⁴ Για την επιχειρηματολογία, που ακολουθεί, βλ. Σκουρής Β., σε Σκουρής Β./Βενιζέλος Ε., Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Αθήνα-Κομοτηνή 1985, σ. 15-17.

²⁵ Μανιτάκης Α., κρίση και κριτική μεθόδων στο συνταγματικό δίκαιο σε *του ίδιου*, Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος, Αθήνα-Κομοτηνή, 1996, σ. 51.

²⁶ Τάχος Α., Θεμελιώδεις υποχρεώσεις των δημοσίων υπαλλήλων, σ. 98 επ. (101). Χρυσόγονος, ο.π., (σημ. 3), σ. 100.

με ασφάλεια από αυτήν περαιτέρω έννομες συνέπειες. Πολλώ δε μάλλον δε μπορεί να συναχθεί από τη διάταξη αυτή το αντίθετο επιχείρημα, δηλαδή επιχείρημα υπέρ του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων²⁷, αφού, αφενός, η άρνηση είναι προσωρινή, εφόσον ο προϊστάμενος εμμένει στη θέση του, αφετέρου, αυτή αφορά έλεγχο της διαταγής και όχι του τυπικού νόμου.

Σχετικά με το άρθρ. 93 παρ. 4 Συντ. θα πρέπει να επισημανθεί η ποικιλότητα επίκλησής του παράλληλα τόσο από την άποψη, που αρνείται όσο και από την άποψη, που δέχεται (εν όλω ή υπό όρους) τη δυνατότητα των διοικητικών οργάνων να προβαίνουν σε έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων. Όσο κι αν μία τέτοια τοποθέτηση προξενεί καταρχήν απορία, αφού η επικαλούμενη διάταξη ορίζει ρητά, ότι *τα δικαστήρια* είναι αυτά, που ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων, υποστηρίχθηκε το επιχείρημα, ότι η άρνηση της διοίκησης να εφαρμόσει αντισυνταγματικό νόμο θεωρείται νόμιμη από το δικαστή λόγω του άρθρ. 93 παρ. 4 Συντ., κατά συνέπεια, ότι η διοίκηση έχει υποχρέωση (και δικαίωμα) να μην εφαρμόσει τον αντισυνταγματικό νόμο²⁸. Μπορεί σε συντομία να αντιπροτείνει κανείς σε αυτή τη θέση, ότι η νομιμότητα ή η παρανομία της διοικητικής δράσης έχει ως προαπαιτούμενο το κύρος του εφαρμοστέου κανόνα ανεξάρτητα της ύπαρξης αρμοδιότητας του διοικητικού οργάνου να ελέγξει το κύρος αυτού. *Το εάν υπάρχει διοικητική αρμοδιότητα ελέγχου αποτελεί εν προκειμένω το ζητούμενο.*

Μία ενδιάμεση τέλος, άποψη υποστήριξε, ότι το άρθρ. 93 παρ. 4 Συντ. δεν παρέχει βέβαιο επιχείρημα ούτε υπέρ ούτε κατά του ελέγχου της συνταγματικότητας²⁹ και ότι το *e contrario* επιχείρημα μπορεί να ευσταθήσει μόνον εφόσον αυτή κριθεί ως εξαιρετική διάταξη, ώστε να μην είναι δυνατή η επέκτασή της και υπέρ άλλων οργάνων³⁰. Προεκτείνοντας αυτή την τοποθέτηση θα σημειώναμε, ότι το άρθρ. 93 παρ. 4 Συντ. συνιστά μία εξαιρετική διάταξη υπέρ των δικαστών, μιας και τα διοικητικά όργανα δε διαθέτουν τα εγγύα εκείνα, τα οποία εγγυώνται τη λειτουργική ανεξαρτησία του δικαστή³¹, πράγμα, άλλωστε, το οποίο αναδεικνύει και η εδώ σχολιαζόμενη άποψη³² με την επίκληση του άρθρ. 87 Συντ. Ακόμη, όπως ήδη επισημάνθηκε με αφορμή το άρθρ. 50 Συντ., η Διοίκηση δρα με βάση καθορισμένες αρμοδιότητες, όπως επιτάσσει η στενή έννοια της αρχής της νομιμότητας.

Πέραν των τριών επιχειρημάτων της άποψης, η οποία δεν αποδέχεται τον έλεγχο της συνταγματικότητας από τα διοικητικά όργανα (άρθρ. 93 παρ. 4 Συντ, ιδιαίτερο καθεστώς των δικαστικών λειτουργιών και άρθρ. 25 ΥΚ) θα επιχειρούσαμε ορισμένες περαιτέρω διαπιστώσεις.

²⁷ Βλ. ωστόσο, *Μαρίνος*, ο.π. (σημ. 3), ΕΔΔΔΔ 1967, 253 επ. (261 επ.) υπό την ισχύ του Ν. 1811/51 (αρ. 45 παρ. 1).

²⁸ *Παπαλάμπρου*, ο.π. (σημ. 3), ΤοΣ 1988, 7.

²⁹ *Χρυσόγονος*, ο.π. (σημ. 3), σ. 35.

³⁰ *Χρυσόγονος*, ο.π. (σημ. 3), σ. 37.

³¹ Βλ. και τα συμπεράσματα της παρούσας μελέτης, υπό 5.

³² Βλ. ανωτέρω, σημ. 24.

Ενώ σε άλλα ζητήματα ο συνταγματικός νομοθέτης του 2001 σχετικοποίησε ορισμένα διαχωριστικά όρια (όπως στην περίπτωση της διάκρισης κρατικών και τοπικών υποθέσεων με βάση το άρθρ. 102 παρ. 1 Συντ. ή διοικητικών και ιδιωτικών διαφορών με βάση το άρθρο 94 παρ. 3 Συντ.), ειδικά στο ζήτημα του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων κατέστησε αυστηρότερες τις προϋποθέσεις του στην περίπτωση κρίσης των ανωτάτων δικαστηρίων καθιερώνοντας μορφή οιοσύνει συγκεντρωτικού ελέγχου με την υποχρέωση³³ παραπομπής των υποθέσεων από τα τμήματα στις Ολομέλειες (άρθρ. 100 παρ. 5)³⁴. Οι αμφισβητήσεις, που πυροδότησε η διάταξη, μάλιστα, σε επίπεδο της ίδιας της αναθεωρητικής διαδικασίας³⁵, αλλά και η τελική θέση του ΣΕ, το οποίο αποδέχθηκε ως ισχυρό τον ανωτέρω κανόνα³⁶, δείχνουν με πόσο αυστηρό τρόπο και με τι είδους εχέγγυα έχουν πλέον περιβληθεί τα όργανα ελέγχου της συνταγματικότητας νομοθετικών διατάξεων. Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγει κανείς εάν αναζητήσει το λόγο της ιδιαίτερα στενής ερμηνείας των προϋποθέσεων πρόσβασης στο ΑΕΔ σε σχέση με την άρση της αμφισβήτησης για την ουσιαστική συνταγματικότητα διάταξης τυπικού νόμου (άρθρ. 100 παρ. 1 εδ. ε Συντ.)³⁷. Τέλος, δε μπορεί να είναι άμοιρα σημασίας επιχειρήματα, που σχετίζονται με την ανασφάλεια δικαίου, η οποία υπάρχει κίνδυνος να επικρατήσει από τον κατά το εικός έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων από τα διοικητικά όργανα λόγω αφενός της έλλειψης ειδικών γνώσεων και αφετέρου λόγω της παρείσφρησης εξονομικών παραγόντων κατά το σχηματισμό της κρίσης τους. Τα διοικητικά όργανα, άλλωστε, κατά ρητή συνταγματική επιταγή υποχρεούνται να μην δρουν ανεξάρτητα της κυβερνητικής πολιτικής³⁸.

2.2. *Ενδιάμεσες απόψεις: Απόψεις που δέχονται υπό όρους τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων από τη Διοίκηση.*

³³ Ως ευχέρεια η ίδια δυνατότητα υπήρχε και στο παρελθόν δυνάμει των άρθρ. 563 παρ. 2 ΚΠολΔ και 14 παρ. 2 ΝΔ 170/73 και είχε αντιμετωπισθεί ως τρόπος κάμψης του διάχτου χαρακτήρα του ελέγχου, *Σκουρής Β.*, Η επίλυση των συνταγματικών διαφορών στην Ελλάδα, ΤοΣ 1986, 177 επ.(193).

