

Παρατηρήσεις στην ΟλΣτΕ 704/2018: επέκταση των περιοριστικών ρυθμίσεων για το συμβατικό τσιγάρο στο ηλεκτρονικό τσιγάρο διά νομοθέτησης κατά παραπομπή: ο παρεμπόμπων χαρακτήρας του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων και το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας

Β. Μπουκουβάλα
Πρωτοδίκης Δ.Δ.-Δ.Ν.

Η με αριθμό 704/2018 απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ είναι μία ιδιαίτερα σημαντική απόφαση, διότι με αυτή κρίθηκαν και αποσαφηνίσθηκαν σημαντικά νομικά ζητήματα που σχετίζονται με τα χαρακτηριστικά του ελληνικού δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων.

Εν προκειμένω, με το άρθρο 24 παρ. 1 και 2 του ν.4419/2016 διά νομοθέτησης κατά παραπομπή επεκτάθηκαν οι περιοριστικές ρυθμίσεις που είχαν θεσπιστεί με κανονιστικές διοικητικές πράξεις για τη διαφήμιση, χρήση και πώληση του συμβατικού τσιγάρου και στο ηλεκτρονικό τσιγάρο. Κατόπιν τούτων, ο σύνδεσμος Ελληνικών Επιχειρήσεων Ηλεκτρονικού Τσιγάρου άσκησε αίτηση ακυρώσεως κατά των υπουργικών αποφάσεων στις οποίες παραπέμπουν οι ως άνω διατάξεις του άρθρου 24 του ν.4419/2016, οι ρυθμίσεις των οποίων διέπουν πλέον και το ηλεκτρονικό τσιγάρο. Συγκεκριμένα, η αίτηση ακυρώσεως ασκήθηκε κατά: 1. της Υ1/Γ.Π/οικ.93828/2011 αποφάσεως των Υπουργών Οικονομικών, Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης “Καθορισμός όρων και προϋποθέσεων για τη λειτουργία χώρων καπνιζόντων εντός των καζίνο και των κέντρων διασκέδασης, με μουσική, άνω των 300 τ.μ.” (ΦΕΚ Β΄ 2026), 2. του άρθρου 3 της Γ.Π. οικ. 104720/2010 αποφάσεως των Υπουργών Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, Οικονομικών, Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, Προστασίας του Πολίτη, Πολιτισμού και Τουρισμού “Καθορισμός των οργάνων, της διαδικασίας ελέγχου πιστοποίησης των παραβάσεων και επιβολής των προβλεπόμενων κυρώσεων, καθώς και των κριτηρίων προσδιορισμού του ύψους του προστίμου, της διαδικασίας είσπραξης των προστίμων καθώς και κάθε άλλης αναγκαίας λεπτομέρειας για την εφαρμογή του Νόμου 3868/2010 (ΦΕΚ 129Α΄/3.8.2010)” (ΦΕΚ Β΄ 1315), 3. των άρθρων 3 - 5 της Υ1/Γ.Π. οικ. 81348/2005 αποφάσεως των Υπουργών Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, Οικονομίας και Οικονομικών, Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, Επικρατείας “Διαφήμιση και χορηγία προϊόντων καπνού σε συμμόρφωση προς την Οδηγία 2003/33/ΕΚ (ΕΕΛ 152/20.6.2003) του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου” (ΦΕΚ Β΄

1075), και 4. των στοιχείων Ια, ΙΙΙ, ΙV εδ. γ της Υγειονομικής Διατάξεως Υ1/Γ.Π./οικ.76017/2002 του Υπουργού Υγείας και Πρόνοιας “Απαγόρευση του καπνίσματος σε δημόσιους χώρους, μεταφορικά μέσα και μονάδες παροχής Υπηρεσιών Υγείας” (ΦΕΚ Β’ 1001).

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, πρόκειται για νομοθέτηση του τυπικού νομοθέτη κατά παραπομπή. Ο τυπικός νομοθέτης αντί να επαναλάβει τις ρυθμίσεις των ανωτέρω κανονιστικών διοικητικών πράξεων στο κείμενο του τυπικού νόμου, κατ’ οικονομίαν, παραπέμπει σ’ αυτές με ειδική διάταξη του τυπικού νόμου, καθιστώντας τις ρυθμίσεις αυτών, ρυθμίσεις του τυπικού νόμου από τη δημοσίευσή του. Όπως δε έχει κριθεί ο παραπέμπων (τυπικός) νόμος είναι ανεξάρτητος από τον νόμο στον οποίο γίνεται η παραπομπή¹. Έτσι, κατά κανόνα, οι ρυθμίσεις του παραπεμπόμενου νόμου ως έχουν κατά τον χρόνο της παραπομπής θεωρούνται εφεξής ρυθμίσεις του παραπέμποντος νόμου, κι ως εκ τούτου, οι τελευταίες δεν επηρεάζονται από την μετέπειτα τροποποίηση των διατάξεων του παραπεμπόμενου νόμου. Συνακόλουθα, η τροποποίηση του τελευταίου αυτού νόμου δεν επιφέρει αναγκαστικά την τροποποίηση του περιεχομένου του πρώτου που, έχοντας αυτοτελή ύπαρξη, παραμένει αμετάβλητος, με το περιεχόμενο που είχε ο νόμος στον οποίο γίνεται η παραπομπή πριν από την τροποποίησή του. Βέβαια, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, πρέπει να ερευνάται το περιεχόμενο και ο σκοπός του παραπέμποντος νόμου, για να κριθεί αν η τροποποίηση του νόμου στον οποίο γίνεται η παραπομπή έχει σαν συνέπεια και την τροποποίηση του περιεχομένου του παραπέμποντος νόμου².

