

**Ο δικαστικός έλεγχος της συμβατότητας των νόμων με το διεθνές και ενωσιακό
δίκαιο ως μία αυτόνομη μορφή ελέγχου για την άρση της σύγκρουσης των
κανόνων δικαίου κατά την εφαρμογή τους**

Βαρβάρα Μπουκουβάλα

Πρωτοδίκης Δ.Δ.-Δ.Ν.

Στο πλαίσιο του δικαστικού ελέγχου των νόμων, περιλαμβάνονται και ασκούνται τρεις διαφορετικοί έλεγχοι¹, οι οποίοι διακρίνονται μεταξύ τους, καταρχάς, από τον διαφορετικό κανόνα αναφοράς² που ο δικαστής χρησιμοποιεί ως νομική βάση του ελέγχου του³: ο έλεγχος συνταγματικότητας, ο έλεγχος της «διεθνικής» συμβατότητας⁴ και ο έλεγχος της «ενωσιακής» συμβατότητας⁵.

Στον έλεγχο συνταγματικότητας, κανόνας ελέγχου είναι πάντα μία ρητή συνταγματική διάταξη ή μία άγραφη γενική συνταγματική αρχή, ενώ στον έλεγχο της διεθνικής συμβατότητας, κανόνας αναφοράς είναι μία διάταξη διεθνούς σύμβασης, μία γενική αρχή ή ένας εθνικός κανόνας του διεθνούς δικαίου, δηλαδή ένα πλέγμα διεθνών κανόνων δικαίου που απολαμβάνουν ισχύ υπέρτερη απ' αυτή των τυπικών νόμων.

¹Για τους τρεις αυτούς διακεκριμένους ελέγχους που συγκροτούν την ευρύτερη έννοια του δικαστικού ελέγχου των νόμων, βλ. Α.ΚΑΙΔΑΤΖΗ, «Η συμβολή των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων στην εξέλιξη του δικαστικού ελέγχου των νόμων στην Ελλάδα», σε Τιμητικό Τόμο για τα 50 χρόνια των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων, (επιμ.Φ.ΚΑΤΣΙΓΙΑΝΝΗΣ/Ν.ΜΑΡΟΥΛΗ/Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ/Μ.ΕΙΡΗΝΑΚΗ), Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2015, σ.45-66(47 επ.).

²Κανόνες αναφοράς καλούνται, στη γαλλική συνταγματική θεωρία, όλες οι συνταγματικές διατάξεις και αρχές που αποτελούν τους κανόνες ελέγχου στον έλεγχο της αντισυνταγματικότητας, *L.FAVOREU*, «Les normes de référence», in *L.FAVOREU*, *Le Conseil Constitutionnel et les partis politiques*, Economica-PUAM, Paris-Aix-En-Provence 1988, σ.69-78(69). Επομένως, ως κανόνες αναφοράς λογίζονται στην παρούσα μελέτη όλοι οι συνταγματικοί ή διεθνείς ή ενωσιακοί κανόνες δικαίου που αποτελούν τα κριτήρια της ισχύος ή της εφαρμογής των νόμων στον αντίστοιχο δικαστικό έλεγχο του δικαστή.

³Αντίθετα, οι έλεγχοι αυτοί δεν διαφοροποιούνται ως προς τον ελεγχόμενο κανόνα, καθώς πάντα ελέγχεται η συνταγματικότητα ή η συμβατότητα ενός τυπικού νόμου, μίας πράξης νομοθετικού περιεχόμενου ή μίας κανονιστικής διοικητικής πράξης, *Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ*, Η ενσωμάτωση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη. Οι ελληνικές δυσχέρειες προσαρμογής στην ευρωπαϊκή δημόσια τάξη των ανθρώπινων δικαιωμάτων, Εκδόσεις Αντ.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2001, σ.223.

⁴Προτιμήθηκε ο όρος συμβατότητα των νόμων έναντι του όρου συμβατικότητα, παρά το ότι στη γαλλική ορολογία ο όρος συμβατότητα αποδίδει κατά κανόνα τον όρο *comptabilité*, διότι η χρήση του πρώτου όρου έχει εδραιωθεί στην ελληνική θεωρία και νομολογία. Για την απόδοση των όρων αυτών, βλ. *Σ.ΚΑΛΟΓΗΡΟΥ*, «Σκέψεις σχετικά με τον έλεγχο συμφωνίας των νόμων με τις διεθνείς συμβάσεις στη Γαλλία», *ΤοΣ*, 1999, σ.891¹.

⁵Πρόσφατα προτάθηκε στη γαλλική θεωρία η διάκριση μεταξύ συμβατότητας ευρωπαϊκής και μη ευρωπαϊκής, ενώ στο πλαίσιο της πρώτης υφίσταται η υποδιαίρεση μεταξύ ελέγχου συμβατότητας του εθνικού κανόνα δικαίου με το ενωσιακό δίκαιο και ελέγχου με κανόνα αναφοράς την Ε.Σ.Δ.Α., *A.LEVADE*, «Perspectives: confrontation entre contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionnalité», *AJDA*, 2011, σ.1257-162(1257).

Εξάλλου, στο πλαίσιο του ελέγχου της ενωσιακής συμβατότητας, ασκείται διακεκριμένα ο έλεγχος συμφωνίας ή μη αντίθεσης του εθνικού κανόνα δικαίου με το ενωσιακό δίκαιο⁶.

Στο πλαίσιο της μελέτης θα καλούμε ενιαία ως έλεγχο συμβατότητας τόσο τον έλεγχο της διεθνικής συμβατότητας όσο και τον έλεγχο της ενωσιακής συμβατότητας, διακρίνοντας τους δύο ελέγχους, μόνον όπου αυτό κρίνεται απαραίτητο.

Η μελέτη αυτή είναι αφιερωμένη στον Καθηγητή των πρώτων φοιτητικών μου χρόνων στο Τμήμα Νομικής του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, μετέπειτα δάσκαλο στις μεταπτυχιακές μου σπουδές και επιβλέποντα της διδακτορικής μου διατριβής Αντώνη Μανιτάκη, που αφιέρωσε μεγάλο τμήμα της συγγραφικής του δραστηριότητας στα μεγάλα ζητήματα του ελέγχου συνταγματικότητας και συμβατότητας των νόμων⁷, ευχαριστώντας τον για την τεράστια επιστημονική παρακαταθήκη που μας χάρισε, αλλά και το επιστημονικό ήθος που μας δίδαξε, ως ένα μικρό δείγμα της μεγάλης μου ευγνωμοσύνης για όλα όσα μου έμαθε τα πολλά χρόνια του φοιτητικού βίου που διήνυσα μαζί του.

I. Ο ισχυρισμός της αντισυμβατότητας

Οι διεθνείς συμβάσεις από την κύρωσή τους με νόμο και τη θέση τους σε ισχύ ενσωματώνονται δικαϊκά στην ελληνική έννομη τάξη, αποτελούν ισχύον δίκαιο, και δη με

⁶A.ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ, Ο δικαστικός έλεγχος των νόμων στην Ελλάδα 1844-1935, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2015, σ.5 επ.

⁷Για τον έλεγχο συνταγματικότητας στα βιβλία και τις μελέτες του Μανιτάκη, βλ., ενδεικτικά, Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, «Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce», RIDC, 1988, σ.39-55, «Τα νομιμοποιητικά θεμέλια του δικαστή κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων», Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων-θέσεις και τάσεις της νομολογίας, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1992, σ.15-70, Κράτος δικαίου & δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 1994, «Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα», Τιμητικός Τόμος Κώστα Μπέη, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα 2003, σ.3121-3154=ΤοΣ, 2003, σ.13-47, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο, Θεμελιώδεις έννοιες, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2004, «Το Συνταγματικό Δικαστήριο: ο συνταγματικός κηδεμόνας της δικαστικής εξουσίας», Ενώπιον, Διμηνιαία έκδοση Δικ.Συλλ.Θεσσαλονίκης, 35/2006, σ.9-15, «Συνταγματικό Δικαστήριο: αντισυνταγματική η πρόταση αναθεώρησης», Δικαιοράμα, Τριμηνιαία έκδοση για την επικοινωνία, 2006, σ.18-19, «Οι αυτοδεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπíπτοντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων», ΤοΣ, 2/2006, 402-429, Η ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 2008, «Η ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου: απόπειρα πολιτικοποίησης του Συντάγματος δια της πολιτικοποίησης της πολιτικής», ΤοΣ, 1/2008, σ.3-28, «Η ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου στις συμπληγάδες της συνταγματικής και της κοινής δικαιοσύνης», in Το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπíπτοντος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, (επιμ.Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ/Α.ΦΩΤΙΑΔΟΥ), Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2008, σ.67-106, «Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατότητας των νόμων ενόψει της ΕΣΔΑ στο παράδειγμα των ενοχικών απαιτήσεων», ΝοΒ, 10/2008, σ.2541-2567.

τυπική ισχύ υπέρτερη των κοινών νόμων⁸. Τούτο συνεπάγεται ότι οι διατάξεις των διεθνών συνθηκών⁹, που κυρώθηκαν με νόμο, ισχύουν άμεσα στην έννομη τάξη, αποτελούν επιτακτικούς και δεσμευτικούς κανόνες δικαίου, οι οποίοι εφαρμόζονται υποχρεωτικά από τον δικαστή και μπορούν να γίνουν αντικείμενο επίκλησης και άντλησης νομικών ισχυρισμών και επιχειρημάτων από τους διαδίκους ενώπιον των δικαστηρίων, εξοπλισμένοι οι τελευταίοι (διάδικοι), επιπλέον, με την αξίωση να γίνουν σεβαστά τα δικαιώματα που αντλούν από το κανονιστικό περιεχόμενό τους¹⁰. Τα ανωτέρω ισχύουν αναμφίβολα και για το ενωσιακό δίκαιο, όπου η αδιαμφισβήτητη υπεροχή¹¹ και άμεση εφαρμογή του¹² στις εθνικές έννομες τάξεις αποτελούν τους βασικούς πυλώνες θεμελίωσης του ενωσιακού οικοδομήματος και γενικά αναγνωρισμένες αρχές σε όλα τα ευρωπαϊκά κράτη.

Ενόψει των ανωτέρω, διαπλάστηκε στις σύγχρονες έννομες τάξεις ένας νέος ισχυρισμός που προβάλλεται κατ' ένσταση στο πλαίσιο της δίκης, ο ισχυρισμός της

⁸Ε.ΡΟΥΚΟΥΝΑΣ, Διεθνές δίκαιο, Τεύχος πρώτο, (β' έκδοση), Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1997, σ.62, *ΚΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ*, Η ενσωμάτωση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη, ό.π., σ.176.

⁹βλ. Ε.ΡΟΥΚΟΥΝΑΣ, Διεθνές δίκαιο, ό.π., σ.168-172. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, όλες οι διεθνείς συμβάσεις από την κύρωση και δημοσίευσή τους δεν δεσμεύουν μόνον τα συμβαλλόμενα κράτη, αλλά τεκμαίρεται ότι παράγουν έννομες συνέπειες και για τα πρόσωπα, βλ. *R.ERRERA*, «L'application de la convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits de l'enfant», σ.1-16(3), Comité franco - britannique de coopération judiciaire, Colloque de Rennes sur l'enfant en justice, 19-21 Μαΐου 2005, σε https://www.courdecassation.fr/IMG/File/errera_fr.pdf, τελευταία πρόσβαση στις 11.01.2018.

¹⁰Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ/Ν.ΠΑΡΑΣΚΕΥΟΠΟΥΛΟΣ, «Το άρθρο 106 ΚΠοινΔ ενόψει του Συντάγματος και της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου», Υπεράσπιση, 1991, σ.1255-1267(1256).

¹¹Για την αρχή της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου μέσα από τις αποφάσεις του Δ.Ε.Ε., βλ., ενδεικτικά, Δ.Ε.Ε., C-6/64, 15^η Ιουλίου 1964, Costa κατά Ε.Ν.Ε.Λ., C-11/70, 17^η Δεκεμβρίου 1970, Internationale Handelsgesellschaft. Όπως τονίζει η Παπαδοπούλου, η αρχή της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου αποτελεί μία θεμελιώδη αρχή που καθιερώθηκε νομολογιακά, η οποία, εξάλλου, στη συνέχεια, δεν βρήκε την κανονιστική τυποποίησή της στους κανόνες του πρωτογενούς ή δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου. Όπως παρατηρεί, η αρχή της υπεροχής συμπεριλαμβάνετο, μεταξύ άλλων διατάξεων, στην Ευρωπαϊκή Συνταγματική Συνθήκη, αλλά θυσιάστηκε, προκειμένου να γίνει αποδεκτή από τα κράτη μέλη η Συνθήκη της Λισαβόνας, παρά το ότι αποτελεί κομμάτι του κοινοτικού κεκτημένου, που πρέπει να τηρεί κάθε κράτος, πριν εισέλθει στην Ένωση, βλ. Α.ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα και κοινοτικό δίκαιο: Το ζήτημα της υπεροχής, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2009, σ.111-112.

¹²Η αρχή της άμεσης εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου συνιστά το αντικαθρέφτισμα της άμεσης ισχύος του. Η αρχή της άμεσης ισχύος συνεπάγεται ότι ο ενωσιακός κανόνας δικαίου μετά την έναρξη της ενωσιακής του ισχύος, της θέσπισής του δηλαδή σύμφωνα με τα κριτήρια του ενωσιακού δικαίου, εντάσσεται αυτόματα στην εθνική έννομη τάξη, αποτελώντας αναπόσπαστο κομμάτι της, αποκτώντας δηλαδή και την τυπική ισχύ του εσωτερικού κανόνα δικαίου, σύμφωνα με τα κριτήρια της εθνικής έννομης τάξης. Εξάλλου, από την έκδοσή του, ο κανόνας του ενωσιακού δικαίου αποκτά άμεσα και την ουσιαστική του ισχύ στην εθνική έννομη τάξη, ήτοι μπορεί να εφαρμοστεί, χωρίς να είναι απαραίτητη η μεταλλαγή του ή η μεταφορά του σε μορφή εθνικού κανόνα δικαίου, προκειμένου να παράγει τις έννομες συνέπειές του. Συνέπεια τούτων, ο ενωσιακός κανόνας δικαίου έχει άμεση εφαρμογή, ήτοι παράγει άμεσα αποτελέσματα για τους ιδιώτες, οι οποίοι μπορούν να αντλούν δικαιώματα από το κανονιστικό περιεχόμενό του και να τον επικαλούνται ενώπιον κάθε εθνικής αρχής. Βλ. Α.ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα και κοινοτικό δίκαιο, ό.π., σ.113 επ.

αντισυμβατότητας, με τον οποίο ο διάδικος επικαλείται την αντίθεση του εφαρμοστέου εθνικού κανόνα δικαίου προς το υπέρτερο δίκαιο που θέτουν οι διεθνείς συμβάσεις και οι κανόνες του ενωσιακού δικαίου, ο οποίος οδηγεί σ' ένα νέο έλεγχο της σύγκρουσης των κανόνων δικαίου κατά την εφαρμογή τους, τον έλεγχο της συμβατότητας των νόμων.

Επιπλέον, στην ελληνική έννομη τάξη, ο δικαστής δικαιούται και υποχρεούται να ελέγχει και αυτεπαγγέλτως τη μη αντίθεση των εθνικών νόμων προς τους υπερκείμενους κανόνες του διεθνούς και ενωσιακού δικαίου και να αφήνει ανεφάρμοστους αυτούς που αντίκεινται στο περιεχόμενό τους, τόσο βάσει της διάταξης του άρθρου 28 παρ.1 και 2 του Συντάγματος που κατοχυρώνει την αυξημένη τυπική ισχύ των διεθνών συμβάσεων και των ενωσιακών κανόνων έναντι των εθνικών νόμων, η οποία προϋποθέτει ή απαιτεί λογικά τον δικαστικό έλεγχο για τη διασφάλιση της τήρησής της¹³, όσο και ενόψει του καθήκοντός του να επιλύει άμεσα όλες τις συγκρούσεις των κανόνων δικαίου κατά την άσκηση της δικαιοδοτικής του λειτουργίας, προκειμένου να ανεύρει το εκάστοτε ισχύον εφαρμοστέο δίκαιο και να διαρθρώσει ορθά τη μείζονα πρόταση του δικανικού του συλλογισμού. Περαιτέρω, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 87 παρ.2 , 28 παρ.1 και 25 παρ.1 και 2 του Συντάγματος συνάγεται ότι ο δικαστής διαθέτει την (αυτεπάγγελτη) εξουσία να ελέγχει τη συμβατότητα των νόμων με το διεθνές δίκαιο, ιδίως, όταν καλείται να εφαρμόσει διεθνείς συμβάσεις που κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα, λόγω και του χαρακτήρα των κανόνων αυτών ως κανόνων δημοσίας τάξεως¹⁴.

Περαιτέρω, η εξουσία του εθνικού δικαστή να ελέγχει τη συμβατότητα των νόμων θεμελιώνεται ή και επιτάσσεται από το ευρωπαϊκό δίκαιο. Όπως έκρινε το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ε.Δ.Δ.Α.), τα δικαστήρια των εθνικών εννόμων τάξεων οφείλουν να απαντούν αιτιολογημένα κατά την άσκηση της δικαιοδοτικής τους λειτουργίας στους ισχυρισμούς των διαδίκων περί της παραβίασης των θεμελιωδών δικαιωμάτων τους που κατοχυρώνονται στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α.), καθώς η υποχρέωση αυτή αποτελεί αναγκαίο συμπλήρωμα της

¹³A.MANITAKΗΣ/Ν.ΠΑΡΑΣΚΕΥΟΠΟΥΛΟΣ, Το άρθρο 106 ΚΠοινΔ ενόψει του Συντάγματος και της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ό.π., σ.1256.

¹⁴A.MANITAKΗΣ, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατικότητας των νόμων ενόψει της ΕΣΔΑ στο παράδειγμα των ενοχικών απαιτήσεων, ό.π., σ.2543.

αρχής της επικουρικότητας¹⁵, ήτοι της επιφύλαξης υπέρ της αρμοδιότητας των (δικαστικών) οργάνων των εθνικών κρατών για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων της Σύμβασης¹⁶. Εξάλλου, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) αναγνώρισε ρητά την υποχρέωση του κοινού τακτικού δικαστή να μην εφαρμόζει εθνικές διατάξεις νόμων που αντίκεινται στο ενωσιακό δίκαιο¹⁷, θεμελιώνοντας τις βάσεις μίας νέας μορφής δικαστικού ελέγχου των εθνικών νόμων, του ελέγχου της συμβατότητας.

II. Τα κύρια χαρακτηριστικά του ελληνικού ελέγχου της συμβατότητας των νόμων

Ο έλεγχος της συμβατότητας των νόμων έχει αναπτύξει συγκεκριμένα χαρακτηριστικά στην ελληνική έννομη τάξη, που ομοιάζουν με αυτά του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

- Ο διάχυτος χαρακτήρας του ελέγχου συμβατότητας

Το πρώτο καίριο χαρακτηριστικό του ελληνικού ελέγχου της συμβατότητας των νόμων είναι ο διάχυτος χαρακτήρας του. Εφόσον κάθε διάταξη διεθνούς σύμβασης ή του ενωσιακού δικαίου απολαμβάνει υπέρτερη τυπική ισχύ έναντι των κοινών νόμων, ο δικαστής σε περίπτωση εφαρμογής και σύγκρουσής της μ' έναν κοινό κανόνα του εσωτερικού δικαίου είναι υποχρεωμένος να επιλύσει τη σύγκρουση αυτή με βάση το ιεραρχικό κριτήριο επίλυσης των αντινομιών¹⁸, διασφαλίζοντας την εφαρμογή του διεθνούς και ενωσιακού δικαίου, χωρίς να δικαιούται ή να υποχρεούται να παραπέμψει το ζήτημα αυτό προς κρίση σε άλλο δικαστήριο. Και τούτο, διότι αφενός ο έλεγχος αυτός δεν έχει ανατεθεί με ρητή διάταξη του Συντάγματος κατ' αποκλειστικότητα σ' ένα δικαστήριο, αλλά ασκείται από όλα τα δικαστήρια της ελληνικής έννομης τάξης, και αφετέρου η διαφορά της τυπικής ισχύος μεταξύ διεθνούς συμβάσεως ή κανόνα του ενωσιακού δικαίου και εθνικού νόμου αποτελεί ένα επαρκές και πλήρες έρεισμα της θεμελίωσης του ελέγχου

¹⁵Για μία πλήρη ανάλυση της αρχής αυτής, βλ. *L.AUDOUY*, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, thèse, Montpellier, 2015.

¹⁶Για τον ισχυρισμό της αντισυμβατότητας και την υποχρέωση των εθνικών δικαστηρίων να ασκούν τον έλεγχο της συμβατότητας των νόμων με κανόνα αναφοράς την Ε.Σ.Δ.Α., βλ. Ε.Δ.Δ.Α. σε Ολομέλεια, *Open Door et Dublin Welle woman* κατά Ιρλανδίας, 29^η Οκτωβρίου 1992, (αριθμ.προσφ.14234/88 και 14235/88), §72, *Wagner* και *J.M.W.L.* κατά Λουξεμβούργου, 28^η Ιουνίου 2007, (αριθμ.προσφ.76240/01), §96, *Fabris* κατά Γαλλίας, 7^η Φεβρουαρίου 2013, (αριθμ.προσφ.16574/08), §72.

¹⁷Βλ., παρακάτω, υποσ.23-24.

¹⁸*N.BOBbio*, «Des critères pour résoudre les antinomies», in *Essais de théorie du droit*, (traduction M.GUERET), LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles 1998, σ.89-103(93 επ.)

συμβατότητας από τον δικαστή¹⁹, χωρίς να απαιτείται για την άσκησή του και ρητή θεσμοποίηση της αρμοδιότητας αυτής σε διάταξη του Συντάγματος ή του κοινού νόμου²⁰.

Στο πλαίσιο αυτό, ο έλεγχος της συμβατότητας επιπλέον είναι δικαστικός ή δικαιοδοτικός· προκύπτει και ασκείται από κάθε δικαστήριο της ελληνικής έννομης τάξης κατά την επίλυση μίας εκκρεμούς διαφοράς, όταν ανακύπτει ένα ζήτημα συμβατότητας του εφαρμοστέου σ' αυτή νόμου, επί της εξέτασης των διαδικαστικών προϋποθέσεων ή της ουσίας της υπόθεσης, ανεξάρτητα από τον βαθμό και τον δικαιοδοτικό κλάδο στον οποίο ανήκει το δικάζον δικαστήριο ή το είδος της διαφοράς που καλείται να επιλύσει ή τον χαρακτήρα της έννομης προστασίας που καλείται να παράσχει.

Εξάλλου, ο έλεγχος συμβατότητας των νόμων είναι διάχυτος, υπό την έννοια ότι ανήκει στην πλήρη δικαιοδοσία όλων των δικαστηρίων της ελληνικής έννομης τάξης, τα οποία είναι υποχρεωμένα να εγείρουν και επιλύουν το ζήτημα αυτό, αν ανακύψει σε διαφορά που εκδικάζουν, με ίδια κρίση, την οποία αποτυπώνουν στον δικανικό συλλογισμό της απόφασης που εκδίδουν για την κύρια διαφορά, επιφέροντας αυτόνομα με την έκδοση της οικείας αποφάσεως τις έννομες συνέπειες της αντισυμβατότητας στην ελληνική έννομη τάξη²¹.