³⁴ *Βενιζέλος Ε.*, Το αναθεωρητικό κεκτημένο, Αθήνα-Κομοτηνή, 2002, σ. 363 επ. για τη στενή ερμηνεία του σχετικού άρθρου του Συντάγματος, βλ. την παραπεμπτική ΣΕ 163/03 (Τμ. Στ), ΔτΑ 2004, 1013 και την απόφαση της Ολομέλειας ΣΕ 1476/04, ΔτΑ 2004, 1017, ότι δεν επιβάλλεται παραπομπή στην Ολομέλεια, εφόσον όμοια διάταξη έχει ήδη κριθεί ως αντισυνταγματική από την Ολομέλεια του ΣΕ ή από το ΑΕΔ. Από τη νομολογία του ΕΣ βλ. την απόφαση της Ολομέλειας 1591/02, ΕΔΚΑ 2003, 206, ότι η παραπομπή στην Ολομέλεια μπορεί να γίνει έστω και πριν την έκδοση του εκτελεστικού νόμου του Συντάγματος.

³⁵ *Παραράς Π.*, σημ. στο ΠΕ ΣΕ 621/02 Ολ., ΔτΑ 21/2004, 270 (μειοψηφία *Σακελλαρίου*).

³⁶ ΠΕ ΣΕ 621/02 Ολ., ο.π. (σημ. 35).

³⁷ Την περιοριστική νομολογία, βλ. αντί άλλων σε *Μαυριάς Κ.*, Συνταγματικό Δίκαιο, σ. 298-9: δεν ερμηνεύθηκαν οι ίδιες αριθμητικά διατάξεις ή αυτές μαζί με άλλες ή ερμηνεύθηκαν αλλά δεν προκύπτει αντίθεση από τις αναγκαίες για το διατακτικό αιτιολογίες ή δεν πρόκειται για αναγκαίο προς επίλυση ζήτημα για το άλλο δικαστήριο. Προς μία ελαστικότερη ερμηνεία των προϋποθέσεων κινήθηκε το ΑΕΔ με την απόφαση 27/99 χωρίς ωστόσο να παραμείνει στη συνέχεια στην ίδια νομολογιακή γραμμή, *Παραράς Π.*, Η ερμηνευτική διεύρυνση της δικαιοδοσίας του ΑΕΔ, Παρατηρήσεις στην ΑΕΔ 27/99, ΤοΣ 2000, 145 επ. και από την πιο πρόσφατη νομολογία την απόφαση του ΑΕΔ 14/2005, ΕΔΚΑ 2005, 508.

³⁸ Άρθρ. 103 παρ. 1 Συντ.: «Οι δημόσιοι υπάλληλοι είναι εκτελεστές της θέλησης του κράτους...».

Ορισμένες απόψεις δέχονται τον διοικητικό έλεγχο της συνταγματικότητας υπό όρους και προϋποθέσεις. Εδώ πρέπει να συγκαταλεχθεί η παλαιά άποψη³⁹ περί αρμοδιότητας ελέγχου των ανωτέρων και μόνον διοικητικών υπαλλήλων καθώς και η άποψη, που διακρίνει ανάλογα με το αν το διοικητικό όργανο επιλαμβάνεται του ζητήματος της αντισυνταγματικότητας μετά από αίτηση του διοικουμένου (οπότε αναγνωρίζεται πλήρης έλεγχος) ή κατόπιν διαταγής προϊσταμένου του (οπότε αναγνωρίζεται περιορισμένος έλεγχος)⁴⁰.

Αναλυτικότερη, με αυστηρές διακρίσεις είναι η άποψη, η οποία εκφράστηκε πιο πρόσφατα στη μοναδική μονογραφία επί του θέματος στην ελληνική βιβλιογραφία. Η άποψη αυτή αναγνωρίζει αρμοδιότητα ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων μόνον στα ιεραρχικά προϊστάμενα διοικητικά όργανα και σε αυτά υπό προϋποθέσεις. Τα κατώτερα διοικητικά όργανα οφείλουν –κατά την ίδια άποψη– να αναβάλουν την άσκηση της αρμοδιότητάς τους υποβάλλοντας ιεραρχική αναφορά, εφόσον τίθεται ζήτημα αντισυνταγματικότητας της εφαρμοστέας διάταξης⁴¹. Κατ' εξαίρεση αναγνωρίζεται αρμοδιότητα και των κατώτερων οργάνων της διοίκησης για έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων μόνον σε περιπτώσεις προφανούς αντισυνταγματικότητας ορισμένης νομοθετικής διάταξης (π.χ. υπέρβαση των προθεσμιών, που θέτει το Σύνταγμα), εφόσον: α) συντρέχει λόγος επείγοντος ή β) το όργανο διαταχθεί από την ιεραρχία να εφαρμόσει νόμο, τον οποίον η τελευταία κρίνει συνταγματικό, το ίδιο, όμως, προφανώς αντισυνταγματικό⁴². Κατά κανόνα, σύμφωνα με την ίδια άποψη, ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων διενεργείται από τον ιεραρχικά προϊστάμενο υπουργό⁴³ υπό τους εξής όρους: α) Εφόσον υφίστανται αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις, που καταλήγουν στο ίδιο συμπέρασμα αντισυνταγματικότητας χωρίς να έχουν εκδοθεί αντίθετες αποφάσεις άλλων δικαστηρίων. Διευκρινίζεται, πάντως, ότι δε συντρέχει υποχρέωση συμμόρφωσης της διοίκησης, στο μέτρο, που η υπό κρίση περίπτωση δεν καλύπτεται από το δεδικασμένο. β) Επί σαφών αναφορών περί αντισυνταγματικότητας στη συζήτηση της πρότασης ή σχεδίου νόμου στη Βουλή. γ) Επί διαπίστωσης της αντισυνταγματικότητας από τη θεωρία του συνταγματικού δικαίου. δ) Επί αντίθεσης σε σαφείς και ρητές συνταγματικές διατάξεις⁴⁴.

Δε μπορεί παρά να είναι κανείς επιφυλακτικός απέναντι σε μία τέτοια σώρευση όρων και προϋποθέσεων. Όπως αντιπαρατηρεί η ίδια άποψη⁴⁵ εάν ο έλεγχος συγκεντρωθεί στα ανώτερα

³⁹ Βεζανής Δ., Μαθήματα συνταγματικού δικαίου(2), Αθήνα 1939, σ. 23 επ. κατά παραπομπή του Χρυσόγονου, ο.π. (σημ. 3), σ. 21.

⁴⁰ Μαρίνος, ο.π., (σημ. 3), ΕΔΔΔ 1967, 261 επ.

⁴¹ Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), 74 επ., 79.

⁴² Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), σ. 96, 98 και 102 αντίστοιχα.

⁴³ Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), σ. 85 επ.

⁴⁴ Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), σ. 119.

⁴⁵ Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), σ. 90.

κλιμάκια της διοικητικής ιεραρχίας είναι σαν να αποδεχόμαστε την ταύτιση κρίνοντος και κρινόμενου, αφού με πρωτοβουλία των υπουργών ψηφίζονται οι νόμοι, οι δε ήδη υπάρχοντες επίσης με πρωτοβουλία του αρμοδίου υπουργού μπορούν να τροποποιηθούν ή καταργηθούν. Θα προσθέταμε, ότι οι προϋποθέσεις, που τίθενται για τον διοικητικό έλεγχο της συνταγματικότητας, αφενός, δεν στηρίζονται σε ορισμένη συνταγματική διάταξη ή αρχή δικαίου ενώ, αφετέρου, μπορεί να δημιουργήσουν σοβαρά ερμηνευτικά προβλήματα σε σχέση με το ακριβές περιεχόμενό τους.

3. Η θέση της νομολογίας.

Η νομολογία εμφανίζεται στην ελληνική γραμματολογία του διοικητικού δικαίου να δέχεται έμμεσα τη δυνατότητα των διοικητικών οργάνων να ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων⁴⁶. Με βάση δύο παλαιότερες αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας⁴⁷ έγινε δεκτό, ότι στο μέτρο, που το ΣΕ δεν ερεύνησε –ως όφειλε αυτεπαγγέλτως– την αρμοδιότητα του διοικητικού οργάνου να ελέγξει τη συνταγματικότητα του Νόμου αλλά παρήλθε το ζήτημα σιγή, δεν αμφισβητεί τη διοικητική αυτή αρμοδιότητα. Στην μία απόφαση⁴⁸ επρόκειτο για περίπτωση εγγραφής τέκνου αναπήρου πολέμου σε ΑΕΙ με βάση νομοθετική διάταξη καθ' υπέρβαση των κανονικά εισακτέων. Το ΑΕΙ απέρριψε την αίτηση εγγραφής, επειδή έκρινε τη διάταξη αυτή ως αντισυνταγματική με βάση την αρχή της ισότητας και το Συμβούλιο της Επικρατείας ακύρωσε την πράξη για μη νόμιμη αιτιολογία. Στη δεύτερη απόφαση⁴⁹ ο νομάρχης Αττικής απέρριψε αιτήσεις ένταξης συμβασιούχων ιδιωτικού δικαίου στο δημόσιο, με την αιτιολογία, ότι η διάταξη, που είχε συστήσει τις θέσεις ως προσωρινές προσωποπαγείς ήταν αντισυνταγματική. Το Συμβούλιο της Επικρατείας επίσης έκρινε την αντισυνταγματικότητα της διάταξης και δε στάθηκε στην αρμοδιότητα του νομάρχη. Θα παρατηρούσαμε κοντολογίς, ότι η σειρά με την οποία το ΣΕ ελέγχει τις πλημμέλειες μίας πράξης αποτελεί ζήτημα αμφισβητούμενο⁵⁰ και είναι μάλλον παρακινδυνευμένο να συνάγονται συμπεράσματα σε αυτό το επίπεδο με βάση το συγκυριακό προβάδισμα ορισμένων πλημμελειών της πράξης έναντι ορισμένων άλλων.

