

2015

þÿ 1 , μ ã ¼ 1 0 - Â À ± Á μ ½ - Á 3 μ 1 μ Â Ä .
þÿ < < ¥ À ì , μ ã · Â Ä ¿ Å 2 ± ã 1 0 ¿ Í ¼ μ Ä ì
þÿ — μ 0 ½ ì ¼ μ Å ã · Ä ¿ Å ã Å ½ Ä ¬ 3 ¼ ± Å
þÿ À ± Á ± 3 ½ Î Á 1 ã · Ä É ½ ¬ ´ · » É ½
þÿ Ä Á ¿ À ¿ À ¿ 1 ® ã μ É ½ Ä ¿ Å ã Å ½ Ä ¬ 3
þÿ ¼ - ã É Ä É ½ • Å Á É À ± Ê 0 É ½ ã Å ½ , .

Manitakis, Antonis

þÿ £ ¬ 0 ¿ Å » ±

<http://hdl.handle.net/11728/8399>

Downloaded from HEPHAESTUS Repository, Neapolis University institutional repository

**ΟΙ ΘΕΣΜΙΚΕΣ ΠΑΡΕΝΕΡΓΕΙΕΣ ΤΗΣ «ΥΠΟΘΕΣΗΣ ΤΟΥ ΒΑΣΙΚΟΥ
ΜΕΤΟΧΟΥ»: Η ΕΚΝΟΜΕΥΣΗ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΚΑΙ Η ΠΑΡΑΓΝΩΡΙΣΗ
ΤΩΝ ΑΔΗΛΩΝ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΕΩΝ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΜΕΣΩ ΤΩΝ
ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΣΥΝΘΗΚΩΝ**

Υπό δημοσίευση στο περιοδικό «Το Σύνταγμα»

*Του Αντώνη Μανιτάκη
Ομότιμου καθηγητή
Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης
Κοσμήτορα επί τιμή
της Σχολής Νομικών και Κοινωνικών Επιστημών
Του Πανεπιστημίου Νεάπολις 'Πάφου'*

Εισαγωγή, οριοθέτηση του θέματος και αντικείμενο της εισήγησης

Στην εισήγησή μου θα ασχοληθώ, κυρίως, με την υπόθεση του 'βασικού μετόχου", όπως συνοπτικά επικράτησε να λέγεται.

Θεωρώ την υπόθεση σημαντική, αντιπροσωπευτική περίπτωση «hard case». Η μελέτη της φωτίζει και παράλληλα αποκαλύπτει, πολλές και κρίσιμες πτυχές του πολιτειακού μας βίου και όχι μόνον της νομολογίας μας, όπως νομίζεται.

Αφορά ζητήματα που συνδέονται με την αναθεωρητική διαδικασία και τα σιωπηρά όρια της συνταγματικής αναθεώρησης, των σχέσεων συντάγματος και ευρωπαϊκού δικαίου, του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων και των σχέσεών του με τον δικαστικό έλεγχο της συμβατότητάς τους με το κοινοτικό δίκαιο και τελικά της σημασίας που έχει και της λειτουργίας που επιτελεί η δικανική τεχνική της αναλογικότητας στους δύο προηγούμενους δικαστικούς ελέγχους. Θα θιγούν άρα τέσσερις, συνολικά, κρίσιμες θεματικές συνταγματικού, ευρωπαϊκού και συνταγματικής δικαιοσύνης, που διαπλέκονται μεταξύ τους.

Αυτά τα ολίγα (!) -αλλά καιρία πιστεύω- θα πραγματευτώ στα λεπτά που μου αναλογούν υπολογίζοντας στην κατανόησή σας και

προσβλέποντας στην προσοχή της¹. Η επιλογή του θέματος συνδέεται, όπως αντιλαμβάνεστε, με τον τιμώμενο σήμερα εκλεκτό συνάδελφο και Πρόεδρο του ΔΕΕ, καθηγητή Βασιλή Σκουρή. Διότι, η απόφαση που εξέδωσε το Δικαστήριο, υπό την φωτισμένη προεδρεία του, αποτελεί ένα αντιπροσωπευτικό δείγμα συμβολής της νομολογίας του ΔΕΕ στη διαδικασία της δημιουργίας ενός κοινού ευρωπαϊκού, δικαιοτικού χώρου, που σέβεται, έστω και αν δεν το λέει ρητά, τις συνταγματικές ιδιαιτερότητες και ταυτότητες της κάθε χώρας.

Για την ελληνική έννομη τάξη ειδικά, η απόφαση είναι καθοριστική όχι μόνον για τις σχέσεις του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας μας με το ΔΕΕ αλλά και για τις σχέσεις της ελληνικής έννομης τάξης με την ευρωπαϊκή: θέση τυπικής ιεραρχίας και υπεροχής ή σχέσεις τυπικά ισότιμες, οργανικής και λειτουργικής απλώς διασύνδεσης; Και ακόμη, ποια είναι η σχέση του ελέγχου της συνταγματικότητάς των νόμων με τον έλεγχο της συμβατότητάς τους με το κοινοτικό δίκαιο; Αυτά θα εξεταστούν διεξοδικά στο δεύτερο μέρος. Στο πρώτο μέρος θα εξεταστούν οι θεσμικές παρενέργειες από την άστοχη και αλυσιτελή, πολιτικά και συνταγματικά, συνταγματική πρόβλεψη της πάταξης της «διαπλοκής» Μ.Μ.Ε.-οικονομικής και πολιτικής εξουσίας μέσω της καθιέρωσης ενός απόλυτου ασυμβιβάστου της ιδιότητας του ιδιοκτήτη των Μ.Μ.Ε και συμβασιούχου του δημοσίου. Εκνόμηση του Συντάγματος και

I. ΤΑ ΝΟΜΙΚΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ ΚΑΙ ΤΑ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ-ΠΟΛΙΤΙΚΑ ΔΙΑΚΥΒΕΥΜΑΤΑ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ

Θυμίζω τα βασικά συνταγματικά, νομικά και πολιτικά, δεδομένα της υπόθεσης που ξεκίνησε το 2002 με αίτηση της εταιρίας «Μηχανική» για την ακύρωση του πιστοποιητικού διαφάνειας², που εξέδωσε το ΕΣΡ περί μη συνδρομής ασυμβιβάστων ιδιοτήτων στο πρόσωπο του βασικού μετόχου ή του διευθύνοντος

¹ Κράτησα στην εισαγωγή και στο τέλος την προφορική εκφορά της εισήγησής μου για λόγους τιμής προς τον τιμώμενο καθηγητή, συνάδελφο Β α σ ί λ η Σ κ ο υ ρ ή . Η γραπτή ωστόσο απόδοσή της είναι αισθητά εκτεταμένη και ξανα-επεξεργασμένη και έχει συμπληρωθεί με την αναγκαία τεκμηρίωση καθώς και με σκέψεις και πορίσματα νέα. Ευχαριστώ πολύ την αγαπητή συνάδελφο Λίνα Παπαδοπούλου για να την μεγάλη ανοχή της στην καθυστερημένη παράδοση του δοκιμίου μου.

² Πιστοποιητικό για τη μη συνδρομή ασυμβιβάστων ιδιοτήτων στο πρόσωπο του βασικού μετόχου ή του διευθύνοντος συμβούλου κλπ., που εξέδωσε το ΕΣΡ βάσει του τότε ισχύοντος νόμου 3021/2002 στην εταιρία 'Σαραντόπουλος' προκειμένου να συνάψει με τη δημόσια επιχείρηση «Έργα» σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου.