Πράγματι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., ο έλεγχος της ενωσιακής συμβατότητας απαιτείται να είναι διάχυτος²²²³, υπό την έννοια ότι ανήκει στην πλήρη

¹⁹Πράγματι, πριν από τη θέσπιση του Συντάγματος 1975, δεν υπήρχε ρητή συνταγματική διάταξη που να καθορίζει τους όρους και τη διαδικασία ένταξης των κανόνων του διεθνούς δικαίου και την τυπική τους ισχύ στην ελληνική έννομη τάξη. Η σχετική συνταγματική πρακτική που διαμορφώθηκε, απαιτούσε την κύρωση της διεθνούς συνθήκης, που τελείτο με την ψήφιση, έκδοση και δημοσίευση ενός τυπικού νόμου που εμπεριείχε τις σχετικές διατάξεις της. Κατά τη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, εφόσον οι διεθνείς συνθήκες αποκτούν ισχύ νόμου με τη νομοθετική κύρωσή τους, και δεδομένου ότι καμία συνταγματική διάταξη δεν τους απονέμει αυξημένη τυπική ισχύ, σε περίπτωση που μεταγενέστερος νόμος συγκρούεται με διεθνή συνθήκη, επικρατεί ο τυπικός νόμος. Βλ., ενδεικτικά, ΟΛΣτΕ 445/1931.

²⁰Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ, Η ενσωμάτωση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη, ό.π., σ.225.

²¹Ο διάχυτος χαρακτήρας του ελέγχου δεν αλλοιώνεται από το γεγονός ότι τα εθνικά δικαστήρια μπορούν ή κατά περίπτωση υποχρεούνται να θέσουν προδικαστικό ερώτημα στο Δ.Ε.Ε. αναφορικά με την ερμηνεία των κρίσιμων διατάξεων του ενωσιακού δικαίου που αποτελούν τους κανόνες ελέγχου στον έλεγχο της συμβατότητας, διότι το Δ.Ε.Ε. δεν δικαιούται να ελέγξει τη συμβατότητα των εθνικών κανόνων δικαίου, αλλά μόνο να ερμηνεύσει το ενωσιακό δίκαιο. Έτσι, Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σ.30.

²²Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ό.π., σ.28.

²³Συγκεκριμένα στην απόφαση, Δ.Ε.Ε., C-118/00, 28^η Ιουνίου 2001, Larsy, (σκ.51) το δικαστήριο έκρινε ότι: «συναφώς, αρκεί να υπομνηστεί ότι το Δικαστήριο έκρινε ότι είναι ασυμβίβαστη με τις επιταγές που είναι συμφυείς με την ίδια τη φύση του κοινοτικού δικαίου κάθε διάταξη εθνικής έννομης τάξεως ή κάθε διοικητική, νομοθετική ή δικαστική πρακτική που θα είχε ως αποτέλεσμα τη μείωση της αποτελεσματικότητας του κοινοτικού δικαίου, αφαιρώντας από τον αρμόδιο

δικαιοδοτική αρμοδιότητα του κοινού τακτικού δικαστή, ο οποίος οφείλει να αφήνει ανεφάρμοστη κάθε διάταξη νόμου που αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο, χωρίς να δικαιούται ή να υποχρεούται να αναμείνει την ολοκλήρωση μίας άλλης νομοθετικής ή συνταγματικής διαδικασίας που θα οδηγούσε στην ακύρωση του εθνικού κανόνα δικαίου²⁴. Το Δ.Ε.Ε. είχε αποφανθεί, εξάλλου, εάν ένα σύστημα διάχυτου ελέγχου, και, συγκεκριμένα, το Σουηδικό, στο οποίο δεν προβλέπεται ειδικό ένδικο βοήθημα με το οποίο να ελέγχεται ευθέως και κυρίως η συμβατότητα των εθνικών διατάξεων με το ενωσιακό δίκαιο, πληροί την αρχή της αποτελεσματικής έννομης προστασίας των ενωσιακών δικαιωμάτων. Το δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή της αποτελεσματικής έννομης προστασίας των ενωσιακών δικαιωμάτων δεν επιτάσσει τη θέσπιση και εφαρμογή ενός συστήματος κύριου ελέγχου συμβατότητας, υπό την προϋπόθεση, όμως, ότι στην εθνική έννομη τάξη προβλέπονται άλλα αποτελεσματικά μέσα ένδικης προστασίας, μέσω των οποίων ελέγχεται παρεμπιπτόντως η συμβατότητα της εθνικής διάταξης με το ενωσιακό δίκαιο²⁵.

για την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου δικαστή την εξουσία να πράξει, και μάλιστα κατά τη στιγμή της εφαρμογής, ότι είναι αναγκαίο, για να εξοβελίσει τις εθνικές νομοθετικές διατάξεις που ενδέχεται να εμποδίσουν, έστω και προσωρινώς, την πλήρη αποτελεσματικότητα των κοινοτικών κανόνων...».

²⁴Δ.Ε.Ε., C-106/77, 9^η Μαρτίου 1978, Simmenthal, σκ.21-24, C-13/91, 4^η Ιουνίου 1992, Debus, σκ.32, C-314/08, 19^η Νοεμβρίου 2009, Filipiak, σκ.8.

²⁵Δ.Ε.Ε., C-432/05, 13^η Μαρτίου 2007, Unibet, σκ.65. Κατά τον Γιαννακόπουλο, εξ αντιδιαστολής, προκύπτει από την απόφαση αυτή ότι, κατά περίπτωση, θα μπορούσε να θεμελιωθεί, ως απαίτηση του ενωσιακού δικαίου, μία εθνική υποχρέωση θέσπισης ενός συστήματος αυτοτελούς και κύριας προσφυγής αντισυμβατότητας κατά των εθνικών νόμων, βλ. Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟ, «Ο διάχυτος και παρεμπιπτόν δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα υπό το πρίσμα του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου», ΕφημΔΔ, 6/2009, σ.825-847(840). Επίσης, το Ε.Δ.Δ.Α. δεν απαιτεί, ενόψει του άρθρου 13 της Σύμβασης και της υποχρέωσης των συμβαλλόμενων κρατών να προβλέπουν ένα αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα στην εσωτερική έννομη τάξη τους για την αποκατάσταση των πληττόμενων δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται σ' αυτή, να προβλέπεται, στο εσωτερικό εθνικό δίκαιο, ειδικό ένδικο βοήθημα με το οποίο να προσβάλλονται οι νόμοι ευθέως και κυρίως με λόγο την ενδεχόμενη αντίθεσή τους προς τη Σύμβαση, βλ. Ε.Δ.Δ.Α., James κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 21^η Φεβρουαρίου 1986 (αριθμ.προσφ.8793/79), παρ.84-85, Roche κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 19^η Οκτωβρίου 2005, (αριθμ.προσφ.32555/96), παρ.137, Paksas κατά Λιθουανίας, 6^η Ιανουαρίου 2011, (αριθμ.προσφ.34932/04), παρ.114. Στην απόφαση Βαλλιανάτος κατά Ελλάδας, 7^η Νοεμβρίου 2013, (αριθμ.προσφ.29381/09 και 32684/09), το δικαστήριο ελέγχοντας τη συνδρομή της διικονομικής προϋπόθεσης του άρθρου 35 παρ.1 της Σύμβασης, περί εξάντλησης των εσωτερικών ενδίκων μέσων πριν από την άσκηση της προσφυγής ενώπιον του, προκειμένου να θεμελιωθεί το παραδεκτό της προσφυγής, κλήθηκε να σταθμίσει από τη μία πλευρά, τον ισχυρισμό του Ελληνικού Δημοσίου ότι οι προσφεύγοντες δεν εξάντλησαν τα εσωτερικά ένδικα μέσα πριν από την άσκηση της ευρωπαϊκής προσφυγής, ήτοι δεν άσκησαν αγωγή αποζημιώσεως για την αποκατάσταση της βλάβης που υπέστησαν από την εφαρμογή της αντισυνταγματικής νομοθετικής διάταξης, και από την άλλη, τον ισχυρισμό των προσφευγόντων ότι στην ελληνική έννομη τάξη δεν υπάρχουν αποτελεσματικά και επαρκή ένδικα βοηθήματα για την αποκατάσταση των δικαιωμάτων τους που πλήττονται. Τελικώς, το δικαστήριο έκρινε ότι από τις αποφάσεις που του προσκομίστηκαν δεν προέκυψε ότι τα ελληνικά δικαστήρια εφαρμόζουν την αρχή της αστικής ευθύνης του δημοσίου σε περιπτώσεις, όπως η επίδικη, όπου η βλάβη προκαλείται από εθνικές διατάξεις τυπικών νόμων που εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις στο δικαίωμα στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή. Το δικαστήριο έκρινε, περαιτέρω, ότι ακόμη κι αν γινόταν δεκτή τέτοια αγωγή των προσφευγόντων, δεν θα οδηγούσε σε οριστική αποκατάσταση των ιιγόμενων δικαιωμάτων τους, καθώς η παραβίασή τους, όσο ισχύει η ρύθμιση, έχει διαρκή και συνεχή χαρακτήρα. Το Ε.Δ.Δ.Α. φαίνεται άρρητα να θεωρεί ανεπαρκές το σύστημα δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, καθώς με την εξαίρεση του Α.Ε.Δ., δεν προβλέπει ακύρωση του αντισυνταγματικού νόμου ή υποχρέωση του νομοθέτη να καταργήσει

Αντίθετα, το Ε.Δ.Δ.Α. δεν φαίνεται να επιτάσσει ο έλεγχος της συμβατότητας των εθνικών νόμων με την Ε.Σ.Δ.Α. να είναι αποκλειστικά διάχυτος, κι ως εκ τούτου, ότι απαγορεύεται να συγκεντρωθεί κατ' αποκλειστικότητα σε ένα δικαστήριο, όπως για παράδειγμα στο Συνταγματικό Δικαστήριο (Σ.Δ.) της έννομης τάξης²⁶. Ωστόσο, κατά την εδώ υποστηριζόμενη θέση, το Ε.Δ.Δ.Α. επιδεικνύει έμμεσα και σιωπηρά μία προτίμηση στον διάχυτο τρόπο άσκησης του ελέγχου της συμβατότητας του εθνικού νόμου με την Ε.Σ.Δ.Α. Και τούτο, διότι προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης της ευρωπαϊκής προσφυγής ενώπιον του Ε.Δ.Δ.Α. είναι η προηγούμενη εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων, ήτοι η διέλευση της διαφοράς κατά την οποία το ζήτημα της συμβατότητας ανέκυψε από όλα τα προβλεπόμενα στάδια των δικαιοδοτικών της κρίσεων, προϋποθέτοντας το ευρωπαϊκό δικαστήριο ως φυσικό δικαστή της συμβατότητας, τον δικαστή της ουσίας²⁷. Επιπλέον, το Ε.Δ.Δ.Α. έχει κρίνει ότι ο συγκεκριμένος έλεγχος συνταγματικότητας του συγκεντρωτικού συστήματος ελέγχου δεν αποτελεί δικαστική διαδικασία η οποία πρέπει να προηγηθεί, σύμφωνα με τη διαδικαστική προϋπόθεση που θέτει το άρθρο 35 παρ.1 της Σύμβασης, ήτοι της άσκησης και εξάντλησης των προβλεπόμενων εθνικών ενδίκων μέσων²⁸, προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς η προσφυγή ενός προσώπου ενώπιον του²⁹, φαίνοντας να προϋποθέτει έμμεσα ότι ο

την κριθείσα από τα δικαστήρια, ως αντισυνταγματική, διάταξη του νόμου. Βλ. ΧΑΝΘΟΠΟΥΛΟ, «Το ΕΔΔΑ σε ρόλο Συνταγματικού Δικαστηρίου; Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΕΔΔΑ Βαλιανάντος και λοιποί κατά Ελλάδα», ΕφημΔΔ, 5/2013, σ.595-601(599-600).

²⁶Ομοίως, το Δ.Ε.Ε. έκρινε ότι το άρθρο 6 παράγραφος 3 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (Σ.Ε.Ε.) δεν ρυθμίζει τη σχέση μεταξύ της Ε.Σ.Δ.Α. και των εννόμων τάξεων των κρατών μελών ούτε καθορίζει τις συνέπειες που πρέπει να συνάγουν τα εθνικά δικαστήρια σε περίπτωση αντίθεσης ενός κανόνα του εθνικού δικαίου προς τα δικαιώματα που κατοχυρώνει η εν λόγω σύμβαση. Επομένως, η παραπομπή του άρθρου 6 παράγραφος 3 της Σ.Ε.Ε. στην Ε.Σ.Δ.Α. δεν επιβάλλει στον εθνικό δικαστή την υποχρέωση, σε περίπτωση αντίθεσης ενός κανόνα του εθνικού δικαίου προς την Ε.Σ.Δ.Α., να εφαρμόζει άμεσα τις διατάξεις της εν λόγω σύμβασης και να μην εφαρμόζει τον κανόνα του εθνικού δικαίου που δεν συμβιβάζεται με τη σύμβαση αυτή, χωρίς να δικαιούται να παραπέμπει το ζήτημα αυτό προς κρίση σε άλλο δικαστήριο της έννομης τάξης, όπως το Σ.Δ. Βλ., Δ.Ε.Ε., C-571/2010, 24^η Απριλίου 2012, Kamberaj, σκ. 62-63.

²⁷Μ' αυτή την έννοια, Ρ.ΓΑΪΑ, «Le contrôle de conventionnalité», RFDC, 5/2008, σ.201-207(203-204).

²⁸Για την προϋπόθεση αυτή, βλ. Μ.VERDUSSEN, «La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel», in Liber amicorum Marc-André Eissen, Bruylant- LGDJ, Bruxelles -Paris 1995, σ.435-451.

²⁹Για την άποψη αυτή στη γαλλική θεωρία, βλ. F.SUDRE, «Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme», RDP, 2009, σ.671-684(672-673), E.DUBOUT, «L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question», RDP, 2013, σ.107-134(116-117). Εξάλλου, το Ε.Δ.Δ.Α. νομολόγησε ότι μόνον οι προσφυγές αντισυνταγματικότητας, οι οποίες ασκούνται ευθέως κατά του νόμου ενώπιον του Σ.Δ., αποτελούν ένδικα βοηθήματα ή μέσα που πρέπει προηγουμένως να έχουν ασκηθεί, προκειμένου να θεμελιωθεί η παραδεκτή άσκηση της ευρωπαϊκής προσφυγής, βλ.για την recours d' amparo της Ισπανίας, Ε.Δ.Δ.Α., Del Pino Garcia et Ortin Mendez κατά Ισπανίας, 14^η Ιουνίου 2011, (αριθμ.προσφ.23651/07), §26, για την προσφυγή αντισυνταγματικότητας της Γερμανίας, Schädlich κατά Γερμανίας, 3^η Φεβρουαρίου 2009, (αριθμ.προσφ.21423/07). Αντίθετα, ήδη το δικαστήριο αποφάνθηκε ότι «στο ιταλικό νομικό σύστημα, το άτομο δεν έχει τη δικονομική δυνατότητα να προσφύγει ευθέως και άμεσα ενώπιον του Σ.Δ. και να αιτηθεί την εξέταση της συνταγματικότητας του νόμου. Έχει μόνον τη δικονομική δυνατότητα, κατά τη

έλεγχος συμβατότητας των εθνικών νόμων με τη Σύμβαση είναι και παραμένει διάχυτος, παρεμπίπτων και συγκεκριμένος.

Εξάλλου, η ανάθεση του ελέγχου της συμβατότητας των εθνικών νόμων με την Ε.Σ.Δ.Α στο Σ.Δ. της εκάστοτε έννομης τάξης θα επέφερε την κανονιστική απομόνωση του ζητήματος της συμβατότητας, ενώ η κατά κανόνα *erga omnes* ισχύς των αποφάσεων του δικαστηρίου αυτού και η αδυναμία επανάκρισης των ζητημάτων επί των οποίων αποφάνθηκε, ενόψει και του απόλυτου δεδικασμένου που παράγουν οι αποφάσεις του, δεν συνάδουν με τον μεταβαλλόμενο και δυναμικό χαρακτήρα των διατάξεων της Σύμβασης³⁰. Εξάλλου, η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου, καθώς και του διεθνούς δικαίου της Ε.Σ.Δ.Α. στην εθνική έννομη τάξη, διασφαλίζεται μέσα από ένα μηχανισμό δικαστικής υποκατάστασης του υπερεθνικού δικαστή από τον κοινό εθνικό δικαστή και της εκκίνησης, όπου απαιτείται, μίας αποκεντρωμένης διαδικασίας ελέγχου, με σκοπό την παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας των δικαιωμάτων που αντλούν τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα από το ενωσιακό δίκαιο ή το δίκαιο της Ε.Σ.Δ.Α.³¹ σε κάθε συγκεκριμένη και πραγματολογικά δομημένη δικαιοδοτική κρίση του δικαστή της ουσίας.

- Ο κατασταλτικός χαρακτήρας του ελέγχου

Περαιτέρω, ο έλεγχος συμβατότητας είναι κατασταλτικός, ασκείται δηλαδή μετά την ψήφιση και δημοσίευση του νόμου, μετά την έναρξη της τυπικής και ουσιαστικής του ισχύος και κατά την εφαρμογή του σε μία εκκρεμή διαφορά. Εξάλλου, ο έλεγχος αυτός

διάρκεια της κοινής δίκης, να προτείνει τον ισχυρισμό της αντισυνταγματικότητας της εφαρμοστέας διατάξεως ή το δικαστήριο να λάβει υπόψη τον σχετικό λόγο αυτεπαγγέλτως και να παραπεμφθεί το ζήτημα στο Σ.Δ. μετά από κρίση και απόφαση του δικάζοντος δικαστηρίου. Μ' αυτά τα χαρακτηριστικά, παρόμοιο ένδικο αίτημα δεν συνιστά προηγούμενο ένδικο βοήθημα που πρέπει να ασκηθεί, πριν από την άσκηση της ευρωπαϊκής προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 35 της Σύμβασης», βλ. Ε.Δ.Δ.Α., Brozicek κατά Ιταλίας, 19^η Δεκεμβρίου 1989, (αριθμ.προσφ.10964/84), §34, Scoppola κατά Ιταλίας, (2), 17^η Σεπτεμβρίου 2009, (αριθμ.προσφ.10249/03), §75, Pleari κατά Ιταλίας, 26^η Ιουλίου 2011, (αριθμ.προσφ.55772/08), §19. Επομένως, για να χαρακτηριστεί μία δικαστική προσφυγή που εκδικάζεται από το Σ.Δ. ως ένδικο βοήθημα που πρέπει να ασκηθεί πριν από την άσκηση της ευρωπαϊκής προσφυγής, πρέπει να ασκείται άμεσα και ευθέως ενώπιον του Σ.Δ., από κάθε πρόσωπο που υφίσταται προσβολή των θεμελιωδών δικαιωμάτων του και όχι έμμεσα, μέσω της παρεμβολής της κρίσης ενός δικαιοδοτικού οργάνου, βλ. D.ZYMCZAK, «Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : l'europanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français», Jus Politicum, 7/2012, σ.1-23(4), σε http://juspoliticum.com/uploads/pdf/IP7_Szymack_PDF.pdf.

³⁰Για τον δυναμικό χαρακτήρα της ερμηνείας των διατάξεων της Σύμβασης, βλ. F.SUDRE, «À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme», JCP G, 2001, I, σ.335 επ..

³¹D.SIMON, «La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?», Revue des affaires européennes (RAE), 1998, σ. 84-94(84-85), J.ANTRANTSIMBAZOVINA, «La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme», RAE, 1998, σ.28-47(29).

μπορεί να αφορά και να ασκείται τόσο στις μεταγενέστερες όσο και στις προγενέστερες διατάξεις εθνικών νόμων, σε σχέση με τον χρόνο έναρξης της ισχύος της διεθνούς σύμβασης³² ή του κανόνα του ενωσιακού δικαίου³³, καθώς πρόκειται για σύγκρουση κανόνων δικαίου που επιλύεται αποκλειστικά σύμφωνα με το ιεραρχικό και όχι το χρονολογικό κριτήριο επίλυσης των αντινομιών³⁴.

- Ο παρεμπίπτων χαρακτήρας του ελέγχου

Περαιτέρω, ο έλεγχος συμβατότητας είναι παρεμπίπτων, προκύπτει δηλαδή στο πλαίσιο εκδίκασης μίας κοινής διαφοράς ενώπιον ενός δικαστηρίου και κατά την εφαρμογή μίας ουσιαστικής ή δικονομικής διάταξης νόμου, για την οποία ο διάδικος με το εισαγωγικό δικόγραφο του ή το υπόμνημά του προβάλλει ότι αντίκειται στην Ε.Σ.Δ.Α ή το ενωσιακό δίκαιο ή ο δικαστής λαμβάνει υπόψη του τον σχετικό λόγο αυτεπαγγέλτως.

Επομένως, ο έλεγχος της συμβατότητας ανακύπτει στο πλαίσιο μίας εκκρεμούς δίκης, ως προδικαστικό ζήτημα ενώπιον του δικαστηρίου, το οποίο τίθεται και επιλύεται από αυτό, εφόσον τελεί σε άρρηκτη ουσιαστική σχέση με το κύριο αντικείμενο της διαφοράς ή η επίλυσή του εξαρτά την έκβαση της δικαζόμενης υπόθεσης. Ο έλεγχος συμβατότητας ασκείται όσο είναι απαραίτητο για τις ανάγκες και τη δικονομική ή ουσιαστική επίλυση της κύριας διαφοράς, εξαρτώμενος από τα όρια του αντικειμένου της δίκης, την πραγματική και νομική αιτία της διαφοράς και τα αιτήματα των διαδίκων.

Για αυτόν τον λόγο, το ΣτΕ στην 1386/2010 απόφασή του, αφού επανέλαβε τη γνωστή δικονομική αρχή, σύμφωνα με την οποία το δικαστήριο επί προσφυγής μπορεί να ελέγξει τη νομική πλημμέλεια της προσβαλλομένης πράξεως αυτεπαγγέλτως, εφόσον αυτή αναφέρεται σε κεφάλαιό της που έχει προσβληθεί με το δικόγραφο της προσφυγής,

³²Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, «Νόμος αντίθετος προς διεθνή σύμβαση είναι αντισυνταγματικός;», ΤοΣ, 1982, σ.551-552(550).

³³ Δ.Ε.Ε., C-409/06, 8^η Σεπτεμβρίου 2010, WinnerWettenGmbH, σκ.55.

³⁴Αντίθετα, στον έλεγχο με κανόνα αναφοράς το Σύνταγμα, υπάρχουν δύο διακριτοί έλεγχοι. Ο έλεγχος των μετασυνταγματικών νόμων, που θεμελιωμένος στο πλαίσιο της ισχύος, επιλύει τη σύγκρουση αποκλειστικά με βάση το ιεραρχικό κριτήριο επίλυσης των αντινομιών, και ο έλεγχος των προσυνταγματικών νόμων, όπου ο δικαστής επιλύει τη σύγκρουση και με βάση το χρονολογικό κριτήριο, διαπιστώνοντας την κατάργηση του προσυνταγματικού νόμου που αντίκειται στο περιεχόμενο του νέου συντάγματος. Για τον έλεγχο αυτόν, βλ. Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ, «Μία παραγνωρισμένη διάταξη του Συντάγματος: Το άρθρο 111 παρ.1 και 2: από τον έλεγχο των προσυνταγματικών νόμων στην αρχή της διατήρησης της ισχύος των νομικών κανόνων», δημοσιευμένη μελέτη στο ηλεκτρονικό περιοδικό της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, Δημόσιο Δίκαιο, 1/2016, σ.28-49 σε <http://www.publiclawjournal.com>, τελευταία πρόσβαση στις 28.04.2017.