⁴⁶ *Χρυσόγονος*, ο.π. (σημ. 3), σ. 57· *Σηλιωτόπουλος*, ο.π. (σημ. 12), σ. 437, σημ. 15· *Τάχος*, Θεμελιώδεις υποχρεώσεις των δημοσίων υπαλλήλων, σ. 120, σημ. 60· *Μαρίνος*, ο.π. (σημ. 3), σ. 259, σημ. 19.

⁴⁷ Πρόκειται για τις αποφάσεις του ΣΕ Ολ 1497-8/67 και 2102/67.

⁴⁸ ΣΕ Ολ 1497-8/67.

⁴⁹ ΣΕ 2102/67, Αποφάσεις ΣτΕ 1967, 2461 επ., *Χρυσόγονος*, ο.π. (σημ. 3), σ. 55.

⁵⁰ ΣΕ 2076, 4231/00 για τη δυνατότητα προηγούμενου ελέγχου των λόγων τυπικής νομιμότητας έναντι της ουσιαστικής· από τον σχετικό θεωρητικό διάλογο, *Παραράς Π.*, Η υποβάθμιση της εξωτερικής νομιμότητας των διοικητικών πράξεων. Ένα νέο πλήγμα κατά του Κράτους Δικαίου; Σχόλια στις ΣΕ 2076/2000 και 4231/2000 αποφάσεις του Δ Τμήματος, ΔτΑ 2001, 1245· *Παπαγεωργίου Γ.*, Η αντισυνταγματική άρνηση του ελέγχου της εξωτερικής νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, ΔτΑ 2003, 1205 επ.· επίσης, με σύντομη αναφορά *Συμεωνίδης Ι.*, Η αντιμετώπιση του φαινομένου της μη συμμορφώσεως της διοικήσεως στις αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων. Νεώτερη νομολογία και προοπτικές μετά τον ΚΔΔ και το αναθεωρημένο Σύνταγμα, ΕΔΔΔΔ 2003, 259.

Τη θέση της νομολογία υπέρ του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από τη διοίκηση συνάγει μία άλλη εκδοχή με βάση την ερμηνεία του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ. Από τη στιγμή, υποστηρίζει η άποψη αυτή, που η νομολογία δέχεται, ότι ο αντισυνταγματικός νόμος δεσμεύει την κρατική ευθύνη ως «παράνομη πράξη δημοσίου οργάνου του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ ... από αυτό συνάγεται έμμεσα υποχρέωση της διοίκησης να ελέγξει τη συνταγματικότητα της διάταξης νόμου»⁵¹. Εάν η διοίκηση δεν είχε αρμοδιότητα ελέγχου της συνταγματικότητας της νομοθετικής διάταξης δε θα μπορούσε, σύμφωνα πάντα με την ίδια άποψη, να της καταλογισθεί παρανομία, την οποία αυτή στην πραγματικότητα δε διέπραξε. Η άποψη αυτή παρουσιάζει ενδιαφέρον και είναι πιθανότατα συνεπής σε σχέση με την τοποθέτηση της νομολογίας⁵². Νομίζω, όμως, ότι στις εξαιρετικές περιπτώσεις, που αναγνωρίζεται νομολογιακά κρατική ευθύνη με βάση αντισυνταγματικό νόμο αυτή θα πρέπει να αποδίδεται όχι στην *παρανομία της διοίκησης*, η οποία εσφαλμένα έκρινε ή παρέλειψε να κρίνει την αντισυνταγματικότητα του νόμου, αλλά στην ίδια την αντισυνταγματικότητα της νομοθετικής διάταξης. Η αντισυνταγματικότητα του νόμου τότε συμπαρασύρει (αυτόματα) και τη διοικητική πράξη ή παράλειψη σε παρανομία. Όργανο, με άλλα λόγια, στην περίπτωση αυτή, το οποίο παρανομεί κατ' άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ, ενδέχεται να μην είναι η *διοίκηση κατά την έκδοση ατομικής πράξης αλλά ο ίδιος ο νομοθέτης*. Σε αυτό, άλλωστε, συνηγορούν τόσο οι εξελίξεις στη νομολογία του ΔΕΚ σε σχέση με την κρατική ευθύνη λόγω παράβασης του κοινοτικού δικαίου⁵³ όσο και η αναγνώριση από τα ημεδαπά δικαστήρια αξίωσης αποζημίωσης των άρθρ. 105-6 ΕισΝΑΚ με βάση την επεκτατική εφαρμογή της αρχής της ισότητας, δηλαδή λόγω παράλειψης του ίδιου του *τυπικού* νομοθέτη να συμπεριλάβει στη ρύθμισή του ορισμένη κατηγορία διοικουμένων⁵⁴. Το παλαιότερο δόγμα, ότι η νομοθετική λειτουργία καθορίζει τις προϋποθέσεις του παρανόμου, επομένως «δεν αδικεί νομοθετούσα»⁵⁵ έχει παραχωρήσει τη θέση του στην αναγνώριση κρατικής ευθύνης λόγω αντισυνταγματικότητας του ίδιου του (τυπικού)

⁵¹ Χρυσόγονος, ο.π. (σημ. 3), σ. 57-58.

⁵² Βλ. τη ΔΕΑ 1164/89, ΕΔΚΑ 1990, 287(289) επί του ισχυρισμού του ελληνικού δημοσίου, ότι η μη επέκταση ευνοϊκής ρύθμισης οφείλεται σε παράλειψη του νομοθέτη, ώστε να μη στοιχειοθετείται παρανομία κατ' άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ: «στην υποκείμενη περίπτωση ... η παρανομία (δηλ. η αντικείμενη στις συνταγματικές διατάξεις συμπεριφορά) συνίσταται στην έκδοση από όργανο του Δημοσίου κατ' ουσία διοικητικών πράξεων (μισθοδοτικών καταστάσεων)», οι οποίες, όμως, αντιβαίνουν στο άρθρ. 88 παρ. 2 Συντ.

⁵³ Οπότε κρατικό όργανο, που δρα αντίθετα προς το κοινοτικό δίκαιο, είναι ο εθνικός (ενδεχομένως τυπικός) νομοθέτης. Ανατρέχουμε στις περιβόητες παλαιότερες αποφάσεις ΔΕΚ, C-46/93 και 48/93 της 5-3-96, Brasserie du pecheur/Factortame III, ΕΕΕυρΔ 1997, 81 επ., σκ. 32. Ειρήσθω εν παρόδω, ότι με τη νεότερη απόφαση του ΔΕΚ, C-224/01 της 30-9-02, *Köbler*, ΕΔΔΔΔ 2004, 402 επ. ως τέτοιο όργανο κρίθηκαν και τα ανώτατα εθνικά δικαστήρια.

⁵⁴ Βλ. τις πλούσιες νομολογιακές αναφορές, που συγκεντρώνει ο *Γώγος Κ.*, Η δικαστική προσβολή παραλείψεων της διοίκησης, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005, σ. 124-6, όπου και η διαστολή μεταξύ της αποζημιωτικής και της διαπλαστικής έννομης προστασίας έναντι των παραλείψεων του νομοθέτη.

⁵⁵ *Οικονομίδης Β.*, Εγχειρίδιον Πολιτικής Δικονομίας (3), Αθήνα 1890, σ. 203-4.

νόμου⁵⁶, στο μέτρο, βέβαια, που πληρούνται οι λοιπές προϋποθέσεις της κρατικής ευθύνης (ζημία και αιτιώδης σύνδεσμος)⁵⁷.