συμβούλου κλπ ή των συγγενών ανταγωνιστικής προς την αιτούσα εταιρία σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων (στην προκειμένη περίπτωση επρόκειτο για την εταιρία «Σαραντόπουλος», που αργότερα απορροφήθηκε από την εταιρία «Παντεχνική»). Η υπόθεση άρχισε με την παραπεμπτική απόφαση ΣτΕ 3242/2004 του Δ' Τμήματος και τελείωσε οριστικά το 2011 με την έκδοση της απόφασης ΣτΕ 3471/2011. Η συνολική διάρκειά της, δεκαετής. Επίδικο, παρεμπίπτον, αντικείμενο της διαφοράς, η συνταγματικότητα της καθιέρωσης νομοθετικά, δυνάμει ειδικής διατάξεως του Συντάγματος και εις εκτέλεσή της, ενός ασυμβίβαστου μεταξύ επιχειρηματικών ιδιοτήτων ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου, διευθύνοντος στελέχους επιχειρήσεων ΜΜΕ και εργολήπτη δημοσίων έργων ή προμηθευτή του δημοσίου. Εν συντομία, η επιδικία αφορούσε τη συνταγματικότητα του ασυμβίβαστου της ιδιότητας του ιδιοκτήτη ή 'βασικού μετόχου' επιχείρησης ΜΜΕ κλπ με την αντίστοιχη ιδιότητα σε επιχείρηση που αναλαμβάνει και εκτελεί δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών, υπηρεσιών³.

Η επίμαχη συνταγματική διάταξη που έδωσε λαβή για μια οξύτατη αντιπαράθεση στη νομολογία και στη θεωρία σχετικά με την συμβατότητα ή μη της επίμαχης διάταξης με το ευρωπαϊκό δίκαιο και ειδικά με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες του κοινοτικού δικαίου αλλά και με τις ατομικές ελευθερίες της πληροφόρησης και επικοινωνίας⁴, καθώς και για τη σχέση του ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατότητας των νόμων, ήταν εκείνη του άρθρου 14 παρ. 9Σ εδ ε' και στ', που καθιερώθηκε με την αναθεώρηση του 2001. Η διάταξη όριζε, και ορίζει, ακόμη ότι είναι «ασυμβίβαστη η ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθύνοντος στελέχους επιχείρησης ΜΜΕ με την αντίστοιχη ιδιότητα στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει και εκτελεί δημόσιες συμβάσεις».

³ Σύντομη παρουσίαση του ιστορικού της υπόθεσης και ειδικά της νομολογιακής του πορείας, σε Δημήτρη Νικηφόρου, 'Το τέλος του «βασικού μετόχου»... μέσω μιας κοινής αρχής ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης-Σκέψης με αφορμή την ΣτΕ (Ολ.) 3470-71/2011, Το Σ, 3/2011, 615-650. Για την υπόθεση του βασικού μετόχου βλέπε και τον εκτενή σχολιασμό της από την Λίνα Παπαδοπούλου στη μονογραφία της 'Εθνικό Σύνταγμα και κοινοτικό δίκαιο: το ζήτημα της 'Υπέροχής'', εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2009, σ. 484 επ.

⁴ Βλ. την μελέτη του Αθ. Τσεβιά, Το ασυμβίβαστο του 'βασικού μετόχου' μεταξύ ελευθερίας της επικοινωνίας και του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ΔιΜΜΕ, 3/2004, σ. 323-338.

Το ίδιο ασυμβίβαστο καθιερώνει το αμέσως επόμενο εδάφιο και για «κάθε είδους παρένθετα πρόσωπα, όπως συζύγους, συγγενείς, οικονομικά εξαρτημένα άτομα ή εταιρίες. Νόμος ορίζει τις ειδικότερες ρυθμίσεις, τις κυρώσεις που μπορεί να φθάνουν μέχρι την ανάκληση της άδειας και μέχρι την απαγόρευση σύναψης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης...».

Το ΣτΕ αφού ερμήνευσε την συνταγματική διάταξη με τρόπο που να εναρμονίζεται με το κοινοτικό δίκαιο και ειδικότερα με την κοινοτική αρχή της αναλογικότητας -η οποία συνέβαινε να είναι και συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή- όπως την ερμήνευσε το ΔΕΕ επί της προαναφερθείσης υποθέσεως C-213/07 στη συγκεκριμένη περίπτωση, έκρινε περαιτέρω ότι η προβλεπόμενη νομοθετική ρύθμιση του νόμου 3012/20012 αντίκειται στο Σύνταγμα

Στην απόφασή του το ΔΕΚ δεν έθιξε καθόλου το ζήτημα της τυπικής υπεροχής του ενωσιακού δικαίου έναντι του εθνικού και μάλιστα έναντι του Συντάγματος. Δεν χρειαζόταν άλλωστε να το κάνει, αφού δεν υπήρχε αμφιβολία ως προς το ότι η ρύθμιση υπαγόταν, σε ότι αφορά το ρυθμιστικό της πεδίο, στην κοινοτική δικαιοδοσία ή έστω διασταυρωνόταν με την δικαιοδοσία αυτή. Ο κοινοτικός δικαστής απέφυγε άλλωστε επιμελώς να υποδείξει ερμηνευτικά κριτήρια που να αντλούνται από οποιαδήποτε σχέση τυπικής ιεραρχίας ή τυπικής υπεροχής του κοινοτικού έναντι και του Συντάγματος, όπως θα δούμε αναλυτικά στο δεύτερο μέρος της εισήγησης.

α) Συνολτικό ιστορικό της υπόθεσης. Σκοπός και πολιτικό διακείμενο της ρύθμισης: η πάταξη της αθέμιτης διαπλοκής ΜΜΕ-εργολάβων του Δημοσίου-πολιτικής εξουσίας

Ο σκοπός της επίμαχης συνταγματικής διάταξης και κατ'επέκταση και της νομοθετικής ήταν η διασφάλιση της διαφάνειας και πολυφωνίας στο ιδιοκτησιακό καθεστώς των ΜΜΕ και γενικότερα στην οικονομική λειτουργία του κράτους, προς αποτροπή του κινδύνου αθέμιτης επιρροής από τα μέσα μαζικής ενημέρωσης της διαδικασίας αναθέσεως των δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και έμμεσα της απόκτησης μέσω αυτής της διαδικασίας προνομιακής θέσης και δυνατότητας αθέμιτης επιρροής στην διαδικασία λήψης των πολιτικών αποφάσεων. Ο συντακτικός νομοθέτης επιδίωξε με την εν λόγω ρύθμιση να αποκλείσει την δυσσώπρεπτη, άλλως, δυνατότητα να χρησιμοποιηθούν τα ΜΜΕ από εκείνους που τα ελέγχουν προκειμένου να καταστούν οι προνομιακοί αντισυμβαλλόμενοι του δημόσιου στο τομέα των

δημοσίων συμβάσεων⁵. Η συνταγματική ρύθμιση είχε, πράγματι, κατά βάση προληπτικό χαρακτήρα: σκόπευε να αποτρέψει το 'ενδεχόμενο' αθέμιτης επιρροής των εργολάβων ή προμηθευτών του δημοσίου, μέσω των ΜΜΕ, στη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Και αυτή η γενική, προληπτική και απόλυτη, ρύθμιση είναι που προκάλεσε τις ενστάσεις αντισυνταγματικότητας και αντισυμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο και αυτή είναι που κρίθηκε τελικά αντισυνταγματική από το ΣτΕ μετά την γνωμοδότηση του ΔΕΚ.

Με πολιτικούς όρους της εποχής που καθιερώθηκε, η συνταγματική πρόβλεψη του ασυμβίβαστου απέβλεπε στην προληπτική πάταξη μιας σχέσης αθέμιτης 'διαπλοκής' -όπως αποκλήθηκε και καθιερώθηκε στην κοινή γνώμη- μεταξύ πολιτικής, οικονομικής και μιντιακής εξουσίας⁶. Η συγκεκριμένη ρύθμιση, όπως και η σχετική αναθεωρητική πρόβλεψη, συνάντησαν μια ευρύτατη κοινοβουλευτική συναίνεση, πρωτοφανή σε αριθμό βουλευτών⁷.