οφείλοντας να περιορίσει την αυτεπάγγελτη κρίση του εντός των ορίων των αιτημάτων του ένδικου βοηθήματος, κατέληξε ότι, ναι, μεν, το δικαστήριο μπορεί να ελέγξει και αυτεπαγγέλτως τη συμβατότητα του τυπικού νόμου στον οποίο ερείδεται η προσβαλλόμενη πράξη με το ενωσιακό δίκαιο, αλλά θα πρέπει να περιορίσει τον έλεγχο αυτόν επί του κεφαλαίου της πράξης που αμφισβητήθηκε από τον προσφεύγοντα³⁵. Στην απόφαση αυτή διατυπώθηκε και μειοψηφία, σύμφωνα με την οποία ο δικαστικός έλεγχος της συμβατότητας ασκείται οποτεδήποτε και χωρίς δικονομικούς περιορισμούς. Η υπόθεση παραπέμφθηκε στην επταμελή σύνθεση του τμήματος που αποφάνθηκε, ομοίως, με την 2097/2011 απόφασή της, ότι ο έλεγχος συμβατότητας, όπως και ο έλεγχος συνταγματικότητας, εξαρτάται και περιορίζεται από το αίτημα του ένδικου βοηθήματος. Συνακόλουθα, το δικαστήριο δεν δικαιούται να ελέγξει αυτεπαγγέλτως τη συμβατότητα της διατάξεως, αν μέσω της κρίσης αυτής θα οδηγείτο στην ολική ακύρωση της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, παρά το ότι ο προσφεύγων είχε μερικότερο αίτημα, καθώς τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη διεύρυνση του αντικειμένου της δίκης.

Για να τεθεί εξάλλου το ζήτημα της συμβατότητας, η δίκη πρέπει να έχει εκκινήσει, να έχει ασκηθεί παραδεκτά το ένδικο βοήθημα ή μέσο και το δικαστήριο να έχει περάσει στην εφαρμογή του νόμου που διέπει τη δικονομική ή ουσιαστική πλευρά της ένδικης διαφοράς. Εξάλλου, ο έλεγχος συμβατότητας μπορεί να αφορά και στη διάταξη που αποτελεί το κλειδί για το άνοιγμα της δίκης, ήτοι τη διάταξη που καθορίζει το παραδεκτό του ένδικου βοηθήματος. Για παράδειγμα, σε δίκη που είχε ανοιγεί ενώπιον του ΣτΕ ανέκυψε το ζήτημα, αν, ενόψει του προδήλως απαραδέκτου της αιτήσεως ακυρώσεως που στρέφεται κατά διατάξεως απλώς τυπικού νόμου, προσβάλλεται η αποτελεσματική έννομη προστασία των ενωσιακών δικαιωμάτων, όταν ο νόμος αυτός συνέχεια με το ενωσιακό δίκαιο. Το τμήμα του ΣτΕ που είχε επιληφθεί αρχικώς με την 391/2008 απόφασή του παρέπεμψε το νομικό αυτό ζήτημα στην Ολομέλεια του δικαστηρίου, η

³⁵Συγκεκριμένα, με το δικόγραφο της προσφυγής, η οποία έβαλλε κατά πράξεως επιβολής εισφορών ιατροσήμου και προσαυξήσεων λόγω υποβολής ανακριβών καταστάσεων, αμφισβητήθηκε από την προσφεύγουσα εταιρία μόνον ο τρόπος υπολογισμού των εισφορών αυτών και όχι το σύνολο της νομιμότητας της προσβαλλόμενης πράξης, με σκοπό την ολική ακύρωσή της. Επομένως, εφόσον ο λόγος της αντίθεσης με το κοινοτικό δίκαιο του τυπικού νόμου, βάσει του οποίου εκδόθηκε η προσβαλλόμενη πράξη, αν γινόταν δεκτός θα οδηγούσε στην ολική ακύρωσή της, κρίθηκε ότι δεν προβάλλεται παραδεκτώς, καθώς αφορά κεφάλαιο της πράξης που δεν είχε προσβληθεί με την προσφυγή.

οποία, με την υπ' αριθμόν 4076/2010 απόφασή της³⁶, εφόσον στην εκδικαζόμενη υπόθεση ετίθετο το ζήτημα, αν από το ισχύον δικονομικό σύστημα που απαγορεύει την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά διατάξεως τυπικού νόμου η οποία περιέχει ατομική ρύθμιση που συνέχεται με το ενωσιακό δίκαιο, δημιουργείται έλλειμμα παροχής έννομης προστασίας, ήτοι εάν η παρεχόμενη έννομη προστασία από τον πολιτικό δικαστή στο πλαίσιο του άρθρου 57 του Αστικού Κώδικα (Α.Κ.) αποτελεί αποτελεσματική και ισοδύναμη δικαστική προστασία του διαδίκου, σε σύγκριση με αυτή του ακυρωτικού δικαστή, αποφάσισε να αναστείλει την εκδίκαση της υποθέσεως, έως ότου αποφανθεί το Δ.Ε.Ε. επί ανάλογου προδικαστικού ερωτήματος που είχε υποβάλλει το βελγικό Συμβούλιο της Επικρατείας. Τελικώς, το Δ.Ε.Ε., την 18^η Οκτωβρίου 2011, εξέδωσε τις αποφάσεις C-128/09-131/09, 134/09 και 135/09, επί συνεκδικαζομένων υποθέσεων, με τις οποίες έκρινε ότι τα κράτη μέλη οφείλουν να προβλέπουν στην έννομη τάξη τους, ένδικα βοηθήματα ή προσφυγές ενώπιον δικαστηρίου ή άλλου ανεξάρτητου και αμερόληπτου οργάνου, με τα οποία να ελέγχεται η τυπική και ουσιαστική συμβατότητα με το ενωσιακό δίκαιο, των εθνικών νομικών πράξεων και παραλείψεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής κοινοτικών οδηγιών. Αν, δε, λόγω του νομοθετικού χαρακτήρα των πράξεων αυτών δεν επιτρέπεται στην έννομη τάξη κάποιου κράτους-μέλους ο έλεγχος, στην έκταση που προαναφέρθηκε, τότε εναπόκειται σε κάθε εθνικό δικαστήριο, στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς του, να ασκεί τον ως άνω πλήρη έλεγχο και να επιφέρει τις αντίστοιχες έννομες συνέπειες, ακόμη και με την ενδεχόμενη μη εφαρμογή της νομοθετικής διάταξης. Κατόπιν τούτων, εκδόθηκε η 376/2014 απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ, η οποία, κατά πλειοψηφία, δεν δέχθηκε την άποψη του τμήματος, δηλαδή ότι παραδεκτώς προσβάλλονται ενώπιον του διατάξεις απλώς τυπικών νόμων, αλλά έκρινε ότι παραδεκτώς προσβαλλόμενη πράξη, στην εκδικασθείσα περίπτωση, είναι η σιωπηρή αποδοχή, από τη διοίκηση, της ουσιαστικής ρύθμισης του απλώς τυπικού νόμου.

Επομένως, το ΣτΕ αποσκοπώντας να συνταιριάσει από τη μία πλευρά τις δικονομικές δεσμεύσεις του παρεμπόπτοντος χαρακτήρα του ελέγχου της συμβατότητας, που επιτάσσουν να ασκεί τον έλεγχο αυτόν, μόνον όταν το ένδικο βοήθημα έχει ασκηθεί

³⁶Για την απόφαση αυτή, βλ. Ν.ΚΑΝΕΛΛΟΠΟΥΛΟΥ-ΜΑΛΟΥΧΟΥ, «Αίτηση ακύρωσης ατομικής ρύθμισης με νόμο. Η «ευρωπαϊκή» του ζητήματος της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Παρουσίαση της ΟΛΣΕ 4076/2010», ΔτΑ 54/2012, σ.459-502.

παραδεκτώς, ήτοι, στην προκειμένη περίπτωση, όταν στρέφεται κατά εκτελεστής διοικητικής πράξης και όχι κατά διάταξης απλώς τυπικού νόμου, και από την άλλη τις απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου περί διασφάλισης αποτελεσματικής έννομης προστασίας των ενωσιακών δικαιωμάτων, διεύρυνε την έννοια της εκτελεστής διοικητικής πράξης με την προσθήκη όρων που συνάδουν σε μία νέα θεώρησή της ως λειτουργικής διοικητικής πράξης³⁷ και κατέληξε ότι μπορεί παραδεκτώς να προσβληθεί ενώπιον του έγγραφο της διοίκησης με το οποίο αυτή εφαρμόζει τις ρυθμίσεις του απλώς τυπικού νόμου.

Εξάλλου, εφόσον το ζήτημα της συμβατότητας αποτελεί κομμάτι της κύριας ένδικης διαφοράς, προδικαστικό ζήτημα της κύριας δίκης, το οποίο εκκινεί είτε ως ένσταση των διαδίκων είτε προβάλλεται αυτεπαγγέλτως από τον δικαστή, το δικαστήριο κατά την εκδίκαση του ζητήματος αυτού θα εφαρμόσει, ελλείψει άλλων ειδικών κανόνων, τους κοινούς δικονομικούς κανόνες που διέπουν την εκδίκαση της ένδικης υπόθεσης³⁸. Έτσι, το δικαστήριο οφείλει να τηρήσει την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως των διαδίκων κατά την εκδίκαση του ζητήματος της συμβατότητας. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού, εάν προηγουμένως δεν ακροαστεί τους διαδίκους, οι οποίοι πρέπει να λάβουν γνώση των ισχυρισμών ή των ενστάσεων αντισυμβατότητας και να δύνανται να τους αντικρούσουν. Έτσι, αν το δικαστήριο ελέγξει τη συμβατότητα του νόμου αυτεπαγγέλτως, θα πρέπει να αναβάλλει τη συζήτηση της υπόθεσης, προκειμένου οι διάδικοι να λάβουν γνώση της υποκίνησης του σχετικού ζητήματος και να εκφέρουν τις απόψεις τους στο δικαστήριο³⁹.

Περαιτέρω, ο δικαστής πρέπει να εξετάζει, αν ο διάδικος επικαλείται παραδεκτώς τον σχετικό ισχυρισμό αντισυμβατότητας, ήτοι αν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την

³⁷Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, «Ο διάχυτος και παρεμπίπτων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα υπό το πρίσμα του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου», ΕφημΔΔ, 6/2009, σ.825-847(842).

³⁸Αυτό συμβαίνει στην περίπτωση του ελέγχου συμβατότητας του ενωσιακού δικαίου, διότι το ενωσιακό δίκαιο δεν έχει προβλέψει ούτε ειδικά δικαστήρια ούτε ιδιαίτερη δικονομία και ένδικα βοηθήματα για τις εν γένει παραβιάσεις του ενωσιακού δικαίου, βλ. Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟ, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, ό.π., σ.25-26.

³⁹Ο Μανιτάκης υποστηρίζει ότι έλεγχος συμβατότητας υπόκειται σε όλους τους δικονομικούς περιορισμούς της δίκης στην οποία διεξάγεται, ενόψει του παρεμπίπτοντος χαρακτήρα του, βλ. Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗ, «Ο αυτεπάγγελτος δικαστικός έλεγχος της συμβατικότητας των νόμων και οι όροι του παραδεκτού ενόψει του παρεμπίπτοντος χαρακτήρα του» σε https://www.constitutionalism.gr/1838-o-aytepaggeltos-dikastikos-eleghos-tis-symbatikoti/#_ftnref4, τελευταία πρόσβαση στις 11.01.2018.

προβολή του⁴⁰. Αν ο διάδικος δεν προβάλλει τον σχετικό ισχυρισμό με έννομο συμφέρον, τότε κατά κανόνα δεν θα καθίσταται λυσιτελής η άσκηση του ελέγχου αυτού από το δικαστήριο και δεν θα υπάρχει κανένας λόγος να ασκηθεί.

Ο έλεγχος επίσης ασκείται μόνον ως προς την κρίσιμη διάταξη του νόμου που καλείται προς εφαρμογή. Ο δικαστής δεν μπορεί να επεκτείνει τον έλεγχό του σε άλλες διατάξεις νόμων ή στο σύνολο των διατάξεων του ελεγχόμενου νόμου. Και τούτο, γιατί ο έλεγχος αυτός ασκείται με αφορμή και για τις ανάγκες της ένδικης διαφοράς και όχι με σκοπό την προτεραιότητα της εφαρμογής του διεθνούς ή ενωσιακού κανόνα στην έννομη τάξη.

Εξάλλου, ο έλεγχος συμβατότητας πέρα από παραδεκτός πρέπει να είναι και λυσιτελής. Έτσι, ο ισχυρισμός της αντισυμβατότητας, όπως και ο ισχυρισμός της αντισυνταγματικότητας, πρέπει να δεχτούμε ότι απορρίπτεται ως αλυσιτελής, εφόσον δεν ασκεί επιρροή στην έκβαση της διαφοράς ή δεν επιφέρει έννομες συνέπειες για τον διάδικο και τη δίκη.

- Ο συγκεκριμένος χαρακτήρας του ελέγχου

Επιπλέον, ο έλεγχος συμβατότητας είναι συγκεκριμένος. Το δικαστήριο ελέγχει τη συμβατότητα όχι της διάταξης, ήτοι το σύνολο του κανονιστικού της περιεχόμενου, αλλά τη συμβατότητα του κανόνα που θα διαπλάσσει ερμηνευτικά με τη βοήθεια των επίδικων πραγματικών περιστατικών. Ο έλεγχος δεν διεξάγεται αφηρημένα, αλλά συγκεκριμένα, ενόψει των αναγκών και των ζητημάτων που θέτει η κύρια δίκη. Ο έλεγχος ασκείται ενόψει των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και των συγκεκριμένων ιδιοτήτων των διαδίκων, καλούμενος ο δικαστής να ελέγξει τη συμφωνία ή τη μη αντίθεση του

⁴⁰Το Ε.Δ.Δ.Α. έχει κρίνει ότι, προκειμένου να εξετάσει, εάν υφίσταται παραβίαση των θεμελιωδών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στη Σύμβαση, θα πρέπει ο προσφεύγων να επικαλείται ότι ένας νόμος παραβιάζει άμεσα ένα θεμελιώδες δικαίωμα του και ότι υφίσταται προσωπικά τις έννομες συνέπειες του νόμου, Ε.Δ.Δ.Α., *Marckx κατά Βελγίου*, 13^η Ιουνίου 1979, (αριθμ.προσφ.6833/74), § 27. Βλ. και Ε.Δ.Δ.Α., *Tanase κατά Μολδαβίας*, 27^η Απριλίου 2010, (αριθμ.προσφ.7/08), § 104 όπου κρίθηκε ότι, για να είναι παραδεκτή μία προσφυγή ενώπιον του δικαστηρίου, θα πρέπει ο προσφεύγων να αξιώνει ότι είναι θύμα μίας παραβίασης ενός δικαιώματός του που κατοχυρώνεται στη Σύμβαση, κι ως εκ τούτου, ότι υφίσταται άμεσα τις συνέπειες του επίδικου μέτρου. Κατά της κρίσεις του δικαστηρίου, η Σύμβαση δεν προβλέπει την προσφυγή με τη μορφή μίας *actio popularis*, με σκοπό την αφηρημένη ερμηνεία των θεμελιωδών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται σ' αυτή.

κανόνα που προκύπτει από την ερμηνεία της διάταξης σε σχέση με τον κανόνα του διεθνούς δικαίου⁴¹.

Εξάλλου, ο έλεγχος συμβατότητας με κανόνα αναφοράς την Ε.Σ.Δ.Α. είναι συγκεκριμένος, διότι και το Ε.Δ.Δ.Α. που θα επιληφθεί σε τελευταίο βαθμό μετά από τα εθνικά δικαστήρια και την εξάντληση της δικαιοδοσίας τους, θα ασκήσει αυστηρά ένα συγκεκριμένο έλεγχο της συμβατότητας εν προκειμένω. Το Ε.Δ.Δ.Α. δεν δικαιούται ούτε υποχρεούται να προβεί σ' έναν αφηρημένο έλεγχο συμβατότητας, αλλά περιορίζεται κατά τον έλεγχό του να κρίνει, εάν η ελεγχόμενη διάταξη με τον τρόπο που εφαρμόστηκε, ενόψει των πραγματικών συνθηκών της επίδικης διαφοράς, οδήγησε σε παραβίαση των θεμελιωδών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στη Σύμβαση.

- Ο ουσιαστικός χαρακτήρας του ελέγχου

Ο έλεγχος συμβατότητας, περαιτέρω, είναι αμιγώς ουσιαστικός και όχι τυπικός. Το δικαστήριο ελέγχει, αν το ουσιαστικό-κανονιστικό περιεχόμενο του νόμου αντίκειται στο ουσιαστικό περιεχόμενο των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου ή της Ε.Σ.Δ.Α. Και τούτο είναι εύλογο, αφού οι διατάξεις των εθνικών νόμων δεν συνδέονται με την Ε.Σ.Δ.Α. ή το ενωσιακό δίκαιο με μία σχέση παραγωγής-ισχύος, όπου οι δεύτεροι κανόνες καθορίζουν τη διαδικασία θέσπισης των νόμων και την αρμοδιότητα του εκδόντος οργάνου, αλλά με μια σχέση συμφωνίας ή μη αντίθεσης των κανονιστικών τους περιεχομένων, με σκοπό την πλήρη εφαρμογή και προστασία των δικαιωμάτων που αντλούν από την Ε.Σ.Δ.Α. ή το ενωσιακό δίκαιο τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα.

- Έλεγχος δηλωτικός της ισχύος ή της προτεραιότητας εφαρμογής;

Ο έλεγχος συμβατότητας, εξάλλου, είναι έλεγχος της προτεραιότητας εφαρμογής του διεθνούς ή ενωσιακού κανόνα δικαίου και όχι έλεγχος της ισχύος του νόμου. Το δικαστήριο σε περίπτωση αντισυμβατότητας καταλήγει στη μη εφαρμογή του εθνικού νόμου στη δικαζόμενη περίπτωση και όχι στην άρση της ισχύος του⁴².

⁴¹A.MANITAKΗΣ, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατικότητας, ό.π., σ.2544.

⁴²Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ό.π., σ.32.

Ο έλεγχος της συμβατότητας διαφέρει από τον έλεγχο της συνταγματικότητας στο ότι δεν είναι έλεγχος ισχύος, αλλά εφαρμογής. Το Δ.Ε.Ε. αποφάνθηκε ότι σε περίπτωση σύγκρουσης εθνικού κανόνα δικαίου με το ενωσιακό δίκαιο, η σύγκρουση αυτή αίρεται με την εφαρμογή του ενωσιακού κανόνα, μη εφαρμοζόμενης της διάταξης του εθνικού δικαίου, και όχι με την άρση της ισχύος της τελευταίας, με τη διαπίστωση της ακυρότητάς της, χωρίς πάντως να θίγεται η σχετική αρμοδιότητα των δικαιοδοτικών οργάνων της εθνικής έννομης τάξης να προβλέψουν διαφορετικές έννομες συνέπειες για την άρση της αντιθέσεως αυτής⁴³⁴⁴.

Εξάλλου, στο πλαίσιο του διαπιστωτικού αυτού ελέγχου, η κρίση της αντισυμβατότητας, ως προδικαστικό ζήτημα της κύριας διαφοράς, μπορεί να παράξει δεδικασμένο, υπό τους ορισμούς των άρθρων 331 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (ΚΠολΔ) και 197 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Κ.Δ.Δ.), που εκτείνεται μόνο στους συγκεκριμένους διαδίκους και για τη συγκεκριμένη ιστορική και νομική αιτία της διαφοράς⁴⁵.

- Έλεγχος υποχρεωτικός και αυτεπάγγελτος

Τέλος, ο έλεγχος αυτός είναι υποχρεωτικός και αυτεπάγγελτος. Το δικαστήριο δηλαδή υποχρεούται να απαντήσει στον ισχυρισμό της αντισυμβατότητας που θέτει ο διάδικος ή μέλος της συνθέσεως του δικαστηρίου, ενώ ταυτόχρονα οφείλει και αυτεπαγγέλτως να ελέγξει, αν η εφαρμοστέα διάταξη αντίκειται στο διεθνές⁴⁶ ή ενωσιακό δίκαιο⁴⁷⁴⁸. Ο έλεγχος είναι αυτεπάγγελτος, ενόψει του δεσμευτικού χαρακτήρα των διεθνών συμβάσεων στην ελληνική έννομη τάξη, μέσα από μία συνδυαστική ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 28 παρ.1, 87 παρ.2 και 25 παρ.1 και 2 του Συντάγματος, ιδίως, σε

⁴³Δ.Ε.Ε., C-314/08, 19^η Νοεμβρίου 2009, Filipiak, σκ.82.

⁴⁴Δ.Ε.Ε., C-10/97 έως 22/97, 22^η Οκτωβρίου 1998, Ministero delle Finanze, σκ.21, στην οποία κρίθηκε ότι η αντίθεση μίας εθνικής διάταξης με το κοινοτικό δίκαιο δεν καθιστά αυτή ανυπόστατη.

⁴⁵O.DUTHEILLET de LAMOTHE, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité», σ. 1-17(10) in http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf, τελευταία πρόσβαση στις 11.01.2018.

⁴⁶Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ, Η ενσωμάτωση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη, ό.π., σ.225.

⁴⁷Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ό.π, σ.31.

⁴⁸Βλ. Δ.Ε.Ε., C-312/93, 14^η Δεκεμβρίου 1995, Peterbroeck, σκ.21.

περίπτωση που το αντικείμενο της διεθνούς σύμβασης άπτεται των θεμελιωδών δικαιωμάτων⁴⁹.

Στην ελληνική νομολογία έχει γίνει δεκτός ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της συμβατότητας των νόμων με το ενωσιακό δίκαιο⁵⁰, όπως για παράδειγμα στη ΣτΕ 1035/2000, όπου σημειώνεται ότι ο δικαστής ελέγχει πάντα αυτεπαγγέλτως το κύρος του κανόνα δικαίου, ήτοι τη μη αντίθεσή του με το ενωσιακό δίκαιο. Ομοίως, στην απόφαση 4244/2011 του ΣτΕ (σκ.6) κρίθηκε ότι το δικαστήριο ελέγχει και αυτεπαγγέλτως, εάν η διάταξη του τυπικού νόμου στην οποία ερείδεται η προσβαλλόμενη διοικητική πράξη, αντίκειται σε υπέρτερους κανόνες δικαίου, όπως οι διατάξεις του ενωσιακού δικαίου.

Ωστόσο, ενώ το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου της συμβατότητας των νόμων με το ενωσιακό δίκαιο είναι λυμένο στην ελληνική έννομη τάξη, αντίθετα, το ζήτημα της συμβατότητας με το διεθνές δίκαιο φαίνεται να αντιμετωπίζεται διαφορετικά. Στην ΣτΕ 260/2004 (σκ.11) το δικαστήριο απέρριψε ισχυρισμό αντισυμβατότητας ως απαραδέκτως προβληθέντα, διότι υποβλήθηκε με το υπόμνημα, παρά το ότι, εάν επρόκειτο για αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο λόγο, το δικαστήριο δικαιούτο να τον εξετάσει, ακόμη κι αν υποβλήθηκε με μη έγκυρο δικονομικά τρόπο⁵¹. Στην ΣτΕ 682/2017 το δικαστήριο έκρινε ρητώς ότι δεν εξετάζονται αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο ζητήματα παραβίασης της Ε.Σ.Δ.Α.⁵². Αντίθετα, στην 32/2018 απόφαση του Α' τμήματος του ΣτΕ κρίθηκε ότι το ζήτημα της συμβατότητας της εφαρμοστέας διατάξεως με την Ε.Σ.Δ.Α. ή το ενωσιακό δίκαιο εξετάζεται αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο⁵³.

Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η αυτεπάγγελτη εξουσία του δικαστή ασκείται υπό τους δικονομικούς περιορισμούς που θέτει ο παρεμπόπων χαρακτήρας του ελέγχου της συμβατότητας. Έτσι, όπως έκρινε το Δ.Ε.Ε. «το κοινοτικό δίκαιο δεν επιβάλλει στα εθνικά δικαστήρια την υποχρέωση να εξετάζουν αυτεπαγγέλτως ισχυρισμό αντλούμενο από την παράβαση κοινοτικών διατάξεων, εφόσον η εξέταση του ισχυρισμού αυτού θα τα

⁴⁹A.MANITAKΗΣ, Ο αυτεπάγγελτος δικαστικός έλεγχος της συμβατικότητας των νόμων και οι όροι του παραδεκτού ενόψει του παρεμπόπτοντος χαρακτήρα του, ό.π.