Υπό την ίδια έννοια, η θεωρία διακρίνει μεταξύ γνήσιας και μη γνήσιας παραπομπής. Γνήσια παραπομπή υφίσταται, όταν η παραπομπή του νέου νόμου στη διάταξη που ήδη ισχύει, λαμβάνει χώρα υπό την έννοια ότι το αντικείμενο του νόμου θα ρυθμίζεται σύμφωνα με όσα ορίζει η διάταξη του παραπεμπόμενου νόμου, όπως κάθε φορά θα ισχύει, όσες αλληλοδιάδοχες τροποποιήσεις κι αν υποστεί. Αντίθετα, μη γνήσια παραπομπή υφίσταται, όταν η παραπομπή στη διάταξη που ήδη ισχύει, γίνεται υπό την έννοια ότι το αντικείμενο του νόμου θα ρυθμίζεται άπαξ σύμφωνα με όσα ορίζει η διάταξη του παραπεμπόμενου νόμου, όπως ισχύει κατά τον χρόνο της παραπομπής, ανεξάρτητα αν (η διάταξη) αυτή τροποποιηθεί μεταγενέστερα.

Στο ίδιο πλαίσιο, ενόψει της αυτοτέλειας των νόμων, η κατάργηση του παραπεμπόμενου νόμου δεν συνεπάγεται την κατάργηση του παραπέμποντος³.

Για αυτόν τον λόγο, επιπλέον, είναι δυνατή η νομοθέτηση των ουσιαστών στοιχείων

¹ΟλΣτΕ 166/2010 (μειοψ.).

²ΟλΣτΕ 610/1988.

³ΣτΕ 2654/2003.

του φόρου με παραπομπή τυπικού νόμου σε διατάξεις άλλου τυπικού νόμου⁴.

Για τον ίδιο λόγο, εξάλλου, οι ρυθμίσεις του παραπεμπόμενου νόμου από την έκδοση του παραπέμποντος νόμου καθίστανται ρυθμίσεις του τελευταίου αυτού νόμου, αποκτώντας και την τυπική ισχύ του τελευταίου.

Το δικαστήριο στη σχολιαζόμενη απόφαση τόνισε ότι, μεταξύ άλλων, με τις ρυθμίσεις των προσβαλλομένων κανονιστικών διοικητικών πράξεων, εισάγονται περιορισμοί και απαγορεύσεις στη διαφήμιση, πώληση και χρήση του συμβατικού τσιγάρου στην εγχώρια αγορά και προβλέπεται η επιβολή κυρώσεων σε βάρος των παραβατών των σχετικών ρυθμίσεων. Επομένως, δια της παραπομπής αυτής με τις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 24 του ν. 4419/2016, εξομοιώνεται πλήρως το καθεστώς διαφημίσεως, πωλήσεως και χρήσεως του ηλεκτρονικού τσιγάρου, μεταξύ άλλων, στην εγχώρια αγορά με εκείνο του συμβατικού τσιγάρου, με τους αυτούς περιορισμούς και απαγορεύσεις και τις αυτές κυρώσεις.

Κρίσιμο είναι δε ότι στην απόφαση τονίστηκε ότι τα ανωτέρω ζητήματα δεν αποτελούν αντικείμενο εναρμονίσεως κατά την Οδηγία 2014/40 της νομοθεσίας των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Με την αίτηση ακυρώσεως ο αιτών Σύνδεσμος, προσβάλλοντας τις ανωτέρω κανονιστικές διοικητικές πράξεις, προέβαλε ότι οι ρυθμίσεις αυτών, που επεκτείνονται και στα μέλη του, ήτοι στις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην αγορά του ηλεκτρονικού τσιγάρου, προκαλεί σ' αυτά δυσμενείς οικονομικές συνέπειες, λόγω της επιβολής περιορισμών και απαγορεύσεων στη διαφήμιση, πώληση και χρήση του ηλεκτρονικού τσιγάρου. Ισχυριζόμενος ότι από τις επιστημονικές ενδείξεις και τις εκπονούμενες έρευνες δεν προκύπτει η ταύτιση της επικινδυνότητας για την ανθρώπινη υγεία του ηλεκτρονικού και του συμβατικού τσιγάρου, προέβαλε, ειδικότερα, ότι η νομοθετική και κανονιστική εξομοίωση του ηλεκτρονικού τσιγάρου με το συμβατικό περιορίζει υπέρμετρα την οικονομική ελευθερία όσων δραστηριοποιούνται στην αγορά του ηλεκτρονικού τσιγάρου, τούτο δε συνιστά παραβίαση του άρθρου 5 παρ. 1 του Συντάγματος και της αρχής της αναλογικότητας, παραβιάζει δε την κατ' άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος αρχή της ισότητας, διότι ηλεκτρονικό και συμβατικό τσιγάρο διαφέρουν ως προς την επικινδυνότητά τους για την ανθρώπινη υγεία.

