

II. ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

1. Η στροφή της νομολογίας στο ζήτημα της νομοθετικής κύρωσης παράνομων κανονιστικών πράξεων (ΣτΕ 3596/91)

Του ΕΥΑΓΓΕΛΟΥ Β. ΒΕΝΙΖΕΛΟΥ
Καθηγητή του Συνταγματικού Δικαίου
στο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης

I. Μία απόφαση «συντακτικού» περιεχομένου*.

1. Όταν αρκεί μια απόφαση της Ολομέλειας του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας για να ανατραπεί μια μακροχρόνια κατάσταση σχετικά με την ίδια τη δικαιοπαραγωγική διαδικασία και την ιεραρχία των κανόνων δικαίου, τότε η δύναμη της νομολογίας παύει να είναι απλώς διαπλαστική· αποκτά *οιονεί συντακτικό χαρακτήρα*.

Όποιοι νόμιζαν ότι με τη θέση σε ισχύ του Συντάγματος του 1975 ρυθμίστηκε κατά τρόπο διάφορο και συνολικό η κανονιστική αρμοδιότητα της Διοίκησης (αυτόνομη ή βασισμένη σε νομοθετική εξουσιοδότηση) και κυρίως ότι αυτή οριοθετήθηκε μέσα στο αυστηρό πλαίσιο των άρθρων 43 και 44 Σ. (μαζί με την μάλλον δευτερεύουσα προσθήκη του άρθρου 83 και την ακραία και σπάνια πρόβλεψη του άρθρου 48 Σ.), έκαναν προφανώς λάθος¹. Υποτίμησαν την κανονιστική δύναμη της πρακτικής² και τον τελικό λόγο της νομολογίας.

* Βλ. το κείμενό της κατωτέρω, σελ. 150.

1. Για μια παρουσίαση της δικαιοπαραγωγικής διαδικασίας κατά το Σύνταγμα του 1975/86 βλ., αντί πολλών άλλων, Ε. Β. Βενιζέλο, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου Ι, 1991, σελ. 91-166.

2. Βλ. από την σχετική βιβλιογραφία Ε. Β. Βενιζέλο, Συνταγματική πρακτική: Μία αυτοτελής έννοια; in Τιμητ. τόμος Γ. Δασκαλάκη [υπό δημοσ.], (=Μελέτες Συνταγμα-

2. Στην ανοχή ακριβώς της νομολογίας βασίστηκε, διατηρήθηκε και άνθισε και υπό το ισχύον Σύνταγμα το φαινόμενο των παράνομων κανονιστικών πράξεων³ (συνήθως υπουργικών ή κοινών υπουργικών αποφάσεων και όχι μόνο πράξεων του Υπουργικού Συμβουλίου σύμφωνα και με την αρχική εκδοχή του φαινομένου αυτού⁴). Πρόκειται για κανονιστικές πράξεις που εκδίδονταν χωρίς νομοθετική εξουσιοδότηση ή καθ' υπέρβαση της προβλεπόμενης νομοθετικής εξουσιοδότησης, δημοσιευόντουσαν στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, αποκτούσαν τα στοιχεία της εξωτερικής τυπικής νομιμότητας και ως υποστατές διοικητικές πράξεις αξίωναν και επέβαλαν την εκτέλεσή τους δηλώνοντας προκλητικά την έλλειψη νομοθετικού ερείσματος, καθώς τις συνόδευε η ρήτρα της μελλοντικής νομοθετικής τους κύρωσης⁵.

Ο ακυρωτικός δικαστής εγκλωβισμένος στον στενό ορίζοντα του τεκμηρίου της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων⁶ (και μάλιστα σε μία απόλυτη εκδοχή του, ασυνήθιστη για τις κανονιστικές πράξεις για τις οποίες το τεκμήριο αυτό συνήθως σχετικοποιείται έντονα⁷), επέτρεπε την ανάπτυξη και την παγίωση της πρακτικής αυτής που στερούσε το σύστημα των άρθρων 43 και 44 Συντ. από ένα με-

τικού Δικαίου Ι, 1987, σελ. 97 επ.), E. V o l o u d a k i s , σε: Le rôle de la pratique dans la formation du droit (Journées Suisses), Travaux de l' Association H. Capitant, τόμ. XXXIV, 1985, σελ. 497 επ., I. K α μ τ σ ί δ ο υ , Συνταγματική πρακτική και συνταγματικός κανόνας, ΤοΣ 1991, σελ. 281 επ.