⁵⁰ ΣτΕ 249/1997 (σκ.6) όπου ελέγχθηκε αυτεπαγγέλτως η συμφωνία της εφαρμοστέας διατάξεως με το ενωσιακό δίκαιο, δοθέντος ότι τούτο επιτάσσεται από το κοινοτικό δίκαιο.

⁵¹ Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα 2014, σ.1119.

⁵² Έτσι και Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Νόμος αντίθετος προς διεθνή σύμβαση είναι αντισυνταγματικός;, ό.π., σ.562.

⁵³ Πρβλ. ΣτΕ 417/2016, 316/2015, 2601/2015.

υποχρέωνε να εγκαταλείψουν την επιβαλλόμενη ουδετερότητα τους, εξερχόμενα των ορίων της ένδικης διαφοράς, όπως προσδιορίστηκε από τους διαδίκους, και στηριζόμενα σε άλλα γεγονότα και περιστάσεις πέραν εκείνων επί των οποίων στηρίζει το αίτημα του ο διάδικος ο οποίος έχει συμφέρον για την εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων»⁵⁴.

III. Η σχέση του ελέγχου συμβατότητας με τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων:

Υφίσταται ιεραρχική διαβάθμιση της σειράς εξέτασης των δύο λόγων, συνταγματικότητας και συμβατότητας, εκ μέρους του δικαστή;

Ο έλεγχος συμβατότητας των νόμων με κανόνα αναφοράς την Ε.Σ.Δ.Α. συμπλέκεται με τον έλεγχο της ουσιαστικής συνταγματικότητας, ενόψει, αφενός του ουσιαστικά όμοιου κανονιστικού περιεχομένου των κανόνων αναφοράς των δύο ελέγχων, και αφετέρου του σκοπού τους, που είναι, κυρίως, η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων των διαδίκων.

Οι δύο όμως έλεγχοι διακρίνονται, καθώς, όπως ευφυώς επισημάνθηκε από τον Μανιτάκη, το κανονιστικό περιεχόμενο του Συντάγματος και της Ε.Σ.Δ.Α. διασταυρώνεται, χωρίς, ωστόσο, να ταυτίζεται⁵⁵.

Στο πλαίσιο αυτό, ένα από τα ερωτήματα που ανακύπτουν είναι ποιος έλεγχος προηγείται, όταν ο διάδικος επικαλείται, ταυτόχρονα, στο δικόγραφό του, την αντίθεση της εφαρμοστέας νομοθετικής διατάξεως στο διεθνές ή ενωσιακό δίκαιο αλλά και στο Σύνταγμα. Στο δικόγραφο δηλαδή του ένδικου βοηθήματος ή μέσου περιλαμβάνεται ταυτόχρονα ένας λόγος αντισυνταγματικότητας και ένας λόγος αντισυμβατότητας της διάταξης του νόμου. Σ' αυτή την περίπτωση, υποχρεούται ο δικαστής να εξετάσει πρώτα τον λόγο τον οποίο προτάσσει ο διάδικος στο δικόγραφό του ή μπορεί, κατ' επιλογή του,

⁵⁴Δ.Ε.Ε., C-430/91 έως 431/93, 7^η Ιουνίου 2007, Jeroen van Schijndel, σκ.22., και C-227/08, 17^η Δεκεμβρίου 2009, Martin Martin, σκ.19, όπου κρίθηκε ότι «το κοινοτικό δίκαιο δεν επιβάλλει στα εθνικά δικαστήρια την υποχρέωση να εξετάζουν αυτεπαγγέλτως ισχυρισμό αντλούμενο από την παράβαση κοινοτικών διατάξεων, εφόσον η εξέταση του ισχυρισμού αυτού θα τα υποχρέωνε να εγκαταλείψουν την επιβαλλόμενη ουδετερότητά τους, εξερχόμενα των ορίων της ένδικης διαφοράς, όπως προσδιορίστηκε από τους διαδίκους, και στηριζόμενα σε άλλα γεγονότα και περιστάσεις πέραν εκείνων επί των οποίων στηρίζει το αίτημά του ο διάδικος ο οποίος έχει συμφέρον για την εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων».

⁵⁵A.MANITAKΗΣ, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατικότητας, ό.π., σ.2541.

να εξετάσει πρώτα έναν από τους δύο λόγους, και, τελικά, ποιος θα είναι αυτός; Η έννομη τάξη ή το δίκαιο μας επιβάλλει την εξέταση ενός από τους δύο λόγους, κατά προτεραιότητα;

Στην ελληνική θεωρία υποστηρίχθηκε περιγραφικά ότι ο δικαστής βρίσκεται στις περιπτώσεις αυτές στο εσωτερικό ενός (κανονιστικού) τριγώνου, του οποίου το εύρος κάθε γωνίας πρέπει να οριοθετηθεί με τον προσήκοντα θεσμικό τρόπο⁵⁶. Πολύ επιτυχής παρομοίωση, την οποία θα επεκτείνουμε με το κανονιστικό ερώτημα, το οποίο παραμένει: από ποια γωνία του κανονιστικού τριγώνου θα εκκινήσει ο δικαστής τον έλεγχό του, όταν καλείται να απαντήσει ταυτόχρονα σ' έναν λόγο αντισυνταγματικότητας και σ' ένα λόγο αντισυμβατότητας της διάταξης, ποιος έλεγχος πρέπει να προηγηθεί;

Από την ερευνά μας προέκυψε ότι σαφή θέση στο ζήτημα αυτό εν μέρει στην ελληνική θεωρία έχει λάβει ο Γιαννακόπουλος. Κατά την άποψή του, σε περίπτωση ταυτόχρονης επίκλησης από τον διάδικο ενός λόγου αντισυμβατότητας προς το ενωσιακό δίκαιο και ενός λόγου αντισυνταγματικότητας μίας διάταξης νόμου, *μπορεί να προηγηθεί η εξέταση του πρώτου λόγου*, κι ως εκ τούτου, ο έλεγχος της ενωσιακής συμβατότητας να υποκαταστήσει τον έλεγχο συνταγματικότητας⁵⁷. Ο συγγραφέας δεν υποστηρίζει ότι ο δικαστής επιτάσσεται για νομικούς λόγους και με νομικά κριτήρια να εξετάσει πρώτα τον λόγο της αντισυμβατότητας, αλλά ότι δύναται να ελέγξει πρώτα την ενωσιακή συμβατότητα. Πάντως, ο συγγραφέας δεν διαβλέπει να δημιουργούνται νομικά ζητήματα από τον παραγκωνισμό και την απορρόφηση του ελέγχου αντισυνταγματικότητας από τον έλεγχο αντισυμβατότητας. Εντούτοις, σε άλλα γραπτά του έχει υποστηρίξει ότι το ζήτημα της συμβατότητας του εθνικού κανόνα δικαίου προς το ενωσιακό δίκαιο προϋποθέτει ότι ο κανόνας αυτός είναι ισχυρός, ήτοι ότι δεν αντίκειται στο Σύνταγμα, καταλήγοντας ότι η προδικαστική παραπομπή στο Δ.Ε.Ε. από εθνικό δικαστήριο απαιτεί από τον δικαστή να έχει εκκαθαρισμένη εικόνα περί της ισχύος του κανόνα δικαίου από

⁵⁶Γ.ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ, «Το Σύνταγμα και ο δικαστής: μία αέναη διαλεκτική σχέση. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3242/2004 και 3243/2004 ΣτΕ για τον “βασικό μέτοχο”», ΝοΒ, 2005, σ.443-458(449).

⁵⁷Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, «Η πρόταση ίδρυσης Συνταγματικού Δικαστηρίου υπό το πρίσμα της εξέλιξης των σχέσεων μεταξύ εθνικού και ενωσιακού δικαίου», σε Η πρόκληση της αναθεώρησης του Συντάγματος, (επιμ.Χ.ΑΚΡΙΒΟΠΟΥΛΟΥ/Ν.ΠΑΠΑΧΡΗΣΤΟΥ), Ινστιτούτο Στρατηγικών και Αναπτυξιακών Μελετών-ΙΣΤΑΜΕ «Ανδρέας Παπανδρέου», Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σ.163-182(169).

την άποψη του εθνικού δικαίου, ώστε να διασφαλίζεται η λυσιτέλεια του ερωτήματος ενώπιον του Δ.Ε.Ε.⁵⁸.

α. Η διευθέτηση των δύο ελέγχων στις ευρωπαϊκές έννομες τάξεις

Το ζήτημα της σειράς εξέτασης μεταξύ του λόγου αντισυνταγματικότητας και του λόγου αντισυμβατότητας που ο διάδικος επικαλείται ταυτόχρονα με το ίδιο δικόγραφο ενώπιον του ίδιου δικαστή έχει αντιμετωπιστεί ρητά στη Γαλλία.

Το έτος 2008 θεσμοθετήθηκε στη γαλλική έννομη τάξη ο κατασταλτικός και παρεμπíπτων έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων. Το ζήτημα της συνταγματικότητας μίας διάταξης νόμου ανακύπτει ενώπιον ενός κοινού δικαστηρίου κατά τη διάρκεια της δίκης, κατόπιν ισχυρισμού που προβάλλει ο διάδικος⁵⁹, αποτελώντας, καταρχάς, μία προδικαστική υπόθεση του κοινού δικαστηρίου⁶⁰, που απεξαρτάται από το πλαίσιο εκδίκασης της κύριας διαφοράς και παραπέμπεται προς εκδίκαση στο ΣΔ. Παράλληλα, όμως, ο κοινός δικαστής είναι υποχρεωμένος να εξετάσει πρώτα τον λόγο της αντισυνταγματικότητας, σε περίπτωση ταυτόχρονης επίκλησής του από τον διάδικο μ' ένα λόγο αντισυμβατότητας.

Συνακόλουθα, μία από τις ιδιαιτερότητες του παρεμπíπτοντος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων που εισήχθη πρόσφατα στη Γαλλία⁶¹ είναι ότι η εξέταση του ζητήματος της συνταγματικότητας προηγείται από την εξέταση του ζητήματος συμβατότητας, που θέτει η ίδια διάταξη νόμου. Τούτο σημαίνει ότι ο κοινός δικαστής, στο πραιτώριο του οποίου τίθενται και οι δύο λόγοι, ήτοι της αντισυμβατότητας και αντισυνταγματικότητας της εφαρμοστέας διατάξεως του νόμου,

⁵⁸Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, «Συνταγματικό Δικαστήριο και Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο», ΕφημΔΔ, 1/2006, σ.10-11(10).

⁵⁹Και τούτο, διότι ο κοινός δικαστής δεν δικαιούται να ελέγχει αυτεπαγγέλτως τη συνταγματικότητα του εφαρμοστέου νόμου.

⁶⁰Για την έννοια της προδικαστικής υπόθεσης, βλ. G.CASU, Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation, thèse, Lyon, 2013, σ.221, S.FATAL, Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles, thèse, Montpellier, 2014, σ.205.

⁶¹Οι ιδιαιτερότητες του γαλλικού παρεμπíπτοντος ελέγχου συνταγματικότητας συνοψίζονται στα εξής: α. αρμόδιο δικαστήριο παραπομπής του ζητήματος της συνταγματικότητας είναι μόνον τα ανώτατα δικαστήρια της έννομης τάξης, ήτοι ο Α.Π. και το ΣτΕ, ενώ τα κοινά δικαστήρια μπορούν να παραπέμπουν το σχετικό ζήτημα, αν κρίνουν ότι δεν στερείται σοβαρού χαρακτήρα, στο ανώτατο δικαστήριο στο οποίο υπάγονται ιεραρχικά, β. ο έλεγχος συνταγματικότητας του κοινού δικαστή δεν διεξάγεται αυτεπαγγέλτως, αλλά μόνο μετά από ένσταση του διαδίκου και γ. ο ισχυρισμός της αντισυνταγματικότητας αφορά μόνο στην παραβίαση των θεμελιωδών δικαιωμάτων των διαδίκων και όχι και στην τυπική αντισυνταγματικότητα του νόμου.

δεν μπορεί να αποφανθεί πρώτα επί του λόγου αντισυμβατότητας, αλλά οφείλει να εξετάσει κατά προτεραιότητα τον ισχυρισμό της αντισυνταγματικότητας⁶² και στη συνέχεια να παραπέμψει στο ανώτατο δικαστήριο που υπάγεται ιεραρχικά (ΣτΕ ή ΑΠ) την υπόθεση της αντισυνταγματικότητας, αν κρίνει ότι η αμφισβητούμενη διάταξη του νόμου είναι αντισυνταγματική⁶³.

Καταρχάς, πρέπει να επισημάνουμε ότι η ρύθμιση αυτή δεν τέθηκε από τον αναθεωρητικό νομοθέτη, με τη θέσμιση του κατασταλτικού ελέγχου συνταγματικότητας στο άρθρο 61-1 του γαλλικού συντάγματος, αλλά από τον οργανικό νομοθέτη, ο οποίος επέλεξε να μεταλλάξει την προδικαστική υπόθεση συνταγματικότητας σε «πρωταρχική υπόθεση» συνταγματικότητας⁶⁴.

Ποιοι λόγοι όμως ώθησαν τον οργανικό νομοθέτη να επιβάλλει στον κοινό δικαστή την πρότερη χρονική εξέταση του λόγου της αντισυνταγματικότητας έναντι του λόγου της αντισυμβατότητας; Υπάρχει κάποιου είδους λογική ή ιεραρχική προτεραιότητα ανάμεσα στους δύο ελέγχους, όταν αυτοί καλούνται να συνυπάρξουν; Αυτή η πρωταρχικότητα ή προτεραιότητα του λόγου της αντισυνταγματικότητας έναντι του λόγου αντισυμβατότητας είναι απλά διαδικαστική και δικονομική ή υποκρύπτει μία ουσιαστική αξιολόγηση εκ μέρους του νομοθέτη για τη θεσμοθέτησή της; Πρόκειται για μία πρωταρχικότητα ουσιαστική, που αναδεικνύει ή στηρίζεται στην ιεραρχική υπεροχή του Συντάγματος έναντι των διεθνών συνθηκών και του ενωσιακού δικαίου ή για μία πρωταρχικότητα διαδικαστική, που απλά επιτάσσει την πρότερη χρονική εξέταση του λόγου της αντισυνταγματικότητας, προκειμένου να διαρρυθμιστεί λογικά και να

⁶²Για τα ζητήματα που δημιούργησε η διάταξη αυτή σε σχέση με τη συμβατότητά της με το ενωσιακό δίκαιο, βλ. *D.SIMON*, «Conventionnalité et constitutionnalité», *Pouvoirs*, 2/2011, σ.19-31.

⁶³Το κοινό δικαστήριο θα παραπέμψει τη συνταγματική υπόθεση στο ανώτατο δικαστήριο, εάν συντρέχουν οι εξής προϋποθέσεις: 1. εάν η διάταξη εφαρμόζεται στη δίκη που διεξάγεται είτε πρόκειται για ουσιαστικού δικαίου διάταξη είτε για δικονομική, 2. η διάταξη που αμφισβητείται δεν έχει κριθεί σύμφωνη με το σύνταγμα, με προγενέστερη απόφαση του ΣΣ, εφόσον η συμφωνία αυτή έχει κηρυχθεί στο διατακτικό και αιτιολογικό της απόφασεως και δεν έχει επέλθει μεταβολή των πραγματικών ή νομικών συνθηκών που συνέτρεχαν κατά την έκδοσή της, 3. η υπόθεση δεν στερείται σοβαρού χαρακτήρα. Εάν το δικαστήριο κρίνει ότι συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, αναβάλλει την έκδοση οριστικής απόφασεως επί της υποθέσεως και παραπέμπει το ζήτημα της συνταγματικότητας στο ανώτατο δικαστήριο στο οποίο υπάγεται. Το δε ανώτατο δικαστήριο κάθε δικαιοδοσίας ελέγχει με τη σειρά του, αν υφίστανται οι δύο πρώτες προϋποθέσεις, και επιπλέον, εάν η αμφισβητούμενη διάταξη υποκινεί ένα νέο ζήτημα συνταγματικότητας ή εάν το συνταγματικό ζήτημα είναι σοβαρό, παραπέμποντας, σε καταφατική περίπτωση, την υπόθεση της συνταγματικότητας στο Σ.Σ.

⁶⁴*D.SIMON/A.RIGAUX*, «La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 3/2010, σ.63-88(63).

διευκολυνθεί το δικαιοδοτικό έργο του δικαστή, όπως επιτάσσεται η πρότερη εξέταση των λόγων του παραδεκτού έναντι των λόγων ουσίας κατά την εξέταση των ένδικων βοηθημάτων της διοικητικής δίκης⁶⁵;

Στη γαλλική θεωρία υποστηρίχθηκαν και οι δύο απόψεις. Έτσι, υποστηρίχθηκε ότι ο έλεγχος της συνταγματικότητας προηγείται του ελέγχου της συμβατότητας ενόψει της ιεραρχικής υπεροχής του Συντάγματος στην έννομη τάξη⁶⁶, αποτελεί δηλαδή συνέπεια της ιεραρχίας των κανόνων δικαίου⁶⁷. Επομένως, η ιεραρχική διαβάθμιση των δύο ελέγχων στοχεύει κυρίως στη διαφύλαξη ή επαναίσχυροποίηση της ιεραρχικής θέσης του Συντάγματος στη γαλλική έννομη τάξη⁶⁸. Όπως έκρινε το Συνταγματικό Συμβούλιο (Σ.Σ.) η προτεραιότητα του ζητήματος της αντισυνταγματικότητας έναντι αυτού της αντισυμβατότητας αποτελεί συνέπεια της βούλησης του οργανικού νομοθέτη να διασφαλίσει την τήρηση του Συντάγματος και να επιβεβαιώσει την ιεραρχική του υπεροχή στην έννομη τάξη⁶⁹.

Επιπλέον, η πρωταρχικότητα του ζητήματος της συνταγματικότητας οφείλεται στις ιδιαίτερες έννομες συνέπειες που παράγει η κήρυξη της αντισυνταγματικότητας, σε σχέση με τη διαπίστωση της αντισυμβατότητας, στη γαλλική έννομη τάξη. Στον έλεγχο της συνταγματικότητας, ο συνταγματικός δικαστής κηρύσσει ή διαπιστώνει το ισχυρό ή ανίσχυρο του νόμου, με μία δικαστική απόφαση που ισχύει έναντι όλων. Αντίθετα, στον έλεγχο της συμβατότητας, ο δικαστής διαπιστώνει την εφαρμογή ή μη του νόμου στη συγκεκριμένη περίπτωση, ενώ η κρίση του ισχύει μόνο μεταξύ των διάδικων μερών, απολαμβάνοντας τη σχετική ισχύ του δεδικασμένου. Μ' αυτή την έννοια, ο έλεγχος της συνταγματικότητας πρέπει να προηγείται χρονικά, ώστε να καταστήσει λυσιτελές το ερώτημα της αντισυμβατότητας, δεδομένου ότι, αν ο νόμος κριθεί αντισυνταγματικός,

⁶⁵D.SIMON/A.RIGAUX, La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité, ό.π., σ.67.

⁶⁶J.-L.WARSMANN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n°1898, AN, 2009 σε <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>

⁶⁷X.PHILIPPE, «La question prioritaire de constitutionnalité: a l' aube d' une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français....Réflexions après l' adoption de la loi organique», RFDC, 82/2010, σ.273-287(282).

⁶⁸P.BON, «La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 Décembre 2009», RFDA, 2009, σ.1107-1124(1115 και 1119).

⁶⁹C-C, 2009-595 DC, 3^η Δεκεμβρίου 2009, σκ.14.

καθίσταται ανίσχυρος, κι ως εκ τούτου, δεν υπάρχει πλέον πεδίο εφαρμογής για το ζήτημα της αντισυμβατότητας⁷⁰.

Πάντως, κατ' άλλη άποψη, η προτεραιότητα αυτή τέθηκε από τον οργανικό νομοθέτη, προκειμένου να διασφαλιστεί η πρακτική αποτελεσματικότητα του παρεμπόπτοντος ελέγχου συνταγματικότητας που εισήχθη στη γαλλική έννομη τάξη, ήτοι για να εξαλείψει την ενδεχόμενη τάση των κοινών δικαστών να προσφεύγουν στον έλεγχο της συμβατότητας, με τον οποίο είναι πλήρως εξοικειωμένοι και ο οποίος ανήκει στην πλήρη δικαιοδοτική τους εξουσία⁷¹, παρακάμπτοντας τον έλεγχο της συνταγματικότητας. Κατά την άποψη αυτή, αναγνωρίστηκε η χρονική προτεραιότητα εξέτασης του ζητήματος της συνταγματικότητας έναντι αυτού της συμβατότητας, ώστε να μην υπάρχει καμία περίπτωση το *corpus* των κανόνων της συμβατότητας να αποτελεί τον συνεχή κανόνα αναφοράς του ελέγχου του δικαστή σε βάρος του *bloc de constitutionnalité*⁷². Ωστόσο, η καταρχήν διαδικαστική προτεραιότητα του ελέγχου συνταγματικότητας αντανακλά και την υπεροχή που απολαμβάνουν οι συνταγματικές διατάξεις στη γαλλική έννομη τάξη⁷³. Κατά παρεμφερή άποψη, η προτεραιότητα του ελέγχου συνταγματικότητας είναι διαδικαστική, διότι στοχεύει να ρυθμίσει διαδικαστικά, αφενός τις συρρέουσες αρμοδιότητες του κοινού δικαστή στην άσκηση των δύο ελέγχων, και αφετέρου εν τέλει τις αρμοδιότητες δύο διαφορετικών δικαστηρίων, ήτοι από τη μία πλευρά του κοινού δικαστηρίου που είναι αποκλειστικά αρμόδιο για το ζήτημα της συμβατότητας και από την άλλη του Σ.Δ. που είναι τελικώς αρμόδιο για το ζήτημα της (αντι)συνταγματικότητας⁷⁴.

Πάντως, πρέπει να τονιστεί ότι η πρωταρχικότητα του ζητήματος της αντισυνταγματικότητας έχει ήδη σχετικοποιηθεί, καθώς, όπως κρίθηκε με την 2010-605 DC της 12^{ης} Μαΐου 2010 απόφαση του Σ.Σ., «τα διοικητικά και πολιτικά δικαστήρια δεν

⁷⁰Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, Ο διάχυτος και παρεμπόπτων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ό.π., σ.837.

⁷¹Entretien avec A.Levade, «Le projet de loi organique relatif a la question préjudicielle de constitutionnalité», AIJC, 2008, σ.11-32(18).

⁷²F.LAFFAILLE, «Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien)», Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Δημοσίευση στις 02.07.2010, σ.1-52(9) σε <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/LAFFAILLE01.pdf>, τελευταία πρόσβαση στις 11.01.2018.

⁷³Ibidem.

⁷⁴H.LABAYLE, «Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle: ordonner le dialogue des juges», RFDA, 2010, σ.659-677(660).

στερούνται της δυνατότητας, ακόμη κι αν παραπέμψουν το συνταγματικό ζήτημα στο Σ.Σ., να απευθύνουν προδικαστικό ερώτημα για το ίδιο νομικό ζήτημα στο Δ.Ε.Ε.». Επίσης, το Δ.Ε.Ε. έκρινε ότι οι ανωτέρω ρυθμίσεις δεν αντίκεινται στο ενωσιακό δίκαιο, εφόσον κάθε δικαστήριο της γαλλικής έννομης τάξης δύναται σε κάθε στάση και φάση της διαδικασίας να υποβάλλει προδικαστικό ερώτημα στο Δ.Ε.Ε., να προστατεύσει προσωρινά τα δικαιώματα και τα έννομα συμφέροντα του διαδίκου σύμφωνα με το ενωσιακό δίκαιο ή και να αφήσει ανεφάρμοστη την αμφισβητούμενη διάταξη λόγω της αντιθέσεώς της προς το ενωσιακό δίκαιο, ακόμη και πριν από την έκδοση της αποφάσεως επί της συνταγματικότητάς της⁷⁵.