Καταρχάς, το δικαστήριο κατά πλειοψηφία έκρινε ότι η βλάβη του αιτούντος δεν προκαλείται από τις ρυθμίσεις των κανονιστικών διοικητικών πράξεων, αλλά από τις ρυθμίσεις του τυπικού νόμου, ο οποίος παραπέμπει σ' αυτές. Περαιτέρω, έκρινε ότι οι

⁴ΣτΕ 1754/1990, 1734/2002.

ρυθμίσεις, πλέον, των κανονιστικών διοικητικών πράξεων, μετά την παραπομπή, καθίστανται ρυθμίσεις του τυπικού νόμου, κι ως εκ τούτου, αποκτούν την ισχύ του τυπικού νόμου, με όλες τις δικονομικές δεσμεύσεις που συνοδεύουν τη νομική φύση του νόμου αυτού. Κατέληξε δε το δικαστήριο ότι η αίτηση ακυρώσεως καθίσταται απαράδεκτη, διότι στρέφεται κατά διατάξεων τυπικού νόμου. Επιρρωνύει, δε, το επιχείρημά της η πλειοψηφία με ένα πρακτικό επιχείρημα: με το επιχείρημα ότι αν γίνει δεκτή η αίτηση ακυρώσεως, το δικαστήριο θα πρέπει να ακυρώσει τις διατάξεις του παραπέμποντος τυπικού νόμου, δικαιοδοσία την οποία δεν διαθέτει εκ του Συντάγματος⁵.

Στην απόφαση διατυπώθηκε και μειοψηφία, σύμφωνα με την οποία, εφόσον στον παραπέμποντα τυπικό νόμο δεν περιέχονται ουσιαστικές κανονιστικές ρυθμίσεις, αλλά γίνεται απλώς παραπομπή στις ουσιαστικές ρυθμίσεις που έχουν θεσπιστεί με τις πιο πάνω κανονιστικές αποφάσεις της Διοίκησης, οι ρυθμίσεις των εν λόγω αποφάσεων δεν καθίστανται ρυθμίσεις του τυπικού νόμου.

Υπό την ίδια ερμηνεία, ο νομοθέτης θέλησε με την ως άνω νομοθέτηση κατά παραπομπή να καθορίσει το χρονικό σημείο έναρξης της ισχύος των εν λόγω κανονιστικών αποφάσεων που είχαν εκδοθεί για το συμβατικό τσιγάρο στο ηλεκτρονικό τσιγάρο. Επομένως, κατά την ίδια γνώμη, παραδεκτώς προσβάλλονται με την κρινόμενη αίτηση οι πιο πάνω κανονιστικές αποφάσεις.

Το δικαστήριο, κατόπιν, εξειδικεύοντας, έκρινε ότι η αίτηση ακυρώσεως ασκείται μόνον κατά των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών, σύμφωνα με τα άρθρα 95 παρ. 1 στοιχ. α του Συντάγματος και 45 παρ. 1 του π.δ/ος 18/1989, και όχι κατά των τυπικών νόμων, και, δη, κατά διατάξεων τυπικού νόμου με γενικό και αφηρημένο περιεχόμενο, όπως εν προκειμένω. Ως εκ τούτου, ακόμη κι αν ερμηνευτεί ότι το δικόγραφο στρέφεται κατά των διατάξεων του τυπικού νόμου είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο.

Το δικαστήριο τόνισε ότι η αίτηση ακυρώσεως απαραδέκτως στρέφεται κατά διατάξεων τυπικού νόμου, υπερτόνισε, δε, ιδιαίτερα, αυτών που έχουν γενικό και αφηρημένο περιεχόμενο. Και τούτο, διότι στην παλαιότερη νομολογία, είχε ανακύψει το ζήτημα αν παραδεκτώς προσβάλλεται με αίτηση ακυρώσεως διάταξη απλώς τυπικού νόμου, δηλαδή διάταξη με ατομικό και συγκεκριμένο περιεχόμενο, αφού στην περίπτωση αυτή ο νομοθέτης υποκαθιστά τη Διοίκηση στην άσκηση της εκτελεστικής λειτουργίας⁶. Με την 391/2008