Στόχος θεμιτός, συνταγματικά, και πάντως όχι αντίθετος -από μόνος του- με το κοινοτικό δίκαιο, αν δεν συνοδευόταν από έναν τόσο απόλυτο διαχωρισμό των δύο ιδιοτήτων καθώς και από μια λεπτομερειακού χαρακτήρα διατύπωση, που καθιέρωνε, ρητά, ως κανόνα, ένα γενικό και απόλυτο ασυμβίβαστο ή ένα «προληπτικό

⁵ Σχετικά με τους σκοπούς της συνταγματικής ρύθμισης βλέπε την πρώτη σχετική απόφαση του ΣτΕ 1882/2003. Για την ιστορική της ερμηνεία βλέπε την παρουσίαση του Γενικού Εισηγητή της Αναθεώρησης, *Ευάγγελου Βενιζέλου*, 'Οι εγγυήσεις πολυφωνίας και διαφάνειας στα ΜΜΕ κατά το άρθρο 14 παρ.9. Οι κανόνες ερμηνείας του Συντάγματος και οι σχέσεις Συντάγματος κοινοτικού δικαίου', ΝοΒ 53/2005 425-442 (431). Σχετικά με την συμβατότητα με το κοινοτικό δίκαιο κριτηρίων αποκλεισμού ή επιλογής ή ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων για λόγους κοινωνικο-πολιτικούς ή περιβαλλοντικούς ή απασχόλησης βλέπε Αθ. Τσεβιά, ό.π., σ. 333 επ.

⁶ Βλ. Ν. Αλιβιζάτου, Σύνταγμα και διαπλοκή. Συμβολή στην ερμηνεία της νέας παρ. 9 του άρθρου 14 Συντ. ΔιΜΜΕ 1/2004, σ. 23 και Ξ. Κοντιιάδη, Η οριοθέτηση της σχέσης πολιτικής εξουσίας και ΜΜΕ: Πλουραλισμός και διαφάνεια στο επικοινωνιακό σύστημα κατά το άρθρο 14 και 15 του νέου Συντάγματος, σε «Δ. Τσάτσος/Ευ.Βενιζέλος/ Ξ. Κοντιιάδη, Το νέο Σύνταγμα» σ. 265 επ.

⁷ Βλέπε σχετικά *Ευάγγελου Βενιζέλου*, ό.π., σ. 428, όπου επισημαίνεται μεταξύ των άλλων και η μαξιμαλιστική αξίωση της πλειονότητας των βουλευτών όλων των κομμάτων ώστε «το ίδιο το Σύνταγμα να συλλαμβάνει και να περιορίζει το φαινόμενο της διαπλοκής και του αλληλο-επιηρεασμού μεταξύ κρατικής εξουσίας και οικονομικών συμφερόντων που δραστηριοποιούνται στο χώρο των μέσων ενημέρωσης όσο και στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων». Ό,τι δεν μπορεί ή δεν θέλει να κάνει η πολιτική εξουσία ως νομοθετούσα εξουσία, το μεταθέτει στην αναθεωρητική εξουσία και το ενσωματώνει στο τυπικό Σύνταγμα.

ασυμβίβαστο» και όχι ένα «ασυμβίβαστο πράξεων» κατά τον επιτυχή χαρακτηρισμό του Ανθόπουλου⁸. Το τελευταίο απαιτεί έμπρακτη και αθέμιτη επιρροή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και πάντως την παροχή δυνατότητας στον συμβαλλόμενο να αποδείξει ότι δεν προέβη σε τέτοια ενέργεια. Θα πρέπει επί πλέον για να είναι αποδεκτή και κατά το κοινοτικό δίκαιο η απαγόρευση αυτή, η οποία, καθιερώνοντας μια περίπτωση αδυναμίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, θα έπρεπε με την σχετική ρύθμιση να μην παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας⁹. Δεν έπασχε πάντως τόσο ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της, που ήταν η αποτροπή κινδύνου εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν την διαφάνεια, ή την πολυφωνία και την ισότητα του ανταγωνισμού, *αλλά ως προς τα μέσα και τις διαδικασίες ή ως προς προσδιορισμό των ασυμβιβάστων*, που καθιέρωσε για να αποτρέψει την αθέμιτη επιρροή στη πολιτική διαδικασία δια μέσου των ΜΜΕ και των εργοληπτών ή προμηθευτών του δημοσίου¹⁰.

Εν ολίγοις, μια θεμιτή ως προς τον σκοπό της ρύθμιση, αλλά *ατυχής και άτοπη, συνταγματικά, αναθεωρητική διάταξη*, που προκάλεσε πολιτική και νομολογιακή αναστάτωση και έβλαψε το κύρος και την αξιοπιστία της αναθεωρητικής διαδικασίας.

Η συνταγματική πρόβλεψη των ασυμβιβάστων αποφασίστηκε από την *πολιτική εξουσία, που ενεργούσε στην συγκεκριμένη περίπτωση ως αναθεωρητική εξουσία* και υποστηριζόταν από μια ευρύτατη κοινοβουλευτική πλειοψηφία. Ενήργησε έτσι, επειδή πίστευε ότι

⁸ Διεξοδική ανάλυση του νομοθετικού και νομολογιακού πλέγματος της ρύθμισης της σχετικής με τα ασυμβίβαστα των ιδιοκτητών ΜΜΕ και εργοληπτών του δημοσίου, βρίσκει κανείς στη μελέτη του Χαρ. Ανθόπουλου, 'Το ασυμβίβαστο των ιδιοκτητών μέσων ενημέρωσης πριν και μετά το νέο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος', σε «Πέντε χρόνια μετά τη Συνταγματική αναθεώρηση του 2001», τ. Ι, 2006, σ. 313-366.

⁹ Όπως έγκαιρα είχε επισημανθεί από την ενημερωμένη, θεωρία βλέπε Αθ. Τσεβά, ό.π., σ. 338 και Χ.Π.Συνοδινού, *Ασυμβίβαστο μεταξύ ΜΜΕ και επιχειρήσεων που αναλαμβάνουν δημόσιες συμβάσεις και το ζήτημα συμβατότητάς τους με το κοινοτικό δίκαιο*, ΔηΣΚΕ, 2004, 15.

¹⁰ Έτσι έκρινε το ΔΕΚ C-213/07, 16/12/2008: «Ειδικότερα, η βούληση του κράτους μέλους να αποτρέψει τον κίνδυνο εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν την διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό, οι οποίες θα μπορούσαν να προκληθούν –κατά την εκτίμηση του κράτους αυτού– από την παρουσία μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά κατά την σύναψη δημόσιας σύμβασης, εργολήπτη ο οποίος ασκεί δραστηριότητα στο τομέα των μέσων ενημέρωσης ή διατηρεί δεσμούς με πρόσωπον εμπλεκόμενο στον τομέα αυτόν, συνάδει με τους σκοπούς γενικού συμφέροντος διατήρησης της πολυφωνίας και της ανεξαρτησίας των μέσων ενημέρωσης καθώς, επίσης, και της καταπολέμησης της απάτης και της διαφθοράς».

η συνταγματική κατοχύρωση μιας γενικής και απόλυτης απαγόρευσης θα της προσέδιδε, εξ αιτίας της αυξημένης τυπικής δύναμης που διαθέτει, παγιότητα, σταθερότητα και κύρος στην αντιμετώπιση της διαπλοκής. Ήλπιζε, ματαιώς, ότι με τον τρόπο αυτό η διαπλοκή θα πατασσόταν αποτελεσματικά. Το αντίθετο, δυστυχώς, συνέβη. Η συνταγματική ρύθμιση αποδείχτηκε αναποτελεσματική και κατέληξε σε «φιάσκο», μόλις χρειάστηκε να αναμετρηθεί με τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου και με τους Ευρωπαϊκούς Θεσμούς.