Η άποψη, που συνάγει την αρμοδιότητα διοικητικού ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων από την ερμηνεία του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ μετέρχεται και ενός δικονομικού επιχειρήματος: αν η παρανομία δεν αναγόταν στην πράξη της διοίκησης αλλά στον ίδιον τον νόμο, τότε, αφού δε θα είχε μεσολαβήσει διοικητική πράξη, θα ασκείτο ευθεία αγωγή και όχι αγωγή αποζημίωσης κατ' άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ⁵⁸. Το ότι η αναγνώριση *ευθείας αγωγής* προϋποθέτει απουσία *πράξης* της διοίκησης είναι νομολογιακά συνεπές⁵⁹, δε σημαίνει, όμως αυτό, ότι αφής εκδοθεί διοικητική πράξη η παρανομία ανάγεται σε αυτήν υποχρεωτικά και μάλιστα για το λόγο, ότι η διοίκηση παρέλειψε να κρίνει τη διάταξη του νόμου ως αντισυνταγματική και άρα ανεφάρμοστη. Από τη στιγμή, που η ευθύνη της διοίκησης στο άρθρο 105 ΕισΝΑΚ είναι αντικειμενική ούτε πταίσμα του διοικητικού οργάνου αναζητάται ούτε και η κρατική ευθύνη αποκλείεται, εάν η διοίκηση έδρασε κατά τρόπο δέσμιο, παρανομώντας «υποχρεωτικά» ενόψει του αντισυνταγματικού νόμου, τον οποίον δε μπορούσε η ίδια να ελέγξει.

Παρά την κριτική στις ανωτέρω απόψεις και την τοποθέτησή μας σε αυτή τη μελέτη, νομίζω, ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει κάνει *κατά περίπτωση ρητά* δεκτή την υποχρέωση των διοικητικών οργάνων να ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων, χωρίς ωστόσο να διατυπώσει έναν γενικό κανόνα ή αρχή. Χαρακτηριστικό παράδειγμα προσέφερε πρόσφατα η απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας⁶⁰ σχετικά με τη νομοθετική απαγόρευση⁶¹ της συμπαράστασης δικηγόρου στις συνεδριάσεις των πειθαρχικών συμβουλίων της Αστυνομίας. Ενόψει του ότι η συγκεκριμένη διάταξη κρίθηκε αντίθετη στο άρθρ. 20 παρ. 2 Συντ., το Συμβούλιο της Επικρατείας έκανε δεκτό, ότι «αν ο εγκαλούμενος ζητήσει την ενώπιον του πειθαρχικού συμβουλίου συμπαράσταση του πληρεξουσίου του δικηγόρου, η διοίκηση οφείλει, σύμφωνα με την έννοια της πιο πάνω συνταγματικής διατάξεως, να ικανοποιήσει το αίτημά του αυτό, έστω κι αν η ειδική νομοθεσία δεν προβλέπει την τήρηση του ουσιώδους αυτού τύπου ή ρητώς την αποκλείει». Η ευθεία υποχρέωση της διοίκησης να εφαρμόσει ορισμένη συνταγματική διάταξη όχι μόνον

⁵⁶ Παυλόπουλος Π., Η αστική ευθύνη του δημοσίου, Π, σ. 137 επ. (142 επ.)· ο ίδιος, σε *Γέροντας Α./ Λύτρας Σ./Παυλόπουλος Π./Σιούτη Γλ./Φλογαϊτης Σ.*, Διοικητικό δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, σ. 329-331.

⁵⁷ Βλ. και *Ιγγλεζάκης Ι.*, Κοινωνικό κράτος δικαίου. Υπό το πρίσμα της συνταγματικής αναθεώρησης του 2001 (αρ. 25 παρ. 1 Συντ.) και του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005, σ. 103 επ.. Ευχερέστερη είναι βέβαια η αναγνώριση κρατικής ευθύνης λόγω παραλείψεων του *κανονιστικού* νομοθέτη, ΣΕ 3587/97, 1141/99 7μ., ΔΠΘεσ 3361/02, ΔιΔικ 2005, 463.

⁵⁸ *Χρυσόγονος*, ο.π. (σημ. 3), σ. 59.

⁵⁹ *Μαθιουδάκης Ι.*, Η προηγούμενη αίτηση προς τη διοίκηση ως προϋπόθεση του παραδεκτού της αγωγής (άρθρ. 71 παρ. 5 ΚΔΔ), ΔιΔικ 2005, 867· κριτική στο νομολογιακό μόρφωμα της ευθείας αγωγής ασκεί ο *Σοϊλεντάκης Ν.*, Η ευθεία αγωγή, ΔιΔικ 1997, 278 επ. (180-1).

⁶⁰ ΣΕ 981/04, ΔιΔικ 2005, 939.

⁶¹ Άρθρ. 7 παρ. 1 Π.Δ. 269/93.

συμπληρωματικά προς την κοινή νομοθεσία αλλά και προκειμένου η τελευταία να τεθεί εκποδών τίθεται με σαφήνεια στην ανωτέρω απόφαση. Την ίδια άποψη έχει δεχθεί απερίφραστα το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών⁶². Φοβάμαι, πάντως, ότι θα ήταν παρακινδυνευμένο να ανατεθεί στη διοίκηση ένας τέτοιος ρόλος. Ακόμη και στην περίπτωση του άρθρ. 20 παρ. 2 Συντ. οι σταθμίσεις είναι λεπτές και οι συνεπαγωγές όχι πάντα αυταπόδεικτες. Για ποιες συνταγματικές διατάξεις συντρέχει αυτή η υποχρέωση και υπό ποίους όρους, το Συμβούλιο της Επικρατείας δεν έχει διευκρινίσει. Το άρθρ. 20 παρ. 2 Συντ. αποτελεί περίπτωση διάταξης αμέσου εφαρμογής⁶³. Ίσως να μπορούσε να συναχθεί από την ανωτέρω νομολογιακή θέση του Συμβουλίου της Επικρατείας τουλάχιστο με βάση τις συνταγματικές διατάξεις αμέσου εφαρμογής η υποχρέωση της διοίκησης για έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων. Τις επιφυλάξεις μας ως προς την ορθότητα μίας τέτοιας τοποθέτησης θα εμπλουτίσουμε στη συνέχεια⁶⁴.

4. Κρίσιμα ζητήματα.

4.1. Σε σχέση με τον κανόνα ελέγχου.

Α) Έλεγχος με βάση ορισμένες συνταγματικές διατάξεις;

Υπεράνω των συνταγματικών κανόνων δεν υπάρχουν άλλοι κανόνες δικαίου, υποστήριζε από παλιά η συνταγματική θεωρία⁶⁵. Το ΣΕ μετά από πολλά χρόνια διατύπωσε την αρχή, ότι όλες οι συνταγματικές διατάξεις έχουν την ίδια ισχύ και επομένως δε νοούνται αντισυνταγματικές διατάξεις του Συντάγματος⁶⁶. Ωστόσο, η θεμελιώδης αυτή αρχή δε σημαίνει, ότι όλοι οι συνταγματικοί κανόνες έχουν την ίδια κανονιστική δύναμη ή την ίδια κανονιστική ευκρίνεια. Άλλοι συνταγματικοί κανόνες ρυθμίζουν *οργανωτικά* ζητήματα της πολιτείας, από τα οποία οι πολίτες δεν εξαρτούν άμεσο συμφέρον, άλλοι –εκτός ατομικών δικαιωμάτων- τελούν *υπό την επιφύλαξη των οργανωτικών του Συντάγματος νόμων*, ώστε να είναι ο νομοθέτης αυτός, ο οποίος θα

⁶² ΔΕΑ 1164/89, ΕΔΚΑ 1990, 287 (εξομοίωση των μισθών των δικαστικών προς τους μισθούς των πανεπιστημιακών): «από τη διάταξη του άρθρ. 93 παρ. 4 Συντ. προκύπτει, ότι εφόσον δεν υπάρχει ρητή αντίθετη διάταξη το ίδιο καθήκον έχουν και οι διοικητικές αρχές καθώς και οποιαδήποτε άλλη αρχή επιφορτισμένη με την εφαρμογή των νόμων ...» (με παραπομπές στη σχετική βιβλιογραφία). Έμμεσα, επίσης, η ΔΕΑ 317/92, ΔιΔικ 1993, 140 (άρνηση της διοίκησης να καταβάλει στεγαστικό επίδομα στο προσωπικό της ΕΥΠ).

⁶³ Έτσι ο *Τάχος*, Η άμεση εφαρμογή του Συντάγματος από τη δημόσια διοίκηση, Αρμ. 1987, 88.

⁶⁴ Υπό 4.1.Α.

⁶⁵ *Μάνεσης Α...*, Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος Ι, Εισαγωγή, Θεσσαλονίκη 1956 (ανατ. 1991), σ. 235.