⁵Στη μειοψηφία της 376/2014 απόφασης της Ολομέλειας του ΣτΕ διατυπώθηκε η άποψη ότι παραδεκτώς προσβάλλεται με αίτηση ακυρώσεως η ατομική ρύθμιση του τυπικού νόμου και στην περίπτωση της ακυρωτικής κρίσης, αυτή ακυρώνεται, υπό την έννοια ότι δεν είναι δυνατή η εκτέλεσή της με περαιτέρω υλικές ενέργειες. Εξάλλου, στην ΟΛΣτΕ 4076/2010 (σκ.4), η μειοψηφία του δικαστηρίου έκρινε, με σκέψη *obiter dictum*, ότι όταν κηρύσσεται η ακύρωση της ρύθμισης του απλώς τυπικού νόμου, τότε προκύπτει αδυναμία εκτέλεσης της ρύθμισης αυτής με υλικές ενέργειες, αλλά και αποκλείεται η θέσπιση περαιτέρω ατομικών ρυθμίσεων που έχουν ως προϋπόθεση και έρεισμα την ακυρωθείσα αυτή ρύθμιση.

⁶Η έκδοση ενός απλώς τυπικού νόμου από τη νομοθετική λειτουργία κρίθηκε παλαιότερα από το ΣτΕ ότι αποτελεί «δείγμα

απόφαση του ΣτΕ κρίθηκε ότι κατά κανόνα είναι προδήλως απαράδεκτη αίτηση ακυρώσεως που ασκείται κατά διατάξεως τυπικού νόμου, ακόμη κι αν αυτή εμπεριέχει ατομική ρύθμιση, αν πρόκειται δηλαδή για απλώς τυπικό νόμο. Και τούτο, διότι, αφενός ο νόμος αυτός διαθέτει τη νομική φύση και την ισχύ του τυπικού νόμου, σύμφωνα με το οργανικό κριτήριο, εφόσον εκδίδεται από τη νομοθετική εξουσία και δημοσιεύεται από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, κι ως εκ τούτου, δεν αποτελεί εκτελεστή πράξη διοικητικής αρχής που ανήκει στην ακυρωτική δικαιοδοσία του ΣτΕ, σύμφωνα με το άρθρο 95 του Συντάγματος, και αφετέρου ο έλεγχος της συνταγματικότητας είναι παρεμπίπτων, προκύπτει στο πλαίσιο μίας ανοικτής δίκης που αφορά στην ακύρωση διοικητικής πράξεως και ο ισχυρισμός της αντισυνταγματικότητας προτείνεται ως λόγος ακύρωσης της διοικητικής πράξεως και όχι ως λόγος ακύρωσης διατάξεως τυπικού νόμου (σκέψη 9). Ωστόσο, κατ' εξαίρεση, ο δικαιολογητικός λόγος του απαραδέκτου αυτού δεν συντρέχει για τον έλεγχο της συνταγματικότητας της διατάξεως του απλώς τυπικού νόμου (σκέψη 10, περίοδος γ). Το δικαστήριο αποφάνθηκε ότι μπορεί να προσβληθεί παραδεκτώς ενώπιον του με το ένδικο βοήθημα της αιτήσεως ακυρώσεως διάταξη τυπικού νόμου που ενσωματώνει ατομική ρύθμιση, στην περίπτωση που αμφισβητείται μόνον η αντισυνταγματικότητά της και υπό την πρόσθετη προϋπόθεση ότι, λόγω των ιδιομορφιών της κρινόμενης περίπτωσης, δεν υπάρχει στάδιο εκτέλεσης και εφαρμογής της διάταξης αυτής με την έκδοση της οικείας διοικητικής πράξης. Και τούτο, διότι ο αποκλεισμός της άσκησης του ένδικου βοηθήματος της αιτήσεως ακυρώσεως και, συνακόλουθα, του ελέγχου συνταγματικότητας, λόγω της νομικής αδυναμίας έκδοσης προσβληθείσας διοικητικής πράξης, θα οδηγούσε σε ματαίωση της λειτουργικής αποστολής των διοικητικών δικαστηρίων και σε έλλειμμα παροχής έννομης προστασίας.