Ομοίως, στο Βέλγιο, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ.4 του οργανικού νόμου της 6^{ης} Ιανουαρίου 1989 περί Σ.Δ., όπως τροποποιήθηκε από τον νόμο της 12^{ης} Ιουλίου 2009, εφόσον, ενώπιον ενός δικαστηρίου της βελγικής έννομης τάξης, ο διάδικος επικαλείται ότι ο εφαρμοστέος νόμος παραβιάζει ένα θεμελιώδες δικαίωμα που κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα, καθώς και στο διεθνές ή ενωσιακό δίκαιο, το δικαστήριο υποχρεούται πρώτα να εξετάσει τον λόγο της αντισυνταγματικότητας και ενδεχομένως να παραπέμψει με προδικαστική απόφασή του το ζήτημα της συνταγματικότητας στο Σ.Δ.⁷⁶. Ωστόσο, η ίδια διάταξη ορίζει ότι, κατ' εξαίρεση, εάν το δικαστήριο κρίνει ότι η εφαρμοστέα διάταξη παραβιάζει το διεθνές ή ενωσιακό δίκαιο προδήλως, ήτοι στηριζόμενο σε απόφαση διεθνούς δικαστηρίου, μπορεί να εξετάσει πρώτα τον ισχυρισμό της αντισυμβατότητας⁷⁷.

⁷⁵Δ.Ε.Ε., C-188/10 και C-189/10, 22^η Ιουνίου 2010, Aziz Melki και Sélim Abdel. Στην απόφαση αυτή, το δικαστήριο έκρινε ότι η προηγούμενη χρονικά εξέταση του ζητήματος της συνταγματικότητας από το κοινό δικαστήριο και η παραπομπή του στο Σ.Σ. δεν αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο, εφόσον γίνει δεκτό, αφενός ότι ο δικαστής διατηρεί την αρμοδιότητα να λάβει κάθε προσωρινό μέτρο, προκειμένου να προστατεύσει τα δικαιώματα που αντλεί ο διάδικος από το ενωσιακό δίκαιο, και αφετέρου ότι διατηρεί την αρμοδιότητά του να κρίνει ανεφάρμοστη τη διάταξη, αν κρίνει ότι αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο, ακόμη κι αν το Σ.Σ. την έκρινε συνταγματική. Τέλος, έκρινε ότι το κοινό δικαστήριο διατηρεί την αρμοδιότητα να αποστείλει προδικαστικό ερώτημα στο Δ.Ε.Ε. σε οποιαδήποτε φάση της διαδικασίας. Μ' αυτή την έννοια, το κοινό δικαστήριο εν τοις πράγμασι μπορεί να προτάξει το ζήτημα της συμβατότητας και να αποστείλει προδικαστικό ερώτημα στο Δ.Ε.Ε. πριν από την άσκηση του παρεμπόπτοντος ελέγχου συνταγματικότητας, καταστρατηγώντας την προτεραιότητα του ζητήματος της αντισυνταγματικότητας. Κατά μία συμβιβαστική άποψη στην περίπτωση αυτή το δικαστήριο θα αποστείλει ταυτόχρονα το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας στο Σ.Σ. και το ζήτημα της ερμηνείας των κανόνων του ενωσιακού δικαίου στο Δ.Ε.Ε., *H.LABAYLE*, «Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle: ordonner le dialogue des juges», RFDA, 2010, σ.659-678(659). Για την ερμηνεία των ζητημάτων αυτών, βλ. *X.MAGNON*, «La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand», RFDC, 4/ 2010, σ.761-791.

⁷⁶Για τις ρυθμίσεις αυτές και τη συμβατότητά τους με το ενωσιακό δίκαιο, βλ. *L.COUTRON*, « D'un silence tenant lieu de réponse. A propos de la conventionnalité conditionnée de la question préjudicielle de constitutionnalité belge », RtDeur, 2011, σ.812 επ.

⁷⁷*S.WATTHÉE*, «La règle de priorité face à la jurisprudence européenne: les situations belge et française», Juris doctoria, 6/2011, σ.99-120(102).

Το βελγικό, όπως και το γαλλικό δίκαιο, θεσπίζει μία διαδικαστική σειρά εξέτασης των δύο λόγων⁷⁸. Η προτεραιότητα του ελέγχου συνταγματικότητας είναι διαδικαστική. Εξάλλου, το βελγικό ΣτΕ, κατά την άσκηση των γνωμοδοτικών του αρμοδιοτήτων⁷⁹, έκρινε ότι η προβλεπόμενη εκ του νόμου διαδικαστική σειρά εξέτασης των λόγων αντισυνταγματικότητας και αντισυμβατότητας και, ειδικότερα, η προτεραιότητα της εξέτασης του λόγου αντισυνταγματικότητας δεν αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο, ενόψει και της αρχής της διαδικαστικής ή δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών. Τούτο δεν σημαίνει ότι ο έλεγχος συμβατότητας απορροφάται από τον έλεγχο της συνταγματικότητας, αλλά ότι τίθεται μία χρονολογική σειρά εξέτασης των δύο λόγων σε περίπτωση συνεπίκλησής τους⁸⁰. Έτσι, η προτεραιότητα αυτή δεν αντανακλά την ιεραρχική υπεροχή των συνταγματικών διατάξεων, αλλά ρυθμίζει ένα διαδικαστικό ζήτημα, ήτοι ποιος λόγος θα εξεταστεί πρώτος, κι ως εκ τούτου, ποιος δικαστής θα επιληφθεί πρώτος, ο συνταγματικός ή ο κοινός δικαστής⁸¹.

Στα άλλα κράτη της Ευρώπης δεν προβλέπονται αντίστοιχες ρυθμίσεις, κι ως εκ τούτου, καταρχήν, ο κοινός δικαστής δεν υποχρεούται θεσμικά να προτάξει τον έλεγχο συνταγματικότητας έναντι του ελέγχου συμβατότητας.

β. Η σειρά άσκησης των δύο ελέγχων στην ελληνική έννομη τάξη

Από την επισκόπηση της νομολογίας των ελληνικών δικαστηρίων προκύπτει ότι ο δικαστής κατά κανόνα προτάσσει καταρχήν άτυπα τον έλεγχο συνταγματικότητας έναντι του ελέγχου συμβατότητας, ιδίως, όταν η (αντι)συνταγματικότητα του νόμου έχει κριθεί με πάγια νομολογία του ΣτΕ ή ακόμη και του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου (Α.Ε.Δ.) και απορρίπτει τον αντίστοιχο λόγο αντισυμβατότητας ως αλυσιτελή, χωρίς να υπεισέρχεται

⁷⁸S.WATTHÉE, *ibidem*, σ.101.

⁷⁹Γνώμη της 3.03.2009.

⁸⁰A.-S.TABAU, «La conciliation des contrôles incidents de constitutionnalité français et belge avec la primauté du droit de l'Union européenne», *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, (dir.L.GAY), Bruylant, Bruxelles 2014, (μορφή ebook), σ.484-524(486-487).

⁸¹A.-S.TABAU, *ibidem*, C.GREWE «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable», RFDC, 4/ 2014, σ.961-970(970).

στην εξέταση της ουσίας του⁸², με την αιτιολογία ότι το κανονιστικό περιεχόμενο των διατάξεων του Συντάγματος δεν έχει στενότερο περιεχόμενο από αυτό της Ε.Σ.Δ.Α.⁸³.

Ωστόσο, ο ταυτόχρονος ή διαδοχικός έλεγχος συνταγματικότητας και συμβατότητας ενισχύει και επεκτείνει την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, καθώς επιτάσσει την εφαρμογή του δικαιώματος που προσφέρει τις μεγαλύτερες εγγυήσεις προστασίας⁸⁴.

Πάντως, κατά την εδώ υποστηριζόμενη θέση, ο έλεγχος συνταγματικότητας πρέπει να προηγείται του ελέγχου της συμβατότητας των νόμων. Και τούτο, διότι κατά την άσκηση του ελέγχου συνταγματικότητας ο δικαστής κρίνει και αποφαινεται επί της ισχύος του νόμου⁸⁵, ενώ κατά τον έλεγχο της συμβατότητας για την εφαρμογή του. Συνακόλουθα, πρέπει ο δικαστής να διαπιστώσει εξ υπαρχής, αν ο νόμος είναι ισχυρός ή ανίσχυρος και στη συνέχεια να αποφασίσει, αν μπορεί να εφαρμοστεί στη συγκεκριμένη περίπτωση, κρίνοντας, αν αντίκειται ή όχι στις υπέρτερης τυπικής ισχύος διατάξεις του διεθνούς ή ενωσιακού δικαίου. Διότι, για να είναι ένας νόμος εφαρμόσιμος, πρέπει να είναι ισχυρός, ήτοι να μην αντίκειται στο Σύνταγμα. Η λυσιτέλεια δηλαδή του ελέγχου συμβατότητας εξαρτάται από το αποτέλεσμα του ελέγχου της συνταγματικότητας⁸⁶.

⁸²Βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ 1214/2012, 1449/2014, όπου κρίθηκε καταρχήν ο ισχυρισμός του διαδίκου περί αντισυνταγματικότητας της διατάξεως του άρθρου 48 παρ.3 του ν.δ/ος 496/1974, ως αβάσιμος, διότι, όπως έχει κριθεί παγίως, η θέσπιση βραχύτερης (διετούς) παραγραφής για τις αξιώσεις των υπαλλήλων των ν.π.δ.δ. κατ' αυτών δεν αντίκειται στην κατά το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος αρχή της ισότητας, ενώ το δικαστήριο δεν άσκησε τον έλεγχο της συμβατότητας, αφού έκρινε ότι στο συγκεκριμένο ζήτημα το Σύνταγμα δεν έχει στενότερη έννοια από την Ε.Σ.Δ.Α.

⁸³Επίσης, στη ΣτΕ 1896/2015 κρίθηκε ότι εάν με απόφαση διοικητικού δικαστηρίου κρίθηκε διάταξη τυπικού νόμου ως αντίθετη τόσο στο Σύνταγμα όσο και στην Ε.Σ.Δ.Α., αν κατά το χρόνο άσκησης της αιτήσεως ανατρέσεως με βάση το άρθρο 2 του ν.3900/2010 είχε ήδη εκδοθεί απόφαση του ΣτΕ, με την οποία είχε επιλυθεί το ζήτημα της συνταγματικότητας, το δικαστήριο δεν εξετάζει το ζήτημα της αντισυμβατότητας, ακόμη κι αν δεν έχει εκδώσει *ad hoc* απόφαση επί αυτού, με την αιτιολογία ότι «επί του συγκεκριμένου ζητήματος, το Σύνταγμα δεν έχει στενότερη έννοια από την Ε.Σ.Δ.Α.».

⁸⁴*P.XAVIER*, La question prioritaire de constitutionalite: a l'aube d'une nouvelle ere pour le contentieux constitutionnel francais, όπ., σ.283.

⁸⁵Για το ότι ο δικαστής στον έλεγχο της συνταγματικότητας αποφαινεται επί της ισχύος του νόμου, βλ. *Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ*, Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων και ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας (μονογραφία διδακτορικού υπό δημοσίευση).

⁸⁶*Contra* Μανιτάκης, ο οποίος υποστηρίζει ότι «εξαρτάται από τη φύση, τα πραγματικά και νομικά ή οικονομικά δεδομένα της συγκεκριμένης κάθε φορά διαφοράς, καθώς και από το είδος της ερμηνείας των κρίσιμων διατάξεων, ποιος έλεγχος θα προηγηθεί. Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων προηγείται μεν κατά κανόνα, λογικά, του ελέγχου της συμβατότητας, όταν η προβολή και εξέταση των λόγων αντισυνταγματικότητας έχουν προταχθεί οικονομικά και η εξέτάσή τους δεν συναρτάται ούτε εξαρτάται από ζητήματα ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου, καθώς και όταν η οικονομία της δίκης ή η λυσιτέλεια του ζητήματος δεν επιβάλλει την προηγούμενη εξέταση της συμβατότητας της κρινόμενης διάταξης πριν κριθεί η συνταγματικότητά της», *Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ*, «Η προτεραιότητα εφαρμογής του κοινοτικού

Η πρότερη άσκηση του ελέγχου συνταγματικότητας έναντι του ελέγχου συμβατότητας καθίσταται πιο επιτακτική, πάντως, στην περίπτωση των κρατών που έχουν υιοθετήσει το συγκεντρωτικό σύστημα ελέγχου. Έτσι, αν προηγηθεί ο έλεγχος συνταγματικότητας, ο διάδικος θα εξοπλιστεί με μία απόφαση καταργητική του αντισυνταγματικού νόμου, ενώ αν προηγηθεί ο έλεγχος της αντισυμβατότητας, αφενός το κριθέν ζήτημα της αντισυμβατότητας θα διέλθει απ' όλα τα στάδια των βαθμών δικαιοδοσίας και ενδεχομένως θα καταλήξει και στο Ε.Δ.Δ.Α.⁸⁷, και αφετέρου η κρίση της αντισυμβατότητας του κοινού δικαστή θα παράξει μόνο σχετικό δεδικασμένο, περιοριζόμενο στα υποκειμενικά και αντικειμενικά δεδομένα της επίδικης διαφοράς που εξηνήχθη, με συνέπεια τη συνέχιση της ισχύος του νόμου και το ενδεχόμενο της αντισυμβατικής του εφαρμογής.

Πάντως, στην ελληνική νομολογία, μέχρι και πρόσφατα, δεν υφίστατο ιεράρχηση μεταξύ του ελέγχου συνταγματικότητας και συμβατότητας, υπό την έννοια ότι πρέπει να προηγείται ο έλεγχος της αντι-συνταγματικότητας και να ακολουθεί αυτός της συμβατότητας⁸⁸. Κατά την άποψη δε του Αρναούτογλου δεν πρέπει να ξενίζει ακόμη και η πρόταξη του ελέγχου συμβατότητας, καταρχήν, διότι το ΣτΕ, όταν ελέγχει τη νομιμότητα μίας διοικητικής πράξης, την ελέγχει πρώτα με κανόνα ελέγχου τον αμέσως υπερκείμενο κανόνα δικαίου, ήτοι τον νόμο, και όχι το Σύνταγμα⁸⁹.

δικαίου έναντι του Συντάγματος, η εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος και η τεχνική της αναλογικότητας (με αφορμή το τέλος του «Βασικού Μετόχου»)), ΕφημΔΔ, 3/2015, σ.317-335(330).

⁸⁷ B.MATHIEU, «Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence-Autorité-Conflicts-Régulation», Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 3/2011, σ.45-66(50).

⁸⁸ βλ. ΣτΕ 781/2009 (Στ' Τμήμα), όπου κρίθηκε ότι η διάταξη του άρθρου 7 παρ.2 του ν.δ/ος 496/1974 «περί λογιστικού των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου», που ορίζει ότι ο νόμιμος και ο υπερημερίας τόκος που οφείλουν τα ν.π.δ.δ. ανέρχεται σε 6% ετησίως είναι αντίθετη στο άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., ανεξαρτήτως της συνταγματικότητάς της (σκέψη 6). Ομοίως, στην απόφαση 372/2005 του Δ' Τμήματος του ΣτΕ, το δικαστήριο έκρινε ως αντίθετη στην Ε.Σ.Δ.Α. διάταξη τυπικού νόμου και μη εφαρμοστέα, χωρίς να προβεί σε προηγούμενη κρίση περί της συνταγματικότητάς της. Στην απόφαση διατυπώθηκε και μειοψηφία, σύμφωνα με την οποία εφόσον η κρινόμενη ως αντισυμβατική διάταξη, ενόψει του άρθρου 6 παρ.1 της Ε.Σ.Δ.Α., διέπεται και από το άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος, την οποία έχουν υποχρέωση να εφαρμόζουν τα δικαστήρια, έπρεπε η μη εφαρμογή της διάταξης να οδηγήσει το δικαστήριο στη διαδικασία που προβλέπεται από το άρθρο 100 παρ.5 του Συντάγματος, ήτοι την παραπομπή του ζητήματος της συνταγματικότητας από το Τμήμα στην Ολομέλεια. Εντούτοις, η κρίση αυτή της μειοψηφίας δεν φαίνεται να θεμελιώνεται στην προηγούμενη προαποδοχή της ουσιαστικής πρόταξης της κρίσης περί συνταγματικότητας έναντι αυτής της συμβατότητας, αλλά στη διαδικαστική υποχρέωση του Τμήματος να παραπέμπει στην Ολομέλεια τα ζητήματα αντισυνταγματικότητας. Βλ. με την ίδια άποψη το σχόλιο του Αρναούτογλου, ΔτΑ, 28/2005, σ.1344, ο οποίος υποστηρίζει ότι η μειοψηφία υπαινίσσεται ότι υπάρχει μία μορφή καταχρήσεως της διαδικασίας εκ μέρους της πλειοψηφίας.

⁸⁹ Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, ΔτΑ 28/2005, σ.1344.

Μ' αυτή την έννοια, οι Έλληνες δικαστές είναι ελεύθεροι να επιλέξουν, σταθμίζοντας τα πραγματικά και νομικά δεδομένα της κάθε περίπτωσης, σε ποιον έλεγχο θα αποδώσουν την προτεραιότητα⁹⁰. Κατά τις ίδιες απόψεις, τούτο προκύπτει και από το γεγονός ότι στο άρθρο 100 παρ.5 του Συντάγματος- σύμφωνα με το οποίο σε περίπτωση που τμήμα ανωτάτου δικαστηρίου άγεται στην αντισυνταγματικότητα διατάξεως τυπικού νόμου, οφείλει να παραπέμψει το σχετικό ζήτημα στην Ολομέλεια- δεν τέθηκε καμία διαδικαστική προτεραιότητα του ελέγχου συνταγματικότητας έναντι του ελέγχου συμβατότητας, κι ως εκ τούτου, κάθε τμήμα ανωτάτου δικαστηρίου μπορεί να επιλύσει οριστικά τη διαφορά, στηριζόμενο στην αντισυμβατότητα της διάταξης, χωρίς να υποχρεούται να κρίνει κατά προτεραιότητα το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας που θέτει εναλλακτικά η ίδια διάταξη τυπικού νόμου⁹¹.

Ωστόσο, μετά την έκδοση της 161/2010 αποφάσεως της Ολομέλειας του ΣτΕ η σειρά εξέτασης των δύο λόγων έχει περάσει σε άλλη βάση. Η πλειοψηφία του δικαστηρίου έκρινε ότι μεταξύ των λόγων συμβατότητας και αντισυνταγματικότητας που επικαλούνται οι διάδικοι, πρέπει να προηγηθεί η εξέταση του λόγου της αντισυνταγματικότητας, δεδομένου ότι από την επίλυση του ζητήματος αυτού εξαρτάται η ισχύς της νομοθετικής διάταξης, κι ως εκ τούτου, η λυσιτέλεια του ζητήματος της συμβατότητας. Όπως έκρινε το δικαστήριο «...η τήρηση της ανωτέρω σειράς κατά την εξέταση του εφαρμοστέου ή μη της επίμαχης ρύθμισης όχι μόνο δεν παραβιάζει την υποχρέωση του εθνικού δικαστή να αφήσει ανεφάρμοστη, σε συμμόρφωση προς την αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου, εθνική ρύθμιση αντικείμενη στο κοινοτικό δίκαιο, αλλά είναι και η μόνη κατάλληλη για τη λυσιτελή εξέταση του ζητήματος του συμβατού της εθνικής ρύθμισης προς το κοινοτικό δίκαιο, δοθέντος ότι η εξέταση του τελευταίου αυτού ζητήματος (καθώς και του ζητήματος αν παρίσταται ανάγκη υποβολής στο Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, κατ' εφαρμογή του άρθρου 234 της Συνθήκης για την Ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, προδικαστικών ερωτημάτων, αναγομένων στην ερμηνεία των κρίσιμων για την επίλυση της διαφοράς διατάξεων του κοινοτικού δικαίου)

⁹⁰D.AKOUMIANAKI, Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et les ordres juridiques européens. Analyse à partir du droit constitutionnel grec, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, σ.507. Στο σημείο αυτό να ευχαριστήσω τη συγγραφέα για την ευγενική ανταπόκρισή της στο αίτημά μου να μου παραχωρήσει πρόσβαση στο κείμενο της διατριβής της, την οποία και μου απέστειλε ηλεκτρονικά.

⁹¹D.AKOUMIANAKI, Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel, ό.π., σ.391.

προϋποθέτει, πάντως, την πλήρη επίλυση από τον, μόνο αρμόδιο προς τούτο, εθνικό δικαστή, όλων των ζητημάτων που άπτονται της ερμηνείας και του εφαρμοστέου, κατά το εθνικό δίκαιο, της υπό έλεγχο εθνικής διατάξεως»⁹². Αντίθετα, κατά τη μειοψηφία της αποφάσεως, ενόψει του ότι το ρυθμιστέο αντικείμενο του νόμου άπτεται του κοινοτικού δικαίου και συγκεκριμένα εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής κοινοτικής οδηγίας, όπως προκύπτει και από τις αναφορές της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου, πρέπει να επιλυθεί πρώτα το ζήτημα της συμβατότητας, ενόψει της αρχής της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου και της υποχρέωσης της σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας των συνταγματικών διατάξεων, δεδομένου και του ότι οι εφαρμοστέες διατάξεις έχουν κριθεί παγίως ως σύμφωνες με το Σύνταγμα.

IV. Επαναφορά ενός κρίσιμου ζητήματος: Το αρμόδιο δικαστήριο ελέγχου της συμβατότητας των νόμων στο πλαίσιο του συγκεντρωτικού συστήματος ελέγχου

Στο πλαίσιο άσκησης των δύο ελέγχων ανακύπτει περαιτέρω το ζήτημα, ποιος είναι ο αρμόδιος δικαστής, αφενός μεν να ελέγξει, αφετέρου δε να κρίνει οριστικά με ίδια κρίση το ζήτημα της αντισυμβατότητας, στην περίπτωση των εννόμων τάξεων που έχουν υιοθετήσει το σύστημα του συγκεντρωτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, με τη θέσπιση και λειτουργία Σ.Δ.⁹³.

Πράγματι, η διάκριση των δύο ελέγχων, του ελέγχου συνταγματικότητας και του ελέγχου συμβατότητας, μπορεί να λάβει χώρα με βάση το οργανοκεντρικό κριτήριο, που αποτελεί, μέχρι και σήμερα, ανεξάρτητα της πρακτικής ή δογματικής αποτελεσματικότητάς του, το κύριο κριτήριο διάκρισης μεταξύ των δύο συστημάτων δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων⁹⁴. Έτσι, οι δύο έλεγχοι διαφοροποιούνται ή μπορούν να διαφοροποιηθούν, εάν κανείς προστρέξει στο κριτήριο του αρμοδίου οργάνου άσκησης του κάθε ελέγχου, ιδίως, στα συγκεντρωτικά συστήματα

⁹²Για αμφισβήτηση της αρχής της υπεροχής και της άμεσης εφαρμογής των ενωσιακών διατάξεων από την πλειοψηφία του δικαστηρίου, κάνει λόγο ο Γιαννακόπουλος, *Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ*, Ο διάχυτος και παρεμπíπτων δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ό.π., σ.839.

⁹³Για τη σχέση των Σ.Δ. με το Ε.Δ.Δ.Α., βλ.τη μελέτη του *V.BERGER*, «Les cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 3/2011, σ.7-17.