Η συνταγματική τοποποίηση του συγκεκριμένου ασυμβίβαστου θεοπίστηκε, είναι αλήθεια, παρά τις αρχικές επιφυλάξεις του εισηγητή και συντάκτη της¹¹. *Υπό την πίεση και την κατακραυγή της κοινής γνώμης*, που φούντωνε από την χρυσοφόρα ακροαματικά σκανδαλολογία των ΜΜΕ και τον πάταγο που είχαν προκαλέσει τα σκάνδαλα πολιτικής διαφθοράς, που ήταν τότε και είναι ακόμη, δυστυχώς, ατέλειωτα.

Παρόλα αυτά, ήταν απολύτως φυσικό να προκαλέσει αμέσως αμφισβητήσεις και να συναντήσει ποικίλες ερμηνευτικές προσεγγίσεις και αντιφατικές νομολογιακές αντιμετώπισεις. Τρεις αποφάσεις του ΣτΕ με ταυτόσημο διατακτικό έκριναν και οι τρεις την ίδια κρινόμενη διάταξη του νόμου 3021/2002 αντισυνταγματική. Με εντελώς διαφορετικό όμως σκεπτικό: η ΣτΕ 3242/2004, η ΣτΕ 3670/2006 και η 3471/2011. Η τρίτη και τελική, που επακολούθησε της απόφασης του ΔΕΚ, η 3471/2011, ενώ κατέληξε και αυτή στην αντισυνταγματικότητα της επίμαχης νομοθετικής διάταξης, *ερμηνεύοντάς την όμως σε εναρμόνιση με το κοινοτικό δίκαιο*, αυτή την φορά, την ίδια συνταγματική διάταξη, διάσωσε, τελικά, το κύρος της, το κύρος του Συντάγματος και το κύρος και την αξιοπιστία του Δικαστηρίου με βάση το σκεπτικό που υιοθέτησε, όπως θα δούμε.

β) Η αλυσιτελής και απατηλή καταφυγή στο τυπικό Σύνταγμα μέσω της Αναθεώρησης

Με τη συνταγματική ρύθμιση του βασικού μετόχου, η πολιτική εξουσία αναζήτησε, τελικά, στο Σύνταγμα καταφύγιο και πολιτικό άλλοθι. Θεώρησε την συνταγματική αναθεώρηση ως το κατάλληλο

¹¹ Βλέπε σχετικά *Ευάγγελου Βενιζέλου, ό.π., σ. 429.*

μέσο προκειμένου να απαλλαγεί η ίδια από την κατηγορία της πολιτικής συγκάλυψης ή της ανοχής της διαπλοκής. Κατάφυγε εκεί για να δικαιολογήσει την δική της αδυναμία ή αβουλία να αντιμετωπίσει πολιτικά και θεσμικά, μέσω κυρίως των ανεξάρτητων ρυθμιστικών αρχών, όπως ήταν το ΕΣΡ, μια νοσηρή κατάσταση που υποσκάπτει τα θεμέλια του πολιτεύματος και δυσφημεί και την ίδια. Και αν ακόμη η λειτουργία του ΕΣΡ είχε αποδειχθεί στην πράξη ανεπαρκής για την διασφάλιση της διαφάνειας και της αντικειμενικότητας στα ΜΜ, πέντε χρόνια μετά την έναρξη λειτουργίας του, και πάλι η λύση θα έπρεπε να είχε αναζητηθεί στον τρόπο οργάνωσης και λειτουργίας της ίδιας ανεξάρτητης Αρχής, όπως συμβαίνει σε όλες τις ευρωπαϊκές χώρες. Έστω και με αναθεώρηση των υπερβολικά φιλόδοξων εξουσιών που του είχαν ανατεθεί.

Φευ, το καταφύγιο του τυπικού Συντάγματος και η χρησιμοποίηση της διαδικασίας της Αναθεώρησης από την πολιτική εξουσία, ως πρόσχημα για μια διαφυγή προς τα εμπρός (*fuite en avant*) από τα δυσεπίλυτα προβλήματα της πολιτικής εξουσίας, αποδείχθηκε διέξοδος απατηλή, πρόσκαιρη και αναποτελεσματική. Διότι, όχι μόνον δεν επιτεύχθηκαν οι σκοποί της ρύθμισης, όχι απλώς δεν επήλθαν τα προσδοκώμενα αποτελέσματα, αφού η συνταγματική ρύθμιση έμεινε στην πράξη ανενεργός και ουσιαστικά ανεφάρμοστη, αλλά, το κυριότερο, άφησε τελικά ανέγγιχτη και την διαπλοκή. Και μόνον η διαπίστωση, πέντε μόλις χρόνια μετά την Αναθεώρηση του 2001, της ανάγκης αναθεώρησης εκ νέου του άρθρου 14 παρ. 9 Σ το 2006 από τα δύο τότε μεγαλύτερα κόμματα ΝΔ και ΠΑΣΟΚ, αποδεικνύει ότι η συνταγματική εκείνη ρύθμιση ήταν, τουλάχιστον, ατυχής.

Είναι χαρακτηριστικό της παλινδρόμησης της πολιτικής εξουσίας ότι λίγο χρόνο μόνο μετά την υιοθέτηση του πρώτου εκτελεστικού νόμου, του ν. 3021/2002 αναγκάστηκε να τον τροποποιήσει δύο φορές διαδοχικά, λόγω της σφοδρής αντίδρασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και του Επιτρόπου του ανταγωνισμού, και μετά από την παραπομπή της χώρας στο ΔΕΕ και την έκδοση αιτιολογημένης γνώμης. Αναγκάστηκε να τον τροποποιήσει αρχικά με τον νόμο 3310/ 2005 και στη συνέχεια με τον νόμο 3414/2005, ύστερα από διαβουλεύσεις με την Επιτροπή προκειμένου να διασφαλιστεί η συμβατότητα των διατάξεων του

εκτελεστικού του Συντάγματος νόμου με τους κανόνες της κοινοτικής έννομης τάξης και παράλληλα να τηρηθούν οι επιταγές του Ελληνικού Συντάγματος¹². Η τελική συστηματική νομοθετική ρύθμιση της λειτουργίας των ΜΜΕ κατέληξε στο νόμο 3759 /2007.

Οι νόμοι 3310, 3414 /2005 έδωσαν, πάντως, μια νομοθετική ερμηνεία των επίμαχων διατάξεων του συντάγματος αντίθετη και πάντως διαφορετική από εκείνη του πρώτου νόμου 3021/ 2002. Ο τελευταίος νομοθέτης του 2005 ενεργώντας ως εκτελεστής και έμμεσα ερμηνευτής του Συντάγματος νομοθέτησε αυτή τη φορά ερμηνεύοντας τις συνταγματικές διατάξεις σε απόλυτη αρμονία με το κοινοτικό δίκαιο, συρρικνώνοντας το κανονιστικό εύρος των ασυμβιβάστων του άρθρου 14 παρ.9., σε τέτοιο σημείο ώστε *η απαγορευτική αυτή συνταγματική ρύθμιση να μείνει κενή κανονιστικού περιεχομένου*. Κατά τη νέα και ισχύουσα νομοθετική πρόβλεψη, τα ασυμβίβαστα του άρθρου 14 παρ. 9Σ συντρέχουν μόνον μετά από οριστική δικαστική απόφαση με ισχύ δεδικασμένου εξ αιτίας ενεργητικής διαφθοράς, κατά την έννοια της σχετικής οδηγίας της ΕΕ.