3. Την βιβλιογραφία που αναπτύχθηκε γύρω από το ζήτημα αυτό καταγράφει και παρουσιάζει η Μ. Ε. Π α ν α γ ο π ο ύ λ ο υ , Το πρόβλημα της αναδρομικής, δια νόμου, κυρώσεως παρανόμου κανονιστικής πράξεως, προσβληθείσης ενώπιον του ΣτΕ, στο: «Χαριστήριο», Σύμμεικτα προς τιμή Γ. Παπαχατζή, 1989, σελ. 751 επ. και ιδίως 778 επ. Από τη βιβλιογραφία αυτή βλ., μεταξύ άλλων, Π. Π α ρ α ρ ά , Συνταγματικές ελευθερίες και αυθαίρετες κυβερνητικές πράξεις, σε: Οι συνταγματικές ελευθερίες στη πράξη, 1986, σελ. 367 επ. (=ΤοΣ 1985, σελ. 131 επ.), Α. R o u m e l i o t i s , La hiérarchie des normes juridiques en droit public hellénique (διδ. διατρ. Bordeaux, 1980), ιδίως σελ. 353 επ.

4. Βλ. Α ρ . Μ ά ν ε σ η , Συνταγματική θεωρία και πράξη, 1980, σελ. 274 επ.

5. Βλ. Π . Π α ρ α ρ ά , ό.π.(υποσ. 3).

6. Βλ. αντί άλλων Π . Δ α γ τ ό γ λ ο υ , Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 1984², σελ. 224 επ. (ο οποίος θεωρεί τον όρο «τεκμήριο νομιμότητας» αδόκιμο και προτιμά ως ακριβέστερο τον όρο «βασική ισχύς των διοικητικών πράξεων»), Ε . Σ π η λ ι ω τ ό π ο υ λ ο , Εγχειρίδιον Διοικητικού Δικαίου, 1986³, σελ. 92 επ. (με περισσότερες βιβλιογραφικές ενδείξεις), Α . Τ ά χ ο , Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 1991³, σελ. 362 επ. (με περισσότερες βιβλιογραφικές ενδείξεις).

7. Βλ. ό.π., (υποσ. 6).

γάλο τμήμα του κανονιστικού τους περιεχομένου: οι παράνομες κανονιστικές πράξεις τεκμαίρονταν νόμιμες και έτσι ίσχυαν και εκτελούνταν, εφόσον δεν είχαν ακυρωθεί από το ΣτΕ ή δεν είχαν καταργηθεί. Όταν οι παράνομες αυτές κανονιστικές πράξεις έφταναν ενώπιον του ακυρωτικού δικαστή (κατά το χρόνο της συζήτησης της σχετικής αίτησης ακυρώσεως) είχαν ήδη «κυρωθεί» νομοθετικά, είχαν δηλαδή —κατά τα γνωστά— καταστεί περιεχόμενο διάταξης τυπικού νόμου· και μάλιστα διάταξης με αναδρομική ισχύ και αφετηρία της αναδρομής το χρόνο έκδοσης της παράνομης αυτής κανονιστικής πράξης. Με τον τρόπο αυτό όλοι ήταν πρόθυμα υποταγμένοι στο δικονομικό φορμαλισμό και την βολική μοιρολατρία που αυτός συνεπάγεται και συνεπιφέρει.

Οι παράνομες κανονιστικές πράξεις με την νομοθετική τους κύρωση απέβαλαν τον χαρακτήρα τους της διοικητικής πράξης και οι σχετικές αιτήσεις ακυρώσεως απορριπτόντουσαν ως απαράδεκτες⁸, ενώ για την τυχόν αντισυνταγματικότητα των ρυθμίσεών τους έμεναν ανοικτοί οι δίαυλοι του διάχυτου, παρεμπόδιοντος και συγκεκριμένου δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας⁹ κατά την εφαρμογή του κυρωτικού νόμου και στο πλαίσιο άλλων κύριων δικών και όχι με ευθεία αίτηση ακυρώσεως κατά της αρχικά παράνομης κανονιστικής πράξης που καθ' οδόν «κυρώθηκε» και άρα απορροφήθηκε από τυπικό νόμο¹⁰.

3. Η λαθραία κανονιστική αρμοδιότητα της εκτελεστικής εξουσίας¹¹ ήταν βέβαια πολύ προκλητική για να περάσει απαρατήρητη. Η νομολογία έκανε, λοιπόν, ήδη από το 1987 ένα πρώτο βήμα. Με την ΣτΕ 5024/87 (Ολ.)¹² κρίθηκε ότι όταν το περιεχόμενο της παράνομης κανονιστικής πράξης πάσχει από ουσιαστική αντισυνταγματικότητα, η πλημμέλεια αυτή μετακυλίεται και στην κυρωτική διάταξη, δηλαδή στη διάταξη του τυπικού νόμου που υιοθετεί το περιεχόμενο της παράνομης κανονιστικής πράξης και του προσδίδει αναδρομική ισχύ. Στην περίπτωση αυτή η κυρωτική διάταξη του τυπικού νόμου ως ου-

8. Βλ. τελείως ενδεικτικά από την πάγια ως το 1991 νομολογία τις ΣτΕ 851/79 και ΣτΕ 3578/85, ΤοΣ 1985, σελ. 233 επ.