⁶⁶ Βλ. την απόφαση αρχής ΣΕ Ολ 292/84, ΤοΣ 1985, 511· σχετικά με τη μη ιεράρχηση των συνταγματικών κανόνων, *Λαγτόγλου Π.Α.*, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων (Σκέψεις για τη σημερινή κατάσταση του συνταγματικού δικαίου στη χώρα μας), ΝοΒ 1988, 721 επ.(725)· *Παυλόπουλος Π.*, Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ή δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας του Συντάγματος; (με αφορμή την απόφαση της 18^{ης} Ιουλίου 1987 του Συνταγματικού Συμβουλίου της Γαλλίας), ΝοΒ 1988, 13 επ.(18 επ.), ο οποίος εντοπίζει ορισμένες αποκλίσεις στη νομολογία του ΣΕ, στις οποίες ασκεί κριτική (με αφορμή την περιφημη απόφαση της Ολ ΣΕ 400/86, ΤοΣ 1986, 433 επ.).

ενεργοποιήσει την κανονιστική τους εμβέλεια⁶⁷. Τέλος, άλλοι κανόνες κατοχυρώνουν κοινωνικά δικαιώματα, για τα οποία δε συντρέχει –κατά κανόνα⁶⁸- ούτε υποχρέωση δράσης του νομοθέτη ούτε αντίστοιχη αξίωση των πολιτών για την ενεργοποίησή τους⁶⁹ ή για τη διασφάλιση ενός *minimum* προστασίας, παρά μόνον υπό προϋποθέσεις⁷⁰. Έτσι, προκειμένου ορισμένη συνταγματική διάταξη να τύχει άμεσης εφαρμογής, γίνεται δεκτό ότι θα πρέπει να είναι *επαρκώς ορισμένη*, ώστε να μπορεί να υλοποιηθεί χωρίς νομοθετική εξειδίκευση, πράγμα, που δε συντρέχει, εάν για την ενεργοποίησή της απαιτείται είτε η έκδοση οργανωτικού νόμου είτε τυπικού νόμου *en génère*⁷¹. Οι πιο χαρακτηριστικές περιπτώσεις στο σημείο αυτό αφορούν το άρθρ. 24 παρ. 6 του Συντάγματος για την αποζημίωση, που δικαιούται ο ιδιώτης σε περίπτωση δέσμευσης της ιδιοκτησίας του χάριν της προστασίας των αρχαιοτήτων⁷², καθώς και το άρθρ. 17 παρ. 5 Συντ. για την πρόσοδο, που απώλεσαν οι ιδιοκτήτες στο μεσοδιάστημα μεταξύ της κήρυξης έως της συντέλεσης της απαλλοτριώσης⁷³ κ.α.⁷⁴.

Ενώψει όλης αυτής της ποικιλίας συνταγματικών κανόνων τίθεται το ζήτημα μήπως η Διοίκηση θα έπρεπε να διαθέτει την εξουσία ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων με βάση ορισμένες από αυτές τις διατάξεις. Το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχθηκε ρητά τέτοια υποχρέωση στην περίπτωση του άρθρ. 20 παρ. 2 Συντ., δηλαδή στην περίπτωση μίας διάταξης αμέσου εφαρμογής⁷⁵. Περαιτέρω, το πρακτικό 262/04 του ΕΣΡ σε σχέση με τον Ν. 3021/02 περί «βασικού μετόχου» υπονόησε μία άλλη διάκριση των συνταγματικών διατάξεων εφαρμόζοντας το άρθρ. 14 παρ. 9 Συντ., το οποίο ρητά επεκτείνει την προβλεπόμενη στο εδ. α απαγόρευση και σε «κάθε είδους παρένθετα πρόσωπα, όπως συζύγους, συγγενείς, οικονομικά εξαρτημένα άτομα ή εταιρείες». Σύμφωνα με το ΕΣΡ «πρέπει να παραλείπεται η εφαρμογή των διατάξεων εκείνων, που *προφανώς*

⁶⁷ Καμτσιόου Ι., Η επιφύλαξη του Νόμου ως περιορισμός, εγγύηση και διάμεσος των ελευθεριών, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2001, σ. 343.

⁶⁸ Για τις εξαιρέσεις, Στεργίου Α., Η αναζήτηση της κανονιστικότητας των κοινωνικών δικαιωμάτων, ΤοΣ 1993, 703 επ.

⁶⁹ Κοντιάδης Ξ., Το κανονιστικό περιεχόμενο των κοινωνικών δικαιωμάτων κατά τη νομολογία του ΣτΕ, Τιμητικός Τόμος του ΣΕ - 75 χρόνια, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004, σ. 267 επ.· Ιγγλεζάκης Ι., Κοινωνικό κράτος δικαίου. Υπό το πρίσμα της συνταγματικής αναθεώρησης του 2001 (άρθρ. 25 παρ. 1 Συντ.) και του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου, 118 επ.

⁷⁰ Κοντιάδης Ξ., Οι συνταγματικές δεσμεύσεις της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης σύμφωνα με το άρθρ. 22 παρ. 5 του Συντ., ΕΔΚΑ 2005, 161 επ. (177-179).

⁷¹ Χρυσόγονος Κ., Συνταγματικό δίκαιο, 2003, σ. 170.

⁷² ΣΕ Ολ 3146/86, ΕΔΔΔ 1986, 264-5· Ράντος Α., Ο ρόλος της νομολογίας των δικαστηρίων στην απόδειξη της πολιτιστικής κληρονομιάς σε Τροβά Ε. (επιμ.), Η πολιτιστική κληρονομιά και το δίκαιο, Ευρωπαϊκό Κέντρο Δημοσίου Δικαίου, 2004, σ. 173 επ.

⁷³ Χρυσόγονος Κ., Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα (2), Αθήνα-Κομοτηνή, 2002, σ. 369· Γέροντος Α., Η συνταγματική προστασία της ιδιοκτησίας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2003, σ. 71-2. Με την απόφαση του ΑΠ 5/93, ΕΕΝ 1994, 29 διευκρινίσθηκε, πάντως, ότι η διάταξη δεν καλύπτει οποιαδήποτε ζημία των ιδιοκτητών των *όμορων* ακινήτων σε σχέση με το απαλλοτριωθέν, ώστε να γεννάται κρατική ευθύνη με βάση το άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ, Χορομίδης Ι., Αναγκαστικές απαλλοτριώσεις – Κατ' άρθρο βιβλιογραφία και νομολογία, Θεσσαλονίκη, 2000, σ. 306.

⁷⁴ Άρθρ. 6 παρ. 3 β, 9 παρ. 2 Συντ., 20 παρ. 2, 24 παρ. 1, 117 παρ. 3, 23 παρ. 2, 96 παρ. 5 Συντ., Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, σ. 172· ο ίδιος, Η άμεση εφαρμογή του Συντάγματος από τη δημόσια διοίκηση, Αρμ. 1987, 88.

⁷⁵ Βλ. σημ. 63.

έρχονται σε αντίθεση με το Σύνταγμα»⁷⁶. Αφής στιγμής η συνταγματική επιταγή είναι σαφής, εξίσου σαφής είναι και η παράβασή της από τον νομοθέτη, ώστε το διοικητικό όργανο να νομιμοποιείται –σε αυτήν τουλάχιστο την περίπτωση- σύμφωνα με το ίδιο σκεπτικό να συνάγει το αυταπόδεικτο συμπέρασμα περί παράβασης του Συντάγματος. Η θεώρηση αυτή διατυπώνει ως επιτρεπτό τον διοικητικό έλεγχο συνταγματικότητας των Νόμων στην περίπτωση σαφούς ή ρητής συνταγματικής απαγόρευσης ή, με άλλα λόγια, στην περίπτωση *πρόδηλης* αντισυνταγματικότητας της νομοθετικής διάταξης⁷⁷.

Τόσο η τοποθέτηση του Συμβουλίου της Επικρατείας όσο και αυτή του ΕΣΡ κινούνται στις παρυφές της ασφάλειας δικαίου. Ως άμεση εφαρμογή του Συντάγματος από τη Διοίκηση νοείται καταρχήν, και έτσι έχει αναγνωρισθεί από τη νομολογία, η διοικητική παρέμβαση στις περιπτώσεις *αδράνειας* του νομοθέτη⁷⁸. Στο σημείο αυτό εκφράστηκαν επιφυλάξεις ως προς την ακριβή φύση της διοικητικής δράσης, η οποία διαθέτει στοιχεία κατουσία νομοθετικής αρμοδιότητας⁷⁹. Εξίσου, όμως, ευθεία είναι και η εφαρμογή των συνταγματικών διατάξεων στην περίπτωση, που ο νομοθέτης δεν αδρανεύει αλλά *ενεργεί*, είτε απονέμοντας ορισμένη παροχή σε κατηγορία πολιτών είτε στερώντας ορισμένη κατηγορία από αυτήν. Τα νομιμοποιητικά θεμέλια της διοικητικής παρέμβασης στη δεύτερη περίπτωση ατονούν ακόμη περισσότερο. Τότε η διοίκηση, αντί να υποκαθιστά τον νομοθέτη, τον ελέγχει. Και στις δύο περιπτώσεις χωρούν ενστάσεις κατά της διοικητικής δράσης. Αν διακινδυνεύαμε ένα συμπέρασμα με αφορμή την απόφαση του ΣΕ 981/04 θα λέγαμε, ότι για την αναγνώριση υποχρέωσης ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων από τη Διοίκηση θα πρέπει, αφενός, ο νομοθέτης να αδρανεύει και, αφετέρου, η σχετική συνταγματική διάταξη να κριθεί ως αμέσου εφαρμογής.