Το θεσμικά οξύμωρο;

Μετά τη νομοθετική διευθέτηση του ν. 3414/2005, η οποία τροποποίησε ριζικά την προγενέστερη νομοθεσία, το νόημα των επίδικων συνταγματικών διατάξεων είχε στην πράξη προσδιοριστεί από τον νέο εκτελεστικό του Συντάγματος νόμο. *Η δικαστική και νομολογιακή αντιδικία που είχε ξεκινήσει και συνεχιζόταν είχε, πλέον, καθαρά θεωρητικό ενδιαφέρον.*

Η πολιτική αντιδικία και διαμάχη είχε όμως εν τω μεταξύ καταλαγιάσει με μια απλή απειλή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για προσφυγή στο Δικαστήριο, η οποία δεν υλοποιήθηκε λόγω της άμεσης συμμόρφωσης του νομοθέτη στη «νότα» της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

Με αυτή την εξέλιξη, η κανονιστική αξία του Συντάγματος καταρρακώθηκε, η διαδικασία της συνταγματικής αναθεώρησης *απαξιώθηκε*, η πολιτική εξουσία έχασε ένα μέρος της πολιτικής αξιοπιστίας της. Και το κυριότερο η διαπλοκή έμεινε ανέπαφη και μάλιστα φαίνεται ότι αποθρασύνθηκε. Η Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή, το ΕΣΡ που δημιουργήθηκε για να εξασφαλίσει τη

¹² Για όλα αυτά την ανάλυση του Χαρ. Ανθόπουλου, ό.π., σ. 313-399.

διαφάνεια, την πολυφωνία και τους ίσους όρους του ανταγωνισμού, αποδυναμώθηκε και τελικά αφοπλίστηκε.

γ) Η «εκνόμηση» του Συντάγματος από τον αναθεωρητικό νομοθέτη και η παραγνώριση από τη νομολογία του νοήματος του πραγματικού Συντάγματος

Το μοιραίο, πολιτικά, λάθος της αναθεωρητικής πλειοψηφίας το 2001 οφείλεται, κατά τη γνώμη μου, στο γεγονός ότι υποτίμησε ή μάλλον αγνόησε την ουσιαστική διαφορά νόμου και νομοθετικής εξουσίας από τη μια μεριά, και Συντάγματος και αναθεωρητικής εξουσίας, από την άλλη.

Η νομοτεχνική κατάστρωση της αναθεωρητικής διάταξης ήταν σαφώς «νομοθετικής κοπής και προέλευσης» και δεν ταίριαζε καθόλου σε Σύνταγμα. Αδυνατούσε από μόνη της να λειτουργήσει, όπως ήταν λεπτομερειακή, τεχνική και φλύαρη, αποτελεσματικά και να πετύχει τον στόχο, που είχε τάξει στον εαυτό της.

Δεν ανήκει στο τυπικό Σύνταγμα να ρυθμίζει ύλη που δεν είναι συνταγματικού χαρακτήρα από άποψη ουσίας, όπως π.χ, να προβλέπει διαδικασίες αποτροπής του κινδύνου και να απαριθμεί ασυμβίβαστα, όπως η ιδιότητα του βασικού μετόχου, ή οι επαγγελματικές αναξιοότητες. Το Σύνταγμα είναι για τα βασικά και θεμελιώδη, π.χ. για να καθορίζει τους σκοπούς της συγκεκριμένης συνταγματικής ρύθμισης ή την γενική αρχή που την διέπει. Οι διατάξεις του θα πρέπει για να μπορούν να διαρκέσουν, να είναι λιτές και αόριστες ώστε να διαθέτουν, μέσα από την ερμηνεία και την συνταγματική πρακτική, την αναγκαία μορφολογική πλαστικότητα και προσαρμοστικότητα στις διαρκώς μεταβαλλόμενες πραγματικές, νομοθετικές και θεσμικές, καταστάσεις¹³. Το νόημα των συνταγματικών διατάξεων πλάθεται και αναπλάθεται διαρκώς μέσα από την νομοθετική και νομολογιακή πρακτική και ερμηνεία. Εμβρυουλκός του νοήματος, η διαδικασία της αέναης ερμηνείας τους μέσα από τους θεσμούς, νομοθέτης, δικαστήρια, διοίκηση και από την θεωρία.

Η πιο σημαντική διαφορά, η πιο καίρια μεταξύ νόμου και Συντάγματος, δεν είναι, όπως κατά κόρον λέγεται και

¹³ Βλέπε σχετικά και *Ευάγγελου Βενιζέλου, ό.π., σ.432 επ.*

επαναλαμβάνεται και διδάσκεται, η αυξημένη τυπική δύναμη του Συντάγματος έναντι του νόμου, η τυπική υπεροχή του πρώτου απέναντι στον δεύτερο, αλλά η διαφορετική από άποψη περιεχομένου ή ουσίας ρυθμιστέα όλη τους. Το Σύνταγμα, με την σύνθετη σημασία του, τυπική και ουσιαστική, ρυθμίζει τα θεμελιώδη, τα ουσιώδη του πολιτειακού βίου, τα μακροπρόθεσμα: την οργάνωση και τις λειτουργίες του κράτους και του πολιτεύματος καθώς και τα θεμελιώδη δικαιώματα των πολιτών ή από μία άλλη γωνία - κανονιστική- τις θεμελιώδεις αρχές, αλλά μόνον τις θεμελιώδεις, που διέπουν την οργάνωση και τις λειτουργίες μια έννομης τάξης. Και πρέπει να αρκείται σε αυτά, αν θέλει να παραμένει πάνω και πέρα από τις εφήμερες και συγκυριακές αντιδικίες και πολιτικές αντιπαραθέσεις. Γι' αυτό και το Σύνταγμα νοείται πριν από όλα και πάνω από όλα ως ένα σύστημα θεμελιωδών αρχών μιας έννομης τάξης¹⁴. Ενώ, ο κοινός νόμος θέτει, κατά βάση, κανόνες συμπεριφοράς ή οργάνωσης υπηρεσιών ή αρμοδιοτήτων, και γενικά κανόνες που ρυθμίζουν κάθε είδους κοινωνικές, πολιτικές ή οικονομικές κλπ έννομες σχέσεις με τρόπο διεξοδικό.

Το Σύνταγμα καταλείπει και πρέπει να καταλείπει με τη λιτή, περιεκτική και αόριστη συνταγματική διατύπωσή του μεγάλα περιθώρια άμεσης εφαρμογής και εξειδίκευσης των λακωνικών διατυπώσεων και των αόριστων εννοιών του στον εκτελεστικό νόμο ή στην επιφύλαξη υπέρ του νόμου, και κατά συνέπεια και στην συνταγματική ερμηνεία, τη νομοθετική, την δικαστική και την δογματική. Μέσω της ερμηνείας και της νομοθετικής πρακτικής, αόριστες και αφηρημένες έννοιες αποκτούν νόημα, που ανταποκρίνεται στην διαρκώς μεταβαλλόμενη, ανάλογα με τις συνθήκες, συνταγματική πραγματικότητα. Το Σύνταγμα ερμηνεύεται μέσω της πραγμάτωσής του και την πρώτη έμπρακτη ερμηνεία του την επιτελεί ο νομοθέτης δια της καθημερινής νομοθετικής πρακτικής¹⁵.

Αυτήν την ουσιαστική διάκριση νόμου και συντάγματος αγνόησε ή υποτίμησε ο αναθεωρητικός νομοθέτης του 2001 και αυτή την συνταγματική απερισκεψία, που ονόμασα αλλού εκνόμηση του Συντάγματος¹⁶, πλήρωσε το πολιτικό σύστημα, η Δικαιοσύνη και

¹⁴ Βλέπε αναλυτικά Αντ. Μανιτάκη, ΕΛΛΣυντΔίκ., σ. 127-136.