9. Βλ. πρόχειρα, Β. Σ κ ο υ ρ ή - Ε. Β. Β ε ν ι ζ έ λ ο , Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, 1985, σελ. 49 επ.

10. Βλ. και πάλι ως παράδειγμα την διατύπωση της ΣτΕ 3578/85, ΤοΣ 1985, σελ. 233 επ.

11. Κατά την διατύπωση του Α ρ . Μ ά ν ε σ η , ό.π. (υποσ. 4).

12. ΤοΣ 1988, σελ. 348 επ.

σιαστικά αντισυνταγματική παραμερίζεται (άρθ. 93 § 4 Συντ.) και συνεπώς η παράνομη κανονιστική πράξη ανακτά τη φύση της ως διοικητικής πράξης και το επίπεδο της δικής της τυπικής ισχύος. Προσβάλλεται, επομένως, παραδεκτά με αίτηση ακυρώσεως και ακυρώνεται γιατί δεν διαθέτει νομοθετικό έρεισμα.

Στη συγκεκριμένη υπόθεση η «κυρωτική» διάταξη είχε κριθεί αντισυνταγματική κατά το περιεχόμενό της, επειδή καθιστούσε φορέα υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλειας ένα ν.π.ι.δ. με τη μορφή αλληλοβοηθητικού σωματείου, ενώ το άρθρο 22 § 4 Σ. επιβάλλει ως φορέα της υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης που συνεπάγεται την υποχρεωτική καταβολή εισφορών μόνο το Δημόσιο ή ν.π.δ.δ.¹³. Επιπλέον, η επιβολή υποχρεωτικής εισφοράς σε σωματείο και μάλιστα σε βάρος εργοδοτών που δεν είναι μέλη του σωματείου, παραβιάζει την αρνητική ελευθερία του συνεταιρίζεσθαι κατά το άρθρο 12 Συντ.

Με βάση τις σκέψεις αυτές η «κυρωτική» διάταξη παραμερίστηκε ως ουσιαστικά αντισυνταγματική, η παράνομη κανονιστική πράξη αναβίωσε και ακυρώθηκε, ενώ η μειοψηφία της απόφασης έμεινε πιστή στο ως τότε κλασικό σχήμα, σύμφωνα με το οποίο η τυχόν αντίθεση προς το Σύνταγμα των επιμέρους ρυθμίσεων «δεν ασκεί επιρροή επί του πιο πάνω αποτελέσματος της νομοθετικής κύρωσης, αλλά συνιστά ενδεχομένως ουσιαστικό ελάττωμα του νόμου ελεγχόμενο κατά την εφαρμογή του»¹⁴.

Το βήμα ήταν σημαντικό, διατηρούσε όμως κατά βάθος τη θεμελιώδη διάκριση μεταξύ τυπικής (μη ελεγχόμενης) και ουσιαστικής (ελεγχόμενης) αντισυνταγματικότητας¹⁵. Η έκδοση μιας παράνομης κανονιστικής πράξης που είτε δεν διαθέτει καθόλου είτε υπερβαίνει τη διαθέσιμη νομοθετική εξουσιοδότηση και η κύρωσή της στη συνέχεια με διάταξη τυπικού νόμου, που απορροφά το περιεχόμενό της και μάλιστα με αναδρομική ισχύ, εκλαμβάνεται —κατ' αποτέλεσμα— ως μία νομοπαραγωγική διαδικασία αντίθετη μεν προς το Σύνταγμα, μη ελεγχόμενη, όμως, και άρα ανεκτή εφόσον δεν εμφανίζει και συμπτώματα ουσιαστικής αντισυνταγματικότητας.

13. Πρβλ. όμως Π. Παρά, Οι φορείς των κοινωνικών παροχών, ΤοΣ, 1991, σελ. 1 επ.

14. Η διατύπωση ανήκει στην ΣτΕ 3578/85, ό.π. (υποσ. 8).

15. Βλ. και πάλι Β. Σκουρή - Ε. Β. Βενιζέλο, ό.π. (υποσ. 9), σελ. 83 επ., Κ. Μ. Χαλαζωνίτη, Ο δικαστικός έλεγχος των τυπικών στοιχείων του νόμου, σε: Τιμητικός τόμος για τα 150 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, 1984 (και σε ανάτυπο).

Μπορεί θεμέλιο του συλλογισμού αυτού να ήταν το τεκμήριο νομιμότητας και όχι η θεωρία των *interna corporis* της Βουλής. Το αποτέλεσμα, όμως, ήταν το δικαστικό απυρόβλητο μιας παράλληλης και προδήλως αντίθετης προς το Σύνταγμα διαδικασίας με την οποία παρήγοντο πρωτεύοντες κανόνες δικαίου.