διασταύρωσης των λειτουργιών που δεν είναι συνταγματικώς ανεπίτρεπτη», ΣτΕ 690/1957, σε Πορίσματα της Νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, 1929-1959, Αθήνα 1961, σ.49. Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΣτΕ, δεν αποκλείεται η θέσπιση, κατ' απόκλιση από τη συνήθη διοικητική διαδικασία, ατομικών ρυθμίσεων με τυπικό νόμο, εφόσον όμως δεν θίγονται ατομικά δικαιώματα, δεν παραβιάζονται άλλες συνταγματικές διατάξεις και αρχές ή το ενωσιακό δίκαιο. Η πρακτική, όμως, αυτή, συνιστά απόκλιση από την αρχή της διάκρισης των λειτουργιών και πρέπει να προκύπτει η ανάγκη προσφυγής σ' αυτή, από σχετική αιτιολόγηση, στις προπαρασκευαστικές εργασίες του νόμου, βλ. ΣτΕ 1567/2005, 2862/2007, 965/2007, 1151/2007, 1952/2007, 1581/2009, ΟλΣτΕ 1847/2008. Κατ' εξαίρεση, στην απόφαση 2159/1998 του ΣτΕ, κατά τη δεύτερη μειοψηφούσα άποψη που διατυπώθηκε, ο τυπικός νόμος που εμπεριέχει ατομική ρύθμιση, σφετερίζεται αρμοδιότητα της διοικητικής λειτουργίας και αντίκειται στα άρθρα 26 παρ.2, 35 παρ.1 και 4 παρ.1 του Συντάγματος. Τέλος, στην ελάσσονα μειοψηφία της αποφάσεως 1847/2008 της Ολομέλειας του ΣτΕ, ΤοΣ, 2008, σ.708, κρίθηκε ότι η νομοθετική λειτουργία διαθέτοντας το τεκμήριο αρμοδιότητας, δικαιούται να προβαίνει, εφόσον το Σύνταγμα δεν ορίζει το αντίθετο, στην έκδοση τόσο γενικών και αφηρημένων κανόνων όσο και ατομικών ρυθμίσεων, χωρίς να απαιτείται να αιτιολογείται η προσφυγή στον τρόπο αυτό νομοθέτησης, δεδομένου ότι στο άρθρο 26 του Συντάγματος κατοχυρώνεται η διασταύρωση των λειτουργιών. Για το ζήτημα αυτό στη θεωρία, βλ. Π.ΔΑΓΙΤΟΓΛΟΥ, Γενικό διοικητικό δίκαιο, (7η έκδοση), Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2014, σ.13-14, Κ.ΜΠΕΗ, «Το πρόβλημα του κύρους των λεγόμενων ατομικών νόμων», Δ, 25/1994, σ.41-50(41), Π.ΕΥΣΤΡΑΤΙΟΥ, «Νομοθετικός καθορισμός όρων για την προστασία του περιβάλλοντος και δικαίωμα δικαστικής προστασίας», ΔτΑ, 4/1999, σ.845-878, Α.ΤΣΕΒΑ, «Θέσπιση διοικητικής πράξης με νόμο», in Τιμητικός Τόμος του Συμβουλίου της Επικρατείας-75 χρόνια, Εκδόσεις Αντ.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη 2004, σ.463-491, Η.ΚΟΚΚΙΝΗ, «Θέσπιση με τυπικό νόμο ατομικών ρυθμίσεων χωροταξικού και πολεοδομικού σχεδιασμού. Σχόλιο στην ΣτΕ 2862/2007», ΕφημΔΔ, 5/2007, σ.596-605, Β.ΚΟΝΔΥΛΗ, «Παρατηρήσεις στην απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ1847/2008», ΤοΣ, 3/2008, σ.721-734, Β.ΧΡΗΣΤΟΥ, «Θέσπιση ατομικών διοικητικών πράξεων πολεοδομικού περιεχομένου ως άσκηση πολιτικής εξουσίας με τυπικό νόμο και δικαστικός έλεγχος», in www.constitutionalism.gr, Ι.ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗ, «Από την ατομική νομοθετική ρύθμιση στην ατομική νομοθετική πράξη: εξελίξεις και προοπτικές της ατομικής ρύθμισης με τυπικό νόμο στην Ελλάδα», ΤοΣ, 2009, σ.275 επ.

Ήδη, όμως, η νομολογία αυτή έχει ανατραπεί, παγίως δε κρίνεται ότι διάταξη απλώς τυπικού νόμου απαραδέκτως προσβάλλεται, ενώ μόνη παραδεκτώς προσβαλλόμενη πράξη μπορεί να θεωρηθεί η σιωπηρή αποδοχή, από τη Διοίκηση, της ουσιαστικής ρύθμισης του απλώς τυπικού νόμου⁷ ή κάθε πράξη οργάνου της Διοικήσεως, η οποία εκδίδεται προς εκτέλεση των ρυθμίσεων του νόμου, ακόμη κι αν η έκδοσή της δεν προβλέπεται ρητώς από τον νόμο αυτόν⁸.

Στη σχολιαζόμενη απόφαση, ουσιαστικά, το δικαστήριο, χωρίς να το γράφει ρητώς, υπονοεί τα εξής: ο έλεγχος συνταγματικότητας των τυπικών νόμων στην Ελλάδα είναι παρεμπίπτων. Το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας ανακύπτει κατά την παρεμπίπτουσα εφαρμογή του τυπικού νόμου, αφού ο δικαστής προκρίνει ότι το ένδικο βοήθημα έχει ασκηθεί παραδεκτώς, ήτοι εν προκειμένω ότι στρέφεται κατά μία παραδεκτώς προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης. Δεν μπορούμε, δε, στην έννομη τάξη μας, ενόψει της αξιώσεως του διαδίκου να ελεγχθεί η συνταγματικότητα του νόμου, να δημιουργήσουμε ένα ένδικο βοήθημα που να στρέφεται κατά των διατάξεων του τυπικού νόμου. Και τούτο, διότι πέραν από τη δικαιοδοσία του ΣτΕ, το οποίο είναι αρμόδιο να ελέγχει ευθέως τη νομιμότητα των διοικητικών πράξεων, και όχι να επιλαμβάνεται της ακυρώσεως διατάξεων τυπικού νόμου, τούτο θα ερχόταν σε αντίθεση με τον παρεμπίπτοντα δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων κατά παράβαση του άρθρου 93 παρ.4 του Συντάγματος.