¹⁵ Βλέπε αναλυτικά Αντ. Μανιτάκη, ΕΛΛΣυντΔ, 2004, σ. 361 και 480

¹⁶ Σχετικά με τις θεσμικές συνέπειες μιας «νομοκρατούμενης» αναθεώρησης και ειδικά για την εκνόμηση του Συντάγματος, βλέπε Αντώνη Μανιτάκη, Η

έμμεσα ο τόπος, με τις ανελαστικές, πληθωρικές και λεπτομερειακές συνταγματικές διατάξεις που είτε έμειναν ανεφάρμοστες είτε η εφαρμογή τους προκάλεσε αρνητικές κρίσεις και αντιφατικές αποφάσεις της νομολογίας.

Ως προς το δεύτερο και επιγενόμενο σφάλμα, η νομολογία του «βασικού μετόχου» μας διδάσκει, τελικά, όπως θα δούμε λίγο πιο κάτω αναλυτικά, πόσο καθοριστική είναι η διαδικασία της ερμηνείας κατά την εφαρμογή του Συντάγματος και τι τεράστια σημασία έχει αποκτήσει σήμερα η αναζήτηση του πραγματικού νοήματος των διατάξεών του, μέσω μιας εναρμονισμένης με την συνταγματική πραγματικότητα –στην οποία περιλαμβάνονται και η ευρωπαϊκή θεσμική πραγματικότητα– ερμηνείας τους. Πρόκειται για μια ερμηνευτική προσέγγιση του Συντάγματος «πραγματολογική», που αναζητά το κανονιστικό νόημα του πραγματικού Συντάγματος¹⁷, έτσι όπως αυτό

αναγκαιότητα της αναθεώρησης μεταξύ πλειοψηφικού κοινοβουλευτισμού και αναθεωρητικής συναίνεσης, *ΤοΣ* 1/2007, σ. 3-20.

¹⁷ Για την αναζήτηση του πραγματικού νοήματος του Συντάγματος και για τη σημασία της πραγματολογικής ερμηνευτικής προσέγγισης του Συντάγματος βλέπε Αντώνη Μανιτάκη, *ΕΛΛΣυνΔικ.*, I, 2004, σ. 54-64, καθώς και τις παλαιότερες για την συνταγματική ερμηνεία μελέτες μου: 'Το πραγματικό Σύνταγμα ως ερμηνευτική παράμετρος και σιωπηρό όριο αναθεώρησης του Συντάγματος', και 'Η πολύπαθη και αμφιλεγόμενη τέχνη της συνταγματικής ερμηνείας' σε «Ερμηνεία του Συντάγματος και λειτουργία του πολιτεύματος», Αντ. Σάκκουλας, 1996, σ. 161-199 και 2001-256.

Την ανάγκη προσφυγής σε μια πραγματιστική ερμηνεία των νομικών εννοιών που χρησιμοποιεί το Σύνταγμα, όπως 'βασικός μέτοχος' 'συγγενής', 'παρένθετα' πρόσωπα, οικογένεια, προσωπικότητα, βιώσιμη ανάπτυξη, κ.ά. υπογραμμίζει ο Ευ. Βενιζέλος, ό.π., σ. 433, ασκώντας κριτική στην πρώτη απόφαση για τον βασικό μέτοχο, στην 3242/2004: "Ο ερμηνευτής, υπογραμμίζει, οφείλει να λαμβάνει υπόψη του την εκάστοτε νομοθετική εξειδίκευση των εννοιών που χρησιμοποιεί το Σύνταγμα καθώς και τις εξελίξεις, που συντελούνται στην κοινή συνταγματική συνείδηση και να αποφεύγει ερμηνευτικές προσεγγίσεις που είναι αγκυλωμένες στον τυπικό φορμαλιστικό τρόπο σκέψης».

Η πραγματική ή πραγματιστική ερμηνευτική προσέγγιση του Συντάγματος δεν πρέπει να συγχέεται με την καλούμενη 'ρεαλιστική μέθοδο ερμηνείας' που ακολουθεί μια μερίδα των Γάλλων συνταγματολόγων με επικεφαλής τον Μ. Troper (*Une théorie réaliste de l'interprétation*, σε *La Théorie du Droit, le Droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, 2001, σ. 69-84, του ίδιου, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, στον ίδιο τόμο, σ.85-97). Οι τελευταίοι ξεκινούν από την λογική παραδοχή ότι η ερμηνευτική διαδικασία είναι μια διαδικασία βούλησης (απόφασης) του αρμόδιου για την ερμηνεία του νομικού κειμένου οργάνου και όχι μια γνωστική διαδικασία και άρα μια διαδικασία κατανόησής του. Η πραγματική ερμηνεία του Συντάγματος, ωστόσο, χωρίς να αντιπαράθεται στην προηγούμενη, δεν εγκλωβίζεται στο δίλημά της: 'αν η διαδικασία ερμηνείας είναι διαδικασία γνώσης ή βούλησης'. Ακολουθώντας το αντίστοιχο ερμηνευτικό ρεύμα της ιταλικής συνταγματικής επιστήμης αντιλαμβάνεται την ερμηνευτική προσέγγιση

διαμορφώνεται από τη ζωντανή και ισχύουσα νομοθετική και νομολογιακή, εθνική και διεθνή, πρακτική και ερμηνεία, καθώς και από τις εξελίξεις, οικονομικές, κοινωνικές, τεχνολογικές, που δημιουργούν διαρκώς *μια νέα δικαϊκή και συνταγματική συνείδηση, που υποστηρίζει την ερμηνεία και στηρίζεται σε αυτήν.*

Αν προσέξει κανείς και τις τρεις αποφάσεις του ΣτΕ θα διαπιστώσει τρεις διαφορετικές ερμηνευτικές προσεγγίσεις της ίδιας συνταγματικής διάταξης, του άρθρου 14 παρ. 9Σ και αυτό δεν είναι καθόλου σύμπτωμα παθολογικής αδυναμίας είτε της διάταξης είτε των ερμηνευτών. Δείχνει πόσο πλούσια σε ενδεχόμενα ή σε νοήματα είναι από τη φύση του το συνταγματικό κείμενο μέσα στο χρόνο και πόσο διαφορετικές ερμηνευτικές προσεγγίσεις ή πόσοι *ερμηνευτικοί ισχυρισμοί* μπορούν να διατυπωθούν από διάφορα αρμόδια όργανα, ανάλογα με τις συνθήκες και τα νομικά και πραγματικά περιστατικά που συντρέχουν κάθε φορά στην υπόθεση.

Επικρατεί και επιβάλλεται, βέβαια, ως σχετικά ορθότερη η ερμηνεία του οργάνου που συμβαίνει να έχει τον τελευταίο λόγο στην εφαρμογή του Συντάγματος. Η καταληκτική όμως ερμηνεία διαμορφώνεται – και αυτό δείχνει η ερμηνευτική εμπειρία της συνταγματικής διάταξης για τον βασικό μέτοχο- μετά από έναν εκτενή και διαβουλευτικό νομολογιακό και θεωρητικό διάλογο, ο οποίος διαπλάθει ένα επεξεργασμένο ερμηνευτικό και νομολογιακό προηγούμενο, *έναν νομολογιακό συνταγματικό κανόνα, που στηρίζεται σε μια ζωντανή αλλά κατασταλαγμένη συνταγματική συνείδηση.*

Στο σημείο αυτό ίσως χρειάζεται παρεμπιπτόντως να τονιστεί, με αφορμή τους προηγούμενους συλλογισμούς, ότι η ερμηνευτική μέθοδος που ακολουθήθηκε αποδεικνύει και επιβεβαιώνει πόσο επίκαιρη, αναγκαία και λειτουργική *είναι ερμηνευτική προσέγγιση του πραγματικού συντάγματος.* Η ερμηνευτική δηλαδή προσέγγιση των συνταγματικών διατάξεων όχι ως πηλίνα δοχεία αποστεωμένων ή

του Συντάγματος ως μιας σύνθετη διαδικασία κατανόησης και επινόησης ή διάπλασης της πειστικότερης ερμηνείας μέσα από την μεθοδολογική οπτική γωνία του *costituzione materiale*. Το «δίλημμα» επομένως των οπαδών της ρεαλιστικής ερμηνείας, που θίξαμε πιο πάνω, υπερβαίνεται με τον τρόπο αυτό και υποκαθίσταται από το αίτημα της διάπλασης μιας ερμηνευτικής πρότασης που να ανταποκρίνεται στην ζωντανή συνταγματική πραγματικότητα σε αρμονία με το σύγχρονο νόημα των θεμελιωδών αρχών, που διέπουν την συγκεκριμένη έννομη σχέση. Με τον ίδιο τρόπο υπερβαίνεται και η αντίθεση επίσημης και δογματικής ερμηνείας, στην οποία είναι επί πλέον εγκλωβισμένη η ρεαλιστική σχολή.