4. Παρά την έντονη κριτική της θεωρίας¹⁶, η νομολογία έκανε αρκετά χρόνια για να ολοκληρώσει το διάβημα που άρχισε το 1987. Η νομολογία δείχνει, λοιπόν, να ανακαλύπτει το πλήρες κανονιστικό περιεχόμενο των άρθρων 26 § 1, 43 § 2, 44 και 73 επ. Συντ. μόλις με την πρόσφατη απόφαση 3596/91 της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας¹⁷.

Από τη δέσμη των διατάξεων αυτών συνάγει το συμπέρασμα πως κατά το Σύνταγμα η παραγωγή αφενός μεν πρωτευόντων αφετέρου δε δευτερευόντων κανόνων δικαίου ρυθμίζεται κατά τρόπο πλήρη και εξαντλητικό. Το Σύνταγμα διαμορφώνει ένα δικαιοπαραγωγικό σύστημα από το οποίο δεν δικαιούται να αποκλίνει η εκτελεστική εξουσία, όχι μόνο γιατί η δράση της διέπεται από την αρχή της νομιμότητας (άρθ. 95 § 1 και 26 Συντ.), αλλά και γιατί αυτό επιβάλλεται από τον ίδιο τον αυστηρό χαρακτήρα του Συντάγματος και τη νομική υπεροχή των διατάξεων του, δηλαδή από την ίδια την αρχή του κράτους δικαίου.

Η παραγωγή συνεπώς τυπικών νόμων διέπεται από το άρθρο 73 επ. (εδώ θα έπρεπε να μνημονευθεί και το άρθ. 42 Σ. για την έκδοση και δημοσίευση των ψηφισμένων από τη Βουλή σχεδίων και προτάσεων νόμων)· η αυτόνομη κανονιστική αρμοδιότητα της εκτελεστικής εξουσίας διέπεται για μεν τους πρωτεύοντες κανόνες από το άρθρο 44 Σ. που προβλέπει την έκδοση των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου (εδώ θα έπρεπε να μνημονευθεί τόσο το άρθρο 48 § 5 όσο και το άρθρο 82 για τον καθορισμό των αρμοδιοτήτων των υπουργών χωρίς χαρτοφυλάκιο, των αναπληρωτών υπουργών και των υπουργών), για δε τους δευτερεύοντες και συμπληρωματικούς κανόνες από το άρθρο 43 § 1 Σ. ενώ, τέλος, η κανονιστική αρμοδιότητα της εκτελεστικής εξουσίας ύστερα από γενική, ειδική ή ειδικότερη νομοθετική εξουσιοδότηση, διέπεται από το άρθρο 43 § 2, 4 και 5 (εδώ η απόφαση μνημο-

16. Βλ. υποσ. 3.

17. Όμοια και η 3597/1991. Βλ. πρώτη παρουσίαση της νομολογίας αυτής από Π. Παρά, Όχι στους Υπουργούς - νομοθέτες, στην εφημ. «ΤΟ ΒΗΜΑ» (12.1.92) και κατωτέρω, σελ. 77 επ.

νεύει μόνο το άρθρο 43 § 2 Συντ.)¹⁸.

Μέσα στο αυστηρό, κλειστό και πλήρες αυτό σύστημα δεν υπάρχει περιθώριο για την έκδοση κανονιστικών πράξεων οποιασδήποτε άλλης μορφής χωρίς νομοθετική εξουσιοδότηση· ιδίως μάλιστα όταν οι κανονιστικές αυτές πράξεις κινούνται στο πεδίο των συνταγματικών ελευθεριών όπου ακόμη και οι παρεχόμενες νομοθετικές εξουσιοδοτήσεις πρέπει να είναι, καταρχάς τουλάχιστον, ειδικές¹⁹ και άρα να αξιώνουν την έκδοση κανονιστικού προεδρικού διατάγματος κι όχι κανονιστικής πράξης υποδεέστερου οργάνου (κατά το άρθρο 43 § 2 εδ. β' Συντ.).

5. Στο πλαίσιο αυτό η νομοθετική εξουσία διατηρεί την ευχέρεια να προσδίδει στις ρυθμίσεις της *αναδρομική ισχύ*²⁰, αυτό όμως δεν μπορεί να περιλαμβάνει και την εκ των υστέρων «κύρωση» παράνομων κανονιστικών πράξεων, δηλαδή τη θέσπιση διάταξης τυπικού νόμου με ταυτόσημο περιεχόμενο η οποία ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της παράνομης αυτής πράξης, γιατί μια παρόμοια μεθόδευση θα οδηγούσε σε *καταστρατήγηση του Συντάγματος*²¹.