⁹⁴Για το ζήτημα αυτό, βλ.*O.PFERSMANN*, «Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », in *Mélanges Francis Delpérée*, Bruylant, Bruxelles 2007, σ.1131-1145.

ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων που διέπονται από το οργανοκεντρικό κριτήριο διάκρισης των διαφορών, όπως τούτο ισχύει ειδικότερα στη Γαλλία⁹⁵.

Μ' αυτή την έννοια, οι δύο έλεγχοι διακρίνονται, διότι ο έλεγχος συνταγματικότητας ασκείται από τα Σ.Δ των εννόμων τάξεων που έχουν υιοθετήσει το συγκεντρωτικό σύστημα ελέγχου, ενώ ο έλεγχος συμβατότητας από τα κοινά δικαστήρια, στο πλαίσιο εκδικάσεως των υποθέσεών τους.

Πάντως, το κριτήριο αυτό δεν αποτελεί πάντα και χωρίς εξαιρέσεις κριτήριο διάκρισης μεταξύ των δύο ελέγχων. Έτσι, στην Ιταλία, ο έλεγχος της διεθνικής συμβατότητας των νόμων ανήκει στην αρμοδιότητα του Σ.Δ, με συνέπεια κάθε δικαστήριο ενώπιον του οποίου τίθεται ένα ζήτημα αντίθεσης της εφαρμοστέας διάταξης σε διεθνή σύμβαση να παραπέμπει την υπόθεση στο Σ.Δ. με τη διαδικασία του παρεμπόπτοντος ελέγχου.

Το Σ.Δ της Ιταλίας, με τις δύο δίδυμες αποφάσεις του, 348 και 349/2009, αποφάνθηκε ότι ο κοινός δικαστής υποχρεούται να παραπέμπει στο Σ.Δ. κάθε ζήτημα αντίθεσης του κοινού νόμου προς τις διεθνείς συμβάσεις. Το δικαστήριο θεμελίωσε την κρίση του αυτή στο άρθρο 117 παρ.1 του ιταλικού συντάγματος, σύμφωνα με το οποίο ο νομοθέτης οφείλει να σέβεται τις υποχρεώσεις που του επιβάλλονται από το διεθνές δίκαιο⁹⁶. Σύμφωνα με την αιτιολογία των ως άνω αποφάσεων, οι διεθνείς συμβάσεις έχουν μεν υποσυνταγματική ισχύ, καθώς αναγνωρίζεται από το Σύνταγμα μόνον ο υπερνομοθετικός τους χαρακτήρας⁹⁷, αλλά η αντίθεση του κοινού νόμου προς τη διεθνή σύμβαση θέτει στην πραγματικότητα ένα ζήτημα συνταγματικότητας, το οποίο ανήκει στη δικαιοδοσία του Σ.Δ. Και τούτο, διότι ο έλεγχος αυτός καλείται στην πραγματικότητα να επιλύσει το ζήτημα, εάν ο νομοθέτης ψηφίζοντας έναν αντισυμβατικό νόμο, παραβιάζει το άρθρο 117 του Συντάγματος, το οποίο επιτάσσει να τηρούνται οι διεθνείς συμβατικές

⁹⁵M-CARETO, «Les rapports du système: retour sur la spécificité française de séparation des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité», σ.1-19(4), εισήγηση που παρουσιάστηκε στο 9^ο συνέδριο συνταγματικού δικαίου που διεξήχθη στη Λυών, στις 26,27 και 28.06.2014, in http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLC/C-arreto_T2.pdf, τελευταία πρόσβαση στις 11.01.2018.

⁹⁶F.JACQUELOT, «La Convention européenne des droits de l'homme et le procès incident de constitutionnalité : les perspectives croisées de la « priorité » en France et en Italie», La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, (dir.L.GAY), Bruylant, Bruxelles 2014, (μορφή ebook), σ.442-462(446 επ.).

⁹⁷Για το ζήτημα της τυπικής ισχύος των διεθνών συμβάσεων στην ιταλική έννομη τάξη, βλ.V.F.LAFFAILLE, «CEDH et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes», RDP, 4/2009, σ.1137 επ.

υποχρεώσεις του κράτους και οι διεθνείς συμβάσεις στην εσωτερική έννομη τάξη⁹⁸. Σε περίπτωση δε που το Σ.Δ. διαπιστώσει την αντίθεση του νόμου με τη διεθνή σύμβαση, κηρύσσει την αντισυνταγματικότητα της διάταξης και την αποβολή της από την έννομη τάξη⁹⁹.

Επομένως, στην Ιταλία, ο έλεγχος της διεθνικής συμβατότητας απορροφήθηκε από τον έλεγχο συνταγματικότητας¹⁰⁰. Το Σ.Δ. στην 129/2008 απόφασή του έκρινε ότι ο ισχυρισμός της διεθνικής αντισυμβατότητας προτείνεται πάντα υπό το πρίσμα του άρθρου 117 παρ.1 του Συντάγματος, επί ποινή απαραδέκτου, με συνέπεια να εξετάζεται ο σχετικός ισχυρισμός υπό το φως του συντάγματος¹⁰¹.

Αντίθετα, ο έλεγχος συμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο αντιμετωπίζεται διαφοροποιημένα στην ιταλική έννομη τάξη. Έτσι, όταν ανακύπτει σε δίκη ενός κοινού δικαστηρίου ένα ζήτημα αντίθεσης διάταξης νόμου με διάταξη του ενωσιακού δικαίου, το δικαστήριο διατηρεί την αρμοδιότητά του να επιλύσει με ίδια δικαιοδοσία το ζήτημα αυτό¹⁰².

Στην Αυστρία, επίσης, το Σ.Δ. ασκεί τόσο τον έλεγχο της συνταγματικότητας όσο και τον έλεγχο της συμβατότητας των νόμων με την Ε.Σ.Δ.Α., καθώς οι διατάξεις της Σύμβασης έχουν συνταγματική ισχύ¹⁰³. Η Αυστρία έχει εντάξει στους συνταγματικούς κανόνες την Ε.Σ.Δ.Α.¹⁰⁴. Ωστόσο, η αυστριακή έννομη τάξη επιφυλάσσει μία άλλη

⁹⁸N.PERLO, « L' attribution des effets erga omnes aux arrêts de la Cour Européenne de droit de l' homme en Italie : la révolution est en marche», σ.1-20(1), εισήγηση που παρουσιάσθηκε στο 9ο συνέδριο συνταγματικού δικαίου που διεξήχθη στη Λυών, στις 26,27 και 28.06.2014, in http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLC/C-perlo_T2.pdf, τελευταία πρόσβαση στις 11.01.2018.

⁹⁹T.DISPERATI, «La prise en compte de la jurisprudence de la Cour EDH dans la motivation des changements de jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Européenne», σ.1-16(2), εισήγηση που παρουσιάσθηκε στο 9ο συνέδριο συνταγματικού δικαίου που διεξήχθη στη Λυών, στις 26,27 και 28.06.2014, in http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLC/C-disperati_T2.pdf τελευταία πρόσβαση στις 11.02.2018.

¹⁰⁰J.-J. PARDINI, «Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis», Pouvoirs, παρ.101-121(102-103), T. DI MANNO, «La question préjudicielle de constitutionnalité en Italie», AIJC, XXIII/2007, σ.39-40.

¹⁰¹F.JACQUELOT, La Convention européenne des droits de l'homme et le procès incident de constitutionnalité, ό.π., σ.446.

¹⁰²L.MONTANARI, «Le procès incident de constitutionnalité italien et le renvoi préjudiciel devant la C.J.U.E. : la question de la double préjudicialité», σε La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, (dir.L.GAY), Bruylant, Bruxelles 2014, (μορφή ebook), σ.463-483(469-470).

¹⁰³M.-C.ARETO, Les rapports du système: retour sur la spécificité française de séparation des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, ό.π., σ.3.

¹⁰⁴Πάντως, κατά την άποψη της ελληνικής θεωρίας δεν μπορούμε να εντάξουμε τις διεθνείς συμβάσεις στο πλέγμα της συνταγματικότητας, εφόσον το σύνταγμα σιωπά, διότι θα καταλήγαμε σε αναθεώρηση του συντάγματος μετά από τη σύναψη κάθε σύμβασης, Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Νόμος αντίθετος προς διεθνή σύμβαση είναι αντισυνταγματικός;, ό.π., σ.553.

αντιμετώπιση στους κανόνες του ενωσιακού δικαίου. Η υπεροχή του ενωσιακού δικαίου αποτελεί μία υπεροχή εφαρμογής. Στην Αυστρία διακρίνεται αυστηρά η ισχύς από την εφαρμογή του κανόνα δικαίου. Ο κανόνας του εθνικού δικαίου που έρχεται σε αντίθεση με το ενωσιακό δίκαιο δεν απολλύει την ισχύ του, αλλά καθίσταται μη εφαρμόσιμος στο πεδίο εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου με απόφαση κάθε δικαστικού οργάνου που καλείται να τον εφαρμόσει, ενώ παραμένει σε ισχύ στην έννομη τάξη¹⁰⁵.

Από τα παραπάνω παραδείγματα προκύπτει ότι η ενσωμάτωση των διεθνών κανόνων στον έλεγχο της συνταγματικότητας μπορεί να υπάρξει υπό δύο μορφές: είτε υπό την μορφή της κατοχύρωσής τους στο σύνταγμα ως κανόνων συνταγματικής ισχύος¹⁰⁶ είτε υπό τη μορφή τους ως κανόνων αναφοράς του ελέγχου συνταγματικότητας που διατηρούν ταυτόχρονα τη διεθνική τους φύση¹⁰⁷.

Αντίθετα, στη Γαλλία, τη Γερμανία, την Ισπανία και την Πορτογαλία, ο έλεγχος της συμβατότητας είναι διάχυτος, ήτοι ανήκει στη δικαιοδοτική εξουσία των κοινών δικαστών¹⁰⁸.

Πάντως, ακόμη και στις έννομες τάξεις που ο έλεγχος της διεθνικής συμβατότητας δεν ανήκει στη δικαιοδοσία του Σ.Δ., σε πολλές περιπτώσεις, το Σ.Δ. ερμηνεύει τις συνταγματικές διατάξεις σύμφωνα με την Ε.Σ.Δ.Α. Πρόκειται για ένα διάλογο χωρίς λόγια μεταξύ του Σ.Δ. και του Ε.Δ.Δ.Α.¹⁰⁹, όπου φαινομενικά ενώ ασκείται ένας αυτόνομος δικαστικός έλεγχος συνταγματικότητας, το ευρωπαϊκό ερμηνευτικό επιχείρημα είναι παρόν στη διάρθρωση του ερμηνευτικού συλλογισμού του δικαστή¹¹⁰.

¹⁰⁵S.PEYROU-PISTOULEY, «Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien», RFDC, 2/2001, σ.237-264(255-256).

¹⁰⁶Συνήθως, τα συντάγματα δεν παίρνουν σαφή θέση περί της ιεραρχικής σχέσης μεταξύ συντάγματος και διεθνούς δικαίου, αλλά μόνον περί της σχέσης διεθνούς δικαίου και εσωτερικού τυπικού νόμου. Και τούτο, διότι εάν το σύνταγμα προέβλεπε την υπεροχή του διεθνούς δικαίου θα αμφισβητούσε την ίδια τη νομική του φύση και την υπεροχή του, ενώ αν προέβλεπε την ιεραρχική του υπεροχή έναντι της διεθνούς συνθήκης θα οδηγούσε σε αδυναμία εφαρμογής της αρχής *pacta sunt servanda*, βλ. V.CONSTANTINESCO, «Les rapports entre les traités et la Constitution: Du droit interne au droit communautaire», in Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bryxelles 2004, σ.463-480(465).

¹⁰⁷E.BRUCE, «Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ?», RFDC, 3/2005, σ. 539-560(540).

¹⁰⁸R.DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Paris 2006, σ.482.

¹⁰⁹O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris 2009, σ.403-417.

¹¹⁰D.SZYMCZAK, «Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme :L'europanisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français», *Jus Politicum*, 7/2012, σ.1-23(13-14) σε <http://juspoliticum.com/article/Question-prioritaire-de-constitutionnalite-et-Convention-europeenne-des-droits-de-l->

Στην ελληνική έννομη τάξη, στην οποία ισχύει ο διάχυτος έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, ο κοινός δικαστής είναι αρμόδιος να ασκήσει τόσο τον έλεγχο της συνταγματικότητας όσο και τον έλεγχο της συμβατότητας επί της εφαρμοστέας, στην υπόθεση που δικάζει, διατάξεως του νόμου. Επομένως, καταρχήν, το όργανο άσκησης του ελέγχου δεν αποτελεί για την ελληνική έννομη τάξη κρίσιμο κριτήριο διάκρισης μεταξύ των δύο ελέγχων, όπως συμβαίνει στο συγκεντρωτικό σύστημα ελέγχου.

α. διαφορετικά δικαστικά όργανα άσκησης των δύο ελέγχων –το παράδειγμα της Γαλλίας

Το Σ.Σ. της Γαλλίας από πολύ νωρίς με μία απόφαση αρχής (arrêt de principe)¹¹¹ διατύπωσε πανηγυρικά τη θέση ότι δεν έχει αρμοδιότητα να ελέγξει τη συμβατότητα των εθνικών νόμων με το διεθνές δίκαιο, καταρχάς, διότι η ιεραρχική υπεροχή των διεθνών συμβάσεων, σε αντίθεση με αυτή του Συντάγματος, είναι σχετική και περιορισμένη. Και τούτο, διότι οι διεθνείς συμβάσεις έχουν συγκεκριμένο και περιορισμένο πεδίο εφαρμογής, περαιτέρω, δε, η εφαρμογή τους εξαρτάται από την τήρηση της αρχής της αμοιβαιότητας¹¹².

Το Σ.Σ. αποφάνθηκε ότι δεν έχει δικαιοδοσία να ελέγξει τη συμβατότητα των νόμων με τις διεθνείς συμβάσεις, καθώς ακόμη κι αν ένας νόμος αντίκειται σε διεθνή σύμβαση δεν σημαίνει ούτε συνεπάγεται ότι είναι εξ αυτού του λόγου αντισυνταγματικός¹¹³. Το Σ.Σ. με την απόφαση αυτή στην πραγματικότητα «απένειμε» στους κοινούς δικαστές την αρμοδιότητα να ασκούν τον έλεγχο της συμβατότητας¹¹⁴.

Στη θεωρία, πάντως, διατυπώθηκαν αντίθετες απόψεις. Έτσι, υποστηρίχθηκε ότι η συγκέντρωση του ελέγχου συμβατότητας στο Σ.Σ. θα επέλυε τα ζητήματα της

Homme-l-europeanisation-heurtee-du-Conseil-constitutionnel-francais-449.html (μορφή pdf), τελευταία πρόσβαση στις 05.03.2018.

¹¹¹C-C, 15^η Ιανουαρίου 1975, 74-54 DC.

¹¹²Ό, τι η αρχή της αμοιβαιότητας δεν εφαρμόζεται στις διεθνείς συμβάσεις που κατοχυρώνουν ανθρώπινα δικαιώματα, βλ. *Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ*, Η ενσωμάτωση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη, ό.π., σ.176, *M.GUILLAUME*, «Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme», Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 3/2011, σ.67-95(67).

¹¹³C-C, 29^η Δεκεμβρίου 1969, 89-268 DC.

¹¹⁴*A.DERRIEN*, Les juges français de la constitutionnalité, Etude sur la construction d'un système contentieux, Conseil Constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de Cassation: trois juges pour une norme, Ant.N.Sakkoulas-Bruylant, Athènes-Bruxelles 2003, σ.119.

ανασφάλειας δικαίου που προκαλεί η διάχυτη και αντιφατική, σε πολλές περιπτώσεις, κρίση περί της συμβατότητας του νόμου των κοινών δικαστηρίων¹¹⁵. Επιπλέον, υποστηρίχθηκε ότι, ενόψει της ταυτότητας ή έστω της κανονιστικής ομοιότητας του περιεχόμενου πολλών διατάξεων των διεθνών συμβάσεων με το σύνταγμα, η λογική διαδικασία των δύο ελέγχων είναι κοινή και καταλήγει στο ίδιο κανονιστικό αποτέλεσμα¹¹⁶, με συνέπεια να λαμβάνει χώρα από τα δικαστήρια, κατά την άσκηση του ελέγχου συμβατότητας, ένας διάχυτος και κεκαλυμμένος έλεγχος της συνταγματικότητας, που στις χώρες του διάχυτου ελέγχου δεν θέτει ιδιαίτερα ζητήματα, αλλά στις χώρες του συγκεντρωτικού ελέγχου μπορεί να δημιουργήσει προβλήματα σύγκρουσης αρμοδιοτήτων μεταξύ των κοινών δικαστηρίων και του Σ.Δ.¹¹⁷.

Ωστόσο, το Σ.Σ της Γαλλίας εμμένει μέχρι και σήμερα σθεναρά στη θέση ότι δεν υπάγεται στη δικαιοδοσία του η άσκηση του ελέγχου της συμβατότητας των νόμων με το διεθνές δίκαιο. Με τελευταία του απόφαση στο πλαίσιο πλέον του παρεμπόπτοντος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων¹¹⁸ έκρινε εκ νέου¹¹⁹ ότι οι δύο έλεγχοι, συνταγματικότητας και συμβατότητας, είναι διακριτοί, ενώ ο κανόνας της προτεραιότητας άσκησης του ελέγχου της συνταγματικότητας από τον κοινό δικαστή, δεν είναι παρά ένας διαδικαστικός κανόνας διάρθρωσης των δύο ελέγχων. Το δικαστήριο επανέλαβε ότι η τυπική υπεροχή των διεθνών συνθηκών στη γαλλική έννομη τάξη και η τήρησή της δεν επιτάσσεται από κανέναν κανόνα δικαίου ή γενική αρχή να διασφαλίζεται μέσω του ελέγχου συνταγματικότητας (σκ.10). Επαναδιατυπώνει την αναρμοδιότητά του να ελέγχει την συμβατότητα των νόμων (σκ.16), ενώ διακηρύττει ρητά ότι η θέσμιση του συγκεκριμένου ελέγχου συνταγματικότητας δεν θέτει σε αμφισβήτηση τη θεμελιώδη διάκριση μεταξύ ελέγχου συνταγματικότητας και συμβατότητας, καταλήγοντας ότι ο έλεγχος αυτός ανήκει στην αρμοδιότητα των κοινών δικαστηρίων, χωρίς ο λόγος της

¹¹⁵P.GAÏA, Le contrôle de conventionnalité, ό.π., σ.202.

¹¹⁶A.DERRIEN, Les juges français de la constitutionnalité, ό.π., σ.118.

¹¹⁷A.ALEN/M.MELCHIOR, «Les relations entre les Cours Constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes. Rapport générale», σ.1-57(11), Εισήγηση στην conférence des Cours Constitutionnelles Européennes, XIème Congres, Bryxelles, Palais D'Egmont, 14-16 Μαΐου 2002, in <http://www.confueconstco.org/reports/rep-xii/Rapport-general-FR.pdf>, τελευταία πρόσβαση στις 11.01.2018.

¹¹⁸C-C, 12^η Μαΐου 2010, 2010-605 DC, AJDA, 2010, σ.1048.

¹¹⁹Για τη σχέση της γαλλικής με την ενωσιακή έννομη τάξη, ειδικότερα, βλ. Α.ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, «Η εξέλιξη των σχέσεων της γαλλικής με την ενωσιακή έννομη τάξη» σε Τιμητικός Τόμος για τον Καθηγητή Λουκά Θεοχαρόπουλο και την Καθηγήτρια Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαρόπουλου, τόμος II, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, Θεσσαλονίκη 2009, σ.439-478.

αντισυμβατότητας να συνιστά λόγο αντισυνταγματικότητας (σκ.11). Το δικαστήριο έκρινε επίσης πως το γεγονός ότι ένας νόμος κρίνεται συνταγματικός με απόφασή του, έχουσα ισχύ *erga omnes*, η οποία δεσμεύει όλα τα δικαιοδοτικά όργανα της γαλλικής έννομης τάξης, δεν αποκλείει ούτε τον (μεταγενέστερο) έλεγχο συμβατότητας της ίδιας διάταξης ούτε την κρίση περί αντισυμβατότητάς της από τα κοινά δικαστήρια, στα οποία ανήκει πλήρως η αρμοδιότητα άσκησης του ελέγχου αυτού (σκ.13)¹²⁰.

Το Σ.Σ. αποφάνθηκε δηλαδή ότι παρά το ότι ένας νόμος κρίνεται με απόφασή του ότι δεν αντίκειται στο σύνταγμα, δεν αποκλείει τη δυνατότητα να κηρυχθεί στη συνέχεια αντίθετος σε μία διεθνή σύμβαση στο πλαίσιο του παρεμπόπτοντος ελέγχου συμβατότητας των κοινών δικαστηρίων. Ένας νόμος που κρίθηκε συνταγματικός δεν απολαμβάνει μ' αυτή την έννοια ένα τεκμήριο συμβατότητας. Το ζήτημα αυτό ήταν εριζόμενο στη γαλλική θεωρία, καθώς είχε υποστηριχθεί ότι οι διατάξεις που κρίθηκαν με απόφαση του Σ.Σ. σύμφωνες με το σύνταγμα, καταρχήν, δεν μπορούν να υπαχθούν μεταγενεστέρως σε έλεγχο συμβατότητας, ενόψει της υπεροχής του συντάγματος επί του διεθνούς δικαίου¹²¹.

V. Έλεγχος συνταγματικότητας και έλεγχος συμβατότητας στην ελληνική έννομη τάξη – η νομική φύση των δύο ελέγχων

Στην Ελλάδα, υποστηρίχθηκε ότι ο έλεγχος συνταγματικότητας διακρίνεται από τον έλεγχο συμβατότητας, καθώς η κρίση της αντισυνταγματικότητας έχει έναν χαρακτήρα απόλυτο και οριστικό, ενώ η κρίση της αντισυμβατότητας είναι σχετική, αφού περιορίζεται από το οριοθετημένο πεδίο εφαρμογής της διεθνούς σύμβασης και εξαρτάται από την προϋπόθεση της αμοιβαιότητας. Συνακόλουθα, ένας νόμος αντίθετος σε διεθνή

¹²⁰Βλ. σχολιασμό της απόφασης αυτής σε *A.LEVADE*, «L'articulation des contrôles ou la réponse du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation», *Constitutions*, 4/2010, σ.387 -388.

¹²¹*D.De BECHILLON/N.MOLFESSIS*, «Sur les rapports entre le Conseil Constitutionnel et les diverses branches du droit propos introductifs», *Cahier du Conseil Constitutionnel*, 16/2004, σ.1-7(3) σε <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51972.pdf>, καθώς και *D.De BECHILLON*, «De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire», *RFDA*, 14/1998, σ.225 επ.(232), ο οποίος υποστήριξε ότι ο κοινός δικαστής μπορεί να θεωρήσει ότι κάθε φορά που το Σ.Σ. κρίνει μία διάταξη συνταγματική, δεν αποφαινεται για την αντισυμβατότητά της, και δεδομένου ότι υφίσταται μεταξύ των δύο νομικών κρίσεων (συνταγματικότητας και συμβατότητας) διαφορά νομικής αιτίας, να προβεί σε έλεγχο της συμβατότητάς της και να την κρίνει αντισυμβατική, ωστόσο, η λύση αυτή είναι υπερφορμαλιστική και κλονίζει το κύρος των αποφάσεων του Σ.Σ.

σύμβαση δεν είναι εξ ορισμού και αντισυνταγματικός¹²².