απολιθωμένων κανονιστικών νοημάτων αλλά ως φορέων δυναμικών και εύπλαστων νοημάτων, των οποίων το περιεχόμενο δεν είναι δεδομένο μια για πάντα, αλλά καθορίζεται και επανακαθορίζεται διαρκώς μέσα από την συνταγματική πρακτική ενόψει μιας δυναμικής και μεταβαλλόμενης συνταγματικής πραγματικότητας.

Το πραγματικό νόημά τους δεν αποκαλύπτεται ως θεόραμα ούτε ανακαλύπτεται ως κρυμμένος θησαυρός, διαμορφώνεται μέσα από την πρακτική της έμπρακτης και δογματικής ερμηνείας και της λειτουργίας των θεσμών ή της εφαρμογής των νόμων, στις οποίες αδιάκοπα επιδίδονται φορείς εξουσίας, η θεωρία και τα αρμόδια δικαστήρια, με βάση κάποιες διαδικασίες τυπικές ή και άτυπες, και σε λογική αναφορά προς τις *θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις ρυθμιζόμενες σχέσεις*. Άλλωστε, το τυπικό Σύνταγμα από μόνο του δεν λέει τίποτε. Ο εφαρμοστής και ερμηνευτής του το κάνει να μιλάει. Φωνή αποκτά το Σύνταγμα, όταν πραγματώνεται και πραγματώνεται μέσα από τη νομοθετική, δικαστική, κυβερνητική, διοικητική και δικαστική πρακτική.

Η τυπολατρική ερμηνευτική προσέγγιση του Συντάγματος εμποδίζει τη συνταγματική σκέψη να εγκαταστήσει γέφυρες επικοινωνίας μεταξύ του θετού συνταγματικού κειμένου, της συνταγματικής πραγματικότητας και των *θεμελιωδών αρχών που ισχύουν στη συνταγματική πολιτεία, που εμπνέουν και συνέχουν το πολίτευμα και την λειτουργία του και ανταποκρίνονται στην κοινή συνταγματική συνείδηση που διαμορφώνεται διαρκώς και επικρατεί*¹⁸.

δ) *Η παραγνώριση των σιωπηρών ορίων της αναθεώρησης του Συντάγματος και των άδηλων τροποποιήσεων του ίδιου μέσω των ευρωπαϊκών συνθηκών δυνάμει του άρθρου 28 παρ. 2 και 3Σ*

Τέλος, η υπόθεση υπήρξε σημαντική και για έναν άλλον πρόσθετο λόγο, διότι μας υπενθυμίζει *τα σιωπηρά όρια της αναθεώρησης του Συντάγματος*, που απορρέουν από την ένταξη της χώρας μας στην ΕΕ και από την συμμετοχή της στη διαδικασία της ευρωπαϊκής ενοποίησης.

¹⁸ Για την πραγματολογική ερμηνευτική προσέγγιση του Συντάγματος βλέπε Αντ. Μανιτάκη, ΕλλΣυντΔ, Ι., σ. 54 επ.

Μία από τις νομικές συνέπειες της ένταξής μας στην ΕΕ είναι ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης είναι υποχρεωμένος και αυτός να ενεργεί εντός των ορίων που προκύπτουν από το πρωτογενές και παράγωγο ενωσιακό δίκαιο και φυσικά από την εκχώρηση σε αυτήν κυριαρχικών αρμοδιοτήτων δυνάμει του άρθρου 28 παράγραφοι 2 και 3Σ, υπό την συνταγματική, βέβαια, επιφύλαξη της κυριαρχίας¹⁹ και των «αντιπεριορισμών» ειδικά της παραγράφου 3, της μη προσβολής των θεμελιωδών δικαιωμάτων και της δημοκρατικής αρχής. Τα άρθρα αυτά δεν οριοθετούν μόνον την *ανέγκλητη εκχώρηση συνταγματικών αρμοδιοτήτων στην ΕΕ. Δεν καθορίζουν, απλώς, έμμεσα μία άδηλη, συνεχή, διαδικασία τροποποίησης του νοήματος του Συντάγματος σε αρμονία με τη διαδικασία ενοποίησης της Ευρώπης, διαφορετική από εκείνη της τυπικής Αναθεώρησης, θέτουν, επί πλέον, και σιωπηρά, νοηματικά, όρια στον αναθεωρητικό νομοθέτη*²⁰.

¹⁹ Περισσότερα *Αντώνη Μανιτάκη*, ΕΛΛΣυντΔίκ., 2004, Ι, σ. 384-391, του ίδιου, 'Η εκχώρηση αρμοδιοτήτων στην Ευρωπαϊκή Ένωση και η επιφύλαξη κυριαρχίας κατά το άρθρο 28 παρ. 2 και 3 Σ', *ΕΕΕυρΔ*, 2003, 741-778. Για μια συνθετική εικόνα της επιφύλαξης κυριαρχίας από μια κριτική σκοπιά τις αναλύσεις της Λίνας Παπαδοπούλου, *Εθνικό Σύνταγμα και Κοινοτικό Δίκαιο, το Ζήτημα της 'Υπεροχής'*, Αντ. Σάκκουλα, 2009, σ. 421 επ.

²⁰ Για τα σιωπηρά όρια της αναθεώρησης του Συντάγματος, καθώς και τις άδηλες συνταγματικές τροποποιήσεις και μεταβολές καθώς και για την πραγμάτωση του Συντάγματος, μέσω της νομοθετικής και δικαστικής πρακτικής, *Αντώνη Μανιτάκη*, ΕΛΛΣυντΔίκ., 2004, Ι, σ. 319 επ. και 359 επ. Για το ίδιο ζήτημα από διαφορετική όμως γωνία, *Λίνα Παπαδοπούλου*, ό.π, σ. 435. Το άρθρο 28Σ δεν συγκρούεται πάντως με το άρθρο 110 ούτε βέβαια το υποκαθιστά, για τον απλούστατο λόγο ότι έχουν τα δύο άρθρα διαφορετικά πεδία εφαρμογής και εντελώς διαφορετικές λειτουργίες. Μεταξύ των άλλων, το πρώτο αφορά την έμμεση και σιωπηρή τροποποίηση του κανονιστικού περιεχομένου συνταγματικών διατάξεων με, συνταγματικά, προβλεπόμενο τρόπο, ενώ το δεύτερο αφορά μια τυπική, διαδικασία μεταβολής, κατάργησης ή τροποποίησης τυπικών διατάξεων του Συντάγματος. Η πρώτη διαδικασία, η άδηλη τροποποίηση έχει ως αποτέλεσμα, την έμμεση τροποποίηση του πεδίου εφαρμογής διατάξεων που παραμένουν εντούτοις σε ισχύ, ενώ η δεύτερη, η αναθεώρηση την άμεση, ρητή κατάργηση ή τροποποίηση διατάξεων μέσω μιας τυπικής διαδικασίας. Σε παλαιότερη μελέτη μου, που γράφτηκε επί του ίδιου θέματος το 1984 («Τα όρια της κοινοτικής αρμοδιότητας και η συνταγματική θεώρησή τους», Το Σ 1984) δεν είχα λάβει υπόψη μου την δεύτερη αυτή διαδικασία, ούτε είχα εγκύψει στη ουσιώδη διαφορά μεταξύ «Αναθεώρησης» από «άδηλης τροποποίησης» του Συντάγματος όταν έγραφα ότι «αποκλείεται μια σιωπηρή αναθεώρηση του Συντάγματος κατά παραβίωση του άρθρου 110Σ...αν και είναι δυνατόν με τους περιορισμούς του άρθρου 28 πα. 2 και 3 να έχει ως αποτέλεσμα την μερική τροποποίηση του Συντάγματος». Σχετικά με την οιονεί αναθεωρητική λειτουργία του άρθρου 28 παρ. 2 και 3Σ βλέπε Τζούλια