Με απλά λόγια, στον παρεμπίπτοντα έλεγχο η αντισυνταγματικότητα του τυπικού νόμου δεν μπορεί να αποτελέσει σε καμία περίπτωση το κύριο αντικείμενο της διαφοράς και ο τυπικός νόμος την προσβαλλόμενη πράξη ενώπιον του δικαστή. Ο νόμος ελέγχεται ως προς τη συνταγματικότητά του, εξ αφορμής του κύριου ελέγχου μίας άλλης νομικής, ουσιαστικής ή διαδικαστικής πράξης, η οποία στηρίζεται σ' αυτόν.

Η παραπάνω σκέψη του δικαστηρίου αποτυπώνει γλαφυρά τι σημαίνει παρεμπίπτων έλεγχος συνταγματικότητας στην ελληνική έννομη τάξη. Το δικαστήριο ασκεί τον έλεγχο συνταγματικότητας, μόνον αν το ένδικο βοήθημα έχει ασκηθεί παραδεκτώς, εφόσον συντρέχουν όλες οι διαδικαστικές προϋποθέσεις κάταρξης της δίκης.

Έτσι, το ΣτΕ στη με αριθμό 2213/1977 απόφαση της Ολομέλειάς του, έκρινε ότι λόγοι ακυρώσεως κατά του προσβαλλόμενου προεδρικού διατάγματος, με τους οποίους προβάλλεται ότι οι διατάξεις αυτού αντίκεινται στο Σύνταγμα, τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, διότι στρέφονται κατά διατάξεων του διατάγματος με τις οποίες επαναλαμβάνονται διατάξεις τυπικού νόμου. Ουσιαστικά, στη σκέψη αυτή του δικαστηρίου υποκρύπτεται ο παρεμπίπτων έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων και η δέσμευση

⁷ΟλΣτΕ 376/2014.

⁸ΟλΣτΕ 3976/2009.

που απορρέει από αυτόν να μην ελέγχονται ευθέως και κυρίως οι διατάξεις του τυπικού νόμου. Εφόσον, όμως, στην προκειμένη περίπτωση, οι διατάξεις του προεδρικού διατάγματος επαναλαμβάνουν τις διατάξεις του τυπικού νόμου και δεν θεσπίζουν νέους κανόνες δικαίου, ο έλεγχος της συνταγματικότητάς τους ευθέως με το ένδικο βοήθημα της αιτήσεως ακυρώσεως θα οδηγούσε ουσιαστικά σε ευθύ έλεγχο των διατάξεων του τυπικού νόμου, κατά παράβαση του ισχύοντος συστήματος δικαστικού ελέγχου συνταγματικότητας, κι ως εκ τούτου, οι σχετικοί λόγοι απορρίφθηκαν ως απαράδεκτοι. Αντίθετα, κατά την άποψη της μειοψηφίας, το δικαστήριο θα έπρεπε να προβεί σε παρεμπόδιον έλεγχο συνταγματικότητας των διατάξεων του τυπικού νόμου και σε περίπτωση αντισυνταγματικότητάς τους, κρίνοντας αυτές ανίσχυρες, να θεωρήσει ότι οι διατάξεις του προσβαλλόμενου προεδρικού διατάγματος δεν επαναλαμβάνουν ισχύουσες διατάξεις τυπικών νόμων, αλλά θέτουν το πρώτον κανόνες δικαίου, με συνέπεια τον επιγενόμενο έλεγχο της συνταγματικότητάς τους. Πιο πρόσφατα στην 854/2013 απόφαση του ΣτΕ, το δικαστήριο έκρινε κατά πλειοψηφία ότι η προσβαλλόμενη υπουργική απόφαση, κατά το μέρος που επαναλαμβάνει τις διατάξεις του τυπικού νόμου και δεν εισάγει καμία νέα ρύθμιση ούτε επάγεται νέες έννομες συνέπειες, στερείται εκτελεστότητας και προσβάλλεται απαραδέκτως. Με την ίδια λογική, δηλαδή, το δικαστήριο αρνήθηκε να ελέγξει ευθέως τις διατάξεις του τυπικού νόμου που επαναλαμβάνει η προσβαλλόμενη κανονιστική πράξη.

Ακολούθως, το δικαστήριο κλήθηκε να κρίνει τον ισχυρισμό του αιτούντος, που υποβλήθηκε με το δικόγραφο των προσθέτων λόγων, ότι το απαράδεκτο της ασκήσεως της αιτήσεως ακυρώσεως για τους προεκτεθέντες λόγους καθιστά τις διατάξεις των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 24 του ν. 4419/2016 αντίθετες στα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 Ε.Σ.Δ.Α., καθώς και στο δικαίωμα αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας κατά το ενωσιακό δίκαιο, καθόσον με τον τρόπο που επέλεξε ο νομοθέτης να ρυθμίσει το καθεστώς διαφημίσεως, πωλήσεως και χρήσεως του ηλεκτρονικού τσιγάρου ο αιτών σύνδεσμος και τα μέλη του στερούνται δικαστικής προστασίας.