Πράγματι, ο έλεγχος της συμβατότητας του νόμου με διάταξη διεθνούς σύμβασης δεν απορροφάται ούτε εξομοιώνεται με τον έλεγχο της συνταγματικότητας του νόμου, παρά το ότι στο ελληνικό δίκαιο η υπέρτερη τυπική ισχύς των διεθνών συμβάσεων έναντι των νόμων, ήτοι το θεμέλιο του ελέγχου της συμβατότητας, ανευρίσκεται στο άρθρο 28 του Συντάγματος¹²³. Και τούτο, διότι, όπως ορθά παρατήρησε ο Αρναούτογλου, αφενός το άρθρο 28 του Συντάγματος δεν απονέμει συνταγματική ισχύ στις διεθνείς συμβάσεις, αλλά προσδίδει σ' αυτές ισχύ υπέρτερη των κοινών νόμων και υποδεέστερη του Συντάγματος¹²⁴, και αφετέρου, παρόλο που το Σύνταγμα- κείμενο που εγγενώς και εξ ορισμού ρυθμίζει την παραγωγή και τη θέση των κανόνων δικαίου στην εσωτερική έννομη τάξη- κανονικοποιεί την ένταξη και την ισχύ των κανόνων του διεθνούς δικαίου στο εσωτερικό δίκαιο, τούτο δεν συνεπάγεται ότι τα ζητήματα που δημιουργούνται γύρω από την ερμηνεία, εφαρμογή και σχέση των κανόνων αυτών με άλλους κανόνες δικαίου της έννομης τάξης που καλούνται να συνυπάρξουν είναι εξ ορισμού συνταγματικά¹²⁵.

Πάντως, στο ίδιο πλαίσιο, υποστηρίχθηκε στη θεωρία ότι ο έλεγχος των νόμων με κανόνα αναφοράς τις διεθνείς συμβάσεις θεμελιώνεται μεν στο άρθρο 28 παρ.1 του Συντάγματος, ταυτόχρονα, όμως, ο έλεγχος αυτός υποκρύπτει και έναν έλεγχο της συνταγματικότητας, ήτοι τον έλεγχο εφαρμογής του άρθρου 28 του Συντάγματος¹²⁶. Επίσης, ο Βενιζέλος υποστήριξε ότι στο πλέγμα των διατάξεων που συνθέτουν τη βάση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας περιλαμβάνεται και το άρθρο 28 παρ.1 του Συντάγματος¹²⁷, εντάσσοντας τη διαδικασία του ελέγχου συμβατότητας στον έλεγχο της συνταγματικότητας¹²⁸. Υπ' αυτή τη θεώρηση, ο ερμηνευτής έχει προαποφασίσει ότι η

¹²²Για τη μεταφορά αυτής της λογικής του γαλλικού στο ελληνικό δίκαιο, βλ. Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Νόμος αντίθετος προς διεθνή σύμβαση είναι αντισυνταγματικός;, ό.π., σ.558.

¹²³Ότι η θεμελίωση της υπεροχής του διεθνούς δικαίου έναντι των κοινών νόμων στο ίδιο το Σύνταγμα μπορεί να οδηγήσει σε επιχειρήματα υπέρ της ταύτισης του ελέγχου συμβατότητας με τον έλεγχο συνταγματικότητας, βλ. Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *ibidem*, σ.551-552.

¹²⁴Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *ibidem*, σ.532.

¹²⁵Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *ibidem*, σ.554-558.

¹²⁶Α.ΡΑΙΚΟΣ, Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμος Ι, Εισαγωγή-Οργανωτικό μέρος, (2^η έκδοση), Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σ.1078.

¹²⁷Ε.ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ, «Η ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου στο πλαίσιο του ελληνικού συστήματος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων», σε Ε.ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ/Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ, Το πρόβλημα της συνταγματικής δικαιοσύνης στην Ελλάδα, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2006, σ.11-45(17).

¹²⁸Ε.ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ *ibidem*.

θέσπιση ενός αντισυμβατικού νόμου από τον νομοθέτη οδηγεί ή αποτελεί μία παραβίαση του άρθρου 28 παρ.1 του Συντάγματος, διευρύνοντας την έννοια της αντισυνταγματικότητας και το πλαίσιο της άσκησης του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Μ' αυτή την έννοια, όμως, προαποδεχόμαστε ότι κάθε παραβίαση του νόμου αποτελεί παραβίαση του Συντάγματος, κι ως εκ τούτου, η αποδοχή της άποψης αυτής θα παρέλκε και την έννοια της νομιμότητας, διαπλάθοντας μία υπερέννοια αντισυνταγματικότητας¹²⁹.

Αντίθετα, οι διεθνείς κανόνες διατηρούν τη φύση τους ως διεθνείς κανόνες δικαίου και μετά την κύρωσή τους, ενώ η αντίθεση των κοινών νόμων με το ουσιαστικό περιεχόμενό τους οδηγεί στη μη εφαρμογή τους στη συγκεκριμένη περίπτωση. Εξάλλου, ο έλεγχος της συμφωνίας των νόμων με το διεθνές δίκαιο θεμελιώνεται στο άρθρο 28 παρ.1¹³⁰ και όχι στο άρθρο 93 παρ.4 του Συντάγματος.

Η ιδιαίτερη νομική φύση του ελέγχου της συμβατότητας των νόμων στηρίζεται στο γεγονός ότι ο έλεγχος αυτός δεν αποτελεί έλεγχο περί της ισχύος του νόμου, αλλά έλεγχο που αποσκοπεί στην προτεραιότητα εφαρμογής της διεθνούς συμβάσεως¹³¹. Συνακόλουθα, η διάκριση του ελέγχου συμβατότητας από τον έλεγχο της συνταγματικότητας θεμελιώνεται στην αρχή της ιεραρχίας των κανόνων δικαίου, σύμφωνα με τις αυστηρές συλλήψεις του Κέλσεν.

Το σύνταγμα, όπως μας δίδαξε ο Κέλσεν, προσδιορίζει και εξαρτά την ισχύ των λοιπών κανόνων δικαίου της έννομης τάξης. Στο πλαίσιο της θεωρίας του Κέλσεν, οι κανόνες δικαίου αντλούν την ισχύ τους ο ένας από τον άλλο, μέχρι το τέλος αυτής της διαδικασίας αναζήτησης της ισχύος που καταλήγει στο Σύνταγμα. Επομένως, για την ένταξη ενός εθνικού κανόνα δικαίου στην έννομη τάξη απαραίτητη είναι η εφαρμογή του Συντάγματος.

Αντίθετα, οι νόμοι δεν εξαρτούν την ισχύ τους από τις διεθνείς συμβάσεις ούτε οι

¹²⁹Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Νόμος αντίθετος προς διεθνή σύμβαση είναι αντισυνταγματικός;, ό.π., σ.557-558.

¹³⁰Μ.ΚΥΠΡΑΙΟΣ, «Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια. Συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 28 του συντάγματος για την ένταξη στην ΕΟΚ», in Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας 1929-1979 (I), Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήναι-Κομοτηνή 1979, σ.201-270(241).

¹³¹Μ.ΚΥΠΡΑΙΟΣ, Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων από τα δικαστήρια, ό.π., σ.222.

διεθνείς συμβάσεις από το Σύνταγμα, κι ως εκ τούτου, η αντίθεση των νόμων σε μία διεθνή σύμβαση δεν επιφέρει την παύση της ισχύος τους, αλλά τη μη εφαρμογή τους¹³². Οι εσωτερικοί κανόνες δικαίου αντλούν την ισχύ τους από το Σύνταγμα, καθώς γεννιούνται σύμφωνα με τη διαδικασία και από το όργανο που καθορίζεται από τις διατάξεις του, ενώ αντίθετα οι κανόνες του διεθνούς δικαίου έχουν δική τους, αυτόνομη δικαιοπαγωγική βάση¹³³. Οι διεθνείς συμβάσεις δεν δημιουργούνται με νομική βάση το Σύνταγμα ούτε από τα όργανα του εθνικού κράτους, αλλά μετά τη δημιουργία τους από υπερεθνικά όργανα εντάσσονται στην εσωτερική έννομη τάξη με ισχύ υπέρτερη του τυπικού νόμου. Τούτο σημαίνει ότι οι διεθνείς συμβάσεις δεν αντλούν την ισχύ τους από το Σύνταγμα, αλλά θεμελιώνουν την ισχύ τους σ' αυτό, κι ως εκ τούτου, δεν εξαρτούν την ισχύ του νόμου, ακόμη κι αν είναι ιεραρχικά ανώτεροι από αυτόν¹³⁴. Οι διεθνείς συμβάσεις εντάσσονται σ' αυτή την ιδεατή ιεραρχία των κανόνων δικαίου, αλλά ταυτόχρονα βρίσκονται έξω από τη στενή έννοιά της.

Οι διεθνείς συμβάσεις έχουν μία «αυτόνομη πηγή ισχύος¹³⁵», αποκτούν τη διεθνή ισχύς τους σύμφωνα με τους διεθνείς κανόνες και μόνον την εσωτερική ισχύς τους σύμφωνα με το Σύνταγμα¹³⁶.

Για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ελέγχονται οι νόμοι αναφορικά με τη συμβατότητα τους από ένα δικαστή που οι συνέπειες του ελέγχου που ασκεί δεν είναι η ακύρωση του νόμου¹³⁷ και στο πλαίσιο μίας διαφορετικής διαδικασίας από αυτή του ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων.

Μ' αυτή την έννοια, όπως τόνισε η Ακουμιανάκη, η ιεραρχική πυραμίδα του Κέλσεν περιορίζεται στο πλαίσιο της εθνικής έννομης τάξης, ενώ αν θέλουμε να εντάξουμε σ' αυτή

¹³²E.BRUCE, Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité, ό.π., σ.545-546.

¹³³E.BRUCE, ibidem.

¹³⁴E.BRUCE, ibidem.

¹³⁵Η έκφραση αυτή παρατίθεται στη διδακτορική διατριβή της Δάφνη Ακουμιανάκη και αποδίδεται στον R.KOVAR, όπως παραπέμπεται από J.-C.GAUTRON, «Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in De la Communauté de droit à l'Union de droit, (dir.J.RIDEAU), LGDJ, Paris 2000, σ. 25-64(28).

¹³⁶M.VIRRALY, «Cours général de droit international public, Souveraineté des Etats et autorité de droit», RCADI, 183/1983, σ.165-246(211).

¹³⁷E.BRUCE, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité», σ.1-28(20), σε <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BRUCE2.pdf>, τελευταία πρόσβαση στις 05.03.2018.

τους κανόνες δικαίου που προέρχονται από άλλα δικαιιοπαραγωγικά όργανα ή άλλες έννομες τάξεις¹³⁸, τότε αναπόφευκτα θα δημιουργήσουμε περισσότερες παράλληλες ιεραρχίες στο πλαίσιο της ίδιας έννομης τάξης¹³⁹, που κάθε μία έχει τους δικούς της κανόνες και τη δική της λογική¹⁴⁰.

Όπως γράφει ο Μανιτάκης «η πυραμιδωτή αναπαράσταση και ιεράρχηση των πηγών του Δικαίου είναι μια θεωρητική κατασκευή, που αναπαριστάνει την εσωτερική κατά βάση διάρθρωση των κανόνων μιας έννομης τάξης και δεν επεκτείνεται κατ' ανάγκην στη διάρθρωση δύο διαφορετικών εννόμων τάξεων ούτε στη μεταξύ τους σχέση ισχύος. Η ιεράρχηση αφορά, άρα, κάθε έννομη τάξη, ξεχωριστά, την εσωτερική διάρθρωση των κανόνων της. Αποδίδει τις σχέσεις ισχύος που διατηρούν οι πηγές μεταξύ τους και ειδικότερα την εξάρτηση της ισχύος της μίας πηγής από την άλλη, έχοντας στην κορυφή τους το Σύνταγμα¹⁴¹».

Επομένως, νόμος που αντίκειται σε διεθνή σύμβαση δεν είναι ανίσχυρος. Η αντίθεση του νόμου με τη διεθνή σύμβαση δεν επιδρά στην ισχύ του, αλλά οδηγεί στη μη εφαρμογή του σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση¹⁴².

Από την ίδια οπτική το ζήτημα αυτό από πλευράς ενωσιακού δικαίου έθεσε στην ελληνική έννομη τάξη η Παπαδοπούλου. Η Παπαδοπούλου τονίζει ότι η υπεροχή της ενωσιακής έννομης τάξης μπορεί να ιδωθεί και ως μία σχέση ιεραρχικής υπεροχής, που προϋποθέτει μία ιεραρχική διαβάθμιση μεταξύ των εθνικών και ενωσιακών κανόνων δικαίου, όχι, όμως, υπό την έννοια της εξάρτησης της ισχύος του ενός κανόνα από τον άλλο, δεδομένου ότι οι κανόνες αυτοί δικαίου προέρχονται από διαφορετικά δικαιιοπαραγωγικά συστήματα και δεν ανάγονται έστω σε μία κοινή βάση ενός τρίτου

¹³⁸B. MATHIEU, «Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français», RFDC, 4/2007, σ.675-693(675). Όπως παρατηρεί η Παπαδοπούλου, η κοινοτική έννομη τάξη άλλοτε χαρακτηρίζεται ως αυτοτελής και ανεξάρτητη έννομη τάξη και άλλοτε ότι το κοινοτικό δίκαιο εντάσσεται ή ενσωματώνεται στην εθνική έννομη τάξη, αποτελώντας αναπόσπαστο τμήμα της, βλ. Α.ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα και κοινοτικό δίκαιο, ό.π., σ.120.

¹³⁹D. AKOUMIANAKI, Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel, ό.π., σ.34-45, η οποία προτιμά να μιλήσει για ένα δίκτυο (reseau) κανόνων δικαίου.

¹⁴⁰J.-S. BERGE, «De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux», Journal du droit international, 1/2013, σ.3-25.

¹⁴¹Βλ. Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Η προτεραιότητα εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου έναντι του Συντάγματος, η εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος και η τεχνική της αναλογικότητας, ό.π., σ.319.

¹⁴²Α.ΠΑΠΑΛΑΜΠΡΟΥ, «Μερικές σκέψεις για την έννοια του νόμου και για το πρόβλημα του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων», ΤοΣ, 1983, σ.392-442(423¹⁵).

κανονιστικού μοντέλου που ενοποιεί τη νομοθετική αρμοδιότητα των φορέων της κυριαρχίας τους¹⁴³, αλλά σε μία σχέση προτεραιότητας εφαρμογής του ενωσιακού κανόνα δικαίου. Η Παπαδοπούλου τελικώς διακρίνει μεταξύ υπεροχής και προτεραιότητας εφαρμογής. Η σύγκρουση μεταξύ εθνικού και ενωσιακού κανόνα δικαίου ανακύπτει κυρίως στην περίπτωση όπου σ' ένα συγκεκριμένο θεματικό πεδίο η Ευρωπαϊκή Ένωση (Ε.Ε.) έχει αποκλειστικές ή συντρέχουσες αρμοδιότητες. Αν υπάρξει σύγκρουση μεταξύ διατάξεως του ενωσιακού δικαίου και αυτής του εθνικού δικαίου, τότε αυτή θα επιλυθεί με το κριτήριο της προτεραιότητας της εφαρμογής του ενωσιακού κανόνα, όπου απλά η ενωσιακή διάταξη εφαρμόζεται μεν, αλλά δεν αίρει την ισχύ του αντίθετου εθνικού κανόνα δικαίου, ο οποίος εφαρμόζεται σε άλλες περιπτώσεις που δεν συνέχονται με το ενωσιακό δίκαιο¹⁴⁴. Μ' αυτή την έννοια φαίνεται να υποστηρίζει τελικώς ότι η υπεροχή μεταλλάσσεται στο πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου σε προτεραιότητα εφαρμογής, όπου η ιεραρχία μεταξύ εθνικού και ενωσιακού κανόνα δικαίου υποκρύπτεται επιμελώς ή δεν τίθεται διόλου¹⁴⁵. Και τούτο, διότι ο έλεγχος συμβατότητας δεν είναι ένας έλεγχος ισχύος¹⁴⁶.

Ενόψει τούτων, ο έλεγχος της συνταγματικότητας αποτελεί διακριτό έλεγχο από τον έλεγχο της συμβατότητας τόσο ως προς τον κανόνα αναφοράς του, όσο και από τις έννομες συνέπειες που παράγονται από την άσκησή του.

Εξάλλου, επιπλέον, δεν πρέπει να παραβλέπουμε ότι ο έλεγχος της συμβατότητας των νόμων με την Ε.Σ.Δ.Α. έχει ένα ιδιαίτερο χαρακτηριστικό γνώρισμα: ότι η Σύμβαση λειτουργεί επικουρικά σε σχέση με τις εσωτερικές ρυθμίσεις, αναφορικά με την προστασία και εφαρμογή των θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Η Σύμβαση δεν λειτουργεί με όρους ιεραρχίας, αλλά έχει ως σκοπό την αποτελεσματική εφαρμογή των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται σ' αυτή. Η σύμβαση

¹⁴³Λ.ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, Εθνικό Σύνταγμα και κοινοτικό δίκαιο, ό.π., σ.198, με αναφορές στα ομοσπονδιακά μοντέλα οργάνωσης των κρατών, όπου η ιεραρχική διάρθρωση των κανόνων δεν αναιρείται από το γεγονός ότι οι φορείς της κυριαρχίας αντλούν τη νομοθετική τους αρμοδιότητα από διαφορετικές πηγές πρωτογενούς εξουσίας, σ.198³¹² και τις εκεί αναφερόμενες βιβλιογραφικές παραπομπές.

¹⁴⁴Λ.ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, ibidem, σ.200.

¹⁴⁵Λ.ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, ibidem, σ.204-205.

¹⁴⁶Για το ζήτημα αυτό, βλ. και Α.ΜΕΤΑΞΑ, «Σκέψεις για την ποιοτική ιδιαιτερότητα της ενωσιακής έννομης τάξης», ΕφημΔΔ, 3/2016, σ.346-355(352).

λειτουργεί επικουρικά και συμπληρωματικά σε σχέση με τις ρυθμίσεις του εθνικού δικαίου και έρχεται να ζητήσει την επιτακτική εφαρμογή της, όταν η προστασία που παρέχει με το κανονιστικό περιεχόμενό της είναι μεγαλύτερη από την προστασία των εθνικών διατάξεων¹⁴⁷. Κατοχυρώνει ένα στάνταρντ μίνιμουμ των θεμελιωδών δικαιωμάτων¹⁴⁸. Έτσι, οι δύο έλεγχοι μπορούν να ειπωθούν όχι μόνο μέσα από τη διάκρισή τους και την αυτοτέλεια που διατηρούν ο ένας από τον άλλο, αλλά μέσα από μία σχέση παραπληρωματικότητας. Ο δικαστής, μέσα από μία στάθμιση συγκρινόμενης αποτελεσματικότητας, θα αναδείξει ποια διάταξη παρέχει την πληρέστερη προστασία, ώστε ο αντίστοιχος έλεγχος να προηγηθεί και ο άλλος να απορριφθεί ως αλυσιτελής.

Την ίδια οπτική προτείνει και ο Μανιτάκης, ο οποίος θεωρεί ότι ακριβώς λόγω της αρχής της αποτελεσματικότερης προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων των διαδίκων και της εφαρμογής της διάταξης που παράσχει την εκτενέστερη προστασία, θα πρέπει οι σχετικές διατάξεις, του Συντάγματος και της Ε.Σ.Δ.Α., καταρχήν να ερμηνεύονται συνδυαστικά λόγω της ταυτότητας του πεδίου εφαρμογής τους και του κανονιστικού περιεχομένου τους¹⁴⁹. Εξάλλου, ο δικαστής αναζητά το «νόημα» της πληρέστερης προστασίας πέρα από τις τυπικές ιεραρχίες¹⁵⁰.

Ως εκ τούτων, ο έλεγχος της συνταγματικότητας είναι έλεγχος του συνταγματικού κανόνα με τον νομοθετικό κανόνα, προκειμένου να κριθεί, αν υφίσταται αντίθεση ή μη μεταξύ τους. Αντίθετα, στον έλεγχο συμβατότητας, ο δικαστής καλείται να ελέγξει, αν υπήρξε από την εφαρμογή του νόμου παραβίαση ενός θεμελιώδους δικαιώματος που κατοχυρώνεται στη Σύμβαση. Ο πρώτος έλεγχος είναι αμιγώς έλεγχος νοημάτων, με σκοπό και τη διαπίστωση του ισχυρού ή ανίσχυρου του κοινού κανόνα δικαίου, ενώ ο δεύτερος έχει ως στόχο να κρίνει ο δικαστής, αν προστατεύθηκε επαρκώς ένα θεμελιώδες δικαίωμα

¹⁴⁷D.AKOUMIANAKI, Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel, ό.π., σ.130.

¹⁴⁸G.COHEN-JONATHAN, «La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme», in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, Paris 2007, σ.1127-1153(1138).

¹⁴⁹Βλ. P.WACHSMANN, «L'article 55 de la Constitution et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme», RDP, 1998, σ.1671-1685(1679), J.ANDRIANTSIMBAZOVINA, «L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », RFDA, 2002, σ.127-129.

¹⁵⁰A.MANITAKΗΣ, Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατικότητας, ό.π., σ.2548.

του διαδίκου ή αν αντίθετα παραβιάστηκε¹⁵¹. Ο κοινός δικαστής, ως δικαστής της συνταγματικότητας, έχει ως επάλληλο στόχο του, μέσω του ελέγχου του, τη διασφάλιση της συνοχής της έννομης τάξης και τον έλεγχο του ισχυρού ή ανίσχυρου του νόμου. Αντίθετα, ο δικαστής της συμβατότητας, στο πλαίσιο της Ε.Σ.Δ.Α., επιδιώκει κυρίως την εφαρμογή και διασφάλιση του σεβασμού των δικαιωμάτων του ανθρώπου¹⁵². Μ' αυτή τη λογική, οι έννομες συνέπειες των δύο ελέγχων είναι και για έναν επόμενο λόγο διαφορετικές. Στην περίπτωση της αντισυμβατότητας, οι έννομες συνέπειες της επιδιώκουν κυρίως την αποκατάσταση της βλάβης που υπέστη το φυσικό ή νομικό πρόσωπο από την παραβίαση των δικαιωμάτων του, ενώ στην περίπτωση της αντισυνταγματικότητας, την κατάργηση ή την κήρυξη του ανίσχυρου της αντισυνταγματικής διατάξεως.

α. Η διάρθρωση των δύο ελέγχων στην ελληνική έννομη τάξη-συγκρούσεις αρμοδιοτήτων μεταξύ των δικαστικών οργάνων

Ποια θα ήταν, όμως, η πρακτική σημασία του θεωρητικού καταρχήν ζητήματος της σχέσης του ελέγχου συμβατότητας με τον έλεγχο συνταγματικότητας, και, ειδικότερα, της απορρόφησης του πρώτου από τον δεύτερο στην ελληνική έννομη τάξη;

Στην Ελλάδα η διάκριση ή αντίθετα η ταύτιση ή εξομοίωση του ελέγχου συμβατότητας με τον έλεγχο συνταγματικότητας έχει ιδιαίτερη πρακτική σημασία αναφορικά με τη θεμελίωση της δικαιοδοσίας του Α.Ε.Δ. Αν αποδεχθούμε ότι ο έλεγχος της συμβατότητας των νόμων εξομοιώνεται με τον έλεγχο της συνταγματικότητας, τότε το Α.Ε.Δ. θα πρέπει να επιλαμβάνεται κάθε αμφισβήτησης που προκύπτει στην ελληνική έννομη τάξη από τις αντίθετες κρίσεις περί της αντισυμβατότητας διάταξης τυπικού νόμου που διατυπώνονται σε αποφάσεις των ανωτάτων δικαστηρίων.

Ωστόσο, το Α.Ε.Δ. με αποφάσεις του έχει διακρίνει τον έλεγχο της συνταγματικότητας των τυπικών νόμων από τον έλεγχο της συμβατότητάς τους προς το

¹⁵¹M.GUERRINI, «L' articulation de la question prioritaire de constitutionnalité avec les autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi», σε La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, (dir.L.GAY), Bruylant, Bruxelles 2014, (μορφή ebook), σ.561-571(568-569).