Η περίπτωση διοικητικού ελέγχου με βάση την *πρόδηλη* αντισυνταγματικότητα ορισμένης νομοθετικής διάταξης αποδεικνύεται ακόμη πιο επισφαλής. Όπως μας υπενθυμίζει η μεθοδολογία του δικαίου δεν υπάρχει κανόνας αρκετά σαφής, ώστε να μη χρειάζεται ερμηνεία⁸⁰. Η τοποθέτηση αυτή θα μπορούσε να οδηγήσει, αφενός, σε καταχρήσεις από την πλευρά της Διοίκησης και, αφετέρου, σε δικαστικές αμφισβητήσεις και σε σημαντική επιβράδυνση της δικαστικής προστασίας πριν την εκφορά ουσιαστικής δικαστικής κρίσης. Όλες οι συνταγματικές διατάξεις έχουν ίση τυπική ισχύ, κατά συνέπεια δεν νοείται διοικητικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων με

⁷⁶ Αρμ. 2005, 115 (πλαγιογράφηση του συγγραφέα).

⁷⁷ Βλ. και *Γέροντας Α./Παπαϊωάννου Ζ.*, ο.π., (σημ. 7), ΔιΔικ 2005, 1136, ότι σε περίπτωση εμφανούς και πρόδηλης αντισυνταγματικότητας η Διοίκηση μπορεί να προβεί *ιδιαίτερα* στον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων.

⁷⁸ *Τάχος*, Η άμεση εφαρμογή του Συντάγματος από τη δημόσια διοίκηση, Αρμ. 1987, 88-9.

⁷⁹ *Τάχος*, Η άμεση εφαρμογή του Συντάγματος από τη δημόσια διοίκηση, Αρμ. 1987, 88-9.

⁸⁰ *Nerhot P.*, Interpretation in legal science (the notion of narrative coherence) in *Nerhot P.* (Ed.), Law, Interpretation and reality, Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, 1990, σ. 193 με παραπομπή στον *Kelsen* και την καθαρή θεωρία του δικαίου.

βάση ορισμένες από αυτές, ωσάν να επρόκειτο για κανόνες αυξημένης τυπικής ισχύος σε σχέση με τις υπόλοιπες.

B) Έλεγχος με βάση το κοινοτικό δίκαιο;

Ειδικότερο ενδιαφέρον παρουσιάζει το ερώτημα μήπως ως ειδικοί «συνταγματικοί» κανόνες, οι οποίοι πρέπει σε κάθε περίπτωση να εφαρμοσθούν από τη Διοίκηση, αποτελούν οι κανόνες του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου. Ανεξάρτητα από τη θέση, που λαμβάνει κανείς σε σχέση με την υπεροχή του κοινοτικού δικαίου ή του εθνικού Συντάγματος⁸¹ και τη θέση, που έλαβε το ΣΕ πρόσφατα υπέρ του τελευταίου⁸², είναι απαραίτητο να ξεκινήσει κανείς από την άποψη του ίδιου του ΔΕΚ. Ας μας επιτραπεί το επιχείρημα, ότι αν το κοινοτικό δίκαιο δεν αναγνωρίζει αρμοδιότητα των διοικητικών οργάνων των κρατών μελών να ελέγξουν τη συμφωνία του εθνικού νόμου προς το κοινοτικό δίκαιο, πολλώ δε μάλλον το ίδιο θα ισχύσει και με βάση το εθνικό δίκαιο.

Με βάση το άρθρ. 10 (παλ. άρθρ. 5) ΣΕΚ γίνεται δεκτό, ότι *τα εθνικά διοικητικά όργανα έχουν την υποχρέωση να εξασφαλίζουν την πλήρη αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου μέσω της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αρχής της αποτελεσματικότητας*. Επίσης, γίνεται δεκτή η υποχρέωση των ίδιων οργάνων να προστατεύουν τα δικαιώματα των πολιτών, που απορρέουν από τις άμεσα εφαρμοστέες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου (π.χ. άρθρ. 52 ΣΕΚ) και ειδικότερα τις διατάξεις περί ανταγωνισμού⁸³. Με τη νομολογία *Costanzo*⁸⁴ το ΔΕΚ έκανε δεκτό, ότι σε περίπτωση άμεσης εφαρμογής ορισμένης οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη «*όλα τα διοικητικά όργανα συμπεριλαμβανομένων και των οργάνων της τοπικής αυτοδιοίκησης, όπως οι Δήμοι, υποχρεούνται να εφαρμόζουν αυτές τις ρυθμίσεις*». Όπως παρατηρήθηκε⁸⁵, η φράση αυτή δεν επαναλήφθηκε στη συνέχεια από το ΔΕΚ -χωρίς αυτό να σημαίνει, ότι του δόθηκε η ευκαιρία- και ότι θα επρόκειτο για ένα είδος «συνταγματικής αίρεσης», εάν νομοθετικοί κανόνες του εθνικού δικαίου ετίθεντο με αυτόν τον τρόπο εκποδών. Ενόψει της μη αναγνώρισης στα διοικητικά όργανα των κρατών μελών της αρμοδιότητας προδικαστικής παραπομπής προς το ΔΕΚ δεν τους

⁸¹ Αντί πολλών, *Κατρούγκαλος Γ.*, Η σχέση του Συντάγματος και του Κοινοτικού δικαίου, ΝοΒ 2000, 1089 επ.

⁸² ΣΕ 3242/04, ΔιΜΕΕ 2004, 514· *Βενιζέλος Ε.*, Οι εγγυήσεις πολυφωνίας και διαφάνειας στα ΜΜΕ κατά το άρθρ. 14 παρ. 9 Συντ. Οι κανόνες ερμηνείας του Συντάγματος και οι σχέσεις Συντάγματος και Κοινοτικού Δικαίου, ΝοΒ 2005, 425 επ.· *Γεραπετρίτης Γ.*, Το Σύνταγμα και ο Δικαστής: Μια αέναη διαλεκτική σχέση. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3242/2004 και 3243/2004 του ΣτΕ για τον «βασικό μέτοχο», ΝοΒ 2005, 443 επ.· *Συνοδινός Χ.*, ΣτΕ 3242/2004: «Επιβολή» της υπεροχής του Συντάγματος ή *bras de fer* μεταξύ εθνικού και κοινοτικού δικαστή; ΔιΜΕΕ 2005, 34 επ. Για την πιο πρόσφατη απόφαση της ΕΑ του ΣΕ 81/2005 για το ίδιο ζήτημα, *Πανόπουλος Γ.*, Το Σύνταγμα ως όριο της εξουσίας του δικαστή (σκέψεις με αφορμή την ΣτΕ ΕΑ 81/2005 για τον «βασικό μέτοχο»), ΕΕΕυρΔ 2005, 579 επ.

⁸³ Για τη δέσμευση των εθνικών δικαστικών και διοικητικών αρχών δυνάμει του άρθρ. 10 ΣΕΚ, βλ. αναλυτικά, *Πρεβεδούρου Ε.* σε *Σκουρής Β.*, Ερμηνεία των Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2003, σ. 283 επ.

⁸⁴ ΔΕΚ 103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, ECR 1989, 1839.

⁸⁵ *De Witte B.*, in *Craig P./De Burca G.*, The evolution of EU Law, Oxford, 1998, σ. 192-3.

αναγνωρίζεται κατά τρόπο ανεπιφύλακτο αρμοδιότητα μη εφαρμογής εθνικής ρύθμισης ως αντίθετης προς τις Συνθήκες. Αυτό ισχύει, όπως σημειώνεται, ιδίως όταν δεν έχει κριθεί η παράβαση κατά τη διαδικασία του άρθρ. 169 ΕΚ από το ΔΕΚ⁸⁶. Στην περίπτωση, βέβαια, που η εφαρμοζόμενη εθνική νομοθεσία αντίκειται στο κοινοτικό δίκαιο, το κράτος μέλος διατρέχει τον κίνδυνο να καταδικασθεί σε αποζημίωση⁸⁷.

4.2. Σε σχέση με το ελεγκτικό όργανο.