Η νομολογία θεμελιώνει συνεπώς τη στροφή της σε δύο κρίσιμες παραδοχές: *πρώτον*, επαναλαμβάνει τη θέση πως από τις ειδικές διατάξεις των άρθρων 77 § 2, 78 § 2 και 7 § 1 Συντ. που απαγορεύουν την αναδρομικότητα των ψευδοερμηνευτικών, των φορολογικών και των ποινικών νόμων αντίστοιχα δεν συνάγεται γενικός κανόνας με τον οποίο να απαγορεύεται η αναδρομική ισχύς του νόμου, αλλά εξ αντι-

18. Βλ. ενδεικτικά, Ε. Β. Βενιζέλο, ό.π. (υποσ. 1) και Α. Roumeliotis, ό.π. (υποσ. 3).

19. Βλ. π.χ. της ΣτΕ 434/1984 και 1051/1989 και Γ. Δεληγιάννη, Ο νόμος ή η εύλογη κρίση του δικαστή ως εγγύηση των ατομικών δικαιωμάτων, ΤοΣ 1990, σελ. 1 επ. και ιδίως 4 επ.

20. Βλ., αντί πολλών άλλων, τη μονογραφία του Σ. Σταματόπουλου, Η δικονομική αναδρομή των νέων ουσιαστικών και ερμηνευτικών νόμων, 1989, όπου και παρουσίαση αφενός μεν της σχετικής θεωρητικής συζήτησης, αφετέρου δε των θέσεων της νομολογίας.

21. Βλ. από την ελληνική βιβλιογραφία Ξ. Γιαταγιάνα, Η καταστρατήγηση του συντάγματος, ΤοΣ 1975, σελ. 629 επ. Από τη σχετική κλασική βιβλιογραφία, βλ. G. Liet - Veaux, La «fraude à la constitution». Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes: Italie, Allemagne, France, R.D.P., 1943, σελ. 116 επ. με τον αντίστοιχο υπομνηματισμό όπου και αναφορές στο έργο του ίδιου: La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions, 1943, καθώς και στη διατριβή του G. Burdeau. Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français, 1930, σελ. 293 επ.

διαστολής αυτό επιτρέπεται²². Δεύτερον, ενεργοποιεί την παραδοσιακή έννοια της καταστρατήγησης του Συντάγματος —ουσιαστικά δηλαδή, ανάγεται στον ίδιο τον αυστηρό χαρακτήρα του Συντάγματος, τη νομική υπεροχή των διατάξεων του και την αρχή του κράτους δικαίου— για να αντλήσει ένα τέταρτο είδος απαγόρευσης ως προς την αναδρομική ισχύ του τυπικού νόμου. Δίπλα στους ψευδοερμηνευτικούς, τους φορολογικούς και τους ποινικούς νόμους, η νομολογία προσθέτει και τους νόμους τους «κυρωτικούς» παράνομων κανονιστικών πράξεων.

Μια παρόμοια διάταξη κατά το μέρος με το οποίο προσδίδει αναδρομική ισχύ στο περιεχόμενο της παράνομης κανονιστικής πράξης είναι παραμεριστέα ως αντισυνταγματική· η κανονιστική πράξη αναβιώνει, ανακτά τη φύση της ως εκτελεστής διοικητικής πράξης, η αίτηση ακυρώσεως που έχει τυχόν ασκηθεί στρέφεται παραδεκτώς εναντίον της και γίνεται δεκτή. Πρόκειται για μία τυπική περίπτωση μερικής ποιοτικής αντισυνταγματικότητας, εφόσον κατά το υπόλοιπο περιεχόμενό της η κρίσιμη διάταξη του τυπικού νόμου ισχύει και εφαρμόζεται (για τον εφεξής χρόνο), εάν δεν πάσχει από κάποια άλλη αντισυνταγματικότητα σχετική με το ρυθμιστικό της περιεχόμενο. Η ρήτρα, όμως, της αναδρομικής της ισχύος παραμερίζεται και ο γνωστός ως τώρα μηχανισμός καταρρέει.

6. Η *μειοψηφία* έμεινε σταθερή στις προηγούμενες θέσεις της νομολογίας: Αναγνώρισε στον κοινό νομοθέτη την ευχέρεια να προσδίδει αναδρομική ισχύ σ' όλες τις ρυθμίσεις του, συμπεριλαμβανόμενης και της «κύρωσης» παράνομων κανονιστικών πράξεων. Από το σημείο, όμως, αυτό και μετά η *μειοψηφία* *διχάζεται*. Δύο από τα τρία μειοψηφούνται μέλη του Δικαστηρίου (επί συνόλου 13 μελών με ψήφο), παραμένουν στο ενδιαμέσο στάδιο στο οποίο είχε φθάσει η 5024/87 απόφαση της Ολομελείας του ΣτΕ²³: δέχονται ότι η παράνομη κανονιστική πράξη μπορεί να «αναβιώσει» και έτσι να ακυρωθεί, μόνο όταν το ουσιαστικό περιεχόμενο της κυρωτικής διάταξης και άρα της ίδιας της πράξης είναι αντίθετο προς το Σύνταγμα. Αντίθετα το ένα από τα τρία μειοψηφούνται μέλη παρέμεινε σταθερό στην κλασική θέση της ως το 1987 νομολογίας που άφηνε το ζήτημα της τυχόν ουσιαστικής αντισυνταγματικότητας στους δικονομικούς διαύλους του παρεμπόπτοντος και συγκεκριμένου ελέγχου της συνταγματικότητας

22. Βλ. υποσ. 20.