¹⁵²R.TINIERE, «Constitutionnalité et conventionnalité. Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme - Entre équivalence et complémentarité», RFDA, 2012, σ.621επ. (σ.624).

ενωσιακό και διεθνές δίκαιο. Έτσι, έκρινε σχετικά ότι στη δικαιοδοσία του υπάγεται μόνον ο έλεγχος της συμφωνίας της διάταξης τυπικού νόμου με διάταξη του Συντάγματος και όχι ο διαφορετικός έλεγχος της συμβατότητας με διάταξη του ενωσιακού δικαίου, διότι τέτοια αρμοδιότητα δεν προβλέφθηκε από τον συντακτικό νομοθέτη, ενόψει και των περιοριστικά αναφερόμενων στο Σύνταγμα αρμοδιοτήτων του. Περαιτέρω, έκρινε ότι δεν θα ήταν σκόπιμο να προβλεφθεί τέτοια αρμοδιότητα, δεδομένου ότι σε μία τέτοια περίπτωση τίθεται προεχόντως ζήτημα ερμηνείας του ενωσιακού κανόνα, ενώ αρμόδιο να επιλύει τα σχετικά ζητήματα ερμηνείας του ενωσιακού δικαίου είναι το Δ.Ε.Ε. Ως εκ τούτου, η πρόβλεψη μίας τέτοιας αρμοδιότητας θα ήταν αντίθετη και με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε., καθώς θα υποχρέωνε τα ανώτατα δικαστήρια να του παραπέμπουν το ζήτημα της αντισυμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο, αντί να κρίνουν τα ίδια ανεξάρτητα με ίδια κρίση το ζήτημα αυτό ή να παραπέμπουν απευθείας προδικαστικό ερώτημα στο Δ.Ε.Ε.¹⁵³. Εξάλλου, με τις υπ' αριθμόν 1/2012, 2/2012 και 25/2012 αποφάσεις του, το Α.Ε.Δ. έκρινε ότι δεν υπάγεται στη δικαιοδοσία του ο έλεγχος συμβατότητας των τυπικών νόμων με κανόνα αναφοράς τις διεθνείς συμβάσεις, διότι η αρμοδιότητα αυτή δεν απαριθμείται στις περιοριστικά αναφερόμενες στο Σύνταγμα αρμοδιότητές του.

Εξάλλου, είναι διαφορετικό το ζήτημα, αν το Α.Ε.Δ. μπορεί, αφού επιληφθεί αρμοδίως για τον έλεγχο συνταγματικότητας μίας διάταξης τυπικού νόμου, να ερμηνεύσει τις συνταγματικές διατάξεις σύμφωνα με την Ε.Σ.Δ.Α. ή να ασκήσει έλεγχο συμβατότητας επί της αμφισβητούμενης διάταξης.

Καταρχήν, παρά την αυστηρή οριοθέτηση της δικαιοδοσίας του Α.Ε.Δ., δεν αποκλείεται στο δικαστήριο, κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας, να ερμηνεύσει τις συνταγματικές διατάξεις σύμφωνα με την Ε.Σ.Δ.Α. ή το ενωσιακό δίκαιο¹⁵⁴ και στη συνέχεια να προβεί στην άσκηση του ελέγχου της συνταγματικότητας.

¹⁵³Βλ. ΑΕΔ 29/1999, σκ.4 και *Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟ*, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, ό.π., σ. 21.

¹⁵⁴*Α.ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ*, «Απονομιμοποίηση του νόμου και δικαστικός έλεγχος. Περί τοκοφορίας και λοιπών «προνομίων» του Δημοσίου, με αφορμή την ΑΕΔ 7/2011», *ΕφημΔΔ*, 5/2011, σ.729-752(745⁸⁹). Αν και ο συγγραφέας στην ίδια μελέτη, επιφυλασσόμενος, αναφέρει ότι δεν αποκλείεται η υποστήριξη και της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής, ήτοι ότι η έννοια του ελέγχου της ουσιαστικής αντισυνταγματικότητας του άρθρου 100 παρ.1 περ. ε' μπορεί να συμπεριλάβει τον έλεγχο συμβατότητας, ό.π.σ.746⁹⁹.

Ωστόσο, στο παρόν στάδιο, δεν φαίνεται ότι μπορούμε να υποστηρίξουμε σθεναρά ότι το δικαστήριο μπορεί να ασκήσει έλεγχο συμβατότητας επί της αμφισβητούμενης διάταξης του τυπικού νόμου κατά τον κύριο έλεγχο συνταγματικότητας που ασκεί. Το Α.Ε.Δ. στην 14/2013 απόφασή του, απέρριψε σχετικό ισχυρισμό των διαδίκων ότι οι ελεγχόμενες διατάξεις τυπικού νόμου αντίκεινται στην Ε.Σ.Δ.Α., ως απαράδεκτο, καθώς το ζήτημα αυτό δεν ήχθη προς κρίση ενώπιον του με την παραπεμπτική απόφαση του ανωτάτου δικαστηρίου (σκ.12). Πάντως, στη συγκλίνουσα με την πλειοψηφία, δεύτερη γνώμη που διατυπώθηκε στο πλαίσιο της 1/2012 απόφασης του Α.Ε.Δ., κρίθηκε ότι η ελεγχόμενη διάταξη του τυπικού νόμου δεν αντίκειται στο δικαίωμα της περιουσίας, που κατοχυρώνεται στο πρώτο πρόσθετο πρωτόκολλο της Ε.Σ.Δ.Α. Ως εκ τούτου, ασκήθηκε έλεγχος συμβατότητας επί της διάταξης.

Περαιτέρω, η διάκριση του ελέγχου συμβατότητας από τον έλεγχο της συνταγματικότητας αποκτά πρακτική σημασία στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 100 παρ.5 του Συντάγματος. Έτσι, ενώπιον του ΣτΕ, ανέκυψε το ζήτημα εάν, ενόψει των ρυθμίσεων του άρθρου 100 παρ.5 του Συντάγματος, όταν το τμήμα καταλήγει στην αντισυμβατότητα διάταξης τυπικού νόμου, υποχρεούται να παραπέμψει το σχετικό ζήτημα στην Ολομέλεια του δικαστηρίου. Το ΣτΕ έκρινε ότι σε περίπτωση που τμήμα του δικαστηρίου διαπιστώνει αντίθεση διατάξεως τυπικού νόμου σε διεθνή σύμβαση δεν παραπέμπει την υπόθεση στην Ολομέλεια, σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ.5 του Συντάγματος, δεδομένου ότι το ζήτημα αυτό δεν ταυτίζεται με το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας¹⁵⁵. Ωστόσο, κατά τη μειοψηφία της απόφασης, εφόσον για την επίλυση του ζητήματος συρρέουν οι διατάξεις του άρθρου 6 παρ.1 της Ε.Σ.Δ.Α. και του άρθρου 20 παρ.1 του Συντάγματος θα πρέπει το ζήτημα της συνταγματικότητας να παραπεμφθεί στην Ολομέλεια, καθώς κάθε περίπτωση μη εφαρμογής του νόμου καθιστά υποχρεωτική την παρεμβολή της Ολομέλειας, σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ.5 του Συντάγματος. Σε μεταγενέστερη απόφαση το δικαστήριο σε Ολομέλεια έκρινε ότι, όταν τμήμα του ΣτΕ κρίνει διάταξη νόμου αντίθετη με διάταξη διεθνούς συμβάσεως δεν

¹⁵⁵ΣτΕ 372/2005 (σκ.15). Ομοίως, ΣτΕ 781/2009 (σκ.6). Βλ.ΣτΕ 6/2010, όπου το δικαστήριο διακρίνει το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας, το οποίο παραπέμπει στην Ολομέλεια ενόψει του άρθρου 100 παρ.5 του Συντάγματος, από το ζήτημα της αντισυμβατότητας, το οποίο παραπέμπει σ' αυτή λόγω μείζονος σπουδαιότητας.

υποχρεούνται να παραπέμψει στην Ολομέλεια, διότι πρόκειται «για κανόνα ιεραρχίας του νόμου με τη διεθνή σύμβαση¹⁵⁶», ήτοι ότι δεν πρόκειται για ζήτημα συνταγματικότητας.

Στο πλαίσιο της ανωτέρω προβληματικής, εντάσσεται και το ζήτημα της τύχης του ελέγχου συμβατότητας, όταν, αφού το Σ.Δ. της έννομης τάξης των συγκεντρωτικών συστημάτων ελέγχου κρίνει ένα νόμο αντίθετο στο Σύνταγμα, περιορίσει ταυτόχρονα τον χρόνο έναρξης του ανίσχυρού του, ήτοι καθορίσει την επέλευση του ανίσχυρου σε χρόνο μεταγενέστερο της έναρξης της τυπικής ισχύος του νόμου¹⁵⁷. Δεδομένου ότι στο παρόν στάδιο δεν φαίνεται ότι υφίσταται αυτοτελής εξουσία του συνταγματικού δικαστή να περιορίσει τον χρόνο επέλευσης του «ανίσχυρου» της διάταξης του νόμου που αντίκειται στην Ε.Σ.Δ.Α. ή το ενωσιακό δίκαιο¹⁵⁸, αφού έννομη συνέπεια του ελέγχου αυτού δεν είναι το ανίσχυρο του ελεγχόμενου κανόνα δικαίου, αλλά η επιτακτική εφαρμογή του κανόνα αναφοράς, δεν προκύπτει αδυναμία του κοινού δικαστή να ασκήσει τον έλεγχο συμβατότητας στη συνέχεια και να κρίνει την ίδια διάταξη αντίθετη με το ενωσιακό δίκαιο ή την Ε.Σ.Δ.Α., ακόμη και για χρόνο που ο νόμος αυτός δεν θεωρείται ανίσχυρος, ένεκα της αντισυνταγματικότητάς του.

Ως εκ τούτου, ακόμη κι αν το Σ.Δ. μεταθέσει τον χρόνο έναρξης του ανίσχυρου της αντισυνταγματικής διατάξεως σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο από την έκδοση του νόμου ή τη δημοσίευση της αποφάσεώς του, με συνέπεια ο κοινός δικαστής σε υποθέσεις όπου το ένδικο βοήθημα ή μέσο που έχει ασκηθεί αφορά σε εφαρμογή πραγματικών περιστατικών που έχουν συντελεστεί σε χρόνο προγενέστερο από τον χρόνο ορισμού επέλευσης του ανίσχυρου, να μην δικαιούται να διαπιστώσει το ανίσχυρο της αντισυνταγματικής διάταξης στην υπόθεση που εκδικάζει, τούτο δεν του στερεί την

¹⁵⁶βλ.ΣτΕ 169/2010, (σκ. 10), ΕΔΚΑ, 2010, σ.234 επ.

¹⁵⁷Για το ζήτημα αυτό, βλ. Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ, «Οι έννομες συνέπειες της διάγνωσης της αντισυνταγματικότητας στο συγκεντρωτικό σύστημα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων και το ζήτημα της μετάθεσης του χρόνου έναρξης του ανίσχυρου του αντισυνταγματικού νόμου», σε <https://www.ddikastes.gr/node/2033>, τελευταία πρόσβαση στις 05.03.2018.

¹⁵⁸Β.ΣΤΙΡΝ, «L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ?», 1-6(5) σε <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-utilisation-des-moyens-de-constitutionnalite-et-de-conventionnalite-devant-le-juge-de-droit-commun-vers-un-reequilibrage> (μορφή pdf), τελευταία πρόσβαση στις 05.03.2018.

εξουσία να ασκήσει έλεγχο συμβατότητας επί της ίδιας διάταξης¹⁵⁹ και να μην την εφαρμόσει, ενόψει της αντισυμβατότητάς της¹⁶⁰.

Μ' αυτή την έννοια, ο έλεγχος της συμβατότητας των νόμων μπορεί να ασκηθεί για τον διάδικο, εκεί που σταματά ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων¹⁶¹.

Εξάλλου, τούτο επιτάσσεται τόσο από το ενωσιακό δίκαιο όσο και από την Ε.Σ.Δ.Α. Το Δ.Ε.Ε έχει κρίνει¹⁶² ότι ακόμη κι αν το Σ.Δ. της εθνικής έννομης τάξης κρίνει ένα νόμο αντισυνταγματικό, αποφασίζοντας να διατηρήσει τα έννομα αποτελέσματά του στην έννομη τάξη, μεταθέτοντας τον χρόνο έναρξης του ανίσχυρού του, τούτο δεν εμποδίζει ένα κοινό δικαστήριο της έννομης τάξης να κρίνει τον ίδιο νόμο αντίθετο στο ενωσιακό δίκαιο και ανεφάρμοστο, καθώς αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα ήταν ανεπίτρεπτη για την αρχή της ενότητας και της αποτελεσματικότητας του δικαίου της Ένωσης, καθώς και της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου¹⁶³. Εξάλλου, τόνισε ότι την εξουσία προσωρινής αναστολής ενός εφαρμοστέου κανόνα δικαίου της Ένωσης διαθέτει μόνον το ίδιο, και όχι τα δικαστήρια των εθνικών εννόμων τάξεων¹⁶⁴.

Στο πλαίσιο αυτό, το ίδιο ζήτημα μπορεί να ανακύψει και στην ελληνική έννομη τάξη, μετά την έκδοση των αποφάσεων του ΣτΕ, με τις οποίες κρίθηκε ότι το δικαστήριο έχει την εξουσία να μεταθέτει τον χρόνο έναρξης του ανίσχυρου του αντισυνταγματικού νόμου, μετά την έναρξη της τυπικής του ισχύος. Στην περίπτωση αυτή, όταν, δηλαδή, το δικαστήριο μεταθέσει τον χρόνο έναρξης του ανίσχυρου του νόμου σε χρόνο μεταγενέστερο της έναρξης της τυπικής του ισχύος και μετά τη δημοσίευση της αποφάσεώς του, τα διοικητικά δικαστήρια μπορούν να κρίνουν την ίδια διάταξη αντίθετη

¹⁵⁹S.PLATON, «Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », RFDA, 4/2012, σ.639-649.

¹⁶⁰R.LE COTTEY/C.ROTH, «Les suites des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans les juridictions de l'ordre judiciaire», Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2/2015, σ. 27-43(41-42) με παραδείγματα από τη νομολογία του ΑΠ.

¹⁶¹B.MATHIEU, Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, ό.π., σ.50.

¹⁶²Δ.Ε.Ε., C-409/06, 8η Σεπτεμβρίου 2010, WinnerWettenGmbH, σκ.60-61, C-314/08, 19η Νοεμβρίου 2009, Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu.

¹⁶³Δ.Ε.Ε., C-314/08, ό.π., σκ.85.

¹⁶⁴Δ.Ε.Ε., C-409/06, ό.π., σκ.67.

στην Ε.Σ.Δ.Α.¹⁶⁵ σε υποθέσεις που αφορούν χρονικό διάστημα που δεν καταλαμβάνει το ανίσχυρο του νόμου, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι απώλεσαν την εξουσία τους να την κρίνουν αντισυνταγματική;

Η μετάθεση του χρόνου έναρξης του ανίσχυρου της διάταξης του τυπικού νόμου καταλαμβάνει αυτόματα και την κρίση επί της αντισυμβατότητάς της;

Δεδομένου ότι, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο έλεγχος της συμβατότητας αποτελεί διακεκριμένο έλεγχο του δικαστή σε σχέση με τον έλεγχο της συνταγματικότητας, αφού, (ο έλεγχος) αυτός θεμελιώνεται αυτοτελώς στο άρθρο 28 παρ.1 του Συντάγματος, έχει διαφορετική νομική αιτία, διαφορετικό κανόνα αναφοράς και έννομες συνέπειες, ήτοι αποσκοπεί στη μη εφαρμογή του αντισυμβατικού νόμου και στην πλήρη εφαρμογή και προστασία των δικαιωμάτων που κατοχυρώνει η Σύμβαση, ο έλεγχος των κοινών δικαστηρίων δεν μπορεί να αποκλειστεί, ούτε να υποτεθεί ότι σιωπηρώς το δικαστήριο περιόρισε και το ανίσχυρο της διάταξης και ένεκα της αντισυμβατότητάς της¹⁶⁶. Και τούτο, διότι έννομη συνέπεια της αντισυμβατότητας δεν είναι η άρση της ισχύος της αντισυμβατικής διατάξεως, αλλά η μη εφαρμογή της στη δικαζόμενη διαφορά¹⁶⁷.

Εξάλλου, αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα ανάγκαζε τον δικαστή να εφαρμόσει αντίθετη προς την Ε.Σ.Δ.Α. διάταξη νόμου, κατά παράβαση της Σύμβασης και του λειτουργικού του ρόλου ως φυσικού δικαστή της Ε.Σ.Δ.Α., θεμελιώνοντας εκ των υστέρων την ευθύνη του κράτους για παραβίαση της Σύμβασης.

VI. Επίμετρο

Ο έλεγχος της συμβατότητας των νόμων αποτελεί έναν έλεγχο σύγκρουσης των κανόνων δικαίου κατά την εφαρμογή τους, ο οποίος θεμελιώνεται στο άρθρο 28 του

¹⁶⁵Για το ζήτημα αυτό, βλ. *Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ*, «Η μετάθεση του χρόνου έναρξης του ανίσχυρου του αντισυνταγματικού νόμου στο ελληνικό σύστημα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων» σε <http://www.ddikastes.gr/?q=node/2032>, υπό δημοσίευση στη Διοικητική Δίκη.

¹⁶⁶Αντίθετα κατά την άποψη του Καϊδατζή, η αντισυνταγματικότητα είναι μία ευρύτερη έννοια που συναρτάται με τις έννομες συνέπειές της, δηλαδή τη μη εφαρμογή του νόμου, λόγω της αντιθέσεώς της προς υπερκείμενο κανόνα δικαίου, ανεξαρτήτως αν πρόκειται για το Σύνταγμα, την Ε.Σ.Δ.Α. ή το ενωσιακό δίκαιο, *Α.ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ*, «Περικοπές στις συντάξεις, περιορισμός της κρίσης περί αντισυνταγματικότητας και αυτοτέλεια του ελέγχου συμβατότητας με την ΕΣΔΑ. Παρατηρήσεις στην απόφαση ΜονΔΠρωθες1430/2017», σ.1-7(4) σε www.academia.edu.

¹⁶⁷Για εφαρμογή αυτής της ερμηνευτικής εκδοχής στην ελληνική νομολογία, βλ. ΜονΔΠρωθες/ικης 1430/2017 (Εισ. Μπουκουβάλα Βαρβάρα).

Συντάγματος και στην αυξημένη τυπική ισχύ των διεθνών συμβάσεων έναντι των κοινών τυπικών και ουσιαστικών νόμων. Ο έλεγχος αυτός στηρίζεται στο γνωστό μεθοδολογικό κριτήριο ότι ο ιεραρχικά υπέρτερος νόμος υπερισχύει και εφαρμόζεται έναντι του κατώτερου, σε περίπτωση σωρευτικής εφαρμογής τους, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Συνεπώς, ο έλεγχος της συμβατότητας δεν ταυτίζεται ούτε εξομοιώνεται με τον έλεγχο συνταγματικότητας, καθώς οι διεθνείς συμβάσεις δεν έχουν στην ελληνική έννομη τάξη συνταγματική ισχύ¹⁶⁸, ούτε ο έλεγχος συμβατότητας αποτελεί έναν έλεγχο ισχύος του νόμου, ούτε το Σύνταγμα απονέμοντας αυξημένη τυπική ισχύ στις διεθνείς συμβάσεις θέλησε να διασφαλίσει τον έλεγχό τους στο πλαίσιο του ελέγχου συνταγματικότητας του άρθρου 93 παρ.4 του Συντάγματος¹⁶⁹.

Η διάκριση μεταξύ ελέγχου συνταγματικότητας και ελέγχου συμβατότητας θεμελιώνεται στη διαφορετικότητα των κανόνων ελέγχου, της δομής του ελέγχου και των εννόμων συνεπειών του.

Όπως εκτενώς προαναφέρθηκε, στον έλεγχο της συνταγματικότητας ο δικαστής αναζητά την ισχύ ή μη του εφαρμοστέου νόμου, ενώ στον έλεγχο συμβατότητας, αν υπήρξε παραβίαση ή μη ενός θεμελιώδους δικαιώματος του διαδίκου, η οποία αίρεται μέσω της μη εφαρμογής της διάταξης του αντισυμβατικού νόμου στη δικαζόμενη περίπτωση. Μ' αυτή την έννοια, στον έλεγχο της συνταγματικότητας το δικαστήριο δικαιοδοτεί όχι μόνο χάριν των αιτούντων, αλλά και για το ζήτημα της ισχύος του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου, ενώ, στον έλεγχο συμβατότητας, απονέμει έννομη προστασία στον διάδικο, αναζητώντας όχι την ισχύ ή μη του νόμου, αλλά εάν παραβιάστηκε ένα θεμελιώδες δικαίωμά του που κατοχυρώνεται στη Σύμβαση¹⁷⁰.

Για τον λόγο αυτόν, εξάλλου, στα συγκεντρωτικά συστήματα ελέγχου, ο έλεγχος συνταγματικότητας μπορεί να ασκηθεί με κανόνες αναφοράς όλες τις διατάξεις του

¹⁶⁸Βλ. έτσι, *Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ*, Νόμος αντίθετος προς διεθνή σύμβαση είναι αντισυνταγματικός;, ό.π., σ.532-533.

¹⁶⁹ Όμοιο επιχείρημα επικαλέστηκε και το ΣΣ για να θεμελιώσει την άρνησή του να ελέγξει τη συμβατότητα των νόμων στη διάσημη πλέον απόφαση 75-54 D.C της 15^{ης} Νοεμβρίου 1975.

¹⁷⁰ Για τον διαφορετικό τρόπο σκέψης των εθνικών και υπερεθνικών δικαστηρίων, βλ. *F.BALAGUER CALLEJON*, «Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle», RFDC, 4/2004, σ.675-693.

Συντάγματος, ακόμη κι αυτές που ρυθμίζουν τη διαδικασία θέσπισης του νόμου, ενώ ο έλεγχος συμβατότητας ασκείται αποκλειστικά με κανόνα αναφοράς τα δικαιώματα του ανθρώπου¹⁷¹.

Επιπλέον, ο έλεγχος συμβατότητας είναι οριοθετημένος και περιορισμένος. Ασκείται σε συγκεκριμένα θεματικά πεδία, όπως το δίκαιο των δικαιωμάτων με βάση τη Σύμβαση ή στο πεδίο εφαρμογής των συντρεχουσών ή αποκλειστικών αρμοδιοτήτων της Ε.Ε. από πλευράς ενωσιακού δικαίου. Πράγματι, υπάρχουν ειδικές θεματικές κατηγορίες νόμων, που στις περισσότερες περιπτώσεις ελέγχονται με κανόνα αναφοράς μόνον το Σύνταγμα, όπως αυτές που αφορούν στις φορολογικές διαφορές, τις διαφορές του περιβάλλοντος και της οργάνωσης και λειτουργίας της δημόσιας διοίκησης¹⁷².

Τέλος, ο έλεγχος συνταγματικότητας είναι ένας έλεγχος καθαρά εσωτερικός, εκκινεί και τελειώνει στο πλαίσιο της εσωτερικής έννομης τάξης, σε αντίθεση με τον έλεγχο συμβατότητας, που ανήκει εξ ολοκλήρου ή μερικώς και σε υπερεθνικά δικαστήρια.

¹⁷¹H.APCHAIN, «La QPC et le contrôle de conventionnalité: complémentarité ou antagonisme?», σ.1-18(5), σε <http://www.credho.org/credho/travaux/apchainqccc.pdf>, τελευταία πρόσβαση στις 05.03.2018.

¹⁷²M.GUERRINI, L'articulation de la question prioritaire de constitutionnalité avec les autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi, ό.π., σ.568-569.