Το δικαστήριο απέρριψε τον ανωτέρω ισχυρισμό ως νόμω αβάσιμο. Και τούτο, διότι ο ακυρωτικός έλεγχος συνιστά μία από τις μορφές της δικαστικής προστασίας, την οποία κατοχυρώνει ως δικαίωμα το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Ακόμη κι αν προβλέπεται η χορήγηση έννομης προστασίας υπό τη μορφή της ακυρωτικής προσφυγής, τούτη δεν πρέπει να ασκείται πέραν και πάνω των προβλεπόμενων δικονομικών κανόνων ή των εν γένει συνταγματικών περιορισμών, αφού ο διάδικος έχει στο νομικό του οπλοστάσιο και άλλα ένδικα βοηθήματα.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, συνεχίζει το δικαστήριο, ο αιτών σύνδεσμος ή τα μέλη

του μπορούν να ασκήσουν αγωγή αποζημιώσεως και να αιτηθούν την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν, λόγω της εφαρμογής του αντισυνταγματικού νόμου⁹. Επιπλέον, μπορούν να ασκήσουν τις προβλεπόμενες προσφυγές ή αιτήσεις ακυρώσεως κατά των ατομικών διοικητικών πράξεων που θα εκδοθούν βάσει των διατάξεων του ανωτέρω νόμου, οι οποίες θα ελεγχθούν παρεμπιπτόντως από τα αρμόδια διοικητικά δικαστήρια, κι αν κριθούν αντισυνταγματικές θα παραμεριστούν στη συγκεκριμένη περίπτωση. Τέλος, ο ίδιος νόμος, προβλέποντας ποινικές κυρώσεις για την παραβίασή του, μπορεί να ελεγχθεί παρεμπιπτόντως από τα αρμόδια ποινικά δικαστήρια και να κριθεί, ομοίως, ανεφάρμοστος.

Το δικαστήριο δηλαδή εμμέσως πλην σαφώς τόνισε ότι ο παρεμπίπτων χαρακτήρας του ελέγχου και η αδυναμία, ενόψει αυτού, να προσβληθεί ευθέως και αμέσως ο τυπικός νόμος ενώπιον του δικαστηρίου, δεν προσβάλλει το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας του αιτούντος. Και τούτο, διότι τα άλλα δικαστήρια, εξ αφορμής εκδικάσεως των κατά τα ανωτέρω διαφορών που θα ανακύψουν μεταγενεστέρως στην έννομη τάξη, δικαιούνται και υποχρεούνται να ασκήσουν τον παρεμπίπτοντα έλεγχο συνταγματικότητας των ως άνω διατάξεων και να προστατεύσουν τα δικαιώματα των μελών του αιτούντος Συνδέσμου.

Το δικαστήριο δε υπογράμμισε ότι εν προκειμένω ο αιτών Σύνδεσμος προβάλλει κατά κύριο λόγο ότι οι επίμαχες ρυθμίσεις του νόμου προσβάλλουν την επαγγελματική ελευθερία των μελών του, και, συνακόλουθα, το έννομο συμφέρον του έχει οικονομικό χαρακτήρα και αποκαθίσταται πλήρως με την άσκηση της αγωγής αποζημιώσεως, η οποία, ενόψει των συγκεκριμένων πραγματικών και νομικών δεδομένων, συνιστά αποτελεσματική και ισοδύναμη έννομη προστασία, κατά το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, με αυτή που θα παρείχε ο ευθύς ακυρωτικός έλεγχος¹⁰.

Το δικαστήριο, επιπλέον, παρά το ότι είχε τονίσει σε προηγούμενη σκέψη του ότι εν προκειμένω δεν καλείται σε εφαρμογή το ενωσιακό δίκαιο, έκρινε ως *obiter dictum* ότι ο κατά το Σύνταγμα αποκλεισμός του ακυρωτικού ελέγχου των διατάξεων του άρθρου 24 παρ. 1 και 2 του ν. 4419/2016 δεν θα έθετε υπό αμφισβήτηση το δικαίωμα αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, κατά το δίκαιο αυτό. Και τούτο, διότι όπως κρίθηκε από το Δ.Ε.Ε., ένα σύστημα διάχυτου και παρεμπίπτοντος ελέγχου συνταγματικότητας, στο οποίο δεν προβλέπεται ειδικό ένδικο βοήθημα με το οποίο να ελέγχεται ευθέως και κυρίως η

⁹Πλέον, πάγια είναι η νομολογία ότι δημιουργείται αστική ευθύνη του κράτους από την αντισυνταγματική νομοθέτηση ή την αντισυνταγματική παράλειψη νομοθετήσεως, βλ. ΟΛΣΤΕ 734/2016 κ.ά.