23. Βλ. υποσ. 12.

κατά την εφαρμογή του «κυρωτικού» νόμου²⁴.

7. Η στροφή αυτή της νομολογίας του ΣτΕ προκάλεσε δικαιολογημένο ενδιαφέρον. Περιορίζει δραστικά την δικαιοπαραγωγική ευχέρεια (εννοώ: αυθαιρεσία) της εκτελεστικής εξουσίας και ανατρέπει μία μακρόχρονη αδράνεια του ακυρωτικού ελέγχου. Δικαιολογείται, όμως, άραγε κάποια ιδιαίτερη ευφορία από τη διαπίστωση πως μόλις στο τέλος του 1991 επήλθε η *όψιμη νομολογιακή επιβεβαίωση των καινοτομιών του Συντάγματος του 1975* ως προς την κανονιστική αρμοδιότητα της εκτελεστικής εξουσίας και τη δικαιοπαραγωγική διαδικασία γενικότερα; Μια θυμοσοφική απάντηση θα έλεγε: κάλλιο αργά παρά ποτέ.

Κατά τον τρόπο, όμως, αυτό δικαιολογείται και επιβάλλεται *όχι αίσθημα ευφορίας, αλλά στάση περίσκεψης*. Και αυτό για δύο κυρίως λόγους: ο πρώτος είναι τεχνικός και αφορά τη στάση του νομοθέτη απέναντι στη νομολογία μετά τη στροφή της αυτή. Θα φανεί, άραγε, υπάκουος ή θα κινητοποιήσει την ευρηματικότητά του στην προσπάθειά του να υπερβεί τους φραγμούς που ύψωσε η νομολογία; Στο ερώτημα αυτό θα μπορούσαμε να δώσουμε μια αρχική απάντηση στη συνέχεια (II). Ο δεύτερος, όμως, λόγος εγκαλεί την ίδια τη σχέση του δικαστή με το Σύνταγμα²⁵. Μια σχέση που στην εξέλιξη και τη λειτουργία της έχει —καλώς ή κακώς— τη δύναμη να αγνοεί ή και να «συνθλίβει» εκ των πραγμάτων οποιαδήποτε θεωρητική εισφορά, παρατήρηση ή επισήμανση που βρίσκεται έξω από τον ορίζοντα και τον κώδικα επικοινωνίας της πάγιας νομολογίας.

Αν, λοιπόν, χρειάστηκαν δέκα έξι χρόνια για να αποκτήσουν το πλήρες κανονιστικό τους περιεχόμενο οι διατάξεις των άρθρων 43, 44 § 1 και 73 επ. Συντ., πόσα θα χρειαστούν για να αντιμετωπισθούν άλλες «εστίες» νομολογιακής αδράνειας; Το ερώτημα αυτό —ευτυχώς— δεν επιδέχεται απάντηση. Δεν γνωρίζω άλλωστε αν συμφωνούμε όλοι ακόμη και στην ίδια τη διατύπωσή του.

II. Ο νομοθέτης απέναντι στη νέα νομολογία: υπάκουος ή ευρηματικός;

1. Η απόφαση 3596/91 της Ολομέλειας του ΣτΕ —καθώς και οι

24. Βλ. υποσ. 14.

25. Βλ. σχετικά Ε. Β. Βενιζέλο, Η στάση της ελληνικής νομολογίας απέναντι στην ερμηνεία του Συντάγματος, ΤοΣ 1989, σελ. 425 επ.

μεταγενέστερες όμοιες αποφάσεις— είναι προφανές ότι υπερβαίνουν τα όρια του δεδικασμένου τους και της ακυρωτικής επιταγής που περικλείουν, ενώ η συμμόρφωση στη νέα αυτή θέση της νομολογίας προϋποθέτει την κατάλληλη συμπεριφορά τόσο της εκτελεστικής εξουσίας όσο και του κοινού νομοθέτη²⁶. Είναι, μάλιστα, χαρακτηριστικό το γεγονός πως η νομολογία κατά βάθος ταυτίζει την εκτελεστική εξουσία με την κοινοβουλευτική πλειοψηφία που στηρίζει ή ανέχεται κάθε φορά την Κυβέρνηση στο πλαίσιο ενός σύγχρονου κοινοβουλευτικού πολιτεύματος. Η νομολογία εμφανίζεται συνεπώς να περιορίζει τη νομοθετική πρωτοβουλία της Κυβέρνησης ή της ίδιας της Βουλής και τελικά την ίδια τη νομοθετική αρμοδιότητα της Βουλής ως προς την αναδρομική «κύρωση» παράνομων κανονιστικών πράξεων, ενώ το πρώτο ζητούμενο ήταν, λογικά και νομικά, η απαγόρευση έκδοσης και δημοσίευσης παρόμοιων κανονιστικών πράξεων από την εκτελεστική εξουσία.