Α) Έλεγχος από τις ανεξάρτητες διοικητικές αρχές;

Μία άποψη επικεντρώνει τη δυνατότητα της διοίκησης να ελέγχει τη συνταγματικότητα των νόμων στην ιδιαίτερη θέση ορισμένων διοικητικών αρχών. Ειδικότερα, το ΕΣΡ επικέντρωσε τη δυνατότητα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων ειδικά στις ανεξάρτητες διοικητικές αρχές ενόψει του ότι η λειτουργία τους ομοιάζει προς την δικαιοδοτική. Αναφέρει χαρακτηριστικά μέλος του ΕΣΡ στο πρακτικό του 262/2004, ότι «το ΕΣΡ είναι μία μορφή δικαστηρίου υπό άλλο διοικητικό σχήμα»⁸⁸. Είναι διαφορετικό, όμως, ζήτημα να παρομοιάζονται οι ανεξάρτητες διοικητικές αρχές προς τα δικαστήρια με αφορμή τη λειτουργική και προσωπική ανεξαρτησία των μελών τους αλλά και την έλλειψη ιεραρχικού ελέγχου των αποφάσεών τους και διαφορετική η απονομή σε ένα καθόλα διοικητικό όργανο, όπως η ανεξάρτητη διοικητική αρχή, δικαιοδοτικών καθηκόντων, όπως ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων. Αν δεν αμφισβητείται προ πολλού η αρμοδιότητα των ανεξάρτητων διοικητικών αρχών να καταστούν αποδέκτες νομοθετικής εξουσιοδότησης κατά το άρθρ. 43 παρ. 2 β Συντ.⁸⁹, είναι εξίσου βέβαιο, ότι αυτές δε διαθέτουν καμία δικαιοδοτική εξουσία⁹⁰. Η τελευταία έχει επιφυλαχθεί σε «δικαστήρια» και μόνον κατά την αυστηρά οργανική του όρου έννοια, όπως την προσδιόρισε πρόσφατα το Συμβούλιο της Επικρατείας ενόψει των άρθρων 20 παρ. 1, 26 παρ. 3, 87 παρ. 1, 93 παρ. 2 και 3, 88 παρ. 2, 96 και

⁸⁶ *De Witte B.*, in *Craig P./De Burca G.*, *The evolution of EU Law*, σ. 192. Για την υποχρέωση των εθνικών διοικητικών οργάνων στην τελευταία περίπτωση να μην εφαρμόζουν την εθνική ρύθμιση, ΔΕΚ 48/71, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, ECR 1972, 527.

⁸⁷ Από την ελληνική βιβλιογραφία κατά αντίστροφη χρονολογική σειρά, *Μεταξάς Α.*, Ευθύνη του δημοσίου για παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005· *Μουσαμλετζή Ε.*, Η ένταξη στην εθνική έννομη τάξη της αξίωσης αποζημίωσης κατά του κράτους για παράβαση του κοινοτικού δικαίου, ΕΕΕυρΔ ειδ. Τευχ. Σεπτ. 2001, Αφιέρωμα Μνήμα Κρατερού Ιωάννου, 275 επ.· *Γεωργιάδου Α.*, Εξωσυμβατική ευθύνη του κράτους για παραβάσεις του Κοινοτικού Δικαίου, ΕΕΕυρΔ 1999, 493 επ.· *Μαθιουδάκης Ι.*, Η κοινοτικού δικαίου αξίωση αστικής ευθύνης του Δημοσίου, ΔιΔικ 1998, 341 επ..

⁸⁸ Αρμ. 2005, 117.

⁸⁹ ΣΕ Ολ 930/90, ΤοΣ 1990, 68 με εισήγηση του συμβούλου *Κουβελάκη Γ.* στη σ. 71 επ. και παρατηρήσεις *Αλιβιζάτου Ν.*, Η «τρίτη» απόφαση του ΣΕ για τη ραδιοτηλεόραση. Σχόλιο στη ΣΕ Ολ 930/90. Η απόφαση αυτή χωρίς να αμφισβητήσει την κανονιστική εξουσία του ΕΣΡ δυνάμει του άρθρ. 43 παρ. 2 Συντ. δέχθηκε, ότι η διάθεση του τηλεοπτικού χρόνου στα πολιτικά κόμματα κατά την προεκλογική περίοδο έπρεπε να γίνει με την έκδοση ΠΔ.

⁹⁰ *Ράικος Αθ.*, Συνταγματικό δίκαιο, τ. Ι, Εισαγωγή-Οργανωτικό μέρος (2), Β', Αθήνα-Κομοτηνή, 2002, σ. 894-6 (παρά μόνον εξουσία επιβολής διοικητικών κυρώσεων κατ' άρθρ. 15 παρ. 2 β Συντ.).

99 Συντ. και αρ. 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ⁹¹. Εάν ο συντακτικός νομοθέτης επιθυμεί να προικίσει τις ανεξάρτητες διοικητικές αρχές με δικαιοδοτικά καθήκοντα, θα πρέπει να το κάνει με τρόπο ρητό, όπως έκανε με τη θεσμική τους κατοχύρωση.

B) Έλεγχος από κάθε εργαζόμενο της Διοίκησης;

Η αναγνώριση της αρμοδιότητας ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων από τα διοικητικά όργανα δεν αποκλείεται να προξενούσε ερωτηματικά σχετικά με το αν ορισμένα ή όλα τα κρατικά «όργανα» θα είχαν την εξουσία να προβαίνουν σε έναν τέτοιο έλεγχο. Ειδικότερα, ο σχετικός προβληματισμός δείχνει πόσο επικίνδυνη μπορεί να καταστεί αυτή η τοποθέτηση, όταν αποφασιστικές αρμοδιότητες ασκούνται όχι μόνον από τακτικούς δημοσίους υπαλλήλους αλλά (ενδεχομένως) και από συμβασιούχους ιδιωτικού δικαίου του κράτους. Αν οι αντιρρήσεις για τη δυνατότητα των δημοσίων υπαλλήλων να ελέγχουν τη συνταγματικότητα των νόμων είναι ευάριθμες και σοβαρές, στην περίπτωση των συμβασιούχων ιδιωτικού δικαίου αυξάνονται καθώς ούτε το άρθρ. 103 Συντ. εφαρμόζεται σε αυτούς ούτε διαθέτουν όλα τα εχέγγυα, που συνδέονται με την δημοσιοϋπαλληλική ιδιότητα⁹².

4.3. Σε σχέση με την έκταση του ελέγχου: Έλεγχος περιορισμένος;

Προς συζήτηση θα μπορούσε να τεθεί το ζήτημα μήπως είναι δυνατό να αναγνωρισθεί στη διοίκηση ένας πιο περιορισμένος ή υπό όρους έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων σε σχέση με αυτόν, που αναγνωρίζεται στα δικαστήρια. Τίθεται ζήτημα, τότε, σε τι μπορεί να συνίσταται ο περιορισμένος διοικητικός έλεγχος. Το να αφορά αυτός ορισμένες μόνον διατάξεις αποδείχθηκε αστήρικτο, έστω κι αν πρόκειται για συνταγματικές διατάξεις, για τις οποίες έχει αναγνωρισθεί η δυνατότητα άμεσης εφαρμογής τους από τη δημόσια διοίκηση. Επίσης, αποκλείσαμε την εκδοχή ελέγχου μόνον των *πρόδηλων* παρανομιών. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η εκδοχή, μήπως μπορεί να κριθεί ορισμένη διάταξη ως αντισυνταγματική και άρα ανεφάρμοστη από τη Διοίκηση ενόψει προγενέστερης νομολογίας των (ανωτάτων;) δικαστηρίων. Και στην περίπτωση αυτή νομίζουμε, ότι προσήκει αρνητική απάντηση. Αφής στιγμής ο έλεγχος συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα είναι συγκεκριμένος, η σχετική νομολογία ανά πάσα στιγμή μπορεί να μεταβληθεί ενόψει του διαφορετικού πραγματικού υλικού είτε από το ίδιο είτε από άλλο δικαστήριο. Επιπλέον η

⁹¹ ΣΕ 2978/04, σκ. 8, ΕΔΚΑ 2005, 50, παρατ. *Πετρόγλου Π.* (παραπεμπτική στον Ολομέλεια), σχετικά με το Ανώτατο Πειθαρχικό Συμβούλιο των Δικηγόρων, νομολογία, όμως, η οποία (πριν αποφανθεί η Ολομέλεια) ετέθη υπό αμφισβήτηση με την απόφαση της ΕΑ ΣΕ 535/05, ΝοΒ 2005, 1704.