Ο αναθεωρητικός νομοθέτης ενεργώντας, ως δευτερογενής συντακτική και πάντως ως *συντεταγμένη εξουσία*, οφείλει να σέβεται τις διεθνείς δεσμεύσεις της Ελλάδος και σε ό,τι αφορά την ΕΕ να μη παρεμβαίνει ούτε να θίγει τομείς και δικαιοδοσίες, που έχουν ανέγκλητα εκχωρηθεί δυνάμει του ίδιου του Συντάγματος σε αυτήν. Η δέσμευση αυτή του αναθεωρητικού νομοθέτη είναι μεν άρρητη, αλλά συντακτικής περιωπής, επειδή αφορά σιωπηρά όρια της αναθεωρητικής εξουσίας, που προκύπτουν από την συνδυασμένη εφαρμογή και ερμηνεία του άρθρου 28 παρ. 2 και 3Σ με το άρθρο 2 παρ. 2Σ, που ορίζουν την άσκηση γενικά της εξωτερικής κυριαρχίας της Ελλάδος και του σεβασμού των διεθνών δεσμεύσεων της που απορρέουν από τις διεθνείς σχέσεις της. Η *θεμελιώδης αυτή γενική συνταγματική επιταγή* του σεβασμού των γενικά αναγνωρισμένων κανόνων του διεθνούς δικαίου και των άλλων διεθνών δεσμεύσεων της Ελλάδος είναι εναρμονισμένη με την ειδικότερη *θεμελιακή σχέση* του ελληνικού κράτους με την ΕΕ, αυτήν που έχει εγκαταστήσει το άρθρο 28 παρ. 2 και 3Σ: μια ευρύχωρη και φιλόξενη Πύλη υποδοχής του ευρωπαϊκού δικαίου, όπως έχει επισημάνει ο Γιώργος Παπαδημητρίου²¹. Επιτρέπει την εκχώρηση συνταγματικών αρμοδιοτήτων υπό όρους και προϋποθέσεις, χωρίς να απαιτείται κάθε φορά αναθεώρηση του Συντάγματος, όπως συμβαίνει με άλλα κράτη. Δεν είναι δυνατόν επομένως ο συντακτικός νομοθέτης να έχει καθιερώσει μια *άδηλη διαδικασία σιωπηρής τροποποίησης του ουσιαστικού περιεχομένου του Συντάγματος μέσω του άρθρου 28 παρ. 2 και 3 Σ και να μην δεσμεύεται ο αναθεωρητικός νομοθέτης από την υποχρέωση να σέβεται και να μη θίγει ό,τι η Ελλάδα έχει συνταγματικά εκχωρήσει στη δικαιοδοσία της ΕΕ*²².

Και στην προκειμένη περίπτωση, φάνηκε ή μάλλον αποδείχθηκε δικαστικά, ότι η ρύθμιση του άρθρου 14 παρ. 9 εδ. ε' εισέβαλε σε πεδία εφαρμογής των δημοσίων συμβάσεων, τα οποία είχαν γίνει

Ηλιοπούλου Στράγγα, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση, Αντ. Σάκκουλα, 1996, 37 επ.

²¹ Βλέπε Γ. Παπαδημητρίου, Το Σύνταγμα και η διαδικασία της ευρωπαϊκής ενοποίησης. Η συνταγματική θεμελίωση και η άρθρωση της ενοποιητικής λειτουργίας, τ. Α', Αντ. Σάκκουλας, 1982, του ίδιου, 'Δημοκρατία και Ευρωπαϊκή ολοκλήρωση', Αντ. Σάκκουλα, 1993, σ. 18-19 και 48, κυρίως όμως, Η αργόσυρτη πορεία προς την ευρωπαϊκή ομοσπονδία, Αντ. Σάκκουλας, 1997, σ. 70, 105 και εκτενέστερα, Λίνα Παπαδοπούλου, ό. π., σ. 380 επ. .

²² Αναλυτικότερα για όλα τα προηγούμενα, βλέπε Αντ. Μανιτάκη, Η εκχώρηση κυριαρχίας στην ΕΕ και η επιφύλαξη κυριαρχίας κατά το άρθρο 28 παρ. 2 και 3Σ, Ε Ε Ευρ.Δ., 2003, σ. 768 επ. του ίδιου ΕΛΛΣυνΔ, σ. 384-385.

αντικείμενο ρύθμισης κοινοτικής οδηγίας και άρα υπήρχε σύνδεσμος με το κοινοτικό δίκαιο²³. Και επομένως το πεδίο αυτό είχε εκφύγει οριστικά από την δικαιοδοσία του εθνικού νομοθέτη ακόμη και του αναθεωρητικού, ο οποίος δεν μπορούσε να το συμπεριλάβει στην ρυθμιστική του εξουσία. Κάθε αρμοδιότητα που εκχωρείται στην ΕΕ αποκόπτεται, ανέγκλητα, από την εθνική έννομη τάξη, εκφεύγει οριστικά από τον έλεγχο της εθνικής συνταγματικής δικαιοδοσίας. Αυτό έχει ως συνέπεια, η άσκησή της από τα αρμόδια όργανα της ΕΕ να γεννά υποχρεώσεις σεβασμού από όλες τις συντεταγμένες εξουσίες του κράτους, μηδέ της αναθεωρητικής εξαιρουμένης²⁴.

Η αγνόηση από τον αναθεωρητικό νομοθέτη του 2001 των δεσμεύσεων που απέρρεαν από το ευρωπαϊκό δίκαιο, έδωσε λαβή σε μια ιδεολογική αντιδικία και προκάλεσε μεγάλη νομολογιακή και συνταγματική ταλαιπωρία, ενώ θα μπορούσε να είχε αποφευχθεί²⁵.

²³ Βλέπε ΑΘ. Τσεβά, ό.π., σ. 333 και αναλυτικά ΣτΕ 3242/2004, ΣτΕ 3670/2006.

²⁴ Για όλα αυτά βλέπε και Αντώνη Μανιτάκη, Το 'Σύνταγμα' της Ευρώπης αντιμέτωπο με την εθνική και λαϊκή κυριαρχία, 2004, εκδ. Παπαζήση, σ. 63, 71.

²⁵ Είναι αλήθεια, βέβαια, ότι ο Γενικός Εισηγητής της Αναθεώρησης καθηγητής Βενιζέλος είχε επισημάνει τότε στην Αναθεωρητική Βουλή τους κινδύνους σύγκρουσης με το κοινοτικό δίκαιο της προτεινόμενης λεπτομερειακής ρύθμισης, ιδίως της ρύθμισης που αφορούσε τα παρένθετα πρόσωπα και την καθιέρωση αμάχητου τεκμηρίου. Βλέπε σχετικά *Ευάγγελου Βενιζέλου*, 'Οι εγγυήσεις πολυφωνίας και διαφάνειας στα ΜΜΕ κατά το άρθρο 14 παρ.9. Οι κανόνες ερμηνείας του Συντάγματος και οι σχέσεις Συντάγματος κοινοτικού δικαίου', ΝοΒ 53/2005 425-442 (431).