Το σημείο αυτό —παρά τα φαινόμενα— δεν έχει θεωρητική μόνο αλλά και μεγάλη πρακτική σημασία, ανάλογα με τη διάθεση που θα επιδείξει ο κοινός νομοθέτης: Η εκάστοτε κυβέρνηση πράγματι διαμορφώνει ένα λίγο ή πολύ ενιαίο πολιτικό μηχανισμό με την κοινοβουλευτική πλειοψηφία που την στηρίζει ή την ανέχεται· ο βαθμός συνοχής και πειθαρχίας του μηχανισμού αυτού εξαρτάται από το μονοκομματικό - πολυκομματικό χαρακτήρα της κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας, από την εσωτερική οργάνωση των κομμάτων που μετέχουν σ' αυτή κ.ο.κ.²⁷. Πράγματα γνωστά. Η οπτική αυτή γωνία είναι καθοριστική όταν προσεγγίζουμε τις συνταγματικές διατάξεις που διέπουν τη θέση της αντιπολίτευσης, τη λειτουργία της Βουλής και ιδίως την άσκηση του κοινοβουλευτικού ελέγχου ή την ανάληψη νομοθετικών πρωτοβουλιών από την αντιπολίτευση. Από το σημείο, όμως, αυτό μέχρι το σημείο να δεχθούμε ότι όταν η εκτελεστική εξουσία εκδίδει μία παράνομη κανονιστική πράξη παραλύει η νομοθετική αρμοδιότητα της Βουλής ως προς την αναδρομική «κύρωση» της πράξης αυτής, υπήρχε μία απόσταση γεμάτη με διάφορα εμπόδια που πρέπει να αντιμετωπίσει η μελλοντική νομολογία.

26. Βλ. πιο αναλυτικά ως προς αυτή την οπτική γωνία Ε. Β. Βενιζέλο, Οι ιδιομορφίες του ελληνικού συστήματος δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων: παράγοντας εντατικοποίησης ή περιορισμού του ελέγχου; ΤοΣ 1988, σελ. 454 επ.

27. Βλ. τελείως ενδεικτικά V. B o g d a n o z, Multiparty politics and the constitution, 1983.

2. Αν, λοιπόν, η εκτελεστική εξουσία και στη συνέχεια ο νομοθέτης φανούν υπάκουοι απέναντι στη νέα θέση της νομολογίας, τότε δεν υπάρχει πρόβλημα. Αν, όμως, εκτελεστική εξουσία και κοινοβουλευτική πλειοψηφία θελήσουν να δοκιμάσουν την επινοητικότητα τους, τότε δημιουργούνται σημαντικές δυσχέρειες ως προς τη διαφύλαξη του νέου στοιχείου που εισέφερε η πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ.

Στη δεύτερη αυτή περίπτωση η μεν εκτελεστική εξουσία θα μπορούσε —για παράδειγμα— να «εκσυγχρονίσει» την παλιά βολική πρακτική της των παράνομων κανονιστικών πράξεων, αναγόμενη και πάλι στο τεκμήριο νομιμότητας, μόνο που τώρα θα απουσιάζει η προκλητική ακροτελεύτια ρήτρα της μελλοντικής νομοθετικής κύρωσης (που ήταν ούτως ή άλλως νομικά περιττή και υποδήλωνε απλώς και μόνο το νομικό κυνισμό της Διοίκησης), ενώ ακόμη και στο προοίμιο των πράξεων αυτών θα μπορούσε να εμφανίζεται κάποιο προσχηματικό νομοθετικό έρεισμα, με τη μορφή εξουσιοδοτικής διάταξης τα όρια της οποίας— λόγω «ερμηνευτικού σφάλματος»— υπερβαίνει υποτίθεται ο κανονιστικός νομοθέτης.

Ελπίζω να μην παρεξηγηθώ. Δεν εισηγούμαι «ιδέες», αλλά προσπαθώ να διαγνώσω μελλοντικά «μέτωπα» της νομολογίας, με δεδομένη την τάση της εκάστοτε εκτελεστικής εξουσίας προς τη νομική ευρηματικότητα.