¹⁰Υπό αυτή την έννοια, η κρίση που διατυπώνει το δικαστήριο πρέπει να διαβαστεί υπό το φως των ανωτέρω νομικών και πραγματικών περιστάσεων και δεν εξομοιώνεται με την κρίση ότι η αγωγή αποζημιώσεως σε κάθε περίπτωση αποτελεί ισοδύναμη έννομη προστασία του διαδίκου με αυτή που παρέχεται από τον ακυρωτικό δικαστή, βλ., μάλλον, αντίθετα, *Ε.ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ*, «Δικαστική προσβολή διάταξης τυπικού νόμου – Αίτηση ακύρωσης ν. αγωγής αποζημίωσης: τοιμηρή και επικίνδυνη γενίκευση; (ΣτΕ Ολ 704/2018)» σε <https://www.ddikastes.gr/node/2782>

συμβατότητα των εθνικών διατάξεων με το ενωσιακό δίκαιο, πληροί την αρχή της αποτελεσματικής έννομης προστασίας των ενωσιακών δικαιωμάτων. Το Δ.Ε.Ε. 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 υπάρχουν άλλα αποτελεσματικά μέσα ένδικης προστασίας, μέσω των οποίων ελέγχεται παρεμπιπτόντως η συμβατότητα της εθνικής διάταξης με το ενωσιακό δίκαιο. Τέτοιο, δε, ένδικο βοήθημα εν προκειμένω είναι και η αγωγή αποζημιώσεως¹¹.

Επιπλέον, το δικαστήριο έκρινε ότι η αδυναμία ευθέως ελέγχου του νόμου αυτού συμπορεύεται και με το άρθρο 6 παρ.1 της Ε.Σ.Δ.Α., το οποίο κατοχυρώνει το δικαίωμα προσβάσεως σε δικαστήριο όχι ως απόλυτο αλλά ως υποκείμενο σε περιορισμούς που δεν αναιρούν την ουσία του. Πράγματι, το Ε.Δ.Δ.Α. δεν απαιτεί, ενόψει του άρθρου 13 της Ε.Σ.Δ.Α., 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 Σύμβαση¹².

Το Ε.Δ.Δ.Α. στην υπόθεση Βαλλιανάτος κατά Ελλάδας ελέγχοντας τη συνδρομή της δικονομικής 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, κλήθηκε να σταθμίσει, από την 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

¹¹Δ.Ε.Ε., C-432/05, 13.03.2007, Unibet, σκ.65. Ομοίως, το Δ.Ε.Ε., με τις C-128/09-131/09 και 134/09 και 135/09 συνεκδικαζόμενες υποθέσεις, Antoine Boxus κ.λ., 18.10.2011, 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.

¹²Ε.Δ.Δ.Α., James κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 21.02.1986 (8793/79), παρ.84-85, Roche κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 19.10.2005, (32555/96), παρ.137, Paksas κατά Λιθουανίας, 06.01.2011, (34932/04), παρ.114, Βαλλιανάτος κατά Ελλάδας, 07.11.2013, (29381/09 και 32684/09).

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 θιγόμενων δικαιωμάτων τους, καθώς η παραβίασή τους, όσο ισχύει η ρύθμιση, έχει διαρκή και συνεχή χαρακτήρα. Το Ε.Δ.Δ.Α. φαίνεται άρρητα να θεωρεί, όπως υποστηρίχτηκε, 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 την κριθείσα από τα δικαστήρια, ως αντισυνταγματική, διάταξη του νόμου¹³.

Εν κατακλείδι, το σύστημα του ελληνικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων δεν προσβάλλει το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας των διαδίκων, αφού ο νόμος ελέγχεται παρεμπιπτόντως από όλα τα δικαστήρια. Αυτό που θα μπορούσε να προβλεφθεί με ρύθμιση του αναθεωρητικού νομοθέτη είναι η υποχρέωση του κοινού νομοθέτη να συμμορφώνεται άμεσα με τις κρίσεις αντισυνταγματικότητας που διατυπώνουν οι Ολομέλειες των ανωτάτων δικαστηρίων της χώρας, με την κατάργηση ή τροποποίηση της διάταξης ή του κανόνα που κρίθηκε αντισυνταγματικός¹⁴.

¹³Βλ. Χ.ΑΝΘΟΠΟΥΛΟ, «Το ΕΔΔΑ σε ρόλο Συνταγματικού Δικαστηρίου; Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΕΔΔΑ Βαλλιανάτος και λοιποί κατά Ελλάδας», ΕφημΔΔ, 5/2013, σ.595-601(599-600).

¹⁴Για τον διαπιστωτικό ή δηλωτικό χαρακτήρα του ελέγχου συνταγματικότητας και την υποχρέωση συμμόρφωσης του νομοθέτη στις κρίσεις αντισυνταγματικότητας των ανωτάτων δικαστηρίων, βλ. Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ, Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία και ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, μονογραφία διατριβής, υπό δημοσίευση.