⁹² Τα προσόντα και, κυρίως, η μονιμότητα (μιας και η ύπαρξη οργανικής θέσης πρέπει να υφίσταται και για τους συμβασιούχους αορίστου χρόνου), *Τσάτσος Δ.*, Συνταγματικό δίκαιο, τ. Β, Οργάνωση και λειτουργία της πολιτείας, σ. 427 επ. Για τα μορφολογικά στοιχεία και τη λειτουργία της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας με το δημόσιο, *Δούκα Β.*, Η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας με το δημόσιο, Θεσσαλονίκη, 1992.

νομολογία ακόμη και των ανωτάτων δικαστηρίων δεν αποτελεί πηγή του κειμένου δικαίου⁹³ παρά μόνον σε εξαιρετικές περιπτώσεις, οι οποίες επιβεβαιώνουν τον κανόνα⁹⁴, όπως για παράδειγμα στο πλαίσιο του κοινωνικοασφαλιστικού⁹⁵ ή του δημοσιονομικού⁹⁶ δικαίου.

5. Συμπεράσματα.

Το ζήτημα της δυνατότητας της διοίκησης να ελέγχει τη συνταγματικότητα των νόμων είναι προφανές, ότι έχει διχάσει την ελληνική θεωρία. Η νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων έχει αναγνωρίσει μία τέτοια αρμοδιότητα στα διοικητικά όργανα χωρίς, όμως, να μπορεί να γίνει λόγος ούτε για παγιωμένη ούτε για αποσαφηνισμένη νομολογιακή θέση. Η προκρινόμενη, πάντως, λύση θα πρέπει για λόγους δικαιοκρατικούς να έχει χαρακτήρα σαφή και να είναι επαρκώς θεμελιωμένη. Τα γνωρίσματα αυτά δε φαίνεται να μπορεί να συγκεντρώσει άποψη άλλη πέραν αυτής, που δεν αναγνωρίζει στη διοίκηση την αρμοδιότητα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Από καμία συνταγματική διάταξη δεν προβλέπεται μία τέτοια αρμοδιότητα ενώ τα άρθρ. 87 παρ. 3 και 93 παρ. 4 αναθέτουν τον σχετικό έλεγχο στην προσωπικά και λειτουργικά ανεξάρτητη δικαστική εξουσία και μόνον. Οι διατάξεις, που επιβάλλουν το σεβασμό του Συντάγματος στη Διοίκηση κατά τη δράση της δε μπορούν να ερμηνευθούν κατά τρόπο, που να της παρέχουν την αρμοδιότητα ελέγχου των νομοθετικών επιλογών υπό το πρίσμα του Συντάγματος. Ούτε και άλλου είδους έλεγχος μπορεί να ανατεθεί είτε σε ορισμένα διοικητικά όργανα, όπως οι ανεξάρτητες διοικητικές αρχές, είτε και σε όλα τα διοικητικά όργανα σε περίπτωση πρόδηλης παρανομίας ή άμεσα εφαρμοστέων συνταγματικών διατάξεων ή ενόψει προγενέστερης απόφασης δικαστηρίου. Άλλωστε, ούτε με βάση το δόγμα της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου μπορεί να γίνει γενικά δεκτή αρμοδιότητα των διοικητικών αρχών κράτους μέλους να ελέγχουν τη συμφωνία των εθνικών διατάξεων προς το κοινοτικό δίκαιο και σε περίπτωση αντίθεσης να το θέτουν εκποδών. Όπως παρατηρείται⁹⁷ ο έλεγχος της συνταγματικότητας μετατοπίζεται διαρκώς από την «εξωτερική» στην «εσωτερική» συνταγματικότητα, δηλαδή από τους λόγους τυπικής παρανομίας στην έρευνα της συνάφειας του νομοθετικού μέτρου προς τον επιδιωκόμενο σκοπό και στη στάθμιση συγκρουόμενων συνταγματικών αξιών. Επιπλέον, το Σύνταγμα έχει μετατραπεί σήμερα σε βασικό πεδίο έντασης

⁹³ Κριτικά, *Γέροντας Α.*, Δημοσιονομικό δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή, 2005, σ. 135-141, όπου παραπομπές και στην κρατούσα άποψη· για μία προσέγγιση με βάση τις θεωρίες των Kelsen, Eisenmann και Dworkin, βλ. *Δαρζέντας Εμ.*, Η νομολογία ως πηγή του διοικητικού δικαίου και το νομολογιακό δίκαιο, ΕλλΔνη 1999, 481 επ.

⁹⁴ *Σπηλιωτόπουλος*, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, ο.π., (σημ. 12), πλαγιόριθμος 64.

⁹⁵ Στην περίπτωση της επανεξέτασης ασφαλιστικής περίπτωσης, οπότε συντρέχει υποχρέωση επανεξέτασης επί μεταβολής της νομολογίας των ανωτάτων δικαστηρίων, βλ. ΣΕ 2174/89, ΔιΔικ 1989, 1002 και τη νομολογία, που απανθίζει ο *Μαυσιδής Β.*, Κοινωνική ασφάλιση, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003, σ. 13-17.

⁹⁶ Επανεξέταση συνταξιοδοτικών υποθέσεων από το Γενικό Λογιστήριο του Κράτους μετά από αίτηση του ενδιαφερόμενου, όταν αυτός επικαλείται μεταγενέστερη αντίθετη απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, όπως είναι εκείνη με την οποία ερμηνεύεται και εφαρμόζεται διαφορετικά διάταξη νόμου, ΕΣ 137/00, ΑρχΝ 2005, 110.

⁹⁷ *Μανιτάκης Α.*, Τα νομικοπολιτικά θεμέλια της εξουσίας του δικαστή ... , ο.π. (σημ. 14), σ. 17, 19.

μεταξύ της κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας, η οποία εκφράζεται δια της νομοθετικής λειτουργίας, και των μειοψηφιών, οι οποίες επιχειρούν να αντιπαρατεθούν αναγόμενες στο Σύνταγμα⁹⁸. Είναι σαφές, ότι και δικαιοπολιτικά ο ρόλος του μεσολαβητή αυτής της διένεξης –του πολιτειακού ειρηνοποιού⁹⁹- δε μπορεί να ανατεθεί στους καθέκαστο φορείς της εκτελεστικής λειτουργίας, οι οποίοι ούτε παιδεία τέτοια οφείλουν να διαθέτουν ούτε με τέτοια αποστολή έχουν επιφορτισθεί αλλά στα όργανα της λειτουργικά και προσωπικά ανεξάρτητης δικαστικής λειτουργίας. Ας μην παραβλέπεται, ότι η διοίκηση μπορεί να δρα νόμιμα *ακόμη και σιωπώντας*¹⁰⁰, ότι οι συνεδριάσεις των συλλογικών διοικητικών οργάνων είναι κατά κανόνα μυστικές¹⁰¹, ότι το διοικητικό όργανο δεσμεύεται από την ιεραρχική προσταγή¹⁰², ότι η αιτιολογία των πράξεών της κατά κανόνα προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου¹⁰³, ότι οι πράξεις της ατομικού χαρακτήρα μόνον κατ' εξαίρεση δημοσιεύονται ενώ δεν αποκλείεται –έστω κατ' εξαίρεση- ακόμη και κανονιστικές πράξεις να ανήκουν στην ζώνη του διοικητικού απορρήτου¹⁰⁴. Οι αρχές αυτές βρίσκονται στον αντίποδα των κανόνων, που διέπουν τη λειτουργία των δικαστηρίων, στα οποία το Σύνταγμα επιφύλαξε την αποστολή ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

⁹⁸ *Μανιτάκης Α.*, Τα νομικοπολιτικά θεμέλια της εξουσίας του δικαστή ..., ο.π. (σημ. 14), σ. 19. *Σταθόπουλος Μ.*, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων. Η δημοκρατία στις συμπληγάδες αναρχισμού ή λαϊκισμού και αναρχισμού, ΝοΒ 1989, 9.

⁹⁹ Για τη λειτουργία αυτή του ελέγχου της συνταγματικότητας, *Κασιμάτης Γ.*, Συνταγματική δικαιοσύνη, Αθήνα-Κομοτηνή, 1999, σ. 96.

¹⁰⁰ *Γώγος*, Η δικαστική προσβολή παραλείψεων της διοίκησης, σ. 9 επ. με έμφαση στο χαρακτήρα των σιωπηρών αρνητικών πράξεων ως τρόπου εξασφάλισης δικαστικής προστασίας κατά των διοικητικών παραλείψεων. *Μουκίου Χ.*, Η «σιωπή» της διοίκησης, Αθήνα-Κομοτηνή, 2003.

¹⁰¹ Αρ. 14 παρ. 10 εδ. α Ν. 2690/99.

¹⁰² ΥΚ 25 (υποχρέωση υπακοής του υπαλλήλου).

¹⁰³ Αρ. 17 παρ. 2 Ν. 2690/99.

¹⁰⁴ E contrario ΣΕ 71/03, ΔιΔικ 2004, 1359.