Από τη δική του πλευρά ο κοινός νομοθέτης θα μπορούσε —ίσως— να εγκαταλείψει την πρακτική της αναδρομικής κύρωσης με τη μορφή της υιοθέτησης του περιεχομένου μιας συγκεκριμένης κανονιστικής πράξης και να διαμορφώσει την πιο «εκλεπτισμένη» πρακτική της θέσπισης μιας ταυτόσημης ως προς το περιεχόμενο αλλά όχι και ως προς τη νομοτεχνική κατάστρωση διάταξης, στην οποία να προσδίδει και αναδρομική ισχύ από χρονικό σημείο κάπως απώτερο ή εγγύτερο από το χρόνο έκδοσης και δημοσίευσης της παράνομης κανονιστικής πράξης, έτσι ώστε οι δύο ρυθμίσεις τυπικά να αποσυνδέονται. Αν, μάλιστα, η αναδρομική αυτή ρύθμιση καταλάβει και «ισχυροποιήσει» (με την έννοια της validation)^{27α} και σχετικές ατομικές πράξεις που έχουν στο μεταξύ εκδοθεί (ακόμη και αν αυτές έχουν προσβληθεί με αίτηση ακυρώσεως), τότε το νομικό αποτέλεσμα είναι εν πολλοίς ταυτόσημο με την αναδρομική νομοθετική κύρωση.

27α. Για τη διάκριση μεταξύ κύρωσης (ratification) και ισχυροποίησης (validation) διοικητικών πράξεων στην ελληνική έννομη τάξη, βλ. κατά βάση, Α. Roumeliotis, ο.π. (υποσ. 3), βλ. 353 επ.

3. Δεν πρέπει, μάλιστα, να ξεχνούμε ότι η νομολογία του ΣτΕ (βλ. για παράδειγμα την 1343/91 της Ολομέλειας)²⁸ δέχεται ότι παρόμοιες ρυθμίσεις που έχουν επαρκή γενικότητα στη διατύπωσή τους και επαρκή «αιτιολογία» στις εισηγητικές εκθέσεις τους ή τις άλλες προ-παρασκευαστικές εργασίες του σχετικού νόμου, δεν προσκρούουν ούτε στην αρχή της διάκρισης των εξουσιών (άρθ. 26 Σ.), ούτε στην συνταγματική κατοχύρωση της αίτησης ακυρώσεως (άρθ. 95 Συντ.).

4. Αν, λοιπόν, η εκτελεστική εξουσία κι ο κοινός νομοθέτης συμ-πράξουν σε μία παρόμοια επινοητικότητα, τότε η νομολογία έχει ως μόνη λύση την πιο εντατική χρήση της έννοιας της καταστρατήγησης του Συντάγματος στην οποία —κατά βάση— θεμελιώνεται και η πρόσφατη στροφή της.

Από την άλλη, βέβαια, πλευρά είναι σαφές ότι μια παρόμοια πρωτοβουλία της κανονιστικής Διοίκησης δεν μπορεί να ακυρώσει ή και να αδρανοποιήσει την αρμοδιότητα του κοινού νομοθέτη σε μία συγκεκριμένη περιοχή της νομοθετικής ύλης που μπορεί να είναι κρίσιμη υπό δεδομένες συνθήκες. Όπως εξίσου σαφές είναι ότι στην προ-κειμένη περίπτωση τα όρια ανάμεσα στον έλεγχο της συνταγματικό-τητας των νόμων αφενός και την διερεύνηση εμπειρικών στοιχείων ως προς τις προθέσεις και τη συμπεριφορά της Διοίκησης και του νομο-θέτη είναι και δυσδιάκριτη και προβληματική²⁹. Οι συλλογισμοί του Δικαστή δεν μπορούν πάντως παρά να είναι αμιγώς δικανικοί, ενώ η τυχόν προσφυγή στην έννοια και τα διδάγματα της κοινής πείρας³⁰ λελογισμένη. Το πεδίο είναι επομένως ανοικτό για όλους τους συντελε-στές του προβλήματος.

28. Σε υπόθεση σχετική με το άρθρο 18 § 1 του ν. 1771/88 (Α' 71) που επανέφερε σε ισχύ το ν.δ. 2983/1954 και περιόρισε την αυξημένη πλειοψηφία για την εκλογή ή την εξέ-λιξη σε θέση Διδακτικού Ερευνητικού προσωπικού των Α.Ε.Ι. Το δεύτερο εδάφιο της παρ. αυτής προέβλεπε ότι: «η διάταξη αυτή εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις εκλογής μελών Δ.Ε.Π., εφόσον έχει ολοκληρωθεί η διαδικασία εκλογής τους και δεν έχει εκδοθεί η πράξη διορισμού τους ή έχει εκδοθεί και εκκρεμεί κατ' αυτής αίτηση ακυρώσεως».

29. Βλ. υποσ. 9, σελ. 91.

30. Βλ. αντί άλλων και Γ. Ράμμο, Τα διδάγματα της κοινής πείρας και της λο-γικής επί δικών ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε: Τόμος Τιμητικός ΣτΕ Ι, 1979, σελ. 95 επ.